

2020년도 5급 승진시험 행정법 ㉠책형 해설

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

- ① 과세처분이 당연무효라고 볼 수 없는 한 과세처분에 취소사유가 있다고 하더라도 그 처분이 취소되기 전까지는 민사소송절차에서 해당 과세처분의 효력은 부인될 수 없다.
- ② 교육감이 자율형 사립고등학교의 지정취소를 함에 있어서 초·중등교육법령상 규정된 교육부장관과의 사전협의 를 거치지 아니한 경우 해당 지정취소는 위법하다.
- ③ 인·허가 등의 거부처분을 함에 있어서 당사자가 그 처분의 근거를 알 수 있을 정도로 상당한 이유를 제시한 경 우라도 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 [○] 민사소송에서의 선결문제와 구성요건적 효력

과세처분이 당연무효라고 볼 수 없는 한 과세처분에 취소할 수 있는 위법사유가 있다 하더라도 그 과세처분은 행정 행위의 공정력 또는 집행력에 의하여 그것이 적법하게 취소되기 전까지는 유효하다 할 것이므로, 민사소송절차에서 그 과세처분의 효력을 부인할 수 없다. (대판 1999. 8. 20. 99다20179)

- ② [○] 명문상 “협의”가 구속력 있는 “동의”를 의미할 경우 이를 흠결한 처분은 위법하다.

자율형 사립고등학교 지정을 취소하는 과정에서 교육감의 재량을 절차적으로 통제할 필요가 있는 점 ... 구 초·중등 교육법 시행령 제91조의3 제5항에서 말하는 교육부장관과의 사전 협의는 특별한 사정이 없는 한 교육부장관의 적법 한 사전 동의를 의미한다. 따라서 사전 동의를 받지 아니하고 행한 자율형 사립고등학교 지정취소처분은 시행령 제 91조의3 제5항에 위반하여 위법하다. (대판 2018. 7. 12. 2014추33)

[해설: “협의”가 “자문”을 의미하는 경우 이를 흠결한다면 취소사유, “동의”를 의미하는 경우 무효사유가 된다(통설).]

- ③ [×] 행정처분의 근거 및 이유제시의 정도

행정절차법 제23조 제1항은 행정청은 처분을 하는 때에는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다고 규정하 고 있는바, 일반적으로 당사자가 근거규정 등을 명시하여 신청하는 인·허가 등을 거부하는 처분을 함에 있어 당사 자가 그 근거를 알 수 있을 정도로 상당한 이유를 제시한 경우에는 당해 처분의 근거 및 이유를 구체적 조항 및 내 용까지 명시하지 않았더라도 그로 말미암아 그 처분이 위법한 것이 된다고 할 수 없다. (대판 2002. 5. 17. 2000 두8912)

- ④ [○] 부당결부금지원칙에 반하는 위법한 부관을 사법상의 계약의 형식으로 체결한 경우, 역시 위법하다.

행정처분과 부관 사이에 실제적 관련성이 있다고 볼 수 없는 경우 공무원이 위와 같은 공법상의 제한을 회피할 목 적으로 행정처분의 상대방과 사이에 사법상 계약을 체결하는 형식을 취하였다면 이는 법치행정의 원리에 반하는 것 으로서 위법하다. (대판 2009. 12. 10. 2007다63966)

- ⑤ [○] 개별공시지가결정과 과세처분은 별개의 법률효과를 목적으로 하는 별개의 독립된 처분이나, 하자는 승계된다.

개별공시지가결정은 이를 기초로 한 과세처분 등과는 별개의 독립된 처분으로서 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하는 것이나, 개별공시지가는 이를 토지소유자나 이해관계인에게 개별적으로 고지하도록 되어 있는 것이 아니어서 ... 위법한 개별공시지가결정에 대하여 그 정해진 시정절차를 통하여 시정하도록 요구하지 아니하였다는 이유로 위법한 개별공시지가를 기초로 한 과세처분 등 후행 행정처분에서 개별공시지가결정의 위법을 주장할 수 없 도록 하는 것은 수인한도를 넘는 불이익을 강요하는 것으로서 과세처분 등 행정처분의 취소를 구하는 행정소송에서 선행처분인 개별공시지가결정의 위법을 독립된 위법사유로 주장할 수 있다고 해석함이 타당하다. (대판 1994. 1. 25. 93누8542)

정답 ③

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

- 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 취소되었다고 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 [×] 행정행위의 하자가 치유되면 당해 행정행위는 처분시부터 하자가 없는 적법한 행정행위로 효력을 발생한다(소급효).
- ② [×] 경원관계의 경우 경원자에 대한 허가 또는 자신에 대한 거부처분에 대하여 취소소송이 가능하다.
 [판례1] 인·허가 등의 수익적 행정처분을 신청한 수인이 서로 경쟁관계에 있어서 일방에 대한 허가 등의 처분이 타방에 대한 불허가 등으로 귀결될 수밖에 없는 때 허가 등의 처분을 받지 못한 자는 비록 경원자에 대하여 이루어진 허가 등 처분의 상대방이 아니라 하더라도 당해 처분의 취소를 구할 원고 적격이 있다. (대판 2009. 12. 10. 2009두8359)
 [판례2] 인가·허가 등 수익적 행정처분을 신청한 여러 사람이 서로 경원관계에 있어서 허가 등 처분을 받지 못한 사람은 신청에 대한 거부처분의 직접 상대방으로서 원칙적으로 자신에 대한 거부처분의 취소를 구할 원고적격이 있다. (대판 2015. 10. 29. 2013두27517)
- ③ [×] 운전면허취소처분을 받은 후 자동차를 운전하였으나 위 취소처분이 행정쟁송절차에 의하여 취소된 경우, 무면허운전의 성립 여부(소극)
 자동차 운전면허취소처분 자체가 행정쟁송절차에 의하여 취소되었다면, 위 운전면허취소처분은 그 처분시에 소급하여 효력을 잃게 되고, 피고인은 위 운전면허취소처분에 복종할 의무가 원래부터 없었음이 후에 확정되었다고 봄이 타당할 것이다. (대판 1999. 2. 5. 98도4239)
- ④ [×] 불가쟁력이 발생한 경우에도 당사자나 법원은 모순되는 주장이나 판단을 할 수 있다(불가쟁력≠기판력).
 행정처분이나 행정심판 재결이 불복기간의 경과로 인하여 확정될 경우 확정력(=불가쟁력)은 처분으로 인하여 법률상 이익을 침해받은 자가 처분이나 재결의 효력을 더 이상 다툴 수 없다는 의미일 뿐 판결에 있어서와 같은 기판력이 인정되는 것은 아니어서 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」상 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 부분 건설허가처분의 성격을 갖고 있는 것이어서 나중에 건설허가처분이 있게 되면 그 건설허가처분에 흡수되어 독립된 존재가치를 상실함으로써 그 건설허가처분만이 쟁송의 대상이 되는 것이다. (대판 1998. 9. 4. 97누19588)

정답 ⑤

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

- 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 수인할 의무가 없고 납세자의 영업의 자유 등을 침해하거나 세무조사권이 남용될 염려가 없는 조사행위까지 재조사가 금지되는 세무조사에 해당하는 것은 아니다.

|| 해설 || 이하 「행정조사기본법」

① [O]

행정조사의 근거(제5조)	행정기관은 법령등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있다. 다만, 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 그러하지 아니하다.
---------------	---

- ② [O] 우편물 통관검사절차에서 압수·수색영장 없이 진행된 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등 검사의 적법 여부(원칙적 적극)

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 [O] 음주운전 여부에 관한 조사방법 중 혈액 채취(이하 ‘채혈’이라고 한다)는 측정에 앞서 운전자의 동의를 받도록 규정하고 있으므로(도로교통법 제44조 제3항), 운전자의 동의 없이 임의로 채혈조사를 하는 것은 허용되지 아니한다.

그리고 형사소송법상 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. 2014두46850)

[해설: 행정조사가 위법한 경우 그에 따른 처분도 위법하게 된다는 취지]

- ④ [X] 세무조사가 위법한 경우 그에 따른 과세처분도 위법하다.

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. (대판 2016. 12. 15. 2016두47659)

- ⑤ [O] 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 중복세무조사를 금지하는 취지 등에 비추어 볼 때, 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)

정답 ④

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

- 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 「건축법」에 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 [O] 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 [X] 토지에 대한 명도의무는 그것을 강제적으로 실현하면서 직접적인 실행행사가 필요한 것이지 대체적 작위의무라고 볼 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 될 수 있는 것이 아니다. (대판 2005. 8. 19. 2004다2809)
- ③ [O] 상당한 의무이행기간을 부여하지 아니한 대집행계고처분 후에 대집행영장으로써 대집행의 시기를 늦춘 경우 그 계고처분의 적부(소극)
 행정대집행법 제3조 제1항은 행정청이 의무자에게 대집행영장으로써 대집행할 시기 등을 통지하기 위하여는 그 전제로서 대집행계고처분을 함에 있어서 의무이행을 할 수 있는 상당한 기간을 부여할 것을 요구하고 있으므로, 설사 피고가 대집행영장으로써 대집행의 시기를 늦추었더라도 위 대집행계고처분은 상당한 이행기한을 정하여 한 것이 아니어서 대집행의 적법절차에 위배한 것으로 위법한 처분이라고 할 것이다. (대판 1990. 9. 14. 90누2048)
[비교판례] 철거명령에서 주어진 일정기간이 자진철거에 필요한 상당한 기간이라면 그 기간 속에는 계고시에 필요한 '상당한 이행기간'도 포함되어 있다고 보아야 할 것이다. (대판 1992. 6. 12. 91누13564)
- ④ [O] 건물철거 대집행계고처분의 요건 및 그 주장·입증책임(=처분청)
 건축법에 위반하여 건축한 것이어서 철거의무가 있는 건물이라 하더라도 그 철거의무를 대집행하기 위한 계고처분을 하려면 다른 방법으로는 이행의 확보가 어렵고 불이행을 방치함이 심히 공익을 해하는 것으로 인정될 때에 한하여 허용되고 이러한 요건의 주장·입증책임은 처분 행정청에 있다. (대판 1996. 10. 11. 96누8086)
- ⑤ [O] 구 건축법상 이행강제금을 부과받은 사람이 이행강제금사건의 계속중 사망한 경우, 절차의 종료 여부(적극)
 구 건축법상의 이행강제금 납부의무는 상속인 기타의 사람에게 승계될 수 없는 일신전속적인 성질의 것이므로 이미 사망한 사람에게 이행강제금을 부과하는 내용의 처분이나 결정은 당연무효이고, 이행강제금을 부과받은 사람의 이의에 의하여 비송사건절차법에 의한 재판절차가 개시된 후에 그 이의한 사람이 사망한 때에는 사건 자체가 목적을 잃고 절차가 종료한다. (대결 2006. 12. 8. 2006마470)

정답 ②

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

- 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 [×] 공정력은 행정행위가 무효 또는 부존재인 경우에는 인정되지 않는다.
- ② [×] 행정행위의 불가쟁력은 행정행위의 상대방이나 이해관계인이 행정행위의 효력을 더 이상 다투지 못하는 효력이다.
 - ㉠ 국가배상청구소송은 행정행위의 효력을 다투는 것이 아니므로 불가쟁력이 발생한 행정행위로 손해를 입은 국민은 국가배상청구를 할 수 있다. 판례의 입장도 같다(대판 1979. 4. 10. 79다262).
 - ㉡ 불가쟁력은 상대방이나 이해관계인에 대한 구속력으로 처분청이나 기타 국가기관을 구속하는 것이 아니므로, 취소권을 가진 행정청은 불가쟁력이 발생한 행정행위를 직권으로 취소 또는 철회 할 수 있다(불가쟁력≠불가변력).
- ③ [×] 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. (대판 2010. 9. 30. 2009두1020)
 [해설: 판례는 과세처분에 관한 이의신청절차도 행정심판절차는 아니지만 불가변력을 인정하고 있다.]
- 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 도과하여 불가쟁력이 생긴 행정처분에 대하여 국민에게 그 변경을 구할 신청권이 있는지 여부(원칙적 소극) 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)

정답 ⑤

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

- 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 경우 포괄위임입법금지 원칙의 적용 여부(소극)
법률이 공법적 단체 등의 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우에는 헌법 제75조가 정하는 포괄적인 위임입법의 금지는 원칙적으로 적용되지 않는다. (대판 2007. 10. 12. 2006두14476)
- ② [×] 금지되는 기부행위의 예외사유로서 구 공직선거법 제112조 제2항 제6호가 '그 밖에 위 각 호의 어느 하나에 준하는 행위로서 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 행위'를 규정하고 있으나, 같은 항 제1호 내지 제4호에서 금지되지 않는 기부행위의 예를 구체적으로 예시하고 있으므로, 법률 그 자체에 이미 중앙선거관리위원회규칙으로 규정될 내용 및 범위의 기본적 사항이 구체적이고도 명확하게 나와 있다. 따라서 위 조항들 자체에서 중앙선거관리위원회규칙으로 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있을 것이므로, 이 사건 법률조항은 포괄위임입법금지원칙에 위배되지 아니한다. (헌재 2014. 2. 27. 2013헌바106)
- ③ [×] 국가가 국민에게 인간다운 생활을 할 권리를 보장하기 위하여 사회보장수급권에 관한 입법을 할 경우, 이에 관한 기준을 설정하는 데에 입법부 또는 입법에 의하여 다시 위임을 받은 행정부 등 해당 기관에 광범위한 재량이 있는지 여부(적극)
국가가 국민에게 인간다운 생활을 할 권리를 보장하기 위하여 사회보장수급권에 관한 입법을 할 경우에는 국가의 재정부담 능력, 전체적인 사회보장수준과 국민감정 등 사회정책적인 고려, 상충하는 국민 각 계층의 갖가지 이해관계 등 복잡 다양한 요소를 함께 고려해야 한다. 따라서 이에 관한 기준을 설정하는 데에는 입법부 또는 입법에 의하여 다시 위임을 받은 행정부 등 해당 기관에 상대적으로 광범위한 재량이 있는 것으로 봄이 타당하다. (대판 2017. 7. 11. 2015두2864)
- ④ [○] 법률의 위임 없이 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항을 정한 조례의 효력(=무효)
지방자치법 제22조, 행정규제기본법 제4조 제3항에 의하면 지방자치단체가 조례를 제정함에 있어 그 내용이 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙인 경우에는 법률의 위임이 있어야 하므로, 법률의 위임 없이 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항을 정한 조례는 효력이 없다. (대판(전) 2012. 11. 22. 2010두19270)
- ⑤ [×] 시행령 규정이 모법의 위임범위를 벗어난 것인지 여부의 판단 기준의 하나인 '예측가능성'의 의미 및 판단 방법(=관련 법조항 전체를 기준)
어느 시행령의 규정이 모법의 위임범위를 벗어난 것인지 여부를 판단함에 있어서 중요한 기준 중 하나는 예측가능성인바, 이는 당해 시행령의 내용이 이미 모법에서 구체적으로 위임하고 있는 사항을 규정한 것으로서 누구라도 모법 자체로부터 그 위임된 내용의 대강을 예측할 수 있는 범위 내에 속한 것이어야 함을 의미한다. 이러한 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 법률의 입법 취지 등을 고려하여 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 한다. (대판 2008. 11. 27. 2006두19570)

정답 ④

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

- 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 법률」에 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 [×; 공법관계] 재개발조합은 조합원에 대한 법률관계에서 적어도 특수한 존립목적에 부여받은 특수한 행정주체로서 ... 공법상의 권리의무 관계에 서 있다. 따라서 조합을 상대로 한 쟁송에 있어서 강제가입제를 특색으로 한 조합원의 자격 인정 여부에 관하여 다툼이 있는 경우에는 공법상의 당사자소송에 의하여 그 조합원 자격의 확인을 구할 수 있다. (대판(전) 1996. 2. 15. 94다31235)
- ② [○; 사법관계] 사립학교 교원은 학교법인 또는 사립학교 경영자에 의하여 임면되는 것으로서 사립학교 교원과 학교법인의 관계를 공법상의 권력관계라고는 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. (대판 1993. 2. 12. 92누13707)
- ③ [×; 사법관계] 개발부담금 부과처분이 취소된 이상 그 후의 부당이득으로서의 과오납금 반환에 관한 법률관계는 단순한 민사 관계에 불과한 것이고, 행정소송 절차에 따라야 하는 관계로 볼 수 없다. (대판 1995. 12. 22. 94다 51253)
- ④ [×; 공법관계] 예산회계법(현행 '국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률') 및 동법 시행령을 근거로 원고를 부정당업자로서 6월간 입찰참가자격을 정지한 피고(조달청장)의 처분은 재량권을 일탈하여 위법하다. (대판 1983. 12. 27. 81누366)
- ⑤ [×; 사법관계] 사법인인 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. (대판 2018. 12. 28. 2016다33196)
[비교판례] (서울특별시와 사립학교를 운영하는 학교법인 간의) 중학교 의무교육의 위탁관계는 초·중등교육법 제12조 제3항, 제4항 등 관련 법령에 의하여 정해지는 공법적 관계이다. (대판 2015. 1. 29. 2012두7387)

정답 ②

※ 입찰참가자격 제한 정리

주체 및 (현행)적용법률		입찰참가자격제한의 처분성	계약의 법적성질
「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(=구「예산회계법」)	국가·지자체등 행정기관	○	사법관계
	공기업·준정부기관	○ 한국전력공사	
「공공기관 운영에 관한 법률」	기타공공기관	× 수도권매립지관리공사	사법관계

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

- 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 기속하는 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 사안과 관련하여 시행령에 위임을 한 경우 시행령이 위임의 한계를 준수하고 있는지 판단하는 기준 법률의 위임 규정 자체가 그 의미 내용을 정확하게 알 수 있는 용어를 사용하여 위임의 한계를 분명히 하고 있는데도 시행령이 그 문언적 의미의 한계를 벗어났든지, 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(전) 2012. 12. 20. 2011두30878)
- ② [○] 한국감정평가업협회가 제정한 '토지보상평가지침'의 법적 성질(=대외적 효력×)
한국감정평가업협회가 제정한 '토지보상평가지침'은 단지 한국감정평가업협회가 내부적으로 기준을 정한 것에 불과하여 일반 국민이나 법원을 기속하는 것이 아니다. (대판 2010. 3. 25. 2009다97062)
- ③ [×] 일반적으로 법률의 위임에 의하여 효력을 갖는 법규명령의 경우, 구법에 위임의 근거가 없어 무효였더라도 사후에 법개정으로 위임의 근거가 부여되면 그때부터는 유효한 법규명령이 된다. 반대로 구법의 위임에 의한 유효한 법규명령이 법개정으로 위임의 근거가 없어지게 되면 그때부터 무효인 법규명령이 된다. (대판 1995. 6. 30. 93추 83)
- ④ [○] 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 [○] 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 아니하고 개정된 상위법령의 시행에 필요한 사항을 규정하고 있는 이상 그 집행명령은 상위법령의 개정에도 불구하고 당연히 실효되지 아니하고 개정법령의 시행을 위한 집행명령이 제정, 발효될 때까지는 여전히 그 효력을 유지한다. (대판 1989. 9. 12. 88누6962)

정답 ③

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

- ㄱ. 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.
- ㄴ. 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.
- ㄷ. 정보공개거부처분 취소소송에서 공공기관이 해당 정보를 더 이상 보유·관리하지 않게 되었다면 법원은 특별한 사정이 없는 한 각하판결을 하여야 한다.
- ㄹ. 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로 청구인이 공공기관에 정보공개청구를 하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다.
- ㅁ. 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 ㄱ, ㄴ, ㄷ
- ② ㄱ, ㄷ, ㄹ
- ③ ㄱ, ㄷ, ㅁ
- ④ ㄴ, ㄷ, ㄹ
- ⑤ ㄴ, ㄷ, ㅁ

|| 해설 ||

- ㉠ [○] 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 문서등이 폐기되어 존재하지 않게 된 것이라면 그 정보를 더 이상 보유·관리하고 있지 아니하다는 점에 대한 증명책임은 공공기관에게 있다. (대판 2004. 12. 9. 2003두12707)
- ㉡ [×] 변호사 정보 제공 웹사이트 운영자가 변호사들의 개인신상정보를 기반으로 변호사들의 '인맥지수'를 산출하여 공개하는 서비스를 제공한 사안에서, 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 것이라고 한 사례. (대판(전) 2011. 9. 2. 2008다42430)
- ㉢ [○] 법원으로서 원고들이 특정하여 공개를 구하는 바에 따라 위와 같은 정보들을 피고가 보유·관리하고 있는지를 먼저 심리하여야 하고, 그 심리 결과 피고가 해당 정보를 보유·관리하고 있지 아니함이 밝혀진 경우 이 사건 소 가운데 해당 정보에 관한 공개거부처분의 취소를 구하는 부분은 법률상 이익이 없다고 하여 이를 각하하여야 한다(원고들이 공개대상 정보를 사회일반인의 관점에서 그 내용과 범위를 확정할 수 없을 정도로 특정하지 못한 경우도 마찬가지이다). (대판 2013. 1. 24. 2010두18918)
- ㉣ [○] 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로 청구인이 공공기관에 대하여 정보공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다. (대판 2003. 12. 12. 2003두8050)
- ㉤ [×] 비공개대상정보인 '진행 중인 재판에 관련된 정보'에 재판에 관련된 일체의 정보가 해당하는 것은 아니다. 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)

정답 ②

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

- ① 행정청이 침해적 행정처분을 하면서 당사자에게 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 주지 아니하였다면, 사전 통지나 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 [O] 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 [O] 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. (대판 2019. 7. 11. 2017두38874)
 [비교판례] 행정절차법의 적용이 제외되는 '외국인의 출입국에 관한 사항'이란 해당 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 거칠 필요가 없다고 인정되는 사항이나 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항으로서 행정절차법 시행령으로 정하는 사항만을 가리킨다. '외국인의 출입국에 관한 사항'이라고 하여 행정절차를 거칠 필요가 당연히 부정되는 것은 아니다.
 외국인의 사증발급 신청에 대한 거부처분을 하면서 행정절차법 제24조에 정한 절차를 따르지 않고 '행정절차에 준하는 절차'로 대체할 수도 없다. (대판 2019. 7. 11. 2017두38874)
- ③ [O] '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 [X] 행정청이 당사자와 사이에 도시계획사업의 시행과 관련한 협약을 체결하면서 관계 법령 및 행정절차법에 규정된 청문의 실시 등 의견청취절차를 배제하는 조항을 둔 경우, 청문의 실시에 관한 규정의 적용이 배제되거나 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당한다고 할 수 없다. (대판 2004. 7. 8. 2002두8350)
- ⑤ [O] 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)
 [해설: 인허가 의제제도에 절차집중이 인정된다는 취지]

정답 ④

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

- 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 제기되었다면 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 [×] 행정처분에 대한 무효확인과 취소청구의 선택적 병합 또는 단순 병합의 허용 여부(소극)
행정처분에 대한 무효확인과 취소청구는 서로 양립할 수 없는 청구로서 주위적·예비적 청구로서만 병합이 가능하고 선택적 청구로서의 병합이나 단순 병합은 허용되지 아니한다. (대판 1999. 8. 20. 97누6889)
- ② [○] 과세처분취소청구 기각판결의 기판력이 다시 그 무효확인을 구하는 소송에도 미치는지 여부(적극)
과세처분의 취소소송에서 청구가 기각된 확정판결의 기판력은 다시 그 과세처분의 무효확인을 구하는 소송에도 미친다. 과세처분의 무효확인청구가 기판력에 저촉되는 경우에는 당사자의 주장이 없더라도 직권으로 이를 심리판단하여 청구를 기각하여야 한다. (대판 1993. 4. 27. 92누9777)
- ③ [○] 행정처분의 당연무효를 선언하는 의미에서 취소를 구하는 행정소송을 제기한 경우에도 제소기간의 준수 등 취소소송의 제소요건을 갖추어야 한다. (대판 1993. 3. 12. 92누11039)
- ④ [○] ⑤ [○] 무효확인의 소가 취소소송의 제소기간 내 제기된 경우, 이후 추가병합된 취소소송은 제소기간을 준수한 것이다.
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 제기하였다가 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)

정답 ①

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

- 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 [×] 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 [○] 국가배상책임에 있어서 '법령 위반'의 의미
국가배상책임에 있어 공무원의 가해행위는 법령을 위반한 것이어야 하고, 법령을 위반하였다 함은 엄격한 의미의 법령 위반뿐 아니라 인권존중, 권력남용금지, 신의성실과 같이 공무원으로서 마땅히 지켜야 할 준칙이나 규범을 지키지 아니하고 위반한 경우를 포함하여 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있음을 뜻하는 것이다. (대판 2008. 6. 12. 2007다64365)
- ③ [○] 어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 그 기판력에 의하여 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없는 것이다. (대판 2000. 5. 12. 99다70600)
[해설: 처분의 위법성에 대한 기판력이 공무원의 고의·과실에는 미치지 않는다는 취지]
- ④ [○] 국가배상법 제2조 제1항에 말하는 "직무를 행함에 당하여"의 해석기준(=외형설)
본조 제1항에서 말하는 "직무를 행함에 당하여"라는 취지는 공무원의 행위의 외관을 객관적으로 관찰하여 공무원의 직무행위로 보여질 때에는 비록 그것이 실질적으로 직무행위이거나 아니거나 또는 행위자의 주관적 의사에 관계없이 그 행위는 공무원의 직무집행행위로 볼 것이요 이러한 행위가 실질적으로 공무원집행행위가 아니라는 사정을 피해자가 알았다 하더라도 그것을 "직무를 행함에 당하여"라고 단정하는데 아무런 영향을 미치는 것이 아니다. (대판 1966. 6. 28. 66다781)
- ⑤ [○] 공무원이 고의 또는 과실로 그에게 부과된 직무상 의무를 위반하였을 경우라고 하더라도 국가는 그러한 직무상의 의무 위반과 피해자가 입은 손해 사이에 상당인과관계가 인정되는 범위 내에서만 배상책임을 지는 것이고, 이 경우 상당인과관계가 인정되기 위하여는 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. (대판 2010. 9. 9. 2008다77795)
[해설: 상당인과관계가 인정되지 않아 배상책임이 성립하지 않는다는 취지]

정답 ①

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

- 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
행정처분의 위법 여부를 판단하는 기준 시점에 대하여 판결시가 아니라 처분시라고 하는 의미는 행정처분이 있을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 하여 위법 여부를 판단할 것이며 처분 후 법령의 개폐나 사실상태의 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 있다. (대판 1995. 11. 10. 95누8461)
- ② [○] 행정처분의 취소를 구하는 항고소송에서 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가 또는 변경할 수 있고, 이러한 기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지에 따라 결정되므로, 추가 또는 변경된 사유가 처분 당시에 이미 존재하고 있었다거나 당사자가 그 사실을 알고 있었다고 하여 당초의 처분사유와 동일성이 있다고 할 수 없다. (대판 2011. 11. 24. 2009두19021)
- ③ [×] 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. (대판 2001. 3. 23. 99두5238)
- ④ [×] 거부처분 취소의 확정판결을 받은 행정청이 거부처분 후에 법령이 개정·시행된 경우, 새로운 사유로 내세워 다시 거부처분을 한 경우도 행정소송법 제30조 제2항 소정의 재처분에 해당하는지 여부(적극)
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 제30조 제2항에 규정된 재처분에 해당된다. (대결 1998. 1. 7. 97두22)
- ⑤ [×] 부작위위법확인 소에 있어 당사자가 행정청에 대하여 어떠한 행정행위를 하여 줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상 권리를 갖고 있지 아니한 경우에는 원고적격이 없거나 항고소송의 대상인 위법한 부작위가 있다고 볼 수 없어 그 부작위위법확인 소는 부적법하다. (대판 1999. 12. 7. 97누17568)
 [해설: 판례는 부작위위법확인 소에서 신청권의 존부의 문제를 소송요건인 대상적격의 문제로 보는 동시에 원고적격의 문제로 보기도 한다.]

정답 ②

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

- ㄱ. 경찰관은 거동이 수상한 자를 정지시켜 질문을 할 때에 영장 없이 흉기소지여부를 조사할 수 없다.
 ㄴ. 경찰관이 신분증을 제시하지 않고 행한 불심검문이라도 검문하는 사람이 경찰관이고 검문하는 이유가 범죄 행위에 관한 것임을 상대방이 충분히 알고 있었다고 보이는 경우에는 위법한 공무집행이라고 할 수 없다.
 ㄷ. 임의동행요구에 응하지 않았다는 이유로 경찰관이 강제연행하기 위해 양팔을 잡아 끈 행위에 대해 그 대상자가 이러한 불법연행으로부터 벗어나기 위해 저항한 것은 정당한 행위이다.
 ㄹ. 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 ㄱ, ㄴ
 ② ㄱ, ㄷ
 ③ ㄴ, ㄷ
 ④ ㄴ, ㄹ
 ⑤ ㄷ, ㄹ

|| 해설 || 이하 「경찰관 직무집행법」

㉠ [×] 제3조에 의한 흉기소지여부 조사에 영장이 요구되는지에 관하여 다수의 학설은 부정하는 입장이다.

제3조 (불심검문)	① <u>경찰관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람을 정지시켜 질문할 수 있다.</u> 1. 수상한 행동이나 그 밖의 주위 사정을 합리적으로 판단하여 볼 때 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람 2. 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관한 사실을 안다고 인정되는 사람 ② <u>경찰관은 제1항에 따라 같은 항 각 호의 사람을 정지시킨 장소에서 질문을 하는 것이 그 사람에게 불리하거나 교통에 방해가 된다고 인정될 때에는 질문을 하기 위하여 가까운 경찰서·지구대·파출소 또는 출장소(지방해양경찰관서를 포함하며, 이하 “경찰관서”라 한다)로 동행할 것을 요구할 수 있다. 이 경우 동행을 요구받은 사람은 그 요구를 거절할 수 있다.</u> ③ <u>경찰관은 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에게 질문을 할 때에 그 사람이 흉기를 가지고 있는지를 조사할 수 있다.</u>
---------------	---

- ㉡ [○] 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 공무집행이라고 할 수 없다. (대판 2014. 12. 11. 2014도7976)
- ㉢ [○] 경찰관이 임의동행요구에 응하지 않는다 하여 강제연행하려고 대상자의 양팔을 잡아 끈 행위는 적법한 공무집행이라고 할 수 없으므로 그 대상자가 이러한 불법연행으로부터 벗어나기 위하여 저항한 행위는 정당한 행위라고 할 것이고 이러한 행위에 무슨 과실이 있다고 할 수 없다고 한 사례. (대판 1992. 5. 26. 91다38334)
- ㉣ [×] 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 임의동행은 적법하다. (대판 2016. 9. 28. 2015도2798)

정답 ③

15. 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- 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 하였다고 하더라도 그 처분이 무효라 할 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 [O] 구 도시 및 주거환경정비법상 조합설립추진위원회 구성승인처분을 다투는 소송 계속 중 조합설립인가처분이 이루어진 경우 조합설립추진위원회 구성승인처분에 대하여 취소 또는 무효확인을 구할 법률상 이익이 있는지 여부(소극)
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 없다고 보아야 한다. (대판 2013. 1. 31. 2011두11112)
- ② [O] 허가에 붙은 기한이 그 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 수는 있다. (대판 2007. 10. 11. 2005두12404)
- ③ [O] 구 공유수면관리법상 공유수면의 점·사용허가의 법적 성질(=재량행위)
 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 것이다. (대판 2004. 5. 28. 2002두5016)
- ④ [O] 행정관청 내부의 사무처리규정에 불과한 전결규정에 위반하여 원래의 전결권자 아닌 보조기관 등이 처분권자인 행정관청의 이름으로 행정처분을 한 경우, 그 처분이 무효인지 여부(소극)
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 전결규정(=행정규칙)에 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)
- ⑤ [X] 공유수면 점·사용 허가 등을 받아 적법하게 사용하는 경우에는 사용료 부과처분을, 허가를 받지 않고 무단으로 사용하는 경우에는 변상금 부과처분을 하는 것이 적법하다. 그러나 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 사용료 부과처분을 하거나 반대로 사용료 부과처분을 할 것을 변상금 부과처분을 하였다고 하여 그와 같은 부과처분의 하자를 증대한 하자라고 할 수는 없다. (대판 2013. 4. 26. 2012두20663)

정답 ⑤

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

- 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 형사처벌을 하는 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 [×] 위반행위자에 대한 과태료의 처벌권을 국가의 금전채권과 동일하게 볼 수는 없으므로 예산회계법 제96조에서 정해진 국가의 금전채권에 관한 소멸시효의 규정이 과태료의 처벌권에 적용되거나 준용되지는 않는다. (대결 2000. 8. 24. 2000마1350)
- ② [○] 질서위반행위규제법은 과태료의 부과대상인 질서위반행위에 대하여도 책임주의 원칙을 채택하여 제7조에서 “고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다.”고 규정하고 있으므로, 질서위반행위를 한 자가 자신의 책임 없는 사유로 위반행위에 이르렀다고 주장하는 경우 법원으로서도 그 내용을 살펴 행위자에게 고의나 과실이 있는지를 따져보아야 한다. (대결 2011. 7. 14. 2011마364)
- ③ [×]
 - [1] 지방자치단체가 양벌규정에 의한 처벌대상이 되는 법인에 해당하는지 여부
 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.
 - [2] 위 항만순찰 등의 업무가 지방자치단체의 장이 국가로부터 위임받은 기관위임사무에 해당하여, 해당 지방자치단체가 구 자동차관리법의 양벌규정에 따른 처벌대상이 될 수 없다. (대판 2009. 6. 11. 2008도6530)
- ④ [×] 일사부재리의 효력은 확정재판이 있을 때에 발생하는 것이고 과태료는 행정법상의 질서벌에 불과하므로 과태료 처분을 받고 이를 납부한 일이 있더라도 그 후에 형사처벌을 한다고 해서 일사부재리의 원칙에 어긋난다고 할 수 없다. (대판 1989. 6. 13. 88도1983)
- ⑤ [×] 지방국세청장 또는 세무서장이 조세범칙행위에 대하여 고발을 한 후에 동일한 조세범칙행위에 대하여 한 통고처분의 효력(원칙적 무효)
 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 세무서장으로서의 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 없다. (대판 2016. 9. 28. 2014도10748)

정답 ②

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

- 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 [O] 일반적으로 기속행위나 기속적 재량행위에는 부관을 붙일 수 없고 가사 부관을 붙였다 하더라도 무효이다. (대판 1995. 6. 13. 94다56883)
- ② [O] 통설은 부담과 조건의 구별이 모호한 경우 상대방에게 유리한 부담으로 추정한다.
- ③ [X] 공익법인의 기본재산의 처분에 대한 행정청의 허가(인가)에 부관을 붙일 수 있다.
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, 위 처분허가에 부관을 붙인 경우 그 처분허가의 법률적 성질이 형성적 행정행위로서의 인가에 해당한다고 하여 조건으로서의 부관의 부과가 허용되지 아니한다고 볼 수는 없다. (대판 2005. 9. 28. 2004다50044)
- ④ [O] 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(=사후부관). (대판 2016. 11. 24. 2016두45028)
- ⑤ [O] 공유재산의 관리청이 기부채납된 행정재산에 대하여 하는 사용·수익의 허가는 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분이며, 이 사건 허가에서 그 허가기간은 허가의 효력을 제한하기 위한 행정행위의 부관으로서 행정행위의 본질적 요소에 해당한다고 볼 것이어서, 부관인 허가기간에 위법사유가 있다면 이로써 이 사건 허가 전부가 위법하게 될 것이다. (대판 2001. 6. 15. 99두509)

정답 ③

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

- 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 「행정절차법」에 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 || 이하 「행정심판법」

- ① [O] 거부처분에 대해서는 취소심판과 의무이행심판이 가능하다.

제5조 (행정심판의 종류)	행정심판의 종류는 다음 각 호와 같다. 1. 취소심판: 행정청의 위법 또는 부당한 <u>처분</u>을 취소하거나 변경하는 행정심판 2. 무효등확인심판: 행정청의 처분의 효력 유무 또는 존재 여부를 확인하는 행정심판 3. 의무이행심판: 당사자의 신청에 대한 행정청의 위법 또는 부당한 <u>거부처분</u>이나 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 행정심판
----------------------	---

- ② [X] 임시처분은 집행정지와와의 관계에서 보충적이다(제3항).

제31조 (임시처분)	① 위원회는 처분 또는 부작위가 위법·부당하다고 상당히 의심되는 경우로서 <u>처분 또는 부작위 때문에 당사자가 받을 우려가 있는 중대한 불이익이나 당사자에게 생길 급박한 위험을 막기 위하여</u> 임시지위를 정하여야 할 필요가 있는 경우에는 <u>직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 임시처분</u>을 결정할 수 있다. ③ 제1항에 따른 임시처분은 제30조제2항에 따른 집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 <u>허용되지 아니한다.</u>
----------------	--

- ③ [O]

제49조 (재결의 기속력 등)	③ 당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 <u>처분의 이행</u>을 명하는 재결이 있으면 행정청은 지체 없이 이전의 신청에 대하여 재결의 취지에 따라 처분을 하여야 한다. <개정 2017.4.18.>
제50조 (위원회의 직접 처분)	① 위원회는 피청구인이 제49조제3항에도 불구하고 처분을 하지 아니하는 경우에는 당사자가 신청하면 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 <u>그 기간에 이행하지 아니하면 직접 처분을 할 수 있다.</u> 다만, 그 처분의 성질이나 그 밖의 불가피한 사유로 위원회가 직접 처분을 할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2017.4.18.>

- ④ [O] 행정절차법상 고지의무 위반을 이유로 하자있는 행정처분이 되는지 여부(소극)

고지절차에 관한 규정은 행정처분의 상대방이 그 처분에 대한 행정심판의 절차를 밝는데 있어 편의를 제공하려는 데 있으며 처분청이 위 규정에 따른 고지의무를 이행하지 아니하였다고 하더라도 경우에 따라서는 행정심판의 제기기간이 연장될 수 있는 것에 그치고 이로 인하여 심판의 대상이 되는 행정처분에 어떤 하자가 수반된다고 할 수 없다. (대판 1987. 11. 24. 87누529)

- ⑤ [O] 재결에는 기판력이 인정되지 아니한다.

재결에 판결에서와 같은 기판력이 인정되는 것은 아니어서 재결이 확정된 경우에도 처분의 기초가 된 사실관계나 법률적 판단이 확정되고 당사자들이나 법원이 이에 기속되어 모순되는 주장이나 판단을 할 수 없게 되는 것은 아니다. (대판 2015. 11. 27. 2013다6759)

정답 ②

[각론] 20. 공무원에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- 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, 그 행위가 다수인의 행위로서 집단성이라는 표지를 갖추어야 하지만 공익에 반하는 어떤 목적을 위한 행위일 것이 요구되는 것은 아니다.

[총론] ⑤ 감사원에 의한 징계 요구는 그 자체만으로도 징계 요구 대상 공무원의 권리·의무에 직접적인 변동을 초래하므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

|| 해설 ||

- ① [O] 국가공무원법상 복직명령은 기속행위이므로 휴직사유가 소멸하였음을 이유로 신청하는 경우 임용권자는 지체 없이 복직명령을 하여야 한다. (대판 2014. 6. 12. 2012두4852)
- ② [X] 복직처분은 직위해제사유가 소멸되었을 때 직위해제된 공무원에게 국가공무원법의 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 하였다고 하더라도 이 때문에 그 자가 공무원의 신분을 회복하는 것은 아니다. (대판 1997. 7. 8. 96누4275)
- ③ [X] 공무담임권의 보호영역에는 일반적으로 공직취임의 기회보장, 신분박탈, 직무의 정지가 포함될 뿐이고 청구인이 주장하는 '승진시험의 응시제한'이나 이를 통한 승진기회의 보장 문제는 공직신분의 유지나 업무수행에는 영향을 주지 않는 단순한 내부 승진인사에 관한 문제에 불과하여 공무담임권의 보호영역에 포함된다고 보기는 어렵다. (헌재 2007. 6. 28. 2005헌마1179)
- ④ [X] 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 한다고 해석함이 타당하다. 따라서 ... 실제 여럿이 모이는 형태로 의사표현을 하는 것은 아니지만 발표문에 서명날인을 하는 등의 수단으로 여럿이 가담한 행위임을 표명하는 경우 또는 ... 경우에 속하거나 이에 준할 정도로 행위의 집단성이 인정되어야 국가공무원법 제66조 제1항에 해당한다고 볼 수 있다. (대판 2017. 4. 13. 2014두8469)
- ⑤ [X] 감사원법상 징계요구 그 자체만으로는 징계요구 대상 공무원의 권리·의무에 직접적인 변동을 초래하지도 아니하므로, 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다. (대판 2016. 12. 27. 2014두5637)

정답 ①

[각론] 21. 「지방자치법」에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- 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, 주무부장은 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 지방의회의 의결이 법령에 위반된다고 판단되어 재의요구지시를 하였음에도 시·도지사가 재의를 요구하지 아니하는 경우, 주무부장은 그 지방의회를 피고로 대법원에 직접 제소할 수 있다.

|| 해설 || 이하 「지방자치법」

- ① [O] 권한쟁의 심판청구는 헌법과 법률에 의하여 권한을 부여받은 자가 그 권한의 침해를 다투는 헌법소송으로서 이러한 권한쟁의심판을 청구할 수 있는 자에 대하여는 헌법 제111조 제1항 제4호와 헌법재판소법 제62조 제1항 제3호가 정하고 있는바, 이에 의하면 지방자치단체의 장은 원칙적으로 권한쟁의 심판청구의 당사자가 될 수 없다. (헌재 2006. 8. 31. 2003헌라1)

[해설: 헌법재판소는 헌법재판소법 제62조 제1항 제3호를 한정적·열거적으로 해석하여 법에 규정된 자(지방자치단체)만이 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있다고 본다. 같은 취지로 지방자치단체의 장, 지방의회의장, 지방의회의원의 경우 모두 권한쟁의심판의 당사자능력을 인정하지 아니한다.]

- ② [O] 제1항; 명문상의 “국가위임사무나 시도위임사무”는 기관위임사무를 의미한다(판례). ③ [O] 제2항

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 [X] 제169조 제2항은 ‘시정명령’에 대하여 취소소송의 제기를 규정하고 있지 아니하다.

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.
-----------------------------------	---

[판례] 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)

- ⑤ [O] 제7항; 주무부장관 또는 시도지사가 제기하는 소송은 지방의회를 상대로 제기한다.

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, 재의를 요구받은 지방자치단체의 장은 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 지방의회에 이유를 붙여 재의를 요구하여야 한다. ⑦ 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.
----------------------------------	---

정답 ④

[각론] 22. 공물에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- 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 일반사용권이 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 [O] 공용폐지의 의사표시는 명시적이든 묵시적이든 상관없이 적법한 의사표시가 있어야 하고, 행정재산이나 보존재산이 사실상 본래의 용도에 사용되고 있지 않다거나 행정주체가 점유를 상실하였다는 정도의 사정이나 무효인 매도행위를 가지고 묵시적 공용폐지가 있었다고 볼 수 없다. (대판 2009. 12. 10. 2006다19528)
- ② [O] 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)
- ③ [X] 도로의 점용이라 함은, 일반공중의 교통에 공용되는 도로에 대하여 이러한 일반사용과는 별도로 도로의 특정부분을 유형적, 고정적으로 사용하는 이른바 특별사용을 뜻하는 것이고, 그와 같은 도로의 특별사용은 반드시 독점적, 배타적인 것이 아니라 그 사용목적에 따라서는 도로의 일반사용과 병존이 가능한 경우도 있고, 이러한 경우에는 도로점용부분이 동시에 일반공중의 교통에 공용되고 있다고 하여 도로점용이 아니라고 말할 수 없다. (대판 1995. 2. 14. 94누5830)
- ④ [O] 공물의 인접주민은 다른 일반인보다 인접공물의 일반사용에 있어 특별한 이해관계를 가지는 경우가 있고, 그러한 의미에서 다른 사람에게 인정되지 아니하는 이른바 고양된 일반사용권이 보장될 수 있다. (대판 2006. 12. 22. 2004다68311, 68328)
- ⑤ [O] 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)

정답 ③

[각론] 23. 공용환지에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 환지처분이 공고되어 효력을 발생하게 된 후라도 환지예정지지정처분에 대하여 취소소송을 제기할 법률상 이익이 인정된다.
- ② 환지처분이 일단 공고되어 효력을 발생하게 된 이후에는 환지 전체의 절차를 처음부터 다시 밟지 않는 한 그 일부분을 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 환지예정지 지정이나 환지처분의 근거가 될 뿐 그 자체로 토지소유자 등의 법률상의 지위에 변동을 주는 것이 아니므로 행정처분에 해당하지 아니한다.
- ⑤ 환지예정지지정처분이 있게 되면 사업시행지구 내의 종전 토지 소유자는 환지예정지지정처분의 효력발생일로부터 환지처분의 공고가 있는 날까지 지정된 환지예정지를 사용·수익할 수 있다.

|| 해설 ||

- ① [×] ⑤ [○] 환지예정지 지정의 성질(=행정처분) 및 환지처분 공고 후에 환지예정지지정처분의 취소를 구할 법률상 이익의 유무(소극)
토지구획정리사업법에 의한 토지구획정리는 환지처분을 기본적 요소로 하는 것으로서 환지예정지지정처분은 사업시행자가 사업시행지구 내의 종전 토지 소유자로 하여금 환지예정지지정처분의 효력발생일로부터 환지처분의 공고가 있는 날까지 당해 환지예정지를 사용수익할 수 있게 하는 한편 종전의 토지에 대하여는 사용수익을 할 수 없게 하는 처분에 불과하고 환지처분이 일단 공고되어 효력을 발생하게 되면 환지예정지지정처분은 그 효력이 소멸되는 것이므로, 환지처분이 공고된 후에는 환지예정지지정처분에 대하여 그 취소를 구할 법률상 이익은 없다. (대판 1999. 10. 8. 99두6873)
- ② [○] 환지처분이 확정되어 효력을 발생한 후 환지절차를 새로이 밟지 아니하고 한 환지변경처분의 효력(무효)
환지처분이 일단 확정되어 효력을 발생한 후에는 이를 소급하여 시정하는 뜻의 환지변경처분은 이를 할 수 없고, 그러한 환지변경의 절차가 필요할 때에는 그를 위하여 환지 전체의 절차를 처음부터 다시 밟아야 하며 그 일부분을 따로 떼어 환지처분을 변경할 수 없음은 물론, 그러한 절차를 밟지 아니하고 한 환지변경처분은 무효이다. (대판 1998. 2. 13. 97다49459)
- ③ [○] 환지계획에 의하지 아니하고 환지계획에도 없는 사항을 내용으로 하는 환지처분의 효력(=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 발생되는 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 [○] 환지계획이 항고소송의 대상이 되는 행정처분인지 여부(소극)
환지예정지 지정이나 환지처분은 그에 의하여 직접 토지소유자 등의 권리의무가 변동되므로 이를 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 있으나, 환지계획은 위와 같은 환지예정지 지정이나 환지처분의 근거가 될 뿐 그 자체가 직접 토지소유자 등의 법률상의 지위를 변동시키거나 또는 환지예정지 지정이나 환지처분과는 다른 고유한 법률효과를 수반하는 것이 아니어서 이를 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 할 수가 없다. (대판 1999. 8. 20. 97누6889)

정답 ①

[각론] 24. 조세에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- 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.

[총론] ③ 조세에 대한 증액경정처분이 있는 경우 당초의 조세부과처분은 증액경정처분에 흡수되어 소멸하고, 소멸한 당초처분의 절차적 하자는 존속하는 증액경정처분에 승계되지 아니한다.

[총론] 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.

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

|| 해설 ||

- ① [×] 과다 원천징수한 세액의 성격(=부당이득)과 과다 원천징수 세액의 환급청구권자(=원천징수의무자)

원천징수의무자가 원천납세의무자로부터 원천징수대상이 아닌 소득에 대하여 세액을 징수·납부하였거나 징수하여야 할 세액을 초과하여 징수·납부하였다면, 국가는 원천징수의무자로부터 이를 납부받는 순간 아무런 법률상의 원인 없이 보유하는 부당이득이 되고, 환급청구권은 원천납세의무자가 아닌 원천징수의무자에게 귀속되는 것이다. (대판 2002. 11. 8. 2001두8780)

[비교판례] 부가가치세 환급세액 지급청구가 당사자소송의 대상인지 여부(적극)

납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무는 그 납세의무자로부터 세액 상당을 국가가 실제로 납부 받았는지와 관계없이 부가가치세법령의 규정에 의하여 직접 발생하는 것으로서, 그 법적 성질은 부당이득 반환의무가 아니라 부가가치세법령에 의하여 그 존부나 범위가 구체적으로 확정되고 조세 정책적 관점에서 특별히 인정되는 공법상 의무라고 봄이 타당하다. 그렇다면 국가에 대한 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구는 민사소송이 아니라 행정소송법 제3조 제2호에 규정된 당사자소송의 절차에 따라야 한다. (대판(전) 2013. 3. 21. 2011다 95564)

- ② [○] 신고납세방식의 조세에 있어서 과세관청이 납세의무자의 신고에 따라 세액을 수령하는 것은 사실행위에 불과할 뿐 이를 부과처분으로 볼 수는 없다. (대판 1997. 7. 22. 96누8321)

- ③ [○] 증액경정처분이 있는 경우 당초처분은 증액경정처분에 흡수되어 소멸하나, 당초처분의 절차적 하자는 증액경정처분에 승계되지 아니한다.

증액경정처분이 있는 경우 당초처분은 증액경정처분에 흡수되어 소멸하고, 소멸한 당초처분의 절차적 하자는 존속하는 증액경정처분에 승계되지 아니한다. (대판 2010. 6. 24. 2007두16493)

- ④ [○] 구 국세기본법 제51조 제1항, 제52조의 국세환급금 결정이나 환급거부결정이 항고소송의 대상이 되는 처분인지 여부(소극)

국세기본법 제51조 및 제52조 국세환급금 및 국세가산금결정에 관한 규정은 이미 납세의무자의 환급청구권이 확정된 국세환급금 및 가산금에 대하여 내부적 사무처리절차로서 과세관청의 환급절차를 규정한 것에 지나지 않고 그 규정에 의한 국세환급금(가산금 포함)결정에 의하여 비로소 환급청구권이 확정되는 것은 아니므로, 국세환급금결정이 나 이 결정을 구하는 신청에 대한 환급거부결정 등은 납세의무자가 갖는 환급청구권의 존부나 범위에 구체적이고 직접적인 영향을 미치는 처분이 아니어서 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 없다. (대판(전) 1989. 6. 15. 88누6436)

- ⑤ [○] 국세징수법의 공매통지 자체가 항고소송의 대상이 되는 행정처분인지 여부(원칙적 소극)

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)

정답 ①

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

- ㄱ. 무허가 건축물을 실제 생활의 근거지로 삼아 10년 이상 거주해 온 사람의 주민등록 전입신고를 부동산투기나 이주대책 요구 등을 방지할 목적으로 수리를 거부하는 것
- ㄴ. 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
- ㄷ. 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
- ㄹ. 불특정 다수인을 대상으로 학습비를 받고 정보통신매체를 이용하여 원격평생교육을 실시하기 위해 구「평생교육법」 제22조제2항에 따라 형식적 요건을 모두 갖추어 신고하였으나 그 신고대상이 된 교육이나 학습이 공익적 기준에 적합하지 않다는 등의 실체적 사유를 들어 신고의 수리를 거부하는 것

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

|| 해설 ||

- ㉠ [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 ... 전입신고를 받은 시장·군수 또는 구청장의 심사 대상은 전입신고자가 30일 이상 생활의 근거로 거주할 목적으로 거주지를 옮기는지 여부만으로 제한된다고 보아야 한다. ... 부동산투기나 이주대책 요구 등을 방지할 목적으로 주민등록전입신고를 거부하는 것은 주민등록법의 입법 목적과 취지 등에 비추어 허용될 수 없다. (대판(전) 2009. 6. 18. 2008두10997)
- ㉡ [위법] 숙박업을 하고자 하는 자가 법령이 정하는 시설과 설비를 갖추고 행정청에 신고를 하면, 행정청은 공중위생 관리법령의 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.
기존에 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)
- ㉢ [위법] 구 노동조합법 시행규칙이 제2조 제4호에서 ... 설립신고서에 첨부하여 제출하도록 규정한 것은 상위 법령의 위임 없이 규정한 것이어서, 일반 국민에 대하여 구속력을 가지는 법규명령으로서의 효력은 없다. 따라서 행정관청 은 구 노동조합법 시행규칙 제2조 제4호가 정한 사항에 관한 보완이 이루어지지 아니하였다는 사유를 들어 설립신고서를 반려할 수는 없다. (대판(전) 2015. 6. 25. 2007두4995)
- ㉣ [위법] 정보통신매체를 이용하여 학습비를 받고 불특정 다수인에게 원격평생교육을 실시하기 위해 구 평생교육법에서 정한 형식적 요건을 모두 갖추어 신고한 경우, 행정청이 실체적 사유를 들어 신고 수리를 거부할 수 있는지 여부(소극)
정보통신매체를 이용하여 불특정 다수인에게 학습비를 받고 원격평생교육을 실시하는 경우에는 이를 신고하여야 하 나 행정청으로서 신고서 기재사항에 흠결이 없고 정해진 서류가 구비된 때에는 이를 수리하여야 하고, 이러한 형식적 요건을 모두 갖추었음에도 신고대상이 된 교육이나 학습이 공익적 기준에 적합하지 않다는 등 실체적 사유를 들어 신고 수리를 거부할 수는 없다. (대판 2011. 7. 28. 2005두11784)

정답 ⑤