

## 옆번호입니다.

### 48 아래 추가

2) 법적 안정성(법으로 보호되는 사회생활의 안정성)과 법률적합성 원칙(10)이 충돌되는 경우

신뢰보호의 원칙은 법적 안정성을 위한 것이지만, 법치주의의 또 하나의 내용인 행정의 법률적합성의 원리와 충돌되는 문제점을 갖는다(예를 들어 종전 법령을 신뢰한 법률관계가 형성된 후 사후에 법령이 개정된 경우). 결국 양자의 충돌은 법적 안정성과 법률적합성의 비교형량에 의해 어느 이념이 우선하는지를 결정해야 한다(동위설 또는 비교형량설). 만일 법률적합성에 비해 법적 안정성이 우선한다면 신뢰보호원칙은 인정될 수 있다.

### 958 아래 추가

## 제7항 공법상 부당이득\*\*

### 1 의의·적용범위

(가) 부당이득이란 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가하는 것을 말한다(예: 과징금부과처분이 위법무효이지만 행정청이 이를 징수한 경우, 무자격자임에도 연금수령한 경우)(민법 제741조 참조). 공법상 부당이득은 행정주체의 부당이득과 사인의 부당이득으로 나눌 수 있다(앞의 예 참조).

(나) 공법상 부당이득에 관한 일반법은 없다. 따라서 특별한 규정이 없는 한 민법규정(제741조 내지 제749조)이 유추적용된다.

### 2 부당이득반환청구권의 법적 성질 <sup>[10 입시] [13 5급] [14 사시] [14 5급] [15 사시] [16 사시]</sup>

#### (1) 학 설

##### 1) 공 권 설

이 견해는 부당이득반환은 공법상 원인에 의하여 발생한 결과를 조정하기 위한 것으로서 공법상 원인과 밀접한 관계가 있으므로 그에 관한 소송은 공법상 당사자소송에 의하여야 한다고 한다.

#### 2) 사 권 설

부당이득제도는 순수하게 경제적 견지에서 인정되는 이해조절적 제도이므로 부당이득반환청구권은 사권이고 그에 관한 소송은 민사소송에 의하여야 한다고 한다.

#### (2) 판례

판례는 처분이 무효이거나 취소된 이상 부당이득반환의 법률관계는 민사관계로 보고 민사소송절차에 따르고 있다(대판 1995. 12. 22. 94다51253).

#### (3) 검토

공법상의 부당이득반환청구권은 공법상 원인에 의해 발생된 것이고, 행정소송법 제3조 제2호(당사자소송: 행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송)의 입법취지에 비추어 볼 때 부당이득반환청구권을 공권으로 보고 이에 관한 소송은 공법상 당사자소송에 의하여야 한다고 보는 것이 타당하다.

### 1206j 아래 추가

쟁점 지위승계신고 전에 행정청의 양도인에 대한 종전허가취소를 영업의 양수인(사실상 양수인)이 다룰 원고적격이 있는지 여부★

양도인과 양수인 간에 사업양도를 위한 사법상 계약이 이루어졌다고 하더라도 지위승계신고가 되기 전이라면 허가권자는 여전히 양도인이므로, 행정청의 허가취소처분의 상대방도 양도인이다(대판 1993. 6. 8. 91누11544 참조). 그러나 양수인의 입장에서도 양도인 명의의 허가의 효력유지는 자신이 지위승계신고를 함에 있어 전제조건이 되므로 양수인이 양도인에 대한 허가취소처분을 다룰 원고적격이 있는지가 문제된다. 이와 같은 사실상의 양수인의 원고적격에 관해, 판례는 당해 영업처분이 대물적 처분(처분의 발령요건이 물적인 사항인 처분을 말하며, 이러한 처분은 일반적으로 양도성이 긍정된다)(263)이면서, 법령에 의한 영업승계신고 규정이 있거나

(134a) 명의(주체)변경신고 규정이 있는 경우 사실상의 양수인의 원고적격을 긍정하고 있다(채석허가가 대물적 허가의 성질을 아울러 가지고 있고 수허가자의 지위가 사실상 양도·양수되는 점을 고려하여 수허가자의 지위를 사실상 양수한 양수인의 이익을 보호하고자 하는 데 있는 것으로 해석되므로, 수허가자의 지위를 양수받아 명의변경신고를 할 수 있는 양수인의 지위는 단순한 반사적 이익이나 사실상의 이익이 아니라 산림법령에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익으로서 법률상 이익이라고 할 것이고, 채석허가가 유효하게 존속하고 있다는 것이 양수인의 명의변경신고의 전제가 된다는 의미에서 관할 행정청이 양도인에 대하여 채석허가를 취소하는 처분을 하였다면 이는 양수인의 지위에 대한 직접적 침해가 된다고 할 것이므로 양수인은 채석허가를 취소하는 처분의 취소를 구할 법률상 이익을 가진다(대판 2003. 7. 11. 2001두6289)).

1227 아래 추가

쟁점 지위승계신고수리처분 취소(무효확인)소송에서 권리보호필요성[15 사시]★

★

사업양도·양수에 따른 지위승계신고수리는 유효한 기본행위(사업의 양도·양수행위)의 존재를 전제로 하는 수동적인 행위로서 그 대상인 기본행위의 존재와 불가분의 관련성을 가진다. 따라서 수리의 대상인 기본행위가 존재하지 아니하거나 무효인 때에는 설사 수리를 하였다고 하더라도 그 수리는 유효한 대상이 없는 것으로서 당연히 무효로 보는 것이 학설과 판례의 입장이다. 이 경우 판례는 기본행위인 사업의 양도·양수계약의 무효를 이유로 영업자지위승계신고수리처분에 대한 무효확인소송을 제기하더라도 해당 소송은 권리보호필요성이 있다고 본다(사업양도·양수에 따른 허가관청의 지위승계신고의 수리는 적법한 사업의 양도·양수가 있었음을 전제로 하는 것이므로 그 수리대상인 사업양도·양수가 존재하지 아니하거나 무효인 때에는 수리를 하였다 하더라도 그 수리는 유효한 대상이 없는 것으로서 당연히 무효라 할 것이고, 사업의 양도행위가 무효라고 주장하는 양도자는 민사쟁송으로 양도·양수행위의 무효를 구함이 없이 막바로 허가관청을 상대로 하여 행정소송으로 위 신고수리처분의 무효확인을 구할 법률상 이익이 있다고 할 것이다(대판 2005. 12. 23. 2005두3554)).

147 위 추가

#### IV. 법규명령의 효과

법규명령은 법규로 직접적 외부효를 가지며 국민을 구속한다. 따라서 법률의 위임에 따라 제정된 법규명령은 침익적 행정작용의 근거가 될 수 있을 뿐만 아니라, 법규명령을 위반하는 행정작용을 위법하게 만든다.

1161g 아래에 추가

쟁점 계획변경신청권의 인정 여부\*\*\*

#### 1. 원 칙

행정계획의 공익성을 고려할 때 사인에게 계획변경을 신청할 권리를 인정하기는 어렵다. 판례도 사인에게 계획변경신청권을 인정하지 않는다는 입장이다(국토이용계획은 장기성, 종합성이 요구되는 행정계획이어서 원칙적으로는 그 계획이 일단 확정된 후에 어떤 사정의 변동이 있다고 하여 그러한 사유만으로는 지역주민이나 일반 이해관계인에게 일일이 그 계획의 변경을 신청할 권리를 인정하여 줄 수는 없을 것이다(대판 2003. 9. 23. 2001두10936)).

#### 2. 예 외

(가) **진안군수가 주식회사 진도의 국토이용계획변경승인신청을 거부한 사건**에서 판례는 「피고로부터 폐기물처리사업계획의 적정통보를 받은 원고가 폐기물처리업허가를 받기 위하여는 이 사건 부동산에 대한 용도지역을 '농림지역 또는 준농림지역'에서 '준도시지역(시설용지지구)'으로 변경하는 국토이용계획변경이 선행되어야 하고, 원고의 위 계획변경신청을 피고가 거부한다면 이는 실질적으로 원고에 대한 폐기물처리업허가신청을 불허하는 결과가 되므로, 원고는 위 국토이용계획변경의 입안 및

결정권자인 피고에 대하여 그 계획변경을 신청할 법규상 또는 조리상 권리를 가진다(대판 2003. 9. 23. 2001두10936)고 하여 '계획변경신청을 거부하는 것이 실질적으로 당해 행정처분 자체를 거부하는 결과가 되는 경우'는 예외적으로 계획변경을 신청할 권리는 인정하였다.

(나) 또한 판례는 도시계획구역 내 토지 등을 소유하고 있는 사람과 같이 당해 도시계획시설결정에 이해관계가 있는 주민은 도시시설계획의 입안 내지 변경을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있다고 보았다(대판 2015. 3. 26. 2014두42742).

(다) 또한 산업단지개발계획상 녹지용지로 지정되어 있던 사업부지를 소유하던 원고가 사업부지에서 폐기물처리사업을 하기 위하여 울산광역시에게 사업부지에 관한 산업단지개발계획을 당초 녹지용지에서 폐기물처리시설용지로 변경신청하였고 이를 시장이 거부한 사안에서, 산업단지개발계획상 산업단지 안의 토지 소유자로서 산업단지개발계획에 적합한 시설을 설치하여 입주하려는 자는 산업단지지정권자 등에 대하여 산업단지개발계획의 변경을 요청할 수 있는 법규상 또는 조리상 신청권이 있다고 보았다(대판 2017. 8. 29. 2016두44186).

284a 교체

#### b. 적극설

인가처분취소소송 등의 권리보호필요성을 긍정한다면 분쟁해결의 일회성의 원칙이라는 취지에 적합하다는 점(기본행위에 대한 소송을 제기함이 없이도 인가처분에 대한 취소소송 등에서 인가처분의 하자 뿐만 아니라 기본행위의 하자도 주장할 수 있으므로), 기본행위에 대한 소송과 인가처분에 대한 소송이 별개로 진행된다면 판결 간에 모순이 생길수 있다는 점을 근거로 협의의 소익을 인정해야 한다는 견해이다(박해식, 이상규).

326 위 판례 추가

3. 일단 수입면허를 받고 물품을 통관한 경우와 관세법상 무면허수입죄의 성립여부(소극)

물품을 수입하고자 하는 자가 일단 세관장에게 수입신고를 하여 그 면허를 받고 물품을 통관한 경우에는, 세관장의 수입면허가 중대하고도 명백한 하자가 있는 행정행위이어서 당연무효가 아닌 한 관세법 제181조 소정의 무면허수입죄가 성립될 수 없다(대판 1989. 3. 28. 89도149).

376 아래 추가

(나) 다만, 하자의 치유의 요건을 다소 완화하는 판례도 있다(증여세의 납세고지서에 과세표준과 세액의 계산명세가 기재되어 있지 아니하거나 그 계산명세서를 첨부하지 아니하였다면 그 납세고지는 위법하다고 할 것이나, 한편 과세관청이 과세처분에 앞서 납세의무자에게 보낸 과세예고통지서 등에 납세고지서의 필요적 기재사항이 제대로 기재되어 있어 납세의무자가 그 처분에 대한 불복 여부의 결정 및 불복신청에 전혀 지장을 받지 않았음이 명백하다면, 이로써 납세고지서의 하자가 보완되거나 치유될 수 있다(대판 2001. 3. 27. 99두8039)).

410a 교체

행정행위의 철회권(취소권)행사도 부당결부금지의 원칙과 비례원칙을 준수해야 하기 때문에 일부만의 철회가 가능하다면 전부철회가 아닌 일부철회의 방법을 선택하여야 한다. 다만, 일부만을 철회하기 위해서는 외형상 하나의 행정처분이라 하더라도 가분성이 있거나 그 처분대상의 일부가 특정될 수 있어야 한다(대판(전원) 1995. 11. 16. 95누8850). 특히 한 사람이 여러 종류의 자동차운전면허를 취득한 경우 이를 취소 또는 정지하는 경우 일부철회(취소)가 가능한지가 문제된다.

판례 추가

3. 갑이 제2종 원동기장치자전거면허 외에 다른 운전면허 없이 주취 상태에서 승용자동차를 운전하였다는 이유로 관할 지방경찰청장이 갑의 제2종 원동기장치자전거면허를 취소할 수 있는지 여부(적극)

원고에게 승용자동차를 운전할 수 있는 위 각 면허가 없었다 하더라도 원고의 이 사건 승용자동차의 음주운전행위는 제2종 원동기장치자전거의 운전을 금지시킬 사유에 해당하므로 그 면허를 취소할 수 있다고 봄이 마땅하므로 피고가 원고의 제2종 원동기장치자전거면허를 취소한 이 사건 처분은 적법하다고 할 것이다(대판 2012. 6. 28. 2011두358).

4. 갑이 혈중알코올농도 0.140%의 주취상태로 배기량 125cc 이륜자동차를 운전하였다는 이유로 관할 지방경찰청장이 갑의 자동차운전면허[제1종 대형, 제1종 보통, 제1종 특수(대형전인·구난), 제2종 소형]를 취소할 수 있는지 여부(적극)

갑에 대하여 제1종 대형, 제1종 보통, 제1종 특수(대형전인·구난) 운전면허를 취소하지 않는다면, 갑이 각 운전면허로 배기량 125cc 이하 이륜자동차를 계속 운전할 수 있어 실질적으로는 아무런 불이익을 받지 않게 되는 점, ... 제1종 대형, 제1종 보통, 제1종 특수(대형전인·구난) 운전면허를 취소한 부분에 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 본 원심판단에 재량권 일탈·남용에 관한 법리 등을 오해한 위법이 있다(대판 2018. 2. 28. 2017두67476).

### 503 아래 추가

(다) 예방적 부작위소송을 긍정하고 가처분 규정을 적용하는 긍정설에 따르면, 권력적 사실행위가 발령되기 전에 예방적 부작위 소송을 제기하면서 잠정적 금지를 구하는 가처분을 신청할 수 있다(다만, 판례는 부정한다).

### 554 위 판례 추가

2. 사전통지나 의견제출 기회 제공의 예외 사유인 '의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우'에 해당하는지 판단하는 기준 및 이때 처분상대방이 이미 행정청에 위반사실을 시인하였다거나 처분의 사전통

지 이전에 의견을 진술할 기회가 있었다는 사정을 고려하여야 하는지 여부(소극)

여기에서 '의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우'에 해당하는지는 해당 행정처분의 성질에 비추어 판단하여야 하며, 처분상대방이 이미 행정청에 위반사실을 시인하였다거나 처분의 사전통지 이전에 의견을 진술할 기회가 있었다는 사정을 고려하여 판단할 것은 아니다(대판 2016. 10. 27. 2016두41811).

### 601 아래 추가

판례 정보공개 청구권자의 권리구제 가능성 등이 정보의 공개 여부 결정에 영향을 미치는지 여부(소극)

정보공개법은 국민의 알권리를 보장하고 국정에 대한 국민의 참여와 국정 운영의 투명성을 확보함을 목적으로 하고(제1조), 공공기관이 보유·관리하는 정보는 국민의 알권리 보장 등을 위하여 적극적으로 공개하여야 한다는 정보공개의 원칙을 선언하고 있으며(제3조), 모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다고 하면서(제5조 제1항) 비공개대상정보에 해당하지 않는 한 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개 대상이 된다고 규정하고 있을 뿐(제9조 제1항) 정보공개 청구권자가 공개를 청구하는 정보와 어떤 관련성을 가질 것을 요구하거나 정보공개청구의 목적에 특별한 제한을 두고 있지 아니하므로 정보공개 청구권자의 권리구제 가능성 등은 정보의 공개 여부 결정에 아무런 영향을 미치지 못한다(대판 2017. 9. 7. 2017두44558).

### 634 아래 추가

(다) 예방적 부작위소송을 긍정하고 가처분 규정을 적용하는 긍정설에 따르면, 정보공개결정 전에 예방적 부작위 소송을 제기하면서 잠정적 처분금지를 구하는 가처분을 신청할 수 있다(다만, 판례는 부정한다).

### 692 아래 추가

## (2) 손실보상청구

공공의 필요에 따른 적법한 대집행의 실행으로 손실을 입었고 그 손실이 특별한 희생에 해당하는 경우에는 손실보상을 청구할 수 있다(876 이하).

## 719 위 추가

새로운 의무이행확보수단은 금전적 수단에 의한 제재(과징금, 가산세, 가산금)와 그 외 수단에 의한 제재(관허사업제한, 공금거부, 공표)로 나누어 진다.

## 806 교체

(나) 특히 '법령 위반'이라 함은 엄격한 의미의 법령 위반뿐만 아니라 인권존중, 권력 남용금지, 신의성실, 공서양속 등의 위반도 포함한다고 보고 있어 **행위위법설** 중 **이원설**(광의설)의 입장이다(대판 2009. 12. 24. 2009다70180).

## 901 교체

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제67조 제2항은 손실보상액을 산정할 경우에 해당 공익사업으로 인하여 토지등의 가격이 변동되었을 때에는 이를 고려하지 아니한다고 명문으로 규정한다.

## 968 교체

이의신청에는 행정심판의 성질을 가지는 것과 단순히 진정의 성격(희망의 진술)을 가

지는 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), ③ 행정심판법 제4조의 행정심판법상 행정심판에 갈음하는 특별행정심판으로 볼 수 있는지 여부 등을 기준으로 한다(대판 2012. 11. 15. 2010두8676; 대판 2016. 7. 27. 2015두45953).

### 2) 구별실의

① 행정심판의 성격을 가지는 이의신청은 행정심판법이 적용되기 때문에, 해당 불복 절차를 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 (가) 행정심판의 성격을 가지는 이의신청에 대한 결정은 재결이다. 그러나 진정의 성격을 가지는 이의신청은 이를 받아들여 처분청이 당초 처분을 취소한다면 이는 재결은 아니지만 원처분에 대한 새로운 직권취소·처분으로 항고소송의 대상이 되지만, 이의신청을 받아들이지 않는 결정은 종전의 처분을 유지하겠다는 행위이므로 항고소송의 대상인 처분이 아니다(이것 역시 재결은 아니다).

(나) 판례도 「민원사무처리에 관한 법률 제18조 제1항에서 정한 거부처분에 대한 이의신청(민원 이의신청)은 행정청의 위법 또는 부당한 처분이나 부작위로 침해된 국민의 권리 또는 이익을 구제함을 목적으로 하여 행정청과 별도의 행정심판기관에 대하여 불복할 수 있도록 한 절차인 행정심판과는 달리, 민원사무처리법에 의하여 민원사무처리를 거부한 처분청이 민원인의 신청 사항을 다시 심사하여 잘못이 있는 경우 스스로 시정하도록 한 절차이다. 이에 따라, 민원 이의신청을 받아들이는 경우에는 이의신청 대상인 거부처분을 취소하지 않고 바로 최초의 신청을 받아들이는 새로운 처분을 하여야 하지만, 이의신청을 받아들이지 않는 경우에는 다시 거부처분을 하지 않고 그 결과를 통지함에 그칠 뿐이다. 따라서 이의신청을 받아들이지 않는 취지의 기각 결정 내지는 그 취지의 통지는, 종전의 거부처분을 유지함을 전제로 한 것에 불과하고 또한 거부처분에 대한 행정심판이나 행정소송의 제기에도 영향을 주지 못하므로, 결국 민원 이의

신청인의 권리의무에 새로운 변동을 가져오는 공권력의 행사나 이에 준하는 행정작용이라고 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 적용되지만(행정소송법 제20조 제1항 단서), 진정의 성격을 가지는 이의신청은 명문의 규정이 없는 한 제소기간의 특례가 적용되지 않는다(따라서 이 경우는 특별한 규정이 없는 한 행정소송법 제20조 제1항 본문이 적용된다).

④ 행정심판의 성격을 가지는 이의신청은 사법절차가 준용되지만, 진정의 성격을 가지는 이의신청은 사법절차가 준용되지 않는다(헌법 제107조 제3항).

1083 제일 아래에 추가

따라서 위원회가 재결정명령재결을 하는 경우 피청구인은 청구인이 신청한 처분을 인용해야 하지만, 일정한 경우 다시 거부처분을 하는 것도 가능하다.

1096a 제일 아래 추가

반복금지의무는 행정심판법 제49조 제1항의 해석상 인정된다.

1098a 교체

b. 직접처분의 요건

① ㉠ 당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있었음에도 불구하고 행정청이 처분을 하지 않은 경우라야 한다. ㉡ 그리고 행정청이 재처분을 하였다고 하더라도 재결의 취지에 따르지 않고 기본적 사실관계가 동일한 사유로 다시 거부처분등을 한 경우 그러한 거부처분은 무효이므로 이 경우도 행정심판법 제50조 제1항의 '제49조 제3항에도 불구하고 처분을 하지 아니하는 경우'로 볼 수 있기 때문에 행정심판위원회는 직접처분을 할 수 있다(행정심판법 제50조).

② 처분의 성질이나 그 밖의 불가피한 사유로 위원회가 직접처분을 할 수 없는 경우

는 제외된다(행정심판법 제50조 제1항). ㉠ 정보공개청구의 경우, 피청구인인 행정청이 재처분의무를 불이행하는 경우에도 위원회는 정보를 보유한 행정청이 아니어서 '처분의 성질'상 직접처분을 할 수 없다. ㉡ 그리고 '그 밖의 불가피한 사유'에는 행정청의 재정적 지원이 선행되어야 직접처분을 할 수 있는 경우를 들 수 있다.

c. 직접처분의 절차

(i) 청구인의 신청

피청구인이 재처분의무를 이행하지 않으면 청구인은 직접처분을 신청해야 한다.

(ii) 위원회의 시정명령과 불이행

청구인이 직접처분을 신청하면 행정심판위원회는 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고, 그럼에도 피청구인이 그 기간에 시정명령을 이행하지 않으면 위원회는 직접처분을 할 수 있다.

(iii) 관할

행정심판위원회가 직접처분을 한다.

1099e 아래 추가

g. 간접강제제도의 보완(한계)

취소심판에서 행정심판법 제43조 제3항의 변경명령재결이 있는 경우 재처분의무는 행정심판법 제49조 제1항에 따라 인정되지만, 이를 행정청이 이행하지 않는 경우 행정심판법은 직접처분 뿐만 아니라 간접강제도 인정하고 있지 않기 때문에 실효성확보에 문제가 있다는 지적이 있다.

1137 교체

(1) 무효인 처분을 취소소송으로 다투는 경우

무효인 처분을 취소소송으로 다투면, 취소청구에는 엄밀한 의미의 취소뿐만 아니라

무효를 확인(선언)하는 의미의 취소를 구하는 취지가 포함되어 있다고 보아야 한다. 따라서 당사자가 무효인 처분에 대해 취소소송을 제기한다면 법원은 무효를 확인(선언)하는 의미의 취소판결을 하여야 한다(무효확인(선언)을 구하는 의미의 취소소송). 물론 이러한 경우에는 취소소송의 요건을 구비하여야 한다(행정처분의 당연무효를 선언하는 의미에서 그 취소를 구하는 행정소송을 제기하는 경우에는 전치절차와 그 제소기간의 준수 등 취소소송의 제소요건을 갖추어야 하는 것이다(대판 1987. 6. 9. 87누219)).

## (2) 취소사유인 처분은 무효확인소송으로 다투는 경우

(가) 취소할 수 있는 처분을 무효확인소송으로 다투면, 행정처분의 무효확인을 구하는 청구에는 특별한 사정이 없는 한 그 처분의 취소를 구하는 취지까지도 포함되어 있다고 볼 수는 있으나 위와 같은 경우에 취소청구를 인용하려면 먼저 취소를 구하는 항고소송으로서의 제소요건을 구비한 경우에 한한다(대판 1986. 9. 23. 85누838). 다만, 행정소송의 제기에 앞서 경유하여야 할 행정심판 절차를 거치지 아니한 까닭에 행정처분취소의 소를 무효확인의 소로 변경한 경우에는 무효확인을 구하는 취지속에 그 처분이 당연무효가 아니라면 그 취소를 구하는 취지까지 포함된 것으로 볼 여지가 전혀 없다고 할 것이므로 법원으로서 그 처분이 당연무효인가 여부만 심리판단하면 족하고 더 나아가 그 처분에 취소사유에 해당하는 위법이 있는가 여부까지 심리판단할 필요는 없다(대판 1987. 4. 28. 86누887).

(나) 다만, 소의 변경이 필요한가에 관해, ① ④ 무효확인청구에는 처분의 취소를 구하는 청구가 포함되어 있기 때문에 취소소송의 소송요건을 갖춘 경우

(취소판결설)와 ⑤ 취소소송의 소송요건을 갖추었다면 당사자에게 무효확인이 아니면 취소라도 구하는 것인지를 석명(당사자의 진술에 불명, 모순, 흠결이 있거나 증명을 다하지 못한 경우에 사건의 내용을 이루는 사실관계나 법률관계를 명백히 하기 위해 당사자에 대하여 사실상 또는 법률상의 사항에 관하여 질문을 하거나 증명을 촉구하는 법원의 권한을 말한다(민사소송법 제136조))하여 취소소송으로 청구취지를 변경하도록 한 후 취소판결을 하여야 한다는 견해가 대립된다(소변경이 필요하다는 견해, 다수설). ② 취소소송과 무효확인소송은 그 종류를 달리하는 별개의 소송이므로 소의 변경이 필요하다는 견해가 타당하다.

## 1151 교체

(가) 판례는 잠수기어업불허가처분취소 사건에서 「거부처분의 처분성을 인정하기 위한 전

제요건이 되는 신청권의 존부는 구체적 사건에서 신청인이 누구인가를 고려하지 않고 관계 법규의 해석에 의하여 일반 국민에게 그러한 신청권을 인정하고 있는가를 살펴 추상적으로 결정되는 것이고 신청인이 그 신청에 따른 단순한 응답을 받을 권리를 넘어서 신청의 인용이라는 만족적 결과를 얻을 권리를 의미하는 것은 아니다. 따라서 국민이 어떤 신청을 한 경우에 그 신청의 근거가 된 조항의 해석상 행정발동에 대한 개인의 신청권을 인정하고 있다고 보여지면 그 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보아야 할 것이고, 구체적으로 그 신청이 인용될 수 있는가 하는 점은 본안에서 판단하여야 할 사항인 것이다(대판 1996. 6. 11. 95누12460)」이라고 하여 거부처분의 성립에 신청권이 필요하다고 본다.

(나) 신청권의 근거는 법규상 또는 조리상 인정될 수 있는데, 법규상 신청권이 있는지 여부는 관련법규의 해석에 따라 결정되며, 조리상 신청권 인정 여부는 거부행위에 대해 항고소송 이외의 다른 권리구제수단이 없거나, 행정청의 거부행위로 인해 국민이 수인불가능한 불이익을 입는 경우 조리상의 신청권은 인정될 수 있다고 한다(하명호).

## 1477 교체

(가) 대법원은 부작위의 성립에도 거부처분과 마찬가지로 신청권이 필요하다고 본다. 즉, 판례는 부작위위법확인소송은 아니지만 잠수기어업불허가처분취소 사건에서 「거부처분의 처분성을 인정하기 위한 전제요건이 되는 신청권의 존부는 구체적 사건에서 신청인이 누구인가를 고려하지 않고 관계 법규의 해석에 의하여 일반 국민에게 그러한 신청권을 인정하고 있는가를 살펴 추상적으로 결정되는 것이고 신청인이 그 신청에 따른 단순한 응답을 받을 권리를 넘어서 신청의 인용이라는 만족적 결과를 얻을 권리를 의미하는 것은 아니다. 따라서 국민이 어떤 신청을 한 경우에 그 신청의 근거가 된 조항의 해석상 행정발동에 대한 개인의 신청권을 인정하고 있다고 보여지면 그 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보아야 할 것이고, 구체적으로 그 신청이 인용될 수 있는가 하는 점은 본안에서 판단하여야 할 사항인 것이다(대판 1996. 6. 11. 95누12460)」이라고 하여 신청권이 필요하다고 본다.

(나) 신청권의 근거는 법규상 또는 조리상 인정될 수 있는데, 법규상 신청권이 있는지 여부는 관련법규의 해석에 따라 결정되며, 조리상 신청권 인정 여부는 항고소송 이외의 다른 권리구제수단이 없거나, 국민이 수인불가능한 불이익을 입는 경우 조리상의 신청권은 인정될 수 있다고 한다(하명호).



## 1258a 아래 추가

[판례] 행정사건을 민사사건으로 오해하여 민사소송을 제기한 경우, 수소법원이 취하여야 할 조치

원고가 고의 또는 중대한 과실 없이 행정소송으로 제기하여야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기한 경우, 수소법원으로서만 만약 그 행정소송에 대한 관할도 동시에 가지고 있다면 이를 행정소송으로 심리·판단하여야 하고, 그 행정소송에 대한 관할을 가지고 있지 아니하다면 당해 소송이 이미 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 이를 부적법한 소라고 하여 각하할 것이 아니라 관할 법원에 이송하여야 한다(대판 1997. 5. 30. 95다28960).

## 1270b 추가

상대방에게 처분 등을 송달할 수 있는 경우 처분 등의 효력은 송달받을 자에게 '도달'하면 발생한다(행정절차법 제15조 제1항). 그러나

## 1270f 교체

(4) 그리고 행정소송법 제20조 제1항 단서는 '행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알려 행정심판을 청구한 경우' 제소기간은 재결서의 정보를 송달받은 날부터 기산한다고 규정하는데, 이 규정의 취지는 처분 상대방에 대하여 행정청이 법령상 행정심판청구가 허용되지 않음에도 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에, 잘못 된 안내를 신뢰하여 부적법한 행정심판을 거치느라 본래 제소기간 내에 취소소송을 제기하지 못한 자를 구제하려는 데에 있다(지방자치법 제19조 제3항(제1항에 따라 변상할 것을 명령받은 자는 이에 불복하는 경우 행정소송을 제기할 수 있다. 다만, 「행정심판법」에 따른 행정심

판청구는 제기할 수 없다) 참조).

(4) 따라서 이 경우와는 달리 이미 제소기간이 지남으로써 불가쟁력이 발생하여 불복 청구를 할 수 없었던 경우라면 그 이후에 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알렸다고 하더라도 그 때문에 처분 상대방이 적법한 제소기간 내에 취소소송을 제기할 수 있는 기회를 상실하게 된 것은 아니므로 이러한 경우에 잘못된 안내에 따라 청구된 행정심판 재결서 정보를 송달받은 날부터 다시 취소소송의 제소기간이 기산되는 것은 아니다(대판 2012. 9. 27. 2011두27247). 즉, 이 경우는 행정소송법 제20조 제1항 단서가 적용되는 것이 아니라 제20조 제1항 본문이 적용되어 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 취소소송을 제기하여야 한다.

## 1283 교체

② 관련청구의 병합은 사실심변론종결 전이라면 원시적 병합이든 후발적 병합이든 가릴 것 없이 인정된다(행정소송법 제10조 제2항)(병합의 시기). 다만, 행정소송법은 제3자에 의한 후발적 병합을 인정하고 있지 않으므로 수인의 원고는 처음부터 공동소송인(공동소송이란 하나의 소송절차에 여러 사람의 원고 또는 피고가 관여하는 소송을 말한다)으로 제소하여야 하고 소송계속 중에는 소송참가가 허용될 뿐이다(이상규, 오진환).

## 1170 아래 추가

## 4) 재결의 범위를 벗어난 재결

재결(심리)의 범위를 벗어난 재결도 재결만의 고유한 하자가 될 수 있다(행정심판법 제47조 ① 위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분 또는 부작위 외의 사항에 대하여는 재결하지 못한다. ② 위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분보다 청구인에게 불리한 재결을 하지 못한다).



## 1188 교체

원처분을 유리하게 변경하는 행위(일부취소의 경우 일부취소하는 행위)는 별도의 독립한 처분이 아니므로, 원처분의 연속성이라는 관점에서 소송의 대상은 변경된 원처분(일부취소의 경우 남은 원처분)이 된다는 견해가 타당하다.

## 1330 추가

참고 사실문제와 법률문제, 재량문제

(가) 법원은 법률문제(어떠한 처분이 위법한지에 대한 판단)뿐만 아니라, 사실문제(특정한 사실이 법률요건에 해당하는지에 대한 판단)도 심리한다. 양자를 모두 심리·판단할 수 있는 심급을 사실심이라 하고, 법률문제만을 심리·판단하는 심급을 법률심이라 한다.

(나) 재량권이 인정되는 범위에서는 원래 법원이 이를 심리할 수 없다(행정소송의 한계 참조). 다만, 행정청의 재량에 속하는 처분이라도 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있는 때(=위법)에는 법원은 이를 취소할 수 있다(행정소송법 제27조).

## 1467 교체

무효인 처분은 취소사유인 처분보다 더 중대한 위법이 있는 것이므로 원고부담설은 부당하며 무효확인소송의 경우에도 입증책임의 일반원칙인 법률요건분류설에 따르는 것이 타당하다.

## 1521 교체

당사자소송에 관한 재판관할에도 취소소송에 관한 규정이 적용되어 제1심 관할법원은 피고의 소재지를 관할하는 행정법원이다. 다만, 국가 또는 공공단체가 피고인 경우

에는 관계행정청의 소재지를 피고의 소재지로 본다(행정소송법 제40조)(행정소송법 제39조가 당사자소송의 경우 국가·공공단체 그 밖의 권리주체를 피고로 하는 것과 구별하여야 한다).

## 1854 위 추가

국가공무원법 제33조는 결격 사유가 있는 자는 공무원으로 임용될 수 없다고 규정하지만, 실제로 임용이 된 경우 그 효과는 규정하고 있지 않아 문제가 된다.

## 2102 교체

국유재산법이 사용료의 징수를 조세체납절차에 의하도록 규정하고 있다는 점(국유재산법 제73조 제2항), 그리고 국유재산법 제36조가 관리청의 사용허가의 취소와 철회를 규정하여 관리청의 우월한 지위를 인정하고 있음에 비추어 행정재산의 목적외 사용허가는 행정처분으로 보는 것이 타당하다.

## 2170 추가

토지점유자는 정당한 사유 없이 사업시행자가 통지하고 출입·측량 또는 조사하는 행위를 방해하지 못한다(공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제11조).

## 2071 추가

사업시행자는 장애물 제거등을 함으로써 발생하는 손실을 보상하여야 한다(공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제12조 제4항).

## 2190 아래 추가

판례 도로건설 사업구역에 포함된 토지의 소유자가 토지상의 지장물에 대하여 재결신청을 청구하였으나, 사업시행자가 수용재결 신청을 거부하면서 보상협의를 하지 않은 사안에서, 위 처분이 위법하다고 본 사례

원고가 ... 피고에게 위 각 지장물에 대하여 재결신청을 하였고, 이에 피고는 ... 손실보상대상에 해당하지 않아 재결신청대상이 아니라는 이유로 수용재결 신청을 거부하고, ... 피고가 위와 같이 이 사건 지장물에 대한 수용재결 신청을 거부하거나 보상협의를 하지 않으면서도 아무런 조치를 취하지 않은 것은 공익사업법상 재결신청청구 제도의 취지에 반하는 것으로서 위법하다고 판단하였다. 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단은 정당하다(대판 2011. 7. 14. 2011두2309).

## 2245g 아래 추가

## 4) 추진위원회구성승인처분과 조합설립인가처분 간의 하자의 승계 여부

조합설립추진위원회의 구성을 승인하는 처분과 조합설립인가처분은 그 목적과 성격을 달리하므로 추진위원회구성승인처분상의 위법만을 들어 조합설립인가처분의 위법을 인정할 수 없다(대판 2013. 12. 26. 2011두8291).

## 2277a-e 교체

## a. 문 제 점

부동산가격공시법 제11조 제1항은 개별공시지가에 대해 이의가 있으면 시장군수 또

는 구청장에게 이의를 신청할 수 있음을 규정하고 행정심판의 청구 인정 여부에 대한 규정이 없는데, 행정심판법 제51조는 '행정심판 재청구의 금지'를 규정하고 있어, 신청인이 이의신청을 한 후에도 별도로 행정심판법상 행정심판을 청구할 수 있는지가 문제된다.

## b. 학 설

## (i) 비병존설

이의신청에 대한 결정 후에는 다시 행정심판법상의 일반행정심판을 제기할 수 없다는 견해로, 부동산 가격공시에 관한 법률상의 이의신청은 행정심판법 제3조 제1항(행정청의 처분 또는 부작위에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 이 법에 따라 행정심판을 청구할 수 있다)의 '다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우' 즉 특별행정심판에 해당하며, 행정심판법 제51조는 '심판청구에 대한 재결이 있으면 그 재결 및 같은 처분 또는 부작위에 대하여 다시 행정심판을 청구할 수 없다'는 점을 근거로 한다.

## (ii) 병 존 설

이의신청에 대한 결정 후에도 다시 일반행정심판을 제기할 수 있다는 견해로, 행정심판법 제3조 제1항(행정청의 처분 또는 부작위에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 이 법에 따라 행정심판을 청구할 수 있다)의 '다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우'란 명문의 규정이 있는 경우를 말하므로 부동산가격공시법상의 이의신청은 특별행정심판에 해당하지 않고(진정의 성격에 해당한다), 행정심판법 제51조는 행정심판의 재청구의 금지를 규정하지만 부동산가격공시법상 이의신청은 행정심판이 아니므로 이의신청 후에도 행정심판을 제기할 수 있다는 점을 근거로 한다.

## c. 판 례

판례는 「(구)부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률이 이의신청에 관하여 규정하고 있다고 하여 이를 행정심판법 제3조 제1항에서 행정심판의 제기를 배제하는 '다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우'에 해당한다고 볼 수 없으므로, 개별공시지가에 대하여 이의가 있는 자는 곧바로 행정소송을 제기하거나 (구)부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률에 따른 이의신청과 행정심판법에 따른 행정심판청구 중 어느 하나만을 거쳐 행정소송을 제기할 수 있을 뿐 아니라, 이의신청을 하여 그 결과 통지를 받은 후 다시 행정심판을 거쳐 행정소송을 제기할 수도 있다고 보아야 하고, 이 경우 행정소송의 제소기간은 그 행정심판 재결서 정본을 송달받은 날부터 기산한다(대판 2010. 1. 28.

2008두19987)」고 하여 병존설의 입장이다.

#### d. 검 토

부동산가격공시법상의 이의신청과 일반 행정심판은 심리기관, 제기(청구)기간, 심리기간 등에서 차이가 있으므로 토지소유자 등의 권리보호를 위해 병존설이 타당하다.

1902 아래 추가

판례 군인이 상관의 지시와 명령에 대하여 헌법소원 등 재판청구권을 행사하는 것이 군인의 복종의무에 위반되는지 여부(원칙적 소극)

상관의 지시나 명령을 준수하는 이상 그에 대하여 소를 제기하거나 헌법소원을 청구하였다는 사실만으로 상관의 지시나 명령을 따르지 않겠다는 의사를 표명한 것으로 간주할 수도 없다. 원고 등이 이 사건 지시에 대하여 헌법소원을 제기한 행위는 그것이 권리행사로서의 실질을 부인해야 할 특별한 사정이 없는 이상 헌법과 법률에 의하여 허용되는 권리의 행사라고 볼 수 있고, 군인의 복종의무에 위반된다고 평가할 수 없다 (대판(전원) 2018. 3. 22. 2012두26401).