

공인노무사 시험 대비

[특강 2]

행정쟁송의 중심 “행정처분” 집중 탐구

2022. 8. 20.

박이준

1. 행정쟁송의 의의

행정쟁송이란 '행정법상 법률관계에 있어서의 다툼을 심리·판정하는 절차'를 의미한다. 행정작용이 위법·부당한 경우에 그 시정은 행정감독 등의 수단에 의해 어느 정도 달성될 수 있으나, 보다 효과적인 방법은 권익을 침해받은 자가 직접 그 효력을 다룰 수 있게 하고 일정한 심판기관이 그에 대한 유권적 판정을 내리게 하는 것이다.

2. 우리나라의 행정쟁송제도

우리나라는 행정소송의 심판기관으로서 독립한 행정재판소를 두지 않고, 영미법계 국가처럼 행정사건도 일반법원이 관할하고 있다(헌법 제107조 제2항). 그리고 종래 행정소송의 전심절차로서 행정심판을 거치게 하는 행정심판전치주의를 채택하였으나, 1998년부터 임의적 절차로 바뀌었다.

3. 행정쟁송의 기능

(1) 행정구제의 기능

행정작용은 법치행정의 원리에 따라 법에 합치되고 공익에 적합하게 행사되어야 한다. 그러나 위법·부당하게 행사되어 개인의 권리나 이익을 침해하는 경우가 발생하는데, 행정쟁송은 위법·부당한 행정작용으로부터 개인의 권리와 이익을 구제함을 목적으로 한다.

(2) 행정통제의 기능

한편, 위법·부당하게 행정작용이 행하여진 경우에 권익을 침해당한 자로 하여금 행정쟁송을 제기하게 하여 이에 대한 심판을 통하여 그 하자를 시정하게 하는 것은 행정작용의 합법성과 합목적성을 보장하는 데에 기여하게 된다.

4. 행정쟁송의 종류

(1) 행정심판과 행정소송

행정심판	행정기관이 분쟁에 대하여 심리·판정하는 절차
행정소송	법원이 행정법상 분쟁에 대하여 심리·판정하는 절차

(2) 정식쟁송과 약식쟁송

정식쟁송	분쟁의 공정한 해결을 위한 절차상의 요건으로서 ① 판단기관의 독립성, ② 당사자에 구술변론의 기회보장이라는 두 요건을 모두 갖춘 쟁송(예 행정소송)
약식쟁송	위 두 요건 중 어느 하나가 결여된 쟁송(예 행정심판)

(3) 시심적 쟁송과 복심적 쟁송

시심적 쟁송	행정법관계의 형성 또는 존부를 결정하는 행위가 쟁송의 형식으로 행하여지는 경우(예 당사자쟁송)
복심적 쟁송	이미 행하여진 행정작용을 전제로 하여 그 하자를 주장하는 자가 그에 대한 심판을 구하는 쟁송(예 항고쟁송)

(4) 항고쟁송과 당사자쟁송

항고쟁송	이미 행하여진 행정처분의 위법·부당을 주장하여 그 시정을 구하는 쟁송(예 이의신청·행정심판·항고소송)
당사자쟁송	서로 대립하는 대등한 당사자 상호간에 법률관계의 형성 또는 존부를 다투는 쟁송

(5) 주관적 쟁송과 객관적 쟁송

주관적 쟁송	행정청의 처분으로 인하여 개인의 권리·이익이 침해된 경우에 그 구제를 구하는 쟁송(예 항고쟁송·당사자쟁송)
객관적 쟁송	법규적용의 객관적인 적정성 또는 공익보호를 직접 목적으로 하는 쟁송(예 민중쟁송·기관쟁송)

5. 행정심판과 행정소송

(1) 행정심판과 행정소송의 비교

기본적으로 행정심판은 약식쟁송이지만 행정소송은 정식쟁송이라는 점, 행정심판은 행정소송보다 행정통제적 측면이 강하다는 점에서 차이가 있다. 그 밖에 판정기관·쟁송사항·쟁송종류·절차 등 다음과 같이 많은 차이가 있다.

	행정심판	행정소송
제도의 본질	행정통제적 성격(1차적) 권리구제적 성격(2차적)	권리구제적 성격(1차적) 행정통제적 성격(2차적)
존재이유	자율적 통제, 전문성 확보	타율적 통제, 독립성 확보
쟁송대상	위법 또는 부당한 처분(위법문제+공익문제)	위법한 처분(위법문제)
판정기관	행정기관(행정심판위원회)	법원
성질	형식적 의미의 행정작용 실질적 의미의 사법작용	형식적·실질적 의미의 사법작용
종류	취소심판, 무효등확인심판, 의무이행심판	취소소송, 무효등확인소송, 부작위위법확인소송, 당사자소송
거부처분의 쟁송형태	의무이행심판, 취소심판	취소소송
제기기간	① 취소심판, 거부처분에 대한 의무이행심판 : 처분이 있음을 알게 된 날로부터 90일, 처분이 있었던 날로부터 180일 ② 무효등확인심판, 부작위에 대한 의무이행심판 : 기간제한 없음	① 취소소송 : 처분이 있음을 안 날로부터 90일, 처분이 있는 날로부터 1년 ② 무효등확인소송 : 기간제한 없음 ③ 부작위위법확인소송 : 부작위가 계속되는 동안
심리원칙	약식절차 : 구술 또는 서면심리, 비공개주의	정식절차 : 구두변론주의, 공개주의
재결·판결	① 적극적 변경 가능 ② 취소심판 : 처분취소재결, 처분변경재결, 처분변경명령재결 ③ 무효등확인심판 ④ 의무이행심판 : 처분재결과 처분명령재결 ⑤ 사정재결 : 취소심판, 의무이행심판에 인정	① 소극적 변경으로 일부취소만 가능 ② 취소판결만 가능(취소명령 판결 불가) ③ 무효등확인판결 ④ 부작위위법확인판결 ⑤ 사정판결 : 취소소송에만 인정
기속력 확보수단	시정명령, 직접처분권, 간접강제	간접강제
공통점	① 청구인적격·원고적격(법률상 이익 있는 자가 제기), ② 대심구조(행정심판은	

	청구인 대 행정청, 행정소송은 원고 대 피고), ③ 보충적 직권심리주의, ④ 집행부정지의 원칙, ⑤ 불고불리의 원칙, ⑥ 불이익변경금지의 원칙, ⑦ 개괄주의, ⑧ 청구의 변경 인정, ⑨ 이해관계인의 참가 인정
--	--

(2) 행정심판과 행정소송의 관계

- ① 행정소송법은 행정심판을 원칙상 임의절차로 하였다(제18조 제1항, 개별법에 필수적 절차 규정이 있으면 예외). 따라서 행정심판의 제기가 임의적인 경우 행정소송제기 후 행정심판을 제기할 수도 있고, 행정심판 제기 후 행정소송을 제기할 수도 있고, 행정심판과 행정소송을 동시에 제기할 수도 있다. 행정심판이 임의절차인 경우에도 행정심판은 행정소송의 전심절차로서의 성격을 갖는다.
- ② 행정심판에서 인용재결이 내려지면 행정소송은 소의 이익이 없게 되어 각하판결을 내려야 한다. 그러나 행정심판에서 각하 또는 기각재결이 내려지면 행정소송에서 인용판결도 가능하다. 행정심판은 행정소송의 전심의 지위를 갖기 때문이다.

1. 의의

행정소송법은 취소소송의 대상을 처분 등으로 명시하고 있다(제4조 제1호). 여기에서 처분 등이란 '행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용 및 행정심판에 대한 재결'을 말한다(제2조 제1항 제1호). 따라서 취소소송의 대상은 적극적인 공권력 행사, 소극적인 거부처분, 이에 준하는 행정작용 그리고 행정심판에 대한 재결이 된다.

《참고》 처분의 전형적인 사례 - 행정행위

하명	<p>하명이란 작위(예 위법건축물의 철거), 부작위(예 도로통행금지), 급부(예 납세고지), 수인(예 수진명령)의무를 명하는 행정행위를 말한다. 하명은 주로 법령에 근거하여 이루어지는 행정행위의 일종으로 나타나지만, 법령 자체에서 직접 하명의 효과가 발생하는 경우(법규하명)도 있다.</p> <p>법규하명이 명령의 형식을 취하면 항고소송의 대상이 되고, 법률의 형식을 취하면 헌법소원의 대상이 된다(헌재 2007.1.17. 2005헌마1111).</p>
허가	<p>허가란 법규에 의한 상대적·일반적 금지(부작위하명)을 특정한 경우에 해제하여 적법하게 사실행위 또는 법률행위를 할 수 있게 하는 행정행위를 말한다.</p> <p>이는 위험의 방지를 목적으로 금지하였던 바를 해제하는 행위(예방적 금지의 해제)이다. 실정법에서는 면허·인허·인가·승인·특허·등록 등의 용어를 사용한다.</p>
면제	<p>면제란 법규에 의한 작위·급부·수인하명을 특정한 경우에 해제하는 행정행위를 말한다. 의무해제라는 점에서 면제는 허가와 같으나, 부작위하명의 해제인 허가와 구별된다. 경찰면제, 공용부담면제, 재정면제, 군정면제 등이 있다.</p>
특허	<p>특허란 특정인을 위하여 새로운 권리를 설정하는 행위, 능력을 설정하는 행위, 포괄적인 법률관계를 설정하는 행위를 말한다(예 공기업의 특허, 공물사용권의 특허, 광업허가, 공유수면매립면허, 공유수면점용·사용허가, 어업면허, 특허기업 설립행위, 자동차·해상·항만·항공 등의 운수사업면허, 보세구역설치경영, 공무원의 임명, 귀화허가, 입학허가).</p>
인가	<p>인가는 제3자의 법률행위를 보충하여 그 법률적 효력을 완성시켜주는 행정행위이다(예 사업양도의 인가, 비영리법인·공공조합설립인가, 재단법인정관변경허가, 사립대학설립인가, 지방채기채승인, 특허기업의 운임·요금의 인가, 학교법인임원 취임승인처분, 사립대학에서 공립대학으로의 설립자변경인가, 토지거래허가, 주택건설사업계획승인, 전통사찰재산처분행위허가, 자동차운수사업양도인가).</p> <p>법은 계약 기타 일정한 법률행위의 성립을 당사자의 자유에 맡기면서도 때로는 공익적 관점에서 법령상 그 효력발생에 행정청의 동의를 요건으로 규정하기도 한다. 즉 인가는 공익에 반하는 법률행위의 배제를 목적으로 한다. 실정법규에는 인가를 허가·승인·특허 등의 용어로 사용하기도 한다.</p>
확인	<p>확인이란 특정한 사실 또는 법률관계의存否 또는 正否에 대하여 의문이나 다툼이 있는 경우 행정청이 이를 공적으로 확인하는 행위를 말한다.</p> <p>발명의 특허, 선거에서의 당선인결정, 국가시험의 합격자결정, 교과서 인·검정, 행</p>

	정심판의 재결, 소득금액의 결정, 도로구역결정, 소득금액결정, 사용승인처분, 시영아파트입주권확인, 친일반민족행위자 재산의 국가귀속결정 등이 그 예이다.
공증	공증은 특정사실 또는 법률관계의 존부를 공적으로 증명하는 행정행위 이다. 확인은 특정한 사실이나 법률관계에 관한 의문·분쟁을 전제로 하는 것이나 공증은 의문이나 분쟁이 없는 것을 전제로 한다는 점에서, 그리고 확인은 판단표시행위이나 공증은 인식표시행위라는 점에서 차이가 있다. 공증의 예로는, 부동산등기부·외국인등록부와 같은 등기부·등록부에의 등기·등록, 각종의 명부·장부·원부 등에의 등재, 여권 등의 발급, 당선증서·합격증서·영수증과 같은 각종의 증명서발급과 교부, 회의록·의사록의 기재, 허가증·면허증·면장 등의 교부, 주민등록증·여권의 발급, 특허청장의 상표사용권설정 등록(대판 1991.8.13. 90누9414) 등이 있다.
통지	통지란 특정인 또는 불특정 다수인에게 특정사실을 알리는 행위 이다. 따라서 통지는 행정청의 의사가 아니라 법령에 의하여 일정한 법적 효과를 발생한다는 점에서 준법률행위적 행정행위이다. 통지에는 특정한 사실에 관한 관념을 알리는 행위(예) 특허출원의 공고, 귀화의 고시, 토지수용에 있어 사업인정의 고시, 소득금액변동통지, 부당한 공동행위 자진신고자 등의 시정조치, 감면신청에 대한 감면불인정통지)와 행정청의 의사를 알리는 행위(예) 대집행의 계고, 조세체납자에 대한 독촉)가 있다.
수리	수리란 타인의 행정청에 대한 행위(신고·신청)를 유효한 행위로써 받아들이는 행위 를 말한다. 수리는 단순한 사실인 도달 또는 접수와 달리, 행정청이 타인의 행위를 유효한 행위로 판단하여 수령하는 의사행위이다. 사직원의 수리, 입후보등록, 행정심판청구서의 수리 등이 있다.

2. 행정행위와 처분의 관계

(1) 문제점

위와 같이 행정소송법은 처분개념을 광의로 정의하고 있어 행정소송법상 처분개념이 실제법적 개념인 학문상의 행정행위개념과 동일한지에 대해 견해가 대립한다.

(2) 학설

1) 일원설(실체법적 개념설)

- ① **의의** : 실체적 행정행위의 개념과 처분을 동일시하는 입장이다.
- ② **논거** : 이 견해는 ㉠ 취소소송의 목적이 공정력을 가진 행정행위를 매개로 하여 생긴 위법상태를 제거하여 상대방의 권익을 구제하는데 있으므로 공정력을 가진 행정행위에 대하여만 처분성을 인정해야 하고, ㉡ 행위형식의 다양성을 인정하고 다양한 행위형식에 상응하는 소송유형을 통한 권리구제를 도모하는 것이 국민의 권리구제의 폭을 넓히는 것이 된다는 점, ㉢ 다양한 행정작용을 묶어 하나의 새로운 개념으로 구성하는 것이 타당하지 않은 점을 논거로 한다.

2) 이원설(쟁송법적 개념설)

- ① **의의** : 행정쟁송법상 처분개념은 실체법상 행정행위 개념보다는 넓은 행정쟁송법상의 독자적인 개념으로 보는 견해이다.
- ② **논거** : 이 견해는 ㉣ 행정소송법상 처분개념의 정의규정의 문언 및 항고소송의 대상을 넓힘으로써 국민의 권리구제의 기회를 확대하려는 입법취지에 부응해야 하고, ㉤ 소송형식이

다양한 경우 국민이 소송형식을 선택하는데 어려움이 있으므로 항고소송의 대상을 넓히는 것이 바람직하며, ㉔ 행정소송법상 취소는 위법상태를 시정하는 것 또는 위법성을 확인하는 것이므로 사실행위의 취소도 가능하다고 본다.

(3) 판례

판례가 파악하는 처분관념은 기본적으로 ① 공권력발동으로서의 행위일 것, ② 그 자체가 국민에 대하여 권리설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상의 효과를 발생케 하는 것임을 요구하며, 처분의 해당 여부를 개별적으로 결정하여야 한다는 입장이다. 판례는 권력적 사실행위로 볼 수 있는 단수처분, 교도소재소자의 이송조치, 교도관 참여대상자의 지정행위를 처분으로 보았고, 비권력적 사실행위로서 국민의 권익에 사실상 지배력을 미치는 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고를 처분으로 보았으며, 그 자체로는 국민의 권리의무에 변동을 초래하지 않는 공시지가결정의 처분성을 인정하는 등 점차 처분관념을 확대해가고 있어 행정법적 개념설을 취하는 것으로 평가된다.

3. 취소소송의 대상인 처분의 개념요소

(1) 행정청의 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사와 그 거부

1) 행정청의 행정작용

처분은 행정청이 행하는 공권력행사이다. 행정청은 행정주체의 의사를 결정하여 외부에 표시할 수 있는 권한을 가진 기관을 말한다. 행정청에는 단독제기관 외에 합의제기관(㉕ 노동위원회·토지수용위원회)도 포함된다. 국회나 법원의 기관이 행하는 실질적 의미의 행정에 속하는 구체적인 사실에 관한 법집행으로서의 공권력 행사도 처분에 해당한다.

행정청에는 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체 및 그 기관 또는 사인이 포함된다(행정소송법 제2조 제2항).

징병검사시의 신체등위판정은 행정처분이 아님

병역법상 신체등위판정은 행정청이라고 볼 수 없는 군의관이 하도록 되어 있으며, 그 자체만으로 바로 병역법상의 권리의무가 정하여지는 것이 아니라 그에 따라 지방병무청장이 병역처분을 함으로써 비로소 병역의무의 종류가 정하여지는 것이므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 보기 어렵다(대판 1993.8.27. 93누3356).

지방의회 의장에 대한 불신임의결은 행정처분의 일종

지방의회를 대표하고 의사를 정리하며 회의장 내의 질서를 유지하고 의회의 사무를 감독하며 위원회에 출석하여 발언할 수 있는 등의 직무권한을 가지는 지방의회 의장에 대한 불신임의결은 의장으로서의 권한을 박탈하는 행정처분의 일종으로서 항고소송의 대상이 된다(대결 1994.10.11. 94두23).

서울특별시학교안전공제회의 보상심사청구 기각결정은 항고소송의 대상인 행정처분이 아님

서울특별시학교안전공제회는 행정청 또는 그 소속기관이나 법령에 의하여 행정권한을 위임받은 공공단체가 아닐 뿐만 아니라, 학교안전공제보상심사청구를 기각한 결정을 을(사망한 학생의 아버지)의 권리·의무에 관계되는 사항에 관하여 직접 효력을 미치는 공권력의 발동으로서 하는 공법상의 행위로 볼 수도 없다는 이유로, 공제회가 한 보상심사청구 기각결정은 항고소송의 대상인 행정처분이 아니라고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례(대판 2012.12.13. 2010두20874).

2) 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 행정작용

처분은 구체적 사실에 관한 공권력의 행사이다. 구체적 사실이란 관련자가 개별적이고 규율대상이 구체적인 것을 의미한다. 관련자가 일반적이고 규율사건이 구체적인 경우의 규율인 '일반 처분' 역시 처분에 해당한다. 그러나 일반적·추상적 규범인 행정입법은 처분이 아니다(통설).

청소년유해매체물 결정·고시의 법적 성격은 행정처분

청소년유해매체물 결정 및 고시처분은 당해 유해매체물의 소유자 등 특정인만을 대상으로 한 행정처분이 아니라 일반 불특정 다수인을 상대방으로 하여 일률적으로 표시의무, 포장의무, 청소년에 대한 판매·대여 등의 금지의무 등 각종 의무를 발생시키는 행정처분이다(대판 2007.6.14. 2004두619).

항정신병 치료제의 요양급여에 관한 보건복지부 고시는 항고소송의 대상이 되는 행정처분

항정신병 치료제의 요양급여 인정기준에 관한 보건복지부 고시가 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 제약회사, 요양기관, 환자 및 국민건강보험공단 사이의 법률관계를 직접 규율한다는 이유로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대결 2003.10.9. 자2003무23).

관할 행정청이 여객자동차운송사업자에 대한 면허 발급 이후 내린 감차명령은 처분에 해당

관할 행정청은 면허 발급 이후에도 운송사업자의 동의하에 여객자동차운송사업의 질서 확립을 위하여 운송사업자가 준수할 의무를 정하고 이를 위반할 경우 감차명령을 할 수 있다는 내용의 면허 조건을 붙일 수 있고, 운송사업자가 조건을 위반하였다면 여객자동차법 제85조 제1항 제38호에 따라 감차명령을 할 수 있으며, 감차명령은 행정소송법 제2조 제1항 제1호가 정한 처분으로서 항고소송의 대상이 된다(대판 2016.11.24. 2016두45028).

상수도 과태료 부과처분은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아님

「서울특별시 수도조례」 제44조 제4항, 「서울특별시 하수도사용조례」 제42조는 위 각 조례에 기한 과태료에 관하여 그 부과·징수 및 이의신청 등에 관한 사항은 질서위반행위규제법을 따른다고 규정하고 있다. 질서위반행위규제법 관련 규정은 행정청의 과태료 부과에 불복하는 당사자는 과태료 부과 통지를 받은 날부터 60일 이내에 해당 행정청에 서면으로 이의제기를 할 수 있고, 이의제기가 있는 경우에는 그 과태료 부과처분은 효력을 상실하며, 이의제기를 받은 행정청은 이의제기를 받은 날부터 14일 이내에 이에 대한 의견 및 증빙서류를 첨부하여 관할 법원에 통보하여야 하고, 그 통보를 받은 관할 법원은 이유를 붙인 결정으로써 과태료 재판을 하며, 당사자와 검사는 과태료 재판에 대하여 즉시항고를 할 수 있다고 규정하고 있다(대판 2012.10.11. 2011두19369).

3) 공권력 행사와 그 거부

처분은 행정청의 공권력행사작용이다. 공권력행사란 공법에 근거하여 행정청이 상대방에 대하여 우월한 지위에서 일방적으로 행하는 일체의 행정작용을 의미한다. 따라서 공법상 계약·공법상 합동행위는 처분이 아니다. 공권력행사에는 실제적 행정행위가 전형적으로 해당하나, 권력적 사실행위도 여기에 포함되는 것으로 해석된다.

그리고 공권력행사의 거부는 실제적 행정행위의 거부 또는 권력적 사실행위의 거부로서 거부처분을 의미한다. 다만 행정소송법상 거부처분이 되기 위하여는 신청이 있어야 하고, 공권력 행사를 신청한 개인에게 당해 공권력 행사를 신청할 법규상 또는 조리상의 권리가 있어야 한다는 것이 판례의 입장이다.

(2) 그 밖에 이에 준하는 행정작용

‘그 밖에 이에 준하는 행정작용’이라 함은 ‘행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사나 그 거부’에 준하는 행정작용으로서 항고소송에 의한 권리구제의 기회를 줄 필요가 있는 행정작용을 말한다.

따라서 비권력적 공행정작용이지만, 실질적으로 개인의 권익에 일방적인 영향(지배력)을 미치는 작용은 처분에 해당한다. 여기에는 권력적 성격을 갖는 행정지도(판례는 원칙상 행정지도의 처분성 부정), 처분적 성질을 갖는 처분적 명령, 구속적 행정계획 등이 포함된다.

노동조합법 제16조에 따른 노동조합규약의 변경보완시정명령이 행정처분에 해당하는지 여부(적극)

노동조합규약의 변경보완시정명령은 조합규약의 내용이 노동조합법에 위반된다고 보아 구체적 사실에 관한 법집행으로서 노동조합법 제16조 소정의 명령권을 발동하여 조합규약의 해당 조항을 지적된 법률조항에 위반되지 않도록 적절히 변경보완할 것을 명하는 노동행정에 관한 행정관청의 의사를 조합에게 직접 표시한 것이므로 행정소송법 제2조 제1항에서 규정하고 있는 행정처분에 해당된다(대판 1993.5.11. 91누10787).

세무조사결정이 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는지 여부(적극)

부과처분을 위한 과세관청의 질문조사권이 행해지는 세무조사결정이 있는 경우 납세의무자는 세무공무원

의 과세자료 수집을 위한 질문에 대답하고 검사를 수인하여야 할 법적 의무를 부담하게 되는 점, …(중략)… 납세의무자로 하여금 개개의 과태료 처분에 대하여 불복하거나 조사 종료 후의 과세처분에 대하여만 다룰 수 있도록 하는 것보다는 그에 앞서 세무조사결정에 대하여 다툼으로써 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있는 점 등을 종합하면, 세무조사결정은 납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 공권력의 행사에 따른 행정작용으로서 항고소송의 대상이 된다(대판 2011.3.10. 2009두23617).

남녀차별금지및구제에관한법률상 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고가 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당

남녀차별금지및구제에관한법률 제28조에 의하면, 국가인권위원회의 성희롱결정과 이에 따른 시정조치의 권고는 불가분의 일체로 행하여지는 것인데 국가인권위원회의 이러한 결정과 시정조치의 권고는 성희롱 행위자로 결정된 자의 인격권에 영향을 미침과 동시에 공공기관의 장 또는 사용자에게 일정한 법률상의 의무를 부담시키는 것이므로 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고는 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 보지 않을 수 없다(대판 2005.7.8. 2005두487).

행정처분의 성립 시점 및 그 성립 여부를 판단하는 기준

행정청이 행정의사를 외부에 표시하여 행정청이 자유롭게 취소·철회할 수 없는 구속을 받기 전에는 ‘처분’이 성립하지 않으므로, 법무부장관이 위와 같은 법령에 따라 이 사건 입국금지결정을 했다고 해서 ‘처분’이 성립한다고 볼 수는 없다. 이 사건 입국금지결정은 법무부장관의 의사가 공식적인 방법으로 외부에 표시된 것이 아니라 단지 그 정보를 내부전산망인 ‘출입국관리정보시스템’에 입력하여 관리한 것에 지나지 않으므로, 항고소송의 대상이 될 수 있는 ‘처분’에 해당하지 않는다(대판 2019.7.11. 2017두38874).

3. 취소소송의 대상으로서 재결

취소소송은 원칙적으로 원처분을 대상으로 하며, 재결은 재결 자체에 고유한 위법이 있는 경우에 한한다(행정소송법 제19조).

1. 의의

거부처분이란 개인이 행정청에 대하여 일정한 처분을 신청한 경우 그 신청에 따른 처분을 거부하는 것을 말한다. 거부는 처분의 신청에 대한 거절의 의사표시라는 점에서 외관상 일정한 행정행위가 없는 부작위와 구별된다.

2. 거부처분의 성립요건

(1) 공권력 행사의 거부

거부된 공권력 행사가 처분성을 가져야 한다. 즉 처분인 공권력 행사의 거부이어야 한다. 따라서 예컨대 국유 잡종재산의 대부신청의 거부는 처분이 아니다.

지방자치단체장이 국유 잡종재산 대부신청을 거부한 것이 행정처분인지 여부(소극)

지방자치단체장이 국유 잡종재산을 대부하여 달라는 신청을 거부한 것은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니므로 행정소송으로 그 취소를 구할 수 없다(대판 1998.9.22. 98두7602).

(2) 거부행위가 신청인의 권익에 직접적 영향을 미칠 것(=법적 행위일 것)

‘법적 행위’란 외부적 행위이며 국민의 권리나 법적 이익과 직접 관련되는 행위를 말한다. 판례도 “국민의 권리관계에 영향을 미치는 것”을 성립요건으로 보고 있다.

교육공무원법상 승진후보자 명부에 의한 승진심사 방식으로 행해지는 승진임용에서 승진후보자 명부에 포함되어 있던 후보자를 승진임용인사발령에서 제외하는 행위는 행정처분

교육공무원법령에 따르면 임용권자는 3배수의 범위 안에 들어간 후보자들을 대상으로 승진임용 여부를 심사하여야 하고, 이에 따라 승진후보자 명부에 포함된 후보자는 임용권자로부터 정당한 심사를 받게 될 것에 관한 절차적 기대를 하게 된다. 그런데 임용권자 등이 자의적인 이유로 승진후보자 명부에 포함된 후보자를 승진임용에서 제외하는 처분을 한 경우에, 이러한 승진임용제외처분을 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보지 않는다면, 달리 이에 대하여는 불복하여 침해된 권리 또는 법률상 이익을 구제받을 방법이 없다. 따라서 교육공무원법상 승진후보자 명부에 의한 승진심사 방식으로 행해지는 승진임용에서 승진후보자 명부에 포함되어 있던 후보자를 승진임용인사발령에서 제외하는 행위는 불이익처분으로서 항고소송의 대상인 처분에 해당한다(대판 2018.3.27. 2015두47492).

행정청이 토지대장의 소유자명의변경신청을 거부한 행위는 행정처분이 아님

토지대장에 기재된 일정한 사항을 변경하는 행위는, 그것이 지목의 변경이나 정정 등과 같이 토지소유권 행사의 전제요건으로서 토지소유자의 실체적 권리관계에 영향을 미치는 사항에 관한 것이 아닌 한 행정사무집행의 편의와 사실증명의 자료로 삼기 위한 것일 뿐이어서, 그 소유자 명의가 변경된다고 하여도 이로 인하여 당해 토지에 대한 실체상의 권리관계에 변동이 가져올 수 없고 토지소유권이 지적공부의 기재만에 의하여 증명되는 것도 아니다. 따라서 소관청이 토지대장상의 소유자명의변경신청을 거부한 행위는 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다(대판 2012.1.12. 2010두12354).

행정청이 건축물대장의 용도변경신청을 거부한 행위는 행정처분

구 건축법 제14조 제4항의 규정은 건축물의 소유자에게 건축물대장의 용도변경신청권을 부여한 것이고, 한편 건축물의 용도는 토지의 지목에 대응하는 것으로서 건물의 이용에 대한 공법상의 규제, 건축법상의 시정명령, 지방세 등의 과세대상 등 공법상 법률관계에 영향을 미치고, 건물소유자는 용도를 토대로 건물의 사용·수익·처분에 일정한 영향을 받게 된다. 이러한 점 등을 고려해 보면, 건축물대장의 용도는 건축물의 소유권을 제대로 행사하기 위한 전제요건으로서 건축물 소유자의 실체적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로, 건축물대장 소관청의 용도변경신청 거부행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2009.1.30. 2007두7277).

국세환급결정이나 그 결정을 구하는 신청에 대한 환급거부결정 등은 행정처분이 아님

원천징수의무자가 원천납세의무자로부터 원천징수대상이 아닌 소득에 대하여 세액을 징수·납부하였거나

징수하여야 할 세액을 초과하여 징수·납부하였다면, 국가는 원천징수의무자로부터 이를 납부받는 순간 아무런 법률상의 원인 없이 부당이득한 것이 되고, 구 국세기본법 제51조 제1항, 제52조 등의 규정은 환급청구권이 확정된 국세환급금 및 가산금에 대한 내부적 사무처리절차로서 과세관청의 환급절차를 규정 한 것일 뿐 그 규정에 의한 국세환급금(가산금 포함) 결정에 의하여 비로소 환급청구권이 확정되는 것이 아니므로, 국세환급결정이나 이 결정을 구하는 신청에 대한 환급거부결정 등은 납세의무자가 갖는 환급 청구권의 존부나 범위에 구체적이고 직접적인 영향을 미치는 처분이 아니어서 항고소송의 대상이 되는 처분으로 볼 수 없다(대법원 2010. 2. 25. 2007두18284).

(3) 거부의 의사표시

거부의 의사표시가 있어야 한다. 거부의 의사표시는 묵시적일 수도 있다. 법령상 일정한 기간 이 지났음에도 가부간의 처분이 없는 경우 거부가 의제되는 경우도 있다.

거부처분이 있었다고 하기 위하여 필요한 의사결정의 표시

행정청의 부작용상태를 소멸시키는 행정청으로부터의 일정한 처분, 특히 거부처분이 있었다고 하기 위하여는 그 처분을 위한 의사결정이 어떠한 형식으로든 행정청의 권한 있는자에 의하여 외부로 표시되고 그 신청이 거부 내지 각하되었다는 취지가 신청자에게 오해없이 정확하게 전달되어 이를 알 수 있는 상태에 놓여진 경우에 한하는 것이다(대판 1990.9.25. 89누4758).

(4) 거부처분의 성립에 신청권이 필요한지 여부

1) 학설

① 소송요건설

- ㉠ **거부행위 요건설** : 신청권을 거부행위의 요건으로 보고, 신청권이 있는 자에게는 당연히 거부처분을 다룰 원고적격을 인정하는 견해이다. 그 논거는 ㉡ 신청권은 신청에 대한 응답 의무에 대응하는 형식적 또는 절차적 권리이고, ㉢ 신청권이 없는 경우에는 본안심리를 함 이 없이 각하판결을 할 수 있어 법원의 소송부담을 경감할 수 있다는 점을 들고 있다.
- ㉣ **원고적격 문제설** : 신청권은 원고적격의 문제로 보아야 하며, 거부행위가 처분에 해당하는 가의 여부는 행정소송법 제2조에서 정의한 '처분'에 해당하는가의 여부에 따라 판단해야 한다는 견해이다.

② 본안문제설

신청권의 존재를 소송대상의 문제로 보면 행정소송법상의 처분개념을 부당하게 제한함으로써 국민의 권익구제의 길을 축소시키는 결과를 가져오고, 본안문제를 소송요건에서 판단하게 되는 문제가 있으므로 본안문제로 보자는 견해이다.

2) 판례

판례는 거부가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하려면, “ i) 그 신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이어야 하고, ii) 그 거부행위가 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것이어야 하며, iii) 그 국민에게 그 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 있어야 한다.”(대판 2002.11.22. 2000두9229)고 하여 신청권을 거부처분취소소송의 소송요건(특히 거부행위요건설)으로 본다. 즉 법규상 또는 조리상 신청권이 없는 경우 거부행위의 처분성을 인정하지 않고, 부작용을 인정하지 않는다. 그리고 판례는 최근 국토이용계획변경승인거부처분취소판결(대판 2003.9.23. 2001두10936), 국공립대학 교수재임용거부처분취소판결(대판 2004.4.22. 2000두7755) 등에서 신청권의 범위를 점차 확대하고 있다. 그리고 여기에서 '신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것'이라는 의미는 신청인의 실제상의 권리관계에 직접적인 변동을 일으키는 것은 물론 그렇지 않다 하더라도 신청인이 실제상의 권리자로서 권리를 행사함에 중대한 지장을 초래하는 것도 포함한다고 해석된다(대판 2002.11.22. 2000두9229).

행정청의 거부행위가 항고소송의 대상이 되는 처분인지 여부를 판단할 때 신청권의 존재 여부를 넘어서 구체적으로 그 신청의 인용 여부까지 판단하여야 하는지 여부(소극)

거부처분의 처분성을 인정하기 위한 전제조건이 되는 신청권의 존부는 구체적 사건에서 신청인이 누구인가를 고려하지 않고 관계 법규의 해석에 의하여 일반 국민에게 그러한 신청권을 인정하고 있는가를 살펴 추상적으로 결정되는 것이고, 신청인이 그 신청에 따른 단순한 응답을 받을 권리를 넘어서 신청의 인용이라는 만족적 결과를 얻을 권리를 의미하는 것은 아니므로, 국민이 어떤 신청을 한 경우에 그 신청의 근거가 된 조항의 해석상 행정발동에 대한 개인의 신청권을 인정하고 있다고 보이면 그 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보아야 하고, 구체적으로 그 신청이 인용될 수 있는가 하는 점은 본안에서 판단하여야 할 사항이다(대판 2009.9.10. 2007두20638).

피해자의 의사와 무관하게 주민등록번호가 유출된 경우에는 조리상 주민등록번호의 변경을 요구할 신청권을 인정

갑 등이 인터넷 포털사이트 등의 개인정보 유출사고로 자신들의 주민등록번호 등 개인정보가 불법 유출되자 이를 이유로 관할 구청장에게 주민등록번호를 변경해 줄 것을 신청하였으나 구청장이 '주민등록번호가 불법 유출된 경우 주민등록법상 변경이 허용되지 않는다'는 이유로 주민등록번호 변경을 거부하는 취지의 통지를 한 경우, 피해자의 의사와 무관하게 주민등록번호가 유출된 경우에는 조리상 주민등록번호의 변경을 요구할 신청권을 인정함이 타당하고, 구청장의 주민등록번호 변경신청 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2017.6.15. 2013두2945).

문화재보호구역 내 토지 소유자의 문화재보호구역 지정해제 신청에 대한 행정청의 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분

문화재보호법은 문화재를 보존하여 이를 활용함으로써 국민의 문화적 생활의 향상을 도모함과 아울러 인류문화의 발전에 기여함을 목적으로 하면서도, 문화재보호구역의 지정에 따른 재산권행사의 제한을 줄이기 위하여, 행정청에게 보호구역을 지정한 경우에 일정한 기간마다 적정성 여부를 검토할 의무를 부과하고, 그 검토사항 등에 관한 사항은 문화관광부령으로 정하도록 위임하였으며, 검토 결과 보호구역의 지정이 적정하지 아니하거나 기타 특별한 사유가 있는 때에는 보호구역의 지정을 해제하거나 그 범위를 조정하여야 한다고 규정하고 있는 점, 같은 법 제8조 제3항의 위임에 의한 같은법시행규칙 제3조의2 제1항은 그 적정성 여부를 검토에 있어서 당해 문화재의 보존 가치 외에도 보호구역의 지정이 재산권 행사에 미치는 영향 등을 고려하도록 규정하고 있는 점 등과 헌법상 개인의 재산권 보장의 취지에 비추어 보면, 문화재보호구역 내에 있는 토지소유자 등으로서는 위 보호구역의 지정해제를 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있다고 할 것이고, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2004.4.27. 2003두8821).

문화재구역 내 토지 소유자 갑이 문화재청장에게 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제30조 제1항에 의한 재결신청 청구를 하였으나, 문화재청장은 위 법 제30조 제2항에 따른 관할 토지수용위원회에 대한 재결신청 의무를 부담하지 않는다는 이유로 거부 회신을 받은 경우, 위 회신은 항고소송의 대상이 되는 거부처분에 해당하지 아니함

문화재청장이 토지조서 및 물건조서를 작성하는 등 위 토지에 대하여 구 공익사업법에 따른 수용절차를 개시한 바 없으므로, 갑에게 문화재청장으로 하여금 관할 토지수용위원회에 재결을 신청할 것을 청구할 법규상의 신청권이 인정된다고 할 수 없다(대판 2014.7.10. 2012두22966).

납세의무자의 세법에 근거하지 않은 경정청구에 대한 과세관청의 거부 회신을 항고소송의 대상이 되는 거부처분으로 볼 수 있는지 여부(소극)

국세기본법 또는 개별 세법에 경정청구권을 인정하는 명문의 규정이 없는 이상 조리에 의한 경정청구권을 인정할 수 없으므로, 납세의무자의 세법에 근거하지 아니한 경정청구에 대하여 과세관청이 이를 거부하는 회신을 하였다고 하더라도 이를 가리켜 항고소송의 대상이 되는 거부처분으로 볼 수 없다(대판 2010.2.25. 2007두18284).

구 국토이용관리법상의 국토이용계획변경신청에 대한 거부행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하기 위한 요건

구 국토이용관리법상 주민이 국토이용계획의 변경에 대하여 신청을 할 수 있다는 규정이 없을 뿐만 아니라, 국토건설종합계획의 효율적인 추진과 국토이용질서를 확립하기 위한 국토이용계획은 장기성, 종합성이 요구되는 행정계획이어서 원칙적으로는 그 계획이 일단 확정된 후에 어떤 사정의 변동이 있다고 하여 그러한 사유만으로는 지역주민이나 일반 이해관계인에게 일일이 그 계획의 변경을 신청할 권리를 인정하여 줄 수는 없을 것이지만, 장래 일정한 기간 내에 관계 법령이 규정하는 시설 등을 갖추어 일정한 행정처분을 구하는 신청을 할 수 있는 법률상 지위에 있는 자의 국토이용계획변경신청을 거부하는 것이 실질적으로 당해 행정처분 자체를 거부하는 결과가 되는 경우에는 예외적으로 그 신청인에게 국토이용계획변

경을 신청할 권리가 인정된다고 봄이 상당하므로, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2003.9.23. 2001두10936).

3) 검토

판례의 입장을 대상적격과 원고적격의 구분을 무시한 것이라고 비판하는 견해도 있으나, 부작위의 개념에 관하여 행정소송법이 "행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것"이라고 하여 신청권에 대응하는 처분 의무를 부작위의 요소로 규정하고 있고, 거부처분 개념은 부작위개념과 연결되어 있으므로 현행 행정소송법하에서는 신청권을 거부처분의 요건으로 보는 판례의 입장이 타당하다.

1. 사실행위

(1) 학설

- ① **긍정설** : 취소소송중심주의하에서 그리고 사실행위에 대한 당사자소송을 인정하지 않고 있는 현행법하에서 실효적인 권익구제를 위하여, 권력적 사실행위 및 사실상 강제력을 미치는 비권력적 사실행위는 그 자체가 행정쟁송법 및 행정심판법상의 처분에 해당한다고 본다.
- ② **수인하명설** : 권력적 사실행위 자체가 아니라 권력적 사실행위에 결합되어 있는 행정행위인 수인하명이 항고쟁송의 대상이 된다고 한다. 따라서 수인하명을 수반하지 않는 권력적 사실행위(☞ 경찰의 불법적 미행행위)나 비권력적 사실행위는 처분성을 인정하지 않는다.
- ③ **부정설** : 사실행위에 대하여는 취소를 생각할 수 없다는 전제하에, 사실행위에 대한 권익구제는 당사자소송인 이행소송, 금지소송 또는 공법상 결과제거청구소송으로 도모하여야 한다고 한다.

(2) 판례

① 권력적 사실행위와 비권력적 사실행위

- ㉞ 수인하명을 내포하는 공권력행사(☞ 전염병환자의 격리수용·공공시설의 설치)는 처분에 해당한다. 대법원은 재산압류처분(대판 1969.4.29, 69누12), 공매처분(대판 1984.9.25, 84누201), 단수처분(대판 1979.12.28, 79누218) 등에 대하여 처분성을 인정한다.
- ㉟ 판례는 주의·권고·호의적 중재·조정·희망의 표시·알선·지도 등과 같은 사실행위는 처분성을 인정하지 않는다. 다만 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고처럼 예외적으로 처분으로 본 사례도 있다(대판 2005.7.8, 2005두487).
- ㊱ 헌법재판소는 권력적 사실행위를 행정소송법상의 처분으로 보면서도 보충성원칙에 대한 예외에 해당하는 경우 헌법소원의 대상이 된다고 보고 있다.

② 관념의 통지 등 단순한 사실행위

기존의 권리의무관계를 단순히 확인, 통지하는 사실행위는 처분이 아니다.

수형자의 서신을 교도소장이 검열하는 행위는 권력적 사실행위로서 행정소송의 대상

수형자의 서신을 교도소장이 검열하는 행위는 이른바 권력적 사실행위로서 행정심판이나 행정소송의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수 있으나, 위 검열행위가 이미 완료되어 행정심판이나 행정소송을 제기하더라도 소의 이익이 부정될 수 밖에 없으므로 헌법소원심판을 청구하는 외에 다른 효과적인 구제방법이 있다고 보기 어렵기 때문에 보충성의 원칙에 대한 예외에 해당한다(헌재 1998.8.27. 96헌마398).

교도소장이 수형자를 '접견내용 녹음·녹화 및 접견 시 교도관 참여대상자'로 지정한 것의 처분성

피고가 위와 같은 지정행위를 함으로써 원고의 접견 시마다 사생활의 비밀 등 권리에 제한을 가하는 교도관의 참여, 접견내용의 청취·기록·녹음·녹화가 이루어졌으므로 이는 피고가 그 우월적 지위에서 수형자인 원고에게 일방적으로 강제하는 성격을 가진 공권력적 사실행위의 성격을 갖고 있는 점, 위 지정행위는 그 효과가 일회적인 것이 아니라 이 사건 제1심판결이 선고된 이후인 2013. 2. 13.까지 오랜 기간 동안 지속되어 왔으며, 원고로 하여금 이를 수인할 것을 강제하는 성격도 아울러 가지고 있는 점, 위와 같이 계속성을 갖는 공권력적 사실행위를 취소할 경우 장래에 이루어질지도 모르는 기본권의 침해로부터 수형자들의 기본적 권리를 구제할 실익이 있는 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 위와 같은 지정행위는 수형자의 구체적 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 행정청의 공법상 행위로서 항고소송의 대상이 되는 '처분'에 해당한다(대판 2014.2.13. 2013두20899).

당연퇴직처분은 행정소송의 대상인 행정처분이 아님

국가공무원법 제69조에 의하면 공무원이 제33조 각 호의 1에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다고 규정하고 있으므로, 국가공무원법상 당연퇴직은 결격사유가 있을 때 법률상 당연히 퇴직하는 것이지 공무원관계를 소멸시키기 위한 별도의 행정처분을 요하는 것이 아니며, 당연퇴직의 인사발령은 법률상 당연히 발

생하는 퇴직사유를 공적으로 확인하여 알려주는 이른바 관념의 통지에 불과하고 공무원의 신분을 상실시키는 새로운 형성적 행위가 아니므로 행정소송의 대상이 되는 독립한 행정처분이라고 할 수 없다(대판 1995.11.14. 95누2036).

공원관리청이 행한 경계측량 및 표지의 설치는 행정처분이 아님

건설부장관이 행한 국립공원이정처분은 그 결정 및 첨부된 도면의 공고로써 그 경계가 확정되는 것이고, 시장이 행한 경계측량 및 표지의 설치 등은 공원관리청이 공원구역의 효율적인 보호, 관리를 위하여 이미 확정된 경계를 인식, 파악하는 사실상의 행위로 봄이 상당하며, 위와 같은 사실상의 행위를 가리켜 공권력행사로서의 행정처분의 일부라고 볼 수 없고, 이로 인하여 건설부장관이 행한 공원이정처분이나 그 경계에 변동을 가져온다고 할 수 없다(대판 1992.10.13. 92누2325).

공무원연금관리공단이 공무원연금법령의 개정 사실과 퇴직연금 수급자가 퇴직연금 중 일부 금액의 지급정지 대상자가 되었다는 사실을 통보한 것은 처분이 아님

공무원연금관리공단의 인정에 의하여 퇴직연금을 지급받아 오던 중 공무원연금법령의 개정 등으로 퇴직연금 중 일부 금액의 지급이 정지된 경우에는 당연히 개정된 법령에 따라 퇴직연금이 확정되는 것이지만 구 공무원연금법 제26조 제1항에 정해진 공무원연금관리공단의 퇴직연금 결정과 통지에 의하여 비로소 그 금액이 확정되는 것이 아니므로, 공무원연금관리공단이 퇴직연금 중 일부 금액에 대하여 지급거부의 의사표시를 하였다고 하더라도 그 의사표시는 퇴직연금 청구권을 형성·확정하는 행정처분이 아니라 공법상의 법률관계의 한쪽 당사자로서 그 지급의무의 존부 및 범위에 관하여 나름대로의 사실상·법률상 의견을 밝힌 것에 불과하다고 할 것이어서, 이를 행정처분이라고 볼 수는 없고, 그리고 이러한 미지급 퇴직연금에 대한 지급청구권은 공법상 권리로서 그 지급을 구하는 소송은 공법상의 법률관계에 관한 소송인 공법상 당사자소송에 해당한다(대판 2004.12.24. 2003두15195).

재단법인 한국연구재단이 대학교 총장에게 연구팀장에 대한 대학 자체 징계 요구 등을 통보한 것은 행정처분이 아님

재단법인 한국연구재단이 갑 대학교 총장에게 연구개발비의 부당집행을 이유로 '해양생물유래 고부가식품·향장·한약 기초소재 개발 인력양성사업에 대한 2단계 두뇌한국(BK)21 사업' 협약을 해지하고 연구팀장을 을에 대한 대학 자체 징계 요구 등을 통보한 경우, 재단법인 한국연구재단이 갑 대학교 총장에게 을에 대한 대학 자체징계를 요구한 것은 법률상 구속력이 없는 권유 또는 사실상의 통지로서 을의 권리, 의무 등 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키지 않는 행위에 해당하므로, 항고소송의 대상인 행정처분에 해당하지 않는다(대판 2014.12.11. 2012두28704).

국민건강보험공단이 통보한 '직장가입자 자격상실 및 자격변동 안내' 및 '사업장 직권탈퇴에 따른 가입자 자격상실 안내' 는 처분이 아님

국민건강보험공단이 갑 등에게 '직장가입자 자격상실 및 자격변동 안내' 통보 및 '사업장 직권탈퇴에 따른 가입자 자격상실 안내' 통보를 한 사안에서, 국민건강보험 직장가입자 또는 지역가입자 자격 변동은 법령이 정하는 사유가 생기면 별도 처분 등의 개입 없이 사유가 발생한 날부터 변동의 효력이 당연히 발생하므로, 국민건강보험공단이 갑 등에 대하여 가입자 자격이 변동되었다는 취지의 '직장가입자 자격상실 및 자격변동 안내' 통보를 하였거나, 그로 인하여 사업장이 국민건강보험법상의 적용대상사업장에서 제외되었다는 취지의 '사업장 직권탈퇴에 따른 가입자 자격상실 안내' 통보를 하였더라도, 이는 갑 등의 가입자 자격의 변동 여부 및 시기를 확인하는 의미에서 한 사실상 통지행위에 불과할 뿐, 위 각 통보에 의하여 가입자 자격이 변동되는 효력이 발생한다고 볼 수 없고, 또한 위 각 통보로 갑 등에게 지역가입자로서의 건강보험료를 납부하여야 하는 의무가 발생함으로써 갑 등의 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 것도 아니므로, 위 각 통보의 처분성이 인정되지 않는다(대판 2019.2.14. 2016두41729).

3. 명령, 행정규칙, 고시, 조례

(1) 개설

- ① 판례는 일반적·추상적 명령 그 자체로서는 국민의 구체적인 권리의무에 직접적인 변동을 초래하는 것이 아니어서 행정소송법상의 처분이 아니고, 행정청의 내부적 지시·지침인 행정규칙 그 자체에 대하여도 직접 행정쟁송을 제기할 수 없다고 한다. 그러나 처분적 명령과 처분성이 있는 법규명령의 효력이 있는 행정규칙은 항고소송의 대상이 된다.
- ② 고시가 일반적·추상적 성격을 가질 때에는 법규명령 또는 행정규칙에 해당할 것이지만, 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법률관계를 규율하는 성격을 가질 때에는 행정처분에 해당한다.

대학입시기본계획 내의 내신성적산정지침은 항고소송의 대상인 행정처분성을 갖지 아니함

교육부장관이 내신성적 산정기준의 통일을 기하기 위해 대학입시기본계획의 내용에서 내신성적 산정기준에 관한 시행지침을 마련하여 시·도 교육감에서 통보한 것은 행정조직 내부에서 내신성적 평가에 관한 내부적 심사기준을 시달한 것에 불과하며, 각 고등학교에서 위 지침에 일률적으로 기속되어 내신성적을 산정할 수밖에 없고 또 대학에서도 이를 그대로 내신성적으로 인정하여 입학생을 선발할 수밖에 없는 관계로 장차 일부 수험생들이 위 지침으로 인해 어떤 불이익을 입을 개연성이 없지는 아니하나, 그러한 사정만으로서 위 지침에 의하여 곧바로 개별적이고 구체적인 권리의 침해가 받은 것으로는 도저히 인정할 수 없으므로, 그것만으로는 현실적으로 특정인의 구체적인 권리의무에 직접적으로 변동을 초래케 하는 것은 아니라 할 것이어서 내신성적 산정지침을 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수 없다(대판 1994.9.10. 94두33).

약제급여·비급여목록 및 급여상한금액표(고시)는 항고소송의 대상이 되는 행정처분

보건복지부 고시인 약제급여·비급여목록 및 급여상한금액표는 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 국민건강보험가입자, 국민건강보험공단, 요양기관 등의 법률관계를 직접 규율하는 성격을 가지므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2006.9.22. 2005두2506).

(2) 처분적 명령의 인정기준

명령(법령보충적 행정규칙 포함) 중 처분적 성질을 갖는 명령(처분적 명령)은 항고소송의 대상이 된다는 것이 판례 및 일반적 견해이다. 따라서 항고소송의 대상인 ‘처분적 법규명령’의 범위가 문제된다.

- ① **협의설** : 명령이 별도의 집행행위 없이도 국민에 대하여 직접적이고 구체적인 법적 효과를 미치는 경우, 즉 국민의 권리의무에 직접 변동을 야기하는 경우에 한하여 처분적 명령으로 본다(예 두밀분교폐지조례). 판례의 원칙적인 입장이다.
- ② **중간설** : 협의의 처분적 법규명령뿐만 아니라, 일반적·추상적 규범이지만 집행행위의 매개 없이 직접 국민의 권리의무를 규율하는 명령, 즉 집행적 법규명령(예 일정 영업장소에서의 미성년자의 출입금지의무 규정)도 항고소송의 대상이 되는 처분적 명령으로 본다. 이 견해에 대하여, 집행적 법규명령 대한 직접적 규범통제제도는 현행법상 인정되고 있지 않으므로 이들에 의하여 권리를 침해받은 국민은 항고소송이 아니라 헌법소원을 통하여 구제를 받을 수 있을 뿐이라는 비판이 있다.
- ③ **판례** : 명령이 “그 자체로서 국민의 구체적인 권리의무에 직접적인 변동을 초래하는 것”인 경우에 한하여 항고소송의 대상이 된다(대판 2007.4.12. 2005두15168)고 하여 원칙상 협의설을 취하고 있다. 다만 판례는 위 ‘고시’의 사례처럼 일반적·추상적 성격을 가지는 경우에도 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법률관계를 규율하는 성격을 가질 때에는 행정처분에 해당한다고 본다.

(3) 조례의 처분성 여부

- ① **일반적인 조례의 처분성** : 일반적으로 조례는 행정입법의 하나인 만큼 원칙적으로 국민의 권리의무에 관하여 개별적·구체적으로 규율하는 것이 아니고, 장래에 불특정 다수인에게 반복적으로 적용될 수 있는 일반적·추상적 규범이어서, 당해 조례에 따라 행정청이 특정인에 대하여 행정처분을 함으로써 비로소 국민의 권리의무에 구체적이고 개별적으로 영향을 미치게 된다. 따라서 행정청의 특정인에 대한 행정처분이 있기 전의 조례 그 자체는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다.
- ② **처분성이 인정되는 조례** : 조례 중에는 별도의 집행행위 없이도 국민에 대하여 직접적이고 구체적인 법적 효과를 미치는 경우가 있는바, 이를 처분적 조례라 한다. 이러한 처분적 조례는 비록 형식은 행정입법 형식이나 그 실질이 행정처분성을 갖고 있으므로 항고소송의 대상이 된다(대판 1996.9.20. 95누8003).

4. 의회의 의결

의회의 의결은 국가 또는 지방공공단체의 내부적 의사결정에 불과하므로 행정처분이 아니다. 그러나 집행기관의 행정조치를 기다리지 않고 직접 그것에 의해서 사인의 법률상 지위에 영향을 미치는 경우(☞ 지방의회위원의 제명징계의결, 지방의회 의장선거)는 취소소송의 대상이 된다. 그러나 의회의 자율권에 위임되어 있는 사항(☞ 의원에 대한 출석정지의 징계의결)은 취소소송의 대상이 아니다.

5. 행정계획

종래 행정계획은 단순한 청사진에 불과한 것으로 처분성을 인정하지 아니하였다. 그러나 오늘날 판례는 행정계획의 공고에 의하여 직접 권리제한의 효과가 생기는 구속적 계획의 경우는 처분성을 인정한다(☞ 상업지역 또는 주거지역으로의 지정).

고시된 도시계획결정은 행정소송의 대상이 됨

도시계획법 제12조 소정의 고시된 도시계획결정은 특정 개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하는 효과를 가져오게 하는 행정청의 처분이라 할 것이고, 이는 행정소송의 대상이 된다(대판 1982.3.9. 80누105).

도지사가 도 내 특정시를 공공기관이 이전할 혁신도시 최종입지로 선정한 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아님

이 사건 지침에는 공공기관의 지방이전을 위한 정부 등의 조치와 공공기관이 이전할 혁신도시 입지선정을 위한 사항 등을 규정하고 있을 뿐 혁신도시입지 후보지에 관련된 지역 주민 등의 권리의무에 직접 영향을 미치는 규정을 두고 있지 않으므로, 피고가 원주시를 혁신도시 최종입지로 선정한 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수 없다(대판 2007.11.15. 2007두10198).

행정기관 내부에서 사업의 기본방향을 제시하는 계획인 '4대강 살리기 마스터플랜' 등은 처분이 아님

국토해양부, 환경부, 문화체육관광부, 농림수산부, 식품부가 합동으로 2009. 6. 8. 발표한 '4대강 살리기 마스터플랜' 등은 4대강 정비사업과 주변 지역의 관련 사업을 체계적으로 추진하기 위하여 수립한 종합 계획이자 '4대강 살리기 사업'의 기본방향을 제시하는 계획으로서, 행정기관 내부에서 사업의 기본방향을 제시하는 것일 뿐, 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 것이 아니어서 행정처분에 해당하지 않는다(대결 2011.4.21. 2010무111).

주택재건축정비사업조합이 수립한 사업시행계획이 인가·고시를 통해 확정되면 행정처분에 해당

구 도시 및 주거환경정비법에 따른 주택재건축정비사업조합은 관할 행정청의 감독 아래 위 법상 주택재건축사업을 시행하는 공법인으로서, 그 목적 범위 내에서 법령이 정하는 바에 따라 일정한 행정작용을 행하는 행정주체의 지위를 가진다 할 것인데, 재건축정비사업조합이 이러한 행정주체의 지위에서 위 법에 기초하여 수립한 사업시행계획은 인가·고시를 통해 확정되면 이해관계인에 대한 구속적 행정계획으로서 독립된 행정처분에 해당하고, 이와 같은 사업시행계획안에 대한 조합 총회결의는 그 행정처분에 이르는 절차적 요건 중 하나에 불과한 것으로서, 그 계획이 확정된 후에는 항고소송의 방법으로 계획의 취소 또는 무효확인을 구할 수 있을 뿐, 절차적 요건에 불과한 총회결의 부분만을 대상으로 그 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 허용되지 아니한다(대결 2009.11.2. 2009마596).

6. 부관

부관만을 다룰 수 있는가의 문제가 있는데, 판례는 부담 이외에는 반드시 부관부행정행위 전체의 취소를 구하는 소를 제기해야 한다고 본다. 반면 주된 행정행위에 부가하여 작위, 부작위, 수인, 급부의무를 부과하는 부담은 그 자체로 독립된 처분의 성격을 갖기 때문에, 주된 행정행위와 독립하여 취소소송의 제기가 가능하다.

행정행위에 부수하여 그 상대방에게 일정한 의무를 부과하는 행정청의 의사표시인 부담은 그 자체만으로 행정쟁송의 대상이 될 수 있음

행정행위의 부관은 행정행위의 일반적인 효력이나 효과를 제한하기 위하여 의사표시의 주된 내용에 부가되는 종된 의사표시이지 그 자체로서 직접 법적 효과를 발생하는 독립된 처분이 아니므로 현행 행정쟁송

제도 아래서는 부관 그 자체만을 독립된 쟁송의 대상으로 할 수 없는 것이 원칙이나 행정행위의 부관 중에서도 행정행위에 부수하여 그 행정행위의 상대방에게 일정한 의무를 부과하는 행정청의 의사표시인 부담의 경우에는 다른 부관과는 달리 행정행위의 불가분적인 요소가 아니고 그 존속이 본체인 행정행위의 존재를 전제로 하는 것일 뿐이므로 부담 그 자체로서 행정쟁송의 대상이 될 수 있다(대판 1992.1.21. 91누1264).

기부채납받은 행정재산에 대한 사용·수익허가 중 사용·수익허가의 기간에 대하여 독립하여 행정소송을 제기할 수 없음

행정행위의 부관은 부담인 경우를 제외하고는 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 없는바, 이 사건 허가(기부채납받은 행정재산에 대한 사용·수익허가)에서 피고가 정한 사용·수익허가의 기간은 이 사건 허가의 효력을 제한하기 위한 행정행위의 부관으로서 이러한 사용·수익허가의 기간에 대해서는 독립하여 행정소송을 제기할 수 없는 것이고,···(중략)···이 사건 허가에서 그 허가기간은 행정행위의 본질적 요소에 해당한다고 볼 것이어서, 부관인 허가기간에 위법사유가 있다면 이로써 이 사건 허가 전부가 위법하게 될 것이다(대판 2001.6.15. 99두509).

공유수면매립지 일부의 국가 또는 지방자치단체 귀속의 법적 성질

행정행위의 부관은 부담의 경우를 제외하고는 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 없는 것인바, 지방국토관리청장이 일부 공유수면매립지에 대하여 한 국가 또는 직할시 귀속처분은 매립준공인가를 함에 있어서 매립의 면허를 받은 자의 매립지에 대한 소유권취득을 규정한 공유수면매립법 제14조의 효과 일부를 배제하는 부관을 붙인 것이고, 이러한 행정행위의 부관은 위 법리와 같이 독립하여 행정소송 대상이 될 수 없다(대판 1993.10.8. 93누2032).

7. 신고의 수리거부행위

(1) 수리를 요하지 아니하는 신고(자체완성적 신고)의 거부

형식적 요건을 결한 부적법한 신고의 경우는 수리를 거부하여야 한다. 그러나 적법한 신고를 행정청이 거부하여도 신고행위는 유효한 행위가 되며, 행정소송법상 처분성이 문제되지 않아 취소소송으로 다룰 수 없다.

(2) 수리를 요하는 신고(행정요건적 신고)의 거부

형식적 요건과 실질적 요건을 심사하여 수리를 거부하는 것이 가능하다. 그러나 행정청이 독자적으로 신고수리요건을 추가하는 것은 허용되지 아니하며, 관계 법령이 정하지 않은 다른 사유를 들어 신고수리를 거부할 수 없다. 행정요건적 신고에 대한 수리거부는 행정소송법상 처분개념에 해당하므로 상대방은 항고소송을 제기할 수 있다.

노동조합 설립신고에 대하여 실질적으로 심사할 수 있는지 여부(적극)

노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라 한다)이 행정관청으로 하여금 설립신고를 한 단체에 대하여 같은 법 제2조 제4호 각 목에 해당하는지를 심사하도록 한 취지가 노동조합으로서의 실질적 요건을 갖추지 못한 노동조합의 난립을 방지함으로써 근로자의 자주적이고 민주적인 단결권 행사를 보장하려는 데 있는 점을 고려하면, 행정관청은 해당 단체가 노동조합법 제2조 제4호 각 목에 해당하는지 여부를 실질적으로 심사할 수 있다(대판 2014.4.10. 2011두6998).

영업자 지위승계신고의 성질

구 식품위생법 제25조 제1항, 제3항에 의하여 영업양도에 따른 지위승계신고를 수리하는 허가관청의 행위는, 단순히 양도·양수인 사이에 이미 발생한 사법상의 사업양도의 법률효과에 의하여 양수인이 그 영업을 승계하였다는 사실의 신고를 접수하는 행위에 그치는 것이 아니라, 실질에 있어서 양도자의 사업허가를 취소함과 아울러 양수자에게 적법히 사업을 할 수 있는 권리를 설정하여 주는 행위로서 사업허가자의 변경이라는 법률효과를 발생시키는 행위라고 할 것이고···행정청이 구 식품위생법 규정에 의하여 영업자지위승계신고를 수리하는 처분은 종전의 영업자의 권익을 제한하는 처분이라 할 것이고 따라서 종전의 영업자는 그 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 자에 해당한다고 봄이 상당하므로, 행정청으로서는 위 신고를 수리하는 처분을 함에 있어서 행정절차법 규정 소정의 당사자에 해당하는 종전의 영업자에 대하여 위 규정 소정의 행정절차를 실시하고 처분을 하여야 한다(대판 2001.2.9. 2000도2050).

체육시설업신고수리거부처분이 항고소송의 대상이 되는 행정처분인지 여부(적극)

행정청이 구체적인 사실에 관한 법집행으로서 공권력을 행사할 의무가 있는데도 그 공권력의 행사를 거부함으로써 국민의 권리 또는 이익을 침해한 때에는 그 처분 등을 대상으로 취소소송을 제기할 수 있다. 체육시설업신고수리거부처분은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이다(대판 1996.2.27. 94누6062).

8. 내부적 행위

(1) 사무처리절차

행정기관의 결정이 그 내부적 사무처리절차에 그치는 경우에는 처분성이 부정된다(☞ 국세환급금결정). 그러나 처분에 앞선 위원회의 결정이 때로는 항고소송의 대상이 되는 경우가 있으며, 처분의 준비행위 또는 기초가 되는 행위라고 하더라도 국민의 권익에 직접 영향을 미치고 국민의 권리구제를 위하여 이를 다투도록 할 필요가 있는 경우(☞ 세무조사결정)에는 처분성을 인정하여야 한다.

운전면허 행정처분처리대상상 벌점의 배점은 행정처분이 아님

운전면허 행정처분처리대상상 벌점의 배점은 도로교통법규 위반행위를 단속하는 기관이 도로교통법시행규칙 별표 16의 정하는 바에 의하여 도로교통법규 위반의 경중, 피해의 정도 등에 따라 배정하는 점수를 말하는 것으로 자동차운전면허의 취소, 정지처분의 기초자료로 제공하기 위한 것이고 그 배점 자체만으로는 아직 국민에 대하여 구체적으로 어떤 권리를 제한하거나 의무를 명하는 등 법률적 규제를 하는 효과를 발생하는 요건을 갖춘 것이 아니어서 그 무효확인 또는 취소를 구하는 소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다(대판 1994.8.12. 94누2190).

상이등급 재분류(변경) 과정 중에 있는 보훈병원장의 상이등급재분류판정은 행정처분이 아님

각 신체검사에 행하는 위와 같은 판정들은 상이등급을 결정하거나 재분류(변경)하기 위한 일련의 절차 중의 하나를 이루는 것에 불과하고, 그 자체가 상이등급을 결정하거나 변경하는 효력을 가지는 별도의 행정처분이 되는 것은 아니다(대판 1998.4.28. 97누13023).

감사원의 징계 요구와 재심의결정은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아님

갑 시장이 감사원으로부터 감사원법 제32조에 따라 을에 대하여 징계의 종류를 정식으로 정한 징계 요구를 받게 되자 감사원에 징계 요구에 대한 재심을 청구하였고, 감사원이 재심의청구를 기각하자 을이 감사원의 징계 요구와 그에 대한 재심의결정의 취소를 구하고 갑 시장이 감사원의 재심의결정 취소를 구하는 소를 제기한 경우, 감사원의 징계 요구와 재심의결정이 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없고, 갑 시장이 제기한 소송이 기관소송으로서 감사원법 제40조 제2항에 따라 허용된다고 볼 수 없다(대판 2016.12.27. 2014두5637).

친일반민족 행위자재산조사위원회의 재산조사개시결정은 항고소송의 대상

친일반민족행위자재산조사위원회의 재산조사개시결정이 있는 경우 조사대상자는 위 위원회의 보전처분 신청을 통하여 재산권행사에 실질적인 제한을 받게 되고, 위 위원회의 자료제출요구나 출석요구 등의 조사행위에 응하여야 하는 법적 의무를 부담하게 되는 점, '친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법'에서 인정된 재산조사결정에 대한 이의신청절차만으로는 조사대상자에 대한 권리구제 방법으로 충분치 아니한 점, 조사대상자로 하여금 개개의 과태료 처분에 대하여 불복하거나 조사 종료 후의 국가귀속결정에 대하여만 다툴 수 있도록 하는 것보다는 그에 앞서 재산조사개시결정에 대하여 다프으로써 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있는 점 등을 종합하면, 친일반민족행위자재산조사위원회의 재산조사개시결정은 조사대상자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 독립한 행정처분으로서 항고소송의 대상이 된다고 봄이 상당하다(대판 2009.10.15. 2009두6513).

(2) 다른 행정청의 동의

다른 행정청의 동의를 얻어야 하는 행정행위에서 다른 행정청의 동의가 행정행위의 성립에 중요한 요소일지라도 그 자체의 처분성은 부인된다.

다른 행정청의 동의가 행정행위의 성립에 요소인 경우 부동의는 거부처분이 아님

건축허가권자가 건축불허가처분을 하면서 그 처분사유로 건축불허가 사유뿐만 아니라 구 소방법 제8조 제1항에 따른 소방서장의 건축부동의 사유를 들고 있다고 하여 그 건축불허가처분 외에 별개로 건축부동의 처분이 존재하는 것이 아니므로, 그 건축불허가처분을 받은 사람은 그 건축불허가처분에 관한 쟁송에서 건축법상의 건축불허가 사유뿐만 아니라 소방서장의 부동의 사유에 관하여도 다툴 수 있다(대판 2004.10.15. 2003두6573).

(3) 행정기관 상호간 행위

행정조직법상 행정기관 상호간의 행위는 원칙상 처분이 아니다.

상급행정청이나 타행정청의 지시나 통보, 권한의 위임이나 위탁은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아님

항고소송은 원칙적으로 소송의 대상인 행정처분 등을 외부적으로 그의 명의로 행한 행정청을 피고로 하여야 하는 것으로서, 그 행정처분을 하게 된 연유가 상급행정청이나 타행정청의 지시나 통보에 의한 것이라 하여 다르지 않고, 권한의 위임이나 위탁을 받아 수임행정청이 자신의 명의로 한 처분에 관하여도 마찬가지이다. 그리고 위와 같은 지시나 통보, 권한의 위임이나 위탁은 행정기관 내부의 문제일 뿐 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 것이 아니어서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않는다(대판 2013.2.28. 2012두22904).

공정거래위원회의 고발조치·의결은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아님

이른바 고발은 수사의 단서에 불과할 뿐 그 자체 국민의 권리의무에 어떤 영향을 미치는 것이 아니고, 특히 독점규제및공정거래에관한법률 제71조는 공정거래위원회의 고발을 위 법률위반죄의 소추요건으로 규정하고 있어 공정거래위원회의 고발조치는 사직 당국에 대하여 형벌권 행사를 요구하는 행정기관 상호간의 행위에 불과하여 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 할 수 없으며, 더욱이 공정거래위원회의 고발 의결은 행정청 내부의 의사결정에 불과할 뿐 최종적인 처분은 아닌 것이므로 이 역시 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 되지 못한다(대판 1995.5.12. 94누13794).

국가가 국토이용계획과 관련한 기관위임사무의 처리에 관하여 지방자치단체의 장을 상대로 취소소송을 제기할 수 없음

건설교통부장관은 지방자치단체의 장이 기관위임사무인 국토이용계획 사무를 처리함에 있어 자신과 의견이 다를 경우 행정협의조정위원회에 협의·조정 신청을 하여 그 협의·조정 결정에 따라 의견불일치를 해소할 수 있고, 법원에 의한 판결을 받지 않고서도 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정이나 구 지방자치법에서 정하고 있는 지도·감독을 통하여 직접 지방자치단체의 장의 사무처리에 대하여 시정명령을 발하고 그 사무처리를 취소 또는 정지할 수 있으며, 지방자치단체의 장에게 기간을 정하여 직무이행명령을 하고 지방자치단체의 장이 이를 이행하지 아니할 때에는 직접 필요한 조치를 할 수도 있으므로, 국가가 국토이용계획과 관련한 지방자치단체의 장의 기관위임사무의 처리에 관하여 지방자치단체의 장을 상대로 취소소송을 제기하는 것은 허용되지 않는다(대판 2007.9.20. 2005두6935).

(4) 전보발령

같은 직렬내에서 동일한 직급으로의 보직변경인 전보발령은 외부적 효력을 갖지 않기 때문에 처분의 성격이 부인되고 직무명령의 성격을 갖는다. 그러나 원고의 권리구제의 필요성에서 전보발령의 처분성을 인정한 하급심 판례가 있다(서울고판 1994.9.6. 94구1496).

(5) 특별권력관계

오늘날 일반적 견해는 소익이 인정되는 한 특별권력관계에서의 행위라는 이유만으로 처분성이 부인되지 않는다고 본다. 예컨대 국공립학생에 대한 무기정학처분이나 휴학원불허가처분 등은 취소소송의 대상이 된다.

9. 중간행위

(1) 부분승인

부분허가는 그 자체가 규율하는 내용에 대한 종국적인 결정이므로 행정행위에 해당한다. 판례는 원자력법상의 원자로시설부지사전승인의 법적 성격을 '사전적 부분허가'로 보면서 독립한 행정처분이라고 보았다(대판 1998.9.4. 97누19588).

(2) 사전결정

구 건축법에 의한 '건축에 관한 계획의 사전결정'(대판 1996.3.12. 95누658), 폐기물관리법령상의 폐기물처리업허가 전의 사업계획에 관한 적정통보(대판 1998.4.28. 97누21086), 운수권배분 처분(대판 2004.11.26. 2003두10251) 등 사전결정은 그 자체가 행정행위이다.

항공노선에 대한 운수권배분처분은 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당

노선을 배분받은 항공사는 중국 항공당국에 통보됨으로써 이 사건 잠정협정 및 비밀양해각서에 의한 지정항공사로서의 지위를 취득하고, 중국의 지정항공사와 상무협정을 체결하는 등 노선면허를 취득하기 위한 후속절차를 밟아 중국 항공당국으로부터 운항허가를 받을 수 있게 되며, 추후 당해 노선상의 합의된 업무를 운영함에 있어 중국의 영역 내에서 무착륙비행, 비 운수목적의 착륙 등 제 권리를 가지게 되는 반면, 노선배분을 받지 못한 항공사는 상대국 지정항공사와의 상무협정 체결 등 노선면허 취득을 위한 후속절차를 밟을 수 없을 뿐만 아니라 중국 항공당국으로부터 운항허가를 받을 수도 없는 지위에 놓이게 된다(대판 2004.11.26. 2003두10251,10268).

폐기물처리업 허가권자의 부적정 통보는 행정처분에 해당함

폐기물관리법 관계 법령의 규정에 의하면 폐기물처리업의 허가를 받기 위하여는 먼저 사업계획서를 제출하여 허가권자로부터 사업계획에 대한 적정통보를 받아야 하고, 그 적정통보를 받은 자만이 일정기간 내에 시설, 장비, 기술능력, 자본금을 갖추어 허가신청을 할 수 있으므로, 결국 부적정통보는 허가신청 자체를 제한하는 등 개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하고 있어 행정처분에 해당한다(대판 1998.4.28. 97누21086).

도시환경정비사업을 직접 시행하려는 토지 등 소유자들이 사업시행인가를 받기 전에 작성한 사업시행 계획은 항고소송의 대상이 되는 독립된 행정처분이 아님

도시환경정비사업을 직접 시행하려는 토지 등 소유자들은 시장·군수로부터 사업시행인가를 받기 전에는 행정주체로서의 지위를 가지지 못한다. 따라서 그가 작성한 사업시행계획은 인가처분의 요건 중 하나에 불과하고 항고소송의 대상이 되는 독립된 행정처분에 해당하지 아니한다(대판 2013.6.13. 2011두19994).

(3) 확약

판례는 확약이 사정변경에 의해 변경될 수 있으므로 종국적 규율성을 갖지 못하여 처분이 아니라고 한다. 그러나 다수설은 확약의 구속력을 인정하여 처분으로 보고 있다.

어업권면허처분에 선행하는 우선순위결정의 성질은 확약에 불과하고 행정처분이 아님

어업권면허에 선행하는 우선순위결정은 행정청이 우선권자로 결정된 자의 신청이 있으면 어업권면허처분을 하겠다는 것을 약속하는 행위로서 강학상 확약에 불과하고 행정처분은 아니므로, 우선순위결정에 공정력이나 불가쟁력과 같은 효력은 인정되지 아니하며, 따라서 우선순위결정이 잘못되었다는 이유로 종전의 어업권면허처분이 취소되면 행정청은 종전의 우선순위결정을 무시하고 다시 우선순위를 결정한 다음 새로운 우선순위결정에 기하여 새로운 어업권면허를 할 수 있다(대판 1995.1.20. 94누6529).

(4) 공시지가결정

개별공시지가는 양도소득세, 개발부담금 산정 등의 기준이 되어 국민의 권리, 의무 내지 법률상 이익에 직접 관계되어 처분성을 갖는다는 것이 판례의 입장이다(대판 1993.1.15. 92누12407). 판례는 표준지공시지가결정 역시 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보고 있다(대판 1994.3.8. 93누10828).

(5) 압류·공매

체납처분절차에 있어서 압류·공매는 그 자체로 사인의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 행위이기 때문에 취소소송의 대상이 된다(대판 1984.9.25. 84누201).

10. 반복된 행위

- (1) 침해적 행정처분이 내려진 후에 내려진 동일한 내용의 반복된 침해적 행정처분은 처분이 아니다. 판례는 동일한 내용의 독촉이 반복된 경우에는 최초의 독촉만이 항고소송의 대상이 되는 행정처분이고 그 후의 독촉은 민법상 최고에 불과하다고 한다.(대판 1997.7.13. 97누119).
- (2) 그러나 거부처분 이후 동일한 내용의 신청에 대하여 다시 거절의 의사표시를 명백히 한 경우에는 새로운 처분이 있는 것으로 본다(대판 1992.10.27., 92누1643). 이 경우 행정심판

및 행정소송의 제기기간은 각 처분을 기준으로 진행된다(대판 1992.12.8. 92누7542).

공익근무요원 소집통지를 한 후 소집대상자의 원에 의하여 또는 직권으로 그 기일을 연기한 다음 다시 한 공익근무요원 소집통지는 독립된 행정처분이 아님

지방병무청장이 보충역 편입처분을 받은 자에 대하여 복무기관을 정하여 공익근무요원 소집통지를 한 이상 그것으로써 공익근무요원으로서의 복무를 명하는 병역법상의 공익근무요원 소집처분이 있었다고 할 것이고, 그 후 지방병무청장이 공익근무요원 소집대상자의 원에 의하여 또는 직권으로 그 기일을 연기한 다음 다시 공익근무요원 소집통지를 하였다고 하더라도 이는 최초의 공익근무요원 소집통지에 관하여 다시 의무이행기일을 정하여 알려주는 연기통지에 불과한 것이므로, 이는 항고소송의 대상이 되는 독립된 행정처분으로 볼 수 없다(대판 2005.10.28. 2003두14550).

절차상 하자로 인하여 무효인 행정처분이 있는 후 절차를 다시 갖추어 동일한 처분을 한 경우 종전의 처분과는 무관한 새로운 행정처분

절차상 또는 형식상 하자로 인하여 무효인 행정처분이 있는 후 행정청이 관계 법령에서 정한 절차 또는 형식을 갖추어 다시 동일한 행정처분을 하였다면 당해 행정처분은 종전의 무효인 행정처분과 관계없이 새로운 행정처분이라고 보아야 한다.···(중략)···이 사건 처분은 새로운 국방·군사시설사업 실시계획 승인 처분으로서의 요건을 갖춘 새로운 처분일 뿐, 종전처분과 동일성을 유지하되 종전처분의 내용을 일부 수정하거나 새로운 사항을 추가하는 것에 불과한 종전처분의 변경처분이 아니므로, 비록 종전처분에 하자가 있더라도 이 사건 처분이 관계 법령에 규정된 절차를 거쳐 그 요건을 구비한 이상 적법하다(대판 2014.3.13. 2012두1006).

11. 경정처분

- (1) 판례는 과세처분에 있어서 ① 증액경정처분의 경우 당초처분은 증액결정처분에 흡수되어 증액경정처분만이 소송의 대상이 되고, ② 감액경정처분의 경우는 당초처분의 일부 효력을 취소하는 처분으로, 소송의 대상은 감액되고 남아 있는 당초의 처분이라는 입장이다.
- (2) 적극적 변경처분의 경우(㉠ 허가취소처분을 영업정지처분으로 변경)에는 ① 당초처분을 대체하는 새로운 처분이 있는 것으로 보고 변경처분(영업정지처분)을 대상으로 취소소송을 제기해야 한다는 견해, ② 실질적으로 일부취소로 보고 후속처분에 의해 당초부터 유리하게 변경되어 존속하는 감경된 처분(영업정지처분)이 대상이라는 견해가 있다. 그 논의의 실익은 불복제기기간의 기산점이 달라지는 데 있다(㉠에 의하면 허가취소처분을 안 날로부터 기산).
- (3) 적극적 변경처분 가운데 당초처분과 동일한 요건과 절차가 요구되지 않는 경미한 사항에 대한 변경처분처럼 분리가능한 일부변경처분의 경우에는 당초처분과 일부변경처분 모두 항고소송의 대상이 될 수 있다.

증액경정처분의 경우 당초처분은 증액결정처분에 흡수되어 증액경정처분만이 소송의 대상이 됨

[1] 증액경정처분이 있는 경우 당초 신고나 결정은 증액경정처분에 흡수됨으로써 독립된 존재가치를 잃게 된다고 보아야 할 것이므로, 원칙적으로는 당초 신고나 결정에 대한 불복기간의 경과 여부 등에 관계없이 증액경정처분만이 항고소송의 심판대상이 되고, 납세의무자는 그 항고소송에서 당초 신고나 결정에 대한 위법사유도 함께 주장할 수 있다(대판 2009.5.14. 2006두17390).

[2] 과세처분이 있는 후에 증액경정처분이 있는 경우 당초 과세처분은 경정처분에 흡수되어 독립적인 존재가치를 상실하므로 전심절차의 경유여부도 그 경정처분을 기준으로 판단하여야 하는 것이 원칙이다(대판 2000.9.22. 98두18510).

감액경정결정을 한 경우 항고소송의 대상은 경정처분으로 인하여 감액되고 남아 있는 당초의 처분

과세표준과 세액을 감액하는 경정처분은 당초 부과처분과 별개 독립의 과세처분이 아니라 그 실질은 당초 부과처분의 변경이고, 그에 의하여 세액의 일부취소라는 납세자에게 유리한 효과를 가져오는 처분이라 할 것이므로 그 경정결정으로도 아직 취소되지 않고 남아 있는 부분이 위법하다 하여 다투는 경우 항고소송의 대상은 당초의 부과처분 중 경정결정에 의하여 취소되지 않고 남은 부분이고, 경정결정이 항고소송의 대상이 되는 것은 아니다(대판 1993.11.9. 93누9989).

당초의 과세처분에 존재하고 있다고 주장되는 위법사유가 증액경정처분에도 존재하고 있어 당초의 과

세척분이 위법하다고 판단되면 증액경정처분도 위법하다고 하지 않을 수 없는 경우 소송의 대상 및 제소기간 준수 여부의 판단 기준

납세자가 이와 같은 과정을 거쳐 행정소송을 제기하면서 당초의 과세처분의 취소를 구하는 것으로 청구 취지를 기재하였다 하더라도, 이는 잘못된 판단에 따라 소송의 대상에 관한 청구취지를 잘못 기재한 것이라 할 것이고, 그 제소에 이른 경우나 증액경정처분의 성질 등에 비추어 납세자의 진정한 의사는 증액경정처분에 흡수됨으로써 이미 독립된 존재가치를 상실한 당초의 과세처분이 아니라 증액경정처분 자체의 취소를 구하는 데에 있다고 보아야 할 것이다. 따라서 납세자는 그 소송계속 중에 청구취지를 변경하는 형식으로 증액경정처분의 취소를 구하는 것으로 청구취지를 바로잡을 수 있는 것이고, 이때 제소기간의 준수 여부는 형식적인 청구취지의 변경 시가 아니라 증액경정처분에 대한 불복의 의사가 담긴 당초의 소 제기 시를 기준으로 판단하여야 한다(대판 2013.2.14. 2011두25005).

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

영업제한 시간을 오전 0시부터 오전 8시까지로 정하고 매월 둘째 주와 넷째 주 일요일을 의무휴업일로 지정하는 내용의 처분을 한 사실, 위 처분의 취소를 구하는 소송이 이 사건 원심에 계속 중이던 2014. 8. 25. 위 피고는 위 원고들을 상대로 영업시간 제한 부분의 시간을 '오전 0시부터 오전 10시'까지로 변경하되, 의무휴업일은 종전과 동일하게 유지하는 내용의 처분을 한 사실...(중략)...2014. 8. 25.자 처분으로 종전처분이 소멸하였다고 볼 수는 없고...(중략)...2014. 8. 25.자 처분에 따라 종전처분이 소멸하여 그 효력을 다룰 법률상 이익이 없게 되었다는 취지의 피고의 주장은 이유 없다(대판 2015.11.19. 2015두295).

재개발조합설립 인가신청에 대한 행정청의 조합설립인가처분 후 구 도시 및 주거환경정비법 시행령 제27조 각 호에서 정한 경미한 사항의 변경에 대하여 행정청이 변경인가처분을 한 경우, 당초의 조합설립인가처분은 변경인가처분에 흡수되는지 여부(소극)

재개발조합설립 인가신청에 대한 행정청의 조합설립인가처분은 법령상 일정한 요건을 갖출 경우 주택재개발사업의 추진위원회에게 행정주체로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 가지고 있는데, 구 도시 및 주거환경정비법 제16조 제1항은 조합설립인가처분의 내용을 변경하는 변경인가처분을 할 때에는 조합설립인가처분과 동일한 요건과 절차를 거칠 것을 요구하고 있다. 그런데 조합설립인가처분과 동일한 요건과 절차가 요구되지 않는 구 도시 및 주거환경정비법 시행령 제27조 각 호에서 정하는 경미한 사항의 변경에 대하여 행정청이 조합설립의 변경인가라는 형식으로 처분을 하였다고 하더라도 그 성질은 당초의 조합설립인가처분과는 별개로 위 조항에서 정한 경미한 사항의 변경에 대한 신고를 수리하는 의미에 불과한 것으로 보아야 한다. 따라서 경미한 사항의 변경에 대한 신고를 수리하는 의미에 불과한 변경인가처분에 설권적 처분인 조합설립인가처분이 흡수된다고 볼 것은 아니다(대판 2010.12.9. 2009두4555).

12. 교원징계의 경우

판례는 ① 사립학교 교원의 경우에는 교원징계재심위원회(현 교원소청심사위원회)의 결정이 원처분으로서 소의 대상이 되고, ② 국공립학교교원의 경우에는 재심결정이 아니라 원처분이 소의 대상이라고 본다.

사립학교 교원이 학교법인의 해임처분에 대하여 교원지위향상을위한특별법에 따라 교육부 내의 교원징계재심위원회에 재심청구를 한 경우 재심위원회의 결정이 행정소송의 대상

사립학교 교원에 대한 해임처분에 대한 구제방법으로 학교법인을 상대로 한 민사소송 이외 교원지위향상을위한특별법 제7 내지 10조에 따라 교육부 내에 설치된 교원징계재심위원회에 재심청구를 하고 교원징계재심위원회의 결정에 불복하여 행정소송을 제기하는 방법도 있으나, 이 경우에도 행정소송의 대상이 되는 행정처분은 교원징계재심위원회의 결정이지 학교법인의 해임처분이 행정처분으로 의제되는 것이 아니며 또한 교원징계재심위원회의 결정을 이에 대한 행정심판으로서의 재결에 해당되는 것으로 볼 수는 없다(대판 1993.2.12. 92누13707).

국공립학교교원의 경우에는 재심결정이 아니라 원처분이 소의 대상

국공립학교교원에 대한 징계 등 불리한 처분은 행정처분이므로 국공립학교교원이 징계 등 불리한 처분에

대하여 불복이 있으면 교원징계재심위원회에 재심청구를 하고 위 재심위원회의 재심결정에 불복이 있으면 항고소송으로 이를 닦투어야 할 것인데, 이 경우 그 소송의 대상이 되는 처분은 원칙적으로 원처분청의 처분이고, 원처분이 정당한 것으로 인정되어 재심청구를 기각한 재결에 대한 항고소송은 원처분의 하자를 이유로 주장할 수는 없고 그 재결 자체에 고유한 주체·절차·형식 또는 내용상의 위법이 있는 경우에 한한다(대판 1994.2.8. 93누17874).

13. 행정소송 이외의 특별불복절차가 마련된 처분

통고처분, 검사의 불기소처분 또는 공소제기, 형집행정지취소처분, 비송사건절차법에 의해 부과되는 과태료부과처분 등은 다른 불복절차에서 닦투도록 규정되어 있으므로 항고소송의 대상이 되는 처분이 아니다.

도로교통법상 통고처분의 취소를 구하는 행정소송은 부적법

도로교통법 제118조에서 규정하는 경찰서장의 통고처분은 행정소송의 대상이되는 행정처분이 아니므로 그 처분의 취소를 구하는 소송은 부적법하고, 도로교통법상의 통고처분을 받은 자가 그 처분에 대하여 이의가 있는 경우에는 통고처분에 따른 범칙금의 납부를 이행하지 아니함으로써 경찰서장의 즉결심판청구에 의하여 법원의 심판을 받을 수 있게 될 뿐이다(대판 1995.6.29. 95누4674).

1. 재결소송의 의의

(1) 재결

행정소송법은 재결도 처분과 함께 취소소송의 대상이 될 수 있다고 규정하고 있다(행정소송법 제2조·제4조). 행정심판법에서의 재결이란 ‘행정심판의 청구에 대하여 제5조에 따른 행정심판위원회가 행하는 판단’을 말한다(행정심판법 제2조 제1항 제3호). 그런데 행정소송의 대상인 재결은 행정심판법상의 재결 이외에도 토지수용위원회의 이의재결과 같은 개별법률상의 재결도 포함된다.

(2) 원처분중심주의

취소소송은 원칙적으로 원처분을 대상으로 하며, 재결은 예외적으로만 취소소송의 대상이 될 수 있다. 재결취소소송의 경우에는 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다(행정소송법 제19조 단서). 이를 원처분중심주의라고 한다. 행정소송법은 원처분주의를 취하고 있지만, 개별법에서 재결주의를 규정하기도 한다.

(3) 재결소송의 필요성

원처분중심주의의 예외로서 재결소송을 인정한 것은 원처분을 다룰 필요가 없거나 다룰 수 없었던 자라도 재결로 인하여 비로소 불이익을 받게 되는 경우에 권리보호의 길을 보장하기 위한 것이다. 예를 들어, 공장건축허가신청을 거부한 단계에서는 이웃주민이 그 거부처분을 다룰 필요가 없으나, 허가신청자가 거부처분취소재결을 청구하여 거부처분의 취소가 있게 되면 이웃주민들은 그 단계에서 비로소 다룰 필요성이 생긴다.

2. 재결 자체의 고유한 위법

(1) 의의

재결도 하나의 행정처분이므로 주체·절차·형식·내용상의 위법이 있으면 다룰 수 있다. 예컨대 ① 권한이 없는 행정심판위원회에 의한 재결의 경우 또는 행정심판위원회의 구성상 하자가 있는 경우(주체면), ② 행정심판법상의 심판절차를 준수하지 않은 경우(절차면), ③ 서면에 의하지 아니한 재결이나 재결서에 주요기재 사항이 누락된 경우, 재결서에 기명날인을 하지 아니한 경우 등(형식면), ④ 위법하게 인용재결을 한 경우(내용면)이다.

(2) 구체적 검토

1) 각하재결

행정심판청구가 부적법하지 않음에도 부적법각하한 경우(대판 2001.7.27, 99두2970)가 이에 해당한다.

2) 기각재결

- ① 원처분이 정당하다고 지지하는 기각재결은 원칙적으로 재결 자체의 내용상 위법을 인정할 수 없어 항고소송의 대상이 될 수 없다.
- ② 심판청구의 대상이 되지 아니한 사항에 대하여 한 재결이나, 불이익변경금지원칙에 위반한 재결은 그 취소를 구할 수 있고, 사정재결에 대하여는 원처분을 취소하더라도 현저히 공공복리에 적합하지 않는 것이 아니라는 등의 이유를 들어 재결취소의 소 등을 제기할 수 있다. 기각재결이 재결에 고유한 하자로 인하여 취소된 경우에 행정심판기관은 다시 재결을 하여야 한다.

3) 인용재결

- ① **부적법한 인용재결이 있는 경우** : 행정심판의 제기요건을 결여하였음에도 불구하고 각하하지 않고 인용재결을 한 경우(☞ 행정처분이 아닌 ‘관념의 통지’를 대상으로 한 재결)(대판 1993.8.24, 92누1865)가 이에 해당한다.
- ② **제3자효 행정행위에 대한 인용재결이 있는 경우** : 제3자가 행정심판청구인인 경우의 행정처분 상대방이나, 행정처분 상대방이 행정심판청구인인 경우의 제3자는 그 인용재결을 다룰 필요가 있다. 다만, 이렇게 행정소송법 제19조 단서에 따라 재결 자체의 고유한 위법을 다투는 것으로 보는 견해와 달리, 인용재결이 실질적으로 상대방에게는 최초의 처분으로서의 성질을 갖게 되므로 제19조 본문에 의하여 다룰 수 있다는 견해도 있다.
- ③ **일부인용재결·수정재결의 경우** : 예컨대, 공무원에 대한 파면처분이 소청절차에서 정직으로 감경된 경우, 정직처분으로 수정된 원처분과 재결 중 어느 것에 대하여 다투어야 하는지에 대하여 판례·통설은 수정된 원처분을 다투어야 하고 재결에 대해서 다룰 수는 없다고 한다.
- ④ **형성재결의 경우** : 형성재결은 행정청의 별도의 처분이 없이 직접 재결의 형성력에 의해 취소 또는 변경되기 때문에 취소재결 그 자체가 소의 대상이 된다.

제3자효를 수반하는 행정행위에 대한 행정심판청구에 있어서 그 청구를 인용하는 내용의 재결로 인하여 비로소 권리이익을 침해받게 되는 자가 그 인용재결에 대하여 취소를 구하는 경우, 그 인용재결이 항고소송의 대상이 됨

이른바 복효적 행정행위, 특히 제3자효를 수반하는 행정행위에 대한 행정심판청구에 있어서 그 청구를 인용하는 내용의 재결로 인하여 비로소 권리이익을 침해받게 되는 자는 그 인용재결에 대하여 다룰 필요가 있고, 그 인용재결은 원처분과 내용을 달리하는 것이므로 그 인용재결의 취소를 구하는 것은 원처분에는 없는 재결에 고유한 하자를 주장하는 셈이어서 당연히 항고소송의 대상이 된다. 행정청이 골프장 사업계획승인을 얻은 자의 사업시설 착공계획서를 수리한 것에 대하여 인근 주민들이 그 수리처분의 취소를 구하는 행정심판을 청구하자 재결청이 그 청구를 인용하여 수리처분을 취소하는 형성적 재결을 한 경우, 그 수리처분 취소 심판청구는 행정심판의 대상이 되지 아니하여 부적법 각하하여야 함에도 위 재결은 그 청구를 인용하여 수리처분을 취소하였으므로 재결 자체에 고유한 하자가 있다(대판 2001.5.29. 99두10292).

어업면허취소처분에 대한 면허권자의 행정심판청구를 인용한 재결에 대하여 제3자가 재결취소를 구할 소의 이익이 없다고 본 사례

처분상대방이 아닌 제3자가 당초의 양식어업면허처분에 대하여는 아무런 불복조치를 취하지 않고 있다가 도지사가 그 어업면허를 취소하여 처분상대방인 면허권자가 그 어업면허취소처분의 취소를 구하는 행정심판을 제기하고 이에 재결기관인 수산청장이 그 심판청구를 인용하는 재결을 하자 비로소 그 제3자가 행정소송으로 그 인용재결을 다투고 있는 경우, 수산청장의 그 인용재결은 도지사의 어업면허취소로 인하여 상실된 면허권자의 어업면허권을 회복하여 주는 것에 불과할 뿐 인용재결로 인하여 제3자의 권리이익이 새로이 침해받는 것은 없고, 가사 그 인용재결로 인하여 그 면허권자의 어업면허가 회복됨으로써 그 제3자에 대하여 사실상 당초의 어업면허에 따른 효과와 같은 결과를 초래한다고 하더라도 이는 간접적이거나 사실적·경제적인 이해관계에 불과하므로, 그 제3자는 인용재결의 취소를 구할 소의 이익이 없다고 본 사례(대판 1995.6.13. 94누15592).

소청결정이 재량권남용 또는 일탈로서 위법하다는 주장은 소청결정 취소사유가 되지 아니함

항고소송은 원칙적으로 당해 처분을 대상으로 하나, 당해 처분에 대한 재결 자체에 고유한 주제, 절차, 형식 또는 내용상의 위법이 있는 경우에 한하여 그 재결을 대상으로 할 수 있다고 해석되므로, 징계혐의자에 대한 감봉 1월의 징계처분을 견책으로 변경한 소청결정 중 그를 견책에 처한 조치는 재량권의 남용 또는 일탈로서 위법하다는 사유는 소청결정 자체에 고유한 위법을 주장하는 것으로 볼 수 없어 소청결정의 취소사유가 될 수 없다(대판1993.8.24. 93누5673).

형성재결의 경우 소송의 대상은 그 재결 자체

당해 재결과 같이 그 인용재결청인 문화체육부장관 스스로가 직접 당해 사업계획승인처분을 취소하는 형성적 재결을 한 경우에는 그 재결 외에 그에 따른 행정청의 별도의 처분이 있지 않기 때문에 재결 자체를 쟁송의 대상으로 할 수밖에 없다(대판 1997.12.23. 96누10911)

이행재결의 경우 소송의 대상

행정심판법 제37조 제1항의 규정에 의하면 재결은 행정청을 기속하는 효력을 가지므로 재결청이 취소심판의 청구가 이유 있다고 인정하여 처분청에게 처분의 취소를 명하면 처분청으로서 그 재결의 취지에 따라 처분을 취소하여야 하지만, 그렇다고 하여 그 재결의 취지에 따른 취소처분이 위법할 경우 그 취소처분의 상대방이 이를 항고소송으로 다룰 수 없는 것은 아니다. 재결 취지에 따른 취소처분의 상대방이 재결 자체의 효력을 다투는 별소를 제기하였고 그 소송에서 판결이 확정되지 아니하였다 하여 재결의 취지에 따른 취소처분의 취소를 구하는 항고소송 사건을 심리하는 법원이 그 청구의 당부를 판단할 수 없는 것이라고 할 수 없다(대판 1993.9.28. 92누15093).

(3) 원처분주의의 위반과 판결

재결 자체에 고유한 위법이 없는 경우에도 재결에 대한 취소소송을 제기한 경우에 소송상 처리에 대하여 견해의 대립이 있다.

1) 학설

이에 대하여 ① 행정소송법 제19조 단서를 소극적 소송요건으로 보아 각하판결을 해야 한다는 견해, ② 재결 자체의 고유한 위법 여부는 본안판단사항으로 보아 기각판결을 해야 한다는 견해로 나누어진다.

2) 판례

판례는 행정소송법이 "재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우"에 한하여 행정심판의 재결도 취소소송의 대상으로 삼을 수 있도록 규정하고 있으므로 재결취소소송의 경우 재결 자체에 고유한 위법이 있는지 여부를 심리할 것이고, 재결 자체에 고유한 위법이 없는 경우에는 원처분의 당부와는 상관없이 당해 재결취소소송은 이를 기각하여야 한다(대판 1994.1.25. 93누16901)고 하여 기각판결설을 취한다.

3) 검토

재결에 고유한 하자가 아닌 하자를 이유로 재결을 대상으로 항고소송을 제기한 경우에는 각하 재결을 하여야 하고, 재결에 고유한 하자를 주장하였지만 재결에 고유한 하자가 존재하지 아니하는 경우에는 본안심리를 한 후 기각재결을 하여야 한다고 보는 것이 타당하다(박균성).

3. 원처분주의에 대한 예외(재결주의)

(1) 재결주의의 의의

개별법률에서 예외적으로 재결주의를 규정하고 있는 경우가 있는데, 이 경우에는 재결주의에 의해 원처분이 아니라 재결이 항고소송의 대상이 된다.

(2) 입법정책의 문제

원처분주의를 채택할 것인가 재결주의를 채택할 것인가는 입법정책의 문제이다. 원처분주의는 법치행정 원칙의 실효성확보와 행정소송의 행정통제적 기능에 비추어 타당하다. 다만 행정심판 기관이 처분청 자신 또는 처분정보다 큰 전문성과 권위를 갖고 있어 재결이 행정내부의 최종적 결정이라고 여겨지는 경우에는 재결주의도 타당하다.

재결주의의 필요성

위법한 원처분을 소송의 대상으로 하여 다투는 것보다는 행정심판에 대한 재결을 다투는 것이 당사자의 권리구제에 보다 효율적이고, 판결의 적정성을 더욱 보장할 수 있는 경우에는 행정심판에 대한 재결에 대하여만 제소하도록 하는 것이 국민의 재판청구권의 보장이라는 측면에서 더욱 바람직한 경우도 있으므로, 개별법률에서 이러한 취지를 정하는 때에는 원처분주의의 적용은 배제되고 재결에 대해서만 제소를 허용하는 이른바 '재결주의'가 인정된다(헌재 2001.6.28. 2000헌바77).

(3) 재결주의에서의 심리 및 판결

- ① 재결주의를 채택한 경우, 행정소송법 제19조 단서와 같은 제한이 없으므로 재결취소소송에서 재결 고유의 위법뿐만 아니라 원처분의 위법도 주장할 수 있다(대판 2001.1.19, 98두17852).
- ② 그러나 원처분이 당연무효인 경우에는 재결취소의 소뿐만 아니라 원처분무효확인소송도 제기할 수 있다(대판 1993.1.19, 91누8050).
- ③ 재결주의에서 기각재결이 취소되면 판결의 기속력에 의해 원처분청은 원처분을 취소하여야 하고, 인용재결(취소재결)이 취소되면 취소재결로 취소된 원처분은 취소재결의 취소로 원상을 회복한다.

(4) 재결주의의 사례

개별법률에서 원처분중심주의의 예외로서 재결주의를 채택하는 경우도 있다. 그 예로서, 감사원의 변상판정에 대한 재심의 판정에 대한 불복(감사원법 제36조·제40조), 중앙노동위원회의 재심판정에 대한 불복(노동조합 및 노동관계조정법 제85조 제2항), 특허심판원의 심결에 대한 불복(특허법 제186조·제189조) 등에 대하여 각각 행정소송을 제기할 수 있다.

<참고> 재결주의의 사례

<p>1. 감사원의 재심의 판정 감사원법 제36조(재심의 청구) ① 제31조에 따른 변상 판정에 대하여 위법 또는 부당하다고 인정하는 본인, 소속 장관, 감독기관의 장 또는 해당 기관의 장은 변상판정서가 도달한 날부터 3개월 이내에 감사원에 재심을 청구할 수 있다. 제40조(재심의 효력) ② 감사원의 재심의 판결에 대하여는 감사원을 당사자로 하여 행정소송을 제기할 수 있다. 다만, 그 효력을 정지하는 가처분결정은 할 수 없다.</p> <p>2. 중앙노동위원회의 재심판정 노동조합 및 노동관계조정법 제85조【구제명령의 확정】 ① 지방노동위원회 또는 특별노동위원회의 구제명령 또는 기각결정에 불복이 있는 관계 당사자는 그 명령서 또는 결정서의 송달을 받은 날부터 10일 이내에 중앙노동위원회에 그 재심을 신청할 수 있다. ② 제1항의 규정에 의한 중앙노동위원회의 재심판정에 대하여 관계 당사자는 그 재심판정서의 송달을 받은 날부터 15일 이내에 행정소송법이 정하는 바에 의하여 소를 제기할 수 있다.</p>
--

<참고> 중앙토지수용위원회의 이의재결에 대한 불복(원처분주의)

<p>공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제85조(행정소송의 제기) ① 사업시행자, 토지소유자 또는 관계인은 제34조에 따른 재결에 불복할 때에는 재결서를 받은 날부터 90일 이내에, 이의신청을 거쳤을 때에는 이의신청에 대한 재결서를 받은 날부터 60일 이내에 각각 행정소송을 제기할 수 있다.</p> <p>■ 소송의 대상</p> <p>1. 항고소송을 이의신청을 거치지 않고 제기하는 경우 : 원처분인 수용재결</p> <p>2. 이의신청을 거쳐 항고소송을 제기하는 경우 : 원처분(수용재결)인지 또는 이의신청에 대한 재결(이의재결)인지에 대해서는 종래 견해의 대립이 있었다. 과거 판례는 (구)토지수용법상 이의재결을 소의 대상으로 보았으며, 다만 수용재결 자체가 당연무효라 하여 그 무효확인을 구하는 경우에는 수용재결도 소의 대상이 될 수 있다는 입장이었다. 행정소송법이</p>

취소소송의 대상에 대하여 원처분주의를 규정하고 있음에 비추어, 현행 공익사업법의 해석에 관한 다수설은 위 이 경우에도 원처분인 수용재결이 소의 대상이라고 본다.

※ 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제85조 제1항 전문의 문언 내용과 같은 법 제83조, 제85조가 중앙토지수용위원회에 대한 이의신청을 임의적 절차로 규정하고 있는 점, 행정소송법 제19조 단서가 행정심판에 대한 재결은 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한하여 취소소송의 대상으로 삼을 수 있도록 규정하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 수용재결에 불복하여 취소소송을 제기하는 때에는 이의신청을 거친 경우에도 수용재결을 한 중앙토지수용위원회 또는 지방토지수용위원회를 피고로 하여 수용재결의 취소를 구하여야 하고, 다만 이의신청에 대한 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에는 그 이의 재결을 한 중앙토지수용위원회를 피고로 하여 이의재결의 취소를 구할 수 있다고 보아야 한다(대판 2010.1.28. 2008두1504).

<참고> 교원소청심사위원회의 결정에 대한 불복(원처분주의)

교원의 지위 향상 및 교육활동 보호를 위한 특별법 제9조(소청심사의 청구 등) ① 교원이 징계처분과 그 밖에 그 의사에 반하는 불리한 처분에 대하여 불복할 때에는 그 처분이 있었던 것을 안 날부터 30일 이내에 심사위원회에 소청심사를 청구할 수 있다. 이 경우에 심사청구인은 변호사를 대리인으로 선임할 수 있다.

제10조(소청심사 결정) ① 심사위원회는 소청심사청구를 접수한 날부터 60일 이내에 이에 대한 결정을 하여야 한다. 다만, 심사위원회가 불가피하다고 인정하면 그 의결로 30일을 연장할 수 있다.

③ 제1항에 따른 심사위원회의 결정에 대하여 교원, 「사립학교법」 제2조에 따른 학교법인 또는 사립학교 경영자 등 당사자는 그 결정서를 송달받은 날부터 90일 이내에 「행정소송법」으로 정하는 바에 따라 소송을 제기할 수 있다.

■ **소송의 대상**

1. **사립학교교원의 경우** : 학교법인 등이 교원에게 한 징계 등은 항고소송의 대상인 처분이 아니므로(학교법인은 행정청이 아님) 교원소청심사위원회의 결정이 원처분으로 항고소송의 대상이 된다.

2. **국공립학교교원의 경우** : 국공립학교교원에 불리한 처분에 대한 교원소청심사위원회의 결정은 행정심판의 재결이고, 판례는 교원소청심사위원회의 결정에 대한 불복에는 원처분주의가 적용되어 원처분인 징계 등이 소의 대상이 된다고 한다.

※ 국·공립학교 교원에 대한 징계처분의 경우에는 원 징계처분 자체가 행정처분이므로 그에 대하여 위원회에 소청심사를 청구하고 위원회의 결정이 있은 후 그에 불복하는 행정소송이 제기되더라도 그 심판대상은 교육감 등에 의한 원 징계처분이 되는 것이 원칙이다. 다만 위원회의 심사절차에 위법사유가 있다는 등 고유의 위법이 있는 경우에 한하여 위원회의 결정이 소송에서의 심판대상이 된다(대판 2013.7.25. 2012두12297).