

[2013. 국가직 7급 행정법 기출문제 해설 - 백영민교수님]

01 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.
- 【※※※】** ① 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).
- 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 위하여 단순한 과세누락과는 달리 과세관청이 상당기간의 불과세 상태에 대하여 과세하지 않겠다는 의사표시를 한 것으로 볼 수 있는 사정이 있어야 한다(대법원 2000. 1. 21, 97누11065).
- 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, 87누681).

【정답】 ①

02 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 다툴 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.

【※※※】 ② 브리(O. Bürger)는 ① 강행법규의 존재 ② 사익보호성 ③ 의사력의 존재를 개인적 공권의 3요소로 주장하였다. 이 중 ③ 의사력의 존재란 행정소송사항의 열기주의하에서 공권이 성립하기 위해서는 개인이 받는 이익을 행정주체에 대하여 궁극적으로 소송을 통하여 관찰시킬 수 있는 법상의 힘을 의미한다. 그러나 현재는 헌법 제27조에서 국민의 재판청구권을 보장하고 있으며, 행정소송사항에

서 개괄주의를 채택하고 있으므로 이익관철 의사력은 더 이상 요건이 아니다.

- 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).
- ③ 대법원은 처분의 직접적 근거규정 뿐만 아니라 관련법령의 취지도 고려하여 사익보호성을 도출한다. 도시계획법 제12조 제3항의 위임에 따라 제정된 도시계획시설기준에관한규칙 제125조 제1항이 화장장의 구조 및 설치에 관하여는 매장 및 묘지등에 관한 법률이 정하는 바에 의한다고 규정하고 있어, 도시계획의 내용이 화장장의 설치에 관한 것일 때에는 도시계획법 제12조 뿐만 아니라 매장 및 묘지등에 관한 법률 및 같은 법 시행령 역시 그 근거 법률이 된다고 보아야 할 것으로, 같은 법 시행령 제4조 제2호가 공설화장장은 20호 이상의 인가가 밀집한 지역, 학교 또는 공중이 수시 집합하는 시설 또는 장소로부터 1,000m 이상 떨어진 곳에 설치하도록 제한을 가하고, 같은 법 시행령 제9조가 국민보건상 위해를 끼칠 우려가 있는 지역, 도시계획법 제17조의 규정에 의한 주거지역, 상업지역, 공업지역 및 녹지지역 안의 풍치지구 등에의 공설화장장 설치를 금지함에 의하여 보호되는 부근 주민들의 이익은 위 도시계획결정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 법률상 이익이다(대판 1995. 9. 26, 94누14544).
- 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, 2005 두11104).

■ 정답 ②

03 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 거주의 목적 이외에 다른 이해관계에 관한 의도를 가지고 있는지 여부 전입신고를 수리함으로써 당해 지방자치단체에 미치는 영향 등과 같은 사유는 주민등록 전입신고의 수리여부를 심사하는 단계에서는 고려 대상이 될 수 없다.
- ③ 부가가치세법 상의 사업자등록은 과세관청으로 하여금 부가가치세의 납세의무자를 파악하고 그 과세자료를 확보케 하려는데 입법취지가 있는 것으로써, 이는 단순한 사업사실의 신고로 사업자가 소관 세무서장에게 소정의 사업자등록신청서를 제출함으로써 성립되는 것이다.
- ④ 수리를 요하는 신고의 경우 행정청은 형식적 심사를 하는 것으로 족하다.

■ 학설

- ④ 수리를 요하는 신고의 경우 행정청은 형식적 심사외에 실질적 요건도 심사하는 경우도 있다. “건축법에서 인·허가의제 제도를 둔 취지는, 인·허가의제사항과 관련하여 건축허가 또는 건축신고의 관할 행정청으로 그 창구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것이지, 인·허가의제사항 관련 법률에 따른 각각의 인·허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것으로 보기는 어렵다. 왜냐하면, 건축법과 인·허가의제사항 관련 법률은 각기 고유한 목적이 있고, 건축신고와 인·허가의제사항도 각각 별개의 제도적 취지가 있으며 그 요건 또한 달리하기 때문이다. 나아가 인·허가의제사항 관련 법률에 규정된 요건 중 상당수는 공익에 관한 것으로서 행정청의 전문적이고 종합적인 심사가 요구되는데, 만약 건축신고만으로 인·허가의제사항에 관한 일체의 요건 심사가 배제된다고 한다면, 중대한 공익상의 침해나 이해관계인의 피해를 야기하고 관련 법률에서 인·허가 제도를 통하여 사인의 행위를 사전에 감독하고자 하는 규율체계 전반을 무너뜨릴 우려가 있다. 또한 무엇보다도 건축신고를 하려는 자는 인·허가의제사항 관련 법령에서 제출하도록 의무화하고 있는 신청서와 구비서류를 제출하여야 하는데, 이는 건축신고를 수리하는 행정청으로 하여금 인·허가의제사항 관련 법률에 규정된 요건에 관하여도 심사를 하도록 하기 위한 것으로 볼 수밖에 없다. 따라서 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(대판 2011.1.20, 2010두14954 전원합의체).”

- ① 납골당설치 신고는 이른바 ‘수리를 요하는 신고’라 할 것이므로, 납골당설치 신고가 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. 한편 수리란 신고를 유효한 것으로 판단하고 법령에 의하여 처리할 의사로 이를 수령하는 수동적 행위이므로 수리행위에 신고 필증 교부 등 행위가 꼭 필요한 것은 아니다(대판 2011.9.8, 2009두6766).

- ② 주민들의 거주지 이동에 따른 주민등록전입신고에 대하여 행정청이 이를 심사하여 그 수리를 거부 할 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 전입신고자가 30일 이상 생활의 근거로 거주할 목적으로 거주지를 옮기는지 여부만으로 제한된다고 보아야 한다. 따라서 전입신고자가 거주의 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. 그러므로 주민등록의 대상이 되는 실질적 의미에서의 거주지인지 여부를 심사하기 위하여 주민등록법의 입법 목적과 주민등록의 법률상 효과 이외에 지방자치법 및 지방자치의 이념까지도 고려하여야 한다고 판시하였던 대법원 2002. 7. 9. 선고 2002두1748 판결은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 변경하기로 한다(대법원 2009.6.18. 선고 2008두10997 전원합의체).
- ③ 부가가치세법상의 사업자등록은 과세관청으로 하여금 부가가치세의 납세의무자를 파악하고 그 과세 자료를 확보케 하려는 데 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 사업개시일 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 변동을 가져오는 것이 아니라는 점에서 과세관청의 사업자등록 직권말소행위는 불복의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수가 없다(대법원 2000. 12. 22. 99두6903).

■ 정답 ④

04 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 관계 행정청에 이를 신고하여 관계행정청이 그 신고를 수리하는 처분에 대해 종전 영업자는 제3자로서 그 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정되지 않는다.
- ③ 법령상 채석허가를 받은자의 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.

■ 학습

- ② 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 무효라 할 것이고, 사업의 양도행위가 무효라고 주장하는 양도자는 민사쟁송으로 양도·양수행위의 무효를 구함이 없이 막바로 허가관청을 상대로 하여 행정소송으로 위 신고수리처분의 무효확인을 구할 법률상 이익이 있다(대법원 2005.12.23. 2005두3554).

- ① 구 관광진흥법 제8조 제4항에 의한 지위승계신고를 수리하는 허가관청의 행위는 단순히 양도·양수인 사이에 이미 발생한 사법상 사업양도의 법률효과에 의하여 양수인이 그 영업을 승계하였다는 사실의 신고를 접수하는 행위에 그치는 것이 아니라, 영업허가자의 변경이라는 법률효과를 발생시키는 행위로서 항고소송의 대상이 될 수 있다(2012.12.13. 2011두29144).

- ③ 대법원 2003. 7. 11. 2001두6289

- ④ 대판 1986. 7. 22. 86누203

■ 정답 ②

05 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 공법인의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성질을 가진다.
- ③ 재개발조합설립인가신청에 대하여 행정청의 조합설립인가 처분이 있은 이후에 조합설립 동의에 하자가 있음을 이유로 재개발조합설립의 효력을 부정하려면 민사소송으로 다투어야 한다.
- ④ 재개발조합설립인가신청에 대하여 행정청의 조합설립인가처분이 있은 이후에 조합설립 동의에 하자가 있음을 이유로 재개발조합설립의 효력을 부정하려면 조합설립동의의 효력을 소의 대상으로 하여야 한다.

【판례】 ②①③④ 재개발조합설립인가신청에 대한 행정청의 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립 행위에 대한 보충행위로서의 성질을 가지는 것이 아니라 법령상 일정한 요건을 갖추는 경우 행정주체(공법인)의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성질을 가진다고 보아야 한다. 그러므로 구도시 및 주거환경정비법상 재개발조합설립인가신청에 대하여 행정청의 조합설립인가처분이 있은 이후에는, 조합설립동의에 하자가 있음을 이유로 재개발조합 설립의 효력을 부정하려면 항고소송으로 조합설립인가처분의 효력을 다투어야 한다(대판 2010.1.28. 2009두4845).

【정답】 ②

06 토지거래계약허가제에 관한 판례의 태도로 옳지 않은 것은?

- ① 현법재판소는 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 그 것은 확정적 무효이며 사후에 허가를 받는다 하여도 소급하여 유효한 계약이 될 수는 없다.

【판례】 ④ 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 한다(대법원 1995.4.28. 93다26397 판결). 즉 확정적 무효가 아니라 유동적 무효이다.

- ① 현재결 1989. 12. 22. 88헌가13
- ② 국토이용관리법상의 규제구역 내의 '토지 등의 거래계약'허가에 관한 규정은 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(대판 1991. 12. 24. 90다12243 전합).

③ 대법원 1994.10.7. 94도1878

정답 ④

07 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.

- 【법설】 ① 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 것이다(대판 2001.12.11, 2001두7794).
② 공법상 계약의 성립가능성을 긍정하는 경우에도 그 체결에 법률의 근거가 있어야 하느냐에 대하여 ㉠ 전부유보설의 견지에서 공법상 계약이 사적 이해의 조정을 위한 것이 아니라 행정목적의 달성을 위한 수단이라고 보아 행정의 법률적합성을 강조하여 명시적인 법률의 근거가 필요하다는 견해와 ㉡ 공법상 계약의 종류별로 각각의 현실적 기능 등을 고려하여 구체적으로 결정하자는 절충적 견해 등도 있으나 ㉢ 공법상 계약은 비권력관계에 있어서 합의에 의한 행정목적의 실현을 위한 수단이기 때문에 법률의 근거가 필요 없다는 견해가 통설적 입장이다. 또한 공법상 계약에 법률유보원칙이 적용된다는 명시적 판례도 찾을 수 없으므로 ②도 옳지 않은 지문이다.
③ 공정력은 행정행위에만 인정되는 효력으로 비권력작용인 공법상 계약에는 공정력이 인정되지 않는다. 따라서 취소의 개념이 적용될 여지가 없기 때문에 위법한 공법계약은 무효이다.
④ 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 항고소송인 취소소송을 제기할 것이 아니라, 당사자소송을 제기하여야 한다.

정답 ②④

08 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 중대·명백설에 대한 비판은 주로 명백성 요구를 둘러싸고 전개된다.

【법설】 ③ 판례는 통설과 달리 행정상 손실보상청구권을 일반적으로는 사권으로 보아 민사소송으로 다루어야 한다는 입장이다(대판 1990. 12. 21, 90누5689 등 다수). 그러나 최근 판례 중에서 “하천법 부칙

‘법률 제3782호 하천법 중 개정법률 부칙 제2조의 규정에 의한 보상청구권의 소멸시효가 만료된 하천구역 편입토지 보상에 관한 특별조치법’ 제2조 제1항에서 정하고 있는 손실보상청구권의 법적 성질 및 그에 의한 손실보상금의 지급을 구하거나 손실보상청구권의 확인을 구하는 소송의 형태와 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법령에 따라 주거용 건축물의 세입자가 주 거이전비 보상을 소구하는 경우 그 소송의 형태는 당사자 소송에 의하여야 한다”고 판시하였다.

- ① 어업권면허에 선행하는 우선순위결정은 행정청이 우선권자로 결정된 자의 신청이 있으면 어업권면허처분을 하겠다는 것을 약속하는 행위로서 강화상 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).
- ② 주택건설촉진법 제38조 제2항은 공동주택 및 부대시설·복리시설의 소유자·입주자·사용자 등은 부대 시설 등에 대하여 도지사의 허가를 받지 않고 사업계획에 따른 용도 이외의 용도에 사용하는 행위 등을 금지하고, 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 위 반결과의 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. 선고 96누4374).
- ④ 통설·판례인 중대·명백설은 무효의 범위가 좁아 국민의 권리구제에 미흡하다는 단점이 있다. 때문에 무효의 범위를 확대하기 위하여 명백성 보충요건설 등이 주장되고 있다. 따라서 “중대·명백설에 대한 비판은 주로 명백성 요구를 둘러싸고 전개된다.”는 지문은 옳다.

■ 정답 ③

09 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 추가변경은 원칙적으로 행정소송의 제기 이후부터 사실심 변론종결시 이전 사이에 문제된다.
- ④ 이유제시의 하자의 치유는 행정쟁송의 제기 전까지만 가능하다고 보는 것이 판례의 태도이다.

■ 해설

① 세무서장 또는 시장·군수가 국세를 부과징수하고자 할 때에는 과세표준과 세율, 세액 및 그 산출근거를 납세고지서에 명시하여 발부통지하도록 한 국세징수법 제9조 제1항 등의 규정은 단순한 세무행정상의 편의를 위한 훈시규정이 아니라 헌법과 국세기본법이 정한 조세법률주의의 원칙에 따라 과세당국의 자의를 배제하고 신중하고 합리적인 부과처분을 하게 함으로써 조세행정의 공정을 기함과 이율리 납세자에게 부과처분의 내용을 자세히 알리고 이에 대한 불복여부의 결정과 불복신청에 편의를 주고자 하려는 규정이라고 풀이되는 강행규정으로서 납세고지서에 그와 같은 기재가 누락되었다면 과세처분은 강행법규에 위반하여 위법하다.

과세처분에 과세표준과 세율, 세액 및 그 산출근거가 명시되지 아니하였을 경우에 그 과세처분이 위법하다는 것은 그 하자가 당해 과세처분을 무효라고 하는데 까지는 이르지 아니하고 취소할 수 있는 사유에 해당된다는 뜻이다(대법원 1984.4.10, 83누657).

- ② 대법원 2002. 5. 17, 2000두8912
- ③ 행정청은 기본적 사실관계의 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 처분사유를 추가변경 할 수 있다고 할 것이나 이는 사실심 변론종결시까지만 허용된다(대법원 1999. 8. 20, 98두17043).

④ 대판 1983.7.26, 82누420

정답 ①

10 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 임용 결격자임에도 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 것 이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명되었기 때문에 사전통지나 의견청취가 필요 없다.
- ④ 정규임용취소처분은 시보공무원으로서의 경력을 갖추지 못한 자에 대한 처분이지만 당연무효는 아니다.

정답 ③ 정규공무원으로 임용된 사람에게 시보임용처분 당시 지방공무원법 제31조 제4호에 정한 공무원임용 결격사유가 있어 시보임용처분을 취소하고 그에 따라 정규임용처분을 취소한 사안에서, 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).

② 임용당시 공무원임용결격사유가 있었다면 비록 국가의 과실에 의하여 임용결격자임을 밝혀내지 못하였다 하더라도 그 임용행위는 당연무효로 보아야 한다(대법원 1987.4.14, 86누459).

④ 당초 임용 아래 공무원으로 근무하여 온 경력에 비탕을 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 할 것인데, 당초 임용 당시에는 집행유예 기간중에 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).

정답 ③

11 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 특례법」에 따른 토지 등의 협의취득시 건물소유자가 철거의무를 부담하겠다는 약정을 한 경우, 그 철거의무는 행정대집행법상 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.

- 【학습】** ② 구 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법에 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 있고, 위와 같은 철거의무는 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되지 않는다(대판 2006.10.13, 2006두7096).
- ① 대집행의 주체는 작위의무를 명한 당해 행정청이며 다만, 당해 행정청의 위임이 있으면 다른 행정청도 대집행의 주체가 될 수 있다. 그러나 상급행정청은 대집행의 주체가 아니며, 행정청의 위임을 받아 대집행을 실행하는 제3자도 대집행의 주체가 아니다.
- ③ 사람이 점유하고 있는 토지건물 등의 인도는 대체적 작위의무가 아니기 때문에 대집행의 대상이 될 수 없다.
- ④ 대집행할 행위의 내용과 범위가 객관적구체적으로 특정되어야 하는바, 구체적으로 특정되지 않은 계고처분은 위법하다(대판 1990. 1. 25, 98누4543). 그리고 그 특정 여부는 실제 건물의 위치, 구조, 평수 등을 계고시의 표시와 대조·검토하여 대집행의무자가 그 이행의무의 범위를 준수할 수 있는지 여부에 의하여 판단할 것이다(대판 1985. 11. 12, 85누631). 다만, 대집행할 행위의 내용과 범위가 반드시 대집행계고서에 의하여서만 특정되어야 하는 것은 아니고, 계고처분 전후에 송달된 문서나 기타 사정을 종합하여 행위의 내용이 특정되면 족하다(대판 1994. 10. 28, 94누5144).

- 【정답】** ②

12 행정의 실효성 확보수단과 관련한 판례의 태도로 옳은 것은?

- ① 과세관청이 체납처분으로서 하는 공매는 행정처분으로 볼 수 없다.
- ② 가산금과 증가산금은 행정상의 재재로서, 그 의무해태를 탓할 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.

- 【학습】** ④ 구 건축법상의 이행강제금 납부의무는 상속인 기타의 사람에게 승계될 수 없는 일신전속적인 성질의 것이므로 이미 사망한 사람에게 이행강제금을 부과하는 내용의 처분이나 결정은 당연무효이고, 이행강제금을 부과받은 사람의 이의에 의하여 비송사건절차법에 의한 재판절차가 개시된 후에 그 이의한 사람이 사망한 때에는 사건 자체가 목적을 잃고 절차가 종료한다(대판 2006. 12. 8, 2006마470).

- ① 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 1984.09.25 84누201).
- ② 개발이익환수에관한법률 제18조 제2항에 의해 준용되는 국세징수법 제21조, 제22조 소정의 가산금 및 증가산금은 국세를 납부기한까지 납부하지 않는 경우, 미납분에 관한 자연이자의 의미로 부가되는 부대세의 일종으로서, 과세권자의 가산금 확정절차 없이 국세를 납부기한까지 납부하지 아니하면 위 법규정에 의하여 가산금이 당연히 발생하여 그 액수도 확정되나 그 징수절차는 독촉장에 의하여 납부를 독촉함으로써 개시되며 납부독촉이 부당하거나 절차에 하자가 있는 경우에는 그 징수처분에 대하여 취소소송에 의한 불복이 가능할 뿐이다(대법원 1993.10.8, 93누10521). 즉 가산금은 법규정에 의하여 당연히 발생하므로 정당한 사유 여부는 불문한다. 정당한 사유가 있는 경우 부과할 수 없는 것은 가산세이다.

“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 재재로서 납세자의 고의, 과실은 고려되지 않는 반면, 이와 같은 재재는 납세의무자가 그 의무를 알지 못한 것이 무리가 아니었다고 할 수 있어서 그를 정당시할 수 있는 사정이 있거나 그 의무의 이행을 당사자에게 기대하는 것이 무리라고 하는 사정이 있을 때 등 그 의무해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우에는 이를 과할 수 없다(대법원 2005. 1. 27, 2003두13632).”

- ③ 구 건축법 제69조의2 제6항, 지방세법 제28조, 제82조, 국세징수법 제23조의 각 규정에 의하면, 이

행강제금 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, 2009두14507).

■ 정답 ④

13 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.

■ **※※※**

③ 노동위원회법 제19조의2 제1항의 규정은 행정처분의 성질을 가지는 지방노동위원회의 처분에 대하여 중앙노동위원장은 상대로 행정소송을 제기할 경우의 전치요건에 관한 규정이라 할 것이므로 당사자가 지방노동위원회의 처분에 대하여 불복하기 위하여는 처분 송달일로부터 10일 이내에 중앙노동위원회에 재심을 신청하고 중앙노동위원회의 재심판정서 송달일로부터 15일 이내에 중앙노동위원장은 피고로 하여 재심판정취소의 소를 제기하여야 할 것이다(대법원 1995.9.15, 95누6724). 즉 피고는 중앙노동위원회가 아니라 중앙노동위원장이다.

- ① 항고소송에 있어서 원고는 전심절차에서 주장하지 아니한 공격방어방법을 소송절차에서 주장할 수 있고 법원은 이를 심리하여 행정처분의 적법 여부를 판단할 수 있는 것이므로, 원고가 전심절차에서 주장하지 아니한 처분의 위법사유를 소송절차에서 새롭게 주장하였다고 하여 다시 그 처분에 대하여 별도의 전심절차를 거쳐야 하는 것은 아니다(대법원 1996. 6. 14. 96누754).
- ② 필요적 행정심판전치주의를 취하고 있다(도로교통법 제142조).
- ④ 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, 99두2970).

■ 정답 ③

14 「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.

■ **※※※**

① 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 하

므로, 간접강제결정에서 정한 의무이행기한이 경과한 후에라도 확정판결의 취지에 따른 재처분이 행하여지면 배상금을 추심함으로써 심리적 강제를 꾀한다는 당초의 목적이 소멸하여 처분상대방이 더 이상 배상금을 추심하는 것이 허용되지 않는다(대판 2010.12.23, 2009다37725).

- ② 행정소송법 제32조
- ③ 무효등확인소송은 취소소송의 제소기간(행정소송법 제20조)을 준용하고 있지 않기 때문에 제소기간이 없다(행정소송법 제38조 제1항).
- ④ 대법원 1987.6.9, 87누219

■ 정답 ①

15 처분사유의 추가변경에 대한 판례의 태도로 옳은 것은?

- ① 피고의 방어권 보장을 위해 기본적 사실관계의 동일성이 없더라도 처분사유의 추가변경을 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 허기를 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 준농림지역에 서의 행위제한이라는 사유와 나중에 거부처분의 근거로 추가한 자연경관 및 생태계의 교란, 국토 및 자연의 유지와 환경보전 등 중대한 공익상의 필요라는 사유는 기본적 사실관계의 동일성이 없다.

■ **정답** ① 행정처분의 취소를 구하는 항고소송에 있어서 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가하거나 변경할 수 있을 뿐, 기본적 사실관계와 동일성이 인정되지 않는 별개의 사실을 들어 처분사유로서 주장함은 허용되지 아니한다(대판 1992. 2. 14, 91누3895).

- ② 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, 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 대학교와 그 학사학위를 취득한 대학이 같지 아니하여 개정 전 법 제9조 제2호의 요건에 해당하지 않는다는 것으로 양자의 기본적 사실관계가 동일하다고 보기는 어렵다(대법원 2009.11.26. 2009두15586).

③④

기본적 사실관계 동일성이 인정되는 경우	<ul style="list-style-type: none">① 구 정기간행물의 등록에 관한 법률 및 그 시행령 소정의 첨부서류가 제출되지 아니하였다는 주장은 발행주체가 불법단체라는 당초의 처분사유와 비교하여 볼 때 발행주체가 단체라는 점을 공통으로 하고 있어 기본적 사실관계에 동일성이 있는 주장으로서 소송에서 처분사유로 추가·변경할 수 있다(대판 1998. 4. 24. 96누13286).② 동래구청장은 원고가 제출한 이 사건 허가신청에 대하여 관계법 및 부산시 고시 동래구 허가기준에 의거 검토한 결과 허가기준에 맞지 않아 허가신청을 반려한다고 하였는 바 그 취지는 다른 허가기준에는 들어맞으나 소론과 같은 액화석유가스판매업 허가기준 보완시행 안에 정하여진 허가
--	--

	<p>기준에 맞지 아니하여 허가신청을 반려한다는 의미라고 할 수는 없고 위에서 본 모든 허가기준에 의거하여 검토한 결과 그 허가기준에 맞지 아니하여 반려한다는 것으로 이해되는 바이니 피고가 이 사건에서 이격거리 기준위배를 반려사유로 주장하는 것은 그 처분의 사유를 구체적으로 표시하는 것이지 당초의 처분사유와 기본적 사실관계와 동일성이 없는 별개의 또는 새로운 처분사유를 추가하거나 변경하는 것이라고 할 수는 없다(대판 1989.7.25. 88누11926).</p> <p>③ 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(대판 2004. 11. 26. 2004두4482).</p> <p>④ 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제76조 제1항 제1호 소정의 '담합을 주도하거나 담합하여 입찰을 방해하였다'는 것으로부터 같은 항 제7호 소정의 '특정인의 낙찰을 위하여 담합한 자'로 이 사건 처분의 사유를 변경한 것은, 그 변경 전후에 있어서 같은 행위에 대한 법률적 평가만 달리하는 것일 뿐 기본적 사실관계를 같이 하는 것으로 허용된다 고 판단하였다(대판 2008.2.28. 2007두13791, 13807).</p> <p>⑤ 토지형질변경 불허가처분의 당초의 처분사유인 국립공원에 인접한 미개발지의 합리적인 이용대책 수립시까지 그 허가를 유보한다는 사유와 그 처분의 취소소송에서 추가하여 주장한 처분사유인 국립공원 주변의 환경·풍치·미관 등을 크게 손상시킬 우려가 있으므로 공공목적상 원형유지의 필요가 있는 곳으로서 형질변경허가 금지 대상이라는 사유는 기본적 사실관계에 있어서 동일성이 인정된다(대법원 2001. 9. 28. 2000두8684).</p> <p>⑥ 석유판매업허가신청에 대하여 "주유소 건축 예정 토지에 관하여 도시계획법 제4조 및 구 토지의형질변경등행위허가기준등에관한규칙에 의거하여 행위제한을 추진하고 있다."는 당초의 불허가처분사유와 항고소송에서 주장한 위 신청이 토지형질변경허가의 요건을 갖추지 못하였다는 사유 및 도심의 환경보전의 공익상 필요라는 사유는 기본적 사실관계의 동일성이 있다(대법원 1999. 4. 23. 97누14378).</p> <p>⑦ 행정청이 폐기물처리사업계획 부적정 통보처분을 하면서 그 처분사유로 사업예정지에 폐기물처리시설을 설치할 경우 인근 농지의 농업경영과 농어촌 생활유지에 피해를 줄 것이 예상되어 농지법에 의한 농지전용이 불가능하다는 사유 등을 내세웠다가, 위 행정처분의 취소소송에서 사업예정지에 폐기물처리시설을 설치할 경우 인근 주민의 생활이나 주변 농업활동에 피해를 줄 것이 예상되어 폐기물처리시설 부지로 적절하지 않다는 사유를 주장한 경우에, 두 처분사유는 모두 인근 주민의 생활이나 주변 농업활동의 피해를 문제삼는 것이어서 기본적 사실관계가 동일하므로, 행정청은 위 행정처분의 취소소송에서 후자의 처분사유를 추가로 주장할 수 있다(대법원 2006.6.30. 2005두364).</p> <p>⑧ 지입제 운영행위에 대하여 자동차운송사업면허를 취소한 행정처분에 있어서 당초의 취소근거로 삼은 자동차운수사업법 제26조를 위반하였다는 사유와 직영으로 운영하도록 한 면허조건을 위반하였다는 사유는 기본적 사실관계에 있어서 동일하다(대법원 1992.10.9. 92누213).</p> <p>⑨ 사실적 기초의 변경 없이 단지 그 처분의 근거법령만을 추가·변경하는 것은 기본적 사실관계의 동일성이 인정된다(대판 1987. 7. 21. 87누632).</p>
기본적 사실관계 동일성이 인정되지 않는 경우	<p>① 입찰참가자격을 제한시킨 당초의 처분 사유인 정당한 이유 없이 계약을 이행하지 않은 사실과 항고소송에서 새로 주장한 계약의 이행과 관련하여 관계 공무원에게 뇌물을 준 사실은 기본적 사실관계의 동일성이 없다(대법원 1999. 3. 9. 98누18565).</p> <p>② 주류면허 지정조건 중 제6호 무자료 주류판매 및 위장거래 항목을 근거로 한 면허취소처분에 대한 항고소송에서, 지정조건 제2호 무면허판매업자에 대한 주류판매를 새로이 그 취소사유로 주장하는 것은 기본적 사실관계가 다른 사유를 내세우는 것으로서 허용될 수 없다(대법원 1996. 9. 6. 96누</p>

	<p>7427).</p> <p>③ 의료보험요양기관 지정취소처분의 당초의 처분사유인 구 의료보험법 제33조 제1항이 정하는 본인부담금 수납대장을 비치하지 아니한 사실과 항고 소송에서 새로 주장한 처분사유인 같은 법 제33조 제2항이 정하는 보건복지부장관의 관계서류 제출명령에 위반하였다는 사실은 기본적 사실관계의 동일성이 없다(대법원 2001. 3. 23. 99누6392).</p> <p>④ 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. 91누70).</p> <p>⑤ 구청위생과 직원인 원고가 이 사건 당구장이 정화구역외인 것처럼 허위표시를 함으로써 정화위원회의심의를 면제하여 허가처분하였다는 당초의 징계사유와 정부문서규정에 위반하여 이미 결제된 당구장허가처분서류의 도면에 상사의 결재를 받음이 없이 거리표시를 기입하였다는 원심인정의 비위사실과는 기본적 사실관계가 동일하지 않으므로 징계처분취소송에서 이를 징계사유로 추가 또는 변경할 수 없는 것이고 원고에 대한 당초의 징계처분사유가 징계대상이 안된다고 인정되는 이상 후자의 사실을 들어서 원고에 대한 피고의 징계처분이 정당하다고 인정할 수는 없는 것이다(대법원 1983.10.25. 83누396).</p> <p>⑥ 토석채취허가신청에 대한 반려처분취소청구소송에서 처분청이 반려사유로 새로이 추가한 처분사유가 당초 반려처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계에 있어서 동일성이 인정되지 아니하는 별개의 사유이므로 그 사유를 반려처분의 근거로 추가할 수 없다(대법원 1992.8.18. 91누3659).</p> <p>⑦ 종고자동차매입 허가신청에 대한 불허가처분의 사유인 기준의 다른 공동사업장에서 300m 밖에 위치하여야 한다는 거리제한규정에 저촉된다는 사실과 소송과정에서 주장한 사업자가 확보한 주차용지가 자동차관리법 시행규칙상의 최소주차용지면적에 미달한다는 사실 사이에는 기본적 사실관계를 달리하는 것임이 명백하여 피고가 이를 새롭게 처분사유로서 주장할 수는 없다(대판 1995.11.21. 95누10952).</p>
--	---

정답 ③

16 다음 설명에 해당하는 취소소송의 판결의 효력을 바르게 둑은 것은?

- A : 과세처분을 취소하는 판결이 확정되면 그 과세처분은 처분시에 소급하여 소멸하는 것으로 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 |

② A는 형성력에 대한 설명이다. 형성력이라 함은 판결의 취지에 따라 기존의 법률관계 또는 법률상태를 변동시키는 힘을 말한다. 즉, 처분 등의 취소판결이 확정되면 처분 등의 효력이 처분청의 별도의 행위를 기다릴 것이 없이 처분시에 소급하여 소멸되고, 그로써 처분 등에 기하여 형성된 기준

의 법률관계나 법률상태에 변동을 가지고 오는 효력을 말한다.

B는 구속력 중 반복금지효에 대한 설명이다. 행정처분의 취소판결이 확정된 경우 처분행정청이 그 행정소송의 사실심변론종결 이전의 사유를 내세워 다시 확정판결에 저촉되는 행정처분을 하는 것은 확정판결의 기속력에 저촉되어 허용될 수 없는바(대판 1982. 5. 11. 80누10), 취소소송의 인용판결이 확정되면 관계행정청은 동일한 사실관계 아래에서 동일한 당사자에게 동일한 내용의 처분을 반복하여서는 아니된다.

■ 정답 ②

17 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.
- 합법 ④ 국가가 스스로 하여야 할 사무를 지방자치단체나 그 기관에 위임하여 수행하는 경우 그 경비는 국가가 전부를 그 지방자치단체에 교부하여야 한다(지방재정법 제21조).
- ② 권한의 이양이란 권한을 정하는 수권규범 그 자체를 개정하여 권한을 다른 행정기관의 고유한 권한으로 이관시키는 것이고, 반면에 권한의 위임이란 권한을 정하는 법령의 규정(수권규범)은 그대로 둔 채 별도의 위임규정에 근거하여 권한이 이전되는 것을 말한다. 둘 다 대외적으로 권한이 이전된다는 점은 같다.

■ 정답 ④

18 「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.
- 합법 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)).
- ① 지방자치법 제17조
 - ② 선거소송, 당선소송, 국민투표소송, 주민투표법상의 민중소송, 지방자치법상 감사청구한 주민들의 주민소송, 주민소환에 관한 법률상의 주민소환투표소송 등이 민중소송에 해당한다.
 - ④ 제2항에 따른 소송에서 당사자는 법원의 허가를 받지 아니하고는 소의 취하, 소송의 화해 또는 청

구의 포기를 할 수 없다. 이 경우 법원은 허가하기 전에 감사청구에 연서한 다른 주민에게 이를 알려야 하며, 알린 때부터 1개월 이내에 허가 여부를 결정하여야 한다(지방자치법 제17조 제14항).

■ 정답 ③

19 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.

■ 학습 ③ 경찰소극의 원칙이란 사회공공의 안녕·질서에 대한 위해의 방지·제거라는 소극적인 목적을 위해서만 발동될 수 있고, 복리증진이라는 적극적인 목적을 위해서는 발동될 수 없다.

① 칠권은 국민의 자유와 권리에 대한 침해성이 큰 행정작용으로 그 발동에 있어 엄격한 법적 근거를 요한다. 그러나 작용형식의 포괄성과 입법기술적 문제로 인하여 어느 정도 불확정개념의 사용이 불가피하며, 더 나아가 개괄조항에 의한 경찰권의 발동을 긍정할 것인가가 문제되고 있다. 판례는 개별적인 법적 근거가 없는 청원경찰의 직무집행을 방해한 피고인에게 공무집행방해죄의 성립을 인정함으로써 개괄조항을 인정하고 있다(대판 1986. 1. 28, 85도2448).

■ 정답 ③

20 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 시효 취득의 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 소유권이 전 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 부진 정연대채무자인 공동불법행위자와의 내부관계에서 배상책임을 분담하게 된다.

■ 학습 ② 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. 96다10782).

① 대법원 1990.11.27. 선고 90다5948

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 제5

조 소정의 배상책임은 그 사무의 귀속 주체인 시장 등이 속한 지방자치단체가 부담한다(대법원 2000. 1. 14. 99다24201).

- 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).

정답 ②