

1. 법치행정에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 법률우위의 원칙은 침해적 행정에만 적용된다. X
- ② 법률유보의 원칙에 반하는 행정작용은 위법하다. O
- ③ 기본권제한의 형식이 반드시 법률의 형식일 필요는 없다. O
- ④ 한국방송공사의 TV수신료금액 결정은 법률유보 (의회유보) 사항이다. O

<정답> ① <해설>

- ① (X) 법률우위의 원칙은 법률유보의 원칙과 달리 행정의 모든 영역에 적용된다.
- ② (O) 법률유보의 원칙에 반하는 행정작용은 위법하나 그 구체적인 법률효과는 일률적이지 못하다. 위법한 행정입법은 무효에 해당하나, 위법한 행정행위는 중대하고 명백한 하자의 경우에만 무효이고 단순위법의 경우에는 취소할 수 있음에 그친다.
- ③ (O) ① 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 할 것이고, 그것은 법률이 행정규칙에 위임하더라도 그 행정규칙은 위임된 사항만을 규율할 수 있으므로 국회입법의 원칙과 상치되지도 않는다. ② 기본권을 제한하는 작용을 하는 법률이 입법위임을 할 때에는 대통령령, 총리령, 부령 등 법규명령에 위임함이 바람직하다. ③ 법률이 고시의 형식으로 입법위임을 할 때에는 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항으로 한정되고, 포괄위임금지의 원칙상 구체적·개별적 위임이어야 한다. (헌법재판소 2006.12.28, 2005헌바59)【조세특례제한법 제2조 제3항 위헌소원】
- ④ (O) 오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요하고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권 실현과 관련된 영역에 있어서는 행정에 맡길 것이 아니라 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정하여야 한다는 요구까지 내포하고 있다(의회유보원칙). 그런데 (텔레비전방송수신료는) 대다수 국민의 재산권 보장의 측면이나 한국방송공사에게 보장된 방송자유의 측면에서 국민의 기본권 실현에 관련된 영역에 속하고, 수신료금액의 결정은 납부의 무자의 범위, 징수절차 등과 함께 수신료에 관한 본질적이고도 중요한 사항이므로 국회가 스스로 행하여야 하는 사항에 속하는 것임에도 불구하고 한국방송공사법 제36조 제1항에서 국회의 결정이나 관여를 배제한 채 한국방송공사로 하여금 수신료금액을 결정해서 문화관광부장관의 승인을 얻도록 한 것은 법률유보원칙에 위반된다. (헌법재판소 1999.5.27, 98헌바70)【한국방송공사법 제35조 등 위헌소원】

2. 행정법의 법원(法源)에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 신뢰보호의 원칙은 실정법상의 근거 규정을 두고 있다. O
- ② 대통령의 긴급명령과 긴급재정·경제명령은 행정법의 법원이 된다. O
- ③ '1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정'에 위반 되는 조례는 무효이다. O
- ④ '남북 사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서'는 국가 간의 조약이다. X

<정답> ④ <해설>

① (O) 국세기본법 제18조, 행정절차법 제4조에 근거규정을 두고 있다.

국세기본법 제18조 【세법해석의 기준, 소급과세의 금지】 ③ 세법의 해석 또는 국세행정의 관행이 일반적으로 납세자에게 받아들여진 후에는 그 해석 또는 관행에 의한 행위 또는 계산은 정당한 것으로 보며, 새로운 해석 또는 관행에 의하여 소급하여 과세되지 아니한다.

행정절차법 제4조 【신의성실 및 신뢰보호】 ② 행정청은 법령등의 해석 또는 행정청의 관행이 일반적으로 국민들에게 받아들여졌을 때에는 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고는 새로운 해석 또는 관행에 따라 소급하여 불리하게 처리하여서는 아니 된다.

② (O) 헌법 제76조의 긴급명령, 긴급재정·경제명령은 헌법상의 근거에 의하여 발하는 '법률적 효력을 갖는 명령'인 법률대위명령으로 행정법의 법원이 된다.

③ (O) 학교급식을 위해 국내 우수농산물을 사용하는 자에게 식재료나 구입비의 일부를 지원하는 것 등을 내용으로 하는 지방자치단체의 조례안은 '1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정(GATT)'에 위반되어 그 효력이 없다. (대법원 2005.9.9, 2004추10)【전라북도 학교급식조례 재의결무효확인】

④ (X) '남북 사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서'는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과하여 법률이 아님은 물론 국내법과 동일한 효력이 있는 조약이나 이에 준하는 것으로 볼 수 없다. (대법원 1999.7.23, 98두14525)【북한주민접촉신청 불허처분취소】

3. 공법관계에 해당하는 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 행정재산의 사용·수익에 대한 허가 ○
- ② 국유일반재산에 관한 대부료의 납부고지 X
- ③ 구 「예산회계법」상 입찰보증금의 국고귀속조치 X
- ④ 서울특별시 지하철공사 사장의 소속 직원에 대한 징계처분 X

<정답> ① <해설>

① (공법관계) 국유재산법상 행정재산의 사용·수익허가의 성질에 관하여 사법상 계약설(사법관계)과 행정처분설(공법관계)이 대립하나, ㉠ 현행 국유재산법은 (구)국유재산법과는 달리 행정재산의 사용·수익은 관리청의 허가에 의하도록 되어 있는 점, ㉡ 관리청은 상대방의 귀책사유나 공공목적과의 관련에서 그 허가를 취소·철회할 수 있다는 점을 근거로 행정처분설(공법관계)이 다수설·판례이며, 특히 판례는 이를 특허(재량행위)로 보고 있다.

공유재산의 관리청이 행정재산의 사용·수익에 대한 허가는 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 행위가 아니라 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분으로서 특정인에게 행정재산을 사용할 수 있는 권리를 설정하여 주는 강학상 특허에 해당한다.(대법원 1998.2.27. 97누1105)【공유재산대부신청반려처분무효확인】

② (사법관계) 국유재산법 제31조, 제32조 제3항, 산림법 제75조 제1항의 규정 등에 의하여 국유 일반재산(구 잡종재산)에 관한 관리 처분의 권한을 위임받은 기관이 국유 일반재산을 대부하는 행위는 국가가 사경제주체로서 상대방과 대등한 위치에서 행하는 사법상의 계약이고, 행정청이 공권력의 주체로서 상대방의 의사 여하에 불구하고 일방적으로 행하는 행정처분이라고 볼 수 없으며, 국유일반재산에 관한 대부료의 납부고지 역시 사법상의 이행청구에 해당하고, 이를 행정처분이라고 할 수 없다. (대법원 2000.2.11. 99다61675)【부당이득금】

③ (사법관계) 예산회계법에 따라 체결되는 계약은 사법상의 계약이라고 할 것이고 동법 제70조의5의 입찰보증금은 낙찰자의 계약체결의무이행의 확보를 목적으로 하여 그 불이행시에 이를 국고에 귀속시켜 국가의 손해를 전보하는 사법상의 손해배상 예정으로서의 성질을 갖는 것이라고 할 것이므로 입찰보증금의 국고귀속조치는 국가가 사법상의 재산권의 주체로서 행위하는 것이지 공권력을 행사하는 것이거나 공권력작용과 일체성을 가진 것이 아니라 할 것이므로 이에 관한 분쟁은 행정소송이 아닌 민사소송의 대상이 될 수 밖에 없다고 할 것이다.(출처 : 대법원 1983.12.27. 선고 81누366 판결【입찰참가자격정지처분취소】)

④ (사법관계) 서울특별시지하철공사의 임원과 직원의 근무관계의 성질은 지방공기업법의 모든 규정을 살펴봐도 공법상의 특별권력관계라고는 볼 수 없고 사법관계에 속할 뿐만 아니라, 위 지하철공사의 사장이 그 이사회의 결의를 거쳐 제정된 인사규정에 의거하여 소속직원에 대한 징계처분을 한 경우 위 사장은 행정소송법 제13조 제1항 본문과 제2조 제2항 소정의 행정청에 해당되지 않으므로 공권력 발동주체로서 위 징계처분을 행한 것으로 볼 수 없고, 따라서 이에 대한 불복절차는 민사소송에 의할 것이지 행정소송에 의할 수는 없다. (대법원 1989.9.12. 89누2103)【징계처분취소】

4. 개인적 공권에 관한 설명으로 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 공법상 계약을 통해서도 개인적 공권이 성립할 수 없다. X
- ② 재량권의 영으로의 수축이론은 개인적 공권을 확대하는 이론이다. O
- ③ 개인적 공권은 사권처럼 자유롭게 포기할 수 있는 것이 원칙이다. X
- ④ 헌법상의 기본권 규정으로부터는 개인적 공권이 바로 도출될 수 없다. X

<정답> ② <해설>

① (X) 개인적 공권은 법률의 규정에 의한 경우뿐만 아니라 헌법상 기본권, 공법상 계약, 관습법, 법규명령, 행정행위에 근거하여 성립할 수도 있다.

② (O) 다음의 두 경우에 특히 재량권의 영으로의 수축이론에 의해 개인적 공권이 확대된다.

① 행정행위발급청구권은 기속행위에서만 인정되고 재량행위에서는 인정되지 않는 것이 원칙이지만, 재량행위인 경우에도 재량권이 영(0)으로 수축된 상황에서는 행정청에 특정행정행위발급의무가 발생하여 행정행위발급청구권이 인정된다. ② 행정개입청구권은 기속행위의 경우에는 당연히 인정되고, 재량행위의 경우에는 무하자재량행사청구권이 인정되고 행정개입청구권은 원칙상 인정되지 않지만 재량권이 영(0)으로 수축하는 경우에는 행정청은 특정한 처분을 하여야 할 의무가 인정되므로, 무하자재량행사청구권은 행정개입청구권으로 전환되어 행정개입청구권이 인정된다.

③ (X) 공권은 보통 공의무로서의 성격을 갖거나 공익적 성질을 가지므로 이를 임의로 포기할 수 없다(예 ; 고소권, 소권, 연금권, 선거권, 봉급청구권 등). 그러나 예외적으로 포기가 인정되는 공권도 있다(예 ; 손실보상청구권, 공물사용권 등).

④ (X) 개별법규범으로부터 개인적 공권의 도출이 불가능한 경우 헌법상의 기본권으로부터 개인적 공권이 도출될 수 있는지, 즉 개인적 공권의 근거 규정으로서 헌법의 기본권 규정이 해당하는지의 여부에 관하여 논의가 되고 있다. 이에 대해서는 헌법상의 사회적 기본권(예:근로의 권리, 의료보험수급권, 사회보장을 받을 권리)과 청구권적 기본권(예 : 재판청구권, 국가배상청구권)은 그 내용이 법률에 의하여 비로소 구체적 권리로 되기 때문에 개인적 공권을 도출시킬 수 없지만, 기본권의 내용상 법률에 의하여 구체화되지 않아도 되는 자유권적 기본권의 경우에는 개인적 공권의 근거규정이 될 수 있다고 봄이 일반적이다(기본권의 공권화 경향). 따라서 헌법상 기본권규정만으로도 특정한 개인의 이익보호를 위한 공권을 도출할 수 있는 경우가 있다.

5. 강학상 허가에 관한 설명으로 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 구 「도시계획법」상 개발제한구역 내에서의 건축허가는 원칙적으로 기속행위이다. X
- ② 허가처분은 원칙적으로 허가신청 당시의 법령과 허가기준에 의하여 처리되어야 한다. X
- ③ 유료직업소개사업의 허가갱신 후에도 갱신 전 범위반사실을 근거로 허가를 취소할 수 있다. O
- ④ 국가공무원이 「식품위생법」상 영업허가를 받으면 「국가공무원법」상의 영리업무금지까지 해제된다. X

<정답> ③ <해설>

① (X) 개발제한구역 내의 건축허가는 예외적 승인으로 재량행위에 해당한다.

(구) 도시계획법상 개발제한구역 내에서는 구역 지정의 목적상 건축물의 건축이나 그 용도변경은 원칙적으로 금지되고, 다만 구체적인 경우에 위와 같은 구역 지정의 목적에 위배되지 아니할 경우 예외적으로 허가에 의하여 그러한 행위를 할 수 있게 되어 있음이 위와 같은 관련 규정의 체재와 문언상 분명한 한편, 이러한 건축물의 용도변경에 대한 예외적인 허가는 그 상대방에게 수익적인 것에 틀림이 없으므로, 이는 그 법률적 성질이 재량행위 내지 자유재량행위에 속하는 것이라고 할 것이고, 따라서 그 위법 여부에 대한 심사는 재량권 일탈·남용의 유무를 그 대상으로 한다(대법원 2001.2.9, 98두17593).

② (O) 허가 등의 행정처분은 원칙적으로 처분시의 법령과 허가기준에 의하여 처리되어야 하고 허가신청 당시의 기준에 따라야 하는 것은 아니며, 비록 허가신청 후 허가기준이 변경되었다 하더라도 그 허가관청이 허가신청을 수리하고도 정당한 이유 없이 그 처리를 늦추어 그 사이에 허가기준이 변경된 것이 아닌 이상 변경된 허가기준에 따라서 처분을 하여야 한다(대법원 2006.8.25, 2004두2974).

③ (O) 유료직업 소개사업의 허가갱신은 허가취득자에게 종전의 지위를 계속 유지시키는 효과를 갖는 것에 불과하고 갱신 후에는 갱신 전의 범위반사항을 불문에 붙이는 효과를 발생 하는 것이 아니므로 일단 갱신이 있는 후에도 갱신 전의 범위반사실을 근거로 허가를 취소할 수 있다.(대법원 1982.7.27, 81누174) 【영업허가취소처분취소】

④ (O) 허가는 근거법상의 금지를 해제하는 효과만 있을 뿐, 타법에 의한 금지까지 해제하는 효과가 있는 것은 아니다. 예컨대 공무원은 음식점영업허가를 받더라도 국가공무원법상의 영리활동 금지의무까지 해제되는 것은 아니다.

6. 강학상 특허에 해당하는 것을 <보기>에서 고른 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

<보기>

- ㄱ. 재개발조합설립인가 (특허)
- ㄴ. 「출입국관리법」상 체류자격 변경허가 (특허)
- ㄷ. 사립학교법인 임원에 대한 취임승인행위 (인가)
- ㄹ. 서울특별시시장의 의료유사업자 자격증 갱신발급행위 (공증)

- ① ㄱ, ㄴ ② ㄱ, ㄷ ③ ㄴ, ㄹ ④ ㄷ, ㄹ

<정답> ① <해설>

ㄱ. (특허) 도시 및 주거환경정비법상 재개발조합설립 인가신청에 대한 행정청의 조합설립인가 처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것이 아니라 법령상 일정한 요건을 갖추 경우 행정주체(공법인)의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는 것이다. 도시정비법상 재개발조합설립 인가신청에 대하여 행정청의 조합설립인가처분이 있는 이후에 조합설립결의에 하자가 있음을 이유로 재개발 조합설립의 효력을 부정하기 위해서는 항고소송으로 조합설립인가처분의 효력을 다투어야 한다. (대법원 2009.9.24, 2009마168·169)【가처분이의·직무집행정지가처분】

ㄴ. (특허) 체류자격 변경허가는 신청인에게 당초의 체류자격과 다른 체류자격에 해당하는 활동을 할 수 있는 권한을 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 가지므로, 허가권자는 신청인이 관계 법령에서 정한 요건을 충족하였더라도, 신청인의 적격성, 체류 목적, 공익상의 영향 등을 참작하여 허가 여부를 결정할 수 있는 재량을 가진다. (대법원 2016. 7. 14. 2015두48846 [체류기간연장등불허가처분취소])

ㄷ. (인가) 인가의 종류

- ① 비영리법인 설립인가, 재단법인의 정관변경인가, 공공단체의 정관승인, 사립학교 설립인가
- ② 공공조합 설립인가
- ③ 특허기업의 운임·요금인가
- ④ 사립학교법인 이사해임승인, 학교법인 임원취임승인, 사립대총장 취임임명승인, 의료법인 이사취임승인
- ⑤ 지방채기채승인
- ⑥ 허가나 특허의 양도·양수의 인가(허가), 화약류를 양도·양수하려는 자가 경찰서장의 허가를 받는 것, 전당포영업의 양도에 있어서 경찰서장의 허가를 받는 것, 공공요금의 인상에 관해 기획재정부장관의 허가를 받는 것, 하천점용권 양도의 인가
- ⑦ 농지소유권 이전허가
- ⑧ 외국인 토지취득허가
- ⑨ 토지거래허가구역 내에서의 토지거래허가 등

ㄹ. (공증) 의료유사업자 자격증 갱신발급행위는 특정한 사실 또는 법률관계의 존부를 공적으로 증명하는 공증행위에 속하는 행정행위이다. (대법원 1977.5.24, 76누295)【의료유사업자증 취소처분취소】

7. 행정행위에 관한 설명으로 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 사실을 오인하여 재량권을 행사한 처분은 위법하다. ○
- ② 어업권면허에 선행하는 우선순위결정은 행정처분이다. X
- ③ 납세자가 과세처분의 내용을 미리 알고 있는 경우 납세고지서의 송달은 불필요하다. X
- ④ 친일반민족행위자재산조사위원회의 친일재산 국가귀속결정은 법률행위적 행정행위이다. X

<정답> ① <해설>

① (○) 행정행위의 전제가 되는 요건사실이 존재하지 않거나 요건사실 인정이 전혀 합리성이 없는 경우와 같이 사실을 오인한 경우도 재량권의 남용으로 위법한 행정행위가 된다.

② (X) 대법원은 어업권면허에 선행하는 우선순위결정은 강학상 확약에 불과하고 행정처분으로 볼 수 없으므로, 공정력이나 불가쟁력은 인정될 수 없다고 판시한 바 있다. (대법원 1995.1.20, 94누6529)【행정처분취소】

③ (X) 납세고지서의 교부송달 및 우편송달에 있어서는 반드시 납세의무자 또는 그와 일정한 관계에 있는 사람의 현실적인 수령행위를 전제로 하고 있다고 보아야 하며, 납세자가 과세처분의 내용을 이미 알고 있는 경우에도 납세고지서의 송달이 불필요하다고 할 수는 없다. (대판 2004. 4. 9, 2003두13908) 【부가가치세부과처분취소】

④ (X) 친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법' 제2조 제2호에 정한 친일재산에 대한 친일반민족 행위자 재산조사위원회의 국가귀속결정은 당해 재산이 친일재산에 해당한다는 사실을 확인하는 이른바 준법률행위적 행정행위이다. (대법원 2008.11.13, 2008두13491)【친일재산국가귀속처분취소】

8. 행정행위의 하자에 관한 설명으로 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 무효인 행정행위에는 공정력과 불가쟁력이 발생한다. X
- ② 당연무효인 징계처분의 하자는 징계를 받은 자의 용인으로 치유된다. X
- ③ 적법한 권한 위임 없이 세관출장소장이 한 관세부과처분은 당연무효이다. X
- ④ 취소소송의 제기기간을 경과하여 확정력이 발생한 행정처분에는 위헌결정의 소급효가 미치지 않는다. O

<정답> ④ <해설>

① (X) 행정행위의 하자가 중대하고 명백하여 무효인 경우에는 공정력이 인정되지 않는다. 또한 무효인 행정행위에는 불가쟁력도 발생하지 않는다. 무효인 행정행위는 재송제기기간의 제한을 받지 않기 때문이다.

② (X) 원고의 군사기밀 누설행위가 일반사면령에 의하여 사면되었는데도 이를 이유로 파면처분을 한 것은 그 흠이 중대하고 명백하여 당연무효라 할 것이고, 징계처분을 받은 원고가 그 하자의 존재를 알면서도 형사상의 소추를 면하기 위하여 이를 용인하였다 하더라도 무효인 이 사건 징계처분의 흠이 치유되는 것은 아니다. (대법원 1989.12.12, 88누8869)【파면처분무효확인】

③ (X) 세관출장소장에게 관세부과처분에 관한 권한이 위임되었다고 볼만한 법령상의 근거가 없는데도 피고가 이 사건 처분을 한 것은 결국, 적법한 위임 없이 권한 없는 자가 행한 처분으로서 그 하자가 중대하다고 할 것이나, 세관출장소장 명의로 관세부과처분 및 증액경정처분이 이루어져 왔는데, 그동안 세관출장소장에게 관세부과처분에 관한 권한이 있는지 여부에 관하여 아무런 이의제기가 없었던 점 등에 비추어 보면, 세관출장소장에게 관세부과처분을 할 권한이 있다고 객관적으로 오인할 여지가 다분하다고 인정되므로 결국 적법한 권한 위임 없이 행해진 이 사건 처분은 그 하자가 중대하기는 하지만 객관적으로 명백하다고 할 수는 없어 당연무효는 아니라고 보아야 할 것이다. (대법원 2004.11.26, 2003두2403)【관세부과처분취소】

④ (O) 위헌인 법률에 근거한 행정처분이 당연무효인지의 여부는 위헌결정의 소급효와는 별개의 문제로서, 위헌결정의 소급효가 인정된다고 하여 위헌인 법률에 근거한 행정처분이 당연무효가 된다고는 할 수 없고, 오히려 이미 취소소송의 제기기간을 경과하여 확정력이 발생한 행정처분에는 위헌결정의 소급효가 미치지 않는다고 보아야 한다. (대법원 1994.10.28, 92누9463)【압류처분 등 무효확인】

9. 행정계획에 관한 설명으로 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 「행정절차법」은 계획확정절차에 관한 일반법이다. X
- ② ‘4대강 살리기 마스터플랜’은 행정처분에 해당한다. X
- ③ 행정주체가 행정계획을 결정할 때 광범위한 형성의 자유가 인정되지 않는다. X
- ④ 구 「도시계획법」상 도시계획안의 공고 및 공람절차에 하자가 있는 도시계획결정은 위법하다. O

<정답> ④ <해설>

① (X) 우리나라의 행정절차법은 독일의 경우와 달리 계획확정에 관한 절차를 규율하지 않고 있다.

② (X) 국토해양부, 환경부, 문화체육관광부, 농림수산부, 식품부가 합동으로 2009.6.8. 발표한 ‘4대강 살리기 마스터플랜’ 등은 4대강 정비사업과 주변 지역의 관련 사업을 체계적으로 추진하기 위하여 수립한 종합계획이자 ‘4대강 살리기 사업’의 기본방향을 제시하는 계획으로서, 행정기관 내부에서 사업의 기본방향을 제시하는 것일 뿐, 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것이 아니어서 행정처분에 해당하지 않는다. (대법원 2011.4.21, 2010무111 전원합의체)

【집행정지】

③ (X) 도시계획법 등 관계 법령에는 추상적인 행정목표와 절차만이 규정되어 있을 뿐 행정계획의 내용에 대하여는 별다른 규정을 두고 있지 아니하므로 행정주체는 구체적인 행정계획을 입안·결정함에 있어서 비교적 광범위한 형성의 자유를 가진다. (대법원 1996.11.29, 96누8567)【도시계획시설결정처분 무효확인 등】

④ (O) 도시계획법 제16조의2 제2항 및 동 시행령 제14조의2 제6항·제7항·제8항의 규정을 종합하여 보면 공람·공고절차를 위반한 도시계획변경결정은 위법하다고 아니할 수 없고 행정처분에 위와 같은 법률이 보장한 절차의 흠결이 있는 위법사유가 존재하는 이상 그 내용에 있어 재량권의 범위 내이고 변경될 가능성이 없다 하더라도 그 행정처분은 위법하다. (대법원 1988.5.24, 87누388)【도시계획시설변경결정취소】

10. 다음 내용 중 괄호 안에 알맞은 것은?

()은/는 공법상의 법률관계의 변경을 가져오는 행정주체를 한쪽 당사자로 하는 양 당사자 사이의 반대방향의 의사표시의 합치를 말한다.

- ① 행정처분 ② 공법상 계약
③ 사법상 계약 ④ 공법상 합동행위

<정답> ② <해설>

위 지문은 공법상 계약에 대한 설명이다.

행정처분은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말하고

사법상 계약은 공법상 계약에 대비되는 계약으로 사법상 법률관계의 변동을 가져오는 사인 간의 계약을 말하며 행정주체가 사경제 주체로서 한 계약도 사법상 계약에 속하며

공법상 합동행위는 공법적 효과의 발생을 목적으로 하는 복수당사자의 동일방향의 의사표시의 합치에 의하여 성립하는 공법행위를 말한다.

11. 「행정절차법」상 행정지도에 관한 설명으로 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 행정지도는 반드시 문서로 하여야 한다. X
- ② 행정기관은 행정지도에 따르지 아니하였다는 이유로 불이익한 조치를 할 수 있다. X
- ③ 행정지도를 하는 자는 그 상대방에게 그 행정지도의 취지 및 내용과 신분을 밝혀야 한다. O
- ④ 구 교육인적자원부장관의 국·공립대학총장들에 대한 학칙시정요구는 행정지도이므로 헌법소원의 대상인 공권력의 행사로 볼 수 없다. X

<정답> ③ <해설>

- ① (X) 행정지도는 반드시 문서로 할 필요가 없으며 구두로도 가능하다(행정절차법 제49조 제2항).

행정절차법 제49조(행정지도의 방식)

② 행정지도가 말로 이루어지는 경우에 상대방이 제1항의 사항을 적은 서면의 교부를 요구하면 그 행정지도를 하는 자는 직무 수행에 특별한 지장이 없으면 이를 교부하여야 한다.

- ② (X) 행정절차법 제48조 제2항.

행정절차법 제48조(행정지도의 원칙) ② 행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 불이익한 조치를 하여서는 아니 된다.

- ③ (O) 동법 제49조 제1항

행정절차법 제49조(행정지도의 방식) ① 행정지도를 하는 자는 그 상대방에게 그 행정지도의 취지 및 내용과 신분을 밝혀야 한다.

- ④ (X) 교육인적자원부장관의 대학총장들에 대한 이 사건 학칙시정요구는 고등교육법 제6조 제2항, 동법시행령 제4조 제3항에 따른 것으로서 그 법적 성격은 대학총장의 임의적인 협력을 통하여 사실상의 효과를 발생시키는 행정지도의 일종이지만, 그에 따르지 않을 경우 일정한 불이익조치를 예정하고 있어 사실상 상대방에게 그에 따를 의무를 부과하는 것과 다를 바 없으므로 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 상당히 강하게 갖는 것으로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 볼 수 있다.(헌법재판소 2002헌마337, 2003.6.26) 【학칙시정요구 등 위헌확인】

12. 행정입법에 관한 설명으로 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 행정입법부작위는 행정소송의 대상이 될 수 없다. O
- ② 위법한 법규명령은 무효가 아니라 취소할 수 있다. X
- ③ 법령의 위임 없이 제정한 2006년 교육공무원 보수업무 등 편람은 법규명령이다. X
- ④ 구 「식품위생법 시행규칙」에서 정한 제재적 처분기준은 법규명령의 성질을 가진다. X

<정답> ① <해설>

① (O) 행정소송은 구체적 사건에 대한 법률상 분쟁을 법에 의하여 해결함으로써 법적 안정을 기하자는 것이므로 부작위위법확인소송의 대상이 될 수 있는 것은 구체적 권리·의무에 관한 분쟁이어야 하고 추상적인 법령에 관하여 제정의 여부 등은 그 자체로서 국민의 구체적인 권리·의무에 직접적 변동을 초래하는 것이 아니어서 행정소송의 대상이 될 수 없으므로 이 사건 소는 부적법하다.(대법원 1992.5.8. 91누11261)【행정입법부작위처분 위법확인】

② (X) 판례는 모법의 규정이 저촉되거나 달리 법률상의 근거 규정이 없는 법규명령의 효력을 무효로 보고 있다.

③ (X) 2006년 교육공무원 보수업무 등 편람은 교육인적자원부(현재는 교육과학기술부)에서 관련 행정기관 및 그 직원을 위한 업무처리지침 내지 참고사항을 정리해 둔 것에 불과하고 법규명령의 성질을 가진 것이라고는 볼 수 없다(대법원 2010.12.9. 2010두16349).

④ (X) 판례는 부령형식으로 정해진 제재적 처분기준은 행정내부의 사무처리기준을 규정한 것에 불과한 행정규칙의 성질이므로 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 것은 아니라고 보나, 대통령령의 형식으로 정해진 경우 법규명령으로 본다.

- | |
|--|
| <p>1. 주택건설촉진법시행령 제10조의3 제1항 [별표 1]은 주택건설촉진법 제7조 제2항의 위임규정에 터잡은 규정형식상 대통령령이므로 그 성질이 부령인 시행규칙이나 또는 지방자치단체의 규칙과 같이 통상적으로 행정조직 내부에 있어서의 행정명령에 지나지 않는 것이 아니라 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 있는 법규명령에 해당한다. (대법원 1997.12.26. 97누15418)【주택건설사업영업정지처분취소】(대판 1997. 12. 26, 97누15418)</p> <p>2. 구 식품위생법시행규칙(1993.7.3. 보건사회부령 제910호로 개정되기 전의 것) 제53조에서 [별표 15]로 식품위생법 제58조에 따른 행정처분의 기준을 정하였다고 하더라도 이는 형식만 부령으로 되어 있을 뿐, 그 성질은 행정기관 내부의 사무처리준칙을 정한 것으로서 행정명령의 성질을 가지는 것이고, 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 있는 것은 아니므로 같은 법 제58조 제1항에 의한 처분의 적법 여부는 같은법 시행규칙에 적합한 것인가의 여부에 따라 판단할 것이 아니라 같은 법의 규정 및 그 취지에 적합한 것인가의 여부에 따라 판단하여야 한다. (대판 1995. 3. 28, 94누6925)</p> |
|--|

13. 「행정절차법」상 행정절차에 관한 설명으로 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 「행정절차법」은 행정예고와 공법상 계약에 관하여 규정하고 있다. X
- ② 신청에 대한 거부처분은 특별한 사정이 없는 한 처분의 사전통지대상이 되지 않는다. O
- ③ 행정처분의 상대방이 청문일시에 불출석하였다는 이유로 청문을 실시하지 않은 침해적 행정처분은 적법하다. X
- ④ 행정청과 당사자 사이에 협약의 체결로 청문의 실시 등 의견청취절차를 배제한 경우 청문의 실시에 관한 규정의 적용이 배제된다. X

<정답> ② <해설>

- ① (X) 행정예고에 관하여는 규정하고 있으나 공법상 계약에 관하여는 규정하고 있지 않다(동법 제3조)

제3조 【적용 범위】 ① 처분, 신고, 행정상 입법예고, 행정예고 및 행정지도의 절차(이하 “행정절차”라 한다)에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.

- ② (O) 신청에 따른 처분이 이루어지지 아니한 경우에는 아직 당사자에게 권익이 부과되지 아니하였으므로 특별한 사정이 없는 한 신청에 대한 거부처분이라고 하더라도 직접 당사자의 권익을 제한하는 것은 아니어서 신청에 대한 거부처분을 여기에서 말하는 ‘당사자의 권익을 제한하는 처분’에 해당한다고 할 수 없는 것이어서 처분의 사전통지대상이 된다고 할 수 없다.

(대법원 2003.11.28, 2003두674)【임용거부처분취소】

- ③ (X) 행정처분의 상대방이 통지된 청문일시에 불출석하였다는 이유만으로 행정청이 관계 법령상 그 실시가 요구되는 청문을 실시하지 아니한 채 침해적 행정처분을 할 수는 없을 것이므로, 행정처분의 상대방에 대한 청문통지서가 반송되었다거나, 행정처분의 상대방이 청문일시에 불출석하였다는 이유로 청문을 실시하지 아니하고 한 침해적 행정처분은 위법하다. (대법원 2001.4.13, 2000두3337)【영업허가취소처분취소】

- ④ (X) 행정청이 당사자와 사이에 도시계획사업의 시행과 관련한 협약을 체결하면서 관계 법령 및 행정절차법에 규정된 청문의 실시 등 의견청취절차를 배제하는 조항을 둔 경우, 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 배제되거나 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당한다고 할 수 없다. (대법원 2004.7.8, 2002두8350)

14. 공공기관의 정보공개에 관한 설명으로 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 외국인의 정보공개청구권은 인정될 여지가 없다. X
- ② 정보공개청구의 대상이 되는 문서는 반드시 원본이어야 한다. X
- ③ 권리능력이 없는 사단·재단은 설립 목적을 불문하고 정보공개청구권을 가진다. O
- ④ 정보공개청구권자가 공공기관에 대하여 정보공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체는 법률상 이익의 침해에 해당하지 않는다. X

<정답> ③ <해설>

① (X) 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제5조 제2항, 동법 시행령 제3조

공공기관의 정보공개에 관한 법률 제5조【정보공개 청구권자】 ① 모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다.

② 외국인의 정보공개 청구에 관하여는 대통령령으로 정한다.

동법 시행령 제3조(외국인의 정보공개 청구) 법 제5조 제2항에 따라 정보공개를 청구할 수 있는 외국인은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자로 한다.

- 1. 국내에 일정한 주소를 두고 거주하거나 학술·연구를 위하여 일시적으로 체류하는 사람
- 2. 국내에 사무소를 두고 있는 법인 또는 단체

② (X) 동법 제13조

공공기관의 정보공개에 관한 법률 제13조【정보공개여부결정의 통지】 공공기관은 제1항의 규정에 의하여 정보를 공개함에 있어 당해 정보의 원본이 오손 또는 파손될 우려가 있거나 그 밖에 상당한 이유가 있다고 인정될 때에는 당해 정보의 사본·복제물을 공개할 수 있다.

③ (O) .④ (X) 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제6조(현 제5조) 제1항은 “모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다”고 규정하고 있는데, 여기에서 말하는 국민에는 자연인은 물론 법인, 권리능력 없는 사단·재단도 포함되고, 법인, 권리능력 없는 사단·재단 등의 경우에는 설립목적을 불문하며, 한편 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로 청구인이 공공기관에 대하여 정보공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다(대법원 2003.12.12, 2003두8050). <충주환경운동연합이 충주시장을 상대로 행사관련 지출자료 등의 정보공개를 청구한 사건>

15. 「질서위반행위규제법」상 과태료에 관한 내용으로 옳지 않은 것은?

- ① 2인 이상이 질서위반행위에 가담한 때에는 각자가 질서위반행위를 한 것으로 본다. ○
- ② 법률에 따르지 아니하고는 어떤 행위도 질서위반행위로 과태료를 부과하지 아니한다. ○
- ③ 당사자는 과태료 재판에 대하여 즉시항고할 수 있으나 이 경우의 항고는 집행정지의 효력이 없다. X
- ④ 과태료는 행정청의 과태료 부과처분이 확정된 후 5년간 징수하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다. ○

<정답> ③ <해설>

① (○) 질서위반행위규제법 제12조 제1항

제12조(다수인의 질서위반행위 가담) ① 2인 이상이 질서위반행위에 가담한 때에는 각자가 질서위반행위를 한 것으로 본다.

② 신분에 의하여 성립하는 질서위반행위에 신분이 없는 자가 가담한 때에는 신분이 없는 자에 대하여도 질서위반행위가 성립한다.

③ 신분에 의하여 과태료를 감경 또는 가중하거나 과태료를 부과하지 아니하는 때에는 그 신분의 효과는 신분이 없는 자에게는 미치지 아니한다.

② (○) 동법 제6조

제6조(질서위반행위 법정주의) 법률에 따르지 아니하고는 어떤 행위도 질서위반행위로 과태료를 부과하지 아니한다.

③ (X) 동법 제38조 제1항

제38조(항고) ① 당사자와 검사는 과태료 재판에 대하여 즉시항고를 할 수 있다. 이 경우 항고는 집행정지의 효력이 있다.

② 검사는 필요한 경우에는 제1항에 따른 즉시항고 여부에 대한 행정청의 의견을 청취할 수 있다.

④ (○) 동법 제15조 제1항

제15조(과태료의 시효) ① 과태료는 행정청의 과태료 부과처분이나 법원의 과태료 재판이 확정된 후 5년간 징수하지 아니하거나 집행하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.

16. 이행강제금에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 형사처벌과 이행강제금의 병과는 이중처벌에 해당하지 않는다. ○
- ② 이행강제금은 장래에 의무이행을 확보하기 위한 강제수단이다. ○
- ③ 구 「건축법」상 이행강제금 납부의무는 일신전속적인 성질을 갖는다. ○
- ④ 장기미등기자가 등기신청의무의 이행기간이 지나서 등기신청을 한 경우에도 이행강제금을 부과할 수 있다. X

<정답> ④ <해설>

① (○) 무허가 건축행위에 대한 형사처벌과 시정명령 위반에 대한 이행강제금의 부과는 그 처벌 내지 제재대상이 되는 기본적 사실관계로서의 행위를 달리하며, 그 보호법익과 목적에서도 차이가 있으므로 양자를 병과하더라도 이중처벌에 해당한다고 할 수 없다. (헌법재판소 2004.2.26, 2001헌바80 ; 대법원 2005.8.19, 2005마30)【개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 제11조 제1항 등 위헌소원】

② (○) 이행강제금이란 일정한 기한까지 의무자가 이행하지 않는 경우에는 일정액수의 금전이 부과될 것임을 의무자에게 미리 계고함으로써 심리적 압박에 의하여 장래에 향하여 행정상의 의무이행을 확보하려는 강제집행수단의 일종이다.

③ (○) (구)건축법상의 이행강제금은 (구)건축법의 위반행위에 대하여 시정명령을 받은 후 시정기간 내에 당해 시정명령을 이행하지 아니한 건축주 등에 대하여 부과되는 간접강제의 일종으로서 그 이행강제금 납부의무는 상속인 기타의 사람에게 승계될 수 없는 일신전속적인 성질의 것이므로 이미 사망한 사람에게 이행강제금을 부과하는 내용의 처분이나 결정은 당연히 무효이고, 이행강제금을 부과받은 사람의 이의에 의하여 재판절차가 개시된 후에 그 이의한 사람이 사망한 때에는 사건 자체가 목적을 잃고 절차가 종료한다(대법원 2006.12.8, 2006마470).

④ (X) 부동산실명법의 내용, 체계 및 취지 등을 종합해 보면, 장기미등기자에 대하여 부과되는 이행강제금은 소유권이전등기신청의무 불이행이라는 과거의 사실에 대한 제재인 과징금과 달리, 장기미등기자에게 등기신청의무를 이행하지 아니하면 이행강제금이 부과된다는 심리적 압박을 주어 그 의무의 이행을 간접적으로 강제하는 행정상의 간접강제 수단에 해당한다. 따라서 장기미등기자가 이행강제금 부과 전에 등기신청의무를 이행하였다면 이행강제금의 부과로써 이행을 확보하고자 하는 목적은 이미 실현된 것이므로 부동산실명법 제6조 제2항에 규정된 기간이 지나서 등기신청의무를 이행한 경우라 하더라도 이행강제금을 부과할 수 없다고 보아야 한다(대법원 2016.6.23. 2015두36454).

17. 「국가배상법」상 국가배상에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 공무원에는 공무를 위탁받은 사인이 포함된다. ○
- ② 국가배상청구소송은 행정소송으로 제기하여야 한다. X
- ③ 공무원의 직무에는 행정주체가 사경제주체로서 하는 활동은 제외된다. ○
- ④ 공무원의 직무상 의무 위반과 피해자가 입은 손해 사이에는 상당인과관계가 요구된다. ○

<정답> ② <해설>

① (○) 국가배상법 제2조 제1항

국가배상법 제2조【배상책임】 ① 국가나 지방자치단체는 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인(이하 ‘공무원’이라 한다)이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입히거나, 「자동차손해배상보장법」에 따라 손해배상의 책임이 있을 때에는 이 법에 따라 그 손해를 배상하여야 한다. 다만, 군인·군무원·경찰공무원 또는 향토예비군대원이 전투·훈련 등 직무 집행과 관련하여 전사·순직하거나 공상을 입은 경우에 본인이나 그 유족이 다른 법령에 따라 재해보상금·유족연금·상이연금 등의 보상을 지급 받을 수 있을 때에는 이 법 및 「민법」에 따른 손해배상을 청구할 수 없다.

② 제1항 본문의 경우에 공무원에게 고의 또는 중대한 과실이 있으면 국가나 지방자치단체는 그 공무원에게 구상할 수 있다.

② (X) 국가배상청구소송의 절차를 민사소송절차에 의할 것인가 아니면 공법상 당사자소송절차에 의할 것인가의 문제가 있다. 이는 국가배상법의 성격을 어떻게 보는가에 달려 있다. 동법을 공법으로 보고 있는 통설은 공법상 당사자소송절차에 따라야 한다고 하는 반면, 동법을 사법으로 보고 있는 판례는 민사소송으로 다루고 있다.

③ (○) 국가배상법이 정한 배상청구의 요건인 ‘공무원의 직무’에는 권력적 작용만이 아니라 행정지도와 같은 비권력적 작용도 포함되며 단지 행정주체가 사경제주체로서 하는 활동만 제외된다(대법원 2004.4.9, 2002다10691).

④ (○) 일반적으로 국가 또는 지방자치단체가 권한을 행사할 때에는 국민에 대한 손해를 방지하여야 하고, 국민의 안전을 배려하여야 하며, 소속 공무원이 전적으로 또는 부수적으로라도 국민 개개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 법령에서 정한 직무상의 의무에 위반하여 국민에게 손해를 가하면 상당인과관계가 인정되는 범위 안에서 국가 또는 지방자치단체가 배상책임을 부담하는 것이지만, 공무원이 직무를 수행하면서 그 근거되는 법령의 규정에 따라 구체적으로 의무를 부여받았어도 그것이 국민의 이익과는 관계없이 순전히 행정기관 내부의 질서를 유지하기 위한 것이거나, 또는 국민의 이익과 관련된 것이라도 직접 국민 개개인의 이익을 위한 것이 아니라 전체적으로 공공 일반의 이익을 도모하기 위한 것이라면 그 의무에 위반하여 국민에게 손해를 가하여도 국가 또는 지방자치단체는 배상책임을 부담하지 아니한다. (대법원 2006.04.14. 선고 2003다41746)

18. 「행정심판법」상 행정심판에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 무효등확인심판에는 사정재결이 인정되지 아니한다. O
- ② 임시처분은 집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 않는다. O
- ③ 행정심판의 재결에 불복하는 경우 그 재결 및 같은 처분 또는 부작위에 대하여 다시 행정심판을 청구할 수 있다. X
- ④ 행정심판위원회는 처분이행명령재결이 있음에도 피청구인이 처분을 하지 않은 경우 당사자의 신청에 의해 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간 안에 이행하지 않으면 원칙적으로 직접처분을 할 수 있다. O

<정답> ③ <해설>

- ① (O) 무효등확인심판에는 사정재결에 관한 규정을 적용하지 아니한다(동법 제44조 제3항).
- ② (O) 동법 제31조 제3항

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 임시지위를 정하여야 할 필요가 있는 경우에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 임시처분을 결정할 수 있다.

② 제1항에 따른 임시처분에 관하여는 제30조제3항부터 제7항까지를 준용한다. 이 경우 같은 조 제6항 전단 중 "중대한 손해가 생길 우려"는 "중대한 불이익이나 급박한 위험이 생길 우려"로 본다.

③ 제1항에 따른 임시처분은 제30조 제2항에 따른 집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.

- ③ (X) 동법 제51조.

제51조【행정심판 재청구의 금지】심판청구에 대한 재결이 있으면 그 재결 및 같은 처분 또는 부작위에 대하여 다시 행정심판을 청구할 수 없다.

- ④ (O) 동법 제50조 제1항.

행정심판법 제50조【위원회의 직접 처분】① 위원회는 피청구인이 제49조 제2항에도 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.

19. 행정소송에 관한 설명으로 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 국세부과처분 취소소송에는 임의적 행정심판전치주의가 적용된다. X
- ② 당사자소송 계속 중 법원의 허가를 얻어도 취소소송으로 변경할 수 없다. X
- ③ 취소소송에는 대세효(제3자효)가 있으나 당사자소송에는 인정되지 않는다. O
- ④ 취소소송에서 행정처분의 위법 여부는 판결 선고당시의 법령과 사실상태를 기준으로 판단한다. X

<정답> ③ <해설>

- ① (X) 다른 법률에서 필요적 행정심판전치주의를 채택하고 있는 경우 행정심판을 거쳐야 취소소송을 제기할 수 있다.

국세기본법 제56조 【다른 법률과의 관계】 ② 제55조에 규정된 위법한 처분에 대한 행정소송은 행정소송법 제18조 제1항 본문·제2항 및 제3항의 규정에 불구하고 이 법에 의한 심사청구 또는 심판청구와 그에 대한 결정을 거치지 아니하면 이를 제기할 수 없다.

- ② (X) 행정소송법 제42조, 제21조 제1항

제21조(소의 변경) ① 법원은 취소소송을 당해 처분등에 관계되는 사무가 귀속하는 국가 또는 공공단체에 대한 당사자소송 또는 취소소송 외의 항고소송으로 변경하는 것이 상당하다고 인정할 때에는 청구의 기초에 변경이 없는 한 사실심의 변론종결시까지 원고의 신청에 의하여 결정으로써 소의 변경을 허가할 수 있다.
제42조(소의 변경) 제21조의 규정은 당사자소송을 항고소송으로 변경하는 경우에 준용한다.

- ③ (O) 당사자소송에서는 취소판결에서 인정되는 효력 중 취소판결의 제3자효(행정소송법 제29조)에 대한 준용규정이 없다.

제44조(준용규정) ① 제14조 내지 제17조, 제22조, 제25조, 제26조, 제30조 제1항, 제32조 및 제33조의 규정은 당사자소송의 경우에 준용한다.
② 제10조의 규정은 당사자소송과 관련청구소송이 각각 다른 법원에 계속되고 있는 경우의 이송과 이들 소송의 병합의 경우에 준용한다.

- ④ (X) 당해 처분의 처분시와 판결시 사이에는 시간적 간격이 있다. 그 사이에 사실관계가 변경되거나 관계법령이 개폐되는 경우, 어느 시점을 기준으로 하여 당해 처분의 위법성을 판단하여야 할 것인가의 문제가 발생한다. 이에 대해서 취소소송에서의 당해 처분의 위법 여부의 판단은 처분시의 법령 및 사실상태를 기준으로 하여야 한다는 ‘처분시설’이 통설이자 판례의 입장이다(2010.1.14. 2009두11843).

<위법성 판단의 기준시>

취소소송	처분시
거부처분취소소송	처분시
무효등확인소송	처분시
부작위위법확인소송	판결시
사정판결	위법성 판단의 기준시 : 처분시 사정판결의 필요성 판단시 : 판결시

20. 행정소송에서의 제소기간에 관한 설명으로 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 부작위위법확인소송에는 제소기간의 제한이 있다. X
- ② 제소기간은 불변기간이므로 소송행위의 보완은 허용되지 않는다. X
- ③ 제소기간의 준수 여부는 법원의 직권조사사항에 해당하지 않는다. X
- ④ 행정심판을 거친 경우의 제소기간은 행정심판재결서 정본을 송달받은 날로부터 90일 이내이다. O

<정답> ④ <해설>

- ① (X) 부작위위법확인소의 소는 부작위상태가 계속되는 한 그 위법의 확인을 구할 이익이 있다고 보아야 하므로 원칙적으로 제소기간의 제한을 받지 않으나, 행정소송법 제38조 제2항이 제소기간을 규정한 같은 법 제20조를 부작위위법확인소송에 준용하고 있는 점에 비추어 보면, 행정심판 등 전심절차를 거친 경우에는 행정소송법 제20조가 정한 제소기간 내에 부작위위법확인소의 소를 제기하여야 할 것이다. (대법원 2009.7.23. 2008두10560)【부작위위법확인소의 소】
- ② (X) 행정소송법 제20조 제1항, 제3항에서 말하는 "취소소송은 처분 등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다."는 제소기간은 불변기간이고, 다만 당사자가 책임질 수 없는 사유로 인하여 이를 준수할 수 없었던 경우에는 같은 법 제8조에 의하여 준용되는 민사소송법 제160조 제1항에 의하여 그 사유가 없어진 후 2주일 내에 해태된 제소행위를 추완할 수 있다고 할 것이며, 여기서 당사자가 책임질 수 없는 사유란 당사자가 그 소송행위를 하기 위하여 일반적으로 하여야 할 주의를 다하였음에도 불구하고 그 기간을 준수할 수 없었던 사유를 말한다(대법원 2001.5.8. 2000두6916).
- ③ (X) 제소기간의 준수여부는 소송요건의 문제이므로 법원의 직권조사사항이다.
- ④ (O) 행정소송법 제20조 제1항

제18조(행정심판과의 관계) ① 취소소송은 법령의 규정에 의하여 당해 처분에 대한 행정심판을 제기할 수 있는 경우에도 이를 거치지 아니하고 제기할 수 있다. 다만, 다른 법률에 당해 처분에 대한 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 취소소송을 제기할 수 없다는 규정이 있는 때에는 그러하지 아니하다.

제20조(제소기간) ① 취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다. 다만, 제18조 제1항 단서에 규정한 경우와 그 밖에 행정심판청구를 할 수 있는 경우 또는 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에 행정심판청구가 있는 때의 기간은 재결서의 정본을 송달받은 날부터 기산한다.

② 취소소송은 처분등이 있는 날부터 1년(제1항 단서의 경우는 재결이 있는 날부터 1년)을 경과하면 이를 제기하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

③ 제1항의 규정에 의한 기간은 불변기간으로 한다.