

행정법 진도별 기출문제 정리 (11)

김진영 | 박문각남부,강남고시학원

58. 행정소송에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) [16, 국가9급]

- ① 재량행위의 경우 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지의 여부만을 심사한다.
- ② 사정판결을 하는 경우 처분의 위법성은 변론종결시를 기준으로 판단하여야 한다.
- ③ 조례가 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리·의무나 법적 이익에 영향을 미치는 경우에는 항고소송의 대상이 된다.
- ④ 취소소송의 기각판결이 확정되면 기판력은 발생하나 기속력은 발생하지 않는다.

[정답] ②

[해설]

사정판결의 경우 처분의 위법여부는 일반론에 의하여 처분시를 기준으로 판단하지만, 사정판결의 필요성 여부는 판결시(변론종결시)를 기준으로 판단한다. 틀린 지문이다.

- ① 재량행위의 경우 : 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사한다(대판 2001.2.9., 98두17593).
- ③ 조례가 처분적 법규가 되는 경우에는 법령이라고 하더라도 항고소송의 대상이 된다.
- ④ 취소소송의 기각판결이 있게 되면 후소법원은 전소 법원의 판단과 모순되는 판단을 할 수 없으므로 기판력이 발생하지만, 취소소송의 기각판결이 있는 경우 행정청은 이를 직권취소할 수 있으므로 기속력을 발생하지 않는다.

59. 사정판결에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) [16, 국가7급]

- ① 사정판결을 하는 경우 법원은 원고의 청구를 기각하는 판결을 하게 되나, 소송비용은 피고의 부담으로 한다.
- ② 처분의 위법 여부는 처분시를 기준으로, 처분을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니한지 여부는 변론종결시를 기준으로 판단하여야 한다.
- ③ 사정판결이 확정되면 사정판결의 대상이 된 행정처분이 위법하다는 점에 대하여 기판력이 발생한다.
- ④ 원고는 처분을 한 행정청을 상대로 손해배상, 제해시설의 설치 그 밖에 적당한 구제방법의 청구를 당해 취소소송이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다.

[정답] ④

[해설]

원고는 피고인 행정청이 속하는 국가 또는 공공단체를 상대로 손해배상, 제해시설의 설치 그 밖에 적당한 구제방법의 청구를 당해 취소소송등이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다(행정소송법제28조 제1항). 행정청을 상대로 병합소송을 제기하는 것이 아니라 행정청이 속한

국가 또는 공공단체를 상대로 제기하여야 한다.

- ① 사정판결은 실질적으로는 행정청이 패소하는 판결인데 예외적으로 승소판결을 하는 것이므로 소송비용은 패소자부담의 예외의 경우에 해당하여 승소한 행정청이 부담한다.
- ② 사정판결의 경우 처분의 위법여부는 행정처분의 일반론에 따라 처분시를 기준으로 하지만 사정판결의 필요성은 판결시(변론종결시)를 기준으로 한다.
- ③ 사정판결의 경우 당해 처분의 위법성이 치유되는 것은 아니므로 법원은 판결주문에 처분이 위법함을 명시하여야 하며(제28조 제1항 후문), 그 위법성에 대하여 기판력이 발생한다.

60. 다음 중 사정판결에 대한 내용으로 옳지 않은 것은? [16, 서울9급]

- ① 사정판결을 함에 있어서는 그 판결의 주문에서 그 처분 등이 위법함을 명시하여야 한다.
- ② 법원은 처분등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합 하지 아니하다고 인정하는 때에는 원고의 청구가 이유 있다고 인정하는 경우에도 원고의 청구를 기각할 수 있다.
- ③ 법원이 사정판결을 함에 있어서는 미리 원고가 그로 인하여 입게 될 손해의 정도와 배상 방법, 그 밖의 사정을 조사하여야 한다.
- ④ 사정판결이 있는 경우 원고는 피고인 행정청이 속하는 국가 또는 공공단체를 상대로 손해 배상청구를 당해 취소 소송등이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 없다.

[정답] ④

[해설]

사정판결이 있는 경우 원고는 피고인 행정청이 속하는 국가 또는 공공단체를 상대로 손해배상, 재해시설의 설치 그 밖에 적당한 구제방법의 청구를 당해 취소소송 등이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다(행정소송법 제28조 제3항).

- ① 당해 처분의 위법성이 치유되는 것은 아니므로 법원은 판결주문에 처분이 위법함을 명시하여야 하며(제28조 제1항 후문), 그 위법성에 대하여 기판력이 발생한다.
- ② 행정소송법 제28조 제1항
- ③ 행정소송법 제28조 제2항

61. 취소소송에서의 기속력에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) [16, 국회8급]

- ① 처분청이 재처분을 하더라도 기속력에 위반되는 경우에는 간접강제의 대상이 된다.
- ② 기속력은 취소소송의 인용판결은 물론 기각판결에 대하여서도 인정된다.
- ③ 원고의 신청을 거부하는 처분에 대해 취소판결이 확정되면 기속력의 결과 행정청은 원고의 신청을 인용하는 처분을 하여야 한다.
- ④ 제3자효행정처분에서 절차의 하자를 이유로 원고가 취소확정판결을 받은 경우 당해 처분청은 원처분과 동일한 처분을 할 수 없다.
- ⑤ 취소판결의 기속력은 판결의 주문(主文)에 대하여서만 발생한다.

[정답] ①

[해설]

거부처분에 대한 취소의 확정판결이 있음에도 행정청이 아무런 재처분을 하지 아니하거나, 재처분을 하였다 하더라도 그것이 종전 거부처분에 대한 취소의 확정판결의 기속력에 반하는 등

으로 당연무효라면 이는 아무런 재처분을 하지 아니한 때와 마찬가지로 할 것이므로 이러한 경우에는 행정소송법 제30조 제2항, 제34조 제1항 등에 의한 간접강제신청에 필요한 요건을 갖춘 것으로 보아야 한다(대판2002.12.11., 2002무22).

② 취소소송의 기속력은 인용판결에만 인정되며 기각판결에는 인정되지 않는다. 기각판결이 있는 후에도 행정청은 이를 직권취소할 수 있다.

③ 신청을 거부하는 처분에 대해 취소판결이 확정되면 행정청은 기속력에 따라 판결에 취지에 따른 처분을 하면 되는 것이지 반드시 인용하는 처분을 하여야 하는 것은 아니다.

④ 신청에 따른 인용처분에 의해 권익을 침해당한 제3자의 제소에 의하여 절차에 위법이 있음을 이유로 취소된 경우(면허처분에 대하여 경원자인 다른 면허신청자가 면허처분의 절차의 위법을 이유로 취소소송을 제기하여 당해 면허처분이 취소된 경우)에는 판결의 취지에 따른 적법한 절차에 의하여 이전의 신청에 대한 처분을 다시 하여야 한다(제30조 제3항). 어떠한 처분을 하면 되는 것이므로 처분청은 원처분과 동일한 처분을 할 수도 있다.

⑤ 취소판결의 기속력은 판결의 주문 뿐만 아니라 이유에 대해서도 인정된다.

62. 행정소송법 상 취소소송에 대한 사항으로 무효등확인소송의 경우에 준용되는 것은? [16, 사회복지]

- ① 행정심판전치주의의 적용
- ② 취소소송의 대상
- ③ 제소기간
- ④ 사정판결

[정답] ②

[해설]

취소소송은 처분 등을 대상으로 한다. 다만, 재결취소소송의 경우에는 재결자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다(행정소송법 제19조). 이 규정은 무효 등 확인소송과 부작위위법확인 소송에도 준용된다. 모두 항고소송이므로 처분을 대상으로 하는 것이다. 행정심판전치주의와 제소기간, 사정판결의 내용은 무효 등 확인소송에 준용되지 않는다(행정소송법 제38조).

63. 행정소송에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) [16, 지방9급]

- ① 행정처분의 당연무효를 주장하여 그 무효확인을 구하는 행정소송에 있어서는 피고 행정청이 그 행정처분에 중대·명백한 하자가 없음을 주장·입증할 책임이 있다.
- ② 재결취소소송에 있어서 재결 자체의 고유한 위법은 재결의 주체, 절차 및 형식상의 위법만을 의미하고, 내용상의 위법은 이에 포함되지 않는다.
- ③ 무효인 과세처분에 의해 조세를 납부한 자가 부당이득반환청구소송을 제기할 수 있는 경우에도 과세처분에 대한 무효확인소송을 제기할 수 있다.
- ④ 행정심판을 거친 후 부작위위법확인소송을 제기하는 경우에는 제소기간이 적용되지 않는다.

[정답] ③

[해설]

무효인 과세처분에 의해 조세를 납부한 경우 과거에는 무효확인소송의 보충성이 요구되었으므로 부당이득반환만을 청구하여야 하고 무효확인소송은 제기할 수 없었지만 현재는 무효확인소송의 보충성이 요구되지 않으므로 부당이득반환소송을 제기할 수 있는 경우에도 무효확인소송을 제기할 수 있다. 따라서 옳은 지문이다.

① 행정처분의 당연무효를 구하는 소송에 있어서는 그 무효를 구하는 사람에게 그 행정처분에 존재하는 하자가 중대하고도 명백하다는 것을 주장·입증할 책임이 있다(대판 1984.2.28., 82누154).

② 예외적 재결주의가 적용되는 경우 주체, 절차, 형식, 내용상의 위법을 포함한다.

④ 행정심판을 거친 경우에는 부작위위법확인소송의 경우에도 제소기간이 적용된다. 따라서 행정심판 재결서 정본을 송달 받고 90일 이내에 행정소송을 제기할 수 있다.

64. 부작위위법확인소송에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? [16, 서울7급]

① 집행정지결정은 부작위위법확인소송에 준용되지 않는다.

② 부작위위법확인소송에서 예외적으로 행정심판전치가 인정 될 경우 그 전치되는 행정심판은 의무이행심판이다.

③ 당사자의 신청에 대한 행정청의 거부처분이 있는 경우에는 행정청이 당사자의 신청에 대하여 일정한 처분을 이행하지 아니함으로써 위법상태가 야기된 것이므로 이를 제거하기 위하여 부작위위법확인소송도 허용된다.

④ 부작위위법확인소송은 부작위의 위법함을 확인함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 내지 무응답이라고 하는 소극적인 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 한다.

[정답] ③

[해설]

행정소송법 제4조 제3호에 규정된 부작위위법확인소송은 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우에 그 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송으로서 당사자의 신청에 대한 행정청의 처분이 존재하지 아니하는 경우에 허용되는 것이므로, 행정청이 당사자의 신청에 대하여 거부처분을 한 경우에는 거부처분에 대하여 취소소송을 제기하여야 하는 것이지 행정처분의 부존재를 전제로 한 부작위위법확인소송을 제기할 수 없다(대판1992.4.28., 91누8753).

① 집행정지는 취소소송과 무효등확인소송에서 인정되며 부작위위법확인소송에는 준용되지 않는다.

② 부작위위법확인소송에서 예외적으로 행정심판전치가 적용되며 의무이행심판이 이에 해당한다.

④ 부작위위법확인소송은 의무이행소송이 인정되지 않으므로 인정되는 소송으로서 부작위의 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 한다.

65. 「도로법」 제61조에서 “공작물·물건, 그 밖의 시설을 신설·개축·변경 또는 제거하거나 그 밖의 사유로 도로를 점용하려는 자는 도로관리청의 허가를 받아야 한다.”고 규정하고 있다. 甲은 도로관리청 乙에게 도로점용허가를 신청하였으나, 상당한 기간이 지났음에도 아무런 응답이 없어 행정쟁송을 제기하여 권리구제를 강구하려고 한다. 다음 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) [16, 지방9급]

- ① 甲이 의무이행심판을 제기한 경우, 도로점용허가는 기속행위이므로 의무이행심판의 인용판결이 있으면 乙은 甲에 대하여 도로점용허가를 발급해 주어야 한다.
- ② 甲이 부작위위법확인소송을 제기한 경우, 법원은 乙이 도로점용허가를 발급해 주어야 하는지의 여부를 심리할 수 있다.
- ③ 甲이 제기한 부작위위법확인소송에서 법원의 인용판결이 있는 경우, 乙은 甲에 대하여 도로점용허가신청을 거부하는 처분을 할 수 있다.
- ④ 甲은 의무이행소송을 제기하여 권리구제가 가능하다.

[정답] ③

[해설]

부작위위법확인소송에 대하여 법원의 인용판결이 있게 되면 행정청에게 재처분 의무가 부과되지만 행정청은 판결의 취지에 따라 어떤 처분을 하면 되므로 거부처분도 가능하다.

- ① 도로점용허가는 재량행위에 해당한다.
- ② 부작위위법확인소송은 의무이행소송이 인정되지 않으므로 인하여 부득이하게 인정되는 소송이므로 도로점용허가를 발급해 주어야 하는지에 대하여 법원은 실제적 심리를 할 수 없다.
- ④ 현행 행정소송법상 의무이행소송은 허용되지 않는다.