

# 행 정 절 차 법

시·도 공무원교육원

## 공무원 윤리헌장

우리는 영광스러운 대한민국의 공무원이다.

오늘도 민족중흥의 최일선에 서서 겨레와 함께 일하며 산다.

이 생명은 오직 나라를 위하여 있고, 이 몸은 영원히 겨레위해 봉사한다.

충성과 성실은 삶의 보람이요, 공명과 정대는 우리의 길이다.

이에 우리는 국민 앞에 다하여야 할 숭고한 사명을 민족의 양심으로 다지며, 우리가 나가야 할 바 지표를 밝힌다.

우리는 민족사적 정통성 앞에 온 신명을 바침으로써 통일 새 시대를 창조하는 역사의 주체가 된다.

우리는 겨레의 엄숙한 소명 앞에 솔선 헌신함으로써 조국의 번영을 이룩하는 민족의 선봉이 된다.

우리는 창의적 노력으로 최대의 능력을 발휘함으로써 민주한국을 건설하는 국가의 역군이 된다.

우리는 불의를 물리치고 언제나 바른 길만을 걸음으로써 정의사회를 구현하는 국민의 귀감이 된다.

우리는 공익 우선의 정신으로 국리민복을 추구함으로써 복지국가를 실현하는 겨레의 기수가 된다.

## 공무원의 신조

1. 국가에는 헌신과 충성을
1. 국민에게 정직과 봉사를
1. 직무에는 창의와 책임을
1. 직장에선 경애와 신의를
1. 생활에는 청렴과 질서를

# 목 차

제1부 행정절차법 .....	5
I. 행정절차법의 기초 .....	7
1. 행정절차법의 목적, 용어정의 및 적용범위 .....	7
2. 행정청의 관할 및 협조 .....	13
3. 행정절차의 당사자등 .....	15
4. 송달 및 기간·기한의 특례 .....	19
II. 행정처분 절차 .....	22
1. 처분절차의 일반적 규정 .....	22
2. 처분의 사전통지 및 의견제출절차 .....	32
3. 의견청취절차 .....	34
4. 청문절차 .....	36
5. 공청회 .....	46
III. 신고절차 .....	53
IV. 행정상 입법예고 및 행정예고 절차 .....	56
1. 행정상 입법예고 .....	56
2. 행정예고 .....	58
V. 행정지도 절차 .....	62
VI. 보칙사항 .....	64

<b>제2부 행정심판</b> .....	<b>65</b>
<b>I. 행정심판제도 개요</b> .....	<b>67</b>
1. 행정심판의 개념 .....	67
2. 행정심판제도의 의의 .....	68
3. 유사제도와 구분 .....	68
4. 행정심판의 종류 .....	72
<b>II. 행정심판의 대상</b> .....	<b>74</b>
1. 행정쟁송의 대상이 되지 않는 것 .....	75
2. 처분 .....	96
3. 부작위 .....	107
<b>III. 행정심판 기관</b> .....	<b>113</b>
1. 재결청 .....	113
2. 행정심판의 당사자 .....	114
3. 행정심판의 청구 및 심리절차 .....	129
4. 행정심판청구의 심리·의결 .....	147
<b>IV. 행정심판의 취하 및 집행정지제도</b> .....	<b>150</b>
1. 의 의 .....	150
2. 행정심판 청구의 취하 .....	150
3. 집행정지제도 .....	151
<b>V. 심판청구의 재결</b> .....	<b>157</b>
1. 의 의 .....	157
2. 재결의 종류 .....	157
3. 재결의 효력 .....	160
4. 행정심판위원회의 직접처분 .....	162
5. 재결에 대한 불복 .....	163

**제3부 행정소송실무 ..... 169**

**I. 행정소송의 종류 ..... 171**

- 1. 행정심판과 행정소송의 관계 ..... 171
- 2. 행정소송의 종류 ..... 174
- 3. 항고소송으로 본 사례 ..... 180
- 4. 행정소송의 특수성 ..... 187
- 5. 법무부장관(검찰청)의 소송지휘 ..... 189

**II. 제1심 소송수행 ..... 190**

- 1. 행정청의 소장접수 및 보고 ..... 190
- 2. 소송수행자 지정 ..... 190
- 3. 답변서 작성·제출 ..... 191
- 4. 준비서면 작성·제출 ..... 194
- 5. 변론기일 출석 및 변론 ..... 196
- 6. 주장 및 입증책임 ..... 197
- 7. 증 거 ..... 199
- 8. 변론종결 ..... 206
- 9. 집행정지 ..... 206
- 10. 소송의 종료 ..... 207
- 11. 판결선고후의 조치 ..... 211

**III. 상소심 소송수행 ..... 213**

- 1. 항소심 소송수행 ..... 213
- 2. 상고심 소송수행 ..... 214
- 3. 항고심 소송수행 ..... 217



# 제1부

## 행 정 절 차 법

이 자료의 내용은 행정안전부의 공식적인 견해가 아니고 교육자료로 작성되었음을 참고하시기 바랍니다.



# I. 행정절차법의 기초

## 1. 행정절차법의 목적, 용어정의 및 적용범위

### 가. 행정절차법의 목적

- 행정절차에 관한 공통적 사항을 규정하여 국민의 행정참여를 도모함으로써 행정의 투명성·공정성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호함이 목적

### 나. 용어의 정의

- 행정청
  - 행정에 관한 의사를 결정하여 표시하는 국가 또는 지방자치단체의 기관 기타 법령 또는 자치법규에 의하여 행정권한을 가지고 있거나 위임 또는 위탁받은 공공단체나 그 기관 또는 사인
    - ※ 스스로 의사를 결정·표시할 수 없는 보조기관, 보좌기관, 의결기관, 자문기관, 심의기관 등은 행정청에서 제외됨. 다만 보조기관은 법령의 위임을 받은 경우, 의결기관은 합의제 행정청의 지위가 부여된 경우에 한하여 행정청의 지위를 가짐
- 처 분
  - 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 기타 이에 준하는 행정작용
    - ※ 강학상 '처분' 개념과는 별개이고, 다른 법률(예: 민원사무처리에 관한 법률)에 정한 '처분'과도 반드시 같은 것은 아님. 따라서 법률에 '처분' 개념을 사용할 경우 법률에 별도로 정의하거나, 행정절차법의 '처분' 개념을 인용하는 별도의 조문을 두어야 할 것임
- 행정지도
  - 행정기관이 그 소관사무의 범위 안에서 일정한 행정목적을 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록

지도·권고·조언 등을 하는 행정작용

○ 당사자등

- 행정처분의 상대방
- 행정청이 직권 또는 신청에 의하여 행정절차에 참여하게 한 이해관계인

○ 청 문

- 행정청이 어떠한 처분을 하기에 앞서 당사자등의 의견을 직접 듣고 증거를 조사하는 절차

○ 공청회

- 행정청이 공개적인 토론을 통하여 어떠한 행정작용에 대하여 당사자등, 전문지식과 경험을 가진 자, 기타 일반인으로부터 의견을 널리 수렴하는 절차

○ 의견제출

- 행정청이 어떠한 행정작용을 하기에 앞서 당사자등이 의견을 제시하는 절차로서 청문이나 공청회에 해당하지 아니하는 절차

○ 전자문서

- 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치에 의하여 전자적인 형태로 작성되어 송신·수신 또는 저장된 정보

○ 정보통신망

- 전기통신설비를 활용하거나 전기통신 설비와 컴퓨터 및 컴퓨터의 이용기술을 활용하여 정보를 수집·가공·저장·검색·송신 또는 수신하는 정보통신체제

※ 법령등

- 법령 또는 자치법규(§2, 1호)
- 법령 : 헌법, 법률, 대통령령, 총리령, 부령을 의미(훈령·예규 등 형식적 의미의 행정규칙은 제외)
- 자치법규 : 지방자치단체가 자치입법권에 의해 제정한 조례·규칙

## 다. 행정절차법의 적용범위

- 적용대상 : 처분·신고·행정상 입법예고·행정예고 및 행정지도의 절차
- ※ 행정절차법은 행정절차에 관한 일반법임. 다른 법률에 행정절차에 관한 특별한 규정이 있으면 특별법 우선원칙에 따라 그 법률이 적용됨

행정절차법 제3조 제1항은 "행정절차에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다."고 규정하고 있는바, 이는 행정절차법이 행정절차에 관한 일반법임을 밝힘과 아울러, 매우 다양한 형식으로 행하여지는 행정작용에 대하여 일률적으로 행정절차법을 적용하는 것이 적절하지 아니함을 고려하여, 다른 법률이 행정절차에 관한 특별한 규정을 적극적으로 두고 있는 경우이거나 다른 법률이 명시적으로 행정절차법의 규정을 적용하지 아니한다고 소극적으로 규정하고 있는 경우에는 행정절차법의 적용을 배제하고 다른 법률의 규정을 적용한다는 뜻을 밝히고 있는 것(대법원 2002. 2. 5. 선고 2001두7138 판결).

- 행정절차법 적용배제(§3②, 시행령§2)

- 1) 헌법에서 규정한 기관 등의 의결을 거쳐야 하는 사항
  1. 국회 또는 지방의회의 의결을 거치거나 동의 또는 승인을 얻어 행하는 사항
  2. 법원 또는 군사법원의 재판에 의하거나 그 집행으로 행하는 사항
  3. 헌법재판소의 심판을 거쳐 행하는 사항
  4. 각급 선거관리위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항
  5. 감사원이 감사위원회의 결정을 거쳐 행하는 사항
- 2) 법적 성질이 달라 특별한 절차를 요하는 사항
  1. 형사·행형 및 보안처분 관계법령에 의하여 행하는 사항
  2. 심사청구·해양안전심판·조세심판·특허심판·행정심판 기타 불복절차에 의한 사항
- 3) 국가의 이익을 현저히 해할 우려가 있는 사항  
국가안전보장·국방·외교 또는 통일에 관한 사항 중 행정절차를 거칠 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 사항

4) 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요한 사항

1. 「병역법」, 「향토예비군설치법」, 「민방위기본법」, 「비상대비자원 관리법」에 따른 징집·소집·동원·훈련에 관한 사항
2. 외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복에 관한 사항
3. 조세관계법령에 의한 조세의 부과·징수에 관한 사항
4. 학교·연수원등에서 교육·훈련의 목적을 달성하기 위하여 학생·연수생 등을 대상으로 행하는 사항
5. 사람의 학식·기능에 관한 시험·검정의 결과에 따라 행하는 사항
6. 「배타적 경제수역에서의 외국인어업 등에 대한 주권적 권리의 행사에 관한 법률」에 따라 행하는 사항
7. 「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」, 「상표법」에 따른 사정·결정·심결, 그 밖의 처분에 관한 사항

5) 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항

1. 공무원 인사 관계 법령에 의한 징계 기타 처분에 관한 사항
2. 이해조정을 목적으로 법령에 의한 알선·조정·중재·재정 기타 처분에 관한 사항
3. 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」, 「약관의 규제에 관한 법률」에 따라 공정거래위원회 의결·결정을 거쳐 행하는 사항
4. 「국가배상법」, 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따른 재결·결정에 관한 사항

※ 위의 적용배제 사유에 대하여 행정절차법의 적용이 전면 배제되는 것이 아니라, **성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분**이나 **행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하고 있는 처분**의 경우에만 행정절차법의 적용이 배제됨에 주의!

공무원 인사관계 법령에 의한 처분에 관한 사항 전부에 대하여 행정절차법의 적용이 배제되는 것이 아니라 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분이나 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하고 있는 처분의 경우에만 행정절차

법의 적용이 배제된다. 따라서, 군인사법령에 의하여 진급예정자명단에 포함된 자에 대하여 의견제출의 기회를 부여하지 아니한 채 진급선발을 취소하는 처분을 한 것이 절차상 하자가 있어 위법하다(대법원 2007.9.21. 선고 2006두20631 판결).

## 라. 행정절차의 일반원칙

### 1) 신의성실 및 신뢰보호

- 행정청은 직무를 수행함에 있어서 신의에 따라 성실히 하여야 함 (신의성실)

※ 일반 행정법률관계에서 행정청의 행위에 대하여 신의칙이 적용되는 경우 (대법원 2004. 7. 22. 선고 2002두11233 판결 참조).

- 신의성실의 원칙은 법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 아니된다는 추상적 규범을 말하는 것
- 적용요건:
  - ① 상대방에게 신의를 주었다거나 객관적으로 보아 상대방이 그러한 신의를 가짐이 정당한 상태에 이르러야 함
  - ② 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의 관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 함
  - ③ 행정관청이 합법성의 원칙을 희생하여서라도 처분의 상대방의 신뢰를 보호함이 정의의 관념에 부합하는 것으로 인정되는 특별한 사정이 있을 경우에 한하여 예외적으로 적용

- 법령 등의 해석 또는 행정청의 관행이 일반적으로 국민들에게 받아들여진 때에는 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 없는 경우를 제외하고는 새로운 해석 또는 관행에 의하여 소급하여 불리하게 처리하여서는 아니 됨(소급처리의 금지원칙)

※ 법령 개정시 구 법령의 존속에 대한 당사자의 신뢰를 침해하여 신뢰보호 원칙을 위배하였는지 여부의 판단 기준(대법원 2007.10.12. 선고 2006두14476 판결)

법률의 개정에서 구 법률의 존속에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며, 법률의 개정으로 야기되는 당사자의 손해 내지 이익 침해가 극심하여 새로운 법률로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 신뢰의 파괴를 정당화할 수 없다면, 입법자는 경과규정을 두는 등 당사자의 신뢰를 보호할 적절한 조치를 하여야 하며, 이와 같은 적절한 조치 없이 새 법률을 그대로 시행하거나 적용하는 것은 허용될 수 없다 할 것인바, 이는 헌법의 기본원리인 법치주의 원리에서 도출되는 신뢰보호의 원칙에 위배되기 때문이다. 이러한 신뢰보호 원칙의 위배 여부를 판단하기 위하여는 한편으로는 침해받은 이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰가 손상된 정도, 신뢰침해의 방법 등과 다른 한편으로는 새 법률을 통해 실현하고자 하는 공익적 목적을 종합적으로 비교·형량하여야 한다.

※ 변리사 제1차 시험을 절대평가제에서 상대평가제로 환원하는 내용의 변리사법 시행령 개정조항을 제1차 시험 실시를 불과 2개월밖에 남겨놓지 않은 시점에서 즉시 시행하도록 정한 부칙 부분은 헌법에 위반되어 무효라고 판결(대법원 2006. 11. 16. 선고2003두12899전원합의체 판결 참조)

## 2) 투명성

- 행정청이 행하는 행정작용은 그 내용이 구체적이고 명확해야 하며,
- 행정작용의 근거가 되는 법령 등의 내용이 명확하지 아니한 경우 상대방은 당해 행정청에 대하여 그 해석을 요청할 수 있음(법령 해석요청권)

**<참 고> : 행정절차법상의 투명성 관련 규정**

- ▷ 신청에 필요한 구비서류, 접수기관, 처리기간 기타 필요한 사항을 게시 (제17조 제3항)
- ▷ 처분의 처리기간을 종류별로 미리 정하여 공표(제19조)
- ▷ 필요한 처분기준을 구체적으로 정하여 공표하여야 하며 처분기준이 불명확한 경우 당해 행정청에 대하여 해석 또는 설명을 요구(제20조)
- ▷ 의무를 과하거나 불이익한 처분을 하는 경우 사전통지(제21조)
- ▷ 국민의 권리·의무 또는 일상생활과 관련되는 입법안을 예고(제41조)
- ▷ 국민생활에 매우 큰 영향을 주는 정책·제도 및 계획을 수립·시행, 변경하고자 하는 경우에는 행정예고(제46조)
- ▷ 행정지도를 행하는 자는 상대방에게 행정지도의 취지·내용 및 신분을 밝혀야 함(제49조)

## **2. 행정청의 관할 및 협조**

### **가. 행정청의 관할**

- 1) 행정청의 관할에 속하지 아니하는 사안을 접수한 경우
  - 행정청이 그 관할에 속하지 아니하는 사안을 접수하였거나 이송 받은 경우에는 지체 없이 이를 관할 행정청에 이송하고 그 사실을 신청인에게 통지하여야 함
- 2) 행정청의 관할이 분명하지 아니한 경우의 관할 결정
  - 당해 행정청을 공통으로 감독하는 상급 행정청이 그 관할을 결정
  - 공통으로 감독하는 상급행정청이 없는 경우에는 각 상급행정청의 협의로 관할 행정청을 결정

### **나. 행정청간의 협조**

- 행정청은 행정의 원활한 수행을 위하여 서로 협조하여야 함
  - ※ 선언적 규정임

## 다. 행정청간의 행정지원

### 1) 개념

- 행정절차법상 직접적인 개념규정을 하고 있지 않으나, 일반적으로 직무상 관할이 다른 고유한 업무를 가진 행정청이 다른 행정청의 요청에 따라 그 기능의 일부에 대하여 원조를 하는 것
  - ※ 행정응원은 상·하관계가 아닌 대등관계의 관청 사이에서 주로 발생
  - ※ 행정기관 사이의 업무협조는 ‘사무관리규정’(제55조 이하)을, 지방자치단체 사이의 협조는 ‘지방자치법’(제147조)을 각 참조

### 2) 응원요청 요건

- 법령 등의 이유로 독자적인 직무수행이 어려운 경우
- 인원·장비의 부족 등 사실상의 이유로 독자적인 직무수행이 어려운 경우
- 다른 행정청이 소속되어 있는 전문기관의 협조가 필요한 경우
- 다른 행정청이 관리하고 있는 문서(전자문서 포함)·통계 등 행정자료가 직무수행을 위하여 필요한 경우
- 다른 행정청의 응원을 받아 처리하는 것이 보다 능률적이고 경제적인 경우

### 3) 응원요청에 대한 거부요건

- 다른 행정청이 보다 능률적이거나 경제적으로 응원할 수 있는 명백한 이유가 있는 경우
- 행정응원으로 인하여 고유의 직무수행이 현저히 지장 받을 것으로 인정되는 명백한 이유가 있는 경우
- 요청받은 행정청이 응원을 거부할 경우에는 그 사유를 응원을 요청한

행정청에 통지하여야 함

4) 응원요청의 대상

○ 당해 직무를 직접 응원할 수 있는 행정청에 요청하여야 함

5) 행정응원을 위하여 파견된 직원의 지휘·감독 및 소요비용의 부담

○ 행정응원에 소요되는 비용은 응원을 요청한 행정청이 부담하며, 부담금액과 부담방법은 응원을 요청한 행정청과 응원을 행하는 행정청이 협의하여 결정

○ 행정응원을 위하여 파견된 직원은 응원을 요청한 행정청의 지휘·감독을 받으며, 다만 당해 직원의 복무에 관하여 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우에는 그에 의함

### 3. 행정절차의 당사자등

#### 가. 개념

1) 당사자등의 범위

○ 행정청의 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 당사자

구 식품위생법(2002. 1. 26. 법률 제6627호로 개정되기 전의 것) 제25조 제2항, 제3항의 각 규정에 의하면, 지방세법에 의한 압류재산 매각절차에 따라 영업시설의 전부를 인수함으로써 그 영업자의 지위를 승계한 자가 관계 행정청에 이를 신고하여 행정청이 이를 수리하는 경우에는 종전의 영업자에 대한 영업허가 등은 그 효력을 잃는다 할 것인데, 위 규정들을 종합하면 위 행정청이 구 식품위생법 규정에 의하여 영업자지위승계신고를 수리하는 처분은 종전의 영업자의 권익을 제한하는 처분이라 할 것이고 따라서 종전의 영업자는 그 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 자에 해당한다고 봄이 상당하므로, 행정청으로서 위 신고를 수리하는 처분을 함에 있어서 행정절차법 규정 소정의 당사자에 해당하는 종전의 영업자에 대하여 위 규정 소정의 행정절차를 실시하고 처분을 하여야 한다(대법원 2003. 2. 14. 선고 2001두7015 판결).

- 행정청이 직권으로 행정절차에 참여하게 한 이해관계인
  - ※ 행정청이 이해관계인을 사전에 명백히 알고 있거나 쉽게 알 수 있는 경우 직권으로 참여조치
- 행정청이 신청을 받아 행정절차에 참여하게 한 이해관계인
  - 처분의 상대방이 아닌 처분의 신청인(제3자효 있는 행위의 경우), 법령에 의해 처분에 관하여 이의나 의사를 표명할 수 있는 자, 법으로 보호되는 이익이 처분에 관련되는 자 등
  - 행정청에게 참여대상인 절차와 참여이유를 기재한 문서로 참여를 신청하여야 하며, 행정청은 참여여부를 결정하여 신청인에게 통지하여야 함
  - ※ 행정절차참여신청서(제1호 서식)

**<참 고> : 행정절차법상 이해관계인 관련규정**

- ▷ 절차상 신청권(§21)
- ▷ 의견제출권(§27)
- ▷ 청문권(§28)
- ▷ 서류열람권(§37)
- ▷ 공청회 통지를 받을 권리(§38) 등

2) 당사자등의 자격

- 자연인
- 법인 또는 법인 아닌 사단이나 재단
- 기타 다른 법령 등에 의하여 권리의무의 주체가 될 수 있는 자

3) 당사자등의 지위승계

- 행정절차가 개시된 후 당사자의 지위를 가지는 자가 사망하거나 당사자등인 법인 등이 합병되는 경우 등
- 당사자등의 지위승계자
  - 당사자등이 사망하였을 때의 상속인(상속순위는 민법 §1000)

- 다른 법령 등에 의하여 권리 또는 이익을 승계한 자
- 당사자등인 법인 등이 합병하는 경우 합병 후의 존속 법인 등  
이나 합병 후 새로 설립된 법인 등
- 지위승계 사실의 통지(§10)
  - 당사자등의 지위를 승계한 자는 행정청에 그 사실을 통지해야 함
  - 통지가 있을 때까지 사망자 또는 합병전의 법인 등에 대하여  
행정청이 행한 통지는 당사자등의 지위를 승계한 자에게도 효력이  
있음
- 지위승계의 행정청 승인
  - 처분에 관한 권리 또는 이익을 사실상 양수한 자는 행정청의  
승인을 얻어 지위를 승계할 수 있음(§10③)
    - ※ 건설업 등록, 하천점용허가, 공유수면매립 면허 등과 같이 타인에게  
그 효과를 이전할 수 있는 경우 인정
  - 행정청에 문서로 지위승계의 승인을 신청하며, 행정청은 지체  
없이 승인여부를 결정하여 신청인에게 통지하여야 함
    - ※ 지위승계통지(승인신청)서(제2호 서식)

## 나. 대표자의 선정

### 1) 의 의

- 다수의 당사자등이 공동으로 동일한 행정절차에 관한 행위를 하는  
경우 행정절차의 효율적 수행을 위하여 대표자를 선정

### 2) 대표자의 선정방법

- 다수의 당사자등이 공동으로 행정절차에 관한 행위를 하는 때에  
자율 선정
- 당사자등이 대표자를 선정하지 않거나 대표자가 지나치게 많아 행  
정절차가 지연될 우려가 있는 경우에는 행정청은 3인 이내의 대  
표자를 선정하여 줄 것을 요청할 수 있음

- 이 경우 당사자등이 대표자의 선정요청에 응하지 않은 경우에는 행정청이 직접 선정할 수 있음

### 3) 대표자 변경·해임

- 당사자등은 대표자를 변경 또는 해임할 수 있음

### 4) 대표권의 범위

- 대표자는 당사자등을 위하여 행정절차의 종료를 제외한 모든 행정절차에 관한 대표권을 행사
- 대표자가 있는 경우 당사자등은 그 대표자를 통해서만 행정절차에 관한 행위를 할 수 있음
- 다수의 대표자가 있는 경우 그 중 1인에 대한 행정청의 행위는 모든 당사자등에게 효력이 있으나, 통지는 대표자 모두에게 행하여야 효력이 있음

### 5) 대표자에 의한 행정절차의 종료

- 행정절차를 끝맺는 행위에 있어서는 당사자등의 동의를 입증하는 서류를 첨부하여 행정청에 문서로 통지하여야 함

## 다. 대리인의 선임

### 1) 의의

- 당사자등이 행정절차에 직접 참여하기 곤란한 경우 대리인 선임

### 2) 대리인으로 선임할 수 있는 자

- 당사자등의 배우자, 직계 존·비속 또는 형제자매
- 당사자등이 법인등인 경우 그 임원 또는 직원
- 변호사
- 행정청 또는 청문주재자(청문의 경우에 한한다)의 허가를 받은 자

※ 대리인선임허가신청서(제3호 서식)

- 법령 등에 의하여 당해 사안에 대하여 대리인이 될 수 있는 자
  - 법령이 정하는 바에 따라 변호사, 법무사, 행정사 등

### 3) 대리권 범위

- 행정절차의 종료를 제외한 모든 행정절차에 관한 행위에 가능
- 행정절차를 끝맺고자 하는 경우에는 당사자등의 동의를 받아야 함
- 다수의 대리인이 있는 경우 그중 1인에 대한 행정청의 행위는 모든 당사자등에게 효력이 있음. 따라서 행정청은 모든 대리인에게 각각 동일한 행정절차상의 행위를 하여야 할 필요가 없음
  - 다만 행정청의 통지행위는 대리인 모두에게 행하여야 효력이 있음

### 라. 대표자·대리인의 통지

- 당사자등이 대표자 또는 대리인을 선정하거나 선임한 때에는 지체 없이 행정청에 서면으로 통지하여야 함
  - ※ 대표자선정·대리인선임통지서(제4호 서식)
- 대표자 또는 대리인을 변경하거나 해임한 때에도 같음
  - ※ 대표자(대리자) 해임(변경)통지서(제5호 서식)

## 4. 송달 및 기간·기한의 특례

### 가. 송달

#### 1) 의의

- 송달이라 함은 당사자등에게 행정절차상 서류의 내용을 알리는 통지행위를 의미하며, 행정절차법은 송달의 방법 및 송달의 효력 발생에 관한 규정을 둔

## 2) 송달방법

- 우편, 교부, 정보통신망 이용 등의 방법에 의하여 송달받을 자(대표자 또는 대리인 포함)의 주소, 거소, 영업소, 사무소 또는 전자우편주소로 함.
  - 다만, 송달받을 자가 동의하는 경우에는 그를 만나는 장소에서 송달할 수 있음
- 교부에 의한 송달은 수령확인서를 받고 문서를 교부.  
송달하는 장소에서 송달받을 자를 만나지 못한 때에는 그 사무원·피용자 또는 동거자로서 사리를 분별할 능력이 있는 자에게 교부할 수 있음
  - ※ 수령확인서(제6호 서식)
- 정보통신망을 이용한 송달은 송달받을 자가 동의하는 경우에 한하며, 송달받을 자가 지정하는 전자우편주소 등으로 송달하여야 함

## 3) 공시송달

- 요건
  - 송달받을 자의 주소 등을 통상의 방법으로 확인할 수 없는 경우
  - 송달이 불가능한 경우
    - ※ 공시송달은 송달받을 자에게 문서가 직접 전달되는 것이 아니기 때문에 송달받을 자에게는 매우 불리함. 따라서 공시송달의 요건은 엄격히 해석할 것이 요구됨
- 송달방법
  - 송달받을 자가 알기 쉽도록 관보·공보·게시관·일간신문 중 하나이상에 공고하고 인터넷에도 공고하여야 함

## 4) 송달기록 보존

- 송달하는 문서의 명칭, 송달받을 자의 성명 또는 명칭, 발송방법 및 발송년월일을 확인할 수 있는 기록 (법률 분쟁이나 증거조사 등 대비)

## 나. 송달의 효력발생

- 송달은 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우(예: 정보통신망이용촉진 및 정보보호등에 관한 법률 §19)를 제외하고는 송달받을 자에게 도달됨으로써 효력발생(도달주의)
- 정보통신망을 이용하여 전자문서로 송달하는 경우에는 송달받 자가 지정한 컴퓨터 등에 입력된 때에 도달한 것으로 봄
- 공시송달은 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 공고일로부터 14일이 경과한 때에 효력이 발생. 다만, 긴급히 시행하여야 할 특별한 사유가 있어 공고하는 때에 효력발생시기를 달리 정하여 공고한 경우에는 그에 의함

## 다. 기간 및 기한의 특례

- 천재지변 기타 당사자 등의 책임 없는 사유로 기간 및 기한을 지킬 수 없는 경우에는 그 사유가 끝나는 날까지 기간의 진행이 정지됨
- 외국에 거주 또는 체류하는 자에 대한 기간 및 기한은 그 우편이나 통신에 소요되는 일수를 감안하여 정하여야 함

### < 송달 및 효력발생에 대한 판례의 태도 >

- ▷ 송달장소를 신고하였음에도 불구하고 법인등기부상 주소지에 송달되지 아니하였다 하여 공시 송달한 것은 부적법한 것으로 무효 (대판 1992. 10. 9, 91누10510)
- ▷ 우편법에 따른 우편물의 배달이 언제나 상대방 있는 의사표시가 도달되었다고 볼 수는 없음 (대판 1993. 11. 26, 93누17478)
- ▷ 처분의 통지는 행정처분을 상대방에게 표시하는 것으로서 상대방이 인식할 수 있는 상태에 됨으로써 족함(대판 2003. 7. 22, 2003두513)

## Ⅱ. 행정처분 절차

### 1. 처분절차의 일반적 규정

#### 가. 처분의 개념

- 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 기타 이에 준하는 행정작용
- 처분의 유형
  - 신청에 의한 처분
  - 직권에 의한 처분 : 국민의 권리와 의무를 제한하거나 부과하는 등 불이익처분을 말함

<참 고> : 행정작용의 처분성 여부 판단 참고

#### <일반적 판단 참고기준>

- ▷ 행정청이 상대방과 대등한 지위에서 체결하는 공법상의 계약이나 합동행위 또는 사법상의 행위·내부적 행위·단순 사실행위는 처분으로 보지 않음
- ▷ 법 정립행위 자체가 개인의 권익을 침해하는 것이라면 처분적 행위로 볼 수 있으나 행정상 입법절차로 다루어야 함
- ▷ 행정계획이 특정인의 권리와 의무에 직접 관계되는 경우에는 그 범위 내에서 처분적 행위가 될 수 있음
- ▷ 알선·권고·경고·통지·질의회신은 일반적으로 처분행위에 속하지 않음
- ▷ 강제집행·즉시강제 등 행정청의 권력적 사실행위는 처분으로 볼 수 있음. 그러나 즉시강제와 같이 긴급을 요하는 경우에는 사전 통지기간을 단축하거나 사전통지·의견청취를 생략할 수 있음

- ▷ 행정청의 일정한 행위는 공권력 행사에 해당하므로 공권력 행사의 거부는 처분에 해당

#### <판례의 태도>

- ▷ 행정청의 처분은 국민의 권리와 의무에 직접 관계가 있는 행위를 말한다.(대판 1992. 2. 11, 91누4126)
- ▷ 도시계획결정은 행정처분에 해당한다(대판 1982. 3. 9, 80누105)
- ▷ 지적법령상의 토지분할신청거부행위는 처분에 해당한다.(대판 2004, 4. 22, 2003두9015)
- ▷ 폐기물관리법상의 폐기물처리업 허가 전의 사업계획에 대한 적정통보 또는 부적정 통보는 행정적 처분으로 볼 수 있다(대판 1998. 4. 28, 97누21086)

### 나. 처분의 신청

#### 1) 신청방법

- 처분의 신청은 문서로 함을 원칙(문서주의)
- 예외적으로 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우와 행정청이 미리 다른 방법을 정하여 법률을 정하여 공시한 경우 등은 예외
- 전자문서로 신청하는 경우에는 행정청의 컴퓨터 등에 입력된 때에 신청한 것으로 봄

#### 2) 신청기준 게시

- 행정청은 미리 처분의 신청에 필요한 구비서류·접수기관·처리기간 기타 필요한 사항을 게시(인터넷 게시 등을 포함)하거나 편람을 비치하여 누구나 열람할 수 있도록 하여야 함

### 3) 신청서류의 접수

#### ○ 행정청의 접수 의무

- 행정청은 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 접수를 보류 또는 거부하거나 부당하게 되돌려 보내서는 안 됨
  - ※ ‘신청’은 명시적·확정적인 것이어야 하므로, 신청인이 신청에 앞서 행정청의 허가업무 담당자에게 신청서의 내용에 대한 검토를 요청한 것만으로는 다른 특별한 사정이 없는 한 명시적·확정적 신청의 의사 표시가 있었다고 하기 어려움(대판 2004.9.24 선고 2003두13236)
- 신청을 접수한 경우에는 접수증을 주어야 함

#### **<접수증 교부를 생략할 수 있는 경우(령 §9)>**

- 구술·우편 또는 정보통신망에 의한 신청
- 처리기간이 “즉시”로 되어 있는 신청
- 접수증에 갈음하여 문서를 주는 신청

#### ○ 다른 행정청에서의 신청 접수

- 행정청은 신청인의 편의를 위하여 다른 행정청에 신청을 접수하게 할 수 있음. 이 경우 다른 행정청에서 접수할 수 있는 신청의 종류를 미리 정하여 공시하여야 함

### 4) 신청의 보완·변경 또는 취하

- 구비서류 미비 등 흠이 있는 경우에는 보완에 필요한 상당기간을 정하여 지체 없이 보완을 요구하여야 함
  - ※ ‘구비서류 미비 등의 흠’은 보완이 가능하여야 하고, 그 내용이 형식적·절차적 요건이거나, 실질적 요건이라도 신청인의 단순한 착오나 일시적 사정 등에 기한 경우라야 함(대판 2004. 10. 15, 선고 2003두6573)
- 기간 내에 보완을 하지 아니한 때에는 그 이유를 명시하여 접수한 신청을 되돌려 보낼 수 있음
- 신청인은 처분이 있기 전에는 신청내용을 보완하거나 변경 또는 취하할 수 있음. 다만 법령 등에 특별한 규정이 있거나 당해 신청의

성질상 보완·변경 또는 취하할 수 없는 경우에는 그러하지 아니함

#### 5) 신청의 종결처리

- 신청인의 소재지가 분명하지 아니하여 보완의 요구가 2회에 걸쳐 반송된 때에는 신청을 취하한 것으로 보아 종결 처리할 수 있음

#### 다. 다수의 행정청이 관여하는 처분

- 행정청은 다수의 행정청이 관여하는 처분을 구하는 신청을 접수한 경우에는 관계 행정청과 신속한 협조를 통하여 당해 처분이 지연되지 않도록 하여야 함

#### 라. 처리기간의 설정·공표

##### 1) 행정청의 처리기간 설정·공표 의무

- 행정청은 신청인의 편의를 위하여 처분의 처리기간을 종류별로 미리 정하여 공표하여야 함
- ※ 처리기간은 원칙적으로 '주의적 규정'으로 이해
- ※ 행정청이 처리기간 내에 처리하지 아니하더라도 행정청의 거부처분이 있는 것으로 간주되지는 않음(대법원 1999. 8. 24. 선고 97누7004)

##### 2) 처리기간의 연장

- 행정청은 부득이한 사유로 처리기간 내에 처리하기 곤란한 경우에는 당해 처분의 처리기간의 범위 내에서 1회에 한하여 그 기간을 연장할 수 있음
- 처리기간을 연장한 때에는 연장사유와 처리예정기한을 지체없이 신청인에게 통지하여야 함 ※ 처리기간연장통지서(제7호 서식)

### 3) 신속처리 요청

- 행정청이 정당한 처리기간 내에 처리하지 아니한 때에는 신청인은 당해 행정청 또는 그 감독행정청에 신속한 처리를 요청할 수 있음

#### < 처리기간에 산입하지 아니하는 기간(령§11) >

1. 신청서 보완에 소요되는 기간(신청인에게 발송한 날과 보완되어 행정청에 도달한 날을 포함)
2. 접수·경유·협의 및 처리하는 기관이 각각 상당히 떨어져 있는 경우 문서의 이송에 소요되는 기간
3. 대표자를 선정하는데 소요되는 기간
4. 당해처분과 관련하여 의견청취가 실시되는 경우 그에 소요되는 기간
5. 실험·검사·감정, 전문적인 기술검토 등 특별한 추가절차를 거치기 위하여 부득이하게 소요되는 기간
6. 행정안전부령이 정하는 선행사무의 완결을 조건으로 하는 경우 그에 소요되는 기간
  - 국회 또는 지방의회의 동의를 필요로 하는 사항으로서 국회 또는 지방의회의 심의에 소요되는 기간
  - 국가안보 또는 외교상 특별한 선행조치가 필요한 사항으로서 이에 소요되는 기간
  - 정부의 예산사정으로 인하여 처리가 지연되는 기간
  - 외국기관 및 재외공관에 의뢰하여 소요되는 기간
  - 탈세조사·가격조사·수요조사·원가계산·경영분석·감정실시 및 기업진단에 소요되는 기간
  - 시험·신원조회 또는 신체검사에 소요되는 기간
  - 신청인의 불출석 등 처리단계에 있어 신청인의 귀책사유로 인하여 지연되는 기간

### <참 고> : 민원사무의 처리기간

다른 법률에서 특별하게 정하지 않은 경우에는 민법의 규정에 따라 기간을 계산한다. 『민원사무 처리에 관한 법률』(제6조) 및 같은 법 시행령(제3조)에서는 민원처리기간을 특별히 규정하고 있다

- ▷ 처리기간을 ‘즉시’로 정한 경우는 정당한 사유가 있는 경우를 제외 하고는 **3근무시간이내**에 처리하여야 한다.
- ▷ 처리기간을 5일 이하로 정한 경우에는 민원사항의 접수시각부터 “시간”단위로 계산하되, 공휴일 및 토요일을 산입하지 아니한다. 이 경우 1일은 8근무시간으로 한다.
- ▷ 처리기간을 6일 이상으로 정한 경우에는 “일”단위로 계산하고 초일을 산입하되, 공휴일을 산입하지 아니한다.
- ▷ 처리기간을 주·월·년으로 정한 경우에는 초일을 산입하되, 『민법』 제159조 내지 제161조의 규정을 준용한다.

## 마. 처분기준의 설정·공표

### 1) 처분기준의 설정·공표제도의 의의

- 행정청이 국민의 권리·의무에 직접적인 변동을 초래하는 행정처분의 기준을 사전에 정하여 공표하도록 함으로써 행정의 투명성 원칙과 신의성실 및 신뢰보호의 원칙을 구체화함

### 2) 기준 설정 및 공표

- 처분기준의 설정·공표의무
  - 행정청은 필요한 처분기준을 구체적으로 정하여 공표하여야 함

○ 처분기준의 설정 · 공표의 예외

- 처분기준을 공표하는 것이 당해 처분의 성질상 현저히 곤란하거나 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해할 것으로 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 공표하지 아니할 수 있음
- 처분기준을 공표하지 않는 경우에도 처분기준을 설정하여야 함

3) 처분기준의 설정 · 공표방법

- 처분기준을 당사자등이 알기 쉽도록 편람을 만들어 비치하거나 게시판 · 관보 · 공보 · 일간신문 또는 소관 행정청의 인터넷 홈페이지 등에 공고하여야 함

4) 처분기준의 해석 요청

- 당사자등은 공표된 처분기준이 불명확한 경우 당해 행정청에 그 해석 또는 설명을 요청할 수 있음. 당해 행정청은 특별한 사정이 없는 한 이에 응하여야 함

**바. 처분의 이유제시**

1) 이유제시의 대상이 되는 처분

- 처분의 사전통지는 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 경우에 한정되는 절차이나, 처분의 이유 제시는 원칙적으로 모든 처분에 해당하는 절차임. 따라서 신청에 의한 처분의 거부처분(전부 또는 일부)에도 해당됨

2) 이유제시 내용

- 행정청은 처분을 하는 때에는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 함
- 처분의 이유를 제시하는 경우는 처분의 원인이 되는 사실과 근거가

되는 법령 등의 내용을 구체적으로 명시하여야 함

- ※ 일반적으로 당사자가 근거규정 등을 명시하여 신청하는 인·허가 등을 거부하는 처분을 함에 있어 당사자가 그 근거를 알 수 있을 정도로 상당한 이유를 제시한 경우에는 당해 처분의 근거 및 이유를 구체적 조항 및 내용까지 명시하지 않았더라도 그 처분이 위법한 것이 될 수 없다(대법원 2002. 5. 17. 선고 2000두8912)

### 3) 이유제시의 예외

- 신청내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우, 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 할 수 있는 경우, 긴급을 요하는 경우 등은 그 근거와 이유를 제시하지 않아도 됨
- 이유제시의 예외에 해당하는 처분에 대하여도 처분 후 당사자가 요청하는 경우에는 그 근거와 이유를 제시하여야 함

### 4) 이유제시의 상대방

- 이유제시의 상대방은 당사자임. 사전통지의 대상이 당사자등인 것과 다름

### 5) 이유제시가 결여된 처분의 효과

- 이유제시가 결여된 처분은 위법하다는 것이 통설
  - 이유제시가 전혀 없거나 중요사항의 기재가 결여된 경우는 무효원인, 그 외의 경우에는 취소원인(통설)
  - 이유제시 결여는 취소원인(판례)

### 6) 이유제시 결여의 하자 치유

- 대법원은 원칙적으로 하자의 치유를 부정
  - 처분의 근거가 되는 사실의 구체적 적시를 빠뜨린 하자는 그

상대방이 처분 당시 그 취지를 알고 있었다거나 그 후 이를 알게 되었다고 하여도 치유될 수 없음

**< 처분의 이유제시에 관한 판례 요지 >**

- ▷ 이유제시 위무를 위반한 경우 그 내용의 적법성 여부를 떠나 그 자체로 위법이다(서울행정법원 1999. 2. 26, 98구1115)
- ▷ 위반사실에 대해 처분이 있었는지를 알 수 있을 정도의 사실의 적시를 요한다(대판 1990. 9. 11, 90누1786)
- ▷ 처분의 근거와 위반사실의 적시를 빠뜨린 하자는 치유될 수 없다(대판 1987. 5. 26, 86누788)
- ▷ 부과대상토지를 특정하지 않고 관계법령에서 요구하는 점용료의 산출 근거를 구체적으로 명시하지 않은 도로점용료 부과처분은 위법이다.(서울행정법원 2002. 2. 26, 2000두4323)

**사. 처분의 방식**

1) 문서주의

- 다른 법률 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문서로 하여야 하며, 전자문서로 하는 경우에는 당사자등의 동의가 있어야 함

2) 문서주의 예외

- 신속을 요하거나 사안이 경미한 경우에는 구술 기타 방법으로 할 수 있으며 이 경우 당사자의 요청이 있는 때에는 지체 없이 처분에 관한 문서를 주어야 함

3) 행정실명제

- 처분을 하는 문서에는 그 처분행정청 및 담당자의 소속, 성명과

연락처(전화번호, 모사전송번호, 전자우편주소 등)를 기재하여야 함

#### 아. 처분의 정정

- 행정청은 처분에 오기·오산 기타 이에 준하는 명백한 잘못이 있는 때에는 직권 또는 신청에 의하여 지체 없이 정정하고 당사자에게 통지하여야 함
  - 내용을 바꾸는 것이 아니라, 표현상의 오류 등을 정정하는 것에 그쳐야 함
  - 예 : 당사자 주소 누락, 주민등록번호 오기, 날짜기재 오기 등

행정청이 구 「자동차운수사업법」에 따라 개인택시 운송사업 면허취소 처분을 함에 있어, 대리운전 사실이 없는데도 불구하고 해당 처분 담당 공무원이 대리운전을 하게 한 사실이 있는 것처럼 교통불편신고서와 교통민원처리조사전을 허위로 작성하고 이에 따라 개인택시 운송사업 면허취소 처분을 한 사실이 발견되었을 경우, 이는 「행정절차법」 제25조의 “오기·오산 기타 이에 준하는 명백한 잘못”이 있는 때에는 해당하지 않음(법제처 법령해석 08-0304)

#### 자. 고지

- 행정청이 ‘행정절차법’이 정하는 ‘처분’을 하는 때에는, 당사자에게 그 처분에 관하여 행정심판 및 행정소송을 제기할 수 있는지 여부, 기타 불복을 할 수 있는지 여부, 청구절차 및 청구기간 기타 필요한 사항을 알려야 함

※ 업무추진 시, 실무자의 행위가 행정절차법이 정하는 ‘처분’에 해당하는지 여부를 쉽게 판단할 수 없으므로, 당사자에게 어떠한 통지를 하게 되는 경우에는(그것이 ‘처분’에 해당하는지 여부를 떠나) 가급적 “행정심판·소송의 대상이 된다면 행정심판법·소송법 등에 따라 불복할 수 있다”는 취지를 고지하는 것이 행정절차법 위반 시비를 줄일 수 있는 방법임

## 2. 처분의 사전통지 및 의견제출 절차

### 가. 처분의 사전통지

#### 1) 처분의 사전통지절차의 의의

- 행정처분의 사전 통지절차는 행정청이 국민에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 행정처분을 하기 전에 거쳐야 하는 필수적인 절차임
- 불이익 처분을 하기 전에 당사자등에게 그 원인과 구체적인 내용 및 법적 근거 등을 미리 통지하여 유리한 의견이나 증거자료 등을 제출할 수 있는 기회를 주어 처분의 투명성과 공정성을 확보

#### 2) 사전통지의 대상이 되는 처분

- 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분, 즉 불이익 처분임

#### 3) 사전통지의 내용

※ 처분사전통지서(의견 제출통지)(제8호 서식)

1. 처분의 제목
2. 당사자의 성명 또는 명칭과 주소
3. 처분하고자 하는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거
4. 제3호에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법
5. 의견 제출기관의 명칭과 주소
6. 의견 제출기한
7. 기타 필요한 사항

#### 4) 사전통지 절차

- 사전통지의 대상은 당사자등임
- 청문을 실시하고자 하는 경우에는 청문이 시작되는 날로부터 10일 전까지 당사자등에게 통지하여야 함
  - 상기 제4~6호의 내용은 청문주재자의 소속·직위 및 성명, 청문의 일시 및 장소, 청문에 응하지 아니하는 경우의 청문에 필요한 사항으로 같음
- ※ 처분사전통지서(청문실시통지) (제9호 서식)
- 제6호의 의견 제출은 필요한 상당한 기간을 고려하여야 함
- ※ 공청회 개최통지(법 제38조)는 후술

#### 5) 사전통지를 하지 아니할 수 있는 경우

- 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우
- 법령 등에서 요구된 자격이 없거나 없어지게 되면 반드시 일정한 처분을 하여야 하는 경우에 그 자격이 없거나 없어지게 된 사실이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명된 때
- 당해 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될만한 상당한 이유가 있는 경우

### 나. 의견제출 절차

#### 1) 의견 제출의 대상

- 의견제출 절차는 청문이나 공청회를 실시하는 경우 외에 실시

#### 2) 의견 제출의 방법

- 당사자등은 처분 전에 그 처분의 관할 행정청에 서면·구술 또는 정보통신망을 이용하여 의견 제출을 할 수 있음
- ※ 의견 제출서(제11호 서식)

- 의견 제출을 하는 경우 주장을 입증하기 위한 증거자료 등을 첨부할 수 있음
  - ※ 증거자료등관리대장(제12호 서식)
- 당사자등이 구술로 의견을 제출한 경우 행정청은 서면으로 그 진술의 요지와 진술자를 기록하여야 함
  - ※ 구술의견기록서(제13호 서식)

### 3) 정당한 이유 없이 의견을 제출하지 아니한 경우 처리방법

- 당사자등이 정당한 이유 없이 의견제출 기한 내에 의견 제출을 하지 아니 한 경우에는 의견이 없는 것으로 간주

### 4) 제출의견의 반영

- 행정청은 당사자등이 제출한 의견이 상당한 이유가 있다고 인정하는 경우 이를 반영하여야 함

## 3. 의견청취절차

### 가. 의견청취절차의 의의

- 의견청취절차는 국민에게 불이익을 주거나 다수 국민의 이해관계가 대립되는 처분을 하는 경우 의견제출, 청문, 공청회 등의 행정과정에 국민이 참여할 수 있도록 기회를 제공하여 국민의 권익을 보호하기 위함

### 나. 의견청취의 유형

- 청 문
  - 행정청이 어떠한 처분을 하기에 앞서 당사자등의 의견을 직접 듣고 증거를 조사하는 절차
- 공청회
  - 행정청이 공개적인 토론을 통하여 어떠한 행정작용에 대하여 당사자등, 전문지식과 경험을 가진 자 기타 일반인으로부터 의견을

널리 수렴하는 절차

○ 의견제출

- 행정청이 어떠한 행정작용을 하기에 앞서 당사자들이 의견을 제시하는 절차로서 청문이나 공청회에 해당하지 아니하는 절차

**다. 의견청취를 하지 아니 할 수 있는 경우**

○ 당사자가 의견진술의 기회를 포기한다는 뜻을 표시한 경우

- 당사자가 의견진술기회를 포기한다는 뜻을 명백히 표시한 경우에는 의견청취를 아니할 수 있음
- 당사자는 의견진술의 기회를 포기한 때는 의견진술포기서 또는 이에 준하는 문서를 행정청에 제출하여야 함

○ 사전통지를 아니 한 경우

- 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우
- 법령 등에서 요구된 자격이 없거나 없어지게 되면 반드시 일정한 처분을 하여야 하는 경우에 그 자격이 없거나 없어지게 된 사실이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명된 때
- 당해 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될만한 상당한 이유가 있는 경우

**라. 의견청취 후 신속처분**

- 청문·공청회 또는 의견 제출을 거친 때에는 신속히 처분하여 당해 처분이 지연되지 않도록 하여야 함

**마 제출서류 기타 물건 반환**

- 행정청은 처분 후 1년 이내에 당사자들의 요청이 있는 경우에는 청문·공청회 또는 의견 제출을 위하여 제출받은 서류 기타 물건을 반환하여야 함

※ 증거서류등반환요청서(제10호 서식)

## 4. 청문절차

### 가. 청문절차의 의의

- 청문절차는 재판절차에 준하는 행정절차에 해당하며 불이익처분에 앞서 자기에게 유리한 사실을 진술하게 하거나 필요한 증거를 제출할 수 있도록 하는 것임.
- 행정절차법은 청문실시근거, 청문주재자의 제척·기피·회피, 청문의 공개, 청문의 진행, 청문의 병합·분리, 증거조사, 청문조서, 청문주재자의 의견서, 청문의 종결, 청문결과의 반영, 청문의 재개, 문서의 열람 및 비밀유지 등을 규정하고 있음(제28조~제37조)

### 나. 청문실시의 근거

- 다른 법령 등에서 청문을 실시하도록 규정하고 있는 경우나 행정청이 필요하다고 인정하는 경우

### 다. 청문주재자

- 청문주재자 선정
  - 청문은 행정청이 소속직원 또는 대통령령이 정하는 자격을 가진 자 중에서 선정하는 자가 주재하되, 행정청은 청문주재자 선정이 공정하게 이루어지도록 노력하여야 함

<대통령령이 정하는 자격을 가진 자(시행령 제15조)>

1. 교수·변호사·공인회계사 등 관련분야 전문직 종사자
2. 청문사안과 관련되는 분야에 근무한 경험이 있는 전직 공무원
3. 그 밖의 업무경험을 통하여 청문사안과 관련되는 분야에 전문 지식이 있는 자

**<참 고> : 청문실시요건**

**▷ 다른 법령 등에서 청문을 실시하도록 규정하고 있는 경우**

- 가축운송사업자, 도축업의 6월 이내의 업무정지(가축전염예방법 제19조)
- 영업허가의 취소나 영업소의 폐쇄(건강기능식품에 관한 법률 제36조)
- 건설기계조종사 면허의 취소(건설기계관리법 제36조)
- 건설업의 영업정지 또는 과징금, 등록말소(건설산업기본법 제86조)
- 건축허가 또는 승인의 취소(건축법 제75조)
- 계량기계작업·계량증명업의 등록취소·사업정지(계량에 관한 법률 제25조)
- 학교 또는 시설의 폐쇄명령(고등교육법 제63조)
- 검사기관의 지정취소(고압가스안전에 관한 법률 제35조의3)
- 자동차 배출 결합시정명령(대기환경보전법 제52조)

**▷ 행정청이 필요하다고 인정하는 경우**

**· 청문을 실시하도록 규정한 일반원칙을 고려하고 행정절차상의 부담과 당사자의 불이익 정도를 비교하여 청문을 실시할지 여부를 결정**

- 당사자의 재산권·자격·지위의 일부 또는 전부를 직접 박탈하는 허가·인가, 면허, 지정, 등록, 승인, 신고수리, 선거, 당선 등의 취소 또는 철회
- 물품의 제조·수입·판매금지, 시설·장비의 사용금지 또는 용역의 제공금지, 폐쇄명령, 철거명령, 시정명령 등
- 법인·조합 등의 설립인가 취소 또는 합병·분할·해산 등을 명하는 중대한 불이익처분 등

**○ 청문주재자의 독립성 보장**

- 청문주재자는 독립하여 공정하게 직무를 수행하며, 그 직무수행상의 이유로 본인의 의사에 반하여 신분상의 어떤 불이익도 받지 아니함

- 대통령이 정하는 자중에서 선정된 청문주재자는 형법 기타 다른 법률에 의한 벌칙적용에 있어서 공무원으로 봄

## 라. 청문주재자의 제척·기피·회피

### 1) 청문주재자의 제척사유

1. 자신이 당사자등이거나 당사자등과 민법 제777조 각호의 1에 해당하는 친족관계에 있거나 있었던 경우
2. 자신이 당해 처분과 관련하여 증언이나 감정을 한 경우
3. 자신이 당해 처분의 당사자등의 대리인으로 관여하거나 관여하였던 경우
4. 자신이 당해 처분업무를 직접 처리하거나 하였던 경우

### 2) 청문주재자의 기피

- 청문주재자에게 공정한 청문을 진행을 할 수 없는 사정이 있는 경우 당사자등은 행정청에 기피신청을 할 수 있음
  - ※ 기피신청서(제14호 서식)
  - 이 경우 행정청은 청문을 중지하고 그 신청이 이유가 있다고 인정하는 때는 당해 청문주재자를 지체 없이 교체하여야 함

### 3) 청문주재자의 회피

- 청문주재자는 제척사유나 기피사유에 해당하는 경우에는 행정청의 승인을 얻어 스스로 청문의 주재를 회피할 수 있음

## 마. 청문의 공개

### 1) 청문 비공개가 원칙임

### 2) 청문을 공개할 수 있는 경우

- 청문은 당사자의 공개신청이 있거나 청문주재자가 필요하다고 인정하는 경우 공개할 수 있음.
- 당사자가 청문의 공개를 신청하고자 할 때는 청문일 전까지 청문

주재자에게 공개신청서를 제출하여야 함

※ 청문공개신청서(제15호 서식)

- 청문주재자는 공개신청서를 지체 없이 검토하여 공개여부를 당사자들에게 알려야 함
- 당사자의 공개신청이 있더라도 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우 공개하여서는 아니 됨

## 바. 청문의 진행

### 1) 청문의 개시

- 청문주재자가 청문을 시작할 때에는 먼저 예정된 처분의 내용, 그 원인이 되는 사실 및 법적 근거 등을 설명하여야 함
- 당사자들의 의견진술 등
  - 당사자들은 의견을 진술하고 증거를 제출할 수 있으며, 참고인·감정인에 대하여 질문 등을 할 수 있음

### 2) 청문주재자의 필요한 조치

- 청문주재자는 청문의 신속한 진행과 질서유지를 위하여 필요한 조치를 할 수 있음

### 3) 청문의 계속 통지

- 청문을 다음기일에 속행하고자 하는 경우에는 행정청은 당사자들에게 다음 청문의 일시 및 장소를 서면으로 통지하여야 하며, 당사자들이 동의하는 경우 전자문서로 통지할 수 있음
  - 다만, 당해 청문에 출석한 당사자들에게는 청문장소에서 청문주재자가 구술로 통지할 수 있음

### 4) 당사자들의 의견서 제출

- 당사자등이 의견서를 제출한 경우에는 청문에 출석하지 아니 하였더라도 의견서에 기재된 내용을 출석하여 진술한 것으로 봄
- 청문에 출석하여 진술한 것으로 보는 의견서의 제출은 청문이 종결될 때까지 청문주재자에게 제출된 것에 한함
- ※ 의견 제출서(제11호 서식)

#### 사. 청문의 병합·분리

- 행정청은 직권으로 판단하거나 또는 당사자의 신청에 의하여 수개의 사안을 병합하거나 분리하여 청문을 실시할 수 있음
- ※ 청문병합(분리)신청서(제16호 서식)

#### 아. 증거조사

- 1) 청문주재자는 신청 또는 직권에 의하여 필요한 증거조사를 할 수 있으며, 당사자등이 주장하지 아니한 사항에 대하여도 조사할 수 있음
- 2) 당사자등이 증거조사를 신청하고자 할 때에는 청문주재자에게 증명할 사실과 증거조사의 방법을 구체적으로 명시한 문서를 제출하여야 함
- ※ 증거조사신청서(제17호 서식)
- 3) 증거조사 방법
  - 문서·장부·물건 등 증거자료의 수집
  - 참고인·감정인 등에 대한 질문
  - 검증 또는 감정·평가
  - 기타 필요한 조사
- 4) 관계행정청의 문서제출 등 요구
  - 청문주재자는 관계행정청에 대하여 필요한 문서의 제출 또는 의견의 진술을 요구할 수 있음. 이 경우 관계행정청은 직무수행상 특별한

지장이 없는 한 이에 응하여야 함

## 자. 청문조서

### 1) 청문조서의 작성

- 청문주재자는 청문실시 과정에서 충분한 의견수렴과 증거조사가 되었다고 판단될 때 청문조서를 작성하여야 함

※ 청문조서(제18호 서식)

1. 제목
2. 청문주재자의 소속, 성명 등 인적사항
3. 당사자들의 구분, 성명 또는 명칭, 출석여부
4. 청문의 일시 및 장소
5. 당사자들의 진술의 요지 및 제출된 증거
6. 청문의 공개여부, 공개 또는 비공개 이유
7. 증거조사를 한 경우에는 그 요지 및 첨부된 증거
8. 기타 필요한 사항

- 당사자들은 청문조서의 기재내용을 확인할 수 있으며 이의가 있을 때에는 정정을 요구할 수 있음

※ 증거조사신청서(제19호 서식)

### 2) 청문조서의 열람·확인 통지

- 청문주재자는 청문조서를 작성한 후 지체 없이 청문조서의 열람·확인의 장소 및 기간을 정하여 당사자들에게 통지하여야 함
- 열람·확인의 기간은 청문주재자가 청문조서를 행정청에 제출하기 전까지의 기간의 범위 내에서 정함

### 3) 당사자들의 정정요구

- 당사자등은 문서 또는 구술로 정정요구를 할 수 있으며, 구술로 정정요구를 하는 경우 청문주재자는 정정요구의 내용을 기록하여야 함
  - ※ 청문조서정정요구서(제18호의2서식)
- 청문주재자는 당사자등이 청문조서의 정정을 요구한 경우에는 그 사실관계를 확인한 후에 정정하여야 함

#### 차. 청문주재자의 의견서

##### 1) 작성 시기

- 청문조서의 작성 후 당사자등이 청문조서의 열람·확인 및 정정요구에 의한 정정이 완료된 이후에 작성

##### 2) 의견서 작성사항

- 청문의 제목, 처분의 내용·주요사실 또는 증거, 종합의견, 그 밖에 필요한 사항 등
  - ※ 청문주재자의견서(18호의3서식)

#### 카. 청문의 종결

##### 1) 청문의 종결

- 청문주재자는 당사자등의 의견진술·증거조사가 충분히 이루어졌다고 인정되는 경우 청문을 마칠 수 있음
- 당사자등이 정당한 사유 없이 청문기일에 불출석한 경우
  - 당사자등의 전부 또는 일부가 정당한 사유 없이 청문기일에 출석하지 아니하거나 의견서를 제출하지 아니한 경우에는 의견진술 및 증거제출의 기회를 주지 아니하고 청문을 마칠 수 있음
- 당사자등의 정당한 사유로 청문기일에 불출석한 경우
  - 당사자등의 전부 또는 일부가 정당한 사유로 청문기일에 출석하지 아니하였거나 의견서를 제출하지 못한 경우에는 상당한 기간을 정하여 의견진술 및 증거제출을 요구하여야 하며, 당해

기간이 경과한 때에 청문을 마칠 수 있음

## 2) 청문조서 등의 제출

- 청문주재자는 청문을 마친 때에는 청문조서, 청문주재자의 의견서, 그 밖의 관계서류 등을 행정청에 지체 없이 제출하여야 함

## 타. 청문결과의 반영

- 행정청은 처분을 함에 있어서 청문조서, 청문주재자의 의견서, 그 밖의 관계서류 등을 검토하고, 상당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 청문결과를 반영하여야 함

## 파. 청문의 재개

### 1) 재개 요건

- 청문을 마친 후 처분을 하기까지 새로운 사정이 발견되어 그 필요성이 있는 경우

### 2) 재개 절차

- 행정청은 청문주재자가 제출한 청문조서 등을 되돌려 보내고 청문의 재개를 명할 수 있음
- 이 경우 행정청은 당사자들에게 재개할 청문의 일시 및 장소를 서면으로 통지하여야 하며, 당사자들이 동의하는 경우에는 전자 문서로 통지할 수 있음

### 3) 청문재개의 방법

- 행정절차법상 규정을 두고 있지 않으나 행정청이 직권으로 하거나 당사자들의 신청에 의하여 할 수 있음

## 하. 문서의 열람

### 1) 취 지

- 청문과정에서 당사자등이 필요한 방어수단을 확보하도록 하기 위하여 청문의 당사자등에게 당해 사안과 관련되는 문서의 열람 또는 복사를 요청할 수 있도록 보장
- 청문과정에서 인정되는 특수한 권리로 열람요구권자를 당사자등으로 제한하는 등 일반적인 행정정보 공개제도와는 구별되는 권리임

### 2) 문서열람 요청권자

- 문서열람 요청권자는 당사자등임

### 3) 문서열람 요청기간 및 대상문서

- 당사자등은 청문 통지가 있는 날부터 청문이 끝날 때까지 행정청에 대하여 당해사안의 조사결과에 관한 문서와 기타 당해 처분과 관련되는 문서의 열람 또는 복사를 요청할 수 있음
- 문서의 범위는 사무관리규정 제3조 제1호에서 규정하는 공문서임
  - “행정기관 내부 또는 상호간이나 대외적으로 공무상 작성 또는 시행되는 문서(도면·사진·디스크·테이프·필름·슬라이드·전자문서 등의 특수매체기록을 포함한다) 및 행정기관이 접수한 모든 문서”

### 4) 문서열람 요청방법

- 당사자등의 열람 또는 복사 요청은 문서로 하여야 함
  - ※ 문서열람(복사)신청서(제19호 서식)
- 전자적 형태로 열람을 요청하는 경우 행정청이 당사자등의 요청에 응하는 것이 현저히 곤란한 경우가 아닌 한 전자적 형태로 열람할 수 있도록 함
- 다만, 청문일에 문서를 열람·복사하고자 하는 경우에는 구술로 요청할 수 있음

#### 5) 문서열람의 통지

- 행정청은 열람 또는 복사의 일시 및 장소를 지정할 때에는 요청자에게 그 사실을 통지하여야 함
- ※ 문서열람·복사결정(거부)통지서(제20호 서식)

#### 6) 문서의 복사에 따른 비용

- 문서의 복사에 따른 비용에 관하여는 공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령 제18조 제1항 및 제4항의 규정을 준용

#### 7) 문서열람요청의 거부

- 행정청은 다른 법령에 의하여 문서의 공개가 제한되어 열람 또는 복사의 요청을 거부한 때에는 그 이유를 소명하여 함

### 거. 비밀유지

- 누구든지 청문을 통하여 알게 된 사생활 또는 경영상이나 거래상의 비밀을 정당한 이유 없이 누설하거나 다른 목적으로 사용하여서는 아니 됨

#### < 처분 전 의견청취절차에 대한 판례의 태도(요지)>

- ▷ 청문서 도달기간을 준수하지 않은 청문절차는 위법이며, 이에 기한 처분도 위법이다(대판 1992. 2. 11, 91 누 11575, 행정절차법 제정 전 판례)
- ▷ 청문서 도달기간을 준수하지 않았더라도 당사자가 이에 대하여 이의를 제기하지 않은 채 청문에 참석하여 방어기회를 충분히 가졌다면 하자는 치유되었다고 본다(대판 1992. 10. 23, 92누2844, 행정절차법 제정 전 판례)
- ▷ 공무원퇴직연금의 환수결정은 관련 법령에 따라 당연히 환수금액이 정해지는 것이므로 사전 의견청취 절차를 생략할 수 있다(대판

2000. 11. 28, 99두5443)

- ▷ 청문통지서의 반송과 당사자등의 청문불출석 등의 이유로 청문을 실시하지 않은 침해적 행정처분은 위법이다(대판 2001. 4. 13, 2000두3337)
- ▷ 행정청이 당사자와의 사이에 도시계획사업의 시행과 관련한 협약을 체결하면서 청문실시 등 의견청취절차를 배제하는 조항을 두었다라도 청문의 실시에 관한 규정의 적용이 배제된다거나 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당한다고 할 수 없다(대판 2004. 7. 8, 2002두8350)
- ▷ 개별법의 규정에 의한 의견청취절차를 실시하지 않은 침해적 처분도 위법으로 취소사유에 해당한다. (대판 2001. 5. 8, 2000두10212)
- ▷ 처분 전 의견청취는 권리자에게 의견을 반영할 기회를 주어 행정청이 이를 참작하려는 것이므로 처분청이 제출한 의견에 기속되는 것은 아니다.(대판 1995. 12. 22, 95누30, 행정절차법 제정 전 판례)s

< 질의 : 의견 제출 기한 전 처분가능 여부 >

- ▷ 중개업자 위반행위가 발견되어 의견제출통지서를 발송한 상태이고 의견 제출은 2월 15일까지로 통보하는데 처분대상자가 사전통지서를 받고 빨리 처분을 받고 싶다며 의견 제출서를 보내왔음. 이 경우 의견 제출기한까지 기다릴 필요 없이 의견청취를 한 것으로 보아 행정절차법 제22조 제5항에 따라 의견 제출기간 완성 전 처분을 시작할 수 있는지 여부

## 5. 공청회

### 가. 공청회의 개념

- 행정청이 공개적인 토론을 통하여 어떠한 행정작용에 대하여 당사자 등, 전문지식과 경험을 가진 자 기타 일반인으로부터 의견을 널리 수렴하는 절차

- 앞서 청문절차가 불이익처분과정에서 인정되는 특유의 절차에 해당한다면 공청회는 불이익처분 특유의 절차는 아니며 행정상 입법 예고, 행정예고 절차 등에서도 각각 준용하도록 규정하고 있음
- 행정절차법에서는 공청회 개최근거, 공청회 개최의 알림, 전자공청회, 공청회의 주재자 및 발표자의 선정, 공청회의 진행, 공청회 및 전자공청회 결과의 반영 등을 규정하고 있음(제38조~제39조의 2)

#### 나. 공청회 개최요건

- 다른 법령 등에서 공청회를 개최하도록 규정하고 있는 경우나 당해 처분의 영향이 광범위하여 널리 의견을 수렴할 필요가 있다고 행정청이 인정하는 경우에 개최함

#### 다. 공청회 통지 및 공고

- 공청회를 개최하려는 경우에는 공청회 개최 14일 전까지 당사자등에게 통지하고 관보·공보·인터넷 홈페이지 또는 일간신문 등에 공고하는 방법으로 널리 알려야 함
  - ※ 공청회개최통지서(제21호 서식)

- 개최통지 및 공고 내용

1. 제 목
2. 일시 및 장소
3. 주요내용
4. 발표자에 관한 사항
5. 발표신청 방법 및 신청기한
6. 정보통신망을 통한 의견제출
7. 그 밖의 공청회 개최에 관하여 필요한 사항

## 라. 공청회 주재자 및 발표자

### 1) 공청회 주재자의 지명 또는 위촉

- 공청회 주재자는 당해 행정청의 사안과 관련된 분야에 전문적 지식이 있거나 그 분야에서 종사한 경험이 있는 자 중에서 행정청이 지명 또는 위촉하는 자로 함

### 2) 발표자 선정

- 공청회의 발표자는 발표를 신청한 자 중에서 선정함. 다만 발표 신청자가 없거나 공청회의 공정성 확보를 위하여 필요한 경우에는 다음의 사람 중에서 지명하거나 위촉할 수 있음

1. 당해 공청회 사안과 관련되는 당사자등
2. 당해 공청회 사안과 관련된 분야에 전문지식이 있는 자
3. 당해 공청회 사안과 관련된 분야에서 종사한 경험이 있는 자

- 행정청은 발표자를 선정한 경우에는 그 결과를 발표를 신청한 모두에게 통지하여야 함
- 공청회 주재자 및 발표자 선정 등의 공정성 확보
  - 공청회 주재자 및 발표자를 지명 또는 위촉하거나 선정함은 공정성이 확보될 수 있도록 하여야 함
- 수당·여비 등 지급
  - 공청회 주재자·발표자 그 밖의 자료를 제출한 전문가 등에 대하여는 예산의 범위에서 수당·여비 그 밖에 필요한 경비를 지급할 수 있음

## 마. 공청회의 진행

- 공청회의 절차
  - 공청회는 일반적으로 발표자의 발표, 발표자 상호간의 질의 및 답변, 방청인의 의견 제시 순서로 진행됨
- 공청회 주재자

- 공청회를 공정하게 진행하여야 하며, 원활한 진행을 위하여 발표 내용을 제한할 수 있음
- 질서유지를 위하여 발표자 또는 방청인이 다음 사항에 해당하는 경우에는 주의를 주거나 발언의 중지를 명할 수 있음

1. 함부로 발언하거나 소란한 행위를 하여 다른 사람의 발언을 방해하는 경우
2. 폭력을 행사하거나 그 밖의 방법으로 공청회의 진행을 방해하는 경우로서 공청회 주재자가 질서유지를 위하여 필요하다고 인정하는 경우

- 주의나 발언중지명령에 따르지 아니하는 자에 대하여는 공청회장장에서 퇴장할 것을 명할 수 있음
- 발표자의 발표가 끝난 후 발표자 상호간에 질의 및 답변을 할 수 있도록 하여야 하며, 방청인에 대하여는 의견을 제시할 수 있는 기회를 주어야 함

○ 공청회 발표자

- 공청회의 내용과 직접 관련된 사항에 한하여 발표하여야 함

## 바. 전자공청회

### 1) 실시요건

- 공청회와 병행하여서만 정보통신망을 이용한 전자공청회를 실시할 수 있음

### 2) 전자공청회 시스템(정보통신망) 구축, 운영

- 행정청은 전자공청회를 실시하는 경우 의견제출 및 토론참여가 가능하도록 전자적 처리능력을 갖춘 정보통신망을 구축·운영하여야 함

### 3) 전자공청회 개최방법 및 절차

○ 개최 통지 및 공고

- 전자공청회 개최 전까지 당사자등에게 통지하고, 관보·공보·일간

신문 또는 인터넷 홈페이지 등에 공고하는 등의 방법으로 널리 알려야 함

※ 공청회 개최통지서(제21호 서식)

○ 개최통지 및 공고 내용

1. 제목
2. 실시기간 및 전자공청회를 개최하는 인터넷 주소(전자공청회주소)
3. 주요내용
4. 그 밖에 전자공청회 개최와 관련하여 필요한 사항

○ 전자공청회 의제 등의 게시

- 전자공청회를 개최하는 행정청은 전자공청회를 실시하는 기간 동안 해당 전자공청회주소에 개최통지 및 공고내용의 각 사항을 게시하여야 함
- 행정청은 전자공청회를 실시하는 기간 동안 서면으로 제출된 의견이 있는 경우에는 그 의견을 해당 전자공청회주소에 게시할 수 있음

4) 전자공청회 참여

- 전자공청회를 실시하는 경우에는 누구든지 정보통신망을 이용하여 의견을 제출하거나 제출된 의견에 대한 토론에 참여할 수 있음.

**사. 공청회 및 전자공청회 결과의 반영**

- 행정청은 처분을 함에 있어서 공청회·전자공청회 및 정보통신망 등을 통하여 제시된 사실 및 의견이 상당한 이유가 있는 경우는 이를 반영하여야 함

**아. 공청회 및 전자공청회 결과의 알림**

- 행정청은 공청회에서 제출된 의견의 반영결과를 발표자와 의견제출자 등에게 통지하거나 인터넷 홈페이지에 게시하는 등의 방법으로

널리 알려야 함

- 행정청은 전자공청회에서 제출된 의견의 반영결과를 해당 전자공청회 주소에 게시하여야 함

**<참 고> : 공청회를 규정한 입법 예**

**▷ 의무적으로 실시해야 하는 경우**

- 개발구역의 지정 또는 변경(기업도시개발특별법 제55조)
- 국토종합계획안의 작성(국토기본법 제11조)
- 광역도시계획의 수립 또는 변경(국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제14조)
- 농지이용계획의 수립(농지법 제16조)
- 대기환경보전실천계획(대기환경보전법 시행규칙 제15조)
- 특별관리구역 또는 특별관리시설물의 지정(도시교통정비촉진법 제27조)
- 도시개발구역의 지정(도시개발법 제7조)
- 연안관리지역계획의 수립(연안관리법 제8조)
- 표시광고사항의 고시(표시·광고의 공정화에 관한 법률 제4조)

**▷ 공청회 또는 설명회 중 하나를 선택하여 실시해야 하는 경우**

- 대기환경개선 시행계획 수립(수도권대기환경개선에 관한 특별법 시행규칙 제6조)
- 해양오염영향조사서의 작성(해양오염방지법 제52조의 13)
- 규제신설·강화 시 행정예고 또는 공청회(행정규제기본법 제9조)

**▷ 일정범위의 주민 또는 위원회 등의 요청이 있으면 실시해야 하는 경우**

- 습지보전지역 등의 지정(습지보전법 시행령 제5조)
- 방사선편폐기물 처분시설 또는 사용 후 핵연료 저장시설의 건설·운영 허가를 받고자 하는 자(원자력법 제104의5)

· 인적자원개발정책의 심의 시 인적자원개발회의 의장의 요청(인적자원개발 기본법제57조)

▷ 이해관계자의 의견진술 과정으로 개최해야 하는 경우

· 이해관계자의 의견진술 또는 협의(관세법 시행령 제64조)

▷ 기타 행정청 또는 위원회 등은 의견수렴, 여론수집 등을 위하여 필요한 경우 공청회를 개최할 수 있도록 규정하고 있는 경우가 많음

· 경제규제개혁위원회 규정 제10조, 고령화 및 미래사회 위원회 규정 제14조 등

### Ⅲ. 신고 절차

#### 가. 신고의 개념

- 행정절차법에서 규정한 신고는 법령 등에서 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고
- 행정절차법은 신고에 대하여 신고의 개념, 행정청의 신고기준 공표 의무, 신고요건, 신고 서류의 보완 등을 내용으로 하고 있음(제40조)

#### 나. 신고기준의 공표

- 신고를 관장하는 행정청은 신고에 필요한 구비서류와 접수기관 기타 법령 등에 의한 신고에 필요한 사항을 게시(인터넷 등을 통한 게시를 포함)하거나 편람을 비치하여 누구나 열람할 수 있게 하여야 함

#### 다. 신고의 요건

- 형식적인 요건을 갖춘 신고서가 접수기관에 도달된 때에 신고의 의무가 이행된 것으로 봄
- 형식적 요건으로는 신고서의 기재사항에 흠이 없을 것, 필요한 구비서류가 첨부되어 있을 것, 기타 법령 등에 규정된 형식상의 요건에 적합할 것 등을 규정함

#### 라. 신고 서류의 보완 및 회송

- 신고의 요건을 갖추지 못한 신고서가 제출된 경우 행정청은 지체 없이 상당한 기간을 정하여 신고인에게 보완을 요구하여야 함
- 신고인이 기간 내에 보완을 하지 아니한 때에는 그 이유를 명시하여 신고서를 되돌려 보내야 함

※ 참고 : <신고와 유사한 개념의 비교>

구 분	개 념
허 가	특정요건을 갖추면 법규에 규정된 일반적 금지를 해제하여 적법하게 일정한 행위를 할 수 있게 함
인 가	법규가 행정청의 협력이 없으면 효력을 발생할 수 없도록 규정하고, 특정요건이 갖추어진 경우에 행정청의 협력으로 법률적 효력을 발생
특 허	행정청이 특정인에게 독점적으로 권리를 설정하는 행정처분
등 록	허가를 위한 심사절차를 거치지 않고 일정한 요건을 갖춘 사항을 공적 장부에 기재함으로써 금지를 해제하거나 법적효과를 발생
신 고	일정한 요건을 갖춘 사항을 행정청에 통지하면 내용에 대한 심사절차나 공적장부에 등록할 필요가 없이 그것으로 신고의무가 이행됨

< 신고에 관한 판례의 태도 >

- ▷ 의료법 제30조제3항에 의하면 의원, 치과의원, 한의원 또는 조산소의 개설은 단순한 신고사항으로만 규정하고 있고 그 신고의 수리여부를 심사, 결정할 수 있게 하는 별다른 규정을 두고 있지 아니하므로 의원의 개설신고를 받은 행정관청으로서는 별다른 심사, 결정 없이 그 신고를 당연히 수리하여야 한다. (대법원 1985. 4. 23 선고 84도2953 판결)
- ▷ 체육시설의 설치·이용에 관한 법률 제10조, 제11조, 제22조, 같은 법 시행규칙 제8조 및 제25조의 각 규정에 의하면 당구장업과 같은 신고체육시설업을 하고자 하는 자는 체육시설업의 종류별로 같은 법 시행규칙이 정하는 해당 시설을 갖추어 소정의 양식에 따라 신고서를 제출하는 방식으로 시·도지사에게 신고하도록 규정하고 있으므로, 소정의 시설을 갖추지 못한 체육시설업의 신고는 부적법한 것으로 그 수리가 거부될 수밖에 없고 그러한 상태에서 신고체육시설업의 영업행위를 계속하는 것은 무신고 영업행위에 해당될 것이

지만, 이에 반하여 적법한 요건을 갖춘 신고의 경우에는 행정청의 수리처분 등 별단의 조치를 기다릴 필요없이 그 접수 시 신고로서의 효력이 발생하는 것이므로 그 수리가 거부되었다고 하여 무신고 영업이 되는 것은 아니다.

(대법원1998. 4. 24 선고97도3121 판결)

- ▷ 아파트 입주자 대표회의가 대표회의 구성 후에 행정청에 신고하는 것은 사후 보고 내지 사실에 관한 통고적 성격을 갖는 것에 불과하므로 그 신고서를 반려했다라도 그 효력에는 영향을 미치지 않는다.  
(대전지방법원 2005. 6. 8 2005구합137)

#### < 참고 : 신고의 효과 >

- ▷ 법령등에서 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고의 경우, 요건을 갖춘 경우에는 신고서가 접수기관에 도달된 때에 신고의 의무가 이행된 것으로 본다. 그러나 수리를 요하지 않는 신고를 규정한 법률상의 요건 외에 타법상의 요건도 충족하여야 하는 경우, 타법상의 요건을 충족시키지 못하는 한 적법한 신고를 할 수 없다고 보아야 한다(홍정선).

행정절차법상 신고의 효력발생에 대하여는 도달주의가 채택되고 있으며, 이것은 자체완성적 사인의 공법행위로서의 신고 중에서 임의적인 성질을 갖는 신고에도 유추적용된다(홍정선).

- ▷ 수리를 요하지 아니하는 신고의 경우, 부적법한 신고가 있었다면 행정청이 수리하였다고 하여도 신고의 효과가 발생하지 아니한다. 따라서 요건미비의 부적법한 신고를 하고 신고영업을 하는 경우에는 불법영업에 해당하게 된다.

## IV. 행정상 입법예고 및 행정예고 절차

### 1. 행정상 입법예고

#### 가. 목적

- 행정상 입법과정에서 국민의 권리·의무 또는 일상생활과 관련되는 법령안의 내용을 미리 국민에게 공개, 입법과정에서의 투명성 및 국민의 참여기회를 보장하여 법령의 정당성과 실효성을 확보

#### 나. 입법예고의 대상

- 입법예고의 대상
  - 입법내용이 국민의 권리·의무 또는 일상생활과 관련이 있는 법령 등을 제정·개정 또는 폐지하고자 하는 경우임
    - ‘법령 등’은 법률, 대통령령, 총리령, 부령 및 자치법규임
    - ‘법률’의 범위에는 행정부가 입안하여 국회에 제출하는 법률만이 해당
- 입법예고를 아니할 수 있는 경우(제41조 제1항 단서)

1. 입법내용이 국민의 권리·의무 또는 일상생활과 관련이 없는 경우
2. 입법이 긴급을 요하는 경우
3. 상위법령 등의 단순한 집행을 위한 경우
4. 예고함이 공익에 현저히 불리한 영향을 미치는 경우
5. 입법내용의 성질 그 밖의 사유로 예고의 필요가 없거나 곤란하다고 판단되는 경우

#### 다. 입법예고의 방법

- 입법안의 취지, 주요내용 또는 전문을 관보·공보나 인터넷·신문·방송 등의 방법으로 널리 공고하여야 함
- 행정청은 예고된 입법안에 대하여 전자공청회 등을 통하여 널리

의견 수렴가능

- 행정청은 입법예고를 하는 경우 대통령령을 국회 소관 상임위원회에 제출하여야 함
- 입법안과 관련이 있다고 인정되는 중앙행정기관, 지방자치단체 그 밖의 단체 등이 예고사항을 알 수 있도록 예고사항의 통지 그 밖의 방법으로 알려야 함
- 예고된 입법안의 전문에 대하여 열람 또는 복사요청이 있는 때에는 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 함(복사비용은 요청자 부담)
- 법제처장은 입법예고를 하지 아니한 법령안의 심사요청을 받은 경우에는 입법예고를 권고하거나 직접 예고할 수 있음
- 기타 입법예고의 기준·절차 등에 관하여는 『법제업무운영규정』이 정하는 바에 따름

#### 라. 예고기간

- 특별한 사정이 없는 한 20일 이상으로 정함(법제처와 협의하여 단축 가능)

#### 마. 의견제출 및 처리

- 누구든지 예고된 법령안에 대하여 그 의견을 제출할 수 있음
- 행정청은 의견접수기관·의견 제출 기타 필요한 사항을 당해 입법안을 예고할 때 함께 공고하여야 함
- 행정청은 당해 입법안에 대한 의견이 제출된 경우 특별한 사유가 없는 한 이를 존중하여 처리하여야 함
- 행정청은 의견을 제출한 자에게 제출된 의견의 처리결과를 통지하여야 함

**법제업무운영규정 제18조 (제출의견의 처리)** ①법령안 주관기관의 장은 입법예고결과 제출된 의견을 검토하여 법령안에의 반영여부를 결정하고 그 처리결과 및 처리이유 등을 지체 없이 의견제출자에게 통지하여야 한다.

②법령안 주관기관의 장은 입법예고결과 제출된 의견 중 중요한 사항에 대하여는 그 처리결과를 법률안 또는 대통령령안의 경우에는 국무회의 상정안에 첨부하고, 총리령안 또는 부령안의 경우에는 법제처장에게 제출하여야 한다.

#### 바. 입법안의 재예고

- 입법예고 후 예고내용에 중요한 변경이 발생하거나 국민생활과 직접 관련되는 내용이 추가되는 경우에는 해당 부분에 대한 입법예고를 다시 하여야 함(규정 제14조)

#### 사. 공청회 및 전자공청회

- 행정청은 입법안에 관하여 공청회 및 전자공청회를 개최할 수 있음

#### 아. 자치법규안의 입법예고

- 자치법규안의 입법예고에 관하여는 제1항에 규정한 것 외에는 조례로 정함 (규정 제20조)

## 2. 행정예고

### 가. 행정예고의 의의

- 국민생활과 밀접한 관련이 있는 정책·제도·계획 등을 수립·시행하거나 변경하고자 하는 때 미리 예고하여 국민의 행정참여 기회를 제공하고 정책의 타당성과 신뢰성을 확보
- 행정예고에 대하여 행정절차법은 행정예고 대상, 행정예고를 하지

아니할 수 있는 경우, 예고기간 등을 정하고, 행정예고의 방법, 공청회 및 전자공청회(예고된 입법안에 대한 전자공청회 부분은 제외) 등에 관하여는 입법예고의 관련규정을 준용하도록 하였음 (제46조~제47조)

## 나. 행정예고의 대상

- 1) 행정청은 다음 각호의 1에 해당하는 사항에 대한 정책·제도 및 계획을 수립·시행하거나 변경하고자 하는 경우 이를 예고하여야 함

1. 국민생활에 매우 큰 영향을 주는 사항
2. 많은 국민의 이해가 상충되는 사항
3. 많은 국민에게 불편이나 부담을 주는 사항
4. 기타 널리 국민의 의견수렴이 필요한 사항

- 2) 행정예고를 하여야 할 사항의 예시(영 제24조)

1. 다른 법령의 규정에 의하여 행정청이 의무적으로 수립하여야 하는 사항 등에 관한 것으로서 국민생활에 매우 큰 영향을 주는 정책·제도 및 계획
2. 환경보전지역 및 문화재보호구역의 지정 등 일정한 지역에서 많은 국민의 이해가 상충되는 정책·제도 및 계획
3. 상수도의 단수 등 국민의 일상생활과 관련이 있어 많은 국민에게 불편이나 부담을 주는 정책·제도 및 계획
4. 사회기반시설 등의 건설·설치, 학사제도·전용차로제의 조정·변경 등 널리 국민의 의견수렴이 필요한 정책·제도 및 계획
5. 그 밖에 행정청이 행정예고가 필요하다고 판단한 정책·제도 및 계획

- 3) 행정예고의 예외사항

- 예고로 인하여 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해할 우려가 있거나

기타 예고하기 곤란한 특별한 사유가 있는 경우에는 예고하지 않을 수 있음

- 법령 등의 입법을 포함하는 행정예고의 경우에는 입법예고로 이를 갈음할 수 있음
- 다른 법령에서 공고절차를 거쳐 공람, 열람, 공청회, 토론회, 설명회 등을 실시하도록 규정하고 있는 경우에는 그 법령에 의함

#### 다. 행정예고기간

- 예고내용의 성격 등을 고려하여 정하되, 특별한 사정이 없는 한 20일 이상으로 정함

#### 라. 예고방법

- 행정예고안의 취지, 주요내용 또는 전문을 관보·공보나 인터넷·신문·방송 등의 방법으로 널리 공고하여야 함
- 행정청은 행정예고를 하는 경우 행정예고안의 주요내용, 진행절차, 담당자 및 홈페이지 주소 등을 명시하고, 홈페이지에는 예고내용의 구체적인 사항을 게재하여야 함
- 행정예고안과 관련이 있다고 인정되는 중앙행정기관, 지방자치단체 그 밖의 단체 등이 예고사항을 알 수 있도록 예고사항의 통지 그 밖의 방법으로 알려야 함
- 행정예고안의 전문에 대하여 열람 또는 복사요청이 있는 때에는 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 함
- 복사비용은 요청자에게 부담시킬 수 있음

#### 마. 의견제출 및 처리

- 누구든지 예고된 법령안에 대하여 그 의견을 제출할 수 있음

- 행정청은 의견접수기관·의견 제출 기타 필요한 사항을 당해 입법안을 예고할 때 함께 공고하여야 함
- 행정청은 당해 입법안에 대한 의견이 제출된 경우 특별한 사유가 없는 한 이를 존중하여 처리하여야 함
- 행정청은 제출된 의견을 검토하여 정책·제도 및 계획에의 반영 여부를 결정하고, 그 처리결과 및 처리이유를 지체 없이 의견제출자에게 통지하거나 공표하여야 함
- 처리결과에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 인터넷 게시 등의 방법으로 널리 알려야 함
- 행정 예고된 내용이 국무회의 심의사항인 경우에는 제출의견을 내용별로 분류하여 국무회의 상정안에 첨부하여야 함

#### 바. 공청회 및 전자공청회

- 행정예고안에 관한 공청회 및 전자공청회 실시
  - ※ 전자공청회는 공청회와 병행하여서만 실시 가능함

#### 사. 관계기관의 의견청취

- 행정예고를 하여야 할 정책·제도 및 계획을 입안한 때에는 정책·제도 및 계획내용을 관계기관에 송부하여 그 의견을 들어야 함
- 관계기관의 장의 의견회신기간은 10일 이상이 되도록 하여야 함. 다만, 정책, 제도 및 계획을 긴급하게 추진하여야 할 사유가 발생하는 등 특별한 사정이 있는 때에는 10일 미만으로 단축할 수 있음
- 행정청은 관계기관의 장의 의견을 들은 후 행정예고를 하여야 함. 다만, 당해 정책·제도 및 계획의 내용이 의견을 듣기에 곤란한 특별한 사유가 있는 때는 의견을 듣지 아니하고 행정예고를 할 수 있음

## V. 행정지도 절차

### 가. 개념

- 당해 행정기관이 그 소관사무의 범위 안에서 일정한 행정목적을 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 않도록 지도·권고·조언 등을 하는 행정작용
- 상대방의 임의적 협력을 전제로 하는 비권력적인 사실행위에 속하나 상대방이 거부하기 어려운 강제성을 내포한 경우가 많아 절차적 통제가 필요함

### 나. 행정지도의 원칙

- 행정지도는 그 목적달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니 됨
- 행정청은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 불이익한 조치를 하여서는 아니 됨

### 다. 행정지도의 방식

- 내용 및 신분 제시
    - 상대방에게 당해 행정지도의 취지·내용 및 신분을 밝혀야 함
  - 서면교부요구
    - 행정지도가 구술로 이루어지는 경우에 상대방이 구술로 한 당해 행정지도의 취지·내용 및 신분을 기재한 서면의 교부를 요구하는 때에는 직무수행에 특별한 지장이 없는 한 이를 교부하여야 함(서면교부요구권)
- ※ 행정지도서면교부서(제22호 서식)

## 라. 의견제출

- 행정지도의 상대방은 당해 행정지도의 방식·내용 등에 관하여 행정청에 의견을 제출할 수 있음

## 마. 다수인을 대상으로 하는 행정지도

- 공통적인 사항 공표
  - 행정목적을 실현하기 위하여 많은 상대방에게 행정지도를 하고자 할 경우
  - 특별한 사정이 없는 한 행정지도에 공통적인 사항을 공표하여야 함
- 공표할 내용
  - 당해 행정지도의 취지, 주요내용, 주관행정기관과 당해 행정지도에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 내용을 포함하여야 함

### < 참고 : 행정지도와 권리보호 >

- ① 행정소송, 헌법소원 : 행정지도는 법적 효과를 갖지 않는 비권력적 사실행위에 불과하므로 처분성이 없어 항고소송의 대상이 되지 않음. 행정지도는 경우에 따라 헌법소원의 대상이 될 수 있음.  
※교육부장관의 대학총장들에 대한 학칙시정요구의 법적 성격은 행정지도의 일종이지만, 그에 따르지 않을 경우 일정한 불이익조치를 예정하고 있어 사실상 상대방에게 그에 따를 의무를 부과하고 있으므로 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적, 구속적 성격을 강하게 갖는 것으로서 헌법소원의 대상인 공권력 행사에 해당(헌재 2002헌마337)
- ② 손해배상 : 행정지도에 따름으로 인해 피해를 입은 자는 국가배상법에 따른 손해배상청구를 할 수 있음. 특히, 행정지도가 사실상 강제성이 있는 경우에는 국가의 배상책임 인정(홍정선).
- ③ 손실보상 : 사실상의 강제로 인한 특별희생이 있고 그 희생이 행정지도와 인과관계가 있다면 예외적으로 손실보상이 가능(홍정선).

## Ⅵ. 보칙사항

### 가. 행정절차에 소요되는 비용의 부담의 원칙

- 행정절차에 소요되는 비용은 행정청이 부담
  - 행정절차를 진행하기 위하여 진행하기 위한 각종 시설물 사용, 청문주재자의 위촉에 따른 수당 등
- 다만, 당사자등이 자기를 위하여 스스로 부담한 비용은 그러하지 아니 함

### 나. 참고인등에 대한 비용지급

- 행정절차의 진행에 필요한 참고인·감정인 등에게 예산의 범위 안에서 여비와 일당을 지급할 수 있음
  - 일당은 참고인·감정인 등이 공무원이 아닌 경우에만 지급하되, 국가공무원 6급 5호봉상당의 월봉금액을 일할 계산한 금액
  - 여비는 참고인 등이 공무원인가를 가리지 않고 모두 지급하되, 참고인·감정인 등이 공무원인 경우는 공무원여비규정에 의하고 공무원이 아닌 경우에는 공무원 여비규정 별표1의 제4호 해당자의 소정액 (영 제26조)

### 다. 행정절차법의 운영실태 확인 및 관계행정기관의 협조요청

- 행정안전부장관(제4장의 경우에는 법제처장) 행정절차법의 효율적인 운영을 위하여 그 운영상황과 실태를 확인할 수 있고, 관계행정청에 대하여 관련 자료의 제출 등 협조를 요청할 수 있음

제 2 부  
행 정 심 판



# I. 행정심판제도 개요

## 1. 행정심판의 개념

- 처분청의 처분이나 부작위의 위법·부당여부에 대하여 상급 행정청이 행하는 사법적 행정작용으로 처분청이 스스로 행한 처분의 위법·부당여부에 대하여 판단하는 이의신청과는 구분된다.
- 헌법 제107조제3항에서 '재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하며, 사법절차(司法節次)가 준용되어야 한다.'라고 규정하여 헌법에 근거를 둔 국민의 권리구제수단임을 천명하고 있다.
- 구별개념 : 행정소송, 고충민원, 직권취소, 청원, 진정, 탄원, 질의, 건의 등
- ※ 진정은 권리행사가 아니므로 법적 구속력이나 효과를 발생하지 않는 사실행위에 불과하다. 따라서, 진정에 대한 회답은 법적 의미를 가지지 못한다는 점에서 재결에 구속력이 인정되는 행정심판과는 다르다.

【판례】 진정을 수리한 국가기관이 진정을 받아들여 구체적인 조치를 취할 것인지의 여부는 국가기관의 재량에 속하고, 위 진정을 거부하는 “민원회신”이라는 제목의 통지를 하였다고 하더라도 이로써 진정인의 권리·의무나 법률관계에 하등의 영향을 미치는 것이 아니므로 이를 행정처분이라고 볼 수 없어 이는 행정소송의 대상이 될 수 없으므로 위 회신을 진정에 대한 거부처분으로 보아 그 취소를 구하는 소는 부적법하다(대판 1991. 8. 9, 91누4195).

그러나, 진정의 형식이라도 그 내용이 행정심판을 청구하는 내용이면 행정심판으로 처리하여야 한다. 판례도 같은 입장이다.

【판례】 비록 제목이 “진정서”로 되어 있고, 재결청의 표시, 심판청구의 취지 및 이유 처분을 한 행정청의 고지의 유무 및 그 내용 등 행정심판법 제19조제2항 소정의 사항들을 구분하여 기재하고 있지 아니하여 행정심판청구서로서의 형식을 다 갖추고 있다고 볼 수는 없으나, 피청구인인 처분청과 청구인의 이름 주소가 기재되어 있고, 청구인의 기명이 되어 있으며, 문서의 기재내용에 의하여 심판청구의 대상이 되는 행정처분의 내용과 심판청구의 취지 및 이유, 처분이 있는 것을 안 날을 알 수 있는 경우, 위문서에 기재되어 있지 않은 재결청, 처분을 한 행정청의 고지의 유무 등의 내용과 날인 등의 불비한 점은 보정이 가능하므로 위 문서를 행정처분에 대한 행정심판청구로 보는 것은 옳다(대판 2000.6. 9, 98 두2621, 동지 대판 1995. 9. 5, 91누16250).

## 2. 행정심판제도의 의의

### ○ 자율적 행정통제와 행정의 적정운영 도모

- 행정상의 문제가 법원에 의하여 다루어지기 전에 처분청 또는 그 상급감독청으로 하여금 스스로 판단하여 시정할 수 있는 기회를 부여하여 법원으로부터 행정의 자율성을 확보하려는 것을 목적으로 한다. 행정심판은 처분의 위법성뿐만 아니라 부당성까지도 그 심판범위에 포함하고 있는데, 이는 행정심판이 자기통제를 통하여 행정의 적법한 운영, 나아가 적극적으로 행정의 적정한 운영까지도 도모하겠다는 취지로 이해될 수 있다.

### ○ 전문적·기술적 분야에 있어서 사법권의 사전적 분담

- 산업재해·의료보험·조세·공무원 인사처분 등 전문성·기술성을 요하는 사안에 있어서 1차로 전문기관인 행정청으로 하여금 사실관계의 인정과 법령의 해석·적용을 통하여 유권적인 판단을 내리도록 함으로써, 법원의 사법적 기능의 결함을 보충하는 효과가 있다.

### ○ 소송경제의 확보와 행정능률의 보장

행정심판은 약식쟁송절차이기 때문에 비용·시간 등을 크게 절감할 수 있음은 물론 행정소송의 제기 이전에 행정심판단계에서 사실상 및 법률상의 쟁점사항이 정리됨으로써 행정소송사항에 대하여 일차적으로 여과할 수 있는 장점이 있다. 따라서 행정심판제도는 불필요한 행정소송의 제기를 방지할 수 있게 되므로 법원의 소송부담을 경감시키게 되어 소송경제의 확보에 기여할 수 있게 된다. 사법절차에 앞서 신속·간편한 행정심판을 인정함으로써 행정법관계에 관한 분쟁의 신속한 해결을 도모하는 것이 국민에 대한 편의제고 및 행정능률의 보장이라는 측면에서 합리적이다.

## 3. 유사제도와 구분

### 가. 청 원

- 헌법 제26조 제1항의 규정에 의한 청원권은 국가기관에 대하여 어떤 사항에 대한 의견이나 희망을 진술할 권리로서 같은 조 제2항에 의하여 국가는 청원에 대하여 심사할 의무를 지고, 청원법 제9조 제4항에 의하여 주관관서는 그

심사처리결과를 청원인에게 통지할 의무가 있다. 다만, 청원을 수리한 국가기관은 이를 성실, 공정, 신속히 심사·처리하여 그 결과를 청원인에게 통지하는 이상의 법률상 의무를 지는 것은 아니라고 할 것이다.

- \* 참조재결례 [국행심 99-4769] “아버지가 아들을 의병전역시켜 달라는 진정은 단순한 민원이라 할 것이고, 이러한 진정에 대하여 행정청이 이를 받아들여 구체적인 조치를 하여야 할 법률상 의무가 있는 것은 아니어서 이에 관한 행정청의 통지는 단순한 민원회신에 불과하므로 행정심판의 대상이 되는 처분이 아니다”라고 의결
- 이에 반해, 행정심판은 그 대상이 “처분 등”에 한정되고 심판결과에 대해서는 법적 구속력을 인정하고 있다는 점 등에서 청원과는 구별되는 제도이다. 그러나, 실무에 있어서는 민원사무처리에 관한 법률상의 민원과 청원법상의 청원<sup>1)</sup>, 그리고 행정심판법상의 행정심판청구를 명확하게 구분하기 어려운 사례도 있으므로 유의할 필요가 있다.

#### 【 관련판례 】

- < 청구인과 피청구인의 표시, 심판청구의 취지와 이유등 행정심판법 소정의 사항들을 기재하지도 않고 허가취소처분의 취소를 구하면서 제목이 청원서로 되어 있는 경우에도 행정심판청구로 볼 수 있는지 여부 >
- \* 참조판례 [서울고법 93구14563] “행정심판청구는 엄격한 형식을 요하지 아니하는 서면행위라고 볼 것이므로 행정청의 위법·부당한 처분 등으로 인하여 권리나 이익을 침해당한 자로부터 그 처분의 취소나 변경을 구하는 취지의 서면이 제출되었을 때에는 그 표제와 제출기관의 여하를 불문하고 이를 행정심판의 청구로 보고 심리와 재결을 하여야 할 것이다.”
- \* 위 사안은 필요적 전심이 적용되었던 구행정심판법상의 심판청구기간내에 위와 같은 청원을 하고 별도의 심판청구는 하지 않았을 경우에 그러한 청원도 행정심판을 거친 것으로 보아 행정심판전치주의를 충족하는지와 관련하여 문제가 된 사안임

---

1) 민원사무처리에 관한 법률 제2조 제3호의 “고충민원”과 같은 법 시행령 제2조 제3항의 “고충민원”의 정의와 청원법 제4조에서 열거하고 있는 “청원사항”이 상당부분 중복되는 것으로 해석이 가능하고 청원법에서 청원의 처리기한, 문서의 보정 등 절차에 관한 구체적인 규정이 없으므로 청원의 처리와 관련하여 청원법에 구체적인 규정이 없을 경우에는 민원사무처리에 관한 법률에 의거하여 처리하는 것이 바람직할 것이다.

## 나. 진 정

- 진정도 청원과 같이 행정기관이 구체적인 조치를 취할 것인지 여부는 기관의 자유재량에 속함이 일반적이라 하겠다.
- 그러나, 일정한 경우 진정의 경우에도 이를 행정심판청구로 보아야 할 경우가 있으므로 주의할 필요가 있다.[대법 98두2621]<sup>2)</sup> 참조

## 다. 이의신청

- 이의신청은 위법·부당한 처분 등으로 권익을 침해당한 자가 그 재심사를 구하는 절차라는 점에서는 행정심판과 동일하지만 일반적으로 심사기관이 상급기관이 아닌 처분의 당사자인 행정청 자신이라는 점에서 기본적으로 차이가 있다. 앞에서 설명한 것처럼 행정심판은 재판의 전심절차로서 심판기관의 독립성·공정성과 대심적 심리구조를 요건으로 하고 있는바, 여러 실정법규에서 처분에 대한 불복수단으로 규정하고 있는 이의신청제도가 행정심판의 위와 같은 요건을 구비하지 못한 경우도 있으므로 이에 대한 입법적인 정비가 요청된다고 본다.
- 이의신청제도는 행정심판의 전심단계로서 두는 경우(조세처분에 대한 이의신청), 소송직전 단계에서 행정심판을 대체하여 행정청에 의한 심사의 최초심이자 최종심으로 두는 경우(지방자치법 제140조에 의한 사용료 등 부과에 대한 이의신청, 청소년보호법 제39조에 의한 이의신청 등) 등 개별법의 규정에 따라 그 유형과 성질이 달라진다 할 것이므로 각 개별법규상의 이의신청제도와 행정심판과의 관계를 이해하기 위해서는 행정심판제도의 성질과 목적에 대한 깊은 이해와 개별법규의 취지 및 규정에 대한 충분한 검토가 요청된다 할 것이며, 행정심판으로 인정하기 어려운 이의신청에 대해서는 행정심판법이 그 일반법 또는 기본법으로 적용될 여지도 없이 이의신청을 규정한 개별법규의 규정과 취지에 따라 운용하여야 할 것이다.

## 라. 직권취소

- 행정심판의 재결은 행정소송과 같이 당해 사건의 청구인에게만 효력을 가지고 대세적 효력은 없다. 따라서 당해 사건과 내용 및 성질이 유사하다고 하더라도 행정심판이나 행정소송을 정해진 불복신청 기간 내에 제기하지 않으면, 처분은 그대로 확정됨이 원칙이다.

---

2) 판시의 취지는 청원을 행정심판청구로 볼 수 있는지에 대한 판시 사항과 동일함

- 그러나, 행정청은 처분이 형식적으로 확정되었다고 하더라도, 당해 처분에 위법·부당한 사항이 있다고 판단하는 때에는 그 처분을 직권으로 취소할 수 있다. 예를 들어서, 어떤 시험문제에 복수정답이 있다거나 정답이 잘못되었다고 주장하면서 행정심판이나 행정소송을 제기하여 청구인이 승소한 경우에, 승소결정은 쟁송 제기자에게만 효력이 있는 것이지만, 처분청이 형평성 등을 고려하여 그 문제로 인하여 불합격처분된 다른 수험생도 직권으로 구제할 수 있는 것이다.<sup>3)</sup>
- 이와 같이, 직권취소는 상대방의 청구를 전제하지 않고 행정청이 스스로의 발의에 의하여 하는 자기통제수단이라는 점<sup>4)</sup>, 그리고 원칙적으로 취소에는 기간 제한이 없는 점에서 행정심판과 구별된다.

## 마. 행정소송

- 행정심판은 구체적인 분쟁이 있을 때, 분쟁의 원인이 되는 사실관계<sup>5)</sup>를 관련 증거자료 등을 통하여 확인하고 법령을 해석·적용하여 처분 등의 위법성 여부를 유권적으로 판단하는 작용이라는 점에서는 행정소송과 다를 바가 없다. 행정심판의 절차는 우리 헌법에서 사법절차를 준용하도록 하고 있고, 사실관계의 확인에 있어서 개별법령에서 사법절차를 어느 정도 준용할 것인지는 개별 심판제도의 특수성 등을 고려하여 입법자가 결정할 문제인 것이어서, 행정심판과 행정소송의 절차상의 차이는 본질적인 차이는 아니라고 할 수 있다. 정도의 차이는 있지만, 당사자주의적 심리구조<sup>6)</sup>, 불고불리의 원칙, 불이익변경금지의 원칙, 집행부정지원칙 등이 공통적으로 적용되고 있다.
- 헌법에서 행정심판을 재판의 전심절차로 둘 수 있도록 하고 있는데, “전심”이라는 말이 “하급심”을 의미하는 것은 아니다.<sup>7)</sup> 행정심판은 행정소송에 종속된 제도가 아니고, 별도의 독립된 심판제도로 존재한다. 따라서, 행정심판에서는 청구가 인용되고 행정소송에서는 청구가 기각되는 경우에 이론상<sup>8)</sup>으로는 행정소

3) 관련 수험생들이 행정심판이나 행정소송을 제기한다 하더라도 불복신청기간 경과로 각하 될 것이다.

4) 그러나, 이는 절대적인 구별기준은 될 수 없다. 행정심판법 제17조 제3항에서는, 행정심판청구서를 처분청이 받고 심판청구가 이유있다고 자체적으로 판단하는 경우에는 심판청구의 취지에 따른 처분을 하고 이를 재결청과 청구인에게 통지하도록 하고 있는데, 이 경우 처분청이 하는 처분은 재결이 아니므로 실제로 직권취소로 보아야 하기 때문이다.

5) 심판청구서 및 소송서류상에서는 청구취지 및 청구인이라는 이름으로 나타난다.

6) 소송에 있어서는 원고 대 피고, 행정심판에 있어서는 청구인 대 피청구인의 대립적 구조하에서 양 당사자가 공격·방어할 수 있는 수단을 보장하는 것을 말한다.

7) 현행 행정심판제도중에서 사실상 법원의 하급심 기능을 수행하는 것이 특허심판의 경우이다. 특허심판은, 특허심판원의 심결에 대하여 특허법원에서 이를 취소하는 때에는 특허심판원의 심결이 없었던 것으로 되어버리기 때문에 특허심판원에서 다시 특허법원의 판결취지에 따라 재심결을 하게 된다.

송의 기각판결이 행정심판의 인용재결을 무효로 한다거나 할 수는 없는 것이다.

- 행정심판과 행정소송의 차이 중 가장 본질적인 부분은, 행정심판은 법령을 적용하여 처분을 집행할 권한을 가진 행정부가 문제가 있는 처분 등을 재심사한다는 데 있다. 이러한 행정심판의 성격에 따른 논리적 귀결로서, 행정심판의 판단범위 또는 대상에 있어 행정소송과 차이가 나게 된다. 행정심판은 처분의 위법성뿐만 아니라 처분의 부당성<sup>9)</sup>까지도 심판할 수 있고, 행정소송에서는 허용되지 않는 의무이행심판도 그 대상으로 하고 있는 것이다.

## 4. 행정심판의 종류

### 가. 취소심판

- 행정청의 위법 또는 부당한 처분, 공권력의 행사 또는 그 거부나 그 밖에 이에 준하는 행정작용으로 인하여 권리를 침해당한 자가 그 취소 또는 변경을 구하는 것이다(법 제4조 제1호).
- 취소심판은 가장 전형적인 행정심판으로서 청구기간 제한, 집행부정지의 원칙<sup>10)</sup>, 사정재결 등이 적용된다. 취소심판의 인용재결이 있게 되면, 원처분은 없었던 것으로 되고, 불허가처분이 취소되면 불허가처분이 없었던 것으로 된

- 
- 8) 행정소송을 먼저 제기하든지, 아니면 행정심판을 먼저 제기하든지 판결 또는 재결의 결과를 행정심판 위원회나 법원에서 참작하는 실무로 볼때는 좀처럼 재결과 판결의 기속력이 상충되는 경우란 거의 없을 것이다. 그러나, 행정소송에서 사실심리가 종결되고 판결선고만을 남겨두고 있는 등의 경우에는 발생가능성을 배제할 수도 없는데, 이러한 때에는 처분청에서는 행정심판 또는 행정소송 어느 쪽이든 인용재결이나 원고승소판결이 있는 경우에는 그에 다른 처분을 하여야 한다고 한다.(법제처, 행정심판 질의응답집, 2000, p124)
- 9) 어떠한 경우에 처분이 “부당”한 것인지에 관한 구체적인 기준은 없고, 이를 판단하기는 참으로 어려운 문제라고 할 수 있다. 당해 처분이 법령에 위반되거나, 처분청이 재량권을 일탈한 경우에는 처분의 위법성 문제로 해결이 가능하다. 그러한 정도에 이르지 않더라도 주위사정 등을 종합적으로 고려할 때 당해 처분이 합리성·합목적성을 다소 결여하였다거나 하는 경우에도 심판기관은 처분이 부당하다는 이유로 심판청구를 인용할 수 있을 것이다. 심판기관이 처분의 부당성까지 판단할 수 있도록 하는 것은 행정심판기관이나 청구인의 입장에서 관할범위 또는 구제범위가 상대적으로 넓다고 하는 심리적인 재량 또는 기대감을 갖게 할 수 있다는 의의도 있을 것이다.
- 10) 집행부정지의 원칙은 뒤에서도 설명하겠지만, 행정심판을 제기하였다고 하여 이미 한 처분의 효력이 정지되지 않는다는 것이다. 따라서 건축물철거 계고처분의 취소를 구하는 행정소송이 법원에 계속중이라 하더라도, 행정청이 후속 대집행영장의 통지나 대집행 실행행위에 나아가는 것을 방해하지 않는다. 따라서, 상대방은 행정청의 후속 집행행위를 방지하기 위하여는 법원에 처분의 집행정지를 신청하여야 하고, 집행정지신청이 기각되고, 소송중간에 대집행 실행행위가 종료되어 버리면 계고처분의 취소실익이 없으므로 소송은 부적법각하판결을 받게 된다. 이 경우, 상대방은 더 이상 행정쟁송으로 처분의 취소를 다룰 수는 없고 민사소송으로 처분의 위법을 이유로 손해배상을 청구할 수 있을 뿐이다.

다. 그러나, 불허가처분의 취소가 곧 허가처분을 의미하지는 않는다. 처분청은 단지 인용재결의 취지를 감안하여 동일한 사정하에서는 동일한 내용의 불허가처분을 할 수 없음에 그치고, 다른 사유를 들어 얼마든지 다시 불허가처분을 할 수도 있고, 요건에 합당하면 허가처분도 할 수 있는 것이다.

- (예) 청소년고용 또는 주류제공에 따른 일반음식점 과징금부과처분취소청구, 업태 위반(유홍접객행위)에 따른 단란주점영업정지처분 취소청구, 허용기준초과 폐수배출에 따른 배출부과금부과처분 취소청구, 용적률초과에 따른 건축허가신청서반려처분 취소청구, 국공유재산 무단점용에 따른 변상금부과처분 취소청구, 위생감시계 위생감시원(지방별정직공무원)의 허위복명 관련 기소유예처분에 따른 견책처분의 취소청구, 청원경찰파면처분 취소청구, 정보공개거부처분 취소청구, 지방7급공채시험불합격처분 취소청구, 부정당업자 입찰참가자격제한처분 취소청구, 농지전용허가반려처분 취소청구, 산림형질변경불허가처분 취소청구, 개인택시운송사업면허제외처분 취소청구, 운행대수 및 운행회수를 늘리는 자동차운송사업개선명령 취소청구, 공장설립계획불승인처분 취소청구, 제조담배 소매인 지정 불가처분 취소청구, 청문절차를 거치지 않는 부동산중개업등록취소처분 취소청구

## 나. 의무이행심판

- 의무이행심판은 당사자가 법령상 또는 조리상 신청권에 기하여 일정한 행위를 하여 달라고 신청하였음에도 불구하고 아무런 응답이 없는 경우(부작위), 또는 당사자의 신청이 적법한 요건 등을 갖추었음에도 인허가 등을 거부하는 경우에, 처분청에게 일정한 의무를 이행토록 하기 위하여 제기하는 것이다.
- 거부처분이나 부작위에 대한 의무이행심판 청구가 이유 있다고 인정될 때에는 재결청은 지체없이 신청에 따른 처분을 하거나 이를 할 것을 명할 수 있다.
- 의무이행심판은 청구기간<sup>11)12)</sup>, 사정재결 등의 규정은 적용되나, 처분자체가 이루어진 것이 없으므로 집행정지에 관한 규정 등이 적용될 여지가 없는 것이다.

11) 거부처분의 이행을 구하는 심판은 청구기간의 제한을 받는 반면, 부작위에 대한 이행심판은 행정청이 어떠한 처분을 하지 않아 처분 자체가 존재하지 아니하므로 청구기간의 제한을 받는 않는다.(행정심판법 제18조제7항)

12) 의무이행심판은 행정심판법 제18조제7항에 의하여 심판청구기간의 제한을 받지 않는다. 그러나, 법원에 제기하는 부작위위법확인 소는 행정소송법 제38조제2항의 준용규정에 의하여 취소소송의 제소기간 규정을 준용토록 하고 있다. 따라서, 부작위위법확인소송은 당해 부작위가 성립된 것을 안 날부터 90일, 의무이행심판의 재결서를 송달한 날부터 90일 이내에 제기함이 원칙이다. 그러나, 부작위의 성립을 안 시점은 객관적으로 분명하지 않으므로 당해 부작위가 성립되어 존속하고 있는 동안에는 부작위위법확인소송을 제기할 수 있다고 할 것이다.(행정쟁송법, 신정판, 이상규, p386)

○ 또한, 의무이행심판에서 거부처분 또는 부작위의 위법·부당의 판단기준시점은 裁決時가 된다. 이는 의무이행심판은 단순히 거부처분의 취소를 구하는 것이 아니라 적극적으로 일정한 처분 또는 그 처분을 할 것을 명하는 재결을 구하는 것이므로, 심리의 범위도 장래에 향하여 일정한 처분을 하거나 처분청으로 하여금 일정한 처분을 하도록 명할 것인지에 대해서까지 미치게 된다. 즉, 심리의 핵심이 과거에 행해진 거부처분의 위법·부당여부를 판단하는 데에 있다기 보다는 재결시점에서 거부처분을 계속 유지하는 것이 위법·부당한지를 판단하는데 있다고 할 수 있다.

(예) 1급자동차 정비사업 허가증 교부이행청구, 행정정보공개 이행청구, 교통사고기록말소 이행청구, 입회공무원서명날인 이행청구(토지수용법 제23조 제3항), 개인택시운송사업면허 이행청구 등

#### 다. 무효등확인심판

○ 행정청의 처분의 유효확인심판·무효확인심판·실효확인심판·존재확인심판·부존재확인심판 등 처분의 효력유무 또는 존재여부에 관한 확인을 구하는 심판(법 제4조 제2호)으로서 청구기간, 사정재결 등이 적용되지 않는다.

(예) 건설사업면허 취소처분 무효확인 청구, 택지개발예정지구지정 부존재확인 청구, 도시계획시설결정 무효확인청구 등

## Ⅱ. 행정심판의 대상

○ 행정소송이든 행정심판이든 실무상 그 처리방법을 보면, 우선 접수된 소송서류 또는 청구서를 보고, 행정소송법이나 행정심판법상의 요건을 갖추었는지를 먼저 심사하게 된다. 즉, 청구기간은 준수되었는지(행정심판법 제18조, 행정소송법 제20조·제38조②), 청구를 할 권리 또는 법률상 이익이 있는지(행정심판법 제9조, 행정소송법 제12조·제35조·제36조), 이미 동일한 내용으로 심판청구 또는 행정소송을 제기한 것은 아닌지(행정심판법 제39조, 행정소송법 제8조②<sup>13)</sup>, 민사소송으로 다

13) “행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법의 규정을 준용한다”는 규정이다. 민사소송법 제234조(중복제소의 금지)에서는 “법원에 係屬한 사건에 대하여는 당사자는 다시 소를 제기하지 못한다”라고 규정하고 있고, 판결의 기판력에 의하여 동일 소송물에 대하여는 재심사유 등이 없는 경우에는 다시 소송을 제기할 수 없다.

투어야 하는 것은 아닌지(행정심판법 제1조, 행정소송법 제3조 등) 또는 행정소송 또는 행정심판의 대상이 되는 처분 등에 해당하는지(행정심판법 제1조·제2조, 행정소송법 제1조·제2조) 등을 먼저 살펴보게 된다. 만일, 심판청구 또는 제소가 이러한 요건을 구비하지 못하게 되면 “부적법 각하” 재결 또는 판결을 하게 된다.

- 위와 같은 심판 또는 소송요건은 법령에 규정이 있기 때문에 그 적용에는 별 어려움이 없을 것이라고 생각할 수도 있다. 그러나, 청구기간만 하더라도 처분을 통지하는 공문서가 상대방에게 언제 도달되었는지, 또는 공동주택에 경비원이 수령하거나 가족이 수령할 때는 상대방에게 도달한 것으로 볼 수 있는지 등 청구기간의 기산점을 판단하기가 그리 용이한 일은 아니다. 청구인 또는 소송적격의 문제, 처분성 여부의 문제 등은 더욱 더 청구요건 구비여부를 판단하는데 어려운 점이 많다고 할 수 있다.
- 행정쟁송의 대상이 되는 “처분”은 적극적으로 개념구성하는 것이 어렵고 그리 실용성도 없기 때문에, 이하에서는 행정쟁송의 대상이 되지 않는 것부터 하나하나 소거시켜 가면서 행정처분의 개념을 소극적으로 정의하는 방식으로 나아가자 한다.

## 1. 행정쟁송의 대상이 되지 않는 것

### 가. 사실 행위

#### 1) 법적 행위와 사실 행위

- 自然人이든, 제도에 의해 창설된 法人이든 또는 행정기관이든 그들의 생각이나 결정의 효과는 주로 계약서나 공문 등을 수단으로 한 의사표시에 의해 대외적으로 나타나고, 이러한 의사표시에 의하여 당사자간에 법률관계 또는 권리·의무관계가 형성·변경·소멸된다. 예를 들어, 누가 돈을 빌려달라고 해서 빌려주기로 마음먹고 작성한 차용증서 또는 현금보관증에 의해 채권자·채무자라는 권리·의무관계가 형성된다. 이와 같이 어떤 행위로 인하여 구체적인 법적 효과가 있는 행위를 법적 행위 또는 법률행위라고 한다.
- 행정청의 행위도 마찬가지라고 할 수 있는데, 어떤 건물이 건축법에 위반되어 이를 철거하도록 시정명령서나 철거계고처분서를 발송하게 되면, 시정의무자는 명령서 또는 계고서의 내용에 따라 시정할 의무가 발생하게 된다.
- 이러한 명령에 위반하여 대집행영장까지 통지하였는데도 시정기한까지 의무를 이행하지 않게 되면, 행정청이 직접 위반건물을 철거할 수 있는데, 이 경우 행정청의 철거대집행은 법적 행위는 아니다. 왜냐하면, 위반자의 이행의무는 실행행위전의 시정명령이나 계고처분 등에 의하여 발생한 것이고, 철거행위 자

체에 의하여는 어떠한 법률관계의 변동도 초래한 것이 없기 때문이다. 이와 같이 행정청이 의사를 실현하기 위해 사실상태를 변경시키는 행위를 사실행위라고 한다. 행정기관이 행정계획에 따라서 횡단보도를 설치하는 행위라든지, 쓰레기소각장을 설치한다든지, 예방접종을 한다든지 하는 행위도 사실행위에 해당된다.<sup>14)</sup>

- 일반적으로 법적 행위의 분쟁은 법에서 정한 절차나 요건 또는 법적 효과가 잘못된 경우에 발생하므로, 분쟁의 심리는 이러한 법규정의 해석에 의하게 된다. 그러나, 사실행위는 이미 발생한 법적 효과를 실현하는 작용이거나 또는 법적 효과를 전제하지 않더라도 단순히 현상을 변경하는 행위에 지나지 않는다. 따라서, 법적 효과의 실현을 위한 사실행위라면 법적 효과를 발생시킨 전제행위의 위법성 여부는 따질 수 있지만, 사실행위<sup>15)</sup> 자체는 법률문제가 아니므로 심리의 대상이 되지 않는 것이 원칙이다.

\* 참조판례 [서울고법 91구13313] 경계측량 행위의 법적 효과

“토지소유권의 범위가 임야도·지적도에 의하여 확정되는 것과 같이, 행정청이 행하는 공원지정처분은 그 결정과 결정된 도면의 공고로써 그 경계가 확정되는 것이다. 이러한 공고된 도면에 의한 경계측량을 하고 사실상의 경계를 조사하여 경계석을 매설하는 등 경계표지를 설치하는 행위는 공원관리청이 공원구역의 효율적인 보호·관리를 위하여 공원관리행위의 하나로써 시행하는 사실행위에 불과하다.”

\* 참조판례 [광주고법 97구3209]<sup>16)</sup> 횡단보도 설치행위의 법적 효과

“횡단보도설치행위의 법률적 성질은 그 설치권자가 일반 국민들의 도로상의 보행편의와 함께 보행과 관련한 교통사고를 방지하고 교통의 안정성 및 원활한 소통을 보장할 목적으로 행하는 공물인 도로의 관리행위의 일종으로 해석되고, 이로 인해 국민의 구체적인 권리의무에 직접적인 변동을 초래하게 하는 것이라고 볼 수가 없을 뿐만 아니라, 횡단보도설치행위는 그 설치권자의 횡단보도설치결정과 설치권자와 시공회사와의 시설물설치계약 및 외종적인 시설공

14) 법원행정처 재판자료 제67집, 행정소송에 관한 제문제(상), 조용호, p130

15) 사실행위의 범위는 그 행위의 효과에 중점을 두는지, 아니면 행위의 태양에 중점을 두는지에 따라 다소 유동적인 면이 있는 것 같다. 법적 효과 유무에 따라 법적 행위에 대응하는 개념으로 보는 견해에 의하면, 물리적인 현상변경 행위 외에, 진정 또는 청원 등 민원에 대한 회신, 사실이나 관념의 통지, 주의나 촉구 등 행정지도, 처분의 연기 또는 유예 등도 사실행위에 포함된다. 이러한 사실행위에 대하여는 뒤에서 별도로 설명하기로 한다.

16) 지하상가 인근에 횡단보도가 설치되면, 지하도 이용자수가 감소되어 지하상가운영권이라는 법률상 이익이 침해되므로 지하상가운영주 등이 횡단보도설치계획의 취소를 구하였고, 해당 법원은 이와 같은 이유 등으로 부적법 각하 판결을 하였다.

사행위로 나누어 볼 수가 있다 할 것인데, 시설권자의 횡단보도설치결정은 행정청의 내부적 의사를 확정하는 절차이고, 시공회사와의 계약은 공법적 색채가 강한 민법상의 도급계약이며, 시공회사의 공사행위 그 자체는 사실상의 행위에 불과하여 이들을 각 행정소송법이 규정하는 항고소송의 대상이 된다고 볼 수 없고, 이러한 횡단보도설치에 관한 일련의 행위를 전체로서 평가한다고 하여도 이를 행정소송법이 규정하는 항고소송의 대상인 행정청의 처분 기타 공권력행사에 해당한다고 볼 수 없다.

## 2) 행정쟁송의 대상이 되는 사실행위 : 권력적 사실행위

- 행정소송법과 행정심판법에서는 소송 또는 심판의 대상이 되는 “처분”을 “행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그밖에 이에 준하는 행정작용”이라고 정의하고 있다.
- 따라서, 아무런 법적 효과를 발생하지 않는 단순한 행정청의 알선·권고 등 행정지도는 법규의 근거를 갖는 경우에도 비권력적 사실행위에 불과하며, 행정처분이 아니다. 행정지도에 불응한 것을 이유로 인허가의 취소나 신청의 각하 등 부담적 행정행위가 행하여진 경우나 행정지도를 전제로 하여 후속처분이 행하여진 경우에는 그 후의 처분을 대상으로 하여 행정지도의 위법성을 간접적으로 다룰 수 있을 뿐이다.<sup>17)</sup>
- 이에 따라, 비록 사실행위라 하더라도 공권력의 행사에 대항되는 경우에는 행정쟁송의 대상이 될 수 있는지에 대하여 논의가 있다.<sup>18)</sup> 이는 위에서 든 예와 같이 행정대집행의 실행행위(철거행위)가 행정쟁송의 대상이 될 수 있는지 하는 것인데, 대집행 실행행위의 경우에는 대규모 철거 등을 제외하고는 단시간에 종료되어 버리는 경우가 많으므로 사실상 그 취소쟁송을 인정한다 하더라도 법률상 이익이 없는 것으로 되어 논의의 실익이 없다고 해야 할 것이다. 주차위반에 대한 견인조치<sup>19)</sup> 등도 이에 해당할 것이다.

[대법원 93누6164]<sup>20)</sup> “대집행 계고처분 취소소송의 변론종결 전에 대집행영

17) 법원행정처 재판자료 제67집, 행정소송에 관한 제문제(상), p136 참조

18) 권력적 사실행위의 처분성을 인정하는 견해는 사실행위가 명령과 집행행위가 결합된 합성행위인 경우에는 의무의 배제를 위하여 취소쟁송을 허용하자는 것이다. 일본은 행정불복심사법 제2조 제1항에서 “이 법률에서 말하는 처분에는 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 공권력의 행사에 해당하는 사실상의 행위로서 사람의 수용, 물건의 유치 기타 그 내용이 계속적 성질을 가지는 것(이하 사실행위라고 한다)을 말한다”라고 규정함으로써 사실행위의 행정불복심사의 대상여부에 대하여 입법적으로 해결하고 있다.

19) 서울시 행정심판위원회 99-466 자동차견인조치원상회복및손해배상심판청구 사건 참조

장에 의한 통지절차를 거쳐 사실행위로서 대집행의 실행이 완료된 경우에는 대집행 계고 등의 행위가 위법하다는 이유로 손해의 배상이나 원상의 회복 등을 청구하는 것은 별론으로 하고 그 처분의 취소를 구할 법률상의 이익은 없어졌다고 보아야 할 것이다.”라고 판시함.

- 판례는, 위법건축물 등에 대한 단수조치 등 어느 정도 계속적 성질을 가지는 권력적 사실행위에 대하여는 처분성을 인정하고 있다. 대집행 실행행위에 대하여 처분성을 명시적으로 인정한 판례는 찾아보기 어려우나, 대집행 실행행위에 대하여도 그 실행행위가 일정한 기일을 요하는 계속적인 성질을 가지는 경우에는 처분성을 인정할 필요가 있을 것이다.
- \* 참조판례 [서울고법 84구189] 건축주가 지하1층, 지상2층이라는 건축허가조건에 위반하여 지하2층, 지상2층의 건물을 건립하여 행정청의 시정지시를 받고도 이에 불응하자 단수조치를 한 사안에서 “단수조치를 위하기 위하여는 건축법 위반정도와 도시미관 기타 공익상의 유해한 정도 등을 참작하여 판단·실시하여야 할 것인바, 사정이 위와 같다면 관할청의 단수조치는 재량권을 일탈한 것이라고 볼 수 없다.”

### 3) 단순한 사실 또는 관념의 통지

- 법률관계, 즉 권리·의무관계에 하등의 영향을 미치지 아니하는 단순한 사실행위는 행정쟁송의 대상이 되는 처분이 아님을 앞에서 설명한 바 있다. 법령질의에 대한 회신, 민원회신<sup>21)</sup>, 납부독촉 통지나 처분 등의 연기·유예, 주의·지도 등 단순한 사실 또는 관념의 통지 등도 새로이 권리 또는 의무를 설정하거나 기존의 법률관계를 변동시키는 효력이 없으므로 민원회신이나 질의회신 등의 취소를 구하는 행정심판과 행정소송은 처분성이 없으므로 부적법각하의 대상이 된다.
- \* 참조결정례 [헌법재판소 제3지정재판부 2001.5.8. 2001헌마254 각하] 질의회신  
“질의회신은 법령해석에 대한 의견을 표시한 것일 뿐, 수신인에 대하여 어떠한 법적 권리·의무를 부과하거나 일정한 작위나 부작위를 구체적으로 지시하는 내용이라고 볼 수 없다.”
- \* 참조재결례 [국행심 99-4769] 민원회신

20) 대법원 79누242, 93누14271, 94누11293 판결 등도 같은 취지이다.

21) 그러나, 민원회신의 경우에도 특정한 처분 등을 요구하는 진정 또는 청원에 대한 거부를 그 본질로 하는 경우에는 행정심판의 대상이 되는 처분에 해당될 수 있으므로 유의할 필요가 있다.

“아버지가 아들을 의병전역시켜 달라는 진정은 단순한 민원이라 할 것이고, 이러한 진정에 대하여 행정청이 이를 받아들여 구체적인 조치를 하여야 할 법률상 의무가 있는 것은 아니어서 이에 관한 행정청의 통지는 단순한 민원회신에 불과하므로 행정심판의 대상이 되는 처분이 아니다.”라고 의결

\* 참조재결례 [국행심, 00-1200]

LPG충전소를 설치하기 위하여 용도구역을 농업진흥지역에서 농업보호지역으로 용도변경해 달라는 신청서를 반려한 사안에서 “농업진흥지역의 지정 및 변경은 시·도지사가 직권으로 소정의 절차를 거쳐 하도록 되어 있을 뿐 주민이 농업진흥지역 또는 용도구역의 변경을 신청할 수 있다는 규정이 없을 뿐만 아니라, 농업진흥지역의 지정과 같이 장기성·종합성이 요구되는 행정청의 행위에 있어서는 그 지정이 일단 확정된 후에 어떤 사정의 변동이 있다 하여 지역주민에게 일일이 그 지정의 변경을 청구할 권리를 인정해 줄 수도 없다 할 것이므로 청구인이 이 건 신청지에 대해 농업진흥지역내 용도구역을 변경해 달라는 신청은 단순한 민원에 불과하다고 할 것이고, 따라서 청구인의 신청을 반려한 피청구인의 처분으로 인하여 청구인의 권리나 법적 이익에 어떤 영향이 초래된 것은 아니다.”

\* 참조재결례 [국행심 00-1939] 납부독촉행위와 사실의 통지

광주민주화운동 보상금 부정수급자에 대한 부동산 압류등기 경료후에 다시 납부독촉 통지를 한데 대하여 청구인이 이의 취소를 구하는 사안에서 “허위 기타 부정한 방법으로 지급받은 보상금을 환수하기 위한 납부독촉은 납부하지 않을 경우 이미 압류되어 있는 부동산의 공매처분을 개시함을 통지하는 단순한 사실의 통지라 할 것이다.”

\* 참조판례 [대법 91누2687] 당연퇴직의 인사발령과 관념의 통지

퇴직처분무효확인등 소송에서 “지방공무원법 제61조의 규정에 의하면 공무원에게 같은 법 제31조 소정의 결격사유가 있을 때에는 당연히 퇴직한다고 되어 있으므로 이러한 당연퇴직의 경우에는 결격사유가 있어 법률상 당연퇴직하는 것이지 공무원관계를 소멸시키기 위하여 별도의 행정처분을 요하지 아니한다 할 것이며 당연퇴직의 인사발령이 있었다 하여도 이는 퇴직사실을 알리는 이른바 관념의 통지에 불과하여 행정소송의 대상이 되지 아니한다.”

\* 참조재결례 [국행심 00-0006] 통고처분의 성격

“도로교통법 제118조에서 규정하는 경찰서장의 통고처분(법칙금부과처분)은 상대방의 임의의 승복을 그 발효요건으로 하기 때문에 그 자체만으로는 통고이행을 강제하거나 상대방에게 아무런 권리의무를 형성하지 아니하므로 행정심판의 대상이 되는 처분에 해당되지 아니한다고 할 것이며, 도로교통법상의 통

고처분을 받은 자가 그 처분에 대하여 이의가 있는 경우에는 통고처분에 따른 범칙금의 납부를 이행하지 아니함으로써 경찰서장의 즉결심판청구에 의하여 법원의 심판을 받을 수 있을 뿐이다.”

\* 참조재결례 [국행심 00-0185] 제2, 제3의 계고처분과 법적 효과

1차로 철거명령 및 계고처분을 한데 이어 제2차로 계고서를 송달하였음에도 철거의무자가 불응함에 따라 대집행을 일부 실행한 후 철거의무자의 연기원을 받아들여 나머지 부분의 철거를 진행하지 않고 있다가 연기기한이 지나자 다시 3차로 철거명령 및 대집행계고를 한 사안에서 “행정대집행법상의 철거의무는 제1차 철거명령 및 계고처분에 의하여 발생하였다 할 것이고, 후속 계고처분 등은 새로운 명령을 부과하는 것이 아니고 단순히 종전의 계고처분에 의한 건물철거를 독촉한다는 통지에 불과하다.”

\* 참조재결례 [국행심 99-1122] 행정지도와 법적 효과

행정청이 협회의 장에게 청구인에 대하여 부적격업체로 조치하라고 한 공문통지행위를 처분으로 보고 그 취소를 구하는 사안에서 “협회의 선정행위를 적정하게 할 수 있도록 하기 위하여 처분의 중간단계에서 행한 행정지도의 일종으로 행정심판의 대상이 되는 처분이 아니다.”

## 나. 준법률행위적 행정행위

### 1) 준법률행위와 법률효과

○ 일반적으로 들고 있는 준법률행위에는 확인·공증<sup>22)</sup>·통지·수리<sup>23)</sup> 등이 있다. 준

#### 22) 건설업면허증 및 면허수첩 재교부의 법적 성질[대법원 93누21231]

“건설업면허증 및 건설업면허수첩의 재교부는 그 면허증 등의 분실, 헐어 못쓰게 된 때, 건설업의 면허이전 등 면허증 및 면허수첩 그 자체의 관리상의 문제로 인하여 종전의 면허증 및 면허수첩과 동일한 내용의 면허증 및 면허수첩을 새로이 또는 교체하여 발급하여 주는 것으로서, 이는 건설업의 면허를 받았다고 하는 특정사실에 대하여 형식적으로 그것을 증명하고 공적인 증거력을 부여하는 행정행위(강학상의 공증행위)이므로, 그로 인하여 면허의 내용 등에는 아무런 영향이 없이 종전의 면허의 효력이 그대로 지속하고, 면허증 및 면허수첩의 재교부에 의하여 재교부 전의 면허는 실효되고 새로운 면허가 부여된 것이라고 볼 수 없다. 면허증 및 면허수첩의 재교부에 의하여 재교부 전의 건설업자의 모든 위법사유가 치유된다거나 일정한 시일의 경과로서 그 위법사유가 치유된다고 볼 수는 없다.”

※ 건설산업기본법 제6조 및 동법시행령 제14조에 의하면 건설교통부장관이 건설업의 면허를 한 때에는 이를 관보 등에 공고하고, 또한 건설업면허증 및 면허수첩을 교부하도록 하고 있는바, 건설업면허라는 효과는 공고행위(또는 공고와 면허증·면허수첩의 교부행위)에 의하여 발생하는 것이므로 건설산업기본법시행규칙 제9조제3항에 의한 멸실·훼손에 따른 재교부는 상대방의 권리·의무의 직접 변동을 수반하지 않게 되므로 행정쟁송의 대상이 되지 않는다.

#### 23) 원래 신고라는 것은 타인의 행위를 유효한 것으로 받아들이는 행정기관의 수동적 의사행위라고 할 수 있다. 따라서, 해당 법령에 특별한 규정이 없는 한 신고가 법령상의 형식적·절차적 요건을 구비하고 있는 경우에는 별도의 수리행위를 기다리지 않고 접수 자체에 의하여 효력이 발생하므로 행정기

법률행위는 행정행위와 같이 일정한 경우에 상대방에게 그 법적 효과를 가져 오기도 하지만, 그 효과는 법률행위와 같이 행정청의 의사표시에 의해 좌우되지 않고, 순전히 법령에서 정해진대로 발생한다는 면에서 법률행위와 구별되고 있다.

- 예를 들어, 건축법상의 사용검사(준공검사)는 건축허가를 받아 건축한 건물이 허가대로 되었는지를 확인<sup>24)</sup>하고 준공검사필증을 교부함으로써 허가받은 자로 하여금 건축물을 사용·수익할 수 있게 하는 법정효과가 발생하는 것이다. 따라서, 준공검사필증 교부는 건축물 사용·수익권이라는 권리를 발생시키는 것이므로, 그 교부를 신청하였는데 교부하지 않는다는든지 하는 경우에는 행정심판이나 행정소송을 통하여 거부처분의 취소를 구할 수 있는 것이다.
- 이와 같이, 준법률행위 중에서 당해 행위로 인하여 상대방에게 법률상 일정한 효과가 부여되거나, 또는 효과의 발생이 거부되는 경우에는 처분성이 인정되고, 그렇지 않은 대장에의 등재행위나 단순한 사실의 통지 등의 경우에는 비록 그러한 행위가 법령의 규정에 기한 것이라 할지라도 그에 기하여 어떠한 직접적인 권리·의무의 변동을 수반하지 아니하므로 행정쟁송의 대상이 되지 않는다.

## 2) 대장에의 등재행위

- 판례는 단순히 행정사무집행의 편의와 사실증명의 자료로 삼기위한 자동차운전

---

권이 신고서를 수리하지 않는다고 하여 미신고행위가 되지 않고, 상대방이나 제23자는 불수리를 이유로 행정쟁송을 제기할 수 없다. 이러한 신고의 유형으로는 체육시설의설치·이용에관한법률상의 신고체육시설업(대법원 97도3121), 신고함으로써 건축허가를 받은 것으로 되는 건축신고(대법원, 98두18435) 등이 있다. 이러한 유형과는 달리, 양도·양수에 따른 지위승계신고의 경우에는 단순히 양도·양수인 사이에 이미 발생한 사법상의 사업양도의 법률효과에 의하여 양수인이 그 영업을 승계하였다는 사실의 신고를 접수하는 행위에 그치는 것이 아니라, 실질에 있어서 양도자의 사업허가를 취소함과 아울러 양수자에게 적법히 사업을 할 수 있는 권리를 설정하여 주는 행위로서 사업허가자의 변경이라는 법률효과를 발생시키는 신고수리가 되어야 그 법적 효과가 생기는 신고의 유형도 있다(식품위생법상의 영업자지위승계신고 : 대법원 2000두2050, 액화석유가스의안전및사업관리법상의 사업양수에 의한 지위승계신고 : 대법원 91누11544)

신고행위에 대한 행정기관의 심사의 한계와 관련하여 판례(대법원 96누6646)는 “토지거래신고가 국토이용관리법 제21조의7, 국토이용관리법시행령 제28조, 국토이용관리법시행규칙 제11조 소정의 형식적 요건을 모두 갖춘 것이라면 시장·군수·구청장은 일단 이를 수리하여야 하는 것이고, 만일 신고된 토지의 이용목적이 국토이용계획이나 자연환경보전 등의 공익적 기준에 적합하지 아니하다고 판단되거나 신고된 토지가 공익사업용 토지에 해당하여 국가 등이 매수를 원하는 경우이면 국토이용관리법 제21조의8, 제21조의14의 규정이 정하는 바에 따라 토지거래계약체결의 중지 등을 권고하거나 선매자를 지정하여 당해 토지를 협의매수하도록 알선을 할 수 있을 뿐이지, 위와 같이 공익적 기준에 적합하지 않는다는 등의 실제적 사유를 들어 토지거래신고의 수리 자체를 거부할 수 없다.”라고 한다.

- 24) 이른바 확인행위의 일종이다.

면허대장이나 가옥대장에의 등재행위, 세무관서의 사업자등록은 행정쟁송의 대상이 되지 않는다고 한다. 이외에 대장 등재 또는 등록행위의 처분성을 부인한 행정심판 재결례로는 자동차등록원부에의 등록, 건축물대장에의 등재행위 등이 있다. 그러나, 비록 대장의 등재행위라고 하더라도, 등재 또는 발소에 의하여 직접 권리의무관계의 변동을 수반하는 경우에는 그 처분성이 인정되어야 한다.

- 예를 들어, 자동차등록원부 등록행위의 처분성과 관련하여, 자동차관리법 제5조에서는 “자동차는 자동차등록원부에 등록한 후가 아니면 이를 운행하지 못한다”라고 규정하고 제6조에서는 “자동차소유권의 득실변경은 등록을 하여야 그 효력이 생긴다”라고 규정하고 있으며, 또한 지방세법상 자동차세와 면허세는 자동차등록원부상의 소유자가 그 기준이 되어 자동차등록원부상의 취득일 또는 이전취득일은 과세대상 및 납세의무의 성립시기에 있어 결정적인 지표가 되는 것이다.<sup>25)26)27)</sup>
- 따라서, 대장등재 또는 등록행위를 일률적으로 처분성이 없어 행정쟁송의 대상이 되지 않는다고 판단해서는 안될 것이고, 해당 법률의 규정을 세심하게 살펴서 결정하여야 할 것이다. 또한, 대장에의 기재 또는 기재말소 등을 신청할 수 있는 권리를 법령상에서 부여하고 있는 때에는, 당해 대장에의 기재 또는 말소 자체가 당사자에게 직접적인 법적 효과를 가져오지 않는 경우에도<sup>28)</sup>, 기재 또는 말소 등의 거부는 신청할 수 있는 권리의 침해가 될 수 있으므로, 이러한 범위 내에서는 그 처분성이 인정되는 것이다.<sup>29)</sup>

\* 참조판례 [대법원 90누5467] 가옥대장등록처분 취소 - 상고기각<sup>30)</sup>

25) 자동차등록과 관련하여서는 그 말소처분의 취소를 구하는 사건이 판례에서 다루어 지고 있다.(대법원 90누6774 참조)

26) 자동차세·면허세 납세의무 기준을 자동차등록원부라고 하는 판례(대법원 98도3278)

27) 자동차관리법 제28조에 의하면 시도지사가 행한 자동차 등록에 관하여 이의가 있는 자는 이의신청을 할 수 있도록 하고 있는데, 이의신청과 행정심판의 관계 등을 분명히 하기 위하여 이의신청과 관계없이 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있도록 하고 있다.

28) 즉, 대장에의 등재는 처분성이 없으므로 행정쟁송의 대상이 되지 않는다는 것은 대장 기재 내용의 취소 또는 기재내용 말소의 취소를 구하는 행정심판이나 행정소송의 부적법 각하사유는 될 수 있지만, 법령상 신청권에 기하여 기재 또는 말소를 구하였는데 이를 거부하는 사유로는 되지 못하는 것이다.

29) 건축물관리대장발급거부처분위법확인 사건 [대법원 91누5556] “건축물관리대장등본의 교부는 민원 사무처리규정 제2조 제2항 제3호에 해당하는 민원사항으로서 민원인의 신청이 있으면 행정청으로서 는 정당한 사유가 있는 경우를 제외하고는 즉시 이를 처리하여야 할 법령상의 의무를 부담하고 있다고 보아야 할 것이다.”

30) 처분성이 부인되는 경우는 소송요건을 구비하지 못한 것이 되어 부적법 각하를 하게 되는데, 이 건의 경우는 원심의 부적법 각하판결의 취소를 구하는 취지이므로 상고심에서는 소송요건의 구비여부를 판단하는 것이 아니라 원심 결정의 위법성 여부를 판단하는 것이므로 기각판결을 하게 되는 것이다.

“행정청에 대하여 행정상의 처분의 이행을 구하는 청구는 특별한 규정이 없는 한 행정소송의 대상이 될 수 없고 가옥대장 내지 건축물관리대장에 일정한 사항을 등재하는 행위는 행정사무집행의 편의와 사실증명의 자료로 삼기 위한 것일 뿐 그 등재행위로 인하여 당해 가옥에 관하여 실체상의 권리관계에 어떠한 변동을 가져오는 것은 아니므로 가옥대장의 등재행위는 행정처분이라 할 수 없으니 구청에 비치된 가옥대장에 한 등재의 말소를 구하는 소는 부적법하다.”

\* 참조판례 [대구고법 83구188] 사업자등록 말소처분 취소청구

“부가가치세법 제5조의 규정에 의한 사업자등록은 부가가치세 과세에 필요한 자료를 파악하는데 적합한 사실을 세무관서의 대장에 수록하는 사실행위이므로 그 등록에 의하여 어떠한 권리가 부여되고 법률관계가 설정되는 것은 아니며, 이로 인하여 매입세액의 공제 등 이익이 주어진다 하더라도 이는 반사적 이익에 불과하여 피고가 부당하게 사업자등록을 말소하였다 하더라도 이로 인하여 원고의 권리나 이익이 침해되거나 기존의 법률관계에 변동을 가져오는 것은 아니므로 행정소송의 대상이 되는 처분은 아니다.”

\* 참조재결례 [서울시행정심판위원회 2000-108] 자동차등록일자정정이행심판 청구

“자동차등록원부에 일정사항을 등록하거나 말소하는 행위는 행정사무집행의 편의와 사실증명의 자료로 삼기 위한 것이고 그 등록이나 말소로 인하여 어떠한 권리가 부여되거나 변동 또는 상실되는 효력이 발생하는 것은 아니므로 행정심판의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다.”

\* 참조재결례 [경상남도행정심판위원회 99-220] 건축물대장등재이행등 청구

“건축법 제29조의 규정과 같이 관리대장의 등재는 행정사무집행의 편의와 사실증명의 자료로 삼기 위한 것일 뿐 그 등재행위로 인하여 당해 가옥에 관한 실체상의 권리관계에 어떠한 변동을 가져오는 것은 아니므로 행정처분이라고 할 수 없을 것이다(대법원 82누411).”<sup>31)</sup>

31) 同 재결에서는 이행청구가 부적법하다는 이유로서 건축물대장의기재및관리등에관한규칙에서 건축물대장기재를 원하는 자는 신청서에 건축물현황도를 첨부하여 시장·군수·구청장에게 제출토록 되어 있는데, 청구인이 신청절차를 거치지 않았다는 것도 이유로 들고 있다. 건축법 제29조에 의하면, 건축물대장(건축물의 면적, 용도지구, 주용도, 소유권지분, 소유권 변동일자 등이 기재되어 있다)은 건축물의 소유·이용상태를 확인하거나 건축정책의 기초자료로 활용하기 위하여 시장 등이 현황을 기재하고 보관하도록 하고 있고, 그 구체적인 기재절차나 서식은 건설교통부령(건축물대장의기재및관리등에관한규칙)에 위임되어 있다. 동 규칙을 보면, 건물 소유자 또는 건축주는 일반건축물이 집합건축물로 된 경우에는 건축물대장전환신청서를 시장 등에게 제출하여 대장의 전환을 신청할 수 있고, 건축물의 표시변경이나 정정신청, 소유권에 관한 변경신청을 할 수 있도록 하고 있다. 따라서, 건축물대장에의 등재행위나 그 말소행위 자체에 의하여는 어떠한 소유권의 변동 등 실제적 권리관계의 변경이 발생하지 않으므로(건축물대장에서 말소되었다고 하여 소유권을 상실하는 것도 아니고 건축물이 일반건축물이 되는 것도 아니므로), 건축물대장에의 등재행위를 법률행위가 아닌 사실행위에는 변함이

## 다. 행정청의 내부행위 및 상호간의 행위

○ 행정처분의 효력은 당해 처분이 신청인 등에게 도달한 때 그 효력이 발생하는 것이므로, 아직 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치지 않고 단순히 행정기관 내부의 의사결정 과정 중에 있는 경우 등은 행정쟁송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않는다.

○ 예를 들어, 행정심판위원회의 의결행위는 재결청의 재결로서 대외적으로 표시되는 것이므로 행정심판위원회의 의결 자체를 행정쟁송의 대상으로 할 수는 없고, 재결청을 상대로 재결의 취소를 구하거나, 아니면 처분청을 상대로 원처분의 취소를 구할 수밖에 없다.

<임용제청권자의 임용제청 및 그 철회는 행정처분이 아니라는 판례>

\* 참조판례 [대법 88누9640] “교육공무원법 제25조 제1항에 의하여 총장·학장이 임용권자에 대하여 하는 임용제청과 그 철회는 행정기관 내부적인 의사결정과정일 뿐이다.”

<기초자치단체 조례에 대한 도지사 승인은 행정처분이 아니라는 판례>

\* 참조판례 [서울고등법원 판결 95구38129] 군청소재지변경승인처분 무효확인 소송에서

“지방자치법의 규정에 의하여 군청소재지 변경의 대외적 효과는 소재지 변경에 관한 조례에 의하여 이루어지며 도지사의 승인은 당해 조례가 유효하기 위한 법률상 요건에 불과할 뿐 승인에 의하여 어떠한 법률상 효과가 직접적으로 발생하지 아니함이 명백하므로, 도지사의 기초자치단체 조례에 대한 승인은 행정처분이라 할 수 없다”

○ 일반적으로 다른 행정기관에 대하여 하는 행정기관 상호간의 행위(승인, 동의, 지시, 협의 등)는 행정주체와 국민 사이의 외부관계에서 이루어진 행정행위가 아니므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에는 해당되지 않음이 원칙이다. 그러나, 행정기관 상호간의 행위라 할지라도 그 행위에 의해 일정한 법률상의 권리 또는 이익이 발생하는 경우에는 행정처분에 해당하는 경우도 있으므로 주의할 필요가 있다.

\* 참조판례 [대법 86누256] 건설교통부장관의 택지개발계획 승인고시의 처분성

---

없다 할 것이다. 그러나, 위 재결의 이유에서도 적시한 바와 같이, 건축물대장의 등재 또는 말소행위가 사실행위이므로 모든 심판청구가 배제되는 것은 아니라고 해야 할 것이다. 오히려, 위 건설교통부령에 의하며, 건축주나 소유자에게 신청권을 부여하고 행정기관은 이를 확인하도록 하고 있으므로, 당사자의 적법한 신청이 있었는데도 이를 거부하였다거나 아무런 조치도 하지 않고 방치하였다면, 거부처분의 취소를 구하거나 부작위위법확인을 구할 수 있다고 하여야 할 것이다. 예를 들어, 민원서류의 발급신청을 하였는데, 이를 거부하는 경우에는 그 거부의 취소를 구할 수 있는 법리와 마찬가지로 할 것이다.

“택지개발 계획의 승인고시는 사업시행자에게 수용할 목적물의 범위를 확정하고 수용권자로 하여금 목적물에 관한 현재 및 장래의 권리자에게 대항할 수 있는 일종의 공법상의 권리를 설정해주는 행정처분의 성격을 갖는다 할 것이다.”

## 라. 조례의 처분성 유무

- 일반적으로 행정법규는 행정의 “법집행”에 의해 국민의 권리·이익에 구체적인 영향을 미치므로 법집행 이전 단계에서는 권리·이익의 구체적·현실적 변경문제는 발생하지 않는다.[대법 1987.3.24, 86누656] 따라서, 이러한 행정법규 자체를 행정쟁송의 대상으로 할 수는 없는 것이다.
  - 그러나, 예를 들어 “조례가 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 자체로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.”는 것이 판례의 입장이다.[대법 95누8003]<sup>32)</sup>
- <폐교는 의회의 의결 및 그 공포로 폐교처분이 완결되므로 항고소송의 대상인 처분은 교육감의 폐교조치 등이 아니라 당해 조례라는 판례>
- \* 참조판례 [대법 95누7994] “공립초등학교 분교의 폐지는 지방의회가 이를 폐지하는 내용의 개정조례를 의결하고 교육감이 이를 공포하여 그 효력이 발생함으로써 완결되고, 그 조례 공포 후 교육감이 하는 분교장의 폐쇄, 직원에 대한 인사이동 및 급식학교의 변경지정 등 일련의 행위는 분교의 폐지에 따르는 사후적인 사무처리에 불과할 뿐이므로, 이를 독립하여 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로서의 폐교처분이라고 할 수 없다.”

## 마. 행정계획

- 행정계획은 “행정에 관한 전문적·기술적 판단을 기초로 하여 도시의 건설·정비·개발 등과 같은 특정한 행정목표를 달성하기 위하여 서로 관련되는 행정수단을 종합·조정함으로써 장래의 일정한 시점에 있어서 일정한 질서를 실현하기 위한 활동기준으로 설정된 것이다.”[헌법재판소 99헌마538]
- 행정계획과 관련하여 실무상 주로 쟁점이 되는 것은 계획의 처분성 여부(국민이 행정계획 그 자체에 대해 취소를 구하는 소송을 제기할 수 있는지), 확정된 행정계획에 대한 지역주민의 변경·폐지 청구문제, 계획주체의 계획형성재량

32) 조례에 대한 무효확인소송을 제기함에 있어서 피고적격은 행정주체인 지방자치단체 또는 지방자치단체의 내부적 의결기관으로서 지방자치단체의 의사를 외부에 표시한 권한이 없는 지방의회가 아니라, 지방자치단체의 집행기관으로서 조례로서의 효력을 발생시키는 공포권이 있는 지방자치단체의 장이다. 교육·학예에 관한 조례에 대한 무효확인소송의 피고적격은 교육감이다.

과 그 남용·일탈, 그리고 절차상<sup>33)</sup>의 하자과 계획의 효력 등의 문제이다.

- 행정계획의 처분성 여부와 관련하여서는 행정계획이 “특정인의 권리 내지 법률상 이익을 개별적·구체적으로 규제하는 효과”를 가져오게 하는 경우, 즉 구속적 행정계획의 경우에는 그 처분성이 인정된다는 것이<sup>34)</sup> 판례의 입장이며(택지개발촉진법에 의한 택지개발예정지구 지정, 도시계획법상 도시계획결정 등), 비구속적 행정계획안이나 행정지침이라도 국민의 기본권에 직접적으로 영향을 끼치고, 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상될 수 있을 때에는 공권력 행사에 해당한다.[헌법재판소 99헌마538]

<택지개발예정지구 지정이 행정처분이라는 판례>

- \* 참조판례 [대법 96누10096] 택지개발예정지구지정처분취소등 소송에서 “택지개발예정지구 지정처분은 건설교통부장관이 법령의 범위내에서 도시지역의 시급한 주택난 해소를 위한 택지를 개발·공급할 목적으로 주택정책상의 전문적·기술적 판단에 기초하여 행하는 일종의 행정계획으로서 재량행위라고 할 것이므로 그 재량권의 일탈·남용이 없는 이상 그 처분을 위법하다고 할 수 없다.”

<개발제한구역 제도개선방안은 공권력행사에 해당하지 아니한다는 판례>

- \* 참조판례 [헌법재판소 99헌마538] 가. “개발제한구역을 부분조정하는 내용의 개발제한구역제도개선방안은 개발제한구역의 해제 내지 조정을 위한 일반적인 기준을 제시하고 개발제한구역의 운용에 대한 국가의 기본방침을 천명하는 정책계획안으로서 비구속적 행정계획안에 불과하므로 공권력행위가 될 수 없으며, 개선방안을 대외적으로 발표한 행위도 대내외적인 효력이 없는 단순한 사실행위에 불과하다.”

나. “해당지역주민들은 위 개선방안에도 불구하고 개발제한구역을 해제하는 구체적인 도시계획결정이 내려진 이후에 비로소 법적인 영향을 받게 되므로 청구인들의 기본권에 직접적으로 영향을 끼칠 가능성이 없다. 그리고, 위 개선방안의 내용이 후속지침에 반영되었고 자치단체가 이 지침에 따라 도시계획결

---

33) 절차상의 하자과 관련한 판례는 다음과 같다.

- 도로에 관한 도시계획안을 입안하면서 읍·면·동사무소에 게시하고 일부 가구에 배부하는 등의 조치를 하였더라도 두 차례에 걸친 일간신문 광고에서 개별 도로의 위치·면적 등과 같은 최소한의 기본적인 사항을 밝히지 않았다면, 위 조치가 공고와 마찬가지로 주민들에게 도달될 수 있는 것은 아니므로 공람·공고상의 하자가 치유될 수 있는 것은 아니다.(대판 98두2768)
- 공원의 지정에 관한 공고의 기재내용에 공원으로 지정된 토지가 속하는 구역의 표시가 일부 누락된 잘못이 있었다고 하더라도, 그 공고에 첨부된 도면에 그 토지가 속한 구역이 공원에 포함되어 있는 것으로 표시되어 있는 이상, 그러한 잘못은 공고 자체를 무효라고 볼 정도로 중대하고 명백한 하자라고 할 수 없다.(대판 98두410)

34) 이 경우 행정쟁송은 당해 행정계획의 입안·결정 절차상의 하자, 이로 인한 재산권 침해 등을 이유로 당해 지정 및 결정처분의 취소 또는 무효를 구하는 형태로 이루어지는 경우가 많다.

정을 할 예정이지만 예고된 내용이 그대로 틀림없이 실시될 것으로 예상할 수는 없다.”

- 반면, 일단<sup>35)</sup> 확정된 행정계획에 대해 지역주민이 사정변경으로 적극적으로 이의 변경 또는 폐지를 요구한데 대해 행정청이 거부한 경우 판례는 장기성·종합성이 인정되는 행정계획의 성질상 주민에게 일일이 그 계획의 변경을 청구할 권리를 인정해 줄 수 없다고 하여 행정청의 거부행위에 대해 행정쟁송으로 다룰 수 없다는 입장이다.

<도시계획시설폐지및변경신청 거부행위는 처분이 아니라는 판례><sup>36)</sup>

- \* 참조판례 [대법 93누22029] 도시계획시설폐지및변경신청거부처분 취소소송에서 “행정청이 국민으로부터 신청을 받고서 한 거부행위가 행정처분이 되기 위하여는 국민이 행정청에 대하여 신청에 따른 행정행위를 해 줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상 권리가 있어야 하는 것이며.....도시계획법상 주민이 행정청에 대하여 도시계획 및 그 변경에 대하여 어떤 행위를 할 수 있다는 규정이 없고 장기성·종합성이 인정되는 행정계획의 성질상 주민에게 일일이 그 계획의 변경을 청구할 권리를 인정해 줄 수 없다 할 것이므로 변경 등의 신청에 대한 거부행위는 행정처분에 해당한다고 할 수 없다.”

<공원조성계획취소신청 거부행위는 처분이 아니라는 판례>

- \* 참조판례 [대법 89누725] 내용생략

<농업진흥지역 지정변경신청 거부행위는 처분이 아니라는 판례>

- \* 참조재결례 [국행심 96-3987] “농업진흥지역의 지정 및 변경은 시·도지사가 소정의 절차를 거쳐 하도록 되어 있을 뿐 주민이 농업진흥지역지정의 해제를 신청할 수 있다는 규정이 없고 그 지정이 일단 확정된 후에 어떤 사정의 변동이 있다하여 지역주민에게 일일이 그 지정의 변경을 청구할 권리를 인정해 줄 수도 없다.”

<도지사의 혁신도시 지정행위는 처분이 아니라는 판례>

- \* 참조판례: 대법원 2007.11.15.선고 2007두10198 판결

정부가 수도권에 있는 공공기관의 지방이전시책을 추진하면서 11개 시·

---

35) 판례(대판 96누10096)는 특정지구가 도시계획구역 또는 어떤 지역·지구·구역으로 지정되거나 어떤 도시계획시설로 지정됨으로써 어떠한 행위제한이 가해질지 여부는 자치단체장의 도시계획(변경)결정·고시 및 지적승인·고시에 의하여 비로소 확정된다고 하고 있으며, 도시계획결정의 고시는 고시가 있는 날(관보에 게재하여 당해 관보가 보급소에 도달한 날)로부터 5일후에 그 효력이 발생된다.(도시계획법 제25조 제1항)

36) 이하 판례는 거부행위의 처분성 여부와의 관련뿐만 아니라, 행정상 법률관계에서 설명한 바와 같이 거부행위는 취소를 다투는 쟁송 자체가 기본적으로 법률관계(권리의무관계)에 대한 분쟁이 아니라는 점에서 행정상 법률관계와도 관련이 있다고 할 것이다.

도지사와 ‘공공기관 지방이전 기본협약’을 체결하고, ‘혁신도시 입지선정지침’을 마련하여 협약에 참가한 시·도지사에게 통보한 사실, 피고(강원도지사)는 동 지침에 따라 혁신도시입지선정위원회를 구성하여 위원회로 하여금 강원도 내 10개 시·군에 대한 평가를 하게 하였는데, 그 결과 원주시가 최고점수를 받아 건설교통부로부터 협의회신을 받은 후 2006. 1. 16. 원주시 반곡동 일원 105만 평을 혁신도시 최종입지로 선정하였음을 공표하였는바, 법과 법시행령 및 동 지침에는 공공기관의 지방이전을 위한 정부 등의 조치와 공공기관이 이전할 혁신도시 입지선정을 위한 사항 등을 규정하고 있을 뿐 혁신도시입지 후보지에 관련된 지역 주민 등의 권리의무에 직접 영향을 미치는 규정을 두고 있지 않으므로, 피고가 원주시를 혁신도시 최종입지로 선정한 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수 없다.

## 바. 私法上 法律關係

### 1) 사법상 법률관계

- 이른바 “私法”은 사인간의 권리관계를 규율하는 규범이다. 예를 들어 하나의 물건에 수 개의 저당권이 설정되어 있고 저당권자간에 우선변제권을 둘러싸고 분쟁이 있는 경우, 자기 돈으로 산 복권을 친구에게 건네 주었는데 친구에게 준 복권이 당첨되어 복권당첨금의 귀속에 관한 분쟁이 있는 경우, 지적공부상 100평으로 기재된 부동산을 매수하였으나 실제 평수는 100평에 미치지 못하여 분쟁이 있는 경우 등 대등한 사인간에 권리의 우선순위나 의사표시의 효력 등을 둘러싼 분쟁이 있을 때 사법은 이러한 사인간의 권리관계에 개입하여 권리의 우선순위, 권리의 한계 등을 결정하는 판단규범으로서 기능하게 된다.

### 2) 행정상 법률관계<sup>37)</sup>

- 행정법관계는 국가, 지방자치단체 등 행정주체 또는 행정청에 대한 국민의 권리·이익관계를 규율하는 규범이라고 할 수 있다. 행정법관계는 사법관계와 같이 대등한 당사자간의 관계가 아니라 행정주체 또는 행정청이 국민에 대해 우월적 지위에서 의사를 형성하고 표시하여 형성된 법률관계이다.

37) 행정상 법률관계라고 하여 모두 행정심판의 대상이 되는 것은 아니다. 왜냐하면, 공법상 당사자간의 법률관계에 관한 분쟁은 행정소송법에는 규정되어 있으나, 행정심판법에서는 그 대상으로 하지 않고 있기 때문이다.

- 헌법은 국민의 기본권 보장과 관련하여 “국가의 안전보장, 질서유지, 공공복리”를 위하여 기본권을 제한하는 경우에도 법률로써 필요최소한으로 하여야 한다고 규정하고 있다. 이러한 헌법의 규정에 의거하여 실정법규는 국민의 기본권 제한에 관한 규정을 두면서 일정한 요건을 갖춘 경우에는 그러한 제한을 해제하는 규정도 아울러 두는 경우가 많다. 대표적인 예로서, 식품위생법이 헌법에 열거된 기본권인 “영업의 자유” 규정에도 불구하고 국민의 건강과 위생질서를 위하여 일정한 시설과 요건을 갖춘 때에 일정한 절차를 거쳐 식품제조·가공업이나 식품위생업을 영위할 수 있도록 하는 경우를 들 수 있다.
- 행정법관계는 이와 같이 법규에서 특정 행위의 금지를 명하거나(국민의 권리나 이익을 제한하거나) 금지를 해제하는(권리나 이익의 회복) 규정을 둠으로써 발생하며, 법에서 정한 권리나 이익의 회복요건(시설, 자격요건 등)을 갖추었음에도 권리를 회복시켜 주지 않아(즉, 허가를 해주지 않는 경우) 국민의 권리 또는 이익의 침해문제가 생기는 경우 행정법규는 행정주체 또는 행정청에 대한 국민의 권리나 이익을 정하고 침해를 구제해 주는 판단규범의 기능을 수행한다고 할 수 있다.<sup>38)</sup>

### 3) 행정상 법률관계와 사법상 법률관계의 구별실익

- 행정쟁송과 관련하여 행정법관계와 사법관계를 구별하는 실익은 행정쟁송의 대상이 되지 않는 사법관계의 분쟁을 행정심판 또는 행정소송이라는 형식으로 제기하는 경우에서 발생한다. 행정기관과 사인간의 물품구매계약, 입찰계약, 국공유지(잡종재산) 대부허가 등은 행정청이 우월적인 지위에서 하는 것이 아니라 사인과 대등한 사경제주체의 지위에서 행하는 것으로 사법관계와 그 본질에 있어 동일하다고 할 수 있다. 이러한 사법관계의 분쟁은 행정심판의 대상이 되지 않아(또는, 행정심판위원회가 법률상 관할권이 없어) 부적법각하 결정을 받게 된다.
- 실무에 있어서 행정청의 행위가 행정법관계에 해당되는지 아니면 사법관계에 해당되는지에 대한 구별이 어려운 경우가 많으며 이론상으로도 說<sup>39)</sup>이 분분하다. 그러나, 대체적으로는 법률관계의 주체를 중심으로 하되, 법률관계의 성

38) 그러나, 행정법관계가 비록 일방 당사자에게 우월한 지위가 부여되어 있는 등 다소간의 차이는 존재하지만 사법관계와 같은 당사자간의 법률관계로서 이해할 필요가 있으며 행정심판은 이러한 행정상 법률관계에 관한 분쟁이 있을 경우 이를 해결하는 역할을 하게 되는 것이다. 현행 행정심판법은 행정청이 우월한 지위에서 행하는 공권력행사 행위에 대하여만 그 심판대상으로 하고 있으므로, 공법상의 지위나 권리 등의 변경 등에 대하여는 행정소송법상의 당사자소송을 이용하여야 한다.

39) “구별기준은 개별법규의 취지 및 규정과 행정법관계와 사법관계의 본질에 있어서 차이 등을 종합적으로 고려하여 개별적·구체적으로 판단하여야 할 것이다.”(김동희, 「행정법 I」, 1997, p65)

질도 고려하여 판단되고 있다. 즉, 사립학교 교직원의 징계처분에 관한 다툼은 민사사건이고, 공립학교 교직원의 징계사건은 행정사건에 속한다. 그리고, 공기업과 그 직원간의 내부적 법률관계는 사법관계라고 하더라도, 공기업이 법령에 의하여 위임받아 국가등의 사무를 행함에 있어 발생하는 대외적 관계는 행정법 관계로 보고 있다.<sup>40)</sup>

#### 4) 구별의 실례

##### (가) 국공유 잡종재산의 사용·수익 및 변상금부과 관계

- 국공유 잡종재산은 국가나 지방자치단체의 私物로서 사소유권의 대상이므로 잡종재산의 대부·양여·매각 등의 행위는 국가나 지방자치단체가 사경제 주체로서 상대방과 대응한 위치에서 행하는 사법상의 법률행위라 할 것이고, 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 공법상의 행위라고 할 수 없으므로 그에 관한 쟁송은 행정쟁송이 아니라 민사소송에 의하여야 한다.<sup>41)</sup> 관례는 국유재산법과 지방재정법 등에 의한 공용·공공용·기업용재산(행정재산)이 아닌 용도폐지된 폐천부지·도로, 국공유잡종지, 국공유부지 등 국공유잡종재산의 대부 또는 사용·수익관계는 사법상의 법률관계라고 판시하고 있다. 또한, 잡종재산에 대하여 세법의 체납처분에 관한 규정이 준용되더라도 이는 행정주체의 편의를 도모하기 위한 것이므로 사법상 이행청구로 불과하다고 보고 있다.

<국유잡종재산 대부허가 및 납부고지는 행정처분이 아니라고 한 관례>

\* 참조판례 [대법 99다 61675] 국유잡종재산 대부료 납부고지

부당이득금반환소송에서 “국유재산법 제31조, 제32조 제3항, 산림법 제75조 제1항의 규정 등에 의하여 국유잡종재산에 관한 관리·처분의 권한을 위임받은 기관이 국유잡종재산을 대부하는 행위는 국가가 사경제주체로서 상대방과 대등한 위치에서 행하는 사법상의 계약이고, 행정청이 공권력의 주체로서 상대방의 의사 여하에 불구하고 일방적으로 행하는 행정처분이라고 볼 수 없으며, 국유잡종재산에 관한 대부료의 납부고지 역시 사법상의 이행청구에 해당하고, 이를 행정처분이라고 할 수 없다.”고 판시

[대법 98두 7602] 국유잡종재산 대부신청거부처분

국유재산 대부계약거부 취소소송에서 “지방자치단체장이 국유 잡종재산 대부신청을 거부한 것은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니므로 행정소송으로 그 취소를 구할 수 없다.”고 판시

40) 사법연수원, 행정소송, 1997년도판, p5

41) 법원행정처, 재판자료 제68집, 행정소송에 관한 제문제(하), p373)

[대법 83누 239] 국유임야 양여거부처분

대부국유임야양여 거부처분 취소소송에서 “국유재산의 관리청이 불요존 국유임야에 대하여 조립을 위해 대부하거나 양여하는 것은 관리청이 사경제주체로서 행하는 사법상의 법률행위에 해당하고 공권력을 가진 우월적 지위에서 하는 행정행위가 아니므로 행정소송의 대상이 되지 아니한다.”고 판시

[국무총리행정심판위 97-5005] 분수림 설정계약의 해제

“산림법 제88조의 규정에 의한 분수림설정 계약은 국유림의 관리 및 경영이라는 비권력적 행위로 그 계약의 해제 역시 계약해제권의 행사에 불과하다.”

- 그러나, 국유잡종재산의 사용수익관계와는 달리 이의 무단사용에 대한 변상금부과는 행정처분에 해당된다는 것이 판례의 입장이다.

<국유재산 무단사용 변상금부과처분은 행정처분이라는 판례>

\* 참조판례 [대법 87누 1047] 국유재산 변상금 부과

국유재산변상금 부과처분 취소소송에서 “국유재산법 제51조 제1항은 국유재산의 무단점유자에 대하여는 대부 또는 사용, 수익허가 등을 받은 경우에 납부하여야 할 대부로 또는 사용료 상당액 외에도 그 징벌적 의미에서 국가측이 일방적으로 그 2할 상당액을 추가하여 변상금을 징수토록 하고 있으며, 동조 제2항은 변상금의 체납시 국세징수법에 의하여 강제징수토록 하고 있는 점 등에 비추어 보면, 국유재산의 관리청이 그 무단점유자에 대하여 하는 변상금부과처분은 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 법률행위라 할 수 없고 이는 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행한 것으로서 행정소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아야 한다.”고 판시

(나) 행정재산의 사용·수익 관계<sup>42)</sup>

- 국유잡종재산과 달리 도로, 하천 등 행정재산의 사용·수익허가 및 사용료 부과 등은 행정처분이라고 판시하고 있으며, 도로점용<sup>43)</sup>과 관련한 분쟁은 주로 도로점용료부과처분취소 또는 도로점용불허가처분취소소송 등 행정소송의 형식으로 이루어지고 있다.

<행정재산의 사용료부과는 행정처분이라는 판례>

\* 참조판례 [대법 95누 11023] 국유재산사용료부과처분취소소송에서 “국유재산의 관리청이 행정재산의 사용·수익을 허가한 다음 그 사용·수익하는 자에

42) 행정재산의 사용·수익기간 종료 후 목적물 명도의무의 이행에 관하여는 행정대집행을 할 수 없고, 국가(지방자치단체)가 점유자를 상대로 목적물명도소송을 제기하여 승소판결을 받은 뒤 강제집행절차를 통해 점유를 회복하여야 한다. 이 경우, 조속한 점유확보를 위해서는 명도단행가처분신청을 활용하는 것이 바람직하다.

43) 판례는 도로점용을 행정법상의 “특허”에 해당한다고 보고 있다.

대하여 하는 사용료 부과는 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 이행청구라 할 수 없고, 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행한 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 할 것이다.”라고 판시

(다) 계약관계<sup>44)</sup>

- 행정기관이 공사계약이나 물품구매계약 등을 위해 입찰을 하는 경우에 입찰의 절차, 낙찰자 결정의 기준 등에 대해서 국가를당사자로하는계약에관한법률과 지방재정법 등의 규정의 적용을 받게 된다. 그럼에도 불구하고, 물품구매계약 등은 행정기관이 재산권의 주체로서 사인과 대등한 지위에서 행하는 것이라는 본질까지 바꾸는 것은 아니라고 할 것이다.

<입찰보증금 국고귀속조치는 행정처분이 아니라는 판례>

- \* 참조판례 [대법 81누 336] 입찰참가자격정지처분취소소송에서 “예산회계법에 따라 체결되는 계약은 사법상의 계약이라 할 것이고 동법의 입찰보증금은 낙찰자의 계약체결의무이행의 확보를 목적으로 하여 그 불이행시에 이를 국고에 귀속시켜 국가의 손해를 전보하는 사법상의 손해배상예정으로서의 성질을 갖는 것이라고 할 것이므로 입찰보증금의 국고귀속조치는 국가가 사법상의 재산권의 주체로서 행하는 것이지 공권력을 행사하는 것이 아니라 할 것이므로 이에 관한 분쟁은 행정소송이 아닌 민사소송의 대상이 될 수밖에 없다.”라고 판시

<낙찰자결정은 행정처분이 아니라는 재결례>

- \* 참조재결례 [국행심 99-0282] “경쟁입찰에 있어서의 낙찰자결정은 국가를 당사자로 하는 계약에 부수된 선행절차로서 행정청이 공권력을 가진 우월한 지위에서 일방적으로 행하는 행정처분이라고 할 수 없다.”라고 의결
- 다만, 부정당업자제처분 또는 입찰참가제한처분은 행정청이 우월한 지위에서 당사자의 의사에 관계없이 법규에서 규정하는 요건에 해당하면 그러한 처분을 하는 것으로서, 이는 행정처분에 해당되며 실무상으로도 입찰참가제한 처분취소청구는 행정쟁송의 형식으로 이루어지고 있다.
- 이러한 계약관계는 물품구매 뿐만 아니라 사람의 위촉계약에도 적용되어 공무원 임명행위와는 달리 당사자의 합의에 의하여 위촉계약하고, 어떠한 사유에 의하여 위촉계약을 해지하는 계약을 하는 해촉행위는 공법상 계약에 해당되어 행정심판의 대상이 되지 않는다고 한다.<sup>45)46)</sup>

44) 판례는 전문직공무원인 공중보건의사의 채용 및 채용해지행위도 행정처분으로 보지 않고 당사자간의 대응한 지위에서 행하는 의사표시로 보고 있다.(대판 95누 10617)

45) 국행심 99-3422(1999년도 행정심판재결례집 참조, 법제처)

46) 판례는 이러한 경우에 지방자치단체의 장이 아니라 지방자치단체 자체를 피고로 해촉행위의 무효확인을 구하는 공법상 당사자소송을 제기할 수 있다고 한다.(대법원 1995.12.22. 판결 95누 4636).

○ 계약직 공무원의 채용계약의 경우에도 행정청의 계약해지는 채용계약관계의 한쪽 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시에 불과하고 행정청이 행하는 구체적인 법집행으로서의 공권력의 행사인 처분이 아니라고 할 것이므로 민사소송 또는 공법상 당사자소송을 통해 다투는 것은 별론으로 하고, 행정심판의 대상이 되는 처분은 아니라고 한다.<sup>47)</sup>

\* 참조판례 [대법원 95 누10617] 공중보건의 채용계약 해지

“전문직공무원인 공중보건의사의 채용계약의 해지가 관할 도지사의 일방적인 의사표시에 의하여 그 신분을 박탈하는 불이익처분이라고 하여 곧바로 그 의사표시가 관할 도지사가 행정청으로서 공권력을 행사하여 행하는 행정처분이라고 단정할 수는 없고, 공무원 및 공중보건의사에 관한 현행 실정법이 공중보건의사의 근무관계에 관하여 구체적으로 어떻게 규정하고 있는가에 따라 그 의사표시가 항고소송의 대상이 되는 처분 등에 해당하는 것인지의 여부를 개별적으로 판단하여야 할 것인 바,

농어촌등보건의료를위한특별조치법 제2조, 제3조, 제5조, 제9조, 제26조와 같은법 시행령 제3조, 제17조, 전문직공무원규정 제5조 제1항, 제7조 및 국가공무원법 제2조 제3항 제3호, 제4항 등 관계 법령의 규정내용에 미루어 보면 현행 실정법이 전문직공무원인 공중보건의사의 채용계약 해지의 의사표시는 일반공무원에 대한 징계처분과는 달라서 항고소송의 대상이 되는 처분 등의 성격을 가진 것으로 인정되지 아니하고,

일정한 사유가 있을 때에 관할 도지사가 채용계약 관계의 한쪽 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시로 취급하고 있는 것으로 이해되므로, 공중보건의사 채용계약 해지의 의사표시에 대하여는 대등한 당사자간의 소송형식인 공법상의 당사자소송으로 그 의사표시의 무효확인을 청구할 수 있는 것이지, 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라는 전제하에서 그 취소를 구하는 항고소송을 제기할 수는 없다.

#### (라) 위탁관계

○ 법령에서 국가나 지방자치단체에 대하여 특정 사업의 시행의무를 부과하면서 일정한 경우에 민간에 위탁하여 시행할 수 있도록 규정하고 있는 경우, 행정주체와 민간간의 업무위탁계약은 특별한 사정이 없는 한 사법상 권리관계라고 보아야 할 것이다.

<보육시설 위탁관리해제는 행정처분이 아니라는 판례>

\* 유권해석[행정심판질의응답집 2000, p25] “영유아보육법 제15조 제1항의 규정에 의하면 국가 또는 지방자치단체는 국·공립보육시설을 법인이나 단체 또

47) 국행심 2000-7818 참조(법제처 홈페이지 행정심판 재결례)

는 개인에게 위탁하여 운영할 수 있다고 되어 있는 바, .....위탁관리협약은 국가 또는 지방자치단체가 사경제주체로서 행하는 사법상의 법률행위(위임계약)에 해당한다 할 것이고, 이 협약의 해제 역시 계약의 일방 당사자로서 약정해제권을 행사한 것일 뿐 행정주체가 공권력을 가진 우월한 지위에서 행하는 처분이 아니라고 할 것이다.”라고 회시

<행정청이 학원에 대하여 한 실직자재취직훈련수당 및 훈련수강료반환명령과 당해 학원에 대한 2년간 훈련위탁 배제조치는 행정처분이 아니라는 재결례>

① \* 참조재결례 [국행심 99-1075] “청구인이 피청구인을 대신하여 실업자 재취직훈련을 실시하고 피청구인은 청구인에 대하여 훈련비를 지급하는 내용의 계약을 체결하였으나, 청구인이 계약의 내용을 성실히 이행하지 아니하였다고 판단하여 피청구인이 위탁계약서의 내용에 따라 훈련수당 및 훈련수강료를 반환할 것과 2년동안 청구인에게 실업자 훈련을 위탁하지 아니할 것을 알리는 것으로서, 이러한 행위는 피청구인이 공권력의 행사의 주체로서가 아니고 계약의 일방당사자로서 상대방과 동일한 사경제주체의 지위에서 행하는 것이므로 행정처분에 해당하지 아니하고 따라서 행정심판의 대상이 되지 아니한다 할 것이다.”라고 의결

(마) 행정대집행 및 대집행 후의 처리관계

○ 행정대집행은 법령에서 일정한 금지의무(도로구역에서의 일정한 행위금지 등)를 명하고 금지의무에 위반하는 때에 원상회복 또는 철거의무 등을 규정하고 있는 경우에 관리청(행정청)이 이행의무자를 대신하여 행정대집행(건물의 철거 등 원상회복)<sup>48)</sup>을 실시하고 이에 소요된 비용을 환수하는 행정작용이다. 따라서, 법령에서 행정청에게 이러한 권한이 부여된 경우에는 원상회복을 행정대집행을 통하여 할 수 있는 것이며, 이를 민사상의 원상회복이행 청구소송 등으로 다룰 수는 없는 것이다.

<행정대집행절차가 인정되는 공법상 의무의 이행을 민사소송의 방법으로 구할 수 없다는 판례>

② \* 참조판례 [대법 99다 18909] “도로구역으로 결정·고시된 수용토지 위에 미리 허가를 받지 아니하고 공작물을 축조한 행위에 대하여 도로법상의 시정명령 및 불이행시 행정대집행이 인정되는 경우에는 따로 민사소송의 방법으로 공작물의 철거, 수거 등을 구할 수 없다.”

48) 행정대집행 자체의 근거규정과 관련하여서는 개별법에 직접 규정하는 경우가 대부분이지만 그러한 근거규정을 개별법에 두고 있지 아니한 경우라도 개별법에서 금지의무 및 의무불이행에 대한 작위명령규정을 두고 있는 때에는 행정대집행의 요건과 절차에 관한 일반법인 행정대집행법에 의하여 행정대집행을 할 수 있다.

- 그러나, 행정대집행이 종료된 이후의 물건의 보관과 운송, 물건인도 등 사후 처리와 관련하여서는 행정대집행법과 대집행 관련 개별법령에서 구체적인 규정을 두지 않고 있는 경우가 대부분이어서 실무에 있어 그 처리<sup>49)</sup>와 관련하여 여러 가지 어려운 점들이 나타나고 있다. 실무에 있어서는 이러한 문제를 입법론<sup>50)</sup>으로 해결하자는 주장도 있으나, 대집행 이후의 잔여물의 처리문제는 기본적으로 잔여물의 인도, 운송, 보관, 폐기, 공탁 등 대집행권자와 이행의무자 사이의 채권·채무관계라는 사법적인 성격이 강하므로 민법규정의 적용·해석을 통해서 그 처리문제는 해결이 가능하다는 주장도 있다.

(바) 부당이득관계

- 민사상 부당이득은 “아무런 법률상 원인 없이 타인의 재산이나 노무로 인하여 이익”을 얻는 경우에 발생한다. 지방자치단체 또는 국가가 정당한 보상 없이 사인의 토지를 도로에 편입, 사용하고 있는 경우, 사인이 지방자치단체의 공유지에 무단으로 채소 등을 경작하는 경우 등이 그 대표적인 사례로서 비록 행정주체가 소송의 당사자로 되더라도 이는 행정소송이 아닌 민사소송의 방법으로 다투어진다.
- 지방자치단체 등의 직원의 급여청구, 과오납세액의 반환청구 등 행정법규상의 처분에 의하여 형성된 공법상 부당이득관계도 판례는 이를 私權으로 보고 민사소송의 방법으로 다투도록 하고 있다.

<국세 과오납금, 환급세액의 반환청구는 민사소송으로 다룬다는 판례>

- ③ \* 참조판례 [대법 94다34005] “국세기본법 제51조 제1항, 부가가치세 환급에 관한 부가가치세법 제24조, 같은 법 시행령 제72조의 각 규정은 정부가 이미 부당이득으로서 그 존재와 범위가 확정되어 있는 과오납부액이나 환급세액이 있는 때에는 납세자의 환급 신청을 기다릴 것 없이 이를 즉시 반환하는 것이 정의와 공평에 합당하다는 법리를 선언하고 있는 것이므로, 이미 그 존재와 범위가 확정되어 있는 과오납부액이나 환급세액은 납세자가 부당이득의 반환을 구하는 민사소송으로 그 환급을 청구할 수 있다.

49) 대집행시 이행의무자가 현장에 있는 경우에는 별론으로 하고 그렇지 아니한 경우에는 현장에 무한정 적치하거나 보관할 수도 없으나 당해 물건을 소유자 등이 소유의사를 완전히 포기하였다고 보기도 어려우므로 이를 아무런 법령상 권원없이 폐기하거나 처분하면 불법행위에 따른 손해배상 등의 문제가 발생할 수도 있다.

50) 도로법 제54조의7, 같은 법 시행령 제29조의5 내지 제29조의7에서는 적치물등의 보관 및 처리등과 관련하여 보관사실의 통지·게시 또는 공고, 변질 등 우려 적치물등에 대한 매각 및 매각절차, 적치물의 반환 및 보관 등 비용의 징수, 미반환적치물 등의 국고귀속 등에 대해 구체적으로 규정하고 있다.

## 2. 處 分

### 가. 행정심판법상의 정의

- 행정심판법 제3조 제1항에서는 “행정청의 처분 또는 부작위에 대하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에 의하여 행정심판을 제기할 수 있다.”라고 규정하면서 같은 법 제2조 제1항 제1호에서 “처분이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다.”라고 규정하고 있다.
- 이하에서는 처분을 하는 “행정청”의 개념과 행정심판의 대상이 되는 “처분 등”이 되기 위한 요건을 구체적으로 살펴보기로 한다.

### 나. 행정청과 관련된 문제

#### 1) 행정청의 정의

- “행정청”이라 함은 법령에 기해 처분 또는 부작위를 할 수 있는 권한을 가지는 행정기관, 즉 국가 또는 자치단체의 행정에 관한 의사를 결정·표시할 수 있는 권한을 가지는 행정기관을 말한다.
- 따라서, 공사나 공단, 심지어 사인(사업시행자 등)의 경우에도 법령에 의하여 이러한 권한을 인정받은 범위 내에서는 “행정청”의 지위에 있게 된다. 따라서, 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 의한 이주대상자 선정행위를 한 한국토지공사, 산업재해보상보험법에 의한 산업재해보상보험료 부과행위를 한 근로복지공단 등은 그 범위 내에서 행정청의 지위에 서게 된다.

<公社의 행정청 해당여부에 관한 판례>

- ① \* 참조판례 [대법 80다2523] “농업진흥공사가 농촌근대화촉진법에 의한 농지개발사업의 일환으로 하는 환지처분은 행정행위의 성질을 가진다.”
- ② \* 참조판례 [대법 92누 3618] “대한주택공사가 관계법령에 따른 사업을 시행하는 경우 법률상 부여받은 행정작용권한을 행사하는 것으로 보아야 할 것이므로 같은 공사가 시행한 택지개발사업 및 이에 따른 이주대책에 관한 처분은 항고소송의 대상이 된다.”
- ③ \* 참조판례 [대법 94두36] “그것이 상대방의 권리를 제한하는 행위라 하더라도 행정청 또는 그 소속기관이나 권한을 위임받은 공공단체의 행위가 아닌 한 행정처분이라고 할 수 없다. 따라서 한국토지개발공사가 한 제채처분은

단지 상대방을 그 공사가 시행하는 입찰에 참가시키지 않겠다는 뜻의 사법상의 효력을 가지는 통지행위에 불과하다.”

## 2) 무권한자의 처분에 있어 피청구인(피고) 적격문제<sup>51)</sup>

- 행정청의 정의와 관련하여 실무상 주로 문제가 되는 경우는 권한위임의 하자에 따른 무권한자의 처분에 대해 그 무권한자를 상대로 행정쟁송을 제기할 수 있는지와 무권한자의 처분이 효력이 있는지 여부 등에 관한 것이다.
- 정부조직법, 행정권한의위임및위탁에관한규정, 지방자치법과 개별법령에서 정한 권한위임의 방식이나 절차를 거치지 아니하고 단순히 행정권한업무처리 지침 등 내부적인 규정에 의하여 산하기관 등에 내부위임한 것에 불과한 경우 내부위임을 받은 기관은 비록 권한 없는 기관이라 할지라도 내부위임한 행정청을 피청구인 또는 피고로 하는 것이 아니고 내부위임 받은 무권한자를 상대로 행정쟁송을 제기토록 하는 것이 판례의 입장이다.[대법 94누 2763]<sup>52)</sup>

<권한위임과 내부위임의 차이에 관한 판례>

① \* 참조판례 [대법 89 누671] “행정권한의 위임은 행정관청이 법률에 따라 특정한 권한을 다른 행정관청에 이전하여 수입관청의 권한으로 행사하도록 하는 것이어서 권한의 법적인 귀속을 변경하는 것임에 대하여, 행정권한의 내부위임은 행정관청의 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급행정관청으로 하여금 그의 권한을 사실상 행사하도록 하는데 그치는 것이므로, 권한위임의 경우에는 수입관청이 자기의 이름으로 그 권한을 행사할 수 있으나, 내부위임의 경우에는 자기의 이름으로는 그 권한을 행사할 수 없다.

## 3) 권한위임의 위법과 무권한자의 처분의 효력 문제

- 판례는 행정내부의 지침 등에 기한 내부위임에 따라 한 수입관청의 처분에 대해서는 당연무효라고 판시하고 있는데 반해, 비록 정부조직법 등 권한위임관계 법령에 의하여 규칙으로 정하여야 할 권한위임사항을 조례로 정한 경우에는 당해 조례 자체는 당연무효가 된다 하더라도 그러한 조례에 기한 수입관청의 처분은 그 하자가 중대하기는 하지만 객관적으로 명백한 것은 아니므로 당연무효는 아니라고 판시하고 있다.

51) 법정 요건을 갖춘 권한위임의 경우에는 당연히 수입관청이 행정쟁송의 피청구인(피고)가 되는 것이다.

52) 내부위임에 의거 경찰서장이 한 운전면허정지처분의 무효확인을 구하면서 지방경찰청장을 피고로 한 사건

당연무효의 처분인지 아니면, 취소할 수 있는 처분에 그치는지 여부는 실제로 행정쟁송의 청구기한과 기한도과에 따른 처분의 확정과 관련하여 중요한 의미를 가진다. 행정처분이 단지 취소할 수 있는데 불과한 경우에는 당해 처분에 대해 행정쟁송제기기한을 도과하면 비록 하자있는 처분이라도 그 처분은 확정력이 발생하는데 반해, 당연무효인 처분의 경우에는 원래부터 무효이었으므로 청구기간의 제한을 받지 않게 되어 당해 처분에 대해 언제든지 쟁송으로 다룰 수 있는 것이다.

<행정내부지침에 기한 내부위임에 의한 수입관청의 처분은 당연무효라는 판례>

① \* 참조판례 [대법 93년 6621] “채납취득세에 대한 압류처분권한은 도시·시로부터 시장에게 권한위임된 것이고 시장으로부터 압류처분권한을 내부위임받은 데 불과한 구청장으로서 시장명의로 압류처분을 대행 처리할 수 있는 뿐이고 자신의 명의로 이를 할 수 없다 할 것이므로 구청장이 자신의 명의로 한 압류처분은 권한 없는 자에 의하여 행하여진 위법무효의 처분이다.”

<권한위임규칙에 정할 지방자치단체의 장의 사무를 조례로 정한 경우, 수입관청이 행한 처분은 당연무효는 아니라는 판례>

① \* 참조판례 [대법 94년 5694] 가. “도시재개발법 제41조의 규정에 의한 관리처분계획의 인가 등 처분권한은 시도지사에게 위임되어 있을 뿐 시도시사가 이를 구청장, 시장, 군수에게 재위임할 수 있는 근거규정은 없으나, 정부조직법 제5조 제1항과 이에 기한 행정권한의위임및위탁에관한규정 제4조에 재위임에 관한 일반적인 근거규정이 있으므로, 시도시사는 그 재위임에 관한 일반적인 규정에 따라 위임받은 처분권한을 구청장 등에게 재위임할 수 있다.”

② 나. “관리처분계획의 인가 등에 관한 사무는 국가사무로서 지방자치단체의 장에게 위임된 이른바 기관위임사무에 해당하므로, 시·도가 지방자치단체의 조례에 의하여 이를 구청장 등에게 재위임할 수는 없고, 행정권한의위임및위탁에관한규정 제4조에 의하여 위임기관의 장의 승인을 얻은 후 지방자치단체의 장이 제정한 규칙이 정하는 바에 따라 재위임하는 것만이 가능하다. ....규칙을 제정해서 구청장에게 재위임하지 아니하고, ....조례에 의하여 재위임하였다면, (조례의 해당 조항은) 조례제정권의 범위를 벗어나 국가사무를 대상으로 한 것으로서 무효이다.”

③ “(무효인 조례에 기한) 처분은 결과적으로 적법한 위임 없이 권한 없는 자에 의하여 행하여진 것과 마찬가지로 되어 그 하자가 중대하나, 지방자치단체의 사무에 관한 조례와 규칙은 조례가 보다 상위규범이라고 할 수 있고, 또한 헌법 제107조 제2항의 ”규칙“에는 지방자치단체의 조례와 규칙이 모두 포함되는 등 이른바 규칙의 개념이 경우에 따라 상이하게 해석되는 점 등에 비추어 보면, 위 처분의 위임과정의 하자가 객관적으로 명백한 것이라고 할 수 없으므로 결국 당연무효 사유는 아니라고 봄이 상당하다.”

## 다. 처분의 의의

### 1) 개념 정의

- 행정심판법은 제2조에서 처분은 “행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다”라고 규정하고 있는바, 행정쟁송의 대상이 되는 처분에 해당되기 위해서는 위의 요건을 구비하여야 할 것이다.
- 위 요건 중 “구체적 사실에 관한 법집행”은 “행정상 법률관계”에서 설명한 바와 같이 구체적인 인허가 신청에 대해 법규에 정한 각종 요건을 만족하는지에 대해 판단하여(법을 해석·적용하여) 국민의 권리·이익을 설정하거나 제한하는 행정작용이라는 의미를 가지며, 이러한 행정작용이 모두 처분에 해당되지 않는 것은 위 행정심판법에서 처분의 요건으로서 “공권력의 행사 또는 그 거부와 그밖에 이에 준하는 행위”라고 규정하고 있기 때문이다. 즉, 행정쟁송의 대상이 되는 처분이 되기 위해서는 위와 같이 행정청의 행위에 의해 국민의 권리 또는 이익이 새로이 구체적으로 설정, 변경되거나 제한되고 이러한 행위는 행정청이 우월한 지위에서 권력적인 행위를 하는 경우에만 해당되는 것이라는 것이다.
- 그러나, “처분”<sup>53)</sup>의 개념과 범위에 대한 정확한 이해를 위해서는 이렇게 처분에의 해당요건을 적극적으로 규정하는 것보다는 구체적인 사례를 통하여 처분성의 공통지표를 추론해 보는 것이 보다 바람직하다고 보며, 이하에서는 그 구체적인 사례를 중심으로 처분의 범위를 알아보기로 한다.

### 2) 지방의회 투표(선거), 의결의 처분성 유무

<지방의회의 의장선임의결은 행정처분으로서 항고소송의 대상이 된다는 판례><sup>54)</sup>

- ① \* 참조판례 [대법 94누 2602] 의회임시총회무효확인소송에서 “지방의회의장은 지방자치법 제43조, 제44조의 규정에 의하여 의회를 대표하고 의사를 정리하며, 회의장내의 질서를 유지하고 의회의 사무를 감독할 뿐만 아니라 위원회에 출석하여 발언할 수 있는 등의 직무권한을 가지는 것이므로, 지방의회

53) 당해 행정작용이 처분에 해당되는지 여부에 따라 행정쟁송 가능여부 뿐만 아니라 공정력(행정쟁송 관련 법령상의 집행부정지 원칙에 의해 뒷받침된다.), 불가쟁력(행정쟁송 제기기간) 등 법률상 인정되는 효력에 있어 차이가 있다. 그리고, 이러한 차이는 사법상의 법률관계에 비해 행정법관계에 있어서 법치주의가 법적 안정성의 원칙에 의해 좀더 제한을 받을 필요성에 의해 발생하였다고 볼 수 있다. 그러나, 당해 행정작용이 처분에 해당되지 않더라도 모든 사법적 쟁송이 불가능하다는 것은 아니며 일정한 경우에는 민사소송 등의 방법에 의한 분쟁해결이 가능한 경우도 있다.

54) 지방의회의 의결 등에 대한 쟁송에 있어서는 당해 지방의회가 피고가 된다.

의 의사를 법정공표하여 그 당선자에게 이와 같은 의장으로서의 직무권한을 부여하는 지방의회의 의장선거는 행정처분의 일종으로서 항고소송의 대상이 된다고 할 것이다.”

<지방의회 의장에 대한 의회의 불신임의결은 행정처분이라는 판례>

② \* 참조판례 [대법 94두23] 법원의 행정처분효력정지결정에 대해 의회가 재항고한 사건에서 “지방의회를 대표하고 의사를 정리하며 회의장내의 질서를 유지하고 의회의 사무를 감사하며 위원회에 출석하여 발언할 수 있는 등의 직무권한을 가지는 지방의회 의장에 대한 불신임의결은 의장으로서의 권한을 박탈하는 행정처분의 일종으로서 항고소송의 대상이 된다.”

<지방의회의 의원제명의결은 행정처분이라는 판례>

③ \* 참조판례 [대법 93누7341] 의원제명무효확인 등 소송에서 “지방자치법 제78조 내지 제81조의 규정에 의거한 지방의회의 의원징계의결은 그로 인해 의원의 권리에 직접 법률효과를 미치는 행정처분의 일종으로서 행정소송의 대상이 되고, 관할법원은 행정소송법의 규정에 따라 지방의회의 소재지를 관할하는 법원이 된다.”

### 3) 일반처분과 고시

- 일반처분은 도로통행금지, 입산금지, 도로의 공공개시 및 폐지 등과 같이 불특정 다수인을 대상으로 하는 처분으로서 행정쟁송의 대상이 되는 행정처분에 해당된다.
- 공고 또는 고시가 단순히 사실의 통지에 해당되는지 아니면 어떠한 법률효과를 가지는지에 대해서는 일률적으로 말할 수 없고 관련 법령의 규정에 따라 개별적·구체적으로 판단하여야 한다. 실무상 고시 또는 공고에 의해 효력이 발생하는 도시계획결정고시, 도로구역결정고시, 전원개발사업예정구역의 고시 등 행정계획의 고시와 시험공고·지가공시 등은 국민의 권리의무와 직접 관련이 되므로 행정처분에 해당된다 할 것이다.

<개별토지가격결정은 행정처분이라는 판례>

① \* 참조판례 [대법 92누 16706] “시장·군수·구청장이 산정한 개별토지가격결정은 토지초과이득세·개발부담금 산정 등의 기준이 되어 국민의 권리와 의무 또는 법률상 이익에 직접 관련된다 할 것이고 따라서 행정처분으로 보아야 한다.”

<토지의형질변경등행위허가기준등에관한규칙에 기한 허가제한지역 고시는 사실상의 통지라는 판례>

② \* 참조판례 [대법 97누 8984] 석유판매업허가신청 불허가처분의 취소를 구하는 소송에서 “위 규칙 제4조 제2항은 시장 또는 군수는 제1항의 규정에

의하여 허가가 제한되는 지역의 위치, 면적, 제한사유 기타 필요한 사항을 당해 지방자치단체에서 발행하는 공보에 고시하여야 한다고 규정하고 있는바, 관계 법령의 규정을 종합하여 보면 위 규칙 제4조 제1항 각호에 규정된 사유가 있는 지역이라는 취지의 고시가 행하여지지 아니한 지역에 소재한 토지라고 하여 그러한 사유가 있음에도 무조건 형질변경을 허가하여야 하는 것은 아니고 규칙에서 정한 요건을 충족하여야만 형질변경허가를 할 수 있는 것으로 보아야 할 것이므로, 위 고시는 행정청이 토지형질변경을 불허할 지역을 지정한 경우 이를 일반주민에게 알려주는 통지행위로서 행정청의 결정사항을 미리 알지 못함으로 인하여 피해를 입는 것을 방지하려는 예방적 목적을 가진 조치일 뿐이고 그 자체로 어떠한 법률효과를 발생시키는 것은 아니다.”라고 판시

<지방고등고시 시행계획공고가 공권력행사에 해당한다는 판례>

③ \* 참조판례 [헌법재판소 99헌마123] “지방고등고시 시행계획공고는 당해 지방고등고시의 직렬 및 지역별 모집인원과 응시연령의 기준일 등을 구체적으로 결정하여 알리는 것으로 이에 따라 해당 시험의 모집인원과 응시자격의 상한연령 및 하한연령의 세부적인 범위 등이 확정되므로 이는 공권력의 행사에 해당한다.”

#### 4) 행정행위의 附款<sup>55)</sup>

- 행정법관계와 사법관계에서 설명한 바와 같이 행정처분 또는 행정행위는 국가 안전보장, 질서유지, 공공복리 등 공익달성을 위하여 법률의 근거에 의하여 행하여진다. 행정행위의 근거가 되는 법률 또는 법규는 어떤 경우에는 행정청이 이러한 행정목적 달성을 수 있도록 재량을 부여하는 경우도 있고, 법적 요건과 효과에 있어 행정청에게 선택 또는 결정의 여지를 주지 않고 엄격히 기속하도록 하는 경우도 있다.
- 행정행위의 부관은 일반적으로 법규가 국민의 신청에 대한 행정처분의 요건에 관하여 일의적인 규정을 두지 않거나 법률효과에 있어 행정청에 선택 또는 결정재량<sup>56)</sup>이 부여되어 있는 경우 행정청이 공익목적달성을 위해 필요한 범위 내에서 행정처분의 요건을 구체화(보충, 확장 등)하거나 법률효과를 제한하기 위하여 행정행위에 붙이는 부가적인 의사표시이다.

55) 부관은 조건, 기한, 부담, 철회권유보, 법률효과의 일부배제 등으로 구분되며 실무상으로는 부담에 해당하는 경우가 제일 많은 것 같다. 주택개발승인을 하면서 기부채납을 하도록 하는 등 승인이라는 주된 행정행위와는 별개의 독립한 작위·급부의무 등을 부가하는 것이 부담이다.

56) 통설과 판례는 행정행위의 부관은 이러한 재량해위에만 붙일 수 있고, 기속행위나 기속재량행위에는 붙일 수 없다고 보고 있다.(대법 87누1107)

부관은 “법적 또는 사실적 이유로 말미암아 무조건적인 허가가 일단 불가한 것으로 판단되는 경우에, 그 허가에 행정청이 일정한 조건을 부가하여 이러한 법적·사실적 장애요인을 제거함으로써 허가를 할 수 있도록 하여 주는 기능을 수행한다. 이러한 점에서 부관은 국민에게도 유리할 뿐만 아니라 행정청으로 하여금 이를 통해 상황에 적합한 탄력적인 행정을 할 수 있도록 하는 장점을 가지고 있다.”<sup>57)</sup>는 점에서 실무상 그 효용가치는 크다고 할 것이다.

- 행정쟁송의 대상여부와 관련하여 행정행위의 부관은 주된 처분과는 별도로 부관만을 따로 떼어서 행정쟁송의 대상으로 할 수 있는지와 관련하여 문제가 된다. 그러나, 실무상으로는 부관의 이러한 독립쟁송가능성의 문제 보다는 원칙적으로 당해 행정행위에 부관을 붙일 수 있는지(재량행위인지 여부), 부관을 붙일 수 있다면 그 한계는 어디까지인지(공익과 사익의 조화문제), 사정변경으로 인하여 새로운 부관을 설정하거나 기존의 부관을 변경할 수 있는지(이른바 사후부관의 문제), 부관의 미이행시 직권취소의 한계(공익과 사익의 조화), 위법한 부관상의 의무를 이행한 경우에 그 의무이행은 당연히 무효로 되는지 여부 등의 문제에 있어 그 판단에 어려움을 겪는 경우가 많이 있는 것 같다.

<부관의 독립쟁송가능성<sup>58)</sup>과 관련한 판례>

① \* 참조판례 [대법 93누2032] 공유수면매립공사 준공인가처분중 매립지 일부를 국가에 귀속시키는 처분만의 취소를 구하는 소송에서 “행정행위의 부관은 부담의 경우를 제외하고는 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 없는 것인바, 지방국토관리청장이 일부 공유수면매립지에 대하여 한 국가에의 귀속처분은 매립준공인가를 함에 있어서 매립의 면허를 받은 자의 매립지에 대한 소유권취득을 규정한 공유수면매립법<sup>59)</sup> 제14조의 효과 일부를 배제하는 부관을 붙인 것으로 이러한 행정행위의 부관은 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 없다.”라고 판시

<재량행위 여부 및 그 판단기준에 관한 판례>

② \* 참조판례 [대법 98두17845] 도시계획법에 의한 토지형질변경의 허가기준 설정이 재량행위인지에 대해 “도시계획법 제4조, 같은 법 시행령 제5조의 2, 자치단체의 토지의형질변경등행위허가기준등에관한규칙 등의 규정의 형식

57) 김동희, 행정법 I, 1997, p253

58) 행정쟁송에 대한 법원의 판결 또는 행정심판위원회의 결정은 처분의 취소뿐만 아니라 변경(일부취소 포함)도 가능한 것이므로 부담이 아닌 부관의 경우에도 주된 처분 전체를 소송물로 다루면서 청구원인에서 부관의 위법성을 주장하는 것도 가능하다.

59) 그후 공유수면매립법이 개정되어(99.8.9 시행) 공유수면매립면허시 부관을 붙일 수 있는 근거규정(같은 법 제11조)과 매립지의 소유권취득과 관련한 구체적인 규정이 마련됨

이나 문언 등에 비추어 볼 때, 형질변경의 허가가 신청된 당해 토지의 합리적인 이용이나 도시계획사업에 지장이 될 우려가 있는지 여부와 공익상 또는 이해관계인의 보호를 위하여 부관을 붙일 필요의 유무나 부관의 내용 등을 판단함에 있어서 행정청의 재량의 여지가 있으므로 그에 대한 판단기준(위 자치단체규칙)을 정하는 것 역시 행정청의 재량에 속하고, 그 설정된 기준이 객관적으로 합리적이 아니라거나 타당하지 않다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 행정청의 의사는 가능한 존중되어야 할 것이다.”라고 판시

③ \* 참조판례 [대법 94다56883] 건축허가의 재량행위 여부 및 부관의 효력과 관련하여

④ “가. 건축법 소정의 건축허가권자는 건축허가신청이 건축법, 도시계획법 등 관계법규에서 정하는 어떠한 제한에 배치되지 않는 이상 당연히 같은 법 소정의 건축허가를 하여야 하므로, 법률상의 근거 없이 그 신청이 관계 법규에서 정한 제한에 배치되는지의 여부에 대한 심사를 거부할 수 없고, 심사 결과 그 신청이 법정요건에 합치하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 이를 허가하여야 하며, 공익상 필요가 없음에도 불구하고 요건을 갖춘 자에 대한 허가를 관계 법령에서 정하는 제한사유 이외의 사유를 들어 거부할 수 없다.

⑤ 나. 건축허가를 하면서 일정 토지를 기부채납하도록 하는 내용의 허가조건은 부관을 붙일 수 없는 기속행위 내지 기속적 재량행위인 건축허가에 붙인 부담이거나 또는 법령상 아무런 근거가 없는 부관이어서 무효이다.”라고 판시

⑥ 다. “나”항의 허가조건이 무효라고 하더라도 그 부관 및 본체인 건축허가 자체의 효력이 문제됨은 별론으로 하고, 허가신청대행자가 그 소유인 토지를 허가관청에게 기부채납함에 있어 위 허가조건은 증여의사표시를 하게 된 하나의 동기 내지 연유에 불과한 것이고, 위 허가신청대행자가 건축허가를 받은 토지의 일부를 반드시 허가관청에 기부채납하여야 한다는 법령상의 근거규정이 없음에도 불구하고 위 허가조건에 따라 위 토지를 기부채납하여야만 허가신청인들이 시공한 건축물의 준공검사가 나오는 것으로 믿고 증여계약을 체결하여 허가관청인 시 앞으로 위 토지에 관하여 소유권이전등기를 경료하여 주었다면, 이는 일종의 동기의 착오로서 그 허가조건상의 하자가 허가신청대행자의 증여의사표시 자체에 직접 영향을 미치는 것은 아니므로, 이를 이유로 하여 위 시 명의의 소유권이전등기의 말소를 청구할 수는 없다고 한 사례

⑦ \* 참조판례 [대법 97누164] 공원관리청의 도시공원시설 관리위탁처분의 재량행위 여부 및 부관의 허용여부와 관련하여 “도시공원법 제6조 제2항에 의하여 공원관리청이 도시공원 또는 공원시설 등을 사용·수익할 권한까지 허용하고 있는 것은 상대방에게 권리나 이익을 부여하는 효과를 수반하는 수익적

행정행위로서, 관계 법령에 행정처분의 요건에 관하여 일의적으로 규정되어 있지 아니한 이상 관리청의 재량행위에 속하고, 이러한 재량행위에 있어서는 관계 법령에 명시적인 금지규정이 없는 한 행정목적 달성을 위하여 부관을 붙일 수 있으며, 그 부관의 내용이 이행 가능하고 비례의 원칙 및 평등의 원칙에 적합하며 행정처분의 본질적 효력을 저해하지 아니하는 한도내의 것인 이상 위법이 있다고 할 수 없다.”라고 판시

⑧ \* 참조판례 [대법 96누16698] 65세대의 주택건설사업 계획승인시 ‘진입도로 설치후 기부채납’과 ‘대체통행로 설치후 일부 기부채납’이라는 부담을 붙였으나 부담이 이행되지 않아 사용검사신청을 반려한 처분의 취소를 구하는 소송에서 “주택건설사업계획 승인은 이른바 수익적 처분으로서 법령에 행정처분의 요건에 관하여 일의적으로 규정되어 있지 아니한 이상 행정청의 재량행위에 속한다 할 것이며, 재량행위는 법령의 근거가 없다고 하더라도 부관을 붙일 수 있고.....위와 같은 부담을 붙인 것이 필요한 범위를 넘어 과중한 부담으로 지우는 것으로서 형평의 원칙 등에 위배되는 위법한 부관이라 할 수 없다.”라고 판시

⑨ \* 참조판례 [대법 89누5355] 공유수면점용허가의 법적 성질 및 이해관계인의 동의를 받도록 조건을 붙인 점용허가의 적부와 관련하여 “공유수면점용허가와 같은 재량적 행정행위에 있어서는 법령의 근거가 없어도 거기에 부관을 붙일 것인가의 여부는 오직 당해 행정청의 재량에 속한다고 할 것이므로 지방해운항만청장이 훈령인 공유수면관리에관한사무처리규정에 따라 점용허가를 하면서 이해관계인의 동의를 받도록 조건을 붙인 것은 적법하다 할 것이다.”라고 판시

<부관의 한계와 관련한 판례>

⑩ \* 참조판례 [대법 98두17845] 토지형질변경 허가신청을 한 토지 위에 폭 4미터의 도로를 개설하여 기부채납하도록 부관을 붙인 것의 적부와 관련하여 “형질변경허가시 기부채납의 부관은 사권침해의 면이 있지만, 토지형질변경으로 인하여 당해 토지의 이용가치가 증진되고 그 공공시설이 당해 토지의 편익에도 이바지 할 것이므로 공공시설을 설치할 구체적이고 객관적인 필요가 있고 그 기부채납의 정도가 공익상 불가피한 범위와 형질변경의 이익범위 내에서 이루어진 경우에는 재산권보장에 관한 헌법규정이나 형평의 원칙에 위배되는 것이라 할 수 없고.....다만, 그 부담내용이 주변토지와 관계에서 형평의 이념에 반하거나 기부채납의 대상이 된 공공시설의 규모가 도시기능의 유지 및 증진에 기여할 수 있는 도시계획시설기준에관한규칙(건설부령) 소정의 적정규모를 초과하였거나 공사완료후의 기부채납토지를 제외한 토지가액보다 공사전 토지가액과 공사비용이 많은 경우 등에는 위법을 면치 못한다.”라고 판시

⑪ \* 참조판례 [대법 97누164] 도시공원시설의 관리위탁처분을 하면서 수탁

관리권의 양도를 금지하고 이를 위반한 경우에 관리권의 취소 등을 할 수 있다는 조건을 붙인 경우 그 조건의 적부와 관련하여 “그 조건은 공원정비와 함께 기존 상인들의 잡상행위가 재발되는 것을 방지함과 동시에 그들에 대한 생계대책을 마련해 주기 위한 방편으로 이루어진 점 등에 비추어 상위 법령에 위배된다고 할 수 없으므로, 원래의 수탁권자들에 대한 관리위탁이 취소되었다는 사유 등으로 관리위탁권을 양수받은 자들의 양도양수승인신청을 거부한 것은 정당하고 신뢰보호의 원칙 및 형평의 원칙에 반하지 아니하며”라고 판시

⑫ \* 참조판례 [대법 98두8919] 농수산물도매시장의 도매시장법인으로 지정함에 있어 부관으로 행정소송 不提訴特約을 붙인 경우의 적부와 관련하여 “부제소특약은 당사자가 임의로 처분할 수 없는 공법상의 권리관계를 대상으로 하여 사인의 국가에 대한 공권인 소권을 당사자의 합의로 포기하는 것으로 허용할 수 없다.”라고 판시

<사후부관의 적부와 관련한 판례>

⑬ \* 참조판례 [대법 97누2627] 온천법 소정의 토지굴착허가시 온천의 탕원 중심 및 온천송수관로 주변 토지 일정부분에 대하여 기부채납하도록 부담을 붙였으나 그후 현지조사결과 온천공이 예상과는 달리 공로에서 멀리 떨어진 자리에 굴착되어 불가피하게 기부채납분의 길이를 확장하는 부담을 붙인 경우 부담의 적부와 관련하여 “행정처분에 이미 부담이 부가되어 있는 상태에서 그 의무의 범위 또는 내용 등을 변경하는 부관의 사후변경은 법률에 명문의 규정이 있거나 그 변경이 미리 유보되어 있는 경우 또는 상대방의 동의가 있는 경우에 한하여 허용되는 것이 원칙이지만, 사정의 변경으로 인하여 당초에 부담을 부가한 목적을 달성할 수 없게 된 경우에도 그 목적달성에 필요한 범위내에서 예외적으로 허용된다.”라고 판시

<부관 미이행시 관계 처분의 직권취소의 한계와 관련한 판례>

⑭ \* 참조판례 [대법 94누14944] 행정청이 액화석유가스판매사업의 허가시 붙인 “사업소로부터 50미터 이내 소재한 주택의 1/2 이상의 가옥주로부터 사업개시를 반대하는 민원이 야기되는 경우 사업개시를 유보할 수 있다.”는 부관에 의거하여 사업개시 신고를 수리하지 않으면서 가옥주 1/2 이상의 동의서 첨부 및 사무실면적의 확보를 명하였는데 원고가 이에 위반하였음을 이유로 위 판매사업허가를 취소한 사건에서 “행정청이 수익적 처분을 취소할 때에는 비록 취소 등의 사유가 있더라도 그 취소로 인하여 당사자가 입게 될 기득권과 신뢰보호 및 법률생활의 안정의 침해 등을 비교·교량한 후 공익상의 필요가 당사자가 입을 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 취소할 수 있는 것이고, 선행처분인 사업허가처분에 부가된 부관이 적법한 부관이라고 하더라

도 그 부관상의 의무불이행을 이유로 하는 후행처분인 허가취소처분이 반드시 적법하게 되는 것은 아니라고 할 것이다.”라고 판시<sup>60)</sup>

⑮ \* 참조판례 [서울고등법원 판결 93구1635] 행정청이 석유판매업 허가시 붙인 ‘사업시행전에 인근주민들의 동의를 얻어 민원이 발생하지 않도록 하고 만일 주유소 설치공사도중이라도 민원이 발생할 경우에는 공사를 중단한다’는 부관을 이행하지 아니한다는 이유로 건축허가신청을 반려한 사안에서 “석유판매업허가는 석유의 수급안정과 저렴한 공급을 위하여 석유판매업의 종류와 그 취급제품 및 허가기준(시설 및 수송장비등) 등을 정하여 그 기준에 합치하는 경우에 하는 허가로서 그 목적 및 취지, 기준 등이 건축허가와 다르므로 석유판매업허가에 위와 같은 내용의 부관이 붙어 있고 원고가 그 부관에 따른 책임이행을 하지 못하였다고 하더라도 이를 이유로 장차 석유판매업허가를 취소하는 등의 조치를 취하는 것은 별론으로 하고(더구나 인근 주민의 반대는 그 정당성을 인정할 아무런 자료도 없어 그 부관에 따른 효력이 발생한다고 할 수도 없다.) 건축관계법규에서 정하는 사유가 아닌 사유를 들어 건축허가신청을 반려한 것은 위법하다.”라고 판시

<기속행위 또는 기속재량행위에 붙인 부관(무효이었던 부관)에 기한 의무이행과 그 효력에 관한 판례>

⑯ \* 참조판례 [대법 94다56883] 기속행위 내지 기속적 재량행위인 건축허가를 하면서 일정토지를 기부채납하도록 부관을 붙인 경우 그 부관의 효력과 이러한 부관에 기하여 기부채납한 때 기부채납자는 무효인 부관에 기한 의무이행행위도 당연무효로서 기부채납 토지의 소유권이전말소등기를 청구할 수 있는지와 여부와 관련하여 “기속행위 내지 기속적 재량행위인 건축허가에 붙인 부관은 무효라고 하더라도 그 부관행위 및 본체인 건축허가 자체의 효력이 문제됨은 별론으로 하고, 이 사건 부관이 법령상 근거 없음에도 불구하고 위 부관에 따라 기부채납하여야만 준공검사가 나오는 것으로 믿고 증여계약을 체결하여 허가관청 앞으로 소유권이전등기를 경료하여 주었다면, 이는 일종의 동기의 착오로서 부관상의 하자가 증여의 의사표시 자체에 직접 영향을 미치는 것은 아니므로 허가관청에 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 없다.”라고 판시

---

60) 이 판결은 “인근 주민의 동의라는 부관상 의무의 불이행은 애당초 사업개시신고의 수리를 유보할 수 있는 사유에 불과하며, 인근 주민의 반대이유도 합리적인 근거에서 나온 것이 아니라 단순히 자신들의 동네 주변에 사업소를 두는 것은 위험하다는 것에 지나지 아니한 사실, 허가기준 미달사항도 그다지 중요하지 아니한 점, 원고가 사업허가처분을 받은 후 인근에 기존 사업소가 있다는 이유로 허가가 취소되어 소송을 제기하여 승소확정되고, 그후 사업소 소재지가 주거환경개선지구로 지정되어 소재지 변경신청을 하였으나 반려되어 소송을 제기하여 승소확정되는 등 사정”등을 구체적인 이유로 하고 있음

## 5) 裁 決

- 행정심판의 재결은 사법절차가 준용되는 재판의 전심절차이지만, 행정청이 하는 공권력적 행위라는 점에서는 일반적인 처분과 차이가 없으므로 당연히 항고소송의 대상이 된다. 그러나, 현행 행정소송법은 원처분과 원처분의 재결에 대하여 모두 재판을 인정할 경우, 소송경제의 문제나 각 재판결과의 상충가능성 등을 고려하여 재결에 대한 불복은 재결 자체에 고유한 위법이 있는 경우에 한하여 재결청을 피고로 하여 제기할 수 있도록 제한하고 있다(原處分主義).
- 시도지사의 재결에 대하여 그 취소를 구하는 행정심판을 국무총리행정심판위원회에 청구할 수 있는지가 문제될 수 있다. 재결도 하나의 처분이고 시도지사의 처분에 대한 재결청은 중앙행정기관의 장이므로 국무총리행정심판위원회에 행정심판을 청구할 수 있다고 주장할 수도 있으나, 행정심판법 제39조에 의하면, 심판청구에 대한 재결에 대하여는 다시 심판청구를 제기할 수 없다고 규정하고 있으므로, 위와 같은 청구는 이 규정에 위배된 부적법한 청구로서 각하된다.<sup>61)</sup>

## 3. 不 作 爲

### 가. 의 의

- 행정쟁송의 대상에는 처분으로서의 공권력의 행사뿐만 아니라 그 불행사, 즉 不作爲의 경우도 포함된다. 행정소송법과 행정심판법 각 제2조 제1항 제2호에서는 “부작위”라 함은 “행정청이 당사자의 신청에 의하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것”으로 정의하고 있다.
- 부작위에 대한 행정쟁송은 행정청이 당사자의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청에 대하여 상당한 기간 내에 그 신청을 인용하는 적극적 처분 또는 각하하거나 기각하는 등의 소극적 처분을 하여야 할 법률상의 응답의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우에 그 부작위가 위법하다는 것을 확인하거나, 그 이행을 명함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 또는 무응답이라고 하는 소극적인 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 하는 제도이다.<sup>62)</sup>
- 당사자는 행정청의 부작위가 있는 경우에는, 행정심판으로써 의무이행심판을 구할 수 있고, 행정소송으로써 부작위위법확인 소를 제기할 수 있다.

61) 국무총리행정심판위원회 사건번호 99-5573 참조

62) 대법원 91누11278 등 참조

- 의무이행심판이나 부작위위법확인소송은, 처분신청을 한 자로서 부작위가 위법하다는 확인을 구하거나 의무이행을 구할 법률상의 이익이 있는 자만이 제기할 수 있고, 그 신청을 통하여 구하는 행정청의 응답행위는 행정소송법 및 행정심판법상의 “처분”에 관한 것이어야 하므로, 당사자가 행정청에 대하여 어떠한 행정행위를 하여 줄 것을 신청하지 아니하거나, 그러한 신청을 하였더라도 당사자가 행정청에 대하여 그러한 행정행위를 하여줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 권리를 갖고 있지 아니하든지 또는 행정청이 당사자에 대하여 거부처분을 한 경우에는 원고적격이 없거나 항고소송의 대상인 위법한 부작위가 있다고 볼 수 없어 그러한 의무이행심판이나 부작위위법확인소송은 부적법하게 된다.

## 나 성립요건

### 1) 법규상·조리상 신청권리 또는 처분의무의 존재

- 의무이행심판 또는 부작위위법확인소송을 제기하기 위하여는 우선, 법령상 어떤 처분을 신청할 수 있는 권리가 부여되거나, 적어도 조리에 의하여 신청권이 부여된 것으로 해석할 수 있어야 한다.
  - (1) 명문으로 당사자의 신청권이 규정되어 있는 경우로서는
  - (2) 여권발급 신청에 대한 여권법 제5조 제1항<sup>63)</sup>
  - (3) 광업권설정출원에 관한 광업법 제17조<sup>64)</sup>
  - (4) 제3자의 제재요구 권리를 규정한 경우로서는 건설산업기본법 제85조<sup>65)</sup>를 들 수 있다.
  - (5) 법해석상 특정인의 신청을 전제로 하고 있는 경우로서는 일정한 건축물을 건축하고자 하는 경우에는 건축허가를 받아야 한다고 규정하고 있는 건축법 제8조 등을 들 수 있다.
    - ① \* 참조판례 [대법 95누1378] 제3자가 행정청에 대하여 인접주민에게 장애물철거요구를 할 수 있는지 여부

---

63) 제4조 [발급권자] 여권은 외교통상부장관이 이를 발급한다.  
제5조 [여권발급의 신청] ①여권의 발급을 받고자 하는 자는 대통령령의 정하는 바에 의하여 외교통상부장관에게 발급을 신청하여야 한다.

64) 제17조 [광업권설정의 출원등] ①광업권의 설정을 받고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 산업자원부장관에게 출원하여 그 허가를 받아야 한다.

65) 건설업자에게 제81조 각호의 1(부정한 방법에 의한 등록, 등록증 대여 등)에 해당하는 사유가 있는 때에는 이해관계인은 건설교통부장관 또는 시도지사에게 그 사유를 명시하여 당해 건설업자에 대하여 상당한 조치를 할 것을 요구할 수 있다.

② “도시계획법, 건축법, 도로법 등 관계법령상 주민에게 도로상 장애물의 철거를 신청할 수 있는 권리를 인정할 근거법규가 없고 조리상 이를 인정할 수도 없으므로 행정청이 인접토지소유자의 장애물 철거요구를 거부한 행위는 항고소송의 대상이 되는 거부처분에 해당될 수 없다.”

③ \* 참조판례 [대법 89누5768] 토지소유자에게 환지처분전 토지상의 건축물 이전·철거요구권이 있는지 여부

④ “토지구획정리사업법 제40조 제1항은 사업시행자에게 필요한 경우에 건축물 등을 이전하거나 제거할 수 있는 권능을 부여한 규정에 지나지 않을 뿐 사업시행자에게 그러한 의무가 있음을 규정한 것을 아니므로 이 규정을 들어 환지처분을 받은 토지소유자에게 사업시행자로 하여금 종전의 토지 위의 건축물 등에 대한 이전 또는 철거를 이행하도록 요구할 수 있는 신청권이 있다고 볼 수 없다.”

⑤ \* 참조판례 [대법 97누17568] 제3자 소유 건축물의 허가취소나 철거 등을 행정청에 요구할 수 있는지 여부<sup>66)</sup>

⑥ “건축법 기타 관계법령에 국민이 행정청에 대하여 제3자에 대한 건축허가의 취소나 준공검사의 취소 또는 제3자 소유의 건축물에 대한 철거 등의 조치를 요구할 수 있다는 규정이 없고, 같은 법 제69조제1항 및 제70조제1항은 각 조항 소정의 사유가 있는 경우에 시장·군수·구청장에게 건축허가 등을 취소하거나 건축물 철거 등 필요한 조치를 명할 수 있는 권한 내지 권능을 부여한 것에 불과할 뿐, 시장·군수·구청장에게 그러한 의무가 있음을 규정한 것은 아니고, 그 밖에 조리상 이러한 권리가 인정된다고도 볼 수 없다.”

⑦ \* 참조판례 [대구고법 97구11646] 개별공시지가의 결정·공시요구권

⑧ “개별공시지가는 토지수용에 대한 보상, 국공유토지의 처분, 국세 및 지방세의 부과 등의 기준을 제시하려는 제도로서 시장·군수·구청장이 개별공시지가를 결정·공시함에 있어 사전에 그 소유자 기타 이해관계인의 의견을 들어야 하고, 사후에 결정·공시된 개별공시지가에 대하여 이의신청을 할 수 있을 뿐이므로, 소유자 등이 개별공시지가를 적극적으로 결정·공시하여 달라고 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 권리가 있다고 할 수 없다.”

○ 일반적으로 재량행위는 그 발동을 위한 근거로서 국민의 신청이나 동의 등을 요하지 않고 행정청의 판단에 의해 행해지는 것이므로 행정청이 제3자의 청구에 의한 행위를 하지 않는다고 하여 곧바로 위법으로 된다고 보기는 어려울 것

---

66) 이러한 제3자의 건축허가나 준공검사취소 요구는 실무상 진정의 형태 뿐만 아니라 행정심판의 형태로도 빈번하게 이루어지고 있는 것 같다. 그 이유는, 인접건물이 이격거리 미확보, 옥탑증축 등의 위법사항이 있음에도 이를 허가해 줌으로써, 자기의 사생활이 침해되었다거나 건물의 재산적 가치가 감소되었으므로 그 처분을 취소하여달라는 것이다.

이다. 따라서, 단순히 행정청의 공권력발동을 촉구하는 당사자의 신청(예 : 독점규제및공정거래에관한법률 제49조 제2항의 규정에 의한 공정거래위원회에 대한 위반행위의 신고 등)이나 오로지 행정청의 판단에 따라 그 책임아래 이루어지는 일방적 행정행위(예 : 대집행을 할 것인지 여부, 도시계획을 결정할 것인지 여부 등)는 해당되지 않는다.

- 그러나, 현대 행정국가에서 국민의 권익은 행정의 적극적인 행사에 의해서 뿐만 아니라 소극적인 불행사에 의해서도 침해되는 경우가 적지 않으므로 일정한 요건 하에서는 행정에 의한 개입을 적극적으로 청구할 필요가 있게 되는 경우도 있음을 주의하여야 한다.

즉, 당해 행정행위가 성질상 재량행위라 하더라도 국민의 생명과 신체, 재산 등에 중대하고 급박한 위험이 존재하여 필요한 조치를 취하지 아니하는 것이 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우에는 그러한 권한의 불행사는 직무상의 의무를 위반한 것이 되어 위법하게 된다. 우리 대법원도 이와 같은 경우에 다음과 같이 행정권에 작위의무를 지우고 권한의 불행사가 직무의무위반이라고 하여 의무위반에 따른 국가의 손해배상책임을 인정하고 있다<sup>67)</sup>. 강학상으로는 이를 재량권의 쉼으로의 수축이론으로 설명하고 있다.

⑨ \* 참조판례 [대법원 79다2341]

⑩ “지방자치단체 소유의 임야에 많은 주민들이 들어와서 무허가로 주택을 짓고 살고 있어도 그에 대하여 관리행정을 실시하여 온 자치단체는 주택가 내에 돌출하여 위험이 예견되는 자연암벽이 있으면 복지행정의 집행자로서 이를 사전에 제거하여야 할 의무가 있는데 그 의무를 해태한 부작위로 인하여 붕괴사고가 일어나서 주민들이 손해를 입으면 이를 배상할 책임이 있다.”라고 판시함

⑪ \* 참조판례 [대법원 98다16890]

⑫ 경찰관이 농민들의 시위를 진압하고 시위과정에 도로상에 방치된 트랙터 1대에 대하여 이를 도로 밖으로 옮기거나 후방에 안전표지판을 설치하는 것과 같은 위험발생방지조치를 취하지 아니한 채 그대로 방치하고 철수하여 버린 결과, 야간에 그 도로를 진행하던 운전자가 위 방치된 트랙터를 피하려다가 다른 트랙터에 부딪혀 상해를 입은 사안에서 “경찰관직무집행법 제5조는 경찰관은 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 위험한 사태가 있을 때에는 그 각 호의 조치를 취할 수 있다고 규정하여 형식상 경찰관에게 재량에 의한 직무수행권한을 부여한 것처럼 되어 있으나, 경찰관에게 그러한 권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 구체적인 사정에 따라 경찰관이 그 권한을 행사하여 필요한 조치를 취하지 아니하는 것이 현저하게

67) 대법원 71다124, 79다2341, 98다11635, 98다16890, 98다18520 등

불합리하다고 인정되는 경우에는 그러한 권한의 불행사는 직무상의 의무를 위반한 것이 되어 위법하게 된다.”라고 판시함

⑬ \* 참조결정례 [헌법재판소 전원재판부, 1995.7.21. 94헌마136 결정]

⑭ “공정거래위원회는 심사의 결과 인정되는 공정거래법 위반행위에 대하여 일응 고발을 할 것인가의 여부를 결정할 재량권을 갖는다고 보아야 할 것이나, 공정거래법이 추구하는 법목적에 비추어 행위의 위법성과 가벌성이 중대하고 피해의 정도가 현저하여 형벌을 적용하지 아니하면 법목적의 실현이 불가능하다고 봄이 객관적으로 상당한 사안에 있어서는 공정거래위원회로서는 그에 대하여 당연히 고발을 하여야 할 의무가 있고 이러한 작위의무에 위반한 고발권의 불행사는 명백히 자의적인 것으로서 당해 위반행위로 인한 피해자의 평등권과 재판절차진술권을 침해하는 것이라고 보아야 한다.”라고 판시함

## 2) 상당한 기간의 경과

- 당사자의 신청에 대하여 행정청이 상당한 기간이 지나도록 아무런 처분을 하지 않아야 한다.

어느 정도의 기간을 상당한 기간으로 보는지가 문제될 수 있으나, 민원사무처리에 관한 법률에 의거하여 현재 고시되고 있는 민원사무처리기준표상의 민원처리기간이 경과하면, 특별한 사정이 없는 한 상당한 기간을 경과하였다고 할 것이다.

그러나, 부작위가 위법하다는 것은 판결시(사실심 종결시)를 기준으로 판단하게 되므로<sup>68)</sup>, 그때는 이미 많은 기간이 경과된 이후가 되므로 “상당한 기간”은 실무상으로는 그리 크게 문제가 되지 않는다.

또한, 의무이행심판은 청구기간의 제한을 받지 않고, 부작위위법확인소송은 제1장에서 설명한 바와 같이 학설에서도 부작위가 있음을 안날이라는 것이 객관적으로 정할 수 없어 사실상 부작위상태가 계속되는 한 소송을 제기할 수 있다고 보게 되므로 “상당한 기한”의 의미는 크지 않다.

- 법령상 처리기간이 도과함으로써 그 기간의 만료일에 당해 신청이 거부된 것으로 보도록 하고 있는 경우(공공기관의정보공개에관한법률 제11조 제5항 등)는 거부처분이 있는 것으로 보게 된다. 따라서, 이러한 때에는 의무이행심판 또는 부작위위법확인소송은 제기할 수는 없고, 거부처분의 취소를 구할 수 있을 뿐이다.

---

68) 대법원 89누4758 참조 “소 제기 전후를 통하여 판결시까지 행정청이 그 신청에 대하여 적극 또는 소극의 처분을 함으로써 부작위상태가 해소된 때에는 소의 이익을 상실하게 되어 당해 소는 각하를 면할 수 없다.”

### 3) 처분의 부존재

- 부작위가 성립되기 위하여는 처분으로 볼만한 외관 자체가 존재하지 아니하여야 한다. 실무상으로 민원인의 신청에 대해 행정청에서 어떠한 조치도 취하지 않는 경우는 아주 예외적인 것으로서 완전한 의미에서의 부작위는 존재하기 어렵다 할 것이다. 이에 따라 실무상으로는 거부처분이 있었다고 볼 수 있음에도 이를 부작위로 해석하여 이행심판 또는 부작위위법확인소송을 제기하는 경우가 자주 발생하므로, 행정청이 어느 정도의 의사표시 또는 행위를 하여야 거부처분에 해당하는지를 판단하는 것이 중요한 문제가 되고 있다.
- 일반적으로 거부처분의 취소는 일정 기간 경과됨으로써 행정청의 거부처분이 있는 것으로 간주되는 등 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 권한 있는 행정청에 의하여 결정된 내부적인 의사가 명시적 또는 묵시적인 방법으로 외부로 표시됨으로써 취소를 구할 행정처분이 존재하게 된 경우에 인정되는 것이다.
  - ① \* 참조판례 [대법원 91누8753]
  - ② 비닐하우스로 이주한 후에 거주지 이동에 따른 전입신고를 하였는데 비닐하우스는 주민등록법상 주소로 정할 수 없다는 이유로 신고수리를 하지 않고 주민등록표를 원래의 거주지 동사무소로 반송한 사안에서 원심에서는 이를 부작위로 보고 원고의 청구를 인용하였으나 “원심이 확정된 사실에 의하면 피고가 원고의 주민등록 전입신고에 대하여 거부처분을 하였음이 명백하므로 원고로서는 거부처분의 취소를 청구할 수 있을 뿐이다.”라고 판시

### 4) 위법확인 및 이행청구의 대상이 “처분”이어야 함

- 부작위가 성립되기 위하여는 위법확인 또는 이행청구의 대상이 “처분”이라는 요건을 갖추어야 한다. 따라서, 단순한 청원 또는 고충민원<sup>69)</sup>, 입법부작위<sup>70)</sup> 등은 처분성이 없으므로 위법확인 또는 이행청구의 대상이 되지 않는다.

---

69) 대법원 92누5867 참조(“선조들의 묘가 있는 묘역을 향토유적으로 지정하여 달라는 신청을 받아들이지 아니하였어도, 이로 인하여 신청인의 권리나 법적 이익에 어떤 영향을 준다고 할 수 없으므로 위법한 부작위라고 할 수 없다.”)

70) 대법원 91누11261 참조(“행정소송은 구체적인 사건에 대한 법률상 분쟁을 법에 의하여 해결함으로써 법적 안정을 기하자는 것이므로, 부작위위법확인소송의 대상이 될 수 있는 것은 구체적 권리의무에 관한 분쟁이어야 하고 추상적인 법령에 관하여 제정의 여부 등은 그 자체로서 국민의 구체적인 권리의무에 직접적인 변동을 초래하는 것은 아니어서 그 소송의 대상이 될 수 없다.”)

### Ⅲ. 行政審判 機關

#### 1. 재결청

##### 가. 행정심판위원회

- 개정 전 행정심판법은 재결의 객관적 공정을 도모함으로써 행정심판의 행정구제제도로서의 실효성을 확보하기 위해 심판청구사건에 대한 심리·의결기능과 재결기능을 분리시켜 심리·의결기능은 행정심판위원회에 부여하고, 재결청은 위원회의 의결내용에 따라 재결하여야 할 의무를 부여하였으나, 개정된 행정심판법은 사건 처리기간 단축을 통해 신속한 권리구제에 기여하기 위해 재결청의 개념을 없애 행정심판위원회에서 행정심판사건의 심리를 마치면 직접 재결을 함(법 제5조).
- 원칙적으로 직급 상급행정기관 소속(법 제5조제1항)
- 당해 행정청 소속으로 설치하는 경우(제2항) : 대통령 직속기관(제1호), 국회·법원·헌재·선관위 등 다른 헌법기관(제2호), 그 밖에 소관 감독행정기관이 없는 행정청(제3호)
- 시·도지사 소속으로 설치 ⇒ 시·도지사의 처분·부작위 또는 시·도지사 관할지역의 자치행정기관(시장·군수·구청장 등)의 처분·부작위

##### 나. 국무총리행정심판위원회

- 국무총리나 행정 각 부 장관, 시·도지사, 국가특별지방행정기관의 처분 또는 부작위에 대한 심판청구를 심리·재결하기 위하여 국민권익위원회에 국무총리행정심판위원회 설치(법 제5조제3항).

## 2. 行政審判의 當事者<sup>71)</sup>

### 가. 의 의

- 행정심판법 제1조 행정심판제도의 목적에서 규정하고 있는 바와 같이, 행정심판은 행정청의 위법 또는 부당한 처분 그 밖에 공권력의 행사·불행사 등으로 인한 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하는데 주된 목적이 있다.<sup>72)</sup> 따라서, 처분성이 없음에도 행정심판을 청구한다든지, 비록 처분성이 인정되더라도 그 처분으로 인하여 자신의 권리 또는 이익이 침해되지 않았는데도 행정심판을 청구한다든지<sup>73)</sup>, 또는 자신의 권리·이익이 침해되었지만 처분 등을 취소하여도 더 이상 실익이 없다든지<sup>74)</sup> 하는 경우에는 행정심판을 통하여 구제받을 수 없다.
- 어떤 행정작용의 처분성 여부에 대하여는 이미 ‘행정심판의 대상’ 부분에서 설명하였으므로, 이 장에서는 행정심판을 통하여 자신의 권리·이익을 구제받기 위하여 자신이 어떠한 위치나 자격 또는 관계에 있어야 하는지, 그리고 행정심판의 재결을 통하여 회복될 수 있는 구체적인 권익이 있는지에 대하여 알아보고자 한다. 통상 전자를 當事者適格의 문제로 다루고, 후자는 訴의 利益으로 논의된다. 당사자자격이 결여되었거나 소의 이익이 없는 때에는 본안의 판단에 이르지 않고 부적법 각하를 하게 된다.

71) 행정심판은 위법·부당한 공권력 행사 또는 불행사에 의하여 법률상 보호되고 있는 국민의 권리 또는 이익이 침해되었을 때, 이에 불복하여 그 취소·변경 또는 적법한 이행을 구하기 위하여 제기된다. 행정청은 법령에 의하여 자기에게 부여된 권한에 터잡아서 일방적으로 어떠한 결정과 행위를 하고 그 행위의 상대방은 행정청의 결정과 행위에 따를 수밖에 없는데, 행정심판은 이와 같이 우월한 의사주체의 일방적 행위를 대상으로 한다. 이에 대하여, 민사소송이나 공법상 당사자소송은 당사자가 서로 대등한 지위에서 맺거나 법률에 의하여 설정되는 권리의무관계(계약, 불법행위, 부당이득 등), 또는 기존의 권리의무관계의 소멸·변경 등을 다투게 된다. 그러나, 행정심판도 기본적으로 당사자(청구인 對 행정청)가 대립하는 對審의 형식을 취한다는 점에서는 민사소송과 본질적인 차이는 없다고 할 수 있다.

72) 행정심판법 제1조 후단에서 “아울러 행정의 적정한 운영을 기함을 목적으로 한다”는 표현은 위법·부당한 공권력 행사로 인하여 국민의 주관적 권리 또는 이익, 즉 법령에서 개인의 권리를 보호하고 있는데 행정행위로 인하여 이러한 사인의 권익이 침해된 것을 전제로 하는 것이다. 이는, 국민의 자신의 주관적 권익이 침해되지도 않았는데 단순히 공익 등을 이유로 또는 행정운영의 부적정을 시정하기 위하여 행정심판을 청구하는 것까지 허용하는 것은 아니다.

73) 인접주민이나 영업자가 주위에 있는 건축물의 허가처분 또는 용도변경이 위법하므로 취소하여 달라거나 하는 경우를 생각해 보면 된다.

74) 대집행의 실행행위가 종료되어 건물이 완전히 해체되었는데도 그 실행행위의 취소를 구한다든지, 영업정지처분의 기간이 끝났는데도 정지처분의 취소를 구한다든지(처분당한 전력이 향후 처분의 경중에 영향을 미치는 경우에는 다를 수 있다.) 하는 경우를 생각해 보면 된다.

## 나. 當事者適格(請求人適格)<sup>75)</sup>

### 1) 당사자적격이 인정되기 위한 요건<sup>76)</sup>

○ 현행 행정소송법은 소송의 종류를 항고소송, 당사자소송, 민중소송 및 기관소송으로 분류하고 있다. 여기서 항고소송<sup>77)</sup>과 당사자소송은 개인적인 권리이익의 보호 및 구제를 목적으로 하는데 반하여, 민중소송과 기관소송은 개인의 주관적인 권익과 관계없는 행정운영의 적법성 확보나 공익보호 등을 목적으로 한다. 전자를 主觀訴訟, 그리고 후자를 客觀訴訟이라고 한다. 객관소송은 주관소송과 달리 법령에서 그 청구주체와 대상에 대한 특별한 규정을 두고 있는 경우에만 허용된다.

○ 따라서, 지방자치단체 폐치·분합결정에 대하여 주민이 그 결정의 취소를 구한다든지, 또는 지방자치단체가 국제행사를 하면서 예산을 부당하게 지출하여 예산의 손실을 가져와서 손해배상을 구한다든지 하는 등의 소송은 현행 법령상 이에 대한 소송을 허용하는 규정이 있거나, 그러한 행위가 자신의 권익을 직접적이고 구체적으로 침해하고 있고 자신의 권익이 법률에 의하여 보호되고 있는 경우를 제외하고는 당사자적격이 인정되기 어려울 것이다.

① \* 참조판례 [대법 93누24247] 택시회사의 운전사가 회사에 대한 과징금 처분의 취소를 구하는 소송에서 “운전기사의 합승행위를 이유로 한 회사에 대한 과징금부과처분으로 당해 운전기사의 상여금지급이 제한되었다 하더라도 과징금부과처분의 직접당사자가 아닌 당해 운전사로서는 처분의 취소를 구할 직접적이고 구체적인 이익이 있다고 볼 수 없다”라고 판시

② \* 참조판례 [대법 94두34] 대학 인근의 아파트건축허가처분에 대해 대학총장이 개인명의로 그 취소를 구하는 소송에서 “행정청의 건설회사에 대한 아파트건축허가처분으로 교수들의 연구활동이나 학생들의 수업에 지장이 생기게 되는 사정이 있더라도 대학총장의 지위에 있는 신청인이 개인의 명의로 건축허

---

75) 피청구인 적격문제는 제2장 행정청의 개념에서 설명한 바와 같이, 처분청이 피청구인이 된다. 권한의 위임 또는 위탁이 있거나 내부위임이 있는 경우에도 수임 또는 수탁기관이 피청구인이 된다. 재결에 대하여는 원처분의 처분청이 아니라 재결청이 피청구인이 된다.

76) 당사자적격이 인정되기 위하여는 우선 자신의 이익이 침해되어야 하고, 침해되는 이익이 법률상 보호되는 이익이어야 한다. 그러나, 이는 관념적으로는 분류가 가능할 수도 있으나, “자신의 이익”이라는 것도 법률상 보호되는 자신의 이익이어야 당사자적격이 인정되는 것이므로 두 개의 요건은 서로 불려 있는 것이다.

77) 취소심판, 무효등확인심판, 의무이행심판 등 행정심판법상의 행정심판은 모두 처분에 불복하여 상급관청에 그 처분의 취소를 구하는 것이므로 “항고”소송과 그 성질에 있어 동일하다.

가처분의 취소를 구할 법률상 구체적이고 직접적인 이익을 가진다고 볼 수 없다.”라고 판시

- 그러나, 위 사례에서 보는 바와 같이, 지방자치단체의 주민은 납세자로서 예산의 부당지출로 인하여 향후 조세부담이 증가할 개연성이 있고, 현재의 서비스가 저하될 수 있는 등의 손실이 없다고 할 수도 없는 것이다. 주관소송은 개인의 주관적 이익만 다투고 객관소송은 법률이 인정하는 한도 내에서 행정운영의 적법성 확보와 객관적인 법질서 유지를 위하여 법률이 허용하는 범위 내에서만 인정된다는 이분법적 구도를 엄격하게 유지한다면, 위 사례와 같은 경우에 있어 입법으로 해결하지 않으면 객관소송으로써는 그 취소 등을 구할 수가 없는 것이다. 이에 따라, 실무상으로는 비단 공익뿐만 아니라 개인의 주관적 권익도 침해되었다고 포장하여 소송을 제기하는 경우가 많다. 즉, 원하는 목적을 보면 행정의 적정운영을 위한 것으로서 객관소송으로 다투어야 할 것이지만, 현행법상 이를 허용하는 규정이 없으므로 항고소송의 이름을 빌려서 소송을 제기할 수밖에 없는 것이다.
- 이러한 항고소송이 제기될 경우, 이를 받아들일 것인지의 여부는 결국 항고소송의 기능·목적 등과 연계하여 해야될 수밖에 없는데, 종래에는 엄격히 권리훼손의 경우에만 항고소송의 당사자적격을 인정하였으나, 근래에는 학설이나 판례에서 구제의 범위를 점점 확대해 나가고 있다.<sup>78)79)</sup> 그러나, 당사자적격을 인정할 것인지의 여부는 결국 해석의 문제로서 그 기준이 무엇인지를 일률적으로 말할 수는 없다. 더구나, 개인적인 公權과 전통적인 반사적 이익의 개념 구분이 점점 애매해지는 현실에서는 더욱 더 그러하다.
- 따라서, 판례 등을 통하여 구체적인 사안에 있어서의 판단기준을 개별적으로

---

78) 법률상 보호되는 이익구제설, 보호할 가치가 있는 이익구제설 등이 그것이다. 전자는 법령에 명시적인 권리보호 규정이 없더라도 실정법규의 해석에 의하여 당해 규정의 취지가 국민의 권리를 보호하는데 있으면 당사자적격을 인정하고, 주로 공익목적을 위한 규제에 있는 것이라면 출소를 허용하지 않게 된다. 예를들어, 건축법상 채광·이격거리 등 건축허가기준에 관한 강행규정에 위반하여 건축허가를 하였을 경우에 이러한 건축허가기준을 인접주민의 이익을 보호하는 규정으로 해석하게 되면 당사자적격을 인정하게 되는 것이다. 이와 달리, 보호할 가치가 있는 이익구제설은 실정법규의 해석에서 벗어나서 실질적으로 국민이 받는 손실을 평가하여 그 불이익이 직접적이고 중대한 경우 등에는 구제의 필요성을 인정해 주게 된다.(법원행정처, 재판자료 68집, 행정소송의 제문제(상) p182)

79) 항고소송에 있어서 소의 이익이 되는 법률상의 이익은 당해 처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우를 말하고 간접적이거나 사실적·경제적 이해관계를 가지는 데 불과한 경우는 여기에 해당되지 아니하며, 행정처분이 법령이나 처분자체 의하여 효력기간이 정하여져 있는 경우에는 그 기간의 경과로 효력이 상실되므로 그 기간 경과 후에는 처분이 외형상 잔존함으로써 인하여 어떠한 법률상의 이익이 침해되고 있다고 볼 만한 별다른 사정이 없는 한 그 처분의 취소를 구할 법률상의 이익은 없는 것이다(대법원 1995.7.14. 선고 95누4087 판결, 1995.10.17. 선고 94누14148).

접근해 나갈 수밖에 없다고 보여진다.

○ 행정청의 청구인 능력

- 행정심판은 행정청의 위법·부당한 처분에 의하여 권익을 침해받은 권리주체가 그 권익을 구제 받는 제도이므로 권리주체가 아닌 행정청은 청구인 적격이 없고, 따라서 행정청은 다른 행정청이 한 행위에 대하여 심판청구를 할 수 없는 것이 원칙이다.
- 그러나, 행정기관 상호간의 행위라 하더라도 어느 한편이 행정청의 지위로서가 아니라 **민간과 같은 사업의 수행자로서의 지위에 있는 경우에는 이를 처분으로 보아야 하는 경우도 있을 것이다.**

【**재결례**】 위 인정사실에 의하면, 고혈압 또는 당뇨병으로 청구인 보건지소를 방문하는 일부 환자들이 실제로 월 1-4회 방문하여 장기처방을 받았는데도 불구하고, 청구인이 투약일수를 분할하여 방문일수를 늘려 요양급여비용을 청구함으로써 부당한 방법으로 보험자에게 요양급여비용을 부담하게 한 사실이 분명하므로 관계법령에 따라 행한 피청구인의 이 건 처분이 위법·부당하다고 할 수 없을 것이다.(01-12750 과징금부과처분취소청구등, **청구인: 경상북도 군위군 00보건소, 피청구인: 보건복지부장관**)

2) 당사자적격의 인정여부에 관한 판례

가) 법인 이익과 구성원의 이익의 관계

- 일반적으로 법인의 주주나 임원 또는 단체의 구성원은 당해 법인 또는 단체에 대한 행정처분에 관하여 사실상<sup>80)</sup>이나 간접적인 경제적 이해관계를 가질 뿐이어서 스스로 그 처분의 취소를 구할 당사자 적격이 없다. 이는 법인 등에 대한 행정처분의 효과가 직접적으로 귀속되는 것은 당해 법인 등이며 법인 등의 구성원은 단지 당해 처분으로 인하여 결과적으로 또는 간접적으로 이해관계에 영향을 받는데 불과하기 때문이다. 그러나, 당해 처분 등으로 인해 법인·단체의 대표자 또는 임원 등의 법률상 보호이익이 침해되는 경우에

80) 구체적이고 직접적인 이익인지 아니면 사실상의 간접적이 이익인지 여부는 처분의 근거가 된 법률의 해석에 의해 결정된다.

는 당사자 적격이 있는 경우도 있다.

<법인·단체 구성원의 당사자 적격을 부인한 판례>

① \* 참조판례 [대법 96누3630] 동일지역에 종합유선방송국설립을 위해 경쟁관계에 있는 양자가 허가신청을 하였으나 선정되지 못한 단체의 대표자가 선정된 단체에 대한 행정청의 허가의 취소를 구할 법률상 이익이 있는지에 대하여 “종합유선방송법 등 관련 법령의 해석상 종합유선방송국 허가신청은 법인 또는 장차 설립될 법인의 명의로 하여야 하는 것인바, 출자지분을 정하고 정관안까지 마련하여 허가신청 등 대외적인 활동을 하는 업체는 고유의 목적을 가지고 회사로서 설립되기 전단계에 있는 단체로서 그 구성원과는 독립하여 단체 자체로서 존속하는 것으로 강학상의 설립중의 회사에 해당하거나 적어도 비법인 사단에 해당한다 할 것이고 이 사건 처분으로 인하여 법률상 이익을 침해당한 것은 바로 업체 자신이며 대표 등 출자자가 아니므로 위 업체의 대표이사로 취임하기로 정해져 있고 실제로 대표자의 지위에서 위 허가신청을 한 것은 원고적격이 없는 자가 제기한 소송으로 부적법하다”라고 판시

② \* 참조판례 [대법95누14664] 도지사의 의료보험조합대표이사취임 불승인 처분으로 인하여 대표이사로 취임하지 못하게 된 자가 그 불승인처분의 취소를 구하는 소송에서 “불승인처분이 위법하다 하더라도 그로 인한 직접적이고도 구체적인 불이익은 그 처분의 상대방인 의료보험조합이 입게 됨은 명백하므로, 그 의료보험조합으로 하여금 위 처분의 위법을 다투게 하면 족하고, 위 처분으로 인하여 의료보험조합의 대표이사로 취임하지 못하게 된 자는 간접적이거나 사실상의 불이익이 있을 뿐이므로 위 처분의 취소를 구할 당사자적격이 없다”라고 판시

③ \* 참조판례 [대법 96누1405] 대한혼인상담소연합회의 구성원이자 대표자로서 법인설립허가 신청행위를 하였고, 그 신청에 대하여 피고가 반려처분을 한 경우 연합회의 대표자로서 법인설립허가반려처분의 취소를 구하는 소송에서 “원고가 직접 이 사건 처분을 받은 바 없을 뿐만 아니라 그 처분으로 인하여 권리의 침해나 법률상의 불이익을 받았다고 할 수도 없으며, 다만 이 사건 반려처분의 반사적 효과로서 원고가 속한 연합회가 민법상의 비영리법인설립허가를 받지 못한 데 따른 사실상의 불이익을 입을 뿐이라 할 것이므로 원고는 이 사건 반려처분의 취소를 구할 당사자적격이나 제소의 이익이 없다고 할 것이다”라고 판시

④ \* 참조판례 [대법 94누8129] 어촌계와 경업관계에 있는 법인의 주주 또는 임원이면서 어촌계의 구성원들이 행정청이 어촌계에 대하여 한 선착장 부잔교설치허가처분의 취소를 구하는 소송에서 “競業會社의 주주 또는 임원이라

하여도 당해 회사가 직접 위 처분의 하자를 다투는 것은 몰라도 처분의 대상자인 어촌계가 아닌 어촌계의 구성원의 자격으로 허가처분의 하자를 다투 자격이 있다고 할 수 없다”라고 판시

<법인·단체 구성원의 당사자 적격을 인정한 판례>

⑤ \* 참조판례 [대법 95누14664] 당해 상호신용금고의 계약전부를 이전하는 명령의 취소를 구하는 당해 금고의 주주 또는 임원 등이 제기한 소송에서 “계약이전결정은 법인의 존속자체를 직접 좌우하는 처분으로 그 처분이 있게 되면 당해 금고가 해산하는 결과를 가져오게 되어 금고의 임원 등에도 직접적인 이해관계에 영향을 미치므로 임원등은 위 명령의 취소를 구할 법률상 이익이 있다”라고 판시

⑥ \* 참조판례 [대법 93누23374] 유언에 의하여 설립될 재단법인의 이사로 지명된 자가 유언집행자가 그 자를 이사로 선임하지 않고 재단법인 설립허가를 받은 경우에 위 지명된 자가 법인설립허가 취소를 구하는 소송에서 “유언에 따른 재단법인을 설립함에 있어 설립자에 의하여 이사로 지명된 자를 이사로 선임하지 않고 재단법인의 목적 등을 유언과 달리하여 한 재단법인 설립허가신청에 대한 허가 처분에 대하여 설립될 법인의 이사로 지명된 자는 허가처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다”라고 판시

나) 수익처분의 경업자가 제기하는 쟁송

○ 동일대상지역에 대한 공유수면매립면허나 도로점용허가<sup>81)</sup> 또는 영업허가 등에 관하여 법령상 거리제한이나 개수제한 등의 규정을 두는 경우 등 서로 경쟁관계에 있어 일방에 대한 허가 등의 처분이 타방에 대한 불허가 등으로 귀결될 수밖에 없는 때에 허가 등을 받지 못한 자는 당해 처분의 취소를 구할 당사자 적격이 판례상 인정되고 있다. 그렇지 아니한 경우에는 수익적 처분의 당사자가 아닌 제3자(상대방)는 특별한 사정이 없는 한 당해 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없다는 것이 판례의 입장이다.

<경업자의 법률상 이익을 인정한 판례>

① \* 참조판례 [대법 91누13274] 당해 지역에 1개소 밖에 허가가 되지 않는 가스충전사업의 허가에 있어 허가요건을 갖추지 못한 업소(충전소로부터 100미터 이내에 있는 건물주의 동의를 모두 얻지 아니하였음에도 불구하고 이를 갖춘양 사실은폐 내지 詐僞의 방법에 의해 허가신청)에 대해 허가한 반

---

81) 행정처분의 직접이해관계자라 하더라도 불법행위로 인한 것인 경우에는 법률상 이익이 부인된다. 대법원은 “도로부지위에 무허가건물을 축조, 점유하여 온 원고가 행정청이 제3자에 대하여 한 같은 도로 부지의 점용허가처분으로 어떠한 불이익을 입게 되었다 하더라도 처분의 직접상대방이 아닌 제3자인 원고로서는 위 처분의 취소를 구할 원고적격이 없다.”라고 판시하고 있다.(대판 91누1219)

면, 요건을 갖춘 원고의 허가는 반려하여 원고가 제기한 소송에서 “요건을 갖추지 못한 자에 대해서는 허가하고 반대로 원고의 허가신청을 반려한 경우 원고에게는 처분의 취소를 구할 정당한 이익이 인정된다”라고 판시

② \* 참조판례 [대법 91누9107] 기존 화물자동차운송사업자가 동일한 사업구역내 동종 사업자에 대한 행정청의 보증인가처분의 취소 등을 구하는 소송에서 “자동차운수사업법상의 개별화물자동차운송사업면허를 받아 이를 영위하고 있는 기존업자로서는 동일한 사업구역내에서 새로이 동종의 사업용 화물자동차면허대수를 증가시키는 보증인가처분에 대하여 그 취소를 구할 법률상 이익이 있다”라고 판시

③ \* 참조판례 [대법 99두6026] “노선버스 한정면허기준에 관한 구 자동차운수사업법시행규칙의 규정상 기존의 농어촌버스운송사업계획변경신청을 인가하면 신규의 마을버스운송사업면허를 할 수 없게 되는 경우, 마을버스운송사업면허신청자에게 농어촌버스운송사업계획변경인가처분의 취소를 구할 당사자적격이 있다.”라고 판시

<경업자의 법률상 이익을 부정한 판례>

④ \* 참조판례 [대법 2000무17] 외국과의 주3회 신규취항 노선 취항항공사로 지정되었으나 외국항공사의 협정체결 지연 등의 사유로 지정 제외되고 타 항공사가 지정되어 노선면허를 받은 데 대하여 타 항공사에 대한 처분청의 노선면허의 효력을 정지하여 달라는 집행정지사건에서 “행정처분에 대한 효력정지신청을 구함에 있어서도 이를 구할 법률상 이익이 있어야 하는바, 이 경우 법률상 이익이라 함은 그 처분으로 인하여 발생하거나 확대되는 손해가 당해 처분의 근거법률에 의하여 보호되고 직접적이고 구체적인 이익과 관련된 것을 말하는 것이고 단지 간접적이고 사실적·경제적 이해관계를 가지는데 불과한 경우는 여기에 포함되지 않는다. 따라서, 경쟁항공사에 대한 면허처분으로 인하여 노선의 점유율이 감소됨으로써 경쟁력과 대내외적 신뢰도가 상대적으로 감소되고 연계노선망 개발이나 타 항공사와의 제휴의 기회를 얻지 못하게 되는 손해를 입게 되었다고 하더라도 그러한 손해는 법률상 보호되는 권리나 이익 침해로 인한 손해라고 볼 수 없고, 또한 경쟁사에 대한 처분의 효력이 정지되면 행정청으로부터 항공법상의 전세운항계획에 관한 인가를 받아 취항할 수 있게 되는 지위를 갖게 된다고 하더라도, 행정청이 위 인가를 하여줄 법률상의 의무가 발생하는 것은 아니고, 다만 경쟁사와 함께 인가를 신청할 수 있음에 그치는 것이며 그 인가여부는 다시 행정청의 별도의 처분에 맡겨져 있으므로 위와 같은 이익은 처분의 효력정지를 구할 법률상의 이익이라고 할 수 없다.”고 판시

⑤ \* 참조판례 [대법 91누3097] 기존영업자가 이미 거리제한의 이익을 받는 영업을 하고 있는 경우 후에 신청한 자가 기존 영업자의 허가취소를 구하는 소송에서 “원고가 석유판매업허가신청을 하였다가 이미 석유판매업허가를 받아 경영하고 있는 제3자의 주유소와의 거리가 도의 석유판매업허가기준고시 소정의 離隔距離에 저촉된다는 사유로 석유판매업허가신청이 반려되었다면, 원고는 위 제3자에 대한 허가처분에 의하여 석유판매업을 영위하지 못하게 될 위험에 처하게 된다 하더라도 이 불이익은 간접적이고 사실상의 반사적 결과에 불과하고 이로 인하여 원고의 권리나 법률상의 이익이 직접적, 구체적으로 침해되는 것이라고는 할 수 없으므로, 원고로서는 행정청을 상대로 제3자에 대한 석유판매업허가처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는 자에 해당하지 아니한다.”라고 판시

⑥ \* 참조판례 [대법 90누813] 치과의원을 경영 중인 자가 같은 아파트 단지 내 30미터 정도 거리에 있는 건물에 대해 당초 상품매도점포로서의 근린시설을 의원으로서의 근린시설로 변경한 시장의 용도변경처분의 취소를 구하는 소송에서 “의료법상 의료인은 신고만으로 의원이나 치과의원을 개설할 수 있고 의원상호간의 거리나 개소에 아무런 제한을 두고 있지 않으므로 치과의원을 경영하는 원고는 위 처분의 취소를 구할 소익이 있다고 할 수 없다.”라고 판시

⑦ \* 참조판례 [서울고법 97구173] 버스운송조합의 마을버스노선인가처분 취소소송에서 “자동차운수사업법 제64조 규정에 의하여 버스운송사업자들이 공동으로 이익을 도모하기 위하여 설립한 법인에 지나지 않는 버스운송사업조합은 마을버스노선인가로 인하여 조합원인 버스운송사업자들이 불이익을 입게 되었다고 하더라도 그 처분의 취소를 구할 직접적이고 구체적인 법률상 이익이 없다.”라고 판시

⑧ \* 참조판례 [대법 89누7900] 원고들이 경영하는 여관이 있는 곳에서 50미터 내지 700미터 정도의 거리에 있는 건물에 대하여 처분청이 숙박업구조 변경허가를 함으로써 원고들에게 중대한 손해를 입게 하였으므로 그 무효확인 등을 구한 소송에서 “원고들이 숙박업구조변경허가로 인하여 받게 될 불이익은 간접적이거나 사실적·경제적인 불이익에 지나지 아니하며 그것만으로는 원고들에게 이 처분의 무효확인 또는 취소를 구할 소익이 있다고 할 수 없다.”라고 판시

#### 다) 인근주민 등 관계자 제기하는 쟁송

<횡단보도설치행위에 대해 인근 지하상가 임대인이나 임차인등은 이의 취소를 구할 법률상 이익이 없다고 한 판례>

① \* 참조판례 [광주고법 97구3209] 지하상가의 임대인과 임차인들이 인근의 횡단보도설치에 반대하여 횡단보도설치계획의 취소를 구하는 소송에서 “횡단보도 설치에 관한 도로교통법의 규정들은 일반 국민들의 도로상의 보행편의와 교통의 안정성의 보장 등을 그 목적으로 하는 것이고, 횡단보도의 설치 또는 폐지로 인하여 지하상가의 임대인 또는 임차인이 누리는 영업권과 같은 이익은 도로교통법에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이라고 할 수 없으므로 원고들은 횡단보도설치행위를 다룰 법률상 이익이 없다.”라고 판시

< 공설화장장 설치를 위해 상수원보호구역에 해제한데 대해 지역주민은 상수원보호구역변경처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없고 공설화장장설치에 대해서는 법률상 이익이 있다고 한 판례>

② \* 참조판례 [대법 94누14544] 1. 공설화장장이 시설노후등으로 폐쇄되자 대체 화장장을 설치하기 위하여 공설묘지를 그 부지로 선정하였으나 이 부지가 상수원보호구역으로 지정되어 있어 도시계획법 제12조에 의거 화장장을 설치할 수 없게 되어 피고는 이 부지를 상수원보호구역에서 제외하는 수원보호구역변경처분을 하고, 화장장을 설치하기로 하는 도시계획결정을 한데 대하여 지역주민이 위 변경처분의 취소를 구하는 소송에서 “상수원보호구역설정의 근거가 되는 수도법 제5조 제1항 및 동시행령 제7조 제1항이 보호하고자 하는 것은 상수원의 확보와 수질보전일 뿐이고, 그 상수원에서 급수를 받고 있는 지역주민들이 가지는 상수원의 오염을 막아 양질의 급수를 받을 이익은 직접적이고 구체적으로는 보호하고 있지 않음이 명백하여 위 지역주민들이 가지는 이익은 상수원의 확보와 수질보호라는 공공의 이익이 달성됨에 따라 반사적으로 얻게 되는 이익에 불과하므로 지역주민들에 불과한 원고들은 위 상수원보호구역변경처분의 취소를 구할 법률상의 이익을 갖고 있지 않고, 또 위 도시계획결정처분의 근거는 도시계획법 제12조라 할 것인데 도시계획법상 도시계획시설 인근주민들의 이익을 배려하는 규정은 찾아볼 수 없으므로 위 도시계획결정에 관하여 인근주민들이 가지는 이익은 사실적, 경제적 이익에 불과하다 할 것이니, 원고들은 위 도시계획결정처분에 대하여도 그 취소를 구할 법률상의 이익을 가지지 못한다.”라고 판시

③ 2. 그러나, 공설화장장을 설치하는 도시계획결정처분에 대한 지역주민들의 법률상 이익과 관련하여서는 “도시계획법 제12조 제3항의 위임에 따라 제정된 도시계획시설기준에관한규칙 제125조 제1항이 화장장의 구조 및 설치에 관하여는 매장및묘지등에관한법률이 정하는 바에 의한다고 규정하고 있어, 도시계획의 내용이 화장장의 설치에 관한 것일 때에는 도시계획법 제12조 뿐만 아니라 매장및묘지등에관한법률 및 동시행령 역시 그 근거 법률이 된다고 보

아야 할 것이므로, 매장및묘지등에관한법률시행령 제4조 제2호가 공설화장장은 20호 이상의 인가가 밀집한 지역, 학교 또는 공중이 수시 집합하는 시설 또는 장소로부터 1,000m 이상 떨어진 곳에 설치하도록 제한을 가하고, 같은 시행령 제9조가 국민보건상 위해를 끼칠 우려가 있는 지역, 도시계획법 제17조의 규정에 의한 주거지역, 상업지역, 공업지역 및 녹지지역 안의 풍치지구 등에의 공설화장장 설치를 금지함에 의하여 보호되는 부근 주민들의 이익은 위 도시계획결정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 법률상 이익이라 할 것이다.”라고 판시

<새만금간척종합개발사업 관련, 환경영향평가 대상지역 안의 주민들에게는 공유수면 매립면허처분과 농지개량사업 시행인가처분을 다룰 원고적격을 인정하고, 환경영향평가 대상지역 밖에 거주하는 주민에게는 원고적격이 없다고 한 판례>

관련 규정의 취지는 공유수면매립과 농지개량사업시행으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가 대상지역 안의 주민들이 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 이를 보호하려는 데에 있다고 할 것이므로, 위 주민들이 공유수면매립면허처분 등과 관련하여 갖고 있는 위와 같은 환경상의 이익은 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익으로서 그들에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 환경상의 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 공유수면매립면허처분 등의 무효확인을 구할 원고적격이 인정된다. 한편, 환경영향평가 대상지역 밖의 주민이라 할지라도 공유수면매립면허처분 등으로 인하여 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있는 경우에는, 공유수면매립면허처분 등으로 인하여 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있다는 것을 입증함으로써 그 처분 등의 무효확인을 구할 원고적격을 인정받을 수 있다. 그러나, 헌법 제35조 제1항에서 정하고 있는 환경권에 관한 규정만으로는 그 권리의 주체·대상·내용·행사방법 등이 구체적으로 정립되어 있다고 볼 수 없고, 환경정책기본법 제6조도 그 규정 내용 등에 비추어 국민에게 구체적인 권리를 부여한 것으로 볼 수 없으므로, 환경영향평가 대상지역 밖에 거주하는 주민에게 헌법상의 환경권 또는 환경정책기본법에 근거하여 공유수면매립면허처분과 농지개량사업 시행인가처분의 무효확인을 구할 원고적격이 없다.

<처분금지가처분결정을 받고 소송을 제기한 자라도 행정청이 한 제3자에 대한 건축주명의변경신고수리행위에 대해 취소를 구할 수 없다는 판례>

④ \* 참조판례 [대법 98두7923] 건축주명의변경처분 취소소송에서 “건축물에 대한 건축주 지위의 처분금지가처분결정을 받고 그 가처분에 기한 본안소송을

제기한 가치분권자에게 행정청이 위 가치분이 해제되어야 건축주명의변경이 가능하다는 회신을 보냈음에도 불구하고, 위 건축물의 양수인에게 건축주명의변경신고를 수리한 경우에도 이 사건 처분이 취소됨으로써 얻게 될 원고의 이익은 간접적이거나 사실적, 경제적 이익에 불과하고 이 사건 처분의 근거 법률에 의하여 직접 보호되는 이익에 해당한다고 보기 어렵다.”라고 판시

<토지구획정리사업 시행자로부터 공사를 도급받은 자는 시행자가 한 환지처분의 취소등을 구할 법률상 이익이 없다고 한 판례>

⑤ \* 참조판례 [대법 97누1006] 공사도급자가 환지처분의 무효확인등을 구하는 소송에서 “환지처분을 받은 직접 당사자가 아니고 토지구획정리사업조합과 공사도급계약을 체결한 자는, 비록 환지처분 중 청산금의 산정기준에 의하여 공사대금의 액수가 정하여지는 이해관계가 있다 하더라도, 이는 환지처분의 근거법률에 의하여 직접 보호되는 구체적인 이익이 아니라 간접적인 사실상 경제적인 이해관계를 가지는데 불과하다.”라고 판시

<아파트 상가의 구분소유자는 행정청의 다른 구분소유자에 대하여 한 용도변경수리처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없다는 판례>

⑥ \* 참조판례 [대법 97누5602] 아파트단지내 집합건물의 2층의 구분소유자가 지층의 구분소유자에 대한 행정청의 용도변경신청(대피실에서 종교시설로 변경) 수리처분의 취소를 구하는 소송에서 “본건 수리처분의 근거가 되는 주택건설촉진법 및 공동주택관리령의 취지에 비추어 볼 때 구분소유자에 불과한 원고(병원경영)에게는 위 수리처분으로 인하여 침해되거나 침해될 우려가 있는 직접적이고 구체적인 법률상 이익이 없어 그 취소를 구할 원고적격이 없다.”라고 판시

<인근주민에게 공장입지지정승인처분의 취소이익을 부정한 판례>

⑦ \* 참조판례 [대법 94누3946] “공업배치및공장설립에관한법률에 의한 콘크리트제조업종의 공장입지지정승인처분이 취소됨으로 인하여 그 공장설립예정지에 인접한 마을과 주위 토지 및 그 지상의 묘소가 분진, 소음, 수질오염 등의 해를 입을 우려에서 벗어나는 것과 같은 이익은 입지지정승인처분의 근거법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이라고 할 수 없다.”라고 판시

<제3자에게 어업면허취소처분의 취소를 구할 소익이 없다는 판례>

⑧ \* 참조판례 [대법 94누15592] 도지사가 양식어업면허를 취소하여 처분상대방인 면허권자가 면허취소처분취소를 구하는 심판을 제기하여 인용재결을 받자, 처분상대방이 아닌 제3자가 그 인용재결을 다투는 경우에 있어 “수산청장의 인용재결은 도지사의 어업면허취소로 인하여 상실된 면허권자의 어업면허권을 회복하여 주는 것에 불과할 뿐 제3자의 권리이익이 새로 침해 받는 것은 없

고, 사실상 당초의 어업면허에 따른 효과와 같은 결과를 초래한다고 하더라도 이는 간접적이거나 사실적, 경제적인 이해관계에 불과하다.”라고 판시

<인접건물소유자에게 신축건물준공허가의 취소이익이 없다는 판례>

⑨ \* 참조판례 [대법 93누13988] “건물준공처분은 허가받은 자로 하여금 건축한 건물을 사용, 수익할 수 있게 하는 법률효과를 발생시키는 것에 불과한 것이며, 처분의 무효등 확인소송이나 취소소송은 무효등 확인이나 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자만이 제기할 수 있는 것이어서, 신축한 건물이 건축법에 위반하여 시공됨으로써 인접주택소유자의 사생활을 침해하고 있더라도, 인접건물소유자들로서는 위 준공처분의 무효확인이나 취소를 구할 법률상 이익이 없다.”라고 판시

#### 다. 피청구인 적격

○ 행정심판의 피청구인이 될 수 있는 자는 행정청이며(법 제13조제1항 본문), 여기에는 법령에 의하여 행정권한을 위임 또는 위탁받은 행정기관, 공공단체 및 그 기관과 사인도 포함될 수 있다(법 제2조제2항).

- 따라서, 행정심판의 피청구인은 당해 심판청구의 대상인 처분을 한 처분청 또는 부작위를 한 행정청이 된다.

○ 그 처분이나 부작위와 관계되는 권한이 다른 행정청에 승계된 때에는 이를 승계한 행정청을 피청구인으로 하여야 한다(법 제13조제1항 단서).

#### 라. 訴의 利益 (회복되는 이익의 존재 여부)

○ 행정청의 처분 등으로 국민의 권리를 제한하는 등의 영향이 있더라도 처분이 이미 집행된 경우, 처분기간이 이미 경과한 경우 등 처분의 취소등으로 회복되는 이익이 없을 때는 당사자 적격이 인정되지 않는 것이 원칙이다.

○ 그러나, 선행처분으로 향후 가중된 제재처분을 받게 될 우려가 있는 경우 등에는 예외적으로 당사자적격이 인정되는 경우가 있다. 그러나, 이러한 경우에도 가중처분의 근거가 단순히 행정내부의 처분의 기준 및 절차를 규정한 내부재량 준칙으로 대외적으로 국민과 법원을 구속하는 효력이 없는 행정규칙에 불과한 때에는 처분을 받은 자에 대한 당사자적격을 부인하는 것이 판례의 입장이다.

<실행행위 종료 후에는 실행행위 취소이익을 부정한 판례>

① \* 참조판례 [대법 95누2623] 행정대집행 실행행위 무효확인등 소송에서

“계고처분에 기한 대집행의 실행이 이미 사실행위로서 완료된 경우 계고처분이 나 대집행실행행위 자체의 무효확인 또는 취소를 구할 법률상 이익은 없다.”라고 판시<sup>82)</sup>

\* 참조판례 [대법 91누5747] 건축허가처분의 무효등확인소송에서 “건축허가처분이 당연무효라 하더라도 허가처분을 받은 자가 원심변론종결전에 건축공사를 완료하고 준공검사필증까지 교부 받았다면 건축허가처분의 무효확인을 받아 건물건립을 저지할 수 있는 단계는 지났다고 할 것이므로 허가처분의 무효확인을 소구할 법률상 이익이 없다.”라고 판시<sup>83)</sup>

<처분의 前歴이 장래 불이익의 가중요건이 되고 있는 경우 법률상 이익을 인정한 판례>

② \* 참조판례 [대법 91누3512] 건축사 업무정지명령 취소소송에서 “건축사법 제28조 제1항의 규정에 따르면 업무정지명령을 받은 건축사는 위 처분에서 정한 기간이 도과되었다 하더라도 위 처분을 그대로 방치하여 둘 경우 장래 건축사사무소 등록취소라는 가중된 제재처분을 받게 될 우려가 있는 것이므로 건축사업무정지처분의 취소를 구할 이익이 있다.”라고 판시

<가중처분의 근거가 부령인 시행규칙 또는 지방자치단체의 규칙(행정규칙)인 경우 가중처분 받은 자의 법률상 취소이익을 부정한 판례>

③ \* 참조판례 [대법94누14148] 개인택시업자의 승차거부에 대해 자동차운수사업법제31조등의규정에의한사업면허의취소등의처분에관한규칙 제3조 제2항 및 [별표 2]에 의해 가중처분하였는데 그 처분기간이 경과한 경우 위 택시업자가 그 처분의 취소를 구한 소송에서 “규정형식상 부령인 시행규칙 또는 지방자치단체의 규칙으로 정한 행정처분의 기준은 행정처분 등에 관한 사무처리기준과 처분절차 등 행정청 내의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과하므로 행정조직

---

82) 그러나 사실행위가 종료되었다 하더라도 계고처분의 위법을 청구원인으로 하여 대집행비용납부명령의 취소를 구하는 소송에 있어서는 당사자적격이 있다는 것이 판례의 입장이다.(대판 93누14271)

83) 유사판례(대법원1996.11.29. 96누9768 판결) “건물 사용검사처분(준공처분)은 건축허가를 받아 건축된 건물이 건축허가 사항대로 건축행정 목적에 적합한가 여부를 확인하고 사용검사필증을 교부하여 줌으로써 허가받은 자로 하여금 건축한 건물을 사용·수익할 수 있게 하는 법률효과를 발생시키는 것에 불과하고, 건축한 건물이 인접주택 소유자의 권리를 침해하는 경우 사용검사처분이 그러한 침해까지 정당화하는 것은 아닐 뿐만 아니라, 당해 건축물을 건축하는 과정에서 인접주택 소유자가 자신의 주택에 대하여 손해를 입었다 하더라도 그러한 손해는 금전적인 배상으로 회복될 수 있고, 일조권의 침해 등 생활환경상 이익 침해는 실제로 그 건물의 전부 또는 일부가 철거됨으로써 회복되거나 보호받을 수 있는 것인데, 건물에 대한 사용검사처분의 취소를 받는다 하더라도 그로 인하여 건축주는 건물을 적법하게 사용할 수 없게 되어 사용검사 이전의 상태로 돌아가게 되는 것에 그칠 뿐이고, 위반 건물에 대한 시정명령을 할 것인지 여부, 그 시기 및 명령의 내용 등은 행정청의 합리적 판단에 의하여 결정되는 것이므로, 건물이 이격거리를 유지하지 못하고 있고 건축과정에서 인접주택 소유자에게 피해를 입혔다 하더라도, 인접주택의 소유자로서는 건물에 대한 사용검사처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 볼 수 없다.

내부에 있어서의 행정명령의 성격을 지닐 뿐 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 없고, 그 처분이 위 규칙에 위배되는 것이라 하더라도 위법의 문제는 생기지 아니하고, 또 위 규칙에서 정한 기준에 적합하다 하여 바로 그 처분이 적법한 것이라고도 할 수 없으며, 그 처분의 적법 여부는 위 규칙에 적합한지의 여부에 따라 판단할 것이 아니고 관계 법령의 규정 및 그 취지에 적합한 것인지는 여부에 따라 개별적·구체적으로 판단하여야 한다.”라고 판시

④ \* [다수의견] 행정처분에 효력기간이 정하여져 있는 경우, 그 처분의 효력 또는 집행이 정지된 바 없다면 위 기간의 경과로 그 행정처분의 효력은 상실되므로 그 기간 경과 후에는 그 처분이 외형상 잔존함으로 인하여 어떠한 법률상 이익이 침해되고 있다고 볼 만한 별다른 사정이 없는 한 그 처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없고, 행정명령에 불과한 각종 규칙상의 시행처분 기준에 관한 규정에서 위반횟수에 따라 가중처분하게 되어 있다 하여 법률상의 이익이 있는 것으로 볼 수는 없다.

⑤ \* [반대의견] 과거에 제재적 행정처분을 받은 전력이 장래 동종의 행정처분을 받게 될 경우에 정상관계의 한 요소로 참작되는 것에 불과하다면 그 장래 받게 될 행정처분에 미치는 영향의 유무 및 정도가 명확하다고 할 수는 없으므로 이는 단순한 사실상의 불이익을 받는 것에 불과할 뿐 이를 법률상의 불이익이라고 할 수는 없으나,

⑥ 제재적 행정처분을 받은 전력이 장래 동종의 처분을 받을 경우에 가중요건으로 법령에 규정된 것은 아니더라도 부령인 시행규칙 또는 지방자치단체의 규칙 등으로 되어 있어 그러한 규칙의 규정에 따라 실제로 가중된 제재처분을 받은 경우는 물론 그 가중요건의 존재로 인하여 장래 가중된 제재처분을 받을 위험이 있는 경우 선행의 제재처분을 받은 당사자가 그 처분의 존재로 인하여 받았거나 장래에 받을 불이익은 직접적이고 구체적이며 현실적인 것으로서 결코 간접적이거나 사실적인 것이라고 할 수는 없으므로 그 처분을 당한 국민에게는 그 처분의 취소소송을 통하여 불이익을 제거할 현실적 필요성이 존재한다.

⑦ 또한, 행정소송법 제12조 후문이 규정하는 “처분의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익”의 유무는 원래 항고소송의 목적·기능을 어떻게 이해하며 국민의 권익신장을 위하여 어느 범위에서 재판청구권의 행사를 허용할 것인가의 문제와 관련된 것으로서 이를 위 조항에 대한 일의적·문리적·형식적 해석에 의하여 판별할 수는 없고, 구체적인 사안별로 관계 법령의 규정 및 그 취지를 살펴서 현실적으로 권리보호의 실익이 있느냐를 기준으로 판단되어야 할 것인바, 제재기간이 정하여져 있는 제재적 행정처분에 있어서는 그 처분의 전력을 내용으로 한 가중요건이 규칙으로 규정되어 있는 경우에도 제재기간이 지난 후에

그 처분의 취소를 구할 실질적 이익이 있다.

<기타 처분의 취소등으로 회복되는 이익이 없어 당사자적격을 부정한 판례>

⑧ \* 참조판례 [대법 95누2685] “사법시험 제1차 시험 불합격처분 이후에 새로이 실시된 사법시험 제1차시험에 합격한 경우 처분의 취소로 회복되는 이익이 없다.”라고 판시

⑨ \* 참조판례 [대법 95누4568] “광업권취소처분의 취소여부를 다루고 있는 중에 존속기간이 만료된 경우 처분의 취소로 회복되는 이익이 없다.”라고 판시

⑩ \* 참조판례 [대법 91누5747] “원고들은 상고심 繫屬中에 이미 국가공무원법상 소정의 정년이 지났음으로 면직처분이 무효로 확인된다 하더라도 공무원의 신분을 다시 회복할 수 없으므로 소로서 면직처분의 무효확인을 받는 것이 원고들의 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안, 위협을 제거하는데 필요하고도 적절한 것이라 할 수 없으므로 확인의 이익이 없다.”라고 판시

⑪ \* 참조판례 [대법 96누1931]<sup>84)</sup> “처분청이 당초의 운전면허 취소처분을 신뢰보호의 원칙과 형평의 원칙에 반하는 너무 무거운 처분으로 보아 이를 철회하고 새로이 265일간의 운전면허 정지처분을 하였다면, 당초의 처분인 운전면허취소처분은 철회로 인하여 그 효력이 상실되어 더 이상 존재하지 않는 것이고, 그 후의 운전면허 정지처분만 남아있는 것이므로 존재하지 않는 행정처분을 대상으로 한 취소소송은 소의 이익이 없어 부적법하고, 또한 정지처분에서 정한 정지기간이 상고심 계속중에 경과한 이후에는 운전면허자에게 그 정지처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다.”라고 판시

⑫ \* 참조판례 [대법 96누6233] 건축사 업무정지처분의 취소를 구하는 본안소송을 제기하면서 그 효력정지신청을 하여 ‘본안판결 선고시’까지 그 처분의 효력을 정지한다는 효력정지결정을 받은 후 당해 처분을 취소한다는 원고 승소판결이 선고되었으나, 피고 처분청이 이에 불복하여 상고한 사안에서 “처분의 효력정지결정은 본안판결 선고일에 당연히 실효되고 일시 정지된 처분의 효력이 되살아나서 그때부터 효력정지결정 전에 이미 집행된 일부 기간을 공제한 나머지 정지기간이 진행되므로, 다시 효력정지결정을 받지 않은 상태에서 상고심 계속중 정지기간이 전부 경과하면 그로써 당해 처분의 효력이 상실되므로 그 처분이 외형상 잔존함으로 인하여 어떠한 법률상의 이익이 침해되었다는 별다른 사정이 없는 한 그 처분의 취소를 구할 법률상의 이익은 없어지게 되어 그 처분의 취소를 구하는 소송은 부적법하게 된다.”고 판시

84) 3개의 발점사유로 연간누계가 면허취소사유에 해당됨에도 두가지 사유가 전산처리되지 않아 면허정지 100일의 처분을 하였으나, 그후 그 사실이 밝혀져 다시 면허취소처분을 하자 청구인이 취소처분의 취소를 구하는 소송을 제기한 사안이다.

### 3. 行政審判의 請求 및 審理節次

#### 가. 행정심판의 청구 및 처리절차

##### 1) 의 의

- 행정심판은 청구인적격이 있는 자가 행정청의 처분 또는 부작위에 대하여 소정의 방식과 심판청구 기간 내에 피청구인인 행정청을 상대방으로 하여 청구하여야 한다. 지금까지 前章에서 설명한 행정상 법률관계, 해당 행정작용의 처분성, 법률상 이익 등은 모두 행정심판청구를 위한 법률요건으로서 그 요건을 결한 경우에는 심판의 본안심리를 하기 전에 부적법각하하게 된다.
- 이 章에서 설명하게 되는 행정심판의 청구기간, 심판청구방법 등도 행정심판법상의 심판청구 요건에 관한 것으로 행정심판의 본안심리를 위하여 충족되어야 할 요건들이다. 그러나 법치주의의 대원칙 하에서도 행정법 관계의 안정성을 확보하기 위하여 두고 있는 행정심판청구기간을 제외하고, 심판청구서의 기재사항에 있어서의 누락이나 흠결 등 행정심판청구방법상의 하자는 보정의 방법 등으로 사후에 치유할 수 있는 것이므로, 이러한 하자를 이유로 곧바로 심판청구를 각할 수는 없다 할 것이다. 前章에서도 설명한 바와 같이 행정심판은 재판의 전심절차로서 사법절차가 준용되기는 하지만 법원의 재판과 같은 정도의 엄격한 절차와 청구방법 등을 요구하는 것은 아니므로 경미한 하자의 경우에는 사후에 보정하는 방법으로 국민의 권리구제라는 행정심판제도의 취지를 적극적으로 살려나가야 할 것이다.
- 이하에서는 행정심판 실무에 있어 가장 빈번하게 발생하는 부적법 요건중 하나인 행정심판청구기간<sup>85)</sup>의 문제에 대하여 집중적으로 살펴보고 나머지 청구방법이나 처리절차 등에 관하여는 행정심판법의 관련 규정을 확인하는 정도에서 설명에 같음하고자 한다. 실무상 행정심판청구기간과 관련하여서는, “처분이 있음을 안 날”이라고 할 때 처분내용의 어느 정도까지 인식해야 “알았다”고 할 수 있는지 그리고 처분서등이 상대방에게 어느 정도 지배범위에 놓여졌을 때 상대방이 아는 상태에 놓여지게 되는 것인지 여부 등 “처분이 있음을 안 날”의 구체적인 의미가 문제되는 경우가 많다. “처분이 있음을 안 날과 처분이 있는 날” 중 어느 하나의 기간이 도과된 경우 심판청구의 적법여부나 “정당한 사유가 없는 한 처분이 있는 날로부터 180일”이라고 할 경우 그 “정당한 사유”의

85) 조세에 대한 불복, 정보공개에 대한 불복, 토지수용에 대한 불복, 연금지급등에 관한 불복, 소청심사 등 개별법규에서 특별한 불복절차를 규정하고 있는 경우에는 각각 그 청구기간에 차이가 있으므로 주의를 요한다.

구체적 사례와 의미등과 관련하여서도 쟁점이 되는 경우도 종종 발생한다. 행정처분의 직접 상대방이 아닌 이해관계 있는 제3자의 경우 행정심판청구의 기산일은 언제부터이며, 처분에 대한 불복절차나 방법 등을 고지하지 아니한 경우 심판청구기간, 공고나 고시에 의해 효력이 발생하는 처분에 있어서 심판청구의 기산일, 동일한 내용의 처분서가 일시를 달리하여 이중으로 송달된 경우 심판청구의 기산일 등이 쟁점이 되는 경우가 자주 있으므로 이러한 문제와 관련한 판례의 입장과 유권해석 등을 집중적으로 살펴보고자 한다.

## 2) 행정심판 청구기간

### 가) 원 칙

- 행정심판에 있어 청구기간에 제한을 두는 이유는 일반 민사관계에서와는 달리 행정처분에 있어서는 처분을 받은 자의 이익뿐만 아니라 공공의 이해와도 깊은 관계를 가지고 있으므로, 그 처분으로 인하여 불이익을 받은 자라 하더라도 일정한 기간이 지나면 다투지 못하도록 함으로써(不可爭力<sup>86</sup>)이 발생함으로써) 당해 처분이 장기간 불안정한 상태로 방치되는 것을 피하기 위한 것이다.
- 행정심판법은 이러한 행정법 관계의 안정성과 실질적 법치주의의 조화의 관점에서 제18조 제1항에서 행정처분에 대한 행정심판의 청구는 “처분이 있음을 안 날부터 90일 이내에, 정당한 사유가 없는 한 처분이 있는 날부터 180일이 경과하면 제기하지 못한다”라고 규정하고 있으며, 다른 특별행정심판제도 보다는 청구기간을 다소 길게 하여 국민의 권리구제에 보다 충실을 기하고 있다. 또한 중전에는 피청구인인 행정청을 거쳐 행정심판을 제기하도록 하였으나, 1995.12.6. 행정심판법개정(1996.4.1. 시행)을 통하여 피청구인인 행정청 또는 행정심판위원회에 선택적으로 심판청구를 할 수 있도록 하는 등 행정심판절차를 국민편의 위주로 개선한 바 있다.

<처분이 있음을 안 날부터 90일 되는 날의 일과시간 이후 심판청구서 제출을 위해 방문하였으나 접수시키지 못하고 익일 접수시킨 경우 적법한 심판청구라는 재결례>

- ① \* 참조재결례 [국행심 99-4920] 운전면허취소처분을 받은 자가 처분이 있음을 안 날(1999.4.20. 운전면허취소통지서 배달)부터 90일째 되는 날인 1999.7.19.23:35경 처분청(종합상황실)을 방문하여 행정심판청구서를 제출하여 하였으나(종합상황실장의 확인서를 첨부함), 일과시간 이후라는 이유로 제

86) 불가쟁력이 발생하였다고 하여 위법한 처분에 대하여 행정청이 직권으로 취소할 수 없는 것은 아니다(대판 93누5437).

출치 못하고 그 다음날 접수한 사례에 있어서 “행정심판법에 의하면 심판청구는 처분이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 하며, 천재·지변 등 그 밖에 불가항력으로 인하여 90일 이내에 심판청구를 할 수 없었을 때는 그 사유가 소멸한 날부터 14일 이내에 심판청구를 제기할 수 있다고 되어있고 달리 청구서의 접수시간 등에 관한 규정<sup>87)</sup>은 없는 바, 청구인은 일과시간 이후라는 이유로 당일 접수하지 못하고 그 다음날 접수하게 된 것이므로 본건 청구는 처분이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기된 적법한 청구라 할 것이다.”라고 의결

- 여기에서 “처분이 있음을 안 날부터 90일”이라는 요건과 “처분이 있는 날부터 180일”이라는 두 가지 요건 중에 구체적인 사안에 있어 어느 것이 우선 적용되는지에 관한 문제가 제기될 수 있다.
- 행정절차법 제24조(처분의 방식)에서 “행정청이 처분을 하는 때에는 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문서로 하여야 한다.”라고 규정함으로써 처분서의 통지방법은 원칙적으로 문서의 형식에 의하도록 하고 있어 행정심판법<sup>88)</sup> 제18조 제2항의 불가항력 사유나 국외에서의 심판청구 등의 사유를 제외하고는 처분서에 의한 통지가 있는 경우에는 위 요건 중 “처분이 있음을 안 날부터 90일”이라는 청구기간의 제한을 받게 된다 할 것이고, 예외적으로 처분서의 송달이 있더라도 당사자가 이를 현실적으로 알지 못하였을 경우나 법령상 처분서의 통지대상이 아니어서 처분사실을 알기 어려운 제3자 등의 경우에는 “처분이 있는 날부터 180일”의 요건이 적용됨이 원칙이라 할 것이다.
- 후자의 경우에 “처분이 있는 날”의 의미와 관련하여서는 행정절차법 제15조 및 사무관리규정 제8조에서 송달<sup>89)</sup> 또는 문서의 효력은 상대방에게 도달함으로써 발생한다고 규정하여 상대방에게 도달하거나 공고·고시처분의 경우에는 행정절차법 제15조, 사무관리규정 제8조, 행정대집행법 시행령 제5조 등의 규정에 의한 일정기간이 경과한 시점이 심판청구의 기산일이 된다 할 것이다.

87) 행정심판법 제17조 제7항은 ‘재결청 또는 행정청과 제2항의 규정에 의한 행정기관에 심판청구서가 제출된 때에 심판청구가 제기된 것으로 본다’라고 규정하고 있을 뿐이다.

88) 행정심판법 제18조 제2항에서는 90일에 대한 예외사유로서 청구인이 천재·지변·전쟁·사변 기타 불가항력으로 인하여 처분이 있음을 안 날부터 90일 이내에 심판청구를 할 수 없었던 때에는 그 사유가 소멸한 날부터 14일 이내(국외에서는 30일 이내)에 제기할 수 있도록 하고 있다.

89) 처분서등의 송달방법과 관련하여서는 행정절차법 제14조(송달의 방법)에서 일반규정을 두고 있으며, 우편송달의 경우 법령에 특별한 규정이 없는 한 반드시 등기로 우송하여야 하는 것은 아니고 수령사실의 증명을 위한 소명자료 확보차원에서 소송관련 서류는 등기우편으로 송달함이 보통이다.

<사무관리규정>

제8조(문서의 성립 및 효력발생) ①문서는 당해 문서에 대한 결재(전자이미지서명 또는 전자서명에 의한 결재를 포함한다. 이하 같다)가 있음으로써 성립한다.

②문서는 수신자에게 도달(전자문서는 수신자의 컴퓨터 파일에 기록되는 것을 말한다)됨으로써 그 효력을 발생한다. 다만, 공공문서의 경우에는 공고문서에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 고시 또는 공고가 있은 후 5일이 경과한 날부터 효력을 발생한다.

<행정절차법>

제15조(송달의 효력발생) ①송달은 다른 법령등에 특별한 규정<sup>90)</sup>이 있는 경우를 제외하고는 송달받을 자에게 도달됨으로써 그 효력이 발생한다.

<행정대집행법 시행령>

제5조 ①전조의 규정에 의한 송달방법으로도 송달이 불가능한 때에는 공시송달을 하여야 한다.

②공시송달은 별지 제6호서식에 의하되 송달할 서류와 함께 의무자의 주거 또는 대집행대상물 소재지의 동, 리 사무소에 게시하고 그 뜻을 서면으로 동, 리장에게 알려야 한다.

③공시송달은 전항의 게시를 한 날로부터 7일을 경과함으로써 그 효력이 발생한다.

○ 위에서 설명한 바와 같이, 심판청구는 처분이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 하고, 어떠한 사정으로 처분이 있음을 알지 못하였다 하더라도 다수의 이해관계에 영향을 미치는 행정법관계를 무한정 불확정한 상태로 둘 수 없으므로 처분이 있는 날부터 180일이 지나면 행정심판을 제기할 수 없게 된다. 따라서, 이러한 두 가지의 청구기간 중 어느 하나라도 기간이 지나면 당해 심판청구는 부적법한 심판청구로 되는 것이다. 예를 들어, 영업정지처분서를 직접 교부 받은 경우에는 처분이 있음을 안 날과 처분이 있는 날이 동일하므로 처분이 있음을 안 날부터 90일이 경과한 경우에는 처분이 있는 날부터 180일이 경과되지 않았다고 하여 행정심판을 제기하더라도 심판청구기간 요건을 결한 부적법한 심판청구로 각하사유에 해당될 것이다.

나) “처분이 있음을 안 날”의 구체적 의미와 사례

○ 심판청구기간의 기산점인 “처분이 있음을 안 날”의 구체적 의미와 관련하여 판례는 “당사자가 통지 등에 의하여 당해 처분이 있었다는 사실을 현실적으로 안 날

90) 우편법 제31조 등에 의하면 동일 건축물 또는 공일 구내의 수취인에게 배달한 등기우편물의 경우 당해 우편물의 표면에 기재된 곳 외에 그 건축물 또는 구내의 관리사무소, 접수처 또는 관리인에게 배달할 수 있도록 규정하고 있으나, 이러한 규정은 우편물이 배달되면 우편물이 정당하게 교부된 것으로 인정하여 국가의 배달업무를 다하였다는 것일 뿐인지 우편물이 배달되었다고 하여 언제나 상대방 있는 의사표시의 통지가 상대방에게 도달하였다고 볼 수는 없다는 판례가 있다(대판 93누17478).

을 의미하고, 추상적으로 알 수 있었던 날을 의미하는 것이 아니라 할 것이며, 다만, 처분을 기재한 서류가 당사자의 주소에 송달되는 등으로 사회통념상 처분이 있음을 당사자가 알 수 있는 상태에 놓여진 때에는 반증이 없는 한 그 처분이 있음을 알았다고 추정할 수 있다”라는 입장을 취하고 있다. 그리고, 당사자의 처분에 대한 인식정도와 관련하여서는 그 행정처분의 위법여부를 판단하는데 까지 이를 필요는 없다는 것이 판례의 입장이다.(대법 90누6521)

- 따라서, 처분서의 송달이 있더라도 사회통념상 처분이 있음을 알 수 없는 상태에 있었다는 당사자의 반증이 있는 경우에는 당사자가 처분사실을 현실적으로 안 날이 심판청구의 기산일이 될 것이다. 그러나, 여기서 “사회통념상 처분이 있음을 당사자가 알 수 있는 상태”라 할 때, 구체적으로 어떠한 상태에 놓여 있을 때 “사회통념상 알 수 있는 상태”가 되는지에 대해 문제가 될 수 있으며 실무상으로는 아파트경비원이 수령한 경우, 주민등록 미이전 상태에서 주민등록지의 새 거주자에게 송달된 경우 등 명시적 또는 묵시적 위임에 의해 우편물 수령권한을 위임받은 자에게 처분서가 송달된 경우에 그 송달일에 당사자인 본인도 “사회통념상 알 수 있는 상태”에 놓이게 되는지 여부와 관련한 사례가 많다.

<아파트경비원이 택지초과소유부담금 납부고지서를 수령한 후 4일뒤에 당사자에게 전달한 경우 경비원의 수령일을 “처분이 있음을 안 날”로 볼 수 없다는 판례>

- ① \* 참조판례 [대법 95누11535] 아파트경비원이 관례에 따라 청구인에게 온 택지초과소유부담금의 납부고지서를 수령하였으나 청구인이 부재중이어서 수령일로부터 4일뒤에 동 납부고지서를 청구인에게 전달한 사안에서 “관례에 따라 경비원이 청구인에게 배달되는 납부고지서를 수령한 경우 납부의무자가 경비원에게 단순한 등기우편물 등의 수령권한을 위임한 것으로 볼 수는 있을지언정, 택지초과소유부담금 부과처분의 대상으로 된 사항에 관하여 납부의무자를 대신하여 처리할 권한까지 위임한 것으로 볼 수는 없다.”라고 판시

<아파트경비원이 관례에 따라 양도소득세 납부고지서를 수령한 경우 그 수령일이 당사자의 국세기본법상 “처분통지를 받은 날”이 된다는 판례>

- ② \* 참조판례 [대법 2000두1164] 과세처분에 대한 심사청구기간을 국세기본법에서 ‘당해 처분이 있는 것을 안 날(처분의 통지를 받은 경우에는 그 날)’이라고 규정하고 있는데 대하여 “당해 처분이 있는 것을 안 날이라 함은 통지, 공고, 기타의 방법에 의하여 당해 처분이 있었다는 사실을 현실적으로 안 날을 의미하나, 이는 처분의 상대방이나 법령에 의하여 처분의 통지를 받도록 규정된 자 이외의 자가 이의신청 또는 심사청구를 하는 경우의 그 기간에 관한 규정이고, 과세처분의 상대방인 경우에는 처분의 통지를 받은 날을 기준으로 기간을 계산하여야 한다. 우편물 기타서류의 수령권한을 명시적 또는 묵시적으로 위임한 경우에는 그 수입

자가 해당서류를 수령함으로써 그 송달받을 자 본인에게 해당 서류가 적법하게 송달된 것으로 보아야 하고, 그러한 수령권한을 위임받은 자는 위임인의 종업원이거나 동거인일 필요가 없다. 아파트경비원이 관례적으로 우편물을 수령한데 대하여 아무런 이의를 제기한 바 없었다면 우편물의 수령권한을 경비원에게 묵시적으로 위임한 것이라고 봄이 상당하므로 아파트 경비원이 납세고지서를 수령한 날이 처분의 통지를 받은 날에 해당한다”라고 판시

<납세의무자가 이사하여 주민등록을 옮기지 않은 상태에서 새로운 거주자가 고지서를 수령한 경우 그 수령일이 “처분통지를 받은 날”이 된다는 판례>

③ \* 참조판례 [대법 98두1161] “세법이 규정하는 서류는 그 명의인의 주소, 거소, 영업소 또는 사무소에 송달하도록 규정되어 있는바, 여기서 주소라 함은 민법 제21조 소정의 거주소 또는 명의인의 의사에 따라 전입신고된 주민등록지도 특별한 사정이 없는 한 이에 포함된다. 납세고지서의 명의인이 다른 곳으로 이사하였지만 주민등록을 옮기지 아니한 채 주민등록지로 배달되는 우편물을 새로운 거주자가 수령하여 자신에게 전달하도록 우편물 수령권한을 위임한 경우, 그 수임자가 해당 서류를 수령함으로써 본인에게 그 서류가 적법하게 송달된 것으로 보아야 할 것이다.”라고 판시

<주민등록지 옆에 위치한 목욕탕에서 납세고지의 명의인이 우편물을 수령하여 왔다면 목욕탕의 종업원 등이 수령한 날이 통지받은 날이 된다는 판례>

④ \* 참조판례 [대법 97누3934] “납세의무자가 고향선배 주소지에 주민등록을 옮겨 놓았고 그 주소지는 선배가 경영하는 목욕탕 건물 옆에 위치하여 평소 위 주소지에 배달되는 우편물은 모두 목욕탕의 계산대로 배달이 되어 계산대에 근무하는 선배 또는 그의 며느리나 여종업원이 이를 수령하여 왔고 납세의무자가 가끔씩 들러 이를 수취하였다면 납세의무자는 우편물 수령권한을 위 자들에게 위임하였다고 봄이 상당하므로 목욕탕의 종업원이 부과고지서를 수령한 때 납부고지서가 납세자에게 적법하게 송달되었다.”고 판시

다) 처분이 있는 날부터 180일을 경과하여 제기할 수 있는 “정당한 사유”의 구체적 의미

○ 행정심판은 처분이 있는 날부터 180일 이내에 제기하여야 하지만 “정당한 사유”가 있는 경우에는 180일을 경과하여도 제기할 수 있다. 구체적으로 “정당한 사유”에 해당여부와 관련하여 국무총리행정심판위원회<sup>91)</sup>는 “행정심판위원회에서 직권조사하여 위원회가 건전한 사회관념에 입각하여 개별적·구체적으로 판단할 것이나, 천재·지변·전쟁·사변 그밖에 불가항력 사유보다는 넓은 개념으로서 당해

91) 국무총리행정심판위원회(법제처), 행정심판의 이론과 실제, 1997, p329

처분의 상대방이나 제3자가 그 처분이 있는 것을 알 수 없었기 때문에 소정의 심판청구기간을 지킬 수 없었던 것은 정당한 사유가 있는 경우에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.”라고 하고 있다.

- 관례는 법령의不知의 경우에는 정당한 사유에 해당하지 않는다고 보고 있으며(대법 92누206, 대법 92누8613), 행정처분의 상대방이 아닌 제3자에 대해서는 “제3자는 일반적으로 처분이 있는 것을 바로 알 수 없는 처지에 있으므로, 심판청구기간 내에 심판청구를 제기하지 아니하였다고 하더라도 그 기간 내에 처분이 있는 것을 알았거나 쉽게 알 수 있었기 때문에 심판청구를 제기할 수 있었다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 정당한 사유에 해당한다.”고 하고 있다.(대법 91누12844, 대법 94누12494, 대법 95누16233)
- 심판청구기간의 예외로서 이러한 “정당한 사유”에의 해당여부는 행정심판전치주의가 적용되지 않는 일반행정심판에 있어서는 행정소송법 제20조 제2항에서 “취소소송은 처분이 있는 날부터 1년을 경과하면 이를 제기하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.”라고 규정함으로써 처분이 있는 날부터 1년이 경과하더라도 소송에서 다룰 수 있으므로 실제에 있어 행정심판의 경우 청구기간의 적용이 배제되는 “정당한 사유”에의 해당 여부에 대한 실익은 그리 크지 않다고 할 것이다.

## 라) 불복고지제도 및 그 위반시 청구기간

### (1) 고지제도 개요

- 행정심판법 제42조 제1항의 규정에 의하면 “행정청이 처분을 서면으로 하는 경우에는 그 상대방에게 처분에 관하여 행정심판을 제기할 수 있는지 여부, 제기하는 경우의 심판청구절차·청구기간에 관하여 알려야 한다.”라고 하여 행정처분에 대한 불복방법에 관하여 알려<sup>92)</sup>줌으로써 국민의 권리구제에 충실을 기하고, 또한 심판청구기간을 알려주어 행정법관계의 안정을 도모하려는 고지제도를 두고 있다.
- 이러한 고지의무에 위반하여 처분청이 고지하지 않았거나 잘못 고지한 경우, 또는 행정심판을 제기할 수 있음을 고지하였더라도 청구기간에 대해 고지하지 아니한 경우<sup>93)</sup> 등에는 청구기간에 있어 특례가 인정된다. 앞에서 설명한 바와 같이, 행정심판은 행정심판법에 의한 일반행정심판제도와 개별법에 의한 특별행정심판

---

92) 행정절차법 제26조(고지)에서도 “행정청이 처분을 하는 때에는 당사자에게 그 처분에 관하여 행정심판을 제기할 수 있는지 여부, 기타 불복을 할 수 있는지 여부, 청구절차 및 청구기간 기타 필요한 사항을 알려야 한다.”라고 규정하고 있다.

93) 법제처 유권해석(국행심 61240-242)에서는 “비록 심판청구를 할 수 있다는 사실은 서면으로 고지하였더라도 심판청구기간을 알리지 아니한 때에는 당해 처분이 있는 날부터 180일 이내에 행정심판을 청구할 수 있다.”라고 하고 있다.

제도가 있고, 특별행정심판제도는 그 청구기간에 있어 차이가 있으므로 당해 처분이 행정심판법상의 심판대상인지 아니면 개별법의 규율을 받은 처분인지에 대한 면밀한 검토가 필요하다. 아울러, 행정청이 행하는 행정작용은 외관상 일반 민사상 법률관계에 해당하는 것으로 보이지만 경우에 따라서는 행정상 법률관계에 해당하는 사례도 있다 할 것이므로 제 I 장에서 설명한 행정법관계와 사법관계에 대한 충분한 이해가 요청된다 할 것이다.

(2) 고지의무 위반의 효과

- 행정청이 고지를 하지 아니하거나 잘못 알려서 청구인이 심판청구서를 다른 행정기관에 제출한 때에는, 그 행정기관은 지체없이 심판청구서를 정당한 권한 있는 행정청에 송부하여야 하며(법 제17조 제2항), 이 경우 처음 행정기관에 심판청구서가 제출된 때에 심판청구가 제기된 것으로 본다.(법 제17조 제7항)
- 심판청구기간을 법정기간보다 긴 기간으로 잘못 알린 경우에는 그 잘못 알린 기간 내에 심판청구가 있으면 그 심판청구는 법정기간 내에 제기된 것으로 본다.(행정소송법 제18조 제5항)
- 처분청이 고지 자체를 하지 아니한 경우에는 당사자의 처분사실의 인식여부를 불문하고 처분이 있는 날로부터 180일 이내에 심판청구를 할 수 있다.(행정심판법 제18조 제6항) 일반적으로 행정심판법에 의한 행정심판보다 청구기간이 짧은 소청심사 등 특별행정심판제도에 있어서도 처분청이 처분에 대한 불복고지를 하지 아니한 경우에는 행정심판법<sup>94)</sup>의 적용을 받아 처분이 있는 날로부터 180일 이내에 당해 특별행정심판을 제기할 수 있다.<sup>95)</sup>

마) 공고·고시에 의한 처분에 있어 행정심판청구의 기산일

- 앞에서 설명한 바와 같이 공고 또는 고시에 의한 행정처분은 사무관리규정 등 법령의 규정에 의해 일정 기간이 경과한 후에 효력이 발생한다. 그런데, 이러한 공고·고시 처분은 처분서의 개별통지와는 달리 당사자가 언제 행정처분이 있음을 알았는지 확정하기 어려운 경우가 많다. 이에 대해 이해관계자의 현실적 인식여부와 관계없이 고시 또는 공고가 효력을 발생한 날에 처분사실을 알았다고 보아 심판청구의 기산일은 고시 또는 공고의 효력발생일이 된다는 판례가 있다. 그러나, 이와 달리 국무총리행정심판위원회<sup>96)</sup>에서는 고시 또는 공고에 의한 처분대상

94) 행정심판법 제43조 제2항에서 “행정심판에 관하여 다른 법률에서 특례를 정한 경우에도 그 법률에서 정하지 아니한 사항에 관하여는 이 법이 정하는 바에 의한다.”라고 규정하고 있다.

95) 법제처, 행정심판 질의응답집, 2000, p100

96) 국무총리행정심판위원회(법제처), 행정심판의 이론과 실제, 1997, p323 및 국행심 96-3508 농업진흥지역지정처분취소사건(농업진흥지역지정공시에 대한 심판청구기간 준수여부를 판단함에 있어 처분이 있는 날부터 180일 해당여부를 기준으로 결정함) 참조

자의 권익구제기회 보장의 측면에서 고시·공고에 의한 처분의 경우에는 처분이 있는 날부터 180일 이내에 심판청구가 가능하다는 입장을 보이고 있다.

<도시재개발법에 의한 관리처분계획인가 고시에 대한 행정심판청구는 고시의 효력발생일부부터 60일 이내에 제기하여야 한다는 판례>

① \* 참조판례 [대법 94누5694] “통상 고시 또는 공고에 의하여 행정처분을 하는 경우에는 그 처분의 상대방이 불특정 다수인이고, 그 처분의 효력이 불특정 다수인에게 일률적으로 똑같이 적용됨으로 인하여 고시일 또는 공고일에 그 행정처분이 있음을 알았던 것으로 의제하여 행정심판 청구기간을 기산하는 것이므로, 관리처분계획에 이해관계를 갖는 자는 고시가 있었다는 사실을 현실적으로 알았는지 여부에 관계없이 고시가 효력을 발생하는 날인 고시가 있는 후 5일이 경과한 날에 이 사건 처분이 있음을 알았다고 보아야 할 것이고, 관리처분계획의 인가고시에서 일부 내용을 누락 또는 생략한 위법이 있다하여 행정심판 청구기간의 기산점을 달리 볼 것도 아니다.”라고 판시

<공고를 할 수 있는 요건을 충족하지 못한 채 공고에 의한 처분을 한 경우 상대방에게 효력이 없다는 판례>

② \* 참조판례 [대법 98두 9563] 운전면허정지기간중에 택시운전을 하여 처분청이 운전면허취소통지서를 등기우편으로 발송하였으나 수취인불명으로 반송되자 ‘주소의 변경 등으로 통지할 수 없을 때에는 면허중에 기재된 주소지를 관할하는 경찰관서 게시판에 10일간 공고함으로써 통지에 갈음할 수 있다.’는 도로교통법 제53조의 규정에 의하여 곧바로 공고한데 대하여 “비록 반송된 사유가 수취인불명이라고 하더라도 그것만으로는 동법 시행령 제53조 제2항이 규정하는 공고의 요건인 ‘주소의 변경’이 있는 때에 해당한다고 할 수 없으므로 처분청이 한 공고는 위 시행령의 요건을 갖추지 못한 부적법한 것으로 이 사건 처분은 아직 원고에게 적법하게 통지되지 않았으므로 효력이 발생하지 않았다고 할 것이다.”라고 판시

#### 바) 이중송달의 경우 심판청구 기산일

○ 동일한 내용의 처분서가 일시를 달리하여 이중으로 송달된 경우에 어떤 것을 기준으로 심판청구기간 준수여부를 판단하여야 할 것인지에 대해 판례는 달리 보아야 할 사정이 없는 한 뒤에 도달한 처분서를 기준으로 결정하여야 한다고 하고 있다.

① \* 참조판례 [대법 98두16828] 제1기분 부가가치세를 부과·고지함에 있어 원고에게 납세고지서를 동일한 내용으로 2회에 걸쳐 우편송달 하였고 원고는 5일 간격으로 그 납세고지서들을 모두 수령하였고, 그 각 납세고지서의 뒷면에는 ‘이 처분에 이의가 있으면 고지서를 받은 날로부터 60일 이내에 이의신청 또는 심사청구를 할 수 있습니다.’라는 문구가 인쇄되어 있었던 사건에서 “과세처분은 과세관청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사이므로, 그 공권

력의 행사의 결과가 그 처분의 상대방에게 통지되는 경우 그 상대방인 국민이 그 통지의 내용이 과세관청의 의사와 일치하는 것으로 받아들이는 것은 당연하고, 한 가지 사항에 관하여 통지가 있는 뒤에 그에 관련한 새로운 통지가 있게 되면 달리 보아야 할 사정이 없는 한 뒤의 새로운 통지내용에 따라 앞의 통지내용이 수정된 것으로 보아야 할 것이다.”라고 판시

- 그러나, 뒤에 한 통지가 종국적으로 하나의 법률효과를 위하여 원래처분의 이행을催告하거나 단순한 사실을 알리는데 불과한 경우에는 뒤의 통지는 행정쟁송의 대상이 되는 독립한 처분으로 볼 수 없으므로 원래의 처분이 있음을 안 날을 기준으로 심판청구기간을 계산하여야 할 것이다.

\* 참조판례 [대법 98두4665] “1차로 철거명령 및 계고처분을 한데 이어 제2차로 계고서를 송달하였음에도 불응함에 따라 대집행을 일부 실행한 후 철거의무자의 연기원을 받아들여 나머지 부분의 철거를 진행하지 않고 있다가 연기기한이 지나자 다시 제3차로 철거명령 및 대집행계고를 한 경우, 이는 원고에게 새로운 제3차의 철거명령 및 대집행계고는 취소소송의 대상이 되는 독립한 처분으로 볼 수 없다.”라고 판시

## 나. 심판청구의 방식

### 1) 서면주의

- 심판청구는 서면으로 하여야 함(행정심판법 제19조 제1항)
  - 심판청구서에는 피청구인 수에 따른 부분 첨부(동법시행령 제18조 제2항)
  - 심판청구서에는 대표자·관리인·선정대표자 또는 대리인을 소명하는 서면과 증거서류 또는 증거물을 첨부할 수 있음(동법시행령 제18조 제1항)
- 행정청은 청구인의 심판청구서를 수리시 단지 형식적인 요건심사에 그치는 것이므로 기재사항의 순서가 다르게 되어 있는 경우, 각 항목별로 명확하게 분리하지 않고 기재된 경우, 서식이 다른 경우 등이 있더라도 수리하여야 할 것임(대법 90누851, 대법 94누16520)

## 2) 심판청구서의 기재사항

- 처분에 대한 심판청구인 경우(행정심판법 제19조 제2항)
  - 청구인의 이름 및 주소
  - 피청구인인 행정청과 위원회
  - 심판청구의 대상이 되는 처분의 내용
  - 처분이 있는 것을 안 날
  - 심판청구의 취지 및 이유
  - 처분을 한 행정청의 고지의 유무 및 그 내용
- 부작위에 대한 심판청구인 경우(행정심판법 제19조 제3항)
  - 위 처분에 대한 심판청구 기재사항에 부작위의 전제가 되는 신청의 내용과 날짜가 추가됨
- 청구인·선정대표자 또는 대리인이 기명날인(행정심판법 제19조 제5항)

## 3) 심판청구서의 서식

- 심판청구서는 다음의 서식(행정심판법시행규칙 별지 29호 서식)에 의하되, 하나의 예시에 불과하므로 다른 서식을 사용해도 무방

## <심 판 청 구 서>

[별지 제29호서식]

행정심판청구			
청구인	①성명		②주민등록번호
	③주소	(전화번호 :                    )	
④선정대표자·관리인 또는대리인			
⑤피청구인		⑥재결청	
⑦청구대상인 처분내 용(부작위의전제 가 되는 신청 내 용·일자)			
⑧처분있음을안날			
⑨심판청구 취지·이유	(별지 기재와 같음)		
⑩처분청의 고지유무		⑪고지내용	
⑫증거서류 (증거물)	1. 1.		
⑬근거법조	행정심판법 제19조, 동법시행령 제18조		
위와 같이 행정심판을 청구합니다.			
귀하	청구인	(서명 또는 인)	
※ 첨부서류 : 청구서부분			수수료
			없음

## 다. 심판청구서의 제출 및 처리절차

### 1) 제출기관

- 심판청구서는 피청구인인 행정청 또는 행정심판위원회에 제출 (행정심판법 제 17조 제1항)

### 2) 심판청구서의 접수

#### 가) 접수시 유의사항

- 심판청구서를 제출받은 행정청은 피청구인적격이 없거나 심판청구가 부적법하다고 인정되는 경우에도 접수를 거부하거나 반려하여서는 아니됨
  - 행정심판위원회의 심리·의결을 거쳐 각하재결의 형식으로 처리
- 표제가 심판청구로 명시되어 있는 경우 이를 심판청구로서 인정해야 함은 당연하지만, 제 I 장에서 설명한 바와 같이 표제가 심판청구로 되어 있지 아니하더라도 이를 심판청구서로 인정하여야 할 경우가 있음
  - 진정·탄원 등으로 표시되어 있더라도 그 내용이 행정청의 위법·부당한 처분 또는 부작위에 의한 권익을 침해당한 자로부터 그 시정을 구하는 것인 한 심판청구로 보아야 함

#### 나) 정당한 기관에 이송

- 행정청이 고지를 하지 않았거나 잘못 알려 심판청구서가 다른 행정기관에 제출된 경우
  - 당해 행정기관은 지체 없이 정당한 권한 있는 행정청에 이송하고 청구인에게 이송사실을 통지 (법 제17조 제2항, 제6항)
- 다른 법률에 특별한 불복절차가 정하여져 있는 경우
  - 행정심판법에 의한 행정심판의 대상이 될 수 없어 각하됨이 원칙이나, 각하보다는 심판청구서를 정당한 권한 있는 행정기관에 이송함이 바람직

### 3) 심판청구서의 송부

#### 가) 시정조치

- 피청구인인 행정청이 그 심판청구가 이유 있다고 인정한 때에는 심판청구의 취지에 따르는 처분이나 확인을 하고 지체 없이 이를 재결청과 청구인에게 통지(법 제17조 제3항)
- 피청구인인 행정청이 스스로 시정조치를 한 경우 이에 해당하는 부분에 관한

한 행정심판 절차가 종료

#### 나) 답변서 작성

- 심판청구서가 제출되면 피청구인인 행정청은 청구인 주장에 대한 답변서를 작성
- 행정심판위원회에 직접 심판청구서가 제출된 경우 지체 없이 그 부분을 피청구인인 행정청에 송부하여 답변서를 작성 제출토록 함(법 제17조의2 제1항)
- 심판청구서의 내용을 충분히 검토한 다음 이와 관련한 사전조사를 철저히 하여 정확·간명하게 작성(후술)
  - 답변서는 법무담당부서의 협조, 고문변호사의 자문 등을 받아 처분 또는 부작위를 행한 부서에서 작성

#### 다) 답변서 작성방법

##### <답변서의 의의>

- 답변서는 심판청구서에 나타난 청구인의 주장에 대한 피청구인인 행정청의 주장을 기재한 최초의 서면
- 심판청구에 대한 심리가 주로 서면심리로 이루어지므로, 답변서의 내용이 부실하거나 부정확할 경우 기각되거나 각하되어야 할 심판청구사건이 인용되는 사례가 생길 수 있음
- 따라서, 답변서는 심판청구서의 내용을 충분히 검토한 다음 사전조사를 철저히 하여 정확하고 간명하게 작성

##### <답변서의 서식>

- 특별히 정해진 서식은 없으나, 대체로 다음과 같은 서식을 활용
- 기재사항
  - 사건명, 청구인, 피청구인, 심판청구 접수일, 심판청구의 대상이 되는 처분의 내용(또는 부작위의 전제가 되는 신청의 내용), 고지의 유무 및 내용, 답변취지, 답변이유, 증거서류 또는 증거물, 작성 연월일, 피청구인인 행정청의 명칭과 직인, 심판수행자 성명 및 연락처, 담당 행정심판위원회

## 답 변 서

- 사 건 명 :
- 청 구 인 :
- 피청구인 :  
(대리인 : )
- 심판청구서 접수일 : (처분일 : )
- 심판청구의 대상이 되는 처분의 내용(또는 부작위의 전제가 되는 신청인의 내용) :
- 고지의 유무 및 내용 :

### 답변취지

-----라는 재결을 구함

### 답변이유

- 1.
- 2.
- 3.

### 증거서류 또는 증거물

- 1.
- 2.
- 3.

2000. 0. 0.  
○○○시장  
심판수행자 ○○○(인)

○○○○ 행정심판위원회 귀중

<작성방법>

(1) 사건명

- 취소(변경)청구사건 : ○○처분취소(변경) 청구
- 무효등확인청구사건 : ○○처분(무효·유효·존재·부존재) 확인청구
- 이행청구사건 : ○○처분이행청구

(2) 청구인

- 김○○, 김○○외 ○인, ○○산업(주) 대표이사 김○○, ○○중중대표자 김○○ 등

(3) 피청구인

- ○○시장, ○○군수 등

(4) 심판청구서 접수일

- 문서수발 담당부서에 접수된 일자를 기재

(5) 심판청구의 대상이 되는 처분의 내용

- 처분명 : ○○면허 취소처분
- 처분일 : 20○○.○.○.
- 처분사유 : ○○법 제○조 제○항 제○호의 면허취소사유에 해당되어 면허를 취소함

(6) 부작위의 전제가 되는 신청의 내용

- “(5)”의 방법과 동일

(7) 고지의 유무 및 내용

(8) 답변취지

- 심판청구 요건의 흠결이 인정되는 경우
  - ‘이 건 심판청구를 각하한다’라는 재결을 구함
  - ‘이 건 심판청구를 모두 각하한다’라는 재결을 구함(복수청구)
- 청구가 이유없다고 인정되는 경우
  - ‘이 건 심판청구를 기각한다’라는 재결을 구함

- '이 건 심판청구를 모두 기각한다'라는 재결을 구함
- '청구인의 청구 중 ----을 구하는 청구는 이를 각하하고 나머지 청구는 이를 기각한다.'라는 재결을 구함(일부 각하, 나머지는 기각)
- 각하 주장과 함께 예비적으로 기각 주장의 경우
  - '이 건 심판청구를 각하한다.'라는 재결을 구하며, 예비적으로 '청구인의 청구를 기각한다.'라는 재결을 구함

(9) 답변이유

(가) 심판청구의 요건에 관한 판단

- 심판청구의 흠결을 적시하여 각하를 주장
- 주요 검토사항
  - 행정심판의 대상이 되는 처분 또는 부작위 여부
  - 부작위에 대한 심판청구의 경우 그 전제가 되는 신청의 여부
  - 다른 법률에 의한 특별한 심판절차가 있는지 여부
  - 재심판 청구에 해당하는지 여부
  - 청구인이 당사자 능력이 있는지 여부
  - 청구인이 청구인 적격이 있는지 여부
  - 심판청구 기간의 준수 여부
  - 청구의 이익이 있는지 여부 등

(나) 본안에 관한 답변

- 청구인의 주장사실이 이유 없음을 밝혀 기각을 주장
- 유의사항
  - 청구인의 주장사실을 시인(자백)할 때에는 신중을 기함
  - 청구인의 주장사실이 존재하지 않거나 진실하지 않다고 인정될 때는 '알지 못한다.(부지)라고 답변할 것이 아니라 가능한 한 명백하게 밝힘(부인)
  - 피청구인인 행정청 자신에게 입증책임이 있는 경우 피청구인이 주장하는 법률효과가 청구인이 주장하는 법률효과와 다를 때에는 당해 법률효과 발생의 요건사실을 빠짐없이 주장(항변)

(10) 증거서류 또는 증거물

- '을 제1호증', '을 제2호증' 등으로 순번을 기재

(11) 작성연월일

(12) 피청구인인 행정청의 명칭 및 심판수행자 이름·연락처

(13) 행정심판위원회

#### 4) 행정심판위원회에 송부

- 피청구인인 행정청은 심판청구서를 받은 날부터 10일 이내에 청구서와 답변서를 행정심판위원회에 송부 (법 제17조 제4항, 제17조의2 제1항)
  - 행정심판위원회가 표시되지 아니하였거나 잘못 표시된 경우에도 피청구인 행정청은 정당한 권한 있는 위원회에 심판청구서를 송부하여야 하며, 지체 없이 이 사실을 청구인에게 통지 (법 제17조 제5항, 제6항)
- 피청구인인 행정청이 행정심판위원회로부터 심판청구서 부분을 송달 받은 경우에는 그 받은 날부터 10일 이내에 답변서를 위원회에 제출 (법 제17조의2 제1항)
- 답변서에는 청구인의 수에 따르는 부분을 첨부 (법 제17조의2 제4항)
- 처분 또는 부작위를 행한 부서에서 작성된 답변서는 법무담당부서를 통해 행정심판위원회로 송부(온-라인 시스템 사용시는 온라인 송부)
- ※ 피청구인인 행정청은 심판청구서 또는 심판청구서 부분을 받은 날부터 10일 이내에 답변서를 제출토록 규정하고 있으나, 행정심판법상 재결기간인 60일을 경과하여 재결이 있는 경우에도 재결의 효력에는 영향이 없다고 보고 있으므로 정당한 사유가 있는 한 답변서 작성이 다소 지체되더라도 문제가 되는 것은 아님

#### 5) 타 기관에의 통보

- 특별시장·광역시장·도지사·제주특별자치도지사(교육감 포함)의 처분이나 부작위, 그 밖에 국무총리나 중앙행정기관이 직근 상급행정기관이나 소관 감독 행정기관에 해당하는 처분이나 부작위에 대한 심판청구의 경우: 직근 상급행정기관이나 소관 감독 행정기관에 해당하는 국무총리 또는 중앙행정기관에 그 심판청구·답변의 내용을 통보
- 「정부조직법」 제3조 또는 다른 법률의 규정에 따라 설치된 국가특별지방행정기관(대통령령으로 정하는 중앙행정기관에 소속된 국가특별지방행정기관을 제외한다)의 처분 또는 부작위에 대한 심판청구의 경우: 해당 국가특별지방행정기관이 소속된 중앙행정기관에 그 심판청구·답변의 내용을 통보

## 4. 行政審判請求의 審理·議決

### 가. 답변서 部分의 送達

- 행정심판위원회는 지체 없이 피청구인인 행정청이 제출한 답변서의 부분을 청구인에게 송달 (법 제17조의2 제5항)
- 청구인이 여러 명인 경우에는 청구인마다 답변서 부분을 송달

### 나. 보충서면의 제출

- 당사자는 심판청구서, 답변서 등에서 주장한 사실을 보충하고 상대방의 주장을 다시 반박하기 위하여 보충서면을 제출할 수 있음 (법 제25조 제1항)
- 행정심판위원회에서 청구인에게 답변서 부분을 송달할 때 보충서면을 제출할 수 있음을 통지하고, 그에 따라 보충서면이 제출되면 그 부분을 다시 피청구인에게 송달하여 보충서면을 제출할 수 있도록 함이 바람직
- 보충서면의 제출은 임의적이며 반드시 1회에 한정되는 것은 아님
- 행정심판위원회는 보충서면을 제출할 수 있는 기한을 정할 수 있고, 이를 당사자에게 통보하여야 함 (법 제25조 제1항), 실무상으로는 당사자에게 답변서 부분을 송달할 때에 보충서면 제출기한을 정하면 편리

### 다. 심리방식과 내용

#### 1) 심리의 의의

- 재결의 기초가 될 사실관계 및 법률관계를 명백히 하기 위하여 당사자 및 관계인의 주장과 반박을 듣고 증거 기타의 자료를 수집·조사하는 일련의 절차로서 행정심판위원회의 권한임

#### 2) 심리내용

##### (가) 요건심리(형식적 심리 또는 본안전 심리)

- 요건심사
  - 심판청구가 그 제기요건을 갖추고 있는지 여부를 미리 심리하는 것
  - 심판청구가 제기요건을 갖추지 못한 부적법한 것일 때에는 행정심판위원회는 이를 각하하게 됨
- 보정요구

- 심판청구가 부적법하지만 보정할 수 있는 사항인 경우에는 행정심판위원회는 상당한 기간을 정하여 청구인에게 보정을 요구하는데, 경미한 경우에는 직권으로 보정할 수 있음(법 제23조 제1항)
  - 보정이 가능한 경우
    - 청구인의 서명날인이 누락된 경우
    - 청구의 대상이 되는 처분의 내용 또는 부작위의 전제가 되는 신청의 내용이 누락된 경우
    - 청구취지기 누락된 경우, 청구이유가 누락된 경우 등
  - 보정이 불가능한 경우
    - 심판청구를 할 수 없는 자가 한 것인 때
    - 심판청구를 할 수 없는 처분에 대하여 한 것인 때
    - 심판청구기간이 경과한 후에 한 것인 때 등
- ※ 이 경우에는 각하해야 함

#### (나) 본안심리

- 심판청구의 형식적 요건을 충족한 경우에 처분 또는 부작위의 위법·부당 여부에 대하여 심리하는 것
- 본안 심리결과 처분 또는 부작위가 위법·부당하면 인용, 위법·부당하지 않으면 기각하게 됨

### 3) 심리절차상의 원리

- 對審主義
  - 서로 대립되는 분쟁당사자의 공격과 방어에 의하여 심리를 진행
- 직권심리주의
  - 행정심판위원회는 사건의 심리를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 직권에 의하여 증거조사를 할 수 있으며, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대해서도 심리할 수 있음 (법 제26조 제1항, 제28조 제1항)
  - 다만, 불고불리의 원칙으로 인하여 행정심판의 직권심리도 심판청구의 대상인 처분이나 부작위 이외의 사항에 미칠 수는 없음
- 서면심리주의와 구술심리주의
  - 행정심판의 심리는 구술심리 및 서면심리로 하되, 당사자가 구술심리를 신청한 때에는 서면심리를 함이 필요하다고 인정되는 경우 외에는 구술심리를 하도록 함(법 제26조 제2항)
  - 국민의 적극적인 권리구제를 위해 서면심리원칙을 완화하고 구술심리 기회를

확대할 필요 있음

- 구술심리는 심리기일 3일전까지 행정심판위원회에 서면 또는 구술로 신청
- 비공개주의
  - 심리의 능률을 도모하는 관점에서 채택
  - 1998.12.29. 개정 행정심판법 제26조의2에서 위원회의 발언내용 기타 공개할 경우 위원회의 심리·의결의 공정성을 해할 우려가 있는 사항으로 대통령령이 정하는 사항은 공개하지 아니하도록 함
  - 위원이 위원회에서 발언한 내용을 기재한 문서, 위원회의 회의에 참여할 위원 명단 등

#### 4) 심리의 범위

##### (가) 不告不理 및 불이익변경금지의 원칙

- 청구인이 심판청구를 하지 아니한 사항에 대하여 심리하거나 청구의 취지에 반하여 원처분보다 불이익한 내용의 심리·의결을 할 수 없음 (법 제36조)
- 행정심판위원회는 예외적으로 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 심리할 수 있으나 청구인의 청구범위를 유지하면서 청구에 대한 판단에 필요한 범위 안에서 심리할 수 있을 뿐임(대법원 1987.11.10, 86누491)

##### (나) 법률문제와 사실문제

- 법률문제뿐만 아니라 당·부당의 재량문제를 포함한 사실문제도 심리 가능

##### (라) 심판참가

- 심판결과에 대하여 이해관계가 있는 제3자 또는 행정청은 행정심판위원회의 허가를 받아 그 사건에 참가할 수 있음 (법 제16조 제1항)
  - 여기의 이해관계는 사실상의 이해관계가 아닌 법률상의 이해관계를 말함
- 복효적 행정행위의 증가로 이해관계 있는 제3자의 심판참가 추세확대 예상

##### (마) 재결 및 재결내용의 통고

- 심리를 마치면 심판청구에 대하여 재결하고 그 재결내용을 청구인과 피청구인인 행정청에 통고하여야 함 (법 제38조 제1항)

# IV. 行政審判의 取下 및 執行停止制度

## 1. 의 의

- 행정심판청구의 취하는 청구인이 제기한 청구의 전부 또는 일부를 철회하여 행정심판의 청구가 없었던 것으로 하는 의사표시이다.
- 집행정지제도는 행정처분의 公定力을 담보하고 행정법관계의 안정을 도모하기 위한 집행부정지원칙의 적용을 배제하는 제도이다. 집행정지 인용결정이 있게 되면 법률관계가 불안정하게 되지만 이러한 불이익을 감수하더라도 본안에 대한 재결이 있기 전에 행정처분의 효력이나 집행을 정지시켜 청구인의 “회복하기 어려운 권리 또는 이익”을 보전할 필요가 있을 경우에 인정되는 제도이다. 이와 같이 공익과 사익을 비교형량하여 결정하는 집행정지제도는 행정심판위원회 입장에서는 그 결정에 신중을 기하여야 할 것이다.
- 그러나, 집행정지 신청에 대한 판단에 있어 행정심판위원회는 비교적 엄격하고 법원은 비교적 관대하다는 생각이 청구인 사이에 지배적이어서 집행정지의 신청은 아예 법원에만 신청하거나 아니면 행정심판위원회와 법원에 동시에 신청하는 경우가 많고, 행정심판법의 개정으로 행정심판의 필요적 전치주의가 폐지(98.3.1)되어 이러한 경향은 더욱 심화될 우려도 적지 않으므로 행정심판위원회에 의한 집행정지가 보다 활성화될 수 있도록 노력할 필요가 있다 할 것이다.
- 이하에서도 집행정지제도 일반에 관해 개관하면서 집행정지에 관한 결정에 있어 위원장이 인용결정 뿐만 아니라 기각결정도 단독으로 할 수 있는지 여부, “회복하기 어려운 손해의 발생” 등 집행정지요건 해당여부에 대한 판례의 입장, 본안에 대한 재결이 집행정지의 효력과 정지된 처분에 미치는 영향, 심판청구의 취하가 집행정지결정 및 정지된 처분에 미치는 영향 등 실무상 쟁점이 될 수 있는 사안을 중심으로 검토하고자 한다.

## 2. 행정심판 청구의 취하

### 가. 심판청구 취하의 개념 및 소취하와의 구별

- 심판청구 취하는 청구인이 심판계속을 소급적으로 소멸시키는 단독적 의사표시이다. 취하는 그 소급효로 인하여 취하된 부분에 대해 처음부터 심판청구가 없었던 것으로 되며(행정심판법 시행령 제25조 제3항), 또한 청구인의 재결청에 대한 단독적 의사표시이므로 피청구인의 동의를 요하지 않는다(행정심판법 시

행정 제25조 제2항). 그러나, 취하는 그 본질<sup>97)</sup>이 청구 자체를 완전히 포기하는 것이 아니고 단순히 행정심판이 형식적으로 계속되어 있는 상태를 소급하여 소멸시키는 행위이므로 취하가 있는 후에도 동일한 행정심판을 청구하여도 행정심판법 제39조의 재심판청구금지 규정에 저촉되지 않는다고 할 것이다.

- 행정심판청구의 취하는 소의 취하와 몇 가지 점에서 차이가 있다. 소의 취하도 원고의 법원에 대한 단독적 소송행위이지만 소송에 있어서는 피고가 준비서면 제출 등 변론을 한 경우에는 피고에게 청구기각의 판결을 받을 이익이 생기기 때문에 소취하의 효력발생요건의 하나로서 피고의 동의를 필요로 하며, 동의를 거절하면 소취하의 효과는 발생하지 않는다.
- 그리고, 행정심판청구 취하의 의사표시는 행정심판법에서 서면으로 하도록 하고 있으나, 소의 취하는 서면뿐만 아니라 변론기일에서의 구두표시로도 가능하다. 이는 주로 서면심리에 의존하는 행정심판과 구두심리가 원칙인 소송의 심리 방법상의 차이에 기인하는 입법정책적 고려인 것으로 보인다. 취하의 효력발생일과 관련하여서도 심판청구의 취하는 취하서가 제출된 때 효력이 발생하는 반면, 피고의 동의를 요하는 소취하의 경우에는 피고의 동의가 있을 때에 확정적으로 효력이 발생하고 피고가 소취하서 송달 후 아무런 이의를 제기하지 않고 2주가 경과하면 동의한 것으로 의제되는(민사소송법 제266조) 면에서 차이가 있다.

## 나. 취하의 방법 및 처리

- 청구인은 심판청구에 대한 재결이 있을 때까지 서면으로 심판청구를 취하할 수 있다(행정심판법 제30조). 행정심판의 재결은 청구인에게 도달함으로써 효력이 발생하므로(행정심판법 제38조 제2항) 청구인에게 도달하기 전까지는 심판청구의 취하가 가능하다고 할 것이다. 이 경우 행정심판위원회의 재결은 실효되며 취하가 있는 때로부터 행정심판법상의 심리·의결 등의 후속절차는 종료되고 행정심판위원회는 별도로 기각 또는 각하의 결정을 할 필요가 없다.

## 3. 執行停止制度

### 가. 집행정지의 성질

- 행정심판법은 심판청구의 난발 방지와 행정운영의 부당한 지체 방지를 위하여

97) 소송에 있어서도 취하는 신소제기의 제약을 받지 않음이 원칙이다. 다만, 본안에 대한 중국판결(소각하판결 제외)이 있을 후 상소심에서 하는 소취하는 재소의 금지규정(민사소송법 제240조 제2항)에 위배되어 소각하판결을 받게 된다.

‘집행부정지 원칙’을 취하되 청구인에게 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정하는 경우 집행정지 결정을 할 수 있도록 하고 있다(법 제21조 제2항). 집행정지결정이 있게 되면 처분의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행이 정지된다.

- 집행정지는 신청인이 본안에 대한 재송에서 인용될 때까지 그 지위를 보호하고 인용결정 후에 받을 이익이 무의미하게 되는 것을 방지하기 위한 임시보전절차이며 본안에 대한 재결 또는 확정판결이 있으면 집행정지의 효력도 당연히 상실된다는 측면에서 심판청구와 운명을 같이 하는 부수적 절차로서 민사판계에 있어 가처분제도와 그 본질에 있어 다를 바 없다 할 것이다. 그러나, 행정처분에 대한 집행정지는 민사상 가처분과는 달리 소극적인 현상 동결을 넘어서서 처분청의 거부처분이나 부작위에 대하여 이를 허가하거나 이행을 명하는 등 적극적인 상태의 변경까지는 허용되지 않는다는 면에서 차이가 있다.
- \* 참조판례 [대법 91두15] “허가신청에 대한 거부처분은 그 효력이 정지되더라도 그 처분이 없었던 것과 같은 상태를 만드는데 지나지 아니하는 것이고 그 이상으로 행정청에 대하여 어떠한 처분을 명하는 등 적극적인 상태를 만들어 내는 경우를 포함하지 아니하는 것이므로, 교도소장이 접견을 불허한 처분(거부처분)에 대하여 효력정지를 신청한다하여도 이로 인하여 교도소장에게 접견의 허가를 명하는 것이 되는 것도 아니고, 접견허가거부처분에 의하여 생길 회복할 수 없는 손해를 피하는데 아무런 보탬이 되지 않으므로 접견허가거부처분의 효력을 정지할 필요성이 없다.”라고 판시
- 그리고, 행정심판법 제21조에서 “당사자가 집행정지의 신청을 하고자 하는 때에는 심판청구와 동시 또는 심판청구에 대한 의결이 있기 전까지 신청의 취지와 원인을 기재한 서면에 심판청구서 사본 및 접수증명서를 첨부하여 행정심판위원회에 제출하여야 한다. 다만, 행정심판위원회에 심판청구가 계속 중인 경우에는 심판청구서 사본 및 접수증명서를 첨부하지 아니한다.”라고 규정하고 있으므로, 집행정지 신청을 위해서는 심판청구의 계속이 그 형식적 요건으로 구비되어 있어야 하고 내용에 있어서도 본 심판청구의 대상과 집행정지신청의 대상이 동일성이 있어야 한다.
- \* 참조재결례 [국행신 97-53] 본 심판청구에서는 초등학교장임용취소처분의 취소를 그 대상으로 하였으나 집행정지신청에서는 초등학교장 자격증에 부가된 부관의 효력을 정지하여 줄 것을 주장한데 대하여 “집행정지신청의 대상과 본 심판청구의 대상이 동일하지 아니하고 집행정지신청의 대상이 되는 부관과 관련한 본 심판청구가 존재하지 아니하므로 부적법한 신청이다.”라고 의결

## 나. 집행정지의 요건

### 1) 本案理由 有無

- 집행정지에 관한 결정은 그 처분의 효력등을 정지시킬 필요가 있는지 여부, 즉 행정심판법 제21조 제2항 및 제3항의 요건의 존부만을 판단대상으로 하지 만 본안청구가 이유 없음이 명백할 때에는 처분의 효력정지등을 명할 수 없다고 보아야 한다는 것이 판례의 입장이다(대법 92두14). 이는 본안에 대한 쟁송에서 처분의 취소가능성이 없음에도 처분의 효력이나 집행의 정지를 인정하는 것은 집행정지제도의 취지에 반하기 때문이다.
- 아울러, 본안청구가 부적법 각하요건에 해당하는 경우에도 처분의 취소가능성이 없는 것은 동일하다고 할 것이므로 “신청인의 본안청구가 적법한 것이어야 한다는 것도 집행정지의 요건에 포함시켜야 한다.”는 것이 판례의 입장이다(대법 94두36).

### 2) 회복하기 어려운 손해발생 우려

- 행정처분 등의 효력이나 그 집행을 정지하기 위한 요건으로서 “회복하기 어려운 손해”는 특별한 사정이 없는 한 금전으로 보상할 수 없는 손해로서, 이러한 손해에는 금전보상이 불능한 경우뿐만 아니라 금전보상으로는 사회관념상 행정처분을 받은 당사자가 참고 견딜 수 없거나 또는 참고 견디기 현저히 곤란한 경우의 유형·무형의 손해를 일컫는다.
- 그러나, 그 손해가 인명과 관련되는 경우, 신체의 상해를 야기하는 경우 등을 제외하고는 구체적으로 어떠한 경우에 “회복하기 어려운 손해”라고 보아야 할 것인지에 대해서는 뚜렷한 기준은 없고 사안에 따라서 판례등을 참조하여 개별적·구체적으로 판단할 수밖에 없다고 본다.

#### <회복하기 어려운 손해라고 본 판례>

- ※ 참조판례 [대법 97두3] 주택개량재개발조합이 공개추첨방식으로 배정할 것을 요구하는 행정청의 지시를 무시한 채 분양계약을 체결하자 관할 행정청이 당해 주택건설공사에 대한 공사중지명령을 발한 사안에서 “공사중지명령의 효력이 정지되지 아니한 채 그 처분의 취소를 구하는 본안소송이 진행될 경우 조합원들이 입는 타격은 회복하기 어려운 손해에 해당된다.”라고 판시
- \* 참조판례 [대법 92두7] “현역병입영처분취소의 본안소송에서 병역의무 중복이행에 다른 고통은 쉽게 금전으로 보상할 수 있는 성질의 것이 아니어서 사회관념상 회복하기 어려운 손해에 해당된다.”라고 판시
- \* 참조판례 [대법 95두22] “골재도소매업영업자가 그동안 막대한 장비와 인원 및 자본을 투자하면서 경영하여 온 여업을 못하게 되고, 거래선으로부터 납품

계약 해제, 신용실추등으로 인하여 입게 될 상당한 손해는 쉽게 회복할 수 있는 것이 아니다.

<회복하기 어려운 손해가 아니라는 판례>

\* 참조판례 [대법 94두57] “건설업면허취소처분의 존속으로 시공중인 공사중단과 그에 따른 손해배상책임 부담, 새로운 공사의 불가능, 대외적인 신용 내지 명예실추 등의 사정은 금전적으로 보상할 수 없는 손해가 생길 우려가 있다고 볼 수 없다.”라고 판시

### 3) 긴급한 필요의 존재

○ 집행정지는 회복하기 어려운 손해가 발생할 가능성이 절박하여 재결을 기다릴 만한 여유가 없는 경우에만 허용되는 것으로 손해발생의 가능성과 시간적인 절박성이 동시에 인정되어야 한다.

### 4) 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 없을 것

○ 단순히 공익실현에 지장이 있다는 정도를 넘어서 청구인이 입을 손해를 희생시키더라도 보호하여야 할 만한 공익이 있는 경우에는 집행정지를 인정할 수 없다는 것으로 집행정지의 소극적 요건이다.

## 다. 집행정지의 절차

○ 집행정지에 관한 결정은 재결청의 직권 또는 당사자의 신청에 의하고(법 제21조 제2항), 신청은 의결이 있기 전까지 신청위지와 원인을 기재한 서면에 심판청구서 사본 및 접수증명서를 첨부하여 행정심판위원회에 청구하도록 하고 있다(법 제21조 제5항). 집행정지에 관한 결정도 본 심판청구에 대한 결정과 같이 행정심판위원회의 심리·결정을 거치도록 하고 있어 집행정지에 대한 실질적 결정권한은 행정심판위원회에서 행사한다고 할 수 있다(행정심판법 제21조 제2항)

○ 다만, 심리·결정을 기다려서는 회복하기 어려운 손해가 발생할 우려가 있다고 인정되는 경우 위원장 직권으로 위원회의 심리·결정에 갈음하여 “집행정지에 관한 결정”을 할 수 있으며, 이 경우 사후에 위원회의 추인을 받아야 하고 추인을 받지 못한 경우에는 그 결정을 취소하여야 한다(법 제21조 제6항). 위 조항에 의한 위원장의 집행정지에 관한 결정은 집행정지 신청을 이유 있다고 인용하는 경우뿐만 아니라 이유 없으므로 기각하는 경우도 당연히 포함된다고 할 것이다. 시도행정심판위원회의 경우에는 통상적으로 월1회 정도 위원회가 개최되므로 위 조항은 신청인의 이익을 신속히 보전할 수 있는 아주 중요한 기능을 수행하는 제도적 장

치라고 할 수 있다.

## 라. 집행정지결정의 효력

### 1) 원 칙

○ 집행정지에 관한 결정은 본안청구에 대한 재결과 마찬가지로 당해 처분청과 관계행정청을 기속하게 된다. 따라서, 이러한 집행정지결정에 반하여 한 처분은 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라고 하여야 할 것이다. 그러나, 집행정지 결정이 있더라도 집행정지 중에 발생한 새로운 법령위반에 대해서는 당연히 새로운 행정처분을 할 수 있다 할 것이며, 행정처분후 집행정지 전에 발생한 법령위반에 대해서도 행정처분을 할 수 있다.

\* 참조판례 [대법 95누9402] 나중에 법원에 의해 집행정지결정을 받고 본안에서도 영업정지처분의 취소가 확정된 사건에서 영업정지처분후 법원의 집행정지결정 전에 영업을 하다가 적발되어 영업허가 취소처분을 받는데 대해 원고가 영업정지취소처분의 무효확인을 구하는 소송에서 “법원의 집행정지 결정이 있기 전에 영업을 한 이상 그후 법원에서 집행정지결정이 내려지고 본안소송에서 그 처분이 위법함을 이유로 취소되었다 하더라도 원래의 영업정지 처분이 당연무효의 하자가 없는 한 그 영업정지기간 중에 영업하였음을 사유로 한 영업허가취소처분은 당연무효가 아니다.”라고 판시<sup>98)</sup>

○ 집행정지결정의 시간적 효력은 집행정지결정의 주문에 정하여진 시기까지이나 특별한 정함이 없는 때에는 재결이 있을 때까지 존속한다. 그리고, 집행정지결정은 주문<sup>99)</sup>에 정한 시기가 도래하면 그 효력이 소멸되고 동시에 당초의 영업정지처분의 효력도 당연히 부활되어 처분에서 정하였던 정지기간 중 미집행기간은 “이때부터” 다시 자동적으로 진행된다.

\* 참조판례 [대법 92누18504] 식품접객업소에 대한 15일간의 영업정지처분에 대한 법원의 집행정지결정문에 ‘본안소송의 판결선고시까지 그 효력을 정지한다.’라고 되어 있고 그후 본안청구에 대해서는 청구를 기각하는 판결이 선고(1991.8.21)되고 원고가 대법원에 상고하였으나 기각된 후 처분청이 위 15일

---

98) 본 사안은 6월12일부터 1개월간 영업정지 처분을 받았으나 6월24일 영업정지기간 중 영업사실이 적발되어 9월2일자로 영업허가취소처분을 하였으며, 법원의 영업정지처분에 대한 집행정지는 7월5일, 본안청구에 대한 판결을 2년뒤에 대법원에서 확정되었다.

99) 법원에 의한 집행정지결정에 있어서는 통상 “당해법원의 본안판결선고시까지”, 또는 “본안판결 확정시까지”로 한다. 이 경우 본안판결 선고시의 의미는 당해 법원, 즉 1심 사건이었으면 그 1심 법원의 본안판결 선고시를 의미한다. “본안판결확정시까지”는 본안판결이 선고되어 더 이상 다룰 수 없게 되는 상태(상소기간 도과, 대법원 최종판결 선고 등)를 의미한다.

의 영업정지 기간중 집행되지 않은 12일간에 대해서 다시 시기와 종기를 정하여 새로운 영업정지처분을 한데 대하여 원고가 그 새로운 영업정지 처분의 취소를 구하는 소송에서 “영업정지처분은 법원의 집행정지결정에 의하여 그 효력이 일시 정지되어 집행정지결정에서 정한 기한까지 효력발생이 유예되는 것이고 효력이 정지된 기간중에 그 정하여진 영업정지의 종기가 이미 지나버렸다고 하더라도 당초처분의 효력이 상실되는 것은 아니며, 식품위생법 등 관계법령은 법규위반의 경우 행정제재의 목적을 위하여 일정한 기간 동안 영업정지처분을 할 수 있도록 규정하고 있을 뿐이고 단지 행정청이 위 법령에 따른 영업정지처분의 집행을 명확하게 하기 위하여 편의상 시기와 종기를 특정하는 것에 불과하고 그 기간에 의미가 있다고 할 것이므로, 위 집행정지결정의 효력은 원심 법원의 본안판결 선고시인 1991.8.21. 실효되고 특별한 사유가 없는 한 일시 정지된 원처분의 효력은 당연히 되살아나는 것이어서 그때부터 원처분에서 정한 기간중 일부 집행된 기간을 공제한 나머지 12일 간의 영업정지기간은 경과하여 버리는 것이므로 다시 동일한 사유로 새로운 영업정지 처분을 한 것은 일사부재리의 원칙에 위반된다.”라고 판시

## 2) 본안청구의 취하와 집행정지결정의 효력

○ 집행정지결정 당시에는 본안청구가 법원에 계속 중이었으나 집행정지결정이 있는 후에 어떠한 사정으로 본안청구를 취하한 경우에는, 집행정지는 본안청구 계속을 그 요건으로 하는 것이므로 본안청구의 취하로 집행정지의 효력도 당연히 소멸하게 된다.

\* 참조판례 [대법 75누97] “행정처분의 집행정지는 소위 행정처분 집행부정지 원칙에 대한 예외로서 인정되는 일시적인 응급처분이라 할 것이므로 그 집행정지결정을 하려면 이에 대한 본안청구가 법원에 제기되어 계속중임을 요건으로 한다 할 것이므로 본안청구가 취하되어 그 소송이 계속하지 아니한 것으로 되며, 이에 따라 집행정지결정은 당연히 그 효력이 소멸되는 것이고 별도의 취소조치를 필요로 하는 것은 아니다.”라고 판시

## 마. 집행정지결정의 취소

- 집행정지가 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있다고 인정되는 때에 행정심판위원회는 직권 또는 당사자의 신청에 따라 취소할 수 있다(법 제21조 제4항)
- 행정심판위원회의 심리·결정을 기다려서 회복하기 어려운 손해발생의 우려가 있는 때에는 집행정지에 관한 결정과 마찬가지로 위원장이 직권 또는 당사자의 신

청에 의하여 위원회의 심리·결정을 거치지 아니하고 심리·결정에 갈음하는 결정을 할 수 있으며, 이 경우에도 위원회의 사후추인을 받아야 함은 물론이다(법 제 21조 제6항)

## V. 審判請求의 裁決

### 1. 의 의

- 재결이란 심판청구에 대한 심리의 결과를 판단하는 행위를 말한다. 즉 심판청구 사건에 대한 재결청의 종국적 판단인 의사표시를 말한다.
- 재결은 특정한 처분이나 부작위의 정부 등에 관한 분쟁의 제기인 심판청구를 준재로 하는 것일 뿐만 아니라 판단의 작용이라는 점에서 법원의 판결과 성질이 비슷하다. 그러므로 재결은 준사법행위라고 볼 수 있다.

### 2. 재결의 종류

#### 가. 却下裁決

- 각하재결이란 요건심리의 결과 심판청구의 제기요건에 흠결이 있는 부적법한 심판청구임을 이유로 하여 본안에 대한 심리를 거절하는 재결을 말한다. : ‘이건 심판청구를 각하한다.’
- 각하사유
  - 심판청구사항(처분 또는 부작위)이 아닌 것에 대한 심판청구
  - 대통령의 처분 또는 부작위에 관한 심판청구(법 제3조제2항)
  - 청구인적격(법률상 이익)이 없는 자가 제기한 심판청구
  - 심판청구기간을 도과한 심판청구
  - 재심판청구(법 제39조)
- ※ 심판청구의 기재사항이 불비하거나 기타의 사유로 부적법하여 그 보정을 명하였음에도 소정의 기간 내에 보정하지 않은 때
- 현행 규정상 보정에 응하지 않았다는 이유로 각하할 수 있는지 불분명. 행정심판법 개정안에는 청구취지를 불분명하게 기재하는 등의 경우에는

보정명령을 내리고 이에 따르지 않을 경우 청구서를 각하하는 청구서각하제도 도입 검토(소송법상 소장 각하제도)

## 나. 棄却裁決

- 기각재결이란 본안심리의 결과, 그 심판청구가 이유 없다고 인정하여 청구를 배척하고 원처분을 유지하는 재결을 말한다. : 『청구인의 청구를 기각한다.』
- 사정재결(事情裁決) :
  - 취소심판이나 의무이행심판의 절차에 있어서 재결청은 다투어지고 있는 처분 또는 부작위가 위법 또는 부당하다고 인정되면 인용재결을 하는 것이 원칙이지만, 예외적으로 심판청구가 이유있다고 인정되는 경우에도 이를 인용하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 행정심판위원회의 의결을 거쳐 그 심판청구를 기각하는 재결을 말한다(법 제33조제1항).
  - 사정재결을 하는 경우에는 재결의 주문에서 그 처분이나 부작위가 위법 또는 부당한 것임을 명시하여야 한다.(당해 처분이나 부작위의 위법·부당성을 확정 지음으로써 행정상 손해배상의 청구 등을 용이하게 할 수 있도록 하기 위한 것) : 『청구인의 청구를 기각한다. 다만, 피청구인이 2008. 0. 00. 청구인에 대하여 한 ○○○처분은 위법하다.』
- ※ 사정재결을 하기 위해서는 우선 청구 자체가 이유가 있어야 하며, 청구인용재결이 현저히 공공복리에 적합하지 않아야 한다. 구체적으로는 처분 등을 취소하거나 또는 부작위에 대한 이행의무를 이행하지 않음으로써 생기는 공익침해와 이를 취소 또는 이행함으로써 생기는 공익침해를 비교하여 결정하여야 한다.
- \* 참조판례 [대법 95누 4629] “처분당시 비록 토지 및 건축물소유자 총수의 각 3분의2 이상 동의를 얻지는 못하였으나 그 후 3분의2 이상에 해당하는 토지 및 건축물의 소유자가 사업의 시행에 이의하지 않고 시행을 바라고 있는 경우 당초 각 3분의1 이상의 동의를 얻지 못하여 위법한 것이라 하더라도 그 취소가 오히려 공공복리에 적합하지 않는다고 인정하여 예비적 청구를 기각하고 주문에서 위법함을 명시한 것은 사정판결의 요건에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.”라고 판시

## 다. 認容裁決

- 본안심리의 결과 심판청구가 이유있고, 원처분이나 부작위가 위법 또는 부당하다고 인정하여 청구의 취지를 받아들이는 내용의 재결이다.

- \* 참조재결례 [국행심 96-514] “위 규정은 공사계약시 하자보수보증금을 예치하도록 하고 있는 건설공사 등에 관하여 적용될 뿐, 이 건과 같이 하자보수보증금의 예치제도가 없는 설계용역계약에 대하여는 적용할 수 없다 할 것이므로 이 건 처분은 위법하다 할 것이다.”라고 의결(법 적용의 잘못)
- \* 참조재결례 [국행심 96-317] “청구인이 이 건 처분전에 신차의 대체등록을 마치고 영업을 재개함으로써 사업의 휴지상태를 이미 해소한 단계에 있었음에도 부록하고, 단지 청구인이 법정기한내에 말소등록을 신청하지 아니한 사실만을 판단자료로 하여 청구인의 개인택시운송사업면허를 취소한 이 건 처분은 청구인의 위반행위에 비하여 다소 가혹하다 할 것이다.”라고 의결
- \* 참조판례 [대법 83누14] “행정청이 영업허가취소 등의 처분을 하려면 반드시 사전에 청문절차를 거쳐야 하고, 설사 식품위생법 제26조 제1항 소정의 사유가 분명히 존재하는 경우라 할지라도 당해 영업자가 청문을 포기한 경우가 아닌 한 청문절차를 거치지 않고 한 영업소폐쇄명령은 위법하여 취소사유에 해당된다.”라고 판시(절차상 위법)

○ 취소·변경재결

- 『피청구인이 2000. 10. 10. 청구인에 대하여 한 ○○처분은 이를 취소한다.』 또는 『피청구인이 2005. 5. 20. 청구인에 대하여 한 ○○취소처분은 이를 3월의 ○○정지처분으로 변경한다.』
- 취소심판의 청구가 이유있다고 인정하여 당해 처분을 취소 또는 변경하거나 피청구인인 행정청에 대하여 그 처부의 취소 또는 변경을 명하는 내용의 재결
- \* 유권해석 [법제처, 행정심판 질의응답집, 2000, p134] 처분의 근거 법률에서 영업정지처분에 갈음하는 과징금부과처분이 가능하도록 되어 있는 경우에 청구인의 심판청구가 영업정지처분의 취소를 구하면서 동시에 영업정지처분에 갈음하여 과징금부과처분으로 변경하여 달라는 내용을 포함하고 있을 때 그 변경이 가능한지에 대해 “취소 또는 변경 재결에 있어서의 변경은 일반적으로 처분내용의 적극적 변경을 의미하는 것으로 해석되므로 재결로써 영업정지처분을 법령이 규정하고 있는 바에 따라 과징금부과처분으로 변경하는 것도 가능하다 할 것입니다. 다만, 이 경우에도 불이익변경금지의 원칙에 반하지 않는 범위내에서만 가능하다.”라고 해석
- ※ 그런데, 행정심판법상 이러한 일부 취소의 재결이 인정된다고 하더라도 일반적으로 위반사항 및 위반횟수에 따른 행정처분의 기준은 부령(시행규칙)에서 구체적으로 규정하고 있으므로 처분 자체를 전부 취소함은 별론으로 하고, 부령의 처분기준을 위배하여 처분의 양을 감경하는 것은 행정심판이 행정내부의 자

기통제절차라는 본질에 위배되는 것은 아닌지 하는 것이 문제가 될 수 있다.

- 이에 대해 법제처의 유권해석<sup>100)</sup>은 “행정의 자체통제기능을 수행하는 행정심판에서는 시행규칙의 법규성을 부인하는 법원의 판례<sup>101)</sup>에도 불구하고 일응 규칙상의 처분기준에 따라 처분의 위법·부당여부를 심리·의결함이 타당하다고 생각되나, 다만 행정심판은 재판의 전심절차로서 사법절차가 준용되는 준사법작용으로서의 기능이 있다 할 것이므로 직접적으로 법령을 집행하는 처분청과 달리 행정처분의 원인이 된 위반행위의 정도·유형·정황 또는 동기 등을 살펴 정상을 참작할 수 있고, 처분기준의 근본취지에 저촉되지 아니하다면 예외적으로 당해 근거법률에 규정된 범위내에서 원처분을 변경할 수 있다 할 것이다”라고 하고 있다.
  - 그러나, 이러한 논의에서 분명한 것은 재결청에서 비록 시행규칙상의 행정처분기준에 위배하여 어떤 결정을 하더라도 그 재결은 위법하지 않다는 것이다. 근거법률에서 행정청이 처분을 함에 있어 재량을 부여하고 있음에도 시행규칙에서 행정청의 재량을 제한하는 것은 법령의 효력구조상으로 인정될 수 없으며(재량행위의 기속행위화), 법원도 이를 인정하지 않고 있기 때문이다.
  - 더구나, 재결은 재판의 전심절차로서 사법절차가 준용되고 있고 이에 불복하는 경우에 향후 재판을 상징하는 것으로 비록 행정심판이 행정내부의 자체통제기능의 수행이라는 기능상의 한계가 있다 하더라도 청구인의 권익구제와 제소에 따른 불편방지 등의 차원에서 재량권 남용이 명백한 처분 등에 대해서는 보다 적극적으로 조정할 필요성이 있다고 할 것이다.
- 무효등확인재결
    - 무효등확인심판의 청구가 이유있다고 인정할 때 당해 처분의 효력의 유무 또는 존재 여부를 확인하는 재결
  - 의무이행재결
    - 의무이행심판청구가 이유있다고 인정하여 그 부작위의 바탕이 된 신청에 따른 처분을 하거나 하도록 명하는 재결

### 3. 재결의 효력

#### 가. 기속력

- 재결은 피청구인인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다.
  - 재결이 있으면 피청구인인 행정청을 비롯한 관계행정청은 재결의 내용에 따라

100) 법제처, 행정심판 질의응답집, 2000, p123

101) 대법원은 행정규칙의 실질을 갖는 규정이 법규명령의 형식으로 제정되었더라도 이는 국민과 법원에 대한 대외적 구속력이 없는 행정규칙에 불과하다는 입장을 일관되게 유지하고 있다.(대법 83누551)

처분을 취소·변경하여야 할 의무를 지게 되며, 당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있는 경우에는 행정청은 지체없이 그 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.

- 취소재결의 이유가 행정행위의 절차나 형식상의 흠인 경우에는 재결의 기속력은 취소사유로 된 절차나 형식의 위법에 한한다고 할 것이므로 행정청은 절차나 형식을 갖추어 새로운 처분을 할 수 있다(청문절차 등을 거치지 아니한 경우).
- 그리고, 법령의 개정, 사정변경 등 처분 후에 새로운 사유가 있는 경우에도 “같은 사정” 하에서는 동일한 내용의 처분을 다시 할 수 없다는 반복금지 효력은 미치지 않는 것이 원칙이다.
  - 그러나, 이러한 “새로운 사유”라고 하더라도 처분청이 재결 이후에 처분을 하는데 걸리는 합리적인 기간 내에 다시 처분을 하지 않고 처분청이 인위적으로 새로운 사유를 만들어서 그 새로운 사유를 들어 다시 거부처분 등을 하는 경우에는 결과적으로 재결의 기속력을 무력화시키는 행위로서 인정될 수 없다는 것이 판례의 입장이므로 주의를 요한다 할 것이다.

## 나. 형성력

- 재결청이 직접 처분을 취소 또는 변경하거나, 의무이행심판의 청구가 이유 있다고 인정하여 재결청에서 신청에 따른 처분을 하는 재결을 한 경우 피청구인인 행정청에 의한 별도의 처분을 기다릴 필요 없이 재결의 내용에 따라 행정법 관계에 직접적인 변동이 생기는 효력을 말한다.
  - 예를 들어 건축허가취소처분이 재결로서 취소되면 “취소”라는 법률행위의 논리적 귀결로서 당연히 처음부터 허가취소가 없었던 것으로 되어 처분청에서 별도의 허가취소의 취소라는 처분은 불필요하다는 것이다.

## 다. 불가쟁력

- 재결이 있는 후 행정소송법 제20조의 규정에 의한 제소기간(처분등이 있음을 안 날로부터 90일, 처분등이 있는 날부터 1년이 경과되면 재결은 확정되고 그 효력은 다룰 수 없게 되는 효력

## 라. 불가변력

- 재결은 일정한 쟁송절차에 의하여 쟁송을 해결하기 위한 것이므로 일단 재결이 행하여진 이상, 설령 그에 하자가 있는 경우에도 이를 일반적인 행정처분과 같이 재결청이 취소 또는 변경하는 것은 그 성질에 반한다고 하여야 한다.

- 이와 같이 일단 재결을 한 이상 재결청 자신도 이에 구속되어 상소절차에 의하여 취소 또는 변경이 있는 경우를 제외하고는 스스로 이를 취소 또는 변경할 수 없다는 즉 재결청 자신을 구속하는 효력을 불가변력이라고 한다.
- 그러나, 소송에 있어서 단순한 표기의 착오등의 경우에 그 경정이 인정되는 것처럼 재결에 있어서도 재결에 오기·계산착오 기타 이와 비슷한 잘못이 있는 것이 명백한 때에는 재결청은 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 위원회의 의결을 거쳐 경정결정을 할 수 있다(행정심판법 시행령 제27조).

#### 마. 공정력

- 재결은 행정처분의 일종으로서 공정력을 가지는 것이 인정되고 있다.
- 재결이 행하여지면 무효인 경우를 제외하고는 비록 위법이라고 하더라도 취소되는 때까지는 일응 사실상의 통용력을 인정받아 심판청구인은 물론 다른 국가의 기관뿐만 아니라 제3자도 그 효력을 부정할 수 없는 효력을 가진다.

### 4. 행정심판위원회의 직접처분

- 당사자의 신청에 대한 거부처분이나 부작위에 대하여 처분의 이행을 명하는 재결이 있는 경우에는 행정청은 지체없이 그 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.
- 만일 당해 행정청이 재결의 취지에 따른 처분을 하지 않는다면, 행정심판위원회는 당사자의 신청에 따라 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고, 그 기간 내에 이행하지 아니하는 경우에는 당해 처분을 할 수 있다.
- 의무이행심판의 경우는 심판청구가 인용되어도 행정청의 적극적인 작위를 필요로 하기 때문에 비록 재결의 기속력이 있다 하더라도 행정청이 이를 따르지 아니할 경우에는 청구인의 실질적인 권리보호를 위한 제도적장치가 없어 행정심판재결의 실효성을 저해할 우려가 있다.
- 이러한 재결청의 직접처분권은 청구인의 권리구제에 그 확실성을 확보하고, 사법부의 업무경감, 재결청의 처분청에 대한 감독기능 강화 등을 위해 1995년 행정심판법 개정으로 도입된 것이다.

## 5. 재결에 대한 불복

### 가. 재심판청구 금지

- 심판청구에 대한 재결이 있는 경우에는 당해 재결뿐만 아니라 동일한 처분 또는 부작위에 대하여 다시 심판청구를 할 수 없도록 하였다(행정심판법 제39조).
- 재심판청구에 해당되는 심판청구는 부적법한 것으로 각하되며, 시·도지사의 재결에 대하여 국무총리행정심판위원회에 재심판을 청구하는 것도 재심판청구 금지규정에 저촉되어 부적법 각하된다.

### 나. 재결에 대한 행정소송

- 행정심판의 재결도 처분의 하나이므로 그 재결자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 행정소송을 제기할 수 있다(행정소송법 제19조 단서).
  - 재결 자체의 고유한 절차상 또는 내용상 하자가 없는 한 청구인은 재결 자체의 위법을 다투어 재결취소 소송을 제기하기 보다는 원처분의 위법을 주장하여 원처분의 취소소송 등을 제기하여야 할 것이다.
  - \* 참조판례 [대법 93누1865] “행정심판법 소정의 심판청구기간을 도과하여 제기된 것이 명백한 경우 그 취소를 명한 재결은 그 자체에 고유한 위법이 있는 경우에 해당된다”라고 판시
  - \* 참조판례 [대법 93누16901] 행정소송법 제19조는 재결자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한하여 재결도 취소소송의 대상으로 삼을 수 있도록 규정하고 있으므로 재결취소소송의 경우 재결자체에 고유한 위법이 있는지 여부를 심리할 것이고, 재결자체에 고유한 위법이 없는 경우에는 원처분의 당부와는 상관없이 재결취소소송은 이를 기각하여야 한다.
- 재결서 정본을 송달받은 날부터 90일 이내에 피고의 소재지를 관할하는 법원에 제기할 수 있다.

국무총리행정심판위원회

재 결

사 건 07-02700 자동차운전면허 취소처분 취소청구  
청 구 인 장 ○ ○  
경북 ○○군 ○○읍 ○○리 ○번지 ○ 아파트 406  
피청구인 경상북도지방경찰청장

청구인이 2006. ○. ○. 제기한 심판청구에 대하여 2007년도 제○회 국무총리 행정심판위원회는 주문과 같이 재결한다.

주 문 피청구인이 2007. 1. 12. 청구인에게 한 2007. 2. 4.자 제1종 보통 운전면허취 소처분을 110일의 제1종 보통 운전면허정지처분으로 변경한다.

청구취지 피청구인이 2007. 1. 12. 청구인에게 한 2007. 2. 4.자 제1종 보통 운전면 허취소처분을 취소한다.

이 유 1. 사건개요

청구인이 2006. 12. 26. 혈중알콜농도 0.100%의 술에 취한 상태에서 운전 하였다는 이유로 피청구인이 2007. 1. 12. 청구인의 운전면허를 취소하였다.

2. 당사자 주장 (생략)

3. 관계법령

4. 인정사실

가. 제출된 자료에 의하면, 청구인은 이 사건 당시 중기기사로 근무하던 자로 서, 1989. 8. 18. 운전면허를 취득한 이래 이 건 처분 전까지 교통사고전력은 없다.

나. 기록에 의하면, 청구인은 2006. 12. 26. 21:00경 술에 취한 상태에서 화 물차를 운전하다가 경상북도 ○○군 ○○읍 ○○리 소재 시외버스터미널 앞 노상에서 단 속경찰관에게 적발되어 음주측정을 한 결과 청구인의 혈중알콜농도가 0.100%로 측정된 사실을 인정할 수 있다.

(이하 생략)

5. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

그렇다면, 청구인의 청구는 일부 이유있다고 인정되므로 이 건 처분을 감경 하기로 하여 주문과 같이 재결한다.

2008. 00. 00

국무총리행정심판위원회

<답변서 작성례>

## 답 변 서

- 청구인 : ○○○외 ○인(대리인 변호사 ○○○)
- 피청구인 : ○○구청장
- 행정심판청구서 접수일 : 1997. ○. ○.
- 심판청구의 대상이 되는 처분의 내용
  - 처분명 : ○○지구주거환경개선사업승인취소처분
  - 처분일 : 1993. ○. ○.
  - 처분사유 : 도시저소득주민의주거환경개선을위한임시조치법 제○조 및 제○조의 규정에 의하여 ○○지구주거환경개선사업을 승인함.
- 고지유무 : 고지무

### 답 변 취 지

“청구인의 청구를 각하한다”라는 재결을 구하며, 예비적으로 “청구인의 청구를 기각한다”라는 재결을 구함.

### 답 변 이 유

#### 1. 본안전 답변

본 건 청구인중 4인은 동 사업지구의 주거환경개선계획 결정취소 행정심판을 청구하여 각하된바(1989. ○.○.) 있으며 (을제1호증), 또한 동 사업지구 권리자인 ○○○이 동 사업계획 승인 취소청구에서 기각된바(1996. ○.○) 있으므로(을제2호증) 심판청구의 재결에 대하여는 다시 심판청구를 제기할 수 없도록 규정된 행정심판법 제39조에 위배되는 부적법한 심판청구로서 행정심판법 제32조 제1항에 의하여 각하되어야 합니다.

#### 2. 본안에 대한 답변

(1) 청구인은 첫째 동 사업지구의 기준일을 1989. ○. ○로 보아야 할 것이고, 둘째 사업계획수립시 주민들의 동의를 얻어야 했으며, 셋째 서울특별시 ○○○○공사를 시행자로 지정하여 사업승인을 한 것은 부당하다고 주장하고 있으나,

첫째, 중 사업지구는 서울특별시공고 제○호(1989. ○.○)로 주거환경개선지구신규 지정(안)을 공람공고 하였으므로 도시저소득주민의주거환경개선을위한임시조치법(이하 임시조치법이라 한다) 시행령 제9조 제1항의 규정에 의하여 지구지정에 대한 입안내용을 최초로 공고한 1989. ○. ○이 기준일이나 임시조치법 제10조 제5항과 임시조치법시행령 제9조 제1항 및 제12조 제4호의 규정에 의하여 주택공급 기준일이 개선계획 고시일인 1992. ○. ○로 변경지정 승인(1994. ○. ○)되었으므로(을제3호증) 청구인의 주장은 이유없으며,

둘째, 서울특별시주거환경개선사업시행조례 제7조에 의하면 임시조치법 제7조 제3항의 규정에 의한 시행자가 시행하는 공동주택의 건설에 대한 계획은 당해 지역내의 토지 또는 건축물 소유자 총수의 각각 3분의 2이상의 동의를 얻어야 한다고 되어 있으나 이는 서울특별시조례제3076호(1994. 3. 15)로 개정 시행된 것이며(을제4호증), 개선계획수립 고시된 1992. ○. ○에는 공동주택 건설에 관한 계획은 국·공유지가 있는 지역으로서 기존건축물을 전부 철거하여 주거환경개선사업을 시행하는 경우와 당해 지역내의 토지 또는 건축물소유자 총수의 각각의 3분의 2이상이 동의하는 경우로 되어 있는데 동 사업지구는 전부 국유지로서 전자에 해당되어 주민들의 동의없이 공동주택건설 계획이 수립되었습니다.

셋째, 동 사업지구는 고도제한이 있어 개선계획수립시 여러 가지 방안이 검토되었으나 최종적으로 지하1층 지상 6~7층으로 건축하고 분양주택 전용면적 18평형, 임대주택 전용면적 10평형으로 결정되었으며 서울특별시 ○○구공고 제○호(199. ○. ○)로 개선계획 공람공고후 서울특별시고시제○호(1995. ○. ○)로 개선계획 변경후 서울특별시 ○○구고시 제○호(1996. ○. ○)로 적법한 절차에 의하여 사업시행자인 서울특별시○○○○공사에 주택건설 사업계획을 승인 사항으로(을제5호증) 청구인의 주장은 이유없음.

(2) 공동주택공급 기준일(1989. 8.16) 이후 매매 행위자등 주택공급 대상자에게 제외되어야 할 무자격자들을 아파트 공급대상자로 선정 공동주택건설 사업계획을 세운 것은 불법이라고 주장하고 있으나,

임시조치법 제10조 제5항의 전매·전대 제한에 관한 규정은 주거환경개선사업으로 주거환경개선지구 안에 건설되는 주택을 공급받는 자가 사업시행자의 동의를 얻지 아니하고는 그 공급받은 주택을 타인에게 전매·전대할 수 없도록 한 것이며,

임시조치법 제10조 제4항, 제5항 및 동법시행령 제8조의 규정에 의하여 기준일이 전에 일정기간 당해 지구안에 거주한 토지·건축물의 소유자로서 주택의 공급을 받을 수 있는 권리가 있는 자가 토지·건축물을 매도할 경우에는 임시조치법 제7조 제3항(도시계획법 제9조, 도시재개발법 제7조의 준용)에 따라 토지·건축물에 관하여 소유권 등 권리의 변동과 동시에 그 승계인에게 이전되므로 주택을 공급받을 수 있는 권리가 토지·건축물의 매입자에게 이전되는 것으로서(을제6호증) 청구인의 주장은 이유 없으며, 개선계획수립시 주민등록상 거주자 및 무허가건물 대장상 명의자를 기준으로 작성된 사항으로 실질적인 주택공급 대상자 확정을 위한 자료가 아니라 개선계획 수립을 위한 기초조사 자료이며, 실질적으로 분양주택 공급은 기준일(1992. ○. ○) 현재 사업지구안의 토지 또는 철거되는 주거용 건축물을 소유한 자이며, 임대주택 공급대상자의 선정기준은 당해 사업지구안에서 기준일 현재 3개월전(1993. ○. ○)부터 협의보상 개시일까지 주민등록등재하여 거주하는 무주택 세입자등으로 규정되어 있어

실제 소유자 및 거주자만이 주택공급을 받을 수 있으므로(을제7호증) 청구인의 주장은 이유없음.

(3) 국가를 상대로 한 부동산소유권 이전등기 절차이행 청구사건 계류중인 청구인들이 점유하고 있는 토지를 보상 대상에서 제외한 것은 부당하며, 지구지정 전의 매매가격은 5,000~8,000만원이었으나 보상금액은 1,000만원 상당으로 형평성이 없으며 이주비로는 턱없이 부족하여 월세를 전전하다가 종래 소유하였던 건물을 잃게 되는 결과를 초래하는 부당한 처분이라고 주장하고 있으나,

청구인들이 점유하고 있는 토지는 ○○청소유 국유지로서 보상의 대상이 아니며 사업지구내 건축물에 대한 보상금액은 ○○감정원과 ○○감정평가법인에게 감정평가한 금액에 대하여 보상심의위원회 심의를 거쳐 적정하게 결정된 사항이며, 동 주거환경 개선사업 완료후 권리자의 개발이익을 배제한 상태에서 시세 매매가격과 보상금액을 단순비교한 청구인의 주장은 이유없음

### 3. 결 론

이 건 청구이전 동 사업지구의 주거환경개선계획 결정취소 행정심판을 청구하여 각하된 바(1993. ○. ○) 있으며, 또한 동 사업계획 승인 취소청구에서 기각된 바(1996. ○. ○) 있으므로 심판청구의 재결에 대하여는 다시 심판청구를 제기할 수 없도록 규정된 행정심판법 제39조에 위배되는 부적법한 심판청구로서 행정심판법 제32조 제1항에 의하여 각하되어야 하며, 예비적으로 본 사업이 조속히 추진되어 보다 나은 주거환경개선을 희망하는 선량한 대다수 권리자(주민)들의 의사에 반하는 심판청구로서 전술한 바와 같이 본 사업이 관련법 규정의 적법한 절차에 의하여 추진되고 있으므로 청구인의 주장은 기각되어야 할 것입니다.

## 증 거 서 류

1. 을제1호증-주거환경개선계획(○○○동1지구)결정취소청구 재결서 사본 1부.
2. 을제2호증-주거환경개선사업 중지 등 청구 재결서 사본 1부.
3. 을제3호증-기준일 변경지정승인 통보서 사본 1부.
4. 을제4호증-○○○○시주거환경개선사업시행조례중개정조례 사본 1부
5. 을제5호증-주택건설사업계획 승인내역 및 고시문 사본 1부.
6. 을제6호증-질의회신문 사본 1부.
7. 을제7호증-○○○○주거환경개선사업 주택 및 시설공급 기준 사본 1부.

1996. ○. ○.

피청구인 ○○구청 (인)

서울특별시장 귀하

**제 3 부**  
**행 정 소 송 실 무**



# I. 행정소송의 종류

## 1. 행정심판과 행정소송의 관계

### 가. 항고소송과 행정심판

- 행정소송법 제3조는 행정소송을 항고소송, 당사자소송, 민중소송, 기관소송의 4가지로 분류하고 있다. 이중 행정심판은 다투고자 하는 대상(소송물)이 항고소송과 동일하다고 할 수 있다. 행정심판에는 의무이행심판이 인정되는 반면, 항고소송은 삼권분립의 원칙에 따라 이에 대응하는 부작위위법 확인소송만 허용하고 있는 점에 차이가 있다.
- 이에 따라, 제2부 행정심판실무에서 다루었던, 행정청의 개념, 처분성에 관한 부분, 당사자적격, 집행정지 등은 행정소송 중 항고소송에는 그대로 적용될 수 있다.

### 나. 임의적 행정심판전치주의

- 1998. 3. 1 행정소송법이 개정되기 전에는 취소소송은 반드시 행정심판을 거친 후가 아니면 제기할 수 없도록 하는 필요적 전치주의를 취하였다. 이후 행정소송법이 개정되어 제18조 제1항에서 다른 법률에 취소소송의 제기에 앞서 행정심판을 거치도록 하는 규정이 없는 한 행정심판과 취소소송 중 선택적으로 제기 가능하도록 하는 임의적 전치주의<sup>102)</sup>로 변경하였다.
- 그리고, 필요적 전심절차로서 행정심판을 거치도록 하는 경우에도 1)행정심판 청구가 있는 날로부터 90일이 지나도 재결이 없는 때, 2)처분의 집행 또는 절차의 속행으로 생길 중대한 손해를 예방하여야 할 긴급한 필요가 있는 때, 3)법령의 규정에 의한 행정심판기관이 의결 또는 재결을 하지 못할 사유가 있는 때, 4)그밖의 정당한 사유가 있는 때에는 재결을 거치지 아니하고 행정소송을 제기할 수 있다.
- 또한, 1) 동종사건에 관하여 이미 행정심판의 기각재결이 있는 때, 2)서로 내용상 관련되는 처분 또는 같은 목적을 위하여 단계적으로 진행되는 처분중 어느 하나가 이미 행정심판의 재결을 거친 때, 3)행정청이 사실심의 변론종결후 소

102) 현재 개별법에서 필요한 전치주의를 취하는 예는 점점 줄어들고 있다. 국민의 재판을 받을 권리의 보장, 필요적 전치주의에는 사법절차적 요소가 좀더 중하게 요구되어 행정내부의 조직과 인력의 보강이 필요하다는 점 등이 이러한 추세에의 요인으로 작용되었다고 할 수 있다.

송의 대상인 처분을 변경하여 당해 변경된 처분에 관하여 소를 제기하는 때, 4)처분을 행한 행정청이 행정심판을 거칠 필요가 없다고 잘못 알린 때 등에는 행정심판 자체를 제기하지 않고 바로 행정소송을 제기할 수 있다.

- 국세에 대한 불복, 공무원의 소청 등 필요적 전치주의를 취하는 특별행정심판의 경우에도 소송 실무에서는 주로 원고가 행정소송, 행정심판, 집행정지신청 등을 동시에 제기하는 경우가 많으며, 법원은 가급적 원고의 권익 구제를 위하여 변론의 종결시까지 행정심판전치 요건에 대한 하자의 치유를 인정하고 있으며, 그때까지 충족하지 못한 경우에는 소송요건이 결여된 것으로서 소각하판결이 선고된다.
- 여기서 한가지 주의하여야 할 것은 행정심판의 청구는 항고적 성격을 가지고 있으므로 취소소송 등 항고소송의 전심은 될 수 있지만, 공법상 당사자소송 또는 민사소송을 거치기 전에 전치절차로서 행정기관에 의한 심의 등을 거치도록 하는 경우에 그러한 심의절차는 행정심판에 해당되지 않는다는 것이다.
  - 예를 들어서, 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상에 있어 손해배상 청구자가 임의적<sup>103)</sup>으로 거칠 수 있는 국가배상법상 배상심의회의 심의결정은 행정심판이 아니고 단지 민사상 손해배상청구를 위하여 거치는 전치절차에 불과하다는 것이다. 그리고, 배상심의회의 결정은 국가가 공무원에 대신하여 손해배상을 하는 것이고 배상금을 얼마를 줄 것인지의 여부도 국가가 우월한 의사주체로서 행하는 행정처분이라고 할 수도 없으므로 처분성도 없다.<sup>104)</sup>
- \* 참조판례 [대법 92누3335] 광주보상법은 광주민주화운동과 관련하여 생명 또는 신체에 관하여 피해를 입은 자 등에 대한 보상원칙을 선언하고 그 보상의 대상과 범위를 정한 다음 보상금 등의 지급을 위한 절차로서 보상심의위원회를 설치하고 동 위원회가 관련자 등의 신청을 받아 보상 여부 및 지급금액을 심의결정한 후 이를 지급하도록 하고 있는바, 위 보상금 등의 지급에 관한 소송은 위 결정을 받은 후에 제기함을 원칙으로 하고 있기는 하나 신청 후 일정기간 내에 지급에 관한 결정을 하지 않는 경우에는 바로 소송을 제기할 수 있도록 하고 있는 점에 비추어 위 소송을 제기함에 있어 지급신청을 반드시 하여야 함은 별론으로 하고 보상심의위원회의 보상에 관한 결정을 필수적 요건으로 하고

103) 종전에는 공무원의 불법행위로 인한 손해배상의 청구는 반드시 국가배상법상의 배상심의회를 거친 후 손해배상소송을 제기하도록 하였으나, 국가배상법이 개정(1000.12.29)되어 임의적 전치제도로 변경되었다.

104) 그러나, 뒤의 공법상 당사자소송의 판례에서 보는 바와 같이, 당사자의 청구권이 행정기관의 심의결정에 의하여 비로소 구체화 되는 경우에는 그 결정은 행정처분으로 보고, 이에 불복이 있는 경우에는 취소소송으로 제기하여야지, 이를 민사소송이나 공법상 당사자소송으로 제기할 수는 없다는 것이 판례의 입장이다.

있다고 보여지지 아니하며, 동 법률의 다른 조항을 살펴보아도 보상심의위원회의 보상에 관한 결정에 불복하여 행정심판을 제기할 수 있다거나 동 결정에 불복하여 그 취소 등을 구하는 소송의 제기를 예상하고 있는 조항을 찾아볼 수 없으니, 위 법률 제15조 본문의 규정에서 말하는 보상심의위원회의 결정을 거치는 것은 보상금지급에 관한 소송을 제기하기 위한 전치요건에 불과하다고 할 것이므로 위 보상심의위원회의 결정은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다.

그렇다면 위 법에 따라 보상금 등의 지급을 신청한 자는 보상심의위원회의 결정에 대하여 그 위법을 이유로 취소 등을 구하는 항고소송을 제기할 수는 없다고 할 것이므로 위 보상금지급에 관한 소송은 항고소송 이외의 소송형태가 될 수밖에 없다 할 것인바, 광주보상법에 의거하여 관련자 및 그 유족들이 갖게 되는 보상 등에 관한 권리는 헌법 제23조 제3항에 따른 재산권침해에 대한 손실보상청구나 국가배상법에 다른 손해배상청구와는 그 성질을 달리하는 것으로서 동법이 특별히 인정하고 있는 공법상의 권리라고 하여야 할 것이므로 그에 관한 소송은 행정소송법 제3조 제2호 소정의 당사자소송에 의하여야 할 것이다.

따라서 원심이 보상심의위원회의 보상금 지급에 관한 결정 유무에 관계없이 원고가 당사자소송을 제기할 수 있다고 판시하였음은 정당하고 거기에 당사자소송에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다. 논지는 광주보상법이 원칙적으로 보상심의위원회의 보상금 지급에 관한 결정을 거친 후에 소송을 제기할 수 있도록 함으로써 항고소송에서 인정되는 행정심판전치주의를 채택하고 있다고 하나, 국민의 신청에 대하여 시원적으로 행해지는 보상심의위원회의 결정을 처분으로 볼 수 있는가는 별론으로 하더라도 이를 행정심판으로 볼 수는 없는 것이다. 논지는 이유 없다.

## 다. 행정심판과 행정소송의 차이

- 행정소송은 사법절차가 준용되는 수준에 그치는 행정심판에 비해 보다 엄격한 서면주의와 구술심리원칙이 적용되고 행정의 자체통제기능이 아닌 3권분립 하에 사법부에 의한 분쟁해결절차로서 법원에 의한 직접 처분, 의무이행소송 등은 허용되지 않고 단지 간접강제수단과 위배시 손해배상명령 정도가 가능하다.
- 또한, 행정소송은 공법상의 권리관계 등에 대한 분쟁, 기관간 권한쟁의 등 행정심판법에서는 규정하고 있지 않는 것도 그 재판의 대상으로 하고 있다는 점에서 차이가 있다 할 것이다.

## 2. 행정소송의 종류

### 가. 抗告訴訟

#### 1) 의 의

- 소송 일반에 있어 “抗告”라 함은 법원의 판결이 아닌 결정 또는 명령에 불복하여 상급법원에 제기하는 재판의 한 형태이다. 법원의 판결에 불복하여 상급법원에 제기하는 상소와는 그 운영절차에 있어 다소 차이가 있다. 그러한 의미에서는 처분청의 처분등에 불복하여 재결청에 재결을 구하는 행정심판도 항고의 한 형태<sup>105)</sup>라고 할 수 있다.
- 따라서, “항고”소송이라 함은 행정청이 우월한 행정의사의 발동으로서 행한 행정작용을 제거하여 상대방의 권리, 이익을 보호 구제함을 목적으로 하는 모든 소송형태를 의미한다고 하겠으며, 행정소송법 제3조 제1호에서 말하는 “행정청의 처분등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송”이 바로 항고소송이다.

#### 2) 종 류

- 취소소송은 가장 전형적인 항고소송으로서, 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송이다(법 제4조 제1호). 행정심판에 있어 취소심판과 완전히 동일하다. 행정심판과의 차이점은 거부처분 취소판결의 경우에는 간접강제가 적용된다는 것이다(법 제30조 제2항, 제34조)
- 무효등확인소송은 행정청의 처분 등의 효력 유무 또는 존재 여부를 확인하는 소송(법 제4조 제2호)으로서 처분등의 유효확인소송, 무효확인소송, 존재확인소송, 부존재확인소송, 실효확인소송 등이 있다.
  - \* 예시 : 운송사업등 인가처분 무효확인소송, 해외건설면허 무효확인소송
- 부작위위법확인소송은 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송으로서(법 제4조 제3호), 거부처분 취소판결과 같이 부작위 위법확인 판결의 경우에는 행정청의 재처분의무와 간접강제가 적용되어(법 제38조 제2항), 그 효과에 있어서는 현행 제도상 인정되지 않고 있는 의무이행소송에 접근되어 있는 소송이다.

---

105) 이에 대해, 이의신청이라 함은 일반적으로 당해 기관의 결정에 대해 불복이 있을 때 당해 기관에 제기하는 분쟁조정절차라고 하는 점에서 항고와는 차이가 있다.

## 나. 當事者訴訟

### 1) 의 의

- 상대방에 대한 우월적인 지위에서 행정의 의사를 대외적으로 표시할 권한이 있는 행정청의 처분등에 불복하여 제기하는 소송의 형태가 위에서 설명한 항고소송이라면, 당사자소송이라 함은 “행정청의 처분 등을 원인으로 하여 형성된 법률관계에 관한 소송 그밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송”이다(법 제3조 제2호).
- 항고소송에서는 행정청을 피고로 하는 반면에 당사자소송<sup>106)</sup>에 있어서는 국가나 지방자치단체 또는 공공단체가 그 피고가 되고<sup>107)</sup>, 항고소송이 우월한 지위에 있는 자의 처분등에 불복하여 제기하는 소송인 반면, 당사자소송은 처분등의 결과로서 성립된 법률관계나 기타 공법상 권리관계나 계약관계 등 서로 대립하는 대등한 지위의 당사자간에 권리관계의 형성·존부를 다투는 소송이다.
- 따라서, 서로 대등한 당사자간의 법률관계에 대한 분쟁이라는 면에서는 민사소송과 전혀 다를 바가 없지만, 그 관계가 사법이 아닌 공법에 의하여 부여되었거나 공법에 의하여 부여되었다고 해석되는 법률관계의 형성 또는 존부문제를 다투는 점에서 민사소송과 구별된다. 공법상 당사자소송에서 국가를 상대로 하는 당사자소송은 가집행 선고를 할 수 없다<sup>108)</sup>.

### 2) 당사자소송의 종류

#### (가) 행정청의 처분등을 원인으로 하여 형성된 법률관계에 관한 소송

- 행정처분이 원인이 되어 그 결과로서 형성된 법률관계에 다툼이 있을 때에는 그 원인이 된 처분을 다투어 취소등을 구하는 것이 아니라, 결과로서 발생한

---

106) 국가가 원·피고가 되는 소송은 그 지휘 및 수행 절차와 관련하여 국가를당사자로하는소송에관한법률의 적용을 받게 되는데, 실무상 행정소송과 구별하여 국가소송이라고 한다.

107) 지방자치단체를 예로 든다면, 항고소송에서는 피고란에 ○○시장·군수·구청장이라고 기재하고, 당사자소송에서는 자치단체 그 자체, 즉 ○○시·군을 피고란에 기재한다. 국가에 대한 당사자소송의 경우에도 피고란에 처분청(해당 중앙행정기관장 또는 특별지방행정기관)을 기재하는 것이 아니고 “대한민국”이라고 기재한다. 그리고, 대한민국의 법률상 대표자는 국가를당사자로하는소송에관한법률에 의하여 법무부장관이 된다.

108) 통상의 민사소송은 판결문에서 인정한 권리에 기하여 가집행을 할 수 있음을 기재하게 되는데, 승소한 원고는 이 가집행선고 판결문을 송달받으면 법원에서 판결송달 증명원과 집행문을 발급받아 강제집행을 신청할 수 있게 된다. 그러나, 국가를 상대로 하는 공법상 당사자소송의 경우에는 행정소송법 제43조의 규정에 의하여 가집행선고를 할 수 없도록 하고 있는 것이다. 물론, 국가를 상대로 하는 민사소송은 가집행선고부 판결을 할 수 있다.

법률관계의 존부를 다투는 것이다.

- 원래, 처분등의 위법을 다투고자 하는 경우에는 취소소송을 통하고, 위법한 처분이 공무원의 직무상 불법행위로 인한 경우나 처분이 처음부터 무효임에도 그 처분에 기하여 조세 등을 납부하여 조세관청이 부당이득을 취하고 있는 경우 등에는 취소소송과는 별도로 민사소송(손해배상, 부당이득반환 등 소송)을 제기하거나, 취소소송의 제소기간이 경과하는 등의 경우에는 민사상 손해배상소송을 제기하면서 선결문제로 처분의 위법 또는 무효를 다투거나, 아니면 행정소송법 제10조<sup>109)</sup>의 규정에 의하여 취소소송의 관련청구로서 당해 취소소송에 병합하여 손해배상을 구하는 것이 일반적인 예라고 할 수 있을 것이다.
- 처분이 원인이 되어 그 결과로서 형성된 법률관계가 있을 때, 이를 당사자소송으로 제기하는 사례나 소송실무상으로 이를 당사자소송으로 받아들이는 사례는 그리 흔하지 않은 것 같다. 이론적으로는 위법한 처분등으로 인하여 발생한 손해의 배상을 구하는 소송, 부당징수된 세금의 반환을 구하는 소송 등에 대하여 당사자소송을 제기할 수 있다고 하여야 할 것이나 실무상으로는 양자 모두 민사소송<sup>110)</sup>으로 다루어지고 있다.

#### (나) 기타 공법상 법률관계에 관한 소송

- 기타 공법상 권리관계에 관한 소송이라 함은 공공용지의 취득에 관한 협의성

109) 일반적으로 항고소송에 있어서는, 한편으로 위법한 처분의 취소 또는 변경을 구함과 아울러, 다른 한편에서는 그에 관련되는 원상회복이나 손해배상 등을 청구할 필요가 적지 아니하다. 그러나, 전자는 항고소송에 의하여 처분청을 피고로 하여 제기하여야 하는데 대하여, 후자를 위한 소송은 당사자소송 또는 민사소송으로 국가나 공공단체를 피고로 하여야 한다. 이와 같이, 이들 두 가지의 소송은 형식적으로는 각각 독립된 목적을 위한 별개의 소송이나, 실질적으로는 하나의 궁극적 목적을 위한 것으로서, 동일사건의 표리에 지나지 아니한다고 할 수 있다. 그러므로, 하나의 행정처분에 서로 관련되는 청구를 병합할 수 있도록 함으로써, 심리의 중복을 피하고 행정법상의 분쟁을 신속히 해결하여 개인의 권리구제의 철저를 기하려는 데에 관련청구의 병합을 인정한 의의가 있다(행정쟁송법, 신정판, 이상규, / p389에서 인용)

110) “국세기본법 제51조 제1항, 부가가치세 환급에 관한 부가가치세법 제24조, 같은 법 시행령 제72조의 각 규정은 정부가 이미 부당이득으로서 그 존재와 범위가 확정되어 있는 과오납부액이나 환급세액이 있는 때에는 납세자의 환급 신청을 기다릴 것 없이 이를 즉시 반환하는 것이 정의와 공평에 합당하다는 법리를 선언하고 있는 것이므로, 이미 그 존재와 범위가 확정되어 있는 과오납부액이나 환급세액은 국가가 법률상 원인 없이 수령한 것으로서 납세자가 부당이득의 반환을 구하는 민사소송으로 그 환급을 청구할 수 있다.”[대법 94다34005]

\* 민사소송이든 행정소송이든 사법제도를 이용하여 권리의 구제를 도모하기 위하여는 그 권리의 침해가 구체성이 있음을 요한다. 소득세 등 부과처분에 의하여 납세의무가 성립되는 경우와 달리, 취득세나 등록세 등 신고에 의하여 납세의무가 구체적으로 성립되고, 그러한 납세의무에 기하여 납세자가 조세를 납부하였는데 금액에 과오납이 있는 경우에는 신고시에 구체적인 납세의무가 성립되었으므로 과오납부분 만큼은 자신의 의무를 초과하여 납부한 것이 되므로 법률상 원인없이 이득을 취한 부당이득에 해당되는 것이다.

립후 보상금 미지급시 보상금지급 청구소송(판례는 민사사건으로 다름) 등 공법상의 계약에 관한 소송과 결격사유에 해당하지 않음을 이유로 하는 지방의 회의원의 신분확인 청구소송 등 공법상의 신분 또는 지위의 확인에 관한 소송과 공무원 보수 미지급에 대한 보수지급 청구소송 등 공법상 금전지급청구소송 등으로 나눌 수 있다.

- \* 참조판례 [대법 97다42250] “구 의료보호법(1995.8.4. 법률 제4974호로 개정되기 전의 것)의 관계규정을 볼 때, 진료기관의 보호기관에 대한 진료비지급청구권은 계약등의 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 것이므로, 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 지급청구를 할 수는 없고, 지급거부 결정의 취소를 구하는 항고소송을 제기하는 방법으로 구제받을 수밖에 없다.”고 판시
- \* 참조판례 [대법 99두2765] “부동산의 취득으로 인한 취득세<sup>111)</sup> 86,400,000원 및 농어촌특별세 7,920,000원의 납세의무부존재확인을 구하고 있음을 알 수 있는바, 이와 같은 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 할 것이다.”라고 판시
- \* 참조판례 [대법 98두12598] “석탄산업법 제39의3 제1항 제4호, 제4항 및 같은법시행령 제41조 제4항 제5호의 각 규정에 의하여 폐광대책비의 일종으로 폐광된 광산에서 업무상 재해를 입은 근로자에게 지급하는 재해위로금은, 국내의 석탄수급상황을 감안하여 채탄을 계속하는 것이 국민경제의 균형발전을 위하여 바람직하지 못하다고 판단되는 경제성이 없는 석탄광산을 폐광함에 있어서 그 광산에서 입은 재해로 인하여 전업 등에 특별한 어려움을 겪게 될 퇴직근로자를 대상으로 사회보장적인 차원에서 통상적인 재해보상금에 추가하여 지급하는 위로금의 성격을 갖는 것이고, 이러한 재해위로금에 대한 지급청구권은 공법상의 권리로서 그 지급을 구하는 소송은 공법상의 법률관계

---

111) 취득세는 납세의무자의 신고의무에 의하여 납세의무가 구체적으로 확정되는 것이지, 조세관청의 부과고지처분에 의하여 성립되는 것이 아니므로 처분등이 원인이 되어 발생한 법률관계에 관한 소송에는 해당될 여지가 없다.

에 관한 소송인 공법상 당사자소송에 해당한다.

근로자가 석탄산업합리화사업단에 대하여 가지는 재해위로금의 지급청구권은 위 규정이 정하는 지급요건이 충족되면 당연히 발생함과 아울러 그 금액도 확정되는 것이지 위 사업단의 지급결정 여부에 의하여 그 청구권의 발생이나 금액이 좌우되는 것이 아니므로 위 사업단이 그 재해위로금의 전부 또는 일부에 대하여 지급거부의 의사표시를 하였다고 하더라도 그 의사표시는 재해위로금청구권을 형성·확정하는 행정처분이 아니라 공법상의 법률관계의 한쪽 당사자로서 그 지급의무의 존부 및 범위에 관하여 나름대로 사실상·법률상 의견을 밝힌 것에 불과하다고 할 것이므로, 위 사업단이 표시한 재해위로금 지급거부의 의사표시에 불복이 있는 경우에는 위 사업단을 상대로 그 지급거부의 의사표시에 대한 항고소송을 제기하여야 하는 것이 아니라 직접 공법상의 당사자소송을 제기하여야 한다고 할 것이다.

\* 참조판례 [대법 95누10617] “전문직공무원인 공중보건직의사의 채용계약의 해지가 관할 도지사의 일방적인 의사표시에 의하여 그 신분을 박탈하는 불이익 처분이라고 하여 곧바로 그 의사표시가 관할 도지사가 행정청으로서 공권력을 행사하여 행하는 행정처분이라고 단정할 수는 없고, 공무원 및 공중보건직의사에 관한 현행 실정법이 공중보건직의사의 근무관계에 관하여 구체적으로 어떻게 규정하고 있는가에 따라 그 의사표시가 항고소송의 대상이 되는 처분 등에 해당하는 것인지의 여부를 개별적으로 판단하여야 할 것이 바, 농어촌 등보건의료료위환특별조치법 제2조, 제3조, 제5조, 제9조, 제26조와 같은법 시행령 제3조, 제17조, 전문직공무원규정 제5조 제1항, 제7조 및 국가공무원법 제2조 제3항 제3호, 제4항 등 관계 법령의 규정내용에 미루어 보면 현행 실정법이 전문직공무원인 공중보건직의사의 채용계약 해지의 의사표시는 일반 공무원에 대한 징계처분과는 달라서 항고소송의 대상이 되는 처분 등의 성격을 가진 것으로 인정되지 아니하고, 일정한 사유가 있을 때에 관할 도지사가 채용계약 관계의 한쪽 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시로 취급하고 있는 것으로 이해되므로, 공중보건직의사 채용계약 해지의 의사표시에 대하여는 대등한 당사자간의 소송형식인 공법상의 당사자소송으로 그 의사표시의 무효확인을 청구할 수 있는 것이지, 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라는 전제하에서 그 취소를 구하는 항고소송을 제기할 수는 없다.”

\* 참조판례 [대법 95누4636] “지방자치법 제9조 제2항 제5호 (라)목 및 (마)목 등의 규정에 의하면, 서울특별시립무용단원의 공연 등 활동은 지방문화 및 예술행사를 진흥시키고자 하는 서울특별시의 공공적 업무수행의 일환으로 이루어진다고 해석될 뿐 아니라, 단원으로 위촉되기 위하여는 일정한 능력요건과 자격

요건을 요하고, 지속적인 재위촉이 사실상 보장되며, 공무원연금법에 따른 연금을 지급받고, 단원의 복무규율이 정해져 있으며, 정년제가 인정되고, 일정한 해촉사유가 있는 경우에만 해촉되는 등 서울특별시립무용단원이 가지는 지위가 공무원과 유사한 것이라면, 서울특별시립무용단 단원의 위촉은 공법상의 계약이라고 할 것이고, 따라서 그 단원의 해촉에 대하여는 공법상의 당사자소송으로 그 무효확인을 청구할 수 있다.”

\* 참조판례 [대법 93누18532] “군인연금법 제10조, 제5조, 같은법시행령 제45조, 제46조의 각 규정을 종합하면, 같은 법에 의한 상이연금 등의 급여를 받을 권리는 법령의 규정에 의하여 직접 발생하는 것이 아니라 위와 같은 급여를 받으려고 하는 자가 소속하였던 군의 참모총장의 확인을 얻어 청구하는 바에 의하여 국방부장관이 인정함으로써 비로소 구체적인 권리가 발생하고, 위와 같은 급여를 받으려고 하는 자는 우선 관계 법령에 따라 국방부장관에게 그 권리의 인정을 청구하여 국방부장관이 그 인정 청구를 거부하거나 청구 중의 일부만을 인정하는 처분을 하는 경우 그 처분을 대상으로 항고소송을 제기하는 등으로 구체적 권리를 인정받은 다음 비로소 당사자소송으로 그 급여의 지급을 구하여야 할 것이고, 구체적인 권리가 발생하지 않은 상태에서 곧바로 국가를 상대로 한 당사자소송으로 그 권리의 확인이나 급여의 지급을 소구하는 것은 허용되지 아니한다.”

\* 참조판례 [대법 92누4611] “현행 실정법이 지방전문직공무원 채용계약 해지의 의사표시를 일반공무원에 대한 징계처분과는 달리 항고소송의 대상이 되는 처분등의 성격을 가진 것으로 인정하지 아니하고, 지방전문직공무원규정 제7조 각호의 1에 해당하는 사유가 있을 때 지방자치단체가 채용계약관계의 한쪽 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시로 취급하고 있는 것으로 이해되므로, 지방전문직공무원 채용계약 해지의 의사표시에 대하여는 대등한 당사자간의 소송형식인 공법상 당사자소송으로 그 의사표시의 무효확인을 청구할 수 있다. 지방전문직공무원 채용계약 해지의 의사표시가 무효인지 여부는 취소한 그 의사표시가 된 때로부터 채용기간이 만료할 때까지의 보수지급 청구권의 존부에 관한 선결문제가 될 뿐만 아니라, 특히 해지사유가 공무원으로서의 업무태만과 복무상 의무의 위반이라는 불명예스러운 것이어서 비록 그와 같이 채용계약이 해지된 전력이 공무원 등으로 임용됨에 있어서 법령상 결격사유가 되는 것은 아니더라도 그와 같은 전력이 없는 사람에 비하여 불리한 장애가 될 것임은 의심의 여지가 없으므로, 보수청구권 등의 권리를 회복하거나 다른 권리 또는 법률상 지위에 대한 위험이나 불안을 제거하기 위하여 채용기간의 만료에도 불구하고 지방전문직공무원 채용계약 해지의 의사

표시의 무효확인을 구할 법률상 이익이 있다.”

<참고: 대법원 판례 등에 나타난 행정사건과 민사사건의 구별>

### 3. 항고소송으로 본 사례

- (1) 대법원 1999.11.26 선고 97다42250 판결: 구 의료보험법(1995.8.4 법률 제 4974호로 개정되기 전의 것)에 따른 의료보호의 목적, 의료보호대상자의 선정 절차, 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 권리라 할 것이고, 법령의 요건에 해당하는 것만으로 바로 구체적인 진료비지급청구권이 발생하는 것이 아니라 보호기관의 심사결정에 의하여 비로소 구체적인 청구권이 발생한다고 할 것이므로, 진료기관은 법령이 규정한 요건에 해당하여 진료비를 지급받을 추상적인 권리가 있다고 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 방법으로 구제받을 수밖에 없다.
- (2) 대법원 1996.12.6 선고 96누6417 판결: 구 공무원연금법(1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정되기 전의 것) 소정의 공무원연금관리공단의 급여는 급여를 받을 권리를 가진 자가 당해 공무원이 소속하였던 기관장의 확인을 얻어 신청하는 바에 따라 공단이 그 지급결정을 함으로써 그 구체적인 권리가 발생하는 것이므로, 공단의 급여에 관한 결정은 국민의 권리에 직접 영향을 미치는 것이어서 행정처분에 해당하고, 공단의 급여결정에 불복하는 자는 공무원연금급여재심위원회의 심사결정을 거쳐 공단의 급여결정을 대상으로 항고소송을 제기하여야 한다.
- (3) 대법원 1996.4.23 선고 95다53775 판결: 조세범처벌절차법 제16조는 “조세범 처벌법에 위반한 자의 포탈세액 또는 벌금액을 산정함에 있어서 중요한 자료를 제공한 자에 대하여는 각령의 정하는 바에 의하여 그 확정 벌금액의 100분의 10 이상 25 이하에 상당한 금액을 교부할 수 있다.”고 규정하고 있는데 이러한 자료제공자로서는 세무관청을 상대로 교부금 지급신청을 하여 세무관청이 교부금을 지급하지 아니하기로 하는 처분을 하면 그 취소를 구하는 항고소송을 제기할 수 있을 뿐, 위 법령 규정들에 기하여 곧바로 피고 대한민국을 상대로 교부금의 지급을 청구하는 민사소송을 제기하는 것은 허용되지 않는다.
- (4) 대법원 1996.4.12 선고 94다34005 판결: 납세자가 당초에 신고한 과세표준 또

는 납부세액이나 환급세액에 누락·오류가 있음을 발견하여 구 국세기본법(1994. 12. 22. 법률 제4810호로 개정되기 전의 것) 제45조 제1항, 제2항, 같은법 시행령(1994. 12. 31. 대통령령 제14473호로 개정되기 전의 것) 제25조 제2항에 의하여 법정 신고기한 경과 후 6월 이내에 과세표준 또는 납부세액이나 환급세액의 감액 수정신고를 한 경우에는 그 수정신고만에 의하여 곧바로 당초의 신고로 인한 과세표준 또는 납부세액이나 환급세액의 존재 및 범위가 확정되는 것은 아니므로, 가사 당초의 신고가 잘못된 것이고 정부가 그 수정신고에 따른 경정을 거부하는 것이 위법하다고 하더라도, 납세자가 수정신고를 하였다는 사정만으로는 당초의 신고분과 수정신고분과의 차액에 해당하는 기납부세액이나 환급세액을 국가에 대하여 법률상 원인 없이 수령한 과오납금이나 환급세액이라고 주장하여 부당이득반환의 법리에 따라 민사소송으로 그 환급을 청구할 수는 없다.

- (5) 대법원 1996.2.15 선고 94다31235 전원합의체 판결: 구 도시재개발법(1995. 12. 29. 법률 제5116호로 전문 개정되기 전의 것)에 의한 재개발조합은 조합원에 대한 법률관계에서 적어도 특수한 존립목적은 부여받은 특수한 행정주체로서 국가의 감독하에 그 존립 목적인 특정한 공공사무를 행하고 있다고 볼 수 있는 범위 내에서는 공법상의 권리의무 관계에서 있다. 따라서 조합을 상대로 한 쟁송에 있어서 강제가입제를 특색으로 한 조합원의 자격 인정 여부에 관하여 다툼이 있는 경우에는 그 단계에서는 아직 조합의 어떠한 처분 등이 개입될 여지는 없으므로 공법상의 당사자소송에 의하여 그 조합원 자격의 확인을 구할 수 있고, 한편 분양신청 후에 정하여진 관리처분계획의 내용에 관하여 다툼이 있는 경우에는 그 관리처분계획은 토지 등의 소유자에게 구체적이고 결정적인 영향을 미치는 것으로서 조합이 행한 처분에 해당하므로 항고소송에 의하여 관리처분계획 또는 그 내용인 분양거부처분 등의 취소를 구할 수 있으나, 설령 조합원의 자격이 인정된다 하더라도 분양신청을 하지 아니하거나 분양을 희망하지 아니할 때에는 금전으로 청산하게 되므로( 같은 법 제44조), 대지 또는 건축시설에 대한 수분양권의 취득을 희망하는 토지 등의 소유자가 한 분양신청에 대하여 조합이 분양대상자가 아니라고 하여 관리처분계획에 의하여 이를 제외시키거나 원하는 내용의 분양대상자로 결정하지 아니한 경우, 토지 등의 소유자에게 원하는 내용의 구체적인 수분양권이 직접 발생한 것이라고는 볼 수 없어서 곧바로 조합을 상대로 하여 민사소송이나 공법상 당사자소송으로 수분양권의 확인을 구하는 것은 허용될 수 없다.
- (6) 대법원 1995.3.3 선고 93다55296 판결: 구 농촌근대화촉진법 제156조(1994. 12. 22. 법률 제4823호 농어촌정비법 부칙에 의하여 삭제) 소정의 농지개발사

업 또는 농가주택개량사업의 시행으로 인하여 손실을 받은 이해관계인은 같은 법 제157조 제1항과 제2항에 정한 절차에 따라서 손실보상을 청구하고, 농림수산부장관의 재결에 대하여도 불복일 때에는 시·도지사를 상대로 항고소송에 의하여 공법상의 처분인 시·도지사의 결정의 취소를 구하여 그 결과에 따라 손실보상을 받을 수 있을 뿐이고, 곧바로 민사소송으로 농지개량사업 또는 농가주택개량사업의 시행자를 상대로 하여 손실보상금청구를 할 수 없다.

- (7) 대법원 1994.5.24 선고 92다35783 전원합의체 판결: 가. 공공용지취득 및 손실보상에 관한 특례법 규정 자체에 의하여 이주자에게 사업시행자가 수립한 이주대책상의 택지분양권이나 아파트 입주권 등을 받을 수 있는 구체적인 권리(수분양권)가 직접 발생하는 것이라고는 도저히 볼 수 없으며, 사업시행자가 이주대책에 관한 구체적인 계획을 수립하여 이를 해당자에게 통지 내지 공고한 후, 이주자가 수분양권을 취득하기를 희망하여 이주대책에 정한 절차에 따라 사업시행자에게 이주대책대상자 선정신청을 하고 사업시행자가 이를 받아들여 이주대책대상자로 확인·결정하여야만 비로소 구체적인 수분양권이 발생하게 되므로, 사업시행자의 확인·결정은 구체적인 이주대책상의 수분양권을 취득하기 위한 요건이 되는 행정작용으로서의 처분이다. 따라서 수분양권의 취득을 희망하는 이주자가 소정의 절차에 따라 이주대책대상자 선정신청을 한 데 대하여 사업시행자가 이주대책대상자가 아니라고 하여 위 확인·결정 등의 처분을 하지 않고 이를 제외시키거나 또는 거부조치한 경우에는, 이주자로서는 당연히 사업시행자를 상대로 항고소송에 의하여 그 제외처분 또는 거부처분의 취소를 구할 수 있다고 보아야 한다. 나. 사업시행자가 국가 또는 지방자치단체와 같은 행정기관이 아니고 이와는 독립하여 법률에 의하여 특수한 존립목적을 부여받아 국가의 특별감독하에 그 존립목적인 공공사무를 행하는 공법인이 관계법령에 따라 공공사업을 시행하면서 그에 따른 이주대책을 실시하는 경우에도, 그 이주대책에 관한 처분은 법률상 부여받은 행정작용권한을 행사하는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 공법상 처분이 되므로, 그 처분이 위법부당한 것이라면 사업시행자인 당해 공법인을 상대로 그 취소소송을 제기할 수 있다. 라. 이러한 수분양권은 위와 같이 이주자가 이주대책을 수립·실시하는 사업시행자로부터 이주대책대상자로 확인·결정을 받음으로써 취득하게 되는 택지나 아파트 등을 분양받을 수 있는 공법상의 권리라고 할 것이므로, 이주자가 사업시행자에 대한 이주대책대상자 선정신청 및 이에 따른 확인·결정 등 절차를 밟지 아니하여 구체적인 수분양권을 아직 취득하지도 못한 상태에서 곧바로 분양의무의 주체를 상대방으로 하여 민사소송이나 공법상 당사자소송으로 이주대책상의 수분양권의 확인 등을 구하는 것은 허용될 수 없고, 나아가 그 공급대상인 택지나 아

파트 등의 특정부분에 관하여 그 수분양권의 확인을 소구하는 것은 더더욱 불가능하다고 보아야 한다.

## 가. 民衆訴訟

### 1) 의 의

- 민중소송이라 함은 국가 또는 공공단체의 기관이 법률에 위반되는 행위를 한 때에 직접 자기의 법률상 이익과 관계없이 그 시정을 구하기 위하여 제기하는 소송이다(법 제3조 제3호). 우리의 소송법체계는 자기의 주관적 이익이 침해된 경우에 제기하는 것이 원칙이고 그렇지 않을 경우에 당사자적격을 인정하지 않고 있음에 따라 자기의 직접 이익과 관계없이 제기되는 객관소송인 민주소송은 ‘법률이 정한 경우에 법률이 정한 자’에 한하여 제기할 수 있도록 하고 있다(법 제45조).
- \* 참조판례 [대법 95누12736] 시군 통합을 위하여 행정청이 한 주민여론조사의 무효확인을 구하는 소송에서 “행정소송법 제45조는 민중소송 및 기관소송은 법률이 정한 경우에 법률이 정한 자가 제기할 수 있다고 규정하고 있고, 행정청이 주민의 여론을 조사한 행위에 대하여는 법상 訴로서 그 시정을 구할 수 있는 아무런 규정이 없으며, 행정소송법 제46조<sup>112)</sup>는 법률에서 민중소송을 허용하고 있는 경우에 그 재판절차를 규정한 것에 불과하므로 원심이 여론조사의 무효확인을 구하는 소송을 각하한 것은 정당하다”라고 판시
- 최근 들어 국가 또는 지방자치단체의 예산집행과 관련하여 예산의 부정지출 등을 이유로 시민단체 또는 주민들이 이러한 민중소송을 제기하는 경향이 증가하고 있는데, 이러한 경우에 비록 법률에 규정이 없더라도 헌법상 국민의 기본권에 기해 당사자적격을 인정하여야 한다는 견해도 있다.

### 2) 실정법상 인정되고 있는 민중소송의 종류(예시)

- 국민투표무효의 소송
  - 국민투표의 효력에 관하여 이의가 있는 투표인은 투표인 10만인 이상의 찬성을 얻어 중앙선거관리위원회위원장을 피고로 하여 투표일로부터 20일 이내에 대법원에 제소할 수 있다(국민투표법 제92조).
- 선거소송
  - 지방의회의원 및 지방자치단체의 장 선거에 있어서 선거의 효력에 관한 소청에

---

112) 민중소송 또는 기관소송의 경우 그 소송의 내용에 따라 각기 취소소송, 무효등확인소송, 부작위위법확인소송, 당사자소송의 각 규정을 준용하도록 되어 있다.

불복하는 소청인 또는 당선인은 선거소청 결정서 송달일로부터 10일내에 당해 선거구 선거관리위원회위원장을 피고로 대법원(시도지사 선거) 또는 고등법원(기타 지방선거)에 소송을 제기할 수 있다(공직선거법 제222조)

○ 당선소송

- 지방의회의원 및 지방자치단체의 장 선거에 있어서 당선인 또는 당선인의 효력에 관한 소청에 불복하는 소청인 또는 당선인인 피소청인이 당선인 또는 관할 선거관리위원회 위원장을 피고로 대법원(시도지사선거) 또는 고등법원(기타 선거)에 소송을 제기할 수 있다(공직선거법 제223조)

## 나. 機關訴訟

### 1) 의 의

- 기관소송은 국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 제기하는 소송이다(법 제3조 제4호). 그러나, 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되어 있는 『국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 및 지방자치단체 상호간』의 기관쟁의는 헌법재판소의 권한쟁의심판의 대상이 되므로 현행 행정소송법상 기관소송은 동일 지방자치단체 내의 기관간에 이루어지는 쟁송이라 할 수 있다. 행정소송법상의 기관소송은 지방자치단체의 집행기관(단체장)이 의결기관(지방의회)의 조례안 의결이 집행기관의 권한을 침해하거나 당해 의결이 법령위반이 있는 경우 등에 있어 조례무효확인소송의 형태로 제기되는 경우가 일반적이다.

- 이러한 기관소송도 객관소송의 한 형태로서 민중소송과 같이 법률이 정한 경우에 법률이 정한 자(기관소송법정주의)에 한하여 제기할 수 있다(법 제45조). 따라서, 법률에 기관소송을 제기할 수 있는 사항에 대한 규정이 없거나 그에 관한 규정이 있다 하더라도 기관소송을 제기할 수 있는 법률이 정한 기관이 아니면 기관소송을 제기할 수 없는 것이다.

\* 참조판례 [대법 99추54] 자치구세특례조례에 대해 광역단체장이 자치구의 장으로 하여금 의회에 재의요구를 하도록 지시하였음에도 자치구의 장이 그에 따르지 아니하여 조례안이 통과된 경우 그 조례의 부존재확인 소송을 광역시장이 자치구의 장을 상대로 제기할 수 있는지와 관련하여 “행정소송법은 기관소송은 법률이 정한 경우에 법률이 정한 자에 한하여 제기할 수 있다고 규정하여 이른바 기관소송 법정주의를 취하고 있는바, 지방자치법 제159조는 시도지사가 자치구의 장에게 그 자치구의 지방의회의 의결에 대한 재의요구를 지시하였음에도 자치구의 장이 그에 따르지 아니하였다 하여, 바로 지방의회

의 의결이나 그에 의한 조례의 효력을 다투는 소를 자치구의 장을 상대로 제기할 수 있는 것으로 규정하고 있지는 아니하고, 달리 근거규정을 찾아볼 수 없으므로 허용되지 아니한다.”라고 판시

## 2) 종 류 (예시)

- 지방자치단체의 장이 지방의회의 의결의 월권 또는 법령위반을 이유로 지방의회를 피고로 하여 대법원에 제기하는 소송(지방자치법 제172조)
- \* 참조판례 [대법 99추85] 지방자치단체가 기관위임사무에 관하여 조례를 제정할 수 있는 여부와 관련한 “공원조례중개정조례안무효확인소송”
- \* 참조판례 [대법 99추78] 공무원직장협의회설립·운영에관한법률 제7조의 위임에 따라 조례로써 ‘공무원직장협의회 위원이 위 협의회 결정 또는 자신의 판단에 따라 근무시간 중에 직장협의회 운영에 필요한 업무를 할 수 있다’고 정하고 있는 경우 동 조례가 위 법률의 규정 및 지방공무원법 제48조, 제56조 제1항에 위반되는지 여부와 관련한 “공무원직장협의회설립·운영에관한조례안재의결무효확인소송”
- \* 참조판례 [대법 99추30] 지방자치단체장에게 위임된 사무에 관해 조례를 정할 수 있는지 여부와 관련한 “발전소주변지역지원사업시행에관한조례무효확인청구의소송”
- \* 참조판례 [대법 99추23] 지방자치단체장의 재의요구에도 불구하고 지방의회가 조례안을 재의결하였을 경우 지방자치단체장이 지방자치법 제98조 제3항에 따라 법령위반을 이유로 제소할 수 있는지 여부와 관련한 “건축조례중개정조례안재의결무효확인소송”
- \* 참조판례 [대법 96추114] 군수가 읍·면장에게 위임한 사무에 관하여 읍·면장의 위법처분에 대하여만 군수의 취소·중지권을 부여하고 부당 처분에 대하여는 이를 배제한 조례안의 효력과 관련한 “읍면위임조례중개정조례안재의결무효확인소송”
- \* 참조판례 [대법 96추121] 명예직인 지방의회의원에게 유급보좌관을 두도록 한 조례안 재의결의 효력과 지방자치단체에 두는 지방공무원의 총정원을 늘리는 것을 내용으로 하는 조례는 내무부장관의 승인을 받아야 하는지 여부와 관련한 “시의회사무처설치조례중개정조례안무효확인등소송”
- \* 참조판례 [대법 96추107] 지방자치단체가 소속 공무원의 대학생 자녀에게 학비를 지급하기 위하여 만든 장학기금출연조례안의 지방자치법상 기금설치요건, 지방공무원보수규정 등 관련법규에의 적합여부에 관한 “조례안재의결무효확인등소송”
- \* 참조판례 [대법 93추113, 83, 76] 지방의회에서의 감정인의 선서의무 규정,

불출석증인에 대한 동행명령장 제도 규정, 직무상비밀에 관한 증언거부 불가 규정 등의 상위법 위반여부에 관한 “의회에서의증언·감정등에관한조례무효확인소송”

- 교육감이 시·도의회 또는 교육위원회를 상대로 대법원에 제기하는 소송(지방교육자치에관한법률 제28조)

### 3) 지방자치법 제169조 제2항의 소송

- 지방자치법 제169조 제2항은 지방자치단체의 장이 제1항의 규정에 의한 주무부장관이나 시·도지사의 명령이나 처분의 취소 또는 정지에 대하여 이의가 있는 때에는 대법원에 소를 제기할 수 있도록 규정하고 있다.
- 지방자치법 제169조 제2항의 소송의 법적 성질과 관련하여 이러한 소송은 기관소송이 아니라 항고소송으로 보아야 할 것이라는 견해가 있다. 즉, 기관소송은 기본적으로 법주체 내부의 문제이나, 위 소송은 법인격을 달리하는 기관과의 문제이며, 長으로 대표하는 지방자치단체는 자치사무와 관련하여 일종의 주관적지위도 갖는 것이고, 감독청의 시정명령이나 취소·정지는 항고소송의 대상이 되는 일종의 행정행위의 성질을 갖는 것으로 볼 수 있다는 것이다.
- 그러나, 이러한 소송을 항고소송으로 보게 되면, 항고소송은 따로 법률의 규정이 없더라도 소제기가 가능한데도 지방자치법이 별도로 규정을 두고 있는 이유를 설명하기 어렵고, 이러한 소송의 본질은 하급기관의 권한행사가 제한되는 데 대해 하급기관이 상급기관의 권한행사의 취소 또는 무효확인등을 구하는 것으로 궁극적으로는 권한의 존부에 관한 기관소송의 성격을 갖추고 있다. 뿐만 아니라, 원고의 지위와 관련하여서도 항고소송에 있어 원고에게는 처분의 권한이 전혀 없는 반면, 이 소송에서는 하급기관에게는 그러한 권한이 부여되어 있다는 측면 등에서 기관소송의 형태로 보아야 할 것이며, 법원도 기관소송의 형태로 취급하고 있는 것 같다.
- \* 참조판례 [대법 97추67] 지방자치단체장이 지방공무원법위반 등으로 처벌된 바 있는 산하 공무원에 대하여 징계의결요구를 하지 않고 오히려 승진임용한 경우, 광역단체장이 지방자치법 제157조 제1항에 의거 승진임용을 취소한 데 대하여 지방자치단체이 광역단체장을 상대로 제기한 승진임용취소처분취소소송에서 “기초자치단체장의 산하 내무과장에 대한 승진임용 당시 위 내무과장은 지방공무원법위반 등으로 구속기소된바 있는데, 사안의 내용에 비추어 보면, 이는 지방공무원법 제69조 제1항 소정의 징계사유에 해당된다고 볼 수 있고, 따라서 위 자치단체장으로서 위 내무과장에 대하여 지체 없이 징계의결을 요구할 의무가 있다고 할 것이며, 나아가 직위해제를 할 필요성도 매우

높은 경우라고 보아야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 위 자치단체장은 내무과장에 대하여 징계의결요구나 직위해제처분을 하지 않았을 뿐만 아니라, 오히려 지방서기관으로 승진임용시켰는바, 이는 법률이 임용권자에게 부여한 승진임용에 관한 재량권의 범위를 일탈한 것으로서 현저히 부당하여 공익을 해하는 위법한 처분이다. 또한 광역자치단체장이 지방자치법 제157조 제1항 소정의 기간을 정하여 기초자치단체장의 위와 같은 위법한 승진임용의 시정을 명하고 기초자치단체장이 그 기간 내에 이를 이행하지 아니하자 그 승진임용을 취소한 것은 적법하다.“고 판시

## 4. 행정소송의 특수성

### 가. 피고적격

- 행정소송 중 항고소송은 기본적으로 행정심판의 피고적격과 동일하다. 따라서, 행정청(처분청)이 피고가 되며 권한위임에 의한 수입관청, 위탁이 있는 경우에는 수탁인이 그 피고가 되는 것이다.
- 그러나, 앞에서 설명한 바와 같이 당사자소송은 국가 또는 지방자치단체가 피고가 되며, 이 경우 국가에 있어서는 법무부장관, 지방자치단체에 있어서는 지방자치단체의 장이 그 대표가 된다.  
(예) 당사자소송의 경우 소장에 기재되는 예  
피고 : 대한민국, 법률상 대표자 법무부장관  
피고 : ○○시·군, 대표자 ○○시장·군수
- 그리고, 기관소송의 경우에는 행정주체의 기관이 그 원·피고가 되는 것으로 지방자치단체의 경우에는 집행기관(단체장)과 의결기관(지방의회)이 원·피고가 되는 것이다.

### 나. 행정법원의 설치운영

- 1998.3.1부터 시행된 행정소송법(제9조) 및 법원조직법(제28조)은 행정소송을 전속관할하는 행정법원의 설치운영과 행정소송의 3심급제를 채택하고 있다. 따라서, 종래 고등법원이 1심이 되었던 행정소송은 피고의 소재지를 관할하는 행정법원으로 하게 되었고(중앙행정기관 또는 그 장이 피고인 경우는 대법원 소재지의 행정법원이 됨), 제2심 관할법원과 제3심 관할법원은 고등법원과 대법원이 된다.
- 다만, 행정법원이 설치되지 않은 지역에 있어서는 행정법원이 설치될 때까지

해당 지방법원 본원이 관할(법원조직법 부칙 제2조)하게 된다.

#### 다. 출소기간의 제한

- 행정심판의 재결을 거치는 사건에 대한 소는 그 재결서의 정본의 송달을 받은 날로부터 90일 이내에, 재결이 있는 날부터 1년 이내에 제기(법 제20조) 가능하다.
- 행정심판을 제기하지 아니하거나 그 재결을 거치지 아니하는 사건에 대한 소는 처분이 있음을 안 날로부터 90일 이내에, 처분이 있는 날부터 1년 이내에 제기하여야 하고(법 제20조 제2항), 출소기간을 초과하여 제기된 행정소송의 경우에는 소각하 판결이 선고된다.

#### 라. 관련청구소송의 이송 및 병합

- 처분의 취소를 구하는 행정소송과 “당해 처분등과 관련되는 손해배상·부당이득 반환·원상회복 청구소송 등”(관련청구소송)이 각각 다른 법원에 계속되고 있는 경우에 관련 청구소송이 계속된 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 이를 취소소송이 계속된 법원에 이송할 수 있다(법 제10조 제1항)
- 취소소송에는 사실심의 변론종결시까지 관련청구소송을 병합할 수 있다(법 제10조 제2항)

#### 마. 직권주의

- 행정소송에 있어서는 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다(법 제26조). 그러나, 이는 당사자주의, 변론주의에 대한 일부 예외규정일뿐 아무런 제한없이 당사자가 주장하지 아니한 사실을 판단할 수 있는 것은 아니며 기록상 현출되어 있는 사항에 관하여서만 직권으로 증거조사를 하고 이를 기초로 판단할 수 있을 따름이다.

#### 바. 사정판결

- 원고의 청구가 이유 있는 경우에도 처분 등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 법원은 원고의 청구를 기각할 수 있으며(법 제28조 제1항), 이는 행정심판과 동일하다. 통설 및 판례(대판 1985.5.26, 85누380)에 의하면 사정판결은 취소소송에만 인정하고 무효등확인소송에 있어서는 유지할 처분자체가 부존재하므로 인정되지 않는다.

## 사. 집행부정지원칙

- 행정심판과 같이 취소소송의 제기로 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다(법 제23조 제1항). 다만, 긴급한 필요가 있는 때에는 법원이 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 집행정지결정을 할 수 있다(법 제23조 제2항).

## 5. 법무부장관(검찰청)의 소송지휘

- 행정소송의 수행에 있어 행정청의 장은 국가를당사자로하는소송에관한법률에 의거 법무부장관의 지휘를 받도록 되어 있고, 동 지휘권은 소송 대응 지방검찰청의 장에게 위임되어 있다. 따라서, 대법원에 계속 중인 사건에 대하여는 검찰총장, 고등법원에 계속 중인 사건에 대하여는 관할 고등검찰청 검사장, 지방법원에 계속 중인 사건에 대하여는 관할 지방검찰청 검사장이 소송지휘를 하게 된다.
- 따라서, 행정청의 장은 소송진행상황을 소관 검찰청(송무담당부)에 보고하고, 중요사항에 대해서는 소관검찰청의 담당검사의 지휘를 받아 소송을 수행해야 한다.
- ※ 근거법령 : 국가를당사자로하는소송에관한법률(제5조, 제6조 등), 동법시행령(제6조, 제8조, 제10조등), 동법시행규칙(제18조, 제20조 등), 국가를당사자로하는 송무업무처리지침(제2조 ~ 제10조 등)

## Ⅱ. 제1심 소송수행

### 1. 행정청의 소장접수 및 보고

- 행정청이 법원으로부터 소장부분 및 변론기일 소환장을 송달받은 때에는 행정 소송사건처리부에 등재하고,
- 지체없이 소정의 양식(국가를당사자로하는소송에관한법률시행규칙 소정 서식)에 소장사본, 변론기일소환장 사본, 소송수행자지정서 사본을 첨부하여 소관 검찰청 검사장에게 소제기 보고(동법시행령 제6조 제3항)

### 2. 소송수행자 지정

#### 가. 지정절차

- 행정청의 장은 소장이 접수되면 지체 없이 소속 직원 또는 상급 행정청의 직원(미리 상급행정청의 장의 승인을 얻어야 함)을 소송수행자로 지정하고, 필요한 경우에는 소송대리인을 선임하여 응소케 하여야 함(국가를당사자로하는소송에 관한법률 제5조)
  - 소송수행자와 소송대리인은 법무담당부서에서 지정 또는 선임하되, 소송수행자는 해당부서의 직원(계장급 1명을 포함한 3인)으로, 소송대리인은 고문변호사 등으로 지정 또는 선임
- 행정청의 장이 소송수행자를 지정<sup>113)</sup>하거나 소송대리인을 선임하는 경우에는 지정서 또는 위임장을, 소송수행자 또는 대리인을 해임하는 경우에는 해임서를 지체없이 법원에 제출(동법시행령 제7조 제3항)
  - 최초의 소송수행자 지정서 또는 소송대리인 위임장은 답변서 제출시 함께 제출

#### 나. 소송수행자의 소송수행

- 행정청의 소송수행자는 소관검찰청의 지정된 지휘검사의 지휘하에(동법시행령

---

113) 국가가 피고가 되는 당사자소송이나 민사소송의 경우에는 법무부장관(또는 수임 검찰청의 장)에게 소송수행자 지정 및 대리인 선임권한이 있다. 따라서, 이 경우에는 관할 검찰청에서 소송수행자 추천요청을 당해 행정청에 하게 되며, 행정청에서는 검찰청의 요청에 따라 검찰청에 소송수행자를 지정, 추천하면 된다(행정소송의 경우는 행정청에서 직접 법원에 소송수행자 지정서를 제출해야 하고, 당사자소송이나 민사소송의 경우는 검찰청에 추천만 하면 된다는 점에서 차이가 있음).

제6조 제4항), 답변서 또는 준비서면 작성, 변론기일 출석, 변론 등 일체의 소송행위를 하게 된다.

- 소송수행자의 대부분의 경우 처분을 한 담당과의 직원으로서 당해 처분등의 경위나 진상등에 대해 가장 정확하게 파악하고 있어, 소송대리인이 선임된 경우에 있어서도 자료협조, 증거조사 등의 역할을 수행하는 것이 일반적이며, 경우에 따라서는 변론기일에 대리인과 같이 출석하여 변론하여야 할 경우도 있다.

#### 다. 공동소송수행

- 검사 또는 공익법무관은 다음 사건에 있어서 소관 행정청 소송수행자와 공동으로 소송수행(동법시행령 제6조 제1항)
  - 부과조세액이 법무부령이 정하는 금액(2억원) 이상인 조세부과처분에 관한 사건
  - 일반직 3급 이상의 국가공무원 또는 지방공무원 및 이에 준하는 공무원의 신분관계에 관한 사건으로서 법무부장관이 공동수행사건으로 함이 상당하다고 인정하는 사건
  - 감사원의 시정 또는 징계요구에 의한 처분 및 변상판정에 대한 사건
  - 정부시책에 중대한 영향을 미칠 우려가 있거나 사회의 이목을 끌만한 사건으로서 법무부장관이 공동수행사건으로 함이 상당하다고 인정하는 사건

### 3. 답변서 작성 · 제출

#### 가. 의 의

- 답변서는 원고의 주장에 대하여 피고의 신청과 답변을 기재한 최초의 준비서면으로서 소장부분을 송달 받은 피고의 소송수행자나 소송대리인이 작성하여 법원에 제출하는 것이며, 당사자에게도 송달된다.

#### 나. 작성방법

##### 1) 청구취지에 대한 답변

###### (가) 『청구취지』의 뜻

- 원고가 소로써 바라는 궁극적 이익과 법률효과를 적은 소의 결론부분을 말함  
(예) 피고가 1996.12.17자 제2중앙징계위원회 의결에 의하여 1996.12.30자로 원고를 국가공무원법 제78조 제1항 제1호의 규정에 의하여 파면에 처한다는 행정처분은 이를 취소한다.

○ 이에 대한 피고의 답변취지에는 본안전 항변취지와 본안에 대한 답변취지로 구분

(나) 본안전 항변

○ 본안전 항변은 제기된 소송에 소송요건의 흠결이 있는 경우 “원고의 청구를 각하한다.”라는 판결을 구하는 주장으로서 다음과 같은 경우에 주장한다.

- 행정소송의 대상이 아닌 처분
- 행정심판을 거치지 아니한 항고소송
- 제소기간을 도과한 소송, 피고를 잘못 지정한 소송
- 당사자적격이 없는 소송, 처분의 효력이 소멸된 경우 등

○ 본안전 항변의 또 하나의 유형으로서 관할위반 항변은 피고 행정청의 소재지를 관할하는 법원으로 소송이송을 구하는 항변이다.

- 관할위반에 기한 이송(법 제7조)
- 재판의 편의를 위한 이송·병합(법 제10조)

(다) 본안에 대한 답변

○ 청구기각 주장은 본안전 항변사유가 없거나, 본안전 항변은 주위적으로 주장하고 본안에 대해서도 예비적으로 이유 없으므로 “원고의 청구를 기각한다.”라는 판결을 구하는 주장이다.

○ 소송비용부담 주장

- 피고가 원고 청구기각의 신청을 하는 경우 부수적으로 “소송비용은 원고의 부담으로 한다.”라는 판결을 구하는 주장

2) 청구원인에 대한 답변

(가) 『청구원인』의 뜻

○ 원고의 청구를 이유 있게 하는 요건사실을 말함

○ 이에 대한 피고의 답변은 청구원인에 대하여 인정, 부인 또는 항변할 부분을 명백히 하고 그 이유와 근거를 제시

(나) 답변의 형태

○ 自 白

- 자기에게 불리한 상대방의 주장사실을 시인하는 진술로서 자백한 사실에 대하여는 증거를 필요로 하지 아니하며, 재판의 기초로 하지 않으면 안됨
- 일단 자백이 성립되고 나면 그 취소에는 엄격한 요건이 요구되므로 자백을 함에 있어서는 신중을 기하여야 함

○ 否 認

- 원고의 주장사실이 존재하지 아니한다거나 진실하지 않다고 생각되는 경우

상대방의 주장사실을 부정하는 사실상의 주장

- 청구원인 전체가 불명이라면 청구의 취지에 대한 답변만 하여두고 청구원인에 대한 답변은 원고의 석명이 있는 후에 답변

○ 不 知

- 상대방의 주장사실을 알지 못한다는 진술로서 부지는 부인으로 추정
- 자기가 관여하지 아니한 제3자의 행위에 대해서는 부지라는 답변이 허용되나, 자기가 관여한 것으로 주장된 행위나 書證에 대하여는 부인절차에 있어서 원칙적으로 부지라는 답변은 있을 수 없고 부인만이 가능

○ 沈 默

- 상대방의 주장사실을 명백히 다투지 아니함을 말함
- 변론의 소취지로 보아 다툰 것으로 인정될 경우를 제외하고는 자백한 것으로 간주

○ 抗 辯

- 상대방의 주장사실과 논리적으로 양립 가능하며 자기에게 입증책임이 있는 별개의 사실을 주장하는 것
- 제출이 당사자의 의사에 일임되어 있고 제출이 없으면 법원이 소송절차에서 참작할 수 없음

(다) 기재방법

- 일반적으로 원고가 청구원인으로 주장한 순서에 따라 “제1항은 인정한다. 제2항은 부인한다.”는 식으로 정리하거나, “제1항중 …의 사실은 인정하고 그 나머지 사실은 모두 부인한다.”는 식으로 기재
- 경우에 따라서는 원고의 주장사실에 대하여는 직접 대답하지 아니하고 이와 양립할 수 없는 자기에게 유리한 반대사실만 주장하는 경우도 있음

## 다. 답변서 작성시 유의사항

- 전심관계, 피고적격, 제소기간 등 본안전항변사항 검토
- 처분의 경위 내지 산출근거를 완벽하게 이해한 후 작성
- 원고측 주장을 면밀히 검토한 후 행정처분과의 차이점 발견
- 처분의 경위, 근거법령, 처분의 적법성 등의 순으로 기재
- 동시에 상대방의 주장사실에 대한 반박을 논리적으로 전개
- 쉽고, 간결하되 논리정연하게 작성
- 사건번호 및 해당 재판부 표시, 날인, 간인

## 라. 답변서의 제출

- 답변서는 상대방 수만큼의 부분을 첨부하여 최초변론기일 전까지 제출하여야 함
  - 상대방인 원고가 수인이라도 그 대리인이 1인이면 부분은 1통으로 족하나, 대리인이 개별적으로 있는 경우에는 당사자 수만큼의 부분을 첨부
- 변론기일에 피고가 출석하지 아니하더라도 답변서를 미리 제출하여 두면, 출석한 원고에게 변론을 명할 때에 그 답변서는 진술한 것으로 간주(민사소송법 제137조)
  - 피고가 답변서 기타의 준비서면을 제출하지 아니하고 기일에 출석하지 아니하면 의제자백으로 처리됨
- 본안에 관한 답변서나 준비서면이 제출된 후 원고가 소를 취하하고자 하는 경우에는 피고의 동의를 얻어야 함(민사소송법 제239조 제2항)

## 4. 준비서면 작성 · 제출

### 가. 의 의

- 준비서면이라고 하는 것은 당사자가 변론에서 진술하고자 하는 사항을 미리 기재하여 법원에 제출하는 서면
  - 구술변론 시간의 단축, 진술내용의 정확한 파악, 진술에 대한 사전준비 등 소송절차의 능률성 제고를 위해 인정
- 준비서면은 이를 제출한 것만으로는 소송자료가 될 수 없으며, 변론기일에 진술하여야 비로소 소송자료가 됨
- 진술자는 준비서면의 내용을 일일이 읽을 필요없이
  - “소장을 진술합니다.”, “답변서를 진술합니다.”, ○월○일자 준비서면을 진술합니다.“, ”갑제1호증 ○○○, 갑제2호증 ○○○을 각각 제출합니다.“ 등으로 함

### 나. 기재사항

- 준비서면에는 다음 사항을 기재하고 당사자 또는 대리인이 기명날인(민사소송법 제248조)
  - 당사자의 성명, 명칭 또는 상호와 주소
  - 대리인의 성명과 주소
  - 사건의 표시
  - 공격 또는 방어의 방법
  - 상대방의 청구와 공격 또는 방어의 방법에 대한 진술

- 부속서류의 표시
- 연월일
- 법원의 표시

## 다. 종 류

- 석명에 관한 준비서면
  - 법원 또는 상대방의 석명에 대한 답변 또는 상대방에 대한 석명사항을 기재한 준비서면
- 상대방의 주장에 대한 인부와 공격, 방어방법에 관한 준비서면
  - 청구원인에 대한 이부 등은 대개 답변서에서 행하지만 소장 이외의 원고의 주장에 대한 인부 등은 준비서면에 기재하여 변론함
- ※ 원고가 자기의 청구를 이유 있게 하기 위하여 제출하는 일체의 재판자료를 공격방법이라 하고, 피고가 원고의 청구를 배척하기 위하여 제출하는 일체의 재판자료를 방어방법이라고 하는데, 이를 합하여 공격방어방법이라고 함
- 사정진술에 관한 준비서면
  - 자기의 주장이 정당하다고 하는 것을 설득하기 위한 요건사실을 추인할 간접사실을 주장하는 것
- 최종준비서면
  - 변론을 종결할 때 제출하는 준비서면으로서, 당사자가 소장, 답변서 기타의 준비서면 혹은 법정에서 구술로 진술한 사실상 및 법률상 주장과 상대방의 주장 및 항변에 대한 인부 등 당사자의 종래의 주장을 빠짐없이 망라한 것

## 라. 준비서면의 제출

- 준비서면도 답변서와 마찬가지로 상대방 수만큼의 부분을 첨부하여 변론기일 전에 제출
- 준비서면을 제출하며 변론기일에 출석하지 못하더라도 상대방이 출석하여 변론할 경우에는 제출한 준비서면에 기재된 사항은 진술한 것으로 간주(민사소송법 제137조, 제260조)
- 상대방이 불출석한 경우에도 준비서면에 기재한 사항은 그대로 진술할 수 있으며(민사소송법 제251조), 상대방은 그 사실을 자백한 것으로 간주당할 경우가 있을 수 있음

## 5. 변론기일 출석 및 변론

### 가. 재판정의 구조S

(가)	(나) 판사	(다) 재판장					(라) 판사	(마)
(바)	(사)	(아)	(자)	(차)	(카)	(타)	(파)	(하)
(거)	(터)	(피) 사무관		(고) 기록	(노) 서기		(도)	(로)
(너)		(허) (주사)						(모)
(더)	(구)	(누)	(두)	(루)	(무)	(부)	(수)	(보)
(러)							(후) 증인석	(소)
(머)	(우)	(주)	(추)	(쿠)	(투)	(푸)	(그)	(오)
(버)								(조)
(서)	(느)	(드)	(르)	(므)	(브)	(스)	(으)	(초)
(어)	(즈)	(즈) 원고변론석		(크) 피고변론석		(트)		(코)
(저)								(토)
(쳐)	(프)	(호)	(기)	(니)	(디)	(리)	(미)	(포)
(커)								(호)
(비)	(시)	(이)	(지) 방청석		(치)	(키)	(티)	

### 나. 변론요령

- 소송수행자는 변론기일소환장에 기재된 일시 또는 재판장이 고지한 일시에 법정에 출석하여 변론하여야 함
  - 불출석하거나 지정된 시간보다 늦게 출석하여 재판장의 사건 호명시에 변론석에 나오지 아니하면 경우에 따라 불이익 초래
- 법정에 출석하여 순서를 기다리다가 재판장이 사건 호명을 할 때 변론석으로 나가 변론을 하는 것이 원칙이나
  - 상대방이 소송대리인을 선임한 때에는 상대방 변호사석에서 순서를 기다리던 소송대리인이 자기 사건번호를 부르면서 변론석에 나설 때 곧 변론석으로 나가서, 재판장에게 “소송수행자 ○○○입니다.”라고 함
- 변론은 구두변론이 원칙이나, 실무상 서면변론의 형태로 운영
  - 재판장이 “원고는 소장을 진술하고, 피고는 답변서를 진술하지요.”라고 물으면 “예”라고 대답하고, 재판장이 “변론하시지요.”라고 말하면 “소장(답변서, ‘○○년, ○월, ○○일자 준비서면)을 진술합니다.”라고 함

#### 다. 진술간주

- 당사자 일방이 변론기일에 출석하지 아니하거나, 출석하여도 본안변론을 하지 아니한 때에는 제출한 소장, 답변서 기타 준비서면에 기재한 사항을 진술한 것으로 간주하고 출석한 상대방에 대하여 변론을 명할 수 있음(민사소송법 제137조)

#### 라. 雙不取下

- 당사자 쌍방이 변론기일 중 2회에 걸쳐서 불출석하거나 출석하여도 변론하지도 아니하고 1월 내에 기일지정 신청을 하지도 아니한 경우, 또는 그 기일지정 신청에 의하여 정해진 기일이나 그 후의 기일에 당사자 쌍방이 출석하지 아니하거나 출석하더라도 변론하지 않은 경우에는 소의 취하가 있는 것으로 의제(민사소송법 제241조)
- ※ 그러나, 원고가 변론기일소환장을 받지 못하여 불출석한 경우에는 불출석으로 보지 아니하므로 변론기일 전에 원고와 연락하여 출석여부를 확인하는 것이 재판의 신속한 진행과 소송수행에 편리하다.

## 6. 주장 및 입증책임

### 가. 주장책임

#### 1) 의 의

- 요건사실 내지 주요사실은 당사자가 주장하지 않으면 판결의 기초로 삼을 수 없고, 주장하지 아니한 사실은 없는 것으로 취급되어 불이익한 판단을 받게 되는 것을 말하며, 변론주의에 근거를 두고 있음
- 행정소송에 있어 법원은 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있도록 하고 있으나(법 제26조)
  - 이는 변론주의에 대하여 일부 예외를 인정한 것으로서 공익상 필요한 경우에는 원고의 청구범위를 유지하면서 기록에 현출된 범위 내에서 주장 외의 사실에 대하여도 판단할 수 있다는 의미

#### 2) 주장책임의 분배

- 주장책임의 분배는 원칙적으로 입증책임의 분배와 일치하므로 권리 근거규정의 요건사실은 원고가, 권리장애·멸각 및 저지규정의 요건사실은 피고가 각각

주장

- 다만, 처분 등 부존재확인소송과 같은 소극적 확인의 소에서는 부존재로 주장된 권리관계의 주장책임은 원고가 지고, 그 권리관계의 입증책임은 피고가 짐

## 나. 입증책임

### 1) 의 의

- 당사자가 재판에서 자기가 주장한 사실의 존재를 증명하지 아니하면 그 사실이 없는 것으로 처리되는 위험 또는 불이익
  - 즉, 양 당사자 중 어느 한쪽도 요증사실에 대한 결정적인 증거를 제출하지 못하였을 경우, 누구를 패소하게 할 것인가를 결정하는 기준이 되는 것을 말함
- 따라서, 입증책임 부담자는 진위불명의 경우 불이익한 판단을 받을 위험을 면하기 위하여 증거를 제출하는 등 입증활동을 하여야 함

### 2) 행정소송에서의 입증책임의 분배

- 취소소송에 있어서는 피고인 행정청이 당해 처분의 적법성에 대한 입증책임을 짐
- 무효등확인소송에 있어서는 원고가 당해처분의 무효사유에 대한 입증책임을 짐
- 부작위위법확인소송의 경우 “일정한 처분의 신청을 한 것”에 대하여 원고가 입증책임을 부담하며, 처분을 하여야 할 “법률상 의무”의 존부 및 “상당한 기간”의 판단은 구체적인 사안에 따르는 법률판단의 문제라 하겠으나, “상당한 기간”을 경과하게 된 것을 정당화할만한 특별한 사유에 대하여는 당해 행정청이 입증책임을 짐

## 다. 주장책임과 입증책임의 관계

- 주장책임과 입증책임은 동일한 문제의 양면으로 서로 대응하는 개념으로서 주장책임이 있는 당사자에게 입증책임도 있다 할 것임
- 변론주의의 결과 법원이 증인의 증언이나 그 밖의 증거에 의하여 주요사실을 알았다 하더라도 당사자의 주장이 없으면 원칙적으로 이를 기초로 심판할 수 없음
- 따라서, 당사자가 자신에게 유리한 주장을 하는 경우 이에 대한 입증이 있어야 함은 물론이고, 입증과정에서 유리한 사실이 드러나는 경우에도 이에 대한 별도의 주장을 하여야 함

## 7. 증 거

### 가. 의 의

- 증거신청은 당사자가 일정한 입증사항에 대하여 일정한 증거방법을 지정하고 그 조사를 법원에 대하여 요구하는 소송행위로서 당사자가 신청하는 증거조사에는 서증, 증인신문, 감정, 검증, 당사자신문 등이 있음

### 나. 책 증

#### 1) 의 의

- 서증이라 함은 문서를 열람하여 그에 기재된 의미내용을 증거자료로 하기 위한 증거조사를 말함
- 표찰, 도면, 사진등은 문서는 아니나, 뒤에 증거로 남기기 위해 작성된 경우에는 준문서로서 서증에 관한 규정이 준용(민사소송법 제335조)

#### 2) 서증의 신청방법

##### (가) 소지문서의 제출

- 거증자가 문서를 소지한 경우에 서증을 신청함에 있어서는 이를 법원에 직접 제출(민사소송법 제315조)
- 제출은 변론기일이나 준비절차기일에 있어서 현실로 제출할 것을 요하며, 준비서면에 첨부된 문서는 준비서면이 진술간주되어도 제출간주되지 않음
- 당사자간에 원본의 존재 및 성립에 관하여 다툼이 없을 때에는 사본을 서증으로 제출할 수 있지만, 그렇지 않으면 반드시 원본, 정본 또는 인증등본에 의하여야 함

##### (나) 문서제출명령 신청

- 거증자는, 상대방 또는 제3자에게 제출의무가 있고 그가 소지하고 있는 문서를 서증으로 신청함에 있어 법원에 그 제출명령을 신청할 수 있음(민사소송법 제315조 후단)
- 당사자가 소송에서 인용한 문서를 소지한 때, 신청자가 문서소지인에게 인도나 열람을 구할 수 있을 때, 문서가 신청자의 이익을 위하여 작성되었거나 신청자와 문서소지자 사이의 법률관계에 관하여 작성된 것일 때에는 문서소지자는 제출을 거부하지 못함(민사소송법 제316조)

- 당사자가 문서제출명령에 응하지 아니하는 때에는 법원은 문서에 관한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있음(민사소송법 제320조)

(다) 문서송부촉탁 신청

- 증거자는 문서제출 의무의 유무에 불구하고 문서소지자에게 그 문서의 송부를 촉탁할 것을 신청할 수 있음(민사소송법 제323조)
- 이는 실무상 관공서 또는 법인이 보관하는 문서를 이용하려고 할 때에 많이 이용
- 문서원본의 송부가 어려운 문서의 경우에는 실무상 문서의 원본 대신 그 인증등본의 송부촉탁이 이용됨(민사소송법 제326조 제1항)

(라) 법원외의 서증조사 신청

- 제3자가 소지하는 문서에 관하여 문서제출명령이나 문서송부촉탁을 할 수 없거나 하기 어려운 사정이 있는 경우에, 법원이 그 문서가 소재하는 장소에서 서증을 채용하는 절차(민사소송법 제268조 제1항)

※ 위 문서제출명령, 문서송부촉탁, 법원외의 서증조사를 신청하는 경우에는 아래에서 설명하는 검증, 감정신청의 경우와 같이 우선 변론기일에서 재판장에게 구두로 신청하여 재판장으로부터 채택결정을 받은 후 법원에 신청서를 접수하여야 하고, 신청인이 제출 또는 송부된 문서중 필요한 부분을 등·사본하여 소지 문서 제출의 경우와 같이 서증으로 제출함

3) 서증의 제출방법

- 원고가 제출하는 서증(증거서류)은 갑호증, 피고가 제출하는 서증은 을호증이라 하며, 제출순에 따라 번호 부여(민사소송규칙 제73조 제2항)
- 행정처분의 적법성 또는 전심절차의 미경유 사유 등을 입증하기 위한 서증을 제출할 경우 서증은 문서별, 작성명의자별, 내용별 등으로 적절하게 구분하여 호증번호를 부여하고, 관련문서(결정결의서, 기안문과 부속서류 등)인 경우에는 가지번호를 부여(예 : 을 제1호증의1, 2, 3)
- 행정처분과 관련된 조례, 예규, 통첩, 지침 등은 서증으로 하고, 법령·시행규칙은 참고자료로 제출
- 증거서류는 목록표를 작성한 후 이를 표지로 하여 법정에서 직접제출(을 제1호증 행정심판 재결, 을 제2호증 결정...)
- 이미 제출한 서증 외의 서증을 추가로 제출할 때에는 호증번호의 계속성을 유

지(이미 을 제4호증까지 제출한 경우, 을 제5호증부터 순차부여)

- 증거서류 제출시에는 상대방 당사자의 수에 1을 더한 수(재판부 및 상대방용)의 사본을 함께 제출(민소소송규칙 제72조 제1항)
- 증거서류로 사본을 제출하는 경우에는 그 사본에 ‘원본대조필’ 또는 ‘위 사본임’이라고 기재하고 확인자가 기명날인 후 제출

#### 4) 서증제출의 시기

- 수시제출주의(민사소송법 제136조) 하에서는 실기한 공격방어방법으로 불이익을 입지 않는 한도에서 서증의 제출시기에는 제한이 없다고 하겠으나 다만, 즉시제출의 요청이 강조됨에 따라 서증의 조기제출이 보다 바람직스럽다 할 것임

#### 5) 서증인부

##### (가) 의 의

- 상대방이 서증으로 제출한 문서에 대하여 진정성립(작성명의자가 작성한 것인지)과 입증자료로 적합한지(즉, 그 기재가 진실하고 입증사항과 관련된 것인지) 여부에 관하여 당사자의 의견을 개진하는 것을 말함

##### (나) 종 류

- 성립인정
  - 작성명의자에 의하여 진정하게 작성된 문서로 인정하는 것을 의미
  - 다만, 공문서는 성립인정을 하지 아니하여도 문서의 방식과 취지에 의하여 공무원이 직무상 작성한 것으로 인정되는 때에는 진정한 공문서로 추정(민사소송법 제327조 제1항)
- ※ 공문서라 하더라도 출처가 불분명하거나 작성자가 권한이 없는 사항에 관하여 작성한 경우 등에는 부지라고 할 수 있음
- 또한 사문서의 경우에도 그 문서에 있는 본인 또는 대리인의 서명이나 날인이 진정한 것임을 증명하면 진정한 문서로서 추정(민사소송법 제329조)
- 부 지
  - 작성명의자에 의하여 작성된 것인지, 다른 사람에게 의하여 작성된 것인지 모르겠다고 하는 것
- 부 인
  - 작성명의자에 의하여 작성되지 않았다거나, 위조되었다고 하는 것
- 공성부분 인정

- 내용증명처럼 공문서인 우편 일부인과 사문서인 문서내용이 혼합되어 있는 경우에 공문서 부분만 성립을 인정하는 것
- 성립인정, 입증취지 부인
  - 작성명의자에 의하여 작성된 것은 인정하되, 그 기재내용이 당해 사건의 입증자료로서 부적합하다고 하는 것
- 성립인정, 이익으로 원용
  - 상대방이 제출한 것이지만 오히려 그 내용이 자신의 주장에 부합하여 자신을 위한 증거자료로 원용하는 것

#### (다) 유의사항

- 재판장이 변론기일에 상대방의 서증에 대하여 인부 하라고 하면 그 자리에서 인부하기 보다는 ‘나중에 서증인부표를 제출하겠습니다’ 또는 ‘다음 기일에 인부하겠습니다’라고 말한 후, 충분히 검토하여 다음 기일에 인부하는 것이 안전(등기부등본과 같은 단순한 공문서는 제외)
- 서증을 신청함에 있어서는 반드시 문서의 작성명의자를 밝히지 않으면 안되며, 작성명의자가 표시되어 있지 아니한 메모 등은 작성명의자의 이름을 표시한 뒤에 제출
- 사문서의 경우에는 자기나 대리인의 서명날인이 있는 것에 대하여는 부지라고 할 수 없고, 부인 또는 성립인정이라고 하여야 함(대법 64.9.22, 64다447)
- 사문서의 진정성립을 인정하는 진술은 자백과 같이 처리되므로 그 인부에 신중을 기하여야 하며, 침묵하고 있으면 의제자백이 성립되고 원용 역시 성립인정으로 간주됨을 주의
- 서증이 많은 경우 인부표를 작성하여 제출
- 사문서의 진정성립에 대하여는 거증자측에 입증책임이 있으므로 상대방이 부지, 부인한 문서나 위조, 변조, 강박 등에 의하여 작성된 것이라고 주장하는 문서에 대하여는 거증자가 증인신문 등의 방법으로 진정성립을 입증

### 다. 證人訊問

#### 1) 의 의

- 증인의 증언으로부터 증거자료를 얻는 증거조사를 증인신문이라고 함
- 당사자, 법정대리인 및 당사자인 법인등의 대표자 이외의 자는 모두 증인이 될 수 있음
- 법원은 서면에 의한 진술로 충분하다고 인정하는 때에는 상대방의 이의가 없는

한 증인으로 하여금 출석증언에 갈음하여 신문사항에 대한 답변을 기재한 공정  
증서 정본을 제출하게 할 수 있음(민사소송법 제281조의2)

## 2) 증인신문의 신청절차

- 증인신문의 신청은 변론기일 전에 증인신문신청서를 법원에 제출하여 할 수도 있으나 일반적으로 변론기일에 구술로 함
- 증인신문 신청이 채택된 때에는 신청한 당사자는 증인신문기일 10일 전까지 증인신문사항을 기재한 서면 4통(상대방 당사자가 2인 이상인 때에는 그 수에 3을 더한 통수)을 법원에 제출(민사소송규칙 제61조 제1항)
  - 신문사항 4통 중 1통은 기록에 가철되고, 1통은 참여사무관용이고, 1통은 증인소환장과 함께 증인에게 송달되고, 나머지 1통은 상대방 당사자에게 교부됨

## 3) 증인 신문요령

- 요건사실과 관련된 질문만을 할 것
- 질문은 1문 1답식으로 짧게 잘라서 할 것(질문요지 명쾌)
- 체험적 사실관계를 질문할 것(증인의 생각이나 사물의 이치를 질문함은 무용)
- 용어는 일상적인 회화체를 사용하고, 전문용어는 그 뜻을 이해시킨 후 사용할 것
- 증인의 성격, 교양정도, 표현능력 등을 잘 파악한 다음 질문할 것
- 신문예정시간 내에 신문을 마치도록 분량을 조절할 것
- 조서작성이 용이하도록 신문할 것
- 신문도중에 서면, 도면 등을 제시하거나 서증을 인용할 때에는 법원사무관에 게도 이를 보여 확인시키면서 신문할 것

## 4) 증인신문의 순서

- 증인을 신청한 당사자가 먼저 증인을 주신문하고, 이어서 상대방이 반대신문을 하며 계속하여 재주신문, 재반대신문, 재재주신문 등이 허용됨(민사소송법 제298조, 민사소송규칙 제65조)
- 다만, 재주신문까지는 재판장의 허가를 얻을 필요가 없으나, 그 이후의 경우에는 재판장의 허가가 있어야 함(민사소송규칙 제65조 제2항)

## 5) 반대신문

### (가) 반대신문권의 부여

- 증인에 대하여는 상대방에게 반대신문권이 부여되어 있음(민사소송규칙 제65조 제1항)
- 거증자가 증인신문사항서를 늦게 제출하여 상대방이 반대신문의 준비가 불가능하게 된 경우 상대방은 이를 내세워 증인신문의 실시를 저지할 수 있음

### (나) 반대신문의 범위

- 주신문의 경우에는 자기에 유리한 증언을 끌어내려는 입장에서 신문을 하기 때문에, 반대신문에 의하여 그 증언의 진실성이 탄핵될 필요가 있음
- 반대신문은 주신문에 나타난 사항, 이에 관련된 사항 및 증언의 신빙성에 관한 사항에 한정(민사소송규칙 제67조 제2항)

### (다) 반대신문의 방법

- 『단순한 신문』은 비유도적으로 행하여지는 것으로 신문자가 이미 그 대답을 알고 있거나 그 대답이 별로 중요하지 않을 때 사용
- 『힐문조의 신문』은 공격적이며 유도적으로 행하여지는 것으로 극적인 효과가 있어 일반적으로 애용되는 방법
- 『기대적 신문』은 유도적이지만 공격적이지 않는 것으로 증인이 최선의, 혹은 가장 적절한 행동을 취하였을 것을 기대하면서 실인즉 증인이 그와 같은 행동을 하지 못하였다는 대답을 하게 함으로써 탄핵의 효과를 높이려는 방법
- 그때 그때의 상황에 따라 혼용하여 반대신문의 효과를 극대화

### (라) 반대신문의 요령

- 변론기일 이전에 상대방에게 연락하여 증인신문사항(주신문)을 미리 교부받음
- 사건기록과 관계자료를 정사하여 사건의 내용과 증거방법을 정리하고 재검토하는 동시에 증인이 당해 사건에서 차지하고 있는 지위 및 역할을 확인, 반대신문에 필요한 자료를 수집·조사
- 증인신문사항을 검토하여 핵심내용을 확인하고 반대신문사항 4통(상대방이 2인 이상이면 그 수에 3을 더한 통소)을 준비하였다가 2통은 반대신문 직전에 재판부에게, 나머지는 상대방에게 교부
- 증언의 신빙성을 탄핵하는 경우에는 간접적, 정황적, 우회적인 방법으로 하는 것이 효과적이며, 탄핵증거가 있는 경우에는 최대한 활용
- 특히 증인의 증언이 피고측에 불리한 결정적 증거가 되는 경우가 많으므로 반대신문의 경우 신중한 주의

- 증언과 반대되는 증거가 있으면 이를 적극 제시해가면서 신문

## 라. 조사의 촉탁(사실조회)

### 1) 의 의

- 법원이 공무소, 학교, 회사 등 공사의 단체에 대하여 특정사항의 사실에 관한 보고를 구하게 하는 절차
- 민사소송법 제266조에는 조사의 촉탁이라고 규정하고 있으나 실무상으로는 사실조회라고 함
- (예) 관공서에 대하여 어떤 규제조치의 일시나 내용 등에 대하여 사실조회를 실시하는 경우

### 2) 사실조회 절차

- 변론기일에 간략하게 구두로 사실조회를 신청하여 재판부에서 채택하는 결정을 하면 그 후 사실조회신청서를 제출
- 변론기일전에 법원에 조회결과를 알아보고 그 내용이 입증에 도움이 된다면 변론기일에 조회결과를 증거로 원용한다고 진술

## 마. 검증·감정

### 1) 개 념

#### (가) 검 증

- 법관이 그 오관의 작용에 의하여 직접적으로 사물의 성상, 현상을 검사하여 그 결과를 증거자료로 하는 증거조사
- 대상 : 토지가옥 현황, 사고현장, 상처 등

#### (나) 감 정

- 특별한 학식, 경험을 가진 전문가의 판단을 소송상 보고시켜 법관의 판단능력을 보충하는 증거조사
  - 다만, 감정에는 대개 비용이 많이 소요되므로 감정요청은 신중
- 대상 : 교통사고의 원인, 노동능력의 상실정도, 필적 또는 인영의 동일성, 토지 또는 가옥의 시가 등
- (예) 변상금부과처분취소청구소송의 경우 점유현황은 검증에 의하고, 점유토지의 지적도상 위치 및 면적은 감정에 의함

## 2) 검증, 감정신청

- 우선 변론기일에 구두로 재판장에게 검증 등을 신청(이때 신청취지를 설명한다)하여 재판장의 채택결정을 받음
- 재판장에 의해 신청이 채택되면 변론기일 후 법원에 검증 등의 신청서를 제출
- ※ 특히 상대방의 감정결과에 대하여 이의가 있는 경우에는 즉시 재판부에 이의를 제기하고 재감정을 신청해야 함

## 바. 당사자신문

- 당사자 본인신문은 서증, 증인신문 등 다른 증거방법에 의하여 법원이 심증을 얻지 못한 경우에 한해 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 허용되는 보충적 증거조사 방법(민사소송법 제399조)

## 8. 변론종결

- 통상 ‘決心’이라고 부르며, 일반적으로 결심 후 2주 내지 4주후에 선고기일이 지정되어 판결선고가 있게 됨
- 변론종결은 당사자의 변론행위 즉 주장 및 입증행위의 종결을 의미하는 것이며, 당해 심급은 중국판결정본이 송달된 때에 종료

## 9. 집행정지

### 가. 의 의

- 취소소송의 제기는 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니함(법 제23조 제1항)
- 그러나 처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 “회복하기 어려운 손해를 예방”하기 위하여 “긴급한 필요”가 있다고 인정되고 “공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 없는 때”에는 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 집행정지 결정을 할 수 있음(법 제23조 제2항 및 제3항)
- 민사소송법상의 가처분과는 ① 정지요건을 달리하고, ② 본안소송의 계속 중에만 가능하고, ③ 보전조치의 내용이 집행정지라는 소극적 현상동결에 그치며, ④ 법원의 직권으로도 가능한 점에서 차이가 있음

## 나. 답변서 및 준비서면의 작성

- 법원으로부터 집행정지신청서 부분 및 소환장이 송달되면 본안사건과 마찬가지로 행정소송사건처리부에 등재하고 원칙적으로 본안사건의 수행자를 소송수행자로 지정하여 본안사건의 예에 따라 응소
  - 집행정지의 신청이 있는 경우 및 그에 대한 법원의 결정이 있는 경우에는 즉시 이를 소관 검찰청에 보고
- 관계기록 등을 참고하여 본안 신청의 부당성, 집행정지신청 요건의 결여, 집행정지결정을 하여서는 아니되는 사유 등을 적시하여 답변서를 작성한 후 법원에 제출
  - 필요한 경우에는 변론기일에 앞서 준비서면을 작성·제출
- 집행정지신청사건에 있어 법원은 통상 단 1회의 변론 후에 집행정지 여부의 결정을 하게 되므로, 주장 및 소명자료 제출의 기회를 잃는 일이 없도록 주의

## 다. 효 력

- 처분 등의 효력정지는 행정행위의 공정력을 바탕으로 한 당해 처분 등의 구속력을 일응 정지시킴으로써 당해 행정처분 등이 없었던 것과 같은 상태를 실현
- 집행정지의 효력은 당사자인 행정청 뿐만 아니라 관계행정청과 제3자에게도 미치는 것으로 보아야 함
- 집행정지의 효력은 당해 결정의 주문에 정하여진 시간까지만 존속하며 그 시기의 도래와 동시에 효력이 당연히 소멸

## 라. 불 복

- 집행정지의 결정, 집행정지신청기각의 결정, 집행정지 결정의 취소결정에 대하여는 결정고지일로부터 1주일 이내에 즉시항고할 수 있음(법 제23조 제5항, 민사소송법 제414조)

# 10. 소송의 종료

## 가. 의 의

- 소송은 법원의 종국판결이나 소의 취하, 재판상의 화해, 청구의 포기·인낙 등에 의해 종료
- 소송이 일단 종료되면 각 종료사유의 효력에 따라 더 이상 다룰 수 없게 되는

- 등 제약을 받게 되므로
- 소송수행자로서는 불리한 상황에서 소송이 종료되는 일이 없도록 주의

## 나. 판결선고

### (1) 판결의 종류

#### (가) 소송판결(각하판결)

- 소송의 제기요건의 결여로 본안의 심리를 거부하는 판결
- 원고는 결여된 요건을 보완하여 다시 소를 제기할 수 있음

#### (나) 기각판결

- 본안심리 결과 원고의 청구가 이유없다고 하여 배척하는 판결
  - 행정소송의 대상인 처분 등에 위법성이 없는 경우, 또는 행정소송 제기 후에 소의 대상이나 소의 이익이 소멸된 경우에 한함
- 다만, 예외적으로 원고의 청구가 이유있는 경우라도 기각판결을 할 수 있는데, 이를 사정판결이라 함(법 제28조)

※ 사정판결은 취소소송에만 허용될 뿐 무효등확인소송이나 부작위 위법확인소송에는 적용되지 않음

#### (다) 인용판결

- 확인판결
  - 일정한 법률관계나 법률사실의 존부를 확정하는 판결
  - 당사자소송에 그 예가 많으나, 항고소송중 무효확인소송과 부작위위법확인소송에 있어서의 인용판결은 그 형식상 확인판결임
- 형성판결
  - 일정한 법률관계를 새로이 형성, 변경 또는 소멸시킴을 내용으로 하는 판결
  - 취소소송에서의 인용판결(처분 등을 취소, 변경하는 판결)이 이에 해당
- 이행판결
  - 국가·공공단체 기타 행정청에 대하여 일정한 행위를 할 것을 명하는 판결
  - 당사자소송에 있어서의 인용판결에서 일반적으로 볼 수 있음

### (2) 판결의 효력

#### (가) 자박력(불가변력)

- 선고법원 자신도 판결의 내용을 취소·변경할 수 없는 효력

(나) 확정력

○ 형식적 확정력(불가쟁력)

- 상고의 포기, 모든 심급을 거친 경우 혹은 상고제기기간 등의 경과로 인해 더 이상 판결을 상고로써 다툴 수 없게 되는 효력

○ 실질적 확정력(기판력)

- 판결이 불가쟁력을 발생하게 되면 그 후의 절차에서 동일사항이 문제되는 경우에도 당사자는 기존 판결에 반하는 주장을 할 수 없고, 법원도 그것에 반하는 판단을 할 수 없는 구속을 받는 효력

(다) 형성력

- 취소소송에서의 인용판결이 확정되면 행정청에 의한 특별한 의사표시 내지 절차없이 당연히 행정상 법률관계의 발생·변경·소멸의 효과를 가져오는 효력

(라) 기속력

- 처분 등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그밖의 관계 행정청을 기속하는 효력(법 제30조 제1항)

○ 소극적인 관점에서의 기속력(반복금지효)

- 당사자인 행정청은 물론 그밖에 관계 행정청(예 : 재결 취소소송에서 원처분청)도 확정판결에 저촉되는 처분을 할 수 없음
- 반복금지에 위반한 행위는 무효가 됨(대판 1990.12.11, 90누3560)
- 다만, 확정판결에 적시된 위법사유(형식, 절차 등)를 보완하여 행한 새로운 처분은 별개의 처분으로 기판력에 저촉되지 않음

○ 적극적인 관점에서의 기속력(재처분 의무)

- 행정청이 판결의 취지에 따른 처분을 하여야 함을 의미
- 거부처분 취소판결의 경우, 신청에 다른 처분이 절차의 위법을 이유로 취소되는 경우 행정청에 재처분 의무 부과(법 제30조 제2항, 제3항0)

(마) 집행력(간접강제)

- 통상 이행판결에서 명령된 이행의무를 강제집행절차로써 실현할 수 있는 효력을 의미

- 형성판결인 취소판결에서는 성질상 집행력이 인정되지 않는 것이 원칙이나, 행정소송법은 거부처분 취소판결의 간접강제를 인정(법 제34조 제1항)

- 행정청이 제30조 제2항의 규정(거부처분 취소판결의 재처분 의무)에 의한 처분을 하지 아니하는 때에는
- 제1심 수소법원은 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 상당한 기간을 정하고 행정청이 그 기간내에 이행하지 아니하는 때에는

- 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상을 할 것을 명할 수 있음
- ※ 간접강제제도는 부작위위법확인소송에도 준용(법 제38조 제2항)

## 다. 소의 취하

### 1) 의 의

- 원고가 제기한 소의 전부 또는 일부를 철회하는 법원에 대한 단독적 소송행위로서, 서면 또는 기일에 출석하여 구두로 할 수 있음(민사소송법 제239조 제3항)
- 피고가 본안에 관한 준비서면을 제출하거나 준비절차에서 진술하거나 변론을 한 후에는 피고의 동의를 얻어야 함(민사소송법 제239조 제2항)
  - 소송수행자는 소 취하 동의여부에 대하여 소관 검찰청의 담당검사의 지휘를 받아야 함(이러한 지휘를 받지 아니하고 소 취하에 동의하거나 기간 내에 아무런 이의 제기를 하지 않아 소 취하 동의간주가 되는 경우 소송수행해태가 되므로 특히 주의 요망)
- 피고가 소취하서를 송달받거나 기일에 출석함으로써 취하한 것을 안 때에는 그 취하일로부터 2주일 내에 이의를 제기하지 않으면 소취하에 동의한 것으로 봄(민사소송법 제239조 제6항)

### 2) 소취하 의제(쌍불취하)

- 당사자 쌍방이 변론기일 중 2회에 걸쳐서 불출석하거나 출석하여도 변론하지도 아니하고 1월내에 기일지정 신청을 하지도 아니한 경우, 또는 그 기일지정 신청에 의하여 정해진 기일이나 그 후의 기일에 당사자 쌍방이 출석하지 아니하거나 출석하더라도 변론하지 않은 경우에는 소의 취하가 있는 것으로 의제(민사소송법 제241조)
- 따라서, 소송수행자는 변론기일에 결석하는 일이 없어야 하고 설령 기일에 출석하더라도 아무런 변론을 하지 아니하는 경우 쌍방불출석으로 처리될 가능성이 있는 점 등에 유의하여 충실한 변론을 하도록 노력

## 라. 청구의 인낙·포기·소송상의 화해

### 1) 의 의

- “청구의 포기”라 함은 별론 또는 준비절차에서 원고가 자기의 청구가 이유 없음을 자인하는 법원에 대한 일방적 의사표시

- “청구의 인낙”이라 함은 피고가 원고의 소송상의 청구가 이유 있음을 자인하는 법원에 대한 일방적 의사표시
- “소송상 화해”라 함은 소송계속 중 당사자 쌍방이 소송물의 권리관계의 주장을 서로 양보하여 소송을 종료시키기로 하는 기일에 있어서의 합의
- 청구의 포기·인낙조서, 화해조서는 확정판결과 동일한 효력(민사소송법 제206조)

## 2) 행정소송에 있어서 인정여부

- 학설은 행정소송의 처분 등의 공익성, 직권주의, 행정소송의 확정판결의 대세적 효력 등을 근거로 부정적인 견해가 유력
- 다만, 판례는 귀속재산임대차계약체결의 화해를 인정한 사례가 있음(대판 1995. 9.2, 4287행상59)

# 11. 판결선고후의 조치

## 가. 재판결과 보고

- 행정청의 장은 판결문을 송달받았을 때에는 지체없이 판결문 사본을 소정의 양식에 첨부하여 소관 검찰청의 검사장에게 보고(국가를당사자로하는소송에관한법률시행령 제10조, 동법시행규칙 제18조)

## 나. 행정청 승소시

- 판결문을 송달받은 날로부터 2주일이 경과되면 소송수행자는 즉시 법원에 문의하여 원고가 항소하였는지 여부 확인(대법원 홈페이지 사건검색을 통해 수시로 진행상황 확인 필요)
- 원고가 항소를 한 경우에는 법원으로부터 항소제기증명원을, 원고가 항소하지 아니한 경우에는 법원으로부터 판결확정증명원을 발급받아 소정의 양식에 첨부하여 소관 검찰청의 검사장에게 보고(동법시행규칙 별지32호서식)

## 다. 행정청 패소시

- 항소제기 여부에 대한 지휘품신
  - 행정청의 장은 판결문을 송달받은 때에는 항소제기 또는 항소포기의 의견을 별지32호 서식에 기재하여 소관 검찰청의 담당검사에게 지휘품신, 지휘내용에 따라 처리

- 지휘품신 구비서류에는 상소제기(포기) 의견서 및 이유서, 상소제기요약서, 패소원인분석표, 판결문 사본2부를 첨부
- 항소제기 지휘가 있는 경우
  - 항소기간(판결문이 송달된 날로부터 2주일)내 제1심법원에 항소장 제출
  - 항소장을 제출한 때에는 항소장을 사본하여 소정의 양식에 첨부하여 소관 검찰청의 검사장에게 보고
- 항소포기 지휘의 경우
  - 항소기간 만료로 판결이 확정되고 행정청의 장은 법원으로부터 판결확정증명원을 발급받아 소관 검찰청의 검사장에게 별지32호 서식에 의거 보고

## 라. 소송비용

- 행정소송비용은 민사소송법의 일반원칙에 따라 패소자가 부담(민사소송법 제89조), 원고의 청구가 일부인용된 경우에는 각 소송당사자가 인용율에 따라 부담(동법 제92조)

### Ⅲ. 上訴審 訴訟修行

#### 1. 抗訴審 訴訟修行

##### 가. 항소의 개념

- 제1심의 종국판결에 대한 사실심의 상소로서, 직근 상급법원에의 불복신청(민사소송법 제360조)
  - 사실인정의 부당은 물론 법령위반도 항소이유가 됨
- 지방법원 단독판사의 1심판결에 대하여는 지방법원 합의부, 지방법원합의부의 제1심 판결에 대하여는 고등법원이 항소법원

##### 나. 항소의 제기

###### 1) 항소장의 제출

- 제1심 판결문정본을 송달받은 날로부터 2주일 내에 소송수행자지정서 및 예납송달료 납부서 등을 첨부하여 항소장을 제1심법원에 제출
- 항소장은 피항소인 수만큼의 부본을 첨부하여 제출

###### 2) 항소장의 기재사항

- 당사자와 법정대리인 이외의 제1심판결의 표시와 그 판결에 대한 항소의 취지를 필요적으로 기재(민사소송법 제367조 제2항)
- 불복의 범위와 이유기재는 임의적이며, 그 기재가 있으면 준비서면을 겸하게 됨(민사소송법 제368조)
  - 따라서 불복의 범위와 이유는 변론시에 진술하여도 무방(불변기일인 항소기간을 도과하지 않도록 특히 주의하여야 하며, 시일이 촉박한 경우 우선 항소장만 제출하고 항소이유는 추후에 준비서면으로 자세하게 진술하는 것이 바람직)
- 항소장의 인지액은 제1심소장의 1.5배액으로 하되, 항소로서 불복하는 범위의 소송물가액을 기준으로 함(민사소송등인지법 제3조, 민사소송등인지규칙 제25조)

##### 다. 항소의 취하

- 항소의 취하는 항소제기후 항소심의 종국판결선고 전까지 할 수 있음(민사소송

법 제363조 제1항)

- 소의 취하가 종국판결의 확정시까지 가능한 것과 달리, 항소심의 판결선고 후에는 항소의 취하가 허용되지 않음
- 소의 취하와 달리 항소의 일부취하는 허용되지 않으며, 항소취하는 상대방의 동의가 필요 없음(민사소송법 제363조 제2항)
- 2회에 걸쳐 항소심의 변론기일에 당사자 쌍방이 출석하지 아니한 때에 1월 이내에 기일지정신청이나 기일지정신청에 의하여 정한 기일에 출석하지 아니한 때에는 항소취하가 있는 것으로 봄(민사소송법 제241조 제4항)

## 라. 항소심 수행절차

- 제1심 소송수행절차와 동일
- 소송수행자의 재지정
  - 심급마다 수행자를 지정하여야 하므로, 제1심에서 소송수행자를 지정하였어도 항소심에서 다시 지정하여 법원에 지정서를 제출하여야 함
  - 특별한 사유가 없는 한 제1심 소송수행자를 다시 지정
- 소관 검찰청의 소송지휘
  - 항소심법원이 지방법원인 경우는 관할 지방검찰청, 고등법원인 경우는 관할 고등검찰청이 소송지휘 기관
  - 하급검찰청에 계속 수행지시를 내린 경우는 하급검찰청에 소송진행 상황보고 및 당해 검찰청의 지휘

## 마. 항소심 판결선고후의 조치

- 제1심 판결선고후의 조치에 준하여 처리
  - 재판결과를 소관 검찰청 검사장에게 보고
  - 행정청 승소시는 판결문 송달일로부터 2주후 상대방의 상고여부 확인
  - 행정청 패소시는 소관 검찰청의 담당검사에게 상고여부에 대한 지휘품신후 처리 등

## 2. 上告審 訴訟修行

### 가. 상고의 의의

#### 1) 상고의 개념

- 항소심의 종국판결에 대한 법률심에의 상소로서, 대법원에의 불복신청

- 고등법원이 2심으로 한 판결과 지방법원 합의부가 제2심으로 한 판결이 상고의 대상(민사소송법 제393조 제1항)

## 2) 상고이유

- 상고는 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있는 때에 한함
- 절대적 상고이유(민사소송법 제394조 제1항)
  - 법률에 의하여 판결법원을 구성하지 아니한 때
  - 법률에 의하여 판결에 관여할 수 없는 판사가 판결에 관여한 때
  - 전속관할에 관한 규정에 위배한 때
  - 법정대리권, 소송대리권 또는 대리인이 소송행위에 특별수권의 흠결이 있는 때
  - 변론공개에 규정을 위배한 때
  - 판결에 이유를 명시하지 아니하거나 이유에 모순이 있는 때

## 나. 상고의 제기

### 1) 상고장의 제출

- 상고의 제기는 원판결문 송달 후 2주일 이내에 상고장을 원심법원에 제출(민사소송법 제366조, 제395조)
- ※ 상고심에서 원판결문은 2심 판결문을, 원심법원은 2심법원을 말함
- 상고장의 기재는 항소장에 준하지만, 인지액은 소장의 2배이며, 상고장의 송달비용의 예납(8회분)을 요함
- 상고장부분은 상대방의 수만큼 제출

### 2) 소송기록의 송부와 접수통지

- 상고장에 형식적 불비가 있어 원심재판장이 보정명령을 한 때를 제외하고는 원칙적으로 원심법원은 상고장이 제출된 날로부터 2주일 내에 상고기록을 상고법원에 송부
- 상고의 취하, 상고권의 포기, 소의 취하도 원심법원에 대해 함
- 상고법원이 소송기록의 송부를 받은 때에는 지체없이 당사자에게 접수통지(민사소송법 제396조)

### 3) 상고이유서의 제출

- 상고인이 상고장에 상고이유를 기재하지 않은 때에는 접수통지를 받은 날로부터

- 터 20일내에 상고법원에 상고이유서를 제출(민사소송법 제397조)
- 상고인이 제출기간 내에 상고이유서를 제출하지 아니한 때에는 상고법원은 변론 없이 상고를 기각하여야 함(민사소송법 제399조)
  - 상고이유를 기재함에 있어서는 원판결의 법령위배의 사유, 법령의 조항 또는 내용, 절차위반의 사실 등을 구체적으로 명시
    - 구체적이고 개별적으로 명시하지 않으면 상고이유의 불제출로 취급(대법 1983.11. 22, 82누297)
  - 적법한 상고이유가 아닌 경우(예시)
    - 원판결에 사실오인 내지 채증법칙의 위배가 있다고만 적시된 경우(대법 1974. 5. 28, 74사4)
    - 억울한 사정을 호소한 것에 불과한 진정서(대법 1981.5.26, 81다494)
    - 다른 서면의 기재내용을 원용한 경우(대법 1988.4.12, 87다카844)
    - 자기에겐 불리한 주장(대법 1983.6.28, 82다카1767)

#### 다. 상고제기에 대한 답변서 제출

- 상고법원으로부터 상대방의 상고이유서가 송달되면 10일 이내에 답변서를 제출(민사소송법 제398조 제2항)
  - 상고심은 법률심이므로, 원고가 상고한 경우 상고이유가 없다면 피고인 행정청에서 굳이 답변서를 제출하지 않더라도 대법원이 상고를 기각할 것이므로 답변서 제출이 필수적인 것은 아님
  - 그러나, 기존 소송수행 결과를 정리하고 법률적 쟁점에 대한 행정청의 입장을 명확히 전달한다는 차원에서 답변서를 제출하는 것이 바람직

#### 라. 상고심 수행절차

- 항소제기 절차 및 항소심 소송수행절차와 원칙적으로 동일
- 다만, 상고심은 법률심으로서 상고장, 상고이유서, 답변서, 기타 소송기록에 의하여 변론 없이 판결할 수 있으므로(민사소송법 제400조)
  - 소송수행자는 상고이유서 또는 답변서의 제출에 그치는 경우가 대부분
- 소송수행자의 재지정
  - 항소심에서와 같이 소송수행자를 재지정해야 함
- 소관 검찰청의 지휘
  - 상고심의 경우는 검찰총장이 소송지휘기관임
  - 하급검찰청에 계속 수행지시를 내린 경우는 하급검찰청이 소송지휘

## 마. 판결선고후의 조치

- 판결결과를 검찰총장에게 보고

## 3. 抗告審 訴訟修行

### 가. 항고의 의의

#### 1) 항고의 개념

- 항고의 판결 이외의 재판인 결정·명령에 대한 불복제도로 하급법원의 결정 또는 재판장의 명령에 대하여 불복당사자가 상급법원에 그 취소 또는 변경을 구하는 신청제도  
(예) 행정소송에서는 원고의 집행정지결정신청에 대하여 법원이 집행정지를 결정한 경우 그 결정에 대하여 상급법원에 불복신청, 당사자소송 또는 민사소송에서는 국, 공유재산에 대한 명도단행가처분신청 등의 보전처분 신청에 대한 결정에 대하여 불복신청하는 경우가 주된 예시임
- 항고는 모든 결정·명령에 대해 허용되는 것이 아니라 법률에 특히 정한 경우에 한함
  - 소송절차에 관한 신청을 기각한 결정·명령에 대한 항고(민사소송법 제409조), 집행정지의 결정 또는 기각의 결정에 대한 즉시항고(행정소송법 제23조 제5항)

#### 2) 항고의 종류

- 통상항고·즉시항고
  - 통상항고(보통항고)는 항고제기 기간에 제한이 없는 항고
  - 즉시항고는 1주일의 불변기간내에 제기하는 항고(민사소송법 제414조)
- 최초의 항고·재항고
  - 재항고는 최초의 항고에 대한 항고법원의 결정과 고등법원 또는 항소법원의 결정·명령에 대한 항고(민사소송법 제412조)
- 일반항고·특별항고
  - 특별항고는 불복신청을 할 수 없는 결정·명령에 대하여 비상구제책으로 대법원에 하는 항고(동법 제420조)
  - 특별항고에 대해 그렇지 않은 항고를 일반항고라 함

## 나. 항고의 제기

### 1) 항고장 제출

- 항고는 원심법원에 항고장이라는 서면의 제출로 함(민사소송법 제415조)
  - 항고장에는 항고인, 원결정 또는 명령의 표시, 불복의 취지를 기재
- 항고기간은 즉시항고 또는 특별항고의 경우에만 정해져 있는데, 원재판을 고지한 날로부터 1주일 내에 제기해야 함
- 항고장에는 민사소송등인지법 제11조 소정의 인지를 붙여야 함

### 2) 항고제기의 효과

- 원심법원은 스스로 항고의 당부를 심사할 수 있으며, 이유 있다고 인정하는 때에는 그 재판을 경정할 수 있음(민사소송법 제416조 제1항)
- 원심법원이 항고를 부적법 또는 이유 없다고 인정하는 때에는 의견서를 첨부하여 사건을 항고법원에 송부
- 즉시항고가 제기되면 일단 발생한 결정·명령의 집행력이 정지

## 다. 항고심 수행절차

- 항고심 소송절차는 항소절차가 준용되고, 재항고의 소송절차는 상고절차가 준용(민사소송법 제413조)
- 변론 개최여부는 항고법원의 자유재량에 속하며, 당사자는 새로운 사실·증거를 제출할 수 있음
- 소송수행자의 재지정, 소관 검찰청의 소송지휘 등

## [참고] 소송수행시 주의사항

### 가. 검찰청과의 협조관계 유지

- 검찰청은 법의 집행과 해석, 쟁송과 관련하여 일반 행정기관에 비해 보다 많은 전문지식과 사례 등을 축적하고 있으므로
- 소송을 수행하면서 필요한 사항에 대해서는 적극적으로 도움을 받을 수 있도록, 소관 검찰청과의 유기적인 협조·보고체계를 유지하는 것이 바람직

### 나. 소송수행자의 역할 제고

- 자치단체의 소송수행에 있어 소송수행자가 소송을 수행하지 않고 대부분 고문 변호사에게 위임하여 수행하고 있으나,
  - 쟁점이 분명하거나 승소가능성이 확실한 것은 소송수행자가 직접 수행하는 것이 예산절감은 물론, 자치단체의 소송수행능력 향상 차원에서 바람직할 것임
- 또한, 고문변호사에게 소송을 위임한 경우에도 관련 자료의 적극 제공·협조, 의견개진, 소송진행 상황의 수시 파악등 능동적인 소송수행자세 견지 필요

### 다. 적극적인 변론준비 및 대응

- 각종 증거 서류의 발굴, 입증이 요구되는 데도 이에 대한 적극적인 노력이 미흡한 실정
- 따라서 소송진행상황에 따라 답변서, 준비서면, 증인신문사항 등을 성실하게 작성제출하고,
- 소송의 대상이 된 처분의 근거, 경위, 배경 등 사실관계를 철저히 파악하고, 관련 증거를 수집·제출하는 등 적극 대응

### 라. 무분별한 상소제기의 억제

- 정당한 상소이유가 없음에도 면책성으로 상소제기하는 경우가 많아 불필요한 예산과 행정력의 낭비초래
- 적법한 상소이유와 승소 가능성이 있는 경우에 한하여 상소함으로써, 송무행정의 효율성 향상

## 마. 소송해태 공무원에 대한 조치강화

- 소송해태 관련공무원에 대한 조치가 가벼운 “주의·훈계”등에 그쳐 재발방지에 미흡한 실정
- 고의 또는 중과실로 소송해태를 한 공무원에 대해서는 징계조치, 구상권행사 등 문책을 강화하여 책임성 제고

## 바. 소송수행시 불변기간의 준수 철저

- 행정청의 소송수행자는 불변기간의 종류와 그 기간을 숙지하고 이를 엄수해야 함
- 상소제기 기간 등 불변기간이 도과되면 더 이상 다투어 보지도 못하고 패소확정됨
- 기간 계산은 민법의 규정에 의함(행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제157조 제1항)
  - 소송수행에 있어 불변기간 계산 등은 초일을 불산입이 원칙임
  - 기간의 말일이 일요일 기타 일반의 휴일에 해당하는 때에는 그 익일로 만료  
(예) 8월 10일에 판결정본을 송달받았을 경우 상소기간은 8월 11일을 기산일로 하여 2주일이 종료되는 8월 24일로 만료
- 행정청에서 변호사를 소송대리인으로 선임하여 수행하는 경우 판결문이나 소취하장이 변호사사무실로 송달되는 경우에는 변호사 사무실에 송달된 날을,
  - 행정청 소송수행자가 단독으로 소송을 수행한 사건에 대하여는 당직실 등 행정청에 최초 접수된 날을 기산일로 하며, 소송수행자가 소속된 부서에 전달된 날을 기준으로 하는 것이 아님에 유의

## 사. 송무에 대한 관심과 연찬 강화

- 소송업무에 대한 관심소홀과 소송절차 등에 대한 연찬 부족으로 소송수행자의 적극적이고 효율적인 소송수행 기대 곤란
- 기관장은 소송수행을 잘못하여 패소시는 당해 자치단체의 행정의 신뢰성이 저하될 수 있음을 인식, 송무업무에 적극적인 관심과 지원
  - 우수 소송수행 공무원에 대한 포상, 인사상 우대 등 사기진작책의 적극 시시
- 시·도 교육기관에서는 실제 패소사례를 분석하여 교육자료로 활용하는 등 직원들에 대한 연찬을 강화하여 소송수행능력 향상 필요

<참고자료 1 : 답변서 작성례>

## 답 변 서

사 건 2008구합XXXXXX 서훈취소 등  
원 고 XXX  
피 고 행정안전부장관 외 1  
소송수행자 양창환, 이민수  
서울 종로구 세종로 XX 정부중앙청사 XXX호 행정안전부  
XX과  
전화 XX-XXXX-XXXX, 팩스 XX-XXXX-XXXX

위 사건에 관하여 피고 행정안전부장관의 소송수행자는 아래와 같이 답변합니다.

### 청구취지에 대한 답변

1. 원고의 피고 행정안전부장관에 대한 청구를 기각한다.
2. 소송비용은 원고의 부담으로 한다.

라는 판결을 구합니다.

### 청구원인에 대한 답변

1. 원고에 대한 보국포장 서훈 경위

정부포상은 상훈관련 법령 및 ‘정부포상업무지침’에 따라 중앙행정기관의 장 등이 포상대상자의 공적 및 포상적격성 여부에 대한

객관적인 심사를 거쳐 상훈주무기관인 행정안전부에 추천하고 있으며, 행정안전부가 서훈기준 적합여부를 검토하여 차관회의에 상정하면, 국무회의 심의를 거친 후 최종적으로 대통령의 재가를 받아 결정되는 것입니다. 원고의 경우, 2006년 6월 전역군인 및 군무원에 대한 정부포상에서 국방부의 보국포장 추천('06.5.25)과 차관회의와 국무회의를 거쳐 대통령의 재가를 받아 보국포장 서훈자로 최종 결정·통보('06.6.12)되었습니다.

## 2. 본안전 항변

행정소송의 대상이 되는 '처분'이란 '행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용'을 의미하는 것입니다. 원고가 이 사건에서 취소를 구하는 피고 행정안전부장관의 행위는 행정안전부장관이 원고에 대한 민원회신을 통하여 서훈취소 및 서훈재추천신청을 거부하였다는 것입니다.

거부행위가 '처분성'을 갖기 위해서는 신청인인 국민에게 그 신청에 따른 행정행위를 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 권리가 있어야 한다는 것이 우리 판례의 확립된 입장입니다. 그런데 상훈법 및 관련법령의 규정에 비추어 볼 때 일반 국민이 훈장 기타 영전의 수여권자인 대통령 또는 상훈 관련 업무의 소관기관인 행정안전부장관에 대하여 자신에게 특정 종류의 서훈을 부여할 것을 신청하거나 요

구할 수 있는 권리가 있다고는 볼 수 없는 것입니다.

대통령이 헌법과 상훈법의 규정에 따라 서훈대상자에게 훈장 기타 영전을 수여하는 것은 국가원수의 지위에서 행하는 고도의 정치성을 지닌 국가작용으로서 그 서훈 여부는 대통령이 그 재량에 의하여 국무회의 심의를 거쳐 독자적으로 결정하는 것이므로 ‘정부포상업무지침’ 등 관계법령에서 정한 자격기준에 해당한다는 이유로 국민이 스스로 자신에게 훈장을 수여할 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상 권리는 인정되기 어려운 것입니다. 우리 법원 역시 같은 입장에서 훈장수여신청에 대한 거부통지는 항고소송의 대상이 되는 ‘처분’에 해당하지 않는다고 판단한 바 있습니다(서울고등법원 2005.4.27 선고 2004누8790 판결 및 2007.1.26 선고 2006누10940 판결 각 참조).

결국 원고에게는 서훈 재추천을 신청할 권리가 인정되지 않는다고 할 것이어서 재추천을 거부한 피고 행정안전부장관의 행위는 항고소송의 대상이 되는 ‘처분’에는 해당하지 않는 것입니다. 따라서 원고의 피고 행정안전부장관에 대한 청구는 항고소송의 대상이 아닌 행위의 취소를 구하는 것으로 부적법하여 각하되어야 할 것입니다.

### 3. 원고 주장의 부당성

#### 가. 원고에 대한 공적심사의 중대·명백한 위법사유 주장에 대하여

원고의 주장을 요약하면, 원고는 ‘06.3.8 퇴직 군무원으로 정부포상을

받기 위하여 병무청에서 병적증명서를 발급받아 소속부대에 제출하였는데 제출된 병적증명서에는 원고의 병 및 부사관 근무경력 2년 2월의 기록이 누락되어 있었다는 것입니다. 그런데 소속 부대의 포상담당자는 원고가 제출한 서류를 신뢰하여 이를 토대로 소속 부대의 포상담당자는 본인의 재확인절차를 거치지 않고 퇴직자 포상을 위한 공적심사를 진행하였으며, 상급 추천기관인 육군본부와 국방부 또한 '06년 정부포상업무지침에서 규정한 본인 재확인절차가 결여된 서류를 근거로 하여 공적심사를 완료하여 정부포상 추천을 하였다는 것인바, 이는 필요적 절차를 결여한 중대·명백한 위법사유가 있는 행정행위라는 것입니다.

그러나 공적심사의 토대가 된 자료는 원고가 제출한 자료로서 소속 부대의 포상담당자는 경위서에서 “본인이 직접 발급받아 제출한 병적증명서에 따라 재직기간을 산정하였기에 이상이 없다고 판단하고 본인의 확인 없이 상급기관으로 포상을 상신하였다”고 진술하고 있는 바, 재직기간의 산정착오에 대한 귀책사유는 원고에게 있다고 할 것입니다. 특히, 국가기관에서 정상적으로 발급된 서류를 불신할 수는 없는 것으로 그 서류에 의하여 정상적으로 이루어진 포상 절차를 위법이라 주장하는 것은 타당성이 결여된 것입니다.

#### 나. 이 사건 거부처분의 위법성에 대한 주장 부분

원고는 정부포상업무지침상의 ‘확정 이후 상위 훈격으로 훈격 조정 불가’ 규정이 잘못된 서훈에 대한 구제수단을 원천적으로 봉쇄하고

있다고 주장합니다.

서훈이란 대통령이 헌법과 상훈법의 규정에 따라 국가원수의 지위에서 행하는 고도의 정치성을 지닌 국가작용으로서 시혜적 성격이 강한 바 정부포상업무지침에서 ‘확정 이후 상위훈격으로 훈격조정 불가’를 규정한 것은 한번 결정된 서훈을 확고히 함으로써 서훈의 반복으로 인하여 정부포상의 영예성이 저해되는 것을 막기 위한 것입니다. 일반 국민의 입장에서는 자신에게 어떠한 특정 등급의 상훈을 부여해 줄 것을 청구할 수 있는 권리가 인정되는 것은 아니기 때문에 서훈의 등급 자체에 대한 구제수단이라는 것은 서훈의 개념상 인정되기 어려운 것입니다.

또한 원고는 상훈법 제8조 제1항의 ‘서훈공적이 거짓임이 판명된 경우’를 해석함에 있어 그 사유가 서훈을 받은 자의 귀책사유로 인한 경우뿐만 아니라 서훈을 받은 자의 귀책사유와 관계없이 서훈추천기관의 잘못으로 서훈공적이 사실과 다르게 심의 의결된 경우를 포상하는 것이 상훈법령의 기본정신 실현에 부합한다고 주장하고 있으나, 상훈법 제8조 제1항 제1호의 ‘서훈공적이 거짓임이 판명된 경우’라 함은 서훈된 이후에 법적·사회적으로 결함이 있는 자에 대한 서훈을 취소하여 서훈의 영예성을 높이기 위한 것으로 동법 제8조의 서훈취소 조항이 舊상훈법(일부개정 2001.1.8 법률 6342호) 제8조의 치탈 조항을 개정한 것임을 감안할 때 원고의 주장은 타당하지 않다 할 것입니다.

#### 4. 결어

먼저, 원고에게는 서훈재추천 등을 신청할 수 있는 범규상 또는 조리상 권리가 인정된다고 보기 어려우므로 원고의 피고 행정안전부장관에 대한 이 사건 소는 각하되어야 할 것입니다. 다음으로, 피고 행정안전부장관의 서훈재추천거부행위가 항고소송의 대상이 되는 “처분”에 해당된다고 하더라도 여기에는 어떠한 실체법적 위법성이 있다고 인정할 만한 근거가 전혀 없으므로 원고의 피고 행정안전부장관에 대한 청구는 기각되어야 할 것입니다.

#### 입증방법

1. 을제1호증 2006년 6월 퇴직군인 및 군무원 포상추천 문서(국방부) 1부.
1. 을제2호증 2006년 6월 퇴직군인 및 군무원 포상관련 대통령 재가 문서 1부.

#### 참고자료

1. 훈·포장 수여절차 1부.

2008. 10. .

피고 행정안전부장관  
소송수행자 양창환 (인)

#### 서울행정법원 제3행정부 귀중

<참고자료 2 : 준비서면 작성례>

# 준비서면

사건 2008구합XXXXXX 서훈취소 등  
원고 XXX  
피고 행정안전부장관 외 1명

위 사건에 관하여 피고 행정안전부장관은 다음과 같이 변론을 준비합니다.

다 음

## 1. 관계법령의 해석상 원고에게 서훈재추천에 대한 법규상·조리상 신청권이 인정되지 아니합니다.

거부행위가 ‘처분성’을 갖기 위해서는 신청인인 국민에게 그 신청에 따른 행정행위를 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 권리가 있어야 한다는 것이 우리 판례의 확립된 입장입니다. 그런데 상훈법 및 관련법령의 규정에 비추어 볼 때 일반 국민이 훈장 기타 영전의 수여권자인 대통령 또는 상훈 관련 업무의 소관기관인 행정안전부장관에 대하여 자신에게 특정 종류의 서훈을 부여할 것을 신청하거나 요구할 수 있는 권리가 있다고는 볼 수 없는 것입니다.

대통령이 헌법과 상훈법의 규정에 따라 서훈대상자에게 훈장 기타 영전을 수여하는 것은 국가원수의 지위에서 행하는 고도의 정치성을 지닌 국가작용으로서 그 서훈 여부는 대통령이 그 재량에 의하여 국무회의 심의를 거쳐 독자적으로 결정하는 것이므로 ‘정부포상업무지침’ 등 관계

법령에서 정한 자격기준에 해당한다는 이유로 국민이 스스로 자신에게 훈장을 수여할 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상 권리는 인정되기 어려운 것입니다. 우리 법원 역시 같은 입장에서 훈장수여신청에 대한 거부통지는 항고소송의 대상이 되는 ‘처분’에 해당하지 않는다고 판단한 바 있습니다(서울고등법원 2005.4.27 선고 2004누8790 판결 및 같은 법원 2007.1.26 선고 2006누10940 판결 각 참조).

결국 원고에게는 서훈 재추천을 신청할 권리가 인정되지 않는다고 할 것이어서 재추천 요청에 대하여 불가하다는 취지로 회신한 피고 행정안전부장관의 행위(피고 행정안전부장관이 원고에 대하여 행한 2007. 6. 1.자 민원회신으로 이하 ‘이 사건 회신’이라 합니다. - 강제2호증 참조)는 항고소송의 대상이 되는 ‘처분’에는 해당하지 않는 것입니다. 따라서 원고의 피고 행정안전부장관에 대한 청구는 항고소송의 대상이 아닌 행위의 취소를 구하는 것으로 부적법하여 각하되어야 할 것입니다.

- 2. 가사 원고에게 법규상·조리상의 신청권이 인정된다고 하더라도 이는 피고 국방부장관에 대한 것으로 국한되는 것이지 피고 행정안전부장관에 대한 신청권까지 인정되는 것은 아닙니다.**

#### **가. 서훈의 추천절차**

서훈의 추천은 중앙행정기관의 장이 행하는 것입니다(상훈법 제5조 제1항). 중앙행정기관의 장은 서훈추천에 있어서 대통령령이 정하는 바에

따라 추천기관 소속에 서훈공적심사위원회를 설치하고 동 위원회의 심사를 거쳐 공적조서를 행정안전부장관에게 제출하게 되어 있습니다(상훈법 제5조 제3항, 동법 시행령 제2조 제1항 및 제3항 각 참조). 행정안전부장관이 각 부처의 추천대상자를 취합하여 차관회의 및 국무회의에 상정하면 해당 의안은 국무회의의 의결을 거쳐 국무총리와 대통령의 재가를 받아 확정되는 것입니다(상훈법 제7조).

#### **나. 서훈 수여 과정에서 피고 행정안전부장관의 역할**

이러한 과정에서 행정안전부-구체적으로는 상훈 업무를 담당하는 상훈팀-는 각 부처에서 추천한 서훈대상자 선정 과정에서 행정안전부지침인 ‘정부포상업무지침’이 제대로 적용·준수되었는지 여부를 검토하여 부적격자가 발견되면 해당 부처에 추천을 재검토할 것을 요청하는 등의 역할을 통하여 정부포상업무가 합리적으로 추진될 수 있도록 지원하는 역할을 담당하고 있습니다. 행정안전부에서 타 부처 소관 추천대상자에 대하여 임의로 추천권을 행사한다거나 타 부처에서 추천하지 아니한 자를 서훈대상자로 결정하는 등의 권한을 가지는 것은 전혀 아니고 오로지 상훈법 및 동법 시행령에 따라 각 부처에서 추천한 서훈대상자들이 정부포상업무지침에서 정하는 결격사유나 제한사유에 해당하는지 여부만을 검증함에 그치는 것입니다. 그 밖의 업무는 타 기관 추천대상자 명단을 취합하여 차관회의와 국무회의 안건으로 상정하는 등 정부부처

의 일반 서무업무에 지나지 아니하는 것이지 직접적·적극적으로 서훈대상자 결정이나 훈격 결정 등에 관여하는 것은 아닙니다.

#### **다. 피고 행정안전부장관에 대한 신청권의 부존재**

원고의 주장대로 행정안전부의 지침인 ‘정부포상업무지침’에 법규적 효력이 인정된다고 하더라도 상훈법 제5조 제1항의 규정에 따라 원고에 대한 서훈의 추천권은 국방부장관에게 있는 것이지 행정안전부장관에게 있는 것이 아닙니다. 위에서 살펴본 서훈수여절차에 대한 상훈법, 동법 시행령 및 정부포상업무지침 등의 규정과 상훈수여업무에 대한 행정처리절차 등을 종합해 볼 때, 가사 원고에게 서훈의 재추천을 요청할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 인정된다고 하더라도 그 신청권은 원고가 자신에 대한 서훈추천권을 가지고 있는 국방부장관에 대하여만 가질 수 있는 것이지 피고 행정안전부장관에 대해서까지 인정되지는 않는 것으로 보아야 할 것입니다. 원고의 피고 국방부장관에 대한 서훈재추천 신청권이 인정된다고 하더라도 피고 행정안전부장관에 대하여 직접적으로 서훈의 재추천을 요청할 수 있는 신청권이 인정될 만한 어떠한 법규상, 조리상 근거도 존재하지 아니하는 것입니다. 그렇다면 피고 행정안전부장관의 이 사건 회신은 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 아니하므로 항고소송의 대상이 아닌 행위의 취소를 구하는 원고의 피고 행정안전부장관에 대한 이 사건 소는 부적법하다 할 것입니다.

**3. 피고 행정안전부장관의 이 사건 회신은 단순한 사실행위에 지나지 아니하는 것으로, 항고소송의 대상이 되는 ‘처분’에는 해당하지 아니합니다.**

피고 행정안전부장관의 원고에 대한 이 사건 회신은 원고가 자신에게 서훈된 보국포장을 취소하고 보국훈장을 재추천해 줄 것을 요청하는 민원에 대한 답변입니다. 그 내용은 첫째 원고의 경우는 상훈법 제8조가 정하는 서훈취소사유에 해당하는 것으로 보기 어렵다는 법률적 견해를 통지하는 부분이고, 둘째 상훈법 제5조 제1항 및 제8조 제3항의 규정에 따라 원고에 대한 서훈 추천권자는 행정안전부장관이 아니라 국방부장관이므로 국방부의 1차적 검토를 위하여 동 민원을 국방부로 이첩한다는 통지입니다.

위와 같은 이 사건 회신의 내용에 비추어볼 때, 원고가 취소를 구하고 있는 이 사건 회신의 법적 성격은 민원절의에 대한 법률적 견해의 표명과 관할 기관에 대한 이첩통지에 불과하여 단순한 사실행위에 해당할 뿐, 그 자체로 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용인 ‘처분’에는 해당하지 않음이 명백하다 할 것입니다. 따라서 항고소송의 대상이 되지 않는 이 사건 회신의 취소를 구하는 원고의 피고 행정안전부장관에 대한 이 사건 소는 부적법하므로 각하되어야 할 것입니다.

#### 4. 원고의 피고 행정안전부장관에 대한 이 사건 소는 각하되어야 합니다.

원고가 자신에게 수여된 서훈이 부당하다는 이유로 이에 대하여 쟁송하려면 상훈법 제5조에 따라 원고에 대한 추천권을 행사한 피고 국방부장관의 행위에 대하여 다투어야 하는 것이지 피고 행정안전부장관에 대하여는 어떠한 청구도 할 수 없는 것이 관계법령의 해석상 명백하다 할 것입니다. 마찬가지로, 서훈의 재추천을 요청하는 경우에도 추천권한을 가지고 있는 피고 국방부장관에 대하여 재추천을 요청하고 그 거부가 있을 경우에는 그 거부행위를 쟁송의 대상으로 삼아야 하는 것이 법리상 적절한 쟁송방법이 될 것입니다.

그럼에도 원고는 피고 행정안전부장관에게 서훈의 재추천을 요청하는 민원을 제출하고 그에 대하여 피고 행정안전부장관이 법률상 견해를 표명하면서 관할 기관인 피고 국방부장관에게 민원을 이첩한다는 내용으로 통지한 이 사건 회신을 쟁송의 대상으로 삼고 있는바, 원고의 피고 행정안전부장관에 대한 이 사건 소는 쟁송의 대상이 되지 않는 행위의 취소를 구하는 것으로 부적법하여 마땅히 각하되어야 할 것입니다.

가사 원고의 피고 행정안전부장관에 대한 이 사건 소가 소송요건을 모두 충족하여 적법한 것이라고 하더라도, 피고 행정안전부장관에게는 추천권자인 국방부장관의 정식 추천 없이는 원고를 서훈대상자로 지정할 수 있는 법률상의 권한이 없으므로 국방부장관의 서훈추천이 없는 상황

에서 원고의 재추천신청을 피고 국방부장관에게로 이첩한 피고 행정안전부장관의 행위는 그것이 법률상 ‘거부처분’으로 인정된다고 하더라도 관계 법령의 규정상 결코 위법한 거부처분이라고는 볼 수 없을 것입니다. 따라서 위법하지 아니한 처분의 취소를 구하는 원고의 피고 행정안전부장관에 대한 이 사건 청구는 기각되어야 할 것입니다.

2008. 11. .

피고 행정안전부장관  
소송수행자 이민수 (인)

## 서울행정법원 제3행정부 귀중

<참고자료 3 : 소송수행 해태사례>

### ㉠ 재판상 화해 · 청구인락 · 소취하

(피) 재판상 화해·인락, 상대방의 소취하에 대한 동의(민사소송법 제239조), 당사자 쌍방의 2회 불출석으로 소취하 간주되는 경우에도 즉시신청의무에 대한 검찰 지휘요청 필요

#### 1. 재판상 화해

- (1) 개별공시지가 결정처분취소사건에서 재판부가 화해기일을 지어하여 원·피고가 출석하였는데, 재판장은 피고 소송수행자에게 본 사건과 관련사건인 개별부담금부과처분취소소송에 대하여 원고승소로 확정되었기 때문에 원고의 토지에 대하여 새로운 표준지와 비준율을 적용하여 다시 지가 산정토록 요구함
- 소송수행자가 광주고등검찰청에 재판상 화해에 대하여 문의를 해 오자 재판상 화해는 불가하므로 원고와 소송외적인 방법으로 합의를 하도록 유도하고, 설사 재판상 화해를 하더라도 검찰의 승인을 받아야 한다고 답변함
  - 재차 지정된 화해기일에서 재판장은 원·피고에게 위 토지의 적정가격을 요구하였고, 이에 대하여 원고는 m<sup>2</sup>당 4,000원~5,000원, 피고는 m<sup>2</sup>당 8,000원을 적정가

격으로 제시하여 피고는 다시, m<sup>2</sup>당 9,000원을 요구하자 m<sup>2</sup>당 8,800원으로 하는 내용으로 화해하기로 하여 원고와 피고 모두 이에 응하게 되었음(전남 ○○군)

⇒ 결국 검찰청의 사전지휘를 받지 아니하고 재판상 화해를 함

(2) 토지형질변경 등 불허가처분취소사건에서 '98.11.23. 원고 토지에 건축할 수 없으니 건축 가능한 사유지와 교환해 주는 등 방법을 모색해 보라는 재판장의 화해권고가 있자

- 검찰청 화해승인 요청 없이 해당 시에서는 '98.12.4 ○○시정조정위원회를 개최하여 재판부의 화해권고를 받아들이기로 함

- 제3차 화해기일에 사유지와의 교환에는 시공유재산심의회 의결 등 절차가 필요하다는 이유로 기일연기 신청을 하고자 하였으나 재판장은 행정절차를 추후 진행키로 하고 화해조서 작성 결정을 함(전남 ○○시)

⇒ 검찰청 사전지휘 없이 재판상 화해를 성립하게 함

## 2. 청구인낙

○ 소유권이전등기사건에서 이 사건 토지가 분배농지이나 상환완료 사실이 입증되지 않았으므로 분배농지인 사실만 인정하라고 검찰청 지휘를 받고도

- 농지법 부칙에 의거 상환금 완납후 소유권이전등기를 경로할 수 있으며 원고가 위 절차를 거치고 있음을 이유로 원고의 청구를 인낙함(전남 ○○군)

⇒ 검찰청 사전지휘 없이 원고의 청구를 인락함

## 3. 소 취 하

○ 국유재산으로서 토지를 시효취득하였다고 주장하는 소유권이전등기청구사건에서 행소심 변론기일에서 원고가 국가에 대한 소를 구두로 취하하자

- 즉석에서 동의하여서는 아니되고 소취하에 대한 이의기간 만료 7일전까지 소취하 동의 여부에 관한 검찰지휘를 받아야 하나 검찰청 소송지휘없이 소취하에 동의함으로써 이 사건을 소취하로 종결(전북 ○○시)

⇒ 원고 1심때는 판결이후 소취하 하였으므로 국가가 이미 승소한 1심판결을 실효케 하는 효과가 발생하여 그동안의 국가소송 수행 노력을 무위로 돌리게 된다는 점에서 원고의 소취하에 부동의하여 종국적으로 확정지를 필요가 있음

## ② 상고(항소)기간 도과

(히) 항소(상고)는 판결 송달일로부터 2주일이내 제기(민사소송법 제366조, 제395조)하여야 하나 송달일 등 계산착오로 상고(항소)기간 도과

- (1) 상고장을 법원에 접수시 인지대·송달료 산출방법을 몰라 송달료만 미리 납부하되 인지대는 법원의 보정명령에 의해 추후 납부하기로 하고 상고장을 접수함(소송수행자는 1998.12.7자로 ○○○구청으로 인사발령이 남)
- 서울고등법원의 인지보정명령은 1998.12.3 피고 행정청에 접수되었는 바, 위 불변기간은 1998.12.8 이므로 위 인지보정명령에 따른 인지부족액을 불변기간내에 보정해야 함에도 이를 하지 않아 1998.12.12 법원으로부터 상고각하 결정을 받음으로써 위 원심판결이 확정되게 하였음(서울시 ○○○구청)
- ⇒ 소송담당자가 법원의 인지보정명령을 불변기일내에 이행하지 아니한 관계로 위 원심판결이 확정되어 상고심의 판단을 받아 볼 기회를 상실하는 결과를 초래
- (2) 부동산소유권보존등기말소 등 청구사건에서 소송수행자는 국가패소판결문을 법원으로부터 송달받았음에도 송달일자를 잘못 기재하고 상고장 제출기한을 잘못 계산하여 불변기간을 도과
- ⇒ 상고기간 도과로 인한 상고장 각하명령으로 국가패소 확정(경기도 ○○군)
- (3) 숙박업자의 미성년 남녀 혼숙이라는 공중위생법위반행위에 대한 2개월간의 여관 영업정지처분에 관한 취소소송사건에서 소송수행자들이 위 소송에서 패소판결이 선고되었음에도 당청에 판결선고 보고를 하지 않고, 원고와 사이에 소송비용을 각자 부담하되 대신 행정청은 항소를 포기하기로 합의(전북 ○○군)
- ⇒ 항소제기기간을 도과시켜 행정청 패소판결이 그대로 확정됨
- (4) 등록세등부과처분취소사건에서 소송수행자는 피고 소송대리인 변호사로부터 '98.9.11 판결문을 수령하였고 '98.9.22 내에 상고제기 여부에 대한 검찰지휘를 받아야 하나
- 상고표기 지휘요청을 '98.9.18 우편으로 검찰청에 송부하였고 불변기일을 도과한 '98.9.23 검찰청에 도달(서울시 ○○구)
- ⇒ 소송지휘를 받기도 전에 국가패소 확정
- (5) 토지소유권 확인 등 사건에서 국가패소 판결정본이 '98.5.11 ○○군 경리계에 송달되었음에도 법무계 직원들이 판결문 정본 도달일자를 '98.5.12로 기재하여 항소제기 불변기일을 잘못 계산함으로써 '98.5.26 항소장을 제출(전남 ○○군)
- ⇒ 항소기간 도과를 이유로 항소장이 각하됨

### ③ 상고이유서 제출기한 도과

(가) 상고장에 상고이유를 기재하지 아니한 때는 소송기록 접수 통지일로부터 20일 이내에 제출하여야 하나(민사소송법 제39조) 업무미숙 등으로 기간도과 제출

- (1) 하천편입보상금청구사건에서 대검찰청은 '97.11.1 대법원으로부터 소송기록접수통지서를 송달받고 ○○○○시로 발송
  - ○○○○시 시민과는 '97.11.6 소송기록접수통지서를 송달받고 동일자로 접수인을 날인, 정확한 소관부처를 알 수 없다는 이유로 법무담당관실에 전달
  - 법무담당관실 직원은 다른 보조참가사건으로 착각하고 ○○○○시 하수과에 전달하지 않고 자기가 관리하고 있는 다른 사건기록에 편철 보관함
  - ○○○○시 하수과 직원인 소송수행자는 법무담당관실 직원이 소송기록접수통지서를 보관하고 있는 사실을 뒤늦게 발견하고 상고이유서 제출기한을 도과하여 대법원에 제출(○○○○시)
- (2) 대검찰청은 '97.10.27 대법원으로부터 소송기록접수통지서를 송달받고 특별등기우편으로 소관청인 ○○시로 발송
  - ○○시 민원실은 '97.10.31 소송기록접수통지서를 송달받고 동일자 접수인을 날인 11.3 이관부서인 지적과에 전달
  - 소송수행자는 소송기록접수통지서가 대법원에서 직접 송달된 것으로 ○○시 접수일로부터 기산하여 상고이유서 제출기한을 하루 도과한 11.18 상고이유서를 대법원에 제출

### ④ 기타 소송수행자 주의사항

- (1) 소송수행자지정서 뒷면에 기재된 소송수행자 준수사항을 숙지토록 하며, 특히 소취하 동의 여부에 대한 지휘를 받지 않는 사례가 없도록 주의 필요
  - ※ 법정에서 원고측이 구두로 의사표시를 하여 재판장이 피고측에 동의여부를 묻는 경우에는 반드시 “검찰의 지휘를 받아 차후에 동의여부를 결정하겠다.”고 진술하여야 함
- (2) 변호사가 선임된 경우에도 소송수행자는 변론기일에 참석하고 소송진행상황을 검찰청에 보고하여야 함
  - ※ 소송관계서류가 변호사사무실로 송달되는 경우 변호사의 행정청에 대한 소송진행상황 통보가 지연되는 경우가 있으므로 진행상황을 수시로 변호사사무실에

과약하여야 함

※ 판결선고시 상고제기기간(불변기간)의 기산점은 변호사사무실에 판결문이 송달된 때임을 유의

- (3) 소송수행자 변경시에는 검찰청에도 지정서를 새로이 제출하여야 함
- (4) 소취하에 동의하였거나 쌍불취하간주로 소취하 되었을 때에는 법원으로부터 소취하증명원을 발급받아 위 별지 제32호 서식에 의하여 보고하고, 제3자의 소송참가자가 있을 때에는 참가의 취지와 이유를 기재한 서면을 첨부하여 3일 이내에 보고함



# 행정절차법

---

2009년 2월 일 인쇄

2009년 2월 일 발행

편 집 : 지방행정연수원 기획지원부  
집 필 : 행정안전부 규제개혁법무담당관실  
          사무관 이진수  
교 정 : 전라북도 유동수  
          전라북도 박래경  
인 쇄 : 한국보훈복지의료공단 신생인쇄조합  
TEL : (02) 426-4415  
FAX : (02) 429-9562

---

※ 이 책자의 전문(全文)은 지방행정연수원 홈페이지 ([www.logodi.go.kr](http://www.logodi.go.kr))에  
게재되어 있다.

〈비매품〉





