

1. 2013년 7급 행정법 기출문제 해설

성봉근 행정법 교실 - 기출문제 해설

고려대 대학원 박사수료, 베리타스 공무원 고시학원 · 전 월비스고시학원 · 슈퍼리어교육

<선택형 상세해설>

[1] 수험생들에게 쓰는 편지

반갑습니다, 성봉근 선생입니다. 이번에 치러진 2013년 7급 행정법 기출문제를 해설합니다. 시험경향이 최신 판례에 대한 이해를 늘리면서 기본을 정확하게 다져야 고득점을 할 수 있도록 변화하고 있습니다. 다만 기본이론의 비중은 줄이고 판례의 비중을 대폭 확대한 것이 이번 7급 시험문제의 특징입니다. 로스쿨 시험이 도입되면서 그 변화와 동조되고 있는데, 실제 출제위원들께서 이 점을 신신 당부하고 계십니다. 이번에 출제된 최신 판례들에 대하여 상세한 해설을 하였습니다.

잘 모르는 부분에 대해서는 다음(Daum) 카페로 ‘행정법시험’을 개설해 두었으니 질문을 올려주시면 답변을 해 두도록 하겠습니다. 행정법시험 카페에서 행정법을 도해한 PPT 파일들과 각종 최신 판례나 변시, 사시, 행시, 공인노무사 등 기출과 수험자료를 다운로드받을 수 있도록 해 두었으니 참고하시기 바랍니다. 공법시험에서 당락을 가르는 것은 행정법과목입니다. - 객관식 문제 출처 안내: 김연태 · 성봉근 공저 행정법 선택형 연습(홍문사 근간)

[2] 공무원시험 객관식 국가직 7급 문제 및 해설

문1. 다음 사례에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

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

- ① 위 사례의 위촉은 공법상의 근무관계의 설정을 목적으로 하여 B 광역시와 A 사이의 대등한 지위에서 의사가 합치되어 성립되는 공법상 근로관계이다.
- ② 공법상 계약에도 법률유보의 원칙이 적용된다.
- ③ 공법상 계약에는 공정력이 인정되지 않는다.
- ④ A가 재위촉거부에 대해서 불복할 경우 취소소송을 제기하여야 한다.

문1 . ④

☞ ①: ○ 공법상 계약은 대등한 관계에서 체결되는 의사의 합치라는 점에서 우월적인 지위에서 발급하는 행정행위와 구별된다.

☞ ②: × 공법상 계약은 당사자사이에 자유롭게 계약의 내용을 정할 수 있다는 점에서 법

물유보의 원칙이 적용되지 않는 것이 다수설이므로 복수정답이 될 수 있다.

☞ ③: ○ 공정력은 행정행위의 특징적인 효력이므로 공법상 계약에는 인정되지 않는다.

☞ ④: × 공법상 계약의 재위촉 거부에 대한 불복은 공법상 계약에 대한 불복수단인 당사자소송에 의하여야 한다. 가장 명확하게 틀린 지문이므로 우선적인 정답이 된다.

대법원 2001. 12. 11. 선고 2001두7794 판결【합창단재위촉거부처분취소】[공2002.2.1.(147),306]

지방자치법 제9조 제2항 제5호 (라)목 및 (마)목 등의 규정에 의하면, 광주광역시립합창단의 활동은 지방문화 및 예술을 진흥시키고자 하는 광주광역시의 공공적 업무수행의 일환으로 이루어진다고 해석될 뿐 아니라, 그 단원으로 위촉되기 위하여는 공개전형을 거쳐야 하고 지방공무원법 제31조의 규정에 해당하는 자는 단원의 직에서 해촉될 수 있는 등 단원은 일정한 능력요건과 자격요건을 갖추어야 하며, 상임단원은 일반공무원에 준하여 매일 상근하고 단원의 복무규율이 정하여져 있으며, 일정한 해촉사유가 있는 경우에만 해촉되고, 단원의 보수에 대하여 지방공무원의 보수에 관한 규정을 준용하는 점 등에서는 단원의 지위가 지방공무원과 유사한 면이 있으나, 한편 단원의 위촉기간이 정하여져 있고 재위촉이 보장되지 아니하며, 단원에 대하여는 지방공무원의 보수에 관한 규정을 준용하는 이외에는 지방공무원법 기타 관계 법령상의 지방공무원의 자격, 임용, 복무, 신분보장, 권익의 보장, 징계 기타 불이익처분에 대한 행정심판 등의 불복절차에 관한 규정이 준용되지도 아니하는 점 등을 종합하여 보면, 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.

문2. 행정의 실효성 확보수단과 관련한 판례의 태도로 옳은 것은?

① 과세관청이 체납처분으로서 하는 공매는 행정처분으로 볼 수 없다.

② 가산금과 증가산금은 행정상의 제재로서, 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.

문2. ④

☞ ① ×

과세관청의 공매는 내부적인 공매결정과 달리 강제적으로 채납자의 재산권을 박탈하면서 경락인의 재산권을 발생시키는 제3자효 행정행위이다.

② 상대적인 지문이다.

대법원 2000. 2. 11. 선고 99다61675 판결 【부당이득금】 [공2000.4.1.(103),691]

대부계약에서 대부료를 지정 기간 내에 납부하지 아니할 때에는 국세징수법 제21조, 제22조의 규정을 준용하여 가산금 및 증가산금을 납부하기로 약정하였다 하여도, 조세부과처분은 행정처분이고 이 사건 대부계약은 사법상의 계약이며, 가산금이라고 하여도 조세부과처분의 경우에는 징벌적 성격의 제재이고 이 사건 대부계약의 경우에는 지연손해금의 약정으로 보아야 할 것이므로, 자연 그 성질상 준용에는 한계가 있을 수밖에 없어 이 사건 대부계약의 경우에는 정당한 이행청구(과다청구의 경우라도 정당한 청구로 볼 수 있는 경우는 포함된다.)의 경우에 그 지연 시기 및 이에 따른 가산금의 비율 등만이 준용된다 할 것이고, 또 국유재산법 제38조, 제25조의 규정에 의하여 국세징수법의 채납처분에 관한 규정을 준용하여 대부료를 징수할 수 있다고 하더라도 이로 인하여 대부계약의 성질이 달라지는 것은 아니라 할 것이므로 이 사건 대부계약에 있어서는 어느 경우에도 과세처분의 경우처럼 가산금이 부과된다고 할 수는 없다고 보아야 할 것이다.

③ ×

대법원 2009.12.24. 선고 2009두14507 판결 【이행강제금부과처분취소】 [공2010상,269]

건축법(2008. 3. 21. 법률 제8974호로 전부 개정되기 전의 것) 제69조의2 제6항, 지방세법 제28조, 같은 법 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 채납절차에 의하여 이행강제금을 징수할 수 있고, 이때 이행강제금 납부의 최초 독촉은 징수처분으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 될 수 있다고 할 것이다 (대법원 1999. 7. 13. 선고 97누119 판결 참조).

④ ○

대법원 2006.12.8. 자 2006마470 결정 【건축법위반의의】 [공2007.1.15.(266),133]

구 건축법(2005. 11. 8. 법률 제7696호로 개정되기 전의 것)상의 이행강제금은 구 건축법 소정의 위반행위에 대하여 시정명령을 받은 후 시정기간 내에 당해 시정명령을 이행하지 아니한 건축주 등에 대하여 부과되는 간접강제의 일종으로서(대법원 2002. 8. 16.자 2002마1022 결정 참조) 그 이행강제금 납부의무는 상속인 기타의 사람에게 승계될 수 없는 일신 전속적인 성질의 것이므로 이미 사망한 사람에게 이행강제금을 부과하는 내용의 처분이나 결정은 당연히무효이고, 이행강제금을 부과받은 사람의 이의에 의하여 비송사건절차법에 의한 재판절차가 개시된 후에 그 이의한 사람이 사망한 때에는 사건 자체가 목적을 잃고 절차가 종료되는 것으로 새겨야 할 것이다.

문3. 다음 중 옳지 않은 것은?

① 세액산출의 근거가 기재되지 않는 납세고지서에 의한 부과처분은 강행법규에 위반하여 당연히무효라고 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.

문3. ①

①: ×

판례는 취소사유로 보며 납세의무자가 산출 근거를 알고 있다고 하더라도 함부로 하자치유될 수 없다고 판시하고 있다. **대법원 2002. 11. 13. 선고 2001두1543 판결 【법인세등 부과처분취소】**

[공2003.1.1.(169),86]

②: ○ 주류적인 판례의 태도이다.

③: ○ 사실심 변론종결시이전에만 처분사유 추가·변경이 가능하다.

④: ○ 쟁송제기이전시점이 다수설과 판례의 태도이다. 쟁송종결시점은 소수설이다.

문4. 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 관계 행정청은 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

4문. ②

최근 등장하기 시작한 새로운 출제유형이다. 최근 로스쿨 시험문제와 출제경향이 유사해지고 있다. A는 취소판결이 확정되면 권리의무관계가 확정적으로 소급하여 형성되는 것이

라는 판결의 형성력에 대한 설명이고, B는 취소판결이 확정되면 행정청이 판결의 취지를 존중하여야 한다는 기속력에 대한 설명이다. 앞으로 이러한 유형의 출제는 더욱 발전된 형태를 보일 것으로 예상된다.

문5. ‘지방자치법’상 주민소송에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① ‘지방자치법’ 제16조 제1항에 따라 공금의 지출에 관한 사항 등을 감사청구한 주민은 원고격이 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.

문5. ③

최근 주민소송이 각종 시험에서 집중적으로 출제되고 있다. 출제가 예상된 문제이다. 지방자치법의 중요조문에 대한 출제이다.

- ①: ○ 지방자치법상 주민들의 정치적 권리는 집단적인 행사만 대부분 가능하지만, 주민소송은 1인이라도 행사할 수 있으나 단, 주민감사를 청구한 주민이어야 한다. (지방자치법 제17조 제1항)
- ②: ○ 타당한 설명이다. 이러한 민중소송은 행정소송법 제45조상 법정주의가 적용되는데, 지방자치법 제17조에 이를 충족시키기 위하여 규정한 것으로서 의미가 있다.
- ③: × ---> 수업교재 적중문제이며 최신 판례문제로서 원칙과 예외가 뒤집힌 문장이므로 틀린 지문이다.

대법원 2011.12.22. 선고 2009두14309 판결 【손해배상청구】 [공2012상,185]

[1] 주민소송에 대한 지방자치법 제14조의 해석

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 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. (그러나 특

별한 사정이 있으면 다음처럼 예외적으로 허용)

[2] 구 지방자치법 제13조의5 제1항에서 주민소송 대상으로 정한 ‘공금의 지출에 관한 사항’에 해당하는지 판단할 때 지출원인행위의 선행행위에 위법사유가 존재하는지 심사할 수 있는 경우 및 이때 위법사유가 존재하는지 판단하는 방법

구 지방자치법(2007. 5. 11. 법률 제8423호로 전부 개정되기 전의 것) 제13조의5 제1항에 규정된 주민소송의 대상인 ‘공금의 지출에 관한 사항’에는 지출원인행위에 선행하는 당해 지방자치단체의 장 및 직원, 지방의회 의원의 결정 등과 같은 행위가 포함되지 않으므로 선행행위에 위법사유가 존재하더라도 이는 주민소송의 대상이 되지 않는다. 그러나 지출원인행위 등을 하는 행정기관이 선행행위의 행정기관과 동일하거나 선행행위에 대한 취소·정지권을 갖는 경우 지출원인행위 등을 하는 행정기관은 지방자치단체에 직접적으로 지출의무를 부담하게 하는 지출원인행위 단계에서 선행행위의 타당성 또는 재정상 합리성을 다시 심사할 의무가 있는 점, 이러한 심사를 통하여 선행행위가 현저하게 합리성을 결하고 있다는 것을 확인하여 이를 시정할 수 있었음에도 그에 따른 지출원인행위 등을 그대로 진행하는 것은 부당한 공금 지출이 되어 지방재정의 건전하고 적정한 운용에 반하는 점, 지출원인행위 자체에 고유한 위법이 있는 경우뿐만 아니라 선행행위에 간과할 수 없는 하자가 존재하고 있음에도 이에 따른 지출원인행위 등 단계에서 심사 및 시정의무를 소홀히 한 경우에도 당해 지출원인행위를 위법하다고 보아야 하는 점 등에 비추어 보면, 선행행위가 현저하게 합리성을 결하여 그 때문에 지방재정의 적정성 확보라는 관점에서 지나칠 수 없는 하자가 존재하는 경우에는 지출원인행위 단계에서 선행행위를 심사하여 이를 시정해야 할 회계관계 법규상 의무가 있다고 보아야 한다. 따라서 이러한 하자를 간과하여 그대로 지출원인행위 및 그에 따른 지급명령·지출 등 행위에 나아간 경우에는 그러한 지출원인행위 등 자체가 회계관계 법규에 반하여 위법하다고 보아야 하고, 이러한 위법사유가 존재하는지를 판단할 때에는 선행행위와 지출원인행위의 관계, 지출원인행위 당시 선행행위가 위법하여 직권으로 취소하여야 할 사정이 있었는지 여부, 지출원인행위 등을 한 당해 지방자치단체의 장 및 직원 등이 선행행위의 위법성을 명백히 인식하였거나 이를 인식할 만한 충분한 객관적인 사정이 존재하여 선행행위를 시정할 수 있었는지 등을 종합적으로 고려해야 한다.

④: ○ 주민소송의 공익적 특성을 고려한 특별한 규정이다.

문6. 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 받은 자의 명의변경제도를 두고 있는 경우, 명의변경신고를 할 수 있는 양수인은 관할 행정청이 양도인의 허가를 취소하는 처분에 대해 취소를 구할 법률상 이

익이 인정된다.

④ 대물적 영업양도의 경우, 명시적인 규정이 없는 경우에도 양도 전에 존재하는 영업정지 사유를 이유로 양수인에 대하여도 영업정지처분을 할 수 있다.

6문. ②

㉠: ○ ㉡: ×

대법원 2003. 2. 14. 선고 2001두7015 판결【유흥주점영업자지위승계수리처분취소】 [공 2003.4.1.(175),816]

행정절차법 제21조 제1항, 제22조 제3항 및 제2조 제4호의 각 규정에 의하면, 행정청이 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 함에 있어서는 당사자 등에게 처분의 사전통지를 하고 의견제출의 기회를 주어야 하며, 여기서 당사자라 함은 행정청의 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 자를 의미한다 할 것이고, 한편 위 식품위생법 제25조 제2항, 제3항의 각 규정에 의하면, 지방세법에 의한 압류재산 매각절차에 따라 영업시설의 전부를 인수함으로써 그 영업자의 지위를 승계한 자가 관계 행정청에 이를 신고하여 행정청이 이를 수리하는 경우에는 종전의 영업자에 대한 영업허가 등은 그 효력을 잃는다 할 것인데, 위 규정들을 종합하면 위 행정청이 식품위생법 규정에 의하여 영업자지위승계신고를 수리하는 처분은 종전의 영업자의 권익을 제한하는 처분이라 할 것이고 따라서 종전의 영업자는 그 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 자에 해당한다고 봄이 상당하다.

따라서 이 사건의 경우, 피고로서는 이 사건 처분을 함에 있어서 위 행정절차법 규정 소정의 당사자에 해당하는 원고에 대하여 위 규정 소정의 행정절차를 실시하고 이 사건 처분을 하였어야 했다.

㉢: ○ ㉣: ○

대법원 2003. 7. 11. 선고 2001두6289 판결【채석허가취소처분취소】 [집51(2)특,387;공 2003.8.15.(184),1723]

산림법 제90조의2 제1항, 제118조 제1항, 같은법시행규칙 제95조의2 등 산림법령이 수허가자의 명의를변경제도를 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.

문7. ‘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.

7문. ①

①: × ---> 수업내용과 교재 적중

대법원 2004. 1. 15. 선고 2002두2444 판결【청구이의】[공2004.2.15.(196),360]

행정소송법 제34조 소정의 간접강제결정에 기한 배상금은 거부처분취소판결이 확정된 경우 그 처분을 행한 행정청으로 하여금 확정판결의 취지에 따른 재처분의무의 이행을 확실히 담보하기 위한 것으로서, 확정판결의 취지에 따른 재처분의무내용의 불확정성과 그에 따른 재처분에의 해당 여부에 관한 쟁송으로 인하여 간접강제결정에서 정한 재처분의무의 기한 경과에 따른 배상금이 증가될 가능성이 자칫 행정청으로 하여금 인용처분을 강제하여 행정청의 재량권을 박탈하는 결과를 초래할 위험성이 있는 점 등을 감안하면, 이는 확정판결의 취지에 따른 재처분의 지연에 대한 제재나 손해배상이 아니고 재처분의 이행에 관한 심리적 강제수단에 불과한 것으로 보아야 하므로, 특별한 사정이 없는 한 간접강제결정에서 정한 의무이행기한이 경과한 후에라도 확정판결의 취지에 따른 재처분의 이행이 있으면 배상금을 추심함으로써 심리적 강제를 피할 목적이 상실되어 처분상대방이 더 이상 배상금을 추심하는 것은 허용되지 않는다.

문8. 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 변경없이 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.

문8. ④

지방자치법 분야와 국가배상법 분야가 중첩되는 중요조문인 지방재정법 제21조 제2항이 출제되었다.

④: × ----> 일부가 아니라 전부를 교부하여야 하도록 규정하고 있으며 이는 실질적 비용부담자 규정에 해당한다.

제21조(부담금과 교부금)

② 국가가 스스로 하여야 할 사무를 지방자치단체나 그 기관에 위임하여 수행하는 경우 그 경비는 국가가 전부를 그 지방자치단체에 교부하여야 한다.

[전문개정 2011.8.4]

문9. 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 부루하고, 임용권자 B는 과실로 그러한 사정을 밝혀내지 못하였다. A의 공무원 임용결격 사유는 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 필요하다.

④ 정규임용취소처분은 시보공무원으로서의 경력을 갖추지 못한 자에 대한 처분이지만 당연무효는 아니다.

문9. ③

시보임용취소통지에 정규공무원인 지방소방사 임용행위까지 취소한다는 취지가 포함되어 있다고 볼 수 없으므로 별도의 사전통지나 의견청취가 필요하다.

대법원 2005. 7. 28. 선고 2003두469 판결【지방공무원지위확인】[공2005.9.1.(233),1433]

[1] 행정절차법 제24조 제1항이 행정청이 처분을 하는 때에는 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문서로 하도록 규정한 것은 처분내용의 명확성을 확보하고 처분의 존부에 관한 다툼을 방지하기 위한 것이라 할 것인바, 그와 같은 행정절차법의 규정 취지를 감안하여 보면, 행정청이 문서에 의하여 처분을 한 경우 그 처분서의 문언이 불분명하다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 문언에 따라 어떤 처분을 하였는지 여부를 확정하여

야 할 것이고, 처분서의 문언만으로도 행정청이 어떤 처분을 하였는지가 분명함에도 불구하고 처분경위나 처분 이후의 상대방의 태도 등 다른 사정을 고려하여 처분서의 문언과는 달리 다른 처분까지 포함되어 있는 것으로 확대해석하여서는 아니 된다.

[2] 지방소방사시보 임용 당시에는 관련 규정이 정한 임용결격자에 해당하였으나 정규공무원인 지방소방사 임용 당시에는 임용결격자에 해당하지 아니한 지방공무원에 대하여 임용권자가 임용결격자에 해당한다는 이유로 지방소방사시보 발령을 취소한다는 인사발령통지를 하였고, 그 지방공무원도 임용결격공무원등에대한퇴직보상금지급등에관한특례법에 따라 퇴직보상금 지급 및 특별채용 신청을 하여 특별채용되었으나, 그 인사발령통지서에는 위 지방공무원에 대한 지방소방사시보 발령을 취소한다고만 기재되어 있으므로, 위 지방공무원이 그 통지에 대하여 이의를 제기하지 않았다고 하더라도 위 인사발령통지서에 지방소방사 임용행위까지 취소한다는 취지가 포함되어 있다고 볼 수 없다.

[3] 경찰공무원법에 규정되어 있는 경찰관임용 결격사유는 경찰관으로 임용되기 위한 절대적인 소극적 요건으로서 임용 당시 경찰관임용 결격사유가 있었다면 비록 임용권자의 과실에 의하여 임용결격자임을 밝혀내지 못하였다 하더라도 그 임용행위는 당연히무효로 보아야 한다.

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

- ① 과세처분을 하면서 장기간 세액산출근거를 부기하지 아니한 경우에 납세자가 자진납부하였다면 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.

문10. ①

①: ×

대법원 1985.4.9. 선고 84누431 판결【법인세등부과처분취소】[공1985.6.1.(753),743]

세액산출근거가 기재되지 아니한 납세고지서에 의한 부과처분은 강행법규에 위반하여 취소 대상이 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.

문11. 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.

문11. ③

③: ×

경찰소극의 원칙에 부합하는 공익에 공공복리는 제외된다.

문12. 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 목시적으로 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 소유권 이전등기를 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 부진정 연대책무자인 공동불법행위자와의 내부관계에서 배상책임을 분담하게 된다.

문12. ②

②: ×

대법원 1997. 11. 14. 선고 96다10782 판결【토지소유권이전등기】[집45(3)민,297;공1997.12.15.(48),3797]

국유재산법 제5조 제2항은 "국유재산은 민법 제245조의 규정에 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니한다. 다만, 잡종재산의 경우는 그러하지 아니하다."고 규정하고 있는바, 원래 잡

종재산이던 것이 행정재산으로 된 경우 갑종재산일 당시에 취득시효가 완성되었다고 하더라도 행정재산으로 된 이상 이를 원인으로 하는 소유권이전등기를 청구할 수 없다고 할 것이다.

그리고 도시계획법상 공원으로 결정·고시된 국유토지라도 적어도 도시공원법 제4조에 의하여 조성계획이 결정되어 그 위치, 범위 등이 확정되어야만 국유재산법 제4조 제2항 제2호, 그 시행령 제2조 제1항에서 규정하고 있는 '공공용으로 사용하기로 결정한 재산'으로서 행정재산이 된다고 할 것이다.

문13. 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

문13. ④

④: ×

유동적 무효이고 사후에 허가를 받음으로써 소급하여 유효한 계약이 된다.

헌재 2013. 2. 28. 2012헌바94, 공보 제197호, 395 [합헌]

이 사건 법률조항은 부동산 투기거래를 방지함으로써 부동산거래의 정상화와 부동산가격의 안정을 도모하고자 도입된 토지거래허가제도의 실효성을 확보하기 위한 것으로서, 그 입법 목적은 정당하고, 이 사건 법률조항이 토지거래허가를 받은 자에게 토지이용의무를 부과한 후 그 의무를 이행하지 않는 경우 이행강제금의 제재를 가하는 것은 투기수요자들의 거래를 억제하는 등의 효과가 있으므로 수단의 적절성도 인정된다.

한편, 토지거래계약 허가를 받은 자에게 책임지울 수 없는 사유나 그 의무이행을 기대할 수 없는 사유가 있는 경우 국토계획법 시행령 제124조 제1항에 따라 폭넓은 토지이용의무 부과 의 예외를 인정하고 있는 점, 이행강제금을 현실적으로 부과하기 이전에 상당한 기간을 정하여 이행명령을 발하여 이에 따를 기회를 부여하고, 그 기간 내에 이행명령을 이행할 경우에는 이행강제금을 부과하지 않는 점, 토지이용의무를 이행하지 않는 토지소유자는 이 사건 법률조항에 따라 이행강제금을 부과받는 불이익을 입게 되지만, 부동산거래허가제도의 사후적 관리를 강화함으로써 투기수요자들이 토지거래허가구역 내에서 허위의 토지 이용목적을 내세워 거래허가를 받아 토지거래허가제도의 효력을 약화시키는 것을 막을 수 있는 점 등을

종합하여 볼 때 침해의 최소성 원칙에 반하지 아니하고, 법익균형성의 요건도 충족한다 할 것이다.

따라서 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배하여 재산권을 침해한다고 볼 수 없다.

문14. 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.

문14. ②

② ○ 주택재개발조합의 법적 지위를 종래 인가설에서 특허설로 판례 변경하였는데, 수업내용과 교재에서 수차례 강조하였던 것 적중되었습니다. 특히 로스쿨 시험에서 두문제 나오고 서울시 공무원시험에서 한 문제 나왔는데, 이들 문제들과 동조 현상을 보이고 있는 문제 중의 하나입니다.

대법원 2010.1.28. 선고 2009두4845 판결 【재개발정비사업조합설립인가처분무효확인】
[공2010상,434]

1. 법적 성질과 쟁송의 형태(항고소송)

(1) 설립된 재개발조합은 재개발사업의 사업시행자로서 조합원에 대한 법률관계에서 특수한 존립목적을 부여받은 행정주체로서의 지위를 가지게 되고, 이러한 행정주체의 지위에서 정비구역 안에 있는 토지 등을 수용하거나(같은 법 제38조), 관리처분계획(같은 법 제48조), 경비부과처분(같은 법 제61조) 등과 같은 행정처분을 할 수 있는 권한을 부여받는다. 따라서 재개발조합설립인가신청에 대한 행정청의 조합설립인가처분은 단순히 사인(사인)들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 가지는 것이 아니라 법령상 일정한 요건을 갖추는 경우 행정주체(공법인)의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성질을 가진다고 봄이 상당하다.

(2) 그러므로 도시정비법상 재개발조합설립인가신청에 대하여 행정청의 조합설립인가처분이 있는 이후에는, 조합설립동의에 하자가 있음을 이유로 재개발조합 설립의 효력을 부정하려면 항고소송으로 조합설립인가처분의 효력을 다투어야 한다(대법원 2009. 9. 24.자 2009마168 결정 등 참조).

이는 판례변경이며 통상의 인가에 있어서는 기본행위의 하자는 민사소송으로 다투어야 하고, 동 사안의 재개발조합설립인가만 인가로서의 보충적 성격과 특허로서의 성격을 겸유 하며 후자의 측면에서 설립행위에도 불구하고 인가가 난 경우 사인의 공법행위의 하자에도 불구하고 특허가 발급된 사안으로 풀어 주고 있는 것입니다. 이에 는 취소원칙설과 무효원칙 설이 있는데, 전자가 타당합니다. 따라서 취소소송으로 다투어야 합니다. 다만 예외적으로 중대·명백한 하자있으면 무효가 됨.

문15. 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 공권의 성립요건 충족 여부를 판단한다.
- ④ 판례에 따르면 불가쟁력이 발생한 행정행위에 대해 그것의 변경을 구할 국민의 신청권은 특별한 사정이 없는 한 인정되지 않고 있다.

문15. ②

②: ×

별리의 공권의 3요소 중 강행규정성과 사익보호성은 여전히 공권의 필수 요소로 보지만, 소구관철력 내지 의사력은 헌법 제27조의 재판청구권에 의하여 모든 국민에게 당연히 보장됨으로써 별도 필요가 없다고 보는 것이 다수설의 입장이다.

문16. 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 도출되지 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.

문16.

③

①: ○

대법원 1995.1.20. 선고 94누6529 판결 【행정처분취소】 [공1995.2.15.(986),919]

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.

③: ×

판례는 하천법상 제외지 보상청구만 공법상 권리로서 당사자소송으로 판례변경하고 있을 뿐, 일반적인 경우는 여전히 사권으로서 민사소송으로 보고 있다.

대법원 1996. 7. 26. 선고 94누13848 판결 【손실보상금지급거부처분취소】 [공1996.9.15.(18),2677]

내수면어업개발촉진법 제16조에 의하여 준용되는 수산업법 제81조 제1항 제1호는 같은 법 제34조 제1항 제1호 내지 제5호의 소정의 공익상 필요에 의한 사유로 인하여 면허어업을 제한하는 등의 처분을 받았거나 어업면허 유효기간의 연장이 허가되지 아니함으로써 손실을 입은 자는 행정관청에 대하여 보상을 청구할 수 있다고 규정하고 있는바, 이러한 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 권리이고, 따라서 같은 법 제81조 제1항 제1호 소정의 요건에 해당한다고 하여 보상을 청구하려는 자는 행정관청이 그 보상청구를 거부하거나 보상금액을 결정한 경우라도 이에 대한 행정소송을 제기할 것이 아니라 면허어업에 대한 처분을 한 행정관청(또는 그 처분을 요청한 행정관청)이 속한 권리주체인 지방자치단체 또는 국가를 상대로 민사소송으로 직접 손실보상금 지급청구를 하여야 한다.

문17. 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 군사시설 보호구역 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.

문17. ③

①: ×

기본적 사실관계의 동일성이 인정되는 범위 내에서만 처분사유의 추가·변경을 인정한다.

②: ×

대법원 2003. 12. 11. 선고 2001두8827 판결【정보공개청구거부처분취소】[집51(2) 특,438;공2004.1.15.(194),153]

[1] 공공기관의정보공개에관한법률 제1조, 제3조, 제6조는 국민의 알권리를 보장하고 국정에 대한 국민의 참여와 국정운영의 투명성을 확보하기 위하여 공공기관이 보유·관리하는 정보를 모든 국민에게 원칙적으로 공개하도록 하고 있으므로, 국민으로부터 보유·관리하는 정보에 대한 공개를 요구받은 공공기관으로서 같은 법 제7조 제1항 각 호에서 정하고 있는 비공개사유에 해당하지 않는 한 이를 공개하여야 할 것이고, 만일 이를 거부하는 경우라 할 지라도 대상이 된 정보의 내용을 구체적으로 확인·검토하여 어느 부분이 어떠한 법익 또는 기본권과 충돌되어 같은 법 제7조 제1항 몇 호에서 정하고 있는 비공개사유에 해당하는지를 주장·입증하여야만 할 것이며, 그에 이르지 아니한 채 개괄적인 사유만을 들어 공개를 거부하는 것은 허용되지 아니한다.

[2] 행정처분의 취소를 구하는 항고소송에 있어서, 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가하거나 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 이와 같이 기본적 사실관계와 동일성이 인정되지 않는 별개의 사실을 들어 처분사유로 주장하는 것이 허용되지 않는다고 해석하는 이유는 행정처분의 상대방의 방어권을 보장함으로써 실질적 법치주의를 구현하고 행정처분의 상대방에 대한 신뢰를 보호하고자 함에 그 취지가 있고, 추가 또는 변경된 사유가 당초의 처분시 그 사유를 명기하지 않았을 뿐 처분시에 이미 존재하고 있었고 당사자도 그 사실을 알고 있었다 하여 당초의 처분사유와 동일성이 있는 것이라 할 수 없다.

[3] 당초의 정보공개거부처분사유인 공공기관의정보공개에관한법률 제7조 제1항 제4호 및 제6호의 사유는 새로이 추가된 같은 항 제5호의 사유와 기본적 사실관계의 동일성이 없다.

③: ○

대법원 1991.11.8. 선고 91누70 판결【석유판매업불허가처분취소】[공1992.1.1.(911),126]

가. 당초부터 군사시설보호구역 밖에 위치하고 있는 토지여서 그 지상에 주유소를 설치·경영하도록 하기 위한 석유판매업허가를 함에 있어서 국방부장관 또는 관할 부대장과 협의하여야 하거나 그 동의를 얻어야 할 아무런 법령상의 근거가 없음에도 위 관할 부대장의 부동

의만을 이유로 한 불허가처분은 위법하다.

나. 행정처분의 취소를 구하는 항고소송에 있어서 행정청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계에 있어서 동일성이 인정되는 한도 내에서만 새로운 처분사유를 추가하거나 변경할 수 있을 뿐, 기본적 사실관계와 동일성이 인정되지 않는 별개의 사실을 들어 처분사유로 주장하는 것은 허용되지 않는다.

다. 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.

④: ×

대법원 2004. 11. 26. 선고 2004두4482 판결 【산림형질변경불허가처분취소】 [공2005.1.1.(217),52]

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.

문18. 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 주민등록 전입 신고의 수리 여부를 심사하는 단계에서는 고려 대상이 될 수 없다.

③ ‘부가가치세법’상의 사업자 등록은 과세관청으로 하여금 부가가치세의 납세의무자를 파악하고 그 과세자료를 확보케 하려는데 입법취지가 있는 것으로써, 이는 단순한 사업사실의 신고로 사업자가 소관 세무서장에게 소정의 사업자 등록 신청서를 제출함으로써 성립되는 것이다.

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

문18. ④

①: ○ ---> 수업내용과 교재 적중

대법원 2011.9.8. 선고 2009두6766 판결 【납골당설치신고수리처분이행통지취소】 [공2011하,2104]

[1] 납골당설치 신고가 ‘수리를 요하는 신고’인지 여부(적극) 및 수리행위에 신고필증 교부

등 행위가 필요한지 여부(소극)

구 장사 등에 관한 법률(2007. 5. 25. 법률 제8489호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 장사법’이라 한다) 제14조 제1항, 구 장사 등에 관한 법률 시행규칙(2008. 5. 26. 보건복지가족부령 제15호로 전부 개정되기 전의 것) 제7조 제1항 [별지 제7호 서식] 을 종합하면, 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 신고필증 교부 등 행위가 꼭 필요한 것은 아니다.

<2014년도 출제예상 판례 요지>

[2] 관련 법률에 규정이 없는 경우 유추적용을 통한 사익보호성 인정여부

구 장사 등에 관한 법률(2007. 5. 25. 법률 제8489호로 전부 개정되기 전의 것) 제14조 제3항, 구 장사 등에 관한 법률 시행령(2008. 5. 26. 대통령령 제20791호로 전부 개정되기 전의 것) 제13조 제1항 [별표 3]에서 납골묘, 납골탑, 가족 또는 종중·문중 납골당 등 사설 납골시설의 설치장소에 제한을 둔 것은, 이러한 사설납골시설을 인가가 밀집한 지역 인근에 설치하지 못하게 함으로써 주민들의 쾌적한 주거, 경관, 보건위생 등 생활환경상의 개별적 이익을 직접적·구체적으로 보호하려는 데 취지가 있으므로, 이러한 납골시설 설치장소에서 500m 내에 20호 이상의 인가가 밀집한 지역에 거주하는 주민들은 납골당 설치에 대하여 환경상 이익 침해를 받거나 받을 우려가 있는 것으로 사실상 추정된다.

다만 사설납골시설 중 종교단체 및 재단법인이 설치하는 납골당에 대하여는 그와 같은 설치장소를 제한하는 규정을 명시적으로 두고 있지 않지만, 종교단체나 재단법인이 설치한 납골당이라 하여 납골당으로서 성질이 가족 또는 종중, 문중 납골당과 다르다고 할 수 없고, 인근 주민들이 납골당에 대하여 가지는 쾌적한 주거, 경관, 보건위생 등 생활환경상의 이익에 차이가 난다고 볼 수 없다. 따라서 납골당 설치장소에서 500m 내에 20호 이상의 인가가 밀집한 지역에 거주하는 주민들에게는 납골당이 누구에 의하여 설치되는지를 따질 필요 없이 납골당 설치에 대하여 환경 이익 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 원고적격이 인정된다고 보는 것이 타당하다.

☞ ②: ○ ---> 수업내용과 교재 적중

I. 변경전 판례

대법원 2009.1.30. 선고 2006다17850 판결 【배당이의】

주민등록의 신고는 행정청에 도달하기만 하면 신고로서의 효력이 발생하는 것이 아니라 행정청이 수리한 경우에 비로소 신고의 효력이 발생한다.

II. 변경된 판례

대법원 2009.6.18. 선고 2008두10997 전원합의체 판결 【주민등록전입신고수리거부처분취소】

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, 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.

③: ○

④: 수리를 요하는 신고의 경우 형식적 요건만 심사하는 것이 주류적 판례의 입장이고, 실버타운수리의 경우처럼 예외적으로 실질적 요건도 심사해서 노인들이 아닌 주민들이 사용하지 못하도록 해야한다는 경우가 간혹 있다. 따라서 정답없음으로 처리될 가능성이 있다.

대법원 1989.12.26. 선고 87누308 전원합의체판결【사회단체등록신청반려취소등】[집37(4) 특,468;공1990.2.15(866),398] 전합 보충의견판시참고

사회단체등록에관한법률에 의한 등록신청의 법적 성질은 사인의 공법행위로서의 신고이고 등록은 당해 신고를 수리하는 것을 의미하는 준법률행위적 행정행위라 할 것이나 법 제4조 제1항의 형식요건의 불비가 없는데도 불구하고 등록의 거부처분을 당한 신고인은 우선 법 제10조 소정의 행정벌의 제재를 벗어나기 위하여 또한 법의 정당한 적용을 청구하는 의미에서도 위와 같은 거부처분에 대한 취소청구를 할 이익이 있는 것이다.

문19. 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.

문19. ②

②: ×

대법원 2006.10.13. 선고 2006두7096 판결【건물철거대집행계고처분취소】[공2006.11.15.(262),1925]

행정대집행법상 대집행의 대상이 되는 대체적 작위의무는 공법상 의무이어야 할 것인데, 구 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특별법(2002. 2. 4. 법률 제6656호 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지)에 따른 토지 등의 협의취득은 공

공사에 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.

문20. 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 다른 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.

문20. ③

③: × ----> 교재 및 수업내용 적중

노동위원회법에서 필요적 전치주의와 재결주의 등 예외적인 조항을 두고 있는 점을 지적한 것은 옳지만 피고를 일반적인 취소소송의 경우와 달리 위원회가 아니라 중노위위원장으로 규정하고 있다. 판례도 동일하게 판시하고 있다.

대법원 2010.7.29. 선고 2007두18406 판결 【부당해고구제재심판정중직위해제부분취소】
[공2010하,1761]