

행정소송법 2018 기출해설

01

정답 1번

- ① [대법원 1993.3.12, 92누11039] 행정처분의 당연무효를 선언하는 의미에서 그 취소를 구하는 행정소송을 제기한 경우에도 제소기간의 준수 등 취소소송의 제소요건을 갖추어야 하는 것이므로, 원고가 주위적 청구로 이 사건 이의재결의 취소를 구하고 있는 이상 그 취지가 위 이의재결의 당연무효를 선언하는 의미에서 취소를 구하는 것이라 하더라도 토지수용법 제75조의2 소정의 제소기간을 준수하여야 할 것인데 기록에 의하면 원고는 당초 원재결의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였다가 이 사건 이의신청에 대한 재결서를 받고서도 그때부터 1월이 훨씬 지난 뒤인 1990.11.1.에야 청구취지를 이의재결의 취소를 구하는 것으로 변경한 사실이 분명하므로 결국 이 사건 소송은 불변기간을 넘어서 제기된 것으로 부적법하고 그 흠결은 보정될 수 없는 것이라고 하겠다.
- ② 취소소송은 위법한 처분 등을 대상으로 하기 때문에(동법 제4조 제1호), 계쟁처분이 위법하지 않고 적법하거나 단순한 부당에 그친 경우에는 기각판결을 하여야 한다.
- ③ 행정소송법에는 판결서의 형식에 대한 규정이 없고, 민사소송법을 준용하고 있다(동법 제8조 제2항, 민사소송법 제208조 제1항).

민사소송법

제208조(판결서의 기재사항 등) ①판결서에는 다음 각호의 사항을 적고, 판결한 법관이 서명날인하여야 한다.

1. 당사자와 법정대리인
2. 주문
3. 청구의 취지 및 상소의 취지
4. 이유
5. 변론을 종결한 날짜. 다만, 변론 없이 판결하는 경우에는 판결을 선고하는 날짜
6. 법원

- ④ 판결은 도달시가 아니라 선고시에 그 효력이 생긴다(동법 제8조 제2항, 민사소송법 제205조).

민사소송법

제205조(판결의 효력발생) 판결은 선고로 효력이 생긴다.

- ⑤ 취소소송의 일부를 종료시키는 판결은 “일부판결”로서, 종국판결의 일종이다(동법 제8조 제2항, 민사소송법 제200조). 예컨대 복수의 인근주민들이 연탄공장에 대한 영업허가 취소소송을 제기한 경우에, 법원은 그 중 일부 원고에 대해서는 인근주민성이 부인됨을 이유로 먼저 소각하판결을 할 수 있다. 일부판결은 중간판결과 구별하여야 한다.

민사소송법

제200조(일부판결) ①법원은 소송의 일부에 대한 심리를 마친 경우 그 일부에 대한 종국판결을 할 수 있다.

②변론을 병합한 여러 개의 소송 가운데 한 개의 심리를 마친 경우와, 본소(本訴)나 반소의 심리를

마친 경우에는 제1항의 규정을 준용한다.

*** 중간판결과 종국판결**

1. 중간판결 : 종국판결을 하기에 앞서 소송진행 중 당사자 간에 쟁점이 된 사항에 대하여 미리 정리·판단하여 종국판결을 용이하게 하고 이를 준비하는 판결을 말한다.
2. 종국판결 : 소송이 제기된 사건 자체를 그 심급으로서 완결하는 판결을 말한다. 종국판결은 소의 적법요건에 대한 판단인가 혹은 청구의 당부에 대한 판단인가에 따라 소송판결(각하판결)과 본안판결(기각판결·인용판결)로 구별된다.

02

정답 5번

① [대법원 2007. 9. 20., 선고, 2005두6935, 판결] 건설교통부장관은 지방자치단체의 장이 기관위임사무인 국토이용계획 사무를 처리함에 있어 자신과 의견이 다를 경우 행정협의조정위원회에 협의·조정 신청을 하여 그 협의·조정 결정에 따라 의견불일치를 해소할 수 있고, 법원에 의한 판결을 받지 않고서도 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정이나 구 지방자치법에서 정하고 있는 지도·감독을 통하여 직접 지방자치단체의 장의 사무처리에 대하여 시정명령을 발하고 그 사무처리를 취소 또는 정지할 수 있으며, 지방자치단체의 장에게 기간을 정하여 직무이행명령을 하고 지방자치단체의 장이 이를 이행하지 아니할 때에는 직접 필요한 조치를 할 수도 있으므로, 국가가 국토이용계획과 관련한 지방자치단체의 장의 기관위임사무의 처리에 관하여 지방자치단체의 장을 상대로 취소소송을 제기하는 것은 허용되지 않는다.

② [대법원 1998.5.8. 97누15432] 행정심판법 제37조(현 제49조) 제1항에 '재결은 피청구인인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다'고 규정하고 있으므로 이에 따라 처분행정청은 재결에 기속되어 재결의 취지에 따른 처분 의무를 부담하게 되므로 이에 불복하여 항고소송을 제기할 수 없다 할 것이며, 이 규정이 지방자치의 내재적 제약의 범위를 일탈하여 헌법상의 지방자치의 제도적 보장을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

③ [대법원 2014. 2. 21., 선고, 2011두29052, 판결] 환경부장관이 생태·자연도 1등급으로 지정되었던 지역을 2등급 또는 3등급으로 변경하는 내용의 생태·자연도 수정·보완을 고시하자, 인근 주민 甲이 생태·자연도 등급변경처분의 무효 확인을 청구한 사안에서, 생태·자연도의 작성 및 등급변경의 근거가 되는 구 자연환경보전법 제34조 제1항 및 그 시행령 제27조 제1항, 제2항에 의하면, 생태·자연도는 토지이용 및 개발계획의 수립이나 시행에 활용하여 자연환경을 체계적으로 보전·관리하기 위한 것일 뿐, 1등급 권역의 인근 주민들이 가지는 생활상 이익을 직접적이고 구체적으로 보호하기 위한 것이 아님이 명백하고, 1등급 권역의 인근 주민들이 가지는 이익은 환경보호라는 공공의 이익이 달성됨에 따라 반사적으로 연계 되는 이익에 불과하므로, 인근 주민에 불과한 甲은 생태·자연도 등급권역을 1등급에서 일부는 2등급으로, 일부는 3등급으로 변경한 결정의 무효 확인을 구할 원고적격이 없다고 본 원심판단을 수긍한 사례.

④ [대법원 1963. 8. 31., 선고, 63누101, 판결] 원고에 대한 공중목욕장업 경영 허가는 경찰금지의 해제로 인한 영업자유의 회복이라고 볼 것이므로 이 영업의 자유는 법률이 직접 공중목욕장업 피허

가자의 이익을 보호함을 목적으로 한 경우에 해당되는 것이 아니고 법률이 공중위생이라는 공공의 복리를 보호하는 결과로서 영업의 자유가 제한되므로 인하여 간접적으로 관계자인 영업자유의 제한이 해제된 피허가자에게 이익을 부여하게 되는 경우에 해당되는 것이고 거리의 제한과 같은 위키시행체적이나 도지사의 지시가 모두 무효인 이상 원고가 이 사건 허가처분에 의하여 목욕장업에 의한 이익이 사실상 감소된다하여도 이 불이익은 본건 허가처분의 단순한 사실상의 반사적 결과에 불과하고 이로 말미암아 원고의 권리를 침해하는 것이라고는 할 수 없으므로 원고는 피고의 피고보조참가인에 대한 이 사건 목욕장업허가처분에 대하여 그 취소를 소구할 수 있는 법률상 이익이 없다 할 것인바 원심판결이 원고에게 피고의 이 사건 행정처분의 취소를 소구할 수 있는 법률상 이익이 있다고 전제하면서 도지사의 지시(통첩)에 대한 이유설명에 있어서 적절하지 않은 해석을 한 것은 부당하나 결론에 있어서 원고의 청구를 기각하였음은 정당하다 할 것이니 상고이유는 결국 모두 채택될 수 없음에 돌아간다.

⑤ [대법원 1996. 5. 14., 선고, 96누1634, 판결] 행정소송법 제4조 제3호에 규정된 부작위 위법확인 소는 행정청이 당사자의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청을 받고서, 그 신청에 대하여 인용, 각하, 기각하는 등의 처분을 하여야 할 법률상의 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우에 그 부작위가 위법하다는 것을 확인함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 또는 무응답이라고 하는 소극적 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 하는 제도이고, 이러한 소송은 처분의 신청을 한 자로서 부작위가 위법하다는 확인을 구할 법률상의 이익이 있는 자만이 제기할 수 있으므로, 당사자가 이러한 행정처분을 하여 줄 것을 요청할 수 있는 법규상 또는 조리상의 권리를 갖고 있지 아니하거나 부작위 위법의 확인을 구할 법률상 이익이 없는 경우에는 항고소송의 대상이 되는 위법한 부작위가 있다고 볼 수 없거나 원고적격이 없어 부작위 위법확인 소는 부적법하다.

03

정답 1번

① [대법원 2012. 8. 17., 선고, 2011두3524, 판결] 요양기관이 진료행위를 하고 대가로 지급받은 비용이 과다본인부담금에 해당하는지는 해당 진료행위를 하고 그 비용을 수수한 때 시행되는 법령에 의하여 정해진 요양급여기준과 요양급여비용 산정기준에 따라 정해지는 것이므로, 요양기관이 진료행위의 대가로 지급받은 비용이 구 국민건강보험법 제43조의2 제1항, 제2항에 의하여 과다본인부담금에 해당하는지는 개정된 요양급여기준 등의 법령이 아니라 진료행위 당시 요양급여기준 등의 법령을 기준으로 판단해야 하고, 요양급여기준 등의 개정에 따른 이해가 요양기관을 운영하는 자와 가입자 등 사이에 일치하지 않으므로 달리 특별한 사정이 없으면 진료행위 이후 개정된 요양급여기준 등에 관한 법령을 진료행위 당시로 소급하여 적용할 수는 없다.

② [대법원 2003. 3. 14., 선고, 2001두4627, 판결] 개발부담금의 부과에 있어서는 특별한 사정이 없는 한 소급입법금지의 원칙상 개발사업의 종료라는 부과요건사실이 완성될 당시의 법률을 적용하여야 하고, 그 후 법률이 개정되었다 하더라도 개정된 법률을 적용할 것은 아니다.

③ [대법원 2007. 2. 22., 선고, 2004두12957, 판결] 산업재해보상보험법상 장해급여는 근로자가 업무상의 사유로 부상을 당하거나 질병에 걸려 치료를 종결한 후 신체 등에 장애가 있는 경우 그 지

급 사유가 발생하고, 그때 근로자는 장애급여 지급청구권을 취득하므로, 장애급여 지급을 위한 장애 등급 결정 역시 장애급여 지급청구권을 취득할 당시, 즉 그 지급 사유 발생 당시의 법령에 따르는 것이 원칙이다.

④ [대법원 2014. 10. 15., 선고, 2012두15135, 판결] 구 국민연금법 제49조 제2호, 제54조 제1항, 제67조 제1항, 제5항, 구 국민연금법 시행령 제46조, [별표 2] 등의 규정 내용 및 취지에 비추어 보면, 국민연금법상 장애연금은 국민연금 가입 중에 생긴 질병이나 부상으로 완치된 후에도 신체상 또는 정신상의 장애가 있는 자에 대하여 그 장애가 계속되는 동안 장애 정도에 따라 지급되는 것으로서, 치료종결 후에도 신체 등에 장애가 있을 때 지급사유가 발생하고 그때 가입자는 장애연금 지급청구권을 취득한다. 따라서 장애연금 지급을 위한 장애등급 결정은 장애연금 지급청구권을 취득할 당시, 즉 치료종결 후 신체 등에 장애가 있게 된 당시의 법령에 따르는 것이 원칙이다. 나아가 이러한 법리는 기존의 장애등급이 변경되어 장애연금액을 변경하여 지급하는 경우에도 마찬가지이므로, 장애등급 변경결정 역시 변경사유 발생 당시, 즉 장애등급을 다시 평가하는 기준일인 '질병이나 부상이 완치되는 날'의 법령에 따르는 것이 원칙이다.

⑤ [대법원 1997. 10. 14., 선고, 97누9253, 판결] 세금의 부과는 납세의무의 성립시에 유효한 법령의 규정에 의하여야 하고, 세법의 개정이 있을 경우에도 특별한 사정이 없는 한 개정 전후의 법령 중에서 납세의무가 성립될 당시의 법령을 적용하여야 할 것인바, 등록세 중과세의 경우에 있어 종전의 법은 부동산등기 후 지점이 설치된 경우 중과되는 등록세의 자진신고 납부의무에 관한 규정을 두고 있지 않았으나, 1994. 12. 22. 법률 제4794호로 신설 또는 개정되어 1995. 1. 1.부터 시행된 지방세법 제150조의2 제2항은 자진신고납부의무를 부과하고, 제151조는 이를 해태한 경우 가산세를 부과하도록 하고 있으므로, 등록세 중과세 대상이 된 부동산에 사업장을 설치한 일자가 1995. 1. 20.이라면 위 법이 개정·시행된 이후이므로, 사업장의 설치가 등록세의 중과세요건을 충족하는 중과세되는 등록세를 자진신고 납부할 의무가 있다고 할 것이어서, 이와 달리 판단한 원심은 적용할 법령을 그르친 위법이 있다고 하여 그 부분을 파기한 사례.

04

정답 2번

ㄱ. [대법원 1984. 4. 10, 84누91] 감사원의 변상판정처분에 대해서는 행정소송을 제기할 수 없고, 재결에 해당하는 재심의판정에 대하여서만 감사원을 피고로 하여 행정소송을 제기할 수 있다.

ㄴ. [대법원 1995.9.15., 95누6724] 노동위원회법 제19조의2 제1항의 규정은 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.

ㄷ. 구 토지수용법은 토지수용처분에 관한 불복에 대하여 재결주의를 채택하여 이의재결을 그 소송의 대상으로 삼았으나, 현 공익사업보상법은 원처분주의를 택하고 있다.

ㄹ. 교원에 대한 징계처분에 대하여 불복하는 경우에는 교원소청심사위원회의 결정을 거쳐야 하지만

(필요적 전치주의), 재결주의를 채택하고 있지 않으므로 행정소송의 대상이 되는 것은 원처분인 징계처분이다.

05

정답 3번

① [대법원 1995. 11. 14., 선고, 95누2036, 판결] 국가공무원법 제69조에 의하면 공무원이 제33조 각 호의 1에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다고 규정하고 있으므로, 국가공무원법상 당연퇴직은 결격사유가 있을 때 법률상 당연히 퇴직하는 것이지 공무원관계를 소멸시키기 위한 별도의 행정처분을 요하는 것이 아니며, 당연퇴직의 인사발령은 법률상 당연히 발생하는 퇴직사유를 공적으로 확인하여 알려주는 이른바 관념의 통지에 불과하고 공무원의 신분을 상실시키는 새로운 형성적 행위가 아니므로 행정소송의 대상이 되는 독립한 행정처분이라고 할 수 없다.

② [대법원 2009. 3. 12., 선고, 2008두11525, 판결] 무허가건물관리대장은, 행정관청이 지방자치단체의 조례 등에 근거하여 무허가건물 정비에 관한 행정상 사무처리의 편의와 사실증명의 자료로 삼기 위하여 작성, 비치하는 대장으로서 무허가건물을 무허가건물관리대장에 등재하거나 등재된 내용을 변경 또는 삭제하는 행위로 인하여 당해 무허가 건물에 대한 실체상의 권리관계에 변동을 가져오는 것이 아니고, 무허가건물의 건축시기, 용도, 면적 등이 무허가건물관리대장의 기재에 의해서만 증명되는 것도 아니므로, 관할관청이 무허가건물의 무허가건물관리대장 등재 요건에 관한 오류를 바로잡으면서 당해 무허가건물을 무허가건물관리대장에서 삭제하는 행위는 다른 특별한 사정이 없는 한 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다.

③ [대법원 2010. 10. 14., 선고, 2008두23184, 판결] 공정거래위원회의 '표준약관 사용권장행위'는 그 통지를 받은 해당 사업자 등에게 표준약관과 다른 약관을 사용할 경우 표준약관과 다르게 정한 주요내용을 고객이 알기 쉽게 표시하여야 할 의무를 부과하고, 그 불이행에 대해서는 과태료에 처하도록 되어 있으므로, 이는 사업자 등의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 행정처분으로서 항고소송의 대상이 된다.

④ [대법원 2002. 12. 27., 선고, 2001두2799, 판결] 이 사건 통보는 원고 등 조합원들에 대하여 위 기한까지 분양계약에 응해 줄 것을 안내하는 것일 뿐이어서, 조합원들에게 분양계약의 체결 또는 분양금의 납부를 명하거나 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등 조합원들의 구체적인 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 행정처분에 해당한다고 할 수 없고, 또한 이 사건 통보로 인하여 원고들의 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안·위험이 있다고 할 수 없으므로 그 부존재확인을 구할 법률상 이익도 없다.

⑤ [대법원 1995. 7. 28., 선고, 95누2623, 판결] 구 건축법(1991.5.31. 법률 제4381호로 전문 개정되기 전의 것) 제56조의2 제1, 4, 5항 등에 의하면, 부과된 과태료처분에 대하여 불복이 있는 자는 그 처분이 있음을 안 날로부터 30일(현재는 60일 : 편집자 주) 이내에 당해 부과권자에게 이의를 제기할 수 있고, 이러한 이의가 제기된 때에는 부과권자는 지체 없이 관할법원에 그 사실을 통보하여야 하며, 그 통보를 받은 관할법원은 비송사건절차법에 의하여 과태료의 재판을 하도록 규정되어 있어서, 건축법에 의하여 부과된 과태료처분의 당부는 최종적으로 비송사건절차법에 의한 절차에 의

하여만 판단되어야 한다고 보아야 하므로, 그 과태료처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다.

06

정답 2번

- ① 동법 제2조 제2항
- ② 각급법원이 아니라 대법원이 그 사유를 행정안전부장관에게 통보한다(동법 제6조 제1항).
- ③ 동법 제8조 제2항
- ④ 원고의 청구가 각하 또는 기각된 경우에는 패소자부담의 원칙에 따라 원고가 소송비용을 부담해야 한다. 다만 (i) 사정판결과 (ii) 소송계속 중 행정청이 처분 등을 취소하여 그 청구가 각하 또는 기각된 경우에는 승소한 피고가 소송비용을 부담한다(동법 제32조).
- ⑤ 동법 제33조

07

정답 3번

- ① 기관소송은 국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송으로서, 헌법재판소법상 권한쟁의심판과 법리적으로 중복되는 부분이 있다. 이 경우 헌법재판소법 제62조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 제외한다(동법 제3조 제4호 단서). 헌법재판소의 관장사항은 (i) 국가기관 상호간, (ii) 국가기관과 지방자치단체간 및 (iii) 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판이다.
- ② 주민소송은 민중소송에 속한다.

| 민중소송 | 기관소송 |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> · 선거소송(공직선거법 제222조) · 당선소송(공직선거법 제223조) · 국민투표무효의 소송(국민투표법 제92조) · 주민소송(지방자치법 제17조) · 주민투표소송(주민투표법 제25조) · 주민소환투표소송(주민소환에 관한 법률 제24조) | <ul style="list-style-type: none"> · 지방의회의 의결에 대한 재의요구와 제소(지방자치법 제107조) · 지방의회 의결의 재의와 제소(지방자치법 제172조) · 시·도의회 등의 의결에 대한 재의와 제소(지방교육자치에관한법률 제28조) |

- ③ 민중소송 또는 기관소송에 적용될 법규는 민중소송·기관소송을 규정한 각 개별법률이다. 그러나 개별법에 특별한 규정 없는 경우에는 “ 그 성질에 반하지 않는 한” 행정소송법 규정을 준용한다(동법 제46조).
- ④, ⑤ 기관소송은 법률이 특별히 규정한 자(예컨대 지방자치단체장)에 한하여 소송을 제기할 수 있으며(원고적격), 법률이 규정한 자(예컨대 지방의회, 시·도의회, 교육위원회)가 피고가 된다(피고적격).

08

정답 4번

① 행정소송에도 민사소송과 마찬가지로 「불고불리의 원칙」이 적용된다. 따라서 법원은 소송제기 없이 재판할 수 없고 소제기가 있는 사건에 대하여도 당사자의 청구의 범위를 넘어서 심리·판결할 수 없다.

②, ④ 소송요건의 존부는 사실심 변론종결시를 기준으로 판단한다. 즉 소제기 당시에는 소송요건을 충족하지 못하였더라도 사실심 변론종결시에 소송요건을 충족하면 법원은 본안판단을 하여야 한다. 반면에 소제기 당시에는 소송요건을 충족하였더라도 이후에 그 소송요건이 흠결되면 부적법한 소가 되어 법원은 각하판결을 한다.

[대법원 1987.4.28. 86누29] 전심절차를 밟지 아니한 채 증여세부과처분취소소송을 제기 하였다면 제소 당시로 보면 전치요건을 구비하지 못한 위법이 있다 할 것이지만, 소송계속 중 심사청구 및 심판청구를 하여 각 기각결정을 받았다면 원심변론종결일 당시에는 위와 같은 전치요건흠결의 하자는 치유되었다고 볼 것이다.

③ 처분청에 처분권한이 존재하지 않는다면 당해 처분은 위법한 처분이 된다. 즉 처분청의 처분권한 유무는 본안판단사항이다.

[대법원 1997. 6. 19., 선고, 95누8669, 전원합의체 판결]행정소송에 있어서 처분청의 처분권한 유무는 직권조사사항이 아니다.

⑤ 본안판단을 받기 위해서는 본안판단의 전제요건을 갖추어야 하는데, 이를 소송요건이라 한다. 소송요건으로서 (i) 소송을 제기할 원고적격(법률상 이익)이 있는 자가, (ii) 소송을 제기할 현실적인 필요성(협약의 소의 이익)이 있는 경우, (iii) 피고적격이 있는 행정청을 상대로, (iv) 행정청의 처분 등을 대상으로, (v) 제소기간 내에, (vi) 행정심판이 필요한 경우 행정심판을 거쳐, (vii) 관할법원에, (viii) 소장이라는 형식을 갖추어 제기할 것이 요구된다. 이러한 소송요건은 법원의 직권조사사항으로 소송요건이 결여되면 법원은 소각하 판결을 한다.

09

정답 3번

③ 동법 제 5조

10

정답 4번

① 동법 제12조 전문

② 동법 제35조

③ 동법 제36조

④ 행정법규의 적정한 집행이 요구되는 분야에서 법률이 민중소송의 제기를 허용하고 있는 경우에 법률이 정한 자에 한하여 제소가 인정된다(동법 제45조).

⑤ 동법 제12조 후문

11

정답 2번

(i) 증액경정처분이 있게 되면 당초처분은 증액경정처분에 흡수되어 증액경정처분만이 소송의 대상이 된다. (ii) 한편 감액경정처분은 당초처분의 일부취소에 불과하므로 소송의 대상은 경정처분으로 인하여 감액되고 남은 당초처분이 된다. 당해 사안은 증액경정처분과 감액경정처분이 모두 이루어진 경우이므로 증액경정처분이 취소소송의 대상이 되고, 그 금액은 감액경정 이후에 남아있는 600만원이 된다.

(i) 감액경정처분의 경우

[대법원 1991. 9. 13., 선고, 91누391, 판결] 과세관청이 조세부과처분을 한 뒤에 그 불복절차과정에서 국세청장이나 국세심판소장으로부터 그 일부를 취소하도록 하는 결정을 받고 이에 따라 당초 부과처분의 일부를 취소, 감액하는 내용의 경정결정을 한 경우 위 경정처분은 당초 부과처분과 별개 독립의 과세처분이 아니라 그 실질은 당초 부과처분의 변경이고, 그에 의하여 세액의 일부 취소라는 납세자에게 유리한 효과를 가져오는 처분이라 할 것이므로 그 경정결정으로도 아직 취소되지 않고 남아 있는 부분이 위법하다고 하여 다투는 경우에는 항고소송의 대상이 되는 것은 당초의 부과처분 중 경정결정에 의하여 취소되지 않고 남은 부분이 된다 할 것이고, 경정결정이 항고소송의 대상이 되는 것은 아니라 할 것이므로, 이 경우 제소기간을 준수하였는지 여부도 당초처분을 기준으로 하여 판단하여야 할 것이다.

(ii) 증액경정처분의 경우

[대법원 2009. 5. 14., 선고, 2006두17390, 판결] 국세기본법 제22조의2의 시행 이후에도 증액경정처분이 있는 경우, 당초 신고나 결정은 증액경정처분에 흡수됨으로써 독립한 존재가치를 잃게 된다고 보아야 하므로, 원칙적으로는 당초 신고나 결정에 대한 불복기간의 경과 여부 등에 관계없이 증액경정처분만이 항고소송의 심판대상이 되고, 납세의무자는 그 항고소송에서 당초 신고나 결정에 대한 위법사유도 함께 주장할 수 있다고 해석함이 타당하다.

12

정답 1번

①, ②, ③, ④ 민중소송이란 국가 또는 공공단체의 기관이 법률에 위반되는 행위를 한 때에 직접 자기의 법률상의 이익과 관계없이 공익을 위하여 그 시정을 구하기 위하여 제기하는 소송으로서 객관소송의 일종이다.

⑤ “그 성질에 반하지 않는 한” 항고소송, 당사자소송에 관한 규정을 준용한다(동법 제46조 제1항).

13

정답 2번

① [대법원 1989. 6. 27., 선고, 88누6160, 판결] 처분청은 당초의 처분사유와 기본적 사실관계가 동일한 한도 내에서 새로운 처분사유를 추가하거나 변경할 수 있고 법원으로서도 당초의 처분사유와 기본적 사실관계의 동일성이 없는 사실을 처분사유로 인정할 수 없는 것인 바, 이 사건에서 당초의 처분사유인 중기취득세의 체납과 그 후 추가된 처분사유인 자동차세의 체납은 각 세목, 과세년도, 납세의무자의 지위(연대납세의무자와 직접의 납세의무자) 및 체납액 등을 달리하고 있어 기본적 사실관계가 동일하다고 볼 수 없고, 중기취득세의 체납이나 자동차세의 체납이 다같이 지방세의 체납이고 그 과세대상도 다같은 지입중기에 대한 것이라는 점만으로는 기본적 사실관계의 동일성을 인정하기에 미흡하다.

② [대법원 2002. 3. 12., 선고, 2000두2181, 판결] 과세관청이 과세대상 소득에 대하여 이자소득이 아니라 대금업에 의한 사업소득에 해당한다고 처분사유를 변경한 것은 처분의 동일성이 유지되는 범위 내에서의 처분사유 변경에 해당하여 허용되며, 또 그 처분사유의 변경이 국세부과의 제척기간이 경과한 후에 이루어졌는지 여부에 관계없이 국세부과의 제척기간이 경과되었는지 여부는 당초의 처분시를 기준으로 판단하여야 한다.

③ [대법원 1996. 9. 6., 선고, 96누7427, 판결] 주류면허 지정조건 중 제6호 무자료 주류판매 및 위장거래 항목을 근거로 한 면허취소처분에 대한 항고소송에서, 지정조건 제2호 무면허판매업자에 대한 주류판매를 새로이 그 취소사유로 주장하는 것은 기본적 사실관계가 다른 사유를 내세우는 것으로서 허용될 수 없다고 한 사례.

④ [대법원 1999. 3. 9., 선고, 98두18565, 판결] 입찰참가자격을 제한시킨 당초의 처분 사유인 정당한 이유 없이 계약을 이행하지 않은 사실과 항고소송에서 새로 주장한 계약의 이행과 관련하여 관계 공무원에게 뇌물을 준 사실은 기본적 사실관계의 동일성이 없다고 한 사례.

⑤ [대법원 1992. 11. 24., 선고, 92누3052, 판결] 원심이 온천으로서의 이용가치, 기존의 도시계획 및 공공사업에의 지장 여부 등을 고려하여 이 사건 온천발견신고수리를 거부한 것은 적법하다는 취지의 피고의 주장에 대하여 아무런 판단도 하지 아니한 것은 소론이 지적하는 바와 같으나 기록에 의하면 그와 같은 사유는 피고가 당초에 이 사건 거부처분의 사유로 삼은 바가 없을 뿐만 아니라 규정온도가 미달되어 온천에 해당하지 않는다는 당초의 이 사건 처분사유와는 기본적 사실관계를 달리하여 원심으로서도 이를 거부처분의 사유로 추가할 수는 없다 할 것이므로 원심이 이 부분에 대하여 판단을 하지 아니하였다 하여도 이는 판결에 영향이 없다고 할 것이다.

14

정답 3번

① [대법원 2009. 1. 30., 선고, 2007두13487, 판결] 지방자치법 제32조 제1항(현행 지방자치법 제33조 제1항 참조)은 지방의회 의원에게 지급하는 비용으로 의정활동비(제1호)와 여비(제2호) 외에 월정수당(제3호)을 규정하고 있는바, 이 규정의 입법연혁과 함께 특히 월정수당(제3호)은 지방의회

의원의 직무활동에 대하여 매월 지급되는 것으로서, 지방의회 의원이 전문성을 가지고 의정활동에 전념할 수 있도록 하는 기틀을 마련하고자 하는 데에 그 입법 취지가 있다는 점을 고려해 보면, 지방의회 의원에게 지급되는 비용 중 적어도 월정수당(제3호)은 지방의회 의원의 직무활동에 대한 대가로 지급되는 보수의 일종으로 봄이 상당하다. 따라서 원고가 이 사건 제명의결 취소소송 계속중 임기가 만료되어 제명의결의 취소로 지방의회 의원으로서의 지위를 회복할 수는 없다 할지라도, 그 취소로 인하여 최소한 제명의결시부터 임기만료일까지의 기간에 대해 월정수당의 지급을 구할 수 있는 등 여전히 그 제명의결의 취소를 구할 법률상 이익은 남아 있다고 보아야 한다.

② [대법원 1992. 7. 14., 선고, 91누4737, 판결] 고등학교졸업이 대학입학자격이나 학력인정으로서의 의미밖에 없다고 할 수 없으므로 고등학교졸업학력검정고시에 합격하였다 하여 고등학교 학생으로서의 신분과 명예가 회복될 수 없는 것이니 퇴학처분을 받은 자로서는 퇴학처분의 위법을 주장하여 그 취소를 구할 소송상의 이익이 있다.

③ [대법원 1993. 11. 9., 선고, 93누6867, 판결] 치과의사국가시험 합격은 치과의사 면허를 부여받을 수 있는 전제조건이 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 자로서는 더 이상 위 불합격처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다.

④ [대법원 1983. 2. 8., 선고, 81누121, 판결] 공무원이었던 원고가 1980.1.25.자로 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, 이와 같은 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.

⑤ [대법원 1990. 8. 28., 선고, 89누8255, 판결] 교육법시행령 제72조, 서울대학교학칙 제37조 제1항 소정의 학생의 입학시기에 관한 규정이나 대학학생정원령 제2조 소정의 입학정원에 관한 규정은 학사운영 등 교육행정을 원활하게 수행하기 위한 행정상의 필요에 의하여 정해놓은 것으로서 어느 학년도의 합격자는 반드시 당해 년도에만 입학하여야 한다고 볼 수 없으므로 원고들이 불합격처분의 취소를 구하는 이 사건 소송계속 중 당해년도의 입학시기가 지났더라도 당해 년도의 합격자로 인정되면 다음년도의 입학시기에 입학할 수도 있다고 할 것이고, 피고의 위법한 처분이 있게 됨에 따라 당연히 합격하여야 할 원고들이 불합격처리되고 불합격되었어야 할 자들이 합격한 결과가 되었다면 원고들은 입학정원에 들어가는 자들이라고 하지 않을 수 없다고 할 것이므로 원고들로서는 피고의 불합격처분의 적법여부를 다툼만한 법률상의 이익이 있다고 할 것이다.

15

정답 3번

① 항고소송에서는 소송수행의 편의상 권리주체인 국가·공공단체가 아닌 행정청을 피고로 하는 것에 불과하기 때문에 그 판결의 기판력은 피고인 처분청(행정청)이 속하는 국가나 공공단체(행정주체)에

도 미친다.

② [대법원 1996.6.25., 95누1880] 과세처분이란 당해 과세요건의 충족으로 객관적, 추상적으로 이미 성립하고 있는 조세채권을 구체적으로 현실화하여 확정하는 절차이고, 과세처분의 취소소송은 위와 같은 과세처분의 실체적, 절차적 위법을 그 취소원인으로 하는 것으로서 그 심리의 대상은 과세관청의 과세처분에 의하여 인정된 조세채무인 과세표준 및 세액의 객관적 존부 즉 당해 과세처분의 적부가 심리의 대상이 되는 것이며, 과세처분취소 청구를 기각하는 판결이 확정되면 그 처분이 적법하다는 점에 관하여 기판력이 생기고 그 후 원고가 다시 이를 무효라 하여 그 무효확인을 소구할 수는 없는 것이어서, 과세처분의 취소소송에서 청구가 기각된 확정판결의 기판력은 그 과세처분의 무효확인을 구하는 소송에도 미친다.

③ 행정소송법은 기판력에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않다. 다만 행정소송법 제8조 제2항에 따라 민사소송법의 기판력 규정이 준용된다(제216조).

민사소송법

제216조(기판력의 객관적 범위) ① 확정판결(確定判決)은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력(既判力)을 가진다.

② 상계를 주장한 청구가 성립되는지 아닌지의 판단은 상계하자고 대항한 액수에 한하여 기판력을 가진다.

제218조(기판력의 주관적 범위) ① 확정판결은 당사자, 변론을 종결한 뒤의 승계인(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결을 선고한 뒤의 승계인) 또는 그를 위하여 청구의 목적물을 소지한 사람에 대하여 효력이 미친다.

② 제1항의 경우에 당사자가 변론을 종결할 때(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결을 선고할 때)까지 승계사실을 진술하지 아니한 때에는 변론을 종결한 뒤(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결을 선고한 뒤)에 승계한 것으로 추정한다.

③ 다른 사람을 위하여 원고나 피고가 된 사람에 대한 확정판결은 그 다른 사람에 대하여도 효력이 미친다.

④ 가집행의 선고에는 제1항 내지 제3항의 규정을 준용한다.

④ [대법원 1987.6.9., 86다카2756] 기판력의 객관적 범위는 그 판결의 주문에 포함된 것 즉 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론 그 자체에만 미치는 것이고 판결이유에 실시된 그 전제가 되는 법률관계의 존부에까지 미치는 것은 아니다.

⑤ (대법원 1992.2.25, 91누6108) 과세처분무효확인소송의 경우 소송물은 권리 또는 법률관계의 존부 확인을 구하는 것이며, 이는 청구취지만으로 소송물의 동일성이 특정된다고 할 것이고 따라서 당사자가 청구원인에서 무효사유로 내세운 개개의 주장은 공격방어방법에 불과하다고 볼 것이며, 한편 확정된 종국판결은 그 기판력으로서 당사자가 사실심의 변론종결시를 기준으로 그때까지 제출하지 않은 공격방어방법은 그 뒤 다시 동일한 소송을 제기하여 이를 주장할 수 없다.

① 부작위위법확인소송은 처분의 신청을 한 자로서 부작위의 위법의 확인을 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다(동법 제36조). 다시 말하면 행정청의 부작위에 대한 제3자도 법률상 이익이 있는 경우에는 원고적격을 갖는다.

② [대법원 1995. 3. 10., 선고, 94누14018, 판결] 형사본안사건에서 무죄가 선고되어 확정되었다면 형사소송법 제332조 규정에 따라 검사가 압수물을 제출자나 소유자 기타 권리자에게 환부하여야 할 의무가 당연히 발생한 것이고, 권리자의 환부신청에 대한 검사의 환부결정 등 어떤 처분에 의하여 비로소 환부의무가 발생하는 것은 아니므로 압수가 해제된 것으로 간주된 압수물에 대하여 피압수자나 기타 권리자가 민사소송으로 그 반환을 구함은 별론으로 하고 검사가 피압수자의 압수물 환부 신청에 대하여 아무런 결정이나 통지도 하지 아니하고 있다고 하더라도 그와 같은 부작위는 현행 행정소송법상의 부작위위법확인소송의 대상이 되지 아니한다.

③ [대법원 1990. 9. 25., 선고, 89누4758, 판결] 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, 소제기의 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.

④ [대법원 1989. 1. 24., 선고, 88누3116, 판결] 국가보훈처장 발행 서적의 독립투쟁에 관한 내용을 시정하여 관보에 그 뜻을 표명하여야 할 의무 및 독립운동단체 소속의 독립운동자들에게 법률 소정의 보상급여의무의 확인을 구하는 청구는 작위의무 확인소송으로서 항고소송의 대상이 되지 아니한다.

⑤ 부작위위법확인 소는 부작위상태가 계속되는 한 그 위법의 확인을 구할 이익이 있다고 보아야 하므로 원칙적으로 제소기간의 제한을 받지 않는다. 그러나 행정소송법 제38조 제2항이 제소기간을 규정한 같은 법 제20조를 부작위위법확인소송에 준용하고 있는 점에 비추어 보면, 행정심판 등 전심절차를 거친 경우에는 행정소송법 제20조가 정한 제소기간 내에 부작위위법확인 소를 제기하여야 한다.

17

정답 5번

⑤ 제3자의 소송참가에서 소송참가인은 「공동소송적 보조참가인」으로서 피참가인의 행위와 저촉되는 행위를 할 수 있다. 반면에 행정청의 소송참가에서 참가한 행정청은 「보조참가인」의 지위를 갖는 것으로 피참가인의 행위와 저촉되는 행위를 할 수 없다.

| 구분 | 제3자의 소송참가(동법 제16조) | 행정청의 소송참가(동법 제17조) |
|---------|--------------------------|--------------------------|
| 참가방법 | 당사자 또는 제3자의 신청 또는 법원의 직권 | 당사자 또는 행정청의 신청 또는 법원의 직권 |
| 참가인의 지위 | 공동소송적 보조참가인 | 보조참가인 |
| 소송행위 | 피참가인의 소송행위와 저촉되는 행위도 가능 | 피참가인의 소송행위와 저촉되는 행위 불가 |

18

정답 2번

① [대법원 1990. 9. 25., 선고, 89누4758, 판결] 부작위위법확인의 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, 소제기의 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.

② [대법원 2002. 10. 11., 선고, 2001두1994, 판결] 과세처분취소소송의 소송물은 과세관청이 결정한 세액의 객관적 존부이므로, 과세관청으로서는 소송 도중 사실심 변론종결시까지 당해 처분에서 인정된 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 처분 당시의 처분사유만을 주장할 수 있는 것은 아니다.

③ [대법원 1988. 6. 7., 선고, 87누1079, 판결] 행정처분의 적법여부는 처분당시의 사유와 사정을 기준으로 판단하여야 하고 처분청이 처분 이후에 추가한 새로운 사유를 보태어서 당초처분의 흠을 치유시킬 수 없다고 할 것이지만, 이는 과세처분의 사유의 추가와 과세처분사유를 뒷받침 할 수 있는 과세원인과 과세표준액 등에 관한 자료의 추가제출과는 구별되는 개념이므로, 과세처분취소소송에 있어 소송 당사자는 사실심변론종결시까지 과세원인과 과세표준액 등에 관한 모든 자료를 제출할 수 있고 그 자료에 의하여 과세처분의 적법여부를 주장할 수 있다.

④ [대법원 2008. 7. 24., 선고, 2007두3930, 판결] 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.

⑤ [대법원 2017. 4. 26., 선고, 2016두32688, 판결] 행정소송에서 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 행하여졌을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 판단함이 원칙이고, 이는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법'이라 한다)에 따른 공정거래위원회의 과징금 납부명령 등에서도 마찬가지이다. 따라서 공정거래위원회의 과징금 납부명령 등이 재량권 일탈·남용으로 위법한지는 다른 특별한 사정이 없는 한 과징금 납부명령 등이 행하여진 '의결일' 당시의 사실상태를 기준으로 판단하여야 한다.

19

정답 4번

- ① 행정심판을 거쳐 취소소송을 제기하는 경우에는 재결서의 정본을 송달받은 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다(동법 제20조 제1항 단서).
- ② 처분 등이 있음을 안 날로부터 90일, 처분 등이 있는 날로부터 1년 이내에 소송을 제기해야 한다(동법 제20조 제1항 본문).
- ③ [대법원 1987.1.20, 86누490] 제소기간이 지켜졌는가의 여부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항에 속하며 소송요건의 존부를 명백히 한 다음 본안판결을 하여야 할 것이므로 본안의 심리에 들어갔다 하여 소송요건의 흠결을 덮어둘 수는 없다.
- ④ 지문에서와 같이 기산점을 판단하는 기준은 존재하지 않는다. 다만 (i) 증액경정처분의 경우에는 증액처분을 안 날을 기준으로, (ii) 감액경정처분의 경우에는 원처분을 안 날을 기준으로 제소기간을 기산한다.
- ⑤ [대법원 1984. 5. 29., 선고, 84누175, 판결] 행정처분의 당연무효를 선언하는 의미에서 그 취소를 청구하는 행정소송을 제기하는 경우에도 소원의 전치와 제소기간의 준수등 취소소송의 제소요건을 갖추어야 한다.

20

정답 5번

- ① [대법원 1991. 10. 11., 선고, 90누5443, 판결] 행정처분을 취소한다는 확정판결이 있으면 그 취소판결의 형성력에 의하여 당해 행정처분의 취소나 취소통지 등의 별도의 절차를 요하지 아니하고 당연히 취소의 효과가 발생한다.
- ② 동법 제29조 제1항
- ③ [대법원 1989.5.9., 88다카16096] 과세처분을 취소하는 판결이 확정되면 그 과세처분은 처분시에 소급하여 소멸하므로 그 뒤에 과세관청에서 그 과세처분을 경정하는 경정처분을 하였다면 이는 존재하지 않는 과세처분을 경정한 것으로서 그 하자가 중대하고 명백한 당연무효의 처분이다.
- ④ 취소판결의 효력에 관한 행정소송법 제29조(제3자효 내지 대세효)는 무효등확인소송과 부작위위법확인소송에도 준용된다(동법 제38조). 따라서 항고소송의 판결은 제3자효를 갖는다. 반면에 당사자소송의 경우에는 동법 제29조를 준용하지 않기 때문에(동법 제44조 제1항), 민사소송법의 일반원

칙에 따라 판결의 효력은 당사자간에만 미친다.

⑤ 동법 제29조 제2항

21

정답 4번

④ [대법원 2013. 3. 21., 선고, 2011다95564, 전원합의체 판결] 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 전단계세액 공제 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 인정할 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 납부받았는지와 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.

22

정답 5번

ㄱ, ㄴ. 당해 처분이나 재결과 관련되는 손해배상·부당이득반환·원상회복 등 청구소송(제10조 제1항 제1호)

ㄷ, ㄹ. 당해 처분이나 재결과 관련되는 취소소송(제10조 제1항 제2호)

23

정답 3번

①, ② [대법원 1996. 5. 14., 선고, 96누1634, 판결] 행정소송법 제4조 제3호에 규정된 부작위위법 확인의 소는 행정청이 당사자의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청을 받고서, 그 신청에 대하여 인용, 각하, 기각하는 등의 처분을 하여야 할 법률상의 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우에 그 부작위가 위법하다는 것을 확인함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 또는 무응답이라고 하는 소극적 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 하는 제도이고, 이러한 소송은 처분의 신청을 한 자로서 부작위가 위법하다는 확인을 구할 법률상의 이익이 있는 자만이 제기할 수 있으므로, 당사자가 이러한 행정처분을 하여 줄 것을 요청할 수 있는 법규상 또는 조리상의 권리를 갖고 있지 아니하거나 부작위 위법의 확인을 구할 법률상 이익이 없는 경우에는 항고소송의 대상이 되는 위법한 부작위가 있다고 볼 수 없거나 원고적격이 없어 부작위 위법확인 소는 부적법하다.

③, ⑤ 취소소송에 관한 행정소송법상의 규정이 거의 대부분 준용되고 있으나, (i) 처분변경으로 인한 소의 변경(제22조), (ii) 집행정지(제23조), (iii) 사정판결(제28조), (iv) 사정판결시 피고의 소송비용부담(제32조)에 관한 규정은 그 성질상 부작위위법확인소송에 준용되지 않는다.

④ [대법원 1991. 11. 8., 선고, 90누9391, 판결] 당사자의 신청에 대한 행정청의 거부처분이 있는 경우에는 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상의 응답의무를 이행하지 아니함으로써 야기된 부작위라는 위법상태를 제거하기 위하여 제기하는 부작위위법확인소송은 허용되지 아니한다.

24

정답 4번

① 소송판결이란 요건심리의 결과 관할권·당사자적격·대상적격·제소기간·행정심판전치주의 등 소송요건을 갖추지 못한 부적법한 소라 하여 각하하는 판결을 말한다.

② 본안심리의 결과 원고의 청구가 이유 없다고 하여 그 청구를 배척하는 내용의 판결은 기각판결이고, 원고의 청구가 이유 있다고 인정되어 받아들이는 판결은 인용판결이다.

③ 취소판결이 확정되면 당해 처분의 효력은 처분청의 별도의 행위가 없어도 처분시에 소급하여 소멸됨으로써 기존의 법률관계의 변동을 초래하는바, 이를 형성력이라 한다.

④ 항고소송에는 취소소송·무효등확인소송·부작위위법확인소송의 3종만이 인정되며, 의무이행소송은 인정되지 않는다. 이행판결은 의무이행소송에서의 인용판결을 말한다.

⑤ 확인판결이란 확인소송에서 일정한 법률관계나 법률사실의 존부를 확인하는 판결(인용판결)을 말한다. 취소소송은 유효한 행위의 효력을 소멸시키는 것이므로 형성소송에 해당하는 반면, 무효등확인소송과 부작위위법확인소송은 확인소송에 해당한다.

25

정답 2번

① 원고가 피고를 잘못 지정한 때에는 법원은 원고의 신청이 있는 경우에만 피고를 경정할 수 있을

뿐이고, 직권에 의한 경정은 인정되지 않는다(동법 제14조 제1항).

② 동법 제15조

③ 제3자의 소송참가는 법원의 직권으로도 가능하다(동법 제16조 제1항).

④ 행정청의 소송참가는 당사자의 신청이 있는 경우에도 가능하다(동법 제17조 제1항).

⑤ 행정청이 없게 된 때에는 그 처분에 관한 사무가 귀속되는 국가 또는 공공단체를 피고로 한다.

즉 이 경우에는 행정청이 아니라 행정주체가 피고가 된다(동법 제13조 제2항).

26

정답 2번

① 동법 제21조 제1항, 제37조, 제42조

② 소의 변경은 사실심 변론종결시까지 가능하다(동법 제21조 제1항)

③ 동법 제21조 제4항, 제14조 제4항

④ 동법 제21조 제1항

⑤ 원고의 신청에 의해서만 가능하고, 법원의 직권으로는 불가능하다(동법 제21조 제1항).

27

정답 2번

① 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(거부처분취소에 따른 재처분의무). 행정소송법은 거부처분취소판결의 확정시에 판결의 기속력(행정청에 부과되는 재처분의무의 이행)을 확보하기 위해 간접강제제도를 도입하고 있다.

② [대법원 2004.1.15., 2002두2444]행정소송법 제34조 소정의 간접강제결정에 기한 배상금은 거부처분취소판결이 확정된 경우 그 처분을 행한 행정청으로 하여금 확정판결의 취지에 따른 재처분의무의 이행을 확실히 담보하기 위한 것으로서, 확정판결의 취지에 따른 재처분의무 내용의 불확정성과 그에 따른 재처분에의 해당 여부에 관한 쟁송으로 인하여 간접강제결정에서 정한 재처분의무의 기한 경과에 따른 배상금이 증가될 가능성이 자칫 행정청으로 하여금 인용처분을 강제하여 행정청의 재량권을 박탈하는 결과를 초래할 위험성이 있는 점 등을 감안하면, 이는 확정판결의 취지에 따른 재처분의 지연에 대한 제재나 손해배상이 아니고 재처분의 이행에 관한 심리적 강제수단에 불과한 것으로 보아야 하므로, 특별한 사정이 없는 한 간접강제결정에서 정한 의무이행기한이 경과한 후에라도 확정판결의 취지에 따른 재처분의 이행이 있으면 배상금을 추심함으로써 심리적 강제를 피할 목적이 상실되어 처분상대방이 더 이상 배상금을 추심하는 것은 허용되지 않는다.

③ 동법 제34조 제1항

④ 동법 제34조 제2항, 민사집행법 제262조

민사집행법

제262조(채무자의 심문) 제260조 및 제261조의 결정은 변론 없이 할 수 있다. 다만, 결정하기 전에 채무자를 심문하여야 한다.

⑤ 간접강제는 거부처분취소판결에 따른 기속력을 확보하기 위한 제도이므로 판결이 “확정”되어야 한다. 한편 행정소송법은 거부처분취소판결에 따른 재처분의무에 대하여 간접강제를 규정하고 이를 부작위위법확인판결의 경우에 준용하고 있다(동법 제38조 제2항). 그러나 무효등확인소송의 경우에는 준용규정이 없으므로 간접강제규정이 준용되지 않는다.

28

정답 1번

① [대법원 1994. 6. 14., 선고, 94누1197, 판결] 항고소송은 원칙적으로 소송의 대상인 행정처분 등을 외부적으로 그의 명의로 행한 행정청을 피고로 하여야 하는 것으로서, 그 행정처분을 하게 된 연유가 상급행정청이나 타행정청의 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 수여받은 데 불과하여 원행정청 명이나 대리관계를 밝히지 아니 하고는 그의 명의로 처분 등을 할 권한이 없는 행정청이 권한 없이 그의 명의로 한 처분에 대하여도 처분명의자인 행정청이 피고가 되어야 한다.

② [대법원 1996. 9. 20., 선고, 95누8003, 판결] 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.

③ [대법원 1997.2.28, 96누1757] 성업공사가 체납압류된 재산을 공매하는 것은 세무서장의 공매권한 위임에 의한 것으로 보아야 할 것이므로, 성업공사가 한 그 공매처분에 대한 취소 등의 항고소송을 제기함에 있어서는 수임청으로서 실제로 공매를 행한 성업공사를 피고로 하여야 하고, 위임청인 세무서장은 피고적격이 없다.

④ [대법원 1991.2.22., 90누5641] 행정처분의 취소 또는 무효확인을 구하는 행정소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분을 행한 행정청을 피고로 하여야 하며, 행정처분을 행할 적법한 권한 있는 상급행정청으로부터 내부위임을 받는데 불과한 하급행정청이 권한 없이 행정처분을 한 경우에도 실제로 그 처분을 행한 하급행정청을 피고로 하여야 할 것이지 그 처분을 행할 적법한 권한 있는 상급행정청을 피고로 할 것이 아니므로 부산직할시장의 산하기관인 부산직할시 금강공원 관리사업소장이 한 공단사용료 부과처분에 대하여 가사 위 사업소장이 부산직할시로부터 단순히 내부위임만을 받은 경우라 하

더라도 이의 취소를 구하는 소송은 위 금강공원 관리사업소장을 피고로 하여야 한다.

⑤ [대법원 2000. 9. 8., 선고, 99두2765, 판결] 납세의무부존재확인 소는 공법상의 법률관계 그 자체를 다투는 소송으로서 당사자소송이라 할 것이므로 행정소송법 제3조 제2호, 제39조에 의하여 그 법률관계의 한쪽 당사자인 국가·공공단체 그 밖의 권리주체가 피고적격을 가진다.

29

정답 1번

① 의무이행소송은 행정소송법상 규정되지 않은 “무명항고소송”에 해당한다(동법 제3조).

30

소송의 이송 및 병합에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 관할위반으로 인한 이송과 편의에 의한 이송 및 관련청구소송의 이송이 인정된다.
- ② 행정소송이 심급을 달리하는 법원에 잘못 제기되어도 원고의 고의 또는 중대한 과실이 없는 경우 관할 법원에 이송한다.
- ③ 주된 청구소송과 관련청구소송의 원 . 피고가 동일하여야 한다.
- ④ 관할위반으로 인한 이송의 경우 당사자의 신청권은 인정되지 않는다.
- ⑤ 취소소송에는 사실심의 변론종결시까지 관련청구소송을 병합할 수 있다.

정답 3번

① 이송의 종류를 정리하면 다음과 같다.

1. 관할위반으로 인한 이송

가. 심급위반의 경우

원고의 고의 또는 중대한 과실 없이 행정소송을 심급을 달리하는 법원에 잘못 제기한 경우에 법원은 관할법원에 이송하여야 한다.

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

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

나. 심급위반 이외의 관할위반의 경우

행정소송법이 적용되는 경우 이외에는 민사소송법에 의한 이송규정이 준용된다. 법원은 소송의 전부

또는 일부가 그 관할에 속하지 아니함을 인정할 때에는 결정으로 관할법원에 이송한다(행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제34조 제1항).

민사소송법

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

2. 편의에 의한 이송

행정소송법

제8조(법적용예) ①행정소송에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다.

②행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다.

민사소송법

제35조(손해나 지연을 피하기 위한 이송) 법원은 소송에 대하여 관할권이 있는 경우라도 현저한 손해 또는 지연을 피하기 위하여 필요하면 직권 또는 당사자의 신청에 따른 결정으로 소송의 전부 또는 일부를 다른 관할법원에 이송할 수 있다. 다만, 전속관할이 정하여진 소의 경우에는 그러하지 아니하다.

3. 관련청구소송의 이송

제10조(관련청구소송의 이송 및 병합) ① 취소소송과 다음 각호의 1에 해당하는 소송(이하 “관련청구소송”이라 한다)이 각각 다른 법원에 계속되고 있는 경우에 관련청구소송이 계속된 법원이 상당하다고 인정하는 때에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 이를 취소소송이 계속된 법원으로 이송할 수 있다.

1. 당해 처분등과 관련되는 손해배상·부당이득반환·원상회복등 청구소송
2. 당해 처분등과 관련되는 취소소송

② 취소소송에는 사실심의 변론종결시까지 관련청구소송을 병합하거나 피고외의 자를 상대로 한 관련청구소송을 취소소송이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다.

② 동법 제7조, 민사소송법 제34조

③ 항고소송의 피고는 행정청이고, 손해배상·부당이득반환·원상회복 등 청구소송의 피고는 행정주체이므로 양 소송이 병합되는 경우에는 서로 다른 피고에 대해서 병합이 이루어진다. 예컨대 법인세부과처분취소소송(피고는 세무서장)과 부당이득반환청구소송(피고는 국가)을 병합할 경우가 그러한 경우이다.

④ 당사자가 관할위반을 이유로 한 이송신청을 한 경우에도 이는 단지 법원의 직권발동을 촉구하는 의미밖에 없으므로, 관할위반으로 인한 이송은 법원의 직권에 의할 뿐 당사자의 신청권은 인정되지

않는다.

[대법원 1993.12.6., 93마524] 당사자가 관할위반을 이유로 한 이송신청을 한 경우에도 이는 단지 법원의 직권발동을 촉구하는 의미밖에 없는 것이고, 따라서 법원은 이 이송신청에 대하여는 재판을 할 필요가 없고, 설사 법원이 이 이송신청을 거부하는 재판을 하였다고 하여도 항고가 허용될 수 없으므로 항고심에서는 이를 각하하여야 한다.

⑤ 관련청구의 병합은 사실심 변론종결 전에 하여야 한다(제10조 제2항)

31

정답 4번

④ 처분청인 시장 Z을 피고로 조합설립인가처분에 대한 취소소송 또는 무효확인소송을 제기하여야 한다.

[대법원 2010. 1. 28., 선고, 2009두4845, 판결] 재개발조합설립인가신청에 대한 행정청의 조합설립인가처분은 단순히 사인(私人)들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 가지는 것이 아니라 법령상 일정한 요건을 갖추는 경우 행정주체(공법인)의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성질을 가진다고 보아야 한다. 그러므로 구 도시 및 주거환경정비법상 재개발조합설립인가신청에 대하여 행정청의 조합설립인가처분이 있는 이후에는, 조합설립동의에 하자가 있음을 이유로 재개발조합설립의 효력을 부정하려면 항고소송으로 조합설립인가처분의 효력을 다투어야 한다.

32

정답 1번

① [대법원 2011. 3. 24., 선고, 2010두25527, 판결] 국세징수법이 압류재산을 공매할 때에 공고와 별도로 체납자 등에게 공매통지를 하도록 한 이유는, 체납자 등으로 하여금 공매절차가 유효한 조세부과처분 및 압류처분에 근거하여 적법하게 이루어지는지 여부를 확인하고 이를 다룰 수 있는 기회를 주는 한편, 국세징수법이 정한 바에 따라 체납세액을 납부하고 공매절차를 중지 또는 취소시켜 소유권 또는 기타의 권리를 보존할 수 있는 기회를 갖도록 함으로써 체납자 등이 감수하여야 하는 강제적인 재산권 상실에 대응한 절차적인 적법성을 확보하기 위한 것으로 보아야 하고, 따라서 체납자 등에 대한 공매통지는 국가의 강제력에 의하여 진행되는 공매에서 체납자 등의 권리 내지 재산상의 이익을 보호하기 위하여 법률로 규정한 절차적 요건이라고 보아야 하며, 공매처분을 하면서 체납자 등에게 공매통지를 하지 않았거나 공매통지를 하였더라도 그것이 적법하지 아니한 경우에는 절차상의 흠이 있어 그 공매처분이 위법하게 되는 것이지만, 공매통지 자체가 그 상대방인 체납자 등의 법적 지위나 권리·의무에 직접적인 영향을 주는 행정처분에 해당한다고 할 것은 아니므로 다른 특별한 사정이 없는 한 체납자 등은 공매통지의 결여나 위법을 들어 공매처분의 취소 등을 구할 수 있는 것이지 공매통지 자체를 항고소송의 대상으로 삼아 그 취소 등을 구할 수는 없다.

② [대법원 2006. 4. 20., 선고, 2002두1878, 전원합의체 판결] 과세관청의 소득처분과 그에 따른 소득금액변동통지가 있는 경우 원천징수의무자인 법인은 소득금액변동통지서를 받은 날에 그 통지

서에 기재된 소득의 귀속자에게 당해 소득금액을 지급한 것으로 의제되어 그 때 원천징수하는 소득세의 납세의무가 성립함과 동시에 확정되고, 원천징수의무자인 법인으로서의 소득금액변동통지서에 기재된 소득처분의 내용에 따라 원천징수세액을 그 다음달 10일까지 관할 세무서장 등에게 납부하여야 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.

③ [대법원 2011. 3. 10., 선고, 2009두23617,23624, 판결] 부과처분을 위한 과세관청의 질문조사권이 행해지는 세무조사결정이 있는 경우 납세의무자는 세무공무원의 과세자료 수집을 위한 질문에 대답하고 검사를 수인하여야 할 법적 의무를 부담하게 되는 점, 세무조사는 기본적으로 적정하고 공평한 과세의 실현을 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 행하여져야 하고, 더욱이 동일한 세목 및 과세기간에 대한 재조사는 납세자의 영업의 자유 등 권익을 심각하게 침해할 뿐만 아니라 과세관청에 의한 자의적인 세무조사의 위협마저 있으므로 조세공평의 원칙에 현저히 반하는 예외적인 경우를 제외하고는 금지될 필요가 있는 점, 납세의무자로 하여금 개개의 과태료 처분에 대하여 불복하거나 조사 종료 후의 과세처분에 대하여만 다툴 수 있도록 하는 것보다는 그에 앞서 세무조사 결정에 대하여 다툼으로써 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있는 점 등을 종합하면, 세무조사 결정은 납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 공권력의 행사에 따른 행정작용으로서 항고소송의 대상이 된다.

④ [대법원 2008. 8. 21., 선고, 2007두13845, 판결] 표준지공시지가결정은 이를 기초로 한 수용재결 등과는 별개의 독립된 처분으로서 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하지만, 표준지공시지가는 이를 인근 토지의 소유자나 기타 이해관계인에게 개별적으로 고지하도록 되어 있는 것이 아니어서 인근 토지의 소유자 등이 표준지공시지가결정 내용을 알고 있었다고 전제하기가 곤란할 뿐만 아니라, 결정된 표준지공시지가가 공시될 당시 보상금 산정의 기준이 되는 표준지의 인근 토지를 함께 공시하는 것이 아니어서 인근 토지 소유자는 보상금 산정의 기준이 되는 표준지가 어느 토지인지를 알 수 없으므로, 인근 토지 소유자가 표준지의 공시지가가 확정되기 전에 이를 다투는 것은 불가능하다. 더욱이 장차 어떠한 수용재결 등 구체적인 불이익이 현실적으로 나타나게 되었을 경우에 비로소 권리구제의 길을 찾는 것이 우리 국민의 권리의식임을 감안하여 볼 때, 인근 토지 소유자 등으로 하여금 결정된 표준지공시지가를 기초로 하여 장차 토지보상 등이 이루어질 것에 대비하여 항상 토지의 가격을 주시하고 표준지공시지가결정이 잘못된 경우 정해진 시정절차를 통하여 이를 시정하도록 요구하는 것은 부당하게 높은 주의의무를 지우는 것이고, 위법한 표준지공시지가결정에 대하여 그 정해진 시정절차를 통하여 시정하도록 요구하지 않았다는 이유로 위법한 표준지공시지가를 기초로 한 수용재결 등 후행 행정처분에서 표준지공시지가결정의 위법을 주장할 수 없도록 하는 것은 수인한도를 넘는 불이익을 강요하는 것으로서 국민의 재산권과 재판받을 권리를 보장한 헌법의 이념에도 부합하는 것이 아니다. 따라서 표준지공시지가결정이 위법한 경우에는 그 자체를 행정소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아 그 위법 여부를 다툴 수 있음은 물론, 수용보상금의 증액을 구하는 소송에서도 선행처분으로서 그 수용대상 토지 가격 산정의 기초가 된 비교표준지공시지가결정의 위법을 독립한 사유로 주장할 수 있다.

⑤ 교도소재소자의 이송조치는 강학상 “권력적 사실행위”로서 처분성이 인정된다.
 [부산고법 2007. 6. 1., 선고, 2007누191, 판결 : 상고] 재소자가 교도소에 수감되었다가 형의 집행이 종료되어 출소한 경우에는 기본권침해의 가능성이 이미 소멸하였기 때문에 의복과 관련한 교도소장의 처분에 대한 취소를 구할 권리보호의 이익이 존재하지 않는다고 할 것이지만, 아직 잔여형기가 남아 있는 재소자가 의복과 관련한 영치물사용신청을 한 것에 대하여 교도소장이 불허처분을 한 경우에는 기본권침해의 가능성이 소멸하였다고 보기 어려우므로, 불허처분 후 재소자가 다른 교도소로 이송됨으로써 불허처분을 한 교도소장의 관리하에 있지 않더라도 위 불허처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.

33

정답 4번

- ① 사정판결은 처분이 위법하다고 인정하는 경우에 처분 등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하여 원고의 청구를 기각하는 판결이다.
- ② 사정판결은 공공복리를 위해 예외적으로 인정되는 제도이므로 그 적용은 엄격한 요건 아래 제한적으로 이루어져야 한다.
- ③ (i) 사정판결의 대상이 되는 처분의 위법여부는 처분시를 기준으로 판단하여야 하지만, (ii) 사정판결의 필요성인 공공복리는 처분 후의 사정이 고려되어야 하므로 심급을 불문하고 판결시(변론종결시)를 기준으로 판단한다.
- ④ (대법원 1995.7.28, 95누4629) 행정소송법 제26조, 제28조 제1항 전단의 각 규정에 비추어 보면, 법원은 행정소송에 있어서 행정처분이 위법하여 운전자의 청구가 이유 있다고 인정하는 경우에도 그 처분 등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 원고의 청구를 기각하는 사정판결을 할 수 있고, 이러한 사정판결을 할 필요가 있다고 인정하는 때에는 당사자의 명백한 주장이 없는 경우에도 일견 기록에 나타난 사실을 기초로 하여 직권으로 사정판결을 할 수 있다.
- ⑤ 판결 이후가 아니라 판결 이전에 “미리” 조사·보고하여야 한다(동법 제28조 제2항).

34

정답 1번

- ① 적극적 과세요건에 관한 증명책임은 과세관청에, 비과세·감면·공제요건에 관한 증명책임은 납세 의무자에게 있다.
 [대법원 2002. 6. 28., 선고, 2002두2277, 판결] 실제 공급자와 세금계산서상의 공급자가 다른 세금계산서는 공급받는 자가 세금계산서의 명의위장사실을 알지 못하였고 알지 못한 데에 과실이 없다는 특별한 사정이 없는 한 그 매입세액을 공제 내지 환급 받을 수 없으며, 공급받는 자가 위와 같은 명의위장 사실을 알지 못한 데에 과실이 없다는 점은 매입세액의 공제 내지 환급을 주장하는 자가 이를 입증하여야 한다.

② [대법원 1996.6.28, 96누3562] 납세고지서에 대한 공시송달이 적법한지 여부에 관한 증명책임은 원칙적으로 과세관청에 있다.

③ [대법원 2008. 1. 31., 선고, 2006두9535, 판결] 누락수입에 대하여 실시조사결정에 의해 과세처분을 할 때에는 그 누락수입에 대응하는 별도비용의 지출이 있었다고 볼 증거가 없는 한 그 수입액 전체가 소득액에 가산되어야 하고 누락수입에 대응하는 비용도 신고누락 되었다는 점에 관하여는 그 별도의 공제를 구하는 납세의무자가 주장·입증하여야 하며, 또 실시조사방법에 의하여 소득금액을 결정할 수 있는 때에는 추계조사방법으로 결정할 수 없다.

④ [대법원 1996.4.26, 94누12708] 과세대상이 된 토지가 비과세 혹은 면제대상이라는 점은 이를 주장하는 납세의무자에게 증명책임이 있는 것 이며, 과세 대상토지에 대한 과세구분이 잘못되었다는 주장에 관하여서는, 과세관청은 그 과세구분의 구체적인 근거를 제시하지는 못하였으나 종합토지세를 부과한 전국의 관할 시, 군으로부터 송부되어 온 종합토지세 과세내역서, 징수부, 수납부 등을 제출하고 있는바, 여기에는 각 개별토지의 소재지, 공부 및 현황 지목, 등급, 면적, 과세표준, 과세구분이 기재되어 있고 이는 관할 공무원의 조사 혹은 이의신청을 거쳐 확정되는 과세자료에 의하여 뒷받침되는 것이어서 쉽사리 그 증명력을 배척할 수 없다고 봄이 종합토지세의 부과징수구조에 비추어 합당하므로, 납세의무자로 하여금 과세구분의 위법이 있는 토지를 구체적으로 지적할 것을 석명하고 과세관청에 대하여 과세구분 근거에 대한 보충자료를 제출하게 하는 등으로 그에 대한 당부를 심리하여 정당세액의 범위를 가려야 한다.

⑤ [대법원 2001.1.16, 99두8107] 행정소송에 있어서 특별한 사정이 있는 경우를 제외하면 당해 행정처분의 적법성에 관하여는 행정청이 이를 주장·입증하여야 할 것이나 행정소송에 있어서 직권주의가 가미되어 있다고 하더라도 여전히 변론주의를 기본구조로 하는 이상 행정처분의 위법을 들어 그 취소를 청구함에 있어서는 직권조사사항을 제외하고는 그 취소를 구하는 자가 위법사유에 해당하는 구체적 사실을 먼저 주장하여야 한다.

35

정답 1번

① [대법원 1993. 9. 14., 선고, 92누4611, 판결] 현행 실정법이 지방전문직공무원 채용계약 해지의 의사표시를 일반공무원에 대한 징계처분과는 달리 항고소송의 대상이 되는 처분 등의 성격을 가진 것으로 인정하지 아니하고, 지방전문직공무원규정 제7조 각호의 1에 해당하는 사유가 있을 때 지방자치단체가 채용계약관계의 한쪽 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시로 취급하고 있는 것으로 이해되므로, 지방전문직공무원 채용계약 해지의 의사표시에 대하여는 대등한 당사자간의 소송형식인 공법상 당사자소송으로 그 의사표시의 무효확인을 청구할 수 있다.

② [서울고등법원 2004. 6. 24. 선고 2003누6483 판결] 사회기반시설법에 따른 BTL사업은 일단 협상대상자를 지정하고 그 지정된 협상대상자와 협상을 통하여 최종적으로 실시협약이라는 계약을 체결하는 구조를 가지고 있는데, 여기서 협상대상자의 지정은 행정처분에 해당한다고 할 것이고, 실시협약의 체결은 단순한 사법적, 일반적 계약관계로는 볼 수 없으며, 실시협약의 체결이라는 법률적 행위로서 사업시행자 지정이라는 행정처분이 동시에 발생하는 복합적인 행위로 보아야 할 것이다.

③ [대법원 2008. 6. 12., 선고, 2006두16328, 판결] 지방계약직공무원규정의 시행에 필요한 사항을 규정하기 위한 '서울특별시 지방계약직공무원 인사관리규칙' 제8조 제3항은 근무실적 평가 결과 근무실적이 불량한 사람에 대하여 봉급을 삭감할 수 있도록 규정하고 있는바, 보수의 삭감은 이를 당하는 공무원의 입장에서는 징계처분의 일종인 감봉과 다를 바 없음에도 징계처분에 있어서와 같이 자기에게 이익이 되는 사실을 진술하거나 증거를 제출할 수 있는 등(지방공무원징계및소청규정 제5조)의 절차적 권리가 보장되지 않고 소청(지방공무원징계및소청규정 제16조) 등의 구제수단도 인정되지 아니한 채 이를 감수하도록 하는 위 규정은, 그 자체 부당할 뿐만 아니라 지방공무원법이나 지방계약직공무원규정에 아무런 위임의 근거도 없는 것이거나 위임의 범위를 벗어난 것으로서 무효이다.

④ [대법원 2017. 6. 15., 선고, 2013두2945, 판결] 甲 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 주민등록법에서는 주민등록번호 변경에 관한 아무런 규정을 두고 있지 않은 점, 주민등록법령상 주민등록번호 변경에 관한 규정이 없다가나 주민등록번호 변경에 따른 사회적 혼란 등을 이유로 위와 같은 불이익을 피해자가 부득이한 것으로 받아들여야 한다고 보는 것은 피해자의 개인정보자기 결정권 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 해당한다고 한 사례.

⑤ [대법원 2004. 4. 22., 선고, 2003두9015, 전원합의체 판결] 구 지적법 제20조, 제38조 제2항의 규정은 토지소유자에게 지목변경신청권과 지목정정신청권을 부여한 것이고, 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 실제적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로 지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

정답 5번

⑤ (심판청구는 하였으되) 행정심판의 재결을 거치지 아니하고 취소소송을 제기할 수 있는 경우에 해당한다(동법 제18조 제2항).

| 행정심판의 재결을 거치지 아니하고 취소소송을 제기할 수 있는 경우(행정소송법 제18조 제2항) | 행정심판을 제기함이 없이 취소소송을 제기할 수 있는 경우(행정소송법 제18조 제3항) |
|---|--|
| 1. 행정심판청구가 있는 날로부터 60일이 지나도 재결이 없는 때 2. 처분의 집행 또는 절차의 속행으로 생길 중대한 손해를 예방하여야 할 긴급한 필요가 있는 때 3. 법령의 규정에 의한 행정심판기관이 의결 또는 재결을 하지 못할 사유가 있는 때 4. 그 밖의 정당한 사유가 있는 때 | 1. 동종사건에 관하여 이미 행정심판의 기각재결이 있을 때 2. 서로 내용상 관련되는 처분 또는 같은 목적을 위하여 단계적으로 진행되는 처분중 어느 하나가 이미 행정심판의 재결을 거친 때 3. 행정청이 사실심의 변론종결후 소송의 대상인 처분을 변경하여 당해 변경된 처분에 관하여 소를 제기하는 때 4. 처분을 행한 행정청이 행정심판을 거칠 필요가 없다고 잘못 알린 때 |

정답 5번

① 취소판결에 인정되는 효력 중 취소판결의 제3자효(동법 제29조)·재처분의무(제30조 제2항, 제3항)·간접강제(동법 제34조) 등은 당사자소송에는 적용되지 않는다.

② 당사자소송의 관할법원은 원칙적으로 관계행정청의 소재지이지만, 토지의 수용에 관계되는 당사자소송은 부동산 또는 장소의 소재지를 관할하는 행정법원에도 제기할 수 있다(동법 제40조, 제9조 제3항).

③ 행정소송법에서는 국가를 상대방으로 하는 당사자소송에서는 가집행선고를 할 수 없다고 규정하고 있는 반면(동법 제43조), 판례는 지방자치단체인 서울특별시를 상대방으로 하는 당사자소송에서 가집행선고가 가능하다고 판시한 바 있다.

[대법원 2000.11.28., 99두3416] 행정소송법 제8조 제2항에 의하면 행정소송에도 민사소송법의 규정이 일반적으로 준용되므로 법원으로는 공법상 당사자소송에서 재산권의 청구를 인용하는 판결을 하는 경우 가집행선고를 할 수 있다.

④ 행정심판기록제출명령은 당사자의 신청에 의해서만 가능하고 법원 직권으로는 불가능하다.

| 당사자의 신청에 의해서만 할 수 있는 경우 | 당사자의 신청 또는 법원의 직권에 의하여 할 수 있는 경우 |
|---|--|
| 피고경정(제14조 제1항), 소의 변경(제21조), 처분변경으로 인한 소의 변경(제22조), 행정심판기록의 제출명령(제25조), 간접강제(제34조), | 소송의 이송, 관련청구의 이송(제10조), 처분권한 승계에 따른 피고의 경정(제14조 제6항), 소송참가(제16조, 제17조), 집행정지결정(제23조)과 취소(제24조), 사정판결(제28조) |

⑤ 취소판결에 있어서 판결의 기속력조항(행정소송법 제30조 제1항)은 당사자소송에 준용된다(동법 제44조). 따라서 당사자소송의 확정판결은 당사자뿐만 아니라 관계행정청을 기속한다.

38

정답 2번

① 집행정지의 취소결정에 대한 즉시항고는 취소소송의 집행을 정지하는 효력이 없다(동법 제24조 제2항, 제23조 제5항).

② 동법 제38조 제1항

③ [대법원 1975. 11. 11., 선고, 75누97, 판결] 행정처분의 집행정지는 행정처분집행 부정지의 원칙에 대한 예외로서 인정되는 일시적인 응급처분이라 할 것이므로 집행정지결정을 하려면 이에 대한 본안소송이 법원에 제기되어 계속중임을 요건으로 하는 것이므로 집행정지결정을 한 후에라도 본안소송이 취하되어 소송이 계속하지 아니한 것으로 되면 집행정지결정은 당연히 그 효력이 소멸되는 것이고 별도의 취소조치를 필요로 하는 것이 아니다.

④ [대법원 1999.12.20., 99무42] 행정소송법 제23조 제3항에서 집행정지의 요건으로 규정하고 있는 '공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려'가 없을 것이라고 할 때의 '공공복리'는 그 처분의 집행과 관련된 구체적이고도 개별적인 공익을 말하는 것으로서 이러한 집행정지의 소극적 요건에 대한 주장·소명책임은 행정청에게 있다.

⑤ 동법 제23조 제2항

39

행정소송의 재판관할에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

① 세무서장의 과세처분에 대한 취소소송의 제1심 관할법원은 원칙적으로 당해 세무서의 소재지를 관할하는 행정법원이 된다.

② 서울중앙지방법원은 계쟁사건의 관할이 행정법원인 경우 당해 사건을 서울행정법원으로 이송하여야 한다.

③ 취소소송의 재판관할에 관한 규정은 당사자소송에도 준용된다.

④ 당사자소송으로 제기할 사건을 민사소송으로 서울중앙지방법원에 제기하여 판결이 난 경우에는 관할위반이다.

⑤ 관할위반여부는 소 제기요건으로서 제1심 법원의 전속심판사항이다.

정답 5번

① 동법 제9조 제1항

② [대법원 1997.5.30., 95다28960] 행정소송법 제7조는 원고의 고의 또는 중대한 과실 없이 행정소송이 심급을 달리하는 법원에 잘못 제기된 경우에 민사소송법 제31조 제1항을 적용하여 이를 관할 법원에 이송하도록 규정하고 있을 뿐 아니라, 관할 위반의 소를 부적법하다고 하여 각하하는 것보다 관할 법원에 이송하는 것이 당사자의 권리구제나 소송경제의 측면에서 바람직하므로, 원고가 고의 또는 중대한 과실 없이 행정소송으로 제기하여야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기한 경우, 수소법원으로서만 만약 그 행정소송에 대한 관할도 동시에 가지고 있다면 이를 행정소송으로 심리·판단하여야 하고, 그 행정소송에 대한 관할을 가지고 있지 아니하다면 당해 소송이 이미 행정소송으로서의 전심절차 및 제소기간을 도과하였거나 행정소송의 대상이 되는 처분 등이 존재하지도 아니한 상태에 있는 등 행정소송으로서의 소송요건을 결하고 있음이 명백하여 행정소송으로 제기되었더라도 어차피 부적법하게 되는 경우가 아닌 이상 이를 부적법한 소라고 하여 각하할 것이 아니라 관할 법원에 이송하여야 한다.

③ 동법 제40조

④ 행정사건을 민사소송으로 제기한 경우 수소법원이 행정소송에 대한 관할을 가지고 있지 아니하다면 관할법원으로 이송해야 한다. 그럼에도 불구하고 판결이 이루어졌다면 이는 관할을 위반한 경우에 해당한다.

⑤ 관할위반여부는 소제기요건(소송요건)으로, 사실심과 법률심을 막론하고 그 위반여부에 대한 판단이 가능하다.

40

정답 3번

ㄱ. [대법원 2000. 6. 13., 선고, 98두5811, 판결] 과세처분취소소송의 처분의 적법 여부는 과세액이 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 아니다.

ㄴ. [대법원 2004. 7. 22., 선고, 2002두868, 판결] 개발부담금부과처분 취소소송에 있어 당사자가 제출한 자료에 의하여 적법하게 부과될 정당한 부과금액이 산출할 수 없을 경우에는 부과처분 전부를 취소할 수밖에 없으나, 그렇지 않은 경우에는 그 정당한 금액을 초과하는 부분만 취소하여야 한다.

ㄷ. [대법원 1995. 11. 16., 선고, 95누8850, 전원합의체 판결] 가. 한 사람이 여러 종류의 자동차 운전면허를 취득하는 경우뿐 아니라 이를 취소 또는 정지함에 있어서도 서로 별개의 것으로 취급하는 것이 원칙이고, 한 사람이 여러 종류의 자동차 운전면허를 취득하는 경우 1개의 운전면허증을 발급하고 그 운전면허증의 면허번호는 최초로 부여한 면허번호로 하여 이를 통합관리하고 있다고 하더라도, 이는 자동차 운전면허증 및 그 면허번호 관리상의 편의를 위한 것에 불과할 뿐 그렇다고

하여 여러 종류의 면허를 서로 별개의 것으로 취급할 수 없다거나 각 면허의 개별적인 취소 또는 정지를 분리하여 집행할 수 없는 것은 아니다.

나. 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 것 인바, 이는 한 사람이 여러 종류의 자동차 운전면허를 취득한 경우 그 각 운전면허를 취소하거나 그 운전면허의 효력을 정지함에 있어서도 마찬가지이다.

다. 제1종 보통, 대형 및 특수 면허를 가지고 있는 자가 레이카크레인을 음주운전한 행위는 제1종 특수면허의 취소사유에 해당될 뿐 제1종 보통 및 대형 면허의 취소사유는 아니므로, 3종의 면허를 모두 취소한 처분 중 제1종 보통 및 대형 면허에 대한 부분은 이를 이유로 취소하면 될 것이나, 제1종 특수면허에 대한 부분은 원고가 재량권의 일탈·남용하여 위법하다는 주장을 하고 있음에도, 원심이 그 점에 대하여 심리·판단하지 아니한 채 처분 전체를 취소한 조치는 위법하다고 하여 원심판결 중 제1종 특수면허에 대한 부분을 파기환송한 사례.

르. [대법원 1982. 9. 28., 선고, 82누2, 판결] 행정청이 영업정지처분을 함에 있어서 그 정지기간을 어느 정도로 할 것인지는 행정청의 재량권에 속하는 사항인 것이며, 다만 그것이 공익의 원칙이나 평등의 원칙 또는 비례의 원칙등에 위반하여 재량권의 한계를 벗어난 재량권 남용에 해당하는 경우에만 위법한 처분으로서 사법심사의 대상이 되는 것이나, 법원으로서의 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 벗어난다.