

## 2023년 공인노무사 행정쟁송법 기출 모범답안

설문 1-(1)에 관하여 (반복된 거부처분, 제소기간)

### I. 쟁점의 정리

먼저 甲의 이주대책 대상자 선정신청에 대한 ‘1차 결정’ 이 거부처분에 해당하는지를 검토하고 甲의 이의신청이 새로운 신청에 해당하여 ‘2차 결정’ 도 새로운 거부처분에 해당하는지가 문제된다. 만약 ‘1차 결정’ 과 ‘2차 결정’ 이 각각 처분에 해당한다면 이에 따른 제소기간도 각각 검토하여야 한다.

### II. 1차 결정의 대상적격

#### 1. ‘1차 결정’ 이 처분이 되기 위하여 신청권이 필요한지 여부

##### 1) 학설

① 대상적격설은 거부행위가 항고소송의 대상인 처분이 되기 위하여는 신청권이 필요하다고 보고 ② 원고적격설은 신청권의 유무는 원고적격의 문제로 보고 ③ 본안문제설은 신청권은 소송요건이 아닌 본안의 대상으로 본다.

##### 2) 판례

대법원은 거부가 처분이 되기 위해서는 첫째, 신청인은 법규상 조리상 신청권이 있어야 하고 둘째, 신청의 대상인 행위가 공권력의 행사에 해당하여야 하며 셋째, 그 거부가 신청인의 법률관계에 변동을 일으키는 것이어야 한다고 하면서 여기서 ‘법률관계에 변동을 일으킨다’ 는 의미는 신청인의 실제상의 권리관계에 직접적인 변동을 일으키는 것은 물론, 신청인이 권리행사에 중대한 지장을 초래하는 것을 포함한다고 판시하였다.

##### 3) 검토 (대상적격설)

생각건대 거부행위가 처분에 해당하기 위하여는 상대방의 권리, 의무에 직접적인 영향을 미쳐야 하므로 상대방에게는 법규상조리상 신청권이 있어야 한다고 보는 것이 타당하다.

#### 2. 신청권 유무의 판단기준 및 그 내용

대법원은 신청권의 존부는 관계 법규의 해석에 의하여 일반 국민에게 신청권이 인정되는지를 기준으로 결정하고, 그 내용은 신청의 인용이라는 만족적 결과를 얻을 권리를 의미하는 것은 아니라 단순한 응답을 받을 권리도 포함한다고 판시하였다.

#### 3. 甲에게 신청권이 인정되는지 여부

설문만으로는 불분명하지만 이주대책 관련 법령에서는 이주대책대상요건을 갖춘 자에게는 신청권을 규정하고 있으므로 甲에게는 법규상 신청권이 인정된다고 보아야 한다.

#### 4. 사안의 경우

甲에게는 법규상 신청권이 인정되므로 A시가 행한 甲을 이주대책 대상에서 제외하는 ‘1차 결정’ 은 거부처분에 해당한다.

### III. 2차 결정의 대상적격

#### 1. 甲의 이의신청이 새로운 신청에 해당하는지

대법원은 거부처분이 있을 후 당사자가 다시 신청을 한 경우에는 신청의 제목 여하(이의신청)에 불구하고 그 내용이 새로운 신청을 하는 취지라면 관할 행정청이 이를 다시 거절하는 것은 새로운 거부처분이라고 보아야 한다고 판시하였다.

#### 2. 사안의 경우

甲은 A시에 이의신청을 하면서, 이의신청서에 이주대책 대상자 선정요건을 충족함을 증명할 수 있는 마을주민확인서, 수도개설 사용, 전력 개통사용자 확인 등 증빙서류를 새롭게 추가로 첨부하여 제출하였는바, 이는 단순한 이의신청이 아니라 새로운 신청에 해당하므로 A시의 2차 결정은 새로운 거부처분에 해당한다.

#### IV. 제소기간

##### 1. 행정소송법규정

행정소송법 제20조는 취소소송은 처분 등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 또는 취소 소송은 처분 등이 있는 날부터 1년을 경과하면 이를 제기하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다고 규정하고 있는데 이 중 90일은 불변기간에 해당한다고 규정하고 있다. 만약 심판을 거친 경우에는 재결서의 정본을 송달받은 날 부터 90일 또는 재결이 있는 날부터 1년 이내에 제기하여야 한다(법제20조①단서, ②).

##### 2. ‘안 날’ 과 ‘있을 날’ 의 의미

‘안 날’이란 처분의 상대방이 송달, 공고 등으로 당해 처분이 있었다는 사실을 ‘현실적으로 안 날’ 을 의미하고 ‘있을 날’이란 처분이 대외적으로 표시되어 처분의 상대방이 ‘알 수 있는 상태에 놓여져 그 효력이 발생’ 한 날을 말한다. 다만, 대법원은 처분이 알 수 있는 상태에 놓이게 되면 그 때 알았다고 추정된다고 판시하였다.

##### 3. 사안의 경우

‘1차 결정’ 은 2023. 6. 28.에 甲에게 통보되었고 ‘2차 결정’ 은 2023. 8. 31.에 甲에게 통보되었으므로 甲은 이 때 처분이 있음을 알았다고 볼 수 있다.

#### V. 사안의 해결

甲은 ‘1차 결정’ 에 대해서는 2023. 6. 28.로부터 90일 이내에 취소소송을 제기할 수 있고, ‘2차 결정’ 에 대해서도 2023. 8. 31.로부터 90일 이내에 취소소송을 제기할 수 있다.

#### 설문 1-(2)에 관하여 (무효확인판결의 기속력, 간접강제 허용여부)

##### I. 쟁점의 정리

1차 결정에 대하여 무효확인판결이 확정된 경우에 A시가 甲을 이주대책대상자로 선정하여야 하는 지는 무효확인판결의 기속력을 검토해보아야 하고, A시가 아무런 조치를 하지 않는 경우에 무효확인소송에도 간접강제가 허용되는지가 문제된다.

##### II. 무효확인판결의 기속력(행정소송법제38조①, 제30조)

###### 1. 의의 및 성질

행정소송법제30조는 처분 등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다고 규정하고 있는 바, 취소판결의 실효성을 담보하기 위하여 행정청을 구속하는 힘으로서 기판력과 다른 특수한 효력이다. 다만, 판례는 기판력과 기속력을 혼용해서 사용해오다가 최근 구별하고 있다.

###### 2. 기판력과의 구별

###### ① 주관적 범위

기속력은 당사자인 행정청과 그 밖에 관계행정청에게 발생하지만, 기판력은 당사자인 원고, 피고 및 제3자 참가인에게도 발생한다.

###### ② 객관적 범위

기속력은 판결 주문은 물론 이유에도 발생하지만, 기판력은 판결의 주문에만 발생한다.

###### ③ 시간적 범위

기속력은 처분의 위법성 판단시점, 즉 처분시에 발생하지만, 기판력은 사실심변론종결시를 기준으로 발생한다.

##### 2. 기속력의 범위

###### 1) 주관적 범위

기속력은 당사자인 행정청뿐 만 아니라, 그 밖의 모든 관계행정청에도 미친다. 여기서 그 밖의 관계행정청이란 취소된 처분과 관련되는 처분이나 부수되는 행위를 할 수 있는 행정청을 모두 포함한다 (법제38조①, 제30조①).

## 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 기본적인 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.

## 3. 기속력의 내용

### 1) 반복금지효

행정청은 동일한 사실관계 아래에서 동일한 당사자에 대하여 동일한 내용의 처분 등을 반복해서는 아니된다. 따라서 기본적인 사실관계의 동일성이 없는 사유를 가지고 동일한 내용의 처분을 하더라도 이는 기속력에 위반되지 않는다.

### 2) 재처분의무 (법제38조①, 제30조②)

거부처분을 취소하는 판결이 확정되면 행정청은 판결의 취지에 따라 재처분할 의무가 있는데, 판결의 취지에 따른다는 의미는 반드시 원고가 신청한 내용의 재처분을 의미하는 것이 아니라 취소된 거부처분의 위법사유를 보완하거나 기본적인 사실관계가 다르거나 새로운 발생사실을 이유로 다시 거부처분을 할 수도 있다.

### 3) 결과제거의무

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

## 4. 기속력 위반의 효과

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

## 5. 기속력 관련 판례

### 1) 기속력 위반을 인정한 경우

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

### 2) 기속력 위반을 부정한 경우

경과규정이 없는 개정 법령에서 정한 사유로 새로운 거부처분을 한 경우

## Ⅲ. 무효확인소송에 간접강제 허용여부

### 1. 문제의 소재

행정소송법제34조는 취소판결의 간접강제를 규정하고 있는데, 법제38조제1항은 무효확인판결에도 법제30조 기속력은 준용하고 있지만 법제34조 간접강제는 준용하고 있지 않아 해석상 이를 허용할지 문제된다.

### 2. 간접강제(행정소송법제34조)

행정청이 제30조제2항의 규정에 의한 처분을 하지 아니하는 때에는 제1심소법원은 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 상당한 기간을 정하고 행정청이 그 기간 내에 이행하지 아니하는 때에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상을 할 것을 명할 수 있는 간접강제를 규정하고 있다.

### 3. 무효확인소송에 간접강제 인정여부

#### 1) 학설

① 긍정설은 행정소송법 제34조제1항이 재처분의무를 이행하고 있지 않은 때라고 규정하고 있으므로 허용자는 입장이고 ② 부정설은 재처분의무는 인정되지만 법제38조제1항은 제34조를 준용하고 있지 않으므로 허용되지 않는다는 입장이다.

## 2) 판례

대법원은 행정처분에 대하여 무효확인판결이 내려진 경우에 그 행정처분이 거부처분인 경우에도 행정청에 판결의 취지에 따른 재처분의무가 인정될 뿐 그에 대하여 간접강제까지 허용되는 것은 아니라고 판시하였다.

## 3) 검토

생각건대 무효확인판결에도 재처분의무는 인정되지만 해석상 간접강제를 인정하게 되면 권력분립의 측면에서 문제가 발생하므로 부정하는 것이 타당하다. 다만, 입법론으로는 법제38조제1항에 법34조를 명시하고, 개정안에서 의무이행소송과 가처분도입을 예정하고 있으므로 간접강제의 한계를 고려하여 법원의 직접처분을 도입하는 것도 필요하다.

## V. 사안의 해결

A시는 법원이 무효확인판결을 내린 1차 결정을 반복할 수는 없지만 기본적 사실관계가 다른 이유나 1차 결정 이후에 발생한 새로운 법령이나 사실관계를 바탕으로는 다시 이주대책 대상자에서 제외하는 결정을 할 수도 있다. 또한 A시가 재처분의무가 있음에도 아무런 조치를 하지 않는 경우라도 현행법상으로는 간접강제가 허용되지 않으므로 간접강제 신청을 하더라도 각하될 것이다.

## 설문 2.에 관하여 (경업자소송의 원고적격)

### I. 쟁점의 정리

A시장 X의 인가처분의 직접 상대방은 甲과 乙인데 처분의 직접 상대방이 아닌 경업자 丙이 인가처분의 취소를 구할 원고적격이 인정되는지는 행정소송법제12조제1문의 '법률상 이익이 있는 자'의 개념을 검토해보아야 한다.

### II. 법률상 이익의 의미

#### 1. 문제의 소재

행정소송법 제12조제1문은 원고적격에 관하여 '권리' 내지 '처분의 직접 상대방'이라고 규정하지 않고 "법률상 이익"이라고 규정하고 있어 그 해석에 관하여 견해대립이 있다.

#### 2. 학설

① 권리구제설 ② 고유한 의미의 권리뿐만 아니라 법률에서 보호되고 있는 이익으로 보는 법률에서 보호되는 이익구제설 ③ 소송상 보호가치 있는 이익구제설 ④ 적법성보장설이 있다.

#### 3. 판례

대법원은 처분의 직접 상대방이 아닌 제3자의 경우에도 법률상 이익을 침해받은 경우에는 원고적격이 인정되는 바, 법률상 이익이란 처분의 근거법규 및 관련법규에 의하여 보호되는 개별적, 구체적, 직접적인 이익을 말한다고 판시하여 단순한 간접적, 사실적, 경제적 이익과 같은 반사적 이익과 구별하고 있다.

#### 4. 검토

생각건대 권리구제설은 권리개념의 확장에 따라 법률상 보호되는 이익구제설과 차이가 없고 보호가치 있는 이익구제설은 법관의 자의가 개입되는 문제점이 있고 적법성보장설은 취소소송을 객관소송화하는 문제가 있으므로 명문의 규정상 법률상 보호되는 이익구제설이 타당하다. 또한 행정소송법 개정안은 원고적격을 '법률상 이익'에서 '법적 이익'으로 개정하여 '명령·규칙 등' 하위법령에서 보호되는 권리를 침해받은 사람도 행정소송을 제기할 수 있게 함으로써 국민의 실질적 권리구제를 확대하고 있다.

### III. 법률의 범위

#### 1. 문제점

법률상 보호되는 이익구제설에 의할 때 법률의 범위를 어떻게 보느냐에 따라 법률상 이익의 범위가 달라진다.

## 2. 학설

① 당해 처분의 근거법규에 한정하는 견해 ② 근거법규 외에 관련법규까지 포함하는 견해 ③ 근거법규, 관련법규는 물론 헌법상 기본권까지 고려하여야 한다는 견해가 있다.

## 3. 판례

대법원은 법률상 이익이란 근거법규 및 관련법규에 의하여 보호되는 이익이라고 하면서도 최근 상지학교법인 임원선임처분사건에서 사립학교법 및 헌법상 대학의 자율성 및 교육을 받을 권리를 근거로 원고적격을 인정하였다. 또한 헌법재판소는 처분의 제3자의 헌법소원 청구인적격에서 헌법상 기본권인 경쟁의 자유가 법률상 이익이 된다고 판시하였다.

## 4. 검토

생각건대 오늘날 권리의 개념이 확대되어 가고 있는 점, 헌법상 기본권은 국민에게 핵심적인 권리라는 점에 비추어 헌법상 기본권까지 고려하는 것이 타당하다.

## IV. 법률상 이익이 있는 ‘자’의 범위

당사자능력이란 원고나 피고가 될 수 있는 추상적인 권리능력으로서 자연인, 법인, 비법인사단 등이 이에 포함되는데, 최근 대법원은 선거관리위원회위원장 및 소방청장 사건에서 국가기관의 당사자능력 및 원고적격을 인정하였다.

## V. 경업자소송의 원고적격

경업자소송이란 기존업자가 신규업자에 대한 허가나 특허처분의 취소 등을 구하는 소송을 말하는 데, 기존업자의 원고적격과 관련하여 대법원은 일반적으로 수익적 처분의 근거법률이 업자들 사이의 과당경쟁으로 인한 경영의 불합리를 방지하는 목적도 있는 경우에는 기존업자는 경업자에 대한 인,허가의 취소를 구할 원고적격이 있다고 판시하면서 구체적인 사건에서 기존업자가 특허를 받은 경우에는 원고적격을 인정하고 반대로 강학상 허가를 받은 경우에는 원칙적으로 원고적격을 인정하지 않는다.

## VI. 제3자의 원고적격 관련 판례

### 1. 긍정적인 경우

연탄공장건축허가공설화장장설치허가에 대한 주거지역 내의 주민, 원자력시설의 환경영향평가대상 지역안의 주민, 부실금융기관결정처분에 대한 주주 등

### 2. 부정적인 경우

노조설립신고수리처분에 대한 회사, 학교법인의 임시이사선임처분에 대한 대학교 노조, 상수원보호구역변경처분에 대한 인근주민 등

## VII. 사안의 해결

여객자동차운송사업은 강학상 특허에 해당하고 X시장의 인가처분으로 해당 구간의 사업자는 甲, 乙, 丙으로 증가하지만 위 인가처분으로 인해 甲이 운행하던 일부 노선에 관한 운행계통, 차량 및 부대시설 등이 일체로 乙에게 양도된 것이어서, 이로 인하여 종전 노선 및 운행계통이나 그에 다른 차량수 및 운행횟수 등에 변동이 있는 것은 아니다. 또한 丙이 우려하는 향후 운행횟수 증회, 운행계통 신설 및 변경 등에 있어 장래 기대이익이 줄어들 수 있는 것은 현재의 구체적이고 직접적인 침해가 아니므로 丙에게는 법률상 이익 침해가 없으므로 원고적격이 인정되지 않는다.

### 설문 3.에 관하여 (당사자소송, 민사소송, 관련청구의 병합)

#### I. 쟁점의 정리

보험료채무부존재확인소송이 항고소송인지 당사자소송인지, 공법상 부당이득반환청구소송이 당사자소송인지 민사소송인지를 구별한 후, 두 개의 청구가 관련청구에 해당한다면 관련청구의 병합을 검토하여야 한다.

#### II. 보험료채무부존재확인소송의 유형

##### 1. 항고소송과 당사자소송의 구별구별기준

행정소송법제3조제1호는 항고소송이란 행정청의 처분 등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송이라고 규정하고 있고 동조제2호는 당사자소송이란 행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송이라고 규정하고 있다.

##### 2. 항고소송을 인정한 판례

민주화운동보상금신청에 대한 거부, 공무원퇴직연금신청에 대한 거부, 진료비지급신청에 대한 거부 사건 등

##### 3. 당사자소송을 인정한 판례

광주민중화운동보상금, 소방공무원의 초과근무수당, 공무원의 연가보상비청구 사건 등

##### 4. 사안의 경우

설문상 관련 법령 자체에서 건축주가 직접 공사를 하지 않고 공사 전부를 수급인에게 도급을 준 경우에는 근로자를 사용하여 공사를 수행하는 수급인이 원칙적으로 그 공사에 관한 사업주로서 고용보험 및 산재보험의 가입자가 되어 고용보험료 및 산재보험료를 납부할 의무를 부담하게 되고, 보험료채무의 존재여부는 처분을 다투는 것이 아니므로 당사자소송에 해당한다. 또한 보험료의 신고 또는 납부 등 산재보험 및 고용보험에 관한 사업의 주요 업무는 근로복지공단이 수행하므로 보험료채무의 상대방은 근로복지공단이므로 피고 역시 근로복지공단이다.

#### III. 공법상 부당이득반환청구권의 성질

##### 1. 학설

① 공법적 원인에 의하여 발생한 부당이득반환청구권이므로 공권이라는 견해와 ② 부당이득반환청구는 경제적 이해조절의 취지에서 인정된 권리이므로 사권이라는 견해가 있다.

##### 2. 판례

대법원은 조세의 과오납 등으로 발생한 부당이득반환청구권은 금전적 청구에 불과하므로 사권에 해당하고 민사소송의 대상이라고 판시하고 있다.

##### 3. 검토

생각건대 공법상 부당이득반환청구권은 공법상 원인에 의하여 발생한 것이므로 공권으로 보는 것이 타당하므로 그에 관한 분쟁은 당사자소송이라고 보는 것이 타당하다. 판례에 따르면 민사소송의 대상이 될 것이다.

##### 4. 사안의 경우

甲은 보험료 일부를 근로복지공단에 납부하였으므로 피고를 근로복지공단으로 공법상 당사자소송을 제기할 수 있다. 다만 판례에 따르면 민사소송으로 제기하여야 한다.

#### IV. 관련청구의 병합(행정소송법제44조②, 제10조②)

##### 1. 의의 및 제도의 취지

원고는 취소소송 등 행정소송에 사실심의 변론종결시까지 관련청구소송을 병합하거나 피고외의 자를 상대로 한 관련청구소송을 행정소송이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다. 관련청구의 병합은 관련청구소송이 각각 별개의 소송으로 진행되어야 한다면 소송경제상의 문제 및 판결이 모순될 우려가 있으므로 이러한 문제를 해결하기 위한 제도를 말한다.

## 2. 병합의 요건

### 1) 주된 행정소송 등이 적법할 것

관련청구의 병합은 그 청구를 병합할 주된 취소소송이 전제되는 것이므로 취소소송은 그 자체가 소송요건을 구비한 적법한 소송이어야 한다.

### 2) 사실심 변론종결 이전일 것

관련청구의 병합은 사실심변론종결시까지 하여야 한다. 한편, 사실심변론종결 이전이면 원시적 병합이든 소송 계속 중에 사후적으로 병합하는 추가적 병합이든 상관없다.

## 3. 객관적 병합의 종류

### 1) 단순병합

서로 양립할 수 있는 여러 개의 청구를 병합하여 어느 하나의 청구의 인용여부와 상관없이 각 청구에 대한 각각의 판결을 구하는 것을 말한다. 예를 들면 영업허가취소에 대한 취소소송과 손해배상청구

### 2) 선택적 병합

양립하는 여러 개의 청구가 병합되었으나 그 중 어느 하나의 청구가 인용되면 다른 청구에 대한 판단은 하지 않는 경우를 말한다. 예를 들면 수용재결취소소송과 보상금 증가청구소송

### 3) 주위적·예비적 병합

서로 양립할 수 없는 여러 개의 청구를 병합하면서 주위적 청구가 인용되는 경우에는 예비적 청구를 판단할 필요가 없으나 주위적 청구가 기각되는 경우에는 예비적 청구에 대한 판단을 구하는 경우를 말한다. 행정처분에 대한 무효확인과 취소청구는 서로 양립할 수 없는 청구로서 주위적·예비적 청구로서만 병합이 가능하고 선택적 청구로서의 병합이나 단순병합은 허용되지 아니한다.

## V. 사안의 해결

甲에게 사업주지위가 없음을 전제로 甲이 제기하려는 보험료채무부존재확인소송과 이미 납부한 보험료의 부당이득반환청구는 서로 관련 있는 청구로서 甲은 관할 행정법원에 두 개의 청구를 단순병합하여 제기할 수 있다.