2020 공인노무사

기출·사례 행정쟁송법

김 기 홍

새흐름

제6판 머리말

[2020 공인노무사 기출 · 사례 행정쟁송법의 개정 특징]

1. 「2020 공인노무사 기출 · 사례 행정쟁송법」은 기출문제 및 사례문제의 중요도와 난이도를 감안하여 문제부분에 해당 문제의 중요도를 별표로 표시하였습니다. 별표 하나는 '보통', 둘은 '중요', 셋은 '매우 중요'하다는 의미입니다. 별표 둘과 셋은 반드시 풀어보셔야 할 문제입니다.
2. 「2020 공인노무사 기출 · 사례 행정쟁송법」은 형광펜 기능을 사용하여 핵심 키워드를 표시하였습니다. 행정쟁송법을 마무리하는 경우뿐만 아니라 처음 시작하시는 분들도 핵심 키워드를 중심으로 공부하신다면 보다 효율적인 수험준비가 되실 것입니다.
3. 「2020 공인노무사 기출 · 사례 행정쟁송법」은 2008년-2019년까지 시행된 공인노무사 행정쟁송법뿐만 아니라 모든 주관식 국가시험의 행정쟁송법 문제와 해설을 수록하였습니다. 2019년 공인노무사 행정쟁송법 시험에서도 입증된 것처럼 기출된 쟁점이 다시 재출제되었습니다. 기출문제의 정리는 모든 수험공부의 시작이자 끝입니다.
4. 「2020 공인노무사 기출 · 사례 행정쟁송법」은 조금 길었던 해설을 대폭 수정 · 축소하였고, 출제 유력한 중요사례 문제도 추가하였습니다.

[공인노무사 기출 · 사례 행정쟁송법의 특징]

1. 기출편은 2가지 파트로 구성되어 있습니다. 기출 A편은 2010-2019년도까지의 공인노무사 행정쟁송법 기출문제와 해설입니다. 그리고 기출 B편은 2008-2019년까지의 변호사시험·사법시험·행정고시(5급공채)·입법고시 기출문제 중 행정쟁송법과 관련된 문제와 해설입니다.
2. 기출문제의 공부는 사례형 문제의 쟁점파악능력을 키우는데 큰 도움이 될 뿐만 아니라, 주요 국가시험의 기출문제는 공인노무사 행정쟁송법에 재출제될 가능성이 매우 높기 때문에 잘 정리를 하셔야 합니다.
3. 사례편은 출제가능한 난이도 있는 사례문제를 집약한 종합사례집입니다. 기출편과 함께 종합사례집으로 활용하시면 됩니다.
4. 행정쟁송법 공부에 혼선을 주지 않기 위해 목차와 체계, 결론을 이미 출간된 기본서인 「2020 공인노무사 핵심정리 행정쟁송법(김기홍)」 및 2월에 출간될 「2020 공인노무사 쟁점정리 행정쟁송법(김기홍)」과 동일하게 하였습니다.

[공인노무사 기출 · 사례 행정쟁송법 공부 방법]

1. 기본서인 「2020 핵심정리 행정쟁송법(김기홍)」을 1-3회독 하신 다음, 먼저 기본서와 「2020 기출 · 사례 행정쟁송법」의 '기출편'을 함께 1-2회독 하시고, 그 다음으로 기본서와 「2020 기출 · 사례 행정쟁송법」의 '기출편 및 사례편'을 함께 1-2회독 하신 뒤, 마지막 정리는 최종정리용 「2020 공인노무사 쟁점정리 행정쟁송법」이나 보시던 기본서를 남은 기간 동안 3회독 이상 하신다면 완벽한 수험준비가 될 것입니다.
2. 이 책은 차례가 2가지입니다. 즉, 기출 및 사례 번호 순서별 차례와 교과서 순서의 쟁점별 차례가 있습니다. 따라서 효과적인 학습을 위해 기본서의 회독수가 많지 않은 독자분들은 교과서 순서의 쟁점별 차례에 따라(쟁점별 공부), 행정쟁송법 전반을 이해하신 독자분들은 기출편과 사례편의 번호 순서에 따라(종합사례별 공부) 연습하시기를 권합니다.

[감사의 말씀]

이 책의 출간에 도움을 주신 도서출판 새흐름의 여러분들, 특히 이종은 부장님께 감사드립니다.

독자분들의 소망이 꼭 이루어지길 빌면서.

2019. 11.

김 기 홍

차 례

Part 1. 기출문제(A·B)

【기출 A01】 2
【기출 A02】 7
【기출 A03】 12
【기출 A04】 16
【기출 A05】 21
【기출 A06】 26
【기출 A07】 35
【기출 A08】 38
【기출 A09】 44
【기출 A10】 50
【기출 A11】 59
【기출 A12】 63
【기출 A13】 66
【기출 A14】 74
【기출 A15】 82
【기출 A16】 85
【기출 A17】 89
【기출 A18】 96
【기출 A19】 101
【기출 A20】 109
【기출 A21】 112
【기출 A22】 115
【기출 A23】 123
【기출 A24】 126

【기출 B01】 129
【기출 B02】 133
【기출 B03】 137
【기출 B04】 140
【기출 B05】 145
【기출 B06】 153
【기출 B07】 159
【기출 B08】 164
【기출 B09】 168
【기출 B10】 175
【기출 B11】 180
【기출 B12】 183
【기출 B13】 187
【기출 B14】 194
【기출 B15】 202
【기출 B16】 212
【기출 B17】 219
【기출 B18】 232
【기출 B19】 238
【기출 B20】 247
【기출 B21】 258
【기출 B22】 262
【기출 B23】 265
【기출 B24】 277
【기출 B25】 281
【기출 B26】 293
【기출 B27】 297
【기출 B28】 306
【기출 B29】 311
【기출 B30】 314
【기출 B31】 316

【기출 B32】 324
【기출 B33】 330
【기출 B34】 334
【기출 B35】 337
【기출 B36】 340
【기출 B37】 345
【기출 B38】 354
【기출 B39】 361
【기출 B40】 367
【기출 B41】 370

Part 2. 사례연습

【사례 01】 376
【사례 02】 383
【사례 03】 392
【사례 04】 404
【사례 05】 412
【사례 06】 422
【사례 07】 432
【사례 08】 443
【사례 09】 454
【사례 10】 464
【사례 11】 479
【사례 12】 493
【사례 13】 503
【사례 14】 511
【사례 15】 521
【사례 16】 536
【사례 17】 542
【사례 18】 550

〈교과서순서〉

제1부 행정법 총론

[기출 A03] (공법상 결과제거청구권의 행정소송상 관철방법), [기출 A18] 설문(선결문제)

[기출 B09] 설문(1)(선결문제), [기출 B28](선결문제), [기출 B31] 제1문 설문(3)(선결문제)

제2부 행정쟁송법

제1편 행정심판법

[기출 A02] (거부처분에 대한 행정심판법상 권리구제수단), [기출 A09] (직접처분), [기출 A10] 설문(1)(취소심판청구의 일반적 요건), [기출 A12] (직접처분), [기출 A13] 제1문 설문(1) (취소심판청구기간 · 고지제도), [기출 A19] 설문(1) (임시처분), [기출 A23] (간접강제)

[기출 B13] 설문(3)(재결의 종류, 행정심판법상 권리구제수단의 한계), [기출 B17] 설문(2)(행정심판법상 권리구제수단), [기출 B24] 설문(2)(청구인적격), [기출 B40] 설문(1) (행정심판청구기간)

[사례 01] 설문(1)(임시처분), [사례 06] 설문(4)(행정심판법상 권리구제수단), [사례 07] 설문(1)(직접처분, 간접강제), [사례 08] 설문(1)(행정심판법상 권리구제수단)

제2편 행정소송법

제1장 일반론

[기출 A04] (의무이행소송)

[기출 B03] 설문(4)(행정쟁송상 권리구제수단), [기출 B13] 설문(1)(행정쟁송법상 권리구제수단),[기출 B18] 설문(2)(예방적 부작위소송), [기출 B21] 설문(2)(예방적 부작위소송), [기출 B41] 설문(1)(예방적 부작위소송)

[사례 01] 설문(3)(의무이행소송), [사례 08] 설문(3)(행정쟁송상 권리구제수단), [사례 09] 설문(2)(예방적 부작위소송)

제2장 항고소송

제1절 취소소송

제1항 취소소송의 개념

[기출 A20] (취소소송과 무효확인소송의 관계)

제2항 취소소송의 대상

[기출 A04] (법령의 처분성), [기출 A06] 설문(1)(노동조합설립신고반려의 처분성), [기출 A07] (재결주의), [기출 A10] 설문(2)(재결소송), [기출 A14] 설문(2)(재결주의), [기출 A17] 설문(1)(일부취소처분과 남은 원처분 중 소송의 대상)

[기출 B05] 설문(3)(재결소송), [기출 B08] 설문(2)(변경처분과 변경된 원처분 중 소송의 대상), [기출 B14] 설문(1)(출생신고수리거부의 처분성), [기출 B15] 설문(2)(재결소송), [기출 B20] 설문(3)(변경처분과 변경된 원처분 중 소송의 대상), [기출 B22] 설문(2)(일부취소재결과 남은 원처분 중 소송의 대상), [기출 B26] 설문(3)(변경처분과 변경된 원처분 중 소송의 대상), [기출 B32] 제2문 설문(2)(독촉의 처분성), [기출 B33] 설문(3)(변경처분과 변경된 원처분 중 소송의대상), [기출 B34] 설문(2)(지원사업 참여자격 제한 통보의 처분성), [기출 B36] 설문(1) (세무조사의 처분성), [기출 B38] 설문(1) (서면권고행위의 처분성), [기출 B39] 설문(1) (고시의 처분성)

[사례 02] 설문(1)(재결소송, 명령재결과 그에 따른 처분 중 소송의 대상) · 설문(2)(변경재결과 변경된 원처분 중 소송의 대상), [사례 03] 제2문 설문(1)(변경처분과 변경된 원처분 중 소송의 대상), [사례 04] 설문(2)(건축물용도변경신청거분의 처분성), [사례 05] 제1문 설문(1)(영업불허가요청행위의 처분성), 제2문 (변경처분과 변경된 원처분 중 소송의 대상), [사례 06] 설문(1) (민원이의신청기각결정의 처분성) · 설문(2)(재결소송), [사례 07] 설문(4) (부관의 독립쟁송가능성), [사례 09] 설문(3)(토지매수거부행위의처분성), [사례 13] 제1문 (권력적 사실행위에 대한 행정소송상 권리구제수단), [사례 18] 설문(1) (감사원의 징계요구 및 재심청구기각결정의 처분성) · 설문(3) (재결주의)

제3항 취소소송의 당사자

[기출 A16] (원고적격), [기출 A17] 설문(2)(행정소송법 제12조 제2문)

[기출 B06] 설문(2)(권리보호필요성), [기출 B15] 설문(1)(원고적격) · 설문(3)(제3자의 소송참가), [기출 B18] 설문(1)(원고적격), [기출 B19] 설문(1)(행정소송법 제12조 제2문), [기출 B20] 설문(1) (행정소송법 제12조 제2문), [기출 B27] 제2문의1 설문(2)(행정소송법 제12조 제2문), [기출 B29] 제2문(원고적격), [기출 B30] 제3문(인용재결에 대한 피청구인의 원고적격), [기출 B33] 설문(3)(피고적격), [기출 B35] 설문(1)(원고적격)

[사례 03] 제1문 설문(2)(행정소송법 제12조 제2문), [사례 04] 설문(1)(원고적격), [사례 05] 제1문 설문(2)(행정청의 소송참가), [사례 07] 설문(3) (권리보호필요성), [사례 09] 설문(1)(원고적격), [사례 10] 설문(2)(제3자의 소송참가), [사례 12] 제1문(원고적격), [사례 14] 설문(1)(원고적격) · 설문(4)(제3자의 소송참가))

제4항 기타의 소송요건

[기출 A08] 설문(1)(취소소송의 소송요건 일반) [기출 A14] 설문(1)(취소소송의 소송요건 일반), [기출 A17] 설문(1)(제소기간)

[기출 B01] 설문(1)(취소소송의 소송요건 일반), [기출 B02] 설문(1)(취소소송의 소송요건 일반), [기출 B05] 설문(1)(취소소송의 소송요건 일반), [기출 B06] 설문(1)(취소소송의 소송요건 일반), [기출 B08] 설문(2)(제소기간), [기출 B11] (취소소송의 소송요건 일반), [기출 B20] 설문(3)(제소기간), [기출 B23] 설문(1)(취소소송의 소송요건 일반), [기출 B25] 설문(1)(취소소송의 소송요건 일반), [기출 B26] 설문(3)(제소기간), [기출 B33] 설문(3)(제소기간), [기출 B39] 설문(2) (제소기간), [기출 B40] 설문(1) (제소기간)

[사례 05] 제2문 (제소기간), [사례 06] 설문(3)(제소기간), [사례 12] 제2문(행정심판전치)

제5항 청구의 병합과 변경

[기출 A18] (관련청구소송의 병합), [기출 A19] (관련청구소송의 병합)

[기출 B09] 설문(1)(관련청구소송의 병합), [기출 B31] 제1문 설문(3)(관련청구소송의 병합)

[사례 03] 제2문 설문(2)(처분변경으로 인한 소의 변경), [사례 15] 설문(3)(소의 변경)

제6항 가구제

[기출 B14] 설문(2)(집행정지), [기출 B21] 설문(2)(가처분), [기출 B23] 설문(2)(집행정지, 가처분), [기출 B41] 설문(1) (가처분)

[사례 01] 설문(2)(집행정지), [사례 09] 설문(2)(가처분), [사례 11] 제1문(집행정지), [사례 15] 설문(4)(집행정지)

제7항 취소소송의 심리

[기출 A05] (처분사유의 추가 · 변경), [기출 A13] 제1문 설문(2) (처분사유의 추가 · 변경), [기출 A22] 설문(2) (처분사유의 추가 · 변경)

[기출 B04] 설문(2)(처분사유의 추가 · 변경), [기출 B17] 설문(3)(처분사유의 추가 · 변경), [기출 B37] 설문(1) (처분사유의 추가 · 변경), [기출 B38] 설문(2) (처분사유의 추가 · 변경)

[사례 03] 제1문 설문(1)(처분사유의 추가 · 변경), [사례 07] 설문(2)(처분의 위법성 판단 기준시), [사례 08] 설문(2)(처분사유의 추가 · 변경), [사례 11] 제1문 설문(2)(처분의 위법성 판단 기준시) · 설문(3)(처분사유의 추가 · 변경), [사례 13] 제2문 설문(1)(행정소송법 제26조), [사례 15] 설문(2)(입증책임)

제8항 취소소송의 종료

[기출 A01] (판결의 기속력), [기출 A06] 설문(2)(판결의 기속력), [기출 A08] 설문(2)(일부취소판결), [기출 A09] (간접강제), [기출 A14] 설문(1)(판결의 기속력), [기출 A15] 설문(제3자의 재심청구), [기출 A19] 설문(2)(판결의 기속력), [기출 22] 설문(1) (판결의 기속력)

[기출 B05] 설문(2)(사정판결), [기출 B07] 설문(2)(판결의 기속력), [기출 B10] 설문(3)(판결의 기속력), [기출 B12] 설문(4)(기판력), [기출 B13] 설문(4)(간접강제), [기출 B15] 설문(3)(제3자의 재심청구), [기출 B16] 설문(2)(판결의 기속력, 간접강제), [기출 B17] 설문(3)(판결의 기속력), [기출 B19] 설문(2)(기판력), [기출 B20] 설문(2)(기판력), [기출 B23] 설문(4)(판결의 기속력) · 설문(5) (간접강제), [기출 B25] 설문(2)(판결의 기속력, 간접강제), [기출 B27] 제2문의1 설문(3)(기판력), [기출 B36] 설문(2) (기판력), [기출 B37] 설문(2) (판결의 기속력)

[사례 02] 설문(3)(사정판결), [사례 05] 제1문 설문(2)(기속력의 주관적 범위), [사례 10] 설문(1)(판결의 형성력, 제3자의 재심청구), [사례 10] 설문(3)(판결의 기속력) · 설문(4)(간접강제), [사례 11] 제1문 설문(1)(소송물) · 설문(4)(판결의 기속력), [사례 12] 제3문(판결의 기속력), [사례 13] 제2문 설문(2)(사정판결), [사례 14] 설문(2)(사정판결) · 설문(3)(판결의 기속력), [사례 17] 제1문(기판력)

제2절 무효확인소송

[기출 A18] (무효확인소송에서 즉시확정의 이익)

[기출 B09] 설문(2)(무효확인소송에서 즉시확정의 이익), [기출 B28] 제2문의1 설문(1)(무효확인소송에서 즉시확정의 이익), [기출 B31] 제1문 설문(3)(무효확인소송에서 즉시확정의 이익)

[사례 15] 설문(1)(선결문제, 무효확인소송에서 즉시확정의 이익, 관련청구소송의 병합), 설문(2)(입증책임)

제3절 부작위위법확인소송

[기출 A11] (부작위의 성립요건)

[기출 B32] 제2문 설문(1)(부작위의 성립요건)

[사례 16] 설문(1)(부작위위법확인소송에서 제소기간) · 설문(2)(부작위위법확인소송에서 소의 변경) · 설문(3)(부작위위법확인소송의 심리범위, 간접강제)

제3장 당사자소송

[기출 A24] (실질적 당사자소송)

[사례 17] 제2문(형식적 당사자소송), 제3문(항고소송과 당사자소송의 관계)

제4장 객관적 소송

[사례 18] 설문(2)(기관소송)

Part 1
기출문제(A·B)

기출 A01 〈제 1 문〉

★★★

수익적 처분의 발령을 신청한 갑에 대하여 관할 행정청 A는 이를 거부하였다. 갑은 거부처분취소소송을 제기하여 인용판결을 받았고, A의 항소 포기로 동 판결은 확정되었다. 위 확정판결에도 불구하고 A가 재차 거부처분을 할 수 있는 경우들을 논하시오. (50)

[공인노무사 행정쟁송법(2010)]

Ⅰ. 문제 상황

㈎ 갑이 행정청의 거부처분에 대해 취소소송을 제기하여 인용판결을 받았다면 인용판결은 여러 가지 효력을 가지고 있다. 이러한 효력은 효력이 미치는 상대방에 따라 그 종류가 분류되는데, 예를 들어 자박력은 선고법원에, 형식적 확정력은 법원의 판결에 불복하는 자에게, 기판력은 법원과 소송당사자에게(행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제216조 및 제218조), 형성력은 처분의 처분청과 상대방 및 제3자에게(행정소송법 제29조 제1항), 기속력은 행정청과 그 밖에 관계행정청에게 미치는 효력(행정소송법 제30조)을 말한다.

㈏ 설문은 행정청이 재차 거부처분을 할 수 있는 경우를 묻고 있는 바 이는 확정판결의 효력 중 기속력이 문제된다.

Ⅱ. 기속력의 의의

기속력은 처분등을 취소하는 확정판결이 당사자인 행정청과 관계행정청에 대하여 판결의 취지에 따라야 할 실체법상의 의무를 발생시키는 효력을 말한다(행정소송법 제30조 제1항). 그리고 기속력은 인용판결에만 미치고 기각판결에서는 인정되지 않는다.

Ⅲ. 기속력의 법적 성질

㈎ ⓐ 기속력은 기판력과 동일하다는 기판력설과 ⓑ 기속력은 판결 그 자체의 효력이 아니라 취소판결의 효과의 실질적인 보장을 위해 행정소송법이 특별히 인정한 효력이라는 특수효력설이 대립된다.

㈏ 종전 대법원은 기판력과 기속력이라는 용어를 구별하지 않고 혼용하고 있었으나, 최근 양자를 구별하는 것으로 보이는 판결을 하고 있다(취소 확정판결의 '기속력'은 취소 청구가 인용된 판결에서 인정되는 것으로서 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청에게 확정판결의 취지에 따라 행동하여야 할 의무를 지우는 작용을 하는 것이다. 이에 비하여 행정소송법 제8조 제2항에 의하여 행정소송에 준용되는 민사소송법 제216조, 제218조가 규정하고 있는 '기판력'이란 기판력 있는 전소 판결의 소송물과 동일한 후소를 허용하지 않음과 동시에, 후소의 소송물이 전소의 소송물과 동일하지는 않다고 하더라도 전소의 소송물에 관한 판단이 후소의 선결문제가 되거나 모순관계에 있을 때에는 후소에서 전소 판결의 판단과 다른 주장을 하는 것을 허용하지 않는 작용을 하는 것이다(대판 2016.3.24. 2015두48235)).

㈐ ⓐ 기속력은 취소판결(인용판결)에서의 효력이지만, 기판력은 모든 본안판결(인용판결+기각판결)에서의 효력이라는 점 ⓑ 기속력은 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청에 미치지만, 기판력은 당사자와 후소법원에 미친다는 점 ⓒ 기속력은 판결의 주문뿐만 아니라 그 전제가 되는 처분 등의 구체적 위법사유에 관한 이유 중의 판단에 대하여도 인정되지만, 기판력은 그 판결의 주문에만 미친다는 점 ⓓ 기속력은 일종의 실체법적 효력이지만 기판력은 소송법상 효력이라는 점에서 양자는 상이하므로 특수효력설이 타당하다(다수설).

Ⅳ. 기속력의 범위(요건)

아래의 기속력의 3가지 범위를 모두 충족해야 기속력이 발생한다. 행정청 등에게 기속력이 발생하면 행정작용의 유형에 따라 후술하는 기속력의 내용이 결정된다.

1. 주관적 범위

처분을 취소하는 확정판결은 그 사건(취소된 처분)에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다. 여기서 그 밖의 관계행정청이란 취소된 처분 등을 기초로 하여 그와 관련되는 처분이나 부수되는 행위를 할 수 있는 행정청을 총칭하는 것이다.

2. 시간적 범위

처분의 위법성 판단의 기준시점을 어디로 볼 것이냐에 따라 기속력이 미치는 시간적 범위가 결정된다.

(1) 학 설

① 처분시설(다수견해)(행정처분의 위법 여부는 처분 당시를 기준으로 판단하여야 한다는 견해로 항고소송의 주된 목적은 개인의 권리구제에 있기 때문에 처분시 이후의 공익적 사정은 고려할 필요가 없다는 견해이다), ② 판결시설(항고소송의 목적을 행정법규의 정당한 적용이라는 공익실현으로 보면서, 법원은 처분시 이후 발생한 공익적 사정도 고려하여 심리하여야 한다는 견해이다), ③ 절충설(ⓐ 원칙적으로 처분시를 기준으로 하면서, 예외적으로 영업허가취소나 물건의 압수처분 등과 같이 계속효 있는 처분에 대하여는 판결시를 기준으로 하는 견해와 ⓑ 적극적 침익적 처분의 경우 처분시를 기준으로 하고, 거부처분의 경우 판결시를 기준으로 하는 견해가 있다)이 대립된다.

(2) 판 례

판례는 행정소송에서 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 있을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 하여 판단해야 한다고 본다(처분시설)(대판 1993.5.27. 92누19033).

(3) 검 토

위법성 판단의 기준을 판결시로 할 경우 판결지체 여하에 따라 처분시에 위법하였던 행위가 적법한 행위가 될 수도 있고, 반대로 처분시에는 적법했던 행위가 후에 위법한 것으로 될 수 있어 이론적으로 문제가 있다. 따라서 처분시설이 타당하다.

(4) 소 결

처분시설에 따르면 처분시에 존재하던 사유만이 기속력이 미치는 처분사유가 될 수 있다. 처분시에 존재하던 사유라고 할지라도 아래의 객관적 범위에 포함되는 사유이어야만 기속력이 발생한다.

3. 객관적 범위

판결의 기속력은 판결주문 및 이유에서 판단된 처분 등의 구체적 위법사유에만 미친다.

(1) 절차나 형식의 위법이 있는 경우

이 경우 판결의 기속력은 판결에 적시된 개개의 위법사유에 미치기 때문에 확정판결 후 행정청이 판결에 적시된 절차나 형식의 위법사유를 보완한 경우에는 다시 동일한 내용의 처분을 하더라도 기속력에 위반되지 않는다(대판 1987.2.10. 86누91).

(2) 내용상 위법이 있는 경우

1) 범 위

이 경우 판결의 기속력은 판결주문 및 이유에서 판단된 처분 등의 구체적 위법사유 및 기본적 사실관계가 동일한 사유까지 미친다. 따라서 당초처분사유와 기본적 사실관계가 동일하지 않은 '사유'라면 동일한 '내용'의 처분을 하더라도 판결의 기속력에 위반되지 않는다(예를 들어 A사유의 운전면허취소와 기본적 사실관계가 동일하지 않은 B사유의 운전면허취소).

2) 기본적 사실관계의 동일성 판단

㈎ 판례는 기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지 여부에 따라 결정된다고 한다(대판 2004.11.26. 2004두4482). 구체적인 판단은 시간적·장소적 근접성, 행위 태양·결과 등의 제반사정을 종합적으로 고려해야 한다(법원실무제요, 석호철).

㈏ 즉, 처분청이 처분 당시에 적시한 구체적 사실을 변경하지 아니하는 범위 내에서 단지 그 처분의 근거법령만을 추가·변경하거나 당초의 처분사유를 구체적으로 표시하는 것에 불과한 경우처럼 처분사유의 내용이 공통되거나 취지가 유사한 경우에는 기본적 사실관계의 동일성을 인정하고 있다(대판 2007.2.8. 2006두4899).

㈐ 판례는 시장이 주택건설사업계획승인신청을 거부하면서 제시한 '미디어밸리 조성을 위한 시가화예정 지역'이라는 당초거부사유와 거부처분취소판결확정 후 다시 거부처분을 하면서 제시한 '해당 토지 일대가 개발행위허가 제한지역으로 지정되었다'는 사유는 기본적 사실관계의 동일성이 없기 때문에 재거부처분은 확정판결의 기속력에 반하지 않는 처분이라고 보았다(대판 2011.10.27. 2011두14401).

Ⅴ. 기속력의 내용(효과)

㈎ 기속력은 반복금지의무(반복금지효), 재처분의무, 결과제거의무를 내용으로 한다.

① 반복금지의무란 처분이 위법하다는 이유로 취소하는 판결이 확정된 후 당사자인 행정청 등이 동일한 처분을 반복해서는 안 되는 부작위의무를 말한다(이 의무는 행정소송법 제30조 제1항의 해석상 인정된다).

② 재처분의무란 행정청이 판결의 취지에 따라 신청에 대한 처분을 하여야 할 의무(작위의무)를 말한다. 재처분의무는 행정청이 당사자의 신청을 거부하거나 부작위하는 경우 주

로 문제된다(즉 당사자의 신청이 있는 경우)(행정소송법 제30조 제2항, 제38조 제2항 참조). 구체적으로 보면 이 재처분의무는 ㉠ 재처분을 해야 하는 의무와 ㉡ 재처분을 하는 경우 그 재처분은 판결의 취지에 따른(판결의 기속력에 위반되지 않는) 것이어야 하는 의무 양자를 포함하는 개념이다.

③ 취소소송에서 인용판결이 있게 되면 행정청은 위법처분으로 인해 야기된 상태를 제거하여야 할 의무가 발생하는데 이를 결과제거의무라고 한다(이 의무는 행정소송법 제30조 제1항의 해석상 인정된다).

㈏ 설문의 경우 행정청이 재차 거부처분을 할 수 있는 경우를 묻고 있는 바 재처분의무가 문제된다.

Ⅵ. 결론(행정청 A가 재거부처분을 할 수 있는 경우)(행정청은 A로 동일하기 때문에 주관적 범위는 문제되지 않는다)

1. 행정청의 거부처분이 있은 후 (법률상·사실상) 새로운 사정이 발생한 경우

기속력은 처분시까지의 법률관계·사실관계를 기준하기 때문에(처분시설) 처분시 이후에 새로운 법률관계나 사실관계가 발생하였다면 행정청은 처분시 이후의 사정을 이유로 재차 거부처분을 할 수 있다.

2. 갑의 거부처분취소소송이 절차·형식상의 위법을 이유로 인용된 경우

취소판결의 사유가 절차나 형식상의 하자인 경우 판결의 기속력은 취소사유로 된 절차나 형식의 위법에 한하여 미치는 것이므로, 행정청이 적법한 절차나 형식을 갖추어 다시 동일한 내용의 처분을 하는 것은 기속력에 위반되지 않기 때문에 재차 거부처분을 할 수 있다.

3. 갑의 거부처분취소소송이 내용상의 위법을 이유로 인용된 경우

거부처분취소소송이 내용상 위법을 이유로 인용된 경우 그 범위는 판결주문 및 이유에서 판단된 위법사유와 기본적 사실관계가 동일한 사유에 한정되기 때문에 확정판결의 취지와 기본적 사실관계의 동일성이 없는 사유로는 행정청이 재차 거부처분을 할 수 있다.

기출 A02 〈제 2 문〉

☆★★

하자 있는 거부처분에 대한 행정심판법상의 권리구제수단에 관하여 설명하시오. (단, 집행정지 및 임시처분은 제외함) (25)

[공인노무사 행정쟁송법(2010)]

Ⅰ. 문제 상황

행정심판법 제5조 제3호는 의무이행심판을 '당사자의 신청에 대한 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 행정심판'이라고 규정하는 바 하자 있는 거부처분에 대한 행정심판법상 권리구제수단은 원칙적으로 의무이행심판이 된다. 그리고 거부처분에 대해 취소심판(거부처분무효확인심판도 논리는 같다)을 제기할 수 있는지를 검토한다.

Ⅱ. 의무이행심판

1. 의의·취소심판과의 차이·성질

㈎ 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 심판을 말한다(행정심판법 제5조 제3호).

㈏ 취소심판은 행정청의 적극적 행위로부터의 권익보호를 목적으로 하고, 의무이행심판은 행정청의 소극적 행위(거부, 부작위)로부터의 권익보호를 목적으로 한다.

㈐ 법문상 '일정한 처분을 하도록 하는 심판'이라고 되어 있으므로 이행쟁송으로서의 성질을 가진다.

2. 심판청구요건

(1) 심판대상

㈎ 거부처분(당사자가 행정청에 일정한 처분을 신청한 경우에 행정청이 그 신청에 따른 처분을 거부하는 경우)과 부작위(행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것을 말한다)를 대상으로 한다(행정심판법 제2조 제2호).

㈏ 거부처분은 ⓐ 행정청(전통적 의미의 행정청 외에도 합의제기관, 실질적 의미의 처분을 하는 경우 법원이나 국회의 기관, 행정소송법 제2조 제2항의 행정청(법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체 및 그 기관 또는 사인) 등 자신의 명의로 처분을 할 수 있는 모든 행정청(기능적 의미의 행정청)을 말한다)이 행하는 행위로 ⓑ 구체적 사실(규율대상이 구체적 — 시간적으로 1회적, 공간적으로 한정 — 이어야 한다)에 대한 ⓒ 법집행행위(입법이 아니라 법의 집행행위라야 한다)이며 ⓓ 공권력행사(행정청이 공법에 근거하여 우월한 지위에서 일방적으로 행사하여야 한다)의 거부이어야 한다. 그리고 판례에 따르면 신청인에게 법규상 조리상의 신청권이 있어야 거부처분이 성립될 수 있다고 본다.

(2) 청구인적격

㈎ 행정심판법 제13조 제3항은 '의무이행심판은 처분을 신청한 자로서 행정청의 거부처분 또는 부작위에 대하여 일정한 처분을 구할 법률상 이익이 있는 자가 청구할 수 있다'고 규정한다.

㈏ 하자 있는 거부처분에 대해 의무이행심판을 제기하려면 청구인은 거부처분에 대해 일정한 처분을 구할 법률상 이익이 있어야 한다.

(3) 권리보호필요성

ⓐ 보다 실효적인 권리구제 절차가 있는 경우, ⓑ 청구인이 추구하는 권리보호가 오로지 이론상으로만 의미 있는 경우, ⓒ 권리남용이 있는 경우에는 권리보호필요성이 부정된다.

(4) 피청구인적격

행정심판법 제17조 제1항은 행정심판은 처분을 한 행정청(의무이행심판의 경우에는 청구인의 신청을 받은 행정청)을 피청구인으로 하여 청구하여야 한다고 규정한다.

(5) 심판청구기간

㈎ 거부처분에 대한 의무이행심판은 심판제기기간의 제한이 있으나, 부작위에 대한 의무이행심판은 행정심판법 제27조 제7항에 의해 심판청구기간 제한이 없다.

㈏ 청구인은 거부처분 있음을 알게 된 날부터 90일 이내, 거부처분이 있었던 날부터 180일이 이내에 의무이행심판을 청구해야 한다(행정심판법 제27조 제1항, 제3항).

3. 의무이행심판의 재결

(1) 재결의 종류

행정심판법 제43조 제5항은 "위원회는 의무이행심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 지체 없이 신청에 따른 처분을 하거나 처분을 할 것을 피청구인에게 명한다"고 규정한다.

(2) 재결의 효력

1) 행정행위로서의 효력

재결도 행정행위로 행정행위의 일반적 효력을 가진다. 즉, 재결은 (좁은 의미의) 구속력(당사자를 구속하는 법적 효과를 발생시키는 힘을 말한다), 공정력(권한을 가진 기관에 의해 취소될 때까지 그 효력을 부정할 수 없는 구속력을 말한다), 구성요건적 효력(유효한 행정행위의 존재가 다른 국가기관의 결정에 영향을 미치는 효력을 말한다), 형식적 존속력(불가쟁력 — 일정한 사유가 존재하면 행정행위의 상대방 등이 행정행위의 효력을 쟁송절차에서 다툴 수 없게 되는 효력을 말한다), 실질적 존속력(불가변력 — 행정행위를 발령한 행정청도 직권으로 취소(변경)·철회할 수 없는 구속력을 말한다)을 가진다.

2) 형성력

재결의 형성력이란 형성재결이 확정되면 특별한 의사표시 내지 절차 없이 당연히 행정법상 법률관계의 발생·변경·소멸을 가져오는 효력을 말한다. 의무이행심판에서 처분재결은 형성재결인 바 형성력을 갖는다.

3) 기속력

㈎ 재결의 기속력이란 심판청구를 인용하는 위원회의 재결이 피청구인과 그 밖의 관계 행정청에 대하여 재결의 취지에 따라야 할 실체법상의 의무를 발생시키는 효력을 말한다(행정심판법 제49조 제1항).

㈏ 기속력의 내용은 반복금지의무, 재처분의무, 결과제거의무이며, 기속력은 재결의 주문 및 이유에서 판단된 처분등의 구체적 위법사유에 미친다.

(3) 재결에 대한 불복(재심판청구의 금지)

행정심판청구에 대한 재결이 있으면 그 재결 및 같은 처분 또는 부작위에 대하여 다시 행정심판을 청구할 수 없다(행정심판법 제51조).

Ⅲ. 거부처분취소심판

1. 취소심판의 의의

행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 행정심판을 말한다(행정심판법 제5조 제1호).

2. 거부처분취소심판의 가능성

(1) 문제점

청구인이 거부처분을 받은 후 의무이행심판이 아니라 거부처분취소심판을 청구한 경우 이러한 심판청구가 인정될 수 있는지가 문제된다.

(2) 학 설

ⓐ 행정심판법 제5조 제3호에 따르면 거부처분은 의무이행심판의 대상이지 취소심판의 대상이 아니라는 견해도 있으나, ⓑ 행정심판법 제2조 제1호("처분"이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부, 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다)와 제5조 제1호(취소심판: 행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 행정심판)를 근거로 거부처분취소심판의 가능성을 인정하는 견해가 다수설이다.

(3) 판 례

판례는 거부처분취소심판의 제기가능성을 인정한다(당사자의 신청을 거부하는 처분을 취소하는 재결이 있는 경우에는 행정청은 그 재결의 취지에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 하는 것(대판 1988.12.13. 88누7880)).

(4) 검토 및 설문

㈎ 개정 행정심판법 제49조 제2항은 '재결에 의하여 취소되거나 무효 또는 부존재로 확인되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우'라고 하여 거부처분의

취소심판 등을 인정하고 있고, 당사자의 효과적인 권리구제를 위해서도 거부처분 취소심판 등의 가능성을 인정하는 것이 타당하다.

㈏ 따라서 하자 있는 거부처분에 대해 당사자는 거부처분취소심판을 청구할 수도 있다.

김기홍

연세대학교 법과대학 졸업
연세대학교 대학원 석사 졸업
연세대학교 대학원 박사과정
연세대학교 등 대학특강 강사
현) 한림법학원 행정법 전임강사

저 서

기출·사례 행정쟁송법
쟁점정리 행정쟁송법
핵심정리 행정쟁송법 필기노트
핵심정리 행정법 필기노트
핵심정리 행정쟁송법
핵심정리 행정법
행정법 기출 연습
로스쿨 객관식 행정법특강
행정법 STUDY BOOK

제6판

2020 공인노무사 **기출·사례 행정쟁송법**

2015년 1월 15일 초 판 제1쇄발행
2020년 1월 1일 제 6 판 제1쇄인쇄
2020년 1월 10일 제 6 판 제1쇄발행

저자와
협의하여
인지첩부를
생략함

저 자 김 기 홍
발행인 이 종 은
발행처 도서출판 새흐름
서울특별시 마포구 독막로 295 삼부골든타워 212호
전 화 (02) 713-3069 FAX (02) 713-0403
등 록 2014. 1.21, 제2014-000041호(윤)
홈페이지 www.sehr.co.kr

파본은 바꿔드립니다. 본서의 무단복제행위를 금합니다.

정 가 36,000원 ISBN 979-11-6293-115-8