

2015

## 제24회 공인노무사 기출

□□□

## 제1문

## 개발행위 불허가처분을 하면서 심판청구기간을 불고지 한 사건

甲은 2015.01.16. 주택신축을 위하여 개발행위허가를 신청하였다. 이에 관할 행정청은 乙은 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」의 규정에 의거하여 “해당 개발행위에 따른 기반시설의 설치나 그에 필요한 용지의 확보계획이 적절하지 않다”라는 사유로 2015.01.22. 개발행위 불허가처분을 하였고, 그 다음 날 甲은 그 사실을 알게 되었다.

그런데 乙은 위 불허가 처분을 하면서 甲에게 그 처분에 대하여 행정심판을 청구할 수 있는지 여부와 행정심판을 청구하는 경우의 심판청구 절차 및 심판청구기간을 알리지 아니하였다. 甲은 개발행위 불허가 처분에 불복하여 2015.05.07. 행정심판위원회에 취소심판을 청구하였다. 아울러 甲은 적법한 제소요건을 갖추어 취소소송도 제기하였다. (총 50점)

- (1) 甲의 취소심판은 청구기간이 경과되었는가? (20점)
- (2) 乙은 취소소송의 계속 중 “국토 및 자연의 유지와 환경보전 등 중대한 공익상의 필요가 있고 주변 환경이나 경관과 조화를 이루지 못 한다”라는 처분사유를 새로이 추가할 수 있는가? (20점)

## 참조조문

「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」<sup>1)</sup>

## 제56조 (개발행위의 허가)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 대통령령으로 정하는 행위(이하 "개발행위"라 한다)를 하려는 자는 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수의 허가(이하 "개발행위허가"라 한다)를 받아야 한다. 다만, 도시·군계획사업에 의한 행위는 그러하지 아니하다.

1. 건축물의 건축 또는 공작물의 설치
2. 토지의 형질 변경(정작을 위한 경우로서 대통령령으로 정하는 토지의 형질 변경은 제외한다)
3. 토석의 채취
4. 토지 분할(건축물이 있는 대지의 분할은 제외한다)
5. 녹지지역·관리지역 또는 자연환경보전지역에 물건을 1개월 이상 쌓아놓는 행위

## 1) 참조조문의 제시

원래의 문제에는 참조조문이 제시되어 있지 않았으나, 문제의 정확한 이해를 위해 근거법조문을 제시하였다. 특히, 설문(2)의 당초 사유와 추가하고자 하는 다른 사유 사이의 기본적 사실관계의 동일성 여부를 판단하는 기준이 될 수 있을 것으로 생각된다.

**제58조 (개발행위허가의 기준 등)**

- ① 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수는 개발행위허가의 신청 내용이 다음 각 호의 기준에 맞는 경우에만 개발행위허가 또는 변경허가를 하여야 한다.[개정 2011.4.14, 2013.7.16] [[시행일 2014.1.17]]
1. 용도지역별 특성을 고려하여 대통령령으로 정하는 개발행위의 규모에 적합할 것. 다만, 개발행위가 「농어촌정비법」 제2조제4호에 따른 농어촌정비사업으로 이루어지는 경우 등 대통령령으로 정하는 경우에는 개발행위 규모의 제한을 받지 아니한다.
  2. 도시·군관리계획 및 제4항에 따른 성장관리방안의 내용에 어긋나지 아니할 것
  3. 도시·군계획사업의 시행에 지장이 없을 것
  4. 주변지역의 토지이용실태 또는 토지이용계획, 건축물의 높이, 토지의 경사도, 수목의 상태, 물의 배수, 하천·호소·습지의 배수 등 주변환경이나 경관과 조화를 이룰 것
  5. 해당 개발행위에 따른 기반시설의 설치나 그에 필요한 용지의 확보계획이 적절할 것

**I. 문제되는 행정작용의 법적 성질****1. 개발행위허가**

국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 국토계획법이라 한다)상 개발행위허가는 ① (자연환경, 농지 및 산림의 보호, 보건위생보안과 도시의 무질서한 확산 방지 등을 목적으로) 원칙적으로 금지하였던 것을, 특정한 경우에 예외적으로 허용하는 예외적 허가<sup>2)</sup>에 해당하며 ② 이것은 명령적 행정행위로서 처분개념에 대한 실체법적 개념설 및 쟁송법적 개념설 중 어느 견해를 따르더라도 행정쟁송법 제2조의 처분에 해당한다.<sup>3)4)</sup>

**2. 개발행위 불허가**

「거부처분」이란 기존의 법률상태의 변동을 발생시키지 않겠다는 의사를 표시하는 행정행위를 말한다(행정쟁송법2조). 判例에 의하면, 이러한 거부처분이 성립하기 위해서는 ① 처분에 대한 거부 ② 법규상·조리상 신청권을 요한다. 여기서의 신청권은 「일반적·추상적 응답신청권」을 의미한다.<sup>5)6)</sup> 개발행위허가는 강학상 예외적 허가로서 쌍방적 행정행위에 해당한다는 점에서, 법규해석상 신청권이 인정된다. 개발행위 불허가는 ① 개발행위허가 처분에 대한 거부로서 ② 법규해석상 신청권이 인정되므로, 그 행정처분성이 인정된다(행정쟁송법2조).

**II. 설문(1)의 해결****1. 문제점**

甲의 취소심판이 청구기간을 경과하여 부적법하게 되는 것인지와 관련하여, ① 행정심판의 청구기간의 기산점이 언제부터인지

**2) 예외적 허가**

「예외적 허가」란 사회적으로 유해하거나 바람직하지 않은 행위로서 법규상 원칙적으로 금지되어 있으나 예외적인 경우에 이러한 금지를 해제함으로써 당해 행위를 적법하게 할 수 있도록 해주는 것을 말한다.

**3) 재량행위**

국토계획법 제56조 1항은 「허가를 받아야 한다」고 하여 근거법문언이 불분명하나, 주변지역의 토지이용실태 등을 고려하여 행하는 건축행위 등이 더 이상 유해하지 않는지에 대한 판단은 행정청의 재량에 속하는바, 재량행위에 해당한다(더 이상 사회적으로 유해한 행위가 아닌지 여부에 대한 판단은 행정청의 재량사항에 해당함).

**4) 대판 2003.03.28, 2002두11905**

개발제한구역 안에서는 구역 지정의 목적상 건축물의 건축 등의 개발행위는 원칙적으로 금지되고, 다만 구체적인 경우에 이와 같은 구역 지정의 목적에 위배되지 아니할 경우 예외적으로 허가에 의하여 그러한 행위를 할 수 있게 되어 있음이 그 규정의 체제와 문언상 분명하고, 이러한 예외적인 건축허가는 그 상대방에게 수익적인 것에 틀림이 없으므로 그 법률적 성질은 재량행위 내지 자유재량행위에 속하는 것이다.

**5) 대판 1996.06.11, 95누12460****6) 신청권의 존부**

① 사인의 공법행위에 관한 명문규정이 있으면 「법규명문상 신청권」이 ② 쌍방적 행정행위의 경우에는 「법규해석상 신청권」이 ③ 국민의 신뢰보호 필요성이 인정되는 경우에는 「조리상 신청권」이 인정된다.

및 주관적 청구기간이 적용되는 것인지에 대해 살펴보고 ② 관할 행정청 乙이 처분을 하면서 아무런 행정심판상 불복방법을 고지하지 않은 경우에 불이익 방지를 위한 어떠한 제도가 있는지에 대해 살펴본다.

## 2. 청구기간

### (1) 의의

「청구기간」이란 행정심판의 제기가 허용되는 기간을 말한다.

### (2) 근거

공익과 밀접한 관련을 맺고 있는 행정처분을 장기간 분쟁의 대상으로 남겨두는 것은 바람직하지 않다는 점에서, 행정의 신속한 확정을 위해 행정심판상 청구기간의 제한을 둔다.

### (3) 주관적 불복기간, 객관적 불복기간

행정심판은 처분이 있음을 안 날로부터 90일(행정심판법27조①), 처분이 있는 날로부터 180일 이내에 제기하여야 한다(행정소송법20조②). 둘 중의 어느 한 기간이 경과하면 불복기간이 만료된다. 다만, 주관적 청구기간은 불변기간이지만(행정심판법27조④), 객관적 청구기간은 「정당한 사유」가 인정되어 그 후에도 행정심판을 제기할 수 있다(행정심판법27조③단서).

### (4) 처분이 있음을 안 날

「처분이 있음을 안 날」이란 ‘처분이 있음을 현실적으로 알게 된 날’을 의미하는 것으로서, ‘당사자가 알 수 있는 상태에 놓여진 때’ 처분이 있음을 알았다고 추정한다.

### (5) 처분이 있는 날

「처분이 있는 날」이란 ‘처분의 효력이 발생한 날’을 의미하는 것으로서, ① 개별처분은 송달을 통하여 상대방에게 도달됨으로써 처분의 효력이 발생하고 ② 일반처분은 고시·공고되어 그 효력이 발생한 날에 처분의 효력이 발생한다.

### (6) 심사 및 판단

청구기간 준수여부는 청구요건으로서 행정심판위원회의 직권심사 사항에 해당하며, 심판제기시를 기준으로 판단한다.

### (7) 사안의 경우

2015.01.22. 개발행위 불허가처분을 하였고, 그 다음 날 甲이 그 사실을 알게 되었다고 하는바, 2015.01.23. 甲에게 처분통지서가 송달되었다고 볼 것이다(도달). 따라서 해당 일에 甲은 처분이 있음을 알 수 있었으며, 이 날이 바로 ‘처분이 있음을 안 날’이 되고(이 경우 같은 날 2015.01.23.이 동시에 처분이 있는 날이 됨), 甲은 원칙적으로 2015.01.23.부터 90일 이내에 거부처분 취소심판을 제기하여야 한다.

## 3. 행정심판의 고지제도 - 「행정심판법 제58조」

### (1) 의의

「행정심판의 고지제도」란 행정청이 처분을 하는 때에 당사자에게 그 처분에 관하여 행정심판을 제기할 수 있는지의 여부, 청구절차 및 청구기간, 기타 필요한 사항을 알리는 제도를 말한다(불복고지).<sup>7)8)</sup>

### (2) 주체 및 대상

#### 7) 고지제도

(불복)고지제도는 행정처분에 대한 불복방법을 상대방에게 알림으로써 절차적 관점에서 행정쟁송 제기의 기회보장 및 이를 통한 처분의 적정화에 기여하고 국민의 권리구제에 충실을 기하기 위해 마련된 제도를 말한다.

#### 8) 법적 성질

① 고지행위는 (비권력적) 사실행위로서 처분이 아니나 ② 고지신청에 대한 거부행위는 행정쟁송의 대상이 되는 처분에 해당한다.

행정심판의 고지는 처분행정청이 행하며, 이것은 행정심판을 통한 불복방법을 알려주는 것으로 일반행정심판(일반법) 및 특별행정심판(개별법)의 대상이 되는 모든 처분을 대상으로 한다. 다만, ① '행정심판'의 대상이 아닌 「행정행위 외의 행정작용」 ② '불복'의 대상이 아닌 「수익적 행정작용」은 제외된다.

### (3) 종류

#### 1) 직권에 의한 고지

(제3자효 행정행위라도) 행정청은 원칙적으로 처분의 상대방에게 고지하면 족하다(행정심판법58조①). 직권고지는 처분시에 서면으로 함이 바람직하다.

#### 2) 신청에 의한 고지

(고지를 받지 못한 상대방은 물론) 당해 처분의 이해관계인(제3자)가 신청을 함이 일반적이다. 신청고지는 행정심판 제기에 지장이 없는 기간 내에(행정심판법58조②전단), 서면요구가 있으면 서면으로 해야 한다(행정심판법58조②후단).

### (4) 위반의 효과

#### 1) 문제점

행정청의 불고지 또는 오고지는 고지의무 위반사유가 된다.

#### 2) 행정처분의 하자

고지절차는 처분의 적법요건이 아니므로 고지의무 위반만으로 처분이 위법해지는 것은 아니다(절차상 하자).

#### 3) 불복편의의 보장

##### 가. 문제점

행정청이 고지의무를 위반하는 경우 청구인의 불복편의 보장방법이 문제된다.

##### 나. 경유절차

① 알려주지 않았거나(불고지) ② 잘못 알려줘서(오고지), 심판청구서를 다른 행정기관에 잘못 제출한 때에는 정당한 행정기관으로 이송하고, 처음부터 심판청구서가 적법하게 제출된 것으로 본다(행정심판법23조).

##### 다. 청구기간

① 심판청구 기간을 알려주지 않은 경우에는(불고지), 처분이 있는 날부터 180일 이내에 심판청구를 하면 되며(행정심판법27조⑥) ② 심판청구 기간을 긴 기간으로 잘못 알려준 경우에는(오고지) 그 기간 내에 심판청구를 하면 된다(행정심판법27조⑤).

### (5) 사안의 경우

관할 행정청 乙은 甲에게 개발행위 불허가 처분(거부처분)을 하면서, 행정심판의 청구기간을 알리지 아니하였는바, 불고지에 따른 고지의무 위반이 인정된다. 이 경우 행정심판법(이하 행심법이라 한다) 제27조 6항은 심판청구기간을 알지 못하여 발생하는 국민의 불이익 방지 규정을 두고 있는바, 이에 따르면 甲은 처분이 있는 날인 2015.01.23.부터 180일 이내에 취소심판을 제기하여야 한다.

### 4. 설문(1)의 해결

A회사가 비록 행심법 제27조 1항 소정의 90일의 청구기간을 경과하여 취소심판을 제기하기는 하였으나, 이것은 행정청의 오고지에 따른 것으로 행심법 제27조 5항에 의거하여 甲의 심판청구는 적법한 것이 된다. 따라서 중앙행정심판위원회가 이를 각하하는 내용의 재결을 하였다고 하더라도, 이것은 청구요건에 대한 심사를 잘못된 절차상 하자가 인정된다.

① 甲은 관할 행정청 乙로부터 어떠한 불복고지도 받지 못하였는바, 행심법 제27조 5항에 의거하여 취소심판의 청구기간은 처분이 있는 날부터 180일이 되며 ② 사안의 개발행위 불허가 처분이 있는 날은 2015.01.23.이 되므로, 甲은 이때부터 180일 이내에 취소심판을 제기하면 된다. 甲은 2015.05.07. 행정심판위원회에 취소심판을 청구하였다고 하는바, 아직까지 청구기간이 경과하지 않았다.

### III. 설문(2)의 해결

#### 1. 문제점

甲은 적법한 제소요건을 갖추어 취소소송을 제기하였다고 하는바, (취소심판의 경우와 달리) 취소소송은 제소기간 내에 제기한 것으로 보여진다. 乙이 취소소송의 계속 중에 당초에 제시한 개발행위 불허가 사유(거부사유)와 다른 사유를 새로이 추가할 수 있는지와 관련하여, ① 처분사유 추가·변경 인정여부 ② 처분사유 추가·변경의 한계 위반여부에 대해 살펴본다. 특히, 당초 사유와 다른 사유의 기본적 사실관계의 동일성 여부가 문제된다.

#### 2. 의의

「처분사유 추가·변경」이란 처분청이 취소소송 도중 처분의 적법성 확보 목적으로 처분 당시 이유제시 과정에서 주장하지 않았던 다른 처분사유를 추가하거나 변경하는 행위를 말한다. 「이유제시」란 행정청이 행정처분을 하면서 그 근거와 이유를 제시 하는 것을 말한다(행정절차법23조).

#### 3. 소송물의 범위

##### (1) 문제점

처분사유 추가·변경을 인정하더라도 소송물의 변경에 따른 처분권주의에 반하는 결과를 초래해서는 아니 되는바, 소송물의 대상범위에 비례하여 그 허용여부가 달라진다.

##### (2) 소송물과 기판력

① 소송물의 범위를 확대하면 소송경제에 기여하는 바가 있으나, 원고의 방어권 침해로 연결되며 ② 이를 축소하면 국민의 권리구제에는 유익하지만, 소송경제에 반하게 된다.

##### (3) 학설 및 判例

학설은 ① '특정 처분의 위법성 일반' 으로 보는 「광의설」 ② '당해 처분의 위법성 일반' 으로 보는 「중간설」 ③ '당해 처분의 구체적 위법성' 으로 보는 「협의설」이 대립한다. 判例는 취소소송의 소송물은 당해 행정처분의 위법성 존부가 된다고 판시하여, 중간설의 입장을 취하는 것으로 보인다.<sup>9)</sup>

##### (4) 검토(중간설)

생각건대, 소송경제의 효율성과 국민의 권리구제 사이의 조화로운 균형을 달성하는 중간설이 타당하다.

#### 4. 「처분사유 추가·변경」 인정여부

##### (1) 문제점

행정소송법(이하 행소법이라 한다)상 명문의 규정이 없는바, 그 인정여부에 관해 견해의 대립이 있다.

##### (2) 학설 및 判例

학설은 ① 행정경제·소송경제의 효율성 측면에서 긍정하는 「전면적 긍정설」 ② 국민의 권리구제 측면에서 부정하는 「전면적

9) 대판 1996.04.26. 95누5820

부정설」 ③ 원칙적으로 부정되나 구체적 사안에 따라 제한적으로 긍정될 수 있다고 보는 「제한적 긍정설」이 대립한다. 判例는 당초 사유와 기본적 사실관계가 동일한 한도 내에서 다른 사유를 추가하거나 변경할 수 있다고 하여, 제한적 긍정설의 입장을 취하는 것으로 보인다.<sup>10)</sup>

### (3) 검토(제한적 긍정설)

생각건대, 행정경제·소송경제의 효율성과 국민의 권리구제 사이의 조화와 균형을 달성하는 제한적 긍정설이 타당하다.

## 5. 「처분사유 추가·변경」 인정범위

### (1) 사항적 한계

적법·위법 및 기속행위·재량행위를 불문하고 모든 처분이 가능하다.

### (2) 실체상 한계

원고의 방어권을 침해해서 아니 되며, (소송물의 변경을 가해서는 아니 되고) 처분의 동일성이 유지되어야 한다는 점에서, 처분사유 간 기본적 사실관계의 동일성을 요한다. 判例는 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실 관계가 기본적인 점에서 동일한지 여부에 따라 결정 된다고 판시하였다.<sup>11)</sup> 다만, 법령상 사유 자체의 변경만으로는 소송물의 변경을 가하지 않는다.

### (3) 시간상 한계

#### 1) 표준시

처분사유 추가·변경의 허용여부에 따라 처분의 위법여부가 달라지므로, 「처분의 위법성 판단 기준시」를 표준으로 한다.

#### 2) 위법성 판단 기준시

##### 가. 문제점

취소소송의 성격을 어떻게 파악하는지에 따라 처분의 위법성 판단 기준시가 달라진다.

##### 나. 학설 및 判例

학설은 ① 취소소송은 사후적 심사를 그 속성으로 한다고 보는 「처분시설」 ② 취소소송은 현행법규에 대한 적합성 여부를 판단하는 것이라고 보는 「판결시설」 ③ 처분의 위법여부에 대한 판단은 처분시, 인용판결 여부에 대한 판단은 판결시를 기준으로 해야 한다고 보는 「절충설」이 대립한다. 判例는 행정처분의 위법여부는 처분 당시의 법령상태와 사실상태를 기준으로 판단하고, 행정청이 처분당시 알고 있었던 자료에 국한되는 것은 아니고 객관적으로 존재한 사실이면 족하다고 판시하여, 처분시설의 입장을 취하는 것으로 보인다.<sup>12)</sup>

##### 다. 검토(처분시설)

생각건대, 취소소송은 과거에 행해진 처분의 소극적 제거를 목적으로 하는 소송이라는 점에서, 처분시설이 타당하다.<sup>13)</sup>

### 3) 소결

처분 당시 객관적으로 존재했던 처분사유의 추가·변경만이 허용되며, 처분 이후의 개정된 법령상 근거나 변경된 사실상 근거는 추가·변경의 대상이 되지 아니한다.

10) 대판 2003.12.11, 2001두8827

11) 대판 2003.12.11., 2001두8827

12) 대판 2010.01.14, 2009두11843

13) 권력분립원칙

(개정된 법령이나 변경된 사정 등) 행정부가 아직까지 판단하지 않은 영역에 대하여 법원이 사전적으로 먼저 심사를 하게 되면, 법원의 행정감독기능을 인정하게 되어 권력분립원칙에 반(反)하게 된다.



## 6. 설문(2)의 해결

관할 행정청 乙이 추가하려고 하는 사유는 특별히 사정변경에 따른 것이 아니고 처분 당시에 존재했던 사유라고 볼 것이기는 하나(시간상 한계), 당초 사유로 제시한 「해당 개발행위에 따른 기반시설의 설치나 그에 필요한 용지의 확보계획이 적절하지 않다」는 것은<sup>14)</sup> 개발행위를 위해서는 교통시설·진입도로·수도·전기·가스공급설비·상하수도 등의 기반시설을 설치하여(이를 위한 용지확보 포함) 토지이용의 합리화 및 그 기능을 증진시킴으로써 당해 지역의 체계적이고 계획적으로 관리하기 위한 것인 데에 반해, 추가하고자 하는 다른 사유인 「국토 및 자연의 유지와 환경보전 등 중대한 공익상의 필요가 있고 주변 환경이나 경관과 조화를 이루지 못 한다」는 것은<sup>15)</sup> 무질서한 개발을 방지하고 자연경관을 해치지 않는 환경친화적인 국토개발을 위한 것이라는 점에서, 서로 그 기본적 사실관계의 동일성이 인정되지 않는다고 보아야 한다는 점에서, 사안의 처분사유의 추가는 소송상 허용될 수 없다(실체상 한계). “끝”

14) 이것은 「국토계획법 제58조 1항 5호」의 개발행위허가 요건에 해당한다.

15) 이것은 「국토계획법 제58조 1항 4호」의 개발행위허가 요건에 해당한다.

2015

## 제24회 공인노무사 기출

□□□

## 제2문

## 취소심판상 가구제 수단으로서 집행정지 및 임시처분

취소심판의 재결이 내려지기 이전에 청구인이 제기할 수 있는 행정심판법상의 잠정적인 권리구제수단에 관하여 설명하시오. (25점)

## I. 서론

가구제(假救濟, 잠정적인 권리구제수단)란 행정심판에서 본안재결의 실효성 확보를 위해 본안재결을 받기 전에 당사자의 권리를 임시적·잠정적으로 보호해주는 제도를 말한다(실질적 권리구제). ① 침익적 처분에 대해 제기하는 방어적 쟁송에서는 소극적 가구제 수단으로서 집행정지 제도가 논의되며 ② 수익적 처분에 대해 제기하는 요구적 쟁송에서는 적극적 가구제 수단으로서 임시처분 제도가 논의된다. 현행 행정심판법(이하 행심법이라 한다. 2010.01.25. 개정 이후)은 집행정지의 보충적 수단으로서 임시처분제도를 도입하고 있는바(동법31조③), 일정한 요건 하에서 임시처분 신청이 가능하다.

## II. 거부처분 취소심판

## 1. 문제점

(행심법상 명문규정이 없음에도) 거부처분 취소심판의 인용재결에 따른 재처분의무가 인정되는지 문제된다. 이것은 거부처분 취소심판의 협의의 심판이익을 인정할 수 있는지의 문제와 밀접한 관련을 맺고 있다.

## 2. 학설 및 判例

학설은 ① 행심법 제49조 1항을 근거로 재처분의무가 인정된다고 보는 「긍정설」 ② 명문규정이 없는 한 적극적인 재처분의무는 인정되지 않는다고 보는 「부정설」이 대립한다. 判例는 행정청은 거부처분 취소재결의 취지에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다고 판시하여, 긍정설의 입장을 취하는 것으로 보인다.<sup>1)</sup>

## 3. 검토(부정설)

생각건대, ① 거부처분에 대한 행정심판으로 의무이행심판제도가 마련되어 있다는 점 ② 행심법 제49조 2항은 의무이행재결(처분명령재결)의 재처분의무만 인정하고 있다는 점(배제규정) ③ 적극적인 의무는 별도의 명문의 근거를 요한다는 점에서, 부정설이 타당하다.

## 4. 소결

判例는 거부처분 취소심판에 따른 재처분의무를 인정하고 있는바, 아래에서는 취소심판이 적극적 처분에 대한 방어적 쟁송의 기능과 함께 소극적 처분에 대한 요구적 쟁송의 기능을 함께 수행함을 전제로 하여, 취소심판상 잠정적 권리구제수단으로서 임시처분을 포함하여 논의하도록 한다.

## III. 집행정지

1) 대판 1988.12.13, 88누7880



## 1. 의의

「집행정지」란 임시적으로 처분의 일시정지 상태를 명하는 제도를 말한다.

## 2. 집행부정지 원칙

심판청구는 처분의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다(행심법30조①). 이것은 무효확인심판에도 적용된다는 점에서, 공정력의 필연적 결과가 아니며 입법정책적 고려의 산물이라고 볼 것이다.

## 3. 종류

집행정지에는 ① 자력집행력을 박탈하여 당해 처분의 내용을 실현하는 것을 막기 위한 「집행의 정지」 ② 단계적 행정절차에서 후속처분이 행해지는 것을 막기 위한 「절차의 속행정지」 ③ 보충적으로 적용되는 「효력의 정지」(행심법30조②단서)가 포함된다.

## 4. 신청의 이익

### (1) 문제점

(집행정지는 소극적 효력만이 인정되는바) 어떠한 권익을 설정하지 아니한 거부처분에 대한 집행정지의 실익이 있는지 문제된다.

### (2) 의의

「신청의 이익」이란 집행정지 결정으로 현실적으로 보호될 수 있는 구체적인 이익을 말한다.

### (3) 학설 및 判例

학설은 ① 거부처분 집행정지의 재처분의무가 인정된다고 보는 「긍정설」 ② 거부처분 집행정지의 재처분의무가 부정된다고 보는 「부정설」 ③ 갱신허가 거부처분은 재처분의무가 필요 없다고 보는 「제한적 긍정설」이 대립한다. 判例는 집행정지로 인해 재처분의무가 인정되는 것이 아니고 거부처분이 없었던 상태로 되돌아가는 데에 불과하므로 손해방지에 아무런 소용이 없다고 판시하여, 부정설의 입장을 취하는 것으로 보인다.<sup>2)</sup>

### (4) 검토(제한적 긍정설)

생각건대, ① 재처분의무가 인정되지 않는 거부처분에 대한 집행정지는 신청의 이익이 없다고 볼 것이나(행심법상 거부처분 취소결결에 따른 재처분의무의 명문규정 자체가 없음) ② 재처분의무와 관계없이 신청의 이익이 있는 경우가 존재한다는 점에서, 제한적 긍정설이 타당하다. 갱신허가 거부처분(기존 허가처분의 효력유지) 및 단계적 행정절차(후속절차의 진행방지)의 경우가 이에 해당한다.

## 5. 신청요건

### (1) 적극적 요건 - 「행정심판법 제30조 2항 본문」

#### 1) 적법한 본안판단의 계속 - 「행정심판법 제30조 5항」

집행정지는 본안결결(인용결결)의 실효성 확보를 위한 것으로서 부적법한 심판청구를 전제로 해서는 아니 되며, 심판청구와 동시에 또는 그 이후에 신청이 가능하다.<sup>3)</sup>

집행정지는

#### 2) 집행정지의 대상으로서 처분

집행정지는 처분의 효력이 없는 것과 같은 상태를 형성하는 제도이므로, 부작위나 처분의 효력이 소멸한 경우에는 집행정지

2) 대판 1992.02.13, 91두47

3) 대판 1995.02.28, 94누36

의 대상이 존재하지 않게 된다. 그러나 무효인 처분의 경우에는 외관이 존재하고 있는 한 그 외견적 효력을 정지시킬 필요가 인정된다.

### 3) 중대한 손해

집행정지는 금전보상이 성질상 불가능 한 손해(회복하기 어려운 손해)와 함께 금전보상으로는 참고 견딜 수 없거나 참고 견디기 현저히 곤란한 손해를 대상으로 인정된다.

### 4) 긴급한 필요

집행정지는 손해발생이 절박하여 손해를 회피하기 위하여 본안재결을 기다릴 여유가 없는 경우에 한해 인정된다. 이것은 ① 손해발생의 고도의 개연성과 함께 ② 시간상 급박성이 인정되어야 한다.<sup>4)</sup>

## (2) 소극적 요건

### 1) 공공복리에 대한 중대한 영향 - 「행정심판법 제30조 3항」

집행정지로 인하여 영향을 받게 되는 공공복리가 당해 처분으로 인해 침해받는 신청인의 손해를 정당화할 정도라고 한다면, 집행정지는 허용될 수 없다(이익형량).

### 2) 청구의 이유 없음이 명백

#### 가. 문제점

행심법은 본안청구의 이유유무에 대한 명문의 규정을 두고 있지 않다.

#### 나. 학설 및 判例

학설은 ① 본안청구의 이유 유무는 본안판단의 문제라고 보는 「요건부정설」 ② 본안청구의 이유 있음이 명백한 경우에 가능하다고 보는 「적극적 요건설」 ③ 본안청구의 이유 없음이 명백한 경우에 불가능하다고 보는 「소극적 요건설」이 대립한다. 判例는 승소판결을 받을 때까지 신청인의 지위를 보호하기 위한 것으로, 본안청구가 이유 없음이 명백할 때에는 집행정지를 할 수 없다고 판시하여, 소극적 요건설의 입장을 취하는 것으로 보인다.<sup>5)</sup>

#### 다. 검토(소극적 요건설)

생각건대, 청구의 이유유무는 본래 본안문제라고 볼 것이나, 인용가능성이 전혀 없는 경우에는 집행정지 신청의 남용 가능성이 있다는 점에서, 소극적 요건설이 타당하다.

## 6. 집행정지 절차<sup>6)</sup>

① 집행정지의 신청은 심판청구와 동시에 또는 심판청구에 대한 위원회나 소위원회의 의결이 있기 전까지 신청의 취지와 원인을 적은 서면을 위원회에 제출하여야 한다. 다만, 심판청구서를 피청구인에게 제출한 경우로서 심판청구와 동시에 집행정지 신청을 할 때에는 심판청구서 사본과 접수증명서를 함께 제출하여야 한다(행심법30조⑤). ② 집행정지는 위원회가 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 결정한다(행심법30조②). ③ 만약 위원회의 심리·결정을 기다릴 경우 중대한 손해가 생길 우려가 있다고 인정하면 위원장은 직권으로 위원회의 심리·결정을 갈음하는 결정을 할 수 있다. 이 경우 위원장은 지체 없이 위원회에 그 사실을 보고하고 추인(追認)을 받아야 하며, 위원회의 추인을 받지 못하면 위원장은 집행정지에 관한 결정을 취소하여야 한다(행심법30조⑥).

## 7. 집행정지 취소

위원회는 집행정지 결정을 한 후에 집행정지가 공공복리에 중대한 영향을 미치거나(「소극적 요건」의 발생), 그 정지사유가 없

4) 대결 2004.05.17, 2004무6

5) 대결 1995.02.28, 94누36

6) 위와 같은 절차에 관한 내용은 법전을 근거로 옮겨 적는 방법을 답안을 작성하게 됨이 보통이다.

어진 경우에는(「적극적 요건」의 소멸) 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 집행정지 결정을 취소할 수 있다(행심법30조④). 이때 집행정지결정의 취소신청을 하는 심판당사자는 피청구인(처분)행정청이 되며, 제3자심판의 경우에는 심판참가(행심법20조①)한 참가인 역시 취소신청이 가능하다(행심법22조①, 당사자에 준하는 지위 인정).

## IV. 임시처분

### 1. 의의

「임시처분(臨時處分)」이란 잠정적인 허가 또는 금전 이외의 급부를 명하는 조치 등 청구권의 집행보전을 도모하거나 다툼의 대상이 되는 권리관계에 대하여 임시적 지위를 설정하여 주는 제도를 말한다.

### 2. 제도의 도입

종래 행정심판법은 행정심판의 소극적 가구제 수단으로 집행정지 제도만을 두었기 때문에, 행정청의 거부처분으로 인하여 발생할 수 있는 중대한 불이익이나 급박한 위험으로부터 청구인의 권익을 보호하는 데에 어려움이 있었다. 따라서, 거부처분에 대한 요구적 쟁송에 있어서의 잠정적 권리구제의 제도적 공백상태를 입법적으로 해소하기 위해, 2010.01.25. 행정심판법 전부개정으로 적극적 가구제 수단인 임시처분제도가 도입하였다.

### 3. 근거규정 - 「행정심판법 제31조 1항」

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.

### 4. 신청요건

#### (1) 적극적 요건 - 「행정심판법 제31조 1항」

##### 1) 적법한 심판청구의 계속 - 「행정심판법 제31조 2항, 제30조 5항」

임시처분은 본안결결(인용재결)의 실효성 확보를 위한 것으로서 부적법한 심판청구를 전제로 해서는 아니 되며, 집행정지와 마찬가지로 심판청구와 동시에 또는 그 이후에 신청이 가능하다(민사집행법상 가처분의 경우 본안소송을 제기하기 이전에도 가능함).

##### 2) 위법·부당함의 상당한 의심

임시처분은 집행정지와 달리 청구의 이유 없음이 명백하지만 않으면 신청이 가능한 것이 아니며(소극적 요건 아님), 거부처분이 위법·부당하다고 상당히 의심되는 경우에 한하여 신청이 가능하다(임시처분은 집행정지에 비해 상대적으로 더욱 엄격한 요건으로서 적극적 요건을 갖추어야 가능함).<sup>7)</sup>

##### 3) 중대한 불이익 또는 급박한 위험 방지의 필요성

임시처분은 거부처분으로 인하여 우려되는 중대한 불이익 또는 급박한 위험 방지의 필요가 있는 경우에 한해 인정된다.

#### (2) 소극적 요건

##### 1) 공공복리에 대한 중대한 영향 - 「행정심판법 제31조 2항, 제30조 3항」

임시처분으로 인하여 영향을 받게 되는 공공복리가 당해 처분으로 인해 침해받는 신청인의 손해를 정당화할 정도라고 한다면, 임시처분은 허용될 수 없다(이익형량).

7) 소극적 가구제 vs 적극적 가구제

청구의 이유 유무에 관련하여, 처분이 없는 것과 같은 상태만을 형성하는 소극적 가구제 수단으로서 집행정지는 소극적 요건만을 필요로 하나, 본안에 앞서 적극적 처분이 있는 것과 같은 상태를 형성하는 적극적 가구제 수단으로서 임시처분은 적극적 요건까지 갖추어야 한다.

## 2) 집행정지를 통한 목적달성 - 「행정심판법 제31조 3항」

임시처분은 집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니하며, 집행정지에 대한 보충적 수단으로 활용된다. 따라서 임시처분의 대상이 되는 처분은 집행정지의 대상이 되지 않는 거부처분이라고 보아야 한다.

## 5. 임시처분 절차

임시처분은 위원회가 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 결정한다(행심법31조①). 나머지 절차는 집행정지 절차와 동일하다.

## 6. 임시처분 취소

임시처분 취소의 신청 및 그 요건은 집행정지의 경우와 동일하다.

## V. 결론

2010.01.25. 행심법이 전면개정 되면서, 잠정적 권리구제수단으로 임시처분제도가 도입되었다. 행심법상 적극적 처분을 구하는(처분청에게 일정한 처분을 할 것을 명하는) 적극적 권리구제수단으로서 의무이행심판제도를 인정하고 있는 이상, 적극적 가구제 수단을 인정함이 마땅하다. 요구적 쟁송으로 거부처분 취소심판이 인정됨을 전제로 하여, 취소심판상 가구제 수단으로 임시처분제도에 관한 논의를 하였다. 그러나 차제에 부작위(소극적 상태)와 함께 거부처분(소극적 처분)을 포함하는 소극적 행정작용에 대한 요구적 쟁송은, 거부처분 취소재결에 따른 재처분의무에 대한 명문규정이 없고 그에 따른 강제방법 역시 마련되어 있지 않은 취소심판이 아니라 의무이행심판으로 일원화하고, 임시처분 역시 의무이행심판의 잠정적 권리구제수단으로 삼도록 함이 타당하다고 보여진다. “끝”

2015

## 제24회 공인노무사 기출

□□□

## 제3문

## 항고소송의 종류에 따른 사정판결

항고소송에 있어서의 사정판결에 관하여 설명하시오.

## I. 서론

「항고소송」이란 행정청의 처분 등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송을 말하며(행정소송법3조1호), 이러한 항고소송에는 취소소송·무효등확인소송·부작위위법확인소송이 포함된다(행정소송법4조). 아래에서는 사정판결의 일반론에 대해 논의한 후, 각각의 항고소송의 종류마다 사정판결이 가능한지에 대해 살펴보도록 한다.

## II. 사정판결

## 1. 의의

「사정판결」이란 청구가 이유 있음에도 불구하고 처분 등의 취소가 현저히 공공복리에 적합하지 아니한 경우에 기성의 공공복리 상태를 유지하기 위하여 법원의 재량 하에 청구를 배척하는 예외적인 기각판결을 말한다.

## 2. 근거규정 - 「행정소송법 제28조 1항 전단」

원고의 청구가 이유 있다고 인정하는 경우에도 처분 등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 법원은 원고의 청구를 기각할 수 있다(대표적인 공익우선조항)

## 3. 요건

사정판결은 ① 청구가 이유 있는 경우, 즉 처분 등이 위법한 경우에 ② 취소할 수 있는 행정행위의 효력을 유지하기 위한 것으로서 ③ 위법한 처분 등을 취소할 필요와 그로 인해 공공복리에 반하는 사태를 비교형량 하여 그 가능여부를 판단한다. 사정판결은 공공복리의 관점에서 처분의 위법성을 감수하면서도 다수 국민의 기성의 공공복리 상태를 유지하기 위하여 특정인에 대한 위법한 권익침해에 대한 직접적 구제를 거부하는 제도라는 점에서, 필요 최소한에 그쳐야 하며 매우 엄격한 요건 하에서 제한적으로 적용된다.<sup>1)</sup>

## 4. 심판

① 처분의 위법성 판단 기준시는 ‘처분시’를 기준으로 하되, 처분의 취소가 현저히 공공복리에 적합하지 아니한지에 대한 판단 기준시는 사정판결제도의 취지에 비추어 「판결시」가 된다.<sup>2)</sup> ② 사정판결의 필요성에 대한 주장책임 및 입증책임은 피고 행정청이 부담한다. ③ 이 경우 법원은 사정판결로 인해 원고가 입게 될 손해, 배상방법 등의 사정조사를 해야 한다(행정소송법28조②).

## 5. 판결

① 법원은 판결주문에 처분 등의 위법성을 명시하여야 하며(행정소송법28조①후문, 적법한 처분으로 전환되는 것이 아님) ② 원고 패소판결에도 불구하고, 소송비용은 피고가 부담하고(행정소송법32조) ③ 원고는 사정판결이 부당함을, 피고는 처분이 적법함을 주장하기 위해 상소를 제기할 수 있다.

1) 대판 2006.09.22, 2005두2506

2) 대판 1970.03.24, 69누29

## 6. 구제

원고는 피고 행정청이 속한 국가 등을 상대로 손해배상, 제해시설설치, 그 밖의 적당한 구제방법을 취소소송이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다(행정소송법28조③).

## III. 취소소송상 사정판결

## 1. 적극적 처분

사정판결은 당해 처분 등을 원인으로 하여 형성된 결과로서 기성의 공공복리 상태를 유지하기 위하여 인정되는 것으로, 적극적 처분에 대한 취소소송에서 일반적으로 인정된다.

## 2. 소극적 처분

소극적 처분에 대한 취소소송 역시 다툼의 대상이 된 거부처분이 위법한지 여부에 대한 실체적 심리를 하게 된다는 점에서, 적극적 처분과 마찬가지로 그 요건을 갖추고 있는 한 사정판결의 대상이 될 수 있다.<sup>3)</sup> 判例 역시 폐기물처리업허가 거부처분 취소소송 사건에서 거부처분의 경우에도 이를 취소함으로써 허가처분을 발급할 경우에 현저히 공공복리에 적합하지 아니한 경우에는 사정판결의 대상이 될 수 있다는 취지로 판시하였다.<sup>4)</sup>

## 3. 법원의 직권에 의한 사정판결

## (1) 문제점

행정소송법(이하 행소법이라 한다) 제26조의 직권심리주의 규정을 근거로 주장책임의 예외를 인정하여, 법원의 직권에 의한 사정판결이 가능한지 문제된다.

## (2) 학설 및 判例

학설은 ① 법원의 직권에 의한 사정판결을 긍정하는 「긍정설」 ② 법원의 직권에 의한 사정판결을 부정하는 「부정설」 ③ 일견 기록에 현출된 사실을 기초로 예외적 사정판결이 가능하다고 보는 「제한적 긍정설」이 대립한다. 判例는 법원이 사정판결을 할 필요가 있다고 인정하는 때에는 당사자의 명백한 주장이 없는 경우에도 일견 기록에 나타난 사실을 기초로 하여 직권으로 사정판결을 할 수 있다고 판시하여, 제한적 긍정설의 입장을 취하는 것으로 보인다.<sup>5)</sup>

## (3) 검토(부정설)

생각건대, 직권심리주의는 실체적 적법성 보장을 목적으로 예외적으로 법원의 적극적 개입을 인정하고자 하는 것이나, 사정판결은 적법성의 후퇴를 초래하는 것으로서, 피고 행정청 등의 명시적 신청이 있는 경우에 한하여 제한적으로 인정되어야 한다는 점에서, 부정설이 타당하다.

## 3) 행정소송법상 사정판결의 인정범위

행정소송법 제38조에 의하면 사정판결은 취소소송에서만 인정되고, 무효등확인소송 및 부작위위법확인소송의 경우에는 인정되지 않는다. 그러나 거부처분 취소소송을 사정판결의 대상에서 제외한다는 규정은 찾아볼 수 없다. 또한 행정심판법 제44조 3항 역시 무효등확인심판에 한해 사정판결을 배제하고 있을 뿐, 거부처분과 부작위를 대상으로 하는 의무이행심판의 사정판결을 인정하고 있다.

## 4) 대판 1998.05.08, 98두4061

적정통보를 받고 막대한 비용을 들여 허가요건을 갖추어 허가신청을 하였음에도 불허가처분을 한 것은 신뢰보호원칙 및 비례원칙에 위반되어 위법하며(폐기물처리업허가의 경우에 적정통보를 받은 경우, 일반적으로 법정 허가요건을 구비하기만 하면 허가를 하여 내어주는 것이 일반적임), 신규업체 추가로 경쟁상대를 추가시킴으로써 일시적인 공급시설의 과잉현상이 나타나는 것은 사실이지만, 그것이 피고가 주장하는 바와 같이 다수 청소업체의 난립 및 과당경쟁으로 기존 청소질서가 파괴되어 안정적이고 효율적인 책임청소행정의 이행이 불가능하게 되는 정도는 아니라고 볼 것이므로, 사정판결의 대상이 되지 않는다.

※ 위 판례는 거부처분을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하는 경우가 아니어서 사정판결의 대상이 되지 않는다고 본 것이지, 거부처분 취소소송으로서 요구소송의 성격을 띠기 때문에 사정판결의 대상이 되지 않는다고 본 것이 아니다.

## 5) 대판 1992.02.14, 90누9032



## IV. 무효확인소송상 사정판결

### 1. 문제점

행소법상 무효확인소송에 사정판결을 인정하고 있지 아니함에도(동법28조①, 38조①), 무효확인소송상 사정판결이 허용될 수 있는지 문제된다.

### 2. 하자 있는 행정행위

「하자 있는 행정행위」란 적법요건을 갖추지 못하여 완전한 효력이 발생하는 데에 장애가 존재하는 행정행위를 말하며, 여기에는 ① 성립 당시 행정행위에 하자가 있음에도 불구하고 권한 있는 기관에 의해 취소되기 전까지는 (공정력으로 인해) 유효한 행위로 통용되는 「취소할 수 있는 행정행위」 ② 행정행위의 외관을 갖추고 있음에도 불구하고 그 중대·명백한 하자로 인하여 처음부터 아무런 효력이 발행하지 않는 「무효인 행정행위」가 포함된다.

### 3. 학설 및 判例

학설은 ① 사정판결을 준용하는 규정이 없으며 애초부터 무효인 처분에 대하여 사정판결을 인정할 수 없다고 보는 「부정설」 ② 무효와 취소의 구별이 상대적이고 무효인 처분에도 공익상 기성사실을 존중할 필요가 있다고 보는 「긍정설」이 대립한다. 判例는 당연무효의 행정처분은 존치시킬 효력이 있는 행정행위가 없기 때문에 행정소송법 제28조 소정의 사정판결을 할 수 없다고 판시하여, 부정설의 입장을 취하는 것으로 보인다.<sup>6)</sup>

### 4. 검토(부정설)

생각건대, ① 행소법상 무효등확인소송에 대한 사정판결의 준용규정이 없다는 점 ② (무효인 처분에 대한 사정판결은) 법원에 의한 새로운 처분발령이라는 결과를 초래하게 된다는 점에서(권력분립원칙 위반), 원칙적으로 부정설이 타당하다.

### 5. 보론

당해 처분이 ‘취소할 수 있는 행정행위’임에도 무효확인소송을 제기한 경우로서(이 경우 존치시킬 효력이 없는 행정행위의 문제에 해당하지 않음), 소제기 당시 ‘취소소송의 제소요건’ 역시 갖추고 있었다면, 무효확인소송 단계에서 사정판결을 허용하는 것이 합당하다(형식은 무효확인소송을 제기한 것이지만, 실질은 취소소송을 제기한 것과 동일하게 취급할 수 있음). 왜냐하면, 이 경우 취소소송으로 소변경을 신청하면 사정판결이 가능할 것이나, 그 결과에 있어서 동일하다면 굳이 소모적인 소변경의 절차를 거칠 것 없이 바로 사정판결을 인정함이 신속한 권리구제 및 소송절차의 경제적 효율성에 합치되기 때문이다(대판 1994.12.23, 94누71, 무효확인소송 단계에서 취소판결이 가능한 것 역시 같은 이유에서 이를 허용하는 것임).<sup>7)</sup>

## V. 부작위위법확인소송상 사정판결

행소법상 부작위위법확인소송에는 사정판결이 인정되지 않는다(행소법28조①, 38조②). 따라서 부작위위법확인소송상 사정판결은 인정되지 아니 한다. 이것은 부작위위법확인소송은 처분신청의 이유유무에 대한 실체적 내용까지 심리하지 아니하고, 절차적 심리를 통해 단순히 행정청이 아무런 응답을 하지 않는 부작위가 위법함을 확인하여 신속한 응답을 유도하는 소송일 뿐이고, 부작위위법확인판결이 나와 확정된 경우에도 행정청이 아무런 처분이라도 하면 기속력에 반하지 않기 때문이다. 따라서 가사 처분의 신청 이후에 어떠한 사정변경이 있어 그대로 유지해야 할 기성의 공공복리 상태가 존재한다고 하더라도, 부작위위법확인소송의 결과는

6) 대판 1996.03.22, 95누5509

7) **기각판결과 사정판결**

취소소송으로의 소의 변경은 처분권주의 적용을 받으며, 따라서 반드시 원고의 신청을 요하게 되는바(행소법21조①), 기각판결의 일종인 사정판결을 받는 것이 무엇이 유리하다고 원고가 소변경을 신청하게 되는지 의문이 들 수 있다(처음에 소를 제기한 때에 취소소송이 제기된 것으로 봄. 행정소송법21조④, 14조④, 37조). 그러나 무효확인소송에서 기각판결을 하는 것과 취소소송에서 사정판결을 하는 것은 둘 다 기각판결의 일종이기는 하나 동일하게 취급할 문제가 아니다. 왜냐하면, 전자는 청구의 이유가 없음을 인정하는 것인 데에 반해, 후자는 청구가 이유 있음을 판결주문에 명시하여 2차적 권리구제의 가능성을 담보하기 때문이다. (공공복리의 유지를 위해 그 효력을 제거할 수 없다고 하더라도, 판결주문에 그 위법성을 명시하여) 하자 있는 행정행위의 위법확인이 가능하기 때문이다.

그에 아무런 영향을 주지 아니한다(행정심판법상 부작위에 대한 의무이행심판의 경우에는 사정판결이 인정됨).

## VI. 결론

존치시킬 효력이 없는 무효인 행정행위에 대한 무효확인소송 및 절차적 심리만 허용되는 부작위위법확인소송에는 사정판결이 인정되지 않는다. 다만, 취소할 수 있는 행정행위에 대한 무효확인소송의 경우에는 취소소송의 제소요건을 갖춘 경우에 한해 사정판결이 허용될 수 있다. 취소소송의 경우에는 사정판결이 인정되나, 당해 처분등의 취소가 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다는 명시적인 주장이 없는 경우에는 사정판결이 제한된다. 다만, 判例에 따르면 그러하지 아니하다. “끝”