

# [ 2020년 군무원 7급 행정법 기출문제와 해설 ]

## 해설 : 백영민

### 01 행정상 손해배상에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 자기책임설은 공무원의 직무상 행위의 위법여부와 상관없이 국가가 자기의 행위에 대한 배상책임은 지는 것으로 보는 견해이다.
- ② 법관의 재판에 법령의 규정을 따르지 아니한 잘못이 있는 경우에는 이로써 바로 그 재판상 직무행위가 국가배상법 제2조 제1항에서 말하는 위법한 행위로 되어 국가의 손해배상책임이 발생한다.
- ③ 과실의 기준은 당해 공무원이 아니라 당해 직무를 담당하는 평균적 공무원을 기준으로 한다는 견해는 과실의 객관화(과실 개념을 객관적으로 접근)를 위한 시도라 할 수 있다.
- ④ 손해는 법익침해로 인한 모든 불이익을 말하며, 재산상의 손해이든 비재산적 손해(생명·신체·정신상의 손해)이든, 적극적 손해이든 소극적 손해이든 불문한다.

정답 ②

- 해설** ① (○) 자기책임설은 국가가 공무원을 통해서 행위를 하는 것이므로 **공무원의 직무상 행위의 위법여부를 불문하고 국가 등에 귀속**된다는 점을 논거로 한다. 국가 등의 배상책임은 공무원의 책임을 대신하여 지는 것이 아니고 그의 기관인 공무원의 행위라는 형식을 통해 국가가 자기의 행위에 대한 책임을 지는 것으로 이해한다. 자기책임설에 의할 경우 국가 등의 책임과 공무원 개인의 책임은 관계가 없으므로, 국가 등의 배상책임은 국가 스스로의 행위에 대한 책임이므로 공무원의 개인의 책임은 이와 별도로 성립하고 양립할 수 있다는 점을 들어 선택적 청구권을 인정하고 있다.
- ② (×) **법관의 재판에 법령의 규정을 따르지 아니한 잘못이 있다 하더라도 곧바로 국가의 손해배상책임이 발생하는 것은 아니고, 법관에게 위법 또는 부당한 목적이 있어야 함** ⇨ 법관의 재판에 법령의 규정을 따르지 아니한 잘못이 있다 하더라도 이로써 바로 그 재판상 직무행위가 국가배상법 제2조 제1항에서 말하는 위법한 행위로 되어 국가의 손해배상책임이 발생하는 것은 아니고, 그 국가배상책임이 인정되려면 당해 법관이 위법 또는 부당한 목적을 가지고 재판을 하는 등 법관이 그에게 부여된 권한의 취지에 명백히 어긋나게 이를 행사하였다고 인정할 만한 특별한 사정이 있어야 한다고 해석함이 상당하다(대법원 2001.4.24. 2000다16114).
- ③ (○) 오늘날 국가배상법은 과실주의를 채택하고 있다. 그러나 피해자가 공무원의 고의·과실을 입증하기 어려운 문제에 대하여 피해자 구제의 관점에서 과실관념을 객관화하려는 시도가 나타나고 있다. 국가배상법상 과실의 의미를 행위공무원 개개인의 지식과 경험·능력에 따른 주관적 주의력을 기준으로 하지 않고, 동일 직종에 종사하는 성실한 평균적인 공무원의 주의력을 표준으로 판단하는 객관적 과실로 보는 것이 판례와 학설의 일반적 경향이다.
- ④ (○) 국가배상법상 손해란 법익침해에 의한 모든 불이익을 말하며, 이러한 손해는 적극적 손해·소극적 손해, 재산적 손해, 비재산적 손해를 불문한다. 그러나 반사적 이익의 침해는 여기서의 손해에 포함되지 않는다.

### 02 부작위위법확인소송에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 부작위위법확인소송의 확정판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다.
- ② 부작위위법확인소송의 소는 부작위상태가 계속되는 한 그 위법의 확인을 구할 이익이 있다고 보아야 하므로 원칙적으로 제소기간의 제한을 받지 않는다.
- ③ 부작위위법확인소송의 소는 신청에 대한 부작위의 위법을 확인하여 소극적인 위법상태를 제거하는 동시에 신청의 실체적 내용이 이유 있는 것인가도 심리하는 것을 목적으로 한다.
- ④ 부작위위법확인소송에 있어서의 판결은 행정청의 특정 부작위의 위법 여부를 확인하는 데 그치고, 적극적으로 행정청에 대하여 일정한 처분을 할 의무를 직접 명하지는 않는다.

정답 ③

- 해설** ① (○) “처분등을 취소하는 확정판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다”는 행정소송법 제29조를 부작위위법확인소송

에서 준용한다(행정소송법 제 38조 제2항). 따라서 부작위위법확인소송의 확정판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다.

**행정소송법 제29조(취소판결등의 효력)** ① 처분등을 취소하는 확정판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다.

**행정소송법 제38조(준용규정)**

- ① 제9조, 제10조, 제13조 내지 제17조, 제19조, 제22조 내지 제26조, 제29조 내지 제31조 및 제33조의 규정은 무효등 확인소송의 경우에 준용한다.
- ② 제9조, 제10조, 제13조 내지 제19조, 제20조, 제25조 내지 제27조, 제29조 내지 제31조, 제33조 및 제34조의 규정은 부작위위법확인소송의 경우에 준용한다.

- ② (○) 부작위위법확인 소는 원칙적으로 제소기간의 제한을 받지 않지만, 행정심판을 거친 경우는 제소기간의 제한이 있음 ⇨ 부작위위법확인 소는 부작위상태가 계속되는 한 그 위법의 확인을 구할 이익이 있다고 보아야 하므로 원칙적으로 제소기간의 제한을 받지 않는다. 그러나 행정소송법 제38조 제2항이 제소기간을 규정한 같은 법 제20조를 부작위위법확인소송에 준용하고 있는 점에 비추어 보면, 행정심판 등 전심절차를 거친 경우에는 행정소송법 제20조가 정한 제소기간 내에 부작위위법확인 소를 제기하여야 한다(대법원 2009.7.23, 2008두10560).
- ③ (×) 부작위위법확인소송은 소극적으로 위법상태 배제에 그치지 적극적으로 실제적 내용까지 심리할 수 없음 ⇨ 부작위위법확인 소는 행정청이 국민의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청에 대하여 상당한 기간 내에 그 신청을 인용하는 적극적 처분을 하거나 또는 각하 내지 기각하는 등의 소극적 처분을 하여야 할 법률상의 응답의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우 판결시를 기준으로 그 부작위의 위법함을 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 있을 때에는 그 처분 등을 다투게 함으로써 최종적으로 국민의 권리·이익을 보호하려는 제도이다(대법원 1992.7.28, 91누7361 ; 대법원 1992.6.9, 91누11278).
- ④ (○) 부작위위법확인소송이란 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송유형을 말한다(행정소송법 제4조 제3호). 따라서 적극적으로 행정청에 대하여 일정한 처분을 할 의무를 직접 명하는 의무이행소송은 인정되지 않는다.

03 행정의 주요 행위형식에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정청인 관리권자로부터 관리업무를 위탁받은 공단이 우월적 지위에서 일정한 법률상 효과를 발생하게 하는 공단입주 변경계약은 공법계약으로 이의 취소는 공법상 당사자소송으로 해야 한다.
- ② 어업권면허에 선행하는 우선순위결정은 행정청이 우선권자로 결정된 자의 신청이 있으면 어업권면허 처분을 하겠다는 것을 약속하는 행위로서 강학상 확약에 불과하다.
- ③ 행정사법작용에 관한 법적 분쟁은 특별한 규정이 없는 한 민사소송을 통해 구제를 도모하여야 한다.
- ④ 행정자동결정이 행정사실행위에 해당한다고 하게 되면 그것은 직접적인 법적 효과는 발생하지 않으며 다만 국가배상청구권의 발생 등 간접적인 법적 효과만 발생함이 원칙이다.

정답 ①

**해설** ① (×) 산업단지관리공단이 구 산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률 제38조 제2항에 따른 변경계약의 취소는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당함 ⇨ 구 산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률의 규정들에서 알 수 있는 산업단지관리공단의 입주변경계약 취소는 행정청인 관리권자로부터 관리업무를 위탁받은 산업단지관리공단이 우월적 지위에서 입주기업체들에게 일정한 법률상 효과를 발생하게 하는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대법원 2017.6.15, 2014두46843).

② (○) 어업면허우선순위결정은 강학상 확약에 불과하고 행정처분은 아니므로, 우선순위결정에 공정력이나 불가쟁력과 같은 효력은 인정되지 아니함 ⇨ 어업권면허에 선행하는 우선순위결정은 행정청이 우선권자로 결정된 자의 신청이 있으면 어업권면허처분을 하겠다는 것을 약속하는 행위로서 강학상 확약에 불과하고 행정처분은 아니므로, 우선순위결정에 공정력이나 불가쟁력과 같은 효력은 인정되지 아니하며, 따라서 우선순위결정이 잘못되었다는 이유로 종전의 어업권면허처분이 취소되면 행정청은 종전의 우선순위결정을 무시하고 다시 우선순위를 결정한 다음 새로운 우선순위결정에 기하여 새로운 어업권면허를 할 수 있다. 수익적 처분이 있으면 상대방은 그것을 기초로 하여 새로운 법률관계 등을 형성하게 되는 것이므로, 이러한 상대방의 신뢰를 보호하기 위하여 수익적 처분의 취소에는 일정한 제한이 따르는 것이나, 수익적 처분이 상대방의 허위 기타 부정한 방법으로 인하여 행하여졌다면 상대방은 그 처분이 그와 같은 사유로 인하여 취소될 것임을 예상할 수 없었다고 할 수 없으므로, 이러한 경우에까지 상대방의 신뢰를 보호하여야 하는 것은 아니라고 할 것이다(대법원 1995.1.20, 94누6529).

③ (○) 행정사법관계는 기본적으로는 사법관계라는 것이 일반적 견해이다. 따라서 행정사법관계에서의 분쟁은 원칙적으로 민사소송에 의하여야 한다는 것이 다수설(행정소송에 의하여야 한다는 반대설 있음)과 판례의 입장이

다(대법원 1982.12.28, 82누441).

- ④ (○) 사실행위는 직접적으로 권리의무의 변동을 의도하지 않기 때문에 법적 효과는 발생하지 않는다. 다만 국가배상법상 직무는 사실행위도 포함되므로 국가배상청구권은 발생한다.

#### 04 재량행위에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 재량행위의 경우 행정청은 재량권의 한계 내에서는 법이 정한 요건을 충족하더라도 그 행위를 해야 할 의무는 없는 것이다.
- ② 재량권의 일탈·남용 여부에 대한 법원의 심사는 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배, 당해 행위의 목적 위반이나 동기의 부정 유무 등을 그 판단 대상으로 한다.
- ③ 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」이 정한 용도지역 안에서의 건축허가는 개발행위허가의 성질도 갖는데, 개발행위허가는 허가기준 및 금지요건이 불확정개념으로 규정된 부분이 많아 그 요건에 해당 하는지 여부는 행정청의 판단여지에 속한다.
- ④ 자유재량에 있어서도 그 범위의 넓고 좁은 차이는 있더라도 법령의 규정뿐만 아니라 관습법 또는 일반적 조리에 의한 일정한 한계가 있는 것으로서 위 한계를 벗어난 재량권의 행사는 위법하다.

정답 ③

**해설** ① (○) 한편, 재량행위란 행정행위의 근거법규가 법률상 일정한 요건이 충족되었을 때 행정청으로 하여금 일정한 행위를 하거나 하지 않을 수 있는 권한을 부여하거나(이하 “결정재량”이라 함), 행위의 여지가 있을 때 다양한 수단 중에서 어느 하나를 선택할 수 있는 권한을 부여하는 것(이하 “선택재량”이라 함)을 의미하는 것이라고 할 수 있다. 따라서 법이 정한 요건을 충족하더라도 그 행위를 해야 할 의무는 없는 것이다.

② (○) 대법원 2001.2.9, 98두17593

③ (×) 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 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. 나아가 국토계획법이 정한 용도지역 안에서 토지의 형질변경행위·농지전용행위를 수반하는 건축허가는 건축법 제11조 제1항에 의한 건축허가와 위와 같은 개발행위허가 및 농지전용허가의 성질을 아울러 갖게 되므로 이 역시 재량행위에 해당한다(대법원 2017.10.12. 2017두48956). 즉 행정청의 재량행위에 속한다. 아직 판례는 판단여지와 재량을 구별하지 않고 판단여지가 인정되는 분야를 재량의 문제로 보고 있다. 따라서 판단여지가 옳지 않은 지문이다.

④ (○) 재량권은 법령의 규정뿐만 아니라 관습법 또는 일반적 조리에 의한 일정한 한계가 있는 것으로서 위 한계를 벗어난 재량권의 행사는 재량권의 일탈로서 위법하다.

#### 05 행정청의 권한의 위임에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정권한의 위임은 법률이 위임을 허용하고 있는 경우에 한하여 인정된다.
- ② 시·도지사는 지방자치단체의 조례에 의하여 기관위임사무를 구청장 등에게 재위임할 수는 없다.
- ③ 수입사무의 처리가 부당한지 여부의 판단은 위법성 판단과 달리 합목적적·정책적 고려도 포함된다.
- ④ 전결규정에 위반하여 원래의 전결권자가 아닌 보조기관 등이 처분권자인 행정관청의 이름으로 행한 행정처분은 무효의 처분이다.

정답 ④

**해설** ① (○) 권한의 위임이 있는 경우 그 권한은 위임의 범위 내에서 수입기관의 권한으로 되는 것이므로, 권한의 위임에는 이를 허용하는 법적 근거가 있어야 한다.

② (○) 관리처분계획의 인가 등에 관한 사무는 국가사무로서 지방자치단체의 장에게 위임된 이른바 기관위임사무에 해당하므로, 시·도지사가 지방자치단체의 조례에 의하여 이를 구청장 등에게 재위임할 수는 없고, 행정권한의 위임및위탁에관한규정 제4조에 의하여 위임기관의 장의 승인을 얻은 후 지방자치단체의 장이 제정한 규칙이 정하는 바에 따라 재위임하는 것만이 가능하다(대법원 1995.8.22, 94누5694, 전원합의체 판결).

③ (○) 정부조직법 제6조 등에 따른 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제6조는 “위임 및 위탁기관은 수입 및 수탁기관의 수입 및 수탁사무 처리에 대하여 지휘·감독하고, 그 처리가 위법하거나 부당하다고 인정될 때에는 이를 취소하거나 정지시킬 수 있다.”라고 규정하고 있다. 수입 및 수탁사무의 처리가 부당한지 여부의 판단은 위

법성 판단과 달리 합목적적·정책적 고려도 포함되므로, 위임 및 위탁기관이 그 사무처리에 관하여 일반적인 지휘·감독을 하는 경우는 물론이고 나아가 수입 및 수탁사무의 처리가 부당하다는 이유로 그 사무처리를 취소하는 경우에도 광범위한 재량이 허용된다고 보아야 한다(대법원 2017.9.21. 2016두55629).

- ④ (×) 행정관청 내부의 사무처리규정에 불과한 전결규정에 위반하여 원래의 전결권자 아닌 보조기관 등이 처분권자인 행정관청의 이름으로 행정처분을 한 경우, 그 처분은 무효가 아님 ⇨ 전결과 같은 행정권한의 내부위임은 법령상 처분권자인 행정관청이 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급 행정관청으로 하여금 그의 권한을 사실상 행사하게 하는 것으로서 법률이 위임을 허용하지 않는 경우에도 인정되는 것이므로, 설사 행정관청 내부의 사무처리규정에 불과한 전결규정에 위반하여 원래의 전결권자 아닌 보조기관 등이 처분권자인 행정관청의 이름으로 행정처분을 하였다고 하더라도 그 처분이 권한 없는 자에 의하여 행해진 무효의 처분이라고는 할 수 없다(대법원 1998.2.27. 97누1105).

## 06 허가에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 건축허가는 대물적 성질을 갖는 것이어서 행정청으로서의 허가를 할 때에 건축주 또는 토지소유자가 누구인지 등 인적요소에 관하여는 형식적 심사만 한다.
- ② 구 「학원의설립·운영에관한법률」 제5조 제2 에 의한 학원의 설립인가는 강학상의 이른바 인가에 해당 하는 것으로서 그 인가를 받은 자에게 특별한 권리를 부여하는 것이고 일반적인 금지를 특정한 경우에 해제하여 학원을 설립할 수 있는 자유를 회복시켜 주는 것이 아니다.
- ③ 유료직업 소개사업의 허가갱신은 허가취득자에게 종전의 지위를 계속 유지시키는 효과를 갖는 것에 불과하고 갱신 후에는 갱신 전의 범위반사항을 불문에 붙이는 효과를 발생하는 것이 아니므로 일단 갱신이 있는 후에도 갱신 전의 범위반 사실을 근거로 허가를 취소할 수 있다.
- ④ 허가 등의 행정처분은 원칙적으로 처분 시의 법령과 허가기준에 의하여 처리되어야 하고 허가신청 당시의 기준에 따라야 하는 것은 아니며, 비록 허가신청 후 허가기준이 변경되었다 하더라도 그 허가관청이 허가신청을 수리하고도 정당한 이유 없이 그 처리를 늦추어 그 사이에 허가기준이 변경된 것이 아닌 이상 변경된 허가기준에 따라서 처분을 하여야 한다.

정답 ②

해설 ① (○) 대법원 2010.5.13, 2010두2296

② (×) 학원의 설립·운영에 관한 법률 제5조 제2항에 의한 학원의 설립인가는 강학상의 이른바 허가의 성질을 지니는 것으로서 그 인가를 받은 자에게 특별한 권리를 부여하는 것은 아니고 일반적인 금지를 특정한 경우에 해제하여 학원을 설립할 수 있는 자유를 회복시켜 주는 것이다(대법원 1994.2.8, 93누8276),

③ (○) 대법원 1982.7.27, 81누174

④ (○) 대법원 1992.12.8, 92누13813

## 07 행정절차에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 당사자 등은 인허가 등의 취소, 신분·자격의 박탈, 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소에 관한 처분 시 의견제출 기한 내에 청문의 실시를 신청할 수 있다.
- ② 행정청은 처분을 함에 있어 국민생활에 큰 영향을 미치는 처분으로서 대통령령으로 정하는 처분에 대하여 대통령령으로 정하는 수 이상의 당사자 등이 공청회 개최를 요구하는 경우 공청회를 개최한다.
- ③ 행정청은 국민생활에 매우 큰 영향을 주는 사항, 많은 국민의 이해가 상충되는 사항, 많은 국민에게 불편이나 부담을 주는 사항, 그 밖에 널리 국민의 의견을 수렴할 필요가 있는 사항에 대한 정책, 제도 및 계획을 수립·시행하거나 변경하려는 경우에 한해 이를 예고할 의무가 있다.
- ④ 판례는 당사자가 신청하는 허가 등을 거부하는 처분을 하면서 당사자가 그 근거를 알 수 있을 정도로 이유를 제시한 경우에는 처분의 근거와 이유를 구체적으로 명시하지 않았더라도 그로 인해 처분이 위법하게 되는 것은 아니라고 보았다.

정답 ③

해설 ①② (○) 행정절차법 제22조

**행정절차법 제22조(의견청취)**

- ① 행정청이 처분을 할 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 청문을 한다.
1. 다른 법령등에서 청문을 하도록 규정하고 있는 경우
  2. 행정청이 필요하다고 인정하는 경우
  3. 다음 각 목의 처분 시 제21조제1항제6호에 따른 의견제출기한 내에 당사자들의 신청이 있는 경우
    - 가. 인허가 등의 취소
    - 나. 신분·자격의 박탈
    - 다. 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소
- ② 행정청이 처분을 할 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 공청회를 개최한다.
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 당사자들이 공청회 개최를 요구하는 경우**
- ③ 행정청이 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 할 때 제1항 또는 제2항의 경우 외에는 당사자들에게 의견제출의 기회를 주어야 한다.

③ (×) 행정절차법이 개정되었다. ③번 지문은 종전의 조문이기 때문에 옳지 않다.

(구) 행정절차법	현행 행정절차법
<p><b>제46조(행정예고)</b></p> <p>① 행정청은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에 대한 정책, 제도 및 계획을 수립·시행하거나 변경하려는 경우에는 이를 예고하여야 한다. 다만, 예고로 인하여 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해칠 우려가 있거나 그 밖에 예고하기 곤란한 특별한 사유가 있는 경우에는 예고하지 아니할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 국민생활에 매우 큰 영향을 주는 사항</li> <li>2. 많은 국민의 이해가 상충되는 사항</li> <li>3. 많은 국민에게 불편이나 부담을 주는 사항</li> <li>4. 그 밖에 널리 국민의 의견을 수렴할 필요가 있는 사항</li> </ol> <p>② 제1항에도 불구하고 법령등의 입법을 포함하는 행정예고는 입법예고로 갈음할 수 있다.</p> <p>③ 행정예고기간은 예고 내용의 성격 등을 고려하여 정하되, 특별한 사정이 없으면 20일 이상으로 한다.</p>	<p><b>제46조(행정예고)</b></p> <p>① 행정청은 정책, 제도 및 계획(이하 "정책등"이라 한다)을 수립·시행하거나 변경하려는 경우에는 이를 예고하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 예고를 하지 아니할 수 있다. &lt;개정 2019. 12. 10.&gt;</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 신속하게 국민의 권리를 보호하여야 하거나 예측이 어려운 특별한 사정이 발생하는 등 긴급한 사유로 예고가 현저히 곤란한 경우</li> <li>2. 법령등의 단순한 집행을 위한 경우</li> <li>3. 정책등의 내용이 국민의 권리·의무 또는 일상생활과 관련이 없는 경우</li> <li>4. 정책등의 예고가 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해칠 우려가 상당한 경우</li> </ol> <p>② 제1항에도 불구하고 법령등의 입법을 포함하는 행정예고는 입법예고로 갈음할 수 있다.</p> <p>③ 행정예고기간은 예고 내용의 성격 등을 고려하여 정하되, 특별한 사정이 없으면 20일 이상으로 한다.</p> <p>[전문개정 2012. 10. 22.] [시행일 : 2020. 6. 11.]</p>

- ④ (○) 일반적으로 당사자가 근거규정 등을 명시하여 신청하는 인·허가 등을 거부하는 처분을 함에 있어 당사자가 그 근거를 알 수 있을 정도로 상당한 이유를 제시한 경우에는 당해 처분의 근거 및 이유를 구체적 조항 및 내용까지 명시하지 않았더라도 그로 말미암아 그 처분이 위법한 것이 된다고 할 수 없다. 행정청이 토지형질변경허가신청을 불허하는 근거규정으로 '도시계획법시행령 제20조'를 명시하지 아니하고 '도시계획법'이라고만 기재하였으나, 신청인이 자신의 신청이 개발제한구역의 지정목적에 현저히 지장을 초래하는 것이라는 이유로 구 도시계획법시행령 제20조 제1항 제2호에 따라 불허된 것임을 알 수 있었던 경우 그 불허처분이 위법하지 아니하다(대법원 2002.5.17, 2000두8912).

**08** 취소소송에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 처분성이 인정되는 국민권익위원회의 조치요구에 대해 소망청장은 취소소송을 제기할 당사자능력과 원고적격을 갖는다.

- ② 사증 발급의 법적 성질과 출입국관리법의 입법 목적을 고려할 때 외국인인 사증발급 거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.
- ③ 거부처분이 행정기관의 재결을 통해 취소된 경우 재결에 따른 후속처분이 아니라 그 재결의 취소를 구하는 것은 분쟁해결의 유효적절한 수단이라고 할 수 없어 소의 이익이 없다.
- ④ 병무청장의 병역의무 기피자의 인적사항 공개결정은 취소소송의 대상이 되는 처분에 해당한다.

**정답** ②

- 해설**
- ① (○) 국민권익위원회가 소방청장에게 인사와 관련하여 부당한 지시를 한 사실이 인정된다며 이를 취소할 것을 요구하기로 의결하고 그 내용을 통지한 것에 대하여 소방청장으로서 조치요구의 취소를 구하는 항고소송을 제기하는 것이 유효·적절한 수단으로 볼 수 있으므로 소방청장은 예외적으로 당사자능력과 원고적격을 가진다(대법원 2018.8.1, 2014두35379).
  - ② (×) **외국인에게 사증발급 거부처분의 취소를 구할 법률상 이익은 없다. 그러나 국적법상 귀화불허가처분이나 출입국관리법상 체류자격변경 불허가처분, 강제퇴거명령 등을 다투는 외국인인 법률상 이익이 인정됨** ⇨ 사증발급 거부처분을 다투는 외국인인, 아직 대한민국에 입국하지 않은 상태에서 대한민국에 입국하게 해달라고 주장하는 것으로, 대한민국과의 실질적 관련성 내지 대한민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성한 경우는 아니어서, 해당 처분의 취소를 구할 법률상 이익을 인정하여야 할 법정적 필요성도 크지 않다. 반면, 국적법상 귀화불허가처분이나 출입국관리법상 체류자격변경 불허가처분, 강제퇴거명령 등을 다투는 외국인인 대한민국에 적법하게 입국하여 상당한 기간을 체류한 사람이므로, 이미 대한민국과의 실질적 관련성 내지 대한민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성한 경우이어서, 해당 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정된다고 보아야 한다(대법원 2018.5.15, 2014두42506).
  - ③ (○) **당사자의 신청을 받아들이지 않은 거부처분이 재결에서 취소된 경우, 처분 등의 취소를 구하는 것보다 실질적이고 직접적인 구제수단이 있음에도 처분 등의 취소를 구하는 것은 특별한 사정이 없는 한 분쟁해결의 유효적절한 수단이라고 할 수 없어 재결의 취소를 구할 법률상 이익은 없음** ⇨ 당사자의 신청을 받아들이지 않은 거부처분이 재결에서 취소된 경우에 행정청은 종전 거부처분 또는 재결 후에 발생한 새로운 사유를 내세워 다시 거부처분을 할 수 있다. 또한 행정청이 재결에 따라 이전의 신청을 받아들이는 후속처분을 하였더라도 후속처분이 위법한 경우에는 재결에 대한 취소소송을 제기하지 않고도 곧바로 후속처분에 대한 항고소송을 제기하여 다툴 수 있다. 나아가 재결에 대한 항고소송을 제기하여 재결을 취소하는 판결이 확정되더라도 그와 별도로 후속처분이 취소되지 않는 이상 후속처분으로 인한 제3자의 권리나 이익에 대한 침해 상태는 여전히 유지된다. 이러한 점들을 종합하면, 거부처분이 재결에서 취소된 경우 재결에 따른 후속처분이 아니라 그 재결의 취소를 구하는 것은 실질적이고 직접적인 권리구제수단이 될 수 없어 분쟁해결의 유효적절한 수단이라고 할 수 없으므로 법률상 이익이 없다(대법원 2017.10.31, 2015두45045).
  - ④ (○) **관할 지방병무청장이 병역의무 기피를 이유로 그 인적사항 등을 공개할 대상자를 1차로 결정하고 그에 이어 병무청장의 최종 공개결정이 있는 경우, 지방병무청장의 1차 공개결정은 병무청장의 최종 공개결정과는 별도로 항고소송의 대상이 되지 않는다.** ⇨ 그러나 병무청장이 병역법 제81조의2 제1항에 따라 병역의무 기피자의 인적사항 등을 인터넷 홈페이지에 게시하는 등의 방법으로 공개한 경우, 병무청장의 공개결정은 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대법원 2019.6.27, 2018두49130).

## 09 행정상 강제집행에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 군수가 군사무위임조례의 규정에 따라 무허가 건축물에 대한 철거대집행사무를 하부 행정기관인 읍·면에 위임하였다면, 읍·면장에게는 관할구역 내의 무허가 건축물에 대하여 그 철거대집행을 위한 계고처분을 할 권한이 있다.
- ② 이행강제금은 간접적인 행정상 강제집행 수단이며, 대체적 작위의무 위반에 대하여도 부과 될 수 있다.
- ③ 직접강제는 대체적 작위의무뿐만 아니라 비대체적 작위의무·부작위의무·수인의무 등 일체의 의무의 불이행에 대해 행할 수 있다.
- ④ 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」에 따르면, 이행강제금을 부과·징수 할 때마다 그에 앞서 시정명령 절차를 다시 거쳐야 한다.

**정답** ④

- 해설**
- ① (○) 대법원 1997.2.14, 96누15428
  - ② (○) **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 제

도는 각각의 장단점이 있으므로 행정청은 개별사건에 있어서 위반내용, 위반자의 시정여지 등을 감안하여 대 집행과 이행강제금을 선택적으로 활용할 수 있으며, 이처럼 그 합리적인 재량에 의해 선택하여 활용하는 이상 중첩적인 제재에 해당한다고 볼 수 없다(헌재결 2004.2.26, 2001헌바80).

- ③ (○) 직접강제란 의무자가 행정법상의 의무를 이행하지 않는 경우 행정청이 직접 의무자의 신체 또는 재산에 실력을 행사하여 행정상 필요한 상태를 실현하는 행정상 강제집행의 수단이다(예 : 강제예방접종, 무허가영업소의 강제폐쇄 등). 이때 대상이 되는 의무에는 제한이 없으므로 대체적 작위의무, 비대체적 작위의무, 수인의무 등 모든 의무가 대상이 된다.
- ④ (×) 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법상 이행강제금을 부과·징수할 때마다 그에 앞서 시정명령 절차를 다시 거쳐야 할 필요는 없음 ⇨ 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 제30조 제1항, 제30조의2 제1항 및 제2항의 규정에 의하면 시정명령을 받은 후 그 시정명령의 이행을 하지 아니한 자에 대하여 이행강제금을 부과할 수 있고, 이행강제금을 부과하기 전에 상당한 기간을 정하여 그 기간까지 이행되지 아니할 때에 이행강제금을 부과·징수한다는 뜻을 문서로 게고하여야 하므로, 이행강제금의 부과·징수를 위한 게고는 시정명령을 불이행한 경우에 취할 수 있는 절차라 할 것이고, 따라서 **이행강제금을 부과·징수할 때마다 그에 앞서 시정명령 절차를 다시 거쳐야 할 필요는 없다**(대법원 2013.12.12, 2012두20397).

## 10 지방자치법에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 법률의 위임 없이 보육시설 종사자의 정년을 규정한 조례안에 대한 재의결은 무효이다.
- ② 위임사무에 관한 명령이나 처분의 시정명령의 경우에는 그의 위법·부당성이 사유가 되나, 자치사무에 관한 명령이나 처분의 시정명령의 경우에는 그의 위법성만이 사유가 된다.
- ③ 법률이 주민의 권리의무에 관한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하지 않은 채 조례로 정하도록 포괄적으로 위임한 경우에도 지방자치단체는 법령에 위반되지 않는 범위 내에서 각 지역의 실정에 맞게 주민의 권리의무에 관한 사항을 조례로 제정할 수 있다.
- ④ 지방의회 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 판단되면 주무부장관은 시·도에 대하여 재의를 요구하게 할 수 있는 동시에 그 시·도지사에게 그 의결에 대한 제소를 지시하거나 직접 제소 및 집행정지결정을 신청할 수 있다.

정답 ④

- 해설** ① (○) 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).
- ② (○) 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. 이 경우 자치사무에 관한 명령이나 처분에 대하여는 법령을 위반하는 것에 한한다(지방자치법 제169조 제1항). 주의할 점은 **자치사무에 관한 명령이나 처분은 법령을 위반하는 것에 한한다. 그리고 시정명령에 대하여는 대법원의 소제기가 허용되지 않는다.**
- ③ (○) 조례가 규율하는 특정 사항에 관하여 그것을 규율하는 국가의 법령이 이미 존재하는 경우에도 조례가 법령과 별도의 목적에 기하여 규율함을 의도하는 것으로서 그 적용에 의하여 법령이 반드시 그 규정에 의하여 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하려는 취지는 아니고 **각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 때에는** 그 조례가 국가의 법령에 위반되는 것은 아니다. 그리하여 조례의 내용이 생활보호법보다 생활보호의 대상과 방법을 확대하여도 그 조례는 생활보호법을 위반하는 것이 아니다(대판 1997.4.25, 96추244).
- ④ (×) 주무부장관이 시·도에 대하여 재의를 요구할 수 있는 사유는 **'법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 판단'될 때이다.** 그러나 제소를 지시하거나 직접 제소 및 집행정지결정을 신청할 수 있는 사유는 **'법령에 위반된다고 인정되는 때'에 한정된다는 점에서 다르다.**

### 지방자치법 제172조(지방의회 의결의 재의와 제소)

- ① 지방의회 의결이 **법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 판단되면** 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 **재의를 요구**하게 할 수 있고, 재의요구를 받은 지방자치단체의 장은 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 지방의회에 이유를 붙여 재의를 요구하여야 한다.
- ② 제1항의 요구에 대하여 재의의 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 판단되면** 재의결된 날부터 20일 이내에 대법원에 소를

- 제기할 수 있다. 이 경우 필요하다고 인정되면 그 의결의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다.
- ④ 주무부장관이나 시·도지사는 **재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단**됨에도 불구하고 해당 지방자치단체의 장이 소(訴)를 제기하지 아니하면 그 지방자치단체의 장에게 **제소를 지시하거나 직접 제소 및 집행정지결정을 신청**할 수 있다.
  - ⑤ 제4항에 따른 제소의 지시는 제3항의 기간이 지난 날부터 7일 이내에 하고, 해당 지방자치단체의 장은 제소지시를 받은 날부터 7일 이내에 제소하여야 한다.
  - ⑥ 주무부장관이나 시·도지사는 제5항의 기간이 지난 날부터 7일 이내에 직접 제소할 수 있다.

11 공법과 사법의 구별에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국유재산법상 국유재산의 무단점유자에 대한 변상금 부과는 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분이다.
- ② 국가나 지방자치단체에 근무하는 청원경찰은 국가공무원법이나 지방공무원법상의 공무원은 아니므로 그 근무관계는 사법상의 고용계약 관계로 볼 수 있다.
- ③ 구 예산회계법상 입찰보증금의 국고귀속조치는 국가가 사법상의 재산권의 주체로서 행위 하는 것이다.
- ④ 조세채무관계는 공법상의 법률관계이고 그에 관한 쟁송은 원칙적으로 행정사건으로서 행정소송법의 적용을 받는다.

정답 ②

- 해설** ① (○) 국유재산의 무단점유자에 대하여 그 징벌적 의미에서 국가측이 일방적으로 그 2할 상당액을 추가하여 변상금을 징수토록 하고 있으며, 변상금의 체납시 국세징수법에 의하여 강제징수토록 하고 있는 점 등에 비추어 보면, 관리청이 **공권력을 가진 우월적 지위에서 행한 것으로서 행정소송의 대상이 되는 행정처분**으로 보아야 한다(대법원 1988.2.23, 87누1046).
- ② (×) 지방자치단체에서 근무하는 청원경찰의 근무관계는 그 임용권자가 행정기관의 장이고, 국가나 지방자치단체로부터 보수를 받으며, 직무상의 불법행위에 대해서도 민법이 아닌 국가배상법이 적용되는 등의 특질이 있으며 그 외 임용자격·직무·복무의무내용 등을 종합하여 볼 때, 그 **근무관계를 사법상의 고용계약관계로 보기는 어려우므로, 그에 대한 징계처분의 시정을 구하는 소는 행정소송의 대상이지 민사소송의 대상이 아니다**(대법원 1993.7.23, 92다47564).
- ③ (○) 「지방재정법」에 따라 지방자치단체가 당사자가 되어 체결하는 계약에 있어 계약보증금의 귀속조치(=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 국고귀속조치(공사계약체결서류의 제출 및 계약보증금 및 차액보증금의 지급불응을 이유로 원고를 부정당업자로 보고 원고가 본건 공사입찰보증금으로 납부한 금 7,000,000원의 국고귀속조치)는 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).
- ④ (○) 국가 또는 지방자치단체는 납세의무자에 대하여 조세를 부과하고 징수하며, 납세의무자는 조세라는 급부를 납부하는 지위에 서게 된다. 이와 같이 국가 등의 기관인 과세관청과 납세의무자와의 관계를 조세법률관계라고 한다. 그러나 이는 사법상(私法上)의 법률관계처럼 당사자간의 계약에 의하여 성립하는 것이 아니고, 조세법이 규정하고 있는 과세요건(조세채권·채무의 성립요건)을 국민이 충족함으로써 성립하는 법률관계이다. 조세채권은 국세징수법에 의하여 우선권 및 자력집행권 등이 인정되는 권리로서 사적 자치가 인정되는 사법상의 채권과 그 성질을 달리할 뿐 아니라, 부당한 조세징수로부터 국민을 보호하고 조세부담의 공평을 기하기 위하여 그 성립과 행사는 법률에 의해서만 가능하고 법률의 규정과 달리 당사자가 그 내용 등을 임의로 정할 수 없으며, **조세채무관계는 공법상의 법률관계로서 그에 관한 쟁송은 원칙적으로 행정소송법의 적용을 받고, 조세는 공익성과 공공성 등의 특성을 갖는다는 점에서도 사법상의 채권과 구별된다**(대법원 1988.6.14. 87다카2939).

12 강학상 특허에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 관세법상 보세구역의 설영특허는 보세구역의 설치, 경영에 관한 권리를 설정하는 이른바 공기업의 특허로서 그 특허의 부여 여부는 행정청의 자유재량에 속한다.

- ② 하천의 점용허가를 받은 사람은 그 하천부지를 권원 없이 점유·사용하는 자에 대하여 직접 부당이득의 반환 등을 구할 수도 있다.
- ③ 여객자동차 운수사업법에 의한 개인택시운송 사업면허는 특정인에게 권리나 이익을 부여하는 행정행위로서 법령에 특별한 규정이 없는 한 재량행위이다.
- ④ 행정청이 도시 및 주거환경정비법 등 관련 법령에 근거하여 행하는 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치고 법령상 요건을 갖출 경우 도시 및 주거환경정비법상 주택재건축사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖지 않는다.

정답 ④

- 해설** ① (○) 관세법 제78조 소정의 보세구역의 설영특허는 보세구역의 설치, 경영에 관한 권리를 설정하는 이른바 공기업의 특허로서 그 특허의 부여여부는 행정청의 자유재량에 속하며, 특허기간이 만료된 때에 특허는 당연히 실효되는 것이어서 특허기간의 갱신은 실질적으로 권리의 설정과 같으므로 그 갱신여부도 특허관청의 자유재량에 속한다(대법원 1989.5.9, 88누4188).
- ② (○) 대법원 1994.9.9, 94다4592
- ③ (○) 자동차운수사업법에 의한 개인택시운송사업면허는 특정인에게 권리나 이익을 부여하는 행정행위로서 법령에 특별한 규정이 없는 한 재량행위이고, 그 면허기준을 정하는 것도 역시 행정청의 재량에 속하는 것이므로, 행정청이 정한 면허발급의 우선순위 등에 관한 기준을 해석 적용함에 있어서도 그 기준이 객관적으로 보아 합리적이지 아니하거나 타당하지 아니하여 재량권을 남용한 위법한 것이라고 인정되지 아니하는 이상 행정청의 의사는 가능한 한 존중되어야 한다(대법원 1993.10.12, 93누4243).
- ④ (×) 행정청이 도시 및 주거환경정비법 등 관련 법령에 의하여 행하는 조합설립인가처분은 보충행위인 인가가 아니라, 설권처분인 특허의 성질을 가지며 조합은 행정주체의 지위를 가짐 ⇨ 행정청이 도시 및 주거환경정비법 등 관련 법령에 근거하여 행하는 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라 법령상 요건을 갖출 경우 도시 및 주거환경정비법상 주택재건축사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는다고 보아야 한다(대법원 2009.9.24, 2008다60568).

### 13 행정입법에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 법령의 위임이 없음에도 법령에 규정된 처분요건에 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 없다고 보아야 한다.
- ② 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다.
- ③ 법률이 공법적 단체 등의 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우에도 헌법 제75조가 정하는 포괄적인 위임입법의 금지는 원칙적으로 적용된다.
- ④ 법규명령의 위임의 근거가 되는 법률에 대하여 위헌결정이 선고되면 그 위임규정에 근거하여 제정된 법규명령도 원칙적으로 효력을 상실한다.

정답 ③

- 해설** ① (○) 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 2013.9.12, 2011두10584).
- ② (○) 대법원 1991.8.27, 90누6613
- ③ (×) ㉠ **법률이 자치적인 사항을 정관에 위임할 경우 원칙적으로 헌법상의 포괄위임입법금지원칙이 적용되지 않는다.** ㉡ 그러나 자치법적인 사항일지라도 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 사항을 비롯하여 국가의 통치조직과 작용에 관한 기본적인 본질적인 사항은 반드시 국회가 정하여야 할 것이다. ㉢ 국가유공자단체의 설립에 관한 법률상 각 단체의 대의원의 정수 및 선임방법 등은 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 사항이나 국가의 통치조직과 작용에 관한 기본적인 본질적인 사항이라고 볼 수 없으므로, 법률유보 내지 의회유보의 원칙이 지켜져야 할 영역이라고 할 수 없다(헌재결 2006.3.30, 2005헌바31).

- ④ (○) 법규명령의 위임의 근거가 되는 법률에 대하여 위헌결정이 선고되면 그 위임규정에 근거하여 제정된 법규명령도 원칙적으로 효력을 상실한다(대법원 1998.4.10, 96다52359).

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

- ① 조세범처벌절차법에 의하여 범칙자에 대한 세무관서의 통고처분은 행정소송의 대상이다.  
 ② 고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다.  
 ③ 자신의 행위가 위법하지 아니한 것으로 오인하고 행한 질서위반행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 과태료를 부과하지 아니한다.  
 ④ 행정청은 당사자가 납부기한까지 과태료를 납부하지 아니한 때에는 납부기한을 경과한 날부터 체납된 과태료에 대하여 100분의 3에 상당하는 가산금을 징수한다.

정답 ①

해설 ① (×) 조세범처벌절차법에 의하여 범칙자에 대한 세무관서의 통고처분은 행정소송의 대상이 아니다(대법원 1980.10.14. 80누380).

- ② (○) 질서위반행위규제법 제7조  
 ③ (○) 질서위반행위규제법 제8조  
 ④ (○) 질서위반행위규제법 제24조 제1항

## 15 행정상 손실보상에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 수용에 따른 손실보상액 산정의 경우 헌법 제23조 제3항에 따른 정당한 보상이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하여야 한다는 완전보상을 뜻한다.  
 ② 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률상 잔여지 수용청구를 받아들이지 않은 토지수용위원회의 재결에 대하여 토지소유자가 불복하여 제기하는 소송은 항고소송에 해당하여 토지수용위원회를 피고로 하여야 한다.  
 ③ 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 의한 보상합의는 공공기관이 사경제주체로서 행하는 사법상 계약의 실질을 가지는 것이다.  
 ④ 공익사업으로 인하여 영업을 폐지하거나 휴업하는 자는 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률상의 재결절차를 거치지 않은 채 곧바로 사업시행자를 상대로 손실 보상을 청구하는 것은 허용되지 않는다.

정답 ②

해설 ① (○) 헌법재판소는 “헌법이 규정한 정당한 보상이란 손실보상의 원인이 되는 재산권 침해가 기존의 법질서 안에서 개인의 재산권에 대한 개별적인 침해인 경우에는 그 손실보상은 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상을 뜻하는 것으로서, 보상금액뿐만 아니라 보상의 시기나 방법 등에 있어서도 어떠한 제한을 두어서는 아니된다는 것을 의미한다(헌재결 1998.3.26, 96헌바12)”라고 판시하였다.

② (×) 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제72조의 문언, 연혁 및 취지 등에 비추어 보면, 위 규정이 정한 수용청구권은 토지보상법 제74조 제1항이 정한 잔여지 수용청구권과 같이 손실보상의 일환으로 토지소유자에게 부여되는 권리로서 그 청구에 의하여 수용효과가 생기는 형성권의 성질을 지니므로, 토지소유자의 토지수용청구를 받아들이지 아니한 토지수용위원회의 재결에 대하여 토지소유자가 불복하여 제기하는 소송은 토지보상법 제85조 제2항에 규정되어 있는 ‘보상금의 증감에 관한 소송’에 해당하고, 피고는 토지수용위원회가 아니라 사업시행자로 하여야 한다(대법원 2015.4.9, 2014두46669).

③ (○) 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법(현행 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률)에 의한 협의취득 또는 보상합의는 공공기관이 사경제주체로서 행하는 사법상 매매 내지 사법상 계약의 실질을 가지는 것으로서, 당사자간의 합의로 같은 법 소정의 손실보상의 요건을 완화하는 약정을 할 수 있고, 그와 같은 당사자간의 합의로 같은 법 소정의 손실보상의 기준에 의하지 아니한 매매대금을 정할 수 있다(대법원 1999.3.23, 98다48866).

④ (○) 공익사업으로 인하여 영업을 폐지하거나 휴업하는 자가 사업시행자로부터 구 공익사업법에 따라 영업손실에

대한 보상을 받기 위해서는 구 공익사업법 등에 규정된 재결절차를 거친 다음 그 재결에 대하여 불복이 있는 때에 비로소 구 공익사업법 제83조 내지 제85조에 따라 권리구제를 받을 수 있을 뿐, 이러한 재결절차를 거치지 않은 채 곧바로 사업시행자를 상대로 손실보상을 청구하는 것은 허용되지 않는다(대법원 2011.9.29, 2009두10963).

## 16 준법률행위적 행정행위에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 수리는 행정청이 타인의 행위를 유효한 것으로서 수령하는 인식의 표시행위이며, 공무원의 사표 수리는 “형성적 행위”로서의 성질을 갖는다고 볼 수 있다.
- ② 토지수용에 있어서의 사업인정의 고시는 이미 성립한 행정행위의 효력발생요건으로서의 통지에 해당한다.
- ③ 선거인명부예의 등록은 공증으로 법령에 정해진 바에 따라 권리행사의 요건이 된다.
- ④ 확인은 특정한 사실 또는 법률관계의 존재 여부 또는 정당성 여부를 공적으로 확정하는 효과를 발생시키므로 확인행위에는 일반적으로 불가변력(실질적 존속력)이 발생한다.

**정답** ②

- 해설** ① (○) 수리는 단순한 사실인 도달 또는 접수와는 달리 행정청이 타인의 행위를 유효한 행위로 판단하여 수령하는 인식표시행위이다. 공무원의 사표 수리는 공무원관계가 소멸되는 “형성적 행위”로서의 성질을 갖는다고 볼 수 있다.
- ② (×) 통지란 특정한 사실 또는 불특정 다수인에게 특정 사실을 알리는 행위를 말한다. 통지는 그 자체가 일정한 법률효과를 발생시키는 행정행위이다. 사업인정의 고시는 관념의 통지로서 준법률행위적 행정행위에 해당한다. 따라서 이미 성립한 행정행위의 효력발생요건으로서의 교부나 송달은 그 자체는 독립한 행정행위가 아닌 점에서 통지와 구별된다.
- ③ (○) 선거인명부예의 등록은 공증에 해당하고 공증은 준법률행위적 행정행위이므로 법령이 정한 바에 따라 효과가 발생한다.
- ④ (○) 확인은 특정한 사실 또는 법률관계의 존재 여부 또는 정당성 여부를 공적으로 판단하는 행위이므로 확인행위에는 불가변력(실질적 존속력)이 발생한다.

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

- ① 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무와 같이 지방자치단체의 장이 국가기관의 지위에서 수행하는 사무라고 할 수 있는 것은 원칙적으로 자치조례의 제정범위에 속한다.
- ② 지방자치단체는 법인으로 한다.
- ③ 지방자치단체는 법령이나 상급 지방자치단체의 조례를 위반하여 그 사무를 처리할 수 없다.
- ④ 지방자치단체는 조례를 위반한 행위에 대하여 조례로써 1천만원 이하의 과태료를 정할 수 있다.

**정답** ①

- 해설** ① (×) 조례는 자치사무와 단체위임사무에 대해서만 제정할 수 있다. 다만, 개별법령에서 특별히 위임하고 있는 경우에는 기관위임사무에 대해서도 그 위임의 범위 내에서 이른바 **위임조례를 제정할 수 있다**는 것이 판례의 입장이다.
- ② (○) 지방자치법 제3조 제1항
- ③ (○) 시·군 및 자치구의 조례나 규칙은 시·도의 조례나 규칙에 위반하여서는 아니된다(지방자치법 제24조.).
- ④ (○) 지방자치단체는 조례를 위반한 행위에 대하여 조례로써 1천만원 이하의 과태료를 정할 수 있다(지방자치법 제27조).

## 18 당사자소송에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 당사자소송에는 취소소송의 직권심리에 관한 규정이 준용된다.
- ② 당사자소송으로 제기해야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기한 경우, 수소법원이 행정소송에 대한 관할을 가지고 있지 않다면 당해 소송이 당사자소송으로서의 소송요건을 갖추지 못 하였음이 명백하지 않는 한 당사자소송의 관할법원으로 이송하여야 한다.
- ③ 당사자소송에는 취소소송의 피고적격에 관한 규정이 준용된다.
- ④ 당사자소송에는 취소소송의 행정심판에 관한 규정이 준용되지 않는다.

정답 ③

해설 ① (○)

**행정소송법 제26조(직권심리)**

법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.

**행정소송법 제44조(준용규정)**

① 제14조 내지 제17조, 제22조, 제25조, 제26조, 제30조제1항, 제32조 및 제33조의 규정은 당사자소송의 경우에 준용한다.

② (○) 대법원 1997.5.30, 95다28960

③ (×) 당사자소송에 있어서는 행정청이 피고가 되는 취소소송과 달리, 국가·공공단체 그 밖의 권리주체가 피고로 된다(법 제39조). 따라서 당사자소송은 취소소송의 피고적격에 관한 규정이 준용되지 않는다.

④ (○) 당사자소송은 취소소송의 행정심판에 관한 규정인 행정소송법 제18조가 준용되지 않는다.

### 19 행정법의 법원에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정법은 그 대상인 행정의 다양성과 전문성 등으로 인하여 단일법전화되어 있지 않다.
- ② 독일의 법학자인 프리츠 베르너(Fritz Werner)는 ‘행정법은 구체화된 헌법’이라고 표현하였다.
- ③ 대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.
- ④ 지방자치단체는 법률의 위임이 있는 경우에 자치사무에 관한 사항을 조례로 정할 수 있다.

정답 ④

해설 ① (○) 행정법은 성문법주의를 기본원칙으로 하면서도 다양한 개별법령으로 구성되어 있어 헌법이나 민법과 같이 통칙적이고 일반적인 단일법전이 없는 것이 하나의 특징이다.

② (○) Fritz Werner “는 구체화된 헌법으로서의 행정법”이라는 논문에서 “행정법은 헌법의 구체화 법이다” “헌법이 변하면 행정법도 변한다.”고 하여 행정법의 가변성을 강조하였다.

③ (○) 헌법 제75조

④ (×) 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다(지방자치법 제22조). 조례는 법령의 범위 안에서 정할 수 있는 것이지 법률의 개별적인 위임이 있어야 하는 것은 아니다.

### 20 행정법의 일반원칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 헌법재판소는 국·공립학교 채용시험에 국가유공자와 그 가족이 응시하는 경우 만점의 10퍼센트를 가산하도록 했던 구 「국가유공자등 예우 및 지원에 관한 법률」 및 「5·18 민주유공자 예우에 관한 법률」의 규정이 일반 응시자들의 평등권을 침해한다고 보았다.
- ② 헌법재판소는 납세자가 정당한 사유 없이 국세를 체납하였을 경우 세무서장이 허가, 인가, 면허 및 등록과 그 갱신이 필요한 사업의 주무관서에 그 납세자에 대하여 허가 등을 하지 않을 것을 요구할 수 있도록 한 국세징수법상 관허사업 제한 규정이 부당결부금지 원칙에 반하여 위헌이라고 판단하였다.
- ③ 행정의 자기구속의 원칙을 적용함에 있어 종전 행정관행의 내용이 위법적인 경우에는 위법인 수익적 내용의 평등한 적용을 요구하는 청구권은 인정될 수 없다.
- ④ 같은 정도의 비위를 저지른 자들임에도 불구하고 그 직무의 특성 등에 비추어 개선의 정이 있는지 여부에 따라 징계 종류의 선택과 양정에서 다르게 취급하는 것은 평등의 원칙에 반하지 않는다.

정답 ②

- 해설** ① (○) 국·공립학교의 채용시험에 국가유공자와 그 가족이 응시하는 경우 만점의 10퍼센트를 가산하도록 규정하고 있는 국가유공자등예우및지원에관한법률 제31조 제1항·제2항, 독립유공자예우에관한법률 제16조 제3항 중 국가유공자등예우및지원에관한법률 제31조 제1항·제2항 준용 부분, 5·18민주유공자예우에관한법률 제22조 제1항·제2항은 기타 응시자들의 평등권과 공무담임권을 침해한다(헌재 2006.2.23, 2004헌마675).
- ② (×) 국제징수법 제7조는 **당해 사업과 직접 관련된 국제뿐만 아니라 전혀 관련 없는 국제채납의 경우에도 확대하고 있으므로 부당결부금지원칙에 반한다는 비판이 있다.** 그러나 **국제징수법상 관허사업 제한 규정이 부당결부 금지 원칙에 반하여 위헌이라고 판단한 헌법재판소의 결정은 없다.**
- ③ (○) **위법한 행정처분은 수차례에 걸쳐 반복적으로 행하여졌다 하더라도 자기구속의 원칙은 인정되지 않음** ⇨ 행정선례가 위법한 경우에는 선례가 있어도 자기구속의 원칙은 적용되지 않음 ⇨ 행정청이 조합설립추진위원회의 설립승인 심사에서 위법한 행정처분을 한 선례가 있다고 하여 그러한 기준을 따라야 할 의무가 없는 점 등에 비추어, 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙 또는 자기구속의 원칙 등에 위배되고 재량권을 일탈·남용하여 자의적으로 조합설립추진위원회 승인처분을 한 것으로 볼 수 없다(대법원 2009.6.25, 2008두13132).
- ④ (○) 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).

## 21 행정심판에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「행정심판법」에 따르면, 심판청구에 대한 재결이 있는 경우에는 당해 재결 및 동일한 처분 또는 부작위에 대하여 다시 심판청구를 제기할 수 없다.
- ② 재결청이 취소심판의 청구가 이유 있다고 인정하여 처분청에 처분을 취소할 것을 명하면 처분청으로서 재결의 취지에 따라 처분을 취소하여야 한다.
- ③ 「행정심판법」은 심판청구의 심리·재결에 있어서 불고불리 및 불이익변경금지원칙을 조문으로 명문화하고 있다.
- ④ 행정심판청구에는 행정소송제기와는 달리 처분의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 미치는 집행정지원칙이 적용된다.

**정답** ④

**해설** ① (○) 행정심판법 제51조

- ② (○) 행정심판법 제37조 제1항의 규정에 의하면 재결은 피청구인인 행정청을 기속하는 효력을 가지므로 재결청이 취소심판청구가 이유 있다고 인정하여 처분청에게 처분을 취소할 것을 명하면 처분청으로서 그 재결에 따라 처분을 취소하여야 하는 것이지만, 그렇다고 하여 그 재결에 따른 취소처분이 위법할 경우에 이를 항고소송으로 다룰 수 없는 것은 아니다(대법원 1993.8.24, 92누17723). ⇨ 주의할 점은 취소심판의 인용재결에는 취소재결, 변경재결, 변경명령재결이 있다. 구법에서 존재하였던 취소명령재결은 국민의 권리구제를 위하여 삭제되어 현행 행정심판법에는 존재하지 않는다.

③ (○) 행정심판법 제47조

▶ 행정심판법 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 (×) 행정심판법은 행정의 신속성과 실효성에 중점을 두어, “심판청구는 처분의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다(법 제30조 제1항).”고 하여 집행부정지원칙을 규정하고 있다.

## 22 토지행정에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 표준지로 선정된 토지의 공시지가에 불복하기 위하여는 구 「지가공시 및 토지등의 평가에 관한 법률」의 이의신청절차를 밟지 아니한 채 그 표준지에 대한 조세부과처분의 취소를 구하는 소송에서 그 공시지가의 위법성을 다툴 수는 없다.
- ② 구 「지가공시 및 토지등의 평가에 관한 법률」에 의하여 시장, 군수, 구청장이 한 개별토지가액의 결정은 행정소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아야 할 것이다.

- ③ 토지거래계약허가제에 있어서 허가란 규제지역 내의 모든 국민에게 전반적으로 토지거래의 자유를 원칙적으로 금지하고 일정한 요건을 갖춘 경우에만 사후에 금지를 해제하여 계약체결의 자유를 회복시켜 주는 성질의 것이다.
- ④ 토지거래계약에 관한 허가구역의 지정은 개인의 권리 내지 법률상의 이익을 구체적으로 규제하는 효과를 가져 오게 하는 행정청의 처분에 해당하고, 따라서 이에 대하여는 원칙적으로 항고소송을 제기할 수 있다.

**정답** ③

**해설** ① (○) 대법원 1995.3.28, 94누12920

- ② (○) 개별공시지가결정은 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당함 ⇨ 판례는 시장·군수 또는 구청장의 개별토지가격결정은 관계법령에 의한 구 토지초과이득세, 구 택지초과소유부담금 또는 개발부담금산정의 기준이 되어 국민의 권리나 의무 또는 법률상 이익에 직접적으로 관계되는 것으로서 행정소송법 제2조 제1항 제1호 소정의 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 공권력의 행사에 해당한다(대법원 1994.2.8, 93누111).
- ③ (×) 토지거래허가제의 법적 성질은 금지의 해제인 허가가 아니라, 보충행위인 인가에 해당함 ⇨ 국토이용관리법상의 규제구역 내의 '토지 등의 거래계약'허가에 관한 규정은 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 유통적 무효 상태에 있는 법률행위의 효력을 완성시켜 주는 인가적 성질을 띤 것이라고 보는 것이 타당하다(대판 1991.12.24, 90다12243 전원합의체).
- ④ (○) 토지거래허가구역의 지정은 행정처분에 해당하고 항고소송을 제기할 수 있음 ⇨ 국토의 계획 및 이용에 관한 법률의 규정에 의하면, 토지거래계약허가를 받은 자는 5년의 범위 이내에서 대통령령이 정하는 기간 동안 그 토지를 허가받은 목적대로 이용하여야 하는 의무도 부담하며, 같은 법에 따른 토지이용의무를 이행하지 아니하는 경우 이행강제금을 부과하게 되는 등 토지거래계약에 관한 허가구역의 지정은 개인의 권리 내지 법률상의 이익을 구체적으로 규제하는 효과를 가져오게 하는 행정청의 처분에 해당하고, 따라서 이에 대하여는 원칙적으로 항고소송을 제기할 수 있다(대법원 2006.12.22, 2006두12883).

## 23 공물의 사용관계에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 자유(보통, 일반)사용에 놓이는 공물은 사후에 사용허가를 요하지 아니하며, 국공립학교 운동장의 사용은 일반인의 자유(보통, 일반)사용의 대상이 되는 것이 원칙이다.
- ② 도로의 특별사용은 반드시 독점적, 배타적인 것이 아니라 그 사용목적에 따라서는 도로의 일반사용과 병존이 가능한 경우도 있다.
- ③ 공물관리권은 적극적으로 공물 본래의 목적을 달성시킴을 목적으로 하며, 공물경찰권은 소극적으로 공물상의 안녕과 질서에 대한 위해를 방지함을 목적으로 한다.
- ④ 하천의 점용허가권은 하천의 관리주체에 대하여 일정한 특별사용을 청구할 수 있는 채권에 지나지 아니하고 대세적 효력이 있는 물권이라 할 수 없다.

**정답** ①

**해설** ① (×) 자유(보통, 일반)사용에 놓이는 공물도 사후에 질서유지를 위하여 허가를 요하는 경우도 있다. 그리고 국공립학교 운동장의 사용은 그 목적을 방해하지 아니하는 한도에서 예외적으로 일반인의 자유(보통, 일반)사용의 대상이 될 수 있다.

- ② (○) 특허사용이 일반사용을 감수하는 경우에는 특허사용과 일반사용의 병존이 가능하다. 도로의 특별사용은 반드시 독점적, 배타적인 것이 아니라 그 사용목적에 따라서는 도로의 일반사용과 병존이 가능한 경우도 있고 이러한 경우에는 도로점용부분이 동시에 일반공중의 교통에 공용되고 있다고 하여 도로점용이 아니라고 할 수 없다(대법원 1992.9.8, 91누8173).
- ③ (○)

	공물관리권	공물경찰권
의 의	공물관리란 행정주체가 공물의 존립을 유지하고 당해 물건을 공적 목적에 공용함으로써 공물의 목적을 달성하기 위하여 행하는 일체의 작용	공물경찰이란 경찰권의 주체가 일반경찰권에 의거하여 공물의 사용과 관련하여 발생하는 사회공공의 안녕·질서에 대한 위해를 예방·제거하기 위하여 행하는 작용(경찰서장의 도로통행의 금지 또는 제한조치)

목 적	공물 본래의 목적달성, 주로 적극적으로 공공 복리의 증진이 목적	공물경찰은 소극적으로 공물사용관계상의 질서를 유지하기 위하여 그 사용관계에서 발생할 수 있는 사회공공의 안녕·질서에 대한 위해를 예방 또는 제거할 목적으로 행하는 작용
권 력	소유권과는 별도로 공물관리권이라는 독립된 물권적 지배권	일반경찰권이라는 일반통치권
범 위	공물의 일시적 사용과 계속적·독점적 사용권을 설정할 수 있다(특허).	질서유지를 위한 견지에서 일시적 사용인 허가만이 가능하다(허가).
위반에 대한 제재	공물이용관계에서의 배제를 최고한도로	행정벌 등 제재, 행정상 강제집행

④ (○) 하천의 점용허가권은 특허에 의한 공물사용권의 일종으로서 하천의 관리주체에 대하여 일정한 특별사용을 청구할 수 있는 채권에 지나지 아니하고 대세적 효력이 있는 물권이라고 할 수 없다(대판 1990.2.13, 89다카23022).

## 24 민중소송과 기관소송에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「공직선거법」 상 선거소송은 민중소송에 해당한다.
- ② 민중소송 또는 기관소송으로써 처분 등의 취소를 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 취소소송에 관한 규정을 준용한다.
- ③ 「지방자치법」 상 지방의회 재의결에 대해 지방자치단체장이 제기하는 소송은 기관소송에 해당한다.
- ④ 「행정소송법」은 민중소송에 대해서는 법률이 정한 경우에 법률이 정한 자에 한하여 제기하도록 하는 법정주의를 취하고 있으나, 기관소송에 대해서는 이러한 제한을 두지 않아 기관소송의 제기가능성은 일반적으로 인정된다.

정답 ④

해설 ① (○) 현행법상 인정되는 민중소송의 예로는 국민투표무효소송(국민투표법 제92조), 선거법상 선거무효소송 및 당선무효소송(공직선거법 제222조·제223조), 주민투표법상의 민중소송(주민투표법 제25조), 지방자치법상 감사청구한 주민이 감사청구한 사항에 관련하여 제기하는 주민소송(지방자치법 제17조 제1항), 주민소환에 관한 법률상의 주민소환투표소송(주민소환에 관한 법률 제24조 제1항)이 있다.

② (○)

행정소송법 제46조(준용규정)

- ① 민중소송 또는 기관소송으로써 처분등의 취소를 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 취소소송에 관한 규정을 준용한다.
- ② 민중소송 또는 기관소송으로써 처분등의 효력 유무 또는 존재 여부나 부작위의 위법의 확인을 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 각각 무효등 확인소송 또는 부작위위법확인소송에 관한 규정을 준용한다.
- ③ 민중소송 또는 기관소송으로서 제1항 및 제2항에 규정된 소송외의 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 당사자소송에 관한 규정을 준용한다.

③ (○) 지방의회와 지방자치단체장의 분쟁은 기관소송에 해당한다.

④ (×) 민중소송 및 기관소송은 법률이 정한 경우에 법률에 정한 자에 한하여 제기할 수 있다(행정소송법 제45조).

## 25 행정정보공개 및 개인정보보호에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 정보공개심의회는 공공기관의 장의 자문에 응하여 공개 청구된 정보의 공개 여부를 결정하는 법적인 의무와 권한을 가진 주체이다.
- ② 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로 청구인이 공공기관에 대하여 정보 공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다.
- ③ 의사결정과정에 제공된 회의 관련 자료나 의사결정과정이 기록된 회의록 등은 의사가 결정되거나 의사가 집행된 경우에는 더 이상 의사결정과정에 있는 사항 그 자체라고는 할 수 없으나, 의사결정과정에 있는 사항에 준하는 사항으로서 비공개대상정보에 포함될 수 있다.

- ④ 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보를 의미하며, 반드시 개인의 내밀한 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지도 포함한다.

정답 ①

- 해설 ① (×) 국가기관, 지방자치단체 및 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제5조에 따른 공기업은 제11조에 따른 정보공개 여부 등을 심의하기 위하여 정보공개심의회를 설치·운영한다(법 제12조 제1항). 즉 정보공개심의회는 정보공개 여부 등을 심의하는 기관이지 정보의 공개 여부를 결정하는 기관이 아니다. ⇨ 공공기관의 정보공개에 관한 법률의 취지를 종합할 때, **공개 청구된 정보의 공개 여부를 결정하는 법적인 의무와 권한을 가진 주체는 공공기관의 장이고, 정보공개심의회는 공공기관의 장이 정보의 공개 여부를 결정하기 곤란하다고 보아 의견을 요청한 사항의 자문에 응하여 심의하는 것이다**(대법원 2002.3.15, 2001추95).
- ② (○) 거부처분을 받은 것 그 자체가 법률상 이익의 침해에 해당하고 추가로 어떤 법률상의 이익을 가질 것을 요구하는 것은 아님 ⇨ 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로 청구인이 공공기관에 대하여 정보 공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다고 할 것이고, 거부처분을 받은 것 이외에 추가로 어떤 법률상의 이익을 가질 것을 요구하는 것은 아니다(대법원 2004.9.23, 2003두1370).
- ③ (○) 공공기관의정보공개에관한법률상 비공개대상정보의 입법 취지에 비추어 살펴보면, 같은 법 제7조 제1 항 제5호에서의 '감사·감독·검사·시험·규제·입찰계약·기술개발·인사관리·의사결정과정 또는 내부검토과정에 있는 사항'은 비공개대상정보를 예시적으로 열거한 것이라고 할 것이므로 의사결정과정에 제공된 회의관련 자료나 의사결정과정이 기록된 회의록 등은 의사가 결정되거나 의사가 집행된 경우에는 더 이상 의사결정과정에 있는 사항 그 자체라고는 할 수 없으나, 의사결정과정에 있는 사항에 준하는 사항으로서 비공개 대상정보에 포함될 수 있다(대법원 2003.8.22. 2002두12946).
- ④ (○) 대법원 2016.3.10, 2012다105482