

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

2020 5급승진

- ① 과세처분이 당연무효라고 볼 수 없는 한 과세처분에 취소사유가 있다고 하더라도 처분이 취소되기 전까지는 민사소송절차에서 해당 과세처분의 효력은 부인될수 없다.
- ② 교육감이 자율형 사립고등학교의 지정취소를 함에 있어서 초·중등교육법령상 규정된 교육부장관과의 사전협의의 거치지 아니한 경우 해당 지정취소는 위법하다.
- ③ 인·허가 등의 거부처분을 함에 있어서 당사자가 그 처분의 근거를 알 수 있을 정도로 상당한 이유를 제시한 경우라도 그 구체적 조항이나 내용을 명시하지 않았다면 해당 거부처분은 위법하다.
- ④ 행정처분과 부관 사이에 실제적 관련성이 있다고 볼 수 없는 경우 공무원이 이와 같은 공법상의 제한을 회피할 목적으로 행정처분의 상대방과 사이에 사법상 계약을 체결하는 형식을 취하는 것은 위법하다.
- ⑤ 개별공시지가결정과 이를 기초로 한 과세처분은 별개의 법률효과를 목적으로 하는 서로 독립된 행정처분이다.

해설

- ① (○) 행정처분이 당연무효가 아닌 한 민사법원은 선결문제로 그 효력을 부인할 수 없음 : 과세처분이 당연무효라고 볼 수 없는 한 과세처분에 취소할 수 있는 위법사유가 있다 하더라도 그 과세처분은 행정행위의 공정력 또는 집행력에 의하여 그것이 적법하게 취소되기 전까지는 유효하다 할 것이므로, 민사 소송절차에서 그 과세처분의 효력을 부인할 수 없다(대판 1999.8.20. 99다20179).
- ② (○) 교육감의 자사고 지정취소시 교육부장관과의 사전협의는 특별한 사정이 없는 한 사전동의를 의미하므로 이를 거치지 않은 자사고 지정취소는 위법 : 자율형 사립고등학교(이하 '자사고'라 한다) 제도의 성격, 자사고 지정을 취소하는 과정에서 교육감의 재량을 절차적으로 통제할 필요가 있는 점, 구 초·중등교육법 시행령 제91조의3의 개정이유 등에 비추어 볼 때, 구 초·중등교육법 시행령 제91조의3 제5항에서 말하는 교육부장관과의 사전 협의는 특별한 사정이 없는 한 교육부장관의 적법한 사전 동의를 의미한다. 따라서, 교육감이 자율형 사립고등학교의 지정취소를 함에 있어서 초·중등교육법령상 규정된 교육부장관과의 사전협의의 거치지 아니한 경우 해당 지정취소는 위법하다(대판 2018.7.12. 2014추33).
- ③ (×) 행정절차법 제23조 제1항은 행정청은 처분을 하는 때에는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다고 규정하고 있는 바, 일반적으로 당사자가 근거규정 등을 명시하여 신청하는 인·허가 등을 거부하는 처분을 함에 있어 당사자가 그 근거를 알 수 있을 정도로 상당한 이유를 제시한 경우에는 당해 처분의 근거 및 이유를 구체적 조항 및 내용까지 명시하지 않았더라도 그로 말미암아 그 처분이 위법한 것이 된다고 할 수 없다. 행정청이 토지형질변경허가신청을 불허하는 근거규정으로 '도시계획법시행령 제20조'를 명시하지 아니하고 '도시계획법'이라고만 기재하였으나, 신청인이 자신의 신청이 개발제한구역의 지정목적에 현저히 지장을 초래하는 것이라는 이유로 구 도시계획법시행령 제20조 제1항 제2호에 따라 불허된 것임을 알 수 있었던 경우, 그 불허처분은 위법하지 아니하다(대판 2002.5.17. 2000두8912).
- ④ (○) 행정처분과 실제적 관련성이 없어 부관으로 붙일 수 없는 부담을 사법상 계약의 형식으로 행정처분의 상대방에게 부과할 수 없다. : 공무원이 인·허가 등 수직적 행정처분을 하면서 상대방에게 그 처분과 관련하여 이른바 부관으로서 부담을 붙일 수 있다 하더라도, 그러한 부담은 법치주의와 사유재산 존중, 조세법률주의 등 헌법의 기본원리에 비추어 비례의 원칙이나 부당결부의 원칙에 위반되지 않아야만 적절한 것인바, 행정처분과 부관 사이에 실제적 관련성이 있다고 볼 수 없는 경우 공무원이 위와 같은 공법상의 제한을 회피할 목적으로 행정처분의 상대방과 사이에 사법상 계약을 체결하는 형식을 취하였다면 이는 법치행정의 원리에 반하는 것으로서 위법하다. 지방자치단체가 골프장사업계획승인과 관련하여 사업자로부터 기부금을 지급하기로 한 증여계약은 공무수행과 결부된 금전적 대가로서 그 조건이나 동기가 사회질서에 반하므로 민법 제103조에 의해 무효이다.(대판 2009.12.10. 2007다63966)
- ⑤ (○) 개별공시지가결정은 이를 기초로 한 과세처분 등과는 별개의 독립된 처분으로서 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하는 것이나, 개별공시지가결정의 위법을 주장할 수 없도록 하는 것은 수인한도를 넘는 불이익을 강요하는 것으로서 국민의 재산권과 재판받을 권리를 보장한 헌법의 이념에도 부합하는 것이 아니라고 할 것이므로, 개별공시지가결정에 위법이 있는 경우에는 그 자체를 행정소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아 그 위법 여부를 다룰 수 있음은 물론 이를 기초로 한 과세처분 등 행정처분의 취소를 구하는 행정소송에서도 선행처분인 개별공시지가결정의 위법을 독립된 위법사유로 주장할 수 있다고 해석함이 타당하다(대판 1994.1.25. 93누8542). ⇨ 서로 별개의 법률효과를 목적으로 하지만 승계를 부정하면 수인한도를 넘는 가혹함을 가져오고 그 결과가 당사자에게 예측가능한 것이 아닌 경우로서 후행행위에 선행행위의 하자 승계가 인정된 사례

답 ③

02 행정행위에 대한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2020 5급승진

- ① 행정행위의 하자가 치유되면 그 행정행위는 치유된 때부터 하자가 없는 적법한 행정행위로 효력을 발생한다.
- ② 경원관계에서 허가 등 처분을 받지 못한 사람은 허가 등 처분의 취소를 구하는 소송을 제기할 수는 있으나, 자신에 대한 거부처분의 취소를 직접 소송으로 다룰 수는 없다.
- ③ 운전면허취소처분을 받은 자가 그 처분 이후 쟁송기간 중에 자동차를 운전하였다면, 이후 항고소송에 의하여 운전면허취소처분이 취소되었다더라도 취소처분의 공정력으로 인해 그 운전행위는 무면허운전에 해당한다.
- ④ 행정처분이 불복기간의 경과로 인하여 불가쟁력이 발생하면 그 처분의 기초가 된 사실관계나 법률적 판단이 확정되는 것이므로 당사자는 이와 모순되는 주장을 할 수 없게 된다.
- ⑤ 원자력안전법 상 원자로 건설허가에 앞선 부지사전승인처분은 그 자체로서 건설부지를 확정하고 사전공사를 허용하는 법률효과를 지닌 독립한 행정처분이지만, 사전적 부분 건설허가의 성격을 갖고 있어서 나중에 건설허가처분이 있게 되면 그 건설허가처분에 흡수되어 그 건설허가처분만이 쟁송의 대상이 된다.

해설

- ① (×) 행정행위 하자의 치유 효과는 소급적이기 때문에 치유된 행정행위는 치유시가 아니라 처분시부터 적법한 행정행위로 효력을 발생한다.
- ② (×) 인가·허가 등 수직적 행정처분을 신청한 여러 사람이 서로 경원관계에 있는 경우, 허가 등 처분을 받지 못한 사람이 자신에 대한 거부처분의 취소를 구할 원고적격과 소의 이익이 있는지 여부(원칙적 적극) : 인가·허가 등 수직적 행정처분을 신청한 여러 사람이 서로 경원관계에 있어서 한 사람에게 대한 허가 등 처분이 다른 사람에게 대한 불허가 등으로 귀결될 수밖에 없을 때 허가 등 처분을 받지 못한 사람은 신청에 대한 거부처분의 직접 상대방으로서 원칙적으로 자신에 대한 거부처분의 취소를 구할 원고적격이 있고, 취소판결이 확정되는 경우 판결의 직접적인 효과로 경원자에 대한 허가 등 처분이

취소되거나 효력이 소멸되는 것은 아니더라도 행정청은 취소판결의 기속력에 따라 판결에서 확인된 위법사유를 배제한 상태에서 취소판결의 원고와 경원자의 각 신청에 관하여 처분요건의 구비 여부와 우열을 다시 심사하여야 할 의무가 있으며, 재심사 결과 경원자에 대한 수익적 처분이 직권취소되고 취소판결의 원고에게 수익적 처분이 이루어질 가능성을 완전히 배제할 수는 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 경원관계에서 허가 등 처분을 받지 못한 사람은 자신에 대한 거부처분의 취소를 구할 소의 이익이 있다(대판 2015.10.29. 2013두27517)

- ③ (×) 운전면허취소처분을 받은 후 자동차를 운전하였으나 위 취소처분이 행정쟁송절차에 의하여 취소된 경우, 무면허운전은 성립 안됨 : 피고인이 행정청으로부터 자동차 운전면허취소처분을 받았으나 나중에 그 행정처분 자체가 행정쟁송절차에 의하여 취소되었다면, 위 운전면허취소처분은 그 처분시에 소급하여 효력을 잃게 되고, 피고인은 위 운전면허취소처분에 복종할 의무가 원래부터 없었음 이후에 확정되었다고 봄이 타당할 것이고, 행정행위에 공정력의 효력이 인정된다고 하여 행정소송에 의하여 적법하게 취소된 운전면허취소처분이 단지 장래에 향하여서만 효력을 잃게 된다고 볼 수는 없다(대판 1999.2.5. 98도4239)
- ④ (×) 행정처분이나 행정심판 재결이 불복기간의 경과로 확정된 경우 확정력(불가쟁력)의 의미 : 일반적으로 행정처분이나 행정심판재결이 불복기간의 경과로 인하여 확정될 경우, 그 확정력은 그 처분으로 인하여 법률상 이익을 침해받은 자가 당해 처분이나 재결의 효력을 더 이상 다툴 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(대판 1993.4.13. 92누17181).
- ⑤ (○) 원자력법 제11조 제3항 소정의 부지사전승인제도는 원자로 및 관계 시설을 건설하고자 하는 자가 그 계획중인 건설부지가 원자력법에 의하여 원자로 및 관계 시설의 부지로 적법한지 여부 및 굴착공사 등 일정한 범위의 공사(이하 '사전공사'라 한다)를 할 수 있는지 여부에 대하여 건설허가 전에 미리 승인을 받는 제도로서, 원자로 및 관계 시설의 건설에는 장기간의 준비·공사가 필요하기 때문에 필요한 모든 준비를 갖추어 건설허가신청을 하였다가 부지의 부적법성을 이유로 불허가될 경우 그 불이익이 매우 크고 또한 원자로 및 관계 시설 건설의 이와 같은 특성상 미리 사전공사를 할 필요가 있을 수도 있어 건설허가 전에 미리 그 부지의 적법성 및 사전공사의 허용 여부에 대한 승인을 받을 수 있게 함으로써 그의 경제적·시간적 부담을 덜어 주고 유효·적절한 건설공사를 행할 수 있도록 배려하려는 데 그 취지가 있다고 할 것이므로, 원자로 및 관계 시설의 부지사전승인처분은 그 자체로서 건설부지를 확정하고 사전공사를 허용하는 법률효과를 지닌 독립한 행정처분이지만, 건설허가 전에 신청자의 편의를 위하여 미리 그 건설허가의 일부 요건을 심사하여 행하는 사전적 부분건설허가처분의 성격을 갖고 있는 것이어서 나중에 건설허가처분이 있게 되면 그 건설허가처분에 흡수되어 독립된 존재가치를 상실함으로써 그 건설허가처분만이 쟁송의 대상이 되는 것이므로, 부지사전승인처분의 취소를 구하는 소는 소의 이익을 잃게 되고, 따라서 부지사전승인처분의 위법성은 나중에 내려진 건설허가처분의 취소를 구하는 소송에서 이를 다투면 된다(대판 1998.9.4. 97누19588)

답 ⑤

03 행정조사에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2020 5급승진

- ① 조사대상자의 자발적인 협조가 있는 경우에는 법령에 근거가 없더라도 행정조사를 실시할 수 있다.
- ② 관세법령에 따른 우편물 통관검사절차에서 이루어지는 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사가 압수·수색영장 없이 진행되었다 하더라도 수사기관의 강제처분이라고 할 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 볼 수 없다.
- ③ 음주운전 여부에 대한 조사 과정에서 운전자 본인의 동의를 받지 아니하고 또한 법원의 영장도 없이 채혈조사를 한 결과를 근거로 한 운전면허 정지·취소 처분은 특별한 사정이 없는 한 위법한 처분으로 볼 수밖에 없다.
- ④ 세무조사가 과세자료의 수집 또는 신고내용의 정확성 검증이라는 본연의 목적이 아니라 부정한 목적을 위하여 행하여진 것이라 하더라도, 이러한 세무조사에 의하여 수집된 과세자료를 기초로 한 과세처분이 정당한 세액의 범위 내에 있는 한 위법하다고 볼 수는 없다.
- ⑤ 같은 세목 및 과세기간에 대한 거듭된 세무조사는 조세공평의 원칙에 현저히 반하는 예외적인 경우를 제외하고는 금지될 필요가 있으나, 납세자가 대답하거나 승인할 의무가 없고 납세자의 영업의 자유 등을 침해하거나 세무조사권이 남용될 염려가 없는 조사행위까지 재조사가 금지되는 세무조사에 해당하는 것은 아니다.

해설

- ① (○) 행정조사기본법 제5조(행정조사의 근거) 행정기관은 법령등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있다. 다만, 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② (○) 우편물 통관검사절차에서 압수·수색영장 없이 진행된 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등 검사는 위법이 아님(수사기관의 강제처분이 아니므로) : 관세법 제246조 제1항, 제2항, 제257조, '국제우편물 수입통관 사무처리' (2011. 9. 30. 관세청고시 제2011-40호) 제1-2조 제2항, 제1-3조, 제3-6조, 구 '수출입물품 등의 분석사무 처리에 관한 시행세칙' (2013. 1. 4. 관세청훈령 제1507호로 개정되기 전의 것) 등과 관세법이 관세의 부과·징수와 아울러 수출입물품의 통관을 적정하게 함을 목적으로 한다는 점(관세법 제1조)에 비추어 보면, 우편물 통관검사절차에서 이루어지는 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 한 행정조사의 성격을 가지는 것으로서 수사기관의 강제처분이라고 할 수 없으므로, 압수·수색영장 없이 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등 검사가 진행되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 볼 수 없다(대판 2013.9.26. 2013도7718).
- ③ (×) 음주운전 여부에 대한 조사 과정에서 운전자 본인의 동의를 받지 아니하고 법원의 영장도 없이 한 혈액 채취 조사 결과를 근거로 한 운전면허 정지·취소 처분은 위법 : 음주운전 여부에 관한 조사방법 중 혈액 채취(이하 '채혈'이라고 한다)는 상대방의 신체에 대한 직접적인 침해를 수반하는 방법으로서, 이에 관하여 도로교통법은 호흡조사와 달리 운전자에게 조사에 응할 의무를 부과하는 규정을 두지 아니할 뿐만 아니라, 측정에 앞서 운전자의 동의를 받도록 규정하고 있으므로(제44조 제3항), 운전자의 동의 없이 임의로 채혈조사를 하는 것은 허용되지 아니한다. 그리고 수사기관이 범죄 증거를 수집할 목적으로 운전자의 동의 없이 혈액을 채취·보관하는 행위는 형사소송법상 '감정에 필요한 처분' 또는 '압수'로서 법원의 감정처분허가장이나 압수영장이 있어야 가능하고, 다만 음주운전 중 교통사고를 야기한 후 운전자가 의식불명 상태에 빠져 있는 등으로 호흡조사에 의한 음주측정이 불가능하고 채혈에 대한 동의를 받을 수도 없으며 법원으로부터 감정처분허가장이나 사전 압수영장을 발부받을 시간적 여유도 없는 긴급한 상황이 발생한 경우에는 수사기관은 예외적인 요건하에 음주운전 범죄의 증거 수집을 위하여 운전자의 동의나 사전 영장 없이 혈액을 채취하여 압수할 수 있으나 이 경우에도 형사소송법에 따라 사후에 지체 없이 법원으로부터 압수영장을 받아야 한다. 따라서 음주운전 여부에 대한 조사 과정에서 운전자 본인의 동의를 받지 아니하고 또한 법원의 영장도 없이 채혈조사를 한 결과를 근거로 한 운전면허 정지·취소 처분은 도로교통법 제44조 제3항을 위반한 것으로서 특별한 사정이 없는 한 위법한 처분으로 볼 수밖에 없다(대판 2016.12.27. 2014두4685)
- ④ (○) 세무조사가 위법한 경우 그에 따른 과세처분도 위법하다.

• 세무조사가 본연의 목적이 아니라 부정한 목적을 위하여 행하여진 경우, 세무조사에 의하여 수집된 과세자료를 기초로 한 과세처분은 위법 : 국세기본법은 제81조의4 제1항에서 "세무공무원은 적정하고 공평한 과세를 실현하기 위하여 필요한 최소한의 범위에서 세무조사를 하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용해서는 아니 된다."라고 규정하고 있다. 이 조항은 세무조사의 적법 요건으로 객관적 필요성, 최소성, 권한 남용의 금지 등을 규정하고 있는데, 이는 법치국가원리를 조세절차법의 영역에서도 관철하기 위한 것으로서 그 자체로서 구체적인 법규적 효력을 가진다. 따라서 세무조사가 과세자료의 수집 또는 신고내용의 정확성 검증이라는 본연의 목적이 아니라 부정한 목적을 위하여 행하여진 것이라면 이는 세무조사에 중대한 위법사유가

있는 경우에 해당하고 이러한 세무조사에 의하여 수집된 과세자료를 기초로 한 과세처분 역시 위법하다. 세무조사가 국가의 과세권을 실현하기 위한 행정조사의 일종으로서 과세자료의 수집 또는 신고내용의 정확성 검증 등을 위하여 필요불가결하며, 중국적으로는 조세의 탈루를 막고 납세자의 성실한 신고를 담보하는 중요한 기능을 수행하더라도 만약 납용이나 오용을 막지 못한다면 납세자의 영업활동 및 사생활의 평온이나 재산권을 침해하고 나아가 과세권의 존립성과 공공성 및 윤리성을 의심받는 결과가 발생할 것이기 때문이다(대판 2016.12.15. 2016두47659)

- ⑤ (○) **납세자 등이 대답하거나 수인할 의무가 없고 납세자의 영업의 자유 등을 침해하거나 세무조사권이 남용될 염려가 없는 조사행위까지 재조사가 금지되는 '세무조사'에 해당하지는 않음** : 세무조사는 국가의 과세권을 실현하기 위한 행정조사의 일종으로서 국세의 과세표준과 세액을 결정 또는 경정하기 위하여 질문을 하고 장부·서류 그 밖의 물건을 검사·조사하거나 그 제출을 명하는 일체의 행위를 말하며, 부과처분을 위한 과세관청의 질문조사권이 행하여지는 세무조사의 경우 납세자 또는 그 납세자와 거래가 있다고 인정되는 자 등(이하 '납세자 등'이라 한다)은 세무공무원의 과세자료 수집을 위한 질문에 대답하고 검사를 수인하여야 할 법적 의무를 부담한다. 한편 같은 세목 및 과세기간에 대한 거듭된 세무조사는 납세자의 영업의 자유나 법적 안정성 등을 심각하게 침해할 뿐만 아니라 세무조사권의 남용으로 이어질 우려가 있으므로 조세공평의 원칙에 현저히 반하는 예외적인 경우를 제외하고는 금지될 필요가 있다. 이러한 세무조사의 성질과 효과, 중복세무조사를 금지하는 취지 등에 비추어 볼 때, **세무공무원의 조사행위가 실질적으로 납세자 등으로 하여금 질문에 대답하고 검사를 수인하도록 함으로써 납세자의 영업의 자유 등에 영향을 미치는 경우에는 국제형 헌법인 구 조사사무처리규정에서 정한 '현지확인'의 절차에 따른 것이라고 하더라도 그것은 재조사가 금지되는 '세무조사'에 해당한다고 보아야 한다.** 그러나 과세자료의 수집 또는 신고내용의 정확성 검증 등을 위한 과세관청의 모든 조사행위가 재조사가 금지되는 세무조사에 해당한다고 볼 경우에는 과세관청으로서는 단순한 사실관계의 확인만으로 충분한 사안에서 언제나 정식의 세무조사에 착수할 수밖에 없고 납세자 등으로서도 불필요하게 정식의 세무조사에 응하여야 하므로, **납세자 등이 대답하거나 수인할 의무가 없고 납세자의 영업의 자유 등을 침해하거나 세무조사권이 남용될 염려가 없는 조사행위까지 재조사가 금지되는 '세무조사'에 해당한다고 볼 것은 아니다**(대판 2017.3.16. 2014두8360).

답 ④

04 행정상 강제집행에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2020 5급승진

- ① 관계 법령상 행정청이 행정대집행의 방법으로 건물의 철거 등 대체적 작위의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에는 따로 민사소송의 방법으로 그 의무의 이행을 구할 수 없다.
- ② 토지나 건물의 명도의무는 행정대집행법 에 의한 대집행의 대상이 된다.
- ③ 상당한 의무이행기간을 부여하지 아니한 채 행정대집행법 상 대집행계고처분을 한 경우 대집행영장으로써 대집행의 시기를 늦추었다 하더라도 그 계고처분은 위법하다.
- ④ 건축법에 위반한 건축물의 철거의무를 대집행하기 위한 계고처분은 다른 방법으로는 이행의 확보가 어렵고 불이행을 방치함이 심히 공익을 해하는 것으로 인정될 때에 한하여 허용되고 이러한 요건의 주장·입증책임은 처분 행정청에 있다.
- ⑤ 건축법 상 이행강제금 납부의무는 상속인 기타의 사람에게 승계될 수 없는 일신전속적인 성질의 것이므로 이미 사망한 사람에게 이행강제금을 부과하는 내용의 처분이나 결정은 당연무효이다.

해설

- ① (○) **행정대집행절차가 인정되는 공법상 의무의 이행을 민사소송의 방법으로 구할 수 없다** : 관계 법령상 행정대집행의 절차가 인정되어 행정청이 행정대집행의 방법으로 건물의 철거 등 대체적 작위의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에는 따로 민사소송의 방법으로 그 의무의 이행을 구할 수 없다(대판 2017.4.28. 2016다213916).
- ② (×) **구 토지수용법상 피수용자 등이 기업자에 대하여 부담하는 수용대상 토지의 인도의무(명도의무)는 대체적 작위의무가 아니므로 대집행 불가** : 피수용자 등이 기업자에 대하여 부담하는 수용대상 토지의 인도의무에 관한 구 토지수용법 63조. 64조. 77조 규정에서의 '인도'에는 명도도 포함되는 것으로 보아야 하고, 이러한 명도의무는 그것을 강제적으로 실현하면서 직접적인 실행행사가 필요한 것이지 대체적 작위의무라고 볼 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되지 않는다(대판 2005.8.19. 2004다2809).
- ③ (○) **상당한 의무이행기간을 부여하지 않은 대집행계고처분 후 대집행영장으로써 대집행 시기를 늦춘 경우라도 계고처분은 위법** : 행정대집행법 3조 1항은 행정청이 의무자에게 대집행영장으로써 대집행할 시기 등을 통지하기 위하여는 그 전제로서 대집행계고처분을 함에 있어서 의무이행을 할 수 있는 상당한 기간을 부여할 것을 요구하고 있으므로, 행정청인 피고가 **의무이행기한이 1988.5.24.까지로 된 이 사건 대집행계고처서를 5.19. 원고에게 발송하여 원고가 그 이행종기인 5.24. 이를 수령하였다면, 설사 피고가 대집행영장으로써 대집행의 시기를 1988.5.27. 15:00로 늦추었다더라도 위 대집행계고처분은 상당한 이행기한을 정하여 한 것이 아니어서 대집행의 적법절차에 위배한 것으로 위법한 처분이라고 할 것이다**(대판 1990.9.14. 90누2048).
- ④ (○) 건축허가 조건에 위배하여 증축한 것이어서 건축법상 철거할 의무가 있는 건물이라 하더라도 행정대집행법 제3조 및 제2조의 규정에 비추어 보면, 다른 방법으로는 그 이행의 확보가 어렵고 그 불이행을 방치함이 심히 공익을 해치는 것으로 인정될 때에 한하여 그 철거의무를 대집행하기 위한 계고처분이 허용된다 할 것이고 이러한 요건의 주장과 입증책임은 처분 행정청에 있다(대판 1982.5.11. 81누232).
- ⑤ (○) **이행강제금을 부과받은 사람이 이행강제금사건의 계속 중 사망한 경우, 강제절차는 종료(이행강제금 납부의무는 일신전속적 의무)** : (구)건축법상의 이행강제금은 (구)건축법의 위반행위에 대하여 시정명령을 받은 후 시정기간 내에 당해 시정명령을 이행하지 아니한 건축주 등에 대하여 부과되는 간접징계의 일종으로서 그 **이행강제금 납부의무는 상속인 기타의 사람에게 승계될 수 없는 일신전속적인 성질**의 것이므로 이미 사망한 사람에게 이행강제금을 부과하는 내용의 처분이나 결정은 당연무효이고, 이행강제금을 부과받은 사람의 이의에 의하여 재판절차가 개시된 후에 그 이의한 사람이 사망한 때에는 사건 자체가 목적을 잃고 절차가 종료한다(대판 2006.12.8. 2006마470).

답 ②

05 행정행위의 효력에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2020 5급승진

- ① 공정력은 당해 행정행위의 하자가 중대하고 명백한 경우에도 인정된다.
- ② 불가쟁력이 발생한 행정행위에 대해 국가배상청구나 직권취소는 허용되지 아니한다.
- ③ 과세처분에 관한 이의신청절차에서 과세관청이 이의신청사유를 인정하여 과세처분을 직권으로 취소한 경우, 당해 과세관청은 그 직권취소를 반복하여 종전 처분을 되풀이할 수 있다.
- ④ 민사소송에서 어느 행정처분의 당연무효여부가 선결문제로 되는 경우 당해 법원은 이를 판단하여 당연무효임을 전제로 판결할 수는 없다.
- ⑤ 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 그 행정처분의 변경을 구할 신청권은 인정될 수 없다.

해설

- ① (×) 행정행위의 공적력이라 비록 행정행위에 하자(흠)가 있다라도 그것이 **중대하고 명백하여 당연무효인 경우를 제외하고는**(취소할 수 있는 행정행위에 한정) 권한 있는 기관[직권취소는 처분청, 갱송취소는 행정심판위원회와 수수법원인 행정법원에 의하여 취소될 때까지는 상대방·이해관계인·타행정청·법원(민사·형사법원)에 대하여 일단 유효성(적법성×)의 추정을 받아 잠정적으로 통용되는 힘이다. 무효인 행정행위에는 공적력이 인정되지 않는다.
- ② (×) 불가쟁력이 발생하면 행정행위의 상대방이나 이해관계인은 더 이상 행정행위의 효력을 다투지 못한다. 그러나 취소권을 가진 행정청(처분청 또는 상급감독청)은 직권으로 불가쟁력이 발생한 행정행위를 취소·철회하는 것은 가능하다. 또한 국가배상청구소송은 처분의 효력을 다투는 것이 아니므로 불가쟁력이 발생한 행정행위로 손해를 입은 국민은 시효가 소멸하지 않는 한 국가배상청구가 가능하다.
 - 물품세 과세대상이 아닌 것을 세무공무원이 직무상 과실로 과세대상으로 오인하여 과세처분을 행함으로써 인하여 손해가 발생한 경우에는, 동 과세처분이 취소되지 아니하였다고 하더라도, 국가는 이로 인한 손해를 배상할 책임이 있다(대판 1979.4.10. 79다262) ⇒ 불가쟁력이 발생해도 취소소송 제기함이 없이 국가배상청구 가능
 - 개별토지에 대한 가격결정도 행정처분에 해당하며, 원래 행정처분을 한 처분청은 그 행위에 하자가 있는 경우에는 원칙적으로 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 직권으로 취소할 수 있는 것이고, 행정처분에 대한 법정의 불복기간이 지나면 직권으로도 취소할 수 없게 되는 것은 아니므로, 처분청은 토지에 대한 개별토지가격의 산정에 명백한 잘못이 있다면 이를 직권으로 취소할 수 있다(대판 1995.9.15. 95누6311).
- ③ (×) 과세처분에 관한 불복절차과정에서 과세관청이 그 불복사유가 옳다고 인정하고 이에 따라 필요한 처분을 하였을 경우에는, 불복제도와 이에 따른 시정방법을 인정하고 있는 구 「국세기본법」 제55조 제1항, 제3항 등 규정들의 취지에 비추어 동일 사항에 관하여 특별한 사유 없이 이를 반복하고 다시 종전의 처분을 되풀이할 수는 없는 것이므로, 과세처분에 관한 이의신청절차에서 과세관청이 이의신청사유가 옳다고 인정하여 과세처분을 직권으로 취소한 이상 그 후 특별한 사유 없이 이를 반복하고 종전 처분을 되풀이하는 것은 허용되지 않는다(대판 2014.7.24. 2011두14227).
- ④ (×) 민사소송에 있어서 어느 행정처분의 당연무효 여부가 선결문제로 되는 때에는 이를 판단하여 당연무효임을 전제로 판결할 수 있고 반드시 행정소송 등의 절차에 의하여 그 취소나 무효확인을 받아야 하는 것은 아니다(대판 2010.4.8. 2009다90092 / 대판 1972.10.10. 71다2279)
- ⑤ (○) 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(대판 2007.4.26. 2005두11104).

답 ⑤

06 법치행정에 대한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2020 5급승진

- ① 국민의 권리·의무에 관련되는 사항은 국회가 정하여야 하므로 법률이 공법적 단체 등의 정관에 자치법적 사항을 위임하는 경우 포괄적인 위임입법의 금지가 원칙적으로 적용된다.
- ② 공직선거법 이 ‘금지되는 기부행위’의 예외 중 하나로 ‘중앙선거관리위원회 규칙으로 정하는 행위’를 규정하는 것은 법률에서 금지되지 않는 기부행위의 예를 구체적으로 예시하고 있다고 하더라도 포괄위임입법에 해당하여 위헌이다.
- ③ 국가가 국민에게 인간다운 생활을 할 권리를 보장하기 위하여 사회보장수급권에 관한 입법을 할 경우, 이에 관한 기준을 설정함에 있어 위임을 받은 행정부 등 해당 기관에 재량이 인정될 수 없다.
- ④ 지방자치단체가 조례를 제정할 때 법률의 위임 없이 그 내용이 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항을 정하였다면 그 조례는 효력이 없다.
- ⑤ 위임입법의 한계인 예측가능성의 유무를 판단할 때에는 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단할 것이 아니라 당해 위임조항 자체에서 하위법령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있음을 기준으로 한다.

해설

- ① (×) 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(대판 2007.10.12. 2006두14476).
- ② (×) 금지되는 기부행위의 예외사유로서 공직선거법 제112조 제2항 제5호가 ‘그 밖에 위 각 호의 어느 하나에 준하는 행위로서 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 행위’를 규정하고 있기는 하나, 같은 항 제1호 내지 제4호에서 금지되지 않는 기부행위의 예를 4가지 영역으로 나누어 구체적으로 예시하고 있으므로, 법률 그 자체에 이미 중앙선거관리위원회규칙으로 규정될 내용 및 범위의 기본적 사항이 구체적이고도 명확하게 나와 있는 이상 누구라도 위 규칙에 규정될 내용의 대강을 법률로부터 예측할 수 있다 할 것이므로, 이 사건 금지조항 및 처벌조항은 처벌법규의 내용을 포괄적으로 하위 법령에 위임해서는 안된다는 의미의 포괄위임입법금지원칙에도 위배되지 아니한다(대판 2010.9.30. 2009헌바201)
- ③ (×) 헌법의 규정에 의거하여 국민에게 주어지게 되는 사회보장에 따른 국민의 수급권은 국가에게 적극적으로 급부를 요구할 수 있는 권리를 주된 내용으로 하기 때문에, 국가가 국민에게 ‘인간다운 생활을 할 권리’를 보장하기 위하여 국민들에게 한정된 가용자원을 분배하는 사회보장수급권에 관한 입법을 할 경우에는 국가의 재정부담능력, 전체적인 사회보장수준과 국민감정 등 사회정책적인 고려, 상충하는 국민 각 계층의 갖가지 이해관계 등 복잡 다양한 요소를 함께 고려해야 하는 것이어서, 이 부분은 입법부 또는 입법에 의하여 다시 위임을 받은 행정부 등 해당기관의 광범위한 입법재량에 맡겨져 있다고 보아야 할 것이다(헌재 2010.5.27. 2009헌마338)
- ④ (○) 지방자치법 22조. 9조 1항, 구 지방자치법 9조 1항, 15조, 행정규제기본법 4조 3항에 의하면 지방자치단체는 그 고유사무인 자치사무와 개별법령에 의하여 지방자치단체에 위임된 단체위임사무에 관하여 자치조례를 제정할 수 있지만 그 경우라도 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙은 법률의 위임이 있어야 하며, 기관위임사무에 관하여 제정되는 이른바 위임조례는 개별법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에 한하여 제정할 수 있으므로, 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙에 해당하는 조례를 제정할 경우에는 그 조례의 성질을 묻지 않고 법률의 위임이 있어야 하고 그러한 위임 없이 제정된 조례는 효력이 없다(대판2007.12.13. 2006후52).
- ⑤ (×) 위임입법의 한계 및 위임범위의 판단 기준 - 실질적 예측(예견)가능성(유기적·체계적으로 종합 판단, 규제대상의 성질에 따라 구체적·개별적 검토) : 위임명령은 법률이나 상위명령에서 구체적으로 범위를 정한 개별적인 위임이 있을 때에 가능하고, 여기에서 구체적인 위임의 범위는 규제하고자 하는 대상의 종류와 성격에 따라 달라지는 것이어서 일률적 기준을 정할 수는 없지만, 적어도 위임명령에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률이나 상위명령으로부터 위임명령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 하나, 이 경우 그 예측가능성의 유무는 당해 위임조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 그 위임조항이 속한 법률이나 상위명령의 전반적인 체계와 취지 목적, 당해 위임조항의 규정형식과 내용 및 관련 법규를 유기적 체계적으로 종합 판단해야 하고, 나아가 각 규제 대상의 성질에 따라 구체적 개별적으로 검토함을 요한다(대판 2006.4.14. 2004두14793).

답 ④

07 행정상 법률관계에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2020 5급승진

- ① 구 「도시재개발법」 상 도시재개발조합을 상대로 한 쟁송에 있어서 강제가입제를 특색으로 한 조합원의 자격인정 여부에 관한 다툼은 사법관계에 해당한다.
- ② 사립학교 교원과 학교법인의 관계를 공법상의 권력관계라고 볼 수 없으므로 사립학교 교원에 대한 학교법인의 해임처분을 취소소송의 대상이 되는 행정청의 처분으로 볼 수 없다.
- ③ 개발부담금 부과처분이 취소된 경우, 그 과오납금 반환에 대한 법률관계는 단순한 민사관계에 해당하는 것으로 볼 수 없다.
- ④ 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률에 의하여 국가의 각 중앙관서의 장이 부정당업자의 입찰참가자격을 제한하는 것은 사법상 행위에 해당한다.
- ⑤ 지방자치단체가 학교법인이 설립한 사립중학교에 의무교육대상자에 대한 교육을 위탁한 때에 그 학교법인과 해당 사립중학교에 재학 중인 학생의 재학관계는 기본적으로 공법상 계약에 따른 법률관계이다.

해설

- ① (×) 구 도시재개발법에 의한 재개발조합은 조합원에 대한 법률관계에서 적어도 특수한 존립목적 부여받은 특수한 행정주체로서 국가의 감독 하에 그 존립목적인 특정한 공공사무를 행하고 있다고 볼 수 있는 범위 내에서는 공법상의 권리·의무관계에 서 있다. 따라서 조합을 상대로 한 쟁송에 있어서 강제가입제를 특색으로 한 조합원의 자격 인정여부에 관하여 다툼이 있는 경우에는 그 단계에서는 아직 조합의 어떠한 처분 등이 개입될 여지는 없으므로 공법상의 당사자소송에 의하여 그 조합원 자격의 확인을 구할 수 있다(대판 1996.2.15. 94다31235).
- ② (○) ㉠ 사립학교 교원은 학교법인 또는 사립학교 경영자에 의하여 임면되는 것으로서 사립학교 교원과 학교법인의 관계를 공법상의 권력관계라고 볼 수 없으므로 사립학교 교원에 대한 학교법인의 해임처분을 취소소송의 대상이 되는 행정청의 처분으로 볼 수 없고, 따라서 학교법인을 상대로 한 불복은 행정소송에 의할 수 없고 민사소송절차에 의할 것이다. ㉡ 사립학교 교원에 대한 해임처분에 대한 구제방법으로 학교법인을 상대로한 민사소송 이외 「교원지위 향상을 위한 특별법」 제7 내지 10조에 따라 교육부 내에 설치된 교원징계재심위원회에 재심청구를 하고 교원징계재심위원회의 결정에 불복하여 행정소송을 제기하는 방법도 있으나, 이 경우에도 행정소송의 대상이 되는 행정처분은 교원징계재심위원회의 결정이지 학교법인의 해임처분이 행정처분으로 의제되는 것이 아니며 또한 교원징계재심위원회의 결정에 대한 행정심판으로서의 재결에 해당되는 것으로 볼 수는 없다.

구분	국·공립학교 교원 징계	사립학교 교원 징계
징계의 성격	처분 ○(교육감·국립대학교총장이 징계)	처분 ×(사립학교법인이 징계)
징계에 대한 교원소청심사위원회 결정의 성격	재결	행정처분
취소소송의 대상(원처분 주의)과 피고	① 징계처분(원처분)을 대상 - 교육감·국립대학교총장이 피고 ② 단, 위원회 결정(재결)에 고유한 위법시 위원회 결정을 대상 - 위원회가 피고	위원회의 결정(원처분) - 위원회가 피고(교원뿐 아니라 학교법인도 행정소송 제기 가능)

- ③ (×) 개발부담금 부과처분이 취소된 이상 그 후의 부당이득으로서의 과오납금 반환에 관한 법률관계는 단순한 민사관계에 불과한 것이고, 행정소송절차에 따라야 하는 관계로 볼 수 없다(대판 1995.12.22. 94다51253).
- ④ (×) 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 또는 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 의하여 국가의 각 중앙관서의 장 또는 지방자치단체의 장이 한 부정당업자의 입찰참가자격제한조치는 제재적 성격의 권력적 사실행위이며 판례는 처분성을 인정하고 있다(공법관계).
 • 중앙관서의 장이 행한 부정당업자에 대한 입찰참가자격정지의 처분성 인정 : 원고의 대리인이 입찰금액을 60,780,000원으로 기재한다는 것이 착오로 금 6,078,000원으로 잘못 기재한 것은 시설공사 입찰유의서(재무부회계예규 1201, 04-101) 제10조 제10호 소정의 입찰서에 기재한 중요부분의 착오가 있는 경우에 해당되어 이를 이유로 즉시 입찰취소의 의사표시를 한 이상 피고(조달청장)는 본건 입찰을 무효로 선언함이 마땅하므로 원고가 이 사건 공사계약체결에 불응하였음에는 정당한 이유가 있다고 할 것이니 원고를 부정당업자로서 6월간 입찰참가자격을 정지한 피고의 처분은 재량권을 일탈하여 위법하다(대판 1983.12.27. 81누366)
- ⑤ (×) 「학교법인이 설립한 사립중학교에 지방자치단체가 의무교육대상자 교육을 위탁한 경우 그 학교법인과 학생의 재학관계 : 사법상 계약에 따른 법률관계」 「초·중등교육법」 상 사립중학교에 대한 중학교 의무교육의 위탁관계 : 공법관계
 • 사법인(사법인)인 학교법인과 학생의 재학관계는 사법상 계약에 따른 법률관계에 해당한다. 지방자치단체가 학교법인이 설립한 사립중학교에 의무교육대상자에 대한 교육을 위탁한 때에 그 학교법인과 해당 사립중학교에 재학 중인 학생의 재학관계도 기본적으로 마찬가지이다. (2018. 12. 28. 선고 2016다33196)
 • 중학교 의무교육의 위탁관계는 초·중등교육법 제12조 제3항, 제4항 등 관련 법령에 의하여 정해지는 공법적 관계로서, 대등한 당사자 사이의 자유로운 의사를 전제로 사익 상호간의 조정을 목적으로 하는 민법 제688조의 수임인의 비용상환청구권에 관한 규정이 그대로 준용된다고 보기도 어렵다(대판 2015.1.29. 2012두7387)..

답 ②

08 행정입법에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2020 5급승진

- ① 위임명령이 위임 내용을 구체화하는 단계를 벗어나 새로운 입법을 한 것으로 평가할 수 있다면, 이는 위임의 한계를 일탈한 것으로서 허용되지 않는다.
- ② 한국감정평가업협회가 제정한 '토지보상평가지침'은 단지 한국감정평가업협회가 내부적으로 기준을 정한 것에 불과하여 일반 국민이나 법원을 구속하는 것이 아니다.
- ③ 위임의 근거가 없어 무효였던 법규명령이 사후에 법개정으로 그 위임의 근거가 부여된다고 하더라도 그때부터 유효한 법규명령이 되는 것은 아니다.
- ④ 법률의 시행령이나 시행규칙의 내용이 모법의 해석상 가능한 것을 명시하거나 모법 조항의 취지를 구체화하기 위한 것이라면, 모법이 이에 관하여 직접 위임하는 규정을 두지 않았다고 하더라도 무효라고 할 수 없다.
- ⑤ 집행명령은 근거가 된 상위법령이 단순히 개정됨에 그친 경우 그 개정법령과 성질상 모순·저촉되지 아니하고 개정된 상위법령의 시행에 필요한 사항을 규정하고 있는 이상 그 개정법령의 시행을 위한 집행명령이 제정·발효될 때까지는 효력을 유지한다.

해설

- ① (○) 법률이 특정 사건과 관련하여 시행령에 위임을 한 경우 시행령이 위임의 한계를 준수하고 있는지를 판단할 때는 당해 법률 규정의 입법 목적과 규정 내용, 규정의 체계, 다른 규정과의 관계 등을 종합적으로 살펴야 한다. 법률의 위임 규정 자체가 그 의미 내용을 정확하게 알 수 있는 용어를 사용하여 위임의 한계를 분명히 하고 있는데도 시행령이 그 문언적 의미의 한계를 벗어났다든지, 위임 규정에서 사용하고 있는 용어의 의미를 넘어 그 범위를 확장하거나 축소함으로써 위임 내용을 구체화하는 단계를 벗어나 새로운 입법을 한 것으로 평가할 수 있다면, 이는 위임의 한계를 일탈한 것으로서 허용되지 않는다(대판 2012.12.20. 2011두30878)
- ② (○) 한국감정평가업협회가 제정한 토지보상평가지침에서 임복본수도 등에 따른 관계 법령상의 사용제한 등을 개별요인이 아닌 기타요인에서 평가하도록 정하고 있으나, 위 토지보상평가지침은 단지 한국감정평가업협회가 내부적으로 기준을 정한 것에 불과하여 일반 국민이나 법원을 구속하는 것이 아니므로 위 지침에 반하여 위와 같은 법령상의 제한사항을 기타요인이 아닌 개별요인의 비교시에 반영하였다는 사정만으로 감정평가가 위법하게 되는 것은 아니다(대판 2007.7.12.2006두11507).
- ③ (×) 일반적으로 법률의 위임에 의하여 효력을 갖는 법규명령의 경우, 구법에 위임의 근거가 없어 무효였더라도 사후에 법개정으로 위임의 근거가 부여되면 그 때부터는 유효한 법규명령이 되나, 반대로 구법의 위임에 의한 유효한 법규명령이 법개정으로 위임의 근거가 없어지게 되면 그 때부터 무효인 법규명령이 되므로, 어떤 법령의 위임 근거 유무에 따른 유효 여부를 심사하려면 법개정의 전·후에 걸쳐 모두 심사하여야만 그 법규명령의 시기에 따른 유효·무효를 판단할 수 있다(대판 1995.6.30. 93추83).
- ④ (○) 법률의 시행령이나 시행규칙은 그 법률에 의한 위임이 없으면 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률에 규정되지 아니한 새로운 내용을 정할 수는 없지만, 법률의 시행령이나 시행규칙의 내용이 모법의 입법 취지 및 관련 조항 전체를 유기적·체계적으로 살펴 보아 모법의 해석상 가능한 것을 명시한 것에 지나지 아니하거나 모법 조항의 취지에 근거하여 이를 구체화하기 위한 것인 때에는 모법의 규율 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없으므로, 모법에 이에 관하여 직접 위임하는 규정을 두지 않았다고 하더라도 이를 무효라고 볼 수는 없다(대판 2009.6.11. 2008두13637).
- ⑤ (○) 상위법령 폐지시 집행명령은 실효되나 상위법령이 개정된 경우 집행명령이 당면 실효되는 것은 아님 : 상위법령의 시행에 필요한 세부적 사항을 정하기 위하여 행정관청이 일반적 직권에 의하여 제정하는 이른바 집행명령은 근거법령인 상위법령이 폐지되면 특별한 규정이 없는 이상 실효되는 것이나, 상위법령이 개정됨에 그친 경우에는 개정법령과 성질상 모순, 저촉되지 않고 개정된 상위법령의 시행에 필요한 사항을 규정하고 있는 이상 그 집행명령은 상위법령의 개정에도 불구하고 당연히 실효되지 않고 개정법령의 시행을 위한 집행명령이 제정, 발효될 때까지는 여전히 그 효력을 유지한다(대판 1989.9.12. 88누6962)

답 ③

09 정보공개에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2020 5급승진

- ㉠ 정보공개제도는 공공기관이 보유·관리하는 정보를 그 상태대로 공개하는 제도로서 공개를 구하는 정보를 공공기관이 보유·관리하고 있을 상당한 개연성이 있다는 점에 대하여 원칙적으로 공개청구자에게 증명책임이 있다.
- ㉡ 변호사 정보 제공 웹사이트 운영자가 변호사들의 개인신상정보를 기반으로 변호사들의 인맥지수를 산출하여 공개하는 서비스를 제공하는 행위는 변호사들의 개인정보에 관한 인격권을 침해하는 위법한 행위라고 볼 수 없다.
- ㉢ 정보공개거부처분 취소소송에서 공공기관이 해당 정보를 더 이상 보유·관리하지 않게 되었다면 법원은 특별한 사정이 없는 한 각하판결을 하여야 한다.
- ㉣ 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로 청구인이 공공기관에 정보공개청구를 하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다.
- ㉤ 법원 이외의 공공기관이 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조제1항 제4호에서 정한 '진행 중인 재판에 관련된 정보'에 해당한다는 사유로 정보공개를 거부하기 위하여는 그 정보가 진행 중인 재판의 소송기록 자체에 포함된 내용이어야 한다.

- ① ㉠, ㉡, ㉢
- ② ㉠, ㉢, ㉣
- ③ ㉠, ㉢, ㉤
- ④ ㉡, ㉢, ㉣
- ⑤ ㉡, ㉢, ㉤

해설

- ① (○) 정보공개제도는 공공기관이 보유·관리하는 정보를 그 상태대로 공개하는 제도로서 공개를 구하는 정보를 공공기관이 보유·관리하고 있을 상당한 개연성이 있다는 점에 대하여 원칙적으로 공개청구자에게 증명책임이 있다고 할 것이지만, 공개를 구하는 정보를 공공기관이 한 때 보유·관리하였으나 후에 그 정보가 담긴 문서 등이 폐기되어 존재하지 않게 된 것이라면 그 정보를 더 이상 보유·관리하고 있지 아니하다는 점에 대한 증명책임은 공공기관에게 있다(대판 2004.12.9. 2003두12707)
- ② (×) 변호사 정보 제공 웹사이트 운영자가 변호사들의 개인신상정보를 기반으로 변호사들의 인맥지수를 산출하여 공개하는 서비스를 제공한 사안에서, 인맥지수의 사적·인격적 성격, 산출과정에서 왜곡 가능성, 인맥지수 이용으로 인한 변호사들의 이익 침해와 공적 피해의 우려, 그에 반하여 이용으로 달성될 공적인 가치의 보호 필요성 정도 등을 종합적으로 고려하면, 운영자가 변호사들의 개인신상정보를 기반으로 한 인맥지수를 공개하는 표현행위에 의하여 얻을 수 있는 법적 이익이 이를 공개하지 않음으로써 보호받을 수 있는 변호사들의 인격적 법익에 비하여 우월하다고 볼 수 없어, 결국 운영자의 인맥지수 서비스 제공행위는 변호사들의 개인정보에 관한 인격권을 침해하는 위법한 것이다(대판 2011.9.2. 2008다42430).
- ③ (○) 정보공개제도는 공공기관이 보유·관리하는 정보를 그 상태대로 공개하는 제도라는 점 등에 비추어 보면, 정보공개를 구하는 자가 공개를 구하는 정보를 행정기관이 보유·관리하고 있을 상당한 개연성이 있다는 점을 입증함으로써 족하다 할 것이지만, 공공기관이 그 정보를 보유·관리하고 있지 아니한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 정보공개거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다(대판 2006.1.13. 2003두9459)
- ④ (○) 국민의 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리라 할 것이므로, 공공기관에 대하여 정보의 공개를 청구하였다가 공개거부처분을 받은 청구인은 행정소송을 통하여 그 공개거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다(대판 2006.1.13. 2003두9459).
- ⑤ (×) 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제4호에서 비공개대상정보로 정하고 있는 '진행 중인 재판에 관련된 정보'의 범위 : 공공기관의 정보공개에 관한 법률(의 입법 목적, 정보공개 원칙, 비공개대상정보의 규정 형식과 취지 등을 고려하면, 법원 이외의 공공기관이 정보공개법 제9조 제1항 제4호에서 정한 '진행 중인 재판에 관련된 정보'에 해당한다는 사유로 정보공개를 거부하기 위하여는 반드시 그 정보가 진행 중인 재판의 소송기록 자체에 포함된 내용일 필요는 없다. 그러나 재판에 관련된 일체의 정보가 그에 해당하는 것은 아니고 진행 중인 재판의 심리 또는 재판결과에 구체적으로 영향을 미칠 위험이 있는 정보에 한정된다고 보는 것이 타당하다(대판 2011.11.24. 2009두19021).

답 ②

10

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

2020 5급승진

- ① 행정청이 침해적 행정처분을 하면서 당사자에게 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 주지 아니하였다면, 사전통지나 의견제출의 예외적인 경우에 해당하지 아니하는 한, 그 처분은 위법하여 취소를 면할 수 없다.
- ② 외국인의 사증발급 신청에 대한 거부처분은 행정절차법 상 처분의 사전통지와 의견제출 기회 부여의 대상은 아니다.
- ③ 고시의 방법으로 불특정 다수인을 상대로 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분은 성질상 의견제출의 기회를 주어야 하는 상대방을 특정할 수 없으므로, 이 처분에 있어 그 상대방에게 행정절차법 상 의견제출의 기회를 주어야 하는 것은 아니다.
- ④ 행정절차법 의 목적 및 청문제도의 취지 등에 비추어 볼 때 행정청과 당사자 사이의 합의에 의해 청문의 실시 등 의견청취절차를 배제한 경우는 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당한다.
- ⑤ 주택법 상 주택건설사업계획을 승인하여 같은 법에 따라 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 상 도시·군관리계획결정이 이루어지는 것으로 의제된 경우 도시·군관리계획 입안을 위한 별도의 주민 의견청취 절차를 거칠 필요는 없다.

해설

- ① (○) 「행정절차법」 제21조 제1항·제4항, 제22조 제1항 내지 제4항에 의하면, 행정청이 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 처분하고자 하는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거, 이에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법 등의 사항을 당사자 등에게 통지하여야 하고, 다른 법령 등에서 필요적으로 청문을 실시하거나 공청회를 개최하도록 규정하고 있지 아니한 경우에도 당사자 등에게 의견제출의 기회를 주어야 하되, 당해 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우 등에는 처분의 사전통지나 의견청취를 하지 아니할 수 있도록 규정하고 있으므로, **행정청이 침해적 행정처분을 함에 있어서 당사자에게 위와 같은 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 주지 아니하였다면 사전통지를 하지 않거나 의견제출의 기회를 주지 아니하여도 되는 예외적인 경우에 해당하지 아니하는 한 그 처분은 위법하여 취소를 면할 수 없다**(대판 2000.11.14. 99두5870).
- ② (○)

외국인의 출입국에 관한 사항	이 중 행정절차를 거치지 곤란하거나 거칠 필요가 없다고 인정되는 사항이나 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항으로서 행정절차법 시행령으로 정하는 사항은 행정절차를 거칠 필요가 없음.
 외국인(스티브 유)의 사증(F-4)발급 신청에 대한 거부처분	① 행정절차법 21조 1항 '처분의 사전통지'와 22조 3 '의견제출 기회 부여' 대상은 아님(당사자에게 의무를 부과하거나 적극적으로 권익을 제한하는 처분이 아니므로) ② 단, 행정절차법 제24조 '처분서 작성·교부'를 할 필요가 없거나 곤란하다고 일률적으로 단정하기 곤란 → 원고(스티브 유)의 아버지에게 전화로 처분결과를 통보하고 그 무렵 여권과 사증발급 신청서를 반환하였을 뿐이고 원고에게 처분이유를 기재한 사증발급 거부처분서를 작성해 주지 않음 → 행정절차법 제24조 위반으로 위법

- ① 행정절차법 제3조 제2항 제9호, 행정절차법 시행령 제2조 제2호 등 관련 규정들의 내용을 행정의 공정성, 투명성, 신뢰성을 확보하고 처분상대방의 권익보호를 목적으로 하는 행정절차법의 입법 목적에 비추어 보면, 행정절차법의 적용이 제외되는 '외국인의 출입국에 관한 사항'이란 해당 행정작용의 성질상 행정절차를 거치지 곤란하거나 거칠 필요가 없다고 인정되는 사항이나 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항으로서 행정절차법 시행령으로 정하는 사항을 가리킨다. '외국인의 출입국에 관한 사항'이라고 하여 행정절차를 거칠 필요가 당연히 부정되는 것은 아니다.
- ② **외국인의 사증발급 신청에 대한 거부처분은 당사자에게 의무를 부과하거나 적극적으로 권익을 제한하는 처분이 아니므로, 행정절차법 제21조 제1항에서 정한 '처분의 사전통지'와 제22조 제3항에서 정한 '의견제출 기회 부여'의 대상은 아니다.** 그러나 사증발급 신청에 대한 거부처분이 성질상 행정절차법 제24조에서 정한 '처분서 작성·교부'를 할 필요가 없거나 곤란하다고 일률적으로 단정하기 어렵다. 또한 출입국관리법령에 사증발급 거부처분서 작성에 관한 규정을 따로 두고 있지 않으므로, 외국인의 사증발급 신청에 대한 거부처분을 하면서 행정절차법 제24조에 정한 절차를 따르지 않고 '행정절차에 준하는 절차'로 대체할 수도 없다(2019.7.11. 2017두38874).
- ③ (○) **불특정 다수에 대한 고시의 경우 사전통지나 의견청취 절차를 거치지 않아도 됨** : 구 행정절차법(2011.12.2. 법률 제11109호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제22조 제3항에 따라 행정청이 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 할 때 의견제출의 기회를 주어야 하는 '당사자'는 '행정청의 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 당사자'(구 행정절차법 제2조 제4호)를 의미한다. 그런데 **'고시'의 방법으로 불특정 다수인을 상대로 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분은 성질상 의견제출의 기회를 주어야 하는 상대방을 특정할 수 없으므로, 이와 같은 처분에 있어서까지 구 행정절차법 제22조 제3항에 의하여 그 상대방에게 의견제출의 기회를 주어야 한다고 해석할 것은 아니다**(대판 2014.10.27. 2012두7745).
- ④ (×) **법령 규정이 없는 한 의견청취절차 배제 협약은 효력 없음** : 행정청이 당사자와 사이에 도시계획사업의 시행과 관련한 협약을 체결하면서 관계 법령 및 행정절차법에 규정된 청문의 실시 등 의견청취절차를 배제하는 조항을 두었다고 하더라도, 국민의 행정참여를 도모함으로써 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호한다는 행정절차법의 목적 및 청문제도의 취지 등에 비추어 볼 때, 위와 같은 협약의 체결로 청문의 실시에 관한 규정의 적용을 배제할 수 있다고 볼 만한 법령상의 규정이 없는 한, 이러한 협약이 체결되었다고 하여 청문의 실시에 관한 규정의 적용이 배제된다거나 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당한다고 할 수 없다(대판 2004.07.08. 2002두8350)
- ⑤ (○) **인·허가 의제의 절차집중효 : 신청된 인허가절차만 거치면 되고, 의제되는 인허가 절차를 거칠 필요가 없음**
 • 구 주택법 제17조 제1항에 인허가 의제 규정을 둔 입법 취지는, 주택건설사업을 시행하는 데 필요한 각종 인허가 사항과 관련하여 주택건설사업계획 승인권자로 그 장구를 단일화하고 절차를 간소화함으로써 각종 인허가에 드는 비용과 시간을 절감하여 주택의 건설·공급을 활성화하려는 데에 있다. 이러한 인허가 의제 규정의 입법 취지를 고려하면, 주택건설사업계획 승인권자가 구 주택법 제17조 제3항에 따라 도시·군관리계획 결정권자와 협의를 거쳐 관계 주택건설사업계획을 승인하면 같은 조 제1항 제5호에 따라 도시·군관리계획결정이 이루어진 것으로 의제되고, 이러한 협의 절차와 별도로 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제28조 등에서 정한 도시·군관리계획 입안을 위한 주민 의견청취 절차를 거칠 필요는 없다(대판 2018.11.29. 2016두38792).

답 ④

11

취소소송과 무효확인소송의 관계에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2020 5급승진

- ① 동일한 처분에 대한 무효확인소송과 취소소송을 병합하는 경우 선택적 청구로서의 병합만이 허용되고 단순병합은 허용되지 않는다.
- ② 처분의 취소소송에서 처분이 적법하다는 기각판결이 확정되었다면, 동일한 처분에 대해 무효확인소송을 제기하는 것은 앞선 취소소송의 판결의 기판력에 반한다.
- ③ 무효선언을 구하는 의미의 취소소송을 제기한 경우에도 취소소송의 제기요건을 갖추어야 한다.
- ④ 무효확인소송에 취소소송을 추가적으로 병합하는 경우, 무효확인소송이 행정소송법 제20조의 제소기간 내에 제기되었

다면 병합하는 취소소송도 제소기간을 준수한 것으로 본다.

- ⑤ 처분의 무효확인을 구하는 청구에는 특별한 사정이 없는 한 그 처분의 취소를 구하는 취지까지도 포함되어 있다고 볼 수 있다.

해설

- ① (X) 행정처분에 대한 무효확인소송과 취소청구는 서로 양립할 수 없는 청구로서 주위적·예비적 청구로서만 병합이 가능하고 선택적 청구로서의 병합이나 단순 병합은 허용되지 아니한다(대판 1999.8.20. 97누6889).

• 취소소송과 무효확인소송과의 관계

<p>병렬 (경합) 관계</p>	<p>주위적·예비적 청구로서 병합 가능, 선택적 청구로서의 병합이나 단순병합은 불가. ① 양자는 서로 병렬적 관계인 별개의 소송이므로 원고는 양자 중 자신의 목적을 가장 효과적으로 달성할 수 있는 소송 종류 선택 가능 ② 행정처분에 대한 무효확인소송과 취소청구는 서로 양립할 수 없는 청구(처분의 위법성 일반과 처분의 무효인 위법성 여부로 소송물 중복)이므로 주위적·예비적 청구로서만 병합이 가능하고 선택적 청구로서의 병합이나 단순 병합은 허용 안 됨(대판 1999.8.20. 97누6889) ▫ 무효확인소송에서 패소판결 후 취소소송 제기: 기판력에 저촉 안 됨. ▫ 취소소송에서 패소판결 후 무효확인소송 제기: 기판력에 저촉됨 (취소소송의 소송물을 처분등의 위법성 일반으로 보는 이상 취소소송 기각판결의 기판력은 무효확인소송에도 미침)</p>
<p>포용 관계</p>	<p>양자는 종류를 달리하는 별개의 소송이지만 행정처분등에 위법한 흠이 있음은 이유로 그 효력의 배제를 구하는 점에서 동일하고 그 사유도 흠의 정도 등에 따른 상대적 차이가 있음에 불과하므로 두 소송은 실제에 있어서 서로 포용성을 가짐. ① 무효인 처분에 대하여 취소판결을 구하는 경우 ⇨ 무효선언적 의미의 취소판결(제소기간 준수 등 취소소송 제소요건을 갖춰야 함) ② 취소할 수 있는 처분에 대하여 무효확인판결을 구하는 경우 ㉠ 취소소송제기 요건을 갖춘 경우: 판례는 무효확인청구는 취소청구를 포함하므로 취소소송 제기요건을 갖춘 경우 소의 변경 없이도 법원이 취소판결을 할 수 있다고 봄. ㉡ 취소소송제기 요건을 갖추지 못한 경우: 기각 판결</p>

- ② (O) ▫ 취소청구 기각판결(처분이 적법함)의 기판력은 무효확인소송에도 미치므로 다시 무효확인소송 제기 불가.
 ▫ 무효확인소송에서 기각판결 확정시 처분이 무효가 아니고 유효라는 점만 기판력이 미치므로 당해 처분에 대한 취소소송 다시 제기 가능.
 • 과세처분 취소소송에서 청구가 기각된 확정판결의 기판력은 그 과세처분 무효확인소송에도 미침: 과세처분의 취소소송은 과세처분의 실제적, 절차적 위법을 그 취소원인으로 하는 것으로서 그 심리의 대상은 과세관청의 과세처분에 의하여 인정된 조세채무인 과세표준 및 세액의 객관적 존부, 즉 당해 과세처분의 적부가 심리의 대상이 되는 것이며, 과세처분 취소청구를 기각하는 판결이 확정되면 그 처분이 적법하다는 점에 관하여 기판력이 생기고 그 후 원고가 이를 무효라 하여 무효확인을 소구할 수 없는 것이어서 과세처분의 취소소송에서 청구가 기각된 확정판결의 기판력은 그 과세처분의 무효확인을 구하는 소송에도 미친다(대판 1998.7.24. 98다10854).
- ③ (O) 행정처분의 당면무효를 선언하는 의미에서 그 취소를 청구하는 행정소송을 제기한 경우에도 전심절차와 제소기간의 준수 등 취소소송의 제소요건을 갖추어야 한다(대판 1990.12.26. 90누6279).
- ④⑤ (O) 하자 있는 행정처분을 놓고 이를 무효로 볼 것인지 아니면 단순히 취소할 수 있는 처분으로 볼 것인지는 동일한 사실관계를 토대로 한 법률적 평가의 문제에 불과하고, 행정처분의 무효확인을 구하는 소에는 특단의 사정이 없는 한 그 취소를 구하는 취지도 포함되어 있다고 보아야 하는 점 등에 비추어 볼 때, 동일한 행정처분에 대하여 무효확인의 소를 제기 하였다가 그 후 그 처분의 취소를 구하는 소를 추가적으로 병합한 경우, 주된 청구인 무효확인의 소가 적법한 제소기간 내에 제기되었다면 추가로 병합된 취소청구의 소도 적법하게 제기된 것으로 봄이 상당하다(대판 2005.12.23. 2005두3554).

답 ①

12

국가배상법 제2조의 배상책임의 요건에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2020 5급승진

- ① 일시적이고 한정적인 사항에 관한 활동을 위한 공무의 위탁을 받은 자는 실질적으로 공무에 종사하고 있다 하더라도 당해 조항의 공무원으로 볼 수 없다.
- ② 공무원의 행위가 널리 객관적 정당성을 결여하고 있는 경우도 국가의 배상책임을 인정하기 위한 요건으로서의 법령을 위반한 행위에 해당한다.
- ③ 처분이 항고소송에서 위법을 이유로 취소되었다 하더라도 곧바로 그 처분이 공무원의 고의 또는 과실에 의한 불법행위를 구성한다고 볼 수 없다.
- ④ 공무원의 행위가 행위 자체의 외관을 객관적으로 관찰하여 공무원의 직무행위로 보여지는 경우, 그 행위는 공무원이 직무를 집행함에 당하여 한 것으로 보아야 한다.
- ⑤ 공무원에게 부과된 직무상 의무의 내용이 단순히 공공 일반의 이익을 위한 것이라면, 공무원이 그 직무상 의무를 위반했다 하더라도 국가는 배상책임을 지지 않는다.

해설

- ① (X) 국가배상법 제2조 소정의 '공무원'이라 함은 국가공무원법이나 지방공무원법에 의하여 공무원으로서의 신분을 가진 자에 국한하지 않고, 널리 공무를 위탁받아 실질적으로 공무에 종사하고 있는 일체의 자를 가리키는 것으로서, 공무의 위탁이 일시적이고 한정적인 사항에 관한 활동을 위한 것이어도 달리 볼 것은 아니다(대판 2001.1.5. 98다39060).
- ② (O) 공무원의 행위를 원인으로 한 국가배상책임을 인정하기 위하여는 '공무원이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입힌 때'라고 하는 '국가배상법' 제2조 제1항의 요건이 충족되어야 한다. 여기서 '법령을 위반하여'라고 함은 엄격하게 형식적 의미의 법령에 명시적으로 공무원의 행위의무가 정하여져 있음에도 이를 위반하는 경우만을 의미하는 것은 아니고, 인권존중·권력남용금지·신의성실과 같이 공무원으로서 마땅히 지켜야 할 준칙이나 규범을 지키지 아니하고 위반한 경우를 비롯하여 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있는 경우도 포함한다(대판 2015.8.27. 2012다204587).
- ③ (O) 어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 그 기판력에 의하여 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없는 것이고, 그 행정처분의 담당공무원이 보통 일반의 공무원을 표준으로 하여 볼 때 객관적 주의의무를 결하여 그 행정처분이 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이른 경우에 국가배상법 제2조 소정의 국가배상책임의 요건을 충족하였다고 봄이 상당할 것이며, 이 때에 객관적 정당성을 상실하였는지 여부는 피침해이익의 종류 및 성질, 침해행위가 되는 행정처분의 태양 및 그 원인, 행정처분의 발동에 대한 피해자측의 관여의 유무, 정도 및 손해의 정도 등 제반 사정을 종합하여 손해의 전보책임을 국가 또는 지방자치단체에게 부담시켜야 할 실질적인 이유가 있는지 여부에 의하여 판단해야 한다(대판 2000.5.12. 99다70600).
- ④ (O) 국가배상법상 직무를 집행함에 당하여외의 의미(외형설): 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. 선고 98다39060).
 ⑤ (○) 공무원이 고의 또는 과실로 그에게 부과된 직무상 의무를 위반하였을 경우라고 하더라도 국가는 그러한 직무상의 의무 위반과 피해자가 입은 손해 사이에 상당인과 관계가 인정되는 범위 내에서만 배상책임을 지는 것이고, 이 경우 상당인과관계가 인정되기 위해서는 **공무원에게 부과된 직무상 의무의 내용이 단순히 공공 일반의 이익을 위한 것이거나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이 아니고 전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것이어야 한다**(2010.9.9. 2008다77795).

답 ①

13 행정소송법 상 행정소송에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2020 5급승진

- ① 항고소송에서 행정처분의 위법 여부는 처분 당시 존재하였던 자료나 행정청에 제출되었던 자료만으로 판단한다.
- ② 취소소송에 있어서 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가·변경할 수 있다.
- ③ 취소소송에 있어서 취소판결의 기속력은 판결의 주문에만 미치고 판결이유 중에 실시된 개개의 위법사유에는 미치지 아니한다.
- ④ 거부처분취소소송에서 취소판결이 확정되었다면, 행정청이 취소된 처분 이후에 개정된 법령 및 허가기준을 근거로 다시 거부처분을 하는 것은 허용되지 않는다.
- ⑤ 어떠한 처분을 신청한 자가 그 처분에 대한 법규상 또는 조리상의 신청권을 갖고 있지 않음에도 그 신청에 대한 부작위가 위법함을 확인하는 소송을 제기하는 것은 적법하다.

해설

- ① (×) 행정처분의 위법 여부를 판단하는 기준 시점이 처분시라는 의미 : 항고소송에 있어서 행정처분의 적법 여부는 특별한 사정이 없는 한 그 행정처분 당시를 기준으로 하여 판단하여야 할 것이나, 여기서 행정처분의 위법 여부를 판단하는 기준 시점에 대하여 판결 시가 아니라 처분 시라고 하는 의미는 **행정처분이 있을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 하여 위법 여부를 판단할 것이며 처분 후 법령의 개폐나 사실 상태의 변동에 영향을 받지 않는다는 뜻이지 처분 당시 존재하였던 자료나 행정청에 제출되었던 자료만으로 위법 여부를 판단한다는 의미는 아니므로**, 처분 당시의 사실상태 등에 대한 입증은 사실심 변론종결 당시까지 할 수 있고, 법원은 행정처분 당시 행정청이 알고 있었던 자료뿐만 아니라 사실심 변론종결 당시까지 제출된 모든 자료를 종합하여 처분 당시 존재하였던 객관적 사실을 확정하고 그 사실에 기초하여 처분의 위법 여부를 판단할 수 있다(대판 1995.11.10. 95누8461).
- 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 구체적 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일인지 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(대판 2003.12.11. 2001두8827).
- ③ (×) • **취소판결의 기속력과 기판력의 객관적 범위**

기속력	판결주문과 전제가 된 요건사실 및 판결이유 중에 실시(說示)된 개개의 위법사유 포함 . 단, 판결의 결론과 직접 관계없는 방론(傍論)이나 간접사실에는 미치지 않음.
기판력	판결주문에 표시된 위법·적법성 일반 . 판결주문 중 표시된 소송물에 관한 판단에만 발생하고 그에 이르기까지의 전제적 문제에 관한 판단에는 미치지 않음. 원칙적으로 판결이유 중 판단된 사실인정, 선결적 법률관계, 항변, 법규의 해석적용에는 기판력이 미치지 않음(통설·판례)

- 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 인정되고**, 같은 조 제2항의 규정상 특히 거부처분에 대한 취소판결이 확정된 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 처분을 하여야 할 의무를 부담하게 되므로, 취소소송에서 소송의 대상이 된 거부처분을 실제법상의 위법사유에 기하여 취소하는 판결이 확정된 경우에는 당해 거부처분을 한 행정청은 원칙적으로 신청을 인용하는 처분을 하여야 하고, 사실심 변론종결 이전의 사유를 내세워 다시 거부처분을 하는 것은 확정판결의 기속력에 저촉되어 허용되지 아니한다(대판 2001.3.23. 99두5238).
- ④ (×) 행정처분의 적법 여부는 그 행정처분이 행하여진 때의 법령과 사실을 기준으로 하여 판단하는 것이므로 **거부처분 후에 법령이 개정·시행된 경우에는 개정된 법령 및 허가기준을 새로운 사유로 들어 다시 이전의 신청에 대한 거부처분을 할 수 있으며 그러한 처분도 행정소송법 30조 2항에 규정된 재처분에 해당된다**.(대결 1998.1.7. 97두22).
- ⑤ (×) 판례는 **부작위가 성립하기 위하여는 국민이 행정청에 대하여 그 신청에 따른 행정행위를 해 줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상 신청권이 있어야 한다는 입장이다**.
 • 부작위위법확인소송은 처분의 신청을 한 자로서 부작위의 위법의 확인을 구할 법률상 이익이 있는 자만이 제기할 수 있다 할 것이며, 이를 통하여 구하는 행정청의 응답행위는 행정소송법 2조 1항 1호 소정의 처분에 관한 것이어야 하므로 당사자가 행정청에 대하여 어떠한 행정행위를 하여 줄 것을 신청하지 아니하였거나 그러한 신청을 하였더라도 당사자가 행정청에 대하여 그러한 행정행위를 하여 줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 권리를 갖고 있지 아니하든지 또는 행정청이 당사자의 신청에 대하여 거부처분을 한 경우에는 원고적격이 없거나 항고소송의 대상인 위법한 부작위가 있다고 볼 수 없어 그 부작위위법확인인 소는 부적법하다고 할 것이다(대판 2000.2.25. 99두11455)

답 ②

14 「경찰관 직무집행법」 상 불심검문에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2020 5급승진

- ㉠ 경찰관은 거동이 수상한 자를 정지시켜 질문을 할 때에 영장 없이 흉기소지 여부를 조사할 수 없다.
- ㉡ 경찰관이 신분증을 제시하지 않고 행한 불심검문이라도 검문하는 사람이 경찰관이고 검문하는 이유가 범죄행위에 관한 것임을 상대방이 충분히 알고 있었다고 보이는 경우에는 위법한 공무집행이라고 할 수 없다.
- ㉢ 임의동행요구에 응하지 않았다는 이유로 경찰관이 강제연행하기 위해 양팔을 잡아 끈 행위에 대해 그 대상자가 이러한 불법연행으로부터 벗어나기 위해 저항한 것은 정당한 행위이다.

㉔ 술에 취한 자가 경찰관의 임의동행요구에 자발적으로 응해 순찰차에 탑승하였으나 이후 하차를 요구했다면, 설령 하차를 요구한 직후 수사 과정에 관한 설명을 듣고 다시 경찰서에 빨리 가자고 요구했다 하더라도 동행의 임의성은 인정되지 아니한다.

- ① ㉑, ㉒ ② ㉑, ㉒ ③ ㉒, ㉔
 ④ ㉒, ㉔ ⑤ ㉔, ㉔

해설

① (×) • 경찰관 직무집행법 제2조 (불심검문)

- ① 경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 또는 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄 혹은 행하여지려고 하는 범죄에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할 수 있다.
 ④ 제1항에 규정된 자가 질문을 받을 때에 경찰관은 피질문자에 대하여 그 신체에 흉기의 소지여부를 조사할 수 있다.
- ㉒ (○) 경찰관직무집행법 제3조 제4항은 경찰관이 불심검문을 하고자 할 때에는 자신의 신분을 표시하는 증표를 제시하여야 한다고 규정하고, 경찰관직무집행법 시행령 제5조는 위 법에서 규정한 신분을 표시하는 증표는 경찰관의 공무원증이라고 규정하고 있는데, 불심검문을 하게 된 경우, 불심검문 당시의 현장상황과 검문을 하는 경찰관들의 복장, 피고인이 공무원증 제시나 신분 확인을 요구하였는지 여부 등을 종합적으로 고려하여, 검문하는 사람이 경찰관이고 검문하는 이유가 범죄행위에 관한 것임을 피고인이 충분히 알고 있었다고 보이는 경우에는 신분증을 제시하지 않았다고 하여 그 불심검문이 위법한 공무원집행이라고 할 수 없다(대판 2014.12.11. 2014도797).
- ㉓ (○) 경찰관이 임의동행요구에 응하지 않는다 하여 강제연행하려고 대상자의 양팔을 잡아 끈 행위는 적법한 공무원집행이라고 할 수 없으므로 그 대상자가 이러한 불법연행으로부터 벗어나기 위하여 저항한 행위는 정당한 행위라고 할 것이고 이러한 행위에 무슨 과실이 있다고 할 수 없다(대판 1992.5.26. 91다38334).
- ㉔ (×) 피고인이 술에 취한 상태에서 굴삭기를 운전하여 화물차에 적재하였다고 하여 도로교통법 위반(음주운전)으로 기소된 사안에서, 피고인이 음주측정을 위해 경찰서에 동행할 것을 요구받고 자발적인 의사로 경찰차에 탑승하였고, 경찰서로 이동 중 하차를 요구하였으나 그 직후 수사 과정에 관한 설명을 듣고 빨리 가자고 요구하였으므로, 피고인에 대한 임의동행이 적법하고, 그 후 이루어진 음주측정 결과가 증거능력이 있다(대판 2016.9.28. 2015도2798).

답 ③

15 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

2020 5급승진

- ① 도시 및 주거환경정비법 상 조합설립추진위원회 구성승인처분의 취소소송이 계속되던 중에 조합설립인가처분이 있었다면, 조합설립추진위원회 구성승인처분에 대한 취소를 구할 법률상 이익은 없다.
- ② 허가에 붙은 기한이 허가된 사업의 성질상 부당하게 짧은 경우에는 이를 그 허가 자체의 존속기간이 아니라 그 허가조건의 존속기간으로 보아 그 기한이 도래함으로써 그 조건의 개정을 고려한다는 뜻으로 해석할 수 있다.
- ③ 공유수면 관리 및 매립에 관한 법률 에 따른 공유수면의 점용·사용허가는 특정인에게 공유수면 이용권이라는 독점적 권리를 설정하여 주는 처분으로서 처분 여부 및 내용의 결정은 원칙적으로 행정청의 재량에 속한다.
- ④ 행정관청 내부의 사무처리규정에 위반하여 원래의 전결권자가 아닌 보조기관 등이 처분권자인 행정관청의 이름으로 행정처분을 하였다 하더라도 그 처분이 무효라할 수 없다.
- ⑤ 공유수면을 점용·사용 허가를 받아 적법하게 사용하는 경우, 공유수면 사용자에게 사용료 부과처분을 할 것을 변상금 부과처분을 하였다면 그 변상금 부과처분은 당연무효이다.

해설

- ① (○) 구 도시 및 주거환경정비법상 조합설립추진위원회 구성승인처분을 다투는 소송 계속 중 조합설립인가처분이 이루어진 경우 조합설립추진위원회 구성승인처분에 대하여 취소 또는 무효확인을 구할 법률상 이익이 없다. : 구 도시 및 주거환경정비법(2009. 2. 6. 법률 제9444호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 도시정비법'이라고 한다) 제13조 제1항, 제2항, 제14조 제1항, 제15조 제4항, 제5항 등 관계 법령의 내용, 형식, 체제 등에 비추어 보면, 조합설립추진위원회(이하 '추진위원회'라고 한다) 구성승인처분은 조합의 설립을 위한 주체인 추진위원회의 구성행위를 보충하여 그 효력을 부여하는 처분으로서 조합설립이라는 궁극적 목적을 달성하기 위한 중간단계의 처분에 해당하지만, 그 법률요건이나 효과가 조합설립인가처분의 그것과는 다른 독립적인 처분이기 때문에, 추진위원회 구성승인처분에 대한 취소 또는 무효확인 판결의 확정만으로는 이미 조합설립인가를 받은 조합에 의한 정비사업의 진행을 저지할 수 없다. 따라서 추진위원회 구성승인처분을 다투는 소송 계속 중에 조합설립인가처분이 이루어진 경우에는, 추진위원회 구성승인처분에 위법이 존재하여 조합설립인가 신청행위가 무효라는 점 등을 들어 직접 조합설립인가처분을 다투으로써 정비사업의 진행을 저지하여야 하고, 이와는 별도로 추진위원회 구성승인처분에 대하여 취소 또는 무효확인을 구할 법률상의 이익은 없다. (대판 2013.1.31. 2011두11112·2011두11129)
- ② (○) 일반적으로 행정처분에 효력기간이 정하여져 있는 경우에는 그 기간의 경과로 그 행정처분의 효력은 상실되고, 다만 허가에 붙은 기한이 그 허가된 사업의 성질상 부당하게 짧은 경우에는 이를 그 허가 자체의 존속기간이 아니라 그 허가조건의 존속기간(갱신기간)으로 보아 그 기한이 도래함으로써 그 조건의 개정을 고려한다는 뜻으로 해석할 수는 있지만, 그와 같은 경우라 하더라도 그 허가기간이 연장되기 위하여는 그 존속기간이 만료되기 전에 그 허가기간의 연장에 관한 신청이 있어야 하며, 만일 그러한 연장신청이 없는 상태에서 허가기간이 만료하였다면 그 허가의 효력은 상실된다(대판 2007.10.11. 2005두12404).
- ③ (○) 구 공유수면관리법에 따른 공유수면의 점·사용허가는 특정인에게 공유수면 이용권이라는 독점적 권리를 설정하여 주는 처분으로서 그 처분의 여부 및 내용의 결정은 원칙적으로 행정청의 재량에 속한다고 할 것이고, 이와 같은 재량처분에 있어서는 그 재량권 행사의 기초가 되는 사실인정에 오류가 있거나 그에 대한 법령적용에 잘못이 없는 한 그 처분이 위법하다고 할 수 없다. 공익상의 필요에 따라 공유수면의 점·사용허가신청을 불허가한 처분이 재량권의 일탈이나 남용에 해당하는 위법한 처분이라 할 수 없다(대판 2004.5.28. 2002두5016)
- ④ (○) 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 하였다 하더라도 그 처분이 권한 없는 자에 의하여 행하여진 무효의 처분이라고는 할 수 없다(대판 1998.2.27. 97누1105)
- ⑤ (×) 공유수면에 대한 적법한 사용인지 무단 사용인지의 여부에 관한 판단을 그르쳐 변상금 부과처분을 할 것을 사용료 부과처분을 하거나, 사용료 부과처분을 할 것을 변상금 부과처분을 한 경우, 그 부과처분의 하자를 중대한 하자로 볼 수 없음(당연무효는 아님) : 공유수면 점·사용 허가 등을 받아 적법하게 사용하는 경우에는 사용료 부과처분을, 허가를 받지 않고 무단으로 사용하는 경우에는 변상금 부과처분을 하는 것이 적법하다. 그러나 적법한 사용이든

무단 사용이든 그 공유수면 점·사용으로 인한 대가를 부과할 수 있다는 점은 공통된 것이고, 적법한 사용인지 무단 사용인지의 여부에 관한 판단은 사용관계에 관한 사실 인정과 법적 판단을 수반하는 것으로 반드시 명료하다고 할 수 없으므로, 그러한 판단을 그르쳐 변상금 부과처분을 할 것을 사유로 부과처분을 하거나 반대로 사유로 부과처분을 할 것을 변상금 부과처분을 하였다고 하여 그와 같은 부과처분의 하자를 중대한 하자라고 할 수는 없다(대판 2013.4.26. 2012두20663).

답 ⑤

16 행정법에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2020 5급승진

- ① 과태료의 제재에는 구 「예산회계법」 상 국가의 금전채권에 관한 소멸시효의 규정이 적용된다.
- ② 질서위반행위를 한 자가 자신의 책임 없는 사유로 위반행위에 이르렀다고 주장하는 경우 법원은 그 내용을 살펴 행위자에게 고의나 과실이 있는지를 따져보아야 한다.
- ③ 지방자치단체의 장이 국가의 기관위임사무를 처리하는 경우 지방자치단체는 양벌규정에 의한 처벌대상이 되는 법인에 해당한다.
- ④ 과태료처분을 받고 이를 납부한 일이 있음에도 그 후에 동일한 사유로 형사처벌을하는 것은 일사부재리의 원칙에 어긋난다.
- ⑤ 지방국세청장 또는 세무서장이 조세범칙행위에 대하여 통고처분을 거치지 아니하고 고발을 한 후라 하더라도 당해 지방국세청장 또는 세무서장은 동일한 조세범칙행위에 대하여 통고처분을 할 권한을 가진다.

해설

- ① (×) 과태료의 제재는 범죄에 대한 형벌이 아니므로 그 성질상 처음부터 공소시효(형사소송법 제249조)나 형의 시효(형법 제78조)에 상당하는 것은 있을 수 없고, 이에 상당하는 규정도 없으므로 일단 한번 과태료에 처해질 위반행위를 한 자는 그 처벌을 면할 수 없는 것이며, 예산회계법 제96조 제1항은 “금전의 급부를 목적으로 하는 국가의 권리로서 시효에 관하여 다른 법률에 규정이 없는 것은 5년간 행사하지 아니할 때에는 시효로 인하여 소멸한다.”라고 규정하고 있으므로 과태료결정 후 징수의 시효, 즉 과태료재판의 효력이 소멸하는 시효에 관하여는 국가의 금전채권으로서 예산회계법에 의하여 그 기간은 5년이라고 할 것이지만, **위반행위자에 대한 과태료의 처벌권을 국가의 금전채권과 동일하게 볼 수는 없으므로 예산회계법(현 국가재정법) 제96조에서 정해진 국가의 금전채권에 관한 소멸시효의 규정이 과태료의 처벌권에 적용되거나 준용되지는 않는다**(대결 2000.8.24. 2000마1350).
 ⇒ 과태료부과권(처벌권)은 금전채권이 아니므로 소멸시효가 적용되지 않지만, 과태료 결정 후 과태료 징수에는 5년의 소멸시효가 적용된다고 판시한 내용이다. 현재는 「질서위반행위규제법」에 과태료는 행정청의 과태료 부과처분이나 법원의 과태료 재판 확정 후 5년간 미징수 또는 미집행시 시효로 소멸한다는 과태료 징수의 소멸시효 규정이 있고, 행정청은 질서위반행위가 종료된 날부터 5년 경과시 과태료 부과할 수 없다는 과태료 부과의 제척기간 규정도 있다.
- ② (○) 질서위반행위규제법은 과태료의 부과대상인 질서위반행위에 대하여도 책임주의원칙을 채택하여 제7조에서 “그의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다.”라고 규정하고 있으므로, **질서위반행위를 한 자가 자신의 책임 없는 사유로 위반행위에 이르렀다고 주장하는 경우 법원에서는 그 내용을 살펴 행위자에게 고의나 과실이 있는지를 따져보아야 한다**(대판 2011.7.14. 2011마364)
- ③ (×) 국가 또는 지방자치단체도 법인이라는 하나 국가는 형벌권의 주체이지 객체는 될 수 없으므로 국가와 국가의 기관위임사무를 수행하는 지방자치단체는 양벌규정에 의한 처벌대상이 아니라는 것이 통설 및 판례의 입장이다.
 • 지방자치단체의 경우

기관위임사무 수행시	지방자치단체는 국가기관의 일부	⇒ 양벌규정에 의한 처벌대상인 법인 ×
자치사무 수행시	지방자치단체는 국가기관과 별도의 독립된 공법인	⇒ 양벌규정에 의한 처벌대상인 법인 ○
- ④ 국가가 본래 그의 사무의 일부를 지방자치단체장에게 위임하여 그 사무를 처리하게 하는 기관위임사무의 경우에는 지방자치단체는 국가기관의 일부로 볼 수 있는 것이지만, 지방자치단체가 그 고유의 자치사무를 처리하는 경우에는 지방자치단체는 국가기관의 일부가 아니라 국가기관과는 별도의 독립한 공법인이므로, **지방자치단체 소속 공무원이 지방자치단체 고유의 자치사무를 수행하던 중 도로법 81조 내지 85조의 규정에 의한 위반행위를 한 경우에는 지방자치단체는 도로법 86조의 양벌규정에 따라 처벌대상이 되는 법인에 해당한다.**
- ⑤ 국가가 본래 그의 사무의 일부를 지방자치단체의 장에게 위임하여 처리하게 하는 기관위임사무의 경우 지방자치단체는 국가기관의 일부로 볼 수 있고, 지방자치단체가 그 고유의 자치사무를 처리하는 경우 지방자치단체는 국가기관의 일부가 아니라 국가기관과는 별도의 독립한 공법인으로서 양벌규정에 의한 처벌대상이 되는 법인에 해당한다. 또한, 법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 하고 있는 사무가 자치사무인지, 기관위임사무에 해당하는지 여부를 판단하는 때에는 그에 관한 법령의 규정 형식과 취지를 우선 고려해야 하며, 그 외에도 그 사무의 성질이 전국적으로 통일적인 처리가 요구되는 사무인지 여부나 그에 관한 경비부담과 최종적인 책임귀속의 주체 등도 아울러 고려하여 판단해야 한다. 지방자치단체 소속 공무원이 지정항만순찰 등의 업무를 위해 관할관청의 승인 없이 개조한 승합차를 운행함으로써 구 자동차관리법을 위반한 사안에서, 지방자치법, 구 항만법, 구 항만법 시행령 등에 비추어 위 **항만순찰 등의 업무가 지방자치단체의 장이 국가로부터 위임받은 기관위임사무에 해당하여, 해당 지방자치단체가 구 자동차관리법 제83조의 양벌규정에 따른 처벌대상이 될 수 없다**(대판 2009.6.11. 2008도6530)
- ④ (×) 일사부재리의 효력은 확정재판이 있을 때에 발생하는 것이고 **과태료는 행정법상의 질서벌에 불과하므로 과태료처분을 받고 이를 납부한 일이 있더라도 그 후에 형사처벌을 한다고 해서 일사부재리의 원칙에 어긋난다고 할 수 없다**(대판 1989.6.13. 88도1983).
- ⑤ (×) **조세범칙행위에 대하여 고발을 한 후에 동일한 조세범칙행위에 대하여 통고처분을 하였더라도, 이는 법적 권한 소멸 후에 이루어진 것으로서 특별한 사정이 없는 한 효력이 없음** : 지방국세청장 또는 세무서장이 조세범 처벌절차법 제17조 제1항에 따라 통고처분을 거치지 아니하고 즉시 고발하였다면 이로써 조세범칙사건에 대한 조사 및 처분 절차는 종료되고 형사사건 절차로 이행되어 지방국세청장 또는 세무서장으로서 **동일한 조세범칙행위에 대하여 더 이상 통고처분을 할 권한이 없다**. 따라서 지방국세청장 또는 세무서장이 조세범칙행위에 대하여 고발을 한 후에 동일한 조세범칙행위에 대하여 통고처분을 하였더라도, 이는 법적 권한 소멸 후에 이루어진 것으로서 특별한 사정이 없는 한 효력이 없고, 조세범칙행위자가 이러한 통고처분을 이행하였다더라도 조세범 처벌절차법 제15조 제3항에서 정한 일사부재리의 원칙이 적용될 수 없다(대판 2016. 9. 28. 2014도10748).

답 ②

17 행정행위의 부관에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2020 5급승진

- ① 기속행위나 기속적 재량행위에 부담인 부관을 붙였다면 일반적으로 이 부관은 무효이다.
- ② 조건과 부담의 구별과 관련해서, 구별이 쉽지 않을 때는 당사자에게 유리하도록 부담으로 추정한다.
- ③ 공익법인의 기본재산 처분허가의 본질은 인가에 해당하므로 법적 안정성을 위해 그 허가에 부관을 붙이는 것은 허용되지 아니한다.
- ④ 처분이 발급된 이후라도 법률에 명문의 규정이 있거나 변경이 미리 유보되어 있는 경우 또는 상대방의 동의가 있는 경우 등에는 특별한 사정이 없는 한 부관을 부가할 수 있다.

- ⑤ 기부채납받은 공원시설의 사용·수익허가에서 허가기간은 허가의 효력을 제한하기 위한 부관으로서 행정행위의 본질적 요소에 해당한다고 볼 것이므로 그 허가기간에 위법사유가 있다면 허가 전부가 위법하게 된다.

해설

- ① (○) 기속행위 내지 기속적 재량행위 행정처분에 부담인 부관을 붙인 경우 일반적으로 그 부관은 무효이다(대판 1998.12.22. 98다51305).
- ② (○) 부담과 조건의 구별이 애매한 경우 양자의 구별은 1차적으로 행정청의 객관적 의사를 기준으로, 2차적으로 비례원칙에 따라 상대방에 대한 침익성이 적은 부담으로 추정·해석해야 한다고 본다.
- ① 정치조건부 영업허가는 장래의 불확실한 사실이 성취되어야 영업 가능, 부담부 영업허가는 행정행위 발급시부터 영업 가능(부담이 유리)
- ② 해제조건부 행정행위는 조건성취시 바로 효력 상실, 부담부 행정행위는 부담 불이행으로 바로 실효되지는 않고 이를 이유로 행정행위가 철회될 때까지는 유효(부담이 유리).
- ③ (×) 공익법인의 기본재산의 처분에 관한 공익법인의 설립·운영에 관한 법률 제11조 제3항의 규정은 강행규정으로서 이에 위반하여 주무관청의 허가를 받지 않고 기본재산을 처분하는 것은 무효라 할 것인데, 공익법인의 기본재산 처분허가에 부관을 붙인 경우 그 처분허가의 법률적 성질이 행정행위로서의 인가에 해당한다고 하여 조건으로서의 부관의 부과가 허용되지 아니한다고 볼 수는 없고, 다만 구체적인 경우에 그것이 조건, 기한, 부담, 철회권의 유보 중 어느 종류의 부관에 해당하는지는 당해 부관의 내용, 경위 기타 제반 사정을 종합하여 판단하여야 할 것이다(대판 2005.9.28. 2004다50044).
- ④ (○) 부관은 면허 발급 당시에 붙이는 것뿐만 아니라 면허 발급 이후에 붙이는 것도 법률에 명문의 규정이 있거나 변경이 미리 유보되어 있는 경우 또는 상대방의 동의가 있는 경우 등에는 특별한 사정이 없는 한 허용된다(대판 2016.11.24. 2016두45028).
- ⑤ (○) 부관이 행정행위의 본질적인 요소인 경우 부관의 위법사유가 있다면 행정행위 전부가 위법하게 된다.
- 행정행위의 부관은 부담인 경우를 제외하고는 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 없는 바, 기부채납받은 행정재산에 대한 사용·수익허가에서 공유재산의 관리청이 정한 사용·수익허가의 기간은 그 허가의 효력을 제한하기 위한 행정행위의 부관으로서 이러한 사용·수익허가의 기간에 대해서는 독립하여 행정소송을 제기할 수 없다. 그러나 기부채납 받은 행정재산에 대한 사용·수익허가에서 그 허가기간은 행정행위의 본질적 요소에 해당한다고 볼 것이어서, 부관인 허가기간에 위법사유가 있다면 이로써 사용·수익허가 전부가 위법하게 될 것이다(대판 2001.6.15. 99두509)

답 ③

18 행정심판에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2020 5급승진

- ① 거부처분에 대해서는 의무이행심판뿐만 아니라 취소심판도 청구할 수 있다.
- ② 행정심판위원회는 처분 또는 부작위 때문에 당사자에게 생길 급박한 위험을 막기 위하여 필요한 경우 직권으로 집행정지나 임시처분을 선택적으로 결정할 수 있다.
- ③ 당사자의 신청을 거부한 처분의 이행을 명하는 재결이 있었음에도 처분청이 재결의 취지에 따른 처분을 하지 아니하는 경우, 행정심판위원회는 당사자의 신청에 의하여 시정을 명하고 불이행 시 직접 처분을 할 수 없는 경우가 아니라면 당해 처분을 직접 할 수 있다.
- ④ 행정청이 처분을 하면서 행정절차법에 따른 행정심판 절차에 대한 고지 규정을 위반하였다고 하여 그러한 사유만으로 행정심판의 대상이 되는 행정처분이 위법하다고 할 수는 없다.
- ⑤ 행정심판의 재결에는 기판력이 인정되지 않으므로 인용재결이 확정된 경우에도 법원이 행정심판의 대상이었던 처분의 기초가 된 사실관계나 법률적 판단에 모순되는 판단을 할 수 없게 되는 것은 아니다.

해설

- ① (○) 거부처분에 대해서는 취소심판, 무효등확인심판, 의무이행심판 모두 청구 가능
- ② (×) 집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 임시처분이 허용되지 않음

• 행정심판법 제31조(임시처분)

- ① 위원회는 처분 또는 부작위가 위법·부당하다고 상당히 의심되는 경우로서 처분 또는 부작위 때문에 당사자가 받을 우려가 있는 중대한 불이익이나 당사자에게 생길 급박한 위험을 막기 위하여 임시처분을 정하여야 할 필요가 있는 경우에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 임시처분을 결정할 수 있다.
- ③ 제1항에 따른 임시처분은 제30조제2항에 따른 집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.

- ③ (○)

- 행정심판법 제49조(재결의 기속력 등) ③ 당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있으면 행정청은 지체 없이 이전의 신청에 대하여 재결의 취지에 따라 처분을 하여야 한다.
- 행정심판법 제50조(위원회의 직접 처분) ① 위원회는 피청구인이 제49조제3항에도 불구하고 처분을 하지 아니하는 경우에는 당사자가 신청하면 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간에 이행하지 아니하면 직접 처분을 할 수 있다. 다만, 그 처분의 성질이나 그 밖의 불가피한 사유로 위원회가 직접 처분을 할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.



- ④ (○) 처분청이 행정절차법 제26조에 따른 고지의무를 이행하지 않았다는 이유만으로 행정심판의 대상이 되는 행정처분이 위법하다고 볼 수 없음 : 행정절차법 제26조는 “행정청이 처분을 할 때에는 당사자에게 그 처분에 관하여 행정심판 및 행정소송을 제기할 수 있는지 여부, 그 밖에 불복을 할 수 있는지 여부, 청구절차 및 청구기간 그 밖에 필요한 사항을 알려야 한다.”라고 규정하고 있다. 이러한 고지절차에 관한 규정은 행정처분의 상대방이 그 처분에 대한 행정심판의 절차를 밟는 데 편의를 제공하려는 것이어서 처분청이 위 규정에 따른 고지의무를 이행하지 아니하였다고 하더라도 경우에 따라 행정심판의 제기기간이 연장될 수 있음에 그칠 뿐, 그 때문에 심판의 대상이 되는 행정처분이 위법하다고 할 수는 없다(대판 2018.2.8. 2017두66633)
- ⑤ (○) 일반적으로 행정처분이나 행정심판 재결이 불복기간의 경과로 확정될 경우 그 확정력은 처분으로 법률상 이익을 침해받은 자가 당해 처분이나 재결의 효력을 더 이상 다툴 수 없다는 의미일 뿐, 더 나아가 판결과 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(대판 2008.7.24. 2006두20808).

답 ②

- ㉠ 지방자치법 상 주민투표권은 법률상의 권리에 불과하기 때문에 주민투표권의 침해를 이유로 한 헌법소원심판의 청구는 적법하지 않다.
- ㉡ 지방자치단체장의 재의 요구에 따라 지방의회가 재의결한 사항이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 인정되면 지방자치단체의 장은 대법원에 소를 제기할 수 있다.
- ㉢ 대법원은 조례안의결취소송에서 재의결된 개정조례안의 일부가 법령에 위반되어 위법한 경우에 재의결 내용 전부가 아니라 위법한 부분에 한하여 그 효력을 부인하여야 한다.
- ㉣ 지방자치법 상 행정안전부장관의 지방자치단체의 자치사무에 대한 감사권은 사전적·일반적인 포괄감사권이 아니라 그 대상과 범위가 한정적인 제한된 감사권이다.
- ㉤ 지방의회의 의장선거와 지방의회 의장에 대한 불신임의결은 행정처분의 일종으로서 항고소송의 대상이 된다.

- ① ㉠, ㉡ ② ㉡, ㉣ ③ ㉠, ㉢, ㉤
 ④ ㉠, ㉢, ㉣, ㉤ ⑤ ㉠, ㉡, ㉣, ㉤, ㉥

해설

- ① (○) 주민투표권은 헌법상 보장되는 기본권 또는 헌법상 제도적으로 보장되는 주관적 공권이 아니라 법률이 보장하는 권리이므로 주민투표권의 침해를 이유로 헌법소원심판 청구 불가: 우리 헌법은 간접적인 참정권으로 선거권(헌법 24조), 공무담임권(헌법 25조)을, 직접적인 참정권으로 국민투표권(헌법 72조, 130조)을 규정하고 있을 뿐 주민투표권을 기본권으로 규정한 바가 없고 117조, 118조에서 제도적으로 보장하고 있는 지방자치단체의 자치의 내용도 자치단체의 설치와 존속 그리고 그 자치기능 및 자치사무로서 지방자치단체의 자치권의 본질적 사항에 관한 것이므로 주민투표권을 헌법상 보장되는 기본권이라고 하거나 헌법 37조 1항의 "헌법에 열거되지 아니한 권리"의 하나로 보기 어렵다. 지방자치법이 주민에게 주민투표권(13조의2), 조례의 제정 및 개폐청구권(13조의3), 감사청구권(13조의4) 등을 부여함으로써 주민이 지방자치사무에 직접 참여할 수 있는 길을 일부 열어 놓고 있지만 이러한 제도는 어디까지나 입법에 의하여 채택된 것일 뿐 헌법에 의하여 보장되고 있는 것은 아니므로 주민투표권은 법률이 보장하는 권리일 뿐 헌법이 보장하는 기본권 또는 헌법상 제도적으로 보장되는 주관적 공권으로 볼 수 없다. 따라서 주민투표권의 침해를 이유로 한 헌법소원심판의 청구는 기본권의 침해 가능성이 인정될 수 없는 경우이어서 적법하지 않다. (헌재결 2005.12.22. 2004헌마530).
- ② (x) 공익을 현저히 해친다고 인정되는 경우에는 제소 불가. 지방자치단체장은 지방의회의 의결이 월권이거나 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 인정되면 재의요구를 할 수 있고, 지방의회의 재의결로 의결사항이 확정된 경우, 지방자치단체장은 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 인정되면 대법원에 제소할 수 있다(지방자치법 제107조 제3항).
- ③ (x) 지방의회가 재의결한 내용 전부가 아니라 일부만이 위법한 경우에도 대법원은 의결 전부의 효력을 부인할 수밖에 없음: 지방의회 의결의 일부에 대한 효력배제는 결과적으로 전체적인 의결의 내용을 변경하는 것에 다름 아니어서 의결기관인 지방의회의 고유권한을 침해하는 것이 될 뿐 아니라, 그 일부만의 효력배제는 자칫 전체적인 의결내용을 지방의회의 당초의 의도와는 다른 내용으로 변질시킬 우려가 있으며, 또 재의요구가 있는 때에는 재의요구에서 지정한 이의사항이 의결의 일부에 관한 것이라고 하여도 의결 전체가 실효되고 재의결만이 의결로서 효력을 발생하는 것이어서 의결의 일부에 대한 재의요구나 수정제의 요구가 허용되지 않는 점에 비추어 보아도 재의결의 내용 전부가 아니라 그 일부만이 위법한 경우에도 대법원은 의결 전부의 효력을 부인할 수밖에 없다(대판 1992.7.28. 92추31)
- ④ (○) 중앙행정기관의 지방자치단체의 자치사무에 대한 구 지방자치법 제158조(현 제171조) 규정의 감사권은 사전적·일반적인 포괄감사권이 아니라 그 대상과 범위가 한정적인 제한된 감사권이라 해석함이 마땅하다: 지방자치단체에 대하여 중앙행정기관은 합목적성 감독보다는 합법성 감독을 지향하여야 하고 중앙행정기관의 무분별한 감사권의 행사는 헌법상 보장된 지방자치단체의 자율권을 저해할 가능성이 크므로, 이 사건 관련규정의 감사에 착수하기 위해서는 자치사무에 관하여 특정한 법령위반행위가 확인되었거나 위법행위가 있었으리라는 합리적 의심이 가능한 경우이어야 하고, 또한, 그 감사대상을 특정해야 한다고 봄이 상당하다. 따라서 전반기 또는 후반기 감사와 같은 포괄적·사전적 일반감사나 위법사항을 특정하지 않고 개시하는 감사 또는 법령위반사항을 적발하기 위한 감사는 모두 허용될 수 없다. 왜냐하면 법령위반 여부를 알아보기 위하여 감사하였다가 위법사항을 발견하지 못하였다면 법령위반사항이 아닌데도 감사한 것이 되어 이 사건 관련규정 단서에 반하게 되며, 이것은 결국 지방자치단체의 자치사무에 대한 합목적성 감사는 안 된다고 하면서 실제로는 합목적성 감사를 하는 셈이 되기 때문이다(헌재 2009.5.28. 2006헌라).
- 지방자치법 제171조(지방자치단체의 자치사무에 대한 감사) ① 행정안전부장관이나 시·도지사는 지방자치단체의 자치사무에 관하여 보고를 받거나 서류·장부 또는 회계를 감사할 수 있다. 이 경우 감사는 법령위반사항에 대하여만 실시한다.
- ⑤ (○) 지방의회 의장은 지방의회를 대표하고 의사를 정리하며 회의장 내의 질서를 유지하고 의회의 사무를 감독하며 위원회에 출석·발언할 수 있는 등의 직무권한을 가지는 지방의회 의장에 대한 불신임의결은 의장으로서의 권한을 박탈하는 행정처분의 일종으로서 항고소송의 대상이 된다(대판 1994.10.11. 94두23).

답 ③

- ① 국가공무원법 상 복직명령은 기속행위이므로 휴직 중인 공무원이 휴직사유가 소멸하였음을 이유로 복직을 신청하는 경우 임용권자는 지체 없이 복직명령을 하여야 한다.
- ② 직위해제되어 있던 중에 임용결격사유가 발생하여 당연퇴직된 자에게 임용권자가 임용결격사유의 발생 사실을 알지 못하고 복직처분을 하였다면 그 자는 공무원의 신분을 회복하게 된다.
- ③ 헌법상 공무담임권의 보호영역에는 공무원의 승진시험의 응시제한이나 이를 통한 승진기회의 보장 문제도 포함된다.
- ④ 공무원들의 어느 행위가 국가공무원법 상 금지되는 '집단행위'에 해당하려면, 그행위가 다수인의 행위로서 집단성이라는 표지를 갖추어야 하지만 공익에 반하는 어떤 목적을 위한 행위일 것이 요구되는 것은 아니다.
- ⑤ 감사원에 의한 징계 요구는 그 자체만으로도 징계 요구 대상 공무원의 권리·의무에 직접적인 변동을 초래하므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

해설

- ① (○) 국가공무원법 제73조 제2항은 “휴직 기간 중 그 사유가 없으면 30일 이내에 임용권자 또는 임용제청권자에게 신고하여야 하며, 임용권자는 지체 없이 복직을 명하여야 한다.”고 규정할 뿐 임용권자에게 교육공무원에 대하여 휴직사유가 소멸한 경우의 복직을 제한할 수 있는 권한을 부여하고 있지 않다. ... **국가공무원법 제73조 제2항의 문언에 비추어 복직명령은 기속행위이므로 휴직사유가 소멸하였음을 이유로 신청하는 경우 임용권자는 지체 없이 복직명령을 하여야 한다.**(대판 2014.6.12. 2012두4852)
- ② (×) **직위해제 중에 자격정지 이상의 형의 선고유예를 받아 당연퇴직된 경찰공무원에게 임용권자가 복직처분을 한 상태에서 선고유예기간이 경과된 경우, 경찰공무원의 신분이 회복되지는 않음** : 경찰공무원이 재직 중 자격정지 이상의 형의 선고유예를 받음으로써 경찰공무원법 제7조 제2항 제5호에 정하는 임용결격사유에 해당하게 되면, 같은 법 제21조의 규정에 의하여 임용권자의 별도의 행위(공무원의 신분을 상실시키는 행위)를 기다리지 아니하고 그 선고유예 판결의 확정일에 당연히 경찰공무원의 신분을 상실(당연퇴직)하게 되는 것이고, 나중에 선고유예기간(2년)이 경과하였다고 하더라도 이미 발생한 당연퇴직의 효력이 소멸되어 경찰공무원의 신분이 회복되는 것은 아니며, 한편 직위해제처분은 형사사건으로 기소되는 등 국가공무원법 제73조의2 제1항 각 호에 정하는 귀책사유가 있을 때 당해 공무원에게 직위를 부여하지 아니하는 처분이고, 복직처분은 직위해제사유가 소멸되었을 때 직위해제된 공무원에게 국 가공무원법 제73조의2 제2항의 규정에 의하여 다시 직위를 부여하는 처분일 뿐, 이들 처분들이 공무원의 신분을 박탈하거나 설정하는 처분은 아닌 것이므로, **임용권자가 임용결격사유의 발생 사실을 알지 못하고 직위해제되어 있던 중 임용결격사유가 발생하여 당연퇴직된 자에게 복직처분을 하였다**고 하더라도 이 때문에 그 자가 공무원의 신분을 회복하는 것은 아니다(대판 1997.7.8. 96누4275).
- ③ (×) 공무원담임권의 보호영역에는 공직취임 기회의 자의적인 배제뿐 아니라 공무원 신분 of 부당한 박탈이나 권한 또는 직무의 부당한 정지도 포함된다. 다만, **‘승진시험의 응시제한’이나 이를 통한 승진기회의 보장 등 공직신분의 유지나 업무수행에 영향을 주지 않는 단순한 내부 승진인사에 관한 문제는 공무원담임권의 보호영역에 포함되지 않는다**(헌재 2013.11.28. 2011헌마565)
- ④ (×) • **공무원들의 어느 행위가 국가공무원법 제66조 제1항에 규정된 ‘집단행위’에 해당하려면, 그 행위가 반드시 같은 시간, 장소에서 행하여져야 하는 것은 아니지만, 공익에 반하는 어떤 목적을 위한 다수인의 행위로서 집단성이라는 표지를 갖추어야만 한다**고 해석함이 타당하다(대판 2017.4.13. 2014두8469)
• 국가공무원법 제6조 제1항에 규정된 ‘공무 이외의 일을 위한 집단적 행위’는 **공무가 아닌 어떤 일을 위하여 공무원들이 하는 모든 집단적 행위를 의미하는 것은 아니고** 언론, 출판, 집회, 결사의 자유를 보장하고 있는 헌법 21조 1항, 헌법상의 원리, 국가공무원법의 취지, 국가공무원법상의 성실의무 및 직무전념의무 등을 종합적으로 고려하여 **‘공익에 반하는 목적을 위하여 직무전념의무를 해태하는 등의 영향을 가져오는 집단적 행위’라고 축소 해석해야 한다**(대판 2008.2.14. 2007도11045).
- ⑤ (×) **감사원의 징계요구와 그에 대한 재심의결정은 항고소송 대상인 처분이 아님** : 갑 시장이 감사원으로부터 감사원법 제32조에 따라 을에 대하여 징계의 종류를 정적으로 정한 징계 요구를 받게 되자 감사원법 제36조 제2항에 따라 감사원에 징계 요구에 대한 재심을 청구하였고, 감사원이 재심의청구를 기각하자 을이 감사원의 징계 요구와 그에 대한 재심의결정의 취소를 구하고 갑 시장이 감사원의 재심의결정 취소를 구하는 소를 제기한 사안 에서, 징계 요구는 징계 요구를 받은 기관의 장이 요구받은 내용대로 처분하지 않더라도 불이익을 받는 규정도 없고, 징계 요구 내용대로 효과가 발생하는 것도 아니며, 징계 요구에 의하여 행정청이 일정한 행정처분을 하였을 때 비로소 이해관계인의 권리관계에 영향을 미칠 뿐, **징계 요구 자체만으로는 징계 요구 대상 공무원의 권리·의무에 직접적인 변동을 초래하지도 아니하므로, 행정청 사이의 내부적인 의사결정의 경로로서 ‘징계 요구, 징계 절차 회부, 징계’로 이어지는 과정에서 중간처분에 불과하여, 감사원의 징계 요구와 재심의결정이 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없고**, 감사원법 제40조 제2항을 갑 시장에게 감사원을 상대로 한 기관소송을 허용하는 규정으로 볼 수는 없고 그 밖에 행정소송법을 비롯한 어떠한 법률에도 갑 시장에게 ‘감사원의 재심의 판결’에 대하여 기관소송을 허용하는 규정을 두고 있지 않으므로, 갑 시장이 제기한 소송이 기관소송으로서 감사원법 제40조 제2항에 따라 허용된다고 볼 수 없다고 한 사례(대판 2016.12.27. 2014두5637).

답 ①

21

지방자치법에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2020 5급승진

- ① 지방의회는 자치권이 침해되었음을 이유로 한 헌법재판소법 상 권한쟁의심판의 청구인이 될 수 없다.
- ② 시·도지사가 법령의 규정에 따라 그 의무에 속하는 국가의 기관위임사무의 관리 및 집행을 명백히 게을리하고 있는 경우에 주무부장은 직무이행명령을 내릴 수 있다.
- ③ 시·도지사가 주무부장관이 행한 직무이행명령을 그 명령서에서 정한 기간 내에 이행하지 아니하는 경우, 주무부장관은 그 시·도의 비용부담으로 대집행을 할 수 있다.
- ④ 주무부장관이 시·도의 사무에 관한 시·도지사의 명령이 법령에 위반된다고 인정되어 시정명령을 한 경우, 시·도지사는 그 시정명령에 대하여 대법원에 제소할 수 있다.
- ⑤ 주무부장관이 시·도 지방의회 의결이 법령에 위반된다고 판단되어 재의요구 지시를 하였음에도 시·도지사가 재의를 요구하지 아니하는 경우, 주무부장관은 그 지방의회를 피고로 대법원에 직접 제소할 수 있다.

해설

- ① (○) 헌법재판소법 상 권한쟁의심판의 당사자능력은 국가기관과 **‘지방자치단체’**에게 인정되며, **지방자치단체의 기관(지방자치단체의 장, 지방의회, 지방의회 의원 및 의장)은 권한쟁의심판의 당사자능력이 없다.** 단, 교육·학예에 관한 지방자치단체의 사무에 관한 것인 경우에는 교육감이 당사자가 될 수 있고(헌법재판소법 제62조 ②항), 기관위임사무의 경우 지방자치단체장은 국가기관의 지위에서 당사자가 될 수 있다.

• 헌법재판소법 제62조(권한쟁의심판의 종류)

- ① 권한쟁의심판의 종류는 다음 각 호와 같다.

1. 국가기관 상호간의 권한쟁의심판
국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판
2. 국가기관과 지방자치단체 간의 권한쟁의심판
가. 정부와 특별시·광역시·특별자치시·도 또는 특별자치도 간의 권한쟁의심판
나. 정부와 시·군 또는 지방자치단체인 구(이하 "자치구"라 한다) 간의 권한쟁의심판
3. 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판
가. 특별시·광역시·특별자치시·도 또는 특별자치도 상호간의 권한쟁의심판
나. 시·군 또는 자치구 상호간의 권한쟁의심판
다. 특별시·광역시·특별자치시·도 또는 특별자치도와 시·군 또는 자치구 간의 권한쟁의심판

- ② 권한쟁의가 「지방교육자치에 관한 법률」 제2조에 따른 교육·학예에 관한 지방자치단체의 사무에 관한 것인 경우에는 **교육감이** 제1항제2호 및 제3호의 당사자가 된다.

②③ (○) • 지방자치법 제170조(지방자치단체의 장에 대한 직무이행명령)

- ① 지방자치단체의 장이 법령의 규정에 따라 그 의무에 속하는 국가위임사무나 시·도위임사무의 관리와 집행을 명백히 게을리하고 있다고 인정되면 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 이행할 사항을 명령할 수 있다.
- ② 주무부장관이나 시·도지사는 해당 지방자치단체의 장이 제1항의 기간에 이행명령을 이행하지 아니하면 그 지방자치단체의 비용부담으로 대집행하거나 행정상·재정상 필요한 조치를 할 수 있다. 이 경우 행정대집행에 관하여는 「행정대집행법」을 준용한다.

④ (×) 시정명령에 대한 제소는 명문규정이 없으므로 부정된다. 시정명령 후 기간 내 불이행시 주무부장관이나 시·도지사의 명령에 대해 취소·정지시킬 수 있고 시·도지사의 명령이 자치사무에 관한 경우에 한하여 그 취소처분이나 정지처분에 대해 시·도지사가 대법원에 제소할 수 있다.

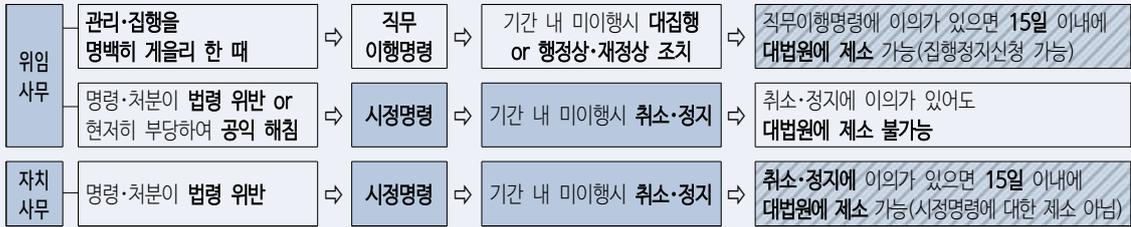
• 지방자치법 제169조(위법·부당한 명령·처분의 시정)

- ① 지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해친다고 인정되면 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 시정할 것을 명하고, 그 기간에 이행하지 아니하면 이를 취소하거나 정지할 수 있다. 이 경우 자치사무에 관한 명령이나 처분에 대하여는 법령을 위반하는 것에 한한다.
- ② 지방자치단체의 장은 제1항에 따른 자치사무에 관한 명령이나 처분의 취소 또는 정지에 대하여 이의가 있으면 그 취소처분 또는 정지처분을 통보받은 날부터 15일 이내에 대법원에 소(訴)를 제기할 수 있다.

• 지방교육자치에 관한 법률 제3조에 의하여 준용되는 지방자치법 제169조 제2항은 자치사무에 관한 명령이나 처분의 취소 또는 정지에 대하여서만 소를 제기할 수 있다고 규정하고, 주무부장관이 지방자치법 제169조 제1항에 따라 시·도에 대하여 행한 시정명령에 대하여도 대법원에 소를 제기할 수 있다는 규정을 두고 있지 않으므로, 시정명령의 취소를 구하는 소송은 허용되지 않는다(대판 2014.2.27. 2012추183).

• 지방자치법 제169조 제2항은 '시·군 및 자치구의 자치사무에 관한 지방자치단체의 장의 명령이나 처분에 대하여 시·도지사가 행한 취소 또는 정지에 대하여 해당 지방자치단체의 장이 대법원에 소를 제기할 수 있다고 규정하고 있을 뿐 '시·도지사가 지방자치법 제169조 제1항에 따라 시·군 및 자치구에 대하여 행한 시정명령'에 대하여도 대법원에 소를 제기할 수 있다고 규정하고 있지 않으므로, 이러한 시정명령의 취소를 구하는 소송은 허용되지 않는다.(대판 2017.10.12. 2016추5148).

♥ 지방자치단체에 대한 국가의 관여·감독 중 직무이행명령과 시정명령



⑤ (○) • 지방자치법 제172조(지방의회 의결의 재의와 제소)

- ① 지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 판단되면 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 재의를 요구하게 할 수 있고, 재의요구를 받은 지방자치단체의 장은 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 지방의회에 이유를 붙여 재의를 요구하여야 한다.
- ② 제1항에 따라 지방의회의 의결이 법령에 위반된다고 판단되어 주무부장관이나 시·도지사로부터 재의요구지시를 받은 지방자치단체의 장이 재의를 요구하지 아니하는 경우(법령에 위반되는 지방의회의 의결사항이 조례안인 경우로서 재의요구지시를 받기 전에 그 조례안을 공포한 경우를 포함한다)에는 주무부장관이나 시·도지사는 제1항에 따른 기간이 지난 날부터 7일 이내에 대법원에 직접 제소 및 집행정지결정을 신청할 수 있다.

답 ④

22 공물에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2020 5급승진

- ① 행정재산에 대한 공용폐지의 의사표시는 묵시적인 방법으로도 가능하나 행정재산이 본래의 용도에 제공되지 않는 상태에 있다는 사정만으로는 묵시적인 공용폐지의 의사표시가 있다고 볼 수 없다.
- ② 토지의 지목이 도로이고 국유재산대장에 등재되어 있다는 사정만으로 바로 그 토지가 도로로서 행정재산에 해당한다고 할 수는 없다.
- ③ 도로의 점용을 통한 특별사용이 도로의 일반사용과 병존이 가능한 경우도 있는데, 이러한 경우에 도로점용 부분이 동시에 일반공중의 교통에 공용되고 있다면 도로법 상 도로점용이라고 할 수 없다.
- ④ 공물의 인접주민이 다른 일반인보다 인접공물의 일반사용에 있어 특별한 이해관계를 가지는 경우, 그 인접주민에게는 다른 사람에게 인정되지 아니하는 고양된 일반 사용권이 보장될 수 있다.
- ⑤ 특정 사인이 배타적으로 사용하도록 하는 도로점용허가가 도로 등의 본래 기능 및 목적과 무관하게 그 사용가치를 실현·활용하기 위한 것으로 평가되는 경우, 그것은 주민소송의 대상이 되는 재산의 관리·처분에 해당한다.

해설

- ① (○) 공용폐지의 의사표시는 명시적 의사표시뿐 아니라 묵시적 의사표시이어도 무방하나 적법한 의사표시이어야 하고, 행정재산이 본래의 용도에 제공되지 않는 상태에 놓여 있다는 사실만으로 관리청의 이에 대한 공용폐지의 의사표시가 있었다고 볼 수 없으며, 행정재산에 관하여 체결된 것이기 때문에 무효인 매매계약을 가지고 적법한 공용폐지의 의사표시가 있었다고 볼 수도 없다.(대판 1996.5.28. 95다52383).
- ② (○) 토지의 지목이 도로이고 국유재산대장에 등재되어 있다는 사정만으로 그 토지가 도로로서 행정재산에 해당된다고 볼 수 없음 : 국유재산법상의 행정재산이란 국가가 소유하는 재산으로서 직접 공용, 공공용, 또는 기업용으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산을 말하는 것이고, 그 중 도로와 같은 인공적 공공용 재산은 법령에 의하여 지정되거나 행정처분으로써 공공용으로 사용하기로 결정한 경우, 또는 행정재산으로 실제로 사용하는 경우의 어느 하나에 해당해야 비로소 행정재산이 되는 것인데, 특히 도로는 도로로서의 형태를 갖추고, 도로법에 따른 노선의 지정 또는 인공의 공고 및 도로구역 결정·고시를 한 때 또는 도시계획법 또는 도시재개발법 소정의 절차를 거쳐 도로를 설치하였을 때에 공공용물로서 공공개시행위가 있다고 할 것이므로, 토지의 지목이 도로이고 국유재산대장에 등재되어 있다는 사정만으로 바로 그 토지가 도로로서 행정재산에 해당한다고 할 수는 없다
- ③ (×) 공물의 특별사용과 일반사용과의 병존시 판단기준 : 도로점용이나 공유수면 점용을 특별사용으로 볼 것인지 아니면 일반사용으로 볼 것인지는 그 점용의 주된 용도와 기능이 무엇인지에 따라 가려져야 한다. 도로·공유수면의 특허사용은 독점적, 배타적인 것이 아니라 사용목적에 따라 일반사용과 병존할 수 있으므로 점용부분이 동시에 일반공중에 공용되고 있더라도 도로점용·공유수면점용이 될 수도 있다.

• 도로법 40조에 규정된 도로의 점용이라 함은 일반공중의 교통에 공용되는 도로에 대한 일반사용과는 별도로 도로의 특정부분을 유형적, 고정적으로 특정한 목적을 위하여 사용하는 특별사용을 뜻하고, 이는 반드시 독점적, 배타적인 것이 아니라 사용목적에 따라서는 **도로의 일반사용과 병존이 가능한 경우도 있고** 이러한 경우에는 도로점용부분이 동시에 일반공중의 교통에 공용되고 있다고 하여 도로점용이 아니라고 할 수 없다(대판 1999.5.14. 98두17906).

- ④ (○) **공물의 인접주민이 공물에 대한 고양된 일반사용권을 가지는지 여부의 판단 방법** : 공물의 인접주민은 다른 일반인보다 인접공물의 일반사용에 있어 특별한 이해관계를 가지는 경우가 있고, 그러한 의미에서 다른 사람에게 인정되지 아니하는 이른바 **고양된 일반사용권이 보장될 수 있으며**, 이러한 고양된 일반사용권이 침해된 경우 다른 개인과의 관계에서 민법상으로도 보호될 수 있으나, 그 권리도 공물의 일반사용의 범위 안에서 인정되는 것이므로, 특정인에게 어느 범위에서 이른바 고양된 일반사용권으로서의 권리가 인정될 수 있는지의 여부는 당해 공물의 목적과 효용, 일반사용관계, 고양된 일반사용권을 주장하는 사람의 법률상의 지위와 당해 공물의 사용관계의 인접성, 특수성 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다. 따라서 구체적으로 공물을 사용하지 않고 있는 이상 그 공물의 인접주민이라는 사정만으로는 공물에 대한 고양된 일반사용권이 인정될 수 없다(대판 2006.12.22. 2004다 68311,68328).
- ⑤ (○) **점용허가가 도로 등의 본래 기능 및 목적과 무관하게 그 사용가치를 실현·활용하기 위한 것으로 평가되는 경우, 주민소송의 대상이 되는 재산의 관리·처분에 해당** : 주민소송 제도는 지방자치단체 주민이 지방자치단체의 위법한 재무회계행위의 방지 또는 시정을 구하거나 그로 인한 손해의 회복 청구를 요구할 수 있도록 함으로써 지방자치단체의 재무행정의 적법성과 지방재정의 건전하고 적절한 운영을 확보하려는 데 목적이 있다. 그러므로 주민소송은 원칙적으로 지방자치단체의 재무회계에 관한 사항의 처리를 직접 목적으로 하는 행위에 대하여 제기할 수 있고, 지방자치법 제17조 제1항에서 주민소송의 대상으로 규정한 '재산의 취득·관리·처분에 관한 사항'에 해당하더라도 그 기준에 의하여 판단하여야 한다. 특히 도로 등 공물이나 공공용물을 특정 사인이 배타적으로 사용하도록 하는 점용허가가 도로 등의 본래 기능 및 목적과 무관하게 그 사용가치를 실현·활용하기 위한 것으로 평가되는 경우에는 주민소송의 대상이 되는 재산의 관리·처분에 해당한다.(대판 2016.5.27. 2014두8490).

답 ③

23 공용환지에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2020 5급승진

- ① 환지처분이 공고되어 효력을 발생하게 된 후라도 환지에정지지정처분에 대하여 취소소송을 제기할 법률상 이익이 인정된다.
- ② 환지처분이 일단 공고되어 효력을 발생하게 된 이후에는 환지 전체의 절차를 처음부터 다시 밟지 않는 한 그 일부만을 따로 떼어 환지처분을 변경할 수는 없다.
- ③ 환지처분의 내용은 모두 환지계획에 의하여 미리 결정되는 것이므로 환지계획에 의하지 아니하고 환지계획에도 없는 사항을 내용으로 하는 환지처분은 효력을 발생할 수 없다.
- ④ 환지계획은 환지에정지 지정이나 환지처분의 근거가 될 뿐 그 자체로 토지소유자 등의 법률상의 지위에 변동을 주는 것이 아니므로 행정처분에 해당하지 아니한다.
- ⑤ 환지에정지지정처분이 있게 되면 사업시행지구 내의 종전 토지 소유자는 환지에정지 지정처분의 효력발생일로부터 환지처분의 공고가 있는 날까지 지정된 환지에정지를 사용·수익할 수 있다.

해설

- ① (×) **환지처분 공고 후에 환지에정지지정처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없음** : 토지구획정리사업법에 의한 토지구획정리는 환지처분을 기본적 요소로 하는 것으로서 환지에정지지정처분은 사업시행자가 사업시행지구 내의 **종전 토지 소유자로 하여금 환지에정지지정처분의 효력발생일로부터 환지처분의 공고가 있는 날까지 당해 환지에정지를 사용수익할 수 있게 하는 한편** 종전의 토지에 대하여는 사용수익을 할 수 없게 하는 처분에 불과하고 환지처분이 일단 공고되어 효력을 발생하게 되면 환지에정지지정처분은 그 효력이 소멸되는 것이므로, 환지처분이 공고된 후에는 환지에정지지정처분에 대하여 그 취소를 구할 법률상 이익은 없다(대법원 1999.10.8. 99두6873).
- ② (○) **환지확정처분의 일부에 대한 취소를 구할 법률상 이익 부재** : 토지구획정리사업법에 의한 환지처분이 일단 공고되어 그 효력을 발생한 이상 환지 전체의 절차를 처음부터 다시 밟지 않는 한 그 일부만을 따로 떼어 환지처분을 변경할 길이 없으므로 그 환지처분 중 일부 토지에 관하여 환지도 지정하지 않고 또 정산금도 지급하지 아니한 위법이 있다 하여도 이를 이유로 민법상의 불법행위로 인한 손해배상을 구할 수 있으므로 그 환지확정처분의 일부에 대하여 취소를 구할 법률상 이익은 없다(대판 1985.4.23. 84누446).
- ③ (○) **환지계획에 의하지 아니하고 환지계획에도 없는 사항을 내용으로 하는 환지처분은 당연무효** : 환지처분의 내용은 모두 환지계획에 의하여 미리 결정되는 것이며 환지처분은 다만 환지계획구역에 대한 공사가 완료되기를 기다려서 환지계획에 정하여져 있는 바를 토지소유자에게 통지하고 그 뜻을 공고함으로써 효력이 발생하는 것이고, 따라서 환지계획과는 별도의 내용을 가진 환지처분은 있을 수 없는 것이므로 환지계획에 의하지 아니하고 환지계획에도 없는 사항을 내용으로 하는 환지처분은 효력을 발생할 수 없다.(대판 1993.5.27. 92다14878)
- ④ (○) **환지계획은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아님** : 토지구획정리사업법 제57조, 제62조 등의 규정상 환지에정지 지정이나 환지처분은 그에 의하여 직접 토지소유자 등의 권리의무가 변동되므로 이를 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 있으나, 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.
- ⑤ (○) 위 ①의 판례 참조

답 ①

24 조세에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

2020 5급승진

- ① 원천징수의무자가 원천납세의무자로부터 징수하여야 할 국세의 세액을 초과하여 징수·납부한 경우, 국가에 대한 환급청구권자는 원천징수의무자가 아니라 원천납세의무자이다.
- ② 신고납세방식의 조세에 있어서 과세관청이 납세의무자의 신고에 따라 세액을 수령하는 것은 부과처분으로 볼 수 없다.
- ③ 조세에 대한 증액경정처분이 있는 경우 당초의 조세부과처분은 증액경정처분에 흡수되어 소멸하고, 소멸한 당초처분의 절차적 하자는 존속하는 증액경정처분에 승계되지 아니한다.
- ④ 국세환급금 결정이나 이 결정을 구하는 신청에 대한 환급거부결정은 납세의무자가 갖는 환급청구권의 존부나 범위에 구체적이고 직접적인 영향을 미치는 처분이 아니어서 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 없다.

- ⑤ 체납자에게 한 공매통지가 하자가 있어 위법한 경우, 다른 특별한 사정이 없는 한 그 체납자는 공매통지 자체에 대하여는 취소소송을 제기할 수 없고 그 공매통지에 따른 공매처분에 대한 취소소송을 제기해야 한다.

해설

- ① (×) 과다 원천징수 세액의 환급청구권자는 원천납세의무자가 아니라 원천징수의무자
- ① 원천징수의무자가 원천납세의무자로부터 원천징수대상이 아닌 소득에 대하여 세액을 징수·납부하였거나 징수하여야 할 세액을 초과하여 징수·납부하였다면, 국가는 원천징수의무자로부터 이를 납부받는 순간 아무런 법률상의 원인 없이 보유하고 있는 부당이득이 되고, 구 국세기본 제51조 제1항, 제52조 등의 규정은 환급청구권이 확정된 국세환급금 및 가산금에 대한 내부적 사무처리절차로서 과세관청의 환급절차를 규정한 것일 뿐, 그 규정에 의한 국세환급금(가산금 포함) 결정에 의하여 비로소 환급청구권이 확정되는 것은 아니므로, 국세환급금 결정이나 이 결정을 구하는 신청에 대한 환급거부결정 등은 납세의무자가 갖는 환급청구권의 존부나 범위에 구체적인 영향을 미치는 처분이 아니어서 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 없으며, 한편 위와 같은 환급청구권은 원천납세의무자가 아닌 원천징수의무자에게 귀속되는 것이므로, 원천납세의무자들이 한 원천징수세액의 환급신청을 과세관청이 거부하였다고 하더라도, 이는 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 아니한다(대판 2002.11.8. 2001두8780).
 - ② 원천징수 세액에 있어 원천징수의무자가 원천납세의무자로부터 원천징수대상이 아닌 소득에 대하여 세액을 징수·납부하였거나 징수하여야 할 세액을 초과하여 징수·납부하였다면, 이로 인한 환급청구권은 원천납세의무자가 아닌 원천징수의무자에게 귀속되는 것이나, 이는 원천징수의무자가 원천납세의무자에 대한 관계에서는 법률상 원인 없이 이익을 얻은 것이라 할 것이므로 원천납세의무자는 원천징수의무자에 대하여 환급청구권 상당액을 부당이득으로 구상할 수 있다(대판 2003.3.14. 2002다68294)
 - ③ (○) 신고납세방식의 조세에 있어서 과세관청이 납세의무자의 신고에 따라 세액을 수령하는 것은 사실행위에 불과할 뿐 이를 부과처분으로 볼 수는 없다(대판 1997.7.22. 96누8321)
 - ④ (○) 증액경정처분이 있는 경우 당초처분은 증액경정처분에 흡수되어 소멸하고, 소멸한 당초처분의 절차적 하자는 존속하는 증액경정처분에 승계되지 아니한다(대판 2010.6.24. 2007두16493)
 - ⑤ (○) 위 ①의 ① 판례 내용 참조
 - ⑥ (○) 공매하기로 한 결정(매각방법[공매·수의계약] 결정)과 공매계획의 통지(공매통지), 공매공고는 취소소송의 대상이 되는 처분이 아니다.
 - 공매통지는 공매의 절차적 요건이지만 행정처분은 아니므로 공매통지 자체는 항고소송의 대상이 아님 : 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 공매처분이 위법하게 되는 것이지만, 공매통지 자체가 그 상대방인 체납자 등의 법적 지위나 권리·의무에 직접적인 영향을 주는 행정처분에 해당한다고 할 것은 아니므로 다른 특별한 사정이 없는 한 체납자 등은 공매통지의 결여나 위법을 들어 공매처분의 취소 등을 구할 수 있는 것이지 공매통지 자체를 항고소송의 대상으로 삼아 그 취소 등을 구할 수는 없다(대판 2011.3.24. 2010두25527).

답 ①

25 판례상 신고의 수리 거부가 위법한 경우에 해당하는 것만을 모두 고르면?

2020 5급승진

- ㉠ 무허가 건축물을 실제 생활의 근거지로 삼아 10년 이상 거주해 온 사람의 주민등록 전입신고를 부동산투기나 이주대책 요구 등을 방지할 목적으로 수리를 거부하는 것
- ㉡ 기존에 다른 사람이 숙박업 신고를 한 적이 있는 건물에 새로 숙박업을 하려는 자가 그 시설 등의 소유권 등 정당한 사용권한을 취득하여 법령에서 정한 요건을 갖추어 신고하였으나 특별한 사정이 없음에도 해당 시설 등에 관한 기존의 숙박업 신고가 외관상 남아 있다는 이유만으로 수리를 거부하는 것
- ㉢ 상위 법령의 위임 없이 구 「노동조합 및 노동관계조정법 시행규칙」이 노동조합의 설립신고서에 첨부하여 제출할 서류를 규정하고 있고, 행정청이 그 서류에 관한 보완이 이루어지지 않았음을 이유로 설립신고의 수리를 거부하는 것
- ㉣ 불특정 다수인을 대상으로 학습비를 받고 정보통신매체를 이용하여 원격평생 교육을 실시하기 위해 구 평생교육법 제22조제2항에 따라 형식적 요건을 모두 갖추어 신고하였으나 그 신고대상이 된 교육이나 학습이 공익적 기준에 적합하지 않다는 등의 실제적 사유를 들어 신고의 수리를 거부하는 것

- ① ㉠, ㉡
- ② ㉡, ㉣
- ③ ㉠, ㉢, ㉣
- ④ ㉡, ㉢, ㉣
- ⑤ ㉠, ㉡, ㉣, ㉣

해설

- ① [위법] 시장·군수 또는 구청장의 주민등록전입신고 수리 여부에 관한 심사의 범위와 대상 : 주민들의 거주지 이동에 따른 주민등록전입신고에 대하여 행정청이 이를 심사하여 그 수리를 거부할 수는 있다고 하더라도, 그러한 행위는 자칫 헌법상 보장된 국민의 거주·이전의 자유를 침해하는 결과를 가져올 수도 있으므로, 시장·군수 또는 구청장의 주민등록전입신고 수리 여부에 대한 심사는 주민등록법의 입법 목적의 범위 내에서 제한적으로 이루어져야 한다. 한편, 주민등록법의 입법 목적에 관한 제1조 및 주민등록 대상자에 관한 제5조의 규정을 고려해 보면, 전입신고를 받은 시장·군수 또는 구청장의 심사 대상은 전입신고자가 30일 이상 생활의 근거로 거주할 목적으로 거주지를 옮기는지 여부만으로 제한된다고 보아야 한다. 따라서 전입신고자가 거주 목적 이외에 다른 이해관계에 관한 의도를 가지고 있는지 여부, 무허가 건축물의 관리, 전입신고를 수리함으로써 당해 지방자치단체에 미치는 영향 등과 같은 사유는 주민등록법이 아닌 다른 법률에 의하여 규율되어야 하고, 주민등록전입신고의 수리 여부를 심사하는 단계에서는 고려 대상이 될 수 없다. 무허가 건축물을 실제 생활의 근거지로 삼아 10년 이상 거주해 온 사람의 주민등록 전입신고를 거부한 사안에서, 부동산투기나 이주대책 요구 등을 방지할 목적으로 주민등록전입신고를 거부하는 것은 주민등록법의 입법 목적과 취지 등에 비추어 허용될 수 없다. (대판 2009.6.18. 2008두10997)
- ② [위법] 숙박업을 하고자 하는 자가 법령이 정하는 시설과 설비를 갖추고 행정청에 신고를 한 경우, 행정청이 수리해야 하며 중대한 공익상의 필요 등 특별한 사정이 없는 한 행정청이 법령이 정한 요건 외의 사유를 들어 수리를 거부할 수 없고, 이러한 법리는 이미 다른 사람 명의로 숙박업 신고가 되어 있는 시설 등의 전부 또는 일부에서 새로 숙박업을 하려는 자가 신고한 경우에도 마찬가지로 적용 : 숙박업은 손님이 잠을 자고 머물 수 있도록 시설과 설비 등의 서비스를 제공하는 것이다. 공중위생관리법 제2조 제1항 제2호, 제3조 제1항, 제4조 제1항, 제7항, 공중위생관리법 시행규칙 제2조 [별표 1], 제3조의2 제1항 제3호, 제7조 [별표 4]의 문언, 체계와 목적에 비추어 보면, 숙박업을 하고자 하는 자는 위 법령에 정해진 소득이나 조명기준 등이 정해진 객실·접객대·로비시설 등을 다른 용도의 시설 등과 분리되도록 갖추어서 그곳에 숙박하고자 하는 손님이나 위생관리 등을 감독하는

행정청으로 하여금 해당 시설의 영업주체를 분명히 인식할 수 있도록 해야 한다. **숙박업을 하고자 하는 자가 법령이 정하는 시설과 설비를 갖추고 행정청에 신고를 하면, 행정청은 공중위생관리법령의 위 규정에 따라 원칙적으로 이를 수리하여야 한다.** 행정청이 법령이 정한 요건 이외의 사유를 들어 수리를 거부하는 것은 위 법령의 목적에 비추어 이를 거부해야 할 중대한 공익상의 필요가 있다는 등 특별한 사정이 있는 경우에 한한다. 이러한 법리는 이미 다른 사람 명의로 숙박업 신고가 되어 있는 시설 등의 전부 또는 일부에서 새로 숙박업을 하고자 하는 자가 신고를 한 경우에도 마찬가지이다. **기준에 다른 사람이 숙박업 신고를 한 적이 있더라도 새로 숙박업을 하려는 자가 그 시설 등의 소유권 등 정당한 사용권한을 취득하여 법령에서 정한 요건을 갖추어 신고하였다면, 행정청으로서 특별한 사정이 없는 한 이를 수리하여야 하고, 단지 해당 시설 등에 관한 기존의 숙박업 신고가 외관상 남아있다는 이유만으로 이를 거부할 수 없다**(대판 2017.5.30. 2017두34087)

- ㉔ **[위법]** 노동조합 및 노동관계조정법 제10조 제1항, 제12조 제2항, 제3항 제2호, 구 노동조합 및 노동관계조정법 시행규칙(2007. 12. 26. 노동부령 제286호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 노동조합법 시행규칙'이라고 한다) 제2조의 내용이나 체계, 취지 등을 종합하면, 구 노동조합법 시행규칙이 제2조 제4호에서 설립신고의 대상이 되는 노동조합이 '2 이상의 사업 또는 사업장의 근로자로 구성된 단위노동조합인 경우 사업 또는 사업장별 명칭, 조합원 수, 대표자의 성명'에 관한 서류를 설립신고서에 첨부하여 제출하도록 규정한 것은 **상위 법령의 위임 없이 규정한 것이어서, 일반 국민에 대하여 구속력을 가지는 법규명령으로서의 효력은 없다.** 따라서 행정관청은 구 노동조합법 시행규칙 제2조 제4호가 정한 사항에 관한 **보완이 이루어지지 아니하였다는 사유를 들어 설립신고서를 반려할 수는 없다.** 같은 취지에서 원심이 구 노동조합법 시행규칙 제2조 제4호 규정 사항의 보완이 없었다는 점을 반려처분의 사유 중 하나로 삼은 피고의 조치가 위법하다고 판단한 것은 정당하다(대판 2015.6.25. 2007두4995).
- ㉕ **[위법]** 정보통신매체를 이용하여 학습비를 받고 **불특정 다수인에게 원격평생교육을 실시하기 위해 구 평생교육법 제22조 등에서 정한 형식적 요건을 모두 갖추어 신고한 경우, 행정청이 실제적 사유를 들어 신고 수리를 거부할 수 없음** : 구 평생교육법(2007.10.17. 법률 제8640호로 개정되기 전의 것, 이하 '법'이라 한다) 제22조 제1항, 제2항, 제3항, 구 평생교육법 시행령(2004.1.29. 대통령령 제18245호로 개정되기 전의 것) 제27조 제1항, 제2항, 제3항에 의하면, 정보통신매체를 이용하여 학습비를 받지 않고 원격평생교육을 실시하고자 하는 경우에는 누구든지 아무런 신고 없이 자유롭게 이를 할 수 있고, 다만 위와 같은 교육을 불특정 다수인에게 학습비를 받고 실시하는 경우에는 이를 신고해야 하나, 법 제22조가 신고를 요하는 제2항과 신고를 요하지 않는 제1항에서 '학습비' 수수 외에 교육 대상이나 방법 등 다른 요건을 달리 규정하고 있지 않을 뿐 아니라 제2항에서도 학습비 금액이나 수령 등에 관하여 아무런 제한을 하고 있지 않은 점에 비추어 볼 때, **행정청으로서 신고서 기재사항에 흠결이 없고 정해진 서류가 구비된 때에는 이를 수리해야 하고, 이러한 형식적 요건을 모두 갖추었음에도 신고대상이 된 교육이나 학습이 공익적 기준에 적합하지 않는다는 등 실제적 사유를 들어 신고 수리를 거부할 수는 없다**(대판 2011.7.28. 2005두11784)

답 ⑤