

[문제1]

사용자인 乙주식회사는 소속 근로자인 甲에 대해 유인물 배포 등 행위와 성명서 발표 및 기사 게재로 인한 乙주식회사에 대한 명예훼손행위를 근거로 감봉 3월의 징계처분을 하였다.<sup>1)</sup> 甲과 A노동조합은 2018. 9. 7. B지방노동위원회에 위 징계처분이 부당징계 및 부당노동행위에 해당한다고 주장하면서 구제신청을 하였다.<sup>2)</sup> 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 적정하고, 노동조합 및 노동관계조정법 제 81조 제1호의 부당노동행위에 해당하지 않는다는 이유로 재심신청을 모두 기각하였다. 이에 甲은 중앙노동위원회의 재심에 불복하여 취소소송을 제기하려고 한다. 3) 甲은 중앙노동위원회가 재심판정을 하면서 관계 법령상 개의 및 의결 정족수를 충족하지 않는다고 주장한다. 다음 물음에 답하시오. (단, 행정쟁송법과 무관한 노동법적인 쟁점에 대해서는 서술하지 말 것) (50점)

물음1)

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

물음2)

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

- 
- 1) 부당해고 등은 해고, 휴직, 정직, 감봉 등 불이익처분을 포함한다. 따라서 설문의 감봉 등의 징계처분은 부당해고 등에 해당된다.
  - 2) 노동위원회에 대한 구제신청은 부당해고 및 부당노동행위가 있는 날부터 3개월의 제척기간 내에 해야 한다.
  - 3) 중노위의 재심처분에 대해 취소소송을 제기하는 경우 피고는 중앙노동위원회가 아니라 중앙노동위원회 위원장이 피고가 된다(노동위원회법 제27조 제1항).

[문제2]

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)

[문제3]

甲은 부동산의 취득으로 인한 취득세 및 농어촌특별세의 납세의무부존재 확인소송을 제기하려고 한다. 이러한 납세의무부존재확인소송의 법적 성질에 관하여 설명하시오. (25점)

## 해설

물음1) 중앙노동위원회의 재심판정에 **절차상 하자**가 있음을 이유로 이를 취소하는 판결이 확정되었다. 중앙노동위원회가 이러한 확정판결에 기속되는 경우에 어떠한 의무를 부담하는지를 논하시오. (25점)

### ※ 사례풀이가이드

#### 1. 일반적인 행정사건의 경우

원고가 행정청의 ‘거부’처분에 대해 행정심판을 청구하고 행심위가 기각재결을 하여 이에 대해 **원처분주의**에 따라 ‘거부’처분(원처분)에 대해 행정소송을 제기하여 취소판결을 받은 경우 **행정청은 판결의 취지에 따라 신청에 따른 재처분**을 해야 한다(행소 제30조 제2항). 만약 ‘기각’재결에 따라 소를 제기하면 재결 자체에 고유한 위법(주,내,절,형)이 없는 한, 법원은 기각판결을 하게 된다.

만약 ‘재결자체에 고유한 하자’란 원처분에는 없고 재결에만 하자가 있는 경우 인바, 재결자체에 하자가 있어서 재결이 취소소송에서 취소되면 역시 판결의 기속효에 의해 행심위는 판결의 취지에 따른 처분을 해야 한다.

#### 2. 설문과 같은 노동행정사건의 경우

설문은 원고가 부당노동행위에 대해 지노위에 구제명령을 신청하고 이에 지노위가 초심으로 원고의 신청을 **거부(拒否)하는 내용의 ‘기각결정’**을 하고 이에 불복하여 다시 중노위에 재심을 신청하여 중노위가 초심을 유지하는 ‘기각재심결정’을 한 사안이다. 이에 원고가 **재결주의에 따라** 중노위의 기각결정에 대해 피고 중노위장을 피고로 취소소송을 제기하여 취소판결이 그 절차상 하자를 이유로 인용되어 확정된 사안이다. 이는 판결의 기속력에 의해 행정청인 중노위가 부담하는 **재처분의무(제30조 제2항)**가 주된 핵심이다.

3. 판결의 기속력의 의의 법적 성질, 범위를 숙지해야 하고, 행정청의 의무로서 **반복금지, 재처분, 원상회복의무** 등을 정확히 파악해야 한다. 설문은 절차상 하자가 이유가 되어 취소되었으므로 **반복금지의무와 재처분의무가 주된 쟁점**이 된다는 점에 유의한다.

4. 문제에서 “어떠한 의무를 부담하느냐”고 물었으니 분명하게 “ ~ 의무를 부담한다”고 설시해야 한다.

5. 사례문제 풀이에서 조문적시는 필수이다. 판결의 기속력은 **행정소송법 제30조**에 있으며, 제1항은 기속력 일반, 제2항은 거부처분의 경우, 제3항은 절차위반의 경우 제3자가 **인용처분**에 대해 소제기를 한 경우 인바, 설문은 **제2항에 관한 것임을 정확히 적시**해야 한다.

## 1. 문제의 소재

중앙노동위원회(이하 “중노위”)의 기각결정에 대해 관계 법령상 개의 및 의결 정족수를 충족하지 않았다는 **절차상 하자**가 있음을 이유로 이를 취소하는 판결이 확정된 경우, 처분청인 중노위가 취소 판결에 기속이 되어 어떠한 의무를 부담하는지 문제된다. 이하 **확정판결의 기속력의 의의, 범위, 내용 및 이에 따른 중노위의 의무** 등을 살펴본다.

## 2. 확정판결의 기속력의 의의

### (1) 기속력의 의의

취소판결의 기속력이란 소송당사자인 행정청과 관계행정청에게 확정판결의 취지에 따라 행동하여야 할 의무를 지우는 효력을 말한다(행정소송법 제30조). 이는 **판결의 실효성을 확보**하기 위해 인정한 **실체법상의 효력**이다.<sup>4)5)</sup>

### (2) 법적 성질

#### 1) 학설

##### ① 기판력설

기속력은 기판력의 당연한 결과로서 행정소송법상 기속력에 관한 규정은 취소판결의 기판력이 행정청에게도 미친다는 것을 명시한 것이라고 보는 견해이다.

##### ② 특수효력설

기속력은 **판결의 실효성을 확보**하기 위하여 **관계행정청을 구속하는 실체법상의 효력**으로서, 법적 안정성을 위하여 **후소의 법원을 구속하는 소송법상 효력인 기판력**과는 그 본질을 달리한다고 보는 견해이다.

---

4) 일반국민에 대하여 판결의 실효성을 확보하기 위한 수단은 많지만, 국가기관이나 행정청의 경우 그 수단이 많지 않으므로 특별히 법에 규정하여 둔 것이다.

#### 5) 행정법 제30조(취소판결 등의 기속력)

- ① 처분 등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다.
- ② 판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.
- ③ 제2항의 규정은 신청에 따른 (행정청의 인용) 처분이 절차의 위법을 이유로 취소되는 경우에 준용한다.

## 2) 관례

관례는 ① 반복금지효가 문제되는 사건에서는 주로 **기관력**이라는 용어를 쓰고<sup>6)</sup> ② 재처분의무가 문제되는 사건에서는 주로 **기속력**이라는 용어를 쓰고 있는바,<sup>7)</sup> 기속력과 기관력이란 용어를 혼용하여 사용하고 있다.

## 3) 검토

기속력은 **당사자인 행정청과 관계 행정청**에 미치지만, 기관력은 당사자와 후소법원에 미친다는 점, 기속력은 실체법(實體法)적 효력이지만 기관력은 소송법(訴訟法)상 효력이라는 점에서 **특수효력설이 타당**하다.

## 3. 판결의 기속력이 미치는 범위<sup>8)</sup>

### (1) 주관적 범위

기속력은 **당사자인 행정청과 그 밖에 관계행정청**을 기속한다(법 30조 1항). 관계 행정청이라 함은 취소된 처분을 기초로 하여 이와 관련되는 처분을 할 행정청도 포함한다.<sup>9)</sup>

설문의 경우 **중노위는 당사자인 행정청에 해당하므로 중노위에 기속력이 미친다.**

### (2) 객관적 범위

#### 1) 판결주문과 판결이유에 설시된 사유

기속력은 취소판결의 취지에 따라 행정청을 구속하는 효력인 바, 여기서 ‘**취소판결의 취지**’는 처분이 위법이라는 것을 인정하는 **판결주문과 판결이유 중에 설시된 개개의 위법사유**를 포함한다. 즉 기속력은 ① **판결주문** 및 그 **전제가 되는 요건사실**에 미치고, ② 판결의 결론과 직접 관계없는 방론이나 간접사실의 판단에는 미치지 않는다.<sup>10)</sup>

6) 대법원 1989. 9. 12, 89누985; 1982. 5. 11, 80두104

7) 대법원 2001. 3. 23, 99두5238

8) 여기서 ‘범위’라고 하는 것에 대해서 일종의 ‘요건’ 같은 것이라고 이해하면 될 것 같다. 주관적 범위(요건), 객관적 범위(요건), 시간적 범위(요건)이 충족되면 기속력이라는 ‘효과’가 발생한다는 정도로 이해하면 족하다.

9) 대법원 1982. 3. 23. 선고 81도1450 판결

10) 요건사실이란 행정청이 처분을 하게 되는 직접적인 사실을 의미하고, 요건사실을 인정하는데 도움이 되는 사실은 간접사실이라고 한다. 예를 들어, “음식물에서 대장균 1만 마리 검출되면 해당 영업소의 영업을 1달간 정지한다”라는 행정법규가 있는 경우 **요건사실**은 “음식물에서 대장균 1만 마리 검출” 법률효과는 “영업정지 1월”이다. 이 경우 음식물에서 대장균이 나온 사유로 “유통기간을 넘긴 재료를 사용한 사실”이 있다면 이는 요건사실을 증명하는데 도움이 되는 ‘**간접사실**’에 해당한다.

## 2) 이와 동일한 사건 - 기본적 사실관계의 동일설

한편 기속력은 ‘**동일 사건**’에 한하여 발생하므로 ‘다른 사건’에는 기속력이 미치지 않는다. 그리고 **사건의 동일성 여부**는 ‘**기본적 사실관계의 동일성 여부**’로 판단하는 것이므로, 기본적 사실관계가 다른 경우에는 기속력이 미치지 않는다.<sup>11)12)</sup>

## 3) 소결

설문의 경우 취소판결에서 확정된 ‘**기각재심을 취소한다**’는 주문(主文)과 ‘**법령상 개의 및 의결 정족수를 충족하지 않았다**’는 **절차상 위법사유** 및 이와 ‘**기본적 사실관계의 동일성이 있는 범위**’까지 기속력이 미친다.

## (3) 시간적 범위

판례에 따르면 **처분의 위법 여부**의 판단시점은 ‘**처분시**’이므로, 기속력은 처분 당시까지 존재하던 **사유에 대해서만** 미치고, 그 이후에 생긴 사유에는 미치지 아니한다.

설문의 경우 중노위가 기각결정을 하기 이전에 절차위반의 사실이 있었으므로 이에 대해 기속력이 미친다.

## 4. 판결의 기속력의 내용

### (1) 기속력의 내용

기속력의 내용은 ① 반복금지의무, ② 재처분의무, ③ 원상회복의무가 있는데, 설문의 경우 중노위의 **반복금지의무와 재처분의무**가 문제된다.

### (2) 행정청의 반복금지의무 - 소극적 처분의무

#### 1) 의의

취소판결이 확정되면 행정청은 **판결의 취지에 저촉되는 처분을 반복하여서는 안 된다**는 구속을 받는 데, 이를 ‘반복금지의무’라고 한다(저촉금지의무, 동일과오반복금지). 이는 **소극적인 관점에서**의 기속력을 의미한다.

#### 2) 절차상 하자를 보완한 경우

처분이 절차(형식)하자를 이유로 판결에 의해 취소된 경우, 이를 보완하고 전과 동일한 처분을 하

---

11) 대법원 2016. 3. 24. 선고 2015두48235 판결. 기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분 사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지에 따라 결정된다.

12) 즉 ① 당해 사건의 주문 및 개개의 위법사유 와 ② 동일 사건에 미치는 것이다.

면 반복금지의무 위반이 아닌지 문제된다.

판례에 의하면 “과세처분시 납세고지서에 과세표준, 세율, 세액의 산출근거 등이 누락되어 있어 이러한 절차 내지 형식의 위법을 이유로 과세처분을 취소하는 판결이 확정된 경우에 과세처분권자가 그 확정판결에 적시된 위법사유를 보완하여 행한 새로운 과세처분을 할 수 있다”고 판시하여 긍정하는 입장이다.<sup>13)</sup>

### 3) 거부처분의 경우 반복금지의무 여부

반복금지의무는 주로 적극적인 처분을 전제로 논의되는데, 설문의 같은 소극적인 거부처분에 대해서 동 의무가 인정되는지 문제된다.

판례에 의하면 “임용제청신청 거부처분에 대한 취소소송에서 해당 처분을 취소하는 판결이 확정된 경우에는 교육부장관 또는 대통령에게 취소판결의 취지에 따라 두 후보자의 총장 임용 적격성을 다시 심사하여 임용제청 또는 임용을 할 의무가 발생한다(행정소송법 제30조 제1항).”라고 긍정적으로 판시한바 있다.<sup>14)</sup>

### 4) 검토 및 사안의 해결

설문의 경우, 관계 법령상 개의 및 의결 정족수가 충족되지 않았다는 절차(節次)상 하자를 이유로 하는 취소판결이 확정되었으므로, 중노위는 동일한 절차상 하자를 반복하지 아니할 의무를 부담한다. 따라서 중노위가 관계 법령상 개의 및 의결 정족수를 충족시키는 등 절차(節次)상 하자를 제거하고 이전과 같은 이유로 기각결정을 하여도 이는 동일 처분에 해당하지 아니하므로 반복금의무를 위반한 것은 아니다.

### (3) 재처분의무 - 적극적 처분의무

13) 대법원 1986. 11. 11., 선고, 85누231, 판결. 과세처분시 납세고지서에 과세표준, 세율, 세액의 산출근거등이 누락되어 있어 이러한 절차 내지 형식의 위법을 이유로 과세처분을 취소하는 판결이 확정된 경우에 그 확정판결의 기판력은 확정판결에 적시된 절차 내지 형식의 위법사유에 한하여 미친다고 할 것이므로 과세처분권자가 그 확정판결에 적시된 위법사유를 보완하여 행한 새로운 과세처분은 확정판결에 의하여 취소된 종전의 과세처분과는 별개의 처분으로서 확정판결의 기판력(→ 기속력)에 저촉되는 것은 아니다.

14) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2016두57564 판결. 국립대학 교수인 갑이 학내 간접선거를 통해 1순위 총장후보자로 선출되어 추천되었으나, 교육부장관이 1순위자인 갑을 제외하고, 2순위자를 대통령에게 임용제청하고 대통령이 2순위자를 총장으로 임명하자, 교육부장관을 상대로 총장임용제청 ‘거부’처분 취소소송을 제기한 사건에서, 원심은 교육부장관의 갑에 대한 총장 임용제청 제외행위가 교육부장관과 대통령 사이의 행정내부적인 의사결정에 불과하여 항고소송의 대상인 처분에 해당하지 않는다고 판단하여 소를 각하하였으나, 대법원은 처분성을 긍정하여 파기환송하면서 본안심사방법과 증명책임에 관한 법리를 판시한 사례임.

## 1) 의의

재처분의무란 행정청의 처분이 판결에 의해 취소된 경우에 행정청이 판결의 취지에 따른 처분을 하여야 함을 의미한다. 특히 판결에 의하여 취소되는 처분이 **당사자의 신청을 거부(拒否)하는 것을 내용으로** 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다(법 제30조 제2항). 이는 **적극적인 관점에서의 기속력**을 의미한다.

## 2) 거부처분의 경우 절차위반으로 취소된 경우

거부처분이 절차하자로 취소된 경우 행정청이 판결의 취지에 따라 절차를 보완하여 애초의 신청에 대한 처분을 할 수 있는지 문제된다.

판례는 “① 행정소송법 제30조 제2항의 규정에 의하면 행정청의 거부처분을 취소하는 판결이 확정된 경우에는 그 처분을 행한 행정청이 판결의 취지에 따라 이전의 신청에 대하여 재처분할 의무가 있다고 할 것이나, ② 그 **취소사유가 행정처분의 절차, 방법의 위법으로 인한 것**이라면 그 처분 행정청은 그 확정판결의 취지에 따라 그 **위법사유를 보완하여 다시 중전의 신청에 대한 거부처분**을 할 수 있고, ③ 그러한 처분도 **위 조항에 규정된 재처분에 해당한다**”고 긍정적으로 판시한 바 있다.<sup>15)</sup>

## 4) 검토 및 사안의 경우

중노위는 취소판결의 취지에 따라 **절차상의 하자를 제거하고 재처분을 해야 할 의무**를 부담한다. 따라서 중노위가 관계 **법령상 개의 및 의결 정족수를 충족**시키는 등 절차(節次)상 하자를 제거하고 **이전과 같은 기각처분**을 하더라도 이는 재처분의무를 위반하는 것이 아니다.

## (4) 기속력 위반의 효과

행정소송법상 기속력에 관한 규정은 강행규정으로서 일종의 효력규정이다. 따라서 판례는 기속력에 위반하는 처분을 **당연무효**로 보고 있다.<sup>16)</sup>

설문의 경우 중노위가 판결의 취지에 반하여 절차상 하자를 제거하지 않은 채로 전과 동일한 기각결정을 하게 되면 이는 **기속력에 반하는 무효**인 처분에 해당하게 된다.

## 5. 결론

중노위의 결정에 대해 절차상 하자를 이유로 취소판결이 확정되면, 확정판결은 처분청으로서의

---

15) 대법원 2005.1.14. 선고, 2003두13045. 판결

16) 대법원 1990.12.11. 90누3560판결. 확정판결의 당사자인 처분행정청이 그 행정소송의 사실심 변론종결 이전의 사유를 내세워 다시 확정판결과 저촉되는 행정처분을 하는 것은 허용되지 않는 것으로서 이러한 행정처분은 그 하자가 중대하고도 명백한 것이어서 당연 무효라 할 것이다.



중노위를 기속한다. 따라서 중노위는 판결의 취지에 따라 **절차상 하자를 제거**하고 **처분을 해야 할** 반복금지의무와 재처분의무를 부담하게 된다. 그리고 중노위가 절차상 하자를 제거하고 이전과 동일하게 기각결정을 하여도 반복금지의무와 재처분의무 위반에 해당하지 아니한다.

물음2) 중앙노동위원회는 이 소송의 계속 중에 甲과 A노동조합의 유인물 배포 행위가 정당하지 않은 노동조합행위에 해당하여 징계사유에 해당한다고 추가적으로 주장한다. 이러한 중앙노동위원회의 주장이 타당한지를 논하시오. (25점)

※ 사례풀이가이드

1. 설문은 행정청의 처분사유의 추가변경에 해당하는 문제이지만, 일반적인 행정사안의 경우와 달리 노동행정사건에서는 **피고가 중앙노동위원회의 위원장**이 된다.
2. 따라서 노동행정사건에 있어서 처분사유의 추가변경은 사용자가 노동자에 대한 징계 사유를 추가변경하는 것이 아니라 **피고인 중노위장이 소송계속중 추가변경**하는 처분사유가 그 핵심이 된다.
3. 설문의 경우 대법원, 2016.12.29, 2015두38917 **판결을 변형**하여 출제한 사안인데, 본 판결의 항소심에서는 근로자 갑이 회사의 허가 없이 유인물을 배포하여 직장질서를 문란케 한 사유(제1징계사유)와 성명서와 기사로 회사명예를 훼손한 사유(제2징계사유)는 기본적 사실관계가 다르다고 판시하였다. 그러나 설문은 **판례의 사실관계와 달리**, 중노위에서 애초에 내세운 기각결정 사유와 소송 중에 내세운 처분사유를 비교해야 한다는 점이 핵심이다.

## 해설

### 1. 문제의 소재

중노위의 애초의 기각결정의 사유는 ‘유인물배포행위가 징계사유이고, 징계 양정도 적정하고, 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제1호의 부당노동행위에 해당하지 않는다’이고,<sup>17)</sup> 그 후 소송계속 중에 ‘유인물배포행위가 정당하지 않은 노동조합행위에 해당하여 징계사유에 해당한다’는 사유를 추가했는데, 행정소송에서 처분사유의 추가·변경의 의의, 인정여부, 범위 등이 문제된다.<sup>18)</sup>

### 2. 처분사유의 추가변경의 의의

17) 제81조(부당노동행위) 사용자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위(이하 "부당노동행위"라 한다)를 할 수 없다.

1. 근로자가 노동조합에 가입 또는 가입하려고 하였거나 노동조합을 조직하려고 하였거나 기타 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위

18) 처분사유의 추가변경은 피고 처분청이 소송계속 중에 처분의 사유를 추사하는 것이고, 노동행정사안의 경우 피고는 **중노위의 위원장**이 피고가 되는데(노동위원회법 제27조), 설문에서 “**중앙노동위원회는**~”라고 실시되어 있는 것은 출제상의 오류가 아닌 듯 싶다.

행정청이 다툼이 되는 처분을 하면서 처분당시 처분사유를 밝힌 후 당해 처분에 대한 **소송 계속 중에** 당해 처분의 적법성을 유지하기 위하여 처분당시 제시된 처분사유를 변경하거나 추가하는 것을 의미한다.<sup>19)</sup>

### 3. 처분사유의 추가·변경의 인정여부

#### (1) 문제점

처분사유의 추가·변경은 실정법에 규정이 없는바, 인정 여부와 그 인정 범위가 문제된다.

#### (2) 학설의 대립

##### ① 부정설

처분사유의 추가·변경을 허용하면 처분의 상대방에게 예기치 못한 불이익을 가져올 수 있으므로 상대방의 권익보호차원에서 부정하는 견해이다.

##### ② 긍정설

처분사유의 추가변경을 부정하면 계쟁처분에 대한 취소판결 이후 처분청은 추가변경하고자 했던 처분사유를 근거로 동일한 내용의 처분을 다시 하게 되어 **소송경제에 반하게 되므로** 긍정하는 견해이다.

##### ③ 제한적 긍정설

기본적 사실관계의 동일성이 유지되는 범위 내에서 허용하는 견해이다.

#### (3) 판례의 태도(제한적 긍정설)

판례는 ① **당초의 처분사유와 기본적 사실관계의 동일성이 유지되는 범위 내에서** 처분사유의 추가·변경을 허용하고 있는바, **제한적 긍정설**의 입장이다. ② 다만, 단지 **사실관계 변동없이 처분의 근거법령만을 추가변경하는 경우**,<sup>20)</sup> **처분사유를 구체화**하는 것에 불과한 경우는 항상 허용하는 입장

19) 만약 처분사유의 추가변경이 인정됨에도 불구하고 처분사유의 추가변경을 하지 않았고 계쟁처분에 대한 인용판결이 확정된 경우, **판결의 기속력**에 의해 추가변경이 가능했던 처분당시 처분사유를 들어 다시 동일한 처분을 할 수 없다. 왜냐하면 이는 판결의 기속력에 반하기 때문이다.

20) 대법원 1987. 12. 8., 선고, 87누632, 판결. 행정처분의 적법여부는 특별한 사정이 없는 한 처분당시의 사유를 기준으로 판단하는 것이나 처분청이 처분당시에 적시한 구체적 사실을 변경하지 아니하는 범위내에서 단지 그 처분의 근거법령만을 추가변경하는 것은 새로운 처분사유의 추가라고 볼 수 없으므로 이와 같은 경우에는 처분청이 처분당시에 적시한 구체적 사실에 대하여 처분후에 추가변경한 법령을 적용하여 그 처분의 적법여부를 판단하여도 무방하다.

이다.<sup>21)22)</sup>

#### (4) 소결

국민의 권익보호와 소송경제의 조화를 꾀하는 입장에서, 기본적 사실관계의 동일성 여부를 기준으로 하는 제한적 긍정설이 타당하다.

### 4. 처분사유의 추가변경의 인정범위

#### (1) 객관적 범위

판례는 **처분사유와 기본적 사실관계의 동일성**이 인정되는 범위 내에서 처분사유의 추가·변경이 허용된다는 입장이다.

즉 ① “기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한 지의 여부에 따라 결정된다고 한다”고 하며 ② “그리고 기본적 사실관계의 동일성은 **시간적·장소적 근접성, 행위의 태양·결과** 등의 제반사정을 종합적으로 고려하여 개별사안에 따라 구체적으로 판단하여야 한다고 한다”고 판시한바 있다. [시/장/태/결]

#### (2) 시간적 범위

##### 1) 허용시기

처분사유의 추가변경은 ‘**사실심변론종결시**’까지만 허용되는 시간적 한계가 있다.<sup>23)</sup> 따라서 행정청의 처분사유의 추가·변경은 상고심(上告審)에서는 허용되지 않는다.<sup>24)</sup>

##### 2) 위법판단의 기준시

취소소송의 위법판단의 기준시에 대해 학설은 ‘처분시설’과 ‘판결시설’이 대립하며, 이에 대해 판례는 ‘**처분시설**’로 본다.

판례에 의하면 “행정처분의 위법 여부는 ① **행정처분 당시의 법령과 사실 상태를 기준으로** 판단하여야 하며, 법원은 ② 행정처분 당시 **행정청이 알고 있었던 자료**뿐만 아니라 ③ **사실심 변론종결 당시까지 제출된 모든 자료**를 종합하여 처분 당시 존재하였던 객관적 사실을 확정하고 그 사실에 기

21) 대법원 1989.7.25. 88누11926

22) 대법원 2012. 9. 13, 2012두3859.

23) 대법원 1999. 8. 20, 98두17045

24) 상고심은 상소심의 하나로써, 제2심 판결에 불복하여 대법원에 재심을 요구한 사건의 심판을 의미한다.

초하여 처분의 위법 여부를 판단할 수 있다”고 한다.<sup>25)</sup>

### (3) 검토 및 사안의 경우<sup>26)</sup>

#### ① A노동조합의 유인물 배포행위가 부당한 노동조합행위라는 점

‘A노동조합의 유인물 배포행위가 정당하지 않은 노동조합행위에 해당하여 징계사유에 해당한다’는 부분의 경우 노동조합과 갑이 같이 지노위 및 중노위에 구제신청을 했다가 **갑만이 취소소송을 제기했으므로 기본적 사실관계와 동일성이 없으므로** 중노위는 이를 처분사유로 추가할 수 없다.

#### ② 갑의 유인물 배포행위가 부당한 노동조합행위라는 점

중노위의 기각결정의 사유는 ‘갑의 유인물배포행위가 징계사유이고, 징계 양정도 적정하고, 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제1호의 부당노동행위에 해당하지 않으므로 징계사유에 해당한다’이고, 그 후 추가된 처분사유는 ‘갑의 유인물배포행위가 정당하지 않은 노동조합행위에 해당하여 징계사유에 해당한다’는 이므로 두 사유는 ‘**유인물배포행위**’라는 점에서 **기본적 사실관계와 동일성이 있으므로** 중노위는 이를 처분사유로 추가할 수 있다.

### 5. 결론

① ‘A노동조합의 유인물 배포행위가 정당하지 않은 노동조합행위’라는 사유는 당초 처분사유와 기본적 사실관계를 달리하므로 **처분사유로 추가할 수 없지만**, ② ‘甲의 유인물 배포행위가 정당하지 않은 노동조합행위’라는 사유는 당초 처분사유와 기본적 사실관계를 같이 하므로 이를 **처분사유로 추가할 수 있다**.

25) 대법원 1981. 12. 8. 선고 80누412 판결, 대법원 1993. 5. 27. 선고 92누19033 판결.

26) 대법원, 2016.12.29, 2015두38917 판결. 이 판결의 항소심에서는 근로자 갑이 회사의 허가 없이 유인물을 배포하여 직장질서를 문란케 한 사유(제1징계사유)와 성명서와 기사로 회사명예를 훼손한 사유(제2징계사유)는 기본적 사실관계가 다르다고 판시하였다. 그러나 설문은 **판례의 사실관계와 달리**, 중노위에서 애초에 내세운 기각결정 사유와 소송 중에 내세운 처분사유를 비교해야 한다는 점이 핵심이다.

[문제2] 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 확보수단을 설명하시오. (25점)

※ 사례풀이 가이드

1. 설문은 정보공개거부에 대한 행정심판위원회의 **취소재결에 대한 실효성확보수단**을 묻는 것이다.
2. 우선 **취소재결에 기속력**이 있다는 점을 분명히 설시해야 하며, **거부처분에 대한 취소심판과 재처분의무**에 대한 종래입장과 판례 및 개정입법도 설시해야 한다.
3. 그 다음 구제수단으로 직접처분이 문제되나, 설문은 처분명령재결이 아니므로 위원회의 직접처분은 적절하지 아니하고, 간접강제만이 적절한 수단이 된다는 점이 핵심이다.

## 해설

### 1. 문제의 소재

A국립대학총장이 정보공개거부결정을 하여 갑이 행정심판위원회(이하 '행심위')에 **취소심판**을 청구하여,<sup>27)</sup> 행심위가 취소재결을 하였음에도 불구하고 A대학총장은 행심위의 재결을 따르지 아니하고 있는 설문에서, 행정심판법상 **취소인용재결의 실효성 확보수단과 관련하여** ① 위원회의 직접처분과 ② 위원회의 간접강제이다.

### 2. 거부처분에 대한 취소심판과 재처분의무

#### (1) 종래 논의와 판례

종래 학설은 ① 거부처분에 대한 취소재결의 가능성과 재처분의무 인정여부에 대해 이를 긍정하는 견해와 부정하는 견해가 있었고,<sup>28)</sup> ② 판례는 “거부처분에 취소심판의 제기가능성을 인정하며,

27) 설문에서 ‘취소재결’이라고 하였으므로 갑은 ‘의무이행심판’이 아니라 ‘취소심판’을 제기한 것이다.

28) ① 부정설 - 행정심판법 제5조 제3호에 따르면 거부처분은 의무이행심판의 대상이지 취소심판의 대상이 아니고, 명문규정이 없는 한 적극적인 재처분의무는 인정되지 않는다

나아가 재처분의무에 대하여도 **긍정하는 입장**이었다<sup>29)</sup>

## (2) 개정법 규정

2017년 개정된 행정심판법 제49조 제2항은 “거부처분 취소심판의 경우 그 처분을 한 행정청은 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.”라고 **재처분의무를 인정**하여 입법적으로 해결하였다. 이는 행심위의 거부처분에 대한 취소재결에 대해 실효성을 확보하기 위해 인정하는 것이다.

## (3) 기속력의 내용

기속력은 소극적으로 동일한 과오를 반복해서는 안된다는 ‘반복금지효’와 적극적 측면에서 재결의 취지에 따른 어떠한 처분을 해야 한다는 ‘재처분의무’ 및 ‘원상회복의무’를 그 내용으로 한다.

설문의 경우 행정심판법 제49조 제2항에 의하여 **A대학총장은 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.**

## 3. 위원회의 직접처분 여부

### (1) 직접처분의 의의

행정심판위원회의 **처분명령** 재결에도 불구하고 피청구인이 처분을 하지 아니하는 경우 청구인은 위원회에 직접처분을 신청할 수 있다(행심 제50조). 청구인의 신청을 받은 위원회는 피청구인에게 일정한 기간을 정하여 서면으로 **시정명령**을 내리고 피청구인이 그 기간 내에 이행하지 **않는 경우 직접 당해 처분**을 할 수 있다(동법 50조). [처명/신시아/성불]<sup>30)</sup>

이는 이행재결인 처분명령재결에 대해서만 인정되며, 형성재결에 대해서는 성질상 인정되지 아

---

고 보는 입장이다.

② 긍정설 - 행정심판법 제2조 제1호(‘처분’이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력 의 행사 또는 그 거부, 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다)와 제5조 제1호(취소심판: 행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 행정심판)를 근거로 **거부처분취소심판의 가능성**을 인정하고, 행정심판법 **제49조 제1항**을 근거로 **재처분의무**가 인정된다고 보는 입장이다.

29) 대법원 1988.12.13. 88누7880판결. 당사자의 신청을 거부하는 처분을 취소하는 재결이 있는 경우에는 행정청은 그 재결의 취지에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 하는 것이므로 행정청이 그 재결의 취지에 따른 처분을 하지 아니하고 그 처분과는 양립할 수 없는 다른 처분을 하는 것은 위법한 것이라 할 것이고 이 경우 그 재결의 신청인은 위법한 다른 처분의 취소를 소구할 이익이 있다.

30) ① 처분명령재결이 있을 것, ② 위원회가 당사자의 신청에 따라 기간을 정하여 시정을 명할 것, ③ 해당 행정청이 그 기간 내에 시정명령을 이행하지 않을 것, ④ 처분의 성질이나 그 밖의 불가피한 사유로 위원회가 직접처분을 할 수 없는 경우에 해당하지 않을 것 등을 요건으로 한다. [처명 신시아 성불]

니한다.

## (2) 소결

설문의 경우 B행정심판위원회의 재결은 A대학총장의 공개거부결정을 취소하는 재결이며 이는 형성(形成)재결의 성질을 가진다. 따라서 이행(履行)재결에 불응하는 경우 적용되는 직접처분은 이에 대한 적절한 구제수단은 되지 못한다.

## 4. 갑의 간접강제의 신청 여부

### (1) 의의 및 취지

행정심판위원회는 거부처분취소재결 또는 거부처분무효확인재결이나 처분명령재결에도 불구하고 피청구인이 처분을 하지 않은 경우 청구인은 위원회에 간접강제를 신청할 수 있다. 청구인의 신청을 받은 위원회는 결정으로 상당한 기간을 정하고 피청구인이 그 기간 내에 이행하지 않은 경우 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 하거나 즉시 배상할 것을 명할 수 있다(행심법 제50조의2).<sup>31)</sup>

이러한 위원회의 간접강제 제도는 거부처분취소재결 또는 거부처분무효확인재결의 실효성을 담보하도록 2017년 행정심판법 일부개정시 도입된 제도이다.

### (2) 요건

① 위원회의 거부처분취소재결 또는 거부처분무효확인재결이나 처분명령재결이 있을 것, ② 그러한 재결에도 처분청이 처분을 하지 않을 것, ③ 청구인의 신청에 따라 위원회가 결정으로 상당한 기간을 정할 것, ④ 피청구인이 그 기간 내에 이행하지 아니할 것 등을 요한다. [거취무명안 신기안]

### (3) 효력

간접강제 결정의 효력은 피청구인의 행정청이 소속된 국가, 지방자치단체, 또는 공공단체에 미치며 결정서정본은 ‘민사집행법’에 따른 강제집행에 관하여는 집행권원과 같은 효력을 가진다(행심법 제50조의2 제5항).

### (4) 검토 및 사안의 경우

B행정심판위원회의 거부처분인 정보비공개결정 취소재결에도 불구하고 A대학총장은 甲의 최종 입학점수를 공개하지 아니하고 있다 따라서 갑의 간접강제신청에 따라 B행정심판위원회는 결정으로 상당한 기간을 정하고, 피청구인 A대학총장이 그 기간 내에 이행하지 아니하면 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 하거나 즉시 배상할 것을 명할 수 있다.

---

31) 이러한 간접강제는 주로 거부처분취소재결의 실효성을 확보하기 위해서 인정되지만, 위원회의 직접처분이 처분의 성질상 불가능한 경우 그에 대한 구제책으로도 인정된다.



## 5. 결론

B행정심판위원회는 해당정보를 보유한 공공기관이 아니므로 **직접처분**을 통하여 공개할 수 없다. 따라서 甲은 정보비공개결정의 취소인용재결과 관련하여 행정심판법상 취할 수 있는 실효성 확보수단은 **B행정심판위원회에 간접강제를 신청**하는 것이다.

[문제3] 甲은 부동산의 취득으로 인한 취득세 및 농어촌특별세의 납세의무부존재 확인소송을 제기하려고 한다. 이러한 납세의무부존재확인소송의 법적 성질에 관하여 설명하시오. (25점)

※ 사례풀이가이드

1. 본 설문은 납세의무부존재확인소송의 법적 성질에 관한 것이므로 바로 답하지 말고 우선 공법과 사법의 구별실익과 기준, 항고소송인지 당사자 소송인지 구별하고 그 다음에 답을 실시해야 한다.
2. 당사자 소송과 항고소송의 구별기준과 판례도 명확하게 숙지해야 한다. 이런 유형의 문제에서 잘못 선택하게 되면 데미지가 매우 크게 된다.

## 1. 문제의 소재

甲은 부동산의 취득으로 인한 취득세 및 농어촌특별세의 납세의무부존재 확인소송의 성질과 관련하여 우선 공법과 사법의 구별실익 및 기준이 문제되며, 공법관계인 경우에도 당사자소송인지 항고소송인지 문제된다.

## 2. 공법과 사법의 구별실익과 기준

### (1) 구별실익

사법관계이면 적용되는 법규도 사법이고 구제절차도 민사소송에 의해야 하고, 사적자치에 적용된다. 그러나 공법관계이면 적용되는 법규도 공법이고, 구제절차도 행정소송에 의해야 하고, 법치주의가 적용된다.

### (2) 구별기준

우선적으로 적용되는 법규가 공법이면 공법관계, 사법이면 사법관계가 된다. 그러나 적용법규가 명확하지 아니한 경우 그 기준이 문제된다.

학설은 ① 지배복종관계인지 여부를 기준으로 하는 ‘권력설’, ② 관련법규의 보호목적이 공익인지 사익인지 여부를 기준으로 하는 ‘이익설’, ③ 공권력의 담당자에게만 권리의무가 귀속되는 경우가 공법이고 누구에게나 귀속되는 경우가 사법이라는 ‘귀속설’ 등이 대립한다.

판례는 ① 위의 학설을 종합하는 ‘복수기준설’을 취하는바, ② “취득세의 귀속주체는 특별시, 농어촌특별세의 귀속주체는 국가”라 할 것이라고 판시한바 있다.<sup>32)33)</sup>

32) 대법원 1997.11.11. 선고 97다8427 판결, 대법원 1995.2.28. 선고 94다31419 판결, 대법

### (3) 검토 및 사안의 경우

조세행정은 전형적인 지배관계를 전제로 하며, 관련법령도 조세행정의 합목적성을 달성하려는 공익적인 면이 강하고, 과세관청에 의해 대가없이 부과징수된다는 점에서 **공법관계**로 봄이 타당하다

## 3. 행정소송 중 항고소송과 당사자소송의 구별

### (1) 의의

항고소송은 공법상의 법률관계 중 국가의 공권력의 행사 또는 불행사 즉, 권력관계에 대한 불복수단이고, 당사자소송은 공법상의 법률관계 중 권력관계를 제외한 비권력관계에 대한 불복수단이다.

### (2) 판례의 구별기준

판례는 ① 금전지급을 받을 권리가 **행정청의 지급결정에 의하여 비로소 구체적으로 확정**되는 경우에는 그 지급결정을 먼저 항고소송으로 다투어야 하고, <sup>34)</sup> ② 금전지급을 받을 권리가 **법령에 의하여 이미 구체적으로 명확하게 확정**되어 있어 행정청의 지급결정이 단순한 사실행위에 불과한 경우에는 금전지급청구소송을 당사자소송으로 제기할 수 있다.<sup>35)</sup>

---

원 2000. 9. 8. 선고 99두2765 판결.

33) 따라서 취득세 납세의무부존재확인의 소는 피고를 서울특별시로, 농어촌특별세 납세의무부존재확인의 소는 피고를 대한민국으로 각 설정하여 소를 제기하여 한다.

34) 대법원 1999. 11. 26., 선고, 97다42250, 판결. 구 의료보호법(1995. 8. 4. 법률 제 4974호로 개정되기 전의 것) 제1조, 제4조, 제6조, 제11조, 제21조, 같은법시행령(1997. 2. 19. 대통령령 제15279호로 개정되기 전의 것) 제17조 제1항, 제2항, 제21조, 같은법시행규칙(1997. 9. 1. 보건복지부령 제55호로 개정되기 전의 것) 제28조, 제29조에 따른 의료보호의 목적, 의료보호대상자의 선정절차, 기금의 성격과 조성방법 및 운용절차, 보호기관의 심사결정의 내용과 성격, 진료기관의 보호비용의 청구절차 등에 비추어 볼 때, 진료기관의 보호기관에 대한 진료비지급청구권은 계약 등의 법률관계에 의하여 발생하는 사법상의 권리가 아니라 법에 의하여 정책적으로 특별히 인정되는 공법상의 권리라고 할 것이고, **법령의 요건에 해당하는 것만으로 바로 구체적인 진료비지급청구권이 발생하는 것이 아니라 보호기관의 심사결정에 의하여 비로소 구체적인 청구권이 발생한다고 할 것**이므로, 진료기관은 법령이 규정한 요건에 해당하여 진료비를 지급받을 추상적인 권리가 있다 하더라도 진료기관의 보호비용 청구에 대하여 보호기관이 심사 결과 지급을 거부한 경우에는 곧바로 민사소송은 물론 공법상 당사자소송으로도 지급 청구를 할 수는 없고, 지급거부 결정의 취소를 구하는 **항고소송을 제기하는 방법**으로 구제받을 수밖에 없다.

35) 대법원 2004.7.8. 선고, 2004두244, 판결. 공무원으로 재직하다가 퇴직하여 구 공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정되기 전의 것)에 따라 퇴직연금을 받고 있던 사람이 철차산업 직원으로 다시 임용되어 철차산업으로부터는 급여를 받고 공무원연금관리공단으로부터는 여전히 퇴직연금을 지급받고 있다가, 구 공무원연금법시행규칙(2001. 2. 28. 행정자치부령 제126호로 개정되기 전의 것)이 개정되면서 철차산업이 구 공무원연금법 제47조 제2호 소정의 퇴직연금 중 일부의 금액에 대한 지급정지기관으로 지정된 경우, **공무원연금관리공단의 지급정지처분 여부에 관계없이 개정된 구 공무원연금법시행**

### (3) 검토 및 사안의 경우

부동산의 취득으로 인한 취득세 및 농어촌특별세의 납세의무는 과세관청의 과세처분이 아니라 **법정의 특정요율에 의하여 기계적으로 발생하는 공법관계**이다. 그러므로 취득세 및 농어촌특별세의 납세의무부존재 확인소송은 공법상의 법률관계 그 자체를 다투는 소송으로서 행정소송법 제3조 제3호의 당사자 소송에 해당한다. 따라서 갑은 취득세 납세의무부존재확인 소는 **피고를 서울특별시**로, 농어촌특별세 납세의무부존재확인 소는 **피고를 대한민국**으로 각 소를 제기하여 한다.

### 4. 결론

부동산의 취득으로 인한 취득세 및 농어촌특별세의 납세의무부존재 확인소송은 공법관계이면서 그 구제수단은 **법령에 의하여 의무가 이미 구체적으로 명확하게 확되어 있는 경우이므로** 甲은 항고소송이 아니라 당사자소송에 의해야 한다. 즉 갑은 취득세 납세의무부존재확인 소는 **피고를 서울특별시**로, 농어촌특별세 납세의무부존재확인 소는 **피고를 대한민국**으로 각 소를 제기하여 한다.

---

규칙이 시행된 때로부터 그 법 규정에 의하여 당연히 퇴직연금 중 일부 금액의 지급이 정지되는 것이므로, 공무원연금관리공단이 위와 같은 법령의 개정사실과 퇴직연금 수급자가 퇴직연금 중 일부 금액의 지급정지대상자가 되었다는 사실을 통보한 것은 단지 위와 같이 법령에서 정한 사유의 발생으로 퇴직연금 중 일부 금액의 지급이 정지된다는 점을 알려주는 관념의 통지에 불과하고, 그로 인하여 비로소 지급이 정지되는 것은 아니므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수 없다.