

## 579 추가

그러나 최근 대법원은 병무청장의 병역의무 기피자의 인적사항 공개결정의 처분성을 긍정하였다(병무청장이 하는 병역의무 기피자의 인적사항 등 공개는, 특정인을 병역의무 기피자로 판단하여 그 사실을 일반 대중에게 공표함으로써 그의 명예를 훼손하고 그에게 수치심을 느끼게 하여 병역의무 이행을 간접적으로 강제하려는 조치로서 병역법에 근거하여 이루어지는 공권력의 행사에 해당한다. … 병무청장이 하는 병역의무 기피자의 인적사항 등 공개조치에는 특정인을 병역의무 기피자로 판단하여 그에게 불이익을 가한다는 행정결정이 전제되어 있고, 공개라는 사실행위는 행정결정의 집행행위라고 보아야 한다(대판 2019. 6. 27. 2018두49130)).

## 706위 추가

## 3) 대표적인 예

① 행정심판의 성격을 가진 이의신청은 공익사업을 위한 토지등의 취득 및 보상에 관한 법률 제83조의 수용재결에 대한 이의신청이 있다. ② 그리고 진정의 성격을 가진 이의신청은 민원처리에 관한 법률 제35조의 거부처분에 대한 이의신청, 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제18조의 정보비공개결정에 대한 이의신청, 부동산 가격공시에 관한 법률 제11조 개별공시지가에 대한 이의신청(대판 2010. 1. 28. 2008두19987) 등이 있다.

## 757-759 교체

## II. 피청구인적격

## 1. 피청구인적격의 의의

‘피청구인적격’이란 취소심판에서 피청구인이 될 수 있는 자격을 말한다.

## 2. 원칙-처분청

㉮ 행정심판법 제17조 제1항 본문은 “행정심판은 처분을 한 행정청(의무이행 심판의 경우에는 청구인의 신청을 받은 행정청)을 피청구인으로 하여 청구하여야 한다”고 규정한다. ‘처분을 한 행정청’이란 원칙적으로 심판의 대상인 처분을 외부에 자신의 명의로 행한 행정청(=처분청)을 말한다.

㉮ 행정청에는 합의제 기관이나 공법상 법인이 포함된다. 논리적으로 보면 피청구인은 처분의 효과가 귀속하는 권리주체인 국가나 지방자치단체가 되어야 하지만, 행정심판법은 심판수행의 편의를 위해 행정청을 피청구인으로 규정하고 있다. 법원이나 국회의 기관도 실질적 의미의 행정적인 처분을 하는 범위에서 행정청에 속한다.

## 3. 특수한 경우

## (1) 행정청의 권한이 승계된 경우

행정심판청구의 대상과 관계되는 권한이 다른 행정청에 승계된 경우에는 권한을 승계한 행정청을 피청구인으로 하여야 한다(행정심판법 제17조 제1항).

## (2) 행정청이 없게 된 경우

행정소송법은 행정청이 없게 된 때에는 그 처분등에 관한 사무가 귀속되는

국가 또는 공공단체가 피고가 된다고 규정한다(행정소송법 제13조 제2항). 행정심판법은 명시적 규정이 없지만 마찬가지로 해석하는 것이 일반적인 견해이다.

### (3) 행정청의 권한이 위임·위탁된 경우

법령 또는 자치법규에 따라 위탁을 받은 공공단체나 그 기관 또는 사인이 피청구인이 된다(행정심판법 제2조 제4호).

### (4) 행정청의 권한이 내부위임된 경우

내부위임은 위임자 명의로 권한이 행사되기 때문에 위임 행정관청이 피청구인이 된다. 내부위임임에도 수입 행정관청이 위법하게 자신의 명의로 처분을 발령하였다면 피청구인은 명의자인 수입 행정관청이 된다.

### (5) 행정청의 권한이 대리된 경우

행정권한의 대리가 있는 경우 대리행위의 효과는 피대리관청에게 귀속된다. 따라서 피청구인은 피대리관청이 된다.

### (6) 처분적 조례

처분적 조례에 대한 피청구인은 지방자치단체의 내부적 의결기관으로서 지방자치단체의 의사를 외부에 표시한 권한이 없는 지방의회가 아니라, 지방자치단체의 집행기관으로서 조례로서의 효력을 발생시키는 공포권이 있는 지방자치단체의 장이 된다(대판 1996. 9. 20. 95누8003).

### (7) 처분권한자와 통지(통보)한 자가 다른 경우

처분권한자 아닌 자가 단순히 통지만 한 경우, 피청구인은 처분권자이다.

## 1. 종 류

### (1) 피청구인을 잘못 지정한 경우

청구인이 피청구인을 잘못 지정한 경우에는 위원회는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 피청구인을 경정(更正)할 수 있다(행정심판법 제17조 제2항). 위원회는 피청구인을 경정하는 결정을 하면 결정서 정본을 당사자에게 송달하여야 한다. 그리고 피고경정결정이 있으면 종전의 피청구인에 대한 심판 청구는 취하되고 종전의 피청구인에 대한 행정심판이 청구된 때에 새로운 피청구인에 대한 행정심판이 청구된 것으로 본다(행정심판법 제17조 제2항·제3항·제4항).

### (2) 권한이 승계된 경우

위원회는 행정심판이 청구된 후에 심판청구의 대상과 관계되는 권한이 다른 행정청에 승계된 경우에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 피청구인을 경정한다(행정심판법 제17조 제5항).

## 2. 이의신청

당사자는 위원회의 피고경정결정에 대하여 결정서 정본을 받은 날부터 7일 이내에 위원회에 이의신청을 할 수 있다(행정심판법 제17조 제6항)

## Ⅲ. 피청구인경정

794-798 교체

## I. 가구제의 의의, 종류

(가) 일정한 경우 인용재결이 있다고 하여도 이미 회복하기 어려운 손해가 발생하여 인용재결이 청구인에게 실질적인 권리구제가 되지 못하는 경우도 있다. 이를 방지하기 위한 잠정적인 수단이 바로 가구제이다. 이는 행정심판의 재결이 있을 때까지 잠정적으로 청구인의 권리를 보전하기 위한 것이다.

(나) 가(=잠정적)구제에는 집행정지(소극적 의미의 가구제)와 임시처분(적극적 의미의 가구제)이 있다.

## II. 집행정지

### 1. 의 의

행정심판법은 집행부정지원칙을 택하면서(행정심판법 제30조 제1항), 일정한 경우 위원회는 직권 또는 당사자의 신청으로 집행정지를 결정할 수 있음을 인정한다.

### 2. 요건\*

집행정지의 적극적 요건은 신청인이 주장·소명(약한 증명)하며, 소극적 요건은 행정청이 주장·소명한다.

#### (1) 적극적 요건

##### 1) 심판청구의 계속

(가) 행정심판법에는 명문의 규정이 없으나 집행정지제도가 심판청구를 보전하기 위한 부수적인 절차임을 감안할 때 집행정지는 심판청구의 계속을 요건으로 한다. 또한 행정심판은 심판청구의 제기요건을 갖춘 적법한 것이어야 한다. 심

판청구가 취하되거나 심판청구가 각하 또는 기각 재결을 받은 경우는 집행정지가 허용되지 않는다.

(나) 행정심판의 대상과 집행정지의 대상은 원칙적으로 동일해야 하지만, 선행처분의 집행행위의 집행이나 절차속행을 정지하는 경우 달라질 수 있다(예를 들어 과세처분취소심판에서 압류처분으로 절차속행을 정지하는 경우).

(다) 무효인 처분도 처분의 외관이 존재하며, 무효인 처분이라 하더라도 무효여부는 무효확인재결이 나오기 전까지는 불확실하기 때문에 무효인 처분도 집행정지가 가능하다(홍준형, 김철용).

#### 2) 정지대상인 처분등의 존재

처분등이 존재해야 한다. 다만 거부처분에 대한 집행정지가 인정될 수 있는지가 문제되는데, 이를 부정하는 것이 **다수설**이다(후술하는 취소소송의 집행정지 참조(1080 이하)). 행정심판은 아니지만 취소소송에서 판례는 거부처분의 집행정지를 인정하지 않는다(대결 1992. 2. 13. 91두47).

#### 3) 중대한 손해의 예방의 필요성

행정소송법 제23조 제2항은 '회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여'라고 하는데 행정심판법 제30조 제2항은 '중대한 손해가 생기는 것을 예방할 필요성'이라고 규정한다. 따라서 집행정지의 요건이라는 면에서 행정소송의 경우보다 행정심판의 경우가 다소 완화되어 있다고 볼 수 있다(홍준형).

#### 4) 긴급한 필요

이는 손해가 발생할 가능성이 시간적으로 절박하여 본안재결을 기다릴 여유가 없는 것을 말한다.

#### (2) 소극적 요건

##### 1) 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 없을 것

행정심판법 제30조 제3항에서 집행정지의 요건으로 규정하고 있는 ‘공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려’가 없을 것이라고 할 때의 ‘공공복리’는 그 처분의 집행과 관련된 구체적이고도 개별적인 공익을 말하는 것이다. 그리고 ‘공공복리에 중대한 영향을 주는 경우’란 집행으로 인해 사인이 입게 될 중대한 손해와 집행이 정지됨으로 손상될 공익을 비교형량하여 압도적으로 후자가 우월한 경우를 말한다.

## 2) 본안에 이유 없음이 명백하지 아니할 것

명문에 규정된 요건은 아니지만, 본안에 이유 없음이 명백하다면 집행정지를 할 이유가 없다고 보는 것이 다수설이다. 다만, 이는 행정청이 주장소명하여야 한다(소극적 요건).

## 3. 집행정지의 대상

집행정지의 대상은 처분의 효력, 처분의 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부이다. 다만, 처분의 효력정지는 처분의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 그 목적을 달성할 수 있을 때에는 허용되지 아니한다(행정심판법 제30조 제2항)(자세한 내용은 후술하는 취소소송의 집행정지 참조(1093 이하)).

## 4. 집행정지의 절차

당사자의 신청이나 직권으로 위원회가 결정한다(행정심판법 제30조 제2항).

## 805 추가

여기서 ‘공공복리’란 그 처분과 관련된 구체적이고도 개별적인 공익을 말한다. 그리고 ‘공공복리에 중대한 영향을 주는 경우’란 사인이 입게 될 중대한 손해와 손상될 공익을 비교형량하여 압도적으로 후자가 우월한 경우를 말한다.

## 826 교체

(가) 위원회는 취소심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 처분을 취소 또는 다른 처분으로 변경하거나 처분을 다른 처분으로 변경할 것을 피청구인에게 명한다(행정심판법 제43조 제3항). 형성재결(법률관계의 발생변경소멸을 가져오는 재결)인 취소재결·변경재결과 명령재결(=이행재결=이행명령재결)인 변경명령재결이 있다.

(나) 취소재결에는 해당 처분 전부를 취소하는 재결과 일부만을 취소하는 재결(예를 들어 1년의 영업정지처분을 6개월의 영업정지처분으로 단축하는 재결)이 있다.

(다) 변경재결과 변경명령재결은 행정심판위원회가 처분내용을 적극적으로 변경하거나 변경을 명하는 재결을 말한다. 예를 들어 1년의 영업정지처분을 500만원의 과징금부과처분으로 변경하거나 변경을 명하는 경우를 말한다.

## 1011 교체

## (4) 참가인의 지위와 판결의 효력

## 1) 참가한 제3자의 지위

㉠ 제3자를 소송에 참가시키는 법원의 결정이 있으면 그 제3자는 행정소송법 제16조 제4항에 따라 민사소송법 제67조의 규정이 준용되어 피참가인과의 사이에 필수적 공동소송에서의 공동소송인에 준하는 지위에 서게 되나, 당사자적격이 없어 강학상 공동소송적 보조참가인의 지위에 있다고 보는 것이 **통설**이다(대판 2017. 10. 12. 2015두36836).

㉡ ‘공동소송적 보조참가’란 타인의 소송 계속 중에 당사자적격이 없는 자로서 판결의 효력을 받는 제3자가 보조참가를 하는 것을 말한다(민사소송법 제78조 참조).

㉢ 통상의 보조참가인(1019)과는 달리 이러한 참가인은 피참가인의 행위와 어긋나는 행위를 할 수 있는 등(민사소송법 제 76조 제2항(참가인의 소송행위가 피참가인의 소송행위에 어긋나는 경우에는 그 참가인의 소송행위는 효력을 가지지 아니한다)이 적용되지 않는다) 필수적 공동소송인에 준하는 강한 소송수행권이 부여된다(민사소송법 제67조 참조).

㉣ 또한 참가인이 된 제3자는 판결확정 후 행정소송법 제31조의 재심의 소를 제기할 수 없다(행정소송법 제31조 참조).

## 2) 판결의 효력

공동소송적 보조참가인의 지위를 취득한 제3자는 실제 소송에 참가하여 소송행위를 하였는지 여부를 불문하고 기판력(1184)(형성력(1203))을 받는다.

## 1019 교체

## (4) 참가인의 지위와 판결의 효력

## 1) 참가한 행정청의 지위

㉠ 행정청을 소송에 참가시키는 법원의 결정이 있으면, 행정소송법 제17조 제3항에 따라 소송에 참가한 행정청에 대하여는 민사소송법 제76조의 규정이 준용되므로, 참가행정청은 소송수행상 (통상의)보조참가인에 준하는 지위에 있다.

㉡ ‘(통상의)보조참가’란 타인간의 소송계속 중 소송결과에 대해 법률상 이해관계 있는 제3자가 일방 당사자의 승소를 보조하기 위해 그 소송에 참가하는 경우를 말한다(민사소송법 제71조 참조).

㉢ 보조참가인인 행정청은 피참가인의 승소를 위해 일체의 소송행위와 사법행위(공격·방어·이의·상소 등)를 자기 이름으로 할 수 있다(민사소송법 제76조 제1항). 다만, 참가인의 소송행위가 피참가인의 소송행위에 어긋나는 경우에는 그 참가인의 소송행위는 효력을 가지지 아니한다(민사소송법 제76조 제2항).

## 2) 판결의 효력

소송에 참가한 행정청은 보조참가인에 준하는 지위에 있기 때문에 참가적 효력(참가인이 피참가인에 대한 관계에서 패소판결확정 후 판결내용이 부당하다고 주장할 수 없는 구속력을 말한다)만 받게 되고 기판력(1184)(형성력(1203))은 받지 않는다(행정소송법 제30조의 판결의 구속력이 미칠 수 있음은 별개의 문제이다).

## 1037 (마)에 추가

(예를 들어 국가기본법상 국세청장에 대한 국세심사청구와 조세심판원장에 대한 국세심판청구)

## 1056b 아래 추가

(나) 행정심판법 제18조 제6항(현행 행정심판법 제27조 제6항)에 의하면 행정청이 심판청구기간을 알리지 아니한 때에는 같은 조 제3항의 기간, 즉 처분이 있는 날로부터 180일 이내에 심판청구를 할 수 있다고 규정되어 있지만, 이러한 규정은 행정심판 제기에 관하여 적용되는 규정이지, 행정소송의 제기에도 당연히 유추적용되는 규정이라고 할 수는 없다(대판 2008. 6. 12. 2007두16875).

## 1118 위 추가

## 1) 변론주의설(보충적 직권증거조사주의설)

행정소송의 경우 행정소송법 제26조에 별도의 독자적인 규정이 있음에도 불구하고 이 규정은 민사소송법 제292조에 따라 법원이 보충적 직권증거조사를 할 수 있음을 확인하는 주의적 규정이라고 보는 견해이다. 이 견해에 따르면 민사소송법상의 변론주의 원칙은 행정소송에도 동일하게 적용된다고 본다(행정소송법 제26조의 독자성을 부정하는 견해이다).

## 1121 교체

(가) ① 변론주의설은 행정소송법 제26조의 내용을 민사소송상의 일반원칙인 변론주의와 민사소송법 제292조의 내용과 사실상 동일하다고 보기 때문에 행정소송법 제26조의 존재 의의와 행정소송의 특수성을 부정하는 결과가 되어 부당하다. ② 행정소송이 국민의 권리구제를 주된 기능으로 하는 이상 변론주의를 전적으로 부정하기는 어렵고, 행정소송법 제29조 제1항에 따른 제3자 이익보호의 문제는 행정소송법 제16조에 따른 소송참가(1005)와 동법 제31조의 재심청구(1243)를 인정하고 있으므로 큰 문제가 되지 않으므로 직권탐지주의설도 타당하지 않다.

(나) 따라서 행정소송법 제26조는 처분권주의 변론주의에 대하여 행정소송의 특수성에 연유한 예외를 부분적으로 인정하여 법원이 필요하다고 인정할 때에 한하여 청구의 범위 내에서, 일건 기록에 현출되어 있는 사항에 관해 직권으로 증거조사를 하고 이를 기초로 판단할 수 있음을 허용한 규정일 뿐이라고 보는 것이 타당하다(행정구제법, 사법연수원). 즉, 행정소송법 제26조는 변론주의의 원칙 하에서 직권탐지주의를 가미한 것으로 보아야 한다(변론주의보충설).

## 1213 교체

㉔ 기속력은 취소판결(인용판결)에서의 효력이지만, 기판력은 모든 본안판결(인용판결+기각판결)에서의 효력이라는 점 ㉕ 기속력은 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청에 미치지만, 기판력은 당사자와 후소법원에 미친다는 점 ㉖ 기속력은 판결의 주문 및 이유에 관한 판단에 미치지만, 기판력은 그 판결의 주문에만 미친다는 점 ㉗ 기속력은 구체적 '위법사유'에 관한 판단에 미치지만, 기판력은 처분의 위법성의 준부라는 '소송물'에 관한 판단에 미친다는 점 ㉘ 기속력은 일종의 실체법적 효력이지만 기판력은 소송법상 효력이라는 점에서 양자는 상이하므로 **특수효력설**이 타당하다(다수설).

## 1231h 아래 추가

### (vii) 불복절차

행정소송법은 간접강제 결정에 대한 불복에 관해 명시적 규정을 두고 있지 않다. 그러나 민사집행법에 따라 간접강제신청 기각결정에 대해서는 신청인이, 인용한 결정에 대해서는 피신청인인 행정청등이 즉시항고를 할 수 있다(민사집행법 제261조 제2항 참조).

## 953위 판례 추가

[판례] 갑 시장이 감사원으로부터 감사원법 제32조에 따라 을에 대하여 징계의 종류를 정직으로 정한 징계 요구를 받게 되자 감사원에 징계 요구에 대한 재심을 청구하였고, 감사원이 재심의청구를 기각하자 을이 감사원의 징계 요구와 그에 대한 재심의결정의 취소를 구하고 갑 시장이 감사원의 재심의결정

취소를 구하는 소를 제기한 사안에서, 감사원의 징계 요구와 재심의결정이 항고소송의 대상이 되는 행정처분인지 여부(소극), 갑 시장이 제기한 소송이 기관소송인지 여부(소극)

감사원의 징계 요구와 재심의결정이 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없고, 갑 시장이 제기한 소송이 기관소송으로서 감사원법 제40조 제2항에 따라 허용된다고 볼 수 없다(대판 2016. 12. 27. 2014두5637).

## 1231d 교체

### (a) 배상금의 법적 성격

행정소송법 제34조의 간접강제결정에 기한 배상금은 확정판결의 취지에 따른 재처분의 지연에 대한 제재나 손해배상이 아니고 재처분의 이행에 관한 심리적 강제수단에 불과하다(대판 2010. 12. 23. 2009다37725). 따라서 법원은 신청인이 입은 손해와 상관없이 제반사정을 고려하여 재량으로 결정한다.

### (b) 배상금의 추심(받아낸다는 의미)

간접강제 결정은 피신청인 또는 참가인이었던 행정청이 소송하는 국가 또는 공공단체에 그 효력이 미치므로 이들 소유재산에 대해 강제집행을 할 수 있다(행정소송법 제34조 제2항, 제33조). 다만, 행정소송법 제34조의 간접강제결정에서 정한 의무이행기한이 경과한 후에도 확정판결의 취지에 따른 재처분이 행하여지면 배상금을 추심함으로써 심리적 강제를 꾀한다는 당초의 목적이 소멸하여 처분상대방이 더 이상 배상금을 추심하는 것이 허용되지 않는다(대판 2010. 12. 23. 2009다37725).

#### 996-4 아래 판례 교체

[판례] 근로자가 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하는 등의 사유로 원직에 복직하는 것이 불가능하게 되었으나 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받을 필요가 있는 경우, 구제신청을 기각한 중앙노동위원회의 재심판정을 다툼 소의 이익이 있는지 여부(적극), 위 법리는 근로자가 근로기준법 제30조 제3항에 따라 금품지급명령을 신청한 경우에도 마찬가지로 적용되는지 여부(적극)

종래 대법원은 근로자가 부당해고 구제신청을 기각한 재심판정에 대해 소를 제기하여 해고의 효력을 다투던 중 사직하거나 정년에 도달하거나 근로계약기간이 만료하는 등의 이유로 근로관계가 종료한 경우, 근로자가 구제명령을 얻는다고 하더라도 객관적으로 보아 원직에 복직하는 것이 불가능하고, 해고기간 중에 지급받지 못한 임금을 지급받기 위한 필요가 있다고 하더라도 이는 민사소송절차를 통하여 해결할 수 있다는 등의 이유를 들어 소의 이익을 부정하여 왔다.

부당해고 구제명령제도에 관한 근로기준법의 규정 내용과 목적 및 취지, 임금 상당액 구제명령의 의의 및 그 법적 효과 등을 종합적으로 고려하면, 근로자가 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하는 등의 사유로 원직에 복직하는 것이 불가능하게 된 경우에도 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받을 필요가 있다면 임금 상당액 지급의 구제명령을 받을 이익이 유지되므로 구제신청을 기각한 중앙노동위원회의 재심판정을 다툼 소의 이익이 있다고 보아야 한다.

(가) 해고를 당한 근로자가 원직에 복직하는 것이 불가능하더라도, 부당한 해고라는 사실을 확인하여 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받도록 하는 것도 부당해고 구제명령제도의 목적에 포함된다.

(나) 노동위원회는 부당해고가 성립한다고 인정되면 부당해고임을 확인하고 근로자를 원직에 복직시키고, 해고기간 동안 정상적으로 근로하였다면 받을 수 있었던 임금 상당액을 지급하라는 취지의 구제명령을 하고 있다. 부당한 해고를 당한 근로자를 원직에 복직하도록 하는 것과, 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받도록 하는 것 중 어느 것이 더 우월한 구제방법이라고 말할 수 없다. 근로자를 원직에 복직하도록 하는 것은 장래의 근로관계에 대한 조치이고, 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받도록 하는 것은 근로자가 부당한 해고의 효력을 다투고 있던 기간 중의 근로관계의 불확실성에 따른 법률관계를 정리하기 위한 것으로 서로 목적과 효과가 다르기 때문에 원직복직이 가능한 근로자에 한정하여 임금 상당액을 지급받도록 할 것은 아니다.

(다) 노동위원회가 하는 구제명령은 사용자에게 이에 복종해야 할 공법상의 의무를 부담시킬 뿐 직접 노사 간의 사법상 법률관계를 발생 또는 변경시키는 것은 아니지만, 구제명령이 내려지면 사용자는 이를 이행하여야 할 공법상의 의무를 부담하고, 이행하지 아니할 경우에는 이행강제금이 부과되며(근로기준법 제33조), 확정된 구제명령을 이행하지 아니한 자는 형사처벌의 대상이 되는(근로기준법 제111조) 등 구제명령은 간접적인 강제력을 가진다. 따라서 근로자가 구제명령을 통해 유효한 집행권원을 획득하는 것은 아니지만, 해고기간 중의 미지급 임금과 관련하여 강제력 있는 구제명령을 얻을 이익이 있으므로 이를 위해 재심판정의 취소를 구할 이익도 인정된다고 봄이 타당하다.

(라) 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받기 위하여 민사소송을 제기할 수 있다는 사정이 소의 이익을 부정할 이유가 되지 않는다(대판(전원) 2020. 2. 20. 2019두52386).



### 996-3 아래 판례 추가

[판례] 당사자의 신청을 받아들이지 않은 거부처분이 재결에서 취소된 경우, 재결의 취소를 구할 법률상 이익이 있는지 여부(소극)

거부처분을 취소하는 재결이 있더라도 그에 따른 후속처분이 있기까지는 제3자의 권리나 이익에 변동이 있다고 볼 수 없고 후속처분 시에 비로소 제3자의 권리나 이익에 변동이 발생하며, 재결에 대한 항고소송을 제기하여 재결을 취소하는 판결이 확정되더라도 그와 별도로 후속처분이 취소되지 않는 이상 후속처분으로 인한 제3자의 권리나 이익에 대한 침해 상태는 여전히 유지된다. 이러한 점들을 종합하여 보면, 거부처분이 재결에서 취소된 경우 재결에 따른 후속처분이 아니라 그 재결의 취소를 구하는 것은 실효적이고 직접적인 권리구제 수단이 될 수 없어 분쟁해결의 유효적절한 수단이라고 할 수 없으므로 법률상 이익이 없다(대판 2017. 10. 31. 2015두45045).

### 1335 교체

#### 제4항 피고적격과 피고경정

(가) 당사자소송은 국가·공공단체 그 밖의 권리주체를 피고로 하며(행정소송법 제39조), 행정청이 피고가 되지 않는다. 국가가 피고가 되는 경우는 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 제2조에 따라 법무부장관이 대표하며, 지방자치단체가 피고가 되는 경우는 지방자치법 제101조에 따라 해당 지방자치단체의 장이 대표한다.

(나) 당사자소송의 경우도 피고경정이 가능하다(행정소송법 제44조 제1항, 제14조 참조).

#### [판례] 사인을 피고로 하는 당사자소송이 허용되는지 여부(적극)

행정소송법 제39조는, “당사자소송은 국가·공공단체 그 밖의 권리주체를 피고로 한다.”라고 규정하고 있다. 이것은 당사자소송의 경우 항고소송과 달리 ‘행정청’이 아닌 ‘권리주체’에게 피고적격이 있음을 규정하는 것일 뿐, 피고적격이 인정되는 권리주체를 행정주체로 한정한다는 취지가 아니므로, 이 규정을 들어 사인을 피고로 하는 당사자소송을 제기할 수 없다고 볼 것은 아니다(대판 2019. 9. 9. 2016다262550).

## 1316위 판례 추가

[판례3] 법관이 이미 수령한 명예퇴직수당액이 구 법관 및 법원공무원 명예퇴직수당 등 지급규칙 제4조 [별표 1]에서 정한 정당한 수당액에 미치지 못한다고 주장하며 차액의 지급을 신청한 것에 대하여 법원행정처장이 거부하는 의사를 표시한 경우, 위 의사표시를 행정처분으로 볼 수 있는지 여부(소극), 명예퇴직한 법관이 미지급 명예퇴직수당액의 지급을 구하는 경우, 소송 형태(=행정소송법의 당사자소송)

명예퇴직수당은 명예퇴직수당 지급신청자 중에서 일정한 심사를 거쳐 피고가 명예퇴직수당 지급대상자로 결정한 경우에 비로소 지급될 수 있지만, 명예퇴직수당 지급대상자로 결정된 법관에 대하여 지급할 수당액은 명예퇴직수당규칙 제4조 [별표 1]에 산정 기준이 정해져 있으므로, 위 법관은 위 규정에서 정한 정당한 산정 기준에 따라 산정된 명예퇴직수당액을 수령할 구체적인 권리를 가진다. 따라서 위 법관이 이미 수령한 수당액이 위 규정에서 정한 정당한 명예퇴직수당액에 미치지 못한다고 주장하며 차액의 지급을 신청함에 대하여 법원행정처장이 거부하는 의사를 표시했더라도, 그 의사표시는 명예퇴직수당액을 형성·확정하는 행정처분이 아니라 공법상의 법률관계의 한쪽 당사자로서 지급 의무의 존부 및 범위에 관하여 자신의 의견을 밝힌 것에 불과하므로 행정처분으로 볼 수 없다. 결국 명예퇴직한 법관이 미지급 명예퇴직수당액에 대하여 가지는 권리는 명예퇴직수당 지급대상자 결정 절차를 거쳐 명예퇴직수당규칙에 의하여 확정된 공법상 법률관계에 관한 권리로서, 그 지급을 구하는 소송은 행정소송법의 당사자소송에 해당하며, 그 법률관계의 당사자인 국가를 상대로 제기하여야 한다(대판 2016. 5. 24. 2013두14863).

## 962 교체

[참고] 이 쟁점이 논의되는 것은 ① 처분청이 처분을 발령한 후 상대방의 취소심판제기에 따라 위원회의 변경명령재결이 있었고 그에 따라 처분청이 재결의 기속력에 따라 변경처분(축소변경)을 한 경우, ② 처분청이 처분을 발령한 후 이를 스스로 직권으로 변경처분(일반적으로 축소변경)을 한 경우, ③ 처분청이 처분을 발령한 후 이를 스스로 일부취소처분을 한 3가지 경우가 있다. 아래의 설명은 ①의 경우에 따른 것이지만 ②와 ③의 경우도 논의는 같다. 주의할 것은 이 쟁점은 처분 중 어느 '처분'이 항고소송의 대상이 되는지에 대한 논의이며 재결이 소의 대상이 되는지에 대한 논의가 아니므로, 행정소송법 제19조 단서는 문제되지 않는다.

## 998d 추가

행정소송법 제13조 제1항은 취소소송은 피고적격에 관해 다른 법률에 특별규정이 있으면 그에 따른다고 규정하는데,