

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2018두67152 조정반지정거부처분취소  
원고, 피상고인 원고  
피고, 상고인 서울지방국세청장  
원 심 판 결 서울고등법원 2018. 11. 29. 선고 2018누61620 판결  
판 결 선 고 2020. 2. 27.

주 문

원심판결을 파기한다.

제1심 판결을 취소하고, 이 사건 소를 각하한다.

소송총비용은 피고가 부담한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음 제출된 상고이유보충서 등은 이를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

1. 소의 이익이 인정되는지 여부(상고이유 제1점)

가. 행정처분의 무효확인 또는 취소를 구하는 소에서, 비록 행정처분의 위법을 이유

로 무효확인 또는 취소 판결을 받더라도 그 처분으로 발생한 위법상태를 원상으로 회복시킬 수 없는 경우에는 원칙적으로 그 무효확인 또는 취소를 구할 법률상 이익이 없다. 다만 원상회복이 불가능하더라도 그 무효확인 또는 취소로써 회복할 수 있는 다른 권리나 이익이 남아 있거나, 동일한 소송 당사자 사이에서 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험이 있어 행정처분의 위법성 확인 또는 불분명한 법률문제에 대한 해명이 필요하다고 판단되는 경우 등에는 행정의 적법성 확보와 그에 대한 사법통제, 국민의 권리구제 확대 등의 측면에서 예외적으로 처분의 취소를 구할 소의 이익을 인정할 수 있다(대법원 2007. 7. 19. 선고 2006두19297 전원합의체 판결, 대법원 2016. 6. 10. 선고 2013두1638 판결 등 참조).

나. 원심판결 이유에 따르면 다음 사실을 알 수 있다. 원고의 2015년도 조정반 지정 신청에 대하여 피고가 2014. 11. 24. '원고의 경우 세무사등록부에 등록되지 않았기 때문에 2015년도 조정반 구성원으로 지정할 수 없다'는 이유로 이 사건 거부처분을 하였다. 이에 대하여 원고는 이 사건 거부처분의 취소를 구하는 이 사건 소를 제기하였다.

그러나 아래와 같은 사정에 비추어 보면, 2015년도 조정반 지정의 효력기간이 지났으므로 이 사건 거부처분을 취소하더라도 원고가 2015년도 조정반으로 지정되고자 하는 목적을 달성할 수 없다. 또한 장래의 조정반 지정 신청에 대하여 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있다거나 행정처분의 위법성 확인 또는 불분명한 법률문제에 대한 해명이 필요한 경우도 아니다. 따라서 이 사건 소의 이익을 예외적으로 인정할 필요도 없으므로, 이 사건 소는 부적법하다고 보아야 한다.

(1) 구 법인세법 시행규칙(2016. 3. 7. 기획재정부령 제544호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 법인세법 시행규칙'이라 한다) 제50조의3 제6항, 구 소득세법 시행규칙(2016. 3.

16. 기획재정부령 제556호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 소득세법 시행규칙'이라 한다) 제65조의3 제7항은 각각 "조정반 지정의 효력은 1년으로 한다."라고 정하고 있으므로, 이 사건 거부처분이 위법하여 이를 취소하더라도 2015. 12. 31.이 지난 다음에는 2015년도 조정반 지정이 불가능하다.

(2) 조정반 지정을 받으려는 자는 매년 11월 30일까지 관할 지방국세청장에게 조정반 지정 신청을 하여야 하나(구 법인세법 시행규칙 제50조의3 제3항, 구 소득세법 시행규칙 제65조의3 제3항), 원고가 이 사건 거부처분 이후 새롭게 조정반 지정 신청을 하지는 않은 것으로 보인다.

(3) 대법원 2015. 8. 20. 선고 2012두23808 전원합의체 판결은, 구 법인세법 시행령(2016. 2. 12. 대통령령 제26981호로 개정되기 전의 것) 제97조 제9항, 제10항, 구 소득세법 시행령(2016. 2. 17. 대통령령 제26982호로 개정되기 전의 것) 제131조 제2항, 제4항(이하 이들을 합하여 '이 사건 시행령 조항'이라 한다), 구 법인세법 시행규칙 제50조의2, 제50조의3, 구 소득세법 시행규칙 제65조의2, 제65조의3(이하 이들을 합하여 '이 사건 시행규칙 조항'이라 한다)이 모두 모법조항의 위임 없이 규정된 것이거나 모법조항의 위임범위를 벗어난 것으로서 무효라고 판단하였다. 위 판결에서 지적한 위법성을 해소하고자 2015. 12. 15. 법률 제13555호로 법인세법 제60조 제9항 제3호와 법률 제13558호로 소득세법 제70조 제6항 제3호를 신설하여 이 사건 시행령 조항 및 이 사건 시행규칙 조항과 동일한 내용을 규정하고, 이 사건 거부처분의 근거조항인 이 사건 시행령 조항 및 이 사건 시행규칙 조항을 삭제하였다. 이에 따라 피고는 더 이상 이 사건 시행령 조항 및 이 사건 시행규칙 조항에 근거하여 조정반 지정 신청을 거부하는 처분을 할 수 없게 되었다.

(4) 헌법재판소 2018. 4. 26. 선고 2016헌마116 결정은, 세무사 자격 보유 변호사로 하여금 세무조정업무를 할 수 없도록 규정한 위 법인세법과 소득세법 조항들이 세무사 자격 보유 변호사의 직업선택의 자유를 침해한다는 이유로, 2019. 12. 31.을 시한으로 개정될 때까지 계속 적용되도록 하는 잠정적용 헌법불합치결정을 선고하였다. 이로써 불분명한 헌법문제에 대한 해명이 이루어졌다. 위 헌법불합치결정에 따라 2019. 12. 31.까지는 위 법률조항들이 원고에게 적용되었으나, 국회가 위헌성이 제거된 개선입법을 마련하지 않은 채 개정시한이 지남으로써 2020. 1. 1.부터 위 법률조항들의 효력은 상실되었다(대법원 2020. 1. 30. 선고 2018두49154 판결 참조). 따라서 2020. 1. 1. 이후에는 피고가 이 사건 거부처분과 동일한 사유, 즉 원고가 세무사등록부에 등록되지 않았기 때문에 조정반 구성원으로 지정할 수 없다는 사유를 들어 조정반 지정 거부처분을 반복할 가능성이 없어졌다.

다. 그런데도 원심은 본안판단으로 나아가 이 사건 청구를 인용한 제1심 판결을 유지하였다. 원심 판단에는 항고소송에서 소의 이익에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 정당하다.

## 2. 결론

나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하기로 하되, 이 사건은 대법원이 직접 재판하기에 충분하므로 자판하기로 하여, 제1심 판결을 취소하고, 이 사건 소를 각하하며, 소송총비용은 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제99조, 제105조에 따라 피고가 부담하도록 하여, 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장      대법관      이동원

              대법관      조희대

주    심      대법관      김재형

              대법관      민유숙