

1 행정소송의 대상이 될 수 있는 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 조례안의 재의결
- ② 과태료의 부과
- ③ 소유권이전의 등기
- ④ 국회의원의 제명
- ⑤ 구속영장의 발부

해설

- ① (○) 행정소송 중 기관소송의 대상. 지방자치단체장(교육·학예조례는 교육감)은 지방의회에서 재의결된 조례안이 법령에 위반되면 지방의회를 피고로 하여 대법원에 소 제기 가능.
- 지방자치법 제192조(지방의회 의결의 재의와 제소) ④ 지방자치단체의 장은 제3항에 따라 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단되면 재의결된 날부터 20일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 이 경우 필요하다고 인정되면 그 의결의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다.
- ② (×) 질서위반행위규제법 상 과태료부과처분에 대해 부과 통지를 받은 날부터 60일 이내에 이의제기가 있으면 과태료 부과처분은 효력을 상실하고 과태료 재판절차를 거치므로 과태료부과처분은 행정소송 대상이 아니다.
- ③ (×) 민사소송 대상.
- ④ (×)
- 헌법 제64조
- ② 국회는 의원의 자격을 심사하며, 의원을 징계할 수 있다.
 - ③ 의원을 제명하려면 국회 재적의원 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 한다.
 - ④ 제2항과 제3항의 처분에 대하여는 법원에 제소할 수 없다.
- ⑤ (×) 형사소송 절차에 의함.

답 ①

2 기관소송 및 민중소송에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 민중소송은 국가 또는 공공단체의 기관이 법률에 위반되는 행위를 한 때에 직접 자기의 법률상 이익과 관계없이 그 시정을 구하기 위하여 제기하는 소송이다.
- ② 기관소송은 국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송이다.
- ③ 민중소송으로써 처분등의 효력 유무 또는 존재 여부의 확인을 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 무효등 확인소송에 관한 규정을 준용한다.
- ④ 기관소송으로써 부작위의 위법의 확인을 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는한 부작위위법확인소송에 관한 규정을 준용한다.
- ⑤ 행정소송법에는 당사자소송에 관한 규정을 민중소송에 준용하는 조항이 없다.

해설

• 행정소송법

제3조(행정소송의 종류) 행정소송은 다음의 네가지로 구분한다.

- 3. 민중소송 : 국가 또는 공공단체의 기관이 법률에 위반되는 행위를 한 때에 직접 자기의 법률상 이익과 관계없이 그 시정을 구하기 위하여 제기하는 소송
- 4. 기관소송 : 국가 또는 공공단체의 기관상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송. 다만, 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 제외한다.

제45조(소의 제기) 민중소송 및 기관소송은 법률이 정한 경우에 법률에 정한 자에 한하여 제기할 수 있다.

제46조(준용규정)

- ① 민중소송 또는 기관소송으로써 처분등의 취소를 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 취소소송에 관한 규정을 준용한다.
- ② 민중소송 또는 기관소송으로써 처분등의 효력 유무 또는 존재 여부나 부작위의 위법의 확인을 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 각각 무효등 확인소송 또는 부작위위법확인소송에 관한 규정을 준용한다.
- ③ 민중소송 또는 기관소송으로서 제1항 및 제2항에 규정된 소송외의 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 당사자소송에 관한 규정을 준용한다.

답 ⑤

3 당사자소송에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 당사자소송은 행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송이다.
- ② 행정소송법은 국가를 상대로 하는 당사자소송의 경우에도 가집행선고를 할 수 있다고 규정하고 있다.
- ③ 당사자소송은 국가·공공단체 그 밖의 권리주체를 피고로 한다.
- ④ 당사자소송에 관하여 법령에 제소기간이 정하여져 있는 때에는 그 기간은 불변기간으로 한다.
- ⑤ 소의 변경에 관한 행정소송법 제21조의 규정은 당사자소송을 항고소송으로 변경하는 경우에 준용한다.

해설

① (○) 제3조(행정소송의 종류)

2. **당사자소송** : 행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송

② (×) 행정소송법은 국가를 상대로 하는 당사자소송의 경우 가집행선고를 할 수 없다고 규정하고 있지만 헌법재판소의 위헌판결을 받았다.

• 행정소송법 제43조는 “국가를 상대로 하는 당사자소송의 경우에는 가집행선고를 할 수 없다.”라고 규정하고 있다. 그러나 같은 내용의 규정을 둔 「소송촉진 등에 관한 특례법」 제6조 1항 단서가 위헌으로 결정되어(헌재 1989.1.25. 88헌가7), 행정소송법 제43조의 효력에 대해 헌법 11조의 평등원칙을 위반한 무효의 규정이므로 당사자소송의 경우에 국가에 대하여 가집행선고를 할 수 있다는 견해와 가집행선고의 문제에 새로운 고려가 요청된다는 견해가 대립하였다. 그러나 행정소송법 제43조는 2022.2.24. 평등원칙 위반으로 헌법재판소가 위헌 판결하여 효력이 상실되었다.

• **국가를 상대로 하는 당사자소송의 경우에는 가집행선고를 할 수 없다고 규정한 행정소송법 제43조는 평등원칙에 위배됨** : 심판대상조항은 재산권의 청구에 관한 당사자소송 중에서도 피고가 공공단체 그 밖의 권리주체인 경우와 국가인 경우를 다르게 취급한다. 가집행의 선고는 불필요한 상소권의 남용을 억제하고 신속한 권리실행을 하게 함으로써 국민의 재산권과 신속한 재판을 받을 권리를 보장하기 위한 제도이고, 당사자소송 중에는 사실상 같은 법률조항에 의하여 형성된 공법상 법률관계라도 당사자를 달리 하는 경우가 있다. 동일한 성격인 공법상 금전지급 청구소송임에도 피고가 누구인지에 따라 가집행선고를 할 수 있는지 여부가 달라진다면 상대방 소송 당사자인 원고로 하여금 불합리한 차별을 받도록 하는 결과가 된다. 재산권의 청구가 공법상 법률관계를 전제로 한다는 점만으로 국가를 상대로 하는 당사자소송에서 국가를 우대할 합리적인 이유가 있다고 할 수 없고, 집행가능성 여부에 있어서도 국가와 지방자치단체 등이 실질적인 차이가 있다고 보기 어렵다는 점에서, 심판대상조항은 국가가 당사자소송의 피고인 경우 가집행의 선고를 제한하여, 국가가 아닌 공공단체 그 밖의 권리주체가 피고인 경우에 비하여 합리적인 이유 없이 차별하고 있으므로 평등원칙에 반한다(헌재 2022.2.24. 2020헌가12).

- ③ (○) 제39조(피고적격) 당사자소송은 국가·공공단체 그 밖의 권리주체를 피고로 한다.
- ④ (○) 제41조(제소기간) 당사자소송에 관하여 법령에 제소기간이 정하여져 있는 때에는 그 기간은 불변기간으로 한다.
- ⑤ (○) 제42조(소의 변경) 제21조의 규정은 당사자소송을 항고소송으로 변경하는 경우에 준용한다.

답 ②

4 부작위위법확인소송에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 신청권의 존부는 본안판단의 문제이다.
- ② 부작위위법확인소송은 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송이므로 부작위위법확인소송으로는 작위의무 확인을 구할 수 없다.
- ③ 부작위위법확인소송은 처분의 신청을 한 자로서 부작위의 위법의 확인을 구할 법률상 이익이 있는 자만이 제기할 수 있다.
- ④ 부작위위법확인소송의 계속 중 당사자소송으로 소의 변경이 가능하다.
- ⑤ 부작위란 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것을 말한다.

해설

- ① (×) 부작위위법확인소송에서 신청권의 존부는 소송요건 판단(요건심리)의 문제이다. 어떤 처분에 대한 법규상 또는 조리상 신청권을 요하며, 신청권이 없는 경우 부작위위법확인소송의 원고적격이 없거나 소송대상인 부작위가 존재하지 않아 부적법한 소이므로 요건심리에서 각하된다.
- ② (○) **작위의무확인소송은 허용 안됨** : 국가보훈처장 발행 서적의 독립투쟁에 관한 내용을 시정하여 관보에 그 뜻을 표명하여야 할 의무 및 독립운동단체 소속의 독립운동자들에게 법률 소정의 보상금여의무의 확인을 구하는 청구는 작위의무 확인소송으로서 항고소송의 대상이 되지 아니한다(대판 1989.1.24. 88누3116).
- ③ (○) **행정소송법 제36조(부작위위법확인소송의 원고적격)** 부작위위법확인소송은 처분의 신청을 한 자로서 부작위의 위법의 확인을 구할 법률상 이익이 있는 자만이 제기할 수 있다.
- ④ (○) **행정소송법 제37조(소의 변경)** 제21조(취소소송의 소의 변경)의 규정은 무효등 확인소송이나 부작위위법확인소송을 취소소송 또는 당사자소송으로 변경하는 경우에 준용한다.
- ⑤ (○) 부작위 : 행정청이 당사자의 신청에 대해 상당한 기간 내에 일정 처분을 해야 할 법률상 의무가 있음에도 이를 하지 않는 것 ⇨ 처분의 부작위

<부작위위법확인소송 대상 부작위가 아닌 경우> - 처분의 부작위가 아닌 경우

- 사경제적 계약의 체결요구에 대한 무응답
- 비권력적 사실행위의 요구에 대한 부작위
- 행정청의 직권발동 촉구에 불과한 신청에 대한 무응답
- 행정입법부작위

답 ①

5

무효등 확인소송에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?^(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 무효등 확인소송은 행정청의 처분등의 효력 유무 또는 존재여부를 확인하는 소송이다.
- ② 무효등 확인소송을 취소소송 또는 당사자소송으로 변경하는 것이 가능하다.
- ③ 취소소송에서의 제3자에 의한 재심청구에 관한 규정은 무효등 확인소송에 준용된다.
- ④ 무효등 확인소송에서는 즉시확정의 이익이 요구된다.
- ⑤ 거부처분에 대하여 무효확인판결이 내려진 경우에는 이에 대한 간접강제는 허용되지 않는다.

해설

이하 행정소송법 규정

① (○) 제4조(항고소송) 항고소송은 다음과 같이 구분한다.

2. 무효등 확인소송 : 행정청의 처분등의 효력 유무 또는 존재여부를 확인하는 소송

② (○) 항고소송간, 항고소송과 당사자소송 간 소의 종류 변경 가능

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

제37조(소의 변경) 제21조의 규정은 무효등 확인소송이나 부작위위법확인소송을 취소소송 또는 당사자소송으로 변경하는 경우에 준용한다.

③ (○) 제38조(준용규정) ① 제9조, 제10조, 제13조 내지 제17조, 제19조, 제22조 내지 제26조, 제29조 내지 제31조(제3자에 의한 재심청구) 및 제33조의 규정은 무효등 확인소송의 경우에 준용한다.

④ (×) 무효등확인소송에 있어서 민사소송에서의 '확인의 이익'(즉시확정의 이익, 보충성)이 요구되는지에 관하여 판례는 부정설(법적보호이익설)을 취한다. 종래 대법원은 무효확인소송의 보충성을 요구했지만, 견해를 변경하여 무효인 행정처분이 이미 집행된 경우(예 무효인 조세부과처분에 따라 세금이 이미 납부된 경우)에 그에 의해 형성된 위법상태의 제거를 위한 직접적인 소송방법(예 납부된 조세의 반환을 위한 부당이득반환청구소송)이 있더라도 행정처분의 무효확인을 독립한 소송으로 구할 법률상 이익이 있다고 판시하였다.

• 행정소송은 행정청의 위법한 처분 등을 취소·변경하거나 그 효력 유무 또는 존재 여부를 확인함으로써 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하고, 공법상의 권리관계 또는 법적용에 관한 다툼을 적정하게 해결함을 목적으로 하는 것이므로, 대등한 주체 사이의 사법상 생활관계에 관한 분쟁을 심판대상으로 하는 민사소송과는 그 목적, 취지 및 기능 등을 달리한다. 또한, 행정소송법 4조에서는 무효확인소송을 항고소송의 일종으로 규정하고 있고, 행정소송법 38조 1항에서는 처분등을 취소하는 확정판결의 기속력 및 행정청의 재처분 의무에 관한 행정소송법 30조를 무효확인소송에도 준용하고 있으므로 무효확인판결 자체만으로도 실효성을 확보할 수 있다. 그리고 무효확인소송의 보충성을 규정하고 있는 외국의 일부 입법례와는 달리 우리나라 행정소송법에는 명문의 규정이 없어 이로 인한 명시적 제한이 존재하지 않는다. 이와 같은 사정을 비롯하여 행정에 대한 사법통제, 권익구제의 확대와 같은 행정소송의 기능 등을 종합하여 보면, 행정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우에는 행정소송법 35조에 규정된 '무효확인을 구할 법률상 이익'이 있다고 보아야 하고, 이와 별도로 무효확인소송의 보충성(다른 구제수단으로 구제되지 않을 경우 활용)이 요구되는 것은 아니므로 행정처분의 무효를 전제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제수단이 있는지 여부를 따질 필요가 없다고 해석함이 상당하다(대판 2008.3.20. 2007두6342).

⑤ (○) 무효등확인소송에는 판결의 간접강제가 적용되지 않는다. (• 준용 안 되는 규정 암기 : 無 - 前·期·事·間 / 不 - 處·執·事).

답 ④

6

행정소송법 상 취소소송에 관한 규정 중 부작위위법확인소송에 준용되지 않는 것은?

- ① 집행정지
- ② 소송비용에 관한 재판의 효력
- ③ 직권심리
- ④ 행정심판기록의 제출명령
- ⑤ 관련청구소송의 이송·병합

해설

부작위위법확인소송은 처분의 부작위에 대한 소송이므로 처분의 존재를 전제로 하는 집행정지나 처분변경으로 인한 소의 변경, 사정판결은 적용되지 않음
• 준용 안 되는 규정 암기 : 無 - 前·期·事·間 / 不 - 處·執·事

답 ①

7

행정소송법의 규정 중 취소소송과 당사자소송에 공통으로 적용되는 것을 모두고른 것은?

- | | | | |
|--------|------------|--------|------------|
| ㉠ 공동소송 | ㉡ 소송비용의 부담 | ㉢ 간접강제 | ㉣ 판결의 제3자효 |
|--------|------------|--------|------------|
- ① ㉠ ② ㉠, ㉡ ③ ㉡, ㉢ ④ ㉠, ㉡, ㉢ ⑤ ㉠, ㉡, ㉢, ㉣

해설

❏ 취소소송규정의 준용 여부 구별

무효등확인소송	부작위위법확인소송	당사자소송
선결문제·제소기간·사정판결 ×(단, 부작위위법확인소송은 재결 거친 경우 제소기간 적용)		
예외적 행정심판전치주의 × 판결의 간접강제 ×		예외적 행정심판전치주의 × 판결의 간접강제 ×
소송비용 부담 ×		
	집행정지 ×	
	처분변경으로 인한 소 변경 ×	
		원고적격·피고적격 ×, 소송의 대상 × 형성력의 제3자효 ×, 제3자에 의한 재심청구 × 판결의 기속력 중 재처분의무 ×

답 ②

❏ 취소소송규정의 준용 여부 구별

취소소송	무효등확인소송	부작위위법확인소송	당사자소송
재판관할(§9), 관련청구소송의 이송·병합(§10), 피고경정, 공동소송, 제3자의 소송참가, 행정청의 소송참가(§14~17), 소의 변경(§21), 행정심판기록의 제출명령, 직권심리(§25·25), 소송비용에 관한 재판의 효력(§33)	○	○	○
선결문제(§11)	선결문제 ×	선결문제 ×	선결문제 ×
제소기간(§20)	제소기간 ×	제소기간 ×(재결 거친 경우는 적용)	제소기간 ×
사정판결(§28)	사정판결 ×	사정판결 ×	사정판결 ×
예외적 행정심판전치주의(§18)	예외적 행정심판전치주의 ×	○	예외적 행정심판전치주의 ×
판결의 간접강제(§34)	판결의 간접강제 ×	○	판결의 간접강제 ×
소송비용 부담(§32)	소송비용 부담 ×	소송비용 부담 ×	○
집행정지(§23)	○	집행정지 ×	집행정지 ×
처분변경으로 인한 소의 변경(§22)	○	처분변경으로 인한 소의 변경 ×	○
원고적격(§12), 피고적격(§13)	○	○	원고적격·피고적격 준용 ×
소송의 대상(§19)	○	○	소송의 대상 ×
형성력의 제3자효(§29)	○	○	형성력의 제3자효 ×
기속력(§30)	○	○	1항(행정청에 대한 기속력) 준용 2항(재처분의무) 준용 안 함
제3자에 의한 재심청구(§31)	○	○	제3자에 의한 재심청구 ×

8

판례상 납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무에 대응하는 국가에 대한 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구는 어떤 소송의 절차에 따라야 하는가?

- ① 항고소송 ② 민사소송 ③ 당사자소송 ④ 기관소송 ⑤ 민중소송

해설

• 납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무는 부당이득 반환의무가 아닌 법령에 의한 공법상 의무이므로 국가에 대한 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구는 당사자소송에 따라야 함 : 부가가치세법령이 환급세액의 정의 규정, 그 지급시기와 산출방법에 관한 구체적인 규정과 함께 부가가치세 납세의무를 부담하는 사업자(이하 '납세의무자'라 한다)에 대한 국가의 환급세액 지급의무를 규정한 이유는, 입법자가 과세 및 징수의 편의를 도모하고 중복과세를 방지하는 등의 조세 정책적 목적을 달성하기 위한 입법적 결단을 통하여, 최종 소비자에 이르기 전의 각 거래단계에서 재화 또는 용역을 공급하는 사업자가 그 공급을 받는 사업자로부터 매출세액을 징수하여 국가에 납부하고, 그 세액을 징수당한 사업자는 이를 국가로부터 매입세액으로 공제·환급받는 과정을 통하여 그 세액의 부담을 다음 단계의 사업자에게 차례로 전가하여 궁극적으로 최종 소비자에게 이를 부담시키는 것을 근간으로 하는 전단계세액공제 제도를 채택한 결과, 어느 과세기간에 거래징수된 세액이 거래징수를 한 세액보다 많은 경우에는 그 납세의무자가 창출한 부가가치에 상응하는 세액보다 많은 세액이 거래징수되게 되므로 이를 조정하기 위한 과세기술상, 조세 정책적인 요청에 따라 특별히 인정한 것이라고 할 수 있다. 따라서 이와 같은 부가가치세법령의 내용, 형식 및 입법 취지 등에 비추어 보면, 납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무는 그 납세의무자로부터 어느 과세기간에 과다하게 거래징수된 세액 상당을 국가가 실제로 납부 받았는 지와 관계없이 부가가치세법령의 규정에 의하여 직접 발생하는 것으로서, 그 법적 성질은 정의와 공평의 관념에서 수익자와 손실자 사이의 재산상태 조정을 위해 인정되는 부당이득 반환의무가 아니라 부가가치세법령에 의하여 그 존부나 범위가 구체적으로 확정되고 조세 정책적 관점에서 특별히 인정되는 공법상 의무라고 봄이 타당하다. 그렇다면 납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무에 대응하는 국가에 대한 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구는 민사소송이 아니라 행정소송법 제3조 제2호에 규정된 당사자소송의 절차에 따라야 한다. (대판 2013.3.21. 2011다95564)

답 ③

- 9 지방자치법 상 공금의 지출에 관한 사항을 감사청구한 주민은 일정한 경우에 그 감사청구한 사항과 관련이 있는 위법한 행위나 업무를 게을리 한 사실에 대하여 해당 지방자치단체의 장을 상대방으로 하여 소송을 제기할 수 있다. 이러한 소송은 어떤 유형에 속하는가?

- ① 기관소송 ② 민중소송 ③ 당사자소송 ④ 항고소송 ⑤ 취소소송

해설

지방자치법 상 주민소송은 민중소송에 해당됨

민중소송 사례	기관소송 사례
• 공직선거법 상 선거인이 제기하는 선거소송 • 국민투표법 상 투표인이 제기하는 국민투표무효소송 • 주민투표법 상 주민투표무효소송 • 지방자치법 상 주민소송 • 주민소환에 관한 법률 상 주민소환투표소송	• 지방자치법 상 기관소송(지방의회의 재의결에 대해 지방자치단체장이 제기) • 「지방교육자치에 관한 법률」 상 기관소송(지방의회의 재의결에 대해 교육감이 제기)

답 ②

- 10 부작위위법확인소송에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 당사자의 신청은 반드시 내용상 적법하여야 한다.
 ② 상당한 기간이 경과하도록 아무런 처분이 없을 때 부작위는 위법한 것이 된다.
 ③ 부작위는 행정청이 어떠한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 행정청이 처분을 하지 않는 경우에 성립하게 된다.
 ④ 거부처분의 경우 부작위위법확인소송은 적법하지 않다.
 ⑤ 소제기 이후 판결시까지 행정청이 그 신청에 대하여 적극 또는 소극의 처분을 함으로써 부작위상태가 해소되면 대상적격은 상실하게 된다.

해설

- ① (×) 신청 내용이 적법하면 행정청이 신청에 따른 처분을 하고, 부적법하면 신청을 거부하면 되는데 행정청이 아무런 응답을 하지 않은 것이 부작위이므로 신청 내용이 적법하든 위법하든 부작위위법확인소송을 제기하는데 있어서 문제되지는 않는다.

• 적법한 신청이 있어야 한다.(○) = 법규상 또는 조리상 신청권이 있어야 하고 신청의 내용이 행정처분이어야 한다.(○)

• 신청은 반드시 내용상 적법하여야 한다.(×) = 신청의 실제적 내용이 이유 있어야 한다.(×)

<부작위위법확인소송 심리의 범위>

① 소극설(절차적 심리설, 다수설·판례) : 부작위의 위법 여부만 심리, 행정청이 할 처분 내용까지 심리·판단 불가

④ 적극설(실체적 심리설) : 부작위의 위법 여부 + 신청의 실체적인 내용이 이유 있는지 판단.

즉 행정청의 특정 작위의무의 존재까지도 심리하여 행정청의 처리방향까지 제시

- ②④ (○)

<위법한 부작위의 성립요건>

① 당사자의 적법한 신청 - 법규상 또는 조리상 신청권

② 처분의 신청 : 신청의 내용이 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이어야 하므로,
 ⑦ 국민의 권리·의무의 변동과 무관한 행정입법부작위나 ④ 비권력적 사실행위, 사경제적 계약체결 등의 신청에 대한 무응답은 부작위가 아님.

③ 상당한 기간의 경과 : 상당한 기간은 사회통념상 행정청이 신청에 대한 처분에 필요한 합리적인 기간

• 법령에 처리기간 규정시 훈시규정(기간 넘긴 경우 당연 위법이 아니라 '상당한 기간의 경과' 판단시 고려사유)

④ 일정한 처분(인용 또는 거부)을 할 법률상 의무의 존재

• 법률상 의무는 명문규정 + 법령 해석상 or 조리상 인정되는 경우도 포함

• 재량행위도 재량권 0 수축시 처분 할 법률상 의무 있음

⑤ 처분의 부존재 : 인용처분도 거부처분도 없음(처분 외관이 존재하는 무효와 구별됨)

★ 거부처분(간주거부/묵시적 거부)이 있으면 불가 - 취소소송을 제기해야 함

- ③ (○) 행정소송법 제2조(정의) 2. "부작위"라 함은 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것을 말한다.

- ⑤ (○) 행정청이 그 신청에 대하여 적극 또는 소극의 처분을 함으로써 부작위상태가 해소되면 대상적격 및 소익이 없어져 각하된다.

• 부작위위법확인소송의 변론종결시까지 행정청의 처분으로 부작위 상태가 해소된 경우 소의 이익 없으므로 각하 : 부작위위법확인인 소는 행정청이 국민의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청에 대하여 상당한 기간 내에 그 신청을 인용하는 적극적 처분 또는 각하하거나 기각하는 등의 소극적 처분을 하여야 할 법률상의 응답의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우, 판결(사실심의 구두변론 종결)시를 기준으로 그 부작위의 위법을 확인함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 내지 무응답이라고 하는 소극적인 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 하는 것이므로, 소 제기의 전후를 통하여 판결시까지 행정청이 그 신청에 대하여 적극 또는 소극의 처분을 함으로써 부작위상태가 해소된 때에는 소의 이익을 상실하게 되어 당해 소는 각하를 면할 수가 없는 것이다(대판 1990.9.25. 89누4758).

답 ①

- 11 행정소송에 대한 대법원 판결에 의하여 명령·규칙이 헌법 또는 법률에 위반된다는 것이 확정된 경우에는 대법원은 지체없이 그 사유를 누구에게 통보하여야 하는가?

- ① 행정안전부장관 ② 법무부장관 ③ 법제처장 ④ 국민권익위원회 ⑤ 감사원

해설

• 행정소송법 제6조(명령·규칙의 위헌판결등 공고) ① 행정소송에 대한 대법원판결에 의하여 명령·규칙이 헌법 또는 법률에 위반된다는 것이 확정된 경우에는 대법원은 지체없이 그 사유를 행정안전부장관에게 통보하여야 한다. ② 통보를 받은 행정안전부장관은 지체없이 이를 관보에 게재하여야 한다.

답 ①

12 취소소송의 제기기간에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ㉠ 행정소송법 상 ‘처분등이 있음을 안 날’은 유효한 행정처분이 있음을 안날을 의미하고, ‘처분등이 있는 날’은 행정처분의 효력이 발생한 날을 의미 한다.
 ㉡ 처분의 통지가 도달한 때 그 처분이 있음을 알았다고 간주한다.
 ㉢ 특정인에 대한 행정처분을 행정절차법에 따른 공시송달의 방법으로 공고한 경우에는 공고가 있는 날부터 14일이 경과한 때에 그 행정처분이 있음을 알았다고 보아야 한다.

① ㉠

② ㉡

③ ㉠, ㉡

④ ㉡, ㉢

⑤ ㉠, ㉡, ㉢

해설

㉠ (○) 취소소송의 제소기간 기산점으로 행정소송법 제20조 제1항이 정한 ‘처분 등이 있음을 안 날’은 유효한 행정처분이 있음을 안 날을, 같은 조 제2항이 정한 ‘처분 등이 있는 날’은 그 행정처분의 효력이 발생한 날을 각 의미한다. 이러한 법리는 행정심판의 청구기간에 관해서도 마찬가지로 적용된다(대판 2019.8.9. 2019두38656).

㉡ (×) ‘간주’ ⇨ ‘추정’

• 행정소송법 제20조 제1항이 정한 제소기간의 기산점인 ‘처분 등이 있음을 안 날’이란 통지, 공고 기타의 방법에 의하여 당해 처분 등이 있었다는 사실을 현실적으로 안 날을 의미하므로, 행정처분이 상대방에게 고지되어 상대방이 이러한 사실을 인식함으로써 행정처분이 있다는 사실을 현실적으로 알았을 때 행정소송법 제20조 제1항이 정한 제소기간이 진행한다고 보아야 하고, 처분서가 처분상대방의 주소지에 송달되는 등 사회통념상 처분이 있음을 처분상대방이 알 수 있는 상태에 놓인 때에는 반증이 없는 한 처분상대방이 처분이 있음을 알았다고 추정할 수 있다. 또한 우편물이 등기취급의 방법으로 발송된 경우 그것이 도중에 유실되었거나 반송되었다는 등의 특별한 사정에 대한 반증이 없는 한 그 무렵 수취인에게 배달되었다고 추정할 수 있다(대판 2017.3.9. 2016두60577).

㉢ (×) ‘공고가 있는 날부터 14일이 경과한 때에’ ⇨ ‘상대방이 해당 처분이 있었다는 사실을 현실적으로 안 날에’

• 특정인에 대한 행정처분을 주소불명 등의 이유로 송달할 수 없어 관보 등에 공고한 경우, 상대방이 그 처분이 있음을 안 날은 현실적으로 안 날: 행정소송법 20조 1항 소정의 제소기간 기산점인 ‘처분이 있음을 안 날’이라 함은 당사자가 통지, 공고 기타의 방법에 의하여 당해 처분이 있었다는 사실을 현실적으로 안 날을 의미하는바, 특정인에 대한 행정처분을 주소불명 등의 이유로 송달할 수 없어 관보·공보·게시판·일간신문 등에 공고한 경우에는, 공고가 효력을 발생하는 날에 상대방이 그 행정처분이 있음을 알았다고 볼 수는 없고, 상대방이 당해 처분이 있었다는 사실을 현실적으로 안 날에 그 처분이 있음을 알았다고 보아야 한다(대판 2006.4.28. 2005두14851)

구분	특정인에 대한 통지로서 공고	불특정 다수에 대한 통지로서 고시·공고
적용 법령 및 처분의 효력 발생	• 행정절차법 14·15조 ‘㉠ 송달받을 자 주소등을 통상적 방법으로 확인 불가 or ㉡ 송달이 불가능한 경우’ 송달받을 자가 알기 쉽도록 관보·공보·게시판·일간신문 중 하나 이상에 공고 하고 인터넷에도 공고 ⇨ 공고일부터 14일 지난 때 효력 발생	• 「행정 효율과 협업 촉진에 관한 규정」 6조 공고문서(고시·공고 등 행정기관이 일정한 사항을 일반에게 알리는 문서)는 문서에서 효력발생 시기를 구체적으로 밝히고 있지 않으면 고시나 공고 등이 있는 날부터 5일 경과시 효력 발생
쟁송제기기간 기산점인 처분이 있음을 안 날	• 공고가 효력을 발생하는 날에 상대방이 그 행정처분이 있음을 알았다고 볼 수는 없고, 상대방이 해당 처분이 있었다는 사실을 현실적으로 안 날에 그 처분이 있음을 알았다고 봄.	• 공고가 있었다는 사실을 현실적으로 알았는지 여부에 관계없이 공고의 효력 발생일(효력발생일을 밝히지 않은 경우 공고일부터 5일이 경과한 날)에 행정처분이 있음을 알았다고 봄.

답 ①

13 행정소송의 제기기간에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 행정심판에 의한 감액명령재결에 따른 감액처분이 있는 경우 취소소송의 제소기간은 감액처분이 있음을 안 날로부터 90일 이내이다.
 ② 소의 종류가 변경된 경우에는 새로운 소에 대한 제소기간의 준수는 소의 변경이 허가된 때를 기준으로 하여야 한다.
 ③ 행정심판을 거친 후 부작위위법확인소송을 제기하는 경우 행정심판재결서 정본을 송달받은 날로부터 90일 이내에 소를 제기하여야 한다.
 ④ 필요적 행정심판전치주의하에서 행정심판이 제기된 후 30일이 지나도 재결이 없는 경우 언제든지 취소소송을 제기할 수 있다.
 ⑤ 무효선언을 구하는 취소소송의 경우 제소기간의 제한이 없다.

해설

① (×) 행정심판에 의한 감액명령재결에 따른 감액처분이 있는 경우 취소소송의 제소기간은 재결서 정본을 송달받은 날부터 90일 이내(또는 재결이 있는 날부터 1년 이내)이며 소의 대상은 감액되고 남은 당초처분이다.

② (×) ‘소의 변경이 허가된 때’ ⇨ ‘처음에 소를 제기한 때’

- 소 변경시 제소기간 기산점

소의 변경	행정소송법 상 소 변경	소 종류 변경	원고가 소의 종류 변경 신청 ⇨ 법원의 소 변경 허가결정	처음 소 제기시 기준
		처분 변경에 따른 소 변경	소 제기 후 행정청이 처분 변경 ⇨ 원고가 청구취지·원인 변경 신청 ⇨ 법원의 소 변경 허가결정	
		청구취지 변경 (민사소송법에 따른 소 변경)	행정소송법에 규정이 없는 소의 변경(처분 변경을 전제로 하지 않으며, 소의 종류 변경도 아님)	
추가적 병합(A청구 + B청구)			B청구는 추가·병합신청이 있는 때를 기준	
추가적 병합 중 예비적 병합 (A 무효확인 + A 취소)			동일한 처분에 대해 무효확인소송 제기 후 취소소송을 추가적(예비적)으로 병합시 무효확인소송이 제소기간 내 제기되었으면 추가된 취소소송도 적법하게 제기된 것으로 봄(대판 2005.12.23. 2005두3554).	

- ③ (○) 취소소송의 제소기간에 관한 제20조의 규정은 부작위위법확인소송의 경우에 준용한다(행정소송법 제38조 제2항). 따라서 행정심판 등 전심절차를 거친 경우에는 재결서의 정본을 송달받은 날부터 90일 이내에 부작위 위법확인소송을 제기하여야 한다(대판 2009.7.23. 2008두10560). 그러나 부작위는 외관상 명시적인 처분이 없고 또부작위상태가 계속되는 한 언제든지 소를 제기할 수 있는 것이므로, 행정심판을 거치지 않고 부작위위법확인소송을 제기하는 경우에는 제소기간의 제한을 받지 않는다.

- ④ (O)

- **행정소송법 제18조(행정심판과의 관계)** ② 제1항 단서의 경우(개별법 상 필요적 행정심판 전치주의)에도 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 때에는 행정심판의 재결을 거치지 아니하고 취소소송을 제기할 수 있다.

1. 행정심판청구가 있는 날로부터 60일이 지나도 재결이 없는 때
2. 처분의 집행 또는 절차의 속행으로 생길 중대한 손해를 예방하여야 할 긴급한 필요가 있는 때
3. 법령의 규정에 의한 행정심판기관이 의결 또는 재결을 하지 못할 사유가 있는 때
4. 그 밖의 정당한 사유가 있는 때

- ⑤ (×) 행정처분의 당면무효를 선언하는 의미에서 취소를 구하는 행정소송을 제기한 경우에도 제소기간의 준수 등 취소소송의 제소요건을 갖추어야 한다(대판 1993.3.12. 92누11039).

③

14 필요적 행정심판전치주의가 적용되는 경우, 다음 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ㉠ 국세의 납세고지처분에 대하여 적법한 전심절차를 거쳤다면 가산금 및 증가산금 징수처분에 대하여 별도로 전심절차를 거치지 않아도 된다.
- ㉡ 행정심판전치의 요건은 사실심 변론종결시까지 충족하면 된다.
- ㉢ 동일한 행정처분에 의하여 여러 사람이 동일한 의무를 부담하는 경우 그 중 한 사람이 행정심판을 제기하여 기각재결을 받은 때 나머지 사람은 행정심판제기 없이 행정소송을 제기할 수 있다.

- ① ㊦ ② ㊤ ③ ㊦, ㊤ ④ ㊤, ㊦ ⑤ ㊦, ㊤, ㊦

해설

- ㉠ (○) 국세징수법 제21조, 제22조 규정에 따른 가산금 및 증가산금 징수처분은 국세의 납세고지처분과 별개의 행정처분이라고 볼 수 있다 하더라도, 위 국세채권의 내용이 구체적으로 확정된 후에 비로소 발생하는 징수권의 행사이므로 국세의 납세고지처분에 대하여 적법한 전심절차를 거친 이상 가산금 및 증가산금 징수처분에 대하여 따로이 전심절차를 거치지 않았다 하더라도 행정소송으로 이를 다툴 수 있다(대판 1986.7.22. 85누297).

* 현재는 국세징수법 상 가산금·증가산금이 폐지되고 납부지연가산세로 통합됨

- ㉔ ① 판례는 필요적 행정심판전치주의가 적용되더라도 행정소송 제기 후 그 사실심 변론종결시까지 행정심판절차를 거친 경우에는 행정심판전치주의의 요건은 충족된 것으로 본다.

- 행정심판전치주의의 근본취지가 행정청에게 반성의 기회를 부여하고 행정청의 전문지식을 활용하는데 있는 것이므로 제소 당시에 비록 전치요건을 구비하지 못한 위법이 있다 하여도 사실심 변론종결당시까지 그 전치요건을 갖추었다면 그 흠결의 하자는 치유되었다고 볼 것이다(대판 1987.9.22. 87누176).

- ㉔ ㉓ 동일한 행정처분에 의하여 여러 사람이 동일한 의무를 부담하는 경우 그 중 한 사람이 적법한 행정심판을 제기하여 행정처분청으로 하여금 그 행정처분을 시정할 수 있는 기회를 가지게 한 이상 나머지 사람은 행정심판을 거치지 아니하더라도 행정소송을 제기할 수 있다(대판 1988.2.23. 87누704).

5

15 취소소송의 피고에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 교육조례에 대한 무효확인소송의 경우 의결기관인 지방의회가 아니라 시·도교육감이 피고가 된다.
- ② 행정심판의 재결이 항고소송의 대상이 되는 경우에는 재결을 한 행정심판위원회가 피고가 된다.
- ③ 세무서장의 위임에 의하여 한국자산관리공사가 한 공매처분에 대하여 세무서장을 피고로 하여 취소소송을 제기한 경우 법원은 석명권을 행사하여 피고를 한국자산관리공사로 경정하게 하여야 한다.
- ④ 내부위임의 경우 처분권한이 이전되지 않으므로 수임기관이 자신의 이름으로 처분을하였더라도 위임청이 피고가 된다.
- ⑤ 토지수용위원회가 처분청인 경우 토지수용위원회 위원장이 아니라 토지수용위원회가 피고가 된다.

해설

- ① (○) 처분적 조례에 대한 항고소송의 피고는 조례를 공포한 자이다. 일반적인 조례의 경우 지방자치단체장이 피고이지만, 교육·학예조례인 경우 교육감이 피고가 된다.
- ② (○) 재결자체에 고유한 위법이 있어 재결에 대한 항고소송시 피고는 재결을 한 행정심판위원회이다.
- ③ (○) 성업공사(현 한국자산관리공사)가 채납압류된 재산을 공매하는 것은 세무서장의 공매권한 위임에 의한 것으로 보아야 할 것이므로, 성업공사가 한 그 공매처분에 대한 취소 등의 항고소송을 제기함에 있어서는 수임청으로서 실제로 공매를 행한 성업공사를 피고로 하여야 하고, 위임청인 세무서장은 피고적격이 없다. 세무서장의 위임에 의하여 성업공사가 한 공매처분에 대하여 피고 지정을 잘못하여 피고적격이 없는 세무서장을 상대로 그 공매처분의 취소를 구하는 소송이 제기된 경우, 법원으로는 석명권을 행사하여 피고를 성업공사로 경정하게 하여 소송을 진행하여야 한다(대판 1997.2.28. 96누1757).
- ④ (×) • **권한위임·내부위임·대리와 항고소송 피고**

처분권자 / 처분방식		피고
권한 위임·위탁		수임·수탁기관
내부위임 (위임전결)	위임기관 명의로 처분시	위임기관
	수임기관이 자기 명의로 처분시	수임기관
대리	대리관계를 밝히고 처분시	피대리기관
	대리관계를 밝히지 않고 대리기관 자신 명의로 처분시	대리기관

• 행정권한의 위임은 행정관청이 법률에 따라 특정한 권한을 다른 행정관청에 이전하여 수임관청의 권한으로 행사하도록 하는 것이어서 권한의 법적인 귀속을 변경하는 것이므로 법률이 위임을 허용하고 있는 경우에 한하여 인정된다 할 것이고, 이에 반하여 행정권한의 내부위임은 법률이 위임을 허용하고 있지 아니한 경우에도 행정관청의 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급행정관청으로 하여금 그의 권한을 사실상 행사하게 하는 것이므로, 권한위임의 경우에는 수임관청이 자기의 이름으로 그 권한행사를 할 수 있지만 내부위임의 경우에는 수임관청은 위임관청의 이름으로만 그 권한을 행사할 수 있을 뿐 자기의 이름으로는 그 권한을 행사할 수 없다(대판 1995.11.28. 94누6475).

• 행정처분의 취소 또는 무효확인을 구하는 행정소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분을 행한 행정청을 피고로 해야 하며, 행정처분을 행할 적법한 권한 있는 **상급행정청으로부터 내부위임을 받은 데 불과한 하급행정청이 권한 없이 행정처분을 한 경우에도 실제로 그 처분을 행한 하급행정청(수임청)을 피고로 해야 할 것이지 그 처분을 행할 적법한 권한 있는 상급행정청을 피고로 할 것이 아니다**(대판 1991.2.22. 90누5641).

- ⑤ (○) 처분청이 합의제 행정청인 경우 원칙적으로 합의제행정청이 피고.

답 ④

16 행정소송의 관할에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 특허심판원의 심결에 불복하는 경우 그 취소를 구하는 소송은 서울행정법원에 제기하여야 한다.
- ② 고의 또는 중과실 없이 행정소송으로 제기하여야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기한 경우, 나머지 소송요건을 모두 갖추었더라도 법원은 각하해야 한다.
- ③ 민사소송으로 제기할 것을 당사자소송으로 행정법원에 제기하고 피고가 관할위반이라고 항변하지 아니하고 본안에 대한 변론을 한 경우, 행정법원에 변론관할이 생겼다고 본다.
- ④ 국가의 사무를 위탁받은 공공단체를 피고로 하여 취소소송을 제기하는 경우 대법원소재지를 관할하는 행정법원에 제기하는 것은 관할 위반이다.
- ⑤ 항고소송을 제기할 것을 민사소송으로 잘못 제기한 경우 수소법원이 그 항고소송에 대한 관할도 동시에 가지고 있다면 민사소송으로 심리·판단할 수 있다.

해설

- ① (×) 특허출원에 대한 심사관의 거절사정에 대해 **행정소송을 제기할 수 없고 특허심판원에 심판청구를 한 후 그 심결(審決)을 소송대상으로 하여 특허법원에 심결취소를 구하는 소를 제기해야 함.**

※ 개별법상 재결주의 규정

감사원의 재심의 판정 (감사원법 제40조 2항)	감사원의 변상판정에 대해 재심을 청구할 수 있고, 변상판정(원처분)이 아닌 감사원의 재심의 판정에 대하여 감사원(감사원장×) 을 피고로 행정소송 제기 가능.
중앙노동위원회의 재심판정 (노동조합 및 노동관계조정법 제85조)	중앙노동위원회의 재심판정에 대한 행정소송은 원처분인 중앙노동위원회의 처분이 아니라 중앙노동위원회의 재심판정을 대상으로 중앙노동위원장(중앙노동위원회×) 을 피고로 재심판정서의 송달을 받은 날부터 15일 이내에 제기 가능
특허심판원의 심결 (특허법 제186조)	특허출원에 대한 심사관의 거절사정에 대해 행정소송을 제기할 수 없고 특허심판원에 심판청구를 한 후 그 심결(審決)을 소송대상으로 하여 특허법원에 심결취소를 구하는 소를 제기해야 함.

- ② (×) 원고가 고의 또는 중대한 과실 없이 행정소송으로 제기하여야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기한 경우, 수소법원으로서만 만약 그 행정소송에 대한 관할도 동시에 가지고 있다면 이를 행정소송으로 심리·판단하여야 하고, 그 행정소송에 대한 관할을 가지고 있지 아니하다면 관할법원에 이송하여야 한다(대판 2021.2.4. 2019다277133).
- ③ (○) 민사소송인 이 사건 소(환매대금증감청구소송)가 서울행정법원에 제기되었는데도 피고는 제1심법원에서 관할위반이라고 항변하지 아니하고 본안에 대하여 변론을 한 사실을 알 수 있는바, 공법상의 당사자소송 사건인지 민사사건인지 여부는 이를 구별하기가 어려운 경우가 많고 행정사건의 심리절차에 있어서는 행정소송의 특수성을 감안하여 행정소송법이 정하고 있는 특칙이 적용될 수 있는 점을 제외하면 심리절차면에서 민사소송절차와 큰 차이가 없는 점 등에 비추어 보면, 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제30조에 의하여 **제1심법원에 변론관할이 생겼다고 봄**이 상당하다(대판 2013.2.28. 2010두22368).
- ④ (×) **행정소송법 제9조(재판관할)** ② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 피고에 대하여 취소소송을 제기하는 경우에는 **대법원소재지를 관할하는 행정법원에** 제기할 수 있다.
1. 중앙행정기관, 중앙행정기관의 부속기관과 합의제행정기관 또는 그 장
 2. 국가의 사무를 위임 또는 위탁받은 공공단체 또는 그 장
- ⑤ (×) 민사소송으로 심리·판단 ⇨ 항고소송으로 심리·판단

행정사건을 민사사건으로 오해하여 민사소송을 제기한 경우, 수소법원이 취해야 할 조치 : 행정소송법 제7조는 원고의 고의 또는 중대한 과실 없이 행정소송이 심급을 달리하는 법원에 잘못 제기된 경우에 민사소송법 제31조(현행 제34조) 제1항을 적용하여 이를 관할법원에 이송하도록 규정하고 있을 뿐 아니라, 관할 위반의 소를 부적법하다고 하여 각하하는 것보다 관할법원에 이송하는 것이 당사자의 권리구제나 소송경제의 측면에서 바람직하므로, **원고가 고의 또는 중대한 과실 없이 행정소송(이 사건에서는 당사자소송)으로 제기하여야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기한 경우, 수소법원으로서만** **그 행정소송에 대한 관할도 동시에 가지고 있다면 이를 행정소송으로 심리·판단**하여야 하고, 그 행정소송에 대한 관할을 가지고 있지 아니하다면 해당 소송이 이미 행정소송으로서의 전심절차 및 제소기간을 도과하였거나 행정소송의 대상이 되는 처분 등이 존재하지도 아니한 상태에 있는 등 행정소송으로서의 소송요건을 결하고 있음이 명백하여 행정소송으로 제기되었더라도 어차피 부적법하게 되는 경우가 아닌 이상 이를 부적법한 소라고 하여 각하할 것이 아니라 관할법원에 이송하여야 한다(대판 1997.5.30. 95다28960)

답 ③

17 소의 변경에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 청구를 이유 있게 하기 위한 공격·방어 방법의 변경은 소의 변경에 포함되지 않는다.
- ② 당사자소송을 취소소송으로 변경하는 경우 취소소송의 제소기간 등 소송요건을 갖추어야 한다.
- ③ 행정청이 처분을 변경한 경우 법원은 직권으로 청구취지 또는 청구원인을 변경할 수 있다.
- ④ 처분변경으로 인한 소의 변경은 부작위위법확인소송에는 적용되지 않는다.
- ⑤ 민사소송을 항고소송으로 변경하는 것은 허용될 수 있다.

해설

- ① (○) 청구의 변경(소의 변경)이란 소송의 계속 후에 원고가 동일 피고에 대한 본래의 청구(소송목적)를 변경하는 것(소송물의 변경)을 말하며 변경 대상에 따라 청구취지의 변경과 청구원인의 변경이 있음. 동일한 청구를 유지하면서(청구 취지·원인은 불변) 그 청구를 이유 있게 하는 공격·방어방법을 변경하는 것은 법률상·사실상의 소송자료의 변경에 불과하므로, 청구의 변경에 해당되지 않는다.
- ② (○) 법원은 국가·공공단체 그 밖의 권리주체를 피고로 하는 당사자소송을 그 처분 등을 한 행정청을 피고로 하는 항고소송으로 변경하는 것이 상당하다고 인정할 때에는 청구의 기초에 변경이 없는 한 사실심 변론종결 시까지 원고의 신청에 의하여 결정으로써 소의 변경을 허가할 수 있다(행정소송법 제42조, 제21조). 다만 원고가 고의 또는 중대한 과실 없이 항고소송으로 제기해야 할 것을 당사자소송으로 잘못 제기한 경우에, **항고소송의 소송요건을 갖추지 못했음이 명백하여 항고소송으로 제기되었더라도 어차피 부적법하게 되는 경우가 아닌 이상, 법원으로서만 원고가 항고소송으로 소 변경을 하도록 석명권을 행사하여 행정청의 처분이나 부작위가 적법한지 여부를 심리·판단**해야 한다(대판 2021.12.16. 2019두45944).
- ③ (×) 법원 직권으로 불가. 원고의 신청 필요.
· 행정소송법 제22조(처분변경으로 인한 소의 변경) ① 법원은 행정청이 소송의 대상인 처분을 소가 제기된 후 변경한 때에는 **원고의 신청에 의하여** 결정으로써 청구의 취지 또는 원인의 변경을 허가할 수 있다.
- ④ (○) 준용 안 되는 규정 암기 : 無 - 前·期·事·間 / 丕 - 處·執·事.
- ⑤ (○) **고의 또는 중대한 과실 없이 행정소송으로 제기하여야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기하고 수소법원이 그 행정소송에 대한 관할도 동시에 가지고 있는 경우, 수소법원이 취하여야 할 조치** : 행정소송법 제7조는 원고의 고의 또는 중대한 과실 없이 행정소송이 심급을 달리하는 법원에 잘못 제기된 경우에 민사소송법 제31조 제1항을 적용하여 이를 관할 법원에 이송하도록 규정하고 있을 뿐 아니라 관할 위반의 소를 부적법하다고 하여 각하하는 것보다 관할 법원에 이송하는 것이 당사자의 권리 구제나 소송경제의 측면에서 바람직하므로, 원고가 고의 또는 중대한 과실 없이 행정소송으로 제기하여야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기한 경우 수소법원으로서만 만약 그 행정소송에 대한 관할도 동시에 가지고 있는 경우라면, 행정소송으로서의 전심절차 및 제소기간을 도과하였거나 행정소송의 대상이 되는 처분 등이 존재하지도 아니한 상태에 있는 등 **행정소송으로서의 소송요건을 결하고 있음이 명백하여 행정소송으로 제기되었더라도 어차피 부적법하게 되는 경우가 아닌 이상, 원고로 하여금 항고소송으로 소 변경을 하도록 하여 그 1심법원으로 심리·판단**하여야 한다(대판 1999.11.26. 97다42250).

답 ③

18 행정소송상 당사자능력에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ㉠ 행정소송법은 행정소송에서의 당사자능력에 관하여 규정하고 있지 않다.
- ㉡ 구청장이 업무처리지침 시달로 담당 신고접수사무를 동장에게 위임한 경우 동장은 행정소송의 당사자능력을 갖는다.
- ㉢ 국민권익위원회가 소방청장에게 인사에 관한 부당한 지시를 취소하라는 조치요구를 통지한 경우 소방청장은 그 조치요구의 취소를 구할 당사자능력을 갖는다.

- ① ㉠ ② ㉡ ③ ㉠, ㉢ ④ ㉡, ㉢ ⑤ ㉠, ㉡, ㉢

해설

- ㉠ (○) 행정소송법에 당사자적격(원고적격·피고적격)은 규정하고 있으나 당사자능력은 규정하고 있지 않음.

당사자능력	• 소송당사자(원고·피고·참가인)가 될 수 있는 소송법상의 권리능력(자격). 자기 이름으로 재판을 청구하거나 받거나 소송상의 효과를 받을 수 있는 자격 • 민법 기타 법률에 의해 권리능력을 가진 자(자연인·법인)는 당사자능력을 가짐. • 법인 아닌 사단·재단은 대표자나 관리인이 있으면 그 단체 이름으로 당사자가 될 수 있음
당사자적격	• 개별적·구체적 소송사건에서 당사자(원고·피고·참가인)로서 소송을 수행하고 본안판결을 받기에 적합한 자격으로서 원고적격·피고적격·참가인적격. • 당사자능력이 있음을 전제로 함

- ㉡ (×) 지방자치법 143조 3항이 규정에 의하면 동장은 구청장을 보좌하며 그 구역내에 시행하는 국가와 자치단체의 사무를 처리하고 소속직원을 지휘

감독한다고 규정하여 설사 업무처리지침시달로 담당신고 접수사무를 동장에게 위임하였다 하더라도 시는 권한까지 위임한 것은 아니고 행정소송법 3조에 의하면 행정소송의 피고는 행정청인데 동장은 행정기관의 내부에 부속되어 구청장을 보좌하는 보조기관에 지나지 아니하여 행정청이라 말할 수 없어서 행정소송의 당사자능력 내지 적격이 없다(서울고법 1975.2.4. 74구194).

- ㉔ (○) **법령이 특정한 행정기관 등으로 하여금 다른 행정기관을 상대로 제재적 조치를 취할 수 있도록 하면서, 그에 따르지 않으면 그 행정기관에 대하여 과태료를 부과하거나 형사처벌을 할 수 있도록 정하는 경우, 제재적 조치의 상대방인 행정기관 등에게 항고소송 원고로서의 당사자능력과 원고적격을 인정할 수 있는지 여부(한정 적극)** : 국가기관 등 행정기관(이하 '행정기관 등'이라 한다) 사이에 권한의 존부와 범위에 관하여 다툼이 있는 경우에 이는 통상 내부적 분쟁이라는 성격을 띠고 있어 상급관청의 결정에 따라 해결되거나 법령이 정하는 바에 따라 '기관소송'이나 '권한쟁의심판'으로 다루어진다. 그런데 법령이 특정한 행정기관 등으로 하여금 다른 행정기관을 상대로 제재적 조치를 취할 수 있도록 하면서, 그에 따르지 않으면 그 행정기관에 대하여 과태료를 부과하거나 형사처벌을 할 수 있도록 정하는 경우가 있다. 이러한 경우에는 단순히 국가기관이나 행정기관의 내부적 문제라거나 권한 분장에 관한 분쟁으로만 볼 수 없다. 행정기관의 제재적 조치의 내용에 따라 '구체적 사실에 대한 법집행으로서 공권력의 행사'에 해당할 수 있고, 그러한 조치의 상대방인 행정기관이 입게 될 불이익도 명확하다. 그런데도 그러한 제재적 조치를 기관소송이나 권한쟁의심판을 통하여 다룰 수 없다면, 제재적 조치는 그 성격상 단순히 행정기관 등 내부의 권한 행사에 머무는 것이 아니라 상대방에 대한 공권력 행사로서 항고소송을 통한 주관적 구제대상이 될 수 있다고 보아야 한다. 기관소송 법정주의를 취하면서 제한적으로만 이를 인정하고 있는 현행 법령의 체계에 비추어 보면, 이 경우 항고소송을 통한 구제의 길을 열어주는 것이 법치국가 원리에도 부합한다. 따라서 이러한 권리구제나 권리보호의 필요성이 인정된다면 예외적으로 그 제재적 조치의 상대방인 행정기관 등에게 항고소송 원고로서의 당사자능력과 원고적격을 인정할 수 있다. 국민권익위원회가 소방청장에게 인사와 관련하여 부당한 지시를 한 사실이 인정된다며 이를 취소할 것을 요구하기로 의결하고 그 내용을 통지하자 소방청장이 국민권익위원회 조치요구의 취소를 구하는 소송을 제기한 사안에서, 처분성이 인정되는 국민권익위원회의 조치요구에 불복하고자 하는 소방청장으로서의 조치요구의 취소를 구하는 항고소송을 제기하는 것이 유효·적절한 수단으로 볼 수 있으므로 소방청장이 예외적으로 당사자능력과 원고적격을 가진다(대판 2018.8.1. 2014두35379)

답 ③

19 항고소송상 원고적격에 관한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?

- ① 채석허가를 받은 자에 대한 관할 행정청의 채석허가취소처분에 대하여 수허가자의 지위를 양수한 양수인은 그 처분의 취소를 구할 원고적격이 있다.
- ② 환경부장관이 생태·자연도 1등급 지역을 2등급으로 변경하는 처분에 대해 1등급 권역 인근주민은 이 처분의 무효확인을 구할 원고적격이 없다.
- ③ 대한의사협회는 보건복지부 고시인 '건강보험요양급여행위 및 그 상대가치점수 개정'의 취소를 구할 원고적격이 없다.
- ④ 이른바 예탁금회원제 골프장의 기존회원은 골프장시설업자의 회원모집계획서에 대한 시·도지사의 검토결과통보의 취소를 구할 원고적격이 없다.
- ⑤ 전국고속버스운송사업조합은 도지사의 시외버스운송사업자에 대한 사업계획변경인가처분의 취소를 구할 원고적격이 없다.

해설

- ① (○) 산림법 제90조의2 제1항, 제118조 제1항, 같은법시행규칙 제95조의2 등 산림법령이 수허가자의 명의변경제도를 두고 있는 취지는, 채석허가가 일반적·상대적 금지를 해제하여 줌으로써 채석행위를 자유롭게 할 수 있는 자유를 회복시켜 주는 것일 뿐 권리를 설정하는 것이 아니어서 관할 행정청과의 관계에서 수허가자의 지위의 승계를 직접 주장할 수는 없다 하더라도, 채석허가가 대물적 허가의 성질을 아울러 가지고 있고 수허가자의 지위가 사실상 양도·양수되는 점을 고려하여 수허가자의 지위를 사실상 양수한 양수인의 이익을 보호하고자 하는 데 있는 것으로 해석되므로, 수허가자의 지위를 양수받아 명의변경신고를 할 수 있는 양수인의 지위는 단순한 반사적 이익이나 사실상의 이익이 아니라 산림법령에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익으로서 법률상 이익이라고 할 것이고, 채석허가가 유효하게 존속하고 있다는 것이 양수인의 명의변경신고의 전제가 된다는 의미에서 관할 행정청이 양도인에 대하여 채석허가를 취소하는 처분을 하였다면 이는 양수인의 지위에 대한 직접적 침해가 된다고 할 것이므로 양수인은 채석허가를 취소하는 처분의 취소를 구할 법률상 이익을 가진다(대판 2003.7.11. 2001두6289)
- ② (○) **환경부장관이 생태·자연도 1등급 지정던 지역을 2등급 또는 3등급으로 변경하는 생태·자연도 수정·보완을 고시하자, 인근 주민 甲은 생태·자연도 등급변경처분의 무효 확인을 구할 원고적격이 없음** : 생태·자연도는 토지이용 및 개발계획의 수립이나 시행에 활용하여 자연환경을 체계적으로 보전·관리하기 위한 것일 뿐, 1등급 권역의 인근 주민들이 가지는 생활상 이익을 직접적이고 구체적으로 보호하기 위한 것이 아님이 명백하고, 1등급 권역의 인근 주민들이 가지는 이익은 환경보호라는 공공의 이익이 달성됨에 따라 반사 적으로 얻게 되는 이익에 불과하므로, 인근 주민에 불과한 甲은 생태·자연도 등급권역을 1등급에서 일부는 2등급으로, 일부는 3등급으로 변경한 결정의 무효확인을 구할 원고적격이 없다(대판 2014.2.21. 2011두29052).
- ③ (○) 사단법인 대한의사협회는 의료법에 의하여 의사들을 회원으로 하여 설립된 사단법인으로 서, 국민건강보험법상 요양급여행위, 요양급여비용의 청구 및 지급과 관련하여 직접적인 법률관계를 갖지 않고 있으므로, 보건복지부고시인 '건강보험요양급여행위 및 그 상대가치점수 개정'으로 인하여 자신의 법률상 이익을 침해당하였다고 할 수 없으므로 위 고시의 취소를 구할 원고적격이 없다(대판 2006.5.25. 2003두11988).
- ④ (×) **회원제골프장의 기존 회원이 회원모집계획서에 대한 시·도 지사의 검토결과통보의 취소를 구할 법률상 이익 인정** : 회사가 정하는 자격기준에 준하는 자로서 입회승인을 받은 회원은 일정한 입회금을 납부하고 회사가 지정한 시설을 이용할 때에는 회사가 정한 요금을 지불해야 하며 회사는 회원의 입회금을 5년 후에 상환하도록 정해져 있는 예탁금회원제 골프장에 있어서, 체육시설업자 또는 그 사업계획의 승인을 얻은 자가 회원모집계획서를 제출하면서 허위의 사업시설 설치공정확인서를 첨부하거나 사업계획의 승인을 받을 때 정한 예정인원을 초과하여 회원을 모집하는 내용의 회원모집계획서를 제출하여 그에 대한 시·도지사 등의 검토결과 통보를 받는다면 이는 기존회원의 골프장에 대한 법률상의 지위에 영향을 미치게 되므로, 이러한 경우 기존회원은 위와 같은 회원모집계획서에 대한 시·도지사의 검토결과 통보의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다고 보아야 한다(대판 2009.2.26. 2006두16243).
- ⑤ (○) 원고 전국고속버스운송사업조합이 고속버스운송사업면허를 얻은 자동차운전사업자들을 조합원으로 하여 설립된 동업자단체로서 고속버스운송사업의 건전한 발전과 고속버스운송사업자들의 공동의 이익을 증진시키는 사업을 수행한다고 하더라도, 피고인 경상북도지사가 시외버스운송사업자에게, 그가 보유하고 있던 대구 - 주왕산 노선의 운행계통을 일부 분리하여 기점을 영천으로 하고 경부고속도로를 경유하여 종점을 서울까지로 연장하는 내용의 이 사건 시외버스운송사업계획변동인가처분을 함으로 인하여, 그 노선에 관계가 있는 고속버스운송사업자의 경제적 이익이 침해됨은 별론으로 하고 원고조합 자신의 법률상 이익이 침해된다거나, 고속버스운송사업자가 아닌 원고조합이 이 사건 처분에 관하여 직접적이고 구체적인 이해관계를 가진다고는 볼 수 없으므로, 원고조합이 이 사건 시외버스운송사업계획변동인가처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기할 원고적격은 없다(대판 1990.2.9. 89누4420).

답 ④

20 판례의 입장에 따라 때 원고적격이 인정되지 않는 자는?

- ① 공공건설임대주택에 대한 분양전환가격 산정의 위법을 이유로 임대사업자에 대한 분양전환승인의 효력을 다투고자 하는 경우, 임차인
- ② 자신과 동일한 사업구역 내에서 동종의 사업용화물자동차면허 대수를 늘리는 보충인가처분의 취소를 구하고자 하는 경우, 기존 개별화물자동차운송사업자
- ③ 자신의 영업허가지역 내로 영업소 이전을 허가하는 약종상영업소이전허가처분의 취소를 구하고자 하는 경우, 기존 약종상 영업자
- ④ 개발제한구역 중 일부 취락을 개발제한구역에서 해제하는 내용의 도시관리계획변경결 정의 취소를 구하고자 하는 경우, 개발제한구역 해제대상에서 누락된 토지의 소유자
- ⑤ 광업권설정허가처분의 취소를 구하려는 경우, 광산개발로 재산상·환경상의 이익을 침해당할 우려가 있는 토지소유자

해설

- ① **【원고적격 ○】** 구 임대주택법 제21조에 의한 분양전환승인은 '해당 임대주택이 임대무기간 경과 등으로 분양전환 요건을 충족하는지 여부' 및 '분양전환승인신청서에 기재된 분양전환가격이 임대주택법령의 규정에 따라 적법하게 산정되었는지'를 심사하여 승인하는 행정처분에 해당하고, 그 중 분양전환가격에 관한 부분은 시장 등이 분양전환에 따른 분양계약의 매매대금 산정의 기준이 되는 분양전환가격의 적정성을 심사하여 그 분양전환가격이 적법하게 산정된 것임을 확인하고 임대사업자로 하여금 승인된 분양전환가격을 기준으로 분양전환을 하도록 하는 처분이다. 이러한 절차를 거쳐 승인된 분양전환가격은 곧바로 임대사업자와 임차인 사이에 체결되는 분양계약상 분양대금의 내용이 되는 것은 아니지만, 임대사업자는 승인된 분양전환가격을 상한으로 하여 분양대금을 정하여 임차인과 분양계약을 체결하여야 하므로, 분양전환승인 중 분양전환가격에 대한 부분은 임대사업자뿐만 아니라 임차인의 법률적 지위에도 구체적이고 직접적인 영향을 미친다. 따라서 분양전환승인 중 분양전환가격을 승인하는 부분은 단순히 분양계약의 효력을 보충하여 그 효력을 완성시켜주는 강화상 '인가'에 해당한다고 볼 수 없고, **임차인들에게는 분양계약을 체결한 이후 분양대금이 강행규정인 임대주택법령에서 정한 산정기준에 의한 분양전환가격을 초과하였음을 이유로 부당이득반환을 구하는 민사소송을 제기하는 것과 별개로, 분양계약을 체결하기 전 또는 체결한 이후라도 항고소송을 통하여 분양전환승인의 효력을 다툴 법률상 이익(원고적격)이 있다고** 보아야 한다(대판 2020.7.23. 2015두48129).
- ② **【원고적격 ○】** 자동차운수사업법 제6조 제1항 제1호에서 당해 사업계획이 당해 노선 또는 사업구역의 수송수요와 수송력공급에 적합할 것을 면허의 기준으로 정한 것은 자동차운수사업에 관한 질서를 확립하고 자동차운수사업의 종합적인 발달을 도모하여 공공의 복리를 증진함과 동시에 업자간의 경쟁으로 인한 경영의 불합리를 미리 방지하자는 데 그 목적이 있다 할 것이므로 개별화물자동차운송사업면허를 받아 이를 영위하고 있는 기존의 업자로서는 동일한 사업구역내의 동종의 사업용 화물자동차면허대수를 늘리는 보충인가처분에 대하여 그 취소를 구할 법률상 이익이 있다(대판 1992.7.10. 91누9107).
- ③ **【원고적격 ○】** 갑이 적법한 약종상허가를 받아 허가지역내에서 약종상영업을 경영하고 있음에도 불구하고 행정관청이 구 약사법시행규칙(1969.8.13. 보건사회부령 제344호)을 위배하여 같은 약종상인 을에게 을의 영업허가지역이 아닌 갑의 영업허가지역내로 영업소를 이전하도록 허가하였다면 갑으로서로는 이로 인하여 기존업자로서의 법률상 이익을 침해받았음이 분명하므로 갑에게는 행정관청의 영업소이전허가처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다(대판 1988.6.14. 87누873).
- ④ **【원고적격 ×】** 개발제한구역을 해제하는 내용의 도시관리계획변경결정에 대하여 특정 토지의 소유자가 자신의 토지가 그 해제대상에 포함되어야 한다고 주장하면서 계획변경결정의 취소를 구할 법률상 이익 부정 : 원고 소유의 토지가 속한 취락 부분이 개발제한구역으로 지정되어 있다가 원고 소유 토지를 제외한 나머지 취락 지역을 개발제한구역에서 해제하기로 하는 도시관리계획변경결정이 이루어지자, 원고가 그 도시관리계획변경결정이 위법하다며 취소를 구하는 사안에서, 원고 소유 토지는 도시관리계획변경결정 전후를 통하여 개발제한구역으로 지정된 상태에 있으므로 이 사건 도시관리계획변경결정으로 인하여 그 소유자인 원고가 위 토지를 사용·수익·처분하는 데 새로운 공법상의 제한을 받거나 종전과 비교하여 더 불이익한 지위에 있게 되는 것은 아니고, 원고의 청구취지와 같이 이 사건 도시관리계획변경결정 중 원고 소유 토지가 속한 취락 부분이 취소된다 하더라도 그 결과 이 사건 도시관리계획변경결정으로 개발제한구역에서 해제된 제3자 소유의 토지들이 종전과 같이 개발제한구역으로 남게 되는 결과가 될 뿐, 원고소유의 이 사건 토지가 개발제한구역에서 해제되는 것도 아니므로, 원고에게는 제3자 소유의 토지에 관한 이 사건 도시관리계획변경결정의 취소를 구할 직접적이고 구체적인 이익이 있다고 할 수 없다(대판 2008.7.10. 2007두10242).
- ⑤ **【원고적격 ○】** 광업권설정허가처분의 근거 법규 또는 관련 법규의 취지는 광업권설정허가처분과 그에 따른 광산 개발과 관련된 후속 절차로 인하여 직접적이고 중대한 재산상·환경상 피해가 예상되는 토지나 건축물의 소유자나 점유자 또는 이해관계인 및 주민들이 전과 비교 하여 수인한도를 넘는 재산상·환경상 침해를 받지 아니한 채 토지나 건축물 등을 보유하며 쾌적하게 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 보호하려는 데 있으므로, 광업권설정허가처분과 그에 따른 광산 개발로 인하여 재산상·환경상 이익의 침해를 받거나 받을 우려가 있는 토지나 건축물의 소유자와 점유자 또는 이해관계인 및 주민들은 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 재산상·환경상 이익의 침해를 받거나 받을 우려가 있다는 것을 증명함으로써 그 처분의 취소를 구할 원고적격을 인정받을 수 있다(대판 2008.09.11. 2006두 7577).

답 ④

21 행정소송법 상 법률상 이익 유무에 관한 판례의 입장으로 옳은 것은?

- ① 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」에 따라 공장설립승인처분 후에 공장건축허가처분이 있는 경우, 공장설립승인처분이 취소된 이후에는 공장건축허가처분의 취소를 구할 이익이 없다.
- ② 과세관청이 직권으로 법인세법 상 소득처분을 경정하면서 일부 항목은 증액을 하고 동시에 다른 항목은 감액을 한 결과 전체로서 소득처분금액이 감소된 경우, 소득금액 변동통지의 취소를 구할 이익이 있다.
- ③ 파면처분이 있는 후에 금고 이상의 형을 선고받아 당연퇴직사유가 발생한 경우, 파면처분의 취소를 구할 이익이 없다.
- ④ 주유소 운영사업자 선정처분이 내려진 경우, 불선정된 사업자는 경원관계에 있는 사업자에 대한 선정처분의 취소를 구하지 않고 자신에 대한 불선정처분의 취소를 구할 이익이 있다.
- ⑤ 행정청이 공무원에 대하여 직위해제처분을 한 후 다시 새로운 직위해제사유에 기한 직위해제처분을 한 경우, 이전에 한 직위해제처분의 취소를 구할 이익이 있다.

해설

- ① (×) 개발제한구역 안에서의 공장설립을 승인한 처분이 위법하다는 이유로 **쟁송취소되었으나 그 승인처분에 기초한 공장건축허가처분이 잔존하는 경우, 인근 주민들에게 공장건축허가처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있음** : 구 산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률(2009. 2. 6. 법률 제9426호로 개정되기 전의 것) 제13조 제1항, 제13조의2 제1항 제16호, 제14조, 제50조, 제13조의5 제4호의 규정을 종합하면, 공장설립승인처분이 있고 난 뒤에 또는 그와 동시에 공장건축허가처분을 하는 것이 허용되므로, 공장설립승인처분이 취소된 경우에는 그 승인처분을 기초로 한 공장건축허가처분 역시 취소되어야 하고, 공장설립승인처분에 근거하여 토지의 형질변경이 이루어진 경우에는 원상회복을 해야 함이 원칙이다. 따라서 개발제한구역 안에서의 공장설립을 승인한 처분이 위법하다는 이유로 **쟁송취소되었다고 하더라도 그 승인처분에 기초한 공장건축허가처분이 잔존하는 이상, 공장설립승인처분이 취소되었다는 사정만으로 인근 주민들의 환경상 이익이 침해되는 상태나 침해될 위험이 종료되었다거나 이를 시정할 수 있는 단계가 지나버렸다고 단정할 수는 없고, 인근 주민들은 여전히 공장건축허가처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 보아야 한다**(대판 2018.7.12. 2015두3485).
- ② (×) **법인세 과세표준과 관련하여 과세관청이 법인의 소득처분 상대방에 대한 소득처분을 경정하면서 증액과 감액을 동시에 한 결과 전체로서 소득처분금액이 감소된 경우, 법인이 소득금액변동통지의 취소를 구할 소의 이익이 없음** : 법인이 법인세의 과세표준을 신고하면서 배당, 상여 또는 기타소득으로 소득처분한 금액은 당해 법인이 신고기일에 소득처분의 상대방에게 지급한 것으로 의제되어 그때 원천징수 하는 소득세의 납세의무가 성립·확정되며, 그 후 **과세관청이 직권으로 상대방에 대한 소득처분을 경정하면서 일부 항목에 대한 증액과 다른 항목에 대한 감액을 동시에 한 결과 전체로서 소득처분금액이 감소된 경우에는 그에 따른 소득금액변동통지가 납세자인 당해 법인에 불이익을 미치는 처분이 아니므로 당해 법인은 그 소득금액변동통지의 취소를 구할 이익이 없다**(대판 2012.4.13. 2009두5510).
- ③ (×) **파면처분이 있는 후에 금고 이상의 형을 선고받아 당연퇴직된 경우에도 파면처분의 취소를 구할 이익이 있음** : 파면처분취소소송의 사실심변론종결 전에 동원고가 허위공문서등작성죄로 징역 8월에 2년간 집행유예의 형을 선고받아 확정되었다면 원고는 지방공무원법 제61조의 규정에 따라 위 판결이 확정된 날 당연퇴직되어 그 공무원의 신분을 상실하고, 당연퇴직이나 파면이 퇴직급여에 관한 불이익의 점에 있어 동일하다 하더라도 최소한도 이 사건 파면처분이 있는 때부터 위 법규정에 의한 당연퇴직일자까지의 기간에 있어서는 파면처분의 취소를 구하여 그로 인해 박탈당한 이익의 회복을 구할 소의 이익이 있다 할 것이다(대판 1985.6.25. 85누39)
- ④ (○) **인가·허가 등 수익적 행정처분을 신청한 여러 사람이 서로 경원관계에 있는 경우, 허가 등 처분을 받지 못한 사람이 자신에 대한 거부처분의 취소를 구할 원고적격과 소의 이익이 있음** : 인가·허가 등 수익적 행정처분을 신청한 여러 사람이 서로 경원관계에 있어서 한 사람에 대한 허가 등 처분이 다른 사람에 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).
- ⑤ (×) 행정청이 공무원에 대하여 새로운 직위해제사유에 기한 직위해제처분을 한 경우 그 이전에 한 직위해제처분은 이를 묵시적으로 철회하였다고 봄이 상당하므로, **그 이전 처분의 취소를 구하는 부분은 존재하지 않는 행정처분을 대상으로 한 것으로서 그 소의 이익이 없어 부적법하다**(대판 2003.10.10. 2003두5945)

답 ④

22

처분의 효력 유무 또는 존재 여부가 민사소송의 선결문제로 되어 당해 민사소송의 수소법원이 이를 심리·판단하는 경우에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있다.
- ② 법원은 당사자의 신청에 의하여 다른 행정청을 소송에 참가시킬 수 있다.
- ③ 법원은 당사자의 신청이 있는 때에는 재결을 행한 행정청에 대하여 행정심판에 관한 기록의 제출을 명할 수 있다.
- ④ 법원은 처분이 위법하다고 판단하는 때에는 이를 취소할 수 있다.
- ⑤ 소송비용에 관한 재판이 확정된 때에는 참가인이었던 행정청이 소속하는 국가에 그 효력을 미친다.

해설

- ④ (×) 처분이 위법할 경우 해당 처분을 취소할 수 있는 것은 행정법원의 권한이지 민사법원의 권한이 아니다.
- 민사소송의 수소법원이 처분의 효력 유무나 존재 여부를 선결문제로 심리·판단할 경우 행정소송법 제17조(행정청의 소송참가), 제25조(행정심판기록의 제출명령), 제26조(직권심리) 및 제33조(소송비용에 관한 재판의 효력)의 규정을 준용
- 행정소송법 규정

제11조(선결문제) ① 처분등의 효력 유무 또는 존재 여부가 민사소송의 선결문제로 되어 당해 민사소송의 수소법원이 이를 심리·판단하는 경우에는 제17조, 제25조, 제26조 및 제33조의 규정을 준용한다.
제17조(행정청의 소송참가) ① 법원은 다른 행정청을 소송에 참가시킬 필요가 있다고 인정할 때에는 당사자 또는 당해 행정청의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 행정청을 소송에 참가시킬 수 있다.
제25조(행정심판기록의 제출명령) ① 법원은 당사자의 신청이 있는 때에는 결정으로써 재결을 행한 행정청에 대하여 행정심판에 관한 기록의 제출을 명할 수 있다.
제26조(직권심리) 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.
제33조(소송비용에 관한 재판의 효력) 소송비용에 관한 재판이 확정된 때에는 피고 또는 참가인이었던 행정청이 소속하는 국가 또는 공공단체에 그 효력을 미친다.

답 ④

23

유휴주점을 운영하고 있는 甲은 유휴주점영업허가 취소처분이 있음을 2021.5.24. 알게 되었고, 2021.8.15.(일요일) 그 처분이 위법함을 알게 되었다. 이 경우 甲이 적법하게 취소소송을 제기할 수 있는 마지막 날은 2021.8.()이다. ()에 들어갈 날짜는?

- ① 22 ② 23 ③ 24 ④ 25 ⑤ 26

해설

• 처분이 있는 날(2021.5.24.)부터 90일 이내 취소소송을 제기해야 하므로 기간의 계산에 관하여 민법 상 원칙인 초일불산입 원칙이 적용되므로 5월25일부터 90일(7+30+31+22)이 되는 날은 8월 22일이다. 그런데 문제에 언급된 8월 15일이 일요일이므로 8월 22일도 일요일이다. 민법 상 기간계산 원칙인 기간 말일일 토요일이나 공휴일일 경우 그 다음날로 기간이 만료되므로 8월 23일까지가 제소기간이 된다.
* 행정기본법 제6조 2항의 국민의 권익을 제한하거나 의무를 부과하는 경우(예 영업정지기간)의 기간 계산(기간 첫날 산입 / 기간 말일이 토요일·공휴일일 경우 그날로 기간만료)은 취소소송 제소기간과는 관련이 없으므로 적용되지 않는다.

답 ②

24

취소소송의 제1심 수소법원이 직권으로 할 수 없는 행위는?

- ① 처분 후 처분청이 없게 된 경우에 피고를 경정하는 행위
② 집행정지의 결정이 확정된 후 집행정지사유가 없어졌다는 이유로 집행정지의 결정을 취소하는 행위
③ 소송의 결과에 따라 권리 또는 이익의 침해를 받을 제3자를 그 소송에 참가시키는 행위
④ 피고가 아닌 다른 행정청을 소송에 참가시키는 행위
⑤ 행정청이 거부처분취소판결에 따른 재처분의무를 이행하지 않아 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하는 행위

해설

⑤ (×) 소의 변경, 행정심판기록의 제출명령, 간접강제는 당사자의 신청이 있는 경우에 가능하며 법원 직권으로는 불가능하다.

☒ 행정소송법 상 신청 또는 법원직권 관련 내용

내용	법원직권	신청	관련규정
관련청구소송의 이송 및 병합	○	○ (당사자)	• 제10조(관련청구소송의 이송 및 병합) ① 취소소송과 다음 각 호의 1에 해당하는 소송(이하 “관련청구소송”이라 한다)이 각각 다른 법원에 계속되고 있는 경우에 관련청구소송이 계속된 법원이 상당하다고 인정하는 때에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 이를 취소소송이 계속된 법원으로 이송할 수 있다. 1. 당해 처분등과 관련되는 손해배상·부당이득반환·원상회복등 청구소송 2. 당해 처분등과 관련되는 취소소송
피고 경정	·	○ (원고)	• 제14조(피고경정) ① 원고가 피고를 잘못 지정한 때에는 법원은 원고의 신청에 의하여 결정으로써 피고의 경정을 허가할 수 있다.
처분 후 처분청 권한승계나 처분 청 없게 된 때	○	○ (당사자)	• 제14조(피고경정) ⑥ 취소소송이 제기된 후에 제13조제1항 단서(처분 후 처분청 권한 승계) 또는 제13조제2항(피고가 되는 행정청이 없게 된 때)에 해당하는 사유가 생긴 때에는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 피고를 경정한다. 이 경우에는 제4항 및 제5항의 규정을 준용한다.
제3자의 소송참가	○	○ (당사자, 제3자)	• 제16조(제3자의 소송참가) ① 법원은 소송의 결과에 따라 권리 또는 이익의 침해를 받을 제3자가 있는 경우에는 당사자 또는 제3자의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 제3자를 소송에 참가시킬 수 있다.
행정청의 소송참가	○	○ (당사자, 행정청)	• 제17조(행정청의 소송참가) ① 법원은 다른 행정청을 소송에 참가시킬 필요가 있다고 인정할 때에는 당사자 또는 당해 행정청의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 행정청을 소송에 참가시킬 수 있다.
집행정지 집행정지의 취소	○	○ (당사자)	• 제23조(집행정지) ② 취소소송이 제기된 경우에 처분등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지(이하 “집행정지”라 한다)를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다. • 제24조(집행정지의 취소) ① 집행정지의 결정이 확정된 후 집행정지가 공공복리에 중대한 영향을 미치거나 그 정지사유가 없어진 때에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 집행정지의 결정을 취소할 수 있다.
소의 변경, 처분변경으로 인한 소의 변경	×	○ (당사자)	• 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. • 제22조(처분변경으로 인한 소의 변경) ① 법원은 행정청이 소송의 대상인 처분을 소가 제기된 후 변경한 때에는 원고의 신청에 의하여 결정으로써 청구의 취지 또는 원인의 변경을 허가할 수 있다.
행정심판기록의 제출명령	×	○ (당사자)	• 제25조(행정심판기록의 제출명령) ① 법원은 당사자의 신청이 있는 때에는 결정으로써 재결을 행한 행정청에 대하여 행정심판에 관한 기록의 제출을 명할 수 있다.
간접강제	×	○ (당사자)	• 제34조(거부처분취소판결의 간접강제) ① 행정청이 제30조제2항의 규정에 의한 처분을 하지 아니하는 때에는 제1심수소법원은 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 상당한 기간을 정하고 행정청이 그 기간 내에 이행하지 아니하는 때에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상을 할 것을 명할 수 있다.

답 ⑤

25

소의 변경에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 처분변경으로 인한 소의 변경 신청은 처분이 변경된 날로부터 60일 이내에 하여야 한다.
- ② 항고소송에서 당사자소송으로 소의 종류를 변경함으로써 피고의 변경이 있는 경우 법원은 종전의 피고에 대한 소를 각하하여야 한다.
- ③ 행정소송법이 정하는 소의 변경은 그 법조에 의하여 특별히 인정되는 것으로서 민사소송법 상의 소의 변경을 배척한다.
- ④ 청구의 원인을 변경하는 형태의 소의 변경은 허용되지 아니한다.
- ⑤ 사실심의 변론이 일단 종결되었더라도 그 후 변론이 재개되었다면 사실심 법원은 소의 변경을 허가할 수 있다.

해설

- ① (×) 처분의 변경이 있음을 안 날로부터 60일 이내

• 제22조(처분변경으로 인한 소의 변경) ① 법원은 행정청이 소송의 대상인 처분을 소가 제기된 후 변경한 때에는 원고의 신청에 의하여 결정으로써 청구의 취지 또는 원인의 변경을 허가할 수 있다. ② 제1항의 규정에 의한 신청은 **처분의 변경이 있음을 안 날로부터 60일 이내에** 하여야 한다.

- ② (×) 소의 종류 변경으로 피고가 변경되면 종전 피고에 대한 소송은 취하된 것으로 본다. 법원이 따로 종전 소를 각하해야 하는 것은 아님.

• 제21조(소의 변경)

- ① 법원은 취소소송을 당해 처분등에 관계되는 사무가 귀속하는 국가 또는 공공단체에 대한 당사자소송 또는 취소소송외의 항고소송으로 변경하는 것이 상당하다고 인정할 때에는 청구의 기초에 변경이 없는 한 사실심의 변론종결시까지 원고의 신청에 의하여 결정으로써 소의 변경을 허가할 수 있다.

- ④ 제1항의 규정에 의한 허가결정에 대하여는 제14조 제2항·제4항 및 제5항의 규정을 준용한다.

• 제14조(피고경정) ⑤ 제1항의 규정에 의한 결정이 있을 때에는 **종전의 피고에 대한 소송은 취하된 것으로 본다.**

- ③ (×) 행정소송에서 민사소송법상의 청구의 변경이 인정됨 : 행정소송법 제21조와 제22조가 정하는 소의 변경은 그 법조에 의하여 특별히 인정되는 것으로서 민사소송법상의 소의 변경을 배척하는 것이 아니므로, 행정소송의 원고는 행정소송법 제8조 제2항에 의하여 준용되는 민사소송법 제235조에 따라 청구의 기초에 변경이 없는 한도에서 청구의 취지 또는 원인을 변경할 수 있다(대판 1999.11.26. 99두9407).

- ④ (×) 처분변경으로 인한 소의 변경시 청구 취지나 청구원인의 변경 허용 가능(제22조 제1항), 민사소송법 235조에 의한 청구 취지·원인 변경 가능

- ⑤ (○) 소의 종류의 변경 신청에 따른 소 변경 허가는 사실심변론 종결시까지이다. 이는 사실심 변론이 일단 종결되었다가 그 후 변론이 재개된 경우에도 마찬가지이다.

답 ⑤

26

교원 징계에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 사립학교 교원에 대한 학교법인의 징계처분은 취소소송의 대상이다.
- ② 사립학교 교원 징계와 국립학교 교원 징계 모두 취소소송에 있어 원처분주의가 적용된다.
- ③ 학교법인에 의하여 징계처분을 받은 사립학교 교원은 민사소송을 제기하여 권리구제를 받을 수도 있다.
- ④ 사립학교 교원 징계에 대한 교원소청심사위원회의 결정은 행정심판의 재결에 해당하지 않는다.
- ⑤ 사립학교 교원 징계에 대한 교원소청심사위원회 결정의 기속력은 그 결정의 주문에 포함된 사항뿐 아니라 그 전제가 된 요건사실의 인정과 판단에까지 미친다.

해설

- ① (×), ③ (○) 사립학교 교원에 대한 학교법인의 징계처분은 사법관계로서 민사소송의 대상이다. 다만 「교원의 지위 향상 및 교육활동 보호를 위한 특별법」에 따라 교원소청심사위원회에 소청심사를 청구할 수 있고 소청심사위원회 결정에 불복시 항고소송이 가능하다.

☒ 교원징계에 대한 소청심사청구시 교원소청심사위원회(구 교원징계재심위원회)의 결정에 대한 불복(교육공무원은 원처분주의)

구분	국·공립학교 교원(교육공무원) 징계(원처분주의 적용)		사립학교 교원(공무원 아님) 징계
징계의 성격	처분(교육감·국립대총장이 징계) ⇨ 원처분		처분 아님(사립학교법인이 징계)
교원소청심사위원회 결정의 성격	(특별행정심판) 재결		행정처분(행정심판 재결이 아님)
소청심사위원회 결정에 불복하는 취소소송의 대상·원고·피고	원칙	- 대상 : 징계처분(원처분) - 피고 : 교육감·국립대총장	- 대상 : 위원회의 결정(처분) - 피고 : 위원회 - 원고 : 기각·각하결정에 대한 소송은 교원 / 인용결정에 대한 소송은 학교법인·학교경영자(판례는 학교의 장도 인정)
	예외	- 대상 : 위원회 결정[재결](자체의 고유한 위법시) - 피고 : 위원회	

• 「교원의 지위 향상 및 교육활동 보호를 위한 특별법」 제10조(소청심사 결정 등) ④ 1항에 따른 심사위원회의 결정에 대하여 교원, 「사립학교법」 2조에 따른 학교법인 또는 사립학교 경영자 등 당사자(공공단체는 제외)는 그 결정서를 송달받은 날부터 30일 이내에 「행정소송법」으로 정하는 바에 따라 소송을 제기할 수 있다.

- ② (△) 국·공립학교 교원(교육공무원) 징계에 대해서는 원처분주의가 적용된다. 사립학교 교원징계에 대해서는 원처분주의라는 표현 자체가 맞지 않는다. 원처분주의는 원처분과 행정심판재결이 존재할 경우를 전제로 하는데 사립학교 교원징계는 처분이 아니고 그에 대한 소청심사에서의 소청심사위원회 결정이 처분이며 행정심판재결은 따로 존재하지 않기 때문이다.

* 2018년 서울시 9급 문제에서도 ‘교원징계처분에 대해 취소소송을 제기하는 경우 사립학교 교원이나 국공립학교 교원 모두 원처분주의가 적용된다.’ 및 ‘사립학교 교원의 경우에는 소청심사위원회의 결정이 원처분이 된다.’라는 지문이 옳은 지문으로 출제되었다. 이 지문들도 원처분주의를 제대로 이해하지 못하고 출제한 지문으로 보인다.

- ④ (○) 사립학교 교원 징계처분은 행정처분이 아니며, 그에 대한 소청심사청구에 따라 소청심사위원회가 한 결정은 행정처분이고, 행정심판 재결이 아니다.

- ⑤ (×) 위원회의 결정은 처분청에 대하여 기속력을 가지고 이는 그 결정의 주문에 포함된 사항뿐 아니라 그 전제가 된 요건사실의 인정과 판단, 즉

처분 등의 구체적 위법사유에 관한 판단에까지 미친다. 아래 판례의 판결요지 4. 참조

[관련판례] 사립학교교원 해임 취소결정(소청심사위원회의 결정)에 대한 취소소송 사건(대판 2013. 7. 25. 2012두12297)

1. 교원지위향상을 위한 특별법 (이하 ‘법’이라 한다) 제7조 제1항은 각급학교 교원의 징계처분에 대한 소청심사를 하기 위하여 교원소청심사위원회(이하 ‘위원회’라 한다)를 두도록 하고, 제9조 제1항은 ‘교원이 징계처분과 그 밖에 그 의사에 반하는 불리한 처분에 대하여 불복할 때에는 그 처분이 있었던 것을 안 날부터 30일 이내에 위원회에 소청심사를 청구할 수 있다’고 하고, 이어 제10조 제2항은 ‘위원회의 결정은 처분권자를 기속한다’고 하고, 제3항은 ‘제1항에 따른 심사위원회의 결정에 대하여 교원, 사립학교법 제2조에 따른 학교법인 등 당사자는 행정소송법으로 정하는 바에 따라 소송을 제기할 수 있다’고 규정하고 있다. 또한 법 제10조 제4항의 위임에 따라 제정된 교원소청에 관한 규정 제16조 제2항 제2호와 제3호는 위원회는 소청심사청구가 이유 없다고 인정하는 때에는 그 청구를 기각하고, 이유 있다고 인정하는 때에는 처분을 취소 또는 변경하거나 처분권자에게 그 처분의 취소 또는 변경을 명한다고 규정하고 있다.
2. 위와 같은 각 규정의 내용 등을 종합해 보면, 각급학교 교원이 징계처분을 받은 때에는 위원회에 소청심사를 청구할 수 있고, 위원회가 그 심사청구를 기각하거나 원 징계처분을 변경하는 처분을 한 때에는 다시 법원에 행정소송을 제기할 수 있다. 또한 위원회가 교원의 심사청구를 인용하거나 원 징계처분을 변경하는 처분을 한 때에는 처분권자는 이에 기속되고 원 징계처분이 국·공립학교 교원에 대한 것이면 처분청은 불복할 수도 없지만, 사립학교 교원에 대한 것이면 그 학교법인 등은 위원회 결정에 불복하여 법원에 행정소송을 제기할 수 있다.
3. 다만 행정청의 처분에 대한 불복소송이라는 행정소송의 본질적 성격상, 위원회의 심사대상인 징계처분이 국·공립학교 교원에 대한 것인지 사립학교 교원에 대한 것인지에 따라, 위와 같이 위원회의 처분에 불복하여 제기되는 행정소송의 소송당사자와 심판대상 및 사후절차 등은 달리 보아야 한다.
 - ① 우선 국·공립학교 교원에 대한 징계처분의 경우에는 원 징계처분 자체가 행정처분이므로 그에 대하여 위원회에 소청심사를 청구하고 위원회의 결정이 있는 후 그에 불복하는 행정소송이 제기되더라도 그 심판대상은 교육감 등에 의한 원 징계처분이 되는 것이 원칙이다. 다만 위원회의 심사절차에 위법사유가 있다는 등 고유의 위법이 있는 경우에 한하여 위원회의 결정이 소송에서의 심판대상이 된다. 따라서 그 행정소송의 피고도 위와 같은 예외적 경우가 아닌 한 원처분을 한 처분청이 되는 것이지 위원회가 되는 것이 아니다. 또한 법원에서도 위원회 결정의 당부가 아니라 원처분의 위법 여부가 판단대상이 되는 것이므로 위원회 결정의 결론과 상관없이 원처분에 적법한 처분사유가 있는지, 그 징계양정이 적정한지가 판단대상이 되고(다만 위원회에서 원처분의 징계양정을 변경한 경우에는 그 내용에 따라 원처분이 변경된 것으로 간주되어 그 변경된 처분이 심판대상이 된다), 거기에 위법사유가 있다고 인정되면 위원회의 결정이 아니라 원 징계처분을 취소하게 되고, 그에 따라 후속절차도 원 징계처분을 한 처분청이 판결의 기속력에 따라 징계를 하지 않거나 재징계를 하게 되는 구조로 운영된다.
 - ② 반면, 사립학교 교원에 대한 징계처분의 경우에는 학교법인 등의 징계처분은 행정처분성이 없는 것이고 그에 대한 소청심사청구에 따라 위원회가 한 결정이 행정처분이고 교원이나 학교법인 등은 그 결정에 대하여 행정소송으로 다투는 구조가 되므로, 행정소송에서의 심판대상은 학교법인 등의 원 징계처분이 아니라 위원회의 결정이 되고, 따라서 피고도 행정청인 위원회가 되는 것이며, 법원이 위원회의 결정을 취소한 판결이 확정된다고 하더라도 위원회가 다시 그 소청심사청구사건을 재심사하게 될 뿐 학교법인 등이 곧바로 위 판결의 취지에 따라 재징계 등을 하여야 할 의무를 부담하는 것은 아니다.
4. 한편 **위원회의 결정은 처분청에 대하여 기속력을 가지고 이는 그 결정의 주문에 포함된 사항뿐 아니라 그 전제가 된 요건사실의 인정과 판단, 즉 처분 등의 구체적 위법사유에 관한 판단에까지 미친다.** 따라서 위원회가 사립학교 교원의 소청심사청구를 인용하여 징계처분을 취소한 데 대하여 행정소송이 제기되지 아니하거나 그에 대하여 학교법인 등이 제기한 행정소송에서 법원이 위원회 결정의 취소를 구하는 청구를 기각하여 위원회 결정이 그대로 확정되면, 위원회 결정의 주문과 그 전제가 되는 이유에 관한 판단만이 학교법인 등 처분청을 기속하게 되고, 설령 판결 이유에서 위원회의 결정과 달리 판단된 부분이 있더라도 이는 기속력을 가질 수 없다.
 그러므로 사립학교 교원이 어떠한 징계처분을 받아 위원회에 소청심사청구를 하였고, 이에 대하여 위원회가 그 징계사유 자체가 인정되지 않는다는 이유로 징계양정의 당부에 대해서는 나아가 판단하지 않은 채 징계처분을 취소하는 결정을 한 경우, 그에 대하여 학교법인 등이 제기한 행정소송 절차에서 심리한 결과 징계사유 중 일부 사유는 인정된다고 판단이 되면 법원으로서 위원회의 결정을 취소하여야 한다. 이는 설령 인정된 징계사유를 기준으로 볼 때 당초의 징계양정이 과중한 것이어서 그 징계처분을 취소한 위원회 결정이 결론에 있어서는 타당하다고 하더라도 마찬가지이다. 위와 같이 행정소송에 있어 확정판결의 기속력은 처분 등을 취소하는 경우에 그 피고인 행정청에 대해서만 미치는 것이므로, 법원이 위원회 결정의 결론이 타당하다고 하여 학교법인 등의 청구를 기각하게 되면 결국 행정소송의 대상이 된 위원회 결정이 유효한 것으로 확정되어 학교법인 등도 이에 기속되므로, 위원회 결정의 잘못은 바로잡을 길이 없게 되고 학교법인 등도 해당 교원에 대한 적절한 재징계를 할 수 없게 되기 때문이다.

* **정답 여부** : ①은 확실히 틀림. ②는 명확히 옳다고 볼 수는 없지만 확실히 틀린 지문으로 보기 곤란. ⑤는 확실히 틀림. 출제자는 사립학교 교원 징계에 대한 소청심사위원회 결정이 재결이 아니라 처분이므로 기속력이 없을 것으로 착각한 듯함. 대법원 판례는 사립학교 교원 징계에 대한 소청심사위원회 결정을 처분으로 보면서도 재결과 유사하다고 보아 기속력을 인정함. 따라서 정답을 ①⑤로 봄

답 ①⑤

27

취소소송의 대상에 있어 재결주의가 적용되는 것을 모두 고른 것은?

- | | |
|------------------------|-----------------------|
| ㉠ 국가공무원법 상 소청심사위원회의 결정 | ㉡ 감사원법 상 감사원의 재심의판정 |
| ㉢ 특허법 상 특허심판원의 심결 | ㉣ 국세기본법 상 심판청구에 대한 결정 |

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

해설

㉠㉡ : 원처분주의 / ㉢㉣ : 재결주의

☞ 개별법상 재결주의 규정

감사원의 재심의 판정 (감사원법 제40조 2항)	감사원의 변상판정에 대해 재심을 청구할 수 있고, 변상판정(원처분)이 아닌 감사원의 재심의 판정에 대하여 감사원(감사원장) 을 피고로 행정소송 제기 가능.
중앙노동위원회의 재심판정 (노동조합 및 노동관계조정법 제85조)	중앙노동위원회의 재심판정에 대한 행정소송은 원처분인 중앙노동위원회의 처분이 아니라 중앙노동위원회의 재심판정을 대상으로 중앙노동위원장(중앙노동위원회) 을 피고로 재심판정서의 송달을 받은 날부터 15일 이내에 제기 가능
특허심판원의 심결 (특허법 제186조)	특허출원에 대한 심사관의 거절사정에 대해 행정소송을 제기할 수 없고 특허심판원에 심판청구를 한 후 그 심결(審決)을 소송대상으로 하여 특허법원에 심결취소를 구하는 소를 제기해야 함.

답 ②

28 항고소송의 대상이 되는 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ㉠ 공정거래위원회의 표준약관 사용권장행위
 ㉡ 조달청이 물품구매계약의 상대방에게 한 나라장터 종합쇼핑몰 거래정지 조치
 ㉢ 방송통신심의위원회가 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」에 따라 서비스제공자에게 한 시정요구
 ㉣ 교도소장이 수형자에게 한 접견내용 녹음·녹화 및 접견 시 교도관 참여대상자 지정행위

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

해설

- ㉠ **【처분 ○】** 공정거래위원회의 표준약관 사용권장 행위는 행정처분 : 공정거래위원회의 ‘표준약관 사용권장행위’는 그 통지를 받은 해당 사업자 등에게 표준약관과 다른 약관을 사용할 경우 표준약관과 다르게 정한 주요내용을 고객이 알기 쉽게 표시하여야 할 의무를 부과하고, 그 불이행에 대해서는 과태료에 처하도록 되어 있으므로, 이는 사업자 등의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 행정처분으로서 항고소송의 대상이 된다(대판 2010.10.14. 2008두23184).
- ㉡ **【처분 ○】** 甲 갑 주식회사가 조달청과 물품구매계약을 체결하고 국가종합전자조달시스템인 나라장터 종합쇼핑몰 인터넷 홈페이지를 통해 요구받은 제품을 수요기관에 납품하였는데, 조달청이 계약이행내역 점검 결과 일부 제품이 계약 규격과 다르다는 이유로 물품구매계약 추가특수조건 규정에 따라 갑 회사에 대하여 6개월의 나라장터 종합쇼핑몰 거래정지 조치를 한 사안에서, 조달청이 계약상대자에 대하여 나라장터 종합쇼핑몰에서의 거래를 일정기간 정지하는 조치는 전자조달의 이용 및 촉진에 관한 법률, 조달사업에 관한 법률 등에 의하여 보호되는 계약상대자의 직접적이고 구체적인 법률상 이익인 나라장터를 통하여 수요기관의 전자입찰에 참가하거나 나라장터 종합쇼핑몰에서 등록된 물품을 수요기관에 직접 판매할 수 있는 지위를 직접 제한하거나 침해하는 행위에 해당하는 점 등을 종합하면, 위 거래정지 조치는 비록 추가특수조건이라는 사법상 계약에 근거한 것이지만 행정청인 조달청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사로서 그 상대방인 갑 회사의 권리·의무에 직접 영향을 미치므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2018.11.29. 2015두52395).
- ㉢ **【처분 ○】** ‘방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률’ 제21조 제4호에 근거한 방송통신심의위원회의 시정요구(이하 ‘이 사건 시정요구’라 한다)는 서비스제공자 등에게 조치결과 통지의무를 부과하고 있고, 서비스제공자 등이 이에 따르지 않는 경우 방송통신위원회의 해당 정보의 취급거부·정지 또는 제한명령이라는 법적 조치가 내려질 수 있으며, 행정기관인 방송통신심의위원회가 표현의 자유를 제한하게 되는 결과의 발생을 의도하거나 또는 적어도 예상하였다 할 것이므로, 이 사건 시정요구는 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 상당히 강하게 갖는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 공권력의 행사라고 봄이 상당하다. 따라서, 청구인들은 이 사건 시정요구에 대하여 행정소송을 제기하였어야 할 것임에도 이를 거치지 아니하였으므로 이 부분 헌법심판청구는 보충성을 결여하여 부적법하다(헌재 2012.2.23. 2008헌마500).
- ㉣ **【처분 ○】** 교도소장이 특정 수형자를 ‘접견내용 녹음·녹화 및 접견 시 교도관 참여대상자’로 지정한 행위는 행정처분 : 교도소장이 특정 수형자를 ‘접견내용 녹음·녹화 및 접견 시 교도관 참여대상자’로 지정한 행위는 원고의 접견 시마다 사생활의 비밀 등 권리에 제한을 가하는 행위이고, 이는 피고가 그 우월적 지위에서 수형자인 원고에게 일방적으로 강제하는 성격을 가진 공권력적 사실행위의 성격을 갖고 있는 점 등을 종합하면, 위와 같은 지정행위는 수형자의 구체적 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 행정청의 공법상 행위로서 항고소송의 대상이 되는 ‘처분’에 해당한다(대판 2014.2.13. 2013두20899).

답 ⑤

29 甲이 A행정청을 피고로 하여 제기한 취소소송에서, 乙은 그 소송의 결과에 따라 권리의 침해를 받을 수 있다. 乙과 피고가 아닌 B행정청의 소송참가에 관한 설명 으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 법원이 B행정청의 소송참가를 결정할 때에는 甲과 A행정청의 의견을 들어야 할 뿐 B행정청의 의견까지 들어야 하는 것은 아니다.
 ② B행정청은 행정소송법 상 행정청의 소송참가를 할 수 있을 뿐 민사소송법 상 보조참가를 할 수는 없다.
 ③ 乙의 소송참가는 당사자의 신청 또는 법원의 직권에 의하여 할 수 있을 뿐 乙 자신이소송참가를 신청할 수는 없다.
 ④ 乙은 행정소송법 상 제3자의 소송참가를 할 수 있을 뿐 민사소송법 상 보조참가의 요건을 갖추었더라도 민사소송법 상 보조참가를 할 수는 없다.
 ⑤ 乙을 소송에 참가시키는 법원의 결정이 있었을 뿐 乙이 현실적으로 소송에 참가하여 소송행위를 하지 않았다면 乙에게는 판결의 효력이 미치지 않는다.

해설

- ① (×)

행정소송법 제17조(행정청의 소송참가)

- ① 법원은 다른 행정청을 소송에 참가시킬 필요가 있다고 인정할 때에는 당사자 또는 당해 행정청의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 행정청을 소송에 참가시킬 수 있다.
 ② 법원은 제1항의 규정에 의한 결정을 하고자 할 때에는 당사자 및 당해 행정청의 의견을 들어야 한다.
 ③ 제1항의 규정에 의하여 소송에 참가한 행정청에 대하여는 민사소송법 제76조의 규정을 준용한다.

- ② (○), ④ (×)

- **보조참가** : 소송 계속 중 소송 결과에 대해 이해관계 있는 제3자가 당사자 일방의 승소를 보조하기 위해 그 소송에 참가하는 것.
- **제3자의 경우 행정소송법 16조 요건을 갖추지 못한 경우 민사소송법 상 보조참가 가능** : 행정소송 사건에서 참가인이 한 보조참가가 행정소송법 제16조가 규정한 제3자의 소송참가에 해당하지 않는 경우에도, 판결의 효력이 참가인에게까지 미치는 점 등 행정소송의 성질에 비추어 보면 그 참가는 민사소송법 제78조에 규정된 공동소송적 보조참가이다(대판 2013.3.28. 2011두13729).
- **행정청의 경우 민사소송법 상 보조참가 불가** : 행정주체와 달리 행정청은 민사소송법상 보조참가를 하기위해 필요한 당사자능력이 없기 때문.

- ③ (×)

행정소송법 제16조(제3자의 소송참가)

- ① 법원은 소송의 결과에 따라 권리 또는 이익의 침해를 받을 제3자가 있는 경우에는 당사자 또는 제3자의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 제3자를 소송에 참가시킬 수 있다.
- ② 법원이 제1항의 규정에 의한 결정을 하고자 할 때에는 미리 당사자 및 제3자의 의견을 들어야 한다.
- ③ 제1항의 규정에 의한 신청을 한 제3자는 그 신청을 각하한 결정에 대하여 즉시항고할 수 있다.
- ④ 제1항의 규정에 의하여 소송에 참가한 제3자에 대하여는 민사소송법 제67조의 규정을 준용한다.

- ⑤ (×) 제3자의 소송참가는 행정소송법 16조 4항에 따라 **민소법 제67조(필수적 공동소송에 대한 특별규정)가 준용된다.** 참가인은 피참가인과 필요적 공동소송에 있어서의 공동소송인에 준하는 지위에 있지만, 당사자에 대하여 독자적 청구를 하는 것은 아니므로 그 성질은 **공동소송적 보조참가와 유사하다(통설).** 따라서 참가인은 독립하여 상소하는 등 피참가인의 소송행위에 어긋나는 행위를 할 수 있으나 소송 당사자는 아니므로 소송을 종결시키는 행위는 불가하다. **소송참가인으로서의 지위를 취득한 제3자는 실제 소송에 참가하여 소송행위를 하였는지 여부를 불문하고 판결의 효력을 받는다.**

답 ②

30 판례상 허용되는 유형의 소송으로 집행정지가 인정되는 소송을 모두 고른 것은?

- ㉠ 무효확인소송 ㉡ 예방적 부작위소송 ㉢ 처분부존재확인소송 ㉣ 당사자소송

- ① ㉠, ㉡ ② ㉠, ㉢ ③ ㉠, ㉣ ④ ㉡, ㉢ ⑤ ㉢, ㉣

해설

- ㉠㉡ (○) 집행정지는 취소소송과 무효등확인소송(무효·유효·존재·부존재·실효 확인소송)에 적용된다.
 ㉢ (×) 예방적 부작위소송은 무명항고소송(법정외항고소송)으로서 판례상 허용되지 않는다.
 ㉣ (×) 당사자소송에는 집행정지가 적용되지 않는다.

답 ②

31 甲은 2021.5.24. 영업허가거부처분을 받고 그 다음 날 그 처분에 대해 취소소송을 제기하였다. 법원은 심리를 진행한 후 2021.12.3. 변론을 종결하였고, 선고기일은 2021.12.17.이다. 이에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 甲은 사실상태에 대한 입증은 2021.12.17.까지 할 수 있다.
- ② 법원은 2021.12.17. 당시의 법령과 사실상태를 기준으로 하여 처분의 위법 여부를 판단하여야 한다.
- ③ 법원은 2021.12.3. 당시의 법령과 사실상태를 기준으로 하여 처분의 위법 여부를 판단하여야 한다.
- ④ 법원은 2021.5.24. 당시 존재하였던 자료나 행정청에 제출되었던 자료만으로 2021.5.24. 당시 존재하였던 객관적 사실을 확정하고 그 사실에 기초하여 처분의 위법 여부를 판단하여야 한다.
- ⑤ 법원은 2021.12.3.까지 제출된 모든 자료를 종합하여 2021.5.24. 당시 존재하였던 객관적 사실을 확정하고 그 사실에 기초하여 처분의 위법 여부를 판단할 수 있다.

해설

- ① (×) 사실상태에 대한 입증은 2021.12.3.(변론 종결시)까지 가능
 ②③ (×) 2021.5.24. 당시(처분시)의 법령과 사실상태를 기준으로 하여 처분의 위법 여부를 판단
 ④ (×), ⑤ (○) 법원은 2021.12.3.(변론종결시)까지 제출된 모든 자료를 종합하여 2021.5.24. 당시(처분시) 존재하였던 객관적 사실을 확정하고 그 사실에 기초하여 처분의 위법 여부를 판단할 수 있다.
 • **행정처분의 위법 여부를 판단하는 기준 시점이 처분시라는 의미** : 항고소송에 있어서 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 뜻이고 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 1993.5.27. 92누19033)

답 ⑤

32 사정판결에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 징계면직된 감사의 복직이 검찰조직의 안정과 인화를 저해할 우려가 있다는 사정은 현저히 공공복리에 반하는 사유라고 볼 수 없다.
- ② 법원은 판결의 주문에서 처분등이 위법함을 명시하여야 한다.
- ③ 법원은 원고에 대하여 상당한 구제방법을 취하거나 상당한 구제방법을 취할 것을 피고에게 명할 수 있다.
- ④ 사정판결에 관하여는 당사자의 명백한 주장이 없는 경우에도 기록에 나타난 여러 사정을 기초로 직권으로 판단할 수 있다.
- ⑤ 당연무효의 행정처분을 소송목적물로 하는 행정소송에서는 사정판결을 할 수 없다.

해설

- ① (○) 위법한 행정처분을 존치시키는 것은 그 자체가 공공복리에 반하는 것이므로 행정처분이 위법함에도 이를 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하여 사정판결을 함에 있어서는 극히 엄격한 요건 아래 제한적으로 하여야 할 것이고, 그 요건인 현저히 공공복리에 적합하지 아니한가의 여부를 판단함에 있어서는 위법·부당한 행정처분을 취소·변경하여야 할 필요성과 그로 인하여 발생할 수 있는 공공복리에 반하는 사태 등을 비교·교량하여 그 적용 여부를 판단하여야 한다. 징계면직된 감사의 복직이 검찰조직의 안정과 인화를 저해할 우려가 있다는 등의 사정은 검찰 내부에서 조정·극복하여야 할 문제일 뿐이고 준사법기관인 감사에 대한 위법한 면직처분의 취소 필요성을 부정할 만큼 현저히 공공복리에 반하는 사유라고 볼 수 없으므로, 사정판결을 할 경우에 해당하지 않는다(대판 2001.8.24. 2000두7704).
- ② (○), ③ (×) 행정심판법 상 사정재결시 행정심판위원회는 청구인에 대하여 상당한 구제방법을 취하거나 상당한 구제방법을 취할 것을 피청구인에게 명할 수 있다. 행정소송법 상 사정판결시 법원은 미리 원고가 그로 인하여 입게 될 손해의 정도와 배상방법 그 밖의 사정을 조사하여야 한다.

• 행정소송법 제28조(사정판결)

① 원고의 청구가 이유있다고 인정하는 경우에도 처분등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 법원은 원고의 청구를 기각할 수 있다. 이 경우 법원은 그 판결의 주문에서 그 처분등이 위법함을 명시하여야 한다.

② 법원이 제1항의 규정에 의한 판결을 함에 있어서는 미리 원고가 그로 인하여 입게 될 손해의 정도와 배상방법 그 밖의 사정을 조사하여야 한다.

③ 원고는 피고인 행정청이 속하는 국가 또는 공공단체를 상대로 손해배상, 제해시설의 설치 그 밖에 적당한 구제방법의 청구를 당해 취소소송등이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다.

• 행정심판법 제44조(사정재결)

① 위원회는 심판청구가 이유가 있다고 인정하는 경우에도 이를 인용(認容)하는 것이 공공복리에 크게 위배된다고 인정하면 그 심판청구를 기각하는 재결을 할 수 있다. 이 경우 위원회는 재결의 주문(主文)에서 그 처분 또는 부작위가 위법하거나 부당하다는 것을 구체적으로 밝혀야 한다.

② 위원회는 제1항에 따른 재결을 할 때에는 청구인에 대하여 상당한 구제방법을 취하거나 상당한 구제방법을 취할 것을 피청구인에게 명할 수 있다.

③ 제1항과 제2항은 무효등확인심판에는 적용하지 아니한다.
- ④ (○) **법원 직권으로도 사정판결 가능** : 행정처분이 위법한 경우에는 이를 취소하는 것이 원칙이나, 예외적으로 그 위법한 처분을 취소·변경하는 것이 도리어 현저히 공공복리에 적합하지 아니하는 경우에는 그 취소를 허용하지 아니하는 사정판결을 할 수 있다. 이러한 사정판결은 당사자의 명백한 주장이 없는 경우에도 기록에 나타난 여러 사정을 기초로 (법원이) 직권으로 할 수 있는 것이나, 그 요건인 현저히 공공복리에 적합하지 아니한지 여부는 위법한 행정처분을 취소·변경하여야 할 필요와 그 취소·변경으로 인하여 발생할 수 있는 공공복리에 반하는 사태 등을 비교·교량하여 판단하여야 한다(대판 2006.12.21. 2005두16161 ; 대판 2006.9.22. 2005두2506).
- ⑤ (○) 당연무효의 행정처분을 소송목적물로 하는 행정소송에서는 존치시킬 효력이 있는 행정행위가 없기 때문에 행정소송법 제28조 소정의 사정판결을 할 수 없다(대판 1985.2.26, 84누380).

답 ③

33 취소소송의 소송물에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 조세의 종목과 과세기간에 의하여 구분되는 각 과세단위에 관한 개개의 부과처분이 조세소송의 소송물이 된다.
- ② 과세관청은 소송 중 사실심 변론종결시까지 당해 처분에서 인정한 과세표준 또는 세액의 정당성을 뒷받침할 수 있는 새로운 자료를 제출할 수 있다.
- ③ 감액경정청구에 대한 거부처분 취소소송에서 과세표준 및 세액의 인정이 위법이라고 내세우는 개개의 위법사유는 공격방어방법에 불과하다.
- ④ 부당해고 등의 구제신청에 관한 중앙노동위원회의 재심판정 취소소송에서 법원은 중앙노동위원회가 재심판정에서 인정한 징계사유에 한하여 심리한다.
- ⑤ 특허심판원의 심결에 대한 취소소송에서 당사자는 심결에서 판단되지 않은 처분의 위법사유도 주장·입증할 수 있다.

해설

- ① (대판 1986.3.25. 84누216)
- ② (○) 과세처분취소소송의 소송물은 정당한 세액의 객관적 존부이므로 과세관청으로서는 **소송도중이라도 사실심변론종결시까지의 당해 처분에서 인정한 과세표준 또는 세액의 정당성을 뒷받침할 수 있는 새로운 자료를 제출**하거나 처분의 동일성이 유지되는 범위 내에서 그 사유를 교환·변경할 수 있는 것이고, 반드시 처분 당시의 자료만에 의하여 처분의 적법 여부를 판단하여야 하거나 처분사유만을 주장할 수 있는 것은 아니다(대판 1997.10.24. 97누2429).
- ③ (○) 감액경정청구를 받은 과세관청으로서는 과세표준신고서에 기재된 과세표준 및 세액이 세법에 의하여 신고하여야 할 객관적으로 정당한 과세표준 및 세액을 초과하는지 여부에 대하여 조사·확인할 의무가 있다 할 것이므로, 통상의 과세처분 취소소송에서와 마찬가지로 감액경정청구에 대한 거부처분 취소소송 역시 그 거부처분의 실제적·절차적 위법 사유를 취소 원인으로 하는 것으로서 **그 심판의 대상은 과세표준신고서에 기재된 과세표준 및 세액의 객관적인 존부라 할 것이고, 그 과세표준 및 세액의 인정이 위법이라고 내세우는 개개의 위법사유는 자기의 청구가 정당하다고 주장하는 공격방어방법에 불과한 것이므로, 감액경정청구를 함에 있어 개개의 위법 사유에 대하여 모두 주장하여야 하는 것은 아니고, 감액경정청구 당시 주장하지 아니하였던 사항도 그 거부처분 취소소송에서 새로이 주장할 수 있다**(대판 2004.8.16. 2002두9261).
- ④ (×) 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(이하 '부당해고 등'이라 한다)을 하지 못한다(근로기준법 제23조 제1항). 사용자가 근로자에게 부당해고 등을 하면 근로자는 노동위원회에 구제신청을 할 수 있고(근로기준법 제28조 제1항), 지방노동위원회의 구제명령 또는 기각결정에 불복하는 사용자나 근로자는 다시 중앙노동위원회에 재심신청을 할 수 있다(근로기준법 제31조 제1항). 아울러 사용자나 근로자는 중앙노동위원회의 재심판정에 대하여 행정소송법 규정에 따라 소를 제기할 수 있다(근로기준법 제31조 제2항). 부당해고 등의 구제절차는 부당해고 등으로 주장되는 구체적 사실이 부당해고 등에 해당하는지를 심리하고, 부당해고 등으로 인정되면 적절한 구제방법을 결정하여 구제명령을 하는 제도로서, 부당해고 등으로 주장되는 구체적 사실이 심사 대상이다. 그리고 부당해고 등의 구제신청에 관한 중앙노동위원회의 재심판정 취소소송의 소송물은 재심판정 자체의 위법성이므로, 부당해고 등으로 주장되는 구체적 사실이 부당해고 등에 해당하는지를 심리하여 재심판정의 위법성 유무를 따져보아야 한다. 한편 근로자에 대한 징계처분에 정당한 이유가 있는지는 징계위원회 등에서 징계처분의 근거로 삼은 징계사유에 의하여 판단하여야

한다. 위와 같은 부당해고 등의 구제절차 관련 규정, 재심판정 취소소송의 소송물, 심리 방식, 심판 대상이 되는 징계사유 등을 종합하면, **재심판정이 징계처분의 정당성에 관한 판단을 그르쳤는지를 가리기 위해서는 징계위원회 등에서 징계처분의 근거로 삼은 징계사유에 의하여 징계처분이 정당한지를 살펴보아야 한다.** 따라서 여러 징계사유를 들어 징계처분을 한 경우에는 중앙노동위원회가 재심판정에서 징계사유로 인정한 것 이외에도 징계위원회 등에서 들었던 징계사유 전부를 심리하여 징계처분이 정당한지를 판단하여야 한다(대판 2016.12.29. 2015두38917).

- ⑤ (○) 심판은 특허심판원에서의 행정절차이며 심결은 행정처분에 해당하고, 그에 대한 불복의 소송인 심결취소소송은 항고소송에 해당하여 그 소송물은 심결의 실체적·절차적 위법 여부이므로, **당사자는 심결에서 판단되지 않은 처분의 위법사유도 심결취소소송단계에서 주장·입증할 수 있고**, 심결취소소송의 법원은 특별한 사정이 없는 한 제한 없이 이를 심리·판단하여 판결의 기초로 삼을 수 있으며, 이와 같이 본다고 하여 심급의 이익을 해한다거나 당사자에게 예측하지 못한 불의의 손해를 입히는 것이 아니다(대판 2009.5.28. 2007후4410).

답 ④

34 확정판결의 기속력에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 행정청은 취소판결의 기속력에 따라 위법한 결과를 제거하는 조치를 할 의무가 있다.
- ② 종전 처분 사유와 기본적 사실관계에서 동일성이 인정되지 않는 다른 사유를 들어서 새로이 처분을 하는 것은 기속력에 저촉되지 않는다.
- ③ 거부처분 후에 법령이 개정·시행된 경우에는 개정된 법령을 새로운 사유로 들어 다시 이전의 신청에 대한 거부처분을 할 수 있다.
- ④ 절차상 하자로 인하여 무효인 행정처분이 있는 후 행정청이 관계 법령에서 정한 절차를 갖추어 다시 동일한 행정처분을 하였다면 당해 행정처분은 종전의 무효인 행정처분과 관계없는 새로운 행정처분이다.
- ⑤ 행정청이 취소판결의 기속력에 반하는 행정처분을 하는 것은 허용되지 않지만 그 하자가 중대하고 명백한 것은 아니다.

해설

- ① (○) **행정처분을 취소하는 판결이 확정된 경우, 취소판결의 기속력에 따른 행정청의 의무** : 어떤 행정처분을 위법하다고 판단하여 취소하는 판결이 확정되면 행정청은 취소판결의 기속력에 따라 그 판결에서 확인된 위법사유를 배제한 상태에서 다시 처분을 하거나 그 밖에 위법한 결과를 제거하는 조치를 할 의무가 있다(대판 2020.4.9. 2019두49953).
- ② (○) **종전 처분이 판결에 의하여 취소된 경우, 종전 처분사유와 기본적 사실관계에서 동일하지 않은 다른 사유를 들어 새로이 처분을 하는 것은 기속력에 저촉되지 않음** : 취소 확정판결의 기속력은 판결의 주문 및 전제가 되는 처분 등의 구체적 위법사유에 관한 판단에도 미치나, 종전 처분이 판결에 의하여 취소되었다고 종전 처분과 다른 사유를 들어서 새로이 처분을 하는 것은 기속력에 저촉되지 않는다. 여기에서 동일 사유인지 다른 사유인지는 확정판결에서 위법한 것으로 판단된 종전 처분사유와 기본적 사실관계에서 동일성이 인정되는지 여부에 따라 판단되어야 하고, 기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지에 따라 결정된다. 또한 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 행하여진 때의 법령과 사실을 기준으로 판단하므로, 확정판결의 당사자인 처분 행정청은 종전 처분 후에 발생한 새로운 사유를 내세워 다시 처분을 할 수 있고, 새로운 처분의 처분사유가 종전 처분의 처분사유와 기본적 사실관계에서 동일하지 않은 다른 사유에 해당하는 이상, 처분사유가 종전 처분 당시 이미 존재하고 있었고 당사자가 이를 알고 있었더라도 이를 내세워 새로이 처분을 하는 것은 확정판결의 기속력에 저촉되지 않는다(대판 2016.3.24. 2015두48235).
- ③ (○) 판결취지에 따른 재처분의무는 원고의 신청대로 재처분한다는 것은 아니다. 따라서 신청을 인용하거나 취소된 거부처분과 다른 사유를 들거나 거부처분사유에 존재하는 위법사유를 보완하여 다시 거부처분을 할 수 있다. 거부처분 취소 확정판결 이후 법령 개정시 개정된 법령을 근거로 다시 거부처분이 가능하다.
• 거부처분 취소의 확정판결을 받은 행정청이 거부처분 후에 법령이 개정·시행된 경우, 새로운 사유로 내세워 다시 거부처분을 한 경우도 행정소송법 제30조 제2항 소정의 재처분에 해당함(기속력 위반 아님) : 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. 건축불허가처분을 취소하는 판결이 확정된 후 국토이용관리법시행령이 준농림지역 안에서의 행위제한에 관하여 지방자치단체의 조례로써 일정지역에서 숙박업을 영위하기 위한 시설의 설치를 제한할 수 있도록 개정된 경우, 당해 지방자치단체 장이 위 처분 후에 개정된 신법령에서 정한 사유를 들어 새로운 거부처분을 한 것이 행정소송법 30조 2항 소정의 확정판결의 취지에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 한 경우에 해당한다(대결 1998.1.7. 97두22).
- ④ (○) 절차상 또는 형식상 하자로 인하여 무효인 행정처분이 있는 후 행정청이 관계 법령에서 정한 절차 또는 형식을 갖추어 다시 동일한 행정처분을 하였다면 당해 행정처분은 종전의 무효인 행정처분과 관계없이 새로운 행정처분이라고 보아야 한다(대판 2014.3.13. 2012두1006).
- ⑤ (×) 확정판결의 당사자인 처분행정청이 그 행정소송의 사실심 결론종결 이전의 사유를 내세워 다시 확정판결과 저촉되는 행정처분을 하는 것은 허용되지 않는 것으로서, 이러한 행정처분은 그 **하자가 중대하고도 명백한 것이어서 당연무효라 할 것이다**(대판 1990.12.11. 90누3560).

답 ⑤

35 부작위위법확인판결이 확정된 경우에 그 효력에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 제3자에 대하여도 효력이 있다.
- ② 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다.
- ③ 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.
- ④ 행정청이 이전에 신청한 내용대로 처분을 하지 아니하는 경우에 법원은 상당한 기간을 정하고 그 기간 내에 이행하지 아니하는 때에는 배상금을 명할 수 있다.
- ⑤ 제3자에 의한 재심청구는 확정판결이 있음을 안 날로부터 30일 이내, 판결이 확정된 날로부터 1년 이내에 제기하여야 한다.

해설

①②③⑤ (○) 행정소송법 제29조·제30조·제31조는 부작위위법확인소송에도 준용

제29조(취소판결등의 효력) ① 처분등을 취소하는 확정판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다.

제30조(취소판결등의 기속력)

- ① 처분등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다.
- ② 판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.

제31조(제3자에 의한 재심청구)

- ① 처분등을 취소하는 판결에 의하여 권리 또는 이익의 침해를 받은 제3자는 자기에게 책임없는 사유로 소송에 참가하지 못함으로써 판결의 결과에 영향을 미칠 공격 또는 방어방법을 제출하지 못한 때에는 이를 이유로 확정된 종국판결에 대하여 재심의 청구를 할 수 있다.
- ② 제1항의 규정에 의한 청구는 확정판결이 있음을 안 날로부터 30일 이내, 판결이 확정된 날로부터 1년 이내에 제기하여야 한다.

- ④ (×) 부작위위법확인판결의 기속력은 판결취지에 따른 처분의무로서 행정청의 응답의무를 의미하며, 신청에 따른 특정 내용의 처분의무로 보지 않는 것이 판례의 입장이다. 따라서 응답의무를 이행하지 않은 경우에 간접강제가 가능하며 신청에 대한 인용이나 거부처분이 있었다면 간접강제는 불가능하다.
 - 신청인이 피신청인을 상대로 제기한 부작위위법확인소송에서 신청인의 제2 예비적 청구를 받아들이는 내용의 확정판결을 받았다. 그 판결의 취지는 피신청인이 신청인의 광주광역시 지방부이사관 승진임용신청에 대하여 아무런 조치를 취하지 아니하는 것 자체가 위법함을 확인하는 것일 뿐이다. 따라서 피신청인이 신청인을 승진임용하는 처분을 하는 경우는 물론이고, 승진임용을 거부하는 처분을 하는 경우에도 위 확정판결의 취지에 따른 처분을 하였다고 볼 것이다. 그런데 위 확정판결이 있는 후에 피신청인은 신청인의 승진임용을 거부하는 처분을 하였다. 따라서 결국 신청인의 이 사건 간접강제신청은 그에 필요한 요건을 갖추지 못한 것이다(대결 2010. 2. 5. 자, 2009무153)

답 ④

36 확정판결의 기판력에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 소송요건의 흠결에 관한 전소 확정판결의 기판력은 후소에 미친다.
- ② 공사중지명령의 상대방은 그 명령의 취소를 구한 소송에서 그 명령이 적법함을 이유로 패소하여 확정된 이후에도 그 명령의 해제신청을 거부한 처분의 취소를 구하는 소송에서 그 명령의 적법성을 다툴 수 있다.
- ③ 어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 그 기판력에 의하여 곧 바로 그 행정처분이 공무원의 고의 또는 과실로 인한 불법행위를 구성한다고 단정할 수 없다.
- ④ 취소판결의 기판력은 소송물로 된 행정처분의 위법성 존부에 관한 판단 그 자체에만 미친다.
- ⑤ 확정판결은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력을 가진다.

해설

- ① (○) 확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론 그 자체에만 미치는 것이고 그 전제가 되는 법률관계의 존부에까지 미치는 것이 아니며, **소송판결은 그 판결에서 확정된 소송요건의 흠결에 관하여 기판력이 발생하는 것이다**(대판 1996.11.15. 96다31406).
- ② (×) 행정청의 공사중지명령에 대한 취소소송에서 명령이 적법한 것으로 확정된 경우, 이후 그 명령의 상대방이 명령의 해제신청을 거부한 처분의 취소를 구하는 소송에서 명령의 적법성을 다툴 수 없음 : 행정청이 관련 법령에 근거하여 행한 공사중지명령의 상대방이 명령의 취소를 구한 소송에서 패소함으로써 그 명령이 적법한 것으로 이미 확정되었다면, 이후 이러한 공사중지명령의 상대방은 그 명령의 해제신청을 거부한 처분의 취소를 구하는 소송에서 그 명령의 적법성을 다툴 수 없다. 그와 같은 공사중지명령에 대하여 그 명령의 상대방이 해제를 구하기 위해서는 명령의 내용 자체로 또는 성질상으로 명령 이후에 원인사유가 해소되었음이 인정되어야 한다(대판 2014.11.27. 2014두37665).
- ③ (○) **행정처분이 위법이라도 공무원의 고의·과실 유무는 별도의 판단을 요함** : 어떠한 행정처분이 위법하다고 할지라도 그 자체만으로 곧바로 그 행정처분이 공무원의 고의 또는 과실로 인한 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없고, 공무원의 고의 또는 과실의 유무에 대하여는 별도의 판단을 요한다고 할 것인바, 그 이유는 행정청이 관계 법령의 해석이 확립되기 전에 어느 한 설을 취하여 업무를 처리한 것이 결과적으로 위법하게 되어 그 법령의 부당집행이라는 결과를 빚었다고 하더라도 처분 당시 그와 같은 처리방법 이상의 것을 성실한 평균적 공무원에게 기대하기 어려웠던 경우라면 특별한 사정이 없는 한 이를 두고 공무원의 과실로 인한 것이라고 볼 수는 없기 때문이다(대판 2016.3.24. 2015두48235).
- ④ (○) 취소 확정판결의 기판력은 그 판결의 주문에만 미치고, 또한 소송물인 행정처분의 위법성 존부에 관한 판단 그 자체에만 미치는 것이므로 전소와 후소가 그 소송물을 달리하는 경우에는 전소 확정판결의 기판력이 후소에 미치지 아니한다(대판 1996.4.26. 95누5820)
- ⑤ (○) 확정판결은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력이 있는 것이므로, 확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론 자체에만 미치고 그 전제가 되는 법률관계의 존부에까지 미치는 것은 아니다(대판 2001.2.9. 2000다61398)

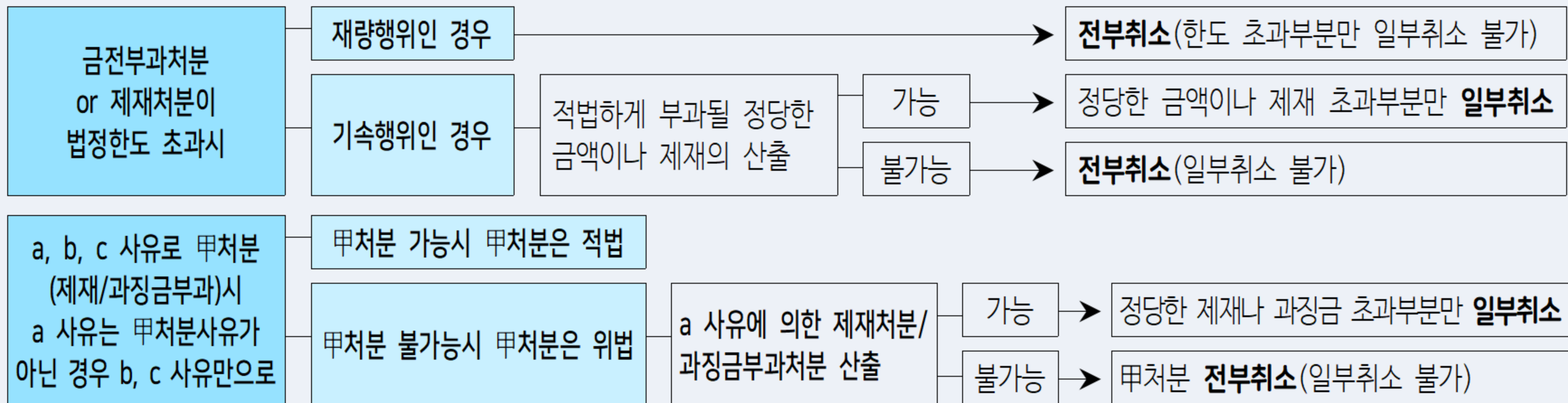
답 ②

37 일부취소판결에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 개발부담금부과처분 취소소송에 있어 적법하게 부과될 정당한 부과금액을 산출할 수있는 경우에는 그 정당한 금액을 초과하는 부분만 취소하여야 한다.
- ② 재량행위인 과징금부과처분이 법이 정한 한도액을 초과하여 위법할 경우 그 한도액을 초과한 부분만을 취소할 수 없다.
- ③ 수개의 위반행위에 대하여 하나의 과징금납부명령을 한 경우 일부의 위반행위만이 위법하더라도 그 일부의 위반행위를 기초로 한 과징금액을 산정할 수 없다면 과징금납부명령 전부를 취소할 수밖에 없다.
- ④ 하나의 행정처분이라 하더라도 가분성이 있다면 그 일부의 취소는 당해 취소부분에 관하여 효력이 생긴다.
- ⑤ 여러 처분사유에 관하여 하나의 제재처분을 하였을 때 그중 일부가 적법하지 않다면 나머지 처분사유만으로 정당성이 인정되더라도 그 처분을 취소해야 한다.

해설

- ① (○) 개발부담금부과처분 취소소송에 있어 당사자가 제출한 자료에 의하여 적법하게 부과될 정당한 부담금액이 산출되는 때에는 그 정당한 금액을 초과하는 부분만 취소하여야 하고 그렇지 않은 경우에는 부과처분 전부를 취소할 수밖에 없다.(대판 2000.6.9. 99두5542)
- ② (○) 과징금부과처분과 같이 재량행위인 경우에는 처분청의 재량권을 존중해야 하고 법원은 전부취소를 하여 처분청이 다시 적정한 처분을 하도록 해야 한다. 즉 **재량행위의 일부취소는 인정될 수 없다.**
자동차운수사업면허조건 등을 위반한 사업자에 대한 과징금부과처분이 법정 최고한도액을 초과하여 위법한 경우, 법원은 전부취소 판결을 해야 함 : 자동차운수사업 면허조건 등에 위반한 사업자에 대하여 행정청이 행정제재수단으로서 사업정지를 명할 것인지, 과징금을 부과할 것인지, 과징금을 부과기로 하였다면 그 금액은 얼마로 할 것인지 등에 관하여 재량권이 부여되어 있다 할 것이고, 과징금 최고한도액 5,000,000원의 부과처분만으로는 적절치 않다고 여길 경우 사업정지 쪽을 택할 수도 있다할 것이므로 과징금 부과처분이 법이 정한 한도액을 초과하여 위법할 경우 법원으로서도 그 전부를 취소할 수밖에 없고, 그 한도액을 초과한 부분이나 법원이 적정하다고 인정되는 부분을 초과한 부분만을 취소할 수는 없다(대판 1993.7.27. 93누1077).
- ③ (○) 수개의 위반행위에 대하여 하나의 과징금 납부명령을 하였으나 수개의 위반행위 중 일부의 위반행위만이 위법하지만, 소송상 그 일부의 위반행위를 기초로 한 과징금액을 산정할 수 있는 자료가 없는 경우에는 하나의 과징금납부명령 전부를 취소할 수밖에 없다(대판 2007.10.26. 2005두3172).



- ④ (○) **외형상 하나의 행정처분이라 하더라도 가분성이 있거나 그 처분대상의 일부가 특정될 수 있다면 그 일부만의 취소도 가능하고 그 일부의 취소는 해당 취소부분에 관하여 효력이 생긴다**고 할 것인 바, 이는 한 사람이 여러 종류의 자동차운전면허를 취득한 경우 그 각 운전면허를 취소하거나 그 운전면허의 효력을 정지함에 있어서도 마찬가지이다(대판 1995.11.16. 95누8850)
- ⑤ (×) • 여러 처분사유에 관하여 하나의 제재처분을 하였을 때 그중 일부가 인정되지 않는다고 하더라도 나머지 처분사유들만으로도 처분의 정당성이 인정되는 경우에는 그 처분을 위법하다고 보아 취소하여서는 아니 된다(대판 2020.5.14. 2019두63515).
 • 행정처분에 있어 수개의 처분사유 중 일부가 적법하지 않다고 하더라도 다른 처분사유로써 그 처분의 정당성이 인정되는 경우에는 그 처분을 위법하다고 할 수 없다(대판 2013.10.24. 2013두963)

답 ⑤

38 판결에 의한 취소에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 행정처분을 취소하는 판결이 확정되면 당해 행정처분의 효력은 처분시에 소급하여 소멸하고 처음부터 당해 처분이 행하여지지 않았던 것과 같은 상태로 된다.
- ② 조합설립인가처분이 판결에 의하여 취소된 경우에 주택재개발사업조합이 그 취소판결 전에 사업시행자로서 한 처분은 달리 특별한 사정이 없는 한 소급하여 효력을 상실한다.
- ③ 수익적 행정처분에 대한 취소판결은 기득권의 침해를 정당화할 만한 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익보호의 필요가 있는 때에 한하여 허용될 수 있다.
- ④ 처분등을 취소하는 확정판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다.
- ⑤ 취소판결 자체의 효력으로써 행정처분을 기초로 하여 새로 형성된 제3자의 권리까지 당연히 그 행정처분 전의 상태로 환원되는 것은 아니다.

해설

- ① (○) **행정처분을 취소하는 행정판결이 확정되면 당해처분의 위법이 확정되고, 별도의 행정행위를 기다림이 없이 당해 행정처분의 효력은 처분시에 소급하여 소멸하고 처음부터 당해 처분이 행하여지지 않았던 것과 같은 상태로 되는 효과, 즉 형성력이 있고** 이와 같은 취소판결의 형성력은 당사자 이외의 제3자에게도 효력이 미치며 취소판결은 또한 당해 사건에 관하여 당사자 및 관계행정청을 기속하므로(행정소송법 제13조) 당해 소송에 관여하지 아니한 행정청이라도 그 판결주문과 일체를 이루는 판결이유의 범위 내에서는 이에 저촉되는 새로운 처분을 할 수 없는 구속력이 발생하며 여기서 관계 행정청이라 함은 취소된 처분을 기초로 하거나 전제로 하여 이와 관련되는 처분, 또는 부수 처분을 할 행정청도 포함한다고 할 것이다(대판 1982.3.23. 81도1450).
- ② (○) 도시 및 주거환경정비법상 주택재개발사업조합의 조합설립인가처분이 법원의 재판에 의하여 취소된 경우, 주택재개발사업조합이 조합설립인가처분 취소 전에 도시 및 주거환경정비법상 적법한 행정주체 또는 사업시행자로서 한 결의 등 처분은 소급하여 효력을 상실함 : 도시 및 주거환경정비법(이하 '도시정비법'이라고 한다)상 주택재개발사업조합의 조합설립인가처분이 법원의 재판에 의하여 취소된 경우 그 조합설립인가처분은 소급하여 효력을 상실하고, 이에 따라 당해 주택재개발사업조합 역시 조합설립인가처분 당시로 소급하여 도시정비법상 주택재개발사업을 시행할 수 있는 행정주체인 공법인으로서의 지위를 상실하므로, 당해 **주택재개발사업조합이 조합설립인가처분 취소 전에 도시정비법상 적법한 행정주체 또는 사업시행자로서 한 결의 등 처분은 달리 특별한 사정이 없는 한 소급하여 효력을 상실한다**고 보아야 한다. 다만 그 효력 상실로 인한 잔존사무의 처리와 같은 업무는 여전히 수행되어야 하므로, 종전에 결의 등 처분의 법률효과를 다투는 소송에서의 당사자 지위까지 함께 소멸한다고 할 수는 없다(대판 2012.3.29 2008다95885).
- ③ (×) 비례원칙 상 공·사익간 비교형량이라는 취소권의 제한법리는 직권취소에만 적용되고 쟁송취소에는 적용되지 않는다. 다만 쟁송취소의 경우 공공복리 상 청구의 인용이 제한될 수 있는 사정재결이나 사정판결이 가능할 뿐이다.

• 취소권의 한계

직권취소	부담적(침익적) 행정행위	원칙적으로 자유로움
	수익적 행정행위	• 취소권 제한의 법리 : 행정법의 일반원칙 등에 의해 제한을 받음. 비례원칙 상 상대방이 입게 될 불이익, 취소로 달성하려는 공익상 필요 또는 제3자의 이익 간 비교·형량.
쟁송취소	쟁송취소는 주로 부담적(침익적) 행정행위가 대상이므로 원칙적으로 취소권의 제한법리는 적용 안 됨. 단, 청구가 이유 있어도 청구의 인용이 공공복리에 위배되면 기각하는 사정재결·사정판결은 가능	

* 수익적 행정처분에 대한 **직권취소**는 기득권의 침해를 정당화할 만한 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익보호의 필요가 있는 때에 한하여 허용될 수 있다.(○)

- ④ (○) 행정소송법 제29조(취소판결등의 효력) ① 처분등을 취소하는 확정판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다.
- ⑤ (○) 행정처분을 취소하는 확정판결이 제3자에 대하여도 효력이 있다고 하더라도 일반적으로 판결의 효력은 주문에 포함된 것에 한하여 미치는 것이니 그 **취소판결 자체의 효력으로써 그 행정처분을 기초로 하여 새로 형성된 제3자의 권리까지 당연히 그 행정처분 전의 상태로 환원되는 것이라고는 할 수 없고**, 단지 **취소판결의 존재와 취소판결에 의하여 형성되는 법률관계를 소송당사자가 아니었던 제3자라 할지라도 이를 용인하지 않으면 아니 된다는 것을 의미하는 것에 불과하다** 할 것이며, 따라서 취소판결의 확정으로 인하여 당해 행정처분을 기초로 새로 형성된 제3자의 권리관계에 변동을 초래하는 경우가 있다 하더라도 이는 취소판결 자체의 형성력에 기한 것이 아니라 취소판결의 위와 같은 의미에서의 제3자에 대한 효력의 반사적 효과로서 그 취소판결이 제3자의 권리관계에 대하여 그 변동을 초래할 수 있는 새로운 법률요건이 되는 까닭이라 할 것이다.(⇨ 환지계획변경처분을 취소하는 판결이 확정됨으로써 이 사건 토지들에 대한 원고들 명의의 소유권이전등기가 그 원인없는 것으로 환원되는 결과가 초래되었다 하더라도 동 소유권이전등기는 위 취소판결 자체의 효력에 의하여 당연히 말소되는 것이 아니라 소외 乙이 위 취소판결의 존재를 법률요건으로 주장하여 원고들에게 그 말소를 구하는 소송을 제기하여 승소의 확정판결을 얻어야 비로소 말소될 수 있는 것이다(대판 1986.8.19. 83다카2022).

답 ③

39

재량처분의 취소에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 영업정지 기간의 감경에 관한 참작 사유가 있음에도 이를 전혀 고려하지 않은 나머지 영업정지 기간을 감경하지 아니하였다면 그 영업정지 처분은 위법하다.
- ② 공무원에 대한 징계처분에는 공무원 승진임용처분에서와 비교할 수 없을 정도의 광범위한 재량이 부여되어 있다.
- ③ 재량행위에 대한 사법심사에서는 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사하게 된다.
- ④ 재량권을 일탈·남용한 특별한 사정이 있다는 점은 이를 주장하는 자가 증명하여야 한다.
- ⑤ 허가 기준에 맞지 않는다고 판단하여 개발행위허가신청을 불허가하였다면 이에 앞서 도시계획위원회의 심의를 거치지 않았다는 사정만으로 곧바로 그 불허가처분에 취소 사유가 있다고 보기는 어렵다.

해설

- ① (○) 행정청이 건설산업기본법 및 구 건설산업기본법 시행령의 규정에 따라 건설업자에 대하여 영업정지 처분을 할 때 건설업자에게 영업정지 기간의 감경에 관한 참작 사유가 있음에도 이를 전혀 고려하지 않거나 감경 사유에 해당하지 않는다고 오인하여 영업정지 기간을 감경하지 아니한 경우, 영업정지 처분은 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법하다(대판 2017.10.12. 2017두43968).
- ② (×) 지방공무원법령 규정에 따르면, 지방공무원의 임용권자는 일정한 기준에 따라 승진예정인원을 산정하고 근무성적평정 결과 등을 집계하여 승진후보자명부를 작성한 다음 인사위원회의 사전심의를 거친 후 승진후보자명부의 높은 순위에 있는 후보자부터 차례로 승진임용 여부를 심사하여 결정하여야 하지만, 승진후보자명부의 높은 순위에 있는 후보자를 반드시 승진임용하여야 하는 것은 아니다. **지방공무원 승진임용에 관해서는 임용권자에게 일반 국민에 대한 행정처분이나 공무원에 대한 징계처분에서와는 비교할 수 없을 정도의 매우 광범위한 재량이 부여되어 있으므로 승진임용자의 자격을 정한 관련 법령 규정에 위배되지 아니하고 사회통념상 합리성을 갖춘 사유에 따른 것이라는 일응의 주장·증명이 있다면 쉽사리 위법하다고 판단하여서는 안 된다**(대판 2020.12.10. 2019도17879).
- ③ (○) **기속행위와 재량행위에 대한 사법심사 방식** : 행정행위가 그 재량성의 유무 및 범위와 관련하여 이른바 기속행위 내지 기속재량행위와 재량행위 내지 자유재량행위로 구분된다고 할 때, 그 구분은 당해 행위의 근거가 된 법규의 체제·형식과 그 문언, 당해 행위가 속하는 행정 분야의 주된 목적과 특성, 당해 행위 자체의 개별적 성질과 유형 등을 모두 고려하여 판단하여야 하고, 이렇게 구분되는 양자에 대한 사법심사는, 전자의 경우 그 법규에 대한 원칙적인 기속성으로 인하여 법원이 사실인정과 관련 법규의 해석·적용을 통하여 일정한 결론을 도출한 후 그 결론에 비추어 행정청이 한 판단의 적법 여부를 독자의 입장에서 판정하는 방식에 의하게 되나, **후자의 경우 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사하게 되고**, 이러한 재량권의 일탈·남용 여부에 대한 심사는 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배, 당해 행위의 목적 위반이나 동기의 부정 유무 등을 그 판단 대상으로 한다(대판 2005.7.14. 2004두6181).
- ④ (○) 행정청의 전문적인 정성적 평가 결과는 그 판단의 기초가 된 사실인정에 중대한 오류가 있거나 그 판단이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 객관적으로 불합리하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 법원이 그 당부를 심사하기에 적절하지 않으므로 가급적 존중되어야 하고, 여기에 **재량권을 일탈·남용한 특별한 사정이 있다는 점은 증명책임분배의 일반원칙에 따라 이를 주장하는 자가 증명하여야 한다**(대판 2020.7.9. 2017두39785).
- ⑤ (○) 개발행위허가에 관한 사무를 처리하는 행정기관의 장이 일정한 개발행위를 허가하는 경우에는 국토계획법 제59조 제1항에 따라 도시계획위원회의 심의를 거쳐야 할 것이나, **개발행위허가의 신청 내용이 허가 기준에 맞지 않는다고 판단하여 개발행위허가신청을 불허가하였다면 이에 앞서 도시계획위원회의 심의를 거치지 않았다고 하여 이러한 사정만으로 곧바로 그 불허가처분에 취소사유에 이를 정도의 절차상 하자가 있다고 보기는 어렵다**. 다만 행정기관의 장이 도시계획위원회의 심의를 거치지 아니한 결과 개발행위 불허가처분을 함에 있어 마땅히 고려하여야 할 사정을 참작하지 아니하였다면 그 불허가처분은 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하다고 평가할 수 있을 것이다(대판 2015.10.29. 2012두28728).

답 ②

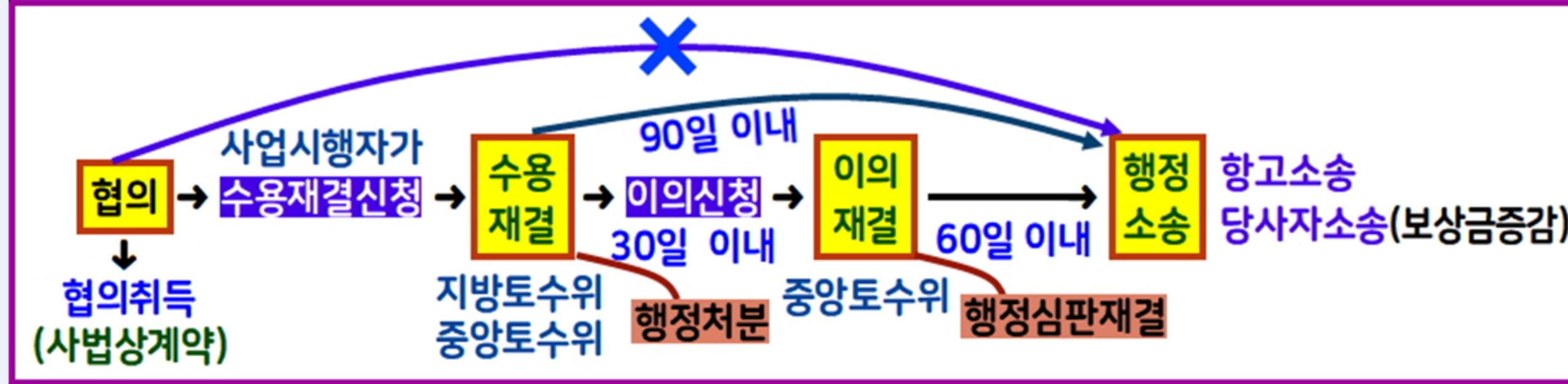
40

甲은 중앙토지수용위원회의 수용재결에 대하여 이의신청을 하거나 수용재결의 취소를 구하거나 보상금의 증액을 청구하는 소송을 제기하고자 한다. 이에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 甲은 중앙토지수용위원회에 이의신청을 할 수 있다.
- ② 甲은 중앙토지수용위원회를 피고로 수용재결취소소송을 제기할 수 있다.
- ③ 甲은 사업시행자를 피고로 보상금증액청구소송을 제기할 수 있다.
- ④ 보상금증액청구소송은 당사자소송에 해당한다.
- ⑤ 수용재결취소소송과 보상금증액청구소송은 병합하여 제기할 수 없다.

해설

⑤ (×) 항고소송(수용재결취소소송)과 당사자소송(보상금증액청구소송)은 모두 행정법원 관할이므로 양자를 병합 제기할 수 있다. 당사자소송을 주위적 청구로하여 취소소송을 예비적 청구로서 병합할 수도 있다.



	소송형태	대상	피고
수용재결 <지방토수위 · 중앙토수위>	항고소송	수용재결	지방토지수용위원회 / 중앙토지수용위원회
	당사자 소송	보상금증액 보상금감액	토지소유자·관계인이 사업시행자를 피고로 사업시행자가 토지소유자·관계인을 피고로
이의재결 <중앙토수위> 행정심판 재결에 해당	항고소송	수용재결(원처분) 이의재결(재결)	지방토지수용위원회 / 중앙토지수용위원회 중앙토지수용위원회(재결 자체 고유한 위법)
	당사자 소송	보상금증액 보상금감액	토지소유자·관계인이 사업시행자를 피고로 사업시행자가 토지소유자·관계인을 피고로

답 ⑤