

「행정쟁송법」 기본서 (2024년판, 박이준) 추록

※ 기존 2024년판에서 2025년판에 추가 또는 수정된 내용입니다.

○ 30쪽 <01 행정심판의 의의> 다음에 추가

**행정심판법 제1조(목적)** 이 법은 행정심판 절차를 통하여 행정청의 위법 또는 부당한 처분(處分)이나 부작위(不作爲)로 침해된 국민의 권리 또는 이익을 구제하고, 아울러 행정의 적정한 운영을 꾀함을 목적으로 한다.

**제2조(정의)** 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “처분”이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부, 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다.
2. “부작위”란 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있는데도 처분을 하지 아니하는 것을 말한다.
3. “재결(裁決)”이란 행정심판의 청구에 대하여 제6조에 따른 행정심판위원회가 행하는 판단을 말한다.
4. “행정청”이란 행정에 관한 의사를 결정하여 표시하는 국가 또는 지방자치단체의 기관, 그 밖에 법령 또는 자치법규에 따라 행정권한을 가지고 있거나 위탁을 받은 공공단체나 그 기관 또는 사인(私人)을 말한다.

○ 32쪽 표 <종류> 칸 오른쪽 : 취소소송, 무효등확인소송, 부작위위법확인소송, 당사자소송  
→ 항고소송(취소소송·무효등확인소송·부작위위법확인소송), 당사자소송, 민중소송, 기관소송

○ 33쪽 1행 왼쪽 칸 : 시정명령, 직접처분, 간접강제 → 직접처분, 간접강제

○ 41쪽 <04 행정심판법상 행정심판의 종류> 다음에 추가

**행정심판법 제5조(행정심판의 종류)** 행정심판의 종류는 다음 각 호와 같다.

1. 취소심판 : 행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 행정심판
2. 무효등확인심판 : 행정청의 처분의 효력 유무 또는 존재 여부를 확인하는 행정심판
3. 의무이행심판 : 당사자의 신청에 대한 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 행정심판

○ 42쪽 판례 box 3행 : 규정하고 있으므로,  
→ 규정하고 있으므로(註: 현재 취소명령재결은 없음),

○ 46쪽 아래에서 3행 : ① 의무이행재결 ->> 제목만 삭제 (그 아래 두 줄은 남김)  
47쪽 이하 : ②를 ①로 하고, 뒷번호들도 순차로 변경

○ 51쪽 <06 행정심판기관(행정심판위원회)> 아래에 추가

[사례] 甲은 서울시 영등포구청장(이하 A라 한다)으로부터 서울 영등포구 양화동 성산대교 남쪽 올림픽대로변에 야립간판 3개에 관하여 설치기간을 2022. 4. 20.부터 2025. 4. 19. 까지 3년으로 한 광고물표시허가를 받아 설치 이용하여 오다가 허가기간을 약 1개월 앞둔 2025. 3. 17. A에게 위 야립간판의 표시허가기간을 연장해 줄 것을 신청하였다. A는 인근 토지 10개 필지의 소유자 또는 관리자의 승낙서를 제출할 것을 조건으로 수리하겠다고 하였으나 甲이 이에 응하지 아니하자 행정심판청구절차 및 심판청구기간 등을 고지하지 아니한 채 위 신청을 반려하였다. 이에 甲은 인근 토지의 소유자 또는 관리자의 승낙서 제출은 허가기간 연장의 요건이 아니어서 위 반려처분은 위법하다고 주장하면서 중앙행정심판위원회에 위 반려처분 취소심판을 청구하였다. 甲의 위 행정심판청구는 적법한가? 중앙행정심판위원회는 이 심판청구를 어떻게 처리해야 하는가?

■ 해설 요지

- (1) 행정청이 고지를 하지 아니하여서 청구인이 심판청구서를 다른 행정기관에 제출한 때에는 당해 행정기관은 그 심판청구서를 지체 없이 정당한 권한 있는 행정청에 보내야 하고(법 제23조 제2항), 지체 없이 그 사실을 청구인에게 통지하여야 한다(제3항).
- (2) A의 반려행위가 취소심판의 대상으로서 처분에 해당하므로 甲은 A를 피청구인으로 하여 A 또는 서울시 행정심판위원회에 취소심판을 제기할 수 있다. 사안의 경우, 甲이 중앙행정심판위원회에 취소심판을 청구하였으므로 관할위반의 문제가 발생하였으나, 그것은 A의 불고지에 의한 것이므로 중앙행정심판위원회는 심판청구서를 정당한 권한 있는 행정청에 보내야 한다. 결국 甲의 행정심판청구는 적법하다.

※ 여기에는 일일이 표시하지 않았으나 개정판에서는, 종래 【사례】의 문제와 분리되었던 【해설】들을 【해설 요지】로 제목을 달아 문제 바로 뒤로 위치 이동함

○ 54쪽 <(3) 회의> 위에 추가

⑤ 위원 중 공무원이 아닌 위원은 「형법」과 그 밖의 법률에 따른 벌칙을 적용할 때에는 공무원으로 본다(제11조).

○ 56쪽 맨 아래에 추가

(6) 권한 승계

① 당사자의 심판청구 후 위원회가 법령의 개정·폐지 또는 제17조 제5항에 따른 피청구인의 경정 결정에 따라 그 심판청구에 대하여 재결할 권한을 잃게 된 경우에는 해당 위원회는 심판청구서와 관계 서류, 그 밖의 자료를 새로 재결할 권한을 갖게 된 위원회에 보내야 한다(제12조 제1항).

② 제1항의 경우 송부를 받은 위원회는 지체 없이 그 사실을 ㉠ 행정심판 청구인, ㉡ 행정심판 피청구인, ㉢ 심판참가를 하는 자에게 알려야 한다(제2항).

○ 62쪽 <1. 심판청구인> 다음에 추가

**행정심판법 제13조(청구인 적격)**

- ① 취소심판은 처분의 취소 또는 변경을 구할 법률상 이익이 있는 자가 청구할 수 있다. 처분의 효과가 기간의 경과, 처분의 집행, 그 밖의 사유로 소멸된 뒤에도 그 처분의 취 소로 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에도 또한 같다.
- ② 무효등확인심판은 처분의 효력 유무 또는 존재 여부의 확인을 구할 법률상 이익이 있 는 자가 청구할 수 있다.
- ③ 의무이행심판은 처분을 신청한 자로서 행정청의 거부처분 또는 부작위에 대하여 일정 한 처분을 구할 법률상 이익이 있는 자가 청구할 수 있다

○ 65쪽 맨 아래에 추가

④ 대표자 등의 자격

- ㉠ 대표자·관리인·선정대표자 또는 대리인의 자격은 서면으로 소명하여야 한다(행정심판 법 제19조 제1항).
- ㉡ 청구인이나 피청구인은 대표자·관리인·선정대표자 또는 대리인이 그 자격을 잃으면 그 사실을 서면으로 위원회에 신고하여야 한다. 이 경우 소명 자료를 함께 제출하여야 한다(제2항).

○ 66쪽

- <2. 심판피청구인> 다음에 추가

**행정소송법 제17조(피청구인의 적격 및 경정)**

- ① 행정심판은 처분을 한 행정청(의무이행심판의 경우에는 청구인의 신청을 받은 행정청) 을 피청구인으로 하여 청구하여야 한다. 다만, 심판청구의 대상과 관계되는 권한이 다 른 행정청에 승계된 경우에는 권한을 승계한 행정청을 피청구인으로 하여야 한다.

○ 67쪽 <02 행정심판 이해관계자의 참가제도> 다음에 추가

**행정심판법 제20조(심판참가)**

- ① 행정심판의 결과에 이해관계가 있는 제3자나 행정청은 해당 심판청구에 대한 제7조 제 6항 또는 제8조 제7항에 따른 위원회나 소위원회의 의결이 있기 전까지 그 사건에 대 하여 심판참가를 할 수 있다.

○ 68쪽 <제3자효 행정행위> BOX 전체를 삭제

○ 72쪽 <1. 심판청구의 대상> 다음에 추가

**행정심판법 제3조(행정심판의 대상)**

- ① 행정청의 처분 또는 부작위에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 이 법에 따라 행정심판을 청구할 수 있다.
- ② 대통령의 처분 또는 부작위에 대하여는 다른 법률에서 행정심판을 청구할 수 있도록 정한 경우 외에는 행정심판을 청구할 수 없다.

○ 79쪽 <3. 심판청구기간> 다음에 추가

<p><b>행정심판법 제27조(심판청구의 기간)</b></p> <p>① 행정심판은 처분이 있음을 알게 된 날부터 90일 이내에 청구하여야 한다.</p> <p>② 청구인이 천재지변, 전쟁, 사변(事變), 그 밖의 불가항력으로 인하여 제1항에서 정한 기간에 심판청구를 할 수 없었을 때에는 그 사유가 소멸한 날부터 14일 이내에 행정심판을 청구할 수 있다. 다만, 국외에서 행정심판을 청구하는 경우에는 그 기간을 30일로 한다.</p> <p>③ 행정심판은 처분이 있었던 날부터 180일이 지나면 청구하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>④ 제1항과 제2항의 기간은 불변기간(不變期間)으로 한다.</p> <p>⑤ 행정청이 심판청구 기간을 제1항에 규정된 기간보다 긴 기간으로 잘못 알린 경우 그 잘못 알린 기간에 심판청구가 있으면 그 행정심판은 제1항에 규정된 기간에 청구된 것으로 본다.</p> <p>⑥ 행정청이 심판청구 기간을 알리지 아니한 경우에는 제3항에 규정된 기간에 심판청구를 할 수 있다.</p> <p>⑦ 제1항부터 제6항까지의 규정은 무효등확인심판청구와 부작위에 대한 의무이행심판청구에는 적용하지 아니한다.</p>
---

○ 88쪽 <03 행정심판법상 고지제도> 다음에 추가

<p><b>행정심판법 제58조(행정심판의 고지)</b></p> <p>① 행정청이 처분을 할 때에는 처분의 상대방에게 다음 각 호의 사항을 알려야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. 해당 처분에 대하여 행정심판을 청구할 수 있는지</li><li>2. 행정심판을 청구하는 경우의 심판청구 절차 및 심판청구 기간</li></ol> <p>② 행정청은 이해관계인이 요구하면 다음 각 호의 사항을 지체 없이 알려 주어야 한다. 이 경우 서면으로 알려 줄 것을 요구받으면 서면으로 알려 주어야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. 해당 처분이 행정심판의 대상이 되는 처분인지</li><li>2. 행정심판의 대상이 되는 경우 소관 위원회 및 심판청구 기간</li></ol>
---

○ 88쪽

- [사례] → 【사례 1】

- 다음을 추가

【사례 2】

甲은 서울시 영등포구청장(이하 A라 한다)으로부터 서울 영등포구 양화동 성산대교 남쪽 올림픽대로변에 가로 19.8m, 세로 9.9m의 지주 이용 야립간판 3개에 관하여 설치기간을 2020. 4. 20.부터 2023. 4. 19. 까지 3년으로 한 광고물표시허가를 받아 설치 이용하여 오다가 허가기간을 약 1개월 앞둔 2023. 3. 17. A에게 위 야립간판의 표시허가기간을 연장해 줄 것을 신청하였다. A는 인근 토지 10개 필지의 소유자 또는 관리자의 승낙서를 제출할 것을 조건으로 수리하겠다고 하였으나 甲이 이에 응하지 아니하자 행정심판청구절차 및 심판청구기간 등을 고지하지 아니한 채 위 신청을 반려하였다. 이에 甲은 인근 토지의 소유

자 또는 관리자의 승낙서 제출은 허가기간 연장의 요건이 아니고, 반려처분 당시 행정심판청구절차 및 심판청구기간 등을 고지하지 아니하였으므로 위 반려처분은 위법하다고 주장하면서 중앙행정심판위원회에 위 반려처분 취소심판을 청구하였다.

甲의 위 행정심판청구는 적법한가? 중앙행정심판위원회는 이 심판청구를 어떻게 처리해야 하는가?

■ 해설 요지

A의 반려행위가 취소심판의 대상으로서 처분에 해당하므로 甲은 A를 피청구인으로 하여 A 또는 서울시 행정심판위원회에 취소심판을 제기할 수 있다. 사안의 경우, 甲이 중앙행정심판위원회에 취소심판을 청구 하였으므로 관할위반의 문제가 발생하였으나, 그것은 A의 불고지에 의한 것이므로 중앙행정심판위원회는 심판청구서를 정당한 권한 있는 행정청에 보내야 한다. 결국 甲의 행정심판청구는 다른 문제가 없는 한 적법하다.

○ 91쪽 판례 box에서 밑줄 긋기 : 행정처분에 어떤 하자가 수반된다고 할 수 없다

○ 92쪽 <1. 집행정지> 아래에 추가

**행정심판법 제30조(집행정지)**

- ① 심판청구는 처분의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행(續行)에 영향을 주지 아니한다.
- ② 위원회는 처분, 처분의 집행 또는 절차의 속행 때문에 중대한 손해가 생기는 것을 예방할 필요성이 긴급하다고 인정할 때에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 처분의 효력, 처분의 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지(이하 “집행정지”라 한다)를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 그 목적을 달성할 수 있을 때에는 허용되지 아니한다.

○ 93쪽

- 1행 : 중대한 손해의 발생 → 중대한 손해 발생의 예방

- <③ 신청> 위에 추가

거부처분이 집행정지의 대상이 되는지에 대하여, 판례는 거부처분에 대하여 효력정지를 한다 하여도 그 처분이 없었던 것과 같은 상태를 만드는 것에 지나지 아니하는 것이고 그 이상으로 행정청에 대하여 어떠한 처분을 명하는 등 적극적인 상태를 만들어 내는 경우를 포함하지 아니하는 것이므로 효력을 정지할 필요성이 없다고 한다(대결 1991.5.2. 91두15).

○ 94쪽

- <2. 임시처분제도> 다음에 추가

**행정심판법 제31조(임시처분)**

- ① 위원회는 처분 또는 부작위가 위법·부당하다고 상당히 의심되는 경우로서 처분 또는 부작위 때문에 당사자가 받을 우려가 있는 중대한 불이익이나 당사자에게 생길 급박한 위험을 막기 위하여 임시지위를 정하여야 할 필요가 있는 경우에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 임시처분을 결정할 수 있다.

○ 94쪽 : <(1) 의의> 전부를 다음으로 대체

(1) 의의

임시처분은 행정소송에서의 임시의 지위를 정하는 가치분에 해당하는 것으로서 행정심판에 의한 권리구제의 실효성을 보장하기 위한 제도이다.

행정심판의 청구인이 처분이나 부작위에 의하여 회복하기 어려운 손해를 입게 되는 경우 종전의 집행정지제도만으로는 청구인의 권익을 구제하기가 어려웠다. 이에 따라 행정청의 처분이나 부작위 때문에 발생할 수 있는 당사자의 중대한 불이익이나 급박한 위험을 막음으로써 집행정지에 비해 보다 적극적으로 당사자의 임시적 권익보호에 기여할 목적으로 임시처분제도를 2010년에 도입하였다.

○ 107쪽 <(1) 의의>에서 2행~6행의 다음 부분을 삭제

행정소송에서는 행정청과의 관계에서 권력분립의 문제가 발생할 수 있고 행정소송법이 민사조정법을 준용하지 않으므로 조정이 허용되기 곤란한 점이 있다. 그러나 행정심판은 권력분립의 문제가 발생하지 않고, 처분의 위법 뿐 아니라 부당도 통제할 수 있으므로 조정이 허용될 수 있다. 이에 따라

○ 111쪽 <02 재결의 종류> 다음에 추가

<p><b>행정심판법 제43조(재결의 구분)</b></p> <p>① 위원회는 심판청구가 적법하지 아니하면 그 심판청구를 각하(却下)한다.</p> <p>② 위원회는 심판청구가 이유가 없다고 인정하면 그 심판청구를 기각(棄却)한다.</p> <p>③ 위원회는 취소심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 처분을 취소 또는 다른 처분으로 변경하거나 처분을 다른 처분으로 변경할 것을 피청구인에게 명한다.</p> <p>④ 위원회는 무효등확인심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 처분의 효력 유무 또는 처분의 존재 여부를 확인한다.</p> <p>⑤ 위원회는 의무이행심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 지체 없이 신청에 따른 처분을 하거나 처분을 할 것을 피청구인에게 명한다.</p> <p><b>제44조(사정재결)</b></p> <p>① 위원회는 심판청구가 이유가 있다고 인정하는 경우에도 이를 인용(認容)하는 것이 공공복리에 크게 위배된다고 인정하면 그 심판청구를 기각하는 재결을 할 수 있다. 이 경우 위원회는 재결의 주문(主文)에서 그 처분 또는 부작위가 위법하거나 부당하다는 것을 구체적으로 밝혀야 한다</p>
---

○ 114쪽 <1. 형성력> 다음에 추가

<p><b>【사례】</b> X시 소속 공무원 갑은 다른 동료들과 함께 회식을 하던 중 옆자리에 앉아 있던 동료 병과 시비가 붙어 그를 폭행하였다. 이러한 사실이 지역 언론을 통하여 크게 보도되자, X시의 시장 을은 적법한 절차를 통해 갑에 대해 정직 3월의 징계처분을 하였다. 갑은 “해당 징계처분이 과도하기 때문에 위법이다.”라고 주장하면서, X시 소청심사위원회에 소청을 제기하였다. 이에 대해 X시 소청심사위원회는 정직 3월을 정직 2월로 변경하는 결정을 내렸다. 갑은 2월의 정직기간 만료 후에 위 소청결정에 따른 시장 을의 별도 처분 없이 업무에 복귀하였다. 이와 관련하여 X시 소청심사위원회가 내린 위 결정의 효력에 대하여 설명하시오.</p>
--

■ 해설 요지

X시 소청심사위원회는 특별행정심판위원회이자 행정청의 지위를 가지는데, 동 위원회의 결정은 행정심판의 재결에 해당한다. 그리고 2월의 정직기간 만료 후에 소청결정에 따른 시장 을의 별도 처분 없이 갑이 업무에 복귀하였기 때문에, 동 위원회가 3월의 정직을 2월의 정직으로 변경하는 결정은 형성재결(처분변경재결)로서 그 형성력이 인정된 것이다.

○ 116쪽 <3. 기속력> 다음에 추가

**행정심판법 제49조(재결의 기속력 등)**

- ① 심판청구를 인용하는 재결은 피청구인과 그 밖의 관계 행정청을 기속(羈束)한다.
- ② 재결에 의하여 취소되거나 무효 또는 부존재로 확인되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 한 행정청은 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.
- ③ 당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있으면 행정청은 지체 없이 이전의 신청에 대하여 재결의 취지에 따라 처분을 하여야 한다.
- ④ 신청에 따른 처분이 절차의 위법 또는 부당을 이유로 재결로써 취소된 경우에는 제2항을 준용한다.
- ⑤ 법령의 규정에 따라 공고하거나 고시한 처분이 재결로써 취소되거나 변경되면 처분을 한 행정청은 지체 없이 그 처분이 취소 또는 변경되었다는 것을 공고하거나 고시하여야 한다.
- ⑥ 법령의 규정에 따라 처분의 상대방 외의 이해관계인에게 통지된 처분이 재결로써 취소되거나 변경되면 처분을 한 행정청은 지체 없이 그 이해관계인에게 그 처분이 취소 또는 변경되었다는 것을 알려야 한다.

○ 116쪽에 사례 추가

**【사례 3】**

甲은 2023. 9. 14. 乙구청장에게 개발행위허가신청을 하였으나, 乙은 2023. 11. 1. 해당 토지가 공원지역으로서의 용도지역 변경을 추진 중에 있다는 사유로 신청을 반려하였다. 甲이 이에 대하여 의무이행심판을 청구하여 2024. 4. 23. 개발행위허가를 명하는 재결이 내려졌다. 그런데 행정심판이 계속 중이던 2024. 3. 18. 도시계획상 필요하다고 인정되는 지역에 대하여 조례가 정하는 바에 따라 지방도시계획위원회의 심의를 거쳐 개발행위허가를 제한할 수 있도록 하는 내용으로 도시계획법 시행령 제46조가 개정되었다. 이에 따라 해당 지방자치단체의 조례가 개정되었고, 乙은 조례에 근거하여 해당 토지를 포함한 일대 지역을 개발행위허가제한구역으로 결정·고시하였으며, 위 재결 이후인 2024. 5. 2. 다시 ‘해당 토지가 개발행위허가제한구역으로 결정·고시되었다.’는 사유를 들어 개발행위허가신청을 반려하였다. 甲이 이에 대응하여 행정심판법상 어떤 방법을 강구할 수 있는가? (도시계획법 시행령 부칙에서, 2024. 3. 18. 개정된 제46조는 개정 당시 개발행위허가를 신청 중인 경우에는 당해 개발행위에 관하여는 종전의 규정을 적용한다는 경과규정을 두고 있음)

■ 해설 요지

설문과 유사한 사례에서 판례는 “결국 상대방이 행정소송법 제30조 제2항의 규정에 의한 재처분을 하였다고는 할 수 없어 위 규정에 의한 재처분을 하지 아니하는 때와 마찬가지로

할 것이므로 신청인으로서 이 사건 간접강제신청에 필요한 요건을 갖추었다.”라고 판시한 바 있다. 乙이 내세운 새 거부처분의 사유는 확정된 종전 인용재결의 기속력이 미치지 않는 법령의 개정에 따른 새로운 사유라고는 할 수 없다. 甲은 행정심판위원회에 간접강제를 신청할 수 있다.

○ 124쪽

- 1행 : 것을 명하면 → 것을 명하면(註: 현재 취소명령재결은 없음)

○ 124쪽 <04 재결에 대한 불복> 다음에 추가

[사례] 乙시장은 영업정지처분을 받은 丙이 영업을 계속한다는 보고가 들어와 소속공무원 甲에게 영업을 하지 않도록 단속을 명하였다. 그러나 甲은 丙의 위반사유에 비하여 영업정지처분이 지나치다고 생각하고 있었으므로 단속을 하지 않고 눈감아주었다. 이에 乙시장은 甲을 복종의무위반으로 소속 인사위원회에 징계의결을 요청하고 그 인사위원회의 의결에 따라 정직 3월의 징계처분을 하였다. 만약 甲이 이에 불복하여 소청심사위원회에 소청을 신청하여 인용재결을 받은 경우, 乙시장이 이에 대하여 불복할 수 있는가?

▪ 해설 요지

재결은 피청구인인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다고 규정하고 있는 행정심판법 규정에 따라, 청구인 甲이 인용재결을 받은 경우에는 피청구인 乙시장은 이에 대하여 항고소송을 제기할 수 없다.

○ 126쪽 <③ 검토> 위에 판례 추가

**행정심판법 제49조 제1항 중 피청구인 가운데 국립대학법인에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니함**

헌법 제107조 제3항은, 행정심판의 심리절차에서 대심구조적 사법절차가 준용되어야 한다는 취지일 뿐, 심급제에 따른 불복할 권리까지 준용되어야 한다는 의미는 아니다. 또한 기본권의 수범자 사이의 의견충돌에 대하여도 사법부가 최종적으로 판단할 권한을 가져야 한다거나 국민에 대한 공권력 행사자에게까지 사법부의 판단을 받을 권리를 보장해야 한다고 볼 수도 없다. 따라서 심판대상조항이 정보공개에 있어 기본권 수범자의 지위에 있는 서울대학교 등 국립대학법인으로 하여금 행정심판의 인용재결에 기속되도록 정한 것이 헌법 제107조 제3항에 위반된다고 볼 수는 없다(헌재 2023. 3. 23. 2018헌바385).

○ 144쪽 <01 행정소송의 의의> 다음에 추가

**행정소송법 제1조(목적)**

이 법은 행정소송절차를 통하여 행정청의 위법한 처분 그 밖에 공권력의 행사·불행사등으로 인한 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하고, 공법상의 권리관계 또는 법적용에 관한 다툼을 적정하게 해결함을 목적으로 한다.

**제2조(정의)**

① 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “처분등”이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의



행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용(이하 “處分”이라 한다) 및 행정심판에 대한 재결을 말한다.

2. “부작위”라 함은 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것을 말한다.

② 이 법을 적용함에 있어서 행정청에는 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체 및 그 기관 또는 사인이 포함된다.

○ 150쪽 <2. 행정소송절차와 민사소송절차> 다음에 추가

**행정소송법 제8조(법적용례)**

① 행정소송에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다.

② 행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다.

**행정소송규칙 제4조(준용규정)**

행정소송절차에 관하여는 법 및 이 규칙에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 성질에 반하지 않는 한 「민사소송규칙」 및 「민사집행규칙」의 규정을 준용한다.

○ 172쪽 두 번째 표 3행 : 원고가 피고에 → 원고의 피고에

○ 172쪽 <02 행정소송법상의 종류> 다음에 추가

**행정소송법 제3조(행정소송의 종류)** 행정소송은 다음의 네가지로 구분한다.

1. 항고소송: 행정청의 처분등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송
2. 당사자소송: 행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송
3. 민중소송: 국가 또는 공공단체의 기관이 법률에 위반되는 행위를 한 때에 직접 자기의 법률상 이익과 관계없이 그 시정을 구하기 위하여 제기하는 소송
4. 기관소송: 국가 또는 공공단체의 기관상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송. 다만, 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 제외한다.

**제4조(항고소송)** 항고소송은 다음과 같이 구분한다.

1. 취소소송: 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송
2. 무효등 확인소송: 행정청의 처분등의 효력 유무 또는 존재여부를 확인하는 소송
3. 부작위위법확인소송: 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송

**【사례】** 甲은 A시 청사의 지하층 일부에 대한 사용허가를 받아 식당을 운영하고 있다. A시의 시장은 청사의 사용허가에 관한 권한을 B국장에게 내부적으로 위임(위임전결)하였고, 이에 따라 B국장은 자신의 명의로 甲에 대한 청사의 사용허가를 취소하였다. 甲은 이러한 사용허가의 취소가 위법하다고 생각하여 이를 다투려고 한다. 甲은 어떠한 소송유형을 선택하여 다퉴 수 있는가?

■ 해설 요지

(1) A시 청사 건물의 사용허가 취소는 공물사용권을 상실시키는 행정처분에 해당하므로 甲은 B국장의 사용허가 취소처분을 다투기 위해 항고소송을 제기할 수 있다.

(2) 그 소송유형을 판단함에 있어서, 동 취소처분의 위법성을 주체상 하자로 본다면 무효확인소송을 제기하여야 하고, 위법성을 단순한 명의표시상의 형식의 하자에 불과하다고 본다면 취소소송을 제기하여야 한다.

○ 177쪽 아래에서 2행 : 피성년후견인 또는 피한정후견인은 → 피성년후견인은

○ 183쪽 표에서 맨 아래칸(기속력 다음칸)에 추가

간접강제	○	×	○	×
------	---	---	---	---

○ 184쪽

- 5행 : ① 국민간에 → ① 행정주체와 국민 사이에
- 네 줄 내려와서 : 행정상 법률관계 중 공법이 적용되는 법률관계를 특히 ‘행정법관계’(= 공법관계)라고 한다. ->> 삭제

○ 193쪽 <01 일반론> 다음에 추가

**행정소송법 제9조(재판관할)**

① 취소소송의 제1심관할법원은 피고의 소재지를 관할하는 행정법원으로 한다.

② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 피고에 대하여 취소소송을 제기하는 경우에는 대법원소재지를 관할하는 행정법원에 제기할 수 있다.

1. 중앙행정기관, 중앙행정기관의 부속기관과 합의제행정기관 또는 그 장
2. 국가의 사무를 위임 또는 위탁받은 공공단체 또는 그 장

③ 토지의 수용 기타 부동산 또는 특정의 장소에 관계되는 처분등에 대한 취소소송은 그 부동산 또는 장소의 소재지를 관할하는 행정법원에 이를 제기할 수 있다

○ 194쪽 <(2) 특별재판적> 위에 추가

③ 국가의 사무를 위임 또는 위탁받은 공공단체 또는 그 장에 대하여 그 지사나 지역본부 등 종된 사무소의 업무와 관련이 있는 소를 제기하는 경우에는 그 종된 사무소의 소재지를 관할하는 행정법원에 제기할 수 있다(행정소송규칙 제5조 제1항).

○ 194쪽 표 위에 추가

이 경우 ‘기타 부동산 또는 특정의 장소에 관계되는 처분등’이란 부동산에 관한 권리의 설정, 변경 등을 목적으로 하는 처분, 부동산에 관한 권리행사의 강제, 제한, 금지 등을 명령하거나 직접 실현하는 처분, 특정구역에서 일정한 행위를 할 수 있는 권리나 자유를 부여하

는 처분, 특정구역을 정하여 일정한 행위의 제한·금지를 하는 처분 등을 말한다(행정소송규칙 제5조 제2항).

○ 198쪽 <(3) 관련청구소송의 이송> 다음에 추가

**행정소송법 제10조(관련청구소송의 이송 및 병합)**

① 취소소송과 다음 각호의 1에 해당하는 소송(이하 “관련청구소송”이라 한다)이 각각 다른 법원에 계속되고 있는 경우에 관련청구소송이 계속된 법원이 상당하다고 인정하는 때에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 이를 취소소송이 계속된 법원으로 이송할 수 있다.

1. 당해 처분등과 관련되는 손해배상·부당이득반환·원상회복등 청구소송
2. 당해 처분등과 관련되는 취소소송

② 취소소송에는 사실심의 변론종결시까지 관련청구소송을 병합하거나 피고외의 자를 상대로 한 관련청구소송을 취소소송이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다.

○ 199쪽

- ㉠ 당해 처분등과 관련되는 손해배상·부당이득·원상회복 등의 청구소송 →
- ㉡ 당해 처분등과 관련되는 손해배상·부당이득 반환·원상회복 등의 청구소송
- 3줄 내려와서 : 부당이득반환청구권) → 부당이득반환청구소송)

○ 209쪽 <02 원고적격> 다음에 추가

**행정소송법 제12조(원고적격)** 취소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다. 처분등의 효과가 기간의 경과, 처분등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분등의 취소를 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에는 또한 같다.

○ 209쪽 [사례]

- [사례 2]를 다음으로 대체

X시장은 주유소 1개소를 추가로 설치하는 내용으로 개발제한구역 안 주유소배치계획을 변경한 후 이를 공고하였고, 변경공고에 따라 주유소 운영사업자를 모집한다는 내용의 모집공고를 하였다. 이에 따라 A와 B가 X시장에게 주유소에 관한 운영사업자 선정신청을 하였는데, X시장은 각 신청 서류를 검토한 결과 B가 공고된 선정 기준에 따른 우선순위자라고 인정하여 A에 대하여는 주유소 운영사업자 불선정처분을 함과 아울러 B에게 주유소 운영사업자 선정처분을 하였다. A는 주유소 운영사업자 선정의 하자를 주장하면서 X시장의 B에 대한 주유소 운영사업자 선정처분 취소소송을 제기하려고 한다. 이 경우 A는 원고적격이 있는가?

▪ 해결 요지

X시장은 주유소 1개소를 추가로 설치하는 내용의 주유소배치계획에 따라 A의 신청을 반려했다면 B를 운영사업자로 선정하였기에 A와 B는 경원자관계이다. 따라서 A는 X시장의 B에 대한 주유소 운영사업자 선정처분을 다툴 법률상 이익이 인정된다.

- [사례 3] 추가

A시에서 여객자동차운송사업을 하고 있는 甲은 운송사업 중 일부 노선을 같은 지역 여객자운

차운송사업자인 乙에게 양도하였고, A시의 시장 X는 위 양도·양수를 인가하였다. 이 노선에는 甲 이외에도 여객자동차운송사업자 丙이 일부 중복된 구간을 운영하고 있으며, 위 인가처분으로 해당 구간의 사업자는 甲, 乙, 丙으로 증가한다. 이에 丙은 기존의 경쟁사업자 외에 乙이 동일한 운행경로를 포함한 운행계통을 가지게 되어 그 중복운행 구간의 연고 있는 사업자가 증가하고, 그 결과 향후 운행횟수 증회, 운행계통 신설 및 변경 등에 있어 장래 기대이익이 줄어들 것을 우려한다. 그런데 위 인가처분으로 인해 甲이 운행하던 일부 노선에 관한 운행계통, 차량 및 부대시설 등이 일체로 乙에게 양도된 것이어서, 이로 인하여 종전 노선 및 운행계통이나 그에 따른 차량수 및 운행횟수 등에 변동이 있는 것은 아니다. 丙이 위 인가처분의 취소를 구하는 소송을 제기할 경우, 원고적격이 인정되는가? (공인노무사 2023)

■ 해설 요지

甲과 乙 사이의 운송사업 양도·양수는 甲이 운행하던 일부 노선에 관한 운행계통, 차량 및 부대시설 등을 일체로 참가인에게 양도한 것이어서, 이로 인하여 종전 노선 및 운행계통이나 그에 따른 차량수 및 운행횟수 등에 변동이 있는 것은 아님을 알 수 있으므로 위 양도·양수로 인하여 원고의 법률상 이익이 침해된다고 볼 수는 없다. 그 밖에 사안의 인가처분으로 인하여 丙의 어떠한 법률상 이익이 침해되고 있다고 볼 만한 사정이 없으므로, 丙으로서는 인가처분의 취소를 구할 원고적격 내지 소의 이익이 없다고 본다.

○ 210쪽 <② 양자의 구별기준> 3행 : 보호에도 목적으로 → 보호도 목적으로

○ 211쪽 <(1) 의의> 3행 : 의행 → 의해

○ 214쪽 세 번째 판례(2006두12289) 다음에 2개 추가

**집합건물 공용부분의 대수선과 관련한 행정청의 허가, 사용승인 등 일련의 처분에 관하여 해당 집합건물의 구분소유자에게도 취소를 구할 원고적격이 인정됨**

건축법은 집합건물의 공용부분을 대수선하려는 자로 하여금 구분소유자 전원을 구성원으로 하는 관리단집회에서 구분소유자 2/3 이상 및 의결권 2/3 이상의 결의로써 그 대수선에 동의하였다는 사정을 증명해야 대수선에 관한 허가를 받을 수 있도록 규정하고 있다. 이와 같은 건축법 규정은 구분소유자들이 공유하고 각자 그 용도에 따라 사용할 수 있는 공용부분의 대수선으로 인하여 공용부분의 소유·사용에 제한을 받을 수 있는 구분소유자의 개별적 이익을 구체적이고 직접적으로 보호하는 규정으로 볼 수 있다. 따라서 집합건물 공용부분의 대수선과 관련한 행정청의 허가, 사용승인 등 일련의 처분에 관하여는 처분의 직접 상대방 외에 해당 집합건물의 구분소유자에게도 취소를 구할 원고적격이 인정된다(대판 2024.3.12. 2021두58998).

**교육감이 사립학교 직원들의 호봉정정명령 등을 한 경우 직원들의 원고적격이 인정됨**

교육감이 사립학교 직원 갑 등이 소속된 학교법인의 이사장 및 학교장에게 소속 직원들의 유사경력 호봉환산이 과다하게 반영되었다는 이유로 호봉이 과다하게 산정된 직원들의 호봉정정에 따른 급여를 5년의 범위 내에서 환수하도록 하고 미이행 시 해당 직원들에 대한 재정결합 보조금(인건비) 지원을 중단하겠다는 내용의 시정명령을 하고, 재차 정정된 호봉으로 호봉 재획정 처리를 하고 조치결과를 제출하라는 명령을 한 사안에서, 이로 인하여 갑 등은 급여가 실질적으로 삭감되거나 기지급된 급여를 반환하여야 하는 직접적이고 구체적인

손해를 입게 되므로, 갑 등은 이 사건 각 명령을 다툼 개별적·직접적·구체적 이해관계가 있다(대판 2023.1.12. 2022두56630).

○ 218쪽 두 번째 단락 : 다만, 판례는 처분의.....2006두330). ->> 이 단락을 모두 삭제

○ 223쪽 <석탄가공업에...> 판례 위에 추가

**중전 노선 및 운행계통이나 그에 따른 차량수 및 운행횟수 등에 변동이 없는 경우**

전주고속과 참가인(註: 호남고속) 사이의 위 시외버스운송사업 양도·양수는 전주고속이 운행 하던 일부 노선에 관한 운행계통, 차량 및 부대시설 등을 일체로 참가인에게 양도한 것이어서, 이로 인하여 중전 노선 및 운행계통이나 그에 따른 차량수 및 운행횟수 등에 변동이 있는 것은 아님을 알 수 있으므로 위 양도·양수로 인하여 원고(註: 전북고속)의 법률상 이익이 침해된다고 볼 수는 없고, 그 밖에 이 사건 인가처분으로 인하여 원고의 어떠한 법률상 이익이 침해되고 있다고 볼 만한 아무런 자료도 없으므로, 원고로서는 이 사건 인가처분의 취소를 구할 원고적격 내지 소의 이익이 없어 이 사건 소는 부적법하다(대판 1997.4.25. 96누14906).

○ 228쪽 2행에서 밑줄 긋기

침해 또는 침해우려가 있는 것으로 사실상 추정

○ 237쪽

- 아래에서 2행 : 1월이 → 3월이

- [사례3] 추가

A 주택재건축정비사업조합은 B 시(市) 소재 아파트의 재건축사업을 시행할 목적으로 관계 법령에 따라 조합설립의 인가 및 등기를 마쳤다. A 조합은 조합총회에서 관리처분계획안을 의결하고 B 시 시장에게 관리처분계획의 인가를 신청하였으며, B 시 시장은 위 관리처분계획에 대한 인가를 하였다. 이에 조합원 甲은 위 관리처분계획안에 대한 조합총회결의가 위법하다는 이유로 위 인가처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였다. 협의의 소의 이익에 대하여 검토하시오.

▪ 해설 요지

- (1) 관리처분계획에 대한 관할 행정청의 인가·고시까지 있게 되면 관리처분계획은 행정처분으로서 효력이 발생한다(대판 2009.9.17. 2007다2428).
- (2) 총회결의의 하자를 이유로 하여 행정처분의 효력을 다투는 항고소송의 방법으로 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구하여야 하고, 그와 별도로 행정처분에 이르는 절차적 요건 중 하나에 불과한 총회결의 부분만을 따로 떼어내어 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 특별한 사정이 없는 한 허용되지 않는다(대판 2009.9.17. 2007다2428). 인가 자체에 하자가 없음에도 관리처분계획의 위법을 이유로 인가의 취소를 구하는 소송은 협의의 소익이 없는 경우에 해당된다.

○ 243쪽 위쪽 판례 box 끝에 추가

**사립학교 교원이 소청심사청구를 하여 해임처분의 효력을 다투던 중 형사판결 확정 등 당**

**연퇴직사유가 발생한 사안에서, 소청심사청구를 기각한 교원소청심사위원회 결정의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 본 사례**

교원소청심사제도에 관한 「교원의 지위 향상 및 교육활동 보호를 위한 특별법」의 규정 내용과 목적 및 취지 등을 종합적으로 고려하면, 사립학교 교원이 소청심사청구를 하여 해임처분의 효력을 다투던 중 형사판결 확정 등 당연퇴직사유가 발생하여 교원의 지위를 회복할 수 없다고 할지라도, 해임처분이 취소되거나 변경되면 해임처분일부부터 당연퇴직사유 발생일까지의 기간에 대한 보수 지급을 구할 수 있는 경우에는 소청심사청구를 기각한 교원소청심사위원회 결정의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 보아야 한다(대판 2024.2.8. 2022두50571).

○ 244쪽 <① 원칙>에서 : 없다(대판 2004.7.8. 2002두1946). →

없으며(대판 2004.7.8. 2002두1946), 행정처분이 취소되면 그 처분은 효력을 상실하여 더 이상 존재하지 않으므로 존재하지 않는 행정처분을 대상으로 한 취소소송은 소의 이익이 없어 부적법하다(대판 2023.4.27. 2018두62928).

○ 246쪽 판례 box에서 맨 앞에(“학교법인...”보다 앞에) 다음 두 판례를 추가

**‘그 행정처분과 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있는 경우’의 의미**

행정처분의 무효확인 또는 취소를 구하는 소가 제소 당시에는 소의 이익이 있어 적법했는데, 소송계속 중 해당 행정처분이 기간의 경과 등으로 그 효과가 소멸한 때에 처분이 취소되어도 원상회복이 불가능하다고 보이는 경우라도, 무효확인 또는 취소로써 회복할 수 있는 다른 권리나 이익이 남아 있거나 또는 그 행정처분과 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있어 행정처분의 위법성 확인 내지 불분명한 법률문제에 대한 해명이 필요한 경우에는 행정의 적법성 확보와 그에 대한 사법통제, 국민의 권리구제 확대 등의 측면에서 예외적으로 그 처분의 취소를 구할 소의 이익을 인정할 수 있다. 여기에서 ‘그 행정처분과 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있는 경우’란 불분명한 법률문제에 대한 해명이 필요한 상황에 관한 대표적인 예시일 뿐이며, 반드시 ‘해당 사건의 동일한 소송 당사자 사이에서’ 반복될 위험이 있는 경우만을 의미하는 것은 아니다. 이러한 법리는 행정처분의 일종인 중재재정에 대한 무효확인 또는 취소를 구하는 소의 경우에도 마찬가지로 적용된다(대판 2024.4.16. 2022두57138).

**국립대학교 법학전문대학원 입학전형이의신청거부처분 및 불합격처분취소의 소 사례**

2021학년도 국립○○대 법전원 입학시험에 원서를 제출한 제철일안식일예수재림교 신자 **甲**이 1단계 서류전형 평가 합격 통지와 함께 토요일 오전반으로 면접고사 일정이 지정되자, 토요일 일몰 전에 세속적 행위를 금지하는 안식일에 관한 종교적 신념을 지키기 위해 면접 일정을 토요일 오후 마지막 순번으로 변경해 달라는 취지의 이의신청서를 제출했으나, 총장이 이를 거부하고 면접평가에 응시하지 않은 갑에게 불합격 통지를 하였고 **甲**이 입학전형이의신청거부처분 및 불합격처분취소의 소를 제기한 사안에서, ① 불합격처분이 이루어짐으로써 면접시간 지정행위와 거부행위는 모두 불합격처분에 흡수되어 독립된 존재가치를 상실하였으므로, 불합격처분만이 쟁송의 대상이 되고 거부행위의 취소를 구하는 부분은 불합격처분으로 인해 소의 이익이 없어 부적법하게 된다. ② 불합격처분이 취소된다 하더라도 **甲**이 2021학년도 ○○대 법전원 입학시험에 다시 응시할 기회를 갖게 되는 것은 아니다. 그러나

甲이 장애에 ○○대 법전원 입학시험에 다시 응시할 경우 1단계 평가를 별도로 거치지 않고 곧바로 면접평가와 논술평가만을 받을 여지가 있어 이 사건 불합격처분의 취소를 통해 甲에게 회복되는 이익이 없다고 단정할 수 없다. 따라서 甲에게는 예외적으로 이 사건 불합격처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정된다(대판 2024.4.4. 2022두56661).

○ 249쪽 판례 box 위에 추가

<p><b>&lt;재개발·재건축 인가의 특수문제&gt;</b></p> <p><b>1. 조합설립행위의 하자를 다투는 방법</b></p> <p><b>(1) 조합설립인가 前</b>          조합설립인가 전에는 추진위원회가 사법상 단체 불과하므로 주민은 추진위원회를 상대로 조합설립결의의 무효확인소송(민사소송)을 제기하여야 한다.</p> <p><b>(2) 조합설립인가 後</b>          행정청이 도시 및 주거환경정비법 등 관련 법령에 근거하여 행하는 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라 법령상 요건을 갖추는 경우 도시 및 주거환경정비법상 주택재건축사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는다고 보아야 한다. 그리고 그와 같이 보는 이상 조합설립결의는 조합설립인가 처분이라는 행정처분을 하는 데 필요한 요건 중 하나에 불과한 것이어서, 조합설립결의에 하자가 있다면 그 하자를 이유로 직접 항고소송의 방법으로 조합설립인가처분의 취소 또는 무효확인을 구하여야 하고, 이와는 별도로 조합설립결의 부분만을 따로 떼어내어 그 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험을 제거하는 데 가장 유효·적절한 수단이라 할 수 없어 특별한 사정이 없는 한 확인의 이익은 인정되지 아니한다(대판 2009.9.24. 2008다60568).</p> <p><b>2. 관리처분계획을 다투는 방법</b></p> <p><b>(1) 인가 전 관리처분계획안에 대한 조합총회의 의결</b>          도시 및 주거환경정비법상 행정주체인 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력 등을 다투는 소송은 행정처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 소송으로서 그 소송결과에 따라 행정처분의 위법 여부에 직접 영향을 미치는 공법상 법률관계에 관한 것이므로, 이는 행정소송법상의 당사자소송에 해당한다(대판 2009.9.17. 2007다2428).</p> <p><b>(2) 인가를 통하여 확정된 관리처분계획의 성질</b>          관리처분계획에 대한 관할 행정청의 인가·고시까지 있게 되면 관리처분계획은 행정처분으로서 효력이 발생한다(대판 2009.9.17. 2007다2428).</p> <p><b>(3) 인가 후 관리처분계획을 다투는 방법</b>          총회결의의 하자를 이유로 하여 행정처분의 효력을 다투는 항고소송의 방법으로 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구하여야 하고, 그와 별도로 행정처분에 이르는 절차적 요건 중 하나에 불과한 총회결의 부분만을 따로 떼어내어 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 특별한 사정이 없는 한 허용되지 않는다(대판 2009.9.17. 2007다2428). 기본행위인 관리처분계획이 적법유효하고 보충행위인 인가처분 자체에만 하자가 있다면 그 인가처분의 무효나 취소를 주장할 수 있다고 할 것이지만, 인가처분에 하자가</p>
---

없다면 기본행위에 하자가 있다 하더라도 따로 그 기본행위의 하자를 다투는 것은 별도로 하고 기본행위의 무효를 내세워 바로 그에 대한 피고 행정청의 인가처분의 취소 또는 무효확인을 소구할 법률상의 이익이 있다고 할 수 없다(대판 1994.10.14. 93누 22753).

○ 252쪽 <1. 임기만료된 지방의회...>를 삭제

○ 254쪽 <04 피고적격> 다음에 추가

**행정소송법 제13조(피고적격)**  
 ① 취소소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분등을 행한 행정청을 피고로 한다. 다만, 처분등이 있는 뒤에 그 처분등에 관계되는 권한이 다른 행정청에 승계된 때에는 이를 승계한 행정청을 피고로 한다.  
 ② 제1항의 규정에 의한 행정청이 없게 된 때에는 그 처분등에 관한 사무가 귀속되는 국가 또는 공공단체를 피고로 한다.

○ 254쪽 [사례] → [사례 1]

- 그 다음에 [사례 2] 추가

X 市の 시장 A는 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따라 甲의 소유 토지가 포함된 일단의 토지를 도시계획시설(유원지)로 결정하였다. 乙은 A에 의하여 도시계획시설사업(유원지 조성사업)의 시행자로 지정된 후에 A로부터 실시계획인가를 받아 사업의 시행에 착수하였다. 乙은 사업 대상 토지의 일부를 소유하는 甲이 협의취득에 응하지 않자 재결을 신청하였고, Y 지방토지수용위원회는 甲의 토지를 수용하는 재결을 하였다. 이에 대해 甲은 이의를 신청하였으나 중앙토지수용위원회는 기각을 재결하였다. 이에 甲은 재결의 취소를 구하는 소를 그 기간을 준수하여 제기하였다. 甲이 제기한 취소소송의 대상적격과 피고적격에 관하여 설명하시오.

▪ 해설 요지

- (1) 甲은 지방토지수용위원회의 재결에 이의신청을 하였고 이의신청의 성질은 행정심판이므로, 행정소송법 제19조 단서에 따라 이의신청에 대한 기각 재결에 고유한 위법이 없는 한 甲은 지방토지수용위원회의 수용재결을 대상으로 취소소송을 제기해야 한다.
- (2) 토지수용위원회와 같은 합의제 행정기관의 경우 법령에 의해 합의제 행정기관의 이름으로 처분을 발령할 권한이 있는 경우에는 당해 행정기관 자체를 피고로 항고소송을 제기하여야 한다. 사안에서는 처분청인 지방토지수용위원회가 피고적격을 갖는다.

○ 255쪽 <(2) 구체적 검토> 위에 추가

**행정처분의 성립요건 및 항고소송의 피고적격(=처분을 외부적으로 표시한 행정청)**

일반적으로 행정처분이 주체·내용·절차 및 형식이라는 내부적 성립요건과 외부에의 표시라는 외부적 성립요건을 모두 갖춘 경우에는 행정처분이 존재한다고 볼 수 있다. 나아가 항고소송은 원칙적으로 소송의 대상인 행정처분 등을 외부적으로 그의 명의로 행한 행정청을 피고로 하여야 하는 것으로서, 그 행정처분을 하게 된 연유가 상급행정청이나 타 행정청의 지시나 통보에 의한 것이라 하여 다르지 않고, 권한의 위임이나 위탁을 받아 수임행정청이 정당한 권한에 기하여 수임행정청 명의로 한 처분에 대하여도 마찬가지이다.(대판 2018.9.13.



2014두5576).

○ 256쪽 아래에서 8행 : 행정관청이 그의 → 행정관청이 법령에 따라 그의

○ 257쪽 맨 아래에 추가

**<권한행사방식 위반의 효과>**

**1. 문제점**  
내부위임을 받은 자의 자신의 명의로 행한 처분의 위법성의 정도가 문제된다. 이는 처분에 대하여 제기할 소송의 형태와도 관련된다.

**2. 학설**  
학설은 ① 정당한 권한 없는 자의 행위는 무효라고 보는 견해(무효사유설), ② 단순한 형식의 하자에 불과하다고 보는 견해(취소사유설)이 대립한다.

**3. 판례**  
판례는 “채납취득세에 대한 압류처분권한은 경상남도지사로부터 울산시장에게 권한위임된 것이고, 울산시장으로부터 압류처분권한을 내부위임을 받은 데 불과한 울산시남구청장으로서의 울산시장명의로 압류처분을 대행처리할 수 있을 뿐이고 자신의 명의로 이를 할 수 없다 할 것이므로 이 사건 압류처분은 권한없는 자에 의하여 행하여진 위법무효의 처분이다”(대판 1993.5.27. 93누6621)라고 판시하여, 무효사유설의 입장을 취하는 것으로 보인다.

**4. 검토**  
일반적인 경우에 있어서 내부위임을 받은 자가 자신의 명의로 처분을 하는 것은 무권한자의 행위(주체상의 하자)로서 적법요건의 중대한 위반이면서 외관상으로도 명백한 하자라고 봄이 타당하다. 즉 처분의 효력은 무효이므로 무효확인소송을 제기하면 승소할 수 있다.

○ 260쪽 판례 box에서 마지막에 추가

**관할 세무서장이 종합소득세 부과고지를 하면서 개인지방소득세 부과고지를 함께 한 경우** 피고(註: 남양주세무서장)가 원고에게 종합소득세 부과고지를 하면서 개인지방소득세 부과고지를 함께 한 것은 그에 관한 처분권한을 위임·위탁받아 자기의 권한에 기하여 한 것이 아니라 구 지방세법 부칙 제13조 제2항 등에 따라 단순히 그 부과고지 업무만을 대행한 것에 불과하다. 따라서 개인지방소득세 부과처분의 취소를 구하는 항고소송의 피고는 원고의 소득세 납세지를 관할하는 남양주시장이 되어야 할 것이지만, 특별한 사정이 없는 한 원고로서는 피고를 상대로 한 소송에서 종합소득세 부과처분의 취소판결을 받으면 족하고, 이와 별도로 개인지방소득세 부과처분의 취소를 구하는 소를 제기할 필요도 없다. 결국 개인지방소득세 부과처분의 취소를 구하는 부분은 피고적격이 없는 자를 상대로 한 것이거나 그 취소를 구할 소의 이익이 없어 부적법하다(대판 2023.8.18. 2023두40588).

○ 263쪽 <(3) 피고의 경정> 다음에 추가

**행정소송법 제14조(피고경정)**

① 원고가 피고를 잘못 지정한 때에는 법원은 원고의 신청에 의하여 결정으로써 피고의

경정을 허가할 수 있다.

○ 264쪽 <㉠ 사실심 계속 중>을 대체

㉠ 사실심 계속 중

제1심 변론 종결할 때까지 피고경정을 할 수 있는 민사소송과 달리(민사소송법 제260조 제1항), 행정소송에서의 피고경정은 사실심 변론을 종결할 때까지 할 수 있다(행정소송규칙 제6조). 종래 판례도 피고경정제도는 흠 없는 소와 관련한 원고의 불이익을 구제하기 위한 것임을 고려하여 “행정소송법 제14조에 의한 피고경정은 사실심 변론종결에 이르기까지 허용되는 것으로 해석하여야 할 것이고, 굳이 제1심 단계에서만 허용되는 것으로 해석할 근거는 없다.”고 하였다(대결 2006.2.23. 2005부4).

○ 267쪽 맨 끝 : 필요 없다. → 필요 없다(다수설).

○ 268쪽 <06 소송참가> 다음에 추가

**행정소송법 제16조(제3자의 소송참가)**

- ① 법원은 소송의 결과에 따라 권리 또는 이익의 침해 받을 제3자가 있는 경우에는 당사자 또는 제3자의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 제3자를 소송에 참가시킬 수 있다.
- ② 법원이 제1항의 규정에 의한 결정을 하고자 할 때에는 미리 당사자 및 제3자의 의견을 들어야 한다.
- ③ 제1항의 규정에 의한 신청을 한 제3자는 그 신청을 각하한 결정에 대하여 즉시항고할 수 있다.
- ④ 제1항의 규정에 의하여 소송에 참가한 제3자에 대하여는 민사소송법 제67조의 규정을 준용한다.

**제17조(행정청의 소송참가)**

- ① 법원은 다른 행정청을 소송에 참가시킬 필요가 있다고 인정할 때에는 당사자 또는 당해 행정청의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 행정청을 소송에 참가시킬 수 있다.
- ② 법원은 제1항의 규정에 의한 결정을 하고자 할 때에는 당사자 및 당해 행정청의 의견을 들어야 한다.
- ③ 제1항의 규정에 의하여 소송에 참가한 행정청에 대하여는 민사소송법 제76조의 규정을 준용한다

○ 268쪽 [사례] → [사례 1]

- 다음에 [사례 2] 추가

甲이 A도지사에게 골프장사업계획승인 신청을 하였고 A도지사가 이를 수리하자, 인근주민들은 골프장 건설로 인하여 식수·수질 및 토양 등의 오염 및 우수배출량 변화 등으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입을 우려가 있다고 하며 골프장사업계획승인처분취소를 구하는 행정심판을 제기하였다. 행정심판위원회는 인용재결을 하였고, 이에 甲은 골프장사업계획승인처분취소는 위법하다며 그 취소소송을 제기하였다. A도지사가 위 취소소송에서

골프장사업계획승인의 적법성을 주장하기 위한 소송참가의 방법은 있는가?

▪ 해설 요지

A도지사는 인용재결취소소송에서 원처분청이므로 원고 甲을 위해 참가해야 하는데, 재결의 기속력과 행정기관 상호 권한준중 원칙으로 원고를 위해서는 참가할 수 없다. 결국 A도지사가 자신의 처분의 적법성의 주장을 위해 행정소송법상 소송참가할 방법은 없다.

○ 269쪽 ③의 아래줄 : 참가인이 판결의 결론인 주문에 의하여 직접 권리이익을 침해받게 되는 경우를 말한다. 여기서 이익이란 법률상 이익을 말하고, 단순히 사실상의 이익이나 경제상의 이익은 포함되지 않는다. →

제3자가 소송의 결과에 따라 법률상 권리 또는 이익의 침해를 받게 되거나, 이에 해당하지 않는 경우에도 소송의 결과에 '이해관계'가 있으면 참가를 할 수 있다. 여기서 '이해관계'란 사실상·경제상 또는 감정상의 이해관계가 아니라 법률상의 이해관계를 말한다.

○ 270쪽 판례 BOX 전체를 다음과 같이 함

**행정소송법 제16조에 정한 제3자의 소송참가의 요건**

[1] 행정소송 사건에서 당사자가 아닌 제3자가 소송의 결과에 따라 법률상 권리 또는 이익의 침해를 받게 된다면 행정소송법 제16조에 따라 소송참가를 할 수 있고, 이에 해당하지 않는 경우에도 소송의 결과에 '이해관계'가 있으면 민사소송법에 따라 보조참가를 할 수 있다. 여기서 '이해관계'란 사실상·경제상 또는 감정상의 이해관계가 아니라 법률상의 이해관계를 말하는 것으로, 판결의 기판력이나 집행력을 당연히 받는 경우 또는 적어도 그 판결을 전제로 하여 보조참가를 하려는 자의 법률상 지위가 결정되는 관계에 있는 경우를 의미한다(대결 2023.4.27. 2023무547).

[2] 행정소송법 제16조 소정의 제3자의 소송참가가 허용되기 위하여는 당해 소송의 결과에 따라 제3자의 권리 또는 이익이 침해되어야 하고, 이때의 이익은 법률상 이익을 말하며 단순한 사실상의 이익이나 경제상의 이익은 포함되지 않는데, 원고들이 참가를 구하는 제3자들은 원고들이 속한 관련 지방자치단체들로서 이 사건의 쟁점은 단순히 신설되는 항만을 어떻게 호칭하고 다른 항만과 구별하여 특정할 것인가의 문제에 불과할 뿐이고 그 항만에 부여되는 지리적 명칭에 따라 그 항만의 배후부지가 관련 자치단체의 관할구역에 편입되는 법적 효력이 생긴다거나 관련 자치단체인 참가인들이 그 지리적 명칭으로 인하여 권리관계나 법적 지위에 어떠한 영향을 받는다고 인정되지도 아니하므로 이 사건 소송의 결과에 의하여 위 제3자들의 법률상 이익이 침해된다고 할 수 없고, 따라서 원고들의 이 사건 제3자 소송참가신청은 부적법하다(대판 2008.5.29. 2007두23873).

**소청심사의 피청구인이었던 사립학교의 장이 피고보조참가인으로서 소송에 참여할 수 있음**  
구 교원지위향상을 위한 특별법 제10조 제1항에 따른 교원소청심사위원회의 소청심사 기각 결정에 불복하려는 교원은 같은 조 제3항에 따라 행정소송을 제기할 수 있다. 국공립학교의 교원은 소청심사 결정의 고유한 위법을 주장하는 경우가 아닌 한 불리한 처분을 한 인사권자를 피고로 하여 행정소송을 제기해야 하므로 그 인사권자는 피고로서 소송에 참여한다. 사립학교의 교원은 교원소청심사위원회를 피고로 하여 행정소송을 제기해야 하는데, 사립학교의 장은 학교법인의 위임 등을 받아 교원에 대한 인사 관련 업무에 대해 독자적 기능을 수행하고 있고, 소청심사의 피청구인이었다면 피고보조참가인으로서 소송에 참여할 수 있다

(대판 2023.10.26. 2018두55272).

○ 270쪽 : <(3) 참가의 절차> 3행 : (제16조 제2항, → (제16조 제2항),

○ 271쪽

- <3. 민사소송법상 보조참가> 2행 : 보조참가이다. → 보조참가이다(대판 2017.10.12. 2015두36836).

- 그 아래의 판례 BOX 전부 삭제

○ 291쪽 판례(2013두1638) 위에 추가

“임금피크제 적용 시점을 연령별로 차등을 두는 것은 차별행위에 합리적 이유가 있다.”는 것을 이유로 한 국가인권위원회의 차별시정진정기각결정

[1] 차별시정진정기각결정은 항고소송의 대상이 되는 행정처분임

[2] 퇴직자도 소의 이익이 있다고 한 사례 (대법원 2023.6.29. 선고 2019두53396 판결)

**【원고, 상고인】** 퇴직자 및 현직자 ○○명

**【피고, 피상고인】** 국가인권위원회

**【피고보조참가인】** 서울보증보험 주식회사

**【사실관계】**

1. 참가인 회사는 2008. 9. 25. 정년을 만 58세로 정하고 만 55세부터 3년간 기준급여의 각 60%, 50%, 40%를 지급하기로 하는 임금피크제 운용지침(이하 ‘종전 임금피크제 지침’이라 한다)을 제정하고 이를 시행하여 왔다.
2. 2013. 5. 22. 개정되어 참가인 회사에는 2016. 1. 1.부터 시행된 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률(이하 ‘고령자고용법’이라 한다) 제19조 제1항은 사업주는 근로자의 정년을 60세 이상으로 정하여야 한다고 규정하고, 제19조의2 제1항은 그에 따라 정년을 연장하는 사업주와 근로자의 과반수로 조직된 노동조합에 사업장의 여건에 따라 임금체계 개편 등 필요한 조치를 할 의무를 부과하였다.
3. 참가인 회사에서는 인사 적체로 인하여 신입 부서장 평균 연령이 2007년 이래 2015년까지 44.4세에서 49.3세로 상향되었고, 2015. 8. 1. 기준 부서장 이상 직급자 총 144명 중 약 68.1%가 1961년생 내지 1964년생으로 구성되어 있었으며, 2017년 말까지 만 55세가 되는 1961년생, 1962년생 근로자는 총 77명에 달하였다. 이러한 상황에서 2016년부터 정년이 60세로 연장되어 향후 2년간 정년퇴직자가 발생하지 않게 되었는데, 임금피크제 적용연령을 일률적으로 만 57세로 정할 경우 종전 임금피크제 지침에 따르면 임금피크제를 적용받았을 만 55세, 56세 근로자들이 임금피크제 적용 대상에서 제외됨에 따라 조직 운영의 어려움과 세대 간 갈등 문제가 발생할 것으로 예상되었다.
4. 이에 참가인 회사는 2016. 1. 1. 개정 고령자고용법 제19조의 시행에 따라 정년을 만 58세에서 만 60세로 연장하면서, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합의 동의를 얻어 임금피크제의 적용연령을 점진적으로 늦추어 최종적으로는 만 57세부터 3년 동안 기준급여의 각 70%씩을 지급하는 내용으로 임금피크제 운용지침을 개정하였다(이하 ‘개정 임

금피크제 지침'이라 한다). 개정 임금피크제 지침은 2017. 12. 31.까지는 만 55세가 도래하는 직원에 대하여, 2018. 1. 1.부터 2020. 12. 31.까지는 만 56세가 도래하는 직원에 대하여, 2021. 1. 1.부터는 만 57세가 도래하는 직원에 대하여 개정 임금피크제를 적용하기로 하는 경과규정(이하 '이 사건 경과규정'이라 한다)을 두었다.

5. 그 결과 1961년생, 1962년생 근로자인 원고들은 5년 동안, 1963년생, 1964년생 근로자들은 4년 동안, 1965년 이후 출생한 근로자들은 3년 동안 임금피크제를 적용받게 되었다.
6. 참가인 회사의 최대 주주는 주식의 약 93.85%를 보유하고 있는 예금보험공사로, 참가인 회사에 공적자금 10조 2,500억 원 상당이 투입되었고 2018. 6. 기준 그중 6조 5,113억 원 상당의 공적자금이 회수되지 않은 상태로 남아 있다.
7. 원고들은 임금피크제 자체의 효력을 다투지는 않은 채, 1961년생, 1962년생인 원고들이 이 사건 경과규정에 따라 1963년 이후 출생한 근로자들에 비하여 임금피크제를 더 오래 적용받은 것이 나이를 이유로 한 차별행위에 해당함을 들어 피고에 진정을 하였고, 피고는 '나이를 이유로 한 차별에 합리적인 이유가 인정된다.'는 이유로 원고들의 진정을 기각하는 결정(이하 '이 사건 결정'이라 한다)을 하였다. 원고들은 이 사건 결정의 취소를 구하는 소송을 제기하였다.

#### 【제1심】

##### 1. 참가인 주장의 요지

- (1) 「국가인권위원회법」 제44조 제1항에 의하면, 피고가 진정을 조사한 결과 차별행위가 일어났다고 판단할 경우 구제조치의 이행, 법령·제도·정책·관행의 시정 또는 개선을 권고할 수 있을 뿐이고 피진정인에게 권고사항을 강제할 수 없다. 이 사건 결정은 원고들의 법률상 지위에 직접적인 변동을 가져오는 것이 아니므로, 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 할 수 없다.
- (2) 원고 5, 원고 7, 원고 8, 원고 21, 원고 26, 원고 28은 2017. 5. 1.자로 퇴직하였으므로, 이들은 소의 이익이 없다.

##### 2. 판단

- (1) 피고는 법률상의 독립된 국가기관이고, 「국가인권위원회법」 제30조 제1항은 인권침해나 차별행위를 당한 사람에게 피고에 진정할 권리를 보장하고 있고, 같은 법 제44조는 피고가 진정을 조사하여 인권침해나 차별행위가 일어났다고 판단할 경우 피진정인의 장등에게 구제조치의 이행 등을 권고하도록 하고 있다. 이 사건 결정은 위 법률 조항 등이 보장하는 차별 진정에 대한 구제조치 이행 등의 권고를 거부하는 것으로, 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용인 처분에 해당한다(행정소송법 제2조 제1항 제1호). 원고들은 이 사건 임금피크제 지침의 적용을 받거나 받았던 참가인 소속 직원들이므로, 이 사건 임금피크제 지침이 「국가인권위원회법」에서 정한 차별행위에 해당하는지에 관하여 직접적인 이해관계를 가진다.
- (2) 원고 5, 원고 7, 원고 8, 원고 21, 원고 26, 원고 28은 2017. 5. 1. 퇴직한 사실을 인정할 수 있다. 그러나 위 원고들 역시 이 사건 임금피크제 지침이 적용되어 퇴직 당시 상당역, 임금피크적의 직위를 가지고 있었으므로, 이 사건 소송의 결과에 이해관계를 가진다.

【항소심과 대법원】 제1심과 동일

○ 292쪽 판례(91누520) 위에 추가

행정처분의 무효 확인 또는 취소를 구하는 소송계속 중 해당 행정처분이 기간의 경과 등으로 효과가 소멸한 때에 처분이 취소되어도 원상회복은 불가능하더라도 예외적으로 처분의 취소를 구할 소의 이익을 인정할 수 있는 경우 및 그 예외 중 하나인 ‘그 행정처분과 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있는 경우’의 의미 (대법원 2020.12.24. 선고 2020두30450)

**【원고, 상고인】** 안진회계법인

**【피고, 피상고인】** 금융위원회

**【사실관계】**

원고는 회계감사업무 등을 목적으로 설립된 법인으로, 대우조선해양 주식회사의 제11기(2010회계연도)부터 제16기(2015회계연도)까지의 재무제표에 관하여 「주식회사의 외부감사에 관한 법률」에 따른 외부감사를 실시한 감사인이다.

대우조선해양의 분식회계 의혹, 이 사건 감사팀의 부실감사 의혹이 제기됨에 따라, 금융감독원은 2015. 12. 10. 대우조선해양을 감리대상으로 선정하고, 이 사건 각 감사 등에 관한 감리에 착수하였다. 이러한 감리 결과 등을 바탕으로 증권선물위원회는 2017. 3. 24. 외부감사법 제16조 제1항 등에 따라 ‘이 사건 각 감사 과정에서의 외부감사법 및 회계감사기준 위반’을 이유로 원고에 대하여 ‘12개월의 업무정지 처분’을 할 것을 피고에게 건의하였다.

이에 피고는 2017. 4. 5. 원고에 대하여 ① ‘대우조선해양의 2014. 4. 8.자, 2015. 3. 9.자, 2016. 12. 13.자 증권신고서에 첨부된 2013년도, 2014년도, 2015년도 감사보고서에서 원고가 감사절차 소홀로 대우조선해양의 거짓 재무제표에 관하여 적정 의견을 표명하였다.’는 사유로 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제429조 제1항, 제119조에 따른 과징금 16억 원 부과처분을 하고, 그와 동시에 ② ‘이 사건 감사팀이 대우조선해양의 2010년도부터 2015년도까지의 재무제표에 대한 감사를 실시하면서 대우조선해양의 회계처리기준 위반사실을 확인하고도 이를 합리화하기 위한 논리를 개발하여 제공하거나 대우조선해양에 허위의 근거자료를 적극 요청하여 대우조선해양의 회계처리기준 위반을 묵인하였고, 원고의 품질관리실은 감사품질 관리를 형식적으로 수행하여 이 사건 감사팀이 대우조선해양의 회계처리기준 위반을 묵인하는 것을 방조하였다.’는 사유로 공인회계사법 제39조 제1항 제5호에 따른 **업무정지 12개월 처분**을 하였다.

원고는 2017. 6. 30. 이 사건 **업무정지 처분에 대해서만 취소를 구하는 소를 제기**하였는데, 별도로 집행정지 신청을 하지 않음에 따라 **업무정지기간이 2017. 4. 5.부터 개시되어 2018. 4. 4. 만료**되었다.

**【1심 판단】**

이 사건 소가 **소송요건을 모두 갖추어 적법함을 전제로 본안판단**으로 나아가, 이 사건 업무정지 처분의 경우 공인회계사법 제39조 제1항 제5호에서 정한 처분사유(회계법인의 감사에 중대한 착오 또는 누락이 있는 경우)는 인정되나, 원고가 이 사건 감사팀의 회계감사기준 위반행위를 묵인·방조·지시하는 등 조직적으로 관여한 경우로 인정하기 어려운 점,

원고의 구성원(등기이사)은 133명이고 소속 공인회계사는 1,305명인데 그중 이 사건 감사팀은 구성원 2명과 소속 공인회계사 13명에 불과한 점, 원고는 대우조선해양에 대한 부실감사와 관련하여 이 사건 업무정지 처분 외에도 과징금 16억 원 부과처분 등의 제재를 별도로 받은 점, 공인회계사법 제52조의2는 업무정지 처분을 갈음하여 과징금을 부과할 수 있도록 규정하고 있는 점 등을 고려하면, 이 사건 감사팀의 위반행위로 인하여 원고 전체에 대하여 업무정지 12개월 처분을 하는 것은 비례의 원칙을 위반한 과중한 처분에 해당한다고 판단하였다.

#### 【항소심 판단】

원고가 이 사건 감사팀의 잘못을 인정하고 있어 향후 감사업무를 수행하는 과정에서 같은 잘못을 반복할 가능성은 없어 보이고, 원고가 향후 다시 고의 또는 중대한 과실로 같은 잘못을 반복하지만 않는다면 피고가 원고에 대하여 공인회계사법 제39조 제1항 제5호에 따른 업무정지 처분을 반복할 가능성은 없으므로, 원고와 피고 사이에서 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있어 행정처분의 위법성 확인 내지 불분명한 법률문제에 대한 해명이 필요한 경우로는 볼 수 없고, 따라서 소송계속 중 이 사건 업무정지 처분에서 정한 업무정지기간이 만료됨에 따라 이 사건 업무정지 처분의 취소를 구할 소의 이익이 인정되지 않는다고 판단하였다.

#### 【대법원 판결요지】

##### 1. 관련 법리

가. 행정소송법 제12조는 “취소소송은 처분 등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다. 처분 등의 효과가 기간의 경과, 처분 등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분 등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에는 또한 같다.”라고 규정하고 있다. 행정소송법 제12조 제2문에서 정한 법률상 이익, 즉 행정처분을 다룰 협의의 소의 이익은 개별·구체적 사정을 고려하여 판단하여야 한다.

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

##### 2. 이 사건에 관한 판단

이 사건 감사팀의 회계감사기준 위반행위가 인정되고 원고 또한 이를 다투는 것은 아니라고 하더라도, ① 그것을 이유로 이 사건 감사팀이 속한 회계법인 전체에 대하여 업무정지 처분을 하는 것이 근거 법률인 공인회계사법 제39조 제1항 제5호 및 관련 하위 규정들의 해석상 허용되는지 여부에 관하여는 법원의 분명한 판례가 없고 ② 처분사유가 인정되는

경우에도 이 사건 감사팀이 행한 위반행위의 내용과 정도, 이에 대한 원고의 관여 정도, 이 사건 감사팀이 회계법인 내에서 차지하는 비중 등 여러 사정들을 고려하였을 때 과연 이 사건 업무정지 처분이 비례의 원칙을 위반한 과중한 처분인지 여부 또한 다툼의 여지가 있어 보인다. 따라서 만약 이 사건에서 법원이 본안 판단을 하지 않는다면 피고가 이 사건 업무정지 처분을 하면서 채택·적용한 법령해석에 관한 의견이나 처분의 기준을 앞으로 그대로 반복·적용할 것이 예상된다.

그렇다면 이 사건 업무정지 처분에 따른 업무정지기간이 만료되었다고 하더라도, 이 사건 업무정지 처분의 위법성 확인 내지 불분명한 법률문제의 해명은 여전히 필요하다고 할 것이므로 이 사건 업무정지 처분의 취소를 구할 소의 이익을 인정하는 것이 앞서 본 법리에 부합하여 타당하다.

○ 297쪽 <01 취소소송의 대상으로서 ‘처분등’> 다음에 추가

행정소송법 제19조(취소소송의 대상) 취소소송은 처분등을 대상으로 한다. 다만, 재결취소소송의 경우에는 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다.
--

○ 297쪽 <1. 의의> 4행 : 행정작용 그리고 → 행정작용, 그리고

○ 299쪽

- <3. 취소소송의 대상인 처분의 개념요소> 3행 : 따라 마련되어 → 따로 마련되어

- 아래에서 4행 : 국장)도 → 관리사업소장)

○ 302쪽 판례 BOX의 <상수도 과태료...> 판례를 305쪽 판례 BOX의 두 번째로 위치 이동

○ 306쪽 세 번째 판례(2017두38874)의 본문을 다음으로 대체

일반적으로 처분이 주체·내용·절차와 형식의 요건을 모두 갖추고 외부에 표시된 경우에는 처분의 존재가 인정된다. 행정의사가 외부에 표시되어 행정청이 자유롭게 취소·철회할 수 없는 구속을 받게 되는 시점에 처분이 성립하고, 그 성립 여부는 행정청이 행정의사를 공식적인 방법으로 외부에 표시하였는지를 기준으로 판단해야 한다....(중략)...이 사건 입국금지 결정은 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).

○ 307쪽 [사례] → [사례 1]

- [사례 2] 추가

갑과 을은 함께 거주할 목적으로 서울시 A구 소재 공동 명의의 신혼집을 마련하여 2024. 2. 10. 구청장에게 주민등록 전입신고를 하였다. 그러나 담당 공무원은 유명 연예인 동성커플인 갑과 을이 A구에 전입하는 경우 사회적 논란을 일으키는 등 지역사회에 부정적인 영향을 가져온다는 이유로 전입신고의 수리를 거부하였다. 이에 따라 갑과 을은 2024. 2. 20. 전입신고



수리거부를 다투는 취소소송을 서울행정법원에 제기하였다. 수리거부의 처분성을 검토하시오.

▪ 해설 요지

① 갑과 을의 주민등록전입신고에 대한 수리거부는 공권력행사의 거부에 해당하고, ② 그 수리거부는 갑과 을의 공법관계와 일상생활에서의 권리관계에 중요한 영향을 미치고, ③ 행정청의 수리거부 의사표시가 있었고, ④ 주민등록법의 목적조항과 기타 신고절차에 관한 규정의 해석상 전입신고에 대한 수리를 신청할 권리가 인정되어 주민등록전입신고의 수리거부는 처분성이 인정된다.

○ 307쪽

- <1. 의의>의 두 번째 단락(거부는 처분의..... 존재하지 아니한다.)를 삭제

- <2. 거부처분의 성립요건> 위에 추가

**<거부처분과 부작위의 구별>**  
**1. 구별의 필요성**  
거부처분으로 판단될 경우에는 취소소송을, 부작위로 판단되는 경우에는 부작위위법 확인소송을 제기해야 하므로 소송형태의 선택을 위해 구별이 필요하다.  
**2. 구별의 기준**  
“거부처분”이란 기존의 법률상태의 변동을 발생시키지 않겠다는 의사를 표시하는 행정행위를 말한다. 이에 반하여 “부작위”라 함은 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것을 말한다(행정소송법 제2조 제1항 제2호).  
일반적으로 신청에 대응한 처분을 하지 않고 방치한 경우에는 부작위에 해당하나, 법령에서 신청에 대해 일정 기간 내에 처분이 없으면 거부처분으로 간주한다고 규정하고 있는 경우이거나, 경원관계에 있는 자 가운데 1인에 대해 인용처분을 받은 경우에는 경원관계의 제3자에게 거부처분이 있는 것으로 본다.

○ 308쪽

- 두 번째 판례 BOX 바로 위 : “국민의 권리관계에 영향을 미치는 것” → ‘신청인의 법률 관계에 어떤 변동을 일으키는 것’

- 그 다음 줄에 다음을 추가

그리고 여기에서 '신청인의 법률관계에 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).

○ 310쪽 맨 아래줄

그리고 여기에서.....2000두9229). ->> 삭제

-----

○ 315쪽 : [사례 4]와 [사례5] 추가

[사례 4] 경기도 교육감은 경기도의회에 경기도립학교설치조례 제2조 별표 중 ‘A분교장’란

을 삭제하는 내용의 개정조례안을 제출하였고, 경기도의회는 이 개정조례안을 의결하여 교육감에게 이송하였으므로 교육감은 이를 공포하였다. 이에 대하여 학생들은 위 조례에 대하여 무효확인소송을 제기하려 한다. 위 조례는 항고소송의 대상이 되는가?

▪ 해설 요지

경기도의회의 A분교 폐지에 관한 조례는 일반적으로 학교 또는 분교를 폐교하는 규정으로 정립된 것이 아니라 A분교 등 특정학교를 대상으로 한 것이라는 점에서 개별적 규율성이 인정된다. 또한 이 학교 재학 중이던 학생들은 구체적인 집행행위 없이도 이 조례에 의해 더 이상 이 학교에 다닐 수 없게 되었다는 점에서 영조물인 특정 초등학교를 이용할 권리를 직접적으로 침해받았다는 점에서 구체적 규율이라고 할 수 있다. 따라서 이 사건 조례는 항고소송의 대상인 행정처분에 해당한다.

[사례 5] 甲은 A시가 주민들의 복리를 위하여 설치한 시립체육문화회관 내 2층에서 종합스포츠용품판매점을 운영하고자 「공유재산 및 물품 관리법」 제20조 제1항에 따라 사용허가를 신청하였다. 이에 A시의 B시장은 甲에게 사용허가를 하면서, 스포츠용품 구매고객의 증가로 인해 회관 내 주차공간이 부족해질 것을 우려하여 회관 인근에 소재한 甲의 소유 토지 중 일부에 주차대수 규모가 5대인 주차장의 설치를 내용으로 하는 조건을 붙였다. 甲은 위 조건의 취소를 구하는 소송을 제기하였다. 법원은 위 조건이 위법하다고 하면서 조건만을 취소할 수 있는가?

▪ 해설 요지

- (1) 부관은 행정재산의 목적 외 사용의 목적과 취지에 비추어 볼 때, 공공용물인 체육문화 시설에는 이 시설을 위한 주차장이 이미 마련되어 있고, 용품판매점은 이 시설의 일부이므로, 그 외에 甲 소유 토지에 판매점을 위한 주차장을 별도로 설치하도록 하는 것은 부당결부일 수 있다. 그리고 사유토지임을 감안하면 주차장 규모(5대 면적)도 과도한 요구일 수 있다.
- (2) 주차장 설치 조건은 주된 행정행위인 사용허가와 분리가 가능하다고 볼 것이므로, 위법한 주차장 설치 조건에 대한 독립취소 판결이 가능하다.

-----  
○ 318쪽 판례 box 위에 추가

③ 검토

권력적 사실행위는 행정행위로서 ‘수인하명’과 사실행위로서 ‘집행행위’가 결합된 합성행위로서, 수인의무를 부과하고 있다는 점에서 수인하명설이 타당하다.

○ 325쪽 맨 아래에 추가

③ 검토

협의설에서 말하는 법규명령 이외의 경우는 그것에 근거한 행정처분에 대하여 상대방은 소를 제기하고 위헌위법명령심사로 다투면 되므로 협의설이 타당하다.

○ 332쪽 판례 box 위에 추가

※ 위의 ‘쟁송형태’에 관한 논의에 별도로 부관이 위법한 경우 독립하여 부관만을 취소할 수 있는지의 논의가 있다. 학설은 ① 재량행위와 기속행위를 구분하는 견해, ② 일부취소법리를 유추적용하는 견해, ③ 부관의 위법성을 기준으로 하는 견해 등이 있으며, 판

례는 재량행위의 경우 부담을 제외한 부관은 부관부 행정행위 전부를 취소해야 한다는 입장이다(대판 1994.1.25. 93누13537).

-----  
○ 335쪽 <8. 신고의 수리행위> 위에 추가

## 8. 통지

### (1) 의의

통지란 특정인 또는 불특정 다수인에게 특정사실을 알리는 행위이다. 따라서 통지는 행정청의 의사가 아니라 법령에 의하여 일정한 법적 효과를 발생한다는 점에서 준법률행위적 행정행위이며, 처분성이 인정된다.

### (2) 구별개념

- ① **효력발생요건으로서의 통지** : 요식행위의 문서교부 또는 송달이 이에 해당한다. 재임용을 거부하는 취지로 한 임용기간만료의 통지(대판 2004.4.22. 2000두7735) 속에는 처분성이 있는 재임용거부를 상대방에게 알려주는 효력발생요건으로서 통지의 의미도 포함되어 있다.
- ② **사실행위로서의 통지** : 정년퇴직발령통지(대판 1983.2.8. 81누263), 당연퇴직사유에 해당함을 알리는 인사발령통지(대판 1995.11.14. 95누2036), 수도사업자가 급수공사 신청자에게 하는 급수공사비납부통지(대판 1993.10.26. 93누6331) 등은 일정한 사실을 알리는 관념의 통지에 불과하다.

### (2) 종류

- ① 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, 조세채납자에 대한 독촉)가 있다.
- ② 다만 내용을 기준으로 할 경우 사업인정고시는 형성적 행위이고, 대집행계고는 작위하명, 납세의 독촉은 급부하명의 성질을 갖고 있어 통지를 독자적 행정행위로 보는 것에 의문이 제기도 한다.

### (3) 효과

통지의 효과는 행위자의 의사의 내용에 따라 발생하는 것이 아니고, 통지라는 행정청의 작용에 법률이 결부시킨 일정한 법적 효과에 따라 발생한다. 예컨대 과세관청의 소득금액변동통지는 원천징수무자인 법인으로 하여금 소득금액변동통지서에 기재된 소득처분의 내용에 따라 원천징수세액을 관할 세무서장 등에게 납부하여야 할 의무를 부담하게 되고(대판 2006.4.20. 200두1878), 토지수용법에 의한 사업인정고시는 토지수용법에 의하여 수용할 목적물의 범위가 확정되도록 한다(대판 1994.11.11. 93누19375).

<판례>

#### 토지수용법 제14조 소정의 사업인정의 법적 성격과 효력

토지수용법 제14조의 규정에 의한 사업인정은 그후 일정한 절차를 거칠 것을 조건으로 하여 일정한 내용의 수용권을 설정해 주는 행정처분의 성격을 띠는 것으로서 그 사업인정을 받음으로써 수용할 목적물의 범위가 확정되고 수용권으로 하여금 목적물에 관한 현재 및 장래의 권리자에게 대항할 수 있는 일종의 공법상의 권리로서의 효력을 발생시킨다(대판

1994.11.11. 93누19375).

**조교수에 대한 임용기간만료의 통지는 행정소송의 대상이 되는 처분**

기간제로 임용되어 임용기간이 만료된 국·공립대학의 조교수는 교원으로서의 능력과 자질에 관하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 받아 위 기준에 부합되면 특별한 사정이 없는 한 재임용되리라는 기대를 가지고 재임용 여부에 관하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 요구할 법규상 또는 조리상 신청권을 가진다고 할 것이니, 임용권자가 임용기간이 만료된 조교수에 대하여 재임용을 거부하는 취지로 한 임용기간만료의 통지는 위와 같은 대학교원의 법률관계에 영향을 주는 것으로서 행정소송의 대상이 되는 처분에 해당한다(대판 2004.4.22. 2000두7735).

○ 336쪽 판례 box 위에 추가

**<노동조합설립신고수리의 법적 성질>**

**1. 학설**

① 노동조합설립신고는 조합설립의 사실을 알리는 것이라고 보는 ‘수리를 요하지 않는 신고설’(형식적 요건설), ② 노동조합 설립신고는 그 신고증 교부의 동기를 부여하는 것이라고 보는 ‘수리를 요하는 신고설’(실질적 요건설)이 대립한다.

**2. 판례**

노동조합 및 노동관계조정법이 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).

**3. 검토**

① 노조법 제12조 제3항의 소극적 요건은 내용적 심사를 요하는 실질적 요건에 해당한다는 점(동법 제2조 제4호), ② 노조법 제12조 제4항은 신고증 교부(수리)의 경우 노조가 설립됨을 규정하고 있다는 점에서, 노동조합설립신고의 수리는 행정심판법 제2조 제1호의 처분에 해당한다. 따라서 실질적 요건설이 타당하다.

○ 337쪽 세 번째 판례(2011두6998) ->> 삭제

○ 341쪽 아래 판례 box의 윗줄 : 행정조직법상 행정기관 상호간의 행위는 원칙상 처분이 아니다. → 행정기관 상호간의 행위는 처분이 아니나, 인정되는 경우도 있다.

○ 342쪽 판례 box 마지막에 추가

**공정거래위원회의 입찰참가자격제한 등 요청 결정이 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하는지 여부(적극)**

공정거래위원회는 구 하도급법 제26조 제2항 후단에 따라 관계 행정기관의 장(註: 별점의 누산점수가 일정 기준을 초과하는 경우)에게 해당 사업자에 대한 입찰참가자격제한 등 요청 결정을 하게 되며, 이를 요청받은 관계 행정기관의 장은 특별한 사정이 없는 한 그 사업자

에 대하여 입찰참가자격제한 등의 처분을 해야 하므로, 사업자로서는 입찰참가자격제한 등 요청 결정이 있으면 장차 후속 처분으로 입찰참가자격이 제한되고 영업이 정지될 수 있는 등의 법률상 불이익이 존재한다. 이때 입찰참가자격제한 등 요청 결정이 있음을 알고 있는 사업자로 하여금 입찰참가자격제한처분 등에 대하여만 다룰 수 있도록 하는 것보다는 그에 앞서 직접 입찰참가자격제한 등 요청 결정의 적법성을 다룰 수 있도록 함으로써 분쟁을 조기에 근본적으로 해결하도록 하는 것이 법치행정의 원리에도 부합하므로, 공정거래위원회의 입찰참가자격제한 등 요청 결정은 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다(대판 2023.4.27. 2020두47892).

○ 345쪽 중간썸 : 확약이 허용되는 근거는, 법령이.....아니라 기속행정도 포함된다. → 법령등에서 당사자가 신청할 수 있는 처분을 규정하고 있는 경우 행정청은 당사자의 신청에 따라 장래에 어떤 처분을 하거나 하지 아니할 것을 내용으로 하는 의사표시(“확약”)를 할 수 있다(행정기본법 제40조의2 제1항). 따라서 행정청이 확약을 할 것인가의 여부는 행정청의 재량에 따른다. 그러나 확약의 대상에는 재량행정뿐 아니라 기속행정도 포함된다.

○ 349쪽 <(3) 국세기본법 제22조의3(개정 당시 제22조의2)의 해석>부터 다음 페이지의 판례 BOX 바로 위(.....타당하다고 한다.)까지 전부 삭제

○ 350쪽 판례 BOX의 두 번째 판례를 다음과 같이 함

**감액결정결정을 한 경우 항고소송의 대상은 경정처분으로 인하여 감액되고 남아 있는 당초의 처분**

[1] 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).

[2] 행정청이 산업재해보상보험법에 의한 보험급여 수급자에 대하여 부당이득 징수결정을 한 후 징수결정의 하자를 이유로 징수금 액수를 감액하는 경우에 감액처분은 감액된 징수금 부분에 관해서만 법적 효과가 미치는 것으로서 당초 징수결정과 별개 독립의 징수금 결정처분이 아니라 그 실질은 처음 징수결정의 변경이고, 그에 의하여 징수금의 일부취소라는 징수의무자에게 유리한 결과를 가져오는 처분이므로 징수의무자에게는 그 취소를 구할 소의 이익이 없다(대판 2012.9.27. 2011두27247).

○ 360쪽 : [사례3] 추가

X시장의 환지예정지정처분(이하 ‘이 사건 처분’이라 함)으로 불이익을 입은 甲은 이 사건 처분이 위법하다는 이유로 취소심판을 청구하였고 행정심판위원회는 처분의 위법을 인정하였다. 다만 행정심판위원회는 이 사건 처분이 취소될 경우 다수의 이해관계인에 대한 환지 예정지정처분까지도 변경됨으로써 기존의 사실관계가 뒤집어지고 새로운 사실관계가 형성되는 혼란이 발생할 수 있다는 이유로 이 사건 처분을 취소하는 것이 공공복리에 크게 위배된다고 인정하여 위 심판청구를 기각하는 재결을 하였다. 甲이 이에 불복하여 취소소송을 제기할 경우 그 대상에 대하여 설명하시오. (공인노무사 2021)

▪ **해설 요지**

사정재결에 대하여는 원처분을 취소하더라도 현저히 공공복리에 적합하지 않는 것이 아니라

는 등의 이유를 들어 재결취소의 소 등을 제기할 수 있다. 기각재결이 재결에 고유한 하자  
로 인하여 취소된 경우에 행정심판기관은 다시 재결을 하여야 한다.

○ 362쪽 맨 아래 : ⇨ 357쪽에서 상술함 ->>

⇨ 상세히는 후술하는 <4. 일부취소와 적극적 변경재결의 경우 항고소송의 대상>에서 설명함

○ 365쪽

- 아래에서 8행 : 각하재결을 → 각하판결을

- 그 아래줄 : 기각재결을 → 기각판결을

○ 367쪽 아래에서 2행 : 90일 이내에 → 30일 이내에

○ 374쪽 판례 심화학습(2015두47492) 위에 추가

초등학교장이 학부모에게 “교육활동 침해행위인 반복적 부당한 간섭을 중단하도록 권고”하 는 조치는 항고소송의 대상이 되는 행정처분임 (대법원 2023.9.14. 선고 2023두37858 판 결)
---

**【원고, 피상고인】** ○○○ (이하 甲이라 함)

**【피고, 상고인】** △△초등학교장 (이하 乙이라 함)

**【사실관계】**

甲은 2021년에 A가 담임교사인 △△초등학교(이하 ‘이 사건 학교’라고 한다) ○학년 ○반에 재학하였던 B의 어머니이다.

甲은 A가 잘못된 학생의 이름을 칠판에 붙이는 벌점제를 운영하고, 벌점을 받은 학생에게 방과 후 청소를 시키는 등의 교육방법에 문제가 있다고 하며 A와 교장 乙에게 담임교사의 교체를 지속적으로 요구하면서 관계 기관에 수차례 민원을 제기하였다.

△는 2021. 7. 6. 乙에게 “甲의 교권 침해 활동과 민원제기로 인해 극심한 스트레스를 받아 정신적 충격이 큼. 더 이상의 교권 침해 활동과 민원제기를 금해 주실 것을 요청함”라는 내용의 교육활동 침해사안 신고서를 제출하였다.

乙은 2021. 7. 15. 이 사건 학교 교권보호위원회의 심의를 거친 후 2021. 7. 20. 甲에게 아래와 같은 행위(이하 ‘이 사건 행위’라고 한다)를 하였다는 이유로 구 「교원의 지위 향상 및 교육활동 보호를 위한 특별법」(2021. 3. 23. 법률 제17952호로 개정되기 전의 것) 제 15조 제1, 2항에 따라 “교육활동 침해행위인 반복적 부당한 간섭을 중단하도록 권고”하는 조치(이하 ‘이 사건 조치’라고 한다)를 하였다.

조치이유(교육활동 침해행위의 요지)
<b>■ 부당한 담임교체 요구</b>
- 2021. 4. 21. (1차 등교거부), 5. 4.~5. 17.(2차 등교거부), 등교와 등교 거부를 반복하며 교장, 교감에게 담임교체를 요구
- 2021. 5. 3. 담임 손을 잡고 아이를 못 맡기겠다고 하고 담임에게 쉬기를 권함
- 2021. 5. 17. 교장에게 해당 교사에 대한 수업장학을 등교부터 하교까지 무기한 하라고 함. 하자는 대로 안하면 다친다는 표현과 함께 담임 교체 요구. 사건발생일로부터 현재까지 민원제기

甲은 교권보호위원회조치처분 취소소송을 제기하였다.

**【제1심 판단】**

**1. 피고 乙의 본안전 항변**

“피고는 원고에게 이 사건 조치에 따른 이행을 강제할 수 없으므로, 위와 같은 권고는 원고에게 불이익을 초래하는 법률적 효과를 발생한다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 조치는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않으므로, 이 사건 조치의 취소를 구하는 이 사건 소는 부적법하여 각하되어야 한다.”

**2. 판단**

**(1) 본안전 항변에 대한 판단**

교육활동 침해행위로 피해를 입은 교원의 치유와 교권 회복에 필요한 보호조치로서 피고는 해당 행위가 침해행위인지 여부를 판단한 후 침해행위자로 인정된 자에 대하여 구 교원지위법 제15조 제2항 제3호에 따라 교육활동 침해행위를 중단하는 내용의 권고 조치를 할 수 있는데, 피고는 위 권고 조치에 따라 침해행위자에게 권고 사항의 이행을 직접적으로 강제할 수는 없다고 하더라도 위 침해행위로 피해를 입은 교원의 보호조치에 필요한 비용은 침해행위자 등이 부담하여야 하고, 경우에 따라 그 비용을 관할청이 부담한 후 침해행위자에 대하여 구상권을 행사할 수 있는 점, 피고에 의하여 침해행위자로 인정된 자는 그 손해배상의 청구를 당할 수 있다는 압박감에 의하여 침해행위로 인정된 행위를 중단하게 되어 그 권고사항의 이행이 사실상 강제될 수 있는 점, 피고의 권고 조치는 교육활동 침해행위에 대한 사실 인정과 불가분의 일체로 행하여지는 것인데, 교육활동 침해행위에 대한 사실 인정은 피고에 의하여 그러한 행위를 한 자로 결정된 자의 명예감정뿐만 아니라 품성, 덕행, 명성, 신용 등 인격적 가치에 관하여 사회로부터 받는 객관적인 평가인 명예에 영향을 미치는 행위라고 할 것인 점, 보호조치를 한 학교의 장은 관할청에 교육활동 침해행위의 내용과 보호조치 결과를 보고하여야 하며, 보고받은 관할청은 교육활동 침해행위로 피해를 입은 교원이 요청하는 경우 수사기관에 교육활동 침해행위자를 고발할 수도 있는 점, 학교의 장에 의하여 교육활동 침해행위자로 인정되는 경우 이와 같은 법적인 불이익이 발생하므로 원고에게 교육활동 침해행위가 인정됨을 전제로 하는 이 사건 조치에 대한 불복절차를 마련하여 권리구제의 기회를 부여할 필요가 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 조치는 원고의 구체적인 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 행위로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 봄이 상당하다. 따라서 피고의 본안전 항변은 이유 없다.

**(2) 본안에 대한 판단**

“원고의 청구는 이유 없으므로 이를 기각한다.” 甲의 항소

**【항소심 판단】**

**(1) 본안전 항변에 대한 판단**

제1심 판단과 동일함

(2) 본안에 대한 판단

“...(중략)...담임교사의 교육방법이 ‘정당한 교육활동’에 해당한다고 볼 수는 없으므로, 이에 대한 학부모인 원고의 문제제기를 ‘부당한 간섭’이라고 할 수 없다...(중략)...

원고의 청구는 이유 있으므로 이를 인용하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로, 원고의 항소를 받아들여 제1심판결을 취소하고 이 사건 처분을 취소한다.” 乙의 상고

【대법원 판결요지】

(1) 본안전 항변에 대한 판단

원심(항소심) 판단과 동일함

(2) 본안에 대한 판단

“피해아동의 어머니가 반복적으로 담임교체를 요구한 행위는 교육활동 침해행위에 해당한다...(중략)...원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송한다.”

○ 374쪽 아래에서 3행 : 교육부장관이 → 대통령이

○ 397쪽 아래에서 5행 : 서명) → 서명

○ 399쪽 [사례 2]와 [사례 3] 추가

[사례 2]

국민건강보험공단은 甲이 국민건강보험법 규정에 따라 건강보험의 직장가입자로서의 요건을 갖추고 있음에도 그 자격이 누락되어 있음을 확인하고 甲에게 보험료부과처분을 하였다. 이에 甲은 이를 전액 납부하였다. 나중에 위 보험료부과처분에 취소사유에 해당하는 하자가 있다는 사실을 알게 되었다. 甲이 이미 납부한 보험료를 돌려받기 위하여 취소소송과 부당이득반환청구소송을 병합하여 제기할 수 있는가?

■ 해설 요지

甲이 이미 납부한 보험료에 대하여 부당이득반환청구소송을 제기한다면 보험료부과처분취소소송과 부당이득반환청구소송은 병합의 대상이 되는 관련청구소송에 속함. 따라서 甲은 원시적 또는 후발적으로 보험료부과처분취소소송에 부당이득반환청구소송을 병합할 수 있음

[사례 3]

서울시는 A지구 공원부지의 양쪽도로를 연결하는 연결도로가 없어, 위 공원부지 및 인근임야에 걸쳐 위 양쪽도로를 연결하는 U자형 우회도로를 개설하기로 하고 도시시설의 입안·공람공고 후 도시계획시설(도로)결정을 하여 관보에 게재하고, 위 도시계획시설(도로)에 대한 도시계획사업실시계획을 인가하고 이를 공고하는 등 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에서 정한 바에 따라 절차를 마쳤다.

甲은 위 우회도로개설로 인하여 소유임야 상당부분이 도로로 편입될 것이 예상되자, 위 도시계획시설결정과 그 실시계획인가는 절차 및 내용에 중대하고 명백한 하자가 있어 무효이고 그렇지 않다고 하더라도 위법하므로 취소되어야 한다고 주장하며 그 무효등확인소송을 주위적 청구로, 그 취소소송을 예비적 청구로 소를 제기하였다. 이러한 소송제기 방식은 적절한지 설명하시오.

■ 해설 요지



무효등확인소송과 취소소송은 양립할 수 없는 청구이므로 단순병합이나 선택적 병합은 허용되지 아니하므로 甲이 무효등확인소송을 주위적 청구로 취소소송을 예비적 청구로 병합하는 제기한 위 소송형태는 적절하다.

○ 399쪽

- <2. 행정소송법에 의한 병합과 민사소송법에 의한 병합의 관계> 부분을 전부 삭제

○ 404쪽 [사례해설] 위에 추가

(3) 준용규정

행정소송법 제10조는 취소소송에 관련청구소송을 병합하여 제기할 수 있는 근거를 두고, 이를 무효등확인소송(제38조 제1항), 부작위위법확인소송(제38조 제2항), 당사자소송(제44조 제1항)에 준용한다.

○ 405쪽 <04 행정심판의 전치> 다음에 추가

**행정소송법 제18조(행정심판과의 관계)**

- ① 취소소송은 법령의 규정에 의하여 당해 처분에 대한 행정심판을 제기할 수 있는 경우에도 이를 거치지 아니하고 제기할 수 있다. 다만, 다른 법률에 당해 처분에 대한 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 취소소송을 제기할 수 없다는 규정이 있는 때에는 그러하지 아니하다.
- ② 제1항 단서의 경우에도 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 때에는 행정심판의 재결을 거치지 아니하고 취소소송을 제기할 수 있다.
  - 1. 행정심판청구가 있는 날로부터 60일이 지나도 재결이 없는 때
  - 2. 처분의 집행 또는 절차의 속행으로 생길 중대한 손해를 예방하여야 할 긴급한 필요가 있는 때
  - 3. 법령의 규정에 의한 행정심판기관이 의결 또는 재결을 하지 못할 사유가 있는 때
  - 4. 그 밖의 정당한 사유가 있는 때
- ③ 제1항 단서의 경우에도 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 때에는 행정심판을 제기함이 없이 취소소송을 제기할 수 있다.
  - 1. 동종사건에 관하여 이미 행정심판의 기각재결이 있는 때
  - 2. 서로 내용상 관련되는 처분 또는 같은 목적을 위하여 단계적으로 진행되는 처분중 어느 하나가 이미 행정심판의 재결을 거친 때
  - 3. 행정청이 사실심의 변론종결후 소송의 대상인 처분을 변경하여 당해 변경된 처분에 관하여 소를 제기하는 때
  - 4. 처분을 행한 행정청이 행정심판을 거칠 필요가 없다고 잘못 알린 때
- ④ 제2항 및 제3항의 규정에 의한 사유는 이를 소명하여야 한다.

○ 405쪽 [사례] 추가

A중앙행정기관 소속 6급 공무원인 甲은 업무수행 중 근무지를 이탈하고 금품을 수수하는 등의 직무의무 위반행위를 하였다. 甲의 행위에 대하여 징계위원회가 감봉 1월의 징계를 의결하였고 그에 따라 동일한 내용의 징계처분이 내려졌다. 甲은 그 징계처분에 대하여 취소소송을 제기하고자 한다. 이 경우 반드시 행정심판절차를 거쳐야 하는가?

▪ 해결 요지

공무원 징계처분, 그 밖에 본인의 의사에 반한 불리한 처분이나 부작위에 관한 행정소송은 소청심사위원회의 심사·결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다(국가공무원법 제16조 제1항). 甲은 취소소송을 제기하기에 앞서 특별행정심판으로서 소청심사절차를 반드시 거쳐야 한다.

○ 411쪽 판례 BOX의 두 번째 판례로 추가

**행정소송법 제18조 제3항 제3호에서 행정심판의 제기 없이도 행정소송을 제기할 수 있는 경우에 규정하고 있는 “서로 내용상 관련되는 처분”의 사례**

행정관청이 노동조합에 대하여 자료제출요구를 한 뒤 이에 불응하자 2, 3차로 다시 제출요구를 한 사안에서, 원고 노동조합이 거친 행정심판의 재결서의 청구취지에는 3차 자료제출요구를 그 대상으로 한 것처럼 되어 있기는 하나 재결이유에서는 1, 2, 3차의 자료제출요구를 아울러 판단한 것으로 되어 있어, 거기에는 1차 요구처분이 포함되어 있는 것으로 볼 수 있을 것이고, 또 이를 형식적으로 보아 3차 자료제출요구를 그 대상으로 한 것이라고 본다고 하여도 1차 자료제출요구와 그 분쟁사유가 공통되어 서로 상관관계가 있어 행정소송법 제18조 제3항 제2호 소정의 “서로 내용상 관련되는 처분”에 해당하는 것으로 볼 수도 있을 것이고, 그렇게 본다면 3차 자료제출요구에 대하여 행정심판을 거친 이상 위 1차 요구처분에 대하여 별도의 행정심판을 거치지 아니하더라도 행정소송을 제기할 수 있는 것으로 보아야 한다(대판 1994.2.22. 93누21156).

○ 412쪽 <05 제소기간> 다음에 추가

**행정소송법 제20조(제소기간)**

① 취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다. 다만, 제18조제1항 단서에 규정한 경우와 그 밖에 행정심판청구를 할 수 있는 경우 또는 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에 행정심판청구가 있는 때의 기간은 재결서의 정본을 송달받은 날부터 기산한다.

② 취소소송은 처분등이 있는 날부터 1년(제1항 단서의 경우는 재결이 있는 날부터 1년)을 경과하면 이를 제기하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

③ 제1항의 규정에 의한 기간은 불변기간으로 한다

○ 412쪽 [사례2] 추가

甲은 2018. 11. 1.부터 A시 소재의 3층 건물의 1층에서 일반음식점을 운영해 왔는데, 관할 행정청인 A시의 시장 乙은 2019. 12. 26. 甲이 접대부를 고용하여 영업을 했다는 이유로 甲에 대하여 3월의 영업정지처분을 하였다. 이에 대하여 甲은 문제가 된 여성은 접대부가 아니라 일반 종업원이라는 점을 주장하면서 3월의 영업정지처분의 취소를 구하는 행정심판을 청구했다. 관할 행정심판위원회는 2020. 3. 6. 甲에 대한 3월의 영업정지처분을 1월의 영업정지처분으로 변경하라는 일부인용재결을 하였고, 2020. 3. 10. 그 재결서 정본이 甲에게 도달하였다. 乙은 행정심판위원회의 재결내용에 따라 2020. 3. 17. 甲에 대하여 1월의 영업정지처분을 하였고, 향후 같은 위반사유로 제재처분을 받을 경우 식품위생법 시행규칙 별표의 행정처분기준에 따라 가중적 제재처분이 내려진다는 점까지 乙은 甲에게 안내했다. 행정심

판을 통해서 구제를 받지 못했다고 생각한 甲은 2020. 6. 15. 취소소송을 제기하고자 한다. 甲이 제기하는 취소소송의 대상적격, 피고적격, 제소기간에 대하여 논하시오. (공인노무사 2020)

▪ 해설 요지

- (1) 甲은 변경된 내용의 영업정지처분을 대상으로 취소소송을 제기하여야 한다. 즉 취소소송의 대상인 처분은 1월의 영업정지처분으로 변경된 내용의 2019. 12. 26.자 처분이다.
- (2) A시의 시장 乙은 식품위생법령에 따라 영업정지처분 부과의 권한을 갖고 있어 2019. 12. 26.자 처분의 취소를 구하는 소송에서 피고에 해당한다.
- (3) 적법하게 행정심판을 거친 경우이므로 재결서의 정본이 도달된 날(2020.3. 10)이 제소기간의 기산점이다. 따라서 만일 甲이 재결서 정본을 송달받은 날로부터 90일이 경과한 이후(2020.6.15)에 소를 제기한다면 부적법하다.

○ 414쪽 판례 box ->> 삭제

○ 421쪽 <(4) 불고지.오고지의 경우> 전부를 삭제(중간에 판례 box-2000두6916도 삭제)하고 그 자리에 다음을 추가

**<불고지.오고지의 경우>**

**1. 행정심판법 제27조 제5항의 유추적용 여부**

**(1) 문제점**  
 행정심판법은 “행정청이 심판청구 기간을 제1항에 규정된 기간(註: 처분이 있음을 알게 된 날부터 90일 이내)보다 긴 기간으로 잘못 알린 경우 그 잘못 알린 기간에 심판청구가 있으면 그 행정심판은 제1항에 규정된 기간에 청구된 것으로 본다.”는 특별규정을 두고 있으나(제27조 제5항), 행정소송법에는 이러한 규정을 두고 있지 않다. 행정청이 행정심판청구기간을 법정기간보다 길게 잘못 알려준 경우에도 행정심판법 제27조 제5항을 유추적용하여 고지한 기간 내에 행정소송을 제기하면 법정 제소기간 내에 제기한 소로 볼 수 있는지 문제된다.

**(2) 학설**

① **긍정설** : ㉠ 행정소송법에는 행정심판법 제27조 제5항과 같은 규정이 없다는 사유로 이를 유추적용하는 것도 허용하지 아니한다는 것은 행정심판과 행정소송 제기기간을 명확하게 인식하지 못하는 당사자의 통상 인식에 반하고, ㉡ 행정심판을 제기하였다면 행정심판법 제27조 제5항에 의하여 구제를 받을 수 있으나 이를 거치지 않고 행정소송을 제기하면 구제를 받을 수 없다는 것은 행정소송법 제18조가 행정소송의 자유선택주의를 규정한 입법취지에 어긋난다는 점을 근거로 유추적용을 인정하여야 한다는 견해이다.

② **부정설** : ㉠ 행정소송은 행정심판과 별개의 제도이고 별개의 법령이 적용되는 것이므로 행정소송법에 불변기간의 특칙을 인정하는 명문규정이 없는 이상 이를 인정할 수 없고, ㉡ 당사자가 책임질 수 없는 사유에 의하여 제소기간이 도과된 경우에는 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제173조 제1항의 소송행위 추후보완 제도에 의해서 구제될 수 있다는 점 등을 근거로 유추적용을 인정할 수 없다는 견해이다.

**(3) 판례**

행정청이 법정 심판청구기간보다 긴 기간으로 잘못 알린 경우에 그 잘못 알린 기간 내에 심판청구가 있으면 그 심판청구는 법정 심판청구기간 내에 제기된 것으로 본다는 취지의 행정심판법 규정은 행정심판 제기에 관하여 적용되는 규정이지, 행정소송 제기에도 당연히 적용되는 규정이라고 할 수는 없다(대판 2001.5.8., 2000두6916).

## 2. 소송행위의 추후보완사유에 해당하는지 여부

### (1) 문제점

행정청이 잘못 고지한 것을 믿고 그 기간 내에 행정심판이나 행정소송을 제기하면 된다고 잘못 생각하고 제소기간을 도과한 경우, 이러한 사유는 '당사자가 책임질 수 없는 사유'에 해당하여 소송행위의 추후보완(행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제173조 제1항)이 인정될 것인지 문제된다.

### (2) 판례

행정심판과 행정소송은 그 성질, 불복사유, 제기기간, 판단기관 등에서 본질적인 차이점이 있고, 임의적 전치주의는 당사자가 행정심판과 행정소송의 유·불리를 스스로 판단하여 행정심판을 거칠지 여부를 선택할 수 있도록 한 취지에 불과하므로 어느 쟁송 형태를 취한 이상 그 쟁송에는 그에 관련된 법률 규정만이 적용될 것이지 두 쟁송 형태에 관련된 규정을 통틀어 당사자에게 유리한 규정만이 적용된다고 할 수는 없으며, 행정처분이나 그 이후 행정청으로부터 행정심판 제기기간에 관하여 법정 심판청구기간보다 긴 기간으로 잘못 통지받은 경우에 보호할 신뢰 이익은 그 통지받은 기간 내에 행정심판을 제기한 경우에 한하는 것이지 행정소송을 제기한 경우에까지 확대된다고 할 수 없으므로, 당사자가 행정처분이나 그 이후 행정청으로부터 행정심판 제기기간에 관하여 법정 심판청구기간보다 긴 기간으로 잘못 통지받아 행정소송법상 법정 제소기간을 도과하였다고 하더라도, 그것이 당사자가 책임질 수 없는 사유로 인한 것이라고 할 수는 없다(대판 2001.5.8., 2000두6916).

○ 423쪽 <5. 제소기간과 관련된 특수문제> 다음에 추가

[사례] 중기계를 생산하는 제조회사에 근무하는 甲은 골절 등의 업무상 사고로 인하여 상해를 입었음을 이유로 근로복지공단으로부터 휴업급여와 장애급여 등의 지급결정을 받았다. 그 후 근로복지공단은 甲이 실제 상해를 입지 않았음에도 허위로 지급신청서를 작성하여 급여지급결정을 받은 사실을 들어 甲에 대한 급여지급결정을 취소하였고, 甲은 급여지급결정의 취소처분서를 2021. 1. 7. 직접 수령하였다. 이와 함께 근로복지공단은 이미 甲에게 지급된 급여액에 해당하는 금액을 부당이득으로 징수하였다. 한편, 甲은 위 급여지급결정 취소처분이 위법함을 이유로 2021. 5. 7. 급여지급결정 취소처분에 대한 무효확인소송을 제기하였다. 위 무효확인소송의 계속 중 甲은 추가적으로 급여지급결정 취소처분의 취소를 구하는 소를 병합하여 제기할 수 있는가? (공인노무사 2021)

#### ■ 해설 요지

- (1) 청구병합이 적법하기 위하여는 병합된 각 청구가 모두 일반적 소송요건을 구비하고 있어야 한다. 사안에서 특별히 문제될 만한 소송요건은 없고, 추가로 병합된 취소청구의 소가 적법한 제소기간 내에 제기된 것인지 문제된다.
- (2) 같은 행정심판을 청구하지 않았다. 이 경우 판례에 따르면, 추가적으로 병합하는 취소소송이 제소기간을 준수한지는 처분서를 수령하여 처분이 있음을 알게 된 2021. 1. 7.

로부터 90일 이내에 주위적 청구인 무효확인소송을 제기하였는지를 기준으로 판단한다. 그러나 사안에서 같은 이 기간을 초과하였으므로 예비적 청구인 취소소송 제기는 부적법하다.

○ 424쪽 판례 BOX의 두 번째로 추가

**민사소송을 항고소송으로 소 변경을 한 경우, 그 항고소송에 대한 제소기간 준수 여부를 판단하는 기준 시기(=처음 소를 제기한 때)**

민사소송법 제40조 제1항은 “이송결정이 확정된 때에는 소송은 처음부터 이송받은 법원에 계속된 것으로 본다.”라고 규정하고 있다. 한편 행정소송법 제21조 제1항, 제4항, 제37조, 제42조, 제14조 제4항은 행정소송 사이의 소 변경이 있는 경우 처음 소를 제기한 때에 변경된 청구에 관한 소송이 제기된 것으로 보도록 규정하고 있다. 이러한 규정 내용 및 취지 등에 비추어 보면, 원고가 행정소송법상 항고소송으로 제기해야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기한 경우에 수소법원이 그 항고소송에 대한 관할을 가지고 있지 아니하여 관할법원에 이송하는 결정을 하였고, 그 이송결정이 확정된 후 원고가 항고소송으로 소 변경을 하였다면, 그 항고소송에 대한 제소기간의 준수 여부는 원칙적으로 처음에 소를 제기한 때를 기준으로 판단하여야 한다(대판 2022.11.17. 2021두44425).

○ 426쪽 <06 소의 변경> 다음에 추가

**행정소송법 제21조(소의 변경)**  
① 법원은 취소소송을 당해 처분등에 관계되는 사무가 귀속하는 국가 또는 공공단체에 대한 당사자소송 또는 취소소송외의 항고소송으로 변경하는 것이 상당하다고 인정할 때에는 청구의 기초에 변경이 없는 한 사실심의 변론종결시까지 원고의 신청에 의하여 결정으로써 소의 변경을 허가할 수 있다.  
② 제1항의 규정에 의한 허가를 하는 경우 피고를 달리하게 될 때에는 법원은 새로이 피고로 될 자의 의견을 들어야 한다.  
③ 제1항의 규정에 의한 허가결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다.  
④ 제1항의 규정에 의한 허가결정에 대하여는 제14조 제2항.제4항 및 제5항의 규정을 준용한다.  
**제22조(처분변경으로 인한 소의 변경)**  
① 법원은 행정청이 소송의 대상인 처분을 소가 제기된 후 변경한 때에는 원고의 신청에 의하여 결정으로써 청구의 취지 또는 원인의 변경을 허가할 수 있다.  
② 제1항의 규정에 의한 신청은 처분의 변경이 있음을 안 날로부터 60일 이내에 하여야 한다.  
③ 제1항의 규정에 의하여 변경되는 청구는 제18조 제1항 단서의 규정에 의한 요건을 갖춘 것으로 본다

○ 431쪽

- <(2) 항고소송과 민사소송 사이의 소의 변경>를 삭제(판례 box-97다42250도 삭제)하고 그 자리에 다음을 추가

## (2) 민사소송에서 항고소송으로의 소의 변경

### ① 문제점

예컨대 공무원연금법상의 각종 급여를 지급받지 못하였음을 이유로 그 지급을 구하는 민사소송을 제기하였다가 급여지급거부처분에 대한 취소소송으로 소의 종류를 변경하는 것을 민사소송법 제262조의 청구의 변경에 관한 규정을 준용하여 허용할 수 있는지 문제된다.

### ② 학설

㉠ 부정설 : 민사소송법상의 소의 변경은 법원과 당사자의 동일성을 유지하면서 동종의 절차에서 심리될 수 있는 경우에만 가능한 것이므로, i) 피고의 변경을 수반하며, ii) 서로 관할법원이 다른 민사소송과 행정소송 사이의 변경은 허용되지 않는다고 한다.

㉡ 긍정설 : i) 피고가 국가 등에서 처분청으로 변경되지만 양당사자는 실질에 있어서 동일성이 유지되고 있고, ii) 민사소송과 항고소송은 관할법원을 달리하는 문제가 있지만, 현재는 행정소송도 3심제이고 행정법원은 일반 사법법원으로부터 독립된 법원이 아니라 사법법원의 하나로서 전문법원에 불과한 것이므로, 민사소송과 항고소송 사이의 소의 변경을 허용할 수 있다고 한다.

### ③ 판례

원고가 고의 또는 중대한 과실 없이 행정소송으로 제기하여야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기한 경우 수소법원으로서만 약 그 행정소송에 대한 관할도 동시에 가지고 있는 경우라면, 행정소송으로서의 전심절차 및 제소기간을 도과하였거나 행정소송의 대상이 되는 처분 등이 존재하지도 아니한 상태에 있는 등 행정소송으로서의 소송요건을 결하고 있음이 명백하여 행정소송으로 제기되었더라도 어차피 부적법하게 되는 경우가 아닌 이상, 원고로 하여금 항고소송으로 소 변경을 하도록 하여 그 1심법원으로 심리·판단하여야 한다(대판 1999.11.26. 97다42250).

### ④ 검토

당사자 권리 구제나 소송경제의 측면에서 원고로 하여금 항고소송으로 소 변경을 하려는 취지인지를 석명권을 행사하는 등으로 명확히 하여 항고소송으로 변경되면 그에 대한 제1심법원으로서 그 사건을 심리·판단함이 타당하다고 본다. 이것이 판례의 입장이기도 하다.

## (3) 공법상 당사자소송에서 민사소송으로의 소의 변경

판례는 공법상 당사자소송에 대하여 청구의 기초가 바뀌지 아니하는 한도 안에서 민사소송으로 소 변경이 가능하다고 한다(대판 2023.6.29. 2022두44262).

그 근거로 ① 민사소송법 제262조에 따라 그 청구의 기초가 바뀌지 아니하는 한도 안에서 변론을 종결할 때까지 청구의 취지를 변경할 수 있다는 점, ② 민사소송에서 항고소송으로의 소 변경이 허용되는 이상, 공법상 당사자소송과 민사소송이 서로 다른 소송절차에 해당한다는 이유만으로 청구기초의 동일성이 없다고 해석하여 양자 간의 소 변경을 허용하지 않을 이유가 없다는 점, ③ 공법상 당사자소송의 대상과 민사소송의 대상을 구분하는 것이 쉽지 않고, 소송 진행 도중의 사정변경 등으로 인해 공법상 당사자소송으로 제기된 소를 민사소송으로 변경할 필요가 발생하는 경우도 있으며, 이미 제기한 소를 취하하고 새로 민사상의 소를 제기하도록 하는 것은 당사자의 권리구제나 소송경제의 측면에서도 바람직하지 않

다는 점을 들고 있다.

---

○ 432쪽 <(1) 부작위에 대하여 부작위위법확인소송을 제기한 후 행정청의 거부처분이 있는 경우>의 본문을 다음으로 대체

① 문제점

거부처분이 있었음에도 부작위인줄 알고 부작위위법확인소송을 제기한 경우에는 행정소송법 제37조와 제21조에 의해 부작위위법확인소송을 취소소송으로 변경하는 것이 가능하다.

그러나 부작위에 대하여 부작위위법확인소송을 제기한 후 행정청의 거부처분이 있는 경우에 행정소송법 제22조(처분변경으로 인한 소의 변경)가 부작위위법확인소송에 준용되고 있지 않으므로 행정소송법 제37조, 제21조에 의해 거부처분에 대한 취소소송으로 변경하는 것이 가능한지 문제된다.

② 학설

㉠ 부정설 : 행정소송법 제21조의 취지가 행정소송 간에 소송의 종류의 선택을 잘못 할 위험이 있어 이 규정에 의해 소의 종류의 변경을 인정한 것이라면 부작위에서 거부처분으로 발전된 사안과 같은 경우에는 입법취지를 고려하여 부작위위법확인소송에서 거부처분 취소소송으로 변경하는 것을 허용할 수 없다는 견해이다.

㉡ 긍정설 : 입법론으로서의 사안과 같은 경우에 행정소송법 제22조의 처분변경에 의한 소의 변경규정을 준용하는 것이 타당하지만 부작위위법확인소송에 이를 준용하지 않고 있으므로(이는 입법의 불비라고 함) 행정소송법 제21조를 적용하여 부작위에서 거부처분으로 발전한 경우에도 소의 종류의 변경으로서 가능하다고 보는 견해이다.

③ 판례

판례는 “당사자가 동일한 신청에 대하여 부작위위법확인의 소를 제기하였으나 그 후 소극적 처분이 있다고 보아 처분취소소송으로 소를 교환적으로 변경한 후 여기에 부작위위법확인의 소를 추가적으로 병합한 경우, 최초의 부작위위법확인의 소가 적법한 제소기간 내에 제기된 이상 그 후 처분취소소송으로의 교환적 변경과 처분취소소송에의 추가적 변경 등의 과정을 거쳤다고 하더라도 여전히 제소기간을 준수한 것으로 봄이 상당하다.”(대판 2009.7.23. 2008두10560)고 하여 이를 인정하는 것으로 보인다.

④ 검토

소변경을 부정하는 견해에 의하면 기왕에 제기한 부작위위법확인소송을 취하하고 새로이 거부처분에 대한 취소소송을 제기할 수밖에 없는데, 이는 소송경제상으로 불합리하므로 소변경을 허용하는 것이 타당하다. 따라서 부작위에서 거부처분으로 발전한 경우에도 행정소송법 제21조를 적용하여 부작위위법확인소송을 취소소송으로 변경하는 것이 가능하다고 보아 입법의 불비를 해석을 통해 보완하여야 할 것이다(긍정설).

---

○ 433쪽 <07 행정소송에서의 임시구제> 다음에 추가

**행정소송법 제23조(집행정지)**

- ① 취소소송의 제기는 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다.
- ② 취소소송이 제기된 경우에 처분등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지(이하 "집행정지"라 한다)를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.
- ③ 집행정지는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 허용되지 아니한다.
- ④ 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정을 신청함에 있어서는 그 이유에 대한 소명이 있어야 한다.
- ⑤ 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정 또는 기각의 결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다. 이 경우 집행정지의 결정에 대한 즉시항고에는 결정의 집행을 정지하는 효력이 없다.
- ⑥ 제30조 제1항의 규정은 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정에 이를 준용한다.

**제24조(집행정지의 취소)**

- ① 집행정지의 결정이 확정된 후 집행정지가 공공복리에 중대한 영향을 미치거나 그 정지 사유가 없어진 때에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 집행정지의 결정을 취소할 수 있다.
- ② 제1항의 규정에 의한 집행정지결정의 취소결과과 이에 대한 불복의 경우에는 제23조 제4항 및 제5항의 규정을 준용한다.

○ 434쪽 8행 : 속행을 정지시키는 → 절차의 속행을 정지시키는

○ 435쪽

- 8행 : 개관적 → 객관적

- <㉠ 부정설> 3행 : 대상으로 될 수 → 대상이 될 수

○ 437쪽 <① 본안이 계속중일 것> 2행 : (대판 1999 → (대결 1999

○ 442쪽 <3. 판례> 4행에서 밑줄 긋기 : 승소가능성의 정도 등을

○ 444쪽 <③ 시간적 범위>에서 첫 번째 단락(집행정지에는 처분권주의가..... 향해서만 계상)을 다음으로 대체

법원이 집행정지를 결정하는 경우 그 종기는 본안판결 선고일부터 30일 이내의 범위에서 정한다. 다만, 법원은 당사자의 의사, 회복하기 어려운 손해의 내용 및 그 성질, 본안 청구의 승소가능성 등을 고려하여 달리 정할 수 있다(행정소송규칙 제10조). 그리고 집행정지는 장래에 향하여 효력을 갖는다(☞ 퇴학처분의 효력정지에도 수업일수는 장래에 향해서만 계상).



○ 445쪽 맨 아래에 추가

**(12) 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」 제17조의4에 따른 집행정지 시 의견 청취**

법원이 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」 제17조의4 제1항에 따라 집행정지 결정(註: 가해학생에 대한 조치의 집행정지 결정)을 하기 위하여 피해학생 또는 그 보호자(“피해학생 등”)의 의견을 청취하여야 하는 경우에는 심문기일을 지정하여 피해학생등의 의견을 청취하는 방법으로 한다. 다만, 특별한 사정이 있는 경우에는 기한을 정하여 피해학생등에게 의견의 진술을 갈음하는 의견서를 제출하게 하는 방법으로 할 수 있다(행정소송규칙 제10조의2 제1항).

○ 447쪽 아래쪽의 다음 단락을 삭제

행정소송법 개정안은 국민의 권익침해를 효과적으로 구제하기 위하여 행정상 임시구제도로서 가처분제도를 규정하고 있다. 또한 집행정지와 조화를 꾀하기 위하여 집행정지에 의하여 목적을 달성할 수 있는 경우에는 가처분을 허용할 수 없도록 하였다.

○ 457쪽 아래에 추가

원고가 행정소송법상 항고소송으로 제기해야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기하여 수 소법원이 관할법원에 이송하는 결정을 하고 이송결정이 확정된 후 원고가 항고소송으로 소 변경을 한 경우, 그 항고소송에 대한 제소기간 준수 여부를 판단하는 기준 시기(=처음 소를 제기한 때) (대법원 2022.11.17. 선고 2021두44425 판결)

**【원고, 상고인】** ○○○

**【피고, 피상고인】** 한국토지주택공사

**【사실관계】**

「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따라 공장이주대책용지의 공급대상자로 선정된 원고는 피고로부터 2019. 1. 16. 자로 공장이주대책용지 매매계약을 해제한다는 취지의 행정처분인 이 사건 처분을 통보받고 2019. 2. 26. 이를 다투는 취지의 소를 민사소송으로 잘못 제기하였다. 이후 이 사건 소가 행정소송에 해당하여 관할위반이라는 이유로 관할법원으로 이송하는 결정이 확정된 다음, 원고는 2019. 7. 18. 주위적으로 이 사건 처분의 무효확인을, 예비적으로 이 사건 처분의 취소를 구하는 항고소송으로 소 변경을 하였다.

**【항소심】**

**1. 예비적 청구에 관한 당사자의 주장**

※ 제1심 법원은 원고의 주위적 청구를 기각하고, 예비적 청구를 인용함. 이에 대하여 피고만이 항소하였으므로 항소심의 심판범위는 예비적 청구 부분으로 한정됨.

**(1) 원고의 주장 요지**

피고가 2019. 1. 16. 원고에 대하여 한 이 사건 처분은 이 사건 매매계약 해제 통보로써 이 사건 공장이주대책 대상자 선정결정을 철회하는 내용의 처분이고, 처분의 사전통지 및 의견청취 절차 누락, 처분의 이유 제시 누락의 절차적 하자과 처분사유가 존재하지 않는 실체적 하자가 존재하므로 원고는 예비적으로 이 사건 처분의 취소를 청구한다.

## (2) 피고의 항변 요지

원고는 이 사건 처분이 있는 2019. 1. 16.로부터 90일이 경과한 2019. 7. 18. 청구취지 및 청구원인 변경 신청을 통하여 이 사건 처분의 취소를 청구하였으므로, 이 사건 소 중 예비적 청구 부분은 제소기간을 도과한 것으로서 부적법하다.

### 2. 항소심의 판단 : 예비적 청구 부분의 소는 부적법하여 각하

- (1) 취소소송은 처분 등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 하고(행정소송법 제 20조 제1항 본문), 그 제소기간은 불변기간이며(같은 조 제3항), 다만 당사자가 책임질 수 없는 사유로 인하여 이를 준수할 수 없었던 경우에는 같은 법 제8조에 의하여 준용되는 민사소송법 제173조 제1항에 의하여 그 사유가 없어진 후 2주일 내에 해태된 제소행위를 추완할 수 있다. 여기서 ‘당사자가 책임질 수 없는 사유’란 당사자가 그 소송행위를 하기 위하여 일반적으로 하여야 할 주의를 다하였음에도 불구하고, 그 기간을 준수할 수 없었던 사유를 말한다. 그리고 행정소송법상 취소소송에서 청구취지를 변경하여 구 소가 취하되고 새로운 소가 제기된 것으로 변경되었을 때에 새로운 소에 대한 제소기간의 준수 등은 원칙적으로 소의 변경이 있을 때를 기준으로 하여야 한다.
- (2) 처분의 경위 등에서 살펴본 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 예비적 청구 부분의 소는 제소기간을 도과한 것으로서 부적법하다고 봄이 타당하다.
  - 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 의미한다. 상대방이 있는 행정처분의 경우에는 특별한 규정이 없는 한 의사표시의 일반적 법리에 따라 그 행정처분이 상대방에게 고지되어야 효력을 발생하게 되므로, 행정처분이 상대방에게 고지되어 상대방이 이러한 사실을 인식함으로써 행정처분이 있다는 사실을 현실적으로 알았을 때 행정소송법 제20조 제1항이 정한 제소기간이 진행한다고 보아야 한다.
  - ② 피고는 이 사건 사업을 시행함에 있어 원고를 공장이주대책 대상자로 선정하는 처분을 하여 원고와 이 사건 매매계약을 체결하였다가 그 후 원고가 공장이주대책과 생활대책에 중복으로 선정되었다는 사실이 밝혀짐에 따라 이 사건 매매계약을 해제하고 이를 통보하는 내용의 이 사건 처분을 하였는바, 이 사건 처분은 당초 피고가 원고를 공장이주대책 대상자로 선정한 처분에 대한 철회처분에 해당한다. 따라서 피고가 이 사건 처분시에 매매계약 해제 통보의 형식으로 하고 행정소송의 제기절차 등을 고지하지 않아 원고가 이 사건 처분을 항고소송 대상인 처분이라고 생각하지 못하였다고 하더라도, 원고가 이 사건 처분을 고지받은 날은 행정소송법 제20조 제1항에서 정한 ‘처분 등이 있음을 안 날’에 해당한다.
  - ③ 다만 그와 같은 사정들은 원고가 제소기간을 준수할 수 없었던 사정에 해당한다고 할 것인데, 피고가 2019. 6. 14. 제출한 준비서면에서 ‘이 사건 매매계약 해제 통보는 이 사건 공장이주대책 대상자 선정결정을 취소하는 행정처분의 성격을 가지므로 원고는 민사소송이 아닌 행정소송으로 위 처분의 효력을 다투어야 한다.’는 취지의 주장을 명시적으로 하였고, 원고가 2019. 6. 17. 위 준비서면을 송달받은 점, 수원지방법원 성남지원은 2019. 6. 28. 이 사건이 행정소송에 해당한다는 이유로 이 사건을 수원지방법원 행정부로 이송하는 결정을 하여 원고가 2019. 7. 1. 위 결정을 송달받은 점 등에 비추어 보면, 늦어도 2019. 7. 1.에는 원고가 책임질 수 없는 사유로 인하여 제소기간을 준수할 수 없었던 사정이 해소되었다고 할 것인데, 원고는 그로부터 2주가 지난 2019. 7. 18.에야

종전의 소유권이전등기 청구를 주위적으로는 이 사건 처분의 무효확인 청구로, 예비적으로는 이 사건 처분의 취소 청구로 변경하는 내용의 청구취지 및 청구원인 변경 신청서를 제출하였으므로, 제소기간을 준수할 수 없었던 사유가 없어진 후 2주일 내에 해태된 제소행위를 추완하지 않았다고 봄이 타당하다(위 이송결정에 따라 2019. 7. 9. 수원지방법원에 사건이 이송되어 접수되어 있었던 이상 원고가 항고소송의 형식으로 청구를 변경하는 것이 소송절차상으로 곤란하였다고 볼 수도 없다).

**【대법원 판결요지】**

행정소송법 제8조 제2항은 “행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다.”라고 규정하고 있고, 민사소송법 제40조 제1항은 “이송결정이 확정된 때에는 소송은 처음부터 이송받은 법원에 계속된 것으로 본다.”라고 규정하고 있다. 한편 행정소송법 제21조 제1항, 제4항, 제37조, 제42조, 제14조 제4항은 행정소송 사이의 소 변경이 있는 경우 처음 소를 제기한 때에 변경된 청구에 관한 소송이 제기된 것으로 보도록 규정하고 있다. 이러한 규정 내용 및 취지 등에 비추어 보면, 원고가 행정소송법상 항고소송으로 제기하여야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기한 경우에 수소법원이 그 항고소송에 대한 관할을 가지고 있지 아니하여 관할법원에 이송하는 결정을 하였고, 그 이송결정이 확정된 후 원고가 항고소송으로 소 변경을 하였다면, 그 항고소송에 대한 제소기간의 준수 여부는 원칙적으로 처음에 소를 제기한 때를 기준으로 판단하여야 한다.

위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 이 사건 소 중 상고심 심판대상인 예비적 청구 부분은 처음에 소가 제기된 2019. 2. 26.에 제기된 것으로 보아야 하므로, 결국 제소기간 내에 적법하게 제기되었다.

○ 460쪽

- BOX 2행 : 제160조 제1항 → 제160조(註: 현 제173조) 제1항
- [대법원 판결요지] 3행 : 제160조 제1항 → 제160조(註: 현 제173조) 제1항
- 아래에서 2행 : 제18조 제5항 → 제18조(註: 현 제27조) 제5항

○ 462쪽 판례(94두23) 위에 추가

청구의 기초가 바뀌지 않는 경우, 공법상 당사자소송에서 민사소송으로 소 변경이 허용되는지 여부(적극) (대법원 2023.6.29. 선고 2022두44262 판결)
--

**【원고, 상고인】** 구미 사곡지구 도시개발사업조합

**【피고, 피상고인】** 구미시

**【사실관계】**

1. 원고는, 피고 소유 토지에 관한 분할 및 지목 변경이 위법한 개발행위에 해당하여 그로 인한 가치 증가분은 청산금에서 제외되어야 한다고 주장하면서, 2019. 5. 17. 피고를 상대로 정당한 청산금을 초과하는 청산금 교부채무의 부존재 확인을 구하는 소를 제기하였다.

2. 제1심 계속 중 원고는 피고에게 청산금 명목으로 합계 3,957,827,600원을 지급하였다.
3. 이에 원고는 항소심 계속 중이던 2022. 4. 6. 기존의 청구취지를, 자신이 초과 지급한 423,777,047원(= 원고가 제1심 계속 중 피고에게 지급한 합계 3,957,827,600원 - 원고가 정당한 청산금이라고 주장하는 3,534,050,553원) 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구하는 것으로 변경하겠다는 청구취지 및 청구원인 변경신청서를 제출하였다.

**【항소심 판단】**

**1. 이 사건 소의 성격**

원고가 제기한 소는, 원고가 도시개발사업의 시행자로서 도시개발법에 따라 이 사건 환지처분과 청산금 부과처분을 하였으나, 피고에게 지급할 청산금의 범위에 관하여 다툼이 있다는 이유로, 피고를 상대로 교부청산금 채무 일부의 부존재 확인을 구하는 것이 분명하다.

따라서 이 사건 소는 사업시행자인 원고의 청산금 부과처분에 의하여 형성된 법률관계에 기한 청구로서, 행정소송법 제3조 제2호에서 정한 당사자소송인 행정소송에 해당한다

**2. 변경신청의 허가 여부**

도시개발법은 행정청 또는 행정청이 아닌 시행자(이하 ‘사업시행자’라 한다)가 청산대상자를 상대로 공법상의 지위에서 청산금을 징수하거나 교부할 수 있는 근거를 마련하고 있으나, 사업시행자가 환지처분과 청산금부과처분을 거쳐 임의로 지급한 청산금의 반환을 구할 수 있는 근거는 마련되어 있지 않다. 이와 같이 이미 처분을 거쳐 지급이 완료된 돈의 반환을 구하는 것은 민사적인 관계에서의 부당이득 반환의 성질을 가질 뿐이고, 그 후 사업시행자가 환지처분에 포함된 청산금 교부처분을 직권취소하였다 하더라도, 반환을 구하는 법률관계는 여전히 부당이득으로서의 과오납금 반환에 관한 민사적 법률관계에 불과하다.

결국 원고의 이 사건 청구취지 변경신청은, 기존의 당사자소송인 행정소송 절차를 부당이득 반환청구의 민사소송 절차로 변경하겠다는 소변경 내지 청구변경 신청에 해당하고, 위와 같은 행정소송과 민사소송 사이의 소변경 내지 청구변경은, 청구의 기초에 변경이 있는 경우로서 행정소송법 제21조 제1항에 비추어 허용될 수 없다.

**【대법원 판결요지】**

**1. 청구취지 변경에 의한 소의 성격**

기존의 청산금채무 일부 부존재확인 청구 소송은 공법상 당사자소송인 데에 반하여 2022. 4. 6. 자 청구취지 변경신청에 따라 원고가 초과지급한 청산금 423,777,047원을 부당이득으로 반환을 구하는 청구는 민사소송 절차에 의하여 쟁송하여야 한다.

**2. 공법상 당사자소송에서 민사소송으로의 소 변경이 허용되는지 여부**

- 공법상 당사자소송의 소 변경에 관하여 행정소송법은, 공법상 당사자소송을 항고소송으로 변경하는 경우(행정소송법 제42조, 제21조) 또는 처분변경으로 인하여 소를 변경하는 경우(행정소송법 제44조 제1항, 제22조)에 관하여만 규정하고 있을 뿐, 공법상 당사자소송을 민사소송으로 변경할 수 있는지에 관하여 명문의 규정을 두고 있지 않다.

- 그러나 공법상 당사자소송에서 민사소송으로의 소 변경이 금지된다고 볼 수 없다. 그 이유는 다음과 같다.

- 행정소송법 제8조 제2항은 행정소송에 관하여 민사소송법을 준용하도록 하고 있으므로, 행정소송의 성질에 비추어 적절하지 않다고 인정되는 경우가 아닌 이상 공법상 당사자소송의 경우도 민사소송법 제262조에 따라 그 청구의 기초가 바뀌지 아니하는 한도 안에서 변론을 종결할 때까지 청구의 취지를 변경할 수 있다.

- 한편 대법원은 여러 차례에 걸쳐 행정소송법상 항고소송으로 제기하여야 할 사건을 민

사소송으로 잘못 제기한 경우 수소법원으로서 원고로 하여금 항고소송으로 소 변경을 하도록 석명권을 행사하여 행정소송법이 정하는 절차에 따라 심리·판단하여야 한다고 판시하여 왔다(대법원 2020.1.16. 선고 2019다264700 판결 등 참조). 이처럼 민사소송에서 항고소송으로의 소 변경이 허용되는 이상, 공법상 당사자소송과 민사소송이 서로 다른 소송절차에 해당한다는 이유만으로 청구기초의 동일성이 없다고 해석하여 양자 간의 소 변경을 허용하지 않을 이유가 없다.

- 일반 국민으로서 공법상 당사자소송의 대상과 민사소송의 대상을 구분하는 것이 쉽지 않고 소송 진행 도중의 사정변경 등으로 인해 공법상 당사자소송으로 제기된 소를 민사소송으로 변경할 필요가 발생하는 경우도 있다. 소 변경 필요성이 인정됨에도, 단지 소 변경에 따라 소송절차가 달라진다는 이유만으로 이미 제기한 소를 취하하고 새로 민사상의 소를 제기하도록 하는 것은 당사자의 권리 구제나 소송경제의 측면에서도 바람직하지 않다.

○ 따라서 공법상 당사자소송에 대하여도 그 청구의 기초가 바뀌지 아니하는 한도 안에서 민사소송으로 소 변경이 가능하다고 해석하는 것이 타당하다.

### 3. 원고의 소 변경이 허용되어야 하는지 여부

○ 도시개발법 제41조에서 정한 청산금 채무가 3,534,050,553원을 초과하여 존재하지 않는다는 확인을 구하는 원고의 기존 청구취지와 위 3,534,050,553원을 초과하여 지급된 청산금이 부당이득이라는 이유로 그 반환을 구하는 청구취지는 모두 도시개발법 제41조에 따른 청산금채무가 3,534,050,553원이라는 동일한 주장을 전제로 하고 있어 그 청구기초의 동일성이 있다. 따라서 원고의 앞서 본 2022. 4. 6. 자 청구취지 및 청구원인 변경신청은 허가되어야 한다.

○ 467쪽 아래에 추가

- |  |
|--|
| <p>[1] 효력기간이 정해져 있는 제재적 행정처분에 대한 취소소송에서 법원이 본안소송의 판결 선고 시까지 집행정지결정을 한 경우, 처분에서 정해 둔 효력기간은 판결 선고 시까지 진행하지 않다가 선고된 때에 다시 진행하는지 여부(적극) / 처분에서 정해 둔 효력기간의 시기와 종기가 집행정지기간 중에 모두 경과한 경우에도 마찬가지인지 여부(적극) / 이러한 법리는 행정심판위원회가 행정심판법 제30조에 따라 집행정지결정을 한 경우에도 그대로 적용되는지 여부(적극)</p> <p>[2] 효력기간이 정해져 있는 제재적 행정처분의 효력이 발생한 이후 행정청이 상대방에 대한 별도의 처분으로 효력기간의 시기와 종기를 다시 정할 수 있는지 여부(적극) / 위와 같은 후속 변경처분서에 당초 행정처분의 집행을 특정 소송사건의 판결 시까지 유예한다고 기재한 경우, 처분의 효력기간은 판결 선고 시까지 진행이 정지되었다가 선고되면 다시 진행하는지 여부(적극) / 당초의 제재적 행정처분에서 정한 효력기간이 경과한 후 동일한 사유로 다시 제재적 행정처분을 하는 것이 위법한 이중처분에 해당하는지 여부(적극) (대법원 2022.2.11. 선고 2021두40720 판결)</p> |
|--|

【원고, 상고인】 주식회사 광진특수

【피고, 피상고인】 성주군수

### 【사실관계】

피고는 2015. 6. 8. 원고에 대하여 화물자동차를 불법증차하였다는 이유로 「화물자동차 운수사업법」 제19조 제1항 제2호에 따라 60일(2015. 7. 13. ~ 2015. 9. 10.)의 운행정지 처분을 하였다.

원고는 이에 불복하여 경상북도행정심판위원회에 행정심판을 청구하였다. 경상북도행정심판위원회는 2015. 7. 13. 위 처분의 집행을 행정심판 청구 사건의 재결이 있을 때까지 정지하는 내용의 집행정지결정을 하였다가 2015. 8. 31. 위 운행정지 기간을 30일로 감경하는 재결을 하였다(이하 위와 같이 감경되고 남은 운행정지 처분을 ‘선행처분’이라 한다). 원고는 선행처분에 대하여 법원에 별도로 취소소송을 제기하지 않았다.

피고는 2015. 9. 22. 선행처분의 집행을 피고와 주식회사 대립통운 사이의 대구지방법원 2015구합1245 사건의 판결 시까지 유예한다는 내용의 유예 통지서를 작성하여 원고에게 발송하였다. 대구지방법원은 2016. 1. 13. 위 사건에 관하여 판결을 선고하였다.

피고는 2020. 3. 5. 원고에게 선행처분과 동일한 사유로 화물자동차에 관하여 30일(2020. 3. 6. ~ 2020. 4. 4.)의 운행정지를 하겠다고 통보하였다(이하 ‘이 사건 통보’라 한다).

원고는 이 사건 통보에 대하여 취소소송을 제기하였다.

### 【항소심】

항소심은 이 사건 통보가 원고에게 선행처분과 별도로 새로운 의무를 부과하는 것이 아니어서 원고에게 그 취소를 구할 이익이 없다는 이유로 소를 각하하였다.

### 【대법원 판결요지】

#### 1. 관련 법리

(1) 행정소송법 제23조에 따른 집행정지결정의 효력은 결정 주문에서 정한 종기까지 존속하고, 그 종기가 도래하면 당연히 소멸한다. 따라서 효력기간이 정해져 있는 제재적 행정처분에 대한 취소소송에서 법원이 본안소송의 판결 선고 시까지 집행정지결정을 하면, 처분에서 정해 둔 효력기간(집행정지결정 당시 이미 일부 집행되었다면 그 나머지 기간)은 판결 선고 시까지 진행하지 않다가 판결이 선고되면 그때 집행정지결정의 효력이 소멸함과 동시에 처분의 효력이 당연히 부활하여 처분에서 정한 효력기간이 다시 진행된다. 이는 처분에서 효력기간의 시기와 종기를 정해 두었는데, 그 시기와 종기가 집행정지기간 중에 모두 경과한 경우에도 특별한 사정이 없는 한 마찬가지이다. 이러한 법리는 행정심판위원회가 행정심판법 제30조에 따라 집행정지결정을 한 경우에도 그대로 적용된다. 행정심판위원회가 행정심판 청구 사건의 재결이 있을 때까지 처분의 집행을 정지한다고 결정한 경우에는, 재결서 정본이 청구인에게 송달된 때 재결의 효력이 발생하므로 그때 집행정지결정의 효력이 소멸함과 동시에 처분의 효력이 부활한다.

(2) 효력기간이 정해져 있는 제재적 행정처분의 효력이 발생한 이후에도 행정청은 특별한 사정이 없는 한 상대방에 대한 별도의 처분으로써 효력기간의 시기와 종기를 다시 정할 수 있다. 이는 당초의 제재적 행정처분이 유효함을 전제로 그 구체적인 집행시기를 변경하는 후속 변경처분이라고 할 것이다. 이러한 후속 변경처분도 특별한 규정 없는 한 의사표시에 관한 일반법리에 따라 상대방에게 고지되어야 효력이 발생한다. 위와 같은 후속 변경처분서에 효력기간의 시기와 종기를 다시 특정하는 대신 당초 제재적 행정처분의 집행을 특정 소송사건의 판결 시까지 유예한다고 기재되어 있다면,

처분의 효력기간은 원칙적으로 그 사건의 판결 선고 시까지 그 진행이 정지되었다가 판결이 선고되면 다시 진행된다고 보는 것이 타당하다. 다만 이러한 후속 변경처분 권한은 특별한 사정이 없는 한 당초의 제재적 행정처분의 효력이 유지되는 동안에만 인정된다. 당초의 제재적 행정처분에서 정한 효력기간이 경과하면 그로써 처분의 집행은 종료되어 처분의 효력이 소멸하는 것이므로, 그 후 동일한 사유로 다시 제재적 행정처분을 하는 것은 위법한 이중처분에 해당한다.

## 2. 판단

- (1) 선행처분에서 정한 30일의 운행정지 기간은 이 사건 집행정지결정에 따라 진행이 정지되었다가 이 사건 재결서 정본이 원고에게 송달되면 집행정지결정의 종기가 도래하여 그때부터 다시 진행하고, 이 사건 유예 통지서가 원고에게 고지되면 다시 진행이 정지되었다가 대구지방법원 2015구합1245 사건에서 판결이 선고되면 위 통지서에서 정한 종기가 도래하여 그때부터 다시 진행한다.
- (2) 이에 따르면, 이 사건 통보 당시 선행처분에서 정한 운행정지 기간이 경과하여 선행처분의 집행이 이미 종료되었다고 볼 여지가 많다.
- (3) 사정이 위와 같다면, 이 사건 통보는 집행이 종료되어 효력을 상실한 선행처분과 동일한 사유로 원고를 다시 제재하는 것으로 위법한 이중처분에 해당한다고 볼 것이다. 그런데도 원심은 이 사건 통보가 원고에게 선행처분과 별도로 새로운 의무를 부과하는 것이 아니어서 원고에게 그 취소를 구할 이익이 없다는 이유로 이 부분 소를 각하하였다. 이러한 원심판단에는 효력기간이 정해져 있는 제재적 행정처분에 대한 집행정지결정의 효력과 행정처분의 해석, 이중처분 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

○ 468쪽 <1. 의의> 4행 : 직접주의, → 직접심리주의, 쌍방심문주의, 공개심리주의, 변론주의, 처분권주의,

○ 471쪽 <(3) 예외적 직권주의> 다음에 추가

행정소송법 제26조(직권심리) 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.

○ 472쪽 맨 아래 추가

**확인대상 발명의 특정 여부가 특허심판의 적법요건으로서 특허심판원이나 법원의 직권조사 사항인지 여부(적극)**

심판은 특허심판원에서의 행정절차이고 심결은 행정처분에 해당하며, 그에 대한 불복의 소송인 심결취소소송은 항고소송에 해당하여 그 소송물은 심결의 실체적·절차적 위법성 여부이므로, 심결취소소송의 당사자는 심결에서 판단되지 않은 것이라도 그 심결의 결론을 정당하게 하거나 위법하게 하는 사유를 심결취소소송단계에서 주장·증명할 수 있고, 심결취소소송의 법원은 달리 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 제한 없이 이를 심리·판단하여 판결의 기초로 삼을 수 있다. 특히 확인대상 발명이 적법하게 특정되었는지 여부는 특허심판의 적법요건이므로, 당사자의 명확한 주장이 없더라도 의심이 있을 때에는 특허심판원이나 법원이

이를 직권으로 조사하여 밝혀야 할 사항이다(대판 2023.12.28. 2021후10725).

○ 474쪽 [사례] box를 다음으로 전부 대체

[사례] 갑은 식품위생법 소정의 허가를 받아 유흥주점업을 경영하여 오던 중 구청장으로부터 2025.2.5. 20:00에 청소년 3명을 출입시켰다는 이유로 1개월의 영업정지처분을 받았다. 이에 갑은 영업정지처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였다(소송요건은 모두 충족하였다고 가정한다).

(1) 이 소송에서 2025.2.5. 20:00에 청소년을 출입시킨 사실이 不明인 경우에 법원은 어떤 판결을 하여야 하는가?

(2) 위 (1)의 사실은 증거에 의해 입증되었으나, 갑은 주장하기를 2명의 청소년은 외관상 성년자로 보일 정도로 성숙한 자였고 더군다나 갑은 그 날 사업상 불가피한 사정으로 외출을 할 사유가 있어 종업원에게 절대로 청소년을 출입시키지 말 것을 신신당부한 후 외출하였으나 그럼에도 불구하고 종업원이 이를 출입시켰다고 하였다. 이때 갑이 주장한 이러한 사실이 不明인 경우에는 법원은 어떤 판결을 하여야 하는가?

▪ 해설 요지

(1) 갑이 2025.2.5, 20:00에 청소년 3명을 출입시킨 사실은 구청장이 갑에게 한 1개월의 영업정지처분의 요건사실에 해당하는 것이므로, 피고 행정청인 구청장은 그 영업정지처분이 적법한 요건에 의해 발령된 것임에 대하여 입증책임은 진다. 그럼에도 불구하고 피고가 이를 입증하지 못하였으므로 법원은 이러한 사실이 존재하지 않는 것으로 판단할 수밖에 없다. 즉, 법원은 원고의 청구를 인용하는 판결을 하여야 한다.

(2) 3명의 청소년은 외관상 성년자로 보일 정도로 성숙한 자였고, 갑이 그 날 사업상 불가피한 사정으로 외출을 할 사유가 있어 종업원에게 절대로 청소년을 출입시키지 말 것을 신신당부한 후 외출하였으나 종업원이 이를 출입시킨 사실은 행정청이 재량권을 행사함에 있어서 고려하여야 할 사항이므로, 이를 고려하지 않고 재량권을 행사한 것은 행정청이 재량권을 일탈·남용한 사실에 해당한다. 물요건분류설에 의할 때 이러한 사실은 권한장애사유에 해당하므로 원고가 입증책임은 진다. 그럼에도 원고가 이를 주장하기만 하고 이에 대해 입증하지 못하였으므로 결국 법원은 이러한 사실이 존재하지 않는 것으로 판단하여 원고의 청구를 기각할 수밖에 없다.

○ 478쪽 두 번째 판례(2015두41937) 다음에 추가

**처분이 재량권을 일탈·남용했다는 사정에 관한 증명책임의 소재(=처분의 효력을 다투는 자)**  
처분이 재량권을 일탈·남용하였다는 사정은 그 처분의 효력을 다투는 자가 주장·증명하여야 한다. 행정청이 폐기물처리사업계획서 반려 내지 부적합 통보를 하면서 그 처분서에 불확정 개념으로 규정된 법령상의 허가기준 등을 충족하지 못하였다는 취지만을 간략히 기재하였다면, 반려 내지 부적합 통보에 대한 취소소송절차에서 행정청은 그 처분을 하게 된 판단 근거나 자료 등을 제시하여 구체적 불허가사유를 분명히 하여야 한다. 이러한 경우 재량행위인 폐기물처리사업계획서 반려 내지 부적합 통보의 효력을 다투는 원고로서는 행정청이 제시한 구체적인 불허가사유에 관한 판단과 근거에 재량권 일탈·남용의 위법이 있음을 밝히기 위하여 소송절차에서 추가적인 주장을 하고 자료를 제출할 필요가 있다(대판 2023.7.27. 2023두38745).



**정정신청 사유의 존재에 관한 증명책임이 정정신청인에게 있다고 한 사례**

구 산재보험법 시행령 제26조에서 정한 업무상 질병이환자에 대한 평균임금 산정특례에 따라 정해진 평균임금에 대하여 보험급여의 수급권자가 구체적인 사유를 들어 정정신청을 하고 피고가 그 사유에 대한 판단을 전제로 정정을 거부하여 그 거부처분에 대한 취소소송이 제기된 경우, 그 구체적인 정정신청 사유의 존재는 정정신청을 한 보험급여 수급권자가 증명할 책임이 있다(대판 2022.10.27. 2018두53238).

○ 479쪽 7행 : 사정(사정) → 사정(査定)

○ 479쪽 <③ 검토> 4행 : 것이 타당하다. →

것이 타당하다. 행정소송의 입증책임분배에 있어서도 민사소송에 있어서 통설인 법률요건분류설에 따라 행하여진다면, 소송의 종류와 처분의 성격 등에 따라 입증책임분배가 달라지게 된다.

○ 482쪽

- 맨 아래 단락<(2) 다만, ..... 6030)>을 대체

(2) 다만, 법원의 석명권 행사는 사안을 해명하기 위하여 당사자에게 그 주장의 모순된 점이나 불완전·불명료한 부분을 지적하여 이를 정정·보충할 수 있는 기회를 주고 또 그 계쟁 사실에 대한 증거의 제출을 촉구하는 것을 그 내용으로 하는 것이며, 당사자가 주장하지도 않은 법률효과에 관한 요건사실이나 공격방어방법을 시사하여 그 제출을 권유하는 행위는 변론주의의 원칙에 위배되고 석명권 행사의 한계를 일탈한 것이다(대판 2000.3.23. 98두 2768).

- 그 아래에 판례 추가

**사정판결의 요건을 갖추었다고 판단되는 경우, 법원이 취할 조치**

사정판결은 처분이 위법하나 공익상 필요 등을 고려하여 취소하지 아니하는 것일 뿐 처분이 적법하다고 인정하는 것은 아니므로, 사정판결의 요건을 갖추었다고 판단되는 경우 법원으로서는 행정소송법 제28조 제2항에 따라 원고가 입게 될 손해의 정도와 배상방법, 그 밖의 사정에 관하여 심리하여야 하고, 이 경우 원고는 행정소송법 제28조 제3항에 따라 손해배상, 제해시설의 설치 그 밖에 적당한 구제방법의 청구를 병합하여 제기할 수 있으므로, 당사자가 이를 간과하였음이 분명하다면 적절하게 석명권을 행사하여 그에 관한 의견을 진술할 수 있는 기회를 주어야 한다(대판 2016.7.14. 2015두4167).

○ 483쪽 [사례 2] 추가

A대학교는 교내의 미술사도서관이 거의 이용되지 않고 있는 상황에서, 학내에 대형 공연장을 설치하여 일반 공중에 대여하는 등 수익사업을 통해 학교 운영상의 재정적 어려움을 해소하기 위한 목적으로, 2023. 6. 3. 관할 B시장에게 위 미술사도서관을 공연장으로 용도를 변경하기 위한 협의를 요청한바 있다. 그런데, 국립대학교에 공연장이 남설되어 사회적 논란이 야기되자, 국회에서는 모든 국립대학교에 신규 공연장 설치를 제한하는 내용의 「건축법」 개정안이 발의되었다. B시장은 이러한 사실을 인지하여, 법령상 다른 명시적인 제한사유가 없음에도 불구하고 A대학교의 용도변경 협의 요청을 접수하고도 응답을 차일피일 미루었다. 그러던 중 2024. 3. 6. 위 「건축법」 개정안이 국회에서 가결되어 2024. 6. 5.자로 시행되었다. 이후

B시장은 “2024. 3. 6.자 개정 「건축법」에 따르면 국립대학교에서는 공연장을 신규로 설치할 수 없음” (‘처분사유’)을 이유로 2024. 6. 14. 위 용도변경 협의 요청을 거부하였다. B시장의 거부사유(‘처분사유’)가 타당한지 검토하시오.

▪ **해설 요지**

B시장이 협의 요청을 접수하고도 국회의 법개정안 발의 상황을 보고 의도적으로 협의를 늦춘 것이므로 개정건축법 규정이 아닌 신청 당시의 건축법 규정에 근거하여 용도변경 협의를 처리해야 할 특별한 사정이 있는 경우에 해당한다. 따라서 B시장의 거부사유(‘처분사유’)는 타당하지 않다.

○ 485쪽 판례 BOX 바로 위 단락(또한 사정판결을 함에..... 69누29). ->> 삭제

○ 486쪽 판례 box : [1] 판례 다음에 추가하고, [2] → [3] [3] → [4]

[2] 구 재건축초과이익 환수에 관한 법률 제20조가 공제할 개발비용의 산정에 필요한 자료의 제출기한을 규정하고 있고, 같은 법 제24조가 그 제출을 게을리한 자에 대하여 과태료를 부과하는 규정을 두고 있기는 하나, 구 재건축이익환수법이 위와 같이 개발비용을 뒷받침할 자료의 제출기한을 규정한 취지는 재건축부담금의 신속한 산정 및 부과를 통한 행정의 원활한 수행을 보장하고자 함에 있을 뿐, 이미 부과된 재건축부담금의 적법 여부를 다투는 항고소송에서 개발비용의 산정에 반영할 수 있는 증명자료의 범위를 제한하려는 것이라고 해석할 수는 없다. 따라서 납부의무자가 개발비용 공제를 위한 자료의 제출기한이 지나도록 관련 자료를 제출하지 않았더라도, 구 재건축이익환수법 제24조에 따라 해태기간에 비례한 과태료가 부과되는 것을 넘어서 재건축부담금 부과처분을 다투는 항고소송에서까지 그 자료를 증거로 제출할 수 없게 되는 것은 아니다(대판 2023.12.28. 2020두49553).

○ 486쪽 <3. 신청에 의한 처분의 위법판단의 기준시점> 전체를 다음으로 대체

※ 보기 좋게 소목차를 설정한 것이며, 파란색 부분이 이번에 추가된 것임

**3. 신청에 의한 처분의 위법판단의 기준시점**

**(1) 행정기본법 규정 내용**

당사자의 신청에 따른 처분은 법령등에 특별한 규정이 있거나 처분 당시의 법령등을 적용하기 곤란한 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 처분 당시의 법령등에 따른다(행정기본법 제14조 제2항).

여기에서 “법령등에 특별한 규정”이 있는 예로는, 국세기본법 제18조에 따라 경정청구에 대응하는 과세처분의 경우 처분 시점의 세법이 아니라 납세의무 성립시점의 세법을 적용하는 경우가 있다. 그리고 “처분 당시의 법령등을 적용하기 곤란한 특별한 사정”이 있는 예로는, 신청을 수리하고도 정당한 이유 없이 처리를 늦추어 그 사이에 법령 및 허가기준이 변경된 경우에는 당사자의 신뢰보호를 위해 처분 당시의 변경된 법령을 적용하기 곤란한 경우가 있다(대판 2006.8.25. 2004두2974).

**(2) 학설**

① **처분시설** : 행정청은 신청시가 아닌 처분 당시의 법령과 사실관계를 기초로 위법 여부를 판단하여 처분을 할지 여부를 결정한다. 따라서 신청 당시에는 허가 등의 요건을 갖추었더라도 그 후 허가 등이 있기 전에 법령과 사실상태의 변경으로 허가 등의 요건을 갖추지 못하게 되면 행정청은 허가 등을 거부하여야 한다. 그 반

대의 경우도 마찬가지이다.

- ② **판결시설** : 이 견해로는 ㉠ 처분시설을 취하게 되면, 인용판결이 내려져도 처분청이 처분 후의 사정변경(예 거부처분을 가능하게 하는 법령개정)을 이유로 다시 거부처분을 할 수 있게 되어 인용판결이 권리구제에 기여하지 못하고 인용판결 후의 새로운 거부처분에 대하여 다시 소송이 제기되어 소송경제에 반한다는 견해, ㉡ 인용판결은 행정소송법 제30조 제2항과 결부하여 행정청에게 신청에 따른 처분의무를 부과한다는 점에서 실질적으로 의무이행소송과 유사한 성격을 가진다는 전제하에, 거부처분이 거부처분시를 기준으로 적법한 경우에도 사정변경에 의해 판결시를 기준으로 위법하면 인용판결을 하게 된다는 견해가 있다.
- ③ **위법판단시·판결시 구별설** : 학설 가운데에는 소송경제와 신속한 권리구제를 도모하기 위하여 거부처분취소소송에서 거부처분의 위법은 처분시를 기준으로 하되 인용판결은 판결시를 기준으로 하여야 한다는 견해도 있다. 이에 따르면 거부처분이 거부처분시를 기준으로 ㉠ 적법하면 기각되고, ㉡ 위법한 경우 사정변경이 없으면 인용판결을 하되, 사정변경이 있으면 판결시를 기준으로 인용하는 것이 타당한 경우 인용하고 판결시를 기준으로 공익을 고려하여 인용하는 것이 타당하지 않은 경우 기각판결을 한다.

### (3) 판례

판례는 원칙적으로 처분시설을 취하되, 처분 신청 후 법령의 변경이 있는 경우 “소관 행정청이 허가신청을 수리하고도 정당한 이유 없이 처리를 늦추어 그 사이에 법령 및 허가기준이 변경된 것이 아닌 한 변경된 법령 및 허가기준에 따라서 한 불허가처분은 위법하다고 할 수 없다.”(대판 2005.7.29. 2003두3550)고 하여 예외적으로 신청시의 법령에 따라야 하는 경우가 있음을 인정하고 있다.

여기서 ‘정당한 이유 없이 처리를 지연하였는지’는 법정 처리기간이나 통상적인 처리기간을 기초로 당해 처분이 지연되게 된 구체적인 경위나 사정을 중심으로 살펴 판단하되, 개정 전 법령의 적용을 회피하려는 행정청의 동기나 의도가 있었는지, 처분지연을 쉽게 피할 가능성이 있었는지 등도 아울러 고려할 수 있다(대판 2023.2.2. 2020두43722).

### (4) 검토

행정기본법 제14조의 규정처럼 법령등에 특별한 규정이 있거나 처분 당시의 법령등을 적용하기 곤란한 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 처분 당시의 법령을 기준으로 하는 것이 법 적용의 기준을 명확하게 하여 국민의 법 적용에 대한 예측가능성과 법적 안정성 제고에 바람직하다.

○ 488쪽 아래에서 7행 : 수 없다. → 수 없다. 예컨대 개업공인중개사의 전세계약서 작성 당시 위반행위에 대한 제재처분은 그 행위 당시 시행되던 구 공인중개사법에 따라야 한다(대판 2023.2.23. 2022두57381).

○ 489쪽 : [사례 2]와 [사례3] 추가  
[사례 2] 갑은 LPG 충전사업허가를 신청하였다. 이에 대하여 을시장은 인근 주민들의 반대여론이 있다는 이유로 사업허가를 거부하였다. 한편, 을시장은 이후에 병이 신청한 LPG 충전사업에 대하여 허가를 하였다. 관련 법률에 의하면 을시장의 관할구역에는 1개소의 LPG

충전사업만이 가능하고, 충전소의 외벽으로부터 100m 이내에 있는 건물주의 동의를 받도록 되어 있다. 그런데 병은 이에 해당하는 건물주로부터 동의를 얻지 아니한 채 위의 허가신청을 하였다. 갑이 자신에 대한 허가거부처분에 대하여 취소소송을 제기하자, 을시장은 “갑의 충전소설치는 시의 도시계획에 반한다.”는 법령상 사유를 들어 처분사유를 변경하였다. 타당한가?

▪ 해설 요지

이러한 처분사유 변경이 적법하려면 최소한 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계에 있어서 동일성이 인정되어야 할 것이다. 그러나 “이웃 주민의 반대”와 “도시계획에 반함”이라는 사유 사이에는 “기본적 사실관계의 동일성”이 인정되지 않는다 할 것이어서 을시장의 처분사유 변경은 타당성이 인정되기 어렵다.

[사례 3] B시장은 2023. 10. 4. 국립대학법인 A대학교에 B시가 관리하는 도로를 장기간 무단으로 점유하였다는 이유로 「도로법」 제72조 제1항에 따라 변상금을 부과하였으나, A대학교는 이를 납부하지 않았다. 이후 A대학교는 B시장의 변상금 부과처분에 대하여 항고소송을 제기하였는데, 사실심 계속 중에 A대학교가 해당 도로는 도로구역으로 결정·고시된 바 없어 「도로법」상 도로로 볼 수 없으므로 변상금 부과는 무효라고 주장하자, B시장은 “A대학교가 무단점유한 도로가 사실상 도로라고 하더라도 이는 B시의 행정재산이고, A대학교 또한 이를 알고 있었으므로 「공유재산 및 물품관리법」에 따른 변상금 부과 대상이 된다.”라는 처분사유를 추가하였다. 이러한 추가는 허용될 수 있는지 검토하시오.

▪ 해설 요지

「도로법」과 공유재산 및 물품관리법」은 입법 취지가 다르고, 해당 규정내용을 비교하여 보면 변상금의 징수목적, 산정 기준금액, 징수 재량 유무, 징수절차 등이 서로 달라 위와 같이 근거 법령을 변경하는 것은 종전의 변상금 부과처분과 동일성을 인정할 수 없는 별개의 처분을 하는 것과 다름 없어 허용될 수 없다. 그리고 B시의 행정재산임을 A대학교가 알고 있었다고 하여 당초의 처분사유와 동일성이 있는 것이라 할 수도 없다.

○ 491쪽

- <(1) 문제집>을 다음으로 대체

**(1) 행정소송규칙의 규정 내용**

행정청은 사실심 변론을 종결할 때까지 당초의 처분사유와 기본적 사실관계가 동일한 범위 내에서 처분사유를 추가 또는 변경할 수 있다(행정소송규칙 제9조).

- <(2) 학설>과 <① 긍정설> 사이에 다음을 추가

위와 같은 행정소송규칙이 시행(2023.8.31)되기 전부터, 행정소송의 계속 중에 처분의 근거 변경을 허용할 것인가에 대하여 다음과 같이 견해가 대립해 왔다.

- 다음 페이지 4행 : 견해이다(다수설). → 견해이다.

○ 492쪽 판례 box 아래에 추가

**(4) 검토**

처분사유의 변경을 인정하지 않으면 취소판결이 난다 할지라도 처분청은 변경하고자 하는 처분사유를 근거로 동일한 내용의 처분을 하게 되어 원고는 또다시 소송을 제기하여야 하는 불편이 발생한다. 따라서 소송경제 및 분쟁의 일회적 해결을 위해 처분사유의 추가·변경을 인정하되, 원고의 방어권을 보장하기 위해서 일정한 한계 내에서 인정되어야 할 것이다.

-----  
○ 497쪽 판례 BOX 끝에 추가

[5] 도 보조금 지원 대상에 관한 제외처분을 그 재량성의 유무 및 범위와 관련하여, 경기도 여객자동차운수사업 관리 조례 제18조 제4항은 기속행위로, 구 지방재정법 제32조의8 제7항은 재량행위로 각각 달리 규정하고 있다. 근거 법령의 추가를 통하여 제재처분인 이 사건 제외처분의 성질이 기속행위에서 재량행위로 변경되는 것으로 볼 수 있고, 그로 인하여 위법사유와 당사자들의 공격방어방법 내용, 법원의 사법심사방식 등이 달라지며, 특히 기속행위에서 재량행위로의 근거 법령 추가에 따라 종래의 법 위반 사실뿐만 아니라 처분의 적정성을 확보하기 위한 양정사실까지 새로 고려되어야 한다. 따라서 당초 처분사유와 소송 과정에서 피고가 추가한 처분사유는 상호 그 기초가 되는 사회적 사실관계의 동일성이 인정되지 않는다(대판 2023.11.30. 2019두38465).

#### **기본적 사실관계가 동일한지 여부를 판단할 대상조차 없다고 본 경우**

피고는 2015. 4. 10. “이 사건 산업단지개발계획상 토지이용계획에는 이 사건 사업부지가 녹지용지로 되어 있어 폐기물매립장 입지가 불가하며, 녹지용지를 폐기물처리시설용지로 개발계획 변경하는 것도 불가합니다.”라는 이유(이하 ‘이 사건 처분사유’라 한다)로 이 사건 신청을 거부하는 내용의 이 사건 처분을 하였다.···(중략)···이 사건 처분서는 아무런 실질적인 내용 없이 단순히 신청을 불허한다는 결과만을 통보한 것이다.···(중략)···피고는 이 사건 소송에서 ‘이 사건 산업단지 안에 새로운 폐기물시설부지를 마련할 시급한 필요가 없다.’는 점을 이 사건 거부처분의 사유로 추가하였다. 그러나 피고가 당초 처분의 근거로 제시한 사유가 실질적인 내용이 없다고 보는 이상, 위 추가 사유는 그와 기본적 사실관계가 동일한지 여부를 판단할 대상조차 없는 것이므로, 결국 소송단계에서 처분사유를 추가하여 주장할 수 없다(대판 2017.8.29. 2016두44186).

-----  
○ 498쪽 <(5) 허용기한>의 내용을 다음으로 대체

행정청은 사실심 변론을 종결할 때까지 당초의 처분사유와 기본적 사실관계가 동일한 범위 내에서 처분사유를 추가 또는 변경할 수 있다(행정소송규칙 제9조). 종래 판례의 입장도 그러하였다(대판 1999.8.20. 98두17043).

○ 509쪽 : 판례 BOX 위에 추가

행정절차법 제22조 제1항은 청문 사유로 ① 다른 법령등에서 청문을 하도록 규정하고 있는 경우, ② 행정청이 필요하다고 인정하는 경우, ③ 인허가 등의 취소, 신분·자격의 박탈, 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소를 하는 경우를 규정하고 있다.

○ 510쪽 맨 아래 판례(법령상 청문절차에.....) 삭제

-----  
○ 515쪽 판례(2011두26589) 위에 추가

처분이 재량권을 일탈·남용했다는 사정에 관한 증명책임의 소재(=처분의 효력을 다투는 자) / 행정청이 처분서에 불확정개념으로 규정된 법령상 허가기준 등을 충족하지 못했다는 취지만 간략히 기재하여 폐기물처리사업계획서 반려 내지 부적합 통보를 한 경우, 이에 대한 취소소송절차에서 행정청이 구체적 불허가사유를 분명히 해야 하는지 여부(적극) 및 이 경우 원고는 구체적 불허가사유에 관한 판단과 근거에 재량권 일탈·남용의 위법을 밝히기 위해 소송절차에서 추가적인 주장과 자료를 제출할 필요가 있는지 여부(적극) (대법원 2023.7.27. 선고 2023두35661)

【원고, 피상고인】 ○○사

【피고, 상고인】 영천시장

【사실관계】

○○사는 영천시장에게 폐기물처리사업계획서를 제출하였으나, 영천시장은 이에 대하여 반려하면서 처분사유를 ‘폐기물관리법 제25조 제7항 및 이 사건 지침 제3조에 따른 주민 건강 및 주변 환경 영향 여부를 확인하기 위한 주민동의서 미제출’이라고 기재하였다.

○○사가 취소소송을 제기하였고, 피고 영천시장은 소송과정에서 ① 비산면지나 그 밖의 오염물질이 가까운 거리에 있는 주민생활에 영향을 줄 우려가 있고, ② 「소음·진동관리법 시행규칙」 제2조의2 [별표 1]에 의해 소음·진동배출시설로 규정된 분쇄시설을 운영할 때 소음·진동 발생이 우려되며, ③ 화재 사례가 빈번한 폐합성수지류 보관 및 처리 중 화재 발생 시 산불로의 확산이 우려되고, ④ 연간 14,400t의 폐기물 반입과 9,000t의 제품 출하를 위해 대형트럭이 빈번하게 출입하여 인근 지역의 교통 위험을 증가시키며, ⑤ 기존 축사가 입지하고 있는 곳에 추가적인 환경오염 유발시설이 입지할 경우 주변 환경오염이 가중된다는 등으로 처분사유로 기재되어 있던 주민의 건강과 주변 환경에의 영향이라는 불확정개념을 구체화하였다.

【항소심】

원고가 피고에게 제출한 이 사건 폐기물처리사업계획서에 대한 반려처분이 재량권을 일탈·남용하여 위법하다고 판단하였다. [이유] 피고는 폐기물처리사업계획서 제출에 따른 ‘주민의 건강 및 주변 환경에의 영향 여부’를 검토·확인한 후 그 검토결과를 이유로 한 처분사유를 제시하지 아니한 채, 오로지 ‘보완서류(인근 주민들의 동의서) 미제출’이라는 절차적 이유만으로 반려처분을 한 것은, 이 사건 지침을 준수하는 공익에 비하여 원고의 영업상 이익을 과도하게 제한하는 것으로 비례원칙에 어긋난다.

【대법원 판결요지】

1. 관련 법리

(1) 행정청은 사람의 건강이나 주변 환경에 영향을 미치는지 여부 등 생활환경과 자연환경에 미치는 영향을 두루 검토하여 폐기물처리사업계획서의 적합 여부를 판단할 수 있으며, 이에 관해서는 행정청에 광범위한 재량권이 인정된다.

따라서 법원이 적합 여부 결정과 관련한 행정청의 재량권 일탈·남용 여부를 심사할 때에는 해당 지역의 자연환경, 주민들의 생활환경 등 구체적 지역 상황, 상반되는 이익을 가진 이해관계자들 사이의 권익 균형과 환경권의 보호에 관한 각종 규정의 입법 취지 등을 종합하여 신중하게 판단하여야 한다. ‘자연환경·생활환경에 미치는 영향’과 같이 장래에 발생할 불확실한 상황과 파급효과에 대한 예측이 필요한 요건에 관한 행정청의 재량적 판단은 그 내용이 현저히 합리적이지 않거나 상반되는 이익이나 가치를 대비

해 볼 때 형평이나 비례의 원칙에 뚜렷하게 배치되는 등의 사정이 없는 한 폭넓게 존중될 필요가 있다.

- (2) 처분이 재량권을 일탈·남용하였다는 사정은 그 처분의 효력을 다투는 자가 주장·증명하여야 한다. 행정청이 폐기물처리사업계획서 반려 내지 부적합 통보를 하면서 그 처분서에 불확정개념으로 규정된 법령상의 허가기준 등을 충족하지 못하였다는 취지만을 간략히 기재하였다면, 반려 내지 부적합 통보에 대한 취소소송절차에서 행정청은 그 처분을 하게 된 판단 근거나 자료 등을 제시하여 구체적 불허가사유를 분명히 하여야 한다. 이러한 경우 재량행위인 폐기물처리사업계획서 반려 내지 부적합 통보의 효력을 다투는 원고로서는 행정청이 제시한 구체적인 불허가사유에 관한 판단과 근거에 재량권 일탈·남용의 위법이 있음을 밝히기 위하여 소송절차에서 추가적인 주장을 하고 자료를 제출할 필요가 있다.

## 2. 이 사건의 판단

- (1) 이 사건 폐기물처리사업계획서에 의하면, 원고가 운영하려는 폐기물처리시설에는 1일 약 48t의 폐합성수지류 폐기물이 운반되는데, 그 폐기물처리시설에서는 이를 선별하고 분쇄하여 고휘연료제품(비성형)을 1일 약 12t, 중간가공 폐기물을 1일 약 18t씩 생산하겠다는 것인바, 이와 같은 폐기물 처리과정에서는 소음, 분진, 진동이 발생하고, 폐기물과 제품 운반과정에서도 비산먼지 및 매연으로 인한 대기오염이 발생할 수 있을 것으로 보인다. 그런데 이 사건 폐기물처리사업계획서에 주변 환경에 대한 영향을 방지하기 위한 시설로서 구체적으로 기재되어 있는 것은 선별·분쇄과정에서 발생하는 비산먼지를 방지하기 위한 여과집진시설 1대뿐이다. 따라서 그것만으로는 폐기물처리시설로 인하여 발생할 수 있는 환경상의 악영향을 방지하는 것이 불가능하다고 본 피고의 판단이 불합리하다고 할 수 없다.
- (2) 원고는 위 폐기물처리시설로 매일 약 48t의 폐기물을 운반하고, 폐기물처리시설에서 약 30t의 가공된 제품을 출하할 예정이다. 폐기물 운반 및 제품 출하를 위하여 대형트럭이 빈번하게 출입하는 상황은 인근 지역의 교통 위험을 증가시키는 요인이 될 수 있다.
- (3) 환경이 오염되면 원상회복이 거의 불가능한 경우가 많아 사후적 규제만으로 환경오염으로 인한 피해를 회복하는 데 한계가 있다. 환경이 심각하게 오염될 우려가 있는 경우에는 이를 미리 방지하는 것이 중요한데, 현재 원고가 제출한 증거만으로는 ‘주민들의 건강이나 주변 환경에 영향을 미칠 우려’를 처분사유로 하는 반려처분에 비례의 원칙 위반 등 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 단정하기 어렵다.
- (4) 따라서 원심으로서는 단순히 피고가 보완서류 미이행(주민동의서 미제출)을 이유로 반려처분을 하였다는 전제에서 그 반려처분에 재량권 일탈·남용의 위법이 있다고 단정할 것이 아니라, 원고로 하여금 폐기물처리시설 예정지의 자연환경, 기반시설과 인근의 주거시설, 상업시설, 산업시설, 근린생활시설 등의 위치, 규모 및 현황을 확인할 수 있는 자료 및 원고가 운영할 폐기물처리시설이 주민들의 건강과 주변 환경에 어떠한 영향을 주는지에 관한 주장 및 자료를 제출하게 하여 그 폐기물처리시설로 인한 ‘주민들의 건강이나 주변 환경에의 영향’의 유무 및 그 정도를 심리하여야 한다.
- (5) 그럼에도 원심은 그에 관한 조치를 취하거나 심리를 하지 않고, 곧바로 피고의 반려처분에 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 판단하였다. 이러한 원심판단에는 폐기물관리법상 폐기물처리사업계획서 적합 통보 여부에 관한 심사기준과 그 범위, 불확정개념을 처분사유로 한 경우의 그 해석과 심리방법, 재량권 일탈·남용에 대한 주장·증명책임 등

에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

○ 532쪽 <(4) 조정>을 다음으로 대체

**(4) 조정권고**

조정은 법원이 판결 대신에 분쟁해결을 위한 타협방안을 마련하여 당사자의 수락을 권고하는 방식이다.

재판장은 신속하고 공정한 분쟁 해결과 국민의 권익 구제를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 소송계속 중인 사건에 대하여 직권으로 소의 취하, 처분등의 취소 또는 변경, 그 밖에 다툼을 적정하게 해결하기 위해 필요한 사항을 서면으로 권고할 수 있다(행정소송규칙 제15조 제1항). 재판장은 권고를 할 때에는 권고의 이유나 필요성 등을 기재할 수 있다(제2항). 그리고 재판장은 권고를 위하여 필요한 경우에는 당사자, 이해관계인, 그 밖의 참고인을 심문할 수 있다(제3항).

○ 536쪽 <6. 사정판결> 다음에 추가

<p><b>행정소송법 제28조(사정판결)</b></p> <p>① 원고의 청구가 이유있다고 인정하는 경우에도 처분등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 법원은 원고의 청구를 기각할 수 있다. 이 경우 법원은 그 판결의 주문에서 그 처분등이 위법함을 명시하여야 한다.</p> <p>② 법원이 제1항의 규정에 의한 판결을 함에 있어서는 미리 원고가 그로 인하여 입게 될 손해의 정도와 배상방법 그 밖의 사정을 조사하여야 한다.</p> <p>③ 원고는 피고인 행정청이 속하는 국가 또는 공공단체를 상대로 손해배상, 제해시설의 설치 그 밖에 적당한 구제방법의 청구를 당해 취소소송등이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다</p>
--

○ 537쪽 맨 마지막 단락(무효등확인소송에서도 인정되는지의..... 타당하다.)을 다음으로 대체

무효등확인소송에서도 인정되는지의 여부에 대해서는 ㉠ i) 준용한다는 규정이 없고, ii) 사정판결은 법치주의의 예외이므로 가능한 범위를 축소할 필요가 있고, iii) 취소판결은 처분의 효력을 부정함에 반해 사정판결은 처분의 효력이 부정되지는 않지만 위법성을 확인하는 것이므로 처분이 무효인 경우 사정판결로 유지될 처분의 효력이 없어 부정함이 타당하다는 견해, ㉡ i) 무효인 처분을 기초로 한 기성 사실의 원상회복이 현저히 공공복리에 반하는 경우에는 예외적으로 무효인 처분에도 사정판결을 할 필요가 있으며, ii) 사정판결은 기성사실을 백지화하는 것이 적합한가, 아니면 기성사실은 그대로 두고 다른 방법에 의한 구제를 강구하는 것이 공공복리에 적합하가라는 각도에서 판단해야지 처분의 효력 유무를 갖고 사정판결 여부를 판단해서는 아니 된다는 견해가 있다. 판례는 당연무효의 행정처분을 소송목적물로 하는 행정소송에서는 존치시킬 효력이 있는 행정행위가 없기 때문에 행정소송법 제28조 소정의 사정판결을 할 수 없다(대판 1996.3. 22. 95누5509)고 한다.

○ 538쪽 <④ 피고인 행정기관의 신청 여부> 본문을 대체



- ㉠ **학설** : i) 행정소송법 제26조를 근거로 당사자의 주장이나 피고의 항변이 없더라도 법원의 직권탐지기능에 따라 가능하다는 견해, ii) 행정소송법 제26조를 근거로 당사자의 명백한 주장이 없는 경우에도 기록에 나타난 여러 사정을 기초로 직권으로 사정판결할 수 있다는 견해, iii) 행정소송법이 제26조를 규정하고 있다고 하더라도 당사자의 주장·항변 없이는 직권으로 사정판결이 불가능하다는 견해(다수설)가 대립된다.
- ㉡ **판례** : 법원이 사정판결을 할 필요가 있다고 인정하는 때에는 당사자의 명백한 주장이 없는 경우에도 기록에 나타난 사실을 기초로 하여 직권으로 사정판결을 할 수 있다(대판 1992.2.14. 90누9032).
- ㉢ **검토** : 행정소송법 제26조의 직권심리주의는 실체적 적법성보장(처분의 위법·적법성 규명)을 위해 인정되는 것이고 사정판결제도는 기성사실의 존중의 필요성을 근거로 인정되는 것이므로 양자는 취지를 달리하기 때문에 행정소송법 제26조를 근거로 당사자의 주장이나 항변 없이도 사정판결을 할 수 있다는 견해는 부당하며, 부정하는 견해가 타당하다.

-----

○ 540쪽 <(4) 판단시점> 끝 : 때문이다. →

때문이다. 행정소송규칙 제14조도 처분등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니한지 여부는 사실심 변론을 종결할 때를 기준으로 판단한다고 명시하였다.

○ 542쪽 [사례] box 전부 삭제

○ 543쪽 <4. 기판력(소송법적.....구속력)> 다음에 추가

[사례 1] 근로자 A는 甲노동조합을 조직해서 그 설립신고를 하였으나 乙시장은 “설립신고서에서 근로자가 아닌 구직 중에 있는 자의 가입을 허용하고 있다.”(「노동조합 및 노동관계조정법」 제2조 제4호 라목)는 사유로 설립신고서를 반려하였다. 이에 甲노동조합은 취소소송을 제기하였고, 관할법원은 “구직 중에 있는 자도 「노동조합 및 노동관계조정법」상 근로자의 지위를 가지고 노동조합에 가입할 수 있다.”는 이유로 乙시장의 설립신고서 반려를 취소하였고 그 판결은 확정되었다. 그러나 乙시장은 또 다시 설립신고서를 반려하면서, “주로 정치운동을 목적으로 하는 경우”(「노동조합 및 노동관계조정법」 제2조 제4호 마목)에 해당함을 그 사유로 제시하였다. 이에 甲노동조합은 다시 취소소송을 제기하고자 하는 바, 후소법원은 기판력에 따라 청구를 그대로 인용해야 하는가? (공인노무사 2012)

■ 해설 요지

기판력은 해당 처분에 한하여 미치므로 동일한 처분이 아닌 새로운 처분에 대하여는 미치지 않는다. 당초 사유인 ‘구직 중에 있는 자의 가입’과 새로운 사유인 ‘주로 정치운동을 목적으로 하는 경우’는 기본적 사실관계가 달라 별개의 처분이다. 따라서 전소의 확정판결의 기판력이 후소에 미치지 아니하므로 후소법원이 기판력에 따라 청구를 그대로 인용해야 하는 것은 아니다.

[사례 2] 증기계를 생산하는 제조회사에 근무하는 甲은 골절 등의 업무상 사고로 인하여 상해를 입었음을 이유로 근로복지공단으로부터 휴업급여와 장애급여 등의 지급결정을 받았다. 그 후 근로복지공단은 甲이 실제 상해를 입지 않았음에도 허위로 지급신청서를 작성



(3) 검토

법질서의 일체성, 분쟁의 일회적 해결 측면에서 기관력 긍정설이 타당하다.

○ 547쪽 <5. 형성력(승소판결)> 다음에 추가

**행정소송법 제29조(취소판결등의 효력)**  
① 처분등을 취소하는 확정판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다.

○ 548쪽

- <(2) 소급효> 위에 다음을 추가. 뒤의 (2) → (3) (3) → (4)

**(2) 형성효**

형성효라 함은 계쟁처분의 효력을 상실(배제)시키는 효력을 말한다. 사실행위의 경우에는 그 지배력을 배제하는 효력을 갖는다.

- 판례 box 위에 추가

다만 취소판결의 소급효가 법치주의의 내용을 이루는 법적 안정성을 침해하는 경우에는 명문의 규정 또는 판결에 의해 예외적으로 취소판결의 소급효가 제한될 수도 있다고 본다.

○ 549쪽

- 8행 : 예컨대, 경원자 소송에서 불허가 등을 받은 자가 제기한 소송에서의 판결의 효력은 허가등의 처분을 받았던 자에게도 미치고, 체납처분절차의 하나로서 공매처분에 대한 취소판결의 효력이 제3자인 경락인에게 미친다. →

예컨대, 환지처분이 취소되면 환지취득자는 환지처분에 의해 취득한 소유권을 상실하고 종전의 토지에 대한 소유권을 취득하며, 공매처분이 취소되면 공매처분을 기초로 하여 체결된 사법상 매매계약은 효력을 상실하며 그에 의해 형성된 경락인의 소유권취득도 그 효력을 상실한다. 따라서 체납자가 경락인을 상대로 한 소유권이전등기말소청구를 인용하여야 한다.

- 아래에서 12행 : 예컨대, 환지계획변경처분으로..... 83다카2022). →

예컨대, 환지계획변경처분으로 A명인의 소유권이전등기가 경료되었으나 그 후 위 변경처분으로 인하여 불이익을 입게 된 B가 동 처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하여 승소판결을 받아 이를 근거로 A명인의 소유권이전등기의 말소청구소송을 제기하여 B 승소판결이 확정됨에 따라 A가 그 소유권상실의 손해를 입게 된 경우가 이에 해당한다(대판 1986.8.19. 83다카2022).

○ 550쪽 5행 : 달라져야 한다는 견해 →

달라져야 한다는 견해(불가쟁력이 발생한 제3자에 대하여는 법적 안정성을 보장하기 위하여 소급효를 갖지 않으나, 불가쟁력이 발생하지 않은 제3자에 대해서는 소급효가 미침)

-----  
○ 550쪽 <6. 기속력(승소판결, 행정기관에 대한 기속력)> 다음에 추가

**행정소송법 제30조(취소판결등의 기속력)**

- ① 처분등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다.
- ② 판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.
- ③ 제2항의 규정은 신청에 따른 처분이 절차의 위법을 이유로 취소되는 경우에 준용한다.

[사례 1] 유흥주점 영업허가를 받아 주점을 경영하는 갑은 청소년인 을을 유흥접객원으로 고용하여 유흥행위를 하게 하였다는 이유로 관할 행정청인 A로부터 위 유흥주점 영업허가를 취소하는 처분을 받았다. 갑은 이에 불복하여 행정소송을 제기하여 위 취소처분을 취소하는 판결을 선고받아 그 판결이 확정되었다. 그런데 이 확정판결은 을이 청소년임을 인정할 증거가 없다는 이유로 위 영업허가취소처분을 취소하는 것이었다. A는 이 판결 확정 후 을이 청소년임을 인정할 만한 증거가 새로이 발견되었다는 이유로 다시 위 영업허가를 취소하는 처분을 할 수 있는가?

▪ 해설 요지

확정판결 후 을이 청소년임을 인정할 만한 증거가 새로이 발견되었어도 이는 처분시에 존재했던 사실에 대한 입증자료일 뿐 처분시 이후에 발생한 새로운 사실이 아니다. 이것은 기본적 사실관계가 동일한 사유에 따라 행한 동일한 처분이라고 보아야 하므로, A의 허가취소처분은 기속력에 반하여 무효이다.

[사례 2] 갑은 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상 녹지지역인 A토지에 대하여 토석채취허가신청을 하였으나 X군수는 인근 주민들의 동의서를 제출하지 않았다는 이유로 토석채취허가 신청을 반려하였다가 갑이 제기한 취소소송에서 패소하여 판결이 확정되었다. 이후 X군수는 재처분을 하면서 갑이 신청한 지역은 토석채취를 하게 되면 자연경관이 심히 훼손되고 암반의 발파 시 생기는 소음, 토석운반 차량의 통행 시 일어나는 소음, 먼지의 발생, 토석채취장에서 흘러내리는 토사가 부근의 농경지를 매몰할 우려가 있는 등 공익에 미치는 영향이 지대하다는 이유에서 다시 거부처분을 내렸다. 이에 갑은 재차 받은 거부처분을 다투고자 한다. 이 거부처분은 적법한가?

▪ 해설 요지

“인근 주민들의 동의서를 제출하지 않았다”는 사유와 “자연경관이 심히 훼손되고 암반의 발파 시 생기는 소음, 토석운반 차량의 통행 시 일어나는 소음, 먼지의 발생, 토석채취장에서 흘러내리는 토사가 부근의 농경지를 매몰할 우려가 있는 등 공익에 미치는 영향이 지대하다.”는 사유는 기본적 사실관계가 다른 경우에 해당한다. 따라서 X군수가 기본적 사실관계가 다른 사유를 내세워 다시 거부처분을 하였다 하더라도, 그 거부처분은 기속력에 반한다고 할 수 없다. 결국 X군수의 재거부처분은 다른 위법사유가 없는 한 적법하다.

[사례 3] 갑은 여관을 건축하기 위하여 관할 군수 을에게 건축허가 신청을 하였으나 을은 관계법령에 근거가 없는 사유를 들어 거부처분을 하였다. 이에 갑은 을을 상대로 거부처분취소소송을 제기하여 승소하였고 이 판결은 확정되었다. 그런데 승소판결 확정 후 관계법령이 개정되어 위 건축허가를 거부할 수 있는 근거가 마련되자 을은 이에 의거하여 다시 거부처분을 하였다. 을이 한 새로운 거부처분은 적법한가?

▪ **해설 요지**

사안은 거부처분에 대한 승소판결이 확정된 후에 법령이 변경된 경우 동일한 내용의 처분을 다시 한 경우에 해당한다. 이 경우 위법판단 기준시점을 처분시로 보든지 판결시로 보든지 상관없이, 새로운 거부처분에는 종전 거부처분 취소확정판결의 기속력이 미치지 않는다. 따라서 관할군수 을이 개정된 법령에 근거해 발령한 거부처분은 기속력에 반하지 않는 적법한 처분이다.

○ 550쪽 <(1) 의의>를 다음으로 대체

**(1) 의의**

기속력이란 소송당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청이 판결의 취지에 따라 행동해야 하는 실체법상의 의무를 발생시키는 효력을 말한다. 행정소송법은 취소판결에 대하여 기속력 있음을 규정하고 무효등확인소송과 부작위위법확인소송 및 당사자소송에 이를 준용하고 있다(제30조·제38조·제44조).

기속력은 인용판결이 확정된 경우에 한하여 인정되고 기각판결에는 인정되지 않는다. 따라서, 취소소송의 기각판결이 있는 후에도 처분청은 해당 처분을 직권취소할 수 있다.

※ “판결의 취지” : 판결의 주문 + 판결이유 즉, 취소판결의 취지는 취소된 처분이 위법하다는 것과 취소판결의 이유가 된 위법사유를 말함

○ 551쪽

- 표의 맨 아래 칸을 다음처럼 함

효력범위	· 주문(해당 처분의 위법성 일반) · 소송당사자 및 이와 동일시할 수 있는 자	· 주문 및 이유인 위법사유 · 처분청 및 관계행정청
------	---	----------------------------------

- <㉠ 의의>를 다음으로 대체

**㉠ 의의**

취소판결이 확정되면 처분청 및 관계행정청은 취소된 처분에서 행한 과오와 동일한 과오를 반복해서는 안되는 구속을 받는다.

취소판결이 확정되면 당사자인 행정청은 물론이고 그 밖의 관계 행정청(예 재결취소소송에서 원처분청)도 동일한 사실관계 아래서 동일 당사자에 대하여 동일한 내용의 처분을 반복하여서는 아니 된다(대판 1982.5.11. 80누104).

- 아래쪽 ㉠와 ㉡를 다음으로 대체

㉠ 취소된 처분의 처분사유와는 기본적 사실관계에서 동일성이 없는 다른 처분사유를 들어 동일한 내용의 처분을 하여도 동일한 처분이 아니므로 기속력에 저촉되지 않는다(예 A 행정법규 위반을 이유로 한 허가취소처분이 취소판결에 의해 취소되었더라도 행정청은 B행정법규 위반을 이유로 당해 허가를 취소할 수 있으며, 취소된 처분의 징계사유와 다른 징계사유를 내세워 동일한 내용의 징계처분을 할 수 있음).

㉡ 처분의 기본적 사실관계가 동일하다면 적용법규정을 달리하거나 처분사유를 변경하여 동일한 내용의 처분을 하는 것은 기속력에 반한다.

○ 552쪽

- 판례 BOX 위에 추가

㉑ 행정청은 취소된 행위를 기초로 하는 일체의 처분을 하여서는 안 된다.

○ 552쪽 아래의 <㉑ 의의> ->> 전부 삭제

○ 553쪽 <㉒ 거부처분취소에 따른 재처분의무>를 다음으로 대체

㉑ 거부처분취소에 따른 재처분의무

㉑ 의의

판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다(제30조 제2항).

그러나 반드시 원고가 신청한 대로 처분해야 하는 것은 아니고 ‘판결의 취지’를 존중하는 것이면 된다. 재처분의 의무의 내용은 다음과 같이 거부처분의 취소사유에 따라 다르다.

㉒ 거부처분이 형식상 위법(무권한, 형식의 하자, 절차의 하자)을 이유로 취소된 경우

행정청은 적법한 형식을 갖추어 신청에 따른 가부간의 처분을 하여야 한다. 따라서 행정청은 실체적 요건을 심사하여 신청된 대로 처분을 할 수도 있고 다시 거부처분을 할 수도 있다.

㉓ 거부처분이 실체상 위법을 이유로 취소된 경우

행정청은 i) 처분 이후에 발생한 사유이거나(☞ 법령의 변경 또는 사실상황의 변경), ii) 처분 당시 이미 발생하였다 하더라도 당초의 처분사유와 기본적 사실관계의 동일성이 인정되지 않는 사유 등 새로운 거부사유를 내세워 다시 거부처분을 하였다면 이는 종전 거부처분과 결론이 동일하다 하더라도 기속력에 반하여 허용되지 않는다고 볼 수 없다. 판례는 거부처분 취소의 확정판결을 받은 행정청이 거부처분 후에 법령이 개정·시행된 경우, 새로운 사유로 내세워 다시 거부처분을 한 경우도 행정소송법 제30조 제2항 소정의 재처분에 해당하고(대결 1998.1.7. 97두22), 종전 확정판결의 판단대상에서 제외된 부분을 행정청이 새로운 처분사유로 삼은 것은 확정판결의 기속력에 저촉되지 아니한다(대판 1991.8.9. 90누7326)는 입장이다.

그러나 이러한 판례의 입장에 대하여는 거부처분취소판결이 난 경우에 거부처분시 이전에 존재하던 다른 처분사유를 들어 다시 거부처분을 하는 것은 동일한 처분을 반복하는 것으로서 기속력에 반한다는 반론이 있다(박정훈).

그리고 행정청의 자의에 의하여 판결의 기속력이 잠탈되는 것을 막기 위하여, 재처분이 i) 합리적인 기간 내가 아니라 기속력 회피를 위하여 처리를 지연하다가 새로운 법령 및 허가기준에 따라 이루어진 경우, ii) 행정청이 스스로 작출한 새로운 거부사유에 기한 경우, iii) 실질적으로 보아 종전의 거부처분을 답습한 것으로 권리남용으로 볼 수 있는 경우 등은 재처분의무를 충족하였다고 볼 수 없다는 견해가 있다(김의환).

○ 554쪽

- 1행 : ㉔ → ㉕

- 4행 : 제3자에 의한 소제기에서 → 제3자의 제소에 따라 절차에 위법이 있음을 이유로

○ 555쪽 중간 : 압류재산을 반환해야 한다.

→ 압류재산을 반환해야 하며, 파면처분이 취소되면 파면되었던 원고를 복직시켜야 한다.

○ 557쪽 <③ 시간적 효력범위>의 두 번째 단락(그런데 이러한 입장은..... 설명하는 것이 일반적이다.)을 삭제하고 그 자리에 다음으로 대체

그런데 이에 대하여는, 처분시의 개정 전 법령의 존속에 대한 국민의 신뢰, 인용판결에 대한 신뢰와 거부처분 후 개정된 법령의 적용에 관한 공익 사이의 이익형량의 결과 전자가 후자보다 더 보호가치가 있다고 인정되는 경우에는 그러한 국민의 신뢰를 보호하기 위하여 처분 후의 개정 법령을 적용하지 말고 개정 전 법령을 적용해야 한다는 견해가 있다(박균성).

○ 558쪽 <7. 간접강제> 다음에 추가

[사례] 甲은 여관을 건축하기 위하여 관할 군수 乙에게 건축허가 신청을 하였으나 乙은 관계법령에 근거가 없는 사유를 들어 거부처분을 하였다. 이에 甲은 乙을 상대로 거부처분 취소소송을 제기하여 승소하였고 이 판결은 확정되었다. 그런데도 乙은 이 판결의 취지에 따른 처분을 하지 아니하였다. 乙이 이 판결의 취지에 따른 처분을 하지 않고 있는 동안, 甲이 강구할 수 있는 행정소송법상 구제방법은?

▪ 해설 요지

건축허가 거부처분이 위법하여 인용판결이 내려졌음에도 행정청이 판결의 취지에 따른 처분을 하지 않고 있는 것은 판결의 기속력 중 재처분의무에 반한다. 따라서 같은 행정소송법 제34조 제1항에 따라 제1심 수소법원에 서면으로 간접강제신청을 하여 간접강제 결정을 받아 을로 하여금 판결취지에 따른 처분을 하도록 강제할 수 있다.

○ 562쪽 <3. 재심> 다음에 추가

**행정소송법 31조(제3자에 의한 재심청구)**

① 처분등을 취소하는 판결에 의하여 권리 또는 이익의 침해를 받은 제3자는 자기에게 책임없는 사유로 소송에 참가하지 못함으로써 판결의 결과에 영향을 미칠 공격 또는 방어방법을 제출하지 못한 때에는 이를 이유로 확정된 종국판결에 대하여 재심의 청구를 할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 청구는 확정판결이 있음을 안 날로부터 30일 이내, 판결이 확정된 날로부터 1년 이내에 제기하여야 한다.

③ 제2항의 규정에 의한 기간은 불변기간으로 한다.

○ 562쪽 [사례 2] 추가

[사례 2] X시장은 주유소 1개소를 추가로 설치하는 내용으로 개발제한구역 안 주유소배치계획을 변경한 후 이를 공고하였고, 변경공고에 따라 주유소 운영사업자를 모집한다는 내용의 모집공고를 하였다. 이에 따

라 A와 B가 X시장에게 주유소에 관한 운영사업자 선정신청을 하였는데, X시장은 각 신청 서류를 검토한 결과 B가 공고된 선정 기준에 따른 우선순위자라고 인정하여 A에 대하여는 주유소 운영사업자 불선정처분을 함과 아울러 B에게 주유소 운영사업자 선정처분을 하였다. A가 주유소 운영사업자 선정의 하자를 주장하면서 X시장의 B에 대한 주유소 운영사업자 선정처분 취소소송을 제기하였으나 B가 아무런 조치를 취하지 못하는 사이 A가 제기한 위 소송에서 A가 승소하여 그 판결이 확정된 경우, B는 행정소송법상 어떤 방법을 강구할 수 있는가?

▪ 해설 요지

B가 위 소송에 소송참가를 하지 않은 경우 ‘자기에게 책임없는 사유로 소송에 참가하지 못함으로써 판결의 결과에 영향을 미칠 공격 또는 방어방법을 제출하지 못한 점’을 입증하여 재심을 청구할 수 있다.

○ 565쪽 맨 아래에 다음을 추가하고, 다음 페이지의 <6.소송비용>을 <7. 소송비용>으로 함

**6. 명령·규칙 소관 행정청에 대한 소송통지**

법원은 명령·규칙의 위헌 또는 위법 여부가 쟁점이 된 사건에서 그 명령·규칙 소관 행정청이 피고와 동일하지 아니한 경우에는 해당 명령·규칙의 소관 행정청에 소송계속 사실을 통지할 수 있다(행정소송규칙 제7조 제1항). 통지를 받은 행정청은 법원에 해당 명령·규칙의 위헌 또는 위법 여부에 관한 의견서를 제출할 수 있다(제2항).

○ 581쪽 판례 심화학습 (2011두14401) 전부 삭제

○ 586쪽 [사례 4 추가

[사례 4] A군의 군수는 甲주식회사에게 중소기업창업 지원법 제33조 및 제35조에 따라 관할행정청과의 협의를 거쳐 산지전용허가 등이 의제되는 사업계획을 승인하였다. 산지전용허가가 의제되는 부지 인근에 거주하고 있는 주민乙은 해당 사업이 실시될 경우 산에서 내려오는 물의 흐름이 막혀 지반이 약한 부분에서 토사 유출 및 산사태 위험이 있다며 해당 산지전용허가에 반대하고 있다. 관할행정청은 이후 산지관리법 제37조에 따라 재해위험지역 일제점검을 하던 중 甲의 시설공사장에서 토사유출로 인한 산사태 위험을 확인하고, 甲에게 시설물철거 등 재해의 방지에 필요한 조치를 할 것을 명하였다. 다만, 甲에게 통지된 관할행정청의 처분서에는 甲이 충분히 알 수 있도록 처분의 사유와 근거가 구체적으로 명시되지는 않았다. 甲은 관할행정청의 조치명령을 이행하지 아니하여 산지관리법 위반으로 형사법원에 기소되었으나 해당 조치명령이 위법하므로 자신이 무죄라고 주장한다. 甲의 주장이 타당한지를 검토하시오.

▪ 해설 요지

- (1) 행정청의 조치명령은 이유제시 의무를 불이행한 하자가 있고, 이러한 절차상 하자는 처분의 독자적 위법사유가 되며, 그 위법성의 정도는 취소사유라고 할 수 있다.
- (2) 형사법원이 산지관리법에 근거하여 형벌을 과하려면 조치명령이 적법한 것이라야 하는데, 형사법원은 조치명령이 위법함을 스스로 판단할 수 있고, 사안에서는 조치명령이 위법하므로 유죄판단할 수 없다. 甲의 주장은 타당하다.

○ 591쪽 아래쪽 : 무효확인청구를 주위적 청구, 취소청구를 예비적 청구로 할 수 있다. 그러나 취소청구를 주위적 청구, 무효확인청구를 예비적 청구로 할 수는 없다. ->> 삭제

○ 593쪽 끝에 추가



## 5. 무효확인소송에서의 석명권 행사

재판장은 무효확인소송이 행정소송법 제20조에 따른 기간(註: 취소소송의 제소기간) 내에 제기된 경우에는 원고에게 처분등의 취소를 구하지 아니하는 취지인지를 명확히 하도록 촉구할 수 있다. 다만, 원고가 처분등의 취소를 구하지 아니함을 밝힌 경우에는 그러하지 아니하다(행정소송규칙 제16조).

○ 594쪽 <2. 선결문제> 다음에 추가

### 행정소송법 제11조(선결문제)

- ① 처분등의 효력 유무 또는 존재 여부가 민사소송의 선결문제로 되어 당해 민사소송의 수소법원이 이를 심리.판단하는 경우에는 제17조, 제25조, 제26조 및 제33조의 규정을 준용한다.
- ② 제1항의 경우 당해 수소법원은 그 처분등을 행한 행정청에게 그 선결문제로 된 사실을 통지하여야 한다.

○ 597쪽 <3. 가구제의 문제> 위에 추가

### <하자 있는 금전부과처분에 따라 납부한 금전의 반환 청구>

#### 1. 부과처분에 취소사유가 있는 경우

##### (1) 취소소송의 제기

- ① 취소소송을 제기하여 취소 확정판결을 받게 되면 부과처분은 소급하여 그 효력이 소멸되고, 행정주체는 확정판결에 기속되어 결과제거의무가 발생함에 따라 금전을 돌려주어야 한다.
- ② 만일 행정주체가 반환하지 않으면 상대방은 민사법원에 부당이득반환청구소송을 제기하여 금전을 돌려받을 수 있다.

##### (2) 부당이득반환청구소송의 제기

취소소송의 제기 없이 부당이득반환청구소송만을 제기한 경우, 구성요건적 효력에 의해 처분이 취소되지 않는 한 민사법원은 그 효력을 부인할 권한이 없으므로 각각판결을 하여야 한다.

##### (3) 관련청구소송의 병합

행정소송법 제10조에 따라 취소소송과 부당이득반환청구소송을 병합하여 행정법원에 제기할 수 있다. 이 경우 부과처분에 대한 취소판결로 처분의 효력이 제거되면 부당이득반환청구소송도 인용될 것이다.

#### 2. 부과처분에 무효사유가 있는 경우

##### (1) 부당이득반환청구소송의 제기

- ① 부당이득반환청구권의 성질 : 공권설, 사권설(판례)
- ② 민사사건의 선결문제 판단권 : 민사법원은 변상금부과처분이 무효임을 전제로 판단할 수 있고, 상대방은 이를 통하여 금전을 반환받을 수 있다.

##### (2) 무효확인소송의 제기

무효확인소송의 보충성을 요하지 아니하므로 무효확인소송을 제기하여 기속력에 따라 금전을 반환받을 수 있고, 반환 불이행시 부당이득반환청구소송을 제기하여 반환받을 수 있다.

**(3) 관련청구소송의 병합**

행정소송법 제10조에 따라 무효확인소송과 부당이득반환청구소송을 병합할 수 있다.

○ 598쪽 <3. 간접강제 허용여부> 대체

**3. 간접강제 허용여부**

**(1) 문제점**

행정소송법 제38조 제1항이 무효확인 판결에 관하여 취소판결에 관한 규정을 준용함에 있어서 제30조 제2항(재처분의무)을 준용한다고 규정하면서도 제34조(간접강제)는 이를 준용한다는 규정을 두지 않고 있으므로 인정 여부가 문제된다.

**(2) 학설**

- ① 소극설 : 간접강제제도는 부작위위법확인소송에도 준용되고 있으나(제38조 제2항), 무효확인소송에는 준용되고 있지 않으므로 부정된다는 견해이다.
- ② 적극설 : 거부처분 무효확인판결에도 기속력이 인정되기 때문에 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분하여야 할 의무가 있는데, 행정청이 그 의무를 이행하지 않을 경우 이를 강제할 필요가 있다는 점에서 취소판결과 다르지 않으므로, 거부처분 무효확인판결에서도 간접강제가 가능하다고 해석할 필요가 있다는 견해이다.

**(3) 판례**

판례는 행정소송법 제38조 제1항이 제34조는 이를 준용한다는 규정을 두지 않고 있으므로, 행정처분에 대하여 무효확인 판결이 내려진 경우에는 그 행정처분이 거부처분인 경우에도 행정청에 판결의 취지에 따른 재처분의무가 인정될 뿐 그에 대하여 간접강제까지 허용되는 것은 아니라고 한다(대결 1998.12.24, 98무37).

**(4) 검토**

거부처분 무효확인판결도 재처분의무가 있으므로 행정청이 그 의무를 이행하지 않을 경우 이를 강제할 필요가 있다는 점에서 무효확인소송에도 긍정함이 타당하다. 다만 현행 법상 명시 규정이 없어 이를 인정하기에 난점이 있다.  
가령 건축허가반려처분에 대한 무효등확인소송을 제기할 경우 법원은 단순히 처분의 효력 유·무만을 확인하고 청구인용판결이 있어도 실질적으로 처분청에 대한 강제력이 없다는 것이 한계이다. 따라서 의무이행소송의 도입이 주장되고 있다.

-----  
○ 611쪽 <5. 제소기간>을 전부 다음으로 대체

**5. 제소기간**

**(1) 문제점**

취소소송과 달리 부작위위법확인소송의 대상인 부작위상태는 계속되고 있는 것이므로 제소기간이란 있을 수 없다고 볼 여지가 있다. 그런데 행정소송법이 취소소송의 제소기간에 관한 규정을 부작위위법확인소송에도 준용하고 있기 때문에 그 해석이 문제된다.

**(2) 행정소송법 규정**

취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다. 다만, 제18조 제1항 단서에 규정한 경우와 그 밖에 행정심판청구를 할 수 있는 경우 또는 행정청이 행정심판청

구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에 행정심판청구가 있는 때의 기간은 재결서의 정본을 송달받은 날부터 기산한다(제20조 제1항). 이와 같은 취소소송의 제소기간 규정이 부작위위법확인소송에 준용되고 있다(제38조 제2항).

### (3) 행정심판을 거치지 않은 경우

부작위는 특정시점에 종결되는 것이 아니라 계속되는 것이므로 부작위위법확인소송은 제소기간의 제한을 받지 않는다. 즉 부작위위법확인소송은 부작위 상태가 계속되는 한 언제라도 소를 제기할 수 있고, 부작위 상태가 해소되면 소의 이익이 소멸된다.

### (4) 행정심판을 거친 경우

#### ① 견해의 대립

㉠ 1설 : 취소소송의 제소기간을 준용했어도, 부작위상태의 특성상 제소기간의 제한을 받지 않는다고 한다. 재결을 거친 경우에 제소기간을 적용하는 것은, 전치절차를 거친 경우가 거치지 않은 경우보다 불리하게 취급되어 부당하다고 한다.

㉡ 2설 : 개별법이 예외적 행정심판전치주의를 채택하고 있기 때문에 행정심판을 거친 경우 또는 행정청이 고지를 잘못하여 행정심판을 거친 경우에는, 원고가 행정심판의 재결서를 송달받은 날로부터 90일 이내에 부작위위법확인소송을 제기해야 한다는 견해이다.

#### ② 판례

부작위위법확인 소는 부작위상태가 계속되는 한 그 위법의 확인을 구할 이익이 있다고 보아야 하므로 원칙적으로 제소기간의 제한을 받지 않는다. 그러나 행정소송법 제38조 제2항이 제소기간을 규정한 같은 법 제20조를 부작위위법확인소송에 준용하고 있는 점에 비추어 보면, 행정심판 등 전심절차를 거친 경우에는 행정소송법 제20조가 정한 제소기간 내에 부작위위법확인 소를 제기하여야 한다(대판 2009.7.23. 2008두10560).

#### ③ 검토

부작위의 특성상 원칙적으로 제소기간의 제한을 받지 않는다고 할 것이고, 다만 필요적 전치가 적용되는 처분의 부작위위법확인 소에서는 취소소송의 경우와 마찬가지로 행정심판 재결서를 송달받은 날로부터 일정기간 내에 소를 제기하는 것으로 봄이 타당하다.

○ 614쪽 <(4) 검토>를 대체

#### (4) 검토

절차적 심리설을 비판하는 측에서는 처분의 발급여부 및 발급될 처분의 내용을 전적으로 행정청의 재량에 맡기는 입장으로서 이는 국민의 권리보호에 역행한다고 하거나, 부작위위법확인소송에서 승소하더라도 판결의 기속력이 신청의 실제적인 내용에 미치지 않아 행정청이 거부처분을 내리면 신청인은 다시 이에 대하여 취소소송을 제기하여야 하므로 권리구제가 우회적이라고 한다.

그러나 행정소송법상 부작위위법확인소송이 정의규정과 소송물(부작위의 위법성)에 비추어 절차적 심리설이 타당하다. 현행법 해석상 절차적 심리설이 타당하지만 부작위위법확인소송은 권리구제제도로서는 불완전한 것이다. 입법론으로는 의무이행소송의 도입이 타당하다.

○ 616쪽

- [사례해설] BOX 위에 추가

**4. 부작위위법확인소송의 소송비용부담**

법원은 부작위위법확인소송 계속 중 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간이 지난 후 처분등을 함에 따라 소를 각하하는 경우에는 소송비용의 전부 또는 일부를 피고가 부담하게 할 수 있다(행정소송규칙 제17조).

○ 621쪽 [사례 2] 추가

甲은 자기 소유 토지에 전원주택을 신축하고자 건축업자인 乙과 전원주택 신축공사에 관하여 도급계약을 체결하였고, 乙은 근로복지공단에 고용보험·산재보험관계성립신고를 하면서 신고서에 위 신축공사 사업장의 사업주를 甲으로 기재하여 제출하였다. 甲은 위 사업장에 관한 고용보험료와 산재 보험료 중 일부만 납부하였고, 국민건강보험공단은 甲에게 체납된 고용보험료 및 산재보험료를 납부할 것을 독촉하였다. 관련 법령상 보험료의 신고 또는 납부 등 산재보험 및 고용보험에 관한 사업의 주요 업무는 고용노동부 장관으로부터 위탁받은 근로복지공단이 수행하고, 다만 보험료 체납관리 등 징수업무는 국민건강보험공단이 위탁받아 수행하고 있다. 甲은 건축주가 직접 공사를 하지 않고 공사 전부를 수급인에게 도급을 준 경우에는 근로자를 사용하여 공사를 수행하는 수급인이 원칙적으로 그 공사에 관한 사업주로서 고용보험 및 산재보험의 가입자가 되어 고용보험료 및 산재보험료를 납부할 의무를 부담한다는 것을 알게 되었다. 이에 甲은 국민건강보험공단이 납부를 독촉하는 보험료채무에 대해 그 부존재확인을 구하는 소송을 제기하고자 한다. 甲은 누구를 상대로 어떤 유형의 소송을 제기하여야 하는지 설명하시오. (공인노무사 2023)

▪ 해설 요지

관련 법령상 보험료의 신고 또는 납부 등 산재보험 및 고용보험에 관한 사업의 주요 업무는 고용노동부 장관으로부터 위탁받은 근로복지공단이 수행하고, 다만 보험료 체납관리 등 징수업무는 국민건강보험공단이 위탁받아 수행하고 있다. 따라서 비록 국민건강보험공단이 甲에게 보험료채무의 납부를 독촉하고 있으나, 고용·산재보험료의 귀속주체, 즉 사업주가 위 각 보험료 납부의무를 부담하는 상대방은 근로복지공단이라고 할 것이고, 국민건강보험공단은 단지 위 각 보험료의 징수업무를 수행하는 데에 불과하므로, 고용·산재보험료 납부의무의 부존재확인의 소는 근로복지공단을 피고로 하여 제기하여야 한다.

○ 624쪽 판례 BOX 위에 추가

**③ 「행정소송규칙」 상 예시**

당사자소송 개념의 불확정성, 행정의 발전에 따른 당사자소송의 확대 경향 등으로 인해, 소송 방법 선택의 착오로 인한 이송, 심리의 중복 등 절차의 낭비나 지연이 발생하고 있으므로, 이러한 낭비나 지연을 줄이기 위해 「행정소송규칙」 제19조는 법이론이나 재판 실무를 통해 정립된 당사자소송의 예시를 다음과 같이 나열하고 있다.

1. 다음 각 목의 손실보상금에 관한 소송
  - 가. 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제78조 제1항 및 제6항에 따른 이주정착금, 주거이전비 등에 관한 소송
  - 나. 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제85조 제2항에 따른 보상금의 증감에 관한 소송
  - 다. 「하천편입토지 보상 등에 관한 특별조치법」 제2조에 따른 보상금에 관한 소송
2. 그 존부 또는 범위가 구체적으로 확정된 공법상 법률관계 그 자체에 관한 다음 각 목의 소송

- 가. 납세의무 존부의 확인
  - 나. 「부가가치세법」 제59조에 따른 환급청구
  - 다. 「석탄산업법」 제39조의3 제1항 및 같은 법 시행령 제41조 제4항 제5호에 따른 재해위로금 지급청구
  - 라. 「5.18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률」 제5조, 제6조 및 제7조에 따른 관련자 또는 유족의 보상금 등 지급청구
  - 마. 공무원의 보수·퇴직금·연금 등 지급청구
  - 바. 공법상 신분·지위의 확인
3. 처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 다음 각 목의 소송
- 가. 「도시 및 주거환경정비법」 제35조 제5항에 따른 인가 이전 조합설립변경에 대한 총회결의의 효력 등을 다투는 소송
  - 나. 「도시 및 주거환경정비법」 제50조 제1항에 따른 인가 이전 사업시행계획에 대한 총회결의의 효력 등을 다투는 소송
  - 다. 「도시 및 주거환경정비법」 제74조 제1항에 따른 인가 이전 관리처분계획에 대한 총회결의의 효력 등을 다투는 소송
4. 공법상 계약에 따른 권리·의무의 확인 또는 이행청구 소송

○ 628쪽 맨 아래에 추가

**손실보상금 채권에 관하여 압류 및 추심명령이 있는 경우, 채무자인 토지소유자 등이 보상금의 증액을 구하는 소를 제기하고 그 소송을 수행할 당사자적격을 상실하는지 여부(소극)**  
 토지소유자 등이 토지보상법 제85조 제2항에 따라 보상금 증액 청구의 소를 제기한 경우, 그 손실보상금 채권에 관하여 압류 및 추심명령이 있다고 하더라도 추심채권자가 그 절차에 참여할 자격을 취득하는 것은 아니므로, 보상금 증액 청구의 소를 제기한 토지소유자 등의 지위에 영향을 미친다고 볼 수 없다. 따라서 보상금 증액 청구의 소의 청구채권에 관하여 압류 및 추심명령이 있더라도 토지소유자 등이 그 소송을 수행할 당사자적격을 상실한다고 볼 것은 아니다(대판 2022.11.24. 2018두67 전합).

○ 630쪽 판례(지방자치단체 계약직공무원이.....) 삭제

- 끝 -