

2019년 세무사 행정소송법

• 해설 : 이승철

1 행정소송의 유형 등에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 취소소송은 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송이다.
- ② 기관소송은 법률이 정한 경우에 법률에 정한 자에 한하여 제기할 수 있다.
- ③ 거부처분에 대한 가처분도 가능하다.
- ④ 무효등 확인소송은 항고소송의 일종이다.
- ⑤ 공법상 신분·지위 확인소송은 당사자소송에 의한다.

해설

①④ (○) 행정소송법 제3조(행정소송의 종류) 행정소송은 다음의 네 가지로 구분한다.

항고소송	행정청의 처분등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송 • 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
당사자소송	행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송
민중소송	국가 또는 공공단체의 기관이 법률에 위반되는 행위를 한 때에 직접 자기의 법률상 이익과 관계없이 그 시정을 구하기 위하여 제기하는 소송
기관소송	국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송. 다만, 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 제외한다.

- ② (○) 행정소송법 제45조(소의 제기) 민중소송 및 기관소송은 법률이 정한 경우에 법률에 정한 자에 한하여 제기할 수 있다.
- ③ (×) 거부처분에 대한 항고소송에서 민사집행법 상 가처분규정은 적용되지 않음. 또한 거부처분에는 집행정지도 적용되지 않는다.
 「행정소송법」에는 가처분에 관한 명문규정이 없다. 따라서 통설·판례는 「민사집행법」 상의 가처분이 행정소송 중 항고소송에서는 인정되지 않는다고 한다. 즉 「민사집행법」 상의 보전처분은 민사판결절차에 의하여 보호받을 수 있는 권리에 관한 것이므로, 「민사집행법」 상의 가처분으로써 행정청의 어떠한 행정행위의 금지를 구하는 것은 허용될 수 없다(대결 1992.7.6. 자 92마54 참조). 그 결과 항고소송의 대상이 되는 행정처분의 효력이나 집행 혹은 절차수행 등의 정지를 구하는 신청은 「행정소송법」 상 집행정지신청의 방법으로서만 가능할 뿐 「민사집행법」 상 가처분의 방법으로는 허용될 수 없다(대결 2009.11.2. 자 2009마596 참조). 단, 당사자소송에는 집행정지가 인정되지 않으므로 민사집행법상 가처분 규정이 준용된다.

행정쟁송과 가구제(임시구제)

• 가구제(임시구제) : 본안판결이 확정될 때까지 잠정적으로 원고의 권리를 보전하기 위한 제도.

┌ 금전적 ⇨ 가압류(假押留)

└ 비금전적 ⇨ 가처분(假處分) : ㉠ 다툼 대상에 관한 가처분, ㉡ 임시 지위를 정하기 위한 가처분

• 행정쟁송과 가구제 종류

가구제 종류	행정심판법	행정소송법
집행정지	집행정지(의무이행심판에는 적용 안 됨)	집행정지(부작위위법확인소송·당사자소송에는 적용 안 됨)
임시처분	임시처분(임시 지위 정함)	·
민사집행법 상 가처분 규정 준용	·	항고소송에 준용 안 됨(집행정지제도만 적용) 당사자소송에는 준용 됨(집행정지제도가 적용되지 않으므로)

⑤ (○) 공무원이나 국·공립학교 학생의 신분 등 공법상 지위의 확인을 구하는 소송은 당사자소송에 의한다.

답 ③

2 처분등의 효력 유무 또는 존재 여부가 민사소송의 선결문제로 되어 당해 민사소송의 수소법원이 이를 심리·판단하는 경우에 준용되는 행정소송법 규정이 아닌 것은?

- ① 직권심리 ② 공동소송 ③ 행정청의 소송참가
- ④ 소송비용에 관한 재판의 효력 ⑤ 행정심판기록의 제출명령

해설

• 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.

• 제15조(공동소송) 수인의 청구 또는 수인에 대한 청구가 처분등의 취소청구와 관련된 청구인 경우에 한하여 그 수인은 공동소송인이 될 수 있다.

답 ②

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

- ① 특별권력관계 내부의 행위는 행정소송의 대상이 될 수 없다.
- ② 지방의회의원에 대한 징계의결은 사법심사의 대상이 아니다.
- ③ 처분적 법규명령은 그 자체가 항고소송의 대상이 된다.
- ④ 군의관의 신체등위판정은 이에 근거하여 병역의무의 종류가 정해지므로 항고소송의 대상이 된다.
- ⑤ 국가보훈처장에게 독립운동가들에 대한 서훈추천을 다시 할 의무가 있음의 확인을 구하는 것은 항고소송의 대상이 된다.

해설

- ① (×) 과거 국가와 국민간에 당연히 성립되는 일반권력관계와 대비되는 특별권력관계를 인정하고, 이 특별권력관계는 특별한 행정목적을 위하여 특별히 성립하는 관계로서 권력주체가 구체적인 법률의 근거가 없이도 특정 신분자에 대하여 필요한 조치를 명할 수 있으며 그 조치에 대하여는 사법심사의 대상에서 제외된다는 견해가 있었다. 그러나 오늘날에는 그러한 관계이더라도 법령의 근거 없는 기본권제한은 허용될 수 없고, 그 내부의 행위도 모두 사법심사의 대상이 된다고 보는 것이 통설, 판례이다.
- ② (×) 지방자치법 78조 내지 81조의 규정(현 98조~100조)에 의거한 지방의회의 의원징계의결은 그로 인해 의원의 권리에 직접 법률효과를 미치는 행정처분의 일종으로서 행정소송의 대상이 된다(대판 1993.11.26. 93누7341).
- ③ (○) 법규명령은 일반적·추상적 규범으로 그 자체가 직접적·구체적인 법적 효과를 가져오는 행정처분이 아니므로 원칙적으로 항고소송 대상이 될 수 없다. 단, 법규명령이 별도의 집행행위 없이도 국민에 대해 직접적 구체적인 법적 효과를 미치는 처분적 행정입법[처분적 법규명령, 처분적 조례]인 경우 예외적으로 그 자체가 항고소송의 대상이 된다.
 예) 두밀분교를 폐지하는 경기도 조례(대판 1996.9.20. 95누8003)
 행정신병 치료제의 요양급여에 관한 보건복지부 고시(대결 2003.10.9. 2003무23).
 보건복지부 고시인 약제급여·비급여목록 및 급여상한금액표(대판 2006.9.22. 2005두2506)
- ④ (×) 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).
- ⑤ (×) **작위의무확인소송은 인정되지 않음.**
 • 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 독립운동사 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)

답 ③

4 민중소송에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 국민투표의 효력에 관하여 이의가 있는 투표인이 대법원에 제기하는 소송은 민중소송이다.
- ② 민중소송으로써 처분등의 취소를 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 취소소송에 관한 규정을 준용한다.
- ③ 「지방자치법」 상의 주민소송은 민중소송의 일종이다.
- ④ 18세 이상의 주민이 일정한 요건을 갖추어 조례의 개정을 청구하는 것은 민중소송의 일종이다.
- ⑤ 직접 자기의 법률상 이익과 관계없이 제기하는 민중소송은 객관적 소송이다.

해설

①③ (○) • 민중소송과 기관소송의 사례

민중소송 사례	기관소송 사례
<ul style="list-style-type: none"> • 공직선거법 상 선거인이 제기하는 선거소송 • 국민투표법 상 투표인이 제기하는 국민투표무효소송 • 주민투표법 상 주민투표무효소송 • 지방자치법 상 주민소송 • 「주민소환에 관한 법률」 상 주민소환투표소송 	<ul style="list-style-type: none"> • 지방자치법 상 기관소송 : 지방의회의 재의결에 대해 지방자치단체장이 대법원에 제기 • 「지방교육자치에 관한 법률」 상 기관소송 : 지방의회(광역의회)의 재의결에 대해 교육감이 대법원에 제기

- ② (○) 행정소송법 제46조(준용규정) ① 민중소송 또는 기관소송으로써 처분등의 취소를 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 취소소송에 관한 규정을 준용한다.
- ④ (×) 주민들이 청구요건을 갖춰 지방의회에 조례의 개정을 청구하는 것은 주민조례발안제도이며 민중소송이 아니다.
- ⑤ (○) • 행정소송의 목적에 따른 유형

주관적 소송	개인적 권리·이익(사익)의 구제를 주된 목적으로 하는 소송.	항고소송·당사자소송
객관적 소송	행정작용의 적법·타당성 확보(공익)를 주된 목적으로 하는 소송.	민중소송·기관소송

답 ④

5

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

- ① 교육·학예에 관한 시·도의회 의결에 대하여 교육감이 대법원에 제기하는 소송은 기관소송의 일종이다.
- ② 지방자치단체의 장이 자치사무에 관한 감독청의 명령이나 처분의 취소 또는 정지에 대하여 대법원에 제기하는 소송은 기관소송의 일종이다.
- ③ 기관소송은 국가기관과 지방자치단체 간에 권한의 유무 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에 제기하는 소송이다.
- ④ 기관소송으로써 처분등의 존재 여부를 확인을 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 무효등 확인소송에 관한 규정을 준용한다.
- ⑤ 기관소송으로서 항고소송에 관한 규정을 준용하는 소송 외의 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 당사자소송에 관한 규정을 준용한다.

해설

① (○)

- ㉠ 지방자치법 상의 기관소송(120조 3항, 192조 4항) : 지방의회의 의결에 대한 지방자치단체장의 재의요구에 따라 지방의회에서 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단되면 지방자치단체장은 재의결된 날부터 20일 이내에 대법원에 제소할 수 있다.
- ㉡ 지방교육자치에 관한 법률 상의 기관소송(28조 3항) : 교육·학예에 관한 시·도의회 의결에 대한 교육감의 재의요구에 따라 시·도의회에서 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단되면 교육감은 재의결된 날부터 20일 이내에 대법원에 제소할 수 있다.

• 민중소송과 기관소송의 사례

민중소송 사례	기관소송 사례
<ul style="list-style-type: none"> • 공직선거법 상 선거인이 제기하는 선거소송 • 국민투표법 상 투표인이 제기하는 국민투표무효소송 • 주민투표법 상 주민투표무효소송 • 지방자치법 상 주민소송 • 「주민소환에 관한 법률」 상 주민소환투표소송 	<ul style="list-style-type: none"> • 지방자치법 상 기관소송 : 지방의회의 재의결에 대해 지방자치단체장이 대법원에 제기 • 「지방교육자치에 관한 법률」 상 기관소송 : 지방의회(광역의회)의 재의결에 대해 교육감이 대법원에 제기

② (○) ㉠ 지방자치법 188조에 따라 주무부장관이나 광역자치단체장이 감독권을 행사하여 자치사무에 대한 지방자치단체장의 명령·처분을 취소·정지한 경우 이에 이의가 있는 지방자치단체장이 대법원에 제기하는 소송과 ㉡ 지방자치법 189조에 따라 주무부장관이나 광역자치단체장이 감독권을 행사하여 지방자치단체 장에 대한 직무이행명령을 한 경우 이에 이의가 있는 지방자치단체장이 대법원에 제기하는 소송을 기관소송에 포함시키기도 한다.

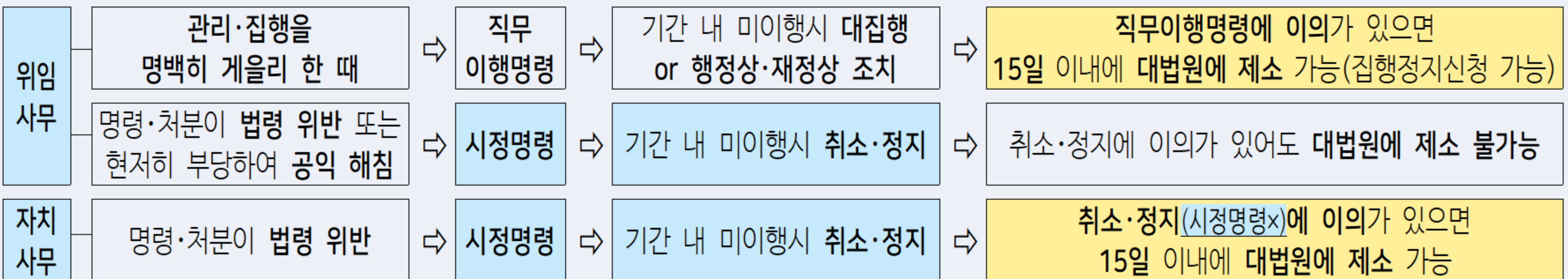
• 지방자치법

제188조(위법·부당한 명령이나 처분의 시정)

- ① 지방자치단체의 사무에 관한 지방자치단체의 장(제103조제2항에 따른 사무의 경우에는 지방의회의 의장을 말한다. 이하 이 조에서 같다)의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해친다고 인정되면 시·도에 대해서는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대해서는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 시정할 것을 명하고, 그 기간에 이행하지 아니하면 이를 취소하거나 정지할 수 있다.
- ⑥ 지방자치단체의 장은 제1항, 제3항 또는 제4항에 따른 자치사무에 관한 명령이나 처분의 취소 또는 정지에 대하여 이의가 있으면 그 취소처분 또는 정지처분을 통보받은 날부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다.

제189조(지방자치단체의 장에 대한 직무이행명령)

- ① 지방자치단체의 장이 법령에 따라 그 의무에 속하는 국가위임사무나 시·도위임사무의 관리와 집행을 명백히 게을리하고 있다고 인정되면 시·도에 대해서는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대해서는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 이행할 사항을 명령할 수 있다.
- ⑥ 지방자치단체의 장은 제1항 또는 제4항에 따른 이행명령에 이의가 있으면 이행명령서를 접수한 날부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 이 경우 지방자치단체의 장은 이행명령의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다.



③ (×) ㉠ 행정소송법 상 기관소송 : 국가 또는 공공단체의 기관상호간에 있어서의 권한의 존부나 그 행사에 관한 다툼
 ㉡ 헌법재판소법 상 권한쟁의심판 : 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 유무·범위에 관한 다툼

• 제3조(행정소송의 종류) 행정소송은 다음의 네가지로 구분한다.

4. 기관소송 : 국가 또는 공공단체의 기관상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송. 다만, 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 제외한다.

• 헌법재판소법

제2조 (관장사항) 헌법재판소는 다음 사항을 관장한다.

4. 국가기관상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체상호간의 권한쟁의에 관한 심판

제61조(권한쟁의심판 청구 사유)

- ① 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 유무 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 해당 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.
- ② 제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위(불작위)가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 경우에만 할 수 있다.

7 제3자에 의한 재심청구에 관하여 ()안에 들어갈 내용을 옳게 나열한 것은?

제3자에 의한 재심청구는 확정판결이 있음을 안 날로부터 (㉠) 이내, 판결이 확정된 날로부터 (㉡) 이내에 제기하여야 한다.

- ① ㉠ : 14일, ㉡ : 30일 ② ㉠ : 14일, ㉡ : 60일 ③ ㉠ : 30일, ㉡ : 90일
 ④ ㉠ : 30일, ㉡ : 1년 ⑤ ㉠ : 60일, ㉡ : 1년

해설

• 행정소송법 제31조(제3자에 의한 재심청구)

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

답 ④

8 행정심판과 행정소송의 관계에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 공무원파면처분 취소소송에는 임의적 행정심판전치주의가 적용된다.
 ② 운전면허정지처분 취소소송에는 필요적 행정심판전치주의가 적용되지 아니한다.
 ③ 필요적 행정심판전치주의가 적용되는 경우 행정소송의 제기시에는 전치요건을 구비하지 못하였더라도 사실심 변론종결시까지 구비하면 된다.
 ④ 임의적 행정심판전치주의가 적용되는 경우 행정심판을 거쳤는지 여부는 법원의 직권조사사항이다.
 ⑤ 필요적 행정심판전치주의가 적용되는 경우 동종사건에 이미 행정심판의 기각재결이 있을 때에는 행정심판의 제기만 있으면 취소소송을 제기할 수 있다.

해설

- ① (×) 국가공무원법 상 공무원 징계처분에 대한 취소소송은 필요적 행정심판전치주의 적용
국가공무원법 제16조(행정소송과의 관계) ① 제75조에 따른 처분(징계·강임·휴직·직위해제·면직처분 등), 그 밖에 본인의 의사에 반한 불리한 처분이나 부작위에 관한 행정소송은 소청심사위원회의 심사·결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다.
 ② (×) 도로교통법 상 처분에 대한 취소소송은 필요적 행정심판전치주의 적용
 도로교통법 제142조(행정소송과의 관계) 이 법에 따른 처분으로서 해당 처분에 대한 행정소송은 행정심판의 재결(裁決)을 거치지 아니하면 제기할 수 없다.
 ③ (○) 판례는 필요적 행정심판전치주의가 적용되더라도 행정소송 제기 후 그 사실심 변론종결시까지 행정심판절차를 거친 경우에는 행정심판전치주의의 요건은 충족된 것으로 본다.
 • 행정심판전치주의의 근본취지가 행정청에게 반성의 기회를 부여하고 행정청의 전문지식을 활용하는데 있는 것이므로 제소 당시에 비록 전치요건을 구비하지 못한 위법이 있다 하여도 사실심 변론종결당시까지 그 전치요건을 갖추었다면 그 흠결의 하자는 치유되었다고 볼 것이다(대판 1987.9.22. 87누176).
 ④ (×) 임의적 행정심판전치 절차를 거쳤는지는 소송요건이 아니다. 필요적 행정심판전치주의가 적용되는 경우 소송요건으로서 법원의 직권조사사항임.
 • 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 경우까지만 당사자에게 전치절차를 거치도록 종용하거나 그 보정을 명하여야 하는 것은 아니라고 할 것이다(대판 1995.1.12. 94누9948).
 ⑤ (×) 필요적 행정심판전치주의가 적용되는 경우라도 동종사건에 관해 이미 행정심판의 기각재결이 있을 때에는 '행정심판을 제기함이 없이' 취소소송 제기 가능.

필요적 행정심판전치주의인 경우에도(행정소송법 이외의 법률에 해당 처분에 대한 행정심판의 재결을 거치지 않으면 취소소송을 제기할 수 없다는 규정이 있는 경우에도)	
행정심판의 '재결을 거치지 않고' 취소소송을 제기할 수 있는 경우(18조 2항)	행정심판을 '제기함이 없이' 취소소송을 제기할 수 있는 경우(18조 3항)
① 행정심판청구가 있는 날로부터 60일이 지나도 재결이 없는 때	① 동종사건에 관하여 이미 행정심판의 기각재결이 있을 때
② 처분의 집행 또는 절차의 속행으로 생길 중대한 손해를 예방해야 할 긴급한 필요가 있는 때	② 서로 내용상 관련되는 처분 또는 같은 목적을 위하여 단계적으로 진행되는 처분 중 어느 하나가 이미 행정심판의 재결을 거친 때
③ 법령의 규정에 의한 행정심판기관이 의결 또는 재결을 하지 못할 사유가 있는 때	③ 행정청이 사실심의 변론종결 후 소송의 대상인 처분을 변경하여 당해 변경된 처분에 관하여 소를 제기하는 때
④ 그 밖의 정당한 사유가 있는 때	④ 처분을 행한 행정청이 행정심판을 거칠 필요가 없다고 잘못 알린 때
	⑤ 처분변경으로 인한 소의 변경의 경우(22조 3항)

답 ③

9 행정소송에 있어서 소송비용의 부담주체가 다른 하나는?

- ① 취소소송의 청구인용 판결의 경우
- ② 취소청구가 사정판결에 의하여 기각된 경우
- ③ 행정청이 처분을 변경함으로 인하여 청구가 기각된 경우
- ④ 행정청이 처분을 취소함으로 인하여 청구가 각하된 경우
- ⑤ 취소사유만 있음에도 무효확인소송을 제기하여 청구가 기각된 경우

해설

- ① 민사소송법이 준용되므로 패소한 당사자인 피고가 부담
 - 민사소송법 제98조(소송비용부담의 원칙) 소송비용은 패소한 당사자가 부담한다.
- ②③④ 피고가 부담
 - 행정소송법 제32조(소송비용의 부담) 취소청구가 제28조의 규정(사정판결)에 의하여 기각되거나 행정청이 처분등을 취소 또는 변경함으로 인하여 청구가 각하 또는 기각된 경우에는 소송비용은 피고의 부담으로 한다.
- ⑤ 패소한 당사자인 원고가 부담.

답 ⑤

10 행정청에 대한 신청의 거부행위의 처분성에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이어야 한다.
- ② 거부행위가 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으켜야 하는데, 권리행사에 중대한 지장을 초래하는 것도 포함된다.
- ③ 행정청에 대하여 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상 신청권이 요구된다.
- ④ 신청권은 일반 국민에게 그러한 신청권을 인정하고 있는가를 살펴 추상적으로 결정된다.
- ⑤ 신청권은 신청의 인용이라는 만족적 결과를 얻을 권리를 의미한다.

해설

- ① (×) 신청권은 신청에 따른 응답을 받을 권리를 넘어서 신청의 인용이라는 만족적 결과를 얻을 권리를 의미하는 것은 아님
 - 국민의 적극적 신청행위에 대하여 행정청이 그 신청에 따른 행위를 하지 않겠다고 거부한 행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는 것이라고 하려면, 그 신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이어야 하고, 그 거부행위가 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것이어야 하며, 그 국민에게 그 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리의 신청권이 있어야만 한다.
 - 거부처분의 처분성을 인정하기 위한 전제조건이 되는 신청권의 존부는 구체적 사건에서 신청인이 누구인가를 고려하지 않고 관계 법규의 해석에 의하여 일반 국민에게 그러한 신청권을 인정하고 있는가를 살펴 추상적으로 결정되는 것이고, 신청인이 그 신청에 따른 단순한 응답을 받을 권리를 넘어서 신청의 인용이라는 만족적 결과를 얻을 권리를 의미하는 것은 아니므로, 국민이 어떤 신청을 한 경우에 그 신청의 근거가 된 조항의 해석상 행정발동에 대한 개인의 신청권을 인정하고 있다고 보이면 그 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보아야 하고, 구체적으로 그 신청이 인용될 수 있는가 하는 점은 본안에서 판단하여야 할 사항이다(대판 2009.9.10. 2007두20638).

답 ⑤

11 무효확인소송의 본안판단 사항에 해당하는 것은?

- ① 제소기간 도과 여부
- ② 원고적격 인정 여부
- ③ 중대명백한 하자의 인정 여부
- ④ 대상적격 인정 여부
- ⑤ 권리보호필요성 인정 여부

해설

①②④⑤는 소송요건에 대한 요건심리. ③은 처분의 하자가 중대·명백성한가에 따라 무효 여부를 판단하는 본안심리의 판단사항.

요건심리	실체적 요건	㉠ 원고적격(소익), ㉡ 협의의 소익(12조), ㉢ 대상적격 또는 처분성(19조)
	형식적 요건	㉣ 피고적격(13조), ㉤ 소장(8조②항), ㉥ 관할법원(9조), ㉦ 행정심판전치(18조), ㉧ 제소기간(20조)
본안심리	요건심리의 결과 소송요건 구비시, 소에 대한 청구를 인용할지 기각할지 판단하기 위해 사건의 본안을 실체적으로 심리하는 절차. 취소소송의 경우 처분의 위법성 여부 심리. 무효확인소송에서는 처부의 무효 여부(중대·명백한 하자의 인정 여부) 심리. 부작위위법확인소송에서 부작위의 위법성 심리.	

답 ③

12 판례상 공부(公簿)상의 기재변경과 관련하여 처분성이 인정되지 않는 것은?

- ① 지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위
- ② 소관청의 토지대장상 소유자명의변경신청 거부행위
- ③ 행정청의 건축물대장상 건축주명의변경신고에 대한 수리거부행위
- ④ 1필지의 일부가 소유자가 다르게 되었음을 이유로 한 지적공부상 토지분할신청에 대한 지적 소관청의 거부행위
- ⑤ 건축물대장 소관청의 건축물대장의 용도변경신청 거부행위

해설

- ① **[처분성 ○] 토지대장의 지목변경신청반려행위는 항고소송의 대상인 행정처분에 해당함** : 구 지적법 20조, 38조 2항의 규정은 토지소유자에게 지목변경신청권과 지목정정신청권을 부여한 것(법규상 신청권 인정)이고, 한편 지목은 토지에 대한 공법상의 규제, 개발부담금의 부과대상, 지방세의 과세대상, 공시지가의 산정, 손실보상가액의 산정 등 토지행정의 기초로서 공법상의 법률관계에 영향을 미치고, 토지소유자는 지목을 토대로 토지의 사용·수익·처분에 일정한 제한을 받게 되는 점 등을 고려하면, 지목은 토지소유권을 제대로 행사하기 위한 전제요건으로서 토지소유자의 실체적 권리관계에 밀접하게 관련(조리상 신청권 인정)되어 있으므로 **지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다**(대판 전원합의체 2004.4.22. 2003두9015).
- ② **[처분성 X] 소관청이 토지대장상의 소유자명의변경신청을 거부한 행위의 처분성 부정** : 토지대장에 기재된 일정한 사항을 변경하는 행위는, 그것이 지목의 변경이나 정정 등과 같이 토지소유권 행사의 전제요건으로서 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 변동이 가져올 수 없고 토지 소유권이 지적공부의 기재만에 의하여 증명되는 것도 아니다. 따라서 소관청이 토지대장상의 소유자명의변경신청을 거부한 행위는 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다.(대판 2010.1.12. 2010두12354)
- ③ **[처분성 ○] 건축주명의변경신고수리거부행위는 양수인이 자신의 명의로 소유권보존등기를 하기 위하여 가지는 구체적인 법적 이익을 침해하는 결과가 되므로 처분에 해당** : 건축주명의변경신고에 관한 건축법시행규칙 3조의2의 규정은 단순히 행정관청의 사무집행의 편의를 위한 것에 지나지 않는 것이 아니라, 허가대상건축물의 양수인에게 건축주의 명의변경을 신고할 수 있는 공법상의 권리를 인정함과 아울러 행정관청에게는 그 신고를 수리할 의무를 지게 한 것으로 봄이 상당하므로, 허가대상건축물의 양수인이 위 규칙에 규정되어 있는 형식적 요건을 갖추어 시장·군수에게 적법하게 건축주의 명의변경을 신고한 때에는 시장·군수는 그 신고를 수리해야지 실제적인 이유를 내세워 그 신고의 수리를 거부할 수는 없다. 건축주명의변경신고수리거부행위는 행정청이 허가대상건축물 양수인의 건축주명의변경신고라는 구체적인 사실에 관한 법집행으로서 그 신고를 수리해야 할 법령상의 의무를 지고 있음에도 불구하고 그 신고의 수리를 거부함으로써, 양수인이 건축공사를 계속하기 위하여 또는 건축공사를 완료한 후 자신의 명의로 소유권보존등기를 하기 위하여 가지는 구체적인 법적 이익을 침해하는 결과가 되었다고 할 것이므로, 비록 건축허가가 대물적 허가로서 그 허가의 효과가 허가대상건축물에 대한 권리변동에 수반하여 이전된다고 하더라도, **양수인의 권리의무에 직접 영향을 미치는 것으로서 취소소송의 대상이 되는 처분**이다(대판 1992.3.31. 91누4911).
- ④ **[처분성 ○] 지적공부 소관청이 토지분할신청을 거부하는 경우 토지의 소유자는 자기소유 토지의 일부에 대한 소유권의 양도나 저당권의 설정 등 필요한 처분행위를 할 수 없게 되고, 특히 1필지의 일부가 소유자가 다르게 된 때에도 그 소유권을 등기부에 표창하지 못하고 나아가 처분도 할 수 없게 되어 권리행사에 지장을 초래하게 되는 점 등을 고려한다면, 지적 소관청의 토지분할신청 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분**이다(대판 1992.12.8. 92누7542)
- ⑤ **[처분성 ○] 건축물대장의 용도변경신청 거부 행위(용도를 '창고'에서 '위험물 저장 및 처리 시설'로의 변경 신청 거부)는 행정처분** : 구 건축법 14조 4항의 규정은 건축물의 소유자에게 건축물대장의 용도변경 신청권을 부여한 것이고, 한편 건축물의 용도는 토지의 지목에 대응하는 것으로서 건물의 이용에 대한 공법상의 규제, 건축법상의 시정명령, 지방세 등의 과세대상 등 공법상 법률관계에 영향을 미치고, 건물소유자는 용도를 토대로 건물의 사용·수익·처분에 일정한 영향을 받게 되는 점 등을 고려해 보면, 건축물대장의 용도는 건축물의 소유권을 제대로 행사하기 위한 전제요건으로서 건축물 소유자의 실체적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로 건축물대장 소관청의 용도 변경신청 거부행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2009.1.30. 2007두7277).

답 ②

13 판례상 취소소송의 대상인 것을 모두 고른 것은?

- ㉠ 「건축법」 상 착공신고 반려행위
- ㉡ 「국가공무원법」 상 당연퇴직의 인사발령
- ㉢ 운전면허 행정처분처리대상상 벌점의 배점
- ㉣ 본인의 의사와 무관하게 유출된 주민등록번호의 변경신청에 대한 구청장의 거부행위

- ① ㉠, ㉡ ② ㉠, ㉢ ③ ㉡, ㉣ ④ ㉡, ㉣ ⑤ ㉢, ㉣

해설

- ㉠ (○) **행정청의 착공신고 반려행위는 항고소송의 대상** : 구 건축법(2008. 3. 21. 법률 제8974호로 전부 개정되기 전의 것)의 관련 규정에 따르면, 행정청은 착공신고의 경우에도 신고 없이 착공이 개시될 경우 건축주 등에 대하여 공사중지·철거·사용금지 등의 시정명령을 할 수 있고(제69조 제1항), 시정명령을 받고 이행하지 아니한 건축물에 대하여는 당해 건축물을 사용하여 행할 다른 법령에 의한 영업 기타 행위의 허가를 하지 않도록 요청할 수 있으며(제69조 제2항), 요청을 받은 자는 특별한 이유가 없는 한 이에 응해야 하고(제69조 제3항), 나아가 행정청은 시정명령의 이행을 하지 아니한 건축주 등에 대하여는 이행강제금을 부과할 수 있으며(제69조의2 제1항 제1호), 또한 착공신고를 하지 아니한 자는 200만 원 이하의 벌금에 처해질 수 있다(제80조 제1호, 제9조). 이와 같이 건축주 등으로서는 착공신고가 반려될 경우, 당해 건축물의 착공을 개시하면 시정명령, 이행강제금, 벌금의 대상이 되거나 당해 건축물을 사용하여 행할 행위의 허가가 거부될 우려가 있어 불안정한 지위에 놓이게 된다. 따라서 **착공신고 반려행위가 이루어진 단계에서 당사자로 하여금 반려행위의 적법성을 다투어 법적 불안을 해소한 다음 건축행위에 나아가도록 함으로써 장차 있을지도 모르는 위험에서 미리 벗어날 수 있도록 길을 열어 주고, 위법한 건축물의 양산과 철거를 둘러싼 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있게 하는 것이 법치행정의 원리에 부합한다. 그러므로 행정청의 착공신고 반려행위는 항고소송의 대상이 된다고 보는 것이 옳다**(대판 2011.6.10. 2010두7321).
- ㉡ (×) **당연퇴직의 인사발령은 항고소송 대상이 아님** : 지방공무원법 61조의 규정에 의하면 공무원에게 같은 법 31조 소정의 결격사유가 있을 때에는 당연히 퇴직한다고 되어 있으므로 이러한 당연퇴직의 경우에는 결격사유가 있어 법률상 당연퇴직되는 것이지 공무원 관계를 소멸시키기 위한 별도의 행정처분을 요하지 아니한다 할 것이며 위와 같은 사유의 발생으로 **당연퇴직의 인사발령이 있었다 하여도 이는 퇴직사실을 알리는 이른바 관념의 통지에 불과하여 행정소송의 대상이 되지 아니한다**(대판 1992.1.21. 91누2687).
- ㉢ (×) **운전면허 행정처분처리대상상 벌점의 배점은 행정처분이 아님** : 운전면허 행정처분처리대상상 벌점의 배점은 도로교통법규 위반행위를 단속하는 기관이 도로교통법시행규칙 별표 16의 정하는 바에 의하여 도로교통법규 위반의 경중, 피해의 정도 등에 따라 배정하는 점수를 말하는 것으로 **자동차운전면허의 취소, 정지처분의 기초자료로 제공하기 위한 것이고 그 배점 자체만으로는 아직 국민에 대하여 구체적으로 어떤 권리를 제한하거나 의무를 명하는 등 법률적 규제를 하는 효과를 발생하는 요건을 갖춘 것이 아니어서 그 무효확인 또는 취소를 구하는 소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다**(대판 1994.8.12. 94누2190).

- ㉔ (○) **피해자의 의사와 무관하게 주민등록번호가 유출된 경우에는 주민등록번호의 변경을 요구할 조리상 신청권이 있으며, 변경신청 거부행위는 항고소송 대상인 행정처분** : 갑 등이 인터넷 포털사이트 등의 개인정보 유출사고로 자신들의 주민등록번호 등 개인정보가 불법 유출되자 이를 이유로 관할 구청장에게 주민등록번호를 변경해 줄 것을 신청하였으나 구청장이 '주민등록번호가 불법 유출된 경우 주민등록법상 변경이 허용되지 않는다'는 이유로 주민등록번호 변경을 거부하는 취지의 통지를 한 사안에서, 피해자의 의사와 무관하게 주민등록번호가 불법 유출된 경우 개인의 사생활뿐만 아니라 생명·신체에 대한 위하나 재산에 대한 피해를 입을 우려가 있고, 실제 유출된 주민등록번호가 다른 개인정보와 연계되어 각종 광고 마케팅에 이용되거나 사기, 보이스피싱 등의 범죄에 악용되는 등 사회적으로 많은 피해가 발생하고 있는 것이 현실인 점, 반면 주민등록번호가 유출된 경우 그로 인하여 이미 발생하였거나 발생할 수 있는 피해 등을 최소화할 수 있는 충분한 권리구제방법을 찾기 어려운데도 구 주민등록법(2016. 5. 29. 법률 제14191호로 개정되기 전의 것)에서는 주민등록번호 변경에 관한 아무런 규정을 두고 있지 않은 점, 주민등록법령상 주민등록번호 변경에 관한 규정이 없거나 주민등록번호 변경에 따른 사회적 혼란 등을 이유로 위와 같은 불이익을 피해자가 부득이한 것으로 받아들여야 한다고 보는 것은 피해자의 개인정보자기결정권 등 국민의 기본권 보장의 측면에서 타당하지 않은 점, 주민등록번호를 관리하는 국가로서는 주민등록번호가 유출된 경우 그로 인한 피해가 최소화되도록 제도를 정비하고 보완해야 할 의무가 있으며, 일률적으로 주민등록번호를 변경할 수 없도록 할 것이 아니라 만약 주민등록번호 변경이 필요한 경우가 있다면 그 변경에 관한 규정을 두어서 이를 허용해야 하는 점 등을 종합하면, **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)

답 ②

14 행정소송법 상 재결취소소송과 재결 자체의 고유한 위법에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 재결서에 주문만 기재되고 이유의 기재가 없는 경우 재결 자체의 고유한 하자가 인정된다.
- ② 복효적 행정행위에 대한 행정심판의 인용재결로 불이익을 입은 자는 인용재결의 취소를 구할 수 있다.
- ③ 행정심판청구가 부적법하여 각하하여야 함에도 인용재결을 한 경우 재결취소소송이 허용된다.
- ④ 행정심판청구가 부적법하지 않음에도 각하한 재결에 대해서는 취소소송을 제기할 수 있다.
- ⑤ 행정심판의 재결에 이유모순의 위법이 있는 경우 원처분의 취소를 구하는 소송에서 위법사유로서 재결 자체의 고유한 하자를 주장할 수 있다.

해설

- ① (○) 행정소송법 제19조에서 말하는 '재결 자체에 고유한 위법'이란 원처분에는 없고 재결에만 있는 재결청의 권한 또는 구성의 위법, 재결의 절차나 형식의 위법, 내용의 위법 등을 뜻하고, 그 중 내용의 위법에는 위법·부당하게 인용재결을 한 경우가 해당한다. 제시된 내용은 재결 형식에 관한 위법이다. **[참고판례]** 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법령이 재결을 서면으로 하도록 하고, '사용할 토지의 구역, 사용의 방법과 기간'을 재결사항의 하나로 규정한 취지는, 재결에 의하여 설정되는 사용권의 내용을 구체적으로 특정함으로써 재결 내용의 명확성을 확보하고 재결로 인하여 제한받는 권리의 구체적인 내용이나 범위 등에 관한 다툼을 방지하기 위한 것이다. 따라서 관할 토지사용위원회가 토지에 관하여 사용재결을 하는 경우에는 재결서에 사용할 토지의 위치와 면적, 권리자, 손실보상액, 사용 개시일 외에도 사용방법, 사용기간을 구체적으로 특정하여야 한다. 지방토지사용위원회가 甲 소유의 토지 중 일부는 수용하고 일부는 사용하는 재결을 하면서 재결서에는 수용대상 토지 외에 사용대상 토지에 관해서도 '수용'한다고만 기재한 사안에서, 사용대상 토지에 관하여는 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 '토지보상법'이라 한다)에 따라 사업시행자에게 사용권을 부여함으로써 송전선의 선하부지로 사용할 수 있도록 하기 위한 절차가 진행되어 온 점, 재결서의 주문과 이유에는 재결에 의하여 지방토지사용위원회에 설정하여 주고자 하는 사용권이 '구분지상권'이라거나 사용권이 설정될 토지의 구역 및 사용방법, 사용기간 등을 특정할 수 있는 내용이 전혀 기재되어 있지 않아 재결서만으로는 토지소유자인 甲이 자신의 토지 중 어느 부분에 어떠한 내용의 사용제한을 언제까지 받아야 하는지를 특정할 수 없고, 재결로 인하여 토지소유자인 甲이 제한받는 권리의 구체적인 내용이나 범위 등을 알 수 없어 이에 관한 다툼을 방지하기도 어려운 점 등을 종합하면, 위 재결 중 사용대상 토지에 관한 부분은 토지보상법 제50조 제1항에서 정한 사용재결의 기재사항에 관한 요건을 갖추지 못한 흠이 있음에도 사용재결로서 적법하다고 본 원심판단에 법리를 오해한 잘못이 있다(대판 2019.6.13. 2018두42641).
- ② (○) 이른바 복효적 행정행위, 특히 제3자효를 수반하는 행정행위에 대한 행정심판청구에 있어서 그 청구를 인용하는 내용의 재결로 인하여 비로소 권리이익을 침해받게 되는 자는 그 인용재결에 대하여 다툼 필요가 있고, 그 인용재결은 원처분과 내용을 달리하는 것이므로 그 인용재결의 취소를 구하는 것은 원처분에는 없는 재결에 고유한 하자를 주장하는 셈이어서 당연히 항고소송의 대상이 된다(대판 2001.5.29. 99두10292).
- ③ (○) (수리를 요하지 않는 신고의 수리에 대한) **심판청구가 부적법(제기요건 결여)함에도 불구하고 각하하지 않고 인용재결을 한 경우 ⇨ 재결 자체에 고유한 위법, 재결취소소송 가능** : 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).
- ④ (○) 행정소송법 제19조에 의하면 행정심판에 대한 재결에 대하여도 그 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에는 항고소송을 제기하여 그 취소를 구할 수 있고, 여기에서 말하는 '재결 자체에 고유한 위법'이란 그 재결자체에 주체, 절차, 형식 또는 내용상의 위법이 있는 경우를 의미하는데, **행정심판청구가 부적법하지 않음에도 각하한 재결은 심판청구인의 실제심리를 받을 권리를 박탈한 것으로서 원처분에 없는 고유한 하자가 있는 경우에 해당하고, 따라서 위 재결은 취소소송의 대상이 된다**(대판 2001.7.27. 99두2970).
- ⑤ (×) **원처분의 취소를 구하는 소송에서 재결 자체의 고유한 위법사유를 주장할 수 없음** : 행정처분에 대한 행정심판의 재결에 이유모순의 위법이 있다는 사유는 재결처분 자체에 고유한 하자로서 재결처분의 취소를 구하는 소송에서는 그 위법사유로서 주장할 수 있으나, 원처분의 취소를 구하는 소송에서는 그 취소를 구할 위법사유로서 주장할 수 없다(대판 1996.2.13. 95누8027).

답 ⑤

15 국가·공공단체 그 밖의 권리주체를 피고로 하는 소송에 해당하지 않는 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 구 「광주민중화운동 관련자 보상 등에 관한 법률」에 의한 보상금청구소송
- ② 퇴직연금 결정 후의 공무원연금관리공단에 대한 미지급퇴직연금지급청구소송
- ③ 조세부과처분이 당연무효임을 전제로 하여 이미 납부한 세금의 반환을 청구하는 소송
- ④ 국가에 대한 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구소송
- ⑤ 「도시 및 주거환경정비법」 상의 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력을 다투는 소송

해설

• 국가·공공단체 그 밖의 권리주체를 피고로 하는 소송은 당사자소송을 의미한다.(단, 항고소송의 경우에도 행정청이 없게 된 때에는 그 처분등에 관한 사무가 귀속되는 국가 또는 공공단체를 피고로 하는 점은 주의)

- ① (○) **금전급부청구권이 법률에 의해 직접 발생하는 경우 지급청구신청 기각시 항고소송이 아닌 당사자소송(금전지급청구) 제기**
 • 「**광주민중화운동관련자 보상 등에 관한 법률**」 15조에 의거하여 **관련자 및 유족들이 갖게 되는 보상 등에 관한 권리는 공법상 권리이며 그에 관한 소송은 당사자소송** : 광주민중화운동관련자보상등에관한법률 제15조 본문의 규정에서 말하는 광주민중화운동관련자보상심의위원회의 결정을 거치는 것은 보상금 지급에 관한 소송을 제기하기 위한 전치요건에 불과하다고 할 것이므로 위 **보상심의위원회의 결정은 취소소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다.** 광주민중화운동관련자보상등에관한법률에 의거하여 관련자 및 유족들이 갖게 되는 보상 등에 관한 권리는 헌법 23조 3항에 따른 재산권 침해에 대한 손실보상청구나 국가배상법에 따른 손해배상청구와는 그 성질을 달리하는 것으로서 **법률이 특별히 인정하고 있는 공법상의 권리**라고 해야 할 것이므로 그에 관한 소송은 행정소송법 3조 2호 소정의 **당사자소송에 의해야 할 것**이며 보상금 등의 지급에 관한 법률관계의 주체는 대한민국이다(대판 1992.12.24. 92누3335).

[비교판례] **금전급부청구권이 행정청의 급부결정이 있어야 발생하는 경우 지급신청 거부시 거부처분 취소소송 제기(당사자소송으로 금전지급청구 불가)**
 • 「**민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률**」 상의 **보상심의위원회의 보상금신청기각결정** ⇨ **거부처분** ⇨ **취소소송** : 「민주화운동관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률」 규정들만으로는 바로 법상의 보상금 등의 지급 대상자가 확정된다고 볼 수 없고, ‘민주화운동관련자 명예회복 및 보상 심의위원회’에서 **심의·결정을 받아야만 비로소 보상금 등의 지급 대상자로 확정될 수 있다.** 따라서 그와 같은 심의위원회의 결정은 **국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행정처분에 해당하므로,** 관련자 등으로서 보상금 등을 지급받고자 하는 신청에 대하여 심의위원회가 관련자 해당 요건의 전부 또는 일부를 인정하지 아니하여 보상금 등의 지급을 기각하는 결정을 한 경우에는 신청인은 심의위원회를 상대로 그 결정의 취소를 구하는 소송을 제기하여 보상금 등의 지급대상자가 될 수 있다(대판 2008.4.17. 2005두16185).

수급 청구시 행정청의	청구 거부 결정	결정에 대한 불복 → 항고소송
	인용 결정	금액 부족 → * 보상금 지급청구소송으로서 당사자소송 불가 급부청구권 발생 → 미급부시 → 당사자소송 지급 받아오다 지급 거부나 일부만 지급(감액) 결정시 → 당사자소송
법령에 의해 직접 급부청구권 발생시		지급 청구 → 당사자소송 * 행정청의 지급여부 결정 및 통지는 항고소송 대상인 처분이 아님

- ② (○) **공무원연금관리공단의 퇴직연금 중 일부 금액 지급거부 의사표시는 행정처분이 아님, 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 것이지만 같은 법 26조 1항에 정해진 공무원연금관리공단의 퇴직연금결정과 통지에 의하여 비로소 그 금액이 확정되는 것이 아니므로, 공무원연금관리공단이 퇴직연금 중 일부 금액에 대하여 지급거부의 의사표시를 하였다 하더라도 그 의사표시는 **퇴직연금청구권을 형성·확정하는 행정처분이 아니라 공법상의 법률관계의 한쪽 당사자로서 그 지급의무의 존부 및 범위에 관하여 나름대로의 사실상·법률상 의견을 밝힌 것일 뿐**이어서, 이를 행정처분이라고 볼 수는 없고, 이 경우 미지급퇴직연금에 대한 지급청구권은 공법상 권리로서 그의 지급을 구하는 소송은 공법상의 법률관계에 관한 소송인 공법상 당사자소송에 해당한다(대판 2004.12.24. 2003두15195)
- ③ (×) **조세과오납금반환청구(부당이득반환청구)는 민사소송에 의함** : 조세부과처분이 당연무효임을 전제로 하여 이미 납부한 세금의 반환을 청구하는 것은 민사상의 부당이득반환청구로서 민사소송절차에 따라야 한다.(대판 1995.4.28. 94다55019)
 * 조세과오납금반환청구(부당이득반환청구)소송의 경우 민사소송으로서 피고는 국세·지방세의 귀속주체인 국가나 지방자치단체이다. 따라서 문제에서 제시된 ‘국가·공공단체 그 밖의 권리주체’를 피고로 하는 것은 아니다.
- ④ (○) **납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무는 부당이득 반환의무가 아닌 법령에 의한 공법상 의무이므로 국가에 대한 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구는 당사자소송에 따라야 함** : 부가가치세법령이 환급세액의 정의 규정, 그 지급시기와 산출방법에 관한 구체적인 규정과 함께 부가가치세 납세의무를 부담하는 사업자(이하 ‘납세의무자’라 한다)에 대한 국가의 환급세액 지급의무를 규정한 이유는, 입법자가 과세 및 징수의 편의를 도모하고 중복과세를 방지하는 등의 조세 정책적 목적을 달성하기 위한 입법적 결단을 통하여, 최종 소비자에 이르기 전의 각 거래단계에서 재화 또는 용역을 공급하는 사업자가 그 공급을 받는 사업자로부터 매출세액을 징수하여 국가에 납부하고, 그 세액을 징수당한 사업자는 이를 국가로부터 매입세액으로 공제·환급받는 과정을 통하여 그 세액의 부담을 다음 단계의 사업자에게 차례로 전가하여 궁극적으로 최종 소비자에게 이를 부담시키는 것을 근간으로 하는 전단계세액공제 제도를 채택한 결과, 어느 과세기간에 거래징수된 세액이 거래징수를 한 세액보다 많은 경우에는 그 납세의무자가 창출한 부가가치에 상응하는 세액보다 많은 세액이 거래징수되게 되므로 이를 조정하기 위한 과세기술상, 조세 정책적인 요청에 따라 특별히 인정한 것이라고 할 수 있다. 따라서 이와 같은 부가가치세법령의 내용, 형식 및 입법 취지 등에 비추어 보면, **납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무는 그 납세의무자로부터 어느 과세기간에 과다하게 거래징수된 세액 상당을 국가가 실제로 납부 받았는 지와 관계없이 부가가치세법령의 규정에 의하여 직접 발생하는 것으로서, 그 법적 성질은 정의와 공평의 관념에서 수익자와 손실자 사이의 재산상태 조정을 위해 인정되는 부당이득 반환의무가 아니라 부가가치세법령에 의하여 그 존부나 범위가 구체적으로 확정되고 조세 정책적 관점에서 특별히 인정되는 공법상 의무라고 봄이 타당하다.** 그렇다면 **납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무에 대응하는 국가에 대한 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구는 민사소송이 아니라 행정소송법 제3조 제2호에 규정된 당사자소송의 절차에 따라야 한다.**(대판 2013.3.21. 2011다95564)
- ⑤ (○) **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)

답 ③

16 판례상 취소소송에서 소의 이익이 인정되지 않는 경우는?

- ① 원자로시설부지사전승인처분 취소소송 중 건설허가처분이 있게 되었을 때 부지사전승인처분 취소소송의 경우
- ② 기간을 정한 제재처분 취소소송에서 집행정지결정이 있었으나 집행정지 중 처분이 정한 기간이 경과한 경우
- ③ 현역병입영통지처분의 취소를 구하는 자가 현실적으로 입영한 경우
- ④ 파면처분을 받은 공무원이 일반사면을 받은 이후 파면처분취소소송을 제기한 경우
- ⑤ 공무원의 해임처분취소소송 중 임기가 만료되었으나 그 취소로 해임처분일부터 임기만료일까지 기간에 대한 보수지급을 구할 수 있는 경우

해설

- ① **[소의 X] 원자력발전소 건설허가처분 후에 원자력부지사전승인을 다룰 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 유효·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 행정처분**이기는 하지만, 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)
- ② **[소의 O]** 행정처분의 효력정지처분결정은 일시 잠정적으로 그 처분의 집행 혹은 효력발생을 정지하는 것이므로 집행정지처분으로 인하여 그 행정처분이 정한 기간이 그 집행정지 중에 이미 지나갔다 하여도 그 행정처분의 당부에 대한 분안심판을 하여야 하고 본소를 각하하지 못한다(대판 1974.1.29. 73누202).
- ③ **[소의 O]** **역입영대상자가 입영한 후에 현역병입영통지처분의 취소를 구할 소의 이익 있음** : 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 다룰 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).
- ④ **[소의 O]** 공무원이었던 원고가 1980.1.25자로 이 사건 파면처분을 받은 후 1981.1.31 대통령령 제10194호로 징계에 관한 일반사면령이 공포시행되었으나, 사면법 제5조 제2항, 제4조의 규정에 의하면 징계처분에 의한 기성의 효과는 사면으로 인하여 변경되지 않는다고 되어 있고 이는 사면의 효과가 소급하지 않음을 의미하는 것이므로, 이와같은 일반사면이 있었다고 할지라도 파면처분으로 이미 상실된 원고의 공무원 지위가 회복될 수는 없는 것이니 원고로서는 **이 사건 파면처분의 위법을 주장하여 그 취소를 구할 소송상 이익이 있다** 할 것이다(대판 1983.2.8. 81누121).
- ⑤ **[소의 O]** 해임처분 무효확인 또는 취소소송 계속 중 임기가 만료되어 해임처분의 무효확인 또는 취소로 지위를 회복할 수는 없다고 할지라도, 그 무효확인 또는 취소로 해임처분일부터 임기만료일까지 기간에 대한 보수 지급을 구할 수 있는 경우에는 해임처분의 무효확인 또는 취소를 구할 법률상 이익이 있다. 해임권자와 보수지급의무자가 다른 경우에도 마찬가지이다(대판 2012.2.23. 2011두5001)

답 ①

17 항공사인 甲과 乙은 각각 A국제항공노선에 대한 운수권 배분을 신청하였으나, 국토교통부장관은 내부지침에 따라서 甲에 대해서만 운수권배분을 행하고 乙에 대해서는 아무런 조치를 취하지 않았다. 乙은 이에 불복하여 행정소송을 제기하고자 한다. 이에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 甲에 대한 운수권배분이 행정규칙에 근거하였더라도 이는 행정처분에 해당한다.
- ② 甲에 대한 운수권배분처분에는 乙에 대한 운수권배분거부처분이 포함되어 있다.
- ③ 乙은 자신에 대한 운수권배분거부처분의 취소를 구할 원고적격이 있다.
- ④ 운수권배분처분은 甲에 대한 것이고 乙은 그 처분의 직접 상대방이 아니므로, 乙은 운수권배분처분의 취소를 구할 원고적격이 없다.
- ⑤ 乙이 자신에 대한 운수권배분거부처분에 대하여 효력정지를 구할 이익은 인정되지 않는다.

해설

- ① (○) 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 함은 원칙적으로 행정청의 공법상 행위로서 특정 사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등으로 일반 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위를 가리키는 것이지만, 어떠한 처분의 근거가 행정규칙에 규정되어 있다고 하더라도, 그 처분이 상대방에게 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법적인 효과를 발생하게 하는 등으로 그 상대방의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위라면, 이 경우에도 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다. 정부 간 항공노선의 개설에 관한 잠정협정 및 비밀양해각서와 건설교통부 내부지침에 의한 항공노선에 대한 운수권배분처분이 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2004.11.26. 2003두10251·10268).
- ②③ (○), ④ (×) 행정소송법 제12조는 취소소송은 처분 등의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는 자가 제기할 수 있다고 규정하고 있는 바, **인·허가 등의 수익적 행정처분을 신청한 수인이 서로 경쟁관계에 있어서 일방에 대한 허가 등의 처분이 타방에 대한 불허가 등으로 귀결될 수밖에 없는 때**(이른바 경원관계에 있는 경우로서 동일대상지역에 대한 공유수면매립면허나 도로점용허가 혹은 일정지역에 있어서의 영업허가 등에 관하여 거리제한규정이나 업소개수제한규정 등이 있는 경우를 그 예로 들 수 있다) **허가 등의 처분을 받지 못한 자는 비록 경원자에 대하여 이루어진 허가 등 처분의 상대방이 아니라 하더라도 당해 처분의 취소를 구할 당사자적격이 있다** 할 것이고, 다만 구체적인 경우에 있어서 그 처분이 취소된다 하더라도 허가 등의 처분을 받지 못한 불이익이 회복된다고 볼 수 없을 때에는 당해 처분의 취소를 구할 정당한 이익이 없다고 할 것이다.(대판 1992.5.8. 91누13274)
- ⑤ (○) 불허가처분·거부처분 등과 같은 소극적 처분에 대하여는 집행을 정지할 대상물이 없으므로 집행정지를 할 수 없다는 것이 통설 및 판례이다.
 - 허가신청에 대한 거부처분은 그 효력이 정지되더라도 그 처분이 없었던 것과 같은 상태를 만드는 것에 지나지 아니하는 것이고 그 이상으로 행정청에 대하여 어떠한 처분을 명하는 등 적극적인 상태를 만들어 내는 경우를 포함하지 아니하는 것이므로, 교도소장이 접견을 불허한 처분에 대하여 효력정지를 한다 하여도 이로 인하여 위 교도소장에게 접견의 허가를 명하는 것이 되는 것도 아니고 또 당연히 접견이 되는 것도 아니어서 접견허가거부처분에 의하여 생길 회복할 수 없는 손해를 피하는 데 아무런 보탬도 되지 아니하니 접견허가거부처분의 효력을 정지할 필요성이 없다(대판 1991.5.2. 자 91두15 결정)

답 ④

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

- ① 취소소송은 그 처분을 행한 정당한 권한을 가진 행정청을 피고로 한다.
- ② 공무수탁사인이 자신의 이름으로 처분을 한 경우에는 공무수탁사인이 피고가 된다.
- ③ 대외적으로 의사를 표시할 수 없는 내부기관은 실질적인 의사가 그 기관에 의하여 결정되더라도 피고적격을 갖지 못한다.
- ④ 교육에 관한 조례의 무효확인소송의 피고는 교육감이다.
- ⑤ 지방의회의장 불신임결의에 대한 취소소송의 피고는 지방의회이다.

해설

- ① (×) 항고소송은 원칙적으로 소송의 대상인 행정처분 등을 외부적으로 그의 명의로 행한 행정청을 피고로 해야 하는 것으로서, 그 행정처분을 하게 된 연유가 상급행정청이나 타 행정청의 지시나 통보에 의한 것이라 하여 다르지 않으며, 권한의 위임이나 위탁을 받아 수임행정청이 정당한 권한에 기하여 수임행정청 명의로 한 처분에 대하여는 말할 것도 없고, **내부위임이나 대리권을 수여 받은 데 불과하여 원행정청 명이나 대리관계를 밝히지 않고는 그의 명의로 처분 등을 할 권한이 없는 행정청이 권한 없이 그의 명의로 한 처분에 대하여도 처분명의자인 행정청이 피고가 되어야 한다**(대판 1994.6.14. 94누1197).
- ② (○) 공무수탁사인도 행정소송법 상 행정청에 포함되므로 공무수탁사인이 자신의 이름으로 처분시 그 처분에 대한 항고소송의 피고는 공무수탁사인이다.
 - 행정소송법 제2조(정의) ② 이 법을 적용함에 있어서 행정청에는 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체 및 그 기관 또는 사인이 포함된다.
- ③ (○) 취소소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분 등을 행한 행정청을 피고로 한다(행정소송법 제13조 제1항). 여기서 '행정청'이라 함은 국가 또는 공공단체의 기관으로서 **국가나 공공단체의 의견을 결정하여 외부에 표시할 수 있는 권한, 즉 처분권한을 가진 기관을 말하고, 대외적으로 의사를 표시할 수 있는 기관이 아닌 내부기관은 실질적인 의사가 그 기관에 의하여 결정되더라도 피고적격을 갖지 못한다**(대판 2014.5.16. 2014두274)
- ④ (○) **처분적 조례에 대한 항고소송이 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).
- ⑤ (○) 지방의회를 대표하고 의사를 정리하며 회의장 내의 질서를 유지하고 의회의 사무를 감독하며 위원회에 출석하여 발언할 수 있는 등의 직무권한을 가지는 지방의회 의장에 대한 불신임결의는 의장으로서의 권한을 박탈하는 행정처분의 일종으로서 항고소송의 대상이 되며(대판 1994.10.11. 94두23), 이 경우 피고는 지방의회이다.

답 ①

19 판례상 보다 실효적인 권리구제절차가 있음을 이유로 소의 이익이 부정되는 경우가 아닌 것은?

- ① 거부처분이 재결에서 취소되었을 때 재결에 따른 후속처분이 아니라 그 재결의 취소를 구하는 경우
- ② 재단법인의 정관변경 결의의 하자를 이유로 정관변경 인가처분의 취소를 구하는 경우
- ③ 「도시 및 주거환경정비법」 상 주택재건축사업시행계획의 하자를 이유로 사업시행인가처분의 취소를 구하는 경우
- ④ 「도시 및 주거환경정비법」 상 주택재건축조합설립결의의 하자를 이유로 조합설립인가처분의 취소를 구하는 경우
- ⑤ 학교법인의 임원선임행위에 하자가 있음을 이유로 감독청의 취임승인처분의 취소를 구하는 경우

해설

- ① **[소익 x] 당사자의 신청을 받아들이지 않은 거부처분이 재결에서 취소된 경우, 재결의 취소를 구할 법률상 이익이 없음** : 행정청이 한 처분 등의 취소를 구하는 소송은 처분에 의하여 발생한 위법 상태를 배제하여 원래 상태로 회복시키고 처분으로 침해된 권리나 이익을 구제하고자 하는 것이다. 따라서 해당 처분 등의 취소를 구하는 것보다 실효적이고 직접적인 구제수단이 있음에도 처분 등의 취소를 구하는 것은 특별한 사정이 없는 한 분쟁해결의 유효적절한 수단이라고 할 수 없어 법률상 이익이 있다고 할 수 없다. 그런데 당사자의 신청을 받아들이지 않은 거부 처분이 재결에서 취소된 경우에 행정청은 종전 거부처분 또는 재결 후에 발생한 새로운 사유를 내세워 다시 거부처분을 할 수 있다. 또한 **행정청이 재결에 따라 이전의 신청을 받아들이는 후속처분을 하였더라도 후속처분이 위법한 경우에는 재결에 대한 취소소송을 제기하지 않고도 곧바로 후속처분에 대한 항고소송을 제기하여 다툴 수 있다.** 나아가 거부처분을 취소하는 재결이 있더라도 그에 따른 후속처분이 있기까지는 제3자의 권리나 이익에 변동이 있다고 볼 수 없고 후속처분 시에 비로소 제3자의 권리나 이익에 변동이 발생하며, 재결에 대한 항고소송을 제기하여 재결을 취소하는 판결이 확정되더라도 그와 별도로 후속처분이 취소되지 않는 이상 후속처분으로 인한 제3자의 권리나 이익에 대한 침해 상태는 여전히 유지된다. 이러한 점들을 종합하면, **거부처분이 재결에서 취소된 경우 재결에 따른 후속처분이 아니라 그 재결의 취소를 구하는 것은 실효적이고 직접적인 권리구제수단이 될 수 없어 분쟁해결의 유효적절한 수단이라고 할 수 없으므로 법률상 이익이 없다.**(대판 2017.10.31. 2015두45045).
- ② **[소익 x] 기본행위에 하자, 인가는 적법인 경우** : 기본행위의 하자를 다투어야지 인가행위를 다툴 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).
- ③ **[소익 x] 도시 및 주거환경정비법(이하 '도시정비법'이라 한다)에 기초하여 주택재개발정비사업조합이 수립한 사업시행계획은 그것이 인가·고시를 통해 확정되면 이해관계인에 대한 구속적 행정계획으로서 독립된 행정처분에 해당하므로, 사업시행계획을 인가하는 행정청의 행위는 주택재개발정비사업조합의 사업시행계획에 대한 법률상의 효력을 완성시키는 보충행위에 해당한다.** 따라서 기본행위가 적법·유효하고 보충행위인 인가처분 자체에만 흠이 있다면 그 인가처분의 무효나 취소를 주장할 수 있다고 할 것이지만, 인가처분에 흠이 없다면 기본행위에 흠이 있다 하더라도 따로 그 기본행위의 흠을 다투는 것은 별론으로 하고 기본행위의 무효를 내세워 바로 그에 대한 인가처분의 무효확인 또는 취소를 구할 수 없다(대판 2010.12.9. 2009두4913).
- ④ **[소익 ○] 도시 및 주거환경정비법(이하 '도시정비법'이라 한다)상의 주택재건축정비사업조합(이하 '재건축조합'이라 한다)은 정비구역 안에 있는 토지와 건축물의 소유자 등으로부터 조합설립의 동의(이하 '조합설립결의'라 한다)를 받는 등 관계 법령에서 정한 요건과 절차를 갖추어 관할 행정청으로부터 조합설립인가를 받은 후 등기함으로써 법인으로 성립한다.** (도시정비법 제16조 제2항, 제5항, 제18조). 그리고 이러한 절차를 거쳐 설립된 재건축조합은 관할 행정청의 감독 아래 정비구역 안에서 도시정비법상의 '주택재건축사업'을 시행하는 목적 범위 내에서 법령이 정하는 바에 따라 일정한 행정작용을 행하는 행정주체로서의 지위를 갖는다. 따라서 행정청이 도시정비법 등 관련 법령에 근거하여 행하는 조합설립 인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라, 재건축조합에 대하여 도시정비법상 주택재건축사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는다고 보아야 한다. 그리고 이와 같이 보는 이상, **일단 조합설립 인가처분이 행하여진 경우 조합설립결의는 위 인가처분이라는 행정처분을 하는 데 필요한 요건 중 하나에 불과한 것이어서, 조합설립 인가처분이 행하여진 후에는 조합설립결의의 하자를 이유로 조합설립의 무효를 주장하려면 행정청을 상대로 조합설립 인가처분의 취소 또는 무효확인을 구하는 항고소송의 방법에 의하여야 하고,** 이와는 별도로 재건축조합을 상대로 조합설립결의의 효력을 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 확인의 이익이 없어 허용되지 아니한다(대판 2010.2.25. 2007다73598).
- ⑤ **[소익 x] 기본행위에 하자, 인가는 적법인 경우 기본행위를 다투야 함.**
 - **학교법인의 임원선출행위의 하자를 이유로 그에 기한 감독청의 임원취임승인처분의 무효, 취소를 구하는 소송 불가** : 사립학교법 제20조 제2항에 의한 학교법인의 임원에 대한 감독청의 취임승인은 학교법인의 임원선임행위를 보충하여 그 법률상의 효력을 완성케 하는 보충적 행정행위로서 그 자체만으로는 법률상 아무런 효력도 발생할 수 없는 것인바, 기본행위인 사법상의 임원선임행위에 하자가 있다는 이유로 그 선임행위의 효력에 관하여 다툼이 있는 경우에는 민사쟁송으로 그 선임행위의 무효확인을 구하는 등의 방법으로 분쟁을 해결할 것이지만 보충적 행위로서 그 자체만으로는 아무런 효력이 없는 승인처분만의 취소 또는 무효확인을 구하는 것은 특단의 사정이 없는 한 분쟁 해결의 유효적절한 수단이라 할 수 없어 소구할 법률상의 이익이 없다고 할 것이다(대판 2005.12.23. 2005두4823).

답 ④

20 변경처분이 있는 경우의 항고소송에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 증액경정처분이 있는 경우 당초처분의 절차적 하자는 증액경정처분에 승계되지 않는다.
- ② 당초처분을 전부 변경하는 변경처분에 대한 취소소송의 제소기간은 변경처분시를 기준으로 한다.
- ③ 후행처분이 선행처분의 내용을 일부 소폭 변경하는 경우, 선행처분취소소송에 후행처분취소청구를 추가하여 청구를 변경하였다면 후행처분에 관한 제소기간 준수는 청구변경 당시를 기준으로 판단한다.
- ④ 과징금 부과처분을 한 후 부과처분의 하자를 이유로 감액처분을 하면 감액처분이 항고소송의 대상이 된다.
- ⑤ 대규모점포에 대한 종전 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정 처분의 내용 중 영업시간제한 부분만을 일부 변경하는 후속처분이 있는 경우, 종전 처분도 여전히 항고소송의 대상이 된다.

해설

- ① (○) 증액경정처분이 있는 경우 당초처분은 증액경정처분에 흡수되어 소멸하고, 소멸한 당초처분의 절차적 하자는 존속하는 증액경정처분에 승계되지 아니한다(대판 2010.6.24. 2007두16493)
- ② (○) 제재처분 후 유리하게 변경하는 처분시 취소소송 대상 및 제소기간 판단 기준이 되는 처분은 변경된 당초처분 당초처분을 전부 변경하는 변경처분에 대한 취소소송의 제소기간은 변경처분시를 기준(변경처분이 당초처분 대체하므로 당초처분은 효력 상실)
- ③ (○) 선행처분의 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용으로 후행처분을 한 경우에 선행처분은 특별한 사정이 없는 한 그 효력을 상실하지만, 후행처분이

있었다고 하여 일률적으로 선행처분이 존재하지 않게 되는 것은 아니고 선행처분의 내용 중 일부만을 소폭 변경하는 정도에 불과한 경우에는 선행처분이 소멸한다고 볼 수 없다. **선행처분이 후행처분에 의하여 변경되지 아니한 범위 내에서 존속하고 후행처분은 선행처분의 내용 중 일부를 변경하는 범위 내에서 효력을 가지는 경우에, 선행처분의 취소를 구하는 소를 제기한 후 후행처분의 취소를 구하는 청구를 추가하여 청구를 변경하였다면 후행처분에 관한 제소기간 준수 여부는 청구변경 당시를 기준으로 판단하여야** 하나, 선행처분에만 존재하는 취소사유를 이유로 후행처분의 취소를 청구할 수는 없다(대판 2012.12.13. 2010두20782,20799).

- ④ (×) **과징금 부과처분(당초처분) 후 감액처분을 한 경우 취소소송 대상은 감액처분이 아니라 당초 부과처분 중 감액처분으로 취소되지 않고 남은 부분(감액된 당초처분)** : 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 독립된 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).

증액경정처분(경정처분이 항고소송 대상, 당초처분은 항고소송 대상 아님 - 흡수설)	감액경정처분(감액된 당초처분이 항고소송 대상 - 역흡수설)
A일자 100부과처분(당초처분) ⇨ B일자 200으로 증액경정처분 당초처분은 증액경정처분에 흡수되어 소멸 ⇨ 흡수설	C일자 100부과처분(당초처분) ⇨ D일자 70으로 감액경정처분 감액경정처분은 당초처분과 별개 독립된 처분이 아니라 실질은 당초처분의 변경(당초처분은 세액 일부가 취소되고 감액된 범위 내에서 존속) ⇨ 역흡수설
<ul style="list-style-type: none"> • 행정소송 대상은 B일자 200 증액경정처분, 이 때 당초처분의 위법사유도 주장 가능. 단 당초처분의 절차적 하자는 증액경정처분에 승계 안됨 • 당초처분 확정시(불가쟁력 발생시) 증액경정처분으로 증액된 세액 한도에서만 취소를 구할 수 있음. 	<ul style="list-style-type: none"> • 행정소송 대상은 C일자 70부과처분(감액된 당초처분) • 전심절차경유·제소기간 판단도 당초처분(C 일자 처분)을 기준으로 함

- ⑤ (○) 기존의 행정처분을 변경하는 내용의 행정처분이 뒤따르는 경우, 후속처분이 **종전처분을 완전히 대체하는 것이거나 그 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 종전처분은 그 효력을 상실하고 후속처분만이 항고소송의 대상이 되지만, 후속처분의 내용이 종전처분의 유효를 전제로 그 내용 중 일부만을 추가·철회·변경하는 것이고 그 추가·철회·변경된 부분이 그 내용과 성질상 나머지 부분과 불가분적인 것이 아닌 경우에는, 후속처분에도 불구하고 종전처분이 여전히 항고소송의 대상이 된다.** 따라서 종전처분을 변경하는 내용의 후속처분이 있는 경우 법원으로서, 후속처분의 내용이 종전처분 전체를 대체하거나 주요 부분을 실질적으로 변경하는 것인지, 후속처분에서 추가·철회·변경된 부분의 내용과 성질상 나머지 부분과 가분적인지 등을 살펴 항고소송의 대상이 되는 행정처분을 확정하여야 한다(대판 2015.11.19. 2015두295). ⇨ **종전 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정 처분의 내용 중 영업시간 제한 부분만을 일부 변경하는 후속처분이 있는 경우, 후속처분에도 불구하고 종전 처분도 여전히 항고소송의 대상이 된다고 본 사례**

답 ④

21 판례상 행정소송의 대상이 되는 행정처분으로 인정되지 않는 것으로만 연결된 것은?

- ① 법인세 과세표준 결정 - 친일반민족행위자재산조사위원회의 재산조사개시결정
- ② 「건축법」 상 이행강제금 납부의 최초 독촉 - 보건복지부 고시인 약제급여·비급여목록 및 급여상한금액표
- ③ 해양수산부장관의 항만 명칭결정 - 과세관청의 소득금액변동통지
- ④ 금융감독위원회의 부실금융기관에 대한 파산신청 - 진실·화해를 위한 과거사정리위원회의 진실규명결정
- ⑤ 어업권면허에 선행하는 우선순위결정 - 행정청의 과태료 부과처분

해설

- ① ㉠ **[처분성 X] 법인세 과세표준결정 및 손금불산입처분** : 법인세 과세표준결정이나 손금불산입처분은 법인세 과세처분에 앞선 결정으로서 그로 인하여 바로 과세 처분의 효력이 발생하는 것이 아니고 또 후일에 이에 의한 법인세 과세처분이 있을 때에 그 부과처분을 다룰수 있는 방법이 없는 것도 아니므로, **법인세 과세표준결정이나 손금불산입처분은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고는 할 수 없다**(대판 1996.9.24. 95누12842).
- ② ㉠ **[처분성 O] 「건축법」 상 이행강제금 납부의 최초 독촉** : 구 건축법(2008. 3. 21. 법률 제8974호로 전부 개정되기 전의 것) 제69조의2 제6항, 지방세법 제28조, 제82조, 국제징수법 제23조의 각 규정에 의하면, 이행강제금 부과처분을 받은 자가 이행강제금을 기한 내에 납부하지 아니한 때에는 그 납부를 독촉할 수 있으며, 납부독촉에도 불구하고 이행강제금을 납부하지 않으면 체납절차에 의하여 이행강제금을 징수할 수 있고, 이 때 **이행강제금 납부의 최초 독촉은 징수처분으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분**이 될 수 있다(대판 2009.12.24. 2009두14507).
- ③ ㉠ **[처분성 O] 보건복지부 고시인 약제급여·비급여목록 및 급여상한금액표** : 어떠한 고시가 일반적·추상적 성격을 가질 때에는 법규명령 또는 행정규칙에 해당할 것이지만, 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법률관계를 규율하는 성격을 가질 때에는 행정처분에 해당한다. 보건복지부 고시인 약제급여·비급여목록 및 급여상한금액표(보건복지부 고시 제2002-46호로 개정된 것)는 **다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 국민건강보험가입자, 국민건강보험공단, 요양기관 등의 법률관계를 직접 규율하는 성격을 가지므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분**에 해당한다(대판 2006.9.22. 2005두2506).
- ③ ㉠ **[처분성 X] 해양수산부장관의 항만 명칭결정**은 국민의 권리의무나 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키는 행위가 아니므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다(대판 2008.5.29. 2007두23873).
- ㉡ **과세관청의 소득금액변동통지 ⇨ 누구에 대한 통지인지 명시했어야 함**

- ③ **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 법인으로는 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 조세행정처분이라고 봄이 상당하다**(대판 2006.4.20. 2002두1878).
- ③ **소득귀속자에 대한 소득금액변동통지는 행정처분 아님** : 구 「소득세법 시행령」 제192조 제1항 단서에 따른 **소득의 귀속자에 대한 소득금액변동통지는 원천납세의무자인 소득귀속자의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 가져오는 것이 아니므로, 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다**. 원천징수의무자에 대한 소득금액변동통지는 원천납세의무의 존부나 범위와 같은 원천납세의무자의 권리나 법률상 지위에 어떠한 영향을 준다고 할 수 없으므로 소득처분에 따른 소득의 귀속자는 법인에 대한 소득금액변동통지의 취소를 구할 법률상 이익이 없다(대판 2015.3.26. 2013두9267).
- ④ ① **[처분성 X] 금융감독위원회의 부실금융기관에 대한 파산신청** : 구 금융산업의 구조개선에 관한 법률(2002. 12. 26. 법률 제6807호로 개정되기 전의 것) 제16조 제1항 및 구 상호저축은행법(2003. 12. 11. 법률 제6992호로 개정되기 전의 것) 제24조의13에 의하여 금융감독위원회는 부실금융기관에 대하여 파산을 신청할 수 있는 권한을 보유하고 있는바, 위 파산신청은 그 성격이 법원에 대한 재판상 청구로서 그 자체가 국민의 권리·의무에 어떤 영향을 미치는 것이 아닐 뿐만 아니라, 위 파산신청으로 인하여 당해 부실금융기관이 파산절차 내에서 여러 가지 법률상 불이익을 입는다 할지라도 **파산법원이 관할하는 파산절차 내에서 그 신청의 적법 여부 등을 다루어야 할 것이므로, 위와 같은 금융감독위원회의 파산신청은 행정소송법상 취소소송의 대상이 되는 행정처분이라 할 수 없다**(대판 2006.7.28. 2004두13219).
- ④ ② **[처분성 이] 진실·화해를 위한 과거사정리위원회의 진실규명결정** : 진실·화해를 위한 과거사정리 기본법(이하 '법'이라 한다)과 구 과거사 관련 권고사항 처리에 관한 규정(2010. 2. 24. 대통령령 제22055호 과거사 관련 권고사항 처리 등에 관한 규정으로 개정되기 전의 것)의 목적, 내용 및 취지를 바탕으로, 피해자 등에게 명문으로 진실규명 신청권, 진실규명결정 통지 수령권 및 진실규명결정에 대한 이의신청권 등이 부여된 점, 진실규명결정이 이루어지면 그 결정에서 규명된 진실에 따라 국가가 피해자 등에 대하여 피해 및 명예회복 조치를 취할 법률상 의무를 부담하게 되는 점, 진실·화해를 위한 과거사정리위원회가 위와 같은 법률상 의무를 부담하는 국가에 대하여 피해자 등의 피해 및 명예 회복을 위한 조치로 권고한 사항에 대한 이행의 실효성이 법적·제도적으로 확보되고 있는 점 등 여러 사정을 종합하여 보면, 법이 규정하는 **진실규명결정은 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 보는 것이 타당하다**.(대판 2013.1.16. 2010두22856)
- ⑤ ① **[처분성 X] 어업권면허에 선행하는 우선순위결정** : 어업권면허에 선행하는 우선순위결정은 행정청이 우선권자로 결정된 자의 신청이 있으면 어업권면허처분을 하겠다는 것을 약속하는 행위로서 **강박상 확약에 불과하고 행정처분은 아니므로**, 우선순위결정에 공정력이나 불가쟁력과 같은 효력은 인정되지 아니하며, 따라서 우선순위결정이 잘못되었다는 이유로 종전의 어업권면허처분이 취소되면 행정청은 종전의 우선순위결정을 무시하고 다시 우선순위를 결정한 다음 새로운 우선순위결정에 기하여 새로운 어업권면허를 할 수 있다(대판 1995.1.20. 94누6529).
- ④ **[처분성 X] 다른 불복절차에 의하도록 규정된 경우 행정소송 불가**. 이의제기가 있으면 행정청의 과태료 부과처분은 그 효력을 상실하므로 과태료부과처분은 행정소송 대상인 행정처분이 아니다. 과태료에 대해서는 「질서위반행위규제법」에 따른다. 따라서 특별한 불복절차가 규정이 되어있더라도 항고소송에 의할 것이 아니라 「질서위반행위규제법」 제28조에 의한 과태료재판에 의하게 된다.
 - 「질서위반행위규제법」 제28조 (준용규정) 「비송사건절차법」 제2조부터 제4조까지, 제6조, 제7조, 제10조(인증과 감정 제외) 및 제24조부터 제26조까지의 규정은 이 법에 따른 과태료 재판에 준용한다.
 - 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원에 있어서는 법원에 계속된 구체적 사건에 적용할 법률의 위헌 여부가 재판의 전제로 되어 있어야 하는바(헌법재판소법 제68조 제2항, 제41조 제1항), **과태료 부과처분의 당부는 질서위반행위규제법에 정해진 절차에 따라 해당 행정청에 대한 이의제기를 거쳐 과태료 재판절차에서 판단되어야 하므로, 과태료 부과처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없어 부적법하여 각하를 면할 수 없다**. 따라서 과태료 부과처분을 다루는 행정소송을 당해 사건으로 한 헌법소원 심판청구는 재판의 전제성 요건을 충족하여 부적법하다(헌재 2016.10.11. 2016헌바350)

답 ⑤

22 취소소송의 심리절차상 원칙에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있으나, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여는 판단할 수 없다.
- ② 법원이 원고가 청구하지 아니한 개별토지가격결정처분에 대하여 판결하는 것은 처분권주의에 반한다.
- ③ 명의신탁등기 과징금 부과처분에 대하여 장기미등기 과징금 부과처분 사유가 존재한다는 이유로 적법하다고 판단하는 것은 직권심사주의 원칙상 허용된다.
- ④ 기록상 자료가 나타나 있다 하더라도 당사자가 주장하지 않으면 판단할 수 없다.
- ⑤ 처분청의 처분권한유무는 직권조사사항이다.

해설

- ① (×) **행정소송법 제26조(직권심리)** 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.

• 행정소송의 심리(판결을 위해 기초가 되는 소송자료 수집 절차)에 관한 원칙

현행 행정소송법은 변론주의를 기본원칙으로 하면서 보충적으로 직권탐지주의를 가미하고 있다는 변론주의보충설을 취하고 있다.

당사자주의(원칙)	처분권주의	소송 개시·종료, 범위 결정을 당사자가 처분권을 가지고 자유로이 결정(불고불리의 원칙)
	변론주의	재판의 기초가 되는 소송자료(사실·증거)의 수집·제출책임을 당사자에게 지움. 당사자가 수집·제출한 소송자료만을 재판의 기초로 삼음.
직권심리주의(예외)	판결을 하는 법관이 변론의 청취 및 증거조사를 직접 행하는 것 • 행정소송법 제26조(직권심리) 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.	

- ② (○) 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.
 - 원고가 청구하지 아니한 개별토지가격결정처분에 대하여 판결한 것은 민사소송법 제188조 소정의 처분권주의에 반하여 위법하다(대판 1993.6.8 93누4526)
- ③ (×) **명의신탁등기 과징금 부과처분과 장기미등기 과징금 부과처분 중 어느 하나의 처분사유에 의한 과징금 부과처분에 대하여 당해 처분사유가 아닌 다른 처분사유가 존재한다는 이유로 적법하다고 판단할 수 있는지 여부(원칙적 소극)** : 항고소송에서 법원은 필요하다고 인정하면 직권으로 증거조사를 할 수 있고 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다(행정소송법 제26조). 이는 행정소송의 특수성을 고려하여 당사자주의 및 변론주의에 대한 일부 예외를 규정한 것이기는 하지만, 그 경우에도 새로운 처분사유를 인정하여 행정처분의 정당성 여부를 판단하는 것은 당초의 처분사유와 기본적인 사실관계의 동일성이 인정되는 한도 내에서만 허용된다. … 명의신탁등기 과징금과 장기미등기 과징금은 위반행위의 태양, 부과 요건, 근거 조항을 달리하므로, 각 과징금 부과처분의 사유는 상호 간에 기본적 사실관계의 동일성이 있다고 할 수 없다. 그러므로 그중 **어느 하나의 처분사유에 의한 과징금 부과처분에 대하여 당해 처분사유가 아닌 다른 처분사유가 존재한다는 이유로 적법하다고 판단하는 것은 특별한 사정이 없는 한 행정소송법상 직권심사주의의 한계를 넘는 것으로서 허용될 수 없다**(대판 2017.5.17. 2016두53050).
- ④ (×) **행정소송에서 기록상 자료가 나타나 있으면 당사자가 주장하지 않더라도 판단 가능** : 행정소송에서 기록상 자료가 나타나 있다면 당사자가 주장하지 않았더라도 판단할 수 있고, 당사자가 제출한 소송자료에 의하여 법원이 처분의 적법 여부에 관한 합리적인 의심을 품을 수 있음에도 단지 구체적 사실에 관한 주장을 하지 아니하였다는 이유만으로 당사자에게 석명을 하거나 직권으로 심리·판단하지 아니함으로써 구체적 타당성이 없는 판결을 하는 것은 행정소송법 제26조의 규정과 행정소송의 특수성에 반하므로 허용될 수 없다(대판 2010.2.11. 2009두18035).
- ⑤ (×) 행정소송의 제기요건(행정청의 처분등의 존재, 원고적격, 피고적격, 관할법원, 제소기간, 전심절차, 소장 등)은 법원의 직권조사사항이지만 행정소송에 있어서 처분청의 처분권한 유무는 직권조사사항이 아니다(대판 1997.6.19. 95누8669).
 - ┌ 처분성 여부, 처분의 존부(존재 여부) : 요건심리(소송요건 판단)인 대상적격 문제로 직권조사사항
 - └ 처분청의 처분권한 유무 : 본안심리(처분의 위법성 판단) 문제로 직권조사사항이 아님. 변론주의에 따라 당사자가 주장·입증

답 ②

23 처분 사유의 사후변경에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일하다고 인정되는 한도 내에서만 다른 처분사유로 변경할 수 있다.
- ② 사실심 변론종결시까지만 허용된다.
- ③ 당사자가 처분시에 존재하였음을 알고 있는 사유에 대해서만 인정된다.
- ④ 처분사유로 제시한 구체적 사실을 변경하지 않는 한 처분의 근거가 된 법령만을 변경할 수 있다.
- ⑤ 소송물의 동일성을 해하지 아니하는 범위 안에서 인정될 수 있다.

해설

- ① (○) 행정처분의 취소를 구하는 항고소송에 있어서, **처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가하거나 변경할 수 있고**, 여기서 기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일하지 여부에 따라 결정되며 이와 같이 기본적 사실관계와 동일성이 인정되지 않는 별개의 사실을 들어 처분사유로 주장하는 것이 허용되지 않는다고 해석하는 이유는 행정처분의 상대방의 방어권을 보장함으로써 실질적 법치주의를 구현하고 행정처분의 상대방에 대한 신뢰를 보호하고자 함에 그 취지가 있고, **추가 또는 변경된 사유가 당초의 처분시 그 사유를 명기하지 않았을 뿐 처분시에 이미 존재하고 있었고 당사자도 그 사실을 알고 있었다 하여 당초의 처분사유와 동일성이 있는 것이라 할 수 없다**(대판 2003.12.11. 2001두8827)
- ② (○) 행정청은 기본적 사실관계의 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 처분사유를 추가, 변경할 수 있다고 할 것이나 이는 사실심 변론종결시까지만 허용된다(대판 1999.8.20. 98두17043).
- ③ (×) 당사자가 처분시에 존재하였음을 알고 있는 사유였는지는 처분 사유의 추가·변경 기준인 '기본적 사실관계의 동일성'과는 무관하다. ①번 해설 참조
- ④ (○) • 행정청이 처분 당시에 제시한 구체적 사실을 변경하지 않는 범위 내에서 단지 처분의 근거 법령만을 추가·변경하거나 당초의 처분사유를 구체적으로 표시하는 것에 불과한 경우에는 새로운 처분사유를 추가하거나 변경하는 것이라고 볼 수 없다(대판 2008.2.28 2007두13791)
 - 행정처분이 적법한지는 특별한 사정이 없는 한 처분 당시 사유를 기준으로 판단하면 되고, 처분청이 처분 당시 적시한 구체적 사실을 변경하지 아니하는 범위 내에서 단지 처분의 근거 법령만을 추가·변경하는 것은 새로운 처분사유를 추가라고 볼 수 없으므로 이와 같은 경우에는 처분청이 처분 당시 적시한 구체적 사실에 대하여 처분 후 추가·변경한 법령을 적용하여 처분의 적법 여부를 판단하여도 무방하다. 그러나 처분의 근거 법령을 변경하는 것이 종전 처분과 동일성을 인정할 수 없는 별개의 처분을 하는 것과 다름없는 경우에는 허용될 수 없다.(대판 2011.5.26. 2010두28106)
- ⑤ (○) **과세처분취소소송의 소송물은 정당한 세액의 객관적 존부이므로 과세관청으로서는 소송도중이라도 사실심변론종결시까지의 당해 처분에서 인정한 과세표준 또는 세액의 정당성을 뒷받침할 수 있는 새로운 자료를 제출하거나 처분의 동일성이 유지되는 범위 내에서 그 사유를 교환·변경할 수 있는 것이고**, 반드시 처분 당시의 자료만에 의하여 처분의 적법 여부를 판단하여야 하거나 처분사유만을 주장할 수 있는 것은 아니다(대판 1997.10.24. 97누2429).

답 ③

24 행정소송에서 입증책임에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 소송요건에 대한 입증책임은 원고가 부담한다.
- ② 과세처분취소소송에서 처분의 적법성 및 과세요건사실의 존재와 관련하여 경험칙상 이례에 속하는 특별한 사정의 존재에 관하여는 납세의무자에게 입증책임이 있다.
- ③ 과세대상이 된 토지가 비과세라는 점은 이를 주장하는 납세의무자에게 입증책임이 있다.
- ④ 행정소송에서 사실의 증명은 추호의 의혹도 없어야 한다는 자연과학적 증명일 것을 요한다.
- ⑤ 항고소송에서 피고가 주장하는 일정한 처분의 적법성에 관하여 합리적으로 수긍할만한 증거가 있는 경우 처분은 정당하며, 이와 상반되는 주장과 증명은 원고에게 책임이 있다.

해설

- ① (○) 직권조사사항에 관하여도 그 사실의 존부가 불명한 경우에는 입증책임의 원칙이 적용되어야 할 것인 바, 본안판결을 받는다는 것 자체가 원고에게 유리하다는 점에 비추어 직권조사사항인 소송요건에 대한 입증책임은 원고에게 있다(대판 1997.7.25. 96다39301).
- ② (○) 과세처분의 위법을 이유로 그 취소를 구하는 행정소송에 있어 **처분의 적법성 및 과세요건사실의 존재에 관하여는 원칙적으로 과세관청인 피고가 그 입증책임을 부담하나, 경험칙상 이례에 속하는 특별한 사정의 존재에 관하여는 납세의무자인 원고에게 입증책임 내지는 입증의 필요가 돌아가는 것**이므로 법인세의 과세표준인 소득액 확정 기초가 되는 손금에 산입할 비용액에 대한 입증책임도 원칙적으로 과세관청에 있고, 다만 구체적 비용항목에 관한 입증의 난이라든가 당사자의 형평 등을 고려하여 납세의무자에게 그 입증책임을 돌리는 경우가 있는 것이다(대판 1995.7.14. 94누3407)
- ③ (○) 과세대상이 된 토지가 비과세 혹은 면제대상이라는 점은 이를 주장하는 납세의무자에게 입증책임이 있다(대판 1996.4.26. 94누12708)
- ④ (×) 성희롱을 사유로 한 징계처분의 당부를 다투는 행정소송에서 징계사유에 대한 증명책임은 그 처분의 적법성을 주장하는 피고에게 있다. 다만 **민사소송이나 행정소송에서 사실의 증명은 추호의 의혹도 없어야 한다는 자연과학적 증명**이 아니고, **특별한 사정이 없는 한 경험칙에 비추어 모든 증거를 종합적으로 검토하여 볼 때 어떤 사실이 있었다는 점을 시인할 수 있는 고도의 개인성을 증명하는 것**이면 충분하다. 민사책임과 형사책임은 지도이념과 증명책임, 증명의 정도 등에서 서로 다른 원리가 적용되므로, 징계사유인 성희롱 관련 형사재판에서 성희롱 행위가 있었다는 점을 합리적 의심을 배제할 정도로 확신하기 어렵다는 이유로 공소사실에 관하여 무죄가 선고되었다고 하여 그러한 사정만으로 행정소송에서 징계사유의 존재를 부정할 것은 아니다(대판 2018.4.12. 2017두74702).
- ⑤ (○) 민사소송법의 규정이 준용되는 행정소송에 있어서 입증책임은 원칙적으로 민사소송의 일반원칙에 따라 당사자간에 분배되고 항고소송의 경우에는 그 특성에 따라 당해 처분의 적법을 주장하는 피고에게 그 적법사유에 대한 입증책임이 있다 할 것인바 **피고가 주장하는 당해 처분의 적법성이 합리적으로 수긍할 수 있는 일응의 입증**이 있는 경우에는 그 처분은 정당하다 할 것이며 이와 상반되는 주장과 입증은 그 상대방인 원고에게 그 책임이 돌아간다(대판 1984.7.24. 84누124)

답 ④

25 행정소송의 심리의 범위에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 무효확인소송에서 사정판결 여부는 심판의 대상이 되지 않는다.
- ② 법원은 원고의 청구범위를 초월하여 판결할 수 없다.
- ③ 행정청의 재량에 속하는 처분이라도 재량권의 일탈·남용이 있는 때에는 법원은 이를 취소할 수 있다.
- ④ 행정청이 신청권이 인정되는 상대방의 신청에 대하여 아무런 처분을 하지 않고 있는 이상 행정청의 부작위는 그 자체로 위법하다.
- ⑤ 부작위위법확인소송에서의 심리의 범위에 대하여 판례는 실체적 심리설을 취한다.

해설

- ① (○) 무효확인소송에는 사정판결이 적용되지 않는다.
- ② (○) 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.
- ③ (○) **행정소송법 제27조(재량처분의 취소)** 행정청의 재량에 속하는 처분이라도 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있는 때에는 법원은 이를 취소할 수 있다.
- ④ (○) • 4급 공무원이 당해 지방자치단체 인사위원회의 심의를 거쳐 3급 승진대상자로 결정되고 임용권자가 그 사실을 대내외에 공표까지 하였다면, 그 공무원은 승진임용에 관한 법률상 이익을 가진 자로서 임용권자에 대하여 3급 승진임용을 **신청할 조리상의 권리가 있고**, 이러한 공무원으로부터 소청심사청구를 통해 승진임용신청을 받은 행정청으로서 상당한 기간 내에 그 신청을 인용하는 적극적 처분을 하거나 각하 또는 기각하는 등의 소극적 처분을 하여야 할 법률상의 응답의무가 있다. 그럼에도, 행정청이 위와 같은 **권리자의 신청에 대해 아무런 적극적 또는 소극적 처분을 하지 않고 있다면 그러한 행정청의 부작위는 그 자체로 위법하다**(대판 2009.07.23. 2008두10560).
• 행정청이 행한 공사중지명령의 상대방은 그 명령 이후에 그 원인사유가 소멸하였음을 들어 행정청에게 공사중지명령의 철회를 요구할 수 있는 조리상의 **신청권이 있다** 할 것이고, 상대방으로부터 그 신청을 받은 행정청으로서 상당한 기간 내에 그 신청을 인용하는 적극적 처분을 하거나 각하 또는 기각하는 등의 소극적 처분을 해야 할 법률상의 응답의무가 있다고 할 것이며, **행정청이 상대방의 신청에 대하여 아무런 적극적 또는 소극적 처분을 하지 않고 있는 이상 행정청의 부작위는 그 자체로 위법하다**고 할 것이고, 구체적으로 그 신청이 인용될 수 있는지 여부는 소극적 처분에 대한 항고소송의 본안에서 판단해야 할 사항이라고 할 것이다.(대판 2005.4.14. 2003두7590)
- ⑤ (×) 다수설과 판례는 부작위위법확인소송의 심리 범위에 대해 **소극설(절차적 심리설)의 입장**이다. 법원은 **부작위의 위법 여부만 심리해야 하며, 행정청이 행해야 할 처분의 내용까지 심리·판단할 수는 없다**. 실체적 내용을 심리한다면 의무이행소송을 인정하는 결과가 되어 부작위위법확인소송만 인정할 행정소송법 취지에 맞지 않다. 행정청이 상대방의 신청에 대하여 아무런 적극적 또는 소극적 처분을 하지 않고 있는 이상 행정청의 부작위는 그 자체로 위법하다고 할 것이고, 구체적으로 그 신청이 인용될 수 있는지 여부는 소극적 처분에 대한 항고소송의 본안에서 판단하여야 할 사항이다.

• 부작위위법확인소송 심리의 범위

적극설 (실체적 심리설)	법원은 부작위의 위법 여부만이 아니라 신청의 실체적인 내용이 이유 있는 것인가, 즉 행정청의 특정 작위의무의 존재까지도 심리하여 행정청의 처리방향까지 제시해야 한다는 견해이다.
소극설 (절차적 심리설) -다수설·판례	법원은 부작위의 위법여부만을 심리해야 하며, 행정청이 행해야 할 처분의 내용까지 심리·판단할 수는 없다. 실체적 내용을 심리한다면 의무이행소송을 인정하는 결과가 되어 부작위위법확인소송만 인정한 행정소송법 취지에 맞지 않음. [판례] 부작위위법확인 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 해야 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 인용판결의 기속력에 의하여 행정청으로 하여금 적극적이든 소극적이든 어떤 처분을 하도록 강제한 다음, 그에 대하여 불복이 있을 경우 그 처분을 다투게 함으로써 최종적으로는 당사자의 권리와 이익을 보호하려는 제도이다(대판 2002.6.28. 2000두4750).

답 ⑤

26 취소소송의 위법성판단의 기준시에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 취소소송에서 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 있을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 판단한다.
- ② 난민인정거부처분취소소송에 있어서 거부처분을 한 후 국적국의 정치적 상황이 변화하였다고 하여 처분의 적법여부가 달라지는 것은 아니다.
- ③ 법원은 사실심 변론종결시까지 제출된 모든 자료를 종합하여 처분의 위법 여부를 판단할 수 있다.
- ④ 판결시기준설은 판결을 처분의 사후심사가 아니라 처분에 계속적으로 효력을 부여할 것인가의 문제로 본다.
- ⑤ 교원소청심사 결정 전의 사유라 하더라도 소청심사 단계에서 주장하지 아니한 사유에 대해서 법원은 심리·판단할 수 없다.

해설

- ①③ (○) 행정처분의 위법 여부를 판단하는 기준 시점이 처분시라는 의미 : 항고소송에 있어서 행정처분의 위법 여부를 판단하는 기준 시점에 대하여 판결시가 아니라 처분시라고 하는 의미는 행정처분이 있을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 하여 위법 여부를 판단할 것이며 처분 후 법령의 개폐나 사실상태의 변동에 영향을 받지 않는다는 뜻이고 처분 당시 존재하였던 자료나 행정청에 제출되었던 자료만으로 위법 여부를 판단한다는 의미는 아니므로, 처분 당시의 사실상태 등에 대한 입증은 사실심 변론종결 당시까지 할 수 있고, 법원은 행정처분 당시 행정청이 알고 있었던 자료뿐만 아니라 사실심 변론종결 당시까지 제출된 모든 자료를 종합하여 처분 당시 존재하였던 객관적 사실을 확정하고 그 사실에 기초하여 처분의 위법 여부를 판단할 수 있다(대판 1993.5.27. 92누19033)
- ② (○) 난민 인정 거부처분 후 국적국의 정치적 상황이 변화하였다고 하여 처분의 적법 여부가 달라지지 않음 : 행정소송에서 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 행하여졌을 때의 법령과 사실 상태를 기준으로 하여 판단하여야 하고, 처분 후 법령의 개폐나 사실상태의 변동에 의하여 영향을 받지 않으므로, 난민 인정 거부처분의 취소를 구하는 취소소송에서도 그 거부처분을 한 후 국적국의 정치적 상황이 변화하였다고 하여 처분의 적법 여부가 달라지는 것은 아니다(대판 2008.7.24. 2007두3930).
- ④ (○) 위법성의 판단시기에 관하여, ㉠ 처분에 계속적으로 효력을 부여할 것인가의 문제로 보는 판결시기준설과, ㉡ 취소소송을 처분의 적법성의 사후심사로 보는 처분시기준설이 대립한다. 판례는 행정처분의 적법여부는 처분당시의 사유와 사정을 기준으로 판단한다고 하여 원칙적으로 처분시기준설을 취하고 있다. 다만, 부작위위법확인소송에서 부작위의 위법성 판단, 사정판결의 필요성 판단은 판결시를 기준으로 한다.
- ⑤ (×) 교원소청심사위원회가 한 결정의 취소를 구하는 소송에서 그 결정의 적부는 결정이 이루어진 시점을 기준으로 판단하여야 하지만, 그렇다고 하여 소청심사 단계에서 이미 주장된 사유만을 행정소송의 판단대상으로 삼을 것은 아니다. 따라서 소청심사 결정 후에 생긴 사유가 아닌 이상 소청심사 단계에서 주장하지 아니한 사유도 행정소송에서 주장할 수 있고, 법원도 이에 대하여 심리·판단할 수 있다(대판 2018.7.12. 2017두65821).
- 전심절차에서 주장하지 않은 공격방어방법을 행정소송절차에서 주장 가능 : 행정소송이 전심절차를 거쳤는지 여부를 판단함에 있어서 전심절차에서의 주장과 행정소송에서의 주장이 전혀 별개의 것이 아닌 한 그 주장이 반드시 일치하여야 하는 것은 아니고, 당사자는 전심절차에서 미처 주장하지 아니한 사유를 공격방어방법으로 제출할 수 있다(대판 1999.11.26. 99두9407).

• 행정심판과 행정소송의 관련성

인적 관련성	행정심판전치의 취지는 해당 처분에 대해 행정청에 의한 재심을 구하는 것이므로 특정 처분에 대해 행정심판이 제기되어 재결이 있었으면 전치요건을 충족했다고 볼 수 있으므로, 행정심판의 청구인과 행정소송의 원고가 동일인일 필요는 없음. ㉠ 행정소송 원고가 행정심판 청구인과 동일 지위에 있거나 지위를 승계한 경우 원고 자신이 행정심판을 안 거친 경우에도 행정소송은 적법. ㉡ 동일한 행정처분에 의하여 공동의 법률적 이해관계를 갖는 공동권리자의 1인이 이미 적법한 행정심판을 거친 경우 다른 공동권리자는 행정심판을 경유함이 없이 행정소송 제기 가능 ㉢ '동종사건에 관해 이미 행정심판 기각재결이 있는 때'에는 누구든 행정심판을 거치지 않고 행정소송 가능(행정소송법 제18조 3항 1호)
사물적 관련성	행정심판 대상인 행정처분과 행정소송 대상인 행정처분은 원칙적으로 동일한 것일 것(단, 청구원인이 반드시 일치할 필요는 없음) 단, 서로 내용상 관련되는 처분 또는 동일한 목적을 위해 단계적으로 진행되는 처분 중 어느 하나가 이미 행정심판의 재결을 거친 때에는 행정심판을 제기하지 않고 취소소송 제기 가능(행정소송법 제18조 3항 2호)
주장사유	양자의 주장이 전혀 별개의 것이 아닌 한 반드시 일치하는 것은 아니므로, 행정심판에서 주장하지 않은 위법사항도 행정소송에서 주장 가능

답 ⑤

27 행정소송 상 소의 변경에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 원고가 고의 또는 중대한 과실 없이 행정소송으로 제기할 사건을 민사소송으로 제기한 경우라도 행정소송으로의 소의 변경은 허용되지 않는다.
- ② 소의 종류의 변경은 청구의 기초에 변경이 없을 것이 요구된다.
- ③ 무효등 확인소송이나 부작위위법확인소송을 취소소송 또는 당사자소송으로 변경할 수 있다.
- ④ 당사자소송을 항고소송으로 변경하는 경우 피고의 변경이 수반된다.
- ⑤ 소의 변경시 제소기간은 처음에 소를 제기한 때를 기준으로 한다.

해설

- ① (×) 원고가 고의 또는 중대한 과실 없이 행정소송으로 제기하여야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기한 경우, 수소법원으로는 만약 그 행정소송에 대한 관할도 동시에 가지고 있다면 이를 행정소송으로 심리·판단하여야 하고, 그 행정소송에 대한 관할을 가지고 있지 아니하다면 관할법원에 이송하여야 한다(대판 2021.2.4. 2019다277133).
- ② (○) 행정소송법 제21조 1항
- ③ (○) 항고소송 간, 항고소송과 당사자소송 간 소의 변경 가능(행정소송법 제21조 1항, 제37조, 제42조)
- ④ (○) 취소소송의 경우 행정청이 피고가 되지만 당사자소송의 경우 국가·공공단체 그 밖의 권리주체가 피고가 되므로 소의 변경시 피고경정이 필요하다. 법원의 소 변경 허가로 피고를 달리하게 될 때에는 법원은 새로이 피고로 될 자의 의견을 들어야 한다.
- ⑤ (○)

• 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.
- 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.

답 ①

28 항고소송 중 위법성 판단의 기준시점이 판결시인 것만을 모두 고른 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ㉠ 부작위위법 확인소송 ㉡ 거부처분취소소송 ㉢ 무효확인소송

- ① ㉠ ② ㉠, ㉡ ③ ㉠, ㉢ ④ ㉡, ㉢ ⑤ ㉠, ㉡, ㉢

해설

• 위법성 등 판단의 기준시점

- ㉠ 취소소송·거부처분취소소송·무효등확인소송 위법성 판단 기준시점 : 처분시
- ㉡ 부작위위법확인소송 위법성 판단 기준시점 : 판결시(사실심변론 종결시)
- ㉢ 사정판결시 ┆ 처분의 위법성 판단 기준시점 : 처분시
 ┆ 사정판결 필요성 판단 기준시점 : 판결시(사실심변론 종결시)

• 부작위위법확인소송의 변론종결시까지 행정청의 처분으로 부작위 상태가 해소된 경우 소의 이익 없음 ⇨ 각하 : 부작위위법확인 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 제기의 전후를 통하여 판결시까지 행정청이 그 신청에 대하여 적극 또는 소극의 처분을 함으로써 부작위상태가 해소된 때에는 소의 이익을 상실하게 되어 당해 소는 각하를 면할 수가 없는 것이다(대판 1990.9.25. 89누4758).

답 ①

29 취소소송의 원고적격에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 취소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다.
- ② 원고적격은 소송요건의 하나이므로 사실심 변론종결시는 물론 상고심에서도 존속하여야 한다.
- ③ 법률상 보호되는 이익은 당해 처분의 근거법규 및 관련법규가 보호하는 개별적·직접적·구체적 이익이 있는 경우를 말한다.
- ④ 위명(僞名)으로 난민신청을 하여 난민불인정 처분을 받은 자는 그 처분의 취소를 구할 원고적격이 있다.
- ⑤ 기존 담배 일반소매인은 신규 구내소매인 지정처분의 취소를 구할 원고적격이 있다.

해설

- ① (○) 행정소송법 제12조(원고적격) 취소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다. 처분등의 효과가 기간의 경과, 처분등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분등의 취소를 구하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에는 또한 같다.
- ②③ (○) 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. 선고 2004두7924)
- ④ (○) 미안마 국적의 갑이 위명(偽名)인 '乙' 명의의 여권으로 대한민국에 입국한 뒤 乙 명의로 난민 신청을 하였으나 법무부장관이 乙 명의를 사용한 甲을 직접 면담하여 조사한 후 甲에 대하여 난민불인정 처분을 한 사안에서, 처분의 상대방은 허무인(虛無人)이 아니라 '乙'이라는 위명(偽名)을 사용한 甲이므로, 甲은 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.(대판 2017.3.9. 2013두16852)
- ⑤ (×) 담배 일반소매인 지정(거리제한 규정 등), 구내소매인 지정

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

• 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 함과 동시에 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·상주원인 및 이용원인 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).

답 ⑤

30 다음 각 처분에 대한 취소소송의 피고가 옳게 연결된 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ㉠ A시장으로부터 권한을 위임받은 B공사의 이주대책에 관한 처분 - B공사
- ㉡ A시장으로부터 내부위임을 받은 C공원 관리사업소장이 자신의 명의로 행한 사용료부과처분 - C공원 관리사업소장
- ㉢ A시장으로부터 내부위임을 받은 D공원 관리사업소장이 A시장 명의로 행한 사용료부과처분 - A시장

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

해설

- ㉠ (×) 권한이 위임된 경우 권한이 수임청에게 이전되면 수임청이 위임받은 권한에 의한 처분시 그에 대한 항고소송의 피고는 수임청
- ㉡㉢ (○) 권한의 내부위임의 경우 권한이 수임청에게 이전되지 않아 수임청 명의로 처분을 할 수 없음
 - 권한의 내부위임시
 - ┌ 위임청 명의로 처분시 그에 대한 항고소송 피고는 위임청
 - └ 수임청 명의로 처분시 그에 대한 항고소송 피고는 수임청
- 행정처분의 취소 또는 무효확인을 구하는 행정소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분을 행한 행정청을 피고로 해야 하며, 행정처분을 행할 적법한 권한 있는 상급행정청으로부터 내부위임을 받은 데 불과한 하급행정청이 권한 없이 행정처분을 한 경우에도 실제로 그 처분을 행한 하급행정청(수임청)을 피고로 해야 할 것이지 그 처분을 행할 적법한 권한 있는 상급행정청을 피고로 할 것이 아니다(대판 1991.2.22. 90누5641)

• 권한위임과 내부위임

권한 위임	권한의 내부위임
권한 귀속 변경(법률에 따라 특정 권한을 다른 행정관청에 이전하여 수임청의 권한으로 행사하도록 함)	권한 귀속 변경 없음(행정관청의 내부적 사무처리의 편의를 위해 그 보조기관·하급행정관청에게 그의 권한을 사실상 행하도록 함)
법적 근거 必要	법적 근거 不要. 법률이 위임을 허용하지 않는 경우에도 가능
수임청 명의·책임으로 권한 행사	위임청 명의·책임으로 권한 행사(수임청 명의로 처분시 위법 - 무효)
수임청이 피고	위임청이 피고(단, 수임청 명의로 처분시 수임청이 피고)

• 권한위임·내부위임·대리와 항고소송 피고

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

답 ⑤

31 판례상 취소소송의 원고적격에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 은행의 주주는 은행이 업무정지처분 등으로 더 이상 영업 전부를 행할 수 없더라도 그 처분 등을 다룰 원고적격이 없다.
- ② 처분을 다룰 법률상 이익이 있는지에 관한 당사자의 주장에 관하여 법원이 판단하지 않았다 하더라도 판단유탈은 아니다.
- ③ 구 「자동차운수사업법」 상 자동차운송사업의 면허와 관련하여 당해 노선에 관한 기존업자는 노선연장인가처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.
- ④ 지방자치단체는 건축법령상 건축협회의 취소에 대한 취소를 구할 법률상 이익이 있다.
- ⑤ 대학교 총학생회는 교육부장관의 해당 대학교 학교법인의 임시이사선임처분의 취소를 구할 원고적격이 있다.

해설

- ① (×) 법인의 주주는 법인에 대한 행정처분에 관하여 사실상이나 간접적인 이해관계를 가질 뿐이어서 스스로 그 처분의 취소를 구할 원고적격이 없는 것이 원칙이라고 할 것이지만, 그 처분으로 인하여 법인이 더 이상 영업 전부를 행할 수 없게 되고, 영업에 대한 인·허가의 취소 등을 거쳐 해산·청산되는 절차 또한 처분 당시 이미 예정되어 있으며, 그 후속절차가 취소되더라도 그 처분의 효력이 유지되는 한 당해 법인이 종전에 행하던 영업을 다시 행할 수 없는 예외적인 경우에는 주주도 그 처분에 관하여 직접적이고 구체적인 법률상 이해관계를 가진다고 보아 그 효력을 다룰 원고적격이 있다. 부실금융기관의 정비를 목적으로 은행의 영업 관련 자산 중 재산적 가치가 있는 자산 대부분과 부채 등이 타에 이전됨으로써 더 이상 그 영업 전부를 행할 수 없게 되고, **은행업무정지처분 등의 효력이 유지되는 한 은행이 종전에 행하던 영업을 다시 행할 수는 없는 경우, 은행의 주주에게 당해 은행의 업무정지처분 등을 다룰 원고적격이 인정된다**(대판 2005.1.27. 2002두5313).
- ② (○) 해당 처분을 다룰 법률상 이익이 있는지 여부는 직권조사사항으로 이에 관한 당사자의 주장은 직권발동을 촉구하는 의미밖에 없으므로, 원심법원이 이에 관하여 판단하지 않았다고 하여 판단유탈의 상고이유로 삼을 수 없다(대판 2017.3.9. 2013두16852).
- ③ (○) 구 자동차운수사업법 6조 1호에 의한 자동차운송사업의 면허에 대하여 당해 노선에 관한 기존업자는 노선연장인가처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다(대판 1974.4.9. 73누173).
- 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 건축협회의 취소는 처분에 해당하며, 지방자치단체 등이 건축물 소재지 관할 허가권자인 지방자치단체의 장을 상대로 건축협회의 취소를 구할 수 있음: 구 건축법(2011.5.30. 법률 제10755호로 개정되기 전의 것) 제29조 제1항, 제2항, 제11조 제1항 등의 규정 내용에 의하면, 건축협회의 실질은 지방자치단체 등에 대한 건축허가와 다르지 않으므로, 지방자치단체 등이 건축물을 건축하려는 경우 등에는 미리 건축물의 소재지를 관할하는 허가권자인 지방자치단체의 장과 건축협회를 하지 않으면, 지방자치단체라 하더라도 건축물을 건축할 수 없다. 그리고 구 「지방자치법」 등 관련 법령을 살펴봐도 지방자치단체의 장이 다른 지방자치단체를 상대로 한 건축협회의 취소에 관하여 다툴 수 있는 경우에 법적 분쟁을 실효적으로 해결할 구제수단을 찾기도 어렵다. 따라서 건축협회의 취소는 상대방이 다른 지방자치단체 등 행정주체라 하더라도 '행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로 서의 공권력 행사'(행정소송법 제2조 제1항 제1호)로서 처분에 해당한다고 볼 수 있고, 지방자치단체인 원고가 이를 다룰 실효적 해결 수단이 없는 이상, 원고는 건축물 소재지 관할 허가권자인 지방자치단체의 장을 상대로 항고소송을 통해 건축협회의 취소를 구할 수 있다(대판 2014.2.27. 2012두22980).
- ⑤ (○)

[제3자의 원고적격] 교육부장관이 사학분쟁조정위 심의를 거쳐 甲 대학교를 설치·운영하는 乙 학교법인의 이사 8인과 임시이사 1인을 선임 <이사선임처분 취소소송>

甲 대학교 교수협의회와 총학생회 ⇨ 법률상 이익 있음

전국대학노동조합 甲 대학교 지부 ⇨ 법률상 이익 없음(학교 직원으로 구성된 노동조합이 교육받을 권리나 학문의 자유를 실현하는 수단으로서 직접 기능한다고 볼 수는 없으므로)

• 교육부장관이 사학분쟁조정위원회의 심의를 거쳐 갑 대학교를 설치·운영하는 을 학교 법인의 이사 8인과 임시이사 1인을 선임한 데 대하여 갑 대학교 교수협의회와 총학생회 등이 이사선임처분의 취소를 구하는 소송을 제기한 사안에서, 임시이사제도의 취지, 교직원·학생 등의 학교운영에 참여할 기회를 부여하기 위한 개방이사 제도에 관한 법령의 규정 내용과 입법 취지 등을 종합하여 보면, 구 사립학교법과 구 사립학교법 시행령 및 을 법인 정관 규정은 헌법 제31조 제4항에 정한 교육의 자주성과 대학의 자율성에 근거한 갑 대학교 교수협의회와 총학생회의 학교운영참여권을 구체화하여 이를 보호하고 있다고 해석되므로, **갑 대학교 교수협의회와 총학생회는 이사선임처분을 다룰 법률상 이익을 가지지만, 고등교육법령은 교육받을 권리나 학문의 자유를 실현하는 수단으로서 학생회와 교수회와는 달리 학교의 직원으로 구성된 노동조합의 성립을 예정하고 있지 아니하고, 노동조합은 근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하기 위하여 조직된 단체인 점 등을 고려할 때, 학교의 직원으로 구성된 노동조합이 교육받을 권리나 학문의 자유를 실현하는 수단으로서 직접 기능한다고 볼 수는 없으므로, 개방이사에 관한 구 사립학교법과 구 사립학교법 시행령 및 을 법인 정관 규정이 학교직원들로 구성된 전국대학노동조합 을 대학교지부의 법률상 이익까지 보호하고 있는 것으로 해석할 수는 없다**(대판 2015.7.23. 2012두19496).

답 ①

32 행정소송 상 처분변경으로 인한 소의 변경에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 원고의 신청에 의하여 법원의 결정으로 허가한다.
- ② 처분의 변경이 있음을 안 날로부터 60일 이내에 하여야 한다.
- ③ 소의 변경을 위해서는 소가 계속중이고 사실심 변론종결전이어야 한다.
- ④ 처분변경으로 인한 새로운 청구는 행정심판의 전치가 요구되는 경우에도 행정심판전치요건을 갖춘 것으로 본다.
- ⑤ 당사자소송에서는 인정되지 않는다.

해설

①②④ (○)

• 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.
- ③ 제1항의 규정에 의하여 변경되는 청구는 제18조 제1항 단서의 규정(개별법 상 필요적 행정심판전치주의)에 의한 요건을 갖춘 것으로 본다.
- ③ (○) **처분변경으로 인한 소의 변경 요건** : ㉠ 취소소송이 계속되고 있을 것, ㉡ 사실심의 변론종결시까지 원고의 신청이 있을 것, ㉢ 법원이 상당하다고 인정하여 허가결정을 할 것, ㉣ 변경되는 새로운 소가 적법할 것, ㉤ 처분의 변경이 있을 것, ㉥ 처분 변경이 있음을 안 날로부터 60일 이내일 것.
- ⑤ (×) 처분변경으로 인한 소의 변경은 취소소송·무효등확인소송·당사자소송에 적용됨. 부작위위법확인소송에는 적용 안됨(변경될 처분이 없으므로)

답 ⑤

33 행정소송의 피고에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 처분이 있는 뒤에 그 처분에 관계되는 권한이 다른 행정청에 승계된 때에는 이를 승계한 행정청을 피고로 한다.
- ② 대통령이 행한 공무원의 징계처분에 관한 행정소송의 피고는 소속장관이다.
- ③ 재결이 항고소송의 대상이 되는 경우에는 재결을 한 행정심판기관이 피고가 된다.
- ④ 피고를 잘못 지정한 경우 고의 또는 중대한 과실이 있으면 법원은 피고의 경정을 허가할 수 없다.
- ⑤ 소의 종류의 변경에 따른 피고의 변경은 교환적 변경에 한한다.

해설

- ① (○) **행정소송법 제13조(피고적격)** ① 취소소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분등을 행한 행정청을 피고로 한다. 다만, 처분등이 있는 뒤에 그 처분등에 관계되는 권한이 다른 행정청에 승계된 때에는 이를 승계한 행정청을 피고로 한다. ② 제1항의 규정에 의한 행정청이 없게 된 때에는 그 처분등에 관한 사무가 귀속되는 국가 또는 공공단체를 피고로 한다.
- ② (○) **국가공무원법 제16조(행정소송과의 관계)** ① 제75조에 따른 처분, 그 밖에 본인의 의사에 반한 불리한 처분이나 부작위(不作爲)에 관한 행정소송은 소청심사위원회의 심사·결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다. ② 제1항에 따른 행정소송을 제기할 때에는 **대통령의 처분 또는 부작위의 경우에는 소속 장관을, 중앙선거관리위원회위원장의 처분 또는 부작위의 경우에는 중앙선거관리위원회사무총장을 각각 피고로 한다.**
- ③ (○) 재결자체의 고유한 위법을 이유로 한 항고소송의 경우 행정심판기관(예 행정심판위원회, 소청심사위원회)을 피고로 한다.
- ④ (×) **행정소송법 제14조(피고경정)** ① 원고가 피고를 잘못 지정한 때에는 법원은 원고의 신청에 의하여 결정으로써 피고의 경정을 허가할 수 있다.
- ⑤ (○) **소의 종류 변경에 따른 피고의 변경은 교환적 변경에 한정** : 원고는 피고 서울특별시를 상대로 하여 주위적으로 금원의 지급을 구하는 청구를 하고 이에 병합하여 중앙토지수용위원회를 상대로 예비적으로 위 위원회가 1987.7.24.자로 원고에 대하여 한 하천편입토지손실보상금재 결신청에 관한 반려처분의 취소를 구하면서 위 위원회를 피고로 추가하는 피고경정신청을 하였는 바, 이에 대하여 원심은 중앙토지수용위원회에 대하여는 주위적 청구가 없고 예비적 청구만이 있는 소위 주관적, 예비적 병합은 **행정소송법 제28조 제3항과 같은 예외적 규정이 있는 경우를 제외하고는 원칙적으로 허용되지 않는 것이고, 또 행정소송법상 소의 종류의 변경에 따른 당사자(피고)의 변경은 교환적 변경에 한 한다고 봄이 상당하므로 예비적 청구만이 있는 피고의 추가경정신청은 허용되지 않는다(대판 1989.10.27. 89두1).**

답 ④

34 행정소송법 상 피고경정에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 원고가 피고를 잘못 지정한 경우에는 법원은 원고의 신청에 의하여 결정으로써 피고의 경정을 허가할 수 있다.
- ② 피고경정신청의 각하결정에 대하여 원고는 즉시항고할 수 있다.
- ③ 피고경정결정이 있는 때에는 종전의 피고에 대한 소송은 취하된 것으로 본다.
- ④ 피고경정결정에 대하여 경정 전의 피고는 즉시항고할 수 있다.
- ⑤ 피고경정은 사실심 변론종결시까지 가능하다.

해설

①②③ (○) 행정소송법 제14조 제1항·제3항·제5항

• 행정소송법 제14조(피고경정)

- ① 원고가 피고를 잘못 지정한 때에는 법원은 원고의 신청에 의하여 결정으로써 피고의 경정을 허가할 수 있다.
- ② 법원은 제1항의 규정에 의한 결정의 정본을 새로운 피고에게 송달하여야 한다.
- ③ 제1항의 규정에 의한 신청을 각하하는 결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다.
- ④ 제1항의 규정에 의한 결정이 있는 때에는 새로운 피고에 대한 소송은 처음에 소를 제기한 때에 제기된 것으로 본다.
- ⑤ 제1항의 규정에 의한 결정이 있는 때에는 종전의 피고에 대한 소송은 취하된 것으로 본다.
- ④ (×) 피고경정결정에 대한 경정 전 피고의 즉시항고는 행정소송법에 규정이 없음.
- ⑤ (○) 행정소송법 제14조에 의한 피고경정은 사실심 변론종결에 이르기까지 허용되는 것으로 해석해야 할 것이고, 굳이 제1심 단계에서만 허용되는 것으로 해석할 근거는 없다(대판 2006.2.23. 2005부4).

답 ④

35 행정소송법 상 당사자소송에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 원고가 고의 또는 중대한 과실 없이 당사자소송으로 제기하여야 할 것을 항고소송으로 제기한 경우 당사자소송의 소송요건을 갖추었다면 법원은 당사자소송으로 소를 변경하도록 하여야 한다.
- ② 당사자소송은 취소소송의 원고적격 규정을 준용한다.
- ③ 당사자소송은 국가·공공단체 그 밖의 권리주체를 피고로 한다.
- ④ 당사자소송에서는 피고경정이 가능하다.
- ⑤ 지방자치단체에 대하여 재산권의 청구를 인용하는 판결을 하는 경우 가집행선고를 할 수 있다.

해설

- ① (○) **공법상 법률관계에 관한 당사자소송의 피고적격 및 원고가 고의 또는 중대한 과실 없이 당사자소송으로 제기하여야 할 것을 항고소송으로 잘못 제기한 경우, 법원이 취할 조치**: 공법상의 법률관계에 관한 당사자소송에서는 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하여 소송을 제기하여야 한다(행정소송법 제3조 제2호, 제39조). 다만 원고가 고의 또는 중대한 과실 없이 당사자소송으로 제기하여야 할 것을 항고소송으로 잘못 제기한 경우에, 당사자소송으로서의 소송요건을 결하고 있음이 명백하여 당사자소송으로 제기되었더라도 어차피 부적법하게 되는 경우가 아닌 이상, 법원에서는 원고가 당사자소송으로 소 변경을 하도록 하여 심리·판단하여야 한다(대판 2016.5.24. 2013두14863).
- ② (×) 행정소송법 상 당사자소송의 원고적격에 관하여 별도의 규정이 없고, 취소소송의 원고적격(제12조)을 준용하지 않는 바, 민사소송법상의 예에 의한다. 즉, 당사자소송은 대등한 당사자간의 공법상 법률관계에 관한 소송이므로 항고소송에서와 같은 '법률상 이익'이라는 원고적격의 제한은 없다.
- ③ (○) **행정소송법 제39조(피고적격)** 당사자소송은 국가·공공단체 그 밖의 권리주체를 피고로 한다.
- ④ (○) 취소소송의 피고경정 규정(제14조)는 당사자소송에도 준용됨
행정소송법 제44조(준용규정) ① 제14조 내지 제17조, 제22조, 제25조, 제26조, 제30조제1항, 제32조 및 제33조의 규정은 당사자소송의 경우에 준용한다.
- 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 규정임으로 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 법원에서는 **공법상 당사자소송에서 재산권의 청구를 인용하는 판결을 하는 경우 가집행선고를 할 수 있다**(대판 2000.11.28. 99두3416) → **사업시행자인 서울특별시가 환매권자인 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 ②

36 행정소송상 집행정지에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 집행정지의 소극적 요건은 신청인이 주장·소명하는 반면, 적극적 요건은 행정청이 주장·소명해야 한다.
- ② 집행정지결정을 한 후에는 본안소송이 취하되어도 집행정지결정의 효력은 유지된다.
- ③ 본안소송이 부작위위법확인소송인 경우 집행정지가 가능하다.
- ④ 집행정지결정은 당해 사건에 관하여 당사자인 행정청과 관계행정청을 기속한다.
- ⑤ 집행정지 사건 자체에 의하여도 신청인의 본안청구가 적법한 것이어야 한다는 것은 집행정지의 요건이 아니다.

해설

- ① (×) 집행정지의 소극적 요건은 행정청이 주장·소명, 적극적 요건은 신청인이 주장·소명

✎ 집행정지의 요건

	요건	주장·소명책임(증명이 아닌 소명으로 족함)
적극적 요건	① 본안소송이 적법하게 계속 중일 것(판례) ② 처분 등의 존재 ③ 신청인 적격, 신청이익의 존재 ④ 회복하기 어려운 손해발생 우려 ★ 중대한 손해가 생기는 것을 예방(x. 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

38 행정소송에서의 가구제에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?^(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 재량행위의 경우 처분의 일부에 대한 집행정지는 허용되지 않는다.
- ② 형사피고인을 현재 수감 중인 교도소에서 타교도소로 이송함으로써 발생할 수 있는 피해는 집행정지의 요건인 회복하기 어려운 손해에 해당한다.
- ③ 집행정지의 결정에 대한 즉시항고에는 결정의 집행을 정지하는 효력이 없다.
- ④ 「민사집행법」 상의 가처분으로써 행정청의 행정행위의 금지를 구하는 것은 허용되지 않는다.
- ⑤ 당사자소송에서는 집행정지가 인정되지 않는다.

해설

- ① (×) 재량행위이든 기속행위이든 처분의 일부에 대한 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 정지를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.
- ② (○) 미결수용중 다른 교도소로 이송된 피고인이 그 이송처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하고 아울러 그 효력정지를 구하는 신청을 제기한 데 대하여 법원에서 위 이송처분의 효력정지신청을 인용하는 결정을 하였고 이에 따라 신청인이 다시 이송되어 현재 위 이송처분이 있기 전과 같은 교도소에 수용중이라 하여도 이는 법원의 효력정지 결정에 의한 것이어서 그로 인하여 효력정지신청이 그 신청의 이익이 없는 부적법한 것으로 되는 것은 아니다. 행정처분의 집행정지나 효력정지결정을 하기 위하여는 행정소송법 제23조 제2항에 따라 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있어야 하고, 여기서 말하는 “회복하기 어려운 손해”라 함은 특별한 사정이 없는 한 금전으로 보상할 수 없는 손해라 할 것이며 이는 금전보상이 불능한 경우뿐만 아니라 금전보상으로는 사회관념상 행정처분을 받은 당사자가 참고 견딜 수 없거나 또는 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유형, 무형의 손해를 일컫는다. 상고심에 계속중인 형사피고인을 안양교도소로부터 진주교도소로 이송함으로써 위 “나”항의 “회복하기 어려운 손해”가 발생할 염려가 있다(대결 1992.8.7. 자 92두30)
- ③ (○) 행정소송법 제23조(집행정지) 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 (○) 민사집행법상의 가처분으로 행정청의 행정행위 금지를 구할 수 없음: 민사집행법 제300조 제2항이 규정한 임시의 지위를 정하기 위한 가처분은 그 성질상 주장 자체에 의하여 다툼이 있는 권리관계에 관한 정당한 이익이 있는 자가 가처분 신청을 할 수 있고, 그 경우 주장 자체에 의하여 신청인과 저촉되는 지위에 있는 자를 피신청인으로 하여야 한다. 한편 민사집행법상의 가처분으로 행정청의 행정행위 금지를 구하는 것은 허용될 수 없다.
- ⑤ (○) 당사자소송에서는 집행정지규정(제23조)이 준용되지 않음. 민사집행법상 가처분 규정은 준용될 수 있음.
 - 행정소송법 제44조(준용규정) ① 제14조 내지 제17조, 제22조, 제25조, 제26조, 제30조제1항, 제32조 및 제33조의 규정은 당사자소송의 경우에 준용한다.
 - 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).

답 ①

39 행정소송법상 소송참가에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정소송법은 제3자의 소송참가와 행정청의 소송참가를 규정하고 있다.
- ② 취소소송에서의 행정청의 소송참가 규정은 민중소송에는 준용되지 아니한다.
- ③ 제3자의 소송참가가 허용되기 위하여는 당해 소송의 결과에 따라 제3자의 권리 또는 이익이 침해되어야 한다.
- ④ 제3자의 소송참가는 당사자 또는 제3자의 신청 또는 직권에 의하여 법원이 결정한다.
- ⑤ 참가행정청의 소송행위가 피참가인의 소송행위와 어긋나는 때에는 그 효력이 없다.

해설

- ① (○) 행정소송법 제16조, 제17조에 규정.
- ② (×) 행정소송법 제46조(준용규정) ① 민중소송 또는 기관소송으로써 처분등의 취소를 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 취소소송에 관한 규정을 준용한다.
- ③④ (○) 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.
- ⑤ (○) 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.

답 ②

40 **확정된 취소판결의 효력에 관한 설명으로 옳은 것은?** (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 기속력은 인용판결에 인정되고, 형성력과 기판력은 인용판결과 기각판결 모두에 대해서 인정된다.
- ② 운전면허취소처분을 취소하는 판결이 확정된 경우 운전면허취소처분은 행정행위의 공정력으로 인하여 장래에 향하여 서만 효력을 잃게 된다.
- ③ 임용기간이 만료된 국립대학 교원의 재임용거부처분이 판결로 취소되면 임용권자는 다시 재임용 여부를 결정할 의무를 부담할 뿐이고, 교원의 신분관계가 소급하여 회복되는 것은 아니다.
- ④ 판결의 기속력에 위반하여 한 행정청의 행위는 그 하자가 중대하지만 명백하지 아니하여 취소사유가 된다.
- ⑤ 처분을 취소하는 확정판결의 기속력은 당사자인 행정청에 대해서만 미친다.

해설

- ① (×) 기속력과 형성력은 인용판결에 인정되고, 기판력은 인용판결과 기각판결 모두에 대해서 인정된다.
- ② (×) **운전면허취소처분을 받은 후 자동차를 운전하였으나 운전면허취소처분이 행정쟁송절차에 의하여 취소된 경우, 무면허운전이 성립되지 않음** : 피고인이 행정청으로부터 자동차 운전면허취소처분을 받았으나 나중에 그 행정처분 자체가 행정쟁송절차에 의하여 취소되었다면, 위 운전면허취소처분은 그 처분시에 소급하여 효력을 잃게 되고, 피고인은 위 운전면허취소처분에 복종할 의무가 원래부터 없었음이 후에 확정되었다고 봄이 타당할 것이고, 행정행위에 공정력의 효력이 인정된다고 하여 행정소송에 의하여 적법하게 취소된 운전면허취소처분이 단지 장래에 향하여서만 효력을 잃게 된다고 볼 수는 없다.
- ③ (○) 기간을 정하여 임용된 국·공립대학의 교원은 특별한 사정이 없는 한 그 임용기간의 만료로 교원으로서의 신분관계가 종료되는 것이고, 임용기간이 만료된 교원의 재임용이 거부되었다가 그 **재임용거부처분이 법원의 판결에 의하여 취소되었다고 하더라도 임용권자는 다시 재임용 심의를 하여 재임용 여부를 결정할 의무를 부담할 뿐, 위와 같은 취소 판결로 인하여 당연히 그 교원이 재임용거부처분 당시로 소급하여 신분관계를 회복한다고 볼 수는 없다.** 그러므로 재임용거부처분 취소판결을 거쳐 재임용된 교원이라 하더라도 임용기간 만료로 교원으로서의 신분을 상실한 후 재임용되기 전까지의 기간은 공무원연금법 제23조 제1항에 정한 재직기간에 산입할 수 없다(대판 2009.3.26. 2009두416).
- ④ (×) 확정판결의 당사자인 처분행정청이 그 행정소송의 사실심 변론종결 이전의 사유를 내세워 다시 확정판결과 저촉되는 행정처분을 하는 것은 허용되지 않는 것으로서(판결의 기속력 위반), 이러한 행정처분은 그 하자가 중대 하고도 명백한 것이어서 당연무효라 할 것이다(대판 1990.12.11. 90누3560).
- ⑤ (×) **제30조(취소판결등의 기속력)** ① 처분등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다.

답 ③