

12년 국가직 7급 행정법

문 1. 행정소송과 관련한 판례의 태도로 옳은 것은? 2012년 국가직 7급 [★난이도]

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

해설 출제 영역 및 유형 : 소의 이익 · 당사자소송과 민사소송의 대상, 판례

- ① [X] : 행정청이 공무원에 대하여 새로운 직위해제사유에 기한 직위해제처분을 한 경우 그 이전에 한 직위해제처분은 이를 목적으로 철회하였다고 봄이 상당하므로, 그 이전 처분의 취소를 구하는 부분은 존재하지 않는 행정처분을 대상으로 한 것으로서 그 소의 이익이 없어 부적법하다(대판 2003.10.10, 2003두5945).
- ② [X] : 국세환급금에 관한 「국세기본법」 제51조 제1항, 부가가치세환급금에 관한 「부가가치세법」 제24조, 「같은 법 시행령」 제72조의 각 규정은 정부가 이미 부당이득으로서 그 존재와 범위가 확정되어 있는 과오납부액이나 환급세액이 있는 때에는 납세자의 환급신청을 기다릴 것 없이 이를 즉시 반환하는 것이 정의와 공평에 합당하다는 법리를 선언하고 있는 것이므로, 이미 그 존재와 범위가 확정되어 있는 과오납부액이나 환급세액은 납세자가 부당이득의 반환을 구하는 민사소송으로 그 환급을 청구할 수 있다(대판 1997.10.10, 97다26432 ; 대판 2001.10.26, 2000두7520 등).
- ③ [X] : 재결에 대하여 불복절차를 취하지 아니함으로써 그 재결에 대하여 더 이상 다룰 수 없게 된 경우에는 기업자는 그 재결이 당연무효이거나 취소되지 않는 한, 이미 보상금을 지급받은 자에 대하여 민사소송으로 그 보상금을 부당이득이라 하여 반환을 구할 수 없다(대판 2001.4.27, 2000다50237). 즉 수용재결이 있은 후에 수용 대상 토지에 숨은 하자가 발견되는 때에는 불복기간이 경과되지 아니한 경우라면 공평의 견지에서 기업자는 그 하자를 이유로 재결에 대한 이익을 거쳐 손실보상금의 감액을 내세워 행정소송을 제기할 수 있다고 보는 것이 상당하나, 이러한 불복절차를 취하지 않음으로써 그 재결에 대하여 더 이상 다룰 수 없게 된 경우에는 기업자는 그 재결이 당연무효이거나 취소되지 않는 한 재결에서 정한 손실보상금의 산정에 있어서 위 하자가 반영되지 않았다는 이유로 민사소송절차로 토지소유자에게 부당이득의 반환을 구할 수는 없다(대판 2001.1.16, 98다58511).
- ④ [O] : 부작위위법확인인 소는 행정청이 국민의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청에 대하여 상당한 기간 내에 그 신청을 인용하는 적극적 처분 또는 각하하거나 기각하는 등의 소극적 처분을 하여야 할 법률상의 응답의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우, 판결(사실심)의 구두변론종결시를 기준으로 그 부작위의 위법을 확인함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 내지 무응답이라고 하는 소극적인 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 하는 것이고, 나아가 당해 판결의 구속력에 의하여 행정청에게 처분 등을 하게 하고 다시 당해 처분 등에 대하여 불복이 있는 때에는 그 처분 등을 다투게 함으로써 최종적으로는 국민의 권리이익을 보호하려는 제도이므로, 소제기의 전후를 통하여 판결시까지 행정청이 그 신청에 대하여 적극 또는 소극의 처분을 함으로써 부작위상태가 해소된 때에는 소의 이익을 상실하게 되어 당해 소는 각하를 면할 수가 없는 것이다(대판 1990.9.25, 89누4758).

[정답] ④

문 2. 판례가 재량행위로 판단하지 않은 것은?

2012년 국가직 7급 [★★ 난이도]

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

해설 출제 영역 및 유형 : 재량행위와 기속행위, 판례

- ① [O] : 구 「주택건설촉진법」(주택법으로 전문 개정되기 전의 것) 제33조에 의한 **주택건설사업계획의 승인**은 상대방에게 권리나 이익을 부여하는 효과를 수반하는 이른바 수익적 행정처분으로서 법령에 행정처분의 요건에 관하여 일의적으로 규정되어 있지 아니한 이상 행정청의 재량행위에 속하므로, 이러한 승인을 받으려는 주택건설사업계획이 관계 법령이 정하는 제한에 배치되는 경우는 물론이고 그러한 제한사유가 없는 경우에도 공익상 필요가 있으면 처분권자는 그 승인신청에 대하여 불허가 결정을 할 수 있으며, 여기에서 말하는 ‘공익상 필요’에는 자연환경보전의 필요도 포함된다. 특히 산림의 훼손은 국토 및 자연의 유지와 수질 등 환경의 보전에 직접적으로 영향을 미치는 행위이므로, 법령이 규정하는 산림훼손 금지 또는 제한 지역에 해당하는 경우는 물론이고 금지 또는 제한 지역에 해당하지 않더라도 허가관청은 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 2007.5.10, 2005두13315 등).
- ② [O] : 「**여객자동차 운수사업법**」에 의한 **개인택시운송사업면허**는 특정한인에게 권리나 이익을 부여하는 행정행위로서 법령에 특별한 규정이 없는 한 재량행위이고, 그 면허를 위하여 정하여진 순위 내에서의 운전경력인정방법의 기준설정 역시 행정청의 재량에 속한다 할 것이지만, 행정청이 면허발급 여부를 심사함에 있어서 이미 설정된 면허기준의 해석상 당해 신청이 면허발급의 우선순위에 해당함이 명백함에도 이를 제외시켜 면허거부처분을 하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 거부처분은 재량권을 남용한 위법한 처분이 된다(대판 2010.1.28, 2009두19137).
- ③ [X] : 「**식품위생법**」상 일반음식점영업허가는 성질상 일반적 금지의 해제에 불과하므로 허가권자는 허가신청이 법에서 정한 요건을 구비한 때에는 허가하여야 하고, 관계 법령에서 정하는 제한사유 외에 공공복리 등의 사유를 들어 허가신청을 거부할 수는 없고, 이러한 법리는 일반음식점 허가사항의 변경허가에 관하여도 마찬가지이다(대판 2000.3.24, 97누12532 ; 대판 1993.5.27, 93누2216). 즉 「**식품위생법**」상 일반음식점영업허가는 기속행위이다.
- ④ [O] : 「**국적법**」 제4조 제1항은 “외국인은 법무부장관의 귀화허가를 받아 대한민국의 국적을 취득할 수 있다.”라고 규정하고, 그 제2항은 “법무부장관은 귀화 요건을 갖추었는지를 심사한 후 그 요건을 갖춘 자에게만 귀화를 허가한다.”라고 정하고 있다. 국적은 국민의 자격을 결정짓는 것이고, 이를 취득한 사람은 국가의 주권자가 되는 동시에 국가의 속인적 통치권의 대상이 되므로, **귀화허가**는 **외국인에게 대한민국 국적을 부여함으로써 국민으로서의 법적 지위를 포괄적으로 설정하는 행위에 해당한다.** 한편, 「국적법」 등 관계 법령 어디에도 외국인에게 대한민국의 국적을 취득할 권리를 부여하였다고 볼 만한 규정이 없다. 이와 같은 귀화허가의 근거 규정의 형식과 문언, 귀화허가의 내용과 특성 등을 고려해 보면, **법무부장관은 귀화신청인이 귀화요건을 갖추었다 하더라도 귀화를 허가할 것인지 여부에 관하여 재량권을 가진다고 보는 것이 타당하다**(대판 2010.10.28, 2010두6496).

[정답] ③

문 3. 행정입법에 대한 판례의 태도로 옳지 않은 것은?

2012년 국가직 7급 [★★ 난이도]

- 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 처분기준에 대해서 판례는 그 법규성을 부인하고 있다.

해설 출제 영역 및 유형 : 행정규칙, 판례

- ① [O] : 고시는 일정 사항을 불특정 다수인에게 알리기 위한 행정규칙이다. 그러나 법령의 규정이 특정 행정기관에 그 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 그 권한 행사의 절차나 방법을 특정하고 있지 않아 수입행정기관이 행정규칙인 고시의 형식으로 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정하고 있는 경우, 그 고시가 당해 법령의 위임 한계를 벗어나지 않는 한, 그와 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서 효력을 가진다(대판 2008.4.10, 2007두4841 등). 즉 일반적으로 고시는 행정규칙이라 할 수 있으나, 법령의 수권에 의해 법령을 보충하는 사항을 정한 고시는 상위법령과 결합하여 대외적인 법적 구속력을 갖는다(대판 1998.9.25, 98두7503 참조).
 - ② [O] : 상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 업무처리지침이나 법령의 해석작용에 관한 기준을 정하여 발하는 이른바 ‘행정규칙이나 내부지침’은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니므로 행정처분이 그에 위반하였다고 하여 그러한 사정만으로 곧바로 위법하게 되는 것은 아니다. 다만, **재량권 행사의 준칙인 행정규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지게 되면 ‘평등의 원칙’이나 ‘신뢰보호의 원칙’에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 받게 되므로**, 이러한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그를 위반하는 처분은 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 위배되어 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이 된다(대판 2009.12.24, 2009두7967 ; 헌재 2001.5.31, 99헌마413).
 - ③ [O] : 국세청장 훈령인 「주류유통거래에 관한 규정」 제20조·제26조는 주류판매업자에 대한 관계에 있어서는 상위법령에 근거가 없어 무효라 할 것이고, 위 **무효인 훈령에 기초한 주류판매업징지처분은 그 위법의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라 할 것이 다**(대판 1980.12.23, 79누382).
 - ④ [X] : 제재적 행정처분의 기준이 대통령령(시행령)의 형식으로 정해진 경우에 그 기준은 법규명령이다(대판 1997.12.26, 97누15418 등). 그러나 부령(시행규칙)의 형식으로 정해진 경우에는 그 기준을 원칙적으로 행정규칙으로 보면서(대판 2007.9.20, 2007두6946 등), 예외적으로 법규명령으로 보고 있다(대판 2006.6.27, 2003두4355).
- [정답] ④

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

2012년 국가직 7급

[*** 난이도]

- ① 불심검문을 위하여 경찰관이 질문을 할 때, 흉기의 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.

해설  출제 영역 및 유형 : 불심검문, 법령+판례

- ① [O] : 경찰관은 제1항에 규정된 자에 대하여 질문을 할 때에 흉기의 소지 여부를 조사할 수 있다(제3조 제3항).
- ② [O] : 제2항의 규정에 의하여 동행을 한 경우 경찰관은 당해인을 6시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없다(제3조 제6항).
- ③ [O] : 「형사소송법」 제199조 제1항은 임의수사 원칙을 명시하고 있는데, 수사관이 수사과정에서 동의를 받는 형식으로 피의자를 수사관서 등에 동행하는 것은, 피의자의 신체의 자유가 제한되어 실질적으로 체포와 유사한데도 이를 억제할 방법이 없어서 이를 통해서는 제도적으로는 물론 현실적으로도 임의성을 보장할 수 없을 뿐만 아니라, 아직 정식 체포·구속단계 이전이라는 이유로 「헌법」 및 「형사소송법」이 체포·구속된 피의자에게 부여하는 각종 권리보장장치가 제공되지 않는 등 「형사소송법」의 원리에 반하는 결과를 초래할 가능성이 크므로, 수사관이 동행에 앞서 피의자에게 동행을 거부할 수 있음을 알려 주었거나 동행한 피의자가 언제든지 자유로이 동행과정에서 이탈 또는 동행장소에서 퇴거할 수 있었음이 인정되는 등 **오로지 피의자의 자발적인 의사에 의하여 수사관서 등에 동행이 이루어졌다는 것이 객관적인 사정에 의하여 명백하게 입증된 경우에 한하여, 동행의 적법성이 인정된다고 보는 것이 타당하다**(대판 2011.6.30, 2009도6717 ; 대판 2006.7.6, 2005도6810).
- ④ [X] : 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위하여는 변호인과의 접견교통권의 인정이 당연한 전제가 되므로, **임의동행의 형식으로 수사기관에 연행된 피의자에게도 변호인 또는 변호인이 되려는 자와의 접견교통권은 당연히 인정된다고 보아야**

하고, **임의동행의 형식으로 연행된 피내사자의 경우**에도 이는 미천카지이다. 그리고 집견교통권은 피고인 또는 피의자나 피내사자의 인권보장과 방어준비를 위하여 필수불가결한 권리이므로 법령에 의한 제한이 없는 한 수사기관의 처분은 물론 법원의 결정으로도 이를 제한할 수 없다(대결 1996.6.3, 96모18).

[정답] ④

문 5. 공무원법관계에 대한 판례의 태도로 옳은 것은? 2012년 국가직 7급 [★★★ 난이도]

- 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 교원신규채용업무를 중단하는 조치는 항고소송의 대상이 아니다.

해설 **출제 영역 및 유형 : 직위해제·처분성 등, 판례**

- ① [O] : 직위해제처분은 공무원에 대하여 불이익한 처분이긴 하나 징계처분과 같은 성질의 처분이라고는 볼 수 없으므로 **동일한 사유에 대한 직위해제처분이 있는 후 다시 해임처분이 있었다 하여 일사부재리의 법리에 어긋난다고 할 수 없다**(대판 1984.2.28, 83누489).
 - ② [X] : **경찰공무원이 재직 중 자격정지 이상의 형의 선고유예를 받음으로써 「경찰공무원법」 제7조 제2항 제6호에 정하는 임용결격사유에 해당하게 되면 같은 법 제21조의 규정에 의하여 임용권자의 별도의 행위(공무원의 신분을 상실시키는 행위)를 기다리지 아니하고 그 선고유예판결의 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」 제73조의3 제1항 각 호에 정하는 귀책사유가 있을 때 당해 공무원에게 직위를 부여하지 아니하는 처분이고, 복직처분은 직위해제사유가 소멸되었을 때 직위해제된 공무원에게 「국가공무원법」 제73조의3 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**(대판 1997.7.8, 96누4275).
 - ③ [X] : 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 임용기간만료의 통지**는 위와 같은 대학교원의 법률관계에 영향을 주는 것으로서 **행정소송의 대상이 되는 처분에 해당한다**(대판 전합 2004.4.22, 2000두7735).
 - ④ [X] : 유일한 면접심사 대상자로 선정된 임용지원자에 대한 교원신규채용업무를 중단하는 조치는 교원신규채용절차의 진행을 유보하였다가 다시 속개하기 위한 중간처분 또는 사무처리절차상 하나의 행위에 불과한 것이라고는 볼 수 없고, 유일한 면접심사 대상자로서 임용에 관한 법률상 이익을 가지는 임용지원자에 대한 신규임용을 사실상 거부하는 중국적인 조치에 해당하는 것이며, 임용지원자에게 직접 고지되지 않았다고 하더라도 임용지원자가 이를 알게 됨으로써 효력이 발생한 것으로 보아야 할 것이므로, 이는 임용지원자의 권리 내지 법률상 이익에 직접 관계되는 것으로서 **항고소송의 대상이 되는 처분 등에 해당한다**(대판 2004.6.11, 2001두7053).
- [정답] ①

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

2012년 국가직 7급 [★★★ 난이도]

- 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.

해설  출제 영역 및 유형 : 근거법률의 위헌결정의 효력, 판례

- ① [O] : 법률에 근거하여 행정처분이 발하여진 후에 헌법재판소가 그 행정처분의 근거가 된 법률을 위헌으로 결정하였다면 결과적으로 행정처분은 법률의 근거가 없이 행하여진 것과 마찬가지로 되어 하자가 있는 것이 되나, 하자 있는 행정처분이 당연무효가 되기 위하여는 그 하자가 중대할 뿐만 아니라 명백한 것이어야 하는데, 일반적으로 법률이 헌법에 위반된다는 사정이 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없으므로 **헌법재판소의 위헌결정 전에 행정처분의 근거되는 당해 법률이 헌법에 위반된다는 사유는 특별한 사정이 없는 한 그 행정처분의 취소소송의 전제가 될 수 있을 뿐 당연무효사유는 아니라고 봄이 상당하다**(대판 1994.10.28, 92누9463 ; 대판 2009.5.14, 2007두16202).
- ② [O] : 구 「택지소유상환에 관한 법률」 제30조는 “부담금의 납부의무자가 독촉장을 받고 지정된 기한까지 부담금 및 가산금 등을 완납하지 아니한 때에는 건설교통부(현 국토해양부)장관은 국제채납처분의 예에 의하여 이를 징수할 수 있다.”고 규정함으로써 「국세징수법」 제3장의 채납처분규정에 의하여 채납 택지초과소유부담금을 강제징수할 수 있었으나, 1999. 4. 29. 같은 법 전부에 대한 위헌결정으로 위 제30조 규정 역시 그 날로부터 효력을 상실하게 되었고, 나아가 **위헌법률에 기한 행정처분의 집행이나 집행력을 유지하기 위한 행위는 위헌결정의 기속력에 위반되어 허용되지 않는다고** 보아야 할 것인데, 그 규정 이외에는 채납부담금을 강제로 징수할 수 있는 다른 법률적 근거가 없으므로, 그 위헌결정 이전에 이미 부담금 부과처분과 압류처분 및 이에 기한 압류등기가 이루어지고 위의 각 처분이 확정되었다고 하여도, 위헌결정 이후에는 별도의 행정처분인 매각처분, 분배처분 등 후속 채납처분절차를 진행할 수 없는 것은 물론이고, 특별한 사정이 없는 한 기존의 압류등기나 교부청구만으로는 다른 사람에 의하여 개시된 경매절차에서 배당을 받을 수도 없다(대판 2002.8.23, 2001두2959).
- ③ [X] : 위헌결정의 효력은 그 결정 이후에 당해 법률이 재판의 전제가 되었음을 이유로 법원에 제소된 일반사건에도 미치므로, 당해 법률에 근거하여 행정처분이 발하여진 후에 헌법재판소가 그 행정처분의 근거가 된 법률을 위헌으로 결정하였다면 결과적으로 행정처분은 법률의 근거가 없이 행하여진 것과 마찬가지로 되어 하자가 있는 것이 되나, **이미 취소소송의 제기기간을 경과하여 확정력이 발생한 행정처분의 경우에는 위헌결정의 소급효가 미치지 않는다고** 보아야 할 것이고, 일반적으로 법률이 헌법에 위반된다는 사정은 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없으므로 헌법재판소의 위헌결정 전에 행정처분의 근거되는 당해 법률이 헌법에 위반된다는 사유는 특별한 사정이 없는 한 그 행정처분의 취소소송의 전제가 될 수 있을 뿐 당연무효사유는 아니라고 봄이 상당하다(대판 2002.11.8, 2001두3181 ; 대판 1994.10.28, 92누9463).
- ④ [O] : 법률에 근거하여 행정처분이 발하여진 후 헌법재판소가 그 행정처분의 근거가 된 법률을 위헌으로 결정하였다면 결과적으로 행정처분은 법률의 근거가 없이 행하여진 것과 마찬가지로 되어 하자가 있는 것으로 되지만, 일반적으로 법률이 헌법에 위반된다는 사정은 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수 없으므로, 법률이 헌법에 위반되는지 여부를 심사할 권한이 없는 공무원로서는 그 법률을 적용할 수밖에 없는 것이고, 따라서 **법률에 근거한 행정처분이 사후에 그 처분의 근거가 되는 법률에 대한 헌법재판소의 위헌결정으로 결과적으로 위법하게 집행된 처분이 될지라도, 이에 이르는 과정에 있어서 공무원의 고의·과실을 인정할 수는 없다** 할 것이다(헌재 2008.4.24, 2006헌버72 ; 헌재 2009.11.24, 2009헌버318 등).

[정답] ③

문 7. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」과 관련한 설명으로 옳지 않은 것은? 2012년 국가직 7급

[★★★ 난이도]

- ① 행정청이 아닌 자가 광역도시·군계획 및 도시·군계획의 수립과 도시·군계획시설사업을 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 타인 소유의 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 도시계획입안을 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.

해설  출제 영역 및 유형 : 도시계획, 법령+판례

- ① [O] : **광역도시계획 및 도시·군계획의 수립과 도시·군계획시설사업에 관한 비용**은 이 법 또는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 국가가 하는 경우에는 국가예산에서, 지방자치단체가 하는 경우에는 해당 지방자치단체가, **행정청이 아닌 자가 하는 경우에는 그 자가 부담함을 원칙으로 한다**(제101조).
- ② [O] : 구 「도시계획법」 제29조 제1항, 제30조 제1항, 제2항, 구 「토지수용법」 제16조, 제17조의 규정들을 종합하면, **도시계획사업의 시행자**는 그 사업의 실시계획인가 고시로 인하여 수용사업 시행권한이 부여되어 일정한 절차를 거칠 것을 조건으로 일정한 내용의 수용권을 설정받는 것일 뿐이고, **늦어도 고시된 도시계획사업의 실시계획인가에서 정한 사업시행기간 내에 사법상의 계약에 의하여 도시계획사업에 필요한 타인 소유의 토지를 양수하거나 수용재결의 신청을 하여야 하며 그 사업시행기간 내에 이와 같은 취득절차가 선행되지 아니하면 그 도시계획사업의 실시계획인가는 실효된다**(대판 2000.8.18, 2000다6506).
- ③ [O] : 구 「도시계획법」은 도시계획의 수립 및 집행에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 공공의 안녕질서를 보장하고 공공복리를 증진하며 주민의 삶의 질을 향상하게 함을 목적으로 하면서도 도시계획시설결정으로 인한 개인의 재산권행사의 제한을 줄이기 위하여, 도시계획시설부지의 매수청구권, 도시계획시설결정의 실효에 관한 규정과 아울러 도시계획 입안권자인 특별시장·광역시장·시장 또는 군수로 하여금 5년마다 관할 도시계획구역 안의 도시계획에 대하여 그 타당성 여부를 전반적으로 재검토하여 정비하여야 할 의무를 지우고, 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 주민**으로서 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 [X] : **도시·군계획시설에 대한 도시·군관리계획의 결정**(이하 “도시·군계획시설결정”이라 한다)의 **고시일부터 10년 이내에 그 도시·군계획시설의 설치에 관한 도시·군계획시설사업이 시행되지 아니하는 경우**(제88조에 따른 실시계획의 인가나 그에 상당하는 절차가 진행된 경우는 제외한다) 그 도시·군계획시설의 부지로 되어 있는 토지 중 지목(地目)이 대(垓)인 토지(그 토지에 있는 건축물 및 정착물을 포함한다)의 소유자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수에게 그 토지의 매수를 청구할 수 있다. 다만, i) 이 법에 따라 해당 도시·군계획시설사업의 시행자가 정하여진 경우에는 그 시행자, ii) 이 법 또는 다른 법률에 따라 도시·군계획시설을 설치하거나 관리하여야 할 의무가 있는 자가 있으면 그 의무가 있는 자(이 경우 도시·군계획시설을 설치하거나 관리하여야 할 의무가 있는 자가 서로 다른 경우에는 설치하여야 할 의무가 있는 자에게 매수 청구하여야 한다)의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그에 해당하는 자(특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수를 포함한다. 이하 “매수의무자”라 한다)에게 그 토지의 매수를 청구할 수 있다(제47조 제1항).

[정답] ④

문 8. 지방자치단체의 사무에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? 2012년 국가직 7급 [★★ 난이도]

- 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 판례는 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.

해설 출제 영역 및 유형 : 지자체의 사무, 법령+판례

- ① [O] : 「지방자치법」 제41조 제1항.
- ② [O] : 「지방자치법」 제10조 제3항.
- ③ [O] : 「지방자치법」 제169조 제1항 전문은 “지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해친다고 인정되면 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 시정할 것을 명하고, 그 기간에 이행하지 아니하면 이를 취소하거나 정지할 수 있다”고 규정하고 있고, 같은 항 후문은 “이 경우 자치사무에 관한 명령이나 처분에 대하여는 법령을 위반하는 것에 한한다”고 규정하고 있는바, 「지방자치법」 제169조 제1항 전문 및 후문에서 규정하고 있는 ‘지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되는 경우’라 함은 명령이나 처분이 현저히 부당하여 공익을 해하는 경우, 즉 합목적성을 현저히 결하는 경우와 대비되는 개념으로, 시·군·구의 장의 사무의 집행이 명시적인 법령의 규정을 구체적으로 위반한 경우뿐만 아니라 그러한 사무의 집행이 재량권을 일탈·남용하여 위법하게 되는 경우를 포함한다고 할 것이므로, 시·군·구의 장의 자치사무의 일종인 당해 지방자치단체 소속 공무원에 대한 승진처분이 재량권을 일탈·남용하여 위법하게 된 경우 시·도지사는 「지방자치법」 제169조 제1항 후문에 따라 그에 대한 시정명령이나 취소 또는 정지를 할 수 있다(대판 전합 2007.3.22, 2005추62).
- ④ [X] : 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 사항을 명령할 수 있다(지방자치법 제170조 제1항). 여기서 직무이행명령의 대상이 되는 사무는 “위임사무”이므로 자치사무는 제외되고, 또 위임사무 중에서도 단체위임사무를 제외한 기관위임사무만을 의미한다.

[정답] ④

9. 행정행위의 부관에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2012

년 국가직 7급 [★★★ 난이도]

- 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 형식으로도 행정처분의 상대방에게 부과할 수 없다.
- ④ 행정처분에 붙인 부담인 부관이 무효가 되면 그 부담의 이행으로 인한 사법상 법률행위도 당연히 무효가 된다.

해설 출제 영역 및 유형 : 부관, 이론+판례

- ① [O] : 행정처분에 이미 부담이 부가되어 있는 상태에서 그 의무의 범위 또는 내용 등을 변경하는 부관의 사후변경은, 법률에 명문의

규정이 있거나 그 변경이 미리 유보되어 있는 경우 또는 상대방의 동의가 있는 경우에 한하여 허용되는 것이 원칙이지만, 사정변경으로 인하여 당초에 부담을 부기한 목적을 달성할 수 없게 된 경우에도 그 목적달성에 필요한 범위 내에서 예외적으로 허용된다(대판 1997.5.30, 97누2627).

② [O] : 부권이단 행정행위의 효과를 제한 또는 보충하기 위하여 행정기관이 주된 행정행위에 부가하는 종된 규율을 말한다. 따라서 **부관은 행정행위의 내용을 이루는 것이므로 외부에 표시되어야 한다.**

③ [O] : 공무원이 인·허가 등 수익적 행정처분을 하면서 상대방에게 그 처분과 관련하여 이른바 부관으로서 부담을 붙일 수 있다 하더라도, 그러한 부담은 법치주의와 사유재산 존중, 조세법률주의 등 헌법의 기본원리에 비추어 비례의 원칙이나 부당결부금지의 원칙에 위배되지 않아야만 적법한 것인바, 행정처분과 부관 사이에 실제적 관련성이 있다고 볼 수 없는 경우 공무원이 위와 같은 공법상의 제한을 회피할 목적으로 행정처분의 상대방과 사이에 사법상 계약을 체결하는 형식을 취하였다면 이는 법치행정의 원리에 반하는 것으로서 위법하다고 보지 않을 수 없다(대판 2010.1.28, 2007도9331 ; 대판 2009.12.10, 2007다63966).

④ [X] : **행정처분에 붙인 부담인 부관이 무효가 되었다고 하여 그 부담의 이행으로 한 사법상 법률행위도 당연히 무효가 되는 것은 아니다.** 즉 행정처분에 부담인 부관을 붙인 경우 부관의 무효화에 의하여 본체인 행정처분 자체의 효력에도 영향이 있게 될 수는 있지만, 그 처분을 받은 사람이 부담의 이행으로 사법상 매매 등의 법률행위를 한 경우에는 그 부관은 특별한 사정이 없는 한 법률행위를 하게 된 동기 내지 연유로 작용하였을 뿐이므로 이는 법률행위의 취소사유가 될 수 있음은 별론으로 하고 그 법률행위 자체를 당연히 무효화하는 것은 아니다(대판 2009.6.25, 2006다18174).

[정답] ④

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

2012년 국가직 7급 [★★ 난이도]

- 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.

해설  출제 영역 및 유형 : 조세부과에 대한 권리구제, 법령

① [O] : **이의신청**은 대통령령으로 정하는 바에 따라 불복의 사유를 갖추어 해당 처분을 하였거나 하였어야 할 세무서장에게 하거나 세무서장을 거쳐 관할 지방국세청장에게 하여야 한다. 다만, i) **지방국세청장의 조사에 따라 과세처분을 한 경우**, ii) 같은 지방국세청장의 관할에 속하는 경우로서 조사한 세무서장과 과세한 세무서장이 서로 다른 경우, iii) 세무서장에게 과세전적부심사를 청구한 경우에는 관할 지방국세청장에게 하여야 하며, 세무서장에게 한 이의신청은 관할 지방국세청장에게 한 것으로 본다(국세기본법 제66조 제1항).

② [O] : 「국세기본법」 제66조 제2항.

③ [O] : 「국세기본법」 제69조 제1항.

④ [X] : **조세심판관회의**는 담당 조세심판관 3분의 2 이상의 출석으로 개의하고, 출석조세심판관 과반수의 찬성으로 의결한다(국세기본법 제72조 제3항).

[정답] ④

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

2012년 국가직 7급 [★★★ 난이도]

도]

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

해설 출제 영역 및 유형 : 주민의 권리·행정재산·일반재산 등, 법령+판례

- ① [O] : 공유재산의 관리청이 하는 **행정재산의 사용·수익에 대한 허가**는 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 행위가 아니라 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분으로서 특정인에게 행정재산을 사용할 수 있는 권리를 설정하여 주는 강학상 특허에 해당한다(대판 1998.2.27, 97누1105 등).
- ② [X] : 특별시장·광역시장 또는 도지사로부터 공유재산 관리의 권한을 위임받은 시장·군수 또는 구청장이 공유재산인 일반재산(잡종재산)을 대부하는 행위는 지방자치단체가 사경제 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 행하는 사법상의 계약이다(대판 2010.11.11, 2010다59646).
- ③ [O] : 「지방자치법」 제13조 제1항.
- ④ [O] : 「지방자치법」 제13조 제1항은 주민이 지방자치단체로부터 행정적 혜택을 균등하게 받을 수 있다는 권리를 추상적이고 선언적으로 규정한 것으로서, 위 규정에 의하여 주민이 지방자치단체에 대하여 구체적이고 특정한 권리가 발생하는 것이 아닐 뿐만 아니라, 지방자치단체가 주민에 대하여 균등한 행정적 혜택을 부여할 구체적인 법적 의무가 발생하는 것도 아니다(대판 2008.6.12, 2007후42).

[정답] ②

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

2012년 국가직 7급 [★★ 난이도]

- 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.

해설 출제 영역 및 유형 : 정보공개, 법령+판례

- ① [X] : 청구인이 정보공개와 관련한 공공기관의 결정에 대하여 불복이 있는 때에는 「행정소송법」이 정하는 바에 따라 행정소송을 제기할 수 있다(같은 법 제20조 제1항). 그런데 이의신청(같은 법 제18조)과 행정심판(같은 법 제19조)은 입의적 불복절차이므로, 이들을 거치지 않고 직접 행정소송을 제기할 수도 있다.
- ② [O] : 정보공개의무기관을 정하는 것은 입법자의 입법형성권에 속하고, 이에 따라 입법자는 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제2조 제3호에서 정보공개의무기관을 공공기관으로 정하였는데, 공공기관은 국가기관에 한정되는 것이 아니라 지방자치단체, 정부투자기관, 그 밖에 공동체 전체의 이익에 중요한 역할이나 기능을 수행하는 기관도 포함되는 것으로 해석되고, 여기에 정보공개 의 목적, 교육의 공공성 및 공·사립학교의 동질성, 사립대학교에 대한 국가의 재정지원 및 보조 등 여러 사정을 고려해 보면,

사립대학교에 대한 국비 지원이 한정적·일시적·국부적이라는 점을 고려하더라도, 「같은 법 시행령」 제2조 제1호가 정보 공개의무를 지는 공공기관의 하나로 사립대학교를 들고 있는 것이 모법인 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」의 위임범위를 벗어났거나 사립대학교가 국비의 지원을 받는 범위 내에서만 공공기관의 성격을 가진다고 볼 수 없다. 따라서 사립대학교(계명대)에 정보공개를 청구하였다가 거부되면 사립대학교 총장을 피고로 하여 취소소송을 제기할 수 있다(대판 2006.8.24, 2004두2783).

- ③ [O] : 청구인은 이의신청절차를 거치지 아니하고 행정심판을 청구할 수 있다(공공기관의 정보공개에 관한 법률 제19조 제2항).
- ④ [O] : 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로 청구인이 공공기관에 대하여 정보공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다고 할 것이고, 거부처분을 받은 것 이외에 추가로 어떤 법률상의 이익을 가질 것을 요구하는 것은 아니다(대판 2004.9.23, 2003두1370).

[정답] ①

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

2012

년 국가직 7급 [★★ 난이도]

- 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.

해설  출제 영역 및 유형 : 비례원칙, 이론+판례

- ① [O] : 헌법재판소는 임신 전기간에 걸쳐 태아성별의 고지금지에 관한 구 「의료법」 제19조 제2항(현재 2008.7.31, 2004헌마1010), 선거운동과정에서 물품·음식물 등을 제공받은 경우 과태료 50배를 규정한 구 「공직선거법」 제261조 제5항 제1호(현재 2009.3.26, 2007헌가22) 등에서 비례원칙을 위헌법률심사의 기준으로 삼고 있다.
- ② [X] : 행정지도는 그 목적달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니된다(행정절차법 제48조 제1항).
- ③ [O] : 수익적 행정행위의 취소·철회는 국민에게 침익적이므로 비례원칙이 적용될 수 있다. 다만 침익적 행정행위의 취소·철회는 수익적이므로 비례원칙이 적용될 여지가 적다.
- ④ [O] : 행정주체가 택지개발 예정지구 지정처분과 같은 행정계획을 입안·결정하는 데에는 비록 광범위한 계획재량을 갖고 있지만 행정계획에 관련된 자들의 이익을 공익과 사익 사이에서는 물론, 공익 상호간과 사익 상호간에도 정당하게 비교·교량하여야 하고 그 비교·교량은 비례의 원칙에 적합하도록 하여야 하는 것이므로, 만약 이익형량을 전혀 하지 아니하였거나 이익형량의 고려대상에 포함시켜야 할 중요한 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하기는 하였으나 그것이 비례의 원칙에 어긋나게 된 경우에는 그 행정계획은 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이다(대판 1997.9.26, 96누10096 ; 대판 2012.1.12, 2010두5806 등). 즉 비례원칙은 행정계획과 관련하여 계획재량을 제한하는 형량명령이론으로 발전하였다.

[정답] ②

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

2012

년 국가직 7급 [★★★ 난이도]

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

해설  출제 영역 및 유형 : 처분성, 판례

- ① [X] : 이른바 고발은 수사의 단서에 불과할 뿐 그 자체 국민의 권리의무에 어떤 영향을 미치는 것이 아니고, 특히 「독점규제 및

공정거래에 관한 법률 제71조는 공정거래위원회의 고발을 위 법률위반자의 소추요건으로 규정하고 있어 공정거래위원회의 고발조치는 사직 당국에 대하여 형벌권 행사를 요구하는 행정기관 상호간의 행위에 불과하여 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 할 수 없으며, 더욱이 공정거래위원회의 고발의결은 행정청 내부의 의사결정에 불과할 뿐 최종적인 처분은 아닌 것이므로 이 역시 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 되지 못한다(대판 1995.5.12, 94누13794).

- ② [O] : 국유재산의 관리청이 그 무단점유자에 대하여 하는 **변상금부과처분**은 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 법률행위라 할 수 없고, 이는 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행한 것으로서 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 보아야 한다(대판 1988.2.23, 87누1046·1047 ; 대판 1992.4.14, 91다42197). 따라서 「국유재산법」 제72조 제1항에 의한 변상금부과처분을 근거로 한 변상금의 청구를 민사소송의 방법에 의할 수는 없다(대판 2000.11.24, 2000다28568).
- ③ [O] : 지방의회를 대표하고 의사를 정리하며 회의장 내의 질서를 유지하고 회의의 사무를 감독하며 위원회에 출석하여 발언할 수 있는 등의 직무권한을 가지는 **지방의회 의장에 대한 불신임의결**은 의장으로서의 권한을 박탈하는 행정처분의 일종으로서 항고소송의 대상이 된다(대결 1994.10.11, 94두23).
- ④ [O] : **국가나 지방자치단체에 근무하는 청원경찰**은 「국가공무원법」이나 「지방공무원법」상의 공무원은 아니지만, 다른 청원경찰과는 달리 그 임용권자가 행정기관의 장이고, 국가나 지방자치단체로부터 보수를 받으며, 「산업재해보상보험법」이나 「근로기준법」이 아닌 「공무원연금법」에 따른 재해보상과 퇴직급여를 지급받고, 직무상의 불법행위에 대하여도 「민법」이 아닌 「국가배상법」이 적용되는 등의 특질이 있으며 그 외 임용자격·직무·복무의무 내용 등을 종합하여 볼 때, 그 근무관계를 사법상의 고용계약관계로 보기는 어려우므로 그에 대한 **징계처분의 시정**을 구하는 소는 행정소송의 대상이지 민사소송의 대상이 아니다(대판 1993.7.13, 92다47564).

[정답] ①

문 15. 과징금에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? 2012년 국가직 7급 [★★★ 난이도]

- 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 부과받은 자가 사망한 경우 그 상속인에게 포괄승계된다.

해설  출제 영역 및 유형 : 과징금, 이론+판례

- ① [O] : 과징금의 부과에는 반드시 법적 근거를 필요로 한다. 그런데 현재 과징금에 관한 일반법은 없고, 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」·「대기환경보전법」·「여객자동차운수사업법」·「도시가스사업법」 등 개별법에 규정되어 있다. 다만 과징금을 처음으로 규정한 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」이 대표적인 법률이다.
- ② [X] : 자동차운수사업면허조건 등을 위반한 사업자에 대하여 행정청이 행정제재수단으로 사업정지를 명할 것인지, 과징금을 부과할 것인지, 과징금을 부과기로 한다면 그 금액은 얼마로 할 것인지에 관하여 재량권이 부여되었다 할 것이므로, 과징금부과처분이 법이 정한 한도액을 초과하여 위법할 경우 법원으로서도 그 전부를 취소할 수밖에 없고, 그 한도액을 초과한 부분이나 법원이 적정하다고 인정되는 부분을 초과한 부분만을 취소할 수 없다(대판 1998.4.10, 98두2270 ; 대판 2010.7.15, 2010두7031).
- ③ [O] : 행정권에는 행정목적 실현을 위하여 행정법규 위반자에 대한 제재의 권한도 포함되어 있으므로, ‘제재를 통한 억지’는 행정규제의 본원적 기능이라 볼 수 있는 것이고, 따라서 어떤 행정제재의 기능이 오로지 제재(및 이에 결부된 억지)에 있다고 하여 이를 헌법 제13조 제1항에서 말하는 국가형벌권의 행사로서의 ‘처벌’에 해당한다고 할 수 없으나, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제24조의2에 의한 부당내부거래에 대한 과징금은 그 취지와 기능, 부과와 절차 등을 종합할 때 부당내부거래 억지라는 행정목적 실현을 위하여 그 위반행위에 대하여 제재를 가하는 행정상의 제재금으로서의 기본적 성격에 부당이득환수적 요소도 부가되어 있는 것이라 할 것이고, 이를 두고 헌법 제13조 제1항에서 금지하는 국가형벌권 행사로서의 ‘처벌’에 해당한다고 할 수 없으므로, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에서 형사처벌(2년 이하의 징역 또는 1억 5천만원 이하의 벌금)과 아울러 과징금의 병과를 예정하고 있더라도 이중처벌금지원칙에 위반된다고 볼 수 없다(헌재 2003.7.24, 2001헌가25).
- ④ [O] : 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 제5조에 의하여 부과된 과징금채무는 대체적 급부가 가능한 의무이므로 위 과징

금을 부과받은 자가 사망한 경우 그 상속인에게 포괄승계된다(대판 1999.5.14, 99두35).

[정답 ②]

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

2012년 국가직 7급

[★★ 난이도]

- 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 집행이 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.

해설  출제 영역 및 유형 : 과태료, 법령

- ① [X] : 고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다(제7조).
- ② [O] : 제12조 제2항.
- ③ [X] : 과태료처분에 대한 불복으로 이의제기를 하고(제20조 제1항), 이의제기가 있으면 과태료부과처분은 효력을 상실하며(제20조 제2항), 이의제기를 받은 행정청의 통보에 의해 과태료재판을 받게 되므로(제21조·제36조), 과태료부과처분에 대한 행정소송은 허용되지 않는다. 종래의 판례도 과태료처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다고 판시한 바 있다(대판 1995.7.28, 95누2623).
- ④ [X] : 행정청은 당사자가 제16조에 따른 의견제출 기한 이내에 과태료를 자진하여 납부하고자 하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 과태료를 감경할 수 있다(제18조 제1항). 그리고 법원은 검사의 청구에 따라 결정으로 30일의 범위 이내에서 과태료의 납부가 있을 때까지 i) 과태료를 3회 이상 체납하고 있고, 체납발생일부터 각 1년이 경과하였으며, 체납금액의 합계가 1천만원 이상인 체납자 중 대통령령으로 정하는 횟수와 금액 이상을 체납한 경우, ii) 과태료 납부능력이 있음에도 불구하고 정당한 사유 없이 체납한 경우에 모두 해당하는 경우 체납자를 감치에 처할 수 있다(제54조). 즉 법원은 고액·상습체납자에 대한 제재로서 감치에 처할 수는 있으나 강제노역에 처할 수는 없다.

[정답 ②]

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

2012

년 국가직 7급 [★★★ 난이도]

- 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 보상 없이 이를 감수하도록 하고 있는 한, 헌법에 위반된다.
- ④ 손실보상은 금전(현금)보상을 원칙으로 하고 채권보상은 인정되지 않는다.

해설  출제 영역 및 유형 : 손실보상, 법령+판례

- ① [O] : 공공필요(공용침해의 목적)에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한(공용침해의 유형) 및 그에 대한 보상은 법률(공용침해법정주의 내지 보상법정주의)로써 하되, 정당한 보상(보상의 기준)을 지급하여야 한다(헌법 제23조 제3항). 따라서 개별적인 보상청구권의 근거는 법률에 따르고, 또 구체적인 보상의 기준과 방법도 법률에 유보하고 있다.
- ② [X] : 「하천구역 편입토지 보상에 관한 특별조치법」에서는 제2조 각 호에 해당하는 경우 중 법률 제3782호 하천법 중 개정법률 부칙 제2조의 규정에 의한 소멸시효의 만료 등으로 보상청구권이 소멸되어 보상을 받지 못한 토지에 대하여 시·도지사가 그 손실

을 보상하도록 규정하고 있는바, 위 **손실보상청구권의 법적 성질**은 공법상의 권리임이 분명하므로 그에 관한 쟁송은 민사소송이 아닌 행정소송절차에 의하여야 할 것이고, 위 손실보상청구권은 위 특조법 제2조 소정의 토지가 하천구역으로 된 경우에 당연히 발생하는 것이지, 관리청의 보상금지급결정에 의하여 비로소 발생하는 것이 아니므로, 위 **손실보상금의 지급을 구하거나 손실보상청구권의 확인을 구하는 소송**은 「행정소송법」 제3조 제2호 소정의 당사자소송에 의하여야 할 것이다 (대판 2006.11.9, 2006다23503 ; 대판 전합 2006.5.18, 2004다6207).

- ③ [X] : **개발제한구역의 지정**으로 인한 개발가능성의 소멸과 그에 따른 지가의 하락이나 자가상승물의 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 자가상승의 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. 따라서 구 「도시계획법」 제21조에 의한 재산권의 제한은 개발제한구역으로 지정된 토지를 원칙적으로 지정 당시의 지목과 토지현황에 의한 이용방법에 따라 사용할 수 있는 한, 재산권에 내재하는 사회적 제약을 비례의 원칙에 합치하게 합헌적으로 구체화한 것이라고 할 것이나, 종래의 지목과 토지현황에 의한 이용방법에 따른 토지의 사용도 할 수 없거나 실질적으로 사용·수익을 전혀 할 수 없는 예외적인 경우에도 아무런 보상 없이 이를 감수하도록 하고 있는 한, 비례의 원칙에 위반되어 당해 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다(헌재 1998.12.24, 89헌마214 ; 대판 1996.6.28, 94다54511).
- ④ [X] : 손실보상은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 금전(현금)으로 지급함이 원칙이나, 그 밖에도 **채권보상·현물보상(대토보상)** 등이 인정되고 있다(공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제63조).

[정답] ①

문 18. 다음 중 「행정절차법」상 사전통지 및 의견제출기회 제공의 대상이 되는 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2012년 국가직 7급 [★★★ 난이도]

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

- ① ㄱ, ㄴ
- ② ㄱ, ㄷ
- ③ ㄴ, ㄹ
- ④ ㄷ, ㄹ

해설 출제 영역 및 유형 : 사전통지와 의견제출의 대상 여부, 판례

ㄱ. [X] : A는 인천대학교 교수가었는데, 논문의 위조·표절로 재임용이 거부되었다. A의 임용신청에 대한 거부처분은 사전통지의 대상이 되지 않는다. 즉 「행정절차법」 제21조 제1항은 행정청은 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 처분의 제목, 당사자의 성명 또는 명칭과 주소, 처분하고자 하는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거, 그에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법, 의견제출기관의 명칭과 주소, 의견제출기한 등을 당사자 등에게 통지하도록 하고 있는바, 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 거부처분**을 여기에서 말하는 ‘당사자의 권익을 제한하는 처분’에 해당한다고 할 수 없는 것이어서 처분의 사전통지대상이 된다고 할 수 없다(대판 2003.11.28, 2003두674).

ㄴ. [O] : 행정청이 침해적 행정처분을 하면서 당사자에게 「행정절차법」상의 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. 행정과정에 대한 국민의 참여와 행정의 공정성, 투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호함을 목적으로 하는 「행정절차법」의 입법목적과 「행정절차법」 제3조 제2항 제9호의 규정 내용 등에 비추어 보면, 공무원 인사관계 법령에 의한 처분에 관한 사항 전부에 대하여 「행정절차법」의 적용이 배제되는 것이 아니라 성질상 행정절차를 거치지 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분이나 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하고 있는 처분의 경우에만 「행정절차법」의 적용이 배제된다. 따라서 **군인사법령에 의하여 진급예정자명단에 포함된 자**에 대하여, 군납업자로부터의 금품수수 등에 기하여 기소유예처분 및 감봉

3월의 징계처분을 받았다는 이유로 의견제출의 기회를 부여하지 아니한 채 진급선발을 취소하는 처분을 한 것은 절차상 하자가 있어 위법하다고 할 것이다(대판 2007.9.21, 2006두20631).

- ㄷ. [O] : 「행정절차법」 제21조 제1항·제4항, 제22조 제1항 내지 제4항에 의하면, 행정청이 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 처분하고자 하는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거, 이에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법 등의 사항을 당사자 등에게 통지하여야 하고, 다른 법령 등에서 필요적으로 청문을 실시하거나 공청회를 개최하도록 규정하고 있지 아니한 경우에도 당사자 등에게 의견제출의 기회를 주어야 하되, 당해 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우 등에는 처분의 사전통지나 의견청취를 하지 아니할 수 있도록 규정하고 있으므로, 행정청이 잠재적 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. 따라서 행정청이 **온천지구임을 근거하여 지하수 개발·이용신고를 수리하였다가 「행정절차법」상의 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 주지 아니한 채 그 신고수리처분을 취소하고 원상복구명령의 처분을 한 경우**, 행정지도방식에 의한 사전고지나 그에 따른 당사자의 자진 폐공의 약속 등의 사유만으로는 사전통지 등을 하지 않아도 되는 「행정절차법」 소정의 예외의 경우에 해당한다고 볼 수 없으므로 그 처분은 위법하다(대판 2000.11.14, 99두5870).
- ㄹ. [X] : 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).

[정답] ③

문 19. 국가배상과 관련한 판례의 태도로 옳지 않은 것은?

2012년 국가직 7급 [★☆☆ 난이도]

- 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.

해설  출제 영역 및 유형 : 공무원의 직무상 의무, 판례

① [X] : 구 「도시계획법」, 구 「도시계획법 시행령」, 「토지의 형질변경 등 행위 허가기준 등에 관한 규칙」 등의 관련 규정의 취지를 종합하여 보면, 시장 등은 **토지형질변경허가를 함에 있어** 허가지의 인근 지역에 토사붕괴나 낙석 등으로 인한 피해가 발생하지 않도록 허가를 받은 자에게 **옹벽이나 방책을 설치하게 하거나 그가 이를 이행하지 아니할 때에는 스스로 필요한 조치를 취하는 직무상 의무를 진다**고 해석되고, 이러한 의무의 내용은 단순히 공공 일반의 이익을 위한 것이 아니라 전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것이라 할 것이므로, 지방자치단체의 공무원이 그와 같은 위험관리 의무를 다하지 아니한 경우 그 의무위반이 직무에 충실한 보통 일반의 공무원을 표준으로 할 때 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이른 경우에는 「국가배상법」 제2조에서 말하는 위법의 요건을 충족하였다고 봄이 상당하고, **허가를 받은 자가 위 규칙에 기하여 부기된 허가조건을 위반한 경우 시장 등이 공사중지를 명하거나 허가를 취소할 수 있는 등 형식상 허가권자에게 재량에 의한 직무수행권한을 부여한 것처럼 되어 있더라도 시장 등에게 그러한 권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 구체적인 사정에 따라 시장 등이 그 권한을 행사하여 필요한 조치를 취하지 아니하는 것이 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우에는 그러한 권한의 불행사는 직무상의 의무를 위반하는 것이 되어 위법하게 된다.** 따라서 **토석채취공사 도중 경사지를 굴러 내린 암석이 가스 저장시설을 충격하여 화재가 발생한 사안**에서, **토지형질변경허가권자에게 허가 당시 사업자로 하여금 위해방지시설을 설치하게 할 의무를 다하지 아니한 위법과 작업 도중 구체적인 위험이 발생하였음에도 작업을 중지시키는 등의 사고예방조치를 취하지 아니한 위법이 있다고 하였다**(대판 2001.3.9, 99다64278).

- ② [O] : 인감증명은 인감 자체의 동일성을 증명함과 동시에 거래행위자의 동일성과 거래행위가 행위자의 의사에 의한 것임을 확인하는 자료로서 일반인의 거래상 극히 중요한 기능을 갖고 있는 것이므로, **인감증명사무를 처리하는 공무원**으로서 그것이 타인과의 권리·의무에 관계되는 일에 사용되는 것을 예상하여 그 발급된 인감증명으로 인한 부정행위의 발생을 방지할 직무상의 의무가 있다(대판 1996.5.10, 95다34477 ; 대판 2004.3.26, 2003다54490).
- ③ [O] : 「주민등록법」 관계 법령이 본적지와 다른 주민등록지에서 주민의 성명 등과 같은 중요한 기본적 신분사항을 신규등록하거나 이를 사후적으로 변경할 경우에 주민등록지의 관할관청에게 본적지의 관할관청에 대한 통보의무 및 본적지의 관할관청에게 그 등록사항에 관한 확인대조의무와 상이한 사항에 관한 통보의무를 각기 부과하는 한편 그 사무처리과정에 있어서 관련 장부의 비치와 기재, 관계공무원의 날인 등과 같은 사무처리방식을 엄격하게 규율하고 있는 취지는, 사람의 신분사항을 기재한 기초적인 공부로서 그 기재 내용이 진실에 부합되는 것으로 추정을 받고 있는 호적부의 기재사항을 중심으로 주민등록의 신분사항을 일치시키고 만일 그 주민등록에 있어서의 신분사항이 불법적으로 변조 또는 위조되는 사태가 발생하게 되면 그것을 기초로 하여 발급된 허위내용의 주민등록등·초본, 인감증명서나 주민등록증이 부정사용됨으로써 국민 개개인이 신분상·재산상의 권리에 관하여 회복할 수 없는 손해를 입게 될 개연성이 높을 것이기 때문에 그와 같은 사태의 발생을 예방하기 위하여 각 관할관청에게 그러한 통보, 대조의무 등을 부과하고 그 사무처리과정에서의 책임소재를 명확하게 하고자 함에 있다고 할 것이므로 **주민등록사무를 담당하는 공무원**으로서 만일 개명과 같은 사유로 주민등록상의 성명을 정정한 경우에는 위에서 본 비와 같은 법령의 규정에 따라 반드시 본적지의 관할관청에 대하여 그 변경사항을 통보하여 본적지의 호적관서로 하여금 그 정정사항의 진위를 재확인할 수 있도록 할 직무상의 의무가 있다고 할 것이고, 이러한 직무상 의무는 단순히 공공 일반의 이익을 위한 것이거나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이 아니고 전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것이다. 따라서 주민등록사무를 담당하는 공무원이 개명으로 인한 주민등록상 성명정정을 본적지 관할관청에 통보하지 아니한 직무상 의무위배행위와 **甲과 같은 이름으로 개명**하기를 받은 **乙**이 호적등본을 위조하여 주민등록상 성명을 위법하게 정정한 **乙**이 **甲**의 부동산에 관하여 불법적으로 근저당권설정등기를 경료함으로써 **甲**이 입은 손해 사이에는 상당인과관계가 있다고 할 것이다(대판 2003.4.25, 2001다59842).
- ④ [O] : 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. 즉 상수원수의 수질을 환경기준에 따라 유지하도록 규정하고 있는 관련 법령의 취지·목적·내용과 그 법령에 따라 국가 또는 지방자치단체가 부담하는 의무의 성질 등을 고려할 때, 국가 등에게 일정한 기준에 따라 상수원수의 수질을 유지하여야 할 의무를 부과하고 있는 법령의 규정은 국민에게 양질의 수돗물이 공급되게 함으로써 국민 일반의 건강을 보호하여 공공 일반의 전체적인 이익을 도모하기 위한 것이지, 국민 개개인의 안전과 이익을 직접적으로 보호하기 위한 규정이 아니므로, 국민에게 공급된 수돗물의 상수원수의 수질이 수질기준에 미달한 경우가 있고, 이로 말미암아 국민이 법령에 정하여진 수질기준에 미달한 상수원수로 생산된 수돗물을 마시으로써 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 수돗물을 생산·공급하였다고 하더라도, 그렇게 공급된 수돗물이 음용수 기준에 적합하고 몸에 해로운 물질이 포함되어 있지 아니한 이상, 지방자치단체의 위와 같은 수돗물 생산·공급행위가 국민에 대한 불법행위가 되지 아니한다(대판 2001.10.23, 99다36280).

[정답] ①

문 20. 토지행정과 관련한 판례의 태도로 옳지 않은 것은?

2012년 국가직 7급 [★★★ 난이도]

- ① 도시계획사업 시행지역에 포함된 토지의 소유자에게 도시계획사업 실시계획 인가처분에 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 환지에정지 지정이나 환지처분의 근거가 될 뿐 고유한 법률효과를 수반하는 것이 아니어서 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 않는다.

해설  출제 영역 및 유형 : 처분성·소의 이익 등, 판례

- ① [O] : 도시계획사업 시행지역에 포함된 토지의 소유자는 도시계획사업 실시계획의 인가로 인하여 자기의 토지가 수용당하게 되고 또 자기의 토지가 수용되지 않는 경우에도 도시계획사업이 시행되어 도시계획시설이 어떻게 설치되느냐에 따라 토지의 이용관계가 달라질 수 있으므로, 도시계획사업 시행지역에 포함된 토지의 소유자는 도시계획사업 실시계획 인가처분의 효력을 다룰 이익이 있다(대판 1995.12.8, 93누9927).
- ② [O] : 산림형질변경허가는 법령상의 금지 또는 제한지역에 해당하지 않더라도 신청 대상 토지의 현상과 위치 및 주위의 상황 등을 고려하여 국토 및 자연의 유지와 상수원 수질과 같은 환경의 보전 등을 위한 중대한 공익상의 필요가 있을 경우 그 허가를 거부할 수 있으며, 이는 산림형질변경 허가기간을 연장하는 경우에도 마찬가지이다(대판 2000.7.7, 99두66).
- ③ [X] : 구 「토지구획정리사업법」에 의한 환지처분이 일단 공고되어 그 효력을 발생한 이상 환지 전체의 절차를 처음부터 다시 밟지 않는 한 그 일부만을 따로 떼어 환지처분을 변경할 길이 없으므로 그 환지처분 중 일부 토지에 관하여 환지도 지정하지 아니하고 또 정산금도 지급하지 아니한 위법이 있다 하여도 이를 이유로 민법상의 불법행위로 인한 손해배상을 구할 수 있으므로 그 환지확정처분의 일부에 대하여 취소를 구할 법률상 이익은 없다(대판 1985.4.23, 84누446 ; 대판 1990.9.25, 88누2557).
- ④ [O] : 구 「토지구획정리사업법」 제57조제62조 등의 규정상 환지예정지 지정이나 환지처분은 그에 의하여 직접 토지소유자 등의 권리의무가 변동되므로 이를 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 있으나, 환지계획은 위와 같은 환지예정지 지정이나 환지처분의 근거가 될 뿐 그 자체가 직접 토지소유자 등의 법률상의 지위를 변동시키거나 또는 환지예정지 지정이나 환지처분과는 다른 고유한 법률효과를 수반하는 것이 아니어서 이를 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 할 수가 없다(대판 1999.8.20, 97누6889).

[정답] ③