

2022년 세무사 행정소송법

• 해설 : 이승철

1 행정소송법에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 공공단체의 기관은 법령에 의하여 행정권한의 위탁을 받은 경우에도 행정청에 포함되지 않는다.
- ② 기관소송은 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송도 포함한다.
- ③ 특정의 장소에 관계되는 처분등에 대한 취소소송은 그 장소의 소재지를 관할하는 행정법원에 이를 제기할 수 있다.
- ④ 수인에 대한 청구가 처분등의 취소청구와 관련되지 않는 청구인 경우에도 그 수인은 취소소송의 공동소송인이 될 수 있다.
- ⑤ 행정청의 재량에 속하는 처분은 재량권의 남용이 있더라도 법원은 이를 취소할 수 없다.

해설

- ① (×) 제2조(정의) ② 이 법을 적용함에 있어서 행정청에는 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체 및 그 기관 또는 사인이 포함된다.
- ② (×) 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.
- ③ (○) 제9조(재판관할) ③ 토지의 수용 기타 부동산 또는 특정의 장소에 관계되는 처분등에 대한 취소소송은 그 부동산 또는 장소의 소재지를 관할하는 행정법원에 이를 제기할 수 있다.
- ④ (×) 제15조(공동소송) 수인의 청구 또는 수인에 대한 청구가 처분등의 취소청구와 관련되는 청구인 경우에 한하여 그 수인은 공동소송인이 될 수 있다.
- ⑤ (×) 제27조(재량처분의 취소) 행정청의 재량에 속하는 처분이라도 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있는 때에는 법원은 이를 취소할 수 있다.

답 ③

2 행정소송법상 취소소송에 관한 규정 중 무효등확인소송에는 준용되나 부작위위법확인소송에는 준용되지 않는 것은?

- ① 처분변경으로 인한 소의 변경                      ② 재판관할                                      ③ 제3자의 소송참가
- ④ 공동소송    ⑤ 행정청의 소송참가

해설

처분변경으로 인한 소의 변경, 집행정지 규정은 무효등확인소송에는 준용되지만, 부작위위법확인소송에는 준용되지 않는다.  
\* 무-전기사간 / 부-처집사

답 ①

3 행정소송법상 기관소송에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 처분의 취소를 구하는 취지의 소송일지라도 취소소송에 관한 제소기간의 규정은 준용되지 않는다.
- ② 법률에 정함이 없는 경우에도 상당한 이익이 있으면 제기할 수 있다.
- ③ 국가기관과 지방자치단체 간에 권한의 유무 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에 제기하는 소송이다.
- ④ 공공단체의 기관이 법률에 위반되는 행위를 한 때에 직접 자기의 법률상 이익과 관계없이 그 시정을 구하기 위하여 제기하는 소송이다.
- ⑤ 교육·학예에 관한 시·도의회 의 재의결에 대하여 교육감이 대법원에 제기하는 소송은 기관소송의 일종이다.

해설

이하 행정소송법 규정

- ① (×) 제46조(준용규정) ① 민중소송 또는 기관소송으로써 처분등의 취소를 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 취소소송에 관한 규정을 준용한다.
- ② (×) 제45조(소의 제기) 민중소송 및 기관소송은 법률이 정한 경우에 법률에 정한 자에 한하여 제기할 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 다툼**이 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.

④ (×) 민중소송에 대한 설명이다.

제3조(행정소송의 종류) 행정소송은 다음의 네 가지로 구분한다.

- 3. **민중소송** : 국가 또는 공공단체의 기관이 법률에 위반되는 행위를 한 때에 직접 자기의 법률상 이익과 관계없이 그 시정을 구하기 위하여 제기하는 소송

⑤ (○)

• 민중소송과 기관소송의 사례

민중소송 사례	기관소송 사례
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 공직선거법상의 선거인이 제기하는 선거소송</li> <li>• 국민투표법상의 투표인이 제기하는 국민투표무효소송</li> <li>• 주민투표법상 주민투표무효소송</li> <li>• 지방자치법상 주민소송</li> <li>• 주민소환에 관한 법률상 주민소환투표소송</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 지방자치법 상 기관소송(지방의회의 재의결에 대해 지방자치단체장이 제기)</li> <li>• 「지방교육자치에 관한 법률」 상 기관소송(지방의회의 재의결에 대해 교육감이 제기)</li> </ul>

답 ⑤

4 행정소송법 규정이다. ( )에 들어갈 숫자로 옳은 것은?

이 법에 의한 기간의 계산에 있어서 국외에서의 소송행위 추완에 있어서는 그 기간을 14일에서 (㉠)일로, 제3자에 의한 재심청구에 있어서는 그 기간을 30일에서 (㉡)일로, 소의 제기에 있어서는 그 기간을 60일에서 (㉢)일로 한다.

- ① ㉠ : 30, ㉡ : 60, ㉢ : 90      ② ㉠ : 30, ㉡ : 60, ㉢ : 180      ③ ㉠ : 30, ㉡ : 90, ㉢ : 180
- ④ ㉠ : 60, ㉡ : 60, ㉢ : 90      ⑤ ㉠ : 60, ㉡ : 90, ㉢ : 180

해설

• 제5조(국외에서의 기간) 이 법에 의한 기간의 계산에 있어서 국외에서의 소송행위추완에 있어서는 그 기간을 14일에서 **30일**로, 제3자에 의한 재심청구에 있어서는 그 기간을 30일에서 **60일**로, 소의 제기에 있어서는 그 기간을 60일에서 **90일**로 한다.

답 ①

5 행정소송법상 명시되어 있는 행정소송을 모두 고른 것은?

- ㉠ 무효등 확인소송      ㉡ 부작위위법확인소송      ㉢ 예방적 부작위청구소송      ㉣ 당사자소송

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

해설

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

항고소송	행정청의 처분등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송 • 제4조(항고소송) 항고소송은 다음과 같이 구분한다. 1. <b>취소소송</b> : 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송 2. <b>무효등 확인소송</b> : 행정청의 처분등의 효력 유무 또는 존재여부를 확인하는 소송 3. <b>부작위위법확인소송</b> : 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.

☒ 행정소송의 권력분립상 한계 : 무명항고소송, 법정 외 항고소송

법률상 쟁송이라도 사법작용은 법원의 작용이므로 행정부·입법부의 권한의 관계에서 일정 한계가 있음

의무이행소송 (급부소송)	상대방의 신청에 대해 행정청이 일정 처분을 할 법률상 의무가 있음에도 방치하거나 신청된 처분을 거부한 경우, 행정청에 대해 일정 행정처분을 명하는 내용의 판결을 구하는 행정소송.	우리 나라 판례는 부정
예방적 부작위소송 (부작위청구소송)	장래 행정청이 일정한 처분을 할 것이 명백한 경우에 그 처분을 하지 않을 것(부작위)을 구하는 내용의 행정소송.	
작위의무확인소송	행정청에게 법률상 일정한 행위를 해야 할 작위의무가 있음의 확인을 구하는 소송.	

답 ④

6 행정소송법상 준용규정에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정소송에 관하여 행정소송법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다.
- ② 취소소송에 참가한 행정청에 대하여는 민사소송법 제76조(참가인의 소송행위)의 규정을 준용한다.
- ③ 취소소송에서의 소의 변경에 관한 규정(제21조)은 부작위위법확인소송을 취소소송으로 변경하는 경우에 준용한다.
- ④ 취소소송에서의 피고적격에 관한 규정은 무효등확인소송의 경우에 준용한다.
- ⑤ 취소소송에서의 행정심판과의 관계에 관한 규정은 무효등 확인소송의 경우에 준용한다.

해설

- ① (○) 제8조 제2항
- ② (○) 제17조 제3항
- ☒ **소송참가자의 지위**

제3자의 소송참가(16조)	행정청의 소송참가(17조)
민사소송법 67조(필수적 공동소송에 대한 특별규정) 준용. 소송참가 결정시 제3자는 '참가인' 지위 획득 - 공동소송적 보조참가와 유사(통설). - 참가인은 독립하여 상소하는 등 <b>피참가인의 소송행위에 어긋나는 소송행위도 가능</b> . - 참가인은 피참가인의 승소보조자이므로 <b>피참가인에게 불이익한 행위(소취하, 청구 포기·인낙, 화해, 상소 포기·취하 등)는 할 수 없음</b> . - 참가인이 된 제3자는 판결확정 후 행정소송법 제31조의 <b>재심청구 불가</b> • 민사소송법 제67조(필수적 공동소송에 대한 특별규정) ① 소송목적이 공동소송인 모두에게 합일적으로 확정되어야 할 공동소송의 경우에 공동소송인 가운데 한 사람의 소송행위는 모두의 이익을 위하여서만 효력을 가진다. ② 제1항의 공동소송에서 공동소송인 가운데 한 사람에 대한 상대방의 소송행위는 공동소송인 모두에게 효력이 미친다. ③ 제1항의 공동소송에서 공동소송인 가운데 한 사람에게 소송절차를 중단 또는 중지해야 할 이유가 있는 경우 그 중단 또는 중지는 모두에게 효력이 미친다.	민사소송법 76조(참가인의 소송행위) 준용. 참가행정청은 '보조참가인'에 준한 지위 - 참가행정청은 소송에 관하여 공격·방어·이의·상소 기타 승소를 위한 일체의 소송행위 가능 - <b>피참가인의 소송행위에 어긋나는 소송행위는 할 수 없으며</b> 하더라도 무효 • 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 <b>피참가인의 소송행위에 어긋나는 경우에는 그 참가인의 소송행위는 효력을 가지지 아니한다</b> .

- ③ (○) 제37조(소의 변경) 제21조(소의 변경)의 규정은 무효등 확인소송이나 부작위위법확인소송을 취소소송 또는 당사자소송으로 변경하는 경우에 준용한다.
- ④ (○) 제13조 취소소송의 피고적격 규정은 무효등확인소송에도 준용됨  
 제38조(준용규정) ①제9조, 제10조, **제13조** 내지 제17조, 제19조, 제22조 내지 제26조, 제29조 내지 제31조 및 제33조의 규정은 무효등 확인소송의 경우에 준용한다.
- ⑤ (×) 18조 취소소송에서의 행정심판과의 관계에 관한 규정(행정심판전치주의)은 무효등확인소송에는 준용되지 않음. \* 무-전기사간 / 부-처집사

답 5

7 행정소송법상 민중소송에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 민중소송은 주관적 소송이다.
- ② 민중소송으로써 처분등의 취소를 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 취소소송에 관한 규정을 준용한다.
- ③ 「지방자치법」상 주민소송은 민중소송에 해당하지 않는다.
- ④ 당사자소송에 관한 규정은 민중소송에 준용될 수 없다.
- ⑤ 「공직선거법」 제222조의 선거소송은 민중소송에 해당하지 않는다.

해설

- ① (×) 민중소송은 객관적 소송.
- ☒ **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

- ② (○), ④ (×)

제46조(준용규정)
① 민중소송 또는 기관소송으로써 처분등의 취소를 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 취소소송에 관한 규정을 준용한다. ② 민중소송 또는 기관소송으로써 처분등의 효력 유무 또는 존재 여부나 부작위의 위법의 확인을 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 각각 무효등 확인소송 또는 부작위위법확인소송에 관한 규정을 준용한다. ③ 민중소송 또는 기관소송으로서 제1항 및 제2항에 규정된 소송외의 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 당사자소송에 관한 규정을 준용한다.

- ③⑤ (×)

☒ 민중소송 사례

- 공직선거법상의 선거인이 제기하는 선거소송
- 국민투표법상의 투표인이 제기하는 국민투표무효소송
- 주민투표법상 주민투표무효소송
- 지방자치법상 주민소송
- 주민소환에 관한 법률상 주민소환투표소송

답 ②

8 행정소송법상 처분등의 효력 유무 또는 존재 여부가 민사소송의 선결문제로 되어 당해 민사소송의 수소법원이 이를 심리·판단하는 경우에 준용되는 취소소송에 관한 규정이 아닌 것은?

- ① 행정청의 소송참가에 관한 규정
- ② 행정심판기록의 제출명령에 관한 규정
- ③ 제3자의 소송참가에 관한 규정
- ④ 직권심리에 관한 규정
- ⑤ 소송비용에 관한 재판의 효력에 관한 규정

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.

답 ③

9 항고소송의 대상에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 조례는 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리·의무에 영향을 미치는 법률상 효과를 발생하는 경우에도 항고소송의 대상이 되지 아니한다.
- ② 국회의원의 제명처분은 항고소송의 대상이 되지 아니한다.
- ③ 공법상의 구체적인 법률관계가 아닌 사실관계에 관한 확인을 구하는 것은 항고소송의 대상이 되지 아니한다.
- ④ 공정거래위원회의 고발조치는 항고소송의 대상이 아니다.
- ⑤ 행정행위의 부관 중 부담은 항고소송의 대상이 될 수 있다.

해설

- ① (x) 조례가 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리·의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 1996.9.20. 95누8003)
- ② (○) 헌법 제64조 4항은 국회의원의 자격심사와 징계 및 제명처분에 대해 법원에 제소할 수 없다고 규정
  - 헌법 제64조 ② 국회는 의원의 자격을 심사하며, 의원을 징계할 수 있다. ③ 의원을 제명하려면 국회재적의원 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 한다.
  - ④ 제2항과 제3항의 처분에 대하여는 법원에 제소할 수 없다.
- ③ (○) 단순한 사실관계의 확인을 구하는 것은 행정소송 대상이 아님
  - 국가보훈처장 등이 발행한 책자 등에서 독립운동가 등의 활동상을 잘못 기술하였다는 등의 이유로 그 사실관계의 확인을 구하거나, 국가보훈처장의 서훈추천서의 행사, 불행사가 당연무효 또는 위법임의 확인을 구하는 청구는 과거의 역사적 사실관계의 존부나 공법상의 구체적인 법률관계가 아닌 사실관계에 관한 것들을 확인의 대상으로 하는 것이거나 행정청의 단순한 부작위를 대상으로 하는 것으로서 항고소송의 대상이 되지 아니하는 것이다. 국가보훈처장 등에게, 독립운동가들에 대한 서훈추천권의 행사가 적정하지 아니하였으니 이를 바로잡아 다시 추천하고, 잘못 기술된 독립운동가의 활동상을 고쳐 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)
- ④ (x) 공정거래위원회의 고발조치는 항고소송 대상인 행정처분이 아님 : 공정거래위원회의 고발조치는 사직당국에 대하여 형벌권 행사를 요구하는 행정기관 상호 간의 행위에 불과하여 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 할 수 없으며, 더욱이 공정거래위원회의 고발의결은 행정청 내부의 의사결정에 불과할 뿐 최종적인 처분은 아닌 것이므로 이 역시 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 되지 못한다(대판 1995.5.12. 94누 13794)
- ⑤ (○) 행정행위의 부관 중 부담은 그 자체만으로 행정쟁송의 대상이 됨 : 행정행위의 부관은 행정행위의 일반적인 효력이나 효과를 제한하기 위하여 의사표시의 주된 내용에 부가되는 종된 의사표시이지 그 자체로서 직접 법적 효과를 발생하는 독립된 처분이 아니므로 현행 행정쟁송제도 아래서는 부관 그 자체만을 독립된 쟁송의 대상으로 할 수 없는 것이 원칙이나 행정행위의 부관 중에서도 행정행위에 부수하여 그 행정행위의 상대방에게 일정한 의무를 부과하는 행정청의 의사표시인 부담의 경우에는 다른 부관과는 달리 행정행위의 불가분적인 요소가 아니고 그 존속이 본체인 행정행위의 존재를 전제로 하는 것일 뿐이므로 부담 그 자체로서 행정쟁송의 대상이 될 수 있다(대판 1992.1.21. 91누1264).

답 ①

10 행정소송법상 재판관할에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 국가의 사무를 위탁받은 공공단체를 피고로 하여 취소소송을 제기하는 경우 대법원 소재지를 관할하는 행정법원에 제기할 수 있다.
- ② 중앙행정기관을 피고로 하여 취소소송을 제기하는 경우 대법원소재지를 관할하는 행정법원에 제기할 수 있다.
- ③ 취소소송의 제1심 관할법원은 원고의 소재지를 관할하는 행정법원으로 한다.
- ④ 중앙행정기관의 부속기관을 피고로 하여 취소소송을 제기하는 경우 대법원소재지를 관할하는 행정법원에 제기할 수 있다.
- ⑤ 취소소송의 재판관할에 관한 규정을 당사자소송에 준용하는 경우, 국가 또는 공공단체가 피고인 때에는 관계행정청의 소재지를 피고의 소재지로 본다.

해설

③ (×) 취소소송 1심 관할은 피고 소재지 관할 행정법원이다.

• 제9조(재판관할)

- ① 취소소송의 제1심 관할법원은 **피고의 소재지를 관할하는 행정법원**으로 한다.
  - ② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 피고에 대하여 취소소송을 제기하는 경우에는 대법원소재지를 관할하는 행정법원에 제기할 수 있다.
    - 1. 중앙행정기관, 중앙행정기관의 부속기관과 합의를행정기관 또는 그 장
    - 2. 국가의 사무를 위임 또는 위탁받은 공공단체 또는 그 장
  - ③ 토지의 수용 기타 부동산 또는 특정의 장소에 관계되는 처분등에 대한 취소소송은 그 부동산 또는 장소의 소재지를 관할하는 행정법원에 이를 제기할 수 있다.
- 제40조(재판관할) 제9조의 규정은 당사자소송의 경우에 준용한다. 다만, 국가 또는 공공단체가 피고인 경우에는 관계행정청의 소재지를 피고의 소재지로 본다.

답 ③

11 행정심판의 재결을 거쳐 취소소송을 제기하는 경우에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 지방노동위원회의 처분에 대한 중앙노동위원회의 재심판정에 불복하려면 중앙노동위원회의 재심판정을 대상으로 취소소송을 제기하여야 한다.
- ② 재결에 대한 취소소송은 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 제기할 수 있다.
- ③ 원처분의 상대방이 아닌 제3자가 행정심판을 청구하여 재결청이 원처분을 취소하는 형성재결을 한 경우에 원처분의 상대방이 그 재결의 취소를 구하는 것은 원처분에 없는 재결 고유의 위법을 주장하는 것이 된다.
- ④ 행정심판청구가 부적법하지 않음에도 각하한 재결은 원처분에 없는 고유한 하자가 있는 경우에 해당한다.
- ⑤ 행정청이 영업자에게 제재처분을 한 후 그 처분을 영업자에게 유리하게 변경하는 처분을 하였다면, 변경처분으로 유리하게 변경된 제재가 위법하다 하여 그 취소를 구하는 경우 취소소송의 대상은 변경된 내용의 당초 처분이 아니라 변경처분이다.

해설

① (○) 노동위원회법 제19조의2 제1항의 규정(현 제27조 1항)은 행정처분의 성질을 가지는 지방노동위원회의 처분에 대하여 중앙노동위원장을 상대로 행정소송을 제기할 경우의 전치요건에 관한 규정이라 할 것이므로 당사자가 지방노동위원회의 처분에 대하여 불복하기 위하여는 처분 송달일로부터 10일 이내에 중앙노동위원회에 재심을 신청하고 중앙노동위원회의 재심판정서 송달일로부터 15일 이내에 **중앙노동위원장을 피고로 하여 재심판정취소의 소를 제기하여야 할 것이다**(대판 1995.9.15. 95누6724).

※ 개별법상 재결주의 규정

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

- ② (○) 제19조(취소소송의 대상) 취소소송은 처분등을 대상으로 한다. 다만, 재결취소소송의 경우에는 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다.
- ③ (○) 원처분의 상대방이 아닌 제3자가 행정심판을 청구하여 재결청이 원처분을 취소하는 형성재결을 한 경우에 그 원처분의 상대방은 그 재결에 대하여 **항고소송을 제기할 수밖에 없고, 이 경우 재결은 원처분과 내용을 달리하는 것이어서 재결의 취소를 구하는 것은 원처분에 없는 재결 고유의 위법을 주장하는 것이 된다**(대판 1998.4.24. 97누17131)
- 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 실체심리를 받을 권리를 박탈한 것으로서 원처분에 없는 고유한 하자가 있는 경우에 해당하고, 따라서 위 재결은 취소소송의 대상이 된다(대판 2001.7.27. 99두2970).
- ⑤ (×) **영업자에게 행정제재처분 당초처분을 영업자에게 유리하게 변경하는 처분을 한 경우, 취소소송 대상은 변경된 내용의 당초처분이며 제소기간 판단기준이 되는 처분은 당초처분** : 행정청이 식품위생법령에 따라 영업자에게 행정제재처분을 한 후 그 처분을 영업자에게 유리하게 변경하는 처분을 한 경우(이하 처음의 처분을 '당초처분', 나중의 처분을 '변경처분'이라 한다), 변경처분에 의하여 당초처분은 소멸하는 것이 아니고 당초부터 유리하게 변경된 내용의 처분으로 존재하는 것이므로, 변경처분에 의하여 유리하게 변경된 내용의 행정제재가 위법하다 하여 그 취소를 구하는 경우 그 취소소송의 대상은 변경된 내용의 당초처분이지 변경처분은 아니고, 제소기간의 준수 여부도 변경처분이 아닌 변경된 내용의 당초처분을 기준으로 판단해야 한다. 피고(A 구청장)은 2002.12.26. 원고(甲)에 대하여 3월의 영업정지처분이라는 당초처분을 하였고, 이에 대하여 원고가 행정심판청구를 하자 행정심판위원회는 2003.3.6. "피고가 2002.12.26. 원고에 대하여 한 3월의 영업정지처분을 2월의 영업정지에 갈음하는 과징금 부과처분으로 변경하라."는 일부 기각(일부 인용)의 재결을 하였으며, 2003.3.10. 그 재결서 정본이 원고에게 도달하였고, 피고는 위 재결 취지에 따라 2003.3.13. "3월의 영업정지처분을 과징금 560만 원으로 변경한다."는 취지의 후속 변경처분을 함으로써 당초처분을 원고에게 유리하게 변경하는 처분을 하였으며, 원고는 2003.6.12. 과징금 부과처분의 취소를 구하는 소를 제기하였다. 이와 같이 후속 변경처분에 의하여 유리하게 변경된 내용의 행정제재인 과징금 부가가 위법하다 하여 그 취소를 구하는 소송에 있어서, 그 취소소송의 대상은 2003.3.13.자 과징금 부과처분이 아니라 후속 변경처분에 의하여 당초부터 유리하게 변경되어 존속하는 2002.12.26.자 과징금 부과처분이고, 그 제소기간도 행정심판재결서 정본을 송달받은 날로부터 90일 이내에 제기되어야 한다(대판 2007.4.27. 2004두9302).

답 ⑤

12 취소소송에서의 소의 이익에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따른)

- ① 행정청이 공무원에 대하여 새로운 직위해제사유에 기하여 직위해제처분을 한 경우, 그 공무원에게는 이전의 직위해제처분의 취소를 구할 소의 이익이 인정된다.
- ② 건물의 신축과정에서 피해를 입은 인접주택 소유자는 신축건물에 대한 사용검사(사용승인)처분의 취소를 구할 소의 이익이 있다.
- ③ 해임처분 취소소송 계속 중 임기가 만료된 경우에도 그 취소로 해임처분일부부터 임기만료일까지 기간에 대한 보수지급을 구할 수 있는 경우라면 해임처분의 취소를 구할 소의 이익이 인정된다.
- ④ 가중 제재처분 규정이 있는 의료법에 의해 의사면허자격정지처분을 받은 경우 자격정지기간이 지난 후에는 의사면허자격정지처분의 취소를 구할 소의 이익이 인정되지 아니한다.
- ⑤ 치과의사국가시험에 불합격한 후 새로 실시된 국가시험에 합격한 경우에도 명예 등의 인격적 이익이 침해되었음을 이유로 불합격처분의 취소를 구할 소의 이익이 인정된다.

해설

- ① (×) 행정청이 공무원에 대하여 새로운 직위해제사유에 기한 직위해제처분을 한 경우 그 이전에 한 직위해제처분은 이를 묵시적으로 철회하였다고 봄이 상당하므로, **그 이전 처분의 취소를 구하는 부분은 존재하지 않는 행정처분을 대상으로 한 것으로서 그 소의 이익이 없어 부적법하다**(대판 2003.10.10. 2003두5945)
- ② (×) **건축 과정에서 인접주택 소유자가 피해를 입은 경우, 그 피해자는 신축건물에 대한 사용검사처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없음.** : 건물 사용검사처분(준공 처분)은 건축허가를 받아 건축된 건물이 건축허가 사항대로 건축행정 목적에 적합한가 여부를 확인하고 사용검사필증을 교부하여 줌으로써 허가받은 자로 하여금 건축한 건물을 사용·수익할 수 있게 하는 법률효과를 발생시키는 것에 불과하고, 건축한 건물이 인접주택 소유자의 권리를 침해하는 경우 사용검사처분이 그러한 침해까지 정당화하는 것은 아닐 뿐만 아니라, 당해 건축물을 건축하는 과정에서 인접주택 소유자가 자신의 주택에 대하여 손해를 입었다 하더라도 그러한 손해는 금전적인 배상으로 회복될 수 있고, 일조권의 침해 등 생활환경상 이익침해는 실제로 그 건물의 전부 또는 일부가 철거됨으로써 회복되거나 보호받을 수 있는 것인데, 건물에 대한 사용검사처분의 취소를 받는다 하더라도 그로 인하여 건축주는 건물을 적법하게 사용할 수 없게 되어 사용검사 이전의 상태로 돌아가게 되는 것에 그칠 뿐이고, 위반건물에 대한 시정명령을 할 것인지 여부, 그 시기 및 명령의 내용 등은 행정청의 합리적 판단에 의하여 결정되는 것이므로, 건물이 이격거리를 유지하지 못하고 있고 건축과정에서 인접주택 소유자에게 피해를 입혔다 하더라도, 인접주택의 소유자로서는 건물에 대한 사용검사처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 볼 수 없다(대판 1996.11.29. 96누9768).
- ③ (○) 해임처분 무효확인 또는 취소소송 계속 중 임기가 만료되어 해임처분의 무효확인 또는 취소로 지위를 회복할 수는 없다고 할지라도, 그 무효확인 또는 취소로 해임처분일부부터 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)
- ④ (×) **가중 제재처분규정이 있는 의료법에 의한 의사면허자격정지처분에서 정한 자격정지기간이 지난 후 의사면허자격정지처분의 취소를 구할 소의 이익이 있음.** : 의료법 제53조 제1항은 보건복지부장관으로 하여금 일정한 요건에 해당하는 경우 의료인의 면허자격을 정지시킬 수 있도록 하는 근거 규정을 두고 있고, 한편 같은 법 제52조 제1항 제3호는 보건복지부장관은 의료인이 3회 이상 자격정지처분을 받은 때에는 그 면허를 취소할 수 있다고 규정하고 있는바, 이와 같이 의료법에서 의료인에 대한 제재적인 행정처분으로서 면허자격정지처분과 면허취소처분이라는 2단계 조치를 규정하면서 전자의 제재처분을 보다 무거운 후자의 제재처분의 기준요건으로 규정하고 있는 이상 자격정지처분을 받은 의사로서는 면허자격정지처분에서 정한 기간이 도과되었다 하더라도 그 처분을 그대로 방치하여 둠으로써 장래 의사면허취소라는 가중된 제재처분을 받게 될 우려가 있는 것이어서 의사로서의 업무를 행할 수 있는 법률상 지위에 대한 위험이나 불안을 제거하기 위하여 면허자격정지처분의 취소를 구할 이익이 있다(대판 2005.3.25. 2004두14106).
- ⑤ (×) **치과의사국가시험 불합격처분 이후 새로 실시된 치과의사국가시험에 합격한 경우 불합격처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없음.** : 치과의사국가시험 합격은 치과의사 면허를 부여받을 수 있는 전제요건이 된다고 할 것이나 국가시험에 합격하였다고 하여 위 면허취득의 요건을 갖추게 되는 이외에 그 자체만으로 합격한 자의 법률상 지위가 달라지게 되는 것은 아니므로 불합격처분 이후 새로 실시된 국가시험에 합격한 자들로서는 더 이상 위 불합격처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다.

답 ③

13 취소소송의 제소기간에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따른)

- ① 취소소송은 처분등이 있음을 안 날로부터 90일 이내에 제기하여야 하며, 법원은 직권으로 이 기간을 늘이거나 줄일 수 없다.
- ② 조세심판에서의 재결청의 재조사결정에 따른 행정소송의 제소기간의 기산점은 후속처분의 통지를 받은 날이다.
- ③ 처분등이 있음을 안 날로부터 90일, 처분등이 있는 날로부터 1년 중 어느 하나의 기간이 만료되면 제소기간은 종료된다.
- ④ 고시에 의하여 불특정다수인을 대상으로 행정처분을 하는 경우, 그 행정처분에 이해관계를 갖는 자는 고시가 있었다는 사실을 현실적으로 안 날에 행정처분이 있음을 알았다고 보아야 한다.
- ⑤ 제소기간의 준수 여부는 법원의 직권조사사항이다.

해설

- ① (○) 취소소송 제소기간 중 처분등이 있음을 안 날(행정심판재결성 정본을 송달받은 날)부터 90일 : 불변기간(법원이 증권으로 증감 불가)
  - 행정소송법 제20조(제소기간)
    - ① 취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다. 다만, 제18조제1항 단서에 규정한 경우와 그 밖에 행정심판청구를 할 수 있는 경우 또는 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에 행정심판청구가 있는 때의 기간은 재결서의 정본을 송달받은 날부터 기산한다.

- ② 취소소송은 처분등이 있는 날부터 1년(제1항 단서의 경우는 재결이 있는 날부터 1년)을 경과하면 이를 제기하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.
- ③ 제1항의 규정에 의한 기간은 불변기간으로 한다.

② (○) 이의신청 등에 대한 결정의 한 유형으로 실무상 행해지고 있는 재조사결정에 따른 심사청구기간이나 심판청구기간 또는 행정소송의 제소기간의 기산점(=후속 처분의 통지를 받은 날) : 이의신청 등에 대한 결정의 한 유형으로 실무상 행해지고 있는 재조사결정은 처분청으로 하여금 하나의 과세단위의 전부 또는 일부에 관하여 당해 결정에서 지적된 사항을 재조사하여 그 결과에 따라 과세표준과 세액을 경정하거나 당초 처분을 유지하는 등의 후속 처분을 하도록 하는 형식을 취하고 있다. 이에 따라 재조사결정을 통지받은 이의신청인 등은 그에 따른 후속 처분의 통지를 받은 후에야 비로소 다음 단계의 쟁송절차에서 불복할 대상과 범위를 구체적으로 특정할 수 있게 된다. 이와 같은 재조사결정의 형식과 취지, 그리고 행정심판제도의 자율적 행정통제기능 및 복잡하고 전문적·기술적 성격을 갖는 조세법률관계의 특수성 등을 감안하면, 재조사결정은 당해 결정에서 지적된 사항에 관해서는 처분청의 재조사결과를 기다려 그에 따른 후속 처분의 내용을 이의신청 등에 대한 결정의 일부분으로 삼겠다는 의사가 내포된 변형결정에 해당한다고 볼 수밖에 없다. 그렇다면 재조사결정은 처분청의 후속 처분에 의하여 그 내용이 보완됨으로써 이의신청 등에 대한 결정으로서의 효력이 발생한다고 할 것이므로 재조사결정에 따른 심사청구기간이나 심판청구기간 또는 행정소송의 제소기간은 이의신청인 등이 후속 처분의 통지를 받은 날부터 기산된다(대판 2010.6.25. 2007두12514).

• 국세기본법 제56조(다른 법률과의 관계)

- ② 제55조에 규정된 위법한 처분에 대한 행정소송은 「행정소송법」 제18조제1항 본문, 제2항 및 제3항에도 불구하고 이 법에 따른 심사청구 또는 심판청구와 그에 대한 결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다. 다만, 심사청구 또는 심판청구에 대한 제65조제1항제3호 단서(제81조에서 준용하는 경우를 포함한다)의 재조사 결정에 따른 처분청의 처분에 대한 행정소송은 그러하지 아니하다.
- ④ 제2항 단서에 따른 행정소송은 「행정소송법」 제20조에도 불구하고 다음 각 호의 기간 내에 제기하여야 한다.
  1. 이 법에 따른 심사청구 또는 심판청구를 거치지 아니하고 제기하는 경우 : 재조사 후 행한 처분청의 처분의 결과 통지를 받은 날부터 90일 이내. 다만, 제65조제5항(제81조에서 준용하는 경우를 포함)에 따른 처분기간(제65조제5항 후단에 따라 조사를 연기하거나 조사기간을 연장하거나 조사를 중지한 경우에는 해당 기간을 포함) 처분청의 처분 결과 통지를 받지 못하는 경우에는 그 처분기간이 지난 날부터 행정소송을 제기할 수 있다.
  2. 이 법에 따른 심사청구 또는 심판청구를 거쳐 제기하는 경우: 재조사 후 행한 처분청의 처분에 대하여 제기한 심사청구 또는 심판청구에 대한 결정의 통지를 받은 날부터 90일 이내. 다만, 제65조제2항(제81조에서 준용하는 경우를 포함한다)에 따른 결정기간에 결정의 통지를 받지 못하는 경우에는 그 결정기간이 지난 날부터 행정소송을 제기할 수 있다.

- ③ (○) 처분이 있음을 안 날로부터 90일 또는 처분이 있는 날로부터 1년 이내에 제소해야 하며 두 기간 중 하나라도 경과하면 제소 불가.
- ④ (×) 불특정 다수에 대한 고시·공고에 의하여 행정처분을 하는 경우, 취소소송 제소기간의 기산일은 고시·공고의 효력발생일 : 통상 고시 또는 공고에 의하여 행정처분을 하는 경우에는 그 처분의 상대방이 불특정 다수인이고 그 처분의 효력이 불특정 다수인에게 일률적으로 적용되는 것이므로, 그 행정처분에 이해관계를 갖는 자가 고시 또는 공고가 있었다는 사실을 현실적으로 알았는지 여부에 관계없이 고시가 효력을 발생하는 날 행정처분이 있음을 알았다고 보아야 한다(대판 2007.6.14. 2004두619)

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

- ⑤ (○) 제소기간은 소송요건으로서 법원의 직권조사사항.

답 ④

14 신청에 대한 행정청의 거부행위가 취소소송의 대상이 되는지 여부에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에

- ① 거부행위가 취소소송의 대상이 되기 위해 필요한 신청권에는 조리상의 신청권도 포함된다.
- ② 거부행위가 취소소송의 대상이 되기 위해 필요한 신청권은 신청인이 그 신청에 따른 단순한 응답을 받을 권리를 넘어서 신청의 인용이라는 만족적 결과를 얻을 권리를 의미하는 것은 아니다.
- ③ 본인의 의사와 무관하게 주민등록번호가 유출된 사람의 주민등록번호변경신청에 대한 구청장의 거부행위는 처분에 해당한다.
- ④ 도시계획구역 내 토지 등을 소유하고 있는 주민의 도시시설계획 변경신청에 대한 거부행위는 처분에 해당한다.
- ⑤ 기간제로 임용되어 임용기간이 만료된 조교수에 대하여 재임용을 거부하는 취지로 한 임용기간만료의 통지는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않는다.

해설

① (○) 거부처분에 대한 취소소송 - 상대방의 법규상 or 조리상 신청권 필요 : 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 있어야 한다(대판 2009.9.10. 2007두20638).

- ② (○) 거부처분의 처분성을 인정하기 위한 전제요건이 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 아니다**(대판 2009.9.10. 2007두20638).
- ③ (○) **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 위해나 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)
- ④ (○) **도시계획구역 내 토지를 소유한 주민의 도시시설계획결정권자에 대한 도시시설계획변경 신청에 대한 거부행위는 거부처분** : 국토의 계획 및 이용에 관한 법률은 국토의 이용·개발과 보전을 위한 계획의 수립 및 집행 등에 필요한 사항을 규정함으로써 공공복리를 증진시키고 국민의 삶의 질을 향상시키는 것을 목적으로 하면서도 도시계획시설결정으로 인한 개인의 재산권행사의 제한을 줄이기 위하여, 도시·군계획시설부지의 매수청구권(제47조), 도시·군계획시설결정의 실효(제48조)에 관한 규정과 아울러 도시·군관리계획의 입안권자인 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수(이하 '입안권자'라 한다)는 5년마다 관할 구역의 도시·군관리계획에 대하여 타당성 여부를 전반적으로 재검토하여 정비하여야 할 의무를 지우고(제34조), 주민(이하관계자 포함)에게는 도시·군관리계획의 입안권자에게 기반시설의 설치·정비 또는 개량에 관한 사항, 지구단위계획구역의 지정 및 변경과 지구단위계획의 수립 및 변경에 관한 사항에 대하여 도시·군관리계획도서와 계획설명서를 첨부하여 도시·군관리계획의 입안을 제안할 권리를 부여하고 있고, 입안제안을 받은 입안권자는 그 처리 결과를 제안자에게 통보하도록 규정하고 있다. 이들 규정에 헌법상 개인의 재산권 보장의 취지를 더하여 보면, 도시계획구역 내 토지 등을 소유하고 있는 사람과 같이 **당해 도시계획시설결정에 이해관계가 있는 주민으로서 도시시설계획의 입안권자 내지 결정권자에게 도시시설계획의 입안 내지 변경을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있고, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다**(대판 2015.3.26. 2014두42742).
- ⑤ (×) **대학교원의 임용권자가 기간제로 임용되어 임용기간이 만료된 조교수에 대하여 재임용을 거부하는 취지로 한 임용기간만료의 통지는 행정처분** : 기간제로 임용되어 임용기간이 만료된 국·공립대학의 조교수는 교원으로서의 능력과 자질에 관하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 받아 위 기준에 부합되면 특별한 사정이 없는 한 재임용되리라는 기대를 가지고 재임용 여부에 관하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 요구할 법규상 또는 조리상 신청권을 가진다고 할 것이니, 임용권자가 임용기간이 만료된 조교수에 대하여 재임용을 거부하는 취지로 한 임용기간만료의 통지는 위와 같은 대학교원의 법률관계에 영향을 주는 것으로서 행정소송의 대상이 되는 처분에 해당한다(대판 2004.4.22. 2000두7735).

답 ⑤

## 15 행정소송법상 소의 변경에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따른)

- ① 취소소송을 제기하였다가 나중에 당사자소송으로 변경하는 경우, 당초의 취소소송이 적법한 기간 내에 제기된 경우에는 당사자소송의 제소기간을 준수한 것으로 본다.
- ② 무효등확인소송이나 부작위위법확인소송을 취소소송 또는 당사자소송으로 변경할 수 없다.
- ③ 동일한 행정처분에 대하여 무효확인의 소를 제기하였다가 그 후 그 처분의 취소를 구하는 소를 추가적으로 병합한 경우, 주된 청구인 무효확인의 소가 취소소송의 제소기간 내에 제기되었다면 추가로 병합된 취소청구의 소도 적법하게 제기된 것으로 본다.
- ④ 청구취지를 교환적으로 변경하여 종전의 소가 취하되고 새로운 소가 제기된 것으로 보게 되는 경우에 새로운 소에 대한 제소기간의 준수는 원칙적으로 소의 변경이 있을 때를 기준으로 하여 판단된다.
- ⑤ 청구취지를 추가한 경우 추가된 청구취지에 대한 제소기간의 준수는 원칙적으로 청구취지의 추가·변경 신청이 있을 때를 기준으로 판단하여야 한다.

### 해설

- ① (○) 취소소송을 제기하였다가 나중에 당사자소송으로 변경하는 경우에는 행정소송법 제21조 제4항, 제14조 제4항에 따라 처음부터 당사자 소송을 제기한 것으로 보아야 하므로 당초의 취소소송이 적법한 기간 내에 제기된 경우에는 당사자소송의 제소기간을 준수한 것으로 보아야 할 것이다(대판 1992.12.24. 92누3335).
- ② (×) 취소소송에서의 소의 종류의 변경 규정(제21조)은 다른 항고소송 및 당사자소송에도 준용되므로 항고소송 간, 항고소송과 당사자소송 간 소의 종류 변경이 인정 됨.
  - 제21조(소의 변경) ① 법원은 취소소송을 당해 처분등에 관계되는 사자가 귀속하는 국가 또는 공공단체에 대한 당사자소송 또는 취소소송 외의 항고소송으로 변경하는 것이 상당하다고 인정할 때에는 청구의 기초에 변경이 없는 한 사실심의 변론종결시까지 원고의 신청에 의하여 결정으로써 소의 변경을 허가할 수 있다.
- ③ (○) 하자 있는 행정처분을 놓고 이를 무효로 볼 것인지 아니면 단순히 취소할 수 있는 처분으로 볼 것인지는 동일한 사실관계를 토대로 한 법률적 평가의 문제에 불과하고, 행정처분의 무효확인을 구하는 소에는 특단의 사정이 없는 한 그 취소를 구하는 취지도 포함되어 있다고 보아야 하는 점 등에 비추어 볼 때, 동일한 행정처분에 대하여 무효확인의 소를 제기 하였다가 그 후 그 처분의 취소를 구하는 소를 추가적으로 병합한 경우, 주된 청구인 무효확인의 소가 적법한 제소기간 내에 제기되었다면 추가로 병합된 취소청구의 소도 적법하게 제기된 것으로 봄이 상당하다(대판 2005.12.23. 2005두3554).



- ④ ○ 청구취지를 교환적으로 변경하여 종전의 소가 취하되고 새로운 소가 제기된 것으로 보게 되는 경우에 새로운 소에 대한 제소기간의 준수 등은 원칙적으로 소의 변경이 있을 때를 기준으로 하여 판단된다. 그러나 선행처분의 취소를 구하는 소가 그 후속처분의 취소를 구하는 소로 교환적으로 변경되었다가 다시 선행처분의 취소를 구하는 소로 변경된 경우 후속처분의 취소를 구하는 소에 선행처분의 취소를 구하는 취지가 그대로 남아 있었던 것으로 볼 수 있다면 선행처분의 취소를 구하는 소의 제소기간은 최초의 소가 제기된 때를 기준으로 정해야 한다(대판 2013.7.11. 2011두27544).
- ⑤ ○ 공정거래위원회의 처분에 대하여 불복의 소를 제기하였다가 청구취지를 추가하는 경우, 추가된 청구취지에 대한 제소기간 준수 여부를 판단하는 기준시점은 청구취지의 추가·변경 신청이 있는 때 : 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제54조 제1항에 따르면, 위 법에 의한 공정거래위원회의 처분에 대하여 불복의 소를 제기하고자 할 때에는 처분의 통지를 받은 날 또는 이의신청에 대한 재결서의 정본을 송달받은 날부터 30일 이내에 소를 제기하여야 한다. 청구취지를 추가하는 경우, 청구취지가 추가된 때에 새로운 소를 제기한 것으로 보므로, 추가된 청구취지에 대한 제소기간 준수 등은 원칙적으로 청구취지의 추가·변경 신청이 있을 때를 기준으로 판단하여야 한다. 그러나 선행 처분의 취소를 구하는 소를 제기하였다가 이후 후행 처분의 취소를 구하는 청구취지를 추가한 경우에도, 선행 처분이 종국적 처분을 예정하고 있는 일종의 잠정적 처분으로서 후행 처분이 있을 경우 선행 처분은 후행 처분에 흡수되어 소멸되는 관계에 있고, 당초 선행 처분에 존재한다고 주장되는 위법사유가 후행 처분에도 마찬가지로 존재할 수 있는 관계여서 선행 처분의 취소를 구하는 소에 후행 처분의 취소를 구하는 취지도 포함되어 있다고 볼 수 있다면, 후행 처분의 취소를 구하는 소의 제소기간은 선행 처분의 취소를 구하는 최초의 소가 제기된 때를 기준으로 정하여야 한다.(대판 2018.11.15. 2016두48737).

답 ②

※ 소 변경의 경우 제소기간 준수 여부의 기준시점

- 행정소송법에 따른 소 변경 : 새로운 소의 제소기간 준수여부는 처음 소 제기시를 기준으로 판단.
  - 소 종류 변경 : 원고가 소의 종류 변경(예 무효확인소송 → 취소소송) 신청 → 법원의 소 변경 허가결정
  - 처분 변경에 의한 소 변경 : 소 제기 후 행정청이 처분 변경 → 원고가 청구취지·원인 변경 신청 → 법원의 소 변경 허가결정
- 청구취지 변경의 경우(민사소송법에 따른 소 변경)
  - 행정소송법에 규정이 없는 소의 변경(처분 변경을 전제로 하지 않으며, 소의 종류 변경도 아님) → 민사소송법에 의한 소의 변경 가능
  - 원고가 청구취지를 변경하여 종전 소가 취하되고 새로운 소가 제기된 것으로 변경시 새로운 소의 제소기간 준수여부는 소 변경시를 기준으로 판단.

but 선행처분에 대해 제소기간 내 취소소송이 적법하게 제기되어 계속 중에 행정청이 선행 처분서 문언에 일부 오기(처분 수신자 오기)가 있어 정정할 수 있음에도 선행처분을 직권취소하고 실질적으로 동일 내용의 후행처분을 함으로써 선행처분과 후행처분 사이에 밀접한 관련성이 있고 선행처분에 존재한다고 주장되는 위법사유가 후행처분에도 마찬가지로 존재할 수 있는 관계인 경우에는 후행 처분의 취소를 구하는 소 변경(교환적 변경)의 제소기간 준수 여부는 따로 따질 필요가 없음(제소기간은 준수된 것으로 봄)(대판 2019.7.4. 2018두58431)

• 소 변경시 제소기간 기산점

소의 변경	행정소송법 상 소 변경	소 종류 변경	원고가 소의 종류 변경 신청 → 법원의 소 변경 허가결정	처음 소 제기시를 기준
		처분 변경에 따른 소 변경	소 제기 후 행정청이 처분 변경 → 원고가 청구취지·원인 변경 신청 → 법원의 소 변경 허가결정	
	청구취지 변경 (민사소송법에 따른 소 변경)		행정소송법에 규정이 없는 소의 변경(처분 변경을 전제로 하지 않으며, 소의 종류 변경도 아님)	소 변경시를 기준
	추가적 병합(A청구 + B청구)		B청구는 추가·병합신청이 있을 때를 기준 • 보충역편입처분취소처분의 효력을 다투는 소에 공익근무요원복무중단처분, 현역병입영대상편입처분 및 현역병입영통지처분을 다투는 소도 포함되어 있다고 볼 수 없음. 공익근무요원복무중단처분, 현역병입영대상편입처분 및 현역병입영통지처분의 취소를 구하는 소의 제소기간 준수 여부는 각 그 청구취지의 추가·변경신청이 있을 때를 기준으로 개별적으로 살펴야 하며, 최초로 보충역편입처분취소처분 취소소송 제기시가 기준이 아님(대판 2004.12.10. 2003두12257)	
	추가적 병합 중 예비적 병합 (A 무효확인 + A 취소)		동일한 처분에 대해 무효확인소송 제기 후 취소소송을 추가적(예비적)으로 병합시 무효확인소송이 제소기간 내 제기되었으면 추가된 취소소송도 적법하게 제기된 것으로 봄(대판 2005.12.23. 2005두3554).	

16 판례상 항고소송의 대상인 처분으로 인정된 것을 모두 고른 것은?

- ㉠ 진실·화해를 위한 과거사정리위원회의 진실규명결정  
 ㉡ 「건축법」상 건축협회의 취소  
 ㉢ 강원도지사의 혁신도시 최종입지선정행위  
 ㉣ 보건복지부고시인 약제급여·비급여목록 및 급여상한금액표

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

해설

- ㉠ [처분성 O] 진실·화해를 위한 과거사정리 기본법 제26조에 따른 진실·화해를 위한 과거사정리위원회의 진실규명결정은 항고소송 대상인 행정처분 : 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)
- ㉡ [처분성 O] 구 건축법 제29조 제1항에서 정한 건축협회의 취소는 처분에 해당하며 지방자치단체 등이 건축물 소재지 관할 허가권자인 지방자치단체장을 상대로 건축협회의취소의 취소를 구할 수 있음 : 구 건축법 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 건축협의의 하지 않으면, 지방자치단체라 하더라도 건축물을 건축할 수 없다. 그리고 구 지방자치법 등 관련 법령을 살펴봐도 지방자치단체의 장이 다른 지방자치단체를 상대로 한 건축협의 취소에 관하여 다툼이 있는 경우에 법적 분쟁을 실효적으로 해결할 구제수단을 찾기도 어렵다. 따라서 건축협의 취소는 상대방이 다른 지방자치단체 등 행정주체라 하더라도 '행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력 행사' (행정소송법 제2조 제1항 제1호)로서 처분에 해당한다고 볼 수 있고, 지방자치단체인 원고가 이를 다룰 실효적 해결 수단이 없는 이상, 원고는 건축물 소재지 관할 허가권자인 지방자치단체의 장을 상대로 항고소송을 통해 건축협의 취소의 취소를 구할 수 있다(대판 2014.2.27. 2012두22980).

- ㉔ [처분성 O] 도지사가 특정시를 공공기관이 이전할 혁신도시 최종입지로 선정한 행위 : 정부가 국가균형발전 특별법 18조와 법시행령 15조에 근거를 두고 수도권에 있는 공공기관의 지방이전시책을 추진하면서 피고를 포함한 11개 시·도지사 및 '3공공기관 지방이전 기본협약'을 체결하고, '혁신도시 입지선정지침'을 마련하여 협약에 참가한 시·도지사에게 통보한 사실, 피고는 이 사건 지침에 따라 혁신도시입지선정위원회를 구성하여 위원회로 하여금 강원도 내 10개 시·군에 대한 평가를 하게 하였는데, 그 결과 원주시가 최고점수를 받아 건설교통부로부터 협의회신을 받은 후 2006.1.16. 원주시 반곡동 일원 105만 평을 혁신도시 최종입지로 선정하였음을 공표한 사실을 인정한 다음, 법과 법시행령 및 이 사건 지침에는 공공기관의 지방이전을 위한 정부 등의 조치와 공공기관이 이전할 혁신도시 입지선정을 위한 사항 등을 규정하고 있을 뿐 혁신도시입지 후보지에 관련된 지역주민 등의 권리의무에 직접 영향을 미치는 규정을 두고 있지 않으므로, 피고가 원주시를 혁신도시 최종입지로 선정한 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수 없다. (대판 2007.11.15. 2007두10198).
- ㉕ [처분성 X] 보건복지부 고시인 '약제급여·비급여 목록 및 급여 상한금액표'는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당함 : 어떠한 고시가 일반적·추상적 성격을 가질 때에는 법규명령 또는 행정규칙에 해당할 것이지만, 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리·의무나 법률관계를 규율하는 성격을 가질 때에는 행정처분에 해당한다. 보건복지부 고시인 '약제급여·비급여목록 및 급여상한금액표'는 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 국민건강보험가입자, 국민건강보험공단, 요양기관 등의 법률관계를 직접 규율하는 성격을 가지므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2006.9.22. 2005두2506).

답 ④

## 17 판례상 항고소송에서 제3자의 원고적격이 부정된 것은?

- ① 임대주택 분양전환승인처분에 대하여 취소를 구하는 임차인대표회의
- ② 약사들에 대한 한약조제시험 합격처분의 무효확인을 구하는 한의사
- ③ 환경영향평가 대상사업 허가처분의 무효확인을 구하는 당해 환경영향평가 대상지역 안의 주민
- ④ 시외버스를 시내버스로 전환하는 사업계획변경인가처분으로 인하여 노선이 중복되어 그 인가처분의 취소를 구하는 기존의 시내버스운송업자
- ⑤ 공장설립으로 수질오염 발생 우려가 있는 취수장에서 물을 공급받는 주민이 당해 공장설립 승인처분의 취소를 구하는 경우

### 해설

- ① [원고적격 O] 구 임대주택법상 임차인대표회의도 임대주택 분양전환승인처분에 대하여 취소소송을 제기할 원고적격이 있음 : 행정소송법 제12조에서 말하는 '법률상 이익'이란 당해 행정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 말하고, 당해 행정처분과 관련하여 간접적이거나 사실적·경제적 이해관계를 가지는 데 불과한 경우는 여기에 포함되지 않으나, 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라고 하더라도 당해 행정처분으로 인하여 법률상 보호되는 이익을 침해당한 경우에는 취소소송을 제기하여 그 당부의 판단을 받을 자격이 있다. 구 임대주택법(2009. 12. 29. 법률 제9863호로 개정되기 전의 것) 제21조 제5항, 제9항, 제34조, 제35조 규정의 내용과 입법 경위 및 취지 등에 비추어 보면, 임차인대표회의도 당해 주택에 거주하는 임차인과 마찬가지로 임대주택의 분양전환과 관련하여 그 승인의 근거 법률인 구 임대주택법에 의하여 보호되는 구체적이고 직접적인 이익이 있다고 봄이 상당하다. 따라서 임차인대표회의는 행정청의 분양전환승인처분이 승인의 요건을 갖추지 못하였음을 주장하여 그 취소소송을 제기할 원고적격이 있다고 보아야 한다(대판 2010.5.13. 2009두19168).
- ② [원고적격 X] 한의사 면허는 경찰금지를 해제하는 명령적 행위(강화상 허가)에 해당하고, 한약조제시험을 통하여 약사에게 한약조제권을 인정함으로써 한의사들의 영업상 이익이 감소되었다고 하더라도 이러한 이익은 사실상의 이익에 불과하고 약사법이나 의료법 등의 법률에 의하여 보호되는 이익이라고는 볼 수 없으므로, 한의사들이 한약조제시험을 통하여 한약조제권을 인정받은 약사들에 대한 합격처분의 무효확인을 구하는 당해 소는 원고적격이 없는 자들이 제기한 소로서 부적법하다(대판 1998.3.10. 97누4289).
- ③ [원고적격 O] 환경영향평가 대상지역 안의 주민들이 공유수면매립면허처분 등과 관련하여 갖고 있는 환경상의 이익은 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익으로서 그들에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 환경상의 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 공유수면매립면허처분 등의 무효 확인을 구할 원고적격이 인정된다. 한편 환경영향평가 대상지역 밖의 주민이라 할지라도 공유수면매립면허처분 등으로 인하여 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있는 경우에는, 공유수면 매립면허처분 등으로 인하여 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있다는 것을 입증함으로써 그 처분 등의 무효확인을 구할 원고적격을 인정받을 수 있다(대판 전합 2006.3.16. 2006두330).
- ④ [원고적격 O] 시내버스운송사업과 시외버스운송사업은 다 같이 운행계통을 정하고 여객을 운송하는 노선여객자동차운송사업에 속하므로, 위 두 운송사업이 면허기준, 준수해야 할 사항, 중간경유지, 기점과 종점, 운행방법, 이용요금 등에서 달리 규율된다는 사정만으로 본질적인 차이가 있다고 할 수는 없으며, 시외버스운송사업계획변경인가처분으로 인하여 기존의 시내버스운송사업자의 노선 및 운행계통과 시외버스운송사업자들의 그것들이 일부 중복되게 되고 기존업자의 수익감소가 예상된다면, 기존의 시내버스운송사업자와 시외버스운송사업자들은 경쟁관계에 있는 것으로 봄이 상당하다 할 것이어서 기존의 시내버스운송사업자에게 시외버스운송사업계획변경인가처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다(대판 2002.10.25. 2001두4450)
- ⑤ [원고적격 X] ㉠ 공장설립승인처분의 근거 법규 및 관련 법규인 구 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」 등은 공장설립승인처분과 그 후속절차에 따라 공장이 설립되어 가동됨으로써 그 배출수 등으로 인한 수질오염 등으로 직접적이고도 중대한 환경상 피해를 입을 것으로 예상되는 주민들이 환경상 침해를 받지 아니한 채 물을 마시거나 용수를 이용하며 쾌적하고 안전하게 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 구체적·직접적으로 보호하려는 데 있다. 따라서 수도물을 공급받아 이를 마시거나 이용하는 주민들로서는 위 근거 법규 및 관련 법규가 환경상 이익의 침해를 받지 않은 채 깨끗한 수도물을 마시거나 이용할 수 있는 자신들의 생활환경상의 개별적 이익을 직접적·구체적으로 보호하고 있음을 증명하여 원고적격을 인정받을 수 있다. ㉡ 김해시장이 낙동강에 합류하는 하천수 주변의 토지에 구 산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률 제13조에 따라 공장설립을 승인하는 처분을 한 사안에서, 공장설립으로 수질오염 등이 발생할 우려가 있는 취수장에서 물을 공급받는 부산광역시 또는 양산시에 거주하는 주민들도 위 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 법률상 보호되는 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 주민으로서 원고적격이 인정된다(대판 2010.4.15. 2007두16127).

cf.1) 상수원에서 급수받는 지역주민들이 상수원의 오염을 막아 양질의 급수를 받을 이익은 반사적 이익, 상수원보호구역변경처분의 취소를 구할 법률상 이익 없음 : 상수원보호구역 설정의 근거가 되는 수도법 5조 1항 및 동시행령 7조 1항이 보호하고자 하는 것은 상수원의 확보와 수질보전일 뿐이고, 그 상수원에서 급수를 받고있는 지역주민들이 가지는 상수원의 오염을 막아 양질의 급수를 받을 이익은 직접적이고 구체적으로는 보호하고 있지 않음이 명백하여 위 지역주민들이 가지는 이익은 상수원의 확보와 수질보호라는 공공의 이익이 달성됨에 따라 반사적으로 얻게 되는 이익에 불과하므로 지역주민들에 불과한 원고들에게는 위 상수원보호구역변경처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다(대판 1995.9.26. 94누14544).

cf.2) 국가나 지방자치단체가 법령이 정하는 상수원수 수질기준 유지의무를 다하지 못하고, 법령이 정하는 고도의 정수처리방법이 아닌 일반적 정수처리방법으로 수돗물을 생산·공급하였다는 사유만으로 그 수돗물을 마신 개인에 대하여 손해배상책임을 부담하지 않음(법령상 사익보호성이 인정되지 않음) : 상수원수의 수질을 환경기준에 따라 유지하도록 규정하고 있는 관련 법령의 취지·목적·내용과 그 법령에 따라 국가 또는 지방자치단체가 부담하는 의무의 성질 등을 고려할 때, 국가 등에게 일정한 기준에 따라 상수원수의 수질을 유지해야 할 의무를 부과하고 있는 법령의 규정은 국민에게 양질의 수돗물이 공급되게 함으로써 국민 일반의 건강을 보호하여 공공 일반의 전체적인 이익을 도모하기 위한 것이지, 국민 개개인의 안전과 이익을 직접적으로 보호하기 위한 규정이 아니므로, 국민에게 공급된 수돗물의 상수원의 수질이 수질기준에 미달한 경우가 있고, 이로 말미암아 국민이 법령에 정하여진 수질기준에 미달한 상수원수로 생산된 수돗물을 마심으로 건강상의 위해 발생에 대한 염려 등에 따른 정신적 고통을 받았다고 하더라도, 이러한 사정만으로는 국가 또는 지방자치단체가 국민에게 손해배상책임을 부담하지 아니한다. 또한 상수원수 2급에 미달하는 상수원수는 고도의 정수처리 후 사용해야 한다는 환경정책기본법령상의 의무 역시 위에서 본 수질기준 유지의무와 같은 성질의 것이므로, 지방자치단체가 상수원수의 수질기준에 미달하는 하천수를 취수하거나 상수원수 3급 이하의 하천수를 취수하여 고도의 정수처리가 아닌 일반적 정수처리 후 수돗물을 생산·공급하였다고 하더라도, 그렇게 공급된 수돗물이 음용수 기준에 적합하고 몸에 해로운 물질이 포함되어 있지 아니한 이상, 지방자치단체의 위와 같은 수돗물 생산·공급행위가 국민에 대한 불법행위가 되지 아니한다.(대판 2001.10.23. 99다36280)

답 ②

18 취소소송의 제기요건에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 「하수도법」에 의하여 기존의 하수도정비기본계획을 변경하여 광역 하수종말처리시설 (공공하수처리시설)을 설치하는 내용으로 수립한 하수도정비기본계획은 항고소송의 대상이 되지 아니한다.
- ② 「국가공무원법」에 따른 징계처분에 대하여는 소청심사위원회의 심사 결정을 거치지 않더라도 취소소송을 제기할 수 있다.
- ③ 필요적 행정심판전치주의가 적용되는 경우, 동종사건에 관하여 이미 기각재결이 있을 때에도 행정심판을 제기하지 않고 바로 취소소송을 제기할 수는 없다.
- ④ 취소소송은 구술로도 제기할 수 있다.
- ⑤ 행정심판을 거친 후 취소소송을 제기하는 경우에는 재결서 정본을 발송한 날이 제소기간의 기산점이 된다.

해설

① (○) 구 하수도법(1997. 3. 7. 법률 제5300호로 개정되기 전의 것) 제5조의2에 의하여 기존의 하수도정비기본계획을 변경하여 광역하수종말처리시설을 설치하는 등의 내용으로 수립한 하수도정비기본계획은 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 아니한다.(대판 2002.5.17. 2001두10578)

• 행정계획의 처분성

처분성 인정	① 구 도시계획법 상 도시계획결정 ⇨ 현 도시관리계획결정(구 도시관리계획결정) ② 도시재개발법(현 「도시 및 주거환경정비법」) 상 관리처분계획(환경계획·분양계획) ③ 「도시 및 주거환경정비법」에 따른 주택재건축정비사업조합이 수립하여 행정청에 의해 인가·고시된 사업시행계획 ★ 조합을 만들지 않고 토지등 소유자들이 사업 추진시 사업시행계획은 처분성 없음 ④ 개발제한구역지정처분 ⑤ 택지개발예정지구의 지정과 택지개발계획 승인 ⑥ 도시계획시설결정 ⑦ 도시설계
처분성 부정	① 구 도시계획법상 도시기본계획(현 도시·군기본계획) ② 환지계획 ★ 환지에정지 지정, 환지처분, 환권계획은 처분성 인정 ③ 4대강 살리기 마스터플랜 ④ 도지사가 특정시를 공공기관 이전 혁신도시 최종입지로 선정 ⑤ 농어촌도로기본계획, 하수도법 상 하수도정비기본계획 ⑥ 택지개발촉진법상 택지개발사업 시행자의 택지공급방법결정행위

- ② (×) 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.
- ③ (×) • 행정소송법 제18조(행정심판과의 관계)

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 ② 처분의 집행 또는 절차의 속행으로 생길 중대한 손해를 예방해야 할 긴급한 필요가 있는 때 ③ 법령의 규정에 의한 행정심판기관이 의결 또는 재결을 하지 못할 사유가 있는 때 ④ 그 밖의 정당한 사유가 있는 때	① 동종사건에 관하여 이미 행정심판의 기각재결이 있을 때 ② 서로 내용상 관련되는 처분 또는 같은 목적을 위하여 단계적으로 진행되는 처분 중 어느 하나가 이미 행정심판의 재결을 거친 때 ③ 행정청이 사실심의 변론종결 후 소송의 대상인 처분을 변경하여 당해 변경된 처분에 관하여 소를 제기하는 때 ④ 처분을 행한 행정청이 행정심판을 거칠 필요가 없다고 잘못 알린 때 ⑤ 처분변경으로 인한 소의 변경의 경우(22조 3항)

- ④ (×) 관할법원에 소장(訴狀)이라는 형식을 갖추어 제기해야 하며 구술로는 불가.
- ⑤ (×) 재결서 정본을 발송한 날 ⇨ 재결서 정본을 송달받은 날(부터 90일 이내) 또는 재결이 있는 날(부터 1년 이내)

• 행정소송법 제20조(제소기간)

- ① 취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다. 다만, 제18조제1항 단서에 규정한 경우와 그 밖에 행정심판청구를 할 수 있는 경우 또는 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에 행정심판청구가 있는 때의 기간은 재결서의 정본을 **송달받은 날부터** 기산한다.
- ② 취소소송은 처분등이 있는 날부터 1년(제1항 단서의 경우는 **재결이 있는 날부터 1년**)을 경과하면 이를 제기하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

답 ①

19 “취소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다.”라는 행정소송법 규정에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 당해 처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우 법률상 이익이 인정될 수 있다.
- ② 원고적격은 사실심 변론종결시는 물론 상고심에서도 존속하여야 하고 이를 흠결하면 부적법한 소가 된다.
- ③ 대학교 총학생회는 교육부장관의 해당 대학교 학교법인의 임시이사선임처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.
- ④ 처분의 상대방이 위명(僞名)을 사용한 사람인 경우에는 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정되지 않는다.
- ⑤ 헌법재판소에 따르면, 일반법규에서 경쟁자를 보호하는 규정을 별도로 두고 있지 않은 경우에도 기본권인 경쟁의 자유가 바로 행정청의 지정행위의 취소를 구할 법률상의 이익이 된다.

해설

- ① (○) 행정소송법상 취소소송이나 부작위위법확인소송에 있어서는 당해 행정처분 또는 부작위의 직접상대방이 아닌 제3자라 하더라도 그 처분의 취소 또는 부작위위법확인을 받을 법률상의 이익이 있는 경우에는 원고적격이 인정되나 여기서 말하는 법률상의 이익은 그 처분 또는 부작위의 근거법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 말하고, 간접적이거나 사실적, 경제적 관계를 가지는데 불과한 경우는 포함되지 않는다(대판 1989.5.23. 88누8135). 포함되지 않는다.(대판 1995.6.30. 94누14230)
- ② (○) 원고적격은 소송요건의 하나로 사실심 변론종결시는 물론 상고심에서도 존속해야 하며 흠결시 부적법한 소가 되어 각하됨 : 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라 하더라도 당해 행정처분으로 인하여 법률상 보호되는 이익을 침해당할 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)
- ③ (○)

[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 근로조건을 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).

- ④ (×) 미안마 국적의 갑이 위명인 ‘을’ 명의의 여권으로 대한민국에 입국한 뒤 을 명의로 난민 신청을 하였으나 법무부장관이 을 명의를 사용한 갑을 직접 면담하여 조사한 후 갑에 대하여 난민불인정 처분을 한 사안에서, 처분의 상대방은 허무 인이 아니라 ‘을’이라는 위명을 사용한 갑이라는 이유로, 갑이 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.(대판 2017.3.9. 2013두16852)
- ⑤ (○) 국세청장의 납세병마개 제조자 지정행위는 공권력의 행사로서 헌법소원의 대상이 될 수 있다. 그러나 헌법소원심판은 다른 법률에 구체절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구를 해야 한다(헌법재판소법 제68조 제1항 단서). 행정소송법 제12조는 “취소소송은 처분 등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다”고 규정하고 있는데, 대법 원판례와 학계의 다수설이 취하는 ‘법률상 보호이익설’에 의하면 여기서의 ‘법률상의 이익’이란 법에 의하여 보호되는 이익, 즉, 실정법을 근거로 하여 성립하는 공권을 뜻하므로, 비록 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라도 당해처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 경우에는 행정소송을 제기할 수 있다고 하겠다. 위와 같이 ‘법률상 보호이익설’은 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자의 원고적격을 판단함에 있어서 주관적 공권의 성립여부를 그 기준으로 삼고 있는데, 여기서 공권이란 행정청의 특정 의무를 규정하는 객관적인 법규범이 존재하고 그 법규범이 공익뿐만 아니라 사익의 보호도 의도하고 있는 경우에 비로소 인정된다 하겠다. 이 사건에서 보건대, 설사 국세청장의 지정행위의 근거규범인 이 사건 조항들이 단지 공익만을 추구할 뿐 청구인 개인의 이익을 보호하려는 것이 아니라는 이유로 청구인에게 취소소송을 제기할 법률상 이익을 부정한다고 하더라도, 국세청장의 지정행위는 행정청이 병마개 제조업자들 사이에 특혜에 따른 차별을 통하여 사경제 주체간의 경쟁조건에 영향을 미치고 이로써 기업의 경쟁의 자유를 제한하는 것임이 명백한 경우에는 국세청장의 지정행위로 말미암아 기업의 경쟁의 자유를 제한 받게 된 자들은 적어도 보충적으로 기본권에 의한 보호가 필요하다. 따라서 일반법규에서 경쟁자를 보호하는 규정을 별도로 두고 있지 않은 경우에도 기본권인 경쟁의 자유가 바로 행정청의 지정행위의 취소를 구할 법률상의 이익이 된다 할 것이다(헌재 1998.4.30. 97헌마141).

※ 기본권에 의한 공권 성립의 범위

자유권·평등권·재산권	구체적 권리성	헌법상 기본권 규정에 의해 직접 개인적 공권 성립 가능
사회적 기본권, 청구권적 기본권	추상적 권리성	법률에 구체화되기 전에는 헌법 규정만으로 직접 개인적 공권 성립 곤란

구분	구체적 공권성 인정사례(자유권, 원고적격 인정)	구체적 공권성 부정사례(원고적격 부정)
대법원	① 인간의 존엄과 가치, 행복추구권 : 구속된 피고인·피의자의 타인(변호인 외의 타인)과의 접견권 ② 언론의 자유-알 권리(표현의 자유) : 개별적 정보공개청구권, 공문서열람청구권(정보공개법이 없던 시점에서 인정) ③ 결사의 자유-사회단체등록신청에 형식상 요건 불비가 없는데 등록청이 신청을 반려	① 환경권과 환경정책기본법상의 권리 : 환경영향평가 밖 주민은 공유수면매립면허, 농지개발사업시행인가 무효확인청구 원고적격 없음 ② 환경권·자연방위권 : 고속철도 중 일부 구간 공사금지 청구 불가
현재	① 알권리 : 행정서류 열람·복사민원의 처리 ② 경쟁의 자유 : 납세병마게 제조업자로 다른 두 회사만 지정하고 자기 회사 제외소송 가능	① 근로의 권리 : 직장존속청구권 × 근로자의 퇴직급여청구권 - 법률 규정 필요 ② 사회보장수급권 : 의료보험수급권 - 법률 규정 필요 ③ 공무원연금수급권 : 법률 규정 필요

답 ④

20 행정소송법상 집행정지에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따른)

- ① 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 허용되지 아니한다.
- ② 처분의 효력정지는 처분등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.
- ③ 처분등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 중대한 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있을 때에 인정된다.
- ④ 집행정지의 결정이 확정된 후 그 정지사유가 없어진 경우 직권에 의하여 결정으로써 집행정지의 결정을 취소할 수 있다.
- ⑤ 신청인의 본안청구가 이유 없음이 명백할 때에는 집행정지를 명할 수 없다.

**해설**

①②④ (○)  
 ③ (×) 중대한 손해를 예방 → 회복하기 어려운 손해를 예방 \* 중대한 손해를 예방은 행정심판법 상 집행정지 요건임

**제23조(집행정지)**

- ① 취소소송의 제기는 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다.
- ② 취소소송이 제기된 경우에 처분등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 **회복하기 어려운 손해를 예방**하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지(이하 "집행정지"라 한다)를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.
- ③ 집행정지는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 허용되지 아니한다.
- ④ 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정을 신청함에 있어서는 그 이유에 대한 소명이 있어야 한다.
- ⑤ 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정 또는 기각의 결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다. 이 경우 집행정지의 결정에 대한 즉시항고에는 결정의 집행을 정지하는 효력이 없다.
- ⑥ 제30조제1항의 규정은 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정에 이를 준용한다.

**제24조(집행정지의 취소)**

- ① 집행정지의 결정이 확정된 후 집행정지가 공공복리에 중대한 영향을 미치거나 그 정지사유가 없어진 때에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 집행정지의 결정을 취소할 수 있다.
- ② 제1항의 규정에 의한 집행정지결정의 취소결정과 이에 대한 불복의 경우에는 제23조제4항 및 제5항의 규정을 준용한다.

⑤ (○) 본안소송에서 처분취소가능성 없음이 명백할 경우 행정처분의 효력정지나 집행정지 불가 : 행정처분의 효력정지나 집행정지를 구하는 신청사건에 있어서는 행정처분 자체의 적법 여부는 원칙적으로는 판단할 것이 아니고 그 행정처분의 효력이나 집행을 정지할 것인가에 대한 행정소송법 제23조 제2항 소정의 요건의 존부만이 판단의 대상이 되나 본안소송에서의 처분의 취소가능성이 없음에도 불구하고 처분의 효력정지나 집행정지를 인정한다는 것은 제도의 취지에 반하므로 집행정지사건 자체에 의하여도 신청인의 본안청구가 이유 없음이 명백할 때에는 행정처분의 효력정지나 집행정지를 명할 수 없다(대결 1992.8.7. 자92두30).

※ 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

답 ③

☞ 행정심판법과 행정소송법상 집행정지 규정		
구분	행정심판법 제30조(집행정지)	행정소송법 제23조(집행정지)
집행부정지 원칙	① 심판청구는 처분의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행(續行)에 영향을 주지 아니한다.	① 취소소송의 제기는 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다.
집행정지 요건	② 위원회는 처분, 처분의 집행 또는 절차의 속행 때문에 <b>중대한 손해가 생기는 것을 예방할 필요성이 긴급하다고 인정할 때에는</b> 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 처분의 효력, 처분의 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지(이하 "집행정지"라 한다)를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 그 목적을 달성할 수 있을 때에는 허용되지 아니한다.	② 취소소송이 제기된 경우에 처분등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 <b>회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여</b> 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지(이하 "집행정지"라 한다)를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.
	③ 집행정지는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 허용되지 아니한다.	③ 집행정지는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 허용되지 아니한다.
집행정지 결정의 취소	④ 위원회는 집행정지를 결정한 후에 집행정지가 공공복리에 중대한 영향을 미치거나 그 정지사유가 없어진 경우에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 집행정지 결정을 취소할 수 있다.	※ 제24조(집행정지의 취소) ① 집행정지의 결정이 확정된 후 집행정지가 공공복리에 중대한 영향을 미치거나 그 정지사유가 없어진 때에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 집행정지의 결정을 취소할 수 있다. ② 제1항의 규정에 의한 집행정지결정의 취소결정과 이에 대한 불복의 경우에는 제23조 제4·5항 규정을 준용한다.
이유소명	이유 소명 규정 없음	④ 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정을 신청함에 있어서는 그 <b>이유에 대한 소명</b> 이 있어야 한다.
즉시항고	즉시항고 규정 없음	⑤ 제2항의 규정에 의한 <b>집행정지의 결정 또는 기각의 결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다.</b> 이 경우 집행정지의 결정에 대한 즉시항고에는 결정의 집행을 정지하는 효력이 없다.
신청기간	⑤ 집행정지 신청은 심판청구와 동시에 또는 심판청구에 대한 제7조 제6항 또는 제8조 제7항에 따른 위원회나 소위원회의 의결이 있기 전까지, 집행정지 결정의 취소신청은 심판청구에 대한 제7조 제6항 또는 제8조 제7항에 따른 위원회나 소위원회의 의결이 있기 전까지 신청의 취지와 원인을 적은 서면을 위원회에 제출하여야 한다. 다만, 심판청구서를 피청구인에게 제출한 경우로서 심판청구와 동시에 집행정지 신청을 할 때에는 심판청구서 사본과 접수증명서를 함께 제출하여야 한다.	신청기간 규정 없음
위원장의 직권결정	⑥ 제2항과 제4항에도 불구하고 위원회의 심리·결정을 기다릴 경우 <b>중대한 손해가 생길 우려가 있다고 인정되면 위원장은 직권으로 위원회의 심리·결정을 갈음하는 결정을 할 수 있다.</b> 이 경우 위원장은 지체 없이 위원회에 그 사실을 보고하고 추인(追認)을 받아야 하며, 위원회의 추인을 받지 못하면 위원장은 집행정지 또는 집행정지 취소에 관한 결정을 취소하여야 한다. ⑦ 위원회는 집행정지 또는 집행정지의 취소에 관하여 심리·결정하면 지체 없이 당사자에게 결정서 정보를 송달하여야 한다.	법원의 결정에 갈음하는 재판장의 직권결정에 관한 규정은 없음.
기타		⑥ 제30조제1항(취소판결등의 기속력)의 규정은 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정에 이를 준용한다.

- 21 A가 관할 행정청 B에 대하여 「여객자동차운수사업법」에 따른 운수사업면허를 신청하여 B가 면허처분을 하였는데, 이에 대하여 경업자 C가 면허처분취소소송을 제기하였다. 이에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)
- ① 절차의 위법을 이유로 취소판결이 확정된 경우 B는 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 할 필요가 없다.
  - ② A가 소송에 참가할 경우, 면허처분을 취소하는 확정판결은 A에 대해서는 효력이 없다.
  - ③ 법원이 직권으로 A를 소송에 참가시키는 결정을 하고자 할 때에는 미리 A, B, C의 의견을 들어야 한다.
  - ④ 기각판결이 확정된 경우 그 판결은 B를 기속한다.
  - ⑤ 소송 계속 중 B가 면허처분을 직권으로 취소하더라도 원칙적으로 소의 이익이 소멸하지 않는다.

**해설**

① (×)

• 행정소송법 제30조(취소판결등의 기속력)

② 판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.

③ 제2항의 규정은 신청에 따른 처분이 절차의 위법을 이유로 취소되는 경우에 준용한다.

- ② (×) 제3자의 소송참가의 경우 공동소송적 보조참가에 해당하며 참가인이 현실적으로 소송행위를 하였는지 여부에 관계없이 참가한 소송의 판결의 효력은 참가인에게도 미친다.
- ③ (○) 법원은 제3자의 소청참가 결정을 할 때에는 **미리 당사자(원고 C, 피고 B) 및 제3자(소송참가인 A)의 의견을 들어야 한다.**

• 행정소송법 제16조(제3자의 소송참가)

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

- ④ (×) 취소소송의 기각판결에는 기속력이 인정되지 않는다. 따라서 기각판결이 확정되어 처분의 적법성이 확정된 후에도 처분청은 해당 처분이 위법함을 이유로 처분을 직권취소할 수 있다.
- ⑤ (×) 행정처분을 다룰 소의 이익은 개별·구체적 사정을 고려하여 판단하여야 한다. 행정처분의 무효확인 또는 취소를 구하는 소가 제소 당시에는 소의 이익이 있어 적법하였다라도, **소송 계속 중 처분청이 다툼의 대상이 되는 행정처분을 직권으로 취소하면 그 처분은 효력을 상실하여 더 이상 존재하지 않는 것이므로, 존재하지 않는 처분을 대상으로 한 항고소송은 원칙적으로 소의 이익이 소멸하여 부적법하다고 보아야 한다.** 다만 처분청의 직권취소에도 완전한 원상회복이 이루어지지 않아 무효확인 또는 취소로써 회복할 수 있는 다른 권리나 이익이 남아 있거나 또는 동일한 소송 당사자 사이에서 그 행정처분과 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있어 행정처분의 위법성 확인 내지 불분명한 법률문제에 대한 해명이 필요한 경우 행정의 적법성 확보와 그에 대한 사법통제, 국민의 권리구제의 확대 등의 측면에서 예외적으로 그 처분의 취소를 구할 소의 이익을 인정할 수 있다(대판 2020.4.9. 2019두49953).

답 ③

22 행정소송법상 소의 변경(제21조)에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 청구의 기초에 변경이 없어야 소의 변경이 가능하다.
- ② 법원이 소의 변경을 허가하는 경우 피고를 달리하게 될 때에는 새로이 피고로 될 자의 의견을 들어야 한다.
- ③ 소의 변경 허가결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다.
- ④ 원고의 신청이 없더라도 법원은 직권에 의하여 소의 변경을 결정할 수 있다.
- ⑤ 사실심의 변론종결시까지 소의 변경이 가능하다.

해설

- ④ (×) 소의 종류 변경은 원고의 신청이 있는 경우에 가능, 법원 직권으로는 불가.

• 소의 종류 변경(행정소송법 제21조)

- ㉠ 취소소송이 계속되고 있을 것
- ㉡ **사실심 변론종결시까지 원고의 신청이 있을 것(상고심에서는 불가)**
- ㉢ 법원이 상당하다고 인정하여 허가결정을 할 것
- ㉣ 변경되는 새로운 소가 적법할 것
- ㉤ 취소소송을 '당해 처분등에 관계되는 사무가 귀속하는 국가 또는 공공단체에 대한 당사자소송 또는 취소소송 외의 항고소송'으로 변경하는 것일 것.  
\*21조(소의 변경)는 무효등확인소송, 부작위위법확인소송, 당사자소송에도 준용
- ㉥ 청구의 기초에 변경이 없을 것

• 행정소송법 제21조(소의 변경)

- ① 법원은 취소소송을 당해 처분등에 관계되는 사무가 귀속하는 국가 또는 공공단체에 대한 당사자소송 또는 취소소송 외의 항고소송으로 변경하는 것이 상당하다고 인정할 때에는 **청구의 기초에 변경이 없는 한 사실심의 변론종결시까지 원고의 신청에 의하여 결정으로써 소의 변경을 허가할 수 있다.**
- ② 제1항의 규정에 의한 허가를 하는 경우 **피고를 달리하게 될 때에는 법원은 새로이 피고로 될 자의 의견을 들어야 한다.**
- ③ 제1항의 규정에 의한 허가결정에 대하여는 **즉시항고할 수 있다.**
- ④ 제1항의 규정에 의한 허가결정에 대하여는 제14조 제2항·제4항 및 제5항의 규정을 준용한다.

답 ④

23 무효등 확인소송에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 무효등확인소송에서는 처분의 존재 여부가 심리의 대상이 될 수 없다.
- ② 작위의무확인소송은 무효등확인소송의 일종으로 허용된다.
- ③ 무효확인소송에서는 그 제기요건으로 보충성이 요구되므로, 행정처분의 무효를 전제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제수단이 있는 지 여부를 따질 필요가 있다.
- ④ 처분의 당연무효를 선언하는 의미에서 그 취소를 구하는 행정소송을 제기한 경우 제소기간의 제한이 없다.
- ⑤ 행정처분의 무효확인을 구하는 청구에는 특별한 사정이 없는 한 그 처분의 취소를 구하는 취지까지도 포함되어 있다고 볼 수 있다.

해설

- ① (×) 무효등 확인소송 : 행정청의 처분등의 효력 유무 또는 존재여부를 확인하는 소송(무효·유효·존재·부존재·실효 확인소송)
- ② (×) 행정심판법 제4조 제3호가 의무이행심판청구를 인정하고 있고 항고소송의 제1심 관할법원이 행정청의 소재지를 관할하는 고등법원으로 되어 있다고 하더라도, **행정소송법상 행정청의 부작위에 대하여는 부작위위법확인소송만 인정되고 작위의무의 이행이나 확인을 구하는 행정소송은 허용될 수 없다**(대판 1992.11.10. 92누1629).

• 무명항고소송(법정 외 항고소송) - 우리나라는 판례상 부정됨

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

- ③ (×) 무효등확인소송에 있어서 민사소송에서의 '확인'의 이익(즉시확정의 이익, 보충성)이 요구되는지에 관하여 긍정설과 부정설의 대립이 있다. 판례는 부정설(법적보호이익설)을 취한다. 종래 대법원은 무효확인소송의 보충성을 요구하여 왔으나, 견해를 변경하여 무효인 행정처분이 이미 집행된 경우(예 무효인 조세부과처분에 따라 세금이 이미 납부된 경우)에 그에 의해 형성된 위법상태의 제거를 위한 직접적인 소송방법(예 납부된 조세의 반환을 위한 부당이득반환청구소송)이 있더라도 행정처분의 무효확인을 독립한 소송으로 구할 법률상 이익이 있다고 판시하였다.
  - 행정소송은 행정청의 위법한 처분 등을 취소·변경하거나 그 효력 유무 또는 존재 여부를 확인함으로써 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하고, 공법상의 권리관계 또는 법적용에 관한 다툼을 적절하게 해결함을 목적으로 하는 것이므로, 대등한 주체 사이의 사법상 생활관계에 관한 분쟁을 심판대상으로 하는 민사소송과는 그 목적, 취지 및 기능 등을 달리한다. 또한, 행정소송법 4조에서는 무효확인소송을 항고소송의 일종으로 규정하고 있고, **행정소송법 38조 1항에서는 처분등을 취소하는 확정판결의 기속력 및 행정청의 재처분 의무에 관한 행정소송법 30조를 무효확인소송에도 준용하고 있으므로 무효확인판결 자체만으로도 실효성을 확보할 수 있다.** 그리고 무효확인소송의 보충성을 규정하고 있는 외국의 일부 입법례와는 달리 우리나라 행정소송법에는 명문의 규정이 없어 이로 인한 명시적 제한이 존재하지 않는다. 이와 같은 사정을 비롯하여 행정에 대한 사법통제, 권익구제의 확대와 같은 행정소송의 기능 등을 종합하여 보면, **행정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우에는 행정소송법 35조에 규정된 '무효확인을 구할 법률상 이익'이 있다고 보아야 하고, 이와 별도로 무효확인소송의 보충성(다른 구제수단으로 구제되지 않을 경우 활용)이 요구되는 것은 아니므로 행정처분의 무효를 전제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제수단이 있는지 여부를 따질 필요가 없다고 해석함이 상당하다**(대판 2008.3.20. 2007두6342).
- ④ (×) 무효인 행정행위에 대하여 취소소송 또는 무효선언을 구하는 취소소송을 제기할 수 있고, 이 경우 법원은 취소소송으로서의 소송요건이 충족된 경우 취소판결을 한다.
  - 행정처분의 당연무효를 선언하는 의미에서 취소를 구하는 행정소송을 제기한 경우에도 제소기간의 준수 등 취소소송의 제소요건을 갖추어야 한다(대판 1993.3.12. 92누11039).
- ⑤ (○) 행정처분의 무효확인을 구하는 청구에는 특별한 사정이 없는 한 그 처분의 취소를 구하는 취지까지도 포함되어 있다고 볼 수는 있으나 위와 같은 경우에 취소청구를 인용하려면 먼저 취소를 구하는 항고소송으로서의 제소요건을 구비한 경우에 한한다(대판 1986.9.23. 85누838).

답 ⑤

24 항고소송의 피고적격에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 취소소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분등을 행한 행정청을 피고로 한다.
- ② 처분등이 있는 뒤에 그 처분등에 관계되는 권한이 다른 행정청에 승계된 때에는 이를 승계한 행정청을 피고로 한다.
- ③ 대리기관이 대리관계를 표시하고 피대리 행정청을 대리하여 행정처분을 한 때에는 피대리 행정청이 피고로 되어야 한다.
- ④ 사인은 법령에 의하여 행정권한의 위탁을 받은 경우에도 취소소송의 피고가 될 수 없다.
- ⑤ 지방법무사회는 무효등확인소송의 피고가 될 수 있다.

해설

- ①② (○) 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.
- ③ (○) 행정권한을 대리하는 대리기관이 **대리관계를 표시하고 피대리행정청을 대리하여 처분시 피고는 피대리행정청**  
 ↳ 대리관계를 표시않고 대리기관 명의로 처분시 피고는 대리기관

• 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

• 대리권을 수여받은 데 불과하여 그 자신의 명의로는 행정처분을 할 권한이 없는 행정청의 경우 대리관계를 밝힘이 없이 그 자신의 명의로 행정처분을 하였다면 그에 대하여는 처분명목자인 당해 행정청이 항고소송의 피고가 되어야 하는 것이 원칙이지만, 비록 대리관계를 명시적으로 밝히지는 아니하였다 하더라도 처분명목자가 피대리 행정청 산하의 행정기관으로서 실제로 피대리 행정청으로부터 대리권한을 수여받아 피대리 행정청을 대리한다는 의사로 행정처분을 하였고 처분명목자는 물론 그 상대방도 그 행정처분이 피대리 행정청을 대리하여 한 것임을 알고서 이를 받아들인 예외적인 경우에는 피대리 행정청이 피고가 되어야 한(대판 2006.2.23. 2005부4).



- ④ (×) 행정소송법 상 '행정청'은 행정조직법상 행정청과 다르며 기능적으로 이해되어야 한다. 따라서 법원이나 국회의 기관(국회사무총장, 법원행정처장)이 행하는 실질적 의미의 행정(소속직원의 임면 등)에 속하는 구체적인 사실에 관한 법집행으로서의 공권력 행사는 처분에 해당한다. 행정청에는 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체 및 그 기관 또는 사인도 행정청과 동일한 기능을 수행하면 행정청에 포함된다.
- 행정소송법 제2조(정의) ② 이 법을 적용함에 있어서 행정청에는 **법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체 및 그 기관 또는 사인이 포함된다.**
- ⑤ (○) 지방법무사회의 법무사 사무원 채용신청거부처분 또는 채용승인 취소처분에 대하여는 지방법무사회를 피고로 항고소송 가능
- 지방법무사회가 법무사의 사무원 채용승인 신청을 거부하거나 채용승인을 얻어 채용 중인 사람에 대한 채용승인을 취소한 경우, 그 때문에 사무원이 될 수 없게 된 사람은 항고소송을 제기할 원고적격이 있음** : 지방법무사회가 법무사의 사무원 채용승인 신청을 거부하거나 채용승인을 얻어 채용 중인 사람에 대한 채용승인을 취소하면, 상대방인 법무사로서도 그 사람을 사무원으로 채용할 수 없게 되는 불이익을 입게 될 뿐만 아니라, 그 사람도 법무사 사무원으로 채용되어 근무할 수 없게 되는 불이익을 입게 된다. 법무사규칙 제37조 제4항이 이의신청 절차를 규정한 것은 채용승인을 신청한 법무사뿐만 아니라 사무원이 되려는 사람의 이익도 보호하려는 취지로 볼 수 있다. 따라서 지방법무사회의 사무원 채용승인 거부처분 또는 채용승인 취소처분에 대해서는 처분 상대방인 법무사뿐만 아니라 그 때문에 사무원이 될 수 없게 된 사람도 이를 다룰 원고적격이 인정되어야 한다(대판 2020.4.9. 2015다34444).

답 ④

## 25 행정소송법상 처분등에 대한 집행정지가 인정되는 소송을 모두 고른 것은?

- ㉠ 무효등 확인소송                      ㉡ 부작위위법확인소송                      ㉢ 당사자소송

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

### 해설

• 행정소송법상 처분등에 대한 집행정지가 인정되는 소송 : 취소소송(거부처분 취소소송은 제외), 무효등확인소송

답 ①

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

- ① 당사자소송의 피고는 행정청이 된다.
- ② 공무원의 지위를 확인하는 소송은 당사자소송의 절차에 따라야 한다.
- ③ 당사자소송에 대하여는 민사집행법상 가처분에 관한 규정이 준용되지 않는다.
- ④ 사인을 피고로 하는 당사자소송은 허용되지 않는다.
- ⑤ 토지수용재결이 있는 후 토지소유자가 사업시행자를 피고로 하여 제기하는 보상금증액청구소송은 당사자소송이 아니다.

### 해설

- ① (×) 당사자소송은 당해 처분을 행한 처분청이 아니라 처분의 효과가 귀속되는 행정주체를 피고로 한다.
  - 행정소송법 제39조 당사자소송은 국가·공공단체 그 밖의 권리주체를 피고로 한다.
- ② (○) 당사자소송은 행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송이다. 공무원지위확인소송은 당사자소송 절차에 의한다.
  - 이 사건 소는 교육청 교육장의 당연퇴직 조치가 행정처분임을 전제로 그 취소나 무효의 확인을 구하는 항고소송이 아니라 원고의 지방공무원으로서의 지위를 다투는 피고에 대하여 그 지위확인을 구하는 공법상의 당사자소송에 해당함이 분명하므로, 행정소송법 제39조의 규정상 지방자치단체로서 권리 주체인 피고가 이 사건 소에 있어서의 피고적격을 가진다고 할 것이다(대판 1998.10.23. 98두12932).
- ③ (×) **당사자소송에는 민사집행법상 가처분 규정 준용 가능** : 「도시 및 주거환경정비법」 상 행정주체인 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력을 다투는 소송은 행정처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 소송으로서 소송결과에 따라 행정처분의 위법 여부에 직접 영향을 미치는 공법상 법률관계에 관한 것이므로, 이는 행정소송법상 당사자소송에 해당한다. 그리고 이러한 **당사자소송에 대하여는 행정소송법 제23조 제2항의 집행정지에 관한 규정이 준용되지 아니하므로(행정소송법 제44조 제1항 참조), 이를 본안으로 하는 가처분에 대하여는 행정소송법 제8조 제2항에 따라 민사집행법상 가처분에 관한 규정이 준용되어야 한다.** 가처분결정에 대한 불복으로 채무자의 즉시항고가 허용되지 아니하고 이의신청만 허용되는 경우 채무자가 가처분결정에 불복하면서 제출한 서면의 제목이 '즉시항고장'이고 끝부분에 항고법원명이 기재되어 있더라도 이를 이의신청으로 보아 처리하여야 한다(대결 2015.8.21. 자2015무26)

#### ☒ 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)

- ④ (×) 행정소송법 제39조(피고적격) 당사자소송은 국가·공공단체 **그 밖의 권리주체**를 피고로 한다.
  - ↳ 공권력을 수여받은 행정주체인 사인(공무수탁사인) 포함
  - 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 상 형식적 당사자소송인 보상금증감소송은 소송을 제기하는 자가 토지소유자 또는 관계인일

때에는 사업시행자를, 사업시행자일 때에는 토지소유자 또는 관계인을 각각 피고로 한다.

- 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제130조 제3항에서 정한 토지의 소유자·점유자 또는 관리인(이하 '소유자 등'이라 한다)이 **사업시행자의 일시 사용에 대하여 정당한 사유 없이 동의를 거부하는 경우, 사업시행자는 해당 토지의 소유자 등을 상대로 동意的 의사표시를 구하는 소를 제기할 수 있다.** 이와 같은 토지의 일시 사용에 대한 동意的 의사표시를 할 의무는 '국토의 계획 및 이용에 관한 법률'에서 특별히 인정한 공법상의 의무이므로, **그 의무의 존부를 다투는 소송은 '공법상의 법률관계에 관한 소송'으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송**, 즉 행정소송법 제3조 제2호에서 규정한 **당사자소송**이라고 보아야 한다. (대판 2019.9.9. 2016다262550).

⑤ (×) 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 상 수용재결에 불복하여 제기하는 보상금증감소송은 형식적 당사자소송에 해당됨.

☒ 당사자소송의 종류

실질적 당사자소송	공법상 법률관계에 관한 소송. 법률관계 한쪽 당사자를 피고로 함. 일반적인 당사자소송.
형식적 당사자소송	<p>의의</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 실질적으로는 행정청의 처분을 다투는 것이지만(소송 내용은 항고소송) 형식적으로는 처분을 대상으로 하지 않고, 처분청을 피고로 하지도 않고 처분으로 인해 형성된 법률관계를 다투기 위해 법률관계 일방당사자(권리주체)를 피고로 하는 소송</li> </ul> <p>원인</p> <p>행정청의 처분·재결</p> <p>↓ 처분·재결의 효력에 관한 다툼</p> <p>항고소송</p> <p>피고 : 처분청(행정청)</p> <p>결과</p> <p>법률관계 형성</p> <p>↓ 처분·재결로 형성된 법률관계에 관한 다툼</p> <p>당사자소송</p> <p>피고 : 법률관계의 한쪽 당사자(권리주체)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 항고소송 + 당사자소송의 성질. 신속한 권리구제, 소송절차의 최소화를 위한</li> <li>• 항고소송과 달리 법원은 다툼 대상인 법률관계의 내용을 스스로 결정</li> </ul>
	<p>사례</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 토지수용위원회의 보상금 결정에 대한 (수용)재결에 불복시 토지수용위원회를 피고로 재결취소소송(항고소송)을 제기하지 않고 곧바로 보상금에 관한 당사자인 사업시행자와 토지소유자가 제기하는 보상금 증액/감액 청구소송</li> </ul>

답 ②

27 행정소송법상 행정소송에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 처분의 취소소송에서 청구가 기각된 확정판결의 기판력은 그 처분의 무효확인을 구하는 소송에도 미친다.
- ② 의무이행소송에 관한 명문의 규정은 없지만 판례는 이를 인정한다.
- ③ 부작위위법확인소송이란 행정청의 부작위 또는 거부처분이 위법하다는 것을 확인하는 소송이다.
- ④ 취소소송에는 처분등의 일부 취소 및 적극적 변경을 구하는 소송이 포함된다.
- ⑤ 감사의 불기소처분은 항고소송의 대상이 될 수 있다.

해설

- ① (○)  취소청구 기각판결의 기판력(처분이 적법함에 대한 기판력)은 무효확인소송에도 미치지므로 다시 무효확인소송 제기 불가.
  - ↳ 무효확인소송에서 기각판결 확정시 처분이 무효가 아니고 유효라는 점만 기판력이 미치므로 당해 처분에 대한 취소소송 다시 제기 가능.
  - **과세처분 취소소송에서 청구가 기각된 확정판결의 기판력은 그 과세처분 무효확인소송에도 미침** : 과세처분의 취소소송은 과세처분의 실제적, 절차적 위법을 그 취소원인으로 하는 것으로서 그 심리의 대상은 과세관청의 과세처분에 의하여 인정된 조세채무인 과세표준 및 세액의 객관적 존부, 즉 당해 과세처분의 적부가 심리의 대상이 되는 것이며, 과세처분 취소청구를 기각하는 판결이 확정되면 그 처분이 적법하다는 점에 관하여 기판력이 생기고 그 후 원고가 이를 무효라 하여 무효확인을 소구할 수 없는 것이어서 **과세처분의 취소소송에서 청구가 기각된 확정판결의 기판력은 그 과세처분의 무효확인을 구하는 소송에도 미친다**(대판 1998.7.24. 98다10854).

- ② (×)
  - 「행정심판법」 제3조에 의하면 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대하여 의무이행심판청구를 할 수 있으나, 「행정소송법」 제4조에서는 「행정심판법」 상의 의무이행심판청구에 대응하여 부작위위법확인 소송만을 규정하고 있으므로 행정청의 부작위에 대한 의무이행소송은 현행법상 허용되지 않는다(대판 1989.9.12. 87누868)
  - 감사에게 압수물 환부를 이행하라는 청구는 행정청의 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 의무이행소송으로 현행 행정소송법상 허용되지 아니한다(대판 1995.3.10. 94누14018).

• 행정심판과 행정소송의 종류

행정심판법 상 행정심판의 종류		행정소송법 상 행정소송의 종류	
항고 심판	① 취소심판(형성적 쟁송)	항고 소송	① 취소소송(형성적 쟁송, 처분의 위법성 일반이 소송물)
	② 무효등확인심판(준형성적 쟁송)		② 무효등확인소송(준항고소송, 처분 등의 효력유무·존재여부·실효가 소송물)
	③ 의무이행심판(이행쟁송, 처분의 이행의무[작위의무]의 존재가 심판대상) ★ 부작위위법확인심판은 인정되지 않음		③ 부작위위법확인소송(확인소송, 부작위의 위법성이 소송물) ★ 의무이행소송은 작위의무의 존재가 소송물로서 부작위의 적법성이 아님. • 소송종류 열거주의 • 행정소송법에 규정이 없는 소송(비법정·무명항고소송) : ㉠ 의무이행소송, ㉡ 예방적 부작위청구소송, 취소처분 저지소송, ㉢ 작위의무 확인소송, ㉣ 불법행위에 대한 위법확인소송,
기타 심판	행정심판법에는 당사자심판·민중심판·기관심판에 관한 규정이 없고 개별법 상에만 존재	기타 소송	행정소송법에는 당사자소송·민중소송·기관소송 규정 존재

③ (×) 부작위 또는 거부처분이 ⇨ 부작위가

• 제4조(항고소송) 항고소송은 다음과 같이 구분한다.

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

- ④ (×) 행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 취소심판(행정심판법 제5조 제1호)에서, “변경”은 소극적 변경(예 영업정지 3개월을 영업정지 1개월로 변경)뿐 아니라 적극적 변경(예 영업허가취소처분을 영업허가정지처분으로 변경)도 포함된다. 반면, 행정소송의 경우 취소소송에서의 변경은 소극적 변경으로서 일부취소만 가능하다.
- ⑤ (×) 행정소송법상 거부처분 취소소송의 대상인 ‘거부처분’이란 ‘행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용’, 즉 적극적 처분의 발급을 구하는 신청에 대하여 그에 따른 행위를 하지 않았다고 거부하는 행위를 말하고, 부작위위법확인소송의 대상인 ‘부작위’란 ‘행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것’을 말한다(제2조 제1항 제1호, 제2호). 여기에서 ‘처분’이란 행정소송법상 항고소송의 대상이 되는 처분을 의미하는 것으로서, 행정소송법 제2조의 처분의 개념 정의에는 해당한다고 하더라도 그 처분의 근거 법률에서 행정소송 이외의 다른 절차에 의하여 불복할 것을 예정하고 있는 처분은 항고소송의 대상이 될 수 없다. 검사의 불기소결정에 대해서는 검찰청법에 의한 항고와 재항고, 형사소송법에 의한 재정신청에 의해서만 불복할 수 있는 것이므로, 이에 대해서는 행정소송법상 항고소송을 제기할 수 없다(대판 2018.9.28. 2017두47465).

답 ①

## 28 부작위위법확인소송에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따른)

- ① 취소소송의 직권심리에 관한 규정은 부작위위법확인소송에 준용된다.
- ② 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 내지 무응답이라는 소극적인 위법상태 제거를 목적으로 한다.
- ③ 소 제기의 전후를 통하여 판결시까지 행정청이 신청에 대하여 소극의 처분을 하여 부작위상태가 해소된 때에는 소의 이익을 상실하게 된다.
- ④ 행정심판 등 전심절차를 거친 경우 제소기간의 제한을 받지 않는다.
- ⑤ 부작위란 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것을 말한다.

해설

- ① (○) 제26조(직권심리) 규정은 부작위위법확인소송에도 준용됨.  
• 제38조(준용규정) ② 제9조, 제10조, 제13조 내지 제19조, 제20조, 제25조 내지 제27조, 제29조 내지 제31조, 제33조 및 제34조의 규정은 부작위위법확인소송의 경우에 준용한다.
- ② (○) 부작위위법확인소 제도의 취지 : 행정소송법 제4조 제3호에 규정된 부작위위법확인소는 행정청이 당사자의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청에 대하여 상당한 기간 내에 신청을 인용하는 적극적 처분 또는 각하하거나 기각하는 등의 소극적 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우 부작위가 위법하다는 것을 확인함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 또는 무응답이라고 하는 소극적 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 하는 제도이다.
- ③ (○) 부작위위법확인소송의 변론종결시까지 행정청의 처분으로 부작위 상태가 해소된 경우 소의 이익 없으므로 각하 : 부작위위법확인소는 행정청이 국민의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청에 대하여 상당한 기간 내에 그 신청을 인용하는 적극적 처분 또는 각하하거나 기각하는 등의 소극적 처분을 하여야 할 법률상의 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우, 판결(사실심의 구두변론 종결)시를 기준으로 그 부작위의 위법을 확인함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 내지 무응답이라고 하는 소극적인 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 하는 것이므로, 소 제기의 전후를 통하여 판결시까지 행정청이 그 신청에 대하여 적극 또는 소극의 처분을 함으로써 부작위상태가 해소된 때에는 소의 이익을 상실하게 되어 당해 소는 각하를 면할 수가 없는 것이다(대판 1990.9.25. 89누4758).
- ④ (×) 부작위는 계속되고 있는 상태이므로 제소기간의 제한을 받지 않는 것이 원칙이다. 그러나 행정소송법은 제38조 제2항에서 취소소송의 제소기간인 제20조를 준용하고 있다. 이에 대하여 판례는 ㉠ 행정심판을 거치지 않은 경우에는 제소기간의 제한을 받지 않는다고 하고 있으나, ㉡ 행정심판을 거친 경우에는 행정소송법 제20조가 정한 제소기간 내에 부작위위법확인소송을 제기하여야 한다고 본다.  
• 부작위위법확인소의 소는 부작위상태가 계속되는 한 그 위법의 확인을 구할 이익이 있다고 보아야 하므로 원칙적으로 제소기간의 제한을 받지 않는다. 그러나 행정소송법 제38조 제2항이 제소기간을 규정한 같은 법 제20조를 부작위위법확인소송에 준용하고 있는 점에 비추어 보면, 행정심판 등 전심절차를 거친 경우에는 행정소송법 제20조가 정한 제소기간 내에 부작위위법확인소의 소를 제기해야 한다(대판 2009.7.23. 2008두10560).
- ⑤ (○) 부작위위법확인소송의 대상 : 부작위위법확인소송의 대상이 되는 행정청의 부작위라 함은 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것을 말하고, 이 소송은 처분의 신청을 한 자가 제기하는 것이므로 이를 통하여 원고가 구하는 행정청의 응답행위는 행정소송법 제2조 제1항 제1호 소정의 처분에 관한 것이라야 한다(대판 1991.11.8. 90누9391).

답 ④

## 29 취소소송에 있어서 처분사유의 추가·변경에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따른)

- ① 그 허용 기준이 되는 처분사유의 동일성 유무는 사회적 사실관계의 동일성이 아니라 법적으로 평가할 때 동일한지 여부에 따라 결정된다.
- ② 행정청은 처분 이후에 발생한 새로운 사유를 들어 처분사유를 추가·변경할 수는 없다.
- ③ 처분서에 다소 불명확하게 기재하였던 당초 처분사유를 좀 더 구체적으로 설명한 것은 새로운 처분사유를 추가로 주장한 것이 아니다.
- ④ 행정소송법은 처분사유의 추가·변경에 관하여 명문의 규정을 두고 있지 않다.
- ⑤ 처분사유의 추가·변경은 사실심 변론종결시까지만 허용된다.

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 동일한지 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 (○) 위법성 판단의 기준을 처분시로 보는 통설과 판례에 의하면, 추가·변경 사유는 처분 당시에 객관적으로 존재하고 있었던 사유이어야 한다. 즉, 처분 후 소송계속 중에 발생한 사실적·법적 사유를 추가·변경할 수 없다. 이러한 경우에는 계쟁처분을 직권취소하고 이를 대체하는 새로운 처분을 할 수 있다.

• 처분사유의 추가·변경의 허용여부와 한계

개념	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 처분사유 : 처분의 적법성을 유지하기 위해 처분청이 주장하는 처분의 사실적·법적 근거.</li> <li>• 처분사유의 추가·변경 : 행정청이 처분시 처분사유를 밝힌 후 이에 대한 취소소송 심리단계에서 처분의 적법성 유지를 위해 처분 당시 제시된 사유와 다른 사유를 추가하거나 변경.                     <ul style="list-style-type: none"> <li>- 추가·변경되는 사유는 처분시 존재하던 사유일 것.</li> <li>- 행정소송 제기 이후부터 사실심 변론종결시 이전 사이에 문제됨.</li> </ul> </li> </ul>
학설	제한적 인정설(다수설) : 기본적 사실관계의 동일성이 인정되고 원고의 권리방어가 침해되지 않는 한도 내에서 인정.
허용 여부	<p>판례</p> <p>제한적 인정설</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>① 기본적 사실관계의 동일성이 인정되는 한도 내에서만 인정. 처분사유를 법률적 평가 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지 여부에 따라 결정</li> <li>② 추가·변경 사유가 당초 처분시 그 사유를 명기하지 않았을 뿐 처분시에 이미 존재했고 당사자도 그 사실을 알고 있었다는 것만으로 당초의 처분사유와의 동일성이 인정되지는 않음.</li> <li>③ 재량행위, 기속행위 여부는 처분사유 추가·변경 허용범위 기준에 들지 않음</li> </ul>
한계	<ul style="list-style-type: none"> <li>① 허용시기(시간적 한계) : 사실심 변론종결시까지</li> <li>② 추가·변경 기준시점 : 처분시 객관적으로 존재했던 사유 처분 이후 발생한 새로운 사실적·법적 사유로 추가·변경 불가(기존처분을 직권취소하고 이를 대체하는 새로운 처분만 가능)</li> <li>③ 소송물의 범위 내일 것(처분의 동일성이 유지될 것) : 처분사유 추가·변경으로 소송물 변경시 청구가 변경되므로 소의 변경을 해야 함</li> </ul>

- ③ (○) • 행정처분의 취소를 구하는 항고소송에 있어 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서는 다른 사유를 추가하거나 변경할 수도 있으나 기본적 사실관계가 동일하다는 것은 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한 것을 말하며, **처분청이 처분 당시에 적시한 구체적 사실을 변경하지 아니하는 범위 내에서 단지 그 처분의 근거법령만을 추가·변경하거나 당초의 처분사유를 구체적으로 표시하는 것에 불과한 경우에는 새로운 처분사유를 추가하거나 변경하는 것이라고 볼 수 없다**(대판 2007.2.8. 2006두4899).
  - 폐기물 중간처리업체인 갑 주식회사가 소각시설을 허가받은 내용과 달리 설치하거나 증설한 후 허가받은 처분능력의 100분의 30을 초과하여 폐기물을 과다소각하였다는 이유로 한강유역환경청장으로부터 과징금 부과처분을 받았는데, 갑 회사가 이를 취소해 달라고 제기한 소송에서 한강유역환경청장이 '갑 회사는 변경허가를 받지 않은 채 소각시설을 무단 증설하여 과다소각하였으므로 구 폐기물관리법 시행규칙 제29조 제1항 제2호 (마)목 등 위반에 해당한다'고 주장하자 갑 회사가 이는 허용되지 않는 처분사유의 추가·변경에 해당한다고 주장한 사안에서, 한강유역환경청장의 위 주장은 **소송에서 새로운 처분사유를 추가로 주장한 것이 아니라, 처분서에 다소 불명확하게 기재하였던 '당초 처분사유'를 좀 더 구체적으로 설명한 것**이라고 한 사례(대판 2020.6.11. 2019두49359).
- ④ (○) 행정소송법에는 처분사유의 추가·변경에 관한 명문 규정이 없으며, 학설의 다수설과 판례는 제한적 인정설을 취한다.
- ⑤ (○) 처분사유의 추가·변경은 행정소송 제기 이후부터 사실심 변론종결시 이전 사이에 문제됨.

답 ①

30 취소소송의 심리 및 판결에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따른)

- ① 직권주의가 가미되어 있다고 하더라도 여전히 변론주의를 기본구조로 한다.
- ② 직권조사사항을 제외하고는 취소를 구하는 자가 위법사유에 해당하는 구체적 사실을 먼저 주장하여야 한다.
- ③ 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있다.
- ④ 법원은 필요하다고 인정할 때에는 당사자가 주장하지 아니하는 사실에 대하여도 판단할 수 있다.
- ⑤ 불고불리의 원칙이 적용되지 않으므로 법원은 당사자가 청구한 범위를 넘어서까지 판결을 할 수 있다.

해설

- ①② (○) 행정소송법 제26조는 "법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다."고 하여 직권탐지주의를 가미하고 있다. 대법원은 "행정소송에 있어서 **직권주의가 가미되어 있다고 하여도 여전히 당사자주의·변론주의를 그 기본구조로 하는 이상, 행정처분의 위법을 들어 그 취소를 청구함에 있어서는 직권조사사항을 제외하고는 그 위법한 구체적인 사실을 먼저 주장하여야 할 것이다.** 행정소송에 있어서 특단의 사정이 있는 경우를 제외하면 당해 행정처분의 적법성에 관하여는 당해 처분청이 이를 주장·입증하여야 할 것이나 행정소송에 있어서 직권주의가 가미되어 있다고 하여도 **여전히 당사자주의·변론주의를 그 기본구조로 하는 이상 행정처분의 위법을 들어 그 취소를 청구함에 있어서는 직권조사사항을 제외하고는 그 위법된 구체적인 사실을 먼저 주장하여야 할 것이다**(대판 1994.11.25. 94누9047).
- ③④ (○) 행정소송법 제26조
  - 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·제출책임은 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.	

⑤ (x) 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.

답 ⑤

31 행정소송법 상 확정판결의 기속력에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 처분을 취소하는 확정판결의 기속력은 당사자인 행정청에 대해서만 미친다.
- ② 기속력은 판결주문의 전제가 되는 처분등의 구체적 위법사유에 관한 이유 중의 판단에 대하여도 인정된다.
- ③ 거부처분을 취소하는 판결이 확정된 경우 처분청이 사실심 변론 종결 이후의 사유를 내세워 다시 거부처분을 하는 것은 기속력에 저촉된다.
- ④ 기속력에 저촉되는 행정처분이 당연무효인 것은 아니다.
- ⑤ 무효등확인소송의 기각판결은 기속력이 있다.

**해설**

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

② (○) 행정소송법 30조 1항에 의하여 인정되는 취소소송에서 처분 등을 취소하는 확정판결의 기속력은 주로 판결의 실효성 확보를 위하여 인정되는 효력으로서 **판결의 주문뿐만 아니라 그 전제가 되는 처분 등의 구체적 위법사유에 관한 이유 중의 판단에 대하여도 인정된다**(대판 2001.3.23. 99누5238).

③ (x) 판결취지에 따른 재처분의무는 원고의 신청대로 재처분한다는 것은 아니다. 따라서 신청을 인용하거나 취소된 거부처분과 다른 사유를 들거나 거부처분사유에 존재하는 위법사유를 보완하여 다시 거부처분을 할 수 있다. 거부처분 취소 확정판결 이후 법령 개정시 개정된 법령을 근거로 다시 거부처분이 가능하다.

• 거부처분 취소의 확정판결을 받은 행정청이 거부처분 후에 법령이 개정·시행된 경우, 새로운 사유로 내세워 다시 거부처분을 한 경우도 행정소송법 제30조 제2항 소정의 재처분에 해당(기속력 위반 아님) : 행정처분의 적법 여부는 그 행정처분이 행하여진 때의 법령과 사실을 기준으로 하여 판단하는 것이므로 거부처분 후에 법령이 개정·시행된 경우에는 개정된 법령 및 허가기준을 새로운 사유로 들어 다시 이전의 신청에 대한 거부처분을 할 수 있으며 그러한 처분도 행정소송법 30조 2항에 규정된 재처분에 해당된다. 건축불허가처분을 취소하는 판결이 확정된 후 국토이용관리법시행령이 준농림지역 안에서의 행위제한에 관하여 지방자치단체의 조례로써 일정지역에서 숙박업을 영위하기 위한 시설의 설치를 제한할 수 있도록 개정된 경우, 당해 지방자치단체장이 위 처분 후에 개정된 시법령에서 정한 사유를 들어 새로운 거부처분을 한 것은 행정소송법 30조 2항 소정의 확정판결의 취지에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 한 경우에 해당한다(대결 1998.1.7.자 97두22).

\* cf) 취소소송에서 처분 등을 취소하는 확정판결의 기속력의 범위 및 거부처분에 대한 취소판결이 확정된 경우 행정청이 사실심 변론종결 이전의 사유를 내세워 다시 거부처분을 할 수 없다.(○)

④ (x) 취소소송 확정판결의 당사자인 처분행정청이 그 행정소송의 사실심 변론종결 이전의 사유를 내세워 다시 확정판결과 저촉되는 행정처분을 하는 것은 허용되지 않는 것으로서, 이러한 행정처분은 그 하자가 중대하고도 명백한 것이어서 당연무효라 할 것이다(대판 1990.12.11. 90누3560). 즉 기속력을 위반한 처분은 당연무효이다(대결 2002.12.11.자 2002두22).

⑤ (x) 기속력은 인용판결에 인정되며 기각판결에는 인정되지 않음

답 ②

32 행정소송법상 판결 및 재심청구에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 부적법한 소로서 그 흠을 보정할 수 없는 경우에는 판결로 청구를 기각한다.
- ② 취소판결이 확정되면 당사자가 사실심의 변론종결시를 기준으로 그때까지 제출하지 않은 공격방어방법은 그 뒤 다시 동일한 소송을 제기하여 이를 주장할 수 없다.
- ③ 당사자소송의 인용판결에 대하여 제3자는 확정판결이 있음을 안 날로부터 30일 이내에 재심을 청구할 수 있다.
- ④ 자기에 책임있는 사유로 취소소송에 참가하지 못했던 제3자도 판결의 결과에 영향을 미칠 공격 또는 방어방법을 제출하지 못한 때에는 재심을 청구할 수 있다.
- ⑤ 무효확인판결이 확정된 날로부터 180일이 지나면 제3자는 재심을 청구할 수 없다.

**해설**

① (x) 부적법한 소로서 그 흠을 보정할 수 없는 경우에는 변론 없이 판결로 소를 **각하**할 수 있다(소송판결, 각하판결)

② (○) 확정된 중국판결은 그 기판력으로서 당사자가 사실심의 변론종결시를 기준으로 그때까지 제출하지 않은 공격방어방법은 그 뒤 다시 동일한 소송을 제기하여 이를 주장할 수 없다(대판 1992.2.25. 91누6108).

③ (x) 제31조(제3자에 의한 재심청구)는 당사자 소송에 준용되지 않는다.

• 제44조(준용규정) ① 제14조 내지 제17조, 제22조, 제25조, 제26조, 제30조제1항, 제32조 및 제33조의 규정은 당사자소송의 경우에 준용한다.

- ④ (×) 책임있는 ⇨ 책임없는
- ⑤ (×) 180일 ⇨ 1년

• 행정소송법

제31조(제3자에 의한 재심청구)

- ① 처분등을 취소하는 판결에 의하여 권리 또는 이익의 침해 받은 제3자는 자기에게 책임없는 사유로 소송에 참가하지 못함으로써 판결의 결과에 영향을 미칠 공격 또는 방어방법을 제출하지 못한 때에는 이를 이유로 확정된 중국판결에 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 ②

33 행정소송법 상 소송비용에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 취소소송 계속 중 행정청이 처분등을 취소하여 그 청구가 각하된 경우에 소송비용은 피고의 부담으로 한다.
- ② 사정판결을 한 경우 소송비용은 피고의 부담으로 한다.
- ③ 소송비용에 관한 재판이 확정된 때에는 피고였던 행정청이 소속하는 국가에 효력을 미친다.
- ④ 소송참가인이었던 행정청이 소속하는 공공단체에는 소송비용 재판의 효력이 미치지 않는다.
- ⑤ 소송비용에 관한 행정소송법의 규정은 당사자소송에도 준용된다.

해설

- ①② (○) 제32조(소송비용의 부담) 취소청구가 제28조(사정판결)의 규정에 의하여 기각되거나 행정청이 처분등을 취소 또는 변경함으로써 청구가 각하 또는 기각된 경우에는 소송비용은 피고의 부담으로 한다.
- ③ (○), ④ (×) 제33조(소송비용에 관한 재판의 효력) 소송비용에 관한 재판이 확정된 때에는 피고 또는 참가인이었던 행정청이 소속하는 국가 또는 공공단체에 그 효력을 미친다.
- ⑤ (○) 제44조(준용규정) ① 제14조 내지 제17조, 제22조, 제25조, 제26조, 제30조제1항, 제32조 및 제33조의 규정은 당사자소송의 경우에 준용한다.

답 ④

34 법령을 위반한 폐기물처리업자 甲에 대하여 A군수가 3개월의 영업정지 처분을 하자 甲은 취소소송을 제기하였다. 이에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 취소소송을 제기한 때부터 처분의 효력은 정지된다.
- ② 3개월의 영업정지 기간이 재량권을 넘는 과도한 것이라면 법원은 적정하다고 인정되는 기간을 초과한 부분에 한하여 처분을 취소하여야 한다.
- ③ 소송이 제기된 후 A군수가 영업정지 기간을 1개월로 변경한 경우 그 날로부터 60일 이내에 甲은 처분변경으로 인한 소의 변경을 신청할 수 있다.
- ④ 취소판결이 확정되면 A군수는 판결에 기속되나, 그 밖에 위법한 결과가 있더라도 이를 제거하는 조치를 할 의무는 없다.
- ⑤ 재량권 일탈·남용에 해당하는 특별한 사정은 이를 주장하는 甲이 증명하여야 한다.

해설

- ① (×) 집행부정지가 원칙이고, 법원은 직권이나 당사자의 신청에 따라 집행정지결정 가능.  
• 행정소송법 제23조(집행정지) ① 취소소송의 제기는 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다.
- ② (×) 행정청이 영업정지처분을 함에 있어서 그 정지기간을 어느 정도로 할 것인지는 행정청의 재량권에 속하는 사항인 것이며, 다만 그것이 공익의 원칙이나 평등의 원칙 또는 비례의 원칙 등에 위반하여 재량권의 한계를 벗어난 재량권남용에 해당하는 경우에만 위법한 처분으로서 사법심사의 대상이 되는 것이나, 법원에서는 영업정지처분이 재량권 남용이라고 판단될 때에는 위법한 처분으로서 그 처분의 취소를 명할 수 있을 뿐이고, 재량권의 한계내에서 어느 정도가 적정한 영업정지 기간인지를 가리는 일은 사법심사의 범위를 벗어나는 것이며, 그 권한 밖의 일이라고 할 것이므로, 이 사건영업정지처분 중 적정한 영업정지 기간을 초과하는 부분만 취소하지 아니하고 전부를 취소하는 것은 이유모순이라는 논지도 받아들일 수 없다(대판 1982.9.28. 82누2).
- ③ (×) 그 날로부터 ⇨ 처분의 변경이 있음을 안 날로부터  
• 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.
- ④ (×) 어떤 행정처분을 위법하다고 판단하여 취소하는 판결이 확정되면 행정청은 취소판결의 기속력에 따라 그 판결에서 확인된 위법사유를 배제한 상태에서 다시 처분을 하거나 그 밖에 위법한 결과를 제거하는 조치를 할 의무가 있다(대판 2020.4.9. 2019두49953).
- ⑤ (○) 행정청의 전문적인 정성적 평가 결과는 그 판단의 기초가 된 사실인정에 중대한 오류가 있거나 그 판단이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 객관적으로 불합리하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 법원이 그 당부를 심사하기에 적절하지 않으므로 가급적 존중되어야 하고, 여기에 재량권을 일탈·남용한 특별한 사정이 있다는 점은 증명책임분배의 일반원칙에 따라 이를 주장하는 자가 증명하여야 한다(대판 2020.7.9. 2017두39785).

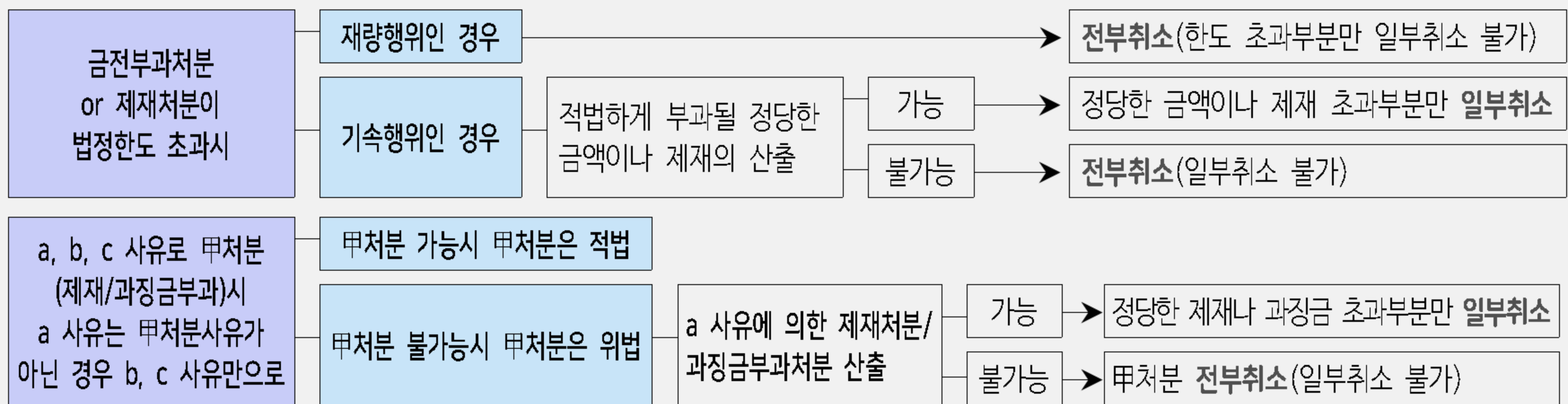
답 ⑤

35 행정소송법상 '처분을 취소 또는 변경하는 소송'의 판결에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 처분이 위법하지는 않더라도 부당하다고 인정할 때에는 일부 취소의 판결을 할 수 있다.
- ② 법원은 행정처분 당시 행정청이 알고 있었던 자료만을 종합하여 처분 당시 존재하였던 객관적 사실을 확정하고 그 사실에 기초하여 판단하여야 한다.
- ③ 하나의 제재처분의 사유가 된 여러 개의 위반행위 중 일부의 위반행위에 대한 제재처분 부분만이 위법하더라도 법원은 제재처분의 가분성에 관계없이 그 전부를 취소하여야 한다.
- ④ 여러 개의 상이에 대한 국가유공자 요건 비해당결정처분에서 그 중 일부 상이에 대해서만 국가유공자 요건이 인정될 경우 법원은 비해당결정처분 전부를 취소하여야 한다.
- ⑤ 과세처분취소소송에서 적법하게 부과될 정당한 세액이 산출되는 때에는 그 정당한 세액을 초과하는 부분만 취소하여야 할 것이고 전부를 취소할 것이 아니다.

해설

- ① (x) 취소판결은 위법한 경우에 가능. 부당한 경우는 취소판결 불가.
- ② (x) 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 개편이나 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)
- ③ (x) 행정청이 여러 개의 위반행위에 대하여 하나의 제재처분을 하였으나, 위반행위별로 제재처분의 내용을 구분하는 것이 가능하고 여러 개의 위반행위 중 일부의 위반행위에 대한 제재처분 부분만이 위법하다면, 법원은 그 제재처분 중 위법성이 인정되는 부분만 취소하여야 하고 그 제재처분 전부를 취소하여서는 아니 된다(대판 2020.5.14. 2019두63515).
- ④ (x) 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제4조 제1항 제6호 등 관련 법령의 내용, 형식 및 입법취지를 비롯하여 국가유공자등록신청 당시 신청인이 여러 개의 상이를 주장함으로써 국가유공자요건의 관련 사실을 확인하는 과정에서 여러 개의 상이가 문제 되는 경우 각각의 상이 별로 국가유공자요건에 해당하는지 여부에 대한 심사가 이루어지는 점, 이에 따라 법의 적용대상자로 될 상이를 입은 것이 아닌 사람 또는 국가유공자요건이 인정되지 않은 상이에 대하여는 상이등급의 판정을 위한 신체검사를 실시하지 아니하는 점, 나아가 여러 개의 상이를 주장하면서 국가유공자등록신청을 한 신청인의 의사는 단지 국가유공자로 등록되는 데 그치는 것이 아니라 교육훈련 또는 직무수행 중 입은 각각의 상이의 정도와 그 상이등급에 상응하는 국가유공자로 등록해 줄 것을 구하는 것이라고 봄이 타당한 점, 외형상 하나의 행정처분이라 하더라도 가분성이 있거나 그 처분대상의 일부가 특정될 수 있다면 그 일부만의 취소도 가능하고 그 일부의 취소는 당해 취소부분에 관하여 효력이 생긴다고 할 것인 점 등을 종합하면, 여러 개의 상이에 대한 국가유공자요건비해당처분에 대한 취소소송에서 그 중 일부 상이가 국가유공자 요건이 인정되는 상이에 해당하더라도 나머지 상이에 대하여 위 요건이 인정되지 아니하는 경우에는 국가유공자요건비해당처분 중 위 요건이 인정되는 상이에 대한 부분만을 취소하여야 할 것이고, 그 비해당처분 전부를 취소할 수는 없다고 할 것이다(대판 2012.3.29. 2011두9263).
- ⑤ (○) 과세처분취소소송에 있어 처분의 적법 여부는 정당한 세액을 초과하느냐의 여부에 따라 판단되는 것으로서, 당사자는 사실심 변론종결시까지 객관적인 조세채무액을 뒷받침하는 주장과 자료를 제출할 수 있고, 이러한 자료에 의하여 적법하게 부과될 정당한 세액이 산출되는 때에는 그 정당한 세액을 초과하는 부분만 취소하여야 할 것이고 전부를 취소할 것이 아니지만, 상속재산 일부에 대하여도 적법한 가액평가의 자료가 없어서 정당한 상속세액을 산출할 수 없는 경우에는 과세처분 전부를 취소할 수밖에 없다(대판 1992.7.24. 92누4840).



답 ⑤

36 행정소송법상 사정판결에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ㉠ 취소소송에서 행정심판의 재결을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 법원은 원고의 청구를 기각할 수 있다.
- ㉡ 사정판결에 관한 규정은 무효등확인소송과 부작위위법확인소송에는 준용되지 않는다.
- ㉢ 사정판결에서 공공복리 적합 여부에 관한 판단은 처분시를 기준으로 한다.
- ㉣ 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여 법원이 직권으로 판단하여 사정 판결을 할 수는 없다.

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

해설

㉠ (○) 사정판결은 처분이나 재결에 대한 취소소송에서 인정됨.

행정소송법

제28조(사정판결) ① 원고의 청구가 이유있다고 인정하는 경우에도 처분등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 법원은 원고의 청구를 기각할 수 있다. 이 경우 법원은 그 판결의 주문에서 그 처분등이 위법함을 명시하여야 한다.

제2조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "처분등"이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용(이하 "處分"이라 한다) 및 행정심판에 대한 재결을 말한다.

㉡ (○) 행정소송 중 사정판결은 취소소송에만 인정됨(행정심판의 경우 취소심판과 의무이행심판에 인정됨).

㉢ (×)

• 사정판결의 경우 처분의 위법성과 사정판결 필요성 판단의 기준시

- 사정판결의 위법성 판단: 처분시 기준
- 사정판결의 필요성 판단: 변론종결시(판결시) 기준(사실심변론종결시 X)

• 항고소송의 위법 판단의 기준시

- 취소소송·무효등확인소송에서 처분의 위법성 판단: 처분시 기준
- 부작위위법확인소송에서 부작위의 위법성 판단: 판결시(사실심변론종결시)

㉤ (×) 행정소송법 26조, 28조 1항 전단의 각 규정에 비추어 행정소송에 있어서 법원이 사정판결을 할 필요가 있다고 인정하는 때에는 당사자의 명백한 주장이 없는 경우에도 일건기록에 나타난 사실을 기초로 하여 직권으로 사정판결을 할 수 있다(대판 1992.2.14. 90누9032).

답 ①

37 행정소송법상 제3자에 대하여도 효력이 있는 것을 모두 고른 것은?

- ㉠ 현역병 입영처분의 효력을 정지하는 결정
- ㉡ 부가가치세 환급세액의 지급을 명하는 판결
- ㉢ 지방세부과처분의 취소청구를 기각하는 판결
- ㉤ 귀화허가 신청에 대한 행정청의 부작위가 위법하다고 확인하는 판결

① ㉠, ㉢

② ㉠, ㉤

③ ㉡, ㉢

④ ㉠, ㉡, ㉤

⑤ ㉡, ㉢, ㉤

해설

• 취소소송 인용판결의 제3자효의 확장: ① 무효등확인소송과 부작위위법확인소송의 인용판결에도 준용됨(당사자소송에는 준용 안 됨).  
② 집행정지결정이나 집행정지의 취소의 결정의 경우에도 준용됨.

㉠ (○) 집행정지결정에도 취소판결의 제3자효 규정이 준용됨.

• 제29조(취소판결등의 효력)

- ① 처분등을 취소하는 확정판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다.
- ② 제1항의 규정은 제23조의 규정에 의한 집행정지의 결정 또는 제24조의 규정에 의한 그 집행정지결정의 취소결정에 준용한다.

㉡ (×) 부가가치세 환급세액 지급 청구소송은 당사자소송이며, 당사자소송의 판결에는 취소판결의 제3자효 규정(제29조 1항)은 적용되지 않음.

• 제44조(준용규정) ① 제14조 내지 제17조, 제22조, 제25조, 제26조, 제30조제1항, 제32조 및 제33조의 규정은 당사자소송의 경우에 준용한다.

㉢ (×) 취소판결의 제3자효는 인용판결에 인정되며 기각판결에는 인정되지 않는다.

㉤ (○) 부작위위법확인소송의 경우에도 취소판결의 제3자효 규정(제29조 1항)이 적용된다.

• 제38조(준용규정) ② 제9조, 제10조, 제13조 내지 제19조, 제20조, 제25조 내지 제27조, 제29조 내지 제31조, 제33조 및 제34조의 규정은 부작위위법확인소송의 경우에 준용한다.

답 ②

38 항고소송의 당사자 및 소송참가에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 원고가 피고를 잘못 지정한 때에는 법원은 원고의 신청에 의하여 결정으로써 피고의 경정을 허가할 수 있다.
- ② 피고경정의 허가가 있는 때에는 종전의 피고에 대한 소송은 각하된 것으로 본다.
- ③ 피고경정의 신청을 각하하는 결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다.
- ④ 법원은 직권으로 제3자나 다른 행정청을 소송에 참가시킬 수 있다.
- ⑤ 소송참가 신청을 한 제3자는 그 신청을 각하한 결정에 대하여 즉시항고할 수 있다.

해설

② (×) 각하 ⇨ 취하

┌ 소의 각하(却下): 소송요건 불충족으로 부적법하다고 판단시 청구 내용에 관한 판단 없이 소송을 종결시키는 법원의 판결.

└ 소의 취하(取下): 원고가 소의 전부나 일부를 철회하는 법원에 대한 단독적 소송행위.

• 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.

**제16조(제3자의 소송참가)**

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

**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.

답 ②

**39 행정소송에서의 증명 또는 소명책임에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?**(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 무효확인소송에서 처분이 무효인 사유를 증명할 책임은 원고에게 있다.
- ② 거부처분 취소소송에서 그 처분사유에 관한 증명책임은 원고에게 있다.
- ③ 어느 사업연도의 소득에 대한 과세처분의 적법성이 다투어지는 경우 과세관청은 과세 소득이 있다는 사실 및 그 소득이 그 사업연도에 귀속된다는 사실을 증명하여야 한다.
- ④ 집행정지의 소극적 요건에 대한 소명책임은 행정청에게 있다.
- ⑤ 과세처분취소소송에서 과세대상이 된 토지가 비과세 혹은 면제대상이라는 점을 이를 주장하는 납세의무자에게 증명책임이 있다.

**해설**

- ① (○) 행정처분의 당연무효를 주장하여 그 무효확인을 구하는 행정소송에 있어서는 원고에게 그 행정처분이 무효인 사유를 주장·입증할 책임이 있다(대판 2010.5.13. 2009두3460).
- ② (×) 처분의 적법성에 대한 입증책임은 처분청(피고)에게 있음. 거부처분시 거부처분 사유의 입증책임은 피고 행정청에게 있음.
  - 소극적 처분[거부처분] (예 영업허가거부처분)에 대한 취소소송에서
    - ㉠ 소극적 처분의 사유에 관한 입증책임(권한불행사 규정의 요건사실 입증책임)은 거부처분을 한 처분청인 피고에게 있음(거부처분 사유의 입증).
    - ㉡ 권한 행사규정의 요건사실에 대한 입증책임(예 영업허가의 정당성 주장)은 원고인 거부처분의 상대방에게 있음.

구분	권한 행사[근거]규정(~한 때에는 ~의 처분을 할 수 있다)의 요건사실 입증(권한행사의 정당성을 주장하는 자가 입증)	권한 불행사[장애·소멸]규정(~한 때에는 ~의 처분을 할 수 없다)의 요건사실 입증(권한 불행사·장애를 주장하는 자가 입증)
적극적 처분 (예 영업정지처분, 과세처분)	처분권한의 행사를 주장하는 피고(행정청) 예 영업정지처분/과세처분 해당 사유를 입증	처분권한의 불행사를 주장하는 원고 예 과세처분시 면세자임을 입증, 영업정지 사유가 없음을 입증
소극적 처분(거부처분) (예 허가신청 거부처분)	처분권한의 행사(허가의 정당성)를 주장하는 원고 예 허가처분 해당사유를 입증	처분권한의 불행사(거부처분 정당성)를 주장하는 피고(행정청) 예 허가거부처분 해당사유를 입증

- ③ (○) 과세처분의 적법, 과세요건사실의 존재는 과세관청이 입증
  - 과세처분의 적법성에 대한 증명책임은 과세관청에 있으므로 어느 사업연도의 소득에 대한 과세처분의 적법성이 다투어지는 경우 과세관청으로서 과세소득이 있다는 사실 및 그 소득이 그 사업연도에 귀속된다는 사실을 증명하여야 하며, 그 소득이 어느 사업연도에 속한 것인지 확정하기 곤란하다 하여 과세대상 소득의 확정시기와 관계없이 과세관청이 그 과세소득을 조사·확인한 대상 사업연도에 소득이 귀속되었다고 할 수는 없다(대판 2000.2.25. 98두1826).

④ (○) ✖ 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

- ⑤ (○) 과세처분취소소송에서 비과세·면세대상, 소득세법상 소득공제, 세액공제 원인사실, 필요경비 중 특별경비 등은 이를 주장하는 원고(납세의무자)에게 증명책임이 있다.

답 ②

입증책임의 사례		
비고	원고의 입증책임	피고 행정청의 입증책임
권한행사[권한근거] 규정 요건사실	소극적 처분(예 허가거부처분) 취소소송에서 처분권한의 행사(예 허가의 정당성)를 주장하는 원고 예 허가처분 해당사유를 입증	적극적 처분(예 영업정지처분, 과세처분) 취소소송에서 처분권한의 행사를 주장하는 피고(행정청) 예 영업정지처분/과세처분 해당 사유를 입증
권한불행사[장애·소멸] 규정 요건사실	적극적 처분(예 영업정지처분, 과세처분) 취소소송에서 처분권한의 불행사를 주장하는 원고 예 과세처분시 면세자임을 입증/ 영업정지 사유가 없음을 입증	소극적 처분(예 허가거부처분) 취소소송에서 처분권한의 불행사(거부처분 정당성)를 주장하는 피고(행정청) 예 허가거부처분 해당사유를 입증
처분	처분의 위법, 재량의 일탈·남용	처분의 적법, 송달, 처분절차의 적법(준수)
과세처분	비과세·면세대상, 소득세법상 소득공제, 세액공제 원인사실, 필요경비 중 특별경비 등	과세처분의 적법, 과세요건사실의 존재
기타	<ul style="list-style-type: none"> <li>집행정지의 적극적 요건(본안소송이 적법하게 계속 중일 것, 처분 등의 존재, 신청인 적격, 신청이익의 존재, 회복하기 어려운 손해발생의 우려, 긴급한 필요)의 충족 주장·소명.</li> <li>정보공개거부취소소송에서 공개를 구하는 정보를 행정기관이 보유·관리하고 있을 상당한 개연성이 있다는 점</li> <li>처분존재, 제소기간 준수 등 소송요건은 법원의 직권조사사항이지만 불명확시 원고가 입증</li> <li>신뢰보호원칙의 요건 충족</li> <li>행정재산이 공용폐지되어 취득시효의 대상이라는 사실</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>집행정지의 소극적 요건(공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 없을 것, 본안청구의 이유 없음이 명백하지 않을 것)의 불충족을 주장·소명.</li> <li>정보공개거부취소소송에서 비공개사유(정보공개법 9조 1항 몇호인지), 정보를 더 이상 보유·관리 않고 있다는 점</li> <li>사정재결·사정판결의 필요성</li> <li>대집행의 요건 충족</li> </ul>
무효등확인소송	처분등의 무효·부존재·실효 입증	
부작위위법확인소송	일정한 처분을 신청한 사실, 법규상·조리상 신청권의 존재, 상당한 기간이 경과했다는 것을 입증	상당한 기간이 경과한 것에 대하여 이를 정당화 할 특별한 사유가 있었다는 것을 입증

\*소송요건은 법원의 직권조사사항. 불분명시 원고가 입증.

#### 40 행정소송법상 간접강제를 할 수 있는 판결은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 토지의 수용재결을 취소하는 판결
- ② 기반시설부담금 부과처분의 일부를 취소하는 판결
- ③ 건축허가의 신청에 대한 행정청의 부작위가 위법함을 확인하는 판결
- ④ 재개발조합 설립인가 신청에 대한 거부처분이 무효임을 확인하는 판결
- ⑤ 지방자치단체에 대하여 소속 공무원의 초과근무수당 지급을 명령하는 판결

#### 해설

• 간접강제의 적용 대상 판결 : 거부처분취소판결, 부작위위법확인판결

• 행정소송법  
**제34조(거부처분취소판결의 간접강제)** ① 행정청이 제30조 제2항의 규정에 의한 처분을 하지 아니하는 때에는 제1심 수소법원은 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 상당한 기간을 정하고 행정청이 그 기간 내에 이행하지 아니하는 때에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상을 할 것을 명할 수 있다.  
**제30조(취소판결등의 기속력)** ② 판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.  
**제38조(준용규정)** ② 제9조, 제10조, 제13조 내지 제19조, 제20조, 제25조 내지 제27조, 제29조 내지 제31조, 제33조 및 제34조의 규정은 부작위위법확인소송의 경우에 준용한다.

- ①② (×) 거부처분에 대한 취소판결이 아니므로 간접강제 대상이 아님
- ③ (○) 부작위위법확인판결로 간접강제 대상
- ④ (×) 무효등확인소송에는 간접강제 규정이 준용되지 않음 (\* 무-전기사건/ 부-처집사)
- ⑤ (×) 공무원이 초과근무수당 지급을 구하는 소송은 당사자소송이다. 당사자소송의 판결에는 간접강제 규정이 준용되지 않는다.

답 ③