▣ 행정쟁송법 Digest 제2판, 추록

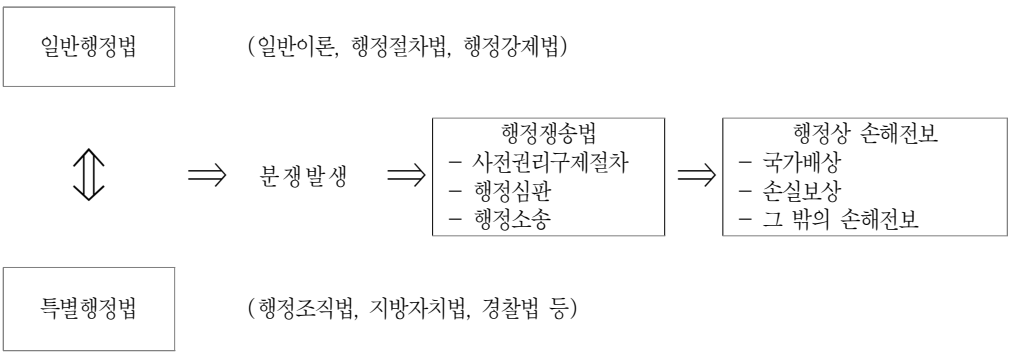
– 2쪽(2쪽). 행정법의 개관을 추가함

▣ 행정법의 개관

행정법은 일반행정법(행정법총론), 특별행정법(행정법각론), 행정구제법(국가배상, 손실보상, 행정쟁송법으로 구성된다. 따라서 일반행정법에서는 행정법 전반에 적용되는 일반이론(행정작용 등)과 행정작용을 결정하기 위한 사전절차인 행정절차법(정보공개), 행정법상의 의무불이행을 강제하는 행정강제법으로 구성된다. 특별행정법은 지방자치법, 경찰법 등의 개별분야의 특별한 법이론과 법령, 판례를 중심으로 구성된다. 행정구제법은 크게 행정상 손해전보와 행정쟁송법으로 이루어진다. 행정쟁송법은 주로 행정심판법과 행정소송법으로 구성된다.

특히 행정쟁송법은 행정주체와 국민간의 행정법관계에서 분쟁이 발생한 경우에 이러한 분쟁을 권리구제차원에서 해결하는 행정심판법과 행정소송법을 중심으로 구성된다.

➲ 행정법의 개념과 체계



– 6쪽(6쪽)의 항변을 5. 이의신청을 신설하면서 합침.

5. 이의신청

1) 개 념

이의신청은 '행정청이 일정한 행정작용을 행하는 경우에 그에 대하여 이의가 있는 사람이 해당 행정기관, 특히 공무담당자(공무원)에 대하여 이의를 제기하는 것'이다. 나아가 '담당자의 상관에게 구두로 불만을 토로하는 것'도 포함한다.

2) 종 류

이의신청에는 법령에 의하여 공식화된 이의신청과 비공식적인 이의신청이 있다.

통상 이의신청이라고 하는 것은 법령에 규정된 공식적인 이의신청을 말한다. 이러한 이의신청은 법령에 규정된 경우에 처분청에 대한 불복절차라고 본다. 행정심판과의 구분이 문제된다.

비공식적인 이의신청(formlose Rechtsbehelfe) 은 아무런 형식이나 기간에 전혀 구애를 받지 않고, 반

복적으로도 제기할 수 있다.[1] 이 점에서 공식적인 이의신청, 행정심판이나 행정소송과 구별된다. 다만, 직접적인 처분담당자라고 할 수 있는 공무담당자(공무원) 등에게 불만이나 반대의견을 진술하는 것이다. 비공식적 이의신청에 대하여는 담당기관(공무담당자)은 어떠한 법적 심사권도, 답변의무도 갖지 않는다. 그러나 담당 공무원이 항변자의 주장에 쉽게 동의할 경우에는 가장 쉽고도 빠른 효과적인 권리구제수단이 된다는 점이 중요하다.

– **11쪽(11쪽)**의 3) 행정법상 분쟁해결제도에 추가함

학설은 국가배상심의회는 특별행정심판으로 보나, 판례는 특별행정심판에 해당되는 국가배상법상의 배상심의회의 결정의 효력을 신청인의 동의없이는 효력이 발생하지 않아 구속력이 없다는 점 등에서 민사분쟁조정제도에 가까운 일종의 소송외 분쟁해결제도라고 보았다(헌법재판소 2000.2.24, 99헌바17).

> **관련판례** 헌법재판소 2000. 2. 24. 선고 99헌바17·18·19(병합) 전원재판부 【국가배상법 제9조 위헌소원】
> 배상위원회의 배상결정은 배상신청인의 동의 없이는 효력을 발생하지 않는 것으로서 배상신청인을 구속하지도 않고, 지방자치단체를 상대로 하는 배상사건에 있어서 지방자치단체를 구속하지도 않는다(국가배상법 제15조 참조). 이와 같은 배상결정의 효력에 초점을 맞추어 보면 배상심의 및 배상결정의 성격을 사법작용이라고는 할 수 없고, 행정심판과도 다르다. 배상심의회가 법무부장관의 지휘를 받는 등(국가배상법 제10조 제3항) 결정주체의 제3자성이나 독립성이 부족한 점에서 일반적인 민사분쟁조정제도와는 차이가 있지만 결정의 효력에 있어서는 이와 유사하므로 배상결정제도는 민사분쟁조정제도에 가까운 일종의 소송외 분쟁해결제도라고 말할 수 있다.

– 18쪽(18쪽) 이의신청에 3. 요건과 5. 이의신청에 따른 행정청의 결정의 법적 성질을 추가함

3. 이의신청의 요건 (판단기준)

이의신청은 법령에 규정된 용어(이의신청 등)에 상관없이 그 제도적인 실질을 보아 행정청의 재심사에 해당되는 이의신청여부를 판단하여야 한다. 따라서 이의신청의 요건 내지 판단기준은 다음과 같다.

1) 심판기관

이의신청은 '처분청'에 대하여 재심사를 구하는 절차이다.[2] 따라서 상급행정청이나 행정심판위원회에게 불복을 구하는 것은 원칙적으로 행정심판이다.

2) 판단대상

이의신청은 '개별법에 규정된 일정한 처분'에만 인정되는 것이다(국세기본법 제66조 제1항, 지방세기본법 제118조 등), 따라서 개별법에서 허용하지 않는 것은 공식적인 이의신청절차가 아니다.

또한, 이의신청도 행정청의 위법 또는 부당한 처분 등으로 권익을 침해당한 자가 청구하는 것이다. 이 점에서 진정 등과 구분된다. 대상이 처분에 한정되지 않고 행정기관의 모든 결정으로 보는 견해도 있으나(박균성), 법령상 규정된 이의신청은 처분 등에 한정된다고 볼 수 있다.

---

1) *Schenke*, S. 1.

2) 종전의 행정심판은 처분청의 직근상급행정기관인 '재결청'에 청구하였으나, 2008년 행정심판법개정으로 처분청이나 행정심판위원회에 청구하도록 규정함으로써 이의신청과의 구별이 덜 명확해졌다.

3) 행정청의 재심사

이의신청의 법적 성질은 행정청(처분청)의 재심사를 통한 재결정이다. 따라서 이의신청에 따른 행정청의 결정도 (재)처분에 불과하다. 불가변력이나 처분사유의 추가·변경 등은 처분에도 인정되므로 당연히 행정청의 재처분에 해당되는 이의신청에도 인정된다.

행정심판과 다른 점은 1) 이의신청은 행정청의 재결정에 불과하므로 법판단작용이 아니어서 사법절차가 원칙적으로 준용되지 않는다. 2) 이의신청에 따른 결정 후에도 행정청의 결정에 불과하므로 신청인은 다시 행정심판이나 행정소송을 제기하여 불복할 수 있다.

5. 이의신청에 따른 행정청의 결정의 법적 성질

처분의 상대방이 법령상 규정된 이의신청절차에 따라 이의신청을 신청한 경우에 1) 처분청이 이의신청을 받아들이지 않아 기각하는 경우에는 처분청의 종전의 처분이 유지되므로 처분청의 기각결정이나 기각결과의 통지는 새로운 독립한 행정청의 의사표시라고 볼 수 없다. 따라서 판례도 처분청의 이의신청 기각결정이나 기각통지는 종전의 처분을 유지하고 단지 신청인의 이의신청을 기각한다는 결과를 통지함에 그치고, 신청인의 권리·의무에 새로운 변동을 가져오는 공권력의 행사나 이에 준하는 행정작용이라고 할 수 없으므로 독자적인 처분성이 없어서 종전의 처분을 대상으로 행정쟁송을 제기하여야 한다고 본다(대판 2012.11.15, 2010두8676). 생활대책대상자 부적격 통보에 대한 이의신청에 따른 재심사통보는 부적격통보와 결론이 같더라도 별도의 의사결정과정과 절차를 거쳐 이루어진 독립한 행정처분의 항고소송의 대상이 된다(대판 2016.7.14, 2015두58645). 과세처분에 대한 이의신청 등에서 재조사결정(변형결정)은 후속처분(*새로운 과세처분)으로 효력이 발생하므로 심판청구기간 등은 후속처분의 통지를 받은 날부터 기산한다(대판 2010.6.25., 2007두12514).

2) 처분청이 상대방의 이의신청을 인용하는 경우에는 새로운 처분을 하여야 한다. 따라서 상대방 등이 이에 불복하는 경우에는 새로운 처분을 대상으로 행정쟁송을 하여야 한다.

관/련/판/례 ❶ 대법원 2012. 11. 15. 선고 2010두8676 판결 【주택건설사업승인불허가처분취소등】

민원 이의신청을 받아들이는 경우에는 이의신청 대상인 거부처분을 취소하지 아니하고 바로 최초의 신청을 받아들이는 새로운 처분을 하여야 하는 반면, 이의신청을 받아들이지 아니하는 경우에는 다시 거부처분을 하지 아니하고 그 결과를 통지함에 그칠 뿐이다. 따라서 이의신청을 받아들이지 아니하는 취지의 기각 결정 내지는 그 취지의 통지는, 종전의 거부처분을 유지함을 전제로 한 것에 불과하고 또한 거부처분에 대한 행정심판이나 행정소송의 제기에도 영향을 주지 못하므로, 결국 민원 이의신청인의 권리·의무에 새로운 변동을 초래하는 공권력의 행사나 이에 준하는 행정작용이라고 할 수 없어, 독자적인 항고소송의 대상이 된다고 볼 수 없다고 봄이 상당하다.

❷ 대법원 2016. 7. 14. 선고 2015두58645 판결 【생활대책용지공급대상자부적격처분취소】

한국토지주택공사가 택지개발사업의 시행자로서 택지개발예정지구 공람공고일 이전부터 영업 등을 행한 자 등 일정 기준을 충족하는 손실보상대상자들에 대하여 생활대책을 수립·시행하였는데, 직권으로 갑 등이 생활대책대상자에 해당하지 않는다는 결정(이하 '부적격통보'라고 한다)을 하고, 갑 등의 이의신청에 대하여 재심사 결과로도 생활대책대상자로 선정되지 않았다는 통보(이하 '재심사통보'라고 한다)를 한 사안에서, 부적격통보가 심사대상자에 대하여 한국토지주택공사가 생활대책대상자 선정 신청을 받지 아니한 상태에서 자체적으로 가지고 있던 자료를 기초로 일정 기준을 적용한 결과를 일괄 통보한 것이고, 각 당사자의 개별·구체적 사정은 이의신청을 통하여 추가로 심사하여 고려하겠다는 취지를 포함하고 있다면, 갑 등은 이의신청을 통하여 비로소 생활대책대상자 선정에 관한 의견서 제출 등의 기회를 부여받게 되었고 한국토지주택공사도 그에 따른 재심사과정에서 당사자들이 제출한 자료 등을 함께

고려하여 생활대책대상자 선정기준의 충족 여부를 심사하여 재심사통보를 한 것이라고 볼 수 있는 점 등을 종합하면, 비록 재심사통보가 부적격통보와 결론이 같더라도, 단순히 한국토지주택공사의 업무처리의 적정 및 갑 등의 편의를 위한 조치에 불과한 것이 아니라 별도의 의사결정 과정과 절차를 거쳐 이루어진 독립한 행정처분으로서 항고소송의 대상이 되므로, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다.

– **31쪽(30쪽)**의 2. 행정심판청구서의 제출에 판례추가

관/련/판/례 대법원 2000. 6. 9. 선고 98두2621 판결 【건축불허가처분취소】
행정심판법 제19조, 제23조의 규정 취지와 행정심판제도의 목적에 비추어 보면 행정소송의 전치요건인 행정심판청구는 엄격한 형식을 요하지 아니하는 서면행위로 해석되므로, 위법 부당한 행정처분으로 인하여 권리나 이익을 침해당한 자로부터 그 처분의 취소나 변경을 구하는 서면이 제출되었을 때에는 그 표제와 제출기관의 여하를 불문하고 이를 행정소송법 제18조 소정의 행정심판청구로 보고, 불비된 사항이 보정가능한 때에는 보정을 명하고 보정이 불가능하거나 보정명령에 따르지 아니한 때에 비로소 부적법 각하를 하여야 할 것이며, 더욱이 심판청구인은 일반적으로 전문적 법률지식을 갖고 있지 못하여 제출된 서면의 취지가 불명확한 경우도 적지 않으나, 이러한 경우에도 행정청으로서는 그 서면을 가능한 한 제출자의 이익이 되도록 해석하고 처리하여야 하는 것이다(대법원 1995.9.5. 선고 94누16250 판결, 1995.11.10. 선고 94누12852 판결, 1997.2.11. 선고 96누14067 판결 등 참조).

– **32쪽(41쪽)** 종전 제4항의 심판청구의 대상을 제2항으로 옮기면서 심판대상과 대상적격을 분리

Ⅰ 행정심판의 심판대상

행정소송의 소송물처럼, 행정심판의 심판대상에 대하여는 처분의 위법성이라는 주장도 있으나, 행정심판에서는 처분의 위법성과 부당성이라고 보아야 한다. 판례도 행정심판의 심판대상을 처분의 위법·부당성이라고 본다(대판 2012.11.29, 2012두3743).

관/련/판/례 대법원 2012. 11. 29. 선고 2012두3743 판결 【보조금회수처분취소등】
구 행정심판법 제39조, 제36조 제1항, 행정소송법 제18조 제1항 단서, 제3항 제1호의 규정 취지 등에 비추어 행정심판의 심판대상은 처분 상대방의 불복 범위와 관계없이 처분의 위법·부당성이라고 보아야 할 것이다.

– **39쪽(37쪽)**. 제3항. I. 1. 청구인에 판례추가

관/련/판/례 ❶ 대법원 1991. 1. 25. 선고 90누7791 판결 【재결처분취소】
소외 한국미디어센타주식회사가 서울특별시장을 피청구인으로 하여 제기한 행정심판청구에 대한 것으로서 원고는 그 회사의 대표이사일 뿐 그 당사자가 아니라고 판단한 조치는 옳다. …또 회사의 대표이사라는 이유만으로는 그 회사가 받은 행정처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다고 할 수는 없다.

– **41쪽(39쪽)** 5) 청구인변경 판례 추가

관/련/판/례 대법원 1999. 10. 8. 선고 98두10073 판결 【국가유공자유족등록거부처분취소】
청구인적격이 없는 자의 명의로 제기된 행정심판청구에 대하여 행정청이나 재결청에게 행정심판청구인을 청구인적격이 있는 자로 변경할 것을 요구하는 보정을 명할 의무가 없고, 행정심판절차에서 임의적인 청구인의 변경은 원칙적으로 허용되지 아니한다.

– **42쪽(50쪽)** 3) 불이익변경의 금지에 내용 및 판례 추가

조세심판에서도 명문규정이 있으며, 심판청구에 대한 재조사결정에 따른 후속처분이 당초처분을 세액을 초과하는 경우에는 불이익변경금지의 원칙에 위배되어 위법하다(대판 2016.9.28, 2016두

39382).

> **관/련/판/례** 대법원 2016. 9. 28. 선고 2016두39382 판결 【부가가치세등부과처분취소】
> 심판청구에 대한 결정의 한 유형으로 실무상 행해지고 있는 재조사결정은 재결청의 결정에서 지적된 사항에 관해서 처분청의 재조사결과를 기다려 그에 따른 후속 처분의 내용을 심판청구 등에 대한 결정의 일부분으로 삼겠다는 의사가 내포된 변형결정에 해당하고, 처분청의 후속 처분에 따라 내용이 보완됨으로써 결정으로서 효력이 발생하므로, 재조사결정의 취지에 따른 후속 처분이 심판청구를 한 당초 처분보다 청구인에게 불리하면 국세기본법 제79조 제2항의 불이익변경금지원칙에 위배되어 후속 처분 중 당초 처분의 세액을 초과하는 부분은 위법하게 된다.

– 57쪽(55쪽) 4) 처분명령재결시 처분의 특정여부 추가

4) 처분명령재결시 처분의 특정여부

위원회가 의무이행심판청구에 대하여 처분명령재결을 하는 경우에 처분의 성질에 따라 특정한 처분을 명령할 수 있는가가 문제된다.

(1) 일반기준 : 처분과 관련된 법령상의 요건이나 사실관계에 부합하는 경우에는 위원회가 특정한 처분을 명령하는 재결할 수 있으나 그렇지 않은 경우에는 처분청의 권한을 존중하여 상대방(청구인)의 신청에 따른 처분을 하도록 명령하여야 한다.

(2) 기속행위 : 심판대상인 처분이 기속행위인 경우에는 청구인의 청구가 이유가 있으면, 위원회는 그에 따른 처분을 직접하거나 처분청에 특정처분을 명령할 수 있다. 단, 처분에 일정한 절차가 필요한 경우에는 적법한 절차를 거쳐 처분할 것을 명하는 일정처분명령도 가능하다.

(3) 재량행위 : 처분에 대하여 처분청이 재량권을 가진 경우에는 1) 재량존중설은 심리결과 해당 사실관계에 따라 특정처분을 해야 할 것이 명확한 경우에는 처분청에 특정처분을 명령해야 하나, 그렇지 않은 경우에는 처분청의 재량을 존중해야 한다고 보고, 2) 일정처분명령설(재처분명령설)은 위원회는 신청에 따른 처분을 하도록 명령할 수 있다고 본다.

– 59쪽(56쪽) 제2항 재결의 실효성확보수단 (집행강제제도)로 제목 변경 및 해설 추가

「행정심판법」은 행정심판위원회의 재결에도 불구하고 피청구인인 행정청이 재결의 취지에 따른 처분 등을 이행하지 않는 경우에는 재결의 실효성을 확보하기 위한 집행강제제도를 두고 있다. 재결의 기속력 확보수단이라고도 한다.

– 63쪽(60쪽) 직접처분에서 2. 인정범위에 판례설명 추가

3) 판례는 성남시의 고유사무(*자치사무)에 대한 경기도지사의 직접처분이 인용재결의 범위를 넘어 성남시의 권한을 침해하여 무효라고 보았다(헌재 1999.7.22, 98헌라4).

– **65쪽(62쪽)** 관련기출 2019년 문제 추가

관련기출 【2019년 노무】

제2문 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. 문제의 소재
Ⅱ. 재결의 실효성확보수단의 법적 검토
1. 재결의 기속력
2. 간접강제
1) 개 념
2) 요 건
3) 결정절차
4) 효 력
5) 불 복
3. 직접처분 : 불가
Ⅲ. 결 론

– **67쪽(70쪽)**. 조세심판절차에서 2. 행정심판에 (30 재조사결정 추가

(3) 재조사결정

재조사결정은 납세자가 위법한 과세처분에 대하여 이의신청, 심사청구, 심판청구 등을 제기한 경우에 해당 심판기관이 재결의 한 유형으로서 납세자(청구인)의 청구를 이유가 있다고 인정하면서 처분청에 대하여 특정사항을 재조사하라는 결정이다. 그러나 재조사결정으로 당초 과세처분이 바로 취소되는 것은 아니고 사실관계를 재조사하여 새로운 필요한 처분을 하라는 것으로 일종의 의무이행심판에서의 처분명령재결과 유사하다고 볼 수 있다. 행정소송의 제소기간은 재조사결정에 따른 재조사처분을 받은 날로부터 기산한다.

– **91쪽(89쪽)** 항고소송의 종류 표 추가

➲ 항고소송의 종류

1. 항고소송 : 행정청의 처분등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송(제3조 제1호)	1) 취소소송 : 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송(제4조 제1호). 무효선언적 취소소송 인정
	2) 무효등 확인소송 : 행정청의 처분등의 효력 유무 또는 존재여 부를 확인하는 소송(제4조 제2호)
	3) 부작위위법확인소송 : 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송(제4조 제3호)
	4) 무명항고소송 : 의무이행소송, 예방적 금지소송 등

– **94쪽(92쪽)** 2. 부작위위법확인소송과의 관계 추가

2. 부작위위법확인소송과의 관계

행정청의 부작위에 대하여 상대방은 부작위위법확인소송을 제기할 수 있으나, 행정청의 부작위가 처분으로 간주되거나 또는 행정청이 부작위중에 처분을 행하는 경우에는 부작위위법확인소송을 제기할 수 없고, 그 처분에 대한 취소소송을 제기하여야 한다. 따라서 취소소송에 대하여 부작위위법확인소송은 보충적인 관계에 있다.

– **96쪽(94쪽)** 1. 재관관할의 개념 추가

1. 재판관할의 개념

소가 제기되면, 해당 소송에 대한 재판권(한)을 지정하여야 한다. 우선 우리나라의 재판권에 속하는지를 검토하고, 그 다음에는 어떤 재판권에 속하는 지도 검토되어야 한다. 그리고 행정재판권에 속한다고 판단하여 행정재판권이 개시되면, 그 다음에 행정재판권 내에서 어떤 행정법원이 사건을 관할할 것인지의 재판관할이 문제된다.[3)]

– **98쪽(96쪽)** 4. 사전절차 경유여부의 판단

4. 사전절차 경유여부의 판단

일반행정심판에서는 임의주의이므로 사전절차의 경유여부가 소송요건이 아니나, 전치주의가 규정된 특별행정심판에서 문제된다. 행정소송을 제기하기 전에 사전절차를 거쳤는지 여부에 대한 판단은 당사자의 주장 유무에도 불구하고 법원의 직권조사사항이다(대판 1982.12.28, 82누7). 행정처분 취소소송에서 전심절차인 행정심판청구가 기간도과로 부적법한 경우에는 행정소송도 전치요건이 있는 경우에 마찬가지로 부적법하여 각하되어야 하고, 행정심판에서 이러한 부적법을 간과하고 실질적 재결을 하였어도 마찬가지이다(대판 1991.6.25., 90누8091).

– **115쪽(113쪽)** 처분성 인정판례와 불인정례는 처분, 행정작용의 순서에 따라 바꿈

– **135쪽(132쪽)** 피고경정에서 5,. 효력에 불복절차 추가

피고경정신청에 대한 법원의 각하결정에 대하여 원고는 불복으로 즉시항고할 수 있다(제3항). 한편, 원고의 피고결정신청을 이유 있다고 하여 인용한 결정에 대하여 종전 피고는 단지 「행정소송법」 제8조 제2항에 따라 준용되는 「민사소송법」 제449조에 따른 특별항고만 허용될 뿐이다(대결 2006.2.23., 2005부4).[4)]

---

3) 법 제9조(재판관할) ① 취소소송의 제1심관할법원은 피고의 소재지를 관할하는 행정법원으로 한다. ② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 피고에 대하여 취소소송을 제기하는 경우에는 대법원소재지를 관할하는 행정법원에 제기할 수 있다. 1. 중앙행정기관, 중앙행정기관의 부속기관과 합의제행정기관 또는 그 장 2. 국가의 사무를 위임 또는 위탁받은 공공단체 또는 그 장 ③ 토지의 수용 기타 부동산 또는 특정의 장소에 관계되는 처분등에 대한 취소소송은 그 부동산 또는 장소의 소재지를 관할하는 행정법원에 이를 제기할 수 있다.

4) 「민사소송법」 제449조(특별항고) ① 불복할 수 없는 결정이나 명령에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법위반이 있거나, 재판의 전제가 된 명령·규칙·처분의 헌법 또는 법률의 위반여부에 대한 판단이 부당하다는 것을 이유로 하는 때에만 대법원에 특별항고(특별항고)를 할 수 있다.

- 138쪽(135쪽) 소송참가에서 4. 민사소송법에 따른 소송참가의 허용여부를 상세함

4. 민사소송법에 따른 소송참가의 허용여부

1) 보조참가의 허용 여부

「민사소송법」에서는 「행정소송법」과 달리 당사자 일방의 승소를 보조하기 위하여 참가적 효력만 받는 보조참가가 허용된다(제71조).[5] 따라서 「민사소송법」상의 소송참가를 행정소송에서 허용할 것인가에 대하여 제3자가 자신을 위하여가 아니라 당사자 일방의 승소를 보조하기 위하여 참가하는 경우로 보조참가(민소법 제71조)의 요건을 충족하면 허용한다(대판 2002.9.24, 99두1519).

항고소송에서 민사소송법에 따른 보조참가를 하려면, 당사자능력과 소송능력을 갖춘 자이어야 한다. 따라서 행정청은 당사자능력 및 소송능력이 없으므로 「민사소송법」상의 보조참가는 할 수 없다(대판 2002.9.24, 99두1519).

2) 독립당사자 참가의 허용여부

행정소송에서는 개인의 권리구제뿐만 아니라 행정의 공익보호도 목적으로 하므로 제3자가 자신의 청구를 주장하는 독립당사자참가는 인정하기 어렵다(정하중). 판례는 행정청이나 그 소속기관 외의 자를 피고로 삼을 수 없다고 하여 부정한다(대판 1970.8.31, 70누70·91).

3) 공동소송참가의 허용여부

공동소송참가로서 독자적인 청구가 가능한 필요적 공동소송인의 지위를 부여하자는 견해도 있다(이상규). 당사자적격, 소송요건을 충족하면 허용하자는 견해(정하중)도 있으나 제3자에게 독자적인 청구를 인정할 수 없다.

4) 법적 지위와 법적효력

행정소송에서 보조참가한 참가인이 제3자의 소송참가에 해당하지 않는 경우에는 민사소송법상의 보조참가로서 그 법적 지위는 공동소송적 보조참가이다. 따라서 참가인의 소송행위는 공동소송인 모두의 이익을 위하여서만 효력을 가진다(민사소송법 제67조 제1항).

판결의 효력은 참가인에게도 미치며, 피참가인의 소송행위는 모두의 이익을 위해서만 효력을 가지고 공동소송적 보조참가인에게 불이익이 되는 것은 효력이 없다(대판 2013.3.28., 2011두13729).

- 140쪽(137쪽) 관련청구소송의 변합에서 2) 요건을 상세하고, 3) 절차를 추가함

(1) 병합될 취소소송이 '적법'할 것(소송요건 충족)

관련청구를 취소소송에 병합하려면, 병합될 취소소송이 적법하여야 한다. 본래의 항고소송이 부적법하여 각하되면, 병합된 관련청구도 소송요건을 흠결하여 부적법하여 각하되기 때문이다(대판 2001.11.27, 2000두697). 병합한 부당이득반환청구가 인용되기 위하여는 당해 처분이 취소되면 충

5) 「민사소송법」 제71조(보조참가) 소송결과에 이해관계가 있는 제3자는 한 쪽 당사자를 돕기 위하여 법원에 계속중인 소송에 참가할 수 있다. 다만, 소송절차를 현저하게 지연시키는 경우에는 그러하지 아니하다.

분하고 그 처분의 취소가 확정되어야 하는 것은 아니다(대판 2009.4.9, 2008두23153).

(2) 병합될 소송은 '관련청구소송'이어야 함

취소소송에 병합될 소송은 관련청구소송이어야 한다. 즉, 주된 행정소송에 관련청구소송을 병합하여야 한다. 병합은 청구의 선택적 병합이므로 양립이 불가능한 관계에 있는 청구는 선택적 병합(단순병합)이 될 수 없고, 주위적·예비적 청구로서의 병합만 가능하다(대판 1982.7.13., 81다카1120).

(3) 사실심 변론종결 전

관련청구의 병합은 판결이 준비되기 전인 사실심 변론종결 전에 행하여야 한다.

3) 절 차

실무상 관련청구의 병합청구절차는 소제기단계(원시적 병합)인 경우에는 소장에 관련청구까지 포함하여 청구하면 되고, 소제기후(후발적 병합)인 경우에는 관련청구를 포함하는 소변경서를 제출한다(사법연수원).

관련청구소송이 병합된 경우에 본래의 항고소송이 부적법하여 각하되면, 그에 병합된 관련청구도 소송요건을 흠결한 부적합한 것으로 각하되어야 한다(대판 2001.11.27, 2000두697).

- 143쪽(140쪽) 4) 행정소송과 민사소송간의 소의 변경 추가

4) 행정소송과 민사소송간의 소의 변경

항고소송을 민사소송으로, 민사소송을 항고소송으로의 변경이 「민사소송법」상의 소의 변경 규정에 따라 허용할 것인가에 대하여 1) 부정설은 민사소송법상의 소의 변경은 법원과 당사자의 동일성을 유지하면서 같은 절차에서 심리될 수 있는 청구에만 가능하므로 행정소송과의 변경에는 허용되지 않는다고 보고, 2) 긍정설은 피고에서는 처분청과 행정주체로 차이가 있어도 실질에서는 동일하고, 행정법원도 전문법원에 불과하며, 행정법원도 민사사건을 처리하므로 소의 변경을 통해 가능하다고 보고, 3) 판례는 관련 판결이 없고 단지 행정사건을 민사소송으로 제기한 경우에 수소법원이 행정소송의 관할도 가진 경우에는 소변경을 하라는 것이다(대판 1999.11.26, 97다42250). 4) 행정소송법 개정안에서 인정하고 있으며, 잘못 제기된 경우에는 소의 이송과 변경은 가능하다.

- 145쪽(141쪽) 2019년 기출문제 추가

관련기출 【2019년 노무】

제1-2 중앙노동위원회는 이 소송의 계속 중에 甲과 A노동조합의 유인물 배포행위가 정당하지 않은 노동조합행위에 해당하여 징계사유에 해당한다고 추가적으로 주장한다. 이러한 중앙노동위원회의 주장이 타당한지를 논하시오. (25점))

– 153쪽(149쪽) 2. 직권심리주의에서 3) 판례 부분 추가

2) 직권탐지주의보충설은 법원은 보충적 증거조사를 넘어 당사자가 주장하지 않은 사실에도 행정의 공익성을 확보하기 위하여 직권심리(직권탐지)와 직권증거조사가 가능하다고 본다(김남진, 박윤흔; 대판 1986.6.24, 85누321; 1989.8.8, 88누3604). 3) 직권탐지주의설은 행정소송의 목적이 개인의 권리구제를 넘어서 행정의 적법성 보장에 있다는 점, 법령상 규정이 당사자가 주장하지 않은 사실에 대하여도 판단할 수 있다고 규정한 점, 제3자에게 확정판결의 효력이 미친다는 점에서법원은 적극적으로 소송에 개입하여 재판의 적정성을 확보하여야 한다고 본다. 4) 판례는 직권탐지주의보충설에 가까우며, 청구의 범위를 유지하면서 당사자가 주장한 사실 외에도 법원이 필요한 경우에 당사자가 제출한 소송기록에 나타난 사실에 관하여 판단할 수 있다고 본다(대판 1992.3.10, 91누6030). 5) 이는 행정소송도 일반 소송절차이므로 변론주의를 기반으로 하지만, 행정소송이 '행정의 적법성 보장'이라는 공익적인 측면에서 특별한 제도로서 직권심리주의를 인정하는 것이다. 행정소송은 개인의 권리구제 외에도 행정의 적법성 확보라는 공익성의 측면이 있으므로 법원은 직접 직권심리가 가능하다.[6)]

– 155쪽(150쪽) 3. 주장책임에서 판례설명 추가

관련된 행정처분이나 행정심판의 재결이 불복기간의 도과 등으로 확정된 경우에 이는 상대방이 더 이상 쟁송으로 다툴 수 없다는 확정력을 의미하는 것이고, 그 처분의 기초가 되는 사실관계나 법률적 판단에는 기판력이 인정되지 않아 재판에서 당사자나 법원을 기속하지 않으므로 관련된 주장이나 판단을 할 수 있어서(대판 2004.7.8, 2002두11288) 당사자는 이를 주장할 수 있다.

– 155쪽(151쪽) 증명책임에 개별적 검토 추가

4) 개별적 검토

(1) 처분의 신청사유

처분의 신청사유의 존재 등에 대한 증명책임은 처분의 상대방인 원고가 부담한다(대판 2013.8.22, 2011두26589). 따라서 허가요건의 구비여부에 대한 증명책임은 원고가 부담한다.

(2) 처분사유

행정청은 자신이 발급한 처분의 근거인 법령에 해당되는 요건사실의 존재에 대하여 증명책임을 부담한다. 과세처분에 대한 과세요건에 대한 증명책임은 과세관청인 피고가 부담한다.

– 158쪽(153쪽) 3) 행정소송에서의 인정여부 추가

3) 행정소송에서의 인정여부

청구의 포기와 인낙제도는 행정소송법상 명문규정이 없으나 1) 긍정설은 행정소송에서도 처분권주의나 변론주의가 적용되므로 청구의 포기는 소송경제상, 청구의 인낙은 기속행위에서는 행정

6) 길준규, "행정소송법상의 직권탐지주의에 대한 이해", 『토지공법연구』 제44집, 2009. 5. 25, 259쪽 이하.

청에 판단권이 없으므로 부정되지만 재량행위에는 허용하는 것으로 준용할 수 있다고 보고(류지태) 2) 부정설은 사법과 달리 행정소송에는 공익성과 제3자효 등의 인정을 이유로 청구의 포기와 인락은 사적 자치를 허용하는 제도이어서 반대한다(김남진, 이상규, 장태주, 홍준형, 하명호). 3) 제한적 긍정설은 법률에 의한 행정의 원칙과 행정소송의 특수성을 해하지 않는 범위에서 제한적으로 청구의 포기와 인낙을 인정할 필요가 있다고 본다(홍정선). 4) 판례는 없으나, 실무에서는 청구의 인낙에는 부정적이나 청구의 포기에는 긍정적이라고 보고(홍정선), 행정청의 직권취소 등에 따라 원고가 소를 포기하면 같은 효과를 가져오므로 실제로는 드물다.

– 159쪽(153쪽) 2. 소송상의 화해에 조정 추가

2) 조 정

(1) 개 념

조정은 법원이나 제3의 기관을 통하여 양 당사자의 주장을 듣고 조정(안)을 작성하여 이를 양당사자가 수락하면, 분쟁이 종료되는 것을 말한다.

(2) 효 력

조정의 법적 성질이 '소송상 화해'이다. 민사에서는 「민사조정법」이 제정되어 있으나, 행정사건에서는 각종 행정위원회 등에 의한 조정이 있고, 법관에 의한 사실상의 조정이 있다.

행정소송에서는 「민사조정법」이 준용되지 않으므로 허용되지 않는다는 부정론이 있다(하명호).

(3) 절 차

취소소송에서 법관은 최종판결 전에 양 당사간의 조정을 권고할 수 있고, 이에 양 당사자가 동의하여 조정안에 따라 행정청은 변경처분을 하고, 원고는 소를 취하하면 소송은 판결없이 종료한다. 원고가 소를 취하하지 않는 경우에는 법원은 변론기일을 다시 열어 판결을 하여야 한다. 단, 하급심에서는 원고가 소를 취하하지 않는 경우에 권리보호의 이익이 인정되지 않는다고 보아 소를 각하하였다(대전고등법원 2003.6.26, 2001누1732).

또한 사실상의 조정으로 법원이 행정청에게 처분의 취소나 변경을 권고하고 원고는 소를 취하하는 방법을 취하기도 한다.

– 170쪽(163쪽) 결과제거의무에 판례 추가

관/련/판/례 대법원 2019. 10. 17. 선고 2018두104 판결 【도로점용허가처분무효확인등】
어떤 행정처분을 위법하다고 판단하여 취소하는 판결이 확정되면 행정청은 취소판결의 기속력에 따라 그 판결에서 확인된 위법사유를 배제한 상태에서 다시 처분을 하거나 그 밖에 위법한 결과를 제거하는 조치를 할 의무가 있다(행정소송법 제30조, 대법원 2015.10.29. 선고 2013두27517 판결 등 참조).
이 사건 주민소송에서 이 사건 도로점용허가를 취소하는 판결이 확정되면, 피고는 취소판결의 기속력에 따라 위법한 결과를 제거하는 조치의 일환으로서 피고 보조참가인에 대하여 도로법 제73조, 제96조, 제100조 등에 의하여 이 사건 도로의 점용을 중지하고 원상회복할 것을 명령하고, 이를 이행하지 않을 경우 행정대

집행이나 이행강제금 부과 조치를 하는 등 이 사건 도로점용허가로 인한 위법상태를 제거하는 것이 가능하게 된다.

– 172쪽(164쪽) 2019년 노무사 문제 추가

관련기출 【2019년 노무】

제1문 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. 甲과 A노동조합은 2018. 9. 7. B지방노동위원회에 위 징계처분이 부당징계 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 적정하고, 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 않는다고 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 부담하는지를 논하시오. (25점)

– 178쪽(170쪽) 무효등확인소송에서 2. 취소소송과의 관계에 설명 추가

반대로 원고가 취소사유로 무효확인소송으로 제기한 경우에는 법원은 제소기간 등의 취소소송의 소송요건을 갖추지 못한 경우에는 기각판결을 하여야 하나, 취소소송의 소송요건 등을 갖춘 경우에는 1) 소변경필요설은 처분권주의를 존중하여 석명권 행사로 취소소송으로 변경하여 취소판결을 해야 한다고 보고(정하중), 2) 취소청구포함설은 무효청구에 취소청구도 포함되어 있으므로 바로 취소판결을 할 수 있다고 본다. 3) 판례는 무효확인의 소에서 원고가 처분의 취소를 구하지 아니한다고 밝히지 아니한 이상 그 처분이 만약 당연무효가 아니라면 그 취소를 구하는 취지도 포함되어 있는 것으로 본다(대판 1994.12.23, 94누477).

– 186쪽(177쪽) 부작위위법확인소송에서 2. 제소기간 상세

2. 제소기간

부작위위법확인소송의 제소기간에 대하여 1) 제한설은 상대방의 신청 후 상당한 기간이 경과하면 처분이 있었던 것으로 보아 그 때로부터 1년 내에 제소해야 한다고 보고, 2) 무제한설은 「행정소송법」상 제소기간에 관한 명문규정이 없으므로 제한이 없다고 보고, 3) 판례는 부작위 상태가 계속되는 한 그 위법의 확인을 구할 이익이 있다고 보아 원칙적으로 제소기간의 적용이 없다고 본다(대판 2009.7.23, 2008두10560). 4) 행정청의 처분이 없으므로 원칙적으로 부작위가 계속되는 한 제한이 없다고 본다.

다만, 행정심판을 거친 경우에는 상대방이 재결을 받았으므로 취소소송의 제소기간 규정이 준용되어 행정심판의 재결서의 정본을 '송달받은 날'로부터 '90일' 이내에 소송을 제기해야 하고, 이는 '불변기간'이다(제20조 제1항, 제3항).

판례는 부작위위법확인소송이 계류중에 행정청이 거부처분을 하여 소의 변경이나 추가적 병합이 있었던 경우에는 최초의 부작위위법확인의 소가 적법하게 제기되었으면, 제소기간을 준수한 것으로 본다(대판 2009.7.23., 2008두10560).

– 193쪽(185쪽) 당사자소송에서 항고소송과의 구별 추가

통상 일반적인 구분은 1) 행정청이 상대방과의 법률관계를 일방적인 의사표시로 종료시킨 경우에 그 의사표시가 행정청이 우월한 지위에서 행하는 공권력의 일방적인 행사(처분)인지 아니면 기존의 공법상 계약에 따라 행정청이 대등한 당사자의 지위에 행하는 의사표시(계약의 해지) 인지에 대하여 ⅰ) 관계 법령이 상대방의 법률관계에 대하여 구체적으로 어떻게 규정하는지에 따라 개별적으로 판단하여야 한다고 본다. 해당 의사표시에 구체적인 법령상의 근거가 없거나 공법상 계약에 근거하는 경우에는 처분이 아니라고 본다(대판 2015.8.27, 2015두41449). ⅱ) 계약직 공무원에 대한 징계나(대판 2008.6.12, 2006두16328), 민간투자사업이나 민간위탁계약과 관련된 사업자지정행위는 처분으로 본다 (서울고법 2004.6.24, 2003두6483; 2007.9.21, 2006두7973), 부정당업자 지정이나 입찰참가자격제한, 여객운송사업자에 대한 감차명령 등과 같은 제재적 행위는 처분으로 본다(대판 2016.11.24, 2016두45028).

2) 소위 '급부청구'라고 하는 금전지급청구권이나 공법상 권리와 관련하여서는 ⅰ) 법령에 의하여 정책적으로 특별히 인정되는 공법상 권리를 행정청의 지급결정에 의하여 비로소 그 구체적인 권리 내지 청구권이 발생하거나 확정되는 경우에는 그 결정을 행정처분으로 보아 항고소송의 대상이 되고(대판 1996.12.6, 96누6417; 1999.11.26, 97다42250), ⅱ) 법령에 의하여 직접 확정되거나 법령이 직접 산정기준을 정하고 있는 경우에는 그 권리에 근거하여 당사자소송을 제기하여야 한다(대판 2006.5.18, 2004다6207; 2016.5.24, 2013두14863). 3) 계약의 해지가 우월적인 지위에서 행하는 공권력의 행사로서 행정처분인지 아니면 공법상 계약의 해지인지도 문제되는데, 공법상 계약의 해지나 그에 따른 제재, 행정청의 일방적인 의사표시에 의한 법률관계의 종료, 법령에 근거가 없는 환수통보도 당사자소송을 제기하여야 한다.

– 198쪽(189쪽) 재판관할 추가

당사자소송은 행정법원의 관할이고, 행정사건은 행정법원의 전속관할이어 절대적 상고사유이므로 민사소송과 구분해야 하는 가장 큰 이유이다. 그러나 실무에서는 민사소송과 당사자소송이 혼동되어 자주 관할위반 문제가 발생한다. 1) 원고가 고의 또는 중대한 과실 없이 행정소송을 민사소송으로 잘못 제기한 경우에는 수소법원이 만약 그 행정소송에 대한 관할도 동시에 가진다면 이를 행정소송으로 심리·판단하여야 하고(대판 1996.2.15, 94다31235), 그 행정소송에 대한 관할을 가지지 아니하다면, 행정소송의 소송요건을 결하고 있음이 명백하여 어차피 부적법하게 되

는 경우가 아닌 이상 이를 각하할 것이 아니라 관할법원에 이송하여야 한다(대판 2008.6.12, 2008다16707; 2009.9.17, 2007다2428). 따라서 당사자소송을 민사소송으로 제기한 사안에 대하여 대법원은 원심판결을 파기하고 1심판결을 취소하여 서울행정법원으로 이송시켰다(대판 2006.5.18, 2004다6207; 2017.11.9, 2015다215526).[7)]

2) 거꾸로 민사소송을 행정소송(당사자소송)으로 잘못 제기한 경우에는 행정법원이 행정소송과 병합되는 관련 민사소송을 처리할 수 있다고 규정하고(제10조 제2항), 판례는 민사소송(환매대금증감청구소송)이 서울행정법원에 제기되었음에도 피고가 관할위반의 항변을 하지 않고 본안에 대하여 변론을 한 경우에는 변론관할이 생겼다고 보아 판결 결과에 영향이 없다고 보았다(대판 2013.2.28., 2010두22368).

– 202쪽(193쪽) 2019년 기출문제 추가

관련기출 【2019년 노무】

제3문 甲은 부동산의 취득으로 인한 취득세 및 농어촌특별세의 납세의무부존재확인소송을 제기하려고 한다. 이러한 납세의무부존재확인소송의 법적 성질에 관하여 설명하시오. (25점)

Ⅰ. 문제의 소재
Ⅱ. 납세의무부존재확인 소송의 법적 검토
1. 납세의무부존재확인소송의 개념
2. 법적 성질
3. 당사자소송의 개념
4. 당사자소송의 종류
5. 피고적격의 검토
Ⅲ. 결 론

7) 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다215526 판결 【정산금청구】 민사소송법 제31조는 전속관할이 정하여진 소에는 합의관할에 관한 민사소송법 제29조, 변론관할에 관한 민사소송법 제30조가 적용되지 아니한다고 규정하고 있고, 민사소송법 제34조 제1항은 법원은 소송의 전부 또는 일부에 대하여 관할권이 없다고 인정하는 경우에는 결정으로 이를 관할법원에 이송한다고 규정하고 있다. 그리고 행정소송법 제7조는 "민사소송법 제34조 제1항의 규정은 원고의 고의 또는 중대한 과실 없이 행정소송이 심급을 달리하는 법원에 잘못 제기된 경우에도 적용한다."라고 규정하고 있다. 그리고 관할 위반의 소를 부적법하다고 하여 각하하는 것보다 관할법원에 이송하는 것이 당사자의 권리구제나 소송경제의 측면에서 바람직함은 물론이다.