

2013년 국가직7급 행정법 문제 및 해설 (교재순)

(윌비스 고시학원 김종석 교수)

1. 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 비과세관행이 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 납세고지서에 세액산출근거 등의 기재사항이 누락되었거나 과세표준과 세액의 계산명세서가 첨부되지 않았다면 적법한 납세의 고지라고 볼 수 없으며, 위와 같은 납세고지의 하자는 납세의무자가 그 나름대로 산출근거를 알고 있다거나 사실상 이를 알고서 쟁송에 이르렀다 하더라도 치유되지 않는다. (대법원 2002.11.13, 2001두1543) 【법인세 등 부과처분취소】 [김종석행정법총론 465면 관련판례4] 산출근거를 알고 있었다고 하더라도 하자치유가 되지 않는다는 판례입장에 비추어 자진납부하였다고 처분의 위법성이 치유된다고 볼 수는 없다.

세액산출근거가 기재되지 아니한 납세고지서에 의한 부과처분은 강행법규에 위반하여 취소대상이 된다 할 것이므로 이와 같은 하자는 납세의무자가 전심절차에서 이를 주장하지 아니하였거나, 그 후 부과된 세금을 자진납부하였다거나, 또는 조세채권의 소멸시효기간이 만료되었다 하여 치유되는 것이라고는 할 수 없다. (대법원 1985.4.9, 84누431) 【법인세등부과처분취소】

②③ 국세기본법 제18조 제3항에서 말하는 비과세관행이 성립하려면, 상당한 기간에 걸쳐 과세를 하지 아니한 객관적 사실이 존재할 뿐만 아니라, 과세관청 자신이 그 사항에 관하여 과세할 수 있음을 알면서도 어떤 특별한 사정 때문에 과세하지 않는다는 의사가 있어야 하며, 위와 같은 공적 견해나 의사는 명시적 또는 묵시적으로 표시되어야 하지만 묵시적 표시가 있다고 하기 위하여는 단순한 과세누락과는 달리 과세관청이 상당기간의 불과세상태에 대하여 과세하지 않겠다는 의사표시를 한 것으로 볼 수 있는 사정이 있어야 한다. (대법원 2000.1.21, 97누11065) 【법인세 부과처분취소】 [김종석행정법총론 36면 관련판례2]

④ 소득세법 제127조는 과세표준과 세액의 조사결정에 탈루 또는 오류가 있음을 발견하면 징세기관은 즉시 경정결정을 하도록 규정하고 있으므로 세무서장이 일단 비과세 결정을 하였다가 이를 번복하고 다시 과세처분을 하였다는 사실만으로 그 과세처분이 신의성실의 원칙에 반하는 위법한 것이라 할 수 없다. (대법원 1989.1.17, 87누681) 【양도소득세부과처분취소】

<답> ①

2. 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 공유수 면매립면허처분을 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 공권의 성립요건 충족여부를 판단한다.
- ④ 판례에 따르면 불가쟁력이 발생한 행정행위에 대해 그것의 변경을 구할 국민의 신청권은 특별한 사정이 없는 한 인정되지 않고 있다.

<해설>

- ① 판례의 태도로 옳다. (대법원 2006.3.16, 2006두330 전원합의체) 【정부조치계획취소 등】 [김종석행정법총론 114면 관련판례5]
- ② 청구가능성(의사력, 법상의 힘)의 문제는 과거 독일의 행정소송제도가 열기주의를 취하고 있을 때 필요한 요소였지, 오늘날에는 헌법상 재판을 받을 권리가 보장되고, 행정소송법상 행정쟁송제도가 개괄주의를 취하고 있으므로 의사력(법상의 힘)의 존재는 일반적으로 의미가 약화됐다. [김종석행정법총론 109면 (3)]
- ③ 법률상 보호되는 이익이라 함은 당해 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익이 있는 경우를 말하고, 다만, 공익보호의 결과로 일반 국민이 일반적·간접적·추상적 이익과 같이 사실적·경제적 이해관계를 가지는 데 불과한 경우는 여기에 포함되지 아니한다. (대법원 2004.8.16, 2003두2175) 【새만금간척종합개발사업사건】 [김종석행정법총론 109면 관련판례]
- ④ 제소기간이 이미 도과하여 불가쟁력이 생긴 행정처분에 대하여는 개별법규에서 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, 2005두11104) 【주택건설사업계획 승인처분 일부무효 등】 [김종석행정법총론 327면 관련판례]

<답> ②

3. 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, 전입신고를 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 과세자료들을 확보케 하려는데 입법취지가 있는 것으로서, 이는 단순한 사업사실의 신고로 사업자가 소관 세무서장에게 소정의 사업자등록신청서를 제출함으로써 성립되는 것이다.
- ④ 수리를 요하는 신고의 경우 행정청은 형식적 심사를 하는 것으로 족하다.

<해설>

- ① 납골당 설치신고는 이른바 ‘수리를 요하는 신고’라 할 것이므로, 납골당 설치신고가 (구)장사법 관련 규정의 모든 요건에 맞는 신고라 하더라도 신고인은 곧바로 납골당을 설치할 수는 없고, 이에 대한 행정청의 수리처분이 있어야만 신고한 대로 납골당을 설치할 수 있다. (대법원 2011.9.8, 2009두6766) 【납골당설치신고수리처분이행통지취소】 [김종석행정법총론 155면 관련판례5]
- ② 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 수리여부를 심사하는 단계에서는 고려대상이 될 수 없다. (대법원 2009.6.18, 2008두10997 전원합의체) 【주민등록전입신고 수리거부처분취소】 [김종석행정법총론 155면 관련판례4]
- ③ 부가가치세법상의 사업자등록은 단순한 사업사실의 신고로서 사업자가 소관 세무서장에게 사업자등록신청서를 제출함으로써 성립되는 것이고, 사업자등록증의 교부는 등록사실을 증명하는 증서의 교부행위에 불과하다. (대법원 2011.1.27, 2008두2200) 【사업자등록명의변경처분취소】 [김종석행정법총론 148면 관련판례2]
- ④ 수리를 요하는 신고의 경우 형식적인 요건 이외에 일정한 실질적 요건을 신고의 요건으로 하고 있는 경우가 있다. [김종석행정법총론 149면 ③ ㉠]

<답> ④

4. 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 식품위생법상 행정청의 영업자지위승계신고의 수리는, 단순히 영업승계사실의 신고를 접수하는 행위에 불과한 것이 아니라 실질적으로 양도인의 허가취소와 더불어 양수인에게 적법하게 사업을 할 수 있는 권리를 설정하여 주는 행위(설권행위)로서 사업허가자의 변경이라는 법률효과를 발생시키는 행위이다(대법원 2001.2.9, 2000도2050).[김종석행정법총론 153면 (3) 관련판례1] 판례는 영업자지위승계신고 수리처분을 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보고 있다.[김종석행정법총론 153면 (3) 관련판례2]
- ② 공매 등의 절차에 따라 문화체육관광부령으로 정하는 주요한 유원시설업 시설의 전부 또는 체육시설업의 시설 기준에 따른 필수시설을 인수함으로써 유원시설업자 또는 체육시설업자의 지위를 승계한 자가 관계 행정청에 이를 신고하여 행정청이 수리하는 경우에는 종전 유원시설업자에 대한 허가는 효력을 잃고, 종전 체육시설업자는 적법한 신고를 마친 체육시설업자의 지위를 부인당할 불안정한 상태에 놓이게 된다. 종전 유원시설업자는 이 사건 신고수리의 취소를 구할 법률상 이익이 있다. (대법원 2012.12.13, 2011두29144) 【유원시설업허가처분등취소】
- ③ 양도인과 양수인 간에 사업양도를 위한 사법상 계약이 이루어졌다고 하더라도 지위승계신고가 되기 전이라면 허가권자는 여전히 양도인이므로, 행정청의 허가취소처분의 상대방도 양도인이다. 그러나 양수인의 입장에서 양도인 명의의 허가의 효력유지는 자신이 지위승계신고를 함에 있어 전제조건이 되므로 양수인이 양도인에 대한 허가취소처분을 다룰 원고적격이 있다는 것이 판례의 입장이다(대법원 2003.7.11, 2001두6289).[김종석행정법총론 154면 ②]
- ④ 판례는 명문의 규정이 없다 하더라도 대물적 또는 혼합적 허가의 경우 행정제재사유도 승계된다고 본다.[김종석행정법총론 270면 ㉔] 석유판매업허가는 대물적 허가의 성질을 갖는 것이어서 석유판매업이 양도된 경우, 양도인에게 허가를 취소할 위법사유가 있다면 이를 이유로 양수인에게 제재조치를 취할 수 있다. (대법원 1986.7.22, 86누203) 【석유판매업허가취소처분취소】 [김종석행정법총론 42면 관련판례3 비교판례1]

<답> ②

5. 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>

①④ 광주광역시문화예술회관장의 단원위촉은 공법상의 근무관계의 설정을 목적으로 하여 광주광역시와 단원이 되고자 하는 자 사이에 대등한 지위에서 의사가 합치되어 성립하는 공법상 근로계약에 해당하므로, 시립합창단원에 대한 재위촉 거부는 항고소송의 대상인 처분에 해당하지 아니한다. (대법원 2001.12.11, 2001두7794) 【합창단재위촉 거부처분취소】 따라서 A는 재위촉거부에 대해서 불복할 경우 취소소송을 제기할 수 없다.

② 다수설은 법령에 명시적인 근거가 없더라도 행정청은 자유롭게 공법상 계약을 체결할 수 있다고 본다.[김종석행정법총론 388면 III 2. ②] 판례가 공법상 계약에 법률유보의 원칙이 적용된다고 판시한 예를 찾을 수 없다. 따라서 다수설에 의하면 동 지문도 틀린 지문으로 봐야 할 것이다.

③ 공법상 계약은 행정행위가 아니어서 공정력이 인정되지 않는다는 것이 다수설이다.[김종석행정법총론 392면 ③ ㉠]

<답> ②④

6. 다음 중 옳지 않은 것은?

- ① 세액산출의 근거가 기재되지 않은 납세고지서에 의한 부과처분은 강행법규에 위반하여 당연히 무효라고 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 수 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 세액산출근거가 기재되지 아니한 납세고지서에 의한 부과처분은 강행법규에 위반하여 취소대상이 된다. (대법원 1985.4.9, 84누431) 【법인세 등 부과처분취소】 [김종석행정법총론 463면 관련 판례1]
- ② 판례의 태도로 옳다(대법원 2002.5.17, 2000두8912). [김종석행정법총론 446면 ㉡]
- ③ 처분이유의 추가·변경은 사실심 변론종결시까지만 허용된다(대법원 1999.2.9, 98두16675). [김종석행정법총론 884면 ⑤ ㉡]
- ④ 판례는 “이유제시의 하자의 추완이나 보완은 처분에 대한 불복여부의 결정 및 불복신청에 편의를 줄 수 있는 상당한 기간 내에 하여야 한다.”(대법원 1983.7. 26, 82누420)는 입장이다. 이와 같은 판례의 태도에 대해 행정심판도 불복절차의 한 종류이므로 하자의 추완이나 보완은 행정심판(행정쟁송)의 제기 이전에 가능하다는 입장(쟁송제기이전시설)으로 보는 것이 지배적이다. [김종석 행정법총론 465면 (2) ③]

<답> ①

7. 다음 중 옳지 않은 것은?

- ① 판례에 따르면 어업권면허에 선행하는 우선순위결정은 강학상 확약에 불과하다고 하여 처분성을 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 중대명백성설에 대한 비판은 주로 명백성 요구를 둘러싸고 전개된다.

<해설>

① 어업권면허에 선행하는 우선순위결정은 강학상 확약에 불과하고 행정처분으로 볼 수 없으므로, 공정력이나 불가쟁력은 인정될 수 없다. (대법원 1995.1.20, 94누6529) 【행정처분취소】 [김종석 행정법총론 382면 관련판례1]

② 대집행의 대상이 되는 불이행된 의무는 타인이 대신하여 이행할 수 있는 의무, 즉 대체적 작위의무이어야 한다.[김종석행정법총론 519면 2) ①] 단순한 부작위의무의 위반한 경우에는 법령에서 위반으로 생긴 유형적 결과의 시정을 명하는 행정처분의 권한을 인정하는 규정을 두고 있지 않다면, 부작위의무로부터 그 의무를 위반함으로써 생긴 결과를 시정하기 위한 작위의무를 당연히 끌어낼 수는 없다. (대법원 1996.6.28, 96누4374) 【인천시 유원용현아파트 유치원시설물 철거대집행계고처분 취소사건】 [김종석행정법총론 521면 관련판례7]

③ 종래 우리 판례는 (구)수산업법에 의한 손실보상청구권이나 손실보상 관련 법령의 유추적용에 의한 손실보상청구권은 사업시행자를 상대로 한 민사소송의 방법에 의하여 행사하여야 한다고 판시하여 사권설의 입장이었다. 그러나 2006년 5월 대법원 전원합의체 판결은 (구)하천법상 하천구역 편입토지에 대한 손실보상청구를 공법상의 권리라고 보아 당사자소송에 의하여야 한다고 보고 있다. 대법원 전원합의체 판례가 나온 후 판례의 태도에 대해, ㉠ 판례는 사권설을 취하지만, 하천법상의 손실보상청구를 공법상 권리로 보아 행정소송법상 당사자소송의 대상이 된다고 판시하였다고 해석하는 견해가 있고(홍정선), ㉡ 판례는 종래 사권설의 입장이었으나 최근에는 공권설의 입장이라고 평석하는 견해가 있다(장태주, 정하중, 박균성). 지문은 “판례는 손실보상의 원인이 공법적이라도 손실의 내용이 사권이라면, 손실보상은 사법적인 것이라는 입장을 취한다.”라고 하는 홍정선 교수님의 태도에 따라 출제된 것으로 보인다.[홍정선, 행정법특강 제12판, 529면]

어업면허에 대한 처분 등이 행정처분에 해당된다 하여도 이로 인한 손실은 사법상의 권리인 어업권에 대한 손실을 본질적 내용으로 하고 있는 것으로서 그 보상청구권은 공법상의 권리가 아니라 사법상의 권리이다. (대법원 1998.2.27, 97다46450) 【어업손실보상금 등】 [김종석행정법총론 724면 관련판례1]

④ 중대명백성설은 극히 제한된 경우에만 하자 있는 행정행위의 무효를 인정함으로써 국민의 권리구제의 요청에 다소 미흡하다는 비판을 받고 있다. 이에 대해 중대설은 명백성을 요건으로 하지 않는다고 보고 있고, 조사의무설은 명백성 판단의 주체를 일반인뿐만 아니라 관계 공무원으로까지 확대하여 명백성 요건을 완화하고 있으며, 명백성보충요건설은 명백성을 필수적 요건으로 보지 않

고 있다.[김종석행정법총론 334면 도표]

<답> ③

8. 대집행에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정청의 위임을 받아 대집행을 실행하는 제3자는 대집행의 주체가 아니다.
- ② 구 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특별법」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 대집행의 주체는 ‘당해 행정청’이다. 당해 행정청이란 대집행의 대상이 되는 의무를 명한 ‘처분청’을 말한다. 당해 행정청의 위임이 있으면 다른 행정청은 대집행의 주체가 될 수 있으나, 위임을 받아 대집행을 실행하는 제3자는 대집행의 주체가 아니다. 대집행을 위탁받은 제3자는 독립된 법주체로서 대집행을 행하는 것이 아니라 사실상의 집행자로서 대집행을 행하는 것에 불과하기 때문이다.[김종석행정법총론 517면 (3) 1)]
- ② (구)공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특별법에 의한 협의취득시 건물소유자가 매매대상 건물에 대한 철거의무를 부담하겠다는 취지의 약정을 한 경우, 그 철거의무는 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되지 않는다. (대법원 2006.10.13, 2006두7096) 【건물철거 대집행계고처분취소】<위 특별법에 따른 토지 등의 협의취득의 성질은 사법상 계약이므로, 약정에 의한 철거의무는 공법상 의무가 아니라고 본 사례>[김종석행정법총론 518면 관련판례1]
- ③ (구)토지수용법상 피수용자 등이 기업자에 대하여 부담하는 수용대상 토지의 인도의무는 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 될 수 있는 것이 아니다. (대법원 2005.8.19, 2004다2809) 【가처분이의】[김종석행정법총론 520면 관련판례2]
- ④ 계고시에 의무의 내용이 특정되어야 한다. 대집행할 행위의 내용과 범위를 구체적으로 특정하지 아니한 계고처분은 위법하다. 특정여부의 판단은 철거명령서나 대집행계고서뿐만 아니라 그 처분 전후에 송달된 문서나 기타 사정을 종합하여 판단한다(대법원 1994.10.28, 94누5144).[김종석행정법총론 523면 ③ ㉔]

<답> ②

9. 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 과세관청이 체납처분으로서 행하는 공매는 우월한 공권력의 행사로서 행정소송의 대상이 되는 공법상의 행정처분이다. (대법원 1984.9.25, 84누201) 【공매처분취소처분취소】 [김종석행정법총론 538면 관련판례1]

② 행정재산의 사용·수익허가에 따른 사용료를 납부기한까지 납부하지 않은 경우에 부과되는 가산금과 증가산금은 위 사용료가 납부기한까지 납부되지 않은 경우 미납분에 관한 지연이자의 의미로 부과되는 부대세의 일종이다. (대법원 2006.3.9, 2004다31074) 【국립의료원부설 주차장에 관한 위탁관리용역운영계약사건】 [김종석행정법총론 597면 관련판례1] 국세를 납부기한까지 완납하지 아니한 때에는 그 납부기한이 지난 날로부터 체납된 국세에 대하여 100분의 3에 상당하는 가산금을 징수한다(국세징수법 제21조).[김종석행정법총론 597면 II] 법률규정에 의하여 당연히 발생하고 액수도 확정되는 것이므로 정당한 사유가 있는지 여부를 불문한다. 의무해태를 닦할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우 부과할 수 없는 것은 가산세이다.

국세징수법 제21조, 제22조가 규정하는 가산금과 증가산금은 국세가 납부기한까지 납부되지 않은 경우 미납분에 관한 지연이자의 의미로 부과되는 부대세의 일종으로서, 과세권자의 확정절차 없이 국세를 납부기한까지 납부하지 아니하면 같은 법 제21조, 제22조의 규정에 의하여 당연히 발생하고 그 액수도 확정되는 것이다. (대법원 2000.9.22, 2000두2013) 【토지초과이득세부과처분등취소】

③ 건축법상 이행강제금 납부의 최초 독촉은 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다. (대법원 2009.12.24, 2009두14507) 【이행강제금부과처분취소】 [김종석행정법총론 531면 관련판례2]

④ 건축법상의 이행강제금은 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 당연히무효이다. (대법원 2006.12.8, 2006마470) 【건축법위반】 [김종석행정법총론 528면 관련판례]

<답> ④

10. 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 구제명령에 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 항고소송에 있어 전심절차에서 주장하지 아니한 공격방어방법을 소송절차에서 주장할 수 있다. (대법원 1996.6.14, 96누754) 【개발부담금 부과처분취소】 <전심절차에서 주장하지 아니한 처분의 위법사유를 소송절차에서 새롭게 주장하였다고 하여 다시 그 처분에 대하여 별도의 전심절차를 거쳐야 하는 것은 아니라고 본 사례> [김종석행정법총론 817면 관련판례]
- ② 도로교통법에 의한 처분으로서 해당 처분에 대한 행정소송은 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 이를 제기할 수 없다(동법 제142조). [김종석행정법총론 815면 ③]
- ③ 지방노동위원회의 처분에 대하여 불복하기 위하여는 중앙노동위원회에 재심을 신청하고 중앙노동위원회의 재심판정에 대해서 중앙노동위원장을 피고로 하여 재심판정취소의 소를 제기하여야 할 것이다(대법원 1995.9.15, 95누6724). [김종석행정법총론 759면 (5) ①]
- ④ 행정심판청구가 부적법하지 않음에도 실체심리를 하지 아니한 채 각하한 재결은 심판청구인의 실체심리를 받을 권리를 박탈한 것으로서 재결에 고유한 위법이 있다(대법원 2001.7.27, 99두2970). [김종석행정법총론 846면 (1) ② ㉠]

<답> ③

11. 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 불허가처분에 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 대법원은 통설과 마찬가지로 당초의 처분사유와 기본적인 사실관계의 동일성이 인정되는 한도 내에서만 다른 처분사유를 추가·변경할 수 있다고 본다(대법원 1992.8.18, 91누3659).[김종석행정법총론 881면 ㉔]

② 위법성 판단의 기준을 처분시로 보는 통설과 판례에 의하면, 추가·변경 사유는 처분 당시에 객관적으로 존재하고 있었던 사유이어야 한다고 한다. 다만, 추가·변경되는 사유가 처분시에 존재하였음을 당사자가 반드시 알아야 하는 것은 아니다.[김종석행정법총론 884면 ⑤ ㉔]

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 없다. (대법원 2009.11.26, 2009두15586) 【수의사국가시험합격무효취소】

③ 석유판매업 허가신청에 대하여 사업장소의 관할 군부대장의 동의를 얻지 못하였다는 당초 불허가사유와 군시설인 탄약창에 근접하여 공공의 안전에 미치는 영향이 지대하는 사유는 동일성이 인정되지 아니하는 별개의 사유이다. (대법원 1991.11.8, 91누70) 【석유판매업 불허가처분취소】 [김종석행정법총론 882면 관련판례5]

④ 산림형질변경 허가신청을 거부하면서 당초의 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, 2004두4482) 【산림형질변경 불허가처분취소】 [김종석행정법총론 883면 관련판례3]

<답> ③

12. 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 사실 관계에 대하여 동일한 사유로 취소된 처분과 동일한 처분을 할 수 없다.	

	A	B
①	자박력	기관력
②	형성력	기속력
③	불가쟁력	집행력
④	형성력	자박력

<해설>

A : 형성력에 관한 설명이다(대법원 1989.5.9, 88다카16096).[김종석행정법총론 OX문제집 714면 33번]

B : 기속력의 효력 중 소극적 효력에 관한 설명이다.[김종석행정법총론 904면 3) ① ㉠]

<답> ②

13. 「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 변경함으로 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 행정소송법 제34조 소정의 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 후에라도 확정판결의 취지에 따른 재처분이 행하여지면 배상금을 추심함으로써 심리적 강제를 피한다는 당초의 목적이 소멸하여 처분상대방이 더 이상 배상금을 추심하는 것이 허용되지 않는다. (대법원 2010.12.23, 2009다37725) 【부당이득반환】 [김종석행정법총론 908면 ㉔ 관련판례]
- ② 원고의 청구가 사정판결로 기각되거나, 취소소송의 계속 중에 행정청이 처분 등을 취소 또는 변경함으로 인하여 청구가 각하 또는 기각된 경우에는 소송비용은 피고의 부담으로 한다(행정소송법 제32조).[김종석행정법총론 922면 X 2.]
- ③ 취소소송에 규정된 제소기간(행정소송법 제20조) 규정은 무효등확인소송에 준용되지 아니한다(동법 제38조 제1항). 따라서 무효등확인소송을 제기하는 경우 제소기간의 제한이 없다.[김종석행정법총론 822면 (3) ① 및 925면 2.]
- ④ 무효사유에 대하여 취소소송을 제기하는 경우 판례는 무효선언적 의미의 취소소송이라는 형태로 이를 인정하고 있다.[김종석행정법총론 928면 레벨업 I 2. 가. (1)] 처분의 취소소송의 제기요건을 갖춘 경우에는 무효선언적 의미의 취소판결을 하게 된다.[김종석행정법총론 928면 레벨업 I 2. 가. (4)]

<답> ①

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

- ① 재개발조합의 인가는 법률관계의 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 조합설립인가처분이 있는 이후에 조합설립동의에 하자가 있음을 이유로 재개발조합설립의 효력을 부정하려면 민사소송으로 다투어야 한다.
- ④ 재개발조합설립인가신청에 대하여 행정청의 조합설립인가처분이 있는 이후에 조합설립동의에 하자가 있음을 이유로 재개발조합설립의 효력을 부정하려면 조합설립동의의 효력을 소의 대상으로 하여야 한다.

<해설>

①② 「도시 및 주거환경정비법」상 재개발조합설립 인가신청에 대한 행정청의 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것이 아니라 법령상 일정한 요건을 갖추는 경우 행정주체(공법인)의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분이다. (대법원 2009.9.24, 2009마168·169) 【가처분이의·직무집행정지가처분】 [김종석행정법총론 278면 관련판례3 비교판례]

③ 조합설립인가처분 이후에 인가처분을 하는 데 필요한 요건 중의 하나에 불과한 조합설립결의의 하자를 이유로 민사소송으로 조합설립결의에 대한 무효확인을 구할 확인의 이익은 없다(위 판례).[김종석행정법총론 278면 관련판례3 비교판례]

④ 행정청의 조합설립인가처분이 있는 이후에 조합설립결의에 하자가 있음을 이유로 재개발조합설립의 효력을 부정하기 위해서는 항고소송으로 조합설립인가처분의 효력을 다투어야 한다(위 판례).[김종석행정법총론 278면 관련판례3 비교판례]

<답> ②

15. 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 행정청의 권한은 원칙상 법률에 의해 정해져야 한다. 왜냐하면 행정청의 권한에 관한 사항은 국민의 권익에 중대한 영향을 미치기 때문이다. 다만, 권한에 관한 세부적인 사항은 명령에 위임할 수 있다.[김종석행정법총론 8면 II] 행정권한법정주의에 따라 행정청의 권한은 원칙적으로 그 권한이 부여된 특정의 행정청만이 행사할 수 있다.
- ② 권한의 위임은 권한을 정하는 법령(수권규범)의 규정은 그대로 둔 채 별도의 위임규정에 근거하여 권한이 이전되는 경우를 말하고, 권한의 이양은 수권규범을 개정하여 권한을 다른 행정기관의 고유한 권한으로 이관시키는 것을 말한다.[김종석행정법각론 14면 (4) ②]
- ③ 위임의 경우에는 수임관청이 자기의 이름으로 그 권한행사를 할 수 있지만, 내부위임의 경우에는 수임관청은 위임관청의 이름으로만 그 권한을 행사할 수 있을 뿐 자기의 이름으로는 그 권한을 행사할 수 없다(대법원 1989.3.14, 88누10985).[김종석행정법각론 13면 2. (2) ②]
- ④ 경비의 전부를 교부하여야 한다(지방재정법 제21조 제2항).[김종석행정법각론 17면 7. (1) 조문]

지방재정법 제21조 【부담금과 교부금】 ② 국가가 스스로 하여야 할 사무를 지방자치단체나 그 기관에 위임하여 수행하는 경우 그 경비는 국가가 전부를 그 지방자치단체에 교부하여야 한다.
--

<답> ④

16. 「지방자치법」상 주민소송에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 「지방자치법」 제16조 제1항에 따라 공금의 지출에 관한 사항 등을 감사청구한 주민은 원고 적격이 있다.
- ② 주민소송은 「행정소송법」 제3조에서 규정하고 있는 민중소송에 해당한다.
- ③ 주민소송의 대상에는 원칙적으로 지방자치단체의 공금의 지출원인행위 및 그러한 지출원인 행위를 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 주민소송은 공금의 지출에 관한 사항 등을 감사청구한 주민이 원고가 된다(지방자치법 제17조 제1항 참조).[김종석행정법각론 51면 (4)]

제17조 【주민소송】 ① 제16조 제1항에 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 부과·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 지방자치법상 주민소송은 민중소송의 예이다.[김종석행정법총론 953면 II 3. 및 [김종석행정법각론 50면 8. (1)]

③ 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 지급명령 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, 2009두14309) 【손해배상청구】 [김종석행정법각론 13년판 52면 관련판례]

④ 지방자치법 제17조 제14항[김종석행정법각론 52면 (7) 조문]

제17조 【주민소송】 ⑭ 제2항에 따른 소송에서 당사자는 법원의 허가를 받지 아니하고는 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.

<답> ③

17. 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 집행유예기간이 끝난 날부터 2년이 지나지 아니한 사람’에 해당하여 임용결격자임에도 불구하고, 임용권자 B는 과실로 그러한 사정을 밝혀내지 못하였다. 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 필요 없다.
- ④ 정규임용취소처분은 시보공무원으로서의 경력을 갖추지 못한 자에 대한 처분이지만 당연무효는 아니다.

<해설>

- ① 당초 임용 이래 공무원으로 근무하여 온 경력에 바탕을 두고 (구)지방공무원법 제27조 제2항 제3호 등을 근거로 하여 특별임용 방식으로 임용이 이루어졌다면 이는 당초 임용과는 별도로 그 자체가 하나의 신규임용이라고 할 것이므로, 그 효력도 특별임용이 이루어질 당시를 기준으로 판단하여야 한다. (대법원 1998.10.23, 98두12932) 【공무원지위확인의 소】 [김종석행정법각론 127면 관련판례5]
- ② 임용 당시 공무원임용결격사유가 있었다면 비록 국가의 과실에 의하여 임용결격자임을 밝혀내지 못하였다 하더라도 임용행위는 당연무효로 보아야 한다. (대법원 1998.1.23, 97누16985) 【퇴직일시금지급처분취소】 [김종석행정법각론 126면 관련판례1]
- ③ 정규공무원으로 임용된 사람에게 시보임용처분 당시 지방공무원법 제31조 제4호에 정한 공무원임용 결격사유가 있어 시보임용처분을 취소하고 그에 따라 정규임용처분을 취소하는 처분은 성질상 행정절차를 거치는 것이 불필요하여 행정절차법의 적용이 배제되는 경우에 해당하지 않으므로, 그 처분을 하면서 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 부여하지 않은 것은 위법하다. (대법원 2009.1.30, 2008두16155) 【정규임용취소처분취소】 [김종석행정법총론 451면 관련판례4]
- ④ 당초 임용 당시에는 집행유예 기간 중에 있었으나 특별임용 당시 이미 집행유예 기간 만료일로부터 2년이 경과하였다면 같은 법 제31조 제4호에서 정하는 공무원 결격사유에 해당할 수 없고, 다만 당초 임용과의 관계에서는 공무원 결격사유에 해당하여 당초 처분 이후 공무원으로 근무하였다고 하더라도 그것이 적법한 공무원 경력으로 되지 아니하는 점에서 특별임용의 효력에 영향을 미친다고 할 수 있으나, 위 특별임용의 하자는 결국 소정의 경력을 갖추지 못한 자에 대하여 특별임용시험의 방식으로 신규임용을 한 하자에 불과하여 취소사유가 된다고 함은 별론으로 하고, 그 하자가 중대·명백하여 특별임용이 당연무효로 된다고 할 수는 없다. (대법원 1998.10.23, 98두12932) 【공무원지위확인의 소】 [김종석행정법각론 127면 관련판례5]

<답> ③

18. 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 있다 하더라도 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 경찰권의 발동은 국민의 권리와 자유를 제한하는 침해적 작용이므로 국민의 법적 안정성과 예측가능성을 위하여 개별적이고 구체적인 수권규정을 두는 것이 원칙이다.[김종석행정법각론 184면 II 1. (1)]
- ② 경찰행정의 특성에 비추어 구체적인 상황에 적응하여 경찰권이 탄력적으로 대응할 수 있도록 하기 위하여 경찰권의 발동은 통상 재량행위로 규정되고 있다.[김종석행정법각론 193면 4. (1)] 재량행사는 행정의 고유영역에 속한다. 그렇다고 재량행사가 행정청의 임의나 자의를 의미하는 것은 아니므로, 재량은 언제나 의무에 합당한 재량을 뜻한다.[김종석행정법총론 234면 3. (1)]
- ③ 경찰소극의 원칙이란 경찰권은 공공의 안녕·질서의 유지라는 소극적인 목적으로만 행사되어야 하며, 적극적인 공공복리의 목적으로 발동되어서는 아니 된다는 원칙이다.[김종석행정법각론 194면 2. (1) ①]
- ④ 경찰평등의 원칙이란 경찰권은 모든 국민에 대하여 성별·종교·사회적 신분·인종 등을 이유로 불합리한 차별을 하여서는 아니 된다는 원칙을 말한다.[김종석행정법각론 202면 (5)]

<답> ③

19. 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 묵시적으로 공용이 폐지되어 시효취득의 대상이 되었다 할 것이다.
- ② 원래 잡종재산(현행법상 일반재산)이던 것이 행정재산으로 된 경우, 잡종재산일 당시에 이미 취득시효가 완성되었다면 행정재산이 되었다 하더라도 이를 원인으로 하는 소유권이전등기를 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 부담하게 된다.

<해설>

- ① 대구국도사무소가 폐지되고, 그 후 소장관사로 사용되던 부동산이 공용으로 사용된 바 없다면, 묵시적으로 공용이 폐지되어 시효취득의 대상이 된다. (대법원 1990.11.27, 90다5948) 【소유권이전등기】 [김종석행정법각론 221면 ㉠ 관련판례2]
- ② 일반재산(구 잡종재산)에 대한 취득시효가 완성된 후 그 일반재산이 행정재산으로 된 경우, 취득시효 완성을 원인으로 소유권이전등기를 청구할 수 없다. (대법원 1997.11.14, 96다10782) 【토지소유권이전등기】 [김종석행정법각론 221면 상단 관련판례3]
- ③ 도로교통법 제3조 제1항에 의하여 특별시장·광역시장 또는 시장·군수의 권한으로 규정되어 있는 도로에서의 신호기 및 안전표지의 설치·관리에 관한 권한은 동법 시행령 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 귀속주체인 시장 등이 속한 지방자치단체가 부담한다. (대법원 2000.1.14, 99다24201) 【시흥월곶 교통신호기사건】 [김종석행정법총론 708면 관련판례1]
- ④ 판례에 따르면, 국가는 국도에 관하여 도로관리사무의 귀속주체로서 국가배상법 제5조 제1항에 의하여 도로의 설치·관리상의 하자로 인한 손해배상책임을 부담하고, 관리청인 지방자치단체장이 속하는 해당 지방자치단체는 도로법 제67조에 따라 도로관리비용을 부담하므로 국가배상법 제6조 제1항이 정한 배상책임자로서 손해배상책임을 부담한다. [김종석행정법총론 700면 레벨업 2. ②] 또한 판례는 도로법 제67조와 같이 실질적 비용부담에 관한 특별한 규정이 있고, 국가와 지방자치단체가 모두 도로의 점유자 및 관리자, 비용부담자로서의 책임을 중첩적으로 지는 경우에는 내부적인 부담비율에 따라 책임이 있다고 판시하고 있다. 이때의 부담비율은 당해 도로관리사무에 관한 국가 등의 관리책임의 범위, 사무관여 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. (대법원 1998.7.10, 96다42819). [김종석행정법총론 709면 (3) ③]

도로법 제22조 제2항에 의하여 지방자치단체의 장인 시장이 국도의 관리청이 되었다 하더라도 이는 시장이 국가로부터 관리업무를 위임받아 국가행정기관의 지위에서 집행하는 것이므로 국가는 도로관리상 하자로 인한 손해배상책임을 면할 수 없다. 시가 국도의 관리상 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 정하는데 적용될 뿐 이를 들어 구상권자인 공동불법행위자에게 대항할 수 없다. (대법원 1993.1.26, 92다2684) 【구상금】

<답> ②

20. 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 국토이용관리법 제21조의3 제1항의 토지거래허가제는 사유재산제도의 부정이 아니라 그 제한의 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 없다. (헌법재판소 1989.12.22, 88헌가13) 【국토이용관리법 제21조의3 제1항 등의 위헌심판】 [김종석행정법각론 326면 3. 관련판례]

② 국토이용관리법 제21조의3 제1항 소정의 허가가 규제지역 내의 모든 국민에게 전반적으로 토지거래의 자유를 금지하고 일정한 요건을 갖춘 경우에만 금지를 해제하여 계약체결의 자유를 회복시켜 주는 성질의 것이라고 보는 것은 위 법의 입법취지를 넘어선 지나친 해석이라고 할 것이고, 규제지역 내에서도 토지거래의 자유가 인정되나 다만 위 허가를 허가 전의 유동적 무효 상태에 있는 법률행위의 효력을 완성시켜 주는 인가적 성질을 띤 것이라고 보는 것이 타당하다. (대법원 1991.12.24, 90다12243 전원합의체) 【토지소유권이전등기】 [김종석행정법각론 326면 III 관련판례1]

③ 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 위반죄로 처벌되는 토지거래허가 없이 토지 등의 거래계약을 체결하는 행위라 함은 처음부터 동법 소정의 토지거래허가를 배제하거나 잠탈하는 내용의 계약을 체결하는 행위를 가리키고, 허가받을 것을 전제로 한 거래계약을 체결하는 것은 여기에 해당하지 아니한다. (대법원 2010.5.27, 2010도1116) 【국토의계획및이용에관한법률위반】

④ 허가받을 것을 전제로 한 거래계약(허가를 배제하거나 잠탈하는 내용의 계약이 아닌 계약은 여기에 해당하는 것으로 본다)일 경우에는 허가를 받을 때까지는 법률상 미완성의 법률행위로서 소유권 등 권리의 이전 또는 설정에 관한 거래의 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 보는 것이 타당하다. (대법원 1991.12.24, 90다12243 전원합의체) 【토지소유권이전등기】 [김종석행정법각론 329면 관련판례]

<답> ④