

〈 제3문 실전답안작성 예시 〉

2021년 10월 8일

2022년 공인노무사시험대비
성기호 기본 행정쟁송법
개강강의 맛보기

행정쟁송법
실전답안

프라임법학원

행정쟁송법 성기호 교수

〈 제 3 문 〉

I. 서 설

취소소송의 대상적격이란 취소소송을 제기함에 있어 그 소송의 대상이 될 수 있는 자격을 말하는바, 행정소송법은 취소소송의 대상을 ‘처분등’ 이라고 규정하고 있다 (행정소송법 제19조, 이하 法名 생략). 대상적격은 소송요건의 하나로서 법원의 직권조사사항이다. 따라서 법원은 직권으로 이를 조사하여 그 흠결시 소를 부적법 각하하여야 한다.

II. 처 분

1. 의 의

처분이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 대한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다(제2조 제1항 제1호).

2. 행정행위와의 관계

(1) 문제점

취소소송의 대상인 처분의 개념과 강학상 행정행위의 개념과의 관계와 관련하여 양자를 일원적으로 해석할 것인지, 아니면 다른 개념으로 파악할 것인지에 대하여 견해가 대립한다.

(2) 학 설

① 제2조 제1항 제1호에서의 ‘이에 준하는 행정작용’ 은 공권력 행사에 준하는 행정작용만을 말하는 것이므로, 쟁송법상 개념인 처분과 실체법상 개념인 행정행위가 서로 동일하다고 보는 실체법적 개념설(일원설), ② 제2조 제1항 제1호에서 공권력 행사작용 뿐 아니라 권력적 사실행위와 같은 이에 준하는 행정작용까지 처

분으로 보고 있으므로, 쟁송법상 개념인 처분을 실체법상 개념인 행정행위보다 넓게 파악하여야 한다는 쟁송법적 개념설(이원설)이 대립한다.

(3) 판례

판례는 대체적으로 “처분이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 대한 법집행으로서의 공권력행사의 일환으로서, 국민의 권리·의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위”라고 판시하여 일원설의 입장이나, 권력적 사실행위인 단수처분, 교도소장의 이송조치 등의 처분성을 인정한바 있고, 최근에는 징계처분이 아닌 불문경고조치에 대한 처분성도 인정하여 처분개념을 확대하여 해석하고 있다.

(4) 검토

행정법관계에서 행정청의 처분으로 인하여 행정청과 처분의 상대방 사이에 분쟁이 발생하여 처분의 상대방이 소송으로써 분쟁을 해결하고자 할 경우 그 소송의 대상이 되는 개념이 처분인바, 대상적격의 확대에 의한 국민의 실효적인 권리구제를 도모하기 위하여 처분의 개념을 행정행위보다 넓게 파악하는 이원설이 타당하다.

3. 처분의 개념요소

(1) 행정청의 행위

여기서 행정청이란 내부적으로 행정주체의 의사를 결정하고, 이를 외부적으로 표시할 수 있는 권한을 가진 행정기관을 말한다.

(2) 구체적 사실에 대한 법집행행위

구체적 사실에 대한 법집행행위란 특정사건에 대한 규율을 말하므로, 일반적·추상적 규율인 법령은 이에 해당하지 아니한다. 다만 처분적 법규, 일반처분은 그 규율이 구체적이라는 점에서 처분성이 인정된다.

(3) 외부에 대해 직접적인 법적 효과를 발생시키는 행위

	처분은 외부에 대하여 직접 법적 효과의 발생·변경·소멸을 의도하는 법적행위이다. 따라서 행정조직 내부행위나, 직접 일정한 법적 효과 발생을 목적으로 하지 않고 사실상의 결과 실현만을 목적으로 하는 사실행위는 처분성이 부정된다.
	(4) 공법상의 행위
	처분은 공법상 행위이므로, 사업상 계약 등 사업상의 행위는 처분성이 부정된다.
	(5) 권력적 단독행위
	처분은 행정청이 우월적 지위에서 일방적으로 행하는 권력적 단독행위이므로, 공법상 계약, 단순한 행정지도 등과 같은 비권력적 행정작용은 처분성이 부정된다.
4. 거부처분	
	(1) 거부의 의미
	행정청의 거부란 개인이 행정청에 대하여 일정한 처분을 신청한 경우 그 신청에 따른 처분을 하지 않겠다는 행정청의 의사표시를 말한다.
	(2) 거부행위가 처분성을 갖기 위한 요건
	행정청의 거부행위가 처분성을 갖기 위하여는 ① 공권력 행사의 거부일 것, ② 국민의 권리, 의무에 직접 영향을 미치는 거부일 것, ③ 국민에게 법규상·조리상 신청권이 있을 것을 요한다. 다만 ③요건과 관련하여서는 원고적격으로 보는 견해, 본안판단사항으로 보는 견해도 존재하나, 대상적격의 문제로 보는 견해가 타당하다. 판례도 대상적격의 문제로 파악하고 있다. 또한 조리상 신청권이 인정될 것인가에 대해 견해가 대립하나, 국민의 실효적인 권리구제를 도모하기 위하여 인정함이 타당하다고 할 것이다.
5. 그 밖에 이에 준하는 행정작용	
	그 밖에 이에 준하는 행정작용이란 공권력행사작용 또는 거부처분은 아니라도, 국민

의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 행정작용을 말한다.

Ⅲ. 재 결

1. 문제점

재결이란 행정심판 청구사건에 대해 행정심판위원회가 행하는 최종적인 법적 판단을 말하는바, 행정소송법은 재결도 처분과 함께 취소소송의 대상이 될 수 있다고 규정하고 있다(제19조). 그러나 양자를 모두 소송의 대상으로 허용할 경우 판결의 모순·저촉이나 소송경제에 반하게 되는 문제가 발생하게 된다. 따라서 소송의 대상을 제한할 필요가 있는바, 이에 대한 입법주의의 문제가 원처분주의와 재결주의이다.

2. 원처분주의와 재결주의

원처분주의란 원처분과 재결에 대하여 소를 제기할 수 있으나, 재결에 대한 취소소송에서는 재결자체의 고유한 하자만을 주장할 수 있도록 하는 제도이다. 이에 반해 재결주의란 원처분에 대해서는 제소가 허용되지 않고 재결만 소송의 대상으로 하고, 재결에 관한 소송에서 원처분의 위법도 함께 주장할 수 있도록 하는 제도이다. 이에 관하여 우리 행정소송법은 원처분주의를 채택하고 있다. 따라서 재결은 재결 자체의 고유한 하자가 있는 경우에만 취소소송의 대상이 될 수 있다.

Ⅳ. 결 어

취소소송의 대상이 되는 것은 행정청의 처분인바, 강학상 행정행위의 개념과 달리 처분의 개념은 대상적격의 확대에 의한 국민의 실효적인 권리구제를 도모하기 위하여 쟁송법적 개념설(이원설)의 입장에서 파악함이 타당하다고 할 것이다.