

Verwaltungsrecht

법학박사
정 선 균 저

제9판

노동행정법

추 롑

법학박사
정 선 군 저

저자약력

- 고려대학교 법과대학 법학과 졸업
- 서강대학교 일반대학원 법학과 졸업(법학박사, 행정법 전공)
- 현) 한국행정법학회 총무이사
- 현) 한국토지공법학회 연구이사
- 현) 한국비교공법학회 학술이사
- 현) 서강대학교 법학전문대학원 대우교수

주요저서

- 행정법 강해(필통북스, 제14판, 2026)
- 행정법 사례연습(필통북스, 제12판, 2025)
- 행정법 엑기스 핸드북(필통북스, 제14판, 2026)
- 행정법 기출해설 바이블(필통북스, 초판, 2025)
- 행정법 선택형 연습(필통북스, 제9판, 2026)
- 행정법 판례 연습(필통북스, 제3판, 2019)
- 행정법 최신판례 (필통북스, 제3판, 2025)
- 행정법전(필통북스, 제10판, 2026)
- 행정법 정지문집(필통북스, 제2판, 2026)
- 행정법 입문자를 위한 Basic 행정법(필통북스, 제2판, 2022)
- 판례행정법(필통북스, 공저, 제5판, 2024)
- 행정판례백선(필통북스, 공저, 제2판, 2020)
- 환경법 핸드북 (필통북스, 제8판, 2024)
- 환경법 연습 (필통북스, 제8판, 2024)
- 행정소송과의 비교를 통해 배우는 헌법재판(필통북스, 초판, 2020)
- 노동행정법(필통북스, 제9판, 2025)
- 노동행정법 판례집(필통북스, 공저, 초판, 2023)
- 노동행정법 연습(필통북스, 제9판, 2024)
- 노동행정법 핸드북(필통북스, 제4판, 2023)
- 경찰행정법 강해(필통북스, 제2판, 2019)
- 세무행정법(필통북스, 공저, 제5판, 2025)



Verwaltungsrecht

법학박사
정 선 균 저



제9판

노동행정법

추 록

CONTENTS

노동행정법 주요 제9판

2024년 공인노무사	3
2025년 공인노무사	16
2024년 5급공채	29
2020년 입법고시	40
2022년 입법고시	43
2023년 입법고시	48
2024년 입법고시	52
2022년 법원행시	55
2020년 법원행시	59

Verwaltungsrecht

법학박사
정 선 균 저



제9판

노동행정법

추 록

■ 제1문 ■

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. (50점)

문 1. 아래의 각 경우 법원의 판단에 관하여 설명하시오. (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)

문 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 설명하시오. (20점)

【참조조문】

지방공무원법

제20조의2 (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 제62조제2항에 따른 추가징수액은 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지급받은 구직급여액에 다음 표의 구분에 따른 비율을 곱한 금액으로 한다.

구 분		비 율
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 (육아휴직등 급여의 부정행위에 따른 추가징수 등) 법 제62조제1항 및 제74조에 따른 육아휴직등 급여의 부정수급으로 인한 추가징수에 관하여는 제105조를 준용하되, 같은 조 제3항제1호 및 제4항제2호는 제외한다. 이 경우 “구직급여액”은 “육아휴직등 급여액”으로 본다.

I 물음 1)의 (1)

1. 문제의 소재

육아휴직급여 청구권에 대한 분쟁이 사법상의 법률관계에 관한 것이라면 민사소송을 제기 하여야 하므로 서울중앙지방법원이 관할법원에 해당하지만, 이에 대한 분쟁이 공법상의 법률 관계에 대한 것이라면 행정소송을 제기하여야 하므로 관할법원인 서울행정법원에 이송해야 하는 문제가 발생한다.

2. 육아휴직급여 청구권에 대한 분쟁의 법적 성격

가. 공법관계와 사법관계의 구별

(1) 구별실익

공법관계와 사법관계의 구별은 적용 법원리의 결정 및 분쟁해결을 위한 쟁송수단의 결정 등을 좌우한다. 즉 공법관계에서는 법치주의가 지배하고, 행정소송을 통해 분쟁을 해결하는데 반해, 사법관계에서는 사적자치와 계약자유 원칙이 지배하고, 민사소송을 통해 분쟁을 해결하여야 한다.

(2) 구별기준

한쪽 당사자가 행정주체이면 공법으로 양쪽 당사자 모두 사인이면 사법으로 보자는 주체설, 행정주체에만 귀속될 수 있는 법률관계는 공법으로 사인에게도 귀속될 수 있는 법률관계는 사법으로 보자는 귀속설(또는 신주체설), 지배복종관계 또는 공권력적 관계에 해당하면 공법으로 평등관계 또는 대등관계인 경우에는 사법으로 보자는 성질설(또는 권력설), 공익에 봉사하는 법은 공법으로 사익에 봉사하는 법은 사법으로 보자는 이익설 등이 주장되어 왔으나, 오늘날의 일반적 견해는 위의 여러 기준을 모두 고려하는 입장이다(이른바 복수 기준설).

이러한 복수기준설에 따르면 관계법규가 행정주체에게 우월적 지위를 인정하고 있거나 또는 우월적 지위를 인정하지 않는다고 하여도 공익실현을 직접적인 목적으로 하고 있는 경우에는 공법으로 볼 수 있다.

나. 사안의 경우

고용보험법과 동법 시행령은 고용보험의 근로자 등이 실업한 경우에 생활에 필요한 급여를 실시하여 근로자 등의 생활안정과 구직 활동을 촉진함으로써 경제·사회 발전에 이바지하는 것을 목적으로 하는 법령으로서(고용보험법 제2조 참조) 공익실현을 직접적인 목적으로 하고 있으므로 이와 관련된 법률관계는 공법관계로 볼 수 있다. 따라서 甲은 행정법원에 행정소송을 제기하여야 한다.

3. 甲이 제기한 소송의 적법여부 및 이송여부

가. 행정소송의 관할법원

행정소송의 제1심 관할법원은 서울행정법원 또는 지방법원 본원이다(행정소송법 제9조, 제38조, 제40조, 법원조직법 참조). 따라서 사안과 같은 행정소송 사건을 서울중앙지방법원과 같은 지방법원 지원에 제기하면 관할위반의 문제가 발생한다.

참고로 민사소송의 제1심 관할법원은 지방법원이므로 지방법원 본원은 행정소송과 민사소송의 관할을 모두 갖는다.

나. 관할위반을 이유로 한 이송

만약 수소법원이 지방법원 본원이라서 행정소송에 대한 관할도 동시에 가지고 있다면 이를 행정소송으로 심리 및 판단하여야 하고, 수소법원이 지방법원 지원이라서 행정소송에 대한 관할을 가지고 있지 않다면 이를 각하할 것이 아니라 관할법원에 이송하여야 한다(민사소송법 제34조 제1항).

따라서 이 사건 수소법원인 서울중앙지방법원은 행정소송에 대한 관할을 갖고 있지 않으므로 이 소송을 서울행정법원에 이송하여야 한다.

4. 사안의 해결

甲이 제기한 소송은 행정소송이므로 甲이 제기한 소송이 적법하지 않다고 주장하는 국가소송수행자 B의 본안전 항변은 타당하다. 다만 B의 주장대로 관할위반을 이유로 각하할 것이 아니라 甲이 행정소송으로 재판을 받을 수 있도록 수소법원인 서울중앙지방법원은 관할법원인 서울행정법원에 이송하여야 할 것이다.

II 물음 1)의 (2)

1. 문제의 소재

지방공무원법 제20조2에 따르면 처분, 그밖에 본인의 의사에 반한 불리한 처분이나 부작위에 관한 행정소송은 심사위원회의 심사 및 결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다고 규정하고 있는데, 이 규정이 乙이 제기한 행정소송에서도 적용되는지가 문제된다. 이를 위해 먼저 乙이 제기한 행정소송이 항고소송인지 아니면 당사자소송인지 살펴볼 필요가 있다.

2. 시간외근무수당의 지급을 구하는 행정소송의 법적 성격

가. 당사자소송의 의의

당사자소송은 행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 또는 그 밖의 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송을 말한다(행정소송법 제3조 제2호).

공법상의 법률관계에 관한 법적 분쟁 중에서 처분 또는 처분의 부작위를 직접 대상으로 하여 불복하는 경우에는 항고소송을 제기할 수 있으므로, 당사자소송의 영역은 공법상의 법률관계 중에서 항고소송이 담당하지 않는 영역(다만 헌법소원의 대상을 제외한다)인 이른바 ‘그 밖의’ 공법상의 법률관계가 된다.

나. 사안의 경우

乙은 예산이 부족하다는 이유로 시간외근무시간에 미치지 못하는 금액으로 시간외근무수당을 지급받은 자로서, 이 사건과 관련한 乙에 대한 별도의 행정처분이 존재하지 않으며, 乙은 지방공무원 수당 등에 관한 규정에 따른 급부청구권을 행사하고 있으므로 乙이 제기한 행정소송은 당사자소송에 해당한다.

3. 당사자소송에도 전심절차가 적용되는지 여부

현행 행정심판법에는 당사자소송의 전심절차인 당사자심판 제도가 존재하지 않는다. 또한 지방공무원법 제20조2는 처분이나 부작위에 관한 행정소송인 항고소송을 제기할 때 전심절차를 거쳐야 할 것을 요구하고 있으므로 공법상의 법률관계에 대한 다툼인 당사자소송의 경우에는 해당 규정이 적용되지 않는다. 무엇보다 행정소송법상 전심절차와 관련된 규정인 행정소송법 제18조는 당사자소송에 준용되지 않는다(행정소송법 제44조 참조). 따라서 당사자소송에는 전심절차가 적용되지 않는다.

4. 사안의 해결

乙이 제기한 행정소송은 당사자소송이며, 당사자소송에는 소청과 같은 전심절차가 적용되지 않는다. 따라서 지방공무원법상 소청절차를 거치지 않았다는 이유로 C의 소송이 부적법 각하되어야 한다는 Y광역시장의 본안진 항변은 타당하지 않다.

III 물음 2)

1. 문제의 소재

일부취소판결의 가능성과 관련하여, 먼저 추가징수처분의 법적 성질을 살펴본 후, 판례에 따른 일부취소판결의 요건에 부합하는지 여부를 검토하도록 한다.

2. 추가징수처분의 법적 성질

추가징수처분은 금전을 목적물로 하는 처분이므로 가분성이 인정되며, 고용보험법 시행규칙 제105조¹⁾ 제4항에 따라 때 행정청에게 재량이 인정되는 재량행위에 해당한다.

3. 일부취소판결 가능성

가. 일부취소판결의 인정여부

원고의 청구 중 일부에 대해서만 이유가 있는 경우, 즉 처분의 일부만이 위법한 경우에 법원이 그 일부에 대해서만 취소판결을 내릴 수 있는지 여부가 문제되는바, 판례는 행정소송법 제4조 제1호의 ‘변경’을 소극적 변경, 즉 일부취소를 의미하는 것으로 보고, 일정한 요건 하에 일부취소판결을 인정하고 있다.

나. 일부취소판결의 요건

처분의 일부취소의 가능성은 일부취소의 대상이 되는 부분의 분리취소가능성에 따라 결정된다. 즉 외형상 하나의 처분이라 하더라도 가분성이 있거나 그 처분대상의 일부가 특정될 수 있다면 그 일부만의 취소가 가능하다. 판례는 조세부과처분, 정보비공개결정처분, 국가유공자 비해당결정처분, 공정거래위원회가 과징금을 부과하면서 여러 개의 위반행위에 대하여 외형상 하나의 과징금 납부명령을 하였으나, 그 중 일부의 위반행위에 대한 과징금 부과만이 위법한 경우와 같이 가분성이 인정되는 처분에 대해 일부취소판결을 허용하고 있다.

다만, 과징금부과처분이나 영업정지처분과 같이 재량행위인 경우에는 처분청의 재량권을 존중하여야 하고, 법원이 직접 처분을 하는 것은 인정되지 않으므로 전부취소를 하여 처분청이 재량권을 행사하여 다시 적정한 처분을 하도록 하여야 한다는 것이 판례의 입장이다. 또한 조세부과처분과 같은 금전부과처분이 기속행위라 하더라도 당사자가 법원에 제출한 자료에 의해 적법하게 부과될 부과금액을 산출할 수 없는 경우에는 법원이 처분청의 역할을 할 수는 없으므로 부과처분 전부를 취소할 수밖에 없다는 것이 판례의 입장이다.

4. 사안의 해결

이 사건 추가징수처분은 가분성이 인정되나, 재량행위에 해당하므로 법원은 이 사건 추가징수처분의 일부가 위법한 경우에도 일부취소판결을 할 수 없고 대신 전부를 취소하는 판결을 해야 할 것이다.

1) 고용보험법 시행규칙 제105조 제1항은 제재적 처분기준으로서 판례에 따르면 행정규칙에 불과하며, 이러한 제재적 처분기준의 수권규정이 되는 법률이나 시행령은 재량규정인 경우가 대부분이므로 이 사건 추가징수처분은 재량행위에 해당함이 명백합니다. 다만 이러한 내용은 행정쟁송법의 시험범위에 벗어나고, 출제자도 이러한 부분을 인지하여 별도로 수권규정을 소개하지 않은 것으로 보입니다.

■ 제2문 ■

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.

문 이 경우 행정심판기관의 관할과 피청구인 적격에 관하여 검토하시오. (25점)

1. 문제의 소재

중앙노동위원회가 어떠한 법적 지위를 가지고 있는지에 따라 행정심판기관의 관할과 피청구인 적격이 좌우되므로 이를 검토하기로 한다.

2. 중앙노동위원회의 법적 지위

중앙노동위원회는 고용노동부장관 소속의 국가기관으로서(노동위원회법 제2조 제2항 참조) 해당 위원회의 이름으로 처분을 하는 합의제 행정청에 해당한다.

3. 행정심판기관의 관할

가. 행정심판기관

행정심판은 행정심판위원회가 심리 및 재결을 한다(행정심판법 제6조). 이러한 행정심판기관은 처분청 소속의 행정심판위원회(동법 제6조 제1항), 중앙행정심판위원회(동법 제6조 제2항), 시·도행정심판위원회(동법 제6조 제3항), 직권 상급행정기관 소속의 행정심판위원회(동법 제6조 제4항)의 4가지 유형으로 구분되는데, 현행 행정심판법은 심급제를 채택하지 않은 상황이므로 각각의 행정심판기관은 서로 독자적인 관할권을 갖는다.

나. 중앙행정심판위원회의 관할

국민권익위원회에 속한 중앙행정심판위원회는 ① 행정심판법 제6조 제1항에 따른 행정청 외의 국가행정기관의 장 또는 ‘그 소속 행정청’, ② 특별시장·광역시장·도지사·특별자치도지사 또는 특별시·광역시·도·특별자치도의 의회, ③ 지방자치법에 따른 지방자치단체조합 등 관계 법률에 따라 국가·지방자치단체·공공법인이 공동으로 설립한 행정청의 처분 또는 부작위에 대한 심판청구에 대해서는 관할권을 갖는다(행정심판법 제6조 제2항).

다. 사안의 경우

중앙노동위원회는 국가행정기관인 고용노동부장관의 소속 행정청이므로 이 사건 부과처분에 대한 관할은 중앙행정심판위원회가 갖는다.

4. 피청구인 적격

취소심판은 처분을 한 행정청을 피청구인으로 하여 청구하여야 하므로(행정심판법 제17조) 이 사건 부과처분을 한 중앙노동위원회가 피청구인 적격을 갖는다.

한편, 중앙노동위원회‘위원장’이 피청구인 적격을 갖는 것이 아닌가 문제되는데, 중앙노동위원회‘위원장’이 피고적격을 갖는 경우는 부당해고등이나 부당노동행위에 대하여 지방노동위원회를 거쳐 중앙노동위원회가 재심판정을 한 경우, 이 재심판정에 대한 취소소송을 제기할 때

이므로(노동위원회법 제27조 제1항 참조), 설문과는 아무런 관련이 없다.

5. 사안의 해결

이 사건 부가처분에 대한 취소심판에 대해서는 중앙행정심판위원회가 관할을 가지며, 이 경우 피청구인은 이 사건 부가처분을 한 중앙노동위원회가 갖는다.

■ 제3문 ■

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.

문 甲의 소송이 대상적격을 갖춘 것인지와 乙의 소송이 적법한 기간 내 제소된 것인지를 검토하시오. (25점)

1. 문제의 소재

소송 계속 중 처분이 변경된 경우, 변경처분에도 불구하고 여전히 종전 처분이 변경된 상태로 대상적격을 유지하는지 아니면 변경처분이 종전 처분을 대체하여 종전 처분의 대상적격이 소멸되는지가 甲의 소송과 관련하여 문제된다.

또한 일반처분에 대한 제소기간의 기산점이 처분의 효력발생일인지 아니면 처분이 있음을 안 날인가 乙의 소송과 관련하여 문제된다.

2. 집합금지명령의 법적 성격

가. 일반처분

일반처분이란 행정청의 일반적·구체적 규율을 말하는 것으로서, 불특정 다수인을 상대로 하는 구체적 규율인 인적 일반처분과 직접적으로는 물건의 상태에 대한 규율이지만 간접적 효과로서 물건의 소유자 또는 사용자의 권리나 의무에 영향을 주는 행위인 물적 행정행위로 나눌 수 있다.

일반처분은 전형적인 행정행위는 아니지만 구체적 규율성이 인정되므로 취소소송의 대상이 될 수 있다.

나. 집합금지명령의 경우

이 사건 집합금지명령은 불특정 다수의 업주에게 영업시간 제한을 명령하는 것으로서 인적 일반처분에 해당한다.

3. 일반처분의 효력발생시점

판례는 일반처분에 대해서는 효력발생과 관련한 행정절차법 규정을 적용시키지 않고 있다. 그에 따라 개별 법령에 특별한 규정이 없는 한, 구 사무관리규정(현 행정업무의 운영 및 혁신에 관한 규정 제6조 제3항)이 적용되어 공고 또는 고시일부터 5일이 경과한 날에 처분의 효력이 발생한다고 보고 있다.

4. 처분의 변경과 소의 대상

가. 문제점

최초 집합금지명령(이하 1차명령이라 한다)에 대한 취소소송이 계속 되던 중 영업제한시간이 늘어난 새로운 집합금지명령이 나온 경우(이하 2차명령이라 한다), 종전 처분인 1차명령이 소멸되는지 아니면 변경된 상태로 유지되는지 아니면 문제된다.

나. 변경처분의 경우 소의 대상 문제

판례는 종전처분의 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용으로 변경처분을 한 경우에는 종전처분은 효력을 상실하고 변경처분만이 항고소송의 대상이 된다고 한다. 그러나 변경처분이 종전처분의 내용 중 일부만을 소폭 변경하는 정도에 불과한 경우에는 종전처분은 소멸하는 것이 아니라 변경처분에 의하여 변경되지 아니한 범위 내에서는 그대로 존속한다고 한다.²⁾

다. 사안의 경우

이 사건 2차명령은 1차명령의 기본적인 부분을 유지한 채 영업제한시간만 일부 추가한 것이므로 1차명령은 소멸하는 것이 아니라 2차명령에 의하여 변경되지 아니한 범위 내에서 존속한다. 즉 1차명령과 그 유효를 전제로 한 2차명령이 병존하면서 甲에 대한 규제 내용을 형성한다고 할 것이다.³⁾

따라서 甲이 제기한 소송은 여전히 대상적격을 갖추고 있다.

4. 일반처분의 경우 제소기간의 기산점

가. 취소소송의 제소기간

전심절차를 거치지 않고 취소소송을 제기하는 경우, 처분이 있음을 안 날로부터 90일 이내에 제기하여야 하고, 혹시 처분이 있었다는 사실을 몰랐다 하더라도 처분이 있는 날로부터 1년을 경과할 수는 없다(행정소송법 제20조). 여기서 ‘처분이 있음을 안 날’이란 당해 처분이 있었다는 사실을 현실적으로 안 날을 의미하고, ‘처분이 있는 날’이란 처분이 대외적으로 표시되어 효력이 발생한 날을 의미한다. 한편 처분이 있음을 알았다고 하기 위해서는 먼저 처분이 효력이 발생하여야 한다.

나. 일반처분의 제소기간의 기산점

판례는 일반처분처럼 고시 또는 공고에 의하여 행정처분을 하는 경우에는 그 처분의 상대방이 불특정 다수인이고 그 처분의 효력이 불특정 다수인에게 일률적으로 적용되는 것이므로 행정처분에 이해관계를 갖는 자가 고시 또는 공고가 있었다는 사실을 현실적으로 알았는지 여부에 관계없이 고시가 효력을 발생하는 날에 행정처분이 있음을 알았다고 의제

2) 대법원 2015. 11. 19. 선고 2015두295 전원합의체 판결(이른바 대형마트 영업일시 및 영업시간 제한 사건)

3) 저녁 8시(20시)부터 유흥주점의 영업을 제한하는 것은 유흥주점 영업의 본질적인 부분을 제한하는 것이므로 2차명령이 1차명령을 대체한다는 취지로 논리를 구성하는 것도 가능합니다. 그렇게 되면 甲이 제기한 소송은 대상적격을 갖추지 못하게 되어 법원은 각하판결을 하든지 아니면 원고의 신청을 받아 소변경을 하든지 해야 합니다.

하고, 그때부터 제소기간을 기산한다.

다. 사안의 경우

1차명령과 그 유효를 전제로 한 2차명령이 병존하면서 규제 내용을 형성하고 있는 상황이므로 영업시간제한은 ‘2차명령’을 기준으로 판단하여야 한다.⁴⁾ 또한 사안은 일반처분 사건이므로 乙이 언제 알았는지는 제소기간 계산에 영향을 주지 않고, 오로지 이 사건 2차명령의 효력발생일을 기준으로 하여 제소기간을 판단하여야 한다.

따라서 2차명령이 개별법령에 따라 2024. 5. 29.에 효력이 발생하였다 하더라도 2024. 8. 30.은 이미 90일이 경과한 날이므로 乙은 제소기간을 도과하였다.

5. 사안의 해결

甲의 소송은 대상적격을 갖추었으나, 乙의 소송이 제소기간을 경과하여 부적법하다.

4) 1차명령이 여전히 유효하다 하더라도 영업시간제한은 2차명령에 의하여 현재 늘어난 상태이므로 제소기간은 2차명령을 기준으로 판단하여야 한다는 것이 대법원 2015. 11. 19. 선고 2015두295 전원합의체 판결의 핵심 취지 중 하나입니다.

2025년

공인노무사

■제1문■

직업능력개발 훈련비용 지원금과 관련한 아래 질문에 답하시오. (50점)

사례 1

근로자 甲은 A지방고용노동청장(이하 'A청장')에게 '직업능력개발 훈련비용 지원금(이하 '지원금')을 신청하였다. A청장은 "甲이 참여하는 훈련 프로그램은 훈련비 지원 관련 규정의 취지에 비추어 직업능력개발 훈련의 목적에 부합하지 않는다(이하 '〈처분사유1〉')는 사유로 甲의 신청을 거부하였다. 이에 甲은 거부처분취소소송을 제기하였는데, 소송의 계속 중 A청장은 거부처분 사유로 기존의 〈처분사유1〉 이외에 "甲이 제출한 훈련비용 지원서에는 관계 법규에 따라 기재하여야 하는 사항 중 일부가 누락되어 유효한 신청서로 볼 수 없다(이하 '〈처분사유2〉')라는 새로운 사유를 추가하였다. 관할 법원은 甲에게 〈처분사유2〉는 기존 〈처분사유1〉과 사회적 사실관계가 다른 별개의 사항이지만 처분사유의 추가에 동의하는지를 물었고, 甲은 위

취소소송을 통하여 지원금 지급 여부에 관한 법적 다툼을 한꺼번에 해결하려는 의도로 처분사유의 추가에 대한 동의서를 법원에 제출하였다. 법원은 甲의 동의에 따라 처분사유의 추가를 허용하였고, 두 가지 처분사유를 종합적으로 심리한 결과 甲의 소송상 청구를 인용하였으며, 해당 판결은 상고심에서 그대로 확정되었다.

사례 2

근로자 乙은 B지방고용노동청장(이하 'B청장')에게 '직업능력개발 훈련비용 지원금(이하 '지원금')을 신청하여 이를 지급받았다. 그 후 B청장은 내부 규정에 따라 지원금의 지급 및 환수 권한을 소속 담당부서장에게 내부위임하였다. 한편, 지원금 수급현황 정기 실태조사를 실시한 담당부서장은 부정한 방법으로 수령한 지원금을 환수한다는 내용의 환수처분을 자신의 명의로 乙에게 발령하였고, 乙은 이를 반환하였다. 그런데 乙은 지원금의 반환 후 위 환수처분에 발령 주체 상의 하자가 있음을 알게 되었다.

- 문 1. 甲의 취소소송에서 인용판결이 확정된 후 A청장은 〈처분사유2〉는 〈처분사유1〉과 사회적 사실관계가 다른 별개의 사유임에 착안하여 이전의 甲의 지원금 신청에 대하여 〈처분사유2〉를 들어 다시 거부처분을 하였고, 이에 대하여 甲은 간접강제를 신청하였다. 甲의 간접강제 신청에 대한

법원의 인용 여부에 관하여 논하시오. (25점)

- 문 2. 乙은 환수처분의 발령 주체 상의 하자를 이유로, 환수처분에 대한 항고소송을 제기하여 담당부서장이 환수한 지원금을 다시 반환받고자 한다. i) 乙이 제기할 수 있는 구체적인 소송유형과 그 피고, ii) 해당 소송의 인용판결을 통하여 乙이 지원금을 반환받을 수 있는 논거를 각각 설명하시오. (25점)

【참조조문】

고용보험법

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “피보험자”란 다음 각 목에 해당하는 사람을 말한다.
가. 「고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률」 제5조제1항·제2항, 제6조제1항, 제8조제1항·제2항, 제48조의2제1항 및 제48조의3제1항에 따라 보험에 가입되거나 가입된 것으로 보는 근로자, 예술인 또는 노무제공자

제29조(피보험자등에 대한 직업능력개발 지원) ① 고용노동부장관은 피보험자등이 직업능력개발 훈련을 받거나 그 밖에 직업능력 개발·향상을 위하여 노력하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 필요한 비용을 지원할 수 있다.

제35조(부정행위에 따른 지원의 제한 등) ① 고용노동부장관은 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 이 장의 규정에 따른 고용안정·직업능력개발 사업의 지원을 받은 자 또는 받으려는 자에게는 해당 지원금 중 지급되지 아니한 금액 또는 지급받으려는 지원금을 지급하지 아니하고, 1년의 범위에서 대통령령으로 정하는 바에 따라 지원금의 지급을 제한하며, 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지원받은 금액을 반환하도록 명하여야 한다.

제115조(권한의 위임·위탁) 이 법에 따른 고용노동부장관의 권한은 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 일부를 직업안정기관의 장에게 위임하거나 대통령령으로 정하는 자에게 위탁할 수 있다.

I 물음 1)의 해결

1. 문제의 소재

〈처분사유2〉를 들어 다시 거부처분이 이루어진 경우, 이것이 취소판결의 기속력에 위반되는지 여부에 따라 간접강제 신청의 인용여부가 좌우될 것이므로 이를 순차적으로 판단한다.

2. 취소판결의 기속력

가. 기속력의 의미

취소판결의 기속력이란 소송당사자인 행정청과 그 밖에 관계행정청에게 확정판결의 취지에 따라 행동하여야 할 의무를 지우는 효력을 말한다(행정소송법 제30조 제1항). 이러한 기속력은 인용판결의 취지에 따라 행동하도록 처분청을 구속하는 효력으로서 모순된 재판을 금지하는 기판력과는 그 본질을 달리한다.

나. 기속력의 범위

① 기속력은 당사자인 행정청과 그 밖에 관계행정청에게 미치며(주관적 범위). ② 기속력은 판결주문 및 그 전제가 되는 요건사실의 인정과 판단에 미치고 판결의 결론과 직접 관계 없는 방론이나 간접사실의 판단에는 미치지 않는다(객관적 범위). ③ 기속력은 처분 당시까지 존재하던 사유에 대해서만 미치고 그 이후에 생긴 사유에는 미치지 아니한다(시간적 범위).

다. 기속력의 내용

기속력의 내용으로는 반복금지효, 재처분의무, 결과제거의무 등이 논의되는바, 설문과 같은 거부처분의 경우에는 반복금지효와 재처분의무가 문제된다.

거부처분취소판결의 경우, 행정소송법 제30조 제2항에 따라 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 하는바, 이때 행정청은 판결의 취지를 존중하면 되는 것이지 반드시 신청한 내용대로 처분을 하여야 하는 것은 아니다. 따라서 행정청은 기본적인 사실관계의 동일성이 없는 다른 사유를 들어 다시 거부처분을 할 수 있으며, 이 경우 반복금지효의 위반이 아님은 물론 오히려 재처분의무를 성실히 이행한 것이 된다.

다만, 기본적인 사실관계의 동일성이 부정되어도 원고가 분쟁의 일회적 해결을 위하여 처분사유의 추가에 동의하였고 그에 따라 법원이 종전 처분사유와 추가된 사유를 종합적으로 심리한 결과 원고의 소송이 인용되어 확정된 경우에는 피고 행정청이 추가된 사유를 들어 다시 거부처분을 한다면 취소판결의 기속력에 반하게 된다.⁵⁾

5) 대법원 2024. 11. 28. 선고 2023두61349 판결

라. 기속력 위반의 효과

취소판결의 기속력에 위반된 처분은 그 하자가 중대하고 명백하여 무효이다.

마. 사안의 경우

기존의 <처분사유1>과 소송계속 중 A청장이 추가한 <처분사유2>는 기본적인 사실관계가 다르지만 甲이 처분사유의 추가에 동의하여 법원에서 이미 심리가 된 상태이므로 A청장이 인용판결이 확정된 이후 다시 <처분사유2>를 들어 거부처분을 하는 것은 취소판결의 기속력에 반한다. 따라서 <처분사유2>를 이유로 한 거부처분의 무효이다.

3. 법원의 간접강제

가. 의 의

거부처분취소확정판결에 따른 재처분의무를 행정청이 이행하지 않은 경우, 이러한 재처분의무가 처분청만이 이행할 수 있는 비대체적 작위의무라는 점을 고려하여 행정소송법은 원고가 법원에 간접강제를 신청할 수 있도록 별도로 규정하고 있다(행정소송법 제34조).

나. 요 건

거부처분에 대한 취소판결이 확정되어야 하며, 처분청이 거부처분취소판결의 취지에 따른 재처분을 하지 않았어야 한다. 이때 재처분을 하지 않았다는 것은 아무런 재처분을 하지 않은 것뿐만 아니라 재처분이 기속력에 반하여 당연무효가 된 경우를 포함한다.

다. 절 차

행정청이 거부처분취소판결의 취지에 따른 처분을 하지 않은 경우에 당사자는 '제1심 수소법원'에 간접강제를 신청할 수 있다(행정소송법 제34조 제1항). 따라서 당사자는 취소판결이 항소심이나 상고심에서 확정되는 경우에도 행정소송의 제1심 수소법원인 행정법원에 가서 간접강제를 신청하여야 한다.

라. 결 정

법원의 심리 결과 당사자의 신청이 이유 있다고 인정되면 법원은 인용결정을 하는데, 이때 법원은 재처분을 하여야 할 상당한 기간을 정하게 되고 만약 행정청이 그 기간 내에 재처분을 하지 않을 때에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상을 할 것을 명하게 된다(행정소송법 제34조 제1항).

만약 법원의 심리 결과 간접강제의 요건이 충족되지 않아 신청인의 신청이 이유 없다고 인정되면 법원은 기각결정을 한다.

마. 사안의 경우

앞서 살펴본 바와 같이 <처분사유2>에 근거한 거부처분은 취소판결의 기속력에 반하여 무효이므로 甲이 신청한 간접강제는 행정소송법 제34조의 요건을 충족한다.

4. 사안의 해결

<처분사유2>에 근거한 거부처분이 취소판결의 기속력에 반하여 무효이므로 甲의 간접강제 신청은 인용될 것이다.

II 물음 2)의 해결

1. 문제의 소재

내부위임을 받은 자가 자신의 이름으로 처분을 한 경우 그 처분의 효력과 피고적격에 대하여 살펴보기로 한다.

또한 인용판결을 통한 지원금의 반환과 관련하여, 취소판결의 기속력 중 원상회복의무에 대해 살펴보기로 한다.

2. 권한의 내부위임

권한의 내부위임이라 행정청이 보조기관 또는 하급행정청에게 내부적으로 일정한 사항의 결정권을 위임하여 수임기관이 위임청의 이름으로 그의 권한을 사실상 행사하는 것을 말한다.

권한의 내부위임의 경우에는 수임기관에게 처분권한이 넘어가지 않는다는 점에서 수임기관에게 처분권한이 이전되는 권한의 위임과 구별된다.

3. 乙이 제기할 수 있는 구체적인 소송유형과 그 피고

가. 권한행사방식 위반의 효과

내부위임을 받은 자가 위임청의 명의로 처분을 하지 않고 자신의 이름으로 처분을 한 경우, 판례는 이를 무권한자의 행위로 보아 당연무효로 보고 있다.

사안의 경우, 내부위임을 받은 것에 불과한 담당부서장이 자신의 명의로 환수처분을 하였으므로 이 환수처분은 당연무효인 처분이다.

나. 乙이 제기할 수 있는 구체적인 소송유형

乙이 받은 환수처분은 당연무효이므로 乙은 환수처분에 대한 무효확인소송을 제기할 수 있다. 이 경우 제소기간의 제한은 없다(행정소송법 제20조, 제38조 제1항 참조).

한편 乙은 무효선언적 의미의 취소판결을 받고자 환수처분에 대한 취소소송을 제기할 수도 있다. 다만 이 경우에는 제소기간(행정소송법 제20조)의 제한을 받는다.

다. 항고소송의 피고

내부위임의 경우에는 권한이 이양되는 것이 아니기 때문에 위임기관이 피고가 된다. 그러나 판례는 두 가지로 구분하여 수임기관의 명의로 처분을 한 경우에는 수임기관이 피고가 되고, 위임기관의 명의로 한 경우에는 위임기관이 피고가 된다는 입장을 취하고 있는데, 이는 외부위임과 내부위임의 구별이 실제로 어렵기 때문에 처분 명의에 따른 것으로 볼 수 있다.

사안의 경우, 내부위임을 받은 담당부서장이 자신의 명의로 환수처분을 하였으므로 乙이 이 환수처분에 대한 취소소송을 제기하든 무효확인소송을 제기하든 피고는 담당부서장이 된다(행정소송법 제13조, 제38조 제1항 참조).

4. 인용판결을 통하여 乙이 지원금을 반환받을 수 있는지 여부

가. 기속력의 내용으로서 결과제거의무(혹은 원상회복의무)

취소판결(또는 무효확인판결)이 확정된 경우 행정청이 위법한 처분으로 인해 초래된 결과를 제거하거나 원상회복시킬 의무를 부담하는지에 대하여 행정소송법에 직접적인 명문의 규정은 없으나, 행정소송법 제30조 제1항에 근거하여 이를 인정하는 것이 일반적인 견해이다. 판례도 이른바 병역기피자 명단공개사건이나⁶⁾ 세종해운 사건⁷⁾ 등에서 취소판결의 기속력의 일종으로 결과제거의무를 인정한 바 있으며, 하수도원인자부담금 사건⁸⁾ 등에서는 무효확인판결의 기속력으로서 결과제거의무의 인정을 바탕으로 무효확인소송의 보충성 요건을 폐지한 바 있다.

나. 사안의 경우

乙은 취소판결(또는 무효확인판결)의 기속력에 의하여 이미 납부한 지원금을 반환받을 수 있다.

5. 사안의 해결

乙은 환수처분취소소송 또는 환수처분무효확인소송을 제기할 수 있으며, 이 경우 피고는 처분명이자인 담당부서장이 된다.

또한 乙이 위의 소송을 통해 인용판결을 받고 이 인용판결이 확정되면, 乙은 기속력에 의하여 이미 납부한 지원금을 반환받을 수 있다.

6) 대법원 2019. 6. 27. 선고 2018두49130 판결

7) 대법원 2020. 4. 9. 선고 2019두49953 판결

8) 대법원 2008. 3. 20. 선고 2007두6342 전원합의체 판결

■ 제2문 ■

개업노무사로 업무를 수행하고 있는 甲은 2024. 3. 한 달 동안 3차례에 걸쳐 노동 관계 법령에 위반되는 행위에 관한 지도·상담을 하다가 관할 지방고용노동청에 적발되었다. 이에 고용노동부장관 A는 공인노무사자격심의·징계위원회의 징계의결에 따라 2024. 8. 26. 甲에게 6월의 직무정지처분을 하였고, 甲은 다음 날 그 처분서를 수령하였다. 甲은 2024. 9. 30. 6월의 직무정지처분이 재량권을 일탈·남용하였다는 관할 행정심판위원회에 6월의 직무정지처분의 취소심판을 청구하였다. 행정심판위원회는 2024. 11. 4. “A가 甲에 대하여 한 6월의 직무정지처분을 3월의 직무정지처분으로 변경하라”는 일부인용의 이행재결을 하였으며, 2024. 11. 18. 그 재결서 정본이 甲에게 도달하였다. A는 재결의 취지에 따라 2024. 11. 25. 甲에게 “6월의 직무정지처분을 3월의 직무정지처분으로 변경한다”는 취지의 후속 변경처분을 하였으나, 甲은 이 또한 과도한 제재처분이라면서 2024. 11. 25.자 3월의 직무정지처분을 대상으로 관할 행정심판위원회를 피고로 하여 2024. 12. 10. 취소소송을 제기하였다.

문 이 경우 甲이 제기한 취소소송의 대상적격과 피고적격 그리고 제소기간의 준수 여부에 관하여 각각 검토하시오. (25점)

【참조조문】

공인노무사법

제13조(금지 행위) 개업노무사와 그 직무보조원은 다음 각 호의 행위를 하여서는 아니 된다.

3. 법령에 위반되는 행위에 관한 지도·상담, 그 밖에 이와 비슷한 행위

제20조(징계) ① 고용노동부장관은 공인노무사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 자격심의·징계위원회의 징계의결에 따라 징계처분을 한다.

6. 제13조 각 호에 해당하는 금지 행위를 한 경우
- ③ 공인노무사에 대한 징계의 종류는 다음 각 호와 같다.
 3. 3년 이하의 직무정지

1. 문제의 소재

행정심판위원회가 甲에 대한 6월의 직무정지처분을 3월의 직무정지처분으로 변경하라는 일부인용재결을 하였고, 그에 따라 피청구인인 고용노동부장관 A가 甲에 대하여 3월의 직무정지처분을 한 경우, 소송의 대상이 원처분인지 재결인지 재결에 따른 후속처분인지에 따라 피고와 제소기간의 기산점이 달라질 것이므로 이에 대하여 검토하기로 한다.

2. 취소소송의 대상에 대한 입법주의

행정심판의 재결에 불복하여 취소소송을 제기하는 경우에 원처분을 대상으로 하여야 하는지 아니면 재결을 대상으로 하여야 하는지에 대하여 견해의 대립이 있는바, 우리 행정소송법 제19조 단서는 “재결취소소송의 경우에는 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다”고 규정하여 원처분주의를 취하고 있다.

이런 원처분주의에서 재결이 취소소송의 대상이 되는 경우는 재결 자체에 주체·절차·형식 그리고 내용상 위법이 있는 경우를 말한다.

3. 변경명령재결의 경우 소의 대상

가. 학 설

① 변경명령재결에 따른 행정청의 변경처분은 재결의 기속력에 의한 부차적인 행위로서 변경처분을 하게 된 것이 위원회의 의사이지 행정청의 의사가 아니므로 변경명령재결이 취소소송의 대상이 된다는 견해, ② 변경명령재결에 의해 원처분은 소멸되었고 국민에 대한 구체적인 침해는 변경처분이 있어야 현실화된다는 점을 강조하여 변경처분이 취소소송의 대상이 된다는 견해와 ③ 변경명령재결은 원처분의 강도를 변경하는 것에 불과하다는 입장에서 변경된 원처분이 취소소송의 대상이 된다는 견해가 대립하고 있다.

나. 판례

판례는 행정청이 영업자에게 행정제재처분을 한 후 일부인용의 (처분)변경명령재결에 따라 당초 처분을 영업자에게 유리하게 변경하는 처분을 한 경우 그 취소소송의 대상은 변경된 내용의 당초 처분이지 변경처분은 아니라고 판시한 바 있다.

다. 사안의 경우

판례의 입장에 따를 때, 변경된 원처분인 2024. 8. 26.자 3월의 직무정지처분이 취소소송의 대상이 되어야 한다.

4. 취소소송의 피고

가. 문제점

먼저 행정심판위원회와 같은 합의제 행정기관도 취소소송의 피고가 될 수 있는지 살펴보고, 취소소송의 대상에 따라서 고용노동부장관 A와 행정심판위원회 중 누가 해당 사안의 피고가 될 것인지 판단하도록 한다.

나. 행정심판위원회도 취소소송의 피고가 될 수 있는지 여부

취소소송의 피고적격은 처분이나 재결의 효과가 귀속되는 국가나 지방자치단체와 같은 권리의무의 귀속주체가 갖는 것이 원칙이나, 우리 행정소송법은 소송수행의 편의를 위하여 처분을 행한 행정청에게 피고적격을 인정하고 있다(법 제3조 제1항).

한편 행정청이란 행정주체의 의사를 결정하여 이를 대외적으로 표시할 수 있는 권한을 가진 행정기관을 의미하는바, 합의제 행정기관의 경우에도 법령에 의하여 자신의 이름으로 처분을 할 수 있는 권한이 주어진 경우에는 행정청이 될 수 있다. 행정심판위원회는 자신의 이름으로 행정심판 사건에 대한 결정을 할 수 있는 권한이 주어져 있으므로 합의제 행정청에 해당한다. 따라서 취소소송의 피고가 될 수도 있다.

다. 사안의 경우

앞에서 살펴본 것처럼 취소소송의 대상이 변경된 원처분이므로 甲은 관할 행정심판위원회가 아닌 원처분청인 고용노동부장관 A를 피고로 취소소송을 제기하여야 할 것이다.

5. 제소기간의 기산점

가. 행정소송법 제20조 제1항의 규정

취소소송의 제소기간은 송달 기타 공고 등을 통하여 처분등이 있음을 안 날로부터 기산하는 것이 원칙이나, 적법한 행정심판청구가 있는 경우에는 재결서 정본을 송달받은 날부터 기산한다.

나. 사안의 경우

변경된 원처분이 취소소송의 대상이 되어야 한다는 판례의 입장에 따르면 제소기간의 준수여부도 변경된 원처분을 기준으로 판단하여야 한다. 따라서 甲은 원처분을 송달받은 날인 2024. 8. 27.부터 90일 이내에 취소소송을 제기하여야 하나, 행정심판을 적법하게 제기한 경우에 해당되기 때문에 재결서를 송달받은 날인 2024. 11. 18.부터 90일 이내에 취소소송을 제기하여야 한다(행정소송법 제20조 제1항 단서).

6. 사안의 해결

甲은 고용노동부장관 A를 피고로 하여 2024. 8. 26.자 3월의 업무정지처분에 대한 취소소송을 2024. 11. 18.부터 90일 이내에 제기하여야 한다. 따라서 甲이 2024. 12. 10.에 2024. 11. 25.자 3월의 직무정지처분을 대상으로 관할 행정심판위원회를 피고로 하여 취소소송을 제기한다면, 제소기간은 충족하겠으나 피고적격의 흠결을 이유로 법원은 각하판결을 할 것이다.

다만, 甲은 각하판결을 받기 전에 2024. 8. 26.자 3월의 업무정지처분에 대한 취소소송으로 변경해달라고 법원에 신청할 수는 있다.

■ 제3문 ■

A지방고용노동청장(이하 'A청장')은 민원인의 이용 편의를 위하여 청사 지하 1층에 편의점을 위탁운영하기로 결정하고, '청사 내 편의시설(편의점) 운영자 선정 입찰 공고'를 하였다. 입찰 결과 甲이 낙찰자로 결정되었고, A청장은 2022. 12. 20. 甲과 계약기간은 2023. 1. 1.부터 2024. 12. 31.까지(2년간), 연 사용료 1억 원 등을 내용으로 하는 '청사 편의점 운영권 위탁계약(이하 '위탁운영계약')'을 체결하여 편의점 운영자 선정 절차가 완료되었다. 그 후 甲은 편의점을 1년 이상 운영하면서 납부기한까지 사용료를 납부하지 않았고, 이에 A청장은 2024. 2. 29. 「국유재산법」의 규정을 근거로 위탁운영계약을 해지하였다. 甲은 위탁운영계약 해지에 무효사유에 해당하는 하자가 있음을 발견하여, 이를 소송상 다투고자 한다.

문 甲이 제기하여야 하는 소송을 설명하시오. (단, 위탁운영계약 체결 관련 사항은 A청장에게 위임되어 있음) (25점)

【참조조문】

국유재산법

제31조(사용허가의 방법) ① 행정재산을 사용허가하려는 경우에는 그 뜻을 공고하여 일반경쟁에 부쳐야 한다. 다만, 사용허가의 목적·성질·규모 등을 고려하여 필요하다고 인정되면 대통령령으로 정하는 바에 따라 참가자의 자격을 제한하거나 참가자를 지명하여 경쟁에 부치거나 수의(隨意)의 방법으로 할 수 있다.

제32조(사용료) ① 행정재산을 사용허가한 때에는 대통령령으로 정하는 요율(料率)과 산출방법에 따라 매년 사용료를 징수한다. 다만, 연간 사용료가 대통령령으로 정하는 금액 이하인 경우에는 사용허가기간의 사용료를 일시에 통합 징수할 수 있다.

1. 문제의 소재

위탁운영계약이 사법행위인지 공법행위인지 만약 공법행위라면 공법상 계약인지 행정처분인지에 따라 위탁운영계약 해지에 대한 소송수단이 달라질 것이므로 이를 살펴보기로 한다. 만약 사법행위라면 민사소송을, 공법상 계약이면 행정소송 중 당사자소송을, 행정처분이면 행정소송 중 항고소송을 제기하여야 할 것이다.

2. 위탁운영계약과 계약해지의 법적 성질

가. 행정재산의 목적외 사용⁹⁾

(1) 의 의

행정재산도 예외적으로 그 용도 또는 목적에 장애가 되지 않는 범위 내에서 일반인에게 사용 또는 수익을 허가할 수 있는바, 이러한 행정재산의 사용관계를 행정재산의 목적외 사용이라 한다.

(2) 법적 성질

행정재산의 목적외 사용이 공법관계인지 사법관계인지에 따라 관할법원이 결정되며, 만약 공법관계로 본다 하더라도 행정처분인지 아니면 공법상 계약인지에 따라 항고소송으로 다룰 것인지 아니면 당사자소송으로 다룰 것인지가 결정된다.

이와 관련하여 판례는 국유재산 등의 관리청이 하는 행정재산의 사용·수익에 대한 허가는 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 행위가 아니라 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분으로서 특정인에게 행정재산을 사용할 수 있는 권리를 설정하여 주는 강학상 특허에 해당한다고 보고 있다.¹⁰⁾

나. 사안의 경우

이 사건 위탁운영계약은 강학상 특허로서 행정처분에 해당하며, 위탁운영계약의 해지는 강학상 철회로서 역시 행정처분에 해당한다.

9) 이 논의는 행정법각론의 공물법 파트에서 나오는데, 엄밀히 말하면 행정쟁송법의 시험범위는 아닙니다. 그래서 이 논의를 모르는 수험생 입장에서 이 사건 위탁운영계약이 행정처분이라는 결론을 이끌어 내기는 쉽지 않았을거라 생각합니다. 많은 학생들이 공법상 계약으로 풀었을 것 같은데, 채점자도 그런 점을 어느 정도 감안하여 채점하였을거라 생각합니다. 여하튼 수험생 입장에서 불의타 맞습니다.

10) 대법원 2006. 3. 9. 선고 2004다31074 판결

3. 무효사유에 해당하는 위탁운영계약 해지를 다투는 소송 수단

가. 무효확인소송의 제기

무효사유에 해당하는 행정처분에 대해서는 무효확인소송을 제기할 수 있다. 이 경우 피고는 처분청인 A청장이다(행정소송법 제13조, 제38조 제1항).

나. 취소소송의 제기

甲은 무효사유인 행정처분에 대해서 처분청인 A청장을 상대로 취소소송을 제기할 수도 있다. 다만 이 경우에는 무효확인소송을 제기하는 경우와는 달리 제소기간(행정소송법 제20조)과 전심절차(행정소송법 제18조 제1항 단서)의 제한을 받는다.

다. 당사자소송의 제기

甲은 위탁운영계약의 해지가 무효임을 확인하는 취지의 당사자소송을 제기할 수는 없다. 다만 위탁운영계약은 무효가 아니기 때문에 자신이 여전히 위탁운영계약의 당사자의 지위를 가지고 있다는 것을 확인하는 취지의 당사자소송의 제기는 가능하다. 이 경우 피고는 처분청인 A청장이 아니라 처분청의 법적행위의 효과가 귀속하는 국가가 되어야 할 것이다(행정소송법 제39조).

■제1문■

A도 B시에 위치한 X산과 Y호수 일대는 수려한 자연경관을 자랑하고 있어 많은 사람들이 방문하는 명소이다. 甲은 X산과 Y호수의 자연경관을 누릴 목적으로 그 인근으로 최근 이 주한 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)

문 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)

문 2. 생략

문 3. 乙이 丙에 대한 궤도사업허가의 취소를 구하는 행정소송을 제기할 수 있는지 검토하시오. (15점)

【참조조문】

현행 법령을 사례 해결에 적합하도록 수정하였으며, 이와 다른 내용의 현행 법령이 있다면 제시된 법령이 현행 법령에 우선하는 것으로 할 것

「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」

제24조(도시·군관리계획의 입안권자) 시장 또는 군수는 관할구역에 대하여 도시·군관리계획을 입안하여야 한다.

제26조(도시·군관리계획 입안의 제안) ① 주민(이해관계자를 포함한다. 이하 같다)은 제24조에 따라 도시·군관리

계획을 입안할 수 있는 자에게 도시·군관리계획의 입안을 제안할 수 있다. 이 경우 제안서에는 도시·군관리계획도서와 계획설명서를 첨부하여야 한다.

② 제1항에 따라 도시·군관리계획의 입안을 제안받은 자는 그 처리 결과를 제안자에게 알려야 한다.

「궤도운송법」

제4조(궤도사업의 허가) ① 궤도사업을 경영하려는 자는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다.

② 제1항에 따른 궤도사업의 허가기준은 다음 각 호와 같다.

1. 궤도시설의 건설 및 설비가 제15조에 따른 궤도시설의 건설·설비기준에 적합할 것
2. 도로·하천·농지·산림·공원·문화재보호구역 등을 점용하는 경우에는 관할 행정기관의 장 또는 관리자의 허가나 승인 등을 받을 것

제6조(결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 궤도사업의 허가를 받을 수 없다.

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

I 설문 1) : 거부처분취소재결의 기속력

1. 문제의 소재

도시관리계획입안제안거부처분이 이익형량의 하자를 이유로 행정심판에서 취소된 경우, 피청구인인 B시장에게 재처분의무가 인정되는지 여부와 만약 재처분의무가 인정된다면 甲의 제안대로 입안해야 하는지 여부가 취소재결의 기속력과 관련하여 문제된다.

2. 도시관리계획의 법적 성질¹¹⁾

가. 행정계획

행정계획은 행정주체가 일정한 행정활동을 위하여 장래를 예측하여 목표를 설정하고, 설정된 목표의 실현을 위하여 행정수단의 선택·조정·종합화의 과정을 통하여 장래의 일정한 질서의 실현을 목적으로 하는 구상 또는 활동기준의 설정을 말한다.

도시관리계획은 일정지역의 개발·정비 및 보전이라는 목표를 위하여 수립하는 토지이용 등에 관한 계획으로서(국토의 계획 및 이용에 관한 법률-이하 국토계획법- 제2조 제4호 참조), 대외적으로 국민에 대하여 구속력을 갖는 행정계획에 해당한다.

나. 행정처분

행정계획의 법적 성격을 둘러싸고 종래 행정입법설, 행정행위설, 독자성설이 대립된 바 있으나, 행정계획은 매우 다양한 형식으로 존재하고 있으므로 행정계획의 법적성격은 해당 사안에 따라 개별적으로 검토하는 것이 타당하다. 즉 행정계획이 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미친다면 처분성이 인정되겠지만, 단지 행정조직 내부의 추상적인 계획에 불과하다면 처분성을 인정할 수 없을 것이다.

판례는 4대강 살리기 마스터플랜과 같이 단지 행정조직 내부의 추상적인 계획에 불과한 행정계획에 대해서는 처분성을 부정하고 있으나 도시관리계획결정과 같이 개인의 권리를 개별적이고 구체적으로 규제하는 효과를 가져오는 행정계획에 대해서는 처분성을 인정하고 있다.

다. 재량행위

행정주체는 행정계획의 수립과정에서 광범위한 형성의 자유를 갖는바, 도시관리계획의 수립의 경우에도 계획수립주체에게 폭넓은 형성의 자유가 주어진다고 볼 수 있다. 따라서

11) 논리적으로는 설문 1)보다 설문 2)에서 쓰는 것이 더 어울리나, 1)문에 배점상 여유가 있다는 점, 2)문이 절차하자를 주된 논점으로 하고 있고 1)문이 이익형량의 하자를 주된 논점으로 하고 있다는 점에서 설문 1)에서 썼습니다.

재량행위에 해당한다.

3. 거부처분취소재결의 기속력

가. 취소재결의 기속력의 의의

행정심판법은 “심판청구를 인용하는 재결은 피청구인과 그 밖의 관계 행정청을 기속한다(동법 제49조 제1항)”라고 하여 재결의 기속력을 규정하고 있다.

재결의 기속력이란 처분청 및 관계행정청이 재결의 취지에 따르도록 처분청 및 관계행정청을 구속하는 효력으로서, 재결의 기속력은 인용재결의 경우에만 인정되고 각하·기각재결에는 인정되지 않는다.

나. 기속력의 내용으로서 재처분의무

재결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 한 행정청은 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다(동법 제49조 제2항). 이 규정은 2017년에 행정심판법이 개정되면서 신설된 것으로서, 거부처분취소재결에 대해서도 재처분의무를 인정하던 판례의 입장을 반영한 것이다.

거부처분취소재결이 나온 경우, 행정청(피청구인)은 원칙적으로 인용처분을 하여야 한다. 다만 ① 기본적 사실관계가 다른 사유로 거부하거나, ② 거부처분 이후에 법령이 변경되어 그 변경된 법령에 근거하여 다시 거부하거나(단, 경과규정이 없어야 함), ③ 절차나 형식하자를 이유로 이 사건 거부처분이 취소된 경우 그 하자를 보완하고 다시 거부하는 경우에는 기속력에 위반되지 않고 오히려 재처분의무를 성실히 이행한 것이 된다.

다. 기속력의 범위

기속력의 주관적 범위와 관련하여, 기속력은 피청구인인 행정청에게 미친다(동법 제49조 제1항). 기속력의 객관적 범위와 관련하여, 기속력은 처분의 동일성이 유지되는 경우에 미치는 것이므로 기본적 사실관계의 동일성이 부정되는 사유로 이전과 같은 내용의 처분을 하여도 이는 동일한 처분으로 볼 수 없으므로 기속력이 미치지 않게 된다.

또한 기속력의 시간적 범위와 관련하여, 기속력은 처분 당시를 기준으로 그때까지 존재하였던 처분사유에만 미치고 그 이후에 생긴 사유에는 미치지 않으므로 처분시 이후에 생긴 새로운 사실관계나 개정된 법령을 들어 동일한 내용의 처분을 하는 것은 기속력이 미치지 않게 된다.

4. B시장이 甲의 제안대로 도시관리계획을 입안하여야 하는지 여부

거부처분취소재결의 기속력의 범위에 관한 법리 및 도시관리계획의 입안·결정에 관하여 행정청에 부여된 재량을 고려하면, 주민 등의 도시관리계획 입안 제안을 거부한 처분을 이익형량

에 하자가 있어 위법하다고 판단하여 취소하는 재결이 나왔어도 행정청에 그 입안 제안을 그대로 수용하는 내용의 도시관리계획을 수립할 의무는 없다. 따라서 행정청이 다시 새로운 이익형량을 하여 적극적으로 도시관리계획을 수립하였다면 취소재결의 기속력에 따른 재처분의무를 이행한 것이라고 보아야 한다.¹²⁾

5. 사안의 해결

B시장은 도시관리계획은 다시 입안하여야 하나, 甲의 제안대로 도시관리계획을 입안할 의무는 없다.

Ⅱ 설문 2) : 생략

Ⅲ 설문 3) : 경원자소송

1. 문제의 소재

乙이 丙에 대한 궤도사업허가의 제3자라는 점에서 원고적격이 인정되는지가 문제되며, 궤도운송법 제6조 제3호에 따라 궤도사업허가를 받는 데에 명백한 법적 장애가 있는 것으로 보이는 乙에게 丙에 대한 궤도사업허가를 다룰 소의 이익이 있는지 문제된다.

2. 경원자의 원고적격

가. 원고적격의 의미

원고적격이란 구체적인 소송에서 원고로서 소송을 수행하여 본안판결을 받을 수 있는 자격을 말하는 것으로서, 행정소송법 제12조 1문은 “취소소송은 처분 등의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는 자가 제기할 수 있다”라고 하여 취소소송의 원고적격을 규정하고 있다.

나. 법률상 이익의 의미

행정소송법 제12조 1문의 ‘법률상 이익’이 무엇을 의미하는지에 대하여 취소소송의 기능과 연결하여 ① 권리구제설, ② 법이 보호하는 이익구제설, ③ 소송상 보호할 가치 있는 이익구제설, ④ 적법정보장설 등의 견해가 있다.

생각건대, 오늘날 권리의 개념이 확대되어 ‘권리’와 ‘법이 보호하는 이익’을 같은 개념으로 볼 수 있으므로 권리구제설은 큰 의미가 없고, 적법정보장설에 따르면 항고소송이 민중소송화 되어 법원의 재판부담이 가중될 우려가 있다는 문제점이 있다. 소송상 보

12) 대법원 2020. 6. 25. 선고 2019두56135 판결

호할 가치 있는 이익구제설은 비록 원고적격을 넓힐 수 있다는 장점이 있으나, 소송상 보호할 가치가 있는 이익의 존부여부에 대한 일반적인 기준을 마련하기 어려우며 이는 결과적으로 법관의 자의적인 판단에 맡기는 결과가 될 수 있다는 문제점이 있다.

결국 행정소송법 제12조의 법률상 이익은 문자의 표현 그대로 법이 보호하는 이익이라고 해석하는 것이 타당하며, 대법원도 법이 보호하는 이익구제설의 입장에서 법률상 이익이란 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익을 말하고, 공익보호의 결과로 국민 일반이 공통적으로 가지는 일반적·간접적·추상적 이익은 여기에 포함되지 않는다고 판시하고 있다.

다. 경원자소송의 원고적격 판단

경원자란 수익적 처분에 대한 신청이 경쟁하는 관계를 말하는 것으로서, 이런 경원자가 제기하는 취소소송의 원고적격과 관련하여 대법원은 경원자들은 서로 배타적 관계에 있으므로 자신의 권익을 구제하기 위하여 타인에 대한 인·허가 등을 취소할 법률상 이익이 있다고 판시하고 있다.

라. 사안의 경우

궤도사업의 특징상 한 업체만이 운행할 수 있다. 따라서 乙과 丙은 배타적 관계이므로 乙에게는 원고적격이 인정된다.

3. 경원자의 소의 이익

가. 협의의 소의 이익의 의의

협의의 소의 이익이란 원고의 청구가 소송을 통하여 분쟁을 해결할 만한 현실적인 필요성이 있는지에 대한 문제로서 권리보호의 필요라고 불리기도 한다. 취소소송의 경우에는 ① 처분의 효력이 소멸한 경우 ② 원상회복이 불가능한 경우 ③ 권리침해의 상태가 해소된 경우, ④ 취소소송보다 쉬운 방법으로 목적을 달성할 수 있는 경우, ⑤ 원고의 청구가 이론적 의미만 있을 뿐 실제적 효용이 없는 경우 등이 협의의 소의 이익이 문제가 되는 경우이다.

나. 경원자소송의 소의 이익 판단

명백한 법적 장애로 인하여 원고 자신의 신청이 인용될 가능성이 처음부터 배제되어 있는 경우에는 원고의 청구가 이론적인 의미만 있을 뿐 실제적 효용이 없으므로 해당 처분의 취소를 구할 정당한 이익은 부정된다.

다. 사안의 경우

궤도운송법 제6조 제3호에 따르면 궤도사업의 허가가 취소된 후 2년이 지나지 아니한 사람은 궤도사업의 허가를 받을 수 없으므로 6개월 전에 궤도사업허가가 취소된 원고 乙에게는 명백한 법적 장애가 존재한다.

4. 사안의 해결

乙과 丙이 배타적 관계라서 乙에게 원고적격이 인정된다 하더라도, 6개월 전에 궤도사업허가가 취소되어 궤도운송법 제6조 제3호에 따라 乙의 궤도사업허가신청은 인용될 가능성이 없으므로 소의 이익이 부정된다. 따라서 乙이 丙에 대한 궤도사업허가의 취소를 구하는 행정소송을 제기한다면 법원은 부적법 각하판결을 할 것이다.

■ 제2문 ■

甲은 A도 K시에 있는 본인 소유의 토지에서 과수원을 운영하고 있다. 사업시행자 乙은 국토교통부장관으로부터 사업인정을 받았고, A도 지방토지수용위원회의 수용재결을 거쳐 甲의 토지 및 지장물이 수용되었다. 그러나 甲은 수용재결에 불응하여 토지를 계속 점유하고 있다. K시의 시장은 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」, 「한국토지주택공사법」 및 같은 법 시행령에 따라 한국토지주택공사에 대집행권한을 위탁하였다. 이에 한국토지주택공사는 대집행절차에 착수하여 甲에게 계고처분을 하였지만, 甲은 수용목적물에 대한 인도·이전 의무를 불이행하였고, 한국토지주택공사는 甲을 상대로 대집행을 실행하였다.

문 1. 생략

문 2. 甲이 A도 지방토지수용위원회를 피고로 하여 제기한 수용재결무효확인소송에서 인용판결이 확정되었다. 그 후 甲이 수용재결의 위법을 이유로 국가배상청구소송을 제기한다면 수소법원은 수용재결이 적법하다고 판단할 수 있는지 검토하십시오. (20점)

【참조조문】

「한국토지주택공사법」

제2조(법인격) 한국토지주택공사(이하 “공사”라 한다)는 법인으로 한다.

제15조(토지의 매매 등의 수탁) ① 공사는 국가·지방자치단체·공공기관·기업 또는 개인이 토지를 매매·관리하고자 하는 경우 그 매매·관리를 수탁할 수 있다.

② 제1항에 따른 수탁의 기준과 수탁수수료의 요율은 대통령령으로 정한다.

I 설문 1) : 생략

II 설문 2) : 무효확인소송의 기판력이 국가배상청구소송에 미치는지 여부

1. 문제의 소재

무효확인소송의 기판력이 국가배상청구소송에 미치는지 여부와 관련하여, 무효확인소송의 소송물과 국가배상에서의 법령위반의 의미 등이 문제된다.

2. 무효확인소송의 소송물

소송물이란 소송에서의 심판대상이 되는 단위를 말하는데, 무효확인소송의 경우에는 행정처분이 무효라는 확인을 구하는 원고의 주장이 소송물이 된다.

3. 무효확인소송의 기판력

가. 기판력의 의미

기판력은 소송물에 관하여 법원이 행한 판단내용이 확정되면, 이후 동일사향이 문제되는 경우에 있어 당사자는 그에 반하는 주장을 하여 다투는 것이 허용되지 않으며, 법원도 그와 모순·저촉되는 판단을 하여서는 안되는 구속력을 말한다. 이러한 기판력은 소송절차의 반복과 모순된 재판의 방지라는 법적 안정성의 요청에 따라 본안판결이 확정된 경우 일반적으로 인정되는 효력으로써, 행정소송법은 기판력에 관하여 명시적으로 규정하지는 않고 있지만 행정소송법 제8조 제2항에 의하여 민사소송법상 기판력에 관한 규정은 당연히 행정소송에도 준용된다.

나. 범 위

(1) 주관적 범위

기판력은 당사자 및 당사자와 동일시 할 수 있는 그 승계인에게만 미친다(민사소송법 제218조, 행정소송법 제8조 제2항). 한편 소송의 당사자는 법주체이어야 하므로 취소소송의 피고도 원래는 처분의 효과가 귀속되는 국가 또는 공공단체가 되어야 하나, 행정소송법은 소송편의를 고려하여 처분을 행한 행정청을 피고로 하고 있다(행정소송법 제13조). 따라서 행정청을 피고로 하는 항고소송의 기판력은 그 처분의 효과가 귀속되는 국가 또는 공공단체에 미친다.¹³⁾

13) 대법원 1998. 7. 24. 선고 98다10854 판결

(2) 객관적 범위

확정판결은 판결주문에 포함된 것에 한하여 기판력을 갖는다(민사소송법 제216조 제1항, 행정소송법 제8조 제2항). 따라서 무효확인소송의 기판력도 판결주문에 표시된 소송물에 관한 판단에만 인정되고, 판결이유에 관한 판단에는 미치지 않는다.

한편 무효확인소송의 소송물은 행정처분이 무효라는 확인을 구하는 원고의 주장이므로 인용판결의 경우에는 행정처분이 위법하다는 부분에 대해서도 기판력이 발생하지만, 기각판결의 경우에는 행정처분이 유효하다는 부분에만 기판력이 발생할 뿐, 행정처분의 위법여부에 대해서는 기판력이 발생하지 않는다.

(3) 시간적 범위

기판력은 사실심의 변론종결시를 표준으로 하여 발생한다. 즉, 당사자는 사실심변론의 종결시까지 소송자료를 제출할 수 있고 종국판결도 그때까지 제출한 자료를 기초로 한 결과이기 때문에 이 시점에서 기판력이 생긴다.

4. 무효확인소송이 인용이 된 경우, 무효확인소송의 기판력이 국가배상청구소송에 미치는지 여부

가. 문제점

만약 항고소송의 위법과 국가배상의 법령위반이 동일하거나 항고소송의 위법이 국가배상의 위법에 포함된다면 무효확인소송이 인용된 경우 그 기판력이 국가배상청구소송에 미치게 되어 국가배상청구소송에서도 법령위반이 인정될 수 있다. 그러나 항고소송의 위법과 국가배상의 법령위반이 동일하지 않다면 무효확인소송이 인용되어도 그 기판력이 국가배상청구소송에 미치지 않게 된다. 따라서 국가배상에서의 법령위반이 무엇을 의미하는지 살펴볼 필요가 있다.

나. 국가배상에서의 법령위반의 의미

① 항고소송에서의 위법과 동일하게 가해행위가 법령에 합치하는가 여부에 따라 위법성을 판단하는 견해인 협의의 행위위법성설, ② 가해행위가 법령에 반하는 경우 외에, 국가의 일반적인 손해방지의무의 위반을 포함하는 개념으로 이해하는 광의의 행위위법성설, ③ 판례가 취하는 입장에서 피침해이익의 성격과 침해의 정도 및 가해행위의 태양 등을 종합적으로 고려하여 행위가 객관적으로 정당성을 결여한 경우를 의미한다고 보는 상대적 위법성설 등이 대립되고 있다.

다. 소 결

국가배상의 법령위반에 대해 판례의 입장인 상대적 위법성설을 취하는 경우, 무효확인소

송의 인용판결이 확정되어도 그 기판력은 국가배상청구소송에 미치지 않는다. 그러나 협의의 행위위법성설이나 광의의 행위위법성설을 취한다면, 무효확인소송의 인용판결이 확정되면 행정처분이 위법하다는 사실이 국가배상청구소송에도 미치게 되어 국가배상청구소송을 제기받은 수소법원은 행정처분이 적법하다는 판단을 할 수 없게 된다.

5. 사안의 해결

판례의 입장인 상대적 위법성설에 의할 때, 국가배상청구소송을 제기받은 민사법원은 행정법원의 판결의 결과와 관계없이 독자적으로 수용재결의 위법여부를 판단할 수 있다.

2020년

입법고시

■ 제2문 ■

甲은 사실상의 도로가 포함된 일단의 토지를 매수하여 임대용 건물을 건축하고자 관할 구청장 A에게 건축허가를 신청하였으나 A는 건축허가신청을 거부하였다. 이에 대해 甲은 건축허가거부처분 취소소송을 제기하였다.(총 30점)

문 1. 생략

문 2. 구청장 A가 거부처분의 사유로 '위 토지에 포함된 도로는 「건축법」상 도로이고, 도로상에는 건축을 할 수 없음'을 들었다가 위 취소소송의 계속 중 '해당 토지에 건물이 신축될 경우 주민들의 통행에 지장을 초래한다는 중대한 공익상의 이유'로 거부사유를 변경할 수 있는가? (15점)

I 설문 1) : 생략

II 설문 2) : 처분사유의 추가·변경

1. 문제의 소재

구청장 A가 소송계속 중 처분사유를 변경할 수 있는지와 관련하여, 처분사유의 추가·변경의 허용이 되는지 여부와 만약 허용된다면 그 인정범위에 포함되는지 문제된다.

2. 허용여부

가. 학 설

① 처분사유의 추가·변경을 허용하면 처분의 상대방에게 예기치 못한 불이익을 가져올 수 있으므로 상대방의 권익보호차원에서 부정하는 견해, ② 처분사유의 추가·변경을 부정하면 계쟁처분에 대한 취소판결 이후 처분청은 추가 또는 변경하고자 했던 처분사유를 근거로 동일한 내용의 처분을 다시 하게 되어 소송경제에 반하게 되므로 분쟁의 일회적 해결 차원에서 긍정하는 견해, ③ 기본적 사실관계의 동일성이 유지되는 범위 내에서 허용하는 견해 등이 있다.

나. 판례

판례는 처분시에 존재하였던 처분사유로서 당초의 처분사유와 기본적 사실관계의 동일성이 유지되는 범위 내에서 처분사유의 추가·변경을 허용하는 입장이다(제한적 긍정설). 이에 따르면, 구체적 사실을 변경하지 않는 범위 내에서 단지 그 처분의 근거법령만을 추가 또는 변경하거나 불명확한 당초의 처분사유를 구체화하는 정도 내에서만 기본적 사실관계의 동일성을 인정함으로써 처분사유의 추가·변경을 엄격하게 제한하고 있다.

3. 허용범위

가. 객관적 범위

당초의 처분사유와 기본적 사실관계의 동일성이 유지되는 범위 내에서 처분사유의 추가·변경이 허용된다(행정소송규칙 제9조). 판례는 기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지의 여부에 따라 결정된다고 한다.

나. 시간적 범위

처분사유의 추가·변경은 결국 처분의 위법성 판단과 관련된 논의이므로 위법판단의 기준시에 대한 판례의 입장인 처분시설에 따른다면, 처분 이후에 발생한 새로운 처분사유는 추가 또는 변경의 대상이 될 수 없다.

4. 허용시기

처분사유의 추가·변경은 법률해석이나 적용의 영역이 아니라 사실관계에 관한 영역이므로 사실심변론종결시까지만 허용된다(행정소송규칙 제9조). 따라서 법률심인 상고심에서는 처분사유의 추가나 변경을 주장할 수 없다.

5. 사안의 해결

현재 취소소송이 진행 중이므로 처분사유 변경의 허용시기는 충족된다. 또한 피고가 추가하려는 처분사유는 건축허가신청거부 당시에 존재하던 사유이므로 처분사유 변경의 시간적 범위도 충족하고 있다.

객관적 범위와 관련하여, 당초 처분사유와 변경하고자 하는 처분사유는 해당 토지상의 사실상 도로의 법적 성질에 관한 평가를 다소 달리하는 것일 뿐, 모두 토지의 이용현황이 도로이므로 거기에 주택을 신축하는 것이 허용될 수 없다는 것이므로 기본적 사실관계의 동일성이 인정된다. 따라서 구청장 A는 거부사유를 변경할 수 있다.

■ 제2문 ■

A광역시 B구에서 폐기물중간처리업을 운영하는 사업자 甲은 노후화된 기존 소각시설은 폐기하고 시설부지를 추가 편입하여 소각시설을 약 3배 규모로 신축하기 위해 B구의 구청장 乙에게 도시계획시설(폐기물처리시설) 결정(변경)에 관한 도시관리계획 입안제안서를 제출하였다. 이에 乙은 현재 B구에 각종 폐기물처리시설이 포화상태이며, 3배 규모의 소각장 증설시 주민의 생활환경이 심히 악화된다는 등의 사유로 甲의 도시관리계획 입안제안서를 반려하였다.(총 30점)

- 문 1. 위 도시관리계획의 법적 성질을 검토하시오. (10점)
- 문 2. 乙의 도시관리계획 입안제안서 반려에 대하여 甲이 취할 수 있는 행정소송법상 권리구제와 관련한 ‘대상적격’과 ‘가구제의 기능성’을 검토하시오. (20점)

I 설문 1) : 도시관리계획의 법적 성질

1. 행정계획인지 여부

행정계획은 행정주체가 일정한 행정활동을 위하여 장래를 예측하여 목표를 설정하고, 설정된 목표의 실현을 위하여 행정수단의 선택·조정·종합화의 과정을 통하여 장래의 일정한 질서의 실현을 목적으로 하는 구상 또는 활동기준의 설정을 말한다.

도시관리계획은 일정지역의 개발·정비 및 보전이라는 목표를 위하여 수립하는 토지 이용 등에 관한 계획으로서(국토의 계획 및 이용에 관한 법률 - 이하 '국토계획법' - 제2조 제4호 참조), 대외적으로 국민에 대하여 구속력을 갖는 행정계획에 해당한다.

2. 처분성 인정 여부

행정계획의 법적 성격을 둘러싸고 종래 행정입법설, 행정행위설, 독자성설이 대립된 바 있으나, 행정계획은 매우 다양한 형식으로 존재하고 있으므로 행정계획의 법적 성격은 해당 사안에 따라 개별적으로 검토하는 것이 타당하다. 즉 행정계획이 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미친다면 처분성이 인정되겠지만, 단지 행정조직 내부의 추상적인 계획에 불과하다면 처분성을 인정할 수 없을 것이다.

판례는 4대강 살리기 마스터플랜과 같이 단지 행정조직 내부의 추상적인 계획에 불과한 행정계획에 대해서는 처분성을 부정하고 있으나, 도시관리계획결정(현 도시·군관리계획)과 같이 개인의 권리를 개별적이고 구체적으로 규제하는 효과를 가져오는 행정계획에 대해서는 처분성을 인정하고 있다.

3. 재량행위인지 여부

기속행위와 재량행위의 구별에 대하여 판례는 해당 행위의 근거법규의 문언, 해당 행위의 성질, 해당 행위가 속하는 행정분야의 주된 목적과 특성 등을 모두 고려하여 사안에 따라 개별적으로 판단해야 한다는 것을 기본적인 입장으로 하면서도, 수익적 처분은 원칙적으로 재량행위라고 하여 성질설을 보충적인 기준으로 활용하는 것으로 보인다.

행정계획의 경우, 행정주체는 행정계획의 수립과정에서 광범위한 형성의 자유를 가지므로 당연히 도시관리계획은 재량행위에 해당한다.

II 설문 2) : 행정계획변경청구권 및 거부처분에 대한 권리구제수단

1. 문제의 소재

취소소송의 대상적격과 관련하여 행정계획변경청구권이 인정되어 도시관리계획 입안제안서

반려가 거부처분으로서 성립하는지 살펴보고, 거부처분에 대한 가구제 수단과 관련하여 집행 정지와 가처분의 허용여부를 검토하기로 한다.

2. 취소소송의 대상적격

가. 거부행위가 취소소송의 대상이 되기 위한 요건

판례는 거부행위가 항고소송의 대상인 행정처분이 되기 위해서는 “① 그 신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이어야 하고, ② 그 거부행위가 신청인의 법률 관계에 어떤 변동을 일으키는 것이어야 하며, ③ 그 국민에게 그 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 있어야만 한다”고 판시하여 신청권을 요구하는 입장이다.

나. 사안의 경우

甲이 신청한 도시관리계획변경은 위에서 살펴본 바와 같이 처분성이 긍정된다. 또한 乙의 도시관리계획 입안제안서 반려는 甲의 재산권 행사에 중대한 지장을 초래한다.

문제는 법규상 또는 조리상 신청권이 인정되는지 여부인데, 국토계획법은 도시관리계획의 입안권자에게 5년마다 관할 구역의 도시관리계획에 대하여 타당성 여부를 전반적으로 재검토하여 정비하여야 할 의무를 지우고 있으며(동법 제34조), 주민에게 도시관리계획의 입안권자에게 기반시설의 설치·정비 또는 개량에 관한 사항, 지구단위계획구역의 지정 및 변경과 지구단위계획의 수립 및 변경에 관한 사항에 대하여 도시관리계획의 입안을 제안할 권리를 부여하고 있고, 입안제안을 받은 입안권자는 그 처리 결과를 제안자에게 통보하도록 규정하고 있다(동법 제26조). 따라서 이러한 규정의 입법취지를 고려할 때, 도시계획 구역 내 토지 등을 소유하고 있는 사람과 같이 당해 도시계획시설결정에 이해관계가 있는 주민으로서는 도시시설계획의 입안권자에게 도시시설계획의 입안 내지 변경을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있고, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.¹⁴⁾

3. 가구제

가. 거부처분에 대한 집행정지 인정 여부

(1) 문제점

거부처분에 대해 집행을 정지한다 하더라도 신청인의 법적 지위는 거부처분이 없는 상태, 즉 신청시의 상태로 돌아가는 것에 그치므로 거부처분에 대한 집행정지를 인정할 실익이 있는지에 대하여 견해가 대립하고 있다.

14) 대법원 2015. 3. 26. 선고 2014두42742 판결

(2) 학 설

① 거부처분에 대하여 설령 효력정지결정이 있다 할지라도 행정청이 신청에 따른 처분을 하여야 할 의무를 부담하는 것이 아니므로 신청인에게 집행정지 신청의 이익이 없다고 보는 부정설과 ② 원칙적으로는 거부처분에 대해 집행정지를 인정할 실익이 없으나, 기존에 받은 허가의 연장신청거부라든가 응시자격이 없다는 이유로 나온 응시원서반려처분과 같이 거부처분에 대한 효력정지가 있게 되면 신청인에게 보전되는 법적 이익이 있는 경우에는 예외적으로 집행정지신청의 이익이 있다고 보는 예외적 긍정설이 대립하고 있다.

(3) 판 례

대법원은 거부처분에 대한 집행정지를 인정한다 하더라도 그 거부처분이 없었던 것과 같은 상태를 만드는 것에 지나지 않는 것이고, 그 이상으로 행정청에 대하여 어떠한 처분을 명하는 등 적극적인 상태를 만들어 낼 수 없다는 이유로 거부처분에 대한 집행정지신청을 이익흠결로 각하하였는바, 부정설의 입장이다.

다만, 서울행정법원은 한약관련과목의 이수가 부족하여 응시자격이 없다는 이유로 한약사국가시험을 위한 원서접수가 반려된 사건에서, 반려처분의 효력이 한약사국가시험시행 시까지 유지된다면 시험에 합격할 가능성이 있는 신청인들의 응시 기회가 부당히 박탈될 수 있다는 이유로 집행정지결정을 하였는바, 예외적 긍정설의 입장이다.

(4) 사안의 경우

대법원의 입장에 따르면, 乙의 도시관리계획 입안제안서 반려에 대하여 甲은 집행정지를 신청할 이익이 없다.

나. 민사집행법상 가처분 준용여부

(1) 문제점

민사집행법 제300조 제2항의 가처분에 관한 규정을 행정소송에도 준용하여 잠정적인 허가 등을 명하는 조치를 할 수 있는지 여부가 문제된다.

(2) 학 설

① 가처분이 인정되면 법원이 일정한 행위를 행정기관에 명령하게 되는데 이는 권력분립의 원칙에 따른 사법권의 범위를 벗어나는 것이며, 행정소송법상 집행정지에 관한 규정은 민사집행법상의 가처분에 대한 특별규정이므로 민사집행법상의 가처분을 배제한다는 뜻을 포함하는 것으로 보아야 한다는 부정설과 ② 가처분을 인정함으로써 사법에 의한 실효성 있는 권리구제가 이루어지게 되며, 우리 행정소송법의 해석상 가처분을 배제하는 특별한 규정이 없으므로 행정소송법 제8조 제2항에 의하여 당연히 가처분에 관한 민사집행법의 규정이 행정소송에 적용되어야 한다는 긍정설이 대립하고 있다.

(3) 판례

판례는 항고소송에 대하여는 민사집행법상 가처분에 관한 규정이 적용되지 않는다는 입장이다. 다만 당사자소송에 대하여는 행정소송법 제23조 제2항의 집행정지에 관한 규정이 준용되지 아니하므로 행정소송법 제8조 제2항에 따라 민사집행법상 가처분에 관한 규정이 준용된다는 입장이다.

(4) 사안의 경우

甲은 乙의 도시관리계획 입안제안서 반려에 대하여 항고소송을 제기하여야 하므로 항고소송에서는 가처분이 인정되지 않는다는 판례의 입장에 따르면 甲은 가처분을 신청할 수 없다.

4. 사안의 해결

甲에 대한 도시관리계획 입안제안서 반려는 거부처분으로서 항고소송의 대상적격이 인정된다. 다만 이러한 거부처분에 대한 가구제 수단으로 집행정지와 가처분은 대법원의 입장에 따르면, 인정되지 않는다.

2023년**입법고시****■제1문■**

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.(총 40점)

- 문 1.** 甲이 직위해제처분을 받은 후 곧바로 제소기간 내에 취소소송을 관할법원에 제기한 경우 그 소의 적법성 여부를 검토하시오. (10점)
- 문 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)
- 문 3.** 생략

I 설문 1) : 소 제기의 적법성

1. 문제의 소재

취소소송의 제기가 적법하기 위해서는 처분 등을 대상으로(행정소송법 제19조), 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가(동법 제2조), 처분청을 상대로(동법 제3조), 처분이 있음을 안 날 또는 재결서 정본을 송달받은 날로부터 90일 이내에(동법 제20조), 전심절차를 요구하는 경우에는 이를 모두 거친 후(동법 제18조 제1항 단서), 처분청의 소재지를 관할하는 행정법원에 소를 제기하여야 한다(동법 제9조).

설문의 경우에는 ① 대상적격과 관련하여 잠정적인 직위해제가 취소소송의 대상이 되는 처분인지 여부와 ② 전심절차와 관련하여 직위해제처분에 대해 곧바로 취소소송을 제기할 수 있는지 여부 등이 문제된다.

2. 대상적격

가. 취소소송의 대상으로서 처분

어떠한 행정작용이 취소소송의 대상으로서 처분에 해당하려면 ① 행정청의 행위이어야 하고, ② 구체적 사실에 관한 법집행행위이어야 하며, ③ 공권력적 행위이고, ④ 외부에 대한 법적 행위로서 국민의 권리나 의무에 직접적인 영향을 미치는 것이어야 한다(행정소송법 제2조 제1항 제호).

나. 사안의 경우

직위해제란 공무원으로서 신분을 보유하면서 직무담임을 해제하는 행위로서, 잠정적이긴 하지만 급여상의 불이익이나 승진상의 불이익을 주는 등 상대방의 법률관계에 직접적인 영향을 미치므로 취소소송의 대상이 되는 처분이다.

3. 전심절차

가. 의 의

행정심판과 같은 전심절차는 임의적 절차인 것이 원칙이나, 예외적으로 개별법령에서 전심절차를 거친 이후에만 취소소송의 제기를 허용하는 경우에는 전심절차를 거쳐오는 것이 소송요건이 된다(행정소송법 제18조 제1항 단서).

나. 사안의 경우

직위해제는 국가공무원법 제75조에 따른 처분이므로 甲은 소청심사위원회의 심사·결정을 거친 이후에 취소소송을 제기하여야 한다(국가공무원법 제16조 제1항). 그러나 甲은 소청과 그에 따른 결정을 거치지 않고 곧바로 취소소송을 제기하였으므로 전심절차를 충족하지

못하였다.

4. 사안의 해결

직위해제는 취소소송의 대상이 되는 처분이고, 甲은 불이익처분의 상대방이므로 원고적격이 인정된다. 다만 甲은 전심절차로서 소청과 그에 따른 재결을 받지 않은 상태에서 바로 취소소송을 제기하였으므로 법원은 전심절차의 흠결을 이유로 부적법 각하판결을 하여야 한다.

II 설문 2) : 협의의 소의 이익

1. 문제의 소재

취소소송의 사실심 계속 중 정년이 경과하여 직권면직처분의 재송취소로 인하여 공무원의 신분을 회복하는 등 원상회복이 불가능하다는 점에서 취소소송의 소의 이익이 있는지 문제된다.

2. 협의의 소의 이익

협의의 소의 이익이란 원고의 청구가 소송을 통하여 분쟁을 해결할 만한 현실적인 필요성이 있는지에 대한 문제로서 권리보호의 필요라고 불리기도 한다. 취소소송의 경우에는 ① 처분의 효력이 소멸한 경우, ② 원상회복이 불가능한 경우, ③ 권리침해의 상태가 해소된 경우, ④ 취소소송보다 쉬운 방법으로 목적을 달성할 수 있는 경우, ⑤ 원고의 청구가 이론적 의미만 있을 뿐 실제적 효용이 없는 경우 등이 협의의 소의 이익이 문제가 되는 경우이다.

이와 관련하여 우리 행정소송법은 처분의 취소로 인하여 회복되는 이익이 법률상 이익인 경우에 한하여 예외적으로 소의 이익을 인정하고 있다(법 제12조 2문).

3. 정년도달과 소의 이익

임기만료나 정년도달 등의 이유로 기본적인 권리회복이 불가능한 경우라 하더라도 급여청구와 같은 부수적 이익의 회복을 위하여 취소소송의 제기가 가능한지가 문제된다. 생각건대, 이러한 부수적 이익이 법이 보호하는 이익이라면 부수적 이익의 회복을 위해 취소를 구할 법률상 이익이 인정될 것인바, 공무원의 보수는 법정 사항이므로 공무원의 급여청구의 이익은 법률상 이익이다. 따라서 부수적 이익으로서 급여청구의 이익을 위하여 취소소송을 제기할 수 있다.

대법원도 공무원이 파면처분취소소송의 사실심 계속 중 정년에 도달하여 공무원의 지위를 회복할 수 없게 된 사건에서, 공무원의 지위회복은 불가능하다 하더라도 그동안의 급여 청구와의 관계에서 아직 이익이 있는 이상 파면처분의 취소를 구할 소의 이익이 있다고 판시한 바 있다.

4. 사안의 해결

직권면직처분에 대한 취소소송의 사실심 계속 중 정년이 경과하여 공무원의 신분을 회복할 수는 없으나, 직권면직처분시부터 판결시까지 지급받지 못한 급여를 청구할 법률상 이익이 있으므로 甲은 직권면직처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.

Ⅲ 설문 3) : 생략

2024년

입법고시

■ 제3문 ■

문 복효적 행정행위에 있어 당사자의 신청을 받아들이지 않은 거부처분이 행정심판의 재결에서 취소된 경우, 제3자가 이 재결을 취소소송으로 다룰 수 있는지를 ‘소의 대상’과 ‘협약의 소의 이익’의 측면에서 검토하십시오. (20점)

I 쟁점의 정리

행정심판위원회의 취소재결이 취소소송의 대상이 되는지 여부와 제3자가 이러한 취소재결을 다룰 소의 이익이 있는지 여부가 문제된다.

II 소의 대상

1. 취소소송의 대상으로서 재결

행정소송법 제19조는 처분뿐만 아니라 재결도 취소소송의 대상이 될 수 있음을 규정하고 있는바, 재결이란 행정심판청구사건에 대하여 행정심판위원회가 행하는 법적 판단을 말한다(행정심판법 제2조 제3호). 재결도 행정심판위원회라는 합의제 행정청이 행하는 공권력적 행위라는 점에서 당연히 처분의 개념에 포함되지만 입법자는 재결을 (원)처분과는 구분되는 의미로 쓰고 있다.

2. 취소소송의 대상에 대한 입법주의의 대립

가. 종 류

원처분주의는 원처분과 재결 중 어느 것에 대하여도 소를 제기할 수 있으나, 원처분의 위법은 원처분취소소송에서만 주장할 수 있고, 재결 자체의 고유한 위법은 재결취소소송에서 주장할 수 있도록 하는 제도를 말한다. 그에 반해, 재결주의는 원처분의 위법을 주장하든 재결의 위법을 주장하든 재결에 대하여만 취소소송을 제기할 수 있도록 하는 제도를 말한다.

나. 행정소송법의 태도

행정소송법 제19조는 처분과 재결 모두 취소소송의 대상이 될 수 있음을 선언하면서, 다만 재결취소소송의 경우에는 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다고 하여, 원처분주의의 입장을 취하고 있다.

3. 원처분주의에서 재결이 취소소송의 대상이 되는 경우

원처분주의에서 재결이 취소소송의 대상이 되는 경우는 재결 자체의 고유한 위법이 있는 경우에 한하는데, 재결 자체의 고유한 위법이란 재결 자체에 주체, 절차, 형식 그리고 내용상 위법이 있는 경우를 말한다. 특히 내용상 위법이란 재결로 인하여 비로소 불이익을 받게 되거나 불이익이 가중되는 것을 의미한다.

4. 소 결

거부처분취소재결에 주체, 절차, 형식 또는 내용상 위법이 있다고 주장하는 제3자는 이 거부처분취소재결을 취소소송의 대상으로 삼을 수 있다.

Ⅲ 협의의 소의 이익

1. 의 의

협의의 소의 이익이란 원고의 청구가 소송을 통하여 분쟁을 해결할 만한 현실적인 필요성이 있는지에 대한 문제로서 권리보호의 필요라고 불리기도 한다. 취소소송의 경우에는 ① 처분의 효력이 소멸한 경우 ② 원상회복이 불가능한 경우 ③ 권리침해의 상태가 해소된 경우, ④ 취소소송보다 쉬운 방법으로 목적을 달성할 수 있는 경우, ⑤ 원고의 청구가 이론적 의미만 있을 뿐 실제적 효용이 없는 경우 등이 협의의 소의 이익이 문제가 되는 경우이다.

이와 관련하여 우리 행정소송법은 처분의 취소로 인하여 회복되는 이익이 법률상 이익인 경우에 한하여 예외적으로 소의 이익을 인정하고 있다(법 제12조 2문).

2. 거부처분취소재결의 취소를 구하는 경우 소의 이익

판례는 거부처분이 재결에서 취소된 경우 재결에 따른 후속처분이 아니라 그 재결의 취소를 구하는 것은 실효적이고 직접적인 권리구제수단이 될 수 없어 분쟁해결의 유효적절한 수단이 라고 할 수 없으므로 법률상 이익이 없다고 판시하였다.¹⁵⁾ 왜냐하면 거부처분이 재결에 의하여 취소되는 경우 처분청에게는 재처분의무가 인정되는데(행정심판법 제49조 제2항), 이 재처분이 거

15) 대법원 2017. 10. 31. 선고 2015두45045 판결

부처분이라면 제3자는 취소소송을 제기할 필요가 없고, 이 재처분이 인용처분이라면 제3자는 인용처분에 대한 취소소송을 제기하면 되는 것이므로 굳이 거부처분취소재결에 대한 취소를 구할 필요가 없기 때문이다.

3. 소 결

제3자는 거부처분에 대한 취소재결을 다룰 소의 이익이 없다.

IV 결 론

제3자가 거부처분취소재결에 대한 취소소송을 제기하면 법원은 소의 이익 흠결로 각하하여야 한다.

■제1문■

甲해운 주식회사(이하 '甲해운'이라고 한다)는 1999. 3. 4.경 인천해양경찰서장(피고)으로부터 인천 중구 △△도 ~ 인천 옹진군 ◇도 ~ 인천 옹진군 ☆☆도 사이의 항로(이하 '이 사건 항로'라 한다)에 도선을 운항하는 내용의 도선사업면허를 받아 선박(319톤, 정원 394명, 이하 '기존 선박'이라고 한다)을 운항 중이다.

甲해운은 기존 선박이 노후화되자 피고에게 새로운 대형 선박(715톤, 정원 504명, 이하 '신형 선박'이라고 한다)으로 교체하는 내용의 도선사업면허 변경을 신청하였고, 피고는 이를 받아들여 도선사업면허 변경처분을 하였다(이하 '1차 변경처분'이라고 한다).

甲해운과 마찬가지로 이 사건 항로에서 해상여객운송사업을 영위하여 甲해운과 경쟁 관계에 있는 원고는 1차 변경처분이 원고의 해상여객운송사업 영업권을 침해하여 위법하다고 주장하면서 그 취소를 구하는 소를 제기하였고, 제1심 법원은 원고의 주장을 받아들여 1차 변경처분을 취소하는 판결을 선고하였다.

피고의 항소로 항소심이 계속되던 중 피고는 1차 변경처분의 다른 내용은 그대로 유지하면서 신형 선박의 정원을 393명으로 감축하는 내용의 도선사업면허 변경처분을 하였다(이하 '2차 변경처분'이라고 한다). 이에 원고는 2차 변경처분의 취소를 구하는 내용의 청구취지를 추가하였다. (총 50점)

- 문 1. 원고가 2차 변경처분을 다툼 소의 이익이 있는지 설명하시오. (10점)
- 문 2. 피고는 항소심에서 2차 변경처분으로 1차 변경처분의 효력이 소멸하였으므로 원고가 1차 변경처분의 취소를 구할 소의 이익이 없다고 주장하고 있다. 위 주장이 타당한지 여부에 관하여 설명하시오(2차 변경처분은 1차 변경처분을 완전히 대체하거나 그 주요 부분을 실질적으로 변경하는 것이 아니라는 것을 전제로 함, 이하 같음). (30점)
- 문 3. 항소심 법원이 1차 및 2차 변경처분을 취소하는 판결을 선고하여 그대로 확정되었다고 가정할 경우, 피고가 취하여야 할 조치에 관하여 설명하시오. (10점)

I 설문 1, 2) : 협의의 소의 이익¹⁶⁾

1. 문제의 소재

설문 1)의 경우 원고에게 유리한 방향으로 처분이 변경되었는데, 이와 같이 유리하게 변경된 처분에 대해 다툼 소의 이익이 있는지 문제된다. 설문 2)의 경우 2차 변경처분으로 1차 변경처분의 효력이 소멸하였는지 여부에 따라 원고가 1차 변경처분의 취소를 구할 소의 이익이 있는지가 문제되므로 이를 검토하기로 한다.

2. 협의의 소의 이익

가. 의 의

협의의 소의 이익이란 원고의 청구가 소송을 통하여 분쟁을 해결할 만한 현실적인 필요성이 있는지에 대한 문제로서 권리보호의 필요라고 불리기도 한다. 취소소송의 경우에는 ① 처분의 효력이 소멸한 경우 ② 원상회복이 불가능한 경우 ③ 권리침해의 상태가 해소된 경우, ④ 취소소송보다 쉬운 방법으로 목적을 달성할 수 있는 경우, ⑤ 원고의 청구가 이론적 의미만 있을 뿐 실제적 효용이 없는 경우 등이 협의의 소의 이익이 문제가 되는 경우이다.

나. 근거 및 흠결시 효과

우리 행정소송법은 협의의 소의 이익에 대한 일반규정을 두지 않고 있다. 따라서 협의의 소의 이익에 관한 논의는 신의성실의 원칙에서 파생되는 소권남용금지의 원칙에서 그 이론적 근거를 찾아야 한다. 다만 처분의 효력이 소멸된 경우에는 행정소송법 제12조 2문이 협의의 소의 이익의 근거가 된다.

협의의 소의 이익이 없는 소 제기나 소송 중에 협의의 소의 이익이 흠결되면 법원은 소 각하판결을 하게 된다.

다. 경업자에 대한 불리한 내용의 처분과 소의 이익

경업자에 대한 행정처분이 경업자에게 유리한 내용이라면 그와 경쟁관계에 있는 기존업자에게는 불리할 것이므로 기존업자는 그 행정처분의 취소를 구할 이익이 있을 것이다. 그러나 경업자에 대한 행정처분이 경업자에게 불리한 내용이라면 그와 경쟁관계에 있는 기존업자에게는 유리할 것이므로 기존업자는 그 행정처분의 취소를 구할 이익이 없다.¹⁷⁾

16) 이 문제는 대법원 2020. 4. 9. 선고 2019두49953 판결을 바탕으로 출제되었습니다.

17) 대법원 2020. 4. 9. 선고 2019두49953 판결

라. 변경처분의 경우 소의 이익

선행처분의 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용으로 후행처분을 한 경우에 선행처분은 특별한 사정이 없는 한 효력을 상실하지만, 후행처분이 선행처분의 내용 중 일부분을 소폭 변경하는 정도에 불과한 경우에는 선행처분은 소멸하는 것이 아니라 후행처분에 의하여 변경되지 아니한 범위 내에서는 그대로 존속한다.

마. 사안의 경우

(1) 설문 1)의 경우

2차 변경처분은 피고가 1차 변경처분 중 선박의 정원 중 일부를 직권으로 취소하는 처분이므로 항고소송의 대상에는 해당한다. 그러나 1차 변경처분 중 정원 부분은 이 사건 항로에서 운항하는 선박의 정원을 종전 394명에서 504명으로 증가시키는 내용이어서 경쟁사업자인 원고에게 불리하지만, 2차 변경처분은 1차 변경처분에서 정한 선박의 정원 504명을 1차 변경처분이 있기 전의 종전 선박의 정원 394명보다 적은 393명으로 감축하는 내용이므로 선박의 정원에 관한 한 2차 변경처분은 원고에게 유리하다. 따라서 원고는 2차 변경처분의 취소를 구할 소의 이익이 없다.

(2) 설문 2)의 경우

2차 변경처분은 1차 변경처분을 완전히 대체하거나 그 주요 부분을 실질적으로 변경하는 것이 아니라, 신형 선박의 정원 부분만 일부 감축하는 것에 불과하다. 이러한 신형 선박의 정원 부분은 성질상 1차 변경처분의 나머지 부분과 불가분적인 것이 아니므로 1차 변경처분 중 2차 변경처분에 의하여 취소되지 않고 남아 있는 부분, 즉 ‘노후화된 319톤 규모의 기존 선박을 715톤 규모의 신형 선박으로 교체한다는 점’은 여전히 원고에게 불리한 효과로서 유지되고 있으므로 원고는 1차 변경처분 중 2차 변경처분에 의하여 취소되지 않고 남아 있는 부분의 취소를 구할 소의 이익이 있다.

3. 사안의 해결

설문 1)과 관련하여, 2차 변경처분은 원고에게 유리한 처분이므로 원고는 2차 변경처분을 다룰 소의 이익이 없다.

설문 2)와 관련하여, 원고는 1차 변경처분 중 2차 변경처분에 의하여 취소되지 않고 남아 있는 부분의 취소를 구할 소의 이익이 있으므로 소의 이익이 없다고 주장하는 피고의 주장은 타당하지 않다.

II 설문 3) : 취소판결의 기속력

1. 문제의 소재

취소판결이 확정된 경우 피고 행정청이 취하여야 할 조치와 관련해 취소판결의 기속력이 문제된다.

2. 기속력의 의의

취소판결의 기속력이란 소송당사자인 행정청과 그 밖에 관계행정청에게 인용판결의 취지에 따라 행동하여야 할 의무를 지우는 효력을 말한다(행정소송법 제30조 제1항). 이러한 기속력은 인용판결의 취지에 따라 행동하도록 처분청을 구속하는 효력으로서 모순된 재판을 금지하는 기판력과는 그 본질을 달리한다.

3. 기속력의 범위

기속력은 당사자인 행정청과 그 밖에 관계행정청을 기속하며(주관적 범위), 기속력은 판결주문 및 그 전제가 되는 요건사실의 인정과 판단에 미치고, 판결의 결론과 직접 관계없는 방문이나 간접사실의 판단에는 미치지 않는다(객관적 범위). 또한 기속력은 처분 당시까지 존재하던 사유에 대해서만 미치고 그 이후에 생긴 사유에는 미치지 않는다(시간적 범위).

4. 기속력의 내용

어떤 행정처분을 위법하다고 판단하여 취소하는 판결이 확정되면 행정청은 취소판결의 기속력에 따라 판결의 취지에 저촉되는 처분을 하면 안된다(반복금지효). 또한 행정청은 그 판결에서 확인된 위법사유를 배제한 상태에서 다시 처분을 하거나(재처분의무) 그 밖에 위법한 결과를 제거하는 조치를 할 의무(결과제거의무)가 있다.

5. 기속력의 효과

기속력에 따른 처분은 특별한 위법사유가 없는 한 적법하다. 반면 기속력에 위반되는 처분은 그 하자가 중대하고 명백하여 무효인 처분에 해당한다.

6. 사안의 해결

2차 변경처분 자체는 취소를 구할 소의 이익이 없으므로 결국 항소심 법원은 ‘1차 변경처분 중 2차 변경처분에 의하여 취소되지 않고 남아 있는 부분’을 취소하는 판결을 선고할 것이다. 이러한 취소판결이 확정되면 이 사건 항로에서 신형 선박을 도선으로서 운항할 법적 근거가 사라진다. 따라서 피고는 취소판결의 기속력에 따라 위법한 결과를 제거하기 위하여 甲해운에 대해 이 사건 항로에서 신형 선박의 운행을 중단하는 것을 명령하는 등 필요한 조치를 취해야 한다.

■재문■

원고는 대한민국에서 태어났으나, 31세가 되던 2003년 2월 미국 시민권을 취득함으로써 대한민국 국적을 상실한 외국국적의 재외동포이다. 병무청장은 2003년 3월 법무부장관에게 ‘유명 연예인인 원고가 미국 시민권을 취득함으로써 사실상 병역의무를 면탈하였고, 원고가 재외동포의 자격으로 입국하여 연예활동을 다시 할 경우 국군 장병들의 사기가 저하되고 청소년들이 병역의무를 경시하게 되며 외국국적 취득을 병역 면탈의 수단으로 악용하는 사례가 빈번히 발생할 것으로 예상되므로 입국 자체를 금지해 달라.’고 요청하였다. 법무부장관은 2003년 4월 위와 같은 병무청장의 입국금지 요청에 대해 원고의 입국을 금지하는 결정을 하고(이하 ‘이 사건 입국금지결정’이라고 한다), 그 정보를 내부전산망인 ‘출입국관리정보시스템’에 입력하였으나 원고에게 별도로 통보를 하지는 않았다. 다만, 그 즈음 원고는 언론보도를 통해 이 사건 입국금지결정을 알게 되었다. 원고는 2015년 8월에 이르러 주시카고총영사에게 재외동포(F-4) 체류자격의 사증발급을 신청하였고, 주시카고총영사는 2015년 9월 원고의 아버지에게 전화로 ‘원고가 입국 규제대상자에 해당하여 사증발급이 불허되었다. 자세한 이유는 법무부에 문의하기 바란다.’고 통보하였을 뿐(이하 ‘이 사건 사증발급거부’라고 한다), 처분이유를 기재한 사증발급 거부처분서를 작성해 원고에게 전달하지는 않았다. 원고는 대한민국 내에서 연예활동 등 취업활동을 계속할 수 있는 재외동포(F-4) 체류자격으로 대한민국에 입국하기를 희망하면서 2015년 10월 서울행정법원에 행정소송을 제기하였다. 아래의 각 설문에 답하시오. (이하 첨부한 참조조문을 기초로 문제에 대한 답변을 하시오.) (총 50점)

- 문 1. 원고가 이 사건 입국금지결정을 항고소송으로 적법하게 다툴 수 있는지 설명하시오. 이때 제소기간은 충족된 것으로 본다.(10점)
- 문 2. 생략
- 문 3. 생략
- 문 4. 원고가 이 사건 사증발급거부에 대해 항고소송으로 다툴 경우 승소가능성을 설명하시오.(15점)

【참조조문】

(관계 법령을 사례해결에 적합하도록 수정하였음)

「출입국관리법」

제1조(목적) 이 법은 대한민국에 입국하거나 대한민국에서 출국하는 모든 국민 및 외국인의 출입국관리를 통한 안전한 국경관리, 대한민국에 체류하는 외국인의 체류관리와 사회통합 등에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제7조(외국인의 입국) ① 외국인이 입국할 때에는 유효한 여권과 법무부장관이 발급한 사증을 가지고 있어야 한다.

제8조(사증) ① 제7조에 따른 사증은 1회만 입국할 수 있는 단수사증과 2회 이상 입국할 수 있는 복수사증으로 구분한다.

② 법무부장관은 사증발급에 관한 권한을 재외공관의 장에게 위임할 수 있다.

③ 사증발급에 관한 기준과 절차는 법무부령으로 정한다.

제10조(체류자격) 입국하려는 외국인은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 체류자격을 가져야 한다.

1. 일반체류자격: 이 법에 따라 대한민국에 체류할 수 있는 기간이 제한되는 체류자격
2. 영주자격: 대한민국에 영주할 수 있는 체류자격

제10조의2(일반체류자격) ① 제10조 제1호에 따른 일반체류자격(이하 "일반체류자격"이라 한다)은 다음 각 호의 구분에 따른다.

1. 단기체류자격: 관광, 방문 등의 목적으로 대한민국에 90일 이하의 기간(사증면제협정이나 상호주의에 따라 90일을 초과하는 경우에는 그 기간) 동안 머물 수 있는 체류자격
2. 장기체류자격: 유학, 연수, 투자, 주재, 결혼 등의 목적으로 대한민국에 90일을 초과하여 법무부장관이 별도로 정하는 체류기간의 상한 범위에서 거주할 수 있는 체류자격

제11조(입국의 금지 등) ① 법무부장관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인에 대하여는 입국을 금지할 수 있다.

1. 감염병환자, 마약류중독자, 그 밖에 공중위생상 위해를 끼칠 염려가 있다고 인정되는 사람
2. 「총포·도검·화약류 등의 안전관리에 관한 법률」에서 정하는 총포·도검·화약류 등을 위법하게 가지고 입국하려는 사람
3. 대한민국의 이익이나 공공의 안전을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람
4. 경제질서 또는 사회질서를 해치거나 선량한 풍속을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람
5. 사리 분별력이 없고 국내에서 체류활동을 보조할 사람이 없는 정신장애인, 국내체류비용을 부담할 능력이 없는 사람, 그 밖에 구호가 필요한 사람

「출입국관리법 시행령」

제7조(사증발급) ① 법 제7조 제1항에 따라 사증을 발급받으려는 외국인은 사증발급 신청서에 법무부령으로 정하는 서류를 첨부하여 재외공관의 장에게 제출하여야 한다.

② 재외공관의 장은 외국인이 제1항에 따라 사증발급 신청을 하면 법무부령으로 정하는 바에 따라 사증을 발급한다. 이 경우 그 사증에는 제12조에 따른 체류자격과 체류기간 등 필요한 사항을 적어야 한다.

⑥ 법무부장관은 취업활동을 할 수 있는 체류자격에 해당하는 사증을 발급하는 경우에는 국내 고용사정을 고려하여야 한다.

「출입국관리법 시행규칙」

제9조(사증 등 발급의 기준) 법무부장관의 위임에 따라 재외공관의 장이 사증을 발급하는 경우 사증발급을 신청한 외국인이 다음 각 호의 요건을 갖추었는지를 종합적으로 고려하여야 한다.

1. 유효한 여권을 소지하고 있는지 여부

2. 법 제11조의 규정에 의한 입국의 금지 또는 거부의 대상이 아닌지 여부
3. 법 제10조의2에서 정하는 체류자격에 해당하는지 여부
4. 그 밖에 체류자격별로 법무부장관이 따로 정하는 기준에 해당하는지 여부

「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」

제1조(목적) 이 법은 재외동포의 대한민국에의 출입국과 대한민국 안에서의 법적 지위를 보장함을 목적으로 한다.

제5조(재외동포체류자격의 부여) ① 법무부장관은 대한민국 안에서 활동하려는 외국국적동포에게 신청에 의하여 재외동포체류자격을 부여할 수 있다.

② 법무부장관은 외국국적동포에게 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 제1항에 따른 재외동포체류자격을 부여하지 아니한다. 다만, 제1호에 해당하는 외국국적동포가 30세가 되는 해 1월 1일부터 부여할 수 있다.

1. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하지 아니한 상태에서 대한민국 국적을 이탈하거나 상실하여 외국인이 된 남성의 경우
 - 가. 현역·상근예비역·보충역 또는 대체역으로 복무를 마치거나 마친 것으로 보게 되는 경우
 - 나. 병역면제처분을 받은 경우
2. 대한민국의 안전보장, 질서유지, 공공복리, 외교관계 등 대한민국의 이익을 해칠 우려가 있는 경우

I 설문 1) : 처분의 효력발생¹⁸⁾

1. 문제의 소재

이 사건 입국금지결정이 행정처분으로서 국민의 권리나 의무를 규율하고 있는지 아니면 내 부적인 지시에 불과한 것인지에 따라 항고소송의 대상적격을 충족하는지 여부가 달라지는 바, 이를 검토한다.

2. 이 사건 입국금지결정의 처분성 여부

가. 처분의 개념징표

항고소송의 대상이 되는 ‘처분’이란 행정청이 하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다(행정소송법 제2조 제1항 제1호).

나. 처분의 성립요건으로서 효력발생

어떠한 행정작용이 행정소송법상 처분의 개념징표를 모두 충족하고 있어도 실제로 국민의 권리나 의무를 규율하기 위해서는 송달이나 공고를 통해서 효력이 발생하여야 한다. 즉, 행정청의 의사가 외부에 표시되어 행정청이 자유롭게 취소·철회할 수 없는 구속을 받게 되는 시점에 처분이 성립하고, 그 성립 여부는 행정청이 행정의사를 공식적인 방법으로 외부에 표시하였는지를 기준으로 판단해야 한다.¹⁹⁾

다. 사안의 경우

이 사건 입국금지결정은 행정처분의 개념징표는 충족하나, 법무부장관의 의사가 공식적인 방법으로 외부에 표시된 것이 아니라 단지 그 정보를 내부전산망인 ‘출입국관리정보시스템’에 입력하여 관리한 것에 지나지 않으므로 행정처분으로서의 효력이 발생하지 않은 상태이다. 따라서 이 사건 입국금지결정은 항고소송의 대상이 될 수 있는 ‘처분’에 해당하지 않는다.

3. 사안의 해결

이 사건 입국금지결정은 행정처분이 아니며 단지 행정기관 내부에서 사증발급이나 입국허가에 대한 지시로서의 성격만 인정될 뿐이다. 따라서 원고는 이 사건 입국금지결정을 항고소송으로 다룰 수 없다.

18) 이 문제는 대법원 2019. 7. 11. 선고 2017두38874 판결을 바탕으로 출제되었습니다.

19) 대법원 2019. 7. 11. 선고 2017두38874 판결

Ⅱ 설문 2) : 생략

Ⅲ 설문 3) : 생략

Ⅳ 설문 4) : 외국인의 원고적격, 재량의 불행사

1. 문제의 소재

원고가 이 사건 사증발급거부에 대한 항고소송을 제기하여 승소하기 위해서는 소 제기의 적법성이 인정되어야 하며, 원고의 주장이 이유가 있어야 한다. 먼저 소 제기의 적법성과 관련하여 사증발급거부의 처분성과 외국인의 원고적격 인정 여부가 문제된다. 원고의 주장의 이유유무와 관련하여 이 사건 사증발급거부처분의 위법여부와 위법성의 정도가 문제된다.

2. 소 제기의 적법성

가. 사증발급거부의 처분성 여부

판례는 행정청의 어떠한 거부행위가 항고소송의 대상인 처분이 되기 위해서는 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 한다고 판시하고 있다.

사안의 경우, 사증발급행위는 강학상 특허로서 공권력의 행사에 해당하며, 사증발급이 거부되면 원고는 국내에 입국할 수 없게 되므로 원고의 권리관계에 중대한 지장을 초래할 것이며, 출입국관리법 시행령 제7조 제2항에 따라 법규상 신청권이 인정되므로 이 사건 사증발급거부는 항고소송의 대상으로서 처분에 해당한다.

나. 외국인의 원고적격

(1) 당사자능력

당사자능력이란 소송의 당사자가 될 수 있는 소송법상의 권리능력을 말한다. 행정소송법에는 당사자능력에 관한 명문의 규정이 없으므로 민사소송법 제51조와 제52조가 준용되어(행정소송법 제8조 제2항), 민법상 권리능력을 가진 자연인과 법인 그리고 법인 아닌 사단이나 재단도 대표자 또는 관리인이 있으면 그 이름으로 당사자가 될 수 있다.

외국인은 자연인에 해당하므로 당연히 당사자능력이 인정된다.

(2) 원고적격

원고적격이란 구체적인 소송에서 원고로서 소송을 수행하여 본안판결을 받을 수 있는 자격을 말하는 것으로서, 취소소송의 원고적격이 인정되기 위해서는 처분의 취소를 구할 ‘법률상 이익’이 인정되어야 한다(행정소송법 제2조). 여기서 법률상 이익이란 처분의 근거법률 등에 의해 보호되는 개별적, 직접적, 구체적 이익을 말하는 것으로서, 공익 보호의 결과 개인이 누리는 반사적, 경제적, 사실상의 이익은 법률상 이익에 해당하지 않는다.

사안의 경우, 『출입국관리법』은 대한민국의 출입국 질서와 국경관리라는 공익을 보호하려는 취지일 뿐, 대한민국에 입국하고자 하는 외국인의 사익까지 보호하려는 취지의 법률이 아니므로 원칙적으로 외국인에게는 사증발급 거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정되지 않는다.²⁰⁾ 다만, 원고는 대한민국에서 출생하여 오랜 기간 대한민국 국적을 보유하면서 거주한 사람이므로 이미 대한민국과 실질적 관련성이 있거나 대한민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성하였다고 볼 수 있다. 또한 『재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률』이 만들어져 원고와 같은 외국국적 동포를 보호하고 있음을 고려할 때, 원고에게는 이 사건 사증발급거부처분의 취소를 구할 원고적격이 인정된다.²¹⁾

다. 소 결

2015년 9월에 사증발급거부를 당한 원고는 2015년 10월에 행정법원에 행정소송을 제기하였으므로 제소기간과(취소소송의 경우) 관할법원은 이미 충족된 상태이다. 따라서 원고가 이 사건 사증발급거부를 대상으로 주시카고총영사를 피고로 하여 취소소송이나 무효확인소송을 제기하였다면 원고의 소 제기는 적법할 것이다.

3. 사증발급거부처분의 위법 여부

가. 행정절차법 제24조 위반

앞에서 살펴본 것처럼 이 사건 사증발급거부처분은 행정절차법 제24조에 위반하여 당연무효에 해당하는 하자가 존재한다.

나. 재량권의 남용여부

처분의 근거 법령이 행정청에게 처분의 요건과 효과 판단에 일정한 재량을 부여하였는데도 행정청이 자신에게 재량권이 없다고 오인한 나머지 처분으로 달성하려는 공익과 그로 인해 처분상대방이 입게 되는 불이익의 내용과 정도를 전혀 비교형량하지 않은 채 처분을 하였다면, 이는 재량권 불행사로서 그 자체로 재량권의 일탈·남용으로 해당 처분을 취소

20) 대법원 2018. 5. 15. 선고 2014두42506 판결

21) 대법원 2019. 7. 11. 선고 2017두38874 판결

하여야 할 위법사유가 된다.²²⁾

사안의 경우, 피고인 주시카고총영사는 자신에게 주어진 재량권을 전혀 행사하지 않고 오로지 이 사건 입국금지결정이 있었다는 이유만으로 이 사건 사증발급거부처분을 하였다. 따라서 이 사건 사증발급거부처분은 재량권의 일탈·남용에 해당하는 위법사유가 존재한다.

4. 사안의 해결

원고가 이 사건 사증발급거부처분에 대한 항고소송을 제기하면 소 제기의 적법성이 인정된다. 또한 이 사건 사증발급 거부처분은 당연무효인 처분이므로 원고가 취소소송을 제기하든 무효확인소송을 제기하든 원고는 승소하게 될 것이다.

22) 대법원 2016. 8. 29. 선고 2014두45956 판결, 대법원 2017. 8. 29. 선고 2014두10691 판결 등

제9판

노동 행정법

주 록

