

309 교체

① 민사법원은 행정행위가 무효 또는 유효임을 전제로(무효이면 무효임을 전제로, 유효이면 유효임을 전제로) 본안을 판단할 수 있다는 것이 실정법(행정소송법 제11조 제1항)·**학살판례**의 입장이대판례 11. ② 그러나 민사법원은 행정행위의 구성요건적 효력으로 인해 유효한 행정행위의 효력을 부정(취소)할 수는 없다. 따라서 행정행위가 단순위법하여 여전히 효력이 있다면 법률상 원인이 없는 것이 아니므로 부당이득반환청구는 기각될 것이다판례 21.

718 교체

의무이행심판은 ‘일정한 처분을 하도록 하는 심판’이므로 **이행쟁송**의 성질을 가진다. 이행쟁송과 형성쟁송의 성질을 함께 가진다는 소수견해도 있다.

742 아래 추가

5. 제소기간의 특례의 적용

행정소송법 제20조 제1항 단서는 비록 법령상은 행정심판청구가 금지되어 있으나(지방자치법 제19조 제3항(제1항에 따라 변상할 것을 명령받은 자는 이에 불복하는 경우 행정소송을 제기할 수 있다. 다만, 「행정심판법」에 따른 행정심판청구는 제기할 수 없다) 참조) 행정청이 행정심판을 청구할 수 있다고 잘못 알려진 경우 취소소송의 제소기간에 대한 특례가 적용된다고 규정한다. 즉, 취소소송의 제소기간의 기산점은 ‘처분등이 있음을 안 날’이지만(행정소송법 제20조 제1항 본문), 행정청이 행정심판을 청구할 수 있다고 잘못 알려 원고가 행정심판을 청구한 경우 제소기간은 재결서의 정본을 송달받은 날부터 기산한다(행정소송법 제20조 제1

항 단서).

832 교체

기속행위의 경우 특정처분을 할 것을 명하는 재결(특정처분명령재결), 재량행위라면 처분청으로 하여금 다시 하자 없는 재량행사를 하도록 명하는 재결(적법재량행사명령재결(하자 없는 재량행사명령재결, 재결정명령재결))을 한다. 따라서 위원회가 적법재량행사명령재결을 하는 경우 피청구인은 청구인이 신청한 처분을 인용해야 하지만, 일정한 경우 다시 거부처분을 하는 것도 가능하다.

902 교체

(행정청의 어떤 행위를 행정처분으로 볼 것이냐의 문제는 ... 행정처분은 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위라는 점을 고려하고 ... 행정청의 어떤 행위가 법적 근거도 없이 객관적으로 국민에게 불이익을 주는 행정처분과 같은 외형을 갖추고 있고, 그 행위의 상대방이 이를 행정처분으로 인식할 정도라면 ... 행정청의 행위로 인하여 그 상대방이 입는 불이익 내지 불안이 있는지 여부도 ... 고려하여 판단하여야 할 것이다(대판 1993. 12. 10. 93누12619)).

938 아래 추가

d. 재결의 범위를 벗어난 재결

재결(심리)의 범위를 벗어나 행정심판법 제47조를 위반한 재결도 재결만의 고유한 하자가 있는 경우에 해당한다(행정심판법 제47조 ① 위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분 또는 부작위 외의 사항에 대하여는 재결하지 못한다. ② 위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분보다 청구인에게 불리한 재결을 하지 못한다).

996-21 교체

(나) 그러나 **환경영향평가대행영업정지처분취소와 관련한 전원합의체판결**을 통해 **현실적 불이익을 받을 가능성을 기준으로 하는 입장**을 취하고 있다. 즉, 제재적 처분기준의 법적 성질이 대외적 구속력을 갖는 법규명령행정규칙인지 여부에 상관없이 행정청이나 담당공무원은 이를 준수할 의무가 있으므로 그러한 처분기준에 따라 선행처분을 받은 상대방이 장래에 불이익한 후행처분을 받을 위험은 현실적으로 존재하기 때문에 권리보호필요성을 긍정하고 있다(대판(전원) 2006. 6. 22. 2003두1684).

998a 추가

(나) 그리고 지방자치법에 따라 지방의회 의원이 징계(예를 들어 제명)를 받고 이를 다투는 경우 피고는 지방의회가 된다(대법원 2009. 1. 30. 2007두 13487).

999 교체

행정소송법 제14조 제1항은 원고에게 고의나 과실의 없을 것을 요건으로 하지 않으므로, 원고에게 고의나 과실이 있다고 하더라도 허용된다.

1068교체

© 소의 변경의 일반적 요건으로 변경될 소는 사실심변론종결 전이어야 하고,

변경되는 신청구는 적법하여야 한다.

1124 아래 추가

## (2) 증거제출책임과의 구별

입증책임은 심리의 최종단계에서 문제되지만 증거제출책임(1123)은 심리개시부터 문제되며, 입증책임은 직권탐지주의에도 적용되지만 증거제출책임은 직권탐지주의에서는 문제되지 않는다.

1147 위 추가

아래의 범위에 모두 포함된다면 처분사유의 추가·변경은 인정된다.

1183 아래 추가

[참고] 판결의 확정시기

행정소송법 제29조 제1항과 제30조 제1항은 ‘처분등을 취소하는 “확정판결” 이라고 규정하는데, 일반적으로 판결은 상소가 인정되지 않을 때 확정된다. 예를 들어 상소기간이 경과하거나 상소를 포기한 경우 판결은 확정된다.

1195 내용 추가

(나) 판례는 취소판결의 기판력은 소송물로 된 행정처분의 위법성 존부에 관한 판단 그 자체에만 미치는 것이라고 한다(대판 1996. 4. 26. 95누5820).

1212 교체

중전 대법원은 기판력과 기속력이라는 용어를 구별하지 않고 혼용하고 있었으나, 최근 양자를 구별하는 것으로 보이는 판결을 하였다(판례)

[판례] 행정소송법 제30조 제1항이 규정하는 취소 확정판결의 ‘기속력’과 같은 법 제8조 제2항에 의하여 행정소송에 준용되는 민사소송법 제216조, 제218조가 규정하는 ‘기판력’의 의미

(1) 행정소송법 제30조 제1항은 “처분 등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다.”라고 규정하고 있다. 이러한 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.

(2) 취소 확정판결의 기속력은 그 판결의 주문 및 전제가 되는 처분 등의 구체적 위법사유에 관한 판단에도 미치나, 종전 처분이 판결에 의하여 취소되었다 하더라도 종전 처분과 다른 사유를 들어서 새로이 처분을 하는 것은 기속력에 저촉되지 않는다. 여기에서 동일 사유인지 다른 사유인지는 확정판결에서 위법한 것으로 판단된 종전 처분사유와 기본적 사실관계에 있어 동일성이 인정되는지 여부에 따라 판단되어야 하고, 기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지에 따라 결정된다. … 취소 확정판결의 기판력은 그 판결의 주문에만 미치고, 또한 소송물인 행정처분의 위법성 존부에 관한 판단 그 자체에만 미치는 것이므로 전소와 후소가 그 소송물을 달리하는 경우에는 전소 확정판결의 기판력이 후소에 미치지 아니한다(대법원 2016. 3. 24. 선고 2015두48235).

1245 교체

(나) 행정소송법 제31조 제1항을 분설하면, ① ㉠ ‘처분등을 취소하는 판결’에 의하여 권리 또는 이익의 침해를 받는다는 것은 취소판결의 형성력이 미침으로써 권리 또는 이익의 침해를 받는 것을 말한다. ㉡ 또한 학설은 취소판결의 기속력 때문에 이루어지는 행정청의 새로운 처분(재처분)에 의해서 권리 또는 이익을 침해받는 경우도 해석상 여기서 말하는 권리 또는 이익을 침해받은 경우에 해당한다고 본다.

② ‘권리 또는 이익’이란 단순한 경제상의 이익이 아니라 법률상 이익을 의미한다.

③ 판결에 의하여 권리 또는 이익의 ‘침해를 받은’ 제3자라야 한다.

④ ‘제3자’란 당해 소송당사자 이외의 자를 말하는 것으로서 개인에 한하지 않고 국가 또는 공공단체도 포함되나, 행정청은 권리나 이익을 침해 받을 수 없어 해당되지 않는다.

#### 716 추가

고 보는 것이 **일반적인 견해**이다. 그러나 이행쟁송과 형성쟁송의 성질을 더 붙여 가진다는 소수설도 있다.

#### 914 추가

(다) 여기서 ‘국민의 권리나 법적 이익과 직접 관련되는 행위’란 신청인의 실제상의 권리관계에 직접적인 변동을 일으키는 것은 물론 그렇지 않다 하더라도 신청인이 실제상의 권리자로서 권리를 행사함에 중대한 지장을 초래하는 것도 포함한다(대법원 2002. 11. 22. 2000두9229).

#### 1141a 위 추가

[판례] 이유제시와 처분사유의 추가·변경

피고가 당초 처분의 근거로 제시한 사유가 실질적인 내용이 없다고 보는 이상, 위 추가 사유는 그와 기본적인 사실관계가 동일한지 여부를 판단할 대상조차 없는 것이므로, 결국 소송단계에서 처분사유를 추가하여 주장할 수 없다(대판 2017. 8. 29. 2016두44186).

#### 1228 아래 추가

[참고] 처분사유의 추가·변경과 판결의 기속력의 관계

예를 들어 당초사유인 A사유와 추가변경하려는 B사유가 기본적 사실관계의 동일성이 있는 사유이어서 취소소송 계속 중 A사유에 B사유를 추가변경할 수 있었음에도 행정청이 이를 하지 않아 행정청이 패소하였다면, 확정판결 후에는 B사유로는 행정청이 재처분을 할 수 없도록 해야 한다—B사유를 추가변경하지 않음으로써 패소한 것은 행정청의 귀책사유이기 때문에—. 따라서 B사유로의 재처분을 막으려면 B사유에 기속력이 미치게 하면 된다. 결국 기속력의 범위는 A사유와 기본적 사실관계의 동일성 있는 B사유로, 처분사유의 추가변경의 범위와 같게 된다.

#### 983 아래 추가

[판례] 인가·허가 등 수익적 행정처분을 신청한 여러 사람이 서로 경원관계에 있는 경우, 허가 등 처분을 받지 못한 사람이 자신에 대한 거부처분의 취소를 구할 원고적격과 소의 이익이 있는지 여부(원칙적 적극)

인가·허가 등 수익적 행정처분을 신청한 여러 사람이 서로 경원관계에 있어서 한 사람에게 대한 허가 등 처분이 다른 사람에게 대한 불허가 등으로 귀결될 수 밖에 없을 때 허가 등 처분을 받지 못한 사람은 신청에 대한 거부처분의 직접 상대방으로서 원칙적으로 자신에 대한 거부처분의 취소를 구할 원고적격이 있고, 취소판결이 확정되는 경우 판결의 직접적인 효과로 경원자에 대한 허가 등

처분이 취소되거나 효력이 소멸되는 것은 아니더라도 행정청은 취소판결의 기속력에 따라 판결에서 확인된 위법사유를 배제한 상태에서 취소판결의 원고와 경원자의 각 신청에 관하여 처분요건의 구비 여부와 우열을 다시 심사하여야 할 의무가 있으며, 재심사 결과 경원자에 대한 수익적 처분이 직권취소되고 취소판결의 원고에게 수익적 처분이 이루어질 가능성을 완전히 배제할 수는 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 경원관계에서 허가 등 처분을 받지 못한 사람은 자신에 대한 거부처분의 취소를 구할 소의 이익이 있다(대판 2015. 10. 29. 2013두27517).

#### 978 위 추가

[판례] 법령이 특정한 행정기관 등으로 하여금 다른 행정기관을 상대로 제재적 조치를 취할 수 있도록 하면서, 그에 따르지 않으면 그 행정기관에 대하여 과태료를 부과하거나 형사처벌을 할 수 있도록 정하는 경우, 제재적 조치의 상대방인 행정기관 등에게 항고소송 원고로서의 당사자능력과 원고적격을 인정할 수 있는지 여부(한정 적극)

법령이 특정한 행정기관 등으로 하여금 다른 행정기관을 상대로 제재적 조치를 취할 수 있도록 하면서, 그에 따르지 않으면 그 행정기관에 대하여 과태료를 부과하거나 형사처벌을 할 수 있도록 정하는 경우가 있다. 이러한 경우에는 단순히 국가기관이나 행정기관의 내부적 문제라거나 권한 분장에 관한 분쟁으로만 볼 수 없다. 행정기관의 제재적 조치의 내용에 따라 '구체적 사실에 대한 법집행으로서 공권력의 행사'에 해당할 수 있고, 그러한 조치의 상대방인 행정기관이 입게 될 불이익도 명확하다. 그런데도 그러한 제재적 조치를 기관소송이나 권한쟁의심판을 통하여 다룰 수 없다면, 제재적 조치는 그 성격상 단순히 행정기관 등 내부의 권한 행사에 머무는 것이 아니라 상대방에 대한 공권력 행

사로서 항고소송을 통한 주관적 구제대상이 될 수 있다고 보아야 한다. 기관소송 법정주의를 취하면서 제한적으로만 이를 인정하고 있는 현행 법령의 체계에 비추어 보면, 이 경우 항고소송을 통한 구제의 길을 열어주는 것이 법치국가 원리에도 부합한다. 따라서 이러한 권리구제나 권리보호의 필요성이 인정된다면 예외적으로 그 제재적 조치의 상대방인 행정기관 등에게 항고소송 원고로서의 당사자능력과 원고적격을 인정할 수 있다.

부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률은 원고(소방청장)에게 국민권익위원회의 조치요구에 따라야 할 의무를 부담시키는 외에 별도로 그 의무를 이행하지 않을 경우 과태료나 형사처벌까지 정하고 있다. 따라서 위와 같은 조치요구에 불복하고자 하는 '소속기관 등의 장'에게는 조치요구를 다룰 수 있는 소송상의 지위를 인정할 필요가 있다. 그러나 원고가 국민권익위원회의 조치요구를 다룰 별다른 방법이 없다. 그렇다면 국민권익위원회의 조치요구의 처분성이 인정되는 이 사건에서 이에 불복하고자 하는 원고로서는 조치요구의 취소를 구하는 항고소송을 제기하는 것이 유효·적절한 수단으로 볼 수 있으므로, 원고는 예외적으로 당사자능력과 원고적격을 가진다고 보아야 한다(대판 2018. 8. 1. 선고 2014두35379).

1050C 위 기출추가

1050bQ1

〈제2문〉 2017. 12. 20. 보건복지부령 제377호로 개정된 「국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」(이하 ‘요양급여규칙’이라 함)은 비용 대비 효과가 우수한 것으로 인정된 약제에 대해서만 보험급여를 인정해서 보험재정의 안정을 꾀하고 의약품의 적절한 사용을 유도하고자 기존의 보험 적용 약제 중 청구실적이 없는 미청구약제에 대한 삭제제도를 도입하였다. 개정 전의 요양급여규칙은 품목허가를 받은 모든 약제에 대하여 보험급여를 인정하였으나, 개정된 요양급여규칙에 따르면 최근 2년간 보험급여 청구실적이 없는 약제에 대하여 요양급여대상 여부에 대한 조정을 할 수 있다.

보건복지부장관은 위와 같이 개정된 요양급여규칙의 위임에 따라 사단법인 대한제약회사협회 등 의약관련단체의 의견을 받아 보건복지부 고시인 ‘약제급여목록 및 급여상한금액표’를 개정하여 2018. 9. 23. 고시하면서, 기존에 요양급여대상으로 등재되어 있던 제약회사 갑(이하 ‘갑’이라 함)의 A약품(1998. 2. 1. 등재)이 2016. 1. 1.부터 2017. 12. 31.까지의 2년간 보험급여 청구실적이 없는 약제에 해당한다는 이유로 위 고시 별지4 ‘약제급여목록 및 급여상한금액표 중 삭제품목’란(이하 ‘이 사건 고시’라 함)에 아래와 같이 A약품을 등재하였다. 요양급여대상에서 삭제되면 국민건강보험의 요양급여를 받을 수 없어 해당 약제를 구입할 경우 전액 자기부담으로 구입하여야 하고 해당 약제에 대해 요양급여를 청구하여도 요양급여청구가 거부되므로 해당 약제의 판매 저하가 우려된다.

제약회사들을 회원으로 하여 설립된 사단법인 대한제약회사협회와 갑은 이 사건 고시가 있는지 1개월 후에야 고시가 있었음을 알았다고 주장하며 이 사건 고시가 있는 날로부터 94일째인 2018. 12. 26. 이 사건 고시에 대한 취소소송을 제기하였다.

(1) 보건복지부 고시인 ‘약제급여목록 및 급여상한금액표’의 법적 성질과 이 사건 고시의 취소소송의 대상 여부를 논하시오.

(3) 사단법인 대한제약회사협회와 갑이 제기한 이 사건 소가 제소기간을 준수하였는지를 검토하시오.

[제8회 변호사시험(2019년)]

보건복지부 고시 제2018-○○호(2018. 9. 23.)  
 약제급여목록 및 급여상한금액표

제1조 (목적) 이 표는 국민건강보험법 …… 및 국민건강보험요양급여의 기준에 관한 규칙 ……의 규정에 의하여 약제의 요양급여대상기준 및 상한금액을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (약제급여목록 및 상한금액 등) 약제급여목록 및 상한금액은 [별표1]과 같다.

[별표1]

별지4 삭제품목

연번 17. 제조사 갑, 품목 A약품, 상한액 120원/1정

[참조조문]

국민건강보험법

제41조 (요양급여) ① 가입자와 피부양자의 질병, 부상, 출산 등에 대하여 다음 각 호의 요양급여를 실시한다.

1. 진찰·검사
2. 약제·치료재료의 지급

② 제1항에 따른 요양급여의 방법·절차·범위·상한 등의 기준은 보건복지부령으로 정한다.

국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙(보건복지부령)

제8조 (요양급여의 범위 등) ① 법 제41조 제2항에 따른 요양급여의 범위는 다음 각 호와 같다.

1. 법 제41조 제1항의 각 호의 요양급여(약제를 제외한다) : 제9조에 따른 비급여대상을 제외한 것
2. 법 제41조 제1항의 2호의 요양급여(약제에 한한다) : 제11조의2, 제12조 및 제13조에 따라 요양 급여대상으로 결정 또는 조정되어 고시된 것

② 보건복지부장관은 제1항의 규정에 의한 요양급여대상을 급여목록표로 정하여 고시하되, 법 제41조 제1항의 각 호에 규정된 요양급여행위, 약제 및 치료재료(법 제41조 제1항의 2호의 규정에 의하여 지급되는 약제 및 치료재료를 말한다)로 구분하여 고시한다.

제13조(직권결정 및 조정) ④ 보건복지부장관은 다음 각 호에 해당하면 이미 고시된 약제의 요양급여대상여부 및 상한금액을 조정하여 고시할 수 있다.

6. 최근 2년간 보험급여 청구실적이 없는 약제 또는 약사법령에 따른 생산실적 또는 수입실적이 2년간 보고되지 아니한 약제

## I. 보건복지부 고시의 처분성

### 1. 문 제 점

설문에서는 적극적 공권력행사가 문제되는데, 먼저 행정행위와 처분의 관계를 검토한 후 보건복지부 고시(약제급여목록 및 급여상한금액표)의 법적 성질과 취소소송의 대상 여부를 검토한다.

### 2. 행정행위와 처분의 관계

### 3. 항고소송의 대상인 적극적 처분의 요건

(1) 행정청의 적극적 공권력 행사

(2) 법적 행위

### 4. 설 문

#### (1) 보건복지부 고시(약제급여목록 및 급여상한금액표)의 법적 성질

설문의 보건복지부 고시(약제급여목록 및 급여상한금액표)는 보건복지부장관이 제정한 행정규칙의 형식이지만 실질은 그 자체로 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 처분에 해당한다.

## (2) 보건복지부 고시(약제급여목록 및 급여상한금액표)의 처분성

(가) ① 설문의 보건복지부 고시(약제급여목록 및 급여상한금액표)는 행정청인 보건복지부장관이 행한 제약회사 갑의 A약품이 2년간 보험급여 청구실적이 없는 약제에 해당한다는 이유로 요양급여대상에서 제외한다는 사실에 관한 국민건강보험법령의 집행행위로 우월한 지위에서 행하는 일방적 행위이다. ② 또한 보건복지부 고시(약제급여목록 및 급여상한금액표)에 따라 요양급여대상에서 제외되면 A약품은 국민건강보험의 요양급여를 받을 수 없어 해당 약제를 구입할 경우 전액 자기부담으로 구입하여야 하고 해당 약제에 대해 요양급여를 청구하여도 요양급여청구가 거부되므로 해당 약제의 판매가 저하될 것이므로 이는 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위이다. 따라서 보건복지부 고시(약제급여목록 및 급여상한금액표)는 취소소송의 대상인 처분이다.

(나) 판례도 보건복지부 고시는 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 국민건강보험가입자, 국민건강보험공단, 요양기관 등의 법률관계를 직접 규율하는 성격을 가진다고 할 것이므로, 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 보았다(대판 2006. 9. 22. 2005두2506).

## III. 제소기간

### 1. 문제 상황

사단법인 대한제약회사협회와 갑은 보건복지부 고시에 대해 고시가 있었음을 안날로부터 1개월이 지난 후 취소소송을 제기하였지만, 제소한 날이 고시가 있는 날로부터 94일째가 된다면 행정소송법 제20조에 비추어 제소기간을 준수한 것인지가 문제된다.

### 2. 행정소송법 제20조

### (1) 안 날부터 90일

- 1) 행정심판을 거치지 않은 경우
- 2) 행정심판을 거친 경우
- 3) 불변기간

### (2) 있는 날부터 1년

- 1) 행정심판을 거치지 않은 경우
- 2) 행정심판을 거친 경우
- 3) 정당한 사유가 있는 경우

### (3) 안 날과 있는 날의 관계

## 3. 설 문

(가) 설문에서는 행정소송법 제20조 제1항에서 행정심판을 거치지 않은 경우가 문제되는데, 특정인에 대해 처분을 하는 경우(송달하는 경우)에는 처분등이 있었다는 사실을 현실적으로 안 날이 기산점이 되지만, 불특정인에 대한 처분의 경우(고시 또는 공고하는 경우)에는 그 행정처분에 이해관계를 갖는 자가 고시 또는 공고가 있었다는 사실을 현실적으로 알았는지 여부에 관계없이 고시가 효력을 발생하는 날에 행정처분이 있음을 알았다고 보아야 한다(대판 2000. 9. 8. 99두11257).

(나) 따라서 사단법인 대한제약회사협회와 갑의 제소는 고시가 있음을 안날을 기준으로 한다면 90일이 도과되지 않았지만, 고시가 있는 날을 기준으로 하면 90일을 도과하였기 때문에 이 사건의 소는 제소기간을 준수하지 않은 부적법한 소가 된다.

1181 위 추가

1181Q1

〈제1문〉 양도인 을이 2018. 5. 2. 자신이 경영하던 X미용업소 내에서 공중위생관리법 제4조에서 금하는 공중위생업자의 위생관리의무 위반행위에 해당하는 점빼기·문신 등을 시술하던 중 단속 공무원에게 적발되어 관할시장 A는 을의 지위승계를 이유로 같은 달 30일 갑에게 공중위생관리법 제11조 제1항 제4호 및 동법 시행규칙 제19조에 근거하여 영업정지처분(2개월)을 하였다.

(3) 갑이 공중위생관리법 제11조 제1항에 따른 미용업 영업정지처분에 대한 취소쟁송을 통해 그에 갈음하는 동법 제11조의2 제1항에 규정된 과징금처분을 받으려고 할 경우 어떠한 취소쟁송을 선택하여야 할지에 관해 검토하시오.

[제35회 입법고시(2019년)]

[참조조문]

공중위생관리법 제11조(공중위생영업소의 폐쇄등) ① 시장·군수·구청장은 공중위생영업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 6월 이내의 기간을 정하여 영업의 정지 또는 일부 시설의 사용중지를 명하거나 영업소폐쇄등을 명할 수 있다.

4. 제4조에 따른 공중위생업자의 위생관리의무등을 지키지 아니한 경우

제11조의2(과징금처분) ① 시장·군수·구청장은 제11조제1항의 규정에 의한 영업정지가 이용자에게 심한 불편을 주거나 그 밖에 공익을 해할 우려가 있는 경우에는 영업정지처분에 갈음하여 1억원 이하의 과징금을 부과할 수 있다.

1. 문제 상황

갑은 취소쟁송을 통하여 영업정지처분을 과징금부과처분으로 변경하려 하고 있고 행정심판법 제5조 제1호는 취소심판을 ‘행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 행정심판’으로 행정소송법 제4조 제1호는 취소소송을 ‘행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송’으로 규정하고 있어 취소심판 또는 취소소송을 통해 당초처분을 과징금부과처분으로 변경하는 것이 가능한지를 검토한다.

2. 취소심판을 청구한 경우

위원회는 취소심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 처분을 취소 또는 다른 처분으로 변경하거나 처분을 다른 처분으로 변경할 것을 피청구인에게 명할 수 있다(행정심판법 제43조 제3항).

3. 취소소송을 제기한 경우

취소소송을 통해 처분의 적극적 변경이 가능한지에 관해 학설은 대립하지만, 판례는 적극적 변경이 불가능하다고 본다.

4. 설 문

갑은 취소쟁송을 통하여 영업정지처분을 과징금부과처분으로 변경하려 한다면 취소심판을 청구해야 한다.

1050C 위 기출추가

1050bQ2

〈제2문〉 공공기관의 운영에 관한 법률에 의한 시장형 공기업인 A사는 … B사가 ‘입찰 또는 계약에 관한 서류를 위조·변조한 자’에 해당한다는 이유로 A사가 실시하는 입찰에 6개월간 참가를 제한하는 입찰참가자격제한조치를 하였다.

위 입찰참가자격제한조치서에는 “공공기관의 운영에 관한 법률 제39조, 공기업·준정부기관 계약사무규칙 제15조 … 따라 아래와 같이 귀사의 입찰참가자격제한을 결정하여 알려드리며, 이에 대해서는 공기업·준정부기관 계약사무규칙 제17조에 따른 이의신청, 행정심판법에 따른 행정심판, 행정소송법에 따른 행정소송의 제기가 가능하니 참고하시기 바랍니다.”라고 기재되어 있다. 참고로 이들 청구가 가능한 청구기간(제소기간)에 관한 내용은 위 문서에 포함되어 있지 않다

(1) 위 입찰참가자격제한조치의 법적 성질을 논하고 B사가 이 조치에 대해서 불복할 수 있는 수단 및 이러한 수단들이 허용되는 청구기간(제소기간)에 관하여 논하시오(단, 잠정적인 권리구제수단에 대해서는 논하지 않음)

[제35회 입법고시(2019년)]

[참조조문]

공공기관의 운영에 관한 법률

제39조(회계원칙 등) ② 공기업·준정부기관은 공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 사람·법인 또는 단체 등에 대하여 2년의 범위 내에서 일정기간 입찰참가자격을 제한 할 수 있다.

③ 제1항과 제2항의 규정에 따른 회계처리의 원칙과 입찰참가자격을 제한기준 등에 관하여 필요한 사항은 기획재정부령으로 정한다.

공기업·준정부기관계약사무규칙(기획재정부령)

제15조(부정당업자의 입찰참가자격제한) 법 제39조제3항에 따라 기관장은 공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 자에 대해서는 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 제27조에 따라 입찰참가자격을 제한할 수 있다.

제17조(이의신청) ① 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령」 제110조제1항 각 호의 구분에 따른 금액 이상의 공기업·준정부기관 조달계약 과정에서 해당 기관장 또는 계약담당자로부터 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항으로 인하여 불이익을 받은 자(이하 이 조에서 “이의신청인”이라 한다)는 그 행위의 취소 또는 시정을 위하여 해당 기관장에게 이의신청을 할 수 있다.

1. 국제입찰에 의한 공기업·준정부기관 조달계약의 범위와 관련된 사항
2. 입찰참가자격과 관련된 사항

## 1. 입찰참가자격제한조치의 법적 성질

입찰참가자격제한조치는 행정청인 공기업 A사가 행하는 B사가 '입찰 또는 계약에 관한 서류를 위조·변조한 자'에 해당한다는 사실에 관한 공공기관의 운영에 관한 법령의 집행행위로 우월한 지위에서 행하는 일방적 행위이며, 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위로 항고쟁송의 대상인 처분이다.

## 2. 불복수단과 청구기간(제소기간)

### (1) 이의신청의 법적 성질

행정심판을 청구할 수 있다고 했기 때문에 설문의 이의신청은 진정의 성격에 해당한다. 그리고 공기업·준정부기관계약사무규칙(기획재정부령) 제17조 제1항에 따라 이의신청은 임의적이다.

### (2) 이의신청 없이 취소심판을 제기하거나, 취소소송을 제기한 경우

(가) 취소심판의 경우 심판청구기간을 알리지 않았기 때문에 심판청구기간은 행정심판법 제27조 제6항(행정청이 심판청구 기간을 알리지 아니한 경우에는 제3항에 규정된 기간에 심판청구를 할 수 있다)에 따라 처분이 있었던 날부터 180일이다.

(나) 취소소송의 경우 행정심판법 제27조 제6항이 적용되지 않기 때문에 제소기간은 행정소송법 제20조에 따라 안날로부터 90일, 있는 날부터 1년이다.

### (3) 이의신청 후 취소심판을 제기하거나, 취소소송을 제기한 경우

(가) 이의신청이 진정의 성격이므로 모두 원처분시가 기산점이다.

(나) 취소심판의 경우 심판청구기간을 알리지 않았기 때문에 행정심판법

제27조 제6항(행정청이 심판청구 기간을 알리지 아니한 경우에는 제3항에 규정된 기간에 심판청구를 할 수 있다)에 따라 심판청구기간은 처분이 있었던 날부터 180일이다.

(다) 취소소송의 경우 행정심판법 제27조 제6항이 적용되지 않기 때문에 제소기간은 행정소송법 제20조에 따라 안날로부터 90일, 있는 날부터 1년이다.

### (4) 이의신청과 취소심판을 거친 후 취소소송을 제기한 경우

행정소송법 제20조 제1항 단서의 특례가 적용되어 제소기간은 재결서 정본송달일로부터 90일이다.

892Q1c 아래 추가

892Q2

〈제1문〉 갑은 국립 K대학교의 교수로 재직 중이다. K대학교는 ... 절차를 거쳐 총장임용추천위원회 투표 결과 가장 많은 득표를 한 갑을 1순위 총장임용후보자로, 그 다음으로 많은 득표를 한 을을 2순위로 선정하였다. 이에 따라 K대학교는 교육부장관에게 총장임용후보자로 갑을 1순위, 을을 2순위로 추천하였는데, 장관은 대통령에게 을만을 총장임용후보자로 제청하였다. 갑은 1순위 임용후보자인 자신이 아닌 2순위 후보자인 을을 총장으로 임용하는 것은 위법하다고 주장한다.

(1) 임용제청을 받은 대통령은 을을 총장으로 임용하려 한다. 대통령의 임용행위를 저지하기 위해 갑이 취할 수 있는 행정소송상의 수단을 검토하시오.

[제63회 5급공채(2019년)]

[참조조문]

교육공무원법

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

1. 문제 상황

설문은 을을 총장으로 임용하려는 행위를 저지하지 위한 갑의 행정소송상 수단을 묻고 있는 바, 예방적 부작위소송과 가처분수단인 가처분의 가능성을 검토해 보고, 장관의 후보자 을에 대한 임용제청행위 또는 장관이 갑 자신을 임용제청에서 제외한 행위를 다투는 수단도 검토해 볼 수 있다.

2. 예방적 부작위소송과 가처분의 가능성

(1) 예방적 부작위소송의 가능성

긍정설에 따르면, 갑은 대통령을 상대로 을을 총장으로 임용하지 말 것을 구하는 예방적 부작위소송을 제기할 수 있다.

을은 시장을 상대로 개발행위허가처분을 발령하지 말 것을 구하는 예방적 부작위소송을 제기할 수 있다.

(2) 가처분의 가능성

제한적 긍정설에 따르면, 대통령이 을을 총장으로 임용하기 전이라면 집행정지는 불가능하기 때문에 갑은 가처분을 신청할 수 있다.

3. 장관의 임용제청행위 또는 임용제청 제외행위에 대한 항고소송

장관의 임용제청행위 또는 임용제청 제외행위는 항고소송의 대상인 처분이므로(대판 2018. 6. 15. 2016두57564), 갑은 장관의 을에 대한 임용제청행위 또는 자신을 임용제청에서 제외한 행위를 대상으로 취소(무효확인)소송을 제기할 수 있다.

## 938 교체

(가) 인용재결은 원처분과 내용을 달리하는 것이므로 그 인용재결의 취소를 구하는 것은 원처분에는 없는 재결에 고유한 하자를 주장하는 셈이어서 당연히 항고소송의 대상이 된다(대판 1997. 12. 23. 96누10911). 그러나 행정심판청구인은 자신의 심판청구가 받아들여진 인용재결에 대하여서는 불복할 이유가 없다.

(나) 하지만 인용재결로 말미암아 권리침해 등의 불이익을 받게 되는 제3자가 있다면 그 자는 인용재결을 다룰 필요가 있다(앞의 예(932)에서 연탄공장건축허가(원처분)를 거부당한 자가 행정심판을 제기하여 건축허가재결을 받은 경우, 그 연탄공장 이웃에 거주하는 자가 자신에게는 침익적인 건축허가재결의 취소를 구하는 경우).

## 1213 추가

기속력은 판결의 주문뿐만 아니라 그 전제가 되는 처분 등의 구체적 위법사유에 관한 이유 중의 판단에 대하여도 인정되지만, 기판력은 그 판결의 주문에만 미친다는 점 ㉔

## 1317a 아래 추가

(6) 법률관계(권라의무 관계) 그 자체를 다투는 소송

납세의무부존재확인을 구하는 소송이나(대판 2000. 9. 8. 99두2765), 손실보상청구권의 (존재)확인을 구하는 소송(대판(전원) 2006. 5. 18. 2004다6207)은 '납세의무나 손실보상청구권의 존부'라는 공법상 법률관계를 소송물로 하는 공법상 당사자소송에 해당한다.

1259위 기출 추가

1258Q20

〈제1문〉 사용자인 을주식회사는 소속 근로자인 갑에 대해 유인물 배포 등 행위와 성명서 발표 및 기사 게재로 인한 을주식회사에 대한 명예훼손행위를 근거로 감봉 3월의 징계처분을 하였다. 갑과 A노동조합은 2018. 9. 7. B지방노동위원회에 위 징계 처분이 부당징계 및 부당노동행위에 해당한다고 주장하면서 구제신청을 하였다. 그러나 B지방노동위원회는 2018. 11. 6. 위 구제신청을 모두 기각하였다. 갑과 A노동조합은 B지방노동위원회의 기각결정에 불복하여 2018. 12. 20. 중앙노동위원회에 재심을 신청하였다. 중앙노동위원회는 2019. 3. 5. 유인물 배포 등 행위가 징계사유에 해당할 뿐만 아니라 징계양정이 적정하고, 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제1호의 부당노동 행위에 해당하지 않는다는 이유로 재심신청을 모두 기각하였다. 이에 갑은 중앙노동위원회 회의 재심에 불복하여 취소소송을 제기하려고 한다. 갑은 중앙노동위원회가 재심판정을 하면서 관계 법령상 개의 및 의결 정족수를 충족하지 않았다고 주장한다. 다음 물음에 답하시오. (단, 행정쟁송법과 무관한 노동법적인 쟁점에 대해서는 서술하지 말 것)

(1) 중앙노동위원회의 재심판정에 절차상 하자가 있음을 이유로 이를 취소하는 판결이 확정되었다. 중앙노동위원회가 이러한 확정판결에 기속되는 경우에 어떠한 의무를 부담하는지를 논하시오

[제28회 공인노무사 행정쟁송법 (2019년)]

### 1. 문제 상황

갑이 중앙노동위원회의 기각결정에 대해 취소소송을 제기하여 중앙노동위원회 회의 재심판정에 절차상 하자가 있음을 이유로 이를 취소하는 판결이 확정되었다면 중앙노동위원회는 어떠한 의무를 부담하는지가 행정소송법 제30조의 확정판결의 기속력과 관련해 문제가 된다.

### 2. 기속력의 의의

### 3. 기속력의 법적 성질

#### 4. 기속력의 범위

(1) 주관적 범위

(2) 시간적 범위

(3) 객관적 범위

#### 5. 기속력의 내용

갑은 중앙노동위원회의 기각재결에 대해 취소소송을 제기하여 취소판결이 확정된 경우이므로 반복금지의무가 문제된다.

#### 6. 소 결

(가) 행정청은 중앙노동위원회도 동일하기 때문에 주관적 범위는 문제되지 않는다.

(나) 중앙노동위원회는 재심판정을 하면서 관계 법령상 개의 및 의결 정족수를 충족하지 않은 절차상 위법이 있었기 때문에 시간적 범위도 만족한다.

(다) 객관적 범위와 관련해 설문은 절차나 형식의 위법이 있는 경우에 해당한다. 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.

(라) 따라서 중앙노동위원회는 취소판결에 적시된 절차상 위법사유를 보완한다면 다시 동일한 내용의 기각재결을 하더라도 확정판결의 기속력에 위반되지 않는다.

1157위 기출추가

1156Q7

〈제1문〉 사용자인 을주식회사는 소속 근로자인 갑에 대해 유인물 배포 등 행위와 성명서 발표 및 기사 게재로 인한 을주식회사에 대한 명예훼손행위를 근거로 감봉 3월의 징계처분을 하였다. 갑과 A노동조합은 2018. 9. 7. B지방노동위원회에 위 징계 처분이 부당징계 및 부당노동행위에 해당한다고 주장하면서 구제신청을 하였다. 그러나 B지방노동위원회는 2018. 11. 6. 위 구제신청을 모두 기각하였다. 갑과 A노동조합은 B지방노동위원회의 기각결정에 불복하여 2018. 12. 20. 중앙노동위원회에 재심을 신청하였다. 중앙노동위원회는 2019. 3. 5. 유인물 배포 등 행위가 징계사유에 해당할 뿐만 아니라 징계양정이 적정하고, 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제1호의 부당노동 행위에 해당하지 않는다는 이유로 재심신청을 모두 기각하였다. 이에 갑은 중앙노동위원회 회의 재심에 불복하여 취소소송을 제기하려고 한다. 갑은 중앙노동위원회가 재심판정을 하면서 관계법령상 개의 및 의결 정족수를 충족하지 않았다고 주장한다. 다음 물음에 답하시오. (단, 행정쟁송법과 무관한 노동법적인 쟁점에 대해서는 서술하지 말 것)

(2) 중앙노동위원회는 이 소송의 계속 중에 갑과 A노동조합의 유인물 배포행위가 정당하지 않은 노동조합행위에 해당하여 징계사유에 해당한다고 추가적으로 주장한다. 이러한 중앙노동위원회의 주장이 타당한지를 논하시오.

[제28회 공인노무사 행정쟁송법 (2019년)]

### 1. 문제 상황

갑이 제기한 재심판정 취소소송에서 피고인 중앙노동위원회는 당초 처분사유인 ‘유인물 배포 등 행위가 징계사유에 해당할 뿐만 아니라 징계 양정이 적정하고, 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제1호의 부당노동 행위에 해당하지 않는다’는 사유에 ‘갑과 A노동조합의 유인물 배포행위가 정당하지 않은 노동조합행위에 해당하여 징계사유에 해당한다’는 사유를 추가할 수 있는지가 처분사유의 추가변경과 관련해서 문제된다.

2. 처분사유의 추가변경의 개념

3. 처분사유의 추가변경의 인정 여부

4. 처분사유의 추가변경의 인정범위

(1) 시간적 범위

(2) 객관적 범위

(3) 재량행위와 처분사유의 추가변경

5. 처분사유의 추가변경의 효과

6. 설문

(가) 중앙노동위원회가 추가하려는 ‘갑과 A노동조합의 유인물 배포행위가 정당하지 않은 노동조합행위에 해당하여 징계사유에 해당한다’는 사유가 처분사유에도 존재하였고, 사실심변론종결시까지 처분사유를 추가한다면 시간적 범위는 만족한다.

(나) 당초사유인 ‘유인물 배포 등 행위가 징계사유에 해당할 뿐만 아니라 징계 양정이 적정하고, 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제1호의 부당노동 행위에 해당하지 않는다’는 사유와 추가하려는 ‘갑과 A노동조합의 유인물 배포행위가 정당하지 않은 노동조합행위에 해당하여 징계사유에 해당한다’는 사유는 시간적장소적 근접성, 행위 태양결과 등의 제반사정을 종합적으로 고려할 때, 기본적 사실관계의 동일성이 인정된다고 보아야 한다.

(다) 따라서 피고 중앙노동위원회는 처분사유를 추가할 수 있고, 중앙노동위원회의 주장은 타당하다.

859Q2f 아래 기출 추가

859Q3

<제2문>

A국립대학교 법학전문대학원에 지원한 갑은 A국립대학교총장(이하 'A대학 총장'이라 함)에게 자신의 최종입학점수를 공개해 줄 것을 청구하였으나, A대학총장은 영업비밀임을 이유로 공개거부결정을 하였다. 갑이 위 결정에 대하여 행정심판을 청구하였고 B행정심판위원회는 이를 취소하는 재결을 내렸다. 그럼에도 불구하고 A대학 총장은 위 행정심판위원회의 재결을 따르지 아니하고 갑의 최종입학점수를 공개하지 아니하고 있다. 이에 갑이 행정심판법상 취할 수 있는 실효성 확보 수단을 설명하시오.

[제28회 공인노무사 행정쟁송법 (2019년)]

### 1. 문제 상황

갑이 A대학 총장을 상대로 정보공개거부처분 취소심판을 청구하여 취소재결을 받았음에도 총장은 행정심판위원회의 취소재결에 따른 처분을 하지 않은 경우 갑이 취할 수 있는 행정심판법상 실효성 확보 수단인 간접강제의 가능성을 검토해 본다.

### 2. 간접강제의 가능성

#### (1) 간접강제의 의의

간접강제란 피청구인인 재처분의무를 이행하지 않은 경우 재결의 실효성을 확보하기 위해 위원회가 행정청에게 일정한 배상을 명령하는 제도를 말한다(행정심판법 제50조의 2).

#### (2) 요 건

#### (3) 간접강제의 절차

- 1) 청구인의 신청
- 2) 의견청취
- 3) 관할

#### (4) 간접강제 결정 내용

#### (5) 간접강제의 효과

#### (6) 불 복

#### (7) 간접강제제도의 보완(한계)

### 3. 설 문

총장이 재결의 취지에 따른 정보공개를 하지 않은 경우 갑은 행정심판법 제50조의2에 따라 행정심판위원회에 간접강제를 신청하여 재결의 실효성을 확보할 수 있다.

1343 아래 기출 추가

1343Q1

〈제3문〉

갑은 부동산의 취득으로 인한 취득세 및 농어촌특별세의 납세의무부존재확인소송을 제기하려고 한다. 이러한 납세의무부존재확인소송의 법적 성질에 관하여 설명하시오.

[제28회 공인노무사 행정쟁송법 (2019년)]

### 1. 문제 상황

갑이 제기하려는 납세의무부존재확인소송은 '납세의무의 존부'라는 공법상 법률관계를 소송물로 하는 공법상 당사자소송에 해당한다(대판 2000. 9. 8. 99두2765).

### 2. 납세의무부존재확인소송의 법적 성질

납세의무부존재확인소송은 ① 실질적 당사자소송 ② '그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송' ③ 확인소송 ④ 주관적 소송 ⑤ 시심적 소송 등의 성질을 가진다.