

158(옆번호) 아래 추가

III. 법규명령의 효과

법규명령은 법규로 직접적 외부효를 가지며 국민을 구속한다. 따라서 법률의 위임에 따라 제정된 법규명령은 침익적 행정작용의 근거가 될 수 있을 뿐만 아니라, 법규명령을 위반하는 행정작용을 위법하게 만든다.

242 아래 추가

(3) 재량행위와 기속행의 구별기준

판례는 ① 관련법령에 대한 종합적인 판단을 전제로 하면서 ② 효과재량설(침익적 행위는 기속행위이고 수익적 행위는 재량행위로 보는 견해)을 기준으로 활용하거나 ③ 공익성을 구별기준(공익적 사정이 중대하면 재량으로 본다)으로 활용한다.

294 교체

1. 행정행위의 성립요건

행정행위는 ① 행정기관의 행위이며, ② 내부적인 의사결정이 있어야 하고, ③ 외부로 표시되어야 성립된다. 성립요건이 미비되면 행정행위가 불성립하며 사인은 행정소송법 제4조 제2호(무효등 확인소송: 행정청의 처분등의 효력 유무 또는 존재 여부를 확인하는 소송)의 부존재확인소송을 제기할 수 있다.

2. 행정행위의 효력발생요건

행정행위가 효력을 발생하기 위해서는 상대방에게 통지되어야 한다. 다만, 통지는 송달(송달이란 일정한 사항을 당사자 또는 이해관계인 등에게 알리기 위하여 법정 형식에 따라 서류를 송부하는 행위를 말한다(540a))에 의하는 경우와 고시나 공고에 의하는 경우로 나누어진다. 만일 효력발생요건이 흠결되었다면 그 행정행위는 무효이다. 사인은 행정소송법 제4조 제2호(무효등 확인소송: 행정청의 처분등의 효력 유무 또는 존재 여부를 확인하는 소송)의 무효확인소송을 제기할 수 있다.

(1) 송달의 경우

① 송달은 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 해당 문서가 송달받을 자에게 도달됨으로써 그 효력이 발생한다(행정절차법 제15조 제1항). 정보통신망을 이용하여 전자문서로 송달하는 경우에는 송달받을 자가 지정한 컴퓨터 등에 입력된 때에 도달된 것으로 본다(행정절차법 제15조 제2항). ② 송달받을 자의 주소등을 통상적인 방법으로 확인할 수 없는 경우 또는 송달이 불가능한 경우에는 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 공고일부터 14일이 지난 때에 그 효력이 발생한다. 다만, 긴급히 시행하여야 할 특별한 사유가 있어 효력 발생 시기를 달리 정하여 공고한 경우에는 그에 따른다(행정절차법 제15조 제3항).

(2) 고시나 공고의 경우

(가) 개별법에서 통지의 방법으로 고시나 공고할 것을 규정하는 경우가 있다(이는 주로 행정행위의 상대방이 특정되지 않은 경우에 해당한다). 이 경우는 해당 고시나 공고의 효력발생일을 법령상 명시적으로 규정하는데, 만일 효력발생일에 대한 명시적 규정이 없다면 행정 효율과 협업 촉진에 관한 규정(대통령령) 제6조 제3항에 따라 고시 또는 공고 등이 있는 날부터 5일이 경과한 때에 효력이 발생한다.

(나) 이러한 고시나 공고는 행정행위의 내용을 알리는 통지수단에 불과하기 때문에 고시나 공고 자체는 항고소송의 대상인 처분이 아니다(이 사건 국세청고시는 특정 사업자를 납세병마개 제조자로 지정하였다는 행정처분의 내용을 모든 병마개 제조자에게 알리는 통지수단에 불과하므로, 청구인의 이 사건 국세청고시에 대한 헌법소원심판청구는 고시 그 자체가 아니라 고시의 실질적 내용을 이루는 국세청장의 위 납세병마개 제조자 지정처분에 대한 것으로 해석함이 타당하다(헌재 1998. 4. 30. 97헌마141)).

349 아래 추가

[판례] 행정청이 행한 공사중지명령의 상대방이 그 명령 이후에 그 원인사유가 소멸하였음을 들어 행정청에 대하여 공사중지명령의 철회를 신청하였으나 행정청이 이에 대하여 아무런 응답을 하지 않고 있는 경우, 그러한 행정청의 부작위의 위법 여부(적극)

행정청이 행한 공사중지명령의 상대방은 그 명령 이후에 그 원인사유가 소멸하였음을 들어 행정청에게 공사중지명령의 철회를 요구할 수 있는 조리상의 신청권이 있다 할 것이고, 상대방으로부터 그 신청을 받은 행정청으로서는 상당한 기간 내에 그 신청을 인용하는 적극적 처분을 하거나 각하 또는 기각하는 등의 소극적 처분을 하여야 할 법률상의 응답의무가 있다고 할 것이며, 행정청이 상대방의 신청에 대하여 아무런 적극적 또는 소극적 처분을 하지 않고 있는 이상 행정청의 부작위는 그 자체로 위법하다고 할 것이고, 구체적으로 그 신청이 인용될 수 있는지 여부는 소극적 처분에 대한 항고소송의 본안에서 판단하여야 할 사항이라고 할 것이다(대판 2005. 4. 14. 2003두7590).

499 교체

(다) 의무이행소송과 가처분을 긍정하는 견해에 따르면, 정보비공개결정처분을 받은 정보공개청구권자는 의무이행소송을 제기하거나 가처분을 신청할 수 있다.

509 교체

(6) 예방적 부작위소송과 가처분(정보공개결정 전)

(가) 예방적 부작위소송이란 위법한 행정작용을 미리 저지할 것을 목적으로 장래에 있을 행정행위의 발동에 대한 방지를 구하는 소송을 말하는데(1126 0하), 그 인정 여부에 관해 학설은 **부정설**, **긍정설**, **제한적 긍정설**이 대립하며

판례는 처분을 하여서는 아니 된다는 내용의 부작위를 구하는 청구는 행정소송에서 허용되지 아니한다고 본다(대판 1987. 3. 24. 86누182).

(나) 가치분이란 다툼이 있는 법률관계에 관하여 잠정적으로 임시의 지위를 보전하는 것을 내용으로 하는 가구제 제도이다(민사집행법 제300조)(1323 이하). 행정소송에 민사집행법상 가치분규정을 적용할 수 있는지에 관해 학설은 **적극설, 소극설, 절충설**이 대립되지만, **판례**는 민사집행법상의 보전처분은 민사판결절차에 의하여 보호받을 수 있는 권리에 관한 것이라고 보기 때문에 행정소송에 가치분을 인정하지 아니한다(대결 2011. 4. 18. 2010마1576).

(다) 예방적 부작위소송을 긍정하고 가치분 규정을 적용하는 긍정설에 따른다면, 정보공개결정 전에 예방적 부작위 소송을 제기하면서 잠정적 처분금지를 구하는 가치분을 신청할 수 있다(다만, 판례는 부정한다).

546 추가

[판례] 이행강제금 및 이행강제금 부과 예고의 법적 성격

이행강제금은 행정법상의 부작위의무 또는 비대체적 작위의무를 이행하지 않은 경우에 '일정한 기한까지 의무를 이행하지 않을 때에는 일정한 금전적 부담을 과할 뜻'을 미리 '계고'함으로써 의무자에게 심리적 압박을 주어 장래를 향하여 의무의 이행을 확보하려는 간접적인 행정상 강제집행 수단이고, 노동위원회가 근로기준법 제33조에 따라 이행강제금을 부과하는 경우 그 30일 전까지 하여야 하는 이행강제금 부과 예고는 이러한 '계고'에 해당한다(대판 2015. 6. 24. 2011두2170).

582 교체

(1) 항고소송

(가) ① ㉔ 공표를 비권력적 사실행위로 보는 **견해**(다수설)에 따른다면 이는 공권력행사도 아니며, 당사자의 권리의 무에 영향을 주지 않기에 항고소송의 대상인 처분이 아니다. ⑤ 그러나 공표를 권력적 사실행위로 보는 **견해**에 따르면 항고소송의 대상인 처분이 될 수 있다. ② 다만, 판례는 전술한 바처럼(579) 병역의무 기피자 인적사항 공개를 '인적사항 공개결정'과 '공개행위' 2가지로 나누어 전자는 처분성을 긍정하고 후자는 사실행위로 보았다(대판 2019. 6. 27. 2018두49130).

(나) 공표의 처분성을 긍정한다면 공표와 권리보호필요성의 관계가 문제되는데, 공표가 종료된 경우는 원칙적으로 권리보호필요성이 없다. 그러나 공표가 개시되었다고 하더라도 이후에 공표가 계속되고 있다면 권리보호필요성은 있다.

(2) 당사자소송

공표행위로 인하여 발생한 법률관계가 있다면 상대방은 행정주체를 상대로 해당 법률관계에 관해 당사자소송을 제기할 수 있다(행정소송법 제3조 제2호).

(3) 손해전보

1) 국가배상청구

공표는 비권력적 사실행위이지만, 국가배상법 제2조 제1항의 직무행위에 해당하기에 상대방은 위법한 공표행위에 대해 국가 등을 상대로 손해배상을 청구할 수 있다.

2) 손실보상

공공의 필요에 따른 공표행위로 상대방이 특별한 희생을 입은 경우 손실보상을 청구할 수 있다.

3) 결과제거청구

공표의 상대방은 결과제거청구의 한 내용으로서 민법 제764조를 유추적용하여 정정공고를 청구할 수도 있다(민법 제764조(명예훼손의 경우의 특칙) 타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다).

(4) 예방적 부작위소송과 가처분(공표전 수단)

(가) 공표행위를 항고소송의 대상인 처분으로 본다고 하더라도 그에 대한 취소소송은 사후적인 권리구제 수단에 불과하기 때문에 공표를 사전에 금지하게 하는 예방적 부작위소송과 가처분을 인정할 필요가 있다.

(나) 예방적 부작위소송이란 위법한 행정작용을 미리 저지할 것을 목적으로 장래에 있을 행정행위의 발동에 대한 방지를 구하는 소송을 말하는데, 그 인정 여부에 관해 학설은 부정설, 긍정설, 제한적 긍정설이 대립하며 판례는 처분을 하여서는 아니 된다는 내용의 부작위를 구하는 청구는 행정소송에서 허용되지 아니한다고 본다(대판 1987. 3. 24. 86누182).

(다) 가처분이란 다툼이 있는 법률관계에 관하여 잠정적으로 임시의 지위를 보전하는 것을 내용으로 하는 가구제 제도이다(민사집행법 제300조). 행정소송에 민사집행법상 가처분규정을 적용할 수 있는지에 관해 학설은 적극설, 소극설, 절충설이 대립되지만, 판례는 민사집행법상의 보전처분은 민사판결절차에 의하여 보호받을 수 있는 권리에 관한 것이라고 보기 때문에 행정소송에 가처분을 인정하지 아니한다(대결 2011. 4. 18. 2010마1576).

(라) 판례는 부정하지만, 긍정설에 따르면 공표가 있기 전이라면 상대방은 예방적 부작위소송을 제기하면서 가처분을 신청할 수 있다.

706Q1 위 추가

(5) 이의신청에 대한 행정기본법의 내용 [시행일 : 2023. 3. 24.]

1) 적용범위

a. 적용영역

개별법에 규정이 있는 경우는 그에 따르고, 개별법에서 이의신청과 이에 준하는 절차에 대하여 정하고 있는 경우에도 그 법률에서 규정하지 아니한 사항에 관하여는 행정기본법 제36조에서 정하는 바에 따른다(행정기본법 제36조 제1항).

b. 적용배제 사항

(가) 「1. 공무원 인사 관계 법령에 따른 징계 등 처분에 관한 사항 2. 「국가인권위원회법」 제30조에 따른 진정에 대한 국가인권위원회의 결정 3. 「노동위원회법」 제2조의2에 따라 노동위원회의 의결을 거쳐 행하는

사항 4. 형사, 행형 및 보안처분 관계 법령에 따라 행하는 사항 5. 외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적 회복에 관한 사항 6. 과태료 부과 및 징수에 관한 사항」 중 어느 하나에 해당하는 사항에 관하여는 이의신청에 관한 행정기본법 제36조를 적용하지 아니한다(행정기본법 제36조 제7항).

(나) 이는 공무원 인사 관계 법령에 따른 처분의 특수성, 인권위 결정의 준수법적 성격, 노사관계의 특수성, 형사·행형·보안처분 관련 사항의 사법작용으로서의 성격, 상호주의가 적용되는 외국인 관련 사항의 특수성 등을 고려하여 해당 사항을 이의신청 대상에서 제외한 것이다.

2) 임의적 전치

이의신청을 한 경우에도 그 이의신청과 관계없이 행정심판법에 따른 행정심판 또는 행정소송법에 따른 행정소송을 제기할 수 있다(행정기본법 제36조 제3항). 즉, 행정기본법에 따라 인정되는 이의신청은 진정의 성격에 해당한다.

3) 이의신청의 대상, 신청인, 상대방

a. 이의신청의 대상

이의신청의 대상은 행정청의 처분이다(행정기본법 제36조 제1항). “처분”이란 행정청이 구체적 사실에 관하여 행하는 법 집행으로서 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다(행정기본법 제2조 제4호).

b. 이의신청의 신청인

이의신청은 당사자만 할 수 있다(행정기본법 제36조 제1항). “당사자”란 처분의 상대방을 말한다(행정기본법 제2조 제3호). 이것은 이의신청의 남용을 방지하기 위해 처분의 당사자만이 이의신청을 할 수 있도록 규정하였다.

c. 상대방

이의신청의 상대방은 처분을 한 행정청이다(행정기본법 제36조 제1항).

4) 이의신청의 절차

a. 기간

당사자는 처분을 받은 날부터 30일 이내에 이의신청을 할 수 있다(행정기본법 제36조 제1항).

b. 결과 통지

행정청은 이의신청을 받으면 그 신청을 받은 날부터 14일 이내에 그 이의신청에 대한 결과를 신청인에게 통지하여야 한다. 다만, 부득이한 사유로 14일 이내에 통지할 수 없는 경우에는 그 기간을 만료일 다음 날부터 기산하여 10일의 범위에서 한 차례 연장할 수 있으며, 연장 사유를 신청인에게 통지하여야 한다(행정기본법 제36조 제2항).

5) 이의신청의 효과·행정심판의 청구기간·행정소송의 제소기간의 정지

(가) 이의신청에 대한 결과를 통지받은 후 행정심판 또는 행정소송을 제기하려는 자는 행정심판청구기간·제소기간에 관해 개별법에 규정이 있으면 그에 따르고 법률에서 규정하지 않은 경우에는 그 결과를 통지받은 날(통지기간(신청을 받은 날부터 14일)내에 결과를 통지받지 못한 경우에는 통지기간이 만료되는 날의 다음 날을 말한다)부터 90일 이내에 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다(행정기본법 제36조 제4항).

(나) 해당 규정은 이의신청 절차 중에 행정심판의 청구기간·행정소송의 제소기간이 정지된다고 규정한다.

따라서 행정기본법에 따라 이의신청을 한 경우 그리고 개별법에서 이의신청을 규정하지만 행정심판청구기간·제소기간에 관한 규정이 없는 경우 이 규정이 적용되어 행정심판청구기간·제소기간의 특례가 인정된다(행정기본법 제36조 제5항 참조).

710 교체

취소심판은 처분의 취소변경을 통하여 법률관계의 변경소멸을 가져오는 형성적 쟁송이다(형성적 쟁송설)(통설).

713 교체

실질적으로는 처분이 무효임을 확인하는 데 그치는 확인적 쟁송이지만, 유효한 처분으로 오인될 수 있는 외관을 가진 처분의 무효를 선언하는 형성적 쟁송으로서의 성격을 가진다는 견해(준형성적 쟁송설)가 통설이다.

742a 교체

5. 행정심판청구 가능 여부의 오고지

행정소송법 제20조 제1항 단서는 비록 법령상은 행정심판청구가 금지되어 있으나(행정심판법 제3조 제2항 참조) 행정청이 행정심판을 청구할 수 있다고 잘못 알린 경우 취소소송의 제소기간에 대한 특례가 적용된다고 규정한다(1045). 즉, 취소소송의 제소기간의 기산점은 '처분등이 있음을 안 날'이지만(행정소송법 제20조 제1항 본문), 행정청이 행정심판을 청구할 수 있다고 잘못 알려 원고가 행정심판을 청구한 경우 제소기간은 재결서의 정본을 송달받은 날부터 기산한다(행정소송법 제20조 제1항 단서).

757g 추가

(7) 지방의회 의원 징계

지방자치법에 따라 지방의회 의원이 징계(예를 들어 제명)를 받고 이를 다투는 경우 피청구인은 지방의회가 된다(대법원 2009. 1. 30. 2007두13487).

1090 추가

그리고 ‘공공복리에 중대한 영향을 주는 경우’란 집행으로 인해 사인이 입게 될 중대한 손해와 집행이 정지됨으로 손상될 공익을 비교형량하여 압도적으로 후자가 우월한 경우를 말한다.

896b 교체

취소할 수 있는 처분을 무효확인소송으로 다투면, 행정처분의 무효확인을 구하는 청구에는 특별한 사정이 없는 한 그 처분의 취소를 구하는 취지까지도 포함되어 있다고 볼 수는 있으나 위와 같은 경우에 취소청구를 인용하려면 먼저 취소를 구하는 항고소송으로서의 제소요건을 구비한 경우에 한한다(대판 1986. 9. 23. 85누838). 따라서 취소소송의 소송요건을 갖추지 못한 경우는 기각판결을 해야 한다.

961 교체

명령재결도 행정심판법 제48조 제1항·제2항에 따라 당사자에게 송달되어 효력이 발생하며(©설 비판),

965 교체

판례는 ① 행정심판위원회의 변경명령재결에 따라 처분청이 변경처분을 한 경우, 변경처분에 의해 원처분이 소멸하는 것이 아니라 당초부터 유리하게 변경된 원처분으로 존재하기 때문에 소송의 대상은 변경된 내용의 원처분(당초처분)이라고 한다. 따라서 제소기간의 준수 여부도 변경처분이 아니라 변경된 ‘원처분’을 기준으로 한다(대판 2007. 4. 27. 2004두9302). ② 그리고 처분청이 스스로 일부취소처분을 한 경우에도, 일부취소처분(감액처분)은 원처분 중 일부취소부분에만 법적 효과가 미치는 것으로 원처분과 별개의 독립한 처분이 아니라, 원처분의 일부취소의 실질을 가지며 상대방에게 유리한 결과를 가져오는 것이므로 소송의 대상은 취소되지 않고 남은 원처분이라고 한다. 따라서 제소기간의 준수 여부도 일부취소처분이 아니라 남은 ‘원처분’을 기준으로 한다(대판 2012. 9. 27. 2011두27247).

991 교체

이 견해는 해당 소송을 기관소송으로 본다면 기관소송은 법률의 규정이 있는 경우에만 허용되기 때문에 법률의 규정이 없다면 소송이 불가능하겠지만(행정소송법 제45조), 위원회의 인용재결은 항고소송의 대상인 처분등이고 행정소송법 제12조에 따라 행정주체가 자신의 권리(자치권) 침해를 이유로 항고소송을 제기하는 것은 법률의 규정이 없어도 가능하다는 점을 근거로 한다(후술하는 기관소송 참조(1357)).

996-16 아래 추가

(나) 행정처분의 무효 확인 또는 취소를 구하는 소가 소송계속 중 해당 행정처분이 기간의 경과 등으로 그 효과가 소멸한 때에 그 처분이 취소되어도 원상회복이 불가능하다고 보이는 경우라 하더라도, 그 행정처분과 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있어 행정처분의 위법성 확인 내지 불분명한 법률문제에 대한 해명이 필요한 경우에는 행정의 적법성 확보와 그에 대한 사법통제, 국민의 권리구제의 확대 등의 측면에서 예외적으로 그 처분의 취소를 구할 소의 이익을 인정할 수 있다. 여기서 ‘그 행정처분과 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있는 경우’란 불분명한 법률문제에 대한 해명이 필요한 상황에 대한 대표적인 예시일 뿐이며, 반드시 ‘해당 사건의 동일한 소송 당사자 사이에서’ 반복될 위험이 있는 경우만을 의미하는 것은 아니다(대판 2020. 12. 24. 2020두30450).

1006 추가

행정소송법 제16조에 명시적 내용은 없으나,

1013 추가

행정소송법 제17조에 명시적 내용은 없으나,

1028 교체

(1) 전속관할의 경우

원고가 고의 또는 중대한 과실 없이 행정소송으로 제기하여야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기한 경우, ① 수소법원으로서는 만약 그 행정소송에 대한 관할도 동시에 가지고 있다면 이를 행정소송으로 심리·판단하여야 하고 ② 그 행정소송에 대한 관할을 가지고 있지 아니하다면 당해 소송이 이미 행정소송으로서의 전심절차 및 제소기간을 도과하였거나 행정소송의 대상이 되는 처분 등이 존재하지도 아니한 상태에 있는 등 행정소송으로서의 소송요건을 결하고 있음이 명백하여 행정소송으로 제기되었더라도 어차피 부적법하게 되는 경우가 아닌 이상 이를 부적법한 소라고 하여 각하할 것이 아니라 관할 법원에 이송하여야 한다(대판 1997.5.30. 95다 28960).

(2) 토지관할·사물관할·심급관할의 경우

① 행정소송에도 민사소송법 제34조 제1항이 준용되어(행정소송법 제8조 제2항) 법원은 소송의 전부 또는 일부가 관할에 속하지 아니함을 인정할 때에는 결정으로 관할법원에 이송해야 한다. ② 그런데 위 조항은 원래 토지관할이나 사물관할 위반의 경우만을 상정한 것으로 지방법원에 제소해야 할 사건을 고등법원이나 대법원에 제소한 경우에는 적용되지 않는다는 견해가 있어 행정소송법은 이송의 범위를 넓혀주고 있다. 즉 행정소송법 제7조는 원고에게 고의나 중대한 과실이 없는 한 심급을 달리하는 법원에 행정소송이 잘못 제기된 경우에도 이송해야 함을 규정하고 있다.

1045 교체

(4) 그리고 행정소송법 제20조 제1항 단서는 제18조 제1항 단서에 규정한 경우(필요적 심판전치의 경우)와 그 밖에 행정심판청구를 할 수 있는 경우(임의적 행정심판전치의 경우) 뿐만 아니라 '행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알려 행정심판을 청구한 경우' 제소기간은 재결서의 정보를 송달받은 날부터 기산한다고 규정하는데, 이 규정의 취지는 처분 상대방에 대하여 행정청이 법령상 행정심판청구가 허용되지 않음에도 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에, 잘못된 안내를 신뢰하여 부적법한 행정심판을 거치느라 본래 제소기간 내에 취소소송을 제기하지 못한 자를 구제하려는 데에 있다(행정심판법 제3조 제2항 참조).

1046 추가

다만, 당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간을 지킬 수 없었던 경우에는 그 사유가 없어진 날부터 2주 이내에 게을리 한 소송행위를 보완할 수 있다(민사소송법 제173조 제1항).

1048 추가

따라서 제1항의 재결서 정보를 송달받은 날부터 90일이 경과하면 제소기간은 경과한 것이 되므로 제2항의 '재결이 있는 날부터 1년'은 무의미하다.

1129 교체

법률규정의 형식에 따라 당사자는 각각 자기에게 유리한 요건사실의 존재에 대하여 입증책임을 부담한다는 입장이다(다수설). 즉, ① 권한행사규정('한 때에는 —의 처분을 한다')의 요건사실은 그 권한행사를 주장하는 자가 입증해야 한다. ② 그리고 권한불행사규정('한 때에는 —의 처분을 하여서는 아니 된다')의 요건사실은 처분권한의 불행사(상실)를 주장하는 자가 입증해야 한다.

1139 아래 추가

〈제1문의2〉 A국 국적의 외국인인 갑은 자국 정부로부터 정치적 박해를 받고 있었다. 갑은 2018.11.20. 인천국제공항

에 도착하여 입국 심사 과정에서 난민신청의사를 밝히고 난민법상 출입국행에서의 난민인정신청을 하였다. 인천국제공항 출입국관리공무원은 2018.11.20. 갑에 대하여 입국목적이 사증에 부합함을 증명하지 못하였다는 이유로 입국불허결정을 하고, 갑이 타고 온 외국항공사에 대하여 갑을 국외로 송환하라는 송환지시서를 발부하였다. 이에 갑은 출입국 당국의 결정에 불만을 표시하며 자신을 난민으로 인정해 달라고 요청하였고, 당국은 갑에게 난민심사를 위하여 일단 인천공항 내 송환대기실에 대기할 것을 명하였다.

인천공항 송환대기실은 입국이 불허된 외국인들이 국외송환에 앞서 임시로 머무는 곳인데, 이곳은 외부와의 출입이 통제되는 곳으로 갑이 자신의 의사에 따라 대기실 밖으로 나갈 수 없는 구조로 되어 있었다. 출입국 당국은 2018.11.26. 갑에 대하여 난민 인정 거부처분을 하였고, 갑은 이에 불복하여 2018.11.28. 난민 인정 거부처분 취소의 소를 ... 제기 하였다.

(3) 위 난민 인정 거부처분 후 갑의 국적국인 A국의 정치적 상황이 변화하였다. 이와 같이 변화된 A국의 정치적 상황을 이유로 하여, 법원이 난민 인정 거부처분의 적법 여부를 달리 판단할 수 있는지에 대하여 검토하시오.

[변호사시험(2020)]

1. 문제 상황

외국인 갑에 대한 행정청의 난민인정거부처분이 거부처분 당시는 위법하다고 하더라도 국적국인 A국의 정치적 상황이 변하여 난민인정거부처분이 적법하게 되었다면 법원이 난민인정거부처분이 적법하다고 판단할 수 있는지, 즉 처분의 위법성 판단의 기준시점이 문제된다.

2. 처분의 위법성판단의 기준시점

- (1) 학 설
- (2) 판 례
- (3) 검 토

3. 설 문

다수설과 판례입장인 처분시점에 따르면, 법원은 난민인정거부처분 이후의 사실적법적 상태를 고려해서 아니된다. 따라서 국적국인 A국의 정치적 상황이 변하여 난민인정거부처분이 적법하게 되었다고 하더라도 처분시를 기준으로 난민인정거부처분은 위법하다고 판단해야 한다.

1181 아래추가

<제1문> 갑은 을이 대표이사로 있는 A운수주식회사에서 운전기사로 근무하고 있는데, A회사의 노사 간에 체결된 임금협정에는 운전기사의 법령위반행위로 회사에 과징금이 부과되면 추후 당해 운전기사에 대한 상여금 지급시 그 과징금 상당액을 공제하기로 하는 내용이 포함되어 있다. 다음 물음에 답하시오.

(2) 과징금부과처분에 대한 취소소송에서 법원이 A회사에 대한 과징금의 금액이 지나치게 과다하다고 판단할 경우, 법원은 적정하다고 판단하는 한도 내에서 과징금부과처분의 일부를 취소할 수 있는가?

1. 문제 상황

행정소송법 제4조 제1호는 취소소송을 ‘행정청의 위법한 처분 등을 취소 또는 변경하는 소송’이라고 정의하고 있다. 이 ‘취소·변경’에 적극적 변경이 포함되는지는 학설의 대립이 있지만, 일부취소가 인정된다는 점에는 이견이 없다. 다만, 어느 정도로 처분을 할 것인지에 대해 행정청의 재량이 인정되는 경우 법원은 원칙적으로 재량권 일탈·남용 여부만을 심사하여야 한다. 따라서 설문의 과징금부과처분에 대해 법원이 일부취소판결을 할 수 있는지는 해당 처분이 기속행위인지 재량행위인지로 결정된다.

2. 일부취소판결의 가능성

- (1) 일부취소판결이 가능한 경우
- (2) 일부취소판결이 불가능한 경우
 - 1) 재량행위
 - 2) 가분성이 없거나 적법하게 부과된 금액이나 기간을 산출할 수 없는 경우

3. 설 문

설문의 과징금부과처분이 재량행위라면 일부취소판결을 할 수 없지만, 기속행위이며 적법하게 부과될 정당한 부과금액을 소송상 산정할 수 있다면 법원은 일부취소판결을 할 수 있다(예를 들어 ‘1회 위반시 500만 원 과징금’ 처럼 과징금부과처분의 기준이 법령상 명시되어 있다면 법원은 일부취소판결을 할 수 있다).

1194a 교체

2. 확정판결의 기판력

(1) 의의

판결이 확정되면 당사자와 법원은 후소(後訴)에서 그 확정판결의 내용과 모순되는 주장·판단을 할 수 없는 구속력이 발생하는데 이를 기판력이라고 한다. 본안판결은 인용판결이든 기각판결이든 묻지 않고 기판력이 발생하며, 형성·확안·이행판결 모두 인정된다.

(2) 기판력의 범위

1) 주관적 범위

기판력은 당사자 및 당사자와 동일시할 수 있는 자(당사자의 승계인)와 후소법원에 미치고, 제3자에게는 미치지 않는 것이 원칙이다.

2) 시간적 범위

기판력은 사실심변론종결시를 기준으로 판단한다.

3) 객관적 범위

확정판결의 기판력은 판결의 주문에 나타난 소송물에 대한 판단 즉, 처분의 위법성존부에 관한 판단에만 미친다 (대판 2000. 2. 25. 99다55472).

(3) 취소소송의 소송물(1133a이하)

(가) 취소소송의 소송물에 대해 ① 처분의 위법성 일반적으로 보는 견해, ② 처분등이 위법하고 또한 자기의 권리를 침해한다는 원고의 법적 주장이라는 견해, ③ 처분을 통해 자신의 권리가 침해되었다는 원고의 법적 주장이라는 견해가 대립된다.

(나) 판례는 취소판결의 기판력은 소송물로 된 행정처분의 위법성 존부에 관한 판단 그 자체에만 미치는 것이라고 한다(대판 1996. 4. 26. 95누5820)(①설).

(다) 행정소송법이 취소소송의 법률상 이익을 원고적격의 요건(행정소송법 제12조)으로 규정하고 있을 뿐 본안 요건은 위법성에 한정(동법 제4조 제1호)하고 있고 소송물은 본안판단에 관한 사항만을 대상으로 하는 것이므로 ②③설은 타당하지 않고 ①설이 타당하다(다수설). 여기서 '위법'이란 외부효를 갖는 법규(성문의 법령, 불문법)위반을 말한다.

1202 교체

항고소송의 본안판단에서의 위법의 본질이 법규위반임을 고려할 때 위법이란 '법규 위반'이라는 단일한 가치판단으로 보아야 할 것인바 행위위법설이 타당하다. 특히 권리구제의 확대라는 측면에서 이원설이 타당하다. 따라서 취소소송의 청구인용판결은 기판력은 국가배상청구소송에 영향을 미치지, 청구기각판결은 기판력이 미치지 않는다고 보아야 한다(제한적 긍정설).

1231g 아래 추가

(c) 변론

간접강제결정은 변론 없이도 할 수 있다. 다만 변론을 열지 않고 결정하는 경우 처분의무 있는 행정청을 심문하여야 한다(행정소송법 제34조 제2항, 민사집행법 제262조 제1항).

1231i 교체

간접강제결정은 피고 또는 참가인이었던 행정청이 소속하는 국가 또는 공공단체에 그 효력을 미친다(행정소송법 제34조 제2항, 제33조).

1059 교체

1) 각 청구가 적법요건을 갖출 것

(가) 관련청구소송의 병합은 그 청구를 병합할 취소소송을 전제로 하는 것이므로 관련청구소송이 병합될 본체인 취소소송 등이 적법해야 한다. 만일 본래의 취소소송 등이 부적법하여 각하되면 그에 병합된 관련청구도 소송요건을 흠결하여 부적합한 것으로 각하되어야 한다(대판 2001. 11. 27. 2000두697). 다만, 판례는 취소소송 등을 제기한 당사자가 당해 처분 등에 관계되는 사무가 귀속되는 국가 또는 공공단체에 대한 당사자소송을 관련청구로서 병합한 경우 해당 취소소송 등이 부적법하다면 당사자는 위 당사자소송의 병합청구로서 동법 제21조 제1항에 의한 소변경을 할 의사를 아울러 가지고 있었다고 봄이 상당하고, 이러한 경우 법원은 그 청구의 기초에 변경이 없는 한 당초의 청구가 부적법하다는 이유로 위 병합된 청구까지 각하할 것이 아니라 위 병합청구 당시 유효한 소변경청구가 있었던 것으로 받아들여 이를 허가함이 타당하다고 한다(대판 1992. 12. 24. 92누3335).

(나) 병합하는 관련청구 자체도 전치절차, 제소기간, 당사자적격 등의 소송형태에 따른 소송요건을 구비해야 한다. 만일 취소소송에 병합하여 제기된 소가 소송요건을 갖추지 못한 경우에는 부적법 각하한다.

(다) 소의 추가적 병합의 경우 신소의 제기가 있기 때문에 그 신소의 제소기간 준수 여부는 원칙적으로 소의 병합 제기시점을 기준으로 결정한다. 다만, 판례는 당사자의 권리구제를 위해 소의 추가적 병합의 경우 신소는 당초의 구소제기에 제기된 것으로 본다(동일한 행정처분에 대하여 무효확인 소를 제기하였다가 그 후 그 처분의 취소를 구하는 소를 추가적으로 병합한 경우, 주된 청구인 무효확인 소가 적법한 제소기간 내에 제기되었다면 추가로 병합된 취소청구의 소도 적법하게 제기된 것으로 봄이 상당하다 할 것이다(대판 2005. 12. 23. 2005두3554)).

2) 병합의 시기

관련청구의 병합은 사실심변론종결 전이라면 원시적 병합이든 후발적 병합이든 가릴 것 없이 인정된다(행정소송법 제10조 제2항)(병합의 시기). 다만, 행정소송법은 제3자에 의한 후발적 병합을 인정하고 있지 않으므로 수인의 원고는 처음부터 행정소송법 제15조의 공동소송인(공동소송이란 하나의 소송절차에 여러 사람의 원고 또는 피고가 관여하는 소송을 말한다)으로 제소하여야 하고, 소송계속 중에는 소송참가가 허용될 뿐이다(이상규, 오진환).

3) 관련청구일 것

행정소송법 제10조 제1항 제1호·제2호의 관련청구소송이어야 한다(관련청구소송)[판례]. 제1호(당해 처분등과 관련되는 손해배상부당이득반환원상회복 등 청구소송)는 청구의 내용 또는 발생 원인이 법률상 또는 사실상 공통되어 있는 소송을 말하며(예: 운전면허취소처분에 대한 취소소송과 위법한 운전면허취소처분으로 발생한 손해에 대한 손해배상청구소송), 제2호(당해 처분등과 관련되는 취소소송)는 개방적보충적 규정으로 증거관계, 쟁점, 공격방어방법 등의 상당부분이 공통되어 함께 심리함이 타당한 사건을 말한다(예: 원처분과 재결에 대한 취소소송).

4) 행정소송에 관련청구를 병합할 것

행정사건에 관련 민사사건이나 행정사건을 병합하는 방식이어야 하고, 반대로 민사사건에 관련행정사건을 병합할 수는 없다. 다만 행정소송 상호간에는 어느 쪽을 병합하여도 상관없다(행정사건에의 병합).

5) 피고의 동일성 불요

행정청을 피고로 하는 취소소송에 국가를 피고로 하는 국가배상청구(593)를 병합하는 경우처럼 관련청구소송의 피고는 원래 소송의 피고와 동일할 필요가 없다(피고의 동일성 불요).

(6) 각 청구에 관해 수소법원에 관할이 있을 것

병합되는 각 청구에 관해 법원에 토지관할등이 있어야 한다.

1317b 교체

납세의무부존재확인을 구하는 소송이 공법상 법률관계를 소송물로 하는 공법상 당사자소송에 해당한다(대판 2000. 9. 8. 99두2765).

977 아래 추가

이후 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률 제64조의 4 제1항(소속기관장등은 신분보장등조치 결정에 대하여 「행정소송법」에 따른 행정소송을 제기하는 경우에는 ... 신분보장등조치결정을 통보받은 날부터 30일 이내에 제기하여야 한다)은 이러한 소송기관장등이 행정소송을 제기할 수 있음을 명문으로 인정하였다.

852c위 추가

c. 배상금의 법적 성격

간접강제결정에 기한 배상금은 재처분의 지연에 대한 제재나 손해배상이 아니고 재처분의 이행에 관한 심리적 강제수단에 불과하다(대판 2010. 12. 23. 2009다37725 참조). 따라서 위원회는 신청인이 입은 손해와 상관없이 제반사정을 고려하여 재량으로 결정한다.

1279Q4 아래 추가

〈제1문〉 중기계를 생산하는 제조회사에 근무하는 갑은 골절 등의 업무상 사고로 인하여 상해를 입었음을 이유로 근로복지공단으로부터 휴업급여와 장애급여 등의 지급결정을 받았다. 그 후 근로복지공단은 갑이 실제 상해를 입지 않았음에도 허위로 지급신청서를 작성하여 급여지급결정을 받은 사실을 들어 갑에 대한 급여지급결정을 취소하였고, 갑은 급여지급결정의 취소처분서를 2021. 1. 7. 직접 수령하였다. 이와 함께 근로복지공단은 이미 갑에게 지급된 급여액에 해당하는 금액을 부당이득으로 징수하였다. 한편, 갑은 위 급여지급결정 취소처분이 위법함을 이유로 2021. 5. 7. 급여지급

결정 취소처분에 대한 무효확인소송을 제기하였다.

(1) 위 무효확인소송에서 급여지급결정 취소처분이 무효라는 점에 대한 입증책임은 누가 부담하는가?

[공인노무사 행정쟁송법(2021)]

1. 문제 상황

갑이 근로복지공단을 상대로 급여지급결정취소처분에 대해 무효확인소송을 제기하는 경우 요건사실(갑이 실제 상해를 입지 않았음에도 허위로 지급신청서를 작성하여 급여지급결정을 받은 사실)에 대해 원고와 피고 중 누가 입증책임을 부담하는지가 문제된다.

2. 입증책임의 의미

3. 급여지급결정취소처분 무효확인소송에서 입증책임

(1) 학설

(2) 판례

(3) 검토

무효인 처분은 취소인 처분보다 법률적합성에 대한 의문이 강한 것이므로 원고부담설은 부당하며 무효확인소송의 경우에도 입증책임의 일반원칙인 법률요건분류설이 타당하다.

(4) 설문

판례(원고부담설)에 따르면 급여지급결정취소처분의 요건사실의 부존재는 원고인 갑이 입증해야 하지만, 법률요건분류설에 따르면 급여지급결정취소처분의 요건사실의 존재에 대해 행정청인 근로복지공단이 입증책임을 부담한다.

1060Q2 아래 추가

〈제1문〉 중기계를 생산하는 제조회사에 근무하는 갑은 골절 등의 업무상 사고로 인하여 상해를 입었음을 이유로 근로복지공단으로부터 휴업급여와 장해급여 등의 지급결정을 받았다. 그 후 근로복지공단은 갑이 실제 상해를 입지 않았음에도 허위로 지급신청서를 작성하여 급여지급결정을 받은 사실을 들어 갑에 대한 급여지급결정을 취소하였고, 갑은 급여지급결정의 취소처분서를 2021. 1. 7. 직접 수령하였다. 이와 함께 근로복지공단은 이미 갑에게 지급된 급여액에 해당하는 금액을 부당이득으로 징수하였다. 한편, 갑은 위 급여지급결정 취소처분이 위법함을 이유로 2021. 5. 7. 급여지급결정 취소처분에 대한 무효확인소송을 제기하였다.

(2) 위 무효확인소송의 계속 중 갑은 추가적으로 급여지급결정 취소처분의 취소를 구하는 소를 병합하여 제기할 수 있는가?

1. 문제 상황

갑이 근로복지공단을 상대로 한 급여지급결정취소처분 무효확인소송 계속 중 추가로 급여지급결정취소처분 취소소송을 병합한다면 행정소송법 제10조의 관련청구소송의 병합 요건과 관련해 인정될 수 있는지가 문제된다.

2. 청구의 병합의 의의

3. 청구의 병합의 형태

(1) 객관적 병합

(2) 주관적 병합

4. 관련청구소송의 병합의 요건

5. 설문

(가) 다른 요건은 특히 문제되지 않지만, 관련청구소송의 병합은 관련청구소송이 병합될 본체인 취소소송 등이 적법해야 할 뿐만 아니라 병합하는 관련청구 자체도 전치절차, 제소기간, 당사자적격 등의 소송형태에 따른 소송요건을 구비해야 한다.

(나) 갑은 급여지급결정의 취소처분서를 2021. 1. 7. 직접 수령하였고 2021. 5. 7. 급여지급 결정 취소처분에 대한 무효확인소송을 제기한 후 급여지급결정취소처분 취소소송을 병합하려 하기 때문에 병합하려는 취소소송의 제소기간의 기산점을 당초 무효확인소송 제기시를 기준으로 하던 아니면 병합시를 기준으로 하던 제소기간은 도과하였다.

(다) 따라서 급여지급결정취소처분 취소소송은 병합될 수 없고 각하될 것이다.

1258Q20 아래 추가

〈제1문〉 근로복지공단은 갑이 실제 상해를 입지 않았음에도 허위로 지급신청서를 작성하여 급여지급결정을 받은 사실을 들어 갑에 대한 급여지급결정을 취소하였고, 갑은 급여지급결정의 취소처분서를 2021. 1. 7. 직접 수령하였다. ... 갑은 위 급여지급결정 취소처분이 위법함을 이유로 2021. 5. 7. 급여지급결정 취소처분에 대한 무효확인소송을 제기하였다.

(3) 위 무효확인소송에서 기각판결이 확정된 후 갑이 급여지급결정 취소처분의 '법령 위반'을 이유로 국가배상청구소송을 제기한 경우, 무효확인소송의 기각판결의 효력과 관련하여 국가배상청구소송의 수소법원은 급여지급결정 취소처분의 '법령 위반'을 인정할 수 있는가?

1. 문제 상황

(가) 취소소송(무효확인소송)의 소송물과 국가배상청구소송의 소송물이 다르기 때문에 취소소송(무효확인소송)의 확정판결의 기판력은 국가배상청구소송에 미치지 않음이 일반적인 논리이다. 다만, 전소와 후소의 소송물이 동일하지 아니하여도 전소의 기판력 있는 법률관계가 후소의 선결관계가 되는 때에는 전소 판결의 기판력이 후소에 미칠 수 있다.

(나) 설문은 갑이 급여지급결정 취소처분에 대한 무효확인소송을 제기하여 기각판결을 받아 확정된 후 국가배상청구소송의 수소법원이 급여지급결정 취소처분의 위법 여부를 인정할 수 있는지를 묻고 있는 바 이는 항고소송의 소송물 및 국가배상청구소송에서 위법성의 본질과 관련되는 문제이다.

2. 확정판결의 기판력

(1) 의의

(2) 기판력의 범위

3. 확정판결의 기판력이 국가배상청구소송에 영향을 미치는지 여부

(1) 학 설

(2) 판례

(3) 점 토

행위위법설 특히 권리구제의 확대라는 측면에서 이원설이 타당하다. 따라서 취소소송(무효확인소송)의 청구인용판결은 기판력은 국가배상청구소송에 영향을 미치지만, 청구기각판결은 기판력이 미치지 않는다고 보아야 한다(제한적 긍정설).

4. 설문

제한적 긍정설에 따르면, 설문에서 갑은 급여지급결정 취소처분에 대한 무효확인소송을 제기하여 기각판결을 받고 확정되었기 때문에 후소에 기판력이 미치지 않고 국가배상청구소송의 수소법원은 급여지급결정 취소처분의 '법령 위반'을 인정할 수 있다.

966Q19 아래 추가 ①

〈제2문〉 X사장의 환지예정지지정처분(이하 '이 사건 처분'이라 함)으로 불이익을 입은 갑은 이 사건 처분이 위법하다는 이유로 취소심판을 청구하였고 행정심판위원회는 처분의 위법을 인정하였다. 다만 행정심판위원회는 이 사건 처분이 취소될 경우 다수의 이해관계인에 대한 환지예정지지정처분까지도 변경됨으로써 기존의 사실관계가 뒤집어지고 새로운 사실관계가 형성되는 혼란이 발생될 수 있다는 이유로 이 사건 처분을 취소하는 것이 공공복리에 크게 위배된다고 인정하여 위 심판청구를 기각하는 재결을 하였다. 갑이 이에 불복하여 취소소송을 제기할 경우 그 대상에 대하여 설명하시오.

1. 문제 상황

환지예정지지정처분이 위법함에도 행정심판위원회가 공공복리를 이유로 기각하는 사정재결을 하였는데, 원 처분은 환지예정지지정처분이고 재결은 기각재결이라 원칙적으로는 재결에 고유한 위법은 없지만 만일 행정 심판위원회가 공공복리에 대한 판단을 잘못하였다면 재결에 고유한 위법이 있을 수 있으므로 행정소송법 제 19조 단서와의 관계상 그러한 기각재결이 취소소송의 대상이 되는지가 문제된다.

2. 재결취소소송의 개념

(1) 재결소송의 의미

(2) 원처분주의

3. 재결(취소)소송의 사유

(1) '재결 자체에 고유한 위법'의 의미

(2) 주체·절차·형식의 위법

(3) 내용의 위법

4. 설 문

기각재결은 원칙적으로 재결 자체에 고유한 내용상 위법은 없지만, 행정심판위원회가 공공복리에 대한 판단을 잘못하였다면 재결에 고유한 위법이 있을 수 있다. 따라서 갑은 원처분인 환지예정지지정처분에 대한 취소소송외에도 기각재결에 대해 취소소송을 제기할 수 있고, 행정소송법 제10조 제1항 제2호에 따라 관련 청구소송을 병합할 수도 있다.

1156Q7 아래 추가

〈제3문〉 국가공무원 갑은 업무시간 중 민원인으로부터 골프접대 등의 뇌물을 수수하였다는 이유로 징계권자로부터 해 임의 징계처분을 받고, 그 징계처분에 대하여 소청심사를 거쳐 취소소송을 제기하였다. 피고 행정청은 취소소송의 계속 중 갑이 뇌물수수 뿐만 아니라 업무시간 중 골프접대를 받는 등 직무를 태만히 한 것도 징계사유의 하나라고 소송절차 에서 주장하였다. 이러한 피고의 주장이 허용되는지 설명하시오.

1. 문제 상황

갑이 행정청을 상대로 한 해임처분취소소송 계속 중에 피고인 행정청은 당초 사유인 '뇌물을 수수하였다' 는 사유를 '직무를 태만히 한 것'이라는 사유로 추가할 수 있는지가 처분사유의 추가변경과 관련해서 문제 된다.

2. 처분사유의 추가변경의 개념

3. 처분사유의 추가변경의 인정 여부

4. 처분사유의 추가변경의 인정범위

(1) 시간적 범위

(2) 객관적 범위

(3) 재량행위와 처분사유의 추가변경

5. 처분사유의 추가변경의 효과

6. 설 문

(가) 추가하려는 사유인 '직무를 태만히 한 것'이라는 사유가 해임처분 당시에 존재하였고, 사실심변론종결 시까지 시장이 처분사유를 변경한다면 시간적 범위는 만족한다.

(나) 소송물의 동일성은 유지되지만, 당초 사유인 '뇌물을 수수하였다'는 사유는 '직무를 태만히 한 것'이라는 사유와 시간적·장소적 근접성 행위 태양·결과 등을 고려할 때 기본적 사실관계를 달리한다.

(다) 따라서 피고인 행정청은 해임처분취소소송 계속 중에 '직무를 태만히 한 것'이라는 사유로 추가할 수 없어 피고의 주장은 허용되지 않는다.

966Q19 아래 추가 ②

〈제1문〉 갑은 관할 A구청장으로부터「게임산업진흥에 관한 법률」에 따른 일반게임제공업 허가를 받았다.

(2) 갑은 일반게임제공업 허가를 받은 후 건축법령에 따라 건축물대장상 해당 5층 건물 중 지상 1층의 용도를 일반음식점에서 판매시설(게임제공업소)로 변경하여 기재해달라는 신청을 하였다. 그러나 게임장 개설사실을 알게 된 인근 주민들이 항의하자 A구청장은 갑의 건축물대장 용도변경신청을 반려하였다. 갑은 이 반려조치를 항고소송으로 다툰 수 있는가?

[입법고시(2021)]

[참조조문]

건축법

제19조(용도변경) ① 건축물의 용도변경은 변경하려는 용도의 건축기준에 맞게 하여야 한다.

③ 제4항에 따른 시설군 중 같은 시설군 안에서 용도를 변경하려는 자는 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 건축물대장 기재내용의 변경을 신청하여야 한다.

1. 문제 상황

설문에서는 소극적 공권력행사인 거부처분이 문제되는데, 먼저 행정행위와 처분의 관계를 검토한 후 건축물용도변경신청거부가 항고소송의 대상인 거부처분인지를 살펴본다.

2. 행정행위와 처분의 관계

3. 항고소송의 대상인 거부처분의 요건

- (1) 공권력행사의 거부일 것(거부의 내용(=신청의 내용)이 공권력행사일 것)
- (2) 거부로 인하여 국민의 권리나 법적 이익에 직접 영향을 미치는 것일 것(=법적 행위)
- (3) 거부처분의 성립에 신청권이 필요한지 여부

4. 건축물용도변경거부가 항고소송의 대상인지 여부

- (1) 건축물용도변경거부가 공권력 행사의 거부인지 여부

건축물용도변경은 행정청인 구청장이 행하는 갑이 건축물대장상 해당 5층 건물 중 지상 1층의 용도를 일반음식점에서 판매시설로 변경하여 기재해달라는 신청을 했다는 사실에 관한 건축법의 집행행위로 우월한 지위에서 행한 일방적 행위이므로 이러한 신청에 대한 거부는 공권력행사의 거부에 해당한다.

- (2) 건축물용도변경거부가 국민의 권리나 법적 이익에 직접 영향을 미치는 행위인지 여부(법적 행위인지 여부)

대법원은 건축물대장의 용도변경신청거부를 항고소송의 대상인 거부처분으로 보았다(대판 2009.1.30. 2007두 7277).

- (3) 신청권의 인정 여부

거부처분의 성립에 신청권을 필요로 한다는 판례에 따르면 하더라도 건축물용도변경에 대해서는 건축법 제19조가 갑에게 법규상의 신청권을 인정하고 있다.

(4) 설 문

구청장의 건축물용도변경신청거부는 항고소송의 대상인 거부처분이다.

1050bQ2 아래 추가

〈제2문〉 갑은 A시 보건소에서 의사 을로부터 폐렴구균 예방접종을 받았는데, 예방접종을 받은 당일 저녁부터 발열증상과 함께 안면부의 마비증상을 느껴 병원에서 입원 치료를 받았다. 이에 갑은 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」(이하 ‘감염병예방법’) 제71조에 따라 진료비와 간병비에 대한 예방접종 피해보상을 청구하였는데, 질병관리청장 B는 2020. 9. 15. 이 사건 예방접종과 갑의 증상 사이에 인과관계가 불분명하다는 이유로 예방접종 피해보상 거부처분(이하 ‘제1처분’)을 하였다. 그러나 갑은 이 사건 예방접종을 받기 이전에는 안면마비 증상이 없었는데 예방접종 당일 바로 발열과 함께 안면마비 증상이 나타났으며 위 증상은 을의 과실에 따른 이 사건 예방접종에 의하여 발생한 것이라고 주장하면서 피해보상을 재신청하였고, B는 2020. 11. 10. 재신청에 대하여서도 거부처분을 하였다(이하 ‘제2처분’). 그리고 위 각 처분은 처분 다음날 갑에게 적법하게 송달되었다.

- (1) 갑이 2020. 12. 30. B가 행한 처분의 취소를 구하는 취소소송을 제기하는 경우, 취소소송의 대상과 제소기간의 준

1. 문제 상황

갑이 2020. 9. 16. 제1차 거부처분을 받은 후 동일한 사유로 다시 피해보상을 재신청하여 2020. 11. 11. 제2차 거부처분을 받은 경우 각 거부처분이 취소소송의 대상이 되는지 그리고 제소기간을 준수 했는지가 행정소송법 제19조, 제2조 제1항 제1호 그리고 제20조와 관련해 문제가 된다.

2. 취소소송의 대상

(1) 취소소송의 대상인 거부처분

(2) 설문

갑이 제1차 거부처분을 받은 후 동일한 사유로 다시 피해보상을 재신청하여 제2차 거부처분을 받은 경우, 제2차 거부처분의 내용이 제1차 거부처분과 동일하다고 하더라도 제2차 거부처분은 실질적으로 새로운 처분에 해당하므로 제1차 거부처분 및 제2차 거부처분은 각 독립하여 취소소송의 대상이 된다(대판 2019. 4. 3. 2017두52764).

3. 제소기간의 준수 여부

(1) 행정소송법 제20조

(2) 설문

제2차 피해보상의 신청은 행정심판을 청구한 것이 아니므로 제소기간의 특례가 적용되지 않는다(대판 2019. 4. 3. 2017두52764). 따라서 각 처분이 적법하게 송달된 날 갑이 처분이 있음을 알았다고 추정하기 때문에 갑이 몰랐음을 입증하지 못하면 제1차 거부처분은 2020. 9. 16. 제2차 거부처분은 2020. 11. 11. 이 제소기간의 기산점이 된다. 갑이 2020. 12. 30. 각 처분의 취소를 구하는 취소소송을 제기하였기 때문에 제1차 거부처분은 제소기간이 도과하였고, 제2차 거부처분은 제소기간을 준수하였다.

929 아래 추가

10. 행정청이 건축물대장의 용도변경신청을 거부한 행위가 행정처분에 해당하는지 여부(적극)

건축물의 용도는 토지의 지목에 대응하는 것으로서 건물의 이용에 대한 공법상의 규제, 건축법상의 시정명령, 지방세 등의 과세대상 등 공법상 법률관계에 영향을 미치고, 건물소유자는 용도를 토대로 건물의 사용·수익·처분에 일정한 영향을 받게 된다. 이러한 점 등을 고려해 보면, 건축물대장의 용도는 건축물의 소유권을 제대로 행사하기 위한 전제요건으로서 건축물 소유자의 실제적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로,

건축물대장 소관청의 용도변경신청 거부행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2009. 1. 30. 2007두7277).

11. 근로기준법상 이행강제금 부과 예고의 처분성(적극)

노동위원회가 근로기준법 제33조에 따라 이행강제금을 부과하는 경우 그 30일 전까지 하여야 하는 이행강제금 부과 예고는 이러한 '계고'에 해당한다. 따라서 사용자가 이행하여야 할 행정법상 의무의 내용을 초과하는 것을 '불이행 내용'으로 기재한 이행강제금 부과 예고서에 의하여 이행강제금 부과 예고를 한 다음 이를 이행하지 않았다는 이유로 이행강제금을 부과하였다면, 초과한 정도가 근소하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 이행강제금 부과 예고는 이행강제금 제도의 취지에 반하는 것으로서 위법하다(대판 2015. 6. 24. 2011두2170).

12. 마트점 영업시간제한의 변동을 가져오는 후속처분이 있는 경우 선행처분의 처분성(적극), 권리보호필요성(적극)

(가) 기존의 행정처분을 변경하는 내용의 행정처분이 뒤따르는 경우, 후속처분이 종전처분을 완전히 대체하는 것이거나 그 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 종전처분은 그 효력을 상실하고 후속처분만이 항고소송의 대상이 되지만, 후속처분의 내용이 종전처분의 유효를 전제로 그 내용 중 일부만을 추가·철회·변경하는 것이고 그 추가·철회·변경된 부분이 그 내용과 성질상 나머지 부분과 불가분적인 것이 아닌 경우에는, 후속처분에도 불구하고 종전처분이 여전히 항고소송의 대상이 된다고 보아야 한다.

(나) 원심판결 이유 및 기록에 의하면, 피고 동대문구청장은 2012. 11. 14. 원고 롯데쇼핑 주식회사, 주식회사 에브리데이리테일, 주식회사 이마트, 홉플러스 주식회사, 홉플러스스토어즈 주식회사(변경 전 상호: 홉플러스테스코 주식회사, 이하 같다)에 대하여 그들이 운영하는 서울특별시 동대문구 내 대형마트 및 준대규모점포의 영업제한 시간을 오전 0시부터 오전 8시까지로 정하고(이하 '영업시간 제한 부분'이라 한다) 매월 둘째 주와 넷째 주 일요일을 의무휴업일로 지정하는(이하 '의무휴업일 지정 부분'이라 한다) 내용의 처분을 한 사실, 위 처분의 취소를 구하는 소송이 이 사건 원심에 계속 중이던 2014. 8. 25. 위 피고는 위 원고들을 상대로 영업시간 제한 부분의 시간을 '오전 0시부터 오전 10시'까지로 변경하되, 의무휴업일은 종전과 동일하게 유지하는 내용의 처분(이하 '2014. 8. 25.자 처분'이라 한다)을 한 사실을 알 수 있다. 이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 2014. 8. 25.자 처분은 종전처분 전체를 대체하거나 그 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용이 아니라, 의무휴업일 지정 부분을 그대로 유지한 채 영업시간 제한 부분만을 일부 변경하는 것으로서, 2014. 8. 25.자 처분에 따라 추가된 영업시간 제한 부분은 그 성질상 종전처분과 가분적인 것으로 여겨진다. 따라서 2014. 8. 25.자 처분으로 종전처분이 소멸하였다고 볼 수는 없고, 종전처분과 그 유효를 전제로 한 2014. 8. 25.자 처분이 병존하면서 위 원고들에 대한 규제 내용을 형성한다고 할 것이다.

(다) 그러므로 이와 다른 전제에서 2014. 8. 25.자 처분에 따라 종전처분이 소멸하여 그 효력을 다룰 법률상 이익이 없게 되었다는 취지의 피고 동대문구청장의 이 부분 상고이유 주장은 이유 없다(대판(전원)

13. 병역기피자 인적사항 공개결정의 처분성(적극), 공개결정을 취소하고 게시물을 삭제한 경우 권리보호 필요성(소극)

(가) 병무청장이 병역법 제81조의2 제1항에 따라 병역의무 기피자의 인적사항 등을 인터넷 홈페이지에 게시하는 등의 방법으로 공개한 경우 병무청장의 공개결정을 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아야 한다. 병무청장이 하는 병역의무 기피자의 인적사항 등 공개는, 특정인을 병역의무 기피자로 판단하여 그 사실을 일반 대중에게 공표함으로써 그의 명예를 훼손하고 그에게 수치심을 느끼게 하여 병역의무 이행을 간접적으로 강제하려는 조치로서 병역법에 근거하여 이루어지는 공권력의 행사에 해당한다. 병무청장이 하는 병역의무 기피자의 인적사항 등 공개조치에는 특정인을 병역의무 기피자로 판단하여 그에게 불이익을 가한다는 행정결정이 전제되어 있고, 공개라는 사실행위는 행정결정의 집행행위라고 보아야 한다.

(나) 대법원이 이른바 양심적 병역거부가 병역법 제88조 제1항에서 정한 병역의무 불이행의 '정당한 사유'에 해당할 수 있다는 취지로 판례를 변경하자, 피고는 위 대법원 판례변경의 취지를 존중하여 이 사건 상고심 계속 중인 2018. 11. 15.경 원고들에 대한 공개결정을 직권으로 취소한 다음, 그 사실을 원고들에게 개별적으로 통보하고 병무청 인터넷 홈페이지에서 게시물을 삭제한 사실을 인정할 수 있다. 따라서 이 사건 소는 이미 소멸하고 없는 처분의 무효확인 또는 취소를 구하는 것으로서 원칙적으로 소의 이익이 소멸하였다고 보아야 한다. 또한, 피고가 양심적 병역거부자인 '여호와의 증인' 신도들에 대하여 대법원의 판례변경의 취지를 존중하여 당초 처분을 직권취소한 것이므로, 동일한 소송 당사자 사이에서 당초 처분과 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있어 행정처분의 위법성 확인이나 불분명한 법률문제에 대한 해명이 필요한 경우도 아니어서, 소의 이익을 예외적으로 인정할 필요도 없다(대판 2019. 6. 27. 2018두49130).

14. 고용노동부장관의 법외노조통보의 처분성(적극)

법외노조 통보는 이와 같은 절차를 거쳐 적법하게 설립되어 활동 중인 노동조합에 대하여 행정관청이 더 이상 노동조합법상 노동조합이 아님을 고권적으로 확정하는 행정처분으로서, 단순히 법률에 의하여 이미 법외노조가 된 것을 사후적으로 고지하거나 확인하는 행위가 아니라 그 통보로써 법외노조가 되도록 하는 형성적 행위이다. 즉 법상 노동조합에 결격사유가 발생한 경우, 이 사건 법률 규정에 의하여 곧바로 법외노조가 되는 것이 아니라, 이를 이유로 한 법외노조 통보가 있을 때 비로소 법외노조가 된다. ... 법외노조 통보는 이미 법률에 의하여 법외노조가 된 것을 사후적으로 고지하거나 확인하는 행위가 아니라 그 통보로써 비로소 법외노조가 되도록 하는 형성적 행정처분이다(대판(전원) 2020. 9. 3. 2016두32992).

(3) 상대방에게 고지되지 않았지만 다른 경로로 상대방이 처분 등이 있음을 안 경우 제소기간의 기산점

상대방 있는 행정처분은 특별한 규정이 없는 한 상대방에게 고지되어야 효력이 발생하므로 처분이 상대방인 원고에게 고지되지 않았다면 상대방이 다른 경로를 통해 처분의 내용을 알게 되었다고 하더라도 그 처분은 효력이 발생하였다고 볼 수 없으므로, 행정심판청구기간이나 행정소송법 제20조에서 정한 취소소송의 제소기간이 진행한다고 볼 수 없다(대판 2019. 8. 9. 2019두38656).

705b ③에 추가

(나) 만일 법령에서 이의신청에 대해 아무런 규정을 두고 있지 않음에도 원고의 이의신청을 행정청이 심사하여 통보하였다고 하여도 이는 행정심판을 거친 경우에 해당하지 않으므로 제소기간의 특례가 적용되지 않는다(감염병예방법령은 예방접종 피해보상 기각결정에 대한 이의신청에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않으므로 피고가 원고의 이의신청에 대하여 스스로 다시 심사하였다고 하여 행정심판을 거친 경우에 대한 제소기간의 특례가 적용된다고 볼 수 없다(대판 2019. 4. 3. 2017두52764).)

1315 아래 판례 추가

[판례2] 공무원연금관리공단이 공무원연금법령의 개정사실과 퇴직연금 수급자가 퇴직연금 중 일부 금액의 지급정지대상자가 되었다는 사실을 통보한 경우, 위 통보가 항고소송의 대상이 되는 행정처분인지 여부(소극)

구 공무원연금법 소정의 퇴직연금 등의 급여는 급여를 받을 권리를 가진 자가 당해 공무원이 소속하였던 기관장의 확인을 얻어 신청하는 바에 따라 공무원연금관리공단이 그 지급결정을 함으로써 그 구체적인 권리가 발생하는 것이므로, 공무원연금관리공단의 급여에 관한 결정은 국민의 권리에 직접 영향을 미치는 것이어서 행정처분에 해당할 것이지만, 공무원연금관리공단의 인정에 의하여 퇴직연금을 지급받아 오던 중 구 공무원연금법령의 개정 등으로 퇴직연금 중 일부 금액의 지급이 정지된 경우에는 당연히 개정된 법령에 따라 퇴직연금이 확정되는 것이지 구 공무원연금법 제26조 제1항에 정해진 공무원연금관리공단의 퇴직연금 결정과 통지에 의하여 비로소 그 금액이 확정되는 것이 아니므로, 공무원연금관리공단이 퇴직연금 중 일부 금액에 대하여 지급거부의 의사표시를 하였다고 하더라도 그 의사표시는 퇴직연금 청구권을 형성·확정하는 행정처분이 아니라 공법상의 법률관계의 한쪽 당사자로서 그 지급의무의 존부 및 범위에 관하여 나름대로의 사실상·법률상 의견을 밝힌 것일 뿐이어서, 이를 행정처분이라고 볼 수는 없다. 그리고 미지급퇴직연금에 대한 지급청구권은 공법상 권리로서 그의 지급을 구하는 소송은 공법상의 법률관계에 관한 소송인 공법상 당사자소송에 해당한다고 할 것이다(대판 2004. 7. 8. 2004두244).

1201 아래 추가

(2) 판례

‘어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 그 기판력에 의하여 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없는 것(대판 2012. 5. 24. 2012다11297)’이라는 판결을 기판력 긍정설에 따른 것이라고 보는 일부 견해(김남철)가 있지만, 일반적인 견해는 해당 판결을 기판력은 ‘위법성’에 미치는 것이고 ‘고의·과실’에 미치는 것은 아니라는 취지로 해석한다. 일반적인 견해가 타당하다(어떠한 행정처분이 위법하다고 할지라도 그 자체만으로 곧바로 그 행정처분이 공무원의 고의 또는 과실로 인한 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없고, 공무원의 고의 또는 과실의 유무에 대하여는 별도의 판단을 요한다(대판 2004. 6. 11. 2002다31018)).

1247a 아래 추가

[참고] 처분의 재심사 제도(2023.3.24. 시행)

1. 의의

법원의 확정판결이 있는 경우에도 재심절차가 있음을 고려할 때 행정행위가 형식적 존속력이 발생한 후에도 처분의 기초가 된 사실관계나 법률관계가 변경된 경우 처분에 대한 재심사절차가 필요하다. 행정기본법은 제37조 제1항은 당사자는 처분이 행정심판, 행정소송 및 그 밖의 쟁송을 통하여 다룰 수 없게 된 경우라도 일정한 경우 해당 처분을 한 행정청에 처분을 취소·철회하거나 변경하여 줄 것을 신청할 수 있음을 규정한다.

2. 적용배제사항

(가) 「1. 공무원 인사 관계 법령에 따른 징계 등 처분에 관한 사항 2. 「노동위원회법」 제2조의2에 따라 노동위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항 3. 형사, 행형 및 보안처분 관계 법령에 따라 행하는 사항 4. 외국인인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복에 관한 사항 5. 과태료 부과 및 징수에 관한 사항 6. 개별 법률에서 그 적용을 배제하고 있는 경우」 중 어느 하나에 해당하는 경우에는 처분의 재심사가 인정되지 않는다(행정기본법 제37조 제8항).

(나) 이는 공무원 인사 관계 법령에 따른 처분의 특수성, 노사관계의 특수성, 형사·행형·보안처분 관련 사항의 사법작용으로서의 성격, 상호주의가 적용되는 외국인 관련 사항의 특수성 등을 고려하여 해당 사항을 재심사 대상에서 제외하였다.

3. 처분의 재심사의 요건

① 당사자가 처분을 행정심판, 행정소송 및 그 밖의 쟁송을 통하여 다룰 수 없게 된 경우(법원의 확정판결이 있는 경우는 제외한다)라야 한다(행정기본법 제37조 제1항).

② 재심사의 사유(1. 처분의 근거가 된 사실관계 또는 법률관계가 추후에 당사자에게 유리하게 바뀐 경우 2. 당사자에게 유리한 결정을 가져다주었을 새로운 증거가 있는 경우 3. 「민사소송법」 제451조에 따른 재심사유에 준하는 사유가 발생한 경우 등 대통령령으로 정하는 경우) 중 어느 하나에 해당하는 경우라야 한다(행정기본법 제37조 제1항).

③ 처분의 재심사의 신청은 해당 처분의 절차, 행정심판, 행정소송 및 그 밖의 쟁송에서 당사자가 중대한 과실 없이 재심사의 사유를 주장하지 못한 경우에만 할 수 있다(행정기본법 제37조 제2항).

4. 처분의 재심사의 절차

(1) 재심사의 대상, 신청인, 상대방

1) 재심사의 대상

재심사의 대상은 행정청의 처분이다(행정기본법 제37조 제1항).

2) 재심사의 신청인

당사자만 할 수 있다(행정기본법 제37조 제1항). “당사자”란 처분의 상대방을 말한다(행정기본법 제2조 제3호).

3) 상대방

재심사의 상대방은 해당 처분을 한 행정청이다(행정기본법 제37조 제1항).

(2) 재심사의 절차

1) 기간

신청은 당사자가 재심사의 사유를 안 날부터 60일 이내에 하여야 한다. 다만, 처분이 있는 날부터 5년이 지나면 신청할 수 없다(행정기본법 제37조 제3항).

2) 결과 통지

재심사 신청을 받은 행정청은 특별한 사정이 없으면 신청을 받은 날부터 90일(합의제행정기관은 180일) 이내에 처분의 재심사 결과(재심사 여부와 처분의 유지·취소·철회·변경 등에 대한 결정을 포함한다)를 신청인에게 통지하여야 한다(행정기본법 제37조 제4항).

5. 처분의 재심사의 효과

처분의 재심사 결과 중 처분을 유지하는 결과에 대해서는 행정심판, 행정소송 및 그 밖의 쟁송수단을 통하여 불복할 수 없다(행정기본법 제37조 제5항). 이는 불필요한 쟁송을 방지하고 재심사로 인한 행정청의 부담을 완화하기 위한 것이다.