

1

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

- ① 특별권력관계 내에서의 행위는 처분이라도 사법심사의 대상이 될 수 없다.
- ② 행정상 방침만을 정하는 훈시규정의 준수와 실현을 행정소송으로 주장할 수 있다.
- ③ 민중소송은 개인의 구체적인 권리, 의무에 직접 관련되므로 법률규정과 무관하게 인정된다.
- ④ 과거의 역사적 사실관계의 존부확인을 구하는 것은 행정소송의 대상이 된다.
- ⑤ 국회의원의 징계처분은 행정소송의 대상이 되지 아니한다.

해설

- ① (×) 특별권력관계 내에서의 행위라도 처분성이 인정되면 사법심사의 대상이 된다.
- ② (×) 법규가 단순히 행정상의 방침만을 정하고 있는 훈시규정인 경우 그 규정의 준수와 실현을 소송으로써 주장할 수 없다.
- ③ (×) 민중소송은 개인의 이익구제를 목적으로 하는 주관적 소송이 아니라 행정의 적법성확보라는 공익목적을 위한 객관적 소송으로서 개인의 구체적 권리, 의무와 직접적 관련성이 없으며, 법률이 정한 경우에 한하여 인정된다.
 • 행정소송법 제45조(소의 제기) 민중소송 및 기관소송은 법률이 정한 경우에 법률에 정한 자에 한하여 제기할 수 있다.
- ④ (×) 단순한 사실관계의 확인을 구하는 것은 행정소송 대상이 아님
 • 국가보훈처장 등이 발행한 책자 등에서 독립운동가 등의 활동상을 잘못 기술하였다는 등의 이유로 그 사실관계의 확인을 구하거나, 국가보훈처장의 서훈추천서의 행사, 불행사가 당연무효 또는 위법임의 확인을 구하는 청구는 과거의 역사적 사실관계의 존부나 공법상의 구체적인 법률관계가 아닌 사실관계에 관한 것들을 확인의 대상으로 하는 것이거나 행정청의 단순한 부작위를 대상으로 하는 것으로서 항고소송의 대상이 되지 아니하는 것이다. 국가보훈처장 등에게, 독립운동가들에 대한 서훈추천권의 행사가 적정하지 아니하였으니 이를 바로잡아 다시 추천하고, 잘못 기술된 독립운동가의 활동상을 고쳐 독립운동가 등의 책자를 다시 편찬, 보급하고, 독립기념관 전시관의 해설문, 전시물 중 잘못된 부분을 고쳐 다시 전시 및 배치할 의무가 있음의 확인을 구하는 청구는 작위의무확인소송으로서 항고소송의 대상이 되지 아니한다.(대판 1990.11.23. 90누3553)
- ⑤ (○)
 • 헌법 제64조
 ② 국회는 의원의 자격을 심사하며, 의원을 징계할 수 있다.
 ③ 의원을 제명하려면 국회재적의원 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 한다.
 ④ 제2항과 제3항의 처분에 대하여는 법원에 제소할 수 없다.

답 ⑤

2

의무이행소송과 예방적 부작위소송에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 행정청에게 행정에 대한 1차적 판단권이 귀속되어야 한다는 점은 의무이행소송 및 예방적 부작위소송의 부정설이 취하는 논거이다.
- ② 국민건강보험공단이 보건복지부고시를 적용하여 요양급여비용을 결정하여서는 아니된다는 내용의 소송은 허용되지 아니한다.
- ③ 현행 「행정소송법」 상 행정청으로 하여금 일정한 행정처분을 하도록 명하는 이행판결을 구하는 소송은 허용되지 아니한다.
- ④ 현행 「행정소송법」 상 법원으로 하여금 행정청이 일정한 행정처분을 행한 것과 같은 효과가 있는 행정처분을 직접 행하도록 하는 형성판결을 구하는 소송은 허용된다.
- ⑤ 건축건물의 준공처분을 하여서는 아니 된다는 내용의 청구는 행정소송에서 허용되지 아니한다.

해설

① (○) 의무이행소송 인정 여부에 관한 학설

적극설(긍정설)	소극설(부정설) -판례는 소극설 입장
권력분립의 진정한 취지는 개인의 권리 보장. 개인의 권리를 침해하는 위법한 행위의 취소는 당연히 법원의 권한.	행정에 대한 1차적 판단권은 행정기관에 있음. 법원이 행정청에게 어떠한 처분을 명하는 것은 행정권의 1차적 판단권 침해로서 권력분립에 反함.
행정소송법 1조의 공권력의 불행사 등으로 인한 국민의 권익 침해에 대한 구제는 의무이행소송에 의한 구제까지 포함.	행정소송법이 의무이행소송 대신 부작위위법확인소송만 인정함은 의무이행소송을 부정하는 취지
행정소송법 4조 1호의 '변경'은 적극적인 변경도 포함	행정소송법 4조 1호 '변경'은 소극적 변경(일부취소)
행정소송법 4조 항고소송의 유형은 예시적	행정소송법 4조 항고소송 유형은 열거적·제한적.

- ② (○) 부작위청구소송(예방적 부작위소송)은 허용 안 됨 : 행정소송법상 행정청이 일정한 처분을 하지 못하도록 그 부작위를 구하는 청구는 허용되지 않는 부적법한 소송이라 할 것이므로, 피고 국민건강보험공단은 이 사건 고시를 적용하여 요양급여비용을 결정하여서는 아니 된다는 내용의 원고들의 위 피고에 대한 이 사건 청구는 부적법하다 할 것이다(대판 2006.5.25. 2003두11988).
 원고들의 피고 국민건강보험공단에 대한 청구취지는 '피고 국민건강보험공단은 이 사건 고시를 적용하여 요양급여비용을 결정하여서는 아니된다.'는 것인바, 이는 현행 행정소송법에 의하여 인정되지 않는 이른바 무명항고소송의 한 유형인 예방적 부작위소송 또는 금지소송을 구하는 것으로서 부적법하다(서울 행정법원 2003.1.15. 2001구25210)

- ③ (○), ④ (×) **의무이행소송 부정** : 현행 행정소송법상 행정청으로 하여금 일정한 행정처분을 하도록 명하는 이행판결을 구하는 소송이나 법원으로 하여금 행정청이 일정한 행정처분을 행한 것과 같은 효과가 있는 행정처분을 직접 행하도록 하는 형성판결을 구하는 소송은 허용되지 않는다(대판 1997.9.30. 97누3200)

행정소송법상 행정청으로 하여금 일정한 행정처분을 하도록 명하는 이른바 이행판결을 구하는 소송은 허용되지 않는다. 원심이 피고에 대하여 이 사건 가설점포건물의 철거 등 시정을 명하고 이에 따른 대집행절차를 이행하라는 내용의 이행판결을 구하는 원고의 주위적청구를 부적법하다고 판단한 것은 정당하다(대판 1989.5.23. 88누8135).

- ⑤ (○) **부작위청구소송(예방적 부작위소송)은 허용 안 됨** : 건축건물의 준공처분을 하여서는 아니 된다는 내용의 부작위를 구하는 청구는 행정소송에서 허용되지 아니하는 것이므로 부적법하다(대판 1987.3.24. 86누182)

☞ 무명항고소송(법정 외 항고소송) - 우리나라는 판례상 부정됨

의무이행소송(급부소송)	상대방의 신청에 대하여 행정청이 일정한 처분을 할 법률상 의무가 있음에도 하지 않고 방치하거나 신청된 처분을 거부한 경우, 행정청에 대하여 일정한 행정처분을 명하는 내용의 판결을 구하는 행정소송.
예방적 부작위소송(예방적 금지소송, 부작위청구소송 ; 부작위요구소송)	장래 행정청이 일정한 처분을 할 것이 명백한 경우에 그 처분을 하지 않을 것(부작위)을 구하는 내용의 행정소송. 일종의 소극적 형태의 의무이행소송으로서 사전적 권리구제수단.
작위의무확인소송	행정청에게 법률상 일정한 행위를 해야 할 작위의무가 있음의 확인을 구하는 소송. 행정소송법상 행정청의 부작위에 대한 부작위위법확인소송만 인정되고 작위의무의 이행이나 확인을 구하는 행정소송은 허용 안 됨.

답 ④

3

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

- ① 과세처분무효확인소송에서 당사자가 청구원인에서 무효사유로 내세운 개개의 주장은 공격방어방법에 불과하다.
- ② 무효등확인소송은 처분등의 효력 유무 또는 존재 여부의 확인을 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다.
- ③ 과세처분의 취소소송에서 청구가 기각된 확정판결의 기판력은 다시 그 과세처분의 무효확인을 구하는 소송에도 미친다.
- ④ 무효확인소송의 경우에 집행부정지원칙은 적용되지 아니한다.
- ⑤ 재결무효확인소송의 경우 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다.

해설

- ① (○) 과세처분무효확인소송의 경우 소송물은 권리 또는 법률관계의 존부 확인을 구하는 것이며, 이는 청구취지만으로 소송물의 동일성이 특정된다고 할 것이고 따라서 당사자가 청구원인에서 무효사유로 내세운 개개의 주장은 공격방어방법에 불과하다고 볼 것이며, 한편 확정된 중급판결은 그 기판력으로서 당사자가 사실심의 변론종결시를 기준으로 그때까지 제출하지 않은 공격방어방법은 그 뒤 다시 동일한 소송을 제기하여 이를 주장할 수 없다.
- ② (○) **행정소송법 제35조 (무효등 확인소송의 원고적격)** 무효등 확인소송은 처분등의 효력 유무 또는 존재 여부의 확인을 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다.
- ③ (○)
 - ㄱ 취소청구 기각판결(처분이 적법함)시 기판력은 무효확인소송에도 미치므로 해당 처분에 대해 다시 무효확인소송 제기 불가.
 - ㄴ 무효확인소송에서 기각판결 확정시 처분이 무효가 아니고 유효라는 점만 기판력이 미치므로 해당 처분에 대해 다시 취소소송 제기 가능.

• **과세처분 취소소송에서 청구가 기각된 확정판결의 기판력은 그 과세처분 무효확인소송에도 미침** : 과세처분의 취소소송은 과세처분의 실체적, 절차적 위법을 그 취소원인으로 하는 것으로서 그 심리의 대상은 과세관청의 과세처분에 의하여 인정된 조세채무인 과세표준 및 세액의 객관적 존부, 즉 당해 과세처분의 적부가 심리의 대상이 되는 것이며, **과세처분 취소청구를 기각하는 판결이 확정되면 그 처분이 적법하다는 점에 관하여 기판력이 생기고 그 후 원고가 이를 무효라 하여 무효확인을 소구할 수 없는 것이어서 과세처분의 취소소송에서 청구가 기각된 확정판결의 기판력은 그 과세처분의 무효확인을 구하는 소송에도 미친다**(대판 1998.7.24. 98다10854).
- ④ (×) 집행정지는 취소소송과 무효등확인소송이 제기된 경우에 가능하다. (『행정소송법』 제23조 제2항 및 제38조 제1항)
- ⑤ (○)

행정소송법

제19조(취소소송의 대상) 취소소송은 처분등을 대상으로 한다. 다만, 재결취소소송의 경우에는 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다.

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

답 ④

4

부작위위법확인소송에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 부작위의 전제가 되는 작위의무의 확인을 구하는 소송은 항고소송으로서 허용된다.
- ② 검사의 불기소처분에 대하여 부작위위법확인소송을 제기할 수 있다.
- ③ 추상적인 법령의 제정 여부에 관한 분쟁은 부작위위법확인소송의 대상이 될 수 있다
- ④ 기관소송으로써 부작위의 위법의 확인을 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는한 부작위위법확인소송에 관한 규정을 준용한다.
- ⑤ 형사보안사건에서 무죄가 선고되어 확정됨에 따라 압수물의 환부를 피압수자가 신청하였는데 검사가 아무런 결정이나 통지를 하지 않고 있으면 그와 같은 검사의 부작위는 부작위위법확인소송의 대상이 될 수 있다.

해설

- ① (×) 행정심판법 제4조 제3호가 의무이행심판청구를 인정하고 있고 항고소송의 제1심 관할법원이 행정청의 소재지를 관할하는 고등법원으로 되어 있다고 하더라도, 행정소송법상 행정청의 부작위에 대하여는 부작위위법확인소송만 인정되고 작위의무의 이행이나 확인을 구하는 행정소송은 허용될 수 없다(대판 1992.11.10. 92누1629).
- ② (×) 통고처분, 검사의 불기소처분 또는 공소제기, 형집행정지취소처분, 질서위반행위규제법에 따른 과태료부과처분 등은 다른 불복절차로 다투도록 규정되어 있으므로 항고소송 대상이 되는 처분이 아니다.
- ③ (×) 부작위위법확인소송의 대상인 부작위는 처분의 부작위이지, 입법의 부작위가 아니므로 추상적인 법령의 제정 여부는 부작위위법확인소송의 대상이 아님.
- 추상적인 법령의 제정 여부 등은 부작위위법확인소송의 대상이 될 수 없음 : 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 그 소송의 대상이 될 수 없다(대판 1992.5.8. 91누11261).
- ④ (○)
- 행정소송법 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.
- ⑤ 검사에게 압수를 환부를 이행하라는 청구는 행정청의 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 의무이행소송으로 현행 행정소송법상 허용되지 아니한다(대판 1995.3.10. 94누14018).

답 ④

5 판례상 당사자소송에 해당하는 것을 모두 고른 것은?

- ㉠ 명예퇴직한 법관이 미지급 명예퇴직수당의 지급을 구하는 소송
- ㉡ 지방자치단체가 보조사업자에게 보조금 지급결정을 하면서 부관으로 보조금 반환의무를 부가한 경우, 해당 지방자치단체가 그 부관에 따라 보조금반환청구를 구하는 소송
- ㉢ 구 「도시 및 주거환경정비법」 상 재개발조합과 조합장 또는 조합임원 사이의 선임·해임 등을 둘러싼 법률관계에 관한 소송
- ㉣ 「도시 및 주거환경정비법」 상 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력을 다투는 소송

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

해설

- ㉠ (○) 명예퇴직한 법관이 미지급 명예퇴직수당액의 지급을 청구하는 소송은 공법상 당사자소송 : 명예퇴직수당 지급대상자의 결정과 수당액 산정 등에 관한 관계 법령의 내용과 그 취지 등에 비추어 보면, 명예퇴직수당은 명예퇴직수당 지급신청자 중에서 일정한 심사를 거쳐 피고가 명예퇴직수당 지급대상자로 결정된 경우에 비로소 지급될 수 있지만, 명예퇴직수당 지급대상자로 결정된 법관에 대하여 지급할 수당액은 명예퇴직수당규칙 제4조 [별표 1]에 그 산정기준이 정해져 있으므로, 위 법관은 위 규정에서 정한 정당한 산정기준에 따라 산정된 명예퇴직수당액을 수령할 구체적인 권리를 가진다. 따라서 위 법관이 이미 수령한 수당액이 위 규정에서 정한 정당한 명예퇴직수당액에 미치지 못한다고 주장하며 그 차액의 지급을 신청함에 대하여 피고가 거부하는 의사를 표시했다 하더라도, 그 의사표시는 명예퇴직수당액을 형성·확정하는 행정처분이 아니라 공법상의 법률관계의 한쪽 당사자로서 그 지급의무의 존부 및 범위에 관하여 자신의 의견을 밝힌 것에 불과하므로 이를 행정처분으로 볼 수 없다. 결국 명예퇴직한 법관이 미지급 명예퇴직수당액에 대하여 가지는 권리는 명예퇴직수당 지급대상자 결정 절차를 거쳐 명예퇴직수당규칙에 의하여 확정된 공법상 법률관계에 관한 권리로서, 그 지급을 구하는 소송은 행정소송법의 당사자소송에 해당하며, 그 법률관계의 당사자인 국가를 상대로 제기하여야 한다(대판 2016.5.24. 2013두14863).
- ㉡ (○) 지방자치단체가 보조금 지급결정을 하면서 일정 기한 내에 보조금을 반환하도록 하는 교부조건을 부가한 사안에서, 보조사업자에 대한 지방자치단체의 보조금반환청구는 공법상 당사자소송의 대상 : 지방자치단체가 보조금 지급결정을 하면서 일정 기한 내에 보조금을 반환하도록 하는 교부조건을 부가한 사안에서, 보조사업자의 지방자치단체에 대한 보조금 반환의무는 행정처분인 위 보조금 지급결정에 부가된 부관상 의무이고, 이러한 부관상 의무는 보조사업자가 지방자치단체에 부담하는 공법상 의무이므로, 보조사업자에 대한 지방자치단체의 보조금반환청구는 공법상 권리관계의 일방 당사자를 상대로 하여 공법상 의무이행을 구하는 청구로서 행정소송법 제3조 제2호에 규정한 당사자소송의 대상이다(대판 2011.6.9. 2011다2951).
- ㉢ (×) 구 「도시 및 주거환경정비법」 상 재개발조합과 조합장 또는 조합임원 사이의 선임·해임 등을 둘러싼 법률관계의 성질은 사법상의 법률관계로서 조합장 또는 조합임원의 지위를 다투는 소송은 민사소송 : 구 「도시 및 주거환경정비법」 상 재개발조합이 공법인이라는 사정만으로 재개발조합과 조합장 또는 조합임원 사이의 선임·해임 등을 둘러싼 법률관계가 공법상의 법률관계에 해당한다거나 그 조합장 또는 조합임원의 지위를 다투는 소송이 당연히 공법상 당사자소송에 해당한다고 볼 수는 없고, 구 「도시 및 주거환경정비법」의 규정들이 재개발조합과 조합장 및 조합임원과의 관계를 특별히 공법상의 근무관계로 설정하고 있다고 볼 수도 없으므로, 재개발조합과 조합장 또는 조합임원 사이의 선임·해임 등을 둘러싼 법률관계는 사법상의 법률관계로서 그 조합장 또는 조합임원의 지위를 다투는 소송은 민사소송에 의해야 할 것이다(대결 2009.9.24. 2009마168·169)

[비교판례] 구 도시재개발법에 의한 재개발조합에 대하여 조합원 자격확인을 구하는 소송은 공법상 당사자소송 : 구 도시재개발법(1995. 12. 29. 법률 제5116호로 전문 개정되기 전의 것)에 의한 재개발조합은 조합원에 대한 법률관계에서 적어도 특수한 존립목적을 부여받은 특수한 행정주체로서 국가의 감독 하에 그 존립 목적인 특정한 공공사무를 행하고 있다고 볼 수 있는 범위 내에서는 공법상의 권리의무 관계에 서 있다. 따라서 조합을 상대로 한 쟁송에 있어서 강제가입제를 특색으로 한 조합원의 자격 인정 여부에 관하여 다툴 수 있는 경우에는 그 단계에서는 아직 조합의 어떠한 처분 등이 개입될 여지는 없으므로 공법상의 당사자소송에 의하여 그 조합원 자격의 확인을 구할 수 있다.(대판 전원합의체 1996.2.15. 94다31235).

- ㉣ (○) 도시 및 주거환경정비법상의 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안·사업시행계획안에 대한 조합 총회결의의 효력을 다투는 소송의 법적

성질은 행정소송법상 당사자소송 : 도시 및 주거환경정비법에 따른 주택재건축정비사업조합은 관할 행정청의 감독 아래 위 법상의 주택재건축사업을 시행하는 공법인(위 법 제18조)으로서, 그 목적 범위 내에서 법령이 정하는 바에 따라 일정한 행정작용을 행하는 행정주체의 지위를 갖는다. 따라서 행정주체인 재건축조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력 등을 다투는 소송은 행정처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 소송으로서 그 소송결과에 따라 행정처분의 위법 여부에 직접 영향을 미치는 공법상 법률관계에 관한 것이므로, 이는 행정소송법상의 당사자소송에 해당하고, 재건축조합을 상대로 사업시행계획안에 대한 조합 총회결의의 효력 등을 다투는 소송 또한 행정소송법상의 당사자소송에 해당한다. 도시 및 주거환경정비법상의 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안과 사업시행계획안에 대한 총회결의의 무효확인을 구하는 소를 민사소송으로 제기한 사안에서, 그 소는 행정소송법상 당사자소송에 해당하므로 행정법원의 전속관할에 속한다고 한 사례(대판 2009.9.17. 2007다2428, 대판 2009.10.15. 2008다93001)

②

6 「행정소송법」 상 취소소송에 관한 규정 중 무효확인소송에 준용되지 않는 것은?

- ① 공동소송 ② 제3자에 의한 재심청구 ③ 사정판결
④ 행정심판기록의 제출명령 ⑤ 제3자의 소송참가

해설

③ 무효등확인소송에는 사정판결 규정이 준용되지 않는다. (• 준용 안 되는 규정 암기 : 無 - 前 · 期 · 事 · 間 / 不 - 處 · 執 · 事).

3

7 부작위위법확인소송에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 부작위위법의 확인을 구하는 취지의 행정심판을 거친 경우 「행정소송법」 제20조가 정한 제소기간 내에 부작위위법확인
의 소를 제기하여야 하는 것은 아니다
- ② 사정판결이 인정되지 않는다.
- ③ 집행정지가 인정되지 않는다.
- ④ 부작위위법확인소송의 계속 중 소극적 처분이 있게 되면 그 부작위위법확인소송은 소의 이익을 잃는다.
- ⑤ 부작위의 직접상대방이 아닌 제3자라도 부작위위법확인을 받을 법률상의 이익이 있는 경우에는 원고적격이 인정된다.

해설

- ① (×) 부작위위법확인 소는 부작위상태가 계속되는 한 그 위법의 확인을 구할 이익이 있다고 보아야 하므로 원칙적으로 제소기간의 제한을 받지 않는다. 그러나 행정소송법 제38조 제2항이 제소기간을 규정한 같은 법 제20조를 부작위위법 확인소송에 준용하고 있는 점에 비추어 보면, 행정심판 등 전심절차를 거친 경우에는 행정소송법 제20조가 정한 제소기간 내에 부작위위법확인 소를 제기하여야 한다(대판 2009.7.23. 2008두10560).
- ②③ (○) 부작위위법확인소송에는 사정판결이나 집행정지 규정이 준용되지 않는다.
• 준용 안 되는 규정 암기 : 無 - 前·期·事·間 / 不 - 處·執·事
- ④ (○) 부작위위법확인소송의 변론종결시까지 행정청의 처분으로 부작위 상태가 해소된 경우 소의 이익 없으므로 각하 : 부작위위법확인 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).
- ⑤ (○) 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라도 행정처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는 경우에는 원고적격이 인정된다 할 것이나 여기서 말하는 법률상의 이익은 당해 처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우를 말하고 다만 간접적이거나 사실적, 경제적 이해관계를 가지는데 불과한 경우는 여기에 포함되지 아니한다고 할 것이다. 또한 행정소송법 제4조 제3호에 규정된 부작위위법확인 소는 행정청이 당사자의 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 경우에 그 부작위가 위법하다는 것을 확인함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 또는 무응답이라고 하는 소극적인 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 하는 제도이고, 이러한 소송은 처분의 신청을 한 자로서 부작위의 위법의 확인을 구할 법률상 이익이 있는 자만이 제기할 수 있다 할 것이며, 이를 통하여 원고가 구하는 행정청의 응답행위는 행정소송법 제2조 제1항 제1호 소정의 처분에 관한 것이라야 하므로, 당사자가 행정청에 대하여 어떠한 행정행위를 하여 줄 것을 신청하지 아니하였거나 그러한 신청을 하였더라도 당사자가 행정청에 대하여 그러한 행정행위를 하여 줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 권리를 갖고 있지 아니하든지 또는 행정청이 당사자의 신청에 대하여 거부처분을 한 경우에는 원고적격이 없거나 항고소송의 대상인 위법한 부작위가 있다고 볼 수 없어 그 부작위위법확인 소는 부적법하다고 할 것이다(대판 1993.4.23. 92누17099).

1

8 당사자소송에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 사인을 피고로 하는 당사자소송은 제기될 수 없다.
- ② 원고가 피고를 잘못 지정한 경우 법원은 원고의 신청에 의하여 결정으로써 피고의 경정을 허가할 수 없다.
- ③ 당사자소송은 취소소송의 제소기간에 따라 제기되어야 한다.
- ④ 당사자소송에 대하여는 「민사집행법」 상 가처분에 관한 규정이 적용되지 아니한다.
- ⑤ 공법상 당사자소송에서 재산권의 청구를 인용하는 판결을 하는 경우 법원은 가집행선고를 할 수 있다.

해설

- ① (×) **행정소송법 제39조(피고격)** 당사자소송은 국가·공공단체 그 밖의 권리주체를 피고로 한다.
 ↳ 공권력을 수여받은 행정주체인 사인(공무수탁사인) 포함
- 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상 형식적 당사자소송인 보상금증감소송은 소송을 제기하는 자가 토지소유자 또는 관계인일 때에는 사업시행자를, 사업시행자일 때에는 토지소유자 또는 관계인을 각각 피고로 한다.
 - 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」제130조 제3항에서 정한 토지의 소유자·점유자 또는 관리인(이하 ‘소유자 등’이라 한다)이 사업시행자의 일시 사용에 대하여 정당한 사유 없이 동의를 거부하는 경우, 사업시행자는 해당 토지의 소유자 등을 상대로 동의를 의사표시를 구하는 소를 제기할 수 있다. 이와 같은 토지의 일시 사용에 대한 동의를 의사표시를 할 의무는 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’에서 특별히 인정한 공법상의 의무이므로, 그 의무의 존부를 다투는 소송은 ‘공법상의 법률관계에 관한 소송’으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송, 즉 행정소송법 제3조 제2호에서 규정한 당사자소송이라고 보아야 한다.(대판 2019.9.9. 2016다262550).
- ② (×) 행정소송법 제14조(피고경정)는 당사자소송에도 준용됨.
- 행정소송법 제14조(피고경정) ① 원고가 피고를 잘못 지정한 때에는 법원은 원고의 신청에 의하여 결정으로써 피고의 경정을 허가할 수 있다.
- ③ (×) **당사자소송의 제소기간** : 행정소송법은 당사자소송 제소기간 제한 규정 없음. 취소소송 제소기간 규정이 준용되지 않으므로 원칙적으로 제소기간 제한이 없음. 기간을 정하지 않았다면 시효등에 의해 공법상 권리가 소멸되지 않는 한 소 제기 가능. 법령상 제소기간이 정해진 경우 불변기간.

• **행정소송법 제41조(제소기간)** 당사자소송에 관하여 법령에 제소기간이 정하여져 있는 때에는 그 기간은 불변기간으로 한다.

- ④ (×) 당사자소송에 대하여는 행정소송법 제23조 제2항의 집행정지에 관한 규정이 준용되지 아니하므로, 이를 본안으로 하는 가처분에 대하여는 행정소송법 제8조 제2항에 따라 민사집행법상 가처분에 관한 규정이 준용되어야 한다(대판 2015.8.21. 2015무26).
- ⑤ (○) 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.** 따라서 가집행선고가 가능하다. 헌법재판소의 위헌 판결 전에도 대법원은 당사자소송에서의 가집행을 인정한 바 있다(단, 국가를 상대로 한 당사자소송은 아니었음)

• **행정소송법 제43조 위헌 판결 전 대법원 판례 중 가집행선고 인정 사례**

행정소송법 제8조 제2항에 의하면 행정소송에도 민사소송법의 규정이 일반적으로 준용되므로 법원으로서 공법상 당사자소송에서 재산권의 청구를 인용하는 판결을 하는 경우 가집행선고를 할 수 있다(대판 2000.11.28. 99두3416) ➔ 사업시행자인 서울특별시가 한매권자인 사인을 상대로 한 당사자소송에서 인정된 판례이며 국가를 상대로 하는 당사자소송이 아니었음.

• **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).

답 ⑤

9

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

- ① 무효확인소송의 보충성은 요구되지 아니한다.
- ② 처분등의 효력유무를 민사소송의 수소법원이 선결문제로 심리·판단하는 경우에 행정청의 소송참가 규정이 적용된다.
- ③ 행정처분이 무효인 사유는 피고에게 입증책임이 있다.
- ④ 처분등의 무효를 확인하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그밖의 관계 행정청을 기속한다.
- ⑤ 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리·의무에 영향을 미치는 조례는 무효확인소송의 대상이 된다.

해설

- ① (○) 무효등확인소송에 있어서 민사소송에서의 ‘확인’의 이익(즉시확정의 이익, 보충성)이 요구되는지에 관하여 긍정설과 부정설의 대립이 있다. 판례는 부정설(법적보호이익설)을 취한다. 종래 대법원은 무효확인소송의 보충성을 요구하여 왔으나, 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.
- **행정소송법 제35조에 규정된 ‘무효확인을 구할 법률상 이익’이 있는지를 판단할 때 행정처분의 무효를 전제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제수단이 있는지를 따질 필요가 없음** : 행정소송은 행정청의 위법한 처분 등을 취소·변경하거나 그 효력 유무 또는 존재 여부를 확인함으로써 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하고 공법상의 권리관계 또는 법 적용에 관한 다툼을 적절하게 해결함을 목적으로 하므로, 대등한 주체 사이의 사법상 생활관계에 관한 분쟁을 심판대상으로 하는 민사소송과는 목적, 취지 및 기능 등을 달리한다. 또한 「행정소송법」 제4조에서는 무효확인소송을 항고소송의 일종으로 규정하고 있고, 「행정소송법」 제38조 제1항에서는 처분 등을 취소하는 확정판결의 기속력 및 행정청의 재처분의무에 관한 ‘행정소송법’ 제30조를 무효확인소송에도 준용하고 있으므로 무효확인판결 자체만으로도 실효성을 확보할 수 있다. 그리고 무효확인소송의 보충성을 규정하고 있는 외국의 일부 입법례와는 달리 우리나라 「행정소송법」에는 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’ 제35조에 규정된 ‘무효확인을 구할 법률상 이익’이 있다고 보아야 하고, 이와 별도로 무효확인소송의 보충성이 요구되는 것은 아니므로 행정처분의 무효를 전제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제수단이 있는지 여부를 따질 필요가 없다고 해석함이 상당하다(대판 2008.3.20.

- 2007두6342). 제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제수단이 있는지 여부를 따질 필요가 없다고 해석함이 상당하다(대판 2008.3.20. 2007두6342).
- ② (○) **행정소송법 제11조(선결문제)** ① 처분등의 효력 유무 또는 존재 여부가 민사소송의 선결문제로 되어 당해 민사소송의 수소법원이 이를 심리·판단하는 경우에는 제17조(행정청의 소송참가), 제25조(행정심판기록의 제출명령), 제26조(직권심리) 및 제33조(소송비용에 관한 재판의 효력)의 규정을 준용한다.
- ③ (×) 행정처분의 당연무효를 주장하여 그 무효확인을 구하는 행정소송에 있어서는 원고에게 그 행정처분이 무효인 사유를 주장·입증할 책임이 있다(대판 2010.5.13. 2009두3460)
- ④ (○) 취소판결등의 기속력 규정(행정소송법 제30조)은 무효등확인소송에도 준용된다.
- ⑤ (○) **처분적 조례에 대한 항고소송을 가능하며, 피고는 조례 공포권자(지방자치단체장, 교육·학예조례는 교육감)** : 조례가 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하고, 이러한 조례에 대한 무효확인소송을 제기함에 있어서 행정소송법 제38조 제1항, 제13조에 의하여 피고적격이 있는 처분 등을 행한 행정청은, 행정주체인 지방자치단체 또는 지방자치단체의 내부적 의결기관으로서 지방자치단체의 의사를 외부에 표시한 권한이 없는 지방의회가 아니라, 구 지방자치법 제19조 제2항, 제92조에 의하여 지방자치단체의 집행기관으로서 조례로서의 효력을 발생시키는 공포권이 있는 지방자치단체의 장이다. 구 지방교육자치에 관한 법률(1995. 7. 26. 법률 제4951호로 개정되기 전의 것) 제14조 제5항, 제25조에 의하면 시·도의 교육·학예에 관한 사무의 집행기관은 시·도 교육감이고 시·도 교육감에게 지방교육에 관한 조례안의 공포권이 있다고 규정되어 있으므로, 교육에 관한 조례의 무효확인소송을 제기함에 있어서는 그 집행기관인 시·도 교육감을 피고로 하여야 한다(대판 1996.9.20. 95누8003).

답 ③

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

- ① 「행정소송법」 상의 부작위의 개념상 전제되는 의무는 법률상 의무일 필요는 없다.
- ② 부작위위법 여부의 판단 기준시는 사실심의 구두변론종결시로서 판결시이다.
- ③ 부작위위법확인소송은 부작위 내지 무응답이라고 하는 소극적인 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 한다.
- ④ 부작위위법확인소송의 청구를 인용하는 판결이 확정된 경우 행정청은 거부처분을 하여도 처분 의무를 이행한 것이 된다.
- ⑤ 부작위가 위법함을 확인하는 확정판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다.

해설

- ① (×) **행정소송법 제2조(정의)** ① 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
2. "부작위"라 함은 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간내에 일정한 처분을 하여야 할 **법률상 의무**가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것을 말한다.
- ② (○) **부작위위법확인소송의 변론종결시까지 행정청의 처분으로 부작위 상태가 해소된 경우 소의 이익 없음** ⇨ **각하** : 부작위위법확인인 소는 행정청이 국민의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청에 대하여 상당한 기간내에 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 것이고, 나아가 당해 판결의 구속력에 의하여 행정청에게 처분 등을 하게 하고 다시 당해 처분 등에 대하여 불복이 있는 때에는 그 처분 등을 다투게 함으로써 최종적으로는 국민의 권리이익을 보호하려는 제도이므로, 소 제기 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).

• 위법성 등 판단의 기준시

- ㉠ 취소소송·거부처분취소소송·무효등확인소송 위법성 판단 기준시 : 처분시
㉡ 부작위위법확인소송 위법성 판단 기준시 : 판결시(사실심변론 종결시)
㉢ 사정판결 위법성 판단의 기준시 : 처분시
㉣ 사정판결의 필요성 판단시 : 판결시(사실심변론 종결시)

- ③④ (○) **부작위위법확인인 소는** 행정청이 당사자의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청에 대하여 상당한 기간 내에 그 신청을 인용하는 적극적 처분을 하거나 각하 또는 기각하는 등의 소극적 처분을 하여야 할 법률상의 응답의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우, **그 부작위의 위법을 확인함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 내지 무응답이라고 하는 소극적인 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 하는 것이고, 나아가 그 인용 판결의 기속력에 의하여 행정청으로 하여금 적극적이든 소극적이든 어떤 처분을 하도록 강제**한 다음, 그에 대하여 불복이 있을 경우 그 처분을 다투게 함으로써 최종적으로는 당사자의 권리와 이익을 보호하려는 제도이므로, **당사자의 신청이 있는 이후 당사자에게 생긴 사정의 변화로 인하여 위 부작위가 위법하다는 확인을 받는다고 하더라도 종국적으로 침해되거나 방해받은 권리와 이익을 보호·구제받는 것이 불가능하게 되었다면 그 부작위가 위법하다는 확인을 구할 이익은 없다.** ⇨ 지방자치단체가 조례를 통하여 노동운동이 허용되는 사실상의 노무에 종사하는 공무원의 구체적 범위를 규정하지 않고 있는 것에 대하여 버스전용차로 통행위반 단속업무에 종사하는 자가 부작위위법확인인 소를 제기하였으나 상고심 계속중에 정년퇴직한 경우, 위 조례를 제정하지 아니한 부작위가 위법하다는 확인을 구할 소의 이익이 상실되었다고 한 사례(대판 2002.6.28. 2000두4750)
- ⑤ (○) 행정소송법 29조 1항(취소판결의 제3자효)규정은 부작위위법확인소송에도 준용됨.
- **제29조(취소판결등의 효력)** ① 처분등을 취소하는 확정판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다.
- **제38조(준용규정)** ② 제9조, 제10조, 제13조 내지 제19조, 제20조, 제25조 내지 제27조, **제29조** 내지 제31조, 제33조 및 제34조의 규정은 부작위위법확인소송의 경우에 준용한다.

답 ①

11

취소소송의 제소기간에 관한 설명으로 옳은 것은?(복수정답)(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 행정심판을 거친 경우에는 재결서 정본을 발송한 날이 제소기간의 기산점이 된다.
- ② 동일한 행정처분에 대하여 무효확인 소를 제기하였다가 그 후 그 처분의 취소를 구하는 소를 추가적으로 병합한 경우, 주된 청구인 무효확인 소가 취소소송의 제소기간 내에 제기되었다면 추가로 병합된 취소청구의 소도 적법하게 제기된 것으로 본다.
- ③ 제소기간의 준수 여부는 소제기의 효과를 주장하는 원고가 입증책임을 진다.
- ④ 처분이 있음을 안 날부터 100일이 지났더라도 처분이 있는 날부터 1년을 넘지 않았다면 취소소송의 제기는 적법하다.
- ⑤ 고시 또는 공고에 의하여 불특정다수인을 대상으로 행정처분을 하는 경우에는, 그 행정처분에 이해관계를 갖는 자가 고시 또는 공고가 있었다는 사실을 현실적으로 알았을 때를 제소기간의 기산점으로 본다.

해설

- ① (×) 행정소송법 제20조(제소기간) ① 취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다. 다만, 제18조제1항 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 (○) 동일한 행정처분에 대하여 무효확인 소를 제기하였다가 그 후 그 처분의 취소를 구하는 소를 추가적으로 병합한 경우, 주된 청구인 무효확인 소가 적법한 제소기간 내에 제기되었다면 추가로 병합된 취소청구의 소도 적법하게 제기된 것으로 볼 수 있다: 하자 있는 행정처분을 놓고 이를 무효로 볼 것인지 아니면 단순히 취소할 수 있는 처분으로 볼 것인지는 동일한 사실관계를 토대로 한 법률적 평가의 문제에 불과하고, 행정처분의 무효확인을 구하는 소에는 특단의 사정이 없는 한 그 취소를 구하는 취지도 포함되어 있다고 보아야 하는 점 등에 비추어 볼 때, 동일한 행정처분에 대하여 무효확인 소를 제기하였다가 그 후 그 처분의 취소를 구하는 소를 추가적으로 병합한 경우, 주된 청구인 무효확인 소가 적법한 제소기간 내에 제기되었다면 추가로 병합된 취소청구의 소도 적법하게 제기된 것으로 봄이 상당하다(대판 2005.12.23. 2005두3554).
- ③ (○) 직권조사사항에 관하여도 그 사실의 존부가 불명한 경우에는 입증책임의 원칙이 적용되어야 할 것인바, 본안판결을 받는다는 것 자체가 원고에게 유리하다는 점에 비추어 직권조사사항인 소송요건에 대한 입증책임은 원고에게 있다(대판 1997.7.25. 96다39301).
- ④ (×) ‘처분이 있음을 안 날부터 90일’과 ‘처분이 있는 날부터 1년’의 제소기간 중 어느 하나라도 경과한 경우 취소소송 불가.
- ⑤ (×) 통상 고시 또는 공고에 의하여 행정처분을 하는 경우에는 그 처분의 상대방이 불특정 다수인이고 그 처분의 효력이 불특정 다수인에게 일률적으로 적용되는 것이므로, 그 행정처분에 이해관계를 갖는 자가 고시 또는 공고가 있었다는 사실을 현실적으로 알았는지 여부에 관계없이 고시가 효력을 발생하는 날 행정처분이 있음을 알았다고 보아야 한다(대판 2007.6.14. 2004두619).

답 ②③

12

필요적 행정심판전치주의 사항에 해당하지 않는 것은?

- ① 「식품위생법」에 따른 영업허가취소처분
- ② 「도로교통법」에 따른 운전면허취소처분
- ③ 「국세기본법」에 따른 국세부과처분
- ④ 「지방공무원법」에 따른 징계처분
- ⑤ 「관세법」에 따른 관세부과처분

해설

☞ 개별법상 필요적 행정심판전치주의가 적용되는 경우

- ① 국가공무원법, 지방공무원법, 교육공무원법 : 공무원에 대한 징계·인사상불이익 조치에 대한 공무원소청심사
- ② 국세기본법, 관세법 : 국세부과처분에 불복시 국세청(관세부과처분에 불복시 관세청)의 심사청구, 조세심판원 심판청구, 감사원 심사청구 중 택1 필수. 단, 심판청구에 대한 재조사 결정에 따른 처분청의 처분에 대한 행정소송의 경우는 제외.
- ③ 지방세기본법 : 지방세부과처분에 대한 불복시 조세심판원 심판청구, 감사원 심사청구 중 택1 필수. 단, 심판청구에 대한 재조사 결정에 따른 처분청의 처분에 대한 행정소송의 경우는 제외.
- ④ 도로교통법 : 도로교통법상 처분은 행정심판 재결을 거쳐야 행정소송 가능.
- ⑤ 감사원법 : 감사원의 감사를 받는 자의 직무처분은 감사원의 심사청구를 거쳐야 행정소송 가능
- ⑥ 지방자치법 : 사용료·수수료·분담금의 부과·징수에 대한 행정소송은 이의신청을 거쳐야 제기 가능
- ⑦ 재결주의가 적용되는 경우 자동적으로 필요적 전치주의가 적용되며, 재결에 대한 행정소송을 제기해야 함.
 - ㉠ 감사원의 변상판정시 재심의판정 거쳐 재심의판정을 대상으로 행정소송
 - ㉡ 노동위원회의 처분은 중앙노동위 재심판정 거쳐 재심판정을 대상으로 행정소송
 - ㉢ 특허출원에 대한 심사관의 거절사정은 특허심판원 심결을 거쳐 심결을 대상으로 행정소송

답 ①

13 국가공무원인 甲은 「국가공무원법」 상의 성실의무를 위반하여 2개월의 정직처분을 받았다. 甲은 이 같은 징계처분이 비위사실에 비해 너무 가혹하다고 생각하여 그 처분에 대해 항고소송을 제기하고자 한다. 이에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 甲은 소청심사를 거치지 아니하고는 소송을 제기할 수 없다.
- ② 소청의 제기기간을 도과하여 소청을 제기하였으나 이를 간과하여 실질적 재결이 이루어졌다면 적법하게 행정심판전치의 요건은 충족된다고 본다.
- ③ 법원은 2개월의 정직처분을 2개월 감봉처분으로 변경할 것을 명하는 판결을 할 수 없다.
- ④ 필요한 행정심판을 거쳤는지의 여부는 법원의 직권조사사항이다.
- ⑤ 소청심사위원회의 심사·결정을 거치지 아니한 채 소송을 제기하였으나 소송 계속 중 소청을 제기하여 기각결정을 받았다면 행정심판전치요건은 충족되었다고 볼 것이다.

해설

- ① (○) 공무원징계처분에 대한 항고소송은 소청심사를 거쳐야 제기 가능(필요적 전치주의)
• 국가공무원법 제16조(행정소송과의 관계) ① 제75조에 따른 처분(공무원에 대한 징계처분, 강임·휴직·직위해제, 면직처분), 그 밖에 본인의 의사에 반한 불리한 처분이나 부작위(不作爲)에 관한 행정소송은 소청심사위원회의 심사·결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다.
- ② (×) 행정처분의 취소를 구하는 항고소송의 전심절차인 행정심판청구가 기간 도과로 인하여 부적법한 경우에는 행정소송 역시 전치의 요건을 충족치 못한 것이 되어 부적법 각하를 면치 못하는 것이고, 이 점은 행정청이 행정심판의 제기기간을 도과한 부적법한 심판에 대하여 그 부적법을 간과한 채 실질적 재결을 하였다 하더라도 달라 지는 것이 아니다(대판 1991.6.25. 90누8091).
- ③ (○) 행정소송의 경우 취소판결로 소극적 변경판결(일부취소판결)은 가능하지만 적극적 변경판결은 할 수 없다.
- ④ (○) 소송요건은 법원의 직권조사사항.
• 행정소송에서 행정심판전치절차를 거쳤는지 여부는 소송요건으로 직권조사사항이므로, 법원은 행정소송에서 당사자가 행정심판전치절차를 거쳤는지 여부를 직권으로 심사하여 그 경우 여부가 불분명한 경우나 석명권을 행사하여 이를 밝혀보면 되는 것이지 기록상 전치절차를 거치지 아니한 것이 명백한 경우에만 당사자에게 전치절차를 거치도록 종용하거나 그 보정을 명하여야 하는 것은 아니라고 할 것이다(대판 1995.1.12. 94누9948).
- ⑤ (○) 전심절차를 밟지 아니한 채 증여세부과처분취소소송을 제기하였다면 제소당시로 보면 전치요건을 구비하지 못한 위법이 있다 할 것이지만, 소송계속 중 심사청구 및 심판청구를 하여 각 기각결정을 받았다면 원심변론종결일 당시에는 위와 같은 전치요건충족의 하자는 치유되었다고 볼 것이다(대판 1987.4.28. 86누29).

답 ②

14 취소소송의 관할법원에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 세무서장의 과세처분에 대한 취소소송의 제1심 관할법원은 원칙적으로 당해 세무서의 소재지를 관할하는 행정법원이 된다.
- ② 관할이송은 원고가 중대한 과실 없이 취소소송을 심급을 달리하는 법원에 잘못 제기한 경우에도 인정된다.
- ③ 토지의 수용재결에 대한 취소소송은 당사자 간의 합의 없이도 그 토지의 소재지를 관할하는 행정법원에 제기할 수 있다.
- ④ 당사자가 합의하면 원고 소재지 관할법원을 제1심 관할법원으로 할 수 있다.
- ⑤ 중앙행정기관의 장이 피고인 취소소송은 피고의 소재지를 관할하는 행정법원을 제1심관할법원으로 할 수 없다.

해설

• 행정소송법 제9조(재판관할)

- ① 취소소송의 제1심 관할법원은 **피고의 소재지를 관할하는 행정법원**으로 한다.
- ② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 피고에 대하여 취소소송을 제기하는 경우에는 **대법원소재지를 관할하는 행정법원**에 제기할 수 있다.
 1. 중앙행정기관, 중앙행정기관의 부속기관과 합의제행정기관 또는 그 장
 2. 국가의 사무를 위임 또는 위탁받은 공공단체 또는 그 장
- ③ **토지의 수용 기타 부동산 또는 특정의 장소에 관계되는 처분등에 대한 취소소송은 그 부동산 또는 장소의 소재지를 관할하는 행정법원**에 이를 제기할 수 있다.

- ① (○) 취소소송의 제1심 관할법원은 원칙적으로 **피고의 소재지를 관할하는 행정법원**(행정소송법 제9조 제1항)

- ② (○)

• 행정소송법 제7조(사건의 이송) 민사소송법 제34조제1항의 규정은 원고의 고의 또는 중대한 과실없이 행정소송이 심급을 달리하는 법원에 잘못 제기된 경우에도 적용한다.

• 민사소송법 제34조(관할위반 또는 재량에 따른 이송) ① 법원은 소송의 전부 또는 일부에 대하여 관할권이 없다고 인정하는 경우에는 결정으로 이를 관할법원에 이송한다.

- ③ (○) 토지의 수용 기타 부동산 또는 특정의 장소에 관계되는 처분등에 대한 취소소송은 그 부동산 또는 장소의 소재지를 관할하는 행정법원에도 제기 가능(행정소송법 제9조 제3항)

- ④ (○) 행정소송법상 토지관할은 전속관할이 아니기 때문에 민사소송법 상 합의관할·변론관할에 관한 규정이 준용된다.

• 행정소송법 제8조(법적용예)

- ① 행정소송에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다.
- ② 행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다.

• 민사소송법

제29조(합의관할)

- ① 당사자는 합의로 제1심 관할법원을 정할 수 있다.
- ② 제1항의 합의는 일정한 법률관계로 말미암은 소에 관하여 서면으로 하여야 한다.

제30조(변론관할) 피고가 제1심 법원에서 관할위반이라고 항변하지 아니하고 본안에 대하여 변론하거나 변론준비기일에서 진술하면 그 법원은 관할권을 가진다.

- ⑤ (×) 중앙행정기관의 장이 피고인 취소소송의 재판관할 : 원칙적으로 피고의 소재지 관할 행정법원이지만 대법원소재지 관할 행정법원에도 제기 가능 (행정소송법 제9조 제1항 및 제2항 제1호)

답 ⑤

15

제3자의 소송참가에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 제3자의 소송참가는 타인의 취소소송이 적법하게 제기되고 있어야 하나 소송이 어느 심급에 있는가는 불문한다.
- ② 참가하는 제3자에는 국가 또는 지방자치단체도 포함될 수 있다.
- ③ 법원은 소송의 결과에 따라 권리를 침해 받을 제3자가 있는 경우에는 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 그 제3자를 소송에 참가시킬 수 있다.
- ④ 참가하는 제3자는 그 신청을 각하한 결정에 대하여 즉시항고할 수 있다.
- ⑤ 제3자의 소송참가가 허용되기 위하여는 당해 소송의 결과에 따라 제3자의 권리 또는 이익이 침해되어야 하고, 이 때의 이익은 법률상 이익 및 단순한 사실상의 이익을 포함한다.

해설

• 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.

- ① (○) 타인 간 취소소송이 계속중이면 되고 심급을 불문하며, 상고심·재심절차에도 참가할 수 있다.
- ② (○) 제3자는 소송당사자 외의 자로서 개인, 국가, 공공단체도 포함된다. 단, 행정청은 포함되지 않는다. 행정청은 당사자능력이 없으므로 행정청의 소송참가 규정(제17조)에 의한 참가만 가능하다.
- ③ (○) 제3자의 소송참가는 당사자나 제3자의 신청 또는 법원 직권에 의한 결정으로써 가능(행정소송법 제16조 제1항)
- ④ (○) 행정소송법 제16조 제3항
- ⑤ (×) 행정소송법 제16조 소정의 제3자의 소송참가가 허용되기 위하여는 당해 소송의 결과에 따라 제3자의 권리 또는 이익이 침해되어야 하고, 이 때의 이익은 법률상 이익을 말하며 단순한 사실상의 이익이나 경제상의 이익은 포함되지 않는다, 원고들이 참가를 구하는 제3자들은 원고들이 속한 관련 지방자치단체들로서 이 사건의 쟁점은 단순히 신설되는 항만을 어떻게 호칭하고 다른 항만과 구별하여 특정할 것인가의 문제에 불과할 뿐이고 그 항만에 부여되는 지리적 명칭에 따라 그 항만의 배후부지가 관련 자치단체의 관할구역에 편입되는 법적 효력이 생긴다거나 관련 자치단체인 참가인들이 그 지리적 명칭으로 인하여 권리관계나 법적 지위에 어떠한 영향을 받는다고 인정되지도 아니하므로 이 사건 소송의 결과에 의하여 위 제3자들의 법률상 이익이 침해된다고 할 수 없고, 따라서 원고들의 이 사건 제3자 소송참가신청은 부적법하다(대판 2008.5.29. 2007두23873)

답 ⑤

16

행정청의 소송참가에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 행정심판의 재결이 취소소송의 대상이 된 경우 원처분청을 소송에 참가시킬 수 있다.
- ② 법원이 행정청의 소송참가를 결정하고자 할 때에는 당사자 및 당해 행정청의 의견을 들어야 한다.
- ③ 참가인은 참가할 때의 소송의 진행정도에 따라 할 수 없는 소송행위를 제외하고, 소송에 관하여 공격·방어·이의·상소, 그 밖의 모든 소송행위를 할 수 있다.
- ④ 참가인의 소송행위가 피참가인의 소송행위에 어긋나는 경우에는 그 참가인의 소송행위는 효력을 가지지 아니한다.
- ⑤ 행정청의 소송참가는 당사자의 신청이나 법원의 직권에 의해 결정되나 당해 행정청이 소송참가를 신청할 수는 없다.

해설

- ① (○) 행정소송법 제17조(행정청의 소송참가)에 따라 원처분청을 참가시킬 수 있음
- ② (○) 행정소송법 제17조 제2항
- ③④ (○) 행정청의 소송참가에는 민사소송법 제76조가 준용됨

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.

• 민사소송법 제76조(참가인의 소송행위)

- ① 참가인은 소송에 관하여 공격·방어·이의·상소, 그 밖의 모든 소송행위를 할 수 있다. 다만, 참가할 때의 소송의 진행정도에 따라 할 수 없는 소송행위는 그러하지 아니하다.
- ② 참가인의 소송행위가 피참가인의 소송행위에 어긋나는 경우에는 그 참가인의 소송행위는 효력을 가지지 아니한다.

- ⑤ (×) 행정청의 소송참가는 법원이 당사자 또는 당해 행정청의 신청 또는 직권에 의한 결정으로써 가능(행정소송법 제17조 제1항)

답 ⑤

17 소의 변경에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 항고소송을 당사자소송으로 변경을 허가하는 경우 피고의 변경이 수반되는데, 이 경우 법원은 새로이 피고로 될 자의 의견을 들어야 한다.
- ② 소의 변경은 상고심에서도 가능하다.
- ③ 청구의 기초에 변경이 있더라도 소의 변경은 가능하다.
- ④ 소의 변경의 결정이 있을 때에는 새로운 피고에 대한 소송은 원고가 소의 변경을 신청한 때에 제기된 것으로 본다.
- ⑤ 소의 변경의 결정이 있을 때에는 종전의 피고에 대한 소송은 각하된 것으로 본다.

해설

- ① (○) 행정소송법 제21조 제2항

• 행정소송법 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.
- ② 제1항의 규정에 의한 허가를 하는 경우 피고를 달리하게 될 때에는 법원은 새로이 피고로 될 자의 의견을 들어야 한다.
- ③ 제1항의 규정에 의한 허가결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다.
- ④ 제1항의 규정에 의한 허가결정에 대하여는 제14조 제2항·제4항 및 제5항의 규정을 준용한다.

제14조(피고경정)

- ② 법원은 제1항의 규정에 의한 결정의 정본을 새로운 피고에게 송달하여야 한다.
- ④ 제1항의 규정에 의한 결정이 있을 때에는 새로운 피고에 대한 소송은 처음에 소를 제기한 때에 제기된 것으로 본다.
- ⑤ 제1항의 규정에 의한 결정이 있을 때에는 종전의 피고에 대한 소송은 취하된 것으로 본다.

- ② (×) 사실심 변론종결시까지 가능. 법률심인 상고심에서는 불가.

☒ 소의 변경(소의 종류 변경)의 요건

- ㉠ 취소소송이 계속되고 있을 것
- ㉡ 사실심의 변론종결시까지 원고의 신청이 있을 것(상고심에서는 불가)
- ㉢ 법원이 상당하다고 인정하여 허가결정을 할 것
- ㉣ 변경되는 새로운 소가 적법할 것
- ㉤ 취소소송을 '당해 처분 등에 관계되는 사무가 귀속하는 국가 또는 공공단체에 대한 당사자소송 또는 취소소송 외의 항고소송'으로 변경하는 것일 것. *제21조 소의 종류 변경은 무효등확인소송, 부작위위법확인소송, 당사자소송에도 준용
- ㉥ 청구의 기초에 변경이 없을 것

- ③ (×) 청구의 기초에 변경이 없어야 함.
- ④ (×) 새로운 피고에 대한 소송은 처음에 소를 제기한 때에 제기된 것으로 봄
- ⑤ (×) 종전 피고에 대한 소송은 취하된 것으로 봄

답 ①

18 처분변경으로 인한 소의 변경에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 판례는 피고가 하천점용료 부과처분을 하였다가 절차상 하자를 이유로 이를 취소한 후 다시 동일한 내용의 하천점용료 부과처분을 한 경우, 원고가 당초의 부과처분에 대한 취소청구를 새로운 부과처분에 대한 취소청구로 변경하는 것을 인정한다.
- ② 처분변경으로 인한 소의 변경에 관한 규정은 부작위위법확인소송에는 준용되지 않는다.
- ③ 소가 제기된 후 행정청이 소송대상인 처분을 변경한 경우 법원은 직권으로 소를 변경할 수 있다.
- ④ 처분변경으로 인한 소의 변경에 관한 규정은 당사자소송에 준용된다.
- ⑤ 처분변경으로 인한 소의 변경신청은 처분의 변경이 있음을 안 날로부터 60일 이내에 하여야 한다.

해설

- ① (○) 피고(남원시장)가 원고에게 하천점용료 부과처분을 하였다가 절차상 하자를 이유로 이를 취소하고 다시 동일한 내용의 처분을 한 경우에, 원고가 당초의 부과처분에 대한 취소청구를 새로운 부과처분에 대한 취소청구로 변경하더라도 두 처분이 모두 동일한 내용의 하천점용료를 대상으로 한 것으로서 별개의 두 부과처분이 병존하는 것이 아닌 이상 그 청구의 기초에 변경이 없다고 볼 것이다(대판 1984.2.28. 83누638).
- ⇒ 따라서 청구의 기초에 변경이 없는 범위 안에서 청구 취지나 원인 변경 가능
- ②④ (○) 처분변경으로 인한 소의 변경에 관한 규정(제22조)은 무효등확인소송·당사자소송에는 준용되나 부작위위법확인소송에는 준용되지 않는다(변경될 처분이 없기 때문임)(행정소송법 36조, 44조)
- ③ (×) 처분변경으로 인한 소의 변경은 원고의 신청에 의한 법원의 결정으로 허가. 법원 직권으로는 불가.
- ⑤ (○)

• 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.
- ② 제1항의 규정에 의한 신청은 처분의 변경이 있음을 안 날로부터 **60일 이내에 하여야 한다.**

답 ③

19 **항고소송에 있어 관련청구소송의 이송·병합에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?**(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 피고 외의 자를 상대로 한 관련청구소송을 취소소송이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다.
- ② 취소소송을 관련청구소송에 병합하기 위하여 취소소송을 관련청구소송이 계속된 법원으로 이송할 수 있다.
- ③ 취소소송과 당해 처분등과 관련되는 부당이득반환청구소송은 병합이 가능하다.
- ④ 관련청구소송의 병합은 주된 청구가 사실심 변론종결 전이어야 가능하다.
- ⑤ 주된 취소소송과 관련청구소송은 각각 소송요건을 갖추어야 한다.

해설

- ①④ (○) 행정소송법 제10조 제2항
- ② (×) 취소소송과 관련청구소송을 병합하려면 취소소송이 계속된 법원으로 이송(행정소송법 제10조 제1항)
- ③⑤ (○) 행정소송법 제10조 제1항 제1호

• 행정소송법 제10조(관련청구소송의 이송 및 병합)

- ① 취소소송과 다음 각호의 1에 해당하는 소송(이하 "關聯請求訴訟"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.
- 당해 처분등과 관련되는 손해배상·부당이득반환·원상회복등 청구소송
 - 당해 처분등과 관련되는 취소소송
- ② 취소소송에는 사실심의 변론종결시까지 관련청구소송을 병합하거나 피고외의 자를 상대로 한 관련청구소송을 취소소송이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다.

답 ②

20 **항고소송의 소송요건에 관한 설명으로 옳은 것은?**

- ① 원고적격의 흠결로 인한 소송판결은 중간판결의 일종이다.
- ② 소송요건이 흠결된 경우에도 처분이 위법하면 기각판결을 하여야 한다.
- ③ 소송요건의 심사는 본안심리 중에는 이를 할 수 없다.
- ④ 소송요건의 흠결로 각하판결이 선고된 경우, 원고는 흠결된 요건을 보완하여 다시 소를 제기할 수 있다.
- ⑤ 소송요건을 엄격하게 요구하면 국민의 재판청구권을 강화하지만 법원의 부담을 가중한다.

해설

- ① (×) 원고적격의 흠결로 인한 소송판결(각하판결)도 종국판결이다.

중간판결	종국판결의 준비로서 소송진행 중 생긴 개개의 쟁점 해결을 위한 확인적 성질의 판결 예) 소송 중 독립한 공격·방어방법, 청구 원인·액수 등에 대한 다툼이 있는 경우 판단
종국판결	소송의 전부나 일부를 종료시킴. 예) 소송판결 , 본안판결, 소송종료선언, 상급심의 환송판결, 이송판결
소송판결	소송요건 적부 판결, 부적법시 각하
본안판결	소송에 의한 청구의 당부 판결, 청구의 전부나 일부의 인용판결, 기각판결

- ② (×) 요건심리에서 소송요건 흠결시 처분의 위법성을 판단하는 본안심리로 이행하지 않고 소송판결(각하판결)을 함.
- ③ (×) 본안심리는 소송요건의 구비를 전제로 청구의 당부에 관한 실체적 사항에 관한 심리이다. 취소소송의 소제기가 적법한 경우, 즉 소송요건을 모두 충족하고 있는 경우에는 법원은 본안심리에 들어간다. 그러나 본안심리 중에도 소송요건의 흠결이 발견되는 경우에는 그에 관하여 판단하여 각하판결을 내릴 수 있다.
- ④ (○) 소송판결의 기판력은 그 판결에서 확정된 소송요건의 흠결에 관하여 미치는 것이지만, 당사자가 그러한 소송요건의 흠결을 보완하여 다시 소를 제기한 경우에는 그 기판력의 제한을 받지 않는다(대판 2003.4.8. 2002다70181).
- ⑤ (×) 소송요건을 엄격하게 요구하면 국민의 재판청구권은 약화되며, 법원의 부담은 줄어든다.

답 ④

21

항고소송 제기시 각하사유에 해당하는 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ㉠ 행정청에 대하여 특정인의 토지소유권에 불리한 영향을 미치는 도시·군관리계획을 결정하지 말 것을 요구하는 소송
- ㉡ 기존 노선버스사업자가 자신의 노선과 중복되는 신규 노선버스운송사업 인가처분의 취소를 청구하는 소송
- ㉢ 구 「공유수면매립법」 상 공유수면매립면허처분에 대하여 남해 환경영향평가 대상지역 내에 사는 주민이 제기한 면허처분무효확인소송

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

해설

- ㉠ **[각하]** 부작위청구소송은 무명항고소송(법정외항고소송)이므로 허용되지 않는다.
- ㉡ **[원고적격 인정]** 일반적으로 면허나 인·허가 등의 수익적 행정처분의 근거가 되는 법률이 해당 업자들 사이의 과당경쟁으로 인한 경영의 불합리를 방지하는 것도 그 목적으로 하고 있는 경우, 다른 업자에 대한 면허나 인·허가 등의 수익적 행정처분에 대하여 미리 같은 종류의 면허나 인·허가 등의 수익적 행정처분을 받아 영업을 하고 있는 기존의 업자는 경업자에 대하여 이루어진 면허나 인·허가 등 행정처분의 상대방이 아니라 하더라도 당해 행정처분의 취소를 구할 당사자적격이 있다. 구 여객자동차운수사업법 제6조 제1항 제1호에서 '사업계획이 당해 노선 또는 사업구역의 수송수요와 수송력공급에 적합할 것'을 여객자동차운수사업의 면허기준으로 정한 것은 여객자동차운수사업에 관한 질서를 확립하고 여객자동차운수사업의 종합적인 발달을 도모하여 공공의 복리를 증진함과 동시에 업자 간의 경쟁으로 인한 경영의 불합리를 미리 방지하자는 데 그 목적이 있다 할 것이고, 한편 같은 법 제3조 제1항 제1호와 같은법시행령 제3조 제1호, 같은법시행규칙 제7조 제3항, 제4항 등의 각 규정을 종합하여 보면, 시내버스운송사업과 시외버스운송사업은 다 같이 운행계통을 정하고 여객을 운송하는 노선여객자동차운수사업에 속하므로, 위 두 운송사업이 면허기준, 준수하여야 할 사항, 중간경유지, 기점과 종점, 운행방법, 이용요금 등에서 달리 규율된다는 사정만으로 본질적인 차이가 있다고 할 수는 없으며, **시외버스운송사업계획변경인가처분으로 인하여 기존의 시내버스운송사업자의 노선 및 운행계통과 시외버스운송사업자들의 그것들이 일부 중복되게 되고 기존업자의 수익감소가 예상된다면, 기존의 시내버스운송사업자와 시외버스운송사업자들은 경업관계에 있는 것으로 봄이 상당하다 할 것이어서 기존의 시내버스운송사업자에게 시외버스운송사업 계획변경인가처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다**(대판 2002.10.25. 2001두4450).
- ㉢ **[원고적격 인정]** 공유수면매립면허처분과 농지개량사업 시행인가처분의 근거 법규 또는 관련 법규가 되는 구 공유수면매립법, 구 농촌근대화촉진법, 구 환경보전법 및 시행령, 구 환경정책기본법 및 시행령의 각 관련 규정의 취지는, 공유수면매립과 농지개량사업시행으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 **환경영향평가 대상지역 안의 주민들이** 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 이를 보호하려는 데에 있다고 할 것이므로, 위 주민들이 공유수면매립면허처분 등과 관련하여 갖고 있는 위와 같은 환경상의 이익은 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익으로서 그들에 대하여는 **특단의 사정이 없는 한 환경상의 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 공유수면매립면허처분 등의 무효확인을 구할 원고적격이 인정된다**. 한편, 환경영향평가 대상지역 밖의 주민이라 할지라도 공유수면매립면허처분 등으로 인하여 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있는 경우에는, 공유수면매립면허처분 등으로 인하여 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있다는 것을 입증함으로써 그 처분 등의 무효확인을 구할 원고적격을 인정받을 수 있다(대판 2006.3.16. 2006두330).

답 ①

22

판례상 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않는 것은?

- ① 항정신병 치료제의 요양급여에 관한 보건복지부 고시
- ② 원천징수의무자인 법인에 대한 과세관청의 소득처분에 따른 소득금액변동통지
- ③ 한국마사회의 조교사 및 기수 면허 부여 또는 취소
- ④ 조달청이 계약상대자에 대하여 나라장터 종합쇼핑몰에서의 거래를 일정기간 정지하는 조치
- ⑤ 부당한 공동행위 자진신고자 등의 과징금 감면신청에 대한 공정거래위원회의 감면불인정 통지

해설

- ① **[처분성 ○]** 보건복지부 고시인 **항정신병 치료제의 요양급여 인정기준의 처분성 인정** : 항정신병 치료제의 요양급여 인정기준에 관한 보건복지부 고시는 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 제약회사, 요양기관, 환자 및 국민건강보험공단 사이의 법률관계를 직접 규율하므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대결 2003.10.9. 2003무23).
- ② **[처분성 ○]** 원천징수의무자에 대한 **소득금액변동통지는 행정처분** : 과세관청의 소득처분과 그에 따른 소득금액변동통지가 있는 경우 원천징수의무자인 법인은 소득금액변동통지서를 받은 날에 그 통지서에 기재된 소득의 귀속자에게 당해 소득금액을 지급한 것으로 의제되어 그 때 원천징수하는 소득세의 납세의무가 성립함과 동시에 확정되고, 원천징수의무자인 법인으로서 소득금액변동통지서에 기재된 소득처분의 내용에 따라 원천징수세액을 그 다음달 10일까지 관할 세무서장 등에게 납부해야 할 의무를 부담하며, 만일 이를 이행하지 아니하는 경우에는 가산세의 제재를 받게 됨은 물론이고 형사처벌까지 받도록 규정되어 있는 점에 비추어 보면, **소득금액변동통지는 원천징수의무자인 법인의 납세의무에 직접 영향을 미치는 과세관청의 행위로서, 항고소송의 대상이 되는 조세행정처분**이라고 봄이 상당하다(대판 전원합의체 2006.4.20. 2002두1878).
- ③ **[처분성 X]** 한국마사회가 조교사 또는 기수 면허 부여 및 취소는 **사법상 행위** : 한국마사회가 조교사 또는 기수의 면허를 부여하거나 취소하는 것은 경마를 독점적으로 개최할 수 있는 지위에서 우수한 능력을 갖추었다고 인정되는 사람에게 경마에서의 일정한 기능과 역할을 수행할 수 있는 자격을 부여하거나 이를 박탈하는 것에 지나지 아니하므로, 이는 국가 기타 행정기관으로부터 위탁받은 행정권한의 행사가 아니라 일반 **사법상의 법률관계에서 이루어지는 단체 내부에서의 징계 내지 제재처분**이다.(대판 2008.1.31. 2005두8269)
- ④ **[처분성 ○]** 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 조치**는 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).

- ⑤ [처분성 ○] 구 「부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도 운영고시」 제14조 제1항에 따른 시정조치 등 감면신청에 대한 감면불인정 통지는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당 : 어떠한 처분의 근거가 행정규칙에 규정되어 있다고 하더라도, 그 처분이 상대방에게 권리 설정 또는 의무 부담을 명하거나 기타 법적인 효과를 발생하게 하는 등으로 상대방의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위라면, 이 경우에도 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 보아야 한다. …… 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제22조의2 제1항, 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령 제35조 제1항, 구 부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도 운영고시 등 관련 법령의 내용, 형식, 체제 및 취지를 종합하면, 부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 또는 과징금 감면 신청인이 고시 제11조 제1항에 따라 자진신고자 등 지위확인 받는 경우에는 시정조치 및 과징금 감면 또는 면제, 형사고발 면제 등의 법률상 이익을 누리게 되지만, 그 지위확인을 받지 못하고 고시 제14조 제1항에 따라 감면불인정 통지를 받는 경우에는 위와 같은 법률상 이익을 누릴 수 없게 되므로, 감면불인정 통지가 이루어진 단계에서 신청인에게 그 적법성을 다투어 법적 불안을 해소한 다음 조사협조행위에 나아가도록 함으로써 장차 있을지도 모르는 위험에서 벗어날 수 있도록 하는 것이 법치행정의 원리에도 부합한다. 따라서 부당한 공동행위 자진신고자 등의 시정조치 또는 과징금 감면신청에 대한 감면불인정 통지는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 보아야 한다.(대판 2012.9.27. 2010두3541).

답 ③

23 판례상 취소소송의 대상이 되지 않는 것을 모두 고른 것은?

- ㉠ 공정거래위원회의 고발조치
㉡ 소관청의 토지대장상의 소유자명의변경신청 거부행위
㉢ 국세환급금결정이나 이 결정을 구하는 신청에 대한 환급거부결정
㉣ 국민건강보험공단의 ‘직장가입자 자격상실 및 자격변동 안내’ 통보

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

해설

- ㉠ [처분성 X] 공정거래위원회의 고발조치는 처분성 없음 : 공정거래위원회의 고발조치는 사직 당국에 대하여 형벌권 행사를 요구하는 행정기관 상호간의 행위에 불과하여 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 할 수 없으며, 더욱이 공정거래위원회의 고발 의결은 행정청 내부의 의사결정에 불과할 뿐 최종적인 처분은 아닌 것이므로 이 역시 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 되지 못한다(대판 1995.5.12. 94누13794).
- ㉡ [처분성 X] 토지대장의 소유자명의변경신청 거부행위는 행정처분이 아님 : 토지대장에 기재된 일정한 사항을 변경하는 행위는, 그것이 지목의 변경이나 정정 등과 같이 토지소유권 행사의 전제조건 으로서 토지소유자의 실체적 권리관계에 영향을 미치는 사항에 관한 것이 아닌 한 행정사무집행의 편의와 사실증명의 자료로 삼기 위한 것일 뿐이어서, 그 소유자 명의가 변경된다고 하여도 이로 인하여 당해 토지에 대한 실체상의 권리관계에 변동을 가져올 수 없고 토지 소유권이 지적공부의 기재만에 의하여 증명되는 것도 아니다(대판 2012.1.12. 2010두12354).
- ㉢ [처분성 X] 국세환급금결정이나 그 결정을 구하는 신청에 대한 환급거부결정은 처분성 없음 : 구 국세기본법 제51조의 오납액과 초과납부액은 조세채무가 처음부터 존재하지 않거나 그 후 소멸되었음에도 불구하고 국가가 법률상 원인 없이 수령하거나 보유하고 있는 부당이득에 해당하고, 그 국세환급금결정에 관한 규정은 이미 납세의무자의 환급청구권이 확정된 국세환급금에 대하여 내부적 사무처리절차로서 과세관청의 환급 절차를 규정한 것에 지나지 않고 위 규정에 의한 국세환급금결정에 의하여 비로소 환급청구권이 확정되는 것은 아니므로, 위 국세환급금결정이나 이 결정을 구하는 신청에 대한 환급거부결정은 납세의무자가 갖는 환급청구권의 존부나 범위에 구체적이고 직접적인 영향을 미치는 처분이 아니어서 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 없다(대판 2009.11.26. 2007두4018).
- ㉣ [처분성 X] 국민건강보험공단에 의한 ‘직장가입자 자격상실 및 자격변동 안내’ 통보 및 ‘사업장 직권탈퇴에 따른 가입자자격상실 안내’ 통보는 처분성이 없음 : 대법원은 국민건강보험공단이 갑 등에게 ‘직장가입자 자격상실 및 자격변동 안내’ 통보 및 ‘사업장 직권탈퇴에 따른 가입자 자격상실 안내’ 통보를 한 사안에서 국민건강보험 직장가입자 또는 지역가입자 자격 변동은 법령이 정하는 사유가 생기면 별도 처분 등의 개입 없이 사유가 발생한 날부터 변동의 효력이 당연히 발생하므로 위 각 통보에 의하여 가입자 자격이 변동되는 효력이 발생한다고 볼 수 없고, 또한 위 각 통보로 갑 등에게 지역가입자로서의 건강보험료를 납부하여야 하는 의무가 발생함으로써 갑 등의 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 것도 아니므로 위 각 통보의 처분성이 인정되지 않는다(대판 2019.2.14. 2016두41729)

답 ⑤

24 「행정소송법」 상 재결취소소송에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 인용재결에 대한 항고소송의 피고는 인용재결을 한 행정심판위원회이다.
② 행정심판청구가 부적법하여 각하하여야 함에도 인용재결을 한 경우 재결취소 소송이 인정된다.
③ 재결 자체의 고유한 위법에는 재결 자체의 주체, 절차, 형식상의 위법뿐만 아니라 재결 자체의 내용상 위법도 포함된다.
④ 재결 자체에 고유한 위법이 없는 경우에는 각하판결을 하여야 한다.
⑤ 인용재결의 취소를 구하는 소송에서 법원은 행정심판위원회가 원처분의 취소 근거로 내세운 판단사유의 당부뿐만 아니라 행정심판위원회가 심판청구인의 심판청구원인사유를 배척한 판단 부분이 정당한가도 심리·판단하여야 한다.

해설

- ① (○) 제3자호 행정행위에 대한 행정심판에서 청구 인용 재결로 인하여 비로소 권리이익을 침해받게 되는 자는 인용재결에 대해 항고소송이 가능하며 피고는 행정심판위원회가 된다.
- ② (○) **심판청구가 부적법(제기요건 결여)함에도 불구하고 각하하지 않고 인용재결을 한 경우 ⇨ 재결 자체에 고유한 위법**
 구 체육시설의설치·이용에관한법률 제16조, 제34조, 같은법시행령 제16조의 규정을 종합하여 볼 때, 등록체육시설업에 대한 사업계획의 승인을 얻은 자는 규정된 기한 내에 사업시설의 착공계획서를 제출하고 그 수리 여부에 상관없이 설치공사에 착수하면 되는 것(수리를 요하지 않는 신고)이지, 착공계획서가 수리되어야만 비로소 공사에 착수할 수 있다거나 그 밖에 착공계획서 제출 및 수리로 인하여 사업계획의 승인을 얻은 자에게 어떠한 권리를 설정하거나 의무를 부담케 하는 법률효과가 발생하는 것이 아니므로 행정청이 사업계획의 승인을 얻은 자의 착공계획서를 수리하고 이를 통보한 행위는 그 착공계획서 제출사실을 확인하는 행정행위에 불과하고 그를 항고소송이나 행정심판의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수 없다. 행정청이 골프장 사업계획승인을 얻은 자의 사업시설 착공계획서를 수리한 것에 대하여 인근 주민들이 그 수리처분의 취소를 구하는 행정심판을 청구하자 재결청이 그 청구를 인용하여 수리처분을 취소하는 형성적 재결을 한 경우, **그 수리처분 취소 심판청구는 행정심판의 대상이 되지 아니하여 부적법 각하해야 함에도 위 재결은 그 청구를 인용하여 수리처분을 취소하였으므로 재결 자체에 고유한 하자가 있다**(대판 2001.5.29. 99두10292).
- ③ (○) 행정처분에 대한 행정심판청구를 각하한 재결에 대한 항고소송은 원처분의 존재여부나 그 유·무효를 이유로 주장할 수 없고, 그 재결 자체에 주체, 절차, 형식 또는 내용상의 위법이 있는 경우에 한한다 할 것이다(대판 1995.5.26. 94누7010).
- ④ (×) 재결도 취소소송 대상인 '처분등'에 포함되므로 요건심리에서 각하할 것이 아니라 본안심리를 통해 재결에 고유한 위법이 없으면 기각한다.
 • 행정소송법 제19조는 "재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우"에 한하여 행정심판의 재결도 취소소송의 대상으로 삼을 수 있도록 규정하고 있으므로 재결취소소송의 경우 재결 자체에 고유한 위법이 있는지 여부를 심리할 것이고, **재결 자체에 고유한 위법이 없는 경우에는 원처분의 당부와는 상관없이 당해 재결취소소송은 이를 기각하여야 한다**.(대판 1994.1.25. 93누16901)
- ⑤ (○) 인용재결의 취소를 구하는 당해 소송은 그 인용재결의 당부를 그 심판대상으로 하고 있고, 그 점을 가리기 위하여는 행정심판청구인들의 심판청구원인 사유에 대한 재결청의 판단에 관하여도 그 당부를 심리·판단하여야 할 것이므로, 원심으로서 재결청이 원처분의 취소 근거로 내세운 판단사유의 당부뿐만 아니라 재결청이 심판청구인의 심판청구원인 사유를 배척한 판단 부분이 정당한가도 심리·판단하여야 한다(대판 1997.12.23. 96누10911).

답 ④

25

공법상 당사자소송의 대상이 되는 것으로만 연결된 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 민간투자사업 실시협약에 따른 재정지원금의 지급을 구하는 소송
 - 구청장의 주민등록번호 변경신청 거부행위를 다투는 소송
- ② 읍·면장에 의한 이장의 임명 및 면직
 - 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 토지의 일시 사용에 대한 동의를 의사표시를 할 의무의 존부를 다투는 소송
- ③ 구 「특수임무수행자 보상에 관한 법률」 상 보상금 지급대상자의 기각결정을 다투는 소송
 - 「도시 및 주거환경정비법」 상 청산금지급청구소송
- ④ 부가가치세 환급세액 지급청구소송
 - 공무원연금관리공단의 공무원연금 지급거부를 다투는 소송
- ⑤ 구 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」에 따른 입주계약의 취소를 다투는 소송
 - 「부패방지법」에 따른 보상금지급거부를 다투는 소송

해설

- ① (×)
 - ㉠ **[당사자소송]** 「사회기반시설에 대한 민간투자법」 상 민간투자에 관한 협약은 공법상 계약, 민간투자사업 실시협약에 따른 재정지원금의 지급을 구하는 소송은 당사자소송 : 甲 광역자치단체가 乙 유한회사와 터널 민간투자사업 실시협약을 체결하였는데, 2002년에 법인세법이 개정되어 법인세율이 인하되자 甲 자치단체가 법인세율 인하 효과를 반영하여 산정한 재정지원금액을 지급한 사안에서, 법인세법 개정에 따른 법인세율 인하가 실시협약에서 정한 '관계 법령 등의 변경'에 해당하고 '사업의 수익성에 중대한 영향을 미치는 경우'에 해당한다고 본 원심 판단을 수긍한 사례에서 **민간투자사업 실시협약을 체결한 당사자가 공법상 당사자소송에 의하여** 그 실시협약에 따른 재정지원금의 지급을 구하는 경우에, 수소법원은 단순히 주무관청이 재정지원금액을 산정한 절차 등에 위법이 있는지 여부를 심사하는 데 그쳐서는 아니 되고, 실시협약에 따른 적정한 재정지원금액이 얼마인지를 구체적으로 심리·판단하여야 한다(대판 2019.1.31. 2017두46455).
 - ㉡ **[항고소송]** 피해자의 의사와 무관하게 주민등록번호가 유출된 경우에는 조리상 주민등록번호의 변경을 요구할 신청권을 인정함이 타당하고, 구청장의 주민등록번호 변경신청 거부행위는 **항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다**.(대판 2017.6.15. 2013두2945)
- ② (○)
 - ㉠ **[당사자소송]** 읍·면장에 의한 이장의 임명 및 면직은 공법상계약 해지의 의사표시, 당사자소송으로 다툼 : 이장이 공무원으로서의 지위를 갖는 것은 아니나 지방계약직 공무원과 그 지위에서 유사할 뿐만 아니라 이장의 면직사유에 관한 규정은 지방계약직 공무원에 대한 채용계약 해지사유를 정한 지방계약직공무원규정과 유사한 점 등을 종합하면, 읍·면장의 이장에 대한 직권면직행위는 행정청으로서 공권력을 행사하여 행하는 행정처분이 아니라 서로 대등한 지위에서 이루어진 공법상 계약에 따라 그 계약을 해지하는 의사표시로 봄이 상당하다(대판 2012.10.25. 2010두18963).
 - ㉡ **[당사자소송]** 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 토지의 일시 사용에 대한 동의를 의사표시를 할 의무의 존부를 다투는 소송은 당사자소송 : 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제130조 제3항에서 정한 토지의 소유자·점유자 또는 관리인(이하 '소유자 등'이라 한다)이 사업시행자의 일시 사용에 대하여 정당한 사유 없이 동의를 거부하는 경우, 사업시행자는 해당 토지의 소유자 등을 상대로 동의를 의사표시를 구하는 소를 제기할 수 있다. 이와 같은 토지의 일시 사용에 대한 동의를 의사표시를 할 의무는 '국토의 계획 및 이용에 관한 법률'에서 특별히 인정한 공법상의 의무이므로, 그 의무의 존부를 다투는 소송은 '공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송', 즉 행정소송법 제3조 제2호에서 규정한 당사자소송이라고 보아야 한다.(대판 2019.9.9. 2016다262550).
- ③ (×)
 - ㉠ **[항고소송]** 구 「특수임무수행자 보상에 관한 법률」 상 보상금 지급대상자의 기각결정은 항고소송 대상인 행정처분 : 특수임무와 관련하여 국가를

위하여 특별한 희생을 한 특수임무수행자와 그 유족에 대하여 필요한 보상을 함으로써 특수임무수행자와 그 유족의 생활안정을 도모하고 국민화합에 이바지함을 목적으로 제정된 구 「특수임무수행자 보상에 관한 법률」 및 구 시행령의 각 규정 취지와 내용에 비추어 보면, 같은 법 제2조, 같은 법 시행령 제2조, 제3조, 제4조 등의 규정들만으로는 바로 법상의 보상금 등의 지급대상자가 확정된다고 볼 수 없고, **특수임무수행자보상심의위원회의 심의·의결을 거쳐 특수임무수행자로 인정되어야만 비로소 보상금 등의 지급대상자로 확정될 수 있다.** 따라서 그와 같은 위원회의 결정은 행정소송법 제2조 제1항 제1호에 규정된 처분에 해당하므로, 특수임무수행자 및 그 유족으로서 보상금 등을 지급받고자 하는 자의 신청에 대하여 위원회가 특수임무수행자에 해당하지 않는다는 이유로 이를 기각하는 결정을 한 경우, 신청인은 위원회를 상대로 그 결정의 취소를 구하는 소송을 제기하여 보상금 등의 지급대상자가 될 수 있다. 이와 달리 신청인이 국가를 상대로 직접 보상금 등의 지급을 구하는 소는 부적법하다(대판 2008.12.11. 2008두6554)

- ㉔ [당사자소송 불가] 「도시 및 주거환경정비법」 상 청산금징수는 행정상강제징수절차가 있으므로 청산금지급을 청구하는 당사자소송 불가 : 도시 및 주거환경정비법 제57조 제1항에 규정된 청산금의 징수에 관하여는 지방세체납처분의 예에 의한 징수 또는 징수 위탁과 같은 간이하고 경제적인 특별구제절차가 마련되어 있으므로, 시장·군수가 사업시행자의 청산금 징수 위탁에 응하지 아니하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 시장·군수가 아닌 사업시행 자가 이와 별개로 공법상 당사자소송의 방법으로 청산금 청구를 할 수는 없다.
- ㉕ (×)
- ㉖ [항고소송] 납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무는 부당이득 반환의무가 아닌 법령에 의한 공법상 의무이므로 국가에 대한 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구는 당사자소송에 따라야 함 : 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)
- ㉗ [당사자소송] 공무원연금관리공단의 퇴직연금 중 일부 금액 지급거부 의사표시는 행정처분이 아닌, 미지급퇴직연금 지급청구소송은 공법상 당사자소송 : 공무원연금관리공단의 인정에 의하여 퇴직연금을 지급받아 오던 중 구 공무원연금법령의 개정 등으로 퇴직연금 중 일부 금액의 지급이 정지된 경우에는 당연히 개정된 법령에 따라 퇴직연금이 확정되는 것이지 같은 법 26조 1항에 정해진 공무원연금관리공단의 퇴직연금결정과 통지에 의하여 비로소 그 금액이 확정되는 것이 아니므로, 공무원연금관리공단이 퇴직연금 중 일부 금액에 대하여 지급거부의 의사표시를 하였다고 하더라도 그 의사표시는 퇴직연금청구권을 형성·확정하는 행정처분이 아니라 공법상의 법률관계의 한쪽 당사자로서 그 지급의무의 존부 및 범위에 관하여 나름대로의 사실상·법률상 의견을 밝힌 것일 뿐이어서, 이를 행정처분이라고 볼 수는 없고, 이 경우 미지급퇴직연금에 대한 지급청구권은 공법상 권리로서 그의 지급을 구하는 소송은 공법상의 법률관계에 관한 소송인 공법상 당사자소송에 해당한다(대판 2004.7.8. 2004두244 / 대판 2004.12.24. 2003두15195)
- [비교판례] 공무원연금관리공단의 퇴직급여에 관한 결정 - 처분성 인정 - 항고소송 : 구 공무원연금법(1995.12.29. 법률 제5117호로 개정되기 전의 것) 제26조 제1항, 제80조 제1항, 공무원연금법시행령 제19조의2의 각 규정을 종합하면, 같은 법 소정의 급여는 급여를 받을 권리를 가진 자가 당해 공무원이 소속하였던 기관장의 확인을 얻어 신청하는 바에 따라 공무원연금관리공단이 그 지급결정을 함으로써 그 구체적인 권리가 발생하는 것이므로, 공무원연금관리공단의 급여에 관한 결정은 국민의 권리에 직접 영향을 미치는 것이어서 행정처분에 해당하고, 공무원연금관리공단의 급여결정에 불복하는 자는 공무원연금급여재심위원회의 심사결정을 거쳐 공무원연금관리공단의 급여결정을 대상으로 행정소송을 제기해야 한다(대판 1996.12.6. 96누6417).
- ㉙ (×)
- ㉚ [항고소송] 산업단지관리공단이 구 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」 제38조 제2항에 따른 입주변경계약의 취소는 항고소송 대상인 행정처분에 해당 : 구 산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률 관련 규정들에서 알 수 있는 산업단지관리공단의 지위, 입주계약 및 변경계약의 효과, 입주계약 및 변경계약 체결 의무와 그 의무를 불이행한 경우의 형사적 내지 행정적 제재, 입주계약해지의 절차, 해지통보에 수반되는 법적 의무 및 그 의무를 불이행한 경우의 형사적 내지 행정적 제재 등을 종합적으로 고려하면, 입주변경계약 취소는 행정청인 관리권자로부터 관리업무를 위탁받은 산업단지관리공단이 우월적 지위에서 입주기업체들에게 일정한 법률상 효과를 발생하게 하는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2017.6.15. 2014두46843).
- ㉛ [당사자소송] 「부패방지법」에 따른 보상금지급거부를 다투는 소송은 항고소송 - 보상금지급신청기각결정 취소소송(대판 2008.11.13. 2008두12726)

답 ②

26 판례상 항고소송의 원고적격에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 추상적 기본권의 침해만으로는 원고적격이 인정되지 않는다.
- ② 원고적격은 사실심 변론종결시는 물론 상고심에서도 존속하여야 한다.
- ③ 사실상 이익 또는 반사적 이익의 침해만으로도 원고적격이 인정된다.
- ④ 구 「건축법」 상 지방자치단체장이 국가와의 건축협의를 거부한 행위에 대해 국가는 항고소송을 제기할 수 있다.
- ⑤ 처분의 상대방이 허무(虛無人)이 아니라 위명(僞名)을 사용한 사람인 경우에도 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.

해설

- ① (○) 개인적 공권은 1차적으로 개별법규범에서 인정근거를 찾고, 개별법 규정이 없으면 개인의 중대한 법익 침해를 방지하기 위해 헌법의 기본권 규정이 직접 개인적 공권 성립의 근거규정이 될 수 있는 경우가 있다.

㉔ 자유권·평등권·재산권(구체적 기본권) : 헌법상 기본권 규정에 의해 직접 개인적 공권이 성립할 수 있다. 침익적 처분의 상대방이 그 처분의 제거를 목적으로 하는 경우 개별 법률 규정의 검토 없이도 헌법상 자유권적 기본권 침해를 이유로 취소소송 등 제기가 가능하다. 반면 수익적 처분의 상대방은 직접적 침해의 상대방이 아니므로 개인적 공권이 성립하기 곤란하다.

㉕ 사회적 기본권 및 청구권적 기본권(추상적 기본권) : 법률이 기본권 행사절차, 내용, 범위 등을 확정하기 전에는 구체적 현실적 권리로 볼 수 없어 헌법 규정만으로 곧바로 구체적인 개인적 공권이 성립하기 곤란하다(예 퇴직급여청구권·공무원연금수급권·의료보험수급권, 국가배상청구권·재판청구권).

- ② (○) 원고적격은 소송요건의 하나로 사실심 변론종결시는 물론 상고심에서도 존속해야 하며 흠결시 부적법한 소가 되어 각하됨 : 행정처분의 직접 상대방이

아닌 제3자라 하더라도 당해 행정처분으로 인하여 법률상 보호되는 이익을 침해당한 경우에는 그 처분의 취소나 무효확인을 구하는 행정소송을 제기하여 그 당부의 판단을 받을 자격 즉 원고적격이 있고, 여기에서 말하는 법률상 보호되는 이익은 당해 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익을 말하며, 원고적격은 소송요건의 하나이므로 사실심 변론종결시는 물론 상고심에서도 존속하여야 하고 이를 흠결하면 부적법한 소가 된다 할 것이다(대판 2007.4.12. 2004두7924)

- ③ (×) 행정소송법 12조(원고적격)의 ‘법률상 이익’이란 단순한 반사적 이익이나 사실상의 이익이 아니라 법률에 의하여 보호되는 이익이다.
 ④ (○) 국가 등의 기관은 처분청인 경우 피고적격은 인정되지만 원칙상 원고적격은 인정되지 않는다. 단, 다른 기관의 처분에 의해 국가기관이 권리를 침해받거나 의무를 부과받는 등 중대한 불이익을 받았음에도 그 처분을 다룰 별다른 방법이 없고 그 처분의 취소를 구하는 항고소송을 제기하는 것이 유효·적절한 권익구제수단인 경우에는 국가기관에게 원고적격을 인정해야 한다.

• **구 건축법 제29조 제1항에서 정한 건축협의를 취소는 처분에 해당하며 지방자치단체 등이 건축물 소재지 관할 허가권자인 지방자치단체장을 상대로 건축협의취소의 취소를 구할 수 있음** : 구 건축법 제29조 제1항, 제2항, 제11조 제1항 등의 규정 내용에 의하면, 건축협의의 실질은 지방자치단체 등에 대한 건축허가와 다르지 않으므로, 지방자치단체 등이 건축물을 건축하려는 경우 등에는 미리 건축물의 소재지를 관할하는 허가권자인 지방자치단체의 장과 건축협의를 하지 않으면, 지방자치단체라 하더라도 건축물을 건축할 수 없다. 그리고 구 지방자치법 등 관련 법령을 살펴봐도 지방자치단체의 장이 다른 지방자치단체를 상대로 한 건축협의 취소에 관하여 다툼이 있는 경우에 법적 분쟁을 실효적으로 해결할 구제수단을 찾기도 어렵다. 따라서 건축협의 취소는 상대방이 다른 지방자치단체 등 행정주체라 하더라도 ‘**행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력 행사**’(행정소송법 제2조 제1항 제1호)로서 처분에 해당한다고 볼 수 있고, 지방자치단체인 원고가 이를 다툼 실효적 해결 수단이 없는 이상, 원고는 건축물 소재지 관할 허가권자인 지방자치단체의 장을 상대로 항고소송을 통해 건축협의 취소의 취소를 구할 수 있다(대판 2014.2.27. 2012두22980).

- ⑤ (○) 미얀마 국적의 갑이 위명인 ‘을’ 명의의 여권으로 대한민국에 입국한 뒤 을 명의로 난민 신청을 하였으나 법무부장관이 을 명의를 사용한 갑을 직접 면담하여 조사한 후 갑에 대하여 난민불인정 처분을 한 사안에서, 처분의 상대방은 허무인(虛無人)이 아니라 ‘을’이라는 위명(僞名)을 사용한 갑이므로, 갑은 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.(대판 2017.3.9. 2013두16852)

답 ③

27 판례상 항고소송의 원고적격이 인정되는 것은?

- ① 구 「담배사업법」에 따른 기존 일반소매인이 신규 구내소매인 지정처분의 취소를 구하는 경우
 ② 숙박업구조변경허가처분에 대하여 인근의 기존 숙박업자가 그 취소를 구하는 경우
 ③ 재단법인인 수녀원이 공유수면매립목적 변경 승인처분에 대하여 환경상 이익의 침해를 이유로 무효확인을 구하는 경우
 ④ 구 「임대주택법」상 임차인대표회의가 임대주택 분양전환승인처분에 대하여 취소를 구하는 경우
 ⑤ 외국인이 사증발급 거부처분에 대하여 취소를 구하는 경우

해설

① [원고적격 X]

담배 일반소매인 지정(거리제한 규정 등), 구내소매인 지정

신규 일반소매인 지정(거리 제한 규정 위반시)	신규 구내소매인 지정(거리 제한 규정 없음)
↑ 취소소송 제기 가능 기존 일반소매인(법률상 이익)	↑ 취소소송 제기 불가 기존 일반소매인
공익 목적과 동시에 일반소매인 간 과당경쟁으로 인한 불합리한 경영을 방지함으로써 일반소매인의 경영상 이익을 보호하는 것도 목적	일반소매인의 입장에서 구내소매인과의 과당경쟁으로 인한 경영의 불합리를 방지하는 것을 그 목적으로 할 수 있다고 보기 곤란

• 구 담배사업법과 그 시행령 및 시행규칙의 관계 규정에 의하면, 담배소매인을 일반소매인과 구내소매인으로 구분하여, ㉠ 일반소매인 사이에서는 그 영업소 간에 군청, 읍·면사무소가 소재하는 리 또는 동지역에서는 50m, 그 외의 지역에서는 100m 이상의 거리를 유지하도록 규정하는 등 일반소매인의 영업소 간에 일정한 거리제한을 두고 있는데, 이는 담배유통구조의 확립을 통하여 국민의 건강과 관련되고 국가 등의 주요 세원이 되는 담배산업 전반의 건전한 발전 도모 및 국민경제에의 이바지라는 공익목적 달성을 위하여 동시 일반소매인 간의 과당경쟁으로 인한 불합리한 경영을 방지함으로써 일반소매인의 경영상 이익을 보호하는 데에도 그 목적이 있다고 보이므로, 일반소매인으로 지정되어 영업을 하고 있는 기존업자의 신규 일반소매인에 대한 이익은 단순한 사실상의 반사적 이익이 아니라 법률상 보호되는 이익으로서 기존 일반소매인이 신규 일반소매인 지정처분의 취소를 구할 원고적격이 있다고 보아야 할 것이나, ㉡ 한편 구내소매인과 일반소매인 사이에서는 구내소매인의 영업소와 일반소매인의 영업소 간에 거리제한을 두지 아니할 뿐 아니라 건축물 또는 시설물의 구조·상주인원 및 이용인원 등을 고려하여 동일 시설물 내 2개소 이상의 장소에 구내소매인을 지정할 수 있으며, 이 경우 일반소매인이 지정된 장소가 구내소매인 지정대상이 된 때에는 동일 건축물 또는 시설물 안에 지정된 일반소매인은 구내소매인으로 보고, 구내소매인이 지정된 건축물 등에는 일반소매인을 지정할 수 없으며, 구내소매인은 담배진열장 및 담배소매점 표시판을 건물 또는 시설물의 외부에 설치하여서는 아니 된다고 규정하는 등 일반소매인의 입장에서 구내소매인과의 과당경쟁으로 인한 경영의 불합리를 방지하는 것을 그 목적으로 할 수 있다고 보기 어려우므로, 일반소매인으로 지정되어 영업을 하고 있는 기존업자의 신규 구내소매인에 대한 이익은 법률상 보호되는 이익이 아니라 단순한 사실상의 반사적 이익이라고 해석함이 상당하므로, 기존 일반소매인은 신규 구내소매인 지정처분의 취소를 구할 원고적격이 없다(대판 2008.4.10. 2008두402).

- ② [원고적격 X] 통설은 강학상 허가업인 경우 허가로 인한 경영상의 이익을 일반적으로 반사적 이익으로 보기 때문에 허가업자의 경쟁자 소송을 인정하지 않는다. 판례도 비슷한 사안에서 신규허가에 의해 침해되는 기존업자의 영업상 이익은 반사적 이익으로 본 바 있다.

• **숙박업구조변경허가처분을 받은 건물의 인근에서 여관을 경영하는 자들에게 그 처분의 무효확인 또는 취소를 구할 소익이 없음** : 이 사건 건물의 4, 5층 일부에 객실을 설비할 수 있도록 숙박업구조변경허가를 함으로써 그곳으로부터 50미터 내지 700미터 정도의 거리에서 여관을 경영하는 원고들이 받게 될 불이익은 간접적이거나 사실적·경제적인 불이익에 지나지 아니하므로 그것만으로는 원고들에게 위 숙박업구조변경허가처분의 무효확인 또는 취소를 구할 소익이 있다고 할 수 없다(대판 1990.8.14. 선고 89누7900)

- ③ [원고적격 X] 환경권의 주체는 자연인에 한하고 법인은 제외된다.

• **재단법인 甲 수녀원이, 매립목적 택지조성에서 조선헌설용지로 변경하는 내용의 공유수면매립목적 변경 승인처분으로 인하여 법률상 보호되는 환경상 이익을 침해받았다면서 행정청을 상대로 처분의 무효 확인을 구하는 소송을 제기한 사안에서, 공유수면매립목적 변경 승인처분으로 甲 수녀원에 소속된 수녀 등이 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 환경상 이익을 침해받았다고 하더라도 이를 가리켜 곧바로 甲 수녀원의 법률상 이익이 침해된다고 볼 수**

없고, 자연인이 아닌 甲 수녀원은 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 이익을 향수할 수 있는 주체가 아니므로 위 처분으로 위와 같은 생활상의 이익이 직접적으로 침해되는 관계에 있다고 볼 수도 없으며, 위 처분으로 환경에 영향을 주어 甲 수녀원이 운영하는 찜 공장에 직접적이고 구체적인 재산적 피해가 발생한다거나 甲 수녀원이 폐쇄되고 이전해야 하는 등의 피해를 받거나 받을 우려가 있다는 점 등에 관한 증명도 부족하므로, 甲 수녀원에 처분의 무효 확인을 구할 원고적격이 없다(대판 2012.6.28. 2010두2005).

- ④ **[원고적격 ○]** 구 임대주택법상 임차인대표회의도 임대주택 분양전환승인처분에 대하여 취소소송을 제기할 원고적격이 있음 : 행정소송법 제12조에서 말하는 '법률상 이익'이란 당해 행정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 말하고, 당해 행정처분과 관련하여 간접적이거나 사실적·경제적 이해관계를 가지는 데 불과한 경우는 여기에 포함되지 않으나, 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라고 하더라도 당해 행정처분으로 인하여 법률상 보호되는 이익을 침해당한 경우에는 취소소송을 제기하여 그 당부의 판단을 받을 자격이 있다. 구 임대주택법(2009. 12. 29. 법률 제9863호로 개정되기 전의 것) 제21조 제5항, 제9항, 제34조, 제35조 규정의 내용과 입법 경위 및 취지 등에 비추어 보면, 임차인대표회의도 당해 주택에 거주하는 임차인과 마찬가지로 임대주택의 분양전환과 관련하여 그 승인의 근거 법률인 구 임대주택법에 의하여 보호되는 구체적인 직접적인 이익이 있다고 봄이 상당하다. 따라서 임차인대표회의는 행정청의 분양전환승인처분이 승인의 요건을 갖추지 못하였음을 주장하여 그 취소소송을 제기할 원고적격이 있다고 보아야 한다(대판 2010.5.13. 2009두19168).

- ⑤ **[원고적격 X]**

외국인이 제기한	사증발급 거부처분 취소소송	원칙	법률상 이익 없음
		예외	대한민국과 실질적 관련성 or 대한민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성한 경우에는 법률상 이익 인정
	국적법상 귀화불허가처분, 출입국관리법상 체류자격변경 불허가처분, 강제퇴거명령을 다투는 행정소송		대한민국과의 실질적 관련성 or 대한민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성한 경우이므로 법률상 이익 인정

• **외국인에게 사증발급 거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정되지 않음** : 사증발급 거부처분을 다투는 외국인, 아직 대한민국에 입국하지 않은 상태에서 대한민국에 입국하게 해달라고 주장하는 것으로, 대한민국과의 실질적 관련성 내지 대한 민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성한 경우는 아니어서, 해당 처분의 취소를 구할 법률상 이익을 인정하여야 할 법정책적 필요성도 크지 않다. 반면, 국적법상 귀화불허가처분이나 출입국관리법상 체류자격변경 불허가처분, 강제퇴거명령 등을 다투는 외국인은 대한민국에 적법하게 입국하여 상당한 기간을 체류한 사람으로, 이미 대한민국과의 실질적 관련성 내지 대한민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성한 경우이어서, 해당 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정된다고 보아야 한다(대판 2018.5.15. 2014두42506).

[비교판례] 예외적으로 외국인에게 사증발급 거부처분 취소소송이 허용되는 경우 : 원고(스티브 유 )는 대한민국에서 출생하여 오랜 기간 대한민국 국적을 보유하면서 거주한 사람으로 이미 대한민국과 실질적 관련성이 있거나 대한민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성하였다고 볼 수 있다. 또한 재외동포의 대한민국 출입국과 대한민국 안에서의 법적 지위를 보장함을 목적으로 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」이 특별히 제정되어 시행 중이다. 따라서 원고는 이 사건 사증발급 거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정된다(대판 2019.7.11. 2017두38874).

답 ④

28 항고소송의 소의 이익에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① '법률상 이익'에는 취소를 통하여 구제되는 기본적인 법률상 이익뿐만 아니라 부수적인 법률상 이익도 포함된다.
- ② 취소소송에 의해 보호되는 이익은 현실적인 이익이어야 한다.
- ③ 원자로건설허가처분이 있는 후에 원자로부지 사전승인처분의 취소소송을 제기하는 경우 소의 이익이 인정되지 않는다.
- ④ 강학상 인가의 경우 기본행위의 하자를 이유로 인가처분의 취소를 구하는 소송은 소의 이익이 인정되지 않는다.
- ⑤ 원고가 처분이 위법하다는 점에 대한 취소판결을 받아 피고에 대한 손해배상청구소송에서 이를 원용할 수 있는 이익은 소의 이익에 해당한다.

해설

- ① (×) 항고소송은 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있으며 부수적 이익이 회복되는 경우에도 널리 소의 이익이 인정된다. 물론, 부수적 이익도 법률상 이익이어야 한다.
- ② (○) 처분 효력이 상실된 경우라도 처분을 취소할 현실적 이익이 있는 경우 처분의 외형이 잔존함으로 인해 법률상 이익이 침해되고 있다고 볼만한 특별한 사정이 있으면 소익(협의의 소익, 권리보호의 필요성)이 인정된다.
 - 제재적 행정처분이 그 처분에서 정한 제재기간의 경과로 인하여 그 효과가 소멸되었으나, 부령인 시행규칙 또는 지방자치단체의 규칙의 형식으로 정한 처분기준에서 제재적 행정처분을 받은 것을 가중사유나 전제요건으로 삼아 장래의 제재적 행정처분을 하도록 정하고 있어 그 규칙이 정한 바에 따라 선행처분을 가중사유 또는 전제요건으로 하는 후행처분을 받을 우려가 현실적으로 존재하는 경우에는, 선행처분을 받은 상대방은 비록 그 처분에서 정한 제재기간이 경과하였다 하더라도 그 처분의 취소소송을 통하여 그러한 불이익을 제거할 권리보호의 필요성이 충분히 인정된다고 할 것이므로, 선행처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 보아야 할 것이다(대판 2006.6.22. 2003두1684).
- ③ (○) 원자력발전소 건설허가처분 후에 원자력부지사전승인을 다룬 협의의 소익은 부정된다.(건설허가 전에는 협의의 소익이 인정됨) ⇨ 원자력법 제11조 제3항 소정의 부지사전승인제도의 취지 및 이에 터잡은 건설허가처분이 있는 경우, 선행의 부지사전승인처분의 취소를 구할 소의 이익 없음 : 원자력법 제11조 제3항 소정의 부지사전승인제도는 원자로 및 관계 시설을 건설하고자 하는 자가 그 계획중인 건설부지가 원자력법에 의하여 원자로 및 관계 시설의 부지로 적법한지 여부 및 굴착공사 등 일정한 범위의 공사(이하 '사전공사'라 한다)를 할 수 있는지 여부에 대하여 건설허가 전에 미리 승인을 받는 제도로서, 원자로 및 관계 시설의 건설에는 장기간의 준비·공사가 필요하기 때문에 필요한 모든 준비를 갖추어 건설허가신청을 하였다가 부지의 부적법성을 이유로 불허가될 경우 그 불이익이 매우 크고 또한 원자로 및 관계 시설 건설의 이와 같은 특성상 미리 사전공사를 할 필요가 있을 수도 있어 건설허가 전에 미리 그 부지의 적법성 및 사전공사의 허용 여부에 대한 승인을 받을 수 있게 함으로써 그의 경제적·시간적 부담을 덜어 주고 유호·적절한 건설공사를 행할 수 있도록 배려하려는 데 그 취지가 있다고 할 것이므로, 원자로 및 관계 시설의 부지사전승인처분은 그 자체로서 건설부지를 확정하고 사전공사를 허용하는 법률효과를 지닌 독립한 행정처분이라는 것이지만, 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 것이므로, 부지사전승인처분의 취소를 구하는 소는 소의 이익을 잃게 되고, 따라서 부지사전승인처분의 위법성은 나중에 내려진 건설허가처분의 취소를 구하는 소송에서 이를 다투면 된다.(대판 1998.9.4. 97누19588)

- ④ (○) 기본행위에 하자, 인가는 적법인 경우 : 기본행위의 하자를 다투어야지 인가행위를 다퉴 수 없음(기본행위의 무효를 이유로 인가처분의 취소나 무효확인을 구하는 소송은 법률상 이익이 없음)
• 재단법인의 정관변경 결의(기본행위)의 하자를 이유로 정관변경 인가처분의 취소나 무효 확인을 소구할 법률상 이익이 없음 : 정관변경인가는 기본행위인 재단법인의 정관변경에 대한 법률상의 효력을 완성시키는 보충행위로서, 그 기본이 되는 정관변경 결의에 하자가 있을 때에는 그에 대한 인가가 있었다 하여도 기본행위인 정관변경 결의가 유효한 것으로 될 수 없으므로 기본행위인 정관변경 결의가 적법 유효하고 보충행위인 인가처분 자체에만 하자가 있다면 그 인가처분의 무효나 취소를 주장할 수 있지만, 인가처분에 하자가 없다면 기본행위에 하자가 있다 하더라도 따로 그 기본행위의 하자를 다투는 것은 별론으로 하고 기본행위의 무효를 내세워 바로 그에 대한 행정청의 인가처분의 취소 또는 무효확인을 소구할 법률상의 이익이 없다.(대판 1995.5.16. 95누4810).
- ⑤ (×) **소음·진동배출시설에 대한 설치허가가 취소된 후 그 배출시설이 철거된 경우 허가 취소처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없음** : 처분을 취소하여도 위 배출시설을 재가동하는 것이 불가능하여 이 사건 처분 이전의 상태로 원상회복할 수 없게 되었고, 설령 원고가 이 사건 처분이 위법하다는 점에 대한 판결을 받아 피고에 대한 손해배상청구소송에서 이를 원용할 수 있다거나 위 배출시설을 다른 지역으로 이전하는 경우 행정상의 편의를 제공받을 수 있는 이익이 있다 하더라도, 그러한 이익은 사실적·경제적 이익에 불과하여 이 사건 처분의 취소를 구할 법률상 이익에 해당하지 않는다. 소음·진동배출시설에 대한 설치허가가 취소된 후 그 배출시설이 철거된 경우, 외형상 설치허가취소행위가 잔존하고 있다고 하여도 특단의 사정이 없는 한 이제 와서 굳이 위 처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다.(대판 2002.1.11. 2000두2457)

답 ⑤

29 판례상 취소소송의 소의 이익이 인정되지 않는 것은?

- ① 현역병입영대상자가 입영한 후에 현역입영통지처분의 취소를 구하는 경우
- ② 지방의회 의원에 대한 제명의결처분 취소소송 계속 중 그 의원의 임기가 만료된 경우
- ③ 행정청이 과징금 부과처분을 한 후 부과처분의 하자를 이유로 감액처분을 한 경우 감액된 부분에 대한 부과처분의 취소를 구하는 경우
- ④ 행정처분에 대한 취소소송 계속중 처분청이 다툼의 대상이 되는 행정처분을 직권취소하였음에도 불구하고 완전한 원상회복이 이루어지지 않아 취소로써 회복할 수 있는 다른 권리나 이익이 남아 있는 경우
- ⑤ 경원관계에서 경원자에 대한 수익적 처분의 취소를 구하지 아니하고 자신에 대한 거부처분의 취소만을 구하는 경우

해설

- ① **[소익 ○] 역입영대상자가 입영한 후에 현역병입영통지처분의 취소를 구할 소송상의 이익** : 병역법 제2조 제1항 제3호에 의하면 '입영'이란 병역의무자가 징집·소집 또는 지원에 의하여 군부대에 들어가는 것이고, 같은 법 제18조 제1항에 의하면 현역은 입영한 날부터 군부대에서 복무하도록 되어 있으므로 현역병입영통지처분에 따라 현실적으로 입영을 한 경우에는 그 처분의 집행은 종료되지만, 한편, 입영으로 그 처분의 목적이 달성되어 실효되었다는 이유로 다퉴 수 없도록 한다면, 병역법상 현역입영대상자로서는 현역병입영통지처분이 위법하다 하더라도 법원에 의하여 그 처분의 집행이 정지되지 아니하는 이상 현실적으로 입영을 할 수밖에 없으므로 현역병입영통지처분에 대하여는 불복을 사실상 원천적으로 봉쇄하는 것이 되고, 또한 현역입영대상자가 입영하여 현역으로 복무하는 과정에서 현역병입영통지처분 외에는 별도의 다른 처분이 없으므로 입영한 이후에는 불복할 아무런 처분마저 없게 되는 결과가 되며, 나아가 입영하여 현역으로 복무하는 자에 대한 병적을 당해 군 참모총장이 관리한다는 것은 입영 및 복무의 근거가 된 현역병입영통지처분이 적법함을 전제로 하는 것으로서 그 처분이 위법한 경우까지를 포함하는 의미는 아니라고 할 것이므로, 현역입영대상자로서는 현실적으로 입영을 하였다고 하더라도, 입영 이후의 법률관계에 영향을 미치고 있는 현역병입영통지처분 등을 한 관할지방병무청장을 상대로 위법을 주장하여 그 취소를 구할 소송상의 이익이 있다(대판 2003.12.26. 2003두1875).
- ② **[소익 ○] 지방의회 의원에 대한 제명의결처분 취소소송 계속 중 그 의원의 임기가 만료된 경우 협의의 소익 인정** : 지방자치법 32조 1항(현행 지방자치법 33조 1항 참조)은 지방의회 의원에게 지급하는 비용으로 의정활동비(1호)와 여비(2호) 외에 월정수당(3호)을 규정하고 있는바, 이 규정의 입법연혁과 함께 특히 월정수당(3호)은 지방의회 의원의 직무활동에 대하여 매월 지급되는 것으로서, 지방의회 의원이 전문성을 가지고 의정활동에 전념할 수 있도록 하는 기틀을 마련하고자 하는 데에 그 입법취지가 있다는 점을 고려해 보면, 지방의회 의원에게 지급되는 비용 중 적어도 월정수당(3호)은 지방의회 의원의 직무활동에 대한 대가로 지급되는 보수의 일종으로 봄이 상당하다. 따라서 원고가 이 사건 제명의결 취소소송 계속 중 임기가 만료되어 제명의결의 취소로 지방의회 의원으로서의 지위를 회복할 수는 없다 할지라도, 그 취소로 인하여 최소한 제명의결시부터 임기만료일까지의 기간에 대해 월정수당의 지급을 구할 수 있는 등 여전히 그 제명의결의 취소를 구할 법률상 이익은 남아 있다(대판 2009.1.30. 2007두13487).
- ③ **[소익 X] 과징금 부과처분(당초처분) 후 감액처분을 한 경우 취소소송 대상은 감액처분이 아니라 당초 부과처분 중 감액처분으로 취소되지 않고 남은 부분** : 행정처분을 한 처분청은 그 처분에 하자가 있는 경우에는 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 취소하거나 변경할 수 있다고 할 것인바, 과징금 부과처분에서 행정청이 납부의무자에 대하여 부과처분을 한 후 그 부과처분의 하자를 이유로 과징금의 액수를 감액하는 경우에 그 감액처분은 감액된 과징금 부분에 관하여만 법적 효과가 미치는 것으로서 처음의 부과처분과 별개 독립의 과징금 부과처분이 아니라 그 실질은 당초 부과처분의 변경이고, 그에 의하여 과징금의 일부취소라는 납부의무자에게 유리한 결과를 가져오는 처분이므로 처음의 부과처분이 전부 실효되는 것은 아니며, 그 감액처분으로도 아직 취소되지 않고 남아 있는 부분이 위법하다고 하여 다투는 경우 항고소송의 대상은 처음의 부과처분 중 감액처분에 의하여 취소되지 않고 남은 부분이고 감액처분이 항고소송의 대상이 되는 것은 아니다. 따라서 그 감액처분에 의하여 감액된 부분에 대한 부과처분 취소청구는 이미 소멸하고 없는 부분에 대한 것으로서 그 소의 이익이 없어 부적법하다(대판 2008.2.15. 2006두4226).
- ④ **[소익 ○] 행정처분을 다퉴 소의 이익은 개별·구체적 사정을 고려하여 판단하여야 한다.** 행정처분의 무효확인 또는 취소를 구하는 소가 제소 당시에는 소의 이익이 있어 적법하였더라도, 소송 계속 중 처분청이 다툼의 대상이 되는 행정처분을 직권으로 취소하면 그 처분은 효력을 상실하여 더 이상 존재하지 않는 것이므로, 존재하지 않는 처분을 대상으로 한 항고소송은 원칙적으로 소의 이익이 소멸하여 부적법하다고 보아야 한다. 다만 처분청의 직권취소에도 완전한 원상회복이 이루어지지 않아 무효확인 또는 취소로써 회복할 수 있는 다른 권리나 이익이 남아 있거나 또는 동일한 소송 당사자 사이에서 그 행정처분과 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있어 행정처분의 위법성 확인 내지 불분명한 법률문제에 대한 해명이 필요한 경우 행정의 적법성 확보와 그에 대한 사법통제, 국민의 권리구제의 확대 등의 측면에서 예외적으로 그 처분의 취소를 구할 소의 이익을 인정할 수 있다.(대판 2020.4.9. 2019두49953).
- ⑤ **[소익 ○] 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 있는지 여부(원칙적 적극)** : 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)

답 ③

30 행정소송의 피고적격에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 처분청과 그 처분을 통지한 자가 다른 경우 처분청이 취소소송의 피고가 된다.
- ② 대리기관이 대리관계를 표시하고 피대리 행정청을 대리하여 행정처분을 한 때에는 대리 행정청이 취소소송의 피고가 된다.
- ③ 합의제 행정청이 처분청인 경우에는 합의제 행정청이 피고가 되므로, 중앙노동위원회의 처분에 대한 취소소송의 피고는 중앙노동위원회이다.
- ④ 지방의회의장선거에 대한 취소소송의 피고는 지방의회이다.
- ⑤ 당사자소송은 국가·공공단체 그 밖의 권리주체를 피고한다.

해설

- ① (○) 처분청과 별도로 처분을 통지한 행정청이 있는 경우에도 처분청만이 피고적격을 가진다
 - 피고인 인천직할시 북구청장이 인천직할시장으로부터 환경보전법상의 위법시설에 대한 폐쇄 등 명령권한의 사무처리에 관한 내부위임을 받아, 원고들이 공동으로 경영하는 공장에서 같은법 제15조의 규정에 의한 허가를 받지 아니하고 배출시설을 설치하여 조업하고 있는 것을 적발하고, 인천직할시장 명의의 폐쇄명령서를 발부받아 "환경보전법 위반사업장 고발 및 폐쇄명령"이란 제목으로 위 폐쇄명령서를 첨부하여 위 무허가배출시설에 대한 폐쇄명령통지를 하였다면 위 폐쇄명령처분을 한 행정청은 어디까지나 인천직할시장이고, 피고는 인천직할시장의 위 폐쇄명령처분에 관한 사무처리를 대행하면서 이를 통지하였음에 지나지 않으며, 위 폐쇄명령서나 그 통지서가 정부공문서규정이 정하는 문서양식에 맞지 않는다는 이유만으로 피고를 처분청으로 볼 수는 없으므로, 피고를 위 폐쇄명령처분을 한 행정청으로 보고 제기한 이 사건 소는 피고적격이 없는 자를 상대로 한 것이어서 부적법하다(대판 1990.4.27. 90누233).

② (○) • 행정법 상 권한의 대리와 피고적격

① 대리청이 피대리청을 대리함을 표시하여 처분시	피대리청이 피고(대리청은 원칙적으로 피고가 될 수 없음)	
② 대리청이 대리관계를 밝힘이 없이 자신의 명의로 처분시	원칙	처분명의자인 대리청이 피고
	예외	대리관계를 명시적으로 밝히지 않았지만 처분명의자가 피대리청 산하의 행정기관으로서 실제로 피대리청으로부터 대리 권한을 수여받아 피대리청을 대리한다는 의사로 처분을 했고 처분명의자는 물론 상대방도 그 처분이 피대리청을 대리한 것임을 알고서 이를 받아들인 예외적인 경우 ⇨ 피대리청이 피고

- ① 항고소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 원칙적으로 소송의 대상인 행정처분을 외부적으로 행한 행정청을 피고로 하여야 하고(행정소송법 제13조 제1항 본문), 다만 대리기관이 대리관계를 표시하고 피대리 행정청을 대리하여 행정처분을 한 때에는 피대리 행정청이 피고로 되어야 한다(대판 2018.10.25. 2018두43095).
- ② 대리권을 수여받은 데 불과하여 그 자신의 명의로는 행정처분을 할 권한이 없는 행정청의 경우 대리관계를 밝힘이 없이 그 자신의 명의로 행정처분을 하였다면 그에 대하여는 처분명의자인 당해 행정청이 항고소송의 피고가 되어야 하는 것이 원칙이지만, 비록 대리관계를 명시적으로 밝히지는 아니하였다 하더라도 처분명의자가 피대리 행정청 산하의 행정기관으로서 실제로 피대리 행정청으로부터 대리 권한을 수여받아 피대리 행정청을 대리한다는 의사로 행정처분을 하였고 처분명의자는 물론 그 상대방도 그 행정처분이 피대리 행정청을 대리하여 한 것임을 알고서 이를 받아들인 예외적인 경우에는 피대리 행정청이 피고가 되어야 한다(대결 2006.2.23. 2005부4.).
- ③ (×) 합의제 행정청이 처분청인 경우에는 합의제 행정청이 피고가 된다. 다만, 노동위원회법은 중앙노동위원회의 처분에 대한 소송의 피고를 중앙노동위원회 위원장으로 규정하고 있다(노동위원회법 제27조).
 - 노동위원회법 제27조(중앙노동위원회의 처분에 대한 소송) ① 중앙노동위원회의 처분에 대한 소송은 중앙노동위원회 위원장을 피고(被告)로 하여 처분의 송달을 받은 날부터 15일 이내에 제기하여야 한다.
- ④ (○) 지방의회의원에 대한 징계의결이나 지방의회의장선거, 지방의회의장에 대한 불신임의결의 처분청은 지방의회이므로 이들 처분에 대한 취소소송의 피고는 지방의회이다(대판 1993.11.26. 93누7341 / 대판 1994.10.11. 94두23)
- ⑤ (○) 행정소송법 제39조(피고적격) 당사자소송은 국가·공공단체 그 밖의 권리주체를 피고로 한다.

답 ③

31 취소소송의 제소기간에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 변경명령제결에 따른 변경처분의 경우 제소기간은 그 변경처분이 있음을 안 날로부터 90일 이내이다.
- ② 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.
- ③ 행정심판제기기간을 넘긴 것을 이유로 한 각하재결이 있는 후 취소소송을 제기하는 경우에는 「행정소송법」 제20조 제1항 단서가 적용되지 아니한다.
- ④ 특정인에 대한 행정처분을 주소불명 등의 이유로 송달할 수 없어 관보·공보·게시판일간신문 등에 공고한 경우에는, 상대방이 당해 처분이 있었다는 사실을 현실적으로 안 날에 그 처분이 있음을 알았다고 보아야 한다.
- ⑤ 무효등확인소송의 경우에는 제소기간의 제한이 없지만, 무효선언을 구하는 취소소송의 경우에는 제소기간의 제한이 있다.

해설

- ① (×) 변경명령재결에 따른 행정청의 변경처분이 이뤄진 경우 취소소송 대상은 변경된 당초처분이며 이를 기준으로 제소기간이 적용되는데 행정심판을 거친 후이므로 재결서 정본을 송달받은 날부터 90일 이내에 제기해야 한다.
- 행정청이 식품위생법령에 따라 영업자에게 행정제재처분을 한 후 당초처분을 영업자에게 유리하게 변경하는 처분을 한 경우, 취소소송의 대상 및 제소기간 판단기준이 되는 처분은 변경된 내용의 당초처분 : ㉠ 행정청이 식품위생법령에 따라 영업자에게 행정제재처분을 한 후 그 처분을 영업자에게 유리하게 변경하는 처분을 한 경우(이하 처음의 처분을 ‘당초처분’, 나중의 처분을 ‘변경처분’이라 한다), 변경처분에 의하여 당초처분은 소멸하는 것이 아니고 당초부터 유리하게 변경된 내용의 처분으로 존재하는 것이므로, 변경처분에 의하여 유리하게 변경된 내용의 행정제재가 위법하다 하여 그 취소를 구하는 경우 그 취소소송의 대상은 변경된 내용의 당초처분이지 변경처분은 아니고, 제소기간의 준수 여부도 변경처분이 아닌 변경된 내용의 당초처분을 기준으로 판단해야 한다. ㉡ 피고(A 구청장)은 2002. 12. 26. 원고(甲)에 대하여 3월의 영업정지처분이라는 당초처분을 하였고, 이에 대하여 원고가 행정심판청구를 하자 행정심판위원회는 2003. 3. 6. “피고가 2002. 12. 26. 원고에 대하여 한 3월의 영업정지처분을 2월의 영업정지에 갈음하는 과징금 부과처분으로 변경하라.”는 일부 기각(일부 인용)의 재결을 하였으며, 2003. 3. 10. 그 재결서 정본이 원고에게 도달하였고, 피고는 위 재결 취지에 따라 2003. 3. 13. “3월의 영업정지처분을 과징금 560만 원으로 변경한다.”는 취지의 후속 변경처분을 함으로써 당초처분을 원고에게 유리하게 변경하는 처분을 하였으며, 원고는 2003. 6. 12. 과징금 부과처분의 취소를 구하는 소를 제기하였다. 이와 같이 후속 변경처분에 의하여 유리하게 변경된 내용의 행정제재인 과징금 부가가 위법하다 하여 그 취소를 구하는 소송에 있어서, 그 취소소송의 대상은 2003. 3. 13.자 과징금 부과처분이 아니라 후속 변경처분에 의하여 당초부터 유리하게 변경되어 존속하는 2002. 12. 26.자 과징금 부과처분이고, 그 제소기간도 행정심판재결서 정본을 송달받은 날로부터 90일 이내에 제기되어야 한다(대판 2007.4.27. 2004두9302).
- ② (○) 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).
- ③ (○) 행정처분이 있음을 안 날부터 90일을 넘겨 행정심판을 청구하였다가 부적법하다는 이유로 각하재결을 받은 후 재결서를 송달받은 날부터 90일 내에 원래의 처분에 대하여 취소소송을 제기한 경우, 취소소송의 제소기간을 준수한 것으로 볼 수 없음 : 행정소송법 제18조 제1항, 제20조 제1항, 구 행정심판법(2010. 1. 25. 법률 제9968호로 전부 개정되기 전의 것) 제18조 제1항을 종합해 보면, 행정처분이 있음을 알고 처분에 대하여 곧바로 취소소송을 제기하는 방법을 선택한 때에는 처분이 있음을 안 날부터 90일 이내에 취소소송을 제기하여야 하고, 행정심판을 청구하는 방법을 선택한 때에는 처분이 있음을 안 날부터 90일 이내에 행정심판을 청구하고 행정심판의 재결서를 송달받은 날부터 90일 이내에 취소소송을 제기하여야 한다. 따라서 처분이 있음을 안 날부터 90일 내에 행정심판을 청구하지도 않고 취소소송을 제기하지도 않은 경우에는 그 후 제기된 취소소송은 제소기간을 경과한 것으로서 부적법하고, 처분이 있음을 안 날부터 90일을 넘겨 청구한 부적법한 행정심판청구에 대한 재결이 있은 후 그 재결서를 송달받은 날부터 90일 내에 원래의 처분에 대하여 취소소송을 제기하였다고 하여 그 취소소송이 다시 제소기간을 준수한 것으로 되는 것은 아니다.(대판 2011.11.24., 2011두18786) ⇒ 행정소송법 20조 1항 단서(행정심판을 거친 경우의 제소기간)는 적용 안됨.
- 행정소송법 제20조(제소기간)**

① 취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다. 다만, 제18조제1항 단서에 규정한 경우와 그 밖에 행정심판청구를 할 수 있는 경우 또는 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에 행정심판청구가 있은 때의 기간은 재결서의 정본을 송달받은 날부터 기산한다.
- ④ (○) 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)
- ⑤ (○) 무효인 행정행위에 대하여 취소소송 또는 무효선언을 구하는 취소소송을 제기할 수 있고, 이 경우 법원은 취소소송으로서의 소송요건이 충족된 경우 취소판결을 한다.
- 행정처분의 당연무효를 선언하는 의미에서 취소를 구하는 행정소송을 제기한 경우에도 제소기간의 준수 등 취소소송의 제소요건을 갖추어야 한다(대판 1993.3.12. 92누11039).

답 ①

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

- ① 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있다.
- ② 법원은 필요하다고 인정할 때에는 당사자가 주장하지 아니하는 사실에 대하여도 판단할 수 있다.
- ③ 직권심리는 행정소송의 특수성에서 연유하는 당사자주의, 변론주의에 대한 일부 예외 규정이다.
- ④ 법원은 직권심리를 할 때 원고의 청구범위를 유지할 필요는 없다.
- ⑤ 「행정소송법」 제26조의 직권심리주의는 공법상 당사자소송에 준용된다.

해설

- ①② (○) 행정소송법 제26조(직권심리) 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.
- ③ (○), ④ (×) 불고불리의 원칙이란 법원은 소송의 제기가 없으면 재판할 수 없고, 소송의 제기가 있는 경우에도 당사자가 신청한 사항에 대하여 신청의 범위 내에서 심리·판단하여야 한다는 원칙을 말한다. 행정심판법 제47조와는 달리 행정소송법에는 명문 규정은 없지만 행정소송에도 민사소송처럼 불고불리원칙이 적용된다. 취소소송의 직권심리주의를 규정하고 있는 행정소송법 제26조의 규정이 있지만 불고불리의 원칙상 법원은 소 제기가 없는 사건에 대해 심리·재판할 수 없고, 소 제기가 있는 사건에 대하여도 당사자의 청구범위를 넘어서 심리·재판할 수 없음이 원칙이다. 따라서 원고의 청구범위를 초월하여 그 이상의 청구를 인용할 수 없다.
- 행정소송법 제26조가 “법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수

있다”라고 규정하고 있지만, 이는 행정소송의 특수성에 연유하는 당사자주의, 변론주의에 대한 일부 예외규정일 뿐 법원이 아무런 제한 없이 당사자가 주장하지 아니한 사실을 판단할 수 있는 것은 아니고, 일건 기록에 현출되어 있는 사항에 관하여서만 직권으로 증거조사를 하고 이를 기초로 하여 판단할 수 있을 따름이고, 그것도 법원이 필요하다고 인정할 때에 한하여 청구의 범위 내에서 증거조사를 하고 판단할 수 있을 뿐이다(대판 1995.2.24. 94누9146).

- ⑤ (○) 행정소송법 제26조(직권심리)는 당사자소송에도 준용된다(행정소송법 제44조).

답 ④

33 처분사유의 추가·변경에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 처분사유의 추가·변경은 판결시에 객관적으로 존재하는 사유에 한정된다.
- ② 처분사유의 추가·변경에 관한 「행정소송법」 상 근거 규정은 없다.
- ③ 처분사유의 추가·변경은 사실심 변론종결시까지 허용된다.
- ④ 처분사유의 추가·변경은 처분의 상대방의 신뢰를 보호하기 위하여 제한적으로 인정되어야 한다.
- ⑤ 처분청이 처분 당시 적시한 구체적 사실을 변경하지 아니하는 범위 내에서 처분의 근거법령만을 추가하는 것은 허용된다.

해설

- ① (×) 처분사유의 추가·변경은 행정청이 처분시 처분사유를 밝힌 후 이에 대한 취소소송 심리단계에서 처분의 적법성 유지를 위해 처분 당시 제시된 사유와 다른 사유를 추가하거나 변경하는 것이며, 추가·변경되는 사유는 처분시 존재하던 사유이어야 한다.
- ②④ (○) 기본적 사실관계의 동일성이 인정되고 원고의 권리방어가 침해되지 않는 한도 내에서 제한적으로 인정된다.
- ③ (○) 처분사유의 추가·변경은 행정소송 제기 이후부터 사실심 변론종결시 이전 사이에 문제됨.
- ⑤ (○) 취소소송 계속 중 처분청이 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일한 범위 내에서 단순히 근거법령 추가·변경, 당초 처분사유를 구체적으로 밝히는 것은 처분사유 추가·변경이 아니므로 허용된다. 단, 처분의 법적 근거 변경으로 처분의 사실관계가 변경되고 기본적 사실관계의 동일성이 인정되지 않는 경우에는 허용되지 않는다.
- 행정처분의 취소를 구하는 항고소송에 있어 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서는 다른 사유를 추가하거나 변경할 수도 있으나 기본적 사실관계가 동일하다는 것은 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한 것을 말하며, 처분청이 처분 당시에 적시한 구체적 사실을 변경하지 아니하는 범위 내에서 단지 그 처분의 근거법령만을 추가·변경하거나 당초의 처분사유를 구체적으로 표시하는 것에 불과한 경우에는 새로운 처분사유를 추가하거나 변경하는 것이라고 볼 수 없다(대판 2007.2.8. 2006두4899).

☞ 처분사유의 추가·변경의 허용여부와 한계

개념	• 처분사유 : 처분의 적법성을 유지하기 위해 처분청이 주장하는 처분의 사실적·법적 근거. • 처분사유의 추가·변경 : 행정청이 처분시 처분사유를 밝힌 후 이에 대한 취소소송 심리단계에서 처분의 적법성 유지를 위해 처분 당시 제시된 사유와 다른 사유를 추가하거나 변경. - 추가·변경되는 사유는 처분시 존재하던 사유일 것. - 행정소송 제기 이후부터 사실심 변론종결시 이전 사이에 문제됨.
허용 여부	학설 제한적 인정설(다수설) : 기본적 사실관계의 동일성이 인정되고 원고의 권리방어가 침해되지 않는 한도 내에서 인정.
	판례 제한적 인정설 ① 기본적 사실관계의 동일성이 인정되는 한도 내에서만 인정. 처분사유를 법률적 평가 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지 여부에 따라 결정 ② 추가·변경 사유가 당초 처분시 그 사유를 명기하지 않았을 뿐 처분시에 이미 존재했고 당사자도 그 사실을 알고 있었다는 것만으로 당초의 처분사유와의 동일성이 인정되지는 않음. ③ 재량행위, 기속행위 여부는 처분사유 추가·변경 허용범위 기준에 들지 않음
한계	① 허용시기(시간적 한계) : 사실심 변론종결시까지 ② 추가·변경 기준시점 : 처분시 객관적으로 존재했던 사유 처분 이후 발생한 새로운 사실적·법적 사유로 추가·변경 불가(기존처분을 직권취소하고 이를 대체하는 새로운 처분만 가능) ③ 소송물의 범위 내일 것(처분의 동일성이 유지될 것) : 처분사유 추가·변경으로 소송물 변경시 청구가 변경되므로 소의 변경을 해야 함

답 ①

34 취소소송의 판결에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 판결의 주문은 그 내용이 특정되어야 하고 그 주문 자체에 의해 특정할 수 있어야 한다.
- ② 사정판결을 할 경우 인용판결을 하여야 한다.
- ③ 처분의 무효선언을 하는 취소판결도 인정된다.
- ④ 계쟁처분이 위법하지 않고 단순 부당한 경우에는 기각판결을 하여야 한다.
- ⑤ 과징금부과처분이 법이 정한 한도액을 초과하여 위법할 경우 법원은 그 전부를 취소하여야 한다.

해설

- ① (○) 대판 1987.3.24. 85누817
- ② (×) 사정판결은 기각판결이다. 하지만 처분은 위법하므로 주문에 위법함을 명시하나.
- **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.
- ③ (○) 무효인 행정행위에 대하여 취소소송 또는 무효선언을 구하는 취소소송을 제기할 수 있고, 이 경우 법원은 취소소송으로서의 소송요건이 충족된 경우 취소판결을 한다.
- 행정처분의 당연무효를 선언하는 의미에서 취소를 구하는 행정소송을 제기한 경우에도 제소기간의 준수 등 취소소송의 제소요건을 갖추어야 한다(대판 1993.3.12. 92누11039).
- ④ (○) 취소소송은 위법한 처분 등을 대상으로 하기 때문에(행정소송법 제4조 제1호), 계쟁처분이 위법하지 않고 적법하거나 단순한 부당에 그친 경우에는 기각판결을 하여야 한다.
- ⑤ (○) 과징금부과처분과 같이 재량행위인 경우에는 처분청의 재량권을 존중해야 하고 법원은 전부취소를 하여 처분청이 다시 적정한 처분을 하도록 해야 한다. 즉 **재량행위의 일부취소는 인정될 수 없다**. 문제 지문에 '재량행위인'이란 표현이 앞에 추가되어야 더 적합한 내용이다.
- 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 있다 할 것이므로 과징금 부과처분이 법이 정한 한도액을 초과하여 위법할 경우 법원으로서 그 전부를 취소할 수밖에 없고, 그 한도액을 초과한 부분이나 법원이 적정하다고 인정되는 부분을 초과한 부분만을 취소할 수는 없다(대판 1993.7.27. 93누1077).

답 ②

35 <보기>와 같은 판결 주문례에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

<보기>

—주문—

피신청인은 이 결정의 정본을 받은 날로부터 00일 이내에 신청인에 대하여 이 법원 2006구합127 XX 거부처분취소사건의 확정판결의 취지에 따른 처분을 하지 않을 때에는 신청인에 대하여 위 기간이 마치는 다음날부터 처분시까지 1일 금 000원의 비율에 의한 금원을 지급하라.

- ① 간접강제에 관한 주문이다.
- ② 「행정소송법」 제30조 제2항의 재처분의무를 전제로 한다.
- ③ 제1심 수소법원은 당사자의 신청에 따라 위와 같은 명령을 할 수 있다.
- ④ 주문에서 정한 기간을 경과한 재처분은 무효이다.
- ⑤ <보기>의 배상금은 재처분의 이행에 관한 심리적 강제수단에 해당한다.

해설

- ① (○) 거부처분 취소판결의 기속력에 따른 재처분의무 불이행에 대한 간접강제 결정이다.
- ②③ (○)

• 행정소송법

제30조(취소판결등의 기속력) 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.

제34조(거부처분취소판결의 간접강제) ① 행정청이 제30조제2항의 규정에 의한 처분을 하지 아니하는 때에는 제1심수소법원은 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 상당한 기간을 정하고 행정청이 그 기간내에 이행하지 아니하는 때에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상을 할 것을 명할 수 있다.

- ④ (×) 간접강제결정에서 정한 의무이행기한 경과 후라도 확정판결 취지에 따른 재처분이 있으면 재처분의무를 이행한 것이며, 의무이행기간 경과만으로 재처분이 무효가 되는 것은 아니다.
- ⑤ (○) 간접강제는 거부처분취소소송 인용판결의 실효성 확보하기 위한 제도이다. 재처분의무의 불이행시 금전적 부담을 주므로써 재처분을 이행하게 하는 심리적 강제수단이 된다.
- **의무이행기한 경과 후라도 확정판결 취지에 따른 재처분의 이행이 있으면 처분상대방은 행정소송법 제34조 소정의 간접강제결정에 기한 배상금 추심 불가** : 행정소송법 34조 소정의 간접강제결정에 기한 배상금은 거부처분취소판결이 확정된 경우 그 처분을 행한 행정청으로 하여금 확정판결의 취지에 따른 재처분의무의 이행을 확실히 담보하려는 것으로서, 확정판결 취지에 따른 재처분의무 내용의 불확정성과 그에 따른 재처분 해당 여부에 관한 쟁송으로 인해 간접강제결정에서 정한 재처분의무의 기한 경과에 따른 배상금이 증가될 가능성이 자칫 행정청으로 하여금 인용처분을 강제하여 행정청의 재량권을 박탈하는 결과를 초래할 위험성이 있는 점 등을 감안하면, 이는 **확정판결 취지에 따른 재처분 지연에 대한 제재나 손해배상이 아니고 재처분 이행에 관한 심리적 강제수단에 불과한 것으로 보아야 하므로, 특별한 사정이 없는 한 간접강제결정에서 정한 의무이행기한이 경과한 후라도 확정판결 취지에 따른 재처분의 이행이 있으면 배상금을 추심함으로써 심리적 강제를 피할 목적이 상실되어 처분상대방이 더 이상 배상금을 추심하는 것은 허용되지 않는다**(대판 2004.1.15. 2002두2444).

답 ④

36 취소소송의 집행정지에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 처분의 효력정지는 처분의 집행의 속행을 정지함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.
- ② 집행정지의 결정을 신청함에 있어서는 그 이유에 대한 소명이 있어야 한다.
- ③ 집행정지 결정에 대해서는 즉시항고할 수 있고, 즉시항고에는 결정의 집행을 정지하는 효력이 있다.
- ④ 집행정지를 구하는 신청사건에서는 행정처분 자체의 적법 여부는 원칙적으로 법원의 판단의 대상이 아니다.
- ⑤ 집행정지의 요건인 '회복하기 어려운 손해'라 함은 금전보상이 불능인 경우뿐만 아니라 금전보상으로는 사회관념상 행정처분을 받은 당사자가 참고 견딜 수 없거나 또는 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유형, 무형의 손해를 일컫는다.

해설

①② (○), ③ (×) 집행정지의 결정 또는 기각의 결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다. 이 경우 집행정지의 결정에 대한 즉시항고에는 결정의 집행을 정지하는 효력이 없다(제23조 ⑤항).

제23조(집행정지)

- ① 취소소송의 제기는 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다.
- 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.
- ③ 집행정지는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 허용되지 아니한다.
- ④ 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정을 신청함에 있어서는 그 이유에 대한 소명이 있어야 한다.
- ⑤ 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정 또는 기각의 결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다. 이 경우 집행정지의 결정에 대한 즉시항고에는 결정의 집행을 정지하는 효력이 없다.

④ (○) 행정처분의 효력·집행정지의 요건에 정지사건 자체에 의하여도 본안청구가 적법한 것이어야 한다는 것을 포함시켜야 하는지 여부 : 행정처분의 효력정지나 집행정지를 구하는 신청사건에 있어서는 행정처분 자체의 적법 여부는 궁극적으로 본안재판에서 심리를 거쳐 판단할 성질의 것이므로 원칙적으로 판단할 것이 아니고, 그 행정처분의 효력이나 집행을 정지할 것인가에 관한 행정소송법 제23조 제2항 소정의 요건의 존부만이 판단의 대상이 된다고 할 것이지만, 나아가 집행정지는 행정처분의 집행부정지원칙의 예외로서 인정되는 것이고 또 본안에서 원고가 승소할 수 있는 가능성을 전제로 한 권리보호수단이 라는 점에 비추어 보면 집행정지사건 자체에 의하여도 신청인의 본안청구가 적법한 것이어야 한다는 것을 집행정지의 요건에 포함시켜야 할 것이다(대결 1995.2.28. 94두36).

⑤ (○) 회복하기 어려운 손해 ▮ 금전적 보상을 과도하게 요하는 경우(×)

▮ 금전 보상이 불가능한 경우[금전으로 보상할 수 없는 손해[(○)]

• 행정소송법 제23조 제2항 소정의 행정처분 등의 효력이나 집행을 정지하기 위한 요건으로서의 '회복하기 어려운 손해'라 함은 특별한 사정이 없는 한 금전으로 보상할 수 없는 손해로서 이는 금전보상이 불능인 경우뿐만 아니라 금전보상으로는 사회관념상 행정처분을 받은 당사자가 참고 견딜 수 없거나 또는 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유형, 무형의 손해를 일컫는다(대판 1992.4.29. 92두7).

답 ③

37 집행정지결정의 효력에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 효력정지결정은 장래효와 소급효를 모두 가진다.
- ② 집행정지결정은 당해 사건에 관하여 당사자인 행정청과 모든 국가기관을 기속한다.
- ③ 집행정지결정을 한 후 본안소송이 취하되더라도 집행정지결정은 그 효력을 유지한다.
- ④ 효력정지결정의 효력은 결정문에서 정한 시기까지 존속하고 그 시기의 도래와 동시에 효력이 당연히 소멸한다.
- ⑤ 집행정지결정이 공공복리에 중대한 영향을 미치더라도 법원은 당사자의 신청이 있어야 그 결정을 취소할 수 있다.

해설

① (×) 집행정지 결정의 시기(始期) : 장래효(집행정지 결정 이후)만 있음. 소급효 불가(처분 발령시점에 소급 안 됨). 이미 집행된 부분에는 영향 못 미침.

② (×) 모든 국가기관 ⇨ 그 밖의 관계행정청

• 집행정지결정의 기속력 기속력 : 취소판결의 기속력 규정 준용. 집행정지결정은 당사자인 행정청 + 관계행정청 기속

• 행정소송법

제23조(집행정지) ⑥ 제30조제1항(취소판결등의 기속력)의 규정은 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정에 이를 준용한다.

제30조(취소판결등의 기속력) ① 처분등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다.

- 집행정지결정에 위반한 처분은 무효(행정청은 동일내용으로 새로운 처분 불가능). 단 재처분의무 규정은 성질상 준용되지 않음.

③ (×) • 취소소송에서의 집행정지의 요건

적극적 요건	① 본안소송이 적법하게 계속 중일 것(판례) ② 처분 등의 존재 ③ 신청인 적격, 신청이익의 존재 ④ 회복하기 어려운 손해의 예방의 필요(cf. '중대한 손해 발생 예방'은 행정심판에서의 집행정지 요건임) ⑤ 긴급한 필요	요건 충족의 주장·소명책임은 신청인에 있음
소극적 요건	① 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 없을 것 ② 본안청구의 이유 없음이 명백하지 않을 것(판례)	요건 불충족의 주장·소명책임은 행정청에게 있음

• 행정처분의 효력정지나 집행정지를 구하는 신청사건에 있어서는 행정처분 자체의 적법 여부는 궁극적으로 본안재판에서 심리를 거쳐 판단할 성질의 것이므로 원칙적으로 판단할 것이 아니고, 그 행정처분의 효력이나 집행을 정지할 것인가에 관한 행정소송법 제23조 제 2항 소정의 요건의 존부만이 판단의 대상이 된다고 할 것이지만, 나아가 집행정지는 행정처분의 집행부정지원칙의 예외로서 인정되는 것이고 또 본안에서 원고가 승소할 수 있는 가능성을 전제로 한 권리보호수단이라는 점에 비추어 보면 집행정지사건 자체에 의하여도 신청인의 본안청구가 적법한 것이어야 한다는 것을 집행정지의 요건에 포함시켜야 한다(대결 1999.11.26. 99부3).

- ④ (○) 행정소송법 제23조에 의한 집행정지결정의 효력은 결정주문에서 정한 시기까지 존속하며 그시기의 도래와 동시에 효력이 당연히 소멸하는 것이므로, 일정기간 동안 영업을 정지할 것을 명한 행정청의 영업정지처분에 대하여 법원이 집행정지결정을 하면서 주문에서 당해 법원에 계속중인 본안소송의 판결선고시까지 처분의 효력을 정지한다고 선언하였을 경우에는 처분에서 정한 영업정지기간의 진행은 그 때까지 저지되는 것이고 본안소송의 판결선고에 의하여 당해 정지결정의 효력은 소멸하고 이와 동시에 당초의 영업정지처분의 효력이 당연히 부활되어 처분에서 정하였던 정지 기간(정지결정 당시 이미 일부 진행되었다면 나머지 기간)은 이 때부터 다시 진행한다(대판 1999.02.23. 98두14471).

- ⑤ (×) 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 집행정지 가능

• **행정소송법 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.

답 ④

38 민중소송 및 기관소송에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 기관소송은 법률이 정한 경우에 법률에 정한 자에 한하여 제기할 수 있다.
 ② 민중소송은 국가 또는 공공단체의 기관이 위법한 행위를 한 때에 제기하는 소송이다.
 ③ 「공직선거법」 제222조의 선거소송은 민중소송이다.
 ④ 「지방자치법」 상 주민소송은 민중소송이다.
 ⑤ 기관소송은 객관적 소송이므로 처분의 취소를 구하는 취지의 소송일지라도 취소소송에 관한 제소기간의 규정은 준용되지 않는다.

해설

- ① (○) **행정소송법 제45조(소의 제기)** 민중소송 및 기관소송은 법률이 정한 경우에 법률에 정한 자에 한하여 제기할 수 있다.
 ② (○) **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

- ③④ (○) • **민중소송과 기관소송의 사례**

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)

- ⑤ (×) **행정소송법 제46조(준용규정)** ① 민중소송 또는 기관소송으로써 처분등의 취소를 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 취소소송에 관한 규정을 준용한다.

답 ⑤

39 법원은 지방자치단체장 A가 공무원 甲에게 한 파면처분이 재량권의 범위를 벗어나 위법한 처분이라는 이유로 취소판결을 하였고 이 판결은 확정되었다. 그 후 A는 다시 인사위원회의 의결을 거쳐 동일한 사유로 甲에게 해임처분을 하였다. 이에 대한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ㉠ A가 한 해임처분은 확정판결의 효력에 저촉된다고 볼 수 없다.
 ㉡ 甲은 해임처분에 대해 취소소송을 제기할 수 있다.
 ㉢ 확정판결의 기속력은 A만 기속할 뿐 관계행정기관을 기속하지는 않는다.

① ㉠

② ㉠, ㉡

③ ㉠, ㉢

④ ㉡, ㉢

⑤ ㉠, ㉡, ㉢

해설

- ㉠ (○) 원고의 비위에 대하여 징계처분중 가장 무거운 파면에 처한 것이 재량권의 범위를 벗어난 위법한 처분이라하여 위 파면처분을 취소하는 판결이 확정되었다 하더라도 위 확정판결은 징계의 종류중 가장 무거운 파면을 선택한 것이 징계양정에 있어서 재량권의 범위를 벗어난 위법한 처분이라고 판단한 것이고 공무원의 신분을 박탈하는 징계처분을 선택한 것이 재량권 남용이라고 판단한 것은 아니므로, 위 파면처분이 취소된 후에 다시 징계위원회의 의결을 거쳐 원고를 파면보다 가벼운 해임에 처한 이 사건 처분이 위 확정판결의 기판력(*실제는 기속력임)에 저촉된다고 볼 수는 없다(대판 1985.4.9. 84누747).
- ㉡ (○) 甲은 해임처분에 대하여 소청심사를 거쳐 취소소송을 제기할 수 있다.
- ㉢ (×) 행정소송법 제30조(취소판결등의 기속력) ① 처분등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다.

답 ②

40 「행정소송법」 제33조의 내용이다. ()에 들어갈 용어가 옳게 나열된 것은?

소송비용에 관한 재판이 확정된 때에는(㉠) 또는 (㉡)이었던 행정청이 소속하는 국가 또는 공공단체에 그 효력을 미친다.

- ① ㉠ : 피고, ㉡ : 원고 ② ㉠ : 피고, ㉡ : 참가인 ③ ㉠ : 피고, ㉡ : 이해관계인
- ④ ㉠ : 원고, ㉡ : 참가인 ⑤ ㉠ : 원고, ㉡ : 이해관계인

해설

- 제33조(소송비용에 관한 재판의 효력) 소송비용에 관한 재판이 확정된 때에는 피고 또는 참가인이었던 행정청이 소속하는 국가 또는 공공단체에 그 효력을 미친다.

답 ②