**행정법**

**행정의 법률적합성의 원칙**

* 법률유보의 원칙 : 행정은 법적근거가 있어야 한다
* 법률우위의 원칙 : 행정이 법률에 위반되는 행위를 해서는 안된다

**정의(행소법 2조)**

**처분** : 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용 및 행정심판에 대한 재결을 말한다

“판례는 항고소송의 대상이 되는 처분이라 함은 국민의 **구체적인 권리의무에 직접적 변동을** 초래하는 행위를 말하는 것이라 한다”

“행정청의 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지는 일반적 추상적으로 결정할 수 없고, 관련 법령의 내용과 치지, 행위의 주체 내용 형식 절차, 행위와 상대방등이 입는 불이익 사이의 실질적 견련성, 법치행정의 원리, 행위와 관련된 행정청이나 이해관계인의 태도등을 고려하여 개별적으로 검정해야 한다:

* 처분적 법규명령 : 항고소송의 대상인 처분
* 일반처분 : 규율대상이 구체적이라는 점에서 입법과 구분되며 판례는 횡단보도설치행위는 보행자의 통행방법을 규제하는 것으로 국민의 권리 의무에 직접관계가 있는 행위로 보아 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보았다.
* 준법률행위적 행정행위 : 공권력행사이면서 법적효과를 가져오며 항고소송의 대상이 되는 처분임
* 권력적 사실행위 : 사실행위와 하명적 요소가 결합된 합성적 행위이므로 공권력 행사 및 법적 행위의 요건을 충족하여 항고소송의 대상이 되는 처분임.

**처분의 위법성 판단 기준시**

“판례는 행정소송에서 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 있을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 하여 판단해야 한다고 본다 거부처분의 경우도 거부처분시를 기준으로 처분의 위법성을 판단한다” = 처분시설

**부작위** : 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것을 말한다

**종류(행소법 3조)**

**항고소송** : 행정청의 처분등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송

**당사자소송** : 행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송(확인소송인 경우는 무효확인소송과 달리 확인의 이익이 요구된다)

**형식적 당사자소송**

1. 의의

실질적으로 행정청의 처분등을 다투는 것이나 형식적으로 처분등으로 인해 형성된 법률관계를 다투기 위해 제기하는 소송을 말한다.

1. 형식적 당사자소송의 일반적 인정여부(명문의 규정이 없는 경우)
2. 학설

긍정설은 처분의 효력을 제거하지 않은채 그 결과로 발생한 법률관계만을 형식적 당사자소송으로 변경하더라도 처분의 효력을 침해하는 것이 아니고 행정소송법 25 26조가 동법 44조에 의해 당사자소송에도 준용되므로 긍정한다. 부정설은 처분의 효력제거 없이 법률관계만을 형식적 당사자소송으로 변경하는 것은 처분효력에 대한 침해이므로 인정될수 없고 개별법에 규정이 없는 경우 소송요건도 불분명하다고 하여 부정한다

1. 검토

형식적 당사자소송은 실질적으로 처분등을 다투는 것이고 처분에 대한 불복은 항고소송에 의하는 것이 원칙이므로 부정설이 타당하다.

**항고소송(제4조)**

**취소소송** : 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송

**무효등 확인소송** : 행정청의 처분등의 효력유무 또는 존재여부를 확인하는 소송

**부작위위법확인소송** : 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송

**행정행위** : 행정청이 구체적인 사실에 대한 법집행으로서 행하는 외부에 대하여 직접적 구체적인 법적효과를 발생시키는 권력적 단독행위인 공법행위

1. 하명 : 행정청이 국민에게 작위 부작위 급부 또는 수인의무를 명하는 행위
2. 허가 : 법령에 의해 제한된 개인의 자유를 적법하게 행사할 수 있도록 회복하여 주는 행위를 말한다.
3. 면제 : 법령에 의해 정해진 작위의무, 급부의무 또는 수인의무를 해제해 주는 행정행위를 말한다
4. 특허 : 권리 능력 법적지위 포괄적 법률관계를 설정하는 행위를 말한다.
5. 인가 : 타인의 법률행위를 보충하여 그 행위의 효력을 완성시켜 주는 행정행위를 말한다
6. 대리 : 제3자가 하여야 할 행위를 행정기관이 대신하여 행함으로써 제3자가 스스로 행하것과 같은 효과를 발생시키는 행정행위를 말한다.
7. 확인 : 특정의 사실 또는 법률관계의 존재 여부에 관해 의문이 있거나 다툼이 있는 경우에 공권적으로 판단하여 확정하는 행위를 말한다
8. 공증 : 특정의 사실 또는 법률관계의 존재를 공적으로 증명하는 행정행위를 말한다
9. 통지 : 특정인 또는 불특정 다수인에게 어떠한 사실을 알리는 행정행위를 말한다. 준법률행위적 행정행위로서 통지는 법적효과를 가져오는 행위만을 말한다. 법적효과가 없는 단순한 사실의 통지는 준법률행위적 행정행위인 통지와 구별된다.
10. 수리 : 행정청에게 수리의무가 있는 경우에 신고, 신청 등 타인의 행위를 행정청이 적법한 행위로서 받아들이는 행위를 말한다

**행정행위의 성립 효력발생 적법요건**

1. 성립요건

행정기관의 **행위**, 내부적인 **의사결정**, **외부로 표시**가 있어야 하며 불성립시 부작위위법확인소송을 제기할 수 있다

1. 효력발생요건

상대방에게 고지(송달, 고시, 공고) 효력발생요건 흠결시 행정행위는 무효이다. 무효등 확인소송제기가 가능하다 송달의 경우 도달함으로써 효력이 발생(기본법 15조), 고시나 공고는 효력발생일 또는 고시등이 있은 날부터 5일이 경과한 때에 효력이 발생한다.

1. 적법요건

* 주체 : 권한을 가진 기관일 것
* 내용 : 법률유보, 법률우위의 원칙
* 형식 : 문서
* 절차 : 절차 준수

**인가처분을 다투는 항고소송에서 기본행위의 하자를 주장하는 것이 가능한지**

1. 문제점

기본행위에 하자가 있다면 기본행위를 다투는 것이 보다 실효적인 권리구제수단으로 볼 수 있기 때문에 기본행위 하자를 이유로 인가처분의 취소 또는 무효확인소송을 제기할 권리보호필요성이 있는지가 문제된다

1. 학설

기본행위하자를 이유로 인가처분에 취소소송을 제기하는 것을 차단함으로써 동일사안을 이중심리해야 하는 법원의 부담을 덜고 기본행위에 대한 분쟁은 기본행위를 관할하는 법원에 집중시켜야 한다는 소극설과 분쟁해결의 일회성의 원칙이라는 취지에 따라 권리보호필요성을 인정해야 한다는 적극설이 대립한다

1. 판례

기본행위가 적법 유효하고 보충행위인 인가처분 자체에만 하자가 있다면 인가처분의 무효나 취소를 주장할 수 있지만 인가처분에 하자가 없다면 기본행위 무효를 내세워 행정청의 인가처분의 취소 또는 무효확인을 소구할 법률상의 이익이 없다하여 소극설의 입장이다

1. 검토

항고소송을 담당하는 법원이 인가처분취소소송등에서 민사소송 또는 당사자소송등 사항인 기본행위의 하자를 심리하기는 어렵다고 보아야 하므로 소극설이 타당하다.

**기속행위와 재량행위**

1. 기속행위 : 법률의 요건이 충족되는 경우에는 법률규정에 따른 행위를 반드시 해야 하는 행위. 행정청의 재량의 여지가 인정되지 않는 행위
2. 재량행위 : 재량행위는 법률의 요건이 충족되는 경우 행정청에게 특정효과의 선택 및 결정권이 인정되는 것 재량권의 행사에 의해 행해지는 행정행위
3. 재량하자

**행정기본법 21조(재량행사의 기준**) : 행정청은 재량이 있는 처분을 할 때에는 관련 이익을 정당하게 형량하여야 하고 그 재량권의 범위를 넘어서는 아니된다.

**행정소송법 27조(재량행위의 취소)** : 행정청의 재량에 속하는 처분이라도 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있는 때에는 법원은 이를 취소할 수 있다.

**재량권의 한계를 넘는 재량권의 한계** : 재량권의 일탈 또는 남용, 일의적으로 명확한 법규정의 위반, 사실오인, 평등원칙위반, 자기구속원칙위반, 비례의원칙위반. 절차위반, 재량권의 불행사 또는 해태. 목적위반

**재량권의 일탈 남용을 판단하는 방법**

“제재적 행정처분이 재량권의 범위를 일탈하였거나 남용하였는지는 처분사유인 위반행위의 내용과 위반의 정도 그 처분에 의하여 달성하려는 공익상의 필요와 개인이 입게될 불이익 및 이에 따르는 제반사정등을 객관적으로 심리하여 공익침해의 정도와 처분으로 인하여 개인이 입게될 불이익을 비교교량하여 판단하여야 한다”

1. 기속재량행위

원칙상 기속행위이지만 예외적으로 중대한 공익을 이유로 인허가 또는 신고수리를 거부할수 있는 행위를 말한다

**소송요건 개념 및 취지**

소송요건이라 함은 본안심리를 하기 위해 갖추어야 하는 요건을 말한다 불필요한 소송을 배제하여 법원의 부담을 경감하고 적법한 소송에 대한 충실한 심판을 도모하기 위하여 요구된다. 행정소송법에서는 대상적격(19조), 원고적격(12조), 관할(9조) 제소기간(20조) 등을 소송요건으로 규정하고 있다.

**대상적격**

**문제의 형식 : 소제기가 적법한가?, 소의 대상이 무엇인가?**

**소대상이 되기 위해 처분이어야 함 처분의 정의와도 관계가능**

행정소송법 19조(취소소송의 대상) : 취소소송은 처분등을 대상으로 한다 다만, 재결취소소송의 경우에는 재결 자체의 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다.

**거부**

**문제의 형식 : 거부처분을 대상으로 항고소송의 제기가 적법한가?**

1. 거부처분의 의의 및 구별개념

거부처분이란 공권력 행사의 신청에 대해 처분의 발령을 거부하는 행정청의 의사작용으로서 거절의사가 명확한 점에서 부작위와 구별된다

1. 거부가 처분이 되기 위한 요건
2. 판례의 태도

거부처분이 처분성을 갖기 위해서는 공권력 행사의 거부일 것, 국민의 권리 의무에 영향을 미칠 것, 법규상 조리상 신청권이 있을 것을 요구한다. 이 때의 신청권은 행정청의 응답을 구하는 권리(형식적 권리)이며 신청된 대로 처분을 구하는 권리(실체적 권리)가 아니라고 한다

1. 신청권 존부에 대한 견해의 대립

신청권의 존재는 본안문제라는 견해, 처분성은 소송법상 개념요소만 갖추면 된다고 하여 원고적격으로 보는 견해, 신청권은 신청에 대한 응답의무에 대응하는 절차적 권리이므로 이를 대상적격의 문제로 보는 견해가 있다.

1. 검토

판례와 같이 신청권을 일반적 추상적인 응답요구권으로 보게 되면 개별 구체적 권권리일 것 요구하는 원고적격과 구별되고 이러한 신청권이 없다면 바로 각하하여 법원의 심리부담의 가중도 덜어줄 수 있으므로 대상적격의 문제로 보는 것이 타당하다

**관련문제(이주자택지공급신청거부처분 후 다시 재신청하여 행정청이 다시 거부한 경우)**

**2차 거부처분의 항고쟁송의 대상인 처분인지**

1. 처분의 개념
2. 처분의 판단기준

“행정청의 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지는 일반적 추상적으로 결정할 수 없고, 관련 법령의 내용과 치지, 행위의 주체 내용 형식 절차, 행위와 상대방등이 입는 불이익 사이의 실질적 견련성, 법치행정의 원리, 행위와 관련된 행정청이나 이해관계인의 태도등을 고려하여 개별적으로 검정해야 한다:

1. 관련판례

판례는 “거부처분이 있은후 당사자가 다시 신청을 한 경우에는 신청의 제목 여하에 불구하고 그 내용이 새로운 신청을 하는 취지라면 관할 행정청이 이를 다시 거절하는 것은 새로운 거부처분이라고 보아야 한다.”

“행정청이 원고에게 2차결정에 대하여 90일 이내에 행정심판이나 취소소송을 제기할수 있다는 취지의 불복방법 안내(절차법 26조 참고)를 하였던 점을 보면 피고도 2차결정이 처분에 해당함을 인식하고 있음을 알 수 있고 이와 같은 불복방법을 안내한 피고가 처분성이 인정되지 않는다고 본안 전 항변을 하는 것은 신의성실원칙에도 어긋난다”

= 쟁점포인트 : 반복된 거부처분이 있는 경우 2차 거부가 행정소송법상 처분인지가 문제되는데 거부처분의 경우 신청에 대한 각각의 처분으로 본다는 것이 판례의 태도이다. 따라서 별개의 처분으로서 소의 대상이 된다. 그럼에도 불구하고 처분이 아니라고 보아 각하한 재결은 재결 고유의 하자가 존재하여 재결이 소의 대상이 될 것이다.

**부작위**

**문제의 형식 : 행정청이 아무런 처분을 하지 않고 방치한 경우 소의 대상은?**

1. 부작위의 의의(행정소송법 제 2조 1항 2호)

부작위라 함은 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것

1. 부작위의 성립요건
2. 당사자의 신청이 있을 것

당사자의 처분의 신청이 있어야 하나 신청이 적법할 것을 요하지는 않는다. 부적법한 사항은 행정청이 거부하면 되기 때문이다.

1. 신청권의 존부

판례는 부작위가 성립하기 위해서는 처분의무에 대응하는 절차적 권리인 법규상 또는 조리상 신청권이 있어야 한다고 한다. 이에 대하여 신청권을 요구하는 명문의 규정이 없음을 이유로 신청권은 대상적격이 아닌 원고적격 및 본안의 문제라고 보는 견해의 대립이 있다. 이에 대해 법률상의무에 대응하는 신청권을 대상적격으로 보는 것이 부작위의 해석에 부합하고 신청권은 소송요건 단계에서 추상적으로 판단하면 족한다고 본다

1. 상당한 기간이 경과할 것

상당한 기간이라 함은 사회통념상 행정청이 당해 신청에 대한 처분을 하는데 필요한 합리적인 기간을 말한다

1. 일정한 처분을 해야 할 법률상 의무가 있을 것

법률상 의무란 행정청이 특정 처분을 할 의무를 말하는 것이 아니라 신청을 인용하는 처분 또는 각하 기각하는등 소극적 처분을 하여야 할 법률상 응답의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 않는 경우를 말한다.

1. 행정청이 아무런 처분을 하고 있지 않을 것

신청에 대하여 가부간에 처분이 행해지지 않았어야 한다. 신청에 대해 거부처분을 한 것도 응답의무를 이행한 것이 되며 행정청의 부작위는 성립하지 않는다

**관련문제(부작위의 제소기간 적용 여부)**

“판례는 부작위사애가 계속되는 한 부작위위법확인을 구할 이익이 있다고 보아야 하므로 제소기간의 제한을 받지 않는다고 본다.” 행정심판법상 부작위에 대한 의무이행심판의 경우에 심판청구기간에 제한이 없다는점(심판법 27조 7항)등을 고려하며 제소기간 제한이 없다고 봄이 타당하다.

**관련판례**

“행정청이 행한 공사중지명령의 상대방은 그 명령 이후에 원인사유가 소멸하였음을 이유로 공사중지명령의 철회를 요구할수 있는 조리상의 신청권과 그에 대한 응답의무가 인정되고 행정청이 상대방의 신청에 대하여 아무런 적극적 또는 소극적 처분을 하지 않고 있는 이상 행정청의 부작위는 그 자체로 위법하다고 할 것이고 구체적으로 신청이 인용될수 있는지여부는 항고소송의 본안에서 판단하여야 할 사항이라고 할 것이다”

**원처분주의**

**\*\*형식 : 수용재결과 이의재결중 무엇을 대상으로 소를 제기해야 하는지? 재결자체의 고유한 하자가 있다면 이의재결을 소의대상으로 하고, 하자가 없다면 수용재결을 소의 대상으로 한다**

1. **원처분주의와 재결주의**
2. 원처분주의와 재결주의의 의의 및 취지

원처분주의란 원처분의 위법은 원처분에 대한 항고소송에서만 주장할 수 있고 재결에 대한 항고소송에서는 재결 자체의 고유한 하자에 대해서만 주장할 수 있는 제도를 말한다. 재결주의는 재결만이 행정소송의 대상이 되며 원처분의 위법사유도 아울러 주장할 수 있는 원칙을 의미한다. 재결소송을 인정한 것은 원처분을 다툴필요가 없거나 다툴수 없는 자도 재결로 인하여 다툴 필요가 생긴 경우의 권리구제를 도모하기 위함이다.(판례)

1. 현행법의 태도

행정소송법 19조는 ‘취소소송은 처분 등을 대상으로 한다. 다만 재결 취소소송의 경우에는 재결자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다.고 하며 토지보상법 제 85조에서는 제 34조에 따른 재결에 불복할 때에는 소를 제기할 수 있다고 규정하여 원처분주의를 채택하고 있다.

1. 재결고유의 하자유형

주체상 하자로는 권한 없는 기관의 재결, 절차상 하자로는 심판절차를 준수하지 않은 경우 형식상 하자로는 서면으로 하지 않거나 중요기재사항을 누락한 경우 내용상 하자의 경우 견해대립이 있으나 판례는 내용의 위법은 위법 부당하게 인용재결을 한 경우에 해당한다고 판시한 바 내용상 하자를 재결고유의 하자로 인정하고 있다.

1. 원처분주의 위반효과

고유한 위법없이 소송을 제기한 경우에는 각하판결을 해야 한다는 견해(19조 단서를 소극적 소송요건으로 보는 견해)가 있으나 다수,판례는 재결 자체의 위법여부는 본안판단사항이므로 기각판결을 해야 한다고 본다.

1. **재결 자체의 고유한 위법을 다투는 것인지 여부**
2. 학설

제3자효 있는 행정행위에서 인용재결로 피해를 입은 자는 재결의 고유한 하자를 주장하는 것이라는 견해와(행정소송법19조의 단서에 의한 것으로 보는 견해), 해당 인용재결은 형식상으로는 재결이나 실질적으로는 제3자에 대한 새로운 처분이므로 인용재결이 최초의 처분이라는 견해가 있다(행정소송법19조 본문에 의한 것으로 보는 견해)

1. 판례

판례는 “인용재결은 원처분과 내용을 달리하는 것이므로 그 인용재결의 취소를 구하는 것은 원처분에는 없는 재결에 고유한 하자를 주장하는 셈이어서 당연히 항고소송의 대상이 된다”라고 판시하여 재결의 고유한 하자로 본다

1. 검토

원처분의 상대방은 인용재결로 피해를 받게 되며 인용재결은 당초처분의 내용과 달리하는 것이므로 이는 원처분과 다른 재결 고유의 내용으로 볼 것이다. 따라서 제19조 단서에 의한 재결소송이라 볼 것이다.

* **각하재결**의 경우 : 심판청구요건을 구비하여 심판청구가 부적법하지 않음에도 본안없이 각하한 재결은 원처분에는 없는 재결만의 고유한 하자가 된다
* **기각재결**의 경우 : 원칙적으로 원처분이 정당하다고 하여 기각한것이므로 재결자체의 고유한 하자는 없다 다만 **기본적 사실관계의 동일성**이 없어 **처분사유의 추가변경**이 인정되지 않음에도 처분사유를 추가 변경하여 기각한 재결은 재결자체에 고유한 위법이 있다.
* **사정재결**의 경우 : **공공복리에 대한 판단**을 잘못하여 기각한 재결도 재결소송의 대상이 된다
* **인용재결**의 경우 : 인용재결은 원처분과 내용을 달리하는 것이므로 인용재결의 취소를 구하는 것은 원처분에는 없는 재결에 고유한 하자를 주장하는 셈이어서 당연히 항고소송의 대상이 된다

**형성재결의 결과통보가 항고소송의 대상이 되는지**

“판례는 위원회로부터 재결을 통보받은 처분청이 행하는 재결결과의 통보는 사실의 통지에 불과하고 항고소송의 대상인 처분이 아니다”.

**명령재결과 그에 따른 재처분중 항고소송의 대상**

명령재결이 있으면 기속력에 따라 재처분의무를 부담하는데 명령재결과 명령재결에 따른 재처분중 무엇이 소의 대상이 되는지에 대하여 판례는 명령재결과 그에 따른 처분 모두 항고소송의 대상이 될수 있다는 입장이다

**변경처분(원처분주의의 파생논점)**

**문제의 형식**

**당사자에게 유리하면 당초처분, 불리하면 변경처분을 대상으로 항고소송 제기.**

**제소기간은 공고고시 또는 통지된날부터 기산, 예외로 행정심판을 거칠서 정본송달일로부터 90일(당사자에게 유리한지 불리한지 무관)**

**EX) 개별공시지가 감액결정시 소제기 대상.**

1. **변경처분에서의 소의 대상**
2. 학설
3. 변경된 원처분설

과징금으로 변경된 처분은 당사자에게 유리한 일부취소로 보고, 후속 변경처분에 의해 당초부터 유리하게 변경되어 존속하는 감경된 처분을 대상으로 취소소송을 제기하여야 한다는 견해이다.

1. 새로운 처분설

직권에 의한 변경은 당초처분을 대체하는 새로운 처분으로 보고(특히 재량행위의 경우 처분청은 새로이 재량권을 행사하고 있다) 변경처분을 대상으로 취소소송을 제기하는 것이 타당하다는 견해이다.

1. 판례
2. 감액처분의 경우

판례는 행정청이 금전부과처분을 한 후 감액처분을 한 경우에는 감액처분은 일부취소처분의 성질을 가지므로 감액처분이 항고소송의 대상이 되는 것이 아니며 처음의 부과처분 중 감액처분의 의하여 취소되지 않고 남은 부분이 항고소송의 대상이 된다고 한다

1. 증액처분의 경우

판례는 증액경정처분에 대하여 증액처분의 경우에는 당초의 처분은 증액처분에 흡수되어 소멸되므로(흡수설) 증액처분이 항고소송의 대상이 된다고 한다

1. 검토

변경처분이 당초 처분을 취소하고 행해지는 새로운 처분이면 변경처분을 대상으로 항고소송을 제기하여야 하고, 변경처분이 당초 처분의 효력 중 일부만을 취소하는데 그치며 새로운 처분이 아닌 경우에는 당초 처분을 대상으로 항고소송을 제기하여야 할것이다

1. **소의 기산점(행정소송법 제 20조 제소기간)**

제소기간이란 소송을 제기할 수 있는 시간적 간격을 의미하며 제소기간 경과시 불가쟁력이 발생하여 소를 제기할 수 없다. 행정소송법 제20조에서는 처분이 있은 날로부터 1년, 안 날로부터 90일 이내에 소송을 제기해야 한다고 규정하고 있다. 제소기간은 국민의 권리구제와 행정의 안정성을 조화시키는 입법정책과 관련된 문제이다.

**요약정리**

당사자에게 유리하게 변경된 내용의 재결은 재결 고유의 하자가 아니므로 재결에 의해서 변경된 처분을 대상으로 소를 제기해야 한다. 취소재결 및 변경재결은 형성재결이므로 행정청의 별도의 이행행위가 요구되지 않는다 행정청의 취소 또는 변경처분의 단순한 사실의 통지에 불과하므로 재결을 소의 대상으로 해야 한다.

**신고**

**문제의 형식 : 수리거부가 적법한가?, 소의 대상이 되는가?**

1. 신고의 법적성질
2. 신고의 의의

신고란 사인이 일정한 법률효과의 발생을 위해 일정사실을 행정청에 알리는 것을 말한다

1. 신고의 법적성질

신고에는 1 .일정사항을 통지하고 그러한 통지사항이 행정청에 도달함으로써 효력이 발생하는 자기완결적 신고(행정절차법 제40조)와 2. 그러한 통지사항을 행정청이 수리함으로써 효력이 발생하는 수리를 요하는 신고인 행위요건적 신고가 있다 양자의 구별실익은 자기완결적 신고의 수리행위는 국민의 권리 의무에 영향을 주는 행정행위가 아니므로 처분성이 인정되지 않음에 있다.

1. 구별기준
2. 학설

신고와 등록을 법령이 구별하는 경우 이때에 신고는 수리를 요하지 않는 신고이며 등록은 수리를 요하는 신고로 구별하는 것과 신고요건이 형식적 심사인 경우 수리를 요하지 않는 신고이며 실질적 심사인 경우 수리를 요하는 신고로 보는 신고요건기준설이 있다.

1. 판례

대법원은 관계법이 실질적 적법요건을 규정한 경우에는 행위요건적 신고로 보며, 건축법상 신고는 자기완결적 신고 건축주명의변경신고는 행위요건적 신고로 판시한 바있다.

1. 검토(행정기본법 제 34조)

법문언상 수리규정이나 적법요건을 규정하는 경우에는 행위요건적 신고로 봄이 타당하고 불분명한 경우는 국민에게 유리한 자기완결적 신고로 봄이 타당하다 또한 행정기본법 제 34조에서는 법률에 신고의 수리가 필요하다고 명시된 경우에 수리에 의해 효력이 발생한다고 규정하고 있다.

|  |
| --- |
| 행정기본법 34조(수리여부에 따른 신고의 효력) |
| 법령등으로 정하는 바에 따라 행정청에 일정사항을 통지하여야 하는 신고로서 법률에 신고의 수리가 필요하다고 명시되어 있는 경우에는 행정청이 수리하여야 효력이 발생한다 |

1. **사안의 경우(예시)**

감정평가사법에서는 행정청의 수리를 요하는 명시적인 규정이 없으며 감정평가 주체로서 업무를 수행할 수 있는 자격요건은 등록행위를 통해 설정되므로 **자기완결적 신고**로 봄이 타당하다. 또한 감정평가사법 제 21조 5항에서는 소속평가사가 아닌 자로 하여금 제 10조에 따른 업무를 하게 하여서는 안된다는 금지규정을 두고 있으며 이를 위반한 경우 업무정지처분 및 징역 또는 벌금의 행정형벌(50조2호)를 과하고 있으므로 **금지해제적 신고**로 볼수 있다.

1. **대상적격과 관련된 판례의 태도**

판례는 자기완결적 신고 중 건축신고와 같은 금지해제적 신고의 경우에 신고가 반려될 경우 당해 신고의 대상이 되는 행위를 하면 시정명령 이행강제금 벌금의 대상이 되는 등 신고인이 법적 불이익을 받을 위험이 있기 때문에 그 위험을 제거할 수 있도록 하기 위하여 수리거부행위의 처분성을 인정한 바 있다.

**집행정지**

**문제의형식 : 취소소송을 제기하면서 집행정지 신청시 인용가능?**

1. 집행부정지원칙과 예외적인 집행정지(행정소송법 제 23조)

집행부정지 원칙은 취소소송의 제기는 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니함을 말한다. 단 처분이 진행되는 등의 사정으로 회복되기 어려운 손해가 발생할 경우 예외적으로 집행정지를 인정한다

1. 요건
2. 신청요건**(미성립시 각하)**
3. 적법한 본안소송이 계속 중일 것

집행정지는 본안에서 원고의 승소가능성을 전제로 한 권리구제수단이라는 점에 비추어 집행정지 사건에 대한 신청인의 본안청구가 적법한 것이어야 한다는 것을 요건에 포함시킴이 옳다.

1. 정지대상인 처분등이 존재할것

거부처분인 경우 정지대상인 처분등이 존재하는지가 문제된다

1. 학설

집행정지 결정에는 기속력이 준용되므로 사실상 구속력이 인정된다는 긍정설과 신청전의 상황으로 돌아갈 뿐 신청이 허가된 것과 동일한 상태가 실현된 것이 아니므로 신청의 이익이 없다는 부정설 인허가 등에 붙은 기간이 갱신기간의 경우에 제한적으로 인정된다는 절충설이 있다.

1. 판례

거부처분은 효력이 정지되더라도 처분이 없었던 것과 같은 상태를 만드는 것에 지나지 아니하고 행정청에게 어떠한 처분을 명하는 등 적극적인 상태를 만들어내는 경우를 포함하지 아니하기에 거부처분의 집행정지를 인정할 필요가 없다고 본다

1. 검토

예외적으로 신청의 이익이 있다고 인정되는 경우에 한해서 긍정함이 권리보호에 유리할 것으로 판단된다

1. 본안 요건**(미성립시 기각)**
2. 회복하기 어려운 손해

회복하기 어려운 손해란 금전보상이 불가능하거나 사회통념상 참고 견디기 곤란한 유무형의 손해와 중대한 경영상의 위기를 의미한다

1. 긴급한 필요의 존재

회복하기 어려운 손해의 발생이 절박하여 손해를 회피하기 위해 본안판결을 기다릴 여유가 없을 것을 말한다

1. 공공복리에 중대한 영향이 없을 것

처분의 집행에 의해 신청인이 입을 손해와 집행정지에 의해 영향을 받을 공공복리간 이익형량을 해야 한다

1. 본안청구가 이유없음이 명백하지 않을 것

명문의 규정은 아니지만 판례는 본안에 이유없음이 명백하다면 집행을 정지할 이유가 없다고 보면서 이를 집행정지의 소극적 요건으로 본다

1. 절차

본안이 계속된 법원에 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지를 결정할 수 있다.

1. 내용(처분의 효력정지, 집행정지, 절차속행의 정지)

처분의 효력을 존재하지 않는 상태에 놓이게 하는 처분의 효력정지, 처분의 집행을 정지하는 집행정지 여러단계의 절차를 통하여 행정목적이 달성되는 경우에 절차의 속행을 정지하는 절차속행의 정지를 내용으로 한다

1. 효력 및 시기

처분의 효력을 잠정적으로 소멸시키는 형성력, 당사자인 행정청과 관계행정청을 기속하여 동일한 처분을 할 수 없는 기속력(행소법 30조1항), 판결의 주문에 정해진 시점까지 존재하는 시적효력, 집행정지기간은 법원이 시기와 종기를 자유롭게 정할 수 있는데 종기의 정함이 없으면 본안판결 확정시까지 정지효력이 존속한다.

1. 불복과 취소

집행정지 결정 또는 기각 결정에 대하여 즉시항고를 할 수 있으나 이 경우 집행정지 결정에 대한 즉시항고에는 결정의 집행을 정지하는 효력이 없다 (23조 5항)

1. **사안의 해결**

**요건 중 인용가능한지 여부를 포섭 신청요건에서 정지대상인 처분일 것을 규정하므로 처분여부가 문제되는 경우 해당 쟁점 법적성질 검토 필요**

**\*\* 추가쟁점(시적효력)**

집행정지는 장래를 향해서만 정지시킬수 있으며, 고지된때부터 효력이 발생하고 종기를 정함이 없으면 본안판결이 확정될 때까지 효력이 존속한다. 관련판례는 영업정지처분에 대하여 효력정지결정이 있으면 처분의 집행 그 자체 또는 효력발생이 정지되고 영업정지처분이 효력정지결정으로 효력이 정지되어 있을 동안에 영업정지기간이 경과되었다고 하여도 처분의 취소를 구할 소송상 이익이 있다고 하였다.

**원고적격(행정소송법 제 12조)** : 취소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상 이익 있는 자가 제기할 수 있다. 처분등의 효과가 기간의 경과 처분등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸한 뒤에도 그 처분등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에는 또한 같다

**원고적격**

**문제의 형식 : 갑은 소를 제기할 법률상 이익이 있는가?, 경원자 인인소송 경업자 구분필요**

1. 원고적격의 의의 및 취지(행정소송법 제 12조)

원고적격이란 본안판결을 받을 수 있는 자격으로 행정소송법 제 12조에서는 취소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는자가 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 이는 소를 제기할수 있는 자를 규정하여 남소방지를 도모함에 취지가 인정된다.

1. 법률상 이익의 의미
2. 학설

처분등으로 권리가 침해당한 자가 소송을 제기할수 있다는 **권리구제설**, 법적으로 보호된 개인적 이익을 침해당한 자가 제기할 수 있다는 **법률상 보호된 이익구제설**, 재판에 의하여 보호할 가치있는 이익이 침해된 자가 제기할 수 있다는 **소송상 보호할 가치 있는 이익구제설**, 처분의 위법을 다툴 가장 적합한 자가 원고적격을 갖는다는 **적법성 보장설**이 대립된다.

1. 판례

법률상 보호되는 이익이라 함은 “**당해 처분의 근거법규 및 관련법규에 의하여 보호되는 개별적 직접적 구체적 이익이 있는 경우를 말하고 공익보호의 결과로 일반 국민이 공통적으로 가지는 일반적 간접적 추상적 이익이 생기는 경우에는 법률상 보호되는 이익이 있다고 할 수 없다**”고 판시한 바 있다.

1. 검토

권리구제설은 원고의 범위를 제한하고 소송법상 보호가치 있는 이익구제설은 보호가치 있는 이익의 객관적 기준이 결여되는 문제가 있다. 또한 적법성 보장설은 객관소송화의 우려가 있다 따라서 취소소송을 주관적 형성소송으로 보면 법률상 보호이익설이 타당하다

1. 법률의 범위
2. 학설

법률상 이익구제설의 경우 보호법률의 범위가 문제되는데 이에 대하여 처분의 근거법규에 한정하는 견해, 처분의 근거법규 뿐만 아니라 관계법규까지 보호규범으로 보는 견해, 처분의 근거 및 관계법규에 헌법규정이 보충적으로 보호규범이 된다는 견해 이에 민법규정도 보호규범에 포함시켜야 한다는 견해 및 절차규정도 보호규범에 포함시켜야 한다는 견해가 있다.

1. 판례

판례는 “**처분의 근거법규 및 관계법규에 의해 개별적으로 보호되는 직접적이고 구체적인 개인적 이익을 법률상 이익으로 보고있다”**. 처분의 근거법규라는 개념속에 처분의 관계법규를 포함시켜 사용하기도 하며 법률상 이익의 범위를 점차 넓혀가는 경향이 있다.

1. 검토

처분의 근거법규 및 관계법규에 의한 개인적 이익은 물론 헌법상 구체적인 기본권과 절차규정에 의해 보호될 수 있는 이익도 법률상 이익의 범위에 포함된다고 보는 것이 국민의 권리구제에 유리하다고 판단된다

1. 제 3자의 원고적격
2. **이웃주민인 경우**
3. 인인소송의 의의

인인소송이란 어떠한 시설의 설치를 허가하는 처분에 대하여 당해 시설의 인근주민이 다투는 소송을 말한다

1. 원고적격의 인정여부(환경영향평가법령상 이익에 대한 판례의 태도)

“평가대상지역 안의 주민의 경우 처분전과 비교하여 수인한도가 넘는 환경침해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 이를 보호하려는 데에 있다 할 것이므로 특단의 사정이 없는 한 환경상의 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 원고적격이 인정된다고 본다”

“평가대상지역 밖의 주민인 경우는 처분 등으로 인하여 처분전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경상의 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있다는 것을 입증함으로써 원고적격을 인정받을 수 있다고 판시한 바 있다.”

1. **경원자인경우(입찰)**
2. 경원자소송의 의의

경원자소송은 수익적 행정처분의 신청에 대하여 타방의 허가가 타방의 불허가로 귀결되는 관계에서 불허가 처분을 받은 자가 타방의 허가에 대하여 제기하는 것을 말한다

1. 원고적격 인정여부

판례는 “인 허가 등의 수익적 행정처분을 신청한 수인이 서로 경쟁관계에 있어서 일방에 대한 허가 등의 처분이 타방에 대한 불허가 등으로 귀결될 수 밖에 없는 때 허가등의 처분을 받지 못한 자는 비록 경원자에 대하여 이루어진 허가 등 처분의 상대방이 아니라 하더라도 해당 처분의 취소를 구할 원고적격이 있다”고 판시한 바 있다.

= 자신에 대한 거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.

1. **경업자인경우**
2. 경업자소송의 의의

경업자소송은 경쟁관계에 있는 한쪽 영업자에 대한 처분 또는 부작위를 다른 영업자가 자기의 이익을 위해서 다투는 소송이다.

1. 원고적격 인정여부

판례는 기존업자가 특허기업인 경우에는 원고적격을 인정하며 허가기업인 경우에는 원칙적으로 원고적격을 부인하나 예외적으로 처분의 근거가 되는 법률이 해당 업자들 사이의 과당경쟁으로 인한 경영의 불합리를 방지하는 것도 그 목적으로 하고 있는 경우 취소를 구할 원고적격을 인정하고 있다

**협의소익**

**문제의 형식 : 제재적처분기준과 엮어서 나올 수 있음 처분기간이 만료된 경우 소를 제기할 이익이 있는가?**

1. 협의의 소익의 의의 및 취지

협의소익은 본안판결을 받을 현실적 필요성을 의미한다. 처분등의 효과가 기간의 경과 처분등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸한 뒤에도 그 처분등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에는 또한 같다 (행정소송법 제 12조 2문) 협의소익은 원고적격과 함께 소송요건이 되며 이는 남소방지와 충실한 본안심사를 통해 소송경제를 도모함에 취지가 인정된다

1. 원고적격과의 구별

동 규정이 원고적격에 관한 규정인지 협의소익에 관한 규정인지 견해의 대립이 있으나 다수는 동조 전문은 원고적격을 규정하고 있으며, 후문은 취소소송에서의 협의의 소의 이익을 규정하고 있다고 본다

1. 제 12조 2문의 소송의 성질

행정소송법 제 12조 후단의 성격은 취소소송의 성격을 갖는 것이 아니라 **위법확인소송의 성질**을 갖는다는 견해와 행정소송법상 소송형식이 취소소송으로 규정된 것과 일치하지 않고 쟁송취소는 소급적 효력을 가지므로 처분이 소멸한 뒤에도 취소할 위법상태가 존재한다고 보는 견해가 있다.

1. 회복되는 법률상 이익의 의미
2. 학설

소극설은 제12조 전문의 법률상이익과 동일하다고 본다(법적보호이익) 적극설은 이에 명예 신용등의 이익도 포함된다고 본다 정당한 이익설은 경제 사회 문화적 이익까지도 포함된다고 본다(위법확인의 이익으로 보는 견해)

1. 판례

판례는 행정소송법 제 12조 소정의 법률상 이익을 전문의 그것과 후문의 그것을 구별하지 않고 모두 “**당해 처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익”** 이라고 해석하고 간접적이거나 사실적 경제적 이해관계를 가지는데 불과한 경우는 여기에 해당하지 아니한다고 보고있다.

1. 검토

구체적 사안별로 권리보호의 현실적 필요성이 있는지를 검토함이 타당하므로 명예, 신용의 이익도 경우에 따라서는 소의 이익이 인정될 수 있을 것이다

1. 취소소송에서의 협의소익**(권리보호필요성의 일반원칙)**

**: 처분의 효력이 소멸되거나, 원상회복 불가, 보다 간이한 구제방법 있는 경우 원칙은 협의소익 불가**

1. 처분의 효력이 소멸한 경우

처분의 효력이 소멸한 경우에는 통상 당해처분의 취소를 통하여 회복할 법률상 이익이 없으나 가중요건 등이 법령 또는 행정규칙에 의해 규정되어 있는 경우에는 **가중된 제재처분을 받을 위험**이 현실적이므로 가중된 제재처분을 받을 위험을 제거하기 위해 정지기간이 지난 정지처분의 취소를 구할 이익이 있다.

1. 원상회복이 불가능한 경우

위법한 처분을 취소한다 하더라도 원상회복이 불가능한 경우에는 그 처분의 취소를 구할 이익이 없으나 처분과 동일한 처분이 반복될 위험성이 있어 처분의 위법성 확인 및 불분명한 법률문제에 대한 해명이 필요한 경우에는 처분의 취소를 구할 소의 이익이 있다

1. 보다 실효적인 권리구제절차가 있는 경우

취소소송에서 실효적인 권리구제절차가 있는 경우는 권리보호필요성이 부정된다. 예를 들어 기본행위의 하자를 내세워 행정청의 인가처분의 취소 또는 무효확인을 청구하는 경우를 말한다. 다만 회복할 필요있는 이익이 있는 경우 소의 이익이 인정된다.

1. 소권남용의 금지에 반하는 경우

원고의 소송 목적이 행정청에게 압력행사나 불편을 끼치려는 것을 목적으로 하느 경우 소의 이익이 부정된다.

1. 원고가 추구하는 권리보호가 이론상으로만 의미있는 경우

국가시험에 불합격처분을 받고 다음해 동일한 시험에 합격한 후 종전의 불합격처분의 취소를 구하는 소송을 제기하는 경우등을 말하며 권리보호필요성이 부정된다.

**관련판례(경원자소송에서의 협의소익)**

“행정청은 취소판결의 기속력에 따라 판결에서 확인된 위법사유를 배제한 상태에서 취소판결의 원고와 경원자의 각 신청에 관하여 처분요건의 구비여부와 우열을 다시 심사하여야 할 의무가 있으며 재심사 결과 경원자에 대한 수익적 처분이 직권취소되고 취소판결의 원고에게 수익적 처분이 이루어질 가능성을 완전히 배제할 수는 없으므로 특별한 사정이 없는 한 경원관계에서 허가등 처분을 받지 못한 사람은 자신에 대한 거부처분의 취소를 구할 소의 이익이 있다”

**행정소송법 제 36조(부작위위법확인소송의 원고적격)**

부작위위법확인소송은 처분의 신청을 한 자로서 부작위의 위법의 확인을 구할 법률상 이익이 있는 자만이 제기할 수 있다

**행정소송법 제 35조(무효등 확인소송의 원고적격)**

무효등확인소승은 처분등의 효력유무 또는 존재여부의 확인을 구할 법률상 이익이 있는자가 제기할 수 있다.

**피고적격**

**행정소송법 제 13조(피고적격)**

취소소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분등을 행한 행정청을 피고로 한다 다만 처분등이 있은 뒤에 그 처분등에 관계되는 권한이 다른 행정청에 승계된 경우에는 이를 승계한 행정청을 피고로 한다 행정청이 없게 된 때에는 그 처분등에 관한 사무가 귀속되는 국가 또는 공공단체를 피고로 한다.

**문제의 형식 : 누구를 상대로 소송을 제기해야 하는가?**

1. 의의 및 취지(행정소송법 제 13조)

피고적격이란 소송의 상대방을 말하며 행정소송법 13조에서는 다른법률에 특별한 규정이 없다면 처분등을 행한 행정청으로 규정한다. 재결소송의 경우는 위원회가 피고가 된다

1. 처분 등을 행한 행정청의 의미
2. 처분등을 행한 행정청

소송의 대상인 처분등을 외부적으로 행한 행정청을 의미한다. 행정청에는 법령에 의하여 권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체 및 그 기관 또는 사인이 포함된다. 정당한 권한을 가진 행정청인지 여부는 불문한다 처분권한이 있는지 여부는 본안의 문제이다

1. 처분청과 통지한 자가 다른 경우

처분청과 통지한 자가 다른 경우에는 처분청이 피고가 된다

1. 권한의 위임 또는 위탁의 경우

권한의 위임이 있는 경우에는 위임기관은 처분권한을 상실하며 수임기관이 처분권한을 갖게 되므로 수임기관이 처분청이 된다 이경우에 수임 행정기관은 행정청일수도 있고 보조기관일수도 있다

1. 권한의 대리인 경우

대리관계를 밝히고 처분을 한 경우 피대리관청이 처분청으로 피고가 된다. 또한 대리관계를 명시적으로 밝히지 아니하였다 하더라도 상대방이 그 행정처분이 피대리행정청을 대리하여 한 것임을 알고서 이를 받아들인 예외적인 경우에는 피대리관청이 피고가 되어야 한다

1. 행정청이 없게 된 경우

처분등에 관한 사무가 귀속하는 국가 공공단체가 피고가 된다

1. 법률에 특별히 규정된 경우

행정소송법 13조 1항은 취소소송은 피고적격에 관해 다른 법률에 특별규정이 있으면 그에 따른다고 규정한다.

1. **피고경정**
2. 의의 및 취지(행정소송법 제 14조)

피고의 경정이란 소송의 계속중인 피고로 지정된 자를 다른 자로 변경하는 것을 말한다.

1. 피고경정의 절차

원고가 피고를 잘못 지정한 때에는 법원은 원고의 신청에 의하여 결정으로써 피고의 경정을 허가할 수 있다(14조 1항)

1. 피고경정의 효과

피고의 경정에 대한 법원의 허가결정이 있은 때에는 새로운 피고에 대한 소송은 처음에 소를 제기한 때에 제기된 것으로 보며 종전의 피고에 대한 소송은 취하된 것으로 본다(14조 4,5항)

**제소기간**

**행정소송법 제 20조**

**취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기해야 한다. 재결을 거친 경우 재결서의 정본을 송달받은 날부터 기산한다. 취소소송은 처분등이 있은 날부터 1년이 경과하면 제기하지 못하나 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다. 이는 불변기간**

1. 제소기간의 의의 및 취지(행정소송법 제 20조)

제소기간이란 소송을 제기할수 있는 시간적 간격을 의미하며 제소기간 경과시 불가쟁력이 발생하여 소를 제기할 수 없다. 소송법 제 20조에서는 **처분이 있은 날로부터 1년**, **안날로부터 90일** 이내에 소송을 제기해야 한다고 규정하고 있다. 제소기간은 행정의 안정성과 국민의 권리구제를 조화하는 입법정책과 관련된 문제이다

1. 행정심판을 거친 경우

행정심판을 거쳐 취소소송을 제기하는 경우 취소소송은 **재결서 정본을 송달받은 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다.** 재결서 정본을 송달받지 못한 경우에는 재결이 있은 날부터 1년이 경과하면 취소소송을 제기하지 못하나 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다(소송법 제 20조 2항)

1. 행정심판을 거치지 않은 경우

행정심판을 거치지 않고 직접 취소소송을 제기하는 경우 취소소송은 처분 등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 하고 처분 등이 있은 날부터 1년을 경과하면 이를 제기하지 못한다 . 다만 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다

1. 처분이 있음을 안날

처분이 있음을 안날이라 함은 “**당사자가 통지 공고 기타의 방법에 의하여 당해 처분이 있었다는 사실을 현실적으로 안 날**”을 의미한다

1. 처분이 송달된 경우

처분에 관한 서류가 당사자의 주소지에 송달되는 등 사회통념상 처분이 있음을 당사자가 알 수 있는 상태에 놓여진 때에는 그 처분이 있음을 알았다고 추정한다

1. 처분이 공고 또는 고시된 경우

통상 고시 또는 공고에 의하여 행정처분을 하는 경우 판례는 고시 또는 공고의 효력발생일을 그 행정처분이 있음을 알았다고 보아 기산하여야 한다고 보고 있다.

1. 처분이 있은 날(처분이 있음을 알지 못한 경우)

처분이 있음을 알지 못한 경우 취소소송은 **처분 등이 있은 날부터 1년 이내에 취소소송을 제기하여야 한다.** “**처분이 있은 날이란 처분이 통지에 의해 외부에 표시되어 효력이 발생한 날**”을 말한다. 처분등이 있은 날부터 1년이 경과하면 이를 제기하지 못하지만 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다

1. 처분이 있음을 안 경우와 알지 못한 경우의 관계

이 두 경우 중 어느 하나의 제소기간이 도과하면 원칙상 취소소송을 제기할 수 없다. 다만 처분이 있은 날로부터 1년이내에 처분이 있음을 안 때에는 그 때부터 90일 이내에 취소소송을 제기할 수 있다고 보아야 한다

1. 소 제기기간 준수여부의 기준시점

소 제기기간 준수여부는 원칙상 소 제기시를 기준으로 한다

**제소기간 판례(청구기간 도과를 이유로 한 각하재결이 있는 경우)**

“처분이 있음을 안 날부터 90일 이내에 행정심판을 청구하지도 않고 취소소송을 제기하지도 않은 경우에는 그 후 제기된 취소소송은 제소기간을 경과한 것으로서 부적법하고 처분이 있음을 안 날부터 90일을 넘겨 청구한 부적법한 행정심판청구에 대한 재결이 있은 후 재결서를 송달받은 날부터 90일 이내에 원래의 처분에 대하여 취소소송을 제기하였다고 하여 취소소송이 다시 제소기간을 준수한 것으로 되는 것은 아니다.”

“일반적으로 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자는 행정처분이 있음을 알 수 없는 처지이므로 특별한 사정이 없는 한 정당한 사유가 있는 경우에 해당한다”

**제3자의 보호 쟁점**

**제3자의 소송참가**

**행정소송법 제 16조 : 법원은 소송의 결과에 따라 권리 또는 이익의 침해를 받을 제3자가 있는 경우에는 당사자 또는 제3자의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 제 3자를 소송에 참가시킬수 있다.**

1. 의의(행정소송법 제 16조)

제3자의 소송참가란 소송의 결과에 의하여 권리 또는 이익의 침해를 받을 제3자가 있는 경우에 제3자를 소송에 참가시킬수 있는 것을 말한다. 이는 취소판결의 형성력이 제3자에게도 미치기 때문이며 제3자의 권익을 보호하기 위한 제도이다

1. 요건

타인간의 취소소송등의 계속되고 있을 것, 소송의 결과에 의해 권리 또는 이익의 침해를 받을 제3자일 것을 요건으로 한다

1. 절차

제3자의 소송참가는 당사자 또는 제3자의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 행한다(16조1항), 법원이 제3자의 소송참가를 결정하고자 할 때에는 미리 당사자 및 제3자의 의견을 들어야 한다(16조2항)

1. 참가인의 지위

민사소송법 제 67조가 준용되므로 필수적 공동소송에 있어서의 공동소송인에 준하는 지위에 서게 되나, 당사자에 대하여 독자적인 청구를 하는 것이 아니므로 강학상 공동소송적 보조참가인의 지위에 유사한 것으로 보는 것이 통설이다. 공동소송적 보조참가인 지위의 3자는 소송참가하여 소송행위를 하였는지 여부에 불문하고 판결의 효력을 받는다(민사소송법 78조)

1. 불복

소송참가신청을 하 제3자는 신청을 각하한 결정에 대하여 즉시 항고할 수 있다(16조3항)

**형성력(행소법 29조)**

1. 의의 및 취지

처분 또는 재결의 취소판결이 확정되면 처분청의 취소를 기다릴 것 없이 당연히 효력을 상실하는 것을 형성력이라고 한다 이는 위법상태를 시정하여 원상회복하는 소송이라는 취소소송 목적을 달성하기 위한 효력이다

1. 제3자효
2. 의의

취소판결의 효력은 소송에 관여하지 않은 제3자에게도 미치는데 이를 취소의 대세적 효력이라고 하며 행정소송법 제29조 제1항에서 규정한다

1. 제3자효의 내용

제3자는 취소판결의 효력에 대항할수 없다. 행정상 법률관계를 통일적으로 규율하고자 하는 대세효인정의 취지에 비추어 제3자는 모든 제3자를 의미하는 것으로 봄이 타당하다

1. 일반처분의 제3자효

일반처분은 불특정다수인을 상대방으로 하여 효과를 미치는 행정행위를 말한다. 일반처분 취소의 소급효과가 소송을 제기하지 않은 자에게도 미치는가 하는 것에 견해가 대립한다

1. 부정설

취소소송은 주관적 소송으로 효력은 원칙적으로 당사자 사이에서만 미치는것이므로 제3자가 효력을 향수할수 있다고 인정하는데 무리가 있다

1. 긍정설

일반처분이 불특정다수인을 대상으로 하는 처분이며 공법관계의 획일성이 강하게 요청된다는 점에 비추어 제3자의 범위를 한정할 이유가 없다

1. 결어

행정소송법 제 29조의 취지에 비추어 일반처분의 경우에도 제3자의 범위를 한정할 이유가 없다

1. 관련문제

취소판결의 형성력으로 인해 제3자가 불측의 손해를 입을 수 있으므로 행정소송법은 제3자의 권리를 보호하고자 제3자의 소송참가제도와 제3자의 재심청구제도를 규정한다.

**행정청의 소송참가**

**행정소송법 제 17조 : 법원은 다른 행정청을 소송에 참가시킬 필요가 있다고 인정할 때에는 당사자 또는 당해 행정청의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 행정청을 소송에 참가시킬수 있다.**

1. 의의(행정소송법17조)

행정소송법 17조는 법원이 다른 행정청을 소송에 참가시킬 필요가 있다고 인정할때에 그 행정청을 소송에 참가시킬 수 있음을 규정한다. 이는 다른 행정청도 판결의 확정시 행정소송법 30조에 따라 기속력을 받기 때문이다.

1. 요건

타인간의 취소소송 등이 계속되고 있을 것, 다른 행정청일 것(피고행정청 이외의 행정청으로서 계쟁처분이나, 재결에 관계있는 행정청), 참가시킬 필요성이 있을것, 피고 행정청을 위하여 참가할 것을 요건으로 한다

1. 절차

법원은 당사자 또는 당해 행정청의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 행정청을 소송에 참가시킬 수 있다(제17조1항), 이 경우 당사자 및 당해 행정청의 의견을 들어야 한다(17조2항)

1. 참가행정청의 지위

참가행정청은 보조참가인에 준하는 지위에서 소송수행을 한다. 참가인의 소송행위가 피참가인의 소송행위와 어긋나는 때에는 그 효력이 없다(민사소송법 76조) 또한 보조참가인에 준하는 지위에 있기 때문에 판결의 효력은 받지 않는다.

**행정소송법 제 31조(제3자에 의한 재심청구)**

**처분등을 취소하는 판결에 의하여 권리 또는 이익의 침해를 받은 제 3자는 자기에게 책임없는 사유로 소송에 참가하지 못함으로써 판결의 결과에 영향을 미칠 공격 또는 방어방법을 제출하지 못한 때에는 이를 이유로 확정된 종국판결에 대하여 재심의 청구를 할 수 있다. 확정판결이 있음을 안 날부터 30일 이내 판결이 확정된 날로부터 1년 이내에 제기하여야 한다.**

**소의 병합 관련 쟁점**

**관련청구소송의 이송 및 병합(행정소송법 제 10조)**

1. 의의 및 취지

청구의 병합이란 하나의 소송절차에서 수개의 청구를 하거나 하나의 소송절차에서 수인이 공동으로 원고가 되거나 수인을 공동피고로 하여 소를 제기하는 것을 말한다. 이는 서로 관련있는 사건사이에 판결의 모순저촉을 피하기 위함에 취지가 인정된다.

1. 형태(**문제의 형식 : 잔여지가격감소와 잔여지매수청구는 예비적병합)**
2. 선택적 병합

양립할 수 있는 여러 개의 청구를 하면서 그 중에 어느 하나가 인용되면 원고의 소의 목적을 달할 수 있기 때문에 다른 청구에 대해서는 심판을 바라지 않는 형태의 병합이다 법원은 이유 있는 청구 어느 하나를 선택하여 원고청구를 인용하면 된다

1. 예비적 병합

양립될 수 없는 여러 개의 청구를 하면서 1차적 청구가 기각 각하될 때를 대비하여 2차적 청구에 대하여 심판을 구하는 것을 말한다. 1차적 청구를 먼저 심리하여 보고 인용되면 제 2차적 청구에 대해서는 심판할 필요가 없게 된다.

1. 관련청구소송의 병합요건
2. 사실심 변론 종결 전

관련청구병합은 사실심 변론종결 전이라면 원시적 병합이든 후발적 병하비든 가릴 것 없이 인정된다.

1. 각 청구소송이 적법할 것

관련청구소송의 병합은 청구를 병합할 취소소송을 전제로 하는 것이므로 취소소송등이 적법해야 하며 관련청구소송도 소송요건을 구비해야 한다.

1. 관련청구소송일 것

당해 처분등과 관련되는 손해배상 부당이득반환 원상회복등 청구소송 , 당해 처분등과 관련되는 취소소송의 관련청구소송이어야 한다

1. 행정소송에 관련청구를 병합할 것

행정사건에 민사사건이나 행정사건을 병합하는 방식이어야 하고 반대로 병합할수는 없다. 행정소송 상호간에는 어느쪽이든 병합할수 있다.

1. 피고의 동일성 불요 및 관할이 있을 것

취소소송에 국가배상청구를 병합하는 경우처럼 소송피고가 동일할 필요는 없으며 법원에 토지관할 등이 있어야 한다.

1. 효과

당사자의 권리구제를 위해 청구가 병합되는 경우 추가되는 새로운 소송은 당초의 구소제기시에 제기된 것으로 본다.

1. 소송의 이송
2. 관련청구소송의 이송

취소소송과 관련청구소송이 각각 다른 법원에 계속되고 있는 경우에 관련청구소송이 계속된 법원이 상당하다고 인정하는 때에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 관련청구소송을 취소소송이 계속된 법원으로 이송할 수 있다(10조1항)

1. 이송의 효과

소송을 이송받은 법원은 이송결정에 따라야 하며 소송을 이송받은 법원은 사건을 다시 다른 법원에 이송하지 못한다 이를 이송의 기속력이라고 한다 또한 이송결정이 확정된 때에는 소송은 처음부터 이송받은 법원에 게속된 것으로 본다

**행정소송법 제 15조(공동소송) : 수인의 청구 또는 수인에 대한 청구가 처분등의 취소청구와 관련되는 청구인 경우에 한하여 그 수인은 공동소송인이 될 수 있다.(각 소송인은 항고소송의 요건충족), 신속한 권리구제 도모 취지**

**소의 변경**

1. 의의

소송계속 중 당사자, 청구의 취지, 청구의 원인등 전부 또는 일부를 변경하는 것이다

1. 종류

소의 종류의 변경(행소법 21조), 처분변경등으로 인한 소의 변경(행소법 22조), 특수한 문제로 민사소송과 행정소송 간의 소의 변경의 허용여부가 있다.

**소의 변경(행소법 21조)**

1. **의의**

취소소송을 당사자소송 또는 취소소송 외의 항고소송으로 변경하는 것을 말하며 이는 행정소송의 종류를 잘못선택한 경우에 사인의 권리구제를 위함에 취지가 인정된다

1. 요건

청구의 기초에 변경이 없을 것(소간의 관련성), 소를 변경하는 것이 상당하다고 인정될 것, 변경의 대상이 되는 소가 사실심에 계속되어 있고 사실심 변론종결전일 것, 새로운 소가 적법할 것, 원고의 신청이 있을 것을 요건으로 한다

1. 절차

법원은 사실심 변론종결시까지 원고의 신청에 의하여 결정으로써 소의 변경을 허가할 수 있으며 허가를 하는 경우 피고를 달리하게 될 때에는 법원은 새로이 피고로 될 자의 의견을 들어야 한다(21조 1항 및 2항)

1. 효과

소의 변경을 허가하는 결정이 확정되면 새로운 소는 제소기간과 관련하여 변경된 소를 제기한 때에 제기된 것으로 본다(21조4항). 변경된 소는 취하된 것으로 보며, 변경된 소의 소송자료는 새로운 소의 소송자료가 된다.

1. 불복방법

소의 변경을 허가하는 결정에 대하여 새로운 소의 피고와 변경된 소의 피고는 즉시항고할수 있다(21조3항), 불허가결정에 대하여는 독립하여 항고할 수 없고, 종국판결에 대한 상소로써만 다툴 수 있다.

**처분변경으로 인한 소의 변경**

1. 의의 및 취지(행정소송법 22조)

행정청이 소송 중에 처분을 변경하는 경우 원고의 신청에 의하여 법원의 결정으로써 소를 변경하는 것을 말한다. 변경된 처분을 대상으로 다시 소를 제기해야 하는 절차반복을 배제하여 권리보호를 도모함에 제도적 취지가 인정된다

1. 요건

행정청이 소송의 대상인 처분을 소가 제기된 후 변경하였어야 하고, 원고는 처분의 변경이 있음을 안 날로부터 60일 이내에 소의 변경을 신청하여야 한다(22조2항), 법원은 원고의 신청에 대하여 결정으로서 청구의 취지 또는 원인의 변경을 허가할 수 있다.

1. 효과

소의 변경을 허가하는 법원의 결정이 있으면 당초의 소가 처음에 제기된 때에 변경한 내용의 새로운 소가 제기된 것으로 보며 변경전의 구소는 취하된 것으로 본다

**추가쟁점(민사소송과 행정소송 간의 소의 변경이 가능한지)**

“판례는 행정소송으로 제기해야 하는 사건을 민사소송으로 잘못 제기한 경우 수소법원이 변경하려는 행정소송에 대한 관할도 동시에 가지고 있는 경우라면 항고소송으로 소 변경을 하도록 하여 심리판단해야 한다고 본다”

**부작위가 거부로 발전된 경우의 소 변경 가능여부**

1. 부정설

부작위와 거부는 대상유형이 상이하므로 부작위에서 거부로 발전된 경우에는 부작위위법확인소송을 취소소송으로 변경할 수 없다고 본다

1. 긍정설

부작위에서 거부로 발전된 경우 소의 변경에 관한 규정을 준용하지 않고 있는 것은 입법의 불비이다. 행정소송법 21조 및 22조에 근거하여 부작위위법확인소송을 취소소송으로 변경하는 것이 가능하다고 보아야 할 것이다.

1. 검토

소송 중에 부작위가 거부로 발전된 경우 소의 변경을 허용하지 않는다면 동일한 신청에 대하여 별도의 소를 제기해야 하는 어려움이 발생하므로 국민의 권리구제를 도모하기 위해서 긍정하는 견해가 타당하다.

**법정 외 항고소송**

**예방적 금지소송**

1. 의의 및 대상

예방적 부작위소송이란 장래에 있을 일정한 처분발동에 대한 금지를 구하는 소송을 말한다. 의무이행소송은 현상의 개선을 구하기 위하지만 예방적 부작위소송은 현상의 가일층의 악화를 막기위해 제기하는 소송인 점에서 차이가 있다.

1. 인정여부
2. 학설

부정설은 행정소송법 4조를 제한적으로 보며 행정작용의 발동 미발동에 대한 판단은 행정청의 고유권한이라는 점을 근거로 한다. 긍정설은 행정소송법 4조를 예시적으로 보며 장래 침익처분발동이 확실하다면 이미 1차적 판단권을 행사하였다고 보아야 하므로 예방적소송이 1차적 판단권침해가 아니라고 본다 제한적 긍정설은 처분이 행하여질 개연성이 절박하고, 처분요건이 일의적이며, 미리 구제하지 않으면 회복할수 없는 손해가 발생할 우려가 있고 다른 구제수단이 없는 경우에 한하여 예외적으로 인정된다고 본다.

1. 판례

처분을 해서는 안된다는 내용의 부작위를 구하는 원고의 청구는 행정소송에서 허용되지 아니하는 것이므로 부적법하다

1. 검토

취소소송은 침익처분에 대한 사후적 구제수단에 불과하고 현행법은 사전적 침익처분에 대한 사전적 권리구제수단을 인정하고 있지 않으므로 실효적인 권리구제를 위해 긍정함이 타당하다.

**의무이행소송**

1. 의의 및 성질

의무이행소송은 행정청의 거부처분 또는 부작위에 대하여 처분의 발령을 구하는 이행소송을 말한다.

1. 인정여부
2. 학설

부정설은 행정소송법 제4조의 소송유형을 제한적열거규정으로 해석하고 권력분립에 반한다고 한다. 긍정설은 소송유형을 예시적규정으로 보고 권력분립의 실질적 이해를 이유로 긍정한다. 제한적 긍정설은 현행 항고소송만으로 실효적인 권리구제가 될수 없는 예외적인 경우에만 인정된다고 한다

1. 판례

검사에게 압수물 환부를 이행하라는 청구는 행정청의 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 의무이행소송으로 현행 행정소송법상 허용되지 아니한다고 한다.

1. 검토

부정설이 의무이행소송은 법원이 행정청의 권한을 침해하는 것이라고 주장하지만 의무이행소송에서 인용판결은 위법한 거부나 부작위에 대해 적법한 이행을 명하는 판결이므로 행정청의 권한침해가 아니라고 보아야 한다 따라서 긍정설이 타당하다.

**가처분**

1. 의의

다툼이 있는 법률관계에 관하여 잠정적으로 임시지위를 보전하는 것을 내용으로 하는 가구제이다(행소법 8조2항, 민사집행법 300조)

1. 항고소송에서 가처분의 인정여부
2. 문제점

집행정지는 소극적 형성력만 있을 뿐 수익적 처분의 발령을 명하는 기능이나 처분전에 발령금지를 명하는 적극적 형성력이 없기 때문에 민사집행법상의 가처분이 항고소송에 준용될 수 있는지 문제된다.

1. 학설

적극설은 행정소송법 8조 2항에 따라 민사집행법상 가처분이 준용될수 있다는 점을 근거로 하며 소극설은 현행법은 의무이행소송이나 예방적 부작위소송을 인정하지 않으므로 가처분의 본안소송이 있을 수 없으며, 집행정지제도는 가처분배제의 특별규정이다 집행정지만으로 권리구제에 미흡한 예외적인 경우에만 인정하는 제한적 긍정설이 있다

1. 판례

민사집행법상 보전처분은 민사판결절차에 의하여 보호받을수 있는 권리에 관한 것이라고 보기 때문에 행정소송에 가처분을 인정하지 아니한다.

1. 검토

현행법상 집행정지제도를 마련한 것은 공익과의 관련성 때문에 민사집행법상 가처분을 그대로 적용할 수 없다는 입장에서 가처분을 배제하는 특별한 규정을 둔 것이므로 가처분에 관한 민사집행법상의 규정은 행정소송에는 적용되지 않는다고 할 것이다.

**행정행위의 하자 쟁점**

**절차상 하자쟁점**

**문제의흐름 : 절차상하자 > 절차하자의 독자성인정여부 > 중대명백설 > 사안의 해결**

**사전통지**

**문제의 형식 : 등록 허가의 갱신거부는 권익제한으로 사전통지결여 위법, 나머지는 아님**

1. 사전통지의 의의 및 취지(행정절차법 21조)

행정절차법 21조에서는 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 처분을 할 때에는 사전통지(처분내용, 의결제출을 할 수 있다는 사실)을 하도록 규정하고 있으며 이는 절차참여를 위한 필수규정이다. 다만 거부처분인 경우에는 거부처분이 행정절차법 제 21조에서 규정하는 권익을 제한하는 처분인지가 문제된다

1. 생략사유

공공복리를 위해 긴급한 처분을 할 필요가 있는 경우, 처분성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요한 경우, 법령상 일정처분을 하여야 함이 객관적으로 증명된 경우에는 생략할 수 있다.

1. 사전통지의 대상자

처분의 직접 상대방만을 말하고 이해관계에 있는 제 3자는 해당되지 않는다 제 3자도 의견진술기회를 줄 필요가 있으므로 입법적 해결이 필요하다.

1. 거부가 사전통지의 대상인지
2. 학설

신청의 거부는 신청의 기대이익제한이라는 긍정설과 신청만으로는 권익이 생기지 않았으므로 권익을 제한하는 것이 아니라는 부정설이 있다. 또한 신청자체로 이미 의견진술의 기회를 준 것으로 볼 수 있으므로 의견진술의 기회를 줄 필요가 없다고 한다. 이에 인 허가에 부가된 갱신기간의 경우는 권익을 제한하는 것으로 보아 긍정하는 견해가 있다.

1. 판례

신청에 따른 처분이 이루어지지 않은 경우에는 아직 당사자에게 권익이 부여되지 않았으므로 거부처분은 권익을 제한하는 처분이 아니라고 한다

1. 검토

인허가의 갱신 등 처럼 기존 권익의 유지가 아닌 한 신청의 거부는 권익제한이 아니라고 판단된다. 인허가의 갱신의 경우에는 갱신에 의해 종전의 허가효과가 유지되는바 이는 권익제한에 해당된다고 볼 수 있으므로 사전통지결여는 위법하다고 볼 수 있다 즉 절차상 하자가 없는 것으로 판단된다.

**청문**

**문제의 형식 : 청문 일반이론 → 중대명백설로 취소사유 언급 → 절차상 하자의 독자성 인정여부**

1. 의의 및 취지(행정절차법 22조)

청문은 행정청이 어떤 처분을 하기에 앞서 처분의 상대방등의 의견을 직접 듣고 증거를 조사하는 절차를 말한다. 이는 어떠한 처분에 앞서 자기방어의 기회를 주어 사전적 권리구제를 가능하게 함에 취지가 인정된다

1. 필수적절차인지 여부

청문에 대한 명문규정이 있거나 행정청이 필요하다고 인정하는 경우 및 인허가등의 취소 신분,자격의 박탈, 법인이나 조합등의 설립허가의 취소처분시에 청문을 한다. 생략사유로는 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우, 일정처분을 해야함이 객관적으로 증명된 경우, 의견청취가 곤란하거나 불필요한 이유가 있는 경우, 당사자가 의견진술의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 포시한 경우에는 생략가능하다.

1. 청문의 절차

행정청은 청문이 시작되는 날부터 10일 전까지 처분의 내용 및 법적근거등을 기재한 청문서를 당사자들에게 통지하도록 하고 청문일에 당사자가 출석하여 의견을 진술하고 증거를 제출하는 방법으로 진행하도록 규정한다.

1. **청문서 도달기간을 준수하지 않은 것이 위법인지 여부**
2. 청문서도달기간의 의미

청문의 취지가 당사자에게 유리한 진술기회를 부여하여 위법한 처분을 사전에 시정하는 것으로 청문서도달기간인 10일은 엄격하게 해석하여야 한다

1. 청문서 도달기간의 위반이 위법한 것인지 여부

대법원은 청문서 도달기간을 지키지 않았다면 이는 청문의 절차적 요건을 준수하지 아니한 것이므로 이를 바탕으로 한 행정처분은 위법하다고 판시하였다. 또한 식품위생법 소정의 청문서 도달기간인 7일을 준수하지 아니하고 청문서를 5일전에 발송하였다면 청문절차는 위법하다고 판시한 바 있다.

**협의에 의한 청문배제가능성**

1. 학설

계약자유의 원칙에 따라 협약은 유효하다는 긍정설과 청문절차는 이해관계인의 참여도 확보하기 위한 것이므로 이를 배제하는 협약은 위법이라는 부정설이 있다

1. 판례

행정청이 당사자와 사이에 관계법령 및 행정절차법에 규정된 청문의 실시 등 의견청취절차를 배제하는 협약을 체결하였다 하여도 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당한다고 할 수 없다고 한다

1. 검토

처분을 하면서 계약을 체결하여 청문등을 배제할 수 있도록 하면 우월적 지위를 이용하여 상대방의사에 반하여 여러절차를 배제하는 내용의 계약을 강제함으로써 행정절차법 취지를 침해할 우려가 있으므로 판례의 입장이 타당하다.

**청문의 생략사유**

“행정처분의 상대방에 대한 청문통지서가 반송되었거나, 행정처분의 상대방이 청문일시에 불출석하였다는 이유로 청문을 실시하지 아니하고 한 침해적 행정처분은 위법하다”

**청문의 하자 치유**

“행정청이 청문서 도달기간을 다소 어겼다 하더라도 영업자가 이에 대하여 이의하지 아니한 채 스스로 청문일에 출석하여 그 의견을 진술하고 변명하는 등 방어의 기회를 충분히 가졌다면 청문서 도달기간을 준수하지 아니한 하자는 치유되었다고 봄이 상당하다.”

**이유제시**

1. 이유제시 의의 및 기능(행정절차법 23조)

이유제시란 행정청이 처분등을 함에 있어서 근거와 이유를 제시하여야 함을 말한다. 이는 처분에 대한 행정쟁송의 제기여부를 결정 및 쟁송단계에서의 공격 방어의 수단을 준비하는데 도움을 주는 권리구제기능을 갖는다.

1. 이유제시의 생략사유 및 이유제시의 정도

신청대로 인정하거나, 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있거나, 긴급을 요하는 경우에는 생략가능하다. 이유제시의 정도는 처분의 근거와 이유를 상대방이 이해할 수 있을 정도로 구체적으로 서면으로 하되, 이를 전혀 안하거나 구체적이지 않은 경우 위법하게 된다.판례는 이유제시 누락을 취소사유로 본다

1. 이유제시의 시기 및 내용

이유제시는 처분과 동시에 행하여야 한다. 행정청이 처분을 하는 때에는 당사자에게 그 처분에 관하여 행정심판 및 행정소송을 제기할수 있는지 여부, 기타 불복할수 있는지 여부. 청구절차 및 청구기간 기타 필요한 사항을 알려야한다(행정절차법 26조 고지)

1. 이유제시 결여의 효과

이유제시결여는 위법사유가 된다. 명백한 하자이지만 중대한 위반이라 보기 어려워 취소사유로 보아야 한다.

**위법성의 정도(절차상 하자와 연관)(본안사항)**

1. **중대명백설(통설)**

행정행위의 하자의 내용이 중대하고 그 하자가 외관상 명백할 때에는 무효인 행정행위가 되고 그 중 어느 한 요건 또는 두 요건 전부를 결여한 경우에는 해당 행정행위는 취소할 수 있는 행정행위라고 본다. 하자의 중대성이란 행정행위가 중요한 법률요건을 위반하고 그 위반의 정도가 상대적으로 심하여 그 흠이 내용상 중대하는 것을 말한다 하자의 명백성이란 하자가 일반인의 인식능력을 기준으로 할 때 외관상 일견 명백하다는 것을 말한다.

1. 명백성보충요건설

행정행위가 무효가 되기 위해서는 흠의 중대성은 항상 그 요건이 되지만 명백성은 항상 요구되는 것은 아니고 행정의 법적안정성이나 제3자의 신뢰보호의 요청이 있는 경우에만 가중적으로 요구되는 요건으로 파악하는 견해

**절차상 하자의 독자성 인정여부(본안사항)**

1. 학설

적법절차의 보장관점에서 독자적 위법사유가 되며 행정소송법 제30조 3항에서 절차하자로 인한 취소의 경우에도 기속력을 인정한다는 점을 논거로 하는 긍정설, 절차는 수단에 불과하며 적법한 절차를 거친 동일한 처분을 다시 받게되어 행정경제상 불합리하다는 점을 논거로 하는 부정설이 대립한다. 또한 기속재량을 구분하여 재량행위인 경우 절차상의 하자가 실체적 결정에 영향을 미치는 경우에 한하여 위법성이 인정될수 있다는 절충설이 있다

1. 판례

대법원은 기속행위인 과세처분에서 이유부기하자와 재량행위인 영업정지처분에서 청문절차를 결여한 것은 절차적 하자를 구성한다고 판시한 바 있다.

1. 검토

내용상하자만큼 절차적 적법성을 지키는 것이 필요하며 현행 행정소송법 30조3항에서 절차하자로 인한 취소인 경우에도 기속력을 준용하고 있으므로 독자적 위법사유가 된다고 보는 긍정설이 타당하다.

**내용상 하자**

**평등의원칙**

1. 의의 및 효력(헌법 11조 및 행정기본법 9조)

행정청은 합리적 이유 없이 국민을 차별하여서는 안된다는 원칙이다. 합리적인 이유에 의해서 다르게 취급하는 것은 평등원칙의 위반이 아니다

1. 요건 및 한계

합리적인 이유 없이 동일한 사항을 다르게 취급하는 것은 자의적인 것으로서 평등에 원칙에 위반되므로 합리적인 이유가 있어야 하며 비례성을 결여한 과도한 차별취급이 되어서는 안된다. 단 불법 앞의 평등요구는 인정되지 않는다

**자기구속의 원칙**

**문제의 형식 : 관행과 다른 처분을 한 경우, 관행이 위법한 경우에는?**

1. 의의 및 근거

행정청은 동일 사안에 대해서는 특별한 사정이 없는 한 동일한 결정을 하여야 한다는 원칙을 말한다. 평등의 원칙에 근거한다

1. 요건

동일한 상황에서 동일한 법적용인 경우, 기존의 법적상황을 창출한 처분청일 것, 명시적인 행정관행이 있어야 자기구속원칙을 인정할수 있다는 선례필요설이 다수설이며 대법원도 명시적인 관행이 필요하다는 입장이다.

1. 한계

특별한 사정이 있는 경우에는 자기구속의 법리의 적용이 배제될 수 있다. 또한 불법에 있어서 평등대우는 인정될수 없으므로 행정관행이 위법한 경우에는 행정청은 자기구속을 당하지 않는다

**비례의 원칙(헌법 제37조 2항 및 행정기본법 제 10조)**

1. 의의

비례의 원칙이란 행정목적과 행정수단 사이에는 합리적인 비례관계가 있어야 한다는 원칙을 말한다 이에 반하는 행정권 행사는 위법하다

1. 내용
2. 적합성의 원칙

행정은 행정목적을 달성하는데 유효하고 적절할 것이어야 한다는 원칙을 말한다(1호)

1. 필요성의 원칙

적합한 수단이 여러 가지인 경우에 국민의 권리를 최소한으로 침해하는 수단을 선택하여야 하는 원칙이다. 행정목적을 달성하는데 필요한 최소한도에 그칠것을 말한다(2호)

1. 협의의 비례원칙

행정작용으로 인한 국민의 이익침해가 그 행정작용이 의도하는 공익보다 크지 아니할 것을 말한다(3호)

1. 3원칙의 상호관계

적합성의 원칙 필요성의 원칙 협의의 비례원칙은 단계구조를 이룬다. 즉 많은 적합한 수단 중에서도 필요한 수단만이 필요한 수단 중에서도 상당성 있는 수단만이 선택되어야 한다

**신뢰보호의 원칙**

1. 의의 및 효력

행정청은 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고는 행정에대한 국민의 정당하고 합리적인 신뢰를 보호하여야 한다는 원칙이다. 이에 반하는 행정권 행사는 위법하다

1. 근거

행정절차법 제4조2항 및 국세기본법 제18조3항에 실정법상 근거를 두고 있다. 행정기본법 제12조에서 이를 명문화하고 있다.

1. 요건
2. 공적인 견해표명

행정청의 선행조치를 의미하며 행정조직상 형식적인 권한분장에 구애될 것이 아니고 상대방의 신뢰가능성에 비추어 실질에 의해 판단해야 한다

1. 보호가치 있는 사인의 신뢰

상대방에게 귀책사유가 없어야 하며 판례는 견해표명의 하자가 상대방등의 사실은폐나 기타 부정행위에 기인한 것이거나 그러한 부정행위가 없다해도 하자가 있음을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 경우를 의미한다

1. 사인의 처리

선행조치를 믿은 것 외에도 사인의 처리가 있어야 하며 사인의 처리는 적극적인 것 외에 소극적 묵시적인 것도 포함된다

1. 인과관계

선행조치에 대한 사인의 신뢰와 사인의 처리사이에 인과관계가 있어야 한다. 또한 선행조치에 반하는 후행처분이 있어야 한다.

1. 한계

신뢰보호의 원칙은 법적안정성을 위한 것이지만, 법치국가원리의 또 하나의 내용인 행정의 법률적합성의 원리와 충돌되는 문제점을 갖는다. 결국 양자의 충돌은 법적안정성과 법률적합성의 비교형량에 의해 문제를 해결해야 한다.

관련판례)

“용도지역을 결정한 것만으로는 용도지역을 종래와 같이 유지하거나 변경하지 않겠다는 취지의 공적인 견해표명을 한 것이라고 볼 수 없다”

**실권의 법리**

1. 의의 및 효력(행정기본법 12조 2항)

실권의 법리란 행정청은 권한행사의 기회가 있음에도 불구하고 장기간 권한을 행사하지 아니하여 국민이 그 권한이 행사되지 아니할 것으로 믿을만한 정당한 사유가 있는 경우에는 그 권한을 행사해서는 아니 된다.

1. 요건

권리행사가 가능하였을 것, 장기간 권한의 불행사가 있을 것. 권한불행사에 대한 국민의 신뢰가 형성되었을 것과, 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해할 우려가 없을 것을 요건으로 한다.

**부당결부금지의 원칙**

**문제의 형식 : 관허사업 제한**

1. 의의 및 효력(행정기본법 13조)

부당결부금지의 원칙이란 행정청은 행정작용을 할 때 상대방에게 해당 행정작용과 실질적인 관련이 없는 의무를 부과해서는 안된다는 원칙이다.

1. 내용

실질적 관련성은 원인적 관련성과 목적적 관련성을 뜻한다. 원인적 관련성은 행정작용의발령에 의무 부과가 필요하게 되는 관계를 말하며 목적적 관련성은 행정작용과 반대급부가 행정목적을 같이해야함을 말한다

1. 효력

헌법적 효력설은 법치국가의 원리와 자의금지의 원칙으로부터 부당결부금지가 도출된다고 보면서 헌법적효력을 갖는다는 견해이며 다수견해이다. 법률적 효력설은 부당결부금지의 직접적 근거는 권한법정주의와 권한남용금지의 원칙에 있다고 보는 것이 타당하므로 부당결부금지의 원칙은 법률적 효력을 갖는 법원칙으로 보는 견해이다.

**행정입법 관련 쟁점**

**법규명령의 의의**

법규명령이란 행정권이 제정하는 법규를 말하며 위임명령과 집행명령으로 나뉜다. 위임명령은 수권규정에 의해 제정되는 명령이며 집행명령은 상위법령의 집행을 위하여 필요한 사항을 위임없이 직권으로 발하는 명령으로 새로운 법규사항을 정할 수 없다

|  |
| --- |
| 법규명령 |
| 1. 종류 : 헌법75조에따른 시행령, 헌법95조에 따른 시행규칙, 위임명령, 집행명령 |
| 1. 한계 |
| 1. 수권의 한계(포괄위임금지) |
| 헌법 제75조는 법률의 명령에 대한 수권은 “구체적으로 범위를 정하여” 위임하도록 하고 있다. 구체적 위임이란 수권법률 규정만으로 위임내용의 대강을 예측할수 있는 것을 말한다 수권의 한계 위반시 위헌인 법률이 된다 |
| 1. 제정상 한계(행정기본법 제 38조1항) |
| 위임명령은 수권의 범위 내에서 제정되어야 하고 헌법과 상위법령에 반하는 내용을 제정해서는 안되며, 헌법과 법령등에서 정한 절차를 준수하여야 한다 |

**법규명령에 대한 항고소송**

“법규명령은 그 적용이 시간적 공간적으로 제한없이 적용되기 때문에 구체적 작용이 아니라 추상적 작용이며 그 자체는 법이지 법의 집행행위가 아니므로 항고소송의 대상인 처분이 아니라는 것이 판례의 입장이다”

**제재적 처분기준(법규명령 형식의 행정규칙)**

**문제의 형식 : 감정평가법 시행령 29조 별표3, 징계처분기준, 과징금부과기준, 소송중 업무정지기간이 만료된 경우 소의이익을 협의소익과 연관**

1. 제재적 처분기준의 법적성질
2. 학설

규범의 형식과 법규명령으로 보면 처분기준에 따라 처분을 하므로 법적 안정성 확보를 중시하여 법규명령으로 보는 견해, 규범의 실질과 행정규칙으로 보면 재량적으로 처분할수 있음을 규정한 법률에 따라 처분을 하게 되므로 구체적 타당성 확보가 가능하다는 점을 중시하여 행정규칙으로 보는 견해, 상위법의 수권유무로 판단하는 수권여부기준설이 대립한다

1. 판례

대법원은 구 식품위생법 시행규칙상 제재적처분기준은 행정규칙으로 보면서 구 청소년보호법 시행령상 과징금처분기준을 법규명령으로 보면서 그 처분기준은 최고한도로 보아야 한다고 판시하였다.

1. 검토

시행령과 시행규칙을 구분하는 판례의 태도는 합리적 이유가 없으므로 타당성이 결여된다 또한 부령의 경우에도 법규명령의 형식을 갖는 이상 법제처의 심사에 의해 절차의 정당성을 확보하고 공포를 통한 예측가능성이 보장된다는 점에서 부령인 경우도 법규성을 긍정함이 타당하다

현행 대부분의 제재적 처분기준은 입법당시에 가감규정을 함께 고려하여 개별사안에서 구체적 타당성을 도모할 수 있도록 하고 있다. 또한 이러하 가감규정이 없다면 법원은 구체적 규범통제를 통해서 해당 사건에 그 적용을 배제할 수 있으므로 법규명령의 형식으로 제정된 경우는 법규명령으로 보는 것이 타당하다.

1. 사안의 경우

시행령 29조는 형식이 대통령령이며 상위법률인 감정평가법의 처분기준을 각 사유마다 세분화하여 규정하여 개별사안에서 구체적 타당성을 기여하고 있다. 법규명령의 성질을 갖는다.

\*\* 감경규정을 적용함에 있어 비례의 원칙을 위반하였는지 여부를 처분의 위법성 유무로 검토가능하다.(24.1기.6. 3문)

1. **처분의 효력이 소멸한 경우의 협의소익 인정 여부 논의**
2. 협의소익의 의의

협의소익은 본안판결을 받을 현실적 필요성을 의미한다 협의소익은 원고적격과 함께 소송요건이 되며 이는 남소방지와 충실한 본안심사를 통해 소송경제를 도모함에 취지가 인정된다

1. 행정소송법 제 12조 제 2문의 회복되는 법률상 이익의 의미

행정소송법 12조 2문은 처분등의 효과가 기간의 경과 처분등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸한 뒤에도 그 처분등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에는 또한 같다고 규정한다 회복되는 법률상 이익에 명예 신용 및 사회 경제적 이익까지 포함되는지에 대해 이견이 있으나 판례는 처분의 근거법률에 의해 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 기준으로 판단한다

1. 제재적처분기준에 규정된 처분기간의 경과로 처분의 효력이 소멸된 경우
2. 학설

제재적처분기준을 법규명령으로 보는 경우 행정청은 처분기준에 따라 처분할 것이므로 가중처벌을 받을 불이익이 있으며, 행정규칙으로 보는 경우 행정청이 반드시 처분기준에 따라 처분한다는 확정성이 부족하다는 견해가 있으며 현실적 불이익이 있는지를 기준으로 판단해야 한다는 견해가 있다

1. 판례
2. 다수 견해

법규명령 여부와 상관없이 행정청은 처분기준을 준수할 의미가 있으므로 상대방이 장래에 받을 수 있는 가중처벌규정은 구체적이고 현실적인 것이므로 “그 불이익을 제거할 필요가 있다”고 하여 재재적 처분이 부령 형식이라도 협의의 소익을 인정한다.

1. 소수 견해

제제적처분기준을 정한 부령인 시행규칙은 헌법 제 95조에 의한 위임명령이므로 이의 법규성을 인정하는 이론적 기초 위에서 그 법률상 이익을 긍정함이 더욱 합당하다고 한다.

1. 검토

제재적처분기준을 행정규칙으로 보고 권리보호필요성을 부정한다면 원고의 재판청구권이 침해될 가능성이 높다. 따라서 판례에 따라 부령 형식으로 제정된 경우에도 법규성을 인정하는 논리적 기초 위에서 가중처벌에 따른 불이익의 위험을 제거함이 타당하다고 판단된다.

**관련판례**

“가중요건이 행정규칙으로 정해진 경우에도 행정청은 통상 행정규칙에 따라 가중된 제재처분을 행할 구체적이고 현실적 위험이 있으므로 그 위험을 제거할 이익이 있다”

1. 권리구제 수단
2. 법원에 의한 통제
3. 간접적 통제

간접적 통제라 함은 다른 구체적인 사건에 관한 재판에서 행정입법의 위법여부가 선결문제가 되는 경우 당해 행정입법의 위법여부를 통제하는 것을 말한다 간접적 통제는 헌법 제 107조 2항에 근거한다

1. 직접적 통제(법규명령에 대한 항고소송)

행정입법은 일반적 추상적 규범이므로 원칙상 처분이 아니고 따라서 항고소송의 대상이 될 수 없다. 그러나 명령 중 처분적 성질을 갖는 명령은 항고소송의 대상이 된다는 것이 일반적 견해이다.

1. 헌법재판소에 의한 통제

권리구제형 헌법소원을 제기하기 위해서는 침해의 직접성 및 보충성의 요건이 요구되는데 처분기준 자체만으로 국민의 기본권을 침해하며(직접성) 항고소송의 구제수단이 없는 경우라면 권리구제형 헌법소원을 제기할 수 있을 것이다.(보충성) 권리구제형 헌법소원이란 공권력의 행사나 불행사로 인해서 헌법에서 보장된 기본권이 침해당한 경우 사인이 직접 헌법재판소에 제소하는 것을 말한다.

1. **제재적 처분기준의 위헌 또는 위법 여부**

**문제의유형**

* **법규명령 자체가 집행행위로서 권리의무에 직접영향을 미칠때에는 처분으로 항고소송 대상이 된다, 이 경우 헌법소원은 인정되지 않는다(항고소송구제수단 존재하므로)**
* **법규명령이 일반적 추상적 성질에 불과할 때에는 구체적 규범통제(포괄위임금지, 제정상한계 검토)**

1. 구체적 규범통제
2. 구체적 규범통제의 의의 및 대상

구체적 규범통제란 사인이 구체적인 처분을 소송으로 다투면서 위법성의 근거로 처분의 근거가 된 법규명령의 위헌 위법을 주장하는 것을 말한다 이는 헌법 107조 2항에 근거한다

1. 법규명령의 위헌여부

법규명령은 포괄위임금지 및 (제정상 한계)수권법률의 위임한계내에서 입법되어야 한다. 즉 위임의 내용 목적 및 범위가 명확하고 구체적으로 한정되어야 하며 상위법령에 위반하여서는 안된다.

1. 구체적 규범통제의 효력(사법적 통제수단, 협의의소익과 관련은 없음)

대법원은 명령 규칙이 헌법에 위반될 때 무효라고 판시한 바 있으며, 법원은 구체적사건의 심사를 목적으로 하며 법령의 심사를 목적으로 하지 않으므로 당해 사건에 한하여 적용되지 않는다고 본다(헌법 107조 2항)

**법령보충적행정규칙(행정규칙형식의 법규명령)**

**문제의 형식 : 표준지조사평가기준, 감정평가실무기준(판례부정), 토지가격비준표, 토지보상평가지침(판례부정), 고시 훈령**

1. 의의 및 인정여부

법령의 위임에 의해 법령을 보충하는 법규사항을 정하는 행정규칙을 말한다. 헌법 제 75조 및 제 95조와 관련하여 이러한 행정규칙의 인정여부에 대하여 견해의 대립이 있으나 다수 및 판례는 법령의 수권을 받아 제정되는 것을 논거로 하여 긍정한다.

1. 법적성질(대외적 구속력 인정여부)
2. 학설

헌법 75조 95조의 법규명령의 형식은 예시적이므로 상위법령을 보충 구체화하는 기능이 있는 고시등은 법규명령으로 보는 법규명령설, 헌법 75조 95조가 법규명령의 형식을 한정하고 있으므로 그러한 고시등은 행정규칙으로 보는 행정규칙설, 상위법령의 위임이 있다면 형식이 고시등임에도 불구하고 법규명령으로 보는 수권여부기준설, 고시등의 법규성을 인정하는 것은 헌법 75조 95조에 비추어 볼 때 위헌무효설이 대립된다.

1. 판례

국세청장훈령인 재산제세사무처리규정은 상위법인 소득세법 시행령과 결합하여 법규성을 가진다고 판시한 바 있다. 대법원은 토지가격비준표는 집행명령인 개별토지가격 합동조사지침과 더불어 법령보충적구실을 하는 법규적 성질을 가지고 있는 것으로 보아야 한다고 판시한 바 있다. 감정평가에 관한 규칙에 따른 감정평가실무기준이나 한국감정평가사협회가 제정한 토지보상평가지침은 일반국민을 기속하지 않는다고 판시한 바 있다.

1. 검토

상위법령의 위임이 있는 경우에는 그와 결합하여 법령을 보충하므로 법규성을 인정하는 것이 행정현실상 타당하다고 판단된다 다만 일반적인 법규명령절차를 거치지 않기 때문에 국민의 예측가능성을 고려하여 고도의 전문적 영역에 한정되어 최소한도로 인정해야 할 것이다.

1. 법령보충적행정규칙의 한계

행정규제기본법 제4조2항 단서는 법령이 전문적 기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우에는 고시등으로 정할 수 있다고 규정하고 잇으므로 위임이 불가피한 경우에 한하여야 할 것이고 위임범위를 벗어나지 않아야 할 것이다. 판례는 법령보충적행정규칙이 법령의 위임범위를 벗어난 경우에는 법규명령으로서의 대외적 구속력이 인정되지 않는다고 한다

**표준지조사평가기준의 법적성질**

형식은 국토교통부장관의 훈령이고 부공법 3조4항 미치 시행령 6조3항의 위임근거가 있어 법령보충적 행정규칙이다..

**감정평가실무기준**

1. 의의

감정평가사가 업무를 수행하면서 지켜야 할 세부적인 기준을 국토교통부장관이 정하여 고시한 것으로서 감정평가법 제3조 제3항 및 감정평가에 관한 규칙 제28조에 근거규정을 두고 있다. 이는 법령보충적 행정규칙이라 볼 수 있다.

1. 판례의 태도

감정평가에 관한 규칙에 따른 ‘감정평가실무기준’은 감정평가의 구체적 기준을 정함으로써 감정평가법인 등이 감정평가를 수행할 때 이 기준을 준수하도록 권장하여 감정평가의 공정성과 신뢰성을 제고하는 것을 목적으로 하는 것이고 한국감정평가업협회가 제정한 토지보상평가지침은 단지 한국감정평가업협회가 내부적으로 기준을 정한 것에 불과하여 어느 것도 일반 국민이나 법원을 기속하는 것이 아니라고 판시한 바 있다.

**고시의 처분성 인정여부(감정평가 보수에 관한 기준**

“어떤 고시가 일반적 추상적 성격을 가질 때에는 법규명령 또는 행정규칙에 해당할 것이지만 다른 집행행위의 매개없이 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법률관계를 규율하는 성격을 가질 때에는 행정처분에 해당한다고 할 것이다”라고 판시한 바 있다

= 보수기준은 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 국민의 권리나 의무에 영향을 미친다. 따라서 직접적통제를 통해 소송을 제기해야 한다.

**행정규칙**

**문제의 형식 : 이주대책 수립지침의 행정규칙 법규성과 연관**

1. 의의

행정규칙은 행정의 사무처리기준으로 제정된 일반적 추상적 규범을 말한다. 통상 법적 근거없이 제정되고 법규가 아닌점에서 법규명령과 구별된다

1. 법적성질
2. 학설

법규성을 부정하는 비법규설, 행정권의 시원적인 입법권을 인정하여 법규성을 인정하는 법규설, 평등의 원칙 및 자기구속의 법리를 매개로 법규성을 인정할수 있다는 준법규설이 대립된다.

1. 판례

훈련에 규정된 청문을 거치지 않은 것은 위법하다고 본 판례가 있으나 예외적인사건으로 보이며 일반적으로 행정규칙의 법규성을 인정하지 않는다. 대법원과 헌법재판소는 행정관행이 성립된 경우에는 평등의 원칙 및 신뢰보호원칙에 따라 자기구속을 받게 되므로 대외적 구속력을 인정한다.

1. 검토

행정규칙의 법규성을 인정하는 것은 법률의 법규창조력에 반하므로 부정설이 타당하나 평등의원칙이나 자기구속의 법리를 매개로 하는 경우에도 규칙 자체에는 법규성이 없다고 보는 것이 타당하다

1. 효력

행정규칙은 행정조직 내부의 상대방을 구속하는 대내적 구속력이 인정된다. 직접적인 대외적 구속력은 인정되지 않는다. 평등의 원칙이나 자기구속력을 매개로 하는 경우에는 대외적인 구속력을 갖는다.

**관련문제(이주대책 수립내용의 구속성여부) = 구속성 인정**

판례는 “공급할 택지 또는 주택의 내용이나 수량을 정할 수 있고 이를 정하는데 재량을 가지므로 이를 위해 사업시행자가 설정한 기준은 그것이 객관적으로 합리적이 아니라거나 타당하지 않다고 볼 만한 다른 특별한 사정이 없는 한 존중되어야 한다”고 하여 재량성을 인정한다

**구속성 부정**

행정규칙은 법규성이 없으므로 토지보상법상 이주대책대상자에 해당함에도 이를 배제함은 위법하다.

**하자승계**

**문제의 형식 : 사업인정의 절차적 하자가 재결에 승계되는지**

절차적 하자가 취소사유에 해당하는지 절차상 하자의 독자적 위법성 인정여부의 목차를 기재할 필요도 있음. 이후 중대명백설에 따라 취소사유임을 보여주는 논리가 타당.(관련규정 > 절차상 하자의 독자성 인정여부 > 중대명백설 > 취소사유의 입증 > 하자승계 일반논리)

1. 하자승계의 전제요건 및 인정가부
2. 의의 및 논의 배경

하자승계란 둘 이상의 행정행위가 일련하여 동일한 법률효과를 목적으로 하는 경우에 선행행위의 하자를 이유로 후행행위를 다툴수 있는지의 문제를 말한다. 이는 법적안정성의 요청과 국민의 권리구제의 조화문제이다

1. 전제요건

선 후행행위는 처분일 것 , 선행행위에의 취소사유의 위법성, 선행처분이 무효인 경우라면 후행처분도 당연 무효가 되는 것으로 볼 수 있으므로 하자승계법리가 당연 인정된다. 이러한 경우에는 하자승계의 요건충족여부가 문제되지 않는다, 후행행위의 적법성, 선행행위에 불가쟁력이 발생할 것(제소기간도과, 항소포기, 판결에 의한 확정등)

1. 하자승계 해결논의
2. 학설
3. 전통적견해(하자승계론)

선 후행행위가 일련의 절차를 구성하면서 동일한 법률효과, 즉 하나의 효과를 목적으로 하는 경우에는 하자승계를 인정한다.

1. 새로운견해(구속력론)

선행행위의 불가쟁력이 대물적(목적), 대인적(수범자), 시간적(사실, 법률관계의 동일성)한계와 예측, 수인가능성 한도 내에서는 후행행위를 구속하므로 하자승계가 부정된다.

1. 판례

판례는 형식적 기준을 적용하여 판단하는 듯 하나 별개의 법률효과를 목적으로 하는 경우에도 예측가능성, 수인가능성이 없는 경우에 한하여 하자승계를 긍정하여 개별사안의 구체적 타당성을 고려하고 있다.

1. 검토

전통적 견해는 형식을 강조하여 구체적 타당성을 확보하지 못하는 경우가 있을 수 있고 새로운 견해는 구속력을 판결의 기판력에서 차용하고 대물적 한계를 너무 넓게 인정하며 추가적 한계는 특유의 논리가 아니라는 비판이 제기된다. 따라서 전통적 견해의 형식적 기준을 원칙으로 하되 개별사안에서 예측가능성, 수인가능성을 판단하여 구체적 타당성을 기함이 타당하다.

1. 사안의 해결

선행행위와 후행행위의 목적을 언급하고 동일목적인지 별개인지 구분할 것, 불복절차가 있었을 경우 이를 언급하고 예측가능성과 수인가능성을 포섭

**하자승계 관련 판례(사업인정과 재결. 표공과 개공, 과세처분 과 재결처분, 개공과 과세처분)**

**사업인정과 재결**

“사업인정의 하자가 무효가 아닌 경우에는 재결단계에서의 하자승계를 부정하나, 사업인정의 하자가 당연무효인 경우에는 재결처분도 무효라고 판단한다.”

**하자승계 부정판례**

“사업시행자가 택지개발계획을 승인 함에 있어서 이해관계인의 의견을 듣지 아니하였거나, 토지소유자에 대한 통지를 하지 아니한 중대하고 명백한 것이 아니므로 사업인정 자체가 당연무효라고 할 수 없고, 이러한 하자는 수용재결의 선행처분인 사업인정단계에서 다투어야 할 것이므로 쟁송기간이 도과한 이후에 위와 같은 하자를 이유로 수용재결의 취소를 구할 수 없다”

**하자승계 인정판례**

“실시계획의 인가요건을 갖추지 못한 인가처분은 공공성을 가지는 도시계획시설사업의 시행을 위하여 필요한 수용 등의 특별한 권한을 부여하는 데 정당성을 갖추지 못한 것으로서 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 하자가 있다고 할 것이므로, 이러한 인가처분은 그 하자가 중대 명백하여 당연무효이고, 당연무효인 인가처분에 기초한 수용재결도 무효라고 판단한 것은 정당하다”

**표준지공시지가와 개별공시지가**

“표준지로 선정된 토지의 공시지가에 대하여 불복하기 위하여는 이의절차를 거쳐 처분청을 상대로 공시지가결정의 취소를 구하는 행정소송을 제기하여야 하고, 그러한 절차를 밟지 아니한 채 개별 토지가격 결정을 다투는 소송에서 개별 토지가격 산정의 기초가 된 표준지공시지가의 위법성을 다툴 수는 없다.”

**표준지공시지가와 과세처분**

표준지로 선정된 토지의 공시지가에 대하여는 이의절차를 거쳐 처분청을 상대로 공시지가결정의 위법성을 다툴 수 있을 뿐 그러한 절차를 밟지 아니한 채 조세소송에서 그 공시지가결정의 위법성을 다툴 수는 없다

**표준지공시지가와 수용재결**

“표준지공시지가결정의 위법한 경우에는 그 자체를 행정소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아 그 위법 여부를 다툴 수 있음은 물론 수용보상금의 증액을 구하는 소송에서도 선행처분으로서 그 수용대상토지 가격 산정의 기초가 된 비교표준지공시지가결정의 위법을 독립한 사유로 주장할 수 있다.”

= 표준지공시지가와 재결은 별개의 법률효과를 목적으로 하지만, 표준지공시지가를 개별적으로 고지하도록 하는 것이 아니어서 인근토지 소유자등이 표준지공시지가 내용을 알고 있다고 전제하기도 곤란하고 보상금산정기준이 되는 표준지를 알 수 없으므로 인근토지소유자가 표준지공시지가가 확정되기 전에 이를 다투는 것이 불가능하다. 또한 장차 토지보상이 이루어질것에 대비하여 항상 토지가격을 주시하고 표준지공시지가가 잘못된 경우 정해진 시정절차를 통해서 이를 시정하도록 요구하는 것은 부당하게 높은 주의의무를 지우는 것으로써 에측가능성과 수인가능성이 결여된다.

**개별공시지가 과세처분**

개별공시지가와 과세처분의 경우 별개의 법률효과를 목적으로 하지만 개별공시지가가 개별통지되지 않은 경우에는 하자승계를 인정한 바 있으나 개별공시지가에 대해서 불복할 수 있었음에도 이를 하지 않은 경우에는 부정한 바 있다.

철거명령과 대집행계고처분의 경우에는 하자승계를 부정한다

**행정계획**

**문제의 형식 : 개발제한구역, 용도지역변경결정**

1. 행정계획의 의의

행정계획이란 행정주체 또는 그 기관이 일정한 행정활동을 행함에 있어서 일정한 목표를 설정하고 그 목표를 달성하기 위하여 필요한 수단을 선정 조정하고 종합화한 것을 말한다

1. 법적성질(처분성인정논의에서 필요, 집행정지에서 연관가능 “정지대상인처분일 것”)
2. 학설

행정계획은 일반 추상적인 규율을 정립하는 행위라는 **입법행위설** 행정계획의 결정 고시로 인해서 법관계의 번동을 가져오는 경우는 행정행위성질을 갖는다는 **행정행위설** 계획마다 개별적으로 검토해야 한다는 **복수성질설** 행정계획은 규범도 아니고 행정행위도 아닌 독자적 성질을 갖는다는 **독자성설**이 있다.

1. 판례

“도시계획결정과 관련하여 처분성을 인정하였으며 개발제한구역지정행위를 계획재량처분으로 인정한바 있으나, 도시기본계획은 일반지침에 불과하다고 하여 처분성을 부인한 바 있다. 또한 최근 4대강 살리기 마스터플랜등은 4대강 살리기 사업의 기본방향을 제시하는 계획으로서 행정처분에 해당하지 않는다 또한 재건축조합이 하는 사업시행계획과 관리처분계획은 항고소송의 대상인 처분으로 본다.”

* **참고자료**

판례는 도시계획결정에 대하여 구역 안의 토지나 건물소유자의 형질변경, 신축 개축 증축등 권리행사가 제한을 받게되는 바 개인의 권리를 개별적 구체적으로 규제하는 효과를 가져오는 행정청의 처분이라고 하였다.

1. 검토

행정계획은 그 종류와 내용이 매우 다양하고 상이하므로, 행정계획의 법적성질을 각 계획이 갖는 목적과 내용을 기준하여 개별적으로 검토되어야 할 것이다.

1. 재량권의 일탈 남용[행정계획이 재량권의 일탈 남용에 해당하는지 여부]
2. 계획재량
3. 계획재량의 의의

계획법률은 보통 추상적인 목표만을 제시하기 때문에 행정주체는 계획법률에 근거하여 구체적인 계획을 수립하는 과정에서 광범위한 형성의 자유를 갖게 되는바 이러한 형성의 자유를 계획재량이라고 한다

1. 재량과의 구분
2. 학설

질적차이 긍정설은 계획재량은 목적과 수단의 규범구조이므로 요건과 효과구조인 재량과 상이하고 형량명령이론이 존재하므로 구분되어야 한다고 보며 질적차이 부정설은 재량의 범위인 양적차이만 있고 형량명령은 비례칙이 행정계획분야에 적용된 것이라는 견해이다.

1. 검토

규범구조상 계획재량은 목적프로그램에서 행정재량은 조건프로그램에서 문제되며 전자는 절차적 통제가 중심적이나 후자는 실체적 통제도 중요한 문제가 되므로 양자의 적용범위를 구분하는 것이 타당하다

1. 계획재량의 한계

행정계획에서 설정되는 목표는 근거법에 합치될 것. 행정계획에서 채택되는 수단은 비례원칙에 의하여 목표실현에 적합할 것, 관계법상 절차가 규정되어 있으면 그 절차를 준수할 것, 관계 제 이익을 정당하게 고려하고 형량할 것

1. 형량명령이론
2. 형량명령이론의 의의

행정청은 행정청이 수립하는 계획 중 국민의 권리ㆍ의무에 직접 영향을 미치는 계획을 수립하거나 변경ㆍ폐지할 때에는 관련된 여러 이익을 정당하게 형량하여야 한다.(행정절차법 40조의 4)

1. 형량하자

판례는 **행정주체가 행정계획을 입안 결정함에 있어서 이익형량을 전혀 행사하지 않거나(형량의 해태), 이익형량의 고려대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한경우(형량의 흠결), 이익형량을 하였으나 정당성과 객관성이 결여된 경우에는(형량의 오형량)** 그 행정계획결정은 형량의 하자가 있어서 위법하게 된다고 판시한 바 있다.

개발제한구역이란 도시의 무질서한 확산을 방지하고 도시주변의 자연환경을 보전하여 도시민의 건전한 생활환경을 확보하기 위하여 도시의 개발을 제한하는 구역으로 국토교통부장관이 도시관리계획으로 지정할 수 있다 개발제한구역으로 지정된 구역 내에서는 구역지정의 목적에 위배되는 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 토지면적의 분할 또는 도시계획사업을 시행할 수 없게 된다.(행정계획의 서에서 활용, 의의에서 활용가능)

**계획보장청구권**

1. 의의

행정계획에 대한 이해관계인의 신뢰보호를 위해 이해관계인에게 인정되는 행정주체에 대한 권리를 총칭하여 계획보장청구권이라고 한다. 계획보장청구권을 인정하는 법령규정이 있는 경우 법령에 근거하여 인정할 수 있으며, 이론적 근거로는 계약의 법리, 법적안정성, 신뢰보호원칙, 재산권보장등이 있다

1. 인정요건

개인적 공권의 일종인바 성립요건으로 공법상 법규가 행정주체에 행정의무를 부과할 것, 관련법규가 공익실현의 목표 뿐만 아니라 사익보호성이 있을것이 요구된다

1. 판례의 태도

대법원은 구)국토이용관리법상 주민이 국토이용계획 변경에 대하여 신청을 할 수 있다는 규정이 없을 뿐만 아니라 국토건설종합계획의 효율적 추진과 국토이용질서를 확립하기 위한 국토이용계획은 장기성 종합성이 요구되는 행정계획이어서 원칙적으로는 계획이 일단 확정된 후에 어떤 사정변동이 있다하여 그러한 사유만으로 지역주민이나 이해관계인에게 일일이 계획 변경을 신청할 권리를 인정해줄수는 없다.

**하자의 치유**

**문제의 형식 : 청문서도달기간의 하자와 연관가능, 비준표미적용 개공(내용상하자는 치유불가, 절차상하자는 치유가능 단 쟁송제기 전까지)**

1. 의의 및 취지

행정행위 하자의 치유란 처분 당시에는 위법한 행정행위가 사후에 적법요건이 충족되는 등의 경우에 당해 행위를 적법한 행위로 취급하는 것을 말한다 이는 행정행위의 무용한 반복을 피하는 소송경제와 권리구제 요청의 조화문제이다

1. 인정여부
2. 학설

행정의 능률성 측면에서 긍정하는 견해와 행정결정의 신중성 확보 및 사인의 신뢰보호 측면에서 부정하는 견해, 원고의 공격방어권을 침해하지 않는 범위에서 제한적 그긍정하는 견해가 있다

1. 판례

행정행위의 무용한 반복을 피하고 당사자의 법적안정성을 위해서 국민의 권리나 이익을 침해하지 않는 범위 내에서 구체적 사정에 따라 합목적적으로 인정해야 한다고 판시한 바 있다.

1. 검토

하자의 치유는 하자의 종류에 따라서 하자의 치유를 인정함으로써 달성되는 이익과 그로인하여 발생하는 불이익을 비교형량하여 개별적으로 결정해야 한다

1. 인정범위

판례는 절차, 형식상의 하자 중 취소사유만 인정한다. 이에 대해 내용상 하자에도 적용된다는 견해도 있다. 또한 하자치유는 행정행위의 존재를 전제로 하여 그 흠을 치유하여 흠이 없는 행정행위로 하는 것이므로 무효인 행정행위의 치유는 인정될 수 없다는 부정설이 통설이며 내용상 하자의 치유는 인정하지 않는 것이 판례의 입장이다.

1. 인정시기
2. 학설

이유제시는 상대방에게 쟁송의 제기에 편의를 제공하기 위하여 인정되는 것이기 때문에 쟁송제기 전까지 가능하다는 견해, 행정심판은 행정내부통제인바 행정소송 제기전까지 가능하다는 견해, 소송경제를 위하여 판결시까지 가능하다는 견해가 있다

1. 판례

“세액산출근거가 누락된 납세고지서에 의한 과세처분의 하자의 치유를 허용하려면 늦어도 과세처분에 대한 불복여부의 결정 및 불복신청에 편의를 줄 수 있는 상당한 기간내에 하여야 한다고 할 것이므로” 라고 판시하여 쟁송제기 이전까지 가능하다고 본다

1. 검토

이유제시제도의 기능과 하자의 치유의 기능을 조화시켜야 하고 절차상 하자 있는 행위의 실효성 통제를 위해서 쟁송제기 이전까지 가능하다고 본다

1. 하자치유 효과

하지치유가 인정되면 처음부터 적법한 행정행위가 발령된 것처럼 치유의 효과는 소급한다.

**판단여지**

**문제의 형식 : 징계위원회의 의결(구속적인 가치평가영역)**

1. 판단여지의 의의

판단여지란 불확정개념의 해석에 있어서 어떠한 사실관계가 법률요건에 해당하는가 여부에 대한 법인식의 문제로서 행정청의 판단을 존중해 줄 수밖에 없는 영역이 있는바 이런영역을 판단여지라 한다

1. 재량과의 구별

판례는 판단여지로 볼 수 있는 사안인 교과서검정사건 및 감정평가사시험불합격결정취소사건 등을 재량의 문제로 보고있으나 판단여지는 법률 요건에 대한 인식의 문제이지만 재량은 법률 효과의 선택의 문제라는 점에서 양자를 구별하는 것이 타당하다

1. 판단여지가 인정되는 영역

시험에 있어서 성적의 평가와 같은 타인이 대체할수 없는 비대체적인 결정영역

고도의 전문가로 구성된 직무상 독립성을 갖는 위원회의 결정인 구속적인 가치평가 영역

환경행정 또는 경제행정분야등 행정청이 고도의 전문가로서 내린 예측결정영역

외교 경제 사회 교통정책 등 행정정책적 결정등이 판단여지가 인정되는 영역으로 논해지고 있다.

1. 판단여지의 법적효과와 한계준수 여부

판단여지가 인정되는 범위 내에서 내려진 행정청의 판단은 법원의 통제대상이 되지 않는다. 다만 1.판단기준이 적법하게 구성되었는가 2.절차규정이 준수되었는가 3.정당한 사실관계에서 출발하였는가 4.일반적으로 승인된 평가의 척도가 침해되지 않았는가의 여부는 사법심사의 대상이 된다. 또한 판단에 있어서도 일반원칙을 준수하여야 한다.

**부관**

**문제의 형식 : 원상회복의무=부담, 기부채납=부담, 금전납부하명=부담**

1. 부관의 의의 및 종류

부관이란 행정청의 주된 행정행위의 효과를 제한하거나 의무를 부과하기 위해 부가되는 종된 규율을 부관이라고 한다. 행정행위의 효력발생 소멸여부를 불확실한 사실의 발생에 결부시키는 조건, 행정행위의 효력발생여부와는 관게없이 사인에게 작위,부작위,급부,수인의무를 부과하는 부담, 행정행위의 효력발생, 소멸여부를 확실히 도래할 사실의 발생에 결부시키는 기한과 철회권유보등이 있다.

\*\*부담은 그 자체로 행정행위이며 주된 행위 효력에 의존한다는 종속적인 면에서 부종성을 갖는 행정행위로서 부관이 된다.

1. 부관의 적법성
2. 부관의 법적근거(행정기본법 17조 1항 및 2항)

행정청은 처분에 재량이 있는 경우에는 부관을 붙일 수 있다. 행정청은 처분에 재량이 없는 경우에는 법률에 근거가 있는 경우에 부관을 붙일 수 있다.

1. 사후부관의 가능성(행정기본법 17조 3항)

사부후관이라 함은 행정행위를 한 후에 발하는 부관을 말한다. 법률에 근거가 있는 경우, 당사자의 동의가 있는 경우, 사정이 변경되어 부관을 새로 붙이거나 종전의 부관을 변경하지 아니하면 해당 처분의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우에는 그 처분을 한 후에도 부관을 새로 붙이거나 종전 부관을 변경할 수 있다

**판례** : 대법원은 법령의 근거 유보 상대방의 동의외에도 사정변경이 있는 경우까지 폭넓게 사후부관의 가능성을 인정하고 있다.

1. 부관의 내용상 한계(행정기본법 17조 4항)

해당 처분의 목적에 위배되지 아니할 것. 해당 처분과 실질적인 관련이 있을 것, 해당 처분의 목적을 달성하기 이하여 필요한 최소한의 범위일 것이어야 한다. 또한 법의 일반원칙에 반하지 않고, 부관은 이행가능하여야 하고 주된 행정행위의 본질적 효력을 해하지 아니하는 한도의 것이어야 한다.

1. 독립쟁송가능성과 쟁송형식(대상적격과 관련한 문제)
2. 소송형태

부관부행정행위 중 부관만을 취소소송의 대상으로 하는 진정일부취소소송, 형식상으로 부관부행정행위 전체를 소송대상으로 하면서 내용상으로는 부관만의 취소를 구하는 부진정일부취소소송, 형식상으로나 내용상으로 행정행위 전체취소를 구하거나 부관변경을 청구하고 거부하는 경우 거부처분취소를 구하는 소송이 있을 수 있다.

1. 학설
2. 부담만 가능하다는 견해

부담은 독립된 처분성이 있으므로 진정일부취소송으로 다투고 기타 부관은 그것만의 취소를 구하는 소송은 인정할 수 없다는 견해이다

1. 모든 부관이 가능하다는 견해

모든 부관이 독립하여 취소쟁송의 대상이 된다고 보는 견해로서 부담은 진정일부취소소송의 형태로, 부담 이외의 부관은 부진정일부취소소송이 가능하다고 본다

1. 분리가능한 부관만 가능하다는 견해

분리가능성의 판단기준은 부관없이도 적법하게 존속할수 있는지, 부관이 없는 행정행위가 공익상의 장애를 발생시키지 않을것을 든다. 분리가능성 없는 부관은 부관부 행정행위 전체에 대해 쟁송을 제기하고, 분리가능한 부담은 진정일부취소소송으로 분리가능한 기타 부관은 부진정일부취소소송이 가능하다고 보는 견해가 있다.

1. 판례

대법원은 부담만은 진정일부취소소송으로 다툴수 있도록 하되 기타부관에 대해서는 전체취소소송으로 다툴 수 밖에 없다는 입장이다. 즉 판례는 부관이 위법한 경우 신청인이 부관부행정행위의 변경을 청구하고 행정청이 이를 거부한 경우 동 거부처분의 취소를 구하는 소송을 제기할 수 있는 것으로 본다

1. 검토

판례의 태도는 기타부관에 대한 권리구제에 너무나 취약하고 분리가능성 기준으로 판단하는 것은 본안문제를 선취하는 결과를 갖는 문제점이 있다. 따라서 모든 부관이 독립쟁송하다는 견해가 타당하다

1. 독립취소가능성(본질적인 부분인 경우에는 취소불가)
2. 학설
3. 재량행위와 기속행위를 구분하는 견해

기속행위의 경우 행정청이 임의로 부관을 붙일 수 없어 독립취소가 가능하지만, 재량행위의 경우 부관이 행정행위의 본질적 요소이어서 행정청이 부관 없이는 당해 행위를 하지 않았을 것으로 판단되는 경우에는 부관만의 취소가 인정되지 않는다

1. 중요성을 기준으로 하는 견해

위법한 부관이 행정행위의 중요요소가 되지 않는 경우에는 부관만을 일부취소할 수 있지만 중요요소가 되는경우에는 부관부 행정행위 전체를 취소해야 한다고 본다.

1. 부관의 위법성을 기준으로 하는 견해

부관에 대한 취소소송의 소송물은 부관 자체의 위법성이기 때문에 부관에 위법성이 존재하면 부관만을 취소할수 있다는 견해이다.

1. 판례

위법한 부관이 부담이면 독립취소가 가능하지만 그 외의 부관에 대해 판례는 독립쟁송가능성을 부정하기 때문에 소송의 대상은 부관부행정행위 전체가 되고 독립취소가능성은 부정된다. 따라서 부담 이외의 부관은 부관이 중요부분이면 부관부행정행위 전체취소판결을 그렇지 않으면 기각판결을 해야 한다는 입장이다.

1. 검토

판례의 태도와 학설을 종합하여 중요성을 기준으로 부관이 중요부분이면 전체취소소송을 제기해야 하고, 중요부분이 아닌경우는 부관만을 일부취소하는 것이 타당하다.

**관련판례**

“행정행위의 부관은 그 자체만을 독립된 쟁송의 대상으로 할 수 없는 것이 원칙이나 부담의 경우는 다른 부관과는 달리 행정행위의 불가분적인 요소가 아니고 부담 그 자체로서 행정쟁송의 대상이 될 수 있다.”

**행정행위의 직권취소**

**문제의 형식 : 감정평가사의 자격취소**

1. 의의 및 효과(행정기본법 18조)

행정행위의 직권취소란 위법 또는 부당한 하자가 있는 행정행위를 그 행위를 발령한 처분청이 직권으로 효력을 소멸시키는 것을 말한다. 다만 당사자의 신뢰를 보호할 가치가 있는 등 정당한 사유가 있는 경우에는 장래를 향하여 취소할 수 있다.

1. 법적근거 필요여부

행정기본법18조1항은 위법 또는 부당한 처분의 직권취소를 규정하고 있다. 처분청은 자신이 한 위법 또는 부당한 처분을 명시적인 법적근거 없이 취소할 수 있는 것으로 보는 것이 판례와 다수의 견해이다

1. 직권취소의 한계
2. 침익적 행정행위의 직권취소

위법 또는 부당한 침익적 행정행위의 직권취소는 상대방에게 수익적이므로 직권취소할 수 있다.

1. 수익적 행정행위의 직권취소

수익적 행정행위의 직권취소는 상대방에게 침익적이므로 제한된다. 당사자가 입게 될 불이익과 취소로 달성되는 공익을 비교형량하여 결정하여야 한다. 다만 당사자가 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 처분을 받은 경우이거나 당사자가 처분의 위법성을 알고 있었거나 중대한 과실로 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 취소절차

직권취소처분도 행정처분이므로 행정절차법 규정에 따라 사전통지 및 의견제출의 절차를 거쳐야 한다

1. 취소의 효과

직권취소의 효과는 소급효가 원칙이나, 당사자의 신뢰를 보호할 가치가 있는 등 정당한 사유가 있는 경우에는 장래를 향하여 취소할 수 있다.

**취소의 취소**

1. 학설

취소의 취소도 행정행위인바 취소로 인해 원행정행위가 소생한다는 긍정설과 명문규정이 없는 한 동일한 처분을 해야 한다는 부정설, 제한적긍정설은 수익적행위의 경우 제3자의 이해관계가 없는 경우는 소생하지만 침익적 행위의 경우는 부정된다고 본다

1. 판례

수익적 행위인 옥외광고물설치허가사건에서 긍정한바 있으며 부담적 행위인 과세처분사건에서는 동일처분을 해야한다고 판시한 바 있다. 또한 광업권과 관련하여 제3자의 권리침해시 부정된다 하였다.

1. 검토

원행위의 소생 여부는 원행정행위의 취소이후에 형성된 법률관계와 당사자의 이익등을 구체적으로 형량하여 판단하여야 할 것이다. 따라서 판례의 태도가 합당하다.

**철회**

**문제의 형식 : 사업인정을 한 후 취소**

1. 의의 및 효과(행정기본법 제19조)

처분에 일정한 사유가 있는 경우에 그 처분의 전부 또는 일부의 효력을 장래에 향하여 소멸시키는 행위를 철회라 한다

1. 철회사유

법률에서 정한 철회사유에 해당하게 된 경우, 법령등의 변경이나 사정변경으로 처분을 더 이상 존속시킬 필요가 없게 된 경우, 중대한 공익을 위하여 필요한 경우에는 철회할 수 있다.

1. 철회권행사의 한계
2. 침익적 행정행위의 철회

침익적 행정행위의 철회는 상대방에게 수익적이므로 철회할 수 있다.

1. 수익적 행정행위의 철회

수익적 행정행위의 철회는 상대방에게 침익적이므로 제한된다. 즉 성문법과 행접법의 일반원칙 특히 신뢰보호원칙이나 비례원칙등에 위반되어서는 아니된다.

1. 철회절차

철회는 일반행정행위와 같은 절차에 따른다. 수익적 행정행위의 철회는 권리를 제한하는 처분이므로 사전통지절차, 의견제출절차등 행정절차법상의 절차에 따라 행해져야 한다.

1. 철회의 효과

원행정행위는 발령시점에서 적법하였기 때문에 철회의 효과는 장래적이다.

**철회의 취소**

1. 학설

철회의 취소도 행정행위인바 취소로 인해 원행정행위가 소생한다는 긍정설과 철회로 인해 해당 행위의 효력이 확정적으로 소멸되므로 명문규정이 없는 한 동일한 처분을 해야 한다는 부정설, 침익적 행정행위의 경우에는 부정하나 수익적행정행위의 경우에는 위법한 철회처분을 취소하여 원상을 회복할 필요가 있으므로 철회의 취소를 인정하는 견해가 있다.

1. 판례

판례는 침익적 행정행위의 철회의 경우 해당 침익적 행정행위는 확정적으로 효력을 상실하므로 철회의 취소는 인정하지 않지만. 수익적행정행위의 철회에 대하여는 취소가 가능한 것으로 본다

1. 검토

원행위의 소생여부는 원행정행위인 철회와 철회의 취소사이에 형성된 제3자의 관계를 고려함이 타당하여 판례의 태도가 합당하다.

**일부취소**

1. 일부취소 가능여부
2. 취소소송에서의 인용판결

취소소송에서의 인용판결이라 함은 취소법원이 본안심리의 결과 원고의 취소청구 또는 변경청구가 이유 있다고 인정하는 경우 해당 처분의 전부 또는 일부를 취소하는 판결을 말한다

1. 일부취소의 의미
2. 문제점

취소소송의 인용판결로 처분을 적극적으로 변경하는 것이 가능한지에 대하여 견해가 대립되고 있다. 행정소송법 제 4조 제 1호에서 취소소송을 행정청의 위법한 처분 등을 취소 또는 변경하는 소송으로 정의하고 있는데 여기에서 변경이 소극적변경(일부취소)를 의미하는지 적극적 변경을 의미하는지가 문제된다

1. 학설
2. 소극적 변경설

적극적 형성판결은 권력분립의 관점에서는 이행판결에 비해 보다 문제가 있고 현행 행정소송법이 의무이행소송을 규정하고 있지 않다는 점을 고려하여 취소소송의 변경을 소극적 변경으로서의 일부취소로 본다

1. 적극적 변경설

권력분립주의를 실질적으로 이해하면 법원이 위법한 처분을 취소하고 새로운 처분을 내용으로 하는 판결을 하는 것도 가능하다고 본다

1. 판례

판례는 현행 행정소송법상 이행형성소송을 인정하지 않으므로 ‘변경’은 소극적 변경, 즉 일부취소를 의미하는 것으로 보고 있다

1. 결어

현행 행정소송법이 의무이행소송을 도입하지 않았고 적극적 변경판결은 법원이 처분권을 행사하는 것과 같은 결과를 가져오므로 명문의 규정이 없는 한 적극적 변경은 인정하지 않는 것이 타당하다

1. 일부취소의 가능성
2. 가능한 경우

조세부과처분등과 같은 기속행위의 경우와 일부취소부분이 가분성이 있고 적법하게 부과될 정당한 부과금액이나 기간을 소송상 산정할 수 있는 가능성이 있다면 일부취소가 가능하다

1. 불가능한 경우

재량행위는 권력분립의 원칙과 행정의 1차적 처분권을 보장한다는 면에서 일부취소를 부정하며 가분성이 없거나 적법한 금액이나 기간을 산출할 수 없는 경우에는 부과처분 전부를 취소할 수밖에 없다.

1. 사안의 해결

처분이 재량인지 기속인지에 따라 일부취소의 가능성이 달라지므로 법적성질 언급이 필요하다.

**단계적 행정결정**

1. 확약
2. 의의 및 구별개념

확약이란 행정주체가 사인에 대해 일정한 행정행위의 발령 또는 불발령을 약속하는 자기구속의 의사표시이다. 확약은 구체적인 처분에 대한 구속적인 의사표시이므로 그 대상을 처분에 한정하지 않는 확언과 구별된다

1. 법적성질

다수설은 확약의 구속력을 이유로 긍정하나. 부정설은 사정변경시 확약의 종국적 구속력이 없다는 이유로 부정한다. 판례는 어업권우선순위결정을 확약으로 보면서 처분성을 부정하였다. 확약에 의해 권리의무가 발생되는바 처분성을 긍정함이 타당하다

1. 확약의 성립요건 및 구속력

정당한 권한을 가진 행정청일 것(주체), 확약의 대상이 적법하고 가능하며 확정적일 것(내용), 본 처분의 절차를 이행할 것(절차), 서면 또는 구술에 의할 것(형식) 등을 갖추어야 구속력이 발생한다.

1. 확약의 효력
2. 확약의 구속력

확약의 성립요건을 모두 충족하면 구속력이 발생한다. 즉 행정청은 확약의 내용을 이행할 법적의무를 지며 확약의 상대방은 확약내용의 이행을 행정청에게 요구할 수 있다.

1. 확약의 실효

판례는 확약이 있은후 법률적 사실적 사정변경이 발생하였다면 행정청의 별다른 의사표시 없이도 실효된다고 하여 구속력배제를 인정하고 있다. 또한 행정절차법 40조의2 4항은 확약을 한 후 확약을 이행할수 없을 정도로 법령등이나 사정이 변경된 경우, 확약이 위법한 경우 확약에 기속되지 아니한다고 규정한다.

1. 권리구제

행정청이 확약내용을 이행하지 않으면 현행법상 의무이행소송이 허용되지 않으므로 상대방은 확약의 이행을 청구하고 거부처분이나 부작위에 대하여 의무이행심판, 부작위위법확인소송, 거부처분취소소송을 제기할 수 있다. 확약의 불이행으로 손해가 발생한 경우에는 손해배상청구가 가능하다 다만 판례는 확약의 처분성을 부정한다.

**사실행위**

1. 의의

사실행위란 일정한 법적효과의 발생을 목적으로 하지 않고 어떠한 사실상의 효과 및 결과의 실현을 목적으로 하는 행위를 말한다. 권력적사실행위는 대집행실행, 행정조사등 행정주체가 우월적인 지위에서 행하는 것으로 공권력 행사의 실체를 가지는 것을 말하고 비권력적 사실행위란 도로청소, 행정지도등과 같이 공권력 행사의 실체를 갖지 않는 사실행위를 말한다.

1. 행정쟁송 제기 가능여부
2. 학설

권력적 사실행위 및 사실상 강제력을 미치는 비권력적 사실행위는 국민의 권리와 의무에 영향을 미치므로 항고소송의 대상이 된다고 보는 긍정설과 권력적 사실행위에 결합되어 있는 수인하명이 항고소송의 대상이 된다는 수인하명설, 사실행위는 항고소송의 대상이 되지 않으며 당사자소송을 도모해야 한다는 부정설이 있다.

1. 판례

대법원은 권력적 사실행위라고 보여지는 단수조치를 처분에 해당한다고 본바 있으며, 헌법재판소는 수형자의 서신을 교도소장이 검열하는 행위는 권력적 사실행위로서 행정심판이나 행정소송의 대상이 되는 처분으로 볼 수 있다고 하여 처분성을 인정하고 있다.

1. 검토

처분의 개념정의에 비추어 국민의 권리와 의무에 영향을 미치는 경우에는 권리보호의 필요성을 이유로 항고소송의 대상이 되는 것으로 보는 것이 타당하다.

**행정지도**

1. 의의

행정청이 행정목적을 실현하기 위하여 특정인에게 지도 권고 조언등을 하는 행정작용으로서 비권력적 사실행위를 말한다.

1. 법적성질 및 근거

행정지도는 상대방의 임의적 협력을 통해 사실상 효과를 기대하므로 법적효과발생을 목적으로 하는 것이 아니기에 비권력적 사실행위라고 보아야 할 것이다. 또한 이는 침익적이라고 보기 어려워 법적 근거가 필요없다고 보는 것이 다수의 견해이다.

1. 행정지도의 한계
2. 임의성의 원칙

행정지도는 그 목적달성에 필요한 취소한도에 그쳐야 하며 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니된다(행정절차법 48조 1항)

1. 불이익조치금지의 원칙

행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 불이익한 조치를 하여서는 아니된다(행정절차법 48조 2항)

1. 행정쟁송 가능여부
2. 학설

임의적 협력을 구하는 비권력적 행위인바 처분성을 부정하는 부정설과 사실상 강제력을 갖고 국민의 권익을 침해하는 경우에는 처분성을 인정할수 있다는 제한적 긍정설이 있다.

1. 판례

권고적 성격의 행위는 특정인의 법률상의 지위에 변동을 가져오는 처분으로 볼 수 없다고 판시한 바 있다.

1. 검토

일반적으로 행정지도의 처분성을 부정하므로 행정지도가 아닌 불이익처분을 대상으로 소를 제기해야 한다. 다만 예외적으로 국민의 권리 의무에 직접적인 영향을 미치는 경우에는 항고소송의 대상이 된다고 보아야 한다

**행정조사**

1. 의의 및 법적성질

행정조사란 행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위하여 현장조사등을 하거나 조사대상자에게 보고요구 등을 행하는 활동을 말한다(행정조사기본법 제2조 1호) 이는 수인의무를 부과하는 권력적 사실행위이다 이는 행정조사기본법에 근거를 두며, 개별법에 근거를 두는 경우도 있다.

1. 행정조사의 한계
2. 실체법상 한계

행정조사는 조사목적을 달성하는데 필요한 취소한의 범위안에서 실시하여야 하며 다른 목적등을 위하여 조사권을 남용하여서는 아니된다(행정조사기본법 4조)

1. 절차법적 한계(적법절차의원칙)

상대방의 신체나 생명 및 재산에 실력을 가하여야 하는 경우에는 영장주의가 적용된다. 다만 긴급을 요하는 불가피한 경우에는 그러하지 아니하다.

**행정조사에서 실력행사가 가능한지 여부**

1. 학설

상대방의 거부 방해가 있을경우 실정법이 직접적 강제수단을 규정하지 않고 영업허가의 철회 벌칙등의 규정을 마련한 취지를 근거로 하여 부정하는 견해와 비례원칙에 어긋나지 않는한 행정조사범위안에 포함된다는 긍정설이 있다

1. 검토

부정설은 법치국가에서 법률적 근거 없는 실력행사는 용인할 수 없다고 하지만 행정조사는 권력적 사실행위로서 하명적 요소를 포함하는 것이므로 비례원칙에 어긋나지 않는다면 행정조사범위안에서는 실력행사를 할 수 있다고 봄이 타당하다.

**위법한 행정조사와 행정행위의 효력**

1. 학설

양자는 하나의 과정을 구성하고 있고 적법절차 원칙에 비추어 위법한 절차에 기초한 행정행위는 위법하다는 견해와 행정조사와 행정행위는 별개의 행위이므로 행정조사의 위법이 행정행위의 위법성사유가 되지 않는다는 견해가 있다.

1. 판례

판례는 부정한 목적을 위한 조사와 위법한 중복세무조사에 기초하여 이루어진 과세처분은 위법하다고 판시한바 있다

1. 검토

적법절차의 원칙에 비추어 행정조사의 절차상 하자가 있는 경우에는 그에 기초한 행정행위도 위법한 것으로 보아야 할 것이다

**인허가의제제도**

1. 의의

인허가의제란 주된 인허가를 받으면 법률로 정하는 바에 따라 그와 관련된 여러 인허가를 받은 것으로 보는 것을 말하다(행정기본법 24조 1항)

1. 법적 근거

인허가의제는 행정기관의 권한변경을 가져온다 따라서 행정조직법정주의에 비추어 인허가의제는 개별법률에서 명시적으로 규정되는 경우에만 인정된다

1. 인허가의제의 절차

주된인허가를 신청할 때 관련 인허가에 필요한 서류를 제출해야 하며 주된인허가 행정청은 주된 인허가를 하기 전에 관련인허가에 관하여 미리 관련 인허가행정청과 협의해야 한다(행정기본법 24조)

1. 집중효의 정도
2. 절차집중과 실체집중

절차집중이란 주된 인허가행정청이 관련 인허가 행정청이 준수해야 하는 절차요건에 구속되지 않는 것을 말하고, 실체집중이란 주된 인허가행정청이 관련 인허가 행정청이 준수해야 하는 실체적요건에 구속되지 않는 것을 말한다.

1. 판례

판례는 의제되는 법률에 규정된 이해관계인의 의견청취절차를 생략할 수 있다고 하여 절차집중을 인정하고 있다.

1. 검토

행정기본법 제 24조 제5항은 협의를 요청받은 관련 인허가 행정청은 해당 법령을 위반하여 협의에 응해서는 아니된다. 다만 관련 인허가에 필요한 심의등 절차에 관하여 법률에 인허가의제시에도 해당 절차를 거친다는 명시적인 규정이 있는 경우에는 이를 거친다고 규정한다. 즉 24조 5항은 실체집중은 부정한 반면 단서에서 절차집중을 긍정하고 있다.

1. 인허가의제의 효과

협의가 된 사항에 대해서는 주된 인허가를 받았을 때 관련 인허가를 받은 것으로 본다. 그리고 인허가의제의 효과는 주된인허가의 해당법률에 규정된 인허가에 한정된다

**의제되는 허가의 소송 대상적격 인정여부(제3자의 원고적격 쟁점도 항상 검토)**

1. 견해대립
2. 부정설

의제되는 인허가는 의제되는 것에 불과하여 주된 인허가의 인용처분만 있고 의제되는 인허가의 인용처분은 실제로 존재하지 않는다고 본다

1. 긍정설

허가가 의제된다는 것은 실제로는 인허가를 받지는 않았지만 법적으로는 인허가를 받은 것으로 본다는 것이므로 의제되는 인허가가 실재하는 것으로 본다

1. 판례

주된 인허가로 의제된 인허가는 통상적인 인허가와 동일한 효력을 가지므로 의제된 인허가의 취소나 철회가 허용된다. 의제된 산지전용허가취소가 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 본다 또한 주택건설사업계획승인에 의제된 인허가가 위법함을 다투고자 하는 이해관계인은 의제된 인허가의 취소를 구해야 하며 의제된 인허가는 주택건설사업계획승인처분과 별도로 항고소송의 대상이 되는 처분이다.

1. 검토

현재의 인허가의제제도는 실체집중을 부정하고 의제되는 인허가를 법률상 의제하고 있으므로 의제되는 인허가가 법률상 실재하는 것으로 보는 것이 타당하다.

**관련판례**

**“군수가 산지전용허가등이 의제되는 사업계획을 승인하면서 산지전용허가 취소를 통보하고 사업계획승인을 취소한 사안에서 산지전용허가취소는 군수가 의제된 산지전용허가의 효력을 소멸시킴으로써 갑 회사의 구체적인 권리 의무에 직접적인 변동을 초래하는 행위로 보이는 점등을 종합하면 의제된 산지전용허가 취소가 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다.”**

**선결문제**

**: 선결문제 논의에 앞서 하자가 당연무효일시 무효임을 전제로 판단이 가능하므로 하자가 취소사유인지 무효인지 판단하기 위해 하자의 위법성 정도 검토가 필요**

1. 문제점

행정소송법 제 11조 1항에서 민사법원은 처분 등의 효력 유무 및 존재 여부를 심사할수 있다고 규정하나 단순위법(취소사유인)경우에 대해서는 규정하고 있지 않으므로 민사법원이나 형사법원이 단순위법을 확인하거나 위법한 행위의 효력을 부인할 수 있는지가 문제된다

1. 선결문제의 의의

선결문제란 소송의 본안사건 판단을 위해서 필수적으로 전제가 되는 문제를 말하며 민사법원이나 형사법원의 행정행위의 효력유무, 위법유무, 존재유무등을 심리할수 있는가에 대한 문제로 나타나게 된다.

1. 공정력과 구성요건적 효력
2. 공정력

행정행위는 당연무효가 아닌 한 권한을 가진 기관에 의해 취소될 때까지 행위의 상대방이나 제 3자가 그 효력을 부인할수 없는 일종의 구속력을 발생

1. 구성요건적효력

유효한 행정행위가 존재하는 한 모든 행정기관과 법원은 그 행정행위와 관련된 자신들의 결정에 해당 행위의 존재와 효과를 인정해야 하고 그 내용에 구속되는데 이와 같은 구속력을 구성요건적 효력이라고 한다.

1. 검토

공정력은 상대방에 대한 구속력이며 제 3자에 대한 구속력은 구성요건적 효력으로 봄이 타당하다

1. 민사사건과 선결문제
2. 행정행위의 효력유무가 쟁점인 경우(부당이득반환소송)

“행정처분이 당연무호임을 전제로 민사소송을 제기한 때에는 행정처분이 당연무효인지여부가 선결문제이므로 법원은 이를 심사하여 행정처분의 하자가 중대명백하여 당연무효일때에는 이를 전제로 판단할 수 있으나 단순취소사유일때에는 법원은 그 효력을 부인할 수 없다”

* **참고판례)**

부당이득반환소송을 민사소송으로 본다면 법원은 민법 제 741조에 따라 국가등이 법률상 원인 없이 상대방에게 손해를 가하고 있는지를 판단해야 한다. 따라서 법률상 원인 없음과 관련하여 처분이 무효 또는 유효인지를 본안을 판단할 수 있다는 것이 다수의 견해이다. 다만 법원은 구성요건적 효력으로 유효한 행정행위의 효력을 부정할 수 는 없다. 따라서 행정행위가 단순위법하여 여전히 효력이 있다면 법률상 원인 없는 것이 아니므로 부당이득반환청구는 기각될 것이다.

1. 행정행위의 위법여부가 쟁점인 경우(국가배상소송)
2. 학설

행정소송법 제 11조1항은 처분의 효력유무 또는 존재여부만을 규정한다고 제한적 해석하고, 행정사건 심판권은 행정법원이 관할해야 하기 때문에 민사법원은 위법성에 대한 판단권이 없다는 견해와 행정소송법 제 11조 1항을 예시적으로 해석하고, 민사법원이 위법성을 확인해도 효력을 부정하는 것이 아니므로 구성요건적 효력에 저촉되지 않음을 근거로 한다.

1. 판례

계고처분이 위법임을 이유로 손해배상을 청구한 사안에서 행정처분의 취소판결이 있어야만 손해배상을 청구할 수 있는 것은 아니라고 보아 긍정설을 취하고 있다.

1. 검토

민사법원이 본안을 인용하는 판결을 하더라도 행정행위의 효력은 유지되며 부정되지 않기 때문에 위법성을 판단할 수 있다는 긍정설이 타당하다.

1. 형사사건과 선결문제
2. 행정행위의 효력유무가 쟁점인경우
3. 학설

다수설은 형사법원은 행정행위의 구성요건적 효력으로 인해 효력 부인 불가하다고 보나 일설은 피고인의 인권보장 고려해야 하고 신속한 재판을 받을 권리가 보장되어야 한다는 형사소송의 특수성을 이유로 형사재판은 구성요건적효력이 미치지 않는다고 본다

1. 판례

미성년자라서 결격자인 피고인의 운전면허는 당연무효가 아니고 취소가 되지 않는 한 유효하므로 무면허운전에 해당하지 않는다하여 부정설을 취하고 있다.

1. 검토

명문의 규정이 없는한 인권보장을 위해 효력을 부인할수 있는 것으로 보는 것이 타당하다

1. 행정행위의 위법여부가 쟁점인경우
2. 학설

행정소송법 제 11조1항은 민사법원에 대한 처분의 효력유무 또는 존재여부만을 규정한다고 제한적 해석하고, 행정사건 심판권은 행정법원이 관할해야 하기 때문에 형사법원은 위법성에 대한 판단권이 없다는 견해와 행정소송법 제 11조 1항을 예시적으로 해석하고, 형사법원이 위법성을 확인해도 효력을 부정하는 것이 아니므로 구성요건적 효력에 저촉되지 않음을 근거로 한다.

1. 판례

토지소유자가 아닌 임차인이 토지소유자의 동의도 없이 불법형질변경을 하였는데도 구청장이 토지소유자에게 원상복구시정명령을 하여 이를 불이행함으로써 토지소유자가 기소된 사안에서 토지의 형질을 변경한 자도 아닌 자에 대한 원상복구 시정명령은 위법하다고 할 것이다’고 하여 선결문제로서 위법확인이 가능하다고 본다

1. 검토

형사법원이 행정행위의 위법성을 심리함은 그 처분의 효력을 부정하는 것이 아니므로 선결문제로서 행정행위의 위법성을 판단할 수 있다는 적극설이 타당하다.

**판결 쟁점**

**기속력**

1. 기속력의 의의 및 취지(행정소송법 제 30조)

기속력이란 행정청에 대하여 판결에 취지에 따라 행동하도록 당사자인 행정청과 그 밖에 관계행정청을 구속하는 효력을 말한다 이는 인용판결의 실효성을 확보하기 위하여 인정된 제도이며 인용판결에 한하여 인정되며 기각판결에는 인정되지 않는다.

1. 구별개념 및 성질

기속력은 기판력과 동일하다는 기판력설이 있지만 기속력은 인용판결에서의 효력이지만 기판력은 인용과 기각판결에서의 효력이라는 점, 기속력은 당사자인 행정청과 관계행정청에 미치지만 기판력은 당사자와 후소법원에 미친다는 점, 기속력은 구체적 위법사유에 관한 판단에 미치지만 기판력은 소송물에 관한 판단이 미친다는 점에서 양자는 상이하므로 기속력은 기판력과 구분되는 특수효력설이 타당하다.

1. 내용

판결에 취지에 저촉되는 처분을 해서는 안되는 반복금지효 거부처분의 취소인 경우에는 이전신청에 대한 재처분을 해야하는 의무 처분에 의해 초래된 위법상태를 제거할 원상회복의무를 내용으로 한다

1. 기속력의 인정범위
2. 객관적 범위

기속력은 주문 및 이유에서 판단된 처분등의 구체적 위법사유에 미친다. 구체적 위법사유는 주문 및 이유에서 판단된 위법사유와 기본적 사실관계가 동일한 사유를 말한다.

1. 주관적 범위

기속력은 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다 취소된 처분등을 기초로 하여 그와 관련되는 처분이나 부수되는 행위를 할 수 있는 행정청을 총칭하는 것이라고 할 것이다.

1. 시간적 범위

처분의 위법여부 판단시점은 처분시이기 때문에 기속력은 처분 당시까지 존재하던 사유에 대하여만 미치고 그 이후에 생긴 사유에는 미치지 아니한다.

1. 기속력 위반의 효과

소송법상 기속력은 강행규정이므로 이에 대한 위법은 그 하자가 중대 명백하여 당연 무효라고 본다

|  |
| --- |
| 행정소송법 30조 |
| 1. : 처분등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다 |
| 1. 판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다 |
| 1. 2항의 규정은 신청에 따른 처분이 절차의 위법을 이유로 취소되는 경우에 준용한다 |

구체적 사안해결 논의(사안포섭시 활용)

1. 반복금지 위반 여부

처분이후의 사유 > 기속력에 반하지 않음 = 처분가능

처분이전의 사유 > 기본적사실관계에 동일성이 없는 경우 기속력에 반하지 않음 = 처분가능

1. 재처분의무

재량행위인 경우 재량권의 일탈 남용이 없는 재량권행사를 의미하고 기속행위인 경우 특정처분을 할 법령상 의무의 위반을 시정하는 것을 의미한다. 절차상 위법인 경우 절차상 하자를 시정하고 동일처분을 할 수도 있고 다른 처분을 할 수도 있다. 승소판결후 상당기간 경과전에 법령이 개정된 경우 개정법령을 들어 이전의 신청에 대한 거부처분을 할 수 있으나 상당기간이 경과하고 행정청에게 귀책사유를 인정할수 있는 경우 개정법령에 근거한 새로운 거부처분은 기속력에 반한다.

**재처분의무 기속력 관련 판례**

“행정처분의 적법여부는 그 행정처분이 행하여진 때의 법령과 사실을 기준하여 판단하는 것이므로 거부처분 후에 법령이 개정 시행된 경우에는 개정된 법령 및 허가기준을 새로운 사유로 들어 다시 이전의 신청에 대한 거부처분을 할 수 있으며 그러한 처분도 행정소송법 제 30조 제2항에 규정된 재처분에 해당한다.”

**간접강제**

1. 간접강제의 의의(행정소송법 제 34조)

거부처분취소 또는 부작위위법확인판결에 따른 재처분의무를 이행하지 않는 경우에 손해배상의무를 부과하여 재처분의무를 간접적으로 강제하는 제도이다 판결의 실효성을 확보함에 제도적 취지가 인정된다

1. 요건

거부처분취소판결등이 확정될 것 ,재처분의무를 이행하지 않는 경우 일 것을 요건으로 하고 1심수소법원은 당사자의 신청에 의한 결정으로써 상당한 기간을 정하고 행정청이 그 기간 내에 이행하지 아니하는 때에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상할 것을 명할수 있다.

1. 절차

간접강제 결정에도 불구하고 당해 행정청이 판결의 취지에 따른 처분을 아니하는 경우에 신청인은 그 간접강제 결정을 집행권으로 하여 집행문을 부여받아 이행강제금을 강제집행할수 있다.

1. 인정범위

무효등 확인소송의 경우 준용되는지에 견해의 대립이 있으나 판례는 명문규정이 없음을 이유로 부정한다

1. 배상금의 성질과 추심

판례는 “배상금을 재처분지연에 대한 손해배상이 아니라 이행에 대한 심리적강제수단으로 보며 일정기간 경과시에 금전채권의 집행방법으로 추심하나 기간경과후 재처분이 있는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 심리적 강제를 꾀할 목적이 상실되어 더 이상 배상금 추심을 할 수 없다고 한다”

**간접강제에 대한 불복가능여부**

재처분의무 위반에 대해 간접강제가 가능하다 다만 행정소송법은 간접강제결정에 대한 불복규정을 두고 있지 않아 민사집행법 261조에 따라 즉시항고를 할수 있다.

**관련판례)**

거부처분취소판결이 있음에도 행정청이 재처분을 하지 않거나 재처분을 하였다 해도 그것이 기속력에 반하는등으로 당연무효라면 이는 아무런 재처분을 하지 아니하는 때와 마찬가지라 할 것이므로 이러한 경우에는 간접강제신청에 필요한 요건을 갖춘것으로 보아야 한다

**판결의기속력(재처분의무의 내용)**

**본안심리범위**

1. 심리의 범위
2. 학설
3. 절차적 심리설

부작위의 위법여부만을 심리하여야 한다. 행정청이 어떠한 처분을 해야하는지 처분의 내용을 판단하게 된다면 이는 의무이행소송을 인정하는 결과가 된다. 따라서 신청에 대한 응답여부만을 심리하게 된다

1. 실체적 심리설

법원은 행정청의 특정 작위의무 존재까지 심리하여 행정청의 처리방향을 제시해야 한다는 견해이다. 일정한 처분의무를 신청에 대한 처분발급의무로 본다.

1. 판례

부작위위법확인소송은 행정청의 부작위 내지 무응답이라고 하는 소극적인 위법사애를 제거하는 것을 목적으로 하는 것이라고 하여 절차적 심리설을 취한다

1. 검토

판례의 태도가 타당하다. 부작위위법확인소송은 소극적인 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 하는 것이므로 절차적 심리설이 타당하다.

1. 위법판단의 기준

소계속 중 처분의 발급이나 거부처분이 있게 되면 소의 이익이 결여되어 각하되므로 판결시를 기준하여 부작위의 위법상태가 존재하는지를 판단해야 한다

**재처분의무의 내용(판결의 취지)**

1. 학설
2. 절차적 심리설

판결의 취지는 부작위의 위법을 시정하여 어떠한 처분이라도 하라는 것이므로 단순히 신청에 대한 응답의무로만 족하다고 한다. 따라서 다시 거부하더라도 기속력에 반하지 않는다

1. 실체적 심리설

판결의 취지는 특정의 처분을 하라는 것이므로 기속행위의 경우는 사인이 신청한대로 처분을 하는 것이고 재량행위의 경우에는 하자 없는 재량권을 행사할 의무라고 한다

1. 검토

본안심리범위와 관련된 문제로서 현행 행정소송법이 단순한 응답의무만 심리한다 볼 때 절차적 심리설이 타당하다.

1. 간접강제의 가능성

부작위에 대한 인용판결이 있는 경우 판결의 기속력에 따라 재처분의무가 발생하며 간접강제도 가능하다. 다만 절차적 심리설이 다수이기 때문에 형식적 기속력만 발생하며 행정청이 거부하였더라도 이는 재처분을 이행하는 것이며 간접강제를 신청할수 없다.

**처분사유의 추가변경**

1. 처분사유의 추가변경의 의의 및 구별개념

처분시에 존재하였으나 처분의 근거로 제시하지 않았던 법적 또는 사실적 사유를 소 계속중에 추가 또는 변경하는 것을 말한다. 처분사유 추가변경은 행정쟁송, 실질적 적법성의 문제이나 하자의 치유는 행정절차, 형식적 적법성의 문제로써 양자는 구별된다.

1. 소송물과 처분사유의 추가변경

소송물을 개개의 위법성사유로 보면 처분사유의 추가변경은 소송물의 추가변경이므로 원칙적으로 불가하다 따라서 처분사유추가변경은 위법성 일반의 소송물 범위 내에서 논의되어야 한다

1. 인정여부
2. 학설

국민의 공격방어권 침해를 이유로 부정하는 견해와, 소송경제측면에서 긍정하는 견해, 처분의 상대보호와 소송경제의 요청을 고려할 때 제한적으로 긍정하는 견해, 행정행위 행정쟁송 유형 등에 따라 개별적으로 판단하는 견해가 있다.

1. 판례

실질적 법치주의와 행정처분의 상대방인 국민의 신뢰보호견지에서 기본적 사실관계의 동일성이 인정되는 경우에 제한적으로 긍정하고 있다 처분의 사실관계에 변경이 없는 경우에는 처분의 근거법령만을 추가변경하거나 구체화하는 것은 가능하다

1. 검토

국민의 권리보호 필요성과 소송경제를 도모하기 위해 판례의 태도에 따라 기본적 사실관계의 동일성이 인정되는 경우에 한하여 긍정함이 타당하다

1. 인정범위
2. 처분당시 객관적으로 존재하였던 사실일 것

통설 및 판례는 처분시를 기준으로 위법성을 판단하고 있으므로 이에 따를 때 처분시에 객관적으로 존재하였던 사유만이 처분사유의 추가 변경의 대상이 된다 처분 후에 발생한 사실관계나 법률관계는 대상이 되지 않는다 또한 사실심변론종결시까지만 허용된다.

1. 기본적 사실관계의 동일성(동일한 목적인지를 기준으로 판단)

통설 및 판례는 **법률적 평가이전의 사회적 사실관계의 동일성을 기준하여 시간적 장소적 근접성, 행위의 태양 결과등을 종합 고려하여 판단하여야 한다고 본다**

1. 재량행위의 경우

재량행위에서 처분이유의 사후변경도 분쟁대상인 행정행위가 본질적으로 변경되지 않음을 전제로 하는 것이므로 재량행위에서도 인정함이 타당하다

1. 법원의 판단

긍정시 법원은 변경된 사유를 기준으로 본안심사를 하고 그렇지 않은 경우에는 당초 사유를 기준해야 한다. 처분사유추가변경이 허용되어 처분의 적법성이 인정되는 경우에는 소를 취하할 기회를 부여하여야 하며 소송비용의 일부를 피고가 부담하는 것으로 보아야 한다

**처분사유 추가변경 관련 쟁점**

“처분청이 처분 당시에 적시한 구체적 사실을 변경하지 아니하는 범위 내에서 단지 그 처분근거법령만을 추가 변경하거나 당초의 처분사유를 구체적으로 표시하는 것에 불과한 경우에는 새로운 처분사유를 추가하거나 변경하는 것이라고 볼 수 없다’ = 처분사유의 추가변경 가능

**거부처분 후 법령개정된 경우 처분사유의 추가변경에 해당되는지**

시간적 범위(시적 범위)(처분후 법령이 개정된 경우)

만약 소송도중 피고인 행정청이 추가·변경한 처분사유가 처분시 이후에 발생한 사유(개정된 법령 등)일 경우, 처분사유의 추가·변경이 허용될 수 있는지 여부는 취소소송에서의 위법판단 기준시를 어디로 볼 것인가에 따라 달라질 것이다. 위법판단의 기준시에 관하여 통설 및 판례인 처분시설을 취하는 경우 위법성 판단은 처분시를 기준으로 하므로 추가·변경 사유는 처분시에 객관적으로 존재하는 사유여야 한다. 처분이후에 발생한 새로운 사실적·법적사유를 추가 변경할 수는 없다.

**기판력**

1. 기판력의 의의

기판력이란 판결이 확정된 후 동일 사건이 소송상 문제가 되었을 때 소송당사자는 전소에 반하는 주장을 할 수 없고, 후소법원도 전소에 반하는 판결을 할 수 없는 효력을 말한다. 이는 소송절차의 무용한 반복을 방지하고 법적안정성을 도모함에 취지가 인정된다. 이는 판결의 형식적 확정력의 존재를 항상 전제로 한다. 형식적 확정력이란 상소를 포기하거나 기간의 경과로 인하여 더 이상 판결을 다툴수 없는 구속력을 의미한다

1. 기판력의 내용

당사자는 동일소송물을 대상으로 소를 제기할 수 없으며(반복금지효), 후소에서 당사자는 전소에 반하는 주장을 할 수 없고 법원은 전소에 반하는 판결을 할 수 없다(모순금지효)

1. 기판력의 범위
2. 주관적 범위

판결의 기판력이 미치는 인적범위는 소송의 당사자와 그 승계인과 보조참가자에게만 미치며 제3자에게는 미치지 않는다. 판례는 관계 행정청에도 미치는 것으로 보고 있다

1. 객관적 범위

판결의 기판력은 그 법적범위에 있어서 소송물과 판결의 주문에 포함된 것에 한하여 인정된다(민사소송법216조) 다수와 판례는 소송물을 위법상 일반으로 보므로 기판력은 판결의 주문에 적시된 위법성 일반에 한하여 인정된다.

1. 시간적 범위

판결의 기판력이 미치는 시간적 범위의 문제는 기판력이 어느 시점에서의 확정된 사실 및 법률관계에 관하여 효력을 발생하는가에 관한 것이다. 이에 대해서는 판결을 내리는데에 근거가 되는 자료의 제출시한이 사실심변론종결시까지이므로 이 시점을 기준으로하여 발생한다고 본다

1. **기판력과 국가배상소송**
2. 학설
3. 기판력긍정설

취소소송에서의 위법과 국가배상소송에서의 위법이 동일한 개념이라고 보면 취소판결 및 기각판결의 기판력은 국가배상소송에 미친다고 본다

1. 제한적긍정설

국가배상청구소송의 위법개념을 취소소송의 위법개념보다 넓은 개념으로 본다면 인용판결의 기판력은 국가배상소송에 미치지만 기각판결의 기판력은 국가배상소송에 미치지 않는다고 본다

1. 기판력 부정설

국가배상청구소송의 위법개념을 취소소송의 위법과 다른개념으로 본다면 취소판결의 기판력은 국가배상청구소송에 미치지 않는다고 본다

1. 판례

어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 기판력에 의해 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없다

1. 검토

항고소송에서 위법성 인정의 기판력은 항고소송의 위법과 국가배상의 위법이 동일한 경우에 국가배상소송의 위법성판단에는 미치지만 과실판단에는 미치지 않으므로 제한적 긍정설이 타당하다.

1. 국가배상판결의 취소소송에 대한 기판력

국가배상소송의 처분의 위법 또는 적법의 판단은 취소소송에 기판력을 미치지 아니한다. 국가배상소송에서의 소송물은 국가배상청구권의 존부이고 취소소송의 소송물은 처분의 위법성 일반인바 소송물도 다르고 선결관계가 되지 않기에 기판력이 미치지 아니한다.

**\*\*관련문제**

취소소송의 소송물은 위법성 일반 즉 법규위반이고 국가배상소송에서의 위법의 개념은 행위위법설중 이원설로서 법령위반뿐만 아니라 행위의 태양도(손해방지의무 위반등) 포함한다고 보아 광의의 입장이므로 취소소송의 인용판결의 기판력은 국가배상소송에 미치지만 기각판결은 국가배상소송에 미치지 않는다 보아야 한다.

**사정판결**

1. 사정판결의 의의(행정소송법 제 28조)

**원고의 청구가 이유있는 경우에도 처분 등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 법원은 원고의 청구를 기각할수 있는바 이를 사정판결이라고 한다**

1. 사정판결의 요건
2. 원고의 청구가 이유 있을 것

원고의 청구는 행정청의 처분이 위법하다는 것이므로 원고의 청구가 이유 있다는 것은 행정청의 처분이 위법한 경우를 말한다

1. 처분 등을 취소함이 현저히 공공복리에 적합하지 않을 것

위법한 처분을 취소하지 않고 방치함으로써 발생하는 공익침해의 정도보다 위법한 처분을 취소함으로써 발생하는 새로운 공익침해의 정도가 월등히 큰 경우라 할 것이다. 그리고 공익성 판단의 기준시점은 처분시설이 아니라 변론종결시를 기준으로 한다

1. 당사자의 주장 없이도 사정판결이 가능한지

판례는 행정소송법 26조를 근거로 당사자의 명백한 주장이 없는 경우에도 기록에 나타난 여러 사정을 기초로 직권으로 사정판결을 할 수 있다고 본다

1. 인정범위

판례는 ‘당연무효의 행정처분을 소송목적물로 하는 행정소송에서는 존치시킬 효력이 있는 행정행위가 없기 때문에 사정판결을 할 수 없다’고 판시하였다.

1. 법원의 조치
2. 사정조사

사정판결을 함에 있어서는 미리 원고가 그로 인하여 입게 될 손해의 정도와 배상방법 그 밖의 사정을 조사하여야 한다(행정소송법 제 28조 2항)

1. 처분이 위법함을 주문에 명시

사정판결을 하는 경우에 그 처분의 위법함을 주문에 명시하여야 한다(행정소송법 제 28조 1항 후문) 이는 처분의 위법함에 대한 **기판력**이 미치게 하기 위한 것이다 이를 명시함이 없이 청구를 기각함은 위법하다

1. 소송비용의 피고부담

사정판결에 의하여 원고의 청구를 기각하는 경우에 그 소송비용은 피고의 부담으로 한다(행정소송법 제 32조)

1. 구제방법의 병합

원고는 피고인 행정청이 속하는 국가 또는 공공단체를 상대로 손해배상, 재해시설의 설치, 그 밖의 적당한 구제방법의 청구를 당해 취소소송 등이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다.

**문제구성시**

사정판결은 처분이 위법한대도 원고의 청구를 기각하는 것이므로 처분이 위법함을 목차에서 보여주어야 한다.

**무효등확인소송**

1. 의의 및 성질

무효등확인소송이란 행정청의 처분이나 재결의 효력유무 또는 존재여부의 확인을 구하는 소송으로서 항고소송과 확인소송의 성질을 아울러 갖는다. 무효등확인소송에는 처분등의 무효 유효 또는 존재 부존재이며 실효확인소송이 포함된다

1. 무효등확인소송에서의 협의소익
2. 협의소익의 의의 및 취지

협의소익은 본안판결을 받을 현실적 필요성을 말한다 협의소익은 원고적격과 함꼐 소송요건이 되며 이는 남소방지와 충실한 본안심사를 통해 소송경제를 도모함에 취지가 인정된다.

1. 무효등 확인을 구할 법률상 이익의 의미
2. 법률상 이익의 의미

무효등 확인을 통해 구제되는 기본적인 법률상 이익뿐만 아니라 부수적인 이익도 포함된다고 보는 것이 다수 및 판례의 견해이다

1. 확인의 이익이 요구되는지 여부
2. 확인의 이익의 의미

확인의 이익이란 확인소송이 아닌 다른 권리구제수단이 있는 경우에는 확인소송이 인정되지 않는다는 것으로 확인소송의 보충성이라고 한다. 민사소송에서는 즉시확정의 이익이 요구되나 행정소송인 무효등확인소송에서 요구되는지 문제된다

1. 학설

긍정설은 행정소송법 35조는 원고적격 뿐만 아니라 권리보호필요성도 포함하며 민사소송에서 확인의 이익을 요구하므로 무효등확인소송에서도 요구된다고 본다 부정설은 행정소송법 35조 법률상 이익은 원고적격의 범위에 대한 것이며 무효등확인소송에서 기속력을 준용하므로 확인판결 자체로 실효성 확보가 가능하다고 본다.

1. 판례

종전 판례는 확인소송의 보충성을 요구하였으나 최근 판례는 행정소송은 민사소송과 목적 취지 기능을 달리하고 확정판결의 기속력으로 판결의 실효성을 확보할 수 있고 보충성 규정의 명문규정이 없으며 행정처분의 근거법률에 의하여 보호되는 구체적 직접적 이익이 있는 경우에는 무효확인을 구할 법률상 이익이 있다고 보아야 한다고 하여 보충성이 요구되지 않는다고 판시하였다

1. 검토

무효등확인소송에서 원고가 소권을 남용한다면 법원은 권리보호필요성의 일반원칙으로 통제가 가능하므로 문제되지 않는다 따라서 즉시확정의 이익은 요구되지 않는다는 것이 타당하다.

1. 무효등 확인소송에서의 협의의 소익

처분의 효력이 소멸한 경우, 처분 후의 사정에 의해 이익침해가 해소된 경우 및 위법한 처분의 무효확인을 하더라도 원상회복이 불가능한 경우에는 무효확인을 구할 이익이 없으나 회복되는 부수적 이익이 있는 경우에는 소의 이익이 인정된다.

**관련판례**

“별도의 협의취득 절차에 따라 토지에 관하여 소유권이전등기가 마쳐진 것이라면 갑이 수용재결의 무효확인 판결을 받더라도 토지의 소유권을 회복시키는 것이 불가능하고 나아가 무효확인으로써 회복할 수 있는 다른 권리나 이익이 남아 있다고도 볼 수 없다”

**소송의 심리(입증책임)**

1. 학설
2. 법률요건분배설

민사소송법상 입증책임분배의 원칙에 따라야 한다는 견해이다. 소송 당사자는 자기에게 유리한 사실의 존재에 대하여 입증책임을 부담하게 된다

1. 원고책임설

무효등확인소송은 제소기간의 제한이 없는 점, 행정기관의 서류보존 기간 등이 도과되거나 담당자가 변경되는 경우에는 해당 자료의 증거가 없어지거나 적극적으로 입증되기 어려운 면이 있는 점을 종합고려하며 원고가 입증해야 한다는 견해이다.

1. 판례

행정처분의 당연무효를 주장하여 그 무효확인을 구하는 행정소송에 있어서는 원고에게 그 행정처분이 무효인 사유를 주장 입증할 책임이 있다.

1. 검토

증거자료의 보존 및 제소기간의 제한이 없는 점 등을 고려할 때 원고가 입증함이 타당하다.

**취소사유를 무효등확인소송으로 제기한 경우의 판결**

1. 학설
2. 소변경필요설

취소소송 소송요건을 갖추었다면 법원은 석명권을 행사하여 취소소송으로 변경후 취소판결을 하여야 한다는 견해이다.

1. 취소판결설

무효확인청구에 취소청구가 포함되어 있기 때문에 취소소송의 소송요건을 갖춘 경우 소의 변경 없이도 취소판결이 가능하다고 본다

1. 판례

일반적으로 행정처분의 무효확인을 구하는 소에는 원고가 그 처분의 취소를 구하지 아니한다고 밝히지 아니한 이상 그 처분이 만약 당연무효가 아니라면 그 취소를 구하는 취지도 포함되어 있는 것으로 보아야 하므로 계쟁처분의 무효확인청구에 그 취소를 구하는 취지도 포함된 것으로 보아 계쟁처분에 취소사유가 있는지 여부에 관하여 심리판단하여야 한다

1. 검토

취소소송과 무효확인소송은 종류를 달리하는 별개의 소송이므로 소의 변경이 필요하다는 견해가 타당하다.

**직권심리주의**

1. 의의(행정소송법 26조)

직권심리주의란 법원이 직접 증거조사를 위한 소송자료를 수집하여 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여 심리 판단하는 것을 말한다

1. 직권탐지의 범위
2. 학설

소송법 26조에서 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다는 규정에 근거하여 당사자 주장이 없어도 직권으로 증거조사하여 심리판단할수 있다는 직권탐지주의설과 변론주의에 따라 당사자가 주장하지 않은 사실은 심리판단할수 없으나 당사자의 입증활동이 불충분한 경우에 법원이 직권으로 증거조사가 가능하다고 보는 변론주의보충설, 변론주의보충설에서 주장하는 직권증거조사외에도 일정한 한도내에서 직권탐지가 가능하다는 직권탐지주의보충설이 있다

1. 판례

판례는 행정소송법 26조는 당사자주의 변론주의에 대한 일부 예외규정일 뿐 법원이 아무런 제한 없이 당사자가 주장하지 아니한 사실을 판단할 수 있는 것은 아니고 일건기록에 현출되어 있는 사항에 관하여서만 직권으로 증거조사를 하고 이를 기초로하여 판단할수 있을 따름이다고 하여 소송기록에 나타난 사실에 한하여 직권탐지를 인정하고 있다.

1. 검토

법원은 당사자의 입증책임에 국한되지 않고 실체적진실을 밝혀 진실된 권리구제를 이행해야 할 것이다. 따라서 변론주의를 원칙으로 직권탐지주의를 보충적으로 적용하는 직권탐지주의보충설이 타당하다.

**대집행**

1. 의의(행정대집행법 2조)

대집행이란 타인이 대신할 수 있는 대체적 작위의무의 불이행에 대해 행정청이 스스로 의무자가 행할 행위를 하거나 제3자로 하여금 이를 행하고 하고 그 비용을 의무자로부터 징수하는 것을 말한다

1. 요건

공법상 대체적 작위의무의 불이행이 존재해야 하고 다른수단으로 그 이행을 확보하기 곤란하고 그 불이행을 방치함이 심히 공익을 해치는 것으로 인정되어야 한다.

1. 공법상 의무의 불이행

사법상 의무의 불이행은 대집행의 대상이 되지 않는다. 공법상 의무는 법률에 의해 직접 명령되는 경우도 있지만, 대부분 법률에 의거한 행정청의 명령에 의해 생긴다

1. 대체적 작위의무일 것

대체적 작위의무란 대집행의 대상이 되는 의무로서 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위가 부과된 의무를 말한다. 비대체적의무나 부작위의무 또는 수인의무의 불이행의 경우 대집행이 적용될 수 없다.

1. 다른 수단으로 의무이행확보가 곤란할 것(보충성)

대집행보다 더 경미한 수단인 다른 수단으로 불이행된 의무이행을 확보할 수 있다면 대집행은 불가능하다

1. 의무의 불이행을 방치하는 것이 심히 공익을 해할 것

의무불이행을 방치하는 것이 심히 공익을 해친다고 인정되는 경우라야 한다.

1. 절차
2. 계고

의무를 불이행하는 경우 대집행한다는 사실을 알리는 것으로서 법적성질은 준법률행위적 행정행위인 통지이다. 계고시에는 상당한 이행기한을 정하여 문서로 하여야 하고 계고의 범위가 는 특정되어 있어야 한다. 판례는 계고시에 대집행요건이 충족되어야 한다는 입장이다

**\*관련판례**

계고가 반복된 경우에는 1차계고가 처분성을 갖는다. 2차.3차 계고처분은 대집행기한의 연기통지에 불과하다 따라서 1차계고를 대상으로 게고 문서 도달일로부터 90일 이내에 행정쟁송을 제기할 수있다.

1. 대집행영장에 의한 통지

의무자가 계고를 받고 지정기한까지 의무를 이행하지 아니할 때에는 당해 행정청이 대집행영장으로서 대집행실행의 시기. 책임자의 성명과 비용의 계산액을 의무자에게 통지하는 행위를 말한다.

1. 대집행실행

당해 행정청이 스스로 또는 타인으로 하여금 대체적작위의무를 이행시키는 물리력을 행사하는 권력적 사실행위이다. 행정청은 동의가 있거나. 해가지기전 착수한 경우, 해가뜬후부터 지기전까지 불가한 경우,긴급한 경우를 제외하고 해가 뜨기전이나 진 이후에는 실행할수 없다.

1. 비용징수

비용의 징수에 있어서는 비용액과 납기일을 정하여 의무자에게 문서로서 납부를 명하여야 한다. 비용납부명령은 급부하명으로 행정행위이다. 의무자가 비용을 납부하지 않는 경우 국세징수법 예에 따라 징수할수 있다.

**\*\* 의무이행을 명하는 행위와 계고처분의 결합가능성**

“계고서라는 명칭의 한장의 문서로서 자진철거를 명함과 동시에 대집행할 뜻을 미리 계고한 경우 철거명령과 행정대집행법에 의한 계고처분은 독립하여 있는 것으로서 그 요건은 충족되었다” 다만 상당한 기간은 부여되어야 한다.

**\*\* 권리구제의 쟁점**

계고 통지는 준법률행위적 행정행위, 대집행실행은 권력적 사실행위 비용납부는 급부하명이므로 항고소송의 대상이 된다. 다만 계고 통지에 대한 항고소송에서는 대집행실행시 협의소익 부정되므로 쟁송제기시에 집행정지 신청이 필요하다 대집행 절차간에는 하자승계가 인정되나 철거명령과 대집행계고간에는 하자승계가 인정되지 않는다

**국가배상책임**

1. 국가배상책임의 개념 및 근거

국가의 과실책임이란 공무원의 과실있는 위법행위로 인하여 발생한 손해에 대한 배상책임을 말한다. 국가배상법 제 2조에 근거규정을 둔다

1. 국가배상책임의 성질
2. 학설

대위책임설은 공무원의 위법한 행위는 국가의 행위로 볼 수 없으나 피해자 보호를 위해 국가가 대신 부담한다고 하며 자기책임설은 국가는 공무원을 통해 행위하므로 그에 귀속되어 스스로 책임져야 한다고 한다

1. 판례

명시적인 입장을 보이지 않으나 고의 중과실의 경우에도 외관상 공무집행으로 보여보여질 때 국가등이 배상책임을 부담한다고 하여 자기책임설을 취한 것으로 보인다

1. 검토

국가면책특권이 헌법상 포기되면서 국가배상책임이 인정되게 되었으며 고의 중과실에 의한 경우라도 직무상 외형을 갖춘 경우라면 피해자와의 관계에서 국가기관의 행위로 인정할 수 있으므로 자기책임설이 타당하다고 본다

1. 공무원의 배상책임 인정여부
2. 학설

자기책임설은 가해행위는 국가의 행위인 동시에 가해공무원 자신의 행위이기에 선택적청구가 가능하다 대위책임설은 국가가 이를 대신하여 부담한다고 보기에 공무원의 대외적 배상책임은 부정된다 절충설은 경과실의 경우에는 국가나 지방자치단체에 대해서만 고의 중과실의 경우에는 그 행위가 직무로서 외형을 갖춘 경우에는 피해자는 공무원과 국가에 대해 선택적으로 청구할 수 있다.

1. 판례

제한적 긍정설을 취하고 있다 국가 등이 국가배상책임을 부담하는 외에 공무원 개인도 고의 또는 중과실이 있는 경우에는 피해자에 대하여 그로 인한 손해배상책임을 부담하고 가해공무원 개인에게 경과실만이 인정되는 경우에는 직무수행상 예기할수 있는 흠에 불과하므로 공무원 개인은 손해배상책임을 부담하지 아니한다고 보고 있다.

1. 검토

공무원의 고의 또는 중과실로 인한 불법 행위가 직무와 관련이 있는 경우에는 국가 등이 공무원 개인과 경합하여 배상책임을 부담하도록 하는 것이 타당하다

**국가배상청구의 인용가능성**

1. 국가배상법 제 2조의 요건

국가배상법 제 2조에 의한 국가배상책임이 성립하기 위하여는 공무원이 직무를 집행하면서 타인에게 손해를 가하였을 것 공무원의 가해행위는 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 행하여졌을 것 손해가 발생하였고 공무원의 불법한 가해행위와 손해 사이에 인과관계가 있을것이 요구된다

1. 공무원

국가공무원법등에 의한 공무원 뿐만 아니라 공무수탁사인을 말한다. 국가배상법 제 2조의 공무원은 실질적으로 공무를 수행하는 자를 말한다

1. 직무
2. 직무의 범위

공무원의 직무에는 권력적 작용 뿐만 아니라 비권력적 작용도 포함되지만 단순한 사경제주체로서 하는 작용은 포함되지 않는다.

1. 직무의 사익보호성

판례는 공무원에게 부과된 직무상 의무의 내용이 전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것이라면 국가가 배상책임을 지는 것이라 하여 사익보호성이 필요하다고 본다.

1. 직무를 집행하면서

직무집행행위뿐만 아니라 외형상 직무집행과 관련행위를 포함하는 의미이다. 행위 자체의 외관을 관찰하여 공무원의 직무행위로 보여질 때에는 그것이 실질적으로 직무행위가 아니거나 행위자로서는 공무집행의 의사가 없었다 하더라도 그 행위는 공무원이 직무를 집행함에 당하여 한 것으로 보아야 한다

1. 위법성

판례는 위법을 공무원의 직무집행행위가 법규위반이 있는지 여부를 기준으로 판단하는 행위위법설이 입장이다. 법령 위반이라 함은 엄격한 의미의 법령 위반 뿐만 아니라 인권존중, 권력남용금지, 신의성실, 공서양속등의 위반도 포함된다고 본다

1. 고의 또는 과실

고의란 손해를 인식하는 것이고 과실이란 위법한 결과발생을 부주의로 인식하지 못하는 것을 말한다. 판례는 과실의 수준을 해당 직무를 담당하는 평균공무원을 기준으로 한다.

1. 타인 손해 인과관계

타인이란 위법행위를 한자를 제외한 모든 피해자를 말하며 손해란 가해행위로부터 발생한 일체의 손해를 말한다. 가해행위인 위법한 직무집행행위와 손해사이에는 상당인과관계가 있어야 한다.

**국가배상소송에서 공무원의 직무상의무와 손해사이의 인과관계**

1. 국가배상법 제2조의 요건

국가배상법 제 2조에 의한 국가배상책임이 성립하기 위하여는 공무원이 직무를 집행하면서 타인에게 손해를 가하였을 것 공무원의 가해행위는 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 행하여졌을 것 손해가 발생하였고 공무원의 불법한 가해행위와 손해 사이에 인과관계가 있을것이 요구된다

1. 담당공무원등의 직무상 의무

개별공시지가 산정업무를 담당하는 공무원으로서는 해당 토지의 실제 이용상황 등 토지특성을 정확히 조사하고 해당 토지와 토지이용상황이 유사한 비교표준지를 선정하여 그 특성을 비교하는 등 법령 및 개별공시지가의 조사산정지침에서 정한 기준과 방법에 의하여 개별공시지가를 산정하고 산정지가의 검증을 의뢰받은 감정평가법인등은 산정지가가 관련규정을 준수하였는지 등을 검토하고 시군구부동산가격공시위원회는 위 산정지가 또는 검증지가가 위와 같은 기준과 방법에 의하여 제대로 산정된 것인지 여부를 검증 심의함으로써 적정한 개별공시지가가 결정 공시되도록 조치할 직무상의 의무가 있다

1. 손해 사이의 상당인과관계
2. 개별공시지가의 산정목적 범위

개별공시지가는 그 산정목적인 개발부담금의 부과 토지관련조세부과등 다른 법령이 정하는 목적을 위해 지가를 산정하는 경우에 그 산정 기준이 되는 범위내에서는 납세자인 국민등의 재산상 권리의무에 직접적인 영향을 미칠 수 있다

1. 개별공시지가와 담보가치

부동산공시법1조에서 부동산의 적정한 가격형성과 각종 조세 부담금등의 형평성을 도모한다고 규정하고 법 9조에서 토지시장에 지가정보를 제공하고 일반적인 토지거래의 지표가 된다고 규정한 취지는 당사자의 합리적인 의사결정의 지표가 될만한 지가정보를 제공한다는 의미에 불과할 뿐 표준지공시지가 또는 개별공시지가를 지표로 거래해야 한다는 법적구속력을 부여하는 의미라고 보기 어렵다. 따라서 개별공시지가가 해당 토지의 거래 또는 담보제공을 받음에 있어 그 실제 거래가액 또는 담보가치를 보장한다거나 어떠한 구속력이 미친다고 할 수는 없다. 따라서 담당공무원등의 개별공시지가 산정에 관한 직무상 위반행위와 손해사이에 상당인과관계가 있다고 보기 어렵다

1. 사안의 해결

직무상의무위반은 인정되나 상당인과관계가 인정되지 않아 손해배상의 책임을 지지 않는다.

**행정형벌과 행정질서벌의 병과**

1. 학설

행정질서벌과 행정형벌은 모두 행정벌에 해당하는 것으로 넓은 의미의 처벌이며 동일 위반행위에 대한 행정벌이라는 점에서 병과가 불가하다는 견해와 양자는 모두 행정벌의 일종이지만 목적과 성질이 다르므로 양자를 병과해도 이중처벌이 아니므로 병과가 가능하다는 견해가 있다

1. 판례

피고인이 거주지를 이전한 후 퇴거신고와 전입신고를 하지 아니하였다는 이유로 과태료처분을 받고 이를 납부한 일이 있다 하더라도 그 후에 형사처벌을 한다고 해서 일사부재리 원칙에 어긋나는 것이라고 할 수 없다.

1. 검토

병과를 긍정하는 견해는 행정질서벌이 행정형벌과 실질적 차이가 있는 것을 전제로 한 것이지만, 현재 행정질서벌과 행정형벌은 상대화되어 있으므로 병과될수 없다는 견해가 타당하다.

**과태료**

1. 과태료의 의의

과태료라 함은 국가 또는 지방자치단체가 행정상의 질서위반행위에 대하여 과하는 금전벌로서의 행정질서벌을 말한다 과태료는 의무위반의 정도가 경미하여 직접적으로 행정목적을 침해하지 않는다 하여도 간접적으로 행정목적에 장애를 줄 위험이 있는 정도의 의무위반에 과하는 금전벌이다

1. 과태료의 성질

과태료는 행정형벌과 구별된다 행정형벌은 행정법규위반이 직접적으로 행정목적과 사회법익을 침해하는 경우에 과하여지나 과태료는 간접적으로 행정상의 질서에 장해를 줄 위험이 있는 정도의 의무태만에 과하여진다는 점에서 구별된다. 과태료와 행정형벌은 그 성질이나 목적 내용이 다르기 때문에 과태료는 개별행정법규나 질서위반행위규제법에 따른다

1. 과태료부과가 처분인지

질서위반행위규제법에 따르면 과태료의 1차부과처분을 행정청이 하고 이의제기시 법원이 비송사건절차법에 따라 재판하도록 되어있다. 따라서 과태료처분의 당부는 최종적으로 비송사건절차법에 의해 판단되어야 한다고 보므로 과태료처분은 행정소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 없다.

1. 구제수단
2. 이의제기(질서위반행위규제법 20조)

행정청의 과태료부과에 불복하는 당사자는 과태료부과통지를 받은 날부터 60일 이내에 해당 행정청에 서면으로 이의제기를 할 수 있다. 이 경우 행정청의 과태료 부과처분은 그 효력을 상실한다

1. 과태료 재판

행정청은 이의제기가 인정되지 않는 한 이의제기를 받은 날부터 14일 이내에 이에 대한 의견 및 증빙서류를 첨부하여 관할 법원에 통보하여야 한다 과태료 재판은 법원이 비송사건절차법에 따라 재판한다.

1. 행정소송의 가능성

과태료 부과처분에 대해 불복하는 당사자는 이의제기를 함으로써 과태료 부과처분의 효력이 상실되기 때문에 항고소송의 대상적격으로서 처분성이 부정된다 할 것이다.

**행정심판법**

**정의**

재결 : 행정심판의 청구에 대하여 행정심판위원회가 행하는 판단

취소심판 : 행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 행정심판

[형성재결 = 취소재결(전부취소, 일부취소재결),변경재결, 명령재결 = 변경명령재결]

무효등확인심판 : 행정청의 처분의 효력유무 또는 존재여부를 확인하는 행정심판

의무이행심판 : 당사자의 신청에 대하여 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 행정심판

[형성재결 = 처분재결, 명령재결 = 처분명령재결]

**\*\*가구제 수단**

**집행정지(심판법 30조)**

**간접강제(심판법 50조의2)**

**직접처분**

1. 의의 및 취지(행정심판법 50조)

피청구인이 재처분의무를 이행하지 않는 경우 위원회가 해당 처분을 직접하는 것을 말한다. 이는 재결의 실효성을 확보함에 취지가 인정된다

1. 직접처분의 요건
2. 적극적 요건

처분명령재결이 있었음에도 처분을 하지 않은 경우어야 하며 행정청이 재처분을 했더라도 재결의 취지에 따르지 않고 동일사유로 처분을 한 경우 그 거부처분은 무효이므로 행정심판위원회는 직접처분을 할 수 있다.

1. 소극적 요건

그 처분의 성질이나 그 밖의 불가피한 사유로 위원회가 직접처분을 할 수 없는 경우에 해당하지 않았어야 한다(50조 1항) 예를 들면 행정청의 재정지원이 선행되어야 직접처분을 할 수 있는 경우를 말한다.

1. 직접처분 절차

청구인이 직접처분을 신청하고 행정심판위원회가 기간을 정하여 시정명령을 한다. 기간내에 시정명령 불이행시 직접처분이 가능하다 위원회는 직접처분시에 그 사실을 행정청에 통보하고 행정청은 위원회가 한 처분을 자기가 한 처분으로 보아 관리감독등 필요한 조치를 하여야 한다(심판법 50조 2항)

**임시처분**

1. 의의 및 취지(행정심판법 31조)

당사자에게 임시지위를 정해야 할 필요가 있는 경우 행정심판위원회가 발할 수 있는 가구제 수단이다 집행정지는 소극적 형성력만 있을 뿐 적극적 형성력이 없기 때문에 임시처분은 청구인의 권리를 보호하려는데에 취지가 인정된다.

1. 요건
2. 적극적요건(신청인 주장 소명)

처분 또는 부작위가 위법 부당하다고 상당히 의심되는 경우일 것, 당사자에게 생길 중대한 불이익이나 급박한 위험을 방지할 필요가 있을 것을 요건으로 한다

1. 소극적요건(행정청 주장 소명)

행정심판법 31조 2항은 동법 30조 3항을 준용하는 결과 임시처분도 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 허용되지 아니한다 또한 임시처분은 집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우 허용되지 않는다(심판법 31조 3항)

1. 임시처분의 절차

위원회의 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 결정한다 위원회는 임시처분 결정후 공공복리에 중대한 영향을 미치는 등의 사유가 발생한 경우 직권 또는 신청에 의하여 결정취소가 가능하다

**이의신청과 행정심판의 구별**

**문제의 형식 : 이의신청에 불복하여 행정심판 제기가능?**

1. 문제의 소재

행정심판법 제51조에서 재심판청구를 금지하고 있으므로 개별법상 이의신청이 특별법상 행정심판인지가 문제된다

1. 개별법상 이의신청이 행정심판인지
2. 학설
3. 심판기관기준설

심판기관에 따라 구분한다 이의신청은 처분청 자체에 제기하고 행정심판은 행정심판위원회에 제기하는 쟁송이라고 본다

1. 쟁송절차기준설

쟁송절차를 기준으로 행정심판과 행정심판이 아닌 이의신청을 구별하는 견해이다 헌법 제 107조 3항은 행정심판절차는 사법심판절차가 준용되어야 한다고 규정하고 있는 점에 비추어 개별법률에서 정하는 이의신청 중 준사법절차가 보장되는 것만을 행정심판으로 보고 그렇지 않은 경우 행정심판이 아닌것으로 본다

1. 판례

최근 판례는 가격공시법에 행정심판의 제기를 배제하는 명시적 규정이 없고, 공시법상 이의신청과 행정심판은 그 절차 및 담당기관에 차이가 있는 점을 종합하면 행정심판법 제 3조 1항의 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 해당한다고 볼 수 없으므로 이의신청을 거친 경우에도 행정심판을 거쳐 소송을 제기할 수 있다고 판시한 바 있다

1. 결어

헌법 제 107조 3항이 행정심판에 사법절차를 준용하도록 규정하고 있는 점에 비추어 쟁송절차기준설이 타당하다

**이의신청 관련 쟁점**

**행정기본법 제 36조 제 4항**

이의신청에 대한 결과를 통지받은 후 행정심판 또는 행정소송을 제기하려는 자는 그 결과를 통지받은날부터 90일이내에 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다.

1. 특별법상 행정심판인 이의신청은 재결서 정본 송달일로부터 90일이내에 행정소송 제기가능

(보상법 83조)

1. 진정의 성격을 가지는 이의신청은 행정기본법 36조 4항에 따라 결과통지받은후 90일이내에 행정심판 및 행정소송 제기가능(부공법 11조, 감평법 42조), 이 경우 결과통지는 처분이 아니므로 원처분을 대상으로 해야 한다. 판례는 표준지공시지가와 관련된 행정법원 판례는 이의신청에 대한 결과통지일부터 90일 이내에 행정소송을 제기할 수 있는 것으로 판시

**고지제도(행정심판법 제 58조)**

1. 고지제도의 의의(행정심판법 58조)

행정청이 처분을 할 때에 처분이 행정심판의 대상이 되는지 여부와 심판정구절차, 심판청구기간을 알려주어야 하는바 이를 고지제도라고 한다

1. 법적성질

고지는 사실의 통지이며 준법률행위적 행정행위로서 통지가 아니다 따라서 고지는 항고소송의 대상인 처분이 아니다

1. 법적근거

행정심판법 58조와 행정절차법 26조에 근거를 두고 있다. 행정소송에 대한 고지는 행정절차법 26조에 근거한다.

1. 고지의무 위반의 효과
2. 처분의 위법여부

고지제도는 처분에 대한 행정심판등 불복절차에 대한 편의제공에 있으므로 고지의무를 이행하지 않았다 하더라도 경우에 따라 경유절차 및 청구기간에 관련하여 일정한 제약을 가하고 있을 뿐 처분을 위법하게 만들지는 못한다.

1. 오고지 불고지

행정청이 심판청구기간을 규정된 기간(90일)보다 긴기간으로 잘못알린 경우 그 잘못 알린 기간에 심판청구가 있으면 행정심판은 규정된 기간에 청구된 것으로 본다(심판법 27조 5항). 행정청이 심판청구기간을 알리지 아니한 경우 처분이 있은 날부터 180일 이내에 심판청구를 할 수 있다(심판법 27조 6항)

**일부취소재결[김기홍]**

1. 문제점

행정심판법 제43조 3항은 위원회는 취소심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 처분을 취소 또는 다른처분으로 변경하거나 처분을 다른 처분으로 변경할 것을 피청구인에게 명한다.고 규정하여 전부 및 일부취소재결이 가능하지만 어떤 경우 일부취소재결을 할 수 있는지 문제된다

1. 기속행위와 재량행위

조세부과처분과 같은 기속행위의 경우 일부취소가 가능하며 재결은 감독청인 행정심판위원회가 행하는 판단이므로 재량행위에서도 일부취소가 가능하다 또한 적법하게 부과될 금액이나 기간의 산출가능성이 없는 경우에도 일부취소가 가능하다.

1. 가분성

가분성이 있어야 일부취소재결이 가능하며 가분성이 없는 경우 일부취소재결을 할 수 없다. 이 경우 변경재결이나 변경명령재결은 가능하다

일부취소재결[도승하]

1. 재량처분과 일부취소재결
2. 취소심판과 인용재결

취소심판이라 함은 행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 심판을 말한다. 인용재결이라 함은 본안심리의 결과 심판청구가 이유 있다고 판단하여 청구인의 청구취지를 인정하는 것을 말한다

1. 취소심판에서의 변경재결
2. 소극적 변경

처분을 취소하는 재결은 당해 처분의 전부취소를 내용으로 하는 것과 일부취소를 내용으로 하는 것이 있다 행정심판에서도 일부취소는 이론상 취소의 대상이 되는 부분이 가분적인 경우에 가능하다

1. 적극적 변경

처분을 변경하거나 변경을 명하는 재결은 행정심판기관이 행정기관이므로 처분내용을 적극적으로 변경하거나 변경을 명하는 재결을 마한다

1. 사안의 해결

행정심판위원회는 일부취소재결이 가능하다.