

[2020년 지방직.서울시 9급 기출문제와 해설 ㉞책형]

[해설 : 백영민]

'2020 지방직.서울시 9급 시험 총평		
과목	행정법총론	
전체총평	<p>2020년 6월 13일에 진행된 국가직 9급 시험은 전년도에 비해서 영어를 제외한 필수과목인 국어나 한국사가 무난하게 출제되었다.</p> <p>한편 선택과목 중에서는 사회가 가장 어렵게 출제되었고, 행정법과 행정학은 기본에 충실하게 학습했다면 실수를 하지 않는 한 고득점이 가능해 보인다.</p> <p>전체적으로 합격선은 다소 상향될 수 있다.</p>	
분석	유형 별	<p>2020년 지방직 9급 문제는 판례의 비중이 60% 정도로 전년도에 비해서는 높지 않다.</p> <p>행정관련 법령에서는 행정절차법, 공공기관의 정보공개에 관한 법률, 질서위반행위규제법, 행정심판법, 행정소송법에서 출제가 되었다. 행정절차법과 공공기관의 정보공개에 관한 법률은 조문과 판례가 같이, 질서위반행위규제법, 행정심판법, 행정소송법은 조문만 나왔다.</p> <p>사례문제는 매년 1문제에서 3문제 정도가 출제된다. 그러나 이번 지방직 9급 문제에서는 나오지 않았다.</p> <p>그동안의 지방직 문제는 판례문제가 대부분을 차지할 만큼 비중이 높았지만 2020년 지방직은 판례의 비중이 많이 줄었고 거의가 기출된 판례중심이다. 최근 판례중에서 중요한 판례가 많음에도 불구하고 한문제도 출제가 되지 않은 점이 아쉽다.</p>
	수준 별	<p>이번시험을 상중하로 분류한다면 하(4) 중(13) 상(3)문제이다. ㉞책형 기준으로 7번, 9번, 19번 문제 정도가 난도 상에 해당한다. 거의가 기출문제에서 출제가 되었고, 익숙한 지문이 많았고 소거법을 사용한다면 정답을 고르기도 어렵지는 않았다.</p>
	분야 별	<p>행정법총론은 제1편 행정법 서론에서 3문제, 제2편 일반 행정작용법에서 8문제, 제3편 실효성 확보수단에서 3문제, 제4편 행정구제법에서 6문제가 출제되었다. 제2편 행정작용법과 제4편 행정구제법에서 가장 많이 출제되었다. 그러나 수험생이 가장 부담스럽게 여기는 행정쟁송법이 무난하게 출제가 되었기 때문에 전체적으로는 쉽게 느껴졌을 것이다.</p> <p>구체적으로 본다면 1. 행정법의 일반원칙 2. 공법관계와 사법관계 3. 신고 4. 행정입법 5. 조례제정 6. 기속행위와 재량행위 7. 인가 8. 부관 9. 행정계획 10. 행정절차법 11. 공공기관의 정보공개에 관한 법률 12. 대집행 13. 이행강제금 14. 행정벌 15. 국가배상 16. 행정심판의 종류 17. 행정소송의 종류 18. 항고소송의 대상 19. 제소기간 20. 행정소송의 소송요건에서 출제가 되었고 행정상 손실보상파트는 이번 시험에서는 출제가 이루어지지 않았다.</p>
담당과목에 대한 총평	<p>2020년 지방직 9급 문제를 한마디로 평가한다면 “기본에 충실하고 기출문제를 소중하게 여겨라” 일 것이다. 대부분의 문제가 지금까지 학습해왔던 기출</p>	

	<p>판례에서 출제가 되었고 판례도 어렵지 않은 부분에서 나왔다. 행정법관련 법령도 모든 수험생이 다 알 정도로 익숙한 조문에서 출제가 되었다.</p> <p>다만 아쉬운 점은 그동안 열심히 공부한 수험생에게는 변별력이 없는 문제가 많았기 때문에 상대적으로 불리하게 작용될 수 있다. 또한 종합적인 지식을 평가할 수 있는 사례문제가 한문제도 출제가 되지 않은 점은 아쉽다.</p>
어려웠던 문제와 그 이유	<p>전체적으로 난이도 상에 해당될 수 있는 문제는 없는 것 같다. 굳이 분류한다면 ㉔책형 기준으로 7번, 9번, 19번 문제 정도가 난도 상에 해당한다.</p> <p>7번과 9번 문제는 판례가 모두 기출문제이기만 박스에 있는 모든 판례를 알아야 하기 때문에 어렵게 느껴졌을 것이다. 19번 문제는 지문 2번이 지금까지 출제가 안 된 분야라서 익숙하지 않았을 것이다.</p>
당부의 말씀	<p>① 촉박한 시간 내에 5과목을 실수 없이 제한 된 시간 내에 풀어야 하는 수험생의 입장을 고려한다면 행정법의 지문이 길어지는 것이 반가운 현상은 아닙니다. 그러나 이에 대한 대응은 반드시 필요합니다. 따라서 계속된 연습을 통해 제시간 내에 전 과목을 풀 수 있도록 노력하시길 부탁드립니다.</p> <p>② 행정법총론의 문제가 대부분 기출문제에서 이루어지므로 그동안 출제되었던 기출문제를 반복학습을 통해 정독하셔야 합니다. 기출문제에서 실수를 하면 평균이하의 점수를 받을 위험이 있으니 실수를 최소화하셔야 합니다.</p> <p>올해는 최근 판례가 출제되지 않았고, 최근판례의 출제 비중은 낮지만 한문제가 아쉬운 시험에서 반드시 2020년 상반기까지의 판례를 점검하셔야 고득점이 가능합니다.</p>

01 행정법의 일반원칙에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 비례의 원칙은 행정에만 적용되는 원칙이므로 입법에서는 적용될 여지가 없다.
- ② 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위한 요건인 행정권의 행사에 관하여 신뢰를 주는 선행조치가 되기 위해서는 반드시 처분청 자신의 적극적인 언동이 있어야만 한다.
- ③ 동일한 사항을 다르게 취급하는 것은 합리적 이유가 없는 차별이므로, 같은 정도의 비위를 저지른 자들은 비록 개전의 정이 있는지 여부에 차이가 있다고 하더라도 징계 종류의 선택과 양정에 있어 동일하게 취급받아야 한다.
- ④ 재량권행사의 준칙인 행정규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 받게 된다.

정답 ④

해설 ① (×) 비례의 원칙은 주로 경찰 및 질서행정부에서 발달한 것이지만, 오늘날에는 헌법상의 원칙으로 승인되어 수직적 행정영역에도 과잉규부금지의 원칙으로 작용하며, 행정의 모든 영역에서 적용되어야 할 원칙이다(예 : 취소·철회권의 행사 제한, 사정계결 및 사정판결, 부관의 한계, 행정계획, 실권의 법리, 공법상 계약, 확약, 행정입법의 소급효 등). 비례의 원칙은 행정에만 적용되는 원칙이 아니다. **비례의 원칙은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 입법활동을 함에 있어서도 준수하여야 할 기본원칙 내지 한계로서 작용한다.**

- ② (×) 신뢰보호원칙이 성립하기 위해서는 개인의 신뢰보호의 대상이 되는 행정기관의 선행조치가 있

어야 한다. 선행조치는 명시적·적극적 언동에 국한되지 않고, 묵시적·소극적 언동도 포함된다.

- ③ (×) 대략 같은 정도의 비위를 저지른 자들에 대하여 그 구체적인 직무의 특성, 금전 수수의 경우에는 그 액수와 횟수, 의도적·적극적 행위인지 여부, 개전의 정이 있는지 여부 등에 따라 징계의 종류의 선택과 양정에 있어서 차별적으로 취급하는 것은 사안의 성질에 따른 합리적 차별로서 이를 자의적 취급이라고 할 수 없어 평등의 원칙 내지 형평에 반하지 아니한다(대법원 2008.6.26, 2008두6387).
- ④ (○) 행정규칙이 일반적으로 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니지만 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여할 경우, 재량권 행사의 준칙이 되풀이 됨으로 행정관행이 이룩되어 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관이 그 상대방(행정조직 내부 ×)에 대한 관계에서 그 규칙(법률에 따를 구속 ×)에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 대외적인 구속력(대내적 구속력 ×)을 가지게 된다(헌재결 1990.9.3., 90헌바13, 대법원 2009.12.24, 2009두7967).

02 「행정절차법」상 처분의 사전통지 및 의견청취 등에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 고시의 방법으로 불특정 다수인을 상대로 권익을 제한하는 처분을 할 경우 당사자는 물론 제3자에게도 의견제출의 기회를 주어야 한다.
- ② 청문은 다른 법령등에서 규정하고 있는 경우 이외에 행정청이 필요하다고 인정하는 경우에도 실시할 수 있으나, 공청회는 다른 법령등에서 규정하고 있는 경우에만 개최할 수 있다.
- ③ 행정청이 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 처분의 사전통지를 하여야 하는데, 이때의 처분에는 신청에 대한 거부처분도 포함된다.
- ④ 행정청이 당사자와 사이에 도시계획사업시행 관련 협약을 체결하면서 청문 실시를 배제하는 조항을 두었더라도, 이와 같은 협약의 체결로 청문 실시 규정의 적용을 배제할 만한 법령상 규정이 없는 한, 이러한 협약이 체결되었다고 하여 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당한다고 할 수 없다.

정답 ④

해설 ① (×) 구 행정절차법 제22조 제3항에 따라 행정청이 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 할 때 의견제출의 기회를 주어야 하는 ‘당사자’는 ‘행정청의 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 당사자’를 의미한다. 그런데 ‘고시’의 방법으로 불특정 다수인을 상대로 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분은 성질상 의견제출의 기회를 주어야 하는 상대방을 특정할 수 없으므로, 이와 같은 처분에 있어서까지 구 행정절차법 제22조 제3항에 의하여 그 상대방에게 의견제출의 기회를 주어야 한다고 해석할 것은 아니다(대법원 2014.10.27, 2012두7745).

② (×) ■ 행정절차법상 의견청취제도의 비교

비교	청문	공청회	의견제출
사유	1. 다른 법령등에서 청문을 하도록 규정하고 있는 경우 2. 행정청이 필요하다고 인정하는 경우 3. 다음 각 목의 처분 시 제21조 제1항 제6호에 따른 의견제출 기한 내에 당사자등의 신청이 있는 경우	1. 다른 법령등에서 공청회를 개최하도록 규정하고 있는 경우 2. 해당 처분의 영향이 광범위하여 널리 의견을 수렴할 필요가 있다고 행정청이 인정하는 경우 3. 국민생활에 큰 영향을 미치는 처분으로서 대통령령으로 정하는 처분에 대하여 대통령령으로 정하는 수 이상의 당사자등이 공청	행정청이 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 할 때 청문 또는 공청회를 거치는 경우 외에는 당사자등에게 의견제출의 기회를

	가. 인허가 등의 취소 나. 신분·자격의 박탈 다. 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소	회 개최를 요구하는 경우	주어야 한다.
재량 여부	재량	재량	의무
문서열람·등사신청권 인정 여부	인정	부정	부정

- ③ (×) 신청에 대한 거부처분은 사전통지 대상에 해당하지 아니함 ⇨ 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(대법원 2003.11.28, 2003두674).
- ④ (○) 사인과의 협약으로 법령상 요구되는 청문을 배제할 수 없음 ⇨ 행정청이 당사자와의 사이에 도시계획사업의 시행과 관련한 협약의 체결로 청문의 실시에 관한 규정의 적용을 배제할 수 있다고 볼 만한 법령상의 규정이 없는 한, 이러한 협약이 체결되었다고 하여 청문의 실시에 관한 규정의 적용이 배제된다거나 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당한다고 할 수 없다(대법원 2004.7.8, 2002두8350).

03 행정상 강제집행 중 대집행에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 대집행의 대상은 원칙적으로 대체적 작위의무에 한하며, 부작위의무위반의 경우 대체적 작위의무로 전환하는 규정을 두고 있지 아니하는 한 대집행의 대상이 되지 않는다.
- ② 행정청이 계고를 함에 있어 의무자가 스스로 이행하지 아니하는 경우 대집행의 내용과 범위가 구체적으로 특정되어야 하며, 대집행의 내용과 범위는 반드시 대집행 계고서에 의해서만 특정되어야 한다.
- ③ 대집행을 함에 있어 계고요건의 주장과 입증책임은 처분행정청에 있는 것이지, 의무불이행자에 있는 것이 아니다.
- ④ 대집행 비용은 원칙상 의무자가 부담하며 행정청은 그 비용액과 납기일을 정하여 의무자에게 문서로 납부를 명하여야 한다.

정답 ②

- 해설** ① (○) 대집행의 대상이 되는 행위는 타인이 대신할 수 있는 행위, 즉 대체적 작위의무에 한정한다. 비대체적 작위의무나 부작위의무 및 수인의무는 대집행의 대상이 되지 않는다. 부작위의무의 위반에 대하여는 유형적 결과의 시정을 명하는 방법(철거명령 등)을 통해 작위의무로 전환시킨 뒤 그 작위의무위반을 이유로 대집행을 할 수 있다. 그러나 작위의무를 부과하는 법적 근거가 있어야 한다(대법원 1996.6.28., 96누4374). **작위의무로 전환하는 규정을 두고 있지 아니하는 한 대집행의 대상이 되지 않는다.**
- ② (×) 대집행할 행위의 내용과 범위가 반드시 **대집행계고서에 의해서만 특정되어야 하는 것은 아니고, 계고처분 전후에 송달된 문서나 기타 사정을 종합하여 행위의 내용이 특정되면 족하다**(대법원 1994.10.28, 94누5144).
- ③ (○) 건축법에 위반하여 건축한 것이어서 철거의무가 있는 건물이라 하더라도 그 철거의무를 대집행하기 위한 계고처분을 하려면 다른 방법으로는 이행의 확보가 어렵고 불이행을 방지함이 심히 공익을 해하는 것으로 인정될 때에 한하여 허용되고 이러한 요건의 주장입증책임은 처분 행정청에게 있다(대법원 1993.9.14, 92누16690).

- ④ (○) 대집행에 소요된 비용은 당해 행정청이 의무자로부터 징수하는데, 대집행에 소요된 비용은 그 금액과 납부기일을 정하여 문서로 납부고지함으로써 징수한다(행정대집행법 제5조).

04 행정의 실효성 확보수단으로서 이행강제금에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 이행강제금은 침익적 강제수단이므로 법적 근거를 요한다.
- ② 형사처벌과 이행강제금은 병과될 수 있다.
- ③ 대체적 작위의무 위반에 대해서는 이행강제금이 부과될 수 없다.
- ④ 「건축법」상 이행강제금은 반복하여 부과징수될 수 있다.

정답 ③

- 해설** ① (○) 이행강제금도 행정상 강제집행의 수단이므로 법적 근거가 요구된다. 이행강제금은 일반법은 없고 개별법으로 건축법 등에 이행강제금제도(1년에 2회 범위 내), 농지법(매년 1회), 「대덕연구개발특구 등의 육성에 관한 특별법」, 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「장사(葬事) 등에 관한 법률」 등이 있다.
- ② (○) 이행강제금은 의무위반에 대한 제재가 아니라 장래의 의무이행을 확보하기 위한 수단이라는 점에서 의무위반에 대한 제재로써 과하는 행정벌과는 구별된다. 따라서 **이행강제금은 행정벌과 그 성질·목적은 달리하므로 병과해서 행할 수 있으며 의무를 이행할 때까지 계속 부과할 수 있다.**
- ③ (×) **이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 부과될 수 있고, 대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용하는 것은 중첩적인 제재에 해당한다고 볼 수 없음** ⇨ 전통적으로 행정대집행은 대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로, 이행강제금은 부작위의무나 비대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로 이해되어 왔으나, 이는 이행강제금제도의 본질에서 오는 제약은 아니며, 이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 부과될 수 있다. 현행 건축법상 위법건축물에 대한 이행강제수단으로 대집행과 이행강제금이 인정되고 있는데, 양 제도는 각각의 장단점이 있으므로 행정청은 개별사건에 있어서 위반내용, 위반자의 시정여지 등을 감안하여 대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용할 수 있으며, 이처럼 그 합리적인 제량에 의해 선택하여 활용하는 이상 중첩적인 제재에 해당한다고 볼 수 없다(헌재결 2004.2.26, 2001헌바80).
- ④ (○) **이행강제금은 장래의 의무이행을 심리적으로 강제하기 위한 것으로서 의무이행이 있기까지 반복적으로 부과할 수 있다.** 다만 횡수상의 제한은 따른다. 건축법의 이행강제금은 1년에 2회 범위 내에서(건축법 제80조 제5항), 농지법은 매년 1회 부과할 수 있다(농지법 제62조 제4항).

05 공법관계와 사법관계에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「행정절차법」은 공법관계는 물론 사법관계에 대해서도 적용된다.
- ② 공법관계는 행정소송 중 항고소송의 대상이 되며, 사인 간의 법적 분쟁에 관한 사법관계는 행정소송 중 당사자소송의 대상이 된다.
- ③ 법률관계의 한쪽 당사자가 행정주체인 경우에는 공법관계로 보는 것이 판례의 일관된 입장이다.
- ④ 입찰보증금의 국고귀속조치는 국가가 사법상의 재산권의 주체로서 행위하는 것이지, 공권력을 행사하는 것이거나 공권력작용과 일체성을 가진 것이 아니라 할 것이다.

정답 ④

- 해설** ① (×) 행정절차법 제3조 제1항은 “처분, 신고, 행정상 입법예고, 행정예고 및 행정지도의 절차에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.”고

- 규정하고 있다. 따라서 「행정절차법」은 공법관계에 적용되고, 사법관계에는 적용되지 않는다.
- ② (×) 공법관계는 행정소송 중에서 항고소송 또는 당사자소송의 대상이 되며, 사인 간의 법적 분쟁에 관한 사법관계는 행정소송 중 당사자소송의 대상이 되는 것이 아니라 민사소송의 대상이 된다.
 - ③ (×) 법률관계의 한쪽 당사자가 행정주체일지라도 작용의 성질에 따라 공법관계가 될 수도 있고, 사법관계가 될 수도 있다.
 - ④ (○) 「지방재정법」에 따라 지방자치단체가 당사자가 되어 체결하는 계약에 있어 계약보증금의 귀속 조치(=입찰보증금의 국고귀속조치)는 사법상의 재산권의 주체로서 행위하는 것이지 공권력을 행사하는 것이 아님 ⇨ 입찰보증금은 낙찰자의 계약체결의무 이행의 확보를 목적으로 하여 그 불이행시에 이를 국고에 귀속시켜 국가의 손해를 전보하는 사법상의 손해배상 예정으로서의 성질을 갖는 것이라고 할 것이므로 입찰보증금의 국고귀속조치는 국가가 사법상의 재산권의 주체로서 행위하는 것이지 공권력을 행사하는 것이거나 공권력작용과 일체성을 가진 것이 아니라 할 것이므로 이에 관한 분쟁은 행정소송이 아닌 민사소송의 대상이 될 수밖에 없다고 할 것이다(대법원 1983.3.7., 81누366).

06 신고와 수리에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 다른 법령에 의한 인허가가 의제되지 않는 일반적인 건축신고는 자기완결적 신고이므로 이에 대한 수리 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 처분이 아니다.
- ② 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상의 개발행위허가가 의제되는 건축신고는 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실제적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 ‘수리를 요하는 신고’로 보아야 한다.
- ③ 「행정절차법」은 ‘법령등에서 행정청에 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고’에 대하여 ‘그 밖에 법령등에 규정된 형식상의 요건에 적합할 것’을 그 신고의무 이행요건의 하나로 정하고 있다.
- ④ 「식품위생법」에 따른 식품접객업(일반음식점영업)의 영업신고의 요건을 갖춘 자라고 하더라도, 그 영업신고를 한 당해 건축물이 「건축법」 소정의 허가를 받지 아니한 무허가 건물이라면 적법한 신고를 할 수 없다.

정답 ①

해설 ① (×) 대법원은 자기완결적 신고일지라도 건축신고 반려행위 또는 거부행위와 착공신고 반려행위는 항고소송의 대상인 처분성을 인정한다(대법원 2010.11.18, 2008두167 전원합의체; 대법원 2011.6.10, 2010두7321).

- ② (○) 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 일반적인 건축신고와는 달리, 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실제적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 ‘수리를 요하는 신고’로 보는 것이 옳다(대법원 2011.1.20, 2010두14954 전원합의체), 일정한 건축물에 관한 건축신고는 건축법 제14조 제2항, 제11조 제5항 제3호에 의하여 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제56조에 따른 개발행위허가를 받은 것으로 의제되는데, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제58조 제1항 제4호에서는 개발행위허가의 기준으로 주변 지역의 토지이용실태 또는 토지이용계획, 건축물의 높이, 토지의 경사도, 수목의 상태, 물의 배수, 하천·호소·습지의 배수 등 주변 환경이나 경관과 조화를 이룰 것을 규정하고 있으므로, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상의 개발행위허가로 의제되는 건축신고가 위와 같은 기준을 갖추지 못한 경우 행정청으로서 이를 이유로 그 수리를 거부할 수 있다고 보아야 한다(대법원 2011.1.20, 2010두14954 전원합의체).
- ③ (○) 신고의 요건은 개별법률에서 구체적으로 정하는 바에 의한다. 다만 행정절차법은 자기완결적 사인의 공법행위로서의 신고와 관련하여 신고의 요건으로 ㉠ 신고서의 기재사항에 흠이 없을 것 ㉡ 필요한 구비서류가 첨부되어 있을 것 ㉢ 그 밖에 법령 등에 규정된 형식상의 요건에 적합할 것을 규정하고 있다(행정절차법 제40조 제2항).
- ④ (○) 자기완결적 신고를 규정한 법률상의 요건 외에 타법상의 요건도 충족하여야 하는 경우, 타법상의 요건을 충족시키지 못하는 한 적법한 신고를 할 수 없음 ⇨ 식품위생법과 건축법은 그 입

법 목적, 규정사항, 적용범위 등을 서로 달리하고 있어 식품접객업에 관하여 식품위생법이 건축법에 우선하여 배타적으로 적용되는 관계에 있다고는 해석되지 않는다. 그러므로 **식품위생법에 따른 식품접객업(일반음식점영업)의 영업신고의 요건을 갖춘 자라고 하더라도, 그 영업신고를 한 당해 건축물이 건축법 소정의 허가를 받지 아니한 무허가 건물이라면 적법한 신고를 할 수 없다**(대판 2009.4.23, 2008도6829).

07 대외적 구속력을 인정할 수 없는 경우만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 운전면허에 관한 제재적 행정처분의 기준이 「도로교통법 시행규칙」 [별표]에 규정되어 있는 경우
- ㄴ. 행정 각부의 장이 정하는 특정 고시가 비록 법령에 근거를 둔 것이더라도 규정 내용이 법령의 위임 범위를 벗어난 것일 경우
- ㄷ. 상위법령에서 세부사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임하였음에도 이를 고시 등 행정규칙으로 정한 경우
- ㄹ. 상위 법령의 위임이 없음에도 상위 법령에 규정된 처분 요건에 해당하는 사항을 하위 부령에서 변경하여 규정한 경우

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

정답 ④

해설 ④ ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㄹ이 대외적 구속력인 법규성이 없다.

ㄱ. (대외적 구속력 ×) 도로교통법시행규칙 제53조 제1항 [별표 16]의 운전면허 행정처분기준은 행정청 내부의 사무처리준칙을 정한 것이므로 법원이나 국민은 기속하는 효력이 없다(대법원 1990.10.16, 90누4297).

ㄴ. (대외적 구속력 ×) 고시가 법령에 근거를 두었으나 규정 내용이 법령의 위임 범위를 벗어난 경우, **법규 명령으로서의 대외적 구속력을 인정할 수 없음** ⇒ 위임 규정에서 사용하고 있는 용어의 의미를 넘어 범위를 확장하거나 축소함으로써 위임 내용을 구체화하는 단계를 벗어나 새로운 입법을 한 것으로 평가할 수 있다면, 이는 위임의 한계를 이탈한 것으로서 허용되지 아니한다.(대법원 2016.8.17, 2015두51132).

ㄷ. (대외적 구속력 ×) 상위법령에서 세부사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임하였음에도 이를 고시 등 행정규칙으로 정한 경우, **대외적 구속력을 가지는 법규명령으로서 효력을 인정할 수는 없음** ⇒ 행정규칙이나 규정이 상위법령의 위임범위를 벗어난 경우에는 법규명령으로서 대외적 구속력을 인정할 여지는 없다. 이는 행정규칙이나 규정 '내용'이 위임범위를 벗어난 경우뿐 아니라 상위법령의 위임규정에서 특정하여 정한 권한행사의 '절차'나 '방식'에 위배되는 경우도 마찬가지이므로, 상위법령에서 세부사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임하였음에도 이를 고시 등 행정규칙으로 정하였다면 그 역시 대외적 구속력을 가지는 법규명령으로서 효력이 인정될 수 없다(대법원 2012.7.5, 2010다72076).

ㄹ. (대외적 구속력 ×) 법령의 위임이 없음에도 법령에 규정된 처분 요건에 해당하는 사항을 부령에서 변경하여 규정한 경우에는 그 부령의 규정은 행정청 내부의 사무처리 기준 등을 정한 것으로서 행정조직 내에서 적용되는 행정명령의 성격을 지닐 뿐 국민에 대한 대외적 구속력은 없음 ⇒ 어떤 행정처분이 법규성이 없는 시행규칙 등의 규정에 위배된다고 하더라도 처분이 위법하게 되는 것은 아니고, 또 그 규칙 등에서 정한 요건에 부합한다고 하여도 적법한 것이라고 할 수도 없음. 이 경우 처분의 적법 여부는 일반 국민에 대하여 구속력을 가지는 법률 등 법규성이 있는 관계 법령의 규정을 기준으로 판단한다(대법원 2018.6.15, 2015두40248).

08 기속행위와 재량행위에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 개발행위허가는 허가기준 및 금지요건이 불확정 개념으로 규정된 부분이 많아 그 요건에 해당하는지 여부는 행정청의 재량판단의 영역에 속한다.
- ② 기속행위와 재량행위의 구분은 당해 행위의 근거가 된 법규의 체재·형식과 그 문언, 당해 행위가 속하는 행정 분야의 주된 목적과 특성, 당해 행위 자체의 개별적 성질과 유형 등을 모두 고려하여 판단하여야 한다.
- ③ 처분을 할 것인지 여부와 처분의 정도에 관하여 재량이 인정되는 과징금 납부명령에 대하여 그 명령이 재량권을 일탈하였을 경우, 법원은 재량권의 범위 내에서 어느 정도가 적정한 것인지에 관하여 판단할 수 있고 그 일부를 취소할 수 있다.
- ④ 마을버스운송사업면허의 허용 여부는 운수행정을 통한 공익실현과 아울러 합목적성을 추구하기 위하여 보다 구체적 타당성에 적합한 기준에 의하여야 할 것이므로 행정청의 재량에 속하는 것이라고 보아야 한다.

정답 ③

해설 ① (○) 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 ‘국토계획법’이라고 한다) 제56조에 따른 개발행위허가와 농지법 제34조에 따른 농지전용허가·협의는 금지요건·허가기준 등이 불확정개념으로 규정된 부분이 많아 그 요건·기준에 부합하는지의 판단에 관하여 행정청에 재량권이 부여되어 있으므로, 그 요건에 해당하는지 여부는 행정청의 재량판단의 영역에 속한다(대법원 2017.10.12. 2017두48956)

② (○) 대법원 2001.2.9. 98두17593

③ (×) 자동차운수사업면허조건 등을 위반한 사업자에 대하여 행정청이 행정제재수단으로 사업 정지를 명할 것인지, 과징금을 부과할 것인지, 과징금을 부과키로 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**(대법원 1998.4.10. 98두2270).

④ (○) 구 자동차운수사업법의 관련 규정에 의하면 마을버스운송사업면허의 허용 여부는 사업구역의 교통수요, 노선결정, 운송업체의 수송능력, 공급능력 등에 관하여 기술적·전문적인 판단을 요하는 분야로서 이에 관한 행정처분은 운수행정을 통한 공익실현과 아울러 합목적성을 추구하기 위하여 보다 구체적 타당성에 적합한 기준에 의하여야 할 것이므로 그 범위 내에서는 법령이 특별히 규정한 바가 없으면 행정청의 재량에 속하는 것이라고 보아야 할 것이고, 또한 마을버스 한정면허시 확정되는 마을버스 노선을 정함에 있어서도 기존 일반노선버스의 노선과의 중복 허용 정도에 대한 판단도 행정청의 재량에 속한다(대법원 2001.1.19. 99두3812).

09 강학상 인가에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 강학상 인가는 기본행위에 대한 법률상의 효력을 완성시키는 보충행위로서, 그 기본이 되는 행위에 하자가 있을 때에는 그에 대한 인가가 있었다 하여도 기본행위가 유효한 것으로 될 수 없다.
- ㄴ. 「민법」상 재단법인의 정관변경에 대한 주무관청의 허가는 법률상 표현이 허가로 되어 있기는 하나, 그 성질은 법률행위의 효력을 보충해 주는 것이지 일반적 금지를 해제하는 것은 아니다.
- ㄷ. 인가처분에 하자가 없더라도 기본행위에 무효사유가 있다면 기본행위의 무효를 내세워 그에 대한 행정청의 인가처분의 취소 또는 무효확인을 구할 소의 이익이 있다.
- ㄹ. 「도시 및 주거환경정비법」상 관리처분계획에 대한 인가는 강학상 인가의 성격을 갖고 있으므로 관리처분계획에 대한 인가가 있더라도 관리처분계획안에 대한 총회결의에 하자가 있다면 민사소송으로 총회결의의 하자를 다투어야 한다.

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

정답

해설 ① ㄱ, ㄴ이 옳다.

- ㄱ. (○) 기본행위에 하자가 있으면 인가가 있어도 유효가 되는 것은 아님 ⇨ 학교법인의 임원에 대한 감독청의 취임승인은 학교법인의 임원선임행위를 보충하여 그 법률상의 효력을 완성케 하는 보충적 행정행위로서 성질상 기본행위를 떠나 승인처분 그 자체만으로 법률상 아무런 효력도 발생할 수 없으므로, 기본행위인 학교법인의 임원선임행위가 불성립 또는 무효인 경우에는 비록 그에 대한 감독청의 취임승인이 있었다 하여도 이로써 무효인 그 선임행위가 유효한 것으로는 될 수 없다(대법원 1987.8.18, 86누152).
- ㄴ. (○) 민법 제45조와 제46조에서 말하는 재단법인의 정관변경 “허가”는 법률상의 표현이 허가로 되어 있기는 하나, 그 성질에 있어 법률행위의 효력을 보충해 주는 것이지 일반적 금지를 해제하는 것이 아니므로, 그 법적 성격은 인가라고 보아야 한다(대법원 1996.5.16, 95누4810 전원합의체).
- ㄷ. (×) 기본행위의 하자가 있음을 이유로 하자가 없는 인가를 항고소송의 대상으로 할 수 없음 ⇨ 기본이 되는 정관변경결의에 하자가 있을 때에는 그에 대한 인가가 있었다 하여도 기본행위인 정관변경결의가 유효한 것으로 될 수 없으므로, 기본행위인 정관변경결의가 적법·유효하고 보충행위인 인가처분 자체에만 하자가 있다면 그 인가처분의 무효나 취소를 주장할 수 있지만, 인가처분에 하자가 없다면 기본행위에 하자가 있다 하더라도 기본행위의 무효를 내세워 바로 그에 대한 행정청의 인가처분의 취소 또는 무효확인을 소구할 법률상의 이익이 없다(대법원 1996.5.16, 95누4810).
- ㄹ. (×) 도시 및 주거환경정비법상 주택재건축정비사업조합이 같은 법 제48조에 따라 수립한 관리처분계획에 대하여 관할 행정청의 인가·고시까지 있게 되면 관리처분계획은 행정처분으로서 효력이 발생하게 되므로, 총회결의의 하자를 이유로 하여 행정처분의 효력을 다투는 항고소송의 방법으로 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구하여야 하고, 그와 별도로 행정처분에 이르는 절차적 요건 중 하나에 불과한 총회결의 부분만을 따로 떼어내어 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 특별한 사정이 없는 한 허용되지 않는다(대법원 2009.9.17, 2007다2428 전원합의체).

10 행정행위의 부관에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 부관 중에서 부담은 주된 행정행위로부터 분리될 수 있다 할지라도 부담 그 자체는 독

- 립된 행정행위가 아니므로 주된 행정행위로부터 분리하여 쟁송의 대상이 될 수 없다.
- ② 기부채납받은 행정재산에 대한 사용·수익허가에서 공유재산의 관리청이 정한 사용·수익허가의 기간은 그 허가의 효력을 제한하기 위한 행정행위의 부관으로서, 이러한 사용·수익허가의 기간에 대해서는 독립하여 행정소송을 제기할 수 있다.
 - ③ 지방국토관리청장이 일부 공유수면매립지를 국가 또는 지방자치단체에 귀속처분한 것은 법률효과의 일부를 배제하는 부관을 붙인 것이므로 이러한 행정행위의 부관은 독립하여 행정쟁송 대상이 될 수 없다.
 - ④ 행정청이 부담을 부가하기 이전에 상대방과 협의하여 부담의 내용을 협약의 형식으로 미리 정한 경우에는 행정처분을 하면서 이를 부담으로 부가할 수 없다.

정답 ③

- 해설** ① (×) **부관 중에서 부담만 독립쟁송가능성이 인정됨** ⇨ 부관은 그 자체로서 직접 법적 효과를 발생시키는 독립된 처분이 아니므로, 현행 행정쟁송제도 아래서는 부관 그 자체만을 독립된 쟁송의 대상으로 할 수 없는 것이 원칙이나, 부담의 경우에는 다른 행정행위의 불가분적인 요소가 아니고 그 존속이 본체인 행정행위의 존재를 전제로 하는 것일 뿐이므로, 부담 그 자체로서 행정쟁송의 대상이 될 수 있다고 할 것이다(대법원 1992.1.21, 91누1264).
- ② (×) 기한은 독립하여 행정소송을 제기할 수 없음 ⇨ 행정행위의 부관은 부담인 경우를 제외하고는 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 없는바, 기부채납받은 행정재산에 대한 사용·수익허가에서 공유재산의 관리청이 정한 사용·수익허가의 기간은 그 허가의 효력을 제한하기 위한 행정행위의 부관으로서 이러한 사용·수익허가의 기간에 대해서는 독립하여 행정소송을 제기할 수 없다(대법원 2001.6.15, 99두509).
- ③ (○) 행정행위의 부관은 부담의 경우를 제외하고는 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 없는 것인바, 행정청이 한 공유수면매립준공인가 중 매립지 일부에 대하여 한 국가귀속처분은 매립준공인가를 함에 있어서 매립의 면허를 받은 자의 매립지에 대한 소유권취득을 규정한 공유수면매립법 제14조의 효과 일부를 배제하는 부관을 붙인 것이므로 이러한 행정행위의 부관에 대하여는 독립하여 행정소송의 대상으로 삼을 수 없다(대법원 1993.10.8, 90누8503).
- ④ (×) 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 부담을 일방적으로 부가할 수도 있지만 상대방과 협의하여 협약의 형식으로 할 수 있음 ⇨ 수익적 행정처분에 있어서는 법령에 특별한 근거규정이 없다고 하더라도 그 부관으로서 부담을 붙일 수 있고, 그와 같은 부담은 행정청이 행정처분을 하면서 일방적으로 부가할 수도 있지만 부담을 부가하기 이전에 상대방과 협의하여 부담의 내용을 협약의 형식으로 미리 정한 다음 행정처분을 하면서 이를 부가할 수도 있다(대법원 2009.2.12, 2005다65500).

11 「행정소송법」에서 규정하고 있는 항고소송이 아닌 것은?

- ① 기관소송
- ② 무효등 확인소송
- ③ 부작위위법확인소송
- ④ 취소소송

정답 ①

해설 ①②③④ 기관소송은 항고소송이 아니다.

행정소송법

제3조(행정소송의 종류) 행정소송은 다음의 네가지로 구분한다.

1. 항고소송: 행정청의 처분등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송
2. 당사자소송: 행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송
3. 민중소송: 국가 또는 공공단체의 기관이 법률에 위반되는 행위를 한 때에 직접 자기의 법률상 이익과 관계없이 그 시정을 구하기 위하여 제기하는 소송
4. 기관소송: 국가 또는 공공단체의 기관상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송. 다만, 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 제외한다.

제4조(항고소송) 항고소송은 다음과 같이 구분한다.

1. 취소소송: 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송
2. 무효등 확인소송: 행정청의 처분등의 효력 유무 또는 존재여부를 확인하는 소송
3. 부작위위법확인소송: 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송

12 「행정심판법」상의 행정심판에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정청의 부당한 처분을 변경하는 행정심판은 현행법상 허용된다.
- ② 당사자의 신청에 대한 행정청의 부당한 거부처분에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 행정심판은 현행법상 허용된다.
- ③ 당사자의 신청에 대한 행정청의 위법한 부작위에 대하여 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 행정심판은 현행법상 허용되지 않는다.
- ④ 당사자의 신청에 대한 행정청의 부당한 거부처분을 취소하는 행정심판은 현행법상 허용되지 않는다.

정답 ④

해설

행정심판법 제5조(행정심판의 종류)

행정심판의 종류는 다음 각 호와 같다.

1. 취소심판: 행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 행정심판
2. 무효등확인심판: 행정청의 처분의 효력 유무 또는 존재 여부를 확인하는 행정심판
3. 의무이행심판: 당사자의 신청에 대한 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 행정심판

- ① (○) 행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 행정심판은 취소심판에 해당한다.
- ② (○) 당사자의 신청에 대한 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 행정심판은 의무이행심판으로서 현행법상 허용된다.
- ③ (○) 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 부작위위법확인심판은 허용되지 않는다. 다만 행정소송에서는 부작위위법확인소송이 인정된다.
- ④ (×) 당사자의 신청에 대한 행정청의 부당한 거부처분에 대해서는 의무이행심판도 가능하지만 거부처분에 대한 취소심판도 현행법상 허용된다.

13 다음은 「행정소송법」상 제소 기간에 대한 설명이다. ㉠ ~ ㉣에 들어갈 내용은?

취소소송은 처분등이 (㉠)부터 (㉡) 이내에 제기하여야 한다. 다만, 행정심판청구를 할 수 있는 경우 또는 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에 행정심판청구가 있는 때의 기간은 (㉢)을 (㉣)부터 기산한다. 한편 취소소송은 처분등이 있는 날부터 (㉤)을 경과하면 이를 제기하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

	㉠	㉡	㉢	㉣	㉤
①	있는 날	30일	결정서의 정본	통지받은 날	180일
②	있음을 안 날	90일	재결서의 정본	송달받은 날	1년
③	있는 날	1년	결정서의 부분	통지받은 날	2년
④	있음을 안 날	1년	재결서의 부분	송달받은 날	3년

정답 ②

해설 ②

행정소송법 제20조(제소기간)

- ① 취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다. 다만, 제18조 제1항 단서에 규정한 경우와 그 밖에 행정심판청구를 할 수 있는 경우 또는 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에 행정심판청구가 있는 때의 기간은 재결서의 정본을 송달받은 날부터 기산한다.
- ② 취소소송은 처분등이 있는 날부터 1년(제1항 단서의 경우는 재결이 있는 날부터 1년)을 경과하면 이를 제기하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.
- ③ 제1항의 규정에 의한 기간은 불변기간으로 한다.

14 행정계획에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 도시계획구역 내 토지 등을 소유하고 있는 사람과 같이 당해 도시계획시설결정에 이해 관계가 있는 주민은 도시시설계획의 입안권자 내지 결정권자에게 도시시설계획의 입안 내지 변경을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있다.
- ② 구 「국토이용관리법」상의 국토이용계획은 그 계획이 일단 확정된 후에 어떤 사정의 변동이 있다고 하여 지역주민이나 일반 이해관계인에게 일일이 그 계획의 변경을 신청할 권리를 인정하여 줄 수 없다.
- ③ 장래 일정한 기간 내에 관계 법령이 규정하는 시설 등을 갖추어 일정한 행정처분을 구하는 신청을 할 수 있는 법률상 지위에 있는 자의 국토이용계획변경신청을 거부하는 것이 실질적으로 당해 행정처분 자체를 거부하는 결과가 되는 경우에는 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다.
- ④ 문화재보호구역 내의 토지소유자가 문화재보호구역의 지정해제를 신청하는 경우에는 그 신청인에게 법규상 또는 조리상 행정계획 변경을 신청할 권리가 인정되지 않는다.

정답 ④

해설 ① (○) 도시계획구역 내 토지소유자의 도시계획입안 신청에 대한 도시계획입안권자의 거부행위는 처분성 인정 ⇨ 도시계획입안제안과 관련하여서는 주민이 입안권자에게 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(대법원 2004.4.28, 2003두1806).

- ② (○) **확정된 도시계획시설결정에 대한 거부통지는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 아니함** ⇨ 도시계획과 같이 장기성·종합성이 요구되는 행정계획에 있어서는 그 계획이 일단 확정된 후에 어떤 사정의 변동이 있다고 하여 지역주민에게 일일이 그 계획의 변경을 청구할 권리를 인정해 줄 수도 없는 것이 이치이므로, 피고가 원고의 도시계획시설변경신청을 불허한 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다(대법원 1984.10.24, 84누227).
- ③ (○) 국토이용계획변경을 거부하게 되면 폐기물처리업허가신청을 불허하는 결과가 되는 경우에는 처분성이 인정됨 ⇨ 폐기물처리사업계획의 적정통보를 받은 자는 장래 일정한 기간 내에 관계 법령이 규정하는 시설 등을 갖추어 폐기물처리업허가신청을 할 수 있는 법률상 지위에 있다고 할 것인바, 피고로부터 폐기물처리사업계획의 적정통보를 받은 원고가 폐기물처리업허가를 받기 위하여는 이 사건 부동산에 대한 용도지역을 '농림지역 또는 준농림지역'에서 '준도시지역'으로 변경하는 국토이용계획변경이 선행되어야 하고, 원고의 위 계획변경신청을 피고가 거부한다면 이는 실질적으로 원고에 대한 폐기물처리업허가신청을 불허하는 결과가 되므로, 원고는 위 국토이용계획변경의 입안 및 결정권자인 피고에 대하여 그 계획변경을 신청할 법규상 또는 조리상 권리를 가진다고 할 것이다(대법원 2003.9.23, 2001두10936).
- ④ (×) **문화재보호구역 내 토지 소유자의 문화재보호구역 지정해제 신청에 대한 행정청의 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당함** ⇨ 문화재보호구역 내에 있는 토지소유자 등으로서는 위 보호구역의 지정해제를 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있다고 할 것이고, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대법원 2004.4.27., 2003두8821).

15 정보공개청구에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공공기관이 공개청구의 대상이 된 정보를 공개는 하되, 청구인이 신청한 공개방법 이외의 방법으로 공개하기로 하는 결정을 한 경우 이는 정보공개방법만을 달리 한 것이므로 일부 거부처분이라 할 수 없다.
- ② 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에 의하면 “다른 법률 또는 법률에서 위임한 명령에 의하여 비밀 또는 비공개 사항으로 규정된 정보”는 이를 공개하지 아니할 수 있다고 규정하고 있는바, 여기에서 ‘법률에 의한 명령’은 정보의 공개에 관하여 법률의 구체적인 위임 아래 제정된 법규명령(위임명령)을 의미한다.
- ③ 국민의 알권리를 두텁게 보호하기 위해 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제9조제1항 제6호 본문의 규정에 따라 비공개대상이 되는 정보는 이름·주민등록번호 등 ‘개인식별정보’로 한정된다.
- ④ 공개청구의 대상이 되는 정보가 이미 다른 사람에게 공개되어 널리 알려져 있다거나 인터넷 등을 통하여 공개되어 인터넷 검색 등을 통하여 쉽게 알 수 있다면 행정청의 정보 비공개 결정이 정당화될 수 있다.

정답 ②

- 해설** ① (×) **정보공개 청구인에게는 특정한 정보공개방법을 지정하여 청구할 수 있는 법령상 신청권이 있음** ⇨ 공공기관이 공개청구의 대상이 된 정보를 청구인이 신청한 공개방법 이외의 방법으로 공개하기로 하는 결정을 한 경우, 정보공개방법에 관한 부분에 대하여 일부 거부처분을 한 것에 해당하고, 이에 대하여 항고소송으로 다툴 수 있음 ⇨ 청구인에게는 특정한 공개방법을 지정하여 정보공개를 청구할 수 원고가 신청한 정보공개방법인 전자파일의 형태로 정보통신망을 통하여 송신하는 방법을 취하지 아니하고 직접 방문하여 수령하거나 열람하라는 것이므로, 이는 원고의 정보공개청구 중 일부를 거부한 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 보아야 한다(대법원 2016.11.10, 2016두44674).
- ② (○) 법률에 의한 명령은 법률의 위임과정에 의하여 제정된 대통령령, 총리령, 부령 전부를 의미한 다기보다는 **법률의 구체적인 위임 아래 제정된 법규명령을 의미한다**(대법원 2003.12.11, 2003두8395).
 - ③ (×) **비공개대상정보에 해당하는지를 판단하는 ‘개인식별정보’뿐만 아니라 그 외에 정보의 내용을**

구체적으로 살펴 '개인에 관한 사항의 공개조서 등에 기재된 피의자 등의 인적사항 이외의 진술내용 역시 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 인정되는 경우 정보공개법 제9조 제1항 제6호 본문 소정의 비공개대상에 해당한다(대판 2012.6.18, 2011두2361 전원합의체).

- ④ (×) 공개청구의 대상이 되는 정보가 이미 다른 사람에게 공개되어 널리 알려져 있거나 인터넷 등을 통하여 공개되어 인터넷검색 등을 통하여 쉽게 알 수 있다는 사정만으로는 소의 이익이 없거나 비공개결정이 정당화될 수 없다(대법원 2010.12.23, 2008두13101).

16 판례상 항고소송의 대상으로 인정되는 것만을 모두 고르면?

- ㄱ. 교도소장이 특정 수형자를 '접견내용 녹음·녹화 및 접견 시 교도관 참여대상자'로 지정한 행위
- ㄴ. 행정청이 토지대장상의 소유자명의변경신청을 거부한 행위
- ㄷ. 지방경찰청장의 횡단보도 설치 행위
- ㄹ. 상표권자인 법인에 대한 청산종결등기가 되었음을 이유로 특허청장이 행한 상표권 말소등록 행위

- ① ㄱ, ㄴ
- ② ㄱ, ㄷ
- ③ ㄴ, ㄹ
- ④ ㄷ, ㄹ

정답 ②

해설 ② ㄱ, ㄷ이 항고소송의 대상인 처분성이 인정된다.

- ㄱ. (처분○) 교도소장이 특정 수형자를 '접견내용 녹음·녹화 및 접견 시 교도관 참여대상자'로 지정한 행위는 원고의 접견 시마다 사생활의 비밀 등 권리에 제한을 가하는 행위이고, 이는 피고가 그 우월적 지위에서 수형자인 원고에게 일방적으로 강제하는 성격을 가진 공권력적 사실행위의 성격을 갖고 있는 점 등을 종합하면, 위와 같은 지정행위는 수형자의 구체적 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 행정청의 공법상 행위로서 항고소송의 대상이 되는 '처분'에 해당한다(대법원 2014.2.13, 2013두20899).
- ㄴ. (처분×) 소유자 명의가 변경된다고 하여도 이로 인하여 당해 토지에 대한 실체상의 권리관계에 변동을 가져올 수 없고 토지 소유권이 지적공부의 기재만에 의하여 증명되는 것도 아니다. 따라서 소관청이 토지대장상의 소유자명의변경신청을 거부한 행위는 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다(대법원 2012.1.12, 2010두12354).
- ㄷ. (처분○) 도로교통법 제10조 제1항의 취지에 비추어 볼 때, 지방경찰청장이 횡단보도를 설치하여 보행자의 통행방법 등을 규제하는 것은 행정청이 특정사항에 대하여 의무의 부담을 명하는 행위이고 이는 국민의 권리의무에 직접 관계가 있는 행위로서 행정처분이라고 보아야 할 것이다(대법원 2000.10.27, 98두8964).
- ㄹ. (처분×) 상표권자인 법인에 대한 청산종결등기가 되었음을 이유로 한 상표권의 말소등록행위는 항고소송의 대상이 될 수 없음 ⇨ 상표권 회복등록의 신청이 거부된 경우에는 거부처분에 대한 항고소송은 가능함
 - ㉠ 상표원부에 상표권자인 법인에 대한 청산종결등기가 되었음을 이유로 상표권의 말소등록이 이루어졌다고 해도 이는 상표권이 소멸하였음을 확인하는 사실적·확인적 행위에 지나지 않고, 말소등록으로 비로소 상표권 소멸의 효력이 발생하는 것이 아니어서, 상표권의 말소등록은 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위라고 할 수 없다.
 - ㉡ 한편 상표권 설정등록이 말소된 경우에도 등록령 제27조에 따른 회복등록의 신청이 가능하고, 회복신청이 거부된 경우에는 거부처분에 대한 항고소송이 가능하다(대법원 2015.10.29, 2014두2362).

17 국가배상에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국가배상책임에서의 법령위반은, 인권존중·권력남용금지·신의성실·공서양속 등의 위반도 포함해 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있음을 의미한다.
- ② 공무원에게 부과된 직무상 의무는 전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위해 설정된 것이어야 국가배상책임이 인정된다.
- ③ 배상심의회의 결정은 대외적인 법적 구속력을 가지므로 배상 신청인과 상대방은 그 결정에 항상 구속된다.
- ④ 판례는 구 「국가배상법」(67.3.3. 법률 제1899호) 제3조의 배상액 기준은 배상심의회의 배상액 결정의 기준이 될 뿐 배상 범위를 법적으로 제한하는 규정이 아니므로 법원을 기속하지 않는다고 보았다.

정답 ③

- 해설** ① (○) 법령위반의 의미와 관련하여 ㉠ 법령을 헌법, 법률, 명령, 자치법규 등과 같은 엄격한 의미의 법령만을 의미한다고 보는 협의설도 있으나 ㉡ 엄격한 의미에서의 법령뿐만 아니라 인권존중·권력남용금지·신의성실·공서양속도 포함하여 당해 직무행위가 객관적으로 정당성을 결한 경우를 말한다고 보는 광의설이 다수설이다.
- ② (○) 공무원에게 부과된 직무상 의무의 내용이 단순히 공공 일반의 이익을 위한 것이거나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이 아니고 전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것이라면, 공무원이 그와 같은 직무상 의무를 위반함으로써 인하여 피해자가 입은 손해에 대하여는 상당인과관계가 인정되는 범위 내에서 국가가 배상책임을 지는 것이다(대법원 2003.4.25, 2001다59842).
- ③ (×) 신청인이 배상심의회의 배상결정에 동의하거나 지방자치단체가 배상금을 지급한 경우에도 신청인은 국가배상소송을 제기할 수 있다. 따라서 배상심의회의 결정에 신청인과 상대방은 구속되지 않는다.
- ④ (○) 국가배상법 제3조의 배상기준의 성격에 대하여 ㉠ 배상의 범위를 법정화한 것은 곧 그에 의한 배상액의 상한(주의: 하한을 제한한 것이 아님)을 제한한 것이라는 한정액설도 있으나 ㉡ 한정적으로 해석할 경우 민법에 의한 배상보다 피해자에게 불리하여 정당한 배상을 규정한 헌법 제29조 제1항에 반하는 것으로서, 국가배상법 제3조의 배상기준은 단순한 기준에 불과하다는 기준액설이 통설·판례의 입장이다.

18 조례제정권의 범위와 한계에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 지방자치단체는 법령에 위반되지 않는 범위 내에서 자치사무에 관하여 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 사항이 아닌 한 법률의 위임 없이 조례를 제정할 수 있다.
- ② 담배자동판매기의 설치를 금지하고 설치된 판매기를 철거하도록 하는 조례는 기존 담배자동판매기업자의 직업의 자유와 재산권을 제한하는 조례이므로 법률의 위임이 필요하다.
- ③ 영유아 보육시설 종사자의 정년을 조례로 규정하고자 하는 경우에는 법률의 위임이 필요 없다.
- ④ 군민의 출산을 장려하기 위하여 세 자녀 이상 세대 중 세 번째 이후 자녀에게 양육비 등을 지원할 수 있도록 하는 조례의 제정에는 법률의 위임이 필요 없다.

정답 ③

해설 ① (○) 지방자치법 제22조

- ② (○) 헌법 제117조 제1항은 "지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다."고 규정하고 있고, 지방자치법 제15조는 이를 구체화하여 "지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다."고 규정하고 있다. 이 사건 조례들은 담배소매업을 영위하는 주민들에게 자판기 설치를 제한하는 것을 내용으로 하고 있으므로 주민의 직업선택의 자유 특히 직업수행의 자유를 제한하는 것이 되어 지방자치법 제15조 단서 소정의 주민의 권리의무에 관한 사항을 규율하는 조례라고 할 수 있으므로 지방자치단체가 이러한 조례를 제정함에 있어서는 법률의 위임을 필요로 한다(헌재 1995.4.20. 92헌마264).
- ③ (×) 영유아보육법이 보육시설 종사자의 정년에 관한 규정을 두거나 이를 지방자치단체의 조례에 위임한다는 규정을 두고 있지 않음에도 보육시설 종사자의 정년을 규정한 '서울특별시 중구 영유아 보육조례 일부개정조례안' 제17조 제3항은, 법률의 위임 없이 헌법이 보장하는 직업을 선택하여 수행할 권리의 제한에 관한 사항을 정한 것이어서 그 효력을 인정할 수 없으므로, 위 조례안에 대한 재의결은 무효이다(대법원 2009.5.28. 2007추134).
- ④ (○) 세 자녀 이상 세대 중 세 번째 이후 자녀에게 양육비 등을 지원할 수 있도록 하는 것으로서, 위와 같은 사무는 지방자치단체 고유의 자치사무이므로 그 제정에 있어서 반드시 법률의 개별적 위임이 따로 필요한 것은 아니다(대법원 2006.10.12. 2006추38).

19 행정소송의 소송요건 등에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 고시 또는 공고에 의하여 행정처분을 하는 경우 그 행정처분에 이해관계를 갖는 사람이 고시 또는 공고가 있었다는 사실을 현실적으로 알았는지 여부에 관계없이 고시 또는 공고가 효력을 발생한 날에 행정처분이 있음을 알았다고 보아야 한다.
- ② 「행정소송법」상 제3자 소송참가의 경우 참가인이 상소를 하였더라도, 소송당사자 본인인 피참가인은 참가인의 의사에 반하여 상소취하나 상소포기를 할 수 있다.
- ③ 무효인 과세처분에 근거하여 세금을 납부한 경우 부당이득반환청구의 소로써 직접 위법상태의 제거를 구할 수 있는지 여부와 관계없이 「행정소송법」 제35조에 규정된 '무효확인'을 구할 법률상 이익'을 가진다.
- ④ 공법상 당사자소송으로서 납세의무부존재확인'의 소는 과세처분을 한 과세관청이 아니라 「행정소송법」 제3조제2호, 제39조에 의하여 그 법률관계의 한쪽 당사자인 국가·공공단체, 그 밖의 권리주체가 피고적격을 가진다.

정답 ②

- 해설 ① (○) 통상 고시 또는 공고에 의하여 행정처분을 하는 경우에는 그 처분의 상대방이 불특정 다수인이고 그 처분의 효력이 불특정 다수인에게 일률적으로 적용되는 것이므로, 그 행정처분에 이해관계를 갖는 자가 고시 또는 공고가 있었다는 사실을 현실적으로 알았는지 여부에 관계없이 고시가 효력을 발생하는 날 행정처분이 있음을 알았다고 보아야 한다(대법원 2007.6.14., 2004두619). 고시 또는 공고가 효력을 발생한 날이 행정처분을 안 날에 해당하기 때문에 제소기간은 1년이 아니고 90일이다.
- ② (×) 피참가인의 소송행위는 모두의 이익을 위하여서만 효력을 가지고, 공동소송적 보조참가인에게 불이익이 되는 것은 효력이 없으므로, 참가인이 상소를 할 경우에 피참가인이 상소취하나 상소포기를 할 수는 없다(대법원 2017.10.12. 2015두36836).
- ③ (○) 행정소송법 제35조에 규정된 '무효확인'을 구할 법률상 이익'이 있는지를 판단할 때 무효등확인소송은 보충성이 인정되지 않기 때문에 행정처분의 무효를 전제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제수단이 있는지 여부를 따질 필요가 없음 ⇨ 무효인 과세처분은 공정력이 인정되지

않기 때문에 곧바로 민사법원에 부당이득반환청구소송을 제기할 수도 있다. 또한 무효등확인소송은 보충성이 요구되지 않기 때문에 직접적인 구제방법인 부당이득반환소송을 제기하지 않고도 곧바로 행정법원에 과세처분무효확인소송을 제기할 수 있다(대법원 2008.3.20, 2007두 6342 전원합의체).

- ④ (○) 납세의무부존재확인의 소는 공법상의 법률관계 그 자체를 다투는 소송으로서 당사자소송이라 할 것이므로 행정소송법 제3조 제2호, 제39조에 의하여 그 법률관계의 한쪽 당사자인 국가·공공단체 그 밖의 권리주체가 피고적격을 가진다(대법원 2000.9.8, 99두2765).

20 행정벌에 대한 설명으로 옳은 것으로만 묶은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 행정청의 과태료 부과에 불복하는 자는 서면으로 이의제기를 할 수 있으나, 이의제기가 있더라도 과태료 부과처분은 그 효력을 유지한다.
 ㄴ. 「도로교통법」상 범칙금 통고처분은 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않는다.
 ㄷ. 과징금은 어떤 경우에도 영업정지에 갈음하여 부과할 수 없다.
 ㄹ. 「질서위반행위규제법」에 따른 과태료는 행정청의 과태료 부과처분이나 법원의 과태료 재판이 확정된 후 5년간 징수하지 아니하거나 집행하지 아니하면 시효로 소멸한다.

- ① ㄱ, ㄴ
 ② ㄱ, ㄷ
 ③ ㄴ, ㄷ
 ④ ㄴ, ㄹ

정답 ④

해설 ④ ㄴ, ㄹ이 옳다.

- ㄱ. (×) 행정청의 과태료 부과에 불복하는 당사자는 제17조 제1항에 따른 과태료 부과 통지를 받은 날부터 60일 이내에 해당 행정청에 서면으로 이의제기를 할 수 있다. 이의제기가 있는 경우에는 행정청의 과태료 부과처분은 그 효력을 상실한다(질서위반행위규제법 제20조).
- ㄴ. (○) 통고처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아님 ⇨ 도로교통법 제118조에서 규정하는 경찰서장의 통고처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니므로 그 처분의 취소를 구하는 소송은 부적법하고 도로교통법상의 통고처분을 받은 자가 그 처분에 대하여 이의가 있는 경우에는 통고처분에 따른 범칙금의 납부를 이행하지 아니함으로써 경찰서장의 즉결심판청구에 의하여 법원의 심판을 받을 수 있게 될 뿐이다(대법원 1995.6.29, 95누4674).
- ㄷ. (×) 변형된 과징금은 영업정지 등에 갈음하여 부과하는 것이다. 따라서 동일한 위반사유에 대하여 과징금과 영업정지를 병과할 수는 없다. 다만, 과징금을 부과할 것인지 영업정지처분을 할 것인지는 보통 행정청의 재량이다(대법원 2006.5.12, 2004두12315).
- ㄹ. (○) 과태료는 행정청의 과태료 부과처분이나 법원의 과태료 재판이 확정된 후 5년간 징수하지 아니하거나 집행하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다(질서위반행위규제법 제15조).