

2025년 공인노무사 2차 시험대비 「행정쟁송법 사례연습」 추록

- 2024년판 소지자용 -

2025년판 교재에 추가된 내용입니다.

2024년판에서 8개 문항을 삭제하고 2024년도 기출문제를 포함하여 9개 문항을 추가하였습니다(* 삭제된 문항은 여기에 언급하지 않음).

추가된 논제는 행정심판기관의 관할과 피청구인 적격, 당사자소송과 민사소송의 소변경, 집합금지명령 관련 대상적격 및 제소기간, 이의신청과 제소기간, 교도관 참여대상사 지정의 처분성과 소의 이익, 시간외근무수당과 육약휴직급여 관련 소송형태, 건축협회의 처분성, 입주변경계약 해지에 대한 쟁송, 보상금증감청구소송 등이 있습니다.

○ 59쪽 <연습 10> 앞에 추가

甲은 인터넷설치서비스업을 행하는 법인이다. 甲이 2024. 1. 22. 고객민원 및 직원 간의 불협화음 등을 이유로 甲 소속 근로자 A에게 정직 7개월의 징계처분을 하자, A는 2024. 1. 26. 관할 지방노동위원회에 구제신청을 하였다. 관할 지방노동위원회는 2024. 2. 27. 징계사유가 인정되고 징계양정이 과하다고 볼 수 없다는 이유로 A의 구제신청을 기각하였다. A는 2024. 3. 4. 관할 지방노동위원회의 판정에 불복하여 중앙노동위원회에게 재심을 신청하였다. 중앙노동위원회는 2024. 4. 30. 관할 지방노동위원회의 판정을 취소하고 A에게 행한 정직은 부당정직임을 인정하면서 甲에게 판정서를 송달받은 날부터 30일 이내에 A에 대한 정직을 취소하고 정직기간 중 받을 수 있었던 임금상당액을 지급하라고 구제명령(이하 '이 사건 구제명령'이라 한다)을 하였다. 한편, 중앙노동위원회는 2024. 6. 26. 甲이 이행기한까지 이 사건 구제명령을 이행하지 않았다는 이유로 이행강제금을 부과할 것임을 예고하였다. 이후 중앙노동위원회는 2024. 8. 7. 甲에게 '구제명령 완전 불이행'의 이유로 250만원의 이행강제금 부과처분(이하 '이 사건 부과처분'이라 한다)을 하였다. 한편, 甲은 2024. 8. 5. 인사위원회를 개최하여 A에 대한 정직 취소를 의결한 바 있다. 甲은 이 사건 부과처분 문서를 2024. 8. 9. 송달받았다. 甲은 이 사건 부과처분의 위법을 이유로 취소심판을 청구하려고 한다. 이 경우 행정심판기관의 관할과 피청구인 적격에 관하여 검토하시오. (25점)

<공인노무사 2024>

1. 행정심판기관의 관할

1. 문제의 소재

노동관계법상의 처분에 대한 행정심판에 관하여 특별한 규정이 없는 경우에는 행정심판법에 따라 행정심판을 제기한다. 사안에서 중앙노동위원회의 이행강제금부과처분의 법적 성질, 중앙노동위원회의 법적 지위를 살펴보고 정당한 관할 있는 행정심판위원회가 어디인지 검토한다.

2. 행정심판위원회의 유형

행정심판법 제6조는 일반행정심판위원회의 유형으로 ① 독립기관 등 소속 행정심판위원회, ② 중앙행정심판위원회, ③ 시·도행정심판위원회, ④ 직군 상급행정기관 소속 행정심판위원회를 규정하고 있다.

이 가운데 위 ①의 경우를 제외한 국가행정기관의 장 또는 그 소속 행정청이 한 처분 또는 부작위

에 대한 심판청구에 대하여는 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」에 따른 국민권익위원회에 두는 중앙행정심판위원회에서 심리·재결한다(행정심판법 제6조 제2항).

3. 중앙노동위원회가 이행강제금부과처분을 한 경우

(1) 이행강제금부과처분의 법적 성질

노동위원회는 구제명령을 받은 후 이행기한까지 구제명령을 이행하지 아니한 사용자에게 3천만원 이하의 이행강제금을 부과한다(근로기준법 제33조 제1항).

"처분"이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부, 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말하는데(행정심판법 제2조 제1항), 판례는 "행정처분이란 행정청의 공법상 행위로서 특정 사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등으로 일반 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위"¹⁾라고 한다.

노동위원회의 이행강제금부과처분은 금전납부의무를 명하는 행정행위(하명)으로서 행정처분에 해당한다.

(2) 관할 행정심판위원회

중앙노동위원회는 지방노동위원회에 더불어 고용노동부장관 소속으로 둔다(노동위원회법 제2조 제2항). 즉 중앙노동위원회는 국가행정기관장에 소속된 합의제 행정청이다(노동위원회법 제6조, 제15조).

따라서 중앙노동위원회가 한 이행강제금부과처분에 대한 행정심판은 중앙행정심판위원회에서 심리·재결한다.

4. 사안의 해결

사안의 2024. 8. 7.자 중앙노동위원회의 이행강제금부과처분에 대하여 관할 있는 행정심판기관은 중앙행정심판위원회이다.

II. 피청구인 적격

1. 문제의 소재

취소심판의 피청구인은 처분청이다. 중앙노동위원회가 이행강제금부과처분을 한 경우 피청구인이 중앙노동위원회인지 중앙노동위원회 위원장인지 문제된다.

2. 처분청의 의미

취소심판은 처분을 한 행정청을 피청구인으로 하여 청구하여야 한다(행정심판법 제17조 제1항). 이때 처분을 한 행정청이란 행정에 관한 의사를 결정하여 표시하는 행정청으로서 단독기관과 합의제기관을 포함한다.

3. 이행강제금 부과처분 취소심판의 피청구인 적격

행정소송법은 법률이 달리 정하고 있으면 그에 따르는 경우가 있으나(예: 노동위원회법 제27조는 중앙노동위원회의 처분에 대한 소는 중앙노동위원장을 피고로 한다고 규정), 행정심판법은 그러한 예외를 두고 있지 아니하므로 법 제17조에 따라 처분을 행한 행정청에 피청구인 적격이 있다.

1) 대판 2008.5.29. 2007두23873

사안의 이행강제금 부과처분은 중앙노동위원회라는 합의제 행정청 자체가 피청구인이 된다.

4. 사안의 해결

사안의 2024. 8. 7.자 중앙노동위원회의 이행강제금부과처분에 대하여 피청구인 적격은 중앙노동위원회이다.

○ 82쪽 아래에 추가

<보충문제>

A도 B시에 위치한 X산과 Y호수 일대는 수려한 자연경관을 자랑하고 있어 많은 사람들이 방문하는 명소이다. 甲은 X산과 Y호수의 자연경관을 누릴 목적으로 그 인근으로 최근 이주한 주민으로서 이 일대를 공원으로 조성할 것을 내용으로 하는 도시관리계획의 입안을, 乙은 사업자로서 관광사업 진흥을 위하여 이 일대에 궤도시설을 설치할 것을 내용으로 하는 도시관리계획의 입안을 각각 B시장에게 제안하였다. B시장은 甲의 제안을 거부한다는 통보를 하는 한편, 乙의 제안대로 도시관리계획을 입안하여 그 결정을 A도지사에게 신청하였고 A도지사도 이를 그대로 받아들여 도시관리계획을 결정하였다. 그 후 乙과 丙이 관련 법령에 따라 X산과 Y호수 일대의 동일 구간을 운행하는 궤도사업허가를 신청하였는데, B시장은 乙이 약 6개월 전에 다른 지역에서 궤도사업을 운영하던 중 궤도사업허가가 취소되었음을 확인하고, 乙이 아닌 丙에게 궤도사업허가를 하였다. (각 문항은 상호 독립적임)

- (1) 甲이 도시관리계획 입안 제안에 대한 B시장의 거부처분의 취소를 구하는 행정심판을 청구하였고, 이익형량의 하자가 있어 위법하다고 판단하여 취소하는 인용재결이 내려졌다. 이에 따라 B시장이 甲의 제안대로 도시관리계획을 입안하여야 하는지 검토하시오. (20점)
- (2) 乙이 丙에 대한 궤도사업허가의 취소를 구하는 행정소송을 제기할 수 있는지 검토하시오. (15점)

「궤도운송법」

제6조(결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 궤도사업의 허가 또는 전용궤도의 승인을 받을 수 없다.

- 1. 피성년후견인 또는 피한정후견인
- 2. 파산선고를 받고 복권되지 아니한 사람
- 3. 이 법에 따라 궤도사업의 허가 또는 전용궤도의 승인이 취소된 후 2년이 지나지 아니한 사람

• 2024 5급(행정)공채

■ 문 (1)

I. 논점 : 행정심판법상 기속력과 재처분의무

II. 행정계획과 계획재량

- 행정계획은 ‘행정’에 관한 전문적·기술적 판단을 기초로 하여 특정한 행정목표를 달성하기 위하여 서로 관련되는 행정수단을 종합·조정함으로써 장래의 일정한 시점에 있어서 일정한 질서를 형성하기 위하여 설정된 활동기준이다(대판 2007.4.12. 2005두1893).
- 도시관리계획결정은 계획재량을 가지나, 계획을 수립함에 있어서 관련된 이익을 정당하게 형량하여야 함(형량명령)

III. B시장이 甲의 제안대로 도시관리계획을 입안하여야 하는지 여부

1. 기속력 : 의의, 내용, 범위

2. 사안의 경우

- 주민 등의 도시관리계획 입안 제안을 거부한 처분을 이익형량에 하자가 있어 위법하다고 판단하여 취소하는 판결이 확정되었더라도 행정청에 그 입안 제안을 그대로 수용하는 내용

의 도시관리계획을 수립할 의무가 있다고는 볼 수 없고, 행정청이 다시 새로운 이익형량을 하여 적극적으로 도시관리계획을 수립하였다면 취소판결의 기속력에 따른 재처분의무를 이행한 것이라고 보아야 한다(대판 2020.6.25. 2019두57404).

- 도시관리계획결정에는 계획재량이 인정되므로 B시장은 甲의 제안을 그대로 수용하는 도시관리계획을 입안할 필요는 없고 이익형량의 하자를 보완하여 다시 甲의 제안을 거부하더라도 인용재결의 기속력에 반하지 아니함

Ⅲ. 사안의 해결

B시장은 甲의 제안대로 도시관리계획을 다시 입안하여야 하는 것은 아님

■ 문 (2)

I. 논점 : 원고적격

II. 행정소송법상 원고적격

1. 의의

2. 법률상 이익의 의미

3. 경원자소송의 경우

- 인.허가 등의 수익적 행정처분을 신청한 수인이 서로 경쟁관계에 있어서 일방에 대한 허가 등의 처분이 타방에 대한 불허가 등으로 귀결될 수밖에 없는 때 허가 등의 처분을 받지 못한 자는 비록 경원자에 대하여 이루어진 허가 등 처분의 상대방이 아니라 하더라도 당해 처분의 취소를 구할 당사자적격이 있다(대판 1992.5.8. 91누13274).

4. 사안의 경우

- 乙과 丙은 X산과 Y호수 일대의 동일 구간을 운행하는 궤도사업허가를 신청한 경원자 관계에 있으므로, 乙은 원고적격이 인정됨

III. 협의의 소의 이익

1. 의의

2. 협의의 소의 이익의 판단기준

3. 경원자소송의 경우

경원자 관계에 있을지라도, 명백한 법적 장애로 인하여 원고 자신의 신청이 인용될 가능성이 처음부터 배제되어 있는 경우에는 당해 처분의 취소를 구할 정당한 이익이 없다(대판 2009.12.10. 2009두8359).

4. 사안의 경우

乙은 약 6개월 전에 다른 지역에서 궤도사업을 운영하던 중 궤도사업허가가 취소된 사실이 있으므로, 丙에 대한 궤도사업허가의 취소를 구하는 소송에서 인용판결을 받더라도 명백한 법적 장애로 인하여 신청이 인용될 가능성이 처음부터 배제되어 있는 경우에 해당함

IV.사안의 해결

乙은 소의 이익이 인정되지 않아 행정소송을 제기할 수 없음

- 153쪽의 보충문제를 <보충문제 1>로 하고 그 다음에 추가

<보충문제 2>

甲은 A도 B군에 있는 자기 소유 임야(이하 '이 사건 사업부지'라 한다)에 태양광 발전시설을 설치하기 위하여 B군수에게 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(이하 '국토계획법'이라 한다)에 따른 개발행위(토지형질변경)허가를 신청하였다. 이 사건 사업부지는 B군을 지나는 고속국도(왕복 2차로 이상의 포장된 도로임)로부터 100m 이내에 입지하고 있다.

국토교통부장관이 정한 「개발행위허가 운영지침」(국토교통부 훈령)은 “허가권자가 국토계획법령 및 이 지침에서 정한 범위 안에서 별도의 지침을 마련하여 개발행위허가제를 운영할 수 있고, 개발행위허가기준을 적용함에 있어 지역 특성을 감안하여 지방도시계획위원회의 자문을 거쳐 높이.거리.배치.범위 등에 관한 구체적인 기준을 정할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이에 따라 B군수가 정한 「B군 개발행위허가 운영지침」(B군 예규)에는 태양광 발전시설의 세부허가기준으로 “왕복 2차로 이상의 포장된 도로로부터 100m 이내에 입지하지 아니할 것”을 규정하고 있다.

B군수는 “1. 토지형질변경을 허가할 경우 주변 환경이나 경관과 조화를 이루지 못하기 때문에 개발행위허가기준을 충족하지 못한다(이하 '제1거부사유'라 한다).”, “2. 이 사건 사업부지가 왕복 2차로 이상의 포장된 도로로부터 100m 이내에 입지하여 「B군 개발행위허가 운영지침」에 저촉된다(이하 '제2거부사유'라 한다).”라는 이유로 거부처분(이하 '이 사건 거부처분'이라 한다)을 하였다. 이에 甲은 이 사건 거부처분을 다투는 취소소송(이하 '이 사건 소송'이라 한다)을 제기하였다.

- (1) 이 사건 거부처분의 제1거부사유에 대한 법원의 사법심사 방식과 그 한계에 관하여 설명하시오. (20점)
 (2) 이 사건 거부처분의 제2거부사유의 당부에 관하여 검토하시오. (20점)

「국토 계획 및 이용에 관한 법률」

제58조(개발행위허가의 기준) ① 특별시장.광역시장.특별자치시장.특별자치도지사.시장 또는 군수는 개발행위허가의 신청 내용이 다음 각 호의 기준에 맞는 경우에만 개발행위허가 또는 변경허가를 하여야 한다.

4. 주변지역의 토지이용실태 또는 토지이용계획, 건축물의 높이, 토지의 경사도, 수목의 상태, 물의 배수, 하천.호소.습지의 배수 등 주변환경이나 경관과 조화를 이룰 것

③ 제1항에 따라 허가할 수 있는 경우 그 허가의 기준은 지역의 특성, 지역의 개발상황, 기반시설의 현황 등을 고려하여 대통령령으로 정한다.

「국토 계획 및 이용에 관한 법률 시행령」

제56조(개발행위허가의 기준) ① 법 제58조 제3항에 따른 개발행위허가의 기준은 별표 1의2와 같다. ※ <별표 1의2> 생략

④ 국토교통부장관은 제1항의 개발행위허가기준에 대한 세부적인 검토기준을정할 수 있다.

• 2024 변호사시험

■ 문 (1)

I. 논점 : 재량행위와 그 한계

II. 재량행위

1. 의의

2. 개발행위허가의 법적 성질

국토계획법 제58조 제1항 제4호의 개발행위허가의 기준은 '주변환경이나 경관과 조화를 이룰 것'이라는 불확정개념으로 규정되어 있어 그 요건에 해당하는지 여부는 행정청의 재량의 영역임

Ⅲ. 법원의 사법심사 방식과 한계

개발행위허가는 허가기준 및 금지요건이 불확정개념으로 규정된 부분이 많아 그 요건에 해당하는지 여부는 행정청의 재량판단의 영역에 속한다. 그러므로 그에 대한 사법심사는 행정청의 공익판단에 관한 재량의 여지를 감안하여 원칙적으로 재량권의 일탈이나 남용이 있는지 여부만을 대상으로 하고, 사실오인과 비례·평등의 원칙 위반 여부 등이 그 판단 기준이 된다(대판 2017.3.15. 2016두55490).

Ⅳ. 사례의 해결

행정청의 재량행위가 형평이나 비례의 원칙에 뚜렷하게 배치되는 등의 사정이 없는 한 폭넓게 존중될 필요가 있음

■ 문 (2)

I. 논점 : 재량권의 일탈·남용 여부

Ⅱ. 제2거부사유의 당부

1. B군 개발행위허가 운영지침의 법적 성질

관계 법령과 구 개발행위허가 운영지침의 범위 안에서 개발행위 허가권자인 피고가 개발행위 허가제를 운영하기 위하여 각 지방자치단체의 특성에 맞도록 별도로 마련한 개발행위 허가에 관한 세부적인 검토기준으로, 그 형식 및 내용에 비추어 피고 내부의 사무처리준칙 또는 재량준칙에 불과하므로 일반 국민이나 법원을 구속하는 대외적 구속력은 없다(대판 2020.8.27. 2019두60776).

2. 행정규칙에 근거한 처분의 위법성 판단기준

처분이 행정규칙을 위반하였다고 해서 그러한 사정만으로 곧바로 위법하게 되는 것은 아니고, 처분이 행정규칙을 따른 것이라고 해서 적법성이 보장되는 것도 아니다. 처분이 적법한지는 행정규칙에 적합한지 여부가 아니라 헌법과 법률, 대외적으로 구속력 있는 법령의 규정과 입법 목적, 비례·평등원칙과 같은 법의 일반원칙에 적합한지 여부에 따라 판단해야 한다(대판 2020.8.27. 2019두60776).

3. 사안의 경우

甲의 사업계획에 따라 개발행위를 할 경우에 산림 훼손, 주변 경관 저해, 교통 지장 등이 실제 발생할 우려가 있다고 인정된다면 거부사유는 타당함

Ⅲ. 사례의 해결

○ 172쪽 아래에 추가

<보충문제 3>

甲은 30년간의 공직생활을 마치고 정년퇴직을 한 뒤, 노후자금 및 대출금을 모아 A시에서 「공중위생관리법」에 의한 목욕장업을 시작하였다. 甲은 영업을 시작한 지 며칠 되지 않아 야간에 음주로 의심되는 손님 丙을 입장시켰는데 丙은 목욕장 내 발한실에서 심장마비로 사망하였다. 丙은 입장 당시 약간의 술 냄새를 풍기기는 하였으나 입장료를 지불하고 목욕 용품을 구입하였으며 입장 과정에서도 정상적으로 보행을 하고 거스름돈을 확인하는 등 우려할 만한 특별한 문제점을 보이지 않았다. 丙은 무연고자로 판명되었으며, 부검 결과 사망 당일 소주 1병 상당의 음주를 한 것으로 확인되었다.

丙이 甲의 목욕장에서 사망한 사고가 다수의 언론에 보도되자 A시장은 甲에게 「공중위생관리법」 제4조 제1항, 제7항 및 같은 법 시행규칙 제7조 [별표 4] 제2호 라목의 (1) (다) 위반을 이유로, 같은 법 제11조 제1항 및 같은 법 시행규칙 제19조 [별표 7] II. 제2호 라목의 라)에서 정하는 기준(이하 '이 사건 규정들'이라 한다)에 따라 2021. 1. 11. 영업정지 1월(2021. 1. 18. ~ 2021. 2. 16.)의 제재처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였고, 같은 날 甲은 이를 통지받았다. 甲은 음주로 의심되는 丙을 입장시킨 점은 인정하나, 丙이 같은 법 시행규칙 제7조 [별표 4]의 '음주 등으로 목욕장의 정상적인 이용이 곤란하다고 인정되는 사람'으로 보이지는 않아 입장을 허용한 것이므로 이 사건 처분은 위법·부당하다고 생각한다. 이와 관련하여 아래 각 질문에 답하시오(단, 아래 각 문제는 독립적임).

- (1) 甲은 이 사건 처분에 대한 취소소송을 제기하면서 그 효력정지신청을 하여 수소법원으로부터 이 사건의 제1심 본안판결 선고 시까지 이 사건 처분의 효력을 정지한다는 결정을 2021. 1. 15. 받았다. 이후 2022. 1. 18. 승소판결이 선고되어 A시장이 이에 불복, 항소하였으나 추가로 이 사건 처분의 집행이나 효력이 정지된 바 없다. 2022. 2. 24. 현재 기준 소송이 계속 중이다. 甲은 취소소송을 계속할 수 있는가? (15점)
- (2) 甲은 이 사건 처분으로 인해 영업손실이 심대하여 대출금 및 이자 상환, 종업원 및 가족의 생계에 큰 지장을 겪고 있어 국가배상청구소송을 제기하고자 한다. 甲이 제기한 취소소송에서 인용판결이 확정된 후 甲이 국가배상청구소송을 제기한 경우 수소법원은 국가배상법상 '법령에 위반하여'에 대해 취소소송의 수소법원에서 판단한 위법성과 다른 판단을 내릴 수 있는가? 만약 甲이 취소소송과 국가배상청구소송을 동시에 제기하였는데 국가배상청구소송에서 인용판결이 먼저 나왔을 경우 취소소송의 수소법원은 이 사건 처분의 위법성에 대하여 국가배상청구소송의 수소법원과 다른 판단을 내릴 수 있는가? (25점)

「공중위생관리법 시행규칙」

[별표 4] 공중위생업자가 준수하여야 하는 위생관리기준 등

2. 목욕장업자

라. 그 밖의 준수사항

(1) 다음에 해당되는 자를 출입시켜서는 아니된다.

(다) 음주 등으로 목욕장의 정상적인 이용이 곤란하다고 인정되는 사람

[별표 7] 행정처분기준

2. 목욕장업

위반행위	행정처분기준
------	--------

	1차 위반	2차 위반	3차 위반	4차 이상 위반
라. 법 제4조에 따른 공중위생영업자의 위생관리의무등을 지키지 않은 경우				
라) 음주 등으로 목욕장의 정상적인 이용이 곤란하다고 인정되는 사람을 출입시킨 경우	경고 또는 개선명령	영업정지 5일	영업정지 10일	영업장 폐쇄명령

• 2023 변호사시험

■ 문 (1)

I. 논점 : 협의의 소의 이익

II. 행정소송법 제12조 2문의 ‘법률상 이익’의 의미

III. 가중적 제재처분과 소의 이익

1. 「공중위생관리법 시행규칙」상 행정제재규정의 법적 성질 : 행정규칙

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).

IV. 사례의 해결

甲은 가중처분을 받을 위험과 불안한 법적 지위를 해소하고자 종전에 효력이 소멸된 영업정지 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정되므로 취소소송을 계속할 수 있음

■ 문 (2)

I. 논점

① 취소소송의 기판력, ② 국가배상청구소송의 기판력

II. 취소소송의 기판력과 국가배상청구소송

1. 학설 : 기판력 긍정설, 기판력 부정설, 제한적 긍정설

2. 검토

법질서의 일체성, 분쟁의 일회적 해결 측면에서 기판력 긍정설을 취하면, 국가배상청구소송의 수소법원은 취소소송의 수소법원에서 판단한 위법성과 같은 판단을 내려야 함

III. 국가배상청구소송의 기판력과 취소소송

- 기판력은 판결주문에 나타난 판단(즉, 소송물에 대한 판단)에만 미침(통설, 판례)
- 국가배상청구소송의 소송물은 국가배상청구권의 존부이고 위법성 판단은 판결이유에서 제시된 그 전제가 되는 판단에 불과하므로 기판력이 미치지 아니함

IV. 사례의 해결

취소소송에서 인용판결이 확정된 후 甲이 국가배상청구소송을 제기한 경우 수소법원은 취소소송의 수소법원에서 판단한 위법성과 같은 판단을 내려야 하며, 국가배상청구소송의 기판력은 취소소송에 미치지 아니하므로 다른 판단이 가능함

○ 250쪽 아래에 추가

<보충문제>

국회는 연금 재정의 건전성 확보를 위하여 2019. 10. 4. 「공무원연금법」 일부개정법률안 (이하 '개정 법률안'이라 한다)을 의결하였다. 개정 법률안에는 퇴직연금수급자가 선출직 지방공무원에 취임한 경우 그 재직기간 동안 퇴직연금 전부의 지급을 정지하는 규정과 이 법 시행 전에 급여의 사유가 발생한 사람에 대하여도 이를 적용하도록 하는 부칙 조항이 포함되어 있다. 대통령 甲은 개정 법률안이 자신의 정책과 반대된다는 이유로 2019. 10. 15. 국회에 법률안 재의를 요구하였다. 국회는 2019. 10. 30. 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2의 찬성으로 개정 법률안을 재의결하였다. 「공무원연금법」상 퇴직연금수급자였던 乙과 丙은 2018. 6. 전국동시지방선거에서 각각 지방의회의원으로 당선되어, 2018. 7. 취임하였다. 공무원연금공단은 2020. 1. 20. 乙과 丙에게 개정된 법률에 따라 퇴직연금지급정지대상자가 되었다는 사실을 통보하여 연금지급 거부사를 표시하였다. 乙은 2020. 3. 30. 공무원연금공단을 상대로 퇴직연금지급거부에 대하여 취소소송(이하 '이 사건 취소소송'이라 한다)을 관할 법원에 제기하였다.

乙이 제기한 이 사건 취소소송의 대상적격을 검토하시오. (15점)

「공무원연금법」

제47조(퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 지급정지) ① 퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 수급자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 재직기간 중 해당 연금 전부의 지급을 정지한다.

2. 선거에 의한 선출직 지방공무원에 취임한 경우

부칙

제1조(시행일) 이 법은 2020. 1. 1.부터 시행한다.

제2조(급여지급에 관한 경과조치) ① 이 법 시행 전에 지급사유가 발생한 급여의 지급은 종전의 규정에 따른다. 다만, 제47조의 개정규정은 이 법 시행 전에 급여의 사유가 발생한 사람에 대하여도 적용한다.

• 2024 변호사시험

I. 논점 : 퇴직연금지급정지대상자 통보의 처분성

II. 취소소송의 대상적격

1. 의의

행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용 및 행정심판에 대한 재결(행정소송법 제2조 제1항)

2. 판례

공무원연금관리공단의 지급정지처분 여부에 관계없이 개정된 구 공무원연금법시행규칙이 시행된 때로부터 그 법 규정에 의하여 당연히 퇴직연금 중 일부 금액의 지급이 정지되는 것이므로, 공무원연금관리공단이 위와 같은 법령의 개정사실과 퇴직연금 수급자가 퇴직연금 중 일부 금액의 지급정지대상자가 되었다는 사실을 통보한 것은 단지 위와 같이 법령에서 정한 사유의 발생으로 퇴직연금 중 일부 금액의 지급이 정지된다는 점을 알려주는 관념의 통지에 불과하고, 그로 인하여 비로소 지급이 정지되는 것은 아니므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수 없다(대판 2004.7.8. 2004두244).

3. 사안의 경우

III. 사례의 해결

퇴직연금지급거부는 처분에 해당하지 않아 취소소송의 대상적격이 인정되지 아니함

○ 280쪽 <연습 59> 앞에 추가

도시재개발사업조합 A는 환지처분 이후 2024. 5. 17. 도시개발구역의 토지 소유자 甲을 상대로 정당한 청산금(35억원)을 초과하는 청산금 교부채무의 부존재 확인을 구하는 소를 제기하였다. 제1심 계속 중 A는 甲에게 청산금 명목으로 합계 39억원을 지급하였고, 환지처분에 포함된 청산금 교부처분을 직권취소하였다. A는 항소심 계속 중이던 2025. 4. 6. 기존의 청구취지를, 자신이 초과 지급한 4억원(= A가 제1심 계속 중 甲에게 지급한 합계 39억원 - A가 정당한 청산금이라고 주장하는 35억원) 및 이에 대한 지연이자의 지급을 구하는 것으로 변경하겠다는 청구취지 및 청구원인 변경신청서를 제출하였다. 한편, 도시개발법에는 사업시행자가 환지처분과 청산금부과처분을 거쳐 임의로 지급한 청산금의 반환을 구할 수 있는 근거는 마련되어 있지 않다.

법원은 A의 소변경 신청을 허가하여야 하는가?

[참고조문]

도시개발법 제41조(청산금) ① 환지를 정하거나 그 대상에서 제외한 경우 그 과부족분은 종전의 토지 및 환지의 위치·지목·면적·토질·수리·이용 상황·환경, 그 밖의 사항을 종합적으로 고려하여 금전으로 청산하여야 한다.

② 제1항에 따른 청산금은 환지처분을 하는 때에 결정하여야 한다.

I. 쟁점의 정리

A가 청구취지 및 청구원인 변경신청서를 제출하기 전의 소송과 이후 소송의 성질이 문제된다. 이를 각각 공법상 당사자소송과 민사소송으로 볼 경우 행정소송법의 명문 규정이 없음에도 이러한 소변경이 허용되는지 문제된다.

II. 소송의 성격

1. 청산금 교부채무 부존재 확인의 소

A가 도시개발사업의 시행자로서 도시개발법에 따라 환지처분과 청산금 부과처분을 하였으나, 甲에게 지급할 청산금의 범위에 관하여 다툼이 있다는 이유로, 甲을 상대로 교부청산금 채무 일부의 부존재 확인을 구하는 것이다. 따라서 이는 사업시행자인 A의 청산금 부과처분에 의하여 형성된 법률관계에 기한 청구로서, 행정소송법 제3조 제2호에서 정한 당사자소송인 행정소송에 해당한다.

2. 청구취지를 변경한 이후의 소

환지처분을 거쳐 지급이 완료된 돈의 반환을 구하는 것은 민사적인 관계에서의 부당이득 반환의 성질을 가질 뿐이고, 사업시행자가 환지처분에 포함된 청산금 교부처분을 직권취소하였다고 하더라도, 반환을 구하는 법률관계는 여전히 부당이득으로서의 과오납금 반환에 관한 민사적 법률관계에 불과하다. 특히도시개발법에는 사업시행자가 환지처분과 청산금부과처분을 거쳐 임의로 지급한 청산금의 반환을 구할 수 있는 근거도 없다.

따라서 이 소송은 민사소송이다.

III. 공법상 당사자소송에서 민사소송으로의 소 변경

1. 문제점

공법상 당사자소송의 소 변경에 관하여 행정소송법은, 공법상 당사자소송을 항고소송으로 변경하는 경우(행정소송법 제42조, 제21조) 또는 처분변경으로 인하여 소를 변경하는 경우(행정소송법 제44조 제1항, 제22조)에 관하여만 규정하고 있을 뿐, 공법상 당사자소송을 민사소송으로 변경할 수 있는지에 관하여 명문의 규정을 두고 있지 않다. 따라서 이러한 소변경이 허용되는지 문제된다.

2. 허용되지 않는다는 견해

사안과 같은 청구취지 변경신청은, 기존의 당사자소송인 행정소송 절차를 부당이득반환청구의 민사소송 절차로 변경하겠다는 소변경 내지 청구변경 신청에 해당하고, 위와 같은 행정소송과 민사소송 사이의 소변경 내지 청구변경은, 청구의 기초에 변경이 있는 경우로서 행정소송법 제21조 제1항에 비추어 허용될 수 없다는 주장이 있다.²⁾

이에 따르면 A는 초과지급된 청산금에 관한 부당이득반환청구를 민사소송으로 제기할 수 있다.

3. 대법원 판례

대법원은 다음과 같은 이유로 공법상 당사자소송에 대하여도 그 청구의 기초가 바뀌지 아니하는 한도 안에서 민사소송으로 소 변경이 가능하다고 해석하는 것이 타당하다고 한다.³⁾

- (1) 행정소송법 제8조 제2항은 행정소송에 관하여 민사소송법을 준용하도록 하고 있으므로, 행정소송의 성질에 비추어 적절하지 않다고 인정되는 경우가 아닌 이상 공법상 당사자소송의 경우도 민사소송법 제262조에 따라 그 청구의 기초가 바뀌지 아니하는 한도 안에서 변론을 종결할 때까지 청구의 취지를 변경할 수 있다.
- (2) 대법원은 여러 차례에 걸쳐 행정소송법상 항고소송으로 제기하여야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기한 경우 수소법원으로서 원고로 하여금 항고소송으로 소 변경을 하도록 석명권을 행사하여 행정소송법이 정하는 절차에 따라 심리·판단하여야 한다고 판시하여 왔다.⁴⁾ 이처럼 민사소송에서 항고소송으로의 소 변경이 허용되는 이상, 공법상 당사자소송과 민사소송이 서로 다른 소송절차에 해당한다는 이유만으로 청구기초의 동일성이 없다고 해석하여 양자 간의 소 변경을 허용하지 않을 이유가 없다.
- (3) 일반 국민으로서 공법상 당사자소송의 대상과 민사소송의 대상을 구분하는 것이 쉽지 않고 소송 진행 도중의 사정변경 등으로 인해 공법상 당사자소송으로 제기된 소를 민사소송으로 변경할 필요가 발생하는 경우도 있다. 소 변경 필요성이 인정됨에도, 단지 소 변경에 따라 소송절차가 달라진다는 이유만으로 이미 제기한 소를 취하하고 새로 민사상의 소를 제기하도록 하는 것은 당사자의 권리 구제나 소송경제의 측면에서도 바람직하지 않다.

4. 검토

공법상 당사자소송의 대상과 민사소송의 대상이 명확하게 구분되지 않는 경우가 많고, 당사자의 권리 구제나 소송경제의 측면에서 판례의 입장이 타당하다. 따라서 청구의 기초가 바뀌지 아니하는 한 공법상 당사자소송을 민사소송으로 소 변경을 허용함이 바람직하다.

2) 대판 2023.6.29. 2022두44262의 하급심 결정

3) 대판 2023.6.29. 2022두44262

4) 대판 2020.1.16. 2019다264700

IV. 문제의 해결

도시개발법 제41조에서 정한 청산금 채무가 35억원을 초과하여 존재하지 않는다는 확인을 구하는 A의 기존 청구취지와 위 35억원을 초과하여 지급된 청산금이 부당이득이라는 이유로 그 반환을 구하는 청구취지는 모두 도시개발법 제41조에 따른 청산금채무가 35억원 동일한 주장을 전제로 하고 있어 그 청구기초의 동일성이 있다.

따라서 A의 2025. 4. 6.자 청구취지 및 청구원인 변경신청은 허가되어야 한다.

○ 282쪽 아래에 추가

<보충문제>

변호사 甲과 국회의원 乙은 전동킥보드 동호회 회원들이다. 甲과 乙은 동호회 모임에 참석하였다가 만취한 상태로 각자 전동킥보드를 타고 가던 중, 횡단보도를 건너던 보행자를 순차적으로 치어 크게 다치게 한 후 도주하였다. 甲과 乙은 각각 「도로교통법」에 따른 운전면허 취소처분을 받음과 아울러 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(도주치상)죄로 공소제기되었다.

법무부장관은 甲에 대하여 위 공소제기를 이유로 「변호사법」 제102조 제1항 본문 및 제2항(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)에 의거하여 업무정지명령을 하였다. 甲은 업무정지명령에 대하여 취소소송을 제기하면서 그 근거조항인 이 사건 법률조항의 위헌성을 다투고 있다.

(1) 乙은 운전면허 취소처분에 대하여 그 취소를 구하는 행정심판을 적법하게 제기하였으나 기각재결을 받고 이어서 취소소송을 제기하였다. 한편 甲은 「도로교통법」 제142조에도 불구하고 자신에 대한 운전면허 취소처분은 乙의 사건과 동종사건이므로 행정심판을 거칠 필요가 없다'고 판단하고 곧바로 취소소송을 제기하였는데, 결국 그 소송 계속 중에 행정심판 청구기간이 도과하였다. 행정심판전치주의와 관련하여 甲의 취소소송이 적법한지 판단하시오. (15점)

(2) 한편, 법무부장관이 甲에 대하여 업무정지명령을 할 당시 甲은 위 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(도주치상)죄뿐만 아니라 무고죄로도 공소제기되어 있었는데, 위 업무정지명령 처분서에는 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(도주치상)죄로 공소제기된 사실만 적시되어 있었다. 법무부장관은 甲이 제기한 업무정지명령에 대한 취소소송이 진행되던 중에 위 처분사유만으로는 부족하다고 판단하고, '甲이 현재 무고죄로 공소제기되어 있다'는 처분사유를 추가하고자 한다. 이러한 처분사유의 추가가 허용되는지 판단하시오. (15점)

「변호사법」

제102조(업무정지명령) ① 법무부장관은 변호사가 공소제기되거나 제97조에 따라 징계 절차가 개시되어 그 재판이나 징계 결정의 결과 등록취소, 영구제명 또는 제명에 이르게 될 가능성이 매우 크고, 그대로 두면 장차 의뢰인이나 공공의 이익을 해칠 구체적인 위험성이 있는 경우에는 법무부징계위원회에 그 변호사의 업무정지에 관한 결정을 청구할 수 있다. 다만, 약식명령이 청구된 경우와 과실범으로 공소제기된 경우에는 그러하지 아니하다.

② 법무부장관은 법무부징계위원회의 결정에 따라 해당 변호사에 대하여 업무정지를 명할 수 있다.

• 2023 변호사시험 변형

■ 문 (1)

I. 논점 : 필요적 행정심판전치의 완화

II. 행정심판전치주의와 그 예외

1. 의의

행정소송법 제18조는 필요적 심판전치의 예외로서 심판제기는 하되 재결을 요하지 않는 경우(제2항)와 행정심판제기조차 요하지 않는 경우(제3항)를 규정함

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

‘동종사건’에는 당해 사건은 물론이고, 당해 사건과 기본적인 점에서 동질성이 인정되는 사건

도 포함되는 것으로서, 당해 사건에 관하여 타인이 행정심판을 제기하여 그에 대한 기각재결이 있었다든지 당해 사건 자체는 아니더라도 그 사건과 기본적인 점에서 동질성을 인정할 수 있는 다른 사건에 대한 행정심판의 기각재결이 있을 때도 여기에 해당한다(대판 1993.9.28. 93누9132).

Ⅲ. 사례의 해결

甲에 대한 운전면허 취소처분의 원인이 된 음주후 보행자 사고는 乙의 사건과 그 시간, 장소, 대상의 기본적인 점에서 동질성을 인정할 수 있는 사건이므로 행정심판을 거칠 필요가 없음

■ 문 (2)

I. 논점 : 처분사유의 추가.변경

II. 처분사유의 추가 가능성

1. 처분사유의 추가.변경의 의의

2. 처분사유의 추가.변경의 인정범위

기본적 사실관계와 동일성이 인정되지 않는 별개의 사실을 들어 처분사유로 주장하는 것이 허용되지 않는다고 해석하는 이유는 행정처분의 상대방의 방어권을 보장함으로써 실질적 법치주의를 구현하고 행정처분의 상대방에 대한 신뢰를 보호하고자 함에 그 취지가 있다(대판 2003.12.11. 2001두8827).

3. 사안의 경우

무고죄로 공소제기되어 있다는 사실은 당초 업무정지명령의 사유와 별개의 사실로 기본적 사실관계의 동일성이 인정되지 않고 甲의 방어권을 침해하므로 허용되지 아니함

Ⅲ. 사례의 해결

법무부장관의 처분사유 추가는 허용되지 아니함

○ 392쪽 <연습 81> 앞에 추가

A시장은 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」에 근거한 집합금지명령을 2024. 5. 1. 공고하면서 관내 다중이용시설을 대상으로 2024. 5. 6.부터 매일 22시에서 다음날 06시 사이의 영업을 제한하였는바, 그에 대하여 유흥주점 업주 甲은 2024. 5. 27. 취소소송을 제기하였고, 2024. 9. 5. 현재 소송 계속 중이다. 한편, 예방조치에도 불구하고 감염병 확산세가 급등하자 A시장은 2024. 5. 31.부터 관내 다중이용시설의 영업제한 시간을 매일 20시에서 다음날 07시까지로 늘리는 내용의 집합금지명령을 2024. 5. 29. 공고하였다. 음식점 업주 乙은 해외에 체류하다가 귀국하여 2024. 6. 8. 자신의 업소에 부착된 공고문 및 안내문을 보고 비로소 그 명령을 알게 되었고, 2024. 8. 30. 그에 대하여 취소소송을 제기하였다. 甲의 소송이 대상 적격을 갖춘 것인지와 乙의 소송이 적법한 기간 내 제소된 것인지 검토하시오. (25점)

<공인노무사 2024>

1. 甲이 제기한 소송의 대상적격성

1. 문제의 소재

A시장의 공고에 의한 집합명령이 처분의 개념요소를 구비하고 있는지 문제된다. 그리고 2024. 9. 5. 현재 취소소송이 계속 중인 시점에서, 영업시간의 제한 범위를 확대한 후속처분에도 불구하고 대상적격성을 유지하는지 문제된다.

2. 취소소송의 대상적격성

(1) 공고의 처분성

행정소송법은 취소소송의 대상을 처분등으로 명시하고 있다(제4조 제1호). 여기에서 처분등이란 ‘행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용 및 행정심판에 대한 재결’을 말한다(제2조 제1항 제1호). 판례는 “행정처분이란 행정청의 공법상 행위로서 특정 사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등으로 일반 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위”⁵⁾라고 한다.

공고는 행정청이 결정한 사항 및 기타 일정한 사항을 일반인에게 알리는 통지행위로서의 성질을 갖는데, 공고가 일반적·구체적 규율의 성질을 가지면 일반처분으로서 처분에 해당한다.

사안에서 공고의 형식으로 발령된 집합금지명령은 A시의 관내 불특정다수의 다중이용시설을 대상으로 영업제한의무를 부과하는 것으로서 행정소송법상 처분에 해당한다.

(2) 후속처분에 따른 대상적격성 유지 여부

판례에 따르면, 기존의 행정처분을 변경하는 내용의 행정처분이 뒤따르는 경우, 후속처분이 종전 처분을 완전히 대체하는 것이거나 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 종전처분은 효력을 상실하고 후속처분만이 항고소송의 대상이 되지만, 후속처분의 내용이 종전처분의 유효를 전제로 내용 중 일부만을 추가·철회·변경하는 것이고 추가·철회·변경된 부분이 내용과 성질상 나머지 부분과 불가분적인 것이 아닌 경우에는, 후속처분에도 불구하고 종전처분이 여전히 항고소송의 대상이 된다.⁶⁾

5) 대판 2008.5.29. 2007두23873

6) 대판 2015.11.19. 2015두295

사안의 2024. 5. 1.자 집합금지명령은 매일 22시에서 다음날 06시 사이의 영업을 제한하는 것이고, 변경된 2024. 5. 29.자 집합금지명령은 영업제한 시간을 매일 20시에서 다음날 07시까지로 늘리는 내용으로서 당초처분의 유효를 전제로 내용 중 일부만을 추가하는 것이어서 2024. 5. 1.자 집합금지명령은 여전히 대상적격을 유지한다.

3. 사안의 해결

甲이 취소소송을 제기한 2024. 5. 1.자 집합금지명령은 공고의 형식에 따른 행정처분이고, A시장의 후속처분에도 불구하고 2024. 9. 5. 현재 대상적격을 갖추고 있다.

II. 乙이 제기한 소송의 제소기간 준수 여부

1. 문제의 소재

사안에서 乙의 제소대상으로 2024. 5. 1.자 처분과 2024. 5. 29.자 처분이 있으나, 乙이 후자를 대상으로 취소소송을 제기한 것으로 전제하고서 제소기간 준수여부를 검토하기로 한다. 이 경우 공고에 의한 처분에 있어서 행정소송법상 “처분 등이 있음을 안 날”의 해석이 문제된다.

2. 취소소송의 제소기간

(1) 행정소송법 규정

행정심판을 거치지 않은 경우 취소소송은 처분 등이 있음을 안 날부터 90일이내에 제기하여야 한다(행정소송법 제20조 제1항). 기간의 계산은 민법이 준용되므로, 초일은 산입되지 않고, 기간이 끝나는 날이 토요일 또는 공휴일이면 그 다음날에 만료한다.

(2) 처분 등이 있음을 현실적·구체적으로 안 날

‘처분 등이 있음을 안 날’이란 “통지·공고 기타의 방법에 의하여 당해 처분이 있었다는 사실을 현실적·구체적으로 안 날”을 의미한다. 그러나 어떠한 처분이 있었다는 것을 알면 되고, 그 처분의 구체적인 내용이나 그 처분에 위법성이 존재한다는 것까지 알아야 하는 것은 아니다.

(3) 고시 또는 공고에 의한 처분

불특정 다수인에 대한 처분으로서 관보·신문에의 고시 또는 게시판에의 공고의 방법으로 외부에 그 의사를 표시함으로써 효력이 발생하는 처분은, 공고 등이 있음을 현실로 알았는지 여부를 불문하고 근거법규가 정한 처분의 효력발생일에 처분이 있음을 알았다고 보고 그 때부터 제소기간을 기산한다. 근거법규가 효력발생일을 정하지 아니한 경우에는 「행정업무의 운영 및 혁신에 관한 규정」 제6조 제3항에 따라 그 고시 또는 공고 등이 있는 날부터 5일이 경과한 때에 효력이 발생한다. 다만, 판례는 행정절차법 제14조 제4항에 따라 특정인에 대한 행정처분을 주소불명 등의 이유로 송달할 수 없어 관보 등에 공고한 경우에는 그 효력발생일인 ‘공고일부터 14일이 지난 때’에 상대방이 그 행정처분이 있음을 알았다고 볼 수 없다고 한다.⁷⁾ 사안은 이에 해당하지 않는다.

3. 사안의 해결

乙의 소송의 제소기간 기산점은 효력발생일인 2024. 5. 31.이다. 초일불산입 원칙에 따라 6. 1.부터 계산하면 소제기일 8. 30.은 91일째(30일+31일+30일)가 되어 제소기간을 초과하였다.

7) 대판 2006.4.28. 2005두14851

○ 426쪽 <연습 87> 앞에 추가

서울특별시장은 2025. 4. 28.자로 주택건설업을 영위하는 회사 A의 주택건설사업계획승인 신청을 거부하는 처분(이하 ‘이 사건 거부처분’이라 함)을 하면서 ‘이 처분에 이의가 있을 때는 거부처분을 받은 날부터 60일 이내에 「민원처리에 관한 법률」에 따라 행정기관의 장에게 거부처분에 대한 이의신청을 할 수 있으며, 이의신청 여부와 관계없이 처분이 있음을 안 날부터 90일 이내에 「행정심판법」에 따라 처분청 또는 재결청에 행정심판을 청구하거나 「행정소송법」에 따라 피고를 관할하는 행정법원에 행정소송을 할 수 있음을 알려드립니다.’라는 내용을 고지하였고, 이 사건 거부처분은 2025. 5. 3. A에게 송달되었다. A는 이 사건 거부처분의 취소를 목적으로 2025. 5. 24. 이의신청을 하였으나, 서울특별시장은 2025. 5. 30. 이의신청을 기각하는 결정을 하였고, 동 결정은 2025. 6. 1. A에게 송달되었다.

A가 주택건설사업계획승인을 받기 위해 취소소송을 제기하고자 한다.

- (1) 이 사건 거부처분 및 이의신청 기각결정 중 소송의 대상을 무엇으로 삼아야 하는지, 그리고 이의신청 기각결정이 행정심판의 재결의 성질을 갖는지 논하라.
- (2) 위 (1)에 따른 취소소송을 제기할 경우 제소기간의 기산점에 대하여 「행정기본법」을 참고하여 논하라.⁸⁾

[참고조문]

주택법 제15조(사업계획의 승인)

- ② 제1항에 따라 사업계획승인을 받으려는 자는 사업계획승인신청서에 주택과 그 부대시설 및 복리시설의 배치도, 대지조성공사 설계도서 등 대통령령으로 정하는 서류를 첨부하여 사업계획승인권자에게 제출하여야 한다.
- ③ 주택건설사업을 시행하려는 자는 대통령령으로 정하는 호수 이상의 주택단지를 공구별로 분할하여 주택을 건설·공급할 수 있다. 이 경우 제2항에 따른 서류와 함께 다음 각 호의 서류를 첨부하여 사업계획승인권자에게 제출하고 사업계획승인을 받아야 한다.
 1. 공구별 공사계획서
 2. 입주자모집계획서
 3. 사용검사계획서

1. 설문 (1)> - 소송의 대상 및 이의신청 기각결정의 성질

1. 논점의 정리

취소소송은 처분등을 대상으로 하는바, 주택건설사업계획승인 거부처분의 처분성, 이의신청 기각결정의 처분성을 검토한다.

그리고 이의신청 기각결정이 행정심판의 재결이 되려면 A의 이의신청이 행정심판청구에 해당하여야 한다.

2. 주택건설사업계획 승인거부처분의 처분성

(1) 거부처분의 처분성

거부처분의 처분성이 인정되기 위해서는 신청한 행위가 공권력의 행사이어야 하고, 거부행위로 인해 법률관계에 변동이 있어야 하고, 법규상 또는 조리상 신청권이 인정되어야 한다.

8) 2023년 법학전문대학원협의회 모의시험 문제

(2) 사안의 경우

신청한 행위는 주택건설사업계획의 승인으로서 공권력의 행사이며, 거부행위로 주택건설사업을 하지 못하게 되므로 법률관계에 영향을 미치며, 주택법 제15조에 따르면 주택법상 승인요건을 충족하는 자에게 주택건설사업계획을 승인하므로 신청자에게 법규상 신청권도 인정된다. 따라서 주택건설사업계획 승인거부처분은 처분성을 가진다.

3. 이의신청 기각결정의 처분성

(1) 판례

판례는 이의신청을 받아들이지 않는 취지의 기각결정은 종전의 거부처분을 유지함을 전제로 한 것에 불과하므로 처분성이 없다고 보았다.⁹⁾

다만, 신청에 대한 거부처분이 있는 후 당사자가 새로운 신청을 하는 취지로 다시 신청을 하였으나 행정청이 이를 다시 거절한 경우, 새로운 거부처분으로 본다.¹⁰⁾

(2) 사안의 경우

「민원처리에 관한 법률」에 따른 이의신청에 대한 기각결정은 종전의 처분을 유지함을 전제로 하여 그 결과를 통지한 것이지 새로운 거부처분을 한 것이라고 볼 수 없다. 따라서 그 처분성이 부인된다.

4. 이의신청 기각결정이 행정심판의 재결인지 여부

(1) 판례

판례는 민원 이의신청은 민원사무처리에 관하여 인정된 기본사항의 하나로 처분청으로 하여금 다시 거부처분에 대하여 심사하도록 한 절차로서 행정심판법에서 정한 행정심판과는 성질을 달리한다고 보았다.¹¹⁾

(2) 사안의 경우

사안에서 행정청은 이의신청 여부와 관계없이 처분이 있음을 안 날부터 90일 이내에 「행정심

9) 민원사무처리에 관한 법률(이하 '민원사무처리법'이라 한다) 제18조 제1항에서 정한 거부처분에 대한 이의신청(이하 '민원 이의신청'이라 한다)은 행정청의 위법 또는 부당한 처분이나 부작위로 침해된 국민의 권리 또는 이익을 구제함을 목적으로 하여 행정청과 별도의 행정심판기관에 대하여 불복할 수 있도록 한 절차인 행정심판과는 달리, 민원사무처리법에 의하여 민원사무처리를 거부한 처분청이 민원인의 신청 사항을 다시 심사하여 잘못이 있는 경우 스스로 시정하도록 한 절차이다. 이에 따라, 민원 이의신청을 받아들이는 경우에는 이의신청 대상인 거부처분을 취소하지 않고 바로 최초의 신청을 받아들이는 새로운 처분을 하여야 하지만, 이의신청을 받아들이지 않는 경우에는 다시 거부처분을 하지 않고 그 결과를 통지함에 그칠 뿐이다. 따라서 이의신청을 받아들이지 않는 취지의 기각 결정 내지는 그 취지의 통지는, 종전의 거부처분을 유지함을 전제로 한 것에 불과하고 또한 거부처분에 대한 행정심판이나 행정소송의 제기에도 영향을 주지 못하므로, 결국 민원 이의신청인의 권리·의무에 새로운 변동은 가져오는 공권력의 행사나 이에 준하는 행정작용이라고 할 수 없어, 독자적인 항고소송의 대상이 된다고 볼 수 없다(대판 2012.11.15. 2010두8676).

10) 수익적 행정처분을 구하는 신청에 대한 거부처분은 당사자의 신청에 대하여 관할 행정청이 이를 거절하는 의사를 대외적으로 명백히 표시함으로써 성립된다. 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 거부처분이라고 보아야 한다(대판 2021.1.14. 2020두50324).

11) 행정소송법 제18조 내지 제20조, 행정심판법 제3조 제1항, 제4조 제1항, 민원사무처리에 관한 법률(이하 '민원사무처리법'이라 한다) 제18조, 같은 법 시행령 제29조 등의 규정들과 그 취지를 종합하여 보면, 민원사무처리법에서 정한 민원 이의신청의 대상인 거부처분에 대하여는 민원 이의신청과 상관없이 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있으며, 또한 민원 이의신청은 민원사무처리에 관하여 인정된 기본사항의 하나로 처분청으로 하여금 다시 거부처분에 대하여 심사하도록 한 절차로서 행정심판법에서 정한 행정심판과는 성질을 달리하고 또한 사안의 전문성과 특수성을 살리기 위하여 특별한 필요에 따라 둔 행정심판에 대한 특별 또는 특례 절차라 할 수도 없어 행정소송법에서 정한 행정심판을 거친 경우의 제소기간의 특례가 적용된다고 할 수도 없으므로, 민원 이의신청에 대한 결과를 통지 받은 날부터 취소소송의 제소기간이 기산된다고 할 수 없다(대판 2012.11.15. 2010두8676).

판법」에 따라 처분청 또는 재결청에 행정심판을 청구하는 것이 가능하다고 고지하였다. 따라서 사안의 민원 이의신청 기각결정은 행정심판재결에 해당하지 않는다.

5. 사안의 해결

A는 2025. 5. 3.자 주택건설사업계획승인 거부처분을 취소소송의 대상으로 해야 하며, 이의신청 기각결정은 행정심판의 재결에 해당하지 않는다.

II. 설문 (2) - 제소기간의 기산점

1. 논점의 정리

주택건설사업계획승인 거부처분 취소소송 제기시 제소기간의 기산점이 거부처분서의 송달일인지 이의신청기각결정의 송달일인지 문제된다.

2. 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.

3. 이의신청 기각결정이 있는 경우 제소기간의 기산점

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

사안은 이의신청의 기각결정이 행정심판재결인지 여부와 무관하게 행정기본법이 적용되어 이의신청 기각결정문을 송달받은 날로부터 제소기간이 기산된다.

4. 사안의 해결

이의신청 기각결정이 통보된 2025. 6. 1.이 제소기간의 기산점이다.

○ 437쪽 <연습 89> 앞에 추가

甲은 절도죄로 징역 4년을 선고받고 그 형이 확정되어 2024. 6. 25.부터 천안교도소에 수용 중인 수형자이다. 천안교도소장 乙은 甲이 천안교도소에 수감된 무렵, 甲을 ‘접견내용 녹음·녹화 및 접견 시 교도관 참여대상자’로 지정하였다(이하 ‘지정행위’라 함). 이에 따라 甲의 첫 접견이 있었던 2024. 6. 28.부터 乙의 별도 지시 없이도 甲의 접견 시에 항상 교도관이 참여하여 그 접견내용을 청취·기록하고, 녹음·녹화하여왔다. 甲은 이러한 乙의 지정행위가 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제41조 제4항 각호 소정의 사유가 없음에도 행하여진 것이므로 위법한 처분이고 이로 인해 자신의 사생활의 비밀 등 권리가 침해되었음을 이유로 2025. 5. 21. 취소소송을 제기하였다(법원은 지정행위가 甲에게 통보되지 않아 제소기간은 도과되지 않았음을 인정함). 그러자 乙은 2025. 5. 24. 甲에 대한 위 지정행위를 해제하였다.

- (1) 甲에 대한 乙의 위 지정행위는 취소소송의 대상이 될 수 있는가?
- (2) 甲의 취소소송은 소의 이익이 있는가?

[참고조문]

형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제41조(접견) ④ 소장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 교도관으로 하여금 수용자의 접견내용을 청취·기록·녹음 또는 녹화하게 할 수 있다.

1. 범죄의 증거를 인멸하거나 형사 법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 때
2. 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 위하여 필요한 때
3. 시설의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 때

1. 설문 (1) - 지정행위의 대상적격

1. 문제의 소재

- (1) 乙의 지정행위의 법적 성질로서 특별권력관계에서의 행위인지, 권력적 사실행위인지 살펴 본다.
- (2) 乙의 지정행위가 취소소송의 대상이 되려면 ① 특별권력관계의 사법심사가 가능한지, ② 처분개념의 요소에 비추어 그 처분성이 인정되는지 문제된다.

2. 지정행위의 법적 성질

(1) 특별권력관계에서의 행위

특별권력관계란 특별한 법률원인에 의해 성립되며 일정한 행정목적에 필요한 범위 내에서 일방이 상대방을 포괄적으로 지배하고 상대방은 이에 복종함을 내용으로 하는 관계이다. 사안에서 甲은 수형자로서 그와 국가 간의 관계는 특별권력관계, 구체적으로는 공법상 영조물 이용관계에 해당한다.

(2) 권력적 사실행위

행정청의 일방적 의사결정에 기하여 특정의 행정목적에 위해 국민의 신체, 재산 등에 실력을 가하여 행정상 필요한 상태를 실현하고자 하는 권력적 행위를 권력적 사실행위라고 한다. 판례는 사안과 같은 乙의 지정행위가 甲의 접견 시마다 사생활의 비밀 등 권리에 제한을 가하는 교도관의 참여, 접견내용의 청취·기록·녹음·녹화가 이루어졌으므로 이는 乙이 그 우월적 지위에서 수형자인 甲에게 일방적으로 강제하는 성격을 가진 공권력적 사실행위의

성격을 갖고 있다고 하였다.¹²⁾

3. 특별권력관계의 사법심사 가능성

전통적인 견해에 따르면 특별권력관계에서의 특별권력주체의 행위는 특별권력관계의 내부질서유지를 위한 행위로 사법심사의 대상에서 제외되는 것으로 보았다. 그러나 이러한 전통적 특별권력관계론은 헌법이나 법률에 근거가 없는 것으로서 오늘날 타당성이 인정될 수 없고, 법률상 이익에 관한 분쟁이기만 하면 사법심사의 대상이 된다는 것이 일반적인 견해이다.

판례도 “국립대학교 학생에 대한 징계권의 발동이나 징계의 양정이 징계권자의 교육적 재량에 맡겨져 있다 할지라도 법원이 심리한 결과 그 징계처분에 위법사유가 있다고 판단되는 경우에는 이를 취소할 수 있는 것이고, 징계처분이 교육적 재량행위라는 이유만으로 사법심사의 대상에서 당연히 제외되는 것은 아니다”¹³⁾라고 하였다.

사안에서 甲과 국가 간의 관계는 특별권력관계이고 乙의 지정행위는 특별권력관계 내부에서의 행위라 할 것이나, 특별권력관계라는 이유만으로 사법심사가 배제되는 것은 아니라고 할 것이다.

4. 권력적 사실행위의 처분성

(1) 처분의 개념요소

행정소송법은 취소소송의 대상을 처분 등으로 명시하고 있다(제4조 제1호). 여기에서 처분 등이란 ‘행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용 및 행정심판에 대한 재결’을 말한다(제2조 제1항 제1호). 이와 같은 행정소송법의 처분개념을 분석하면, ① 행정청의 행위이어야 하고, ② 구체적 사실에 관한 법집행행위이어야 하며, ③ 공권력적 행위이고, ④ 외부에 대한 법적 행위로서 국민의 권리의무에 직접적 영향을 미치는 것이어야 한다.

(2) 판례

판례가 파악하는 처분개념은 기본적으로 ① 공권력발동으로서의 행위일 것, ② 그 자체가 국민에 대하여 권리설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상의 효과를 발생케 하는 것임을 요구하며, 처분의 해당 여부를 개별적으로 결정하여야 한다는 입장이다. 판례는 권력적 사실행위로 볼 수 있는 단수처분, 교도소재소자의 이송조치, 교도관 참여대상자의 지정행위를 처분으로 보았고, 비권력적 사실행위로서 국민의 권익에 사실상 지배력을 미치는 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고를 처분으로 보았으며, 그 자체로는 국민의 권리의무에 변동을 초래하지 않는 표준공시지가결정의 처분성을 인정하는 등 점차 처분개념을 확대해가고 있어 쟁송법적 개념설을 취하는 것으로 평가된다.

(3) 참여대상자 지정행위의 처분성

乙의 지정행위가 행정소송법상 처분인지에 관하여 검토하건대, ① 乙이 위와 같은 지정행위를 함으로써 원고의 접견 시마다 사생활의 비밀 등 권리에 제한을 가하는 교도관의 참여, 접견내용의 청취·기록·녹음·녹화가 이루어졌으므로 이는 乙이 그 우월적 지위에서 수행자인 원고에게 일방적으로 강제하는 성격을 가진 공권력적 사실행위의 성격을 갖고 있는 점, ② 위 지정행위는 그 효과가 일회적인 것이 아니라 1년 가까이 오랜 기간 동안 지속되어 왔으며, 甲으로 하여금 이를 수인할 것을 강제하는 성격도 아울러 가지고 있는 점, ③ 위와 같이 계속성을 갖는 공권력적 사실행위를 취소할 경우 장래에 이루어질지도 모르는 기본권의 침해로부터 수행자들의 기본적 권리를 구제할 실익이 있는 것으로 보이는 점 등을 종합하

12) 대판 2014.2.13. 2013두20899

13) 대판 1991.11.22. 91누2144

면, 위와 같은 지정행위는 수형자의 구체적 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 행정청의 공법상 행위로서 항고소송의 대상이 되는 ‘처분’에 해당한다¹⁴⁾고 할 것이다.

5. 문제의 해결

사안의 경우 교도소장 乙의 지정행위는 권력적 사실행위로서 처분성이 있으므로 취소소송이 대상적격이 인정된다.

II. 설문 (2) - 취소소송의 소의 이익

1. 문제의 소재

사안에서 乙의 지정행위가 이미 해제되었으므로 이를 다룰 현실적 필요성이 있는지 문제된다.

2. 협의의 소의 이익의 의미

취소소송도 재판의 일종이므로 분쟁을 재판에 의하여 해결할 만한 현실적 필요성이 있어야 하는데, 이를 ‘협의의 소의 이익’ 또는 ‘권리보호의 필요’라고 한다.

행정소송법 제12조 2문은 “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. 이에 대하여 ① 제12조 1문처럼 원고적격에 관한 조항으로 보는 견해가 있으나, ② 1문은 취소소송의 원고적격을 규정하고 있고, 2문은 취소소송에서의 협의의 소의 이익을 규정한 것이라고 보는 견해가 다수설이다.

4. ‘법률상 이익’의 인정범위

1) 학설

학설은 ① 법률상 보호이익만 인정하는 ‘법률상 보호이익설’, ② 부수되는 이익(예: 명예, 신용, 경제적·정치적·사회적·문화적 이익)까지 인정하는 ‘확대된 법률상 보호이익설’¹⁵⁾이 대립한다.

2) 판례

판례는 행정소송법 제12조 소정의 ‘법률상 이익’을 “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.”¹⁶⁾라고 보고 있다.

판례는 처분의 효력이 소멸된 경우에도 “공장등록이 취소되었어도 위법한 취소처분이 없었으면 누렸을 세제상의 혜택이 있는 경우는 취소를 다룰 소의 이익이 있다.”¹⁷⁾라고 하였다. 또한 지방의회 의원에 대한 제명의결 취소소송 계속중 의원의 임기가 만료된 사안에서 “제명의결의 취소로 의원의 지위를 회복할 수는 없다 하더라도 제명의결시부터 임기만료일까지의 기간에 대한 월정수당의 지급을 구할 수 있는 등 여전히 그 제명의결의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.”라고 하여 원상회복이 불가능한 경우에도 회복되는 부수적 이익이 있는 경우에는 소의 이익이 인정된다는 입장이다.¹⁸⁾

14) 대판 2014.2.13. 2013두20899

15) ‘위법확인’의 정당한 이익설’로 표현해도 무방

16) 대결 2000.10.10. 2000무17

17) 대판 2002.1.11. 2000두3306

18) 대판 2009.1.30. 2007두13487

3) 검토

부수된 이익을 인정하는 것이 국민의 실질적 권리구제에 부합한다는 점에서, 확대된 법률상 보호이익설이 타당하다. 그리고 협의의 소익 유무는 계쟁처분의 효력이 소멸되었음에도 그 상대방에게 취소소송제도를 통한 보호를 해주어야 할 현실적 필요성이 있는가 여부까지 검토되어야 한다.

5. 처분의 효력이 소멸되었으나 소익이 인정되는 경우

처분의 효력이 소멸되었으나 위법확인에 관한 정당한 이익이 있다고 인정될 수 있는 경우는 ① 위법한 처분이 반복될 위험성이 있는 경우, ② 계속적으로 존속하는 불이익을 제거할 필요가 있는 경우, ③ 회복하여야 할 불가피한 이익이 있는 경우, ④ 제재적 처분이 장래의 제재적 처분의 가중요건 또는 전제요건으로 되어 있는 경우 등을 들 수 있다.

특히 사안과 관련하여 예컨대, 소를 각하하면 무익한 처분과 소송이 반복될 가능성이 있는 경우에는 소의 이익이 있다고 본다. 판례는 학교법인 임원취임승인의 취소처분에 대한 취소소송 제기 후 새로운 임시이사 선임된 경우, 위 취임승인취소처분 및 임시이사선임처분의 취소를 구할 소의 이익이 있다고 보았다.¹⁹⁾

6. 사안의 경우

비록 乙이 甲의 취소소송 제기 이후인 2025. 5. 24. 甲을 위 ‘접견내용 녹음·녹화 및 접견시 교도관 참여대상자’에서 해제하기는 하였지만 앞으로도 甲에게 위와 같은 지정행위와 같은 포괄적 접견제한처분을 할 염려가 있는 것으로 예상되므로 취소소송은 여전히 법률상 이익이 있다고 본다.²⁰⁾

19) 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 임시이사 교체되면 또 새로운 별소를 제기하여야 하는 등 무익한 처분과 소송이 반복될 가능성이 있으므로, 이러한 경우…(중략)…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 임시이사 후행 임시이사 교체되었다고 하더라도 여전히 선행 임시이사 선임처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다(대판 2007.7.19. 2006두19297).

20) 사안에서 乙의 행위는 이미 종료하여 이를 취소하여도 甲에게는 실제적인 효용이 없으므로 甲의 취소소송은 소의 이익이 없어 부적법하다는 견해도 가능하다.

○ 521쪽 <연습 107> 앞에 추가

甲은 X주식회사에 근무하던 중 2021. 12. 1. 자녀를 출산하여 2022. 1. 1.부터 12개월 동안 육아휴직을 하였다. 甲은 2024. 7. 1. 위 휴직기간에 대한 육아휴직급여를 Y지방고용노동청 Z지청장(이하 'A'라고 한다)에게 신청하였으나, A는 2024. 7. 15. 甲이 「고용보험법」 제70조 제2항에서 정한 '육아휴직이 끝난 날 이후 12개월'이 지나 신청을 하였다는 이유로 그 지급을 거부하였다. 그리고 甲의 배우자 乙은 Y광역시의 경력직 공무원으로서, 2024. 1. 1.부터 같은 해 6. 30.까지에 해당하는 「지방공무원 수당 등에 관한 규정」 제15조에 따른 시간외근무수당을 예산이 부족하다는 이유로 시간외근무시간에 미치지 못하는 금액으로 지급받았다. (총 50점)

(1) 아래의 각 경우 법원의 판단에 관하여 설명하십시오. (30점)

- 1) 甲은 「고용보험법 시행령」 제94조 제3호에 해당하는 사유(직계비속의 질병)가 끝난 후 30일 이내 신청하였으므로 육아휴직급여 청구권이 있다고 주장하면서, 2024. 8. 1. 대한민국을 피고로 하여 금전의 지급을 구하는 민사소송의 소장을 서울중앙지방법원에 제출하여 접수되었다. 국가소송수행자 B는 소송이 적법하지 않으므로 각하판결이 내려져야 한다고 항변한다. (15점)
- 2) 乙은 2024. 8. 1. Y광역시를 피고로 하여 시간외근무시간에 미치지 못하는 시간외근무수당의 지급을 구하는 행정소송의 소장을 Y지방법원에 제출하여 접수되었다. 乙은 제소에 앞서 「지방공무원법」 제20조의2에 따른 소청절차를 거치지 않았다. Y광역시장 C는 소송이 적법하지 않으므로 각하판결이 내려져야 한다고 항변한다. (15점)

(2) 甲은 소송의 계속 중에 조정이 성립하여 소를 취하하고 육아휴직급여의 전액을 지급받았다. 이후 甲이 육아휴직기간 중 8개월 동안 해외에서 체류하여 해당 영유아와 동거하지 아니한 사실(이는 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 시행령」 제14조에서 정하는 육아휴직 종료 사유이다)이 적발되었다. A는 甲에게 8개월에 해당하는 육아휴직급여의 반환명령 및 그 100/100에 해당하는 추가징수를 처분하였다. 甲이 추가징수 처분이 생계를 현저히 곤란하게 하므로 위법하다는 이유로 그 취소를 구하는 행정소송을 제기하는 경우 법원이 처분의 일부를 취소할 수 있는지를 설명하십시오. (20점)

◆ 지방공무원법 제20조의 2 【행정소송과의 관계】

제67조에 따른 처분, 그밖에 본인의 의사에 반한 불리한 처분이나 부작위에 관한 행정소송은 심사위원회의 심사 결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다.

◆ 지방공무원 수당 등에 관한 규정 제15조 【시간외근무수당】

① 근무명령에 의하여 규정된 근무시간 외에 근무한 자에 대하여는 예산의 범위 안에서 시간외근무수당을 지급한다.

②~⑨ 생략.

◆ 고용보험법 시행규칙

제105조 【부정행위에 따른 추가징수 등】

① 법 제62조 제2항에 따른 추가징수액은 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지급 받은 구직급여액에 다음 표의 구분에 따른 비율을 곱한 금액으로 한다.

구분	비율	
거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 구직급여를 받거나 받으려고 한 사람이 그 구직급여를 받은 날 또는 법 제44조제2항에 따른 실업인정에 관한 신고를 한 날부터 소급하여 10년 동안 법 제61조제1항 본문에 따라 구직급여의 지급 제한을 받은 횟수	3회 미만	100분의 100
	3회 이상	100분의 150
	5회 미만	
	5회 이상	100분의 200

②~③ 생략.
 ④ 제1항부터 제3항까지의 규정에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에 대하여는 추가징수를 면제할 수 있다.
 1.~2. 생략.
 3. 직업안정기관의 장이 생계가 현저히 곤란하다고 인정하는 사람
 ◆ 제119조 【육아휴직 급여의 부정행위에 따른 추가징수 등】 법 제62조 제1항 및 제74조에 따른 육아휴직 등 급여의 부정수급으로 인한 추가징수에 관하여는 제105조를 준용하되, 같은 조 제3항 제1호 및 제4항 제2호는 제외한다. 이 경우 “구직급여액”은 “육아휴직 등 급여액”으로 본다.

<공인노무사 2024>

1. 설문 (1) - B와 C의 항변에 대한 법원의 판단

1. B의 항변에 대한 법원의 판단

(1) 문제의 소재

甲이 육아휴직급여 청구를 민사소송의 형태로 서울중앙지방법원에 제출한바, ① 육아휴직급여 미지급을 둘러싼 다툼이 공법상 법률관계에 관한 것인지, ② 육아휴직급여 청구권을 다투는 소송의 형태, ③ 민사소송을 행정소송으로 소변경할 수 있는 경우인지가 문제된다.

(2) 육아휴직급여 지급 청구의 법적 성질

① 공법상 법률관계에 관한 다툼인지 여부

어떤 법률관계가 사법형식에 의해 규율되고 있는 것이 명백한 경우에는 사법관계가 되고, 관련법규가 문제의 법률관계가 공법관계라는 것을 전제로 하고 있는 법규정이라면 공법관계이다.

육아휴직급여에 관한 내용을 규정한 고용보험령은 급여의 지급 요건, 육아휴직의 확인, 급여의 지급 제한, 부정행위에 따른 추가징수, 심사 및 재심사청구 등 공법관계적 특별규정들을 두고 있어 공법관계를 규율하고 있다.

사안에서 甲이 육아휴직급여 청구권을 주장하면서 대한민국을 피고로 하여 제기한 소송은 공법상 법률관계에 관한 다툼이다.

② 소송의 형태

공법상 각종 급부청구권은 행정청의 심사·결정의 개입 없이 법령의 규정에 의하여 직접 구체적인 권리가 발생하는 경우와 관할 행정청의 심사·인용결정에 따라 비로소 구체적인 권리가 발생하는 경우로 나눌 수 있다.

육아휴직급여 청구권은 관할 행정청인 직업안정기관의 장이 심사하여 지급결정을 함으로써 비로소 구체적인 수급청구권이 발생하는 경우로 후자의 유형에 해당한다.²¹⁾

甲은 육아휴직급여를 지방고용노동청 지청장에게 신청하였으나 그 지급을 거부하였으므로, 아

21) 대판 2021.3.18. 2018두47264

직 직접 구체적인 권리가 발생하지 않아 민사소송 또는 공법상 당사자소송으로 지급을 청구할 수 없고 지급 거부에 대하여 항고소송을 제기하여야 한다.

그러나 甲은 항고소송의 관할이 없는 서울중앙지방법원에 민사소송의 소장을 제출하였다.

(3) 민사소송의 행정소송으로의 소변경 허용 여부

판례는 원고가 고의 또는 중대한 과실 없이 행정소송으로 제기하여야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기한 경우, 수소법원으로서만 만약 그 행정소송에 대한 관할도 동시에 가지고 있다면 이를 행정소송으로 심리·판단하여야 하고, 그 행정소송에 대한 관할을 가지고 있지 아니하다면 당해 소송이 이미 행정소송으로서의 전심절차 및 제소기간을 도과하였거나 행정소송의 대상이 되는 처분 등이 존재하지도 아니한 상태에 있는 등 행정소송으로서의 소송요건을 결하고 있음이 명백하여 행정소송으로 제기되었더라도 어차피 부적법하게 되는 경우가 아닌 이상 이를 부적법한 소라고 하여 각하할 것이 아니라 관할 법원에 이송하여야 한다는 입장이다.²²⁾

특히 제소기간 도과 여부와 관련하여 판례에 따르면 위와 같은 경우 수소법원이 그 항고소송에 대한 관할을 가지고 있지 아니하여 관할법원에 이송하는 결정을 하였고, 그 이송결정이 확정된 후 원고가 항고소송으로 소 변경을 하였다면, 그 항고소송에 대한 제소기간의 준수 여부는 원칙적으로 처음에 소를 제기한 때를 기준으로 판단하여야 한다.²³⁾ 사안에서 지급 거부처분이 2024. 7. 15. 있었고 2024. 8. 1.에 소장을 제출하였으므로 제소기간을 준수하였다.

따라서 사안에서 수소법원인 서울중앙지방법원은 관할 법원인 서울행정법원에 이송하여야 한다.

(4) 사안의 해결

소송이 적법하지 않으므로 각하판결이 내려져야 한다는 국가소송수행자 B의 항변은 타당하지 아니하므로 법원은 이를 배척하는 판단을 하여야 한다.

2. C의 항변에 대한 법원의 판단

(1) 문제의 소재

乙이 시간외근무수당의 지급 청구를 행정소송을 Y지방법원에 제출한바, ① 시간외근무수당 미지급을 둘러싼 다툼이 공법상 법률관계에 관한 것인지, ② 시간외근무수당의 지급을 구하는 소송의 형태, ③ 당사자소송에 행정심판전치주의가 적용되는지가 문제된다.

(2) 시간외근무수당 지급 청구의 법적 성질

① 공법상 법률관계에 관한 다툼인지 여부

사안에서 乙이 시간외근무수당의 지급을 구하는 것은 「지방공무원 수당 등에 관한 규정」에 근거한 공법상 법률관계에 관한 다툼이다. 따라서 乙이 행정소송을 제기한 것은 타당하다.

② 소송의 형태

판례에 따르면 항고소송과 당사자소송 중 어느 쪽에 의하여야 하는지를 구분하는 기준들로는, ① 구체적인 급부청구권이 법령의 규정에 의해서 바로 발생하는 것인지(당사자소송) 아니면 행정청의 인용결정에 의하여 비로소 발생하는 것인지(항고소송), ② 행정심판전치주의와 불복기간 등의 면에서 항고소송 쪽이 당사자에게 특히 불리한 것이 아닌지, ③ 보다 직접적인 권리구제수단이 무엇인지 여부 등이라고 할 수 있다.

乙이 Y광역시를 피고로 하여 시간외근무수당의 지급을 구하는 행정소송을 제기한바, 이는 구체적인 급부청구권이 법령의 규정에 의해서 바로 발생하는 것이어서 행정소송법 제3조 제2호의 당사자소송을 제기한 것으로 보아야 한다.

22) 대판 1997.5.30. 95다28960

23) 대판 2022.11.17. 2021두44425

(3) 행정심판전치주의의 적용 여부

① 행정심판전치주의가 적용되는 행정소송

행정소송법은 다른 법률에 당해 처분에 대한 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 취소소송을 제기할 수 없다는 규정이 있는 때에는 행정심판의 재결을 거쳐야만 제소할 수 있다(제18조 제1항 단서)고 하여 예외적으로 필요적 전치주의의 적용을 허용하고 있다.

그런데 행정소송법 제18조의 규정은 취소소송·부작위위법확인소송에 적용된다(제38조·제44조). 즉, 개별법에 행정심판전치주의를 규정하는 경우에도 무효등확인소송의 경우는 행정심판을 거치지 않고 제기할 수 있으며, 성질상 당사자소송에도 그 적용이 없다. 민중소송과 기관소송은 그 소송을 인정하고 있는 개별 법률에 따른다.

② 사안의 경우

乙이 제기한 시간외근무수당의 지급을 구하는 당사자소송은 행정심판의 재결을 거치지 않아도 된다. 그리고 이는 지방공무원법 제20조2(행정소송과의 관계)의 규정과 관련해서도, 시간외근무수당의 미지급이 '불리한 처분이나 부작위'라 할 수 없다는 점에서도 확인되고 있다.

(4) 사안의 해결

소송이 적법하지 않으므로 각하판결이 내려져야 한다는 Y광역시장 C의 항변은 타당하지 아니하므로 법원은 이를 배척하는 판단을 하여야 한다.

II. 설문 (2) - 일부취소 판결의 가능성

1. 문제의 소재

사안에서 법원이 “처분의 일부를 취소한다”고 하였는바 ‘어떠한 처분’의 일부취소를 한다는 것인지 불분명하나, 반환명령 및 추가징수 처분에 대하여 취소소송을 제기하였을 때, 추가징수처분이 생계를 현저히 곤란하게 하므로 위법하다는 甲의 주장이 인정되어 추가징수부분만의 일부취소가 가능한지의 문제로 전제하고 검토하기로 한다.

2. 일부취소의 허용여부

(1) 행정소송법 제4조 제1호의 ‘변경’의 의미

취소소송은 “행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송”(행정소송법 제4조 제1호)인데, 여기서 변경의 의미에 관하여는, 원처분을 새 처분으로 대체시키는 적극적 형성판결로 이해하는 입장과, 권력분립의 관점에서 이를 일부취소판결의 의미로 보는 소극적 입장이 대립하고 있으나, 행정심판과 달리 소극설이 통설·판례이다.

(2) 일부취소가 가능한 경우의 일반적 판단기준

처분의 일부취소의 가능성은 일부취소의 대상이 되는 부분의 분리취소가능성에 따른다고 보는 것이 일반적이다. 이에 따르면 일부취소되는 부분이 분리가능하고, 당사자가 제출한 자료만으로 일부취소되는 부분을 명확히 확정할 수 있는 경우에 일부취소가 가능하다.

판례는 외형상 하나의 행정처분이라 하더라도 가분성이 있거나 그 처분대상의 일부가 특정될 수 있다면 그 일부만의 취소도 가능하고 그 일부의 취소는 당해 취소부분에 관하여 효력이 생긴다고 한다.²⁴⁾

처분의 일부취소판결은 위와 같은 요건을 갖추면 일반적으로 인정된다(예: 과징금처분과 영업정지처분 중 과징금처분만 일부취소). 그러나 처분의 성질상 일부취소가 허용되지 않는 경우도 있

24) 대판 1995.11.16. 95누8850 전합

다. 재량행위인 경우 처분청의 재량권을 존중할 필요가 있는 경우 일부취소를 인정하지 않는다. 그리고 금전부과처분에서 적법하게 부과될 부과금액을 산출할 수 없는 경우에는 그 금전부과처분이 기속행위일지라도 일부취소가 인정되지 않는다.²⁵⁾

(3) 재량행위에 대한 판례

판례는 “처분을 할 것인지 여부와 처분의 정도에 관하여 재량이 인정되는 금전 부과처분이 재량권을 일탈·남용한 것인 경우 법원으로서 재량권의 일탈·남용 여부만 판단할 수 있을 뿐이지 재량권의 범위 내에서 어느 정도가 적정한 것인지에 관하여는 판단할 수 없으므로 전부를 취소하여야 하고, 법원이 적정하다고 인정되는 부분을 초과한 부분만 취소할 수는 없다”²⁶⁾고 한다.

(4) 사안의 경우

고용보험법 제62조는 “직업안정기관의 장은 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 구직급여를 지급 받은 사람에게 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 지급받은 구직급여의 전부 또는 일부의 반환을 명할 수 있다”(제1항) 및 “직업안정기관의 장은 제1항에 따라 반환을 명하는 경우에 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지급받은 구직급여액의 2배 이하의 금액을 추가로 징수할 수 있다”고 규정한다.

그리고 고용보험법 시행규칙 제105조 제4항은 추가징수를 재량행위로 규정하고 있다. 판례도 구직급여 사건에서 “추가징수를 반드시 면제하여야 하는 것은 아니다”라고 하여 추가징수의 재량성을 인정한다.²⁷⁾

고용보험법이 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지급받은 육아휴직 등 급여액’의 1배를 초과하는 금액에 대해서도 반환명령과 추가징수를 통해 환수할 수 있도록 규정한 취지는, 부정수급자를 엄중하게 제재하여 법질서를 확립하고 고용보험의 재정건전성을 유지하는 데 있다.²⁸⁾ 따라서 육아휴직급여의 반환명령 및 추가징수는 그 전체를 재량행위라고 파악해야 한다.

따라서 육아휴직급여의 반환명령과 추가징수는 성질상 일부취소를 하기 곤란하다.

3. 사안의 해결

법원은 추가징수처분이 생계를 현저히 곤란하게 하므로 위법하다는 甲의 주장을 인정하더라도 추가징수부분만을 일부취소할 수 없고 반환명령 및 추가징수 전체를 취소하여야 한다.

25) 대판 2004.7.22. 2002두868

26) 대법원 2020.5.14. 2020두31323

27) 대판 2020.5.14. 2020두31323

28) 대판 2020.5.14. 2020두31323

○ 535쪽 <연습 109> 앞에 추가

B시장은 2024. 10. 4. 국립대학법인 A대학교에 B시가 관리하는 도로를 장기간 무단으로 점유하였다는 이유로 「도로법」 제72조 제1항에 따라 변상금을 부과하였으나, A대학교는 이를 납부하지 않았다.

한편, A대학교는 교내의 미술사도서관이 거의 이용되지 않고 있는 상황에서, 학내에 대형 공연장을 설치하여 일반 공중에 대여하는 등 수익사업을 통해 학교 운영상의 재정적 어려움을 해소하기 위한 목적으로, 2024. 6. 3. 관할 B시장에게 위 미술사도서관을 공연장으로 용도를 변경하기 위한 협의를 요청한바 있다(미술사도서관은 「건축법 제19조 제4항 제6호의 ‘교육 및 복지시설군’에 해당하고, 공연장은 「건축법」 제19조 제4항 제4호의 ‘문화집회시설군’에 해당한다).

그런데, 국립대학교에 공연장이 남설되어 사회적 논란이 야기되자, 국회에서는 모든 국립대학교에 신규 공연장 설치를 제한하는 내용의 「건축법」 개정안이 발의되었다. B시장은 이러한 사실을 인지하여, 법령상 다른 명시적인 제한사유가 없음에도 불구하고 A대학교의 용도변경 협의 요청을 접수하고도 응답을 차일피일 미루었다. 그러던 중 2025. 3. 6. 위 「건축법」 개정안이 국회에서 가결되어 2025. 6. 5.자로 시행되었는데, 국회 논의 과정에서 ‘「건축법」상 용도변경 규정이 20여년 이상 적용되어 왔음을 감안하여 개정 전에 인허가 신청을 한 경우에는 구법을 적용하는 내용의 경과규정을 두어야 한다’는 주장과 ‘개정 「건축법」을 경과규정 없이 즉시 시행하여 국립대학교가 본래의 교육 목적 달성에 주력하도록 해야 한다’는 주장이 대립하였으나, 경과규정을 두지 않는 것으로 정리되었다.

이후 B시장은 “2025. 3. 6.자 개정 「건축법」에 따르면 국립대학교에서는 공연장을 신규로 설치할 수 없음”(“처분사유”)을 이유로 2025. 6. 14. 위 용도변경 협의 요청을 거부하였다. 다음의 물음에 답하시오.²⁹⁾

- (1) A대학교가 B시장의 용도변경 협의 거부에 대한 취소소송을 제기하려 할 때, 이러한 협의 거부는 취소소송의 대상이 될 수 있는지 검토하시오.
- (2) B시장의 거부사유(‘처분사유’)가 타당한지 검토하시오. (단, 「민원 처리에 관한 법률」 위반 여부는 검토하지 말 것)
- (3) A대학교는 B시장의 변상금 부과처분에 대하여 항고소송을 제기하였는데, 사실심 계속 중에 A대학교가 해당 도로는 도로구역으로 결정·고시된 바 없어 「도로법」상 도로로 볼 수 없으므로 변상금 부과는 무효라고 주장하자, B시장은 “A대학교가 무단점유한 도로가 사실상 도로라고 하더라도 이는 B시의 행정재산이고, A대학교 또한 이를 알고 있었으므로 「공유재산 및 물품관리법」에 따른 변상금 부과 대상이 된다.”라는 처분사유를 추가하였다. 이러한 추가는 허용될 수 있는지 검토하시오.

[참고조문]

「건축법」

제11조(건축허가) ① 건축물을 건축하거나 대수선하려는 자는 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다.

제14조(건축신고) ① 제11조에 해당하는 허가 대상 건축물이라 하더라도 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 미리 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 신고를 하면 건축허가를 받은 것으로 본

다. (제1~5호. 생략)

제19조(용도변경) ② 제22조에 따라 사용승인을 받은 건축물의 용도를 변경하려는 자는 다음 각 호의 구분에 따라 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장의 허가를 받거나 신고를 하여야 한다.

1. 허가 대상 : 제4항 각 호의 어느 하나에 해당하는 시설군(施設群)에 속하는 건축물의 용도를 상위군(제4항 각 호의 번호가 용도변경하려는 건축물이 속하는 시설군보다 작은 시설군을 말한다)에 해당하는 용도로 변경하는 경우
2. 신고 대상 : 제4항 각 호의 어느 하나에 해당하는 시설군에 속하는 건축물의 용도를 하위군(제4항 각 호의 번호가 용도변경하려는 건축물이 속하는 시설군보다 큰 시설군을 말한다)에 해당하는 용도로 변경하는 경우

④ 시설군은 다음 각 호와 같고 각 시설군에 속하는 건축물의 세부 용도는 대통령령으로 정한다.

4. 문화 및 집회시설군
6. 교육 및 복지시설군

⑦ 제2항에 따른 건축물의 용도변경에 관하여는 건축법 제11조, 제14조를 준용한다.

제29조(공용건축물에 대한 특례) ① 국가(국립대학법인을 포함한다. 이하 같다)나 지방자치단체는 제11조, 제14조, 제19조, 제20조 및 제83조에 따른 건축물을 건축·대수선·용도변경하거나 가설건축물을 건축하거나 공작물을 축조하려는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 미리 건축물의 소재지를 관할하는 허가권자와 협의하여야 한다.

② 국가나 지방자치단체가 제1항에 따라 건축물의 소재지를 관할하는 허가권자와 협의한 경우에는 제11조, 제14조, 제19조, 제20조 및 제83조에 따른 허가를 받았거나 신고한 것으로 본다.

「도로법」

제72조(변상금의 징수) ① 도로관리청은 도로점용허가를 받지 아니하고 도로를 점용하였거나 도로점용허가의 내용을 초과하여 도로를 점용(이하 이 조에서 “초과점용등”이라 한다)한 자에 대하여는 초과점용등을 한 기간에 대하여 점용료의 100분의 120에 상당하는 금액을 변상금으로 징수할 수 있다.

「공유재산 및 물품 관리법」

제81조(변상금의 징수) ① 지방자치단체의 장은 사용·수익허가나 대부계약 없이 공유재산 또는 물품을 사용·수익허가나 점유(사용·수익허가나 대부계약 기간이 끝난 후 다시 사용·수익허가나 대부계약 없이 공유재산 또는 물품을 계속 사용·수익하거나 占有하는 경우를 포함하여, 이하 ‘무단점유’라 한다)를 한 자에 대하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 공유재산 또는 물품에 대한 사용료 또는 대부료의 100분의 120에 해당하는 금액(이하 “변상금”이라 한다)을 징수한다.

1. 실문 (1) - 협의 거부의 취소소송 대상 여부

1. 쟁점의 정리

B시장의 용도변경 협의 거부가 취소소송의 대상이 되기 위해서는 사안의 용도변경 협의의 실질과 용도변경 협의 거부의 처분성 인정 여부를 검토하여야 한다.

2. 취소소송의 대상

(1) 처분의 개념

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

(2) 행정청의 거부행위가 항고소송의 대상이 되기 위한 요건

판례는 거부가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하기 위한 요건으로 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 할 것³⁰⁾을 들고 있다.

여기서 거부처분의 처분성을 인정하기 위한 전제요건이 되는 신청권의 존부는 구체적 사건에서 신청인이 누구인가를 고려하지 않고 관계 법규의 해석에 의하여 일반 국민에게 그러한 신청권을 인정하고 있는가를 살펴 추상적으로 결정되는 것이고, 신청인이 그 신청에 따른 단순한 응답을 받을 권리를 넘어서 신청의 인용이라는 만족적 결과를 얻을 권리를 의미하는 것은 아니므로, 국민이 어떤 신청을 한 경우에 그 신청의 근거가 된 조항의 해석상 행정발동에 대한 개인의 신청권을 인정하고 있다고 보이면 그 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보아야 한다.³¹⁾

(3) 용도변경 협의의 법적 성질

건축법 제19조 제2항에 따라 건축물의 용도를 변경하려는 자는 관할 행정청의 허가를 받거나 신고를 하여야 하고, 건축법 제29조는 국립대학법인이 건축물을 용도변경하려는 경우 건축물의 소재지를 관할하는 허가권자와 협의하여야 한다.

따라서 용도변경 협의의 실질은 용도변경 허가 또는 신고에 해당한다. 판례도 건축협회의 실질은 지방자치단체 등에 대한 건축허가와 다르지 않으므로, 지방자치단체 등이 건축물을 건축하려는 경우 등에는 미리 건축물의 소재지를 관할하는 허가권자인 지방자치단체의 장과 건축협의를 하지 않으면, 지방자치단체라 하더라도 건축물을 건축할 수 없다고 하였다.³²⁾

(4) 사안의 경우

A대학교는 건축법 제19조 제4항 제6호의 ‘교육 및 복지시설군’에 해당하는 미술사도서관을 제4호의 ‘문화집회시설군’에 해당하는 공연장으로 용도변경을 하려는 것이므로, A대학교의 용도변경 협의요청은 실질적으로 용도변경 허가신청에 해당한다.

① A대학교의 용도변경 협의요청은 용도변경의 허가를 신청한 것과 같으므로 그 신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용에 해당하고, ② B시장의 거부행위로 A대학교는 용도변경을 할 수 없으므로 신청인의 법률관계에 변동을 일으키는 것이며, ③ A대학교에게는 건축법 제19조 제2항, 제29조 제1항에 따라 용도변경 협의에 관한 법규상 신청권이 인정된다.

따라서 실질적으로 용도변경 허가신청의 거부에 해당하므로 취소소송의 대상인 처분성이 인정된다.

3. 문제의 해결

A대학교의 용도변경 협의 요청에 대해 B시장이 협의를 거부한 것은 실질적으로 용도변경 허가신청 거부에 해당하는 것으로서 취소소송의 대상인 거부처분이다.

30) 대판 2002.11.22. 2000두9229

31) 대판 2009.9.10. 2007두20638

32) 대판 2014.2.27. 2012두22980

II. 설문 (2) - 위법성 판단의 기준시

1.. 쟁점의 정리

처분은 그 당시의 사실상태 및 법률상태를 기초로 하여 행해지게 된다. 그런데 B시장이 협의 요청을 접수하고도 국회의 법개정안 발의 상황을 보고 의도적으로 협의를 늦춘 것이므로 신청시와 처분시 가운데 어느 시점을 기준으로 처분의 위법성을 판단할 것인가의 문제가 있다.

2. 신청에 의한 처분의 위법성 판단의 기준시점

(1) 행정기본법 규정

당사자의 신청에 따른 처분은 법령등에 특별한 규정이 있거나 처분 당시의 법령등을 적용하기 곤란한 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 처분 당시의 법령등에 따른다(행정기본법 제14조 제2항).

(2) 판례

판례는 “행정소송에서 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 행하여졌을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 하여 판단하여야 하고, 처분 후 법령의 개폐나 사실상태의 변동에 의하여 영향을 받지 않는다.”³³⁾라고 하여 처분시점을 따르고 있다.

다만 신청 후 법령의 변경이 있는 경우 “소관 행정청이 허가신청을 수리하고도 정당한 이유 없이 처리를 늦추어 그 사이에 법령 및 허가기준이 변경된 것이 아닌 한 변경된 법령 및 허가기준에 따라서 한 불허가처분은 위법하다고 할 수 없다.”³⁴⁾고 하여 예외적으로 신청시의 법령에 따라야 하는 경우가 있음을 인정하고 있다.

(3) 검토

판결시점을 따를 경우 행정의 적법성 통제라는 취소소송의 목적에 반하는 것은 물론 판결의 지연에 따라 결과가 달라지는 불합리가 발생할 수 있고, 개인의 권익구제의 관점에서 처분시를 기준으로 하는 것이 타당하다.

다만 신청시와 처분시 사이에 법령의 변경이 있는 경우 행정청이 이유 없이 처리를 늦추어 허가기준이 변경된 때에는 판례와 같이 예외적으로 신청시를 기준으로 할 수 있음이 이익형량에 비추어 타당하다.

3. 문제의 해결

B시장이 협의 요청을 접수하고도 국회의 법개정안 발의 상황을 보고 의도적으로 협의를 늦춘 것이므로 개정건축법 규정이 아닌 신청 당시의 건축법 규정에 근거하여 용도변경 협의를 처리해야 할 특별한 사정이 있는 경우에 해당한다.

따라서 B시장의 거부사유(‘처분사유’)는 타당하지 않다.

III. 설문 (3) - 처분사유의 추가변경

1. 쟁점의 정리

B시장이 취소소송 계속 중에 당초 변상금부과처분의 근거법을 「도로법」에서 「공유재산

33) 대판 2007.5.11, 2007두1811

34) 대판 2005.7.29, 2003두3550

및 물품관리법」으로 처분사유를 추가할 수 있는지와 관련하여, ① 처분사유 추가·변경 인정여부, ② 처분사유 추가·변경의 인정범위에 대해 살펴본다. 특히 사안은 당초 사유와 다른 사유의 기본적 사실관계의 동일성 여부가 문제된다.

2. 처분사유의 추가·변경

(1) 의의

행정청이 항고소송 계속 중에 처분 당시에 밝혔던 처분사유와는 다른 처분사유를 추가하거나 처분사유를 변경하여 당해 처분의 적법성을 주장하는 경우를 처분사유의 추가·변경이라고 한다.

(2) 인정여부

행정청은 사실심 변론을 종결할 때까지 당초의 처분사유와 기본적 사실관계가 동일한 범위 내에서 처분사유를 추가 또는 변경할 수 있다(행정소송규칙 제9조).

위와 같은 행정소송규칙이 시행(2023.8.31.)되기 전부터, 대법원은 “처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가 또는 변경할 수 있다.”³⁵⁾고 하여 제한적으로 인정해왔다.

(3) 인정 범위

① 시간적 범위

처분사유의 사후변경은 사실심 변론종결시까지만 허용되고, 처분의 위법성 판단 기준시점을 처분시로 보면 처분시에 존재하던 기본적 사실관계의 동일성이 있는 이유에 한정된다.

② 객관적 범위

㉠ 소송물의 동일성 : 처분사유의 사후변경은 취소소송의 소송물의 범위 내에서만 가능하다. 즉, 처분사유의 사후변경은 처분의 동일성이 유지되는 한도 내에서 인정된다.

㉡ 기본적 사실관계의 동일성

㉠ 근거 : 처분사유의 추가·변경을 기본적 사실관계에 있어서의 동일성이 유지되는 한도 내에서만 인정하는 것은 이유제시제도의 취지 및 행정처분의 상대방인 국민에 대한 신뢰보호 및 행정처분 상대방의 방어권 보장을 위함이다.³⁶⁾

㉡ 판단기준 : 이는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 면에서 동일한지 여부에 따라 판단한다 (대판 1988.1.19, 87누603).

㉢ 법적 근거의 변경 : 처분의 법적 근거가 변경됨으로써 처분의 사실관계가 변경되고, 사실관계의 기본적 동일성이 인정되지 않는 경우에는 처분의 법적 근거의 변경이 인정되지 않는다(대판 2001.3.23, 99두6392). 반대로 처분의 사실관계에 변경이 없는 한 적용법령만을 추가하거나 변경하는 것은 가능하고 법원은 추가·변경된 법령에 기초하여 처분의 적법 여부를 판단할 수 있다.³⁷⁾

(4) 사안의 경우

B시장이 도로법에 근거하여 변상금 부과처분을 하였다가 처분에 대한 취소소송이 제기된 후 해당 도로가 도로법의 적용을 받는 도로에 해당하지 않을 경우를 대비하여 처분의 근거

35) 대판 2011.11.24, 2009두19021

36) 대판 2003.12.11, 2001두8827

37) 다른 법령에 의하여 금지·처벌되는 명칭이 제호에 사용되어 있다는 주장은 당초 처분시에 불법단체 인 전국교직원노동조합의 약칭(전교조)이 제호에 사용되었다고 적시한 것과 비교하여 볼 때 당초에 적시한 구체적 사실을 변경하지 아니한 채 단순히 근거 법조만을 추가·변경한 주장으로서 이를 새로운 처분사유의 추가·변경이라고 할 수 없다(대판 1998.4.24, 96누13286).

법령으로 공유재산 및 물품관리법을 추가하는 것은, 각 근거법령은 입법 취지가 다르고, 해당 규정내용을 비교하여 보면 변상금의 징수목적, 산정 기준금액, 징수 재량 유무, 징수절차 등이 서로 달라 위와 같이 근거 법령을 변경하는 것은 종전의 변상금 부과처분과 동일성을 인정할 수 없는 별개의 처분을 하는 것과 다름 없어 허용될 수 없다.³⁸⁾

그리고 B시의 행정재산임을 A대학교가 알고 있었다고 하여 당초의 처분사유와 동일성이 있는 것이라 할 수 없다.³⁹⁾

3. 문제의 해결

B시장이 A대학교의 행정재산 무단점유를 이유로 공유재산법 제81조 제1항에 따른 변상금 부과를 처분사유로 추가하는 것은 도로법 제72조 제1항을 근거로 한 변상금 부과처분의 처분사유와 기본적 사실관계가 달라 허용되지 않는다.

38) 대판 2011.5.26. 2010두28106

39) 추가 또는 변경된 사유가 당초의 처분시 그 사유를 명기하지 않았을 뿐 처분시에 이미 존재하고 있었고 당사자도 그 사실을 알고 있었다 하여 당초의 처분사유와 동일성이 있는 것이라 할 수 없다(대판 2003.12.11. 2001두8827).

A도지사는 관내 B시의 일정지역을 친환경 산업단지로 개발하기 위하여 ○○일반산업단지(이하 ‘산업단지’로 지정하고 이에 관한 ○○일반산업단지관리계획(이하 ‘관리계획’)을 수립·고시하였다. B시의 시장 乙은 A도지사로부터 산업단지의 관리업무를 위임받아 이를 관리하고 있다.

甲은 산업단지 내 부지에서 ‘코코아제품 제조업’ 운영을 내용으로 하는 입주계약을 체결한 후 사업을 개시하였다. 이후 甲은 동일한 부지에 지식산업센터를 설립하여 업종을 ‘첨단제품 개발 및 공급업’으로 변경하겠다는 내용의 입주계약변경신청을 하면서 이에 관한 사업계획서를 B시에 제출하여 입주변경계약(이하 ‘이 사건 입주변경계약’)을 체결하였다. 그에 따라 첨단제품 제조에 필요한 금속도금업을 주 유치업종으로 하는 지식산업센터의 설립이 승인되었다.

한편, B시 주민 丙은 이 사건 입주계약변경이 환경오염을 유발할 우려가 있다고 주장하며 乙에게 여러 차례 민원을 제기하였다. 이에 乙은 친환경 산업단지 조성이라는 관리계획의 방향에 위배된다는 이유로 甲과 체결한 이 사건 입주변경계약을 해지하였다. 다음의 물음에 답하시오.

- (1) 甲은 이 사건 입주변경계약 해지의 위법을 다투고자 한다. 이 사건 입주변경계약 해지의 법적 성질을 설명하고, 입주변경계약 해지를 다투기 위한 소송의 유형을 검토하시오.
- (2) B시 주민 丙은 산업단지로 인한 생활 및 환경상의 피해를 호소하며 관리계획의 변경을 A도지사에게 요청하였으나, A도지사는 이에 대하여 어떤 조치도 취하고 있지 않다. 관리계획의 법적 성질을 설명하고, B시 주민 丙이 A도지사를 상대로 취할 수 있는 행정쟁송법상 권리구제수단을 검토하시오.⁴⁰⁾

[참고조문]

「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」

제13조(공장설립등의 승인) ① 공장의 신설·증설 또는 업종변경(이하 “공장설립등”이라 한다)을 하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 시장·군수 또는 구청장의 승인을 받아야 하며, 승인을 받은 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다.

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항에 따른 공장설립등의 승인을 받은 것으로 본다.

2. 제38조 제1항 본문 및 제2항에 따른 입주계약 및 변경계약을 체결한 경우

제33조(산업단지관리계획의 수립) ① 관리기관은 「산업입지 및 개발에 관한 법률」에 따라 산업단지가 지정된 경우에는 산업단지로 관리할 필요가 있는 지역에 대하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 산업단지관리계획(이하 “관리계획”이라 한다)을 수립하여야 한다.

⑦ 관리계획은 다음 각 호의 사항을 포함하여야 한다.

1. 관리할 산업단지의 면적에 관한 사항
2. 입주대상업종 및 입주기업체의 자격에 관한 사항
3. 산업단지의 용지(이하 “산업용지”라 한다)의 용도별 구역에 관한 사항
4. 업종별 공장의 배치에 관한 사항

제38조(입주계약 등) ① 산업단지에서 제조업을 하거나 하려는 자는 산업통상자원부령으로 정하는 바에 따라 관리기관과 그 입주에 관한 계약(이하 “입주계약”이라 한다)을 체결하여

야 한다.

② 입주기업체 및 지원기관이 입주계약사항 중 산업통상자원부령으로 정하는 사항을 변경하려는 경우에는 새로 변경계약을 체결하여야 한다.

③ 제1항과 제2항은 산업단지에서 제조업 외의 사업을 하거나 하려는 자에 대하여 준용한다.

제42조(입주계약의 해지 등) ① 관리기관은 입주기업체 또는 지원기관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 대통령령으로 정하는 기간 내에 그 시정을 명하고 이를 이행하지 아니하는 경우 그 입주계약을 해지할 수 있다.

5. 제38조 및 제38조의2에 따른 입주계약을 위반한 경우

② 제1항에 따라 입주계약이 해지된 자는 남은 업무의 처리 등 대통령령으로 정하는 업무를 제외하고는 그 사업을 즉시 중지하여야 한다.

제43조(입주계약 해지 후의 재산처분 등) ① 제42조 제1항 각 호의 사유로 입주계약이 해지된 자는 그가 소유하는 산업용지 및 공장등을 산업통상자원부령으로 정하는 기간에 제39조 제1항 및 제2항에 따라 처분하여야 한다.

제43조의2(양도의무 불이행자에 대한 조치) ① 관리권자는 공장등을 취득한 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 공장등의 철거를 명할 수 있다.

2. 제43조 제1항에 따른 기간에 공장등을 양도하지 아니한 경우

③ 제1항에 따른 철거명령을 하려면 청문을 하여야 한다.

제43조의3(이행강제금) ① 관리권자는 제43조 제1항에 따른 처분·양도 의무를 이행하지 아니한 자에 대하여는 산업통상자원부령으로 이행기한을 정하여야 하며, 그 기한까지 의무를 이행하지 아니한 경우에는 처분·양도할 재산가액의 100분의 20에 해당하는 금액의 이행강제금을 부과할 수 있다.

제52조(벌칙) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

6. 제42조 제2항을 위반하여 계속 그 사업을 하는 자

1. 실문 (1) - 입주변경계약 해지를 다투기 위한 소송의 유형

1. 쟁점의 정리

B시의 시장 乙의 입주계약변경 해지의 법적 성질을 판단하기 위하여 처분성, 공법상 계약 해지와 구별 문제를 검토한다.

그리고 그 법적 성질에 따라 입주변경계약 해지를 항고소송과 당사자소송의 방법 가운데 무엇으로 다투어야 하는지 검토한다.

2. 입주변경계약 해지의 법적 성질

(1) 처분성 인정 여부

① 처분개념

행정소송법은 취소소송의 대상을 처분등으로 명시하고 있다(제4조 제1호). 여기에서 처분등이란 '행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용 및 행정심판에 대한 재결'을 말한다(제2조 제1항 제1호).

판례는 “행정청의 어떤 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우 행정처분은 행정청이 공권력 주체로서 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위라는 점을 염두에 두고, 관련 법령의 내용과 취지, 행위의 주체·내용·형식·절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익과의 실질적 견련성, 그리고 법치행정 원리와 당해 행위에 관련한 행정청 및 이해관계인의 태도 등을 참작하여 개별적으로 결정해야 한다.”고 판시하고 있다.⁴¹⁾

② 사안의 경우

B시의 시장 乙은 산업단지의 관리기관으로서 입주계약 또는 입주변경계약의 체결권한을 갖는다는 점, 그리고 계약체결시 공장설립 승인의 법률효과부여, 입주계약 및 변경계약 체결 의무와 그 의무를 불이행한 경우의 형사적 내지 행정적 제재, 입주계약해지의 절차, 그 해지통보에 수반되는 법적 의무 및 그 의무를 불이행한 경우의 형사적 내지 행정적 제재 등을 종합적으로 고려하면, 이 사건 변경계약 취소는 행정청인 관리권자로부터 관리업무를 위탁받은 시장 乙이 우월적 지위에서 입주기업체들에게 일정한 공법상 법률효과를 발생하게 하는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 보아야 한다.⁴²⁾

(2) 공법상 계약 해지와와의 구별

공법상 계약이란 공법적 효과의 발생을 목적으로 하여 대등한 당사자 사이의 의사표시의 합치로 성립하는 공법행위를 말한다. 사안은 시장 乙이 우월한 지위에서 행하는 행정작용으로서 공권력적 작용이므로 공법상 계약의 해지와와의 구별된다.

3. 소송의 유형

(1) 행정소송의 종류

행정소송 가운데 항고소송은 행정청의 처분등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송이며, 당사자 소송은 행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송이다(행정소송법 제3조).

그리고 항고소송은 다시 ① 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 취소소송, ② 행정청의 처분등의 효력 유무 또는 존재여부를 확인하는 무효등확인소송, ③ 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 부작위위법확인소송으로 구분된다(행정소송법 제4조).

(2) 무효와 취소의 구별

무효인 행정행위는 외관상으로는 행정행위로 존재하고 있으나 그 하자가 중대하고 명백하여 처음부터 당연히 그 효과를 발생하지 못하는 행정행위를 말하며, 취소할 수 있는 행정행위는 그 성립에 하자가 있음에도 불구하고 권한 있는 기관이 취소하기 전까지 유효한 행정행위를 말한다. 무효와 취소의 구별기준으로서 중대설, 중대명백설, 조사의무설, 명백성 보충요건설, 구체적 가치형량설 등이 대립한다.

판례는 “처분이 당연무효라고 하기 위하여는 처분에 위법사유가 있다는 것만으로는 부족하고 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것으로서 객관적으로 명백한 것이어야 하며, 하자가 중대하고 명백한지를 판별할 때에는 처분의 근거가 되는 법규의 목적·의미·기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰하여야 한다.”⁴³⁾고 하여 중대명백설을 취하고 있다.

(3) 사안의 경우

41) 대판 2012.9.27. 2010두3541

42) 대판 2017.6.15. 2014두46843

43) 대판 2019.5.16. 2018두34848

입주변경계약 해지는 처분이므로 당사자소송이 아니라 항고소송으로 다투어야 한다. 그리고 그 하자의 정도에 따라 취소소송 또는 무효등확인소송을 제기하여야 한다.

4. 문제의 해결

입주변경계약 해지의 법적 성질은 항고소송의 대상이 되는 처분의 성질을 갖는다. 따라서 이 사건 입주변경계약 해지를 다투기 위한 소송의 유형은 항고소송이며, 처분의 하자의 정도에 따라 취소소송 또는 무효확인소송으로 다투어야 한다.

II. 설문 (2) - 부작위에 대한 행정쟁송법상 권리구제수단

1. 쟁점의 정리

A도지사의 산업단지관리계획이 입주기업의 권리나 의무에 직접 영향을 미칠 수 있는 구속적 행정계획인지 그 법적 성질을 검토한다.

그리고 A도지사의 부작위에 대해 주민 丙이 행정쟁송법상의 권리구제수단으로 의무이행심판 및 임시처분과 행정소송법상 부작위위법확인소송을 제기할 수 있는지 검토한다.

2. 관리계획의 법적 성질

(1) 행정계획

행정계획은 ‘행정에 관한 전문적·기술적 판단을 기초로 하여 특정한 행정목표를 달성하기 위하여 서로 관련되는 행정수단을 종합·조정함으로써 장래의 일정한 시점에 있어서 일정한 질서를 형성하기 위하여 설정된 활동기준’이다.⁴⁴⁾

사안에서 일반산업단지의 관리권자인 A도지사가 수립한 산업단지관리계획은 산업단지의 관리라는 행정목표를 달성하기 위한 행정수단을 종합하는 행정계획에 해당한다.

(2) 행정계획의 처분성

판례는 행정계획을 개별적으로 검토하여 성질을 판단한다는 개별검토설의 입장에서, 구 도시계획법상 도시기본계획(현 도시·군기본계획)은 일반지침에 불과하다고 하였고⁴⁵⁾, 토지구획정리사업법상 환지계획도 처분성이 없다고 하였다.⁴⁶⁾ 즉 행정계획이 행정활동의 지침으로서만의 성격에 그치거나 행정조직 내부에서의 효력만을 가질 때는 항고소송의 대상으로서의 처분성을 갖지 않는다.

그러나 구 도시계획법상 도시계획결정(현 도시·군관리계획)은 법률규정과 결합하여 각종 권리제한효과를 가져옴으로써 특정 개인의 권리 내지 법률상 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하는 효과를 가져 오게 하는 행정청의 처분이라고 보았다.⁴⁷⁾ 또한 판례는 구속적인 행정계획을 재량행위로 이해하고 있다.⁴⁸⁾

(3) 사안의 경우

「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」 제33조 등 관련 규정들을 종합하면 관리계획은 특정 입주업체의 권리 내지 법률상 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하는 효과를 가져오는 구속적 행정계획으로서 처분에 해당한다.

44) 대판 2007.4.12. 2005두1893

45) 대판 2002.10.11. 2000두8226

46) 대판 1999.8.20. 97누6889

47) 대판 1982.3.9. 80누105

48) 대판 1997.9.26. 96누10096

3. 행정쟁송법상 권리구제수단

(1) 의무이행심판 및 임시처분

의무이행심판은 당사자의 신청에 대한 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 행정심판이다(행정심판법 제5조 제3호).

사안은 부작위가 문제되는 경우로서, 부작위가 성립하려면 ① 공권력 행사의 신청, ② 법규상 또는 조리상 신청권이 있을 것, ③ 상당한 기간의 경과, ④ 처분을 하여야 할 법률상 의무, ⑤ 처분의 부존재를 요건으로 한다.

사안의 경우 ① 주민 丙에게 관리계획의 변경에 관하여 신청할 수 있다는 규정이 없고, 계획변경청구권을 일반 주민에게 인정하기 어려우며, ② 乙시장에게 계획변경 등의 처분을 할 법률상 의무를 인정하기 어렵고, ③ 행정청이 관리계획변경 요청을 받아들이지 않는다고 하여 일반 주민인 丙의 권리나 법적 이익에 어떤 영향을 준다고 할 수 없는 점 등을 고려하면 위법한 부작위라고 할 수 없다. 따라서 의무이행심판의 청구는 적절한 방법이라 할 수 없다.

이 경우 임시처분(행정심판법 제31조)을 생각해볼 수 있으나, 乙시장의 부작위가 위법·부당하다고 상당히 의심되는 경우라고 보기 어려울뿐더러, 주민 丙에게 중대한 불이익이나 급박한 위험이 발생할 것이라는 점이 인정될 수 없을 것이다.

(2) 부작위위법확인소송 및 가처분

부작위위법확인소송은 ‘행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송’을 말한다(행정소송법 제4조 제3호). 의무이행심판에서 丙의 청구가 인용되지 않는 경우나, 행정심판을 거치지 않고 丙은 부작위위법확인소송을 제기할 수 있다.

그러나 위에서 본 바와 마찬가지로 乙시장의 부작위를 위법한 부작위라고 할 수 없어 부작위위법확인소송도 적절한 방법이라 할 수 없다.

이 경우 별도로 가구제로서 민사집행법상 가처분을 고려해 볼 수 있으나, 해석론으로는 행정소송법이 민사집행법상의 가처분을 배제하고 특별한 규정을 둔 것이므로 행정소송에는 적용되지 않는다고 봄이 타당하다. 판례의 태도도 그러하다.⁴⁹⁾

(3) 의무이행소송 인정 여부

의무이행소송이란 당사자의 일정한 행정행위의 신청에 대하여 행정청이 거부하거나 부작위로 대응한 경우, 행정청에 일정한 행정행위를 해 줄 것을 청구하는 내용의 행정소송을 말한다. 그러나 우리 행정소송법은 그에 관한 명문의 규정이 없어 ① 행정청의 1차적 판단권의 존중 및 권력분립원칙을 이유로 하는 소극설, ② 권력분립 원칙의 참뜻은 권력 상호간의 견제와 균형을 도모함으로써 권력의 남용을 막고 개인의 권리를 보장하는 데 있다는 적극설이 대립한다.

판례는 행정청으로 하여금 일정한 행정처분을 하도록 명하는 이행판결을 구하는 소송은 인정되지 않는다는 입장이다.⁵⁰⁾

4. 문제의 해결

A도지사의 부작위에 대해 B시 주민 丙은 행정심판법상 의무이행심판 및 임시처분과 행정소송법상 부작위위법확인소송을 고려해볼 수 있으나 부작위의 요건 불성립으로 인정되지 못할 것이다. 그리고 가처분이나 의무이행소송도 허용되기 어렵다.

49) 대결 1992.7.6. 92마54

50) 대판 1997.9.30. 97누3200

○ 756쪽 <연습 147> 다음에 추가

甲은 새우 양식업을 경영할 목적으로 교통이 편리하고 물 공급이 원활한 토지를 물색하던 중 토지의 한쪽이 도시순환 도로(지방도)에 접하고 다른 한쪽은 지방1급하천의 제방에 접한 사유지 한 필지를 매입하였다. 이후 도로의 관할청 A시장은 도로에 대해 상시적인 교통체증현상을 해소할 목적으로 이 도로의 폭을 넓히기 위해 양어장 부분 전체를 도로법상 도로구역으로 결정·고시한 다음 「공익사업을 위한 토지등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 「토지보상법」이라 함)에 따라 토지·물건조서를 작성한 다음 협의매수절차에 들어갔으나, 甲이 응하지 않자 결국 관할토지수용위원회의 수용재결이 이루어졌다. 甲은 이 수용재결 자체에는 불만이 없으나, 보상재결(보상액을 결정한 부분)에 불만을 갖고 토지보상법 제85조 제2항에 의거하여 사업시행자인 A시를 상대로 다투고자 한다. 甲이 보상금증가를 목적으로 토지보상법에 의거하여 소송을 제기한다면, 그 소송의 법적 성질과 소송의 대상은 무엇인지 설명하시오.⁵¹⁾

[참고조문]

공익사업을 위한 토지등의 취득 및 보상에 관한 법률 제85조(행정소송의 제기) ① 사업시행자, 토지소유자 또는 관계인은 제34조에 따른 재결에 불복할 때에는 재결서를 받은 날부터 90일 이내에, 이의신청을 거쳤을 때에는 이의신청에 대한 재결서를 받은 날부터 60일 이내에 각각 행정소송을 제기할 수 있다. 이 경우 사업시행자는 행정소송을 제기하기 전에 제84조에 따라 늘어난 보상금을 공탁하여야 하며, 보상금을 받을 자는 공탁된 보상금을 소송이 종결될 때까지 수령할 수 없다.

② 제1항에 따라 제기하려는 행정소송이 보상금의 증감(增減)에 관한 소송인 경우 그 소송을 제기하는 자가 토지소유자 또는 관계인일 때에는 사업시행자를, 사업시행자일 때에는 토지소유자 또는 관계인을 각각 피고로 한다.

I. 문제의 소재

토지소유자는 사업시행자를 피고로 하여 보상금의 증감에 관한 소송을 제기할 수 있다(토지보상법 제85조 제2항). 수용 자체에는 불만이 없고 단지 보상금액의 다과에만 불만이 있을 경우 이를 다퉴 수 있도록 한 것이 보상금증감청구소송이다. 이러한 소송의 법적 성질과 소송의 대상을 검토한다.

II. 법적 성질

1. 형식적 당사자소송인지 여부

「행정소송규칙」 제19조 제1호 나목은 토지보상법 제85조 제2항에 따른 보상금의 증감에 관한 소송을 당사자소송의 하나로 열거하고 있다.

그런데 형식적 당사자소송이란 ‘실질적으로는 행정청의 처분 등을 다투는 소송이면서 형식적으로 당사자소송으로 제기하는 것’ 또는 ‘행정청의 처분 등에 의해 형성된 법률관계의 내용을 다투며 그 법률관계의 주체를 당사자로 하는 소송’으로 설명된다. 항고소송에서와 같이 행정청을 피고로 하지 않고, 당해 처분 등을 원인으로 하는 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하여 제기한다.⁵²⁾

51) 박정훈, 「행정법 사례연습」, 법문사, 2015, p.165의 사례문제를 참조하였음

52) 다시 말하여, 형식적 당사자소송이란 행정청의 처분이나 재결에 의해 형성된 법률관계에 관하여 다

토지보상법은 보상금증감청구소송에서 처분청인 토지수용위원회를 피고로 하지 아니하고 대등한 당사자인 토지소유자 또는 관계인과 사업시행자를 당사자로 하고 있는바, 형식적으로는 「당사자소송」에 속한다. 그러나 토지수용위원회의 재결을 다투는 의미도 있으므로 실질적으로는 「항고소송」의 성질도 가진다. 따라서 보상금증감소송은 형식적 당사자소송에 속한다.

2. 형성소송 또는 확인소송인지 여부

보상금증감소송이 실질적으로 토지수용위원회의 보상금에 대한 결정의 취소·변경을 구하는 형성소송인지, 발생한 보상청구권의 내용·범위의 확인을 구하는 소송인지 견해가 대립한다. 생각건대, 당사자소송은 법률관계의 원인이 된 처분이나 재결을 다투는 것이 아니므로 형성소송이라고 볼 수 없고, 형식적 당사자소송에 있어 재결청은 소송의 당사자가 아니며, 당사자소송의 추지는 공법적 법률관계를 바탕으로 이행청구를 통해 권리를 실현시키는 것으로 보아야 하므로 확인소송설이 타당하다.

즉 보상금증감소송은 법원이 객관적으로 정당한 보상액을 확인하여 그 이행을 명하는 확인·급부소송의 성질을 가진다.

3. 단일소송

구 토지수용법하에서는 재결청이 피고로 포함되어 있어서 필요적 공동소송으로 보았다. 그러나 토지보상법하에서는 1인의 원고와 1인의 피고를 당사자로 하는 단일소송이다.

III. 소송의 대상

1. 견해의 대립

보상금증감청구소송의 대상이 무엇인지에 대하여 ① 수용재결대상설은 원처분인 수용재결이 소송의 대상이 된다고 본다. 이에 반하여 ② 보상금에 관한 법률관계대상설은 보상금증감청구소송에서는 수용재결이 직접 다투어지는 것이 아니라 보상금에 관한 법률관계가 주된 다툼의 대상이 된다고 본다.

2. 검토

구법과 달리 현행법에서 토지수용위원회는 보상금증감청구소송의 피고에서 제외되므로 수용재결이 소송의 대상이 된다는 견해는 타당하지 않다. 보상금증감청구소송이 확인·급부소송의 성질을 갖는다는 점을 고려하면 보상금에 관한 법률관계가 다툼의 대상이 되는 것으로 보아야 한다.

IV. 사안의 해결

토지보상법 제85조 제2항의 보상금증감청구소송은 사업시행자와 토지소유자 사이의 소송으로 규정되어 있고 그 성질상 형식적 당사자소송으로 볼 수 있고, 보상금청구권의 확인 및 보상금지급을 청구하는 확인·급부소송이다. 그리고 보상금에 관한 법률관계가 소송의 대상이 된다.

- 끝 -

틈이 있는 경우에, 당해 처분 또는 재결의 효력을 다툼이 없이 직접 그 처분·재결에 의하여 형성된 법률관계에 대하여 그 일방 당사자를 피고로 하여 제기하는 소송이다.