

## 2023년 대비 쓰기집중 제2회 답안

## 설문 1.에 관하여

## I. 문제의 소재

이 사건 취소소송에서 ‘甲이 정당한 이유없이 계약을 이행하지 않았다.’는 사실이 입증되면 乙의 이 사건 처분은 적법해지는 바, 당해 요건사실에 대한 입증책임이 원고 甲과 피고 乙 중 누구에게 있는지 검토해보아야 한다.

## II. 변론주의·직권탐지주의

변론주의란 재판의 기초가 되는 소송자료의 수집·제출책임을 당사자에게 지우는 것을 말하고, 직권탐지주의란 법원이 판결에 중요한 사실을 당사자의 신청 내지 주장여부와 관계없이 직접 조사하여 탐지하는 것을 의미한다. 행정소송법은 원칙적으로 변론주의를 채택하고 있다.

## III. 주장책임 및 입증책임

변론주의 하에서 당사자가 분쟁의 중요한 사실을 주장하지 않아 법원이 그 사실이 없는 것으로 취급함으로써 일방당사자가 받는 불이익을 주장책임이라고 한다. 입증책임이란 법기술적인 측면에서 인정된 책임으로서 소송심리의 최종단계에서 일정한 사실의 존부의 불확정으로 불리한 법적 판단을 받게 되는 일방당사자의 불이익을 말하는바 직권탐지주의 하에서도 등장하는 책임이다.

## IV. 취소소송에서 입증책임의 분배

## 1. 문제의 소재

민사소송법과 달리 행정소송법에는 입증책임에 관한 명문의 규정이 없어 취소소송의 입증책임을 어떻게 분배할지 문제된다.

## 2. 학설

① 공정력을 적법성추정력으로 이해하는 원고책임설과 ② 공정력은 유효성 통용력에 불과하므로 행정소송 역시 민사소송과 마찬가지로 변론주의가 원칙이므로 각자 자신에게 유리한 요건사실을 입증하도록 분배하는 법률요건분류설 및 ③ 행정소송에서 공익이라는 특수성을 감안하여 구체적 사건마다 입증책임을 결정하여야 한다는 독자분배설이 있다.

## 3. 판례

대법원은 민사소송법의 규정이 준용되는 행정소송에 있어서 입증책임은 원칙적으로 민사소송의 일반원칙인 법률요건분류설에 따라 당사자 간에 분배되고 항고소송의 경우에는 그 특성에 따라 당해 처분의 적법을 주장하는 피고에게 그 적법사유에 대한 입증책임이 있고 이와 상반되는 주장과 입증은 원고에게 있다고 판시하면서 과세처분취소소송에서 과세대상이 된 토지가 비과세 또는 면제대상이라는 점은 이를 주장하는 원고에게 있다고 판시하였다.

## ① 원고에게 입증책임이 있는 요건사실

소송요건, 재량권의 일탈·남용사유 등 처분을 위법하게 만드는 사실

## ② 피고에게 입증책임이 있는 요건사실

절차적 요건준수사실, 과세처분에서 과세요건 사실 등 처분을 적법하게 만드는 사실

## 4. 검토

생각건대 공정력은 유효성 통용력에 불과하고 독자분배설은 실제 사건에서 법률요건 분류설과 실질적인 차이가 없으므로 변론주의를 채택하는 행정소송에서도 법률요건 분류설이 타당하다.

## V. 사안의 해결

甲이 정당한 이유없이 계약을 이행하지 않았다는 사실은 처분을 적법하게 하는 요건사실로서 이에 대한 입증책임은 피고가 부담하므로 법원은 甲의 청구를 인용하는 판결을 선고할 것이다.

## 설문 2.에 관하여

## I. 문제의 소재

피고는 소송계속 중 처분당시에 제시하지 않았던 甲이 계약당시 관계 공무원에게 뇌물을 준 사실을 처분사유로 추가하였는데 이를 허용할 것인지 여부에 관하여 행정소송법에는 명문의 규정이 없어 원고의 공격방어방법과 분쟁의 일회적 해결이라는 요청사이에서 문제가 발생한다.

## II. 처분사유의 추가, 변경의 의의

처분 당시에 존재하였으나 행정청이 당초 처분의 근거로 삼지 않았던 사유를 행정쟁송의 단계에서 추가하거나 그 내용을 변경하는 것을 처분사유의 추가·변경이라 한다.

### Ⅲ. 구별개념

이유제시의 하자의 치유는 처분시에 존재하는 하자가 사후에 보완되어 없어지는 것인 데 반해, 처분 사유의 추가·변경은 처분시에 이미 존재하였지만 처분이유로 기재하지 않았던 사유를 소송계속 중에 처분의 사유로 주장하는 것이고, 이유제시의 하자의 치유는 절차적 위법성을 치유하는 것인데 처분 사유의 추가·변경은 처분의 실체적 적법성을 보장하는 것이다.

### Ⅳ. 허용여부

#### 1. 학설

① 원고의 공격방어방법을 침해하여 예상치 못한 불이익이 발생하므로 부정하는 입장과 ② 소송경제 및 분쟁의 일회적 해결에 부합하고, 이를 부정하여 법원이 취소판결을 한 후에 행정청은 처분시의 다른 사유를 들어 동일한 처분을 할 수 있으므로 허용하는 입장과 ③ 기본적 사실관계의 동일성이 인정되는 범위에서만 인정하는 제한적 긍정설이 있다.

#### 2. 판례

처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가하거나 변경할 수 있을 뿐, 기본적 사실관계와 동일성이 인정되지 않는 별개의 사실을 들어 처분 사유로 주장함은 허용되지 않는다고 판시하면서 이와 같은 법리는 행정심판단계에서도 동일하게 적용된다고 판시하였다. 다만, 산업재해보상보험법상 심사청구는 처분청이 스스로 당해 처분의 적법성과 합목적성을 확보하고자 행하는 자신의 내부 시정절차에 해당하므로 기본적 사실관계의 동일성이 인정되지 않는 사유라고 하더라도 추가·변경할 수 있다고 판시하였다.

#### 3. 검토

생각건대 원고의 소송상 공격방어권을 보호하고 소송경제 및 분쟁의 일회적 해결에도 기여할 수 있는 제한적 긍정설이 타당하다.

### Ⅳ. 기본적 사실관계의 동일성 판단기준

#### 1. 시간적 기준

처분의 위법성 판단시점은 처분시므로 처분 당시에 존재하였던 사유를 기준으로 허용여부를 판단하여야 한다.

#### 2. 객관적 기준

판례는 기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법적 평가 이전의 구체적인 사실의 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한 지 여부에 따라 결정된다고 하면서 동일성은 시간적, 장소적 근접성, 행위태양 등을 종합적으로 고려하여 개별사안에 따라 구체적으로 판단하여야 한다고 판시하면서 지입제 운영 행위에 있어서 명의이용금지사유와 직영조건위반사유는 기본적 사실관계의 동일성을 인정하였고 무자료주류 판매와 무면허업자판매사유는 동일성을 부정하였다.

##### ① 동일성을 인정한 사건

준농림지역에서의 행위제한과 환경보호, 구체적 사실을 변경하지 아니하는 범위 내에서 단지 그 처분의 근거 법령만을 추가변경하는 경우

##### ② 동일성을 부정한 사건

정당한 이유없이 계약을 이행하지 않았다는 사유와 공무원에게 뇌물을 제공했다는 사유, 기존 공동사업장과 거리제한사유와 최소주차용지가 부족하다는 사유

### Ⅴ. 사안의 경우

소송계속 중 피고가 추가한 甲이 계약당시 관계 공무원에게 뇌물을 주었다는 사실은 처분당시에 존재한 사실이므로 시간적 기준은 벗어나지 않았으나 정당한 이유없이 계약을 이행하지 않았다는 사실과 비교하면 장소적 근접성 및 행위태양이 전혀 다르고 원고에게 전혀 다른 새로운 증거를 수집, 제출하여야 하는 문제를 발생시키므로 기본적 사실관계의 동일성이 인정되지 않는다. 따라서 법원은 정당한 이유없이 계약을 이행하지 않았다는 사실여부만을 심리하여 위법성을 판단하여야 한다.

### 설문 3에 관하여

#### I. 문제의 소재

처분에 대한 법원의 취소판결이 확정된 이후에 처분청이 다른 사유를 들어서 한 동일한 내용의 처분이 위법한지는 취소판결의 기속력을 검토해보아야 한다.

#### II. 취소판결의 기속력

##### 1. 의의 및 성질

행정소송법제30조는 처분 등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청

을 기속한다고 규정하고 있는 바, 취소판결의 실효성을 담보하기 위하여 행정청을 구속하기 위한 힘으로서 기판력과는 다른 특수한 효력이다. 다만, 판례는 기판력과 기속력을 혼용해서 사용해오다가 최근 구별하고 있다.

## 2. 기판력과의 구별

취소판결의 기속력을 법원의 확정판결에 발생하는 기판력과 동일하게 보는 입장도 있지만, 기판력은 인용판결은 물론 기각판결에도 발생하고 당사자인 피고는 물론 원고에게도 발생하는 힘으로써 피고 행정청 및 관계 행정청만을 구속하는 기속력과는 다르다고 보는 것이 타당하다. 판례는 취소소송에서 처분 등을 취소하는 확정판결의 기속력은 주로 판결의 실효성 확보를 위하여 인정되는 효력으로서 판결의 주문뿐만 아니라 그 전제가 되는 처분 등의 구체적 위법사유에 관한 이유 중의 판단에 대하여도 인정된다고 판시하였다.

## Ⅲ. 기속력의 범위

### 1. 주관적 범위

확정판결의 기판력과는 달리 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다.

### 2. 객관적 범위

기속력은 판결주문과 그 전제로 된 요건사실의 인정과 효력의 판단에만 미치고, 판결의 결론과 직접 관계없는 사실판단에는 미치지 않는다. 기속력은 ‘판결이유에 적시된 개개의 위법사유’에 관해서 발생하므로 법원이 기본적 사실관계의 동일성을 바탕으로 동일인에 대하여 동일행위를 하는 것을 금지할 뿐 별개의 이유를 들어 동일한 처분을 하는 것은 기속력에 위반한 것이 아니다.

### 3. 시간적 범위

판례는 처분의 위법성 판단의 기준시는 처분시라고 판시하는 바, 기속력은 처분 당시까지 존재하는 사유에 대해서만 미친다. 따라서 처분 이후에 발생한 새로운 법령 및 사실상태의 변동을 이유로 동일한 내용의 처분을 하는 것은 기속력에 반하지 않는다.

## Ⅳ. 기속력의 내용

### 1. 반복금지효

행정청은 동일한 사실관계 아래에서 동일한 당사자에 대하여 동일한 내용의 처분 등을 반복해서는 아니된다. 판례는 확정판결의 당사자인 처분행정청이 다시 확정판결과 저촉되는 행정처분을 하는 것은 허용되지 않는 것으로서 이러한 행정처분은 당연무효라고 판시하였다.

### 2. 재처분의무

행정청의 거부처분을 취소하는 판결이 확정된 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 이전의 신청에 대하여 재처분할 의무가 있다(행소법제30조제2항).

### 3. 결과제거의무

위법한 처분이 취소되었음에도 불구하고 그 처분으로 인한 위법한 결과가 현재 계속하여 존재하는 경우에 행정청을 이를 제거할 의무가 발생한다. 행정소송법 개정안은 이를 명문화하고 있다.

## Ⅴ. 기속력 위반의 효과

대법원은 확정판결의 당사자인 행정청이 처분시의 사유를 내세워 다시 확정판결에 저촉되는 처분을 하였다면 이러한 행정처분은 하자가 중대하고 명백하여 무효라고 판시하였다.

### ① 기속력 위반을 인정한 경우

법령이 개정되면서 경과규정을 두었음에도 새로운 법령을 근거로 다시 동일한 거부처분을 한 경우

### ② 기속력 위반을 부정한 경우

법령이 개정된 이후에 새로운 법령에서 정한 사유로 다른 거부처분을 한 경우

## Ⅵ. 사안의 경우

법원이 취소한 甲에 대한 입찰참가자격제한처분의 위법사유는 정당한 이유없이 계약을 이행하지 않았다는 사실이 없다는 이유이고 甲이 계약당시 관계 공무원에게 뇌물을 주었다는 사실은 기본적 사실관계의 동일성이 인정되지 않으므로 취소판결의 기속력에 반하지 않는 적법한 처분이다.