

2018년도 지방교행직 ㉠형

행정법 총론

[1-20] 다음 문항을 읽고 답하십시오. (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

1. 법치행정에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 지방의회의원에 대하여 유급보좌인력을 두는 것은 지방의회의 조례로 규정할 사항이다.
- ② 법률유보의 원칙은 행정권의 발동에 있어서 조직 규범 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 [×] 갑 광역시의회가 '상임(특별)위원회 행정업무보조 기간제근로자 42명에 대한 보수 예산안'을 포함한 2012년도 광역시 예산안을 재의결하여 확정된 사안에서, 위 근로자의 담당 업무, 채용규모 등을 종합해 보면, 지방의회에서 위 근로자를 두어 의정활동을 지원하는 것은 실질적으로 유급보좌인력을 두는 것과 마찬가지로 개별 지방의회에서 정할 사항이 아니라 국회의 법률로 규정하여야 할 입법사항에 해당한다. (대판 2013. 1. 16. 2012추84)
- ② [○] 법률유보의 원칙은 행정이 법률의 수권(근거)에 의하여 행해져야 한다는 것을 말한다. (법률유보는 행정조직이 아닌 행정작용에 관한 것이다.)
- ③ [○] 법률우위의 원칙이란 법은 행정에 우월한 것이며 행정이 법에 위반하여서는 안 된다는 원칙이다. 이 원칙은 행정의 모든 영역에 적용된다. 법률적 행위와 사실적 행위, 공법적 행위와 사법적 행위, 수익적 행위와 부담적 행위 등을 불문한다.
- ④ [○] 법률우위의 원칙이란 행정은 법률에 위반되어서는 안 된다는 원칙을 말한다. 제2차세계대전 후 현대의 실질적 법치국가에서는 합헌적 법률의 우위원칙을 말한다.

정답 ①

2. 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 [O] 처분적 법률이란 일반적 · 추상적 법률과는 달리 개별적 · 구체적 사항을 규율하는 법률을 말한다. 처분적 ‘법률’은 형식적 의미의 법률에 해당한다.
- ② [X] 성문법과 대비하여 개폐적 효력설과 보충적 효력설이 대립하고 있으나 현재 보충적 효력설이 통설과 판례의 입장이다.
- [판례]** 가족의례준칙 제13조의 규정과 배치되는 관습법의 효력을 인정하는 것은 관습법의 제정법에 대한 열후적, 보충적 성격에 비추어 민법 제1조의 취지에 어긋나는 것이다. (대판 1983. 6. 14. 80다3231)
- ③ [O] 행정법의 법원에 관한 문제는 행정법이 어떠한 형식의 법규범으로 이루어져 있는가에 대한 것이다. 따라서 외부적 효력이 없는 행정규칙은 법규범이 아니므로 법원성이 부정되나, 예외적으로 법규성을 갖게 되는 경우에는 법원성이 긍정된다.
- ④ [O] 조리란 사회 일반의 정의감에서 마땅히 그러하여야 할 것이라고 인정되는 것을 말한다. 조리는 법의 흠결이 있는 경우 최종적이고 보충적인 법원이 된다(법원은 적용할 법이 없다는 이유로 재판을 거부할 수 없다). 한편 조리를 행정법의 일반원칙을 포함하는 것으로 파악하는 유력한 견해가 있다(반대견해 있음).

정답 ②

3. 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 구분 하는 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]

㉠ [O] 공법관계와 사법관계의 구별에 있어서 당해 법률관계를 규율하는 관련법 규정이 제1차적 기준이 된다. 관련법 규정이 공법관계라는 것을 전제로 하고 있는 경우 그 법률관계는 공법관계이다. (EX. 법령에서 행정상 강제집행을 예정하고 있는 경우 공법관계로 볼 수 있다.) 2차적 기준은 법률관계 (또는 행위)의 성질로 이익설, 구주체설, 신주체설, 복수기준설 등이 대립하고 있다.

㉡ [O] 공법관계와 사법관계 구별의 주된 실익은 적용 법원리의 결정과 소송형식 및 소송절차의 결정에 있다.

	공법관계	사법관계
적용법리	행정법규 및 행정법 고유의 불문법원리	사법규정 및 사법원리
소송형식 · 소송절차	행정소송 행정소송법등에 따른 해결	민사소송 민사소송법에 따른 해결
관할	제1심 : 행정법원(서울), 기타지역 지방법원 합의부 제2심 : 고등법원 제3심 : 대법원	제1심 : 지방법원(단독 또는 합의부) 제2심 : 고등법원 제3심 : 대법원
행정강제	대집행 · 강제징수 등 행정상 강제	민사집행법에 따른 강제집행
손해전보	국가배상 손실보상	민법의 불법행위에 의한 손해배상

㉢ [X] 중학교 의무교육의 위탁관계는 초·중등교육법 제12조 제3항, 제4항 등 관련 법령에 의하여 정해지는 공법적 관계이다. (대판 2015. 1. 29. 2012두7387)

㉣ [X] 행정사법관계란 주로 급부행정의 분야에서 사법적 형식으로 행정목적을 수행하는 활동으로 일정한 공법적 규율을 받는 경우를 의미한다. 철도사업, 시영버스사업, 전기, 가스, 우편사업, 하수도관리사업, 쓰레기처리사업 등 급부행정의 경우 실질적으로 공행정이므로 공법에 의하여 규율되어야 하는 것이 원칙이나 많은 경우 공법의 흠결이 있어 행정주체가 사법상의 행위형식을 이용하게 되는 것이다. 다만, 수도료 부과징수와 이에 따른 수도료의 납부관계는 현행법상 공법상 권리 의무로 규정되어 있다. (즉, 공기업행정 중 전기공급관계는 사법관계(행정사법관계)이나, 수도공급관계는 공법관계이다.) 실질이 공행정 작용이라고 할지라도 민법이 적용되고 분쟁은 민사소송절차에 의한다. 그러나 사법규범이 공법규범(EX. 철도사업법 등)에 의하여 보충되고 수정되는데 특징이 있다(이른바 ‘사법으로의 도피’ 방지).

[판례] 국가 또는 지방자치단체라 할지라도 공권력의 행사가 아니고 단순한 사경제의 주체로 활동하였을 경우에는 그 손해배상책임에 국가배상법이 적용될 수 없고 민법상의 사용자책임 등이 인정되는 것이고 국가의 철도운행사업은 국가가 공권력의 행사로서 하는 것이 아니고 사경제적 작용이라 할 것이므로, 이로 인한 사고에 공무원이 간여하였다고 하더라도 국가배상법을 적용할 것이 아니고 일반 민법의 규정에 따라야 한다. (대판 1999. 6. 22. 99다7008)

정답 ①

4. 공권(公權)에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 대법원은 경업자(競業者)에게는 개인적 공권을 인정 하면서도, 경원자(競願者)에게는 이를 부인하였다.
- ② 무허가재량행사청구권은 수익적 행정행위뿐만 아니라 부담적 행정행위에도 적용될 수 있다.
- ③ 개인적 공권으로서의 경찰권은 주민에 의한 자치 경찰제의 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 [×] 현재 공권을 법적 보호 이익(법률상 보호되는 이익)과 동일한 개념으로 보는 것이 일반적이다. 이에 의하면 법적 보호이익(공권)이 있는 자가 원고적격을 가진다.

행정소송법 제12조(원고적격)
 취소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다. 처분등의 효과가 기간의 경과, 처분등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에는 또한 같다.

[경업자] 선박운항 사업면허 처분에 대하여 기존업자는 행정처분 취소를 구할 법률상 이익이 있다. (대판 1969. 12. 30. 69누106)

[경원자] 행정소송법 제12조는 취소소송은 처분 등의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는 자가 제기할 수 있다고 규정하고 있는바, 인.허가 등의 수익적 행정처분을 신청한 수인이 서로 경쟁관계에 있어서 일방에 대한 허가 등의 처분이 타방에 대한 불허가 등으로 귀결될 수밖에 없는 때(이른바 경원관계에 있는 경우로서 동일대상지역에 대한 공유수면매립면허나 도로점용허가 혹은 일정지역에 있어서의 영업허가 등에 관하여 거리제한규정이나 업소개수제한규정 등이 있는 경우를 그 예로 들 수 있다) 허가 등의 처분을 받지 못한 자는 비록 경원자에 대하여 이루어진 허가 등 처분의 상대방이 아니라 하더라도 당해 처분의 취소를 구할 당사자적격이 있다 할 것이고, 다만 구체적인 경우에 있어서 그 처분이 취소된다 하더라도 허가 등의 처분을 받지 못한 불이익이 회복된다고 볼 수 없을 때에는 당해 처분의 취소를 구할 정당한 이익이 없다고 할 것이다. (대판 1992. 5. 8. 91누13274)

- ② [○] 무허가재량행사청구권은 행정청에 재량권이 부여된 경우 개인이 행정청에 대하여 하자 없는 즉 적법한 재량처분을 구하는 공권이다. 재량권이 인정(선택재량 · 결정재량)되는 모든 행정권(수익적 · 부담적)의 행사에 인정된다.
- ③ [×] 행정개입청구권(공권)은 주로 국민의 생명, 신체 및 재산을 보호하기 위하여 인정되는 것으로 경찰행정분야에서 인정된다. 그러나 그것이 자치경찰제의 도입까지 의미하는 것은 아니다.
- ④ [×] 주거지역안에서는 도시계획법 19조 1항과 개정전 건축법 32조 1항에 의하여 공익상 부득이 하다고 인정될 경우를 제외하고는 거주자의 안녕과 건전한 생활환경의 보호를 해치는 모든 건축이 금지되고 있을뿐 아니라 주거지역내에 거주하는 사람이 받는 위와 같은 보호이익은 법률에 의하여 보호되는 이익이라고 할 것이므로 주거지역내에 위 법조 소정 제한면적을 초과한 연탄공장 건축허가처분으로 불이익을 받고 있는 제3거주자는 비록 당해 행정처분의 상대자가 아니라 하더라도 그 행정처분으로 말미암아 위와 같은 법률에 의하여 보호되는 이익을 침해받고 있다면 당해행정 처분의 취소를 소구하여 그 당부의 판단을 받을 법률상의 자격이 있다.^{2012서9} (대판 1975. 5. 13. 73누96,97)

정답 ②

5. 행정행위의 성질에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 「친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법」에 따른 친일재산은 친일반민족행위자 재산조사위원회가 국가귀속 결정을 하여야 비로소 국가의 소유로 된다.
- ② 서울특별시장의 의료유사업자 자격증 갱신발급은 의료유사업자의 자격을 부여 내지 확인하는 행위의 성질을 가진다.
- ③ 정년에 달한 공무원에 대한 정년퇴직 발령은 정년퇴직 사실을 알리는 이른바 관념의 통지에 불과 하여 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’ 제2조 제2호에 정한 친일재산이 친일반민족행위자재산조사위원회의 국가귀속결정의 법적 성격(=준법률행위적 행정행위)

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 성격^{2017서사복}을 가진다. (대판 2008. 11. 13. 2008두13491)

② [×] 의료법 부칙 제7조, 제59조, 동법시행규칙 제59조 및 1973.11.9자 보건사회부 공고 58호에 의거한 서울특별시장 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.^{2011사복9} (대판 1977. 5. 24. 76누295)

③ [○] 정년퇴직 발령이 행정소송의 대상인지 여부(소극)

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 피고(영주지방철도청장)의 원고에 대한 정년퇴직 발령은 정년퇴직 사실을 알리는 이른바 관념의 통지에 불과하므로 행정소송의 대상이 되지 아니한다. ^{2012서9}(대판 1983. 2. 8. 81누263)

④ [×] 국토이용관리법 제21조의3 제1항 소정의 “허가”의 법적 성질

같은 법 제21조의3 제1항 소정의 허가가 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)

정답 ③

6. 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, 인터넷 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] 이하 「행정절차법」

① [O] ② [X] 송달(제14조)

송달의 방법	① 송달은 우편, 교부 또는 정보통신망 이용 등의 방법으로 하되, 송달받을 자(대표자 또는 대리인)를 포함한다. 이하 같다)의 주소·거소(居所)·영업소·사무소 또는 전자우편주소(이하 "주소등"이라 한다)로 한다. 다만, 송달받을 자가 동의하는 경우에는 그를 만나는 장소에서 송달할 수 있다.
교부에 의한 송달	② 교부에 의한 송달은 수령확인서를 받고 문서를 교부함으로써 하며, 송달하는 장소에서 송달받으자를 만나지 못한 경우에는 그 사무원·피용자(被傭者) 또는 동거인으로서 사리를 분별할 능력이 있는 사람(이하 이 조에서 "사무원등"이라 한다)에게 문서를 교부할 수 있다. 다만, 문서를 송달받으자 또는 그 사무원등이 정당한 사유 없이 송달받기를 거부하는 때에는 그 사실을 수령확인서에 적고, 문서를 송달할 장소에 놓아둘 수 있다.
정보통신망에 의한 송달	③ 정보통신망을 이용한 송달은 송달받을 자가 동의하는 경우에만 한다. 이 경우 송달받을 자는 송달받을 전자우편주소 등을 지정하여야 한다.
공고 (송달에 갈음)	④ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 송달받을 자가 알기 쉽도록 관보, 공보, 게시판, 일간신문 중 하나 이상에 공고하고 인터넷에도 공고하여야 한다. 1. 송달받을 자의 주소등을 통상적인 방법으로 확인할 수 없는 경우 2. 송달이 불가능한 경우

③ [O] 보통우편의 방법으로 우편물을 발송한 경우, 그 송달을 추정할 수 있는지 여부(소극)

내용증명우편이나 등기우편과는 달리, 보통우편의 방법으로 발송되었다는 사실만으로는 그 우편물이 상당기간 내에 도달하였다고 추정할 수 없고^{2018국9, 2012지9} 송달의 효력을 주장하는 측에서 증거에 의하여 도달사실을 입증하여야 할 것이다. (대판 2002. 7. 26. 2000다25002)

④ [O] 송달의 효력 (제15조)

송달의 효력발생 (원칙: 도달주의)	① 송달은 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 해당 문서가 송달받을 자에게 도달함으로써 그 효력이 발생한다.
정보통신망에 의한 송달의 경우	② 제14조제3항에 따라 정보통신망을 이용하여 전자문서로 송달하는 경우에는 송달받을 자가 지정한 컴퓨터 등에 입력된 때에 도달된 것으로 본다. ^{2012지9}

정답 ②

7. 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 선결문제로 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 [O] ③ [O] 행정행위가 무효인 경우 공정력이 인정되지 않으므로, 누구든지 행정행위의 무효를 주장할 수 있고, 법원도 무효를 확인할 수 있다.^{2014지9}
 - ② [O] 불가쟁력이란 행정행위의 상대방이나 이해관계인이 더 이상 그 효력을 다투지 못하는 효력을 말한다.^{2015교행} 불가쟁력은 형식적 확정력 또는 절차적 확정력이라고도 하며, 후술하는 하자의 승계에서 특히 문제가 된다. (공정력은 불가쟁력에 의해 영구적인 통용력으로 전화된다.)
 - ④ [X] 공정력이란 행정행위에 하자가 있더라도 그것이 중대하고 명백하여 당연무효로 인정되는 경우를 제외하고 권한 있는 기관(처분청, 감독청, 행정심판위원회, 취소소송법원)에 의해 취소되기 전까지는 유효한 것으로 통용되는 힘을 의미한다. 따라서 공정력은 행정행위의 적법성을 추정하는 효력이 아니며, 민사법원이 행정행위의 효력을 상실시키는 것이 아니라 단지 위법성을 확인하는데 그치는 것이므로 위법여부를 판단할 수 있다고 보는 견해가 통설과 판례의 입장이다.
- [판례]** 행정처분의 취소판결이 있어야만, 그 행정처분의 위법임을 이유로 한 손해배상 청구를 할 수 있는 것은 아니다.^{2017국회8} (대판 1972. 4. 28. 72다337)

정답 ④

8. 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 [O] 취소할 수 있는 행위만이 사후보완·추완을 통하여 치유할 수 있고 무효인 행정행위에는 인정되지 않는다(다수설). 반면에 무효인 행정행위만 타행정행위로의 전환이 인정되고, 취소할 수 있는 행정행위는 인정되지 않는다(다수설).
- ② [X] '하자의 승계'는 선행행위가 취소할 수 있는 행정행위에만 해당되고 무효인 행정행위와는 무관하다. 즉, 선행행위가 무효인 경우 후행행위도 당연히 무효가 된다. 이 경우 하자의 승계가 문제되지 않는다.

[판례] 적법한 건축물에 대한 철거명령의 효력(당연무효) 및 그 후행행위인 대집행계고처분의 효력(당연무효)^{2017국7하}

적법한 건축물에 대한 철거명령은 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라고 할 것이고, 그 후행행위인 건축물철거 대집행계고처분 역시 당연무효라고 할 것이다. (대판 1999. 4. 27. 97누6780)

- ③ [X] 행정소송법

제28조 (사정판결)	①원고의 청구가 이유있다고 인정하는 경우에도 처분등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 법원은 원고의 청구를 기각할 수 있다. 이 경우 법원은 그 판결의 주문에서 그 처분등이 위법함을 명시하여야 한다.
제38조 (준용규정)	①제9조, 제10조, 제13조 내지 제17조, 제19조, 제22조 내지 제26조, 제29조 내지 제31조 및 제33조의 규정은 무효등 확인소송의 경우에 준용한다.

- ④ [X] 판례는 무효선언적 의미의 취소소송(무효사유가 있는 처분에 대하여 취소소송을 제기한 경우)을 긍정하고 있다.

행정처분의 당연무효를 선언하는 의미에서 취소를 구하는 행정소송을 제기한 경우 취소소송의 제소요건을 갖추어야 하는지 여부(적극)^{2014국회8}

행정처분의 당연무효를 선언하는 의미에서 취소를 구하는 행정소송을 제기한 경우에도 제소기간의 준수 등 취소소송의 제소요건을 갖추어야 한다. (대판 1993. 3. 12. 92누11039)

정답 ①

9. 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 도시관리계획시설 변경결정에는 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]

㉠ [O] 구 도시계획법 제10조의2 소정의 도시기본계획이 직접적 구속력이 있는지 여부(소극)

구 도시계획법 제10조의2, 제16조의2, 같은법시행령 제7조, 제14조의2의 각 규정을 종합하면, 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.^{2017지9} (대판 2002. 10. 11. 2000두8226)

㉡ [O] 구 도시 및 주거환경정비법에 따른 주택재건축정비사업조합은 관할 행정청의 감독 아래 위 법상 주택재건축사업을 시행하는 공법인으로서, 그 목적 범위 내에서 법령이 정하는 바에 따라 일정한 행정작용을 행하는 행정주체의 지위를 가진다 할 것인데, 재건축정비사업조합이 이러한 행정주체의 지위에서 위 법에 기초하여 수립한 사업시행계획은 인가·고시를 통해 확정되면 이해관계인에 대한 구속적 행정계획으로서 독립된 행정처분에 해당한다. (대결 2009. 11. 2. 2009마596)

㉢ [X] 행정주체가 구체적인 행정계획을 입안·결정할 때 가지는 형성의 자유의 한계에 관한 법리가 주민의 입안 제안 또는 변경신청을 받아들여 도시관리계획결정을 하거나 도시계획시설을 변경할 것인지를 결정할 때에도 동일하게 적용되는지 여부(적극)^{2014국9}

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. (대판 2012. 1. 12. 2010두5806)

㉣ [O] 도시계획법 제16조의2 제2항과 같은법시행령 제14조의2 제6항 내지 제8항의 규정을 종합하여 보면 도시계획의 입안에 있어 해당 도시계획안의 내용을 공고 및 공람하게 한 것은 다수 이해관계자의 이익을 합리적으로 조정하여 국민의 권리자유에 대한 부당한 침해를 방지하고 행정의 민주화와 신뢰를 확보하기 위하여 국민의 의사를 그 과정에 반영시키는 데 있는 것이므로 이러한 공고 및 공람 절차에 하자가 있는 도시계획결정은 위법하다. (대판 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 계약이란 공법상의 효과발생을 목적으로 하여 행정주체를 일방의 당사자로 하는 계약을 말한다. 행정행위가 아니므로 공정력이 인정되지 않는다.

② [×]

[1] 국유재산 등의 관리청이 하는 행정재산의 사용·수익에 대한 허가는 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 행위가 아니라 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분으로서 특정인에게 행정재산을 사용할 수 있는 권리를 설정하여 주는 강학상 특허에 해당한다.

[2] 국립의료원 부설 주차장에 관한 위탁관리용역운영계약의 실질은 행정재산에 대한 국유재산법 제24조 제1항의 사용·수익 허가임을 이유로, 민사소송으로 제기된 위 계약에 따른 가산금지급채무의 부존재확인청구에 관하여 본안 판단을 한 원심판결을 파기하고, 소를 각하한 사례. (대판 2006. 3. 9. 2004다31074)

[해설: 공법상계약으로 보는 것이 타당하다는 평석있음.]

③ [×] 행정절차법

가. 규율대상

- ①처분 ②신고 ③행정상 입법예고 ④행정예고 ⑤행정지도

나. 규율대상이 아닌 것

- ①행정계획의 확정 ②행정조사 ③공법상 계약 ④확약 ⑤절차하자의 효과

(다만 행정계획의 경우 행정예고의 대상이 되며, 입법의 형식의 경우 입법예고절차, 처분의 형식인 경우 처분절차가 적용됨에 유의한다.)

④ [○] 서울특별시립무용단원의 해촉에 대하여 공법상 당사자소송으로 무효확인을 청구할 수 있는지 여부(적극)^{2016교행9}

지방자치법 제9조 제2항 제5호 (라)목 및 (마)목 등의 규정에 의하면, 서울특별시립무용단원의 공연 등 활동은 지방문화 및 예술을 진흥시키고자 하는 서울특별시의 공공적 업무수행의 일환으로 이루어진다고 해석될 뿐 아니라, 단원으로 위촉되기 위하여는 일정한 능력요건과 자격요건을 요하고, 계속적인 재위촉이 사실상 보장되며, 공무원연금법에 따른 연금을 지급받고, 단원의 복무규율이 정해져 있으며, 정년제가 인정되고, 일정한 해촉사유가 있는 경우에만 해촉되는 등 서울특별시립무용단원이 가지는 지위가 공무원과 유사한 것이라면, 서울특별시립무용단 단원의 위촉은 공법상의 계약이라고 할 것이고, 따라서 그 단원의 해촉에 대하여는 공법상의 당사자소송으로 그 무효확인을 청구할 수 있다. (대판 1995. 12. 22. 95누4636)

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 [×] 행정주체가 일정한 행정목적 실현을 위하여 상대방의 임의적 협력을 기대하며 행하는 비권력적 사실행위이다. 즉, '사실행위'로 법적효과의 발생을 목적으로 하는 의사표시로 볼 수 없다.

[판례] 행정지도만으로 건축법시행령 제64조 제1항 소정의 도로지정이 있었던 것으로 볼 수 있는지 여부(소극) (대판 1991. 12. 13. 91누1776)

② [×] 행정지도는 비권력적 성질의 것으로 상대방의 임의적 협력을 전제로 하는 것이므로 작용법적 근거는 필요치 않다 (법률유보의 원칙은 적용되지 않음). 반면, 법률우위의 원칙은 지켜야 한다. 따라서 성문법 및 불문법(일반원칙 포함)을 위반하여서는 안된다.

③ [○] 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.^{2018서7, 2017국9} (대판 1994. 6. 14. 93도3247)

④ [×] 행정기관의 위법한 행정지도로 일정기간 어업권을 행사하지 못하는 손해를 입은 자가 그 어업권을 타인에게 매도 하여 매매대금 상당의 이득을 얻은 경우, 손해배상액의 산정에서 그 이득을 손익상계할 수 있는지 여부(소극)
원고에게 양식장시설공사를 중단하도록 하여 어업을 하지 못하도록 함으로써 실질적으로는 어업권이 정지된 것과 같은 결과를 초래하였으므로, 결국 어업권이 정지된 경우의 보상액 관련 규정을 유추 적용하여 손해배상액을 산정하여야 한다. (손해배상액 산정시 어업권매도 금액을 손익상계할 수 없다.) (대판 2008. 9. 25. 2006다18228)

[해설: 위법한 행정지도로 타인에게 손해가 발생한 경우에는 국가가 손해배상책임을 지게 된다는 점을 밝힌 판결이다.]

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 [O] 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 법정립의 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. (헌재 2004. 10. 28. 99헌바91)
- ② [X] 부령으로 정하는 사항은 법률이나 대통령령으로부터 위임받은 사항이므로, 대통령령으로 정할 사항을 부령으로 정한 경우에는 무효가 된다. (대판 1962. 1. 25. 61다9)
- ③ [X] **주민의 권리 의무에 관한 조례제정권에 대한 법률의 위임 정도**
담배소매업을 영위하는 주민들에게 자판기 설치를 제한하는 것을 내용으로 하는 조례는 지방자치법 제15조의 단서 소정의 주민의 권리의무에 관한 사항을 규율하는 조례이므로 이러한 조례를 제정함에 있어서는 법률의 위임을 필요로 하지만 지방의회는 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고, 헌법이 지방자치단체에 대해 포괄적인 자치권을 보장하고 있으므로 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다고 할 것이다.^{2017자9} (헌재 1995. 4. 20. 92헌마264,279)
- ④ [X] 행정규제기본법 제4조 제2항 단서

제4조(규제 법정주의)
 ② 규제는 법률에 직접 규정하되, 규제의 세부적인 내용은 법률 또는 상위법령(상위법령)에서 구체적으로 범위를 정하여 위임한 바에 따라 대통령령·총리령·부령 또는 조례·규칙으로 정할 수 있다. 다만, 법령에서 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우에는 고시 등으로 정할 수 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 실제적 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 완화된다는 것은 아니다.

[해설]

① [×] 지문은 수리를 요하는 신고를 의미한다. 수리를 요하는 신고란 사인이 행정청에 일정한 사항을 통지하고 행정청이 이를 수리함으로써 법적효과를 발생하는 신고를 말한다. 실정법상 등록으로 표현되는 경우도 있다.

[판례] 수산업법 제44조 소정의 어업신고의 법적 성질(=수리를 요하는 신고)^{2017국7하}

어업의 신고에 관하여 유효기간을 설정하면서 그 기산점을 '수리한 날'로 규정하고, ... 규정 취지에 비추어 보면, 수산업법 제44조 소정의 어업의 신고는 행정청의 수리에 의하여 비로소 그 효과가 발생하는 이른바 '수리를 요하는 신고'라고 할 것이다. (대판 2000. 5. 26. 99다37382)

② [×] 절차의 하자란 행정행위가 행해지기 전에 거쳐야 하는 절차 중 하나를 거치지 않았거나 거쳤으나 절차상 하자가 있는 것을 말한다. 하자의 정도에 따라 무효 또는 취소 할 수 있는 행정행위가 된다. 그러나 판례는 거의 일관되게 사전통지·청문 등 이해관계인의 권익을 보호하는 절차에 있어서 하자가 있는 경우에도 취소원인이 된다고 보고 있다.

[판례] 구 학교보건법상 학교환경위생정화구역에서의 금지행위 및 시설의 해제 여부에 관한 행정처분을 함에 있어 학교환경위생정화위원회의 심의를 거치도록 한 취지 및 그 심의절차를 누락한 행정처분은 취소사유이다.(대판 2007. 3. 15. 2006두15806)

③ [○] 인·허가 의제제도는 행정청의 권한에 변경을 가져오므로 행정조직법정주의에 의해 법률에 명시적 근거가 있어야 하며,^{2016서7} 의제되는 인·허가의 범위도 법령에 명시되어 있어야 한다.

④ [×] 행정절차법

원칙	① 행정청은 처분을 할 때에는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.
예외	① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외. 1. 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우 2. 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우 3. 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우

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 증지는 물론 가까운 장래에 반복될 우려가 있는 동일한 유형의 행위의 반복금지까지 명할 수 있다.
- ④ 가산금은 과세표준확정신고의 불이행·불성실신고 등에 대하여 세법상 의무의 성실한 이행확보를 위하여 부과하는 금전상 제재이다.

[해설]

① [×] 부당 또는 불법의 이득을 환수 내지 박탈한다는 측면과 위반행위자에 대한 제재로서의 측면을 함께 가지고 있다고 본 부동산실권리자명의등기에관한법률상의 과징금을 형사처벌과 동시에 병과하는 것이 이중처벌에 해당하는지가 문제된 사건에서, 이는 이중처벌금지원칙의 문제라기보다 과잉금지원칙의 문제로 그 위헌여부를 판단하여야 함을 분명히 밝힌바 있다(헌재 2001. 5. 31. 99헌가18등).^{2014사복9}(헌재 2003. 7. 24. 2001헌가25)

② [×] 행정의무의 위반사실의 공표는 비록 그것이 사실행위이며 어떠한 법적 효과를 발생시키지는 않으나 상대방의 명예나 신용 및 사생활의 비밀을 침해할 수 있는 침익적 작용에 해당하기 때문에 법률유보의 원칙에 따라 법률의 근거가 있어야 한다.

최근 이를 규정하는 법률로는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 공직자 윤리법, 소비자기본법, 식품위생법, 하도급거래 공정화에 관한 법률, 건축법, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 등이 있다. 고액채납자의 공표는 국세기본법 제85조의5에서 규정하고 있다. (행정절차법을 근거로 행하여지는 것이 아니다. 침익적 처분에 속하는 경우 절차적 규정이 적용된다.)

③ [○] 시정명령 제도를 둔 취지에 비추어 시정명령의 내용은 과거의 위반행위에 대한 증지는 물론 가까운 장래에 반복될 우려가 있는 동일한 유형의 행위의 반복금지까지 명할 수는 있는 것으로 해석함이 상당하다. (대판 (전원합의제) 2003. 2. 20. 2001두5347)

④ [×] 가산금이란 행정법상의 급부의무의 불이행에 대한 제재로서 과하는 금전부담이다. 급부의무의 이행확보를 위한 간접적 강제수단의 일종이다. 반면, 가산세란 세법상의 의무(납부의무 또는 신고의무)의 성실한 이행을 확보하기 위하여 세법에 의하여 산출된 세액에 가산하여 징수하는 금액이다. 가산금이 납부기한의 경과시에 고지세액에 가산하여 부과·징수하는 금액인 점에서 구별된다. 지문은 가산세에 대한 내용이다.

정답 ③

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

<보기>
가. 정보공개청구인은 자신에게 해당 정보의 공개를 구할 법률상 이익이 있음을 입증하여야 한다.
나. 정보공개신청이 오로지 권리남용의 목적임이 명백하다면 행정청은 공개를 거부할 수 있다.
다. 공공기관이 정보공개청구에 대해 이를 거부하는 행위는 취소소송의 대상이 되는 처분이다.
라. 공공기관은 정보공개청구의 대상이 된 정보가 제3자와 관련된 경우 해당 제3자의 의견을 청취할 수 있으나, 그에게 통지할 의무는 없다.

- ① 가, 나 ② 가, 라 ③ 나, 다 ④ 다, 라

[해설] 이하 「정보공개법」

㉠ [×] “모든” 국민에게 정보공개청구권이 인정되므로 따로 정보의 공개를 구할 법률상 이익이 있음을 입증할 필요가 없다.

정보공개법 제5조	① 모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다.
-----------	-------------------------------

㉡ [○] 실제로는 해당 정보를 취득 또는 활용할 의사가 전혀 없이 정보공개 제도를 이용하여 사회통념상 용인될 수 없는 부당한 이득을 얻으려 하거나, 오로지 공공기관의 담당공무원을 괴롭힐 목적으로 정보공개청구를 하는 경우처럼 권리의 남용에 해당하는 것이 명백한 경우에는 정보공개청구권의 행사를 허용하지 아니하는 것이 옳다. ^{2017지9하, 2015서7, 2015국회8} (대판 2014. 12. 24. 2014두9349)

㉢ [○] 공공기관의정보공개에관한법률 제6조 제1항 소정의 국민의 범위 및 정보공개거부처분을 받은 청구인이 그 거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는지 여부(적극)^{2017국9하}

공공기관의정보공개에관한법률 제6조 제1항은 "모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다."고 규정하고 있는데, 여기에서 말하는 국민에는 자연인은 물론 법인, 권리능력 없는 사단·재단도 포함되고, 법인, 권리능력 없는 사단·재단 등의 경우에는 설립목적 불문하며, 한편 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로 청구인이 공공기관에 대하여 정보공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다. (대판 2003. 12. 12. 2003두8050)

㉣ [×] 정보공개 여부의 결정(제11조)

제3자에게 통지	③ 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.
----------	--

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 [×] 행정상 즉시강제란 급박한 행정상 장애를 제거할 필요가 있는 경우에 미리 의무를 명할 시간적 여유가 없거나 또는 그 성질상 의무를 명해서는 그 목적을 달성하기 곤란한 때에 직접 개인의 신체 또는 재산에 실력을 가하여 행정상 필요한 상태를 실현하는 행정작용을 말한다.

지문의 내용은 대집행에 관한 것이다. 대집행이란 대체적 작위의무의 불이행의 경우에, 당해 행정기관이 의무자가 행할 의무를 스스로 이행하거나 제3자로 하여금 이를 행하게 하고 그 비용을 의무자로부터 징수하는 것을 말한다.

② [×] 현재 실질적 법치국가에 있어서 국민의 권리를 침해하는 즉시강제는 법률의 명시적인 수권이 있어야 한다는 견해가 일반적이다. 이에 관하여 행정상 즉시강제에 관한 일반법은 없으나, 개별법(경찰관 직무집행법, 소방기본법, 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률, 식품위생법 등)상 수권규정이 있다.

③ [×] 행정상 즉시강제는 권력적 사실행위로 행정쟁송법상 대상이 되는 처분에 해당한다(다수설). 한편 소방장애물의 파괴와 같이 행정상 즉시강제가 단시간에 종료되는 경우 소의 이익(권리보호의 필요)이 부정된다. 그러나 전염병환자의 강제 격리와 정신질환자의 강제입원과 같이 즉시강제가 계속적 성질이 있는 경우 소의 이익이 긍정된다.

④ [○] 행정강제는 행정상 강제집행을 원칙으로 하며, 법치국가적 요청인 예측가능성과 법적 안정성에 반하고, 기본권 침해의 소지가 큰 권력작용인 행정상 즉시강제는 어디까지나 예외적인 강제수단이라고 할 것이다. 이러한 행정상 즉시강제는 엄격한 ①실정법상의 근거를 필요로 할 뿐만 아니라, 그 발동에 있어서는 법규의 범위 안에서도 다시 행정상의 장애가 목전에 ②급박하고, ③다른 수단으로는 행정목적 달성할 수 없는 경우이어야 하며, 이러한 경우에도 그 행사는 ④필요 최소한도에 그쳐야 함(=비례의 원칙)을 내용으로 하는 조리상의 한계에 기속된다. (헌재 2002. 10. 31. 2000헌가12)

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 [O] 헌법 제23조 제2항의 사회적 제약의 경우와 동조 제3항의 공용침해(특히 재산권의 제한에 해당하는 경우)가 명확하게 구분되는 것은 아니다. 이에 따라 양자를 구분하는 기준으로 분리이론과 경계이론이 논하여 진다.
- ② [O]

헌법 제23조	
① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.	기본권 형성적 법률유보
② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.	사회적 제약규정 (보상× / 예외적 ○)
③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.	공용침해규정(보상○)

[판례] 헌법 제23조 제3항은 보상청구권의 근거에 관하여서 뿐만 아니라 보상의 기준과 방법에 관하여서도 법률의 규정에 유보하고 있는 것으로 보아야 한다. ^{2015국회8} (대판 1993. 7. 13. 93누2131)

- ③ [O]

제34조 (재결)	① 토지수용위원회의 재결은 서면으로 한다.
제83조 (이의의 신청)	① 중앙토지수용위원회의 제34조에 따른 재결에 이의가 있는 자는 중앙토지수용위원회에 <u>이의를 신청할 수 있다.</u> ② 지방토지수용위원회의 제34조에 따른 재결에 이의가 있는 자는 해당 지방토지수용위원회를 거쳐 중앙토지수용위원회에 <u>이의를 신청할 수 있다.</u> ③ 제1항 및 제2항에 따른 이의의 신청은 재결서의 정본을 받은 날부터 30일 이내에 하여야 한다.
제85조 (행정소송의 제기)	① 사업시행자, 토지소유자 또는 관계인은 제34조에 따른 재결에 불복할 때에는 재결서를 받은 날부터 60일 이내에, <u>이의신청을 거쳤을 때에는 이의신청에 대한 재결서를 받은 날부터 30일 이내에 각각 행정소송을 제기할 수 있다.</u>

- ④ [X]

[1] 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 속하는 것이다. ^{2017국9하, 2015국회8}

[2] 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률시행령 제40조 제3항 제3호가 이주대책의 대상자에서 세입자를 제외하고 있는 것이 세입자의 재산권을 침해하는 것이라 볼 수 없다. (헌재 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·도 행정심판위원회의 위원장을 공무원이 아닌 위원으로 정한 경우에 그 는 상임으로 직무를 수행한다.

[해설]

① [O]

제6조 (행정심판위원 회의 설치)	② 다음 각 호의 행정청의 처분 또는 부작위에 대한 심판청구에 대하여는 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」에 따른 국민권익위원회(이하 "국민권익위원회"라 한다)에 두는 중앙행정심판위원회에서 심리·재결한다. 1. 제1항에 따른 행정청 외의 국가행정기관의 장 또는 그 소속 행정청 ③ 다음 각 호의 행정청의 처분 또는 부작위에 대한 심판청구에 대하여는 시·도지사 소속으로 두는 행정심판위원회에서 심리·재결한다. 1. 시·도 소속 행정청
--------------------------	--

② [X]

제8조 (중앙행정심판 위원회의 구성)	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.
-------------------------------	--

③ [X]

제47조 (재결의 범위)	① 위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분 또는 부작위 외의 사항에 대하여는 재결하지 못한다. ② 위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분보다 청구인에게 불리한 재결을 하지 못한다.
------------------	---

④ [X]

제7조 (행정심판위원 회의 구성)	③ 제2항에도 불구하고 제6조제3항에 따라 시·도지사 소속으로 두는 행정심판위원회의 경우에는 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 공무원이 아닌 위원을 위원장으로 정할 수 있다. 이 경우 위원장은 비상임으로 한다.
--------------------------	---

정답 ①

19. 행정소송에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 국가에 대한 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구는 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 [O] 부가가치세 환급세액 지급청구가 당사자소송의 대상인지 여부(적극)^{2017지9하, 2015지7, 2014국회8}

[다수의견] 부가가치세법령의 내용, 형식 및 입법 취지 등에 비추어 보면, 납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무는 그 납세의무자로부터 어느 과세기간에 과다하게 거래징수된 세액 상당을 국가가 실제로 납부받았는지와 관계없이 부가가치세법령의 규정에 의하여 직접 발생하는 것으로서, 그 법적 성질은 정의와 공평의 관념에서 수익자와 손실자 사이의 재산상태 조정을 위해 인정되는 부당이득 반환의무가 아니라 부가가치세법령에 의하여 그 존부나 범위가 구체적으로 확정되고 조세 정책적 관점에서 특별히 인정되는 공법상 의무라고 봄이 타당하다. 그렇다면 납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무에 대응하는 국가에 대한 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구는 민사소송이 아니라 행정소송법 제3조 제2호에 규정된 당사자소송의 절차에 따라야 한다. (대판 (전원합의체) 2013. 3. 21. 2011다95564)

② [O] 행정처분의 당연무효를 선언하는 의미에서 취소를 구하는 행정소송을 제기한 경우 취소소송의 제소요건을 갖추어야 하는지 여부(적극)^{2014국회8}

행정처분의 당연무효를 선언하는 의미에서 취소를 구하는 행정소송을 제기한 경우에도 제소기간의 준수 등 취소소송의 제소요건을 갖추어야 한다. (대판 1993. 3. 12. 92누11039)

③ [O] 기관쟁의 중 헌법재판소의 관장사항으로 되어 있는 소송은 기관소송에서 제외되므로(법 제3조), 행정소송으로서의 기관소송으로는, 행정주체 내부기관의 권한다툼만이 남게 되므로 동일한 법주체 내부의 기관상호간의 소송만을 기관소송으로 보는 견해가 통설이다. 이에 의할 경우 현행법상 기관소송으로 학설의 다툼이 없는 것으로 지방자치법 제107조 제3항에 의한 소송이 인정된다.

제107조(지방의회의 의결에 대한 재의요구와 제소)

- ① 지방자치단체의 장은 지방의회의 의결이 월권이거나 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 인정되면 그 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있다.
- ② 제1항의 요구에 대하여 재의한 결과 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결사항은 확정된다.
- ③ 지방자치단체의 장은 제2항에 따라 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 인정되면 대법원에 소(訴)를 제기할 수 있다. 이 경우에는 제172조제3항을 준용한다.

④ [X] 부작위청구소송(예방적 금지소송)이란 행정청이 특정 행정행위나 그 밖의 행정작용을 하지 않을 것을 법원에 대하여 요구하는 소송을 말한다. 학설은 인정여부에 대하여 다툼이 있으나 판례는 부정한다.

[판례] 건축건물의 준공처분을 하여서는 아니된다는 내용의 부작위를 구하는 청구는 행정소송에서 허용되지 아니하는 것이므로 부적법하다.^{2015지9} (대판 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 변경 하였다.
- ④ 「행정소송법」에서는 민중소송으로써 처분등의 취소를 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 취소소송에 관한 규정을 준용한다.

[해설] 이하 「행정소송법」

① [O]

제40조 (재판관할)	제9조의 규정은 당사자소송의 경우에 준용한다. 다만, 국가 또는 공공단체가 피고인 경우에는 관계 행정청의 소재지를 피고의 소재지로 본다.
----------------	--

② [X] 행정소송법은 집행정지만을 인정한다. 이에 반하여 행정심판법은 집행정지와 임시처분 양자를 인정하고 있다.

제23조 (집행정지)	<p>①취소소송의 제기는 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다.</p> <p>②취소소송이 제기된 경우에 처분등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지(이하 "執行停止"라 한다)를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.</p>
----------------	---

③ [O] 행정소송법 제35조에 규정된 '무효확인을 구할 법률상 이익'이 있는지를 판단할 때 행정처분의 무효를 전제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제수단이 있는지를 따져보아야 하는지 여부(소극)^{2017국회8, 2016지9}

행정소송법 제4조에서는 무효확인소송을 항고소송의 일종으로 규정하고 있고, 행정소송법 제38조 제1항에서는 처분 등을 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 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. (대판 (전원합의체) 2008. 3. 20. 2007두6342)

④ [O]

제46조 (준용규정)	①민중소송 또는 기관소송으로써 처분등의 취소를 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 취소소송에 관한 규정을 준용한다.
----------------	--

정답 ②