

기출 A22 <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 징계 양정이 적정하고, 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제1호의 부당노동 행위에 해당하지 않는다는 이유로 재심신청을 모두 기각하였다. 이에 갑은 중앙노동위원회의 재심에 불복하여 취소소송을 제기하려고 한다. 갑은 중앙노동위원회가 재심판정을 하면서 관계 법령상 개의 및 의결 정족수를 충족하지 않았다고 주장한다. 다음 물음에 답하십시오. (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 논하십시오. (25)

(2) 중앙노동위원회는 이 소송의 계속 중에 갑과 A노동조합의 유인물 배포행위가 정당하지 않은 노동조합행위에 해당하여 징계사유에 해당한다고 추가적으로 주장한다. 이러한 중앙노동위원회의 주장이 타당한지를 논하십시오. (25)

[공인노무사 행정쟁송법 (2019)]

기출 A22 (1) 중앙노동위원회의 재심판정에 절차상 하자가 있음을 이유로 이를 취소하는 판결이 확정되었다. 중앙노동위원회가 이러한 확정판결에 기속되는 경우에 어떠한 의무를 부담하는지를 논하십시오. (25)

I. 판결의 기속력

1. 문제 상황

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

2. 기속력의 의미

기속력이란 처분등을 취소하는 확정판결이 당사자인 행정청과 관계행정청에 대하여 판결의 취지에 따라야 할 실체법상의 의무를 발생시키는 효력을 말한다 (행정소송법 제30조 제1항).

3. 기속력의 법적 성질

㉮ ㉮ 기속력은 기판력과 동일하다는 **기판력설**과 ㉮ 기속력은 판결 그 자체의 효력이 아니라 취소판결의 효과의 실질적인 보장을 위해 행정소송법이 특별히 인정한 효력이라는 **특수효력설**이 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)).

ㄹ ㉠ 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 **특수효력설**이 타당하다(다수설).

4. 기속력의 범위(요건)

(1) 주관적 범위

처분을 취소하는 확정판결은 그 사건(취소된 처분)에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계 행정청을 기속한다. 여기서 그 밖의 관계 행정청이란 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 적

용이라는 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) 판례

판례는 행정소송에서 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 있을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 하여 판단해야 한다고 본다(처분시설)(대판 1993. 5. 27. 92누19033).

3) 검토

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.

(3) 객관적 범위

판결의 기속력은 판결주문 및 이유에서 판단된 처분등의 구체적 위법사유에만 미친다(대판 2001. 3. 23. 99두5238).

1) 절차나 형식의 위법이 있는 경우

이 경우 판결의 기속력은 판결에 적시된 개개의 위법사유에 미치지 때문에 확정판결 후 행정청이 판결에 적시된 절차나 형식의 위법사유를 보완한 경우에

는 다시 동일한 내용의 처분을 하더라도 기속력에 위반되지 않는다(대판 1987. 2. 10. 86누91).

2) 내용상 위법이 있는 경우

a. 범 위

이 경우는 처분사유의 추가변경과의 관계로 인해 판결주문 및 이유에서 판단된 위법사유와 기본적 사실관계가 동일한 사유를 말한다. 따라서 당초처분사유와 기본적 사실관계가 동일하지 않은 사유라면 동일한 내용의 처분을 하더라도 판결의 기속력에 위반되지 않는다.

b. 기본적 사실관계의 동일성 판단

(가) 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 시간작장소적 근접성, 행위 태양결과 등의 제반사정을 종합적으로 고려해야 한다(법원실무제요, 석호철).

(나) 즉, 처분청이 처분 당시에 적시한 구체적 사실을 변경하지 아니하는 범위 내에서 단지 그 처분의 근거법령만을 추가변경하거나 당초의 처분사유를 구체적으로 표시하는 것에 불과한 경우처럼 처분사유의 내용이 공통되거나 취지가 유사한 경우에는 기본적 사실관계의 동일성을 인정하고 있다(대판 2007. 2. 8. 2006두4899).

(다) 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).

5. 기속력의 내용(효과)

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

① 반복금지의무란 처분이 위법하다는 이유로 취소하는 판결이 확정된 후 당사자인 행정청 등이 동일한 내용의 처분을 반복해서는 안 되는 부작위의무를 말한다.

② 재처분의무란 행정청이 판결의 취지에 따라 신청에 대한 처분을 하여야 할 의무(작위의무)를 말한다(행정소송법 제30조 제2항, 제38조 제2항 참조). 구체적으로 보면 이 재처분의무는 ㉠ 재처분을 해야 하는 의무와 ㉡ 재처분을 하는 경우 그 재처분은 판결의 취지에 따른 것이어야 하는 의무, 양자를 포함하는 개념이다.

③ 취소소송에서 인용판결이 있게 되면 행정청은 위법처분으로 인해 야기된 상태를 제거하여야 할 의무가 발생하는데 이를 결과제거의무라고 한다.

(나) 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 해당하는

다. 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.

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

기출 A22 (2) 중앙노동위원회는 이 소송의 계속 중에 갑과 A노동조합의 유인물 배포행위가 정당하지 않은 노동조합행위에 해당하여 징계사유에 해당한다고 추가적으로 주장한다. 이러한 중앙노동위원회의 주장이 타당한지를 논하시오. (25)

II. 처분사유의 추가·변경

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 추가·변경과 관련해서 문제된다.

2. 처분사유의 추가변경의 개념

(1) 의 의

‘처분사유의 추가변경(처분이유의 사후변경)’이란 처분시에는 사유(이유)로 제시되지 않았던 **사실상 또는 법률상의 근거**를 사후에 행정쟁송절차에서 행정청이 새

로이 제출하여 처분의 위법성판단(심리)에 고려하는 것을 말한다.

(2) 구별개념

(가) ④ 처분사유의 추가변경은 **실질적 적법성의 문제**(적절하지 않은 처분사유를 제시하였다가 적절한 처분사유를 추가하거나 변경하는 것)이나 **이유제시의 절차상 하자**의 치유는 **형식적 적법성의 문제**(행정절차법 제23조에 따른 이유제시를 하지 않다가 사후에 이유를 제시하는 것)이며, ⑥ 처분사유의 추가변경은 **행정쟁송에서의 문제**이나 **이유제시의 절차상 하자**의 치유는 **행정절차의 문제**이다.

(나) 처분사유란 처분시에 행정청이 고려하였던 사실상법률상 근거를 말하는데 이를 행정쟁송절차에서 추가변경하는 것을 처분사유의 추가변경이라고 한다. 처분사유의 추가변경은 ‘처분사유’가 아니라 ‘처분’의 동일성(소송물)을 변경하는 처분변경과는 구별된다(행정소송법 제22조 참조).

3. 처분사유의 추가변경의 인정 여부

(1) 학설

1) 긍정설

일회적인 분쟁해결이라는 소송경제적 측면을 강조하며 소송당사자는 처분의 위법성(적법성)의 근거가 되는 모든 사실상법률상의 사유를 추가변경할 수 있다는 입장이다.

2) 부정설

처분사유의 추가변경을 긍정하면 처분의 **상대방은 예기하지 못한 불이익**을 입을 수도 있고, 정당하지 않은 처분사유를 소송 계속 중에 정당한 처분사유로 변경을 인정하는 것은 **실질적 법치주의**에 반하기 때문에 인정될 수 없다는 견해이다.

3) 제한적 긍정설

처분사유의 추가변경은 당초의 처분사유와 **기본적 사실관계의 동일성이 인정되는 범위 내에서 제한적으로 인정된다는 견해이다(다수설).**

(2) 판례

대법원은 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가하거나 변경할 수 있을 뿐, 기본적 사실관계의 동일성이 인정되지 않는 별개의 사실은 처분사유로 주장할 수 없다는 것이 일관된 입장이다(대판 1983. 10. 25. 83누396).

(3) 검토

분쟁의 일회적 해결이라는 요청과 **원고의 방어권보장 및 신뢰보호의 요청**의 조화라는 관점에서 제한적 긍정설이 타당하다.

4. 처분사유의 추가변경의 인정범위

아래의 범위에 모두 포함된다면 처분사유의 추가변경은 인정된다.

(1) 처분사유의 추가·변경의 가능시점

처분사유의 추가변경은 **사실심변론종결시**까지만 허용된다.

(2) 처분사유의 추가·변경과 처분의 위법성판단 기준시점

처분의 위법성 판단의 기준시점을 어디로 볼 것이냐에 따라 추가변경할 수 있는 처분사유의 시간적 범위가 결정된다.

1) 학설

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**(a 원칙적으로 처분시를 기준으로 하면서, 예외적으로 영업허가취소나 물건의 압수처분 등과 같이 계속효 있는 처분에 대하여는 판결시를 기준으로 하는 견해와 b 적극적 침익적 처분의 경우 처분시를 기준으로 하고, 거부처분의 경우 판결시를 기준으로 하는 견해가 있다)이 대립된다.

2) 판례

판례는 행정소송에서 **행정처분의 위법 여부는 행정처분이 있을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 하여 판단해야 한다**고 본다(처분시설)(대판 1993. 5. 27. 92누19033).

3) 검토

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) 소결

처분시설에 따르면 처분시의 사유만이 추가변경의 대상이 된다.

(2) 객관적 범위

1) 소송물의 동일성

처분사유를 추가변경하더라도 **처분의 동일성은 유지되어야 한다.** 만일 처분의 동일성이 변경된다면 이는 '처분사유'의 변경이 아니라 '처분'의 변경이 된다. 이 경우에는 처분사유의 변경이 아니라 행정소송법 제22조의 처분변경으로 인한 소의 변경을 해야 한다(홍준형).

2) 기본적 사실관계의 동일성

(가) 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 시간적장소적 근접성, 행위 태양결과 등의 제반사정을 종합적으로 고려해야 한다(법원실무제요, 석호철).

(나) 즉, 처분청이 처분 당시에 적시한 구체적 사실을 변경하지 아니하는 범위 내에서 단지 그 처분의 근거법령만을 추가변경하거나 당초의 처분사유를 구체적으로 표시하는 것에 불과한 경우처럼 처분사유의 내용이 공통되거나 취지가 유사한 경우에만 기본적 사실관계의 동일성을 인정하고 있다(대판 2007. 2. 8. 2006두4899).

(다) 판례는 ① 산림형질변경불허가처분취소소송에서 준농림지역에서 행위제한이라는 사유와 자연환경보전의 필요성이라는 사유(대판 2004. 11. 26. 2004두4482), ② 액화석유가스판매사업불허가처분취소소송에서 사업허가기준에 맞지 않는다는 사유와 이격거리허가기준에 위반된다는 사유(대판 1989. 7. 25. 88누11926)는 **기본적 사실관계의 동일성을 인정**하였으나, ① 부정당업자제처분취소소송에서 정당한 이유없이 계약을 이행하지 않았다는 사유와 계약이행과 관련해 관계공무원에게 뇌물을 준 사유(대판 1999. 3. 9. 98두18565), ② 종합주류도매업면허취소처분취소소송에서 무자료주류판매 및 위장거래금액이 과다하다는 사유와 무면허판매업자에게 주류를 판매하였다는 사유(대판 1996. 9. 6. 96누7427)는 **기본적 사실관계의 동일성을 부정**하였다.

(3) 재량행위와 처분사유의 추가·변경

다툼 있는 행위가 기속행위인 경우에는 처분사유의 추가변경이 인정된다는 것이 **일반적인 견해**이지만, ① 재량행위인 경우 ㉠ 처분사유의 추가변경이 **인정된다는 견해**(다수설)와 ㉡ **부정된다는 견해**(이 견해는 재량행위에서 처분사유의 추가변경

은 처분의 동일성을 변경시킨다고 본다)가 대립된다. ② 처분사유의 추가변경은 분쟁대상인 처분이 본질적으로 변경되지 않음을 전제로 하는 것이므로 재량행위에서도 가능하다는 긍정설이 타당하다.

5. 처분사유의 추가변경의 효과

처분사유의 추가변경이 인정되면 법원은 추가변경되는 사유를 근거로 심리할 수 있고, 인정되지 않는다면 법원은 당초의 처분사유만을 근거로 심리하여야 한다.

6. 설 문

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

(나) 당초사유인 ‘유인물 배포 등 행위가 징계사유에 해당할 뿐만 아니라 징계양정이 적정하고, 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제1호의 부당노동행위에 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.

기출 A23 <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. (25)

[공인노무사 행정쟁송법 (2019)]

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

㉠ 행정심판법 제49조 제2항(거부처분 취소심판 등에서 거부처분취소재결 등이 있는 경우) 제3항(의무이행심판에서 처분명령재결이 있는 경우) 제4항(절차의 하자를 이유로 처

분을 취소하는 재결이 있는 경우)에 따라 재결이 있었음에도 불구하고 피청구인이 처분을 하지 아니한 경우라야 한다. ㉡ 그리고 행정청이 재처분을 하였다고 하더라도 재결의 취지에 따르지 않고 기본적 사실관계가 동일한 사유로 다시 거부처분등을 한 경우 그러한 거부처분은 무효이므로 이 경우도 행정심판위원회는 간접강제를 할 수 있다.

(3) 간접강제의 절차

1) 청구인의 신청

피청구인이 재처분의무를 이행하지 않으면 청구인은 간접강제를 신청해야 한다.

2) 의견청취

위원회는 간접강제 결정을 하기 전에 신청 상대방의 의견을 들어야 한다(행정심판법 제50조의2 제3항).

3) 관할

간접강제는 행정심판위원회가 결정한다.

(4) 간접강제 결정 내용

위원회는 ㉢ 상당한 기간을 정하고 피청구인이 그 기간 내에 이행하지 아니하는 경우에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 하도록 명하거나 ㉣ 즉시 배상을 할 것을 명할 수 있다(행정심판법 제50조의2 제1항). 그리고 위원회는 사정의 변경이 있는 경우에는 당사자의 신청에 의하여 간접강제 결정의 내용을 변경할 수 있다(행정심판법 제50조의2 제2항).

(5) 간접강제의 효과

간접강제 결정의 효력은 피청구인인 행정청이 소속된 국가·지방자치단체 또

는 공공단체에 미치며, 결정서 정보는 행정소송제기와 관계없이 「민사집행법」에 따른 강제집행에 관하여는 집행권원과 같은 효력을 가진다(행정심판법 제50조의2 제5항).

(6) 불 복

청구인은 간접강제 결정에 불복하는 경우 그 결정에 대하여 행정소송을 제기할 수 있다(행정심판법 제50조의2 제4항).

(7) 간접강제제도의 보완(한계)

취소심판에서 행정심판법 제43조 제3항의 변경명령재결이 있는 경우 재처분 의무는 행정심판법 제49조 제1항에 따라 인정되지만, 이를 행정청이 이행하지 않는 경우 행정심판법은 직접처분뿐만 아니라 간접강제도 인정하고 있지 않기 때문에 실효성확보에 문제가 있다는 지적이 있다.

3. 설 문

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

기출 A24 <제3문>

갑은 부동산의 취득으로 인한 취득세 및 농어촌특별세의 납세의무부존재확인소송을 제기하려고 한다. 이러한 납세의무부존재확인소송의 법적 성질에 관하여 설명하시오. (25)

[공인노무사 행정쟁송법 (2019)]

1. 주관적 소송

(가) 주관적 소송이란 개인의 권리구제를 직접 목적으로 하는 소송을 말하며, 객관적 소송이란 공공의 이익을 직접 목적으로 하는 소송을 말한다.

(나) 납세의무부존재확인소송은 갑이 자신의 권리구제를 목적으로 제기하는 주관적 소송에 해당한다.

2. 공법상 당사자소송

(가) 주관적 소송은 '행정청의 처분등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송'인 항고소송과 '행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송'으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 당사자소송으로 구분된다(행정소송법 제3조 참조).

(나) 갑이 제기하려 납세의무부존재확인소송은 취득세 및 농어촌특별세의 '부과 처분'을 다투는 항고소송이 아니라, '납세의무의 존부'라는 공법상 법률관계를 소송물로 하는 소송으로 공법상 당사자소송에 해당한다(대판 2000. 9. 8. 99두2765).

3. 실질적 당사자소송

(가) 공법상 당사자소송은 실질과 형식이 모두 법률관계를 다투는 소송인 실질

적 당사자소송과 실질적으로 행정청의 처분등을 다투는 것이나 형식적으로는 처분등으로 인해 형성된 법률관을 다투기 위해 제기하는 형식적 당사자소송이 있다.

(나) 납세의무부존재확인소송은 법률관계를 다투는 실질적 당사자소송에 해당한다.

4. 그 밖에 공법상 법률관계에 관한 소송

(가) 공법상 당사자소송은 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송과 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로 나눌 수 있다.

(나) 납세의무부존재확인소송은 '그 밖에 공법상 법률관계에 관한 소송'에 해당한다.

5. 확인소송

(가) 소송은 소송물에 따라 확인소송, 이행소송, 형성소송으로 나누어진다.

(나) 공법상 당사자소송에는 이행소송과 확인소송이 있다. 납세의무부존재확인소송은 확인소송에 해당한다.

6. 시심적 소송

(가) 시심적 소송이란 행정법관계의 형성 또는 존부확인이 소송을 통해 이루어지는 것을 말한다. 복심적 소송이란 이미 이루어진 행정작용의 위법(부당)을 심사하는 소송을 말한다(예: 항고소송).

(나) 납세의무부존재확인소송은 시심적 소송이다.

7. 보충적 소송 여부

(㉞) 항고소송을 제기할 수 있는 경우 별도로 당사자소송을 제기할 수 있는지가 당사자소송의 보충성과 관련해 문제된다.

(㉟) ① ㉞ 당사자소송은 공법상 법률관계 일반을 대상으로 하는 포괄적인 소송의 성격을 가지므로(행정소송법 제3조 제2호 참조) 항고소송으로 해결이 가능한 경우는 당사자소송이 불가능하다는 견해와 ⑥ 항고소송이나 당사자소송 중 선택할 수 있다는 견해가 대립된다. ② 당사자소송의 보충성에 대한 명문의 규정이 없으므로 당사자는 항고소송과 당사자소송 중 선택할 수 있다는 병렬적 관계설이 타당하다.

(㊱) 나중에 취득세 및 농어촌특별세 부과처분이 발령된다고 하더라도 갑은 당사자소송인 납세의무부존재확인소송을 제기할 수 있다.

8. 설 문

납세의무부존재확인소송은 주관적 소송, 공법상 당사자소송, 실질적 당사자소송, 그 밖에 공법상 법률관계에 관한 소송, 확인소송, 시심적 소송이지만, 보충적 소송은 아니다.

기출 B39 <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 의약품관련단체의 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. (30)

(3) 사단법인 대한제약회사협회와 갑이 제기한 이 사건 소가 제소기간을 준수하였는지를 검토하시오. (20)

[변호사시험(2019)]

<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

기출 B39 (1) 보건복지부 고시인 '약제급여목록 및 급여상한금액표'의 법적 성질과 이 사건 고시의 취소소송의 대상 여부를 논하시오.

I. 보건복지부 고시의 처분성

1. 문 제 점

(가) 취소소송의 대상에 대해 행정소송법 제19조 본문은 “취소소송은 처분등을 대상으로 한다”고 규정하고, 동법 제2조 제1항 제1호는 취소소송의 대상인 ‘처분등’을 ① 처분인 ② 공권력의 행사, ③ 그 거부, ④ 그 밖에 이에 준하는 행정작용과 ⑤ 행정심판에 대한 재결이라고 정의하고 있다.

(나) 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

(가) 행정소송법 제2조 제1항 제1호는 ‘처분’개념을 광의로 정의(‘그 밖에 이에 준하는 행정작용’)하고 있어 행정소송법상의 처분개념이 강학상 개념인 행정행위와 동일한 것인지에 대해 학설이 대립된다.

(나) 학설은 일원설과 이원설이 대립하는데, ① **일원설(실체법적 개념설)**은 이원설이 처분개념에 포함시키고 있는 비권력적 행정작용에 대한 권리구제수단은 항고소송이 아니라 당사자소송이나 행정외소송을 활용해야 한다는 점을 근거로 한다. ② **이원설(쟁송법적 개념설)**은 비권력적 행정작용에 대해 항고소송을 인정함으로써 실효적인 권리구제가 가능하다는 점을 근거로 한다.

(다) **판례**는 이원설이 대표적으로 주장하는 비권력적 사실행위에 대해 처분성을 부정하고 있어 기본적으로 **일원설의 입장**이다. 다만, 처분개념이 확대될 여지를

인정한 판결도 있다(대판 1993. 12. 10. 93누12619).

(라) **취소소송**은 법률관계를 발생시키는 행정작용의 효력을 깨뜨리기 위한 **형성소송**(행정소송법 제29조 제1항 참조)이므로 취소소송의 대상을 법률관계를 발생시키는 행정행위에 한정하는 일원설이 타당하다.

3. 항고소송의 대상인 적극적 처분의 요건

(1) 행정청의 적극적 공권력 행사

① 행정청(전통적 의미의 행정청뿐만 아니라 합의제기관, 실질적 의미의 처분을 하는 경우 법원이나 국회의 기관, 행정소송법 제2조 제2항의 행정청 등 자신의 명의로 처분을 할 수 있는 모든 행정청(기능적 의미의 행정청)을 말한다)이 행하는 행위로 ② 구체적 사실(규율대상이 구체적 — 시간적으로 1회적, 공간적으로 한정 — 이어야 한다)에 대한 ③ 법집행행위(입법이 아니라 법의 집행행위라야 한다)이며 ④ 공권력행사(행정청이 공법에 근거하여 우월한 지위에서 일방적으로 행사하여야 한다)이어야 한다.

(2) 법적 행위

(가) **판례와 전통적인 견해**는 취소소송의 본질을 위법한 법률관계의 소급적 제거로 이해하기 때문에(=취소소송을 형성소송으로 보기 때문) 법적 행위를 항고소송의 대상인 처분의 요건으로 본다.

(나) 법적 행위란 ① **외부적 행위**이며 ② **권리의무와 직접 관련되는 행위**를 말한다(대판 2008. 9. 11. 2006두18362).

4. 설 문

(1) 보건복지부 고시(약제급여목록 및 급여상한금액표)의 법적 성질

설문의 보건복지부 고시(약제급여목록 및 급여상한금액표)는 보건복지부장관이 제

정한 행정규칙의 형식이지만 실질은 그 자체로 국민의 권라의무에 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 권라의무에 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).

기출 B39 (3) 사단법인 대한제약회사협회와 갑이 제기한 이 사건 소가 제소기간을 준수하였는지를 검토하시오.

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

취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다(행정소송법 제20조 제1항 제1문). ‘처분등이 있음을 안 날’이란 통지·공고 기타의 방법에 의하여 당해 처분이 있었다는 사실을 현실적으로 안 날을 의미한다(대판 1964. 9. 8. 63누196).

2) 행정심판을 거친 경우

행정심판을 거친 경우에는 재결서의 정본을 송달받은 날부터 90일내에 소송을 제기해야 한다.

3) 불변기간

앞의 90일은 불변기간이다(행정소송법 제20조 제3항).

(2) 있는 날부터 1년

1) 행정심판을 거치지 않은 경우

취소소송은 처분등이 있는 날부터 1년을 경과하면 이를 제기하지 못한다(행정소송법 제20조 제2항). ‘처분등이 있는 날’이란 처분의 효력이 발생한 날을 말한다. 처분은 행정기관의 내부적 결정만으로 부족하며 외부로 표시되어 상대방에게 도달되어야 효력이 발생한다(대판 1990. 7. 13. 90누2284).

2) 행정심판을 거친 경우

행정심판을 거친 경우에는 재결이 있는 날로부터 1년내에 소송을 제기해야 한다. ‘재결이 있는 날’이란 재결의 효력이 발생한 날을 말하며, 행정심판법 제48조 제1항에 따라 재결의 효력이 발생한 날은 재결서 정본을 송달받은 날이 된다. 결국 행정소송법 제20조 제1항의 ‘재결서정본을 송달받은 날’의 의미와 제2항의 ‘재결이 있는 날’의 의미는 같다.

3) 정당한 사유가 있는 경우

정당한 사유가 있으면 1년이 경과한 후에도 제소할 수 있다(행정소송법 제20조 제2항 단서). 일반적으로 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자는 행정처분이 있음을 알 수 없는 처지이므로 특별한 사정이 없는 한 정당한 사유가 있는 경우에 해당한다(대판 1989. 5. 9. 88누5150).

(3) 안 날과 있는 날의 관계

처분이 있음을 안 날과 처분이 있는 날 중 어느 하나의 기간만이라도 경과하면 제소할 수 없다.

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 경

우(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.

기출 B40 <제2문>

공공기관의 운영에 관한 법률에 의한 시장형 공기업인 A사는 ... B사가 '입찰 또는 계약에 관한 서류를 위조·변조한 자'에 해당한다는 이유로 A사가 실시하는 입찰에 6개월 간 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) (20)

[입법고시(2019)]

[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 입찰참가자격의 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」 제110조 제1항

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

기출 B40 (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)

I. 입찰참가자격제한조치의 법적 성질과 불복수단 및 청구기간(제소기간)

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

이의신청에는 행정심판의 성질을 가지는 것과 단순히 진정의 성격(희망의 진술)을 가지는 것이 있다.

1) 구별기준

판례는 ① 동일한 처분청으로 하여금 다시 처분에 대하여 심사하도록 한 절차인지 여부(동일한 처분청이 이의신청을 심사한다면 진정의 성격에 가깝다), ② 이의신청과 상관없이 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있는지 여부(이의신청과 상관없이 행정심판이나 행정소송을 제기할 수 있다면 그 이의신청은 진정의 성격에 가깝다), ③ 행정심판법 제4조의 행정심판법상 행정심판에 갈음하는 특별행정심판으로 볼 수 있는지 여부 등을 기준으로 한다(대판 2012. 11. 15. 2010두8676; 대판 2016. 7. 27. 2015두45953).

2) 법적 성질에 따른 제소기간

행정심판의 성격을 가지는 이의신청은 취소소송에서 제소기간의 특례가 적용되지만(행정소송법 제20조 제1항 단서), 진정의 성격을 가지는 이의신청은 명문의 규정이 없는 한 제소기간의 특례가 적용되지 않는다(따라서 이 경우는 특별한 규정이 없는 한 행정소송법 제20조 제1항 본문이 적용된다).

3) 설 문

A사는 입찰참가자격제한조치서에 이의신청과는 별도로 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

1) 취소심판을 청구하는 경우

입찰참가자격제한조치서에는 행정심판 청구기간에 관한 내용이 포함되어 있지 않았기 때문에 취소심판의 경우 심판청구기간은 행정심판법 제27조 제6항(행정청이 심판청구 기간을 알리지 아니한 경우에는 제3항에 규정된 기간에 심판청구를 할 수 있다)에 따라 처분이 있었던 날부터 180일이다.

2) 취소소송을 제기하는 경우

취소소송의 경우 행정심판법 제27조 제6항(행정청이 심판청구 기간을 알리지 아니한 경우에는 제3항에 규정된 기간에 심판청구를 할 수 있다)이 적용되지 않기 때문에 제소기간은 행정소송법 제20조에 따라 안날로부터 90일, 있는 날부터 1년이다(이 사건 처분시에 행정심판의 제기절차 등을 고지하지 않은 것이 구 행정절차법 제26조에 위반된다고 하더라도, 같은 법에 그 위반의 효과에 관하여 규정하고 있지 아니하고, 행정소송법은 행정심판법 제18조 제6항과는 달리 제소기간의 불고지로 인한 효과에 관한 규정을 두고 있지 아니한 점에 비추어 보면, 그 위반의 효과로써 원고가 이 사건 처분이 있는 날부터 1년 이내에 행정소송을 제기할 수 있게 된다고 볼 수 없다(대판 2008. 6. 12. 2007두16875)).

(3) 이의신청 후 취소심판을 제기하거나, 취소소송을 제기한 경우

1) 청구기간(제소기간)의 기산점

이의신청이 진정의 성격이므로 모두 원처분시가 취소심판 및 취소소송의 청구기간(제소기간)의 기산점이다.

2) 취소심판을 청구하는 경우

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.

3) 취소소송을 제기하는 경우

취소소송의 경우 행정심판법 제27조 제6항(행정청이 심판청구 기간을 알리지 아니한 경우에는 제3항에 규정된 기간에 심판청구를 할 수 있다)이 적용되지 않기 때문에 제소기간은 행정소송법 제20조에 따라 안날로부터 90일, 있는 날부터 1년이다.

(4) 이의신청과 취소심판을 거친 후(이의신청을 하지 않고 심판청구기간을 준수하여 취소심판을 거친 경우도 포함) 취소소송을 제기한 경우

행정소송법 제20조 제1항 단서의 특례가 적용되어 제소기간은 재결서正本송달일로부터 90일이다.

B41 <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. (15)

[5급공채(2019)]

[참조조문]

교육공무원법

제24조(대학의 장의 임용) ① 대학의 장은 해당 대학의 추천을 받아 교육부장관의 제청으로 대통령이 임용한다.

기출 B41 (1) 임용제청을 받은 대통령은 을을 총장으로 임용하려 한다. 대통령의 임용행위를 저지하기 위해 갑이 취할 수 있는 행정소송상의 수단을 검토하시오.

I. 임용행위를 저지하기 위한 행정소송상 수단

1. 문제 상황

설문은 을을 총장으로 임용하려는 행위를 저지하지 위한 갑의 행정소송상 수단을 묻고 있는 바, 예방적 부작위소송과 가구제수단인 가처분의 가능성을 검토해 보고, 장관이 갑 자신이 아니라 후보자 을을 임용제청한 행위 또는 장관이 갑 자신을 임용제청에서 제외한 행위를 다투는 수단도 검토해 볼 수 있다.

2. 예방적 부작위소송과 가처분의 가능성

(1) 예방적 부작위소송의 가능성

1) 문제점

행정소송법 제4조(항고소송의 구분)는 처분등의 취소(변경)나 효력 유무존재 여부의 확인을 구하거나, 처분의 신청에 대해 행정청이 부작위하는 경우 부작위가 위법함을 확인하는 소송만을 인정할 뿐 처분등의 발령 전에 해당 처분등을 발령하지 말 것을 구하는 소송을 명문으로 인정하고 있지는 않다. 설문은 갑이 을을 대학총장으로 임명하려는 것을 저지하기 위한 행정소송상 수단을 묻고 있는 바, 이러한 소송 즉 예방적 부작위소송이 현행법상 허용될 수 있는지가 문제된다.

2) 의 의

예방적 부작위소송이란 위법한 행정작용을 미리 저지할 것을 목적으로 장래에 있을 특정한 행정행위 또는 그 밖의 행위의 발동에 대한 방지를 구하는 소송을 말한다.

3) 인정 여부

a. 학 설

i) 부정설

행정소송법 제3조제4조는 제한적 열거규정으로 보아야 하며, 행정에 대한 제1차적 판단권은 행정청이 가지기 때문에 행정작용의 발동·미발동에 대한 판단은 법원이 판단하는 것이 아니라 행정청의 고유권한이라는 점을 근거로 한다.

ii) 긍정설

행정소송법 제3조제4조는 예시적 규정으로 보아야 하며, 장래 침익적 처분의 발령이 확실하다면 행정청은 이미 제1차적 판단권을 행사하였다고 보아야 할 것이어서 그에 대한 예방적 소송은 행정청의 제1차적 판단권 침해가 아니라는 점을 근거로 한다(다수설).

iii) 절충설(제한적 긍정설)

원칙상 예방적 부작위소송은 인정할 수 없지만, 법정항고소송으로 실효적인 권리구제가 되지 않는 경우 보충적으로 무명항고소송을 인정하자는 견해로 ① 처분요건이 일의적이며(처분요건의 일의성), ② 미리 구제하지 않으면 회복하기 어려운 손해발생 우려가 있고(긴급성), ③ 다른 권리구제방법으로는 권리구제가 어려운 경우(보충성)라야 예방적 부작위 소송이 가능하다고 본다.

b. 판례

판례는 「피고에 대하여 이 사건 신축건물의 준공처분을 하여서는 아니 된다는 내용의 부작위를 구하는 원고의 예비적 청구는 행정소송에서 허용되지 아니하는 것이므로 부적법하다(대판 1987. 3. 24. 86누182)」고 하여 부정한다.

c. 검토

취소소송은 침익적 처분에 대한 사후적인 권리구제수단에 불과하고 현행법상 항고소송에 침익적 처분에 대한 예방적인(사전적인) 권리구제수단이 인정되지 않

으므로 실효적인 권리구제를 위해 긍정함이 타당하다(권력적 사실행위, 환경소송 등의 경우 인정필요성이 크다).

4) 설 문

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

(2) 가처분의 가능성

1) 문제점

행정소송법은 가구제수단으로 집행정지제도를 인정하고 있지만, 집행정지는 침익적 행정처분이 발해진 것을 전제로 그 효력을 정지시키는 소극적 형성력이 있을 뿐이므로 적극적 형성력이 없다. 따라서 집행정지는 잠정적으로 수익적 처분의 발령을 행정청에 명하는 기능이나 처분이 행해지기 전에 잠정적으로 발령금지를 명하는 기능을 할 수 없다. 따라서 이러한 기능적 한계로 인해 민사집행법상의 가처분제도가 예방적 부작위소송의 가구제수단으로 인정될 수 있는지가 문제된다.

2) 가처분의 의의

가처분이란 다툼이 있는 법률관계에 관하여 잠정적으로 임시의 지위를 보전하는 것을 내용으로 하는 가구제제도이다(행정소송법 제8조 제2항, 민사집행법 제300조 참조).

3) 항고소송에서 가처분의 가능성

a. 학 설

i) 적극설

행정소송법 제8조 제2항에 의해 민사집행법상의 가처분 규정은 준용될

수 있으며, 현행법상 집행정지제도는 소극적 가구제 수단에 불과하기에 적극적 가구제 수단인 가처분이 필요하다는 점을 근거로 한다.

ii) 소 극 설

법원이 행정처분의 위법 여부를 판단하는 것을 넘어 행정청에게 수익적 처분을 명하거나 예방적으로 부작위를 명하는 가처분을 하는 것은 사법권의 범위 밖이며, 현행법은 의무이행소송이나 예방적 부작위소송을 인정하고 있지 아니하므로 가처분의 본안소송이 있을 수 없는바, 긍정설을 취하여도 실익이 없다는 점을 근거로 한다.

iii) 절충설(제한적 긍정설)

원칙적으로 가처분 규정을 준용할 수 있지만, 행정소송법이 집행정지제도를 두고 있는 관계상 집행정지제도가 실효적인 권리구제가 되는 경우에는 가처분이 인정될 수 없고 그 외의 범위에서만 가처분제도가 인정된다고 보는 견해이다.

b. 판 례

판례는 민사집행법상의 보전처분은 민사판결절차에 의하여 보호받을 수 있는 권리에 관한 것이라고 보기 때문에 행정소송에 가처분을 인정하지 아니한다(대결 1992. 7. 6. 92마54).

c. 검 토

행정청에게 수익적 처분을 명하는 등의 권한을 법원에게 인정하더라도 가처분은 잠정적인 권리구제수단에 불과하기 때문에 행정청의 권한 침해는 크게 문제되지 않으며, 당사자의 실효적인 권리구제 확대라는 측면에서 민사집행법상 가처분규정을 항고소송에도 적용함이 타당하다. 다만 현행법이 처분등에 대해 집행정지제도를 두고 있는 이상 절충설이 타당하다.

4) 설 문

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.

사례 05 추가

〈제2문〉

★★★

을로부터 석유판매업(주유소)을 양수한 갑은 경기 불황이 계속되자 휘발유에 값싼 시너를 혼합하여 판매하다 공무원에게 단속되었다. 그러자 관할 행정청은 일벌백계의 차원에서 2014. 3. 1. 갑의 주유소등록을 취소하였다.

갑은 석유 및 석유대체연료 사업법 시행규칙 제16조의 행정처분기준 별표 1은 1회 위반의 경우 사업정지 3개월로 규정하고 있음에도 행정청이 주유소등록을 취소한 것은 위법하다고 주장하면서 2014. 4. 1.에 행정심판을 청구하였고 행정심판위원회는 2014. 5. 1. 주유소등록취소처분을 사업정지 3개월로 변경하라는 변경명령재결을 하였고 5. 2. 갑에게 정보가 송달되었다. 그 후 처분 행정청은 5. 10. 당초처분을 사업정지 3개월로 변경한다는 처분을 하였고 5. 11. 갑에게 처분통지서가 송달되었다. 처분을 대상으로 갑이 취소소송을 제기하려 한다면 소송의 대상과 제소기간은?

사례 05 추가

〈제2문〉

★★★

을로부터 석유판매업(주유소)을 양수한 갑은 경기 불황이 계속되자 휘발유에 값싼 시너를 혼합하여 판매하다 공무원에게 단속되었다. 그러자 관할 행정청은 일벌백계의 차원에서 2014. 3. 1. 갑의 주유소등록을 취소하였다.

갑은 석유 및 석유대체연료 사업법 시행규칙 제16조의 행정처분기준 별표 1은 1회 위반의 경우 사업정지 3개월로 규정하고 있음에도 행정청이 주유소등록을 취소한 것은 위법하다고 주장하면서 2014. 4. 1.에 행정심판을 청구하였고 행정심판위원회는 2014. 5. 1. 주유소등록취소처분을 사업정지 3개월로 변경하라는 변경명령재결을 하였고 5. 2. 갑에게 정보가 송달되었다. 그 후 처분 행정청은 5. 10. 당초처분을 사업정지 3개월로 변경

한다는 처분을 하였고 5. 11. 갑에게 처분통지서가 송달되었다. 처분을 대상으로 갑이 취소소송을 제기하려 한다면 소송의 대상과 제소기간은?

I. 문제 상황

설문에서 처분은 원처분(등록취소처분), 변경처분(사업정지 3개월로 변경하는 처분), 변경된 원처분(사업정지 3개월처분으로 변경된 원처분) 세 가지이다. 원처분은 문제되지 않기 때문에 설문과 관련해서는 변경처분과 변경된 원처분 중 어느 처분이 취소소송의 대상이 될 수 있는지가 문제되며, 그에 따라 제소기간도 검토해 본다.

II. 취소소송의 대상

1. 학 설

㉠ 변경처분과 변경된 원처분은 독립된 처분으로 모두 소송의 대상이라는 견해(병존설), ㉡ 변경처분으로 원처분은 전부취소되고 변경처분이 원처분을 대체(변경처분에 흡수됨)하기 때문에 변경처분만이 소의 대상이 된다는 견해(흡수설), ㉢ 변경처분은 원처분의 일부취소이므로 (축소)변경된 원처분으로 존재하고 변경처분은 원처분에 흡수되기 때문에 변경된 원처분만이 소의 대상이라는 견해(역흡수설), ㉣ 행정청이 발령한 처분서의 문언의 취지를 충실하게 해석하여, 변경처분이 일부취소의 취지인 경우 변경된 원처분이 소송의 대상이 되고, 변경처분이 원처분의 전부취소와 변경처분의 발령의 취지인 경우 변경처분이 소송의 대상이 된다는 견해(류광해)가 대립된다.

2. 관 례

판례는 ① 행정심판위원회의 변경명령재결에 따라 처분청이 변경처분을 한 경우, 변경처분에 의해 원처분이 소멸하는 것이 아니라 당초부터 변경된 원처

분으로 존재하기 때문에 소송의 대상은 변경처분이 아니라 변경된 원처분(당초 처분)이라고 한다. 따라서 제소기간의 준수 여부도 변경된 '원처분'을 기준으로 한다(대판 2007. 4. 27. 2004두9302). ② 그리고 처분청이 스스로 일부취소처분을 한 경우에도, 일부취소처분(감액처분)은 원처분 중 일부취소부분에만 법적 효과가 미치는 것이며 원처분과 별개의 독립한 처분이 아니며 상대방에게 유리한 결과를 가져오는 것이므로 소송의 대상은 취소되지 않고 남은 원처분이라고 한다. 따라서 제소기간의 준수 여부도 남은 일부취소처분이 아니라 '원처분'을 기준으로 한다(대판 2012. 9. 27. 2011두27247).

3. 검토

원처분에 대한 변경행위는 그 부분에만 법적 효과를 미치는 것으로 원처분과 별도의 독립한 처분이 아니므로 원처분의 연속성이라는 관점에서 소송의 대상은 변경된 원처분이 된다는 견해가 타당하다.

4. 결론

취소소송의 대상은 사업정지 3개월로 변경된 원처분이다.

III. 제소기간

1. 행정소송법 제20조

(1) 안 날부터 90일

1) 행정심판을 거치지 않은 경우

취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다(행정소송법 제20조 제1항 제1문). '처분등이 있음을 안 날'이란 통자공고 기타의 방법에 의하여 당해 처분이 있었다는 사실을 현실적으로 안 날을 의미한다(대판 1964. 9. 8. 63누196).

2) 행정심판을 거친 경우

행정심판을 거친 경우에는 재결서의 정본을 송달받은 날부터 90일 내에 소송을 제기해야 한다. '재결서정본을 송달받은 날'이란 재결서 정본을 민사소송법이 정한 바에 따라 적법하게 송달받은 경우를 말한다.

3) 불변기간

앞의 90일은 불변기간이다(행정소송법 제20조 제3항).

(2) 있는 날부터 1년

1) 행정심판을 거치지 않은 경우

취소소송은 처분등이 있는 날부터 1년을 경과하면 이를 제기하지 못한다(행정소송법 제20조 제2항). '처분등이 있는 날'이란 처분의 효력이 발생한 날을 말한다. 처분은 행정기관의 내부적 결정만으로 부족하며 외부로 표시되어 상대방에게 도달되어야 효력이 발생한다(대판 1990. 7. 13. 90누2284).

2) 행정심판을 거친 경우

행정심판을 거친 경우에는 재결이 있는 날로부터 1년내에 소송을 제기해야 한다. '재결이 있는 날'이란 재결의 효력이 발생한 날을 말하며, 행정심판법 제48조 제1항에 따라 재결의 효력이 발생한 날은 재결서 정본을 송달받은 날이 된다. 결국 행정소송법 제20조 제1항의 '재결서정본을 송달받은 날'의 의미와 제2항의 '재결이 있는 날'의 의미는 같다.

3) 정당한 사유가 있는 경우

정당한 사유가 있으면 1년이 경과한 후에도 제소할 수 있다(행정소송법 제20조 제2항 단서). 일반적으로 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자(예: 이웃소송에서 이웃하는 자)는 행정처분이 있음을 알 수 없는 처지이므로 특별한 사정이 없는 한 정당한 사유가 있는 경우에 해당한다(대판 1989. 5. 9. 88누5150). 따라서 이리

한 제3자에게는 제소기간이 연장될 수 있다.

(3) 안 날과 있는 날의 관계

처분이 있음을 안 날과 처분이 있는 날 중 어느 하나의 기간만이라도 경과하면 제소할 수 없다.

2. 설 문

취소소송의 대상은 사업정지 3개월로 변경된 원처분이지만, 설문은 행정심판을 거친 경우에 해당하기 때문에 행정소송법 제20조 제1항 단서가 적용되어 재결서의 정본을 송달받은 날(2014. 5. 2.)부터 90일 내에 소송을 제기해야 한다.

사례13 교체

〈제1문〉

*** A시 시장은 토지소유자인 갑에게 지장물(공공사업에 직접 필요하지 않은 물건)을 제거하라는 명령을 발령하였으나 갑이 응하지 않자, 계고 및 대집행영장통지를 한 후 제거행위(대집행)를 하고자 한다. 제거행위(대집행)에 대한 실행 전, 실행 후 종료 전, 실행 종료 후 갑의 행정소송상 권리구제수단은 무엇인가(계고 및 대집행영장통지에 대한 권리구제수단은 제외한다)?

사례 13 교체

*** 사례 13

〈제1문〉 A시 시장은 토지소유자인 갑에게 지장물(공공사업에 직접 필요하지 않은 물건)을 제거하라는 명령을 발령하였으나 갑이 응하지 않자, 계고 및 대집행영장통지를 한 후 제거행위(대집행)를 하고자 한다. 제거행위(대집행)에 대한 실행 전, 실행 후 종료 전, 실행 종료 후 갑의 행정소송상 권리구제수단은 무엇인가(계고 및 대집행영장통지에 대한 권리구제수단은 제외한다)?

1. 문제 상황

① 대집행의 실행 전 행정소송상 권리구제수단으로 예방적 부작위소송과 가처분, ② 대집행 실행 후 종료 전 권리구제수단으로 항고소송, 당사자소송, 손해전보, 결과제거청구가 문제되며, ③ 대집행 종료 후 권리구제수단으로 항고소송, 당사자소송, 손해전보, 결과제거청구가 문제될 수 있다.

2. 대집행 실행 전 권리구제 수단

(1) 문 제 점

시장의 대집행행위가 실행되기 전이라면 행정소송법상 갑의 권리구제수단은 존재하지 않는다. 하지만 대집행이 실행된 후 권리구제수단을 활용한다면 이는 사후적인 권리구제에 불과하기 때문에 예방적인 권리구제수단의 인정 여부가 논의된다.

(2) 예방적 부작위소송과 가처분

(가) 예방적 부작위소송이란 위법한 행정작용을 미리 저지할 것을 목적으로 장래에 있을 특정한 행정행위 또는 그 밖의 행위의 발동에 대한 방지를 구하는 소송을 말하는데, 그 인정 여부에 관해 학설은 **부정설**, **긍정설**, **제한적 긍정설**이 대립하며 **판례**는 처분을 하여서는 아니 된다는 내용의 부작위를 구하는 청구는 행정소송에서 허용되지 아니한다고 본다(대판 1987. 3. 24. 86누182).

(나) 가처분이란 다툼이 있는 법률관계에 관하여 잠정적으로 임시의 지위를 보전하는 것을 내용으로 하는 가구제제도이다(민사집행법 제300조). 행정소송에 민사집행법상 가처분규정을 적용할 수 있는지에 관해 학설은 **적극설**, **소극설**, **절충설**이 대립되지만, **판례**는 민사집행법상의 보전처분은 민사판결절차에 의하여 보호받을 수 있는 권리에 관한 것이라고 보기 때문에 행정소송에 가처분을 인정하지 아니한다(대결 2011. 4. 18. 2010마1576).

(3) 설 문

예방적 부작위소송을 긍정하고 가처분 규정을 적용하는 긍정설에 따르면, 갑은 대집행이 실행되기 전에 예방적 부작위 소송을 제기하면서 잠정적 금지를 구하는 가처분을 신청할 수 있다.

3. 대집행 실행 후 종료 전 권리구제 수단

(1) 항고소송

1) 소송요건

a. 대상적격

(가) 설문의 대집행의 실행(제거행위)은 **권력적 사실행위**에 해당한다. 권력적 사실행위란 사실행위 중 공권력 행사의 성질을 가지는 것을 말한다.

(나) 권력적 사실행위는 사실행위의 요소와 하명적 요소가 결합된 **합성적 행위**이기 때문에 공권력 행사 및 법적 행위의 요건을 충족하여 항고소송의 대상인 처분이라고 보는 것이 **일반적인 견해**이다.

(다) ① **대법원**은 명시적 태도를 보이고 있지는 않으나, 권력적 사실행위로 보이는 **단수(斷水)조치**를 처분에 해당하는 것으로 판시하였다(대판 1985. 12. 24. 84누598). ② 그리고 **헌법재판소**는 「수형자의 서신을 교도소장이 검열하는 행위는 이른바 권력적 사실행위로서 행정심판이나 행정소송의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수 있다(헌재 1999. 8. 27. 96헌마398)」고 하여 명시적으로 권력적 사실행위의 처분성을 인정하고 있다.

b. 권리보호필요성(협약의 소의)

권력적 사실행위는 대부분 **단시간에 실행이 완료**되어 그 이후에는 권리보호 필요성이 없어 부적법 각하될 가능성이 많다. 그러나 설문처럼 대집행의 실행과 종료에 시간적 간격을 가지는 경우는 권리보호필요성이 인정될 수 있다.

2) 집행정지

권력적 사실행위인 제거행위는 대부분 단시간에 실행이 완료되기에 상대방은 취소소송 등을 제기하면서 집행정지를 신청하여야 실효적인 권리구제를 받을 수 있다(행정소송법 제23조 참조).

(2) 당사자소송

권력적 사실행위인 제거행위로 발생한 법률관계가 있다면 당사자는 행정소송법 제3조 제2호에 따라 그 권리나 법률관계를 다투는 이행소송이나 확인소송을 권리주체를 상대로 제기할 수 있다(행정소송법 제39조 참조).

(3) 손해전보

1) 손해배상청구

권력적 사실행위인 제거행위도 국가배상법 제2조 제1항의 성립요건(고의과실, 위법성 등)을 충족한다면 상대방은 국가 등을 상대로 손해배상청구권을 행사할 수 있다. 판례는 손해배상청구소송을 민사소송으로 보지만 다수설은 이를 당사자소송으로 본다.

2) 손실보상청구

공공의 필요에 따라 적법한 제거행위가 이루어져 사인이 손실을 입었고 그 손실이 특별한 희생에 해당하는 경우에는 손실보상을 청구할 수 있다. 판례는 손실보상청구소송을 민사소송으로 보지만 다수설은 이를 당사자소송으로 본다.

3) 결과제거청구

제거행위로 인해 위법한 사실상태가 야기된 경우 침해받은 사인은 적법한 상태로의 원상회복을 위해 결과제거를 청구할 수 있다.

(4) 설 문

갑은 대집행실행행위(제거행위)에 대해 항고소송(취소소송 또는 무효확인소송)을 제기하며 집행정지를 신청할 수도 있고, 대집행실행행위로 인한 법률관계를 다투는 당사자소송을 제기할 수도 있다. 또한 손해배상이나 손실보상을 청구하거나

위법한 사실상태의 제거를 구하는 소송을 제기할 수도 있다.

4. 대집행 실행 종료 후 권리구제 수단

(1) 항고소송

대집행의 실행이 종료된 이후 갑이 취소(무효확인)소송을 제기한다면 권리보호 필요성이 없어 그 소송을 각하될 것이다. 다만, 행정소송법 제12조 제2문에 따라 '처분등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는' 경우는 취소나 무효확인소송을 제기할 수 있다.

(2) 당사자소송

대집행의 실행이 종료된 이후에도 그로 인해 발생한 법률관계가 있다면 당사자는 행정소송법 제3조 제2호에 따라 그 권리나 법률관계를 다투는 이행소송이나 확인소송을 권리주체를 상대로 제기할 수 있다(행정소송법 제39조 참조).

(3) 손해전보

대집행의 실행이 종료된 이후에도 손해배상이나 손실보상을 청구할 수 있다.

(4) 결과제거청구

대집행의 실행이 종료된 이후에도 위법한 사실상태가 남아 있는 경우 사인은 적법한 상태로의 원상회복을 청구할 수 있다.

(5) 설 문

대집행의 실행이 종료된 이후에도 갑은 회복되는 법률상 이익이 있는 경우 항고소송(취소소송 또는 무효확인소송)을 제기할 수 있고, 대집행실행행위로 인한 법률관계를 다투는 당사자소송을 제기할 수도 있다. 또한 손해배상이나 손실보상을 청구하거나 위법한 사실상태의 제거를 구하는 소송을 제기할 수도 있다.

5. 소 결

① 갑은 대집행의 실행 전이라면 (긍정설에 따르면) 예방적 부작위소송을 제기하며 가처분을 신청할 수 있고 ② 대집행 실행 후 종료 전이라면 항고소송이나 당사자소송, 손해배상이나 손실보상 및 결과제거를 청구할 수 있으며, ③ 대집행 종료 후라면 항고소송이나 당사자소송, 손해배상이나 손실보상 및 결과제거를 청구할 수 있다.

사례 17 추가

〈제3문〉

★★

공공폐수처리시설을 설치·운영하는 자인 A특별시의 시장은 물환경보전법에 따라 폐수처리시설의 설치에 드는 비용에 충당하기 위하여 원인자 갑에게 공공폐수처리시설 설치 부담금을 부과하였다. 그러나 부담금부과처분은 위법하였고 갑은 A특별시를 상대로 부담금채무부존재확인소송을 제기하였다. 인용가능성은? (부담금부과처분이 단순위법인 경우와 무효인 경우를 나누어 서술한다. 소송요건에 대한 논의는 제외한다)

사례 17 추가

★★ 사례 17 〈제3문〉

공공폐수처리시설을 설치·운영하는 자인 A특별시의 시장은 물환경보전법에 따라 폐수처리시설의 설치에 드는 비용에 충당하기 위하여 원인자 갑에게 공공폐수처리시설 설치 부담금을 부과하였다. 그러나 부담금부과처분은 위법하였고 갑은 A특별시를 상대로 부담금채무부존재확인소송을 제기하였다. 인용가능성은? (부담금부과처분이 단순위법인 경우와 무효인 경우를 나누어 서술한다. 소송요건에 대한 논의는 제외한다)

1. 문제 상황

부담금부과처분이 위법한 경우, 부담금부과처분에 대해 항고소송(취소소송이나 무효등확인소송)을 제기하는 것이 원칙적인 모습이지만 그 대신 당사자소송인 부담금채무부존재확인소송을 제기한 경우 인용될 수 있는지가 항고소송과 당사자소송의 관계와 관련해 문제된다.

2. 부담금부과처분이 취소사유인 경우

(가) 처분은 하자가 있다고 하더라도 무효가 아닌 한 권한 있는 기관에 의해

취소되기 전까지는 유효한 것으로 취급된다(공정력, 구성요건적 효력). 따라서 처분에 단순위법인 하자가 있는 경우에는 취소소송 이외의 소송(당사자소송)으로는 처분의 효력을 부정할 수 없어 권리구제를 받을 수 없고 취소소송에 의해서만 처분의 효력을 소멸시킬 수 있다.

(나) 따라서 갑은 부담금을 납부할 의무를 부담하기 때문에 A특별시를 상대로 부담금채무부존재확인소송을 제기해서는 인용판결을 받을 수 없다.

3. 부담금부과처분이 무효사유인 경우

(1) 학 설

1) 무효확인소송우선설

당사자소송은 공법상 법률관계 일반을 대상으로 하는 포괄적인 소송의 성격(행정소송법 제3조 제2호 참조)을 가지므로 무효확인소송으로 해결이 가능한 경우는 당사자소송이 불가능하다는 견해이다(당사자소송의 보충성을 긍정하는 견해).

2) 병렬적 관계설

무효인 처분은 공정력(구성요건적 효력)이 없어 누구든 어떤 방법으로든 그 효력을 부정할 수 있기 때문에 당사자는 무효확인소송이나 당사자소송 중 선택할 수 있다는 견해이다(당사자소송의 보충성을 부정하는 견해(다수 견해)).

(2) 점 토

처분이 무효인 경우에는 어떤 방법으로도 효력 없음을 확인할 수 있는 것이며, 당사자소송의 보충성에 대한 명문의 규정이 없으므로 당사자는 무효확인소송과 당사자소송 중 선택할 수 있다는 병렬적 관계설이 타당하다.

(3) 설 문

부담금부과처분이 무효사유인 경우, 갑은 부담금을 납부할 의무를 부담하지

않기 때문에 병렬적 관계설에 따르면, 부담금부과처분무효확인소송 뿐만 아니라 부담금채무부존재확인소송을 제기해서도 인용판결을 받을 수 있다.