

[행정심판소송] 유치원, 어린이집의 보조금 위법행위 적발 관련 제재처분의 복잡한 구조

- 취소 vs 철회의 구별: 대법원 2018. 6. 28. 선고 2015두58195 판결



## 1. 사안의 개요

(1) 원고는 2011년 7월, 8월, 9월에 등원하지 않은 어린이가 등원한 것처럼 기본보육료의 지급을 신청하여 3개월분 기본보육료 345,000원을 지급받았고, 위 어린이가 2011. 7.에 등원하지 않았음에도 그 부모가 맡겨 놓은 영유아보육법 제34조의3의 보육서비스 이용 권으로 1개월분 보육료 286,000원을 결제하여 이를 지급받았다.

(2) 오산시장은 2012. 4. 13. 원고가 운영하는 어린이집의 원장 소외인이 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 위 보육료 합계 631,000원을 교부받았다는 이유로 그 반환을 명령하

고, 아울러 소외인의 어린이집 원장자격을 3개월 동안 정지시켰다.

(3) 피고는 2014. 3. 11. 이러한 반환명령과 원장자격 정지를 이유로 하여 원고에 대한 평  
가인증을 취소하는 이 사건 처분을 하였다.

(4) 소외인은 원장자격 정지처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였는데, 서울고등법  
원은 2014. 10. 17. '3개월분 기본보육료 345,000원은 보조금에 해당하지만 1개월분 보육  
료 286,000원은 보조금에 해당하지 않으므로 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보조금  
345,000원을 교부받았음을 전제로 하여 원장자격 정지 기간을 다시 산정하여야 한다'는  
이유로 원장자격 정지처분 전부를 취소하는 판결(2013누26172)을 선고하였고, 이 판결은  
그 무렵 확정되었다.

## 2. 항소심 판결요지

원심은 1개월분 보육료 286,000원이 보조금에 해당하지 않으므로 거짓이나 그 밖의 부  
정한 방법으로 보조금을 교부받은 경우에 해당하지 않아 그 반환명령은 위법하고(대법원

2014. 6. 12. 선고 2012두28032 판결 등 참조), 소외인의 원장자격 정지처분은 위 286,000원을 포함한 보조금 631,000원을 교부받았음을 이유로 한 것일 뿐만 아니라 판결로 취소되었으므로 각각 이 사건 처분의 처분사유로 삼을 수 없다고 판단하였다.

### 3. 대법원 판결요지

원심의 이러한 판단은 앞서 본 관련 규정과 법리에 기초한 것으로서, 거기에 상고이유 주장과 같은 처분의 위법성 판단 기준시점 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

1개월분 보육료 286,000원과 같이 영유아의 보호자에게 지원되는 것은 어린이집의 운영자에게 지급하는 보조금이 아니어서 그에게 보조금의 반환명령을 한 것은 위법하다는 법리를 선언한 위 2012두28032 판결과 소외인의 원장자격 정지처분을 취소하는 판결이 이 사건 처분 이후 선고되었다고 하여 달리 볼 것은 아니다.

### 행정처분의 취소 vs 철회의 구분

행정행위의 '취소'는 일단 유효하게 성립한 행정행위를 그 행위에 위법한 하자가 있음을

이유로 소급하여 그 효력을 소멸시키는 별도의 행정처분을 의미함이 원칙이다. 반면, 행정행위의 '철회'는 적법요건을 구비하여 완전히 효력을 발하고 있는 행정행위를 사후적으로 그 효력의 전부 또는 일부를 장래에 향해 소멸시키는 별개의 행정처분이다.

그리고 행정행위의 '취소 사유'는 원칙적으로 행정행위의 성립 당시에 존재하였던 하자를 말하고, '철회 사유'는 행정행위가 성립된 이후에 새로이 발생한 것으로서 행정행위의 효력을 존속시킬 수 없는 사유를 말한다(대법원 2003. 5. 30. 선고 2003다6422 판결 등 참조).

### 구체적 사안의 판단

영유아보육법 제30조 제5항 제3호에 따른 평가인증의 취소는 평가인증 당시에 존재하였던 하자가 아니라 그 이후에 새로이 발생한 사유로 평가인증의 효력을 소멸시키는 경우에 해당하므로, 그 법적 성격은 평가인증의 '철회'에 해당한다.

그런데 행정청이 평가인증을 철회하면서 그 효력을 철회의 효력발생일 이전으로 소급하게 하면, 철회 이전의 기간에 평가인증을 전제로 지급한 보조금 등의 지원이 그 근거를 상실하게 되어 이를 반환하여야 하는 법적 불이익이 발생한다. 이는 장래를 향하여 효력

을 소멸시키는 철회가 예정한 법적 불이익의 범위를 벗어나는 것이다.

이처럼 행정청이 평가인증이 이루어진 이후에 새로이 발생한 사유를 들어 영유아보육법 제30조 제5항에 따라 평가인증을 철회하는 처분을 하면서도, 그 평가인증의 효력을 과거로 소급하여 상실시키기 위해서는, 특별한 사정이 없는 한 영유아보육법 제30조 제5항과는 별도의 법적 근거가 필요하다고 봄이 타당하다.

원심판결 이유에 의하면, 피고는 2014. 3. 11. 원고가 운영하는 어린이집에 대한 평가인증(유효기간 2012. 1. 1.부터 2014. 8. 31.까지)의 유효기간을 취소사유 발생일인 2012. 4. 13.부터 소급하여 중단시켜 그 평가인증을 취소한다는 통지를 함으로써 이 사건 처분을 하였다.

이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 따라 살펴보면, 이 사건 처분의 법적 성격은 행정행위의 철회에 해당하고, 철회의 효력을 과거로 소급하여 상실시키기 위한 별도의 법적 근거나 특별한 사정도 찾아보기 어려우므로, 소급적 철회가 허용된다고 볼 수는 없다. 그런데도 피고가 별다른 법적 근거 없이 평가인증 철회의 효력을 취소사유 발생일인 2012. 4. 13.로 소급한 것은 위법하다.

행정소송, 행정심판, 이의신청, 집행정지, 민형사소송, 법률자문, A~Z 수행경력

---

T. 02-591-0657 E. [kkh@kasanlaw.com](mailto:kkh@kasanlaw.com) H. [www.kasanlaw.com](http://www.kasanlaw.com)