

행정절차론(행정절차법 포함)

시험 후 <총평>을 말씀드렸으므로, 자세한 내용은 해당 총평을 참고하시기 바랍니다.
다음은 이번 시험 문제에 대한 예시답안입니다.

이번 시험의 가장 큰 특징은 <문제 4>를 제외한 모든 문제가 사례형으로 출제되었다는 점입니다. 제가 강의에서 늘 “앞으로 행정절차론도 사례형으로 진화할 것이다.”라고 말씀드리면서 사례집 구성이나 모의고사 출제에서도 이 부분을 꾸준히 반영해 왔는데, 이번 시험을 통해 그러한 출제 경향이 현실화되고 있다는 느낌을 받습니다.

따라서 이번 시험에서는 단순히 관련 법조문이나 판례를 나열하는 데 그치지 않고, 제시된 사례에 법리와 판례를 어떻게 적용할 것인지를 의식하여 답안을 작성한 수험생이라면 채점자에게 보다 돋보이는 답안이 되었을 것입니다.

다만 주어진 시험 시간이 짧았던 만큼, 실제 시험에서 위와 같은 내용의 답안을 충분히 작성하기는 쉽지 않았을 것입니다.

시험 직후에는 무엇을 답안에 담아야 하는지가 가장 궁금하실 것으로 생각합니다. 따라서 아래의 예시답안은 시험 시간이라는 현실적인 제약은 일단 고려하지 않고, 각 문제에서 요구하는 내용을 충분히 담은 이상적(理想的)인 답안이 무엇인지를 기준으로 작성하였음을 말씀드립니다.

문제1

甲은 관할 행정청인 A시장에게 폐기물처리시설을 설치·운영하겠다는 폐기물처리사업계획서(이하 '이 사건 사업계획서'라 한다)를 제출하였다. 그런데 A시장은 甲에게 폐기물처리시설을 설치·운영하는 과정에서 관련 법령에서 정한 한도를 넘는 악취가 발생하여 인근 주민의 생활환경은 물론 학생들의 교육환경에 악영향을 줄 우려가 매우 크며, 악취방지시설을 설치·가동하더라도 폐기물처리시설에서 발생하는 악취를 적절히 제거할 수 없다는 이유로 이 사건 사업계획서에 대해 부적합통보(이하 '이 사건 처분'이라 한다)를 하였다. 한편 이 사건 처분 당시 법령에서 정한 처분의 처리기간은 넘은 상태였다. 다음 물음에 답하시오. (40점)

물음1)

甲은 A시장이 사전에 자신에게 사업계획서의 내용이나 처분의 실체적 발급요건에 관한 사항을 보완할 기회를 부여하지 않고 한 이 사건 처분은 「행정절차법」을 위배하여 취소되어야 한다고 주장한다. 이 주장의 타당성을 검토하시오. (20점)

물음 2)

甲은 A시장이 법령에서 정한 처분의 처리기간이 지난 후에 한 이 사건 처분은 「행정절차법」을 위배하여 취소되어야 한다고 주장한다. 이 주장의 타당성을 검토하시오. (20점)

〈문제 1〉 - 물음 1)

I. 쟁점의 정리

甲은 A시장이 이 사건 사업계획서의 내용이나 처분의 실체적 발급요건에 관한 사항을 보완할 기회를 부여하지 않은 채 이 사건 처분을 한 것이 「행정절차법」 제17조 제5항에 위반된다고 주장하고 있다. 따라서 행정청의 보완요구의 의무 범위와 이 사건에서 그 의무가 인정되는지를 검토한다.

II. 신청의 보완

1. 행정절차법상 보완요구

「행정절차법」 제17조 제5항은 행정청은 신청에 구비서류의 미비 등 흠이 있는 경우에는 보완에 필요한 상당한 기간을 정하여 지체 없이 신청인에게 보완을 요구하도록 규정하고 있다.

이는 신청에 쉽게 보완할 수 있는 흠이 있음에도 행정청이 곧바로 거부처분을 하는 것을 방지하여 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호하기 위한 것이다.

2. 보완의 대상

보완의 대상이 되는 흠은 보완이 가능한 것이어야 하며, 원칙적으로 형식적·절차적인 요건에 관한 흠이어야 한다. 실질적 요건에 관한 흠까지 행정청이 보완을 요구하여야 하는 것은 아니다.

판례도 행정절차법 제17조 제5항은 관계 법령에서 필수적으로 첨부하도록 한 서류를 첨부하지 않은 경우와 같이 쉽게 보완이 가능한 사항을 누락한 경우에 신청인에게 보완의 기회를 주도록 한 규정이지, 거부처분에 앞서 신청의 내용이나 처분의 실체적 발급요건에 관한 사항까지 보완할 기회를 부여하여야 할 의무를 정한 것은 아니라고 판시하고 있다.¹⁾

다만 실질적 요건에 관한 흠이라도 민원인의 단순한 착오나 일시적인 사정 등에 기한 경우 등에는 보완의 대상이 될 수 있다.²⁾

1) 대판 2020.7.23. 2020두36007

2) 대판 2004.10.15. 2003두6573

Ⅲ. 사안의 검토

甲은 A시장이 이 사건 사업계획서의 내용이나 처분의 실체적 발급요건에 관한 사항을 보완할 기회를 주지 않았다고 주장한다.

그러나 A시장이 이 사건 처분의 사유로 든 것은 폐기물처리시설에서 법령상 허용되는 한도를 넘는 악취가 발생하여 인근 주민의 생활환경 및 학생들의 교육환경에 악영향을 줄 우려가 크고, 악취방지시설을 설치·가동하더라도 이를 적절히 제거할 수 없다는 것이다.

이는 단순히 사업계획서에 첨부하여야 할 서류가 누락되었거나 신청서의 기재사항에 형식적·절차적인 흠이 있는 경우가 아니라, 폐기물처리시설의 설치·운영으로 인한 악취 및 환경상 위해의 정도 등 처분의 실체적 발급요건 및 사업계획의 적합성에 관한 사항이다.

따라서 행정절차법 제17조 제5항에 따라 A시장이 甲에게 이러한 실체적 사항에 관하여 보완할 기회를 부여하여야 할 의무가 있다고 볼 수 없다.

또한 이 사건에서 신청 내용의 보완을 통하여 단순히 누락된 서류 등을 보충하는 경우가 아니라, 폐기물처리시설의 설치·운영으로 인한 악취 문제 자체를 해소하여 사업계획의 실질적인 내용을 변경하는 것이라면 이는 단순한 구비서류의 보완과도 구별된다.

Ⅳ. 결론

따라서 A시장이 甲에게 이 사건 사업계획서의 내용이나 처분의 실체적 발급요건에 관한 사항을 보완할 기회를 부여하지 않았다고 하더라도 「행정절차법」 제17조 제5항에 위반된다고 볼 수 없다.

그러므로 이를 이유로 이 사건 처분의 취소를 구하는 甲의 주장은 타당하지 않다.

<문제 1> - 물음 2)

Ⅰ. 쟁점의 정리

甲은 A시장이 법령에서 정한 처분의 처리기간이 지난 후에 이 사건 처분을 하였으므로 「행정절차법」에 위반된다고 주장한다. 따라서 처리기간의 법적 성격과 처리기간을 도과하여 이루어진 처분의 효력을 검토한다.

Ⅱ. 처리기간의 설정·공표

「행정절차법」 제19조 제1항은 행정청은 신청인의 편의를 위하여 처분의 처리기간을 종류별로 미리 정하여 공표하도록 규정하고 있다.

또한 행정청은 부득이한 사유로 처리기간 내에 처분하기 곤란한 경우에는 해당 처리기간의 범위에서 한 번만 그 기간을 연장할 수 있고(동조 제2항), 연장하는 경우에는 그 사유와 처리 예정 기한을 지체 없이 신청인에게 통지하여야 한다(동조 제3항).

한편 정당한 처리기간 내에 처분하지 아니한 경우 신청인은 해당 행정청 또는 그 감독 행정청에 신속한 처리를 요청할 수 있다(동조 제4항).

Ⅲ. 처리기간의 법적 성격

행정절차법상 처리기간을 설정하는 취지는 신청에 따른 사무를 가능한 한 조속히 처리하여 신청인의 편의를 도모하기 위한 데 있다.

따라서 처리기간에 관한 규정은 행정청에 신속한 처리를 촉구하기 위한 훈시규정에 해당하고, 이를 반드시 준수하여야 하는 강행규정이라고 볼 수 없다.

판례 역시 처분이나 민원의 처리기간에 관한 규정은 훈시규정에 불과하므로, 행정청이 처리기간이 지나 처분을 하였다는 사정만으로 그 처분에 절차상 하자가 있다고 볼 수 없다고 판시하고 있다.³⁾

Ⅳ. 사안의 검토

이 사건에서 A시장은 법령에서 정한 처분의 처리기간이 지난 후에 처분을 하였다.

그러나 행정절차법상 처리기간은 신청에 따른 사무를 가능한 한 신속하게 처리하도록 하기 위한 훈시규정에 불과하므로, 처리기간이 경과하였다는 이유만으로 그 후에 이루어진 처분이 위법하게 되는 것은 아니다.

따라서 A시장이 처리기간 내에 처분하지 않았다는 사정은 이 사건 처분을 취소할 수 있는 절차상 하자에 해당하지 않는다.

다만 처리기간이 도과한 경우 신청인은 행정절차법 제19조 제4항에 따라 해당 행정청 또는 그 감독 행정청에 신속한 처리를 요청할 수 있을 뿐이다.

Ⅴ. 결론

따라서 A시장이 법령에서 정한 처리기간이 지난 후 이 사건 처분을 하였다는 사정만으로 「행정절차법」에 위반된다고 볼 수 없다.

그러므로 처리기간의 도과를 이유로 이 사건 처분의 취소를 구하는 甲의 주장은 타당하지 않다.

3) 처분이나 민원의 처리기간을 정하는 것은 신청에 따른 사무를 가능한 한 조속히 처리하도록 하기 위한 것이다. 처리기간에 관한 규정은 훈시규정에 불과할 뿐 강행규정이라고 볼 수 없다. 행정청이 처리기간이 지나 처분을 하였더라도 이를 처분을 취소할 절차상 하자로 볼 수 없다. 민원처리법 시행령 제23조에 따른 민원처리진행상황 통지도 민원인의 편의를 위한 부가적인 제도일 뿐, 그 통지를 하지 않았더라도 이를 처분을 취소할 절차상 하자로 볼 수 없다(대판 2019.12.13. 2018두41907).

문제2

최근 공공기관을 퇴직한 C는 카페를 운영하기 시작하였다. 그러던 어느 날 고객의 신고를 받았다는 이유로 관할 행정청인 A로부터 현장조사의 사전통지를 받았다. 사전통지를 받은 C는 관할 행정기관 소속의 조사원 B가 학창시절 자신과 닮은 점이 있었던 동창이라는 이유로 조사원의 교체를 신청하였다. 「행정조사기본법」상 현장조사와 조사원교체신청에 관하여 설명하시오. (20점)

I. 현장조사

1. 현장출입조사서 등의 발송

「행정조사기본법」상 조사원이 가택·사무실 또는 사업장 등에 출입하여 현장조사를 실시하는 경우 행정기관의 장은 조사대상자에게 현장출입조사서 또는 법령에서 현장조사 시 제시하도록 규정하고 있는 문서를 발송하여야 한다(제11조 제1항).

현장출입조사서에는 ① 조사목적, ② 조사기간과 장소, ③ 조사원의 성명과 직위, ④ 조사범위와 내용, ⑤ 제출자료, ⑥ 조사거부에 대한 제재 및 그 근거 법령과 조항, ⑦ 그 밖에 해당 행정조사와 관련하여 필요한 사항을 기재하여야 한다.

2. 현장조사의 시간적 제한

현장조사는 원칙적으로 해가 뜨기 전이나 해가 진 뒤에는 실시할 수 없다(제11조 제2항 본문).

다만 ① 조사대상자가 동의한 경우, ② 사무실 또는 사업장 등의 업무시간에 행정조사를 실시하는 경우, ③ 주간에 조사하면 조사목적의 달성이 불가능하거나 증거인멸로 조사대상자의 법령 위반 여부를 확인할 수 없는 경우에는 예외적으로 가능하다.

3. 조사원의 증표 제시

현장조사를 하는 조사원은 자신의 조사권한을 나타내는 증표를 지니고 이를 조사대상자에게 제시하여야 한다(제11조 제3항).

따라서 현장조사에서는 조사대상자의 절차적 권익을 보호하기 위하여 조사내용 및 조사원의 신분 등에 관한 사항이 사전에 고지되고, 조사원은 그 권한을 나타내는 증표를 제시하여야 한다.

II. 조사원 교체신청

1. 교체신청의 요건

조사대상자는 특정 조사원에게 공정한 행정조사를 기대하기 어려운 사정이 있다고 판단되는 경우 행정기관의 장에게 해당 조사원의 교체를 신청할 수 있다(제22조 제1항).

이는 조사대상자가 조사원의 개인적 이해관계나 기타 사정으로 인하여 조사 결과의 공정성에 의문을 가질 수 있는 경우 조사원의 교체를 통하여 행정조사의 공정성을 확보하기 위한 제도이다.

2. 교체신청의 방법 및 심사

교체신청은 그 이유를 명시한 서면으로 행정기관의 장에게 하여야 한다(제22조 제2항).

교체신청을 받은 행정기관의 장은 이를 즉시 심사하여야 하며(제22조 제3항), 신청이 타당하다고 인정하는 경우에는 다른 조사원으로 하여금 행정조사를 하게 하여야 한다(제22조 제4항).

반면 교체신청이 조사를 지연할 목적으로 한 것이거나 그 밖에 교체신청에 타당한 이유가 없다고 인정되는 경우에는 그 신청을 기각하고 그 취지를 신청인에게 통지하여야 한다(제22조 제5항).

3. 사안의 검토

C는 과거 자신과 다툼이 있었던 동창인 B가 조사원이라는 이유로 조사원의 교체를 신청하였다.

조사원과 조사대상자가 과거에 개인적인 다툼이 있었다는 사정은 조사원의 중립성과 공정성에 의문을 제기할 수 있는 사정이 될 수 있다. 그러나 단순히 과거에 다툼이 있었다는 사실만으로 곧바로 공정한 행정조사를 기대하기 어려운 사정이 있다고 단정할 수는 없다.

따라서 A는 C의 교체신청을 받은 경우 그와 같은 과거의 다툼이 현재에도 조사원의 공정한 조사 수행을 기대하기 어려울 정도의 사정인지 여부를 즉시 심사하여야 한다.

그 결과 B와 C 사이의 과거 다툼으로 인하여 B에게 개인적인 감정이나 이해관계가 존재하는 등 공정한 조사를 기대하기 어려운 사정이 있다고 인정되면 A는 교체신청을 타당한 것으로 보아 다른 조사원으로 하여금 행정조사를 하게 하여야 한다.

반대로 단순한 학창시절의 다툼에 불과하고 현재 조사에 영향을 미칠 만한 사정이 없어 공정한 행정조사를 기대하기 어렵다고 볼 수 없다면, A는 교체신청을 기각하고 그 취지를 C에게 통지하여야 한다.

III. 결론

C는 조사원 B에게 공정한 행정조사를 기대하기 어려운 사정이 있다고 판단되는 경우 그 이유를 명시한 서면으로 조사원의 교체를 신청할 수 있다. A는 이를 즉시 심사하여 교체신청이 타당하면 다른 조사원으로 교체하여야 하고, 타당한 이유가 없거나 조사를 지연할 목적으로 한 경우에는 신청을 기각하고 그 취지를 통지하여야 한다.

또한 A가 실시하는 현장조사는 현장출입조사서 등의 발송, 조사시간의 제한 및 조사원의 증표 제시 등 「행정조사기본법」에서 정한 절차를 준수하여야 한다.

문제3

대한민국 국적의 A는 외국 국적의 B와 2024년 5월 13일 대한민국에서 혼인하고 적법한 절차에 따라 혼인신고를 하였으며 B는 2026년 9월 14일 대한민국에서 자녀 C를 출산하였다. A와 B는 행정사인 D에게 출생신고서의 작성을 부탁하였다. 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」상 출생신고의 기한 및 기재사항에 관하여 설명하시오. (20점)

I. 출생신고의 기한

「가족관계의 등록 등에 관한 법률」 제44조 제1항에 따르면 출생의 신고는 출생 후 1개월 이내에 하여야 한다. 따라서 C가 2026년 9월 14일 출생하였으므로, A와 B는 2026년 10월 14일까지 C의 출생신고를 하여야 한다.

II. 출생신고의 기재사항

출생신고서에는 다음의 사항을 기재하여야 한다(법 제44조 제2항).

1. 자녀에 관한 사항

자녀의 성명·본·성별 및 등록기준지를 기재하여야 한다.

또한 자녀의 이름에는 한글 또는 통상 사용되는 한자를 사용하여야 하며, 통상 사용되는 한자의 범위는 대법원규칙으로 정한다(법 제44조 제3항).

2. 출생의 구분

자녀가 혼인 중의 출생자인지 또는 혼인 외의 출생자인지를 기재하여야 한다.

사안에서 A와 B는 2024년 5월 13일 혼인하고 적법하게 혼인신고를 하였으며 C는 2026년 9월 14일 출생하였으므로, C는 혼인 중의 출생자에 해당한다.

3. 출생에 관한 사항

자녀의 출생 연월일시 및 장소를 기재하여야 한다.

따라서 C의 경우 2026년 9월 14일의 출생일과 출생시각 및 대한민국 내 출생장소를 기재하여야 한다.

4. 부모에 관한 사항

부모의 성명·본·등록기준지 및 주민등록번호를 기재하여야 한다.

다만 부 또는 모가 외국인인 경우에는 그 성명·출생연월일·국적 및 외국인등록번호를 기재하여야 한다.

따라서 사안에서 대한민국 국적자인 A에 대해서는 성명·본·등록기준지 및 주민등록번호를, 외국 국적자인 B에 대해서는 성명·출생연월일·국적 및 외국인등록번호를 기재하여야 한다.

5. 성·본에 관한 협의

「민법」 제781조 제1항 단서에 따른 협의가 있는 경우에는 그 사실을 기재하여야 한다.

6. 복수국적에 관한 사항

자녀가 복수국적자인 경우에는 그 사실 및 취득한 외국 국적을 기재하여야 한다.

따라서 C가 대한민국 국적 외에 외국 국적도 취득하여 복수국적자가 되는 경우에는 그 사실과 취득한 외국 국적을 출생신고서에 기재하여야 한다. 다만, 위 사안에서 C가 복수국적자인지는 부모가 소속한 국가의 국적 관련 법령에 따라 정해될 것이다.

III. 사안의 해결

C의 출생신고는 2026년 9월 14일 출생 후 1개월 이내인 2026년 10월 14일까지 하여야 한다.

출생신고서에는 C의 성명·본·성별·등록기준지, 혼인 중 또는 혼인 외의 출생자 여부, 출생의 연월일시 및 장소, 부모의 인적사항 등을 기재하여야 한다.

특히 B가 외국인이므로 B에 대해서는 일반적인 부모의 주민등록번호 등을 기재하는 대신 성명·출생연월일·국적 및 외국인등록번호를 기재하여야 한다. 또한 C가 복수국적자인 경우에는 그 사실 및 취득한 외국 국적을 기재하여야 한다.

따라서 A와 B로부터 출생신고서 작성을 의뢰받은 행정사 D는 위 사항을 갖추어 출생신고서를 작성하여야 한다.

문제4

「공공기관의 정보공개에 관한 법률」상 ‘부분 공개’의 내용 및 불복방법에 관하여 설명하시오. (20점)

I. 부분 공개의 의의

「공공기관의 정보공개에 관한 법률」(이하 ‘정보공개법’이라 한다) 제14조는 부분 공개에 관하여 규정하고 있다. 공개를 청구한 정보에 정보공개법 제9조 제1항 각 호의 비공개대상정보에 해당하는 부분과 공개가 가능한 부분이 혼합되어 있는 경우라도, 공개청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위에서 양자를 분리할 수 있다면 비공개대상정보에 해당하는 부분을 제외하고 공개하여야 한다. 따라서 비공개대상정보가 포함되어 있다는 이유만으로 해당 정보 전체를 비공개하여서는 안 되며, 공개 가능한 부분을 분리하여 부분적으로 공개하여야 한다.

II. 부분 공개의 요건 및 판단기준

부분 공개가 이루어지기 위해서는 ① 하나의 정보에 비공개대상정보와 공개 가능한 정보가 혼합되어 있을 것, ② 양자를 분리할 수 있을 것, ③ 공개가 공개청구의 취지에 어긋나지 아니할 것이라는 요건이 충족되어야 한다. 대법원은 비공개대상정보와 공개 가능한 부분을 분리할 수 있다는 것은 반드시 두 부분이 물리적으로 분리 가능한 경우만을 의미하는 것은 아니라고 본다. 즉, 당해 정보의 공개방법 및 절차에 비추어 비공개대상정보에 관련된 기술 등을 제외하거나 삭제하고 그 나머지 정보만을 공개하는 것이 가능하고, 그 나머지 부분만으로도 공개할 가치가 있다면 분리가 가능하다고 본다.⁴⁾ 따라서 비공개대상정보와 공개 가능한 정보가 혼합되어 있더라도 공개 가능한 부분만으로도 독립적인 정보로서 공개의 가치가 있다면 부분 공개하여야 한다.

III. 부분 공개 결정에 대한 불복방법

1. 이의신청

청구인은 정보공개와 관련한 공공기관의 부분 공개 결정에 대하여 불복이 있는 경우, 정보공개 여부의 결정 통지를 받은 날부터 30일 이내에 해당 공공기관에 문서로 이의신청을 할 수 있다(제18조 제1항). 또한 정보공개 청구 후 20일이 경과하도록 정보공개 결정이 없는 경우에는 그 20일이 경과한 날부터 30일 이내에 이의신청을 할 수 있다. 공공기관은 이의신청을 받은 날부터 7일 이내에 결정하고 그 결과를 지체 없이 문서로 통지하여야 하며, 부득이한 사유가 있는 경우 7일의 범위에서 그 기간을 연장할 수 있다(제18조 제3항).

2. 행정심판

청구인은 정보공개와 관련한 공공기관의 결정에 불복이 있는 경우 「행정심판법」에 따라 행정심판을 청구할 수 있다(제19조 제1항). 특히 정보공개법은 이의신청을 거치지 않고도 행정심판을 청구할 수 있도록 하고 있다(제19조 제2항). 따라서 이의신청은 행정심판의 필요적 전치절차가 아니다.

4) 대판 2004.12.9. 2003두12707

3. 행정소송

청구인은 정보공개와 관련한 공공기관의 결정에 불복이 있는 경우 「행정소송법」에 따라 행정소송을 제기할 수 있다(제20조 제1항).

따라서 부분 공개 결정에 대하여도 행정소송을 통하여 그 위법성을 다툴 수 있다.

판례에 따르면, 정보공개거부처분 또는 부분 공개 결정에 대한 소송에서 법원이 심리한 결과 비공개대상정보와 공개 가능한 부분이 혼합되어 있고 이를 분리할 수 있다고 인정하는 경우에는, 청구인이 청구취지를 변경하지 않았더라도 공개 가능한 정보에 관한 부분만의 일부취소를 명할 수 있다.⁵⁾

IV. 결론

정보공개법상 부분 공개는 공개청구 정보에 비공개대상정보와 공개 가능한 정보가 혼합되어 있더라도 양자를 분리할 수 있고 공개청구의 취지에 어긋나지 않는 경우에는 비공개대상정보를 제외한 나머지 부분을 공개하도록 하는 제도이다.

이때 분리 가능성은 물리적인 분리가능성만을 의미하는 것이 아니라, 비공개대상정보에 관련된 사항을 삭제·제외하고 나머지 정보만을 공개하는 것이 가능하며 그 나머지 부분에도 공개의 가치가 있는지를 기준으로 판단한다.

부분 공개 결정에 불복하는 청구인은 이의신청, 행정심판 또는 행정소송을 통하여 권리구제를 받을 수 있으며, 이의신청을 거치지 않고 바로 행정심판이나 행정소송을 제기할 수도 있다.

5) 대판 2004.12.9. 2003두12707