

행정쟁송법

【문제 1】 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 점대부를 고용하여 영업을 했다는 이유로 甲에 대하여 3월의 영업정지처분을 하였다. 이에 대하여 甲은 문제가 된 여성은 점대부가 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. 행정심판을 통해서 구제를 받지 못했다고 생각한 甲은 2020. 6. 15. 취소소송을 제기하고자 한다. 다음 물음에 답하시오. (50점)

물음 1) 甲이 제기하는 취소소송의 대상적격, 피고적격, 제소기간에 대하여 논하시오. (30점)

백발백중 행정쟁송법 p.61

type4-3 재결의 기본형 목차3 : 침익적 처분의 직접 상대방이 제기한 심판에서 나온 변경명령재결에 따라 변경처분의 발령시 취소소송의 대상

I. 문제의 소재

행정소송법(이하 동법이라 함) 제19조와 동법 제2조 제1항 제1호에 의하면¹⁾, 취소소송의 대상이 되는 처분이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다. 이와 관련하여 취소소송의 대상이 당초처분인 00처분인지 변경재결인지 변경처분인 00처분인지 문제된다.

II. 대상이 당초처분인 00처분인지 변경재결인지 변경처분인 00처분인지 여부²⁾

1. 학설의 대립

당초처분이 여전히 취소소송의 대상이라는 견해와 변경처분이 취소소송의 대상이라는 견해가 있다.

2. 판례의 태도

- 1) 보고 베낄 때에는 반드시 「에 의하면」이라고 하면서 보고 베낀다. 법률규정이 지나치게 긴 경우에는 ... 를 이용하여 과감하게 간략하게 서술한다. 절대로 동일 취지의 문장으로 압축하여 서술하면 안 된다. 실제법적 처분개념설은 행정소송법 제19조와 제2조 제1항 제1호라고 하여 법률규정을 통합적으로 본다. 반면에 쟁송법적 처분개념설은 먼저 행정소송법 제2조 제1항 제1호의 처분인가를 살펴보고, 만약 처분이라면 다시 행정소송법 제19조에 의하여 취소소송의 대상이 되는지를 살펴본다. 법조문을 어떻게 나열하느냐에 따라 처분개념에 관한 시각이 드러난다.
- 2) 위원회의 변경명령재결이 있는 후 피청구인인 행정청이 그에 따른 변경처분을 한 경우에 여전히 불복하는 경우이다. 침익적 처분이 다른 침익적 처분으로 변경되는 경우임을 기억한다.

행정청이 식품위생법령에 따라 영업자에게 행정제재처분을 한 후 변경재결에 따라 그 처분을 영업자에게 유리하게 변경하는 처분을 한 경우, 변경처분에 의하여 유리하게 변경된 내용의 행정제재가 위법하다 하여 그 취소를 구하는 경우 그 취소소송의 대상은 변경된 내용의 당초 처분이 아닌 변경처분은 아니다.³⁾

3. 검토 및 사안의 경우

변경처분에 의하여 당초 처분은 소멸하는 것이 아니고 당초부터 유리하게 변경된 내용의 처분으로 존재하는 것이므로 변경된 내용의 당초처분이 취소소송의 대상이라는 견해와 판례가 타당하다. 00.00.00.⁴⁾에 효력을 발생한 00처분⁵⁾이 취소소송의 대상이다. 그렇다면 갑의 소제기가 제소기간요건을 충족하는지 문제된다.

III. 갑의 소제기가 제소기간요건을 충족하는지 여부

1. 법률규정

행정소송법 제20조에 의하면 취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 또는 행정심판청구가 있는 때의 기간은 재결서의 정본을 송달받은 날부터 90일 이내에 제기하여야 하고, 처분등이 있는 날부터 또는 재결이 있는 날부터 1년을 경과하면 이를 제기하지 못한다.

2. 사안의 경우

취소소송의 대상은 후속 변경처분에 의하여 당초부터 유리하게 변경되어 존속하는 00.00.00.⁶⁾에 효력을 발생한 00처분⁷⁾의 취소를 구하고 있는 것으로 보아야 할 것이고, 일부기각(일부인용)의 이행재결에 따른 후속 변경처분에 의하여 변경된 내용의 당초처분의 취소를 구하는 이 사건 소 또한 행정심판재결서 정본을 송달받은 날로부터 90일 이내 제기되어야 한다.

IV. 설문의 해결

백발백중 행정쟁송법 p.97

IV. 을이 피고적격을 충족하는지 여부

1. 문제의 소재

행정소송법 제13조 제1항 본문에 의하면, 취소소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분등을 행한 행정청을 피고로 한다. 이와 관련하여 을이 처분을 행한 행정청인지 문제된다.

2. 을이 처분을 행한 행정청인지 여부

(1)판례의 태도

처분등을 행한 행정청이란 원칙적으로 소송의 대상인 처분등을 외부적으로 자기 명의로 행한 행정청을 의미한다.

3) 2007.04.27.2004두9302 두문자압기: 영유변처/변유변내/변내당

4) 당초처분의 효력발생일

5) 변경처분의 내용

6) 당초처분의 효력발생일

7) 변경처분의 내용

(2)사안의 경우

3. 소결

=>문제풀이의 사고순서(소위 리결 마인드)

1. 묻는 문제로부터 문제풀이를 위한 대전제가 무엇인지 생각합니다. 대전제는 IF-Should문장, 법률규정, 강학상 정의 또는 판례상 정의 등이 있습니다. 취소소송의 대상적격, 피고적격, 제소기간은 그 대전제가 당연히 법률규정입니다.

2. 취소소송의 대상적격의 대전제는 행정소송법 제19조와 행정소송법 제2조 제1항 제1호입니다. ①여기서 행정소송법 제2조 제1항 제1호는 전혀 문제되지 않습니다. 왜냐하면 영업정지처분은 강학상 행정행위이므로 행정소송법 제2조 제1항 제1호에 의하여 명백하게 견해대립 없이 처분이기 때문입니다. ②그렇다면 문제는 행정소송법 제19조에 의한 취소소송의 대상에 대한 판단입니다. 행정소송법 제19조에 의한 취소소송의 대상은 원처분과 재결입니다. 다만 재결은 재결 자체에 고유한 위법이 있어야 가능합니다. 설문의 표현상 처분변경명령재결 자체에 고유한 위법은 엿보이지 않습니다. 따라서 취소소송의 대상 논의에서 소거됩니다. 이제 남은 것은 원처분인 3월의 영업정지처분과 1월의 영업정지처분변경명령재결에 따른 1월의 영업정지처분입니다. ③이를 해결하기 위해서는 변경명령재결에 따른 처분이 나온 것을 다른 판례를 정확히 암기하여야 합니다. 바로 다음의 판례입니다. 행정청이 식품위생법령에 따라 영업자에게 행정제재처분을 한 후 변경재결에 따라 그 처분을 영업자에게 유리하게 변경하는 처분을 한 경우, 변경처분에 의하여 유리하게 변경된 내용의 행정제재가 위법하다 하여 그 취소를 구하는 경우 그 취소소송의 대상은 변경된 내용의 당초 처분이 아닌 변경처분은 아니다.(대판 2007.04.27.2004두9302) ④변경된 내용의 당초처분이 정확하게 어떤 처분을 의미하는지 알아야 합니다. 변경된 내용의 당초처분이란 당초처분일자+ 변경처분입니다. ⑤그래서 결론적으로 취소소송의 대상은 2019. 12. 26.자 1월의 영업정지처분입니다.

3. 취소소송의 피고적격의 대전제는 행정소송법 제13조입니다. ①대전제로부터 도출되는 소전제는 처분을 행한 행정청, 다른 법률에 특별한 규정, 처분권한의 승계시 승계행정청입니다. ②설문의 표현을 보면서 소전제를 소거해 나갑니다. 다른 법률에 특별한 규정이 있다는 점과 처분권한의 승계가 발생했다는 점은 설문의 표현에 없습니다. 따라서 문제되지 않습니다. 그렇다면 문제되는 것은 처분을 행한 행정청이 어떤 행정청이나 하는 것입니다. ③역시 판례의 판단기준이 문제되니 반드시 암기하여야 합니다. 판례는 처분등을 행한 행정청이란 원칙적으로 소송의 대상인 처분등을 외부적으로 자기 명의로 행한 행정청을 의미한다고 합니다. ④처분등을 외부적으로 자기 명의로 행한 행정청은 설문에 어떤 방식으로 표현이 될까요? 그것을 모르면 역시 포섭을 명쾌하게 하지 못합니다. 설문의 표현으로 관할 행정청이라는 표현이 바로 처분등을 외부적으로 자기 명의로 행한 행정청을 의미하는 말입니다. ⑤그래서 결론적으로 관할 행정청인 A시의 시장 乙이 2019. 12. 26.자 1월의 영업정지처분을 행한 행정청이므로 취소소송의 피고적격을 충족합니다.

4. 취소소송의 제소기간의 대전제는 행정소송법 제20조입니다. ①대전제로부터 도출되는 소전제는 처분등이 있음을 안 날, 재결서 정본을 송달받은 날로부터 90일 이내에 소를 제기하여야 한다입니다. ②먼저, 원칙에 따라 2019. 12. 26.자 1월의 영업정지처분이 있음을 안 날이란 처분이 발령된 날과 대부분 일치한다는 것을 알아야 합니다. 따라서 1월의 영업정지

처분이 있음을 안 날이란 2019. 12. 26.입니다. 취소소송의 제기일은 2020. 6. 15.입니다. 따라서 1월의 영업정지처분이 있음을 안 날로부터 90일을 훌쩍 경과하였습니다. ③예외로 돌아가 행정심판을 거친 경우이므로 재결서 정본을 송달받은 날로부터 90일 이내인지를 따져 보아야 합니다. 재결서 정본을 송달받은 날은 2020. 3. 10.입니다. 2020. 3. 10.로부터 취소소송의 제기일인 2020. 6. 15.은 90일이 경과합니다. ④90일은 불변기간입니다. 그래서 결론적으로 갑의 취소소송의 제기는 제소기간을 초과합니다.

5. 문제의 해결에서 주의할 것이 있습니다. 왜 문제에 대상적격, 피고적격, 제소기간을 논하라고 했을까입니다. 바로 적격은 충족여부를 판단하는 것을 염두에 둔 용어입니다. 따라서 갑의 취소소송이 적법한 것인지 부적법한 것인지 판단을 하여야 마지막 대답이 됩니다. 이 부분의 언급이 없으면 묻는 물음에 대한 마지막 대답이 누락된 답안이 됩니다.

이제 실전답안을 보면서 어떻게 「대전제-소전제-결론」의 구조로 답안을 작성하는지 알아보겠습니다.

[실전답안]

물음 1에 대해서

I. 취소소송의 대상적격

1. 문제의 소재

행정소송법(이하 동법) 제19조에 의하면 취소소송은 처분등을 대상으로 한다. 다만, 재결취소소송의 경우에는 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다. 설문상 3월의 영업정지처분, 1월의 영업정지처분으로 변경하라는 일부인용재결, 1월의 영업정지처분이 있다. 설문상 1월의 영업정지처분으로 변경하라는 일부인용재결 자체에 고유한 위법이 있다는 특별한 사정이 엿보이지 않는다. 따라서 동일한 사실관계를 기초로 한 3월의 영업정지처분과 1월의 영업정지처분이 있다. 이와 관련하여 어떤 처분이 취소소송의 대상인 처분인지 문제된다.

2. 어떤 처분이 취소소송의 대상인 처분인지 여부

(1)학설의 대립

적극적 변경도 실질적으로 일부취소이므로 후속 변경처분에 의하여 유리하게 변경되어 존속하는 당초처분을 대상으로 취소소송을 제기하여야 한다는 견해인 변경된 원처분설과 처분청의 직권에 의한 적극적 변경은 당초처분을 대체하는 새로운 처분이므로 변경처분을 대상으로 취소소송을 제기하여야 한다는 견해인 변경처분설이 있다.

(2)판례의 태도

행정청이 식품위생법령에 기하여 영업자에 대하여 행정제재처분을 한 후 그 처분을 영업자에게 유리하게 변경하는 처분을 한 경우(이하 처음의 처분을 ‘당초처분’, 나중의 처분을 ‘변경처분’이라 한다), 변경처분에 의하여 당초처분은 소멸하는 것이 아니고 당초부터 유리하게 변경된 내용의 처분으로 존재하는 것이므로, 변경처분에 의하여 유리하게 변경된 내용의 행정제재가 위법하다 하여 그 취소를 구하는 경우 그 취소소송의 대상은 변경된 내용의 당초처분이지 변경처분은 아니다.⁸⁾

(3) 검토 및 사안의 경우

당초의 처분과 변경된 처분의 동일성 유지 여부에 따라 동일성이 유지되는 경우에는 당초의 처분을 취소소송의 대상으로, 동일성이 유지되지 않은 경우에는 변경처분을 대상으로 보는 판례가 타당하다. 따라서 당초처분인 2019. 12. 26. 乙이 행한 3월의 영업정지 처분을 변경처분인 갑에게 유리한 2020. 3. 17. 행한 1월의 영업정지처분은 당초처분인 3월의 영업정지처분과 동일한 사실관계를 기초로 하여 그 동일성이 유지된다고 보아야 할 것이므로 유리하게 변경된 당초처분인 2019. 12. 26.자 1월의 영업정지처분이 취소소송의 대상이다.

3. 소결

甲이 제기하는 취소소송의 대상은 2019. 12. 26.자 1월의 영업정지처분이다.

II. 취소소송의 피고적격

1. 문제의 소재

동법 제13조 제1항에 의하면 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. 이와 관련하여 2019. 12. 26.자 1월의 영업정지처분을 행한 행정청이 문제된다.

2. 2019. 12. 26.자 1월의 영업정지처분을 행한 행정청

(1) 판례의 태도

처분등을 행한 행정청이란 원칙적으로 소송의 대상인 처분등을 외부적으로 자기 명의로 행한 행정청을 의미한다.

(2) 사안의 경우

설문상 2019. 12. 26.자 1월의 영업정지처분을 외부적으로 자기 명의로 행한 행정청은 관할 행정청인 A시의 시장 乙이다.

3. 소결

설문상 다른 법률에 특별한 규정이 있다는 사정과 다른 행정청으로의 영업정지처분권한의 승계되었다는 특별히 문제될만한 사정이 엿보이지 않는다. 따라서 甲이 제기하는 취소소송의 피고는 관할 행정청인 A시의 시장 乙이다.

III. 취소소송의 제소기간

1. 법률규정

동법 제20조에 의하면 취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 하고, 처분등이 있는 날부터 1년을 경과하면 이를 제기하지 못한다. 다만, 제18조 제1항 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 90일 이내에 제기하여야 하고, 재결이 있는 날부터 1년을 경과하면

8) 2004두9302 판례를 문제로 구성한 문제이다.

이를 제기하지 못한다. 90일은 불변기간이나, 1년은 정당한 사유가 있는 때에는 경과하더라도 제기할 수 있다.

2. 사안의 경우

관례에 의하면 제소기간의 준수 여부는 변경처분이 아닌 변경된 내용의 당초처분을 기준으로 판단하여야 한다. 따라서 취소소송을 제기한 2020. 6. 15.은 변경된 내용의 당초처분인 1월의 영업정지처분이 있음을 안 날인 2019. 12. 26.로부터 90일이 경과하였다. 설문상 갑은 행정심판을 제기하여 변경명령재결의 재결서 정본을 2020. 3. 10.에 받았다. 따라서 취소소송을 제기한 2020. 6. 15.은 재결서 정본을 2020. 3. 10.로부터 97일이 경과하였다. 90일은 불변기간이므로 갑이 제기한 취소소송은 취소소송의 제소기간을 도과하였다.

VI. 설문의 해결

甲이 제기하는 취소소송의 대상은 2019. 12. 26.자 1월의 영업정지처분이다. 甲이 제기하는 취소소송의 피고는 관할 행정청인 A시의 시장 乙이다. 갑이 제기한 취소소송은 취소소송의 제소기간을 도과하였다. 따라서 갑이 제기한 취소소송은 부적법소각하판결을 면치 못한다.⁹⁾

물음 2) 甲은 乙의 영업정지처분 1월이 경과한 후에도 그 처분의 취소를 구할 소의 이익이 있는지 논하시오. (20점)

백발백중 행정쟁송법 p.102

V. 설문의 갑의 제소가 협의의 소의 요건을 충족하는지 여부

1. 취소소송의 협의의 소의의 의의와 문제의 소재

취소소송의 협의의 소의이란 취소소송을 통한 권리보호의 필요이다. 행정소송법 제4조 제1호에 의하면, 취소소송: 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송이다. 따라서 처분의 효과가 소멸되거나 원상회복이 불가능하거나 이미 법익침해가 해소된 경우에는 취소소송의 협의의 소의이 없다. 이와 관련하여 처분의 효과가 소멸된 경우임에도 취소소송의 협의의 소의이 존재하는지 문제된다(원상회복이 불가능함에도 취소소송의 협의의 소의이 존재하는지 문제된다. 법익침해가 해소된 경우임에도 취소소송의 협의의 소의이 존재하는지 문제된다).

type 1-2 기본형 목차2 : 처분의 효과가 소멸된 경우 - 가중처분의 위험이 있는 경우

2. 처분의 효과가 소멸된 경우임에도 취소소송의 협의의 소의이 존재하는지 여부

9) 취소소송의 대상적격, 원고적격, 제소기간 등이므로 그 충족여부에 대한 판단까지도 해야 한다.

(1)법률규정과 문제의 소재

행정소송법 제12조 제2문에 의하면, 처분등의 효과가 기간의 경과, 처분등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에는 또한 같다. 이와 관련하여 첫째, 행정소송법 제12조 제2문의 법적 성질이 문제된다. 둘째, 법률상 이익의 의미가 문제된다. 셋째, 시행규칙에 의한 가중처분의 위험이 선행처분인 00의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익인지 문제된다.

(2)행정소송법 제12조 제2문의 법적 성질

입법상 비과오로서 취소소송의 원고적격규정이거나 위법확인소송의 원고적격규정이라고 보는 견해도 있으나 행정소송법 제12조 제2문의 법률상 이익이란 문언상 취소로 인하여 회복되는 이익이라는 점과 위법확인소송이 없다는 점에서 입법상 과오로서 권리보호필요규정이라고 보는 견해가 타당하다.

(3)법률상 이익의 의미

1) 대립과 판례의 태도

행정소송법 제12조 제1문의 법률상 이익과 그 의미가 동일하다는 견해, 행정소송법 제12조 제1문의 법률상 이익보다 넓게 보아야 한다는 견해, 처분의 위법확인에 대한 정당한 이익으로 보는 견해 등이 있다. 판례에 의하면 동일한 소송당사자 사이에서 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있어 행정처분의 위법성 확인 내지 불분명한 법률문제에 대한 해명이 필요하다고 판단되는 경우,¹⁰⁾ 그리고 선행처분과 후행처분이 단계적인 일련의 절차로 연속하여 행하여져 후행처분이 선행처분의 적법함을 전제로 이루어짐에 따라 선행처분의 하자가 후행처분에 승계된다고 볼 수 있어¹¹⁾ 이미 소를 제기하여 다투고 있는 선행처분의 위법성을 확인하여 줄 필요가 있는 경우¹²⁾ 등에는 그 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.¹³⁾

2)검토 및 사안의 경우

처분의 위법확인에 대한 정당한 이익으로 보는 견해는 취소판결이 형성판결이라는 점에서, 행정소송법 제12조 제1문의 법률상 이익과 그 의미가 동일하다는 견해는 국민의 권리구제의 확대 측면에서 문제가 있다는 점에서 판례가 타당하다. 그렇다면 시행규칙에 의한 가중처분의 위험이 선행처분인 00의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익인지 문제된다.

(4)시행규칙에 의한 가중처분의 위험이 선행처분인 00의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익인지 여부

1)학설의 대립

원칙적으로 선행처분을 요건으로 한 가중처분인 □□이 법규명령에 규정되면 법률상 이익이나, 행정규칙에 규정되면 법률상 이익이 아니다. 시행령에 규정된 경우 법률상 이익이라는 점에 대해서 견해대립이 없다. 다만 시행규칙에 규정된 것에 대해서 시행규칙도 법규명령이어서 법률상 이익이라는 견해, 시행규칙은 행정규칙이어서 법률상 이익이 아니라는 견해와 시행규칙이 행정규칙임에도 법률상 이익이 될 수 있다는 견해, 법령의 수

10) : 동등반위

11) 「선행처분인 제재처분이 후행처분인 가중처분의 요건이 되어」로 표현을 압축적으로 변경하여도 무방하다.

12) 두문자암기: 선후단일,후선하승

13) 대판 2007.7.19. 2006두19297 전합

권에 근거한 시행규칙은 법규명령이어서 법률상 이익이고 법령의 수권에 근거하지 아닌 시행규칙은 행정규칙이어서 법률상 이익이 아니라는 견해, 시행규칙에 규정한 것은 위헌·무효이어서 법률상 이익이 아니라는 견해 등이 있다.

2) 태도

제재적 행정처분의 가중사유나 전제요건에 관한 규정이 법령이 아니라 규칙의 형식으로 되어 있다고 하더라도, 그러한 규칙이 법령에 근거를 두고 있는 이상 그 법적 성질이 대외적·일반적 구속력을 갖는 법규명령인지 여부와는 상관없이, 관할행정청이나 담당공무원은 이를 준수할 의무가 있으므로 이들이 그 규칙에 정해진 바에 따라 행정작용을 할 것이 당연히 예견되고,¹⁴⁾ 그 결과 행정작용의 상대방인 국민으로서 그 규칙의 영향을 받을 수밖에 없다. 따라서 그러한 규칙이 정한 바에 따라 선행처분을 받은 상대방이 그 처분의 존재로 인하여 장래에 받을 불이익, 즉 후행처분의 위험은 구체적이고 현실적인 것이므로,¹⁵⁾ 상대방에게는 선행처분의 취소소송을 통하여 그 불이익을 제거할 필요가 있다.¹⁶⁾

3) 검토 및 사안의 경우

행정소송법 제12조 제2문을 협의의 소익규정으로 보는 한 시행규칙이 행정규칙임에도 행정소송법 제12조 제2문의 법률상 이익이 될 수 있다는 견해와 판례가 타당하다. 따라서 선행처분인 OO을 요건으로 하는 장래에 받을 불이익처분인 □□처분은 시행규칙에 의하나 그 규칙이 OO법에 근거를 둔 이상 그 불이익은 구체적이고 현실적인 위험이므로 상대방인 갑은 선행처분인 OO의 취소소송을 통하여 그 불이익을 제거할 법률상 이익이 있는 자이다.

(4) 소결

갑이 제기한 취소소송에 협의의 소익이 존재한다.

3. 소결

=>문제풀이의 사고순서(소위 리결 마인드)

1. 묻는 문제로부터 문제풀이를 위한 대전제가 무엇인지 생각합니다. 대전제는 IF-Should문장, 법률규정, 강학상 정의 또는 판례상 정의 등이 있습니다. 처분의 취소를 구할 소의 이익이라는 표현은 취소소송의 협의의 소익을 검토하라는 것이므로 강학상 정의로 접근할 수도 있고, 법률규정으로 접근할 수도 있습니다.

2. 이제부터 대전제를 세워나가는 연습을 하여야 합니다. 취소소송의 협의의 소익에 관한 문제는 대전제를 세워나가는 사고를 점검하는 아주 좋은 문제이기 때문입니다. ① 먼저 취소소송의 협의의 소익의 강학상 정의를 알아야 합니다. 왜냐하면 협의의 소익은 소송제도 자체에 내재된 이익이기 때문입니다. ② 취소소송의 협의의 소익이란 취소소송제도를 통한 권리보호의 필요성입니다. 이 문구는 「취소소송제도+ 권리보호의 필요성」으로 구성되어 있습니다. 취소소송제도는 이론상의 정의가 아니라 법률규정에 규정된 제도임을 아는 것이 중요합니다. 바로 행정소송법 제4조 제1호에 있습니다. 취소소송: 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송입니다. 이 법률규정으로부터 권리보호의 필요성이 무엇인지 빼낼 수

14) : 형근준예

15) 두문자암기: 선상장불, 후위구헌

16) 대판 2006.6.22.2003두1684

있습니다. 즉, 취소소송제도를 통해 권리보호를 받을 수 있으려면 처분이 위법하며 유효할 것 & 취소를 통하여 원상회복이 가능할 것입니다. 학설과 판례는 취소소송의 대상적격과 원고적격을 충족하면 취소소송의 협의의 소익을 원칙적으로 충족한다고 봅니다. 따라서 예외적으로 처분이 위법하나 그 효과가 소멸되거나, 처분이 유효하나 취소하더라도 원상회복이 불가능하거나, 이미 법익침해가 해소된 경우에는 예외적으로 협의의 소익이 없습니다. ③행정법 풀이를 함에는 항상 리걸 마인드가 필요한 지점들이 요소요소에 산재해 있는데, 그것은 매번 어느 단계를 넘어갈 때에는 반드시 어떤 법적인 판단기준에 의하여 넘어가야 한다는 것입니다. 「취소소송의 대상적격과 원고적격을 충족하면 원칙적으로 취소소송의 협의의 소익이 있다->그런데 처분이 위법하나 그 효과가 소멸되거나, 처분이 유효하나 취소하더라도 원상회복이 불가능하거나, 이미 법익침해가 해소된 경우에는 예외적으로 취소소송의 협의의 소익이 없다->그럼에도 예외의 예외로서 취소소송의 협의의 소익이 있을 수 있지 않을까?」 이것이 취소소송의 협의의 소익문제에서 채점자가 보고자 하는 리걸 마인드입니다. ④협의의 소익은 각종의 소송제도를 탐구하는 학설과 판례에 의하여 규명되어져 가는 문제라고 보는 것이 일반적입니다. 그래서 소송제도마다 협의의 소익규정을 별도로 소송법에 두고 있지 않습니다. ⑤문제는 행정소송법 제12조 제2문입니다. 표제어는 원고적격입니다. 표현은 ‘처분의 효과가 소멸된 뒤에도’입니다. 이것을 어떻게 보느냐에 따라 ‘법률상 이익의 의미’가 달라집니다. 협의의 소익은 각종의 소송제도를 탐구하는 학설과 판례에 의하여 규명되어져 가는 문제라고 보는 견해에 의하면 표제어 그대로 원고적격규정입니다. ‘처분의 효과가 소멸된 뒤에도’라는 문구를 보면 취소소송의 협의의 소익규정입니다. 학설과 판례는 일반적으로 협의의 소익규정이라고 봅니다. 여담으로 원상회복이 불가능한 경우와 이미 법익침해가 해소된 경우에 대해서는 법률규정이 없습니다. 따라서 그 경우에 취소소송의 협의의 소익이 있는지 여부는 학설과 판례에 맡겨져 있습니다. ⑥판례는 행정소송법 제12조 제2문의 법률상 이익을 「행정소송법 제12조 제1문의 법률상 이익+구체적이고 현실적인 반복처분의 위험+구체적이고 현실적인 가중처분의 위험」이라고 봅니다. 이 태도를 반드시 알고 있어야 이 문제를 풀이할 수 있습니다.

3. 설문에는 ‘식품위생법 시행규칙 별표의 행정처분기준에 따라 가중적 제재처분이 내려진다.’는 표현을 가지고 문제를 해결하여야 합니다. ①식품위생법 시행규칙 별표의 행정처분기준이 법규명령이라면 그 자체로 행정소송법 제12조 제1문의 법률상 이익이 됩니다. ②식품위생법 시행규칙 별표의 행정처분기준이 법규명령이 아니라 행정규칙이라면 행정소송법 제12조 제1문의 법률상 이익이 아니므로 구체적이고 현실적인 가중처분의 위험에 해당하여야 합니다. 이렇게 사안을 판단기준에 따라 하나씩 하나씩 잘라 나오면서 사고하는 것이 리걸 마인드입니다. ③판례는 일관되게 식품위생법 시행규칙 별표의 행정처분기준이 제재처분에 대한 기준이라면 법규명령이 아니라 행정규칙으로 봅니다. 따라서 이제 문제는 식품위생법 시행규칙 별표의 행정처분기준에 따라 내려지는 가중적 제재처분이 구체적이고 현실적인 가중처분의 위험인가입니다. ④법 시행규칙 별표의 행정처분기준에 따라 내려지는 가중적 제재처분이 구체적이고 현실적인 가중처분의 위험이 되려면 단순히 시행규칙에 있다는 것만으로는 부족합니다. 판례는 법 시행규칙 별표의 행정처분기준이 반드시 법령의 근거를 두고 제정된 것이라야 구체적이고 현실적인 가중처분의 위험이 된다고 봅니다. ⑤이제 설문의 표현을 보면서 소위 사안포섭을 하면, ‘식품위생법 시행규칙 별표의 행정처분기준에 따라 가중적 제재처분이 내려진다.’는 표현만 있지, 식품위생법 시행규칙 별표의 행정처분기준이 식품위생법 제*조에 의하여 제정된 것인지 나타나 있지 않습니다. 따라서 식품위생법 시행규

칙 별표의 행정처분기준에 따라 내려지는 가중적 제재처분은 구체적이고 현실적인 가중처분의 위험이 아닙니다.

이제 실전답안을 보면서 어떻게 「대전제-소전제-결론」의 구조로 답안을 작성하는지 알아보겠습니다.

[실전답안]

물음 2에 대해서

I. 문제의 소재

취소소송의 협의의 소익이란 취소소송제도를 통한 권리구제의 필요성이다. 동법 제4조 제1호에 의하면 취소소송: 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송이다. 따라서 처분의 효과가 소멸되거나 원상회복이 불가능하거나 이미 법익침해가 해소된 경우에는 예외적으로 취소소송제도를 통한 권리구제의 필요성이 없다. 설문상 乙의 영업정지 처분 1월이 경과한 후이므로 1월의 영업정지처분은 그 효과가 소멸되었다. 이와 관련하여 갑의 취소소송의 제기가 효과가 소멸된 1월의 영업정지처분의 취소를 구할 소의 이익이 있는지 문제된다.

II. 갑의 취소소송의 제기가 효과가 소멸된 1월의 영업정지처분의 취소를 구할 소의 이익이 있는지 여부

1. 문제의 소재

동법 제12조 제2문에 의하면 처분등의 효과가 기간의 경과, 처분등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에는 또한 같다. 이와 관련하여 첫째, 동법 제12조 제2문의 법적 성질과 법률상 이익의 의미가 문제된다. 둘째, 갑이 1월의 영업정지처분의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자인지 문제된다.

2. 동법 제12조 제2문의 법적 성질과 법률상 이익의 의미

(1)학설의 대립

동법 제12조 제2문의 법적 성질을 취소소송의 원고적격규정으로 보면서 동법 제12조 제1문의 법률상 이익과 그 의미가 동일하다는 견해, 동법 제12조 제2문의 법적 성질을 위법확인소송의 원고적격규정으로 보면서 처분의 위법확인에 대한 정당한 이익으로 보는 견해, 동법 제12조 제2문의 법적 성질을 협의의 소익규정으로 보면서 동법 제12조 제1문의 법률상 이익보다 넓게 보아야 한다는 견해 등이 있다.

(2)판례의 태도

판례에 의하면 동법 제12조 제1문의 법률상 이익 외에 구체적이고 현실적인 반복처분의 위험과 구체적이고 현실적인 가중처분의 위험까지 법률상 이익으로 본다.

(3)검토 및 소결

처분의 위법확인에 대한 정당한 이익으로 보는 견해는 취소판결이 형성판결이라는 점에서, 동법 제12조 제1문의 법률상 이익과 그 의미가 동일하다는 견해는 국민의 권리구제

의 확대 측면에서 문제가 있다는 점에서 판례가 타당하다. 따라서 동법 제12조 제2문의 법률상 이익의 의미는 동법 제12조 제1문의 법률상 이익 외에 구체적이고 현실적인 반복처분의 위험과 구체적이고 현실적인 가중처분의 위험을 말한다.

3. 갑이 1월의 영업정지처분의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자인지 여부

(1)문제의 소재

법률과 시행령에 규정된 가중처분의 위험은 법률상 이익이다. 설문상 가중처분의 위험은 식품위생법 시행규칙 별표의 행정처분기준에 의한 가중처분이다. 이와 관련하여 첫째, 식품위생법 시행규칙 별표의 법적 성질이 문제된다. 둘째, 식품위생법 시행규칙 별표에 의한 가중처분의 위험이 구체적이고 현실적인 가중처분의 위험인지 문제된다.

(2)식품위생법 시행규칙 별표의 법적 성질

1) 대립

시행규칙도 법규명령이어서 법률상 이익이라는 견해, 시행규칙은 행정규칙이어서 법률상 이익이 아니라는 견해와 시행규칙이 행정규칙임에도 법률상 이익이 될 수 있다는 견해, 법령의 수권에 근거한 시행규칙은 법규명령이어서 법률상 이익이고 법령의 수권에 근거하지 아니한 시행규칙은 행정규칙이어서 법률상 이익이 아니라는 견해, 시행규칙에 규정된 것은 위헌·무효이어서 법률상 이익이 아니라는 견해 등이 있다.

2)판례의 태도

시행규칙 별표가 제재사무처리기준에 관한 것이면 행정규칙이나, 기타 사무처리기준이면 법규명령으로 본다.

3)검토 및 사안의 경우

행정입법의 과잉시대에 행정입법에 법규성을 인정하는 것은 국회입법의 포기라는 점에서 특히 국민의 자유와 권리의 제한에 관한 것인 한 실질적으로 판단하는 판례가 타당하다. 따라서 식품위생법 시행규칙 별표의 법적 성질은 행정규칙이다.

(3)식품위생법 시행규칙 별표에 의한 가중처분의 위험이 구체적이고 현실적인 가중처분의 위험인지 여부

1)판례의 태도

제재적 행정처분의 가중사유나 전제요건에 관한 규정이 법령이 아니라 규칙의 형식으로 되어 있다고 하더라도, 그러한 규칙이 법령에 근거를 두고 있는 이상 그 법적 성질이 대외적·일반적 구속력을 갖는 법규명령인지 여부와는 상관없이, 관할행정청이나 담당공무원은 이를 준수할 의무가 있으므로 이들이 그 규칙에 정해진 바에 따라 행정작용을 할 것이 당연히 예견되고, 그 결과 행정작용의 상대방인 국민으로서는 그 규칙의 영향을 받을 수밖에 없다. 따라서 그러한 규칙이 정한 바에 따라 선행처분을 받은 상대방이 그 처분의 존재로 인하여 장래에 받을 불이익, 즉 후행처분의 위험은 구체적이고 현실적인 것이므로, 상대방에게는 선행처분의 취소소송을 통하여 그 불이익을 제거할 필요가 있다.¹⁷⁾

2)사안의 경우

설문상 식품위생법 시행규칙 별표가 법령에 근거를 두고 있다는 특별히 문제될만한 사정

17) 2006.6.22.2003두1684

이 엿보이지 않는다. 따라서 식품위생법 시행규칙 별표에 의한 가중처분의 위험은 구체적이고 현실적인 가중처분의 위험이 아니다.

(4)소결

갑은 1월의 영업정지처분의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자가 아니다.

4. 소결

갑의 취소소송의 제기는 효과가 소멸된 1월의 영업정지처분의 취소를 구할 소의 이익이 없다.

III. 설문의 해결

甲은 乙의 영업정지처분 1월이 경과한 후에는 그 처분의 취소를 구할 소의 이익이 없다.

【문제 2】 甲은 태양광발전시설을 설치하기 위해 관할 군수 乙에게 개발행위허가를 신청하였으나 乙은 산림훼손 우려가 있다는 이유로 거부처분을 하였다. 甲은「민원처리에 관한 법률」제35조에 따라 乙에게 이의신청을 하였다. 乙은 甲의 이의신청을 검토한 후 종전과 동일한 이유로 이의신청을 기각하는 결정을 하였다. 乙의 기각결정을 행정심판의 기각재결로 볼 수 있는지 설명하시오. (25점)

※ 「민원처리에 관한 법률」 제35조 ③ 민원인은 제1항에 따른 이의신청 여부와 관계없이 「행정심판법」에 따른 행정심판 또는 「행정소송법」에 따른 행정소송을 제기할 수 있다.

백발백중 행정쟁송법 p.61 5째줄-11째줄, GS2 8장 2교시 강의내용

중앙토지수용위원회의 이의신청에 따른 재결은 공익사업을 위한 토지등의 취득 및 보상에 관한 법률에 의하면 제84조에 의하여 판단기관인 중앙토지수용위원회의 독립성이 인정되며, 처분청인 관할토지수용위원회와 상대방인 사업시행자 및 토지소유자 사이에 대심구조가 확보되어 있다는 점, 이의신청 이후에 별도의 행정심판 절차를 규정하고 있지 않다는 점, 같은 법 제86조에 의하여 이의신청에 대한 재결이 확정된 때에는 민사소송법상의 확정판결이 있는 것으로 보는 점 등을 고려하면 특별법상 행정심판이다.

=>문제풀이의 사고순서(소위 리걸 마인드)

1. 묻는 문제로부터 문제풀이를 위한 대전제가 무엇인지 생각합니다. 대전제는 IF-Should문장, 법률규정, 강학상 정의 또는 관례상 정의 등이 있습니다. 묻는 문제를 일단 IF로 만들어 봅니다. 바로 乙의 기각결정을 행정심판의 기각재결로 볼 수 있으려면?입니다. 당연히 乙의 기각결정은 특별법상의 행정심판이어야 합니다. 이 부분이 결론 부분에서 판단되어야 합니다. 이 문제의 대전제는 IF-Should문장도 법률규정도 아닙니다. 강학상 정의입니다.

2. 대전제를 강학상 정의로부터 구성할 때에는 정의->문제풀이에 필요한 종류->구별기준의 순서로 진행하면 됩니다. 이 문제풀이의 전형적인 문제는 사인의 공법행위로서 신고에 대한 수리 혹은 수리거부가 취소소송의 대상인 처분이냐를 묻는 문제입니다. 바로 그 문제풀이의 리걸 마인드를 그대로 이 문제에서 물어보고 있습니다. 동일한 사고틀로 풀이를 하면 됩니다.

3. 이의신청의 정의를 써 줍니다. 이 정의를 암기하고 있지 않으면 이 문제풀이는 약간 허접하게 됩니다. 그 다음에는 문제풀이에 필요한 이의신청의 종류를 써 줍니다. 바로 진정으로서의 이의신청과 특별법상의 행정심판으로서의 이의신청입니다. 마지막으로 구별기준을 제기하면서 어떤 종류의 이의신청인지 사안포섭을 하면 됩니다. 특히 구별기준은 모두 판례를 암기하여 써야 합니다. 대부분의 수험생들이 판례암기가 귀찮거나 쉽지 않다하여 이론 강의에서 들은 몇 마디로 해결하려고 하는데, 그렇게 쓰면 사실 점수가 거의 없거나 있더라도 미미하게 주기 때문에, 반드시 판례문구를 정확하게 암기하려고 노력하여야 합니다.

4. 문제풀이를 하려면 설문을 보고 판단할 수밖에 없습니다. 설문을 보고 판단하라고 하면 보통 설문의 본문만을 보는데, 더욱 중요한 설문은 주어진 법률규정입니다. 박스처리된 법률규정에 이 문제를 풀이하는 답이 있습니다. 그것은 ‘민원인은 이의신청 여부와 관계없이 「행정심판법」에 따른 행정심판 또는 「행정소송법」에 따른 행정소송을 제기할 수 있다.’입니다. 이 법률규정은 행정심판법 제51조에 정면으로 배치됩니다. 따라서 당연히 결론은 乙의 기각결정은 행정심판의 기각재결이 아니기 때문에 「행정심판법」에 따른 행정심판을 제기할 수 있게 됩니다.

이제 실전답안을 보면서 어떻게 「대전제-소진제-결론」의 구조로 답안을 작성하는지 알아보겠습니다.

[실전답안]

I. 문제의 소재

이의신청이란 일반적으로 위법 또는 부당한 처분 등으로 인하여 권익을 침해당한 자의 청구에 의해 처분청 자신이 이를 재심사하는 절차를 말한다. 행정법상의 이의신청에는 진정으로서의 단순 이의신청과 특별법상의 행정심판으로서의 이의신청이 있다. 특별법상의 행정심판으로서의 이의신청에 대한 기각결정을 행정심판의 기각재결로 본다. 이와 관련하여 민원처리에 관한 법률 제35조에 따라 乙에게 행한 이의신청이 특별법상의 행정심판으로서의 이의신청인지 문제된다.

II. 민원처리에 관한 법률 제35조에 따라 乙에게 행한 이의신청이 특별법상의 행정심판으로서의 이의신청인지 여부

1. 특별법상의 행정심판으로서 이의신청

헌법 제107조 제3항은 “재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하되, 사법절차가 준용되어야 한다”고 규정하고 있으므로, 입법자가 행정심판을 전심절차가 아니라 중심절차로 규정함으로써 정식재판의 기회를 배제하거나, 어떤 행정심판을 필요적 전심절차로 규정하면서도 그 절차에 사법절차가 준용되지 않는다면 이는 위 헌법조항, 나아가 재판청구권을 보장하고 있는 헌법 제27조에도 위반되며, 헌법 제107조 제3항은 사법절차가 “준용”될 것만을 요구하고 있으나 판단기관의 독립성과 공정성, 대심적 심리구조, 당사자의 절차적 권리보장 등의 면에서 사법절차의 본질적 요소를 현저히 결여하고 있다면 “준용”의 요청에마저 위반된다.¹⁸⁾

18) 2000 30

2. 사안의 경우

이의신청이 특별법상의 행정심판이 되려면 판단기관의 독립성과 공정성, 대심적 심리구조, 당사자의 절차적 권리보장 등이 있어야 한다. 설문상 이의신청은 개발행위허가의 관할 군수 乙에게 하였으므로 판단기관의 독립성이 없다. 설문상 행정심판법상의 행정심판과 같은 대심구조가 엿보이지 않는다. 더 나아가 참조조문인 민원처리에 관한 법률 제35조 제3항에 의하면 이의신청 여부와 관계없이 「행정심판법」에 따른 행정심판의 청구가 가능하므로 **행정심판법 제51조에 의하더라도** 특별법상의 행정심판이 아닌 진정에 불과하다. 따라서 민원처리에 관한 법률 제35조에 따라 乙에게 행한 이의신청은 특별법상의 행정심판으로서의 이의신청이 아니다.

III. 설문의 해결

乙의 기각결정을 행정심판의 기각재결로 볼 수 없다.

【문제 3】 A시 시장인 乙은 甲이 A시에서 진행하고 있는 공사가 관련 법령을 위반하였다는 이유로 해당 공사를 중지하는 명령을 하였다. 甲은 그 명령 이후에 그 원인사유가 소멸하였음을 들어 乙에 대하여 공사중지명령의 철회를 신청하였다. 그러나 乙은 그 원인사유가 소멸되지 않았다고 판단하여 甲의 신청에 대하여 아무런 응답을 하지 않고 있다. 乙의 행위가 위법한 부작위에 해당하는지에 대하여 설명하시오. (25점)

백발백중 행정쟁송법 p.224

type1 기본형 목차 - 부작위위법확인소송의 대상

I. 문제의 소재

행정소송법 제4조 제3호에 의하면 부작위위법확인소송: 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송이며, 행정소송법 제2조 제1항 제2호에 의하면 "부작위"라 함은 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것을 말한다. 행정청과 상당한 기간은 설문상 문제되지 않는다. 건축법 제80조 제1항에 의하여 이행강제금을 부과해야 할 법률상 의무가 있음에도 아무런 처분을 하지 않았다. 이와 관련하여 당사자의 신청과 관련하여 신청권이 있는지 문제된다.

II. 당사자의 신청과 관련하여 신청권이 있는지 여부

1. 학설의 대립과 관례의 태도

대상적격설, 원고적격설, 본안문제설이 있다. 관례에 의하면 신청권의 존부는 구체적 사건에서 신청인이 누구인지 고려하지 않고 관계법규의 해석에 의하여 일반 국민에게 그러한 신청권이 인정되는가를 살펴 추상적으로 결정한다.

2. 검토 및 사안의 경우

의무이행소송을 행정소송법이 규정하지 않는다는 점에서 대상적격설과 관례의 태도가 타

당하다. 따라서 명문의 규정으로 신청할 수 있다거나 법규의 해석상 출원을 전제로 한 처분이라면 법규상 신청권이 인정되고, 법규상 신청권이 없더라도 처분청의 처분예고, 출원공고, 사무처리기준의 설정·공표가 있다면 조리상 신청권이 인정된다. 설문의 이행강제금부과행위의 근거법률에는 법규상 신청권이 엿보이지 않고, B 광역시장이 이행강제금 부과처분을 예고하고 그 처분에 대한 출원을 공고하였다는 사정도 설문상 엿보이지 않으므로 조리상 신청권도 없다.

III. 설문의 해결

B광역시장이 甲에 대하여 이행강제금을 부과·징수하지 않고 있는 행위는 부작위위법확인소송의 대상이 아니다.

type2 확장형 목차-절차적 심리설

I. 쟁점의 정리

갑이 부작위위법확인소송으로 권리구제를 받으려면, 부작위위법확인소송의 제기가 적법하여야 하고, 부작위가 위법하여야 한다. 이와 관련하여 첫째, 갑의 부작위위법확인소송의 제기가 적법한지 문제된다. 둘째, 행정청 을의 부작위가 위법한지 문제된다.

II. 갑의 부작위위법확인소송의 제기가 적법한지 여부

1. 문제의 소재

갑의 부작위위법확인소송의 제기가 적법하려면, 행정청 을의 부작위를 대상으로 원고적격, 피고적격, 협의의 소의, 제소기간, 관할법원 등의 요건을 충족하여야 한다. 이와 관련하여 행정청 을의 부작위가 부작위위법확인소송의 대상인지 문제된다. 만약 행정청 을의 부작위가 부작위위법확인소송의 대상이라면, 갑은 00처분을 신청한 자로서 부작위의 직접 상대방이므로 원고적격은 문제되지 않고, 설문상 의무이행심판의 청구가 엿보이지 않으므로 제소기간도 문제되지 않으며, 기타 소송요건은 설문상 특별히 문제될만한 사정이 엿보이지 않는다.

2. 행정청 을의 부작위가 부작위위법확인소송의 대상인지 여부

(1) 문제의 소재

행정소송법 제2조 제1항 제2호에 의하면 "부작위"라 함은 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것을 말한다. 설문상 행정청과 상당한 기간은 문제되지 않는다. 00법 제00조 제0항에 의하여 00해야 할 법률상 의무가 있음에도 아무런 처분을 하지 않았다는 점에서 부작위도 문제되지 않는다. 다만 당사자의 신청과 관련하여 신청권이 있는지 문제된다.

(2) 당사자의 신청과 관련하여 신청권이 있는지 여부

1) 대립과 관례의 태도

대상적격설, 원고적격설, 본안문제설이 있다. 관례에 의하면 신청권의 존부는 구체적 사건에서 신청인이 누구인지 고려하지 않고 관계법규의 해석에 의하여 일반 국민에게 그러

한 신청권이 인정되는가를 살펴 추상적으로 결정한다.

2) 및 사안의 경우

의무이행소송을 행정소송법이 규정하지 않는다는 점, 신청권은 부작위의 개념요소라는 점에서 대상적격설과 판례의 태도가 타당하다. 따라서 명문의 규정으로 신청할 수 있다거나 법규의 해석상 출원을 전제로 한 처분이라면 법규상 신청권이 인정되고, 법규상 신청권이 없더라도 처분청의 처분예고, 출원공고, 사무처리기준의 설정·공표가 있다면 조리상 신청권이 인정된다. 설문의 00의 근거법률에는 신청할 수 있다는 명문의 규정이 엇보이지 않으나, 신청의 대상인 00처분이 출원을 전제로 한 처분이므로 법규상 신청권이 있다고 할 것이다.

(3)소결

행정청 을의 00에 대한 부작위는 부작위위법확인소송의 대상이다.

3. 소결

갑의 부작위위법확인소송의 제기는 적법하다.

III. 행정청 을의 부작위가 위법한지 여부

1. 학설의 대립

부작위위법확인소송의 수소법원은 부작위의 위법 여부만을 심사하여야 하며 만약 실제적인 내용을 심리한다면 그것은 의무이행소송을 인정하는 결과가 되어 정당하지 않다는 절차적 심리설과 법원은 단순히 행정청의 방치행위의 적부에 관한 절차적 심리에만 그치지 아니하고, 신청의 실제적 내용이 이유 있는 것인지도 심리하여 그에 대한 적정한 처리방향에 관한 법률적 판단을 하여야 한다는 실제적 심리설이 있다.

2. 판례의 태도

부작위위법확인소송은 행정청의 부작위 내지 무응답이라고 하는 소극적인 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 하는 소송이다.

3. 검토 및 사안의 경우

부작위위법확인소송의 소송물이 부작위의 위법성이라는 점과 행정소송법상 부작위위법확인소송의 개념에 비추어 절차적 심리설과 판례가 타당하다. 행정청 을의 부작위는 부작위위법확인소송의 대상이므로 위법하다.

IV. 설문의 해결

갑은 부작위위법확인소송으로 권리구제를 받을 수 있다.

=>문제풀이의 사고순서(소위 리걸 마인드)

1. 묻는 문제로부터 문제풀이를 위한 대전제가 무엇인지 생각합니다. 대전제는 IF-Should문장, 법률규정, 강학상 정의 또는 판례상 정의 등이 있습니다. 이 문제의 대전제는 법률규정입니다. 바로 행정소송법 제4조 제3호입니다.
2. 행정소송법 제4조 제3호에 의하면 부작위위법확인소송: 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송입니다. 이 법률규정으로부터 행정청의 부작위가 위법하다는 의미가 무엇인지 학설과 판례를 통하여 알고 있어야 문제풀이를 계속할 수 있습니다. 그것은 절차적

심리설과 실제적 심리설입니다. 사례형으로 문제가 출제되는 한, 항상 판례가 답임을 잊지 말아야겠습니다. 판례는 절차적 심리설을 취하고 있습니다.

3. 절차적 심리설을 알고 있다고 하여 문제풀이가 가능한 것은 아닙니다. 절차적 심리설이 말하는 부작위가 위법하다는 의미가 무엇인가를 알아야 합니다. 절차적 심리설은 부작위위법확인소송의 대상인 부작위가 되어야 위법한 부작위라고 봅니다. 이제 설문의 을의 부작위가 부작위위법확인소송의 대상인 부작위인지 판단하면 되겠습니다.

4. 설문의 을의 부작위가 부작위위법확인소송의 대상인 부작위인지 판단하려면 대전제로서 법률규정을 다시 알아야 합니다. 행정소송법 제2조 제1항 제2호에 의하면 "부작위"라 함은 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것을 말한다. 이 법률규정을 적용하여 문제를 해결하면 됩니다. 그 구성부분은 「행정청+당사자의 신청+상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무+하지 아니하는 것」입니다. 그 각각의 소전제를 설문의 표현을 보면서 소거해 나가면 됩니다. 그 중에서 소거되지 않는 것이 본 문제를 풀이하는 핵심쟁점입니다. 결론적으로 핵심쟁점은 「당사자의 신청」입니다.

5. 부작위의 위법성에 대하여 절차적 심리설을 취하면 당연히 신청권을 대상적격의 문제로 보게 될 것입니다. 이에 대해서 부작위의 위법성에 대하여 실제적 심리설을 취하면 신청권을 원고적격의 문제로 보게 될 것입니다. 물론 다른 방식의 조합도 생각해볼 수 있으나 그러려면 매우 설득력 있는 논증이 필요하므로 수험생인 우리들은 거기까지 갈 필요는 없다고 봅니다. 따라서 부작위의 위법성에 대하여 실제적 심리설을 취하면서 신청권을 대상적격의 문제로 보거나, 부작위의 위법성에 대하여 절차적 심리설을 취하면서 신청권을 원고적격의 문제로 보게 되면 논리모순이 발생하게 되어 좋은 점수를 얻기 힘들 것으로 판단됩니다.

6. 당사자의 신청에 신청권이 있는지 판단할 때에는 판례를 정확히 암기하는 것이 중요합니다. 판례는 신청권을 판단할 때 법규상 신청권, 조리상 신청권, 법규상 또는 조리상 신청권, 이렇게 3개로 카테고리를 형성하고 있습니다. 설문의 공사중지명령의 철회와 관련하여 판례는 원칙적으로 철회는 직권철회이므로 명문의 규정으로 신청할 수 있다는 규정이 없다면, 법규의 해석상 출원을 전제로 하는 처분이 아니므로 신청권이 없다고 봅니다. 다만 예외적으로 처분청이 공사에 어떤 조건을 걸었는데, 그 조건을 위반하여 공사중지명령을 하였고, 공사자가 그 위반한 조건을 해소한 다음에 공사중지명령철회신청을 한 경우에는 조리상 신청권을 인정하고 있습니다. 이 판례를 암기하고 있으면 더욱 내용이 충실한 답안작성이 가능해집니다. 설령 그 판례를 모른다 하여도 원칙으로 풀이하면 됩니다. 괜히 깊이 있게 고민하다가 장고 끝에 약수를 두는 경우가 발생할 수 있습니다.

7. 설문의 표현상 공사에 어떤 조건을 걸었다는 사정이 나타나 있지 않고 단지 '관련 법령을 위반하였다는 이유로 해당 공사를 중지하는 명령을 하였다.'고 나옵니다. 따라서 원칙에 의해 직권철회이므로 신청권이 없습니다. 결론적으로 을의 부작위는 위법하지 않습니다.

이제 실전답안을 보면서 어떻게 「대전제-소전제-결론」의 구조로 답안을 작성하는지 알아보겠습니다.

[실전답안]

I. 문제의 소재

행정소송법 제4조 제3호에 의하면 부작위위법확인소송: 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송이다. 이와 관련하여 첫째, 행정청의 부작위가 위법하다는 의미가 문제된다. 둘째, 을의 행위가 부작위위법확인소송의 대상인 부작위인지 문제된다.

II. 행정청의 부작위가 위법하다는 의미

1. 학설의 대립

부작위위법확인소송의 수소법원은 부작위의 위법 여부만을 심사하여야 하며 만약 실제적인 내용을 심리한다면 그것은 의무이행소송을 인정하는 결과가 되어 정당하지 않다는 절차적 심리설과 법원은 단순히 행정청의 방치행위의 적부에 관한 절차적 심리에만 그치지 아니하고, 신청의 실제적 내용이 이유 있는 것인지도 심리하여 그에 대한 적절한 처리방향에 관한 법률적 판단을 하여야 한다는 실제적 심리설이 있다.

2. 판례의 태도

부작위위법확인소송은 행정청의 부작위 내지 무응답이라고 하는 소극적인 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 하는 소송이다.

3. 검토 및 사안의 경우

부작위위법확인소송의 소송물이 부작위의 위법성이라는 점과 행정소송법상 부작위위법확인소송의 개념, 그리고 의무이행소송을 인정하지 않는다는 점에 비추어 절차적 심리설과 판례가 타당하다. 따라서 행정청 을의 부작위는 부작위위법확인소송의 대상이어야 위법한 부작위에 해당한다.

III. 을의 행위가 부작위위법확인소송의 대상인 부작위인지 여부

1. 문제의 소재

동법 제38조 제2항, 동법 제19조, 동법 제2조 제1항 제2호에 의하면 부작위위법확인소송의 대상인 "부작위"라 함은 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것을 말한다. 설문상 행정청 을은 관련법령에 의하여 일정 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 상당한 기간 동안 아무런 처분을 하지 않았다. 이와 관련하여 당사자의 신청에 공사중지명령의 철회처분의 발동을 요구할 법규상·조리상 신청권이 있는지 문제된다.

2. 당사자의 신청에 공사중지명령의 철회처분의 발동을 요구할 법규상·조리상 신청권이 있는지 여부

(1)학설의 대립과 판례의 태도

당사자의 신청을 본안전 심사의 어느 단계에서 검토하여야 하는가와 관련하여 대상적격설, 원고적격설, 본안문제설이 있다. 판례에 의하면 신청권의 존부는 구체적 사건에서 신청인이 누구인지 고려하지 않고 관계법규의 해석에 의하여 일반 국민에게 그러한 신청권이 인정되는가를 살펴 추상적으로 결정한다.

(2)검토 및 사안의 경우

행정소송법이 의무이행소송을 규정하지 않고 부작위위법확인소송을 규정하고 있다는 점, 신청권은 부작위의 개념요소라는 점에서 대상적격설과 판례의 태도가 타당하다. 판례는 명문의 규정으로 신청할 수 있다거나 법규의 해석상 출원을 전제로 한 처분이라면 법규

상 신청권을 인정하고, 법규상 신청권이 없더라도 처분청의 처분예고, 출원공고, 사무처리기준의 설정·공표가 있다면 조리상 신청권을 인정한다. 더 나아가 초과이익환수제도의 취지상 불이익구제방법이 없는 학교용지부담금감면신청에 대하여 조리상 신청권을 인정하며, 폐기물처리업적정통보를 받은 자가 신청한 개발행위허가에 대해서, 그리고 산업단지지정지구내 토지소유자가 신청한 도시계획변경신청에 대해서 법규상 또는 조리상 신청권을 인정한다. 설문상 甲은 공사중지명령 이후에 그 원인사유가 소멸하였음을 들어 乙에 대하여 공사중지명령의 철회를 신청하였다. 설문상 공사중지명령의 철회를 신청할 수 있다는 명문규정이 엿보이지 않는다. 설문상 을이 공사중지명령의 철회처분을 예고하고, 공사중지명령의 철회처분의 출원을 공고하였다는 특별한 사정도 엿보이지 않는다. 설문상 공사중지명령의 철회는 직권철회로서 법규의 해석상 출원을 전제로 한 처분이 아니다. 따라서 당사자의 신청에 공사중지명령의 철회처분의 발동을 요구할 법규상·조리상 신청권이 없다.

3. 소결

을의 행위는 부작위위법확인소송의 대상인 부작위가 아니다. 이에 대해서 당사자의 신청을 본안전 심사의 원고적격단계에서 검토하여야 한다는 원고적격설에 의하면 재량이 0으로 수축되는 경우 사익보호성이 있다면 행정개입청구권이 발생하므로 조리상 신청권을 인정할 수 있다고 보아 을의 행위를 부작위위법확인소송의 대상인 부작위로 볼 여지는 있다.

IV. 설문의 해결

乙의 행위는 위법한 부작위에 해당하지 않는다.

2021년 대비 교재의 구성

GS0기 완벽정리 행정쟁송법 이것을 알아야 합격한다.

GS1기 백발백중 행정쟁송법 이것만 알면 합격한다.

GS2기 & GS3기 실전연습 행정쟁송법 이것만 쓰면 합격한다.