「행정쟁송법」 기본서 (2023년판, 박이준) 추록

※ 기존 2023년판에서 2024년판에 추가 또는 수정된 내용입니다.

○ 42쪽 판례 box : 제32조 제3항 → 제43조 제3항

○ 62쪽 [사례] box 6행의 다음 문장을 삭제
이에 대해 행정심판위원회는 인용재결을 하였고, 甲은 이에 불복하여 취소소송을 제기하고자 한다.

○ 84~85쪽 <4. 심판청구서의 제출 절차>를 제목을 포함하여 다음과 같이 전부 변경

4. 행정심판의 청구 절차

(1) 심판청구서의 제출

① 행정심판을 청구하려는 자는 심판청구서를 작성하여 피청구인이나 위원회에 제출하여야 한다. 이 경우 피청구인의 수만큼 심판청구서 부본을 함께 제출하여야 한다(행정심판법 제23조 제1항). 이렇게 선택적 청구를 허용한 것은 청구인의 편의를 도모하고 처분청으로부터 심판청구취소의 압력을 받을 우려를 방지하기 위한 것이다.

② 행정청이 제58조의 규정에 의한 고지를 하지 아니하거나 잘못 알려서 청구인이 심판청구서를 다른 행정기관에 제출한 때에는 당해 행정기관은 그 심판청구서를 지체 없이 정당한 권한 있는 행정청에 보내야 한다(제2항).

(2) 피청구인의 심판청구서 등의 접수·처리

① 피청구인이 심판청구서를 접수하거나 송부받으면 10일 이내에 심판청구서(제23조 제1항·제2항의 경우만 해당)와 답변서를 위원회에 보내야 한다. 다만, 청구인이 심판청구를 취하한 경우에는 그러하지 아니하다(제24조 제1항).

② 제1항에도 불구하고 심판청구가 그 내용이 특정되지 아니하는 등 명백히 부적법하다고 판단되는 경우에 피청구인은 답변서를 위원회에 보내지 아니할 수 있다. 이 경우 심판청구서를 접수하거나 송부받은 날부터 10일 이내에 그 사유를 위원회에 문서로 통보하여야 한다(제2항).

③ 제2항에도 불구하고 위원장이 심판청구에 대하여 답변서 제출을 요구하면 피청구인은 위원장으로부터 답변서 제출을 요구받은 날부터 10일 이내에 위원회에 답변서를 제출하여야 한다(제3항).

④ 피청구인은 처분의 상대방이 아닌 제3자가 심판청구를 한 경우에는 지체 없이 처분의 상대방에게 그 사실을 알려야 한다. 이 경우 심판청구서 사본을 함께 송달하여야 한다(제4항).

⑤ 피청구인이 제1항 본문에 따라 심판청구서를 보낼 때에는 심판청구서에 위원회가 표시되지 아니하였거나 잘못 표시된 경우에도 정당한 권한이 있는 위원회에 보내야 한다(제5항).

⑥ 피청구인은 제1항 본문 또는 제3항에 따라 답변서를 보낼 때에는 청구인의 수만큼 답변

서 부본을 함께 보내되, 답변서에는 ㉠ 처분이나 부작위의 근거와 이유, ㉡ 심판청구의 취지와 이유에 대응하는 답변, ㉢ 제4항에 해당하는 경우에는 처분의 상대방의 이름·주소·연락처와 제4항의 의무 이행 여부를 명확하게 적어야 한다(제6항).

⑦ 제4항과 제5항의 경우에 피청구인은 송부 사실을 지체 없이 청구인에게 알려야 한다(제7항).

⑧ 중앙행정심판위원회에서 심리·재결하는 사건인 경우 피청구인은 제1항 또는 제3항에 따라 위원회에 심판청구서 또는 답변서를 보낼 때에는 소관 중앙행정기관의 장에게도 그 심판청구·답변의 내용을 알려야 한다(제8항).

(3) 피청구인의 직권취소등

① 제23조 제1항·제2항 또는 제26조 제1항에 따라 심판청구서를 받은 피청구인은 그 심판청구가 이유 있다고 인정하면 심판청구의 취지에 따라 직권으로 처분을 취소·변경하거나 확인을 하거나 신청에 따른 처분을 할 수 있다. 이 경우 서면으로 청구인에게 알려야 한다(제25조 제1항).

② 피청구인은 제1항에 따라 직권취소등을 하였을 때에는 청구인이 심판청구를 취하한 경우가 아니면 제24조 제1항 본문에 따라 심판청구서·답변서를 보내거나 같은 조 제3항에 따라 답변서를 보낼 때 직권취소등의 사실을 증명하는 서류를 위원회에 함께 제출하여야 한다(제2항).

(4) 위원회의 심판청구서 등의 접수·처리

① 위원회는 제23조 제1항에 따라 심판청구서를 받으면 지체 없이 피청구인에게 심판청구서 부본을 보내야 한다(제26조 제1항).

② 위원회는 제24조 제1항 본문 또는 제3항에 따라 피청구인으로부터 답변서가 제출된 경우 답변서 부본을 청구인에게 송달하여야 한다(제2항).

(5) 보정

① 위원회는 심판청구가 적법하지 아니하나 보정(補正)할 수 있다고 인정하면 기간을 정하여 청구인에게 보정할 것을 요구할 수 있다. 다만, 경미한 사항은 직권으로 보정할 수 있다(제32조 제1항).

② 청구인은 제1항의 요구를 받으면 서면으로 보정하여야 한다. 이 경우 다른 당사자의 수만큼 보정서 부본을 함께 제출하여야 한다(제2항).

③ 위원회는 제2항에 따라 제출된 보정서 부본을 지체 없이 다른 당사자에게 송달하여야 한다(제3항).

④ 제1항에 따른 보정을 한 경우에는 처음부터 적법하게 행정심판이 청구된 것으로 본다(제4항).

⑤ 제1항에 따른 보정기간은 제45조에 따른 재결 기간에 산입하지 아니한다(제5항).

⑥ 위원회는 청구인이 제1항에 따른 보정기간 내에 그 흠을 보정하지 아니한 경우에는 그 심판청구를 각하할 수 있다(제6항).

(6) 보정할 수 없는 심판청구의 각하

위원회는 심판청구서에 타인을 비방하거나 모욕하는 내용 등이 기재되어 청구 내용을 특정

할 수 없고 그 흠을 보정할 수 없다고 인정되는 경우에는 제32조 제1항에 따른 보정요구 없이 그 심판청구를 각하할 수 있다(제32조의2 제1항).

(7) 전자정보처리조직을 통한 행정심판 절차의 수행

① 행정심판 절차를 밟는 자는 심판청구서와 그 밖의 서류를 전자문서화하고 이를 정보통신망을 이용하여 위원회에서 지정·운영하는 전자정보처리조직(행정심판 절차에 필요한 전자문서를 작성·제출·송달할 수 있도록 하는 하드웨어, 소프트웨어, 데이터베이스, 네트워크, 보안요소 등을 결합하여 구축한 정보처리능력을 갖춘 전자적 장치)을 통하여 제출할 수 있다(제52조 제1항).

② 행정심판법은 이밖에 전자서명(제53조), 전자정보처리조직을 이용한 송달 등(제54조)에 대하여 상세히 규정하고 있다.

○ 103쪽 맨 아래줄 : 행저심판 → 행정심판

○ 112쪽 (3) 요건에서 : 시익침해의 → 사익침해의

○ 129쪽 [항소심 판단]에서 : '공익상 필요 → 공익상 필요

○ 162쪽 아래에서 14행 : 입증으로 통하여 → 입증을 통하여

○ 211쪽 box 안의 맨 끝에 다음을 추가

4. 무하자재량행사청구권

행정청에 재량이 인정된 경우 사인은 행정청에 대하여 원칙적으로 특정한 행위의 발령을 요구할 수 있는 개인적 공권을 갖지 아니한다. 그러나 그 재량권 행사에 있어서 일정한 한계가 있는바 이러한 한계를 벗어난 재량권 행사는 재량권의 일탈·남용·불행사로서 위법한 행위가 된다. 무하자재량행사청구권이란 재량행위의 상대방이나 이해관계인이 행정청에 대하여 재량행사를 하자 없이 행사해 줄 것을 청구할 수 있는 권리를 말한다. 따라서 기속규범에서는 인정되지 않고 재량규범에서 인정된다. 무하자재량행사청구권은 행정개입청구권과 더불어 독일 바이마르 공화국 시대부터 이론화되어 1950년대에 판례에 의하여 실무화된 제도이다.

5. 행정개입청구권

(1) 의의

행정개입청구권은 공해물질 배출사업장에 대한 규제권발동을 청구하는 것처럼 사인이 자기의 이익을 위해 행정청에 대하여 제3자에게 행정권을 발동할 것을 청구하는 주관적 공권을 의미한다(협의의 개념).

행정개입청구권은 무하자재량행사청구권과 달리 행정청의 부작위로 인하여 권익을 침해당한 자가 행정청에 대하여 특정의 실체적인 행위를 청구할 수 있는 실체법상의 권리이다. 이 권리는 행정청의 부작위에 대한 사전예방적 권리의 측면과 사후구제적 성격을 동시에 갖는다.

(2) 성립요건

① 강행법규에 의한 행정권발동의무의 존재

행정개입청구권도 공권의 일종이므로 강행법규가 행정청에게 공권력을 발동하여 개입을 할 의무를 지우거나, 재량법규인 경우 행정기관의 재량이 영으로 축소되는 경우이어야 한다. 행정기관의 개입

의무존재의 판정은 ㉠ 생명.신체 등 중대한 개인적 법익에 대한 위해가 존재하고, ㉡ 그러한 위험이 행정권의 발동에 의해 제거될 수 있는 것이고, ㉢ 피해자의 개인적인 노력으로는 권익침해의 방지가 충분히 이루어질 수 없다고 인정되어야 한다.

② 사익보호목적의 존재

객관적인 개입의무를 근거지우는 법률규범이 공익뿐 아니라 사익도 동시에 보호법익으로 하고 있을 것을 요한다. 오늘날은 이 요건을 넓게 인정하여 개인권리 보호를 확대하려는 추세이다.

○ 236~237쪽 <(1) 소의 이익에서의 법률상 이익> 전체를 다음으로 대체

(1) 소의 이익에서의 '법률상 이익'

① 학설

학설은 ㉠ 법률상 이익은 법률상 보호이익을 의미하는 것으로서 '법률상 위험'이 존재하는 경우에만 인정될 수 있다고 보는 법률상 보호이익설, ㉡ 위법확인의 정당한 이익을 의미하는 것으로서 '법률상 위험'이 존재하는 경우뿐만 아니라 '위험성 확인의 이익'에 대해서도 인정된다는 위법확인의 정당한 이익설이 대립한다.

'법률상 이익'은 원고적격에서의 법률상 이익보다 넓은 개념이며 부수적 이익도 포함한다는 것이 다수설이다. 그런데 그 부수적 이익에 어떠한 이익이 포함될 것인지에 관하여는 ㉠ 명예.신용 등은 법률상 이익에 포함되지 않는다는 견해(동일설.소극설), ㉡ 명예.신용 등의 인격적 이익, 보수청구와 같은 재산적 이익 및 불이익 제거와 같은 사회적 이익도 인정될 수 있다는 견해(광의설.적극설)로 나뉜다.

② 판례

대법원은 행정소송법 제12조 소정의 법률상 이익을 전문(원고적격)의 그것과 후문(협의의 소의 이익)의 그것을 구별하지 않고 모두 "당해 처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익과 관련된 것을 말하는 것이고 단지 간접적이거나 사실적·경제적 이해관계를 가지는 데 불과한 경우는 여기에 포함되지 않는다."라고 보고 있다(대결 2000. 10.10. 2000무17).

따라서 종래 판례는 법률상 보호이익설을 취하는 것으로 평가되었다. 즉, 처분의 효력이 제재기간의 경과로 인하여 소멸하였으나 제재적 가중처분이 시행규칙의 형식으로 예정되어 있어 선행처분에 대해 취소소송을 제기한 사안에서 판례는 "위반횟수에 따른 가중요건 규정은 내부행정명령에 불과할 뿐, 행정처분의 기간의 경과로 그 효력이 상실된 후에 가중적인 제재처분의 불이익은 직접적.구체적.현실적인 것이 아니어서 법률상 이익이 없다"(대판 1997.9.30. 97누7790)고 하였다.

그러나 최근 판례는 "법령이 아니라 규칙의 형식으로 되어 있다고 하더라도, 그러한 규칙이 법령에 근거를 두고 있는 이상 그 법적 성질이 대외적.일반적 구속력을 갖는 법규명령인지 여부와는 상관없이 공무원의 법령준수의무를 고려할 때 그 처분의 존재로 인한 장래 불이익은 구체적이고 현실적인 것이므로 법률상 이익이 있다"(대판 2006.6.22. 2003두1684)고 하여 위법확인의 정당한 이익설에 가까운 입장을 취하기도 한다.

대법원은 자격정지처분의 취소청구에서 "자격정지처분의 취소청구에 있어 그 정지기간이 경과된 이상 그 처분의 취소를 구할 이익이 없고 설사 그 처분으로 인하여 명예, 신용 등 인격적인 이익이 침해되어 그 침해상태가 자격정지기간 경과 후까지 잔존하더라도 이와 같은 불이익은 동 처분의 직접적인 효과라고 할 수 없다."(대판 1978.5.23. 78누72)고 하여 처분의 기간

이 경과하여 소멸한 후에는 명예.신용 등의 인격적 이익을 회복하기 위한 소송을 허용하지 않는가 하면, 예외적으로 인정한 사례도 있다(대판 1992.7.14. 91누4737-고등학교 퇴학처분사건).
한편 국가배상청구권의 행사를 위하여 필요한 경우에도 취소소송의 소의 이익을 인정하여야 한다는 견해가 있다. 그러나 판례는 "원고가 처분이 위법하다는 점에 대한 판결을 받아 피고에 대한 손해배상청구소송에서 이를 원용할 수 있는 이익은 사실적·경제적 이익에 불과하여 소의 이익에 해당하지 않는다"고 하였다(대판 2002.1.11. 2000두2457).

③ 검토

취소소송에 있어서 소의 이익의 유무는 사인이 취소소송을 통하여 보호받아야 할 현실적인 필요가 있는 관점에서 해결되어야 하므로, 당해 처분의 근거법규에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익에 해당하는지 여부에 따라 정해질 문제이다. 따라서 인격적 이익, 경제적.사회적 이익도 구체적인 경우에 개별적으로 판단하여 법률상 이익으로 인정할 수 있다고 봄이 타당하다.
예컨대, 이전 처분의 외형이 잔존함으로 인해 가중된 후행 제제처분을 받을 것이 당연히 예견되는 경우에는 그러한 장래의 불이익을 회피할 이익을 인정하는 것이 실질적 권리구제에 부합하다는 점에서, 위법확인의 정당한 이익설과 같이 법률상 이익을 적극적으로 해석하는 것이 타당하다.

○ 259쪽 아래에서 9행 : 공동소송인의 추가 있는 → 공동소송인의 추가가 있는

○ 262쪽 <㉣ 원고의 고의.과실이 없어야 하는지 여부> 바로 위에 다음을 추가

※ 석명권

석명권이란 당사자가 제출한 소송자료의 내용이 분명하지 않은 경우에 법원이 당사자들이 제대로 소송을 수행하여 사실관계와 법률관계가 분명하게 되도록 법관이 영향력을 행사하는 것을 석명이라고 한다. 이러한 법원의 권한을 석명권이라고 하고, 이를 의무라는 관점에서 파악하면 동시에 석명의무가 된다. 석명권은 사건을 심판하는 법관에게 부여된 권한이므로, 원칙적으로 소송지휘를 하는 재판장이 대표하여 행사한다(민사소송법 제136조 제1항, 행정소송법 제8조 제2항).

○ 264쪽 3행 : 부복할 수 → 불복할 수

○ 274쪽 중간쯤 : ※ 註: 이러한 국비보조사업은 → ※ 註: 국비보조사업은

○ 289쪽 5행 : 후자의 내포를 → 처분의 내포를

○ 301쪽 14행 : 한고 → 하고

○ 312쪽 아래 box : **<법규명령, 행정규칙, 고시, 조례의 개념>** →
<법규명령, 행정규칙, 고시, 조례의 행정쟁송법상 의의>

○ 314쪽 box 안의 끝에 다음을 추가

5. 법규명령 형식의 행정규칙

① 문제의 소재

행정규칙은 일반적으로 고시·훈령·예규의 형식으로 정립되나 때로는 상위법령의 위임 없이 대통령령과 같은 법규명령의 형식으로 제정되는 경우가 있다(예 대통령령인 사무관리규정). 반대로 제재처분의 기준처럼 상위법령의 수권을 받아 법규명령의 형식으로 제정된 경우가 있다(예 택시운전자격의 취소·정지처분기준). 이러한 경우 법규성의 인정여부가 문제된다. 만일 법규성이 인정된다면 이에 위반하는 처분은 위법한 것이 되어 행정소송(특히 항고소송)으로 다툴 수 있게 된다.

② 성질 (법규명령 또는 행정규칙인지 여부)

형식설 (법규명령설)	① 법규형식은 매우 중요하고 엄숙한 행위이기 때문에 법규형식이 존중되어야 한다는 점, ② 일정한 사안을 법규명령의 형식으로 제정할 것인지 또는 행정규칙의 형식으로 제정할 것인지는 입법정책의 문제라는 점, ③ 법규사항과 법규가 아닌 사항이 본질적으로 구별되는 것은 아니라는 점에서, 법규는 내용과 관계없이 일반국민에 대하여 구속력을 가지므로 설령 그 내용이 국민의 자유와 재산에 관계없는 사항을 포함하더라도 법규의 형식으로 규정된 이상 일반국민을 구속한다는 견해
실질설 (행정규칙설)	① 법규명령으로 보면 행정의 실제상 구체적 타당성과 탄력성의 확보가 어렵다는 점, ② 행정규칙사항을 법규명령 형식으로 정한다고 하여도 그 성질(비법규성)은 변하는 것이 아니라는 점, ③ 형식설을 취하면 법률에서 재량행위로 정한 것을 명령으로 기속행위로 바꾸게 되어 법률의 취지에 반한다는 점에서, 법규명령의 형식을 취하고 있더라도 당해 규범을 행정규칙으로 보아야 한다는 견해
수권여부기준설	법령의 수권에 근거한 경우는 법규명령이고, 법률의 수권이 없이 제정된 경우는 행정규칙이라는 견해

③ 효력

㉠ **형식설에서의 효력** : 법규명령의 형식으로 된 처분의 기준은 법규명령으로서의 효력과 구속력을 갖는다.

㉡ **실질설에서의 효력** : 법규명령형식의 행정규칙은 행정규칙(특히 재량준칙)으로서의 효력을 갖는다.

④ 판례

㉠ **대통령령의 형식으로 제정된 경우** : 대법원은 이러한 행정처분의 기준은 행정조직 내부에 있어서의 행정명령에 지나지 않는 것이 아니라 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 있는 법규명령이라는 입장이다.

㉡ **부령 또는 지방자치단체규칙의 형식으로 제정된 경우** : 대법원은 법령의 위임을 받아 부령으로 정한 제재적 처분기준은 행정청 내의 사무처리기준을 정한 것에 불과하므로 행정규칙의 성질을 가지며 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 것은 아니라고 본다(실질설). 지방자치단체규칙의 형식으로 제정된 경우에도 동일한 입장이다. 다만 특허의 인가기준을 법령의 위임을 받아 부령으로 정한 경우 법규명령으로 본 예외적 판례도 있다.

㉢ **최고한도를 정한 것으로 본 판례** : 대법원은 대통령령으로 정한 행정처분의 기준을 법규명령으로 보면서도 그 기준을 단순히 처분의 한도로 본 사례(청소년보호법시행령의 과징금처분기준)로 파악하기도 한다. 이는 행정권 행사에 있어서의 구체적 타당성을 도모하고, 과징금부과처분을 재량행위로 규정하고 있는 상위법률과의 관련성을 고려한 것으로 해석된다.

⑤ 결어(법규명령설)

㉠ 대통령령이나 부령 모두 상위법령에서 위임한 사항이나 집행을 위하여 필요한 사항을 규율하는 법규명령이기 때문에 판례처럼 양자를 구별할 합리적 근거가 없다.

㉡ 판례는 부령으로 규정된 제재적 행정처분의 기준을 단순히 사무처리기준이라 하지만, 기본권 제한에 관련된 사항으로 보아야 한다.

㉢ 행정규칙설은 법규명령설이 구체적 타당성을 기하기 어렵다고 하나 현재 대부분의 제재처분의

기준은 가중· 감경규정을 두는 추세에 있으므로 적절한 비판이 아니다.

㉣ 법규명령형식의 행정규칙을 양산하는 현실을 해결하고 이러한 논란을 불식하기 위해 평등원칙을 매개로 한 재량준칙의 간접적인 대외적 구속력을 인정하자는 견해도 타당하다.

○ 337쪽

- 2행 : 과세표준고 → 과세표준과
- ㉡ 증액경정처분 → ㉡ 증액경정처분의 경우

○ 349쪽 box 맨 아래부분 : 2020. 11. 10. 정직처분서를 송달받은 甲은 취소소송을 제기하였다. → 정직처분서를 송달받은 甲은 2020. 11. 10. 취소소송을 제기하였다.

○ 350쪽

- 2. 재결 자체의 고유한 위법 → 2. 재결 자체에 고유한 위법
- <(1) 의의> 바로 아래줄에 다음을 추가

  재결취소소송의 대상인 '재결 자체에 고유한 위법'이란 원처분에는 위법이 없고 재결에만 위법이 있는 것을 말한다.

  재결도 하나의.....

○ 352쪽 :

- ㉢ 이행재결의 경우 → ㉢ 명령재결의 경우
- 아래에서 11행 : " ... 문제가 된다. ( ) 판례는" → ( ) 부분에 추가. 즉 다음과 같이 합니다.

... 문제가 된다. 즉, ① 재결에 따른 처분이 있어야 비로소 구체적 권리이익을 침해받는다는 점에서 행정청의 처분을 다투어야 한다는 처분설, ② 재결에 따른 행정청의 처분은 재결의 기속력에 의한 부차적인 것이고 그 처분은 재결청의 의사이지 처분청의 의사가 아니므로 재결을 다투어야 한다는 재결설, ③ 취소명령재결과 그에 따른 취소처분이 각각 별도로 취소소송의 대상이 된다는 처분.재결설이 그것이다. 판례는 "재결은...

- 아래에서 6행 : 이행재결과 → 명령재결과

○ 378쪽 아래에서 3행 : 공원징계 → 교원징계

○ 384쪽 아래에서 3행 : 같은 원고가 같은 피고에 대하여 하나의 소송절차에서
→ 하나의 소송절차에서

○ 405쪽 box 마지막 판례의 제목 : 행정심판을 청구할 필요 없음에도
→ 행정심판을 청구할 필요가 없음에도

○ 412쪽 2행 : 민사소송에서 소의 변경은 → 민사소송법에서 청구의 변경(제262조)은

○ 420쪽 중간 : 잠정적으로 하가된 → 잠정적으로 허가된

○ 421쪽 12행 : 부관관만의 → 부관만의

○ 426쪽

- 중간쯤 : 명문의 규정이 없어, 본안에 대한 승소의 개연성이 집행정지의 요건인지에 관하여 견해가 나뉘고 있다. → 명문의 규정이 없다.

- 아래에서 9행 : 따라서 본안청구의 승소가능성이 명백히 없다는 요건은
  → 따라서 본안청구의 이유 없음이 명백하지 아니할 것이라는 요건은
- <(7) 집행정지의 절차와 불복> 바로 위에 다음을 추가

<본안소송에서의 '승소가능성의 정도' 문제>

1. 문제점

위와 같이 집행정지의 요건의 하나로 '본안청구가 이유 없음이 명백하지 않을 것'이 논의되어 왔는데, 이에 더하여 법원이 집행정지 여부를 결정함에 있어서 신청인이 '본안소송에서 승소할 가능성'이 얼마나 되는지, 즉 본안청구가 어느 정도 이유가 있다고 보이는지도 고려할 수 있는지가 문제된다. 양자는 엄밀히 말하여 동일한 것은 아니다.

2. 학설

(1) 긍정설

집행정지제도는 신청인이 본안소송에서 승소할 경우에 판결의 실효성을 확보하기 위한 것이므로 본안소송에서 승소할 가능성이 적은 경우까지 집행정지를 허용하면 집행정지제도의 취지에 반하고 남소(濫訴)의 위험이 있으며, 따라서 법원은 집행정지 여부를 결정함에 있어서 신청인이 본안소송에서 승소할 가능성이 얼마나 되는지(즉, 본안청구가 어느 정도 이유가 있다고 보이는지)도 고려하여야 한다고 한다.

(2) 부정설

① 본안청구가 이유가 있는지의 문제는 본안소송에서 심리되어야 할 사항이므로 집행정지 여부를 결정함에 있어서 그에 대해 고려하는 것은 집행정지절차의 본안소송화를 초래할 우려가 있으며, ② 집행정지의 요건에 관해 규정하고 있는 행정소송법 제23조는 '본안소송에서의 승소가능성의 정도'에 관해서 안무런 규정을 두고 있지 않은 점 등을 논거로 하여, 원칙적으로 집행정지 단계에서는 본안소송에서의 승소가능성의 정도는 고려되어서는 안된다고 한다. 다만 본안청구가 이유 없음이 명백한 경우는 집행정지가 허용되지 않기 때문에, 법원은 단지 '이유 없음이 명백한지'에 대해서만 심사할 수 있다고 한다.

3. 판례

대법원은 "처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있는지 여부는 처분의 성질과 태양 및 내용, 처분상대방이 입는 손해의 성질·내용 및 정도, 원상회복·금전배상의 방법 및 난이 등은 물론 본안청구의 승소가능성의 정도 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다."(대결 2010.5.14. 2010무48)고 함으로써, 집행정지에 관한 핵심적 요건이라 할 수 있는 '회복하기 어려운 손해를 예방하기 위한 긴급한 필요'에 관해 판단함에 있어서 '본안청구의 승소가능성의 정도'도 고려하도록 하고 있다.

○ 465쪽 : 1. 소송요건 → 1. 소송요건 구비 여부의 판단

○ 469쪽 7행 : 기여하지 못한고 → 기여하지 못하고

○ 490쪽 box의 아래에서 2행 : 이 사건 처분이 → 이 사건 직권면직처분이

○ 503쪽 9행 : 도로법 제94조에 의하여 → 도로법에 근거하여

○ 511쪽 아래에서 6행 : 때문에(제13조 제2항) → 때문에(행정소송법 제13조 제2항)

○ 527쪽 맨 아래 : 밑줄 긋기
조합원 역시 청산의 목적범위 내에서 종전 지위를 유지하며, 정관 등도 그 범위 내에서 효력을 가진다.

○ 528쪽 : <㉡ 일반처분의 취소판결에서의 제3자> 전체를 제목 포함해서 다음으로 대체

㉡ 일반적인 처분의 취소판결에서의 제3자

ⓐ 문제점

불특정다수인을 상대방으로 하는 일반처분(예 공과금인상처분)의 경우 소송의 당사자가 아닌 제3자에게 판결의 효력이 미치는지 견해가 대립한다. 구체적으로는 제3자가 판결의 효력을 적극적으로 원용하고 향수할 수 있는지가 문제된다.

ⓑ 견해의 대립

ⅰ) 명시적 규정이 없음에도 제3자가 취소판결의 효력을 적극적으로 향수하는 것은 무리라는 견해, ⅱ) 행정법관계의 획일적 규율과 법률상태의 명확화를 위해 절대적 형성력이 미친다는 견해, ⅲ) 장래효는 절대적 효력을 가지나 소급효는 불가쟁력 발생 여부에 따라 달라져야 한다는 견해 등이 있다.

ⓒ 검토

취소소송도 주관적 소송이라는 점에서 일반 제3자에게 판결의 효력이 미치는 것이 취소소송의 당연한 속성은 아니다. 그러나 행정법관계를 획일적으로 규율하고 법률상태를 명확히 하기 위해 취소 확정판결의 제3자효를 규정하고 있고, 이에 대한 다른 제한이 없다면 절대적 형성력을 인정하는 것이 타당하다. 또한 일반처분의 경우 일반 제3자도 모두 소송참가 제도의 '법률상 이해관계인'으로 볼 수 있다.

○ 529쪽 box 맨 아랫칸 오른쪽 : 위법하다고 판단된 개개의 처분사유
→ 주문 및 위법하다고 판단된 개개의 처분사유

○ 532쪽 맨 아래의 이 부분 삭제

㉣ 집행정지결정의 내용에 위배되는 새로운 처분의 효력

행정소송법 제30조 제1항의 규정(판결의 기속력)은 집행정지의 결정에 이를 준용한다(행정소송법 제23조 제6항). 따라서 집행정지결정이 있음에도 불구하고 행정청이 동일 내용으로 새로운 처분을 하거나 또는 그에 관련된 처분을 하는 것은 당연무효이다.

○ 536쪽 <7. 간접강제> 바로 위에 추가

③ 행정소송법 제30조 제1항의 규정(판결의 기속력)은 집행정지의 결정에 이를 준용한다(행정소송법 제23조 제6항). 따라서 집행정지결정이 있음에도 불구하고 행정청이 동일 내용으로 새로운 처분을 하거나 또는 그에 관련된 처분을 하는 것은 당연무효이다.

○ 570쪽 : <② 행정행위의 위법여부가 선결문제인 경우>를 다음으로 전부 대체

② 행정행위의 위법여부가 선결문제인 경우

㉠ 문제점

예컨대 사인이 공무원의 위법한 처분으로 손해를 입었다고 하면서 국가배상청구소송을 제기한 경우, 민사법원이 선결문제인 '행정행위의 위법성여부'를 판단할 수 있는지의 문제이다. 이 논의는 먼저 국가배상청구소송의 성질을 민사소송으로 보는 견해를 전제로 한다.

㉡ 학설

ⓐ **소극설** : ⅰ) 행정행위는 구성요건적 효력이 있으므로 법원을 포함한 모든 국가기관은 그 효력에 구속을 받아야 하고, ⅱ) 현행법상 행정사건의 심판권은 행정법원이 배타적으로 관할하는 점, ⅲ) 행정소송법 제11조 제1항은 민사법원에 대하여 처분 등의 효력유무 또는 존재여부만을 선결문제심판권으로 규정한다는 점을 논거로 한다.

ⓑ **적극설** : ⅰ) 구성요건적 효력은 적법성 추정이 아니라 법적 안정성 때문에 인정되는 통용력에 불과하며, ⅱ) 선결문제로서 행정행위의 위법성 판단은 행정행위의 효력을 부인하는 것이 아니라 단순한 위법성 심사에 그치는 것이라는 점, ⅲ) 행정소송법 제11조는 선결문제심판권에 대한 예시적 규정에 불과하기 때문에 위법성판단을 배제하는 것은 아니라는 점을 논거로 한다.

㉢ 판례

위법한 행정처분의 취소판결이 있어야만 그 행정처분의 위법임을 이유로 한 손해배상청구를 할 수 있는 것은 아니라면서 적극설의 입장에 있다(대판 1979.4.10. 79다262).

㉣ 검토

민사법원이 국가배상청구소송을 심리함은 그 처분의 효력을 부정하는 것이 아니라는 점, 그리고 소송경제와 개인의 권리보호의 관점에서 적극설이 타당하다.

○ 577쪽 box 2행 : 조치명령의대상자 → 조치명령의 대상자

<판례 심화학습> 추가

※ 다음 페이지 계속

○ 275쪽 <2012두19496, 19502 판례> 앞에 배치

국가기관의 당사자능력, 원고적격을 인정한 사례 (대법원 2013.7.25. 선고 2011두1214 판결)

【원고, 피상고인】 경기도선거관리위원회 위원장
【피고, 상고인】 국민권익위원회
【피고보조참가인, 상고인】 ○○○(경기도선거관리위원회 직원)
【사실관계】
중앙선거관리위원회는 '경기도 선거관리위원회 소속 직원인 A가 하남시 주민소환투표와 관련한 방송 인터뷰를 통하여 선거관리위원회의 입장에 반하여 허위로 진술하고 그 인터뷰 내용이 뉴스에 보도되었다'는 이유로 A에 대하여 감사를 실시하려 하였으나, A가 3회에 걸쳐 감사의 연기를 요청하자 감사를 거부한 것으로 간주하여 감사를 종결하고 A에 대한 징계의견을 경기도선거관리위원회에 통보하였다. 그리고 경기도선거관리위원회는 2008. 7. 2. 징계권자에게 A에 대한 중징계를 요구하였다(이하 '징계요구'라 한다).
이에 대하여 A는 2008. 7. 8. 국민권익위원회에 이 사건 징계요구의 취소 및 신분상 불이익의 예방을 구하는 신분보장조치를 요구하였고, 국민권익위원회는 2008. 9. 26. A가 국민권익위원회법에 따른 신고(2008. 3. 31) 후 이 사건 징계요구와 관련한 신분보장조치를 요구하였으므로 국민권익위원회법 제63조에 따라 A가 이 사건 신고와 관련하여 불이익을 당한 것으로 추정된다는 이유로, A의 소속기관의 장인 원고에게 'A에 대한 이 사건 징계요구를 취소하고, 향후 신고로 인한 신분상 불이익처분 및 근무조건상의 차별을 하지 말 것을 요구'하는 내용의 이 사건 조치요구를 하였다.
경기도선거관리위원회 위원장은 **국민권익위원회를 피고**로 하여 이 사건 조치요구('불이익처분 원상회복등요구')의 취소를 구하는 소송을 제기하였다.
【항소심 판단】
항소심은 이 사건 조치요구의 처분성이 인정됨을 전제로 원고에게 이 사건 조치요구의 취소를 구하는 소를 제기할 당사자능력, 원고적격 및 법률상 이익을 인정하고 청구 인용판결을 하였다.
☞ 피고와 A(피고보조참가인)가 상고
【대법원 판결요지】
제반 규정에 의하면 피고 위원회의 조치요구의 상대방으로서 조치요구에 따라야 할 의무의 주체는 '소속기관 등의 장'임이 분명하므로, 그러한 조치요구에 불복하고자 하는 '소속기관 등의 장'에게는 조치요구를 다툴 수 있는 소송상의 지위를 인정하여야 할 것이다.
그런데 이 사건과 같이 국가기관 사이에 어느 일방(피고 위원회)이 상대방(원고)에 대하여 일정한 의무를 부과하는 내용의 조치요구를 한 사안에서 그 조치요구의 상대방인 국가기관이 이를 다투고자 할 경우, 이는 국가기관 내부의 권한 행사에 관한 것이어서 기관소송의 대상으로 하는 것이 적절해 보이나, 행정소송법은 제45조에서 '기관소송은 법률이 정한 경우에 법률에 정한 자에 한하여 제기할 수 있다'고 규정하여 이른바 기관소송 법정주의를 채택하고 있고, 조치요구에 관하여는 국민권익위원회법 등 법률에서 원고에게 기관소송을 허용하는 규정을 두고 있지 아니하므로, 이 사건 조치요구를 이행할 의무를 부담하고 있는 원고로서는 기관소송으로 이 사건 조치요구를 다툴 수는 없다.
또한 이 사건 조치요구는 법률에 근거하여 설립된 행정부 소속의 국무총리 산하 기관인 피고 위원회가 헌법상의 독립기관인 중앙선거관리위원회 산하기관인 원고에 대하여 한 것으로서 정

부 조직 내에서 그 처분의 당부에 대한 심사·조정을 할 수 있는 다른 방도가 없을 뿐만 아니라, 피고 위원회는 헌법 제111조 제1항 제4호 소정의 '헌법에 의하여 설치된 국가기관'이라고 할 수 없으므로(헌법재판소 2010. 10. 28. 선고 2009헌라6 전원재판부 결정 참조), 원고와 피고 위원회 사이에 헌법 제111조 및 헌법재판소법 제62조 제1항에서 정한 권한쟁의심판이 가능해 보이지도 아니한다.

결국 앞서 본 바와 같이 국민권익위원회법이 원고에게 피고 위원회의 조치요구에 따라야 할 의무를 부담시키는 외에 별도로 그 의무를 이행하지 아니할 경우 과태료나 형사처벌의 제재까지 규정하고 있는데, 이와 같이 **국가기관 일방의 조치요구에 불응한 상대방 국가기관에게 그와 같은 중대한 불이익을 직접적으로 규정한 다른 법령의 사례를 찾기 어려운 점, 그럼에도 원고가 피고 위원회의 조치요구를 다툴 별다른 방법이 없는 점 등에 비추어 보면, 피고 위원회의 이 사건 조치요구의 처분성이 인정되는 이 사건에서 이에 불복하고자 하는 원고로서는 이 사건 조치요구의 취소를 구하는 항고소송을 제기하는 것이 유효·적절한 수단이라고 할 것이므로, 비록 원고가 국가기관에 불과하더라도 이 사건에서는 당사자능력 및 원고적격을 가진다**고 봄이 상당하다.

그리고 참가인이 피고 위원회에 국민권익위원회법에 따른 신고와 신분보장조치 요구를 하였고, 이에 피고 위원회가 참가인의 소속기관의 장인 원고에게 '참가인에 대한 중징계요구를 취소하고 향후 신고로 인한 신분상 불이익처분 및 근무조건상의 차별을 하지 말 것을 요구'하는 내용의 이 사건 조치요구를 한 이 사건에서, **원고가 피고 위원회의 조치요구 후 참가인에 대하여 파면처분을 하였다고 하더라도 그로 인하여 이 사건 조치요구가 곧바로 실효된다고 할 수 없고, 원고로서는 이 사건 조치요구를 따라야 할 의무를 여전히 부담한다고 할 것이므로, 원고에게는 이 사건 조치요구의 취소를 구할 법률상 이익도 있다**고 할 것이다.

○ 279쪽 <2009두8359 판례> 앞에 배치

구속된 피고인이 미결수용중인 교도소장의 접견허가거부처분의 취소를 구할 원고적격을 가지는지 여부(적극) (대법원 1992.5.8. 선고 91누7552 판결)

【원고, 상고인】 ○○○ 외 1인
【피고, 피상고인】 홍성교도소장
【사실관계】
A는 국가보안법위반 피고사건의 피고인으로서 홍성교도소에 미결수용자로 수용되어 있는 자이다. 정치인 B는 홍성교도소장에게 A에 대한 접견신청을 하면서 그 접견목적으로 자신은 제도권 정당에 있고 A는 재야에 있어 서로의 입장과 앞으로의 진로 등에 대하여 이야기하겠다고 밝혔다. 그러나 홍성교도소장은 그러한 접견목적은 행형법 제18조의 "필요한 용무"에 해당하지 않는다는 이유로 접견신청을 불허하였다.
A와 B는 이에 대하여 접견허가거부처분 취소소송을 제기하였다.
【원심 판단】
원심은 A는 B의 접견신청 대상자일 뿐 그 **스스로 피고에 대하여 접견신청을 한 것은 아니고** 따라서 피고가 A에 대하여 거부처분을 한 것은 아니므로 위 원고의 **이 사건 소는 존재하지 않는 처분에 대한 것이어서 부적법**하다고 판단하여 이를 각하하였다.
※ 원심은 B의 청구에 대하여는 처분이 적법하다고 하여 청구를 기각하였다(이 부분에 대하여는 대법원이 원심 판단이 위법하다고 하였는바, 여기에서는 논의를 생략함).
【대법원 판결요지】
이 사건 기록에 의하면, A가 피고의 위 거부처분이 자기자신을 상대방으로 하는 것임을 전제로 하여 그 취소를 구하는 것이라고 주장한 흔적을 찾아볼 수 없고, 오히려 위 A는 피고의 위 거부처분 자체는 B를 상대로 한 것이기는 하지만 그로 인하여 자신의 법률상 이익이 침해되었다고 하여 이 사건 소송을 제기한 취지로 보이는바, 원래 **행정처분의 상대방이 아닌 제3자도 그 행정처분의 취소에 관하여 법률상 구체적 이익이있으면 행정소송법 제12조에 의하여 그 처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기할 수 있다**고 할 것이고(대법원 1988.11.22. 선고 87누727 판결 등 참조), 한편 구속된 피고인은 형사소송법 제89조의 규정에 따라 타인과 접견할 권리를 가지며 행형법 제62조, 제18조 제1항의 규정에 의하면 미결수용자는 소장의 허가를 받아 타인과 접견할 수 있으므로(뒤에서 보는 바와 같이 이와 같은 접견권은 헌법상 기본권의 범주에 속하는 것이다), A가 사전에 B와의 접견을 원하지 않는다는 의사표시를 하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 **A는 피고의 위 거부처분으로 인하여 자신의 접견권이 침해되었음을 주장하여 위 거부처분의 취소를 구할 원고적격을 가진다**고 할 것이니 원심이 위 원고의 소를 각하한 것은 항고소송에 있어서의 원고적격에 관한 법리를 오해한 위법을 저지른 것으로서 이 점을 지적하는 논지는 이유있다.
☞ 원심판결을 파기하고 사건을 서울고등법원에 환송
※ 註: 정형적 원고적격으로서 처분의 상대방이 아니라 그 상대방의 배후에 있는 실질적 이해관계인으로 "준상대방"으로 보아 원고적격을 인정한 사례이다.
【유사 판례】

관할청이 구 사립학교법 제25조의3에 따라 하는 정식이사 선임 처분에 관하여 **'상당한 재산을 출연한 자'**와 **'학교 발전에 기여한 자'**가 법률상 보호되는 이익을 가지는지 여부(적극)

구 사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정되기 전의 것) 제25조의3은 정식이사 선임에 관하여 상당한 재산을 출연한 자 및 학교 발전에 기여한 자(이하 '상당한 재산출연자 등'이라 한다)의 개별적·구체적인 이익을 보호하려는 취지가 포함되어 있는 것으로 보이고, 상당한 재산출연자 등은 관할청이 정식이사를 선임하는 처분에 관하여 법률상 보호되는 이익을 가진다고 보는 것이 타당하다. 그리고 여기서 상당한 재산출연자 등은 학교법인의 자주성과 설립 목적을 대표할 수 있어야 하므로, 그중에서 상당한 재산을 출연한 자는 사립학교법령의 규정들에 비추어 볼 때에 학교법인의 기본재산액의 3분의 1 이상에 해당하는 재산을 출연하거나 기부한 자로 보아야 하고, 그 밖에 재산의 출연 내지 증식을 통하여 학교 발전에 기여한 자는 학교법인의 수익용 기본재산의 10% 이상에 상당하는 금액의 재산을 출연한 자로서 위와 같은 상당한 재산 출연에 견줄 수 있을 정도로 학교법인의 기본재산 형성 내지 운영 재원 마련에 기여하였음이 뚜렷한 자로 해석되어야 한다(대법원 2013.9.12. 선고 2011두33044 판결).

○ 284쪽 <91누520 판례> 앞에 배치

행정처분의 위법을 이유로 무효확인 또는 취소 판결을 받더라도 처분에 의하여 발생한 위법상태를 원상으로 회복시키는 것이 불가능한 경우, 무효확인 또는 취소를 구할 법률상 이익이 있는지 여부(원칙적 소극) 및 예외적으로 법률상 이익이 인정되는 경우 (대법원 2016.6.10. 선고 2013두1638 판결)

【원고, 피상고인】 주식회사 농심
【피고, 상고인】 제주특별자치도지사
【사실관계】
주식회사 농심이 제주특별자치도개발공사와 먹는샘물에 관하여 협약기간 자동연장조항이 포함된 판매협약을 체결하였는데, 제주특별자치도지사가 개발공사 설치조례를 개정·공포하면서 '먹는샘물 민간위탁 사업자의 선정은 일반입찰에 의한다'는 규정을 신설하고, '종전 먹는샘물 국내판매 사업자는 2012. 3. 14.까지 이 조례에 따른 먹는샘물 국내판매 사업자로 본다'는 내용의 부칙조항을 둠에 따라 개발공사가 협약 해지 통지를 하자, 농심은 **조례 부칙조항의 무효확인을 구하는 소**를 제기하였다.
【하급심 판단】
제1심과 항소심은 조례부칙 제2조의 **처분성을 긍정**하고 청구 인용판결을 하였다.
☞ 피고가 상고
【대법원 판결요지】
행정처분의 무효확인 또는 취소를 구하는 소에서, 비록 **행정처분의 위법을 이유로 무효확인 또는 취소 판결을 받더라도 그 처분에 의하여 발생한 위법상태를 원상으로 회복시키는 것이 불가능한 경우에는 원칙적으로 그 무효확인 또는 취소를 구할 법률상 이익이 없고, 다만 원상회복이 불가능하더라도 그 무효확인 또는 취소로써 회복할 수 있는 다른 권리나 이익이 남아 있는 경우 예외적으로 법률상 이익이 인정될 수 있을 뿐이다**(대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두5001 판결 등 참조).
…(중략)…

원고가 2011년도 구매계획물량 대부분을 구매하였고 구매하지 못한 부분에 원고의 귀책사유가 없어 이 사건 협약기간이 2012. 12. 14.까지 자동으로 연장되었다고 하더라도, 원고와 개발공사 사이에 2012년도 구매계획물량이 협의로 정해지지 않았다면 이 사건 협약 제3조에 의하여 협약기간이 그 이후에까지 자동으로 연장되었다고 보기는 어렵다. 나아가 이 사건 협약에서 분쟁은 대한상사중재원의 중재로 해결하기로 정하여 원고와 개발공사가 대한상사중재원에 이 사건 협약의 존속 또는 종료와 관련한 중재를 신청하였음은 앞에서 본 바와 같고, 피고는 대한상사중재원이 원심판결 선고 후인 2012. 12. 17. '이 사건 협약의 협약기간 자동연장 조항이 적용되기 위해서는 구매계획물량에 관한 합의가 전제되어야 하는데, 원고와 개발공사 사이에 2012년도 구매계획물량이 정해지지 않아 이 사건 협약은 2012. 12. 14. 종료되었다'는 취지의 중재판정을 하였다고 주장하고 있다. 따라서 만약 이러한 사유들로 인하여 원고가 이 사건 협약에 의한 먹는샘물 판매사업자의 지위를 상실하였다면 그 지위 상실의 원인은 이 사건 조례의 부칙조항에 의한 것이라고 보기 어렵다.

그렇다면 이 사건 조례의 **부칙조항**이 원고 주장과 같이 **행정처분에 해당하고 그 조항에 원고 주장의 위법 사유가 있다고 하더라도, 원고가 그 무효확인 판결을 받는다고 하여 먹는샘물 판매사업자의 지위를 회복한다고 보기는 어려우므로, 그 무효확인으로 회복할 수 있는 다른 권리나 이익이 남아 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 원고가 이 사건 조례 부칙조항의 무효확인을 구할 법률상 이익이 없게 되었다**고 볼 여지가 충분하다.

☞ 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송

※ 註: 하급심은 조례부칙의 처분성을 인정했으나, 대법원은 직접 처분성 유무를 심리하지 않은 채 소의 이익을 부정하여 소 각하판결을 하였다. 협약기간 자동연장조항에 따라 협약기간이 일정 시점 이후까지 자동연장되었다고 보기 어려우므로, 무효확인 판결을 받더라도 판매사업자의 지위를 회복할 수 없어 조례의 무효확인을 구할 법률상 이익이 없다고 한 사례.

○ 285쪽 <2012두22904 판례> 앞에 배치

사립고등학교 학생이 코로나19 감염병과 관련하여 정학 2일의 징계를 당한 후 학교법인을 상대로 위 징계의 무효확인을 구하는 소를 제기하였다가 학교를 졸업한 경우 과거 법률관계인 징계에 대한 무효확인을 구할 법률상 이익이 인정되는지 여부(적극) (대법원 2023.2.23. 선고 2022다207547 판결)

【원고, 피상고인】 ○○○
【피고, 상고인】 학교법인 ○○
【사실관계】
A는 학교법인 B가 운영하는 △△△△학교 □□캠퍼스 고등학교(이하 '이 사건 고등학교'라 한다)에 재학 중이던 2020. 9. 8. 코로나19 감염병과 관련하여 허위 진술을 하였다는 이유로 정학 2일의 징계(이하 '이 사건 징계'라 한다)를 받았다.
A는 2020. 10. 15. B를 상대로 징계무효 확인을 구하는 소(민사소송)를 제기하였고, 소송 중이던 2021. 5. 22. 이 사건 고등학교를 졸업하고 대학에 입학하였다.
피고 B는 A가 이미 고등학교를 졸업하였으므로 과거의 법률관계에 관한 것으로 확인의 이익이 없다고 하며 본안전 항변을 하였다.
【하급심 판단】
제1심과 항소심은 원고가 이 사건 고등학교를 졸업한 이상 이 사건 징계의 무효 확인은 과거의 법률관계에 관한 것이긴 하나, 원고에 대한 이 사건 징계 내역이 피고의 학적관리 시스템에 영구적으로 보존되어 원고가 향후 상급학교에 진학하거나 취업하는 경우 그로 인한 불이익이 없다고 단정할 수 없어 원고의 현재 권리나 법률상 지위에 영향을 미친다는 이유로 그 무효 확인을 구할 이익이 있다고 보아, 피고의 본안 전 항변을 배척한 다음 원고의 이 사건 청구를 인용하였다.
☞ 피고의 상고
【대법원 판결요지】
대법원은, **학교생활기록부 기재사항과 밀접하게 관련된 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위험이나 불안을 제거하기 위하여 그 법률관계에 관한 확인판결을 받는 것이 유효.적절한 수단에 해당하므로 법률상 이익이 인정된다**는 이유로, 이와 결론이 같은 원심을 수긍하면서, 법률상 이익에 관하여 아래와 같은 보다 구체적인 법적 근거를 설시하였다.
① 초.중등교육법령상 징계 내역이 기재된 학교생활부 내역은 준영구적으로 보존된다.
② 교육부훈령인 「학교생활기록 작성 및 관리지침」에 따라 학교생활부 기재사항을 정정할 수 없음이 원칙이나, 예외적으로 재학 당시 또는 졸업한 이후라도 객관적인 증빙자료가 있는 경우 학교 학업성적관리위원회의 심의 절차를 거쳐 정정할 수 있는 절차가 마련되어 있다.
③ 초.중등교육법이 위와 같이 학교생활기록부의 작성.관리.보전.정정 등의 방식 내지 절차에 대하여 엄격하게 규율하고 있는 이유는, 초.중등교육법, 고등교육법, 국가공무원법 및 공무원임용시험령 등에 따라 상급학교 내지 공무원에 지원.응시하는 자는 학교생활기록 관련 서류를 제출하도록 요구하는 경우가 있어 그로 인해 학교생활기록부 기재사항이 대상자의 교육을 받을 권리, 공무담임권, 직업의 선택 등 여러 방면에 상당한 영향을 미칠 수 있기 때문이다.
④ 개인정보 보호법 제4조 제4호에 의하면 정보주체인 당해 학생으로서는 개인정보인 학교생

활기록부에 대하여 정정 등을 구할 권리가 인정되고, 그 절차는 위 학교생활기록 작성 및 관리지침에서 정한 바에 따르게 된다.

⑤ 결국, 원고로서는 피고가 작성 및 관리하는 생활기록부에 기재된 위 징계 내역이 잘못된 경우 그 정정을 요구할 수 있고, 위 학교생활기록 작성 및 관리지침에서 정한 절차를 거쳐 학교생활기록부를 정정하기 위해서는 '객관적 증빙자료'를 확보할 필요가 있으므로, **징계의 무효 확인을 구하는 이 사건 소는 징계 내역이 기재된 학교생활기록부 정정요구에 필요한 객관적 증빙자료를 확보하기 위한 것으로 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위험이나 불안을 제거하기 위하여 무효확인 판결을 받는 것이 유효.적절한 수단**에 해당한다.

○ 371쪽 <2011두6998 판례> 앞에 배치

[1] 대학의 장 임용에 관하여 교육부장관의 임용제청권을 인정한 취지
[2] 교육부장관이 대학에서 추천한 복수의 총장 후보자들 전부 또는 일부를 임용제청에서 제외하는 행위가 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하는지 여부(적극) (대법원 2018.6.15. 선고 2015두50092 판결

【원고, 상고인】 ○○○ (국립대학 교수)
【피고, 피상고인】 교육부장관
【관련법령】
교육공무원법 제24조(대학의 장의 임용) ① 대학(「고등교육법」 제2조 각 호의 학교를 말하되, 공립대학은 제외한다. 이하 이 조, 제24조의2, 제24조의3 및 제25조부터 제27조까지에서 같다)의 장은 해당 대학의 추천을 받아 교육부장관의 제청으로 대통령이 임용한다. 다만, 새로 설립되는 대학의 장을 임용하거나 대학의 장의 명칭 변경으로 인하여 학장으로 재직 중인 사람을 해당 대학의 총장으로, 총장으로 재직 중인 사람을 해당 대학의 학장으로 그 임기 중에 임용하는 경우에는 교육부장관의 제청으로 대통령이 임용한다.
② 제1항 본문에 따른 대학의 장의 임용추천을 위하여 대학에 대학의 장 임용추천위원회(이하 "추천위원회"라 한다)를 둔다.
③ 추천위원회는 해당 대학에서 정하는 바에 따라 다음 각 호의 어느 하나의 방법에 따라 대학의 장 후보자를 선정하여야 한다.
1. 추천위원회에서의 선정
2. 해당 대학 교원, 직원 및 학생의 합의된 방식과 절차에 따른 선정
④ 추천위원회의 구성·운영 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정하되, 위원의 일정 비율 이상은 여성으로 한다.
교육공무원임용령 제12조의2(대학의 장의 추천) 대학은 법 제24조 제1항 또는 제55조 제1항의 규정에 의하여 대학의 장의 임용추천을 할 때에는 2인 이상의 후보자를 대학의 장의 임기 만료일 30일전(대학의 장이 임기중에 사고등으로 그 직무를 수행할 수 없는 때에는 그 사유가 발생한 날부터 60일이내)까지 교육부장관(공립의 대학이 그 장의 임용추천을 하는 경우에는 지방자치단체의 장)에게 추천하여야 한다.
【사실관계】
□□대학은 '□□대학 총장임용후보자 선정에 관한 규정'에 따라 총장임용후보자 선정관리위원회 구성, 총장후보자 공모, 정책토론회 등의 절차를 거쳐 총장임용후보자 추천위원회 투표 결과 가장 많이 득표를 한 A(원고)를 1순위 총장후보선정자로, A 다음으로 많은 득표를 한 B를 2순위 총장후보선정자로 결정하여, 2014. 8. 8. 교육부장관에게 A를 1순위 총장임용후보자로, B를 2순위 총장임용후보자로 추천하였다.
교육부장관은 2014. 9. 29. □□대학에 '총장 임용후보자 재추천 요청'이라는 제목하에 "A 및 B는 □□대학 총장으로 부적합하여 임용제청을 하지 않기로 결정했다. □□대학은 교육공무원법 등 관련 규정에 따라 조속한 시일 내에 총장임용후보자를 재선정하여 추천하여 달라"는 내용의 문서를 보냈다(이하 '이 사건 재추천 요청'이라고 한다).
A가 임용제청거부처분취소청구의소를 제기하였다.
【항소심 판단】

원고에게 총장 임용제청을 요구할 법규상 또는 조리상 신청권이 인정되지 않는다고 보아 피고의 원고에 대한 총장 임용제청 제외처분이 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 않는다고 판단 ☞ 원고가 상고

【대법원 판결요지】

1. 행정청의 어떤 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지의 문제는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우 **행정처분은 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위라는 점을 염두에 두고, 관련 법령의 내용과 취지, 그 행위의 주체·내용·형식·절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익과의 실질적 견련성, 그리고 법치행정의 원리와 당해 행위에 관련한 행정청 및 이해관계인의 태도 등을 참작하여 개별적으로 결정**하여야 한다.
2. 교육공무원법령이, 대학으로 하여금 교육부장관에게 대학의 장 후보자를 추천하고 그 후보자의 선정을 해당 대학의 다양한 구성원들로 구성된 추천위원회가 하도록 정한 취지는, 대학이 구성원 총의를 모아 대학의 장 후보자를 추천하도록 함으로써, 교원 등에게 대학의 장 후보자 선출에 참여할 기회를 부여하여 헌법 제31조 제4항이 보장하고 있는 대학의 자율성을 보장하기 위한 것이다. 교육공무원법이 대학의 장 후보자 선출을 위한 선거에서 선거운동의 방식을 제한하고, 직접선거를 하는 경우 관할 선거관리위원회에 선거관리를 위탁하도록 규정한 것은 일차적으로 선거결과의 공정성을 기하기 위함이지만, 공정하게 실시된 선거결과는 학내 구성원뿐만 아니라 임용권자도 존중하여야 함을 전제로 한 것으로 볼 수 있다. 나아가 대학의 장 임용에 관하여 교육부장관의 임용제청권을 인정한 취지는 대학의 자율성과 대통령의 실질적인 임용권 행사를 조화시키기 위하여 대통령의 최종적인 임용권 행사에 앞서 해당 대학의 추천을 받은 총장 후보자들의 적격성을 일차적으로 심사하여 대통령의 임용권 행사가 적정하게 이루어질 수 있도록 보좌하기 위한 것이다.

   교육부장관의 임용제청권 행사는 이러한 제도의 취지에 따라 이루어져야 할 것이며, 해당 대학의 추천을 받은 총장 후보자는 교육부장관으로부터 정당한 심사를 받게 될 것으로 절차적 기대를 하게 된다. 그런데 교육부장관이 자의적인 이유로 해당 대학에서 추천한 복수의 총장 후보자들 전부 또는 일부를 임용 제청하지 않는 경우에는 대통령에 의한 심사와 임용을 받을 기회를 박탈하는 효과가 있으므로, 이를 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보지 않는다면, 달리 이에 대하여는 불복하여 침해된 권리 또는 법률상 이익을 구제받을 방법이 없다.
3. **이 사건 재추천 요청은 이 사건 대학이 추천한 총장 후보자 모두를 총장 임용제청에서 제외하는 내용의 불이익처분으로서 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다**고 봄이 타당하다. 원고가 이 사건 대학이 추천한 총장 후보자인 이상, 구체적으로 원고에게 총장 임용 제한사유가 있는지 또는 피고가 원고에 대하여 총장 적격성을 심사한 결과가 어떠한지는 본안에서 심리 후 판단하여야 할 사항이다.

   그런데도 원심은, 원고에게 총장 임용제청을 요구할 법규상 또는 조리상 신청권이 인정되지 않는다고 보아 피고의 원고에 대한 총장 임용제청 제외처분이 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 않는다고 판단하였다. 이러한 원심판단에는 항고소송의 대상적격 및 처분성 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

   원심이 원용한 거부처분의 신청권 법리는 어떤 신청행위가 있고 행정청이 그에 대한 거부행위를 한 경우를 전제로 하는 것이어서, 이 사건에 원용하기에는 적절하지 않다.

○ 375쪽 <2006두17390 판례> 앞에 배치

시내버스 한정면허를 받은 여객자동차 운송사업자의 보조금 지급신청에 대한 경기도지사의 회신이 항고소송의 대상이 되는지 문제된 사건 (대법원 2023.2.23. 선고 2021두44548 판결)

【원고, 피상고인】 코레일네트웍스 주식회사
【피고, 상고인】 경기도지사
【피고, 상고심당사자】 광명시장
【사실관계】
광명시에서 시내버스를 운영하는 A회사는 2017. 3. 7. 광명시장에게 '수도권 대중교통 통합환승요금할인'을 시행한 데에 따른 보조금 지급을 신청하였고, 광명시장은 경기도지사에게 A회사의 신청을 받아들여 달라고 요청하였다. 경기도지사는 2017. 4. 5. 광명시장에게 '해당 노선버스 사업자 모집 당시 별도의 보조금 지원이 없다는 조건을 공고하였고 A회사가 이에 응모하여 사업자로 선정된 것이므로 보조금 지급은 불가하다.'고 회신하였다. 광명시장은 2017. 4. 11. A회사에게 경기도지사의 위 회신결과를 통보하였다.
A회사는 '경기도 옴부즈만'에 고충민원을 신청하였다. 경기도 옴부즈만은 모집 공고 당시의 '별도의 보조금 지원 없음'이라는 조건은 운송수지 적자에 대한 보조금을 지급하지 않는다는 취지에 불과하므로 환승요금할인이나 청소년요금할인에 의한 손실에 대하여는 보조금이 지급되어야 한다는 의견을 표명하였다. 경기도지사는 경기도 옴부즈만의 의견을 수용하지 않는다고 결정하였다. 경기도 옴부즈만은 A회사의 고충민원을 재심의하여 보조금이 지급되어야 한다는 의견을 거듭 표명하였으나, 경기도지사는 마찬가지로 옴부즈만의 의견을 수용하지 않기로 결정하였다.
A회사는 2019. 1. 31. 경기도지사와 광명시장에게 '환승요금할인 및 청소년요금할인'에 대한 보조금을 지급해 달라고 신청하였으나, 경기도지사는 2019. 2. 10. A회사와 광명시장에게 "A회사의 보조금 지급신청을 받아들일 수 없음은 기존에 회신한 바와 같고, 광명시에서는 적의 조치하여 주기 바란다."라는 취지로 통보(이하 **'이 사건 통보'**라고 한다)하였다.
※ A회사는 **주위적 피고 경기도지사**에 대하여 이 사건 통보의 취소를, **예비적 피고 광명시장**에 대하여 주위적으로는 보조금 지급신청 거부처분의 취소를, 예비적으로는 피고 광명시장이 원고의 보조금 지급신청에 대하여 응답하지 아니한 데에 대한 부작위 위법확인을 구하며 소를 제기하였다.
【제1심 판단】
제1심은 **피고 경기도지사**에 대한 소는 이 사건 통보가 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 않는다는 이유로 각하하고, **피고 광명시장**에 대한 소 중 주위적 청구 부분은 존재하지 않는 처분의 취소를 구하는 것이라는 이유로 각하하는 한편, 예비적 청구는 인용하였다.
☞ 원고 및 피고 광명시장이 각 항소
【항소심 판단】
항소심은 이 사건 통보가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않는다는 피고 경기도지사의 본안전항변을 배척한 뒤, 본안 심리에 나아가 피고 경기도지사에 대한 청구를 인용하는 한편, 피고 광명시장에 대한 주위적·예비적 소는 모두 각하하였다.
☞ 원고가 상고

【대법원 판결요지】

항고소송의 대상인 '처분'이란 '행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용'(행정소송법 제2조 제1항 제1호)을 말한다. **행정청의 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우에 관련 법령의 내용과 취지, 그 행위의 주체·내용·형식·절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익 사이의 실질적 견련성, 법치행정의 원리와 그 행위에 관련된 행정청이나 이해관계인의 태도 등을 고려하여 개별적으로 결정**하여야 한다(대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결 등 참조).

구 「여객자동차 운수사업법」(2019. 4. 23. 법률 제16389호로 개정되기 전의 것) 제50조 제2항은 시·도는 일정한 사유가 있으면 여객자동차 운수사업자에게 필요한 자금의 일부를 보조하거나 융자할 수 있고, 이 경우 보조 또는 융자의 대상 및 방법과 보조금 또는 융자금의 상환 등에 관하여 필요한 사항은 해당 시·도의 조례로 정한다고 규정하고 있다.

구 「경기도 여객자동차 운수사업 관리 조례」(2021. 11. 2. 경기도조례 제7246호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제15조는 여객자동차 운수사업자가 「여객자동차 운수사업법」 제50조 제2항 각호의 어느 사업에 해당하는 사업 등을 수행하는 경우에 재정적 지원이 필요하다고 인정하는 경우에는 필요자금의 일부를 보조 또는 융자할 수 있되, 다만 도지사가 여객자동차 운수사업의 면허 및 등록에 관한 권한을 시장·군수에게 위임한 경우에는 이를 수임한 시장·군수가 그 필요자금의 일부를 보조 또는 융자할 수 있으며, 이 경우 재정지원의 방법 및 절차 등에 관한 사항은 해당 시장·군수가 정하는 바에 따른다고 규정하고 있다. …(중략)…

한편 구 「경기도 사무위임 규칙」(2021. 10. 6. 경기도규칙 제3984호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1항 [별표 1]에 의하면, 광역급행형인 시내버스운송사업 및 시외버스운송사업을 제외한 여객자동차 운송사업 면허권한은 시장·군수에게 위임되었다. 그러므로 앞서 본 구 「경기도 여객자동차 운수사업 관리 조례」 제15조에 의하여 위 조례가 정한 보조금 등 지급사무는 피고 광명시장을 비롯한 시장·군수에게 위임되었다. 이와 같이 행정권한의 위임이 있는 경우, 그 사무권한은 수임청에 이전되고 수임청은 스스로의 책임 아래 그 사무권한을 행사하여야 한다. 또한 시·군 및 자치구나 그 장이 위임받아 처리하는 시·도의 사무에 관하여는 시·도지사의 지도·감독을 받는다[구 지방자치법(2021. 1. 12. 법률 제17893호로 전부 개정되기 전의 것) 제167조 제2항].…(중략)…

이 사건에서 위 조례에 따른 보조금 지급사무는 피고 광명시장에게 위임되었으므로 원고가 피고들에 대하여 한 위 신청에 대한 응답은 그 사무처리를 위임받은 피고 광명시장이 하여야 하고, **피고 경기도지사는 원고의 보조금 지급신청에 대한 처분권한자가 아니다.** 또한 앞에서 본 이 사건 통보 내용을 비롯한 여러 가지 사정을 종합하면, **이 사건 통보는 피고 경기도지사가 원고의 보조금 신청에 대한 최종적인 결정을 통보하는 것이라기보다는 피고 광명시장의 사무에 대한 지도·감독권자로서 원고에 대하여는 보조금 지급신청에 대한 의견을 표명함과 아울러 피고 광명시장에 대하여는 피고 경기도지사의 의견에 따라 원고의 보조금 신청을 받아들일지 여부를 심사하여 원고에게 통지할 것을 촉구하는 내용으로 봄이 타당**하다.

따라서 **피고 경기도지사의 이 사건 통보는 원고의 권리·의무에 직접적인 영향을 주는 것이라고 할 수 없어 항고소송의 대상이 되는 처분으로 볼 수 없으므로, 주위적 피고 경기도지사에 대한 소는 부적법하여 각하**되어야 한다. 이와 달리 주위적 피고 경기도지사에 대한 소에 대하여 본안에 나아가 판단한 원심은 항고소송 대상적격에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

※ 註: 대법원은, 이 사건에서 피고 경기도지사의 상고에 의하여 **예비적 피고 광명시장**에 대한 소까지 이 법원의 심판대상이 되었으므로, 나머지 상고이유에 대하여 나아가 판단할 필요 없이, 예비적 피고 광명시장에 대한 부분을 포함하여 원심판결을 전부 파기하되, 대법원이 직접 판결하기에 충분하다며 다음과 같이 판결하였다.

"피고 광명시장이 원고의 보조금 신청에 대하여 아무런 응답을 하고 있지 않음은 앞서 본 바와 같으므로, 원고의 거부처분 취소 청구 부분은 존재하지 아니한 처분을 대상으로 한 것으로 부적법하다. 다만 피고 광명시장은 구「경기도 여객자동차 운수사업 관리 조례」제15조가 정한 보조금 지급사무 권한자로서 위 보조금의 지급을 구하는 **원고의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 그 신청을 인용하는 적극적 처분을 하거나 각하 또는 기각하는 등의 소극적 처분을 하여야 할 법률상의 응답의무가 있다. 피고 광명시장이 원심 변론종결일인 2021. 4. 7.까지 원고의 신청에 응답하지 아니한 부작위는 그 자체로 위법하다.**"

○ 438쪽 <2013두10809 판례> 앞에 배치

[1] 행정소송법 제20조 제1항이 정한 제소기간의 기산점인 '처분 등이 있음을 안 날'의 의미 및 상대방이 있는 행정처분의 경우 위 제소기간의 기산점
[2] 지방보훈청장이 허혈성심장질환이 있는 갑에게 재심 서면판정 신체검사를 실시한 다음 종전과 동일하게 전(공)상군경 7급 국가유공자로 판정하는 '고엽제후유증전환 재심신체검사 무변동처분' 통보서를 송달하자 갑이 위 처분의 취소를 구한 사안에서, 갑이 통보서를 송달받기 전에 정보공개를 청구하여 위 처분을 하는 내용의 통보서를 비롯한 일체의 서류를 교부받은 날부터 기산하여 위 소는 제소기간을 넘긴 것으로서 부적법하다고 본 원심판결에 법리를 오해한 위법이 있다고 한 사례 (대법원 2014.9.25. 선고 2014두8254 판결)

【원고, 상고인】 ○○○
【피고, 피상고인】 부산지방보훈청장
【사실관계】
원고는 1970. 1. 9. 육군에 입대하였고, 1971. 6. 1.부터 1972. 11. 30.까지 월남전에 참전한 후 1973. 1. 11. 전역하였다.
원고는 2007. 4. 2. 피고로부터 '허혈성심장질환(이하 '이 사건 상이'라고 한다)'으로 하여 고엽제 후유의증 중등도 판정을 받았다.
피고는 2012. 8. 27. 원고에게, 고엽제후유의증 환자지원 등에 관한 법률(이하 '고엽제법'이라고 한다)이 고엽제후유의증이었던 '허혈성심장질환'을 고엽제후유증으로 규정함에 따라 원고에 대하여 재심 서면 판정 신체검사를 실시한 결과 원고가 종전과 동일한 전상군경7급으로 판정받았다는 취지의 고엽제후유증 전환 재심 신체검사 결과 통보(무변동) 처분(이하 '이 사건 처분'이라고 한다)을 하였다.
그런데 원고는 위 처분내용의 통보서를 받기 이전에 자신의 의무기록에 관한 정보공개를 청구하여 2012. 5. 29. 이 사건 처분을 하는 내용의 통보서를 비롯한 일체의 관련 서류들을 교부받았다.
이런 상황에서 원고는 2012. 11. 1. '고엽제후유증전환재심신체검사 무변동처분'의 취소를 구하는 소를 제기하였다.
피고는, 원고에게 다른 관련 서류들과 함께 공개·교부되었으므로 그로부터 90일이 경과하여 제기한 이 사건 소는 그 제소기간을 도과하여 부적법하다는 취지로 본안전 항변을 하였다.
【항소심 판단】
항소심은 원고가 정보공개청구를 통하여 2012. 5. 29. 이 사건 처분의 존재를 알게 된 이상, 이때부터 행정소송법 제20조 제1항이 규정한 제소기간이 기산된다고 할 것이서, 이 사건 소는 원고가 이 사건 처분이 있음을 안 날인 2012. 5. 29.부터 90일이 훨씬 지난 2012. 11. 1, 제기한 것으로 부적법하다고 판단하여 소 각하판결을 하였다.
☞ 원고가 상고
【대법원 판결요지】
1. **행정소송법 제20조 제1항이 정한 제소기간의 기산점인 '처분 등이 있음을 안 날'이란 통지, 공고 기타의 방법에 의하여 당해 처분 등이 있었다는 사실을 현실적으로 안 날을 의미**한다. 상대방이 있는 행정처분의 경우에는 특별한 규정이 없는 한 의사표시의 일반적 법리에 따라 그 행정처분이 상대방에게 고지되어야 효력을 발생하게 되므로, **행정처분이 상대**

방에게 고지되어 상대방이 이러한 사실을 인식함으로써 행정처분이 있다는 사실을 현실적으로 알았을 때 행정소송법 제20조 제1항이 정한 제소기간이 진행한다고 보아야 한다.

2. 원심판결 이유와 기록에 의하면, 2012. 1. 17. 법률 제11203호로 개정된 「고엽제후유의증 등 환자지원에 관한 법률」이 2012. 4. 18. 시행됨에 따라 원고의 '허혈성심장질환'이 고엽제 후유증에 포함되었고 피고는 서면판정 신체검사를 통하여 원고를 '전(공)상군경 7급' 국가유공자로 결정한 사실, 원고의 재심신체검사 신청에 따라 피고는 재심 서면판정 신체검사를 실시한 다음 원고를 종전과 동일하게 '전(공)상군경 7급' 국가유공자로 판정하는 '고엽제후유증전환 재심신체검사 무변동처분'(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하는 내용의 통보서를 2012. 8. 27. 원고에게 송달한 사실을 알 수 있다. 이와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면 이 사건 처분은 상대방이 있는 행정처분으로서 특별한 규정이 없는 한 상대방에게 고지되어야 효력을 발생한다고 할 것이므로, 이 사건 처분이 2012. 8. 27. 원고에게 고지되어 원고가 이러한 사실을 인식함으로써 이 사건 처분이 있다는 사실을 현실적으로 알았을 때 행정소송법 제20조 제1항이 정한 제소기간이 진행한다고 보아야 한다.

3. 그럼에도 원심은 그 판시와 같은 사정을 근거로 원고가 자신의 의무기록에 관한 정보공개를 청구한 2012. 5. 29. 피고로부터 이 사건 처분을 하는 내용의 통보서를 비롯한 일체의 관련 서류들을 교부받음으로써 적어도 그 무렵에는 이 사건 처분이 있음을 알았다고 보아 원고의 이 사건 소는 원고가 이 사건 처분이 있음을 안 날인 2012. 5. 29.부터 90일이 훨씬 지난 2012. 11. 1. 제기된 것으로서 부적법하다고 판단하였으니, 이와 같은 원심판결에는 행정처분의 성립과 효력발생에 관한 법리 및 행정소송법 제20조 제1항이 정한 제소기간의 기산점이 되는 '처분 등이 있음을 안 날'에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

○ 495쪽 <2011두26589 판례> 앞에 배치

독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제19조 제1항이 금지하는 '부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 대한 합의'에 묵시적인 합의가 포함되는지 여부(적극) 및 합의의 존재를 인정하기 위한 증명의 방법과 증명책임의 소재(=공정거래위원회) (대법원 2013.11.28. 선고 2012두17421 판결)[시정명령및과징금납부명령취소청구의소]

【원고, 상고인】 주식회사 유니버설 뮤직
【피고, 피상고인】 공정거래위원회
【관련법령】
구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제19조(부당한 공동행위의 금지) ① 사업자는 계약ㆍ협정ㆍ결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의(이하 "부당한 공동행위"라 한다)하거나 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다.
1. 가격을 결정ㆍ유지 또는 변경하는 행위
2. 상품 또는 용역의 거래조건이나, 그 대금 또는 대가의 지급조건을 정하는 행위
3. 상품의 생산ㆍ출고ㆍ수송 또는 거래의 제한이나 용역의 거래를 제한하는 행위
4. 거래지역 또는 거래상대방을 제한하는 행위
5.~9. 생략
【사실관계】
주식회사 유니버설 뮤직(이하 A사라 한다)은 음원사업자이다.
온라인 음악서비스 사업자(OSP)와 음원사업자(CP)의 지위를 겸하는 엠넷미디어 주식회사 등 주요 4개사는 곡수 무제한의 Non-DRM 상품에는 음원을 공급하지 않고 월 40곡 5,000원, 월 150곡 9,000원의 월정액 Non-DRM 상품에만 음원을 공급하기로 먼저 합의하였다.
이후 A사는 다른 음원사업자들과 함께 디지털음악산업발전협의회(이하 '협의회'라 한다)의 회원사로 회의에 참석하였다. 이 협의회에서 A사는 한국에서 Non-DRM 상품에 음원을 공급할 경우 전세계 시장에서의 원고의 음원 유통에 혼란이 발생할 우려 및 음원 가치 하락 등을 이유로 줄곧 Non-DRM 상품에 대한 음원 공급에 반대하는 태도를 견지하였다.
공정거래위원회는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률상 '부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 대한 합의'를 이유로 A사를 비롯한 협의회 참여 회사들에 대하여 시정명령(곡수 및 가격 제한 조건부로 음원을 공급하는 것을 전부 금지하는 내용) 및 과징금납부명령를 내렸다.
A사가 이에 대한 취소청구의 소를 제기하였다.
【항소심 판단】
항소심은, ① 원고가 음원사업자들의 모임인 디지털음악산업발전협의회(이하 '협의회'라 한다)의 회원사로 회의에 참석하면서 논-디알엠(Non-Digital Rights Management, 이하 'Non-DRM'이라 한다) 상품의 출시 조건 등에 관하여 적극적으로 의견을 개진하여 왔던 점, ② 온라인 음악서비스 사업자(OSP)와 음원사업자(CP)의 지위를 겸하는 엠넷미디어 주식회사 등 주요 4개사가 먼저 곡수 무제한의 Non-DRM 상품에는 음원을 공급하지 않고 월 40곡 5,000원, 월 150곡 9,000원의 월정액 Non-DRM 상품에만 음원을 공급하기로 합의하였고, 그 후 개최된 협의회 회의에서 다른 음원사업자들도 위 합의에 가담하기로 하여 이 사건 합의가 이루어졌는데, 원고가 비록 위 회의에 참석하지는 않았으나 그 합의 내용을 알고 있었고, 이

사건 합의를 수용할 필요도 있었던 점, ③ 원고가 영국 본사의 지시를 받아 사업 운영을 한다는 점만으로 이 사건 합의에 가담하지 않았다고 단정하기 어려운 점, ④ 원고는 이 사건 합의에 가담한 다른 음원사업자들과 마찬가지로 곡수 제한 Non-DRM 상품에 대한 음원 공급계약을 체결하고 음원을 공급하였던 점 등 그 판시와 같은 사정들을 근거로, 원고가 이 사건 합의에 가담하였다고 본 피고의 이 사건 처분을 정당하다고 판단하였다.

【대법원 판결요지】

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 '공정거래법'이라 한다) 제19조 제1항이 금지하는 **'부당한 공동행위'는 '부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 대한 합의'로서 이때 '합의'에는 명시적 합의뿐 아니라 묵시적인 합의도 포함된다**고 할 것이지만, 이는 둘 이상 사업자 사이의 의사의 연락이 있을 것을 본질로 하므로 단지 위 **규정 각 호에 열거된 '부당한 공동행위'가 있었던 것과 일치하는 외형이 존재한다고 하여 당연히 합의가 있었다고 인정할 수는 없고 사업자 간 의사연결의 상호성을 인정할 만한 사정에 대한 증명이 있어야 하며, 그에 대한 증명책임은 그러한 합의를 이유로 시정조치 등을 명하는 피고에게 있다**고 할 것이다.

…(중략)…

원심판결 이유 및 원심이 적법하게 채택한 증거 등에 의하면 다음 사정을 알 수 있다. 우선 이 사건 합의를 주도한 주요 4개사가 음원사업자와 온라인 음악서비스 사업자의 지위를 겸하고 있는 것과 달리 원고는 음원사업자의 지위만을 가지고 있어 반드시 공동의 이해관계를 가졌다고 할 수 없어 이 사건 합의에 가담할 유인도 동일하다고 할 것만은 아니라고 보인다. 또한 원고는 협의회 회원사로서 회의에 참석하여 의견을 개진하기는 하였으나, 한국에서 Non-DRM 상품에 음원을 공급할 경우 전세계 시장에서의 원고의 음원 유통에 혼란이 발생할 우려 및 음원 가치 하락 등을 이유로 줄곧 Non-DRM 상품에 대한 음원 공급에 반대하는 태도를 견지하여 온 점에 비추어 이 사건 합의가 원고의 기존의 입장과 부합한다고는 볼 수 없는 측면이 있다. 더구나 원고는 피고가 이 사건 합의가 이루어진 시점으로 판단한 주요 4개사 합의 직후에 있었던 협의회 회의에 불참하였을 뿐 아니라 그 후 개최된 협의회 회의에서 다른 음원사업자들이 원고도 이 사건 합의에 가담하였는지 여부 등에 관하여 의문을 제기하기까지 하였고, 이에 원고의 신임 대표이사가 모든 의사결정은 영국 본사의 승인이 필요하다는 취지로 대답하였다. 이후 원고도 다른 음원사업자와 마찬가지로 곡수 등을 제한한 Non-DRM 상품에 대하여 음원공급계약을 체결하였지만, 이는 당시의 시장 상황 등을 고려하여 본사와의 협의 끝에 이루어진 경영 판단에 의한 것이라고 볼 여지도 충분하다고 보인다.

위와 같은 제반 사정에 비추어 보면, 비록 원고가 이 사건 합의의 내용을 알고 있었고 이를 수용할 필요도 있었으며, 결국 곡수 등을 제한한 Non-DRM 상품에 대해서만 음원공급계약을 체결하였다고 하더라도, **원고와 다른 음원사업자들 사이에 그와 같은 내용의 음원 공급에 관하여 묵시적이나마 의사의 일치가 있었다는 점이 증명되었다고 보기는 어렵다** 할 것이다. 그럼에도 원심은 그 판시와 같은 사정만으로 원고가 다른 음원사업자들과 묵시적 합의를 하였다고 판단하였으니, 이러한 원심판결에는 공정거래법상 부당하게 경쟁을 제한하는 공동행위의 '합의'에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어남으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

☞ 원심판결을 파기하고 사건을 서울고등법원에 환송

○ 505쪽 <2015두38917 판례> 앞에 배치

피고가 소송에서 추가로 주장한 사유인 '망인의 부상 정도와 원고가 위로금 수급권자인 유족에 해당한다고 인정할 만한 자료가 없다'는 점은 피고가 처분의 근거로 삼은 '망인이 대한민국 국적을 갖지 아니한 사람에 해당한다'는 당초의 사유와 기본적 사실관계가 동일하다고 볼 수 없다고 한 사례 (대법원 2016.1.28. 선고 2011두24675 판결)

【원고, 피상고인】 ○○○

【피고, 상고인】 행정자치부장관

【사실관계】

A(원고)의 형인 B(망인)는 1943. 5. 1. 일제에 의해 일본지역에 노무자로 강제동원되었다가 1945년 이후 북한 지역으로 돌아왔는데, 6·25전쟁 당시 A는 남한 지역으로 피난하였으나 B는 북한 지역에 남게 되었다. 대한적십자의 조사에 의하면 망인은 사망한 것으로 확인되었으나 그 사망 시기에 대하여는 알 수 없다.

「일제강점하 강제동원 피해진상규명위원회」는 2009. 11. 17. A에게 B를 일제강점하 강제동원 피해자로 결정하였음을 통지하였고, A는 같은 날 「태평양전쟁 전후 국외강제동원 희생자 지원위원회」에 구 「태평양전쟁 전후 국외 강제동원희생자 등 지원에 관한 법률」 제4조가 정한 위로금의 지급을 신청하였다.

행정자치부장관은 「태평양전쟁 전후 국외강제동원 희생자 지원위원회」의 소관사무를 승계한 다음, 2010. 8. 27. 원고에 대하여 "B는 1943. 5. 1. 일제에 의해 일본지역에 노무자로 강제동원된 사실은 인정되나, 북한에 호적을 두고 있어 법률 제7조(위로금 등 지급의 제외) 제4호 **「대한민국의 국적을 갖고 있지 아니한 사람」에 해당**"한다는 이유로 원고의 위로금 신청을 기각하였다(이하 '이 사건 처분'이라고 한다).

A는 행정자치부장관을 피고로 하여 위로금등지급기각결정취소의 소를 제기하였다.

그런데 피고는 하급심의 소송계속 중 **'망인의 부상정도 및 유족의 범위에 관한 자료가 없어 이 사건 처분이 결과적으로 적법하다'고 처분사유를 새로이 추가**하였다.

【제1심 판단】

1. B가 북한법의 규정에 따라 북한국적을 취득하였다고 하더라도 북한지역 역시 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이어서 대한민국의 주권이 미칠 뿐이고, …(중략)… 따라서 B는 국적법상 대한민국 국적자이다.

2. B가 대한민국의 국민이 아니라는 이유로 원고의 위로금 신청을 기각한 이 사건 처분과 B의 부상정도 등에 대한 구체적인 입증자료가 없다는 취지로 피고가 이 사건 소송에서 새로이 추가한 처분사유들 사이에 그 각 **기본적인 사실관계의 동일성이 인정되지 않으므로** 이에 관한 피고의 주장도 역시 이유 없다.

☞ 피고의 항소

【항소심 판단】

1. B는 국적법상 대한민국 국적자이다.

2. 증거자료에 비추어보아 **① 원고는 B의 유족에 해당하고, ② B의 부상정도가 인정된다**.

☞ 피고의 상고

【대법원 판결요지】

행정처분의 취소를 구하는 항고소송에서는 처분청이 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적

사실관계에 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가하거나 변경할 수 있는 것인데, 피고가 이 사건 소송에서 추가로 주장한 사유인 '망인의 부상 정도와 원고가 위로금 수급권자인 유족에 해당한다고 인정할 만한 자료가 없다'는 점은 피고가 이 사건 처분의 근거로 삼은 '망인이 대한민국 국적을 갖지 아니한 사람에 해당한다'는 당초의 사유와 기본적 사실관계가 동일하다고 볼 수 없으므로, **원심이 위 추가된 사유까지 처분사유의 하나로 보고 처분의 적법 여부를 판단한 것은 적절하지 않으나**, 앞서 본 바와 같이 이 사건 처분이 위법하다고 본 원심의 판단이 정당한 이상 원심의 위와 같은 잘못은 판결 결과에 영향을 미쳤다고 볼 수 없다. 이 부분 상고이유 주장도 받아들일 수 없다.

○ 559쪽 <94누2220 판례> 앞에 배치

확정된 거부처분취소 판결의 취지에 따라 이전 신청에 대하여 재처분을 할 의무가 있는 행정청이 종전 처분 후 발생한 '새로운 사유'를 내세워 다시 거부처분을 할 수 있는지 여부(적극) 및 '새로운 사유'인지를 판단하는 기준 (대법원 2011.10.27. 선고 2011두14401 판결)

【원고, 상고인】 한성피씨건설 주식회사
【피고, 피상고인】 고양시장
【사실관계】
원고는 고양시 덕양구 덕은동 소재 공장용지 34,778㎡ 외 2필지(이하 '이 사건 토지'라 한다)의 소유자로서, 2007. 3. 23. 피고에게 위 각 토지상에 공동주택 14동 475세대 규모의 공동주택 건축을 위한 개발행위허가 신청을 하고, 같은 해 4. 6. 공동주택 건립을 위한 주택건설사업계획승인신청을 하였다.
피고는 2007. 4. 4. 및 같은 달 12. '신청지는 2020년 고양도시기본계획상 지역현안사업인 미디어밸리 조성을 위하여 시가화예정용지로 결정되어, 별도의 개발구상(안)이 수립될 지역으로 전체적인 개발구상(안)이 수립되지 않은 상태에서 개별적인 공동주택 입지를 위한 주택건설사업계획승인은 고양시의 도시관리계획상 불합리한 것으로 판단된다'며, 원고의 위 각 신청을 거부하는 처분을 하였다(이하 피고의 위 처분을 '**이 사건 제1차 거부처분**'이라 한다).
이에 원고는 피고를 상대로 의정부지방법원 2007구합1847호로 이 사건 제1차 거부처분의 취소를 구하는 소를 제기하였고, 피고는 위 소송 도중 '원고의 신청지는 경기도 제1종 지구단위계획 수립지침상 준공업지역으로 지정되어 있는데, 준공업지역은 용도지역의 특성상 공동주택 건설을 승인할 수 없다'는 내용을 위 거부처분의 사유로 추가(이하 '**이 사건 제1차 거부처분 추가사유**'라 한다)하였다.
위 법원은 피고가 제1차 거부처분 당시 제시하였던 처분사유는 구체적이고 합리적인 이유의 제시 없이 원고의 신청을 불허한 것으로 재량권을 일탈·남용한 경우에 해당하여 위법하나, 피고가 이 사건 제1차 거부처분 추가사유로 제시한 처분사유가 정당하여 결국 원고의 청구를 기각하는 판결을 선고하였고, 원고의 항소로 인하여 열린 서울고등법원 2008누28846 사건에서 법원은 이 사건 **제1차 거부처분 추가사유는 피고가 제1차 거부처분 당시 제시한 처분사유와 기본적 사실관계에서 동일성이 인정되지 않는다**는 이유로 이를 거부처분 사유로 할 수는 없다며 원고의 청구를 인용하는 판결을 하였으며, 위 판결은 대법원 2009두16275 사건을 거쳐 그대로 확정되었다.
원고는 위 대법원 판결 확정 이후인 2009. 12. 18.경 피고에게 위 확정판결에 따른 후속조치의 이행을 촉구하는 내용의 민원을 제기하였고, 피고는 2009. 12. 28. 원고에게 **민원회신**이라는 제목하에 아래와 같은 사유로 원고의 개발행위가 불가능하다는 통지를 하였다(이하 피고의 위 회신을 '**2009. 12. 28.자 회신**'이라 한다).

고양시 덕양구 덕은동 일원은 2020 수도권광역도시계획 및 2020 고양도시기본계획상 지역현안사업을 추진하기 위한 시가화예정용지로 반영된 지역으로서 당해 지역의 체계적이고 합리적인 개발계획을 수립하기 위하여 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제63조 규정에 의거 **개발행위허가가 제한된 지역**으로 신규 개발행위는 불가능하다.

한편, 피고는 2010. 2. 2. '주택건설사업계획 승인 신청에 따른 재처분 통보'라는 제목하에 아래와 같은 사유로 원고의 개발행위가 불가능하다는 통지를 하였다(이하 피고의 위 통지를 '**2010. 2. 2.자 처분**'이라 한다).

1) 신청부지는 국토해양부에서 확정 발표한 2020 고양도시기본계획(2006. 9. 18.) 및 2020 수도권광역도시계획(2007. 7. 4.)에서 지역현안사업인 '덕은미디어밸리' 사업이 반영된 대상지로서 우리 시에서는 체계적인 도시개발 및 난개발 방지를 위해 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제63조 규정에 의해 주민공람 및 도시계획심의위원회를 거쳐 2007. 12. 26. 개발행위허가 제한지역으로 고시하여 현재 신규 개발행위허가는 불가한 실정임.
2) 또한 당해 지역은 한국토지공사에서 2008. 2. 4. 도시개발구역 지정권자인 국토해양부에서 도시개발법 제3조 및 동법시행령 제5조 규정에 의한 도시개발구역 지정을 위한 제안서를 제출하여 국토해양부에서는 2008. 4. 21.부터 같은 해 10. 28.까지 주민공람공고 및 주민공청회를 거쳐 2009. 12. 10. 중앙도시계획위원회에서 조건부 의결되는 등 지속적인 행정절차를 이행하고 있어, 같은 법 제9조 제5항 규정에서 도시개발구역 지정에 관한 주민 등의 의견청취를 위한 공고가 있는 지역에서의 개발행위허가는 시장의 허가를 득하도록 규정되어 있는바, 위와 같은 행정절차가 진행되고 있는 상황에서 신규개발행위는 불가함.
3) 아울러, 경기도 제1종 지구단위계획수립지침 제2장 제1절 규정에 의거 '준공업지역에 공동주택 건설 목적의 지구단위계획 수립은 원칙적으로 불허한다, 다만, 기업의 본사 및 지사, 연구소를 유치할 경우 위치하는 해당 종업원수 이내 및 당해 구역 면적 20% 미만의 범위 내에서 종업원을 위한 주택을 건축하는 경우에는 그러하지 아니하다'라고 규정하고 있어 위 규정에 의하여도 불가능함.

원고는 이에 대하여 다음과 같은 청구취지로 의정부지방법원에 항고소송을 제기하였다.

1. 주위적 청구취지
피고가 원고에게 한 2009. 12. 28.자 개발행위불허가처분 및 2010. 2. 2.자 건축불허가처분 및 주택건설사업계획승인불허가처분이 무효임을 확인한다.
2. 예비적 청구취지
피고가 원고에게 한 2009. 12. 28.자 개발행위불허가처분 및 2010. 2. 2.자 건축불허가처분 및 주택건설사업계획승인불허가처분을 각 취소한다.

피고는 위 소송 도중인 2010. 5. 27. 원고에게 위 2010. 2. 2.자 처분에 아래의 내용을 그 처분사유로 추가한다는 통지를 하였다(이하 '**이 사건 추가처분사유**'라 한다).

2010. 5. 19. 국토해양부에서 도시개발법 제3조 및 제11조에 따라 고양시의 자족기능 확보와 특화를 위해 지역현안사업인 미디어밸리를 조성하고 주변지역 난개발 방지 및 기반시설 정비를 위한 체계적인 개발을 도모하기 위하여 도시개발구역 지정 및 사업시행자를 지정 고시하였으며, 사업시행자인 한국토지주택공사에서는 국민의 재산권 보호와 공익사업의 원활한 추진을 위하여 전 구역에 대해 수용 및 사용방식으로 진행될 예정으로 건축허가(사업승인)시 도시개발사업 구역지정 목적에 부합된 계획수립 및 시행이 어렵다는 의견이 있었기에 현시점에서의 주택건설사업계획 승인이 불가함.

【항소심 판단】

1. 2009. 12. 28.자 회신의 처분성

위 회신은 행정청인 피고가 개발행위허가 및 주택건설사업계획승인 신청권자인 원고에 대하여 한 통지로서, 피고의 새로운 통지를 기다릴 것 없이 위 회신만으로 원고가 신청한 개발행위허가 및 주택건설사업계획승인의 불가라는 원고의 구체적인 권리의무에 직접 변동을 초래하는 효력을 가지는 행정처분에 해당한다 할 것이므로, 위 2009. 12. 28.자 회신이 처분이 아니라는 피고의 주장은 이유 없다.

2. 2009. 12. 28.자 회신과 관련한 판단

(1) 확정판결의 기속력에 반하는지 여부

위 회신은 제1차 거부처분 이후에 이 사건 토지가 **개발행위허가 제한지역으로 지정되었다는 위 처분 당시와는 변경된 사실을 기초로 원고의 허가신청을 거부하면서**, 위와 같이 **확정판결에서 제1차 거부처분의 위법사유로 지적한 부분을 시정하여 거부처분의 사유를 구체적으로 제시**하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 이는 **위 확정판결의 기속력에 저촉되지 않는 행정소송법 제30조 제2항에서 규정된 재처분에 해당한다**고 봄이 상당하므로, 위 회신이 확정판결의 기속력에 반하여 무효이거나 위법하여 취소되어야 한다는 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 회신의 적법 여부

이 사건 신청지 주변에 대한 피고의 개발제한지역 고시는 적법하고, 이에 근거한 피고의 거부처분도 적법하다.(註: 상세 이유는 생략)

3. 2010. 2. 2.자 처분과 관련한 판단

행정행위 중 당사자의 신청에 의하여 인·허가 또는 면허 등 이익을 주거나 그 신청을 거부하는 처분을 하는 것을 내용으로 하는 이른바 신청에 의한 처분의 경우에는 신청에 대하여 일단 거부처분이 행해지면 그 거부처분이 적법한 절차에 의하여 취소되지 않는 한, 사유를 추가하여 거부처분을 반복하는 것은 존재하지도 않는 신청에 대한 거부처분으로서 당연무효라 할 것이다(대법원 1999. 12. 28. 선고 98두1895 판결 등 참조).

원고의 2007. 4.경 개발행위허가 및 주택건설사업계획승인 신청에 대하여 피고가 2009. 12. 28. 민원회신이라는 제목하에 원고의 위 허가신청을 거부하는 처분을 한 사실은 앞서 본 바와 같은데, 위 처분이 적법한 절차에 의하여 취소된 바도 없어 피고의 위 2010. 2. 2.자 처분은 존재하지도 않는 신청에 대한 거부처분으로서 무효라 할 것이므로(피고가 2010. 5. 19. 위 처분에 더하여 한 이 사건 추가처분사유의 추가도 무효이다), 원고의 이 부분에 대한 주위적 청구는 이유 있다.

4. 결론

피고의 2010. 2. 2.자 처분은 무효이므로 이 부분에 대한 원고의 주위적 청구를 인용하고, 2009. 12. 28.자 처분에 대한 주위적 및 예비적 주장은 이유 없으므로 이를 각 기각

【대법원 판결요지】

행정소송법 제30조 제2항의 규정에 의하면, **행정청의 거부처분을 취소하는 판결이 확정된 경우에는 그 처분을 행한 행정청이 판결의 취지에 따라 이전의 신청에 대하여 재처분을 할 의무가 있다. 행정처분의 적법 여부는 그 행정처분이 행하여진 때의 법령과 사실을 기준으로 하여 판단하는 것이므로 확정판결의 당사자인 처분 행정청은 종전 처분 후에 발생한 새로운 사유를 내세워 다시 거부처분을 할 수 있고, 그러한 처분도 위 조항에 규정된 재처분에 해당**한다(대법원 1998. 1. 7.자 97두22 결정, 대법원 2003. 3. 26.자 2003무7 결정, 대법원 2004. 3. 11. 선고 2003두14161 판결 등 참조). 여기에서 새로운 사유인지는 **종전 처분에 관하여 위법한 것으로 판결에서 판단된 사유와 기본적 사실관계의 동일성이 인정되는 사유인지 여부**에 따라 판단되어야 하고(대법원 2005. 12. 9. 선고 2003두7705 판결 등 참조), 기본적 사실관계의

동일성 유무는 **처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지 여부**에 따라 결정되며, 추가 또는 변경된 사유가 처분 당시에 그 사유를 명기하지 않았을 뿐 이미 존재하고 있었고 당사자도 그 사실을 알고 있었다 하여 당초의 처분사유와 동일성이 있는 것이라고 할 수는 없다(대법원 2009. 11. 26. 선고 2009두15586 판결 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 이 사건 2009. 12. 28.자 처분이, 종전 거부처분 후인 2007. 12. 26. 이 사건 토지 일대가 개발행위허가 제한지역으로 지정되었다는 새로운 사실을 그 사유로 한 것으로, 이는 종전 거부처분의 사유와 내용상 기초가 되는 구체적인 사실관계가 달라 기본적 사실관계가 동일하다고 볼 수 없다는 이유로, 행정소송법 제30조 제2항의 재처분에 해당하고, 종전 거부처분을 취소한 확정판결의 기속력에 반하지 않는다는 취지로 판단하였다.

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같은 확정된 취소판결의 기속력이나 기본적 사실관계의 동일성에 관한 법리오해의 위법이 없다.

- 끝 -