

2013년도 국가직 7급 공무원 공채시험 행정법은 작년보다 약간 쉬운 난이도로 출제된 것으로 보입니다. 그리고 작년과 마찬가지로 각론과 관련된 문제가 6문제 출제되어 각론의 중요성이 계속적으로 강조되고 있습니다. 그리고 지엽적인 법령문제는 매우 감소하였고 판례문제가 매우 많이 출제되었습니다. 특히 지방자치법상 주민소송의 대상에 대한 최신판례가 출제되어 최신판례의 중요성이 강조되고 있습니다(이 부분은 출제예상에서도 강조하였던 것입니다). 위와 같은 출제경향에 비추어 볼 때, 앞으로 수험생들은 기본이론과 판례를 암기하기보다 정확하게 이해하는 방식으로 공부를 하여야 하며 각론과 관련하여서도 지엽적인 암기보다 각론의 중요부분을 중심으로 공부를 하여야 할 것으로 보입니다.

이번 국가직 7급 행정법문제를 지문별로 분석하 면총 80개의 지문 중 작년과 마찬가지로 판례와 관련된 지문이 55개였고 이론이 18개, 법령이 7개였습니다. 그리고 총론에서 14문제(공법상 계약, 행정의 실효성확보수단, 이유부기, 판결의 효력, 지위승계신고, 행정소송법상 항고소송, 행정절차, 신뢰보호원칙, 개인적 공권, 확약·대집행·손실보상·무효와 취소의 구별기준, 처분사유의 추가변경, 신고, 대집행, 행정심판과 행정소송), 각론에서 6문제(지방자치법상 주민소송, 행정조직법상 권한, 경찰권의 한계, 공물·국가배상, 토지거래허가, 공용환권)가 출제되었습니다.

총론 (14)	공법상 계약, 행정의 실효성확보수단, 이유부기, 판결의 효력, 지위승계신고, 행정소송법상 항고소송, 행정절차, 신뢰보호원칙, 개인적 공권, 확약·대집행·손실보상·무효와 취소의 구별기준, 처분사유의 추가변경, 신고, 대집행, 행정심판과 행정소송
각론 (6)	지방자치법상 주민소송, 행정조직법상 권한, 경찰권의 한계, 공물·국가배상, 토지거래허가, 공용환권

01 다음 사례에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

A는 B광역시 시립합창단의 단원으로 3년간 위촉되어 활동하는 내용의 계약을 B광역시 문화예술회관장 C와 체결하였다. 시립합창단원의 지위는 지방공무원의 지위와 거의 유사한 것으로 규정되어 있다. A는 위촉기간인 3년이 만료되면서 합창단원 재위촉신청을 하였으나, C는 A의 실기와 근무성적에 대한 평정을 실시한 후 재위촉을 하지 않았다.

- ① 위 사례의 위촉은 공법상의 근무관계의 설정을 목적으로 하여 B광역시와 A사이에 대등한 지위에서 의사가 합치되어 성립되는 공법상 근로계약이다.
- ② 공법상 계약에도 법률유보의 원칙이 적용된다.
- ③ 공법상 계약에는 공정력이 인정되지 않는다.
- ④ A가 재위촉거부에 대해서 불복할 경우 취소소송을 제기해야 한다.

해설 ① (○) 시립이나 국립무용단원 및 음악단원, 공중보건의 등 계약직 공무원에 대한 위촉이나 채용은 공법상 계약이다. 판례도 '서울특별시립무용단 단원의 위촉은 공법상의 계약이라고 할 것이고, 따라서 그 단원의 해촉에 대하여는 공법상의 당사자소송으로 그 무효확인을 청구할 수 있

다' 라고 판시하고 있다(대법원 1995. 12. 22. 선고 95누4636 판결).

② (○) 공법상 계약은 비권력작용이고 당사자의 합의에 의해 성립하므로 법률유보원칙이 적용되지 않는다는 것이 통설이다.

③ (○) 공정력은 행정행위에만 인정되는 효력인 바, 비권력작용인 공법상 계약에는 인정되지 않는다. 따라서 신뢰보호원칙에 위반된 공법상 계약은 중대명백한 위법이 아니더라도 당연무효가 된다.

④ (X) 광주광역시문화예술회관장의 단원 위촉은 광주광역시문화예술회관장이 행정청으로서 공권력을 행사하여 행하는 행정처분이 아니라 공법상의 근무관계의 설정을 목적으로 하여 광주광역시와 단원이 되고자 하는 자 사이에 대등한 지위에서 의사가 합치되어 성립하는 공법상 근로계약에 해당한다고 보아야 할 것이므로, 광주광역시립합창단원으로서 위촉기간이 만료되는 자들의 재위촉 신청에 대하여 광주광역시문화예술회관장이 실기와 근무성적에 대한 평정을 실시하여 재위촉을 하지 아니한 것을 항고소송의 대상이 되는 불합격처분이라고 할 수는 없다(대판 2001.12.11, 2001두7794). 즉 공법상의 법률관계를 대상으로 하는 것으로서 당사자소송에 의하여야 한다.

■ 추가쟁점: 공법상 계약의 종료에 관한 당사자 소송이 제기된 판례

i) 전문직공무원인 공중보건역사(국방일보의 발행책임자인 국방홍보원장·서울특별시의 경찰국 산하 서울대공전술연구소 연구위원)에 대한 채용계약 해지의 의사표시를 다투는 소송(95누10617 ; 2002두5948 ; 92누4611)

ii) 서울특별시립무용단원의 해촉을 다투는 소송(95누4636)

iii) 광주광역시립합창단원으로서 위촉기간이 만료되는 자들의 재위촉신청에 대한 재위촉거부를 다투는 소송(2001두7794)

▶ ④

02 행정의 실효성 확보수단과 관련한 판례의 태도로 옳은 것은?

① 과세관청이 체납처분으로서 하는 공매는 행정처분으로 볼 수 없다.

② 가산금과 증가산금은 행정상의 제재로서, 그 의무해태를 닦할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우에는 부과할 수 없다.

③ 이행강제금 부과처분을 받고 기한 내에 납부하지 아니한 자에 대한 이행강제금 납부독촉은 사실행위인 통지로서 항고소송의 대상이 되지 아니한다.

④ 이행강제금 납부의무는 일신전속적 성질의 것이므로 상속인 등에게 승계될 수 없다.

해설 ① (X): 과세관청이 체납처분으로서 행하는 공매는 우월한 공권력의 행사로서 행정소송의 대상이 되는 공법상의 행정처분이며 공매에 의하여 재산을 매수한 자는 그 공매처분이 취소된 경우에 그 취소처분의 위법을 주장하여 행정소송을 제기할 법률상 이익이 있다(대판 1984.9.25, 84누201).

② (X): 세법상 가산세는 과세권의 행사 및 조세채권의 실현을 용이하게 하기 위하여 납세자가 정당한 이유 없이 법에 규정된 신고, 납세 등 각종 의무를 위반한 경우에 개별세법이 정하는 바에 따라 부과되는 행정상의 제재로서 납세자의 고의, 과실은 고려되지 않는 반면, 이와 같은 제재는 납세의무자가 그 의무를 알지 못한 것이 무리가 아니었다고 할 수 있어서 그를 정당시킬 수 있는 사정이 있거나 그 의무의 이행을 당사자에게 기대하는 것이 무리라고 하는 사정이 있을 때 등 그 의무해태를 닦할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우에는 이를 과할 수 없다(대법원 2005. 1. 27. 선고 2003두13632 판결).

③ (X): 구 건축법(2008. 3. 21. 법률 제8974호로 전부 개정되기 전의 것) 제69조의2 제6항, 지방세법 제28조, 제82조, 국세징수법 제23조의 각 규정에 의하면, 이행강제금 부과처분을 받은 자가 이행강제금을 기한 내에 납부하지 아니한 때에는 그 납부를 독촉할 수 있으며, 납부독촉에도 불구하고 이행강제금을 납부하지 않으면 체납절차에 의하여 이행강제금을 징수할 수 있고, 이때 이행강제금 납부의 최초 독촉은 징수처분으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 될 수 있다(대법원 2009.12.24. 선고 2009두14507 판결).

④ (O): 「건축법」상의 이행강제금은 건축법의 위반행위에 대하여 시정명령을 받은 후 시정기간 내에 당해 시정명령을 이행하지 아니한 건축주 등에 대하여 부과되는 간접강제의 일종으로서 그 이행강제금 납부의무는 상속인 기타의 사람에게 승계될 수 없는 일신전속적인 성질의 것이므로 이미 사망한 사람에게 이행강제금을 부과하는 내용의 처분이나 결정은 당연무효이다(대법원 2006.12.8. 2006마470).

▶ ④

03 다음 중 옳지 않은 것은?

- ① 세액산출의 근거가 기재되지 않은 납세고지서에 의한 부과처분은 강행법규에 위반하여 당연무효라고 보는 것이 판례의 태도이다.
- ② 판례는 당사자가 근거규정 등을 명시하여 신청하는 인허가 등에 대하여 행정청이 거부처분을 하면서 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 처분을 위법한 것으로 볼 수는 없다는 입장이다.
- ③ 처분사유의 추가·변경은 원칙적으로 행정소송의 제기 이후부터 사실심 변론종결시 이전 사이에 문제된다.
- ④ 이유제시의 하자의 치유는 행정쟁송의 제기 전까지만 가능하다고 보는 것이 판례의 태도이다.

해설 ① (X): 세액산출근거가 기재되지 아니한 납세고지서에 의한 부과처분은 강행법규에 위반하여 취소대상이 된다 할 것이다(대판 1985.4.9, 84누431).

② (O): 행정절차법 제23조 제1항은 행정청은 처분을 하는 때에는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다고 규정하고 있는바, 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(대법원 2002. 5. 17. 선고 2000두8912 판결)

③ (O): 행정청은 기본적 사실관계의 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 처분사유를 추가, 변경할 수 있다고 할 것이나 이는 사실심 변론종결시까지만 허용된다(대법원 1999. 8. 20. 선고 98두17043 판결)

④ (O): 세액산출근거가 누락된 납세고지서에 의한 과세처분의 하자의 치유를 허용하려면 늦어도 과세처분에 대한 불복여부의 결정 및 불복신청에 편의를 줄 수 있는 상당한 기간내에 하여야 한다고 할 것이므로 위 과세처분에 대한 전심절차가 모두 끝나고 상고심의 계류중에 세액산출근거의 통지가 있었다고 하여 이로써 위 과세처분의 하자가 치유되었다고는 볼 수 없다(대법원 1984.4.10. 선고 83누393 판결).

▶ ①

04 다음 설명에 해당하는 취소소송의 판결의 효력을 바르게 묶은 것은?

A : 과세처분을 취소하는 판결이 확정되면 그 과세처분은 처분시에 소급하여 소멸하는 것이므로 과세처분을 취소하는 판결이 확정된 뒤에는 그 과세처분을 경정하는 이른바 경정처분을 할 수 없다.

B : 처분을 취소하는 판결이 확정되면 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청은 동일한 사실관계에 대하여 동일한 사유로 취소된 처분과 동일한 처분을 할 수 없다.

- | A | B |
|--------|-----|
| ① 자박력 | 기판력 |
| ② 형성력 | 기속력 |
| ③ 불가쟁력 | 집행력 |
| ④ 형성력 | 자박력 |

해설 A는 취소확정판결의 형성력으로 취소판결이 확정되면 당해 처분 등은 소급무효가 되는 효력을 말한다. B는 행정소송법 제30조 제1항에 의한 기속력 중 반복금지효를 말한다. 자박력은 판결을 선고한 법원이 판결을 취소 또는 변경할 수 없는 힘을 말한다. 기판력은 판결이 확정된 때에는 후에 동일한 사건이 소송상 문제가 되었을 때, 소송당사자는 이에 저촉되는 주장을 할 수 없고 법원도 이에 저촉되는 판단을 하지 못하게 하는 효력을 말한다. 불가쟁력이란 판결이 아닌 행정행위의 효력으로 행정행위의 상대방이나 이해관계인에 대하여 행정행위의 효력을 일정한 쟁송제기기간 내에서만 또는 일정한 쟁송수단의 사용 등에 의해서만 다룰 수 있게 하고, 이러한 시간의 경과나 쟁송수단이 모두 사용된 경우에는 통상의 쟁송절차에 의해서는 더 이상 다투지 못하게 하여 행정행위를 형식적으로 확정하는 효력을 말한다. 집행력이란 보통 이행판결의 내용인 이행의무를 강제집행에 의하여 실시할 수 있는 효력으로 항고소송에서는 거부처분취소확정판결의 기속력으로 재처분의무를 불이행시 간접강제를 할 수 있는 효력(행정소송법 제34조)을 말한다.

▶ ②

05 「지방자치법」 상 주민소송에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 「지방자치법」 제16조 제1항에 따라 공금의 지출에 관한 사항 등을 감사청구한 주민은 원고적격이 있다.
- ② 주민소송은 「행정소송법」 제3조에서 규정하고 있는 민중소송에 해당한다.
- ③ 주민소송의 대상에는 원칙적으로 지방자치단체의 공금의 지출원인행위 및 그러한 지출원인행위를 수반하게 하는 당해 지방자치단체의 장 및 직원, 지방의회 의원의 선행행위가 포함된다.
- ④ 주민소송에서 당사자는 법원의 허가를 얻지 않고는 소의 취하, 소송의 화해 또는 청구의 포기를 할 수 없다.

해설 ① (○): 지방자치법 제17조(주민소송) ① 제16조제1항에 따라 공금의 지출에 관한 사항, 재산의 취득·관리·처분에 관한 사항, 해당 지방자치단체를 당사자로 하는 매매·임차·도급 계약이나 그 밖의 계약의 체결·이행에 관한 사항 또는 지방세·사용료·수수료·과태료 등 공금의 부

과·징수를 게을리한 사항을 감사청구한 주민은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 그 감사청구한 사항과 관련이 있는 위법한 행위나 업무를 게을리 한 사실에 대하여 해당 지방자치단체의 장(해당 사항의 사무처리에 관한 권한을 소속 기관의 장에게 위임한 경우에는 그 소속 기관의 장을 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 상대방으로 하여 소송을 제기할 수 있다.

② (○): 맞는 지문이다.

③ (X): 구 지방자치법(2007. 5. 11. 법률 제8423호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 지방자치법’ 이라 한다) 제13조의4 제1항, 제13조의5 제1항, 제2항 제4호, 구 지방재정법(2006. 10. 4. 법률 제8050호로 개정되기 전의 것) 제67조 제1항, 제69조, 제70조의 내용, 형식 및 취지 등을 종합해 보면, 구 지방자치법 제13조의5 제1항에 규정된 주민소송의 대상으로서 ‘공금의 지출에 관한 사항’ 이란 지출원인행위 즉, 지방자치단체의 지출원인이 되는 계약 그 밖의 행위로서 당해 행위에 의하여 지방자치단체가 지출의무를 부담하는 예산집행의 최초 행위와 그에 따른 지급 명령 및 지출 등에 한정되고, 특별한 사정이 없는 한 이러한 지출원인행위 등에 선행하여 그러한 지출원인행위를 수반하게 하는 당해 지방자치단체의 장 및 직원, 지방의회 의원의 결정 등과 같은 행위는 포함되지 않는다고 보아야 한다((대법원 2011.12.22. 선고 2009두14309 판결).

④ (○): 지방자치법 제17조 제14항 “제2항에 따른 소송에서 당사자는 법원의 허가를 받지 아니 하고는 소의 취하, 소송의 화해 또는 청구의 포기를 할 수 없다. 이 경우 법원은 허가하기 전에 감사청구에 연서한 다른 주민에게 이를 알려야 하며, 알린 때부터 1개월 이내에 허가 여부를 결정하여야 한다. 위 통지에 관하여는 제8항 후단을 준용한다” .

▶ ③ - 최신개정법령과 최신판례특강(2시간)때 강조했던 판례문제입니다.

06 영업자의 지위승계에 관한 판례의 태도로 옳지 않은 것은?

- ① 영업양도에 따른 지위승계신고를 수리하는 허가관청의 행위는 영업허가자의 변경이라는 법률효과를 발생시키는 행위로서 항고소송의 대상이 될 수 있다.
- ② 공매 등의 절차로 영업시설의 전부를 인수함으로써 영업자의 지위를 승계한 자가 관계행정청에 이를 신고하여 관계행정청이 그 신고를 수리하는 처분에 대해 종전 영업자는 제3자로서 그 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정되지 않는다.
- ③ 법령상 채석허가를 받은 자의 명의변경제도를 두고 있는 경우, 명의변경신고를 할 수 있는 양수인은 관할 행정청이 양도인의 허가를 취소하는 처분에 대해 취소를 구할 법률상 이익이 인정된다.
- ④ 대물적 영업양도의 경우, 명시적인 규정이 없는 경우에도 양도 전에 존재하는 영업정지 사유를 이유로 양수인에 대해서도 영업정지처분을 할 수 있다.

해설 ① (○): 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」 제8조 제3항에 의한 사업양수에 의한 지위승계신고를 수리하는 허가관청의 행위는 단순히 양도·양수자 사이에 발생한 사법상의 사업양도의 법률효과에 의하여 양수자가 사업을 승계하였다는 사실의 신고를 접수하는 행위에 그치는 것이 아니라 실질에 있어서 양도자의 사업허가를 취소함과 아울러 양수자에게 적법히 사업을 할 수 있는 법규상 권리를 설정하여 주는 행위로서 사업허가자의 변경이라는 법률효과를 발생시키는 행위이므로 허가관청이 위 사업양수에 의한 지위승계신고를 수리하는 행위는 행정처분에 해당한다(대판 1993.6.8, 91누11544).

② (X): 사업양도·양수에 따른 허가관청의 지위승계신고의 수리는 적법한 사업의 양도·양수가 있었음을 전제로 하는 것이므로 그 수리대상인 사업양도·양수가 존재하지 아니하거나 무효인 때에는 수리를 하였다 하더라도 그 수리는 유효한 대상이 없는 것으로서 당연히 무효로 할 것이고, 사업의 양도행위가 무효라고 주장하는 양도자는 민사쟁송으로 양도·양수행위의 무효를 구할 수 없이 막바로 허가관청을 상대로 하여 행정소송으로 위 신고수리처분의 무효확인을 구할 법

를상 이익이 있다고 할 것이다(대법원 2005. 12. 23, 2005두3554 판결).

③ (○): 산림법 제90조의2 제1항, 제118조 제1항, 같은법 시행규칙 제95조의2 등 산림법령이 수허가자의 명의변경제도를 두고 있는 취지는, 채석허가가 일반적·상대적 금지를 해제하여 줌으로써 채석행위를 자유롭게 할 수 있는 자유를 회복시켜 주는 것일 뿐 권리를 설정하는 것이 아니어서 관할 행정청과의 관계에서 수허가자의 지위의 승계를 직접 주장할 수는 없다 하더라도, 채석허가가 대물적 허가의 성질을 아울러 가지고 있고 수허가자의 지위가 사실상 양도·양수되는 점을 고려하여 수허가자의 지위를 사실상 양수한 양수인의 이익을 보호하고자 하는 데 있는 것으로 해석되므로, 수허가자의 지위를 양수받아 명의변경신고를 할 수 있는 양수인의 지위는 단순한 반사적 이익이나 사실상의 이익이 아니라 산림법령에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익으로서 법률상 이익이라고 할 것이고, 채석허가가 유효하게 존속하고 있다는 것이 양수인의 명의변경신고의 전제가 된다는 의미에서 관할 행정청이 양도인에 대하여 채석허가를 취소하는 처분을 하였다면 이는 양수인의 지위에 대한 직접적 침해가 된다고 할 것이므로 양수인은 채석허가를 취소하는 처분의 취소를 구할 법률상 이익을 가진다(대법원 2003. 7. 11, 2001두6289).

④ (○): 석유판매업법 제12조 제3항, 제9조 제1항, 제12조 제4항 등을 종합하면 석유판매업(주주)허가는 소위 대물적 허가의 성질을 갖는 것이어서 그 사업의 양도도 가능하고 이 경우 양수인은 양도인의 위치를 승계하게 됨에 따라 양도인의 위 허가에 따른 권리의무가 양수인에게 이전되는 것이므로, 만약 양도인에게 그 허가를 취소할 위법사유가 있다면 허가관청은 이를 이유로 양수인이 그 양수 후 허가관청으로부터 석유판매업허가를 다시 받았다 하더라도 이는 석유판매업의 양도·양수를 전제한 것이어서 이로써 양도인의 지위승계가 부정되는 것은 아니므로 양도인의 귀책사유는 양수인에게 그 효력이 미친다(대판 1986. 7. 22, 86누203).

▶ ②

07 「행정소송법」 상 항고소송에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 간접강제결정에 기한 배상금은 확정판결에 따른 재처분의 지연에 대한 제재 또는 손해배상이라는 것이 판례의 입장이다.
- ② 행정청이 처분 등을 취소 또는 변경함으로써 인하여 취소청구가 각하 또는 기각된 경우, 소송비용은 피고의 부담이 된다.
- ③ 무효등확인소송에는 취소소송의 제소기간에 관한 규정이 준용되지 않는다.
- ④ 판례는 무효를 선언하는 의미의 취소판결을 인정하고 있다.

해설 ① (X): 간접강제제도는 금전적배상제도의 일종으로서, 판결의 기속력에 따른 재처분의무의 이행을 강제하기 위한 제도이다. 즉 간접강제결정에 기한 배상금은 확정판결의 취지에 따른 재처분의 지연에 대한 제재나 손해배상이 아니고 재처분의 이행에 관한 심리적 강제수단에 불과한 것으로 보아야 하므로, 간접강제결정에서 정한 의무이행기한이 경과한 후이라도 확정판결의 취지에 따른 재처분이 행하여지면 배상금을 추심함으로써 심리적 강제를 피한다는 당초의 목적이 소멸하여 처분상대방이 더 이상 배상금을 추심하는 것이 허용되지 않는다 (대판 2010.12.23, 2009다37725).

② (○): 행정소송법 제32조(소송비용의 부담) 취소청구가 제28조의 규정에 의하여 기각되거나 행정청이 처분등을 취소 또는 변경함으로써 인하여 청구가 각하 또는 기각된 경우에는 소송비용은 피고의 부담으로 한다.

③ (○): 무효등확인소송에서는 취소소송의 제소기간에 관한 행정소송법 제20조를 준용하고 있

지 않다(행정소송법 제38조 제1항).

④ (○): 판례는 무효를 선언하는 의미의 취소판결을 인정하고 있다. 다만 그러한 취소판결을 내리려면 전치절차와 그 제소기간의 준수 등 취소소송의 제소요건을 갖추어야 한다(대법원 1987.6.9. 선고 87누219 판결)

▶ ①

08 행정청의 권한에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정청의 권한은 그 권한이 부여된 특정의 행정청만이 행사할 수 있고, 타 행정청은 특별한 사유가 없는 한 이를 행사할 수 없다.
- ② 권한의 이양의 경우에는 수권규범의 변경이 있으나, 권한의 위임의 경우에는 수권규범의 변경 없이 위임근거규정을 통해 이루어진다.
- ③ 판례에 따르면 행정권한의 위임의 경우에는 수임자가 자기의 명의로 권한을 행사할 수 있으나, 내부위임의 경우에는 수임자는 위임관청의 명의로 이를 할 수 있을 뿐이다.
- ④ 국가가 스스로 하여야 할 사무를 지방자치단체나 그 기관에 위임하여 수행하는 경우, 국가가 그 경비의 일부를 그 지방자치단체에 교부하여야 한다.

해설 ① (○): 만약 권한없는 행정청이 이를 행사하면 무권한자의 행위로서 주체의 하자가 있게 된다.
 ② (○): 권한의 위임이나 권한의 이양이나 대외적으로 권한의 이전이 있는 점에서는 같지만, 권한의 위임의 경우에는 권한을 정하는 법령의 규정은 그대로 둔 채 별도의 위임규정에 근거하여 권한이 위임되는 경우를 말하고, 권한의 이양이란 권한을 정하는 법령 자체를 개정하여 권한을 다른 행정기관의 고유한 권한으로 이관시키는 것을 말한다.
 ③ (○): 내부위임은 권한의 이전을 가져오지 않으므로 수임자는 권한자인 위임청의 명의로 하여야 한다.
 ④ (X): 지방재정법 제21조(부담금과 교부금) ② 국가가 스스로 하여야 할 사무를 지방자치단체나 그 기관에 위임하여 수행하는 경우 그 경비는 국가가 전부를 그 지방자치단체에 교부하여야 한다.

▶ ④

09 다음 사례에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

A가 지방공무원 시보로 임용될 당시 「지방공무원법」 제31조 제4호 소정의 ‘금고 이상의 형을 선고받고 그 집행 유예기간이 끝난 날부터 2년이 지나지 아니한 사람’에 해당하여 임용결격자임에도 불구하고, 임용권자 B는 과실로 그러한 사정을 밝혀내지 못 하였다. A의 공무원 임용결격사유는 시보로 근무하던 중 해소되었으며, 해소된 이후에 정규공무원으로 임용되었다. 이러한 사실을 알게 된 B는 A의 시보임용처분을 취소하고 그에 따라 정규임용처분도 취소하였다.

- ① 시보임용처분과 정규임용처분은 별개의 처분이다.
- ② 시보임용처분은 당연무효이다.
- ③ 시보임용취소처분과 정규임용취소처분은 침익적 처분이지만, 임용결격사유가 있다는 것이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명되었기 때문에 사전통지나 의견청취가 필요없다.
- ④ 정규임용취소처분은 시보공무원으로서의 경력을 갖추지 못한 자에 대한 처분이지만 당연

무효는 아니다.

- 해설** ① (○): 시보임용처분과 정규공무원임용처분은 광의의 특허(지위설정행위)로서 행정처분에 해당한다.
- ② (○): 판례는 결격사유있는 공무원에 대한 임명은 당연무효라고 판시하고 있다. “임용당시 공무원임용결격사유가 있었다면 비록 국가의 과실에 의하여 임용결격자임을 밝혀내지 못하였다 하더라도 그 임용행위는 당연무효로 보아야 한다” (대법원 86누459)
- ③ (X): 위 법리 및 관계 법령에 비추어 보면, 이 사건 처분과 같이 정규임용처분을 취소하는 처분은 원고의 이익을 침해하는 처분이라 할 것이고, 한편 지방공무원법 및 그 시행령에는 이 사건 처분과 같이 정규임용처분을 취소하는 처분을 함에 있어 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하는 규정이 없을 뿐만 아니라 위 처분이 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분이라고 보기도 어렵다고 할 것이어서 이 사건 처분이 행정절차법의 적용이 제외되는 경우에 해당한다고 할 수 없으며, 나아가 이 사건 처분은, 지방공무원법 제31조 제4호 소정의 공무원임용 결격사유가 있어 당연무효인 이 사건 시보임용처분과는 달리, 위 시보임용처분의 무효로 인하여 시보공무원으로서의 경력을 갖추지 못하였다는 이유만으로, 위 결격사유가 해소된 후에 한 별도의 정규임용처분을 취소하는 처분이어서 행정절차법 제21조 제4항 및 제22조 제4항에 따라 원고에게 사전통지를 하지 않거나 의견제출의 기회를 주지 아니하여도 되는 예외적인 경우에 해당한다고 할 수도 없다. 그렇다면 피고가 이 사건 처분을 함에 있어 원고에게 처분의 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 부여하지 아니한 이상, 이 사건 처분은 절차상 하자가 있어 위법하다고 할 것이다(대판 2009. 1. 30, 2008두16155).
- ④ (○): 정규공무원임용처분 당시에는 결격사유가 없었는바 비록 시보공무원의 경력을 갖추지 못하였다 하더라도 그러한 하자가 중대명백하다고 볼 수 없는바 당연무효가 되지는 않는다.

▶ ③

10 신뢰보호의 원칙과 관련하여 비과세관행에 대한 판례의 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 과세처분을 하면서 장기간 세액산출근거를 부기하지 아니한 경우에 납세자가 자진납부 하였다면 처분의 위법성은 치유된다.
- ② 비과세관행이 성립되었다고 하려면 상당한 기간에 걸쳐 과세를 하지 않은 객관적 사실이 존재하여야 한다.
- ③ 비과세관행의 성립을 위해서는 과세관청 스스로 과세할 수 있음을 알면서도 어떤 특별한 사정 때문에 과세하지 않는다는 의사가 있고, 이와 같은 의사는 명시적 또는 묵시적으로 표시되어야 한다.
- ④ 과세관청이 비과세대상에 해당하는 것으로 잘못 알고 일단 비과세결정을 하였으나 그 후 과세표준과 세액의 탈루 또는 오류가 있는 것을 발견한 때에는, 이를 조사하여 결정할 수 있다.

- 해설** ① (X): 과세관청이 과세예고를 함과 아울러 과세자료조사서를 납세의무자에게 발송하였다 하더라도 과세대상을 특정하지 아니하고 세액산출근거의 기재를 흠결한 납세고지서에 의한 납세고지가 강행법규에 저촉된 처분으로서 위법하다고 보는 이상 납세의무자가 세액산출 내역을 알고 변명자료를 과세관청에 제출하였다 하여 달리 볼 것은 아니다(대법원 1993.4.13. 선고 92누10623 판결)
- ②, ③ (○): 국세기본법 제18조 제3항이 규정하고 있는 ‘일반적으로 납세자에게 받아들여진 세법의 해석 또는 국세행정의 관행’ 이란 비록 잘못된 해석 또는 관행이라도 특정납세자가 아닌 불특정한 일반납세자에게 정당한 것으로 이의 없이 받아들여져 납세자가 그와 같은 해석 또는 관행을 신뢰하는 것이 무리가 아니라고 인정될 정도에 이른 것을 말하고, 그와 같은 비과세관행

이 성립하려면, 상당한 기간에 걸쳐 과세하지 아니한 객관적 사실이 존재할 뿐만 아니라, 과세관청 자신이 그 사항에 관하여 과세할 수 있음을 알면서도 어떤 특별한 사정 때문에 과세하지 않는다는 의사가 있어야 하므로, 위와 같은 공적 견해의 표시는 비과세의 사실상태가 장기간에 걸쳐 계속되는 경우에 그것이 그 사항에 대하여 과세의 대상으로 삼지 아니하는 뜻의 과세관청의 묵시적인 의향의 표시로 볼 수 있는 경우 등에도 이를 인정할 수 있다(대법원 2009.12.24. 선고 2008두15350 판결)

④ (○): 소득세법 제127조는 과세표준과 세액의 조사결정에 탈루 또는 오류가 있음을 발견하면 징세기관은 즉시 경정결정을 하도록 규정하고 있으므로 피고가 일단 비과세 결정을 하였다가 이를 번복하고 다시 과세처분을 하였다는 사실만으로 피고의 과세처분이 신의성실의 원칙에 반하는 위법한 것이라 할 수 없다(대법원 1989.1.17. 선고 87누681 판결)

▶ ①

11 경찰권의 한계에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 법률유보의 원칙상 국민의 권익을 침해하는 경찰권의 발동은 법률의 근거가 있어야 한다.
- ② 근거 법규의 효과부분이 경찰행정청에 재량을 부여하고 있다하더라도 경찰행정청은 이를 의무에 합당하게 행사하여야 적법한 것으로 인정된다.
- ③ 경찰소극의 원칙이란 경찰권이 국가의 안전보장 · 질서유지 · 공공복리를 위해서만 발동될 수 있다는 원칙을 말한다.
- ④ 경찰평등의 원칙이란 경찰권의 행사에 있어서 성별 · 종교 · 사회적 신분 등을 이유로 차별이 있어서는 안 된다는 원칙을 말한다.

해설 ① (○): 침익적인 경찰권발동은 법률유보원칙 및 헌법 제37조 제2항에 비추어 당연히 작용법률(수권법률)의 근거가 필요하다.

② (○): 재량권이 행정청에 인정된다 하더라도 행정청에게 무제한적 자유가 인정되지 않는다. 즉, 행정청은 재량권을 행사할 때 하자 없는 재량행사를 하여야 할 의무가 있다.

③ (X): 경찰권을 '소극적으로' 사회공공의 안녕 · 질서의 유지를 위해서만 발동될 수 있으며, 적극적으로 공공복리의 증진을 위해서는 발동될 수 없는 바, 이를 경찰소극의 원칙이라 한다. 따라서 공공복리를 위해 경찰권을 발동할 수 없다.

④ (○): 맞는 지문이다.

▶ ③

12 공물에 대한 판례의 태도로 옳지 않은 것은?

- ① 1949. 6. 4 대구국도사무소가 폐지되고 그 소장관사로 사용되던 부동산이 그 이후에 달리 공용으로 사용된 바 없다면, 그 부동산은 이로 인하여 묵시적 공용이 폐지되어 시효취득의 대상이 되었다 할 것이다.
- ② 원래 잡종재산(현행법상 일반재산)이던 것이 행정재산으로 된 경우, 잡종재산일 당시 이미 취득시효가 완성되었다면 행정재산이 되었다 하더라도 이를 원인으로 하는 소유권이전 등기를 청구할 수 있다.
- ③ 시장 등의 권한으로 규정되어 있는 도로에서의 안전표시의 설치 · 관리에 관한 권한이 경찰서장 등에게 위임된 경우, 안전표시의 하자에 따른 국가배상책임은 시장 등이 속한 지방자치단체가 부담한다.

- ④ 지방자치단체가 국도의 관리상 비용부담자로서 책임을 지는 것은 「국가배상법」이 정한 자신의 고유한 배상책임이므로, 도로의 하자로 인한 손해에 대하여 지방자치단체는 부진정연대채무자인 공동불법행위자와의 내부관계에서 배상책임을 분담하게 된다.

- 해설** ① (○): 1949.6.4. 대구국도사무소가 폐지되고, 그 소장관사로 사용되던 부동산이 그이래 달리 공용으로 사용된 바 없다면, 그 부동산은 이로 인하여 목시적으로 공용이 폐지되어 시효취득의 대상이 되었다 할 것이다(대법원 1990.11.27. 선고 90다5948 판결).
- ② (X): 원래 잡종재산이던 것이 행정재산으로 된 경우 잡종재산일 당시에 취득시효가 완성되었다고 하더라도 행정재산으로 된 이상 이를 원인으로 하는 소유권이전등기를 청구할 수 없다(대법원 1997. 11. 14. 선고 96다10782 판결).
- ③ (○): 도로교통법 제3조 제1항에 의하여 특별시장·광역시장 또는 시장·군수의 권한으로 규정되어 있는 도로에서의 신호기 및 안전표지의 설치·관리에 관한 권한은 같은법시행령 제71조의2 제1항 제1호에 의하여 지방경찰청장 또는 경찰서장에게 위탁되었으나, 이와 같은 권한의 위탁은 이른바 기관위임으로서 경찰서장 등은 권한을 위임한 시장 등이 속한 지방자치단체의 산하 행정기관의 지위에서 그 사무를 처리하는 것이므로, 경찰서장 등이 설치·관리하는 신호기의 하자로 인한 국가배상법 제5조 소정의 배상책임은 그 사무의 귀속 주체인 시장 등이 속한 지방자치단체가 부담한다(대법원 2000. 1. 14. 선고 99다24201 판결)
- ④ (○): 도로법 제22조 제2항에 의하여 지방자치단체의 장인 시장이 국도의 관리청이 되었다 하더라도 이는 시장이 국가로부터 관리업무를 위임받아 국가행정기관의 지위에서 집행하는 것이므로 국가는 도로관리상의 하자로 인한 손해배상책임을 면할 수 없다. 시가 국도의 관리상의 비용부담자로서 책임을 지는 것은 국가배상법이 정한 자신의 고유한 배상책임이므로 도로의 하자로 인한 손해에 대하여 시는 부진정연대채무자인 공동불법행위자와의 내부관계에서 배상책임을 분담하는 관계에 있으며 국가배상법 제6조 제2항의 규정은 도로의 관리주체인 국가와 그 비용을 부담하는 경제주체인 시 상호간에 내부적으로 구상의 범위를 정하는 데 적용될 뿐 이를 들어 구상권자인 공동불법행위자에게 대항할 수 없다(대법원 1993. 1. 26. 92다2684 판결).

▶ ②

13 토지거래계약허가제에 관한 판례의 태도로 옳지 않은 것은?

- ① 헌법재판소는 토지거래계약허가제는 토지의 투기적 거래를 억제하기 위한 제도로써 사유재산제도를 부정하는 것이 아니며, 따라서 재산권의 본질적 내용을 침해한다고 볼 수는 없다고 한다.
- ② 토지거래허가구역 내에 있는 토지에 관한 토지거래계약허가는 학문상 인가의 성질을 갖는다.
- ③ 허가 없이 토지 등의 거래계약을 체결하는 행위라 함은 처음부터 허가를 배제하거나 잠탈하는 내용의 계약을 체결하는 행위를 뜻한다.
- ④ 허가를 받을 것을 전제로 한 토지거래계약이라고 하여도 허가를 받지 않은 경우라면 그것은 확정적 무효이며, 사후에 허가를 받는다 하여도 소급하여 유효한 계약이 될 수는 없다.

- 해설** ① (○): 헌법재판소는 토지거래허가제는 사유재산제도의 부정이 아니라 그 제한이 한 형태이고, 토지의 투기적 거래의 억제를 위하여 그 처분을 제한함은 부득이한 것이므로 재산권의 본질적인 침해가 아니며, 헌법상의 경제조항에도 위배되지 아니하고 현재의 상황에서 이러한 제한수단의 선택이 헌법상의 비례의 원칙이나 과잉금지의 원칙에 위배된다고 할 수도 없다고 합헌결정을 하였다(88헌가13).

- ② (○): 같은 법 제21조의3 제1항 소정의 허가가 규제지역 내의 모든 국민에게 전반적으로 토지

거래의 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(90다12243).

③ (○): 구 국토이용관리법(1993.8.5. 법률 제4572호로 개정되기 전의 것) 제31조의2 내지 개정 후의 같은 조 제1항이 처벌대상으로 하고 있는 “허가 없이 토지 등의 거래계약을 체결하는 행위”라 함은 처음부터 같은 법 제21조의3 제1항 소정의 허가를 배제하거나 잠탈하는 내용의 계약을 체결하는 행위를 가리키고, 허가받을 것을 전제로 한 거래계약을 체결하는 것은 여기에 해당하지 아니한다(대법원 1994.10.7. 선고 94도1878 판결).

④ (X): 확정적 무효가 아니라 유동적 무효이다. “국토이용관리법상의 규제지역 내의 토지에 대하여 관할도지사의 허가를 받기 전에 체결한 매매계약은 처음부터 위 허가를 배제하거나 잠탈하는 내용의 계약일 경우에는 확정적으로 무효로서 유효화 될 여지가 없으나 이와 달리 허가받을 것을 전제로 한 계약일 경우에는 허가를 받을 때까지는 법률상의 미완성의 법률행위로서 소유권 등 권리의 이전에 관한 계약의 효력이 전혀 발생하지 않음은 위의 확정적 무효의 경우와 다를 바 없지만, 일단 허가를 받으면 그 계약은 소급하여 유효한 계약이 되고 이와 달리 불허가가 된 때에는 무효로 확정되므로 허가를 받기까지는 유동적 무효의 상태에 있다고 보아야 하며, 이러한 유동적 무효 상태에 있는 계약을 체결한 당사자는 쌍방이 그 계약이 효력이 있는 것으로 완성될 수 있도록 서로 협력할 의무가 있다” (대법원 1995.4.28. 선고 93다26397 판결).

▶ ④

14 주택재개발정비조합에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 재개발조합의 인가는 법률관계 당사자의 법률행위의 효과를 완성시켜주는 보충행위에 해당한다.
- ② 재개발조합설립인가신청에 대한 행정청의 조합설립인가처분은 법령상 일정한 요건을 갖추는 경우, 행정주체(공법인)의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성질을 가진다.
- ③ 재개발조합설립인가신청에 대하여 행정청의 조합설립인가 처분이 있는 이후에 조합설립동의를 하자가 있음을 이유로 재개발조합설립의 효력을 부정하려면 민사소송으로 다투어야 한다.
- ④ 재개발조합설립인가신청에 대하여 행정청의 조합설립인가처분이 있는 이후에 조합설립동의를 하자가 있음을 이유로 재개발조합설립의 효력을 부정하려면 조합설립동의를 효력을 소의 대상으로 하여야 한다.

해설 ① (X): 과거 판례는 재개발조합설립인가를 보충행위로서 강학상 인가로 보았으나 전원합의체판결로 변경하여 공법인의 지위를 부여하는 설권적 처분으로 보고 있다. “행정청이 도시정비법 등 관련 법령에 근거하여 행하는 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라 법령상 요건을 갖춘 경우 도시정비법상 주택재건축사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는다고 보아야 한다” (대법원 2009.9.24. 선고 2008다60568 판결).

② (○) : ① 판결 참조.

③, ④(X): 조합설립결의는 조합설립인가처분이라는 행정처분을 하는 데 필요한 요건 중 하나에 불과한 것이어서, 조합설립결의에 하자가 있다면 그 하자를 이유로 직접 항고소송의 방법으로

조합설립인가처분의 취소 또는 무효확인을 구하여야 하고, 이와는 별도로 조합설립결의 부분만을 따로 떼어내어 그 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험을 제거하는 데에 가장 유효·적절한 수단이라 할 수 없어 특별한 사정이 없는 한 확인의 이익은 인정되지 아니한다(대법원 2009.9.24. 선고 2008다60568 판결)

▶②

15 행정법상 개인적 공권에 대한 논의로 옳지 않은 것은?

- ① 판례에 따르면 환경영향평가대상지역 밖의 주민이라 할지라도 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있는 경우에는 환경상 이익에 대한 침해나 우려를 입증함으로써 공유수면매립면허처분을 다룰 수 있다.
- ② 오늘날 공권의 성립요건 가운데 '의사력(법상의 힘)의 존재'를 요구하는 것이 새로운 경향이다.
- ③ 판례에 따르면 처분의 직접적 근거규정은 물론 관련 규정에 의거해서도 공권의성립요건 충족여부를 판단한다.
- ④ 판례에 따르면 불가쟁력이 발생한 행정행위에 대해 그것의 변경을 구할 국민의 신청권은 특별한 사정이 없는 한 인정되지 않고 있다.

해설 ① (○) : 환경영향평가 대상지역 밖의 주민이라 할지라도 공유수면매립면허처분 등으로 인하여 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있는 경우에는, 공유수면매립면허처분 등으로 인하여 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있다는 것을 입증함으로써 그 처분 등의 무효확인을 구할 원고적격을 인정받을 수 있다(대법원 2006. 3. 16, 2006두330).

② (X): 빌러(O. B hler)는 강행법규의 존재, 사익보호성, 청구권능부여성(의사력·법상의 힘)이라는 개인적 공권의 3요소를 주장하였다. 그러나 최근에는 헌법상 재판청구권이 인정되고 행정소송의 개괄주의가 수용됨에 따라 청구권능부여성은 별도의 성립요건으로 보지 않게 되었다(2요소론). 따라서 공권이 인정되기 위해서는 첫째, 강행법규에 의해 행정주체(행정청)에게 일정한 행위(즉 작위·부작위)를 하여야 할 의무가 부과되어 있어야 하고, 둘째, 당해 법규의 입법취지나 목적이 공익의 추구뿐만 아니라 개인의 특정한 법률상 이익도 보호하는 것이어야 한다.

③ (○) : 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라 하더라도 당해 행정처분으로 인하여 법률상 보호되는 이익을 침해당한 경우에는 그 처분의 무효확인을 구하는 행정소송을 제기하여 그 당부의 판단을 받을 자격이 있다 할 것이며, 여기에서 말하는 법률상 보호되는 이익이라 함은 당해 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익이 있는 경우를 말하고, 공익보호의 결과로 국민 일반이 공통적으로 가지는 일반적·간접적·추상적 이익이 생기는 경우에는 법률상 보호되는 이익이 있다고 할 수 없다(대법원 2006.3.16, 선고 2006두330 전원합의체 판결)

④ (○) : 제소기간이 이미 도과하여 불가쟁력이 생긴 행정처분에 대하여는 개별 법규에서 그 변경을 요구할 신청권을 규정하고 있거나 관계 법령의 해석상 그러한 신청권이 인정될 수 있는 등 특별한 사정이 없는 한 국민에게 그 행정처분의 변경을 구할 신청권이 있다 할 수 없다(대법원 2007.4.26, 선고 2005두11104 판결).

▶②

16 다음 중 옳지 않은 것은?

- ① 판례에 따르면 어업권면허에 선행하는 우선순위결정은 강학상 확약에 불과하다고 하여 처

분성을 부정한다.

- ② 대집행계고처분을 하기 위해서는 의무자의 공법상 대체적 작위의무 위반행위가 있어야 한다. 그러나 판례에 따르면 단순한 부작위의무의 위반만으로는 위반결과를 시정하기 위한 작위의무가 당연히 도출되지는 않는 것으로 본다.
- ③ 판례에 따르면 손실보상의 원인이 공법적이라면 손실의 내용이 사권이라 하더라도 그 손실보상청구권을 공법상 권리로 본다.
- ④ 행정행위의 하자론에서의 중대명백설에 대한 비판은 주로 명백성 요구를 둘러싸고 전개된다.

해설 ① (○) : 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(대법원 1995.1.20, 94누6529 판결).

② (○) : 행정기관의 권한에는 사무의 성질 및 내용에 따르는 제약이 있고, 지역적·대인적으로 한계가 있으므로 이러한 권한의 범위를 넘어서는 권한유월의 행위는 무권한 행위로서 원칙적으로 무효이고, 선행행위가 부존재하거나 무효인 경우에는 그 하자는 당연히 후행행위에 승계되어 후행행위도 무효로 된다. 그런데 주택건설촉진법 제38조 제2항은 공동주택 및 부대시설·복리시설의 소유자·입주자·사용자 등은 부대시설 등에 대하여 도지사의 허가를 받지 않고 사업계획에 따른 용도 이외의 용도에 사용하는 행위 등을 금지하고(정부조직법 제5조 제1항, 행정권한의 위임및위탁에관한규정 제4조에 따른 인천광역시사무위임규칙에 의하여 위 허가권이 구청장에게 재위임되었다), 그 위반행위에 대하여 위 주택건설촉진법 제52조의2 제1호에서 1천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하는 벌칙규정만을 두고 있을 뿐, 건축법 제69조 등과 같은 부작위의무 위반행위에 대하여 대체적 작위의무로 전환하는 규정을 두고 있지 아니하므로 위 금지규정으로부터 그 위반결과에의 시정을 명하는 원상복구명령을 할 수 있는 권한이 도출되는 것은 아니다. 결국 행정청의 원고에 대한 원상복구명령은 권한 없는 자의 처분으로 무효라고 할 것이고, 위 원상복구명령이 당연무효인 이상 후행처분인 계고처분의 효력에 당연히 영향을 미쳐 그 계고처분 역시 무효로 된다(대법원 1996. 6. 28, 96누4374 판결).

③ (X) : 손실보상청구를 민사소송에 의하도록 하는 실정법은 존재하지 않는다. 그 결과 손실보상청구권에 대해서는 공권설(통설)과 사권설의 대립이 있고, 판례(대판 1998.2.27, 97다46450 등)는 원칙적으로 사권설을 취하여 민사소송절차에 의하면서도, 공유수면매립사업으로 인하여 관행어업권을 상실하게 된 자의 손실보상청구권(대판 2001.6.29, 99다56468)과 하천법 부칙규정에 의한 손실보상청구권(대판 전합 2006.5.18, 2004다6207)에 대해서는 공권설에 입각하여 당사자소송에 의하고 있다.

④ (○) : 조사의무설이나 명백성보충설 등은 모두 명백성요건판단을 완화하여 무효의 범위를 넓히기 위한 학설들이다.

▶ ③

17 처분사유의 추가·변경에 대한 판례의 태도로 옳은 것은?

- ① 피고의 방어권 보장을 위해 기본적 사실관계의 동일성이 없더라도 처분사유의 추가·변경을 인정한다.
- ② 추가 또는 변경된 사유가 당초의 처분시 그 사유가 명기되지 않았을 뿐 처분시에 이미 존재하고 있었고 당사자도 그 사실을 알고 있었다면 당초의 처분사유와 동일성이 인정된다.

- ③ 군사시설보호구역 밖의 토지에 주유소를 설치·경영하도록 하기 위한 석유판매업 허가를 함에 있어서 관할 부대장의 동의를 얻어야 할 법령상의 근거가 없음에도 그 동의가 없다는 이유로 한 불허가 처분에 대한 소송에서, 당해 토지가 탄약창에 근접한 지점에 위치하고 있다는 사실을 불허가사유로 추가하는 것은 허용되지 않는다.
- ④ 주택신축을 위한 산림형질변경허가신청에 대한 거부처분의 근거로 제시된 준농림지역에서의 행위제한이라는 사유와 나중에 거부처분의 근거로 추가한 자연경관 및 생태계의 교란, 국토 및 자연의 유지와 환경보전 등 중대한 공익상의 필요라는 사유는 기본적 사실관계의 동일성이 없다.

해설 ① (X): 판례는 일관되게 기본적 사실관계 동일성 있는 사유에 대해서만 처분사유의 추가변경을 인정한다.

② (X): 행정처분의 취소를 구하는 항고소송에 있어서, 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가 혹은 변경할 수 있고, 여기서 기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지 여부에 따라 결정되며, 추가 또는 변경된 사유가 처분 당시에 그 사유를 명기하지 않았을 뿐 이미 존재하고 있었고 당사자도 그 사실을 알고 있었다 하여 당초의 처분사유와 동일성이 있는 것이라고 할 수는 없는바(대법원 1992. 2. 14. 선고 91누3895 판결, 대법원 2003. 12. 11. 선고 2001두8827 판결 등 참조), 피고가 이 사건 처분의 근거로 삼은 사유는 원고가 2001. 12. 31. 당시 치의학과에 재학한 이상 그 시점에 수의학을 전공으로 재학 중에 있을 것을 요건으로 하는 이 사건 부칙조항에 해당하지 않는다는 것임에 반해, 원심이 이 사건 처분의 정당성을 인정한 근거로 삼은 사유는 원고가 당초 수의학을 전공한 대학과 그 학사학위를 취득한 대학이 같지 아니하여 개정 전 법제9조 제2호의 요건에 해당하지 않는다는 것으로 양자의 기본적 사실관계가 동일하다고 보기는 어렵다 할 것이니, 원심판결에는 제재적 행정처분에 있어서 처분사유의 동일성에 관한 법리를 오해한 위법도 있다 할 것이다(대법원 2009.11.26. 선고 2009두15586 판결)

③ (○) : 피고는 석유판매업허가신청에 대하여 당초 사업장소인 토지가 군사보호시설구역 내에 위치하고 있는 관할 군부대장의 동의를 얻지 못하였다는 이유로 이를 불허가하였다가, 소송에서 위 토지는 탄약창에 근접한 지점에 위치하고 있어 공공의 안전과 군사시설의 보호라는 공익적인 측면에서 보아 허가신청을 불허한 것은 적법하다는 것을 불허가사유로 추가한 경우, 양자는 기본적 사실관계에 있어서의 동일성이 인정되지 아니하는 별개의 사유라고 할 것이므로 이와 같은 사유를 불허가처분의 근거로 추가할 수 없다(대법원 1991.11.8. 선고 91누70 판결).

④ (X): 주택신축을 위한 산림형질변경허가신청에 대하여 행정청이 거부처분을 하면서 당초 거부처분의 근거로 삼은 준농림지역에서의 행위제한이라는 사유와 나중에 거부처분의 근거로 추가한 자연경관 및 생태계의 교란, 국토 및 자연의 유지와 환경보전 등 중대한 공익상의 필요라는 사유는 기본적 사실관계에 있어서 동일성이 인정된다(대법원 2004. 11. 26. 선고 2004두4482 판결).

▶ ③

18 행정법상 신고에 대한 판례의 태도로 옳지 않은 것은?

- ① 납골당 설치신고는 수리를 요하는 신고라 할 것이므로, 행정청의 수리처분이 있어야만 납골당을 설치할 수 있다.
- ② 전입신고자가 거주 목적 이외에 다른 이해관계에 관한 의도를 가지고 있는지 여부, 전입 신고를 수리함으로써 당해 지방자치단체에 미치는 영향 등과 같은 사유는 주민등록전입신고의 수리여부를 심사하는 단계에서는 고려 대상이 될 수 없다.

③ 「부가가치세법」 상의 사업자등록은 과세관청으로 하여금 부가가치세의 납세의무자를 파악하고 그 과세자료를 확보케 하려는데 입법취지가 있는 것으로서, 이는 단순한 사업사실의 신고로 사업자가 소관 세무서장에게소정의 사업자등록신청서를 제출함으로써 성립되는 것이다.

④ 수리를 요하는 신고의 경우 행정청은 형식적 심사를 하는 것으로 족하다.

해설 ① (○) : ‘장사 등에 관한 법률’ (2007. 5. 25. 법률 제8489호로 전부 개정되기 전의 것)의 관계 규정들에 비추어 보면, 같은 법 제14조 제1항에 의한 사설납골시설의 설치신고는, 같은 법 제15조 각 호에 정한 사설납골시설설치 금지지역에 해당하지 않고 같은 법 제14조 제3항 및 같은 법 시행령(2008. 5. 26. 대통령령 제20791호로 전부 개정되기 전의 것) 제13조 제1항의 [별표 3]에 정한 설치기준에 부합하는 한, 수리하여야 하나, 보건위생상의 위해를 방지하거나 국토의 효율적 이용 및 공공복리의 증진 등 중대한 공익상 필요가 있는 경우에는 그 수리를 거부할 수 있다고 보는 것이 타당하다(대법원 2010.9.9. 선고 2008두22631 판결).

② (○) : 주민들의 거주지 이동에 따른 주민등록전입신고에 대하여 행정청이 이를 심사하여 그 수리를 거부할 수는 있다고 하더라도, 그러한 행위는 자칫 헌법상 보장된 국민의 거주·이전의 자유를 침해하는 결과를 가져올 수도 있으므로, 시장·군수 또는 구청장의 주민등록전입신고 수리 여부에 대한 심사는 주민등록법의 입법 목적의 범위 내에서 제한적으로 이루어져야 한다. 한편, 주민등록법의 입법 목적에 관한 제1조 및 주민등록 대상자에 관한 제6조의 규정을 고려해 보면, 전입신고를 받은 시장·군수 또는 구청장의 심사 대상은 전입신고자가 30일 이상 생활의 근거로 거주할 목적으로 거주지를 옮기는지 여부만으로 제한된다고 보아야 한다. 따라서 전입신고자가 거주 목적 이외에 다른 이해관계에 관한 의도를 가지고 있는지 여부, 무허가 건축물의 관리, 전입신고를 수리함으로써 당해 지방자치단체에 미치는 영향 등과 같은 사유는 주민등록법이 아닌 다른 법률에 의하여 규율되어야 하고, 주민등록전입신고의 수리 여부를 심사하는 단계에서는 고려 대상이 될 수 없다(대법원 2009.6.18. 선고 2008두10997 전원합의체 판결)

③ (○) : 부가가치세법상의 사업자등록은 과세관청으로 하여금 부가가치세의 납세의무자를 파악하고 그 과세자료를 확보케 하려는데 입법취지가 있는 것으로서, 이는 단순한 사업사실의 신고로서 사업자가 소관 세무서장에서 소정의 사업자등록신청서를 제출함으로써 성립되는 것이고, 사업자등록증의 교부는 이와 같은 등록사실을 증명하는 증서의 교부행위에 불과한 것이며, 부가가치세법 제5조 제5항에 의하면 사업자가 폐업하거나 또는 신규로 사업을 개시하고자 하여 사업 개시일 전에 등록한 후 사실상 사업을 개시하지 아니하게 되는 때에는 과세관청이 직권으로 이를 말소하도록 하고 있는데, 사업자등록의 말소 또한 폐업사실의 기재일 뿐 그에 의하여 사업자로서의 지위에 변동은 가져오는 것이 아니라는 점에서 과세관청의 사업자등록 직권말소행위는 불복의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수가 없다(대법원 2000. 12. 22. 선고 99두6903 판결).

④ (X) : 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 일반적인 건축신고와는 달리, 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 ‘수리를 요하는 신고’ 로 보는 것이 옳다(대법원 2011.1.20, 2010두14954판결).

▶ ④

19 대집행에 대한 설명으로 옳지 않은 것음? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정청의 위임을 받아 대집행을 실행하는 제3자는 대집행의 주체가 아니다.
- ② 구 「공공용지의취득및손실보상에관한특례법」에 따른 토지 등의 협의취득시 건물소유자가 철거의무를 부담하겠다는 약정을 한 경우, 그 철거의무는 「행정대집행법」상 대집행의 대상이 되는 대체적 작위의무이다.

- ③ 토지의 명도의무는 특별한 사정이 없는 한 「행정대집행법」에 의한 대집행의 대상이 될 수 없다.
- ④ 행정청이 대집행계고를 함에 있어서는 의무자가 스스로 이행하지 아니하는 경우에 대집행할 행위의 내용 및 범위가 구체적으로 특정되어야 한다.

해설 ① (○) : 대집행주체는 대체적 작위의무를 부과하는 하명을 행한 당해 행정청이나 그러한 행정청으로부터 권한을 위임 또는 위탁받은 자이다. 따라서 대집행실행을 행하는 제3자는 대집행의 주체가 아니다.

② (X) : 행정대집행법상 대집행의 대상이 되는 대체적 작위의무는 공법상 의무를 말한다. 그런데 판례는 구 공공용지의취득및손실보상에관한특례법상 협의를 사법상 계약으로 본다. 따라서 협의에 의해 발생한 철거의무는 사법상 의무인 바, 행정대집행법상 대집행의 대상이 되는 대체적 작위의무에 해당하지 않는다. “행정대집행법상 대집행의 대상이 되는 대체적 작위의무는 공법상 의무이어야 할 것인데, 구 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법(2002. 2. 4. 법률 제6656호 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지)에 따른 토지 등의 협의취득은 공공사업에 필요한 토지 등을 그 소유자와의 협의에 의하여 취득하는 것으로서 공공기관이 사경제주체로서 행하는 사법상 매매 내지 사법상 계약의 실질을 가지는 것이므로, 그 협의취득시 건물소유자가 매매대상 건물에 대한 철거의무를 부담하겠다는 취지의 약정을 하였다고 하더라도 이러한 철거의무는 공법상의 의무가 될 수 없고, 이 경우에도 행정대집행법을 준용하여 대집행을 허용하는 별도의 규정이 없는 한 위와 같은 철거의무는 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되지 않는다” (대법원 2006.10.13. 선고 2006두7096 판결)

③ (○) : 토지의 명도의무는 비대체적 작위의무인 바 대집행의 대상이 되지 않는다.

④ (○) : 계고처분에는 대집행할 행위의 내용과 범위가 구체적으로 특정되어야 하며, 특정되지 아니한 계고처분은 내용의 불명확으로 불명확한 정도에 따라 무효 또는 취소의 대상이 된다. 그러나 대집행계고서에 의하여서만 특정되어야 하는 것은 아니며, 그 처분 전후에 송달된 다른 문서나 기타 사정을 종합하여 이를 특정할 수 있으면 족하다고 한다(대법원 1992.3.10, 91누4140 판결).

▶ ②

20 행정심판과 취소소송의 관계에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정심판절차에서 주장하지 아니한 사항에 대해서도 원고는 취소소송에서 주장할 수 있다.
- ② 「도로교통법」에 따른 처분에 대해서는 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 취소소송을 제기할 수 없다.
- ③ 지방노동위원회의 구체명령에 대해서는 중앙노동위원회에 재심을 신청한 후 그 재심판정에 대하여 중앙노동위원회를 피고로 하여 재심판정 취소의 소를 제기하여야 한다.
- ④ 적법한 행정심판청구를 각하한 재결은 재결 자체에 고유한 위법이 있는 경우에 해당하므로 재결취소소송을 제기할 수 있다.

해설 ① (○) : 맞는 지문이다.

② (○) : 도로교통법 제142조(행정소송과의 관계) 이 법에 따른 처분으로서 해당 처분에 대한 행정소송은 행정심판의 재결(裁決)을 거치지 아니하면 제기할 수 없다.

③ (X) : 노동위원회법 제27조(중앙노동위원회의 처분에 대한 소) ① 중앙노동위원회의 처분에 대한 소는 중앙노동위원회위원장을 피고로 하여 처분의 통지를 받은 날부터 15일 이내에 이를 제기하여야 한다.

④ (○) : 행정심판청구요건에 대한 판단은 원처분에서 하지 않은 내용인 바 이에 대한 하자는

재결의 고유한 하자임이 분명하다. “행정소송법 제19조에 의하면 행정심판에 대한 재결에 대하여도 그 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에는 항고소송을 제기하여 그 취소를 구할 수 있고, 여기에서 말하는 '재결 자체에 고유한 위법'이란 그 재결자체에 주체, 절차, 형식 또는 내용상의 위법이 있는 경우를 의미하는데, 행정심판청구가 부적법하지 않음에도 각하한 재결은 심판청구인의 실체심리를 받을 권리를 박탈한 것으로서 원처분에 없는 고유한 하자가 있는 경우에 해당하고, 따라서 위 재결은 취소소송의 대상이 된다” (대법원 2001. 7. 27. 선고 99두2970 판결)

