



MAGIC

심민행정법

MAGIC Administrative Law

MAGIC 마인드맵 행정법

- 행정쟁송법 -



contents

제 1 편 행정소송

Magic 01	행정소송의 종류	4
----------	----------	---

제 2 편 항고소송

Magic 02	항고소송의 종류	7
Magic 03	취소소송의 본질	8
Magic 04	행정소송의 한계	9
Magic 05	항고소송상 대상적격	16
Magic 06	취소소송상 원고적격	22
Magic 07	항고소송상 피고적격	29
Magic 08	항고소송상 소송참가	33
Magic 09	취소소송상 협의의 소익	36
Magic 10	행정심판 전치주의	40
Magic 11	제소기간	44
Magic 12	관련청구소송의 이송과 병합	48
Magic 13	행정소송과 가구제	54
Magic 14	위법성 판단기준시	61
Magic 15	취소소송의 심리	63
Magic 16	처분사유 추가·변경	68
Magic 17	무효등확인소송	71

Magic 18	부작위위법확인소송	76
Magic 19	법원의 판결	81
Magic 20	사정판결	85
Magic 21	판결의 효력	88

제 3 편 항고소송 외 행정소송

Magic 22	당사자소송	94
Magic 23	객관적 소송	100

제 4 편 행정심판

Magic 24	취소심판	103
Magic 25	의무이행심판	109
Magic 26	행정심판의 본안심리	115
Magic 27	행정심판의 재결	117

이 행정소송의 종류 ★

□□□

I. 행정소송

1. 의의

행정청의 **공권력 행사**에 대한 불복 및 **행정상 법률관계**에 관한 다툼을 당사자의 청구에 의해 **제3의 독립기관**으로서 법원의 **정식절차**에 의해 심리·판정하는 것(국민의 권리구제 기능, 행정통제의 기능)

2. 구별개념

(1) 헌법소원

- ① **행정소송**: 공법상 소송, **일반법원** 관장, 비헌법적 소송(**헌법소송 사항 제외**)
- ② **헌법소원**: 공법상 소송, 헌법재판소 관장, 헌법적 소송(보충성 원칙)

(2) 민사소송

- ① **행정소송**: **공법관계**에 대한 다툼의 해결
- ② **민사소송**: **사법관계**에 대한 다툼의 해결

(3) 형사소송

- ① **행정소송**: **행정법상 법률관계**에 대한 다툼의 해결
- ② **형사소송**: 국가형벌권 행사에 대한 다툼의 해결

(4) 행정심판

- ① **행정소송**: **법원**에 의한 분쟁의 해결(**제3의 독립기관**, 사법부), **정식쟁송**(구술심리, 공개심리 등)
- ② **행정심판**: 행정심판위원회에 의한 분쟁의 해결(행정부 소속), **약식쟁송**(서면심리, 비공개심리 등)

3. 기능

(1) 권리구제

- ① **주관적** 기능: 위법한 행정작용으로부터 **국민의 권익구제**
- ② 기능의 **강화**: 소송당사자 **참여범위 확대**(행정소송법12조1문, 35조, 36조, 공권의 확대화)

(2) 행정통제

- ① **객관적** 기능: **법률에 적합한** 행정작용의 확보(**적법성 통제**)

- ② 기능의 **강화**: 법원이 분쟁에 직접 개입하는 **직권심리주의** 인정(행정소송법26조,38조①,38조②)

II. 성질에 따른 분류

1. 형성의 소

(1) 의의

- ① 행정법상 **법률관계의 발생·변경·소멸**을 위한 판결을 구하는 소송
- ② 행정청의 행위를 매개로 하지 아니하고 **형성판결**에 의하여 **법률관계 변동의 효과**가 직접 나타남

(2) 행정소송(**취소소송**)

- ① 행정청의 별도의 취소 또는 변경행위 없이도, **취소판결**에 의해 **처분 등의 효력소멸 및 변경효과**가 발생함
- ② **취소판결**에 의하여 당해 처분 등에 의하여 형성되었던 **법률관계가 원상회복** 되거나 **변경됨(형성력)**

2. 이행의 소(급부의 소)

(1) 의의

- ① 피고에 대한 원고의 **이행청구권**의 확정과 **이행명령의 판결**을 구하는 소송
- ② 판결에 따른 **집행의 문제**가 남으며, 판결로써 직접 법률관계 변동의 효과가 발생하지 않음

(2) 무명항고소송(**의무이행소송**)

수익적 처분의 발령을 명령하는 **이행판결**을 구하기 위한 소송(**법정외항고소송**, 현행법 해석상 부정됨)

(3) 당사자소송(**일반적 이행소송**)

국가배상청구소송·손실보상청구소송·부당이득반환청구소송 등 일정한 이행명령을 구하는 당사자소송

3. 확인의 소

(1) 의의

특정한 권리 또는 법률관계의 존부의 **확인**을 구하는 소송(존재·부존재)

(2) 항고소송(무효등확인소송, 부작위위법확인소송)

- ① **무효등확인소송**: 행정청의 **처분 등의 존부, 효력의 존부, 실효의 확인**을 구하기 위한 항고소송
- ② **부작위위법확인소송**: 행정청의 **부작위의 위법확인**을 구하기 위한 항고소송

(3) 당사자소송(확인소송)

채무부존재확인소송, 공무원지위확인소송 등 **공법상 법률관계의 존부의 확인**을 구하기 위한 당사자소송

III. 목적에 따른 분류

1. 주관적 소송

국민의 권리·이익의 구제를 그 주된 목적으로 하는 행정소송(국민의 권익구제)

2. 객관적 소송

행정작용의 적법성 확보 및 공익실현을 그 주된 목적으로 하는 행정소송(행정통제, 적법성 통제)

행정소송				
1	주관적 소송	①	항고소송	항고소송 이란 행정청의 처분 등의 위법을 주장하여 그 심판을 구하는 행정소송을 말한다. 이러한 항고소송에는 ① 법정항고소송으로서 취소소송, 무효등확인소송, 부작위위법확인소송(행정소송법4조) ② 법정외항고소송(무명항고소송)으로서 의무이행소송, 예방적부작위소송 등이 포함된다(행정소송법 개정안).
		②	당사자소송	당사자소송 이란 대등한 당사자 간의 법률관계의 형성 또는 존부에 관한 다툼에 대하여 그 심판을 구하는 행정소송을 말한다. 이러한 당사자소송에는 ① 행정청의 처분등을 원인으로하는 법률관계에 관한 소송 ② 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송이 포함된다(행정소송법3조2호).
2	객관적 소송	①	민중소송	민중소송 이란 행정법규의 위법한 적용을 시정하기 위하여 일반민중 또는 선거인 등이 제기하는 행정소송을 말한다. 대표적으로 선거인이 당해 선거 또는 그 당선의 효력에 이의를 제기하는 선거소송 및 국민투표에 관한 소송을 들 수 있다.
		②	기관소송	기관소송 이란 행정법규의 적절한 적용을 확보하기 위하여 국가 또는 지방자치단체의 기관 상호간에 제기하는 행정소송을 말한다. 대표적으로는 지방자치단체장이 지방의회의 의결에 대해 제기하는 소송(지방의회재의결무효확인소송)이 바로 기관소송이다.

02

항고소송의 종류 ★



I. 의의

- ① 행정청의 처분 등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송(행정소송법3조1호)
- ② 취소소송, 무효등확인소송, 부작위위법확인소송(행정소송법4조)

II. 취소소송

- ① 의의: 행정청의 위법한 처분 등의 취소 또는 변경을 구하는 소송(행정소송법4조1호)
- ② 성격: 형성소송(행정소송법29조)
- ③ 변경: '소극적 의미'의 변경으로서 일부취소(오직 가분성 있는 기속행위의 일부취소만 가능)
- ④ 특수성: 행정심판 전치주의(○), 제소기간(○), 직권심리주의(○), 집행부정지원칙(○), 사정판결(○) 등

III. 무효등확인소송

- ① 행정청의 처분등의 효력 유무 또는 존재여부를 확인하는 소송(행정소송법4조2호)
- ② 성격: 준형성소송(준항고소송)
- ③ 내용: 무효확인소송(중심) · 유효확인소송 · 실효확인소송 · 존재확인소송 · 부존재확인소송
- ④ 특수성: 행정심판 전치주의(×), 제소기간(×), 직권심리주의(○), 집행부정지원칙(○), 사정판결(×) 등

IV. 부작위위법확인소송

- ① 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송(행정소송법4조3호)
- ② 성격: 준형성소송(준항고소송)
- ③ 본안심리: 행정청의 응답을 신속하게 하여 소극적 위법상태를 제거하는 것을 목적(의무이행심판과 구별)
- ④ 특수성: 행정심판 전치주의(○), 제소기간(○), 직권심리주의(○), 집행부정지원칙(×), 사정판결(×) 등



03 취소소송의 본질 ★



I. 문제점

- ① 취소소송: 행정청의 위법한 처분 등을 취소 또는 변경하는 소송(행정소송법4조1호)¹⁾
- ② 법률관계의 변동을 목적으로 하는 형성소송인지 vs 처분 등의 위법확인을 목적으로 하는 확인소송인지

II. 학설

1. 형성소송설(주관적소송설)

- ① 취소소송이란 일정한 법률관계를 성립시킨 처분 등의 취소 또는 변경을 구하는 소송임
- ② 취소판결에 의하여 당해 처분 등에 의하여 형성되었던 법률관계가 원상회복 되거나 변경됨

2. 확인소송설(객관적소송설)

취소소송이란 위법한 처분 등의 위법성 확인을 통한 법률관계 존부의 확정을 목적으로 하는 소송임²⁾

3. 준형성소송설(구제소송설)

- ① 취소소송은 확인소송의 성격과 함께 형성소송의 성격을 동시에 가짐
- ② 확인소송: 처분 등의 위법성을 확인하기 위한 소송
- ③ 형성소송: 처분 등의 공정력을 배제하고 처분의 효력을 소멸시키는 소송

III. 판례(형성소송설)

위법한 행정처분의 취소를 구하는 소는 위법한 처분에 의하여 발생한 위법상태를 배제하여 원상으로 회복시키고 그 처분으로 침해되거나 방해받은 권리와 이익을 보호 구제하고자 하는 소송이다

IV. 검토(형성소송설)

- ① 취소판결이 확정되면 공정력에 의해 유효하게 통용되었던 처분 등의 효력이 소급적으로 부인되거나 변경됨
- ② 당해 처분 등에 의해 형성되었던 법률관계가 원상으로 회복되거나 변경됨
- ③ 행정소송법은 형성력에 대한 명시적 규정을 두고 있음(행정소송법29조)

1) 국민의 권익구제 및 법률관계의 회복 등에 관한 명시적 규정이 없음

2) 국민은 취소소송을 통해 이미 형성된 법률관계의 소멸 또는 변경을 구할 권리가 인정되지 아니함

04

행정소송의 한계(사법심사의 제한) ★★★



I. 문제점

행정소송법이 **개괄주의** 원칙을 채택하고 있음에도 불구하고(동법1조)³⁾, **일체의 공법상 분쟁**이 소송의 대상이 되는 것은 아님(특히, **모든 위법한 처분**이 행정소송의 대상이 되는 것은 아님)

II. 의의

행정사건에 대한 **사법심사의 한계**(행정재판권의 한계)

① 사법본질에 따른 한계(법률적 쟁송으로서의 한계) ② (헌법상) 권력분립원칙에 따른 한계

III. 사법 본질에 따른 한계

1. 문제점

법원은 **법률적 쟁송**만을 심판의 대상으로 삼을 수 있음

2. 법률적 쟁송

당사자 사이의 **구체적인 권리·의무에 대한 법률의 적용상 분쟁**

3. 구체적 권리·의무에 관한 사건

(1) 구체적 사건(규범통제)

1) 원칙(전형적 법규)

가. 구체적 규범통제(간접적 규범통제)

법령의 효력 내지 해석에 관한 분쟁은, **구체적 사건**의 해결을 위한 **재판의 전제성**을 요함(헌법107조②)⁴⁾

나. 추상적 규범통제(직접적 규범통제)

추상적 법령의 일반적 효력 내지 해석에 관한 **직접적 분쟁**은, 사법심사(행정소송)의 대상이 될 수 없음

2) 예외(처분적 법규)

법령이 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법률관계를 규율

3) 행정소송법 제1조(목적)

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

4) 헌법 제107조②

명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.

하는 경우에는 항고소송의 대상으로서 행정처분에 해당함(두밀분교폐지조례사건, 약제상한액금액고시 사건)

(2) 권리·의무에 관한 사건

1) 행정상 사실행위

가. 비권력적 사실행위(단순한 사실행위, 순수한 의미의 사실행위)

사실상의 효과(결과) 발생만으로 목적으로 하는 것이므로, 사법심사(행정소송)의 대상이 될 수 없음
(권리·의무에 직접적 영향을 미치는 행위가 아님)

나. 권력적 사실행위

수인하명과 집행행위가 결합된 합성행위로서 **수인의무**를 부과하므로, 사법심사(행정소송)의 대상이 될 수 있음

2) 객관적 소송

국민의 권리·의무와 직접 관계없이 오직 **행정법규의 정당한 적용**을 목적으로 하므로, **법률이 특별히 인정하는 경우** 외에는 사법심사(행정소송)의 대상이 될 수 없음(행정소송법45조, 객관소송 법정주의)

3) 반사적 이익

가. 원칙(**원고적격**)

반사적 이익의 침해는 **국민의 권리·의무에 관한 문제**가 아니므로, 사법심사(행정소송)의 대상이 될 수 없음

나. 예외(공권의 확대화 경향)

최근에는 종래의 반사적 이익으로 여겨졌던 것을 공권의 범위 내에 포함하는 **공권의 확대화 경향**에 있음⁵⁾

4. 법령의 적용 가능성

(1) 통치행위

1) 원칙

고도의 정치성을 가지는 국가기관의 행위로서 법적판단의 가능여부를 불문하고 **법적 구속을 받지 않아** 사법심사(행정소송)의 대상이 될 수 없음(헌법상 한계설⁶⁾)

2) 예외

- ① **정치적 법률분쟁**(진정한 정치적 분쟁 아님), **가분행위**(통치행위에 수반되는 집행행위)는 사법심사 가능함
- ② **국민의 기본권을 직접 침해하는 통치행위**는 **헌법재판소의 심판대상**이 됨(금융실명제사건)

5) 공권의 확대화 경향

1. 의무부과성의 확대

① 무허가재량행사의무의 인정 ② 행정개입의무의 인정 ③ 절차적 의무의 인정

2. 사익보호성의 확대

① 보호규범의 확대 ② 목적론적 해석

6) 헌법상 한계설

헌법상 대통령 및 국회의 고유권한으로 인정되는 소극적 한계영역은 예외적으로 사법심사가 제한됨

(2) 특별권력관계

1) 종래

종래에는 특별권력관계 내부행위는 법이 적용되지 않아 사법심사(행정소송)의 대상이 될 수 없다고 보았음

2) 최근

최근에는 특별행정법관계라고 보아, 사법심사의 대상으로 삼음(사법심사의 통제강도 완화적용, 통설·판례)

(3) 재량행위

1) 원칙(재량권의 한계 준수)

재량권 행사의 잘못은 원칙적으로 정당·부당의 문제를 야기할 뿐, 위법·적법의 문제를 야기하지 않으므로, 사법심사(행정소송)의 대상이 될 수 없음(법률문제 ×, 사실문제 ○)

① 행정심판에 의한 통제 가능 ○ ② 행정소송에 의한 통제 가능 ×

2) 예외(재량권의 한계 일탈)

예외적으로 재량권의 한계를 일탈·남용하는 경우에는 위법하여 사법심사의 대상이 됨(행정소송법27조)

3) 법원의 판단

① 재량권의 한계는 명백한 것이 아니며, 재량의 일탈·남용여부는 본안판단의 문제임

② 재량행위에 대한 취소소송을 곧바로 각하할 것이 아니라, 본안심사를 통해 그 한계일탈 여부를 심사하여야 함

(4) 판단여지

1) 불확정개념

법률요건 부분에 불확정개념이 사용되었더라도, 그것은 인식의 문제로서 법원의 전속적 판단영역의 문제이므로, 사법심사(행정소송)의 대상이 됨

2) 판단여지

전문적·정책적 평가영역은 사법부의 비전문성으로 인해 행정부의 판단을 존중할 필요가 있으므로 사법심사가 제한됨

3) 한계

판단여지가 행정청의 무제한적 자유를 의미하는 것은 아니므로, 일정한 한계를 일탈하는 경우에는 사법심사(행정소송)의 대상이 될 수 있음

IV. 권력분립원칙에 따른 한계

1. 문제점

① 국가권력은 입법·행정·사법의 삼권분립의 체계를 갖추고 있으며, 사법부의 재판작용은 일정한 내재적 한계가 존재함

② 법원의 행정사건에 대한 재판상 **법정 외 항고소송**을 인정할 수 있는지 문제됨(**무명항고소송**)

(국민의 권리구제 차원에서 **현행법 해석을 통한 도입 가능성** 논의가 있음)

2. 무명항고소송

권력적 공법관계 하에서의 **사전적 소송**으로서 **행정소송법에서 명시적으로 인정하고 있지 않는 항고소송**
(**법정외항고소송**, **비법정항고소송**)

3. 종류

(1) 수익적 처분

수익적 처분을 대상으로 **이행청구권**을 주장하기 위한 **무명항고소송**

- ① **적극적 형성소송**: 법원의 직접적인 **형성판결**을 구함
- ② **의무이행소송**: 법원의 **이행명령판결**을 구함
- ③ **작위의무확인소송**: 법원의 **확인판결**을 구함

(2) 침익적 처분

침익적 처분을 대상으로 **방어권**을 주장하기 위한 **무명항고소송**

- ① **예방적 금지소송**: 법원의 **금지명령판결**을 구함(예방적부작위소송)
- ② **부작위의무확인소송**: 법원의 **확인판결**을 구함

4. 적극적 형성소송 및 의무이행소송

(1) 의의

- ① **의무이행소송**: 행정청이 개인이 신청한 행정행위에 대하여 **거부 또는 부작위** 하는 경우 행정청에 대하여 **신청에 따른 행정행위**를 해 줄 것을 **명하는 판결**을 구하는 소송
- ② **적극적 형성소송**: 행정청이 개인이 신청한 행정행위에 대하여 **거부 또는 부작위** 하는 경우 법원이 행정청에 갈음하여 **직접 적극적 형성판결**을 해 줄 것으로 구하는 소송

(2) 학설

1) 긍정설(적극설)

- ① **실질적 권력분립원칙**의 취지에 부합함
(권력분립이란 **권력간 실질적 권력균형**의 달성을 의미함, **행정의 적법성 보장** 및 **국민의 권익보호**가 사법부의 본래적 기능임)
- ② 행정소송법 제4조 제1호 '변경'은 **적극적 변경**으로 이해됨
- ③ 행정소송법 제4조 항고소송의 종류는 **예시규정**임

2) 부정설(소극설)

- ① 행정부의 **일차적 판단권**(선결권, initiative)이 침해됨(사전소송, 법원의 행정감독기능 인정하는 결과)
- ② 권력분립원칙에 반함
- ③ 행정소송법 제4조 제1호 '변경'은 **소극적 변경**으로 이해됨(일부취소)
- ④ 행정소송법 제4조 항고소송의 종류는 **열거규정**임

3) 절충설

- ① 처분요건이 **일의적·구체적으로 규정**되어 있는 경우
 - ② 사전적으로 규제하지 않으면 안되는 **회복하기 어려운 손해발생**의 우려가 있는 경우
 - ③ 법정항고소송으로는 **실효적 권리구제**가 불가능한 경우
- 헌법상 **재판청구권 보장**의 차원에서, **예외적으로** 무명항고소송 인정 필요성이 긍정됨

(3) 판례(부정설)

현행 행정소송법상 행정청으로 하여금 **일정한 행정처분을 하도록 명하는 이행판결**을 구하는 소송이나 법원으로 하여금 행정청이 **일정한 행정처분을 행한 것과 같은 효과가 있는 행정처분을 직접 행하도록 형성판결**을 구하는 소송은 허용되지 아니함⁷⁾

(4) 검토(부정설)

- ① **부작위위법확인소송**에 대한 규정은 **의무이행소송** 등에 대한 특칙으로서 현행법 해석상 도입이 불가함
- ② **의무이행심판**을 인정하고 있는 행정심판법과 달리, 행정소송법은 **부작위위법확인소송 및 거부처분 항고소송**만을 인정함
- ③ 부작위위법확인소송 및 거부처분 항고소송을 통한 **실효적 권리구제**가 가능함(행정소송법30조2, **재처분의무**)⁸⁾
- ④ 소송형식의 인정은 **법해석상 문제**가 아니라 **입법정책적 문제**이므로, **입법론적 해결**의 요청이 제기됨

5. 작위의무확인소송

(1) 의의

행정청이 개인이 신청한 행정행위에 대하여 **거부 또는 부작위** 하는 경우 행정청에 대하여 **신청에 따른 행정행위**를 해야 하는 **작위의무가 있음을 확인**해 줄 것을 구하는 소송(의무이행소송과 동일한 학설 대립 있음)

(2) 판례(부정설)

7) 동지판례(의무이행소송)

① 현행 행정소송법상 의무이행소송은 인정되지 않으며, 행정심판법이 의무이행심판청구를 할 수 있도록 규정하고 있다고 하여 행정소송에서 의무이행청구를 할 수 있는 근거가 되는 것은 아님
 ② 행정청에 대하여 행정청의 처분의 이행을 구하는 청구는 특별한 규정이 없는 한 행정소송의 대상이 될 수 없음
 ③ 감사에게 압수물 환부를 이행하라는 청구는 행정청의 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 의무이행소송으로서 현행 행정소송법상 허용되지 아니함
 ④ 행정소송법은 부작위위법확인소송을 규정하고 있을 뿐 행정청의 부작위에 대하여 일정한 처분을 하는 의무이행소송에 관하여 규정하고 있지 않은 것이 헌법에 위배되지 아니함

8) 행정심판법 제49조2

행정심판의 경우, 오히려 거부처분에 대한 취소심판 및 무효확인심판의 재처분의무가 인정되지 아니함

현행 행정소송법상 **의무확인소송**은 인정되지 않으며, 단순한 부작위위법확인이 아닌 **작위의무확인 청구**는 항고소송의 대상이 되지 아니함

(3) 검토(부정설)

부작위위법확인소송은 **작위의무확인소송에 대한 특칙**으로서, **현행법 해석상** 작위의무확인소송은 부정됨⁹⁾

- ① 작위의무확인소송은 부작위위법확인소송과 **긴밀한 연관성**을 맺음
- ② 작위의무확인소송을 인정하면, **부작위위법확인소송은 사문화** 됨

6. 예방적 금지소송

(1) 의의

장래에 위법한 행정행위가 행해질 것이 **임박한** 경우 이를 **사전에 예방**하기 위하여 행정청에 대하여 그러한 **행정행위를 하지 말아줄 것을 명하는 판결**을 구하는 소송(의무이행소송과 동일한 학설대립 있음)

(2) 판례(부정설)

행정소송법상 **일정한 처분을 하지 못하도록 그 부작위를 구하는 청구**는, 현행 행정소송법에 의하여 인정되지 않는 이른바 무명항고소송의 한 유형인 **예방적 부작위소송** 또는 **금지소송**을 구하는 것으로서 부적법 함

(3) 검토(부정설)

의무이행소송과 동일한 이유에서 인정될 수 없으며, **입법론적 해결**의 요청이 제기됨

7. 부작위의무확인소송

① 의의: **장래에 위법한 행정행위**가 행해질 것이 **임박한** 경우 이를 **사전에 예방**하기 위하여 행정청에 대하여 그러한 **행정행위를 해서는 아니되는 부작위의무가 있음을 확인**해 줄 것을 구하는 소송

② 인정여부: 부작위의무확인소송은 **권력분립원칙**에 반하여 부정됨

9) 일설은 적극적 형성소송 및 의무이행소송에 비하여, 행정청의 1차적 판단권 및 권력분립원칙의 침해의 정도가 상대적으로 적다는 이유로 허용될 수 있다고 봄(김동희, 홍정선)

현행 행정소송법 vs 행정소송법 개정안	
현행 행정소송법 제4조(항고소송)	행정소송법 개정안 제4조(항고소송)
항고소송은 다음과 같이 구분한다. 1. 취소소송: 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송 2. 무효등확인소송: 행정청의 처분등의 효력 유무 또는 존재여부를 확인하는 소송 3. 부작위위법확인소송: 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송	항고소송은 다음과 같이 구분한다. 1. 취소소송: 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송 2. 무효등확인소송: 행정청의 처분등의 효력 유무 또는 존재여부를 확인하는 소송 3. 의무이행소송: 당사자의 신청에 대한 행정청의 위법한 거부처분 또는 부작위에 대하여 처분을 하도록 하는 소송 4. 예방적금지소송: 행정청이 장래에 위법한 처분을 할 것이 임박한 경우에 그 처분을 금지하는 소송
위 개정안은 2007.11.19일에 정부에 의해 국회에 제출되었고, 당시 17대 국회의원 임기는 2008.05.29일자로 종료되었다. 국회에 제출된 법률안은 국회의원의 임기가 만료됨으로써 폐기된다. 따라서 동 개정안은 자동폐기 되었다. 위 개정안이 국회의결을 통과한 것은 아니나, 계속된 개정 논의의 기간이 될 것으로 보인다(헌법 제51조, 국회에 제출된 법률안 기타의 의안은 회기 중에 의결되지 못한 이유로 폐기되지 아니한다. 다만, 국회의원의 임기가 만료된 때에는 그러하지 아니하다).	

05

항고소송상 대상적격 ★★★★★

□□□

I. 대상적격

- ① 다툼의 대상이 되고 있는 행정작용이 항고소송의 대상으로서 권리보호자격을 갖추고 있는지
- ② 권리보호자격: 청구의 대상이 되고 있는 행정작용이 판결로 확정하기에 적합한 유형의 사항인지

(법원의 재판은 법률적 쟁송으로서 권리관계 주장에 관한 것이어야 하므로, 사실적 효과만을 발생시키는 사실행위나 추상적인 법령 등은 재판의 대상으로서 권리보호자격이 인정되지 않으며, 권리관계에 직접적 영향을 미치는 행위만이 대상적격이 인정됨)¹⁰⁾

II. 항고소송상 대상적격

1. 취소소송상 대상적격

취소소송은 ‘처분등’을 대상으로 함(행정소송법19조본문)

2. 준용규정

무효등확인소송 및 부작위위법확인소송은 ‘취소소송상 대상’에 관한 규정을 준용함(행정소송법38조①, ②)¹¹⁾

III. 처분 등

행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용(이하 “처분”이라 한다) 및 행정심판에 대한 재결(행정소송법2조①1호)

IV. 처분의 개념

1. 문제점

강학상 행정행위와 행정소송법상 처분의 개념이 동일한지 문제됨(행정행위는 실체법상 개념임)

2. 학설

(1) 실체법적 개념설(처분개념 일원론)

강학상 행정행위와 행정소송법상 처분의 개념은 동일하다고 봄

10) 소의 이익 = 대상적격 + 원고적격(소의 이익의 주관적 측면) + 협의의 소의 이익(소의 이익의 객관적 측면)

11) 부작위위법확인소송상 대상적격의 경우, 행정소송법 제2조 제1항 제2호의 부작위 성립여부를 통해 검토함(부작위위법확인소송 파트에서 논의)

- ① 행정행위 = 실체법적 개념, 처분 = 실체법적 개념
- ② 취소쟁송은 행정행위의 공정력을 배제하고 처분의 효력을 소급제거를 목적으로 함
- ③ 다양한 행정작용을 모두 항고소송의 대상으로 삼는 것은 합당하지 아니하다고 봄
- ④ 당사자소송을 널리 활용할 필요가 제기됨

(2) 쟁송법적 개념설(처분개념 이원론)

강학상 행정행위와 행정소송법상 처분의 개념은 상이하다고 봄(처분개념을 상대적으로 넓게 파악함, 행정행위 포함)

- ① 행정행위 = 실체법적 개념, 처분 = 쟁송법적 개념
- ② 항고쟁송 대상의 유연한 확장가능성을 인정한 입법취지에 충실한 해석(그 밖에 이에 준하는 행정작용)
- ③ 다양한 행정작용을 고려하여 항고소송을 통한 권리구제의 폭을 확대하고자 함(국민의 소송형식 선택부담 경감)
- ④ 당사자소송 제도의 미완비와 비활성화의 문제를 고려함

3. 판례(실체법적 개념설)

행정처분이란 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위(법률상 효과를 발생하게 하는 등 국민의 권리의무에 직접 관계가 있는 행위)

4. 검토(쟁송법적 개념설)

처분의 개념을 넓게 정의하고 있는 행정소송법의 입법취지를 고려할 때, 항고소송에 의한 국민의 권익구제를 확대하여 인정하는 것이 타당함

V. 형식적 행정행위

1. 문제점

- ① 행정행위 외의 행정작용이 「형식적 처분영역(그 밖에 이에 준하는 행정작용)」 내에 포함될 수 있는지
- ② 행정지도, 벌점부과 등 비권력적 행정작용이 문제됨(특히, 사실상 강제력이 있는 비권력적 사실행위)

2. 학설

(1) 긍정설

국민의 실효적 권리구제를 위하여 항고소송의 대상을 확대하여 인정해야 한다고 봄

(2) 부정설

항고쟁송은 공권력 행사를 대상으로 하는 형성소송이므로 행정행위 외의 행정작용은 대상이 될 수 없다고 봄

3. 판례

행정지도는 항고소송의 대상이 되는 처분이 아니라고 보았으나(전기공급불가회신), 행정처분과 같은 외형을 갖추고 있어서 상대방이 이를 행정처분으로 인식할 정도라면 그 불이익 및 불안감 제거를 위해 항고소송의 대상으로서 처분이 될 수 있다고 봄(처분개념의 확대)

4. 검토(절충설)

① 행정지도 등 비권력적 사실행위를 취소소송의 대상으로 삼을 경우 취소소송이 국민의 법률관계의 변동을 초래함이 없이 처분의 위법성만을 확인하기 위한 객관적 소송(확인소송)이 되므로 원칙적으로 형식적 행정행위를 부정함이 타당하나 ② 사실상 강제력의 계속성이 인정되는 경우에는 국민의 권리구제 차원에서 예외적으로 형식적 행정행위를 인정함이 바람직함

VI. 거부처분(거부행위의 처분성)

1. 소극적 행정행위

소극적으로 기존의(현재의) 법률상태의 변동을 발생시키지 않겠다는 의사를 표시하는 행정행위
(국민의 적극적 행위 신청에 대하여 그 신청에 따른 행위를 하지 않겠다고 거부한 행위)

2. 거부행위의 처분성

(1) 문제점

- ① '행정행위의 거부'가 '행정행위인 거부처분(소극적 행정행위)'인지
- ② 행정청에 대한 당사자의 수익적 행정행위의 신청에 대한 거부, 모두 소극적 행정행위가 되는 것은 아님

(2) 판례

- ① 신청한 행위가 행정청의 '공권력 행사 등'이어야 함(비권력적 공법작용, 사법작용 제외)
- ② 거부행위로 인하여 신청인의 법률관계에 어떠한 변동을 초래하여야 함(자기완결적 신고에 대한 수리거부 제외)
- ③ 신청인에게 그러한 행위의 발동을 요구할 수 있는 법규상·조리상 신청권이 인정되어야 함

(3) 법규상·조리상 신청권

1) 문제점

- ① 행정소송법은 '거부'를 처분 내에 포함하면서, 별도의 '신청권'에 대한 명문규정을 두지 않음(동법2조①1호)
- ② 판례는 일관되게 '신청권'의 존재를 요구함(거부행위의 처분성)

2) '신청권'의 의미

가. 학설

- ① 원고적격설: 신청권의 존부는 원고적격의 문제라고 봄(처분에 대한 거부로서 그 처분성이 인정됨)

- ② **본안판단설**: 신청권의 존부는 **본안판단의 문제**라고 봄(소송요건상 신청권에 의해 재판청구권이 제한됨)
- ③ **대상적격설**: 신청권의 존부는 **대상적격의 문제**라고 봄(신청권은 **거부행위의 처분성 인정요건**임)

나. 판례(대상적격설)

- ① **신청권의 근거 없이** 한 국민의 신청에 대한 거부는 신청인의 **권리나 법적이익에 어떠한 영향**을 주는 것이 아니므로 **행정처분이 아님**
- ② 신청권은 **거부행위의 처분성**을 인정하기 위한 **전제요건**임

다. 검토(대상적격설)

- ① 신청권이 없는 자의 처분신청은 **행정부의 직권발동을 촉구**한 것에 지나지 않음
- ② 신청권이 없는 자의 처분신청에 대한 거부는 **국민의 권리관계에 직접적 영향**을 미치지 않음

3) ‘신청권’의 존부

가. 판례(일반적·추상적 응답신청권)

- ① 신청권의 존부는 **구체적 사건에서 신청인이 누구인가**를 고려하지 않고 **관계 법규의 해석에 의하여 일반 국민에게** 그러한 신청권을 인정하고 있는가를 살펴 **추상적으로 결정**되는 것임(일반적·추상적 신청권)
- ② 신청권이란 그 신청에 따른 **단순한 응답을 받을 권리**를 넘어서 신청의 인용이라는 만족적 결과를 얻을 권리를 의미하는 것은 아님(응답신청권)

나. 법규상·조리상 신청권

- ① **법규명문상** 신청권: 근거법규상 **사인의 공법행위에 관한 명문규정**이 있는 경우
- ② **법규해석상** 신청권: 신청한 처분이 **쌍방적 행정행위**인 경우(사인의 공법행위를 구성요소로 함)
- ③ **조리상** 신청권: **조리법상** 인정되는 신청권

VII. 원처분 중심주의

1. 재심판청구 가능성

(1) 행정심판법 제51조

심판청구에 대한 재결이 있으면 **그 재결** 및 같은 처분 또는 부작위에 대하여 **다시 행정심판을 청구할 수 없다**

(2) 재판심판청구 금지원칙

국민은 처분 및 부작위에 대한 불복으로서 **단 한 번의 행정심판청구 기회**밖에는 가질 수 없음

2. 재결에 대한 항고소송

(1) 문제점

- ① 항고소송은 '처분등'을 그 대상으로 함(행정소송법19조, 38조)
- ② '등'이란 행정심판의 재결을 의미함(행정소송법2조①1호)
- 원처분과 행정심판의 재결 중 무엇을 소의 대상으로 하여야 하는지

(2) 행정소송법 제19조 단서

재결취소소송의 경우에는 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다(무효등확인소송 준용)

(3) 원처분 중심주의, 재결주의

1) 원처분 중심주의

원처분과 행정심판의 재결 모두를 항고소송의 대상으로 삼을 수 있다고 보는 원칙(행정소송법19조단서)

- ① 원처분의 하자: 원처분에 대한 항고소송
- ② 재결 자체의 고유한 하자: 재결에 대한 항고소송

2) 재결주의

오로지 재결에 대한 항고소송만이 가능하다고 보는 원칙(개별법상 특별규정, 노동위원회법27조①)

- ① 원처분의 하자: 재결에 대한 항고소송
- ② 재결 자체의 고유한 하자: 재결에 대한 항고소송

3) 검토(원처분중심주의)

- ① 원처분 중심주의가 권리구제의 실효성 측면에서 더욱 효율적인 방법임
- ② 행정심판위원회는 처분청과 독립된 행정기관이며, 재결에 의해 원처분이 완전히 대체되는 것이 아님
(재결에 대한 항고소송을 통해 원처분의 하자를 다루는 것은 적절하지 않음)
- ③ 행정소송법 제19조 단서는 원처분 중심주의에 대한 실정법상 근거를 마련하고 있음(입법정책적 문제)

(4) 본안판결

- ① 재결에 대한 항고소송: 재결 자체의 고유한 위법성을 요함(행정소송법19조단서)
- ② 재결의 위법여부에 대한 판단은 항고소송의 본안문제임
- ③ 재결 자체의 고유한 위법여부에 따른 결정은 인용판결 또는 기각판결의 형태로 나타남
(판례: 재결 자체에 고유한 위법이 없는 경우에는 원처분의 당부와는 상관없이 재결취소소송은 기각하여야 함)

(5) 재결 자체의 고유한 영역

1) 각하재결

원처분과 특별히 내용적 관련성이 없음 → 재결 자체의 고유한 영역 ○

2) 주체·절차·형식상 하자

① 인용재결: 원처분과 특별히 내용적 관련성이 없음 → 재결 자체의 고유한 영역 ○(판례)

① 기각재결: 원처분과 특별히 내용적 관련성이 없음 → 재결 자체의 고유한 영역 ○(판례)

3) 내용상 하자

가. 기각재결

(가) 원칙

재결의 하지는 **원처분의 하자와 동일한 하자**임(원처분의 하자에 대한 판단 잘못) → 재결 자체의 고유한 영역 ×
→ 원처분 중심주의 위반 ○(기각판결)

(나) 예외

추가적 불이익 → 재결 자체의 고유한 영역 ○(행정심판법47조②, 불이익변경금지원칙 위반)¹²⁾
→ 원처분 중심주의 위반 ×(인용판결)

나. (전부)인용재결

(가) 제3자효 행정행위 ×(원처분)

행정심판의 청구인은 이미 권익구제 완성 → 행정소송을 제기할 **실익**이 없음

(나) 제3자효 행정행위 ○(원처분)

심판청구상 제3자(원처분의 상대방)는 재결에 의해 **당초 향유하고 있던 수익적 효과를 박탈** 당하게 됨
→ 재결에 의해 비로소 발생하는 **고유한 문제** → 재결 자체의 고유한 영역 ○(보령정로환 사건)

① **형성재결**: 재결에 대한 항고소송

② **이행재결**: 재결에 대한 항고소송 + 명령에 따른 처분에 대한 항고소송

다. 일부인용재결

일부인용재결은 **원처분의 일부가 재결처분의 형태로 남게 됨**을 의미함

→ 원칙적으로, 재결 자체의 고유한 영역 ×(판례: **감봉 1월의 징계처분을 견책으로 변경한 소청결정**)

12) 행정심판법 제47조②

위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분보다 청구인에게 불리한 재결을 하지 못한다.



취소소송상 원고적격 ★★★★★



I. 의의

1. 원고적격

구체적 사건에서 원고로서 본안판단을 구할 수 있는 자격(당사자적격, 소의 이익의 주관적 측면)¹³⁾

2. 취소소송상 원고적격

구체적인 처분 등의 위법성을 주장하며 그 취소를 구할 수 있는 자격

II. 취지

- ① 객관소송화 및 남소의 방지 ② 소송경제의 도모

III. 행정소송법 제12조 제1문

취소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다. 처분등의 효과가 기간의 경과, 처분등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에는 또한 같다.

IV. ‘법률상 이익’의 의미

1. 문제점

- ① 행정소송법 제12조 1문은 처분의 취소를 구할 ‘법률상 이익’이 있는 자만이 제기할 수 있다고 규정함
② 그 의미에 대한 명시적 규정없이 없음 → ‘법률상 이익’의 의미에 관한 견해대립

2. 학설

(1) 권리구제설

권리를 침해당한 자만이 취소소송을 제기할 수 있음(전통적 권리, 협의의 공권)

(2) 법률상보호이익설

법률에 의하여 보호되는 이익을 침해당한 자가 취소소송을 제기할 수 있음(광의의 공권)

13) 협의의 소의: 소의 이익의 객관적 측면

(3) 보호가치있는이익구제설

재판상 보호할 만한 가치가 있는 법적 이익을 침해당한 자가 취소소송을 제기할 수 있음(쟁송법적 문제)

(4) 적법성보장설

처분의 위법성을 다투기 위한 소송수행에 가장 적합한 위치에 있는 자가 취소소송을 제기할 수 있음(확인소송)

3. 판례(법률상보호이익설)

법률상 이익이란 직접적·구체적 이익으로서, 처분의 제3자라 하더라도 법률상 보호되는 이익을 침해당한 경우에는 취소소송을 제기할 자격이 있음

4. 검토(법률상보호이익설)

- ① 권리구제설: 국민의 권리구제의 폭이 너무 협소함
 - ② 보호가치있는이익구제설: 법관의 자의적 판단의 개입 및 법규창조력 인정의 우려가 있음
 - ③ 적법성보장설: 객관소송화 및 민중소송화에 따라 법원 재판부담이 가중됨(재판청구권 침해)
- 법률상보호이익설: 법률상 이익 = 광의의 공권

V. 성립요건¹⁴⁾**1. 의무부과성(강행법규에 의한 의무부과)¹⁵⁾**

강행법규에 의하여 행정주체에게 일정한 행위의무가 부과되어야 함(행위규범, 국가적 공의무)

2. 사익보호성(의무부과 한 강행법규의 사익보호성)

의무부과 한 강행법규가 공익보호 목적뿐만 아니라 부수적으로 사익보호의 취지가 인정되어야 함(보호규범이론)

- ① 강행법규(공법): 공익보호(1차적 목적)
- ② 강행법규(공법): 사익보호(2차적 목적)

VI. 공권의 확대화 경향

14) 이익관철의 의사력(소구가능성)

개인(행정객체)에게 법적으로 보호되는 이익을 국가 등(행정주체)에게 소송을 통하여 관철할 수 있는 의사력이 있을 때, 비로소 개인적 공권이 성립된다는 견해가 있으나, 헌법상 재판청구권이 일반적으로 인정되고(헌법27조) 행정소송상 개판주의 원칙을 채택하고 있는 이상(헌법107조①, 행정소송법1조) 공권의 성립요건이 되지 않는다고 봄이 통설적인 견해이다.

15) 강행법규

(1) 강제적으로 적용되는 법규(강행성 = 강제적용성)

- 공권의 성립요건: ① 강행법규에 의한 의무부과 ② 의무부과 한 강행법규의 사익보호성

(2) 의무부과 하는 법규(강행성 = 의무부과성)

- 공권의 성립요건: ① 강행법규의 존재 ② 강행법규의 사익보호성

1. 문제점

최근에는 종래 반사적 이익으로 여겨졌던 것을 공권의 범위 내에 포함하는 경향에 있음

2. 의무부과성의 확대

기속행위뿐만 아니라, 재량행위 영역에서도 무하자재량행사의무가 인정됨(하자 없는 재량권 행사를 해야 할 의무)

- ① 기속행위: 실체법적 공의무(의무부과성○)
- ② 재량행위: 무하자재량행사의무(의무부과성○)

3. 사익보호성의 확대

(1) 보호규범의 확대

1) 문제점

- ① 보호규범의 범위를 어디까지 설정할 것인지에 비례하여, 공권의 인정범위가 결정됨
- ② 당해 이익을 보호하는 법률의 범위를 어디까지 설정할 것인지에 비례하여, 법률상 이익의 인정범위가 결정됨

2) 학설

가. 근거법규설

당해 처분의 직접적 근거법규에 의해 보호되는 이익만이 '법률상 이익'이라고 봄

나. 관계법규설

당해 처분의 관계법규에 의해 보호되는 이익도 '법률상 이익'에 포함된다고 봄(절차법규, 관련법규)

다. 헌법상기본권고려설

헌법상 기본권 및 원리에 의해 보호되는 이익도 '법률상 이익'에 포함된다고 봄

3) 판례

가. 대법원(관계법규설)

'법률상 이익'이란 당해 처분의 근거법규 및 관련법규·절차법규에 의해 보호되는 이익을 말함

나. 헌법재판소(헌법상기본권고려설)

청구인의 기본권인 경쟁의 자유가 바로 당해 처분의 취소를 구할 '법률상 이익'이 됨

4) 검토(헌법상기본권고려설)

국민의 권익보호 차원에서 보호규범의 범위를 넓게 인정하는 것이 바람직함

(2) 목적론적 해석

- ① 공법상 명시적인 규정이 있는 경우: 당연히 사익보호의 취지가 인정됨
 - ② 공법상 명시적인 규정이 없는 경우: 목적론적으로 해석하여 공권의 범위를 확대하고자 함
- (판례: 건축 관계법규에서 주거지역 내 일정한 건축을 제한하는 것은 거주민들의 안녕과 생활환경 보호에 목적이 있다고 해석됨)

VII. 제3자소송과 권리구제

1. 문제점

- ① 당해 처분의 직접상대방의 경우에는 헌법상 구체적 기본권으로서 방어권 침해가 당연히 인정됨
- ② 처분의 제3자가 제기하는 제3자소송상 원고적격 인정여부가 문제됨(제3자효 행정행위, 사익보호성)

2. 경원자소송

(1) 의의

수인의 신청을 받아 일부에 대하여만 인·허가 처분을 하는 경우에 인·허가 등의 처분을 받지 못한 자가 타인에 대한 인·허가처분을 대상으로 제기하는 행정소송

(2) 원고적격

(처분상) 제3자를 경원자에 대한 인·허가 처분의 실질적 의미의 상대방으로 볼 수 있는지

(3) 경원자관계

일방에 대한 허가는 타방에 대한 불허가로 귀결될 수밖에 없어서 서로 양립할 수 없는 배타적인 상호관계

(4) 판례

경원자 관계에 있는 경우에는 처분의 상대방이 아니라도 경원자에 대한 처분의 취소를 구할 원고적격이 인정됨

(5) 검토

- ① 경원자에 대한 인·허가 처분에 대한 취소소송 = 외형상 제3자소송
- ② 경원자에 대한 인·허가 처분 = (처분상) 제3자에 대한 실질적 의미의 거부처분
- ③ (처분상) 제3자 = 경원자에 대한 인·허가 처분의 실질적 의미의 상대방

3. 경업자소송

(1) 의의

시장 내에서 독점적 이익을 향유하여 오던 기존업자가 신규업자의 진입을 배제하기 위해 신규업자에 대한 허가처분에 대하여 제기하는 행정소송

(2) 원고적격

기존업자가 누려왔던 독점적 이익이 과연 법이 보호하는 이익인지

(3) 기존업자에 대한 허가

1) 특허

- ① 특허: 기존업자에 대한 허가는 시장 내에서의 독점적 이익을 보장하기 위한 것으로 해석됨
- ② 신규업자의 진입으로 인해 받게 되는 기존업자의 불이익은 법률상 보호이익의 침해에 해당함
→ 기존업자의 원고적격이 인정됨

2) 허가

가. 원칙적 부정

- ① 허가: 인간의 본래적 자유를 질서유지 목적으로 금지하였던 것을 해제하여 회복시키는 행위
- ② 기존업자가 누려왔던 독점적 이익은 반사적 이익에 불과함(잠정적 이익, 사실적 이익)
→ 기존업자의 원고적격은 부정됨

나. 예외적 긍정

- ① 관계법규상 거리제한규정 및 업소개수제한규정이 있는 경우(보호규범의 범위확대)
- ② 원칙적 공익보호: 특정 지역 내에서의 수급조절 목적
- ③ 부수적 사익보호: 영업자 간의 과당경쟁으로 인한 영업상 손실방지 목적(목적론적 해석, 실질적 경원자관계)
→ 기존업자의 원고적격이 인정됨

4. 경쟁자소송

(1) 의의

같은 시장 내에서 다수의 영업자(기업자)가 서로 경쟁관계에 있는 경우에 경쟁업자가 다른 영업자(기업자)에 대한 자금지원 등 처분을 다투기 위해 제기하는 행정소송

(2) 원고적격

특정 기업자에 대한 자금지원으로 인한 경쟁업자의 불리한 경쟁 상황을 법률상 보호이익의 침해로 볼 수 있는지

(3) 원칙적 부정

경쟁업자의 단순한 경영상 이익의 침해는 법률상 보호이익의 침해에 해당하지 않음

(4) 예외적 긍정

- ① 직접적 자금지원으로 인한 중대한 경영상의 위협이 구체적으로 존재하는 경우

- ② 헌법 제15조의 **경쟁의 자유**를 근거로 원고적격이 인정됨

5. 인인소송(이웃소송, 주민소송)

(1) 의의

혐오시설 등 어떠한 시설의 설치를 허가하는 처분을 하는 경우에 당해 시설의 **인근주민**이 그러한 행정처분을 다투기 위해 제기하는 행정소송

(2) 원고적격

처분상 제3자인 **인근주민** **개개인의 개별적 이익**이 인정될 수 있는지

(3) 절차법규

1) 환경영향평가법상 사익보호의 취지

- ① **절차법규**로서 환경영향평가법은 보호규범의 범위 내에 포함됨(**보호규범의 범위 확대**)
- ② 환경영향평가법은 주민 **개개인의 개별적 이익**으로서 **환경상 이익을 보호하고자 하는 취지**가 인정됨(**목적론적 해석**)

2) 물적범위

- ① 환경영향평가의 실시를 요하는 **대상사업인지**(**환경영향평가법 적용대상인지**)
- ② 대상사업이 아닌 경우에는 환경영향평가법상 사익보호의 취지를 원용할 수 없음

3) 인적범위

가. 문제점

인근주민이 **환경영향평가법상 사익보호의 취지**를 **향유**할 수 있는 자인지

나. 환경영향평가대상지역 內 거주주민

환경영향평가대상지역 내 거주주민은 **직접적이고 중대한 환경상 피해**가 예상되며, 이러한 환경상 이익은 ‘법률상 보호이익’으로서 원고적격이 인정됨(판례)

다. 환경영향평가대상지역 外 거주주민

(가) 현실적으로 환경상 이익을 향유하는 자

환경영향평가대상지역 내에서 **농작물 경작** 등 **현실적으로 환경상 이익을 향유하는 자**의 원고적격이 인정됨(판례)

(나) 일시적으로 환경상 이익을 향유하는 자

환경영향평가대상지역 내의 **건물·토지 소유자** 등 **일시적으로 환경상 이익을 향유하는 자**의 원고적격은 부정됨(판례)

(다) 수인한도를 넘는 환경상 이익 침해의 입증

처분 전과 비교하여 **수인한도를 넘는 환경상 이익의 침해 및 침해우려를 입증하는 자**의 원고적격이 인정됨(판례)

(4) 관련법규

- ① 원자력발전소 건설부지 인근주민의 **전원개발사업실시계획승인** 처분에 대한 취소소송
 - ② 직접적 근거법규로서 **전원개발촉진법**상 사익보호 취지 부정됨
 - ③ **의제되는 부지사전승인처분**의 근거가 되는 **원자력법**상 사익보호 취지 긍정됨
- **관련법규인 원자력법**을 근거로, 인근주민의 원고적격 인정됨

07 항고소송상 피고적격 ★★★★★

□□□

I. 의의

구체적 사건에 대한 **소송당사자 중 피고**로서 소송을 수행하고 본안의 판결을 받을 수 있는 **당사자의 자격**

II. 항고소송상 피고

1. 행정청

항고소송상 피고 = **처분 등을 행한 행정청**(행정소송법13조①본문, 38조①, 38조②, 특례규정)

- ① **처분**에 대한 항고소송: 처분을 행한 행정청(처분행정청)
- ② **재결**에 대한 항고소송: 재결을 행한 행정청(행정심판위원회)

2. 근거

- ① 효율적인 소송수행 ② 효과적인 재판통제(행정통제)¹⁶⁾

III. 행정청

1. 근거규정

이 법을 적용함에 있어서 행정청에는 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체 및 그 기관 또는 사인이 포함된다(**행정소송법2조②**)

2. 작용법상 행정청

행정기관 중 조직을 대표하고 외부적 의사표시권한을 가진 행정기관으로서 **조직법상 행정청이 아니더라도**, 공무를 수행하는 범위 내에서 행정청의 지위가 인정됨(**기능적 의미의 행정청**)

3. 조례에 대한 항고소송

(1) 문제점

처분적 조례에 대한 항고소송상 피고적격

- ① 의결기관으로서 **지방의회** ② 집행기관으로서 **지방자치단체장**(또는 교육감)

(2) 판례(**지방자치단체장**)

16) 소송수행의 편의상 예외적으로 행정청에 대하여 일정한 인격을 부여하고 당사자능력을 인정함으로써, 그 피고지위를 인정함(단순한 소송수행)

지방자치단체의 내부적 의결기관으로서 지방자치단체의 의사를 외부에 표시할 권한이 없는 지방의회가 아니라, 지방자치단체의 집행기관으로서 조례로서의 효력을 발생시키는 공포권이 있는 지방자치단체장임

(3) 검토(집행기관)

- ① 의결기관 및 집행기관 모두 행정기관의 지위를 가짐(지방의회가 입법기관 아님)
- ② 행정청이란 행정기관 중 조직을 대표하여 외부적 의사표시 권한을 가지는 자를 말함
- ③ 조례의 공포권을 가지는 행정기관이 행정청이 됨
- 조례의 공포권을 가지는 집행기관으로서 지방자치단체장 및 교육감 = 피고적격
- ① 일반사무: 일반집행기관(지방자치단체장, 지방자치법26조②)
- ② 교육사무: 특별집행기관(교육감, 지방교육자치에관한법률14조③)

4. 지방의회 의장 불신임 등에 대한 항고소송

의사결정 및 의사표시 모두 지방의회에 의해 행해짐 → 항고소송상 피고적격 = 지방의회

- ① 지방의회 의장 불신임 의결에 대한 항고소송 ② 지방의회 의원 징계의결에 대한 항고소송(제명의결 포함)

IV. 처분 등을 행한 행정청

1. 문제점

정당한 권한이 없는 자의 처분 발령 → 누구를 상대로 항고소송을 제기하여야 하는가?

- ① 정당한 권한이 있는 자 ② 외부적 처분명의자

2. 외부적 관계에서의 처분명의자

정당한 권한 유무와 관계없이 처분 등을 한 행정청이 피고가 됨(외부적 관계에서의 처분명의자)

- ① 처분 등을 행한 행정청 = 자신의 이름으로 처분 등을 행한 행정청(행정소송법13조①본문)
- ② 정당한 권한 유무는 주체상 적법요건으로서 본안판단의 문제임

3. 권한위임

(1) 문제점

권한위임 후, 위임청의 처분발령

(2) 판례(외부적 처분명의자)

항고소송은 원칙적으로 소송의 대상인 행정처분 등을 외부적으로 그의 명의로 행한 행정청을 피고로 하여야 하는 것이며, 처분 등을 할 권한이 없는 행정청이 권한 없이 그의 명의로 한 처분에 대하여도 처분명의자인 행정청이 피고가 되어야 함

(3) 검토(외부적 처분명기자)

- ① 정당한 피고 = 정당한 권한이 있는 수입청
- ② **항고소송상 피고** = 외부적 처분명기자인 **위임청**

4. 내부위임**(1) 문제점**

내부위임 후, **수입청**의 처분발령

(2) 판례(외부적 처분명기자)

서울특별시장이 그 권한에 속하는 무허가제분업자의 신고를 수리할 권한을 관할 구청장에게 내부위임한 경우, 구청장이 그 명의로 불수리처분을 한 것은 위법이지만, 그 불수리처분에 대한 행정소송은 그 처분을 한 구청장으로 피고로 하여야 하고 서울특별시장을 피고로 하여서는 아니됨

(3) 검토(외부적 처분명기자)

- ① 정당한 피고 = 정당한 권한이 있는 위임청(내부적 사무처리의 편의도모 목적, 내부위임)
- ② **항고소송상 피고** = 외부적 처분명기자인 **수입청**

5. 권한대리**(1) 문제점**

권한의 대리 후, **대리청**의 처분발령

(2) 판례(외부적 처분명기자)

그 납입고지권자 명이가 농어촌진흥공사로 되어 있고 달리 대리관계 등이 표시되어 있지 아니하므로 그 처분을 외부적으로 한 행정청은 농어촌진흥공사라 보아야 할 것이고, 농어촌진흥공사에게 정당한 권한이 있는지 여부를 불문하고 위 처분의 취소를 구하는 항소소송의 피고는 농어촌진흥공사가 되어야 할 것임¹⁷⁾

(3) 검토(외부적 처분명기자)

- ① 정당한 피고 = 정당한 권한이 있는 피대리청(사실상 권한을 대행하도록 대리권 수여에 불과, 권한의 대리)

17) 예외적 판례

대리권을 수여받은 데 불과하여 그 자신의 명의로는 행정처분을 할 권한이 없는 행정청의 경우 대리관계를 밝힘이 없이 그 자신의 명의로 행정처분을 하였다면 그에 대하여는 처분명기자인 당해 행정청이 항고소송의 피고가 되어야 하는 것이 원칙이지만, 비록 대리관계를 명시적으로 밝히지는 아니하였다 하더라도 처분명자가 피대리 행정청 산하의 행정기관으로서 실제로 피대리 행정청으로부터 대리권한을 수여받아 피대리 행정청을 대리한다는 의사로 행정처분을 하였고 처분명자는 물론 그 상대방도 그 행정처분이 피대리 행정청을 대리하여 한 것임을 알고서 이를 받아들인 예외적인 경우에는 피대리 행정청이 피고가 되어야 한다. 근로복지공단의 이사장으로부터 보험료의 부과 등에 관한 대리권을 수여받은 지역본부장이 대리의 취지를 명시적으로 표시하지 않고서 산재보험료 부과처분을 한 경우, 그러한 관행이 약 10년간 계속되어 왔고, 실무상 근로복지공단을 상대로 산재보험료 부과처분에 대한 항고소송을 제기하여 온 점 등에 비추어 지역본부장은 물론 그 상대방 등도 근로복지공단과 지역본부장의 대리관계를 알고 받아들였다는 이유로, 위 부과처분에 대한 항고소송의 피고적격이 근로복지공단에 있다(대판 2006.2.23. 2005부4)

- ② 항고소송상 피고 = 외부적 처분명의자인 대리청

V. 합의제 행정관청

- ① 원칙: 독임제 행정청 외의 합의제 행정관청 역시 항고소송상 피고의 지위를 가짐
 ② 예외: 중앙노동위원회 위원장(노동위원회법27조①18)

VI. 권한의 승계

처분등이 있는 뒤에 그 관계되는 권한이 다른 행정청에 승계된 때에는 이를 승계한 행정청이 피고임
 (행정소송법13조①단서)

VII. 행정청의 소멸

행정청이 없게 된 때에는 그 처분등에 관한 사무가 귀속되는 국가 또는 공공단체가 피고임(행정소송법13조②)

VIII. 피고경정

원고가 피고를 잘못 지정한 때에는 법원은 원고의 신청에 의하여 결정으로써 피고의 경정을 허가할 수 있음
 (행정소송법14조①)

18) 노동위원회법 제27조①

중앙노동위원회의 처분에 대한 소는 중앙노동위원회위원장을 피고로 하여 처분의 통지를 받은 날부터 15일 이내에 이를 제기하여야 한다.



08 행정소송상 소송참가 ★★★



I. 의의

소송당사자 외의 이해관계 있는 제3자나 다른 행정청이 타인 간의 계속 중인 소송절차에 참여하는 것

- ① 제3자의 소송참가: 행정소송법 제16조 ② 행정청의 소송참가: 행정소송법 제17조

II. 목적

판결의 효력이 참가인에게도 미치게 되므로, 참가인은 자기의 이익을 위하여 공격·방어방법을 제출함

- ① 제3자의 소송참가: 판결의 대세효(판결의 효력이 소송상 제3자에게 미침)
② 행정청의 소송참가: 판결의 기속력(판결의 효력이 관계행정청에게 미침)

III. 종류

- ① 참가주체: 제3자 소송참가 + 행정청의 소송참가
② 신청유무: 신청에 의한 소송참가 + 직권에 의한 소송참가
③ 참가동기: 단순한 소송참가 + 필요적 소송참가(행정소송법상 규정 없음)

IV. 제3자의 소송참가

1. 근거규정

법원은 소송의 결과에 따라 권리 또는 이익의 침해를 받을 제3자가 있는 경우에는 당사자 또는 제3자의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 제3자를 소송에 참가시킬 수 있다(행정소송법16조①)

- ① 제3자효 행정행위의 상대방을 보호하기 위한 제도 ○
- 제3자 소송참가: 소송계속 중 / 재심청구: 확정판결 후
② 제3자효 행정행위의 제3자를 보호하기 위한 제도 ×

2. 참가요건

- ① 타인 간의 소송계속 중(심급불문, 상고심 포함)
② 이해관계 있는 제3자(소송의 결과에 의해 권익침해)
- 이해관계: 단순한 이해관계 ×(사실상·반사적 이익 ×), 법률상의 이해관계 ○(법률상 이익 ○)¹⁹⁾

- 제3자: 소송당사자 외의 자(국가나 공공단체 포함, 당사자능력 없는 행정청은 미포함)
- 권익침해: **판결의 형성력**에 의한 권익침해(제3자효 행정행위), **기속력**에 따른 재처분에 의한 권익침해(거부처분)
- 소송의 결과: **소송물** 자체에 대한 최종적 판단

3. 참가절차

(1) 신청에 의한 참가

- ① 당사자 또는 제3자의 **신청** → 법원의 **허가** 또는 **각하결정**
- ② 법원은 **참가결정**을 하기 전에, 미리 **당사자 및 제3자의 의견**을 들어야 함(행정소송법16조②)

(2) 직권에 의한 참가

- ① 법원이 **직권**으로 제3자의 소송참가를 **명령**함
- ② 법원은 **참가명령**을 하기 전에, 미리 **당사자 및 제3자의 의견**을 들어야 함(행정소송법16조②)

4. 불복

참가신청을 한 제3자 → 신청에 대한 **각하결정**에 대하여, **즉시항고**(행정소송법16조③)

5. 소송참가인의 지위

공동소송적 보조참가인

- ① **공동소송인**의 지위(피참가인과의 관계)
 - 민사소송법 제67조 준용(행정소송법16조④) → 필수적 공동소송에 있어서, **공동소송인**에 준하는 지위
 - 피참가인의 소송행위에 **어긋나는 경우**에도 참가인의 **소송행위의 효력이 있음**²⁰⁾
- ② **보조참가인**의 지위(상대방과의 관계)
 - 참가인이 상대방에 대한 **독자적인 소송**을 진행하는 것은 아님

V. 행정청의 소송참가

1. 근거규정

19) 판례

1. 대판 2000.9.8. 99다26924

특정 소송사건에서 당사자 일방을 보조하기 위하여 보조참가를 하려면, **당해 소송의 결과에 대하여 이해관계**가 있어야 하고, 여기서 말하는 이해관계라 함은 **사실상, 경제상 또는 감정상의 이해관계가 아니라 법률상의 이해관계**를 가리킨다.

2. 대판 2003.5.30. 2002두11073

학교법인의 이사 겸 이사장에 대한 임원취임승인취소처분 취소소송에 대하여 관할청인 피고를 돕기 위하여 이사장직무대행자가 학교법인의 이름으로 보조참가를 하는 경우, 이는 위 **취소소송의 결과에 의하여 그 법률상의 지위가 결정되는 관계**로서 보조참가의 요건인 **법률상 이해관계**에 해당한다.

20) 어긋나는 행위 vs 분리 가능한 행위 ← 공동소송인은 **모두의 이익**을 위한 행위만이 효력이 인정됨(민사소송법67조①)

1. **어긋나는 행위**: 소송참가 하는 제3자는 피고행정청과 다른 이유로 당해 처분등의 적법성을 주장할 수 있음(피참가인에게 **유리한 행위**)

2. **분리가능한 행위**: 소송참가 하는 제3자가 당해 처분등의 위법성을 주장할 수는 없음(피참가인에게 **불리한 행위**)

법원은 다른 행정청을 소송에 참가시킬 필요가 있다고 인정할 때에는 당사자 또는 당해 행정청의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 행정청을 소송에 참가시킬 수 있다(행정소송법17조①)

2. 참가요건

- ① 타인 간의 **소송계속** 중(심급불문, **상고심** 포함)
- ② 다른 행정청
 - **관계행정청**(피고행정청 외의 행정청, 계쟁 처분등에 관계 있는 행정청)
- ③ 소송참가 필요성
 - **소송자료의 확보** 및 적정한 심리·재판의 실현

3. 참가절차

(1) 신청에 의한 참가

- ① 당사자 또는 행정청의 **신청** → 법원의 **허가** 또는 **각하결정**
- ② 법원은 참가결정을 하기 전에, 미리 **당사자 및 당해 행정청의 의견**을 들어야 함(행정소송법17조②)

(2) 직권에 의한 참가

- ① 법원이 **직권**으로 행정청의 소송참가를 **명령**함
- ② 법원은 참가명령을 하기 전에, 미리 **당사자 및 당해 행정청의 의견**을 들어야 함(행정소송법17조②)

4. 불복

참가신청을 한 행정청 → 신청에 대한 각하결정에 대하여, **불복불가**(행정소송법상 **불복규정 없음**, 다수설)

5. 소송참가인의 지위

단순한 보조참가인

- ① 민사소송법 제76조 준용(행정소송법17조③) → **보조참가인**에 준하는 지위
- ② 피참가인의 소송행위에 **어긋나는 경우에는** 참가인의 **소송행위의 효력이 없음**



최소소송상 협의의 소익(권리보호이익)



I. 의의

원고의 청구가 소송을 통하여 분쟁을 해결할 만한 **구체적인 이익** 및 **현실적인 필요성**이 있는지의 문제 (권리보호필요성, 본안판단의 필요성, 재판의 필요성)

II. 행정소송법 제12조 2문

최소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다. 처분등의 효과가 기간의 경과, 처분등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에는 또한 같다.

III. 부인사유²¹⁾

1. 처분의 효력 소멸

- ① **기간의 경과**(영업정지 등) ② **집행의 종료**(대집행실행, 압류, 행정상 즉시강제, 직접강제 등)
- ③ **후행처분의 발령**(단계적 행정결정, 공급거부요청, 관허사업제한요청 등)

2. 이익침해 상황의 해소

- ① 국가고시 불합격처분 이후, **다음해 시험 합격**
- ② 국·공립 고등학교 퇴학처분 이후, **고등학교졸업 학력인정 검정고시 합격**

3. 원상회복의 불가능

- ① **공무원 정년도달**(파면처분, 해임처분, 직권면직) ② **지방의원 임기만료**(제명의결) ③ **대집행실행**

IV. 예외적 인정사유

1. 부수되는 이익

- ① 명예·신용 등 회복될 수 있는 **인격적 이익**이 존재하는 경우
- ② 월정수당, (퇴직)급여청구 등 회복될 수 있는 **재산적 이익**이 존재하는 경우

21) 그 밖의 부인사유

- ① 보다 용이한 방법으로 권익구제가 가능한 경우
- ② 기본행위의 하자를 이유로 한 인가처분에 대한 취소소송

- ③ 다른 권리구제 방법이 존재하지 않는 경우

2. 가중제재처분규정

처분의 외형이 잔존함으로 인해 가중제재처분에 따른 **장래의 불이익** 발생이 예견되는 경우

V. '법률상 이익'의 의미

1. 문제점

- ① 행정소송법상 별도의 **협의를 소익 규정**이 없음
- ② 행정소송법 제12조의 **제목**은 **원고적격**임
- ③ 행정소송법 제12조 1문 및 2문 모두 '**법률상 이익**'을 요구함

2. 학설

(1) 원고적격설(입법비과오설)

1) 원고적격 규정

- ① 행정소송법 제12조의 **제목**이 **원고적격**인 것은 **입법비과오**임(법률상 이익이 있는 者)
- ② 제12조 1문: **원고적격 일반규정**(처분의 효력이 존속 중, 취소를 구할 법률상 이익이 있는 者)
- ③ 제12조 2문: **원고적격 예외규정**(처분의 효력이 소멸 후, 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 者)

2) 법률상 보호이익

- ① 취소소송은 **형성소송**에 해당함(행정소송법29조)
- ② 행정소송법 제12조 **소정**의 법률상 이익 = **법률상 보호이익**(법률상보호이익설)

(2) 협의의 소익설(입법과오설)

1) 협의의 소익 규정

- ① 행정소송법 제12조의 **제목**이 **원고적격**인 것은 **입법과오**임
- ② 제12조 1문: **원고적격 일반규정**(처분의 효력이 존속 중, 취소를 구할 법률상 이익, 주관적 문제)
- ③ 제12조 2문: **협의의 소익 예외규정**(처분의 효력이 소멸 후, 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익, 객관적 문제)

2) 위법확인의 정당한 이익

- ① **형성소송**으로서 취소소송(처분의 효력이 존속 중), **객관적 확인소송**으로서 취소소송(처분의 효력이 소멸 후)
- ② 행정소송법 제12조 **1문** 법률상 이익 = **법률상 보호이익**(법률상보호이익설)

③ 행정소송법 제12조 2문 법률상 이익 = 위법확인의 정당한 이익(적법성보장설)

3. 판례(원고적격설)

행정소송법 제12조 소정의 '법률상 이익'은 당해 처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우를 말함(간접적, 사실적, 경제적 이해관계는 제외됨)

4. 검토(협의의 소익설)

- ① 처분의 효력이 소멸 후, 당해 처분 자체의 근거법률에 의하여 보호되는 직접적 이익은 부정됨
- ② 행정소송법 제12조 2문의 법률상 이익을 법률상 보호이익으로 본다면, 입법과오가 됨
- ③ 원고적격은 일반규정만 있고, 협의의 소익은 예외규정만 있음

VI. '법률상 이익'의 인정범위

1. 문제점

행정소송법 제12조 2문 '법률상 이익'이 구체적 사안에서 인정될 수 있는지(법률상 이익의 인정범위에 따라 달라짐)

2. 학설

(1) 법률상 보호이익설

- ① 행정소송법 제12조 2문 법률상 이익 = 법률상 보호이익(법률상보호이익설)
- ② 오직 '법률상 위험'이 존재하는 경우

(2) 확대된 법률상 보호이익설

- ① 행정소송법 제12조 2문 법률상 이익 = 확대된 법률상 보호이익(보호가치있는이익구제설)
- ② '법률상 위험'이 존재하는 경우 + 부수되는 이익(인격적 이익, 재산적 이익, 사회적 이익 등)

(3) 위험성 확인이익설(위법성확인이익설, 위법확인의 정당한 이익설)

- ① 행정소송법 제12조 2문 법률상 이익 = 위법성 확인의 정당한 이익(적법성보장설)
- ② '법률상 위험'이 존재하는 경우 + 모든 위험성 확인의 이익

3. 판례

(1) 부수되는 이익

1) 종래판례(법률상보호이익설)

- ① 자격정지처분의 기간이 경과된 이상, 명예·신용 등 인격적 이익침해가 잔존하더라도 법률상 이익은 없

음²²⁾

② 지방의원의 임기가 만료된 이상 제명처분을 취소하더라도 **지위회복이 불가능**하므로 **법률상 이익은 없음**²³⁾

2) 최근판례(**확대된 법률상보호이익설**)

① 지방의원의 임기가 만료되었더라도 제명처분의 취소를 통해 **월정수당 지급청구**가 가능하므로 **법률상 이익이 있음**²⁴⁾

② 공무원이 정년에 도달하였더라도 파면처분의 취소를 통해 **급여청구**가 가능하므로 **법률상 이익이 있음**²⁵⁾

③ 고등학교졸업학력검정고시 합격하였더라도 퇴학처분의 취소를 통해 **신분·명예가 회복**되므로 **법률상 이익이 있음**²⁶⁾

(2) 가중제재처분규정

1) 종래판례(**법률상보호이익설**)

대중음식점영업정지의 기간이 경과하여 효력이 상실된 이상, **식품위생법 시행규칙**에 위반횟수에 따른 **가중요건**이 규정되어 있다고 하더라도 법률상 이익은 없음(식품위생법 시행규칙은 **행정명령**에 불과함)²⁷⁾

2) 최근판례(**위험성 확인이익설**)

환경영향평가법 시행규칙에 **가중요건**이 규정되어 있더라도, 그것이 법규명령에 규정되어 있는지와 상관 없이 **공무원의 법령준수의무**를 고려할 때 그 처분의 존재로 인한 **장래의 불이익**은 구체적이고 현실적인 것이므로 **법률상 이익이 있음**(환경영향평가대행업자사건)²⁸⁾

4. 검토

(1) 부수되는 이익(**확대된 법률상보호이익설**)

국민의 실질적 권리구제 차원에서 **부수되는 이익**을 인정함이 타당함

(2) 가중제재처분규정(**위험성확인이익설**)

국민의 실질적 권리구제 차원에서 처분의 외형이 잔존함으로 인한 **장래의 불이익 회피이익**을 인정함이 타당함

22) 처분의 효력소멸(기간의 경과, 부인사유) + 부수되는 이익(명예·신용, 부정) → 법률상 이익(부정)

23) 원상회복불가(의원지위 회복불가, 부인사유) + 부수되는 이익(월정수당, 부정) → 법률상 이익(부정)

24) 원상회복불가(의원지위 회복불가, 부인사유) + 부수되는 이익(월정수당, 긍정) → 법률상 이익(긍정)

25) 원상회복불가(공무원지위 회복불가, 부인사유) + 부수되는 이익(급여청구, 긍정) → 법률상 이익(긍정)

26) 이익침해상황 해소(대학입학자격 및 학력인정, 부인사유) + 부수되는 이익(신분·명예, 긍정) → 법률상 이익(긍정)

27) 종래판례: 법률 및 시행령에 가중요건이 있는 경우에만, 예외적으로 법률상 이익을 인정하였음

28) 법정가중요건

① 법률: 의사면허자격정지의 기간이 경과되었더라도 그 전력이 의료법상 가중요건이 된다면 법률상 이익이 있음

② 시행령: 가중요건에 대한 규정이 법률뿐만 아니라 대통령령으로 규정되어 있는 경우에도 법률상 이익이 있음

10

행정심판 전치주의 ★★★



I. 행정심판 전치주의

1. 의의

행정심판을 거치는 것을 행정소송 제기를 위한 **필요적인 전심절차**로 하는 제도(**필요적 행정심판 전치주의**)

2. 근거와 결함

(1) 근거

- ① 자율적 행정통제의 확보(자기통제) ② 신속한 권리구제(짧은 재결기간)
- ③ 행정청의 전문지식의 활용(법원의 비전문성) ④ 소송경제의 확보(법원의 부담경감)

(2) 결함

- ① 행정청의 심사에 따른 공정성(낮은 인용률) ② 짧은 청구기간으로 인한 불가쟁의 발생(청구기간 도과)

3. 행정심판의 범위

- ① **일반 행정심판**: 행정심판법상 행정심판(**행정심판에 관한 일반법**)
- ② **특별 행정심판**: 개별법상 행정심판(**행정심판에 관한 특별법**)

II. 임의적 행정심판 전치주의 - 원칙

1. 의의

행정소송을 제기함에 있어 **행정심판을 거치지 않고도** 소송을 제기할 수 있는 제도

2. 실정법상 근거

취소소송은 법령의 규정에 의해 당해 처분에 대한 행정심판을 제기할 수 있는 경우에도 이를 거치지 아니하고 제기할 수 있다(행정소송법18조①본문)

III. 필요적 행정심판 전치주의 - 예외

1. 실정법상 근거

다른 법률에 당해 처분에 대한 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 취소소송을 제기할 수 없다는 규정이 있는 때에는 그러하지 아니하다(행정소송법18조①단서, **임의적 행정심판 전치주의 예외**)

2. 다른 법률

국가공무원 노동조합의 심민 도사님이 장하게 발이 커서 감사합니다

	적용처분	행정심판
1	국세처분(국세기본법56조②, 관세법120조②, 지방세처분 아님)	① 심사청구(국세청장, 관세청장) ② 심판청구(국세심판원)
2	공무원 불이익 처분(국가공무원법16조①, 지방공무원법20조의2 교육공무원법53조①, 57조①)	소청심사(소청심사위원회)
3	노동위원회의 불구제처분(재결주의, 노동위원회법27조① 노동조합및노동관계조정법85조②)	재심심청(중앙노동위원회)
4	도로교통법상 처분(도로교통법142조, 운전면허정지·취소처분 등)	행정심판(중앙행정심판위원회 소위원회)
5	사용료 등 징수처분(지방자치법140조⑤, 사용료·수수료·분담금 등)	이의신청(지방자치단체장)
6	징발보상금지급처분(징발법24조의2)	재심청구(징발보상심의회)
7	토지거래허가 처분(국토의계획및이용에관한법률120조①, 토지거래허가구역 內)	이의신청(도시계획위원회)
8	감사원의 감사를 받는 자의 직무처분(감사원법46조의2)	심사청구(감사원)

3. 전치요건

(1) 심사청구의 적법성

- ① 당해 처분에 대한 적법한 행정심판일 것을 요함
- ② 부적법한 심판청구에 대한 본안재결 → 행정심판 전치요건 ×
- ③ 적법한 심판청구에 대한 각하재결 → 행정심판 전치요건 ○

(2) 인적 관련성

- ① 당해 처분에 대한 행정심판일 것을 요함
- ② 반드시, 행정소송의 원고와 행정심판의 청구인이 동일인이어야 하는 것 아님
- ③ 동종사건에 대한 기각재결이 있는 경우, 행정심판 생략 가능(행정소송법18조③1호, 특히, 공동소송)

(3) 물적 관련성

- ① 당해 처분에 대한 행정심판일 것을 요함
- ② 행정심판과 행정소송의 대상으로서 처분은, 동일한 처분이어야 함

(4) 내용적 관련성

- ① 당해 처분에 대한 행정심판일 것을 요함
- ② 반드시, 행정소송과 행정심판에서 주장하는 청구사유가 동일한 내용이어야 하는 것 아님

4. 전치요건 심사

행정심판 전치여부는 **행정소송의 소송요건**으로서, 법원의 **직권심사 사항**에 해당함

5. 전치요건 판단

행정심판 전치여부는 **행정소송의 소송요건**으로서, **사실심 변론종결시**를 기준으로 판단함

- ① 소제기시 행정심판을 거치지 않았더라도, **바로 각하판결** 하지 아니함
- ② **행정심판의 예외사유**가 인정되는 경우, **본안판단**을 진행함
- ③ 더 이상 **행정심판을 거칠 수 없는 경우**, **각하판결**의 대상이 됨

6. 전치주의 완화

(1) 행정심판의 **재결을 거치지 아니하여도** 되는 경우(행정소송법18조②)

- ① 재결기간(60일) 내에 재결이 없는 경우 ② 중대한 손해예방의 긴급한 필요가 있는 경우
- ③ 행정심판의 진행이 불가능한 경우 ④ 그 외 정당한 사유가 있는 경우

(2) 행정심판을 **청구하지 아니하여도** 되는 경우(행정소송법18조③)

- ① 동종사건에 대한 기각재결이 있는 경우 ② 관련처분 또는 단계적 처분에 대한 행정심판을 거친 경우
- ③ 처분 변경에 따른 소제기의 경우 ④ 행정심판을 거치지 않아도 된다고 오고지 한 경우

7. 전치제도 적용범위

(1) 항고소송

- ① **취소소송**: 행정심판 전치주의 **적용 ○**(행정소송법18조①)
- ② **무효등확인소송**: 행정심판 전치주의 **적용 ×**(행정소송법18조①, 38조①)
- ③ **부작위위법확인소송**: 행정심판 전치주의 **적용 ○**(행정소송법18조①, 38조②)

(2) 무효선언을 구하는 취소소송

1) 문제점

형식 = **취소소송**(행정심판 적용○) / **실질** = **무효확인소송**(행정심판 적용×)

2) 학설

- ① **긍정설**: 무효와 취소 구별의 상대성, 취소소송의 형식을 취함
- ② **부정설**: 무효확인소송의 실질을 가짐

3) 판례(**긍정설**)

외견상 존재하는 행정처분에 관하여 권한 있는 기관에 의한 취소를 구하고 있음

4) 검토(부정설)

- ① 국민의 권리구제의 관점에서, 무효확인을 구하는 실질을 중시하여야 함
- ② 그렇지 않은 경우, 무효확인소송으로 소변경이 가능함

(3) 당사자소송

당사자소송은 행정심판 전치주의 적용을 받지 아니함

- ① 행정소송법은 당사자소송에 행정심판 전치주의 규정을 준용하지 아니함(행정소송법18조①, 44조①)
- ② 행정심판에는 항고심판만이 존재함(당사자심판의 부존재)



제소기간 ★★★



I. 의의

행정소송의 제기가 허용되는 기간

II. 근거

- ① 공익과 밀접한 관련을 맺고 있는 행정처분을 **장기간 분쟁의 대상**으로 남겨두는 것은 **바람직하지 않음**
- ② **행정의 신속한 확정** 및 **공정력 보장**(제소기간 도과에 따른 불가쟁력)²⁹⁾

III. 안 날부터 90일, 있는 날부터 180일

처분 등이 있음을 **안 날**로부터 90일(행정소송법20조①) / 처분 등이 **있음** 날로부터 1년(행정소송법20조②)

- ① 둘 중의 **어느 한 기간**이 경과하면, 제소기간 만료(불가쟁력 발생)
- ② 연속하여 행해지는 **단계적 처분**의 경우, 각 처분마다 제소기간 **개별적 적용**(판례)

IV. 행정심판을 거치지 않은 경우

1. 처분이 있음을 안 날

(1) 처분이 있음을 안 경우

- ① 「처분이 있음을 안 경우(특히, **처분상대방**)」 → 처분이 있음을 안 날로부터 **90일**(행정소송법20조①본문)
- ② 불변기간(행정소송법20조③)

(2) 처분이 있음을 안 날

처분이 있었음을 **현실적으로 알게 된 날**(추상적으로 알 수 있었던 날 ×)

- ① 행정처분의 **위법여부**를 판단한 날 ×
- ② **특정인에 대한 공고**에 의해 행해진 처분 포함
- ③ 당사자의 주소에 송달되는 등 **당사자가 알 수 있는 상태**에 놓여진 때 처분이 있음을 알았다고 추정
- ④ **불특정 다수인에 대한 고시** 또는 공고에 의하여 행해진 처분의 경우, **고시의 효력**이 발생하는 날

(3) 불고지·오고지

29) 행정행위의 잠정적 통용력으로서 공정력은 제소기간이 도과함으로써 영구적 통용력인 불가쟁력으로 전환됨

행정심판법상 **불고지·오고지**에 따른 불이익 방지 규정은, 행정소송에 **적용되지 아니함**(판례)

(4) 예외적 제소기간(**불가항력과 불변기간 예외**)

- ① 처분이 있음을 안 날로부터 90일 → **불변기간**(법원이 임의로 늘어거나 줄일 수 없는 기간. 행정소송법20조③)
- ② **불가항력**에 따른 불변기간의 예외인정(**14일 이내 소송행위 추완**, 행정소송법8조②, 민사소송법173조)

2. 처분이 있는 날

(1) 처분이 있음을 알지 못한 경우

- ① 「처분이 있음을 알지 못한 경우(특히, **처분상 제3자**)」 → 처분이 있는 날부터 **1년**(행정소송법20조②본문)
- ② **정당한 사유**가 있는 경우, 예외인정(행정소송법20조②단서)

(2) 처분이 있는 날

처분이 통지에 의하여 외부에 표시되고 그 **효력이 발생한 날**

(3) 예외적 제소기간(**제3자호 행정행위와 정당한 사유**)

1) 원칙적 청구기간

- ① **원칙**: 처분상 제3자는 처분이 있음을 **알 수 없음** → 처분이 있는 날부터 **1년**
- ② **예외**: 처분상 제3자가 처분이 있음을 쉽게 알 수 있는 경우 → 처분이 있음을 안날로부터 90일

2) 예외적 청구기간

처분상 제3자의 경우, 특별한 사정이 없는 한 「**정당한 사유**」가 인정됨(행정소송법20조②단서)

V. 행정심판을 거친 경우

1. 재결이 있음을 안 날

「**정본을 송달받은 경우**」 → 재결서의 정본을 송달받은 날로부터 **90일**(취소소송, 부작위위법확인소송)

2. 재결이 있는 날

「**정본을 송달받지 못한 경우**」 → 재결이 있는 날부터 **1년**(취소소송, 부작위위법확인소송)

VI. 제소기간 준수여부 심사

제소기간 준수여부는 **행정소송의 소송요건**으로서, 법원의 **직권심사 사항**에 해당함

VII. 제소기간 준수여부 판단

1. 전치요건 판단

제소기간 준수여부는 **행정소송의 소송요건**이나, 원칙적으로 **소제기시**를 기준으로 판단함

2. 소의 변경

(1) 소의종류 변경

새로운 소에 대한 제소기간의 준수여부 → **당초의 소**가 제기된 때

(2) 청구취지 변경

새로운 소에 대한 제소기간의 준수여부 → **소의 변경**이 있을 때

VIII. 제소기간 적용범위

(1) 항고소송

- ① **취소소송**: 제소기간 **적용** ○(행정소송법20조)
- ② **무효등확인소송**: 제소기간 **적용** ×(행정소송법120조, 38조①)
- ③ **부작위위법확인소송**: 행정심판의 재결을 거쳤는지 여부에 따라, 제소기간 적용여부가 달라짐
 - 행정심판 ○: 제소기간 **적용** ○ / 행정심판 ×: 제소기간 **적용** ×(행정소송법18조①, 38조②)

(2) 무효선언을 구하는 취소소송

1) 문제점

형식 = **취소소송**(제소기간 적용○) / **실질** = **무효확인소송**(제소기간 적용×)

2) 학설

- ① **긍정설**: 무효와 취소 구별의 상대성, 취소소송의 형식을 취함
- ② **부정설**: 무효확인소송의 실질을 가짐

3) 판례(**긍정설**)

제소기간의 준수 등 취소소송의 제소요건을 갖추어야 함

4) 검토(**부정설**)

- ① **국민의 권리구제**의 관점에서, 무효확인을 구하는 **실질을 중시**하여야 함
- ② 그렇지 않은 경우, 무효확인소송으로 **소변경**이 가능함

(3) 당사자소송

당사자소송은 **제소기간의 제한을 받지 않음**

- ① 행정소송법은 당사자소송에 제소기간 규정을 **준용하지 않음**(행정소송법20조, 44조①)
- ② **소멸시효** 적용되어 권리가 상실한 경우, 본안에서 **기각**될 뿐임

12

관련청구소송의 이송과 병합 ★★

□□□

I. 의의

서로 **관련되는** **수개의** **청구**를 병합하여 **하나의** **소송절차**에서 통일적으로 심판하는 것

- ① 당사자 및 법원의 **부담의 경감** ② 심리의 중복과 **재판의 지축**을 피하면서, 사건을 한 번에 해결
- ③ 국민의 **신속한 재판**을 받을 권리 보장

II. 관련청구소송

1. 당해 처분등과 관련되는 손해배상·부당이득·원상회복 등 청구소송

(1) ‘관련’의 의미

- ① 발생원인: 당해 처분등이 **병합되는** **청구의 원인**이 됨
- ② 선결문제: 당해 처분등이 **병합되는** **청구의 재판을 위한 필수적인 전제**가 됨(처분등에 대한 심사 가능성)

(2) 관련청구소송³⁰⁾

① 손해배상청구소송

- 발생원인: 당해 **위법한** **처분등**이 **사실상 원인**이 되어 발생한 손해에 대한 손해배상청구소송
- 선결문제: 당해 처분등의 **위법성 심사**(위법한 영업정지처분을 인한 정지기간 중 영업손해)

② 부당이득반환청구소송

- 발생원인: 당해 처분등이 **법률상 원인**이 되어 발생한 과오납에 대한 반환청구소송
- 선결문제: 당해 처분등의 **효력유무 심사**(위법한 과세처분으로 인한 과오납)

③ 결과제거청구소송

- 발생원인: 당해 처분등이 **사실상 원인**이 되어 발생한 위법한 결과에 대한 결과제거청구소송
- 선결문제: 당해 처분등의 **효력유무 심사**(승용차 압류처분에 대한 취소 이후, 미반환 상태의 결과)

30) 손실보상청구소송

행정소송법은 관련청구소송의 범위 내에 손실보상청구소송에 관한 명시적 규정을 두고 있지 않음(재산권 침해의 발생원인이 공권력 행사임)

2. 당해 처분등과 관련되는 취소소송

(1) '관련' 의 의미

- ① 일련의 단계적 절차 ② 원처분과 행정심판의 재결 ③ 다른 사람

(2) 관련청구소송

① 일련의 단계적 절차

- 당해 처분과 하나의 절차를 구성하는 다른 처분에 대한 취소소송

(행정대집행 절차, 강제징수 절차 등, 예: 압류처분에 대한 취소소송과 공매처분에 대한 취소소송)

② 원처분과 행정심판의 재결

- 원처분에 대한 취소소송과 재결에 대한 취소소송(재결에 대한 취소소송만으로는 원처분을 제거할 수 없음)

③ 다른 사람

- 동일한 처분등에 다른 사람의 취소소송(특히, 불특정 다수인을 대상으로 하는 일반처분에 대한 취소소송)

III. 관련청구소송의 이송

1. 의의

취소소송과 관련청구소송이 각각 다른 법원에 계속되고 있는 경우에 관련청구소송이 계속된 법원이 상당하다고 인정하는 때에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 이를 취소소송이 계속된 법원으로 이송할 수 있다(행정소송법10조①)

2. 이송요건

① 각각 다른 법원에 계속 중

- 취소소송의 수소법원(행정법원) ≠ 이송·병합할 관련청구소송의 수소법원(민사법원)

② 이송의 상당성 인정

- 이송하여 병합·심리하여야 하는 상당한 이유(관련청구소송이라고 하여, 당연히 이송되는 것 아님)

3. 이송절차

(1) 신청에 의한 이송

- 당사자의 신청 → 법원의 허가 또는 각하결정(당사자 = 관련청구소송의 원고, 피고, 참가인 포함)

(2) 직권에 의한 이송

관련청구소송이 계속된 법원의 직권에 의한 이송 가능

4. 이송범위

무효등확인소송, 부작위위법확인소송, 당사자소송, 민중소송, 기관소송 **준용**

- ① 무효등확인소송(행정소송법38조①) ② 부작위위법확인소송(행정소송법38조②)
③ 당사자소송(행정소송법44조①) ④ 민중소송(행정소송법46조①) ⑤ 기관소송(행정소송법46조①)

5. 이송효과

(1) 이송 받은 법원 기속(행정소송법8조②, 민사소송법38조)³¹⁾

- ① 소송을 이송받은 취소소송이 계속된 법원은, 관련청구소송이 계속된 법원의 **이송결정에 기속**됨
② 소송을 이송받은 취소소송이 계속된 법원은, **다시 다른 법원에 이송이 금지**됨

(2) 결정에 대한 불복(행정소송법8조②, 민사소송법39조)³²⁾

- ① 관련청구소송의 당사자 → **이송결정에 대하여, 즉시항고**
② 이송신청을 한 당사자 → **신청에 대한 각하결정에 대하여, 즉시항고**

(3) 이송확정의 효력(행정소송법8조②, 민사소송법40조①)³³⁾

- 이송결정이 확정되면 당해소송은 **처음부터** 이송받은 법원에 계속된 것으로 의제함
- 관련청구소송의 경우와 달리, 취소소송의 경우에는 **제소기간의 제한**이 있음(이송된 시점으로 보면, **각하**됨)

IV. 관련청구소송의 병합

1. 의의

취소소송에는 사실심³⁴⁾의 변론종결시까지 관련청구소송을 병합하거나 피고 외의 자를 상대로 한 관련청구소송을 취소소송이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다(행정소송법10조②)

2. 목적

취소소송과 관련청구소송은 **형식적으로 독립된 별개의 소송임**(소송의 종류 및 피고가 다름)

31) 민사소송법 제38조

① 소송을 이송받은 법원은 이송결정에 따라야 한다.
② 소송을 이송받은 법원은 사건을 다시 다른 법원에 이송하지 못한다.

32) 민사소송법 제39조

이송결정과 이송신청의 기각결정(棄却決定)에 대하여는 즉시항고(即時抗告)를 할 수 있다.

33) 민사소송법 제40조

① 이송결정이 확정된 때에는 소송은 처음부터 이송받은 법원에 계속(係屬)된 것으로 본다.

34) 사실심과 법률심

1. 사실심: 사실문제와 법률문제를 판단하는 심급(제1심 및 제2심으로서 항소심)
2. 법률심: 법률문제만 판단하는 심급(제3심으로서 상고심)

① 취소소송은 행정소송으로서 행정청이 피고임 ② 관련청구소송은 민사소송으로서 국가등이 피고임

→ BUT, 양 소송은 동일한 사건에 대한 표리관계(실제로는 하나의 동일 사건)

① 당사자 및 법원의 부담의 경감 ② 심리의 중복과 재판의 저축을 피하면서, 사건을 한 번에 해결

③ 국민의 신속한 재판을 받을 권리 보장

3. 병합의 형태

(1) 종류

① 객관적 병합·주관적 병합 ② 원시적 병합·추가적 병합 ③ 단순병합·예비적 병합·선택적 병합

(2) 객관적 병합, 주관적 병합³⁵⁾

1) 객관적 병합

같은 원고와 같은 피고 간에 하나의 소송절차에서 수개의 청구를 하는 것(행정소송법10조②전단, 원시적 병합 및 추가적 병합 모두 가능)

① 민사소송법: 동종의 소송절차에 의하는 경우에만 병합 가능(민사소송법253조, 관련청구 不要)³⁶⁾

② 행정소송법: 이종의 소송절차에 의하는 경우에도 병합 가능(행정소송과 민사소송)

2) 주관적 병합

원고·피고 어느 일방 또는 쌍방 측의 당사자가 다수인 경우에 있어서 하나의 소송절차에서 수개의 청구를 하는 것(원시적 병합 및 추가적 병합 모두 가능)

① 관련청구소송의 주관적 병합(행정소송법10조②후단)

② 공동소송으로서 주관적 병합(행정소송법15조)

3) 주관적·예비적 병합 인정문제

가. 문제점

주관적·예비적 병합이 가능한지(서로 양립할 수 없는 수개의 청구인, 예비적 병합 가능성)

① 행정청을 피고로 하는 취소소송(주위적 청구)과 국가등을 피고로 하는 손해배상청구소송(예비적 청구)

② 행정청을 피고로 하는 취소소송(주위적 청구)과 국가등을 피고로 하는 결과제거청구소송(예비적 청구)

cf. 취소소송과 손해배상청구소송의 주관적·단순병합은 원래부터 가능했던 것임

35) 객관적이라 함은 청구를 의미하는 것이며, 주관적 이라함은 원고와 피고를 의미하는 것임

36) 민사소송법 제253조

여러 개의 청구는 같은 종류의 소송절차에 따르는 경우에만 하나의 소로 제기할 수 있다

나. 학설

- ① **긍정설**: 재판의 모순을 피하기 위하여 인정될 수 있음
- ② **부정설**: 피고의 지위를 불안정하게 하므로 인정될 수 없음

다. 판례

- ① 종래판례(**부정설**)

이른바 소의 주관적·예비적 병합은 서로 별개의 독립된 청구이므로 원칙적으로 허용되지 아니함

- ② 최근판례(**긍정설**)

각 청구는 법률상 양립할 수 없는 경우에 해당하여 주관적·예비적 공동소송에 해당하고, 민사소송법 제70조 제1항에 의하여 준용되는 같은 법 제68조의 규정에 따라 허용되는 것으로 보아야 함

라. 검토(**긍정설**)

민사소송법 제70조는 주관적·예비적 청구의 병합을 인정하는 **명문의 규정을 신설하였음**³⁷⁾

(3) 원시적 병합, 추가적 병합

1) 원시적 병합

취소소송 제기와 동시에 관련청구소송을 병합하여 제기하는 것

2) 추가적 병합

취소소송을 제기한 후에 관련청구소송을 병합하여 제기하는 것(**후발적 병합**)

(4) 단순병합, 예비적 병합, 선택적 병합

1) 단순병합

수개의 청구를 단순히 병합하여 **모든 청구에 대한 판단**을 구하는 것

2) 예비적 병합

주위적 청구가 이유 없는 경우를 대비하여, 예비적 청구를 병합하여 제기하는 것(서로 양립불가)³⁸⁾

- 주위적 청구로서 **무효확인소송**(1차적 청구), 예비적 청구로서 **취소소송**(2차적 청구)

① 주위적 청구 = 인용 ○ → 예비적 청구 = 심리 × ② 주위적 청구 = 인용 × → 예비적 청구 = 심리 ○

37) 민사소송법 제70조

① 공동소송인 가운데 일부의 청구가 다른 공동소송인의 청구와 법률상 양립할 수 없거나 공동소송인 가운데 일부에 대한 청구가 다른 공동소송인에 대한 청구와 법률상 양립할 수 없는 경우에는 제67조 내지 제69조를 준용한다.

38) 무효확인소송과 취소소송을 예비적 병합하여 청구한 경우, 당해 처분등이 무효이면서 동시에 취소인 경우는 존재할 수 없음

- 주위적 청구로서 무효확인소송과 예비적 청구로서 취소소송을 병합하는 예비적 병합은 **원시적으로만 가능함**

① 제소기간 도과시: 무효확인소송(주위적 청구)과 취소소송(예비적 청구)의 **후발적 병합** ×

② 제소기간 도과시: 무효확인소송 제기 후, 취소소송으로의 소변경 ×

③ 제소기간 도과시: 무효확인소송에는 취소를 구하는 취지 ×(취소판결 ×)

3) 선택적 병합

청구간의 순위를 매기지 아니하고 청구를 병합하여, 그 중에서 **택일하여 판단**을 구하는 것

4. 병합요건

① 병합의 본체 = **취소소송의 적법성**

- 취소소송이 소송요건적 구비한 적법한 소송이 아닌 경우에는 각하의 대상이 되어 **병합의 본체가 없게 됨**

- 본체인 취소소송이 부적법하여 각하되는 경우에는, **관련청구소송으로 소변경**이 있었다고 보아 심리를 진행함
(병합된 청구까지 각하할 것이 아니라 관련청구소송에 대한 판단은 해야 함)

② 병합의 범위 = **관련청구소송**

③ 병합의 시기 = **사실심변론종결시**

④ 재판의 관할 = **취소소송이 계속된 법원**

- **취소소송의 배타적 관할**로 인하여, 관련청구소송이 계속된 법원은 당해 처분등의 **효력 부인**이 불가함

13

행정소송과 가구제(집행정지, 가처분) ★★★★★

□□□

I. 가구제(假救濟, 임시구제)

행정소송에서 **본안판결의 실효성 확보**를 위해 본안판결을 받기 전에 **당사자의 권리를 임시적·잠정적으로 보호**해주는 제도(실질적 권리구제)

- ① **침익적 처분(소극적 의미의 가구제): 집행정지** 제도(방어권 측면)
- ② **수익적 처분(적극적 의미의 가구제): 가처분** 제도(이행청구권 측면)

II. 집행정지 제도

1. 의의

행정소송이 제기된 **처분** 등이나 그 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 본안판결이 있을 때까지 당해 처분이 없었던 것과 같은 상태를 형성하는 제도(소극적 효력)

2. 인정범위(본체소송)

- ① 취소소송: 일정한 요건 하에서, 집행정지 인정(행정소송법23조)
- ② 무효등확인소송: 일정한 요건 하에서, 집행정지 인정(행정소송법23조, 38조① 준용○)
- ③ **부작위위법확인소송**: 구제되는 이익이 없어, **집행정지 부정**(행정소송법23조, 38조② 준용×)

3. 종류(정지의 대상)

(1) 집행의 정지

당해 처분 등의 내용을 실현하는 것을 막기 위한 것(자력집행력의 박탈)

- ① 출국명령에 따른 강제출국 집행 ② 철거명령에 따른 행정대집행

(2) 절차의 속행정지

당해 처분의 효력이 유효함으로 전제로 하여, **다른 처분이 행해지는 것을 막기 위한 것**(단계적 행정절차)

- ① 계고, 영장통지, 대집행실행, 비용징수(행정대집행) ② 독촉, 압류, 공매(행정상 강제징수)

(3) 효력의 정지

최후적 방법으로 **보충적으로 적용**되는 것(행정소송법23조②단서³⁹⁾)

39) 다만, 처분의 효력정지는 처분등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.

4. 결정의 효력

(1) 형성력

1) 형성효

- ① 집행정지(효력정지)는 잠정적으로 행정처분이 없었던 것과 같은 상태를 실현하는 것임
- ② 집행정지결정에 위배되는 행정처분은 그 하자가 중대하고 명백하여 무효임(판례)⁴⁰⁾

2) 소급효

- ① 집행정지는 원칙적으로 장래를 향하여 효력을 가짐(장래효)
- ② 집행정지 결정이 날 때까지 진행된 법률관계에 영향을 미치지 아니함(판례)⁴¹⁾

(2) 대세효

복효적 행정행위의 경우, 집행정지결정의 효력은 제3자에게도 미침

(3) 기속력

집행정지결정은 당해 사건에 관하여 당사자인 행정청과 관계행정청을 기속함(취소판결의 기속력에 준함)⁴²⁾

(4) 시간적 효력

- ① 결정의 주문에 정함이 있는 경우: 당해 결정의 주문에 표시된 시기까지 효력 인정
- ② 결정의 주문에 정함이 없는 경우: 당해 소송의 본안판결이 확정될 때까지 효력 인정

5. 집행부정지 원칙

(1) 근거규정

취소소송의 제기는 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다(행정소송법23조①)⁴³⁾

(2) 근거

- ① 공정력의 필연적 귀결 아님(공정력: 적법성 추정의 힘 ×, 유효성 추정의 힘 ○)
- ② 입법정책적 고려의 산물(집행정지 규정은 무효등확인소송에도 준용됨)

(3) 예외적 집행정지

40) 판례: 과징금부과처분에 대하여 집행정지결정이 내려졌다면 납부기간은 더 이상 진행되지 않음에도, 가산금 징수처분을 하였다면 이것은 무효임

41) 판례: 과징금부과처분의 납부기간이 집행정지 결정 당시 이미 일부 진행되었다면, 그 나머지 기간의 진행이 더 이상 진행되지 않는 것임

42) 행정소송법23조⑥

제30조 제1항의 규정은 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정에 이를 준용한다.

43) 무효등확인소송 역시 마찬가지임(행정소송법38조① 준용)

집행정지는 실질적 권리보호를 위하여 **예외적으로 인정되는 제도**(일정한 요건 하에서, 예외적으로 허용)

6. 신청의 이익

(1) 의의

집행정지 결정으로 **현실적으로 보호될 수 있는 구체적인 이익**(권리보호필요성, 본안소송에서 **협약의 소익**)

(2) 거부처분에 대한 집행정지

1) 문제점

- ① 어떠한 권익을 설정하지 아니한 거부처분에 대한 집행정지 인정 가능성
- ② 처분에 대한 **신청이 있었던 상태로 회복될 뿐임**

2) 학설

가. 긍정설

- ① 집행정지의 반복금지효에 의해, 행정청은 **다시 거부처분을 하지 못함**(행정소송법23조⑥, 30조①)
- ② 집행정지의 **실익이 있음**(**신청의 이익** ○)

나. 부정설

- ① **신청 당시의 상태로 되돌아갈 뿐이며**, 어떠한 법적 지위의 변동도 없음(행정소송법23조⑥, 30조②)
- ② 집행정지의 **실익이 없음**(**신청의 이익** ×)

다. 제한적 긍정설

- ① **원칙**(일반허가 거부처분): 집행정지의 실익이 없음(**신청의 이익** ×)
- ② **예외**(갱신허가 거부처분): 집행정지의 실익이 있음(**신청의 이익** ○, **기존 허가처분 효력의 계속적 유지**)

3) 판례

가. 원칙적 판례(부적법, 각하결정)

- ① **거부처분이 없었던 상태**, 즉 **신청시의 상태로 되돌아 가는 데 불과함**
- ② 행정청에게 **신청에 따른 처분을 하여야 하는 의무**가 생기는 것이 아님
- ③ 유효기간 만료 후, 당초 허가의 **효력이 지속되는 것이 아님**
- ④ 거부처분으로 인한 손해를 방지하는 데에 **아무런 소용이 없어**, 집행정지를 구할 이익이 없음

나. 예외적 판례(인용결정, 하급심판례)

- ① **1단계 전형의 불합격처분**의 효력이 2단계 전형 실시까지 유지된다면, **응시 기회가 부당하게 박탈됨**

- ② 원서 반려처분이 국가시험 시행일시까지 유지된다면, 응시기회가 부당하게 박탈될 수 있음

4) 검토(제한적 긍정설)

- ① 거부처분에 대한 집행정지의 재처분의무가 인정되지 않으므로, 원칙적으로 신청의 이익이 없음
- ② 갱신허가 거부처분에 대한 집행정지는 거부처분의 효력제거를 통해 기존의 허가처분의 효력이 유지된다고 볼 것이므로 신청의 이익이 있음⁴⁴⁾
- ③ 선행처분이 후행처분의 요건이 되는 단계적 행정절차의 경우, 거부처분에 대한 집행정지가 단순히 신청이 있었던 상태로 돌아감을 의미하는 데에 그치는 것이 아니므로, 신청의 이익이 있음

(3) 수리거부에 대한 집행정지

1) 문제점

- ① 수리를 요하는 신고(완화된 허가제): 허가제 하에서의 거부처분과 집행정지의 문제와 동일함
- ② 자기완결적 신고(신고제): 수리거부에 대한 집행정지 인정 가능성(신청의 이익)

2) 자기완결적 신고

신고요건을 갖춘 적법한 신고서가 행정청에 제출되면 행정청의 별도의 수리행위 없이도 자동으로 법적효과가 발생함(수리거부 여부 불문)

3) 수리거부의 처분성

- ① 원칙: 자기완결적 신고에 대한 수리거부는 원칙적으로 그 행정처분성이 부정됨
- ② 예외: 자기완결적 신고라고 하더라도 법적불안의 조기해소, 법률관계의 조기확정, 법률분쟁의 조기해결이라는 관점에서 국민의 권리의무에 직접적인 영향을 미치는 경우에는 예외적으로 그 수리거부의 행정처분성을 긍정됨(판례)

4) 신청의 이익

- ① 자기완결적 신고는 수리에 의해 비로소 법적 효과가 발생하는 것이 아님(권익이 설정되는 것이 아님)
- ② 수리거부의 처분성이 인정되었다고 하여, 수리를 요하는 신고가 되는 것이 아님
- ③ 수리거부와 관계 없이 이미 법적 효과가 발생하였음(재처분의무를 인정한 것과 동일한 결과)
- ④ 신청인에게는 장래의 위험방지를 위하여 수리거부의 집행정지를 받을 실익이 있음(수리거부의 처분성 인정여유)

7. 집행정지 요건

(1) 적극적 요건⁴⁵⁾(주장 · 소명책임, 신청인)⁴⁶⁾

44) 부당하게 짧은 기한이 붙은 경우(중기), 유효기간 내에 갱신신청을 하였다면 행정청은 특별한 사정이 없는 한 신뢰보호원칙상 그러한 갱신신청을 받아주어야 하는 의무가 인정되므로, 별도의 거부결정이 없는 이상 기존의 허가처분의 효력이 소멸하지 아니함

1) 적법한 본안판단의 계속

① 본안소송의 적법성(소송요건 구비)

- 부적법 각하대상의 본안소송 ×(집행정지는 본안판결의 실효성 확보를 위한 것임)

② 본안소송의 계속성

- 집행정지는 본안소송을 제기함과 동시에 또는 제기한 이후에 신청이 가능함⁴⁷⁾

2) 집행정지의 대상으로서 처분

① 집행정지는 소극적 변경으로서 원상회복을 의미함(처분이 있기 전의 상태, 적극적 변경은 허용되지 않음)

② 처분의 부존재 × + 부작위 처분 ×⁴⁸⁾ + 처분의 효력소멸 ×

3) 회복하기 어려운 손해

금전적 전보가 불가능 한 손해(방위소집복무 중 현역병입영처분, 병역의무의 중복이행 및 정신적 고통, 판례)

① 금전보상이 성질상 불가능한 손해 ② 금전보상으로 참고 견딜 수 없거나 참고 견디기 현저히 곤란한 유·무형의 손해

4) 긴급한 필요

손해발생이 절박하여 본안판결을 기다릴 여유가 없는 경우

① 손해발생의 고도의 개연성 ② 시간상 급박성

(2) 소극적 요건(주장·소명책임, 피신청인)

1) 공공복리에 대한 중대한 영향⁴⁹⁾

당해 처분을 통해 달성하고자 하는 공공복리와 그로 인해 신청인이 입게 되는 손해 사이의 이익형량

2) 청구의 이유 없음이 명백

가. 문제점

① 행정소송법은 본안청구의 이유 유무(有無)에 대한 명문의 규정을 두고 있지 않음

45) 행정소송법23조② 본문

취소소송이 제기된 경우에 처분등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지(이하 "집행정지"라 한다)를 결정할 수 있다.

46) 행정소송법23조④

제2항 규정에 의한 집행정지의 결정을 신청함에 있어서는 그 이유에 대한 소명이 있어야 한다

47) 본안소송의 계속성

① 집행정지 신청이 본안소송보다 먼저 행해진 경우: 신청에 대한 결정 전에 본안소송이 제기되면 하자가 보완됨

② 집행정지 결정 이후에 본안소송이 취해진 경우: 집행정지 결정은 당연히 그 효력이 소멸함

48) 행정소송법38조②

부작위위법확인소송은 집행정지를 하더라도 법적으로 보전될 것이 없으므로, 집행정지를 준용하지 아니함

49) 행정소송법23조③

집행정지는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 허용되지 아니한다.

- ② 행정처분 자체의 적법여부는 **본안판단의 대상**이 될 뿐임

나. 학설

- ① **요건부정설**: 본안청구의 이유 유무(有無)는 집행정지의 요건이 아님
 ② **적극적 요건설**: 본안청구의 이유 있음이 명백한 경우, 반드시 집행정지를 하여야 함
 ③ **소극적 요건설**: 본안청구의 이유 없음이 명백한 경우, 집행정지를 할 수 없음

다. 판례(소극적 요건설)

- ① 집행정지는 본안소송에서 **승소판결을 받을 때까지 신청인의 지위를 보호**하기 위한 것임
 ② 본안소송에서 **처분의 취소가능성이 전혀 없음**에도, 집행정지를 인정하는 것은 **제도의 취지에 반함**
 ③ **본안청구가 이유 없음**이 명백할 때에는 집행정지를 할 수 없음

라. 검토(소극적 요건설)

- ① **본안문제**는 가구제의 판단대상이 아님에도, 집행정지는 **승소판결의 실효성 확보**를 위한 것임
 ② **전혀 승소가능성이 없는 경우**에까지 집행정지를 인정하면, **신청의 남용 가능성**이 존재함
 ③ 집행정지 신청의 남용으로부터 **행정의 원활한 수행을 보장할 필요가 있음**

III. 가처분(가명령) 제도

1. 의의

잠정적인 허가 또는 금전 이외의 급부를 명하는 조치 등 **청구권의 집행보전**을 도모하거나 다툼의 대상이 되는 권리관계에 대하여 **임시적 지위를 설정**하여 주는 제도(**부작위·거부·철회·직권취소** 등)⁵⁰⁾

2. 집행정지의 한계

- ① 처분 등이 행해진 것을 전제로 그 효력 등을 정지시키는 **소극적 효력**에 그침
 ② **수익적 처분**을 받은 것과 동일한 상태를 형성하는 기능을 수행할 수 없음(**재처분 의무** 미적용)
 ③ **침익적 처분**의 예방적 금지를 구하는 기능을 수행할 수 없음

3. 인정여부

(1) 문제점

- ① 행정소송법상 **가처분에 대한 명문규정**이 없음(집행정지만 규정함)
 ② 행정소송법은 **민사집행법의 준용규정**을 두고 있음(행정소송법8조②, 민사집행법300조⁵¹⁾)

50) 임용거부처분을 받은 자에 대한 임시의 임용처분을 구하는 것 등

(2) 학설

1) 긍정설

- ① 집행정지와 가처분은 서로 다른 별개의 제도임
- ② 행정소송법상 가처분에 대한 특별한 규정이 없으므로, 민사집행법의 준용이 가능하게 됨
- ③ 가처분을 인정함으로써 비로소 법원에 의한 실효적인 권리구제가 가능해짐(헌법27조① 재판청구권)

2) 부정설

- ① 행정부의 일차적 판단권(선결권, initiative)을 침해하여, 권력분립원칙에 반하게 됨(사법권의 범위)
- ② 행정소송법상 집행정지는 가처분에 대한 특별규정에 해당하며, 현행법 해석상 배제됨

3) 절충설

- ① 처분요건이 일의적·구체적으로 규정되어 있는 경우(행정부의 일차적 판단을 기다릴 필요 없을 정도)
- ② 사전적 구제의 필요성이 절박한 경우(회복하기 어려운 손해)
- ③ 보충적 적용(집행정지제도를 통한 실효적 권리구제가 불가능한 경우)

(3) 판례(부정설)

- ① 항고소송에는 민사집행법상 가처분에 관한 규정이 적용된다고 인정할 수 없음
- ② 민사집행법상 가처분으로써 행정청의 어떠한 행정행위의 금지를 구하는 것은 허용될 수 없음
- ③ 항고소송의 대상이 되는 행정처분의 효력정지 등은 오직 집행정지 신청에 의해서만 가능함

(4) 검토(부정설)

- ① 본체소송으로서 의무이행소송 등이 인정되지 않음(가처분은 의무이행소송 등의 인정을 전제로 함)
- ② 민사집행법상 가처분은 사권 보호를 목적으로 하는 제도임
- ③ 행정소송법상 집행정지 규정은 가처분을 배제하기 위한 특별규정임
- ④ 권리구제의 실효성 측면에서 의무이행소송 등과 함께 가처분의 입법적 도입이 필요함(입법론적 해결)

51) 준용규정

1. 행정소송법8조②

행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다.

2. 민사집행법300조

① 다툼의 대상에 관한 가처분은 현상이 바뀌면 당사자가 권리를 실행하지 못하거나 이를 실행하는 것이 매우 곤란할 염려가 있을 경우에 한다(집행보전, 계쟁물에 대한 가처분).

② 가처분은 다툼이 있는 권리관계에 대하여 임시의 지위를 정하기 위하여도 할 수 있다. 이 경우 가처분은 특히 계속하는 권리관계에 끼칠 현저한 손해를 피하거나 급박한 위험을 막기 위하여, 또는 그 밖의 필요한 이유가 있을 경우에 하여야 한다(쟁의 있는 권리관계, 임시적 지위설정 가처분).

14

위법성 판단 기준시 ★★★★★



I. 의의

행정소송에 있어서 법원이 계쟁 중인 처분 등의 위법성을 어느 시점에 존재하는 사실상태 및 법령상태를 기준으로 판단할 것인가

II. 처분시와 판결시

1. 문제점

- ① 일정한 경우 처분시를 기준으로 하는 경우와 판결시를 기준으로 하는 경우에 처분의 위법여부가 달라짐
- ② 특히, 거부처분 항고소송에서 문제됨(처분 이후 법령개정 및 사정변경을 동반하는 경우)

2. 학설

(1) 처분시설(處分時說)

항고소송은 처분 등에 대한 사후적 심사를 그 속성으로 하는 것임(사후적 사법통제수단)

(2) 판결시설(判決時說)

- ① 항고소송은 처분 등의 현행 법규에 대한 적합성 여부를 그 판단대상으로 함
- ② 현행 법규를 기준으로 당해 처분의 효력 유지가능성 판단

3. 판례(처분시설)

행정소송에서 행정처분의 위법여부는 행정처분이 행하여졌을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 하여 판단하여야 하고, 처분 후 법령의 개폐나 사실상태의 변동에 의하여 영향을 받지 않음

4. 검토(처분시설)

- ① 아직까지 행정부의 판단이 없는 영역에 대한 사법부 판단의 개입이 허용되면, 행정부의 1차적 판단권(선결권)을 침해하게 되고 법원의 행정감독기능 인정하여 권력분립원칙 위반됨
- ② 처분당시 위법했던 행위가 적법해짐으로써 행정의 절차지연 및 법원의 판결의 지연에 따른 결론이 달라지는 불균형적 결과 초래하게 됨(결과적으로 위법한 처분의 발령을 용인하게 되어 법치주의 원리에 반함)

III. 신청시와 처분시

1. 원칙적, 처분시

항고소송상 처분 등의 위법성 판단기준시 = 원칙적, 처분시

2. 예외적, 신청시

(1) 합리적인 이유 없이 고의적 지연이 있는 경우

신청 당시 허가요건을 모두 충족하여 적법하게 허가신청을 하였으나, 그 후 합리적인 이유 없이 공무원이 고의적으로 그 처리를 늦추어 그 사이에 법령개정 등이 발생함으로써 허가기간 기준이 변경되고 허가요건이 불비(不備)되는 경우

→ 예외적으로, 신청시 기준으로 위법성 판단(국민의 권익보호 차원)

(2) 부진정소급입법이 상대방의 신뢰를 심각하게 침해하는 경우

부진정소급입법의 경우, 법령개정의 공익상 요청이 기존법령에 대한 국민의 신뢰이익 침해를 정당화할 정도가 아닌 경우(진정소급입법, 헌법상 허용되는 범위를 일탈)

→ 예외적으로, 신청시 기준으로 위법성 판단(이익형량)

15

취소소송의 심리 ★★★★★

□□□

I. 소송심리

1. 의의

판결을 하기 위하여 그 기초가 되는 **소송자료를 수집하는 절차**

2. 원칙

- ① **당사자주의**: 소송의 **주도권을 당사자에게** 부여하는 원칙
- ② **직권주의**: 소송의 **주도권을 법원에게** 부여하는 원칙

3. 구분

- ① **요건심리(소송재판)** ② **본안심리(본안재판)**

II. 요건심리(소송재판)

1. 의의

소제기의 적법성과 관련하여 본안 전에 **소송요건을 구비하였는지**에 관한 심사를 하는 소송심리(본안전 판단)

2. 소송요건

소가 적법한 것으로 취급을 받기 위해 구비하지 않으면 안되는 **본안판단의 전제가 되는 사항**

- ① 대상적격(행정소송법19조) ② 원고적격(행정소송법12조1문) ③ 협의의 소익(행정소송법12조2문) ④ 피고적격(행정소송법13조) ⑤ 행정심판 전치주의(행정소송법18조) ⑥ 제소기간(행정소송법20조) ⑦ 관할법원(행정소송법9조)

3. 판정시기

- ① **사실심변론종결시**까지 구비하면 됨(특히, **행정심판 전치주의**)
- ② 행정심판을 거칠 수 있는 경우에는 우선 소제기를 허용함(다만, **행정심판을 거칠 수 없는 경우에는 각하함**)

4. 소송판결

(1) 각하판결(却下判決)

취소소송의 청구가 소송요건을 구비하지 못하여 부적법한 경우 그에 대한 **본안심리를 거절**하는 형태의 판결

(2) 조화와 균형

- ① 소송요건을 너무 엄격하게 요구하면, 국민의 재판청구권 침해로 연결됨
- ② 소송요건을 너무 느슨하게 완화하면, 법원의 재판부담이 과중됨

5. 심리원칙

당사자의 주장유무(有無)와 관계없이 심사하는 법원의 직권심사 사항(판례, 직권탐지주의 적용)

III. 본안심리(본안재판)

1. 의의

청구의 당부(當否)와 관련하여 본안에서 처분 등의 위법성에 관한 심사를 하는 소송심리(적법한 취소소송 전제)

2. 본안요건

청구가 이유 있는 것으로 인정받기 위해 요구되는 인용판결의 전제가 되는 사항(처분등의 위법성 판단)

3. 본안판결

(1) 인용판결(認容判決)

- ① 취소소송의 본안심리 결과 원고의 주장이 이유 있음을 인정하여 청구를 받아들이는 본안판결
- ② 본안요건을 충족하였다고 판단되는 경우, 처분등을 취소 또는 변경하는 판결

(2) 기각판결(棄却判決)

- ① 취소소송의 본안심리 결과 원고의 주장이 이유 없다고 판단하여 청구를 배척하는 본안판결
- ② 본안요건을 충족하지 못하였다고 판단되는 경우, 처분등을 유지하는 판결

(3) 사정판결(事情判決)

취소소송의 본안심리 결과 원고의 주장이 이유 있다고 인정됨에도 불구하고, 그와 같은 처분을 취소 또는 변경하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니한 경우, 청구를 배척하는 예외적인 기각판결(행정소송법28조)

4. 심리의 범위

(1) 불고불리원칙(不告不理原則)

- ① 형사소송법상 법원은 원고가 심판을 청구한 때에만 심리를 개시할 수 있고, 청구한 사실에 대해서만 심리·판결할 수 있다는 원칙(법원은 검사의 공소제기가 없는 사건에 관해서는 심판할 수 없음)
- ② 불고불리원칙은 취소소송에도 원칙적으로 적용됨(판례)
- ③ 취소소송의 수소법원은 소제기가 없는 사건에 대하여 심리·재판할 수 없으며, 당사자의 청구범

위를 초월하여 심리·재판할 수 없음(판례)

(2) 법률문제, 사실문제

처분 등에 관한 모든 법률문제와 사실문제에 관한 심사를 함

① **법률문제**: 처분 등이 **법률적합성 원칙**에 부합되게 행사되었는지의 문제

② **사실문제**: 어떤 사실이 **법률요건**에 해당하는지 문제

(3) 재량행위

① **원칙**: 재량권 행사의 한계를 준수하는 경우 **당·부당의 문제**만 발생하므로, 법원의 통제대상이 아님

② **예외**: 재량권 행사의 한계를 일탈하는 경우에는 **위법·적법의 문제**가 발생하므로, 법원의 통제대상임

(재량행위에 대한 취소소송을 **곧바로 각하할 것이 아니라**, 본안심사를 통해 그 한계일탈 여부를 심사하여야 함, **행정소송법27조**)

5. 심리의 원칙

(1) 처분권주의

① 소송의 개시 ② 소송의 종료 ③ 소송물(소송의 범위, 심판의 대상)을 **소송당사자의 의사**에 맡기는 원칙⁵²⁾

(2) 변론주의

1) 변론주의와 직권탐지주의

가. 변론주의

재판의 기초가 되는 소송자료의 수집 및 제출을 **소송당사자의 권능과 책임**으로 하는 심리원칙

(당사자가 수집하여 변론에서 제출한 소송자료만을 재판의 기초로 삼아야 함)

나. 직권탐지주의

법원이 판결에 중요한 사실을 당사자의 주장유무와 관계없이 **직접 조사**하여 재판을 할 수 있는 심리원칙

2) 주장책임

가. 의의

소송상 중요한 사실에 대하여 **당사자가 이를 주장하지 않아** 법원이 그러한 사실이 없는 것으로 취급하여 재판을 함으로써 불리한 법적 판단을 받게 되는 **당사자 일방의 위험 또는 불이익**(변론주의의 근간)

나. 행정소송법 제26조

직권심리주의 하에서 역시 **주장책임**의 의미는 **유효함**

52) 당사자주의 = 처분권주의(불고불리원칙) + 변론주의

(판례: 직권주의 하에서도 여전히 **변론주의를 기본구조로** 하므로, 위법사유에 해당하는 **구체적 사실**을 먼저 주장해야 함)

3) 입증책임

가. 의의

소송상 증명을 요하는 **어느 사실의 존부**가 확정되지 아니한 경우에 당해 사실이 존재하지 않는 것으로 취급되어 불리한 법적 판단을 받게 되는 **당사자 일방의 위험 또는 불이익**(사실문제 판단에 대한 법기술적 문제)

나. 입증책임의 분배

(가) 문제점

행정소송법상 입증책임에 관한 아무런 규정이 없음

(나) 학설

- ① **원고책임설**: 행정행위의 **공정력은 적법성 추정의 힘**을 의미함(위법성 입증은 원고부담)
- ② **피고책임설**: **법치행정의 원칙상** 행정권은 적법하게 행사되어야 함(적법성 입증은 피고부담)
- ③ **법률요건분류설**: **자기에게 유리한** 요건사실의 존부 및 진위에 대한 입증책임은 자신이 부담함

(다) 판례(**법률요건분류설**)

행정소송에서 입증책임은 **당사자 간에** 분배되고, 처분의 **적법사유**에 대한 입증책임은 **피고**에게 있고, 처분의 **위법사유**에 대한 입증책임은 **원고**에게 있음

(라) 검토(**법률요건분류설**)

- ① **원고책임설**: 공정력은 **유효성 추정의 힘**을 말하며⁵³⁾, 행정권을 부당하게 보호하게 됨
- ② **피고책임설**: 소송당사자 간의 **공평의 이념**에 반하게 됨
 - 소송요건(원고), 처분의 근거(피고), 재량의 일탈·남용(원고), 절차요건(피고), 과세요건(피고), 비과세요건(피고)

(3) 직권심리주의

1) 문제점

행정소송법 제26조가 변론주의 원칙을 포기하는 규정인지(**직권탐지주의** 규정인지)

2) 학설

- ① **직권증거조사주의설**: 입증책임에 대한 **예외**일 뿐, 주장책임에 대한 예외가 아님(직권탐지주의 배제)
- ② **변론주의보충설**: 입증책임에 대한 **예외**와 함께 주장책임에 대한 **제한적 예외**를 인정함(직권탐지주의 제한적 적용)
- ③ **직권탐지주의설**: 입증책임 및 주장책임에 대한 **예외**를 인정함(직권탐지주의 제한없이 적용가능)

53) 공정력과 입증책임은 아무런 관계가 없음

3) 판례(변론주의보충설)

행정소송의 직권심리주의는 법원이 아무런 제한 없이 당사자가 주장하지 아니한 사실을 판단할 수 있는 것은 아니고, **일건 기록에 현출되어 있는 사항**에 관하여서만 직권으로 증거조사를 하고 이를 기초로 하여 판단할 수 있을 따름임

4) 검토(변론주의보충설)

실체적 진실발견의 가능성과 재판부담 사이의 조화와 균형의 달성

- ① 직권탐지주의 장점: **실체적 진실 발견**의 가능성 제고
- ② 직권탐지주의 단점: **재판의 부담** 가중

6. 구술심리주의(口述審理主義)

- ① 심리를 함에 있어서 당사자 및 법원의 소송행위, 특히 변론 및 증거조사를 **구술로** 행하는 원칙(서면심리주의 반대)
- ② 구술심리주의를 그 원칙으로 하면서, 서면심리주의를 통해 보충

7. 공개심리주의(公開審理主義)

재판에 이해관계가 없는 일반인도 변론의 시기·장소 등을 알 수 있고 **방청**할 수 있다는 원칙(법원조직법57조)

8. 쌍방심리주의(雙方審理主義)

소송은 원고와 피고의 대립하는 **양 당사자를 중심**으로 심리가 이루어져야 하며, 쌍방 당사자에게 **평등하게 진술기회**를 주어야 한다는 원칙(당사자 평등의 원칙, 무기대등의 원칙)

9. 직접심리주의(直接審理主義)

구두변론과 증명은 진실발견의 관점에서 **직접 법관의 면전에서** 이루어져야 한다는 원칙

10. 행정심판기록제출명령

법원은 원고의 입증방법의 보장을 위하여 **행정심판기록을 제출**하도록 명령할 수 있음(행정소송법25조)

16

처분사유 추가·변경 ★★★★★



I. 의의

행정청이 취소소송 계속 중 처분의 적법성 확보를 위하여 처분 당시 이유제시 과정에서 제시하였던 처분사유와 다른 사유를 추가하거나 변경하는 행위

II. 소송물의 범위

1. 문제점

소송물의 범위에 따라 처분사유 추가·변경의 인정범위가 달라짐(처분권주의)

2. 학설

- ① 광의설: 특정 처분의 위법성 일반으로 보는 견해(소송물의 범위확대)
- ② 중간설: 기본적 사실관계의 동일성 하에서의 처분의 위법성 일반으로 보는 견해(당해 처분의 위법성 일반)
- ③ 협의설: 개개의 위법사유에 따른 처분의 위법성으로 보는 견해(소송물의 범위축소)

3. 판례(중간설)

취소소송의 소송물을 「기본적 사실관계의 동일성 하에서의 처분의 위법성 일반」으로 봄

4. 검토(중간설)

- ① 광의설: 불가쟁(不可爭)의 범위를 부당히 확대하여 국민의 권리구제에 반함
- ② 협의설: 분쟁의 일회적 해결이라는 소송경제의 효율성에 반함

III. 인정여부

1. 문제점

행정소송법에는 처분사유 추가·변경에 대한 명문규정이 없음

2. 학설

(1) 전면적 긍정설

행정경제·소송경제의 효율성 측면, 그리고 법원은 모든 법적·사실적 측면에서 처분의 적법성 심사를 할 수 있음(행정소송법 제26조, 직권심리주의)

(2) 전면적 부정설

이유제시 취지가 무의미해 지며, 예상치 못한 불이익으로 인한 원고의 방어권 침해를 초래함

(3) 제한적 긍정설

원고의 방어권 및 기본적 사실관계의 동일성을 침해하지 한도 내에서 제한적으로 허용됨

3. 판례(제한적 긍정설)

당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가하거나 변경할 수 있음

4. 검토(제한적 긍정설)

행정경제 및 소송경제의 효율성과 원고의 방어권 보장 사이에서 조화로운 균형의 달성을 요함

IV. 한계

1. 사항적 한계

① 적법한 처분, 위법한 처분 불문 ② 기속행위, 재량행위 불문 → 모든 처분을 대상으로 함

2. 실체상 한계

(1) 문제점

① 원고의 방어권 침해하면 안되며 ② 「기본적 사실관계의 동일성」이 유지되어야 함(처분권주의)

(2) 처분권주의

① 법령상 근거: 소송물에 변경을 가하지 아니하므로 제한 없이 가능함

② 사실상 근거: 소송물에 변경을 가하므로 기본적 사실관계 동일성의 일정한 제한을 받음

(3) 기본적 사실관계의 동일성

① 시간적·장소적 접근성 ② 행위의 태양 및 결과 등 제반사정을 종합적으로 고려하여 판단함

(4) 판례

기본적 사실관계의 동일성 여부는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지 여부에 따라 결정됨

3. 시간상 한계

(1) 추가변경 판단시점

처분사유 추가·변경의 허용여부 판단은 **판결시**를 기준으로 함

(2) 처분사유 존재시점

- ① 처분당시에 객관적으로 존재했던 처분사유만 허용되며, 특히 **거부처분**의 경우 문제됨(위법성 판단시)
- ② 처분이후 **사정변경 및 법령개정**에 의해 발생 **새로운 사유**는 제한됨

V. 효과

1. 기본적 사실관계의 동일성이 인정되는 경우

- ① **추가·변경된 처분사유**를 기준으로 **위법성 판단**을 하며 ② 원고에게 **소취하**의 기회를 부여하고
- ③ **소송비용**의 일부를 **피고**가 부담함

2. 기본적 사실관계의 동일성이 부정되는 경우

- ① **새로운 처분**을 발하는 것이 되며 ② 원고에게 **처분변경으로 인한 소변경**이 허용되어야 함

VI. 구별개념

1. 하자의 치유

하자의 치유는 ① 처분의 효력유지를 목적으로 ② 주로 절차상 하자에 대하여 ③ 사후적 요인을 근거로 하는 논의되는 데에 반해, **처분사유 추가·변경**은 ① 처분의 적법성 확보를 목적으로 ② 주로 내용상 하자에 대하여 ③ 처분 당시에 존재했던 사유를 근거로 논의됨

2. 하자 있는 행정행위의 전환

하자 있는 행정행위의 전환은 새로운 처분으로 대체되는 데에 반해, **처분사유 추가·변경**은 처분의 동일성의 범위 내에서 논의됨

17

무효등확인소송 ★★★★★



I. 의의

행정청의 처분등의 효력 유무 또는 존재여부를 확인하는 소송(행정소송법4조2호)

① 무효확인소송 ② 유효확인소송 ③ 실효확인소송 ④ 존재확인소송 ⑤ 부존재확인소송

II. 필요성

처분 등의 외관이 존재하는 이상 무효와 취소의 구별은 상대적이므로 법원의 유권적 확인을 받을 필요가 있음

① 침익적 처분(무효인 처분): 행정처분이 유효한 것으로 오인되어 강제집행의 대상이 될 수 있음

② 수익적 처분(유효한 처분): 행정처분이 무효인 것으로 오인되어 강제집행의 대상이 될 수 있음

III. 무효등확인소송의 성질

무효등확인소송은 확인소송의 성질과 함께 형성소송의 성질을 동시에 가짐(준형성소송, 준항고소송)

① 확인소송: 행정처분의 효력 등에 대한 공적확인을 목적으로 함

② 형성소송: 처분의 위법을 이유로 그 효력을 다투는 소송으로서, 침익적 처분의 집행을 막고 수익적 처분의 효력을 향유할 수 있게 하며, 무효등확인소송은 형성력에 관한 규정을 준용함(행정소송법29조, 38조①)

IV. 소송요건

1. 대상적격

무효등확인소송은 처분 등을 그 대상으로 함(행정소송법19조, 38조①)

2. 원고적격

(1) 문제점

‘법률상 이익’의 의미를, ‘법률상 보호이익’으로 볼 것인지, ‘즉시확정이익’으로 볼 것인지 문제됨

(2) 학설

1) 법률상보호이익설(입법비과오설)

취소판결의 기속력 규정을 준용하며, 행정소송과 민사소송은 그 취지와 목적을 달리함(행정소송법30조, 38조①)

2) 즉시확정이익설(입법과오설)

확인소송의 성질을 가지며, 공정력 배제 및 처분의 효력 제거를 목적으로 하는 취소소송과 구별됨

(3) 판례

1) 종래판례(즉시확정이익설)

행정소송법 제35조의 확인을 구할 법률상 이익은 현재의 분쟁으로 인해 법률상 지위에 불안·위협이 있어 판결로써 그 법률관계의 존부를 확정하는 것이 불안·위협을 제거하는 데 필요하고도 적절한 경우에 인정됨(확인 이익 必要)

2) 최근판례(법률상보호이익설)

행정소송법에는 무효확인소송의 보충성에 관한 명문의 규정이 없고, 행정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 침해되는 외에 별도의 보충성이 요구되는 것은 아니므로 행정처분의 무효임을 전제로 한 이행소송 등 다른 직접적인 구제수단이 있는지 여부를 따질 필요가 없음(확인 이익 不要, 무효확인판결의 원상회복의무 인정)

(4) 검토(법률상보호이익설)

- ① 무효등확인판결의 기속력으로서 원상회복의무가 인정되는 이상 '보충성 원칙'을 요구할 이유 없음
- ② 무효등확인소송상 원고적격을 취소소송과 달리볼 이유가 없음

3. 협의의 소의

- ① 현존하는 법적 지위의 불안 ② 판결의 통한 권리존부 확정의 필요성

(행정소송법 전체에 대한 종합적 해석을 통해 당연히 도출됨)

4. 피고적격

무효등확인소송이란 처분 등을 행한 행정청을 상대로 함(행정소송법13조, 38조①)

5. 행정심판 전치주의

무효등확인소송에는 행정심판 전치주의가 적용되지 않음(행정소송법18조, 준용 없음)

6. 제소기간

무효등확인소송은 제소기간의 제한을 받지 않음(행정소송법20조, 준용 없음)

V. 본안심리

1. 직권심리주의

무효등확인소송은 직권심리주의 원칙이 적용됨(행정소송법26조, 38조①, 변론주의 보충설)

2. 입증책임

(1) 문제점

- ① 무효등확인소송에서 입증책임의 분배가 취소소송의 경우와 다른지
- ② 취소소송상 입증책임의 분배는 법률요건분류설에 따름(통설, 판례)

(2) 학설

1) 원고책임설

- ① 무효등확인소송은 취소소송과 다름
- ② 무효의 원인이 되는 중대·명백한 하자는 예외적인 특별한 하자에 해당함

2) 법률요건분류설

- ① 무효등확인소송과 취소소송은 다르지 않음
- ② 위법성의 정도는 입증책임의 문제와 직접적 관련이 없음

(3) 판례(원고책임설)

행정처분의 당연무효를 구하는 소송에 있어서는 그 무효를 구하는 사람에게 그 행정처분에 존재하는 하자가 중대하고 명백한 것을 주장·입증할 책임이 있음

(4) 검토(법률요건분류설)

- ① 처분의 위법성의 정도는 법률상 판단일 뿐임(당사자의 입증의 대상이 아님)
- ② 취소소송과 동일하게 처분의 권한근거요건 사실에 대한 입증책임은 피고가 부담하여야 함

VI. 판결

대기강사취소

1. 대세효(제3자효)

무효등확인판결은 소송상 제3자에게도 용인되도록 하는 대세효가 인정됨(행정소송법29조, 38조①)

2. 기속력

무효등확인판결은 기속력으로서 반복금지효, 재처분의무가 인정되며(행정소송법30조, 38조①), 최근 판례는 원상회복의무를 인정하였음(하수도원인자부담금부과처분취소사건)

3. 간접강제

(1) 문제점

- ① 행정소송법은 **거부처분 무효확인소송**에 **재처분의무**를 준용함(행정소송법30조②, 38조①)
- ② 행정소송법은 **거부처분 무효확인판결**에 **간접강제**를 준용하지 **않음**(행정소송법34조, 38조①)

(2) 학설

1) 긍정설

- ① 거부처분에 대한 무효확인판결에도 불구하고, **재처분의무 이행**을 **확보**할 **방법이 없음**
- ② 국민의 **권리구제의 흠결 영역**이 발생함

2) 부정설

- ① 당사자의 신청에 대한 **반복된 거부처분의 처분성**이 인정됨(판례)
- ② **제소기간 도과**시 무효확인소송을 제기할 것이 아니라, **새롭게 허가신청을 하여 거부처분 취소소송**을 제기해야 함

(3) 판례(부정설)

행정소송법 제38조 제1항이 무효확인판결에 관해 같은 법 제30조 제2항을 준용하면서도 같은 법 제34조를 준용한다는 규정을 두지 않고 있으므로, 판결의 취지에 따른 재처분의무가 인정될 뿐 그에 대하여 간접강제까지 허용되는 것은 아님

(4) 검토(긍정설)

- ① 거부처분취소판결과 거부처분무효확인판결을 **구별**할 **이유가 없음**
- ② 무효등확인소송에 간접강제 규정을 준용하지 않은 것은 **입법불비**임
- ③ 거부처분에 대한 무효확인소송 제기가 **제소기간 도과**시에 **국한되는 것이 아님**
- ④ 위법한 거부처분에 대한 불복은 그 효력유무와 관계없이 **언제나 취소소송 방식**에 의하게 됨
(무의미한 거부처분 무효확인판결 및 무의미한 무효등확인소송의 재처분의무 준용규정)

4. 사정판결

행정소송법은 무효등확인소송상 사정판결을 인정하지 **않음**(행정소송법28조, 38조①)

5. 취소판결 가능성

(1) 문제점

처분 등의 위법성의 정도가 **취소사유**에 **불과**한 경우, 취소판결을 할 수 있는지

(2) 학설

- ① **기각판결설**: 무효확인소송의 소송목적물은 **무효인 처분**이므로, 기각판결의 대상임
- ② **소변경필요설**: 법원은 석명권을 행사하여 **취소소송으로 소변경** 한 후, 취소판결을 하여야 함
- ③ **취소판결가능설**: 무효확인청구에는 **취소청구가 포함**되므로, 취소판결을 하여야 함

(3) 판례(**취소판결가능설**)

처분의 취소를 구하지 아니한다고 밝히지 아니한 이상, 취소를 구하는 취지도 포함됨

(4) 검토(**취소판결가능설**)

- ① 취소소송 소송요건을 **미비**한 경우: **청구기각판결**을 하여야 함
- ② 취소소송 소송요건을 **구비**한 경우: 소변경을 유도하는 것이 원칙이겠으나, 소모적인 절차를 택하기 보다는 **취소판결을 인정**함이 타당함

18

부작위위법확인소송 ★★★★★

□□□

I. 의의

행정청의 **부작위**가 **위법하다**는 것을 확인하는 소송(행정소송법4조3호)

II. 필요성

- ① 취소소송 및 무효등확인소송은 행정청의 **적극적 위법상태(자위)**에 대한 **사후적 통제수단**이라는 한계가 있음
- ② **부작위위법확인판결의 기속력**에 의해 **처분이 행해진 이후**에야, 취소소송 및 무효등확인소송으로써 다룰 수 있음

III. 부작위위법확인소송의 성질

부작위위법확인소송은 **확인소송의 성질**과 함께 **형성소송의 성질**을 동시에 가짐(**준형성소송**, **준항고소송**)

- ① **확인소송**: 부작위의 위법성에 대한 **공적확인**을 목적으로 함
- ② **형성소송**: **부작위 처분**을 대상으로 그 위법성을 확인함으로써 소극적 상태를 제거하고 일정한 작위처분을 하도록 하여 **침익적 또는 수익적 효과**를 발생케 하며, 부작위위법확인소송은 **형성력**에 관한 규정을 준용함(행정소송법29조, 38조②)

IV. 소송요건

1. 대상적격

(1) 문제점

부작위위법확인소송은 **부작위**를 그 대상으로 함(행정소송법19조, 38조②, 4조3호, 2조①2호)

(2) 부작위

행정청이 **당사자의 신청**에 대하여 **상당한 기간** 내에 일정한 처분을 하여야 할 **법률상 의무**가 있음에도 불구하고 **이를 하지 아니하는 것**(행정소송법2조①2호)

(3) 성립요건

1) 당사자의 신청

가. 처분에 대한 신청

- ① **신청행위**의 존재(당사자의 신청이 없으면, 행정소송법2조①2호의 **부작위**가 있다고 볼 수 없음)

- ② 신청의 대상으로서 **처분**(행정입법부작위는 **구체적인 권리의무**에 직접 영향을 미치는 것이 아니어서 제외됨)

나. 신청권의 요부

(가) 문제점

처분에 대한 당사자의 신청이 '**신청권**'에 기초하여 행해진 것이어야 하는지 문제됨

(나) 학설

- ① **신청권필요설**: 부작위가 성립하기 위해서는 신청권이 필요적으로 요구된다고 봄(**각하판결**)
- ② **신청권불요설**: 신청권에 대한 명문규정이 없으며, 신청권 존부는 **본안판단 사항**이라고 봄(**기각판결**)

(다) 판례(**신청권필요설**)

당사자가 신청을 하였더라도 **신청권이 없으면** 항고소송의 대상인 **부작위가 있다고 볼 수 없어** 부작위위법확인 소는 부적법함(**대상적격 흠결**)

(라) 검토(**신청권필요설**)

- ① 신청권이 없는 자의 신청에 대한 무응답은 **권리·의무에 직접적 영향**을 미치는 부작위가 아님
- ② 부작위위법확인소송의 대상으로서 **부작위는 처분성이 인정**되어야 함(행정소송법19조, 38조②)

다. 신청권의 존부

(가) 판례(**일반적·추상적 응답신청권**)⁵⁴⁾

- ① 일반적·추상적 신청권

구체적 사건에서 **신청인이 누구인지** 고려 없이 관계법규에 의해 **일반국민에게 추상적으로 인정**되는 신청권

- ② 응답신청권

신청에 대한 인용이라는 만족적 결과를 얻을 권리가 아니라 **신청에 대하여 단순히 응답받을 권리**

(나) 법규상·조리상 신청권

- ① **법규명문상** 신청권: 근거법규상 **사인의 공법행위에 관한 명문규정**이 있는 경우
- ② **법규해석상** 신청권: 신청한 처분이 **쌍방적 행정행위**인 경우(사인의 공법행위를 구성요소로 함)
- ③ **조리상** 신청권: **조리법상** 인정되는 신청권

2) 법률상 의무

- ① **처분 발령에 대한 의무**(처분 의무)
- ② 신청에 대해 응답할 의무(응답 의무)

54) 거부처분 취소소송에서의 일반적·추상적 신청권은 부작위위법확인소송에서도 그대로 유효함

3) 상당한 기간

사회통념상 그 신청에 대한 처분을 함에 있어서 일반적으로 요구되는 처리기간(판결시 기준)

4) 무응답

- ① 처분으로 볼 만한 어떠한 **외관**도 존재해서는 아니됨(거부처분, 무효·부존재하는 처분 제외)
- ② 행정청이 당사자의 신청에 대해 **거부처분**을 한 경우에는 부작위가 있다고 볼 수 없음(판례)
- ③ **간주거부 규정**이 있는 경우에는 부작위가 성립하지 아니함(공공기관의정보공개에관한법률11조⑤)

2. 원고적격

(1) 문제점

- ① ‘**처분의 신청을 한 자**’의 의미가 무엇인지(신청권 요부, 행정소송법36조)
- ② ‘**현실적으로 처분을 신청한 자**’로 볼 것인지,
‘**신청권을 바탕으로 처분을 신청한 자(법규해석상 신청권이 인정되는 자)**’로 볼 것인지

(2) 학설

- ① **신청권필요설**: 신청권이 있는 자의 신청이어야 ‘**법률상 이익**’의 침해가 발생할 수 있음(각하판결)
- ② **신청권불요설**: 신청권에 대한 명문규정이 없으며, 신청권 존부는 **본안판단 사항**이라고 봄(기각판결)

(3) 판례(**신청권필요설**)

당사자가 신청을 하였더라도 **신청권이 없으면 원고적격이 없어** 부작위위법확인 소는 부적법함

(4) 검토(**신청권필요설**)

- ① 부작위위법확인소송은 **신청권을 가진 자의 불이익**을 구제하기 위한 소송임(행정청의 **직권발동 촉구**가 목적이 아님)
- ② 신청권이 없는 자에 대한 **원고적격**을 인정하면, 아무런 제한이 없어 **남소**의 문제가 발생함
- ③ 신청권이 없는 자에 대한 **법률상 이익**의 침해는 인정되기 어려움

3. 협의의 소의

부작위위법확인소송 계속 중 일정한 처분이 행해지는 경우에는 더 이상 부작위의 위법확인을 구할 필요가 상실됨으로써 소의 이익이 없어 부적법 각하판결의 대상이 됨(**인용처분·기각처분 불문**)

4. 피고적격

부작위위법확인소송이란 **부작위를 한 행정청**을 상대로 함(행정소송법13조, 38조②)

5. 행정심판 전치주의

부작위위법확인소송에도 **행정심판 전치주의**가 적용되며, 이 경우 **의무이행심판**을 필요적으로 거쳐야 함
(행정소송법18조, 38조②)

6. 제소기간

부작위위법확인소송도 **일정한 경우 제소기간의 제한**을 받음(행정소송법20조, 38조②)

- ① 행정심판을 거친 경우 ○: 재결서 정본의 송달일로부터 기산하여 **제소기간의 적용**을 받음
- ② 행정심판을 거친 경우 ×: **부작위상태가 계속되는 한 제소기간의 제한이 없음**

V. 본안심리

1. 본안심리의 범위

(1) 문제점

부작위위법확인소송의 본질적 성격이 **의무이행소송과 동일한 것인지** 문제됨

(2) 학설

1) 절차적심리설(소극설)

- ① 부작위위법확인소송은 **소극적 위법상태의 제거**를 그 목적으로 함(의무이행소송과 다름)
- ② 행정청의 방치상태 적부와 관련하여, 단순히 **부작위의 위법함의 확인**하는 것에 그침

2) 실체적심리설(적극설)

- ① 부작위위법확인소송은 **적극적 처분의 이행확보**를 목적으로 함(의무이행소송과 동일함)
- ② 신청에 따른 **적절한 처리방향**에 대한 법률적 판단까지 심리함

(3) 판례(**절차적심리설**)

부작위위법확인소송은 **행정청의 응답을 신속하게** 하여 소극적인 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 함

(4) 검토(**절차적심리설**)

- ① **행정소송법**은 단순히 행정청의 **부작위가 위법하다는 것을 확인**하는 소송이라고 규정함(동법4조3호)
- ② **행정청의 아무런 결정이 없는 단계**에서 적절한 처리방향의 판단은 **적극적 변경**을 허용하는 결과를 초래함
- ③ 국민의 권리구제에 바람직한지 여부와 관계없이 **현행법 해석상** 그 해석의 범위를 일탈해서는 아니됨
- ④ 실체적 심리설은 **의무이행소송을 인정**하는 것이 되어 행정소송법의 입법취지에 반함

2. 위법성 판단기준시

부작위위법확인소송은 **판결시**를 기준으로 부작위의 위법성을 판단함(판례)

- ① 엄격한 의미의 처분(작위처분)이 존재하지 않으므로 기준이 되는 처분시가 존재하지 않음(처분시설의 예외)
- ② 부작위위법확인소송 도중 어떠한 처분이라도 행해지면 협의의 소의 흠결로 각하됨

VI. 가구제

부작위는 처분의 실체가 존재하지 아니하므로 집행정지의 대상이 될 수 없음(행정소송법23조, 준용 없음)

VII. 판결의 기속력

- ① 부작위위법확인판결이 있으면, 행정청은 판결의 취지에 따라 처분을 해야 하는 의무를 부담함(처분 의무, 행정소송법30조②, 38조②)
- ② 적극적 처분이든 소극적 처분이든 불문하고 어떠한 처분이라도 하면 되며, 거부처분을 하더라도 기속력에 반하지 아니함(반복금지효 위반아님, 절차적 심리설)

VIII. 소의 변경

1. 문제점

- ① 부작위위법확인소송 계속 중 행정청이 거부처분을 하는 경우, 거부처분 취소소송으로 소변경 가능성
- ② 부작위에서 거부처분으로의 변경은 처분의 변경에 해당함
- ③ 행정소송법상 부작위위법확인소송은 소의 종류 변경은 인정되나(행정소송법21조, 37조), 처분변경에 따른 소의 변경이 부정됨(행정소송법22조, 준용 없음)

2. 학설

(1) 긍정설

단순한 입법불비의 문제로서, 소의 종류의 변경으로서 가능함(행정소송법21조, 37조)

(2) 부정설

소의 종류의 오지정에 따른 소의 변경과 처분변경에 따른 소의 변경은 구별되는 것임

3. 검토(긍정설)

- ① 소의 종류 오지정에 한하여 적용한다는 명시적 규정이 없음(행정소송법21조)
- ② 부작위위법확인소송의 거부처분 취소소송으로 변경 역시 광의의 소의 종류 변경에 해당함
- ③ 변경 전과 후의 소송 모두 일정한 처분을 얻고자 하는 것으로서 청구의 기초에 변경이 없음
- ④ 새롭게 거부처분 취소소송을 제기하는 것은 소송경제의 효율성에 반함

19

법원의 판결 ★★★★★



I. 의의

법원이 **구체적인 쟁송**을 해결하기 위하여 원칙적으로 변론을 거쳐 **법적 판단**을 선언하는 행위
(무엇이 법인가를 판단·선언하는 행위)

II. 종류

1. 중간판결

종국판결을 하기에 앞서 이를 용이하게 하기 위하여 **소송의 진행 중에 당사자 간에 쟁점이 된 사항**을 **미리 정리하여 판단하는 확인적 성격**의 판결⁵⁵⁾

2. 종국판결

(1) 의의

당해 사건의 전부나 일부에 관하여 그 **심급으로서 종료시키는 판결**

(2) 종류⁵⁶⁾1) 소송판결(소송의 **적부**에 대한 판결, **요건심리**의 결과, **각하판결**)

당해 소송의 제기가 **소송요건**을 구비하지 못하여 **부적법한 경우 본안심리를 거절**하는 형태의 **각하판결**

2) 본안판결(소송의 **당부**에 대한 판결, **본안심리**의 결과, **인용판결·기각판결**)

가. 의의

당해 소송의 제기가 **본안요건**을 충족하였는지 여부에 따라 청구의 전부 또는 일부를 **인용**하거나 **기각**함을 그 내용으로 하는 판결

55) 중간판결

1. 중간확인(中間確認)의 소(訴)

원고 또는 피고가 소송의 진행 중에 그 쟁점이 되고 있는 법률관계의 성립여부에 의해 매인 경우 그 법률관계의 확인을 구하는 소를 제기하는 것

2. 법원의 재량

중간판결의 사항을 중간판결로써 정리 판단할 것인가, 종국판결의 이유로써 판단할 것인가 여부는 법원의 재량사항임

56) 전부판결과 일부판결

1. 전부판결

동일한 소송절차에서 심판되는 사건의 전부를 동시에 완결시키는 종국판결

2. 일부판결

동일한 소송절차에서 심판되는 사건의 일부를 다른 부분과 분리하여 종료시키는 종국판결(병합된 수개의 청구 중 어느 하나의 청구에 대한 일부판결)

나. 인용판결

(가) 의의

본안심리의 결과 원고의 주장이 이유 있음을 인정하여 청구의 전부 또는 일부를 받아들이는 본안판결

(나) 형성판결

법률관계를 발생(형성)·변경·소멸시키는 것을 내용으로 하는 판결(취소소송의 인용판결)

(다) 확인판결

일정한 법률관계의 존부를 확인함을 내용으로 하는 판결(무효등확인소송·부작위위법확인소송의 인용판결)

(라) 이행판결

피고에 대하여 일정한 행위를 할 것을 명하는 것을 내용으로 하는 판결(의무이행소송의 인용판결)

- ① 현행 행정소송법상 항고소송에서 직접적인 이행판결은 인정될 수 없음
- ② 취소소송: 거부처분에 대한 취소판결의 효력으로서 재처분의무 및 간접강제 제도를 인정함
- ③ 무효등확인소송: 거부처분에 대한 무효등확인판결의 효력으로서 재처분의무를 인정함
- ④ 부작위위법확인소송: 부작위에 대한 부작위위법확인판결의 처분의무 및 간접강제 제도를 인정함

다. 기각판결

본안심리의 결과 원고의 주장이 이유 없다고 판단하여 청구를 배척하는 본안판결(처분 등을 지지하는 판결)

라. 사정판결

본안심리 결과 원고의 주장이 이유 있다고 인정됨에도 불구하고, 그와 같은 처분등을 취소 또는 변경하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니한 경우, 청구를 배척하는 예외적인 기각판결

III. 일부인용(일부취소) 판결

1. 의의

- ① 일부인용판결: 본안심리의 결과 원고의 주장 중 일부만이 이유 있다고 판단하여 부분적으로 인용하는 판결
- ② 일부취소판결: 취소소송에서 처분등의 일부가 위법한 경우에 그 부분만을 일부취소 하는 판결(변경)

2. '변경'의 의미

(1) 문제점

행정소송법 제4조 제1호 '변경'의 의미가 무엇인지

- ① 취소소송의 인용판결은 형성판결에 해당함 ② 소극적 형성판결 외에 적극적 형성판결 가능여부

(2) 학설

1) 소극적 변경설

소극적 변경으로서 ‘**소극적 형성판결(일부취소)**’만이 가능하다고 보는 견해

- 적극적 형성판결, 즉 적극적 변경의 허용은 **권력분립원칙**에 반함

2) 적극적 변경설

적극적 변경으로서 ‘**적극적 형성판결**’ 역시 가능하다고 보는 견해

- 적극적 형성판결, 즉 적극적 변경의 허용이 **실질적 권력분립원칙**에 부합함

(3) 판례(소극적 변경설)

법원이 새로운 내용의 **행정처분을 직접 할 수는 없음**(법원으로 하여금 행정청이 일정한 행정처분을 행한 것과 같은 효과가 있는 행정처분을 직접 행하도록 하는 형성판결을 구하는 소송은 허용되지 아니함)

(4) 검토(소극적 변경설)

① **적극적 형성소송**: 행정청이 개인이 신청한 행정행위에 대하여 거부 또는 부작위 하는 경우 법원이 행정청에 갈음하여 **직접 적극적 형성판결**을 해 줄 것으로 구하는 소송

② **부작위위법확인소송 및 거부처분 항고소송**을 통한 **실효적 권리구제**가 가능함(행정소송법30조②, **재처분의무**)

③ 적극적 형성판결의 허용은 **입법자의 의사**에 반함

3. 일부취소 허용요건

(1) 판례

1) 일부취소 긍정⁵⁷⁾

적법하게 부과된 **정당한 세액이 산출되는 때에는** 그 정당한 세액을 **초과하는 부분만 취소**하여야 할 것이고 전부를 취소할 것이 아님(양도소득세, **기속행위**)

2) 일부취소 부정

과징금의 금액을 얼마로 할 것인지에 관하여 **재량권이 부여**되었다 할 것이므로 과징금부과처분이 법이 정한 한도액을 초과하여 위법할 경우 법원으로서 **전부를 취소할 수밖에 없음**(과징금, **재량행위**)

- 재량행위의 경우 법원으로서 **재량권의 일탈 여부만 판단할 수 있을 뿐**이지 재량권의 범위 내에서 어느 정도가 적정한 것인지에 관하여 판단할 수 없음

(2) 행정처분의 분리가능성

57) 기속행위에 대한 일부취소 제한(예외)

당사자가 제출한 자료에 의하여 적법하게 부과된 정당한 과세부분을 산출할 수 없는 경우에는 그것이 기속행위라고 하더라도, 전부를 취소할 수밖에 없음

외형상 하나의 행정처분이라고 하더라도 **일부취소의 대상이 되는 부분과 나머지 부분의 가분성**이 인정되는 경우에는 일부취소 판결이 허용됨

- ① 일부취소 긍정(분리가능 ○): 과세처분 등
- ② 일부취소 부정(분리가능 ×): 파면·해임·강등·정직·감봉·견책(공무원 징계처분)

(3) 행정청의 재량권 침해여부

당해 행정처분이 **기속행위**인 경우로서 **법원이 정당한 일부처분 부분을 정할 수 있는 경우에는** 일부취소 판결이 허용됨

- ① 일부취소 긍정(재량권 침해 ×): 기속행위
- ② 일부취소 부정(재량권 침해 ○): 재량행위(처분행정청의 **재량권을 존중하여 전부취소**를 한 다음 처분행정청으로 하여금 **재량권을 행사하여 다시 적절한 처분을 하도록 유도**함이 합당함)



사정판결(예외적 기각판결) ★★★



I. 의의

취소소송상 청구가 이유 있음에도 불구하고 처분 등의 취소가 현저히 공공복리에 적합하지 아니한 경우에 법원의 재량 하에 청구를 배척하는 **예외적인 기각판결**(행정소송법28조)

II. 근거규정

원고의 청구가 이유 있다고 인정하는 경우에도 처분 등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 법원은 원고의 청구를 기각할 수 있다(행정소송법28조①, 대표적인 공익우선조항)

III. 인정요건

1. 문제점

- ① 공공복리의 관점에서 처분의 위법성을 감수하면서라도 다수 국민의 **기성의 공공복리 상태를 유지하기 위하여** 특정인에 대한 위법한 권익침해에 대한 직접적 구제를 거부하는 제도
- ② 사정판결은 극히 **엄격한 요건 하에서 제한적으로 적용**되어야 함(판례)

2. 처분 등의 위법성

- ① 청구가 이유 있는 경우, 즉 **처분 등이 위법한** 경우(처분시 기준) → 예외적인 기각판결
- ② 청구가 이유 없는 경우, 즉 처분 등이 적법한 경우(처분시 기준) → 일반적인 기각판결

3. 취소소송

- ① 사정판결(단순위법): 공익상 요청에 따라, 예외적으로 위법한 **처분 등의 효력을 유지**하기 위함임
- ② 사정판결(당연무효): 법원의 판결을 통해 **새로운 처분을 발령**하는 결과를 초래함(권력분립원칙 위반)

4. 처분 등의 취소가 현저히 공공복리에 적합하지 아니할 것

위법한 행정처분의 취소할 필요와 그로 인해 공공복리에 반하는 사태의 **비교형량**(사정판결이 **유일한 방법**)

IV. 심판

- ① **주장책임 · 입증책임**: 사정판결의 필요성에 대한 주장 및 입증 → **피고 행정청**
- ② **판단시점**: 사정판결 필요성 판단시점 → **판결시** 기준(처분 이후 **사정변경** 고려)

- ③ **사정조사**: 사정판결로 인해 **원고가 입게 될 손해**, 배상방법 등의 **사정조사** 필요(행정소송법28조②)

V. 법원의 직권에 의한 사정판결

1. 문제점

- ① **변론주의 원칙**에 의하면, 원칙적으로 피고 행정청의 **사정판결의 신청 없이** 사정판결 불가능 함
- ② **직권심리주의** 규정을 근거로 **주장책임의 예외**를 인정할 수 있는지 문제됨

2. 근거규정

법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다(행정소송법26조)

3. 학설

(1) 긍정설

피고 행정청의 사정판결 신청 없이도, 법원은 직권으로 사정판결 할 수 있음(**직권탐지주의설**)

(2) 부정설

피고 행정청의 사정판결 신청 없이는, 법원은 직권으로 사정판결 할 수 없음(**직권증거조사주의설**)

(3) 제한적 긍정설

피고 행정청의 사정판결 신청 없이 법원은 직권으로 사정판결 할 수 없음이 원칙이나, **일건 기록에 현출된 사실을 기초로** 예외적 사정판결이 가능함(**변론주의 보충설**)

4. 판례(**제한적 긍정설**)

법원이 사정판결을 할 필요가 있다고 인정하는 때에는 당사자의 명백한 주장이 없는 경우에도 **일건 기록에 나타난 사실을 기초로 하여** 직권으로 사정판결 할 수 있음

5. 검토(**부정설**)

- ① 직권심리주의 원칙은 **실체적 적법성 보장**을 목적으로 인정되는 것임
- ② 사정판결은 **오히려 적법성의 후퇴**를 초래하는 예외적 판결의 형태임

VI. 무효등확인소송상 사정판결

1. 문제점

행정소송법은 무효등확인소송에서 사정판결을 인정하지 아니함(행정소송법28조, 38조①)

2. 학설

(1) 부정설

무효등확인소송의 사정판결 **준용규정**이 없으며, **처음부터 효력이 없는 처분**에 대한 사정판결은 부정됨

(2) 긍정설

무효와 취소의 구별은 **상대적**이며, 무효인 처분에도 **공익상 기성사실을 존중할 필요**가 있음

3. 판례(부정설)

당연무효의 행정처분을 소송목적물로 하는 행정소송에서는 존치시킬 효력이 있는 행정행위가 없기 때문에 행정소송법 제28조 소정의 사정판결을 할 수 없음

4. 검토(원칙적 부정설)

- ① 행정소송법상 무효등확인소송에 대한 사정판결 **준용규정 없음**
- ② 무효인 처분에 대한 사정판결은 **법원에 의한 새로운 처분발령**이라는 결과를 초래함(**권력분립원칙**)
- ③ 무효인 처분에 **유지가 필요한 공공복리 상태**가 있다면, **새로운 처분을 통해** 실현 가능함
- ④ 계쟁처분이 **취소사유**에 그치며 **취소소송 요건**을 구비한 경우에는 **예외적으로 허용**할 필요 있음

VII. 판결

- ① **주문표시**: 법원은 판결주문에 처분 등의 **위법성을 명시**하여야 함(**기판력**, 행정소송법28조①후문)
- ② **소송비용**: 패소판결에도 불구하고, **소송비용은 피고가 부담**함(청구가 이유 있음)
- ③ **불복방법**: 원고는 **사정판결이 부당함**을 주장, 피고는 **처분이 적법함**을 주장하기 위한 상소 가능

VIII. 구제방법의 병합

원고는 피고 행정청이 속한 국가 등을 상대로 손해배상, 재해시설설치, 그 밖의 적당한 구제방법을 **취소소송이 계속된 법원에 병합**하여 제기할 수 있음(행정소송법28조③)

21

판결의 효력 ★★★★★



I. 불가쟁력(형식적 확정력)

상소기간의 경과 등의 이유로 재판절차가 종료되면, 더 이상 판결의 취소·변경을 목적으로 상소를 할 수 없게 되는 판결의 효력

① 처분등의 불가쟁력(행정행위의 형식적 존속력)

불복기간의 경과로 처분등의 불가쟁력이 발생하였다고 하더라도, 처분등의 당사자 및 법원이 이에 기속되어 처분 등의 내용과 모순되는 주장이나 판단을 할 수 없는 것이 아님(판례, 쟁송법적 효력 ○, 최종적·종국적 구속력 ×, 당해 처분등의 기초가 된 사실관계나 법률적 판단이 확정되는 것 아님)

② 판결의 불가쟁력(판결의 형식적 확정력)

상소기간의 경과로 판결의 불가쟁력이 발생하게 되면, 자동적으로 기판력(실질적 확정력)이 발생하게 되어 판결의 내용과 소송당사자 및 법원은 이에 기속되어 모순되는 주장이나 판단을 할 수 없음

II. 자박력(불가변력)

취소판결이 확정되면 취소소송의 수소법원 역시 자신의 판결을 취소 또는 변경할 수 없게 되는 판결의 효력

III. 기판력

1. 의의

취소판결이 확정되면 ① 소송당사자가 더 이상 동일한 소송물에 대해 후소법원에서 다툴 수 없으며(일사부재리효, 소송절차의 반복방지) ② 후소법원이 전소법원의 판결에 모순·저촉되는 판단을 할 수 없게 되는 판결의 효력(모순금지효, 법적안정성)

- ① 근거규정: 행정소송법상 명문규정 없음(취소소송 역시 재판의 본질적 효력인 기판력이 당연히 인정됨)
- ② 판결내용: 인용판결과 기각판결 모두 인정됨
 - 취소소송에서 기각판결이 확정되면(당해 처분이 적법함), 후에 무효확인소송 역시 기각판결을 하여야 함(판례)
- ③ 실질적 확정력: 형식적 확정력의 발생을 전제로 함

2. 적용범위

(1) 주관적 범위(인적범위)

소송당사자 및 후소법원

① **소송당사자**: 소송상 제3자에게는 미치지 아니함(재판청구권 보장), **처분행정청이 속하는 국가 및 공공단체**에 미침(판례)

② **직권취소**: 취소소송의 기각판결이 확정된 경우에도, **처분행정청**은 당해 처분을 직권취소 할 수 있음

(2) 객관적 범위(물적범위)

소송물(당해 처분의 위법성 일반, 기본적 사실관계의 동일성)

① 판결이유에 실시된 **그 전제가 되는 법률관계 존부**에는 미치지 아니함

② **소송판결**은 그 판결에서 확정된 소송요건의 흠결에 관하여 기판력이 발생하는 것이 아님

③ **절차·형식상 위법**을 이유로 하는 경우, 기판력이 후소법원에 미치지 아니함(판례, **내용상 위법성**에만 미침)

④ **인용판결**(처분의 위법성), **기각판결**(처분의 적법성), **사정판결**(처분의 위법성)

⑤ **[선결관계]** 전소(취소소송) → 후소(국가배상청구소송)

: 취소소송의 **인용판결**은 기판력을 미치며, 취소소송의 기각판결은 기판력이 미치지 아니함

⑥ **[선결관계]** 전소(국가배상청구소송) → 후소(취소소송)

: 국가배상청구소송의 소송물은 처분의 위법성 판단이 아니므로, 기판력이 미치지 아니함

(3) 시간적 범위(시적범위)

판결시(사실심변론종결시)

- 사실심변론종결시 이전의 사유를 들어, 전소의 확정판결에 반하는 판단을 해서는 아니됨

IV. 형성력

취소판결이 확정되면, 판결의 취지에 따른 처분행정청의 **별도의 직권취소를 기다릴 것 없이** 당연히 **그 효력이 처분당시로 소급하여 소멸**되는 판결의 효력(**기존의 법률관계에 변동**을 가져오는 효력, 형성효·소급효)

① **판례**: 취소판결이 확정되면, 당해 행정처분의 취소 등의 별도의 절차를 요하지 아니하고, **당연히 취소의 효과가 발생**함

② 취소판결이 확정되면, 처분행정청이 판결의 취지에 따라 **처분을 취소하여야 할 의무를 지는 것** 아님

③ 파면처분에 대한 취소판결이 확정되면, 별도의 복직처분 없이도 **공무원의 신분회복의 효력이 발생**함

④ 판결내용: **인용판결**(형성력 발생 ○), **기각판결**(형성력 발생 ×)

⑤ 근거규정: 행정소송법상 형성력에 대한 **명시적 규정 없음** → **행정소송법 제29조①**(형성력 근거, 일반적으로 인정)

V. 대세효(제3자효)

취소판결이 확정되면, 판결의 형성력이 **소송상 제3자에게도 용인**되도록 하는 판결의 효력(행정소송법29조①)⁵⁸⁾

① 공매처분에 대한 취소판결이 있으면, 당해 재산의 경락인도 그 재산을 취득하지 못함(소유권 부정)

58) 행정소송법 제29조①

처분등을 취소하는 확정판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다.

- ② 인근주민이 제기한 취소소송에서 주유소 설치허가에 대한 취소판결이 확정되면, 주유소업자에게도 허가의 효과가 부정됨
- ③ 소송상 제3자 권리보호: 제3자의 소송참가(행정소송법16조) 및 제3자의 재심청구 인정(행정소송법31조)

VI. 기속력

1. 의의

취소판결이 확정되면, 판결의 실효성 확보 목적으로 처분행정청 및 관계행정청이 **판결의 취지에 따라 행동하도록 구속**되는 판결의 효력(행정소송법30조, 반복금지효·재처분의무·원상회복의무)

2. 법적 성질

(1) 문제점

- ① **기판력에** 부가되는 **하나의 속성에 불과**한 것인지(확정판결의 일반적 효력)
- ② **행정소송에서만** 인정되는 **특수한 판결의 효력**인지

(2) 학설

1) 기판력설

기판력에 부가되는 효력으로서, **기판력의 하나의 속성에** 불과함

- 취소판결이 확정된 후에 처분행정청이 **동일한 처분**을 반복하는 경우(**기속력**) 재차 항고소송을 통해 다투게 되며, 이때 **후소법원은** 전소의 확정판결에 모순됨이 없이 **위법한 것으로 확인**해야 함(**기판력**)

2) 특수효력설

행정소송법이 특별히 인정하는 **행정소송상 특유의 효력**에 해당함

- 행정재판의 경우 구체적 사건에서 처분을 취소할 수는 있으나 **동일한 처분의 발령을 막을 수 없다**는 점에서, 이를 방지하고 **판결의 실효성을 확보**하기 위하여 **행정소송만의 특수한 효력**으로서 별도의 기속력을 인정하는 것임

(3) 판례(**특수효력설**)

관계행정기관 또는 그 소속기관을 기속하는 것은 행정소송법 절차에 의거한 확정판결에 한하고, 민사소송법에 의한 판결은 이러한 기속력은 없음

(4) 검토(**특수효력설**)

기판력은 ① **쟁송법적 효력**으로서 ② **일반적인 판결의 효력**에 해당하며 ③ **인용판결 및 기각판결** 모두에 적용되고 ④ 그 적용대상은 **소송당사자 및 후소법원**이 됨

기속력은 ① **실체법적 효력**으로서 ② **오직 행정소송에서만** 인정되는 판결의 효력으로서 ③ **인용판결에만** 적용되고 ④ 그 적용대상은 **처분행정청 및 관계행정청**이 됨

3. 종류

(1) 반복금지효

취소판결이 확정되면 「행정청은 ① 기본적 사실관계의 동일성 하에서 **동일한 사유**에 근거하여 ② **동일한 상대방**에게 ③ **동일한 처분**을 반복하여서는 아니된다」는 판결의 효력(행정소송법30조①)

- ① **소극적 효력**으로서 기속력(반복금지효 **위반**의 문제)
- ② 무효등확인소송 및 부작위위법확인소송에 모두 준용됨(행정소송법38조①, ②)
- ③ 인용판결: 처분을 지지하는 기각판결에도 불구하고, 행정청은 처분을 스스로 직권취소 할 수 있음(처분유지주의 ×)

(2) 재처분의무

① 당사자의 신청에 대한 **행정청의 거부처분**이 판결에 의하여 취소된 경우(행정소송법30조②, 국민의 실질적인 권리구제) ② 인용처분이 제3자의 취소소송에 의하여 **절차상 하자**로 취소된 경우에(행정소송법 30조③, 신청인의 이익보호) 행정청으로 하여금 당사자의 새로운 신청을 기다리지 않고 판결의 취지에 따라 **기존의 신청에 대하여 다시 처분을 할 의무**를 부과하는 판결의 효력(재처분시의 사실상태 및 법령 상태 근거)

- ① **적극적 효력**으로서 기속력(재처분의무 **불이행**의 문제)
- ② 무효등확인소송(재처분의무) 및 부작위위법확인소송(처분의무)에 모두 준용됨(행정소송법38조①, ②)
- ③ 판례: 거부처분 후의 개정법령 및 허가기준을 들어 다시 행한 거부처분도 행정소송법 제30조 제2항의 재처분에 해당함

(3) 원상회복의무(결과제거의무)

취소판결이 확정되면 행정청은 소의 대상이 된 처분을 법률상 원인으로 하여 결과 된 **위법한 사실상태 및 법률상태를 다시 제거하고 원상회복시켜야 할 의무**를 부과하는 판결의 효력(행정소송법상 근거 없음)

- ① **적극적 효력**으로서 기속력(원상회복의무 **불이행**의 문제)
- ② 과세처분이 취소되면 이미 납부한 과오납을 반환해야 함 / 압류처분이 취소되면 압류물품을 반환해야 함
- ③ 학설은 일반적으로 인정하며, 판례는 **무효확인판결의 기속력**으로서 원상회복의무 인정함(하수도원인자부담금부과처분 사건)

4. 적용범위

(1) 주관적 범위(인적범위)

처분행정청(소송당사자) 및 관계행정청(행정소송법30조①)

- **관계행정청**: 취소된 처분등을 기초로 하여 그와 관련되는 처분이나 부수되는 행위를 할 수 있는 모든 행정청

(2) 객관적 범위(물적범위)

실체적 심리내용(**판결의 주문과 그 전제가 되는 요건사실의 인정과 그 효력**)

- ① 당해 처분이 위법하다고 판단한 근거로서 구체적 위법사유(개개의 위법사유)
 - 판결의 결론과 직접 관계없는 방론이나 간접적 사실은 기속력 적용되지 않음
- ② 당해 처분
 - 동일한 내용의 처분: 처분의 법적효과의 내용
 - 동일한 사유의 처분: 사실상 근거(기본적 사실관계의 동일성)⁵⁹⁾ 및 동일한 법령상 근거
 - 새로운 사유에 근거한 처분(기속력 적용×)
- ③ 구체적 위법사유: 위법사유 시정한 처분(기속력 적용 ×)

(3) 시간적 범위(시적범위)

처분의 위법성 판단기준시(위법성 판단기준시까지 존재했던 위법사유에 한해 적용됨)

- ① 위법성 판단기준시 = 처분시(취소소송: 처분등에 대한 사후적 심사제도, 권력분립원칙)
- ② 특히, 거부처분의 경우에 문제됨
- ③ 판례: 거부처분 후에 법령이 개정·시행된 경우에 개정법령 및 허가기준으로 들어 다시 거부처분을 할 수 있음

5. 위반의 효과

기속력에 위반한 처분은 당연무효임

- ① 판례: 확정판결과 저촉되는 행정처분을 하는 것은 허용되지 않는 것으로서, 이러한 행정처분은 그 하자가 중대하고도 명백한 것이어서 당연무효라 할 것임
- ② 중대명백성설: 기속력에 위반되는 처분은 행정소송법 제30조 제1항에 위반되어 위법해지며, 중대명백성설에 따를 때 판결주문에 정면으로 반하는 것으로 외관상 객관적 명백성 역시 인정됨

6. 간접강제

(1) 의의

거부처분 취소판결의 재처분의무에도 불구하고 처분행정청이 계속하여 재처분의 이행을 해태하는 경우, 재처분의무 이행담보를 통한 판결의 실효성 확보 및 실질적인 권리구제의 차원에서 일정한 배상을 명할 수 있도록 하는 제도(행정소송법34조, 배상명령제도, 재처분의무에 대한 강제집행제도, 제1심 수소법원에게 의뢰하여 배상금의 추심을 의뢰, 행정심판의 경우 직접강제 도입)

(2) 적용요건

- ① 처분행정청이 재처분을 거부·부작위하는 경우
- ② 재처분이 반복금지효에 위반되어 당연무효인 경우

59) 기본적 사실관계의 동일성

- ① 시간적·장소적 접근성 ② 행위의 태양 및 결과 등 제반사정을 종합적으로 고려
- 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한 여부(판례)

- 판례: 거부처분에 대한 취소의 확정판결이 있음에도 행정청이 아무런 재처분을 하지 아니하거나, 재처분을 하였다 하더라도 그것이 종전 거부처분에 대한 취소의 확정판결의 기속력에 반하는 등으로 당연무효라면 이는 아무런 재처분을 하지 아니한 때와 마찬가지라 할 것임

(3) 법적 성격

① 재처분의무 이행을 담보하기 위한 **심리적 강제수단**

② 재처분의 지연에 따른 제재로서 **손해배상이 목적 아님**(추심 전에 재처분의무를 이행하면 **추심제한**)

- 판례: 행정소송법 제34조 소정의 간접강제결정에 기한 배상금은 거부처분취소판결이 확정된 경우 그 처분을 행한 행정청으로 하여금 확정판결의 취지에 따른 재처분의무의 이행을 확실히 담보하기 위한 것으로서, 이는 확정판결의 취지에 따른 재처분의 지연에 대한 제재나 손해배상이 아니고 재처분의 이행에 관한 심리적 강제수단에 불과한 것으로 보아야 하므로, 특별한 사정이 없는 한 간접강제결정에서 정한 의무이행기한이 경과한 후에라도 확정판결의 취지에 따른 재처분의 이행이 있으면 배상금을 추심함으로써 심리적 강제를 피할 목적이 상실되어 처분상 대방이 더 이상 배상금을 추심하는 것은 허용되지 않음

22

당사자소송 ★★★



I. 의의

행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송(행정소송법3조2호)

II. 구별개념

1. 항고소송

(1) 공통점

- ① 원칙적으로 공법관계 하에서 제기하는 행정소송임(처분 등을 원인으로 하는 사법관계 포함)
- ② 국민의 권익구제를 주된 목적으로 하는 주관적 소송임

(2) 차이점

1) 대등한 당사자

- ① 당사자소송: 대등한 당사자 사이의 법률적 쟁송
- ② 항고소송: 일방의 우월적 지위를 전제로 법률적 쟁송

2) 소의 대상

- ① 당사자소송: 구체적 법률관계를 그 대상으로 함(당사자 간의 권리·의무 관계)
- ② 항고소송: 처분 등을 그 대상으로 함(공권력 행사의 행사·불행사)

3) 피고적격

- ① 당사자소송: 법률관계의 한쪽 당사자가 피고가 됨
- ② 항고소송: 행정청이 피고가 됨

2. 민사소송

(1) 공통점

대등한 당사자 사이의 법률적 쟁송

(2) 차이점

- ① 당사자소송: 공법상 법률관계를 그 대상으로 하는 법률적 쟁송임(처분 등을 원인으로 하는 사법관계 포함)
- ② 민사소송: 사법상 법률관계를 그 대상으로 하는 법률적 쟁송임

III. 종류

1. 구분기준

- ① 처분등을 법률상 원인으로 하는 법률관계에 대한 소송 vs 그 밖의 공법상 법률관계에 대한 소송
- ② 실질적 당사자소송 vs 형식적 당사자소송
- ③ 확인소송 vs 일반적 이행소송

2. 행정소송법 제3조 제2호

(1) 처분 등을 법률상 원인으로 하는 법률관계

1) 공법상 법률관계

- ① 임용처분 · 해임처분 · 파면처분 · 면직처분 등을 법률상 원인으로 하는 공무원지위확인소송
- ② 과세처분 등을 법률상 원인으로 하는 채무부존재확인소송
- ③ 국 · 공립학교 입학처분 · 퇴학처분 등을 법률상 원인으로 하는 신분확인소송
- ④ 보조금지급결정처분을 법률상 원인으로 하는 보조금지급청구소송

2) 사법상 법률관계⁶⁰⁾

- ① 행정상 손해배상청구소송(국가배상청구소송, 위법한 처분등을 원인으로 하는 경우에 한함)
 - ② 행정상 손실보상청구소송
 - ③ 부당이득반환청구소송
- 학설은 당사자소송의 대상이라고 보며, 판례는 민사소송의 대상이라고 봄
- ① 구 수산업법상 손실보상청구는 사법상 권리에 대한 것으로서 민사소송에 의함
 - ② 하천구역 편입토지에 대한 손실보상청구권은 공법상의 권리임이 분명하므로 당사자소송에 의함
- (예외적 판례, 모든 손실보상청구소송을 당사자소송으로 변경한 것 아님)

(2) 그 밖의 공법상 법률관계

처분 등을 법률상 원인으로 하지 않는 공법상 법률관계에 대한 소송

60) 행정소송법 개정안 제3조 제2호(당사자소송)

행정상 손실보상, 처분 등의 위법으로 인한 손해배상 · 부당이득반환, 그 밖의 공법상 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송

- ① 공중보건의 등 전문직 공무원에 대한 채용계약 해지에 따른 공무원지위확인소송(공법상 계약, 판례)
- ② 서울시립무용단원 해촉에 따른 신분확인소송(공법상 계약, 판례)
- ③ 도시재개발조합의 조합원지위확인소송(강제가입제, 판례)
- ④ 광주민주화운동 관련자 보상금청구소송(법률이 특별히 인정하는 공법상 권리, 판례)
- ⑤ 비권력적 공법행위를 원인으로 하는 공법상 결과제거청구소송

3. 실질적 당사자소송, 형식적 당사자소송

(1) 실질적 당사자소송

법률관계의 일방 당사자를 피고로 하여 다투는 당사자소송의 형식을 취할 뿐만 아니라, 그 다툼의 대상이 되는 소송물 역시 법률관계 자체를 다투는 당사자소송의 실질을 가지는 소송(일반적인 당사자소송)

- ① 형식: 당사자소송(한쪽 당사자를 피고로 하는 소송)
- ② 실질: 당사자소송(구체적 법률관계에 대한 소송)

(2) 형식적 당사자소송

1) 의의

(외형상) 법률관계의 일방 당사자를 피고로 하여 다투는 당사자소송의 형식을 취하고 있으나, 그 다툼의 대상이 되는 소송물은 처분 등을 다투는 항고소송의 실질을 가지는 소송

- ① 형식: 당사자소송(한쪽 당사자를 피고로 하는 소송)
- ② 실질: 항고소송(처분등에 대한 소송)

2) 보상금증감청구소송

가. 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률

동법85조①: 토지수용위원회의 재결처분에 대해 불복이 있는 때에는 행정소송을 제기할 수 있음

동법85조②: 보상금 증감에 관한 소송의 경우 토지소유자 등은 사업시행자를, 사업시행자는 토지소유자 등을 피고로 함

나. 종류

- ① 보상금증액청구소송: 토지소유자 등(원고)이 사업시행자를 상대로(피고) 제기하는 보상금증감청구소송
- ② 보상금감액청구소송: 사업시행자(원고)가 토지소유자 등을 상대로(피고) 제기하는 보상금증감청구소송

다. 확인소송

보상금증감청구소송의 주된 목적이 위법한 수용재결 처분의 효력제거에 있지 않으며, 단지 보상금액의 확정

3) 인정필요성

재판의 반복에 따른 **소송경제의 효율성** 및 **신속한 권리구제**(권리구제의 실효성)

4) 개별법상 특별규정

가. 문제점

- ① **개별법상 명문규정이 없는 경우**에 형식적 당사자소송 인정가능성
- ② 형식적 당사자소송을 **일반적으로 인정**할 수 있는지(**행정소송법3조2호**)

나. 학설

(가) 긍정설

- ① 「**행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 대한 소송**」에 형식적 당사자소송이 포함됨
- ② **당사자소송 법정주의 원칙**을 정한 제한규정이 없음(**행정소송법45조, 객관소송 법정주의**)

(나) 부정설

당사자소송을 통한 처분 등의 효력제거는 **공정력 및 구성요건적 효력**에 반함

다. 검토(**부정설**)

- ① 당사자소송은 처분 등을 원인으로 하는 법률관계를 직접 다투는 소송임(처분등의 효력을 다투는 것이 아님)
- ② 위법한 처분을 **언제라도** 다투 수 있게 됨으로써 **공정력을 부인**하는 결과를 초래하게 됨
- ③ **권한 없는 법원이 처분 등의 효력을 부인**하게 되어 **구성요건적 효력을 부인**하는 결과를 초래하게 됨
- ④ 항고소송과 당사자소송의 선택상 혼란 가중의 우려가 있음(**항고소송의 무력화**)

4. 확인소송, 일반적 이행소송

(1) 확인소송

소송의 대상이 되는 **법률관계의 존부에 대한 확인**을 목적으로 하는 당사자소송

(공무원지위확인소송 · 국공립학교 재학생 신분확인소송 · 채무부존재확인소송 등)

(2) 일반적 이행소송

법률관계의 존부를 넘어 그에 따른 **집행행위의 이행**을 **확보**하기 위한 당사자소송

(손해배상청구소송 · 손실보상청구소송 · 부당이득반환청구소송 등)

IV. 소송요건

1. 대상적격

- (1) 처분등을 법률상 원인으로 하는 법률관계

- ① 처분등을 법률상 원인으로 하는 공법상 법률관계 ② 처분등을 법률상 원인으로 하는 사법상 법률관계

(2) 처분등을 법률상 원인으로 하지 않는 공법상 법률관계

- ① 비권력적 행위를 법률상 원인으로 하는 공법상 법률관계 ② 법령에 의해 직접 발생한 공법상 법률관계

2. 원고적격

당사자소송의 대상이 되는 법률관계의 일방 당사자

- ① 확인소송: 확인의 이익을 가지는 자
② 일반적 이행소송: 이행청구권이 자신에게 있음을 주장하는 자

3. 피고적격

(1) 근거규정

당사자소송은 국가·공공단체 그 밖의 권리주체를 피고로 한다(행정소송법39조)

(2) 당사자소송의 피고

- ① 국가 ② 지방자치단체 ③ 기타 공법상 법인 ④ 공무수탁사인

4. 행정심판 전치주의

당사자소송은 행정심판 전치주의 적용을 받지 않음(행정소송법44조①, 18조)

- ① 당사자소송은 행정심판 전치주의 규정을 준용하지 않음
② 행정심판상 당사자심판은 인정되지 않음

5. 제소기간

(1) 근거규정

당사자소송에 관하여 법령에 제소기간이 정하여져 있는 때에는 그 기간은 불변기간으로 한다(행정소송법41조)

(2) 당사자소송의 제기기간

당사자소송은 제소기간의 특별한 제한이 없음

- ① 행정소송법상 당사자소송의 제소기간에 대한 특별한 규정이 없음
② 소멸시효가 적용되어 권리가 상실한 경우에는 본안에서 기각될 것임

6. 관할법원

(1) 근거규정

제9조의 규정은 당사자소송의 경우에 준용한다. 다만, 국가 또는 공공단체가 피고인 경우에는 관계

행정청의 소재지를 피고의 소재지로 본다(행정소송법40조)

(2) 당사자소송의 관할

취소소송의 관할법원에 준하여 판단(관계행정청, 당해 법률관계에 직접적 관계를 맺고 있는 행정청)

- ① 처분등을 법률상 원인으로 하는 법률관계에 대한 당사자소송: 처분행정청 및 행정심판위원회
- ② 그 밖에 공법상 법률관계에 대한 당사자소송: 비권력적 작용을 행한 행정청

V. 활용론

1. 문제점

당사자소송을 실무적으로 활성화 할 필요가 있는지

2. 학설

(1) 무용론

- ① 처분개념의 확대를 통한 항고소송 대상범위의 유연한 확대 가능성
- ② 공법관계와 사법관계의 실체법적 구별의 어려움(민사소송 위주의 실무적 고려)
- ③ 국민의 소송형식의 선택부담을 가중시킴

(2) 활성화론

- ① 당사자소송이 활성화되면, 비권력적 공법행위에 대한 항고소송 대상의 확대 논의는 무용함
- ② 항고소송은 공권력 행사에 관한 소송형식이고, 민사소송은 사경제작용에 관한 소송형식임
- ③ 우리 법제는 공법과 사법의 이원적 체계를 채택하고 있음

(3) 제한적 활성화론

- ① 처분 등을 원인으로 하는 법률관계의 경우 당사자소송으로 전환이 필요함(행정소송법 개정안)
- ② 항고소송 대상의 확대논의는 여전히 유효함

3. 검토(활성화론)

- ① 공법행위를 원인으로 하는 법률관계는 공법관계로 분류하여 당사자소송 대상으로 함이 합리적임
- ② 위법한 비권력적 공법행위로 인한 권리구제는 당사자소송을 통해 해결함이 타당함

23

객관적 소송 ★★★



I. 민중소송

1. 의의

국가 또는 공공단체의 기관이 **법률에 위반되는 행위**를 한 경우, 직접 자기의 **법률상 이익과 관계없이** 그 **시정**을 구하기 위하여 제기하는 소송(행정소송법3조3호)

- (① 공직선거법상 선거소송 ② 공직선거법상 당선소송 ③ 국민투표법상 국민투표무효소송 ④ 지방자치법상 주민소송 ⑤ 주민투표법상 주민투표소송 등)

2. 객관적 소송

- ① **자기의 법률상 이익**과 직접 관계없이 제기하는 소송 → **주관적 소송** ×
 ② 행정통제 측면에서 **행정법규의 정당한 적용** 및 **선거·투표 등의 공정성 확보**를 위한 소송 → **객관적 소송** ○

3. 민중소송 법정주의

(1) 근거규정

민중소송 및 **기관소송**은 **법률이 정한 경우에 법률에 정한 자에 한하여** 제기할 수 있다(행정소송법45조)

(2) 판례

행정소송법 제45조는 민중소송 및 기관소송은 법률이 정한 경우에 법률에 정한 자에 한하여 제기할 수 있다고 규정하고 있고, 행정청이 주민의 여론을 조사한 행위에 대하여는 법상 소로서 그 시정을 구할 수 있는 아무런 규정이 없으며, 행정소송법 제46조는 법률에서 민중소송을 허용하고 있는 경우에 그 재판절차를 규정한 것에 불과하므로, 여론조사의 무효확인을 구하는 소송을 각하하여야 함

II. 기관소송

1. 의의

국가 또는 공공단체의 **기관 상호간**에 있어서 **권한의 존부** 또는 **그 행사에 관한 다툼**이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송(행정소송법3조4호본문)

2. 인정범위

(1) 문제점

- ① 동일한 법주체 내부기관 상호간의 권한분쟁에 관한 소송인지(협의, 별개의 법주체 상호간의 소송이 포함되는지(광의)
- ② 헌법재판소법 제2조⁶¹⁾의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 제외한다(행정소송법3조4호단서)

(2) 학설

1) 협의설(한정설)

헌법재판소법 제2조의 권한쟁의심판은 기관소송에서 제외됨(행정소송법3조4호단서)

2) 광의설(비한정설)

- ① 기관소송은 행정법적 차원에서의 권한분쟁이며, 권한쟁의심판은 헌법적 차원에서의 권한분쟁을 말함
- ② 상이한 행정주체 상호간의 권한분쟁 및 상이한 법주체 기관 상호간의 권한분쟁도 포함됨

(3) 판례(광의설)

시·도지사가 바로 자치구의 장을 상대로 조례안 의결의 효력 혹은 그에 의한 조례의 존재나 효력을 다투는 소를 제기하는 것은 지방자치법상 허용되지 아니하는 것임(기관소송 법정주의 적용, 서로 다른 지방자치단체)⁶²⁾

(4) 검토(협의설)

- ① 기관소송에서 헌법재판소 관장사항은 제외됨(행정소송법3조4호단서)
 - ② 국가기관상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체상호간의 권한쟁의에 관한 심판(헌법재판소법2조4호)
 - ③ 권한쟁의심판의 범위 내에는 국가기관 상호간의 권한다툼 역시 포함됨
- 기관소송 = 동일한 지방자치단체 내의 기관 상호간의 권한다툼에 한정됨

3. 종류

- ① 소속 지방자치단체장의 지방의회재의결무효확인소송(지방자치법172조③)⁶³⁾
- ② 교육감의 교육위원회재의결무효확인소송(지방교육자치에관한법률28조③)⁶⁴⁾
- ③ 교육감의 지방의회(시·도의회)재의결무효확인소송(지방교육자치에관한법률28조③, 교육및학예에관한사무)

61) 헌법재판소법 제2조(관장사항)

헌법재판소는 다음 각 호의 사항을 관장한다.

1. 법원의 제청(提請)에 의한 법률의 위헌(違憲) 여부 심판 2. 탄핵(彈劾)의 심판 3. 정당의 해산심판

4. 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의(權限爭議)에 관한 심판 5. 헌법소원(憲法訴願)에 관한 심판

62) 유성구의회가 지방세법상 비과세 대상인 국가등 소유의 재산을 과세대상으로 한 조례안을 의결함에 따라 대전광역시장이 유성구청장에게 동 조례안에 대한 재의요구 지시를 하였으나, 유성구청장이 이에 불응하자, 대전광역시장이 유성구청장을 상대로 하여 주위적 청구로서 조례안의결부 존재확인소송과 예비적 청구로서 조례안의결무효확인소송을 병합하여 제기한 사건

63) 지방자치단체장은 지방의회의 의결에 대하여 재의를 요구하고 이에 따라 재의결 된 사항이 법령에 위반된다고 판단되는 때에는 재의결된 날로부터 20일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다

64) 교육감은 교육위원회 및 지방의회의 의결에 대해 재의를 요구하고 이에 따라 재의결 된 사항이 법령에 위반된다고 판단되는 때에는 재의결된 날로부터 20일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다

4. 인정이유

기관 상호간의 권한의 범위 및 권한행사의 방법에 대한 분쟁 중 제3의 기관으로서 사법부의 관여를 통해 공정한 판단을 받고 적절한 법질서를 회복할 필요가 인정되는 경우가 있음

(일반적인 행정기관 상호간의 분쟁은 정치적 수단 또는 행정감독수단을 통하여 합리적인 해결점을 찾을 수 있음)

5. 객관적 소송

① 자기의 법률상 이익과 직접 관계하여 제기하는 것이 아님 → 주관적 소송 ×

② 소송당사자가 행정기관이며, 소송의 내용이 권한다툼에 관한 것임 → 객관적 소송 ○

6. 기관소송 법정주의

(1) 근거규정

민중소송 및 기관소송은 법률이 정한 경우에 법률에 정한 자에 한하여 제기할 수 있다(행정소송법45조)

(2) 판례

행정소송법 제3조 제4호와 제45조에 의하면, 국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 기관소송은 법률이 정하는 경우에 법률이 정한 자에 한하여 제기할 수 있다고 규정하여, 이른바 기관소송 법정주의를 취하고 있음

24

취소심판 ★★★



I. 의의

행정청의 위법 또는 부당한 처분의 취소 또는 변경을 하는 심판(행정심판법5조1호)

① 변경(취소소송, 행정소송법4조1호): 소극적 의미(일부취소)

② 변경(취소심판, 행정심판법5조1호): 적극적 의미

II. 취소심판의 성질

1. 문제점

① 국민의 권익구제 및 법률관계의 회복 등에 관한 명시적 규정이 없음(행정심판법5조1호)

② 법률관계의 변동을 목적으로 하는 형성적 쟁송인지 vs 처분의 위법 또는 부당함의 확인을 목적으로 하는 확인적 쟁송인지

2. 학설

(1) 형성적 쟁송설(주관적쟁송설)

① 취소심판이란 일정한 법률관계를 성립시킨 처분의 취소 또는 변경을 구하는 쟁송임

② 취소 또는 변경재결에 의하여 당해 처분에 의하여 형성되었던 법률관계가 원상회복 되거나 변경됨

(2) 확인적 쟁송설(객관적소송설)

취소심판이란 처분의 위법 또는 부당함의 확인을 통한 법률관계 존부의 확정을 목적으로 하는 쟁송임⁶⁵⁾

(3) 준형성적 쟁송설(구제소송설)

① 취소심판은 확인적 쟁송의 성격과 함께 형성적 쟁송의 성격을 동시에 가짐

② 확인적 쟁송: 처분의 위법 또는 부당함을 확인하기 위한 소송

③ 형성적 쟁송: 처분의 공정력을 배제하고 처분의 효력을 소멸시키는 쟁송

3. 검토(형성적 쟁송설)

① 취소 또는 변경재결의 효력이 발생하면 공정력에 의해 유효하게 통용되었던 처분의 효력이 소급적으로 부인되거나 변경됨

② 당해 처분에 의해 형성되었던 법률관계가 원상으로 회복되거나 변경됨

65) 국민은 취소심판을 통해 이미 형성된 법률관계의 소멸 또는 변경을 구할 권리가 인정되지 아니함

- ③ 행정심판법은 **형성력에 대한 명시적 규정**을 두고 있음(행정심판법48조④)

III. 청구요건

1. 대상적격

(1) 의의

- ① **다툼의 대상이 되고 있는 행정작용**이 행정심판의 대상으로서 **권리보호자격**을 갖추고 있는지
- ② **권리보호자격**: 청구의 대상이 되고 있는 행정작용이 **재결의 대상으로 삼기에 적합한 유형의 사항**인지

(법률적 쟁송으로서 **권리관계에 관한 주장에 관한 것**이어야 하므로, 사실적 효과만을 발생시키는 사실행위 등은 심판의 대상으로서 권리보호자격이 인정되지 않으며, **권리관계에 직접적 영향을 미치는 행위**만이 대상적격이 인정됨)

(2) 근거규정

- ① 행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 행정심판(행정심판법5조1호)
- ② 처분이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부, 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다(행정심판법2조1호)

(3) 처분의 개념

1) 문제점

강학상 **행정행위**와 행정소송법상 처분의 개념이 **동일한지** 문제됨(행정행위는 실체법상 개념임)

2) 학설

가. 실체법적 개념설(처분개념 일원론)

강학상 행정행위와 행정소송법상 처분의 개념은 **동일하다고** 봄

- ① 행정행위 = 실체법적 개념, **처분** = **실체법적 개념**
- ② 취소쟁송은 **행정행위의 공정력을 배제**하고 처분의 효력을 소급제거를 목적으로 함
- ③ **다양한 행정작용**을 모두 행정심판의 대상으로 삼는 것은 합당하지 아니하다고 봄
- ④ 행정심판상 당사자심판을 인정할 필요가 있음

나. 쟁송법적 개념설(처분개념 이원론)

강학상 행정행위와 행정소송법상 처분의 개념은 **상이하다고** 봄(처분개념을 상대적으로 넓게 파악함, 행정행위 포함)

- ① 행정행위 = 실체법적 개념, **처분** = **쟁송법적 개념**
- ② 항고쟁송 대상의 **유연한 확장가능성**을 인정한 입법취지에 충실한 해석(**그 밖에 이에 준하는 행정작용**)

③ 다양한 행정작용을 고려하여 행정심판을 통한 권리구제의 폭을 확대하고자 함

④ 행정심판은 항고심판을 의미하며, 당사자심판이 인정되지 않음

3) 판례(실체법적 개념설)

행정처분이란 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위(법률상 효과를 발생하게 하는 등 국민의 권리의무에 직접 관계가 있는 행위)

4) 검토(쟁송법적 개념설)

처분의 개념을 넓게 정의하고 있는 행정심판법의 입법취지를 고려할 때, 행정심판에 의한 국민의 권리구제를 확대하여 인정하는 것이 타당함

(4) 형식적 행정행위

1) 문제점

① 행정행위 외의 행정작용이 「형식적 처분영역(그 밖에 이에 준하는 행정작용)」 내에 포함될 수 있는지

② 행정지도, 벌점부과 등 비권력적 행정작용이 문제됨(특히, 사실상 강제력이 있는 비권력적 사실행위)

2) 학설

가. 긍정설

국민의 실효적 권리구제를 위하여 행정심판의 대상을 확대하여 인정해야 한다고 봄

나. 부정설

항고쟁송은 공권력 행사를 대상으로 하는 형성적 쟁송이므로 행정행위 외의 행정작용은 대상이 될 수 없다고 봄

3) 판례

행정지도는 항고소송의 대상이 되는 처분이 아니라고 보았으나(전기공급불가회신), 행정처분과 같은 외형을 갖추고 있어서 상대방이 이를 행정처분으로 인식할 정도라면 그 불이익 및 불안감 제거를 위해 항고소송의 대상으로서 처분이 될 수 있다고 봄(처분개념의 확대)

4) 검토(절충설)

① 행정지도 등 비권력적 사실행위를 취소심판의 대상으로 삼을 경우 취소심판이 국민의 법률관계의 변동을 초래함이 없이 처분의 위법 또는 부당함을 확인하기 위한 객관적 쟁송(확인적 쟁송)이 되므로 원칙적으로 형식적 행정행위를 부정함이 타당하나 ② 사실상 강제력의 계속성이 인정되는 경우에는 국민의 권리구제 차원에서 예외적으로 형식적 행정행위를 인정함이 바람직함

2. 청구인적격

(1) 의의

- ① **청구인적격**: 구체적 사건에 대한 청구당사자 중 청구인으로서 **본안심리를 구할 수 있는 자격**
- ② **취소심판상 청구인적격**: 구체적인 처분의 위법 또는 부당함을 주장하며 **그 취소를 구할 수 있는 자격**

(2) 근거규정

취소심판은 처분의 취소 또는 변경을 구할 **법률상 이익이 있는 자**가 청구할 수 있다(행정심판법13조①1문)

(3) '법률상 이익'의 의미

'**법률상 보호이익**'을 의미함(권리구제설 · 법률상보호이익설 · 보호가치있는이익구제설 · 적법정보장설 견해대립)

(4) 입법과오 여부

1) 문제점

행정심판은 위법성 심사뿐만 아니라(법률문제) **당·부당의 심사**까지를 그 대상으로 함(**사실문제**)

2) 학설

가. 입법과오설

- ① **부당한 처분**에 의해 침해되는 것은 **반사적 이익**일 뿐이며 법률상 보호이익으로서 공권이 아님
- ② 법률상 이익을 요구하는 것은 **합목적성 통제**의 기능을 **포기**하는 결과를 초래 하게 됨

나. 입법비과오설

- ① 법률상 이익은 **반드시 위법한 처분**에 의해서만 침해될 수 있는 것이 **아님**
- ② 법률상 이익은 **재량권 행사상의 부당한 처분**에 의해서도 침해될 수 있음

3) 검토(**입법비과오설**)

법률상 이익은 위법한 처분뿐만 아니라 **부당한 처분**에 의해서도 침해될 수 있음

(**부당한** 공무원에 대한 징계처분으로서 **감봉처분**에 의해서도 징계공무원의 **봉급청구권**의 침해가 발생함)

3. 협의의 청구이익

(1) 의의

청구인의 청구가 행정심판을 통하여 분쟁을 해결할 만한 **구체적인 이익** 및 **현실적인 필요성**이 있는지

(2) 근거규정

처분의 효과가 기간의 경과, 처분의 집행, 그 밖의 사유로 소멸된 뒤에도 그 처분의 취소로 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에도 또한 같다(행정심판법13조①2문)

4. 피청구인적격

(1) 의의

구체적 사건에 대한 행정심판의 당사자 중 **피청구인**으로서 심판을 수행하고 **본인의 판결을 받을 수 있는 당사자의 자격**

(2) 근거규정

행정심판은 **처분을 한 행정청**(의무이행심판의 경우에는 청구인의 신청을 받은 행정청)을 피청구인으로 하여 청구하여야 한다(행정심판법17조①본문)

(3) 행정청

1) 근거규정

“행정청”이란 행정에 관한 의사를 결정하여 표시하는 국가 또는 지방자치단체의 기관, 그 밖에 법령 또는 자치법규에 따라 행정권한을 가지고 있거나 위탁을 받은 공공단체나 그 기관 또는 사인(私人)을 말한다 (행정심판법2조4호)

2) 작용법상 행정청

행정기관 중 조직을 대표하고 외부적 의사표시권한을 가진 행정기관으로서 **조직법상 행정청이 아니더라도**, 공무를 수행하는 범위 내에서 행정청의 지위가 인정됨(**기능적 의미의 행정청**)

(4) 처분을 한 행정청

정당한 권한 유무와 관계없이 처분을 한 행정청이 피청구인이 됨(**외부적 관계에서의 처분명의자**)⁶⁶⁾

5. 청구기간

(1) 안날 90일

행정심판은 **처분이 있음을 알게 된 날부터 90일 이내**에 청구하여야 한다(행정심판법27조①)

(2) 있는 날 180일

행정심판은 **처분이 있었던 날부터 180일**이 지나면 청구하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다(행정심판법27조③)

IV. 심판의 재결

1. 요건재결

(1) 근거규정

66) 정당한 권한 유무는 처분의 주체상 적법요건으로서 본안심사의 대상에 해당함

위원회는 심판청구가 적법하지 아니하면 그 심판청구를 각하(却下)한다(행정심판법43조①)

(2) 의의

취소심판의 청구가 청구요건을 구비하지 못하여 부적법한 경우, 본안심리를 거절하는 형태의 각하재결

2. 본안재결

(1) 인용재결

1) 의의

취소심판의 본안심리 결과 청구인의 주장이 이유 있음을 인정하여, 청구를 받아들이는 본안재결

2) 근거규정

위원회는 취소심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 처분을 취소 또는 다른 처분으로 변경하거나 처분을 다른 처분으로 변경할 것을 피청구인에게 명한다.(행정심판법43조③)

3) 종류

- ① 형성재결: 행정심판위원회가 스스로 처분을 하는 인용재결(전부취소재결, 변경재결)
- ② 이행재결: 처분행정청으로 하여금 처분을 하도록 명령하는 인용재결(전부취소명령재결, 변경명령재결)

(2) 기각재결

1) 일반적 기각재결

가. 근거규정

위원회는 심판청구가 이유가 없다고 인정하면 그 심판청구를 기각(棄却)한다(행정심판법43조②)

나. 의의

취소심판의 본안심리 결과 청구인의 주장이 이유 없다고 판단하여, 심판의 청구를 배척하는 본안재결

2) 예외적 기각재결(사정재결)

위원회는 심판청구가 이유가 있다고 인정하는 경우에도 이를 인용(認容)하는 것이 공공복리에 크게 위배된다고 인정하면 그 심판청구를 기각하는 재결을 할 수 있다(행정심판법44조①1문)

25

의무이행심판 ★★★★★

□□□

I. 의의

당사자의 신청에 대한 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 행정심판(행정심판법5조3호)

- ① 행정청의 소극적 행정작용으로 인한 당사자의 불이익을 구제하기 위해 가장 실효적인 권리구제수단
- ② 행정청의 적극적인 처분을 구하는 행정심판

II. 구별개념

1. 취소심판 · 무효등확인심판

- ① 의무이행심판: 행정청의 위법 또는 부당한 소극적 행정작용에 대한 권리구제수단
- ② 취소심판 · 무효등확인심판: 행정청의 위법 또는 부당한 적극적 행정작용에 대한 권리구제수단

2. 의무이행소송

- ① 의무이행심판: 행정심판법이 명시적으로 인정하는 심판제도(행정심판법5조3호)
- ② 의무이행소송: 행정소송법의 해석상 인정되지 않는 소송제도(부작위위법확인소송 및 거부처분취소소송)

III. 의무이행심판의 성질

1. 이행쟁송

행정청에 대하여 일정한 내용의 처분을 할 것을 명하는 재결을 구하는 행정심판

2. 현재의 이행쟁송

(1) 장래의 이행쟁송

아직까지 소극적 행정작용에 대한 행정청의 의사가 현실화되기 전 단계에서 단순히 장래의 수익적 처분을 구하기 위한 이행쟁송은 허용되지 않음

(2) 현재의 이행쟁송

이미 소극적 행정작용에 대한 행정청의 의사가 현실화된 단계에서 수익적 처분을 구하기 위한 이행쟁송을 의미함

- ① 거부처분

소극적 처분으로서 **현실화된 거부처분**이 존재하는 경우

② 부작위

당사자의 신청에 대하여 행정청이 일정한 처분을 해야 할 **법률상 의무의 이행시기가 도래**하여 **현실화된 부작위**가 존재하는 경우

IV. 청구요건

1. 대상적격

(1) 근거규정

당사자의 신청에 대한 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 행정심판(행정심판법5조3호)

(2) 거부처분⁶⁷⁾

1) 근거규정

“처분”이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 **그 거부**, 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다(행정심판법2조1호)

2) 소극적 행정행위⁶⁸⁾

소극적으로 기존의(현재의) **법률상태의 변동을 발생시키지 않겠다는 의사를 표시**하는 행정행위
(국민의 적극적 행위 신청에 대하여 그 신청에 따른 행위를 하지 않겠다고 **거부한 행위**)

3) 인정요건(거부행위의 처분성)⁶⁹⁾

- ① **처분**에 대한 거부일 것
- ② 법규상·조리상 **신청권**이 인정될 것⁷⁰⁾

(3) 부작위

1) 근거규정

“부작위”란 행정청이 **당사자의 신청**에 대하여 **상당한 기간** 내에 일정한 처분을 하여야 할 **법률상**

67) 자세한 내용은 '항고소송상 대상적격' 참조

68) 거부행위의 처분성

① ‘행정행위의 거부’가 ‘**행정행위인 거부처분**(소극적 행정행위)’인지

② 행정청에 대한 당사자의 **수익적 행정행위의 신청에 대한 거부**가, 모두 **소극적 행정행위**가 되는 것은 아님

69) 신청권 요부

행정심판법은 ‘거부’를 처분 내에 포함하면서, 별도의 ‘**신청권**’에 대한 **명문규정**을 두지 않음(동법2조1호) → ① 대상적격설 ② 청구인적격설 ③ 본안판단설

70) 신청권

1. 신청권의 의미: 일반적·추상적 응답신청권

2. 신청권의 준부: 법규명문상 신청권, 법규해석상 신청권, 조리상 신청권

의무가 있는데도 처분을 하지 아니하는 것을 말한다(행정심판법2조2호)

2) 성립요건

- ① 당사자의 신청⁷¹⁾ ② 법률상 의무(처분의무, 응답의무) ③ 상당한 기간 ④ 무응답

2. 청구인적격

(1) 근거규정

의무이행심판은 처분을 신청한 자로서 행정청의 거부처분 또는 부작위에 대하여 일정한 처분을 구할 법률상 이익이 있는 자가 청구할 수 있다(행정심판법13조③)

(2) 법률상 이익

'법률상 보호이익'을 의미함(입법비과오설)

(3) 처분을 신청한 자⁷²⁾

'신청권을 바탕으로 처분을 신청한 자'를 의미함('현실적으로 처분을 신청한 자' 아님)

- ① 신청권을 가진 자의 불이익을 구제하기 위한 심판임(행정청의 직권발동 촉구가 목적이 아님)
- ② 신청권이 없는 자에 대한 청구인적격을 인정하면, 아무런 제한이 없어 심판청구의 남발의 문제가 발생함
- ③ 신청권이 없는 자에 대한 법률상 이익의 침해는 인정되기 어려움

3. 협의의 청구이익

(1) 적극적 처분

의무이행심판 계속 중 적극적 처분이 행해지는 경우에는 더 이상 일정한 처분을 하도록 명할 필요가 소멸되었으므로 청구의 이익이 없어 부적법 각하재결의 대상이 됨

(2) 소극적 처분

부작위에 대한 의무이행심판의 계속 중 소극적 처분이 행해졌더라도 여전히 일정한 처분을 하도록 명할 필요가 인정되므로 청구의 이익이 인정됨

4. 피청구인적격

(1) 근거규정

71) 성립요건

1. 처분에 대한 신청: 신청행위의 존재 + 신청의 대상으로서 처분

2. 법규상·조리상 신청권

(1) 신청권의 요부: 행정심판법은 별도의 '신청권'에 대한 명문규정을 두지 않음(동법2조2호) → ① 대상적격설 ② 청구인적격설 ③ 본안판단설

(2) 신청권의 의미: 일반적·추상적 응답신청권

(3) 신청권의 존부: 법규명문상 신청권, 법규해석상 신청권, 조리상 신청권

72) 자세한 내용은 '부작위위법확인소송' 참조

행정심판은 처분을 한 행정청(의무이행심판의 경우에는 청구인의 신청을 받은 행정청)을 피청구인으로 하여 청구하여야 한다(행정심판법17조①본문)

(2) 신청을 받은 행정청

- ① **거부처분**: 의무이행심판의 피청구인은 **거부처분청**이 됨
- ② **부작위**: 의무이행심판의 피청구인은 **부작위청**이 됨

5. 청구기간

(1) 근거규정

제1항부터 제6항까지의 규정은 무효등확인심판청구와 부작위에 대한 의무이행심판청구에는 적용하지 아니한다(행정심판법27조⑦)

(2) 청구기간 제한

- ① **거부처분**: 거부처분에 대한 의무이행심판은 **청구기간의 제한을 받음**
- ② **부작위**: 부작위에 대한 의무이행심판은 **청구기간의 제한을 받지 않음**(언제든지 의무이행심판의 청구 가능함)

V. 본안심리

의무이행심판은 당사자의 신청에 따른 적극적 처분 가능여부에 대한 **실체적 심리**를 진행함

- ① 의무이행심판은 **적극적 처분의 이행확보**를 목적으로 하는 것임
- ② 신청에 대한 **적절한 처리방향에 대한 법률적 판단**까지 심리함

VI. 심판의 재결

1. 요건재결

(1) 근거규정

위원회는 심판청구가 적법하지 아니하면 그 심판청구를 **각하**(却下)한다(행정심판법43조①)

(2) 의의

의무이행심판의 청구가 청구요건을 구비하지 못하여 부적법한 경우, **본안심리를 거절**하는 형태의 각하재결

2. 본안재결

(1) 인용재결

1) 의의

의무이행심판의 본안심리 결과 청구인의 주장이 이유 있음을 인정하여, 청구를 받아들이는 본안재결

2) 근거규정

위원회는 의무이행심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 지체 없이 신청에 따른 처분을 하거나 처분을 할 것을 피청구인에게 명한다(행정심판법43조⑤)

3) 종류

- ① **형성재결**: 행정심판위원회가 스스로 처분을 하는 인용재결
- ② **이행재결**: 처분행정청으로 하여금 처분을 하도록 명령하는 인용재결

4) 형성재결과 이행재결

가. 문제점

형성재결로서 **처분재결**을 하여야 하는지, 이행재결로서 **처분명령재결**을 하여야 하는지

나. 학설

(가) 재량행위설

처분재결을 할 것인지, 처분명령재결을 할 것인지는 행정심판위원회의 **전적인 재량사항**임

(나) 처분재결원칙설

행정심판위원회가 구체적 처분을 직접 할 수 있을 정도로 **충분한 심사**를 한 경우에는 **신속한 권리구제**를 위하여 **처분재결**을 함이 원칙임(그렇지 않은 경우, 처분명령재결 방식의 활용)

(다) 처분명령재결원칙설

처분행정청의 **처분권한 존중**의 차원에서 **처분명령재결**을 함이 원칙임

다. 검토(처분명령재결원칙설)

- ① 근거법문언상 인용재결의 방식은 행정심판위원회의 재량사항에 해당함(행정심판법43⑤)
- ② 행정심판위원회와 처분행정청은 **독립된 행정기관**으로서 처분행정청의 **처분권한 존중 필요성**이 인정됨
- ③ 특히, 재량행위의 경우에는 신청을 인용하더라도 처분행정청의 **부관 부가의 가능성**을 허용해야 함
- ④ 행정심판법은 처분명령재결 불이행시 그에 대한 **직접처분**을 규정하고 있음(행정심판법50조①)
- ⑤ 행정심판의 **실무상** 처분명령재결의 방식에 의하며, 처분재결의 활용은 극히 미미함

5) 특정처분과 일정처분

가. 문제점

- ① **기속행위**: 당사자의 청구가 이유 있는 경우, **특정처분명령재결**을 하면 됨

- ② 재량행위: 특정처분명령재결을 할 것인지, 일정처분명령재결을 할 것인지

나. 학설

(가) 위법·부당구별설

- ① 거부처분 또는 부작위가 **위법**한 경우에는, **일정처분명령재결**을 하여야 함
 ② 거부처분 또는 부작위가 **부당**한 경우에는, **특정처분명령재결**을 하여야 함

(나) 일정처분명령재결설

재량행위의 경우에는 원칙적으로 처분행정청의 **재량권 존중** 차원에서 **일정처분명령재결**을 하여야 함

(다) 명백설

- ① **특정처분**을 하여야 함이 **명백**한 경우: **특정처분명령재결**의 방식에 의함
 ② **특정처분**을 하여야 함이 **명백**하지 않은 경우: **일정처분명령재결**의 방식에 의함

다. 검토(명백설)

- ① 위법한 경우뿐만 아니라 부당한 경우에도 **처분행정청의 재량권**은 원칙적으로 존중되어야 함
 ② 비록 재량행위라고 하더라도, 특정처분명령재결의 가능성을 **전면적으로 배제**할 수 없음
 ③ 특정처분을 함이 명백한 경우 **쟁송경제의 효율성** 차원에서 예외적으로 **특정처분명령재결**을 허용해야 함
 (일정처분명령재결을 한 후, **재차 위법한 처분**을 하여 **다시금 불복**하는 일이 없도록 예방하기 위함)

(2) 기각재결

1) 일반적 기각재결

가. 근거규정

위원회는 심판청구가 이유가 없다고 인정하면 그 심판청구를 **기각**(棄却)한다(행정심판법43조②)

나. 의의

의무이행심판의 본안심리 결과 **청구인의 주장이 이유 없다**고 판단하여, 심판의 **청구를 배척**하는 본안재결

2) 예외적 기각재결(사정재결)

가. 근거규정

위원회는 심판청구가 이유가 있다고 인정하는 경우에도 이를 인용(認容)하는 것이 **공공복리에 크게 위배된다**고 인정하면 그 심판청구를 기각하는 재결을 할 수 있다(행정심판법44조①1문)

나. 의무이행심판의 적용

사정재결은 **무효등확인심판에만 적용이 배제**됨(행정심판법44조③)

26

행정심판의 본안심리 ★★★



I. 의의

심판청구를 **인용**할 것인지 **기각**할 것인지 판단하기 위하여, **심판청구의 이유 유무에 대한 심사**를 하는 것 (실질적 심리)

II. 합법성 통제 및 합목적성 통제

1. 합법성 통제

행정청의 처분 및 부작위의 **적법·위법** 여부의 **법률문제에 대한 판단**을 통해 **합법성 심사**를 진행함

2. 합목적성 통제

- ① **재량행위** 영역에서 그 재량권 행사의 **정당·부당**에 대한 **사실문제에 대한 판단**을 통해 **합목적성 심사**를 진행함
- ② 행정소송에 비해, 상대적으로 **폭넓은 국민의 권리구제** 가능성 인정됨(행정심판법1조73))

III. 대심주의

- ① **대심주의**: 서로 대립하는 당사자 쌍방에게 **대등한 지위에서 공격 및 방어방법 제출기회**를 보장하는 제도
- ② 행정심판청구의 당사자를 **청구인과 피청구인의 대립관계**로 정립함(행정심판법17조①본문74))
- ③ **행정심판위원회**는 **제3자의 입장에서** 심리를 진행함

IV. 직권심리주의

① **직권심리주의**: **변론주의 원칙에 대한 예외**로서, 심판기관이 심리를 진행함에 있어서 당사자의 사실 주장 및 입증에만 의존하지 않고 **적극적으로** 직권으로 필요한 **사실자료를 탐지 및 증거조사**를 하도록 하는 심리원칙(당사자의 그 주장에 무조건 구속되지 않음)

② 행정쟁송의 공익 관련성으로 인하여 당사자의 노력에 의해 **실체적 진실이 밝혀지지 않는 경우에는** 적절한 심판을 위하여 심판기관이 일정한 범위 내에서 **적극적으로 개입**하여 실체적 진실을 밝히기 위한 노력이 필요함(행정심판법36조①75))

73) 행정심판법 제1조

이 법은 행정심판 절차를 통하여 행정청의 위법 또는 부당한 처분(處分)이나 부작위(不作爲)로 침해된 국민의 권리 또는 이익을 구제하고, 아울러 행정의 적정한 운영을 꾀함을 목적으로 한다.

74) 행정심판법 제17조①본문

행정심판은 처분을 한 행정청(의무이행심판의 경우에는 청구인의 신청을 받은 행정청)을 피청구인으로 하여 청구하여야 한다

V. 서면심리 및 구술심리

행정심판의 심리는 구술심리나 서면심리로 한다. 다만, 당사자가 구술심리를 신청한 경우에는 서면심리만으로 결정할 수 있다고 인정되는 경우 외에는 **구술심리**를 하여야 한다(행정심판법40조①)

VI. 불고불리원칙

- ① **불고불리원칙**: 절차의 개시, 심판의 대상, 절차의 종료는 당사자에게 주도권을 주어 그의 처분에 맡기는 것
- ② 위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분 또는 부작위 외의 사항에 대하여는 재결하지 못한다(행정심판법47조①)

VII. 불이익변경금지원칙

- ① 행정심판위원회가 기각재결을 통해 원처분보다 불이익한 재결처분을 하는 경우 그 자체로서 위법함
- ② 위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분보다 청구인에게 불리한 재결을 하지 못한다(행정심판법47조②)

75) 행정심판법 제36조①

위원회는 사건을 심리하기 위하여 필요하면 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 다음 각 호의 방법에 따라 증거조사를 할 수 있다

27

행정심판의 재결 ★★★★★



I. 의의

행정심판 청구사건에 대하여 행정심판위원회가 일정한 심리를 거쳐 최종적으로 행하는 법적판단(행정법상 법률관계의 분쟁에 관한 행정심판위원회가 행하는 판단의 표시)

- 행정심판법2조3호: 행정심판의 청구에 대하여 제6조에 따른 행정심판위원회가 행하는 판단

II. 재결의 종류

1. 요건재결(심판청구의 적부에 대한 재결, 요건심리의 결과, 각하재결)

(1) 근거규정

위원회는 심판청구가 적법하지 아니하면 그 심판청구를 각하(却下)한다(행정심판법43조①)

(2) 의의

행정심판의 청구가 청구요건을 구비하지 못하여 부적법한 경우, 본안심리를 거절하는 형태의 각하재결
(청구요건을 모두 구비한 경우에는 별도의 요건재결 없이 본안심리를 진행함)

- ① 취소심판: 각하재결(행정심판법43조①)
- ② 무효등확인심판: 각하재결(행정심판법43조①)
- ③ 의무이행심판: 각하재결(행정심판법43조①)

2. 본안재결(심판청구의 당부에 대한 재결, 본안심리의 결과, 인용재결 · 기각재결)

(1) 의의

당해 심판의 청구가 본안요건을 충족하였는지 여부에 따라 청구의 전부 또는 일부를 인용하거나 기각함을 그 내용으로 하는 재결

(2) 인용재결

1) 의의

행정심판의 본안심리 결과 청구인의 주장이 이유 있음을 인정하여, 청구를 받아들이는 본안재결

- ① 취소심판: 취소 · 변경재결(행정심판법43조③)
- ② 무효등확인심판: 무효등확인재결(행정심판법43조④)

③ 의무이행심판: **의무이행재결**(행정심판법43조⑤)

2) 취소심판

가. 근거규정

위원회는 **취소심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 처분을 취소 또는 다른 처분으로 변경하거나 처분을 다른 처분으로 변경할 것을 피청구인에게 명한다**(행정심판법43조③)

나. 취소·변경재결

(가) 행정심판법 제5조 제1호 '변경'

① 행정심판법이 취소와 함께 **변경을 별도로 인정**(행정심판법5조1호)

② **사전적 재결**로서 **의무이행재결**을 인정

→ **적극적 의미**의 변경 ○(원처분을 갈음하는 다른 처분으로의 변경가능)⁷⁶⁾

(나) 종류

가) 형성재결

① 처분취소재결 ② 처분변경재결

나) 이행재결

처분변경명령재결

3) 무효등확인심판

가. 근거규정

위원회는 **무효등확인심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 처분의 효력 유무 또는 처분의 존재 여부를 확인한다**(행정심판법43조④)

나. 무효등확인재결

① **처분무효확인재결** ② 처분유효확인재결 ③ 처분실효확인재결 ④ 처분부존재확인재결 ⑤ 처분존재확인재결

4) 의무이행심판

가. 근거규정

위원회는 **의무이행심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 지체 없이 신청에 따른 처분을 하거나 처분을 할 것을 피청구인에게 명한다**(행정심판법43조⑤)

76) 적극적 변경의 예

① 운전면허취소처분의 6개월 운전면허정지처분으로의 변경재결

② 파면처분의 정직처분으로의 변경재결

- 변경재결 = 양적변경재결(일부취소재결) + 질적변경재결(수정재결)

나. 의무이행재결

(가) 처분명령재결(이행재결, 원칙)

- ① 기속행위: **특정처분명령재결**
- ② 재량행위: **특정처분명령재결**(특정처분을 함이, 명백 ○) / **일정처분명령재결**(특정처분을 함이, 명백 ×)

(나) 처분재결(형성재결, 예외)

처분재결은 **특정처분재결**을 의미함

(3) 기각재결

1) 일반적 기각재결

가. 근거규정

위원회는 **심판청구가 이유가 없다**고 인정하면 그 심판청구를 **기각**(棄却)한다(행정심판법43조②)

나. 의의

행정심판의 본안심리 결과 **청구인의 주장이 이유 없다**고 판단하여, 심판의 **청구를 배척**하는 본안재결

(원처분이 적법·정당함을 인정하여 이를 **지지하는 재결**)

- ① 취소심판: 기각재결(행정심판법43조②)
- ② 무효등확인심판: 기각재결(행정심판법43조②)
- ③ 의무이행심판: 기각재결(행정심판법43조②)

2) 예외적 기각재결(사정재결)

가. 의의

행정심판의 **청구가 이유 있음**에도 불구하고 이를 **인용**하는 것이 **현저히 공공복리에 적합하지 아니한 경우**에 행정심판위원회의 재량 하에 청구를 배척하는 **예외적인 기각재결**

나. 근거규정

위원회는 심판청구가 이유가 있다고 인정하는 경우에도 이를 **인용**(認容)하는 것이 **공공복리에 크게 위배된다**고 인정하면 그 심판청구를 기각하는 재결을 할 수 있다(행정심판법44조①1문, **대표적인 공익우선조항**)

다. 인정요건

(가) 문제점

- ① 공공복리의 관점에서 (거부)처분 및 부작위의 위법·부당함을 감수하면서라도 다수 국민의 **기성의 공공복리 상태를 유지하기 위하여** 특정인에 대한 위법한 권익침해에 대한 **직접적 구제를 거부**하는 제도

② 사정재결은 극히 엄격한 요건 하에서 제한적으로 적용되어야 함

(나) 청구의 이유 있음

① 청구가 이유 있는 경우(처분의 위법 또는 부당, 적극적 처분의 필요성 ○) → 예외적인 기각판결

② 청구가 이유 없는 경우(처분의 적법·정당, 적극적 처분의 필요성 ×) → 일반적인 기각판결

(다) 청구의 인용함이 현저히 공공복리에 적합하지 아니할 것

가) 취소심판

위법 또는 부당한 행정처분을 취소·변경할 필요와 그로 인해 공공복리에 반하는 사태의 비교형량

나) 의무이행심판

적극적 처분을 해야 할 필요와 그로 인해 공공복리에 반하는 사태의 비교형량

라. 적용범위

① 취소심판: 사정재결 인정 ○

② 무효등확인심판: 사정재결 인정 ×(행정심판법44조③)⁷⁷⁾

③ 의무이행심판: 사정재결 인정 ○(거부처분에 대한 의무이행심판 ○, 부작위에 대한 의무이행심판 ○)

마. 재결

(가) 근거규정

이 경우 위원회는 재결의 주문(主文)에서 그 처분 또는 부작위가 위법하거나 부당하다는 것을 구체적으로 밝혀야 한다(행정심판법44조①후문)

(나) 주문표시

행정심판위원회는 재결주문에 (거부)처분 및 부작위의 위법 또는 부당함을 명시하여야 함

① 사정재결에 의해 적법·정당한 처분 및 부작위로 전환되는 것이 아님을 명백히 함

② 국가배상청구소송을 제기하는 경우, 당사자의 권리구제를 용이하게 함

(다) 불복방법

① 청구인은 사정재결이 부당함을 주장하여, 행정소송을 제기할 수 있음

② 피청구인은 처분이 적법·정당함을 주장하여, 행정소송을 제기할 수 없음(재결의 기속력)

바. 구제방법

(가) 근거규정

77) 행정심판법 제44조③

제1항과 제2항은 무효등확인심판에는 적용하지 아니한다.

위원회는 제1항에 따른 재결을 할 때에는 청구인에 대하여 **상당한 구제방법을 취하거나 상당한 구제방법을 취할 것을 피청구인에게 명할 수 있다**(행정심판법44조②, ‘명하여야 한다’로 해석함이 일반적임)

(나) 종류

- ① **직접구제**: 행정심판위원회가 손해배상, 기타의 구제방법을 직접 강구하는 것
- ② **구제명령**: 일정한 구제방법을 취하도록 처분행정청이나 부작위청에게 명령하는 것

III. 재결의 효력

1. 불가쟁력(행정행위의 **형식적 존속력**)

(1) 의의

행정행위의 불복기간을 경과하거나 행정쟁송 수단을 모두 거친 경우(법원의 판결을 통해 행정행위의 효력이 확정된 경우)에 그 상대방 및 이해관계인이 **더 이상 행정행위의 효력을 다툴 수 없게 되는 힘**⁷⁸⁾

(2) 근거

- ① **재심판청구 금지원칙**(행정심판법51조)⁷⁹⁾
 - 국민은 처분 및 부작위에 대한 불복으로서 **단 한 번의 행정심판청구 기회**밖에는 가질 수 없음
- ② **제소기간의 경과**(행정소송법20조①단서)
 - **재결에 고유한 위법**이 있는 경우에 재결에 대한 **행정소송의 제기가 가능함**
 - but, 행정심판을 거친 경우, **재결서 정보를 송달받은 날**로부터 기산하여 **제소기간의 적용**을 받음

2. 불가변력(행정행위의 **실질적 존속력**)

(1) 의의

행정청(행정심판위원회 포함)이 자신의 결정에 스스로 구속되어 이를 **취소 또는 변경할 수 없는 힘**

(2) 준사법적 결정

행정심판의 재결은 **준사법적 결정**으로서 예외없이 **불가변력이 인정됨**

3. 형성력

(1) 의의

78) 쟁송법적 효력

불복기간의 경과로 처분등의 불가쟁력이 발생하였다고 하더라도, 처분등의 당사자 및 법원이 이에 기속되어 처분등의 내용과 모순되는 주장이나 판단을 할 수 없는 것이 아님(판례, 쟁송법적 효력 ○, 최종적·종국적 구속력 ×, 당해 처분등의 기초가 된 사실관계나 법률적 판단이 확정되는 것 아님)

79) 행정심판법 제51조

심판청구에 대한 재결이 있으면 **그 재결** 및 같은 처분 또는 부작위에 대하여 **다시 행정심판을 청구할 수 없다**

처분을 취소 또는 변경하는 재결이 있으면 처분행정청의 별도의 직권취소 또는 변경을 기다릴 것 없이 당연히 그 처분의 효력이 처분당시로 소급하여 소멸하거나 변경되는 재결의 효력(기존의 법률관계에 변동은 가져오는 효력, 형성효·소급효, 인용재결에 한함)

(2) 판례

① 행정심판의 재결의 내용이 스스로 처분을 취소하는 것일 때에는 그 재결의 형성력에 의하여 당해 처분은 별도의 행정처분을 기다릴 것 없이 당연히 취소되어 소멸되는 것임

② 형성적 재결을 송부받은 처분청이 당해 처분의 상대방에게 재결결과를 통보하는 것은 사실의 통지에 불과하고 항고소송의 대상이 되는 새로운 행정처분이라고 볼 수 없음

③ 당해 처분은 취소재결에 의하여 당연히 취소·소멸되었고, 그 이후에 다시 처분행정청이 처분을 취소한 당해 처분은 처분이 취소·소멸되었음을 확인하여 알려주는 의미의 사실 또는 관념의 통지에 불과할 뿐, 새로운 형성적 행위가 아니므로 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 할 수 없음

(3) 적용범위

모든 재결에 형성력이 인정되는 것은 아님

① 형성재결: 형성력 인정 ○(취소심판상 처분취소재결, 취소심판상 처분변경재결, 의무이행심판상 처분재결)

② 이행재결: 기속력 인정 ○

4. 대세효(제3자효)

인용재결이 확정되면, 재결의 형성력이 청구상 제3자에게도 용인되도록 하는 재결의 효력

- 형성력과 마찬가지로, 형성재결에 한하여 인정됨(인용재결)

5. 기속력

(1) 의의

재결의 실효성 확보 목적으로 처분행정청 및 관계행정청이 재결의 취지에 따라 행동하도록 구속하는 재결의 효력(행정소송법49조, 반복금지효·재처분의무·원상회복의무)

(2) 근거규정

심판청구를 인용하는 재결은 피청구인과 그 밖의 관계 행정청을 기속(羈束)한다(행정심판법49조①)

(3) 적용범위

① 인용재결: 재결의 기속력 인정 ○

② 기각재결: 재결이 기속력 인정 ×⁸⁰⁾

80) 처분유지의무 ×: 처분을 지지하는 기각재결에도 불구하고, 행정청은 처분을 스스로 직권취소 할 수 있음

③ 각하재결: 재결의 기속력 인정 ×

(4) 종류

1) 반복금지효

가. 의의

인용재결이 확정되면 「행정청은 ① 기본적 사실관계의 동일성 하에서 **동일한 사유**에 근거하여 ② **동일한 상대방**에게 ③ **동일한 처분**을 반복하여서는 아니된다」는 재결의 효력

- **소극적 효력**으로서 기속력(반복금지효 **위반**의 문제)

나. 근거규정

심판청구를 인용하는 재결은 피청구인과 그 밖의 관계 행정청을 기속(羈束)한다(행정심판법49조①)

다. 판례

행정청은 처분의 취소재결, 변경재결 또는 무효, 부존재, 실효재결이 있는 경우 **동일한 사정 아래서는 같은 내용의 처분을 되풀이하지 못하며 동일한 과오를 되풀이 하지 못함**

2) (재)처분의무

가. 의의

① 당사자의 신청에 대한 행정청의 거부처분 또는 부작위에 대하여 **처분의 이행을 명하는 재결**이 있는 경우(행정심판법49조②, **국민의 실질적인 권리구제**) ② 인용처분이 제3자의 취소심판에 의하여 **절차상 하자**로 취소된 경우에(행정심판법49조③, **신청인의 이익보호**), 행정청으로 하여금 당사자의 새로운 신청을 기다리지 않고 재결의 취지에 따라 **기존의 신청에 대하여 다시 처분**을 할 의무를 부과하는 재결의 효력(**재처분**의 사실상태 및 법령상태 근거)

- **적극적 효력**으로서 기속력(재처분의무 **불이행**의 문제)

나. 근거규정

① 당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 **처분의 이행을 명하는 재결**이 있으면 행정청은 지체 없이 **이전의 신청에 대하여 재결의 취지에 따라 처분**을 하여야 한다(행정심판법49조②)

② 신청에 따른 처분이 **절차의 위법 또는 부당**을 이유로 재결로써 **취소**된 경우에는 제2항을 준용한다(행정심판법49조③)

다. (재)처분

① **신청한대로 (재)처분의무**: **기속행위** 또는 **재량의 0으로 수축**

② **하자 없는 재량행위** 의무: **재량행위**

3) 원상회복의무

취소재결이 확정되면 행정청은 청구의 대상이 된 처분을 법률상 원인으로 하여 결과 된 **위법한 사실상 태 및 법률상태를 다시 제거하고 원상회복시켜야 할 의무**를 부과하는 재결의 효력(행정심판법상 근거 없음)

- **적극적 효력**으로서 기속력(원상회복의무 불이행의 문제)

IV. 재결에 대한 불복

1. 재심판청구 금지

(1) 행정심판법 제51조

심판청구에 대한 재결이 있으면 **그 재결** 및 같은 처분 또는 부작위에 대하여 **다시 행정심판을 청구할 수 없다**

(2) 재판심판청구 금지원칙

국민은 처분 및 부작위에 대한 불복으로서 **단 한 번의 행정심판청구 기회**밖에는 가질 수 없음

(국세기본법 등 개별법상 **다단계 행정심판**을 인정하는 경우, 예외인정)

2. 재결에 대한 행정소송

재결에 대한 행정소송 → **원처분중심주의** 적용(행정소송법19조단서)

① **원처분의 하자**: 원처분에 대한 행정소송

② **재결 자체의 고유한 하자**: 재결에 대한 행정소송

3. 처분행정청의 불복가능성

(1) 문제점

행정심판위원회회의의 판단유탈 → 피청구인으로서 **처분행정청의 재결에 대한 불복 가능성**

(2) 학설

1) 부정설

① 행정심판의 인용재결은 처분행정청(부작위청 포함)에 대한 **기속력**이 인정됨

② 행정소송은 **국민의 권익구제**를 목적으로 하는 것으로서, **행정기관 간의 다툼**의 문제가 아님

2) 제한적 긍정설

자치사무에 속하는 처분에 대한 인용재결이 위법한 경우에는 **지방자치단체의 자치권 침해**로 연결됨

(3) 판례(**부정설**)

처분행정청은 **재결에 기속**되어 재결의 취지에 따른 처분의무를 부담하게 되므로, 이에 **불복하여 항고소송을 제기할 수 없음**

(4) 검토(제한적 긍정설)

- ① 재결의 기속력은 재결의 실효성 확보를 목적으로 하는 것일 뿐, 불복금지의 효력이 아님
- ② 재결의 기속력은 불가쟁력이 발생한 확정재결의 효력이라고 보아야 함
- ③ 지방자치단체는 독립된 법주체로서 외부법 관계에서 주관적 법적지위 보장을 위한 권리구제제도의 보장을 요함
- ④ 자치사무의 경우에는 지방자치단체의 고유한 권리로서 자치권 침해를 초래하게 됨