

## 2009 국가직 행정법총론

해설 및 정답(김종석, 베리타스M 행정법전임)

1. A광역시장은 상습적인 교통체증을 해소하기 위하여 도심에 위치한 산을 관통하는 직선 도로를 개설하는 도시관리계획을 입안하고 관계 행정기관의 장과 협의하여 도시관리계획을 결정하였다. 그 후 위 도로를 개설할 경우 자연환경훼손이 심각하다는 지적이 있어 A광역시장은 환경훼손이 적은 우회도로를 개설하는 것을 내용으로 하는 도시관리계획변경결정을 하였다. 이에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 인근 주민들이 최초에 계획된 직선도로 개설계획을 존치시킬 것을 요구할 수 있는 계획 존속청구권은 일반적으로 인정된다.
- ② 도시관리계획결정은 대외적 구속력을 갖지 않고, 행정내부에만 효력이 있는 행정규칙의 일종이다.
- ③ A광역시장이 도시관리계획변경결정을 함에 있어 교통체증의 해소와 자연환경의 보호 등 제반이익을 정당하게 비교형량하였다면 계획재량의 한계를 준수한 적법한 결정이라고 할 수 있다.
- ④ 도시관리계획결정은 고시가 있는 날부터 즉시 효력을 발생한다.

<해설>

③ 옳음. ① 일반적인 계획존속청구권의 인정은 상대방의 신뢰보호만을 중시하는 결과가 되므로 원칙적으로 인정되지 않는다. ② 도시관리계획결정은 처분성이 인정된다. ④ 통상 고시 또는 공고에 의하여 행정처분을 하는 경우에는 그 처분의 상대방이 불특정 다수인이고, 그 처분의 효력이 불특정 다수인에게 일률적으로 적용되는 것이므로, 그에 대한 행정심판 청구기간도 그 행정처분에 이해관계를 갖는 자가 고시 또는 공고가 있었다는 사실을 현실적으로 알았는지 여부에 관계없이 고시가 효력을 발생하는 날인 고시 또는 공고가 있는 후 5일이 경과한 날에 행정처분이 있음을 알았다고 보아야 할 것이다(대법원 1995. 8. 22. 선고 94누5694 전원합의체 판결 등 참조).

<답> ③

2. 기속행위와 재량행위에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 기속행위에 부관을 붙이면 무효라는 것이 판례의 입장이다.
- ② 재량행위가 그 한계를 넘거나 남용이 있더라도 법원은 이를 취소할 수 없다.
- ③ 재량행위라고 할지라도 재량이 영으로 수축하는 경우에는 행정개입청구권이 성립할 수 있다.
- ④ 기속행위와 재량행위는 법원의 심사방식이 다르다는 것이 판례의 입장이다.

<해설>

② 재량의 일탈·남용이 있으면 취소할 수 있다(행정소송법 제27조). ① 판례는 기속행위에

부관을 붙였다 하더라도 이는 당연무효라고 판시하고 있다(대법 1988.4.27, 87누1106). ③ 행정개입청구권은 기속행위의 경우에는 당연히 인정된다. 재량행위의 경우에는 무하자재량행사청구권이 인정되고 행정개입청구권은 원칙상 인정되지 않지만, 전술한 바와 같이 재량권이 영(0)으로 수축하는 경우에는 무하자재량행사청구권은 행정개입청구권으로 전환되어 행정개입청구권이 인정된다. ④ 행정행위가 그 재량성의 유무 및 범위와 관련하여 이른바 기속행위 내지 기속재량행위와 재량행위 내지 자유재량행위로 구분된다고 할 때, 그 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 하고, 이렇게 구분되는 양자에 대한 사법심사는, 전자의 경우 그 법규에 대한 원칙적인 기속성으로 인하여 법원이 사실인정과 관련 법규의 해석·적용을 통하여 일정한 결론을 도출한 후 그 결론에 비추어 행정청이 한 판단의 적법 여부를 독자의 입장에서 판정하는 방식에 의하게 되나, 후자의 경우 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사하게 되고, 이러한 재량권의 일탈·남용 여부에 대한 심사는 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배, 당해 행위의 목적 위반이나 동기의 부정 유무 등을 그 판단 대상으로 한다.(대법 2001.2.9, 98두17593) 【건축물용도변경신청거부처분취소】

<답> ②

### 3. 『공공기관의 정보공개에 관한 법률』상의 정보공개청구절차에 관한 내용으로 옳은 것은?

- ① 정보의 공개를 청구하는 자는 당해 정보를 보유하거나 관리하고 있는 공공기관에 대하여 공개를 청구하는 정보의 내용 및 공개방법을 기재한 정보공개청구서를 제출하거나 구술로써 정보의 공개를 청구할 수 있으며, 정보공개청구권자의 인적사항은 익명을 원칙으로 한다.
- ② 공공기관은 공개청구된 공개대상정보의 전부 또는 일부가 제3자와 관련이 있다고 인정되는 때에는 그 사실을 제3자에게 지체없이 통지하여야 하며, 필요한 경우에는 그의 의견을 청취할 수 있다.
- ③ 공공기관은 전자적 형태로 보유·관리하는 정보에 대하여 청구인이 전자적 형태로 공개하여 줄 것을 요청하더라도 이를 출력한 형태로 공개하는 것이 원칙이다.
- ④ 『공공기관의 정보공개에 관한 법률』에는 부분공개제도가 채택되어 있지 않아, 비공개 대상정보에 해당하는 부분과 공개가 가능한 부분을 분리할 수 있는 경우에도 부분공개는 허용되지 않는다.

<해설>

- ② 동법 제11조 제3항 ① 정보공개의 청구방법은 정보공개청구서(서면) 또는 구술이다. 그러나 정보공개청구서의 기재사항에 청구인의 이름·주민등록번호 등을 기재하여야 하는 바(동법 제10조 제1항), 익명을 원칙으로 하지 아니한다. ③ 공공기관은 전자적 형태로 보유·관리하는 정보에 대하여 청구인이 전자적 형태로 공개하여 줄 것을 요청하는 경우에는 당해 정보의 성질상 현저히 곤란한 경우를 제외하고는 청구인의 요청에 응하여야 한다(동법 제15조 제1항). ④ 공개청구한 정보가 제9조제1항 각호의 1에 해당하는 부분과 공개가 가능한 부분이 혼합되어 있는 경우로서 공개청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위안에서 두 부

분을 분리할 수 있는 때에는 제9조제1항 각호의 1에 해당하는 부분을 제외하고 공개하여야 한다(동법 제14조).

<답> ②

#### 4. 행정행위의 효력에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정행위는 그 내용에 따라 일정한 법적 효과가 발생하고 관계행정청 및 상대방과 관계인을 구속하는 힘을 가진다.
- ② 행정행위는 비록 흠이 있더라도 중대하고 명백하여 당연무효가 아닌 한 권한 있는 기관에 의해 취소될 때까지 잠정적으로 유효하게 통용되는 힘을 가진다.
- ③ 행정행위에 비록 흠이 있더라도 재송제기기간이 경과하면 행정청은 행정행위를 취소할 수 없다.
- ④ 행정행위가 발해지면 일정한 경우에 행정청 자신도 직권으로 자유로이 이를 취소 또는 철회할 수 없다.

<해설>

③ 재송제기기간이 경과하면 불가쟁력이 발생한다. 불가변력이 발생하지 않으면 행정청은 직권으로 취소할 수 있다. ① 행정행위의 구속력에 대한 설명이다. ② 행정행위의 공정력에 대한 설명이다. ④ 행정행위의 존속력 중 불가변력에 대한 설명이다.

<답> ③

#### 5. 국민권익위원회에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 고충민원의 처리와 이에 관련된 불합리한 행정제도를 개선하고, 부패의 발생을 예방하며 부패행위를 효율적으로 규제하도록 하기 위하여 국무총리 소속으로 설치하였다.
- ② 국민권익위원회는 필요하다고 인정하는 경우 공공기관의장에게 제도개선의 권고를 할 수 있으며, 제도개선 권고를 받은 공공기관의 장은 이를 제도개선에 반영하여야 하며 그 조치에 대한 결과를 국민권익위원회에 통보할 필요까지는 없다.
- ③ 국민권익위원회는 행정심판법에 따른 국무총리행정심판위원회의 운영에 관한 사항을 관장한다.
- ④ 지방자치단체 및 그 소속 기관에 관한 고충민원의 처리와 행정제도의 개선 등을 위하여 『부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률』에서 각 지방자치단체에 시민고충처리위원회를 설치할 수 있는 근거조항을 두고 있다.

<해설>

② 권고 또는 의견을 받은 관계 행정기관등의 장은 이를 존중하여야 하며, 그 권고 또는 의견을 받은 날부터 30일 이내에 그 처리결과를 권익위원회에 통보하여야 한다(동법 제50조 제1항). ① 동법 제11조 ③ 국민권익위원회는 고충민원의 처리, 부패방지업무, 국무총리

행정심판위원회의 운영에 관한 사항을 관장한다. ④ 동법 제32조

<답> ②

**6. 절차상의 하자있는 행정행위의 효력에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?**

- ① 개별 법률에서 청문에 관한 규정을 두고 있지않는 경우에도 침해적 행정처분을 함에 있어 청문을 실시하지 아니한 경우에는 무효로 보는 것이 판례의 입장이다.
- ② 절차상의 하자를 독자적 취소의 사유로 인정하지 않는 견해(소극설)에 따르면, 당해 행정행위가 취소되더라도 행정청은 다시 적법한 절차를 거쳐 동일한 행정행위를 반복할 것이므로 소송경제상 바람직하지 않다는 점을 논거로 한다.
- ③ 절차상의 하자를 독자적 취소의 사유로 인정하는 견해(적극설)에 따르면, 적법한 절차를 거쳐 다시 처분을 하는 경우 반드시 동일한 결정에 도달하는 것은 아니라는 점을 논거로 한다.
- ④ 행정절차법에는 절차상 하자있는 행정행위의 효력에 관한 별도의 규정을 두고 있지 않다.

<해설>

① 절차상 하자의 위법성 정도에 관하여 최근의 주류적 판례는 취소사유로 보고 있다. ② 절차상 하자를 독립적인 취소사유로 보지 않는 견해(소극설)에 의하면, 절차규정은 적정한 행정결정의 확보를 위한 것이며, 절차위반을 이유로 다시 처분한다고 하여도 전과 동일한 처분을 하는 경우에는 행정경제 및 소송경제에 반한다는 점을 근거로 한다. ③ 절차적 하자를 독립적인 취소사유로 보는 견해(적극설)는 적정한 절차는 적정한 결정의 전제가 된다는 점, 다시 처분한다고 할 때 반드시 동일한 결론에 도달한다는 보장이 없다는 점, 절차적 요건의 의미를 살려야 한다는 점, 취소소송 등이 기속력이 절차의 위법을 이유로 하는 경우에 준용된다는 점 등을 근거로 들고 있다. ④ 현행법상 절차상 하자의 효과에 관한 일반적 규정은 없다.

<답> ①

**7. 행정행위의 부관에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?**

- ① 부관은 행정을 수행함에 있어서 유연성 및 탄력성을 보장하는 기능을 가진다.
- ② 부관은 당해 행정행위의 목적과 무관한 다른 목적을 위하여 붙일 수 없다.
- ③ 부관은 행정행위의 법률효과를 제한하거나 보충하는 기능을 수행한다.
- ④ 부관은 부담을 제외하고 독립하여 항고소송의 대상이 된다는 것이 판례의 입장이다.

<해설>

④ 통설과 판례에 의하면 부담은 처분성이 인정되는 그 자체로 독립된 행정행위이다. ① 예컨대,

건축허가신청에 필요한 중요한 요건을 모두 갖추었으나 경미한 요건을 결한 경우 당해 요건을 일정기간 내에 갖추 것을 조건으로 허가를 내준다면 행정의 신축성에 기여할 수 있다.  
 ② 부관은 주된 행정행위의 목적에 반해서는 안된다(목적상의 한계). ③ 부관은 행정행위의 효과를 제한하거나, 특별한 의무를 부과하거나, 부족한 요건을 보충하기 위해 주된 행정행위에 부과된 중된 규율이라고 정의하는 것이 다수설이다.

<답> ④

**8. 『공공기관의 개인정보보호에 관한 법률』의 내용과 일치하는 것은?**

- ① 공공기관의 장은 정보주체의 동의가 있는 경우라고 하여도 사상이나 신조등 개인의 기본적인 인권을 현저하게 침해할 우려가 있는 개인정보를 수집하여서는 아니된다.
- ② 설치된 폐쇄회로텔레비전은 설치목적 범위를 넘어 카메라를 임의로 조작하거나 다른 곳을 비추어서는 아니되며, 녹음기능은 사용할 수 없다.
- ③ 공공기관의 컴퓨터 등에 의하여 처리되는 개인정보보호에 관한 사항을 심의하기 위하여 행정안전부장관 소속하에 공공기관 개인정보보호심의위원회를 둔다.
- ④ 본인에 관한 처리정보를 열람한 정보주체는 보유기관의 장에게 구두로 당해 처리정보의 정정을 청구할 수는 있으나, 처리정보의 삭제를 청구할 수는 없다.

<해설> ② 동법 제4조의2 제2항 ① 공공기관의 장은 사상·신조등 개인의 기본적인 인권을 현저하게 침해할 우려가 있는 개인정보를 수집하여서는 아니된다. 다만, 정보주체의 동의가 있거나 다른 법률에 수집대상 개인정보가 명시되어 있는 경우에는 그러하지 아니하다(동법 제4조 제1항). ③ 공공기관의 컴퓨터등에 의하여 처리되는 개인정보의 보호에 관한 사항을 심의하기 위하여 국무총리소속하에 공공기관개인정보보호심의위원회를 둔다(동법 제20조 제1항). ④ 본인의 처리정보를 열람한 정보주체는 보유기관의 장에게 문서로 당해 처리정보의 정정 또는 삭제를 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 당해 처리정보가 수집대상으로 명시되어 있는 경우에는 그 삭제를 청구할 수 없다(동법 제14조 제1항).

<답> ②

**9. 같은 성질의 행정행위끼리 연결되지 아니한 것은?**

- ① 어업면허-하천점용허가
- ② 교과서의 검정-국가시험합격자 결정
- ③ 발명의 특허-광업허가
- ④ 귀화허가-공유수면매립면허

<해설>

③ 발명의 특허는 확인, 광업허가는 특허이다. ① 특허 ② 확인 ④ 특허

<답> ③

**10. 현행 행정심판법에 관한 내용으로 옳지 않은 것은?**

- ① 행정심판청구는 서면으로 하여야 한다.
- ② 행정심판법은 권리구제의 실효성을 확보하기 위해서 심리의결기능과 재결기능을 분리시키고 있다.
- ③ 행정심판법은 집행부정지의 원칙을 취하면서도 예외적으로 일정한 요건하에 집행정지를 인정한다.
- ④ 행정심판위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분보다 청구인에게 불이익한 재결을 하지 못한다.

<해설> ② 행정심판위원회에서 심리·의결, 그리고 재결도 한다. ① 동법 제19조 제1항 ③ 동법 제21조 ④ 동법 제36조 제2항

<답> ②

**11. 행정벌에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?**

- ① 행정형벌에는 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 형법총칙이 적용된다.
- ② 행정질서벌인 과태료의 과벌절차는 현행법상 특별한 규정이 없는 한 비송사건절차법이 정하는 바에 의한다.
- ③ 행정형벌은 형사소송법이 정하는 절차에 따라 법원이 과벌하는 것이 원칙이다.
- ④ 통고처분은 현행법상 조세법, 관세법, 출입국사법, 교통사법 등에 대하여 형사소송절차에 대신하여 벌금 또는 과료에 상당하는 금액의 납부를 명하는 것이다.

<해설> ② 질서위반행위규제법이다. ①, ③ 행정형벌은 특별한 규정이 없는 한 형법총칙과 형사소송법이 적용된다. ④ 통고처분이란 정식재판(형사소송절차)에 갈음하여 행정청(세무서장, 경찰서장 등)이 범죄의 심증을 얻은 경우 벌금 또는 과료에 상당하는 금액을 납부할 것을 명(통고)하는 것을 말한다. 여기서의 금액의 성질은 형법상의 벌금이 아니고 행정제재금이다.

<답> ②

**12. 행정조사기본법에서 규정하고 있는 내용으로 옳은 것은?**

- ① 행정기관은 법령 등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있다. 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에도 그러하다.
- ② 현장조사는 조사대상자가 동의한 경우에도 해가 뜨기 전이나 해가 진 뒤에는 할 수 없다.
- ③ 행정조사를 실시하고자 하는 행정기관의 장은 출석요구서 등을 조사개시 3일전까지 조

사대상자에게 서면으로 통지하여야 한다.

④ 행정기관은 유사하거나 동일한 사안에 대하여는 공동조사 등을 실시함으로써 행정조사가 중복되지 아니하도록 하여야 한다.

<해설> ④ 동법 제14조 제1항 ① 행정기관은 법령 등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있다. 다만, 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 그러하지 아니하다(동법 제5조). ② 현장조사는 해가 뜨기 전이나 해가 진 뒤에는 할 수 없다. 다만, 조사대상자가 동의한 경우, 사무실 또는 사업장 등의 업무 시간에 행정조사를 실시하는 경우, 해가 뜬 후부터 해가 지기 전까지 행정조사를 실시하는 경우에는 조사목적의 달성이 불가능하거나 증거인멸로 인하여 조사대상자의 법령 등의 위반 여부를 확인할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다(동법 제11조 제2항). ③ 행정조사를 실시하고자 하는 행정기관의 장은 출석요구서, 보고요구서·자료제출요구서 및 현장출입조사서(이하 "출석요구서등"이라 한다)를 조사개시 7일 전까지 조사대상자에게 서면으로 통지하여야 한다(동법 제17조 제1항).

<답> ④

### 13. 행정상 강제집행에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 대집행의 계고는 반드시 문서로써 하여야 하며, 국유지로부터의 퇴거의무는 대집행의 대상이 된다.
- ② 이행강제금은 일정한 금액의 부과라는 심리적 압박에 의하여 장래에 향하여 행정상 의무이행을 확보하려는 강제집행 수단의 일종이다.
- ③ 직접강제는 행정법상의 의무불이행이 있는 경우에 직접 의무자의 신체나 재산에 실력을 가하여 의무의 이행이 있었던 것과 같은 상태를 실현하는 작용이다.
- ④ 행정상 강제징수는 금전지급의무를 이행을 강제하기 위한 수단으로, 국세징수법상의 강제징수 절차는 독촉 및 체납처분으로 이루어진다.

<해설> ① 대집행의 대상은 행정법상의 대체적 작위의무에 한한다. 국유지로부터의 퇴거의무는 대체적 작위의무가 아니므로 대집행의 대상이 원칙적으로 되지 않는다. ② 이행강제금이란 부작위의무·대체적 작위의무·비대체적 작위의무·수인의무를 이행하지 않은 경우에 장래에 향하여 의무이행을 간접적으로 강제하기 위해 부과하는 금전적 부담을 말한다. 이행강제금은 집행벌이라고도 한다. ③ 직접강제란 행정법상의 의무의 불이행이 있는 경우에 직접 의무자의 신체나 재산에 실력을 행사하여 의무의 이행이 있었던 것과 동일한 상태를 실현하는 작용을 말한다(예 ; 실력에 의한 예방접종, 집회군중에 대한 강제해산, 불법입국·체류 외국인의 강제출국조치, 무허가영업소에 대한 강제폐쇄 등). ④ 행정상 강제징수란 공법상 금전지급의무를 불이행한 경우에 행정청이 의무자의 재산에 실력을 가하여 강제적으로 그 의무가 이행된 것과 같은 상태를 실현하는 작용을 말한다. 국세징수법에 의한 강제징수의 절차는 독촉과 체납처분(재산의 압류 → 압류재산의 매각 → 청산)으로 크게 구분된다.

<답> ①

**14. 법령의 효력발생에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?**

- ① 대통령령·총리령 및 부령은 특별한 규정이 없는 한 공포한 날로부터 14일이 경과함으로써 효력을 발생한다.
- ② 대통령령·총리령 및 부령의 공포일은 그 법령등을 게재한 관보 또는 신문이 발행된 날로 한다.
- ③ 법령의 공포시점은 관보 또는 공보가 판매소에 도달하여 누구든지 이를 구독할 수 있는 상태가 된 최초의 시점으로 보는 것이 판례의 입장이다.
- ④ 새 법령이 시행되기 전에 종결된 사실에 대하여는 당해 법령을 적용하지 않는 것을 원칙으로 한다.

<해설> ① 법령은 그 시행일에 대하여 특칙이 없는 한 공포일로부터 20일을 경과함으로써 효력을 발생한다. 다만, 국민의 권리제한·의무부과와 직접 관련되는 법령은 긴급히 시행하여야 할 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 공포일로부터 적어도 30일이 경과한 날로부터 시행된다. ② 여기서 공포일은 관보 또는 신문이 발행된 날을 의미하고, ③ 발행된 날은 공포일과 시행일이 동일한 경우 국민이 관보 또는 신문을 최초로 읽을 수 있는 날(최초 구독가능시점)을 의미한다. ④ 옳음

<답> ①

**15. 법규명령에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?**

- ① 국회전속적 입법사항의 위임이 금지된다는 것이 전적으로 법률로 규율되어야 한다는 것을 의미하지는 않는다.
- ② 법규명령에 대하여는 특정 법규명령의 위헌·위법여부가 구체적 사건에 대한 재판의 전제가 된 경우에 법원이 이를 심리·판단하는 선결문제심리 방식에 의한 간접적 통제가 인정되고 있다.
- ③ 법규명령의 근거법령이 소멸된 경우에는 법규명령도 소멸함이 원칙이나, 근거법령이 개정됨에 그친 경우에는 집행명령은 여전히 그 효력을 유지할 수 있다.
- ④ 헌법 제107조 제 2항에서 명령·규칙에 대한 위헌심사권을 법원에 부여하고 있기 때문에, 헌법재판소는 이에 대한 위헌심사권을 행사할 수 없다는 것이 헌법재판소의 입장이다.

<해설> ④ 다수설과 헌법재판소는 헌법재판소가 명령·규칙심사권을 갖는다고 본다. ① 다수설에 의하면 국회전속입법사항이더라도 전적으로 법률로 규율되어야만 하는 것은 아니고, 그 본질적 내용이 법률로 정하여야만 함을 의미한다고 한다. 따라서 그 세부적 사항에 대하여 구체적으로 범위를 정하여 법규명령에 위임하는 것은 허용된다고 본다. ② 우리나라는 구체적 규범통제이다. 지문은 구체적 규범통제를 잘 설명하고 있다. ③ 근거법령의 효력이 소멸되면 당해 위임명령도 소멸한다. 그러나 집행명령의 경우에는 상위법령이 폐지되는 경

우와 개정됨에 그치는 경우로 구별하여야 한다. 즉, 상위법령이 폐지되면 집행명령은 실효되는 것이나, 상위법령이 개정됨에 그친 경우에는 개정법령의 시행을 위한 새로운 집행명령이 제정될 때까지는 그 효력을 유지한다.

<답> ④

#### 16. 항고소송의 소의 이익에 관한 판례의 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 상등병에서 병장으로의 진급요건을 갖춘 자에 대하여 그 진급처분을 행하지 아니한 상태에서 예비역으로 편입하는 처분을 한 경우, 진급처분 부작위위법을 이유로 예비역편입 처분 취소를 구할 소의 이익이 있다고 할 수 없다.
- ② 임기 만료된 지방의회 의원이 군의회를 상대로 한 의원제명처분취소 소송에서 승소한다고 하더라도 군의회 의원으로서의 지위를 회복할 수는 없는 것이므로 위 위원은 이 사건 소를 유지할 법률상의 이익이 없다.
- ③ 행정처분에 효력기간이 정하여져 있는 경우, 그 기간의 경과로 그 행정처분의 효력은 상실되므로 그 기간 경과 후에는 그 처분이 외형상 잔존함으로 인하여 어떠한 법률상 이익이 침해되었다고 볼 만한 별다른 사정이 없는 한 그 처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다.
- ④ 제재적 행정처분이 그 처분에서 정한 제재기간의 경과로 인하여 그 효과가 소멸되었다면, 부령인 시행규칙의 형식으로 정한 처분기준에서 제재적 행정처분을 받은 것을 가중사유로 정하여 장래 제재적 행정처분을 하도록 정하였더라도 그 취소를 구할 법률상 이익이 없다.

<해설> ④ 제재적 행정처분이 그 처분에서 정한 제재기간의 경과로 인하여 그 효과가 소멸되었으나, 부령인 시행규칙 또는 지방자치단체의 규칙의 형식으로 정한 처분기준에서 제재적 행정처분을 받은 것을 가중사유나 전제요건으로 삼아 장래의 제재적 행정처분을 하도록 정하고 있는 경우, 선행처분인 제재적 행정처분을 받은 상대방이 그 처분에서 정한 제재기간이 경과하였다 하더라도 그 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다(대법원 2006.6.22, 2003두1684 전원합의체) 【영업정지처분취소】 ① 상등병에서 병장으로의 진급요건을 갖춘 자에 대하여 그 진급처분을 행하지 아니한 상태에서 예비역으로 편입하는 처분을 한 경우라도 예비역편입처분은 병역법시행령 제27조 제3항에 따라 헌법상 부담하고 있는 국방의 의무의 정도를 현역에서 예비역으로 변경하는 것으로 병의 진급처분과 그 요건을 달리하는 별개의 처분으로서 그 자에게 유리한 것임이 분명하므로 예비역편입처분에 앞서 진급권자가 진급처분을 행하지 아니한 위법이 있었다 하더라도 예비역편입처분으로 인하여 어떠한 권리나 법률상 보호되는 이익이 침해당하였다고 볼 수 없고, 또한 예비역편입처분취소를 통하여 회복하고자 하는 이익침해는 계급을 상등병에서 병장으로 진급시키는 진급권자에 의한 진급처분이 행하여져야만 보호받을 수 있는 것인데 비록 위 예비역편입처분이 취소된다 하더라도 그로 인하여 신분이 예비역에서 현역으로 복귀함에 그칠 뿐이고, 상등병에서 병장으로의 진급처분 여부는 원칙적으로 진급권자의 합리적 판단에 의하여 결정되는 것이므로 그와 같은 진급처분이 행하여지지 않았다는 이유로 위 예비역편입처분의 취소를 구할 이익이 있다고 할 수 없다(대법원 2000. 5. 16, 99두7111) 【예비역편입처분취소】 ② 임기 만료된 지

방의회 의원은 군의회를 상대로 한 의원제명처분 취소의 소를 유지할 법률상의 이익이 없다 (대법원 1996. 2. 9, 95누14978) 【의원제명처분취소】 ③ 행정처분에 그 효력기간이 정하여져 있는 경우, 그 처분의 효력 또는 집행이 정지된 바 없다면 위 기간의 경과로 그 행정처분의 효력은 상실되므로 그 기간 경과 후에는 그 처분이 외형상 잔존함으로 인하여 어떠한 법률상 이익이 침해되고 있다고 볼 만한 별다른 사정이 없는 한 그 처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다(대법원 2002. 7. 26, 2000두7254) 【도매법인지정처분취소】

<답> ④

**17. 국가배상법 제2조의 공무원의 위법한 직무행위로 인한 손해배상의 요건으로서의 공무원에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?**

- ① 공무원은 국가공무원법 및 지방공무원법상의 공무원 뿐만 아니라 널리 공무를 위탁받아 그에 종사하는 모든 자를 포함한다.
- ② 법관이나 헌법재판소 재판관은 국가배상법 제2조에서 말하는 공무원에 해당하지 않는다.
- ③ 공무를 위탁받아 실질적으로 공무에 종사하고 있는 자는 공무의 위탁이 일시적이고 한정적이라고 할지라도 공무원이 될 수 있다.
- ④ 판례는 지방자치단체에 의해 공무를 위탁받은 이른바 ‘교통 할아버지’를 공무원에 포함시킨다.

<해설> ①, ②, ③ 국가배상법 제2조 상의 공무원은 광의 또는 최광의 공무원을 의미한다. 즉, 협의의 공무원인 국가공무원법 또는 지방공무원법 상의 공무원뿐만 아니라, 널리 국가 등 행정주체로부터 공무를 위탁받아 실질적으로 공무에 종사하는 모든 자를 포함한다는 것이 통설과 판례의 입장이다. 여기서 그 공무의 위탁에는 일시적이고 한정적인 것도 포함된다고 본다. ④ 대법원 2001.1.5, 98다39060 【김조왕금 교통할아버지사건】

<답> ②

**18. 개인적 공권에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?**

- ① 개인적 공권은 공익적 성질을 가지므로 임의로 포기할 수 없는 것이 원칙이다.
- ② 개인적 공권은 일반적으로 일신전속적 성질을 가지므로 대행이나 위임이 제한되는 경우가 많다.
- ③ 무하자재량행사청구권은 기속규범에서는 인정되지 않고 재량규범에서 인정된다.
- ④ 무하자재량행사청구권은 위법한 처분의 배제를 구하는 실체적 권리이다.

<해설> ④ 무하자재량행사청구권은 형식적 공권이다. ① 공권은 보통 공의무로서의 성격을 갖거나 공익적 성질을 가지므로 이를 임의로 포기할 수 없다(예 ; 고소권, 소권, 연금권, 선거권, 봉급청구권 등). 그러나 예외적으로 포기가 인정되는 공권도 있다(예 ; 손실보상청구권, 공물사용권 등). ② 공

권은 일신전속성을 가지므로 타인에게 대행이나 위임이 금지되는 경우가 많다(예 ; 선거권의 대행 또는 위임금지). ③ 무하자재량행사청구권은 재량행위에서 인정되는 개인적 공권의 일반적 특성을 관념화한 것이고, 동 개념은 기속행위에서 인정되는 개인적 공권의 일반적 특성을 관념화한 특정 행위청구권에 대비되는 개념이다.

<답> ④

**19. 항고소송의 대상인 처분에 관한 판례의 내용으로 옳지 않은 것은?**

- ① 대학교원의 임용권자가 임용기간이 만료된 조교수에 대하여 재임용을 거부하는 취지로 한 임용기간만료의 통지는 대학교원의 법률관계에 영향을 주는 것으로서 처분에 해당한다.
- ② 국가공무원법상의 당연퇴직사유가 있어 행한 인사권자의 당연퇴직의 인사발령은 공무원의 신분을 상실시키는 형성적 행정행위로서 처분에 해당한다.
- ③ 지적법상의 지목은 토지소유권을 제대할 행사하기 위한 전제요건으로서 토지소유자의 실제적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로 지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.
- ④ 조례가 집행행위의 개입없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

<해설> ② 국가공무원법 제69조에 의하면 공무원이 제33조 각 호의 1에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다고 규정하고 있으므로, 국가공무원법상 당연퇴직은 결격사유가 있을 때 법률상 당연히 퇴직하는 것이지 공무원관계를 소멸시키기 위한 별도의 행정처분을 요하는 것이 아니며, 당연퇴직의 인사발령은 법률상 당연히 발생하는 퇴직사유를 공적으로 확인하여 알려주는 이른바 관념의 통지에 불과하고 공무원의 신분을 상실시키는 새로운 형성적 행위గా 아니므로 행정소송의 대상이 되는 독립한 행정처분이라고 할 수 없다(대법원 1995.11.14. 선고 95누2036) 【당연퇴직처분무효확인】 ① 대법원 2004. 4. 22. 선고 2000두7735 전원합의체 판결 【교수재임용거부처분취소】 ③ 대법원 2004. 4. 22. 선고 2003두9015 전원합의체 판결 【지목변경신청반려처분취소청구각하취소】 ④ 대법원 1996. 9. 20. 선고 95누8003 판결 【조례무효확인】

<답> ②

**20. 갑은 관할 행정청에 하천점용허가를 신청하였으나, 이에 대하여 관할 행정청은 상당한 기간이 경과하여도 아무런 응답이 없었다. 이 경우 갑의 현행 행정쟁송법상의 권리구제수단에 관한 설명으로 옳은 것은?**

- ① 갑은 의무이행심판을 청구하거나 취소소송을 제기하여 권리구제를 받을 수 있다.
- ② 갑은 의무이행심판을 제기할 수 있으며, 의무이행심판의 인용재결이 내려질 경우 하천점용허가는 기속행위이므로 관할 행정청은 갑의 신청대로 처분을 하여야 한다.
- ③ 갑은 의무이행소송을 제기하여야 하며, 이 소송에서 법원은 행정청이 발급하여야 할 실

체적 처분의 내용까지 심리할 수 있다는 것이 판례의 입장이다.

④ 갑은 의무이행심판을 청구하거나 부작위위법확인소송을 제기하여 권리구제를 받을 수 있다.

<해설> ④ 관할 행정청의 부작위에 대하여 갑은 의무이행심판을 청구하거나 부작위위법확인소송을 제기하여 권리구제를 받을 수 있다. ① 관할 행정청의 부작위에 대하여 갑은 의무이행심판을 청구할 수 있으나, 취소소송을 제기할 수는 없다. ② 하천점용허가는 강학상 특허이므로 재량행위이다. ③ 의무이행소송은 현행법상 인정되지 않는다. 따라서 갑은 부작위위법확인소송을 제기하여야 한다. 동 소송에서 실체적 내용까지는 심리할 수는 없고, 부작위가 위법하다는 확인만 할 수 있다는 절차적 심리설(소극설)이 다수설이자 판례이다.

<답> ④