

문 1-1

1. 육아휴직급여청구는 행정청의 인용결정이 있는 경우에만 지급이 가능한 공법상의 추상적 청구권인바, 甲은 A의 2024.7.15. 거부처분에 대한 취소소송을 제기하여 그 기속력에 따른 재처분을 통해 권익 구제를 받아야 함. 따라서 2024.8.1. 甲이 대한민국을 상대로 제기한 지급 청구는 법적 근거 없는 '형식적 당사자소송'으로서 부적법함(2018두47264).
2. 한편, 甲은 이를 서울중앙지법에 민사소송으로 제기하였는바, 이는 행소법상 항고소송으로 제기하여야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기한 경우에 해당함.
3. 이 경우 판례는 “원고가 고의 또는 중대한 과실 없이 행정소송으로 제기하여야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기한 경우, 수소법원으로서만 그 행정소송에 대한 관할도 동시에 가지고 있다면 이를 행정소송으로 심리·판단하여야 하고, 그 행정소송에 대한 관할을 가지고 있지 아니하다면 행정소송으로서의 소송요건을 결하고 있음이 명백하여 행정소송으로 제기되었더라도 어차피 부적법하게 되는 경우가 아닌 이상 이를 부적법한 소라고 하여 각하할 것이 아니라 관할법원에 이송하여야 한다(2007다25261). 여기에서 이송 후 소가 부적법하게 되어 각하 될 것이 명백한 경우에 해당하는지 여부는 이송 후 관할 행정법원의 허가를 얻어 소의 변경이 가능한 점도 고려하여 판단하여야 한다(2008다60568)”. 라고 판시한다.
4. 한편 최근 판례는 “원고가 행정소송법상 항고소송으로 제기해야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기한 경우에 수소법원이 그 항고소송에 대한 관할을 가지고 있지 아니하여 관할법원에 이송하는 결정을 하였고, 그 이송결정이 확정된 후 원고가 항고소송으로 소 변경을 하였다면, 그 항고소송에 대한 제소기간의 준수 여부는 원칙적으로 처음에 소를 제기한 때를 기준으로 판단하여야 한다(2021두44425).”라고 판시한다.
5. 수소법원인 서울중앙지방법원은 B의 주장을 배척하고 관할법원인 행정법원으로 이송하여야 한다. 또한 서울행정법원은 당사자소송에서 취소소송으로의 소변경에 대한 적극적 석명권을 행사하여야 한다.

문 1-2

1. 乙이 2024.8.1. 행정주체인 Y광역시를 피고로 제기한 시간외근무수당지급청구는 행정청의 심사·결정의 개입 없이 지방공무원의 수당등에 관할 규정 §15에 의하여 직접 구체적인 권리가 발생하는 경우를 '구체적 청구권'에 해당함.
2. 소송물을 기준으로 판단하는 판례의 입장에 의할 경우, 이는 공법인 지방공무원법에 의하여 행정청의 심사 없이 법령의 규정에 의하여 직접 구체적인 권리가 발생하는 구체적 청구권에 기한 지급청구소송으로서 공법상 당사자소송(행정소송규칙 §19 제2호 바목)에 해당함.
3. 한편, 행소법 §44①은 동법 §18를 준용하지 않는바, 재판부는 헌법 §107③의 요건을 충족하여 특별행정심판위원회(행심법 §4)의 체계적 지위를 갖는 소청심사위원회를 거치지 않아 위법하다는 Y광역시장 C의 본안 전 항변을 배척해야 함.

문1-3.

I. 적극적 변경가능성

1. 문제점

행소법 §4제1호는 취소소송을 “행정청의 위법한 처분 등으로 취소 또는 변경하는 소송”으로 정의하고 있는바, 여기서의 ‘변경’에 소극적 변경만 포함되는지 아니면 적극적 변경도 포함되는지 문제된다.

2. 학 설

이에 대하여 학설은 ① 권력분립주의를 실질적으로 이해하면 법원이 위법한 처분을 취소하고 새로운 처분을 내용으로 하는 판결도 가능하다는 긍정설 ② 적극적 형성판결은 권력분립 관점에서 이행판결보다 문제가 크며, 현행 행소법은 의무이행소송을 인정하지 않으므로 취소소송에서의 변경은 소극적 변경만을 의미한다는 부정설 등이 제시된다.

3. 판 례

판례는 취소소송에서의 ‘변경’은 소극적 변경 즉 일부 취소를 의미하는 것으로 보고 있다. 따라서 법원으로 하여금 행정청이 일정한 행정처분을 행한 것과 같은 효과가 있는 행정처분을 직접 행하도록 하는 형성판결을 구하는 소송은 허용되지 아니한다.

4. 검 토

생각건대, 행심법 §5제1호의 변경의 의미에 대하여 변경재결(행심법 §43③)을 명시적으로 규율하는 행정심판과는 달리 적극적 변경판결은 법원이 처분권을 행사하게 되어 처분청의 1차적 판단권에 대한 침해의 여지가 있으므로 명문의 규정이 없는 한 적극적 변경판결은 허용되지 않음이 타당하므로 판례의 입장이 타당하다.

II. 일부취소의 가능성 (일부취소의 인정기준)

1. 문제점

처분의 일부만이 위법한 경우 위법한 부분만의 일부취소가 가능한지 문제된다. 판례는 “외형상 하나의 행정처분이라도 가분성이 있거나 처분 대상의 일부가 특정될 수 있다면 일부만의 취소도 가능하고 그 일부의 취소는 그 취소 부분에 관하여만 효력이 생긴다.”라고 판시한다.

2. 가능한 경우

① 조세부과처분, 개발부담금부과처분, 산업재해보상보험료 부과처분과 같은 금전부과처분이 기속행위인 경우, 당사자가 제출한 자료에 의해 정당한 부과금액을 산정할 수 있다면, 부과처분 전체를 취소할 것이 아니라 정당한 부과금액을 초과하는 부분만 일부취소하여야 한다. ② 그러나 재량행위인 과징금 부과처분이라 할지라도 여러 개의 위반행위 중 일부의 위반행위만이 위법하고 소송상 그 일부의 위반행위를 기초로 한 과징금액을 산정할 수 있는 자료가 있는 경우에는 하나의 과징금 납부명령일지라도 그 일부의 위반행위에 대한 과징금액에 해당하는 부분만을 취소하여야 한다.

3. 불가능한 경우

① 과징금 부과처분, 영업정지처분, 징계처분과 같이 재량행위인 경우에는 처분청의 재량권을 존중하여야 하고, 법원이 직접처분을 하는 것이 인정되지 아니하므로 전부취소를 하여 처분청이 재량권을 행사하여 다시 적정한 처분을 하도록 하여야 한다. 재량행위의 일부취소는 행정청의 재량권을 침해하는 것으로 인정될 수 없다. ② 그러나 기속행위일지라도 금전부과처분에서 당사자가 제출한 자료에 의해 적법하게 부과될 부과금액을 산출할 수 없는 경우에는 일부취소가 인정되지 않는다.

Ⅲ. 사안에의 적용

고용보험법 시행규칙 §105④에서 추가징수 면제 여부에 대하여 행정청의 결정재량이 부여되어 있는바, 당해 사안은 일부취소가 불가능하다. 그러나 만약 소송 당사자가 제출한 소송자료에 의하여 추징금액을 산정할 수 있는 자료가 있는 경우라면 일부취소는 가능할 것이다.

문2.

근로기준법 제33조는 제1항에서 '노동위원회는 구제명령을 받은 후 이행기한까지 구제명령을 이행하지 아니한 사용자에게 2,000만 원 이하의 이행강제금을 부과한다'고 규정하면서, 제2항에서 "노동위원회는 제1항에 따른 이행강제금을 부과하기 30일 전까지 이행강제금을 부과·징수한다는 뜻을 사용자에게 미리 문서로써 알려 주어야 한다."고 규정하고 있고, 노동위원회법 제25조의 위임에 따라 제정된 노동위원회규칙 제78조는 "노동위원회는 부당해고 등 구제명령의 이행기한이 지나면 지체 없이 그 이행 여부를 확인하여야 한다."고 규정하고, 제80조 제1항은 "노동위원회는 구제명령을 이행하지 아니한 사용자에게 이행강제금 부과예정일 30일 전까지 [별지 제25호 서식]의 이행강제금 부과 예고서에 따라 이행강제금 부과 예고를 하여야 한다."고 규정하고 있으며, 한편 이행강제금 부과 예고서 서식인 [별지 제25호 서식]에는 '불이행 내용' 등을 기재.

1. 중앙노동위원회의 이행강제금 부과는 근로기준법 §33①의 집행에 의한 원처분에 해당함.
2. 행심법 §6②1호에 따라 중앙행정심판위원회에 관할이 있음.
3. 따라서 피청구인은 행심법 §17①에 따라 원처분청인 중앙노동위원회가 되어야 함.

(cf. 심판이 아닌 소송인 경우라면 노동위원회법 제27조(중앙노동위원회의 처분에 대한 소송) ① 중앙노동위원회의 처분에 대한 소송은 중앙노동위원회 위원장을 피고(被告)로 하여 처분의 송달을 받은 날부터 15일 이내에 제기하여야 한다.)

문3.

I. 甲이 제기한 소송의 대상적격

1. 종전 영업제한 고시처분(전날 22시 - 다음날 06시)과 변경된 영업제한 고시처분(전날 20 - 다음날 7시)인바, 이는 종전처분을 대체하거나 그 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용이 아니라, 종전처분을 그대로 유지한 채 영업시간 제한 부분만을 일부 변경하는 것으로서 종전처분과 그 유효를 전제로 한 각

처분이 병존하게 되는 것임(2010두12224).

2. 따라서 甲의 종전 영업제한 고시처분(전날 22시 - 다음날 06시)에 대한 취소소송은 대상적격을 충족하는 적법한 소송임.

II. 乙이 제기한 취소소송의 제소기간

1. 취소소송의 제소기간은 당초처분에 대해서는 당초처분 기준, 변경처분에 대해서는 변경처분을 기준으로 각각 기산됨(2010두20782).
2. 한편, 기산점과 관련하여 당해 처분은 불특정 다수인을 상대로 하는 고시처분인바, 乙이 알았는지 여부와 무관하게 고시처분 효력발생일(2024.5.31)을 기준으로 일률적 판단함(2005두14851).
3. 乙의 취소소송 제기일은 2024.8.30.인바, 변경 처분에 대해서는 제소기간 도과.

**** 당해 문제는 변시와 같이 달력을 제공해야 함에도 불구하고 그렇지 않은 점에서 출제에 문제가 있다고 생각됩니다.**