

## 2023년 6모 행정법 해설(by 정선균)

### [제1문]

#### 4문

1. 문제의 소재

2. 정보공개결정의 법적 성격

-행정처분

-기속재량(거부재량)행위

3. 비공개대상 정보인지 여부

가. 정보공개법 제9조 제1항 제4호

-범죄의 수사에 관한 사항으로서 공개될 경우 그 직무수행을 현저히 곤란하게 할 만한 상당한 이유가 있는 정보인지 여부가 문제됨.

나. 정보공개법 제9조 제1항 제6호

-성명·주민등록번호 등 개인정보로서 공개될 경우 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보인지 여부가 문제됨.

-다만, 공공기관이 작성하거나 취득한 정보로서 공개하는 것이 공익이나 개인의 권리구제를 위하여 필요하다고 인정되는 정보는 공개대상이 됨(다목).

4. 부분공개

-정보공개법 제14조

5. 사안의 해결

-(사건) 판례가 있는 사건이 아니므로 비공개대상 정보로 봐서 A의 정보공개거부처분을 적법한 것으로 보든 아니면 공개대상 정보로 봐서 A의 정보공개거부처분을 위법한 것으로 보든 상관 없음. 다만, 모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가지고 있고(정보공개법 제5조 제1항), 공공기관이 보유 및 관리하는 정보는 원칙적으로 공개 대상이 된다는 점(정보공개법 제9조 제1항 본문)을 고려할 때, 가능하면 공개대상 정보로 봐서 A의 정보공개거부처분을 위법한 것으로 보거나 최소한 부분공개를 인정해서 일부에 대한 위법성을 인정하는 것이 출제자의 의도에 부합하는 답안이 될 것임.

## [제2문]

### 1문의(1)

1. 문제의 소재

2. 이 사건 거부처분의 처분성 여부

가. 행정청의 거부처분이 취소소송의 대상이 되기 위한 요건

-공/변/신

나. 사안의 경우

-공 : 주택건설사업계획승인은 강학상 특허로서 공권력의 행사에 해당함.

-변 : 주택건설사업계획승인 신청이 거부가 되면 주택건설사업을 시행할 수 없게 되므로 A회사의 법적 지위에 중대한 지장을 초래함.

-신 : 주택건설사업계획승인은 강학상 특허로서 상대방의 신청을 전제로 하는 것이므로 당연히 조리상 신청권이 인정됨.

-따라서 이 사건 거부처분은 취소소송의 대상이 됨.

3. 이의신청 기각결정의 법적 성질

가. 이의신청과 행정심판의 구분

(1) 구별기준

-이의신청은 보통 처분청이 담당하지만 행정심판은 별도의 행정심판기관이 처리하는 것이 일반적.

-이의신청과 달리 행정심판은 헌법 제107조 제3항에 따라 사법절차가 준용되어야 하므로 심판기관의 독립성과 중립성, 대심구조, 당사자의 절차적 권리 등이 보장됨.

- 이의신청은 행정심판의 전심절차이므로 만약 개별 법령에서 이의신청 이후에 다시 행정심판법상 행정심판을 제기할 수 없도록 하고 있다면 해당 법령의 이의신청은 특별행정심판에 해당함.

(2) 사안의 경우

-민원처리법상 이의신청은 처분청(행정기관의 장)에게 하도록 되어 있음(민원처리법 제35조 제1항).

-민원처리법상 이의신청은 특별히 사법절차가 준용된다고 볼 수 없음.

-민원처리법 제35조 제3항은 민원처리법상 이의신청과 별도로 행정심판법에 따른 행정심판을 제기할 수 있도록 함.

-따라서 민원처리법상 이의신청은 말 그대로 이의신청에 불과함.

나. 이의신청의 기각결정이 행정심판의 재결인지 여부

-민원처리법상 이의신청은 말 그대로 이의신청에 불과하므로 이에 따른 결정은 행정심판의 재결에 해당하지 않음.

다. 이의신청의 기각결정이 행정처분인지 여부

-대법원은 이의신청에 대한 기각결정이 종전의 처분을 그대로 유지하는 것에 불과한 경우에는 행정처분이 아니라고 함(대법원 2016. 7. 27. 선고 2015두45953 판결). 다만 이의신청에 대한 기각결정이 별도의 의사결정 과정을 거쳐 이루어진 경우에는 독립된 행정처분의 성격을 갖는다고 함(대법원 2021. 1. 14. 선고 2020두50324 판결).

-이 사건 이의신청에 대해 별도의 의사과정을 거쳤다는 사정은 보이지 않음. 따라서 이 사건 이의신청에 대한 기각결정은 행정처분에 해당하지 않음.

#### 4. 사안의 해결

-이 사건 거부처분은 행정처분이고, 이의신청에 대한 기각결정은 행정처분이 아니므로 A는 이 사건 거부처분을 대상으로 취소소송을 제기하여야 함.

-이의신청에 대한 기각결정은 특별행정심판이 아닌 말 그대로 이의신청에 대한 결정이므로 행정심판의 재결의 성격을 갖지 못함.

#### 참고판례 1 : 대법원 2016. 7. 27. 선고 2015두45953 판결

국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제74조의18 제1항이 정한 이의신청을 받아들이지 아니하는 결정이 항고소송의 대상이 되는지 여부(소극)

국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률(이하 ‘국가유공자법’이라 한다) 제4조 제1항 제6호, 제6조 제3항, 제4항, 제74조의18의 문언·취지 등에 비추어 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 국가유공자법 제74조의18 제1항이 정한 이의신청은, 국가유공자 요건에 해당하지 아니하는 등의 사유로 국가유공자 등록신청을 거부한 처분청인 국가보훈처장이 신청 대상자의 신청 사항을 다시 심사하여 잘못이 있는 경우 스스로 시정하도록 한 절차인 점, 이의신청을 받아들이는 것을 내용으로 하는 결정은 당초 국가유공자 등록신청을 받아들이는 새로운 처분으로 볼 수 있으나, 이와 달리 이의신청을 받아들이지 아니하는 내용의 결정은 종전의 결정 내용을 그대로 유지하는 것에 불과한 점, 보훈심사위원회의 심의·의결을 거치는 것도 최초의 국가유공자 등록신청에 대한 결정에서나 이의신청에 대한 결정에서 마찬가지로 거치도록 규정된 절차인 점, 이의신청은 원결정에 대한 행정심판이나 행정소송의 제기에도 영향을 주지 아니하는 점 등을 종합하면, 국가유공자법 제74조의18 제1항이 정한 이의신청을 받아들이지 아니하는 결정은 이의신청인의 권리·의무에 새로운 변동을 가져오는 공권력의 행사나 이에 준하는 행정작용이라고 할 수 없으므로 원결과과 별개로 항고소송의 대상이 되지 않는다.

#### 참고판례 2 : 대법원 2016. 7. 27. 선고 2015두45953 판결

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)

수익적 행정처분을 구하는 신청에 대한 거부처분은 당사자의 신청에 대하여 관할 행정청이 이를 거절하는 의사를 대외적으로 명백히 표시함으로써 성립된다. 거부처분이 있는 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. 관계 법령이나 행정청이 사전에 공표한 처분기준에 신청기간을 제한하는 특별한 규정이 없는 이상 재신청을 불허할 법적 근거가 없으며, 설령 신청기간을 제한하는 특별한 규정이 있더라도 재신청이 신청기간을 초과하였는지는 본안에서 재신청에 대한 거부처분이 적법한가를 판단하는 단계에서 고려할 요소이지, 소송요건 심사단계에서 고려할 요소가 아니다.

## 1문의(2)

1. 문제의 소재

2. 행정기본법 제36조 제4항

-행정기본법은 이의신청에 대한 결과를 통지받은 날부터 90일 이내에 행정심판이나 행정소송을 제기할 수 있도록 하여(행정기본법 제36조 제4항) 이에 대한 종래 판례상 혼란을 해결함.

3. 사안의 해결

-이의신청에 대한 기각결정이 A에게 송달된 2023. 6. 1.이 제소기간의 기산점이 됨.

## 2문

### 1. 문제의 소재

#### 2. 사전통지 위반여부

##### 가. 사전통지의 의의

-당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에 미리 처분의 내용과 청문에 관한 사항을 알리는 행위(행정절차법 제21조).

##### 나. 거부처분과 사전통지

-거부처분이 권익을 제한하는 처분에 해당하는지 여부  
-긍정설/부정설(판)/절충설

##### 다. 사안의 경우

-판례에 따르면 거부처분은 권익을 제한하는 처분에 해당하지 않으므로 거부처분을 하기 전에 사전통지를 하지 않았어도 위법하지 않음.

### 3. 문서주의 위반여부

#### 가. 문서주의의 원칙과 예외

-행정청이 처분을 할 때에는 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문서로 하여야 한다(행정절차법 제24조 제1항). 다만 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있거나 사안이 경미한 경우에는 구두를 통해 처분을 할 수 있다(행정절차법 제24조 제2항).

#### 나. 문서주의 위반의 효과

-판례에 따르면 하자가 중대하고 명백하여 당연무효임(대법원 2011. 11. 10. 선고 2011도 11109 판결).

#### 다. 사안의 경우

-긴급히 처분을 할 필요도 없고, 사안이 경미하지 않음에도 불구하고 구두로 한 처분은 행정절차법 제24조에 위반한 것으로서, 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효임.

### 4. 사안의 해결

### 3문

#### 1. 문제의 소재

#### 2. 본안청구

##### 가. 소심판 및 무효확인심판

-거부처분취소심판(혹은 거부처분무효확인심판) → 취소재결(혹은 무효확인재결) → 재처분의 무(행정심판법 제49조 제2항) → 위원회의 간접강제(행정심판법 제50조의2)

##### 나. 의무이행심판

-거부처분의무이행심판 → 처분명령재결 → 재처분의무(행정심판법 제49조 제3항) → 위원회의 직접처분(행정심판법 제50조) or 위원회의 간접강제(행정심판법 제50조의2)

#### 3. 가구제

##### 가. 집행정지와 임시처분의 의의

-집행정지(행정심판법 제30조 제2항)는 처분의 효력이나 후속 절차의 속행 및 집행 자체의 정지를 목적으로 하는 '소극적' 가구제 수단.

-임시처분(행정심판법 제31조)는 전에 없던 새로운 법적 지위를 행정심판 중에 부여하는 것으로서 '적극적' 가구제 수단.

##### 나. 거부처분에 대한 집행정지 인정여부

-부정설(거부처분에 대한 효력정지는 회복되는 이익이 없음)/제한적 긍정설(연장신청이나 응시신청의 경우에는 예외적으로 회복되는 이익이 있을 수 있음)

-사안은 기존 수익적 처분의 연장신청이 아니라 새로운 수익적 처분(주택건설사업계획승인)의 발급은 신청한 사건이므로 어떠한 견해를 취하든 집행정지는 허용되지 않음.

##### 다. 임시처분

###### (1) 의무이행심판의 경우

-임시처분은 적극적인 가구제 수단이므로 역시 적극적 쟁송수단인 의무이행심판에서 적용되는 것은 당연함.

###### (2) 거부처분취소심판(혹은 거부처분무효확인심판)의 경우

-긍정설(임시처분의 본안에 대하여 행정소송법에 별도의 규정이 없음)/부정설(가구제는 본안을 통한 권리구제의 범위를 초과할 수 없음)

-사건은 긍정설

#### 4. 사안의 해결

## 4문

### 1. 문제의 소재

#### 2. 주택건설사업계획 승인사무의 법적 성격

##### 가. 사무유형의 구별기준

-법령규정의 형식과 취지, 전국적으로 통일적인 처리가 요구되는지 여부, 경비부담 및 최종적인 책임구속의 주체 등을 고려하여 판단하여야 함.

-부수적으로 지방자치법 제13조(자치사무)와 제15조(국가사무)도 같이 고려해야.

##### 나. 사안의 경우

-주택법 제15조에 따르면 주택건설사업계획은 승인권자는 지방자치단체장.

-공동주택건설은 전국적으로 통일적인 사무처리가 요구되지 않음.

-지방자치법 제13조 제2항 제4호 나목(지방건설사업의 시행)을 고려할 때, 자치사무로 보는 것이 타당.

### 3. 국가의 지방자치법상 조치

#### 가. 시정명령 및 취소정지

-지방자치법 제188조

-시정명령 등의 대상이 되는 지방자치단체장의 명령이나 처분은 행정처분에 한정되지 않음(대법원 2017. 3. 30. 선고 2016추5087 판결).

-감독청의 시정명령에 대해서는 제소불가(대법원 2014. 2. 27. 선고 2012추183 판결).

-자치사무에 대한 감독청의 시정명령 등은 법령위반에 한하는데, 이때의 법령위반의 개념에 재량의 일탈, 남용이 포함(대법원 2007. 3. 22. 선고 2005추62 전원합의체 판결).

#### 나. 자치사무에 대한 감사

-지방자치법 제190조

-감사는 법령위반사항에 대해서만 함.

### 4. 사안의 해결