



행 정 심 판

I. 행정심판제도 개요

1. 행정심판의 개념

- 행정청의 위법·부당한 처분 또는 부작위에 대한 불복에 대하여 행정기관이 심판하는 행정심판법상의 행정쟁송절차를 의미
- 근거규정 : 헌법 제107조제3항, 행정심판법(이하 ‘법’) 등

〈헌법〉

제107조 ③ 재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하며, 사법절차(司法節次)가 준용되어야 한다.

2. 행정심판제도의 필요성

- 자율적 행정통제
 - 사법적 판단 이전에 행정기관에게 스스로 판단하여 행정처분의 하자를 자율적으로 시정할 수 있는 기회 부여
- 사법의 보완
 - 행정청의 전문지식을 활용하여 법원의 전문성 부족을 보완
- 국민의 권익구제
 - 행정소송보다 간편하고 신속하며 비용을 절감할 수 있고, 처분의 부당성까지 심판의 대상으로 하고 있어 국민의 권익구제 범위 확대

3. 구별개념

- 이의신청 : 처분청에 제기하는 불복절차로서 행정심판법에서 정한 기관에 제기하는 행정심판과 구별된다.

〈행정심판과 이의신청의 관계〉

- 이의신청을 거쳐야 행정심판 청구가 가능한 경우(필요적)
 - 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에서는 이의신청이 각하·기각된 경우에 행정심판 제기 가능(동법 제16조, 제17조)
- 이의신청 여부와 관계없이 행정심판을 제기할 수 있는 경우
 - 「민원사무처리에 관한 법률」은 행정기관의 거부처분에 대해 이의신청 여부와 관계없이 행정심판을 제기할 수 있도록 규정(동법 제18조)
- 이의신청 후에 행정심판을 제기할 수 없는 경우
 - 「출입국관리법」은 난민인정의 신청에 대하여 거부처분을 받은 자가 이의신청을 제기한 경우에는 행정심판을 제기할 수 없는 것으로 규정(동법 제76조의4)

- 청원 : 국가기관에 대하여 행하는 피해의 구제 등을 요구하는 것으로 국가기관은 청원에 대하여 수리·심사하여 통지할 의무가 있으나(청원법 제4조, 제9조) 쟁송수단은 아니라는 점에서 구별된다.
- 직권취소 : 취소권자인 행정기관이 쟁송의 제기와 관계없이 행정행위의 효력을 상실시킨다는 점에서 권익침해를 받은 처분의 상대방 또는 제3자의 청구에 의해 심판을 하는 행정심판과 구별된다.
- 행정소송 : 사법기관인 법원이 심판하는 점에서 행정기관이 심판하는 행정심판과 구별된다.
- 진정 : 진정에 대한 회답은 법적 의미를 가지지 못한다는 점에서 재결에 기속력이 인정되는 행정심판과는 다르다. 다만, 진정의 형식이라도 그 내용이 행정심판을 청구하는 것이면 행정심판으로 처리해야 한다.(판례)

[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 않으나, **피청구인인 처분청과 청구인의 이름 주소가 기재되어 있고, 청구인의 기명이 되어 있으며, 문서의 기재내용에 의하여 심판청구의 대상이 되는 행정처분의 내용과 심판청구의 취지 및 이유, 처분 이 있는 것을 안 날을 알 수 있는 경우** 위 문서를 행정처분에 대한 행정심판청구로 보는 것은 옳다(대판 2000.6.9 선고 98두2621).

4. 행정심판의 종류

가. 취소심판

- 행정청의 위법·부당한 처분, 공권력의 행사 또는 그 거부나 그 밖에 이에 준하는 행정작용으로 인하여 권리를 침해당한 자가 그 취소 또는 변경을 구하는 심판(법 제4조제1호)으로서 청구기간, 사정재결 등이 적용된다.

나. 무효등확인심판

- 행정청의 처분의 효력유무 또는 존재여부에 관한 확인을 구하는 심판(법 제4조제2호)으로서 청구기간, 사정재결 등이 적용되지 않는다.(법 제18조제7항, 제33조제3항)

다. 의무이행심판

- 행정청의 위법 또는 부당한 **거부처분**이나 **부작위**에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 심판을 의미(법 제4조제3호), 청구기간은 부작위에 대한 의무이행심판에는 적용되지 않고(법 제18조제7항), 사정재결은 적용된다.
예) 행정정보공개 이행청구, 개인택시운송사업면허 이행청구 등
- 행정소송에서는 의무이행소송이 인정되지 않는다는 점에 유의

행정심판법

제4조(행정심판의 종류) 행정심판은 다음의 세 가지로 구분한다.

1. 취소심판: 행정청의 위법 또는 부당한 처분의 취소 또는 변경을 하는 심판
2. 무효등확인심판: 행정청의 처분의 효력 유무 또는 존재 여부에 대한 확인을 하는 심판
3. 의무이행심판: 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 심판

제18조(심판청구기간) ⑦제1항 내지 제6항의 규정은 무효등확인심판청구와 부작위에 대한 의무이행심판청구에는 이를 적용하지 아니한다.

제33조(사정재결) ③제1항 및 제2항의 규정은 무효등확인심판에는 이를 적용하지 아니한다.

Ⅱ. 행정심판법 개정내용(2008. 2. 29)

1. 개정이유

- 국민권익위원회의 출범(2008. 2. 29)으로 종전의 법제처가 운영하던 국무총리 행정심판위원회를 국민권익위원회 소속으로 변경
- 행정심판위원회가 행정심판사건에 대하여 직접 재결을 하도록 하는 등 절차 간소화를 통하여 사건 처리기간을 대폭 단축

2. 주요내용

- 국무총리행정심판위원회의 설치 및 구성 변경
 - 국민권익위원회에서 행정심판 관련 사무를 수행
- 행정심판위원회에 재결권 부여
 - 재결청의 개념을 없애고, 처분청에서 답변서를 행정심판위원회에 바로 송부하도록 함
 - 행정심판위원회에서 직접 재결을 하도록 함으로써 행정심판사건의 처리기간 단축
- 그 밖의 개정내용
 - 심판청구서 접수기관을 ‘재결청 또는 피청구인인 행정청’에서 ‘피청구인인 행정청 또는 위원회’로 변경함으로써 위원회에서도 심판청구서 접수 가능
 - ※ 피청구인이 심판청구서를 접수하면 답변서와 함께 위원회로 바로 송부하고, 위원회에서 심판청구서를 접수하면 그 부분을 피청구인에게 송부하며, 제3자가 심판청구를 하면 위원회는 처분의 상대방에게 이를 통지하도록 함.
 - 위원 기피신청에 대한 결정권한은 재결청에서 위원장으로 변경하고, 재결청 권한 승계 규정은 위원회 권한승계 규정으로 정비

Ⅲ. 행정심판기관

1. 개 요

- 행정심판위원회 : 행정심판사건을 심리·재결하기 위하여 설치한 합의제 행정기관
- 행정심판법의 개정('08.2.29)으로 재결청이 폐지되고 행정심판위원회가 재결을 하도록 함으로써 행정심판위원회가 명실상부한 권리구제 기관으로 자리매김하게 되었다.
- 처분청으로부터 독립된 행정심판위원회 설치, 위원 구성의 객관성을 유지할 수 있도록 매 회의에 참석하는 7인의 위원 중 최소한 4인(국무총리행정심판위원회의 경우에는 9인중 5인)을 공무원이 아닌 변호사, 교수 기타 전문가 등의 민간위원으로 참석하도록 하였다.

2. 행정심판위원회의 법적 성격

가. 심리·재결기관

- 심판사건에 관하여 각종 증거조사와 관련법령의 검토를 통하여 제3자의 입장에서 판단·결정하는 심리·재결기관

나. 합의제 행정기관

- 위원장을 포함한 재적위원 과반수의 출석으로 개최하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 재결하는 합의제기관

다. 준사법적 행정기관

- 이해관계인의 심판참가제도, 위원의 제척·기피·회피제도, 대리인 선임제도, 각종 증거조사제도 등 여러 가지 소송법적 절차를 적용하고, 심판사건에 대하여 독립적으로 재결할 수 있는 권한을 가짐

라. 비상설기관

- 상설기관으로 존재하는 것이 아니라 청구인으로부터 심판청구사건이 청구된 경우에 그 심판청구사건의 심리·재결을 위하여 필요한 범위 안에서 회의를 개최하는 비상설기관

3. 행정심판위원회의 종류 및 관할

가. 국무총리행정심판위원회(법 제5조제3항)

- 특별시장·광역시장·도지사·제주특별자치도지사(교육감 포함)의 처분이나 부작위, 그 밖에 국무총리나 중앙행정기관이 직근 상급행정기관이나 소관 감독 행정기관에 해당하는 처분이나 부작위
- 「정부조직법」 제3조 또는 다른 법률의 규정에 따라 설치된 국가특별지방행정기관(대통령령으로 정하는 중앙행정기관에 소속된 국가특별지방행정기관 제외)의 처분 또는 부작위
- 국무총리나 행정 각 부 장관의 처분 또는 부작위

나. 처분청 소속 행정심판위원회(법 제5조제2항)

- 대통령 직속기관의 장, 국회사무총장·법원행정처장·헌법재판소사무처장 및 중앙선거관리위원회사무총장, 그 밖에 소관 감독행정기관이 없는 행정청의 처분 또는 부작위

다. 시·도 행정심판위원회(법 제5조제4항)

- 특별시장·광역시장·도지사·제주특별자치도지사에 소속된 각급 국가행정기관, 그 관할구역안에 있는 자치행정기관의 처분 또는 부작위

라. 직근 상급행정기관 소속 행정심판위원회(제5조제1항)

- 행정청의 처분 또는 부작위가 위 3가지 중 어느 경우에도 해당하지 않는 경우

IV. 당사자 등

1. 청구인

가. 청구인능력

- 원칙적으로 자연인 또는 법인. 다만, 법인 아닌 사단 또는 재단으로서 대표자 또는 관리인이 정하여져 있는 경우에는 그 이름으로 심판 청구를 할 수 있다.(법 제10조)

[판례] 원고들은 본건 소의 제기전에 사망하였음이 분명하므로 실재하지 아니하는 동원고들을 당사자로 한 본건 소는 부적법하다.(대판 1983.2.8, 81누420)

[판례] 종중이란 공동선조의 후손들에 의하여 선조의 분묘수호 및 봉제사와 후손 상호간의 친목을 목적으로 형성되는 자연발생적인 종족단체로서 선조의 사망과 동시에 후손에 의하여 성립하는 것이며, 종중의 규약이나 관습에 따라 선출된 대표자 등에 의하여 대표되는 정도로 조직을 갖추고 지속적인 활동을 하고 있다면 비법인사단으로서의 단체성이 인정된다(대판 1994.9.30, 93다27703).

○ 행정청의 청구인 능력

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

재판례

청구인은 건설교통부장관의 소속기관으로서 건설교통부장관의 권한을 위임받아 관리하고 집행하는 자로서 행정기관의 지위에 있을 뿐 권리·의무의 귀속주체인 권리능력을 가진 자는 아니어서 자신의 이름으로 행정심판을 청구할 수 있는 당사자능력이 없다고 할 것이므로 이 건 청구는 부적법한 청구이다.(06-01057 문화유적발굴허가이행청구, 청구인 : 부산지방국토관리청장, 피청구인 : 문화재청장)

이 사건 심판청구는 법인격이 없는 국가 기관에 불과한 보건복지부장관 소속의 행정청인 청구인이 제기하였으나, 청구인이 비록 행정청이라 하더라도 .의료법.제30조제2항의 규정에 의하면, 국가는 의료기관을 개설할 수 있고, .의료급여법.제9조 및 제30조의 규정에 의하면, 급여비용에 관한 급여비용심사기관의 심사.조정에 이의가 있는 .의료법에 따라 개설된 의료기관 등 의료급여기관은 급여비용심사기관에게 이의신청을 할 수 있다고 규정되어 있는 점에 비추어 볼 때, .의료법.에 따라 개설된 의료기관으로서 .의료급여법.에 의한 의료급여기관인 청구인에 대하여 의료급여기관의 지위에서 급여비용에 관한 급여비용심사기관인 피청구인의 심사.조정에 대하여 위법·부당 여부를 다룰 수 있는 지위를 부여한 것으로 봄이 상당하다고 할 것이므로, 그렇다면 이러한 범위 안에서 청구인도 행정심판을 제기할 수 있는 법률상의 이익을 갖는 청구인 적격을 가진다고 볼 것이다(국행심 05-08295 의료급여비용감액조정 이의신청 기각결정 처분 취소청구, 청구인 : 국립의료원장, 피청구인 : 건강보험심사평가원)

나. 청구인적격

- 행정심판을 청구할 자격이 있는 자를 의미하며, 행정심판을 제기할 법률상 이익이 있는 자를 말한다.(법 제9조제1항)
- ‘법률상 이익’의 의미에 대해서는 공권 내지 법적 이익으로 해석하는 것이 통설·판례의 입장이다.

[판례] 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(1994.4.12, 93누24247)

[판례] 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 건축허가처분의 취소를 구할 법률상 구체적이고 직접적인 이익을 가진다고 볼 수 없다.(1994.12.30, 94두34)

- 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자가 행정처분취소를 구할 법률상의 이익의 범위
 - 제3자가 당해 처분에 대하여 행정심판을 제기할 수 있는 법률상 이익을 가지는지 여부의 판단에 관하여, 판례는 당해 처분의 근거법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우를 법률상 이익으로 보고, 간접적이거나 사실적, 경제적 이해관계를 가지는데 불과한 경우는 여기에 포함되지 아니한다고 보고 있다(대법 1995.12.26. 95누14664).

〈법률상 이익에 관한 학설〉

- 권리구제설 : 권리를 침해당한 자만이 회복을 위한 법률상 이익을 가짐
- 법률상이익구제설 : 처분의 근거가 된 실정법규의 해석상 청구인이 내세우는 이익이 당해 법규에 의하여 보호되고 있는 것으로 인정되는 것이면 법률상 이익이라고 봄
- 보호가치이익구제설 : 당해 처분의 근거가 된 법규에 비추어 실제법적인 보호 법익에 속하지는 아니하더라도 쟁송절차에 의하여 보호할만한 실질적이고 구체적인 이익이면 법률상 이익으로 봄
- 적법성보장설 : 행정쟁송의 목적을 행정행위의 적법성보장에 있는 것으로 보아 당해 처분이나 부작위가 적법한가에 대한 법적 심사의 적합성이 있으면 청구인 적격을 인정함
 - ※ 학설·판례는 점차 청구인적격을 확대하는 경향이다.

〈청구인적격 인정여부가 논의되는 사항〉

① 수익처분의 경원자 : 인정

- 인·허가 등의 수익적 행정처분을 신청한 수인이 서로 경쟁관계에 있어서 일방에 대한 허가 등의 처분이 타방에 대한 불허가 등으로 귀결될 수밖에 없는 경우(영업허가 등에 관하여 거리제한규정이나 업소개수제한 규정 등이 있는 경우) 허가 등의 처분을 받지 못한 자는 처분의 상대방이 아니라 하더라도 당해 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.

[판례] 액화석유가스충전사업의 허가기준을 정한 전라남도 고시에 의하여 고흥군 내에는 당시 1개소에 한하여 L.P.G. 충전사업의 신규허가가 가능하였는데, 원고가 한 허가신청은 관계 법령과 위 고시에서 정한 허가요건을 갖춘 것이고, 피고보조참가인들의 그것은 그 요건을 갖추지 못한 것임에도 피고는 이와 반대로 보아 원고의 허가신청을 반려하는 한편 참가인들에 대하여는 이를 허가하는 이 사건 처분을 하였다는 것인 바, 그렇다면 원고와 참가인들은 경원관계에 있다 할 것이므로 원고에게는 이 사건 처분의 취소를 구할 당사자적격이 있고, 이 사건 처분이 취소된다면 원고가 허가를 받을 수 있는 지위에 있음에 비추어 처분의 취소를 구할 정당한 이익도 있다고 하여야 할 것이다.(대판 1992.5.8, 91누13274)

- 법령상 영업허가에 관한 거리제한이나 개수제한 등의 규정을 두고 있지 아니한 경우 비록 기존 영업자의 이익에 침해를 가져온다고 하더라도 이러한 경우에는 법률상 이익이 인정되지 않는다.

판례

의료법상 의료인은 신고만으로 의원이나 치과의원을 개설할 수 있고 건축법 기타 건축관계법령상 의원 상호간의 거리나 개소에 아무런 제한을 두고 있지 아니하므로 치과의원을 경영하는 원고로서는 그 치과의원과 같은 아파트단지내에서 30미터 정도의 거리에 있는 건물에 대하여 당초에 상품매도점포로서의 근린생활시설로 되어 있던 용도를 원고와 경합관계에 있는 치과의원을 개설할 수 있도록 의원으로서의 근린생활시설로 변경한 서울특별시장의 용도변경처분으로 인하여 받게 될 불이익은 간접적이거나 사실적, 경제적인 불이익에 지나지 아니하여 원고에게 위 용도변경처분의 취소를 구할 소익이 있다고 할 수 없다.(대판 1990.5.22, 90누813)

이 사건 건물의 4.5층 일부에 객실을 설비할 수 있도록 숙박업구조변경허가를 함으로써 그곳으로부터 50미터 내지 700미터 정도의 거리에서 여관을 경영하는 원고들이 받게 될 불이익은 간접적이거나 사실적, 경제적인 불이익에 지나지 아니하므로 원고들에게 위 숙박업구조변경허가처분의 무효확인 또는 취소를 구할 소익이 있다고 할 수 없다.(대판 1990.8.14, 89누7900)

② 인근주민

○ 관계법령 규정 및 입법취지로 볼 때, 주로 환경권과 관련하여 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 아니하고 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별이익까지 근거법률에서 보호하려는 취지인지 여부 등을 고려하여 구체적·개별적으로 판단한다.

- 긍정 : 도시계획결정(공설화장장설치)처분취소청구, 등록체육시설업(골프장)사업계획무효확인청구, 양수발전소건설사업(환경영향평가대상지역 안 지역 주민), 법정소정 제한면적을 초과한 연탄공장건축허가

[판례] 당해 사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 이를 보호하려는 데에 있으므로 주민들이 이 사건 승인처분과 관련하여 갖고 있는 위와 같은 환경상 이익은 환경영향평가대상지역 안의 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익이라고 보아야 하고, 따라서 이 사건 양수발전소건설사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경침해를 받게 되리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민에게는 이 사건 승인처분의 취소를 구할 원고적격이 있다.(대판 1998. 9. 22, 97누19571)

- 부정: 환경영향평가대상지역 밖의 주민이 청구한 전원개발사업실시계획 승인처분취소청구, 고압가스제조허가

[판례] 환경영향평가대상지역 밖의 주민·일반 국민·산악인·사진가·학자·환경보호단체 등의 환경상 이익이나 전원(電源)개발사업구역 밖의 주민 등의 재산상 이익에 대하여는 위근거 법률(전원개발에관한특례법령, 구 환경보전법령, 구 환경정책기본법령 및 환경영향평가법령 등)에 이를 그들의 개별적·직접적·구체적 이익으로 보호하려는 내용 및 취지를 가지는 규정을 두고 있지 아니하므로, 이들에게는 위와 같은 이익 침해를 이유로 전원(電源)개발사업실시계획승인처분의 취소를 구할 원고적격이 없다(대판 1998.9.22. 97누19571).

③ 동일노선 또는 중복구간 운행자

○ 동일한 노선 또는 중복되는 구간을 운행하거나 동일한 구역에서 영업을 하는 운송사업자는 동 노선 또는 구역에 새로운 운송사업을 허가하는 처분에 대하여 다툼 법률상 이익이 인정된다고 할 것이나, 사안별로 판단해야 한다.

- 부정 : 동일노선 등을 운행하지 않거나, 동일노선이라도 처분의 내용이 직접 자기의 이익을 침해하는 내용이 아니라면 법률상 이익 없음

[판례] 청구인이 이 건 처분의 대상이 된 춘천-추곡-양구간 노선을 운행하고 있는 업체라 할지라도 청구의 ○○운수로부터 이 건 노선을 양수받은 청구의 △△여객이 동 노선을 재양도한다고 하더라도 이 건 양도양수와 관련 없는 제3자인 청구인에게 어떠한 이해관계가 있다고 볼 수 없고, 따라서 청구인은 이 건 시외버스운송사업양도양수신고수리처분으로 침해되는 법률상 이익이 없는 자이다.(국행심 97-5493)

- 긍정 : 중간경유지와 종점이 동일한데도 인정한 사례

▷ 국행심 06-18307 여객자동차운송사업계획변경인가처분무효확인청구
노선의 상당 구간이 중복되어 기존업자인 청구인들의 수익감소가 예상된다고 볼 수 있어 청구인들과○○고속은 경업관계에 있는 것으로 봄이 상당함

청구인 운행노선	이 건 처분 상대방의 운행노선	
	종전7노선	변경노선
서울고속버스터미널 - 고속도로 -점촌	구의터미널, - 센트럴시티 터미널 - 이천- 장호원, 충주- 문경- 점촌	구의터미널-센트럴시티 터미널-고속도로- 점촌

※ 반사적 이익
○ 공익보호의 결과로 국민 일반이 공통적으로 가지는 추상적·평균적·일반적인 이익과 같이 간접적이나 사실적, 경제적 이해관계를 가지는데 불과한 경우에는 법률상 이익이 인정되지 않는다.

[판례] 상수원보호구역 설정의 근거가 되는 수도법 제5조제1항 및 동 시행령 제7조제1항이 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 원고들에게는 위 상수원보호구역변경처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다.(대판 1995.9.26, 94누14544)

[판례] 타인의 토지에 대한 개발제한구역의 해제를 그 내용으로 하는 이 건 처분으로 인하여 청구인의 구체적개별적 직접적인 법률상 이익이 침해되었다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 설령 개발제한구역에서 해제된 다른 토지소유자들과 비교하여 청구인이 재산상의 손실을 입었다고 하더라도 이는 공익보호의 결과로 일반적으로 가지게 되는 간접적사실적 이익 내지는 반사적, 경제적 이익의 침해에 불과하다고 할 것이므로, 청구인적격이 없는 자가 제기한 부적법한 심판청구이다. (국행심 06-10714)

다. 선정대표자(법 제11조) 및 청구인의 지위승계(법 제12조)

- 다수의 청구인이 공동으로 심판청구를 하는 때에는 청구인 중 3인 이하의 대표자를 선정할 수 있고, 행정심판위원회가 필요하다고 인정할 때에는 청구인에게 대표자를 선정할 것을 권고할 수 있다.
- 청구인이 사망하거나 법인·사단·재단(이하 '법인 등')이 합병한 경우에는 심판청구의 대상인 처분에 관계되는 권리·이익을 승계한 자 또는 합병 후 존속하는 법인 등이나 합병에 의하여 설립된 법인 등이 청구인의 지위를 승계한다.

라. 청구인적격 흠결의 효과

- 청구인적격의 문제는 법률상 이익의 문제이므로 법률상 이익이 없다고 판단되면 청구를 각하하여야 한다.

2. 피청구인

- 행정청 : 행정심판은 처분을 피청구인으로 제기해야 하고, 실제로 그의 이름으로 처분을 한 행정청을 의미한다.
- 권한을 승계한 행정청
 - 행정심판에 있어서의 행정청은 당해 처분 또는 부작위를 한 행정청을 가리키는 것이 원칙이나, 처분이나 부작위가 있는 뒤에 그 처분이나 부작위에 관한 권한이 다른 행정청에 승계된 때에는 새로이 그 권한을 승계한 행정청이 처분청 또는 부작위청이 된다.(법 제13조제1항 단서) 따라서, 권한이 승계된 후 행정심판을 청구하고자 하는 경우에는 권한을 승계받은 행정청을 피청구인으로 하여 행정심판을 제기하여야 한다.
- 피청구인의 경정 : 청구인이 피청구인을 잘못 지정하거나 행정심판 제기 후 처분 등의 권한이 다른 행정청에 승계된 경우에 위원회는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 피청구인을 경정할 수 있다.
 - 경정결정이 있는 때에는 종전의 피청구인에 대한 심판청구는 취하되고 새로운 피청구인에 대한 심판청구가 처음에 심판청구를 한 때에 제기된 것으로 본다.(법 제13조) 따라서 청구기간 도과의 문제는 발생하지 않는다.

〈처분청과 통지한 행정청이 다른 경우〉

- 피청구인 : 처분청(통지한 행정청 아님)
 - 폐쇄명령처분을 한 행정청은 인천광역시장이고, 인천광역시 북구청장은 인천광역시장의 위 폐쇄명령처분에 관한 사무처리를 대행하면서 이를 통지한 것에 불과하므로 북구청장을 피고로 하여 제기한 이 사건 소는 피고적격이 없는 자를 상대로 한 것이어서 부적법하다.(대판 1990.4.27,90누233)

3. 심판참가(참가인)

- 의미 : 심판참가라 함은 현재 계속 중인 타인간의 행정심판 결과에 대하여 이해관계가 있는 제3자 또는 행정청이 참가하는 것을 의미한다.(법 제16조)
- 이해관계가 있는 제3자라 함은 당해 심판청구에 대한 재결에 의하여 직접 자기의 법률상 권리·이익을 침해당할 자를 의미한다.
※ 건축허가거부처분에 대한 취소심판에서 이해관계 있는 인근주민 등

4. 권리보호이익

- 기간의 경과, 처분의 집행 기타의 사유로 인하여 처분의 효력이 이미 소멸된 경우에는 원칙적으로 권리보호이익이 없다. 예컨대, 대집행 실행 이후 대집행의 취소를 청구하는 경우, 이미 완공된 건물에 대한 건축허가무효확인을 청구하는 경우, 이미 집회기간이 경과한 후 집회금지통고를 다투는 경우 등 법률상 이익이 인정되지 않는다.

[판례] 건축공사가 이미 완료된 건축허가처분의 무효확인을 구할 법률상 이익이 없다 (대판 1993.6.8, 91누11544).

[재결례] 청구인이 2006. 2. 6. ~ 2006. 3. 2.로 신고한 집회기간이 이미 경과하여 위 기간 내의 집회의 금지를 통고하는 이 건 처분을 취소하더라도 청구인이 위 기간에 집회를 하는 것은 불가능하고, 또한 새로운 집회신고가 있더라도 행정청이 이를 수리하지 아니하리라는 것이 예견된다는 것만으로 이 건 처분이 외형상 잔존함으로 인하여 청구인의 법률상 이익이 침해되고 있다고 보기 어려우므로 이 건 심판청구는 부적법하다.(국행심 06-03140)

- 그러나, 그 처분이 취소로 회복되는 법률상의 이익이 있는 경우에는 취소 심판을 제기할 수 있다. 처분기간이 이미 경과한 경우라도 위반전력이 가중요건이면 다름 이익 있다. (1차위반 - 영업정지 1월, 2차 위반- 영업정지 3월, 3차 위반 - 영업취소, 운전면허정지처분- 별점누산관리)

[판례] 건축사법 제28조제1항이 건축사 업무정지처분을 연 2회 이상 받고 그 정지기간이 통산하여 12월 이상이 될 경우에는 가중된 제재처분인 건축사사무소 등록취소처분을 받게 되도록 규정하여 건축사에 대한 제재적인 행정처분인 업무정지명령을 받은 건축사로서는 위 처분에서 정한 기간이 도과되었다 하더라도 위 처분을 그대로 방치하여 둔으로써 장래 건축사사무소 등록취소라는 가중된 제재처분을 받게될 우려가 있는 것이므로 건축사로서의 업무를 행할 수 있는 법률상 지위에 대한 위협이나 불안을 제거하기 위하여 건축사업무정지처분의 취소를 구할 이익이 있다(대판 1991.8.27, 91누3512).

V. 행정심판의 대상

1. 의미

가. 행정청의 처분 또는 부작위(법 제3조)

- 처분 : 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용
- 부작위 : 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것
- 대통령의 처분 또는 부작위에 대해서는 특별한 규정이 없는 한 행정심판을 청구할 수 없다.

나. 행정행위의 개념(실체법상 개념)과의 관계

- 문제점 : 쟁송법상의 처분개념이 학문적 의미의 행정행위 개념(실체법상의 처분개념)과 같은 것인지, 다른 것인지가 다투어지고 있다.
- 학설
 - ① 一元說(실체법상 개념설) : 양자를 같은 것으로 보나, 이 견해에서도 처분에는 공권력적 사실행위가 포함된다.
 - ② 二元說(쟁송법상 개념설) : 양자를 다른 것으로 보고 국민의 권익구제를 위하여 처분개념을 확대하려는 견해

다. 판례 : 원칙적으로 실체법상 개념설, 예외적으로 처분개념 확대

- 행정청의 어떤 행위를 행정처분으로 볼 것이냐의 문제는 추상적, 일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우 행정처분은 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위라는 점을 염두에 두고, 관련 법령의 내용 및 취지와 그 행위가 주체·내용·형식·절차 등에 있어서 어느 정도로 행

정처분으로서의 성립 내지 효력요건을 충족하고 있는지 여부, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익과의 실질적 결연성, 그리고 법치행정의 원리와 당해 행위에 관련한 행정청 및 이해관계인의 태도 등을 참작하여 개별적으로 결정해야 한다고 판시하였다.(대판 2007.10.11, 2007두1316)

2. 처분

가. 행정심판법상의 정의

- 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그밖에 이에 준하는 행정작용(법 제2조제1항제1호)

나. 행정청의 행위

1) 행정청의 정의

- 국가 또는 자치단체의 행정에 관한 의사를 결정·표시할 수 있는 권한을 가지는 행정기관을 의미한다.
- 공사나 공단, 사인의 경우에도 법령에 의하여 행정권한의 위임·위탁을 받은 범위 내에서는 “행정청”의 지위에 있게 된다. (법 제2조제2항)

2) 권한의 위임·위탁의 경우

- 행정심판법은 “이 법을 적용함에 있어서 행정청에는 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체 및 그 기관 또는 사인이 포함된다”라고 명시하고 있다(법 제2조제2항)
- 국가 또는 지방자치단체의 사무가 아닌 공법인과 그 임직원간의 내부 법률문제나 법률에 근거 없이 내규등에 정한 바에 따라 자체적으로 행하는 행위는 행정심판의 대상이 되지 못한다.

〈행정심판의 대상이 되는 경우〉

- △ 에스에이치공사의 관계법률에 따른 택지개발사업 및 이주대책에 관한 처분(대판 2007.8.23, 2005두3776)
- △ 한국도로공사의 고속도로 통행료 징수권 및 체납통행료 부과처분(대판 2005.6.24, 2003두6641)
- △ 농업진흥공사의 농촌근대화촉진법에 의한 환지처분(대판 1981.6.23, 80다2523)
- △ 농지개량조합 임직원의 근무관계는 공법상의특별관계로서 직원에 대한 징계처분은 행정심판 대상임(대판 1998.10.9, 97누1198)
- △ 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 제27조에 의한 입찰참가자격제한조치(대판 1996.12.20, 96누14798)

〈행정심판의 대상이 되지 못하는 경우〉

- △ 총포화약안전기술협회가 회원들로부터 회비를 징수하는 행위(국행심 04-11977)
- △ 세종대학교총장의 2001학년도 특차모집 발명특기자 전형에 응시한 청구인의 원서접수 거부행위(국행심 01-4139)
- △ 의료보험관리공단 직원의 근무관계(대판 1993.11.23, 93누15212)
- △ 시립합창단원 재위촉 거부(대판 2001.12.11, 2001두7794)
- △ 한국전력공사나 한국토지공사가 자체 규정에 의하여 계약을 위반한 사업자등에게 일정기간 당해 공사가 실시하는 입찰에 참가할 수 없도록 제한하는 조치(대판 1995.2.28, 94두36)

다. 구체적 사실에 관한 법집행

1) 의미

- 구체적 사건에 관한 법적 분쟁을 전제로 하는 것이므로, 일반적·추상적인 법령 또는 내규나 사업계획 등은 원칙적으로 행정심판의 대상이 되지 못한다.(1994.9.10, 94두33 등)

2) 법령 또는 행정규칙

- 원칙적으로 구체적 사실에 관한 법집행행위가 아니므로 처분에 해당하지 않는다.

[재결례] 이 건 고시(2005. 8. 25. 건설교통부고시 제2005-259호로 고시한 .건설사업관리자 사업수행능력 세부평가기준., 2006. 12. 15. 건설교통부고시 제2006-552호로 고시한 주택건설공사 감리자 지정기준, 2007. 1. 3. 건설교통부고시 제2006-627호로 고시한 .감리전문회사 사업수행능력 세부평가기준.)은 일반적 추상적 법규명령으로서의 효력을 가지고 있는 것으로서 행정심판의 대상이 되지 않는다고 함.(07-07506 건설교통부고시감리전문회사사업수행능력세부평가기준등취소청구)

[재결례] 교육인적자원부장관이 시·도 교육감에 통보한 대학입시기본계획내의 내신 성적산정지침은 처분이 아니라고 한 사례(1994.9.10, 94두33)

[재결례] 의료기관의 명칭표시판에 진료과목을 함께 표시하는 경우, 글자 크기를 제한하고 있는 (구)의료법 시행규칙 제31조가 그 자체로서 국민의 구체적인 권리의무나 법률관계에 직접적인 변동을 초래하지 아니하므로 행정소송의 대상이 되지 않는다고 한 사례(2007.4.12, 2005두15168)

- 다만, 법령 또는 조례가 구체적 집행행위의 개입없이 그 자체로서 직접 국민에 대하여 구체적 효과를 발생하여 특정한 권리의무를 형성하게 하는 경우에는 행정심판의 대상이 된다.

[판례] 항정신병 치료제의 요양급여 인정기준에 관한 보건복지부 고시가 특정 제약회사의 특정 의약품을 규율 대상으로 하는 점 및 처방기준에 따르지 않은 경우에는 국민건강보험공단에 대하여 그 약제비용을 보험급여로 청구할 수 없고 환자 본인에 대하여만 청구할 수 있게 한 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 고시는 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 제약회사, 요양기관, 환자 및 국민건강보험공단 사이의 법률관계를 직접 규율하는 성격을 가진 다고 할 것이다.(대판 2003.10.9, 2003무23)

[판례] 보건복지부 고시인 약제급여·비급여목록 및 급여상한금액표(보건복지부 고시 제2002-46호로 개정된 것)로 인하여 자신이 제조·공급하는 약제의 상한금액이 인하됨에 따라 위와 같이 보호되는 법률상 이익이 침해당할 경우, 제약회사는 위 고시의 취소를 구할 원고적격이 있다고 한 사례.(대판 2006.9.22., 2005두2506)

[판례] 두밀분교를 폐교하는 경기도의 조례는 항고소송의 대상이 된다는 사례(대판 1996.9.20, 95누8003)

3) 행정계획

- 일반적으로 행정계획은 대외적으로 구속력을 갖지 아니하므로 처분성이 인정되지 않는다.

- 다만, 행정계획이 “특정인의 권리 내지 법률상 이익을 개별적·구체적으로 규제하는 효과”를 가져오게 하는 경우, 즉 **구속적 행정계획의 경우**에 는 그 **처분성이 인정**된다는 것이 판례의 입장이다.

<p>〈처분성이 인정되지 않는 경우〉</p> <p>[재결례] 도시기본계획은 도시의 장기발전방향 및 도시계획입안의 지침이 될 뿐 개인의 권리 내지 법률상 이익을 구체적이고 개별적으로 규제하는 효과를 가져오는 행정처분이라 볼 수 없다(국행심 96-2761)</p> <p>[판례] ‘혁신도시 입지선정지침’에 의해 도지사가 원주시를 혁신도시 최종입지로 선택한 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수 없다(대판 2007.11.15, 2007두10198)</p> <p>[판례] 구 농어촌도로정비법 제6조에 의한 농어촌도로기본계획은 그에 후속되는 농어촌도로정비계획의 근거가 되는 것일 뿐 그 자체로 행정처분에 해당한다고 할 수 없다(대판 2000.9.5, 99두974)</p> <p>[판례] 개발제한구역을 부분조정하는 내용의 개발제한구역제도개선방안은 국가의 기본방침을 천명하는 정책계획안으로서 비구속적 행정계획안에 불과하므로 공권력행위가 될 수 없다(헌재 99헌마538)</p> <p>〈처분성이 인정되는 경우〉</p> <p>[판례] 구 도시계획법 제12조에 의한 도시계획결정(현행 도시관리계획)은 그 자체로 국민의 권익을 직접 개별적·구체적으로 규제하므로 처분성 인정(대판 1982.3.9, 80누105)</p> <p>[판례] 「도시 및 주거환경정비법」상 정비구역의 지정 및 정비계획은 일단 지정 및 고시되면 건축물 건축제한 등 토지소유자의 권리·의무에 직접적인 영향을 미치게 되므로 처분성 인정(1993.12.10, 93누1261)</p>

4) 일반처분과 고시·공고

- 일반처분은 구체적인 사실에 관하여 불특정 다수인을 대상으로 하는 행정행위로서 행정소송법 처분에 해당한다.
 - 예 : 도로통행금지, 입산금지, 도로의 공공개시 및 공용폐지

<p>[판례] 청소년보호법에 따른 청소년유해매체물 결정 및 고시처분은 일반 불특정 다수인을 상대방으로 하여 일률적으로 표시의무, 포장의무 등 각종 의무를 발생시키는 행정처분에 해당(대판 2007.6.14, 2004두619)</p>
--

- 고시·공고는 행정청이 그가 결정한 사항 등을 일반에게 알리는 것이므로 원칙적으로 일반 국민을 구속하는 것은 아니므로 행정심판의 대상이 되지 않는다.
- 다만, 고시의 형식으로 일반처분의 성질을 가진 행위가 있을 경우에는 행정심판의 대상이 된다.(예 : 도로법의 규정에 의한 도로구역결정의 고시, 부동산 가격공시및감정평가에관한법률의 규정에 의한 개별지가공시 등)

〈처분성이 인정되지 않는 경우〉

[재결례] 종합유선방송구역의 고시와 1997. 3. 8. 행한 제2차 종합유선방송계획의 공고는 불특정 다수인에게 위 구역이 새로이 설정된 종합유선방송구역임을 알리는 동시에 동구역 내에서의 종합유선방송사업에 관련된 허가절차 등을 알리는 통지행위에 불과하므로 이는 행정심판의 대상이 되는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사로 볼 수 없다.(국행심 97-1872 종합유선방송구역개정고시등처분취소청구)

[판례] 토지의형질변경등행위허가기준등에관한규칙에 기한 허가제한지역 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.(대판 1997.9.26, 97누 8984)

〈처분성이 인정되는 경우〉

[판례] 개별토지가액의 결정은 토지초과이득세, 택지초과소유부담금 또는 개발부담금 산정 등의 기준이 되어 국민의 권리의무 내지 법률상 이익에 직접적으로 관계되므로 행정소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아야 할 것이다.(대판 1993.1.15, 92누12407)

[판례] 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.(헌재 99헌마123)

5) 내부지침에 근거한 수익적 행정행위

- 판례는 내부지침에 근거한 항공운송노선배분행위에 대하여 처분성을 인정하고 있다.

[판례] 처분의 근거가 행정규칙에 규정되어 있다고 하더라도, 그 처분이 상대방에게 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법적인 효과를 발생하게 하는 등으로 그 상대방의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위라면, 이 경우에도 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다. 노선을 배분받은 항공사는 중국 항공당국에 통보됨으로써 이 사건 잠정협정 및 비밀양해각서에 의한 지정항공사로서의 지위를 취득하고, 중국의 지정 항공사와 상무협정을 체결하는 등 노선면허를 취득하기 위한 후속절차를 밟아 중국 항공당국으로부터 운항허가를 받을 수 있게 되며, 추후 당해 노선상의 합의된 업무를 운영함에 있어 중국의 영역 내에서 무차륙비행, 비 운수목적의 착륙 등 제 권리를 가지게 되는 반면, 노선배분을 받지 못한 항공사는 상대국 지정항공사와의 상무협정 체결 등 노선면허 취득을 위한 후속절차를 밟을 수 없을 뿐만 아니라 중국 항공당국으로부터 운항허가를 받을 수도 없는 지위에 놓이게 된다.(대판 2004.11.26, 2003두10251,10268)

- 그러나, 법령에는 위탁의 근거가 규정되어 있고, 위탁기준(훈련과정 승인절차)이 내부지침에 근거한 경우, 훈령과정승인행위는 단순한 내부 통보행위에 불과하다는 이유로 처분성을 인정하지 않았다.

[재결례] 실업자 등 직업능력개발훈련 실시규정.(노동부 예규 제527호) 제17조와 18조에 의하면, 직업능력개발훈련기관이 훈련을 위탁받고자 하는 경우에는 훈련 실시세부계획서, 훈련교재 또는 훈련내용 요약서 등을 첨부하여 관할 지방노동관서에 제출하여야 하고, 지방노동관서의 장은 실업자 등 직업능력개발훈련 신청서를 접수한 경우 심사위원회의 심의를 거쳐 위탁대상 훈련과정 승인 여부에 대해 신청훈련기관에 통보하여야 한다고 되어 있으며, 같은 규정 제21조에 의하면, 훈련과정승인을 받은 훈련기관이 위탁계약을 체결하고자 하는 경우에 위탁계약신청서를 관할 지방노동관서에 제출하고 위탁계약을 체결하는 것으로 되어 있다. 위 관계법령 등을 종합하여 볼 때, 훈련과정승인은 국가 등이 직업능력개발훈련기관과 직업능력개발훈련에 관한 위탁계약을 체결하기에 앞서 직업능력개발훈련기관이 신청한 훈련과정이 국가 등이 정한 기준에 적합하다는 것을 인정하는 것이고, 이를 직업능력개발훈련기관에 통보하는 것은 기준에 적합한지 여부를 확인하여 그 결과를 알려주는 사실행위에 불과하다는 점 그러등이 피청구인의 이 건 통지는 청구인이 신청한 간호조무사 훈련과정이 피청구인이 마련한 2007년 실업자 직업훈련 실시기본계획에 의한 기준에 적합한지 여부를 확인한 후 그 결과를 청구인에게 알려주는 사실행위로서 처분이 아니므로 이 건 심판청구는 행정심판의 대상이 아닌 사항을 대상으로 하여 제기된 부적법한 청구이다. (국행심 06-04447 직업능력개발훈련과정승인거부처분취소청구)

라. 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용

1) 의미

행정청이 우월한 지위에서 권력적인 행위를 한 경우에만 행정쟁송의 대상이 된다. 따라서 행정청이 상대방과 대등한 지위에서 하는 공법상의 계약(예 : 계약직 공무원에 대한 채용계약 해지 통보)이나 합동행위, 행정청의 사법상의 행위(예 : 사경제주체로서 하는 공사도급계약)는 포함되지 아니한다.

2) 공법상 계약

- 원칙적으로 행정쟁송의 대상이 되지 않지만, 공법상 계약의 체결등과 관련된 행정청의 일방적 결정은 항고쟁송의 대상이 된다.

[판례] 계약직공무원에 관한 현행 법령의 규정에 비추어 볼 때, 계약직공무원 채용계약해지의 의사표시는 일반공무원에 대한 징계처분과는 달라서 항고소송의 대상이 되는 처분 등의 성격을 가진 것으로 인정되지 아니하고, 일정한 사유가 있을 때에 국가 또는 지방자치단체가 채용계약 관계의 한쪽 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시로 취급되는 것으로 이해되므로, 이를 징계해고 등에서와 같이 그 징계사유에 한하여 효력 유무를 판단하여야 하거나, 행정처분과 같이 행정절차법에 의하여 근거와 이유를 제시하여야 하는 것은 아니다. (대판 2002.11.26, 2002두5948)

[판례] 국가나 지방자치단체와의 계약을 위반한 사업자들에 대하여 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제27조나 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제31조에 의한 **입찰참가자격제한 조치**는 공권력적 행위로서 항고쟁송의 대상이 된다.(대판 1996.12.20, 96누14708등), 다만, **한국전력공사의 입찰참가자격제한조치**는 행정청의 권한을 위임받았다고 볼 만한 아무런 법적 근거가 없다고 보아 사법상의 효력을 가지는 통지행위에 불과하다고 한 판례도 있다(대판 1999.11.26, 99부3)

3) 사법행위

- 행정청의 일방적 결정이 처분인지 사법행위인지가 다투어지는 경우가 있는데, 결국 이는 공법행위와 사법행위의 구별문제이다.

〈사법행위로 보는 경우〉

- 조폐공사, 한국은행, 의료보험관리공단, 지하철공사 등과 소속 직원 간의 관계
- 국·공유 일반(잡종)재산의 대부·매각·교환·양여행위(대판 1993.12.21, 93누13735)와 그에 따른 사용료납입고지(2001.2.27, 99두6842), 정부 수요품의 매입·공사도급 계약
- 한국마사회가 조교사 또는 기수의 면허를 부여하거나 취소하는 행위(대판 2008.1.31, 2005두8269)

〈행정처분으로 보는 경우〉

- 농지개량조합과 임직원간의 관계(대판 1995.6.9, 94누10870)
- 국·공유재산(일반재산 포함)의 무단점유자에 대하여 하는 변상금부과처분(2000.1.14, 99두9735), 국·공유 행정재산으로 사용허가나 그에 따른 사용료부과처분

4) 행정청의 거부처분

- 국민의 신청에 대한 행정청의 거부처분이 항고쟁송의 대상이 되는 행정처분이 되기 위해서는 국민이 행정청에 대하여 그 신청에 따른 행정행위를 해줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 권리가 있어야 한다는 것이 판례 및 재결례의 태도이다.

[판례] 도시계획법, 건축법, 도로법 등 관계 법령상 주민에게 도로상 장애물의 철거를 신청할 수 있는 권리를 인정할 근거 법규가 없을 뿐 아니라 조리상 이를 인정할 수도 없고, 따라서 행정청이 인접 토지 소유자의 장애물 철거요구를 거부한 행위는 항고소송의 대상이 되는 거부처분에 해당될 수 없다.(대판 1996. 1. 23, 95누1378).

[판례] 주택개량개발사업계획의 변경에 관하여는 사업지구 내 토지 등의 소유자라 하더라도 그 변경신청을 할 수 있는 법규상의 근거가 없을 뿐만 아니라, 재개발사업의 성격에 비추어 보더라도 그와 같은 신청권을 인정할 수 없으므로, 결국 재개발 사업지구 내 토지 등의 소유자의 재개발사업에 관한 사업계획 변경신청에 대한 불허통지는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 아니한다.(대판 1999.8. 24, 97누7004)

5) 공권력의 행사나 그 거부에 준하는 작용

- 행정작용중 공권력행사작용이나 거부처분은 아니더라도 행정청의 대외적 작용으로서 개인의 권익에 구체적으로 영향을 미치는 작용을 가리

키는 것이다. 현대사회에서 미처 예상하지 못한 새로운 유형의 행정작용이 행정심판의 대상으로 다루어 질 수 있도록 함과 동시에, 엄격한 의미의 공권력행사작용 또는 그 거부처분으로 보기에 해석상 의문이 있으나 현실적으로 행정구제의 필요성이 인식되는 행정작용을 행정심판의 대상으로 하려는 취지이다.

- 국유재산의 관리청이 그 무단점유자에 대하여 일방적으로 하는 변상금 부과처분(대판 1988.2.23, 87누1046, 1047), 행정재산 사용허가나 그에 따른 사용료부과처분(대판 1997.4.11, 96누17325)은 행정주체가 우월적 지위에서 행하는 것으로 항고쟁송의 대상이 되며, 강제격리, 유치나 예치, 영업소 폐쇄, 단수처분(대판 1979.12.28, 79누218) 등 권력적 사실행위도 공권력 행사에 해당하는 것으로 항고쟁송의 대상이 된다.

마. 기타 검토 대상

1) 기준

- 항고쟁송은 국민의 권리 이익 구제를 위한 것이므로 국민의 권리의무에 직접 영향이 있는 법적 행위이어야 한다. 따라서 국민의 권리의무에 영향이 없는 단순한 행정청 내부행위나 중간처분, 행정사무의 편의와 사실증명의 자료를 얻기 위한 장부기재행위, 알선·권유·행정지도 등 비권력적 사실행위, 단순한 관념의 통지, 질의 회신이나 진정에 대한 답변 등은 항고쟁송의 대상이 될 수 없다.

※ 판례(처분성 부정)

- 병역처분의 자료로 군의관이 하는 신체등위판정(대판 1993.8.27, 93누3356), 지적도(대판 2002.4.26, 2000두7612), 온천관리대장(대판 2000.9.8, 98두13072), 관할 관청이 건축법 제69조 제2항에 의하여 한국전력공사 등에게 위법 건축물임을 이유로 전기공급을 중단해달라고 요청하는 행위(대판 1996.3.22, 96누433), 행정청이 사업계획의 승인을 얻은 자의 착공계획서를 수리하고 이를 통보한 행위(대판 2001.5.29, 99두10292)

2) 내부행위

- 행정청의 행위가 외부에 표시되지 아니하고 내부적 의사결정단계에 머물고 있는 경우에는 아직 개인의 권리의무에 직접 영향을 미치지 아니하므로 처분에 해당되지 아니 한다.

[판례] 처분성을 부정한 사례

개인택시면허우선순위에 관한 교통부장관의 지침(대판 1985.11.26, 85누394), 감사원의 시정요구(대판 1977.6. 28, 76누294), 과세처분의 선행적 절차로서 세무서장이 내부적으로 행하는 과세표준결정(대판 1996.9.24, 95누12842), 제2차 납세의무자 지정통지(대판 1982.8.024, 81누80), 해양안전심판원의 재결 중 사고원인 규명의 재결(대판 1994.6.24, 93추182), 징계처분에 있어서의 징계위원회의 결정(대판 1983.2.8, 81누35), 국가보훈처 보훈심사위원회의 의결(대판 1989.1.24, 88누3314), 국가유공자가 부상 여부 및 정도를 판정하기 위하여 하는 신체검사판정(대판 1993.5.1. 91누9206), 병역처분의 자료로 균의관이 하는 신체등위판정(대판 1993.8. 27. 93누3356), 의료보호대상자를 진료한 의료기관이 시장·군수에게 진료비청구를 하면서 제출한 진료비청구명세서에 대하여 의료보험연합회가 한 심사청구결과통지(대판 1999.6.25. 98두15863) ,지방경찰청의 권한위임을 받은 경찰서장이 기존 횡단보도를 존치하는 결정(대판 2000.10. 24, 99두1144, 이에 반하여 도로교통법 제10조에 따라 하는 횡단보도의 설치 및 폐지결정은 항고소송의 대상이 된다.), 한국자산관리공사의 재공매(입찰) 결정 및 공매통지(대판 2007.7.27, 2006두8464)는 행정청의 내부행위로서 항고쟁송의 대상이 되지 않는다고 판시하고 있다.

[판례] 처분성을 긍정한 사례

산업재해보상보험법에 의한 장애보상금 결정의 기준이 되는 장애등급결정(대판 1995.2.14. 94누12982, 2002.4.26. 2001두8155등 참조), 근로기준법상의 평균임금결정(대판 1997.11.28. 97누14798, 2002.10.25. 2000.두9717), 공무원연금법상 재직기간합산 처분(대판 2002.11.8. 2001두7695), 행정규칙에 의한 불문경고조치(대판 2002.7.26. 2001두3532) 등을 항고소송의 대상으로 인정하고 있다.

- 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에 의한 공정거래위원회의 고발조치도 행정기관 상호간의 행위에 불과하여 항고쟁송의 대상이 되는 행정 처분이라 할 수 없다.(대판 1995.5.12, 94누13794)
- 종전에는 근로복지공단이 산업재해보상보험료 부과처분에 앞서 한 보험료산정기준사업변경처분에 대해 처분성을 인정하지 않았으나, 최근 대법원은 그 입장을 변경하여 처분성을 인정하고 있다.

[판례] 대법원 2008.5.8, 2007두10488 산재보험사업종류변경신청반려처분취소

피고가 사업주에게 통지한 사업종류에 대하여 사업주가 사업장의 사업실태 내지 현황에 대한 피고의 평가 잘못 등을 이유로 피고에게 사업종류의 변경을 신청하였으나 피고가 이를 거부한 상황에서, 사업주가 자신이 적정하다고 보는 사업종류의 적용을 주장하면서 피고가 통지한 사업종류에 기초한 산재보험료를 납부하지 아니한 경우, 사업주는 연체금이나 가산금을 징수당하게 됨은 물론(법 제24조, 제25조), 체납처분도 받게 되고(법 제28조), 산재보험료를 납부하지 아니한 기간 중에 재해가 발생한 경우 그 보험급여의 전부 또는 일부를 징수당할 수 있는(법 제26조 제1항 제2호) 등의 불이익이 있는 점을 감안해 보면, 사업주의 사업종류변경신청을 받아들이지 않는 피고의 거부행위는 사업주의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위라고 할 것이다. 나아가 보험가입자인 사업주가 사업종류의 변경을 통하여 보험료율의 시정을 구하고 불이익이 경우, 사업주는 피고가 통지한 사업종류에 따른 개선보험료나 확정보험료를 신고납부하지 아니한 후 피고가 소정 절차에 따라 산정한 보험료 또는 차액의 납부를 명이익이징수통지를 받을 때까지 기다렸다가 비로소 그 징수처분에 불복하여 그 절차에서 사업종류의 변경 여부를 다룰 수 있다고 하면 앞서 본 바와 같은 불이익을 입을 수 있는 등 산재보험관계상의 불안정한 법률상 지위에 놓이게 되는데 이는 사업주의 권리보호에 미흡하며, 사업종류는 보험가입자인 사업주가 매 보험연도마다 계속 납부하여야 하는 산재보험료 산정에 있어 필수불가결한 기초가 되는 것이므로 사업종류 변경신청에 대한 거부행위가 있을 경우 바로 사업주로 하여금 이를 다룰 수 있게 하는 것이 분쟁을 조기에 발본적 으로 해결할 수 있는 방안이기도 하다.

이와 같은 사정을 모두 고려하여 보면, 보험가입자인 사업주에게 보험료율의 산정의 기초가 되는 사업종류의 변경에 대한 조리상 신청권이 있다고 봄이 상당하다.

3) 중간적 처분 또는 부분허가

- 중간적 처분으로 보일지라도 그로써 국민의 권리가 제한되거나 의무가 발생하면, 항고쟁송의 대상이 됨을 주의하여야 한다.
- 사업인정은 토지수용절차 중의 한 단계에 불과하나, 그로써 수용할 목적물의 범위가 확정되고, 기업자에게는 일종의 공법상 권리를 취득케 하는 반면, 토지소유자에게는 형질변경이 제한되는 등의 불이익(공익 사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제25조)이 따르므로 항고쟁송의 대상이고(대판 1994.5.24, 93누4230 등),
- 농지법 상 농지처분의무통지는 그 통지를 전제로 농지처분명령, 이행

- 강제금 부과 등 절차가 진행되므로 농지소유자의 의무에 직접 관계되는 행정처분으로서 항고쟁송의 대상이 된다.(대판 2003.11.14, 2001두8742)
- 구)지가공시 및 토지 등의 평가에 관한 법률.(현재는 .부동산가격공시 및 감정평가에 관한 법률)에 의하여 건설교통부장관이 결정·공시하는 표준지공시지가나 시장·군수·구청장이 결정·공시하는 개별공시지가 결정은 중간적 처분으로 보일지라도 각종 부담금과 조세산정의 기준이 되어 국민의 권리나 의무 또는 법률상의 이익에 직접 관계되는 것이므로 항고쟁송의 대상이고(대판 1994.3.8. 93누10828, 1993.6.11. 92누16706),
 - 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 근거한 토지거래계약에 관한 허가구역의 지정은, 토지거래허가구역으로 지정되는 경우 토지거래계약을 체결함에 있어서 행정관청으로부터 허가를 받아야 하는 등 일정한 제한을 받게 되고, 허가를 받지 아니하고 체결한 토지거래계약은 그 효력이 발생하지 아니하는 등 개인의 권리 내지 법률상의 이익을 구체적으로 규제하는 효과를 가져 오게 하는 행정처분에 해당하여 항고쟁송의 대상이 된다.(대판 2006.12.22. 2006두12883)
 - 대규모 시설이나 장비를 갖추어야 하는 사업 등에 있어 허가·인가 등에 앞서 계획서 등을 제출하게 하여 사전에 요건의 일부를 심의하여 적정통보를 받은 자가 시설공사 등을 착수할 수 있거나 시설 등을 갖추어 허가·인가 등의 신청을 할 수 있게 되어 있는 경우, 이러한 부분허가나 그 신청에 대한 거부는 중간처분이 아닌 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 처분으로 항고쟁송의 대상인 행정처분에 해당한다.(1998.9.4. 97누19588) 다만, 부분허가에 대한 항고쟁송 중에 본허가가 나오면 부분허가에 대한 소는 소의 이익이 없다.(대판 1998.9.4. 97누19588, 원자로건설부지사전승인)
 - 그리고 행정청이 장래 일정한 처분 또는 불처분을 약속하는 의사표시인 이른바 確約(=내인가, 내허가)은 행정처분에 속하지 않는다고 본 판례가 있다.(대판 1995.1.20. 94누6529, 어업면허에 선행하는 우선순위

결정) 한편, 내인가에 관련하여, 내인가를 받은 자의 본인가신청에 대하여 행정청이 내인가를 취소하였을 뿐 본인가신청에 대하여는 따로 처분을 하지 아니한 경우 그 내인가 취소를 본인가신청 거부처분으로 본 바 있다.(대판 1991.6.28. 90누4402)

4) 알선·권고·질의회신 등

- 행정청의 알선·권고·경고·통지·질의회신·호의적 중재·조정·희망의 표시·지도등과 같은 행위는 개인에 대해서 직접적으로 법적 효과를 발생시키지 않기 때문에 처분성이 인정되지 아니한다. 다만, 행정지도의 외관을 가지고 있더라도 사실상 당사자의 권리의무에 영향을 미치는 행정작용의 경우는 처분성을 인정할 여지가 있는바, 최근에는 다소 탄력적으로 해석하고 있는 추세이다
- 통지행위와 관련하여 명확히 법령상 규정된 사실을 통지한 것이고 행정청이 어떤 판단 또는 의사를 결정할 수 있는 사항이 아니라면 단순한 사실 통지행위로 처분성이 인정되지 않으나, 법령상의 기준 또는 요건 판단에 대한 행정청의 입장이 어떤지의 여부에 따라 당사자의 권리의무에 영향을 미치는 경우 처분으로 인정될 수 있다.

[판례] 유흥전문음식점업 허가관청의 영업시간 준수지시는 새로운 의무를 부과하는 것이 아니라 이미 허가조건에 붙여진 사항의 이행을 지시·경고하는 데에 지나지 아니하므로 행정처분이 아니다.(대판 1982.2.28, 82누366)

[판례] 행정 각 부처의 장 등이 일반 국민의 소관 법령의 해석에 관한 질의에 대하여 하는 회신은 법원을 구속하지 못함은 물론 그 상대방이나 기타 관계자들의 법률상의 지위에 직접적으로 변동은 가져 오게 하는 것이 아니므로 특별한 사정이 없는 한 그 자체로서 항고소송의 대상이 될 수는 없다.(대판 1992.10.13, 91누2441)

[판례] 국세기본법 제51조 제1항, 제52조 및 같은법시행령 제30조에 따른 세무서장의 국세환급금(국세환급가산금 포함)에 대한 결정은 이미 납세의무자의 환급청구권이 확정된 국세환급금에 대하여 내부적인 사무처리절차로서 과세관청의 환급절차를 규정한 것에 지나지 않고 그 규정에 의한 국세환급금의 결정에 의하여 비로소 환급청구권이 확정되는 것이 아니므로, 국세환급금결정이나 그 결

정을 구하는 신청에 대한 환급거부결정 등은 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 없다.(대판 1994.12.2, 92누14250)

[판례] 당연퇴직의 인사발령은 법률상 당연히 발생하는 퇴직사유를 공적으로 확인하여 알려주는 이른바 관념의 통지에 불과하고 공무원의 신분을 상실시키는 새로운 형성적 행위가 아니므로 행정소송의 대상이 되는 독립한 행정처분이라고 할 수 없다.(대판 1995.11.14, 95누2036)

[재결례] 무면허 운전으로 부여받은 운전면허취득 결격기간은 그 효과가 행정청의 의사에 따라 발생하는 것이 아니라 위 규정의 법적 효과에 의하여 당연히 부여되는 것으로서 별도의 처분은 아니라 할 것이므로 이 건 심판청구는 행정심판의 대상이 아닌 것에 대하여 제기된 부적법한 심판청구이다.(05-17917)

- 금융기관 임원에 대한 문책경고는 관련 고시 등에 의해 직업선택의 자유가 제한될 수 있어 처분으로 보고 있는 반면, 단순한 주의조치는 처분으로 보고 있지 않는다.

[판례] 대법원 2005. 2. 17. 선고 2003두10312 판결(문책경고상당처분취소)

금융감독원장이 종합금융주식회사의 전 대표이사에게 재직 중 위법·부당행위 사례를 첨부하여 금융 관련 법규를 위반하고 신용질서를 심히 문란하게 한 사실이 있다는 내용으로 '문책경고장(상당)'을 보낸 행위는 어떠한 법적 근거에 기하여 발하여진 것이 아니고, 단지 종합금융회사의 업무와 재산상황에 대한 일반적인 검사권한을 가진 피고가 소외 주식회사에 대하여 검사를 실시한 결과, 원고가 소외 주식회사의 대표이사로 근무할 당시 행한 것으로 인정된 위법·부당행위 사례에 관한 단순한 사실의 통지에 불과한 것으로서, 다만 원고가 재직중인 임원이었다고 한다면 이는 금융기관검사 및제재에관한규정 제18조 제1항 제3호 소정의 문책경고의 제재에 해당하는 사례라는 취지로 '문책경고장(상당)'이라는 제목을 붙인 것일 뿐 금융업 관련 법규에 근거한 문책경고의 제재처분 자체와는 다르고, 피고로부터 같은 내용을 통보받은 소외 주식회사의 금융기관검사및제재에관한규정시행세칙 제64조 제2항에 따라 인사기록부에 원고의 위법·부당사실 등을 기록·유지함으로 인하여 원고가 소외 주식회사이나 다른 금융기관에 취업함에 있어 지장을 받는 불이익이 있다a위법더라도, 이는 이 사건 서면통보행위로 인한 것이 아닐 뿐만 아니라 사실4조 불이익에 불과한 것이고, 원고가 주장하는 취업 제한자체도 불분명하며, 문책경고를 받은 자는 문책경고일로부터 3년사에는행규에 또는 상임이사에 근거될 수 없다는 내용근거담긴에는행업감독규정은 실제로 문책경고의 제재처분을 받은 자에 대하여 적용되는 규정이므로 원고와는 무관하고, 불안감이라는 것도 원고가 주장하는 취업제한의 내용에 비추어 볼 때에 은행 고위 임원을 선임함에 있어 그러한 제한을 인식하여야 할 선임권력에 의 범위는 매우 제한적이어서 그세칙 제의식 수준이 위 서면통보만으로도 이를 문책경고의 법적 효력이 있다고 오해할 것이라고 보기 어려우며, 달리 위 통보행위로 인하여 이미 소외 주식회사으로부터 퇴직한 후의 원고의 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 하등의 법률상의 효과가 발생하거나 그러한 법적 불안이 존재한다고 할 수 없다.

- 특히, 판례는 교수 재임용과 관련하여 최근 전원합의체 판결을 통해 종전의 판례를 변경하여 재임용거부행위를 처분으로 보고 있다.

[판례] 대법원 2004. 4. 22. 선고 2000두7735(교수재임용거부처분취소)

기간제로 임용되어 임용기간이 만료된 국·공립대학의 조교수는 교원으로서의 능력과 자질에 관하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 받아 위 기준에 부합되면 특별한 사정이 없는 한 재임용되리라는 기대를 가지고 재임용 여부에 관하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 요구할 법규상 또는 조리상 신청권을 가진다고 할 것이니, 임용권자가 임용기간이 만료된 조교수에 대하여 재임용을 거부하는 취지로 한 임용기간만료의 통지는 위와 같은 대학교원의 법률관계에 영향을 주는 것으로서 행정소송의 대상이 되는 처분에 해당한다.

5) 장부 등예의 등재·등록

- 대법원은 토지대장예의 등재, 임야도예의 등록, 가옥대장예의 등재·말소 등의 행위는 행정사무집행의 편의와 사실증명에의 자료로 삼기 위한 것이고, 그 등재로 권리변동이 생기는 것이 아니므로 행정소송의 대상이 되지 않는다고 판시하고 있다.(예 : 자동차운전경력증명서상 교통사고 및 교통법규위반전력 기재행위, 운전면허행정처분처리대상상 별점의 배점)

[판례] 운전면허행정처분대상상 별점의 배점은 도로교통법규 위반행위를 단속하는 기관이 도로교통법시행규칙 별표 16의 정하는 바에 의하여 도로교통법규 위반의 경중, 피해의 정경증등에 따라 배정하는 점수를 말하는 것으로 자동차 운전면허의 취소, 정지처분의 기초자료로 제공하기 위한 것이고 그 배점 자체반의 는 아직 국민에 대하여 구체적으로 어떤 권리를 제한하거나 이를 명하는 등 법률법률규제를 하는 한하를 아는 요건을 갖춘 것이 아니어서 그 무효확인 또는 취소를 구하는 소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다(대판 1994.8.12, 94누2190)

[재결례] 국무총리행정심판위원회는 재결례를 변경하여 건설기술관리법령의 규정에 의한 부실벌점부과는 상대방에게 건설공사의 입찰 등과 관련하여 장애에 구체적이고 직접적인 불이익을 발생시키는 것이라고 하여 처분성을 긍정하였다.(국행심 07-04398 부실벌점 부과처분 취소청구).

- 다만, 대법원은 지목변경의 거부행위에 대해 처분성을 인정하는 전원합의체 판결을 내린 바 있다.

[판례] 구 지적법(2001. 1. 26. 법률 제6389호로 전문 개정되기 전의 것) 제20조, 제38조 제2항의 규정은 토지소유자에게 지목변경신청권과 지목정정신청권을 부여한 것이고, 한편 지목은 토지에 대한 공법상의 규제, 개발부담금의 부과대상, 지방세의 과세대상, 공시지가의 산정, 손실보상가액의 산정 등 토지행정의 기초로서 공법상의 법률관계에 영향을 미치고, 토지소유자는 지목을 토대로 토지의 사용·수익·처분에 일에 영제한을 받게 되는 점 등을 고려하면, 지목은 토지소유권을 제대로 행사하기 위한 전제요건으로서 토지소유자의 실제적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로 지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.(대판 2004. 4. 22. 선고 2003두9015)

6) 사실행위

- 사실행위는 원칙적으로 행정심판의 대상이 되지 아니한다.
- ※ 예 : 공공시설(도로, 공공건물)등의 설치·유지행위, 예방접종행위, 행정조사, 보고, 경고, 행정지도, 관용차의 운전

[재결례] 이 건에 있어서 피청구인이 당산철교를 철거하기로 결정한 행위는 일종의 사실행위에 불과한 것으로서, 청구인이나 기타 이해 관계인들의 권리·의무 내지는 법률상의 지위에 직접적인 변동을 가져오는 행정처분이라고는 할 수 없다 할 것이므로, 피청구인에게 당산철교 철거결정을 취소하여 줄 것을 요구하는 취지의 이 건 심판청구는 행정심판의 대상이 되지 아니하는 것을 대상으로 하여 제기된 부적법한 청구라고 할 것이다.(국행심 1997.5.16., 97-2029)

- 그러나 계속적인 권력적 사실행위의 경우에는 행정쟁송이 가능하다.
- ※ 예 : 서신 검열행위, 대집행실행행위, 전염병환자의 강제격리 등

[판례] 수행자의 서신을 교도소장이 검열하는 행위는 이른바 권력적 사실행위로서 행정심판이나 행정소송의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수 있다(헌재 1998.7.16, 96헌마246)

7) 특별 불복절차가 따로 마련되어 있는 경우

- 근거법률이 항고쟁송 이외의 다른 절차에 의하여 불복할 것을 예정하고 있는 처분은 항고쟁송의 대상이 될 수 없다.

- 과태료처분이나 통고처분 : 비송사건절차법 또는 즉결심판에 관한 절차법에 따라야 함(도로교통법 제115조의2 제8항, 제120조 등)
- 검사 또는 사법경찰관의 구금, 압수 또는 압수물의 환부에 관한 처분 : 법원에 준항고 제기(형사소송법 제416조)
- 검사의 불기소처분이나 고등검찰청의 항고기각결정 : 재정신청 또는 헌법소원(대판 1990.1.23, 89누3014)
- 공탁공무원의 처분이나 등기공무원의 처분 : 법원에 항고하거나 이의신청(공탁법 제조, 부동산등기법 제조)

3. 부작위

가. 의 의

- 행정소송법과 행정심판법 각 제2조제1항제2호에서는 “부작위”란 “행정청이 당사자의 신청에 의하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것”으로 정의하고 있다.
- 즉, 부작위가 성립되기 위하여는 ①적법한 신청권의 존재, ②상당한 기간의 경과, ③처분하여야 할 의무의 존재, ④아무런 처분도 하지 않을 것의 4가지 요건이 충족되어야 한다.

나. 성립요건

1) 법규상·조리상 신청권 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.

[판례] 토지구획정리사업법 제40조 제1항은 사업시행자에게 필요한 경우에 건축물 등을 이전하거나 제거할 수 있는 권능을 부여한 규정에 지나지 않을 뿐 사업시행자에게 그러한 의무가 있음을 규정한 것은 아니므로 이 규정을 들어 환지처분을 받은 토지소유자에게 사업시행자로 하여금 종전의 토지 위의 건축물 등에 대한 이전 또는 철거를 이행하도록 요구할 수 있는 신청권은 없다.(대판 1990.5.25, 89누5768)

[판례] 개별공시지가는 토지수용에 대한 보상, 국공유토지의 처분, 국세 및 지방세의 부과 등의 기준을 제시하려는 제도로써 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.(1998.10.15, 대구고법 97구11646)

[재결례] 청구인은 피청구인에게 이 건 정보에 대한 정보공개청구를 하지 아니한 채 직접 행정심판을 제기하였으므로 의무이행심판의 전제가 되는 거부처분이나 부작위가 성립하기 위한 당사자의 신청 자체가 존재하지 아니한다 할 것이므로 이 건 심판청구는 행정심판의 대상이 아닌 것을 대상으로 하여 제기된 부적법한 청구이다.(국행심 06-18673 정보공개이행청구)

2) 상당한 기간의 경과

- 당사자의 신청에 대하여 행정청이 상당한 기간이 지나도록 아무런 처분을 하지 않아야 한다. 민원사무처리기준표상의 민원처리기간이 경과하면, 특별한 사정이 없는 한 상당한 기간을 경과하였다고 할 것이나, 부작위가 위법하다는 것은 판결시(사실심 종결시)를 기준으로 판단하게 되므로, 그때는 이미 많은 기간이 경과된 이후가 되므로 “상당한 기간”은 실무상으로는 그리 크게 문제가 되지 않는다.
- 법령상 처리기간이 도과함으로써 그 기간의 만료일에 당해 신청이 거부된 것으로 보도록 하고 있는 경우(공공기관의정보공개에관한법률 제 11조 제5항 등)에는 의무이행심판 또는 부작위위법확인소송은 제기할 수는 없고, 거부처분의 취소를 구할 수 있다.

3) 처분하여야 할 의무의 존재

- 행정청의 부작위에 대해 부작위위법확인 또는 의무이행심판을 청구하기 위해서는 행정청에게 어떠한 처분을 할 법률상 의무가 있어야 한다.
- 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.

[판례] 지방자치단체 소유의 임야에 많은 주민들이 들어와 무허가로 주택을 짓고 살고 있어도 그에 대하여 관리행정을 실시하여 온 자치단체는 주택가 내에 돌출하여 위험이 예견되는 자연암벽이 있으면 이를 제거하여야 할 의무가 있는데 그 의무를 해태한 부작위로 인하여 붕괴사고가 일어나 주민들이 손해를 입으면 이를 배상할 책임이 있다(대판 1980.2.26, 79다2341)

[판례] 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 경찰관

은 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 불합리하다고 인정되는 경우에는 그러한 권한의 불행사는 직무상의 의무를 위반한 것이다(1998.8.25, 98다16890)

4) 처분의 부존재

- 부작위가 성립되기 위하여는 처분으로 불만한 외관 자체가 존재하지 아니하여야 한다. 실무상으로는 행정청이 어느 정도의 의사표시 또는 행위를 하여야 거부처분에 해당하는지를 판단하는 것이 문제가 되고 있다.

Ⅵ. 행정심판 절차

1. 청구기간

가. 원칙

- 처분이 있음을 안 날부터 90일 이내에, 처분이 있는 날부터 180일이 경과하면 제기하지 못한다.(행정심판법 제18조제1항) 두 가지의 청구기간 중 어느 하나라도 기간이 지나면 당해 심판청구는 부적법한 심판청구로 되는 것이다.

※ 무효등확인심판과 부작위에 대한 의무이행심판은 청구기간 제한 없음

- 심판청구기간에 관한 규정을 두는 이유는 일정한 기간이 지나면 다투지 못하도록 함으로써 당해 처분이 장기간 불확정한 상태로 방치되는 것을 피하기 위한 것이다.

나. 기간의 계산

- 기간의 계산방법과 관련하여서는 행정심판법과 행정소송법에 구체적인 규정이 없다.
- 따라서, 초일불산입 원칙, 기간의 말일이 공휴일인 경우 그 익일이 말일이 되고, 기간중에 공휴일이 있는 경우에는 공휴일도 기간의 계산에 포함된다는 등의 민법상의 기간계산 방법이 그대로 준용된다.

※ 구체적인 기간계산 방법

- 처분이 있음을 안 날 : 4월 20일(취소통지서 배달일)
- 청구기간의 기산일(초일) : 4월 21일(배달일 다음 날)
- 90일 되는 날 : 7월 19일(4월 : 10일, 5월 : 31일, 6월 : 30일, 7월 : 19일)

〈처분이 있음을 안 날부터 90일 되는 날의 일과시간 이후 심판청구서 제출을 위해 방문하였으나 접수시키지 못하고 익일 접수시킨 경우〉

[판례] 운전면허취소처분을 받은 자가 처분이 있음을 안 날(1999.4.20. 운전면허취소 통지서 배달)부터 90일째 되는 날인 1999.7.19.23:35경 처분청(종합상황실)을 방문하여 행정심판청구서를 제출하려 하였으나(종합상황실장의 확인서를 첨부함), 일과시간 이후라는 이유로 제출치 못하고 그 다음날 접수한 사례에 있어서 “행정심판법에 의하면 심판청구는 처분이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 하며, 천재·지변 등 그밖에 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 규정은 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(국행심 99-4920)

- 행정심판 청구기간을 계산함에 있어 주의하여야 할 사항은 청구서가 처분청이나 행정심판위원회가 아닌 다른 행정기관에 제출된 경우이다. '08년 2월 행정심판법 개정으로 행정청이 법 제42조에 의한 고지를 하지 않거나 잘못 알려져 청구인이 심판청구서를 다른 행정청에 제출한 때에도 심판청구가 제기된 것으로 보도록 하였다.(법 제17조제7항)

다. ‘처분이 있음을 안 날’의 구체적 의미와 사례

- 판례는 “당사자가 통지 등에 의하여 당해 처분이 있었다는 사실을 **현실적으로 안 날**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 입장이다(대판 90누6521)

[판례] 원고의 주소지에서 원고의 아르바이트 직원이 납부고지서를 수령한 이상, 원고로서는 그 때 처분이 있음을 알 수 있는 상태에 있었다고 볼 수 있고, 따라서 원고는 그 때 처분이 있음을 알았다고 추정함이 상당하다. 원심이 이와 같은 견해에서, 원고는 납부고지서가 원고의 담당부서에 전달된 1997. 12. 29. 처분이 있음을 알았다는 원고의 주장을 배척하고서, 원고는 같은 달 27. 처분이 있음을 알았다고 판단한 것은 정당하다.(대판 1999.2.28, 99두9742)

- 보통우편으로 배달시킨 경우 당해 처분서가 반송되지 아니하였다 하더라도 이 사실만 가지고는 당사자에게 도달되었다고 추정할 수 없고, 내용증명을 위시한 등기우편제도와 배달증명 등으로 배달이 된 경우에 비로소 발송 후 상당한 기간 내에 도달된 것으로 추정할 수 있을 것이다.

[판례] 재무부장관의 대일민간청구권 재심사 청구기각결정통지서를 보통우편으로 발송한 후 상당기간이 경과된 경우에 위 결정통지서가 반송되지 않았다하여도 이 사실만 가지고 발송일로부터 일정한 기간내에 필연코 원고들에게 배달되었다고 추정할 만한 우편제도상이나 일반실태상의 보장도 희박하다.(대판 11993.5.11, 92다2530)

[재결례] 국세기본법 제10조제2항에서 납세의 고지·독촉·체납처분 또는 세법에 의한 정부의 명령에 관계되는 서류의 송달을 우편에 의하고자 할 때에는 등기우편에 의하여야 한다고 규정되어 있으므로, 피청구인이 보험료조사징수통지서를 등기우편으로 송부하지 아니한 점은 절차상 하자가 있고, 또한 피청구인이 위 보험료조사징수 통지서 및 독촉처분서가 청구인에게 도달되었음을 입증할 만한 객관적인 자료를 제출하지도 못하고 있으므로, 피청구인의 위 보험료조사 징수처분 및 독촉처분이 유효하게 이루어졌다고 할 수 없다.(국행심 97-5584)

- 등기우편으로 발송한 처분서를 당사자의 부재중에 아파트 경비원이 관례에 따라 수령한 경우 아파트 경비원은 등기우편물의 수령권한은 위임받았지만 처분서를 대신 처리할 권한을 위임받은 것은 아니라 할 것이므로 아파트 경비원이 처분서를 수령한 때 처분당사자가 이를 알았다고 동일시 할 수는 없다고 할 것이나, 법인에 대한 송달인 경우에는

대표자에게 교부함이 원칙이지만, 그 대표자를 만나지 못한 때, 사무원이나 고용인으로서 사물을 변식할 지능이 있는 자에게 서류를 교부하였다면 그때에 송달이 완료되어 처분의 효력이 발생된다 할 것이다.

[재결례] 이 건 처분서가 송달된 때에 청구인이 거주하는 아파트 경비원이 청구인의 등기우편물을 대리 수령하였다는 것으로 보아 등기우편물이 배달된 날에는 청구인의 집에는 우편물을 수령할 사람이 아무도 없었던 것으로 보이는 점, 청구인이 거주하고 있는 아파트의 경우 통상 아파트 경비원이 우편물을 대리 수령하는 관행이 정착되어 있는 경우 경비원이 우편물을 수령하였다면 청구인도 이 건 처분을 알 수 있는 상태에 놓여 있다고 볼 여지도 없지 않으나, 당시 우편물을 수령하여 전달한 아파트 경비원들이 청구인의 우편물을 대리 수령하여 전달한 경위를 구체적으로 확인해 주고 있는 점 등에 비추어 보아, 등기우편물이 배달된 때에 청구인이 이 건 처분이 있음을 알았다고 볼만한 객관적 입증이 있지 않는 이상 청구인의 부인이 직접 위 우편물을 수령한 2006.10.1. 이 건 처분이 있음을 알았다고 봄이 상당하다.(국행심 07-01347)

〈타인이 배달물을 수령한 경우에 관한 판례〉

【도달되지 않은 것으로 본 사례】

△세입자, △이웃집 주민, △세입자가 수령하였으나 20일이 지난 후에 전달, △7세의 미성년인 딸이 수령한 경우, △청구인이 교도소 수감중 통지서 반송, △이사한 이후 전주소지의 아파트 경비원(또는 옆집 아주머니)이 수령한 경우

【도달된 것으로 본 사례】

△부친, △청구인 구속 중 가족에게 통지, △회사 직원, △세입자가 수령하여 청구인에게 구두로 통지를 하여 청구인이 경찰서에 출두하여 처분사실을 확인한 경우, △12세의 미성년인 아들이 수령한 경우, △우편물 수령을 위임한 친구가 수령한 경우

〈이중으로 송달된 경우에 관한 판례〉

○ 원칙

- 특별한 사정이 없는 한 뒤에 도달한 처분서를 기준으로 결정

[판례] 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'

다.’라는 문구가 인쇄되어 있었던 사건에서 “과세처분은 과세관청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사이므로, 그 공권력의 행사의 결과가 그 처분의 상대방에게 통지되는 경우 그 상대방인 국민이 그 통지의 내용이 과세관청의 의사와 일치하는 것으로 받아들이는 것은 당연하고, 한가지 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.(대판 1999.2.12, 98두16828)

○ 예외

- 뒤에 한 통지가 원래처분의 이행을 최고(催告)하거나 단순한 사실을 알리는데 불과한 경우에는 뒤의 통지는 독립한 처분으로 볼 수 없으므로 **원래의 처분이 있음을 안 날을 기준으로 결정**

[판례] 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.(대판 2000.2.22, 98두4665)

- 고시·공고의 방법에 의하여 행정처분을 하는 경우, 판례의 태도는 개별 토지가격결정과 같은 개별처분에 있어서는 공고의 효력발생일을 행정처분이 있는 날로 보고, 도시계획결정과 같은 일반처분에 있어서는 고시 또는 공고의 효력발생일을 행정처분이 있음을 안 날로 보고 있다.
- 그러나, 심판청구기간을 알리지 아니한 때에 당사자는 처분이 있는 날부터 180일 이내에 심판청구를 할 수 있도록 한 동법 제18조제6항의 취지에 비추어 개별적으로 통지되지 않는 고시 등에 의한 처분의 경우에도 처분이 있는 날부터 180일 이내에 행정심판을 제기할 수 있도록 하고 있다.
- 따라서, 공고로만 합격자 발표를 하는 공무원시험, 국가자격시험의 경우, 도시계획결정고시 등의 경우 180일을 기준으로 제기기간을 기산한다.

[판례] 개별토지가격결정의 공고는 공고일로부터 그 효력을 발생하지만 처분 상대방인 토지소유자 및 이해관계인이 공고일에 개별토지가격결정처분이 있음을 알았다고까지 의제할 수는 없고, 시장, 군수 또는 구청장이 개별토지가격결정을 처분 상대방에 대하여 별도의 고지절차를 취하지 않는 이상 토지소유자 및 이해관계인이 위 처분이 있음을 알았다고 볼 경우는 그리 혼치 않을 것이므로, 특별히 위 처분을 알았다고 볼만한 사정이 없는 한 **개별토지가격결정에 대한 재조사청구 또는 행정심판청구는 행정심판법 제18조제3항 소정의 처분이 있는 날로부터 180일 이내에 이를 제기하면 된다.**(대판 1993.12.24., 92누17204)

[판례] 통상 고시 또는 공고에 의하여 행정처분을 하는 경우에는 그 처분의 상대방이 불특정 다수인이고 그 처분의 효력이 불특정 다수인에게 일률적으로 적용되는 것이므로, 행정처분에 이해관계를 갖는 자가 고시 또는 공고가 있었다는 사실을 현실적으로 알았는지 여부에 관계없이 고시가 효력을 발생하는 날에 행정처분이 있음을 알았다고 보아야 한다.(대판 2001.7.27, 99두9490)

[판례] 운전면허정지기간중에 택시운전을 하여 처분청이 운전면허취소통지서를 등기우편으로 발송하였으나 수취인불명으로 반송되자 ‘주소의 변경 등으로 통지할 수 없을 때에는 면허증에 기재된 주소지를 관할하는 경찰관서 게시관에 10일간 공고함으로써 통지에 갈음할 수 있다.’는 도로교통법 제53조의 규정에 의하여 곧바로 공고한 것과 관련하여 비록 반송된 사유가 수취인불명이라고 하더라도 그것만으로는 동법 시행령 제53조제2항이 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 않았다**(대판 1998.9.8, 98두9563)

라. “처분이 있는 날”의 구체적 의미와 사례

- 행정심판법 제18조제3항에 의하면, 처분의 존재에 대한 상대방의 인식여부와 관계없이 처분이 있는 날부터 180일이 경과하면 심판청구를 할 수 없다. 이는 처분의 효력을 신속히 확정시킴으로써 행정법관계의 조속한 안정을 도모하려는 입법취지에서 비롯된 것이다.
- “처분이 있는 날”이란 처분이 외부에 표시되어 그 효력이 발생한 날을 가리킨다. 즉, 처분이 주체·절차·형식·내용상의 요건을 갖추고 대외적으로 표시되어 상대방이 알 수 있는 상태에 놓이는 것을 의미한다.

[판례] 행정소송법 제20조제2항에서 ‘처분이 있는 날’이라 함은 상대방이 있는 행정처분의 경우는 특별한 규정이 없는 한 의사표시의 일반적 법리에 따라 그 행정처분이 상대방에게 고지되어 효력이 발생한 날을 말한다고 할 것이다. (대판 1990.7.3, 90누2284).

마. 제3자의 심판청구기간

- 제3자는 특별한 사정이 없는 한 행정처분이 있음을 곧 알 수 없는 처지에 있으므로 행정처분이 있는 날로부터 180일내에 행정심판청구를 하지 아니하여도 정당한 사유가 있으면 심판청구를 제기할 수 있다.
 - 처분이 있음을 알았다면 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다.

[판례] 행정처분의 상대방이 아닌 제3자는 일반적으로 처분이 있는 것을 바로 알 수 없는 처지에 있으므로 처분이 있는 날로부터 180일이 경과하더라도 특별한 사유가 없는 한 그 행정심판법(1995. 12. 6. 법률 제5000호로 개정되기 전의 것) 제18조제3항 단서 소정의 정당한 사유가 있는 것으로 보아 심판청구가 가능하나, 제3자가 어떤 경우로든 행정처분이 있음을 알았거나 쉽게 알 수 있는 등 행정심판법 제18조제1항 소정의 심판청구기간 내에 심판청구가 가능하였다는 사정이 있는 경우에는 그 때로부터 60일 이내에 행정심판을 청구하여야 한다 (대판 1996.9.6, 95누16233).

[판례] 행정처분의 상대방이 아닌 제 3 자가 이해관계인으로서 행정심판을 청구하는 경우에 그가 행정심판법 제18조제 3 항 본문의 청구기간 내에 심판청구를 제기하지 아니하였다 하더라도 그 심판청구기간 내에 심판청구가 가능하였다는 특별한 사정이 없는 한 동 조항 단서에서 규정하고 있는 기간을 지키지 못한 정당한 사유가 있는 때에 해당한다고 보아 심판청구기간의 제한을 받지 아니한다고 할 것이다. 갑 운수회사에 대한 노선여객자동차운송사업의 사업계획변경인가 운수회재해관계 있는 제 3 자인 을 운수회사가 운일부터 행정심판법 제18조제 3 항 본문 소정의 180일을 경과하여 행정심판을 제기하였지만, 을 운수회사는 갑 운수회사의 대외홍보로 비로소 처분사실을 알았다고 하여 위 심판청구기간을 지키지 못한 데에 정당한 사유가 있다(대판 1991.5.28, 90누1359).

바. 불고지와 심판청구기간

- 행정심판법 제42조제1항의 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 줌으로써 국민의 권리구제에 충실을 기하고, 또한 심판청구기간을 알려주어 행정법관계의 안정을 도모하려는 고지제도를 두고 있다.
- 심판청구기간을 착오로 소정의 기간보다 장기로 잘못 고지한 때에는 그 잘못 고지된 기간 내에, 심판청구기간을 고지하지 아니한 때에는 처분이 있는 날부터 180일 이내에 심판청구를 할 수 있다(법 제18조제5항·제6항).

[판례] 교육공무원에 대한 해임처분을 함에 있어 소청심사청구기간의 고지의무를 이행하지 아니하였다는 사유와 공립유치원 전임강사의 근무관계의 법적 성질이 불확실하여 법률에 관한 전문지식이 없는 원고가 해임처분에 대하여 무효확인 의 민사소송을 제기하여 그 제1심판결 선고 후에야 그 법적 성질을 옳게 파악 하여 그때로부터 법정기간 내에 소청심사청구를 하였다 할지라도 이것은 이른 바 **법의 무지에** 기인한 것이라고 할 것으로서 행정심판법 제18조제3항의 “**정당한 사유**”가 있는 때에 해당하지 아니한다(대판 1992.5.26, 92누206)

[판례] 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 사유**에 해당한다.(대법 95누16233 등)

[재결례] 피청구인이 청구인의 사료판매장에 대하여 1996. 9. 16. 산업재해보상보험료 부과처분을 하면서 **행정심판을 제기할 수 있는지의 여부·심판청구절차 및 청구기간 등을 고지하지 아니하였으므로**, 청구인이 행정심판을 제기할 수 있는 기간은 **행정심판법 제18조제3항 및 제6항의 규정에 의하여 처분이 있는 날부터 180일 이내**라 할 것이고, 청구인의 이 건 심판청구는 처분이 있는 날부터 180일 이내에 제기되었음이 역수상 분명하기 때문에 행정심판청구기간내에 제기된 적법한 청구라 할 것이다. (국행심 97-1614)

2. 심판청구의 방식

가. 서면주의

- 심판청구는 서면으로 하여야 함(법 제19조제1항)
 - 피청구인 수에 따른 부분 첨부(시행령 제18조제2항)
 - 대표자·관리인·선정대표자 또는 대리인을 소명하는 서면·증거서류·증거물등을 첨부할 수 있음(시행령 제18조제1항)
- 심판청구서는 시행규칙 별지 29호 서식을 사용, 다만 이는 하나의 예시에 불과하므로 다른 서식을 사용해도 무방하다.
- 제출기관 : 피청구인인 행정청 또는 행정심판위원회에 제출(법 제17조제1항)

나. 심판청구서의 접수

- 심판청구서를 접수한 행정청은 피청구인적격이 없거나 심판청구가 부적법하다고 인정되는 경우에도 접수를 거부하거나 반려할 수 없다.
 - 행정심판위원회의 심리·의결을 거쳐 각하재결의 형식으로 처리
- 표제가 진정·탄원 등으로 표시되어 있더라도 그 내용이 행정청의 위법·부당한 처분 또는 부작위에 의한 권익을 침해당한 자로부터 그 시정을 구하는 것인 한 심판청구로 보아야 한다.
- 정당한 기관에 이송
 - 행정청이 고지를 하지 않았거나 잘못 알려 심판청구서가 다른 행정기관에 제출된 경우 : 지체 없이 정당한 권한 있는 행정청에 이송하고 청구인에게 이송사실을 통지 (법 제17조제2항, 제6항)
 - 다른 법률에 특별한 불복절차가 정하여져 있는 경우 : 각하됨이 원칙이나, 각하하기보다는 심판청구서를 정당한 권한 있는 행정기관에 이송함이 바람직하다.

다. 직권시정

- 피청구인인 행정청이 그 심판청구가 이유 있다고 인정한 때에는 심판청

구의 취지에 따르는 처분이나 확인을 하고 지체 없이 위원회와 청구인에게 통지(법 제17조제3항)

- 피청구인인 행정청이 스스로 시정조치를 한 경우
 - 행정심판 절차가 종료된 것으로 볼 수 있으나, 이 경우에도 당사자가 취하를 하지 않은 한 위원회에 송부하여 위원회에서 판단을 하도록 하여야 한다.

3. 답변서 작성

- 심판청구서가 제출되면 피청구인인 행정청은 청구인 주장에 대한 답변서를 작성한다. 답변서는 심판청구서에 나타난 청구인의 주장에 대한 피청구인인 행정청의 주장을 기재한 최초의 서면이다.
- 심판청구에 대한 심리가 주로 서면심리로 이루어지므로, 답변서의 내용이 부실하거나 부정확할 경우 기각되거나 각하되어야 할 심판청구사건이 인용되는 사례가 생길 수 있다.
 - 따라서, 답변서는 심판청구서의 내용을 충분히 검토한 다음 사전조사를 철저히 하여 정확하고 간단·명료하게 작성
 - 법무담당부서의 협조, 고문변호사의 자문 등을 받아 처분 또는 부작위를 행한 부서에서 작성

〈답변서의 서식〉

- 특별히 정해진 서식은 없으나, 대체로 다음과 같은 서식을 활용

<p style="margin: 0;">답 변 서</p>	
○ 사 건 명 :	
○ 청 구 인 :	
○ 피청구인 :	(담당자 :000, 전화번호)
○ 심판청구서 접수일 :	(처분일 :)
○ 심판청구의 대상이 되는 처분의 내용(또는 부작위의 전제가 되는 신청인의 내용) :	
○ 고지의 유무 및 내용 :	
답변취지	
-----라는 재결을 구함	
답변이유	
1. 사건 개요	
2. 청구인 주장	
3. 본안 전 항변(이 사건 청구의 부적법성)	
·제기기간 도과, 처분 또는 부작위가 아님, 법률상 이익 없음 등	
4. 본안에 대한 답변(이 사건 처분의 적법·타당성)	
가. 처분의 근거(관계법령)	
나. 처분의 이유	
증거서류 또는 증거물	
1. 을 제1호증 : 0000처분서 사본 1부	
2. 을 제2호증 :	
3. 을 제3호증 :	
2000. .	
○○○ 시장(인), ○○○ 도지사(인)	
○○○ 행정심판위원회 귀하	

〈답변서의 작성방법〉

(1) 사건명

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

(2) 청구인 : 김○○, 김○○외○인, (주)○○산업(대표이사 김○○),
○○중중 대표자 김○○ 등

(3) 피청구인 : ○○시장, ○○군수 등

(4) 심판청구서 접수일 : 문서수발 담당부서에 접수된 일자를 기재

(5) 심판청구의 대상이 되는 처분의 내용(또는 부작위의 전제가 되는 신청의 내용)

- 처분명 : ○○면허 취소처분, ○○영업정지처분
- 처분일 : 200○.○.○.
- 처분사유 : ○○법 제○조 제○항제○호의 면허취소(영업정지)사유에 해당되어
면허를 취소함(영업정지를 명함)

(6) 고지의 유무 및 내용 : 처분서에 90일 이내에 행정심판을 제기할 수 있음을 기재
했는지 여부, 심판제기기간 계산기준

(7) 답변취지

- 심판청구 요건의 흠결이 인정되는 경우
 - ‘이 사건 심판청구를 각하한다’는 재결을 구함
 - ‘이 사건 심판청구를 모두 각하한다’는 재결을 구함(복수청구)
- 청구가 이유없다고 인정되는 경우
 - ‘이 사건 심판청구를 기각한다’는 재결을 구함
 - ‘이 사건 심판청구를 모두 기각한다’는 재결을 구함(복수청구)
 - ‘청구인의 청구 중---을 구하는 청구는 각하하고 나머지 청구는 기각한다’는 재
결을 구함 (일부 각하, 나머지는 기각)
- 각하 주장과 함께 예비적으로 기각 주장의 경우
 - ‘이 사건 심판청구를 각하한다’는 재결을 구하며, 예비적으로 ‘청구인의 청구를
기각한다’는 재결을 구함

(8) 답변이유

- **본안전 항변(심판청구의 요건에 관한 판단)** : 심판청구의 흠결을 적시, 각하 주장
 - 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

- **본안에 대한 답변** : 청구인의 주장사실이 이유 없음을 밝혀 기각 주장

※ 유의사항

- 청구인의 주장사실을 시인할 때에는 신중을 기함
- 청구인의 주장사실이 존재하지 않거나 진실하지 않다고 인정될 때는 ‘알지 못한다’라고 답변할 것이 아니라 가능한 한 명백하게 밝힘
- 피청구인인 행정청 자신에게 입증책임이 있는 경우 피청구인이 주장하는 법률 효과가 청구인이 주장하는 법률효과와 다를 때에는 당해 법률효과 발생의 요건 사실을 빠짐없이 주장

(9) 증거서류 또는 증거물 : ‘을 제1호증’, ‘을 제2호증’ 등으로 순번을 기재**(10) 작성연월일****(11) 피청구인인 행정청의 명칭과 직인****4. 행정심판위원회에 송부**

- 피청구인인 행정청은 심판청구서를 받은 날부터 10일 이내에 청구서와 답변서를 행정심판위원회에 송부 (법 제17조제4항, 제17조의2 제1항)
- 행정심판위원회가 표시되지 아니하였거나 잘못 표시된 경우에도 피청구인 행정청은 정당한 권한 있는 위원회에 심판청구서를 송부하여야 하며, 지체 없이 이 사실을 청구인에게 통지 (법 제17조제5항, 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 지체 되더라도 문제가 되는 것은 아니다.

5. 행정심판의 심리·의결

가. 답변서 부분의 송달

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

〈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 국가특별지방행정기관의 처분 또는 부작위에 대한 심판청구의 경우: 해당 국가특별지방행정기관이 소속된 중앙행정기관에 그 심판청구·답변의 내용을 통보

나. 보충서면의 제출

- 당사자는 심판청구서, 답변서 등에서 주장한 사실을 보충하고 상대방의 주장을 다시 반박하기 위하여 보충서면을 제출할 수 있다.(법 제25조제1항)
- 보충서면의 제출은 임의적이며 반드시 1회에 한정되는 것은 아니다.
- 행정심판위원회는 보충서면을 제출할 수 있는 기한을 정하여 당사자에게 통보하고(법 제25조제1항), 실무상으로는 당사자에게 답변서 부본을 송달할 때에 보충서면 제출기한을 정하면 편리하다.

다. 심리방식과 내용

1) 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 된다.
- 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
- 처분의 내용 또는 부작위의 전제가 되는 신청의 내용이 누락된 경우
- 청구취지가 누락된 경우, 청구이유가 누락된 경우 등

〈보정이 불가능한 경우〉 ※ 이 경우에는 각하해야 함

- 심판청구를 할 수 없는 자가 한 것인 때
- 심판청구를 할 수 없는 처분에 대하여 한 것인 때
- 심판청구기간이 경과한 후에 한 것인 때 등

2) 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

- 대심주의
 - 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 제26조제1항, 제28조제1항)
 - 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)
 - 구술심리는 심리기일 3일전까지 행정심판위원회에 서면 또는 구술로 신청
- 비공개주의
 - 심리의 능률을 도모하는 관점에서 채택
 - 위원회의 발언내용 기타 공개할 경우 위원회의 심리·의결의 공정성을 해할 우려가 있는 사항으로 대통령령이 정하는 사항은 공개하지 아니하도록 함(법 제26조의2)

4) 심리의 범위

가) 불고불리(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

다) 재결 및 재결내용의 통고

- 심리를 마치면 심판청구에 대하여 재결하고 그 재결내용을 청구인과 피청구인인 행정청에 통고하여야 함 (법 제38조제1항)

6. 행정심판의 취하

가. 의의

- 행정심판청구의 취하는 청구인이 제기한 청구의 전부 또는 일부를 철회하여 행정심판의 청구가 없었던 것으로 하는 의사표시이다. 취하는 그 소급효로 인하여 취하된 부분에 대해 처음부터 심판청구가 없었던 것으로 되므로(시행령 제25조제3항) 취하가 있는 후에도 동일한 행정심판을 청구하여도 행정심판법 제39조의 재심판청구금지 규정에 저촉되지 않고, 피청구인의 동의를 요하지 않는다(시행령 제25조제2항)

나. 취하의 방법 및 처리

- 청구인은 심판청구에 대한 재결이 있을 때까지 서면으로 심판청구를 취하할 수 있다(법 제30조). 행정심판의 재결은 청구인에게 도달함으로써 효력이 발생하므로(법 제38조제2항) 청구인에게 도달하기 전까지는 심판청구의 취하가 가능하다고 할 것이다. 이 경우 행정심판위원회의 재결은 실효되며 취하가 있을 때로부터 후속절차는 종료되고 행정심판위원회는 별도로 기각 또는 각하의 결정을 할 필요가 없다.

7. 집행정지

가. 집행부정지의 원칙

- 행정심판이 제기되어도 원칙적으로 처분의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행을 정지시키는 효력이 없다.(법 제21조제1항)
 - 그러나, 청구인에게 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정하는 때에는 행정심판위원회가 당사자의 신청 또는 직권에 의해 집행정지결정을 할 수 있게 하였다.(법 제21조제2항)

나. 집행정지의 요건

(1) 집행정지대상인 처분의 존재

- 집행정지를 신청하려면 집행정지의 대상인 처분 등이 존재하여야 함
- 부작위의 경우나 처분 등이 이미 집행종료 또는 목적달성 등으로 집행정지할 실체가 없게 된 때에는 집행정지의 실익이 없으므로 각하된다.

(2) 심판청구의 계속

- 집행정지는 본안청구의 계속을 그 요건으로 하는 것이므로 본안청구의 취하로 집행정지의 효력도 당연히 소멸하게 된다.

[재결례] 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”(국행심 97-53)

(3) 회복하기 어려운 손해발생의 우려

- “회복하기 어려운 손해”는 특별한 사정이 없는 한 금전으로 보상할 수 없는 손해로서, 금전보상이 불능한 경우 뿐만 아니라 금전보상으로는 사회관념상 행정처분을 받은 당사자가 참고 견딜 수 없거나 또는 참고 견디기 현저히 곤란한 경우의 유형·무형의 손해를 말한다.

[판례] 병역의무 중복이행에 따른 고통은 쉽게 금전으로 보상할 수 있는 성질의 것이 아니어서 사회관념상 회복하기 어려운 손해에 해당된다.(대판 1992.4.29, 92두7)

[판례] 공사중지명령의 효력이 정지되지 아니한 채 그 처분의 취소를 구하는 본안소송이 진행될 경우, 처분의 상대방인 조합, 조합원들, 일반분양자들 및 시공회사들이 서로간의 계약관계로부터 파생되는 법률적 분쟁에 휘말리게 되어 막대한 손실을 입게 될 우려가 있고, 주택이 준공되기를 기다리면서 잠정적으로 다른 곳에서 거주하고 있는 조합원들이 입는 타격 또한 적지 아니하며 그와 같은 손해는 쉽사리 금전으로 회복할 수 있는 것이 아니어서 사회관념상 회복하기 어려운 손해에 해당한다(1997.2.26, 97두3)

[판례] 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.**(대판 1995.5.30, 94두57)

(4) 긴급한 필요의 존재

- ‘긴급한 필요’란 회복하기 어려운 손해가 발생할 가능성이 절박하여 본안에 대한 의결결과를 기다릴 여유가 없는 경우를 의미함

(5) 본안이유의 유무

- 집행정지에 관한 결정은 그 처분의 효력등을 정지시킬 필요가 있는지 여부만을 판단대상으로 하지만, 본안청구가 이유 없음이 명백할 때에

는 처분의 효력정지등을 명할 수 없다고 보아야 한다는 것이 판례의 입장이다(대법 92두14).

[판례] 집행정지제도는 신청인이 본안소송에서 승소판결을 받을 때까지 그 지위를 보호함과 동시에 후에 받을 승소판결을 무의미하게 하는 것을 방지하려는 것이어서 본안소송에서의 처분의 취소가능성이 없음에도 처분의 효력이나 집행의 정지를 인정하는 것은 제도의 취지에 반하므로 집행정지사건 자체에 의하여도 신청인의 본안청구가 이유 없음이 명백하지 않아야 한다는 것도 집행정지의 요건에 포함시켜야 할 것이다(대판 1992.6.8, 92두14).

- (6) 집행정지로 인하여 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 없을 것
 - 신청인이 입게 될 손해보다 공공복리에 미칠 영향이 중대한 경우 기각되며, 이에 대한 주장 및 소명책임은 행정청에게 있음

※ 거부처분에 대한 집행정지

- 거부처분에 대하여 효력을 정지한다 하더라도 신청인의 법적 지위는 거부처분이 없던 상태, 즉 허가신청을 한 상태로 돌아갈 뿐이고 행정청이 신청에 따른 처분을 하여야 할 의무를 부담하지도 않는 것이어서 거부처분의 집행정지로는 청구인이 거부처분으로 입게 될 피해를 방지하는데 아무런 도움이 되지 않아 청구인이 집행정지를 신청할 이익이 없다고 본다. (판례)
⇒ 거부처분 또는 부작위에 대한 임시구제제도로서 **가처분 제도** 도입 논의

[판례] 허가신청에 대한 거부처분은 그 효력이 정지되더라도 그 처분이 없었던 것과 같은 상태를 만드는 것에 지나지 아니하는 것이고 그 이상으로 행정청에 대하여 어떠한 처분을 명하는 등 적극적인 상태를 만들어 내는 경우를 포함하지 않으므로, 교도소장이 접견을 불허한 처분에 대하여 효력정지를 한다 하여도 교도소장에게 접견의 허가를 명하는 것이 되는 것도 아니고 또 당연히 접견이 되는 것도 아니어서 접견허가거부처분에 의하여 생길 회복할 수 없는 손해를 피하는데 아무런 보탬도 되지 아니하니 접견허가거부처분의 효력을 정지할 필요성이 없다(대판 1991.5.2, 91두15)

[판례] 이 사건 제45회 사법시험 불합격처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)의 효력정지를 구하는 재항고인의 신청은 부적법하다(대판 2005.4.22, 2005무13)

다. 집행정지결정의 효력

- 집행정지에 관한 결정은 본안청구에 대한 재결과 같이 당해 처분청과 관계행정청을 기속하게 된다. 처분의 효력정지는 행정행위의 효력을 일시 정지시킴으로써 당해 처분이 없었던 것과 같은 상태를 실현시키는 것이므로, 그 범위 내에서 형성력을 가지는 것이라고 할 수 있다.
- 집행정지결정은 주문에 정한 시기가 도래하면(또는 기각재결이 있을 때) 그 효력이 소멸되고 동시에 당초의 영업정지처분의 효력도 당연히 부활되어 처분에서 정하였던 정지기간 중 미집행기간은 “이때부터” 다시 자동적으로 진행된다.

[판례] 행정소송법 제23조에 의한 집행정지결정의 효력은 그 결정주문에서 정한 시기까지 존속하며 그 시기의 도래와 동시에 효력이 당연히 소멸하는 것이므로, 일정기간 동안 영업을 정지할 것을 명한 행정청의 영업정지처분에 대하여 법원이 집행정지결정을 하면서 그 주문에서 당해 법원에 계속중인 본안소송의 판결선고시까지 처분의 효력을 정지한다고 선언하였을 경우에는 처분에서 정한 영업정지기간의 진행은 그때까지 저지되는 것이고, 본안소송의 판결선고에 의하여 당해 정지결정의 효력은 소멸하고 이와 동시에 당초의 영업정지처분의 효력이 당연히 부활되어 처분에서 정하였던 정지기간(정지결정 당시 이미 일부 집행되었다면 그 나머지 기간)은 이때부터 다시 진행한다.(대판 1993.8.24, 92누18054)

- 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.

라. 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 신청에 의하여 위원회의 심리·결정을 거치지 아니하고 심리·결정에 갈음하는 결정을 할 수 있으며, 위원회의 사후추인을 받아야 함은 물론이다(법 제21조제6항)

Ⅶ. 재 결

1. 의의 및 종류

가. 의의

- 재결이란 심판청구에 대한 심리의 결과를 판단하는 행위를 말한다. 즉 심판청구사건에 대한 위원회의 종국적 판단인 의사표시를 말한다.(준사법행위)

나. 각하재결

- 요건심리의 결과 심판청구의 제기요건에 흠결이 있는 부적법한 심판청구 임을 이유로 하여 본안에 대한 심리를 거절하는 재결
 - 주문 : ‘이 건 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)

다. 기각재결

- 기각재결이란 본안심리의 결과, 그 심판청구가 이유 없다고 인정하여 청구를 배척하고 원처분을 유지하는 재결을 말한다.
 - 주문 : ‘청구인의 청구를 기각한다’
- 사정재결(事情裁決)
 - 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 확정지음으로써 행정상 손해배상의 청구 등을 용이하게 할 수 있도록 하기 위한 것) : 『청구인의 청구를 기각한다. 다만, 피청구인이 2008. 0. 00. 청구인에 대하여 한○○ 처분은 위법하다.』

라. 인용재결

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

- ※ 청구인의 심판청구가 영업정지처분의 취소를 구하면서 동시에 영업정지처분에 갈음하여 과징금부과처분으로 변경하여 달라는 내용을 포함하고 있을 때 변경 재결이 가능한지?
- 변경 재결에 있어서의 변경은 처분내용의 적극적 변경을 의미, 따라서 법령이 규정하고 있는 바에 따라 과징금부과처분으로 변경하는 것도 가능. 다만, 불이익변경금지의 원칙에 반하지 않아야 함(법제처 질의응답집, 2000, P134)
- ※ 위반사항 및 위반횟수에 따른 행정처분의 기준을 정하고 있는 부령(시행규칙)의 처분기준을 위배하여 처분의 양을 감경하는 변경재결이 가능한지?
- 부령의 법규성 유무 : 도로교통법시행규칙 제53조 제1항이 정한 [별표 16]의 운전면허행정처분기준은 부령의 형식으로 되어 있으나, 규정의 성질과 내용이 운전면허의 취소로 등에 관한 사무처리 기준과 으로절차 등 행정청 내부의 사무처리준칙을 규정한 것에 지나지 아니하므로 **대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 효력이 없다.**(대판 1995.4.7, 94누14360 판결)
- 변경재결 가능성 : 규칙상의 처분기준에 따라 처분의 위법·부당여부를 심리·의결함이 타당하다고 생각되나, 행정심판은 재판의 전심절차로서 사법절차가 준용되는 준사법작용으로서의 기능이 있다 할 것이므로 처분기준의 근본취지에 저촉되지 아니하다면 **예외적으로 당해 근거법률에 규정된 범위내 원처분을 변경할 수 있다.**(법제처 질의응답집, 2000, P123)

○ 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
- 처분재결(위원회가 스스로 처분을 하는 것, 형성재결), 처분명령재결(처분청에게 처분을 명하는 재결, 이행재결)이 있다.

2. 재결의 효력

가. 기속력

- 재결은 피청구인인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다.
 - 재결이 있으면 피청구인인 행정청을 비롯한 관계행정청은 재결의 내용에 따라 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).
- 법령의 개정, 사정변경 등 처분 후에 새로운 사유가 있는 경우에는 새로운 처분을 할 수 있다.(반복금지효 적용 안됨)
 - “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

나. 형성력

- 위원회가 직접 처분을 취소 또는 변경하거나, 의무이행심판의 청구가 이유 있다고 인정하여 위원회에서 신청에 따른 처분을 하는 재결을 한 경우 피청구인인 행정청에 의한 별도의 처분을 기다릴 필요 없이 재결의 내용에 따라 행정법관계에 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, 처분 등이 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 재결을 한 위원회도 이 취소 또는 변경하는 것은 그 성질에 반한다고 하여야 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 위원회는 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 경정결정을 할 수 있다(시행령 제27조).

마. 공정력

- 재결은 행정처분의 일종으로서 공정력을 가진다.
 - 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.

3. 행정심판위원회의 직접처분

- 행정청이 처분명령재결의 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.(법 제37조제2항)

- 직접처분제도는 의무이행심판에서 처분명령재결의 실효성을 확보하기 위하여 도입된 제도이다.

4. 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

1) 개설

행정소송법은 행정심판 재결을 행정처분과 함께 항고쟁송의 대상으로 명시하고 있다(동법 제2조제1항 제1호, 제3조 등). 여기서 말하는 재결에는 행정심판법의 규정에 의한 형식적 의미의 행정심판뿐만 아니라 널리 행정기관이 행하는 행정쟁송이 포함된다.

2) 원처분주의와 재결주의

① 문제의 소재

원처분과 이에 대한 재결은 모두 행정청의 공권력적 행위로서 다같이 항고쟁송의 대상이 될 수 있다 할 것인데, 아무런 제한 없이 양자를 모두 소송의 대상으로 허용할 경우 판결의 저촉이나 소송경제에 반하는 등의 문제가 발생한다. 그리하여 원칙적으로 원처분만을 소송의 대상으로 허용하거나 또는 재결에 대하여만 소를 허용하는 등의 제한이 필요하게 되었는데, 원처분주의와 재결주의가 그것이다.

② 원처분주의와 재결주의

원처분주의라고 하는 것은 원처분과 재결에 대하여 다같이 소를 제기할 수 있되, 원처분의 위법은 원처분 취소(무효)소송에서만 주장할 수 있고, 재결취소(무효)의 소에 있어서는 원처분의 하자가 아닌 재결에 고유한 하자에 대하여만 주장할 수 있도록 하는 제도를 말하고, 재결주의라고 하는 것은 원처분에 대하여는 제소 자체가 허용되지 아니하고 재결에 대하여서만 제소를 인정하되, 재결 자체의 위법뿐만 아니라 원처분의 위법도 재결취소(무효)소송에서 주장할 수 있도록 하는 제도를 말한다.

③ 원칙상 원처분주의

그런데 재결주의는 위법한 처분으로 인하여 권리 이익을 침해받았음에도 그에 대하여는 제소하지 못하고, 재결을 기다려 비로소 소를 제기하여야 하는 점에서 권리구제에 충실치 못할 뿐만 아니라 재결의 위법과 원처분의 위법을 아울러 다루는 경우의 심리판단의 순서, 판결의 구속력의 범위 등 곤란한 문제가 발생한다. 그리하여 행정소송법 제19조 단서, 제38조는 원처분과 아울러 재결에 대하여도 취소소송이나 무효등확인소송 등 항고쟁송을 제기할 수 있도록 하면서 단지 재결에 대한 소송에 있어서는 원처분의 위법을 이유로 할 수 없고, 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한하도록 하여 원칙적으로 원처분주의를 택하고 있다. 예외적으로 개별법률이 재결주의를 택하고 있는 경우가 있다. 즉 노동위원회법 제27조, 노동조합 및 노동관계조정법 제85조(대판 1995.9.15, 95누6724), 감사원법 제40조(대판 1984.4.10, 84누91), 특허법 제190조 등이 그 예이다.

3) 재결에 대한 항고소송 사유

- 원처분주의에 따르면 재결에 대한 항고소송은 원칙적으로 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한하는 바, 재결 자체에 고유한 위법이란 원처분에는 없고 재결에만 있는 흠을 말하는 것으로, 위원회의 권한 또는 구성의 위법(권한이 없는 기관이 재결하거나 행정심

판위원회 구성원에 결격사유가 있는 경우 등), 재결의 절차나 형식의 위법(서면에 의하지 아니한 재결이나 재결서에 주요기재 사항이 누락된 경우), 내용의 위법(행정심판청구가 적법함에도 실체심리를 하지 아니한 채 각하하거나 부당하게 사정재결을 하여 기각한 경우 또는 위법 부당하게 인용재결을 한 경우 등)등이 해당된다.

- 재결자체에 고유한 위법이 있어야 한다는 것은 본안 판단사항이지 소송요건은 아니므로 행정소송법 제19조 단서에 반하여 재결고유의 위법을 주장하지 않고 제기한 재결취소의 소는 부적법 각하대상이 아니라 기각사항이라는 것이 통설·판례이다(대판 1994.1.25, 93누16901).
- 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.
- 재결서 정본을 송달받은 날부터 90일 이내에 피고의 소재지를 관할하는 법원에 제기할 수 있다.

[판례] '재결 자체에 고유한 위법'이란 그 재결자체에 주체, 절차, 형식 또는 내용상의 위법이 있는 경우를 의미하는데, 행정심판청구가 부적법하지 않음에도 각하한 재결은 심판청구인의 실체심리를 받을 권리를 박탈한 것으로서 원처분에 없는 고유한 하자가 있는 경우에 해당하고, 따라서 위 재결은 취소소송의 대상이 된다.(대판 2001.7.27, 99두2970)

〈답변서 작성례〉

답 변 서

- 청 구 인 : ○○○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 제 39조에 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, 종 사업지구는 서울특별시공고 제○호(1989. ○.○)로 주거환경개선지구신규지정(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 지역 내의 토지 또는 건축물 소유자 총수의 각각 3분의 2이상의 동의를 얻어야 한다고 되어 있으나 이는 서울특별시조례제3076호(1994. 3. 15)로 개정 시행된 것이며(을제4호중), 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 동의 없이 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(을제5호중) 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 기준일이전에 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 소유권등 권리의 변동과 동시에 그 승계인에게 이전되므로 주택을 공급받을 수 있는 권리가 토지·건축물의 매입자에게 이전되는 것으로서(을제6호중) 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(을제7호중) 청구인의 주장은 이유없음.

(3) 국가를 상대로 한 부동산소유권 이전등기 절차이행 청구사건 계류중인 청구인들이 점유하고 있는 토지를 보상 대상에서 제외한 것은 부당하며, 지구지정 전의 매

매가 가격은 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)

서울특별시행정심판위원회 귀중

〈참고자료〉

행정심판법 개정안

□ 개정 배경

- 심판청구 건수가 연간 2만 여건이 넘고 계속 증가할 것으로 예상되는 상황에서 청구인의 절차적 권리 강화 등을 통해
- 행정심판의 공정성, 실효성을 높여 행정심판에 대한 신뢰도, 만족도를 더욱 제고하려는 것임

□ 개정 추진 경과

1. 행정심판법 개정안 국회 제출 및 법안 자동 폐기
 - 개정안을 2007년 11월 국회에 제출
 - 17대 국회 임기 만료로 자동 폐기되어 다시 개정 추진
2. 시·도행정심판위원회 개선을 위한 세미나 등 개최 : 2008. 7.
 - 시·도행정심판위원회 공정성·전문성 제고를 위한 방안 모색
 - 행정심판 제도개선 세미나('08.7.9.), 전문가 자문회의('08.7.11.)
 - 위원 정원(15명→30명) 및 회의 정원(7명→원칙 9명) 확대
 - 시·도의 선택에 따라 비상임 민간위원장제 허용
3. 행정심판법 개정안 초안 작성 : 2008. 8.
 - '07년 국회 제출 개정안 일부 수정 및 시·도 행정심판 관련 사항 추가
4. 국회제출 : 2008.12.5
 - 정무위원회 : 2009.12.3 전체회의 의결
 - 법제사법위원회 : 2009.12.3 회부

□ 주요 개정 내용

1. 각 행정심판위원회의 소관 조정 및 명확화(안 제6조)
 - 대통령 소속기관의 처분은 현재 그 기관에 설치된 위원회 소관인데 앞으로는 원칙적으로 국무총리행정심판위원회 소관으로 함
 - 사건이 별로 없는 대통령 소속기관의 경우 국무총리행정심판위원회에서 처리해 주기를 희망, 현행 유지를 원하는 경우 대통령령에서 규정 가능
 - 지방자치단체조합(시·도 조합은 국무총리행정심판위원회로, 시·군 조합은 시·도행정심판위원회로), 지방의회(광역지방의회는 국무총리행정심판위원회로, 기초지방의회는 시·도행정심판위원회로) 등에 대한 소관 행정심판위원회를 명확하게 함
2. 위원회의 공정성 제고를 위해 위원 구성 개선(안 제7조 및 제8조)
 - 위원회의 원활한 운영을 위해 위원 정원을 확대(국무총리행정심판위원회 : 50명→80명, 나머지 행정심판위원회 : 15명→30명)
 - 위원회의 공정성을 높이기 위해 국무총리행정심판위원회처럼 나머지 행정심판위원회의 회의 정원 확대(7명→원칙 9명, 민간 위촉위원 4명 이상 → 6명 이상)
 - 시·도지사가 실질적으로 위원장 업무를 수행하기 어려운 점을 고려하여 시·도행정심판위원회의 경우 조례로 비상임 민간 위원장 제도를 도입할 수 있도록 함
 - 변호사, 교수위원 등 위원의 자격기준 다양화
3. 위원회 결정에 대한 이의신청제도 신설(안 제16조제6항 등)
 - 위원회의 결정에 대해 이의신청을 할 수 있도록 하여 당사자나 이해관계인의 절차적 권리 강화
 - ‘양수인 지위승계. 피청구인 경정. 심판참가. 청구변경’ 관련 결정
4. 심판참가인의 절차적 권리 강화(안 제20조부터 제21조까지)
 - 심판참가인은 당사자에 준하는 절차적 지위를 갖도록 하고, 관련 서류를 참가인에게도 송달하도록 하는 등 심판참가인의 절차적 권리를 강화함

5. 임시처분 제도 신설(안 제31조)
 - 행정청의 거부처분이나 부작위로 인해 생길 수 있는 중대한 불이익이나 급박한 위험을 막기 위한 임시구제 제도로써 임시처분 제도를 신설함
6. 온라인 행정심판제도 관련 제반 규정 마련(안 제52조부터 제54조까지)
 - 전자문서에 대해 서면과 동일한 효력을 부여하여 온라인으로 심판청구를 할 수 있도록 함
 - 서면 대신에 전자문서로 송달을 할 수 있도록 함
 - 청구인이 전자문서를 확인한 때에 도달한 것으로 규정
 - 다만, 청구인이 전자문서 등재내용을 2주 이내에 확인하지 않으면 전자문서 등재사실을 청구인에게 전자우편 등으로 통지한 날부터 2주가 지난 날에 도달한 것으로 규정
7. 행정심판을 거친 행정소송 사건에 대한 자료 제출 신설(안 제60조제2항 및 제3항)
 - 행정심판을 거쳐 행정소송이 제기된 사건에 관한 자료를 수집·분석하여 행정심판위원회 재결의 적정성을 확보하기 위해 처분청은 반기마다 위원회에 관련 자료를 제출하도록 함



행정소송실무

I. 행정소송 일반

1. 행정소송의 의의 및 종류

가. 의의

- 행정법상의 법률관계에 관한 분쟁에 대하여 법원의 재판절차에 의하여 하는 행정쟁송이다.

〈행정소송법(이하 '법' 제1조)〉

이 법은 행정소송절차를 통하여 행정청의 위법한 처분 그 밖에 공권력의 행사·불행사 등으로 인한 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하고, 공법상의 관리관계 또는 법적용에 관한 다툼을 적정하게 해결함을 목적으로 한다

- 행정소송은 행정소송법은 행정소송을 항고소송, 당사자소송, 민중소송, 기관소송으로 구분하고, 항고소송은 다시 취소소송, 무효등확인소송, 부작위법확인소송으로 세분하고 있다(법 제3조, 제4조).

나. 항고소송(抗告訴訟)

1) 의 의

- “항고”소송이라 함은 행정청이 우월한 행정의사의 발동으로서 행한 행정작용을 제거하여 상대방의 권리, 이익을 보호 구제함을 목적으로 하는 모든 소송형태를 의미하고, 법 제3조제1호의 “행정청의 처분등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송”을 의미한다.

2) 종 류

- 취소소송은 가장 전형적인 항고소송으로서, 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송이다(법 제4조제1호). 행정심판과의 차이점은 거부처분 취소판결의 경우에는 간접강제가 적용된다는 것이다(법 제30조제2항, 제34조).

- 무효등확인소송은 행정청의 처분 등의 효력 유무 또는 존재 여부를 확인하는 소송(법 제4조제2호)으로서 처분등의 유효확인소송, 무효확인소송, 존재확인소송, 부존재확인소송, 실효확인소송 등이 있다.
 - * 예시 : 운송사업등 인가처분 무효확인소송, 해외건설면허 무효확인소송
- 부작위위법확인소송은 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송(법 제4조제3호), 거부처분 취소판결과 같이 부작위위법확인 판결의 경우에는 행정청의 재처분의무와 간접강제가 적용되어(법 제38조제2항), 그 효과에 있어서는 현행 제도상 인정되지 않고 있는 의무이행소송에 접근되어 있는 소송이다.

다. 당사자소송

1) 의의

- 당사자소송이라 함은 “행정청의 처분 등을 원인으로 하여 형성된 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송”이다(법 제3조제2호).
- 항고소송에서는 행정청을 피고로 하는 반면에 당사자소송에 있어서는 국가나 지방자치단체 또는 공공단체가 그 피고가 되고¹⁾, 항고소송이 우월한 지위에 있는 자의 처분등에 불복하여 제기하는 소송인 반면, 당사자소송은 처분등의 결과로서 성립된 법률관계나 기타 공법상 권리관계나 계약관계 등 서로 대등한 지위의 당사자간에 권리관계의 형성·존부를 다투는 소송이다.
- 사법이 아닌 공법에 의하여 부여되었거나 공법에 의하여 부여되었다고 해석되는 법률관계의 형성 또는 존부문제를 다투는 점에서 민사소송과 구별된다.

1) 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.

2) 당사자소송의 종류

- 공법상의 계약에 관한 소송
- 공법상의 신분 또는 지위의 확인에 관한 소송
- 공법상의 금전지급청구소송
- 처분등의 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송

3) 사례

- 토지수용이의재결처분취소소송을 제기하면서 기업자를 상대로 한 보상금 증액을 청구한 경우에는 그 증액청구부분은 당사자소송에 해당된다(1991.11.26. 91누285). 공무원연금법상의 유족부조금청구, 수도료부과처분의 무효를 전제로 한 채무부존재확인, 농지개량조합직원지위확인, 침사자격존재확인, 환지교부청구권의 존부·당부 등도 당사자소송 사항이다.

〈당사자소송으로 본 사례〉

[판례] 부동산의 취득으로 인한 취득세 및 농어촌특별세 납세의무부존재확인을 구하는 소는 공법상의 법률관계 그 자체를 다투는 소송으로서 당사자소송이라 할 것이므로 행정소송법 제3조제2호, 제39조에 의하여 그 법률관계의 한쪽 당사자인 국가·공공단체 그 밖의 권리주체가 피고적격을 가진다(대판 2000.9.8, 99두2765)

[판례] 석탄산업법 제39의3 제1항제4호, 제4항 및 같은법시행령 제41조제4항제5호의 각 규정에 의하여 폐광대책비의 일종으로 폐광된 광산에서 업무상 재해를 입은 근로자에게 지급하는 재해위로금은 사회보장적인 차원에서 통상적인 재해보상금에 추가하여 지급하는 위로금의 성격을 갖는 것이고, 이러한 재해위로금에 대한 지급청구권은 공법상의 권리로서 그 지급을 구하는 소송은 공법상의 법률관계에 관한 소송인 공법상 당사자소송에 해당한다.(대판 1999.1.26, 98두12598)

[판례] 전문직공무원인 공중보건직의사의 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, 공중보건직의사 채용계약 해지의 의사표시에 대하여는 대등한 당사자간의 소송형식인 공법상의 당사자소송으로 그 의사표시의 무효확인을 청구할 수 있다(대판 1996.5.31, 95누10617)

〈항고소송으로 본 사례〉

[판례] 구 의료보험법(1995.8.4 법률 제4974호로 개정되기 전의 것)에 따른 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 대하여 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 항고소송사소송은 는 방법으로 구제받을 수밖에 없다.(대판 1999.11.26, 97다42250)

[판례] 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.(대판 1996.12.6, 96누6417)

라. 민중소송

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 제3조제3호). 민중소송 및 기관소송은 법률이 정한 경우에 법률이 정한 자에 한하여 제기할 수 있다(법 제45조).

2) 종류

- 국민투표무효의 소송(국민투표법 제92조), 선거소송(공직선거법 제222조), 당선소송(공직선거법 제223조) 등이 있다.

[판례] 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 제46조는 법률에서 민중소송을 허용하고 있는 경우에 그 재판절차를 규정한 것에 불과하므로 원심이 여론조사의 무효확인을 구하는 소송을 각하한 것은 정당하다”라고 판시(대판 1996.1.23, 95누12736)

마. 기관소송

1) 의 의

- 기관소송은 국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 제기하는 소송이다(법 제3조제4호). 객관소송의 한 형태로서 민중소송과 같이 법률이 정한 경우에 법률이 정한 자(기관소송법정주의)에 한하여 제기할 수 있다(법 제45조)
- 현행 행정소송법상 기관소송은 동일 지방자치단체 내의 기관간에 이루어지는 쟁송, 즉 지방자치단체의 집행기관(단체장)이 의결기관(지방의회)의 조례안 의결이 집행기관의 권한을 침해하거나 당해 의결이 법령 위반이 있는 경우 등에 있어 조례무효확인소송의 형태로 제기되는 경우가 일반적이다. 왜냐하면 ‘국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 및 지방자치단체 상호간’의 기관쟁의는 헌법재판소의 권한쟁의심판의 대상이기 때문이다.(헌법재판소법 제2조)

[판례] 행정소송법은 기관소송은 법률이 정한 경우에 법률이 정한 자에 한하여 제기할 수 있다고 규정하여 이른바 기관소송 법정주의를 취하고 있는바, 지방자치법 제159조는 시·도지사가 자치구의 장에게 그 자치구의 지방의회의 의결에 대한 재의요구를 지시하였음에도 자치구의 장이 그에 따르지 아니하였다 하여, 바로 지방의회의 의결이나 그에 의한 조례의 효력을 다투는 소를 자치구의 장을 상대로 제기할 수 있는 것으로 규정하고 있지는 아니하고, 달리 근거 규정을 찾아볼 수 없으므로 허용되지 아니한다(대판 1999.10.22, 99추54)

2) 종 류

- 지방자치단체의 장이 제1항의 규정에 의한 주무부장관이나 시·도지사의 명령이나 처분의 취소 또는 정지에 대하여 이의가 있는 때에 대법원에 제기하는 소송(지방자치법 제169조제2항)
- 지방자치단체의 장이 지방의회의 의결의 월권 또는 법령위반을 이유로 지방의회를 피고로 하여 대법원에 제기하는 소송(지방자치법 제172조)
- 교육감이 시·도의회 또는 교육위원회를 상대로 대법원에 제기하는 소송(지방교육자치에관한법률 제28조)

바. 행정소송법 개정안의 새로운 소송유형

1) 의무이행소송(義務履行訴訟)

- 현행 행정소송법상에는 허가 등 신청에 대한 행정청의 위법한 부작위 또는 거부처분을 다투는 방법으로 현행법상 부작위위법확인소송과 거부처분취소소송이 있으나, 부작위위법확인소송은 원고가 승소하더라도 행정청이 일정한 처분을 하여야 할 의무를 부담하지 않고, 거부처분취소소송의 경우에는 원래의 거부처분사유와 다른 사유로 또는 거부처분 이후의 사정변경을 이유로 다시 거부처분을 할 수 있도록 되어 있어, 이에 대해 행정청의 부작위나 거부처분에 대한 권익구제절차가 불완전하다는 지적이 있었다.
- 이에 보다 효과적인 국민들의 권익구제를 위해 행정소송법 개정안은 독일의 의무화소송을 본딴 의무이행소송을 도입하였다. 의무이행소송은 당사자의 신청에 대한 행정청의 위법한 거부처분 또는 부작위에 대하여 행정청에게 당사자의 신청에 따른 처분을 할 의무가 있음이 명백하고 그 의무를 이행하도록 하는 것이 상당하다고 인정하는 경우에는 행정청이 그 처분을 하도록 판결하는 형태의 소송이다. 이에 따르면 국민들은 행정청의 위법한 부작위나 거부처분에 대하여, 법원의 충분한 심리를 거쳐 승소시 원하는 행정처분을 받게 됨으로써 분쟁을 일회적으로 해결할 수 있게 된다.

2) 예방적 금지소송

- 현행 행정소송법상으로는 행정청으로부터 위법한 처분이 행하여질 개연성이 매우 높고 사후의 구제방법으로는 회복하기 어려운 손해의 발생이 예상되더라도 사전에 그 처분을 금지하는 소송을 제기할 수 없었기에 대한 시정을 요구하는 지적이 있었다.
- 이에 행정소송법 개정안에서는 행정청이 장래에 위법한 처분을 할 것이 임박한 경우에 그 처분의 금지를 구할 법률상 이익이 있는 자가 사후에 그 처분의 효력을 다투는 방법으로는 회복하기 어려운 손해가 발생할 것이 명백한 경우에 한하여 법원이 행정청에게 그 처분을 하지 않도록 선고하는 소송인 예방적 금지소송을 도입하게 되었다. 이 제도가 시행될 경우 처분 이후의 구제방법으로는 회복되지 않는 손해가 예상되는 경우에 대한 권리구제의 흠결을 보완할 수 있을 것으로 기대되고 있다.
- 그 남용을 방지하기 위하여 취소소송으로 권리구제가 가능하지 않은 예외적인 경우에 인정되도록 엄격한 요건을 규정하고, 소의 변경은 이를 불허하고 있다.

2. 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.
- 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. 그 후 행정소송법이 개정되어 제18조제1항에서 다른 법률에서 취소소송의 제기에 앞서 행정심판을 거치도록 하는 규정이 없는 한 행정심판과 취소소송 중 선택적으로 제기 가능하도록 하는 임의적 전치주의로 변경하였다.
- 그리고, 필요적 전심절차로서 행정심판을 거치도록 하는 경우에도 1) 행정심판청구가 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) 그 밖의 정당한 사유가 있는 때에는 바로 행정소송을 제기할 수 있다.
- 또한, 1) 동종사건에 관하여 이미 행정심판의 기각재결이 있을 때, 2) 서로 내용상 관련되는 처분 또는 같은 목적을 위하여 단계적으로 진행되는 처분중 어느 하나가 이미 행정심판의 재결을 거친 때, 3) 행정청이 사실심의 변론종결후 소송의 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 소각하 판결이 선고된다.
- 주의하여야 할 것은 행정심판의 청구는 항고적 성격을 가지고 있으므로 취소소송 등 항고소송의 전심은 될 수 있지만, 당사자소송 또는 민사소

송을 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 임의적으로 거칠 수 있는 국가배상법상 배상심의회의 심의·결정은 행정심판이 아니고 단지 민사상 손해배상청구를 위하여 거치는 전치절차에 불과하다. 그리고, 배상심의회의 결정은 국가가 공무원에 대신하여 손해배상을 하는 것이고 배상금을 얼마를 줄 것인지의 여부도 국가가 우월한 의사주체로서 행하는 행정처분이라고 할 수도 없으므로 처분성도 없다.²⁾

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.

3. 행정소송의 특수성

가. 피고적격

- 항고소송은 기본적으로 행정심판의 피고적격과 동일하다. 따라서, 행정청(처분청)이 피고가 되며 권한위임에 의한 수입관청, 위탁이 있는 경우에는 수탁인이 피고가 된다.

2) 그러나, 뒤의 공법상 당사자소송의 판례에서 보는 바와 같이, 당사자의 청구권이 행정기관의 심의·결정에 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.

- 행정처분을 행할 적법한 권한 있는 상급 행정청으로부터 내부위임을 받은 데 불과한 하급 행정청에서 권한 없이 행정처분이 이루어진 경우에도, 실제로 그 처분을 행한 하급 행정청의 장이 피고가 되고, 상급 행정청의 장이 피고가 되는 것이 아니다
- * 처분권한 없이 이루어진 처분은 통상 단순히 위법하여 취소의 대상이 그치는 것이 아니라 그 하자가 중대·명백하여 무효인처분에 해당한다고 보는 사례가 많다.
- 당사자소송은 국가 또는 지방자치단체가 피고가 되며, 이 경우 국가는 법무부장관, 지방자치단체는 지방자치단체의 장이 그 대표가 된다.
(예) 당사자소송의 경우 소장에 기재되는 예
 피고 : 대한민국, 법률상 대표자 법무부장관
 피고 : ○○시·군, 대표자 ○○시장·군수
- 기관소송의 경우에는 행정주체의 기관이 그 원·피고가 되는 것으로 지방자치단체의 경우에는 집행기관(단체장)과 의결기관(지방의회)이 원·피고가 되는 것이다.

나. 관할

1) 원칙

- 항고소송의 제1심 관할 법원은 피고 행정청의 소재지를 관할하는 행정법원으로 한다. 다만 중앙행정기관 또는 그 장이 피고인 경우 관할 법원은 대법원 소재지의 행정법원이다(법 제9조제1항). 따라서 행정소송의 제1심은 행정법원, 제2심은 고등법원, 제3심은 대법원이 관할한다. 행정법원이 설치되지 않은 지역에서는 설치될 때까지 해당 지방법원이 행정소송을 관할한다.

2) 예외

- 특허청의 처분에 대하여 특허법에 의해 심판을 청구할 수 있는 사항은 그 심결을 거친 후 소를 제기하여야 하는바, 그 소송은 특허법원의 전

속관할이다. 3심을 거치는 여타 소송과는 달리, 특허법원의 판결에 대한 불복방법은 대법원에의 상고이므로 2심제라고 할 수 있다(법원조직법 제28조의4, 제14조 제1호).

- 대통령선거 및 국회의원선거에 있어 선거 또는 당선외의 효력을 다투는 소송은 대법원이 제1심으로 판단하며, 지방자치단체의 장 또는 지방의회의원 선거의 경우는 그 선거구를 관할하는 고등법원이 제1심으로 관할한다(공직선거법 제223조).

다. 제소기간의 제한

1) 원칙

- 취소소송은 처분 등이 있음을 안 날로부터 90일 이내에 제기하여야 한다(법 제20조제1항본문). 다만, 행정심판을 거친 경우에는 그 재결서의 정본을 송달받은 날로부터 기산한다(동항 단서).
- 취소소송은 원칙적으로 처분 등이 있는 날로부터 1년(행정심판을 거친 경우에는 재결이 있는 날로부터 1년)을 경과하면 이를 제기하지 못한다(법 제20조제2항본문).
- 위 두 기간 중 어느 하나의 기간이라도 경과하게 되면 부적법하다. 기간의 계산은 행정소송법에 특별한 규정이 없으므로 민법의 규정에 의한다(민법 제155조 이하 참조).

2) 예외

- 전술한 행정심판과의 관계나 관할에 있어서와 마찬가지로, 제소기간에 대하여도 개별 법령에 예외가 규정되어 있는 경우들이 있다. 예컨대 특허심판원의 심결에 대한 소는 결정의 등본을 송달받은 날로부터 30일 이내에, 대통령·국회의원선거와 관련한 소는 선거일 또는 당선인결정일로부터 30일 이내에, 국민투표의 무효를 구하는 소는 투표일로부터 20일 이내에 제기하여야 한다.

라. 관련청구소송의 이송 및 병합

- 처분의 취소를 구하는 행정소송과 “당해 처분등과 관련되는 손해배상·부당이득반환·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 제 10조제1항).
- 취소소송에는 사실심의 변론종결시까지 관련청구소송을 병합할 수 있다(법 제10조제2항).

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 예외규정 일뿐 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.

사. 입증책임의 분배

1) 입증책임의 의의

- 입증책임이라 함은, 소송상 입증이 필요한 사실(要證事實)의 존부가 확정되지 않을 때에 당해사실이 존재하지 않는 것으로 취급되어 법률판단을 받게 되는 당사자 일방의 위험 또는 불이익을 말한다.

2) 입증책임의 분배기준

- 입증이 안 되는 사실에 대하여 누가 증명책임을 부담하는가에 의하여 소송의 승패가 좌우되므로 그 분배는 매우 중요한 문제이고, 행정소송 중 취소소송에서 특히 문제된다.

- 개별 행정법령은 행정청에게 행정처분을 할 수 있는 권한을 일정한 요건 하에 부여하고 있고, 그 처분권한 발생을 방해하거나 소멸시키는 사유도 규정하고 있는바, 이에 따라서 입증책임을 원·피고에게 분배하는 것이 실무이다. 즉 권한의 존재를 주장하는 자는 권한행사규정의 요건 사실을 입증해야 하고, 권한의 부존재를 다투는 자는 권한장애규정이거나 권한소멸규정의 요건사실을 입증해야 한다.

3) 구체적인 예

- 과세처분, 징계처분, 영업허가취소·정지처분 등과 같은 직접적인 침해적 처분의 경우, 그러한 처분을 부과할 수 있는 권한발생의 요건사실 즉 처분의 적법사유에 대한 입증책임은 피고 행정청에 있고, 처분의 권한장애 내지 권한소멸의 요건사실, 즉 그러한 처분이 위법하다는 사유에 대한 입증책임은 원고에게 있다.
- 따라서 피고 과세관청은 과세처분 권한이 발생하는 요건사실인 과세원인, 과세표준등을 입증해야 하고, 원고는 과세처분 권한이 소멸하는 요건사실인 면세대상자라는 사실이나 비과세대상자라는 사실을 입증하여야 한다.

[판례] 과세처분의 취소를 구하는 항고소송에서 과세관청은 실체상의 과세요건뿐만 아니라 과세처분의 절차상의 적법요건에 대하여도 이를 구비하였음을 입증할 책임이 있으며, 그 불구비사실을 납세자가 입증하여야 하는 것도 아니다(대판 1986.2.11, 85누604)

[판례] 구 법인세법 제59조의3 제1항 제7호의 규정에 의한 특별부가세의 비과세소득은 대통령령이 정하는 바에 의하여 2년 이상 계속하여 가동한 공장을 이전하는 경우에 발생하는 소득에 한하고 이러한 비과세요건에 관한 입증책임은 그 비과세사유를 주장하는 원고에게 있다.(대판 1985.7.9, 84누780)

- 재량처분이 재량권 일탈·남용을 이유로 위법하다고 다투어지는 경우 당해 재량처분이 법정요건에 부합한다는 사실은 피고 행정청이, 행정법의 일반원칙 등 재량권 일탈·남용에 해당한다는 사실은 원고가 입증책임을 지는 것이 원칙이다.(예컨대 식품접객업자에 대하여 청소년 주류판매를

이유로 식품위생법 시행규칙이 정한 행정처분기준에 따라 영업정지 2월의 처분이 발령된 경우, 이것이 지나치게 가혹하여 재량권의 범위를 일탈하였다는 점은 원고가 주장·입증하여야 한다.)

[판례] 자유재량에 의한 행정처분이 그 재량권의 한계를 벗어난 것이어서 위법하다는 점은 그 행정처분의 효력을 다투는 자가 이를 주장·입증하여야 하고, 처분청이 그 재량권 행사가 정당한 것이었다는 점까지 주장·입증할 필요는 없다(대판 1987.12.8, 87누861)

- 급부처분의 신청에 대한 거부처분 취소소송에서는, 행정청이 급부처분 권한을 행사하여야 할 요건에 해당한다는 사실 즉 권한행사규정의 요건 사실을 원고가 입증하여야 하고, 피고 행정청은 급부대상이 아니라는 사실 즉 권한장애 내지 소멸규정의 요건사실을 입증하여야 한다.

[판례] 공무원연금법 제35조 제1항 소정의 공무상 질병이라 함은 공무원의 공무집행과 관련하여 발생한 질병을 말하는 것으로, 공무와 질병 사이에 인과관계가 있어야 하고, 그 인과관계는 이를 주장하는 측(즉 원고측)에서 입증하여야 한다.(대판 1994.9.13, 94누9819)

4) 소송 진행 과정에서의 입증책임

- 입증책임의 분배는 법원이 심리를 마친 후에도 요증사실의 존부를 확정할 수 없는 경우에, 판결 단계에서 누구에게 불리하게 판단할 것이냐를 결정할 때에 적용되는 것임을 명심하여야 한다.
- 즉 소송이 진행되고 있는 중에는 소송수행자는 원고 측이 입증책임을 부담하는 사실이라고 하여 주장·입증을 소홀히 하여서는 안되고, 그러한 사실이 없다는 점을 적극적으로 주장·입증하는 것이 바람직하다.

사. 사정판결

- 원고의 청구가 이유 있더라도 처분 등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 법원은 원고의 청구를 기각할

수 있으며(법 제28조제1항), 이는 행정심판과 동일하다. 통설 및 판례(대판 1985.5.26, 85누380)에 의하면 사정판결은 취소소송에만 인정하고 무효등확인소송에 있어서는 유지할 처분자체가 부존재하므로 인정되지 않는다.

[판례] 건축허가취소처분이 의견진술 절차 없이 이루어진 절차적인 위법사유가 있으나, 이를 이유로 취소처분을 취소하고 당초의 건축허가를 유지하는 것은 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다는 이유로 사정판결을 할 사유가 있다고 한 사례(대판 2005.12.8, 2003두10046)

[판례] 재개발조합설립 및 사업시행인가처분에 있어, 당시에는 토지 및 건축물 소유자 총수의 3분의 2 이상의 동의를 얻지 못하였으므로 위법한 처분이지만, 그 후 90%이상의 소유자가 재개발사업의 속행을 바라고 있는 상황을 고려할 때에, 당초의 처분을 취소하고 새로운 절차를 밟게 할 경우에는 불필요한 절차를 반복하게 되므로 오히려 현저히 공공복리에 적합하지 않다고 한 사례(대판 1995.7.28, 95누4629)

아. 집행부정지원칙

- 행정심판과 같이 취소소송의 제기로 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다(법 제23조제1항). 다만, 긴급한 필요가 있는 때에는 법원이 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 집행정지결정을 할 수 있다(법 제23조 제2항).

자. 집행정지

1) 집행정지 결정의 의의

- 집행정지 결정이란, 처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정되는 경우, 본안소송이 계속되고 있는 법원이 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행을 일시적으로 정지하는 것이다(법 제23조제2항). 국가소송에서의 보전처분(가압류, 가처분)에 대응하는 제도라고 할 수 있다.

예) 건설업자가 2008. 9. 1.자로 같은 해 10. 1.부터 11. 30.까지 2개월간의 업무정지 처분을받은 경우, 그 취소를 구하는 소를 제기하더라

도 10. 1. 전에 승소판결을 받지 못하면 위 처분에 따라 업무를 정지하여야 하며, 11. 30.이 지나버리면 더 이상 위 처분을 다룰 실익이 없게 된다.

- 집행정지 결정은 당사자의 신청 또는 직권으로 행하여지며, 처분의 집행을 정지하는 시기(始期)와 종기(終期)는 법원이 재량에 따라 자유로이 정할 수 있다. 시기는 집행정지 결정에서 특별히 정하지 않으면 그 결정이 이루어진 날이다(민사소송법 제221조제1항).
- 통상 원고가 소제기와 동시에 문제되는 처분의 집행정지를 신청하고, 법원이 이를 받아들이는 경우 '본안 판결 선고시까지' 집행정지 결정을 하며, 본안을 심리한 결과 원고의 청구를 인용하는 판결을 선고할 때에는 직권으로 '판결 확정시까지' 집행정지를 한다.
- 집행정지 절차는 본안소송에 부수하는 것이나, 국가소송에서의 보전처분과 마찬가지로 사안에 따라서는 집행정지가 됨으로써 본안 판단 결과에 관계없이 실질적 만족을 얻는 경우가 있으므로 집행정지의 요건을 구비하고 있는지 여부를 면밀히 검토한 후 적극적으로 대응하여야 한다.

예) 출국금지처분취소송에서 집행정지가 인용되면 본안에서 원고승소 확정 판결을 받은 것과 사실상 동일한 효력이 있으므로, 집행정지 사건에 대해 적극적으로 대응할 필요가 있다.

2) 집행정지의 요건(행정심판부분 참조)

① 본안소송이 적법하게 계속 중일 것, ② 집행정지의 이익이 있을 것, ③ 본안청구가 이유 없음이 명백하지 아니할 것, ④ 회복하기 어려운 손해를 예방할 긴급한 필요가 있을 것, ⑤ 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 없을 것

3) 집행정지사건의 수행

- 집행정지 결정은 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있을 때에 이루어지는 것이므로, 본안 소송에 비하여 진행 속도가

매우 빠르다. 변론을 반드시 열어야 하는 본안 소송과 달리, 법원은 심문기일을 열 수도 있고, 당사자들의 서류만을 심사하여 집행정지 결정을 할 수도 있다(민사소송법 제134조제1항).

- 집행정지와 본안은 법률적으로 전혀 별개의 사건이다. 집행정지 신청에 대하여 답변서나 증거를 제출하였다고 하여 그것이 본안에 대하여도 제출된 것은 아니며, 반대의 경우도 마찬가지이다. 따라서 내용이 중복된다고 하여 어느 한 쪽에서 주장내용이나 증거를 생략하여서는 안된다.
- 소송수행자들이 종종 집행정지 사건과 본안 사건의 기록을 구분하지 아니하고 통틀어 법원에 제출한 시간 순으로 편철·보관하는 경우를 볼 수 있는데, 이는 소송진행을 파악하기 어려울 뿐만 아니라 자칫 제출하여야 할 서류를 누락하는 실수로 이어질 수도 있으므로 바람직하지 않다. 법원에서는 집행정지 사건과 본안 사건을 별책으로 편철하되, 양자를 철끈으로 이어서 보관하는 방법을 쓰고 있다.

4) 집행정지결정에 대한 불복

- 집행정지 결정에 불복할 경우에는 그 결정서를 송달받은 날로부터 1주일의 불변기간 이내에 즉시항고를 하여야 한다(민사소송법 제444조). 짧은 기간 내에 관할검찰청으로부터 사전 지휘를 받아야 하므로, 기간을 도과하지 않도록 각별한 주의를 요한다.
- 집행정지 결정은 잠정적인 것이므로, 판결을 기다리지 않고 그 처분을 당장 집행하여야 할 공익상의 필요가 없는 한, 즉시항고를 제기할 필요성이 크지 않은 경우가 대부분이다.
- 집행정지 결정은 당사자가 소제기와 동시에 신청하는 경우에는 별도의 결정문으로써 하는 경우가 보통이지만, 본안에서 원고 청구를 인용하는 판결을 선고하며 직권으로 판결선고시까지 집행정지 결정의 종기(終期)를 연장할 때에는 본안 판결의 주문(主文)에 부가하는 경우도 있다. 이러한 경우 별도의 집행정지 결정문이 송달되지 않아 소송수행자

가 즉시항고 여부에 대한 지휘건의를 누락하는 경우가 종종 발생하므로 주의를 요한다.

- 즉시항고를 제기하였으나 기각된 경우, 이에 불복할 때에는 재항고할 수 있으며, 재항고기간 역시 1주일의 불변기간이다.

Ⅱ. 단계별 소송수행

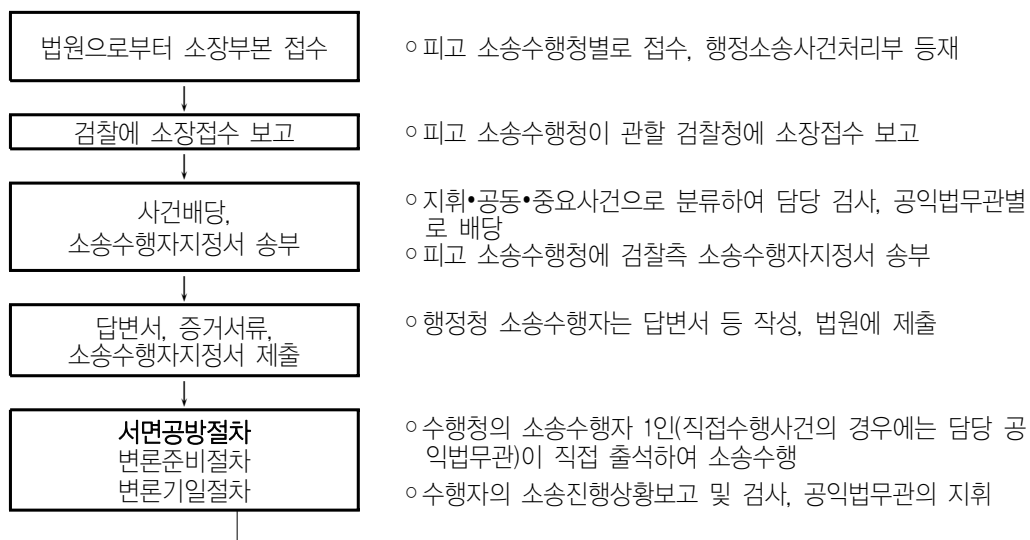
1. 행정소송의 소송지휘체계

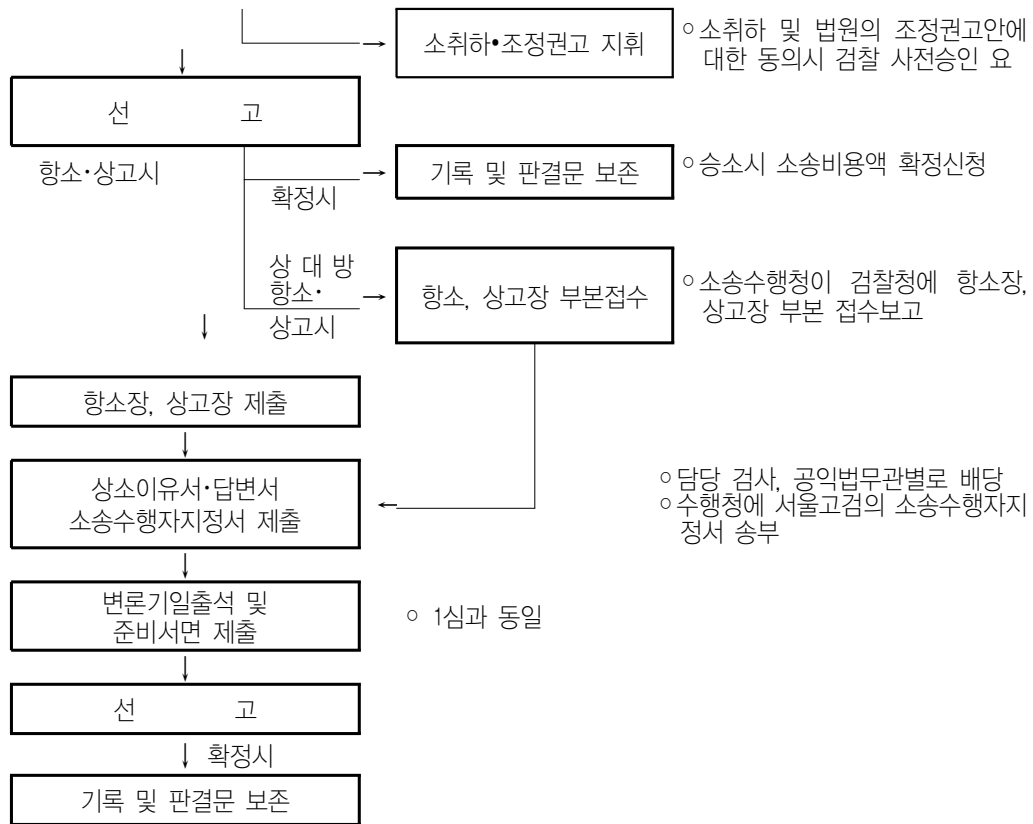
가. 국가소송과의 비교

- 대한민국이 당사자가 되고 법무부장관이 그 법률상 대표자로서 소송수행자를 지정하는 국가소송과 달리, 행정소송에서는 행정청이 당사자이다.
- 행정소송은 원고가 소장을 제출하면 이는 검찰청을 거치지 않고 곧바로 피고에게 송달된다. 소송수행자는 관할검찰청의 장이 아니라 행정청의 장이 지정한다(국가를당사자로하는소송에관한법률 제5조).

나. 소송지휘체계

- 행정소송의 수행에 있어 행정청의 장은 법무부장관의 지휘를 받아야 하는 점은 국가소송의 경우와 마찬가지로이다(국가를당사자로하는소송에관한법률 제6조).
- 행정소송의 대부분을 차지하는 것은 항고소송인바, 그 개략적인 흐름은 다음 그림과 같다.





2. 소장부분 접수 및 보고

- 행정청은 원고의 소장 부분을 법원으로부터 송달받으면 '행정소송사건처리부'에 이를 등재한다.
- 지체없이 소정의 양식(동법 시행규칙 소정 서식)에 소장사본, 변론기일소환장 사본, 소송수행자지정서 사본을 첨부하여 소관 검찰청 검사장에게 소제기 보고를 한다.(동법시행령 제6조제3항)

3. 소송수행자 지정과 소송대리인 선임

가. 소송수행자 지정

- 행정청의 장은 소장이 접수되면 지체 없이 소속 직원 또는 상급 행정청의 직원(미리 상급행정청의 장의 승인을 얻어야 함)을 소송수행자로 지정한다.(동법 제5조제1항)
- 소송수행자는 직접 재판에 출석하여 진행하는 사람이므로 사실관계를 가장 잘 파악하고 있는 사람, 즉 해당부서의 직원(계장급 1명을 포함한 3인)지정하여야 하고, 소송수행자가 전보 등으로 해임사유가 발생하면 그 사실을 관할 검찰청에 지체없이 보고하고 법원에 해임서를 제출하여야 한다.(동법 시행령 제7조제3항)
- 소송수행자 지정은 동법 시행규칙 별지 제31호 서식, 해임은 별지 제34호 서식에 의하되, 각 행정기관의 관인을 찍어 법원에 제출토록 한다.
- 최초의 소송수행자 지정서 또는 소송대리인 위임장은 답변서 제출시 함께 제출한다.

나. 소송대리인의 선임

- 행정청의 장은 필요에 따라 변호사를 소송대리인으로 선임할 수 있다.(동법 제5조제2항). 이때에는 위임장을 법원에 제출하여야 한다.
- 행정소송에 있어 소송대리인의 선임은 국가소송과는 달리 검찰청의 사전지휘를 받을 것을 요하지 않는다.
- 변호사가 소송대리인으로 선임된 경우에도 소송해태가 발생하면 소송수행자에게도 책임이 돌아간다. 따라서 소송수행자는 변호사와 긴밀히 연락하여, 직접 수행하는 사건과 마찬가지로 소송진행상황을 수시로 파악하고 관할 검찰청에 보고하며, 상소제기·포기 등 중요한 소송행위에 대하여는 사전 지휘를 받아야 한다.
- 소송대리인위임장은 동법 시행규칙 별지 제33호 서식에 의한다.

다. 공동소송수행

- 검사 또는 공익법무관은 다음 사건에 있어서 소관 행정청 소송수행자와 공동으로 소송수행(시행령 제6조제1항)
 - 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

4. 답변서 작성·제출

가. 소송요건 검토

- 소송요건(訴訟要件)이라 함은 소가 적법한 취급을 받기 위해 구비하지 않으면 안 될 사항을 말한다. 소송요건이 변론종결시까지 갖추어지지 않으면 법원은 본안(本案), 즉 사건의 실체에 대한 판단을 하지 않고 소 각하(却下) 판결을 한다.
- 행정소송은 소송요건을 갖추었는지 여부가 문제되는 경우가 많은바, ① 행정심판을 거쳐야 하는 경우(필요적 전치주의) 이를 거쳤는지 여부, ② 원·피고 적격이 구비되었는지 여부, ③ 제소기간이 도과되었는지 여부 등이 대표적인 예이다.
- 소송요건을 갖추지 못하였다는 피고의 주장을 본안전항변이라고 한다. 위 요건들은 원칙적으로 본안전항변이 없더라도 직권으로 조사하여야 하는 사항이나, 흠결된 것이 있다면 이를 적극적으로 주장함으로써 법원의 주의를 환기시키는 것이 바람직하다.

※ 필요적 전치주의의 경우에 간혹 원고가 행정심판을 제기하여 놓고 재결이 이루어지기 전에 행정소송을 제기하는 경우도 있는바, 이러한 경우에는 본안전항변을 함과 아울러 그 행정심판의 진행내역을 간략히 기재하는 것이 바람직하다.(소송요건은 원칙적으로 변론종결시까지만 갖추면 되는 것이므로, 행정심판이 곧 종결될 것으로 예상되는 경우에는 법원이 곧바로 소각하 판결을 하기보다는 소송을 잠시 중지시키고 행정심판 결과에 따라 다시 진행시키는 경우도 있기 때문이다.)

나. 원고의 주장에 대한 검토

- 본안전항변의 다음에는 소장의 청구원인에 기재된 원고 주장에 대한 구체적이고 실질적인 답변을 기재하여야 한다.
- 청구원인에 대한 답변의 기재에 관하여 정해진 형식은 없으나, 통상 원·피고간에 다툼이 없는 사실을 서두에 기재한 다음 항목을 바꾸어 원고의 주장이 사실과 다른 부분을 구체적으로 지적하는 방식으로 작성한다.
- 처분사유는 존재함이 명백하나 문제된 행정처분이 원고에게 지나치게 가혹하여 재량권의 범위를 일탈한 것인지 여부가 문제되는 사건에서는, 원고가 동종 처분을 받은 전력이 있는지 여부가 중요한 사실이 된다. 따라서 예컨대 식품위생법 위반의 경우 처분 전력을 확인할 수 있는 식품접객업소 관리대장 사본 등을 서증으로 첨부하는 것이 바람직하다.

다. 관련 행정법령의 적시

- 원칙적으로 법 적용은 법원의 임무이고 당사자가 주장할 필요는 없지만, 관련 행정법령이 복잡하거나 변천이 많아서 정리가 필요할 때에는 이를 답변서·준비서면에 알기 쉽게 설명하는 것이 좋다.
- 사건에 적용되는 법령 중에서 예규, 통첩, 조례 등 법원이 알지 못할 수도 있는 것이 있을 때에는 이를 참고자료로 법원에 제출하여야 한다. 드물지만 그러한 법규의 준부 자체가 사건의 핵심적인 쟁점이 되는 경우에는 참고자료가 아닌 서증으로 제출해야 할 경우도 있다.

라. 서증 및 참고자료 등의 첨부

- 사실조회, 검증, 감정, 문서송부촉탁 등을 신청할 계획이 있으면 답변서와 함께 제출하는 것이 좋으며, 도시계획관련 소송의 경우에는 현장검증이 유용한 증거방법이 되고 있다.
- 동일한 서증을 원·피고가 모두 제출하고자 하는 경우 원고가 이미 제출한 서증을 중복하여 제출할 필요는 없다. 증거공통의 원칙에 의하여 원·피고가 제출한 증거는 각각 원·피고에게 유리하게도, 불리하게도 적용될 수 있기 때문이다. 원고가 이미 제출한 서증은 답변서·준비서면의 내용중에서 이를 언급하며 인용하면 충분하다.
- 상소심에서는 원심에서 제출하였던 증거를 또다시 제출할 필요는 없다. 또한 원심에서 제출하였던 서증의 번호에 이어서 번호를 붙인다. 예컨대 제1심에서 을 제5호증까지 제출하였다면, 항소심에서 추가로 제출하는 최초의 서증은 을 제6호증이 된다.

마. 답변서의 제출

- 답변서는 상대방 수만큼의 부분을 첨부하여 최초변론기일 전까지 제출하여야 함
 - 원고가 수인이라도 그 대리인이 1인이면 부분은 1통으로 족하다
- 변론기일에 피고가 출석하지 아니하더라도 답변서를 미리 제출하여 두면, 출석한 원고에게 변론을 명할 때에 그 답변서는 진술한 것으로 간주(민사소송법 제148조)
 - 피고가 답변서 기타의 준비서면을 제출하지 아니하고 기일에 출석하지 아니하면 의제자백으로 처리됨

5. 준비서면 작성·제출

- 준비서면이라고 하는 것은 당사자가 변론에서 진술하고자 하는 사항을 미리 기재하여 법원에 제출하는 서면이다.

- 준비서면은 이를 제출한 것만으로는 소송자료가 될 수 없으며, 변론기일에 진술하여야 비로소 소송자료가 된다.
 - ※ 진술자는 준비서면의 내용을 일일이 읽을 필요는 없다.
- “소장을 진술합니다.”, “답변서를 진술합니다.”, ○월○일자 준비서면을 진술합니다.“, ”갑제1호증 ○○○, 갑제2호증 ○○○을 각각 제출합니다.“ 등으로 함
- 준비서면도 답변서와 마찬가지로 상대방 수만큼의 부분을 첨부하여 변론기일 전에 제출하고, 준비서면을 제출해두면 변론기일에 출석하지 못하더라도 상대방이 출석하여 변론할 경우에는 제출한 준비서면에 기재된 사항은 진술한 것으로 간주된다.(민사소송법 제148조)
- 상대방이 불출석한 경우에도 준비서면에 기재한 사항은 그대로 진술할 수 있으며(민사소송법 제148조), 상대방은 그 사실을 자백한 것으로 간주당할 경우가 있을 수 있다.

6. 변론기일 출석 및 변론

- 소송수행자는 변론기일소환장에 기재된 일시 또는 재판장이 고지한 일시에 법정에 출석하여 변론하여야 한다.

〈변론요령〉

- 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 운영한다.
 - 재판장이 “원고는 소장을 진술하고, 피고는 답변서를 진술하지요.”라고 물으면 “예”라고 대답하거나
 - 재판장이 “변론하시지요.”라고 말하면 “소장(답변서, ‘○○년, ○월, ○○일자 준비서면)을 진술합니다.”라고 함

- 쌍불취하(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 의제한다.(민사소송법 제268조)
 - ※ 그러나, 원고가 변론기일소환장을 받지 못하여 불출석한 경우에는 불출석으로 보지 아니하므로 변론기일 전에 원고와 연락하여 출석여부를 확인하는 것이 재판의 신속한 진행과 소송수행에 편리하다.

7. 증 거

가. 의의

- 증거신청은 당사자가 일정한 입증사항에 대하여 일정한 증거방법을 지정하고 그 조사를 법원에 대하여 요구하는 소송행위로서 서증, 증인신문, 감정, 검증, 당사자신문 등이 있다.

나. 서증(書證)

1) 의의

- 서증이라 함은 문서를 열람하여 그에 기재된 의미내용을 증거자료로 하기 위한 증거조사를 말한다.
 - 거증자가 문서를 소지한 경우에 서증을 신청함에 있어서는 이를 법원에 직접 제출
 - 당사자간에 원본의 존재 및 성립에 관하여 다툼이 있으면 원본, 정본 또는 인증등본을 제출하여야 한다.
- 문서제출명령 신청
 - 상대방 또는 제3자에게 제출의무가 있고 그가 소지하고 있는 문서를 서증으로 신청함에 있어 법원에 그 제출명령을 신청할 수 있다.(민사소송법 제343조, 제344조)

- 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 못한다.(민사소송법 제344조)
- 당사자가 문서제출명령에 응하지 아니하는 때에는 법원은 문서에 관한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다.(민사소송법 제349조)
- 문서송부촉탁 신청
 - 거증자는 문서제출 의무의 유무에 불구하고 문서소지자에게 그 문서의 송부를 촉탁할 것을 신청할 수 있음(민사소송법 제352조)
 - ※ 실무상 관공서 또는 법인이 보관하는 문서를 이용하려고 할 때에 많이 이용
- 법원외의 서증조사 신청
 - 제3자가 소지하는 문서에 관하여 문서제출명령이나 문서송부촉탁을 할 수 없거나 하기 어려울 때, 법원이 그 문서가 소재하는 장소에서 서증을 조사하는 절차이다.(민소법 제297조)
 - ※ 문서제출명령, 문서송부촉탁, 법원외의 서증조사 신청은 우선 변론기일에서 재판장에게 구두로 신청하여 재판장으로부터 채택결정을 받은 후 법원에 신청서를 접수하여야 하고, 신청인이 제출 또는 송부된 문서 중 필요한 부분을 등·사본하여 서증으로 제출하여야 한다.

〈서증인부〉

1. 의의

- 상대방이 서증으로 제출한 문서에 대하여 진정성립(작성명의자가 작성한 것인지)과 입증자료로 적합한지(즉, 그 기재가 진실하고 입증사항과 관련된 것인지) 여부에 관하여 당사자의 의견을 개진하는 것

2. 종류

- 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(민사

소송법 제327조제1항)

- ※ 공문서라 하더라도 출처가 불분명하거나 작성자가 권한이 없는 사항에 관하여 작성한 경우 등에는 부지라고 할 수 있음
- 사문서의 경우에도 그 문서에 있는 본인 또는 대리인의 서명이나 날인이 진정한 것임을 증명하면 진정한 문서로서 추정(민사소송법 제329조)
- 부 지
 - 작성명의자에 의해 작성된 것인지, 다른 사람에 의해 작성된 것인지 모르겠다고 하는 것
- 부 인
 - 작성명의자에 의하여 작성되지 않았거나, 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

3. 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 안전하다.(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 신증을 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. 증인신문(證人訊問)

1) 의 의

- 증인의 증언으로부터 증거자료를 얻는 증거조사를 의미한다.
- 법원은 서면에 의한 진술로 충분하다고 인정하는 때에는 상대방의 이익이 없는 한 증인으로 하여금 출석증언에 갈음하여 신문사항에 대한 답변을 기재한 공정증서 정본을 제출하게 할 수 있다.(민사소송법 제 310조)

2) 증인신문의 신청절차

- 증인신문의 신청은 변론기일 전에 증인신문신청서를 법원에 제출하여 할 수도 있으나 일반적으로 변론기일에 구술로 신청한다.
- 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 제출한다.(민사소송규칙 제80조)
※ 신문사항 4통 중 1통은 기록에 가철되고, 1통은 참여사무관용이고, 1통은 증인소환장과 함께 증인에게 송달되고, 나머지 1통은 상대방 당사자에게 교부됨

3) 증인신문의 순서

- 증인을 신청한 당사자가 먼저 증인을 주신문하고, 이어서 상대방이 반대신문을 하며 계속하여 재주신문, 재반대신문, 재재주신문 등을한다 (민사소송법 제327조, 민사소송규칙 제89조)
- 다만, 재반대신문부터는 재판장의 허가가 있어야 한다.(민사소송규칙 제89조제2항)

라. 조사의 촉탁(사실조회, 민사소송법 제294조)

- 법원이 공무소, 학교, 회사 등 공·사의 단체에 대하여 특정사항의 사실에 관한 보고를 구하게 하는 절차이다.

- 변론기일에 간략하게 구두로 사실조회를 신청하여 재판부에서 채택하는 결정을 하면 그 후 사실조회신청서를 제출한다.
- 변론기일전에 법원에 조회결과를 알아보고 그 내용이 입증에 도움이 된다면 변론기일에 조회결과를 증거로 원용한다고 진술한다.

마. 검증·감정

- 검증 : 법관이 그 기관의 작용에 의하여 직접적으로 사물의 성상, 현상을 검사하여 그 결과를 증거자료로 하는 증거조사(토지·가옥 현황, 사고현장, 상처 등)
- 감정 : 특별한 학식, 경험을 가진 전문가의 판단을 소송상 보고시켜 법관의 판단능력을 보충하는 증거조사이다. 다만, 비용이 많이 소요되므로 감정신청은 신중해야 한다.
 - 노동능력의 상실정도, 필적 또는 인영의 동일성, 토지·가옥의 시가 등
(예) 변상금부과처분취소청구소송의 경우 점유현황은 검증에 의하고, 점유토지의 지적도상 위치 및 면적은 감정에 의함
- 검증, 감정신청은 우선 변론기일에 구두로 재판장에게 검증 등을 신청(이때 신청취지를 설명한다)하여 재판장의 채택결정을 받고 변론기일 후 법원에 검증 등의 신청서를 제출해야 한다.
 - ※ 특히 상대방의 감정결과에 대하여 이의가 있는 경우에는 즉시 재판부에 이의를 제기하고 재감정을 신청해야 함

바. 당사자신문

- 당사자 본인신문은 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 허용되는 증거조사 방법이다.(민사소송법 제367조)

8. 소송의 종료

가. 의 의

- 소송은 법원의 종국판결이나 소의 취하, 재판상의 화해, 청구의 포기·인낙 등에 의해 종료한다.
- 소송이 일단 종료되면 각 종료사유의 효력에 따라 더 이상 다룰 수 없게 되는 등 제약을 받게 되므로 소송수행자로서는 불리한 상황에서 소송이 종료되는 일이 없도록 주의해야 한다.

나. 판결 선고

1) 판결의 종류

- 각하판결
 - 소송의 제기요건의 결여로 본안의 심리를 거부하는 판결
 - 원고는 결여된 요건을 보완하여 다시 소를 제기할 수 있다.
- 기각판결
 - 본안심리 결과 원고의 청구가 이유없다고 하여 배척하는 판결
 - 다만, 예외적으로 원고의 청구가 이유있는 경우라도 기각판결을 할 수 있는데, 이를 사정판결이라 한다.(법 제28조)
- 인용판결
 - ① 확인판결
 - 일정한 법률관계나 법률사실의 존부를 확정하는 판결
 - 당사자소송에 그 예가 많으나, 항고소송중 무효확인소송과 부작위위법확인소송에 있어서의 인용판결도 해당
 - ② 형성판결
 - 일정한 법률관계를 새로이 형성, 변경 또는 소멸시킴을 내용으로 하는 판결
 - 취소소송에서의 인용판결(처분 등을 취소, 변경하는 판결)

③ 이행판결

- 국가·공공단체 기타 행정청에 대하여 일정한 행위를 할 것을 명하는 판결
- 당사자소송에 있어서의 인용판결에서 일반적으로 볼 수 있음

2) 판결의 효력

① 불가변력 : 선고법원도 판결의 내용을 취소·변경할 수 없는 효력

② 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

③ 형성력 : 취소소송에서의 인용판결이 확정되면 행정청에 의한 특별한 의사표시 내지 절차없이 당연히 행정상 법률관계의 발생·변경·소멸의 효과를 가져오는 효력

④ 기속력 : 처분 등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그밖의 관계 행정청을 기속하는 효력(법 제30조제1항)

- 반복금지효 : 당사자인 행정청은 물론 그밖에 관계 행정청(예:재결 취소소송에서 원처분청)도 확정판결에 저촉되는 처분을 할 수 없다는 의미로서, 이에 위반한 행위는 무효이다.(대판 1990.12.11, 90누3560)
- 재처분 의무 : 행정청이 판결의 취지에 따른 처분을 하여야 함을 의미, 거부처분 취소판결의 경우, 신청에 다른 처분이 절차의 위법을 이유로 취소되는 경우 행정청에 재처분의무를 부과하고 있다.(법 제30조제2항, 제3항)

※ 다만, 확정판결에 적시된 위법사유(형식, 절차 등)을 보완하여 행한 새로운 처분은 별개의 처분으로 기판력에 저촉되지 않는다.

⑤ 집행력 : 이행판결에서 명령된 이행의무를 강제집행절차로써 실현할 수 있는 효력을 의미

- 형성판결인 취소판결에서는 성질상 집행력이 인정되지 않는 것이 원칙이나, 행정소송법은 거부처분 취소판결의 간접강제를 인정(법 제34조제1항)

- 간접강제 : 행정청이 거부처분취소판결의 재처분 의무에 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 있다.

※ 간접강제제도는 부작위위법확인소송에도 준용(법 제38조 제2항)

다. 소의 취하

○ 원고가 제기한 소의 전부 또는 일부를 철회하는 법원에 대한 단독 소송행위로서, 서면 또는 기일에 출석하여 구두로 할 수 있다.(민소법 제266조)

○ 피고가 본안에 관한 준비서면을 제출하거나 준비절차에서 진술하거나 변론을 한 후에는 피고의 동의를 얻어야 함(민소법 제266조제2항)

- 소송수행자는 소 취하 동의여부에 대하여 소관 검찰청의 담당검사의 지휘를 받아야 한다.(지휘를 받지 아니하고 소 취하에 동의하거나 기간 내에 아무런 이의 제기를 하지 않아 소 취하 동의간주가 되는 경우 소송수행태가 되므로 특히 주의 요망)

○ 피고가 소취하서를 송달받거나 기일에 출석함으로써 취하한 것을 안 때에는 송달일 또는 취하일로부터 2주일 내에 이의를 제기하지 않으면 소 취하에 동의한 것으로 본다.(민사소송법 제266조제6항)

라. 청구의 포기·인낙 및 소송상의 화해

1) 의 의

- 청구의 포기 : 변론 또는 준비절차에서 원고가 자기의 청구가 이유 없음을 자인하는 법원에 대한 일방적 의사표시
- 청구의 인낙 : 피고가 원고의 소송상의 청구가 이유 있음을 자인하는 법원에 대한 일방적 의사표시
- 소송상 화해 : 소송계속 중 당사자 쌍방이 서로 양보하여 소송을 종료시키기로 하는 기일에 있어서의 합의
- 청구의 포기·인낙조서, 화해조서는 확정판결과 동일한 효력이 있다.(민사소송법 제220조)

2) 행정소송에 있어서 인정여부

- 학설은 행정소송의 처분 등의 공익성, 직권주의, 행정소송의 확정판결의 대세적 효력 등을 근거로 부정적인 견해가 유력하다.
- 다만, 판례는 귀속재산임대차계약체결의 화해를 인정한 사례가 있다. (대판 1995.9.2, 4287행상59)

마. 조정권고

1) 의의

- 조정권고란, 법원이 행정소송의 신속·원만한 해결을 위하여 피고에 대하여는 문제된 처분을 변경하고, 원고에 대하여는 소를 취하할 것을 권고하는 것이다.
- 조정권고는 말 그대로 '권고'에 불과하며, 법령에 근거가 있는 제도가 아니고, 법률적인 효력이 있는 것도 아닌, 사실행위에 불과하다고 해석된다.
- 법리적으로는 조정권고에 따라 행정청이 변경하여 발령한 처분에 대하여도 다시 소가 제기될 수 있다. 다만 원고가 조정권고에 만족하였으

므로 다시 소를 제기하지 않을 것이라는 기대에 의존할 뿐이다. 이 점에서 확정판결과 동일한 효력을 부여함으로써 다시 소를 제기할 수 없는 조정, 조정에 갈음하는 결정, 소송상화해 및 화해권고결정과 다르다.

2) 조정권고 제도의 문제점

① 원고의 진술에만 기초한 조정권고

- 원고가 위반행위 당시의 특수한 사정 등을 주장하며 제재처분이 너무 가혹하다는 이유로 소를 제기하는 경우, 집행정지 사건 심문기일에서의 원고 진술만을 근거로 처분 감경을 권고하는 경우가 많다.
- 이러한 조정권고가 일반화될 경우, 사건처리의 투명성을 확보할 수 없고, 행정처분의 기준을 정하는 각종 법령 및 시행규칙의 규정이 사문화(死文化)되며, “소를 제기하면 처분이 감경된다”는 인식이 널리 퍼져 행정소송이 폭주하고, 행정처분에 대한 국민 일반의 신뢰 및 준법의식을 해할 우려가 있다.

② 법령에 근거가 없는 처분의 권고

- 법원이 사안의 구체적 타당성에 치우친 나머지 법령에 근거가 없는 처분을 할 것을 피고에게 권고하는 경우가 다수 있다. 예컨대 법령에서 영업정지 처분에 갈음하여 과징금을 부과할 수 없는 위반행위로 명시하고 있음에도 불구하고 과징금 처분으로 변경하는 내용의 조정권고를 제시하는 경우 등이다.
- 위와 같은 조정권고가 적절한 결론 도출을 위하여 상당히 유용함을 부인할 수는 없으나, 행정처분의 종류 및 기준을 정하고 있는 법령·시행규칙의 개정 없이 법원의 조정권고에만 근거하여 개개의 사건별로 구체적 타당성을 도모하는 것이 과연 바람직한지는 의문이 아닐 수 없다.

③ 소취하와 관련된 문제

- 원고가 법률전문가의 조력 없이 스스로 소송을 진행하다가, 법원의 조정권고를 송달받고 그와 같이 처분이 감경된 것으로 오해하고 소

취하서를 제출해버리는 사례가 종종 발생한다.

- 조정권고는 피고의 본안에 대한 답변서가 제출되기도 전에 이루어지는 경우가 많은바, 이러한 경우에는 소취하에 대한 피고의 동의 여부에 관계없이 소송이 종결되어 버리므로, 피고가 조정권고에 대하여 불수용 의사인 경우에는 원고는 다시 소를 제기해야 하는 결론이 되어 오히려 분쟁의 신속한 해결이라는 조정권고 제도의 취지에 반하는 결과가 발생할 수도 있다.

3) 조정권고에 대한 대처 방안

① 객관적 입증자료의 확보

- 원고의 처분감경 사유에 대한 자료가 부족할 때에는, 집행정지 사건의 심문기일 등에 객관적인 입증방법의 제출을 촉구하는 석명권(釋明權)을 행사하여 줄 것을 법원에 요구할 필요가 있다.(민사소송법 제136조제3항)
 - 예컨대 원고가 생계 곤란을 호소할 경우 가족관계 증명서와 그에 나타난 가족들에 대한 각종 세금 납부사실 확인원을 통해 간접적으로나마 그러한 사실을 입증할 수 있을 것이다.
 - 영업정지 기간 중의 영업행위로 인한 영업소폐쇄 처분에 대하여 원고가 불가피한 사유로 한차례 영업행위를 하였으나, 그 외에는 영업정지 처분을 성실히 이행하고 있었음을 주장하는 경우에는, 영업정지 기간의 시점(始點)과 적발시점간의 시간적 차이가 어느 정도 있는 경우, 원고에게 그 기간 동안의 원고의 영업소에서 이루어진 신용카드 결제 내역의 제출을 요구하는 것을 생각해 볼 수 있다.
- 행정법규 위반에 따른 처분은 형사처벌과 병행되는 경우가 매우 많고, 관련 형사사건의 기록에 행정소송에서는 드러나지 않은 사실관계를 확인할 수 있는 경우도 있으므로, 필요할 경우 문서송부촉탁신청이나 기록을 보관하고 있는 검찰청에 대한 기록사본송부 요청 등을 통하여 관련 형사사건 기록을 입수하여 살펴보는 것이 바람직하다.

- 행정청은 단순히 원고에 대답되는 소송 당사자에 그치는 것이 아니라 공권력을 행사하는 기관으로서 처분의 객관적인 타당성 및 국민의 권익 구제를 도모할 책임도 있으므로, 이러한 자료들은 설사 원고에게 유리한 것이라 할지라도 소송과정에서 서증으로 법원에 제출되도록 할 필요가 있다.

② 지휘 요청시 관련자료 첨부

- 소송진행상황 보고시에 소장과 답변서만을 첨부하고 서증을 생략하는 경우가 많아, 지휘 업무에 차질을 빚는 사례가 빈번하다. 위와 같은 소송수행을 통하여 입수한 자료는 반드시 그 사본을 관할 검찰청에 송부함으로써, 수용 지휘를 요청하는 이유를 객관적으로 뒷받침할 수 있도록 하여야 한다.
- 처분감경 사유에 대한 소명자료 없이 조정권고가 제시된 경우에는 만연히 이에 좇아 수용 지휘 건의를 할 것이 아니라, 적극적으로 직접 원고에게 위와 같은 자료들을 제출할 것을 요구하고 그 사본을 첨부하여 지휘를 요청함이 바람직하다.
- 피고가 답변서를 제출하기도 전에 조정권고가 제시되기도 하는데, 이러한 경우에는 행정처분명령서, 경찰로부터 송부받은 행정처분의뢰서 및 단속경위서, 행정처분내역이 기재되어 있는 업소 관리대장 등 관할 검찰청이 사실관계를 파악하고 조정권고 수용 여부를 결정할 수 있는 자료들을 첨부하여 지휘를 요청하여야 한다.

③ 착오로 인한 소취하에 대한 대응

- 조정권고에 대한 관할 검찰청의 수용지휘가 이루어지기 전에 원고가 착오로 소취하서를 제출한 경우, 피고가 본안에 대한 답변서를 법원에 제출한 후라면 소취하서를 송달받은 날로부터 2주가 경과하면 소취하에 동의한 것으로 간주되고, 그 후에는 관할 검찰청이 불수용 지휘를 하더라도 더 이상 소송을 진행할 수가 없게 된다.

- 따라서 이러한 경우에는 소취하서를 송달받은 날로부터 2주가 경과 되기 전에 일단 법원에 소취하 부동의 의견을 제출하여 소송 계속이 소멸되는 것을 막고, 이를 지체없이 관할 검찰청에 보고한 다음, 조정권고에 대한 지휘를 기다려 그 수용 여부에 따라 사건을 처리하여야 한다.

9. 판결선고후의 조치

가. 판결결과 보고

- 소송수행자는 판결선고 결과 확인 후 이를 검찰청에 보고한다(국가를당사자로하는소송에관한법률 시행규칙 제18조의2). 이후의 조치는 판결선고 결과에 따라 다음과 같이 구분된다.

나. 행정청이 승소한 경우

- 소송수행자는 판결문 정보를 송달받으면 판결문 사본을 첨부하여 검찰청에 소송진행상황보고를 해야 한다.
- 판결문송달 후 2주일이 지나면 원심법원에 판결확정여부를 확인한 후, 확정된 경우에는 판결확정증명이나 대법원사이트에서 판결결과화면 등 판결확정사실을 알 수 있는 서류를 첨부하여 소송종결보고를 하여야 한다.
- 상대방이 항소를 제기한 경우 원심법원으로부터 항소제기증명원을 교부받아 검찰청에 송부하고, 부대항소(附帶抗訴)여부를 검토해야 한다(민사소송법 제403조). 부대항소의 필요가 있다고 판단되는 경우 사전에 검찰청의 지휘를 받아 항소심 변론이 종결되기 전까지 부대항소장을 제출해야 한다.
- 항소권을 포기하였거나 항소기간이 도과되었더라도 부대항소를 제기할 수 있으나(민사소송법 제403조), 부대항소는 상대방의 항소에 의존하는 것이기 때문에 주된 항소의 취하 또는 부적법 각하에 의하여 그 효력을 잃게 된다(동법 제404조).

다. 행정청이 패소한 경우

- 항소여부 지휘품신
 - 법원으로부터 패소판결문을 송달받은 소송수행자는 판결문정본에 접수 일자를 명기한 후 3일 내에 항소여부에 대한 의견을 첨부하여 검찰청에 보고하여야 한다.
 - ※ 지휘품신 구비서류 : 상소제기(포기) 의견서 및 이유서, 상소제기요약서, 패소원인분석표, 판결문 사본2부를 첨부
- 항소제기 지휘가 있는 경우
 - 항소기간(판결문이 송달된 날로부터 2주일)내 제1심법원에 항소장 제출
 - 항소장을 제출할 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)

10. 항소심 수행

가. 항소의 제기

1) 항소장의 제출

- 제1심 판결문정본을 송달받은 날로부터 2주일 내에 소송수행자지정서 및 예납송달료 납부서 등을 첨부하여 항소장(피항소인 수만큼의 부분 첨부)을 제1심법원에 제출하여야 한다.

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 된다.(민사소송법 제368조)
 - ※ 불변기일인 항소기간을 도과하지 않도록 특히 주의, 시일이 촉박한 경우 우선 항소장만 제출하고 항소이유는 추후에 준비서면으로 자세하게 진술하는 것이 바람직

나. 항소심 수행절차

- 소송수행자의 재지정
 - 심급마다 수행자를 지정하여야 하므로, 제1심에서 소송수행자를 지정하였어도 항소심에서 다시 지정하여 법원에 지정서를 제출하여야 한다.
- 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

다. 항소의 취하

- 항소의 취하는 항소제기후 항소심의 종국판결선고 전까지 할 수 있다.(민사소송법 제393조제1항)
 - 소의 취하가 종국판결의 확정시까지 가능한 것과 달리, 항소심의 판결선고 후에는 항소의 취하가 허용되지 않는다.
- 소의 취하와 달리 항소의 일부취하는 허용되지 않으며, 항소취하는 상대방의 동의가 필요 없다(민사소송법 제393조제2항).

11. 상고심 수행

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 제422조제1항)

2) 상고이유

- 상고는 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있는 때에 한한다.(민사소송법 제423조)
- 절대적 상고이유(민사소송법 제424조제1항)
 - 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 관한 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 제425조, 제396조)
- ※ 상고심에서 원판결문은 2심 판결문을, 원심법원은 2심법원을 말함

2) 상고이유서의 제출

- 상고인이 상고장에 상고이유를 기재하지 않은 때에는 접수통지를 받은

- 날로부터 20일내에 상고법원에 상고이유서를 제출(민사소송법 제427조)
- 상고인이 제출기간 내에 상고이유서를 제출하지 아니한 때에는 상고법원은 변론 없이 상고를 기각한다.(민사소송법 제429조)
 - 상고이유를 기재함에 있어서는 원판결의 법령위배의 사유, 법령의 조항 또는 내용, 절차위반의 사실 등을 구체적으로 명시
 - 구체적이고 개별적으로 명시하지 않으면 상고이유의 불제출로 취급한다.(대법 1983.11. 22, 82누297)

〈적법한 상고이유가 아닌 경우〉

- 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)
- 자기에게 불리한 주장(대법 1983.6.28, 82다카1767)

다. 상고제기에 대한 답변서 제출

- 상고법원으로부터 상대방의 상고이유서가 송달되면 10일 이내에 답변서를 제출한다.(민사소송법 제398조 제2항)
 - 상고심은 법률심이므로, 원고가 상고한 경우 상고이유가 없다면 피고인 행정청에서 굳이 답변서를 제출하지 않더라도 대법원이 상고를 기각할 것이므로 답변서 제출이 필수적인 것은 아니다.
 - 그러나, 기존 소송수행 결과를 정리하고 법률적 쟁점에 대한 행정청의 입장을 명확히 전달한다는 차원에서 답변서를 제출하는 것이 바람직

라. 상고심 수행절차

- 상고심은 법률심으로서 상고장, 상고이유서, 답변서, 기타 소송기록에 의하여 변론 없이 판결할 수 있으므로(민사소송법 제430조)
 - 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

12. 소송수행해태

가. 소송수행해태의 의의

- 소송수행해태란 소송수행자가 소송행위를 함에 있어서 직무상 태만이나 과실, 착오 등으로 인하여 소송수행자의 준수사항을 위반하는 것

나. 소송수행해태 유형

- 상소기간·상고이유서 제출기간 등 불변기간 및 법정기간 등의 기산일인 판결문 송달일자의 착오로 인한 경우
- 휴가기간·인사이동기간 업무인수인계의 미비 또는 누락으로 인한 경우
- 소송수행자의 다른 과도한 업무로 인한 당해 사건의 처리지연으로 인한 경우
- 법원의 변론기일연기허가를 받지 아니하고 변론에 불출석한 경우
- 소송서류의 불성실 작성·증거신청 또는 법리주장 소홀 등 불
- 각종 소송행위에 있어 검찰청의 지휘 또는 승인 건의를 해태한 경우 등

다. 보고 및 징계처분

- 소송수행 해태 사례가 발생한 경우 소송수행자 중 5급 이상인 직원은 경위서를 작성하여 검찰청에 출두하여 보고하여야 하고, 해당 검찰청의 장은 지체 없이 법무부장관에게 보고하고 소송총괄관에게 통보하여야 한다(국가를당사자로하는소송에관한법률 시행령 제14조).
- 소송총괄관(訴訟總括官)은 위 통보를 받은 때에는 소속행정청의 장에게 당해 소송수행자의 징계를 건의할 수 있고(국가를당사자로하는소송에관

한법률 시행령 제14조 제2항), 소속행정청의 장은 소송수행자의 직무상 의무위반이나 또는 직무태만으로 인한 소송수행해태가 인정되는 경우 당해 소송수행자에 대한 징계처분을 할 수 있다(동법 시행령 제14조).

※ 소송총괄관 : 정부조직법 제2조의 규정에 의한 중앙행정기관의 장이 소속 4급이상의 법무 및 소송사무를 담당하는 직원 중에서 소관소송 사무를 총괄하도록 임명한 자(국가를당사자로하는소송에관한법률 제8조제1항, 시행령 제4조 제1항).

- 특히 소송수행해태의 원인이 단순한 직무상 과실에 불과한 것이 아니라 직무유기 등으로 위법성이 인정되는 경우에는 형사처벌의 대상이 될 수도 있으므로 이를 유의하여야 한다.

Ⅲ. 주요 유형별 소송수행 요령

1. 조세 관련 소송

가. 소득세 관련 소송

1) 소득세의 의의 및 소득의 구분

- 소득세는 개인의 소득에 대하여 부과하는 조세이다. 소득세법은 소득세의 과세대상이 되는 소득을 소득의 발생원천에 따라 11종으로 구별하여 열거하고 있다. 이 중 이자소득, 배당소득, 부동산임대소득, 사업소득, 근로소득, 일시재산소득, 연금소득, 기타소득의 8가지 소득(종합소득)을 합산하여 과세하고, 퇴직소득, 양도소득, 산림소득은 각 원천별 소득에 대해서 과세기간에 걸쳐 발생한 소득을 각 소득별로 합산하여 과세한다(소득세법 제4조).

2) 일반적인 유의사항

- 조세사건의 증인들은 대개 과세당국에 비우호적이므로 중요한 증인의 경우 증인신문 전에 만나 증인의 성향 등을 면밀히 파악하는 것이 중요하고, 원고측과의 안면 때문에 증언을 꺼리는 증인의 경우는 녹취록을 만들거나 인증서를 만들어 제출하도록 한다.
- 양도소득세나 종합소득세는 사실인정 여하에 따라 소송의 승패가 결정되는 경우가 많으므로, 증인신문에 익숙하지 못한 소송수행자의 경우에는 사전에 증인신문사항에 관하여 관할검찰청의 검토를 요청하는 것이 바람직하다.

3) 주요쟁점별 항변사항의 정리

- 자경농지로 인한 비과세가 문제되는 경우, 원고가 실제 자경하지 아니하였음을 입증할 만한 자료를 제출하여야 한다. 이를 위하여 원고의

직업, 재산관계 및 주거지를 파악하고, 원고가 실제 농지로부터 20킬로미터 이내에서 농지를 자경하였는지를 주거지와 농지사이의 거리를 직접 측정해 보거나 측량도를 사용하여 측정하고, 농지 소재지의 주민들로부터 원고가 직접 자경을 하였는지에 대하여 확인서를 받는 등의 방법으로 입증할 필요가 있다.

- 실지거래가액이 문제되는 경우, 가능하다면 부동산 양수인과 연락하여 실제 양도가액을 직접 확인하는 것이 가장 좋으나 양수인이 협조하지 않을 경우에는 관할 행정기관을 방문하여 매수인이 자기 앞으로 소유권이전등기신청을 하면서 첨부한 매매계약서나 검인계약서를 확보하여 이를 증거로 제출하여야 한다.
- 부동산의 양도시기에 다툼이 있는 경우, 예컨대 원고가 등기부상 이전 등기일 보다 실제양도시기가 최소한 5년 이전이어서 제척기간이 도과되었다고 주장하면서 매매계약서를 제출하는 경우, 부동산매매시에는 매도인이 인감증명서를 매수인에게 교부하므로 원고 주소지 동사무소에 가서 원고가 매매계약서상 작성일 전후에 실제로 부동산매도를 위하여 인감증명서를 발급받았는지 여부를 확인하여 원고 주장 매매계약서가 소급하여 작성되었다는 점을 입증함으로써 원고 제출 매매계약서의 신빙성을 탄핵하여야 할 것이다.
- 법인이 매출누락을 하거나 가공경비를 산정하여 세액을 포탈하고 이에 해당하는 금액을 사외로 유출시킨 경우 과세관청에서는 유출된 금액만큼이 법인의 대표자에게 갑종근로소득으로 귀속된 것으로 보아 원천징수의무자인 법인과 대표자에게 갑종근로소득세를 과세하는 경우가 있는바, 과세관청에서는 최소한 법인의 대표자가 법인의 최대 주주로서 그 법인을 실질적으로 관리·운영하였다는 점과 소득이 유출된 시점을 전후하여 대표자 및 그 직계 준비속이 많은 재산(부동산, 주식, 예금)을 취득하였다는 점(대개는 과세관청에 있는 부동산취득자료 및 금융조회를 통하여 밝히게 됨)을 입증하여야 한다.

나. 상속세, 증여세, 부가가치세, 법인세 관련 소송

1) 일반적인 주의사항

- 과세처분 취소소송의 원고에 대하여 조세포탈 혐의에 대한 형사절차가 동시에 진행되는 경우가 있다. 이 경우 각 지방검찰청에 관련 형사기록이 보관되어 있으므로, 문서송부촉탁, 서증조사 등의 방법을 통하여 관련 형사기록을 증거로 활용할 필요가 있다.
- 동일한 사건에 관하여 여러 원고들의 조세소송이 별개로 진행되는 경우, 각 소송의 결과가 서로 영향을 미치므로 유사사건의 판결결과를 분석하여 제출할 필요가 있다. 특히 부가가치세 사건에서 자료상에 의한 허위거래의 경우 관련 세금계산서가 허위라는 이유로 매입불공제대상인지 여부가 쟁점일 때에는 공통 조사복명서를 검토할 필요가 있다.
- 조세소송의 원고에 관한 민사판결이 진행될 경우에는 그 판결결과에 따라 조세소송의 승패가 좌우되므로 위 관련 민사사건 판결 결과에 주목하여 조세소송에 유리한 판결이 선고될 경우 이를 서증으로 제출하여야 한다.

2) 주요쟁점별 항변사항의 정리

① 상속세

- 상속세는 자연인의 사망을 계기로 무상으로 이전되는 재산을 과세물건으로 하여 그 취득자에게 부과하는 조세를 말한다(상속세및증여세법 제1조).
- 피상속인의 채무공제 : 원고가 피상속인의 채무공제를 주장하는 경우 채무와 관련된 서증(금전대차계약서, 지불보관증, 영수증 등)의 진정성 여부, 채권담보를 위하여 피상속인이 취한 조치, 원금과 이자의 적정성 등을 검토하여 당해 채무가 피상속인의 진정한 채무인지 여부를 판단할 필요가 있다.
- 피상속인의 연대보증채무나 물상보증채무의 공제 : 원고가 피상속인

이 생전에 부담한 연대보증채무나 물상보증채무를 공제해야한다고 주장하는 경우, 주채무자가 상속개시 당시 파산이나 부도로 인하여 이미 변제불능 상태에 도달하여 피상속인이 채무를 이행하지 않으면 안 될 뿐만 아니라 주채무자에게 구상권을 행사하여도 변제받을 가능성이 없다고 인정되는 때에 한하여 공제가 가능하므로 상속개시 당시 주채무자의 자력에 관한 증거를 통하여 원고의 주장을 다룰 필요가 있다.

- 상속재산가액의 평가와 관하여 시가주의 원칙(실거래가액, 감정가액, 수용가액 등)이 적용되고, 예외적으로 시가가 분명하지 않은 경우에 보충적 평가방법(개별공시지가, 과세시가표준액, 임대료환산가액, 근저당채무환산가액)이 적용된다.

② 증여세

- 증여세는 재산의 수증을 과세물건으로 하여 부과되는 국세를 의미하는 것으로 증여세와 상속세는 모두 재산의 무상이전을 과세대상으로 하나, 상속세는 피상속인의 사망을 계기로 무상으로 이전되는 피상속인의 유산을 과세대상으로 함에 비하여, 증여세는 생존 중의 증여로 인하여 수증자가 취득 취장산을 과세대상으로 한다는 점에 차이가 있다.
- 증여세는 수증자(受贈者)가 거주자인 경우에는 모든 증여재산, 수증자가 비거주자인 경우에는 증여받은 재산 중 국내에 있는 재산에 대하여 부과하고, 수증자에게 소득세가 부과되는 때에는 증여세를 부과하지 않는다(상속세및증여세법 제2조). 영리법인 이외의 수증자는 증여세를 납부할 의무가 있으나, 일정한 사유에 해당하는 경우에는 증여자가 수증자와 연대하여 증여세를 납부할 의무를 진다(동법 제4조). 증여세는 수증자의 주소지를 관할하는 세무서장이 과세한다(동법 제6조).
- 명의신탁재산의 증여의제규정 : 원고가 제3자에게 명의신탁한 재산

을 환원한 것인지 아니면 제3자로부터 수증한 것인지 여부가 쟁점인 경우 당해 재산의 취득자금의 원천과 원고의 취득 능력, 명의신탁의 타당한 원인관계, 담보제공 및 실질적인 행사자가 누구인지 여부 등에 관하여 집중적으로 검토하여 원고가 쟁점 재산의 실제 소유자인지 여부를 판단할 필요가 있다.

- 증여계약의 합의해제 : 원고가 증여자와 사이에 증여계약을 법정기한 내에 합의해제한 것인지 여부를 검토하도록 한다.
- 저가양도·고가양도 : 증여자가 원고에게 증여를 할 특수관계에 있는지 여부를 입증하기 위하여 정황사실을 자세히 주장·입증할 필요가 있고, 재산의 평가와 관련하여 저가 또는 고가양도인지 여부를 주장·입증하여야 한다.
- 재산취득자금 등의 증여추정 : 과세요건사실은 원칙적으로 과세관청이 입증하여야 하나, 원고에게 경제적 능력이 없는 반면, 증여자(예컨대, 아버지)에게 상당한 경제적 능력이 있는 경우에는 증여한 것으로 추정되므로, 원고의 수증당시 나이, 직업, 부동산 거래내역, 소득세 납부여부 등을 조사해 보아야 한다.

③ 부가가치세

- 부가가치세는 재화와 용역이 생산·제공되거나 유통되는 모든 단계에서 창출된 부가가치를 과세표준으로 하여 과세하는 조세이다(부가가치세법 제1조 제1항). 부가가치세를 부과하는 취지는 소비행위에 부담을 시키고자 하는 것인바, 현행 부가가치세법의 과세방법은 당해 과세기간중의 매출액에 세율을 적용하여 계산한 세액에서 전단계매입액에 포함된 부가가치세액을 공제한 금액을 바로 납부세액으로 하는 전단계세액공제방식을 채택하고 있다(동법 제17조 제1항).
- 사업자 : 원고가 실제사업자인지 아니면 사업자 명의의 대역자에 불과한지, 또는 공동사업자로 볼 수 있는지 여부가 문제되는 경우에 사업의 계속성, 반복성 등을 검토할 필요가 있고, 가사 원고가 사업자

가 아니더라도 실제사업자에게 부가가치세를 부과해야 할 것이다.

- 사업의 포괄적 양도 : 사업의 포괄적 양도에 해당하는지 여부는 사업이 동일성을 유지한 채 이전된 것인지 여부를 검토해야 한다¹⁾.

④ 법인세

- 법인세는 법인의 소득을 과세대상으로 하여 법인에게 부과하는 조세로서 국가·지방자치단체 이외의 내국법인과 국내 원천소득이 있는 외국법인은 법인세를 납부할 의무를 진다(법인세법 제2조), 자산 또는 사업에서 생기는 수입이 법률상 귀속되는 법인과 실질상 귀속되는 법인이 서로 다른 경우에는 그 수입이 실질상 귀속되는 법인을 납세의무자로 한다(동법 제4조 1항).
- 사외유출금의 대표자 인정상여 처분 : 상여처분한 금원이 사외로 유출되지 아니한 사실을 원고가 입증하지 못하는 한 인정상여 처분은 적법함을 주장하고, 사외유출 소득을 간접적으로 입증하기 위하여 그 법인이 대표자 또는 친족에 의하여 지배되는 개인적 회사 내지 가족회사일 것과 그 대표자 또는 친족에게 그 개인의 신고소득에 의하여는 설명할 수 없는 순자산의 증가 또는 소비지출의 사실이 있을 것 등을 주장·입증하여야 한다.
- 제2차 납세의무자 : 제2차 납세의무자에 해당하는 과점주주 여부의 판단은 법인세 납세의무성립일 현재의 주주현황에 의해 판단할 사항이므로 상대방이 과점주주에 해당되는 것으로 족한 것이지 당해 주식을 언제 취득하였는지의 여부와는 관련이 없는 것이며, 주식에 관한 권한을 실질적으로 행사하는 자의 판단은 주주총회 등 의사결정을 위한 회의가 소집되거나 의사결정을 할 사안이 발생될 경우 의결권 행사가 가능한 과점주주에 해당되는지 여부로 판단할 사항이라는 점 등을 주장하여야 한다.

1) 건물임대업을 영위하던 자가 건물을 양도하고 양수인이 직접 건물을 사용하여 영업을 하는 경우, 사업이 동일성을 유지한 채 이전된 것으로 볼 수 없다(대법원 1985. 11. 26. 선고 85누517 판결).

- 부당행위계산 부인 : 특수관계법인에게 주식을 저가양도한 사안의 경우, 원고의 주식매각행위 등이 경제적 합리성에 비추어 극히 합리성이 없는 거래라는 점, 하나의 거래를 조세회피 목적으로 두 개의 독립된 거래인 것처럼 분리해 놓은 것이라는 점 등을 주장하여야 한다.

2. 허가 관련 소송

가. 의의

- 허가(許可)란, 일정한 위험의 방지를 위해 법령으로 개인의 자유를 일반적으로 제한하고 있는 경우에 그 제한을 해제하여 자유를 회복하여 주는 행정행위를 말한다. 예컨대 자동차가 처음 등장하였을 때에는 운전행위에 제한을 두는 법령이 존재하지 않았을 것이나, 자동차가 널리 보급됨에 따라 교통질서를 확립하기 위하여 법은 일반적으로 자동차의 운전행위를 자유로이 할 수 없도록 제한하고, 일정한 요건을 충족한 자에 한하여 면허를 부여함으로써 그 제한을 해제한다.
- 허가는 개인이 법령에 따라 일정한 사실을 행정청에 알리기만 하면 일반적인 금지가 해제되는 신고(申告)와 다르다.
- 허가는 법이 정한 요건을 갖추어 신청하기만 하면 행정청은 이를 발령하여야만 하는 기속행위로 해석되는 경우가 많지만(예: 식품접객영업허가 등), 행정청이 제반 공익을 고려하여 허가 여부를 결정할 수 있는 재량행위로 해석되는 경우도 있다.(예: 개발제한구역 내에서의 토지 형질변경 행위 허가)

나. 병원·약국 및 의사·약사에 대한 제재처분 관련 소송

1) 사건 유형

- 병원이나 약국에서 국민건강보험공단에 요양급여를 사위 기타 부당한 방법으로 과다하게 청구하거나 법정된 본인부담금 이외의 금액을 환자 등에게 징수하는 경우, 본인 부담금 면제 등의 방법으로 환자를 유인하는 경우 등이 주된 사건 유형이다.

- 이러한 행위에 대하여 보건복지가족부장관은 병원·약국에 대하여는 요양기관업무정지처분(국민건강보험법 제85조제1항 등), 의사·약사에 대하여는 면허정지처분(의료법 제64조제1항, 약사법 제76조제1항 등)을 하게 되는데 대부분의 경우 하나의 위반 사실에 기하여 업무정지처분과 자격정지처분의 2가지 처분이 이루어지게 되고 따라서 취소소송도 2가지 처분 모두에 대하여 제기된다.

2) 주요쟁점 및 소송수행 요령

- 원고는 대부분의 경우 ① 요양급여청구 문제에 관하여 자신은 알지 못하고 병원 직원이 처리한 것이라고 주장하거나 ② 영업정지, 자격정지 기간이 자신의 위반행위의 정도에 비하여 너무 과중하다고 주장한다.
- 이에 대하여 소송수행자는 ① 행정법규 위반에 대한 행정처분은 위반행위가 있었다는 객관적 사실에 근거하여 이루어지는 것이고 원고가 그러한 사실을 알았는지 여부는 처분의 적법성 여부와 무관하다는 점을 주장하여야 할 것이고, ② 원고가 요양급여를 부당청구한 기간이나 금액의 정도 등이 중함을 적극 주장하여 원고에 대한 처분이 과하지 않음을 주장할 필요가 있다.

다. 식품접객업 및 노래연습장업 관련 소송

1) 사건 유형

- 식품위생법은 식품접객영업자의 청소년 주류제공 행위, 일반음식점 또는 단란주점 영업자의 유흥접객행위, 노래연습장업자의 주류판매 및 접대부 고용·알선 행위 등을 금지하는 규정을 두고 있다(식품위생법 제31조제2항, 제31조, 동법 시행규칙 제42조 [별표13], 음악산업진흥에 관한 법률 제22조).
- 이에 위반하는 경우 관할 행정청은 영업허가 또는 등록의 취소, 영업장 폐쇄, 영업정지 등의 처분을 할 수 있고, 영업정지 처분에 갈음하여 과징금을 부과할 수도 있는바(식품위생법 제58조, 제65조, 음악산업진흥

에관한법률 제27조, 제28조), 위와 같은 제재처분의 취소를 구하는 소송이 주된 유형이다.

2) 주요쟁점 및 소송수행 요령

- 위와 같은 제재적 행정처분에 대하여 행정청은 일정한 재량권을 가지고 있는바, 처분이 지나치게 가혹하여 재량권을 일탈하였는지 여부가 쟁점이 되는 경우가 대부분이다.
- 행정청은 재량권을 가지고 있음에도 불구하고 원고의 구체적인 사정을 고려하지 않고 시행규칙이 정한 행정처분 기준에 따른 처분을 발령하는 경향이 있다. 그러나 시행규칙상의 행정처분 기준은 행정청 내부의 사무처리를 위한 일응의 기준에 불과할 뿐 대외적인 효력을 가지는 법규명령(法規命令)이 아닐 뿐더러,²⁾ 원고의 구체적인 사정을 고려하여 재량권을 행사한 결과도 아니다.
- 따라서 소송수행자는 재량권 일탈 여부가 쟁점이 되는 경우에는 만연히 “시행규칙에 따랐으므로 적법하다”는 취지로만 답변하여서는 안된다. 원고가 주장하는 구체적인 처분감경 사유, 예컨대 위반행위를 하게 된 경위, 그 밖의 위반행위 전력, 원고가 당해 처분으로 인하여 받는 생계의 곤란 등에 관하여 적극적으로 자료를 수집하고 법원에 제출하여야 한다.
- 이러한 사건은 법원이 조정권고를 제시하는 경우가 많은 바, 처분을 감경할 만한 사유가 충분히 소명된 때에 이를 구체적으로 적시하여 수용지휘를 건의하여야 하고, 원고의 탄원에만 근거하여 조정권고를 통한 처분감경이 반복될 경우 법질서가 와해될 수도 있음을 명심하여야 한다.
- 또한 이러한 사건은 조정권고와 더불어 집행정지 결정이 있는 경우가

2) 식품위생법시행규칙 제53조에서 [별표 15]로 식품위생법 제58조에 따른 행정처분의 기준을 정하였다고 하더라도 이는 형식만 부령으로 되어 있을 뿐, 그 성질은 행정기관 내부의 사무처리준칙을 정한 것으로서 행정명령의 성질을 가지는 것이고, 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 힘이 있는 것은 아니므로 식품위생법 제58조 제1항에 의한 처분의 적법 여부는 위 규칙에 적합한 것인가의 여부에 따라 판단할 것이 아니라 위 법의 규정 및 그 취지에 적합한 것인가의 여부에 따라 판단하여야 한다(대판 1995.3.28, 94누6925 판결).

많은바, 즉시 항고를 제기할 수 있는 기간이 1주 밖에 되지 않으므로 신속히 관할검찰청으로부터 그 제기 여부에 관하여 지휘를 받아야 한다.

라. 개인택시운송사업면허 관련 소송

1) 사건 유형

- 개인택시운송사업면허 발급 기준에 관한 행정청의 지침은 대부분 일반 택시 운전경력자를 버스, 화물차 등 다른 차종의 운전경력자보다 우선하는 내용을 두고 있고, 한편 면허발급 예정대수가 제한되어 있는 관계로 사실상 일반택시 운전경력자에게만 개인택시운송사업 면허가 발급되는 경우가 많다.
- 이에 대하여 버스 등의 운전경력자가 아무리 무사고운전 기간이 길더라도 개인택시운전면허를 발급받을 수 없어 형평에 어긋난다는 이유로, 개인택시운송사업면허 거부처분에 대하여 그 취소를 구하는 소를 제기하는 경우가 있다.

2) 주요쟁점 및 소송수행 요령

- 이러한 소송의 핵심적인 쟁점은 위 지침 및 그에 따른 처분이 신청자들을 차종별로 불합리하게 차별하는 것인지 여부가 된다. 현실적으로 행정청은 지침을 수립하고 이에 따라서 면허 발급 여부를 결정하지만, 위 지침은 다수의 면허발급 신청자에 대하여 재량권을 통일적으로 공평하게 행사하기 위한 것으로 대외적인 효력이 있는 것은 아니므로, 지침에 따랐다는 이유만으로 적법한 처분이 되는 것은 아니다.³⁾
- 최근 법원은 차종별 차별의 필요성은 원칙적으로 인정하여 일반택시 운전경력자를 다소 우대하는 것⁴⁾을 비합리적이라고 할 수는 없다고 하면서도, 동순위에 속하는 신청자들 간에 다시 일반택시 운전경력자를

3) 개인택시운송사업면허는 강학상 특허에 해당하는바, 그 발급 여부는 행정청이 재량권을 행사하여 판단할 문제이다(대법원 1998.4.14. 선고 98두984 판결).

4) 일반택시 운전경력자의 경우 동순위에 속하는 다른 차종의 운전경력자보다 무사고운전 기간을 더 짧게 요구하는 것을 의미한다.

다른 차종의 운전경력자보다 우선함으로써 버스 등의 운전경력자는 사실상 원천적으로 면허를 발급받을 길이 봉쇄되는 결과에 이르는 것은 합리적이라고 볼 수 없다는 이유로, 개인택시운송면허발급 거부처분을 취소하는 판결⁵⁾을 선고하고 있다.⁶⁾

- 그러나 여객자동차운수사업법은 ‘여객자동차 운수사업의 종합적인 발달을 도모하여 공공복리를 증진하는 것’을 목적으로 하고(동법 제1조), 이에 따라 개인택시운송사업의 면허기준을 동법 시행규칙에 위임하고 있으며(동법 제5조제1항제3호, 동법 시행규칙 제17조제1항), 위 시행규칙은 다시 관할관청이 지역 실정에 따라 특히 필요하다고 인정하는 사항을 따로 정할 수 있음을 규정하고 있다(동조 제7항제3호).
- 따라서 지침에 따른 행정처분으로서 적법하다고 주장하는 것만으로는 부족하고, 사업구역 내 차종별 운수업계의 상황 등을 구체적으로 들어 일반택시 운전경력자를 우대하는 것이 지역 실정을 고려한 합리적 이유 있는 차별임을 주장·입증하여야 한다.

3. 토지수용보상 관련 소송

가. 의의 및 적용범위

- 지역간 균형개발을 목적으로 신도시 개발 등 대규모 국책사업이 시행되면서 위 사업에 편입되는 토지에 대한 수용이 이루어짐에 따라 토지수용보상 관련 사건이 급증하고 있는바, 대부분 공익사업에 따른 토지 등의 수용에 대한 보상금이 적다는 이유로 보상금 증액을 구하는 소송이 주를 이루고 있다. 사건명이 ‘토지수용이의재결처분취소’로 되어 있는 사건이

5) 서울고등법원 2008. 8. 21. 선고 2008누3625 판결, 2008.7.1. 선고 2008누411 판결, 2008.6.18. 선고 2007누34394 판결, 2008.6.12. 선고 2007누34400 판결 등. 위 사건들은 모두 서울고등검찰청의 지휘에 따라 피고가 상고하였다.

6) 한편 유사한 사안에서 대법원은, 개인택시운송사업면허 발급이 행정청의 재량에 속하는 점, 버스나 화물차에 비하여 일반택시 운전경력자 업무의 유사성이 더 높은 점 등을 고려하여 이러한 차별이 불합리하다고 할 수 없다고 하여, 위 서울고등법원의 최근 판결들과는 다른 태도를 취하고 있다(대법원 1998.4.14. 선고 98두984 판결).

대부분을 차지한다. 사건내용은 대부분 토지소유자인 원고가 수용보상금의 증액을 구하는 소송이다. 사건명이 이의재결취소, 손실보상금청구 등으로 되어 있더라도 그 실질은 동일하다.)

- 2003.1.1. 이전에는 근거법령이 토지수용법, 공공용지의취득및손실보상에 관한특례법으로 이원화되어 있었으나, 그 이후에는 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률로 통합되었다.

나. 판결주문과 피고적격의 문제

- 구 토지수용법 시행 당시 이와 같은 유형의 소송은 사업시행자와 중앙토지수용위원회를 공동피고로 하여 제기되었고, 판결주문에도 중앙토지수용위원회의 이의재결처분을 취소한다는 주문이 들어갔으나⁸⁾ 2003.1.1.부터 시행된 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률에 의하면 사업시행자만이 피고가 되고 판결주문에도 “이의재결처분을 취소한다”는 주문은 빠지고 “사업시행자(피고)가 원고에게 보상금증액분을 지급하라”는 주문만 “사업되고 있다.”⁹⁾¹⁰⁾
- 그러나 보상금의 증감에 관한 소송임에도 불구하고 여전히 중앙토지수용위원회 또는 지방토지수용위원회를 사업시행자와 공동피고로 하여 소가 제기되는 경우가 대부분이다. 그 이유는 만에 하나 이의재결 또는 수용재결의 흠을 다룰 일이 생길지도 모르기 때문이라 추측된다. 중앙토지수용위원회 또는 지방토지수용위원회도 공동피고로 하여 소가 제기된 경우 법원은 위 소가 보상금 증감에 관한 것임이 밝혀지면, 원고로 하여금 중

7) 보상금 증감에 관한 소송에서는 수용이의재결을 취소한다는 주문이 빠지게 되어 있는 이상, 사건명을 토지수용보상금증액청구로 기재함이 가장 적정하다.

8) 종전의 주문형태 : “1. 피고 중앙토지수용위원회가 2008.3.31. 원고에 대하여 한 이 사건 부동산의 수용에 관한 이의재결에서 원고의 이의신청을 기각한 부분 가운데 xxx원에 해당하는 부분을 취소한다. / 2. 피고 사업시행자는 원고에게 xxx원 및 이에 대하여 xxx, x, x.(재결서에 기재된 수용시기의 다음날)부터 xxx, x, x.(당해 사건 판결선고일)까지 연 5%, 그 다음날부터 완제일까지 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.”

9) 새로운 주문형태 : “피고(사업시행자)는 원고에게 금 xxx원 및 이에 대하여 xxx, x, x.부터 xxx, x, x. 까지 연 5%, 그 다음날부터 완제일까지 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.”

10) 주의할 것은 사업시행자가 지방자치단체인 경우인데, 이 때 사업시행자는 권리의무의 귀속주체이어야 하기 때문에 지방자치단체만이 피고가 될 수 있고, 지방자치단체의 장은 피고 적격이 없다(마찬가지로 법인의 경우 법인 그 자체만이 피고가 될 수 있고, 법인의 사장, 대표이사 등은 피고 적격이 없다).

양토지수용위원회 또는 지방토지수용위원회에 대한 소를 취하토록 권고하고, 원고가 이에 불응할 경우 중앙토지수용위원회 또는 지방토지수용위원회에 대한 소를 각하하는 판결을 선고하고 있다.

다. 절차

- 사업시행자가 토지소유자와의 사이에 토지취득을 위한 보상협의를 거친 후 만일 협의가 이루어지지 않을 경우 사업시행자가 토지수용위원회에 수용재결을 신청하게 되는데, 위 신청에 따라 토지수용위원회에서 수용재결을 하게 된다.
- 위 수용재결에 대하여 당사자로부터 이의신청이 있을 경우에는 또 다시 이의재결을 거치게 되는데, 위 이의재결에 불복하여 재결처분의 취소 또는 수용보상금의 증액 등을 목적으로 행정소송이 제기되고 있다.

라. 입증방법

- 각 재결과 소송을 거치면서 감정평가사의 토지 및 지장물 등에 대한 시가감정이 이루어지고, 법원에서는 위 감정평가의 결과를 기초로 판결을 선고¹¹⁾하거나, 경우에 따라 조정권고가 이루어지기도 한다.
- 대법원 판례에 의하면, 수용 또는 이의재결 당시의 각 감정평가기관들의 감정평가결과와 법원이 선임한 감정인의 감정평가결과가 다를 경우, 그 중 어느 감정평가의 내용에 오류가 있음을 인정할 자료가 없는 이상 각 감정평가 중 어느 것을 취신하여 정당보상가액으로 인정하는가 하는 것은 그것이 경험칙에 반하지 않는 이상 법원의 재량에 속하는 것으로 보고 있는바¹²⁾, 법원의 실무상 주로 법원이 선임한 감정인의 감정평가결과에 따르고 있다.

11) 공공용지의취득및손실보상에관한특례법시행령 제2조의10제2항은 토지에 대한 평가는 지적공부상의 지목에 불구하고 가격시점에 있어서의 현실적인 이용상황에 따라 평가되어야 하며 일시적인 이용상황은 고려하지 아니한다고 규정하고 있으므로, 토지수용재결 당시 채석지의 이용상황이 잠종지이기도 하지만 가까운 장래에 채석기간이 만료되어 훼손된 채석지에 대한 산림복구가 법령상 예정되어 있다면 이러한 이용상황은 일시적인 것에 불과하다고 보아야 하므로 이에 대한 수용보상액은 그 공부상 지목에 따라 입야로서 평가함이 마땅하다(대법원 2000.2.8. 선고 97누15845 판결).

12) 대법원 2005. 1. 28. 선고 2002두4679 판결 등

마. 소송수행요령

- 재결당시의 각 감정결과보다 법원의 감정결과에 의한 보상금의 액수가 더 많은 경우가 대부분이다. 만일 감정결과의 차이가 수인할 수 없는 범위에 해당한다면, 소송수행자는 재결당시의 감정결과가 실질에 가깝다는 점을 적극적으로 부각시키고, 필요하다면 재감정 등의 절차를 거쳐 법원 감정결과의 오류를 지적하여야 한다.

4. 공무원신분 관련 소송

가. 사건 유형

- 국가공무원법 제78조는제1항은 ① 공무원이 법에 의한 명령에 위반하였을 때, ② 직무상의 의무에 위반하거나 직무를 태만한 때, ③ 직무의 내외를 불문하고 그 위신을 손상하는 행위를 한 때에는 징계를 행하여야 한다고 규정하고 있고, 동법 제79조는 징계의 종류로 파면, 해임, 정직, 감봉, 견책이 있음을 규정하고 있다.
- 이와 같은 국가공무원법의 규정에 따라 공무원의 비위행위에 대한 징계처분이 내려진 경우, 해당 공무원이 징계사유의 부존재 또는 징계양정의 부당 등을 주장하며 징계처분의 취소를 구하는 소송을 제기하는 사건이 바로 공무원 신분 사건의 전형적인 유형이다.

나. 주요 쟁점 및 대처방안

1) 상대방이 징계절차의 위법을 주장하는 경우

- 국가공무원법 제82조는 공무원에 대한 징계처분은 반드시 징계위원회의 의결을 거치도록 규정하고 있는바, 적법한 징계위원회의 의결을 거쳐 징계처분이 이루어졌음을 입증하여야 한다. 징계위원회의 징계의결서 등을 서증으로 제출함으로써 징계절차의 적법성을 입증할 필요가 있다.

2) 상대방이 징계사유의 부존재를 주장하는 경우

- 징계사유의 존재에 관한 입증책임은 피고 행정청에게 있는바, 해당공무원에게 징계처분이 내려진 사유에 대하여 구체적으로 입증할 필요가 있다.¹³⁾ 비위행위에 관하여 형사재판이 진행 중인 경우에는 형사기록 인증등본에 대한 문서송부촉탁신청을 하여 형사기록을 서증으로 제출할 필요가 있다.

3) 상대방이 징계 양정(量定)의 부당을 주장하는 경우

- 거의 모든 징계처분취소소송의 쟁점으로서 상대방이 징계사유에 비추어 징계의 양정이 너무 과하다는 주장을 하는 경우¹⁴⁾이다. 이러한 경우 피고 행정청은 해당 공무원의 징계사유가 결코 과하지 아니하다는 점을 적극적으로 변론하고, 특히 해당 공무원과 유사한 비위행위로 징계를 받은 사례가 있으면 이를 서증으로 제출하여 해당 징계처분이 형평에 어긋나지 아니함을 부각시킬 필요가 있다.

5. 변상금 등 부과처분 관련 소송

가. 관련 법규와 처분의 유형

- 행정재산은 그 용도 또는 목적에 장애가 되지 아니하는 범위에서 그 사용·수익을 허가할 수 있는바, 관리청이나 지방자치단체의 장은 관련 법규에 의하여 사용·수익의 허가를 받고 행정재산을 사용하는 경우에는 사용료 부과처분을 할 수 있으며, 사용·수익의 허가를 받지 아니하고 행정재산을 사용하는 경우에는 변상금 부과처분을 할 수 있다.

13) 뇌물을 공여한 행위는 공립학교 교사로 임용되기 전이라고 하더라도 그 때문에 임용후의 공립학교 교사로서의 체면과 위신이 크게 손상되었다고 하지 않을 수 없으므로 이를 징계사유로 삼은 것은 정당하다(대법원 1990.5.22. 선고 89누7368 판결).

14) 공무원인 피징계자에게 징계사유가 있어서 징계처분을 하는 경우 어떠한 처분을 할 것인가는 징계권자의 재량에 맡겨진 것이고, 다만 징계권자가 재량권의 행사로서 한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 인정되는 경우에 한하여 그 처분을 위법하다고 할 수 있다(대법원 2007.5.11. 선고 2006두19211 판결).

- 도로법상 점용료와 변상금 부과처분
 - 관리청은 도로점용허가를 받아 도로를 점용하는 자로부터 점용료를 징수할 수 있다(도로법 제43조제1항).
 - 도로점용허가를 받지 아니하고 도로를 점용한 자에 대하여는 그 점용기간에 대한 점용료의 100분의 120에 상당하는 금액을 변상금으로 징수할 수 있다(도로법 제80조의2제1항).
- 국유재산법상 사용료와 변상금 부과처분
 - 행정재산 또는 보존재산의 사용·수익을 허가한 때에는 대통령령이 정하는 요율과 산출방법에 의하여 매년 사용료를 징수한다(국유재산법 제25조제1항).
 - 국유재산의 대부 또는 사용·수익허가등을 받지 아니하고 국유재산을 점유하거나 이를 사용·수익한 자에 대하여 당해 재산에 대한 대부료 또는 사용료의 100분의 120에 상당하는 변상금을 징수한다(국유재산법 제51조제1항)
- 공유재산 및 물품관리법상 사용료와 변상금 부과처분
 - 지방자치단체의 장은 행정재산등의 사용·수익을 허가한 때에는 대통령령이 정하는 요율과 산출방법에 의하여 매년 사용료를 징수한다(공유재산 및 물품관리법상 제22조제1항)
 - 공유재산의 대부 또는 사용·수익허가등을 받지 아니하고 공유재산을 점유하거나 이를 사용·수익한자에 대하여 당해 재산에 대한 대부료 또는 사용료의 100분의 120에 상당하는 변상금을 징수한다(공유재산 및 물품관리법 제81조제1항)

나. 주요 쟁점 및 대처방안

- 1) 납부고지서 등이 송달되지 않았다고 주장하는 경우
 - 송달은 상대방 있는 처분에서의 효력발생요건으로서 우편·교부 또는 정보통신망 이용 등의 방법으로 송달받을 자의 주소·거소·영업소·사무소 또는 전자우편주소로 하여야 하는데(행정절차법 제14조제1항), 송달

여부에 대한 입증은 피고 행정청에게 있는바, 우체국에 대한 사실조회나 미리 소송에 대비하여 배달증명 등 입증서류를 받아놓을 필요가 있다.

2) 원고의 임차인이 무단 점유한 것이라고 주장하는 경우

- 원고가 자신의 임차인에게 임대할 당시 임차인에게 임대한 부동산 면적이나 범위를 입증하기 위해서는 당시 임차인이나 부동산중개인의 진술서를 받아 법정에 제출할 필요가 있다. 만약 법원이 위 진술서를 믿지 아니하거나 원고가 부인할 경우 적극적으로 증인으로 신청해야 할 것이다.

3) 사용·수익하지 않았다고 주장하는 경우

- 원고가 도로 또는 국유지 등을 점유하여 사용·수익하고 있음을 주장하기 위하여 현장 사진이나 주변 이웃 등 목격자의 진술을 받아 법정에 제출하여야 한다.
- 한편 원고가 정당한 권원 없이 토지 위에 건물을 소유하고 있는 경우에는, 건물의 점유면적을 측량하여 그 측량결과를 제출하거나, 현장검증 등을 신청하는 방법으로 원고의 사용·수익 사실을 입증해야 할 것이다.

1. 답변서 작성례

답 변 서

사 건 2009구합1234 토지특성조사표발급신청거부처분취소
원 고 000
피 고 00구청장

위 당사자간 귀원 2009구합1234 토지특성조사표발급신청거부처분취소청구건에 관하여 피고는 다음과 같이 답변합니다.

청구취지에 대한 답변

1. 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송비용은 원고의 부담으로 한다.

라는 판결을 구합니다.

청구원인에 대한 답변

1. 본안사항변

가. 거부처분의 의의

항고소송의 대상인 행정처분으로서의 거부처분이란 개인이 행정청에 대하여 공권력을 행사하여 줄 것을 신청한 경우에 그 신청에 따르는 공권력행사를 거부하는 것을 내용으로 하는 소극적 행정처분으로서, 대법원판례도 거부처분을, 행정청이 국민의 어떤 신청을 받고서 그 신청에 따르는 내용의 행위를 하여 그에 대한 만족을 주지 아니하고 형식적 요건의 불비로 그 신청을 각하하거나 또는 이유가 없다고 하여 신청된 내용의 행위를 하지 아니할 뜻을 표시하는 행위를 말한다(1984.10.23. 선고 84누227 판결)고 하고 있습니다.

나. 행정청의 신청거부가 처분이 되기 위한 요건

적어도 신청인의 신청에 대한 행정청의 거부가 항고소송의 대상이 되는 처분으로 되기 위하여는,

- (1) 신청한 행위가 공권력의 행사이어야 하고,
- (2) 신청인의 법률관계에 영향을 미치는 행위이어야 하며,
- (3) 신청인에게 그러한 신청을 할 권리가 있어야 할 것인 바

대법원판례도, 행정청이 국민으로부터 어떤 신청을 받

고도 그 신청에 따르는 내용의 행위를 함이 없이 신청을 반려한 행위가 항고소송의 대상인 거부처분이 되기 위하여는 국민이 행정청에 대하여 그 신청에 따른 행정행위를 해 줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 권리가 있어야 하며, 그러한 신청권에 기하지 아니한 국민의 신청을 행정청이 받아들이지 아니하였다 하여 신청인의 권리나 법적 이익에 어떤 영향을 주는 것은 아니므로 이를 거부처분이라 할 수 없다(1984.10.23. 선고 84누227 판결, 1988.2.23. 선고 87누438 판결, 1989.10.24. 선고 89누725 판결, 1989.12.12. 선고 89누5348 판결, 1990.9.28. 선고 89누8101판결 등)고 하고 있습니다.

다. 이 사건의 경우

(1) 원고에게는 이 사건 토지특성조사표의 발급을 신청할 법규상, 조리상의 권리가 없습니다.

즉, 행정규제와 민원사무처리에 관한 기본적인 사항을 규정하여 행정과 관련된 국민의 불편과 부담을 줄이고 지속적인 행정개선을 도모함으로써 국민의 권익을 보호하고 공정한 행정운동을 기함을 목적으로 하는 행정규제및민원사무기본법(1994.1.7. 법률 제4735호) 제2조 제2호는 '민원인'이라 함은 행정기관에 대하여 처분 등 특정한 행위를 요구하는 개인, 법인 또는 단체를 말한다고 규정하고 있고, 동조 제3호는 '민원사무'라 함은 민원인이 행정기관에 대하여 처분 등 특정한 행위를 요구하는 사항에 관한 사무를 말한다고 규정하고 있으며, 제9조 제2항은 행정기관의 장은 민원사항의 신청에 필요한 제출기관, 처리기관, 구비서류, 처리기준, 처리절차 등에 관한 사항을 게시하거나 편람을 비치하여 민원인이 이를 볼 수 있도록 하여야 한다고 규정하고, 동조 제3항은 민원사항의 신청이 있는 때에는 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 접수를 보류하거나 거부할 수 없으며, 접수된 민원서류를 부당하게 되돌려 보내서는 아니된다고 규정하고 있으며, 제11조는 행정기관의 장은 처분 등의 민원사무를 처리함에 있어서 적용하게 될 객관적이고 구체적인 심사기준을 미리 정하여 공표하여야 한다고 규정하고, 제14조 제1항은 총무처장관은 민원인의 편의를 위하여 관계법령등에 규정되어 있는 민원사항의 처리기관, 처리기간, 구비서류, 처리절차, 신청방법 등에 관한 사항을 종합한 민원사무처리기준표를 작성하여 관보에 고시하여야 한다고 규정하고 있으며, 민원사무처리기준표{1994.2.28. 총무처고시 제1994-10호, 관보 제12652호(그2)} 제1조는 이 고시는 각급 행정기관이 소관 민원사무를 민원사무처리기준표에 의거 신속, 정확하게 처리토록 함으로써 민원인의 편익증진에 기여함을 목적으로 한다고 규정하고 있는 바, 이들 규정을 종합하여 보면, 민원인에게는 민원사무처리기준표상 민원발급대상에 포함되는 사항에 관해서만 민원서류의 발급신청권이 인정될 뿐 민원사무처리기준표상 민원발급대상에 포함되지 아니한

사항에 관하여는 발급신청권이 없다고 할 것입니다.

그런데, 원고가 발급신청한 토지특성조사표는 위 민원사무처리기준표상 발급대상에 포함되어 있지 아니하고 따라서 원고에게는 이의 발급을 신청할 권리가 없으며 그러한 신청권이 없는 원고의 발급신청에 대해 피고가 그 발급을 거부하였다고 하여도 이는 항고 소송의 대상이 되는 거부처분이라 할 수 없다 할 것인 바, 원고의 이 사건 소는 마땅히 각하되어야 할 것입니다.

(2) 또한, 피고가 원고의 토지특성조사표의 발급신청을 거부하였다 하여도 이는 원고의 법률관계에 아무런 영향도 미치지 아니하는 것입니다.

즉, 원고가 피고에게 이 사건 토지특성조사표의 발급을 요청한 것은 단순한 사실확인을 위한 민원제기라 할 것이고, 피고가 그 발급을 거부하였다 하더라도 이로 인하여 원고의 권리의무에 직접적으로 관계가 있다고 할 수 없으므로 피고의 거부행위는 처분성이 있다고 할 수 없습니다(대법원 1991.8.9. 선고 90누8428 판결 등).

라. 이상에서 살펴본 바와 같이 피고의 이 사건 토지특성조사표 발급거부행위는 항고소송의 대상이 되는 거부처분이라 볼 수 없으므로 원고의 이 사건 소는 마땅히 각하되어야 할 것입니다.

2. 본안에 관한 항변

행정규제및민원사무기본법 제9조 제3항은 “민원사항의 신청이 있는 때에는 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 접수를 보류하거나 거부할 수 없으며, 접수된 민원서류를 부당하게 되돌려 보내서는 아니된다”고 규정하고 있는 바, 이는 민원사항의 신청이 있는 경우에도 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우에는 그 신청을 거부할 수 있다고 해석되고, 이 사건의 경우, 개별토지가격합동조사지침(1990.4.11. 국무총리훈령 제241호 제정, 1991.3.29. 국무총리훈령 제281호 개정) 제13조 제2항에 의하면 개별토지에 대한 특성조사사항과 토지기록 전산자료 등 관련자료는 보관관리에 철저를 기하여야 하며, 행정목적 이외에는 사용되지 않도록 하여야 한다고 규정되어 있고, 개별토지가격합동조사에 따른 세부지침(1991.4.2 지이30221-8931)에 의하면 토지특성조사표는 전산입력을 위하여 건설부장관의 제출요청이 있을 때까지 읍, 면, 동별로 보관, 관리하며, 행정목적 이외에는 사용되지 않도록 철저를 기하여야 한다고 규정되어 있는 점 등을 종합하여 보면, 토지특성조사표는 행정목적 이외에는 사용되지 않도록 하여야 하고 따라서 위 행정규제및민원사무기본법 제9조 제3항 소정의 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우에 해당하므로, 피고가 원고의 이 사건 토지특성조사표의 발급신청을 거부한 것은 적법한 처분이라 할 것입니다.

입 증 방 법

을제1호증 개별 토지가격 합동조사에 따른 세부지침

을제2호증 행정심판청구사건재결서

기타 입증방법은 변론시 수시 제출하겠습니다.

참 고 자 료

1. 행정규제및민원사무편람(성남시, 1994)
2. '94개별공시지가조사요령(건설부, 1993. 11)

1995. 8. .

피 고 ○ ○ ○ 구청장

소송수행자 공 익 법 무 관 ○ ○ ○ ㉠

지방행정주사보 ○ ○ ○ ㉠

서울고등법원 제 ○ 부 귀중

2. 준비서면

준 비 서 면

원 고 (주)○○○

피 고 서울특별시○○○구청장

위 당사자간 귀원 95구4010 대집행계고처분취소청구사건에 관하여 피고는 다음과 같이 변론을 준비합니다.

다 음

1. 이 사건 대집행계고처분의 적법성

가. 대법원판례의 태도

(1) 본건과 유사한 사안에 관하여, 대법원은 “광고물이 당초 허가 당시 시행중이던 광고물관리법 등의 규정에 의하여 적법하게 허가받은 것으로서 허가 당시의 현상을 그대로 유지하고 있는 등의 여러 가지 사정을 고려한다 하더라도, **허가기간이 이미 도과하였고 기간만료 당시나 현행 옥외광고물등관리법 등의 설치기준에도 적합하지 아니한 광고물**의 철거를 부정하는 것은 위법한 광고물을 무한정 방치하는 결과가 되어 행정기관의 위법광고물 단속기능을 무력화시키고 광고물 관리행정의 원활한 수행을 위태롭게 함은 물론 다른 위법광고물 단속과의 형평을 깨뜨리는 등 공익을 심히 해하는 결과를 초래한다 할 것이므로, 그 광고물에 대한 철거대집행계고처분이나 대집행영장발부통지처분이 행정대집행의 요건을 결여하고 보충성의 원칙 및 비례의 원칙에 반하여 신의칙 및 금반언의 원칙에 위배된다 할 수 없고, 재량권을 남용하거나 그 한계를 일탈한 처분이라고 할 수 없다”고 판시 {1994.11.11. 선고 94누7126 판결(참고자료1), 원심판결:서울고등법원 1994.4.22. 선고 93구21851판결(참고자료2)} 하고 있으며,

(2) 이외에도 대법원은, 허가없이 건축된 불법건축물에 대하여는 상당한 건축비가 소요되었고, 건축 후 도시미관상으로는 위생상 등 주위환경이 좋아졌거나 철거로 인하여 건물주에게 적지 아니한 손해가 발생하게 되리라는 점 등의 사유를 불문하고 불법건축물을 그대로 방치하는 것 자체가 불법건축물을 단속하는 당국의 권능을 무력화하여 건축행정의 원활한 수행을 위태롭게 하고 건축법 소정의 제반 제한규정을 회피하는 것을 사전 예방한다는 더 큰 공익을 해할 우려가 있는 것으로 보고 있

습니다(1993.5.11. 선고 92누8279 판결, 1992.3.10. 선고 91누4140 판결, 1990.6.22. 선고 90누2215 판결, 1990.5.11. 선고 90누462 판결, 1990.1.23. 선고 88누11889 판결, 1989.3.28. 선고 87누930 판결, 1985.7.23. 선고 84누699판결 등 그외 다수).

나. 본건의 경우

- (1) 이미 답변서에서 밝힌 바와 같이, 원고가 이 사건 엑스포기금 조성용 옥상네온 광고물을 설치한 서울 관악구 ○○동 527의13 지역의 일반주거지역(을제8호증)으로 옥외광고물등관리법 제4조, 동법 시행령 제10조 제1항 제1호 대전세계박람회지원법(1989.12.12. 법률 제4236호로 제정, 1991.1.14. 법률 제4323호로 개정), 제7조 제6항 단서, 동법 시행령 제10조, 제10조의 2, 별표 제1호에 의하여 엑스포기금 조성용 옥상네온광고물에 대해서만 예외적으로 설치토록 허가한 것이고, 위 규정에 의하여 그 허가기간도 허가일로부터 1994.12.31.까지로 하였던 것입니다.
- (2) 즉, 원고는 당초 이 사건 광고물에 대하여 적법하게 설치허가를 받은 바 있으나, 그 허가기간이 도과하였고, 그 뒤 갱신허가를 받은 바 없을 뿐만 아니라(대전세계박람회지원법 제7조 제6항 단서, 동법 시행령 제10조, 별표 제1호 규정상 표시기간이 “허가일로부터 1994년 12월 31일 이내”로 되어 있고, 또한 동법이 1994.12.31.까지의 한시법으므로 표시기간을 연장하여 주는 것도 불가능함), 이 사건 광고물이 설치되어 있는 지역은 일반거주지역으로 옥외광고물등관리법에 저촉되는 바, 위의 대법원 판례들의 태도에 비추어 볼 때, 이 사건 광고물에 대한 철거대집행계고처분은 행정대집행의 원인을 결여하였다 볼 수 없고, 보충성의 원칙 및 비례의 원칙에 반하거나 신의칙 및 금반언의 원칙에 위배되었다고 볼 수 없으며, 철거외에 달리 가벼운 처분이 없는 점에 비추어 이 사건 처분이 재량권을 일탈하거나 남용하였다고 할 수도 없다 할 것이므로, 원고의 주장은 그 어느 것도 받아들일 만한 것이 못 된다 할 것입니다.

2. 국민고충처리위원회의 고충민원 처리결과 통지의 적법성 여부

- 가. 원고는 본건과 관련하여, 내무부 장관에게 옥외광고물에 대한 규제조항을 완화하는 개정절차를 이행할 것을 권고하는 국민고충처리위원회(이하 위원회라 약칭한다)의 의결내용을 증거(갑제9호증의 1,2)로 제출하는 바, 이는 위원회가 그 관할 범위에 속하지 아니하는 사항에 관하여 의결한 것으로서 당연 무효라 할 것으로 위법한 증거에 해당됩니다. 즉, 행정규제및민원사무기본법 제16조 제1항 단서 제5호에 의하면, 행정심판, 소송, 헌법재판소의 심판, 헌법소원이나 감사원의 심사청구 기타 다른 법률에 의한 불복구제절차가 진행중인 사항은 위원회의 관할 범위에 속하지 아니한다고 규정하고 있는 바, 이 사건 소송은 1995. 2. 15. 제기되어 소송계속중에 있고

위 의결은 같은 해 6. 12. 제기되어 이루어진 것이므로 원고의 위 고충민원 신청사항이 이 사건 소송물과 밀접하게 관련되어 있음은 기록상 명백하고, 그렇다면 원고의 위 고충민원 신청사항은 위 법 규정에 의해 위원회의 관할에 속하지 아니하는 사항이므로 위원회는 위 신청을 마땅히 각하하였어야 할 것임에도 이를 간과하고 위와 같은 의결을 하였으므로 그 의결은 이른바 사항적 무권한 행위로서 당연 무효라 아니할 수 없고(대법원 1969.3.4. 선고 68누210 판결, 1964.7.23. 선고 64누54 판결, 1969.1.21. 선고 68누193 판결, 1976.2.24. 선고 76누1 판결 등 참조), 위 법 제16조제1항 단서 제5호에 위반되는 것으로서 증거능력이 없다 할 것입니다(대법원 1982.8.24. 선고 82다카317 판결 참조).

또한, 행정규제및민원사무기본법 제31조, 동 시행령 제66조의 규정에 근거하여 위원회의 운영에 관한 세부사항을 규정한 국민고충처리위원회운영규정(국민고충처리위원회 규정 제1호, 참고자료 3) 제27조 제2항에 의하더라도 법 제16조 제1항 각호의 규정에 의하여 위원회의 관할범위에 속하지 아니하는 사건은 위원장이 결정으로 각하하도록 되어있는 바, 위 의결은 위원회의 운영규정에도 반하는 것으로서 어느 모로 보나 무효라 할 것입니다.

나. 가사 백번 양보하여 위 의결이 유효한 것이라 하더라도, 이 사건 처분의 위법성 여부의 판단은 그 처분 당시의 현행 법규를 기준으로 하여야 할 것인 바, 위 의결내용은 옥외광고물등관리법시행령 제10조 등을 개정하라고 권고하는 내용으로서 입법에 관한 사항일 뿐 이 사건처분의 위법성 여부 판단 자료로 삼을 수 없다 할 것입니다. 더군다나, 위원회가 개정절차 이행을 권고한 옥외광고물등관리법시행령 규정들 중에 이 사건과 관련한 동 시행령 제10조 제1항 제1호(광고물 등의 표시금지구역, 장소 등)는 포함되어 있지도 아니합니다.

3. 결론

이상에서 살펴본 바와 같이 원고의 이 사건 청구는 어느모로 보나 이유가 없으므로 마땅히 기각되어야 할 것입니다.

참 고 자 료

1. 대법원 판결(1994.11.11. 선고 94누7126 판결)
2. 고등법원 판결(서울고등법원 1994.4.22. 선고 93구21851호, 위 대법원 판결의 원심판결)
3. 국민고충처리위원회 운영규정(국민고충처리위원회 규정 제1호)

2008. 9.

피 고○○○ 구청장
소송수행자 공익법무관○○○ 인
지방행정주사○○○ 인
지방행정주사보○○○ 인

서울고등법원 제○부 귀중

3. 서증인부서

서 증 인 부 서

사 건 2009구합1357
원 고 김○○
피 고 서울특별시장

피고 서울특별시장 소송수행자는 원고가 제출한 서증에 대하여 다음과 같이 인부합니다.

서증번호	서증명	인부내용
갑 제1호증	등기부등본	성립인정
갑 제2호증	호적등본	성립인정
갑 제3호증	토지조사부	성립인정
갑 제4호증	토지대장	성립인정
갑 제5호증	판결문 사본	성립인정
갑 제6호증	족보	부지
갑 제7호증	내용증명우편통지	공문서부분 성립인정, 사문서부분 부지

2009. 6 .
피고 서울특별시장
소송수행자○○○

서울행정법원 제○ 행정부 귀중

4. 증인신청서

증 인 신 청 서

원 고 ○ ○ ○

피 고 ○ ○ ○ 세무서장

위 당사자간 귀원 2003구합000 증여세부과처분취소 청구사건에 관하여 피고는 주장사실을 입증하기 위하여 다음과 같이 증인을 신청합니다.

다 음

증 인 ○ ○ ○

서울 서초구 서초동 11의 1

신문사함 별지와 같음

2003. . .

피 고 ○ ○ ○ 세무서장
위 피고 소송수행자 ○ ○ ○ 인

서울행정법원 제 ○ 부 귀중

5. 문서송부촉탁신청서

문서송부촉탁신청

원 고○○○

피 고○○ 구청장

위 당사자간 서울행정법원 2003구합○○○ 파면처분취소 청구사건에 관하여 피고는 다음과 같이 문서송부촉탁신청을 합니다.

다 음

1. 문서보관장소

○○지방검찰청 기록관리과

2. 송부촉탁할 문서표시

원고에 대한 위 검찰청 2002형제○○○호 특정범죄가중처벌법등에관한법률위반 피고사건 기록

2003. . .

위 피 고○○ 구청장

소송수행자○○○ ㉠

서울행정법원 제○부 귀중

6. 문서제출명령신청서

문서제출명령신청

원 고○○○

피 고○○ 세무서장

위 당사자간 귀원 2003구합125 증여세부과처분취소 청구사건에 관하여 피고는 다음 문서의 제출명령을 하여줄 것을 신청합니다.

다 음

- 1. 문서의 표시
갑 작성의 유언장(2001. 12. 1.자 1통)
- 2. 문서의 취지
위 문서는 을의 선조 갑의 유언으로서 본건 건물을 원고에게 증여하는 취지의 기재이다.
- 3. 문서의 소지자
서울특별시 중구 필동 1가 14 대한빌딩 1층 1호실 변호사○○○
위 사람은 유언집행자로서 본건 문서를 소지한 자이다.
- 4. 증명하여야 할 사실
본건 건물이 원고의 소유에 속한다는 사실
- 5. 문서제출의무의 원인
위 문서는 원고의 이익을 위하여 작성된 것이 명백하므로 위 유언장의 소지자인 ○○○는 제출의무를 지는 것으로 사료된다.

2003. . .

피 고○○○ 세무서장
위 피 고 소송수행자
세무주사○○○ ㉠

서울행정법원 제○부 귀중

7. 변론재개신청서

변 론 재 개 신 청

원 고 ○ ○ ○

피 고 ○ ○ 세무서장

위 당사자간 귀원 2003구합107 증여세부과처분취소 청구사건에 관하여 2003.9.1. 변론을 종결하고 동년 10.6. 오전 10시를 선고기일로 지정하였는 바 피고소송수행자는 다음과 같은 이유로 변론재개를 신청합니다.

다 음

1. 피고 소송수행자는 위 결심전 변론기일에 있어 원고의 소취하 의사의 표명을 과신 또는 착오로 이를 믿고 이미 신청한 바 있는 유일한 증거에 대한 증거신청절차를 이행하지 아니하여 귀원에서 채택한 바 있던 위 증거를 조사하지 않은 채 결심을 함에 이르렀습니다.
2. 위 신청하였던 유일한 증거는 본건 원고가 증여자가 분명하다는 것을 누구보다도 잘 아는 증인 ○ ○ ○ 이었습니다.
3. 뿐만 아니라 현재 원고는 이건 증여와 관련된 형사사건으로 피소중으로서 동 형사사건으로도 입증할 수 있음에도 불구하고, 위와 같은 경위로 그 기회를 상실하였으므로, 실체적 진실의 발견을 위해 종결된 변론을 1차에 한하여 재개하여 주시기 바랍니다.

첨 부 서 류

공 소 장 1통

2003. . . .

피 고 ○ ○ 세무서장
위 피고 소송수행자
세무주사 ○ ○ ○ ㉠

서울행정법원 제○부 귀중

8. 항소장

항 소 장

원고(피항소인) ○ ○ ○
피고(항 소 인) ○ ○ 세무서장

위 당사자간의 서울행정법원 2003구합 ○ ○ ○ 양도소득세부가처분취소청구사건에 관하여 피고(항소인)는 동 법원에서 2003. 6. 10. 선고한 판결에 대하여 불복이므로 이에 항소를 제기합니다.

원 판 결 의 표 시

1. 피고가 원고에 대하여 2002. 5. 16.자로 한 양도소득세 금150,000,000원의 부과처분을 취소한다.
2. 소송비용은 피고의 부담으로 한다.
(피고는 위 판결정보를 2003. 6. 24. 송달받았습니다)

항 소 취 지

1. 원심판결을 취소한다.
2. 원고의 청구를 기각한다.
3. 소송비용은 제1,2심 모두 원고의 부담으로 한다.

항 소 이 유

추후 제출하겠습니다.

첨 부 서 류

1. 소송수행자 지정서 1통
1. 송달료 납부서 1통
1. 항소장 부분 1통

2003. 7. .
피고(항소인) ○ ○ 세무서장
위소송수행자 ○ ○ ○ ㉠

서울고등법원 귀중

9. 소취하부동의서

소 취 하 부 동 의 서

사 건 2009구합3456 영업정지처분취소
원 고 박○○
피 고 부산광역시○○구청장

위 사건에 관하여 피고는 2009. 4. 2. 원고가 제출한 소취하서 부분을 송달받았습니다. 그러나 위 소취하서는 원고가 귀원의 2008. 3. 29.자 조정권고를 송달 받고 그와 같이 변경처분이 이루어진 것으로 착오한 나머지 제출한 것으로 사료됩니다. 위 조정권고에 대하여는 관할 검찰청인 부산고등검찰청의 지휘에 따라 수용 여부를 결정하여야 하는바, 아직 그 지휘가 이루어지지 아니한 상태입니다.

따라서 소취하로 종결된다면 향후 부산고등검찰청으로부터 불수용 지휘가 있더라도 소송을 계속 수행할 수 없게 되므로, 위 소취하에 대하여 피고는 부동의합니다(수용 지휘가 이루어지는 경우 본 소취하부동의를 철회하도록 하겠습니다).

2009. 4.
피고 부산광역시○○구청장
소송수행자○○○

부산지방법원 제○행정부 귀중

10. 소송비용액 확정결정신청서

소송비용액 확정결정신청

신 청 인(피고) 서울지방국세청장

소송수행자○○

피신청인(원고)○○○

주 소

위 당사자간 귀원 2003구합0000호 법인세부과처분취소청구사건에 관하여 2003. . . .
귀원에서 원고 패소의 판결이 선고되어 2003. . . . 확정되었으므로 원고가 부담하
여야 할 소송비용액의 확정을 구하기 위하여 별지 비용계산서를 첨부하여 신청합니다.

첨 부 서 류

- 1. 판결정본 ○ 통
- 1. 판결확정증명 ○ 통
- 1. 소송비용 계산서 ○ 통
- 1. 영수증 ○ 통
- 1. 납부서 ○ 통

2003. . . .

위신청인(피고)

소송수행자 ○ ○ ○ ㉠

서울행정법원 귀중

〈소송수행 해태사례〉

① 재판상 화해·청구인락·소취하

(가) 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^2 당 4,000원~5,000원, 피고는 m^2 당 8,000원을 적정가격으로 제시하여 피고는 다시, m^2 당 9,000원을 요구하자 m^2 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 사유지와 교환에는 시공유재산심의회 의결 등 절차가 필요하다는 이유로 기일연기 신청을 하고자 하였으나 재판장은 행정 절차를 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 경료할 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 소유권이전등기청구 사건에서 행소심 변론기일에서 원고가 국가에 대한 소를 구두로 취하하자
- 즉석에서 동의하여서는 아니되고 소취하에 대한 이익기간 만료 7일전까지 소취하 동의 여부에 관한 검찰지휘를 받아야 하나 검찰청 소송지휘 없이 소취하에 동의함으로써 이 사건을 소취하로 종결(전북 ○○시)
- ⇒ 원고 1심때는 판결이후 소취하 하였으므로 국가가 이미 승소한 1심 판결을 실효케 하는 효과가 발생하여 그동안의 국가소송 수행 노력을 무위로 돌리게 된다는 점에서 원고의 소취하에 부동의하여 종국적으로 확정지을 필요가 있음

② 상고(항소)기간 도과

(가) 항소(상고)는 판결 송달일로부터 2주일 이내 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 여관영업정지처분에 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 파악하여야 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 이유취하 퇴한 서면을 첨부하여 3일 이내에 보고함



A series of horizontal dotted lines extending across the page, providing a template for writing a memo.



A series of horizontal dotted lines extending across the page, providing a template for writing a memo.



A series of horizontal dotted lines extending across the page, providing a template for writing a memo. The lines are evenly spaced and cover the majority of the page's width.



A series of horizontal dotted lines extending across the page, providing a template for writing a memo.



A series of horizontal dotted lines extending across the page, providing a template for writing a memo.



A series of horizontal dotted lines extending across the page, providing a template for writing a memo.

행정절차법

2010년 2월 일 인쇄
2010년 2월 일 발행

편 집 : 지방행정연수원 기획지원부
집 필 : 행정안전부 지식제도과
행정사무관 하민상
행정안전부 규제개혁법무담당관실
행정사무관 조아리
감 수 : 충청북도최성희
교 정 : 대전광역시유명삼
충청남도신광식
인 쇄 : 한국보훈복지의료공단 신생인쇄조합
TEL : (02) 426-4415
FAX : (02) 429-9562

※ 이 책자의 전문(全文)은 지방행정연수원 홈페이지 (www.logodi.go.kr)에 게재되어 있습니다.

☎ 문의 : 031-250-5244 지방행정연수원 기획협력과 과 장 김광용
서기관 조광오
담 당 김시환

〈비매품〉

