

2019 행정쟁송법 기출문제 및 해설

[문제 1] 사용자인 乙주식회사는 소속 근로자인 甲에 대해 유인물 배포 등 행위와 성명서 발표 및 기사 게재로 인한 乙주식회사에 대한 명예훼손행위를 근거로 갑을 3월의 징계처분을 하였다. 甲과 A노동조합은 2018. 9. 7. B지방노동위원회에 위 징계처분이 부당징계에 및 부당노동행위에 해당한다고 주장하면서 구제신청을 하였다. 그러나 B지방노동위원회는 2018. 11. 6. 위 구제신청을 모두 기각하였다. 甲과 A노동조합은 B지방노동위원회의 기각결정에 불복하여 2018. 12. 20. 중앙노동위원회에 재심을 신청하였다. 중앙노동위원회는 2019. 3. 5. 유인물 배포 등 행위가 징계사유에 해당할 뿐만 아니라 징계 양정이 적절하고, 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제1호의 부당노동행위에 해당하지 않는다는 이유로 재심신청을 모두 기각하였다. 이에 甲은 중앙노동위원회의 재심에 불복하여 취소소송을 제기하려고 한다. 甲은 중앙노동위원회가 재심판정을 하면서 관계 법령상 개의 및 의결 정족수를 충족하지 않았다고 주장한다. 다음 물음에 답하시오. (단, 행정쟁송법과 무관한 노동법적인 쟁점에 대해서는 서술하지 말 것) (50점)

물음 1) 중앙노동위원회의 재심판정에 절차상 하자가 있음을 이유로 이를 취소하는 판결이 확정되었다. 중앙노동위원회가 이러한 확정판결에 기속되는 경우에 어떠한 의무를 부담하는지 논하시오. (25점)

물음 2) 중앙노동위원회는 이 소송의 계속 중에 甲과 A노동조합의 유인물 배포행위가 정당하지 않은 노동조합행위에 해당하여 징계사유에 해당한다고 추가적으로 주장한다. 이러한 중앙노동위원회의 주장이 타당한지를 논하시오. (25점)

I. 물음 1)의 해결

1. 문제점

처분이나 재결을 취소하는 확정판결이 그 내용에 따라 당사자인 행정청과 관계행정청에게 판결의 취지에 따라 행동할 의무를 지우는 효력을 기속력이라 한다. 설문에서 재결에 대한 취소판결이 확정된 경우 기속력의 내용이 문제되고 있다.

2. 기속력의 내용

(1) 반복금지의무

반복금지의무란 취소판결이 확정되면 처분청 및 관계행정청은 동일한 사실관계 아래에서 동일한 이유로 동일인에 대해 동일내용의 처분을 해서는 안 되는 효력을 말한다. 여기에서 동일사유인지 여부는 종전 처분에 관하여 위법한 것으로 판단된 사유와 기본적 사실관계에 있어 동일성이 인정되는 사유인지 여부에 따라 판단된다.

(2) 결과제거의무

취소판결이 확정되면 행정청은 처분에 의해 초래된 위법상태를 제거할 결과제거의무(원상회복의무)를 부담하며 이에 대응하여 원고는 결과제거청구권을 갖는다. 즉 재산의 압류처분이 취소되면 행정청은 당해 재산을 반환해야 할 의무를 지고, 파면처분이 취소되면 파면되었던 원고를 복직시켜야 한다.

(3) 재처분의무

재처분의무란 신청을 요하는 처분에 대한 행정청의 거부처분이 판결에 의해 취소된 경우, 행정청이 판결의 취지 따라 처분해야 할 의무를 말한다. 다만 ① 거부처분이 절차상 위법을 이

유로 취소된 경우 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 하나 (행정소송법 30조②) 이 경우 행정청은 반드시 원고가 신청한 내용으로 재처분을 해야 하는 것은 아니다. 반면 ② 거부처분이 실체법상의 위법을 이유로 취소하는 판결이 확정된 경우에는 당해 거부처분을 한 행정청은 원칙적으로 신청을 인용하는 처분을 하여야 하고, 사실심 변론종결 이전의 사유를 내세워 다시 거부처분을 하는 것은 확정판결의 기속력에 저촉되어 허용되지 아니한다.

3. 위반의 효과

행정청이 취소소송의 사실심변론종결전의 사유로 다시 동일한 처분을 하는 경우에 그 처분은 무효가 된다. 판례도 “처분청이 행정소송의 사실심 변론종결 이전의 사유를 내세워 다시 확정판결과 저촉되는 행정처분을 하는 것은 허용되지 않는 것으로서 이러한 행정처분은 하자가 중대하고도 명백한 것이어서 당연무효라 할 것이다.”고 판시하였다(90누3560).

4. 사안의 검토

설문에서 갑과 A노동조합은 을주식회사가 갑에게 내린 징계처분에 대해 B지방노동위원회를 거쳐 중앙노동위원회에 권리구제를 신청하였고, 이에 대해 중앙노동위원회가 하자 있는 절차를 통해 기각재결을 하였으며, 중앙노동위원회의 재심판정에 절차상 하자가 있음을 이유로 이를 취소하는 판결이 확정되었다. 그렇다면 중앙노동위원회의 기각재결은 취소판결의 형성력에 의해 취소되었고 갑과 A노동조합의 권리구제 신청은 남아있으므로 중앙노동위원회에게는 재처분의무가 인정된다. 그런데 중앙노동위원회의 재심판정에 절차상 하자가 있음을 이유로 이를 취소하는 판결이 확정되었으므로 중앙노동위원회가 절차상의 하자를 보완하지 않고 다시 동일한 절차를 통해 재심판정을 해서는 아니된다. 이것은 동일한 이유로 동일한 처분을 하는 것과 마찬가지로의 결과가 되기 때문이다. 만약 중앙노동위원회가 동일한 절차상을 통해 동일한 재결을 한다면 그 재결은 무효이다. 따라서 중앙노동위원회는 절차상의 하자를 보완하여 재심판정을 통해 기각재결을 할 수 있고 당연히 인용재결을 해야 하는 것은 아니다.

II. 물음 2)에 해결

1. 문제점

소송계속 중에 처분청이 처분의 적법성을 유지하기 위하여 처분의 사실적·법적 근거를 추가하거나 변경하는 것을 처분사유의 추가·변경이라 한다. 설문에서 중앙노동위원회는 소송의 계속 중에 갑과 A노동조합의 유인물 배포행위가 정당하지 않은 노동조합행위에 해당하여 징계사유에 해당한다고 추가적으로 주장하고 있는 바, 이것이 처분사유의 추가·변경으로 허용되는지 문제된다.

2. 처분사유의 추가·변경

(1) 인정 여부

학설은, (1) 분쟁의 일회적 해결이라는 소송경제적 측면과 소송물의 범위를 처분의 위법성 일반으로 보는 점을 논거로 하는 **긍정설**, (2) 소송물의 범위를 당해 처분의 개개의 위법사유로 보아야 한다는 점과 처분사유의 추가·변경을 허용하면 원고의 공격과 방어에 예기치 않는 법적 불안을 초래할 위험이 있다는 점을 논거로 하는 **부정설**이 있으나 (3) 처분의 상대방의 보호와 소송경제의 요청을 고려할 때 원고의 방어권을 침해하지 않는 범위 내에서 인정된다는 **제한적 긍정설**이 타당하다.

판례도 **제한적 긍정설**의 입장에서 “행정처분의 취소를 구하는 항고소송에 있어서 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만

다른 사유를 추가하거나 변경할 수 있다.”고 판시하였다.

(2) 인정 범위

1) 내용적 범위

처분사유에 추가·변경은 ① 취소소송의 소송물의 범위 내에서만 가능하고 ② 기본적 사실관계의 동일성이 유지되어야 하며 ③ 처분시에 존재하던 사유이어야 한다. 여기서 기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지 여부에 따라 결정된다. 기본적 사실관계와 동일성이 인정되지 않는 별개의 사실을 들어 처분사유로 주장하는 것이 허용되지 않는다고 해석하는 이유는 행정처분의 상대방의 방어권을 보장함으로써 실질적 법치주의를 구현하고 행정처분의 상대방에 대한 신뢰를 보호하고자 함에 그 취지가 있다.

2) 시간적 범위

처분사유에 추가·변경은 사실심 변론종결시까지 가능하다. **대법원도** “과세관청은 소송 도중이라도 당해 처분에서 인정한 과세표준 또는 세액의 정당성을 뒷받침할 수 있는 새로운 자료를 제출하거나 처분의 동일성이 유지되는 범위 내에서 그 사유를 교환·변경할 수 있다고 할 것이나 이는 사실심 변론종결시까지만 허용된다.”고 판시하였다(98두16675).

3. 사안의 검토

중앙노동위원회가 재심신청을 기각한 사유는 ‘2019. 3. 5. 유인물 배포 등 행위가 징계사유에 해당할 뿐만 아니라 징계 양정이 적절하고, 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제1호의 부당노동행위에 해당하지 않는다’는 이유였고, 중앙노동위원회가 소송계속중에 추가한 사유는 ‘甲과 A노동조합의 유인물 배포행위가 정당하지 않은 노동조합행위에 해당하여 징계사유에 해당한다’는 이유였다. 생각건대 추가한 사유는 재심신청을 기각한 사유인 2019. 3. 5. 유인물 배포 등 행위가 징계사유에 해당한다는 것을 정당하지 않은 노동조합행위에 해당하여 징계사유에 해당한다는 것으로 구체화한 것에 불과하다. 그렇다면 처분사유에 근거조항만 추가한 것으로 볼 수 있으므로 중앙노동위원회의 처분사유에 추가는 허용되는 것으로 보는 것이 타당하다.

[문제 2] A국립대학교 법학전문대학원에 지원한 甲은 A국립대학교총장(이하 ‘A대학총장’이라 함)에게 자신의 최종입학점수를 공개해 줄 것을 청구하였으나, A대학총장은 영업비밀임을 이유로 공개거부결정을 하였다. 甲이 위 결정에 대하여 행정심판을 청구하였고 B행정심판위원회는 이를 취소하는 재결을 내렸다. 그럼에도 불구하고 A대학총장은 위 행정심판위원회의 재결을 따르지 아니하고 甲의 최종입학점수를 공개하지 아니하고 있다. 이에 甲이 행정심판법상 취할 수 있는 실효성 확보 수단을 설명하시오. (25점)

I. 사안의 논점

행정청이나 관계행정청으로 하여금 재결의 취지에 따라 행동할 의무를 발생시키는 효력을 재결의 기속력이라 한다. 설문에서 A대학총장이 행정심판위원회의 재결에 따를 의무가 구체적으로 무엇인지, 그리고 이러한 의무를 이행하지 않는 경우 실효성 확보 수단으로 직접강제와 간접강제가 허용되는지 문제된다.

II. 기속력

1. 기속력의 내용

(1) 반복금지의무

재결은 당해 처분에 관하여 재결주문 및 그 전제가 된 요건사실의 인정과 판단에 대하여 처분청을 기속하므로, 당해 처분에 관하여 위법한 것으로 재결에서 판단된 사유와 기본적 사실관계에 있어 동일성이 인정되는 사유를 내세워 다시 동일한 내용의 처분을 하는 것은 허용되지 않는다(2002두3201).

(2) 변경 및 처분의무

1) 변경명령재결

취소심판에서 위원회가 처분의 변경을 명하는 재결을 내린 경우 심판청구를 인용하는 재결은 피청구인과 그 밖의 관계 행정청을 기속하는 효력이 있으므로 처분청은 당해 처분을 변경하여야 한다(행정심판법 49조①).

2) 처분명령재결

당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있으면 행정청은 지체 없이 이전의 신청에 대하여 재결의 취지에 따라 처분을 하여야 한다(행정심판법 49조③).

3) 취소재결

재결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우와 신청에 따른 처분이 절차의 위법 또는 부당을 이유로 재결로써 취소된 경우에는 그 처분을 한 행정청은 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다(행정심판법 49조②④). 종래 거부처분 취소재결에도 재처분의무를 인정할 수 있는지 여부가 문제되는데 입법적으로 해결한 것이다.

(3) 결과제거의무

재결에 의하여 처분이 취소되거나 무효로 확인된 경우에 행정청은 위법·부당한 처분으로 인하여 야기된 상태를 제거해야 할 의무를 부담한다.

2. 사안의 검토

설문에서 A대학총장의 비공개결정에 대해 B행정심판위원회는 이를 취소하는 재결을 내렸다. 이러한 취소재결에도 재결의 취지에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 할 의무가 인정된다. 그럼에도 불구하고 A대학총장은 위 행정심판위원회의 재결을 따르지 아니하고 甲의 최종입학점수를 공개하지 아니하고 있으므로 갑의 효과적인 권리구제 방법이 문제된다.

Ⅲ. 실효성 확보 수단

1. 직접처분의 허용 여부

(1) 직접처분

행정심판위원회의 처분명령재결에도 불구하고 처분청이 처분을 하지 아니하는 경우, 청구인의 신청을 받은 위원회가 일정한 요건하에 직접 당해 처분을 하는 것을 직접처분이라 한다(행정심판법 50조①).

이러한 위원회의 직접처분은 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있는 경우에 한하여 가능하다(행정심판법 50조①본문). 따라서 직접처분규정은 취소심판이나 무효등확인심판에는 적용되지 않는다.

(2) 사안의 검토

사안에서 A대학총장의 비공개결정에 대해 B행정심판위원회는 이를 취소하는 재결을 내렸다.

이는 처분명령재결을 한 것이 아니므로 직접처분이 적용되지 않는다. 만약 직접처분이 허용되는 경우라 하더라도 정보는 A대학총장이 보유하고 있으므로 B행정심판위원회에서 효과적으로 권리구제를 해줄 수 없다.

2. 간접강제의 허용여부

(1) 간접강제

1) 의의

간접강제란 재결에 의하여 거부처분이 취소되거나 무효 또는 부존재로 확인되는 경우와 거부처분이나 부작위에 대해 처분의 이행을 명하는 재결이 있음에도 그 처분을 한 행정청이 재결의 취지에 따른 이전의 신청에 대한 처분을 하지 않는 경우에 재결의 실효성을 확보하기 위해 위원회가 일정한 배상을 명하여 행정청의 처분의무를 간접적으로 강제하는 제도를 말한다(행정심판법 50조의2①).

2) 요건

위원회가 간접강제결정을 하기 위해서는 ① 당사자의 신청을 거부하는 처분이 재결에 의하여 취소되거나 무효 또는 부존재로 확인되었음에도 그 처분을 한 행정청이 재결의 취지에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 하지 아니하거나 ② 신청에 따른 처분이 절차의 위법 또는 부당을 이유로 재결로써 취소되었음에도 그 처분을 한 행정청이 그 이전의 신청에 대한 처분을 하지 아니하거나 ③ 당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있음에도 행정청이 지체 없이 이전의 신청에 대하여 재결의 취지에 따른 처분을 하지 않아야 한다(행정심판법 50조의2①). 여기서 처분을 하지 않았다는 것은 아무런 처분을 하지 않은 것뿐만 아니라 처분이 기속력에 반하여 당연무효가 된 경우도 포함된다.

3) 절차

위원회는 행정청이 재결의 취지에 따른 처분을 아니한 경우 청구인의 신청에 의하여 결정으로 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 50조의2①). 다만 위원회는 사정의 변경이 있는 경우에는 당사자의 신청에 의하여 간접강제결정의 내용을 변경할 수 있다(행정심판법 50조의2②). 한편 위원회는 간접강제결정을 하거나 간접강제결정의 내용을 변경하기 전에 신청 상대방의 의견을 들어야 한다(행정심판법 50조의2③).

(2) 사안의 검토

설문에서 ① A대학총장의 비공개결정에 대해 B행정심판위원회는 이를 취소하는 재결을 내렸으므로 당사자의 신청을 거부하는 처분이 재결에 의하여 취소된 경우에 해당하고, ② 그럼에도 불구하고 A대학총장은 위 행정심판위원회의 재결을 따르지 아니하고 甲의 최종입학점수를 공개하지 아니하고 있으므로 당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있음에도 행정청이 지체 없이 이전의 신청에 대하여 재결의 취지에 따른 처분을 하지 않은 경우에 해당한다. 따라서 B위원회는 갑의 신청에 의하여 결정으로 상당한 기간을 정하고 A대학총장이 그 기간 내에 이행하지 아니하는 경우에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 하도록 명하거나 즉시 배상을 할 것을 명할 수 있다.

[문제 3] 甲은 부동산의 취득으로 인한 취득세 및 농어촌특별세의 납세의무부존재확인소송을 제기하려고 한다. 이러한 납세의무부존재확인소송의 법적 성질에 관하여 설명하시오. (25점)

I. 문제점

부동산의 취득으로 인한 취득세 및 농어촌특별세의 납세의무부존재확인소송은 처분 등을 전제로 한 처분 등의 효력을 다투는 소송이 아니므로 항고소송이 아님은 분명하다. 따라서 이러한 소송이 공법상 당사자소송인지 아니면 민사소송인지가 문제된다. 당사자소송과 민사소송은 대등한 당사자 사이의 소송이라는 점에서 양자의 구별이 문제되는데 관할이나 취소소송과 관련된 규정의 준용 여부에 양자를 구별할 실익이 있다.

II. 당사자소송과 민사소송의 구별

1. 학설

(1) 소송물을 기준으로 하는 견해

소송물을 기준으로 하는 견해에 의하면, 소송물이 공법상의 권리이면 당사자소송이고 사법상의 권리이면 민사소송이라고 한다. 가령 공무원의 지위확인 소송이나 봉급지급청구소송은 당사자소송이 되고, 소유권확인소송이나 민법상 부당이득반환청구소송의 경우 민사소송이 된다.

(2) 소송물의 전제가 되는 법률관계를 기준으로 하는 견해

소송물의 전제가 되는 법률관계를 기준으로 하는 견해에 의하면, 소송물의 전제가 되는 법률관계가 공법상 법률관계이면 당사자소송이고 사법상 법률관계이면 민사소송이라고 한다. 가령 소유권확인소송이라도 농지매수처분의 무효를 이유로 할 때는 당사자소송이 되고, 매매계약의 무효를 이유로 한 때에는 민사소송이라고 하게 된다.

2. 판례

판례는 소송물의 차이를 전제로 양자를 구별하는 입장에서, 조세부과처분이 당연무효임을 전제로 이미 납부한 세금을 반환받아야 하거나 개별 세법에서 정한 환급요건이 충족되어 환급세액이 발생한 경우 이를 청구하는 조세과오납금환급청구사건에 대해 대부분의 학설은 이를 공법상 법률관계로 인식하여 당사자소송의 대상이라고 주장하여 왔으나 판례는 이를 사법상 부당이득반환청구로 보고 민사사건으로 처리하여 왔다. 다만 최근에 대법원은 부가가치세 환급세액청구사건에서 그 동안 이를 사법상 법률관계로 인정하고 민사소송의 대상으로 처리하여 오던 종래의 입장을 바꾸어 행정소송인 당사자소송의 대상으로 인정하는 판결을 내렸다(2011다95564).¹⁾

3. 검토

생각건대, 행정소송법 제3조 제2호는 당사자소송을 “처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖의 공법상 법률관계에 관한 소송으로서 법률관계의 한 쪽 당사자가 피고가 되는 소송”이라고 정의하고 있는데, 이를 통해 공법상 당사자소송의 개념적 표지로 ① 공법상 법률관계에 관한 소송이어야 한다는 점, ② 법률관계의 한 쪽 당사자가 피고가 되어야 한다는 점을 밝히고 있다. 따라서 당사자소송과 민사소송의 구별은 소송물의 전제가 되는 법률관계를 기준으로 하는 견해가 타당하다.

1) 납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무는 그 납세의무자로부터 어느 과세기간에 과다하게 거래징수된 세액 상당을 국가가 실제로 납부받았는지와 관계없이 부가가치세법령의 규정에 의하여 직접 발생하는 것으로서, 그 법적 성질은 정의와 공평의 관념에서 수익자와 손실자 사이의 재산상태 조정을 위해 인정되는 부당이득 반환의무가 아니라 부가가치세법령에 의하여 그 존부나 범위가 구체적으로 확정되고 조세 정책적 관점에서 특별히 인정되는 공법상 의무라고 봄이 타당하다. 그렇다면 납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무에 대응하는 국가에 대한 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구는 민사소송이 아니라 행정소송법 제3조 제2호에 규정된 당사자소송의 절차에 따라야 한다(대법원 2013. 3. 21. 선고 2011다95564 전원합의체 판결)

Ⅲ. 사안의 검토

부동산의 취득으로 인한 취득세 및 농어촌특별세의 납세의무부존재확인소송은 공법상 법률관계에 관한 소송으로서 당사자소송으로 봄이 타당하다. 판례도 “납세의무부존재확인의 소는 공법상의 법률관계 그 자체를 다투는 소송으로서 당사자소송이라 할 것이므로 행정소송법 제3조 제2호, 제39조에 의하여 그 법률관계의 한쪽 당사자인 국가·공공단체 그 밖의 권리주체가 피고적격을 가진다.”고 판시한 바 있다(99두2765).

2020년 시험 대비 강의계획

1. 이른바 ‘0기’

제 법학 강의의 모토는 ‘**전체를 전제로 부분을 이해하자!**’입니다. 이런 의미에서 0기 수업은 행정쟁송법을 포함한 행정법 전체를 들여다보는 내용으로 구성됩니다. 물론 여기에서 ‘효율성’이란 부분도 고려해야 합니다. 즉 우리 시험과 무관한 내용으로 구성되어서는 안 되겠습니다. 행정법이라는 전체 속에서 행정쟁송의 절차와 그 절차 속에 등장하는 중요 개념을 파악하고 이해하는 시간입니다.

2. 제1순환

제1순환의 지향점은 ‘**부분의 구체화**’입니다. 0기가 전체를 이해하는 과정이라면 제1순환은 그 전체 속에 등장하는 중요주제에 대해 노무사 시험 유형에 맞춰 전체적이며 체계적인 이해와 답안 작성을 구체화하는 과정입니다. 즉 중요논점에 대한 학설과 판례를 완성하고 중요사례에 대한 접근법을 익히는 과정입니다.

3. 제2순환

제2순환의 지향점은 ‘**사례의 완성**’입니다. 비유하자면 완성된 제품을 시장에 내놓기 전에 제품을 검사하고 멋지게 포장하는 단계를 거치는 것처럼 수험생의 답안이 합격답안이 되기 위해 필요한 부분은 추가하고 불필요한 부분은 삭제하여 답안으로서의 완성도를 높이는 단계입니다.

4. 제3순환

제3순환은 ‘**답안 작성 연습**’입니다. ‘시험에서의 당락은 마지막 최종정리단계에서 결정된다’, ‘반복보다 더 좋은 암기법은 없다.’ 수험생이라면 누구나 알고 계시는 말일 것입니다. 시험날이 되기 전까지 꾸준히 답안작성연습을 하는 것보다 더 좋은 공부방법은 없습니다.