

[기출1] 甲은 건축법상의 건축허가를 받아 건물을 건축하던 중 건물 옥상의 일부분이 관계법령상의 용적률을 초과하게 되었다. 이에 따라 관할 행정청은 용적률 위반부분에 대하여 건축법에 따라 철거명령을 발하였다. 관할 행정청의 위 철거명령처분이 갖추어야 할 절차적 요건에 대하여 논하시오.(40점)

☞ 2014년 7월 5일 행정절차론 1주차 강의자료(P7~8 참조)

아래 문제와 위반 건축물 시정명령 등의 취소 판례는 2014년 7월 5일 강의 자료를 통해 모의고사를 만들어 배부했던 문제입니다. 침해(익)적 처분의 절차적 요건을 묻는 평범한 문제인데 앞의 수식어 즉 철거명령처분 때문에 어렵게 보일 수 있지만 문제를 2번 읽고 침해적처분절차를 잘 서술했다면 무난했던 문제로 보입니다.

[7월 5일 강의 자료: 모의고사]S구청장 甲이 원고인 乙에게 원상복구할 의무를 부과하는 ‘위반건축물 1차 시정명령 및 계고처분’을 하면서 사전통지를 하지 아니하고 또 의견제출의 기회를 주지 아니한 위 처분의 효력에 대하여 논하시오.(40점)

☞ 2014년 8/16(모의), 9/28(모의) 출제

(유제)침해적 처분(권익을 제한하거나 의무를 부과하는 처분)에 적용되는 절차에 대하여 서술하시오.

위반 건축물 시정명령 등 취소

[대법원, 2011두25555, 2013.5.23.]

【판시사항】

행정청이 침해적 행정처분을 하면서 당사자에게 구 행정절차법에서 정한 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 주지 않은 경우, 처분의 적법 여부(원칙적 소극)

【참조조문】

구 행정절차법(2012. 10. 22. 법률 제11498호로 개정되기 전의 것) 제21조 제1항, 제4항, 제22조

【참조판례】

대법원 2004. 5. 28. 선고 2004두1254 판결(공2004하, 1088), 대법원 2007. 9. 21. 선고 2006두20631 판결(공2007하, 1682), 대법원 2013. 1. 16. 선고 2011두30687 판결(공2013상, 350)

【전문】

【원고, 피상고인】

【원고, 피상고인】

【피고, 상고인】

성남시 수정구청장

【원심판결】

서울고법 2011. 9. 23. 선고 2011누1032 판결

【주 문】

【주 문】

상고를 기각한다. 상고비용은 피고가 부담한다.

【이 유】

상고이유를 판단한다.

1. 구 행정절차법(2012. 10. 22. 법률 제11498호로 개정되기 전의 것) 제21조 제1항, 제4항, 제22조에 의하면, 행정청이 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 처분하고자 하는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거, 이에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법 등의 사항을 당사자 등에게 통지하여야 하고, 또한 다른 법령 등에서 필수적으로 청문을 실시하거나 공청회를 개최하도록 규정하고 있지 아니한 경우에도 당사자 등에게 의견제출의 기회를 주어야 하되, ‘당해 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우’ 등에는 처분의 사전통지나 의견청취를 아니할 수 있다. 따라서 행정청이 침해적 행정처분을 하면서 당사자에게 위와 같은 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 주지 아니하였다면, 사전통지를 하지 아니하거나 의견제출의 기회를 주지 아니하여도 되는 예외적인 경우에 해당하지 아니하는 한, 그 처분은 위법하여 취소를 면할 수 없다(대법원 2013. 1. 16. 선고 2011두30687 판결 등 참조).

2. 원심은 그 채용 증거를 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고가 원고에게 이 사건 건물을 본래의 용도인 운동시설로 원상복구할 의무를 부과하는 ‘위반건축물 1차 시정명령 및 계고처분’ (이하 ‘이 사건 처분’ 이라고 한다)을 하면서 사전통지를 하지 아니하고 또 의견제출의 기회를 주지 아니하였는데 이 사건 처분이 행정절차법 제21조 제4항 각 호에서 정하고 있는 사전통지 등을 하지 아니하여도 되는 예외사유에 해당한다고 볼 수 없으므로 이 사건 처분은 위법하다는 이유로 원고의 이 사건 취소청구를 인용하였다.

관련 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 행정절차법 제21조 및 제22조의 해석에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

3. 그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 고영한(재판장) 양창수(주심) 박병대 김창석

< 2014년 행정절차론 1번 기출 해설 >

I. 서

원고에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분이었음에도 불구하고 사전통지를 하지 않거나, 의견진술의 기회를 주지 않는 등 절차적 하자가 있는 경우 철폐명령처분의 독자적인 위법성의 사유가 되는지 문제되는 바, 아래에서 철폐명령처분 즉 침해적 처분이 갖추어야 할 절차적 요건에 대하여 논하겠다.

II. 침해적 처분(권익제한 · 의무부과처분)

1. 당사자에 대한 권익제한 · 의무부과처분

침해적 처분이란 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 말한다. ① ‘의무를 부과하는 처분’이라 함은 조세부과처분, 시정명령과 같이 행정법상의 의무를 부과하는 처분을 말하고 ‘권익을 제한하는 처분’이라 함은 수익적 행정행위(예, 허가)의 취소 또는 정지처분 등을 말한다.

2. 거부처분

신청에 따른 처분이 이루어지지 아니한 경우에는 아직 당사자에게 권익이 부과되지 아니하였으므로 특별한 사정이 없는 한 신청에 대한 거부처분이라고 하더라도 직접 당사자의 권익을 제한하는 것은 아니어서 신청에 대한 거부처분을 여기에서 말하는 ‘당사자의 권익을 제한하는 처분’에 해당한다고 할 수 없는 것이어서 처분의 사전통지대상이 된다고 할 수 없다(대판 2003. 11. 28, 2003두674[임용거부처분취소] <인천대사건>).

III. 침해적 처분(권익제한 · 의무부과처분)의 절차

행정절차법은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분(이하 ‘침해적 처분’이라 한다)에 대하여 사전통지, 의견청취(진술)기회의 부여, 이유제시 등 행정절차를 규정하고 있다.

IV. 처분의 사전통지

1. 사전통지 의무 및 면제사항

① 처분하려는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적근거 ②의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법 등을 당사자 등에게 미리 통지하도록 규정하고 있다.(행정절차법 제 21조 제1항) ③ 행정절차법은 제21조 제4항에서 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우 등에는 사전통지의 면제를 인정하고 있다.

2. 사전통지기간

① 의견제출의 경우 행정청은 의견제출의 준비에 필요한 상당한 기간을 주어 통지하여야 한다(제21조 제 3 항) ② 청문의 경우 행정청은 청문을 실시하고자 하는 경우에는 청문이 시작되는 날부터 10일 전까지 청문통지사항을 당사자 등에게 통지하여야 한다.

③ 공청회는 개최 14일전까지 청문회 사항을 당사자에게 통지하고 관보, 공보, 인터넷홈페이지 또는 일간신문 등에 공고하는 등의 방법으로 널리 알려야 한다.

V. 의견청취(진술)절차

1. 종류

(1) 의견제출

“행정청이 어떠한 행정작용을 하기에 앞서 당사자 등이 의견을 제시하는 절차로서 청문이나 공청회에 해당하지 아니하는 절차”를 말한다. 즉, 약식 의견진술절차라고 할 수 있다.

(2) 청 문

청문(聽聞)이라 함은 “행정청이 어떠한 처분을 하기에 앞서 당사자 등의 의견을 직접 듣고 증거를 조사하는 절차”를 말한다.

(3) 공 청 회

공청회(公聽會)라 함은 “행정청이 공개적인 토론을 통하여 어떠한 행정작용에 대하여 당사자 등, 전문지식과 경험을 가진 자, 기타 일반행정인으로부터 의견을 널리 수렴하는 절차”를 말한다.

2. 실시요건

(1) 청문

개정 전 행정절차법은 행정청이 청문실시가 불필요하다고 인정하는 경우에는 당사자에게 불이익한 처분을 하는 경우에도 청문을 할 수가 없는 것이 현실이었으나 2014년 행정절차법 개정으로 개선되었다.(행정절차법 제22조 제1항)

- 1) 다른 법령등에서 청문을 하도록 규정하고 있는 경우
- 2) 행정청이 필요하다고 인정하는 경우
- 3) 다음 각 사항의 처분 시 의견제출기한 내에 당사자등의 신청이 있는 경우
 - ① 인허가 등의 취소
 - ② 신분·자격의 박탈
 - ③ 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소

(2) 공청회

- 1) 다른 법령등에서 공청회를 개최하도록 규정하고 있는 경우
- 2) 해당 처분의 영향이 광범위하여 널리 의견을 수렴할 필요가 있다고 행정청이 인정하는 경우

(3) 의견제출

행정청이 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 할 때 청문, 공청회 외에는 당사자등에게 의견제출의 기회를 주어야 한다.

3. 면제사유

(1) 법규정

의견제출, 청문 또는 공청회를 개최하여야 하는 경우에도 행정절차법 제21조 제 4 항 각 호의 1에 해당하는 경우(①공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우, ②그 자격이 없거나 없어지게 된 사실이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명된 때, ③당해 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우)와 당사자가 의견진술의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 표시한 경우에는 의견청취를 아니할 수 있다.(제22조 제4 항)

(2) 관련판례

① 청문통지서의 2회 반송, 불출석한 이유만으로 청문을 실시하지 않는 침해적 처분은 위법하다고 판시하였으며, ② 행정청과 당사자의 협약을 체결하면서 청문이 배제된다거나 예외적인 경우에 해당한다고 할 수 없다고 판시하였다.

VI. 처분의 이유제시

1. 의의

이유제시(理由提示)라 함은 행정청이 처분을 함에 있어 당사자에게 처분의 근거와 이유를 제시하는 것을 말한다.

2. 예외(23조)

(1) 이유제시를 생략할 수 있는 경우

① 신청내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우 ② 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우 ③ 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우

(2) 처분 후 당사자가 요청하는 경우에는 근거와 이유를 제시하여야 하는 경우

② 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우 ③ 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우

3. 이유제시의 하자 와 치유

치유가 인정되는 시기는 행정쟁송의 제기 전에 한하여 치유가 가능한 것으로 보아야 할 것이다. 판례도 이러한 입장이다.

VII. 절차상 하자의 효과

현행 행정소송법이 절차의 위법을 이유로 한 취소판결을 인정하고 있다.(행정소송법 제30조 제 3 항) 다수설과 판례는 행정처분상의 절차상 하자 즉, 사전통지, 의견청취,이유제시 등의 하자를 처분의 독자적 위법사유로 본다.

VIII. 결

1. 적법절차원칙(★가점사항)

적법절차(適法節次)의 원칙이라 함은 국가권력이 개인의 권익을 제한하는 경우에는 개인의 권익을 보호하기 위한 적정한 절차를 거쳐야 한다는 원칙을 말한다. 행정청의 부담과 개인의 권익을 비교형량하여 적법절차의 원칙을 지켜야 할 것이다.

적법절차의 원칙에 반하는 경우 적법절차의 원칙이 직접 적용되어 적법절차에 따르지 않은 행정처분은 절차상 위법하게 된다. 예를 들어 철거명령처분에 있어 적법절차의 원칙상 정식 청문절차가 요구됨에도 정식청문절차를 거치지 않고 의견제출의 기회만 주었다면 철거명령 처분은 절차상 하자가 있다.

2. 사례의 적용

위 사례에서 철거명령처분 즉, 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분 시 사전통지, 의견진술(의견청취), 이유제시 등의 기회를 주지 않은 절차적 하자는 처분의 독자적 위법사유가 되므로, 당해 처분은 위법하게 되고, 그 위법성의 정도에 따라 무효,취소의 사유에 해당된다.

[기출2] ‘정보주체의 권리’에 대하여 서술하시오.(20점)

☞ 2014년 8월 9일 모의고사 출제

: 제4조만을 언급하는 것이 아니라 35조~37조를 서술해 주셔야 좋은 점수를 획득할 수 있습니다.

I. 정보주체의 권리(제4조)

정보주체¹⁾는 자신의 개인정보 처리와 관련하여 다음의 권리를 가진다.

- ① 개인정보의 처리에 관한 정보를 제공받을 권리,
- ② 개인정보의 처리에 관한 동의 여부, 동의 범위 등을 선택하고 결정할 권리,
- ③ 개인정보의 처리 여부를 확인하고 개인정보에 대하여 열람(사본의 발급을 포함한다. 이하 같다)을 요구할 권리,
- ④ 개인정보의 처리 정지, 정정·삭제 및 파기를 요구할 권리,
- ⑤ 개인정보의 처리로 인하여 발생한 피해를 신속하고 공정한 절차에 따라 구제받을 권리(제4조).

II. 정보주체의 권리보장

1. 개인정보의 열람요구권(35조)

정보주체는 개인정보처리자가 처리하는 자신의 개인정보에 대한 열람을 해당 개인정보처리자에게 요구할 수 있다. 그럼에도 불구하고 정보주체가 자신의 개인정보에 대한 열람을 공공기관에 요구하고자 할 때에는 공공기관에 직접 열람을 요구하거나 대통령령으로 정하는 바에 따라 안전행정부장관을 통하여 열람을 요구할 수 있다.

2. 개인정보의 정정·삭제요구권(36조)

자신의 개인정보를 열람한 정보주체는 개인정보처리자에게 그 개인정보의 정정 또는 삭제를 요구할 수 있다. 다만, 다른 법령에서 그 개인정보가 수집 대상으로 명시되어 있는 경우에는 그 삭제를 요구할 수 없다.

3. 개인정보의 처리정지 등 요구권(37조)

정보주체는 개인정보처리자에 대하여 자신의 개인정보 처리의 정지를 요구할 수 있다. 이 경우 공공기관에 대하여는 등록 대상이 되는 개인정보파일 중 자신의 개인정보에 대한 처리의 정지를 요구할 수 있다.

1) “정보주체”란 처리되는 정보에 의하여 알아볼 수 있는 사람으로서 그 정보의 주체가 되는 사람을 말한다(제2조 제3호)

[기출3]공공기관의 정보공개에 관한 법률상 ‘비공개대상 정보’에 대하여 설명하시오.(20점)

☞ 2014년 8월 2일 모의고사 출제

☞ 2014년 9월 13일 모의고사 출제

: 누구나 예상했던 평범한 문제로 판례까지 서술하면 좋은 점수를 획득할 수 있습니다.

I. 의의

‘비공개대상 정보’란 공공기관이 공개를 거부할 수 있는 정보를 말한다. 공익 및 사익을 이익형량하여 일정한 정보의 공개가 제한될 수 있지만, 비공개정보는 비밀정보를 의미하지 않는다.

II. 비공개대상 정보

① 다른 법률 또는 법률이 위임한 명령에 의하여 비밀로 유지되거나 비공개사항으로 규정된 정보와

판례에 의하면 “보안관찰법 소정의 보안관찰 관련 통계자료”는 공개될 경우 ②국가안전보장·국방·통일·외교관계 등 국가의 중대한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 정보, 또는 ③공개될 경우 국민의 생명·신체 및 재산의 보호 기타 공공의 안전과 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보에 해당한다고 판시하였다.

④ 진행중인 재판에 관련된 정보와 형의 집행, 교정, 보안처분에 관한 사항으로서 공개될 경우 그 직무 수행을 현저히 곤란하게 하거나 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보.

⑤ 감사·감독, (의사결정과정 또는 내부 검토과정에 있는 사항) 등으로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행이나 연구·개발에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보.

⑥ 당해 정보에 포함되어 있는 이름·주민등록번호 등 개인에 관한 사항으로서 공개될 경우 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보

⑦ 법인·단체 또는 개인의 경영·영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개될 경우 법인 등의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보

판례에 의하면 법인 등이 거래하는 금융기관의 계좌번호에 관한 정보는 법인 등의 영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개될 경우 법인 등의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보에 해당한다고 판시하였다.

⑧ 공개될 경우 부동산투기·매점매석 등으로 특정인에게 이익 또는 불이익을 줄 우려가 있다고 인정되는 정보

[기출4] 행정절차법상 신고의 절차와 효과에 대하여 설명하시오.(20점)

☞ 2014년 8/2, 9/21 모의 출제(유제:행정절차법 제 40조 ‘신고’에 대하여 서술하시오)

☞ 행정절차법 제3장 신고는 중요한 부분으로 종류부분도 같이 서술하면 가점이 됨

I. 의의

신고란 “사인의 공법적 효과의 발생을 목적으로 행정주체에 대하여 일정한 사실을 알리는 행위로서 행정청에 의한 실질적 심사가 요구되지 아니하는 행위”를 말한다.

II. 신고의 종류

1. 자체완성적 공법행위로서의 신고

법령 등에서 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지하고 도달함으로써 효과가 발생하는 신고를 말하며 수리를 요하지 않는 신고라고도 한다. 이는 행정절차법 제40조 제1항은 자체완성적 공법행위로서의 신고에 대한 일반규정이다. 예를 들어 이혼신고, 출생신고가 이에 해당한다.

2. 행정요건적 공법행위로서의 신고

법령 등에서 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지하고 행정청이 이를 수리함으로써 법적 효과가 발생하는 신고를 말하며 수리를 요하는 신고라고도 한다. 예를 들어 혼인신고, 건축주 명의변경신고가 이에 해당한다.

III. 신고의 요건(절차)

법령등에서 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고는 ① 신고서의 기재상에 하자가 없어야 하고, ② 필요한 구비서류가 구비되어야 하며, ③ 기타 법령등에서 규정된 형식상의 요건에 적합하여야 한다. (행정절차법 제40조 제2항)

IV. 신고의 보완요구 및 반려(절차)

행정청은 요건을 갖추지 못한 신고서가 제출된 경우 지체없이 상당한 기간을 정하여 신고인에게 보완을 요구하여야 한다. 행정청은 신고인이 그 상당한 기간 내에 보완을 하지 아니한 때에는 그 이유를 명시하여 당해 신고서를 되돌려 보내야 한다. (행정절차법 제40조 제4항)

V. 신고의 수리(절차)

(1) 수리의무

신고의 수리는 자체완성적 공법행위로서의 신고의 경우에는 문제되지 아니하고 행정요건적 공법행위로서의 신고에서만 문제된다. 법령이 정한 요건을 구비한 적법한 신고가 있으면 행정청은 의무적으로 수리하여야 한다.

(2) 신고필증

행정실무상으로는 신고를 필한 경우에 신고인에게 신고필증을 교부한다.

VI. 신고의 효과

법령등에서 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고(자체완성적 공법행위로서의 신고)가 상기의 요건을 갖춘 경우에는 신고서가 접수기관에 도달한 때에 신고의 의무가 이행된 것으로 본다. 발신주의가 아니라 도달주의가 채택되고 있다.