

<순서>

- ① 내용 수정 ② <연습문제> 추가 ③ <보충문제> 추가

① 내용 수정

○ 22쪽 <I. 서설> 전부를 다음으로 대체

I. 문제의 제기

각 개별법률이 규정하고 있는 이의신청이 모두 재송법상의 행정심판인 것은 아니다. 헌법 제 107조 제3항은 행정심판절차에 사법심판절차가 준용되어야 한다고 규정하고 있으므로, 개별 법률에서 정하는 이의신청 중 준사법절차가 보장되는 것만이 행정심판이다.

乙이 종전과 동일한 이유로 이의신청을 기각한 결정이 행정심판의 기각재결이 되려면 甲의 이의신청이 행정심판청구에 해당하여야 한다.

○ 23쪽 :

- <2. 법적 근거> 부분(이의신청은 개별법에서.....정하는 바에 따른다)을 전부 삭제
- 3. 행정심판인 이의신청과 '행정심판이 아닌 이의신청 등'과의 구별 → 2. '행정심판인 이의신청'과 '행정심판이 아닌 이의신청'의 구별
- <③ 행정심판법상의 행정심판이 아닌..... 것으로 보아야 한다.> 삭제

○ 24쪽

- <(3) 행정심판이 아닌 이의신청에 따른 결정의 성질과 효력> 부분 전부 삭제
- (4) 민원 처리에 → (3) 민원 처리에
- <(5) 관련판례>부터 25쪽의 7행(..... 2013두10809).까지 전부 삭제하고, 25쪽의 <② 민원 사무처리에 관한 법률 제18조..... 기각재결로 볼 수 없다.>(열 줄) 부분은 ③번으로 바꾸어서 남김. 즉, 다음처럼 됨
 - ② 민원 처리에 관한 법률상 이의신청은 준사법적 절차가 보장되어 있지 않고, 이의신청과 관계없이 행정심판을 제기할 수 있는 것으로 규정하고 있으므로 행정심판이 아닌 이의신청에 해당한다.
 - ③ 민원사무처리에 관한 법률 제18조 제1항에서 정한 거부처분에 대한 이의신청..... 대한 기각결정은 행정심판의 기각재결로 볼 수 없다.
- III. 결론 → III. 사례의 해결

○ 32쪽 : 4. 설문의 해결 → 4. 결어

○ 35쪽 끝에 추가

3. 결어

위원회는 갑의 의무이행심판 청구에 따른 정보공개명령재결, 거부처분취소심판 청구에 따른 정보비공개결정 취소재결(또는 부분공개 명령재결)을 할 수 있다. 다만 정보공개청구 사건의 성질상 처분재결은 불가능하다.

한편 기속력 확보수단으로서 간접강제가 가능하나, 직접처분은 성질상 불가능하다.

○ 51쪽 문제 BOX 6행의 다음 문장을 삭제
이에 대해 행정심판위원회는 인용재결을 하였고, 갑은 이에 불복하여 취소소송을 제기하고자 한다.

○ 53쪽
- 8행: 관련법규가 된다고 볼 수 있으므로 이에 근거하여 인근주민의 청구인적격을 인정할 수 있다고 본다. → 관련법규가 되고, 주민 등의 의견 수렴 절차를 둔 것은 사익보호성을 인정할 수 있으므로 인근주민들은 청구인적격을 갖는다.
- 아래에서 10행 : 재결 내용에 따라서 → 재결의 기속력에 따른 행정청의 행위로

○ 66쪽
- <(2) 고지의 종류> 부분을 전부 삭제
- (3) 고지의무위반의 → (2) 고지의무위반의

○ 67쪽 <(2) 일반행정심판위원회의 유형> 전체(68쪽까지)를 다음으로 간략히 대체
(2) 일반행정심판위원회의 유형
행정심판법 제6조는 일반행정심판위원회의 유형으로 ① 독립기관 등 소속 행정심판위원회, ② 중앙행정심판위원회, ③ 시·도행정심판위원회, ④ 직근 상급행정기관 소속 행정심판위원회를 규정하고 있다.

○ 71쪽 중간쯤 : 각주 25) 삭제 (이 사건 종전 처분의.....)

○ 73쪽 :
- 11행 : 이행하지 아니하였을 것²⁷⁾ → 이행하지 아니하였을 것. 그런데 판례는 행정심판위원회가 직접처분을 하기 위하여는 처분의 이행을 명하는 재결이 있었음에도 당해 행정청이 아무런 처분을 하지 아니하였어야 하므로, 당해 행정청이 어떠한 처분을 하였다면 그 처분이 재결의 내용에 따르지 아니하였다고 하더라도 재결청이 직접처분을 할 수는 없다는 입장이다.¹⁾ ->>> 먼저 있었던 각주 27이 삭제되면서 새로운 각주가 끝에 들어감

- 5) 조치사항 ->>> 이 부분 전부 삭제
- < 6) 설문의 경우> 부분을 다음으로 대체
6) 설문의 경우
위원회의 처분명령재결 이후 위원회가 다시 거부처분을 하였다. 이는 재결의 기속력에 반하기는 하나, 행정청이 일정한 처분을 한 것이므로 판례에 따르면 직접처분은 구제수단이 될 수 없다.

○ 74쪽 :
- 13행 : 하지 아니한 경우 → 하지 아니한 경우(제49조 제2항, 제50조의2)
15행 : 하지 아니한 경우 → 하지 아니한 경우(제49조 제3항, 제50조의2)
- 그 바로 아래에 다음을 추가
③ 신청에 따른 처분이 절차의 위법 또는 부당을 이유로 재결로써 취소된 경우 그 처분을 한

1) 대판 2002.7.23. 2000두9151

행정청이 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하지 아니한 경우(제49조 제4항, 제50조의2)

- < 3) 절차 및 효력 > 부분을 전부 삭제

○ 75쪽

- 4) 설문의 경우 → 3) 설문의 경우

- 아래에서 2행 : 직접처분과 간접강제를 → 간접강제를

○ 78쪽

- 2행 : 하고, 판례에 → 행정청이 일정한 처분을 한 것이므로 판례에

- [참고] BOX 삭제

○ 82쪽

- 중간쯤 : 직접처분과 간접강제를 → 간접강제를

○ 83쪽

- 아래에서 2행 : 직접처분 또는 간접강제신청에 → 간접강제 신청에

○ 84쪽 : <Ⅲ. 직접처분> 부분을 전부 삭제하고, IV → III V → IV

○ 85쪽

- 2행 : (제50조의2, 제49조 제2항, 제49조 제3항) → (제50조의2, 제49조 제2항~제4항)

- <3. 사안의 경우> 바로 위에 추가

③ 신청에 따른 처분이 절차의 위법 또는 부당을 이유로 재결로써 취소된 경우 그 처분을 한 행정청이 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하지 아니한 경우

- 맨 끝 : 직접강제와 간접강제를 → 간접강제를

○ 89쪽 맨 아래줄 : (처분명령재결) → (일정처분명령재결)

○ 116쪽 : 6. 항고소송의 → 7. 항고소송의

○ 117쪽 : 7. 설문의 해결 → 8. 설문의 해결

○ 124쪽 5행 : 일반적 견해는 법률상 이익의 범위(의미)를 취소소송의 본질에 대한 논의를 통해 결정한다. → 양식장 운영자 乙이 적법한 원고가 될 수 있는지는 법 제12조의 법률상 이익이 이웃소송(인인소송)과 관련하여 문제된다.

○ 125쪽

- 3행 : 대법원은 → 판례는

- 4행 : 헌법재판소는 기본권에 → 기본권에

- <Ⅲ. 사안의 검토> 바로 아래에 추가하고, 1 → 2 2 → 3

1. 이웃소송

이웃소송은 어떠한 시설의 허가처분이 이웃하는 주민에게는 불이익하게 되는 경우, 이로 인해 침해를 받는 인근주민이 그 침해를 다투는 소송을 말한다.

이웃소송에 있어서 원고적격의 판단기준은 근거법률의 사익보호성 여부이다. 대법원은 인근주민에게 원고적격이 있는지는 당해 허가처분의 근거법규 및 관계법규의 보호목적에 따라 결정된다고 하여 근거법률의 범위를 확대하였다. 즉, 당해 근거법규 및 관계법규가 공익뿐 아니라 인근주민의 사적 이익도 보호한다고 해석되는 경우에 인근주민에게 원고적격이 인정된다.

- 133쪽 : <③ 법과 시행령의 관계..... 두6716.> ->> 삭제
- 134쪽 : <① 액화석유가스충전사업의 ... 91누13274.> 삭제하고, ② → ① ③ → ②
- 135쪽 : < ② 공유수면매립면허처분과..... 2006두330.> ->> 삭제하고, ③ → ②
- 142쪽 맨 아래줄 : 대법원은 → 판례는
- 143쪽 1행 : 헌법재판소는 기본권에 → 기본권에
- 172쪽 <(2) 제12조 2문의 성질> 전부를 다음으로 대체
(2) 제12조 2문의 성질
이에 관하여 ① 제12조 전문처럼 원고적격에 관한 조항으로 보는 견해가 있으나, ② 전문은 취소소송의 원고적격을 규정하고 있고, 후문은 취소소송에서의 협의의 소익을 규정한 것이라고 보는 견해가 다수설이다.
- 175쪽 문제 BOX
- 1행 : 정부투자기관회계규정에 의거하여 ->>> 삭제
- 182쪽
- 8행 : 무효확인소송을 → 무효확인소송(민사소송)을
- 184쪽 중간줄 : ① 단순한 형식의 → ① 내부적으로는 위임받고 있으므로 무권한은 아니어서 단순한 형식의
- 191쪽 문제 BOX의 5행 : 강력히 제기하였다. → 강력히 제기하였다. 그러나 乙시장은 甲의 입목벌채허가신청이 관계 법령이 정하는 허가요건을 모두 갖추었음을 이유로 입목벌채 허가를 하였다.
- 193쪽 아래에서 7행 : 행위고 → 행위이고
- 195쪽 문제 BOX 3행 : 학부모들은 → 학생들은

○ 204쪽

- 아래에서 3행 : 60일 → 90일 30일 → 60일

○ 209쪽 <(3) 청구인적격에 대한 입법상 과오여부> 전부 삭제하고, (4) → (3) (5) → (4)
(6) → (6) (7) → (6)

○ 212쪽 : <3. 재결 자체에 고유한 위법> 이하를 전부 아래처럼 대체

3. 재결 자체에 고유한 위법

(1) 의의

재결도 하나의 행정처분이므로 주체·절차·형식·내용상의 위법이 있으면 다룰 수 있다. 재결 자체의 고유한 위법이라 함은 원처분에서 발견할 수 없었던 재결 자체의 위법사유, 즉 원처분에는 없고 재결에만 존재하는 위법사유를 의미한다. 따라서 재결취소소송에서 원처분의 하자를 주장하는 것은 허용되지 아니한다.²⁾ 판례는 '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 된다고 한다.³⁾

(2) 제3자효 행정행위에 대한 인용재결이 있는 경우

판례에 따르면 이른바 복효적 행정행위, 특히 제3자효를 수반하는 행정행위에 대한 행정심판청구에 있어서 그 청구를 인용하는 내용의 재결로 인하여 비로소 권리의익을 침해받게 되는 자는 그 인용재결에 대하여 다룰 필요가 있고, 그 인용재결은 원처분과 내용을 달리하는 것이므로 그 인용재결의 취소를 구하는 것은 원처분에는 없는 재결에 고유한 하자를 주장하는 셈이어서 당연히 항고소송의 대상이 된다.⁴⁾ 예컨대, 제3자가 행정심판청구인인 경우의 행정처분 상대방이나, 행정처분 상대방이 행정심판청구인인 경우의 제3자는 그 인용재결을 다룰 필요가 있다. 원처분 취소의 소 등과는 별도로 재결취소의 소를 인정한 실익은 이러한 복효적 행정행위에 있어서 인용재결로 인하여 비로소 권리의익을 침해받은 자로 하여금 권리구제를 받을 수 있게 하려는 데 있다.⁵⁾

설문의 취소명령재결로 인하여 비로소 권리의익을 침해받게 되는 甲은 그 인용재결에 대하여 다룰 필요가 있고, 그 인용재결은 원처분과 내용을 달리하는 것이므로 그 인용재결의 취소를 구하는 것은 원처분에는 없는 재결에 고유한 하자를 주장하는 셈이어서 항고소송의 대상이 된다.

(3) 취소명령재결

행정심판위원회는 취소심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 처분을 취소 또는 다른 처분으로 변경하거나 처분을 다른 처분으로 변경할 것을 피청구인에게 명한다(행정심판법 제43조 제3항). 설문은 현행법상 인정되지 않는 취소명령재결을 하였으므로 재결 자체에 고유한 위법이 있는 경우에 해당한다. 따라서 甲은 인용재결을 취소소송으로 다룰 수 있다.

(4) 부적법한 행정심판청구에 대한 인용재결

2) 대판 1994.2.8. 9317874

3) 대판 2001.7.27. 99두2970

4) 대판 1997.12.23. 96누10911

5) 임영호, 「행정소송의 쟁점」, 진원사, 2014, p.140.

설문(1)의 결론과 달리 판례에 따라 A회사의 청구인적격을 부정하는 입장에 서는 경우, 각하재결을 해야 함에도 본안을 판단하여 인용재결을 한 것이므로 원처분에 없는 재결 자체의 고유한 하자가 있다. 따라서 甲은 인용재결을 취소소송을 다룰 수 있다.

4. 설문의 해결

甲은 인용재결에 대해 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 주장하며 취소소송으로 다룰 수 있다.

○ 215쪽 문제 BOX

- 각주 162) 삭제

○ 224쪽 <VI. 보론 - 원처분주의의 위반과 판결> -> 전부 삭제하고, VII → VI

○ 234쪽 아래에서 2행 : 현재 공표에 관한 일반법은 없고 →

행정절차법 제40조의3는 '위반사실 등의 공표'라는 제하에 일반원칙과 절차를 정하고 있으며,

○ 235쪽 10행 : 의무이행소송 제도를 → 항고소송으로서 의무이행소송 제도를

○ 236쪽 맨 끝에 추가

한편 행정청은 공표된 내용이 사실과 다른 것으로 밝혀지거나 공표에 포함된 처분이 취소된 경우에는 그 내용을 정정하여, 정정한 내용을 지체 없이 해당 공표와 같은 방법으로 공표된 기간 이상 공표하여야 한다. 다만, 당사자가 원하지 아니하면 공표하지 아니할 수 있다(행정절차법 제40조의3 제8항).

○ 255쪽 각주 198) 삭제하고 그 내용을 다음처럼 본문의 맨 끝에 BOX로 기재

<참고>

이미 대한민국에 입국한 외국인에 대하여 법무부장관이 입국금지결정을 통보한 경우는, 입국금지결정이 공식적인 방법으로 외부에 표시되었을 뿐만 아니라 실질적인 내용이 강제된 거명령에 해당하는 것이어서 처분에 해당한다(대판 2013.2.28. 2012두5992).

○ 260쪽 : 각주 203) 삭제

○ 261쪽 : <3. 부관 부가의 가능성> 전부를 다음으로 대체

3. 부관 부가의 가능성

(1) 행정기본법 규정

행정청은 처분에 재량이 있는 경우에는 부관(조건, 기한, 부담, 철회권의 유보 등을 말한다)을 붙일 수 있다(행정기본법 제17조 제1항). 반면 행정청은 처분에 재량이 없는 경우에는 법률에 근거가 있는 경우에 부관을 붙일 수 있다(제2항).

종래 판례는 재량행위에는 법적 근거가 없어도 부관을 붙일 수 있으나, 기속행위와 기속재량 행위에는 부관을 붙일 수 없다는 입장이었다.

(2) 사안의 경우

종로구청 별관 건물에 대한 구내식당 사용허가는 강학상 특허의 성질을 가지는 행정처분으로서 재량행위에 해당하며, 특별히 부관의 부가가 제한되는 신분설정행위가 아니라는 점에서, 종로구청장은 갑에게 사용허가를 하면서 부관을 붙일 수 있다.

○ 262쪽

- <(1) 문제점> ~ <(2) 부관의 한계>를 다음으로 대체

(1) 행정기본법 규정

부관은 ① 해당 처분의 목적에 위배되지 아니할 것, ② 해당 처분과 실질적인 관련이 있을 것, ③ 해당 처분의 목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 범위일 것이라는 요건에 적합해야 한다(행정기본법 제17조 제4항).

- (3) 부당결부금지원칙 → (2) 부당결부금지원칙

○ 265쪽 : 3. 부관의 독립취소가능성 → 3. 부관의 독립취소 가능성

○ 271쪽 : 각주 215) 삭제

○ 279쪽 끝에 추가

5. 결론

개발제한구역지정은 항고소송의 대상인 행정처분에 해당한다.

○ 280쪽

- 문제 BOX : ○○정로환당의정 → △△환당의정 △△정로환 → △△환

○ 319쪽 문제 BOX 2행 : 1개월 → 4개월

○ 332쪽 <(2) 지방노동위원회의 초심의 성질 - 당사자심판> 삭제하고, (3)→(2) (4)→(3)

○ 334쪽 6행 : 노동조합 및 노동관계조정법 제85조 제2항 → 근로기준법 제31조 제2항

○ 338쪽 10행 : (일부취소재결이 → (일부취소재결

○ 340쪽 맨 아래 단락(판례는 “직위해제처분은 근로자로서의..... 효력이 소멸되었다.)
을 다음으로 대체

판례는 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 부적법하다고 한다.⁶⁾

한편 판례에 따르면, 직위해제처분은 근로자로서의 지위를 그대로 존속시키면서 다만 그 직위만을 부여하지 아니하는 처분이므로 만일 어떤 사유에 기하여 근로자를 직위해제한 후 그 직

6) 대판 2003.10.10. 2003두5945

위해제 사유와 동일한 사유를 이유로 징계처분을 하였다면 뒤에 이루어진 징계처분에 의하여 그 전에 있었던 직위해제처분은 그 효력을 상실한다. 여기서 직위해제처분이 효력을 상실한다는 것은 직위해제처분이 소급적으로 소멸하여 처음부터 직위해제처분이 없었던 것과 같은 상태로 되는 것이 아니라 사후적으로 그 효력이 소멸한다는 의미이다. 따라서 직위해제처분에 기하여 발생한 효과는 당해 직위해제처분이 실효되더라도 소급하여 소멸하는 것이 아니므로, 인사규정 등에서 직위해제처분에 따른 효과로 승진·승급에 제한을 가하는 등의 법률상 불이익을 규정하고 있는 경우에는 직위해제처분을 받은 근로자는 이러한 법률상 불이익을 제거하기 위하여 그 실효된 직위해제처분에 대한 구제를 신청할 이익이 있다.⁷⁾

○ 341쪽 <3. 설문의 해결>을 대체

3. 설문의 해결

(1) 제1차 직위해제처분의 경우

새로운 직위해제사유에 기한 직위해제처분을 하였으므로 제1차 처분은 존재하지 아니한다. 따라서 제1차 직위해제의 취소를 구할 소의 이익이 없다.

(2) 제2차 직위해제처분

동일한 사유의 해임처분으로 제2차 처분의 효력을 상실한다고 보아야 하나, 공무원보수규정상 및 신분상 불이익이 있는 경우에 해당하므로 제2차 직위해제의 취소를 구할 소의 이익이 인정된다.

○ 367쪽

- <③ 가중적 제재처분이 따르는 경우> 부분 모두 삭제. 각주 바로 위의 작은 BOX도 삭제

- 그 자리에 다음을 추가

(5) 설문의 경우

설문과 유사한 사례에서 판례는 “해임처분 무효확인 또는 취소소송 계속 중 임기가 만료되어 해임처분의 무효확인 또는 취소를 지위를 회복할 수는 없다고 할지라도, 그 무효확인 또는 취소를 해임처분일부부터 임기만료일까지 기간에 대한 보수 지급을 구할 수 있는 경우에는 해임처분의 무효확인 또는 취소를 구할 법률상 이익이 있다”⁸⁾고 했다.

○ 368쪽

- 2행~5행 삭제 (설문과 유사한 사례에서.....있다”고 했다.)

- 6행 : 설문의 사안에서 소송계속 → 소송계속

○ 418쪽 3행 : 본안판단의 → 본안소송의

○ 418쪽 <5. 판례 - '회복하기 어려운 손해'의 의미> 이하를 다음으로 대체

5. 사안의 경우

(1) 회복하기 어려운 손해

판례는 “집행정지 요건인 '회복하기 어려운 손해'라 함은 특별한 사정이 없는 한 금전으로 보

7) 대판 2010.7.29. 2007두18406

8) 대법원 2012.2.23. 2011두5001

상할 수 없는 손해로서 이는 금전보상이 불능인 경우 내지는 금전보상으로는 사회관념상 행정 처분을 받은 당사자가 참고 견딜수 없거나 또는 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유형, 무형의 손해를 일컫는다. 새로운 운송업자의 운행이 장기화됨에 따라 신청인은 상당한 경제적 손실을 입어 여객자동차운송사업 자체에 중대한 영향을 받거나 심각한 경영상의 위기를 맞을 우려가 있고, 이와 같은 손해는 신청인에게 참고 견디기가 현저히 곤란한 유형·무형의 손해로서 행정소송법 제23조 제2항의 '회복하기 어려운 손해'에 해당한다”⁹⁾고 판시하였다.

갑은 현재 그럭저럭 수지를 맞추어 가며 운송사업을 경영하고 있다고 하므로, 동일노선에 대해 새로이 운송사업면서를 받은 신규업자 을이 운행을 시작하여 승객유치를 위한 치열한 경쟁이 불붙고 본안판결시까지 이러한 상태가 장기화된다면, 갑의 수익감소가 심각한 지경에 이를 경우 그 경제적 손실이 사업운행 자체에 중대한 영향을 미쳐 심각한 경영상 위기를 초래할 가능성이 있다.

(2) 공공복리에 대한 중대한 영향을 미칠 우려

사익의 보호가 공공복리에 중대한 영향을 주는 경우란 후자의 이익이 압도적으로 사익의 희생을 요구할 때를 말하며 이것은 공사의 이익을 비교형량하여 판단되어야 한다. 따라서 신규업자 을이 버스운행을 하지 않아 발생하는 수송공급력의 심각한 문제가 인정되어야 할 것이다. 이 점은 설문에서 명확하지 않으므로 갑의 집행정지신청을 불허할 이유라 하기 어렵다.

(3) 청구의 이유 없음이 명백하지 아니할 것

갑의 집행정지사건 자체에 의하여도 신청인의 본안 청구가 이유 없음이 명백하다는 사정은 보이지 않는다.

결국 갑의 집행정지신청은 받아들여질 수 있다.

○ 426쪽

- 1행 : 본안청구의 승소가능성 → 본안의 이유유무에 대한 심리.판단

- 10행~17행 : “행정처분의 효력정지나..... 99부3). -> 다음으로 대체

“행정처분의 효력정지나 집행정지제도는 신청인이 본안 소송에서 승소판결을 받을 때까지 그 지위를 보호함과 동시에 후에 받을 승소판결을 무의미하게 하는 것을 방지하려는 것이어서 본안 소송에서 처분의 취소가능성이 없음에도 처분의 효력이나 집행의 정지를 인정한다는 것은 제도의 취지에 반하므로 효력정지나 집행정지사건 자체에 의하여도 신청인의 본안 청구가 이유 없음이 명백하지 않아야 한다는 것도 효력정지나 집행정지의 요건에 포함시켜야 한다(대판 2007.7.13. 2005무85).

○ 437쪽 < 3) 검토>를 대체

3) 검토

해석론으로는 행정소송법이 민사집행법상의 가처분을 배제하고 특별한 규정을 둔 것이므로 행정소송에는 적용되지 않는다고 볼 것이다.

그러나 입법론으로는 행정소송이나 이에 따르는 가구제가 우리 헌법상 사법권에 속한다는 점, 가처분은 잠정적인 권리구제수단에 불과하므로 행정청의 권한 침해는 크게 문제되지 않으며, 당사자의 실효적인 권리구제 확대라는 측면에서 민사집행법상 가처분규정을 항고소송에도 적용하야 타당하다. 행정소송법 개정안은 국민의 권익침해를 효과적으로 구제하기 위하여 행정상 임시구제도로써 가처분제도를 규정하고 있다. 또한 집행정지와외의 조화를 꾀하기 위하여 집

9) 대결 2004.5.17. 2004무6

행정지에 의하여 목적을 달성할 수 있는 경우에는 가처분을 허용할 수 없도록 하였다.

○ 438쪽 맨 아래줄 : 기각결정이 → 각하결정이

○ 443쪽 각주 399) : 행정고시(재경) 기출문제 → 행정고시(재경) 기출문제 변형

○ 444쪽 중간쯤 : "원고적격에 대한 학설..... 할 것이다."를 다음으로 대체
원고적격에 대한 학설 가운데 통설인 "법적 보호가치 있는 이익구제설"에 의할 때, 병에 대한 허가가 취소됨으로 인하여 같은 법률상 직접적이고 구체적인 이익을 갖게 되는 경원자라 할 수 있으므로 원고적격이 있다 할 것이다.

○ 446쪽 3행 : 제한적 긍정설이 → 제한적 긍정설, 개별적 결정설이

○ 450쪽 4행에 추가 :

④ 개별적 결정설 : 거부행위, 기속행위, 재량행위, 제재적 처분 등 처분의 유형 및 소송의 유형에 따라 허용범위를 달리해야 한다는 견해이다.

○ 458쪽 <③ 판례> 윗줄에 추가

㊸ 개별적 결정설 : 거부행위, 기속행위, 재량행위, 제재적 처분 등 처분의 유형 및 소송의 유형에 따라 허용범위를 달리해야 한다는 견해이다.

○ 460쪽 <연습 94> 전부 삭제

○ 461쪽 <(2) 판례> 바로 위에 추가

4) 개별적 결정설

거부행위, 기속행위, 재량행위, 제재적 처분 등 처분의 유형 및 소송의 유형에 따라 허용범위를 달리해야 한다는 견해이다.

○ 469쪽 <(2) 판례> 위에 추가

④ 개별적 결정설 : 거부행위, 기속행위, 재량행위, 제재적 처분 등 처분의 유형 및 소송의 유형에 따라 허용범위를 달리해야 한다는 견해이다.

○ 472쪽 3행 : 제한적 긍정설이 대립 → 제한적 긍정설, 개별적 결정설이 대립

○ 481쪽 : (2) 학설과 (3) 판례의 입장을 다음으로 대체

(2) 학설

원고책임설, 피고책임설, 법률요건분류설, 행정법독자분배설 ☞ 앞의 문제 해설 참고

(3) 판례의 태도

판례는 행정소송에서의 입증책임도 원칙적으로 민사소송의 일반원칙에 따라 당사자간에 분배되어야 한다고 보면서도, 항고소송의 특성도 고려하여야 한다는 입장이다.

"민사소송법의 규정이 준용되는 행정소송에 있어서 입증책임은 원칙적으로 민사소송의 일반원

칙에 따라 당사자간에 분배되고 항고소송의 경우에는 그 특성에 따라 당해 처분의 적법을 주장하는 피고에게 그 적법사유에 대한 입증책임이 있다 할 것인바 피고가 주장하는 당해 처분의 적법성이 합리적으로 수긍할 수 있는 일응의 입증이 있는 경우에는 그 처분은 정당하다 할 것이며 이와 상반되는 주장과 입증은 그 상대방인 원고에게 그 책임이 돌아간다고 할 것이다.”(대판 1984.7.24. 84누124)

“특정 거래가 실질적인 재화의 인도 또는 양도가 없는 명목상의 거래라는 이유로 그 거래 과정에서 수취한 세금계산서가 매입세액의 공제가 부인되는 부가가치세법 제17조 제2항 제1의2호가 규정하고 있는 ‘사실과 다른 세금계산서’에 해당한다는 점에 관한 증명책임은 과세관청이 부담함이 원칙이다.”(대판 2008.12.11. 2008두9737)

- 500쪽 중간쯤 : 성립시점의 세법 적용하는 → 성립시점의 세법을 적용하는
- 525쪽 맨 마지막 줄 : 재거부처분은 적법하다. → 재거부처분은 다른 위법사유가 없는 한 적법하다.
- 565쪽 <(2) 판례> 위에 추가
- ④ 개별적 결정설 : 거부행위, 기속행위, 재량행위, 제재적 처분 등 처분의 유형 및 소송의 유형에 따라 허용범위를 달리해야 한다는 견해이다.
- 601쪽 맨 마지막 줄에서 문장이 끊어짐
- 604쪽 문제 box (1) : A시장에게 건축허가를 신청한 시점에 → 건축허가를 신청하고 6개월이 지난 시점에
- 615쪽 : ① 부정설 : 이 규정의 취지를 → ① 부정설 : 행정소송법 제21조의 취지가
- 639쪽 아래에서 3행 : 취소소송도 인정하고 있다. 다만 → 취소소송도 인정하고 있다. 즉 취소의 청구에는 무효확인을 구하는 취지도 포함된다고 한다. 다만
- 672쪽 아래에서 9행 : 제21조 → 제31조
- 688쪽 <3. 가처분 인정 여부> 와 <4. 예방적 부작위소송의 허용 여부> 전체의 위치를 바꿉니다. 즉,
 - 3. 예방적 부작위소송의 허용 여부

.....
 - 4. 가처분 인정 여부

.....

㉔ <연습문제> 추가

○ 51쪽 <연습 7> 다음에 추가

서울경찰청장 乙은 2022. 12. 15. 운전면허 정지처분서를 등기우편으로 甲의 주소지에 발송하였다. 甲이 거주하는 아파트의 경비원인 丙은 2022. 12. 16. 인터폰으로 甲의 집에 아무도 없음을 확인한 후 그 처분서를 수령하였다가 2022. 12. 23. 휴가여행 후 돌아온 甲에게 이를 전달하였다. 위 아파트에서는 등기우편물 등 특수우편물이 배달되는 경우 관례적으로 아파트 경비원이 인터폰으로 거주자에게 연락하여 그 거주자가 직접 수령하도록 하고 그러한 연락이 되지 아니하는 때에는 아파트 경비원이 이를 수령하여 거주자에게 전달하여 주어 왔으며, 甲을 비롯한 위 아파트 주민들은 평소 이러한 특수우편물 배달방법에 관하여 아무런 이의도 제기하지 아니하였다.

甲은 위 처분서를 전달받은 후 2023. 3. 19. 중앙행정심판위원회에 취소심판을 제기하였으나 기각재결이 있자 취소소송을 제기하였다. 소송과정에서 乙은 甲이 2022. 12. 16. 이 사건 처분서를 송달받고서도 그로부터 90일간의 행정심판청구기간이 지난 2023. 3. 19. 행정심판을 제기함으로써 적법한 전심절차를 거치지 아니하였으므로 이 사건 소는 부적법하다고 본안전 항변을 하였다. 이에 대하여 甲은 2022. 12. 16.에는 자신은 휴가 중이었기 때문에 그 날 이를 수령할 수는 없었고 대신 자신이 살고 있는 아파트 경비원이 2022. 12. 23. 집에 돌아온 자신에게 전달하여 주어 그 때에 비로소 처분이 있음을 알게 된 것이므로 청구기간을 준수한 적법한 것이라고 주장하였다.

甲의 주장은 타당한가? 만일, 위와 같은 사안에서 甲의 주소지(영업장)에서 甲의 아르바이트 직원이 2022. 12. 16. 처분서를 수령한 경우에는 어떠한가?

I. 문제의 소재

취소심판 청구는 처분이 있음을 알게 된 날부터 일정한 기간 내에 제기하여야 하는데, 사안에서 甲이 ‘처분이 있음을 알게 된 날’이 경비원이 처분서를 수령한 때인지, 甲이 휴가 후 경비원으로부터 처분서를 전달받은 때인지 규명할 필요가 있다.

사안에서 운전면허 정지처분에 대한 취소소송은 행정심판의 재결을 거쳐야 하므로(필요적 전치) 취소소송의 적법성과 관련하여 문제된다.

II. 취소심판의 청구기간

1. 행정심판 청구기간의 의의

처분은 그 상대방뿐만 아니라 일반 대중의 이해관계가 크기 때문에 행정법관계의 신속한 확정을 도모하기 위해서, 행정심판법은 행정심판청구기간을 법정화하였다. 불변기간을 경과하면 동 행정처분은 확정적인 것이 되어 관계인으로서는 더이상 다룰 수 없다.

2. 원칙적인 심판청구기간

심판청구는 처분이 있음을 알게 된 날부터 90일 이내에 제기하여야 하며(행정심판법 제27조 제1항), 처분이 있었던 날로부터 180일을 경과하면 제기하지 못한다(제3항). 여기서 90일은 불변기간이나 180일은 불변기간이 아니다. 90일과 180일 중 어느 것이라도 먼저 경

과하면 심판제기는 불가능하게 된다.

3. '처분이 있음을 알게 된 날' 등의 의미

처분이 있음을 알게 된 날이란 통지·공고 기타의 방법으로 당해 처분이 있었다는 사실을 현실적으로 안 날을 뜻하는데, 서면으로 통지하는 경우에는 그 서면이 상대방에게 도달한 날, 공고의 경우에는 서면이 도달한 것으로 간주된 날을 의미한다. 그리고 '처분이 있었던 날'이란 대외적으로 표시되어 효력이 발생한 날을 뜻한다.

특히 "처분이 있음"을 알았다고 하기 위해서는 처분의 존재가 전제되어야 하므로, 처분이 외부적으로 표시되지 않았거나, 그 처분이 상대방에게 송달되지 않은 경우에는 상대방이 그 내용을 어떠한 경로를 통하여 알게 되었다고 하더라도 제소기간이 진행되는 것이 아니다.¹⁰⁾ 다만, 판례에 따르면 처분을 기재한 서류가 당사자의 주소에 송달되는 등으로 사회통념상 처분이 있음을 당사자가 알 수 있는 상태에 놓여진 때에는 반증이 없는 한 그 처분이 있음을 알았다고 추정할 수는 있다고 한다.¹¹⁾ 따라서 이 경우에 당사자는 통지가 도달한 때 통지를 볼 수 없었다고 반증하여야 한다.¹²⁾

4. 사안의 경우

(1) 아파트 경비원이 수령한 사례

위 경비원은 2022. 12. 16. 甲의 집에 아무도 없음을 확인한 후 위 처분서를 수령하였다가 12. 23. 휴가 후 돌아온 甲에게 이를 전달한 것으로, 이는 甲이 경비원으로부터 처분서를 전달받을 때까지는 이 사건 처분이 있음을 현실적으로 알지는 못하였다고 보아야 한다. 결국 甲은 경비원으로부터 처분서를 전달받은 때에 비로소 이 사건 처분이 있음을 현실적으로 알았고, 따라서 그 때부터 심판청구기간이 진행된다고 보아야 할 것인바, 이와 같이 보는 경우 이 사건 행정심판청구는 90일의 심판청구기간이 경과하기 이전에 제기된 것이다.¹³⁾

그리고 甲이 경비원에게 단순한 등기우편물 등의 수령권한을 위임한 것으로 볼 수는 있을지언정, 이 사건 처분의 대상으로 된 사항에 관하여 甲을 대신하여 처리할 권한까지 위임한 것으로 볼 수는 없으므로, 甲 자신이 이 사건 처분이 있음을 안 것과 동일하게 볼 수는 없다.¹⁴⁾

(2) 아르바이트 직원이 수령한 사례

처분에 관한 서류가 당사자의 주소지에 송달되는 등 사회통념상 처분이 있음을 당사자가 알 수 있는 상태에 놓여진 때에는 반증이 없는 한 그 처분이 있음을 알았다고 추정할 수 있다는 판례¹⁵⁾에 따르면, 위와 같이 甲의 주소지에서 甲의 피용자(행정절차법 제14조 제2항)인 아르바이트 직원이 처분서를 수령한 이상, 甲이 그때 통지를 볼 수 없었다고 반증하지 못하는 한 처분이 있음을 알 수 있는 상태에 있었다고 할 수 있다.

10) 대판 2004.4.9. 2003두13908

11) 대판 1995.11.24. 95누11535

12) 대판 1999.12.28. 99두9742

13) 대판 1995.11.24. 95누11535

14) 대판 1995.11.24. 95누11535

15) 대판 1995.11.24. 95누11535

III. 사안의 해결

아파트 경비원이 수령한 사례에서는 청구기간을 준수한 적법한 것이라는 甲의 주장은 타당하다.

반면 아르바이트 직원이 수령한 경우라면 甲의 반증이 없는 한 적법한 전심절차를 거치지 아니한 것이 되어 甲의 주장은 타당하지 않게 된다.

○ 64쪽 <연습 12> 다음에 추가

甲은 서울시 영등포구청장(이하 A라 한다)으로부터 서울 영등포구 양화동 성산대교 남쪽 올림픽대로변에 가로 19.8m, 세로 9.9m의 지주 이용 야립간판 3개에 관하여 설치기간을 2020. 4. 20.부터 2023. 4. 19.까지 3년으로 한 광고물표시허가를 받아 설치 이용하여 오다가 허가기간을 약 1개월 앞둔 2023. 3. 17. A에게 위 야립간판의 표시허가기간을 연장해 줄 것을 신청하였다. A는 인근 토지 10개 필지의 소유자 또는 관리자의 승낙서를 제출할 것을 조건으로 수리하겠다고 하였으나 甲이 이에 응하지 아니하자 행정심판청구절차 및 심판청구기간 등을 고지하지 아니한채 위 신청을 반려하였다. 이에 甲은 인근 토지의 소유자 또는 관리자의 승낙서 제출은 허가기간 연장의 요건이 아니고, 반려처분 당시 행정심판청구절차 및 심판청구기간 등을 고지하지 아니하였으므로 위 반려처분은 위법하다고 주장하면서 중앙행정심판위원회에 위 반려처분 취소심판을 청구하였다.

(1) 甲의 위 행정심판청구는 적법한가? 중앙행정심판위원회는 이 심판청구를 어떻게 처리해야 하는가?

(2) 만약 위 행정심판청구가 적법하다면, 甲의 심판청구는 인용될 수 있는가? (단, 옥외광고물 허가기간을 연장하는 경우 인근 토지의 소유자 또는 관리자의 승낙서 제출을 요하는 법적 근거는 없음)

I. 설문 (1) - 심판청구의 적법성

1. 문제점

취소심판은 청구인적격(행정심판법 제13조), 대상적격(제2조, 제3조), 청구기간(제27조), 피청구인적격(제17조), 서면의 형식(제28조), 제출기관(제23조)의 요건을 갖추어 청구해야 한다.

설문에서 다른 심판청구요건 충족여부는 문제되지 않으나, A의 반려행위가 취소심판의 대상으로서 처분에 해당하는지 여부와 A의 반려행위에 대한 심판청구 제출기관이 문제된다.

2. 대상적격

(1) 반려행위가 취소심판의대상이 되기 위한 요건

관례에 따를 때, 거부가 취소심판의 대상이 되는 행정처분이 되려면 ① 그 신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이어야 하고, ② 그 거부행위가 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것이어야 하며, ③ 그 국민에게 그 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 있어야 한다.¹⁶⁾

여기서 ‘신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것’이라는 의미는 신청인의 실체상의 권리관계에 직접적인 변동을 일으키는 것은 물론, 그렇지 않다 하더라도 신청인의 권리를 행사함에 있어 중대한 지장을 초래하는 것도 포함된다.¹⁷⁾

(2) 사안의 경우

16) 대판 2002.11.22. 2000두922

17) 대판 2007.10.11. 2007두1316

옥외광고물 표시허가를 받은 자가 그 표시기간을 연장하고자 하는 때에는 그 기간종료일 전에 행정청의 허가를 받아야 하므로, 그와 같은 기간연장허가를 받지 아니한 경우에는 그 허가는 특단의 사정이 없는 한 기한이 도래함으로써 별도의 행위를 기다릴 것 없이 당연히 효력이 상실된다.

그러므로 甲은 A의 반러행위로 인하여 광고물 표시의 연장허가를 받기 어려운 불안한 법적 지위에 놓였다는 점에서 A의 반러행위는 甲의 권리의무나 법률관계에 직접 영향을 미쳤다고 볼 것이다.

또한 관련법령에 의하여 甲에게 광고물 표시의 연장허가를 신청할 권리도 인정되므로, A의 반러행위는 취소심판의 대상이 되는 처분에 해당한다.

3. 심판청구 제출기관

심판청구서는 피청구인인 행정청 또는 위원회에 제출하여야 한다(법 제23조 제1항). 한편 A의 처분에 대한 행정심판기관은 서울시 행정심판위원회라 할 것이다(법 제6조 제3항).

4. 불고지의 경우 행정심판청구서의 처리

행정청이 고지를 하지 아니하여서 청구인이 심판청구서를 다른 행정기관에 제출한 때에는 당해 행정기관은 그 심판청구서를 지체 없이 정당한 권한 있는 행정청에 보내야 하고(법 제23조 제2항), 지체 없이 그 사실을 청구인에게 통지하여야 한다(제3항).

사안의 경우 甲이 행정심판의 청구절차 및 행정심판의 청구기간 등을 고지받지 못하여 중앙행정심판위원회에 심판청구서를 제출하였으므로 중앙행정심판위원회는 지체 없이 이를 A 또는 서울시행정심판위원회에 보내야 한다.

5. 결론

A의 반러행위가 취소심판의 대상으로서 처분에 해당하므로 甲은 A를 피청구인으로 하여 A 또는 서울시 행정심판위원회에 취소심판을 제기할 수 있다. 사안의 경우, 甲이 중앙행정심판위원회에 취소심판을 청구하였으므로 관할위반의 문제가 발생하였으나, 그것은 A의 불고지에 의한 것이므로 중앙행정심판위원회는 심판청구서를 정당한 권한 있는 행정청에 보내야 한다.

결국 甲의 행정심판청구는 적법하다.

II. 설문 (2) - 심판청구의 인용 여부

1. 문제점

취소심판청구를 인용하려면 해당 처분이 위법 또는 부당하여 청구인의 주장이 이유 있는 것으로 인정되어야 한다. 그리고 청구인의 주장이 이유 있는 것으로 인정되는 경우에도 이를 인용하는 것이 공공복리에 크게 위배되어 그 심판청구를 기각하는 재결을 할 사정이 존재하지 않아야 한다.

2. 토지 소유자 또는 관리자의 승낙서 제출 불응을 이유로 한 반러행위의 위법 여부

법률에서 규정되지 않은 허가요건을 추가하는 것은 기본권의 제한이 되므로 헌법 제37조 제2항에 위배된다. 예컨대, 건축허가권자는 건축물이 건축법, 도시계획법 등의 관계 법규에

서 정하는 어떠한 제한에 배치되지 않는 이상 당연히 같은 법조 소정의 건축허가를 하여야 하고, 위 관계 법규에서 정하는 제한사유 이외의 사유를 들어 그 허가신청을 거부할 수는 없다. 따라서 인근 부락주민들과 합의가 없다는 사유만으로 건축을 위한 건축허가신청을 반려한 처분은 위법하다.¹⁸⁾

옥외광고물 표시허가기간 연장시 인근 토지의 소유자 또는 관리자의 승낙서 제출을 요하는 법적 근거는 없음에도 A가 그것을 이유로 반려처분을 함은 위법하다.

3. 불고지를 이유로 한 반려행위의 위법 여부

행정청이 처분을 하는 경우에는 그 상대방에게 처분에 관하여 행정심판을 제기할 수 있는지의 여부, 제기하는 경우의 심판청구절차 및 청구기간을 알려야 한다(법 제58조 제1항). 그런데 행정청이 자신의 고지의무를 이행하지 않거나 잘못된 고지를 하는 경우에, 당해 처분의 효력에는 영향을 미치지 문제된다.

판례는 “고지절차에 관한 규정은 행정처분의 상대방이 그 처분에 대한 행정심판의 절차를 밟는데 있어 편의를 제공하려는 데 있으며 처분청이 위 규정에 따른 고지의무를 이행하지 아니하였다고 하더라도 경우에 따라서는 행정심판의 제기기간이 연장될 수 있는 것에 그치고 이로 인하여 심판의 대상이 되는 행정처분에 어떤 하자가 수반된다고 할 수 없다.”고 한다.¹⁹⁾

따라서 A가 반려처분을 하면서 불고지하였다 하더라도 당해 반려처분이 위법해지는 것은 아니라고 할 것이다.

4. 사안의 경우

A가 반려처분을 하면서 행정심판청구절차 등을 불고지한 것은 처분을 위법하게 하지 않으나, 甲이 인근 토지 소유자 등의 승낙서 제출에 불응했다는 이유로 반려한 것은 위법하다 할 것이다. 또는 설문에 특별히 사정재결을 해야 할 중대한 공익상의 필요가 인정되지 아니하므로 결국 甲의 심판청구는 인용될 수 있다.

18) 대판 1992.6.9. 91누11766

19) 대판 1987.11.24. 87누529

○ 107쪽 <연습 20> 다음에 추가

서울시는 A지구 공원부지의 양쪽도로를 연결하는 연결도로가 없어, 이 공원부지를 가로질러 위 양도로를 연결하는 직선도로개설계획을 입안.공고하였으나, 서울시 도시계획위원회는 위 직선도로는 공원부지를 양분하여 관통하게 되어 자연경관이 훼손된다는 이유로 부결시켰다. 그 후 서울시는 주민들이 참여하는 회의를 개최하고 현장답사를 하여 지역여건 및 공사여건 등을 감안하고 자연경관훼손을 최소화하고 기존 지형을 활용하는 방안으로, 위 공원부지 및 인근임야에 걸쳐 위 양쪽도로를 연결하는 U자형 우회도로를 개설하기로 하고 도시시설의 입안.공람공고 후 도시계획시설(도로)결정을 하여 관보에 게재하고, 위 도시계획시설(도로)에 대한 도시계획사업실시계획을 인가하고 이를 공공하는 등 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에서 정한 바에 따라 절차를 마쳤다.

甲은 위 우회도로개설로 인하여 소유임야 상당부분이 도로로 편입됨에 따라 우회도로가 아닌 원래대로 직선도로개설을 신청하였으나 거부되었다. 이에 甲은 위 도시계획시설결정과 그 실시계획인가는 절차 및 내용에 중대하고 명백한 하자가 있어 무효이고 그렇지 않다고 하더라도 위법하므로 취소되어야 한다고 주장하며 그 무효등확인소송을 주위적 청구로, 그 취소소송을 예비적 청구로 소를 제기하였다. 이러한 소송제기 방식은 적절한지 설명하시오.²⁰⁾

I. 관련청구의 병합

1. 의의

청구의 병합이란 동일한 또는 복수의 당사자 사이에 복수의 청구를 하나의 절차에서 심판하는 것을 말한다. 이는 동일한 처분에 관한 분쟁을 한꺼번에 해결하여 심리의 확대.복잡화를 방지하고 당사자나 법원의 부담을 경감하며, 심리의 중복과 저축을 피하면서 분쟁을 신속히 해결하자는데 의의가 있다.

2. 형태

청구의 병합에는, ① 단수당사자 사이의 복수청구의 병합인 객관적 병합과 복수당사자에 의한 복수청구의 병합인 주관적 병합, ② 원고가 여러 개의 청구를 병합하여 각 청구에 대하여 다른 청구와 관련 없이 무조건적으로 재판할 것을 구하는 단순병합과 양립할 수 있는 여러 개의 청구를 병합하여 그 중 어느 하나라도 인용되면 원고가 만족하겠다는 모습의 선택적 병합 및 주위적 청구가 허용되지 아니하거나 이유 없는 경우를 대비하여 예비적 청구를 병합하여 제기하는 예비적 병합, ③ 처음부터 병합하여 제기하는 원시적 병합과 소송의 계속 중에 추가하여 제기하는 추가적(후발적) 병합 등이 있다.

3. 요건

소의 병합은 청구의 내용 또는 발생원인이 법률상 또는 사실상 공통되거나, 그 처분의 효력이나 존재유무가 선결문제로 되는 등의 관련이 있어야 한다. 또는 주된 청구와 병합하는 관련청구는 각각 소송 형태에 따른 소송요건을 갖추어야 한다. 그리고 병합의 시기는 사실심 변론종결 전의 상태에 있어야 한다.

20) 김향기, 「사례연구 행정법연구」, 대명출판사, 2017, p.493 참고

II. 취소소송과 무효등확인소송의 관계

1. 병렬관계

행정소송법은 취소소송과 무효등확인소송을 각각 별개의 항고소송으로 규정하고 있으므로 서로 병렬관계에 있다. 그런데 어떠한 처분의 위법사유가 무효사유이면서 동시에 취소사유가 될 수 없으므로, 취소소송과 무효확인소송은 서로 양립할 수 없는 관계이다.

2. 포용관계(포섭관계)

양자는 모두 처분 등에 존재하는 위법한 하자를 이유로 제기하는 소송이라는 점에서 공통되고, 무효사유와 취소사유는 단지 하자의 정도에 차이가 있는 것에 불과하다. 취소청구에는 취소뿐만 아니라 무효의 선언을 구하는 의미로서의 취소도 포함된 것이라고 볼 수 있고, 반대로 무효확인의 청구에는 원고가 취소를 구하지 않는다는 점을 명백히 하지 않는 이상 그 처분이 무효가 아니라면 취소를 구한다는 취지도 포함되어 있는 것으로 볼 수 있다.

취소소송에서 무효사유에 해당하는 하자가 있으면 전부승소의 판결을 하게 되고, 무효등확인소송에서 취소사유에 불과한 하자인 경우에는 취소소송제기요건을 갖춘 것을 조건으로 석명을 하여, 취소소송으로 소변경을 하도록 한 후 취소판결을 하여야 한다.

III. 사안의 경우

1. 무효확인청구와 취소청구의 병합

무효확인청구를 주위적 청구, 취소청구를 예비적 청구로 할 수 있다. 판례는 “행정처분에 대한 무효확인청구와 취소청구는 서로 양립할 수 없는 청구로서 주위적·예비적 청구로서만 병합이 가능하고 선택적 청구로서의 병합이나 단순 병합은 허용되지 아니한다.”²¹⁾고 하였다. 다만, 취소청구가 출소기간의 경과 등 기타의 이유로 각하되는 경우에 대비하여 취소청구에 대해 본안판결이 행해지는 것을 해제조건으로 무효확인청구를 예비적으로 제기할 수는 있다.

법원은 주위적 청구를 인용하는 때에는 예비적 청구에 대하여 심판할 필요가 없게 되지만 이것을 기각하는 때에는 예비적 청구도 심판하지 않으면 아니 된다.

그런데 만일 취소소송을 주위적 청구로 무효등확인소송을 예비적 청구로 하면, 취소소송에서 취소할 수 있는 하자가 없다면 당연 무효는 더욱이 아닐 것이므로 이 경우에 무효등확인소송은 무의미하게 된다.

2. 결론

무효등확인소송과 취소소송은 양립할 수 없는 청구이므로 단순병합이나 선택적 병합은 허용되지 아니하므로 **甲**이 무효등확인소송을 주위적 청구로 취소소송을 예비적 청구로 병합하는 제기한 위 소송형태는 적절하다.

21) 대판 1999.8.20. 97누6889

○ 117쪽 <연습 22> 다음에 추가

사업주인 甲은 국민건강보험공단(이하 “공단”이라 함)이 부과한 고용보험료와 산재보험료 2천만원 중 1천만원을 납부하였고, 공단은 甲에게 나머지 보험료 1천만원을 납부할 것을 독촉하였다. 이후 甲은 공단을 피고로 하여 납부한 보험료는 부당이득으로서 반환을 구하고 피고가 납부를 독촉하는 보험료채무는 그 부존재확인을 구하는 소를 인천지방법원에 제기하였다. 제1심(인천지방법원 본원 단독재판부)은 이 사건 소를 부당이득반환을 구하는 이행의 소로서 민사소송으로 보아 보험료 납부의무의 부존재확인을 구하는 부분은 판단하지 않고 부당이득반환 청구에 대해서는 증거 부족을 이유로 기각하였다. 항소심(인천지방법원 합의부)에서, 甲은 채무부존재확인청구에 대하여 ‘피고가 원고에 대하여 한 이 사건 보험료 부과처분은 무효임을 확인한다.’는 처분무효확인청구를 예비적 청구로 추가하는 청구취지 및 청구원인 변경을 신청하였다.

항소심은 이 사건 소를 어떻게 처리하여야 하는가? (단, 피고적격 부분 및 제1심의 재판관할 부분은 적법하다고 전제하니 검토하지 말 것)²²⁾

<참고조문>

고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률 제4조(보험사업의 수행주체)

「고용보험법」 및 「산업재해보상보험법」에 따른 보험사업에 관하여 이 법에서 정한 사항은 고용노동부장관으로부터 위탁을 받아 「산업재해보상보험법」 제10조에 따른 근로복지공단이 수행한다. 다만, 다음 각 호에 해당하는 징수업무는 「국민건강보험법」 제13조에 따른 국민건강보험공단이 고용노동부장관으로부터 위탁을 받아 수행한다.

1. 보험료등(제17조 및 제19조에 따른 개산보험료 및 확정보험료, 제26조에 따른 징수금은 제외한다)의 고지 및 수납
2. 보험료등의 체납관리

I. 문제의 제기

甲이 제기한 보험료채무부존재확인의 소가 민사소송인지 공법상 당사자소송인지 문제된다. 이에 따라 행정소송법 제10조에 의한 관련청구소송의 병합 가능성이 검토되어야 하고, 인천지방법원 합의부에 재판 관할이 없다면 소송의 이송 여부도 문제된다.

II. 행정소송의 관할의 전속성

행정소송의 관할은 행정법원의 전속관할이므로 민사법원은 계쟁사건의 관할이 행정법원인 경우 당해 사건을 행정법원으로 이송하여야 한다. 예를 들어 대법원도 “도시 및 주거환경정비법상의 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 총회결의의 무효확인을

22) <피고적격 부분> 고용산재보험료징수법 제4조는 고용보험법 및 산업재해보상보험법에 따른 보험사업에 관하여 이 법에서 정한 사항은 고용노동부장관으로부터 위탁을 받아 근로복지공단이 수행하되, 보험료의 체납관리 등의 징수업무는 피고가 고용노동부장관으로부터 위탁을 받아 수행한다고 규정하고 있다. 따라서 고용·산재보험료의 귀속주체, 즉 사업주가 위 각 보험료 납부의무를 부담하는 상대방은 근로복지공단이라고 할 것이고, 피고는 단지 위 각 보험료의 징수업무를 수행하는 데에 불과하므로, 고용·산재보험료 납부의무의 부존재확인의 소는 근로복지공단을 피고로 하여 제기하여야 한다. 그리고 행정소송법상 당사자소송에서 원고가 피고를 잘못 지정한 때에는 법원은 원고의 신청에 의하여 결정으로써 피고의 경정을 허가할 수 있는 것이므로(행정소송법 제44조 제1항, 제14조), 원고가 피고를 잘못 지정한 것으로 보이는 경우 법원으로서 마땅히 석명권을 행사하여 원고로 하여금 정당한 피고로 경정하게 하여 소송을 진행하도록 하여야 한다(대판 2006.11.9. 2006다23503).

구하는 소는 행정소송법상 당사자소송에 해당하므로 전속관할이 행정법원에 있다.”²³⁾는 취지로 판시하였다.

사안에서 甲이 추가한 처분무효확인청구는 행정소송임이 분명하므로 주위적 청구인 채무부존재확인청구가 민사소송이라면 항소심에서 소의 병합이 불가능하여 각하될 것이고, 만일 행정소송이라면 병합의 가능성 및 관할 법원에의 이송 가능성이 문제될 것이다.

III. 甲의 채무부존재확인소송의 성질

1. 공법상 당사자소송의 의의

공법상 당사자소송이란 ① 행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송, ② 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송이다(행정소송법 제3조 제2호).

특히 ②의 예로는 ㉠ 공법상의 법률관계의 확인소송(예 국가유공자의 지위확인을 구하는 소송, 납세의무부존재확인소송), ㉡ 공법상의 금전지급청구소송(예 각종 사회보장관계법률의 급부청구소송), ㉢ 공법상 계약에 관한 소송(예 계약에 의한 전문직공무원에 대한 해지통고무효확인소송), ㉣ 공법상 결과제거청구소송 등이 있다.

2. 사안의 경우

고용산재보험료징수법 제4조에 의하면 고용보험료와 산재보험료의 징수 등 업무는 국민건강보험공단이 고용노동부장관으로부터 위탁을 받아 수행하므로, 사업주가 가입자가 되는 고용보험 및 산재보험에서 보험료 납부의무 부존재확인 소는 공법상의 법률관계 그 자체를 다투는 소송으로서 공법상 당사자소송이라 할 것이다.²⁴⁾

만일 사안의 보험료채무부존재확인의 소를 민사소송으로 본다면 항소심은 ‘민사소송절차에서 청구의 객관적 병합은 같은 종류의 소송절차를 따르는 경우에만 허용되는 것이어서, 민사소송절차를 따르는 이 사건에서 행정소송의 대상이 되는 처분무효확인청구를 병합할 수는 없다.’는 이유로 청구취지 변경을 불허할 것이다.

IV. 관련청구소송의 병합 가능성

1. 관련청구소송 병합의 의의

서로 관련되는 수 개의 청구를 병합하여 하나의 소송절차에서 통일적으로 심판하는 것을 관련청구소송의 병합이라고 한다. 이는 심리의 중복이나 재판의 모순·저축을 피하고 당사자나 법원의 부담을 경감시키는데 그 의의가 있다. 법적 근거는 행정소송법 제10조에 마련되어 있다.

2. 사안의 경우

사안의 경우는 행정소송인 공법상 당사자소송인 보험료채무부존재확인소송과 행정소송법 제10조 제2항, 제44조 제2항에 규정된 관련청구소송으로서 부당이득반환을 구하는 민사소송이 병합하여 제기된 경우에 해당한다.

23) 대판 2009.9.17. 2007다2428 전합

24) 대판 2016.10.13. 2016다221658

사안에서 제1심인 인천지방법원 본원은 행정법원의 권한에 속하는 사건을 관할한다. 그럼에도 불구하고 인천지방법원 단독판사가 이 사건 소를 부당이득반환을 구하는 이행의 소로서 민사소송으로만 보아 보험료 납부의무의 부존재확인을 구하는 부분에 대하여 판단하지 않은 것은 잘못이다.

V. 사안의 해결

행정소송은 지방법원급인 행정법원을 제1심 법원으로 하며, 고등법원이 항소심을 담당한다. 사안에서 행정소송법 제10조에 따라 관련청구소송이 행정사건에 병합된 것이므로 인천지방법원 합의부는 재판 관할이 없다.

그러므로 인천지방법원 합의부는 항소심으로서 민사소송법 제34조 제1항, 법원조직법 제28조 제1호에 의하여 이 사건을 관할법원인 서울고등법원에 이송해야 한다.

○ 141쪽 <연습 27> 다음에 추가

A시에서 여객자동차운송사업을 하고 있는 甲은 운송사업 중 일부 노선을 같은 지역 여객자동차운송사업자인 乙에게 양도하였고, A시의 시장 X는 위 양도·양수를 인가하였다. 이 노선에는 甲 이외에도 여객자동차운송사업자 丙이 일부 중복된 구간을 운영하고 있으며, 위 인가처분으로 해당 구간의 사업자는 甲, 乙 丙으로 증가한다. 이에 丙은 기존의 경쟁사업자 외에 乙이 동일한 운행경로를 포함한 운행계통을 가지게 되어 그 중복운행 구간의 연고 있는 사업자 수가 증가하고, 그 결과 향후 운행횟수 증회, 운행 계통 신설 및 변경 등에 있어 장래 기대이익이 줄어들 것을 우려한다. 그런데 위 인가처분으로 인해 甲이 운행하던 일부 노선에 관한 운행계통, 차량 및 부대시설 등이 일체로 乙에게 양도된 것이어서, 이로 인하여 종전 노선 및 운행계통이나 그에 따른 차량수 및 운행횟수 등에 변동이 있는 것은 아니다. 丙이 위 인가처분의 취소를 구하는 소송을 제기할 경우, 원고적격이 인정되는가? (25점) <공인노무사 2023>

I. 문제의 제기

여객자동차운송사업 노선인가처분에도 불구하고 기존업자의 종전 노선 및 운행계통이나 그에 따른 차량수 및 운행횟수 등에 변동이 없다면, 기존업자가 인가처분을 다룰 원고적격이 인정되는지 문제된다.

II. 원고적격 일반

1. 의의

원고적격이란 행정소송에서 원고가 될 수 있는 자격을 말한다. 행정소송법 제12조는 “처분 등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자”가 취소소송을 제기할 수 있다고 규정한다. 따라서 처분의 직접 상대방이 아니더라도 법률상 이익이 있는 자는 원고가 될 수 있다.

2. ‘법률상 이익’의 의미

행정소송법 제12조 1문의 ‘법률상 이익’이 무엇을 의미하는지에 대해서 취소소송의 기능과 관련하여 견해가 나뉘어져 있다.

(1) 학설

취소소송의 본질(기능)에 관해 ① 위법한 처분으로 야기된 개인의 권리의 회복에 있다고 보는 권리구제설, ② 위법한 처분으로 권리뿐 아니라 법에 의해 보호되는 이익을 침해당한 자도 처분을 다룰 수 있다는 법률상 보호이익설(법률상 이익구제설), ③ 소송법적 관점에서 실질적으로 보호가치 있는 이익이 침해된 자는 소송을 제기할 수 있다는 보호가치 있는 이익설, ④ 당해 처분을 다룸에 있어 가장 적합한 이해관계를 가진 자가 원고적격을 갖는다는 적법성보장설이 있다.

법률상 보호이익설(법률상 이익구제설)이 현재 다수설이다. 다만, 학설 가운데에는 그 ‘법률’의 범위에 대하여 처분의 근거법령이나 관계법령에서 더 나아가 절차규정, 헌법규정, 소송법 등 전체 법질서까지 확대해나가서 보호가치 있는 이익설과 마찬가지로 원고적격을 확대해야 한다는 견해도 주장된다.

(2) 판례

판례는 기본적으로 법률상 보호이익설을 취하는 것으로 평가되고 있는데, 처분의 근거법규 및 관련법규(처분의 근거법규 및 관련법규의 입법취지 포함)에 의해 개별적으로 보호되는 직접적이고 구체적인 개인적 이익을 법률상 이익으로 보고 있다.

그리고 ‘법률상 이익’은 처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우를 말하고 단지 간접적이거나 사실적, 경제적 이해관계를 가지는 데 불과한 경우는 여기에 포함되지 않는다.²⁵⁾ 그리고 계쟁처분에 의해 법률상 이익이 현실적으로 침해된 경우뿐 아니라 침해의 발생이 확실히 예견되는 경우에도 청구인적격이 인정된다.

(3) 검토

행정소송법 제12조는 법률상 이익이 있는 자가 취소소송을 제기할 수 있음을 규정하고 있고, 국민의 권리구제와 법원의 부담의 사이의 조화와 균형을 달성하는 법률상 보호이익설이 타당하다. 다만 법률상 보호되는 이익을 판단하는 근거법규를 확대하려는 견해들도 경청할 만하다.

Ⅲ. 경쟁자 소송에서의 원고적격

1. 경쟁자 소송의 의의

경쟁자(경업자)소송이란 서로 경쟁관계에 있는 자들 사이에서 특정인에게 주어지는 처분 또는 부작위가 타인에게는 법률상 불이익을 초래하는 경우에 그 타인이 자기의 법률상 이익의 침해를 이유로 수익을 받는 특정인에 대한 행위를 다투는 소송을 말한다.

2. 판례의 태도

판례는 당해 사업이 특허인지 허가인지 여부보다, 처분의 근거법규가 당해 업종의 건전한 발전을 도모하여 공공의 복리를 증진함을 목적으로 할 뿐 아니라 동시에 업자간의 과도한 경쟁으로 인한 경영상의 불합리를 방지하는 것이 공공의 복리를 위하여 필요하므로 면허, 인.허가 등의 조건을 제한하여 기존업자의 경영의 합리화를 보호하는 것도 목적으로 하고 있는지의 여부를 원고적격 유무를 판단하는 기준으로 삼고 있다.

따라서 허가 또는 인가요건으로 거리제한 또는 영업허가구역 규정이 있고 당해 규정이 기존업자의 개인적 이익도 보호하고 있는 것으로 볼 수 있다면 기존업자에게 원고적격을 인정할 수 있다.

3. 사안의 경우

A시가 운행계통 신설, 변경 등에 관한 인가를 함에 있어 법령에 따라 차량수 및 운행횟수 등의 변동을 고려해야 하는 것인지는 설문상 분명하지 않다.

만일 A시가 내부의 사무처리기준에 따라 해당 운행횟수 증회, 운행계통 신설, 변경 등에 관한 인가를 하도록 규정하고 있다면, 이러한 규정에 의하여 丙이 장래 운행횟수의 증회, 운행계통의 신설, 변경 등에 관하여 얻을 수 있는 기대이익은 법률상 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이라고 볼 수는 없다.²⁶⁾

25) 대판 2005.5.12, 2004두14229

그리고 甲과 乙 사이의 운송사업 양도·양수는 甲이 운행하던 일부 노선에 관한 운행계통, 차량 및 부대시설 등을 일체로 참가인에게 양도한 것이어서, 이로 인하여 종전 노선 및 운행계통이나 그에 따른 차량수 및 운행횟수 등에 변동이 있는 것은 아님을 알 수 있으므로 위 양도·양수로 인하여 원고의 법률상 이익이 침해된다고 볼 수는 없다.²⁷⁾

그 밖에 사안의 인가처분으로 인하여 丙의 어떠한 법률상 이익이 침해되고 있다고 볼 만한 사정이 없으므로, 丙으로서는 인가처분의 취소를 구할 원고적격 내지 소의 이익이 없다고 본다.

IV. 설문의 해결

사안에서 丙이 인가처분의 취소를 구하는 소송을 제기할 경우, 원고적격이 인정되지 아니한다.

26) 대판 1997.4.25. 96누14906

27) 대판 1997.4.25. 96누14906

○ 277쪽 <연습 58> 다음에 추가

국가공무원 A는 특례보충역으로 의무복무를 한 기간이 「공무원 보수규정」 제8조 제2항 [별표 15]의 '병역법에 의한 군 의무복무기간'에 포함됨을 이유로 하여 소속기관장에게 초임호봉 변경신청을 하였으나 거부당하였고, 이에 대해 청구한 소청심사에서 2020. 2. 20. 기각 재결을 받은 바 있다.

지방공무원 甲은 방위산업체에서 산업기능요원으로 의무종사한 기간이 「지방공무원 보수규정」 [별표 2] 제1호 (가)목의 '군복무 경력'에 포함됨을 이유로 하여 소속기관장에게 초임호봉 재확정 신청을 하였으나 2023. 2. 5. 거부당하였다. 이에 대하여 甲은 2023. 2. 10. 「지방공무원법」 제20조의2에도 불구하고 자신에 대한 거부처분은 A의 사건과 동종사건이므로 행정심판을 거칠 필요가 없다'고 판단하고 곧바로 취소소송을 제기하였는데, 결국 그 소송 계속 중에 소청심사 청구기간이 도과하였다. 행정심판전치주의와 관련하여 甲의 취소소송이 적법한지 판단하시오.

<참고조문>

지방공무원법 제20조의2(행정소송과의 관계) 제67조에 따른 처분(註: 징계처분등, 강임·휴직·직위해제 또는 면직처분), 그 밖에 본인의 의사에 반한 불리한 처분이나 부작위에 관한 행정소송은 소청심사위원회의 심사·결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다.

I. 문제의 제기

공무원이 본인의 의사에 반한 불리한 처분을 다투는 경우 소청심사와 행정소송과의 관계가 문제된다.

사안에서 甲은 A의 소청심사청구에 대한 기각재결 사실을 들어 소청심사를 거치지 않고 행정소송을 제기할 수 있는지 검토를 요한다.

II. 소청심사제도와 필요적 행정심판전치

1. 소청심사제도

행정심판법 제4조 제1항은 사안의 전문성과 특수성을 살리기 위하여 특히 필요한 경우에 특별행정심판절차를 다른 법률로 정할 수 있도록 하고 있는바, 공무원의 징계처분, 그 밖에 그 의사에 반하는 불리한 처분에 대한 불복신청에 대하여 심사하는 소청심사는 특별행정심판에 해당한다.

2. 임의적 행정심판전치

행정소송의 제기에 앞서 행정청에 대해 먼저 행정심판의 제기를 통해 처분의 시정을 구하고, 그 시정에 불복이 있을 때 소송을 제기하는 것을 행정심판의 전치라고 한다.

행정소송법 제18조 제1항 본문은 행정처분으로 인하여 권익을 침해받은 경우 행정심판을 거치고 행정소송을 제기할 수도 있고, 바로 행정소송을 제기할 수도 있도록 하고 있다.

3. 소청심사의 필요적 전치

지방공무원법 제20조의2는 “제67조에 따른 처분, 그 밖에 본인의 의사에 반한 불리한 처분

이나 부작위에 관한 행정소송은 소청심사위원회의 심사·결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다.”고 하여 소청심사를 행정소송의 필요적 전치사항으로 규정하고 있다.

필요적 전치주의가 적용되는 사건에 있어 행정심판의 청구와 그 재결의 존재는 소송요건이므로, 그것이 흠결되면 소가 부적법하여 각하를 면치 못한다. 다만 소를 각하하기 전에 행정심판에 대한 재결이 있으면 그 흠이 치유될 수 있다.

4. 사안의 경우

초임호봉 재획정 신청을 거부당한 지방공무원 甲은 소청심사위원회의 심사·결정을 거치지 않고 취소소송을 제기하였다. 결국 그 소송 계속 중에 소청심사 청구기간이 도과하여 적법한 행정심판을 거치지 않은 것이 되어 각하판결을 받을 가능성이 있다.

다만 甲의 사건이 행정소송법 제18조 제3항 제1호의 ‘동종사건에 관하여 이미 행정심판의 기각재결이 있을 때’에 해당하여 행정심판의 재결을 거치지 아니하고 취소소송을 제기할 수 있는 경우인지 문제된다.

III. 필요적 행정심판전치의 완화

1. 의의

행정심판의 전치가 필요한 경우라 하여도 이를 강행하는 것이 국민의 권익구제에 불필요한 장애가 되는 경우에는 필요적 심판전치의 예외를 인정할 필요가 있으므로 행정소송법 제18조는 심판제기는 하되 재결을 요하지 않는 경우(제2항)와 행정심판제기조차 요하지 않는 경우(제3항)를 규정하고 있다.

2. 행정심판의 제기 없이도 행정소송을 제기할 수 있는 경우로서의 “동종사건”

행정소송법 제18조 제3항 제1호는 ‘동종사건에 관하여 이미 행정심판의 기각재결이 있을 때’를 행정심판을 제기함이 없이 취소소송을 제기할 수 있는 사유의 하나로 규정하고 있다. 그 밖에 세 가지 유형의 예외 사유도 있다(제2호~제4호).

사안과 관련하여 제1호의 ‘동종사건’은 당해 사건과 기본적인 점에서 동일성을 인정할 수 있는 다른 사건을 말하는데, 다만, 판례는 쟁점이 동일한 것만으로는 동종사건으로 보고 있지 않고 동종사건의 범위를 좁게 인정하고 있다.

즉, 판례는 “‘동종사건’이라 함은 당해 사건은 물론 당해 사건과 기본적인 점에서 동질성이 인정되는 사건을 가리킨다. 순차로 진료를 거부한 의사들에 대한 각 의사면허자격정지사건이 진료를 요구한 환자가 동일인이라는 것뿐 진료를 요구받은 시간과 장소, 조치내용 및 다른 병원으로 전원하게 된 상황 등이 전혀 달라서 ‘동종사건’이 아니다.”²⁸⁾라고 하거나 “소외인에 대한 건축불허가처분과 이 사건 처분은 동일한 행정청인 피고에 의하여 같은 날 같은 사유로 이루어졌다는 점에서 공통적인 면이 없지 아니하나, 한편 처분대상인 소외인의 건축허가신청과 원고의 이 사건 건축허가신청은 신청지, 신청지의 지목, 건축할 건물의 규모, 용도, 구조 등이 전혀 다르므로 두 사건은 기본적인 점에서 동질성이 인정되는 사건이라고는 할 수 없다.”²⁹⁾라고 한 사례들이 있다.

28) 대판 1992.11.24. 92누8972

29) 대판 2000.6.9. 98두2621

3. 사안의 경우

A의 사건과 甲의 사건은 공무원의 초임호봉 책정에 있어서 군복무 경력에 관한 것이라는 공통점은 있다. 그러나 A에 대한 재결이 3년 전에 있었던 점, 두 사건에서의 재결의 청구인과 피청구인이 모두 상이한 점, 지방공무원 보수규정이 문제되는 甲의 사건과 달리 A의 사건에서는 공무원 보수규정의 해석이 문제되는 점 등을 종합하여 보면 A의 사건에서의 재결은 甲의 사건과 ‘동종사건’에 관한 기각재결이라고 볼 수 없다.³⁰⁾

그 밖에 행정심판을 제기하지 않을 수 있는 예외사유(제2호~제4호)에 해당하는 경우도 아니다.

IV. 사안의 해결

甲은 본인의 의사에 반한 불리한 처분인 ‘초임호봉 재획정 신청의 거부’를 취소소송으로 다투기 위해 먼저 소청심사를 청구해야 함에도 이러한 절차를 밟지 아니하였다.

달리 행정소송법상 행정심판을 제기하지 않을 수 있는 사유에 해당하지 않고, 소송 계속 중에 소청심사 청구기간마저 도과하였으므로 甲의 취소소송은 부적법하다.

30) 대판 2015.8.27. 2014두4344. 실제 사례에서는 두 사건 사이에 23년의 간격이 있었다.

○ 288쪽 <연습 61> 다음에 추가

A광역시 B구의 구청장 乙은 대규모점포를 운영 중인 甲에 대하여 영업제한 시간을 오전 0시부터 오전 8시까지로 정하고 매월 둘째 주와 넷째 주 일요일을 의무휴업일로 지정하는 내용의 처분(이하 '제1차 처분'이라 한다)을 하였다. 이에 甲은 이 처분에 대해 취소를 구하는 소송을 제기하였다. 그런데 취소소송이 계속 중이던 2023. 6. 7. 乙은 영업시간 제한 부분의 시간을 '오전 0시부터 오전 10시'까지로 변경하되, 의무휴업일은 종전과 동일하게 유지하는 내용의 처분(이하 '제2차 처분'이라 한다)을 하였다. 乙은 제2차 처분으로 제1차 처분은 소멸되었으므로 甲이 제기한 취소소송은 부적법하다고 주장하고 있다. 타당한가?³¹⁾

Ⅰ. 문제의 제기

처분청이 종전처분을 변경하는 내용의 후속처분을 한 경우, 후속처분이 소의 대상인지 아니면 종전처분이 소의 대상인지가 문제된다.

그리고 제2차 처분으로 제1차 처분이 소멸되었다면 제1차 처분을 다룰 소의 이익이 없게 된다. 따라서 제2차 처분으로 제1차 처분이 소멸한 것인지 문제된다.

Ⅱ. 처분의 개념

행정소송의 대상이 되는 행정처분이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용이다(행정소송법 제2조 제1항 제1호).

판례에 따르면 행정청의 처분은 ① 행정청이 행하는, ② 구체적 사실에 관한 법집행으로서, ③ 공권력을 행사하거나 거부하는, ④ 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 공법행위이어야 한다.³²⁾

Ⅲ. 종전처분을 변경하는 내용의 후속처분의 경우

1. 문제의 소재

행정청이 영업제한시간 및 의무휴업일 지정처분을 한 후 종전처분에서의 영업제한시간을 일부 연장하는 것을 내용으로 하는 후속처분을 하는 경우에 종전처분과 후속처분 중 어느 것이 항고소송의 대상이 되는가 하는 것이 문제된다.

2. 판례의 태도

대법원은 후속처분이 종전처분을 완전히 대체하는 것이거나 그 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용인 경우가 아닌 한, 후속처분에도 불구하고 종전처분이 여전히 항고소송의 대상이 된다고 하고 있다.

즉, “기존의 행정처분을 변경하는 내용의 행정처분이 뒤따르는 경우, 후속처분이 종전처분을 완전히 대체하는 것이거나 그 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 종전처분은 그 효력을 상실하고 후속처분만이 항고소송의 대상이 되지만,³³⁾

31) 2017년 사법시험 기출문제 변형

32) 대판 2012.9.27. 2010두3541

33) 대판 2012.10.11. 2010두12224 등

후속처분의 내용이 종전처분의 유효를 전제로 그 내용 중 일부만을 추가·철회·변경하는 것이고 그 추가·철회·변경된 부분이 그 내용과 성질상 나머지 부분과 불가분적인 것이 아닌 경우에는, 후속처분에도 불구하고 종전처분이 여전히 항고소송의 대상이 된다.”³⁴⁾고 하였다.

IV. 사안의 해결

영업시간 제한 부분의 시간을 ‘오전 0시부터 오전 10시’까지로 변경하되 의무휴업일은 종전과 동일하게 유지하는 내용의 제2차 처분은 제1차 처분을 대체하거나 실질적으로 변경하는 것이 아니라 영업시간제한 부분만 변경하는 것이므로 그 성질상 제1차 처분과 가분적이므로 제1차 처분은 소멸한다고 볼 수 없다.

따라서 乙의 주장은 타당하지 않다.

34) 대판 2015.11.19. 2015두295 전합

○ 292쪽 <연습 62> 다음에 추가

앱 개발회사 甲과 중소기업정보진흥원장 乙은 “乙은 甲에게 정보화 지원금을 지원하고, 甲이 ‘사업실패’ 평가를 받으면 乙은 협약해지·지원금환수·사업참여제한을 할 수 있다.”라는 내용의 협약(이하 ‘이 사건 협약’이라 한다)을 체결하였다. 甲이 지원금을 받아 사업진행 중 ‘사업실패’ 평가를 받자, 乙은 이 사건 협약을 해지하면서 甲에게 ‘지원금환수 및 3년간 정보화 지원사업 참여자격 제한’ 통보(이하 ‘이 사건 통보’라 한다)를 하였다. 한편, 「중소기업 기술혁신 촉진법」은 법 제18조의 사업에 관한 협약해지·지원금환수·사업참여제한 등은 규정하지 않았다.

乙의 이 사건 통보가 취소소송의 대상적격이 있는지 검토하시오.³⁵⁾

<참고조문>

「중소기업 기술혁신 촉진법」(※ 가상의 법률임)

제18조(중소기업 정보화 지원사업) 중소기업청장은 중소기업 정보화 지원사업을 추진할 수 있고, 중소기업의 신청이 있는 경우 기술능력 등을 고려하여 지원금 지급여부를 결정할 수 있다.

제31조(지원사업 참여제한 및 출연금 환수 등) 중소기업청장은 제10조의 기술혁신사업, 제11조의 산학협력사업에 참여한 중소기업자가 사업실패로 평가된 경우 5년의 범위에서 기술혁신 촉진 지원사업 참여제한을 할 수 있고, 이미 출연한 사업비를 환수할 수 있다.

제45조(권한의 위탁) 이 법 제18조 및 제31조에 따른 중소기업청장의 권한은 중소기업 정보진흥원장에게 위탁한다.

I. 문제의 소재

취소소송의 대상은 처분등이므로 이 사건 ‘지원금환수 및 사업참여자격 제한 통보’의 처분성이 인정되는지 문제된다.

II. 처분의 개념

처분이란 ‘행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용’을 말한다(행정소송법 제2조 제1항 제1호).

행정청의 처분은 ① 행정청이 행하는, ② 구체적 사실에 관한 법집행으로서, ③ 공권력을 행사하거나 거부하는, ④ 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 공법행위이어야 한다.³⁶⁾

III. 행정청이 일방적인 의사표시로 자신과 상대방 사이의 법률관계를 종료시킨 경우

판례는 “행정청이 자신과 상대방 사이의 근로관계를 일방적인 의사표시로 종료시켰다고 하더라도 곧바로 그 의사표시가 행정청으로서 공권력을 행사하여 행하는 행정처분이라고 단정할 수는 없고, 관계 법령이 상대방의 근무관계에 관하여 구체적으로 어떻게 규정하고 있는지에 따라 그 의사표시가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는 것인지 아니면 공법상 계약관계의 일방 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시인지 여부를 개별적으로 판단하여야 한다.”³⁷⁾고 하였다.

35) 2017년 사법시험 기출문제. 이 문제의 풀이 전개방식은 김남철 교수님의 「행정법 강론 사례연습」의 내용을 따랐음

36) 대판 2012.9.27. 2010두3541

IV. 공법상 계약의 해지 및 환수에 대한 법령상 규정이 있는 경우와 없는 경우의 차이

1. 규정이 있는 경우

판례에 따르면 규정이 있는 경우 “협약의 해지 통보는 단순히 대등 당사자의 지위에서 형성된 공법상계약을 계약당사자의 지위에서 종료시키는 의사표시에 불과한 것이 아니라 행정청이 우월적 지위에서 연구개발비의 회수 및 관련자에 대한 국가연구개발사업 참여제한 등의 법률상 효과를 발생시키는 행정처분에 해당한다.”³⁸⁾고 한다.

【위 판례 사건】

재단법인 한국연구재단이 甲 대학교 총장에게 연구개발비의 부당집행을 이유로 ‘해양생물 유래 고부가식품·향장·한약 기초소재 개발 인력양성사업에 대한 2단계 두뇌한국(BK)21 사업’ 협약을 해지하고 연구팀장 乙에 대한 국가연구개발사업의 3년간 참여제한 등을 명하는 통보를 하자 乙이 통보의 취소를 청구한 사례

▶ 과학기술기본법의 위임에 따라 국가연구개발사업 시행의 세부 사항을 규율하는 ‘구 국가연구개발사업의 관리 등에 관한 규정’은 제7조에서 대학 등 주관연구기관에 속한 연구자가 신청한 연구개발과제에 대한 심사를 거쳐 연구개발비 지원 대상을 선정하도록 하고, 제9조에서 위와 같이 선정된 과제에 대하여 중앙행정기관의 장 또는 그로부터 업무위탁을 받은 전문기관의 장과 주관연구기관의 장 사이에 사업 협약을 체결하여 연구개발비를 지원하도록 하며, 제12조에서 중앙행정기관의 장이 출연한 연구개발비를 주관연구기관의 장에게 지급하여 이를 관리·집행하도록 하고, 제11조에서 중앙행정기관의 장은 ‘주관연구기관의 중대한 협약 위반으로 인하여 연구개발을 수행하기가 곤란한 경우(제2호)’ 등의 사유가 발생하였을 때에는 협약으로 정하는 바에 따라 협약을 해약할 수 있도록 하면서(제1항), 특히 주관연구기관 등의 귀책사유 등을 이유로 한 협약 해약의 경우에는 출연금의 전부 또는 일부 회수 및 관련자에 대한 국가연구개발사업 참여제한 조치를 할 수 있도록(제3항) 규정함.

▶ 따라서 과학기술기본법령상 사업 협약의 해지 통보는 단순히 대등 당사자의 지위에서 형성된 공법상계약을 계약당사자의 지위에서 종료시키는 의사표시에 불과한 것이 아니라 행정청이 우월적 지위에서 연구개발비의 회수 및 관련자에 대한 국가연구개발사업 참여제한 등의 법률상 효과를 발생시키는 행정처분에 해당한다.

2. 규정이 없는 경우

판례에 따르면 규정이 없는 경우 “협약의 해지 및 그에 따른 환수통보는 공법상 계약에 따라 행정청이 대등한 당사자의 지위에서 하는 의사표시로 보아야 하고, 이를 행정청이 우월한 지위에서 행하는 공권력의 행사로서 행정처분에 해당한다고 볼 수는 없다.”³⁹⁾고 한다.

【위 판례 사건】

중소기업기술정보진흥원장이 갑 주식회사와 중소기업 정보화지원사업 지원대상인 사업의 지원에 관한 협약을 체결하였는데, 협약이 갑 회사에 책임이 있는 사업실패로 해지되었다는 이

37) 대판 2014.4.24. 2013두6244

38) 대판 2014.12.11. 2012두28704

39) 대판 2015.6.27. 2015두41449

유로 협약에서 정한 대로 지급받은 정부지원금을 반환할 것을 통보한 사례

▶ 중소기업 정보화지원사업에 따른 지원금 출연을 위하여 중소기업청장이 체결하는 협약은 공법상 대등한 당사자 사이의 의사표시의 합치로 성립하는 공법상 계약에 해당하는 점, 구 중소기업 기술혁신 촉진법 제32조 제1항은 제10조가 정한 기술혁신사업과 제11조가 정한 산학협력 지원사업에 관하여 출연한 사업비의 환수에 적용될 수 있을 뿐 이와 근거 규정을 달리하는 중소기업 정보화지원사업에 관하여 출연한 지원금에 대하여는 적용될 수 없고 달리 지원금 환수에 관한 구체적인 법령상 근거가 없는 점 등을 종합하면, 협약의 해지 및 그에 따른 환수통보는 공법상 계약에 따라 행정청이 대등한 당사자의 지위에서 하는 의사표시로 보아야 하고, 이를 행정청이 우월한 지위에서 행하는 공권력의 행사로서 행정처분에 해당한다고 볼 수는 없다.

V. 사안의 해결

이 사건 협약의 관련규정은 제18조이다. 그러나 협약해지 및 환수에 관하여는 법에 관련 규정이 없고, 협약에 근거한 행위이다. 따라서 법상 출연금 환수나 사업참여제한(제31조)은 제10조와 제11조에 따른 사업에 적용되는 규정으로서 이 사안에는 적용할 수 없다.

법령상 중소기업정보진흥원장은 중소기업청장의 권한을 위탁받은 자로서 이 사건 통보는 행정청의 행위이다.

그러나 지원금 환수와 사업참여제한은 계약상의 행위에 그칠 뿐 구체적 법집행행위로 볼 수 없다. 따라서 이 사건 통보는 취소소송의 대상이 될 수 없다.

○ 348쪽 <연습 72> 다음에 추가

A주택재건축정비사업조합(이하 “A”라 한다)은 2021. 12. 11. 관할 지구청장으로부터 주택재건축정비사업조합 설립인가처분을 받았다. 이후 A는 추가로 조합설립동의서 10장을 받아, B에게 조합설립변경인가를 신청하였는바, B는 2022. 5. 24. A에 대하여 변경인가처분을 하였다. 이때 변경인가의 내용은 당초 설립인가시 인가한 사항 중 다른 부분의 변동 없이 단순히 추가동의서 제출을 이유로 한 동의율 변경, 조합원 수의 변경을 이유로 하고 있고, 이는 관련 법령에서 정한 경미한 사항의 변경에 불과하였다. 이에 대하여 해당 정비구역의 토지소유자 甲은 당초 설립인가처분의 취소를 구하는 소를 그 제소기간 내에 제기하였다가 2022. 8. 20. 변경인가처분의 취소를 구하는 것으로 청구취지를 교환적으로 변경하였고, 2023. 6. 1. 다시 설립인가처분의 취소를 구하는 청구를 추가하는 것으로 청구취지를 변경하였다. 2022. 8. 20.에 변경인가처분의 취소를 청구한 소와 2023. 6. 1.에 설립인가처분의 취소를 추가로 청구한 소는 제소기간을 각각 준수하였는가?

Ⅰ. 문제의 소재

취소소송의 제소기간에 대한 행정소송법 규정(제20조 제1항, 제2항 등)에도 불구하고, 소의 변경 또는 청구취지의 변경과 같은 특수한 경우에 제소기간 준수 여부의 기준점이 달라지는 것인지 판례를 참고하여 사안을 검토하고자 한다.

Ⅱ. 취소소송에서의 제소기간

행정소송법상 취소소송은 처분 등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 하고, 처분 등이 있는 날부터 1년을 경과하면 제기하지 못한다(행정소송법 제20조 제1항, 제2항). 한편 사안의 경우는 ① 행정소송법 제21조(소의 변경)의 적용사안이 아니므로 처음에 소를 제기한 때에 제기된 것으로 본다는 규정(제14조 제4항, 제21조 제4항)이 직접 적용될 수 없고, ② 제22조(처분변경으로 인한 소의 변경)의 적용 사안도 아니므로 처분이 있음을 안 날부터 60일 이내라는 특칙(제22조 제2항)과도 무관하다.

Ⅲ. 변경인가처분의 취소를 청구하는 소 (2022. 8. 20.자)

1. 소의 교환적 변경의 경우 제소기간의 판단

청구취지를 교환적으로 변경하는 것은 신소의 제기에 해당한다. 판례에 따르면 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 판단한다.⁴⁰⁾

2. 사안의 경우

변경인가처분일이 2022. 5. 24.이었고 소의 변경이 있을 때는 2022. 8. 20.이므로 행정소송법상 제소기간을 준수하였다.

40) 대판 2004.11.25. 2004두7023

IV. 설립인가처분의 취소를 추가로 청구하는 소 (2023. 6. 1.자)

1. 교환적 변경후 선행처분취소의 소를 추가하는 경우

소의 소제기 기간의 준수 여부는 각 그 청구취지의 추가·변경신청이 있을 때를 기준으로 개별적으로 판단해야 하므로⁴¹⁾ 교환적 변경후 다시 별도의 소를 추가하는 경우에도 역시 신소의 제기이므로 마찬가지로 소를 추가할 때를 기준으로 판단하는 것이 원칙이다.

그런데 판례는 예외적으로, “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 정하여야 할 것”이라고 한다.⁴²⁾

판례는 사안과 같은 경우, “변경인가처분은 설립인가처분을 전제로 하여 단지 동의서가 추가되었음을 이유로 한 것이고, 이는 종전의 설립인가처분을 대체하는 새로운 변경인가처분이 아니라 ‘경미한 사항의 변경에 대한 신고를 수리하는 의미’에 불과”하므로 “설립인가처분의 취소를 구하는 소를 제기하였다가 변경인가처분의 취소를 구하는 것으로 소를 변경하였다고 하더라도 설립인가처분의 취소를 구하는 취지는 그대로 남아 있다”고 하면서, 설립인가처분의 취소를 구하는 청구의 제소기간은 그 뒤 다시 설립인가처분의 취소를 구하는 청구를 추가하였다는 사정과는 무관하게 당초 설립인가처분 취소의 소 제기시를 기준으로 하여야 한다고 하였다.⁴³⁾

2. 사안의 경우

변경인가의 내용은 단순히 추가동의서 제출을 이유로 한 동의율 변경, 조합원 수의 변경을 이유로 하고 있고, 이는 관련 법령에서 정한 경미한 사항의 변경에 불과하다.

甲이 당초 설립인가처분의 취소를 구하는 소를 그 제소기간 내에 제기한 이상 2023. 6. 1. 자 설립인가처분의 취소를 추가로 청구하는 소 역시 제소기간을 준수하였다.

V. 사안의 해결

2022. 8. 20.에 변경인가처분의 취소를 청구한 소와 2023. 6. 1.에 설립인가처분의 취소를 추가로 청구한 소는 제소기간을 모두 준수하였다.

【참고】

41) 대판 2004.12.10. 2003두12257

42) 대판 2013.7.11. 2011두27544

43) 대판 2013.7.11. 2011두27544

행정청의 조합설립인가처분 후 경미한 사항의 변경에 대하여 행정청이 변경인가처분을 한 경우, 당초의 조합설립인가처분은 변경인가처분에 흡수되는지 여부(소극)

재개발조합설립 인가신청에 대한 행정청의 조합설립인가처분은 법령상 일정한 요건을 갖출 경우 주택재개발사업의 추진위원회에게 행정주체로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 가지고 있는데, 구 도시 및 주거환경정비법 제16조 제1항은 조합설립인가처분의 내용을 변경하는 변경인가처분을 할 때에는 조합설립인가처분과 동일한 요건과 절차를 거칠 것을 요구하고 있다. 그런데 조합설립인가처분과 동일한 요건과 절차가 요구되지 않는 구 도시 및 주거환경정비법 시행령 제27조 각 호에서 정하는 경미한 사항의 변경에 대하여 행정청이 조합설립의 변경인가라는 형식으로 처분을 하였다고 하더라도 그 성질은 당초의 조합설립인가처분과는 별개로 위 조항에서 정한 경미한 사항의 변경에 대한 신고를 수리하는 의미에 불과한 것으로 보아야 한다. 따라서 경미한 사항의 변경에 대한 신고를 수리하는 의미에 불과한 변경인가처분에 설권적 처분인 조합설립인가처분이 흡수된다고 볼 것은 아니다(대판 2010.12.9. 2009두4555).

※ 원심은, 이 사건 변경인가처분은 조합설립인가처분에서 인가된 토지 등 소유자와 동의자를 초과하는 부분에 대하여만 변경인가를 한 것이 아니라 조합설립인가처분에서 인가된 토지 등 소유자 수와 동의자 수에 추가로 제출된 동의서 등을 포함시켜 전체 토지 등 소유자 및 동의자 수를 다시 인가한 것이어서 이 사건 조합설립인가처분은 변경인가처분에 흡수되었다고 보고, 이와 같이 설립인가처분을 흡수한 이 사건 변경인가처분이 존재하는 이상 이 사건 청구 중 조합설립인가처분의 효력을 다투는 부분은 소의 이익이 없어 부적법하다는 이유로 이를 각하하고 변경인가처분의 효력을 다투는 부분에 대하여만 그 당부를 판단하였다.

○ 386쪽 <연습 78> 다음에 추가

甲은 A부에 근무하는 국가공무원(사무관)이다. 甲은 근무 중에 수시로 이석하였으며 주식투자에만 열중한 사실이 적발되어 직위해제를 당하고 감찰을 받게 되었다. A부 장관은 甲에 대하여 근무를 충실히 할 것과 업무에 필요 없는 일은 절대 하지 않도록 지시하였다. 그러나 甲은 지시를 어기고 계속하여 수차례 주식투자 사이트에 접속한 사실이 추후 밝혀졌다. 한편 甲은 A부 내에 자신이 소속한 종교동아리에 예산지원을 하는 등으로 다른 모임보다 특혜를 주는 것에 대하여 상사로부터 그런 행위를 중단할 것을 지시받았음에도 이를 거부한 채 계속적으로 예산지원을 하여왔다.

이와 같은 이유들로 인하여 甲은 직권면직처분을 받았다.

甲이 직권면직처분에 대한 취소소송을 제기하였고, 해당 소송의 사실심 계속 중 정년이 경과한 경우 이 사건 직권면직처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있는지 검토하시오.⁴⁴⁾

Ⅰ. 문제의 소재

사안에서 취소소송 도중 甲의 정년이 경과하였으므로 甲에 대한 직권면직처분은 실효되었다고 보아야 한다.

그럼에도 불구하고 甲이 직권면직처분의 취소를 구할 협의의 소의 이익이 있는지 여부가 문제된다.

Ⅱ. 협의의 소의 이익

1. 의의

취소소송은 처분 등의 취소를 구할 자격(원고적격)을 가진 자가 소를 제기할 수 있다. 그러나 취소소송도 재판의 일종이므로 분쟁을 재판에 의하여 해결할 만한 현실적 필요성이 있어야 하는데, 이를 ‘협의의 소의 이익’ 또는 ‘권리보호의 필요’라고 한다.

2. 행정소송법 제12조 제2문의 해석

행정소송법 제12조 제2문은 “처분 등의 효과가 기간의 경과, 처분 등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분 등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에는 또한 같다”라고 규정하고 있다.

동조 제1문에서의 ‘법률상 이익’이 취소소송에서의 보호대상인 권리라면, 제2문에서의 ‘법률상 이익’은 취소소송을 통한 ‘권리보호의 필요성 또는 분쟁의 현실성’을 의미하는 것으로서 협의의 소의 이익으로 해석된다(다수설).

3. 협의의 소의 이익으로서 법률상 이익의 의미

취소소송에서 소의 이익은 계쟁처분의 취소를 구할 현실적인 법률상 이익이 있는지 여부를 기준으로 판단된다.

판례는 이 경우 ‘법률상 이익’을 “당해 처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익과 관련된 것을 말하는 것이고 단지 간접적이거나 사실적·경제적 이해관계를 가

44) 2023년 입법고시 기출문제

지는 데 불과한 경우는 여기에 포함되지 않는다”⁴⁵⁾라고 보고 있다.

그러나 다수설은 여기서의 ‘법률상 이익’은 취소를 통하여 구체되는 기본적인 법률상 이익 뿐만 아니라 부수적 이익도 포함한다고 보는 점에서 원고적격에서의 법률상 이익보다 넓은 개념으로 보고 있다. 즉 ‘법적 보호이익’ 이외에도 각종 제도상의 불이익을 제거하여야 할 이익, 명예·신용 등의 인격적 이익 등도 협의의 소익에 포함된다고 한다.

4. 협의의 소익이 인정되지 않는 경우

본안판단의 전제요건을 모두 구비하게 되면 일반적으로 소의 이익을 갖춘 것이 된다(다수설). 그러나 ① 원상회복이 불가능한 경우, ② 소송목적이 실현된 경우(처분의 효력 소멸, 권익침해의 해소), ③ 보다 간이한 방법으로 권리보호가 가능한 경우, ④ 소송으로 다룰 실제적 효용이나 이익이 없는 경우, ⑤ 비난받을 목적을 추구하는 경우, ⑥ 유리한 결과를 가져오는 처분(수익적 행정행위 등) 등에는 소의 이익이 부정된다.

5. 협의의 소익이 인정되는 경우

처분의 효력이 소멸한 경우에도 처분의 취소로 인하여 회복되는 이익이 있는 경우에는 예외적으로 권리보호의 필요성이 인정된다. 이와 같은 경우로는 ① 위법한 처분이 반복될 위험성이 있는 경우, ② 회복하여야 할 불가피한 이익이 있는 경우(☞ 세법 등 다른 법률에 의한 혜택을 받을 수 있는 경우), ③ 가중적 제재처분이 따르게 되어 처분의 취소로 보호되는 직접적·구체적인 이익이 있는 경우가 있다.

6. 관련 판례

종래 판례는 근로자가 부당해고 구제신청을 기각한 재심판정에 대해 소를 제기하여 해고의 효력을 다투던 중 사직하거나 정년에 도달하거나 근로계약기간이 만료하는 등의 이유로 근로관계가 종료한 경우, 근로자가 구제명령을 얻는다고 하더라도 객관적으로 보아 원직에 복직하는 것이 불가능하고, 해고기간 중에 지급받지 못한 임금을 지급받기 위한 필요가 있다고 하더라도 이는 민사소송절차를 통하여 해결할 수 있다는 등의 이유를 들어 부적법하다는 입장이었다.⁴⁶⁾

그러나 전원합의체 판결로 판례의 입장을 변경하여 협의의 소익을 인정하였다.⁴⁷⁾ 즉 근로자가 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하는 등의 사유로 원직에 복직하는 것이 불가능하게 된 경우에도 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받을 필요가 있다면 임금 상당액 지급의 구제명령을 받을 이익이 유지되므로 구제신청을 기각한 중앙노동위원회의 재심판정을 다룰 소의 이익이 있다고 보았다.

아울러 이와 같은 이유가 아니더라도, 판례는 무익한 처분과 소송의 반복 가능성, 구체적인 침해의 반복 위험의 방지, 국민의 권리구제의 관점에서 협의의 소익을 인정하고 있다.

지방법원 의원에 대한 제명의결 취소소송 계속중 의원의 임기가 만료된 사안에서는, 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 보았다.⁴⁸⁾

45) 대결 2000.10.10. 2000무17

46) 대판 1995.12.5. 95누12347등

47) 대판 2020.2.20. 2019두52386 전합

III. 사안의 해결

甲의 경우 소송계속 도중 정년이 경과하였다 하더라도 수소법원은 소의 이익이 없다고 하여 각하판결을 내려서는 아니되고, 甲의 직권면직 이후 정년 시까지의 보수 지급을 구할 수 있는 점, 국가공무원(사무관)으로서의 명예나 신용, 사회적 지위 등을 고려하여 행정소송법 제 12조 제2문의 법률상 이익을 인정하는 것이 타당하다.

이러한 이익은 법률에 의하여 보호되는 직접적·구체적 이익이라고 할 수 있다.

그러므로 수소법원은 甲에 대한 직권면직처분사건을 본안에서 심리한 뒤 인용판결 또는 기각판결을 내려야 할 것이다.

48) 대판 2009.1.30. 2007두13487

○ 390쪽 <연습 79> 다음에 추가

국립대학인 A대학은 'A대학 총장임용후보자 선정에 관한 규정'에 따라 총장임용후보자 선정관리위원회 구성, 총장후보자 공모, 정책토론회 등의 절차를 거쳐 총장임용후보자 추천위원회 투표 결과 가장 많이 득표를 한 甲을 1순위 총장후보선정자로, 그 다음으로 많은 득표를 한 乙을 2순위 총장후보선정자로 결정하여, 2023. 3. 6. 교육부장관에게 甲을 1순위 총장임용후보자로, 乙을 2순위 총장임용후보자로 추천하였다.

교육부장관은 2023. 3. 27. A대학에 '총장 임용후보자 재추천 요청'이라는 제목하에 '甲과 乙은 A대학 총장으로 부적합하여 임용제청을 하지 않기로 결정했으니, 교육공무원법 등 관련 규정에 따라 조속한 시일 내에 총장임용후보자를 재선정하여 추천하여 달라'는 내용의 문서를 보냈다.

(1) 甲과 乙이 임용제청 제외처분 취소청구의 소를 제기한다면 교육부장관의 임용제청 제외행위는 취소소송의 대상이 되는 처분에 해당하는가?

A대학의 반발이 있자 교육부장관은 2023. 4. 24. 대통령에게 乙만을 총장임용후보자로 제청하였다. 甲은 1순위 임용후보자인 자신이 아닌 2순위 후보자인 乙을 총장으로 임용하는 것은 위법하다고 주장한다.

(2) 대통령의 乙에 대한 총장 임용행위를 저지하기 위해 甲이 취할 수 있는 행정소송상의 수단을 ① 임용행위 이전, ② 임용행위 이후로 나누어 검토하시오.

(3) 대통령이 乙을 총장으로 임용한 것에 대하여 A대학교 총학생회 및 전국대학노동조합 A대학교지부가 취소소송을 제기한 경우 이들은 각각 원고적격성이 인정되는가?⁴⁹⁾

<참고조문>

「교육공무원법」

제24조(대학의 장의 임용) ① 대학(고등교육법 제2조 각 호의 학교를 말하되, 국립대학은 제외한다)의 장은 해당 대학의 추천을 받아 교육부장관의 제청으로 대통령이 임용한다.

② 제1항 본문에 따른 대학의 장의 임용추천을 위하여 대학에 대학의 장 임용추천위원회(이하 "추천위원회"라 한다)를 둔다.

③ 추천위원회는 해당 대학에서 정하는 바에 따라 다음 각 호의 어느 하나의 방법에 따라 대학의 장 후보자를 선정하여야 한다.

1. 추천위원회에서의 선정

④ 추천위원회의 구성·운영 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정하되, 위원의 일정 비율 이상은 여성으로 한다.

「교육공무원임용령」

제12조의2(대학의 장의 추천) 대학은 법 제24조 제1항 또는 제55조 제1항의 규정에 의하여 대학의 장의 임용추천을 할 때에는 2인 이상의 후보자를 대학의 장의 임기만료일 30일전까지 교육부장관에게 추천하여야 한다.

제12조의3(대학의 장 임용추천위원회의 구성 및 운영) ① 법 제24조 제2항에 따른 대학의 장 임용추천위원회(이하 "추천위원회"라 한다)는 다음 각 호의 사람 중에서 해당 대학의 학칙으로 정하는 바에 따라 10명 이상 50명 이하의 위원으로 구성한다.

<p>2. 해당 대학의 직원</p> <p>3. 해당 대학의 재학생</p> <p>⑧ 추천위원회의 운영 등에 필요한 세부사항은 해당 대학의 학칙으로 정한다.</p> <p>「고등교육법」</p> <p>제6조(학교규칙) ① 학교의 장(학교를 설립하는 경우에는 해당 학교를 설립하려는 자를 말한다)은 법령의 범위에서 학교규칙(이하 “학칙”이라 한다)을 제정하거나 개정할 수 있다.</p> <p>② 학칙의 기재사항, 제정 및 개정 절차 등 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.</p> <p>제12조(학생자치활동) 학생의 자치활동은 권장·보호되며, 그 조직과 운영에 관한 기본적인 사항은 학칙으로 정한다.</p> <p>「고등교육법 시행령」</p> <p>제4조(학칙) ① 법 제6조에 따른 학교규칙(이하 “학칙”이라 한다)에는 다음 각 호의 사항을 기재하여야 한다.</p> <p>10. 학생회 등 학생자치활동</p> <p>「A대학교 학칙」</p> <p>제12조(총장) ③ 총장후보자는 공모에 의한 방법으로 선정하되, 총장임용추천위원회를 두어 추천하며 세부사항은 따로 정한다.</p> <p>제92조(학생활동) ① 학생은 학생회구성 등 자치활동을 할 수 있다.</p> <p>「A대학교 총장임용후보자 선정에 관한 규정」</p> <p>제4조(추천위원회) ① 총장은 임기만료 6개월 전에 「교육공무원법」 제24조 제2항 및 제4항에 따라 후임 총장의 임용추천을 위하여 다음 각 호의 사람으로 추천위원회의 위원(이하 “위원”이라 한다)을 임명하여야 한다.</p> <p>3. 공무원직장협의회에서 추천하는 직원 4명(여성위원 1명 이상 포함)</p> <p>5. 총학생회에서 추천하는 재학생 1명</p>
--

I. 설문 (1) - 임용제청 제외행위가 취소소송의 대상인 처분인지 여부

1. 문제의 소재

임용제청 제외행위는 A대학교가 추천한 총장후보자 모두를 총장 임용제청에서 제외하는 내용의 불이익처분으로서 취소소송의 대상이 되는 처분에 해당하는지 문제된다.

2. 취소소송의 대상

행정소송법은 취소소송의 대상을 ‘처분등’으로 명시하고 있다(제19조). 여기서 ‘처분등’이란 처분과 행정심판에 대한 재결을 말하므로(제2조 제1항 제1호), 결국 취소소송의 대상은 처분과 재결이다. 처분이란 행정소송법의 입법적 정의에 따르면 "행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용"을 말한다.

49) 위 문제는 2018. 6. 15.에 선고된 2개의 사건, 즉 1순위와 2순위 후보자 모두를 임용제청에서 제외 한 사건(대판 2018.6.15. 2015두50092)과 2순위 후보자를 임용제청한 사건(대판 2018.6.15. 2016두 5756)을 복합적으로 구성하고, 2019년 5급공채 시험문제를 변형하였음

3. ‘처분성’ 인정요건

(1) 행정청의 행위

처분은 ‘행정청’이 행하는 행위이다. 행정청의 개념은 일반적으로 행정주체의 의사를 결정하고 이를 외부에 표시할 수 있는 권한을 가진 행정기관으로 이해되고 있다.

(2) 구체적 사실에 관한 법집행

법집행은 그 수범자의 특정 여부에 따라 일반성·개별성의 기준에 의해, 그리고 그 대상인 사안의 내용에 따라서는 구체성·추상성의 표지에 따라 구분할 수 있다. 이 경우 행정소송의 대상은 ‘구체적 사실에 대한 법집행행위’만이 해당되는 것이 원칙이나, 처분적 법규나 일반처분 등에 대해서는 처분성이 인정된다.

(3) 공권력행사와 그 거부

공권력행사는 행정주체가 상대방에 대하여 우월한 지위에서 행하는 고권적 또는 일방적 행위를 말한다. 실제적 행정행위가 이에 해당하는 가장 전형적인 경우임은 물론이나, 권력적 사실행위도 여기에 해당하는 것으로 해석된다. 그리고 공권력행사의 거부는 실제적 행정행위의 거부 또는 권력적 사실행위의 거부로서 거부처분을 의미한다.

(4) 그 밖에 이에 준하는 행정작용

그 밖에 이에 준하는 행정작용으로서는 취소소송의 본질을 위법성의 소급적 제거로 보는 견해에 의할 때 권력적 사실행위, 일반처분, 처분법령 등이 거론된다.

4. 관례의 태도

관례는 행정청의 어떤 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지의 문제는 “추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우 행정처분은 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위라는 점을 염두에 두고, 관련 법령의 내용과 취지, 그 행위의 주체·내용·형식·절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익과의 실질적 관련성, 그리고 법치행정의 원리와 당해 행위에 관련한 행정청 및 이해관계인의 태도 등을 참작하여 개별적으로 결정하여야 한다.”는 입장이다.⁵⁰⁾

5. 甲과 乙의 신청권 문제

관례는 거부가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당되려면, “① 그 신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이어야 하고, ② 그 거부행위가 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것이어야 하며, ③ 그 국민에게 그 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 있어야 한다.”⁵¹⁾고 하여 신청권을 거부처분취소소송의 소송요건(특히 거부행위요건설)으로 본다. 즉 법규상 또는 조리상 신청권이 없는 경우 거부행위의 처분성을 인정하지 않고, 부작위를 인정하지 않는다.

이 사건 재추천 요청에 대해 甲과 乙에게 총장 임용제청을 요구할 법규상 또는 조리상 신청권이 인정되지 않는다는 견해가 있을 수 있다.

그러나 사안은 甲과 乙의 임용제청 신청행위가 있고 교육부장관이 그에 대한 거부행위를 한 경우라고 보기는 어렵다. 따라서 甲과 乙에게 법규상 또는 조리상 신청권이 인정되는지 여부는 처분성 판단에 결정적 요소가 아니라고 본다.⁵²⁾

50) 대판 2010.11.18. 2008두167

51) 대판 2002.11.22. 2000두9229

6. 사안의 해결

사안에서 ① 대학의 추천을 받은 총장 후보자는 교육부장관으로부터 정당한 심사를 받게 될 것으로 절차적 기대를 하게 된다는 점, ② 대학의 장 임용에 관하여 교육부장관의 임용제청권을 인정할 취지는 대학의 자율성과 대통령의 실질적인 임용권 행사를 조화시키기 위하여 대통령의 최종적인 임용권 행사에 앞서 해당 대학의 추천을 받은 총장 후보자들의 적격성을 일차적으로 심사하여 대통령의 임용권 행사가 적절하게 이루어질 수 있도록 보좌하기 위한 것이라는 점, ③ 교육부장관이 자의적인 이유로 해당 대학에서 추천한 복수의 총장 후보자들 전부 또는 일부를 임용 제청하지 않는 경우에는 대통령에 의한 심사와 임용을 받을 기회를 박탈하는 효과가 있으므로, 이를 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보지 않는다면 달리 이에 대하여는 불복하여 침해된 권리 또는 법률상 이익을 구제받을 방법이 없다는 점에서 이 사건 재추천 요청은 이 사건 대학이 추천한 총장 후보자 모두를 총장 임용제청에서 제외하는 내용의 불이익처분으로서 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 봄이 타당하다.⁵³⁾

II. 설문 (2) - 甲이 취할 수 있는 행정소송상 수단

1. 문제의 소재

甲이 대통령의 임용행위를 저지하기 위하여 ① 임용행위 이전에 乙 임용행위에 대한 예방적 금지소송을 제기하고 가처분을 신청할 수 있는지, 교육부장관의 乙 임용제청행위나 甲 임용제청거부행위를 다툴 수 있는지, ② 임용행위 이후에 乙에 대한 임용행위처분 취소소송과 甲에 대한 임용거부처분 취소소송을 제기할 수 있는지 검토한다.

2. 임용행위 이전

가. 예방적 금지소송의 인정 여부

(1) 문제점

예방적 금지소송(부작위소송)은 행정청의 공권력에 의한 침해가 예상되는 경우에 미리 그 침익적 처분을 저지하는 것을 목적으로 제기하는 소송을 말한다. 우리 행정소송법에는 명문 규정이 없어 인정 여부가 문제된다.

(2) 학설 및 판례

학설은 ① 실정법 규정이 존재하지 않고, 권력분립원칙이나 행정청의 1차적 판단권을 강조하여 부정하는 견해, ② 행정소송법 제4조의 항고소송의 종류를 예시적 열거로 보아 무명항고소송으로 인정하는 견해, ③ 당사자소송의 한 종류로 인정하는 견해 등이 있다.

판례는 “피고 국민건강보험공단은 이 사건 고시를 적용하여 요양급여비용을 결정하여서는 아니된다는 내용의 원고들(대한의사협회 등)의 위 피고에 대한 이 사건 청구는 부적법하다 할 것이다.”⁵⁴⁾라고 하여 행정소송법상 행정청이 일정한 처분을 하지 못하도록 그 부작위를 구하는 청구는 허용되지 않는 부적법한 소송이라는 입장이다.

52) 실제 사건에서도 법규상 또는 조리상 신청권의 유무와 관계 없이 처분성을 인정하였다.

53) 대판 2018.6.15. 2016두57564

54) 대판 2006.5.25. 2003두11988

(3) 검토 및 사안의 경우

부정설과 같이 막연히 권력분립의 원칙이나 행정청의 1차적 판단권을 이유로 예방적 금지소송을 부정하는 것은 타당하지 않다. 취소소송은 침익적 처분에 대한 사후적 권리구제 수단에 불과하고, 국민의 권리구제를 위하여 예방적 금지소송이 필요한 경우가 있으므로 실효적인 권리구제를 위해 긍정함이 타당하다.

다만 법적 안정성을 위하여 법률로 명시적으로 인정되어야 하므로 관례의 입장과 같이 예방적 금지소송을 인정하기 어렵다고 보인다.

나. 가처분 인정 여부

가처분이란 ‘금전 이외의 특정한 급부를 목적으로 하는 청구권의 집행보전을 도모하거나 다툼이 있는 권리관계에 관하여 잠정적으로 임시의 지위를 정하는 것을 목적으로 하는 가구제도’이다. 항고소송에서 가처분의 인정가능성에 대하여 소극설, 적극설, 절충설이 대립하는데, 관례는 민사소송법상의 보전처분은 민사판결절차에 의하여 보호받을 수 있는 권리에 관한 것이므로, 민사소송법상의 가처분으로써 행정청의 어떠한 행정행위의 금지를 구하는 것은 허용될 수 없다고 한다.⁵⁵⁾

예방적 금지소송이 무명항고소송으로 가능하지 않다는 입장에 서면, 甲은 乙에 대한 총장 임용행위의 금지를 구하는 내용의 가처분 신청을 할 수 없다고 판단된다.

다. 교육부장관의 乙 임용제청행위를 다룰 수 있는지 여부

현행 행정소송 제도 아래 가장 실효적으로 대통령의 임용행위를 저지할 수 있는 수단이라고 본다. 甲은 항고소송을 제기한 후 집행정지 신청이 가능할 것이다.

라. 교육부장관의 甲 임용제청거부행위를 다룰 수 있는지 여부

교육부장관이 甲의 임용제청을 하지 않은 것의 처분성을 인정한다면 甲이 자신에 대한 임용제청거부행위를 항고소송으로 다투면서 집행정지를 신청할 수 있다.

그러나 이를 ‘거부처분’으로 보게 되면 관례에 따라 집행정지는 인정되지 않을 것이다.⁵⁶⁾

3. 임용행위 이후

가. 대통령의 甲 임용 제외처분에 대한 항고소송

교육부장관이 A대학의 총장으로 乙을 임용제청한 행위에는 甲을 임용제청에서 제외하는 행위가 포함되어 있다. 이는 A대학이 1순위로 추천한 甲에 대하여 대통령으로부터 임용을 받을 기회를 박탈하는 내용의 불이익처분으로서 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다.⁵⁷⁾

다만 대통령이 乙을 A대학의 총장으로 임용하였다면, 甲은 교육부장관의 임용제청 제외처분을 별도로 다룰 소의 이익이 없으므로 대통령의 임용 제외처분에 대한 항고소송을 제기하여야 한다. 이때 대통령의 처분 또는 부작위를 다투는 경우 소속장관이 피고가 되므로(국가공무원법 제16조 제2항) 교육부장관을 피고로 대통령의 임용제청 제외행위에 대한 취소소송을 제기하여야 한다. 만일 교육부장관의 임용제청 제외처분에 대한 소를 제기한 상태라

55) 대결 1992.7.6 92마54

56) 대결 1992.2.13. 91두47

57) 대판 2018.6.15. 2016두57564

면 행정소송법 제22조에 따라 소변경을 신청할 수 있다.

나. 대통령의 乙 임용행위에 대한 항고소송

甲은 법률상 이해관계를 갖는 제3자(경원자 관계)로서 대통령의 乙에 대한 임용행위에 대해 취소소송을 제기할 수 있다.

III. 설문 (3) - 총학생회 및 전국대학노동조합 A대학교지부의 원고적격 인정 여부

1. 문제의 소재

원고적격이란 구체적인 처분에 대하여 누가 원고로서 취소소송을 제기하여 본안판결을 받을 자격이 있는가의 문제를 말한다. 행정소송법 제12조는 ‘처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자’가 취소소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있는데, 총학생회나 노동조합에 대통령의 총장 임용처분에 대한 취소를 구할 법률상 이익이 인정되는지 문제된다.

2. 총학생회와 전국대학노동조합 A대학교지부의 당사자능력

당사자능력이란 소송상 당사자인 원고·피고 또는 참가인이 될 수 있는 소송법상의 능력 또는 자격을 말한다. 민법 기타 법률에 의하여 권리능력을 가진 자(자연인·법인)는 당사자능력을 갖는다(행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제51조).

사안의 경우, 총학생회는 법인은 아니나 대표자가 있으므로 그 이름으로 당사자가 될 수 있다. 그리고 노동조합인 A대학교지부 역시 그 규약이 정하는 바에 의하여 법인으로 할 수 있고(노동조합 및 노동관계조정법 제6조) 그렇지 아니한 경우에도 당사자능력이 인정됨에 문제가 없다.

3. 법률상 이익의 의미

(1) 학설 및 판례

행정소송법 제12조 제1문의 법률상 이익에 대하여 ① 권리구제설, ② 법률상 보호이익(법이 보호하는 이익구제설), ③ 소송상 보호가치 있는 이익구제설, ④ 적법성보장설 등의 견해가 있다.

구체적으로 어떠한 경우가 법률상 이익이 있는 경우에 해당하는지 여부는 근거법률의 내용과 구체적 사안에 따라 판단하여야 할 것이나, 대법원은 “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.”⁵⁸⁾라고 판시하고 있다.

(2) 검토

현행 행정소송법이 항고소송의 주된 기능을 권익구제로 보고 주관소송으로 규정하고 있으므로, 현행 행정소송법의 해석론으로는 법률상 보호이익설이 타당하다. 법률상 보호이익설에 의하면, 처분 등으로 인하여 권리뿐만 아니라 법률에 의하여 보호되는 이익을 침해받은 자도 원고적격을 가지게 된다.

58) 대판 2010.5.13. 2009두19168

4. 「K대학교 학칙」과 「총장임용후보자 선정에 관한 규정」의 법적 성질

양자의 형식은 행정규칙으로 되어 있으나 학생활동, 총장후보자 선정 방법 등이 규정되어 국민의 권리·의무와 관계되는 내용이 규율되어 있어 이른바 법령보충적 행정규칙에 해당된다. 그 법규성이 인정되는지 문제되는데, 고등교육법 제6조의 수권에 의해 규율되므로 법규성이 인정된다.

5. 사안의 경우

원고적격의 ‘법률상 이익’은 근거 법규 및 관계 법규에서 ‘사익보호성’이 인정되는지 여부로 판단되어야 한다.

교육공무원임용령 제12조의3은 총장임용추천위원회의 구성원으로 해당 대학의 재학생과 직원을 포함하도록 규정하고 있으며, 동 임용령의 위임을 받아 제정된 K대학교 학칙과 K대학교 총장임용후보자 선정에 관한 규정은 총학생회가 2인의 학생위원을, 공무원직장협의회가 4인의 직원을 총장임용추천위원회에 추천하도록 규정하고 있다.

고등교육법령은 교육받을 권리의 주체인 학생들이 자치활동을 위하여 구성한 학생회의 성립을 예정하고 있으므로, 학생의 법률상 이익을 보호하기 위한 법령의 규정은 대학 자치나 학문의 자유를 실현하기 위한 수단으로서 기능하는 학생회의 법률상 이익을 보호하는 역할도 함께 한다고 보아야 한다.

K대학교 학칙 등 규정은 헌법 제31조 제4항에 정한 교육의 자주성과 대학의 자율성에 근거한 총학생회의 학교운영참여권을 구체화하여 이를 보호하고 있다고 해석되므로, 총학생회의 원고적격은 인정된다.⁵⁹⁾

그러나 ① 노동조합이 아니라 공무원직장협의회에서 추천위원을 추천하도록 한 점, ② 노동조합은 근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건을 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하기 위하여 조직된 단체인 점(노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제4호) 등을 고려할 때, 관련 규정들이 학교직원의 법률상 이익을 보호하고 있다고 보더라도 노동조합의 법률상 이익까지 법률상 이익까지 보호하고 있는 것으로 해석할 수는 없다.

6. 사안의 해결

총학생회의 원고적격은 인정되나 전국대학노동조합 A대학교지부의 원고적격은 인정되지 않는다.

59) 대판 2015.7.23. 2012두19496등

○ 406쪽 <연습 82> 앞에 추가

○○고등학교장 乙은 학생 甲이 2022. 10. 21. 14:00경 수업시간 중에 인터넷 유○브 방송을 하였고, 이를 제지하는 교사의 신체에 물리력을 가하였다는 이유로 甲에게 출석정지 2주의 징계처분을 하였다. 甲은 징계처분에 불복하여 A도교육행정심판위원회에 행정심판을 청구하였으나 2022. 11. 21. 그 청구가 기각되었고, 甲은 취소소송을 제기하였다. 그리고 甲은 2023. 3. 1. 대학교에 진학하였다.

위와 같은 경우 징계처분은 학생의 내신성적 기초자료 확인서에 “징계(-2)”라고 기재되고, ○○고등학교 징계대장, 선도위원회 협의록에 처분 내역이 기록된다. 그러나 내신성적 기초자료 확인서, 징계대장, 선도위원회 협의록 등이 일반적으로는 외부로 공개되지 아니하는 자료이다. 다음의 물음에 답하시오. (총 25점)

(1) 甲은 무엇에 대하여, 언제까지 취소소송을 제기하여야 하는가?

(2) 취소소송에서 피고는 징계처분 내역은 甲의 생활기록부에 기재되지 아니하였고, 甲이 이미 징계처분에 따른 출석정지의무를 이행하였으며, ○○고등학교를 졸업하여 상급학교에 진학하였으므로 甲에게는 취소를 구할 법률상 이익이 없다고 주장한다. 타당한가?

I. 설문 (1) - 취소소송의 대상과 제소기간

1. 취소소송의 대상

취소소송은 처분등을 대상으로 한다. 다만, 재결취소소송의 경우에는 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다(행정소송법 제19조).

그리고 개별법이 재결을 대상으로 행정소송을 제기하도록 하였다면 그에 따른다.

사안에서 행정심판위원회의 재결 자체에 고유한 위법이 있음이 보이지 않고, 학생의 징계처분에 대한 취소소송에서 재결을 대상으로 한다는 특별한 규정이 없으므로, 甲은 ○○고등학교장의 징계처분을 대상으로 소를 제기하여야 한다.

2. 취소소송의 제소기간

취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다(동법 제20조 제1항 본문). 다만 행정심판청구가 있는 때의 기간은 재결서의 정본을 송달받은 날부터 기산한다(단서).

사안에서 甲은 행정심판위원회의 재결서의 정본을 송달받은 날부터 90일 이내에 소를 제기하여야 한다.

II. 설문 (2) - 협의의 소의 이익

1. 문제의 소재

甲에 대한 징계처분은 이미 효력이 상실된 처분인바, 다만 징계처분의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 경우에 해당하여 취소소송의 소의 이익이 유지되는지 문제된다.

2. 협의의 소의 이익의 의의

취소소송은 처분 등의 취소를 구할 자격(원고적격)을 가진 자가 소를 제기할 수 있다. 그러나 취소소송도 재판의 일종이므로 분쟁을 재판에 의하여 해결할 만한 현실적 필요성이 있어야 하는데, 이를 ‘협의의 소의 이익’ 또는 ‘권리보호의 필요’라고 한다.

3. 협의의 소의 이익의 범위

(1) 행정소송법 제12조 후문 “법률상 이익”의 의미

행정소송법은 협의의 소의 이익과 관련하여 제12조 후문에 “처분 등의 효과가 기간의 경과, 처분 등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분 등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에는 또한 같다”라고 규정하고 있다. 이 규정은 일반적 소의 이익에 대한 예외규정으로, 처분 등의 효과가 소멸한 후에도 회복 가능한 법률상 이익이 있는 경우에는 그것이 비록 부수적 이익일지라도 소의 이익이 인정되는 경우를 규정한 것이다.

여기에서 ‘법률상 이익’의 범위에 대하여는 ① 행정소송법 제12조 전문과 후문의 법률상 이익을 같은 의미로 보아, 명예·신용 등은 법률상 이익에 포함되지 않는다는 견해(동일설, 소극설), ② 후문의 법률상 이익을 ‘확인의 정당한 이익’과 같이 원고적격보다 넓은 의미로 보아, 명예·신용 등의 인격적 이익, 보수청구와 같은 재산적 이익 및 불이익 제거와 같은 사회적 이익도 인정될 수 있다는 견해(광의설, 소극설)가 대립한다.

판례는 행정소송법 제12조 소정의 ‘법률상 이익’을 전문(원고적격)의 그것과 후문(협의의 소의 이익)의 그것을 구별하지 않고 모두 “당해 처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익과 관련된 것을 말하는 것이고 단지 간접적이거나 사실적·경제적 이해관계를 가지는 데 불과한 경우는 여기에 포함되지 않는다.”라고 보고 있다.⁶⁰⁾

(2) 검토

취소소송에 있어서 소의 이익의 유무는 사인이 취소소송을 통하여 보호받아야 할 현실적인 필요가 있는 관점에서 해결되어야 하므로, 당해 처분의 근거법규에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익에 해당하는지 여부에 따라 정해질 문제이다. 따라서 명예나 신용과 같은 인격적 이익, 경제적·사회적 이익도 구체적인 경우에 개별적으로 판단하여 제12조 후문에서 정한 법률상 이익으로 인정될 수 있다고 봄이 타당하다.

4. 사안의 해결

징계처분이 甲의 ○○고등학교 생활기록부에 기재되지 아니하였거나, 甲이 출석정지의무를 이행했다거나, ○○고등학교를 졸업하여 상급학교에 진학했다는 사실, 그리고 내신성적 기초자료 확인서, 징계대장, 선도위원회 협의록 등이 일반적으로는 외부로 공개되지 아니한다는 사실만으로 소의 이익을 쉽게 부정해서는 아니된다고 본다.

사안의 징계처분은 甲의 내신성적 기초자료 확인서에 “징계(-2)”라고 기재되고, ○○고등학교 징계대장, 선도위원회 협의록에 처분 내역이 기록되는 점, 甲이 진학하려고 하는 상급학교나 취업하려고 하는 기업의 요청에 따라 甲의 동의하에 위와 같은 정보가 공개될 가능성이 전혀 없다고 단정할 수 없는 점, 이와 같이 이 사건 처분 내역이 공개되는 경우 이는 甲의 진학이나 취업에 불이익하게 작용할 우려가 있는 점 등을 종합적으로 고려하면, 사안의 징계처분은 단순한 과거의 법률관계가 아닌 현존하는 법률상 불이익이고, 단지 간접적이거나 사실적·경제적 이해관계를 가지는 것에 불과하다고 볼 수 없다.⁶¹⁾

따라서 甲에게는 징계처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 봄이 타당하다.

60) 대결 2000.10.10. 2000무17

61) 서울고등법원(춘천) 2022.1.26. 2020누706

○ 592쪽 <연습 121> 다음에 추가

A시는 택지개발예정지구 지정 공람공고가 이루어진 P사업지구에서 택지개발사업을 시행하고 있으며, 甲은 'P사업지구'에 주택을 소유하고 있는 자이다. A시는 택지개발사업과 관련한 이주대책을 수립·공고하였는데, 이에 의하면 이주대책 대상자 요건을 '택지개발예정지구 지정 공람공고일 1년 이전부터 보상계약체결일 또는 수용재결일까지 계속하여 P사업지구 내 주택을 소유하고 계속 거주한 자로, A시로부터 그 주택에 대한 보상을 받고 이주하는 자'로 정하고 있다. 甲은 A시에 이주대책 대상자 선정 신청을 하였으나, A시는 '기준일 이후 주택 취득'을 이유로 甲을 이주대책 대상에서 제외하는 결정을 하였고, 이 결정은 2023. 6. 28. 甲에게 통보되었다(이하 '1차 결정'이라 함). 이에 甲은 A시에 이의신청을 하면서, 이의신청서에 이주대책 대상자 선정요건을 충족함을 증명할 수 있는 마을주민확인서, 수도개설 사용, 전력 개통사용자 확인 등 증빙서류를 새롭게 추가로 첨부하여 제출하였다. 그러나 A시는 추가된 증빙자료만으로 법적 소유관계를 확인할 수 없다는 이유로 甲의 이의신청을 기각하고 甲을 이주대책 대상에서 제외한다는 결정을 하였으며, 이 결정은 2023. 8. 31. 甲에게 통보되었다(이하 '2차 결정'이라 함). 다음 각 물음에 답하시오. (각 물음은 상호 관련성이 없는 별개의 상황임) (50점)

(1) 甲이 자신을 이주대책 대상에서 제외한 A시의 결정에 대해 취소소송으로 다투려는 경우, 소의 대상 및 제소기간의 기산점에 대해 설명하시오. (25점)

(2) 甲이 1차 결정에 대해 무효확인소송을 제기하였고, 甲이 기준일 이전에 주택을 취득한 것이 인정되어 청구를 인용하는 법원의 판결이 확정되었다. A시는 甲을 이주대책 대상자로 선정하여야 하는지 여부 및 A시가 아무런 조치를 하지 않는 경우 「행정소송법」상 강제수단에 대하여 설명하시오. (25점) <공인노무사 2023>

<설문 (1)>

I. 문제의 제기

- (1) 1차 결정의 처분성 여부, 그리고 1차 결정에 대한 취소소송을 제기할 경우 이의신청과 관련하여 행정기본법상 제기기간 규정을 적용할 수 있는지 문제된다.
- (2) 1차 결정의 처분성 인정 여부와 별도로, 2차 결정도 독립적인 처분이라고 볼 수 있는지 문제된다.

II. 취소소송의 대상

1. 취소소송의 대상으로서 '거부처분'

취소소송의 대상인 처분등이란 '행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용 및 행정심판에 대한 재결'을 말한다(행정소송법 제2조 제1항 제1호).

한편 행정청의 거부행위는 그 자체로 법률관계를 변동시키는 것이 아니기 때문에 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하는지 문제가 되는데, 판례에 따르면 거부가 항고소송의 대상인 처분이 되는 요건으로 ① 그 신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이어야 하고, ② 그 거부행위가 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것이어야 하며, ③ 거부의 의사표시가 있고, ④ 그 국민에게 그 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 있어야 한다.⁶²⁾

2. 1차 결정의 처분성

사안에서 甲을 이주대책 대상자에서 제외하는 1차 결정은 공익사업으로 인해 이주하게 되는 자의 생활대책에 필요한 대체용지의 공급 등 권리관계에 변동을 일으키는 것이고, 甲은 관련 법령에 따라 그 신청권이 있음이 분명해 보인다.

따라서 A시의 2023. 6. 28.자 통보(1차 결정)은 취소소송의 대상인 처분에 해당한다.

3. 2차 결정의 처분성

(1) 문제점

1차 결정의 처분성이 인정되는 것과는 별도로, 2차 결정이 취소소송의 대상이 되는 ‘처분’에 해당하는지 문제된다.

(2) 2차 결정의 법적 성질

가. 이의신청에 대한 결과 통지인지 여부

행정청의 처분에 이의가 있는 당사자는 처분을 받은 날부터 30일 이내에 해당 행정청에 이의 신청을 할 수 있다(행정기본법 제36조 제1항).

이의신청은 행정청의 위법·부당한 처분에 대한 재검토를 청구하는 간이불복절차의 일종이다.

甲은 A시로부터 거부처분을 받고 이주대책 대상자 선정요건을 충족함을 증명할 수 있는 증빙 서류를 추가하여 이의신청을 하였는바, 이같은 사인의 공법행위는 거부처분의 취소를 구하는 것으로서 행정기본법상 이의신청에 해당한다(※ 개별법상 이의신청인지는 설문에서 확인할 수 없음).

따라서 2차 결정은 甲의 이의신청에 대한 A시의 결과 통지라는 성질을 갖는다.

나. 거부처분인지 여부

판례에 따르면, 수익적 행정처분을 구하는 신청에 대한 거부처분은 당사자의 신청에 대하여 관할 행정청이 이를 거절하는 의사를 대외적으로 명백히 표시함으로써 성립되며, 거부처분이 있는 후 당사자가 다시 신청을 한 경우에는 신청의 제목 여하에 불구하고 그 내용이 새로운 신청을 하는 취지라면 관할 행정청이 이를 다시 거절하는 것은 새로운 거부처분이 된다.⁶²⁾

그리고 판례는 행정청이 사안과 같은 2차 결정을 하면서 상대방에게 행정소송 등 불복방법을 안내함으로써 ① 행정청이 스스로도 2차 결정이 처분에 해당한다고 인식하였는지 여부, ② 그 상대방으로서도 2차 결정이 처분이라고 인식하였는지 여부를 처분성 판단에 참작하고 있다.⁶³⁾

설문상으로는 불분명하나, 甲이 증빙서류를 추가하여 이의신청을 한 것이 새로운 신청을 하는 취지이고, A시가 甲에게 행정소송 등 불복방법을 안내하였다고 전제할 경우 2차 결정은 처분으로 볼 수 있다.

(3) 소결

2차 결정을 이의신청에 대한 결과 통지로도 파악하고 동시에 독립된 거부처분으로도 파악하는 것에 난점이 있기는 하나, 실무상 구별이 매우 어려운 점이 있으므로, 위와 같은 경우는 두 행위가 겹쳐져 외관상 하나의 행위로 나타난 것일 뿐 양 행위는 각 법규정에 의해 독립적으로 규율될 수 있다고 해석하는 것이 국민보호의 관점에서 타당하다

A시의 2차 결정은 1차 결정이 처분인 것과는 별도로 일정한 요건하에 취소소송의 대상인 처분성을 인정할 수 있다.

62) 대판 2002.11.22. 2000두9229

63) 대판 2019.4.3. 2017두52764

64) 대판 2021.1.14. 2020두50324

아래에서는 각 처분성을 긍정하는 전제하에 제소기간의 기산점을 검토하기로 한다.

Ⅲ. 제소기간의 기산점

1. 취소소송의 제소기간 (행정소송법 규정)

취소소송은 처분 등이 있음을 안 날부터 90일 이내(제20조 제1항), 있는 날부터 1년 이내에 제기하는 것을 원칙으로 한다(제2항).

여기에서 처분이 있음을 안 날이란 통지·공고 기타의 방법으로 당해 처분이 있었다는 사실을 현실적으로 안 날을 뜻한다.

행정심판을 거친 경우는 제소기간의 특례가 있으나 사안에서는 그러한 사유가 없다.

2. 1차 결정을 대상으로 하는 경우

종래 이의신청 기간 중에 행정심판의 청구기간이나 행정소송의 제소기간이 정지되는지가 불명확하였다. 이에 따라 최근 시행된 「행정기본법」 제36조 제4항은 이의신청에 대한 결과를 통지 받은 후 행정심판 또는 행정소송을 제기하려는 자는 그 결과를 통지받은 날부터 90일 이내에 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있도록 규정하였다.

사안에서 2차 결정 통보의 법적 성질을 이의신청에 대한 결과 통지로 보는 경우, 행정기본법이 적용되어 1차 결정을 대상으로 제기하는 취소소송의 제소기간은 2차 결정이 통보된 2023. 8. 31.을 기산점으로 한다.

다만 이의신청으로 파악하지 아니하면 행정소송법 제20조 제1항 본문에 따라 1차 결정이 통보된 2023. 6. 28.이 기산점이 된다.

3. 2차 결정을 대상으로 하는 경우

사안에서 2차 결정을 대상으로 제기하는 취소소송의 제소기간은 행정소송법 제20조 제1항 본문에 따라 2차 결정이 통보된 2023. 8. 31.을 기산점으로 한다.

Ⅳ. 설문의 해결

甲은 자신을 이주대책 대상에서 제외한 A시의 1차 결정 및 2차 결정에 대해 취소소송으로 다툴 수 있다.

2차 결정 통보의 법적 성질을 이의신청에 대한 결과 통지 및 새로운 신청에 대한 거부의 두 가지 성질을 갖는 것으로 보는 것이 타당하다고 보므로, 제소기간의 기산점은 모두 2023. 8. 31.이 된다(다만, 기간 계산 시 초일은 불산입).

<설문 (2)>

I. 문제의 제기

(1) 거부처분 무효확인판결에 기속력이 인정되어 A시는 甲을 이주대책 대상자로 선정해야 하는지 문제된다.

(2) 행정소송법은 강제집행에 관하여 특별한 규정을 두고 있지 아니한바, 거부처분 무효확인판결이 확정되었음에도 A시가 아무런 조치를 하지 않는 경우 간접강제 제도를 활용할 수 있는지 문제된다.

II. 판결의 기속력

1. 기속력의 의의

기속력이란 소송당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청이 판결의 내용에 따라 행동해야 하는 실체법상의 의무를 발생시키는 효력을 말한다. 행정소송법은 취소판결에 대하여 기속력 있음을 규정하고 무효등확인소송과 부작위위법확인소송 및 당사자소송에 이를 준용하고 있다(제30조, 제38조, 제44조).

2. 기속력의 내용 (거부처분 무효확인판결의 경우)

(1) 반복금지의무

거부처분 무효확인판결이 확정되면 당사자인 행정청은 물론이고 그 밖의 관계 행정청도 동일한 사실관계 아래서 동일 당사자에 대하여 동일한 내용의 처분을 반복하여서는 아니 된다.

그러나 기속력은 판결의 주문과 이유에서 적시된 위법사유에 미치므로 처분시에 존재한 다른 사유를 들어 동일한 내용의 처분을 하더라도 기속력에 반하지 않는다.

그리고 처분시 이후의 사유를 내세워 새로이 처분을 하는 경우도 허용된다.

(2) 재처분의무

거부처분 무효확인판결이 있으면 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다(제38조 제1항, 제30조 제2항).

그러나 반드시 원고의 신청을 인용하여야 하는 것은 아니고, ① 처분 이후에 발생한 사유이거나, ② 처분 당시 이미 발생하였다 하더라도 당초의 처분사유와 기본적 사실관계의 동일성이 인정되지 않는 사유 등 새로운 거부사유를 내세워 다시 거부처분을 하였다면 이는 종전 거부처분과 결론이 동일하다 하더라도 기속력에 반하여 허용되지 않는다고 볼 수 없다.

(3) 결과제거의무

행정청은 무효확인판결의 기속력에 따라 그 판결에서 확인된 위법사유를 배제한 상태에서 다시 처분을 하거나 그 밖에 위법한 결과를 제거하는 조치를 할 의무가 있다.

3. 이주대책 대상자 선정 여부

(1) 이주대책 대상자 선정행위의 성질

판례는, “공익사업법령이 이주대책대상자의 범위를 정하고 이주대책대상자에게 시행할 이주대책 수립 등의 내용에 관하여 구체적으로 규정하고 있으므로, 사업시행자는 법이 정한 이주대책대상자를 법령이 예정하고 있는 이주대책 수립 등의 대상에서 임의로 제외하여서는 아니 된다. 그렇지만 그 규정 취지가 사업시행자가 시행하는 이주대책 수립 등의 대상자를 법이 정한 이주대책대상자로 한정하는 것은 아니므로, 사업시행자는 해당 공익사업의 성격, 구체적인 경위나 내용, 그 원만한 시행을 위한 필요 등 제반 사정을 고려하여 법이 정한 이주대책대상자를 포함하여 그 밖의 이해관계인에게까지 넓혀 이주대책 수립 등을 시행할 수 있다고 할 것이다”라고 한다.⁶⁵⁾

즉 ① 이주대책 대상자에게 공급할 택지 또는 주택의 내용이나 수량을 정함에 재량을 가지고,⁶⁶⁾ ② 대상자 선정행위는 법령이 정한 범위에서는 기속행위이나 그 밖의 범위를 정함에 있

65) 대판 2015.7.23. 2012두22911

66) 대판 2023.7.13. 2023다214252

어서는 재량행위라고 할 수 있다.

(2) 사안의 경우

A시가 수립·공고한 이주대책상 대상자 범위가 법이 정한 바에 따른 것이라고 전제하면, 대상자 요건을 '택지개발예정지구 지정 공람공고일 1년 이전부터 보상계약체결일 또는 수용재결일 까지 계속하여 P사업지구 내 주택을 소유하고 계속 거주한 자로, A시로부터 그 주택에 대한 보상을 받고 이주하는 자'로 정한 것에 의하여야 한다.

따라서 甲이 대상자 선정요건을 충족하는 경우 A시는 판결의 취지에 따라 甲을 이주대책 대상자로 선정하여야 한다. 다만 이주대책의 구체적 내용을 정함에는 재량을 갖는다.

4. 소결론

A시는 甲을 이주대책 대상자로 선정하여야 한다.

Ⅲ. 행정소송법상 강제수단

1. 문제점

거부처분의 무효확인판결에서 행정청은 기속력에 따라 판결의 취지에 따른 처분을 할 의무를 부담하므로, 이를 이행하지 않을 경우 강제로 집행할 수 있는 제도가 필요한데 현행법상 이를 인정할 수 있는지 문제된다.

2. 간접강제 인정 여부

(1) 간접강제의 의의

거부처분의 취소판결과 부작위위법확인판결에서 처분청은 기속력에 따라 판결의 취지에 따른 처분을 할 의무를 부담하므로, 이를 이행하지 않을 경우 강제로 집행할 수 있는 제도가 필요하게 된다. 행정청이 거부처분의 취소판결의 취지에 따라 처분을 하지 아니하는 때에는 제1심 수소법원은 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 상당한 기간을 정하고 행정청이 그 기간내에 이행하지 아니하는 때에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상을 할 것을 명할 수 있다(법 제34조 제1항). 이를 간접강제결정이라고 한다. 간접강제의 방식을 든 것은 행정청의 재처분의무가 비대체적 작위의무이기 때문이다.

(2) 무효확인소송에서 간접강제 허용성

① 소극설

간접강제제도는 부작위위법확인소송에도 준용되고 있으나(제38조 제2항), 무효확인소송에는 준용되고 있지 않으므로 부정된다는 견해이다.

판례는 행정소송법 제38조 제1항이 제34조는 이를 준용한다는 규정을 두지 않고 있으므로, 행정처분에 대하여 무효확인 판결이 내려진 경우에는 그 행정처분이 거부처분인 경우에도 행정청에 판결의 취지에 따른 재처분의무가 인정될 뿐 그에 대하여 간접강제까지 허용되는 것은 아니라고 한다.⁶⁷⁾

② 적극설

거부처분 무효확인판결에도 기속력이 인정되기 때문에 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분하여야 할 의무가 있는데, 행정청이 그 의무를 이행하지 않을 경우 이를 강제할 필요가 있다는 점에서 취소판결과 다르지 않으므로, 거부처분 무효확인판결에서도

67) 대결 1998.12.24. 98무37

간접강제가 가능하다고 해석할 필요가 있다는 견해이다.

3. 소결론

거부처분 무효확인판결도 재처분의무가 있으므로(제38조 제1항, 제30조 제2항) 행정청이 그 의무를 이행하지 않을 경우 이를 강제할 필요가 있다는 점에서 무효확인소송에도 긍정해야 함이 타당하다.

다만 현행법상 명시 규정이 없어 이를 인정하기에 난점이 있으므로 의무이행소송의 도입을 통하여 해결하는 방법을 생각해볼 수 있다.

IV. 설문의 해결

1. A시는 甲을 이주대책 대상자로 선정하여야 한다.
2. 무효확인판결의 확정에도 불구하고 A시가 아무런 조치를 취하지 않는 경우 간접강제를 인정할 필요가 있다. 다만 판례에 따르면 현행법상 인정되지 아니한다.

○ 628쪽 <연습 128> 다음에 추가

甲은 B광역시장의 허가를 받지 아니하고 B광역시에 공장 건물을 증축하여 사용하고 있다. 이에 B광역시장은 甲에 대하여 증축한 부분을 철거하라는 시정명령을 내렸으나 甲은 이를 이행하지 아니하고 있다. 다음 물음에 답하시오.⁶⁸⁾

(1) B광역시장은 상당한 기간이 경과하였음에도 甲에 대하여 이행강제금을 부과·징수하지 않고 있다. 이에 대하여 B광역시 주민 乙은 부작위위법확인소송을 통하여 다투려고 한다. B광역시장이 甲에 대하여 이행강제금을 부과·징수하지 않고 있는 행위는 부작위위법확인소송의 대상이 되는가?⁶⁹⁾

(2) B광역시장이 甲에 대하여 일정기간까지 이행강제금을 납부할 것을 명하였으나, 甲은 이에 불응하였다. B광역시장은 「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」 제8조에 따라 다시 甲에게 일정 기간까지 위 이행강제금을 납부할 것을 독촉하였다. 위 독촉행위는 항고소송의 대상이 되는가?

<참고조문>

건축법

제80조(이행강제금) ① 허가권자는 제79조 제1항에 따라 시정명령을 받은 후 시정기간 내에 시정명령을 이행하지 아니한 건축주등에 대하여는 그 시정명령의 이행에 필요한 상당한 이행기한을 정하여 그 기한까지 시정명령을 이행하지 아니하면 다음 각 호의 이행강제금을 부과한다.

1. ~ 2. (생략)

⑦ 허가권자는 제4항에 따라 이행강제금 부과처분을 받은 자가 이행강제금을 납부기한까지 내지 아니하면 「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」에 따라 징수한다.

지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “지방행정제재·부과금”이란 지방자치단체의 장 및 그 소속 행정기관의 장이 행정목적을 달성하기 위하여 법률에 따라 부과·징수하여 지방자치단체의 수입으로 하는 조세 외의 금전으로서 과징금, 이행강제금, 부담금, 변상금 및 그 밖의 조세 외의 금전으로서 다른 법률에서 이 법에 따라 징수하기로 한 금전을 말한다.

제8조(독촉) ① 납부의무자가 지방행정제재·부과금을 납부기한까지 완납하지 아니한 경우에는 지방자치단체의 장은 납부기한이 지난 날부터 50일 이내에 독촉장을 발급하여야 한다.

② 제1항에 따라 독촉장을 발급할 때에는 납부기한을 발급일부터 20일 이내로 한다.

제9조(압류의 요건 등) ① 지방자치단체의 장은 체납자가 제8조 또는 지방행정제재·부과금관계법에 따라 독촉장을 받고 지정된 기한까지 지방행정제재·부과금과 가산금을 완납하지 아니한 경우에는 체납자의 재산을 압류한다.

1. 설문 (1) - 부작위위법확인소송의 대상

68) 2016년 5급공채 기출문제

69) 위 문제와 별도로, '이행강제금의 부과·징수를 게을리한 행위'에 대하여 주민은 지방자치법 제17조 제1항에 의한 주민소송을 제기할 수 있다. 주민소송은 객관적 소송의 하나인 민중소송이다.

1. 문제의 소재

B광역시장이 이행강제금을 부과·징수하지 않는 행위가 부작위위법확인소송의 대상인지와 관련하여 행정소송법 제2조 제1항 제2호의 부작위에 해당하는지, 특히 주민에게 이행강제금 부과 및 징수를 요구할 수 있는 신청권이 인정되는지가 문제된다.

2. 부작위위법확인소송의 대상

(1) 의의

부작위위법확인소송이란 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송이다(행정소송법 제4조 제3호).

이때 “부작위”라 함은 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것을 말한다(제2조 제1항 제2호).

(2) 부작위의 성립요건

① 당사자의 신청이 있을 것

㉠ 당사자의 신청행위가 있을 것

이 경우 당사자의 신청은 단지 당사자의 적법한 신청행위가 있는 것으로 족하다.

㉡ 법규상·조리상 신청권

판례는 당사자의 신청만으로 족한 것이 아니라, 부작위가 성립하기 위하여는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있어야 한다고 하며 신청권이 없는 경우 부작위가 있다고 할 수 없고 원고적격도 없다고 한다.⁷⁰⁾

이에 대하여 학설은 신청권의 존부를 대상적격의 문제로 보는 견해, 원고적격의 문제로 보는 견해, 본안판단의 문제로 보는 견해로 나뉜다.

생각건대, 행정소송법 제2조 제1항 제2호는 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무를 전제하는바, 이러한 법률상 의무를 응답의무로 본다면 응답신청권을 요구하는 견해와 판례가 타당하다.

② 일정한 처분을 할 법률상 의무의 존재

일정한 처분이란 행정소송법 제2조 제1항 제1호 소정의 ‘처분’을 말한다. 따라서 사실행위에 대한 부작위는 여기에서의 부작위에 해당하지 않는다.

그리고 법률상 의무에는 명문의 규정에 의해 인정되는 경우뿐만 아니라 법령의 해석상 인정되는 경우도 포함되며, 법률상 의무는 기속행위에 대하여 뿐 아니라 재량행위에 대하여도 존재할 수 있다.

③ 상당한 기간의 경과

상당한 기간이란 사회통념상 당해 신청에 대한 처분을 하는 데에 필요한 것으로 인정되는 기간을 말한다. 상당한 기간의 판단에는 처분의 성질·내용 등이 고려되나, 업무의 폭주·인력의 미비 같은 사정은 고려되지 않는다.

다만, 부작위위법확인소송의 적법 여부는 사실심 변론종결시를 기준으로 판단하는데, 통상 변론종결시까지의 상당한 기간이 경과할 것이므로, 현실적으로 이 요건이 문제되지는 않을 것이다.

④ 행정청이 아무런 처분도 하지 않았을 것

70) 대판 2000.2.25. 99두11455

행정청이 인용처분을 하거나 거부처분(간주거부 포함)을 한 경우 부작위가 아니다.

3. 사안의 해결

건축법 및 지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률의 해석상 이행강제금의 부과·징수는 지방자치단체장의 권한일뿐 일반주민이 이행강제금을 부과할 것을 신청할 수 있는 법규상 또는 조리상 신청할 수 있는 권리가 있다고 보기 어렵다.

그리고 주민 乙은 이행강제금을 부과·징수할 것을 B광역시장에게 신청한 사정도 보이지 않는다.

따라서 부작위가 존재하지 않아 이행강제금의 미부과 등은 부작위위법확인소송의 대상이 되지 않는다.

II. 설문 (2) - 독촉행위의 처분성

1. 문제의 소재

B광역시장의 이행강제금 납부를 독촉하는 행위가 단순한 납부기간 연장에 불과한지 아니면 처분성이 인정되어 항고소송의 대상이 되는지 문제된다.

2. 독촉의 처분성

(1) 처분의 개념

처분이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용이다(행정소송법 제2조 제1항 제1호).

처분의 개념요소로는 ① 행정청이 행하는, ② 구체적 사실에 관한 법집행으로서, ③ 공권력을 행사하거나 거부하는, ④ 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 공법행위일 것을 요한다.⁷¹⁾

(2) 독촉의 법적 성질

독촉은 금전납부의무자에게 이행을 최고하고 일정한 기한까지 그 의무를 이행하지 않으면 체납처분을 할 것이라는 행정청의 의사의 통지로서 준법률행위적 행정행위에 해당한다(다수설).

판례는 “구 건축법 제69조의2 제6항, 지방세법 제28조, 제82조, 국세징수법 제23조의 각 규정에 의하면, 이행강제금 부과처분을 받은 자가 이행강제금을 기한 내에 납부하지 아니한 때에는 그 납부를 독촉할 수 있으며, 납부독촉에도 불구하고 이행강제금을 납부하지 않으면 체납절차에 의하여 이행강제금을 징수할 수 있고, 이때 이행강제금 납부의 최초 독촉은 징수처분으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 될 수 있다.”⁷²⁾라고 판시하였다.

다만, 최초의 독촉만이 징수처분으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 되고 그 후에 한 동일한 내용의 독촉은 체납처분의 전제요건인 징수처분으로서 소멸시효 중단사유가 되는 독촉이 아니라 민법상의 단순한 최고에 불과하여 국민의 권리의무나 법률상의 지위에 직접적으로 영향을 미치는 것이 아니므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 할 수 없다.⁷³⁾

71) 대판 2012.9.27. 2010두3541

72) 대판 2009.12.24. 2009두14507

73) 대판 1999.7.13. 97누119

3. 사안의 해결

사안에서 독촉은 단순한 이행강제금 납부기간 연장에 불과한 것이 아니라, 甲의 이행강제금 납부독촉이라는 구체적 사실에 대한 법집행행위이며, 납부독촉에도 불구하고 이행강제금을 납부하지 않으면 체납절차에 따라 체납자의 재산이 압류되는바, 이행강제금을 완납하지 않을 경우 체납자의 재산압류라는 법적 효과가 발생하는 공권력적 행위에 해당한다.

따라서 독촉행위는 항고소송의 대상인 처분에 해당한다.

○ 658쪽 <연습 134> 다음에 추가

甲은 자기 소유 토지에 전원주택을 신축하고자 건축업자인 乙과 전원주택 신축공사에 관하여 도급계약을 체결하였고, 乙은 근로복지공단에 고용보험·산재보험관계성립신고를 하면서 신고서에 위 신축공사 사업장의 사업주를 甲으로 기재하여 제출하였다. 甲은 위 사업장에 관한 고용보험료와 산재 보험료 중 일부만 납부하였고, 국민건강보험공단은 甲에게 체납된 고용보험료 및 산재보험료를 납부할 것을 독촉하였다. 관련 법령상 보험료의 신고 또는 납부 등 산재보험 및 고용보험에 관한 사업의 주요 업무는 고용노동부 장관으로부터 위탁받은 근로복지공단이 수행하고, 다만 보험료 체납관리 등 징수업무는 국민건강보험공단이 위탁받아 수행하고 있다. 甲은 건축주가 직접 공사를 하지 않고 공사 전부를 수급인에게 도급을 준 경우에는 근로자를 사용하여 공사를 수행하는 수급인이 원칙적으로 그 공사에 관한 사업주로서 고용보험 및 산재보험의 가입자가 되어 고용보험료 및 산재보험료를 납부 할 의무를 부담한다는 것을 알게 되었다. 이에 甲은 국민건강보험공단이 납부를 독촉하는 보험료채무에 대해 그 부존재확인을 구하는 소송과 이미 근로복지공단에 납부한 보험료에 대해 부당이득으로서 반환을 구하는 소송을 제기하고자 한다. 甲은 누구를 상대로 어떤 유형의 소송을 제기하여야 하는지 설명하시오. (25점) <공인노무사 2023>

I. 문제의 제기

- (1) 고용보험료 및 산재보험료 부존재확인 의 소의 법적 성질에 따른 소송유형과 피고적격이 문제된다.
- (2) 甲이 이미 납부한 보험료를 부당이득으로서 반환을 구하는 경우 소송의 유형과 피고적격이 문제된다.
- (3) 위 (1)의 소송과 행정소송법에 규정된 관련청구소송으로서 (2)의 소송을 병합하여 제기할 수 있는지 문제된다.

II. 고용보험료 및 산재보험료 부존재확인 의 소의 법적 성질 및 피고적격

1. 문제점

甲은 국민건강보험공단이 납부를 독촉하는 보험료채무에 대해 그 부존재확인을 구하는 소송을 제기하고자 하는바, 누구를 피고로 하여 어떠한 유형의 소송을 제기하여야 하는지 문제된다.

2. 공법상 당사자소송

(1) 공법상 당사자소송의 의의

공법상 당사자소송이란 ① 행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송, ② 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송이다 (행정소송법 제3조 제2호).

당사자소송은 공법상 법률관계에 관한 분쟁을 해결하기 위한 것이라는 점에서 사법상 분쟁해결수단인 민사소송과 구별된다.

(2) 사안의 경우

판례에 따르면, 고용산재보험료징수법상 사업주가 당연가입자가 되는 고용보험 및 산재보험에서 보험료 납부의무 부존재확인 의 소는 공법상의 법률관계 그 자체를 다투는 소송으로서 공법

상 당사자소송이다.⁷⁴⁾

민사소송과의 구별에 관하여 소송물을 기준으로 하면 사안의 경우 공법상의 권리이고, 소송물의 전제가 되는 법률관계를 기준으로 하더라도 행정사건이므로, 공법상 당사자소송으로 보는 판례의 견해가 타당하다.

3. 피고적격

(1) 공법상 당사자소송에서의 피고적격

행정청이 피고가 되는 취소소송과 달리, 당사자소송에서는 국가·공공단체 그 밖의 권리주체가 피고로 된다(행정소송법 제39조). 여기에서 ‘그 밖의 권리주체’라 함은 공권력을 수여받은 행정주체인 사인, 즉 공무수탁사인을 의미한다.

판례의 사례로는, 시·도지사나 시장·군수 또는 구청장의 업무에 속하는 대집행권한을 법령에 의하여 수권받은 한국토지공사는 공무수탁사인으로서 공무원인 대집행을 실시함에 따르는 권리·의무 및 책임이 귀속되는 행정주체의 지위에 있다⁷⁵⁾고 한 것이 있다.

(2) 사안의 경우

관련 법령상 보험료의 신고 또는 납부 등 산재보험 및 고용보험에 관한 사업의 주요 업무는 고용노동부 장관으로부터 위탁받은 근로복지공단이 수행하고, 다만 보험료 체납관리 등 징수 업무는 국민건강보험공단이 위탁받아 수행하고 있다.

따라서 비록 국민건강보험공단이 甲에게 보험료채무의 납부를 독촉하고 있으나, 고용·산재보험료의 귀속주체, 즉 사업주가 위 각 보험료 납부의무를 부담하는 상대방은 근로복지공단이라고 할 것이고, 국민건강보험공단은 단지 위 각 보험료의 징수업무를 수행하는 데에 불과하므로, 고용·산재보험료 납부의무의 부존재확인 소는 근로복지공단을 피고로 하여 제기하여야 한다.⁷⁶⁾

Ⅲ. 납부한 보험료에 대해 부당이득으로서 반환을 구하는 소송의 법적 성질 및 피고적격

1. 문제점

사법관계와 마찬가지로 공법관계에 있어서도 공법상의 원인에 의하여 급부하였는데 그 원인이 무효 또는 취소사유가 있어 법률상 원인 없는 급부라고 판단되는 경우 부당이득의 반환이 문제되는바, 부당이득반환청구권의 성질이 문제된다.

2. 부당이득반환청구소송

(1) 부당이득반환청구권의 성질

이에 대하여는 사권설과 공권설의 대립이 있다. 판례는 국세환급금 사건에서 “그 존재와 범위가 확정되어 있는 과오납부액이나 환급세액은 납세자가 부당이득의 반환을 구하는 민사소송으로 그 환급을 청구할 수 있다.”⁷⁷⁾고 하는 등으로 보통은 사권설의 입장이다.

(2) 검토 및 사안의 경우

부당이득제도는 오로지 경제적인 이유에서 인정되는 이해조정제도라는 점, 행정소송법 제10조

74) 대판 2000.9.8. 99두2765

75) 대판 2010.1.28. 2007다82950

76) 대판 2016.10.13. 2016다221658

77) 대판 1997.10.10. 97다26432

가 항고소송에 부당이득반환청구 등 관련청구의 병합을 특별히 인정하고 있는 것은 이들 청구가 사권적 청구임을 전제로 하고 있다는 점에서 사권설을 취해도 무방하다.

사안과 유사한 사례에서도 판례는 부당이득반환을 구하는 민사소송으로 보고 있다.⁷⁸⁾

3. 피고적격

국세환급금 사건 같은 경우는 국세의 귀속주체인 국가(“대한민국”)가 피고가 된다.

그러나 사안의 경우는 고용·산재보험료의 귀속주체, 즉 사업주가 각 보험료 납부의무를 부담하는 상대방이 근로복지공단이므로, “근로복지공단”을 피고로 하여 부당이득반환청구를 하여야 한다.

IV. 소송의 병합

사안에서 보험료채무부존재확인 소를 공법상 당사자소송으로 보고, 부당이득반환청구소송을 민사소송으로 보면, 행정소송법 제10조, 제44조 제2항에 따라 양 소송을 병합하여 제기할 수 있다.

V. 설문의 해결

1. 판례에 따르면, 甲은 공법상 당사자소송인 고용·산재보험료 납부의무의 부존재확인을 구하는 소송을 근로복지공단을 피고로 제기하여야 한다.
2. 판례에 따르면, 甲은 이미 납부한 보험에 대하여 근로복지공단을 피고로 민사소송인 부당이득반환의 소를 제기하여야 한다.
3. 甲은 위의 두 소송을 행정법원에 병합하여 제기할 수 있다.

78) 대판 2016.10.13. 2016다221658

③ <보충문제> 추가

○ 53쪽 끝에 추가

중학교의 출입문으로부터 직선거리 100미터 지점의 도로에 인접한 3층 상가건물을 소유한 A는 비어 있는 2층 165㎡(약 50평)를 임대하고자 한다. B는 당구장 또는 PC방(인터넷컴퓨터게임시설제공업)을 영위하기 위해 위 건물 2층을 임대받으려 A와 해당 건물의 임대차계약을 체결하였다. 위 상가건물 2층에 대하여 당구장영업(또는 PC방 영업)의 금지해제를 구하는 B의 신청이 관할 교육청에 접수되었고, 그 신청을 받은 관할 교육청은 모든 절차를 적법하게 거친 후 “현재 위 중학교의 학교환경위생 정화구역 내에는 당구장이나 PC방 등 교육환경을 해치는 업소가 단 하나도 없는 교육청정화구역이다.”는 점과 “만약 이 건의 금지해제를 받아들여지면, 장차 학생들의 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 줄 수 있는 각종 업소의 난립을 막을 수 없게 된다.”는 해당 학교장 및 학교환경위생정화위원회의 반대이견에 따라 그 금지해제 신청을 거부하였다. B는 이 건 거부에 대해 행정심판을 제기하고자 한다. 단, 위 건물이 소재한 지역은 상가지역이며, 해당 중학교의 전체 학생 중 3%만이 해당 건물이 소재한 도로를 통학로로 사용하고 있는 것으로 밝혀졌다.

(1) A가 이 건 상가건물에 대한 임대이익을 목적으로 위와 같은 금지의 해제를 신청하였으나 관할 행정청에 의해 거부되었다고 전제할 경우 「행정심판법」상 A의 청구인적격 여부에 대해 설명하시오(10점).

(2) 만약, B가 행정심판을 거치지 아니하고 행정소송을 제기하여 1심법원에서 인용판결을 받았다고 한다면, 행정심판을 통해 인용재결을 받은 경우와는 어떠한 차이점이 있게 되는지를 설명하시오(15점).

• 2014 입법고시

■ 문 (1)

I. 논점 : 행정심판법상 청구인적격

II. 행정심판법 제13조의 입법상 과오 여부

1. 문제점 : 행정심판법 제13조의 ‘법률상 이익’이 행정심판의 합목적성 통제기능을 배제하는 것인지 여부
2. 학설 : 입법과오설, 입법비과오설
3. 검토
 - 행정심판의 청구인적격의 범위의 문제는 무용한 쟁송의 제기를 막기 위하여 행정처분을 다룰 수 있는 자를 일정한 범위에 한정하고자 하는 소송법상의 입법정책의 문제이므로 비과오설(다수설)이 타당

III. 행정심판법 제13조의 ‘법률상 이익’

1. 학설 : 권리구제설, 법률상 보호이익설, 보호가치 있는 이익구제설, 적법·정당보장설
2. 검토

IV. 사례의 해결

- 행정심판을 권리구제수단으로 널리 이용하기 위해서는 행정심판의 청구인적격을 행정소송의 원고적격이 비해 확대할 필요성 있음
- 다만, 현행 행정심판법상 A는 상가의 임대인에 불과한바 그 이익은 반사적·사실상 이익에 그쳐 청구인적격 불인정

■ 문 (2)

I. 논점 : ① 거부처분에 대한 행정쟁송 수단, ② 재결과 판결의 효력 및 기속력 확보수단, ③ 재결 및 판결에 대한 불복수단

II. 거부처분에 적합한 행정쟁송 수단

- 1. 행정심판 수단 : 취소심판, 무효등확인심판, 의무이행심판
- 2. 행정소송 수단 : 취소소송

III. 인용재결과 인용판결의 종류

- 1. 인용심판의 종류
 - (1) 거부처분 취소심판 : 처분취소재결(사안의 경우), 처분변경재결, 처분변경명령재결
 - (2) 의무이행심판 : 처분재결과 처분명령재결의 선택, 특정처분과 일정처분이 선택 ☞ 사안의 경우 금지해제 거부처분은 재량행위이므로 일정처분명령재결 예상됨
- 2. 인용판결의 종류 : 취소판결, 변경판결(단, 적극적 변경은 비포함) ☞ 사안의 경우 거부처분 취소판결

IV. 인용재결과 인용판결의 효력

- 1. 인용재결의 경우
 - (1) 거부처분 취소재결 : 재처분의무
 - (2) 처분명령재결 : 재처분의무
- 2. 인용판결의 경우 : 판결 확정 후 형성력과 기속력 발생

V. 기속력 확보수단

- 1. 위원회의 직접처분
- 2. 위원회의 간접강제
- 3. 법원의 간접강제

VI. 재결 및 판결에 대한 불복수단

- 1. 행정심판 재결에 불복하는 경우
 - 재결 및 같은 처분 또는 부작위에 대하여 다시 행정심판 청구 금지
 - 재결취소소송 가능
- 2. 행정소송 판결에 불복하는 경우 : 항소, 상고

○ 107쪽 끝에 추가

국민건강보험공단은 甲이 국민건강보험법 규정에 따라 건강보험의 직장가입자로서의 요건을 갖추고 있음에도 그 자격이 누락되어 있음을 확인하고 甲에게 보험료부과처분을 하였다. 이에 甲은 이를 전액 납부하였다. 나중에 위 보험료부과처분에 취소사유에 해당하는 하자가 있다는 사실을 알게 되었다.
甲이 이미 납부한 보험료를 돌려받기 위하여 취소소송과 부당이득반환청구소송을 병합하여 제기할 수 있는가? (15점) • 2010 입법고시 변형

I. 논점 : 관련청구소송의 병합

II. 보험료부과처분취소소송과 부당이득반환청구소송의 관계

여 환경상 침해를 받으리라고 예상되는 영향권의 범위가 구체적으로 규정되어 있는 경우에는, …그 영향권 밖의 주민들은 당해 처분으로 인하여 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있다는 자신의 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있음을 증명하여야만 법률상 보호되는 이익으로 인정되어 원고적격이 인정된다(대판 2006.12.22. 2006두14001).

- 그러나 판례는 환경상 기본권이 구체적 권리가 아닌 경우에는 기본권에 근거하여 원고적격을 인정할 수 없다는 입장임

IV. 사례의 해결

乙은 사업승인처분으로 인해 전가 비교하여 수인할 수 없는 환경상의 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있다는 사실을 입증하여 취소소송을 제기할 수 있음

○ 147쪽 끝에 추가

甲은 서울에서 주유소를 운영하는 자로, 기존 주유소 진입도로 외에 주유소 인근 구미대교 남단 도로(이하 ‘이 사건 본선도로’라 한다.)에 인접한 도로부지(이하 ‘이 사건 도로’라 한다.)를 주유소 진·출입을 위한 가·감속차로 용도로 사용하고자 관할구청장 乙에게 도로점용허가를 신청하였다. 이 사건 본선도로는 편도 6차로 도로이고, 주행제한속도는 시속 70km이며, 이 사건 도로는 이 사건 본선도로의 바깥쪽을 포함하는 부분으로 완만한 곡선구간의 중간 부분에 해당한다. 이 사건 본선도로 중 1, 2, 3차로는 구미대교 방향으로 가는 차량이, 4, 5차로는 월드컵대로 방향으로 가는 차량이 이용하도록 되어 있다. 4, 5차로를 이용하던 차량이 이 사건 본선도로 중 6차로 및 이 사건 도로부분을 가·감속차로로 하여 주유소에 진입하였다가 월드컵대로로 진입하는 데 별다른 어려움은 없다.

한편, 丙은 이 사건 도로상에서 적법한 도로점용허가를 받지 않고 수년 전부터 포장마차를 설치하여 영업을 하고 있었다.

乙이 甲에게 도로점용허가를 한 경우, 丙이 甲에 대한 乙의 도로점용허가를 다툴 수 있는 원고적격이 있는지를 논하시오. (20점) • 2016 변호사시험

I. 논점 : 丙의 원고적격

II. 취소소송의 원고적격

1. 원고적격의 의미
2. 법률상 이익에 관한 학설
3. 법률상 이익의 내용
 - 법에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익(대판 2008.3.27. 2007두23811)
 - 행정처분의 상대방이 아닌 제3자라도 당해 행정처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는 경우에는 그 처분의 취소를 구할 수 있으나, 이 경우 법률상의 이익이란 당해 처분의 근거 법률에 의하여 직접 보호되는 구체적인 이익을 말하므로 제3자가 단지 간접적인 사실상 경제적인 이해관계를 가지는 경우에는 그 처분의 취소를 구할 원고적격이 없음(대판 2002.8.23. 2002추61)

4. 법률상 이익의 판단기준 : ‘법률’의 범위

III. 사례의 해결

丙은 적법한 도로점용허가를 받지 않고 포장마차 영업을 하고 있는바, 이러한 丙의 이익은 제 3자의 반사적 이익 또는 사실상의 간접적인 경제적 이해관계에 불과한 것으로, 도로법령에 의하여 보호되는 이익이라고 할 수 없음. 따라서 丙의 원고적격이 인정되지 않음

○ 184쪽 끝에 추가

A 주택재건축정비사업조합(이하 'A 조합')은 B 시(市) 소재 아파트의 재건축사업을 시행할 목적으로 관계 법령에 따라 조합설립의 인가 및 등기를 마쳤다. A 조합은 조합총회에서 관리처분계획안을 의결하고, B 시 시장에게 관리처분계획의 인가를 신청하였다. 다음 물음에 답하시오.

(1) B 시 시장은 위 관리처분계획에 대한 인가를 하였다. 이에 조합원 甲은 위 관리처분계획이 위법하다는 이유로 위 인가처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였다. 협의의 소의 이익에 대하여 검토하시오. (10점)

(2) B 시 시장의 관리처분계획에 대한 인가 전에 조합원 乙이 위 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력을 다투고자 한다면 어떠한 소송에 의하여야 하는지 검토하시오. (10점)

• 2022 5급(행정) 공채

• 문 (1)

I. 논점 : 인가 후 관리처분계획을 다투는 방법

II. 인가

○ 시장·군수의 인가는 사업시행자의 관리처분계획의 효력을 완성시키는 보충행위로서 강학상 인가에 해당한다(대판 2001.12.11. 2001두7541).

III. 협의의 소의 이익

1. 의의
2. 협의의 소익이 없는 경우

IV. 관리처분계획

1. 의의

정비사업 시행자가 분양신청기간이 종료된 때 수립하는 대지 및 건축시설에 관한 관리 및 처분에 관한 계획

2. 인가를 통하여 확정된 관리처분계획의 성질

관리처분계획에 대한 관할 행정청의 인가·고시까지 있게 되면 관리처분계획은 행정처분으로서 효력이 발생한다(대판 2009.9.17. 2007다2428).

3. 인가 후 관리처분계획을 다투는 방법

- 총회결의의 하자를 이유로 하여 행정처분의 효력을 다투는 항고소송의 방법으로 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구하여야 하고, 그와 별도로 행정처분에 이르는 절차적 요건 중 하나에 불과한 총회결의 부분만을 따로 떼어내어 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 특별한 사정이 없는 한 허용되지 않는다(대판 2009.9.17. 2007다2428).
- 다만 그 기본행위가 적법유효하고 보충행위인 인가처분 자체에만 하자가 있다면 그 인가처분의 무효나 취소를 주장할 수 있다고 할 것이지만, 인가처분에 하자가 없다면 기본행위에

하자가 있다 하더라도 따로 그 기본행위의 하자를 다투는 것은 별론으로 하고 기본행위의 무효를 내세워 바로 그에 대한 피고 행정청의 인가처분의 취소 또는 무효확인을 소구할 법률상의 이익이 있다고 할 수 없다(대판 1994.10.14. 93누22753).

IV. 사례의 해결

- 관리처분계획의 위법을 다투려면 관리처분계획을 대상으로 항고소송을 제기하여야 함
- 이 경우, 인가 자체에 하자가 없음에도 관리처분계획의 위법을 이유로 인가의 취소를 구하는 소송은 협의의 소익이 없는 경우에 해당됨

■ 문 (2)

I. 논점 : 관리처분계획안에 대한 조합총회결의의 효력을 다투는 방법

II. 당사자소송

III. 관리처분계획안에 대한 조합총회의 의결

- 조합총회의 의결은 처분이 아니므로, 항고소송의 대상이 되지 않음
- 도시 및 주거환경정비법상 행정주체인 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력 등을 다투는 소송은 행정처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 소송으로서 그 소송결과에 따라 행정처분의 위법 여부에 직접 영향을 미치는 공법상 법률관계에 관한 것이므로, 이는 행정소송법상의 당사자소송에 해당한다(대판 2009.9.17. 2007다2428).

IV. 사례의 해결

관리처분계획안에 대한 조합총회결의는 공법상 법률관계이므로, 이를 다투려면 민사소송이 아니라 공법상 당사자소송을 제기하여야 함

- 266쪽 끝에 다음 3개 문제 추가

甲은 2011년 9월 15일 A시에 다세대주택 건축허가를 받아 건축 중이었다. 2012년 1월 20일에 A시 시장은 대지 중 일부에 이웃 건축물 소유자의 담장이 설치되어 있다는 등의 이유로 甲에게 공사의 중지를 명령하였다. 그러나 甲은 A시 시장의 명령을 무시하고 공사를 계속하여 다세대주택을 완공하였다. 이후 2012년 3월 20일에 대지면적과 연면적을 일정 부분 증가하고, 세대수를 11세대 등으로 변경하는 내용의 건축변경허가를 신청하였다. 이에 A시 시장은 4월 24일 건축변경허가를 하면서 “건축사용승인 신청시까지 단지 내 침범된 인근 건축물의 담장 부분을 철거하고 대지경계에 담장을 설치한 후 사용승인신청을 하여야 한다.”는 내용을 부가하였다. 甲은 “건축사용승인 신청시까지 단지 내 침범된 인근 건축물의 담장 부분을 철거하고 대지경계에 담장을 설치한 후 사용승인신청을 하여야 한다.”고 한 부분만의 취소를 구하는 소송을 제기하였다.

甲의 소 제기는 적법한 것인지 설명하시오. (25점)

• 2012 입법고시

I. 논점 : 부관의 독립쟁송가능성

II. 각 행정작용의 법적 성질

건축변경허가의 법적 성질 : 강학상 허가, 기속행위

부가된 내용의 법적 성질 : 강학상 부관으로서 부담

Ⅲ. 부관의 독립쟁송가능성

1. 문제점

2. 학설 : 부담과 기타 부관을 구분하는 견해, 모든 부관이 독립쟁송가능하다는 견해, 분리가능성을 기준으로 하는 견해

3. 판례

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).

4. 검토

Ⅳ. 사례의 해결

甲의 “건축사용승인 신청시까지 단지 내 침범된 인근 건축물의 담장 부분을 철거하고 대지경계에 담장을 설치한 후 사용승인신청을 하여야 한다.”고 한 부분만의 취소를 구하는 소송은 적법함

건축업자 A는 공사시행을 위하여 Y 시장에게 도로점용허가를 신청하였고, Y 시장은 2006. 11. 23. 소정의 기간을 붙여 점용허가를 하였다. 그 기간 만료 후 A는 공사가 아직 완료되지 않아 새로이 점용허가를 신청하였다. 만약 Y 시장이 새로이 점용허가를 하면서 기간을 지나치게 짧게 정한 경우, A의 행정소송상 권리구제방법은? (20점)

• 2011 사법시험

I. 논점 : ① 기한부도로점용허가에 대한 일부취소소송, ② 기한부도로점용허가에 대한 전부취소소송, ③ 기한의 변경신청거부에 대한 취소소송

Ⅱ. 도로점용허가에 붙은 기간의 법적 성질

강학상 부관이며, 행정행위의 효력의 발생 또는 소멸을 장래 도래할 것이 확실한 사실에 의존하게 하는 기한에 해당

Ⅲ. 부관에 대한 독립쟁송가능성

1. 문제점

2. 학설

부담과 기타 부관을 구분하는 견해, 모든 부관이 독립쟁송가능하다는 견해, 분리가능성을 기준으로 하는 견해

3. 판례

○ 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).

○ 부담 이외의 부관은 주된 행정행위의 불가분적인 요소를 이루기 때문에 독립하여 취소의

대상이 될 수 없음

4. 사례의 경우

부관의 종류에 따라 구분하는 견해에 따르면, A는 점용기간만을 대상으로 하여 취소소송을 제기할 수 없음

IV. 기한부도로점용허가에 대한 전부취소소송

기한의 부관이 도로점용허가의 본질적인 부분일 때는 권리구제방법으로 부적절하나, 그렇지 아니하면 가능함

V. 기한의 변경신청거부에 대한 취소소송

- A는 도로점용허가기간을 연장하여 줄 것을 Y시장에게 신청하여 Y시장이 거부할 경우 거부처분에 대한 취소소송 제기 가능
- 거부처분이 판결로써 취소되면 Y시장에게는 판결의 기속력에 따른 재처분의무 인정되어 적절한 기간으로 점용허가기간을 연장하여야 함

VI. 사안의 해결

甲은 A시가 주민들의 복리를 위하여 설치한 시립체육문화회관 내 2층에서 종합스포츠용품 판매점을 운영하고자 「공유재산 및 물품 관리법」 제20조 제1항에 따라 사용허가를 신청하였다. 이에 A시의 B시장은 甲에게 사용허가를 하면서, 스포츠용품 구매고객의 증가로 인해 회관 내 주차공간이 부족해질 것을 우려하여 회관 인근에 소재한 甲의 소유 토지 중 일부에 주차대수 규모가 5대인 주차장의 설치를 내용으로 하는 조건을 붙였다. 甲은 위 조건의 취소를 구하는 소송을 제기하였다. 법원은 위 조건이 위법하다고 하면서 조건만을 취소할 수 있는가? (20점) • 2020 5급(행정) 공채 변형

I. 논점 : ① 부관의 적법성, ② 부관의 독립쟁송가능성

II. 주차장 설치 조건의 적법 여부

1. 시립체육문화회관 사용허가의 법적 성질

(1) 시립체육문화회관의 법적 성질

시립체육문화회관은 공물(행정재산)로서, 일반 공중의 공동사용에 제공되는 공공용물

(2) 행정재산의 목적 외 사용

- 행정재산도 그 용도 또는 목적에 장애가 되지 않는 범위에서 관리청은 예외적으로 사용을 허가할 수 있음(국유재산법 제30조, 공유재산 및 물품 관리법 제20조)
- 판례는 이를 특허에 의한 공법관계로 본다(대판 2006.3.9. 2004다31074).

2. 부관의 한계 위반 여부

(1) 부관의 의의와 종류

(2) 부관의 내용상 한계

(3) 사례의 경우

- 사례는 공물사용의 특허로서 재량행위임. 따라서 법적 근거가 없더라도 그 사용허가에 부관을 붙일 수 있음
- 그러나 위 부관은 행정재산의 목적 외 사용의 목적과 취지에 비추어 볼 때, 공공용물인 체육문화시설에는 이 시설을 위한 주차장이 이미 마련되어 있고, 용품판매점은 이 시설의 일부이므로, 그 외에 甲 소유 토지에 판매점을 위한 주차장을 별도로 설치하도록

하는 것은 부당결부일 수 있음. 그리고 사유토지임을 감안하면 주차장 규모(5대 면적)도
과다한 요구일 수 있음. 따라서 위 부관은 내용상 한계를 벗어나 위법함

Ⅲ. 부관의 독립쟁송 가능성

Ⅳ. 부관의 독립취소 가능성

Ⅴ. 사안의 해결

주차장 설치 조건은 시립체육문화회관 사용을 위해 필요적으로 요구되는 내용이라고 볼 수 없
으며, 주된 행정행위인 사용허가와 분리가 가능하다고 볼 것이므로, 위법한 주차장 설치 조건
에 대한 독립취소 판결이 가능함

○ 276쪽 다음에 추가

甲은 1992년 3월부터 공무원으로 재직하면서 공무원연금법상 보수월액의 65/1000에 해당
하는 기여금을 매달 납부하여 오다가 2012년 3월 31일자로 퇴직을 하여 최종보수월액의
70%에 해당하는 퇴직연금을 지급받아 오던 자이다.
그런데 국회는 2012년 8월 6일 공무원연금의 재정상황이 날로 악화되어 2030년부터는 공
무원연금의 재정이 고갈될 것이라고 하는 KDI의 보고서를 근거로 공무원연금 재정의 안정
성을 도모하기 위한 조치로 공무원연금법 개혁을 단행하기로 하였다. 이에 따라 같은 날
공무원연금법을 개정하여, (1) 공무원연금법상 재직 공무원들이 납부해야 할 기여금의 납
부율을 보수월액의 85/1000로 인상하고, (2) 퇴직자들에게 지급할 퇴직연금의 액수도 종
전 최종보수월액의 70%에서 일률적으로 최종보수월액의 50%만 지급하며, (3) 공무원의
보수인상률에 맞추어 연금액을 인상하던 것을 공무원의 보수인상률과 전국소비자물가변동
률의 차이가 3% 이상을 넘지 않도록 재조정하였다. (4) 그리고 경과규정으로, 재직기간과
상관없이 개정 당시 재직 중인 모든 공무원들에게 개정법률을 적용하는 부칙 조항(이 사건
부칙 제1조)과, 퇴직연금 삭감조항은 2012년 1월 1일 이후에 퇴직하는 모든 공무원에게
소급하여 적용하는 부칙 조항(이 사건 부칙 제2조)을 두었으며 동 법률은 2012년 8월 16
일 공포되어 같은 날부터 시행되었다.
공무원연금관리공단은 개정법률의 시행에 따라 2012년 8월부터 甲에게 최종보수월액의
70%를 50%로 삭감하여 퇴직연금을 지급하였다.
甲은 공무원연금관리공단을 상대로 2012년 8월 26일 자신에게 종전대로 최종보수월액의
70%의 연금을 지급해 줄 것을 신청하였으나, 공무원연금관리공단은 2012년 9월 5일 50%
를 넘는 부분에 대하여는 개정법률에 따라 그 지급을 거부하였다. 이에 甲은 감액된 연금
액을 지급받기 위하여 위 거부행위를 대상으로 하여 서울행정법원에 그 취소를 구하는 행
정소송을 제기하였다.
甲이 제기한 행정소송은 적법한가? 만약 적법하지 않다면 甲이 취할 조치는? (10점)
• 2013 변호사시험

I. 논점 : ① 항고소송과 당사자소송, ② 소의 변경

Ⅱ. 항고소송과 당사자소송의 구별

1. 항고소송과 당사자소송의 관계

○ 당사자소송은 기본적으로 대등한 당사자간 소송이라는 점에서 처분등을 통해 표현된 행정

청의 공권력행사자로서의 우월적 지위가 전제되어 있는 항고소송과 구별됨

- 판례에 따르면 항고소송과 당사자소송 중 어느 쪽에 의하여야 하는지를 구분하는 기준들은 구체적인 급부청구권이 법령의 규정에 의해서 바로 발생하는 것인지(당사자소송) 아니면 행정청의 인용결정에 의하여 비로소 발생하는 것인지(항고소송) 등에 따름

2. 사례의 경우

공무원연금관리공단의 인정에 의하여 퇴직연금을 지급받아 오던 중 공무원연금법령의 개정 등으로 퇴직연금 중 일부 금액의 지급이 정지된 경우에는 당연히 개정된 법령에 따라 퇴직연금이 확정되는 것이지 구 공무원연금법 제26조 제1항에 정해진 공무원연금관리공단의 퇴직연금 결정과 통지에 의하여 비로소 그 금액이 확정되는 것이 아니므로, 공무원연금관리공단이 퇴직연금 중 일부 금액에 대하여 지급거부의 의사표시를 하였다고 하더라도 그 의사표시는 퇴직연금 청구권을 형성·확정하는 행정처분이 아니라 공법상의 법률관계의 한쪽 당사자로서 그 지급 의무의 존부 및 범위에 관하여 나름대로의 사실상·법률상 의견을 밝힌 것에 불과하다고 할 것이어서, 이를 행정처분이라고 볼 수는 없고, 그리고 이러한 미지급 퇴직연금에 대한 지급청구권은 공법상 권리로서 그 지급을 구하는 소송은 공법상의 법률관계에 관한 소송인 공법상 당사자소송에 해당한다(대판 2004.12.24. 2003두15195).

Ⅲ. 소의 변경

1. 의의

2. 사례의 경우

연금의 지급거부 취소소송과 감액된 연금의 지급청구소송 모두 甲의 공무원 재직이라는 사실을 기초로 하므로 양 소송의 기초가 동일함. 따라서 甲은 취소소송 중 퇴직연금일부지급청구소송으로 소 변경할 수 있음

Ⅳ. 사례의 해결

- 314쪽 끝에 다음 3개 문제 추가

<p>A중앙행정기관 소속 6급 공무원인 甲은 업무수행 중 근무지를 이탈하고 금품을 수수하는 등의 직무무위 위반행위를 하였다.</p> <p>甲의 행위에 대하여 징계위원회가 감봉 1월의 징계를 의결하였고 그에 따라 동일한 내용의 징계처분이 내려졌다. 甲은 그 징계처분에 대하여 취소소송을 제기하고자 한다. 이 경우 반드시 행정심판절차를 거쳐야 하는가? (10점)</p> <p style="text-align: right;">• 2016 5급(행정) 공채</p>

I. 논점 : 징계에 대한 권리구제, 행정심판전치주의

II. 행정심판의 전치

III. 징계에 대한 권리구제로서 소청제도

공무원 징계처분, 그 밖에 본인의 의사에 반한 불리한 처분이나 부작위에 관한 행정소송은 소청심사위원회의 심사·결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다(국가공무원법 제16조 제1항).

IV. 사례의 해결

甲은 취소소송을 제기하기에 앞서 특별행정심판으로서 소청심사절차를 반드시 거쳐야 함

甲은 A부에 근무하는 국가공무원(사무관)이다. 甲은 근무 중에 수시로 이석하였으며 주식 투자에만 열중한 사실이 적발되어 직위해제를 당하고 감찰을 받게 되었다. A부 장관은 甲에 대하여 근무를 충실히 할 것과 업무에 필요 없는 일은 절대 하지 않도록 지시하였다. 그러나 甲은 지시를 어기고 계속하여 수차례 주식투자 사이트에 접속한 사실이 추후 밝혀졌다.

한편 甲은 A부 내에 자신이 소속한 종교동아리에 예산지원을 하는 등으로 다른 모임보다 특혜를 주는 것에 대하여 상사로부터 그런 행위를 중단할 것을 지시받았음에도 이를 거부한 채 계속적으로 예산지원을 하여왔다. 이와 같은 이유들로 인하여 甲은 직권면직처분을 받았다.

(1) 甲이 직위해제처분을 받은 후 곧바로 제소기간 내에 취소소송을 관할법원에 제기한 경우 그 소의 적법성 여부를 검토하시오. (10점)

(2) 甲이 직권면직처분에 대한 취소소송을 제기하였고, 해당 소송의 사실심 계속 중 정년이 경과한 경우 이 사건 직권면직처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있는지 검토하시오. (15점)

• 2023 입법고시

■ 문 (1)

I. 논점 : 국가공무원법상 소청심사청구

II. 행정심판전치주의

1. 의의

2. 행정소송법의 태도

원칙적으로 임의적 행정심판전치주의를 채택하면서 예외적으로 필요적 행정심판전치주의를 인정(행정소송법 제18조 제1항)

3. 「국가공무원법」 제16조 제1항 및 제76조 제1항

필요적 소청심사 전치주의를 규정. 따라서 공무원의 경우 행정소송을 제기하기 전에 「국가공무원법」 제76조 제1항에 따라 처분이 있음을 안 날부터 30일 이내에 소청심사위원회에 심사를 청구하여야 함

III. 사례의 경우

甲은 직위해제처분에 대해 소청심사를 거치지 않은 채 취소소송을 제기하였으므로 甲이 제기한 취소소송은 부적법함

■ 문 (2)

I. 논점

○ 직권면직 취소소송 중 정년이 경과한 경우 직권면직을 취소할 협의의 소의 이익

II. 협의의 소의 이익

1. 의의

2. 행정소송법 제12조 제2문의 '법률상 이익'의 의미

(1) 문제의 소재

(2) 학설 : 법률상 이익설(취소소송 방식으로 해결하려는 견해), 위법확인설의 정당한 이익설(위법확인소송 방식으로 해결하려는 견해)

(3) 판례

2. 대상적격

- 원래의 불이익처분인 징계처분을 대상으로 함(원처분주의)
- 소청심사위원회의 결정에 고유한 위법이 있으면 위원회의 결정을 대상으로 할 수 있음

3. 피고적격

징계처분을 대상으로 하는 경우는 해당 처분청, 소청심사위원회의 결정을 대상으로 하는 경우는 소청심사위원회가 피고

4. 사례의 경우

- 甲은 필요적 행정심판전치의 예외사유(행정소송법 제18조 제2항, 제3항)에 해당하지 않는 한 소청심사위원회의 심사결정을 거쳐야 함
- 원칙적으로 해임처분을 대상으로 하여 서울시장을 피고로 취소소송을 제기할 수 있음

IV. 사례의 해결

○ 329쪽 끝에 추가

Y세무서장은 甲에게 구(舊) 국세기본법 제39조 제1항 제2호 다목에 규정된 제2차 납세의 무자에 해당한다는 이유로 주택건설업을 영위하는 A주식회사의 체납 국세 전액에 대한 납부를 명하는 과세처분을 부과하였다. 甲은 A주식회사의 최대주주인 배우자 丙과 함께 과점주주에 해당하였다. 그 후 헌법재판소는 위 조세 부과의 근거가 되었던 법률 규정이 조세평등주의와 실질적 조세법률주의에 위반되고 과점주주의 재산권을 침해한다는 이유로 위헌을 결정하였다. 그러나 Y세무서장은 이후에 이 사건 과세처분에 따라 당시 유효하게 시행 중이던 국세징수법을 근거로 체납 중이던 원고 甲의 체납액 및 결손액(가산세 포함)을 징수하기 위하여 甲 명의의 예금 채권을 압류하였다. 이에 甲은 Y세무서장의 압류에 대해 행정소송을 제기하려고 한다.

(1) 이 사안에서 甲이 Y세무서장의 압류에 대해 어떠한 행정소송을 제기할 수 있는지를 검토하시오. (15점)

(2) 한편, 甲이 Y세무서장의 압류에 대해 그 위법을 다투면서 Y세무서장의 과세처분에 대한 하자를 주장할 수 있는지를 검토하시오(단, 이 경우 Y세무서장의 과세처분에 대한 제소기간은 경과한 것으로 본다). (20점)

• 2016 입법고시

■ 문 (1)

I. 논점 : 위헌인 법률에 근거한 처분의 집행력

II. 위헌인 법률에 근거한 처분의 집행력 인정여부

1. 문제점

의무를 부과하는 행정행위의 근거법률에 대한 위헌결정의 기속력이 의무를 집행하거나 집행력을 유지하는 행위에도 미치는지 여부

2. 학설 : 긍정설, 부정설

3. 판례

위헌법률에 기한 행정처분의 집행이나 집행력을 유지하기 위한 행위는 위헌결정의 기속력에 위반되어 허용되지 않는다(대판 2002.8.23. 2001두2959).

4. 사례의 경우

헌법재판소가 조세 부과에 근거가 되었던 법률 규정에 대해 위헌결정을 하였음에도 Y세무서장이 甲 명의의 예금 채권을 압류한 것은 헌법재판소 결정의 기속력에 위반되어 위법함

Ⅲ. 위헌인 법률에 근거한 처분의 집행력을 유지하기 위한 행위의 위법성의 정도

조세 부과에 근거가 되었던 법률규정이 위헌으로 선언된 경우, 비록 그에 기한 과세처분이 위헌결정 전에 이루어졌고, 과세처분에 대한 제소기간이 이미 경과하여 조세채권이 확정되었으며, 조세채권의 집행을 위한 체납처분의 근거규정 자체에 대하여는 따로 위헌결정이 내려진 바 없다고 하더라도, 위와 같은 위헌결정 이후에 조세채권의 집행을 위한 새로운 체납처분에 착수하거나 이를 속행하는 것은 더 이상 허용되지 않고, 나아가 이러한 위헌결정의 효력에 위배하여 이루어진 체납처분은 그 사유만으로 하자가 중대하고 객관적으로 명백하여 당연무효이다(대판 2012.2.16. 2010두10907).

Ⅳ. 甲이 제기할 수 있는 행정소송

1. 취소소송 및 무효확인소송 가능 여부 : 가능
2. 국가배상청구소송 가능 여부 : 가능

Ⅴ. 사례의 해결

■ 문 (2)

I. 논점 : 하자의 승계

II. 하자승계 가능 여부

1. 행정행위의 하자승계의 의미
2. 하자승계 논의의 전제조건

(1) 전제조건

(2) 사례의 경우

후행행위인 압류처분이 적법하다는 것을 가정함. 그리고 다른 전제조건들을 갖추었음.

3. 인정범위

- (1) 학설 : 하자의 승계론(전통적 견해), 구속력설(규준력설)
- (2) 판례
 - 연속적인 처분이 별개의 효과를 목적으로 하는 경우, 선행처분에 불가쟁력이 발생한 경우에는 선행처분의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효인 경우를 제외하고는 선행처분의 하자를 이유로 후행처분의 효력을 다룰 수 없음
 - 그러나 이 경우에도 예측가능성과 수인한도의 법리를 보충적 기준으로 하여 '개별공시지가 결정에 위법이 있는 경우에는 과세처분 등 행정처분의 취소를 구하는 행정소송에서도 선행처분인 개별공시지가결정의 위법을 독립된 위법사유로 주장할 수 있다'고 하여 하자의 승계를 인정하기도 함(대판 1994.1.25. 93누8542)

(3) 검토

Ⅲ. 사례의 해결

과세처분과 압류처분은 하나의 법률효과를 목적으로 하지 않는 별개의 행정행위임. 그리고 甲에게 수인불가능한 사정도 없음. 따라서 甲은 압류처분을 다투며 과세처분의 위법성을 주장할 수 없음

○ 336쪽 끝에 추가

교육부장관은 A학교법인의 이사 甲에게 고등교육법 위반사유가 있음을 이유로, A학교법인에 대하여 甲의 임원취임승인을 취소하면서 乙을 임시이사로 선임하는 처분을 하였다. 甲은 교육부장관을 상대로 본인에 대한 임원취임승인 취소처분과 乙에 대한 임시이사선임처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였다. 소송 진행 중 임시이사 乙의 임기가 만료되어 임시이사는 丙으로 변경되었고, 甲의 원래 임기가 만료되었을 뿐만 아니라 甲에 대한 사립학교법 제22조 제2호 소정의 임원결격사유기간(5년)도 경과하였다. 甲이 제기한 취소소송에 대하여 다음 물음에 답하시오.

(1) 甲에게는 원고적격이 인정되는가? (10점)

(2) 甲이 제기한 취소소송은 '협약의 소의 이익'이 있는가? (15점) • 2017 5급(행정) 공채

■ 문 (1)

I. 논점 : 취소소송의 원고적격

II. 임원취임승인의 법적 성질

학교법인의 임원선임행위의 법률상 효력을 완성케 하는 보충적 법률행위로서 인가

III. 취소소송의 원고적격

1. 원고적격의 의미

2. 법률상 이익에 관한 학설

3. 법률상 이익의 내용

- 법에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익(대판 2008.3.27. 2007두23811)
- 행정처분의 상대방이 아닌 제3자라도 당해 행정처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는 경우에는 그 처분의 취소를 구할 수 있으나, 이 경우 법률상의 이익이란 당해 처분의 근거 법률에 의하여 직접 보호되는 구체적인 이익을 말하므로 제3자가 단지 간접적인 사실상 경제적인 이해관계를 가지는 경우에는 그 처분의 취소를 구할 원고적격이 없음(대판 2002.8.23. 2002추61)

4. 법률상 이익의 판단기준 : '법률'의 범위

IV. 사례의 경우

관할청이 학교법인의 임원취임승인신청에 대하여 이를 반려하거나 거부하는 경우 학교법인에 의하여 임원으로 선임된 사람은 학교법인의 임원으로 취임할 수 없게 되는 불이익을 입게 되는데, 이와 같은 불이익은 간접적이거나 사실상의 불이익이 아니라 직접적이고도 구체적인 법률상의 불이익이라 할 것이므로 학교법인에 의하여 임원으로 선임된 사람에게는 관할청의 임원취임승인신청 반려처분을 다툴 수 있는 원고적격이 있다(대판 2007.12.27. 2005두9651).

따라서 甲에게는 원고적격이 인정됨

■ 문 (2)

I. 논점 : 협약의 소익

II. 협약의 소익

1. 의미

2. 협약의 소익으로서 법률상 이익의 의미

3. 협약의 소익이 인정되지 않는 경우

4. 협약의 소익이 인정되는 경우

5. 관련 판례

임시이사 선임처분에 대하여 취소를 구하는 소송의 계속중 임기만료 등의 사유로 새로운 임시이사들로 교체된 경우, 선행 임시이사 선임처분의 효과가 소멸하였다는 이유로 그 취소를 구할 법률상 이익이 없다고 보게 되면, 원래의 정식이사들로서는 계속중인 소를 취하하고 후행 임시이사 선임처분을 별개의 소로 다룰 수밖에 없게 되며, 그 별소 진행 도중 다시 임시이사가 교체되면 또 새로운 별소를 제기하여야 하는 등 무익한 처분과 소송이 반복될 가능성이 있으므로, 이러한 경우 법원이 선행 임시이사 선임처분의 취소를 구할 법률상 이익을 긍정하여 그 위법성 내지 하자의 존재를 판결로 명확히 해명하고 확인하여 준다면 위와 같은 구체적인 침해의 반복 위험을 방지할 수 있을 뿐 아니라, 후행 임시이사 선임처분의 효력을 다투는 소송에서 기판력에 의하여 최초 내지 선행 임시이사 선임처분의 위법성을 다투지 못하게 함으로써 그 선임처분을 전제로 이루어진 후행 임시이사 선임처분의 효력을 쉽게 배제할 수 있어 국민의 권리구제에 도움이 된다. 그러므로 취임승인이 취소된 학교법인의 정식이사들로서는 그 취임승인취소처분 및 임시이사 선임처분에 대한 각 취소를 구할 법률상 이익이 있고, 나아가 선행 임시이사 선임처분의 취소를 구하는 소송 도중에 선행 임시이사가 후행 임시이사로 교체되었다고 하더라도 여전히 선행 임시이사 선임처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다(대판 2007.7.19. 2006두19297).

Ⅲ. 사례의 경우

○ 442쪽 끝에 추가

A광역시 시장 乙은 세수증대, 고용창출 등 지역발전을 위해 폐기물처리업의 관내 유치를 결심하고 甲이 제출한 폐기물처리사업계획서를 검토하여 그에 대한 적합통보를 하였다. 이에 따라 甲은 폐기물처리업 허가를 받기 위해 먼저 도시·군관리계획변경을 신청하였고, 乙은 관계 법령이 정하는 바에 따라 해당 폐기물처리업체가 입지할 토지에 대한 용도지역을 폐기물처리업의 운영이 가능한 용도지역으로 변경하는 것을 내용으로 하는 도시·군관리계획변경안을 입안하여 열람을 위한 공고를 하였다. 그러나 乙의 임기 만료 후 새로 취임한 시장 丙은 폐기물처리업에 대한 인근 주민의 반대가 극심하여 실질적으로 폐기물사업 유치가 어려울 뿐만 아니라, 자신의 선거공약인 '생태중심, 자연친화적 A광역시 건설'의 실현 차원에서 용도지역 변경을 승인할 수 없다는 계획변경승인거부처분을 함과 동시에 해당 지역을 생태학습체험장 조성지역으로 결정하였다. 폐기물처리사업계획 적합통보에 따라 사업 착수를 위한 제반 준비를 거의 마친 甲은 丙을 피고로 하여 관할 법원에 계획변경승인거부처분 취소소송을 제기하였다.

폐기물처리사업계획 적합통보에 따라 이미 상당한 투자를 한 甲이 위 취소소송의 본안판결 이전에 잠정적인 권리구제를 도모할 수 있는 행정소송 수단에 관하여 검토하시오. (20점)

• 2013 변호사시험

I. 논점 : ① 집행정지, ② 민사집행법상의 가처분

II. 취소소송에 있어서 가구제의 필요성

III. 집행정지

1. 집행정지의 요건

2. 사례의 경우

- 갑은 집행정지를 신청하기 위해서는 계획변경승인거부처분에 대해 항고소송을 제기하였음
- 갑의 계획변경승인이 거부되었고 집행정지결정에 의하여 거부처분 전의 상태가 됨에 따라 갑에게 법적 이익이 있는 경우에 해당하지 않는다. 즉 제한적 긍정설이 말하는 예외적인 경우에 해당하지 않고 집행정지가 인정되지 아니함
- 계획변경승인거부에 대한 집행정지가 인정되지 않더라도 갑의 손해는 금전배상이나 원상회복이 가능한 재산상 손실에 불과하므로 회복하기 어려운 손해라고 할 수 없음
- 긴급한 필요의 여부는 회복하기 어려운 손해발생의 가능성과 연계하여 판단하게 되는바, 설문은 긴급한 필요가 있는 경우에 해당하지 않니함
- 설문에서 집행정지로 인해 공공복리에 중대한 영향이 있는지는 불분명함
- 설문은 본안청구의 이유 없음이 명백한 경우라 할 수는 없음
- 종합적으로 판단하면, 집행정지 요건을 충족하지 못하므로 갑이 집행정지를 신청한다면 기각될 것임

IV. 가처분

1. 항고소송에서 가처분의 가능성

(1) 학설 : 소극설, 적극설, 절충설

(2) 판례

민사소송법상의 보전처분은 민사판결절차에 의하여 보호받을 수 있는 권리에 관한 것이므로, 민사소송법상의 가처분으로써 행정청의 어떠한 행정행위의 금지를 구하는 것은 허용될 수 없다(대결 1992.7.6. 92마54).

(3) 검토

2. 사례의 경우

현행법의 해석이나 판례에 따를 때, 갑이 가처분 신청을 하면 각하결정이 내려질 것임. 그러나 계획변경승인거부처분에 대해 행정소송법상 집행정지가 인정되지 않기 때문에 가처분을 인정할 필요가 있음

V. 사례의 해결

- 설문은 거부처분의 경우이고, 회복하기 어려운 손해라는 집행정지 요건 등을 충족하지 못하므로 갑이 집행정지를 신청한다면 기각될 것이다.
- 한편 갑이 가처분 신청을 하면 현행법상 허용되지 않아 각하결정이 내려질 것임

○ 474쪽 끝에 다음 3개 문제 추가

<p>甲은 정당한 이유 없이 계약을 이행하지 않았음을 이유로 입찰참가자격 제한처분을 받았다. 이에 대해 甲이 취소소송으로 다투던 중 처분청은 당초 처분사유 외에 위 계약 당시 관계 공무원에게 뇌물을 준 사실을 처분사유로 추가하였다. 처분청의 행위는 소송상 허용되는가? (25점)</p> <p style="text-align: right;">• 공인노무사 2011</p>
--

I. 논점 : 처분사유의 추가·변경

II. 처분사유의 추가·변경

III. 사례의 해결

처분청이 새롭게 추가하려고 하는 “계약 당시 관계 공무원에게 뇌물을 주었다”는 사실은 입찰 참가자격 제한처분 당시에 존재하고 있었으므로 문제되지 않는다(시간적 한계). 그러나 “정당한 이유 없이 계약을 이행하지 않았다”는 사유와는 내용이 공통되거나 유사하지 않아 기본적인 사실관계의 동일성이 부정된다고 볼 것이므로, 위 처분청의 행위는 소송상 허용되지 않는다. 유사한 사건에서 판례도 “피고가 지방재정법 제63조에 의하여 준용되는 국가를당사자로하는계약에관한법률 제27조 제1항에 의하여 원고의 입찰참가자격을 제한시킨 이 사건 처분을 함에 있어서 그 처분사유로 단지 정당한 이유 없이 계약을 이행하지 아니한 사실과 그에 대한 법령상의 근거로 법시행령 제76조 제1항 제6호를 명시하고 있음이 분명하고, 피고가 이 사건 소송에서 비로소 이 사건 처분사유로 내세우고 있는 같은 조항 제10호 소정의 “계약의 이행과 관련하여 관계 공무원에게 뇌물을 준 것”은 피고가 당초 이 사건 처분의 근거로 삼은 위 구체적 사실과는 그 기초가 되는 사회적 사실관계의 기본적인 점에서 다르다고 할 것이므로 피고는 이와 같은 사유를 이 사건 처분의 근거로 주장할 수 없다.”(대판 1999.3.9. 98두18565)고 하였다.

가구제조업을 운영하는 甲은 사업상 필요에 의해 자신이 소유하는 산림 50,000㎡ 일대에서 입목을 벌채하고자 산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률 제36조 및 같은 법 시행규칙 제44조의 규정에 따라 관할 행정청 乙시장에게 입목벌채허가를 신청하였다. 이에 대해서 인근 A사찰의 신도들은 해당 산림의 입목벌채로 인하여 사찰의 고적하고 엄숙한 분위기가 저해될 것을 우려하여 乙시장에게 당해 허가를 내주지 말라는 민원을 강력히 제기하였다. 그러나 乙시장은 甲의 입목벌채허가신청이 관계 법령이 정하는 허가요건을 모두 갖추었음을 이유로 입목벌채허가를 하였다. A사찰 신도들의 민원이 계속되자 乙시장은 민원을 이유로 甲에 대한 입목벌채 허가를 취소하였고, 이에 대해 甲은 입목벌채허가취소처분 취소소송을 제기하였다. 乙시장은 취소소송 계속 중에 A사찰이 유서가 깊은 사찰로 보존가치가 높고 사찰 인근의 산림이 수려하여 보호의 필요가 있다는 처분사유를 추가하였다. 이러한 처분사유의 추가가 허용되는가? (15점)

• 2018 5급(행정) 공채

- I. 논점 : 취소소송에서 처분사유 추가·변경 허용 여부
- II. 처분사유 추가·변경의 의의
- III. 허용성
 - 부정설, 긍정설, 제한적 결정설(기본적 사실관계의 동일성이 유지되는 범위 내에서 사실심 변론종결시까지 가능), 개별적 결정설(행위 및 소송의 유형에 따라 그 허용범위를 달리 정함)
- IV. 허용요건 및 한계
 - 1. 기본적 사실관계의 동일성
 - 2. 소송물의 동일성(처분의 동일성)
 - 3. 시간적 한계
 - (1) 추가·변경사유의 기준시 : 처분시(판례·다수설)
 - (2) 추가·변경의 허용시점 : 사실심 변론종결시까지
- V. 사례의 해결
 - 추가한 사유는 처분시에 존재했던 사유이므로 시간적 한계는 충족

- “A사찰 신도들의 민원”이라는 당초의 처분사유와 “사찰 및 인근산림 보호필요”라는 추가 사유는 기본적 사실관계의 동일성이 인정된다고 할 수 없음. 따라서 B시장은 위 취소소송에서 새로운 사유를 추가할 수 없음

甲은 주택을 소유하고 있었는데 그 지역이 한국토지주택공사가 사업자가 되어 시행하는 주택건설사업의 사업시행지구로 편입되면서 甲의 주택도 수용되었다. 사업시행자인 한국토지주택공사는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제78조에 따라 이주대책의 일환으로 주택특별공급을 실시하기로 하였다. 그 후 甲은 「주택공급에 관한 규칙」 제19조 제1항 제3호 규정에 따라 A아파트입주권을 특별분양하여 줄 것을 신청하였다. 그런데 한국토지주택공사는 甲이 A아파트의 입주자모집공고일을 기준으로 무주택세대주가 아니어서 특별분양 대상자에 해당되지 않는다는 이유로 특별분양신청을 거부하였다. 이에 대하여 甲은 한국토지주택공사를 피고로 하여 특별분양신청 거부처분취소소송을 제기하였다.

취소소송의 계속 중에 입주자모집공고일 당시 무주택세대주였다는 甲의 주장이 사실로 인정될 상황에 처하자 한국토지주택공사는 甲의 주택이 무허가주택이었기 때문에 甲은 특별분양대상자에 해당되지 않는다고 처분사유를 변경하였고, 심리결과 甲의 주택이 무허가주택이었음이 인정되었다. 이 경우 법원은 변경된 처분사유를 근거로 甲의 청구를 기각할 수 있는가? (20점)

• 2012 사법시험

I. 논점 : 처분사유의 추가·변경

II. 처분사유의 추가·변경

III. 사례의 해결

- 변경한 처분사유인 “甲의 주택이 무허가주택이었기 때문에 甲은 특별분양대상자에 해당되지 않는다”는 사정이 특별분양신청거부처분시에 존재하였고, 피고가 사실심변론종결시까지 변경하였다면 시간적 범위는 문제되지 아니함
- 그러나 甲이 무주택세대주가 아니라는 당초 사유와 甲의 주택이 무허가주택이라는 사유는 기본적 사실관계의 동일성이 인정되지 않아, 처분사유의 변경은 허용될 수 없음
- 따라서 피고의 무주택세대주가 아니라는 거부사유는 위법함. 법원은 변경된 처분사유를 근거로 甲의 청구를 기각할 수 없고 당초의 처분사유가 위법함을 근거로 甲의 청구를 인용하여야 함

○ 489쪽 끝에 추가

혼인하여 3자녀를 둔 5인 가구의 세대주인 甲은 현재 독점적으로 전기를 공급하고 있는 전기판매사업자 S와 전기공급계약을 체결하고 전기를 공급받는 전기사용자이다. S는 甲에게 2016. 7. 3.부터 같은 해 8. 2.까지 甲 가구가 사용한 525kWh의 전기에 대해 131,682원의 전기요금을 부과하였다. 甲은 위 기간 동안 특별히 전기를 많이 사용하지 않았음에도 불구하고 전월에 비해 전기요금이 2배 이상으로 부과된 것이 새로 도입한 누진요금제 때문이라는 것을 알게 되었다.

한편 S가 비용을 자의적으로 분류하여 전기요금을 부당하게 산정하였음이 판명되었다. 이에 허가권자는 전기위원회 소속 공무원 丙으로 하여금 그 확인을 위하여 필요한 조사를 지시하였고, 丙은 사실조사를 통해 부당한 전기요금 산정을 확인하였다. 이에 허가권자는 전기사업법령이 정하는 바에 따라 S의 매출액의 100분의 4에 해당하는 금액의 과징금부과 처분을 하였다.

과징금 부과 위반행위의 종류 및 과징금 상한액 (전기사업법 시행령 [별표 1의4])

위반행위	근거 법조문	과징금 상한액
4. 비용이나 수익을 부당하게 분류하여 전기요금이나 송전용 또는 배전용 전기설비의 이용요금을 부당하게 산정하는 행위	법 제21조 제1항 제4호	매출액의 100분의 4

만약 과징금 액수가 과하게 책정되었음을 이유로 S가 과징금부과처분 취소심판을 제기하였다면, 행정심판위원회는 일부취소재결을 할 수 있는지 검토하시오. (20점)

• 2022 변호사시험 변형

I. 논점

- 법규명령형식(대통령령)의 행정규칙의 문제
- 취소심판에서의 재량행위에 대한 일부취소 가능성

II. 법규명령형식의 행정규칙

1. 문제점
2. 학설 : 법규명령설(적극설), 행정규칙설(소극설), 수권여부기준설
3. 판례

대통령령으로 정한 행정처분의 기준을 법규명령으로 보면서도, 그 기준을 단순히 처분의 한도로 본 사례(청소년보호법시행령의 과징금처분기준)로 파악하기도 함(대판 2001.3.9. 99두 5207).

4. 검토 : 판례에 따르면 사안의 과징금부과처분기준은 법규명령이고, 최고한도액일 수 있음

III. 취소심판 및 취소소송에서의 변경의 의미

1. 취소심판에서의 변경의 의미
 - (1) 취소심판의 의미
 - (2) 변경의 의미 : 적극적 변경
2. 취소소송에서의 변경의 의미
 - (1) 취소소송의 의미
 - (2) 변경의 의미 : 일부취소(다수설, 판례)

IV. 사례의 해결

- 외형상 하나의 처분이라고 하더라도 가분성이 있거나 그 처분대상의 일부가 특정될 수 있

- 는 경우이므로 이론상 일부취소는 가능한 경우임
- 취소심판의 경우 취소소송과 달리, 원처분의 재량행위성 여부와 관계없이, 일부취소나 적극적 변경을 하더라도 권력분립 침해의 문제를 야기하지 않으므로 일부취소 가능

○ 501쪽 끝에 추가

A국 국적의 외국인인 甲은 자국 정부로부터 정치적 박해를 받고 있었다. 甲은 2018. 11. 20. 인천국제공항에 도착하여 입국 심사 과정에서 난민신청의사를 밝히고 난민법상 출입국항에서의 난민인정신청을 하였다. 인천국제공항 출입국관리공무원은 2018. 11. 20. 甲에 대하여 입국목적이 사증에 부합함을 증명하지 못하였다는 이유로 입국불허결정을 하고, 甲이 타고 온 외국항공사에 대하여 甲을 국외로 송환하라는 송환지시서를 발부하였다. 이에 甲은 출입국 당국의 결정에 불만을 표시하며 자신을 난민으로 인정해 달라고 요청하였고, 당국은 甲에게 난민심사를 위하여 일단 인천공항 내 송환대기실에 대기할 것을 명하였다. 인천공항 송환대기실은 입국이 불허된 외국인들이 국외송환에 앞서 임시로 머무는 곳인데, 이 곳은 외부와의 출입이 통제되는 곳으로 甲이 자신의 의사에 따라 대기실 밖으로 나갈 수 없는 구조로 되어 있었다. 출입국 당국은 2018. 11. 26. 甲에 대하여 난민 인정 거부처분을 하였고, 甲은 이에 불복하여 2018. 11. 28. 난민 인정 거부처분 취소의 소를 제기하는 한편, 2018. 12. 19. 자신에 대한 수용(收容)을 해제할 것을 요구하는 인신보호청구의 소를 제기하였다.

(1) 위 난민 인정 거부처분 후 甲의 국적국인 A국의 정치적 상황이 변화하였다. 이와 같이 변화된 A국의 정치적 상황을 이유로 하여, 법원이 난민 인정 거부처분의 적법 여부를 달리 판단할 수 있는지에 대하여 검토하시오. (15점)

(2) 甲의 난민 인정 거부처분 취소소송 중정적으로 甲의 권리를 보전할 수 있는 가구제 수단을 검토하시오. (15점)

• 2020 변호사시험 변형

■ 문 (1)

I. 논점 : 위법성 판단의 기준시

II. 위법성 판단의 기준시

1. 문제의 소재
2. 학설 : 처분시설, 판결시설, 절충설
3. 판례

행정소송에서 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 행하여졌을 때의 법령과 사실 상태를 기준으로 하여 판단하여야 하고, 처분 후 법령의 개폐나 사실상태의 변동에 의하여 영향을 받지 않는다(대판 2008.7.24. 2007두3930).

4. 검토

III. 사례의 경우

처분시설에 따르면, 난민 인정 거부처분의 취소를 구하는 취소소송에서도 그 거부처분을 한 후 국적국의 정치적 상황이 변화하였다고 하여 처분의 적법 여부가 달라지는 것은 아님. 따라서 법원은 정치적 상황의 변화를 이유로 난민 인정 거부처분의 적법 여부를 달리 판단할 수 없음

■ 문 (2)

I. 논점 : 거부처분에 대한 집행정지, 가처분

II. 행정소송에서의 가구제

- 침익처분에 대한 집행정지제도 (거부처분에 대한 집행정지의 허용성이 문제됨)
- 수익처분의 신청을 거부하는 처분이나 부작위에 대한 가처분제도 (민사집행법상 가처분에 관한 규정의 준용이 문제됨)

III. 거부처분에 대한 집행정지

1. 문제점
2. 학설 : 긍정설, 부정설, 제한적 긍정설
3. 판례

허가신청에 대한 거부처분은 그 효력이 정지되더라도 그 처분이 없었던 것과 같은 상태를 만드는 것에 지나지 아니하는 것이고 그 이상으로 행정청에 대하여 어떠한 처분을 명하는 등 적극적인 상태를 만들어 내는 경우를 포함하지 아니하는 것이어서 그 거부처분으로 인하여 신청인에게 생길 회복할 수 없는 손해를 피하는 데 아무런 보탬이 되지 않는다(대결 1991.5.2. 91 두15).

4. 검토

IV. 가처분의 항고소송에의 준용 여부

1. 학설 : 적극설(긍정설), 소극설(부정설), 제한적 긍정설
2. 판례

민사소송법상의 보전처분은 민사판결절차에 의하여 보호받을 수 있는 권리에 관한 것이므로, 민사소송법상의 가처분으로써 행정청의 어떠한 행정행위의 금지를 구하는 것은 허용될 수 없다(대판 1992.7.6. 92마54).

V. 사례의 경우

- 판례에 따르면 집행정지 허용되지 않고, 제한적 긍정설에 따르더라도 집행정지로 甲이 얻는 이익이 없으므로 집행정지 불허될 것임. 그리고 판례에 따르면 민사집행법상 가처분이 준용되지 아니함
- 잠정적으로 甲의 권리를 보전할 수 있는 가구제 수단은 없음

○ 518쪽 끝에 추가

甲은 X 시의 시장 乙에게 X 시에 소재한 자신의 토지에 공동주택의 건설사업을 위한 개발행위허가 신청을 하였다. 乙은 “甲의 신청지는 X 시 도시기본계획상 도시의 자연환경 및 경관을 보호하기 위하여 도시자연공원구역으로 지정이 예정되어 있어 전체적인 개발계획이 수립되지 않은 상태에서 개별적인 공동 주택 입지를 위한 개발행위허가는 불합리하다.”라는 이유로, 2020. 10. 9. 甲의 신청을 거부하였다(이하 ‘제1차 거부처분’). 이에 甲은 乙을 상대로 제1차 거부처분의 취소를 구하는 소를 제기하였고, 법원은 제1차 거부처분이 구체적이고 합리적인 근거 없이 甲의 신청을 불허한 것으로 재량권의 일탈·남용이라고 보아 甲의 청구를 인용하는 판결을 하였다. 이 취소판결은 확정되었고, 사실심 변론종결일은 2021. 11. 16.이다. 甲은 위 판결 확정 이후인 2021. 12. 17. 乙에게 위 확정판결에 따른 후속조치의 이행을 촉구하는 내용의 민원을 제기하였는데, 당시 X시의 담당과장은 민원을 접수하면서 甲에게 “법적으로 가능하다면 개발행위를 허가해 주겠다.”라고 구두로 답변하였다. 그러나 乙은 2021. 12. 28. 甲에게 “甲이 신청한 토지는 국토교통부에서 확정 발표한 도시자연공원 확대사업이 반영된 대상지로서 우리 시에서는 체계적인 도시개발 및 난개발 방지를 위해 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 따라 2021. 10. 26. 개발행위허가 제한지역으로 고시하여 현재 신규 개발행위허가는 불가능하다.”라는 사유로 甲의 개발행위를 불허하는 통지를 하였다(이하 ‘제2차 거부처분’). 다음 물음에 답하시오.

- (1) 甲은 제2차 거부처분이 확정된 취소판결의 취지에 따르지 아니한 것으로 보아 행정소송법 상 간접강제를 신청하였다. 그 신청의 인용 가능성을 검토하시오. (30점)
- (2) 乙은 제2차 거부처분을 하면서 행정심판 및 행정소송의 제기 여부 등 불복절차에 대하여 아무런 고지를 하지 않았다. 甲은 이를 이유로 제2차 거부처분은 절차적 하자가 있는 위법한 처분이라고 주장한다. 甲의 주장이 타당한지 검토하시오. (10점)

• 2022 5급(행정) 공채

■ 문 (1)

I. 논점 : 취소판결의 기속력, 간접강제

II. 취소판결의 기속력

1. 기속력의 의미와 성질

2. 기속력의 내용

(1) 반복금지의무

(2) 재처분의무

행정처분의 적법 여부는 행정처분이 행하여진 때의 법령과 사실을 기준으로 판단하는 것이므로 확정판결의 당사자인 처분 행정청은 종전 처분 후에 발생한 새로운 사유를 내세워 다시 거부처분을 할 수 있고, 그러한 처분도 위 조항에 규정된 재처분에 해당한다. 여기에서 ‘새로운 사유’인지는 종전 처분에 관하여 위법한 것으로 판결에서 판단된 사유와 기본적 사실관계의 동일성이 인정되는 사유인지에 따라 판단되어야 하고, 기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분 사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지에 따라 결정된다(대판 2011.10.27. 2011두14401).

(3) 결과제거의무

3. 기속력의 효력범위

주관적 범위, 객관적 범위, 시간적 범위

Ⅲ. 간접강제

1. 의의
2. 요건
3. 절차
4. 적용범위
5. 배상금의 법적 성격

Ⅳ. 사례의 해결

- 제1차 거부처분에 대한 취소판결의 기속력에 따라 乙은 甲의 신청에 따른 재처분을 하여야 할 의무가 있음. 그런데 이 사건과 같이 종전 처분 후 발생한 새로운 사유를 내세워 다시 거부처분을 할 수 있음
- 제2차 거부처분은 제1차 거부처분 취소판결의 기속력에 반하지 않으므로 간접강제의 요건이 충족되지 아니함. 甲의 간접강제 신청은 인용될 수 없음

■ 문 (2)

I. 논점 : 불복고지의 결여가 절차상 하자인지 여부

Ⅱ. 절차상 하자

법령에서 행정처분을 위한 절차를 규정하는 경우에 이러한 규정을 준수하지 않으면 절차상 하자 있는 위법한 처분이 됨

Ⅲ. 불복고지

1. 의의
2. 불복고지의 성질
 - 비권력 사실생위
 - 고지절차에 관한 규정은 행정처분의 상대방이 그 처분에 대한 행정심판의 절차를 밟는데 있어 편의를 제공하려는 데 있으며 처분청이 위 규정에 따른 고지의무를 이행하지 아니하였다고 하더라도 경우에 따라서는 행정심판의 제기기간이 연장될 수 있는 것에 그치고 이로 인하여 심판의 대상이 되는 행정처분에 어떤 하자가 수반된다고 할 수 없다(대판 1987.11.24. 87누529).
3. 불복고지의 종류
4. 불고지, 오고지의 효과

Ⅳ. 사례의 경우

불복고지를 결여한 것이 처분의 절차상 하자에 이른다고 보기는 어려움. 따라서 甲의 주장이 타당하다고 할 수 없음

- 525쪽 끝에 추가

甲은 위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률 에 의한 위치정보사업을 하기 위하여 위치 정보사업 허가신청서에 관련 서류를 첨부하여 방송통신위원회에 허가신청을 하였다. 방송 통신위원회는 甲의 위치정보사업 관련 계획의 타당성 및 설비규모의 적정성 등을 종합 심사한 후에 허가기준에 미달되었음을 이유로 이를 거부하였다. 허가신청 거부에 대한 甲의 취소청구를 인용하는 수소법원의 판결이 확정 되었고, 그 후에 방송통신위원회가 다시 허가신청을 거부하였다면, 이는 취소 판결의 효력과 관련하여 어떠한 문제점이 있는지 설명하시오. (15점) • 2012 5급(행정) 공채

I. 논점 : 판결의 기속력

II. 재거부처분이 취소판결의 기속력에 위반되는지 여부

1. 기속력의 의미
2. 기속력의 내용 : 반복금지의무, 재처분의무, 결과제거의무
3. 기속력의 범위 ; 주관적 범위, 객관적 범위, 시간적 범위
4. 사례의 경우
 - 방송통신위원회는 재처분의무(사안에서 주로 문제됨)와 반복금지의무를 지는데, 다시 허가 신청을 거부한 것이 취소판결의 기속력 범위에 포함되는지 문제됨
 - 만일 처분시에 존재한 사유나, 기존의 거부사유와 기본적 사실관계가 동일한 사유로 재거 부한 경우 취소판결의 기속력을 위반한 것으로 위법함. 그러나 취소판결에서 판단한 처분 의 위법사유를 시정한 경우나 취소판결에서 판단한 처분과 동일성이 없는 새로운 처분을 한 경우, 당초 처분시 이후에 발생한 사유로 재거부처분한 경우에는 기속력 위반 아님

III. 기속력 위반의 효과

확정판결의 당사자인 처분행정청이 그 행정소송의 사실심 변론종결 이전의 사유를 내세워 다 시 확정판결과 저촉되는 행정처분을 하는 것은 허용되지 않는 것으로서 이러한 행정처분은 그 하자가 중대하고도 명백한 것이어서 당연무효이다(대판 1990.12.11. 90누3560).

IV. 간접강제의 신청 가능성

VI. 사례의 해결

- 589쪽 끝에 다음 2개 문제 추가

‘미래호프’라는 상호로 일반음식점을 운영하던 甲은 청소년 3명에게 주류를 제공한 것이 적발되어 관할 구청장 乙로부터 2012. 2. 3. 영업정지 2월의 처분을 받았다. 한편, 甲은 2월의 영업정지기간이 초과하였지만 추후 있을지도 모르는 가중처벌을 우려하여, 2012. 2. 3. 자 영업정지처분에 대해 2012. 4. 25. 관할법원에 취소소송을 제기하였다. 甲은 위조된 주민등록증을 식별하기가 실질적으로 불가능한 점, 법령 위반으로 인한 처분 전력이 없으며 청소년 선도 모범표창을 수차례 받은 점, 그리고 영업정지로 인해 수입이 없게 되면 암투병 중인 아내의 병원비 조달이 어려운 점 등 제반 사정을 종합적으로 고려할 때 2월의 영업정지처분은 과중하여 취소되어야 한다고 주장하고 있다.

(1) 甲이 제기한 취소소송은 협의의 소익이 인정되는가? (15점)

(2) 위 영업정지처분 취소소송에서 법원은 인용판결을 하였고, 이 판결은 피고의 항소 포기로 확정되었다. 이에 따라 甲은 영업정지처분으로 인한 재산적·정신적 손해에 대해 국가배상청구소송을 제기하였다. 甲의 국가배상청구는 인용될 수 있는가? (20점)

식품위생법 시행규칙 (행정처분의 기준 [별표 23])

위반사항	근거 법령	행정처분기준		
		1차 위반	2차 위반	3차 위반
법 제44조 제2항을 위반한 경우(청소년에게 주류를 제공하는 행위를 한 경우)	법 제75조	영업정지 2개월	영업정지 3개월	영업허가취소 또는 영업소 폐쇄

• 2013 입법고시 변형

■ 문 (1)

I. 논점 : 협의의 소익 이익

II. 영업정지기간 경과 후 영업정지처분의 취소를 구하는 경우의 소익

1. 협의의 소익 이익의 의미
2. 행정소송법 제12조 2문의 ‘법률상 이익’
3. 제재처분의 가중요건이 시행규칙에 규정된 경우

(1) 문제점

(2) 학설 : 법률상 보호이익설, 위법확인인의 정당한 이익설

(3) 판례

- 종래 견해 : 가중요건이 부령에 정해진 경우 행정규칙에 불과하여 구속력이 없어서 가중적 제재처분을 받을 불이익은 직접적·구체적·현실적인 것이 아니라는 이유로 소익 이익을 부인
- 최근 견해 : 가중요건규정의 법적 성질이 대외적·일반적 구속력을 갖는 법규명령인지 여부와는 상관없이, 관할 행정청이나 담당공무원은 이를 준수할 의무가 있으므로 선행처분의 존재로 인하여 장래에 받을 불이익은 구체적이고 현실적인 것이므로, 상대방에게는 선행처분의 취소소송을 통하여 그 불이익을 제거할 필요가 있다는 입장임(대법원 2006.6.22. 2003 두1684)

(4) 검토

III. 사례의 해결

甲이 취소소송을 제기하기 이전에 영업정지기간이 경과하였어도, [별표 23]의 가중요건 규정에 의한 장래의 불이익 방지의 필요성이 인정되는바 협의의 소익 인정됨

■ 문 (2)

I. 논점 : ① 인용판결의 기판력, ② 공무원의 직무집행상 과실

II. 국가배상책임의 성립요건

III. 인용판결의 기판력이 국가배상청구소송에 미치는지 여부

1. 학설 : 기판력 긍정설, 기판력 부정설, 제한적 긍정설

2. 판례

○ 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 그 기판력에 의하여 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없다(대판 2000.5.12. 99다70600).

○ 위법한 행정대집행이 완료되면 그 처분의 무효확인 또는 취소를 구할 소의 이익은 없다 하더라도, 미리 그 행정처분의 취소판결이 있어야만, 그 행정처분의 위법임을 이유로 한 손해배상청구를 할 수 있는 것은 아니다(대판 1972.4.28. 72다337).

3. 검토 및 사례의 경우

IV. 고의.과실 여부

영업허가취소처분이 나중에 행정심판에 의하여 재량권을 일탈한 위법한 처분임이 판명되어 취소되었다고 하더라도 그 처분이 당시 시행되던 공중위생법시행규칙에 정하여진 행정처분의 기준에 따른 것인 이상 그 영업허가취소처분을 한 행정청 공무원에게 그와 같은 위법한 처분을 한 데 있어 어떤 직무집행상의 과실이 있다고 할 수는 없다(대판 1994.11.8. 94다26141).

V. 사례의 해결

○ 위법성 인정 여부는 어느 견해를 취하느냐에 따라 다름

○ 공무원의 고의.과실이 있다고 보기 어려움. 결국 국가배상청구가 인용되기는 어려움

甲은 ‘X가든’이라는 상호로 일반음식점을 운영하는 자로서, 식품의약품안전처 고시인 「식품 등의 표시기준」에 따른 표시사항의 전부가 기재되지 아니한 ‘Y참기름’을 업소 내에서 보관·사용한 사실이 적발되었다. 관할 구청장 乙은 「식품위생법」 및 「동법 시행규칙」에 근거하여 甲에게 영업정지 1개월과 해당제품의 폐기를 명하였다.

甲은 표시사항의 전부가 기재되지 않은 제품을 보관·사용한 것은 사실이나, 표시사항이 전부 기재되지 아니한 것은 납품업체의 기계작동 상의 오류에 의한 것으로서 자신은 그 사실을 알지 못하였고, 이전에 납품받은 제품에는 위 고시에 따른 표시사항이 전부 기재되어 있었던 점, 인근 일반음식점에 대한 동일한 적발사례에서는 15일 영업정지처분과 폐기명령이 내려진 점 등을 고려할 때, 위 처분은 지나치게 과중하다고 주장하면서, 관할 구청장 乙을 상대로 영업정지 1개월과 해당제품 폐기명령의 취소를 구하는 소송을 제기하였다.

(1) 위 취소소송 계속중 해당제품이 폐기되었고, 1개월의 영업정지처분 기간도 도과되었다면 위 취소소송은 소의 이익이 있는가? (30점)

(2) 만약 위 취소소송에서 원고 승소판결이 확정된 후에 甲이 영업정지처분으로 인한 손해에 대해 국가배상청구소송을 제기하는 경우, 甲의 청구는 인용될 수 있는가? (30점)

• 2015 변호사시험

■ 문 (1)

I. 논점 : 취소소송의 소의 이익

II. 행정소송법 제12조 2문의 '법률상 이익'의 의미

III. 해당제품의 폐기에 따른 소의 이익

1. 문제점

승소판결을 받더라도 폐기된 제품에 대한 원상회복은 불가능하다는 점

2. 판례

건물철거대집행계고처분취소 소송이 상고심 계속 중 대상건물의 철거로 소의 이익이 없게 되었다(대판 1995.11.21. 94누11293).

3. 사례의 경우

폐기명령의 집행으로 인하여 원상회복이 불가능한 경우로서 소의 이익이 없음

IV. 영업정지처분 기간 도과에 따른 소의 이익

1. 「식품위생법 시행규칙」상 행정제재규정의 법적 성질

판례는 제재적 처분기준이 시행령(대통령령) 형식으로 제정된 경우는 법규명령으로 보고, 시행규칙(총리령, 부령) 형식으로 된 경우에는 행정규칙으로 보는 경향 있음

2. 가중적 제재요건이 시행규칙으로 정해진 경우의 협의의 소의 이익

제재적 행정처분의 가중사유나 전제요건에 관한 규정이 법령이 아니라 규칙의 형식으로 되어 있다고 하더라도, 그러한 규칙이 법령에 근거를 두고 있는 이상 그 법적 성질이 대외적·일반적 구속력을 갖는 법규명령인지 여부와는 상관없이, 관할 행정청이나 담당공무원은 이를 준수할 의무가 있으므로 이들이 그 규칙에 정해진 바에 따라 행정작용을 할 것이 당연히 예견되고, 그 결과 행정작용의 상대방인 국민으로서는 그 규칙의 영향을 받을 수밖에 없다. 따라서 그러한 규칙이 정한 바에 따라 선행처분을 받은 상대방이 그 처분의 존재로 인하여 장래에 받을 불이익, 즉 후행처분의 위험은 구체적이고 현실적인 것이므로, 상대방에게는 선행처분의 취소소송을 통하여 그 불이익을 제거할 필요가 있다(대판 2006.6.22. 2003두1684).

3. 사례의 경우

甲에게는 선행처분을 가중사유로 하는 후행처분을 받을 유려가 현실적으로 존재하므로 소의 이익 인정됨

V. 사례의 해결

■ 문 (2)

I. 논점 : ① 취소소송의 기판력, ② 공무원이 고의·과실

II. 국가배상책임의 성립요건

III. 인용판결의 기판력이 국가배상청구소송에 미치는지 여부

3. 학설 : 기판력 긍정설, 기판력 부정설, 제한적 긍정설

4. 판례

○ 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 그 기판력에 의하여 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없다(대판 2000.5.12. 99다70600).

○ 위법한 행정대집행이 완료되면 그 처분의 무효확인 또는 취소를 구할 소의 이익은 없다 하더라도, 미리 그 행정처분의 취소판결이 있어야만, 그 행정처분의 위법임을 이유로 한 손해배상청구를 할 수 있는 것은 아니다(대판 1972.4.28. 72다337).

3. 검토 및 사례의 경우

IV. 고의·과실 여부

구청장 乙은 시행규칙상의 처분기준에 따라 처분을 하였으므로 고의 또는 과실을 인정하기 어려움

V. 사례의 해결

- 법질서의 일체성, 분쟁의 일회적 해결 측면에서 기판력 긍정설의 입장에 서면 국가배상청구권의 성립요건 중 법령위반 요건은 충족함
- 다만 공무원의 고의·과실이 있다고 보기 어려움. 결국 국가배상청구가 인용되기는 어려움

○ 651쪽 끝에 다음 2개 문제 추가

甲은 「여객자동차 운수사업법」상 운송사업등록을 하여 전세버스운송사업에 종사하는 자이다. 관할 도지사 A는 甲에게 같은 법 제23조 제1항 제5호에 따라 자동차에 대한 개선명령을 발령하였으나 甲은 이를 이행하지 아니하였다. A는 이를 이유로 같은 법 제85조 제1항 및 제88조 제1항에 따라 甲에게 사업정지에 갈음하는 과징금부과처분을 행하였다. 甲이 과징금부과처분취소소송을 제기하지 않고 과징금부과처분의 법령위반을 들어 국가배상청구소송을 제기할 경우 수소법원은 과징금부과처분의 위법 여부를 판단할 수 있는지를 설명하시오. (10점)

• 2020 5급(행정) 공채

I. 논점 : 민사법원의 선결문제 판단권

II. 국가배상법의 법적 성질

사법설(판례), 공법설

III. 구성요건적 효력

1. 의의
2. 범위와 한계
 - (1) 무효인 행정행위는 적용 배제
 - (2) 법원의 범위
3. 사례의 경우

과징금부과처분의 위법성은 당연무효가 아니라 취소사유에 해당한다는 점, 그리고 국가배상청구소송을 민사법원의 관할로 하는 점에서 구성요건적 효력이 문제되는 경우임

IV. 선결문제

1. 의의
2. 행정행위의 위법여부를 민사법원이 심사할 수 있는지 여부
 - (1) 문제점
 - (2) 학설 : 소극설, 적극설
 - (3) 판례

위법한 행정처분의 취소판결이 있어야만 그 행정처분의 위법임을 이유로 한 손해배상청구를 할 수 있는 것은 아니다(대판 1979.4.10., 79다262)라면서 적극설의 입장

(4) 검토

민사법원이 국가배상청구소송을 심리함은 그 처분의 효력을 부정하는 것이 아니라는 점, 그리고 소송경제와 개인의 권리보호의 관점에서 적극설이 타당

V. 사례의 해결

국가배상청구소송의 수소법원인 민사법원은 과징금부과처분이 당연무효가 아닌 한, 공정력에 의하여 행정행위의 적법성까지 추정되는 것은 아니므로, 처분의 효력을 부인하는 것이 아니면, 과징금부과처분의 위법 여부를 스스로 판단할 수 있음

A군의 군수(이하 'A군수')는 甲주식회사에게 중소기업창업 지원법 제33조 및 제35조에 따라 관할행정청과의 협의를 거쳐 산지전용허가 등이 의제되는 사업계획을 승인하였다. 산지전용허가가 의제되는 부지 인근에 거주하고 있는 주민乙은 해당 사업이 실시될 경우 산에서 내려오는 물의 흐름이 막혀 지반이 약한 부분에서 토사유출 및 산사태 위험이 있다며 해당 산지전용허가에 반대하고 있다. 관할행정청은 이후 산지관리법 제37조에 따라 재해위험지역 일제점검을 하던 중 甲의 시설공사에서 토사유출로 인한 산사태 위험을 확인하고, 甲에게 시설물철거 등 재해의 방지에 필요한 조치를 할 것을 명하였다. 다만, 甲에게 통지된 관할행정청의 처분서에는 甲이 충분히 알 수 있도록 처분의 사유와 근거가 구체적으로 명시되지는 않았다.

甲은 관할행정청의 조치명령을 이행하지 아니하여 산지관리법 위반으로 형사법원에 기소되었으나 해당 조치명령이 위법하므로 자신이 무죄라고 주장한다. 甲의 주장이 타당한지를 검토하시오. (25점)

• 2021 5급(행정) 공채

I. 논점

- 조치명령이 절차상 하자로 위법한지 여부(특히 이유제시의 하자)
- 형사법원의 선결문제 판단권

II. 절차상 하자

1. 절차상 하자 : 법령에서 행정처분을 위한 절차를 규정하는 경우에 그 규정을 준수하지 않으면 절차상 하자 있는 위법한 처분이 됨

2. 절차상 하자의 독자성 위법성

(1) 문제의 소재

절차상의 하자가 있다는 이유만으로 행정행위가 위법한 행위가 되어 무효 또는 취소가 되는가의 문제

(2) 학설 : 소극설, 적극설

(3) 판례

청문절차의 결여(대판 1992.2.11. 91누11575), 사전통지 또는 의견제출절차의 결여(대판 2004.5.28. 2004두1254) 등 절차위반을 위법사유로 인정함

3. 절차상 하자의 위법성의 정도

판례는 대부분 행정처분의 취소사유로 인정하나, 절차위반으로 인하여 그 절차가 지향하는 목적을 형해화할 정도의 하자가 있는 경우 중대하고 명백한 하자로서 무효로 보기도 함

4. 이유제시의 하자과 그 효과

과세표준과 세율, 세액, 세액산출근거 등의 필요한 사항을 납세자에게 서면으로 통지하도록 한 세법상의 제 규정들은 단순히 세무행정의 편의를 위한 훈시규정이 아니라 조세행정에 있어 자의를 배제하고 신중하고 합리적인 처분을 행하게 함으로써 공정을 기함과 동시에 납세의무자에게 부과처분의 내용을 상세히 알려서 불복여부의 결정과 불복신청에 편의를 제공하려는 데서 나온 강행규정으로서 납세고지서에 그와 같은 기재가 누락되면 그 과세처분 자체가 위법

한 처분이 되어 취소의 대상이 된다(대판 1985.5.28. 84누289).

5. 사례의 경우

절차상 하자는 독자적 위법사유가 되고, 위법성의 정도는 취소사유

Ⅲ. 형사법원의 선결문제 판단

1. 구성요건적 효력

2. 형사법원의 선결문제 판단권

(1) 문제의 소재

형사소송의 본안판단의 전제가 된 행정행위의 위법성이나 유효 여부를 형사법원이 스스로 판단할 수 있는가

(2) 학설과 판례

① 부정설(행정행위가 당연무효가 아닌 한 형사법원은 행정행위의 위법성을 판단할 수 없음),

② 긍정설(단순위법의 하자가 있지만 권한 있는 기관에 의하여 취소되기 전까지는 유효한 행정행위의 효력을 부인(취소)하지 않는 한, 그 위법성을 심리.판단할 수 있음- 판례)

3. 사례의 경우

형사법원이 산지관리법에 근거하여 형벌을 과하려면 조치명령이 적법한 것이라야 하는데, 형사법원은 조치명령이 위법함을 스스로 판단할 수 있고, 사안에서는 조치명령이 위법하므로 유죄판단할 수 없음

○ 657쪽 끝에 추가

법무법인 甲, 乙 및 丙은 2015. 3. 3. 정기세무조사의 대상이 되어 2014 사업연도의 법인세 신고 및 납부내역에 대한 세무조사를 받았다. 정기세무조사는 매년 무작위로 대상자를 추출하여 조사하는 것으로 세무조사로 인한 부담을 덜어주기 위하여 동일한 과세기간에 대해서는 원칙적으로 재조사를 금지하고 있다. 그러나 관할 세무서장은 甲, 乙 및 丙의 같은 세목 및 같은 과세기간에 대하여 재조사 결정 및 이에 따른 통지 후 2016. 5. 20. 재조사를 실시하면서, 재조사 이유에 대해 과거 위 각 법인에서 근무하던 직원들의 제보를 받아 법인세 탈루혐의를 입증할 자료가 확보되었기 때문이라고 밝혔다. 관할 세무서장은 재조사 결과 甲, 乙 및 丙의 법인세 탈루사실이 인정된다고 보아 甲과 乙에 대해서는 2017. 1. 10., 丙에 대해서는 2017. 11. 3. 증액경정된 조세부과처분을 각각 발령하였다. 한편, 甲, 乙 및 丙은 세무조사로서의 재조사에 대하여 제소기간 내에 취소소송을 제기하였다.

(1) 甲의 취소소송의 대상적격은 인정되는가? (15점)

(2) 甲은 연이은 세무조사로 인하여 법무법인으로서의 이미지가 실추되었다고 생각하고 국가배상청구소송을 제기하고자 한다. 위 1.에 의한 취소소송에서 甲의 소송상 청구가 인용되어 그 판결이 확정된 것을 전제로 할 때 국가배상청구소송에서의 위법성 인정 여부를 설명하시오. (20점)

(3) 丙은 위 조세부과처분에 따라 부과금액을 납부하였다. 丙이 재조사의 근거 조항에 대한 헌법재판소의 2017. 12. 29. 위헌결정 이후 이미 납부한 금액을 돌려받기 위하여 제기할 수 있는 소송에 관하여 논하시오. (단, 제소시점은 2018. 1. 4.로 하며, 국가배상청구소송과 헌법소송은 제외함) (25점)

• 2018 변호사시험

■ 문 (1)

I. 논점 : 세무재조사결정의 처분성

II. 처분의 개념

1. 행정소송법상의 처분
2. 처분개념에 관한 학설과 판례
3. 처분의 개념요소

III. 세무조사결정의 법적 성질

1. 세무조사의 의의
 - 국세의 과세표준과 세액을 결정 또는 경정하기 위하여 질문을 하거나 해당 장부·서류 또는 그 밖의 물건을 검사·조사하거나 그 제출을 명하는 활동(국세기본법 제2조 제1호)
 - 행정조사의 한 종류임
2. 세무조사결정의 처분성

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 위험마저 있으므로 조세공평의 원칙에 현저히 반하는 예외적인 경우를 제외하고는 금지될 필요가 있는 점, 납세의무자로 하여금 개개의 과태료 처분에 대하여 불복하거나 조사 종료 후의 과세처분에 대하여만 다룰 수 있도록 하는 것보다는 그에 앞서 세무조사결정에 대하여 다툼으로써 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있는 점 등을 종합하면, 세무조사결정은 납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 공권력의 행사에 따른 행정작용으로서 항고소송의 대상이 된다(대판 2011.3.10. 2009두23617,23624).

IV. 사례의 해결

■ 문 (2)

I. 논점 : 취소소송의 기판력이 후소인 국가배상소송에 미치는지 여부

II. 취소소송의 기판력과 국가배상청구소송

1. 취소소송에서의 위법성과 국가배상법상 위법성의 동일성 여부
2. 취소소송의 기판력이 후소인 국가배상소송에 미치는지 여부
 - (1) 학설 : 기판력부정설, 기판력긍정설, 제한적 긍정설
 - (2) 판례 : 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 그 기판력에 의하여 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없다(대판 2000.5.12. 99다70600). ☞ 기판력부정설의 입장이라는 견해가 있고, 기판력에 관한 판례의 입장이 분명하지 않다는 견해도 있음

III. 사례의 해결

- 제한적 긍정설의 입장 : 취소판결의 기판력이 국가배상청구소송에도 미치므로 국가배상청구소송에서의 위법성 인정
- 기판력부정설이나 판례의 입장에서는 인용판결이 있다고 해서 해당 처분이 '법령위반'에 해당한다고 단정할 수 없으므로 국가배상법상의 위법성을 별도로 검토해야 함

■ 문 (3)

I. 논점

- 위헌법령에 근거한 행정처분의 효력
- 항고소송, 당사자소송(공법상 부당이득반환청구소송과 선결문제 판단권)

II. 위헌법령에 근거한 행정처분의 효력

1. 문제점 : 행정처분 이후 그 처분의 근거가 된 법령이 위헌으로 결정되는 경우 무효인 법령에 근거한 처분의 효력

2. 판례

일반적으로 시행령이 헌법이나 법률에 위반된다는 사정은 그 시행령의 규정을 위헌 또는 위법하여 무효라고 선언한 대법원의 판결이 선고되지 아니한 상태에서는 그 시행령 규정의 위헌 내지 위법 여부가 해석상 다툼의 여지가 없을 정도로 명백하였다고 인정되지 아니하는 이상 객관적으로 명백한 것이라 할 수 없으므로, 이러한 시행령에 근거한 행정처분의 하자는 취소 사유에 해당(대판 2007.6.14. 2004두619)

3. 사안의 경우 : 취소사유

III. 항고소송의 제기

1. 취소소송 제기

(1) 취소소송의 제기요건

(2) 사례의 경우 : 丙의 청구가 인용되면, 취소판결의 기속력으로서 원상회복의무에 따라 관할 세무서장은 丙이 납부한 금액을 반환할 의무 발생

2. 무효확인소송 제기

(1) 무효확인소송의 제기요건

(2) 협의의 소익(확인익의 이익) : 무효확인소송의 보충성이 요건이 되지 아니함(대판 2008.3.20. 2007두6342)

(3) 취소소송과 무효확인소송의 관계 : 일반적으로 행정처분의 무효확인을 구하는 소에는 원고가 그 처분의 취소를 구하지 아니한다고 밝히지 아니한 이상 그 처분이 만약 당연무효가 아니라면 그 취소를 구하는 취지도 포함되어 있는 것으로 보아야 한다(대판 1994.12.23. 94누477). 따라서 법원은 취소소송으로 청구취지를 변경하도록 함

(4) 사례의 경우 : 취소소송으로 소 변경

IV. 당사자소송의 제기

1. 당사자소송의 의의

2. 공법상 당사자소송 : 공건설, 사권설(판례)

3. 선결문제 판단권

4. 사례의 경우

조세부과처분에는 취소사유가 존재하므로, 민사법원은 조세부과처분의 효력을 부인할 수 없음. 따라서 丙이 제기한 부당이득반환청구소송은 기각될 것임

○ 662쪽 끝에 다음의 2문제를 이어서 추가

PC방 영업을 하는 丙은 청소년 출입시간을 준수하지 않았다는 이유로 관할 시장으로부터 영업정지 1월의 처분을 받았다. 그런데 관할 시장은 이 처분을 하기 전에 丙에게 처분의 원인이 되는 사실과 의견제출의 방법 등에 관한 「행정절차법」상 사전통지를 하지 아니하였다. 이에 丙은 사전통지 없는 영업정지처분이 위법하다고 주장하며 영업정지명령에 불응하여 계속하여 영업을 하였고, 관할 시장은 「게임산업진흥에 관한 법률」상 영업정지명령위반을 이유로 丙을 고발하였다. 이 사건을 심리하는 형사 법원은 丙에 대해 유죄 판결을 할 수 있겠는가? (20점) • 2016 변호사시험

I. 논점 : 구성요건적 효력(또는 공정력)과 선결문제 판단권

II. 구성요건적 효력과 선결문제

1. 구성요건적 효력의 의의
2. 선결문제의 의의

III. 형사법원이 행정행위의 위법성을 판단할 수 있는지 여부

1. 문제점
2. 학설 : 부정설, 긍정설(다수설)
3. 판례
 - 선결문제로 처분이 효력이 있는지 여부가 문제되는 경우 : 처분이 취소되지 않은 한 그 효력을 부인할 수 없음[예: 무면허운전의 경우(대판 1982.6.8. 80도2646)]
 - 선결문제로 처분이 위법한지 여부가 문제되는 경우 : 형사법원은 처분의 위법 여부를 스스로 판단할 수 있음[예: 시설개선명령의 경우(대판 1986.1.28. 85도2489)]

IV. 사례의 해결

- 丙에 대한 영업정지명령은 불이익처분이고, 행정절차법 제21조의 사전통지의 예외사유에 해당하지 않다고 보이므로 사전통지를 하여야 함. 따라서 사전통지를 결여한 영업정지처분 명령은 절차상 하자가 있는 위법한 처분임
- 형사법원은 영업정지명령이 사전통지 절차를 결여한 위법한 처분임을 스스로 판단할 수 있음
- 영업정지명령은 위법하므로 영업정지명령 위반죄가 성립하지 않음. 따라서 형사법원은 유죄 판결을 할 수 없음

甲은 A시 시청 민원실 주차장 부지 일부와 그에 붙어 있는 A시 소유의 유희 토지 위에 창고건물을 건축하여 사용하고 있다. A시 소속 재산 관리 담당 공무원은 A시 공유재산에 대한 정기 실태조사를 하는 과정에서 甲이 사용하고 있는 주차장 부지 일부 및 유희 토지(이하 '이 사건 토지'라 한다)에 관하여 대부계약 등 어떠한 甲의 사용권원도 발견하지 못하자 甲이 이 사건 토지를 정당한 권원 없이 점유하고 있다고 판단하여 관리청인 A시 시장 乙에게 이러한 사실을 보고하였다. 이에 乙은 무단점유자인 甲에 대하여 「공유재산 및 물품 관리법」 제81조 제1항에 따라 변상금을 부과하였다. 甲이 이미 변상금을 납부하였으나, 乙의 변상금 부과 조치에 하자가 있어 변상금을 돌려받으려 한다. 甲은 어떠한 소송을 제기하여야 하는가? (25점) • 2016 사법시험 변형

I. 논점

- 부당이득반환청구권의 성질과 선결문제 판단권

○ 변상금부과처분무효확인소송의 가능성(협의를 소의)

II. 변상금부과 조치의 처분성

관리청이 공유재산 중 일반재산과 관련하여 사경제 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 사법상 계약인 대부계약을 체결한 후 그 이행을 구하는 것과 달리 관리청이 공권력의 주체로서 상대방의 의사를 묻지 않고 일방적으로 행하는 행정처분에 해당한다(대판 2013.1.24. 2012다79828).

II. 변상금부과처분의 하자가 취소사유인 경우

1. 변상금부과처분취소소송

乙은 확정판결에 기속되어 결과제거의무가 발생함으로써 甲에게 변상금을 반환해야 함

2. 부당이득반환청구소송

위에서 乙이 변상금을 반환하지 않으면 부당이득반환청구소송을 제기하여 반환받을 수 있음

3. 관련청구소송의 병합

III. 변상금부과처분이 무효인 경우

1. 부당이득반환청구권의 성질과 선결문제 판단권

(1) 문제의 소재

(2) 부당이득반환청구권의 성질 : 공권설, 사권설(판례)

(3) 민사사건의 선결문제 판단권 : 선결문제가 당연무효이면 민사법원은 선결문제가 무효임을 전제로 본안을 판단할 수 있다. 선결문제가 단순위법인 경우는 민사법원은 당해 행정행위의 구성요건적 효력으로 인해 그 선결문제의 효력을 부인하는 판단을 할 수 없다(대판 1972.10.10. 71다2279).

(4) 사례의 경우

민사법원은 변상금부과처분이 무효임을 전제로 판단할 수 있고, 甲은 이를 통하여 변상금을 반환받을 수 있음

2. 변상금부과처분무효확인소송의 가능성

(1) 문제의 소재 : 확인의 이익의 필요성

(2) 학설 : 긍정설(즉시확정이익설), 부정설(보충적 적용 부정설)

(3) 판례 : 무효확인소송의 보충성을 요구하지 아니함(대판 2008.3.20. 2007두6342)

(4) 사례의 경우

甲은 변상금부과처분무효확인소송을 제기할 수 있고, 인용판결을 받은 후 부당이득반환청구소송을 제기하여 변상금을 반환받을 수 있음

3. 관련청구의 병합

IV. 사례의 해결

○ 690쪽 끝에 추가

甲은 개발제한구역 내에 위치한 지역에서 폐기물 처리시설의 설치를 위하여 관할 시장 A에게 개발행위허가를 신청하였다. 위 처리시설의 예정지역에 거주하는 주민 乙은 위 처리시설이 설치되면 주거생활에 심각한 침해를 받는다고 생각하여, 시장 A에게 위 신청을 반려할 것과 주민들의 광범위한 의견을 수렴한 후 다시 허가절차를 밟게 하라고 요구하였다. 그러나 시장 A는 위 처리시설이 필요하고, 개발제한구역이 아닌 지역에 입지하기가 곤란

하다는 이유로 위 개발행위를 허가하였다. 다만 민원의 소지를 줄이기 위하여, 위 처리시설로 인하여 환경오염이 심각해질 경우 위 개발행위허가를 취소·변경할 수 있다는 내용의 부관을 붙였다. 그런데 위 처리시설이 가동된 지 얼마 지나지 않아 예상과 달리 폐기물 처리량이 대폭 증가하였다. 이에 주민 B은 위 처리시설로 인하여 평온한 주거생활을 도저히 영위하기 어렵다고 여겨, 시장 A에게 위 부관을 근거로 위 개발행위허가를 취소·변경하여 줄 것을 요구하였다. 그런데 시장 A는 이를 거부하였다.

(1) B이 위 개발행위허가가 행해지기 전에 고려할 수 있는 행정소송상의 수단을 검토하시오. (10점)

(2) 위 부관을 근거로 한 B의 요구에 대한 시장 A의 거부행위와 관련하여, B이 자신의 권익보호를 행정소송에서 실현할 수 있는지 검토하시오. (15점)

• 2013 사법시험 변형

■ 문 (1)

I. 논점 : 예방적 금지소송

II. 예방적 금지소송의 허용성

1. 의의

2. 견해의 대립 : 부정설, 긍정설

3. 판례의 태도

“행정소송법상 행정청이 일정한 처분을 하지 못하도록 그 부작위를 구하는 청구는 허용되지 않는 부적법한 소송이라 할 것이므로, 피고 국민건강보험공단은 이 사건 고시를 적용하여 요양급여비용을 결정하여서는 아니된다는 내용의 원고들(대한의사협회 등)의 위 피고에 대한 이 사건 청구는 부적법하다 할 것이다.”(대판 2006.5.25. 2003두11988)라거나 “건축건물의 준공 처분을 하여서는 아니된다는 내용의 부작위를 구하는 청구는 행정소송에서 허용되지 아니하는 것이므로 부적법하다.”(대판 1987.3.24. 86누182)라며 인정하지 아니함

4. 검토

III. 행정소송법 개정안 - 입법론

■ 문 (2)

I. 논점 : 행정소송을 통한 권리실현

II. 취소소송

1. 대상적격

(1) 거부처분 취소소송 대상적격 인정요건

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 조리상의 신청권이 있어야 한다고 할 것인바, 여기에서 '신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것'이라는 의미는 신청인의 실제상의 권리관계에 직접적인 변동을 일으키는 것은 물론 그렇지 않다 하더라도 신청인이 실제상의 권리자로서 권리를 행사함에 중대한 지장을 초래하는 것도 포함한다(대판 2002.11.22. 2000두9229).

(2) 법규상 또는 조리상 신청권의 존부

폐기물 처리량의 대폭 증가로 B이 평온한 주거생활을 도저히 영위하기 어려운 지경에 이르렀다는 점에서 재량권이 0으로 수축되었고, A의 행정권 발동을 요구할 행정개입청구권이 인정

됨. 따라서 乙에게는 개발행위허가의 취소·변경을 구할 조리상의 신청권 인정됨

2. 본안판단

- 폐기물처리시설의 계속적 운영의 공익에 비해 주거생활이 도저히 불가능할 정도의 침익을 받고 있는 乙의 사익이 보다 중대하다면 A시장은 유보된 철회권을 발동할 수 있음
- 그럼에도 불구하고 A시장이 철회권 행사를 거부하는 것은 재량권의 일탈·남용이 될 수 있음

Ⅲ. 사례의 해결

乙은 A시장의 거부처분에 대해 취소소송을 제기할 수 있음

- 끝 -