

158 위 추가

3. 형식

대통령이 제정하는 법규명령은 대통령령이며, 일반적으로 ‘...법시행령’이라는 이름을 붙인다. 총리가 제정하는 법규명령은 총리령, 행정각부의 장관이 제정하는 법규명령은 부령이며, 일반적으로 ‘...법시행규칙’이라는 이름을 붙인다. 예외적으로 ‘...에 관한 규정’이나 ‘...에 관한 규칙’이라는 명칭을 사용하는 경우도 있다.

310 교체

(i) 문제점

예를 들어 사인이 공무원의 위법한 처분으로 손해를 입었다고 하면서 국가배상청구소송을 제기한 경우와 같이 선결문제가 행정행위의 위법 여부인 경우, 민사법원이 선결문제인 행정행위의 위법 여부를 판단할 수 있는가에 관해 견해가 나뉘고 있다.

(ii) 학 설

① 소극설은 행정소송법 제11조 제1항은 민사법원에 대한 처분의 효력 유무 또는 존재 여부만을 선결문제 심사권으로 규정한다고 제한적으로 해석된다는 점을 근거로 한다. ② 적극설(일반적인 견해)은 행정소송법 제11조 제1항은 선결문제 심사권에 대한 예시적 규정이라는 점을 근거로 한다.

(iii) 판 례

판례는 「행정처분의 취소판결이 있어야만 그 행정처분의 위법임을 이유로 피고에게 배상을 청구할 수 있는 것은 아니라고 해석함이 상당할 것(대판 1972.4.28. 72다337)」이라고 하여 일반적인 견해와 같이 적극적인 입장이다.

(iv) 검 토

민사법원인 국가배상청구의 수소법원이 본안을 인용하는 판결을 하더라도 해당 행정행위의 효력은 여전히 유지되며 그 행정행위의 효력은 부정되지 않기 때문에 위법성을 판단할 수 있다는 적극설이 타당하다.

376 교체

2) 분리가능성을 기준으로 하는 견해

(가) 이 견해는 주된 행정행위와 부관의 분리가능성을 기준으로 독립쟁송가능성을 판단한다. 분리가능성의 판단기준은 ㉠ 부관 없이도 주된 행정행위가 적법하게 존속할 수 있을 것과 ㉡ 부관이 없는 주된 행정행위가 공익상의 장애를 발생시키지 않을 것을 든다.

(나) 주된 행정행위와 분리가능성이 없는 부관은 독립쟁송이 불가능하지만, 주된 행위와의 분리가능성이 인정되는 부관이라면 독립쟁송이 가능하다는 견해이다. 즉, ① 주된 행정행위와 분리가능성이 없는 부관은 (진정 또는 부진정 일부취소소송이 아니라) 부관부 행정행위 전체에 대해 쟁송을 제기해야 하고, ② 분리가능성이 인정되는 부관은 ㉠ 처분성이 인정되는 것은 진정일부취소소송의 형태로, ㉡ 처분성이 인정되지 않는 것은 부진정일부취소소송의 형태로 쟁송을 제기해야 한다고 본다.

378 교체

① 모든 부관이 독립쟁송가능하다는 견해가 타당하다. ② 분리가능성을 기준으로 하는 견해에 대해서는 분리가능성 문제는 독립쟁송가능성의 문제(소송 요건의 문제)가 아니라 본안 판단의 문제라는 비판이 있다. ③ 또한 부진정일부취소소송을 인정하지 않는 판례는 부담 이외의 부관에 대해서는 부관부행정행위 전체를 소의 대상으로 하든지 아니면 부관이 없는 처분으로의 변경을 청구한 다음 그것이 거부된 경우에 거부처분취소소송을 제기해야 하기 때문에 상대방의 권리구제에 문제점이 있다.

677 아래 추가

d. 입증책임

판례는 보상금증액청구의 소송에서 입증책임은 원고에게 있다는 입장이다(대판 1997.11.28. 96누2255).

(1) 의 의

이의신청이란 위법·부당한 행정작용으로 인해 권리가 침해된 자가 처분청(감독청)에 대하여 재심사를 청구하는 절차를 말한다. 실정법상 불복신청·재심사청구 등으로 불리기도 한다.

(2) 법적 근거

개별법에 이의신청에 대한 규정이 있으면 그에 따르고, 개별법에 이의신청에 관한 규정이 없더라도 행정기본법 제36조 제1항에 따라 처분에 대한 이의신청을 할 수 있다.

(3) 법적 성격

이의신청에는 행정심판의 성질을 가지는 것과 단순히 진정의 성격(희망의 진술)을 가지는 것이 있다.

1) 구별기준

양자의 구별기준에 대해 판례는 ① 동일한 처분청으로 하여금 다시 처분에 대하여 심사하도록 한 절차인지 여부(동일한 처분청이 이의신청을 심사한다면 진정의 성격에 가깝다), ② 이의신청과 상관없이 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있는지 여부(이의신청과 상관없이 행정심판이나 행정소송을 제기할 수 있다면 그 이의신청은 진정의 성격에 가깝다) 등을 기준으로 한다(대판 2012.11.15. 2010두8676; 대판 2016.7.27. 2015두45953).

2) 구별실익

① 행정심판의 성격을 가지는 이의신청은 행정심판법이 적용되기 때문에, 해당 불복절차를 거친 뒤에는 다시 행정심판법상 행정심판을 청구할 수 없다(행정심판법 제51조). 그러나 진정의 성격을 가지는 이의신청은 행정심판법이 적용되지 않기 때문에, 이의신청을 거친 후에도 행정심판법상 행정심판을 청구할 수 있다.

② ㉠ 행정심판의 성격을 가지는 이의신청에 대한 결정은 재결이다. 그러나 진정의 성격을 가지는 이의신청을 받아들이지 않는 결정은 종전의 처분을 유지하겠다는 행위이므로 항고소송의 대상인 처분이 아니다(이것 역시 재결은 아니다).

㉡ 판례도 「민원사무처리에 관한 법률 제18조 제1항에서 정한 거부처분에 대한 이의신청(민원 이의신청)은 ... 이의신청을 받아들이지 않는 경우에는 다시 거부처분을 하지 않고 그 결과를 통지함에 그칠 뿐이다. 따라서 이의신청을 받아들이지 않는 취지의 가각 결정 내지는 그 취지의 통지는, ... 민원 이의신청인의 권리·의무에 새로운 변동을 가져오는 공권력의 행사나 이에 준하는 행정작용

이라고 할 수 없어, 독자적인 항고소송의 대상이 된다고 볼 수 없다(대판 2012.11.15. 2010두8676)」고 본다.

③ 행정심판의 성격을 가지는 이의신청은 취소소송에서 제소기간의 특례가 적용된다(행정소송법 제20조 제1항 단서). 종래에는 진정의 성격을 가지는 이의신청은 명문의 규정이 없는 한 제소기간의 특례가 적용되지 않는다고 보았지만, 현재는 명문의 규정이 없는 경우에도 행정기본법 제36조 제4항에 따라 제소기간의 특례가 적용된다(후술하는 '2) 이의신청의 효과' 참조).

3) 대표적인 예

① 행정심판의 성격을 가진 이의신청은 공익사업을 위한 토지등의 취득 및 보상에 관한 법률 제83조의 수용재결(원처분)에 대한 이의신청이 있다. ② 그리고 진정의 성격을 가진 이의신청은 민원처리에 관한 법률 제35조의 거부처분에 대한 이의신청, 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제18조의 정보비공개결정에 대한 이의신청, 부동산 가격공시에 관한 법률 제11조 개별공시지가에 대한 이의신청(대판 2010.1.28. 2008두19987), 행정기본법 제36조에 따른 이의신청 등이 있다.

(4) 이의신청에 대한 행정기본법의 내용

1) 적용범위

a. 적용영역

개별법에 규정이 있는 경우는 그에 따르고, 개별법에서 이의신청과 이에 준하는 절차에 대하여 정하고 있는 경우에도 그 법률에서 규정하지 아니한 사항에 관하여는 행정기본법 제36조에서 정하는 바에 따른다(행정기본법 제36조 제1항).

b. 적용배제 사항

㉠ 「1. 공무원 인사 관계 법령에 따른 징계 등 처분에 관한 사항 2. 「국가인권위원회법」 제30조에 따른 진정에 대한 국가인권위원회의 결정 3. 「노동위원회법」 제2조의2에 따라 노동위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항 4. 형사, 행형 및 보안처분 관계 법령에 따라 행하는 사항 5. 외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복에 관한 사항 6. 과태료 부과 및 징수에 관한 사항」 중 어느 하나에 해당하는 사항에 관하여는 이의신청에 관한 행정기본법 제36조를 적용하지 아니한다(행정기본법 제36조 제7항).

㉡ 이는 공무원 인사 관계 법령에 따른 처분의 특수성, 인권위 결정의 준사법적 성격, 노사관계의 특수성, 형사·행형·보안처분 관련 사항의 사법작용으로서의 성격, 상호주의가 적용되는 외국인 관련 사항의 특수성 등을 고려하여 해당 사항을 이의신청 대상에서 제외한 것이다.

2) 임의적 전치

이의신청을 한 경우에도 그 이의신청과 관계없이 행정심판법에 따른 행정심판 또는 행정소송법에 따른 행정소송을 제기할 수 있다(행정기본법 제36조 제3항).

3) 이의신청의 대상, 신청인, 상대방

a. 이의신청의 대상

이의신청의 대상은 행정청의 처분이다(행정기본법 제36조 제1항). 여기서 행정청의 처분은 「행정심판법」 제3조에 따라 행정심판의 대상이 되는 처분을 말한다. 따라서 「행정심판법」이 아닌 다른 법률에 따른 특별행정심판(행정심판법 제4조) 대상이 되는 처분은 제외된다. 또한 「행정심판법」 적용이 배제되는 처분도 이의신청의 대상에서 제외된다.

b. 이의신청의 신청인

이의신청은 당사자만 할 수 있다(행정기본법 제36조 제1항). “당사자”란 처분의 상대방을 말한다(행정기본법 제2조 제3호). 이것은 이의신청의 남용을 방지하기 위해 처분의 당사자만이 이의신청을 할 수 있도록 규정하였다.

c. 상대방

이의신청의 상대방은 처분을 한 행정청이다(행정기본법 제36조 제1항).

4) 이의신청의 절차

a. 기 간

당사자는 처분을 받은 날부터 30일 이내에 이의신청을 할 수 있다(행정기본법 제36조 제1항).

b. 결과 통지

행정청은 이의신청을 받으면 그 신청을 받은 날부터 14일 이내에 그 이의신청에 대한 결과를 신청인에게 통지하여야 한다. 다만, 부득이한 사유로 14일 이내에 통지할 수 없는 경우에는 그 기간을 만료일 다음 날부터 기산하여 10일의 범위에서 한 차례 연장할 수 있으며, 연장 사유를 신청인에게 통지하여야 한다(행정기본법 제36조 제2항).

5) 이의신청을 거친 후 처분에 대한 불복

a. 이의신청과 행정심판 및 행정소송과의 관계

처분에 대한 이의신청을 한 경우에도 그 이의신청과 관계없이 당사자는 원처분을 대상으로 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다(행정기본법 제36조 제3항). 즉 처분의 상대방은 이의신청을 하지 않고 곧바로 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있음은 물론, 이의신청을 한 후에 그에 대한 결과 통지를 받기 전에도 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다. 또한 이의

신청에 대한 결과 통지를 받은 후에도 원처분을 대상으로 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있도록 하였다. 이의신청에 대한 결과 통지는 처분에 해당하지 않으므로, 이의신청에 대한 결과 통지를 자체를 행정심판 또는 행정소송으로 다투는 것은 일반적으로 허용되지 않는다.

b. 이의신청의 효과(행정심판의 청구기간·행정소송의 제소기간의 정지)

(가) 이의신청에 대한 결과를 통지받은 후 행정심판 또는 행정소송을 제기하려는 자는 행정심판청구기간·제소기간에 관해 개별법에 규정이 있으면 그에 따르고 법률에서 규정하지 않은 경우에는 그 결과를 통지받은 날(통지기간(신청을 받은 날부터 14일) 내에 결과를 통지받지 못한 경우에는 통지기간이 만료되는 날의 다음 날을 말한다)부터 90일 이내에 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다(행정기본법 제36조 제4항).

(나) 해당 규정은 이의신청 절차 중에 행정심판의 청구기간·행정소송의 제소기간이 정지된다고 규정한다. 따라서 행정기본법에 따라 이의신청을 한 경우 그리고 개별법에서 이의신청을 규정하지만 행정심판청구기간·제소기간에 관한 규정이 없는 경우 이 규정이 적용되어 행정심판청구기간·제소기간의 특례가 인정된다(행정기본법 제36조 제5항 참조).

757i 교체

처분권한자(대통령)가 서훈취소를 결정하고 이를 대외적으로 표시하여 처분의 효력이 발생한 후, 보좌기관(국가보훈처장)에 의해서 서훈취소결정이 상대방에게 알려진 경우, 피청구인은 처분권한자인 대통령이다(대판 2014.9.26. 2013두2518).

801 교체

1. 의 의

임시처분이란 처분 또는 부작위가 위법·부당하다고 상당히 의심되는 경우로서 당사자에게 임시지위를 정하여야 할 필요가 있는 경우 행정심판위원회가 발할 수 있는 가구제 수단이다(행정심판법 제31조 제1항).

2. 취 지

집행정지는 소극적으로 침익적 처분의 효력을 정지시키는 형성력(소극적 형성력)만이 있을 뿐 행정청에게 일정한 처분의무를 지우는 등의 기능(적극적 형성력)은 없기 때문에 잠정적 권리구제 수단으로서 한계가 있었다. 따라서 임시처분제도의 도입은 거부처분이나 부작위에 대한 잠정적 권리구제의 제도적인 공백상태를 입법적으로 해소하고 청구인의 권리를 두텁게 보호하려는 데 취지가 있다(류지태·박종수).

831 교체

1) 기속행위

행정행위가 기속행위인 경우 위원회는 청구인의 신청에 따른 처분재결을 할 수도 있고(특정 처분재결), 피청구인에게 처분을 할 것을 명하는 재결(특정처분명령재결)을 할 수도 있다.

2) 재량행위

행정행위가 재량행위라면 처분의 인용 여부가 피청구인의 재량이므로 위원회는 처분재결을 할 수 없다. 따라서 위원회는 피청구인으로 하여금 다시 하자 없는 재량행사를 하도록 명하는 재결(적법재량행사명령재결(하자 없는 재량행사명령재결, 재결정명령재결))을 한다. 위원회가 적법재량행사명령재결을 하는 경우 피청구인은 청구인이 신청한 처분을 인용해야 하지만, 일정한 경우 적법한 재량의 범위에서 다시 거부처분을 하는 것도 가능하다.

913 교체

항고소송의 대상인 거부처분이 되기 위해서는 사인의 공권력행사의 신청에 대한 거부이어야 한다. 즉, 거부의 내용이 ① 행정청-전통적 의미의 행정청뿐만 아니라 합의제기관, 실질적 의미의 처분을 하는 경우 법원이나 국회의 기관, 행정소송법 제2조 제2항의 행정청 등 자신의 명의로 처분을 할 수 있는 모든 행정청(기능적 의미의 행정청)을 말한다-이 행하는 행위로 ② 구체적 사실-규율대상이 시간적으로 1회적, 공간적으로 한정되어야 한다-에 관한 ③ 법집행행위-입법이 아니라 법의 집행행위라야 한다-이며 ④ 공권력행사-공법에 근거하여 우월한 지위에서 일방적으로 행사하여야 한다-이어야 한다.

914 교체

(가) 판례와 전통적인 견해는 거부처분도 적극적 공권력행사와 마찬가지로 취소소송의 본질을 형성소송으로 보기 때문에 행정청의 소극적인 공권력행사의 경우에도 법적 행위를 거부처분의 성립요건으로 보고 있다.

916c위 추가

(3) 판 례

일부취소재결은 아니지만 변경재결과 관련해 「소청심사위원회(특별행정심판위원회)가 감봉 1월의 원징계처분을 견책으로 변경한 소청결정(변경재결)이 재량권 일탈·남용이어서 위법하다는 주장은 (변경된 원처분인 견책처분의 위법성을 주장하는 것이며) 소청결정(재결)의 위법을 주장하는 것은 아니다(대판 1993.8.24. 93누5673)」고 하여, 원처분청을 피고로 원처분의 취소를 청구해야 한다고 본다(㉔설).

961f 교체

소청심사위원회(특별행정심판위원회)가 감봉 1월의 원징계처분을 견책으로 변경한 소청결정(변

경재결)이 재량권 일탈·남용이어서 위법하다는 주장은 (변경된 원처분인 건축처분의 위법성을 주장하는 것이며) 소청결정(재결)의 위법을 주장하는 것은 아니다(대판 1993.8.24. 93누5673)고 하여 판례는 원처분청을 피고로 재결에 의해 변경된 내용의 원처분의 취소를 청구해야 한다고 본다(㉔ 설).

977 교체

(나) 행정주체가 아닌 행정기관은 원칙상 항고소송을 제기할 법률상 이익이 인정되지 않는다. 그러나 대법원은 경기도선거관리위원회 위원장이 국민권익위원회를 상대로 불이익처분원상회복 등요구처분취소를 구한 사건에서 원고(경기도선거관리위원회 위원장)는 비록 국가기관이지만 원고적격을 가진다고 보았다(대판 2013.7.25. 2011두1214). 이후 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률 제62조의 4 제1항(소속기관장등은 신분보장등조치결정에 대하여 「행정소송법」에 따른 행정소송을 제기하는 경우에는 … 신분보장등조치결정을 통보받은 날부터 30일 이내에 제기하여야 한다)은 이러한 소속기관장등이 행정소송을 제기할 수 있음을 명문으로 인정하였다.

989 위 판례 추가

2. 새만금사건의 법리의 확대

행정처분의 근거 법규 또는 관련 법규에 그 처분으로써 이루어지는 행위 등 사업으로 인하여 환경상 피해를 받으리라고 예상되는 영향권의 범위가 구체적으로 규정되어 있는 경우에는, 그 영향권 내의 주민들에 대하여는 당해 처분으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상할 수 있고, 이와 같은 환경상의 이익은 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익으로서 그들에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 법률상 보호되는 이익으로 인정됨으로써 원고적격이 인정되며, 그 영향권 밖의 주민들은 당해 처분으로 인하여 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있다는 자신의 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있음을 증명하여야만 법률상 보호되는 이익으로 인정되어 원고적격이 인정된다(대판 2006.12.22.

2006두14001).

3. 물금취수장사건

공장설립승인처분과 그 후속절차에 따라 공장이 설립되어 가동됨으로써 그 배출수 등으로 인한 수질오염 등으로 직접적이고도 중대한 환경상 피해를 입을 것으로 예상되는 주민들이 환경상 침해를 받지 아니한 채 물을 마시거나 용수를 이용하며 쾌적하고 안전하게 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 구체적·직접적으로 보호하려는 데 있다고 할 것이다. 따라서 수돗물을 공급받아 이를 마시거나 이용하는 주민들로서는 위 근거 법규 및 관련 법규가 환경상 이익의 침해를 받지 않은 채 깨끗한 수돗물을 마시거나 이용할 수 있는 자신들의 생활환경상의 개별적 이익을 직접적·구체적으로 보호하고 있음을 증명하여 원고적격을 인정받을 수 있다(대판 2010.4.15. 2007두16127).

4. 헌법상 환경권을 근거로 한 원고적격 인정 여부

헌법 제35조 제1항에서 정하고 있는 환경권에 관한 규정만으로는 그 권리의 주체·대상·내용·행사방법 등이 구체적으로 정립되어 있다고 볼 수 없고, 환경정책기본법 제6조도 그 규정 내용 등에 비추어 국민에게 구체적인 권리를 부여한 것으로 볼 수 없다는 이유로, 환경영향평가 대상지역 밖에 거주하는 주민에게 헌법상의 환경권 또는 환경정책기본법에 근거하여 공유수면매립면허처분과 농지개량사업 시행인가처분의 무효확인을 구할 원고적격이 없다(대판(전원) 2006.3.16. 2006두330).

5. 마을 일대가 절대보전지역으로 유지됨으로서 누리는 주민들의 이익이 법률상 이익인지 여부

절대보전지역의 해제는 소유권에 가한 제한을 해제하는 처분에 해당하는 것으로 그 자체로 인근 주민의 생활환경에 영향을 주는 사업의 시행이나 시설의 설치를 내포하고 있는 것이 아닌 점, 구 제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법(2009.10.9. 법률 제9795호로 개정되기 전의 것) 및 구 제주특별자치도 보전지역 관리에 관한 조례(2010. 1.6.조례 제597호로 개정되기 전의 것)에 따라 절대보전지역으로 지정되어 보호되는 대상은 인근 주민의 주거 및 생활환경 등이 아니라 제주의 지하수, 생태계, 경관 그 자체인 점, 위 조례 제3조 제1항은 절대보전지역의 지정 및 변경에는 주민들의 의견을 듣도록 하고 있으나 보전지역을 축소하는 경우에는 예외로 한다고 규정함으로써 그 절차에서도 절대보전지역 지정으로 인하여 환경상 혜택을 받는 주민들이 아니라 권리의 제한을 받게 되는 주민들을 주된 보호의 대상으로 하고 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 처분 대상

인 서귀포시 강정동 해안변지역 105,295㎡가 절대보전지역으로 유지됨으로써 원고들이 가지는 주거 및 생활환경상 이익은 그 지역의 경관 등이 보호됨으로써 반사적으로 누리는 것일 뿐 근거 법규 또는 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적 직접적·구체적 이익이라고 할 수 없다 … 원고들이 주장하는 헌법상의 생존권, 행복추구권, 환경권만으로는 그 권리의 주체·대상·내용·행사방법 등이 구체적으로 정립되어 있다고 볼 수 없으므로 이에 근거하여 이 사건 처분을 다룰 원고적격이 있다고 할 수도 없다(대판 2012.7.5. 2011두13187, 13194 (병합)).

6. 재단법인 갑 수녀원이, 매립목적을 택지조성에서 조선시설용지로 변경하는 내용의 공유수면매립목적 변경 승인처분으로 인하여 법률상 보호되는 환경상 이익을 침해받았다면서 행정청을 상대로 처분의 무효 확인을 구하는 소송을 제기한 사안에서, 갑 수녀원에는 처분의 무효 확인을 구할 원고적격이 없다고 한 사례

공유수면매립목적 변경 승인처분으로 갑 수녀원에 소속된 수녀 등이 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 환경상 이익을 침해받는다고 하더라도 이를 가리켜 곧바로 갑 수녀원의 법률상 이익이 침해된다고 볼 수 없고, 자연인이 아닌 갑 수녀원은 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 이익을 향수할 수 있는 주체가 아니므로 위 처분으로 위와 같은 생활상의 이익이 직접적으로 침해되는 관계에 있다고 볼 수도 없으며, 위 처분으로 환경에 영향을 주어 갑 수녀원이 운영하는 켄 공장에 직접적이고 구체적인 재산적 피해가 발생한다거나 갑 수녀원이 폐쇄되고 이전해야 하는 등의 피해를 받거나 받을 우려가 있다는 점 등에 관한 증명도 부족하다는 이유로, 갑 수녀원에 처분의 무효 확인을 구할 원고적격이 없다(대판 2012.6.28. 2010두2005).

996-5 위 판례 교체

부당해고 구제를 기각한 중노위의 재심판정을 취소소송으로 다투던 중 근로관계가 종료된 경우 재심판정을 다룰 권리보호필요성(긍정)

종래 대법원은 근로자가 부당해고 구제신청을 기각한 재심판정에 대해 소를 제기하여 해고의 효력을 다투던 중 사직하거나 정년에 도달하거나 근로계약기간이 만료하는 등의 이유로 근로관계가 종료한 경우, 근로자가 구제명령을 얻는다고 하더라도 객관적으로 보아 원직에 복직

하는 것이 불가능하고, 해고기간 중에 지급받지 못한 임금을 지급받기 위한 필요가 있다고 하더라도 이는 민사소송절차를 통하여 해결할 수 있다는 등의 이유를 들어 소의 이익을 부정하여 왔다.

(1) 근로자가 구제명령을 통해 유효한 집행권원을 획득하는 것은 아니지만, 해고기간 중의 미지급 임금과 관련하여 강제력 있는 구제명령을 얻을 이익이 있으므로 이를 위해 재심판정의 취소를 구할 이익도 인정된다고 봄이 타당하다.

(2) 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받기 위하여 민사소송을 제기할 수 있다는 사정이 소의 이익을 부정할 이유가 되지는 않는다(대판(전원) 2020. 2. 20. 선고 2019두52386).

996-5 추가

(4) 처분등의 효력이 소멸된 경우

처분등의 효력이 소멸된 경우는 처분등의 취소를 구할 권리보호필요성이 없다. 다만, 행정소송법 제12조 제2문은 일정한 경우 권리보호필요성을 있음을 규정한다.

[쟁점] 행정소송법 제12조 제2문★★★★

1. 문제점

처분등의 효력이 소멸된 경우는 일반적으로 처분등의 취소를 구할 권리보호필요성이 없지만, 행정소송법 제12조 제2문은 처분등의 효력이 소멸된 후에도 회복되는 법률상 이익이 있는 경우 권리보호필요성을 인정하고 있다.

2. 행정소송법 제12조 제2문의 법적 성질

(1) 학 설

1) 권리보호필요성에 관한 조항이라는 견해

행정소송법 제12조 제1문은 원고적격에 관한 것이고, 제2문은 권리보호필요성에 관하여 규정한 것이라고 본다(그러나 행정소송법 제12조는 '원고적격'이라고 규정하고 있어 입법상 과오가 있다고 본다(입법상 과오설)).

2) 원고적격 조항이라는 견해

행정소송법 제12조 제1문은 처분의 효력이 존재하는 경우의 원고적격조항이며, 제2문은 처분의 효력이 사후에 소멸된 경우의 원고적격조항이라고 본다(행정소송법 제12조가 '원고적격'이라고 규정하고 있어도 입법상 과오가 없다고 본다(입법상 비과오설)).

(2) 검 토

행정소송법 제12조 제2문은 제1문(처분등의 취소를 구할 법률상 이익)과는 달리 '처분등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익'이라고 규정하고 있어 그 이익은 권리보호필요성으로 보는 것이 타당하다(다수설).

3. '회복되는 법률상 이익'의 범위

㉸ ① ④ 회복되는 법률상 이익(제2문)을 원고적격의 법률상 이익(제1문)과 같은 개념으로 보고, 명예·신용 등은 포함되지 않는다고 보는 견해(제1설)와 ⑥ 회복되는 법률상 이익(제2문)을 원고적격으로서의 법률상 이익(제1문)보다 넓은 개념으로 원고의 경제·정치·사회·문화적 이익을 모두 포함하는 개념으로 보는 견해(제2설)(다수설)가 대립된다. ② 판례는 제2문의 회복되는 법률상 이익과 제1문의 법률상 이익을

구별하지 않고, 간접적·사실적·경제적 이해관계나 명예, 신용 등의 인격적 이익을 가지는 데 불과한 경우는 법률상 이익에 해당하지 않는다고 본다(제1설)(대판(전원) 1995.10.17. 94누14148). ③ 행정소송법 제12조 제2문을 권리보호필요성 조항으로 본다면 제1문과 제2문의 이익을 일치시킬 필요가 없으며, 권리구제의 확대라는 면에서 제2설이 타당하다.

(나) 다만, 행정처분의 무효 확인 또는 취소를 구하는 소가 소송계속 중 해당 행정처분이 기간의 경과 등으로 그 효과가 소멸한 때에 그 처분이 취소되어도 원상회복이 불가능하다고 보이는 경우라 하더라도, 그 행정처분과 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있어 행정처분의 위법성 확인 내지 불분명한 법률문제에 대한 해명이 필요한 경우에는 그 처분의 취소를 구할 소의 이익을 인정할 수 있다고 보았다(대판 2020.12.24. 2020두30450).

4. 권리보호필요성이 인정되는 경우

행정소송법 제12조 제2문은 처분등의 효력이 소멸되는 사유로 ① 기간의 경과, ② 처분등의 집행, ③ 그 밖의 사유를 규정하면서 그 처분등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우 권리보호필요성을 인정한다.

(1) 법규명령형식의 행정규칙에 규정된 처분기간의 경과로 처분의 효력이 소멸된 경우

1) 학 설

a. 법규명령형식의 행정규칙의 법적 성질을 기준으로 권리보호필요성을 판단하는 견해

(i) 법규명령설

법규명령형식의 행정규칙의 법적 성질을 법규명령으로 보는 경우, 행정청은 법규명령인 제재적 처분기준에 따라 처분할 것이므로 가중된 제재적 처분을 받을 불이익은 분명하며, 따라서 권리보호필요성이 긍정된다고 본다.

(ii) 행정규칙설

법규명령형식의 행정규칙의 법적 성질을 행정규칙으로 본다면, 행정청은 반드시 제재적 처분기준에 따라 처분한다고 볼 수 없기 때문에 가중된 제재적 처분을 받을 불이익은 확정적이지 않고 따라서 권리보호필요성이 부정된다고 본

다(행정규칙은 내부적인 구속력만 있으며 법규성이 없어 1개월의 영업정지처분을 받은 자가 다시 동일한 범위반행위를 한다고 반드시 영업허가취소처분을 받는 것은 아니기 때문에 권리보호필요성을 부정하는 것이다).

b. 현실적 불이익을 받을 가능성을 기준으로 하는 견해

법규명령형식의 행정규칙의 법적 성질이 아니라, 현실적으로 불이익을 받을 가능성이 있는지를 기준으로 하는 견해이다(제재적 처분기준을 법규명령으로 본다면 가중된 불이익을 받을 가능성은 확실하지만, 행정규칙으로 본다면 가중된 불이익처분을 받을 가능성은 법규명령처럼 확실하진 않다). 즉 현실적 불이익을 받을 가능성이 있다면 법규명령인지 행정규칙인지 구별하지 않고 권리보호필요성을 긍정하는 견해이다.

2) 판례

환경영향평가대행영업정지처분취소와 관련한 전원합의체판결을 통해 현실적 불이익을 받을 가능성을 기준으로 하는 입장을 취하고 있다. 즉, 제재적 처분기준의 법적 성질이 대외적구속력을 갖는 법규명령·행정규칙인지 여부에 상관없이 행정청이나 담당공무원은 이를 준수할의무가 있으므로 그러한 처분기준에 따라 선행처분을 받은 상대방이 장래에 불이익한 후행처분을 받을 위험은 현실적으로 존재하기 때문에 권리보호필요성을 긍정하고 있다(대판(전원) 2006.6.22. 2003두1684).

3) 검토

법규명령형식의 행정규칙의 법적 성질에 대한 논의와 권리보호필요성 인정 여부의 논의는 직접적인 관련성이 없다. 또한 법규명령형식의 행정규칙을 행정규칙으로 보고 권리보호필요성을 부정한다면 원고의 재판청구권을 침해할 가능성이 높다. 현실적으로 불이익을 받을 가능성이 있는지를 기준으로 권리보호필요성을 판단하는 견해가 타당하다.

(2) 처분등의 집행으로 처분등의 효력이 소멸된 경우

처분등의 집행으로 처분등의 효력이 소멸된 후에도 회복되는 법률상 이익이 있으면 권리보호필요성이 인정된다(예를 들어 현역병으로 입영한 후 당초에 있었던 현역병 입영통지처분을 다투는 경우)(대판 2003.12.26. 2003두1875).

(3) 그 밖의 사유로 처분등의 효력이 소멸된 경우

그 밖의 사유로 처분의 효력이 소멸된 경우에도 회복되는 법률상 이익이 있으면 권리보호필요성이 인정된다. 예를 들어 지방의회의원이 지방의회를 상대로 제명의결취소소송 계속 중 임기가 만료된 경우 지방의회 의원으로서의 지위를 회복할 수는 없다고 할지라도 제명의결시부터 임기만료일까지의 기간에 대해 월정수당의 지급을 구할 수 있는 이익이 있기 때문에 취소소송의 권리보호필요성은 인정된다(대판 2009.1.30. 2007두13487).

998c 교체

처분권한자(대통령)가 서훈취소를 결정하고 이를 대외적으로 표시하여 처분의 효력이 발생한 후, 보좌기관(국가보훈처장)에 의해서 서훈취소결정이 상대방에게 알려진 경우, 피고는 처분권한자인 대통령이다(대판 2014.9.26. 2013두2518).

1011 교체

(1) 참가한 제3자의 지위

㉮ 제3자를 소송에 참가시키는 법원의 결정이 있으면 그 제3자는 행정소송법 제16조 제4항에 따라 민사소송법 제67조의 규정이 준용되어 피참가인과의 사이에 필수적 공동소송에서의 공동소송인에 준하는 지위에 서게 되나, 제3자는 당사자적격이 없어 강학상 공동소송적 보조참가인의 지위에 있다고 보는 것이 **통설·판례**의 입장이다(대판 2017.10.12. 2015두36836)(민사소송법 제78조 참조). ‘공동소송적 보조참가’란 타인의 소송 계속 중에 당사자적격이 없는 자로서 판결의 효력을 받는 제3자가 보조참가를 하는 것을 말한다.

㉮ 통상의 보조참가인과는 달리 공동소송적 보조참가인은 피참가인의 행위와 어긋나는 행위를 할 수 있는 등 필수적 공동소송인에 준하는 강한 소송수행권이 부여된다(민사소송법 제67조 참조).

(2) 판결의 효력

공동소송적 보조참가인의 지위를 취득한 제3자는 실제 소송에 참가하여 소송행위를 하였는지 여부를 불문하고 판결의 효력을 받는다.

1015 아래 추가

(4) 피고 행정청을 위하여 참가할 것

행정청에 관한 의사가 분열되는 것을 허용하지 않는다는 취지에서 볼 때, 행정청의 소송참가는 성질상 피고 행정청을 위하여 참가할 수 있을 뿐 원고를 위하여 참가하는 것은 허용되지 않는다.

1019 교체

(1) 참가한 행정청의 지위

㉮ 행정청을 소송에 참가시키는 법원의 결정이 있으면, 행정소송법 제17조 제3항에 따라 소송에 참가한 행정청에 대하여는 민사소송법 제76조의 규정이 준용되므로, 참가행정청은 소송수행상 (통상의) 보조참가인에 준하는 지위에 있다. ‘(통상의) 보조참가’란 타인 간의 소송계속 중 소송결과에 대해 법률상 이해관계 있는 제3자가 일방 당사자의 승소를 보조하기 위해 그 소송에 참가하는 것을 말한다(민사소송법 제71조 참조).

㉮ 보조참가인인 행정청은 피참가인의 승소를 위해 일체의 소송행위와 사법행위(공격·방어의의·상소 등)를 자기 이름으로 할 수 있다(민사소송법 제76조 제1항 본문). 다만, 참가인의 소송행위가 피참가인의 소송행위에 어긋나는 경우에는 그 참가인의 소송행위는 효력을 가지지 아니한다(민사소송법 제76조 제2항).

(2) 판결의 효력

소송에 참가한 행정청은 보조참가인에 준하는 지위에 있기 때문에 참가적 효력(참가인이 피참가인에 대한 관계에서 패소판결확정 후 판결내용이 부당하다고 주장할 수 없는 구속력을 말한다)만 받고(민사소송법 제77조 참조), 판결의 효력은 받지 않는다.

1102 교체

집행정지는 침익적 행정처분이 발해진 것을 전제로 그 효력을 정지시키는 소극적 형성력이 있을 뿐 수익적 처분의 발령을 행정청에 명하는 기능(예를 들어 잠정적으로 허가의 발령을 명하는 기능)이나 처분이 행해지기 전에 발령금지를 명하는 기능(예를 들어 잠정적으로 허가의 발령금지를 명하는 기능)이 없기 때문에 민사집행법상의 가처분제도가 항고소송에 준용될 수 있는지가 문제된다.

1121 교체

① 변론주의설은 행정소송법 제26조의 내용을 민사소송상의 일반원칙인 변론주의 및 민사소송법 제292조의 내용과 사실상 동일하다고 보기 때문에 행정소송법 제26조의 존재 의의와

행정소송의 특수성을 부정하는 결과가 되어 부당하다. ② 행정소송이 국민의 권리구제를 주된 기능으로 하는 이상 변론주의를 전적으로 부정하기는 어렵고, 행정소송법 제29조 제1항에 따른 제3자 이익보호의 문제는 행정소송법 제16조에 따른 소송참가와 동법 제31조의 재심청구를 인정하고 있으므로 큰 문제가 되지 않으므로 직권탐지주의설도 타당하지 않다. ③ 따라서 행정소송법 제26조는 변론주의의 원칙 하에서 직권탐지주의를 가미한 것으로 보아야 한다(변론주의 보충설).

1179a 교제

(a) 일부취소판결이 가능한 경우

(ㄱ) 기속행위

조세부과처분, 개발부담금부과처분과 같은 기속행위의 경우는 일부취소판결이 가능하다.

(ㄴ) 가분성이 있고, 적법하게 부과될 금액이나 기간을 산출할 수 있는 경우

일부 취소되는 부분이 가분성(특정성)이 있고 적법하게 부과될 정당한 부과금액이나 기간을 소송상 산정할 수 있는 가능성이 있다면 일부취소가 가능하다(대판 1992.7.24. 92누4840; 대판 2004.7.22. 2002두868).

(b) 일부취소판결이 불가능한 경우

(ㄱ) 재량행위

재량행위의 경우는 권력분립의 원칙과 행정의 1차적 처분권을 보장한다는 면에서 이를 부정하는 것이 일반적인 견해와 판례의 입장이다(대판 2009.6.23. 2007두18062; 대판 1982.9.28. 82누2).

(ㄴ) 가분성이 없거나 적법하게 부과될 금액이나 기간을 산출할 수 없는 경우

가분성이 없거나 당사자가 제출한 자료에 의하여 적법하게 부과될 정당한 부과금액을 산출할 수 없을 경우에는 일부취소판결을 할 수 없고 부과처분 전부를 취소할 수밖에 없다(대판 2004.7.22. 2002두868).

1196 아래 교제

(1) 학 설

1) 국가배상법 제2조 제1항의 위법을 법규위반으로 보지 않는 견해

결과불법설, 상대적 위법성설은 국가배상청구소송에서의 위법의 본질을 법규위반으로 보지 않는다. 이렇게 취소소송과 국가배상청구소송에서의 위법의 의미가 질적으로 다르다는 견해는 양 소송이 선결관계가 되지 않기 때문에 확정판결의 기판력은 국가배상청구소송에 영향을 미치지 않는다고 본다(기판력 부정설).

2) 국가배상법 제2조 제1항의 위법을 법규위반으로 보는 견해(행위위법설)

이 견해는 국가배상청구에서 위법을 취소소송의 위법과 같이 공권력행사의 규범위반 여부를 기준으로 한다. 그러나 이 견해에도 ㉠ 취소소송의 위법과 국가배상청구소송에서의 위법이 양적으로도 같다는 일원설(협의설)과 ㉡ 취소소송의 위법보다 국가배상청구소송의 위법이 더 넓은 이원설(광의설)이 있다.

a. 취소소송의 위법과 국가배상청구소송의 위법이 양적으로도 같다는 견해(일원설)

양 위법이 질적·양적으로 일치되므로 확정판결의 기판력은 인용이든 기각이든 국가배상청구소송에 영향을 미친다고 본다(기판력 긍정설).

b. 취소소송의 위법보다 국가배상청구소송의 위법이 더 광의라는 견해(이원설)

이 견해는 위법의 범위를 일원설이 말하는 엄격한 의미의 법규위반뿐 아니라 인권존중·권력남용금지·신의성실의 원칙 위반도 위법으로 보아 취소소송의 위법보다 국가배상청구소송의 위법을 더 광의로 본다. 이 견해에 따르면 취소소송의 청구인용판결은 기판력이 국가배상청구소송에 영향을 미치지 않지만, 청구기각판결은 국가배상청구소송의 위법이 더 광의이므로 기판력이 미치지 않는다고 본다(제한적 긍정설).

(2) 판 례

‘어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 그 기판력에 의하여 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없는 것’(대판 2012.5.24. 2012다11297)이라는 판결을 기판력 부정설에 따른 것이라고 보는 일부 견해(김남철)가 있지만, 일반적인 견해는 기판력이 ‘고의·과실’에 미치는 것은 아니라는 취지로 해석한다. 즉, 일반적인 견해는 확정판결의 기판력이 국가배상청구소송(위법성)에 영향을 미치는지 여부에 관한 명시적인 판례는 없다고 본다.

(3) 검 토

취소소송의 본안판단에서의 위법의 본질이 법규위반임을 고려할 때 국가배상법상의 위법도 '법질서 위반'이라는 단일한 가치판단으로 보아야 할 것인바 행위위법설이 타당하다. 특히 권리 구제의 확대라는 측면에서 이원설이 타당하다. 따라서 취소소송의 청구인용판결은 기판력은 국가배상청구소송에 영향을 미치지만, 청구기각판결은 기판력이 미치지 않는다고 보아야 한다(제한적 긍정설).

1251 아래 교체

2. 청구의 포기·인낙

(1) 의 의

청구의 포기란 원고가 자신의 소송상의 청구가 이유 없음을 자인하는 법원에 대한 일방적 의사표시이며, 청구의 인낙이란 피고가 원고의 소송상 청구가 이유 있음을 자인하는 법원에 대한 일방적 의사표시이다. 청구의 포기나 인낙은 조서에 진술을 기재하면 당해 소송의 종료의 효과가 발생한다.

(2) 항고소송에서 허용 여부

1) 학 설

a. 긍정설

청구의 포기·인낙은 법원의 최종판결을 기다리지 않고 일찍이 소송절차에서 탈퇴하는 경우에 해당하기에 이를 인정하더라도 법치행정에 반하지 않고 오히려 소송경제에 유용하다는 점을 근거로 한다.

b. 부정설

원고가 청구를 포기한다고 하여도 위법한 처분이 적법해지는 것도 아니며 적법한 처분에 대해 피고가 인낙할 권한을 갖는 것도 아니라는 점(이것을 인정하면 법치행정에 반한다고 본다)을 근거로 한다.

2) 검토(제한적 긍정설)

① 원고가 법원의 최종판결을 기다리지 않고 소송절차에서 탈퇴하는 것은 소송경제에도 유익하며 법치행정에 반하지 않기 때문에 청구의 포기는 인정함이 타당하다. ② 그러나 청구의 인낙은 법치행정의 구속력을 받는 피고행정청의 의사표시이기 때문에 법치행정에 반하는 결과가 발생해서는 아니 된다. 따라서 기속행위는 실정법에 반하지 않는 범위에서만 청구의 인낙이 허용될 수 있고, 재량행위는 재량의 범위 내에서만 가능하다고 보아야 한다(류지태·박종수).

3. 재판상 화해

(1) 의 의

재판상 화해란 당사자 쌍방이 소송 계속 중(소송 계속 전도 포함) 소송의 대상인 법률관계에 관한 주장을 서로 양보하여 소송을 종료시키기로 하는 합의를 말한다.

(2) 항고소송에서 허용 여부

1) 학 설

a. 긍정설

긍정설은 분쟁의 신속한 해결을 위해 민사소송법상 화해가 준용될 수 있다고 한다.

b. 부정설

부정설은 재판상 화해를 항고소송에서 허용하면 법치행정이 침해될 가능성이 있음을 근거로 한다.

2) 검토(제한적 긍정설)

① 재판상 화해에서 원고는 최종판결을 기다리지 않고 소송절차에서 탈퇴하더라도 법치행정에 반하지 않지만, ② 피고인 행정청의 의사표시는 법치행정의 구속력을 받기 때문에 임의로 원고의 청구주장을 인정하여 법치행정에 반하는 결과를 발생시켜서는 아니 된다. 따라서 기속행위는 실정법에 반하지 않는 범위에서만 재판상 화해가 허용될 수 있고, 재량행위는 재량의 범위 내만 가능하다고 보아야 한다(류지태·박종수).

1322 교체

1) 긍정설

긍정설은 ㉠ 처분(또는 재결)의 구성요건적 효력을 제거하지 않은 채 그 결과로 발생한 법률관계만을 형식적 당사자소송으로 변경하더라도 그것이 바로 구성요건적 효력을 침해하는 것은 아니며, ㉡ 취소소송의 심리에 대한 행정소송법 제25조·제26조가 동법 제44조에 의해 당사자소송에도 준용된다는 것은 형식적 당사자소송을 긍정하는 것으로 보아야 한다는 점을 근거로 한다.

2) 부정설

부정설은 ㉠ 처분(또는 재결)의 효력을 제거하지 않은 채 그 결과로 발생한 법률관계를 형식적 당사자소송으로 변경하는 것은 인정될 수 없고, ㉡ 개별법에 규정이 없는 경우에는 원고적격·피고적격·제소기간 등의 소송요건도 불분명하다는 점을 근거로 한다(다수설).

847c

행정심판법 제49조 제2항은 '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'고 규정하여 거부처분취소재결 등이 있는 경우 재결의 취지에 따른 재처분의무를 인정하고 있다. 따라서 행정청은 ㉠ 재처분을 반드시 해야 할 의무와 ㉡ 재처분을 하는 경우 재결의 취지에 따라야 할 의무를 부담한다.

910 교체

판례와 전통적인 견해는 취소소송을 위법한 법률관계를 소급적으로 제거하는 형성소송으로 보기 때문에 '법적 행위'를 처분의 요건으로 본다(무효등확인소송과 부작위위법확인소송도 행정소송법 제38조 제1항, 제2항에서 취소소송의 대상(동법 제19조)을 준용하고 있기 때문에 취소소송의 대상과 나머지 항고소송의 대상은 같다).

930 위 판례 추가

12. 제2, 3차 계고처분 등(소극)

철거대집행의 계고나 국제제납의 독촉은 준법률행위적 행정행위로 항고소송의 대상인 처분이다. 그러나 철거대집행에서 1차 계고처분(의무를 계속 불이행하는 경우 대집행한다는 사실을 알리는 처분(532)) 후 2, 3차 계고처분을 한 경우, 국제제납절차(553)에서 1차 독촉(552) 후 2, 3차 독촉을 하는 경우 모두 1차의 계고처분이나 독촉처분만이 항고소송의 대상인 처분이다(대판 1994. 2. 22. 93누21156; 대판 1997. 7. 13. 97누119). 2, 3차의 계고나 독촉은 기한의 연기행위이며 독립한 행위가 아니기 때문이다.

13. 대규모점포개설등록처분을 받은 자가 마트점 영업시간을 제한하는 선행처분을 받은 후 영업시간제한의 변동을 가져오는 후속처분이 있는 경우 선행처분을 다룰 권리보호필요성(긍정)

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

원심판결 이유 및 기록에 의하면, 피고 동대문구청장은 2012. 11. 14. 원고 롯데쇼핑 주식회사, 주식회사 에브리데이리테일, 주식회사 이마트, 홈플러스 주식회사, 홈플러스스토어즈 주식회사(변경 전 상호: 홈플러스테스코 주식회사, 이하 같다)에 대하여 그들이 운영하는 서울특별시 동대문구 내 대형마트 및 준대규모점포의 영업제한 시간을 오전 0시부터 오전 8시까지로 정하고(이하 ‘영업시간 제한 부분’이라 한다) 매월 둘째 주와 넷째 주 일요일을 의무휴업일로 지정하는(이하 ‘의무휴업일 지정 부분’이라 한다) 내용의 처분을 한 사실, 위 처분의 취소를 구하는 소송이 이 사건 원심에 계속 중이던 2014. 8. 25. 위 피고는 위 원고들을 상대로 영업시간 제한 부분의 시간을 ‘오전 0시부터 오전 10시’까지로 변경하되, 의무휴업일은 종전과 동일하게 유지하는 내용의 처분(이하 ‘2014. 8. 25.자 처분’이라 한다)을 한 사실을 알 수 있다.

이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 2014. 8. 25.자 처분은 종전처분 전체를 대체하거나 그 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용이 아니라, 의무휴업일 지정 부분을 그대로 유지한 채 영업시간 제한 부분만을 일부 변경하는 것으로서, 2014. 8. 25.자 처분에 따라

추가된 영업시간 제한 부분은 그 성질상 종전처분과 기본적인 것으로 여겨진다. 따라서 2014. 8. 25.자 처분으로 종전처분이 소멸하였다고 볼 수는 없고, 종전처분과 그 유효를 전제로 한 2014. 8. 25.자 처분이 병존하면서 위 원고들에 대한 규제 내용을 형성한다고 할 것이다.

그러므로 이와 다른 전제에서 2014. 8. 25.자 처분에 따라 종전처분이 소멸하여 그 효력을 다룰 법률상 이익이 없게 되었다는 취지의 피고 동대문구청장의 이 부분 상고이유 주장은 이유 없다(대판(전원) 2015. 11. 19. 2015두295).

14. 수익적 행정처분을 구하는 신청에 대한 거부처분이 있을 후 당사자가 새로운 신청을 하는 취지로 다시 신청을 하였으나 행정청이 이를 다시 거절한 경우, 새로운 거부처분인지 여부(적극)

원고는 이 사건 공고에 따라 2017. 3. 29. 피고 공사에 이주자택지 공급대상자 선정 신청을 하였다. 피고 공사는 2017. 7. 28. 원고에게 ‘기준일 이후 주택 취득’이라는 이유로 원고를 이주대책 대상에서 제외하는 결정을 통보하였는데(이하 ‘1차 결정’이라고 한다), 그 통보서에는 “부적격 결정에 이의가 있으신 경우 본 통지문을 받으신 날로부터 30일 이내에 안내드린 바 있는 이 사건 공고에 의한 대상자 선정 요건을 충족할 수 있는 증빙자료와 함께 우리 공사에 서면으로 이의신청을 하실 수 있으며, 또한 90일 이내에 행정심판 또는 행정소송을 제기하실 수 있음을 알려드립니다.”라는 안내문구가 기재되어 있다.

이에 원고는 2017. 8. 25. 피고 공사에 이의신청을 하였다. 이때 원고는 이의신청서에 ‘자신이 1970년대에 이 사건 주택을 신축하여 소유권을 취득하였고, 다만 동네 이장의 착오로 건축물대장에 건축주가 소외인으로 등재되었다.’는 내용을 기재하고 수용사실확인서, 1972년도 사진, 2010년 당시 지장물 조사사진, 소외인 명의의 사실확인서, 마을주민확인서 등의 증빙자료를 추가로 첨부하여 제출하였다.

피고 공사는 2017. 12. 6. 원고에게 “부동산 공부에 등재되었던 소유자를 배제하고 사실판단에 기하여 과거 소유자를 인정할 수 없음”이라는 이유로 원고의 이의신청을 받아들이지 않고 여전히 원고를 이주대책 대상에서 제외한다는 결정을 통보하였다(이하 ‘2차 결정’이라고 한다). 한편 2차 결정의 통보서에는 “우리 공사의 이의신청 불수용처분에 대하여 다시 이의가 있으신 경우 행정소송법에 따라 본 처분통보를 받은 날로부터 90일 이내에 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있음을 알려드리니 참고하시기 바랍니다.”라는 안내문구가 기재되어 있다.

원고는 2018. 3. 5. 피고 중앙행정심판위원회(이하 ‘피고 위원회’라고 한다)에 2차 결정의

취소를 구하는 행정심판을 청구하였는데, 피고 위원회는 2018. 10. 17. 2차 결정이 처분에 해당하지 않는다는 이유로 원고의 행정심판 청구를 각하하는 재결을 하였고(이하 '이 사건 재결'이라고 한다), 그 재결서가 2018. 10. 31. 원고에게 송달되었다.

2차 결정은 1차 결정과 별도로 행정쟁송의 대상이 되는 '처분'으로 봄이 타당하다. 구체적 인 이유는 다음과 같다.

(1) 수익적 행정처분을 구하는 신청에 대한 거부처분은 당사자의 신청에 대하여 관할 행정청이 이를 거절하는 의사를 대외적으로 명백히 표시함으로써 성립된다. 거부처분이 있을 후 당사자가 다시 신청을 한 경우에는 신청의 제목 여하에 불구하고 그 내용이 새로운 신청을 하는 취지라면 관할 행정청이 이를 다시 거절하는 것은 새로운 거부처분이라고 보아야 한다.

(2) 이 사건에서 피고 공사가 원고에게 2차 결정을 통보하면서 '2차 결정에 대하여 이의가 있는 경우 2차 결정 통보일부터 90일 이내에 행정심판이나 취소소송을 제기할 수 있다.'는 취지의 불복방법 안내를 하였던 점을 보면, 피고 공사 스스로도 2차 결정이 행정절차법과 행정소송법이 적용되는 처분에 해당한다고 인식하고 있었음을 알 수 있고, 그 상대방인 원고로서도 2차 결정이 행정쟁송의 대상인 처분이라고 인식하였을 수밖에 없다고 보인다(대판 2021. 1. 14. 2020두50324).