

2018년도 5급 승진시험 행정법 해설 A책형

문 1. 법원(法源)과 그 효력에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정법의 기본적인 사항이 헌법에 의해 정해지지만 헌법은 행정법에 대해 상위규범이라는 점에서 행정법의 직접적 법원은 아니다.
- ② 「국세기본법」상 비과세관행이 성립하려면, 상당한 기간에 걸쳐 과세를 하지 아니한 객관적 사실이 존재할 뿐만 아니라 과세관청이 불과세 상태에 대하여 과세하지 않겠다는 명시적 또는 묵시적 의사표시가 있어야 한다.
- ③ 아직 완성되지 아니하고 진행 중인 사항에 대하여 새로운 법령을 적용하는 부진정소급입법은 원칙적으로 허용되지 않는다.
- ④ 진정소급입법은 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나 법적상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할 만한 신뢰의 이익이 적은 경우에도 허용될 수 없다.
- ⑤ 허가신청 후 처분 전에 관계 법령이 개정·시행된 경우 개정 전의 법령에 의한다는 경과규정이 없더라도 허가 신청 당시의 법령에 의하여 허가여부를 판단하여야 한다.

|| 해설 ||

- ① [×] 헌법은 법률과 마찬가지로 행정상 법률관계를 해석하고 적용함에 있어서 직접적인 법원으로 기능한다.
- ② [○] 국세기본법 제18조 제3항에 규정된 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 불과세 상태에 대하여 과세하지 않겠다는 의사표시를 한 것으로 볼 수 있는 사정이 있어야 한다.^{2014지9} (대판 2003. 9. 5. 2001두7855)
- ③ [×] 헌법 제13조 제2항이 금하고 있는 소급입법은 전자, 즉 진정소급효를 가지는 법률만을 의미하는 것으로서 이에 반하여 후자, 즉 부진정소급효의 입법은 원칙적으로 허용되는 것이다.^{2015사복} (헌재 2005. 6. 30. 2004헌바42)
- ④ [×]

부진정소급입법	원칙적으로 허용	다만, 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 된다. ^{2017서7}
진정소급입법	헌법적으로 허용되지 아니하는 것이 원칙	예외적으로 ①국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나, ②법적 상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할 만한 신뢰의 이익이 적은 경우와 ③소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우, 그리고 ④신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우에는 허용될 수 있다. ^{2016교행, 2015서9, 2015사복} (헌재 2011. 3. 31. 2008헌바141, 2009헌바14, 19, 36, 247, 352, 2010헌바91)

- ⑤ [×] 행정행위는 처분 당시에 시행중인 법령과 허가기준에 의하여 하는 것이 원칙이고 인·허가신청 후 처분 전에 관계 법령이 개정·시행된 경우 신법령 부칙에 그 시행 전에 이미 허가신청이 있는 때에는 종전의 규정에 의한다는 취지의 경과규정을 두지 아니한 이상 당연히 허가신청 당시의 법령에 의하여 허가 여부를 판단하여야 하는 것은 아니다. (대판 1998. 3. 27. 96누19772)

정답 ②

문 2. 행정처분의 효력에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 위반으로 운전면허취소처분을 받은 자가 자동차를 운전하였다고 하더라도 그 후 피의사실에 대하여 무혐의 처분을 받고 이를 근거로 행정청이 운전면허 취소처분을 철회하였다면, 위 운전행위는 무면허 운전에 해당하지 않는다.
- ② 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.
- ③ 행정처분이 위법임을 이유로 국가배상을 청구하는 경우, 그 행정처분에 대한 취소판결이 있어야 그 행정처분의 위법을 이유로 국가배상을 청구할 수 있는 것은 아니다.
- ④ 행정행위에 당연 무효로 보아야 할 사유가 있는 경우 이외에는 그 행정행위가 행정소송이나 다른 행정행위에 의하여 적법하게 취소될 때까지는 단순히 취소할 수 있는 사유가 있는 것만으로는 누구도 그 효력을 부인할 수 없다.
- ⑤ 무효인 행정행위가 행정쟁송의 대상이 된 경우에 사정재결은 가능하나, 사정판결은 불가능하다.

|| 해설 ||

- ① [○] 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(도주차량)으로 운전면허취소처분을 받은 자가 자동차를 운전하였다고 하더라도 그 후 피의사실에 대하여 무혐의 처분을 받고 이를 근거로 행정청이 운전면허 취소처분을 철회하였다면, 위 운전행위는 무면허운전에 해당하지 않는다. (대판 2008. 1. 31. 2007도9220)
- ② [○] 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. 2019서9, 2018국회8, 2017국7하 (대판 2007. 4. 26. 2005두11104)
- ③ [○] 행정처분의 취소판결이 있어야만, 그 행정처분의 위법임을 이유로 한 손해배상 청구를 할 수 있는 것은 아니다. 2019국9, 2018교행, 2017국회8 (대판 1972. 4. 28. 72다337)
- ④ [○] 행정처분이 아무리 위법하다고 하여도 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라고 보아야 할 사유가 있는 경우를 제외하고는 아무도 그 하자를 이유로 무단히 그 효과를 부정하지 못하는 것으로, 이러한 행정행위의 공정력은... (대판 2007. 3. 16. 2006다83802)
- ⑤ [×] 무효인 행정행위에 대한 사정재결과 사정판결은 불가능하다.

정답 ⑤

문 3. 판례의 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 법령의 해석적용에 관한 기준을 정하여 발하는 이른바 '행정규칙이나 내부지침'은 일반적으로 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니므로 행정처분이 그에 위반하였다는 사정만으로 곧바로 위법하게 되는 것은 아니다.
- ② 평등의 원칙은 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게 취급함을 금지하는 것이고, 위법한 행정처분이더라도 수차례에 걸쳐 반복적으로 행하여지는 경우에는 그 처분은 행정청에 대하여 자기구속력을 갖게 된다.
- ③ 「개발이익환수에 관한 법률」에서 정한 개발사업을 시행하기 전에, 예식장을 건축하는 것이 관계 법령상 가능한지를 질의하는 민원예비심사에 대하여 행정청이 관련부서 의견으로 「개발이익환수에 관한 법률」에 '저촉사항 없음'이라고 기재한 것은, 이후의 개발부담금부과처분에 관하여 신뢰보호의 원칙상 신뢰의 대상이 되는 공적 견해표명을 한 것으로 볼 수 없다.
- ④ 근로복지공단의 요양불승인처분의 적법 여부는 사실상 휴업급여청구권 발생의 전제가 되기에 근로자가 요양불승인 취소소송의 판결확정시까지 근로복지공단에 휴업급여를 청구하지 않았던 것은 이를 행사할 수 없는 사실상의 장애 사유가 있었기 때문이므로, 근로복지공단의 그 소멸시효 항변은 신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다.
- ⑤ 지방공무원 임용신청 당시 잘못 기재된 호적상 출생연월일을 근거로 한 공무원인사 기록카드의 생년월일 기재에 대해 처음 임용된 후 약 36년 동안 전혀 이의를 제기하지 않다가, 정년을 1년 3개월 앞두고 호적상 출생연월일을 정정한 후 그 출생 연월일을 기준으로 정년의 연장을 요구하는 것은 신의성실의 원칙에 반하지 않는다.

|| 해설 ||

- ① [○] 상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 업무처리지침이나 법령의 해석적용에 관한 기준을 정하여 발하는 이른바 '행정규칙이나 내부지침'은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니므로 행정처분이 그에 위반하였다고 하여 그러한 사정만으로 곧바로 위법하게 되는 것은 아니다. (대판 2009. 12. 24. 2009두7967)
- ② [×] 평등의 원칙은 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게 취급함을 금지하는 것이고, 위법한 행정처분이 수차례에 걸쳐 반복적으로 행하여졌다 하더라도 그러한 처분이 위법한 것인 때에는 행정청에 대하여 자기구속력을 갖게 된다고 할 수 없다. 2019서9, 2019국회8, 2018국9 (대판 2009. 6. 25. 2008두13132)
- ③ [○] 개발이익환수에 관한 법률에 정한 개발사업을 시행하기 전에, 행정청이 토지 지상에 예식장 등을 건축하는 것이 관계 법령상 가능한지 여부를 질의하는 민원예비심사에 대하여 관련부서 의견으로 개발이익환수에 관한 법률에 '저촉사항 없음'이라고 기재하였다고 하더라도, 위 통보서에는 참고사항으로 "본 예비심사는 현행 법령과 관련부서 협의결과에 의한 것으로 차후 관계 법령과 조례제정, 사업계획의 구체화 등으로 인하여 변동될 수 있다."고 기재되어 있는 점 등에 비추어 볼 때, 위와 같은 사정만으로 피고가 원고에게 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 한 것이라고는 보기 어렵다. 2013국9 (대판 2006. 6. 9. 2004두46)
- ④ [○] 근로복지공단의 요양불승인처분의 적법 여부는 사실상 근로자의 휴업급여청구권 발생의 전제가 된다고 볼 수 있는 점 등에 비추어, 근로자가 요양불승인에 대한 취소소송의 판결확정시까지 근로복지공단에 휴업급여를 청구하지 않았던 것은 이를 행사할 수 없는 사실상의 장애사유가 있었기 때문이라고 보아야 하므로, 근로복지공단의 소멸시효 항변은 신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다. (대판(전) 2008. 9. 18. 2007두2173)
- ⑤ [○] 지방공무원 임용신청 당시 잘못 기재된 호적상 출생연월일을 생년월일로 기재하고, 이에 근거한 공무원인사기록카드의 생년월일 기재에 대하여 처음 임용된 때부터 약 36년 동안 전혀 이의를 제기하지 않다가, 정년을 1년 3개월 앞두고 호적상 출생연월일을 정정한 후 그 출생연월일을 기준으로 정년의 연장을 요구하는 것이 신의성실의 원칙에 반하지 않는다고 본 사례. 2015서7 (대판 2009. 3. 26. 2008두21300)

정답 ②

문 4. 행정지도에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정지도는 그에 따를 것인지 여부가 상대방의 임의적 결정에 달려 있는 것이므로 반드시 명시적인 법적 근거를 요하는 것은 아니다.
- ② 행정지도는 서면 또는 구술의 형식으로 할 수 있다.
- ③ 행정지도를 하는 자는 그 상대방에게 행정지도의 취지 및 내용과 신분을 밝혀야 한다.
- ④ 행정지도의 상대방은 당해 행정지도의 방식·내용 등에 관하여 행정기관에 의견을 제출할 수 있다.
- ⑤ 불이행시 행정·재정상의 불이익조치를 예정하고 있는 교육부장관의 대학총장에 대한 학칙시정요구는 행정지도로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 할 수 없다.

|| 해설 || 이하 「행정절차법」

- ① [○] 행정지도는 비권력적 성질의 것으로 상대방의 임의적 협력을 전제로 하는 것이므로 작용법적 근거는 필요치 않다. ^{2015서9}

- ② [○] 행정지도는 반드시 문서로 하여야 하는 것은 아니다. 행정지도는 구술로도 이루어 질 수 있다(제49조 제2항).

행정지도의 방식 (제49조)	② 행정지도가 말로 이루어지는 경우에 상대방이 제1항의 사항을 적은 서면의 교부를 요구하면 그 행정지도를 하는 자는 직무 수행에 특별한 지장이 없으면 이를 교부하여야 한다. ^{2017국9, 2017국회8, 2017교행}
--------------------	---

- ③ [○]

행정지도의 방식 (제49조)	① 행정지도를 하는 자는 그 상대방에게 그 행정지도의 취지 및 내용과 신분을 밝혀야 한다. ^{2017국9, 2017교행}
--------------------	--

- ④ [○]

의견제출 (제50조)	행정지도의 상대방은 해당 행정지도의 방식·내용 등에 관하여 행정기관에 의견제출을 할 수 있다. ^{2019서9, 2017국9, 2017국회8}
----------------	---

- ⑤ [×] 교육인적자원부장관의 대학총장들에 대한 이 사건 학칙시정요구는 그 법적 성격은 대학총장의 임의적인 협력을 통하여 사실상의 효과를 발생시키는 행정지도의 일종이지만, 그에 따르지 않을 경우 일정한 불이익조치를 예정하고 있어 사실상 상대방에게 그에 따를 의무를 부과하는 것과 다를 바 없으므로 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 상당히 강하게 갖는 것으로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 볼 수 있다. ^{2019국9, 2017국회8} (헌재 2003. 6. 26. 2002헌마337)

정답 ⑤

문 5. 행정행위의 취소와 철회에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정행위의 취소는 일단 유효하게 성립한 행정행위를 그 행위에 하자가 있음을 이유로 원칙적으로 소급하여 효력을 소멸시키는 별도의 행정처분이다.
- ② 행정행위의 철회는 적법요건을 구비하여 완전히 효력을 발하고 있는 행정행위를 사후적으로 효력의 전부 또는 일부를 장래에 향해 소멸시키는 별개의 행정처분이다.
- ③ 행정행위의 철회사유는 취소사유와는 달리 행정행위가 성립된 이후에 새로이 발생한 것으로서 행정행위의 효력을 존속시킬 수 없는 사유를 말한다.
- ④ 수익적 행정행위에 대한 철회권 행사는 이미 부여된 국민의 기득권의 침해를 정당화할 만한 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익을 보호할 필요가 있으며, 이러한 공익상의 필요 등이 상대방이 입을 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 허용될 수 있다.
- ⑤ 후속처분의 내용이 종전처분의 유효를 전제로 내용 중 일부분을 철회하는 것이고 철회된 부분이 내용과 성질상 나머지 부분과 불가분적인 것이 아닌 경우, 특별한 사정이 없는 한 종전처분은 효력을 상실하고 후속처분만이 항고소송의 대상이 된다.

|| 해설 ||

- ① [○] ② [○] ③ [○] 행정행위의 취소는 일단 유효하게 성립한 행정행위를 그 행위에 위법 또는 부당한 하자가 있음을 이유로 소급하여 그 효력을 소멸시키는 별도의 행정처분이고, 행정행위의 철회는 적법요건을 구비하여 완전히 효력을 발하고 있는 행정행위를 사후적으로 그 행위의 효력의 전부 또는 일부를 장래에 향해 소멸시키는 행정처분이므로, 행정행위의 취소사유는 행정행위의 성립 당시에 존재하였던 하자를 말하고, 철회사유는 행정행위가 성립된 이후에 새로이 발생한 것으로서 행정행위의 효력을 존속시킬 수 없는 사유를 말한다.^{2015국7} (대판 2006. 5. 11. 2003다37969)
- ④ [○] 수익적 행정행위를 취소 또는 철회하거나 중지시키는 경우에는 이미 부여된 국민의 기득권을 침해하는 것이 되므로, 비록 취소 등의 사유가 있다고 하더라도 그 취소권 등의 행사는 기득권의 침해를 정당화할 만한 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익을 보호할 필요가 있고, 이를 상대방이 받는 불이익과 비교·교량하여 볼 때 공익상의 필요 등이 상대방이 입을 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 허용될 수 있다.^{2018국회8} (대판 2017. 3. 15. 2014두41190)
- ⑤ [×] 후속처분의 내용이 종전처분의 유효를 전제로 내용 중 일부분을 추가·철회·변경하는 것이고 추가·철회·변경된 부분이 내용과 성질상 나머지 부분과 불가분적인 것이 아닌 경우에는, 후속처분에도 불구하고 종전처분이 여전히 항고소송의 대상이 된다. (대판(전) 2015. 11. 19. 2015두295)

정답 ⑤

문 6. 행정행위의 적법·유효요건에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정기관에 의해 행정의사가 내부적 성립요건을 갖추고, 외부적으로 표시되면 행정행위는 성립한다.
- ② 법령위반에 대한 과징금 부과기준이 위반행위시에 비하여 엄격하게 개정된 경우, 적용법령에 관한 특별한 규정이 없다면 처분시가 아닌 위반행위시의 법령에 따른 기준을 적용한다.
- ③ 행정청이 상대방과의 협약에 따라 수익적 처분에 부가한 부담이 처분시 법령에 적법한 것이었으나, 이후 처분의 근거법령이 개정되어 더 이상 부관을 붙일 수 없게 된 경우에 그 부담에 관한 협약의 효력도 곧바로 소멸한다.
- ④ 공립유치원 교사의 신규채용·전보·직위해제·의원면직의 권한을 교육감으로부터 위임을 받은 교육장이 그 위임 사항에 없는 직권면직의 권한을 행사한 경우, 그 직권면직처분은 당연 무효는 아니다.
- ⑤ 법률관계나 사실관계에 대한 법리가 명백히 밝혀지지 아니하여 해석에 다툼의 여지가 있는 경우, 행정청이 이를 잘못 해석하여 행정처분을 하였다면, 이러한 하자는 객관적으로 명백한 것이라고는 할 수 없다.

|| 해설 ||

- ① [O] 행정행위가 성립하기 위하여는 어떤 행정기관에 의해 행정의사가 내부적으로 결정되고(내부적 성립), 외부적으로 표시되어야 한다(외부적 성립).
- ② [O] 과징금을 부과하는 경우, 구체적인 부과기준에 대하여는 처분시의 시행령이 행위시의 시행령보다 불리하게 개정된 채로 유지되었지만 어느 시행령을 적용할 것인지에 대하여 특별한 규정이 없는 경우에 해당하므로, 앞서 본 법리에 비추어 행위시의 시행령에 따라야 할 것이다. (대판 2002. 12. 10. 2001두3228)
- ③ [X] 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 사전에 상대방과 체결한 협약상의 의무를 부담으로 부가하였는데 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거 법령이 개정되어 부관을 붙일 수 없게 된 경우, 위 협약의 효력이 소멸하는지 여부(소극)
 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 부가한 부담의 위법 여부는 처분 당시 법령을 기준으로 판단하여야 하고^{2015지9}, 부담이 처분 당시 법령을 기준으로 적법하다면 처분 후 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거 법령이 개정됨으로써 행정청이 더 이상 부관을 붙일 수 없게 되었다 하더라도 곧바로 위법하게 되거나 그 효력이 소멸하게 되는 것은 아니다.^{2019지9, 2019서9, 2019서7} (대판 2009. 2. 12. 2005다65500)
- ④ [O] 교육감은 공립유치원 교사의 관내전보, 직위해제, 의원면직, 신규채용권한을 교육장에게 재위임하였을 뿐 직권면직 권한까지 재위임한 바는 없으므로 피고가 공립유치원 교사인 원고에 대하여 이 사건 직권면직처분을 한 것은 적법한 위임 없이 권한 없는 자가 행한 처분으로서 그 하자가 중대하다고 할 것이나, 객관적으로 명백하다고는 할 수 없어 당연무효는 아니다. (대판 2007. 9. 21. 2005두11937)
- ⑤ [O] 법률관계나 사실관계에 대하여 그 법률의 규정을 적용할 수 없다는 법리가 명백히 밝혀지지 아니하여 그 해석에 다툼의 여지가 있는 때에는 행정관청이 이를 잘못 해석하여 행정처분을 하였더라도 이는 그 처분 요건사실을 오인한 것에 불과하여 그 하자가 명백하다고 할 수 없는 것이다. (대판 2007. 5. 10. 2005다31828; 대판(전) 2018. 7. 19. 2017다242409)

정답 ③

문 7. 「행정절차법」상 송달에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 송달은 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 해당 문서가 송달받을 자에게 도달됨으로써 그 효력이 발생한다.
- ② 「행정심판법」에 따른 행정심판의 재결서의 송달에 대하여도 「행정절차법」이 적용된다.
- ③ 정보통신망을 이용하여 전자문서로 송달하는 경우에는 송달받을 자가 지정한 컴퓨터 등에 입력된 때에 도달된 것으로 본다.
- ④ 송달이 불가능한 경우에는 송달받을 자가 알기 쉽도록 관보, 공보, 게시판, 일간신문 중 하나 이상에 공고하고 인터넷에도 공고하여야 한다.
- ⑤ 공고에 의한 송달은 효력발생시기를 달리 정하여 공고한 경우나 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 공고일부터 14일이 지난 때에 그 효력이 발생한다.

|| 해설 || 이하 「행정절차법」

- ① [O] 제15조 제1항

송달의 효력발생(원칙: 도달주의)	① 송달은 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 해당 문서가 <u>송달받을 자에게 도달됨으로써 그 효력이 발생한다.</u> 2015서7
--------------------------	---

- ② [X] 「행정심판법」에 따른 행정심판의 재결서의 송달에는 「행정절차법」이 적용되지 않는다(제3조 제2항 제8호)

- ③ [O] 제15조 제2항

정보통신망에 의한 송달의 경우	② 제14조제3항에 따라 정보통신망을 이용하여 전자문서로 송달하는 경우에는 <u>송달받을 자가 지정한 컴퓨터 등에 입력된 때에 도달된 것으로 본다.</u> 2018교행, 2012지9
------------------	--

- ④ [O] 제14조 제4항

공고 (송달에 갈음)	④ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 <u>송달받을 자가 알기 쉽도록 관보, 공보, 게시판, 일간신문 중 하나 이상에 공고하고 인터넷에도 공고하여야 한다.</u> 2018교행, 2017국7하 1. 송달받을 자의 주소등을 통상적인 방법으로 확인할 수 없는 경우 2. <u>송달이 불가능한 경우</u>
----------------	---

- ⑤ [O] 제15조 제3항

공고의 효력발생	③ 제14조제4항의 경우에는 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 <u>공고일부터 14일이 지난 때에 그 효력이 발생한다.</u>
----------	---

정답 ②

문 8. 공법상 계약에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공법상 계약에서의 상대방 동의는 계약의 성립요건에 해당한다.
- ② 고양시장에 의한 재활용자원화시설의 민간위탁대상자 선정행위는 공법상 계약에 해당한다.
- ③ 한국환경산업기술원장이 연구개발사업협약을 체결하고 수행과제에 대한 연차평가 결과를 근거로 연구개발중단조치 및 연구비 집행중지 조치를 한 경우 각 조치는 행정처분에 해당한다.
- ④ 중소기업기술정보진흥원이 정보화지원사업 관련 협약을 맺은 후 상대방의 책임이 있는 사업실패로 그 협약을 해지하고 그에 따른 사업비 환수를 통보한 것은 처분으로 볼 수 없다.
- ⑤ 「공공기관의 운영에 관한 법률」의 적용 대상인 공기업이 일방 당사자가 되는 계약은 공법상 계약으로 볼 수 없다.

|| 해설 ||

- ① [○] 공법상 계약은 사법상 계약과 마찬가지로 양 당사자의 반대방향의 의사의 합치에 의하여 성립하므로, 상대방 동의는 성립요건에 해당한다.
- ② [×] 고양시재활용자원화시설민간위탁대상자 선정처분 ... 원고에 대한 위탁대상자 선정을 취소한 이 사건 처분 역시 위법하다고 판단하였다. (대판 2007. 9. 21. 2006두7973)
- ③ [○] 한국환경산업기술원장이 환경기술개발사업 협약을 체결한 甲 주식회사 등에게 연차평가 실시 결과 절대평가 60점 미만으로 평가되었다는 이유로 연구개발 중단 조치 및 연구비 집행중지 조치(이하 '각 조치'라 한다)를 한 사안에서, 각 조치는 甲 회사 등에게 연구개발을 중단하고 이미 지급된 연구비를 더 이상 사용하지 말아야 할 공법상 의무를 부과하는 것이고, 연구개발 중단 조치는 협약의 해약 요건에도 해당하며, 조치가 있는 후에는 주관연구기관이 연구개발을 계속하더라도 그에 사용된 연구비는 환수 또는 반환 대상이 되므로, 각 조치는 甲 회사 등의 권리·의무에 직접적인 영향을 미치는 행위로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 한 사례. (대판 2015. 12. 24. 2015두264)
- ④ [○] 중소기업기술정보진흥원장이 갑 주식회사와 중소기업 정보화지원사업 지원대상인 사업의 지원에 관한 협약을 체결하였는데, 협약이 갑 회사에 책임이 있는 사업실패로 해지되었다는 이유로 협약에서 정한 대로 지급받은 정부지원금을 반환할 것을 통보한 사안에서, 협약의 해지 및 그에 따른 환수통보는 행정청이 우월한 지위에서 행하는 공권력의 행사로서 행정처분에 해당한다고 볼 수 없다고 한 사례.^{2018국9, 2017지9} (대판 2015. 8. 27. 2015두41449)
- ⑤ [○] 국가를 당사자로 하는 계약이나 공공기관의 운영에 관한 법률의 적용 대상인 공기업이 일방 당사자가 되는 계약('공공계약')의 법적 성격은 사법상 계약이다.

정답 ②

문 9. 행정상 강제징수에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「국세징수법」이 압류의 대상을 납세자의 재산에 국한하는 것은 아니므로 납세자가 아닌 제3자의 재산을 대상으로 한 압류처분도 유효하다.
- ② 「국세징수법」상 납부최고는 체납처분의 전제요건을 충족시키며, 시효중단의 효과를 발생하게 한다.
- ③ 「국세징수법」상 압류재산의 매각에 있어서 공매는 공법상의 행정처분의 성질을 가지지만 체납자에게 행하는 공매 통지는 공매의 절차적 요건으로서 행정처분이라고 볼 수 없다.
- ④ 「국세징수법」상의 강제징수에 대한 행정심판은 「국세기본법」상의 절차가 적용된다.
- ⑤ 한국자산공사가 당해 부동산을 인터넷을 통하여 재공매(입찰)하기로 한 결정 자체는 내부적인 의사결정에 불과하여 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다.

|| 해설 ||

- ① [X] 납세자가 아닌 제3자의 재산을 대상으로 한 압류처분은 그 처분의 내용이 법률상 실현될 수 없는 것이어서 당연히 무효이다. ^{2015지9} (대판 2012. 4. 12. 2010두4612)
- ② [O] 국세징수법상 독촉이나 납부최고는 체납처분을 위한 전제조건이며, 또한 그것은 시효중단의 효과를 발생한다.

국세기본법

제28조(소멸시효의 중단과 정지)

① 제27조에 따른 소멸시효는 다음 각 호의 사유로 중단된다.

1. 납세고지
2. 독촉 또는 납부최고(納付催告)
3. 교부청구
4. 압류

- ③ [O]

[판례1] 과세관청이 체납처분으로서 행하는 공매는 우월한 공권력의 행사로서 행정소송의 대상이 되는 공법상의 행정처분 ^{2017사복, 2015국9}이다. (대판 1984. 9. 25. 84누201)

[판례2] 체납자 등에 대한 공매통지는 국가의 강제력에 의하여 진행되는 공매에서 체납자 등의 권리 내지 재산상의 이익을 보호하기 위하여 법률로 규정한 절차적 요건이라고 보아야 하며, 공매처분을 하면서 체납자 등에게 공매통지를 하지 않았거나 공매통지를 하였더라도 그것이 적법하지 아니한 경우에는 절차상의 흠이 있어 그 공매처분은 위법하다. (대판(전) 2008. 11. 20. 2007두18154)

- ④ [O] 행정상 강제징수에 대한 불복에 관하여 국세기본법에서 특별한 규정을 두고 있다(제55조 이하). 국세기본법에서는 행정심판에 있어서 일반법인 행정심판법을 배제하고 국세기본법상의 특별한 전심절차로서 심사청구(제61조 이하)와 심판청구절차(제67조 이하)를 마련하고 있다.

국세기본법

제55조(불복)

① 이 법 또는 세법에 따른 처분으로서 위법 또는 부당한 처분을 받거나 필요한 처분을 받지 못함으로 인하여 권리나 이익을 침해당한 자는 이 장의 규정에 따라 그 처분의 취소 또는 변경을 청구하거나 필요한 처분을 청구할 수 있다.

제56조(다른 법률과의 관계)

① 제55조에 규정된 처분에 대해서는 「행정심판법」의 규정을 적용하지 아니한다.

- ⑤ [O] 한국자산공사가 당해 부동산을 인터넷을 통하여 재공매(입찰)하기로 한 결정 자체는 내부적인 의사결정에 불과하여 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다. (대판 2007. 7. 27. 2006두8464)

정답 ①

문 10. 「식품위생법」은 표시의무를 위반한 유전자변형식품의 판매 또는 판매목적의 수입·진열·운반 등을 금지하고 있다.
동법상 그 실효성확보수단에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 실효성확보수단을 그 성질에 따라 행정강제와 행정벌로 구분하는 경우 제79조의 영업소 폐쇄조치는 전자에, 제97조에서 정한 벌칙(3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금)은 후자에 속한다.
- ② 제75조에 따른 영업소 폐쇄명령의 불이행에 대한 제79조제1항제3호의 '해당 영업소의 시설물과 영업에 사용하는 기구 등을 사용할 수 없게 하는 봉인'은 행정청이 직접 의무자의 신체·재산에 실력을 가하는 강제수단으로서 강학상으로는 행정상 즉시강제에 해당한다.
- ③ 제82조의 '영업정지 등의 처분에 갈음하여 부과하는 과징금처분'은 과거의 범위반에 대한 행정제재로서 불이행한 의무를 장래에 향해 실현시키는 행정상 강제집행과는 구분된다.
- ④ 제97조의 벌칙은 형법총칙이 적용되는 행정형벌이라는 점에서 「질서위반행위규제법」이 적용되는 과태료와는 구별된다.
- ⑤ 제100조의 양벌규정의 적용에 있어서 법인이 종업원의 위반행위를 방지하기 위하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 때에는 처벌할 수 없다.

|| 해설 ||

- ① [O] 제79조의 영업소폐쇄조치는 직접강제, 제97조는 행정벌로서 형법상의 형벌을 과하는 행정형벌에 속한다.
- ② [X] '봉인' 조치는 폐쇄명령의 불이행에 관한 것으로 의무부과와 그 불이행을 전제로 하는 직접강제에 해당한다.
- ③ [O] '영업정지 등의 처분에 갈음하여 부과하는 과징금처분'은 '변형된 형태의 과징금'에 해당한다. 이는 행정법상의 의무반자에게 금전납부를 명하여 간접적으로 의무이행을 확보하는 수단이다. 이에 반하여 행정상의 강제집행은 행정법상의 의무불이행에 대하여 행정주체가 장래를 향하여 그 의무를 이행시키거나 또는 의무이행이 있는 것과 같은 상태를 실현시키는 작용을 말한다(직접적 강제수단).
- ④ [O] 행정벌에는 형법상의 형벌을 그 제재로서 과하는 행정형벌과 형법상의 형벌이 아닌 제재(과태료)가 가해지는 행정 질서벌이 있다.
- ⑤ [O] 양벌규정에 의한 영업주의 처벌은 금지위반행위자인 종업원의 처벌에 종속하는 것이 아니라 독립하여 그 자신의 종업원에 대한 선입감독상의 과실로 인하여 처벌되는 것이다.^{2019서9, 2018지9, 2018국회8} (대판 2006. 2. 24. 2005도7673)

정답 ②

문 11. 국가배상책임에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 공무원이 경과실로 직무상 불법행위를 한 후 직접 피해자에게 손해배상하였다면 국가에 대하여 구상권을 행사할 수 없다.
- ② 헌법재판소 재판관의 잘못된 각하결정으로 말미암아 본안판단기회를 상실한 경우, 본안판단을 하면 어차피 청구가 기각될 사정이 있더라도 본안판단에 대한 원고의 합리적 기대가 침해된 데 따른 정신상 고통에 대해 위자료를 지급할 의무가 국가에게 인정된다.
- ③ 국민의 이익과 관련된 것이라도 직접 국민 개개인의 이익을 위한 것이 아니라 전체적으로 공공 일반의 이익을 도모하기 위한 것이라면, 그 의무에 위반하였다는 사유로 국가 또는 지방자치단체가 배상책임을 부담하지는 아니한다.
- ④ 행위 자체의 외관을 객관적으로 관찰하여 공무원의 직무행위로 보여질 때에는 비록 그것이 실질적으로 직무행위가 아니거나 또는 행위자로서는 주관적으로 공무집행의 의사가 없었다고 하더라도 그 행위는 직무행위라고 판단한다.
- ⑤ 국가의사를 형성하는 국가기관으로서 국회의원은 입법에 관하여 원칙적으로 국민 전체에 대한 관계에서 정치적 책임을 질 뿐 국민 개개인의 권리에 대응하여 법적 의무를 지는 것은 아니다.

|| 해설 ||

- ① [×] 피해자에게 손해를 직접 배상한 경과실이 있는 공무원은 특별한 사정이 없는 한 국가에 대하여 국가의 피해자에 대한 손해배상책임의 범위 내에서 공무원이 변제한 금액에 관하여 구상권을 취득한다고 봄이 타당하다. ^{2019국9, 2017서9, 2016국7} (대판 2014. 8. 20. 2012다54478)
- ② [○] 헌법재판소 재판관의 위법한 직무집행의 결과 잘못된 각하결정을 함으로써 청구인으로 하여금 본안판단을 받을 기회를 상실하게 한 이상, 설령 본안판단을 하였더라도 어차피 청구가 기각되었을 것이라는 사정이 있다고 하더라도 잘못된 판단으로 인하여 헌법소원심판 청구인의 위와 같은 합리적인 기대를 침해한 것이고 이러한 기대는 인격적 이익으로서 보호할 가치가 있다고 할 것이므로 그 침해로 인한 정신상 고통에 대하여는 위자료를 지급할 의무가 있다. (대판 2003. 7. 11. 99다24218)
- ③ [○] 공무원이 직무를 수행하면서 그 근거되는 법령의 규정에 따라 구체적으로 의무를 부여받았어도 그것이 국민의 이익과는 관계없이 순전히 행정기관 내부의 질서를 유지하기 위한 것이거나, 또는 국민의 이익과 관련된 것이라도 직접 국민 개개인의 이익을 위한 것이 아니라 전체적으로 공공 일반의 이익을 도모하기 위한 것이라면 그 의무에 위반하여 국민에게 손해를 가하여도 국가 또는 지방자치단체는 배상책임을 부담하지 아니한다. (대판 2001. 10. 23. 99다36280)
- ④ [○] 국가배상법 제2조 제1항 소정의 '직무를 집행함에 당하여'라 함은 직접 공무원의 직무집행행위이거나 그와 밀접한 관계에 있는 행위를 포함하고, 이를 판단함에 있어서는 행위 자체의 외관을 객관적으로 관찰하여 공무원의 직무행위로 보여질 때에는 비록 그것이 실질적으로 직무행위에 속하지 않는다 하더라도 그 행위는 공무원이 '직무를 집행함에 당하여' 한 것으로 보아야 한다. (대판 2001. 1. 5. 98다39060)
- ⑤ [○] 국회의원은 입법에 관하여 원칙적으로 국민 전체에 대한 관계에서 정치적 책임을 질 뿐 국민 개개인의 권리에 대응하여 법적 의무를 지는 것은 아니므로, 국회의원의 입법행위는 그 입법 내용이 헌법의 문언에 명백히 위배됨에도 불구하고 국회가 굳이 당해 입법을 한 것과 같은 특수한 경우가 아닌 한 국가배상법 제2조 제1항 소정의 위법행위에 해당한다고 볼 수 없다. ^{2016지9, 2016교행} (대판 2008. 5. 29. 2004다33469)

정답 ①

문 12. 행정절차에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 과세예고통지 후 과세전 적부심사청구나 그에 대한 결정이 있기도 전에 과세처분을 한 경우 그 하자는 무효가 아니라 취소사유에 해당한다.
- ② 국유재산 무단점유자에 대하여 변상금부과처분을 하면서 처분청이 부과통지서에 근거 법령을 명기하였다고 하더라도 산출근거를 제시하지 않으면 위법이다.
- ③ 취득세등 부과처분시 납세고지서 기재사항을 누락한 경우, 그 부과처분은 위법하게 되지만 그 고지서가 납세의무자에게 송달된 이상 고지서 작성과 관련한 하자는 과세처분의 당연무효의 사유로는 되지 아니한다.
- ④ 행정청이 침해적 행정처분을 함에 있어서 청문을 해야 하는 경우, 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당하지 않는 한 그 청문절차를 결여한 처분은 위법한 처분으로서 그 하자는 취소사유에 해당한다.
- ⑤ 과세처분시 납세고지서에 과세표준, 세율, 세액의 산출근거 등이 누락된 경우에는 늦어도 과세처분에 대한 불복여부의 결정 및 불복신청에 편의를 줄 수 있는 상당한 기간 내에 보정행위를 하면 그 하자가 치유될 수 있다.

|| 해설 ||

- ① [×] 과세예고 통지 후 과세전적부심사 청구나 그에 대한 결정이 있기도 전에 과세처분을 하는 것은 원칙적으로 과세전적부심사 이후에 이루어져야 하는 과세처분을 그보다 앞서 함으로써 과세전적부심사 제도 자체를 형해화시킬 뿐이므로, 그와 같은 과세처분은 납세자의 절차적 권리를 침해하는 것으로서 그 절차상 하자가 중대하고도 명백하여 무효라고 할 것이다. ^{2018국7, 2018지7} (대판 2016. 12. 27. 2016두49228)
- ② [○] 국유재산 무단 점유자에 대하여 변상금을 부과함에 있어서 그 납부고지서에 일정한 사항을 명시하도록 요구한 위시행령의 취지와 그 규정의 강행성 등에 비추어 볼 때, 처분청이 변상금 부과처분을 함에 있어서 그 납부고지서 또는 적어도 사전통지서에 그 산출근거를 밝히지 아니하였다면 위법한 것이다. (대판 2001. 12. 14. 2000두86)
- ③ [○] 지방세법 등 납세고지서에 관한 법령 규정들은 강행규정으로서 이들 법령이 요구하는 기재사항 중 일부를 누락시킨 하자가 있는 경우 이로써 그 부과처분은 위법하게 되지만, 이러한 납세고지서 작성과 관련한 하자는 그 고지서가 납세의무자에게 송달된 이상 과세처분의 본질적 요소를 이루는 것은 아니어서 과세처분의 취소사유가 됨은 별론으로 하고 당연무효의 사유로는 되지 아니한다. (대판 1998. 6. 26. 96누12634)
- ④ [○] 행정청이 침해적 행정처분을 함에 즈음하여 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당하지 않는 한 반드시 청문을 실시하여야 하고, 그 절차를 결여한 처분은 위법한 처분으로서 취소사유에 해당한다. (대판 2004. 7. 8. 2002두8350)
- ⑤ [○] 과세처분시 납세고지서에 과세표준, 세율, 세액의 산출근거 등이 누락된 경우에는 늦어도 과세처분에 대한 불복여부의 결정 및 불복신청에 편의를 줄 수 있는 상당한 기간내에 보정행위를 하여야 그 하자가 치유된다 할 것이다. (대판 1983. 7. 26. 82누420)

정답 ①

문 13. 처분을 취소하는 확정판결의 기속력에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 기속력은 주로 판결의 실효성 확보를 위하여 인정되는 효력으로서 판결의 주문뿐만 아니라 그 전제가 되는 처분 등의 구체적 위법사유에 관한 이유 중의 판단에 대하여도 인정된다.
- ② 취소된 처분의 사유와 기본적 사실관계가 동일하지 않으면 종전 처분 당시에 존재하였던 사유일지라도 그를 이유로 하여 동일한 재처분을 할 수 있다.
- ③ 취소된 처분의 사유와 기본적 사실관계에서 동일하지 않다 하더라도, 종전 처분 당시에 이미 존재하고 있었고 당사자가 이를 알고 있었던 사유라면 그러한 사유로 동일한 재처분을 할 수 없다.
- ④ 거부처분이 취소된 경우에 취소된 처분 이후에 발생한 새로운 사유로 다시 거부처분을 할 수 있고, 새로운 사유인지 여부는 그 사유가 종전 처분의 거부사유와 기본적 사실관계의 동일성의 범위안에 있는지 여부에 달려있다.
- ⑤ 임용기간이 만료된 국·공립대학 교원의 재임용거부처분이 법원의 판결에 의하여 취소되었다고 하더라도 임용권자는 다시 재임용 심의를 하여 재임용여부를 결정할 의무를 부담할 뿐이다.

|| 해설 ||

- ① [O] 행정소송법 제30조 제1항에 의하여 인정되는 취소소송에서 처분 등을 취소하는 확정판결의 기속력은 주로 판결의 실효성 확보를 위하여 인정되는 효력으로서 판결의 주문뿐만 아니라 그 전제가 되는 처분 등의 구체적 위법사유에 관한 이유 중의 판단에 대하여도 인정된다. ^{2018지9, 2017서7, 2016국회8} (대판 2001. 3. 23. 99두5238)
- ② [O] 취소된 처분의 처분사유와는 기본적 사실관계에서 동일성이 없는 다른 처분사유를 들어 동일한 내용의 처분을 하여도 동일한 처분이 아니므로 기속력에 반하는 것이 아니다. 동일한 사유인지 여부는 종전의 처분사유와 기본적 사실관계에 있어 동일성이 인정되는지 여부에 따라 결정된다.
- ③ [X] 새로운 처분의 처분사유가 종전 처분의 처분사유와 기본적 사실관계에서 동일하지 않은 다른 사유에 해당하는 이상, 처분사유가 종전 처분 당시 이미 존재하고 있었고 당사자가 이를 알고 있었더라도 이를 내세워 새로이 처분을 하는 것은 확정판결의 기속력에 저촉되지 않는다. ^{2019국9} (대판 2016. 3. 24. 2015두48235)
- ④ [O] 행정청의 거부처분을 취소하는 판결이 확정된 경우에는 처분을 행한 행정청이 판결의 취지에 따라 이전 신청에 대하여 재처분을 할 의무가 있다. 행정처분의 적법 여부는 행정처분이 행하여진 때의 법령과 사실을 기준으로 판단하는 것이므로 확정판결의 당사자인 처분 행정청은 종전 처분 후에 발생한 새로운 사유를 내세워 다시 거부처분을 할 수 있고, 그러한 처분도 위 조항에 규정된 재처분에 해당한다. ^{2016국7} 여기에서 '새로운 사유'인지는 종전 처분에 관하여 위법한 것으로 판결에서 판단된 사유와 기본적 사실관계의 동일성이 인정되는 사유인지에 따라 판단되어야 한다. (대판 2011. 10. 27. 2011두14401)
- ⑤ [O] 기간을 정하여 임용된 국·공립대학의 교원은 특별한 사정이 없는 한 그 임용기간의 만료로 교원으로서의 신분관계가 종료되는 것이고, 임용기간이 만료된 교원의 재임용이 거부되었다가 그 재임용거부처분이 법원의 판결에 의하여 취소되었다고 하더라도 임용권자는 다시 재임용 심의를 하여 재임용 여부를 결정할 의무를 부담할 뿐, 위와 같은 취소판결로 인하여 당연히 그 교원이 재임용거부처분 당시로 소급하여 신분관계를 회복한다고 볼 수는 없다. (대판 2009. 3. 26. 2009두416)

정답 ③

문 14. 과세처분과 체납처분에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 과세처분의 하자가 단지 취소할 수 있는 정도에 불과할 때에는 과세관청이 이를 스스로 취소하거나 행정심판에 의하여 취소되지 않는 한 그로 인한 조세의 납부가 부당이득이 된다고 할 수 없다.
- ② 과세처분에 관한 이의신청절차에서 과세관청이 이의신청 사유가 옳다고 인정하여 과세처분을 직권으로 취소한 이상, 그 후 특별한 사유 없이 이를 반복하고 종전처분을 되풀이하는 것은 허용되지 않는다.
- ③ 과세관청이 당초 부과처분의 일부를 취소, 감액하는 내용의 경정결정을 한 경우 이에 불복하는 항고소송의 대상이 되는 것은 당초의 부과처분 중 경정결정에 의하여 취소되지 않고 남은 부분이 된다.
- ④ 증액경정처분이 있는 경우 당초처분은 증액경정처분에 흡수되어 소멸하고, 소멸한 당초처분의 절차적 하자는 존속하는 증액경정처분에 승계되지 아니한다.
- ⑤ 조세부과처분 후에 그 근거 법률규정이 위헌으로 선언된 경우, 이미 조세부과처분이 불가쟁력을 발생하여 조세채권이 확정되었다면 그 조세채권을 확보하기 위한 체납처분을 당연무효라 볼 수는 없다.

|| 해설 ||

- ① [○] 과세처분의 하자가 단지 취소할 수 있는 정도에 불과할 때에는 과세관청이 이를 스스로 취소하거나 항고소송절차에 의하여 취소되지 않는 한 그로 인한 조세의 납부가 부당이득이 된다고 할 수 없다. ^{2019서7, 2019지9, 2018지7} (대판 1994. 11. 11. 94다28000)
- ② [○] 과세처분에 관한 이의신청절차에서 과세관청이 이의신청 사유가 옳다고 인정하여 과세처분을 직권으로 취소한 이상 그 후 특별한 사유 없이 이를 반복하고 종전 처분을 되풀이하는 것은 허용되지 않는다. ^{2016국7} (대판 2010. 9. 30. 2009두1020)
- ③ [○] 과세관청이 조세부과처분을 한 뒤에 감액하는 내용의 경정결정을 한 경우 위 경정처분은 당초 부과처분과 별개 독립의 과세처분이 아니라 그 실질은 당초 부과처분의 변경이고, 그에 의하여 세액의 일부 취소라는 납세자에게 유리한 효과를 가져오는 처분이라 할 것이므로 그 경정결정으로도 아직 취소되지 않고 남아 있는 부분이 위법하다고 하여 다투는 경우에는 항고소송의 대상이 되는 것은 당초의 부과처분 중 경정결정에 의하여 취소되지 않고 남은 부분이 된다 할 것이다. ^{2017지9하, 2017국7하, 2015국회8} (대판 1991. 9. 13. 91누391)
- ④ [○] 증액경정처분이 있는 경우 당초처분은 증액경정처분에 흡수되어 소멸하고, 소멸한 당초처분의 절차적 하자는 존속하는 증액경정처분에 승계되지 아니한다. (대판 2010. 6. 24. 2007두16493)
- ⑤ [×] 조세 부과에 근거가 되었던 법률규정이 위헌으로 선언된 경우, 비록 그에 기한 과세처분이 위헌결정 전에 이루어졌고, 과세처분에 대한 제소기간이 이미 경과하여 조세채권이 확정되었으며, 조세채권의 집행을 위한 체납처분의 근거 규정 자체에 대하여는 따로 위헌결정이 내려진 바 없다고 하더라도, 위와 같은 위헌결정 이후에 조세채권의 집행을 위한 새로운 체납처분에 착수하거나 이를 속행하는 것은 더 이상 허용되지 않고, 나아가 이러한 위헌결정의 효력에 위배하여 이루어진 체납처분은 그 사유만으로 하자가 중대하고 객관적으로 명백하여 당연무효라고 보아야 한다. (대판(전) 2012. 2. 16. 2010두10907)

정답 ⑤

[각론] 문 15. 공무원법관계의 발생·변경·소멸에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「국가공무원법」 제33조의 임용결격사유가 있는 자가 그 결격사유에도 불구하고 공무원으로 임용되었다면 그 임용행위를 당연무효로 볼 수는 없다.
- ② 공무원임용 결격사유가 있는지의 여부는 임용당시가 아닌 공무원채용후보자 명부에 등록된 때의 법률을 기준으로 판단하여야 한다.
- ③ 직위해제는 보직의 해제를 의미하므로 공무원의 비위행위에 대하여 징벌적 제재로서의 징계와 그 성질이 같다.
- ④ 형사소추를 받은 공무원이 계속 직위를 보유하고 직무를 수행한다면 공무집행의 공정성을 저해할 구체적인 위험이 생길 우려가 있으므로 형사사건으로 기소되었다는 이유만으로도 직위해제처분을 할 수 있다.

[총론] ⑤ 사직원제출자의 내심의 의사가 사직할 뜻이 아니었다고 하더라도 사직의 의사가 외부에 표시된 이상 그 의사는 표시된 대로 효력을 발생한다.

|| 해설 ||

- ① [×] 임용당시 공무원임용결격사유가 있었다면 비록 국가의 과실에 의하여 임용결격자임을 밝혀내지 못하였다 하더라도 그 임용행위는 당연무효로 보아야 한다. (대판 1987. 4. 14. 86누459)
- ② [×] 국가공무원법에 규정되어 있는 공무원임용결격사유는 공무원으로 임용되기 위한 절대적인 소극적 요건으로서 공무원임용결격사유가 있는지의 여부는 채용후보자 명부에 등록된 때가 아닌 임용당시에 시행되던 법률을 기준으로 하여 판단하여야 한다. (대판 1987. 4. 14. 86누459)
- ③ [×] 직위해제처분이 공무원에 대한 불이익한 처분이긴 하나 징계처분과 같은 성질의 처분이라 할 수 없으므로 동일한 사유로 직위해제 처분을 하고 다시 감봉처분을 하였다 하여 일사부재리원칙에 위배된다 할 수 없다. (대판 1983. 10. 25. 83누184)
- ④ [×] 헌법상의 무죄추정의 원칙이나 위와 같은 직위해제제도의 목적에 비추어 볼 때, 형사사건으로 기소되었다는 이유만으로 직위해제처분을 하는 것은 정당화될 수 없다. (대판 1999. 9. 17. 98두15412)
- ⑤ [○] 비록 사직원제출자의 내심의 의사가 사직할 뜻이 아니었다 하더라도 그 의사가 외부에 객관적으로 표시된 이상 그 의사는 표시된 대로 효력을 발하는 것이며, 민법 제107조 제1항 단서의 비진의 의사표시의 무효에 관한 규정은 그 성질상 사인의 공법행위에 적용되지 아니하므로^{2016서9, 2015지7} 원고의 사직원을 받아들여 원고를 의원면직처분한 것을 당연무효라고 할 수 없다고 판단하였다. (대판 2000. 11. 14. 99두5481)

정답 ⑤

[각론] 문 16. 지방자치에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 미군부대이전에 대한 주민투표 실시를 내용으로 하는 조례는 주민투표의 대상이 될 수 없는 것을 대상으로 하므로 위법하다.
- ② 법령에 특별한 규정이 없다 하더라도 지방의회는 지방자치단체장의 전횡을 막기위한 새로운 견제장치를 조례를 통하여 만들 수 있다.
- ③ 지방자치단체의 자치사무가 다른 지방자치단체나 그 주민의 보호할 만한 가치가 있는 이익을 침해하는 경우에는 「지방자치법」에서 정한 분쟁조정 대상 사무가 될 수 있다.
- ④ 주민이 갖는 조례제정·개폐청구권의 상대방은 해당 지방자치단체의 장이고, 감사청구권의 상대방은 해당 지방자치단체의 장이 아니라 시·도지사 또는 주무부장관이다.
- ⑤ 군의회의 재의결이 법령에 위반된다고 판단되더라도 주무부장관은 군수에 대하여 제소를 지시하거나 군의회를 상대로 직접 소를 제기할 수 없다.

|| 해설 ||

① [O]

[1] 지방자치법 제13조의2의 규정의 취지는 지방자치단체의 장이 권한을 가지고 결정할 수 있는 사항에 대하여 주민투표에 붙여 주민의 의사를 물어 행정에 반영하려는 데에 있다.

[2] 미군부대이전은 지방자치단체의 장의 권한에 의하여 결정할 수 있는 사항이 아님이 명백하므로 지방자치법 제13조의2 소정의 주민투표의 대상이 될 수 없다고 한 사례. (대판 2002. 4. 26. 2002추23)

② [X] 지방의회가 조례로써 법령에 규정이 없는 새로운 견제장치를 만들어 집행기관을 견제하는 것이 허용되는지 여부 (소극)

지방의회는 법령에 의하여 주어진 권한의 범위 내에서 집행기관을 견제할 수 있는 것이지 법령에 규정이 없는 새로운 견제장치를 만드는 것은 집행기관의 고유권한을 침해하는 것이 되어 허용할 수 없다. (대판 2003. 9. 23. 2003추13)

③ [O] 지방자치법상 분쟁조정 대상에서 자치사무를 배제하고 있지 않은 점 등을 종합하면, 지방자치단체의 자치사무라도 당해 지방자치단체에 내부적인 효과만을 발생시키는 것이 아니라 그 사무로 인하여 다른 지방자치단체나 그 주민의 보호할 만한 가치가 있는 이익을 침해하는 경우에는 지방자치법 제148조에서 정한 분쟁조정 대상 사무가 될 수 있다. (대판 2016. 7. 22. 2012추121)

④ [O] 「지방자치법」

제15조 (조례의 제정과 개폐 청구)	① 19세 이상의 주민으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 ... 지방자치단체의 조례로 정하는 19세 이상의 주민 수 이상의 연서(連署)로 해당 지방자치단체의 장에게 조례를 제정하거나 개정하거나 폐지할 것을 청구할 수 있다. <개정 2009. 4. 1.>
제16조 (주민의 감사청구)	① 지방자치단체의 19세 이상의 주민은 ... 그 지방자치단체의 조례로 정하는 19세 이상의 주민 수 이상의 연서(連署)로, 시·도에서는 주무부장관에게, 시·군 및 자치구에서는 시·도지사에게 그 지방자치단체와 그 장의 권한에 속하는 사무의 처리가 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 인정되면 감사를 청구할 수 있다.

⑤ [O]

제172조 (지방의회 의결 의 재의와 제 소)	④ 주무부장관이나 시·도지사는 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단됨에도 불구하고 해당 지방자치단체의 장이 소(訴)를 제기하지 아니하면 그 지방자치단체의 장에게 제소를 지시하거나 직접 제소 및 집행정지결정을 신청할 수 있다.
------------------------------------	--

[판례] 지방자치법 제172조 제4항, 제6항에서 지방의회 재의결에 대하여 제소를 지시하거나 직접 제소할 수 있는 주체로 규정된 '주무부장관이나 시·도지사'는 시·도에 대하여는 주무부장관을, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사를 각 의미한다. (대판(전) 2016. 9. 22. 선고 2014추521)

정답 ②

[각론] 문 17. 행정기관의 권한에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

[총론] ① 권한의 위임은 반드시 법률에 근거가 있어야 허용되지만, 권한의 내부위임은 법률에 근거가 없어도 허용된다.

[총론] ② 대리권을 수여받은 데 불과한 행정기관이 대리관계를 밝힘이 없이 그 자신의 명의로 행정처분을 하였다면, 원칙적으로 그에 대한 항고소송의 피고는 대리기관이 된다.

③ 행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관사무 중 조사·검사 업무 등 국민의 권리의무와 직접 관계되지 아니하는 사무를 민간위탁할 수 있다.

④ 서울특별시장이 기관위임 받은 사무를 법령에 근거 없이 서울특별시조례에 의해 구청장에게 재위임한 경우 그 조례에 근거한 구청장의 처분은 하자가 중대하지만 명백하지 아니하여 당연무효사유에 해당하지 않는다.

⑤ 행정관청 내부의 사무처리규정인 전결규정을 위반하여 원래의 전결권자가 아닌 보조기관이 처분권자인 행정관청의 명의로 처분을 한 경우, 그 처분은 권한 없는 자에 의한 처분으로 당연무효가 된다.

|| 해설 ||

① [O] 행정권한의 위임은 행정관청이 법률에 따라 특정한 권한을 다른 행정관청에 이전하여 수임관청의 권한으로 행사하도록 하는 것이어서 권한의 법적인 귀속을 변경하는 것이므로 법률이 위임을 허용하고 있는 경우에 한하여 인정된다 할 것이고, 이에 반하여 행정권한의 내부위임은 법률이 위임을 허용하고 있지 아니한 경우에도 행정관청의 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급행정관청으로 하여금 그의 권한을 사실상 행사하게 하는 것이다. (대판 1995. 11. 28. 94누6475)

② [O] 대리권을 수여받은 데 불과하여 그 자신의 명의로는 행정처분을 할 권한이 없는 행정청의 경우 대리관계를 밝힘이 없이 그 자신의 명의로 행정처분을 하였다면 그에 대하여는 처분명의자인 당해 행정청이 항고소송의 피고가 되어야 하는 것이 원칙이다. ^{2018서9} (대결 2006. 2. 23. 2005부4)

③ [O] 「정부조직법」 제6조 제3항은 민간위탁에 관한 규정이다.

제6조(권한의 위임 또는 위탁)

③ 행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관사무 중 조사·검사·검정·관리 업무 등 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다.

④ [O] 국가사무로서 지방자치단체의 장에게 위임된 이른바 기관위임사무에 해당하므로 시·도지사가 지방자치단체의 조례에 의하여 이를 구청장 등에게 재위임할 수는 없다.

조례 제정권의 범위를 벗어나 국가사무를 대상으로 한 무효인 서울특별시행정권한위임조례의 규정에 근거하여 구청장이 건설업영업정지처분을 한 경우, 그 처분은 결과적으로 적법한 위임 없이 권한 없는 자에 의하여 행하여진 것과 마찬가지로 되어 그 하자가 중대하나, 지방자치단체의 사무에 관한 조례와 규칙은 조례가 보다 상위규범이라고 할 수 있고, 또한 헌법 제107조 제2항의 “규칙”에는 지방자치단체의 조례와 규칙이 모두 포함되는 등 이른바 규칙의 개념이 경우에 따라 상이하게 해석되는 점 등에 비추어 보면 위 처분의 위임 과정의 하자가 객관적으로 명백한 것이라고 할 수 없으므로 이로 인한 하자는 결국 당연무효사유는 아니라고 봄이 상당하다. (대판(전) 1995. 7. 11. 94누4615)

⑤ [X] 전결과 같은 행정권한의 내부위임은 법령상 처분권자인 행정관청이 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급 행정관청으로 하여금 그의 권한을 사실상 행사하게 하는 것으로서 법률이 위임을 허용하지 않는 경우에도 인정되는 것이므로, 설사 행정관청 내부의 사무처리규정에 불과한 전결규정에 위반하여 원래의 전결권자 아닌 보조기관 등이 처분권자인 행정관청의 이름으로 행정처분을 하였다고 하더라도 그 처분이 권한 없는 자에 의하여 행하여진 무효의 처분이라고는 할 수 없다. (대판 1998. 2. 27. 97누1105)

정답 ⑤

[각론] 문 18. 경찰권발동과 관련한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 경찰권발동을 위한 개괄적(일반적) 수권조항을 인정한다 하더라도 이는 개별적 수권조항에 대하여 보충적으로 적용될 뿐이다.
- ② 경찰권은 위험 또는 장애를 야기하거나 그 제거에 책임이 있는 자에게 발동되는데 원칙적으로 책임자에게 고의 또는 과실이 있을 것을 요한다.
- ③ 「경찰관 직무집행법」은 경찰상 위해에 직접 원인을 제공하지 않은 제3자에 대한 경찰권발동의 가능성을 규정하고 있다.
- ④ 검문하는 사람이 경찰관이고 검문하는 이유가 범죄행위에 관한 것임을 피고인이 충분히 알고 있었다고 보이는 경우에는 신분증을 제시하지 않았다고 하여 그 불심검문이 위법한 공무집행이라고 할 수 없다.
- ⑤ 「경찰관 직무집행법」은 목전에 임박한 범죄예방을 위한 경찰관의 제지행위를 규정하고 있는데, 이 행위는 행정상 즉시강제이자 권력적 사실행위에 해당한다.

|| 해설 ||

- ① [O] 「경찰관직무집행법」상 제2조 제7호를 일반수권조항으로 볼 것인지 견해의 대립이 있다. 판례의 입장은 명확하지 않다.
만약 일반조항으로 본다면, 일반조항은 성질상 특별(개별)조항이 없는 경우에 보충적으로 적용되어야 한다.
- ② [X] 발생된 위해를 제거하기 위한 경찰권의 행사는 원칙상 경찰책임이 있는 자에게 행하여져야 한다. 이를 경찰책임의 원칙이라 한다. 경찰책임은 위법행위에 대한 처벌과는 무관하므로 책임자의 고의·과실과 무관하다.
- ③ [O] 「경찰관직무집행법」
제5조(위험 발생의 방지 등)
① 경찰관은 사람의 생명 또는 신체에 위해를 끼치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 천재(天災), 사변(事變), 인공구조물의 파손이나 붕괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 위험한 동물 등의 출현, 극도의 혼잡, 그 밖의 위험한 사태가 있을 때에는 다음 각 호의 조치를 할 수 있다.
3. 그 장소에 있는 사람, 사물의 관리자, 그 밖의 관계인에게 위해를 방지하기 위하여 필요하다고 인정되는 조치를 하게 하거나 직접 그 조치를 하는 것
- ④ [O] 검문하는 사람이 경찰관이고 검문하는 이유가 범죄행위에 관한 것임을 피고인이 충분히 알고 있었다고 보이는 경우에는 신분증을 제시하지 않았다고 하여 그 불심검문이 위법한 공무집행이라고 할 수 없다. (대판 2014. 12. 11. 2014도7976)
- ⑤ [O] 구 「경찰관직무집행법」 제6조 제1항은 “경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 발하고, 그 행위로 인하여 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.”고 규정하고 있는데, 위 조항 중 경찰관의 제지에 관한 부분은 범죄의 예방을 위한 경찰 행정상 즉시강제 즉, ... 권력적 사실행위에 관한 근거조항이다. (대판 2008. 11. 13. 2007도9794)

정답 ②

[각론] 문 19. 공물에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「국유재산법」상 국유재산은 시효취득의 대상이 되지 아니한다.
- ② 국유 하천부지는 공용개시행위가 있어야 행정재산이 되고, 그 후 본래의 용도에 공여되지 않는 상태에 놓여 있더라도 국유재산법령에 의한 용도폐지 없이는 일반재산으로 될 수 없다.
- ③ 토지의 지목이 도로이며 그 토지가 국유재산대장에 등재되어 있다는 사정만으로는, 바로 당해 토지가 도로로서 행정재산에 해당한다고 할 수 없다.
- ④ 공물이 사실상 본래의 용도에 사용되고 있지 않다거나 행정주체가 점유를 상실하였다는 것만으로도 국가에 의한 묵시적인 공용폐지가 있다고 인정된다.
- ⑤ 국유재산의 관리청이 행정재산의 사용·수익을 허가한 후, 그 사용·수익하는 자에 대하여 하는 사용료 부과는 사경제주체로서 행하는 사법상의 이행청구에 해당한다.

|| 해설 ||

- ① [×] 「국유재산법」상 행정재산은 시효취득의 대상이 되지 아니한다.

제6조(국유재산의 구분과 종류)

- ① 국유재산은 그 용도에 따라 행정재산과 일반재산으로 구분한다.

제7조(국유재산의 보호)

- ② 행정재산은 「민법」 제245조에도 불구하고 시효취득(時效取得)의 대상이 되지 아니한다.

- ② [×] 국유 하천부지는 자연의 상태 그대로 공공용에 제공될 수 있는 실체를 갖추고 있는 이른바 자연공물로서 별도의 공용개시행위가 없더라도 행정재산이 되고 그 후 본래의 용도에 공여되지 않는 상태에 놓여 있더라도 국유재산법령에 의한 용도폐지를 하지 않은 이상 당연히 잡종재산으로 된다고는 할 수 없다. (대판 2007. 6. 1. 2005도7523)
- ③ [○] 도로와 같은 인공적 공공용 재산은 법령에 의하여 지정되거나 행정처분으로써 공공용으로 사용하기로 결정한 경우, 또는 행정재산으로 실제로 사용하는 경우의 어느 하나에 해당하여야 행정재산으로 되는 것이므로, 토지의 지목이 도로이고 국유재산대장에 등재되어 있다는 사정만으로는 바로 그 토지가 도로로서 행정재산에 해당한다고 판단할 수는 없다. (대판 1996. 1. 26. 95다24654)
- ④ [×] 공용폐지의 의사표시는 명시적이든 묵시적이든 상관 없이 적법한 의사표시가 있어야 하고, 행정재산이나 보존재산이 사실상 본래의 용도에 사용되고 있지 않다거나 행정주체가 점유를 상실하였다는 정도의 사정이나 무효인 매도 행위를 가지고 묵시적 공용폐지가 있었다고 볼 수 없다. (대판 2009. 12. 10. 2006다19528)
- ⑤ [×] 국유재산의 관리청이 행정재산의 사용·수익을 허가한 다음 그 사용·수익하는 자에 대하여 하는 사용료 부과는 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 이행청구라 할 수 없고, 이는 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행한 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 할 것이다. (대판 1996. 2. 13. 95누11023)

정답 ③

문 20. 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상 토지의 수용절차 및 그 구제제도에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 사업인정처분은 공익사업을 토지 등을 수용 또는 사용할 사업으로 결정하는 형성행위이며 재량행위이다.
- ② 동법상 '협약이 성립하지 아니한 때'에는 토지소유자 등이 특정 물건이 손실보상 대상에 해당한다고 주장하며 보상을 요구하는데도 사업시행자가 보상대상에서 이를 제외한 채 협의를 하지 않은 경우도 포함된다.
- [각론] ③ 사업시행자가 토지소유자 등의 재결신청의 청구를 거부하는 경우에 토지소유자 등은 민사소송의 방법으로 그 절차 이행을 구할 수 있다.
- [각론] ④ 사업인정을 받은 후 사업시행자가 해당 공익사업을 수행할 의사나 능력을 상실했음에도 불구하고 수용재결을 신청하여 그 재결을 받은 것은 수용권의 남용에 해당한다.
- ⑤ 토지소유자가 토지수용위원회의 수용재결에 불복하여 이의신청을 거쳐 항고소송을 제기하는 경우, 이의신청의 재결에 고유한 위법이 없는 한 수용재결을 항고소송의 대상으로 해야 한다.

|| 해설 ||

- ① [O] 토지수용법 제14조에 의한 토지수용을 위한 사업인정은 단순한 확인행위가 아니라 형성행위이고 당해 사업이 비록 토지를 수용할 수 있는 사업에 해당된다 하더라도 행정청으로서 그 사업이 공용수용을 할 만한 공익성이 있는지의 여부를 모든 사정을 참작하여 구체적으로 판단하여야 하는 것이므로 사업인정의 여부는 행정청의 재량에 속한다. (대판 1992. 11. 13. 92누596)
- ② [O] 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제30조 제1항에서 정한 '협약이 성립되지 아니한 때'에, 토지소유자 등이 손실보상대상에 해당한다고 주장하며 보상을 요구하는데도 사업시행자가 손실보상대상에 해당하지 않는다며 보상대상에서 이를 제외한 채 협의를 하지 않아 결국 협약이 성립하지 않은 경우도 포함된다. (대판 2011. 7. 14. 2011두2309)
- ③ [X] 기업자가 토지소유자 등의 재결신청의 청구를 거부한다고 하여 이를 이유로 민사소송의 방법으로 그 절차 이행을 구할 수는 없다. (대판 1997. 11. 14. 97다13016)
- ④ [O] 사업시행자가 사업인정을 받은 후 그 사업이 공용수용을 할 만한 공익성을 상실하거나 사업인정에 관련된 자들의 이익이 현저히 비례의 원칙에 어긋나게 된 경우 또는 사업시행자가 해당 공익사업을 수행할 의사나 능력을 상실하였음에도 여전히 그 사업인정에 기하여 수용권을 행사하는 것은 수용권의 공익 목적에 반하는 수용권의 남용에 해당하여 허용되지 않는다. (대판 2011. 1. 27. 2009두1051)
- ⑤ [O] 수용재결에 불복하여 취소소송을 제기하는 때에는 이의신청을 거친 경우에도 수용재결을 한 중앙토지수용위원회 또는 지방토지수용위원회를 피고로 하여 수용재결의 취소를 구하여야 하고, 다만 이의신청에 대한 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에는 그 이의재결을 한 중앙토지수용위원회를 피고로 하여 이의재결의 취소를 구할 수 있다고 보아야 한다. (대판 2010. 1. 28. 2008두1504)

정답 ③

문 21. 공용부담에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 잔여지 수용청구를 받아들이지 않은 토지수용위원회의 재결에 대하여 토지소유자가 불복하여 제기하는 행정소송은 토지수용위원회를 피고로 하여야 한다.
- ② 환지계획은 환지에정지 지정이나 환지처분의 근거가 될 뿐 고유한 법률효과를 수반하는 것이 아니어서 처분이 아니므로 항고소송의 대상이 될 수 없다.
- ③ 관리처분계획에 따라 이전고시가 있고 그 이전고시가 효력을 발휘하고 난 이후에는 관리처분계획에 대한 항고소송의 소의 이익은 없다.
- ④ 행정주체인 재건축조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합총회결의의 효력을 다투는 소송은 당사자소송에 해당한다.
- ⑤ 주택재개발정비사업조합 설립추진위원회의 구성을 승인하는 처분은 강학상 인가이나, 주택재개발정비사업조합설립 인가는 행정주체의 지위를 부여하는 설권적 행위이다.

|| 해설 ||

- ① [x] 잔여지 수용청구를 받아들이지 않은 토지수용위원회의 재결에 대하여 토지소유자가 불복하여 제기하는 소송은 위법 제85조 제2항에 규정되어 있는 '보상금의 증감에 관한 소송'에 해당하여 사업시행자를 피고로 하여야 한다.^{2019지9, 2017사복, 2017지9하} (대판 2010. 8. 19. 2008두822)
- ② [O] 환지계획은 위와 같은 환지에정지 지정이나 환지처분의 근거가 될 뿐 그 자체가 직접 토지소유자 등의 법률상의 지위를 변동시키거나 또는 환지에정지 지정이나 환지처분과는 다른 고유한 법률효과를 수반하는 것이 아니어서 이를 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 할 수가 없다.^{2014국회8, 2011지7} (대판 1999. 8. 20. 97누6889)
- ③ [O] 이전고시의 효력 발생으로 이미 대다수 조합원 등에 대하여 획일적·일률적으로 처리된 권리귀속 관계를 모두 무효화하고 다시 처음부터 관리처분계획을 수립하여 이전고시 절차를 거치도록 하는 것은 정비사업의 공익적·단체법적 성격에 배치되므로, 이전고시가 효력을 발생하게 된 이후에는 조합원 등이 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구할 법률상 이익이 없다고 봄이 타당하다.^{2016국7} (대판(전) 2012. 3. 22. 2011두6400)
- ④ [O] 행정주체인 재건축조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력 등을 다투는 소송은 행정처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 소송으로서 그 소송결과에 따라 행정처분의 위법 여부에 직접 영향을 미치는 공법상 법률관계에 관한 것이므로, 이는「행정소송법」상의 당사자소송에 해당한다.^{2018서9, 2017국7하} (대판 2009. 11. 26. 2008다41383)
- ⑤ [O]
[판례1] 조합설립추진위원회(이하 '추진위원회'라고 한다)의 구성을 승인하는 처분은 조합의 설립을 위한 주체에 해당하는 비법인 사단인 추진위원회를 구성하는 행위를 보충하여 그 효력을 부여하는 처분^{2017서7}이다. (대판 2013. 12. 26. 2011두8291)
[판례2] 재개발조합설립인가신청에 대한 행정청의 조합설립인가처분은 단순히 사인(私人)들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 가지는 것이 아니라 법령상 일정한 요건을 갖추는 경우 행정주체(공법인)의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성질을 가진다고 보아야 한다.^{2017지9, 2015국9, 2013지9}

정답 ①

문 22. 취소소송에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 사정판결은 원고의 청구가 이유 있다고 인정되지만 처분을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에 가능하며, 법원은 사정판결을 하는 경우 그 판결의 주문에서 그 처분이 위법함을 명시하여야 한다.
- ② 처분의 효과가 기간의 경과, 처분의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자는 취소소송을 제기할 수 있으며, 처분의 직접 상대방이 아닌 제3자도 이에 해당할 수 있다.
- ③ 처분의 집행정지결정은 처분이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있을 때 가능하며, 이 경우 본안청구에 이유가 있는지의 여부는 문제되지 아니한다.
- ④ 행정청이 소송의 대상인 처분을 소가 제기된 후 변경한 때에는 법원은 원고의 신청에 의하여 결정으로써 청구의 취지 또는 원인의 변경을 허가할 수 있으며, 이 경우 원고의 신청은 처분의 변경이 있음을 안 날로부터 60일 이내에 하여야 한다.
- ⑤ 취소소송의 제1심관할법원은 피고의 소재지를 관할하는 행정법원으로 하지만, 국가의 사무를 위임 또는 위탁받은 공공단체 또는 그 장을 피고로 하는 때에는 대법원소재지를 관할하는 행정법원에 제기하여도 무방하다.

|| 해설 || 이하 「행정소송법」

① [O]

제28조 (사정판결)	① 원고의 청구가 이유있다고 인정하는 경우 ^{2015국9} 에도 처분등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 법원은 원고의 청구를 기각할 수 있다. ^{2016서9, 2016교행, 2015국9} 이 경우 법원은 그 판결의 주문에서 그 처분등이 위법함을 명시하여야 한다. ^{2016서9}
----------------	---

② [O]

제12조 (원고적격)	취소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다. ^{2018국회8} 처분등의 효과 가 기간의 경과, 처분등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에는 또한 같다.
----------------	---

[판례] 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라 하더라도 당해 행정처분으로 인하여 법률상 보호되는 이익을 침해당한 경우에는 취소소송을 제기하여 그 당부의 판단을 받을 자격이 있다.^{2011국9} (대판 1994. 4. 12. 93누24247)

- ③ [X] 본안소송에서의 처분의 취소가능성이 없음에도 처분의 효력이나 집행의 정지를 인정한다는 것은 제도의 취지에 반하므로 집행정지사건 자체에 의하여도 신청인의 본안청구가 이유 없음이 명백하지 않아야 한다는 것도 집행정지의 요건에 포함시켜야 할 것이다.^{2015사복, 2012국9} (대결 1992. 6. 8. 92두14)

④ [O]

제22조 (처분변경으로 인한 소의 변경)	① 법원은 행정청이 소송의 대상인 처분을 소가 제기된 후 변경한 때에는 원고의 신청에 의하여 결정으로써 청구의 취지 또는 원인의 변경을 허가할 수 있다. ② 제1항의 규정에 의한 신청은 처분의 변경이 있음을 안 날로부터 60일 이내에 하여야 한다. ③ 제1항의 규정에 의하여 변경되는 청구는 제18조제1항 단서의 규정에 의한 요건을 갖춘 것으로 본다.
---------------------------	--

⑤ [O]

제9조 (재판관할)	① 취소소송의 제1심 관할법원은 피고의 소재지를 관할하는 행정법원으로 한다. ^{2015서7} ② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 피고에 대하여 취소소송을 제기하는 경우에는 대법원소재지를 관할하는 행정법원에 제기할 수 있다. ^{2015서7} 1. 중앙행정기관, 중앙행정기관의 부속기관과 합의를행정기관 또는 그 장 2. 국가의 사무를 위임 또는 위탁받은 공공단체 또는 그 장
---------------	---

정답 ③

문 23. 손실보상제도에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 헌법 제23조제3항에서 규정하고 있는 ‘공공필요’의 의미는 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성을 의미하고 여기서 공익성은 기본권 일반의 제한사유인 ‘공공복리’보다 좁게 보는 것이 타당하다.
- ② 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 및 동법 시행규칙에 따른 사업폐지 등에 대한 보상청구권에 관한 쟁송은 민사소송이 아닌 행정소송절차에 의하여야 한다.
- ③ 토지가 가지는 문화적·학술적 가치는 특별한 사정이 없는 한, 토지의 부동산으로서의 경제적·재산적 가치를 높여 주는 것이 아니므로 손실보상의 대상이 될 수 없다.
- ④ 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 의한 보상합의는 공공기관이 공행정주체로서 행하는 공법상 계약의 실질을 갖는다.
- ⑤ 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 의한 이주대책은 이주자들에게 종전의 생활상태를 회복시키기 위한 생활보상의 일환으로서 국가의 정책적인 배려에 의하여 마련된 제도이다.

|| 해설 ||

- ① [O] 헌법 제23조 제3항에서 규정하고 있는 ‘공공필요’는 “국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성”으로서 ... ‘공공필요’의 요건에 관하여, 공익성은 추상적인 공익 일반 또는 국가의 이익 이상의 중대한 공익을 요구하므로 기본권 일반의 제한사유인 ‘공공복리’보다 좁게 보는 것이 타당하다.^{2017국9, 2017국회8} (헌재 2014. 10. 30. 2011헌바129,172)
- ② [O] 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제79조 제2항 등에 따른 사업폐지 등에 대한 보상청구권에 관한 쟁송형태(=행정소송)^{2019지9, 2017사복, 2016지7} (대판 2012. 10. 11. 2010다23210)
- ③ [O] 문화적, 학술적 가치는 특별한 사정이 없는 한 그 토지의 부동산으로서의 경제적, 재산적 가치를 높여 주는 것이 아니므로 토지수용법 제51조 소정의 손실보상의 대상이 될 수 없으니, 이 사건 토지가 철새 도래지로서 자연 문화적인 학술가치를 지녔다 하더라도 손실보상의 대상이 될 수 없다.^{2012국9} (대판 1989. 9. 12. 88누11216)
- ④ [X] 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 의한 보상합의는 공공기관이 사경제주체로서 행하는 사법상 계약의 실질을 가지는 것이다.^{2019지9} (대판 2013. 8. 22. 2012다3517)
- ⑤ [O] 이주대책은 ... 본래의 취지에 있어 이주자들에 대하여 종전의 생활상태를 원상으로 회복시키면서 동시에 인간다운 생활을 보장하여 주기 위한 이른바 생활보상의 일환으로 국가의 적극적이고 정책적인 배려에 의하여 마련된 제도라 할 것이다. (대판 2003. 7. 25. 2001다57778)

정답 ④

문 24. 항고소송에 대한 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 관할 행정법원에 원고가 당사자소송으로 제기하여야 할 것을 항고소송으로 잘못 제기한 경우에, 원고의 고의·과실 여부에 관계없이 법원은 각하판결을 내려야 한다.
- ② 특정인에 대한 행정처분을 주소불명 등의 이유로 송달할 수 없어 관보에 공고한 경우, 그에 관한 취소소송은 공고가 효력을 발생하는 날로부터 90일 이내에 제기해야 한다.
- ③ 「행정소송법」 제10조에 의해 취소소송에 관련청구소송이 병합된 경우 본래의 취소소송이 부적법하여 각하되더라도 그에 병합된 청구가 소송요건을 흠결한 부적합한 것이 되어 각하되는 것은 아니다.
- ④ 행정소송에서는 당사자가 주장하지 않은 사실이라도 그에 관한 자료가 기록에 나타나 있다면 법원은 그 사실에 대하여 판단할 수 있다.
- ⑤ 행정처분이 불복기간의 경과로 확정되었다면 누구도 당해 처분의 효력을 더 이상 다룰 수 없으므로, 당사자들과 법원은 당해처분에 모순되는 주장이나 판단을 할 수 없다.

|| 해설 ||

- ① [×] 원고가 고의 또는 중대한 과실 없이 당사자소송으로 제기하여야 할 것을 항고소송으로 잘못 제기한 경우에, 당사자소송으로서의 소송요건을 결하고 있음이 명백하여 당사자소송으로 제기되었더라도 어차피 부적법하게 되는 경우가 아닌 이상, 법원으로서 원고가 당사자소송으로 소 변경을 하도록 하여 심리·판단하여야 한다. (대판 2016. 5. 24. 2013두14863)
- ② [×] 특정인에 대한 행정처분을 주소불명 등의 이유로 송달할 수 없어 관보·공보·게시판·일간신문 등에 공고한 경우에는, 공고가 효력을 발생하는 날에 상대방이 그 행정처분이 있음을 알았다고 볼 수는 없고, 상대방이 당해 처분이 있었다는 사실을 현실적으로 안 날에 그 처분이 있음을 알았다고 보아야 한다. (대판 2006. 4. 28. 2005두14851)
- ③ [×] 행정소송법 제38조, 제10조에 의한 관련청구소송의 병합은 본래의 항고소송이 적법할 것을 요건으로 하는 것이어서 본래의 항고소송이 부적법하여 각하되면 그에 병합된 관련청구도 소송요건을 흠결한 부적합한 것으로 각하되어야 한다. (대판 2001. 11. 27. 2000두697)
- ④ [○] 행정소송에서 기록상 자료가 나타나 있다면 당사자가 주장하지 않았더라도 판단할 수 있다. (대판 2010. 2. 11. 2009두18035)
- ⑤ [×] 일반적으로 행정처분이나 행정심판 재결이 불복기간의 경과로 인하여 확정될 경우 그 확정력은, 그 처분으로 인하여 법률상 이익을 침해받은 자가 당해 처분이나 재결의 효력을 더 이상 다룰 수 없다는 의미일 뿐, 더 나아가 판결에 있어서와 같은 기판력이 인정되는 것은 아니어서 그 처분의 기초가 된 사실관계나 법률적 판단이 확정되고 당사자들이나 법원이 이에 기속되어 모순되는 주장이나 판단을 할 수 없게 되는 것은 아니다. ^{2018국회8, 2016국7} (대판 2004. 7. 8. 2002두11288)

정답 ④

문 25. 행정입법에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 법률의 위임에 따라 효력을 갖는 법규명령의 경우에 위임의 근거가 없어 무효였더라도 나중에 법 개정으로 위임의 근거가 부여되면 그때부터는 유효한 법규명령으로 볼 수 있다.
- ② 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것이므로 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항은 행정규칙에 위임할 수 있다.
- ③ 법률이 주택재개발조합 등 공법상 단체의 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우에는 헌법 제75조가 정하는 포괄적인 위임입법의 금지는 원칙적으로 적용되지 않는다.
- ④ 수범자에 대한 행위규범으로서의 법령이 명확하여야 한다는 것은 누구나 그 뜻을 명확히 알게 하여야 한다는 것을 의미하므로 일정한 직업에 종사하는 사람들에게만 적용되는 법령의 명확성 여부도 평균적 일반인을 기준으로 판단하여야 한다.
- ⑤ 재량권행사의 준칙인 행정규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행됨으로써 행정관행이 형성되어 행정기관이 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 그 행정규칙은 헌법소원의 대상이 될 수도 있다.

|| 해설 ||

- ① [O] 일반적으로 법률의 위임에 따라 효력을 갖는 법규명령의 경우에 위임의 근거가 없어 무효였더라도 나중에 법 개정으로 위임의 근거가 부여되면 그때부터는 유효한 법규명령으로 볼 수 있다.^{2019서9} 그러나 법규명령이 개정된 법률에 규정된 내용을 함부로 유추·확장하는 내용의 해석규정이어서 위임의 한계를 벗어난 것으로 인정될 경우에는 법규명령은 여전히 무효이다.^{2018국회8} (대판(전) 2017. 4. 20. 2015두45700)
- ② [O] 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 할 것이고^{2018교행, 2016서9, 2015서9}, 그것은 법률이 행정규칙에 위임하더라도 그 행정규칙은 위임된 사항만을 규율할 수 있으므로, 국회입법의 원칙과 상치되지도 않는다.^{2010지7} ... 고시와 같은 형식으로 입법위임을 할 때에는 적어도 행정규제기본법 제4조 제2항 단서에서 정한 바와 같이 법령이 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 한정된다 할 것이고^{2018교행, 2017국7, 2017국9}, 그러한 사항이라 하더라도 포괄위임금지의 원칙상 법률의 위임은 반드시 구체적·개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 한다. (헌재 2004. 10. 28. 99헌바91)
- ③ [O] 법률이 공법적 단체 등의 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우에는 헌법 제75조가 정하는 포괄적인 위임입법의 금지는 원칙적으로 적용되지 않는다고 봄이 상당하고, 그렇다 하더라도 그 사항이 국민의 권리·의무에 관련되는 것일 경우에는 적어도 국민의 권리·의무에 관한 기본적이고 본질적인 사항은 국회가 정하여야 한다(헌재 2006. 3. 30. 2005헌바31 참고). (대판 2007. 10. 12. 2006두14476)
- ④ [X] 수범자에 대한 행위규범으로서의 법령이 명확하여야 한다는 것은 일반 국민 누구나 그 뜻을 명확히 알게 하여야 한다는 것을 의미하지는 않고, 사회의 평균인이 그 뜻을 이해하고 위반에 대한 위험을 고지받을 수 있을 정도면 충분하며, 일정한 신분 내지 직업 또는 지역에 거주하는 사람들에게만 적용되는 법령의 경우에는 그 사람들 중의 평균인을 기준으로 하여 판단하여야 한다. (헌재 2012. 2. 23. 2009헌바34)
- ⑤ [O] 재량권 행사의 준칙인 규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이룩되게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 대외적 구속력을 가지게 되는 바, 이러한 경우에는 헌법소원의 대상이 될 수도 있다. (헌재 2002. 7. 18. 2001헌마605)

정답 ④