

[2008년 9월 27일시행 중앙선거관리위원회 9급]

1. 통치행위에 관한 판례의 내용으로 옳은 것은?

[2008년도 중앙선거관리위원회 9급]

- ① 대통령의 ‘금융실명거래및비밀보장에관한긴급재정경제명령’은 국가긴급권의 일종으로서 고도의 정치적 결단에 의하여 발동되는 행위이고 그 결단은 존중하여야 할 필요성이 있는 행위라는 의미에서 통치행위이므로 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우라 하더라도 헌법재판소의 심판대상이 되지 아니한다.
- ② 외국에의 국군의 파견결정은 파견군인의 생명과 신체의 안전뿐만 아니라 국제사회에서의 우리나라의 지위와 역할, 동맹국과의 관계, 국가안보문제 등 궁극적으로 국민 내지 국익에 영향을 미치는 복잡하고도 중요한 문제로서 국내 및 국제정치관계 등 제반상황을 고려하여 미래를 예측하고 목표를 설정하는 고도의 정치적 결단이 요구되는 사안이다.
- ③ 남북정상회담의 개최는 고도의 정치적 성격을 지니고 있는 행위라 할 것이므로, 회담의 개최과정에서 (구)재정경제부장관에게 신고하지 아니하거나 통일부장관의 협력사업 승인을 얻지 아니한 채 북한 측과 사업권의 대가 명목으로 송금한 행위 자체는 사법심사의 대상이 되지 아니한다.
- ④ 대통령의 비상계엄의 선포나 확대 행위는 고도의 정치적·군사적 성격을 지니고 있는 행위라 할 것이므로, 그 계엄선포의 요건구비 여부나 선포의 당·부당을 판단할 권한이 사법부에는 없다고 할 것이고, 비상계엄의 선포나 확대가 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여 행하여진 경우라든가 법원은 그 자체가 범죄행위에 해당 하는지의 여부에 관하여 심사할 수 없다.

[해설] ②

②는 타당. 외국에의 국군의 파견결정은 파견군인의 생명과 신체의 안전뿐만 아니라 국제사회에서의 우리나라의 지위와 역할, 동맹국과의 관계, 국가안보문제 등 궁극적으로 국민 내지 국익에 영향을 미치는 복잡하고도 중요한 문제로서 국내 및 국제정치관계 등 제반상황을 고려하여 미래를 예측하고 목표를 설정하는 고도의 정치적 결단이 요구되는 사안이다.

[관련판례]

<자이툰부대파견결정위헌확인사건→ 통치행위로서 헌법소원의 대상이 되지 않는다고 보았음(사법부자체설의 입장)>
“일반사병 이라크파병결정은 대통령이 파병의 정당성 뿐만 아니라 북한 핵사태의 원만한 해결을 위한 동맹국과의 관계, 우리나라의 안보문제, 국·내외 정치관계 등 국익과 관련한 여러 가지 사정을 고려하여 파병부대의 성격과 규모, 파병기간을 국가안전보장회의의 자문을 거쳐 결정한 것으로, 그 후 국무회의의 심의·의결을 거쳐 국회의 동의를 얻음으로써 헌법과 법률에 따른 절차적 정당성을 확보했음을 알 수 있다. 그렇다면 이 사건 파견결정은 그 성격상 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제로서, 헌법과 법률이 정한 절차를 지켜 이루어진 것임이 명백하므로 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하고, 헌법재판소가 사법적 기준만만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 한다. 이에 대하여는 설혹 사법적 심사의 회피로 자의적 결정이 방지될 수도 있다는 우려가 있을 수 있으나, 그러한 대통령과 국회의 판단은 궁극적으로는 선거를 통해 국민에 의한 평가와 심판을 받게 될 것이다.” (헌재결 2004. 4. 29, 2003헌마814)

①은 틀림. 대통령의 ‘금융실명거래및비밀보장에관한긴급재정경제명령’은 국가긴급권의 일종으로서 고도의 정치적 결단에 의하여 발동되는 행위이고 그 결단은 존중하여야 할 필요성이 있는 행위라는 의미에서 통치행위이나 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 헌법재판소의 심판대상이 된다.

[관련판례]

“통치행위를 포함하여 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이고, 헌법재판소는 헌법의 수호와 국민의 기본권보장을 사명으로 하는 국가기관이므로 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 된다.” 고 하여 통치행위의 한계와 그에 대한 헌법재판을 인정하였다.” (헌재결 1996. 2. 29, 93헌마186 ‘긴급재정·경제명령등위헌확인’)

③은 틀림. 남북정상회담의 개최는 고도의 정치적 성격을 지니고 있는 행위라 할 것이지만, 회담의 개최과정에서 (구)재정경제부장관에게 신고하지 아니하거나 통일부장관의 협력사업 승인을 얻지 아니한 채 북한 측과 사업권의 대가 명목으로 송금한 행위 자체는 사법심사의 대상이 된다.

[관련판례]

<남북정상회담의 개최과정에서 북한측에 사업권의 대가 명목으로 송금한 행위가 사법심사의 대상이 된다>

“남북정상회담의 개최는 고도의 정치적 성격을 지니고 있는 행위라 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한 그 당부를 심판하는 것은 사법권의 내재적·본질적 한계를 넘어서는 것이 되어 적절하지 못하지만, 남북정상회담의 개최과정에서 재정경제부장관에게 신고하지 아니하거나 통일부장관의 협력사업 승인을 얻지 아니한 채 북한측에 사업권의 대가 명목으로 송금한 행위 자체는 헌법상 범죄국가의 원리와 법 앞에 평등원칙 등에 비추어 볼 때

사법심사의 대상이 된다.”(대판 2004. 3. 26, 2003도7878)

④도 틀림. 대통령의 비상계엄의 선포나 확대 행위는 고도의 정치적·군사적 성격을 지니고 있는 행위라 할 것이므로, 그 계엄선포의 요건구비 여부나 선포의 당·부당을 판단할 권한이 사법부에는 없다고 할 것이지만, 비상계엄의 선포나 확대가 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여 행하여진 경우에는 법원은 그 자체가 범죄행위에 해당하는지의 여부에 관하여 심사할 수 있다.

[관련판례]

<비상계엄의 선포나 확대행위가 사법심사의 대상이 되는지 여부(한정 적극)>

“대통령의 비상계엄의 선포나 확대 행위는 고도의 정치적·군사적 성격을 지니고 있는 행위라 할 것이므로, 그것이 누구에게도 일견하여 헌법이나 법률에 위반되는 것으로서 명백하게 인정될 수 있는 등 특별한 사정이 있는 경우라면 몰라도, 그리하지 아니한 이상 그 계엄선포의 요건 구비 여부나 선포의 당·부당을 판단할 권한이 사법부에는 없다고 할 것이나, 비상계엄의 선포나 확대가 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여 행하여진 경우에는 법원은 그 자체가 범죄행위에 해당하는지의 여부에 관하여 심사할 수 있다.”(대판 1997. 4. 17, 96도3376)

2. 甲은 건축허가를 받기 전에 건축하고자 하는 건축물이 허용되는 것인지의 여부를 알기 위해 관할구청에 문의한 결과, 허용된다는 사전결정을 받았다. 그 후 甲은 건축허가를 신청하였으나, 관할구청에서는 ‘주변환경과의 부조화’라는 이유를 들어 건축허가를 거부하였다. 이 사례에서 甲이 주장할 수 있는 행정법상의 일반원칙은?
[2008년도 중앙선거관리위원회 9급]

- ① 신뢰보호의 원칙
- ② 비례의 원칙
- ③ 부당결부금지의 원칙
- ④ 과잉금지의 원칙

[해설] ①

①은 타당. 설문의 경우 신뢰보호의 원칙을 주장해서 건축허가거부의 위법성을 다룰 수 있다.

3. 행정행위의 ‘구성요건적 효력’에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? [2008년도 중앙선거관리위원회 9급]

- ① 구성요건적 효력이란 유효한 행정행위가 존재하는 이상 모든 국가기관은 그의 존재를 존중하여 스스로의 판단기초 내지는 구성요건으로 삼아야 한다는 구속력을 말한다.
- ② 행정행위의 위법여부가 선결문제인 경우 민사법원이 선결문제인 행정행위의 위법여부를 판단할 수 없다는 것이 대법원의 견해이다.
- ③ 구성요건적 효력에서도 당해 처분이 무효인 경우에는 그 효력이 인정되지 않는다.
- ④ 구성요건적 효력을 직접 규정한 실정법은 찾을 수 없으나, 국가기관 상호간의 권한분배체계와 권한존중의 원칙에서 그 근거를 찾을 수 있다.

[해설] ②

②는 틀림. 행정행위의 위법여부가 선결문제인 경우 민사법원이 선결문제인 행정행위의 위법여부를 판단할 수 있다는 것이 대법원의 견해이다.

[관련판례]

“재개발사업 시행자가 분양신청을 하지 아니한 토지의 소유자에 대하여 대지 및 건축시설을 분양하지도 아니하고 청산금도 지급하지 아니하기로 하는 분양처분고시는 행정처분의 성질을 지닌 것이므로 그것이 적법한 행정소송의 절차에 의하여 취소되지 아니하는 한 법원도 그 처분에 기속되어 그 행정처분의 내용과 달리 청산금을 지급하라고 명할 수는 없지만, 그와 같이 대지 및 건축시설도 분양하지 아니하고 청산금도 지급하지 아니한 채 분양처분고시를 하여 재개발구역 내에 다른 사람이 소유하고 있던 토지의 소유권을 상실시켰다면 재개발사업 시행자는 그 한도에서 재개발사업을 위법하게 시행하였으므로 그 토지의 소유자에 대하여 불법행위의 책임을 진다.”(대판 2002. 10. 11, 2002다33502)

4. 일반처분으로 볼 수 있는 것은?

[2008년도 중앙선거관리위원회 9급]

- ① 운전면허
- ② 주차금지구역의 지정
- ③ 공유수면매립면허
- ④ 건축허가

[해설] ②

②는 대물적 일반처분에 해당한다.

①④는 허가, ③은 특허에 해당한다.

5. 강학상 허가과 예외적 승인을 구분한 내용으로 옳지 않은 것은? [2008년도 중앙선거관리위원회 9급]

- ① 예외적 승인은 상대적으로 금지된 자유를 회복시켜 주는 것이어서 허가의 경우보다 개인의 법적 지위를 확대시켜 주는 의미가 약하다.
- ② 일반적으로 허가는 기속행위의 성질을 가지는데 반하여, 예외적 승인은 재량행위의 성질을 가진다.
- ③ 허가는 공익침해의 우려가 있어 잠정적으로 금지된 행위를 적법하게 수행하도록 하는 행위인데 반하여, 예외적 승인은 그 자체가 사회적으로 유해하여 법령에 의해 일반적으로 금지된 행위를 예외적으로 적법하게 수행할 수 있도록 하는 것이다.
- ④ 허가는 예방적 금지의 해제, 예외적 승인은 억제적 금지의 해제에 관한 것이다.

[해설] ①

①은 틀림. 예외적 승인은 상대적으로 금지된 자유를 회복시켜 주는 허가의 경우보다 개인의 법적 지위를 확대시켜 주는 의미가 강하다.

보통의 허가는 행정청의 사전적 통제를 위하여 잠정적으로 제한되었던 (기존의)영업의 자유(권) 등을 회복시켜 주는 것인 데 대하여, 예외적 허가는 법령상 금지되어 있는 행위를 예외적인 경우에 허용하는 것이라는 점에서, 그것은 사인의 권리를 확대하여 주는 것으로서, 형식적·실질적으로 모두 수익적 행정행위의 성질을 가진다. 또한, 예외적 허가란 일정 행위가 유해하거나 사회적으로 바람직하지 않은 것으로서 법령상 원칙적으로 금지되고 있으나, 예외적인 경우에는 이러한 금지를 해제하여 당해 행위를 적법하게 할 수 있게 하여 주는 행위를 의미하는 것이고, 보통의 허가의 대상인 행위는 원칙적으로 허용되는 것으로서, 허가는 단지 당해 행위가 실정법에 반하는 것인지 여부를 행정청으로 하여금 사전에 심사할 수 있게 하여 주는 의미를 가진다.

6. 부관에 대한 판례의 내용으로 옳지 않은 것은?

[2008년도 중앙선거관리위원회 9급]

- ① 행정행위의 부관 중에서도 부담의 경우에는 그 존속이 본체인 행정행위의 존재를 전제로 하는 것일 뿐이므로 부담 그 자체가 행정쟁송의 대상이 될 수 있다.
- ② 기부채납 받은 행정재산에 대한 사용·수익허가에서 공유재산의 관리청이 정한 사용·수익허가의 기간은 그 허가의 효력을 제한하기 위한 행정행위의 부관으로서 독립하여 행정소송을 제기할 수 있다.
- ③ 어업면허처분을 함에 있어 면허의 유효기간을 1년으로 정한 경우, 그 유효기간만의 취소를 구하는 청구는 허용될 수 없다.
- ④ 행정처분이 발하여진 후 새로운 부담을 부가하거나 이미 부가되어 있는 부담의 범위 또는 내용 등을 변경하는 이른바 사후부담은, 법률에 명문의 규정이 있거나 그것이 미리 유보되어 있는 경우 또는 상대방의 동의가 있는 경우에 허용되는 것이 원칙이다.

[해설] ②

②는 틀림. 기부채납 받은 행정재산에 대한 사용·수익허가에서 공유재산의 관리청이 정한 사용·수익허가의 기간은 그 허가의 효력을 제한하기 위한 행정행위의 부관으로서 독립하여 행정소송을 제기할 수 없다.

[관련판례]

<기부채납받은 행정재산에 대한 사용·수익허가 중 사용·수익허가의 기간에 대하여 독립하여 행정소송을 제기할 수 있는지 여부(소극)>

“행정행위의 부관은 부담인 경우를 제외하고는 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 없는바, 기부채납받은 행정재산에 대한 사용·수익허가에서 공유재산의 관리청이 정한 사용·수익허가의 기간은 그 허가의 효력을 제한하기 위한 행정행위의 부관으로서 이러한 사용·수익허가의 기간에 대해서는 독립하여 행정소송을 제기할 수 없다.”

(대판 2001. 6. 15, 99두509)

7. 행정지도에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

[2008년도 중앙선거관리위원회 9급]

- ① 행정지도라 함은 행정기관이 그 소관사무의 범위 안에서 일정한 행정목적을 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도·권고·조언 등을 하는 행정작용을 말한다.
- ② 행정지도는 그 목적달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니된다.
- ③ 행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니한 경우에 경고나 해택의 폐지 등 불이익한 조치를 취할 수 있다.
- ④ 행정기관이 같은 행정목적을 실현하기 위하여 다수의 상대방에게 행정지도를 하고자 하는 때에는, 특별한 사정이 없는 한 행정지도에 공통적인 내용이 되는 사항을 공표하여야 한다.

[해설] ③

③은 틀림. 행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니한 경우에 경고나 해택의 폐지 등 불이익한 조치를 취할 수 없다.

[관련법조]

행정절차법 제48조 【행정지도의 원칙】 ②행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 불이익한 조치를 하여서는 아니된다.

8. 행정계획에 관한 설명으로 옳은 것은?

[2008년도 중앙선거관리위원회 9급]

- ① 계획을 수립하는 행정청에게 인정되는 행정계획의 내용이나 수단에 대한 광범한 형성의 자유를 판단여지라고 한다.
- ② 행정계획에 있어서는 전문지식의 도입, 계획 상호간의 조정, 관계인의 이해 조절, 민주적 통제 등 절차적 요소가 중요한 의미를 가지므로 우리 행정절차법에는 ‘계획확정절차’에 관하여 명문의 규정을 두고 있다.
- ③ 행정계획을 근거지우는 수권규범은 통상적으로 목적-수단프로그램이 아니라 조건-결과프로그램으로 이루어져 있다.
- ④ 행정계획의 법적성질에 관하여 여러 가지 견해가 대립하고 있으나, 행정계획은 다양한 행태와 내용을 포함하고 있으므로 그 법적성질을 일률적으로 말하기는 어렵다.

[해설] ④

④는 타당. 행정계획의 법적성질에 관하여 여러 가지 견해가 대립하고 있으나, 행정계획은 다양한 행태와 내용을 포함하고 있으므로 그 법적성질을 일률적으로 말하기는 어렵다.

①은 틀림. 계획을 수립하는 행정청에게 인정되는 행정계획의 내용이나 수단에 대한 광범한 형성의 자유를 계획재량이라고 한다.

②는 틀림. 행정계획에 있어서는 전문지식의 도입, 계획 상호간의 조정, 관계인의 이해 조절, 민주적 통제 등 절차적 요소가 중요한 의미를 가지지만, 우리 행정절차법에는 ‘계획확정절차’에 관하여 명문의 규정을 두고 있지 않다.

③도 틀림. 행정계획을 근거지우는 수권규범은 통상적으로 조건-결과프로그램이 아니라 목적-수단프로그램으로 이루어져 있다.

9. 공공기관에 대한 정보공개청구가 받아들여지지 않았을 때, 그 구제제도에 대한 설명으로 옳은 것은?

[2008년도 중앙선거관리위원회 9급]

- ① 고등교육법에 의하여 설치된 사립학교기관의 정보는 ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률’의 적용대상이 아니므로 정보공개청구가 거부되어도 불복할 수 없다.
- ② 대법원 판례에 의하면 국민의 정보공개청구권은 추상적인 권리라 할 것이므로, 공개거부처분을 받은 청구인은 법률상 특별한 규정이 없는 한 행정소송을 통하여 그 공개거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다.
- ③ 행정심판을 거치지 않고 바로 행정소송을 제기할 수 있다.
- ④ 이의신청을 거치지 아니하면 행정심판을 제기할 수 없다.

[해설] ③

③은 타당. 공공기관에 대한 정보공개청구가 받아들여지지 않았을 때, 행정심판을 거치지 않고 바로 행정소송을 제기할 수 있다.

[관련법조]

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

①은 틀림. 고등교육법에 의하여 설치된 사립학교기관의 정보는 ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률’의 적용대상이므로 정보공개청구가 거부된 경우 불복할 수 있다.

[관련판례]

<구 공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령 제2조 제1호가 정보공개 의무를 지는 공공기관의 하나로 사립대학교를 들고 있는 것이 모법의 위임 범위를 벗어났다거나 사립대학교가 국비의 지원을 받는 범위 내에서만 공공기관의 성격을 가진다고 볼 수 있는지 여부 사립대학교를 규정하고 있는 것이 모법의 위임한계를 벗어난 것이 아니다.>

“정보공개 의무기관을 정하는 것은 입법자의 입법형성권에 속하고, 이에 따라 입법자는 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률(2004. 1. 29. 법률 제7127호로 전문 개정되기 전의 것) 제2조 제3호에서 정보공개 의무기관을 공공기관으로 정하였는데, 공공기관은 국가기관에 한정되는 것이 아니라 지방자치단체, 정부투자기관, 그 밖에 공

동체 전체의 이익에 중요한 역할이나 기능을 수행하는 기관도 포함되는 것으로 해석되고, 여기에 정보공개 목적, 교육의 공공성 및 공·사립학교의 동질성, 사립대학교에 대한 국가의 재정지원 및 보조 등 여러 사정을 고려해 보면, 사립대학교에 대한 국비 지원이 한정적·일시적·국부적이라는 점을 고려하더라도, 같은 법 시행령(2004. 3. 17. 대통령령 제18312호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1호가 정보공개 의무를 지는 공공기관의 하나로 사립대학교를 들고 있는 것이 모법인 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률의 위임 범위를 벗어났다거나 사립대학교가 국비의 지원을 받는 범위 내에서만 공공기관의 성격을 가진다고 볼 수 없다.”(대판 2006. 8. 24, 2004두2783)

②는 틀림. 대법원 판례에 의하여 국민의 정보공개청구권은 구체적인 권리라 할 것이므로, 공개거부처분을 받은 청구인은 법률상 특별한 규정이 없는 한 행정소송을 통하여 그 공개거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다.

[관련판례]

<정보공개거부처분을 받은 청구인이 그 거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는지 여부(적극)>

“국민의 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로, 공공기관에 대하여 정보의 공개를 청구하였다가 공개거부처분을 받은 청구인은 행정소송을 통하여 그 공개거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다.”(대판 2003. 11. 11, 2001두6425)

④도 틀림. 공공기관에 대한 정보공개청구가 받아들여지지 않았을 때 이의신청을 거치지 않고 행정심판을 제기할 수 있다.

[관련법조]

공공기관의 정보공개에 관한 법률 제19조 【행정심판】 ②청구인은 제18조의 규정에 의한 이의신청절차를 거치지 아니하고 행정심판을 청구할 수 있다.

10. 개인정보보호에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

[2008년도 중앙선거관리위원회 9급]

- ① 개인정보자기결정권은 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 수 있는 권리를 말한다.
- ② 개인정보의 수집과 이용의 주체, 목적, 대상 및 범위 등을 법률로 구체적으로 규정함으로써 그 법률적 근거를 명확히 할 것이 요청된다.
- ③ 개인정보의 종류와 성격, 정보처리방식과 내용 등에 관계없이 수권법률의 명확성에 대한 요구 정도는 동일하다.
- ④ 개인정보자기결정권 제한의 정당성을 심사할 때에는 공익과 인격권이나 사생활의 자유에 미치는 영향 등을 비교형량하여야 한다.

[해설] ③

③은 틀림. 개인정보의 수집과 이용은 그 주체, 목적, 대상 및 범위 등을 법률로 구체적으로 규정함으로써 그 법률적 근거를 명확히 할 것이 요청된다. 다만, 개인정보의 종류와 성격, 정보처리방식과 내용 등에 따라 수권법률의 명확성에 대한 요구 정도는 동일하지 않다.

[관련법조]

공공기관의 개인정보보호에 관한 법률 제4조 【개인정보의 수집】 ①공공기관의 장은 사상·신조등 개인의 기본적인 인권을 현저하게 침해할 우려가 있는 개인정보를 수집하여서는 아니된다. 다만, 정보주체의 동의가 있거나 다른 법률에 수집 대상 개인정보가 명시되어 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

11. 행정대집행에 관한 판례의 견해와 같지 않은 것은? [2008년도 중앙선거관리위원회 9급]

- ① 행정대집행법상 대집행의 대상이 되는 대체적 작위의무에는 공법상 의무뿐만 아니라, 법령상 규정이 없더라도 사법상 의무도 포함된다.
- ② 건물철거의무 대집행 요건에 관한 주장 및 입증책임은 처분 행정청에 있다.
- ③ 행정처분을 하여 이에 따르지 않는 경우에는 행정대집행의 방법으로 그 의무내용을 실현할 수 있는 것이고, 이러한 행정대집행의 절차가 인정되는 경우에는 따로 민사소송의 방법으로 의무이행을 구할 수는 없다.
- ④ 장례식장의 사용중지의무는 타인이 대신할 수도 없고 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위라고도 할 수 없는 비대체적 부작위의무이기 때문에 대집행의 대상이 되지 않는다.

[해설] ①

①은 틀림. 행정대집행법상 대집행의 대상이 되는 대체적 작위의무는 공법상 의무이어야 할 것이고, 법령상 규정이 없는 한 사법상 의무는 포함되지 않는다.

[관련판례]

<구 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특별법에 의한 협의취득시 건물소유자가 매매대상 건물에 대한 철거 의무를 부담하겠다는 취지의 약정을 한 경우, 그 철거의무가 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되는지 여부(소극)>

“행정대집행법상 대집행의 대상이 되는 대체적 작위의무는 공법상 의무이어야 할 것인데, 구 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특별법(2002. 2. 4. 법률 제6656호 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지)에 따른 토지 등의 협의취득은 공공사업에 필요한 토지 등을 그 소유자와의 협의에 의하여 취득하는 것으로서 공공기관이 사경제주체로서 행하는 사법상 매매 내지 사법상 계약의 실질을 가지는 것이므로, 그 협의취득시 건물소유자가 매매대상 건물에 대한 철거의무를 부담하겠다는 취지의 약정을 하였다고 하더라도 이러한 철거의무는 공법상의 의무가 될 수 없고, 이 경우에도 행정대집행법을 준용하여 대집행을 허용하는 별도의 규정이 없는 한 위와 같은 철거의무는 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되지 않는다.”(대판 2006. 10. 13. 2006두7096)

②는 타당. 건물철거의무 대집행 요건에 관한 주장 및 입증책임은 처분 행정청에 있다.

[관련판례]

<건물철거 대집행계고처분의 요건 및 그 주장·입증책임>

“건축법에 위반하여 건축한 것이어서 철거의무가 있는 건물이라 하더라도 그 철거의무를 대집행하기 위한 계고 처분을 하려면 다른 방법으로는 이행의 확보가 어렵고 불이행을 방지함이 심히 공익을 해하는 것으로 인정될 때에 한하여 허용되고 이러한 요건의 주장·입증책임은 처분 행정청에 있다.”(대판 1996. 10. 11 96누8086)

③은 타당. 행정처분을 하여 이에 따르지 않는 경우에는 행정대집행의 방법으로 그 의무내용을 실현할 수 있는 것이고, 이러한 행정대집행의 절차가 인정되는 경우에는 따로 민사소송의 방법으로 의무이행을 구할 수는 없다.

[관련판례]

<행정대집행절차가 인정되는 공법상 의무의 이행을 민사소송의 방법으로 구할 수 있는지 여부(소극)>

“구 토지수용법(1999. 2. 8. 법률 제5909호로 개정되기 전의 것) 제18조의2 제2항에 의하면 사업인정의 고지가 있는 후에는 고시된 토지에 공작물의 신축, 개축, 증축 또는 대수선을 하거나 물건을 부가 또는 증치하고자 하는 자는 미리 도지사의 허가를 받도록 되어 있고, 한편 구 도로법(1999. 2. 8. 법률 제5894호로 개정되기 전의 것) 제74조 제1항 제1호에 의하면 관리청은 같은 법 또는 이에 의한 명령 또는 처분에 위반한 자에 대하여는 공작물의 개축, 물건의 이전 기타 필요한 처분이나 조치를 명할 수 있다고 되어 있으므로 토지에 관한 도로구역 결정이 고시된 후 구 토지수용법(1999. 2. 8. 법률 제5909호로 개정되기 전의 것) 제18조의2 제2항에 위반하여 공작물을 축조하고 물건을 부가한 자에 대하여 관리청은 이러한 위반행위에 의하여 생긴 유형적 결과의 시정을 명하는 행정처분을 하여 이에 따르지 않는 경우에는 행정대집행의 방법으로 그 의무내용을 실현할 수 있는 것이고, 이러한 행정대집행의 절차가 인정되는 경우에는 따로 민사소송의 방법으로 공작물의 철거, 수거 등을 구할 수는 없다.”(대판 2000. 5. 12. 99다18909)

④도 타당. 장례식장의 사용중지의무는 타인이 대신할 수도 없고 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위라고도 할 수 없는 비대체적 부작위의무이기 때문에 대집행의 대상이 되지 않는다.

[관련판례]

<관계 법령에 위반하여 장례식장 영업을 하고 있는 자의 장례식장 사용 중지 의무는 행정대집행법 제2조의 규정에 의한 대집행의 대상이 아니다>

“행정대집행법 제2조는 ‘행정청의 명령에 의한 행위로서 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위를 의무자가 이행하지 아니하는 경우’에 대집행할 수 있도록 규정하고 있는데, 이 사건 용도위반 부분을 장례식장으로 사용하는 것이 관계 법령에 위반한 것이라는 이유로 장례식장의 사용을 중지할 것과 이를 불이행할 경우 행정대집행법에 의하여 대집행하겠다는 내용의 이 사건 처분은, 이 사건 처분에 따른 ‘장례식장 사용중지 의무’가 원고 이외의 ‘타인이 대신’할 수도 없고, 타인이 대신하여 ‘행할 수 있는 행위’라고도 할 수 없는 비대체적 부작위 의무에 대한 것이므로, 그 자체로 위법함이 명백하다고 할 것인데도, 원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 이 사건 처분이 적법하다고 판단하고 말았으니, 거기에는 대집행계고처분의 요건에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.”(대판 2005. 9. 28. 2005두7464)

12. 행정상 강제징수에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? [2008년도 중앙선거관리위원회 9급]

- ① 행정상 강제징수란 사인이 국가 또는 지방자치단체 등에 대해 부담하고 있는 공법상 금전급부의무를 이행하지 아니한 경우에 행정청이 강제적으로 그 의무가 이행된 것과 같은 상태를 실현하는 작용이다.
- ② 국제징수법은 공법상 금전급부의무의 강제집행에 관한 일반법으로 기능하고 있다.
- ③ 행정상 강제징수에 대하여 불복이 있을 때에는 개별법령에 특별규정이 없는 한 국제기본법·행정심판법·행정소송법 등이 정한 바에 따라 행정상 쟁송을 제기할 수 있다.
- ④ 과세판청이 채납처분으로서 행하는 압류재산에 대한 공매는 그 법적 성격을 사법상 매매계약으로 보는 것이 판례의 일관된 입장이다.

[해설] ④

④는 틀림. 과세관청이 채납처분으로서 행하는 압류재산에 대한 공매는 그 법적 성격을 행정소송의 대상이 되는 공법상의 행정처분으로 보는 것이 판례의 입장이다.

[관련판례]

<공매의 성질 및 공매에 의하여 재산을 매수한 자가 그 공매처분이 취소된 경우 그 취소처분의 위법을 주장하여 행정소송을 제기할 법률상의 이익이 있는 지 여부>

“과세관청이 채납처분으로서 행하는 공매는 우월한 공권력의 행사로서 행정소송의 대상이 되는 공법상의 행정처분이며 공매에 의하여 재산을 매수한 자는 그 공매처분이 취소된 경우에 그 취소처분의 위법을 주장하여 행정소송을 제기할 법률상 이익이 있다.”(대판 1984. 9. 25, 84누201)

13. 통고처분에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? [2008년도 중앙선거관리위원회 9급]

- ① 통고처분은 조세법, 관세법, 출입국사법, 교통사법 등 행정형벌의 예외적인 과벌절차이다.
- ② 행정청이 벌금·과료에 상당하는 금액의 납부를 통고하며 당사자가 법정기간내에 통고된 내용을 이행한 때에는 처벌절차는 종료된다.
- ③ 통고처분에 따른 범칙금을 납부하지 않은 경우에는 고발 등의 절차를 거쳐 형사소송절차로 이행되는 것이 일반적이다.
- ④ 통고처분은 행정쟁송의 대상이 되는 처분에 해당하므로 행정소송을 제기하여 다툴 수 있다고 보는 것이 판례의 입장이다.

[해설] ④

④는 틀림. 통고처분은 행정쟁송의 대상이 되는 처분에 해당하지 아니하므로 행정소송을 제기하여 다툴 수 없다고 보는 것이 판례의 입장이다.

[관련판례]

<도로교통법상 통고처분의 취소를 구하는 행정소송이 가능한지 여부>

“도로교통법 제118조에서 규정하는 경찰서장의 통고처분은 행정소송의 대상이되는 행정처분이 아니므로 그 처분의 취소를 구하는 소송은 부적법하고, 도로교통법상의 통고처분을 받은 자가 그 처분에 대하여 이의가 있는 경우에는 통고처분에 따른 범칙금의 납부를 이행하지 아니함으로써 경찰서장의 즉결심판청구에 의하여 법원의 심판을 받을 수 있게 될 뿐이다.” (대판 1995. 6. 29, 95누4674)

14. 국가배상법상의 배상청구절차에 관한 설명으로 옳은 것은? [2008년도 중앙선거관리위원회 9급]

- ① 국가배상법에 의한 손해배상소송을 제기하려면 먼저 배상심의회에 배상신청을 하여야 한다.
- ② 군인 또는 군무원이 타인에게 가한 손해에 대한 배상신청사건을 심의하기 위하여 국방부에 두는 특별심의회는 법무부장관의 지휘를 받지 않는다.
- ③ 판례에 따르면 국가배상법상 배상심의회에 의한 배상결정은 행정처분이 아니다.
- ④ 지구배상심의회와 본부배상심의회는 배상금의 개산액에 따라 구분되는 것이므로, 지구배상심의회에서 배상신청이 기각 또는 각하되면 본부배상심의회에 재심을 신청할 수 없다.

[해설] ③

③은 타당. 판례에 따르면 국가배상법상 배상심의회에 의한 배상결정은 행정처분이 아니다.

[관련판례]

<국가배상심의회 결정이 행정처분인지의 여부>

“국가배상법에 의한 배상심의회 결정은 행정처분이 아니므로 행정소송의 대상이 아니다.”(대판 1981. 2. 10, 80누317)

①은 틀림. 국가배상법에 의한 손해배상소송은 배상심의회에 배상신청을 하지 아니하고도 제기할 수 있다.

[관련법조]

국가배상법 제9조 【소송과 배상신청의 관계】 이 법에 따른 손해배상의 소송은 배상심의회(이하 “심의회”라 한다)에 배상신청을 하지 아니하고도 제기할 수 있다.

②는 틀림. 군인 또는 군무원이 타인에게 가한 손해에 대한 배상신청사건을 심의하기 위하여 국방부에 두는 특별심의회는 법무부장관의 지휘를 받는다.

[관련법조]

국가배상법 제10조 【배상심의회】 ① 국가나 지방자치단체에 대한 배상신청사건을 심의하기 위하여 법무부에 본부심의회를 둔다. 다만, 군인이나 군무원이 타인에게 입힌 손해에 대한 배상신청사건을 심

의하기 위하여 국방부에 특별심의회를 둔다.

② 본부심의회와 특별심의회는 대통령령으로 정하는 바에 따라 지구심의회(地區審議會)를 둔다.

③ 본부심의회와 특별심의회와 지구심의회는 법무부장관의 지휘를 받아야 한다.

④도 틀림. 지구심의회에서 배상신청이 기각(일부기각된 경우를 포함한다) 또는 각하된 신청인은 결정정본이 송달된 날부터 2주일 이내에 그 심의회를 거쳐 본부심의회나 특별심의회에 재심(再審)을 신청할 수 있다.

[관련법조]

국가배상법 제15조의2 【재심신청】 ① 지구심의회에서 배상신청이 기각(일부기각된 경우를 포함한다) 또는 각하된 신청인은 결정정본이 송달된 날부터 2주일 이내에 그 심의회를 거쳐 본부심의회나 특별심의회에 재심(再審)을 신청할 수 있다.

15. 행정처분에 관한 판례의 내용으로 옳은 것은?

[2008년도 중앙선거관리위원회 9급]

① 군의관이 행하는 병역법상 신체등위판정은 행정처분에 해당한다.

② (구)정부투자기관관리기본법에 따른 경제기획원장관의 정부투자기관에 대한 예산편성지침통보는 정부투자기관의 경영합리화와 정부투자자의 효율적 관리를 도모하기 위한 것으로서 그에 대한 감독작용에 해당하므로 행정처분으로 보아야 한다.

③ 시장·군수·구청장의 개별토지가격결정은 행정처분에 해당하지 아니한다.

④ 상급행정기관의 하급행정기관에 대한 승인·동의·지시 등은 행정기관 상호간의 내부행위로서 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것이 아니므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않는다.

[해설] ④

④는 타당. 상급행정기관의 하급행정기관에 대한 승인·동의·지시 등은 행정기관 상호간의 내부행위로서 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것이 아니므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않는다.

[관련판례]

<항고소송의 대상이 되는 행정처분의 의의 및 상급행정기관의 하급행정기관에 대한 승인·동의·지시 등이 행정처분에 해당하는지 여부(소극)>

“항고소송의 대상이 되는 행정처분은 행정청의 공법상의 행위로서 특정 사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상의 효과를 직접 발생케 하는 등 국민의 구체적인 권리·의무에 직접 관계가 있는 행위를 말하는바, 상급행정기관의 하급행정기관에 대한 승인·동의·지시 등은 행정기관 상호간의 내부행위로서 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것이 아니므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 볼 수 없다. …… 따라서 지방자치단체장이 당해 토지 일대에 쓰레기매립장을 설치하기로 하면서 당해 토지 일대가 도시계획법상의 개발제한구역 내에 위치함에 따라 스스로 개발제한구역 안에서의 폐기물처리시설 설치허가를 하기에 앞서 지방자치단체장이 도시계획법상의 개발제한구역 안에서의 일정한 행위를 허가함에 있어 개발제한구역 지정의 취지에 어긋나지 않도록 지도·감독하기 위하여 제정된 국토해양부훈령인 개발제한구역관리규정”에 따라 국토해양부장관에게 폐기물처리시설 설치허가에 대한 사전승인신청을 하였고, 국토해양부장관이 위 신청을 승인한 경우, 국토해양부부장관의 위 승인행위는 지방자치단체장이 도시계획법령에 의하여 행할 수 있는 개발제한구역 안에서의 폐기물처리시설 설치허가와 관련하여 국토해양부장관이 위 “개발제한구역관리규정”에 따라 허가권자인 지방자치단체장에 대한 지도·감독작용으로서 행한 것으로서 행정기관 내부의 행위에 불과하여 국민의 구체적인 권리·의무에 직접적인 변동을 초래하는 것이 아닐 뿐 아니라, 국토해양부장관의 승인행위에 의하여 직접적으로 도시계획이 변경되는 효력이 발생하는 것이 아니므로 결국 국토해양부장관의 위 승인행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 볼 수 없다.”(대판 1997. 9. 26, 97누8540)

①은 틀림. 군의관이 행하는 병역법상 신체등위판정은 행정처분에 해당하지 아니한다.

[관련판례]

<징병검사시의 신체등위판정이 행정처분인지 여부>

“병역법상 신체등위판정은 행정청이라고 볼 수 없는 군의관이 하도록 되어 있으며, 그 자체만으로 바로 병역법상의 권리의무가 정하여지는 것이 아니라 그에 따라 지방병무청장이 병역처분을 함으로써 비로소 병역의무의 종류가 정하여지는 것이므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 보기 어렵다.”(대판 1993. 8. 27, 93누3356)

②는 틀림. (구)정부투자기관관리기본법에 따른 경제기획원장관의 정부투자기관에 대한 예산편성지침통보는 정부투자기관의 경영합리화와 정부투자자의 효율적 관리를 도모하기 위한 것으로서 그에 대한 감독작용에 해당할 뿐 이를 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다.

[관련판례]

<경제기획원장관의 정부투자기관에 대한 예산편성지침통보가 행정처분인지 여부>

“정부투자기관관리기본법 제21조의 규정에 따른 경제기획원장관의 정부투자기관에 대한 예산편성지침통보는 정

부투자기관의 경영합리화와 정부투자의 효율적 관리를 도모하기 위한 것으로서 그에 대한 감독작용에 해당할 뿐 그 자체만으로는 직접적으로 국민의 권리, 의무가 설정, 변경, 박탈되거나 그 범위가 확정되는 등 기존의 권리상태에 어떤 변동을 가져오는 것이 아니므로 이를 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다.”(대판 1993. 9. 14, 93누9163)

③도 틀림. 시장·군수·구청장의 개별토지가격결정은 행정처분에 해당한다.

[관련판례]

<토지초과이득세부과처분 취소소송에서 그 과세표준산정의 근거가 된 개별공시지가결정의 위법을 독립된 위법 사유로 주장할 수 있는지의 여부(적극)>

“개별공시지가의 결정에 위법이 있는 경우에는 그 자체를 행정소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아 그 위법 여부를 다룰 수 있음은 물론 이를 기초로 과세표준을 산정한 과세처분의 취소를 구하는 조세소송에서도 그 개별공시지가결정의 위법을 독립된 쟁송사유로 주장할 수 있고, 이 경우 당해 과세처분에 대한 항고소송을 제기하는 데에는 행정소송법 제18조 제1항, 국세기본법 제55조, 제56조의 각 규정이 정하는 바에 따라 당해 과세처분에 대한 심사 및 심판청구 등의 전심절차를 거침으로써 충분하고, 그 외에 개별공시지가결정 자체에 대한 별도의 전심절차의 이행이 요구되지는 않는다.”(대판 1996. 6. 25, 93누17935)

16. 행정소송법상의 소의 변경에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? [2008년도 중앙선거관리위원회 9급]

- ① 법원은 소의 변경의 필요가 있다고 판단될 때에는 원고의 신청이 없더라도 사실심의 변론종결시까지 직권으로 소를 변경할 수 있다.
- ② 소의 종류의 변경은 소송경제 및 권리보호의 관점에서 인정된다.
- ③ 법원이 소의 종류의 변경을 허가함으로써 피고를 달리하게 될 때에는 새로이 피고가 될 자의 의견을 반드시 들어야 한다.
- ④ 소의 변경은 당사자소송을 항고소송으로 변경하는 경우에도 인정된다.

[해설] ①

①은 틀림. 법원은 소의 변경의 필요가 있다고 판단될 때에는 원고의 신청에 의하여 사실심의 변론종결시까지 결정으로써 소의 변경을 허가할 수 있다.

[관련법조]

행정소송법 제21조 【소의 변경】 ①법원은 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.

17. 취소소송의 제기와 집행정지제도에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? [2008년도 중앙선거관리위원회 9급]

- ① 취소소송의 제기는 처분 등의 효력이나 집행에 영향을 주지 아니한다.
- ② 행정소송은 민사소송과는 달리 본안소송이 법원에 계속되어있음을 요하므로 행정소송제기와 동시에 집행정지를 신청할 수 없다.
- ③ 집행정지요건으로 긴급한 필요란 회복하기 어려운 손해발생가능성이 절박하여 본안판단을 기다릴 만한 시간적 여유가 없음을 말한다.
- ④ 집행정지요건으로 회복하기 어려운 손해란 행정처분을 받은 당사자가 사회통념상 참고 견디기가 매우 어려운 유형·무형의 손해를 말한다.

[해설] ②

②는 틀림. 행정소송도 민사소송과 같이 본안소송이 법원에 계속되어있음을 요하므로 행정소송제기와 동시에 집행정지를 신청할 수 있다.

[관련법조]

행정소송법 제23조 【집행정지】 ①취소소송의 제기는 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다.

②취소소송이 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.

18. 행정소송법상 취소소송 판결의 효력 중 기속력에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

[2008년도 중앙선거관리위원회 9급]

- ① 처분행정청은 기속력의 적극적 효력에 의하여 판결의 취지에 따른 처분을 하여야 하는 재처분의무를 진다.
- ② 처분행정청은 기속력의 소극적 효력에 의하여 확정판결에 저촉되는 처분을 할 수 없다는 의미에서 동일처분의 반복금지 의무를 진다.
- ③ 판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.
- ④ 행정소송법상 기속력의 성질에 관한 판례의 입장은 특수효력설을 취한 경우도 있으나 대부분 기관력설을 취하고 있으며, 통설도 기관력설을 취하고 있다.

[해설] ④

④는 틀림. 행정소송법상 기속력의 성질에 대해서는 기관력설과 특수효력설이 대립되어 있는바, 통설은 특수효력설을 취하고 있으며, 판례의 입장은 명확하지 않으나 기관력과 기속력을 구별하지 않는 것으로 보아 기관력설을 취하는 것으로 보인다.

[관련판례]

<당초의 과세처분이 확정판결에 의하여 취소된 경우 그 흠결을 보완한 동일한 내용의 새로운 과세처분이 위 확정판결의 기관력에 저촉되는지 여부>

“과세관청이 당초 범인세의 부과처분을 하면서 그 납세고지서에 세액산출근거 등을 기재하지 아니하고 고지하였다는 이유로 과세처분을 취소하는 판결이 확정된 후에 과세관청이 다시 세액산출 근거 등을 기재하여 당초의 부과처분과 동일한 내용의 범인세부과처분을 하였다면, 후자의 과세처분은 판결에 의하여 취소된 종전처분에 있어서의 흠결을 보완한 별개의 처분으로서 확정판결의 기관력에 저촉되지 않는다.”(대판 1987. 2. 24, 85누229)

19. 무효등확인소송에 대한 설명으로 옳은 것은? [2008년도 중앙선거관리위원회 9급]

- ① 행정심판전치주의가 적용된다.
- ② 제소기간이 상대적으로 단기이다.
- ③ 취소소송의 집행정지제도가 준용된다.
- ④ 행정행위의 부존재확인을 청구하는 것은 허용되지 않는다.

[해설] ③

③은 타당. 무효등확인소송에 취소소송의 집행정지제도가 준용된다.

[관련법조]

행정소송법 제23조 【집행정지】 ①취소소송의 제기는 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다.

②취소소송이 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.

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

①은 틀림. 무효등확인소송에 행정심판전치주의는 적용되지 않는다.

[관련법조]

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

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

②는 틀림. 무효등확인소송에 제소기간 제한은 없다.

[관련법조]

행정소송법 제20조 【제소기간】 ①취소소송은 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.

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

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

④도 틀림. 행정행위의 부존재확인을 청구하는 것은 허용된다.

[관련법조]

행정소송법 제4조 【항고소송】 항고소송은 다음과 같이 구분한다.

1. 취소소송: 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송
2. 무효등 확인소송: 행정청의 처분등의 효력 유무 또는 존재여부를 확인하는 소송
3. 부작위위법확인소송: 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송

20. 행정청의 ‘부작위’에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

[2008년도 중앙선거관리위원회 9급]

- ① 재량하자의 하나인 재량권 불행사가 행정청의 부작위를 의미하는 것은 아니다.
- ② 행정입법의 부작위에 대하여 경우에 따라서는 헌법재판소가 그 부작위의 위법을 확인할 수 있다.
- ③ 부작위위법확인소송은 행정청의 부작위 또는 무응답, 거부처분 등 소극적 위법상태를 제거하기 위한 제도이다.
- ④ 부작위위법확인소송에서 신청권에 의하지 아니한 신청을 행정청이 받아들이지 아니한 것은 항고소송의 대상이 되는 부작위라고 할 수 없다.

[해설] ③

③은 틀림. 부작위위법확인소송은 행정청의 부작위 또는 무응답이라고 하는 소극적 위법상태를 제거하기 위한 제도이다.

[관련판례]

<부작위위법확인의 소의 제도의 취지>

“부작위위법확인 소는 행정청이 국민의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청에 대하여 상당한 기간 내에 그 신청을 인용하는 적극적 처분을 하거나 또는 각하 내지 기각하는 등의 소극적 처분을 하여야 할 법률상의 응답의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우 판결시를 기준으로 그 부작위의 위법함을 확인함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 내지 무응답이라고 하는 소극적인 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 하는 것이고, 나아가 당해 판결의 구속력에 의하여 행정청에게 처분등을 하게 하고, 다시 당해 처분등에 대하여 불복이 있는 때에는 그 처분등을 다투게 함으로써 최종적으로는 국민의 권리이익을 보호하려는 제도이다.”(대판 1992. 7. 28, 91누7361)