

행정행위

행정행위의 개념

- '행정청이 법 아래서 구체적 사실에 대한 법집행으로서 행하는 권력적 단독행위로서의 공법행위'
- 행정행위라는 개념은 행정청의 의사표시에 따라 법적 효과가 발생하고, 행정행위의 개념요소를 가지고 있는 모든 행정작용에 대한 공통된 법리를 설명하기 위하여 고안된 학문상의 도구개념

실정법상 처분개념

최광의	행정청이 행하는 모든 행위	사실행위 법적 행위: 사법행위+공법행위
광의	행정청이 행하는 공법행위	입법행위 사법행위 집행행위(협의의 행정행위)
협의	행정청이 법 아래서 구체적 사실에 대한 법집행으로서 행하는 공법행위	행정처분 공법상 계약 합동행위
최협의 (判, 通)	행정청이 법 아래서 구체적 사실에 대한 법집행으로서 행하는 권력적 단독행위인 공법행위	법률행위적 행정행위 준법률행위적 행정행위

쟁송법상 처분개념

- 행정심판법 제2조 제1항 제1호, 행정소송법 제2조 제1항 제1호

=====		
실체법상 행정행위개념	쟁송법상 처분개념	비고
행정청이 법 아래서	행정청이 행하는	의미 동일
구체적 사실에 대한	구체적 사실에 관한	의미 동일
법집행으로서 행하는	법집행으로서의	의미 동일
권력적 단독행위로서 공법행위	공권력의 행사 또는 그 거부와 그밖에 이에 준하는 행정작용	처분개념이 보다 넓다

행정행위의 개념징표

1. 행정청의 행위

행정행위는 행정청의 행위

여기의 행정청은 행정조직법상의 행정청을 의미 X

실질적으로 행정권을 행사하는 경우에는 행정청에 포함

공무수탁사인이 법령의 위임 받아 공적 권한을 행사?

→ 행정청에 해당된다.

**행정청이 법 아래서 구체적 사실에 대한 법집행으로서 행하는
권력적 단독행위로서의 공법행위**

행정행위의 개념징표

1. 행정청의 행위
2. 공법상의 행위

행위의 효과가 공법적이라는 것이 아님

행위의 근거가 좁은 의미의 행정법(공법적)이라는 것

3. 법적 행위

외부적으로 직접적인 법효과를 의도하는 의사표시

개인에 대해 직접적으로 권리, 의무를 발생 변경 소멸 등의 법적 효과를 가져오는 행위

**행정청이 법 아래서 구체적 사실에 대한 법집행으로서 행하는
권력적 단독행위로서의 공법행위**

행정행위의 개념징표

1. 행정청의 행위
2. 공법상의 행위
3. 법적 행위
4. 구체적 사실에 대한 행위

행정행위는 **구체적 · 개별적 법집행작용**

구체적 - 규율대상이 특정되었는가의 문제

행정행위는 특정사건에 대한 법집행작용

개별적 - 관련자가 특정되었는가의 문제

행정행위는 특정인에 대한 법집행작용

**행정청이 법 아래서 구체적 사실에 대한 법집행으로서 행하는
권력적 단독행위로서의 공법행위**

행정행위의 개념징표

1. 행정청의 행위
2. 공법상의 행위
3. 법적 행위
4. 구체적 사실에 대한 행위

5. 법집행행위로서 권력적 단독행위

- 권력적 단독행위 행정청이 우월한 지위에서 행하는 일방적인 행위
- 대등한 지위에서 행하는 행정작용(공법상 계약)과 구별
- 사인의 신청에 따른 행위도 행정청의 행위 자체는 일방적이므로 행정행위에 해당

**행정청이 법 아래서 구체적 사실에 대한 법집행으로서 행하는
권력적 단독행위로서의 공법행위**

행정행위의 한계

1. 자동적으로 결정되는 행정행위

- 행정행위가 자동장치에 의하여 이루어지는 경우
- 교통신호등, 학생의 학교배정
- 자동적으로 결정되는 행정행위도 행정의 개념요소를 구비하고 있으므로 행정행위

2. 일반처분

일반처분

- 특정사건에 대한 규율이지만 관련자가 특정되어 있지 않은 경우
- 법규명령과의 구별 - 규율대상과 범위가 시·공간적으로 확정될 수 있다(특정화가능성이 있음)
- 법적 성질 - 행정행위의 한 유형? (通)
집행행위와 입법행위의 중간영역?

일반처분의 종류

① 인적 일반처분

행정행위의 발령당시에는 인적범위가 특정되어 있지 않으나, 구체적인 경우에 있어서 일반적인 기준(예: 시위에 참가하는 자, 교통신호기를 지나는 자)을 근거로 특정되어질 수 있는 인적범위를 대상으로 하는 처분(예: 반정부시위에 대한 해산명령은 시위에 참여하는 자를 대상으로, 교통신호기에 의한 교통신호 등)

② 물적 일반처분

물적 일반처분이란 물건에 공법적 성격을 부여 · 변경 · 박탈하는 행정행위

특정 물건의 공법적 특성을 결정하는 행위

직접적으로는 물건의 법적 상태를 규율하지만 간접적으로 개인의 권리 · 의무를 설정하는 행위

- 도로에 대한 공용지정행위
- 문화재지정행위
- 주차금지구역 지정행위
- 개별공시지가결정

③ 이용규율의 일반처분

불특정 다수인에 의한 물건의 이용관계를 규율하는
행정행위

영조물 기타 공공시설의 이용에 관한 규율

- 교통표지판에 의한 교통제한 표시
- 일방통행구역표시
- 국립박물관·도서관의 이용규율

행정행위의 종류

- ❖ 대인적 행정행위 · 대물적 행정행위 · 혼합적 행정행위
- ❖ 일방적 행정행위 · 쌍방적 행정행위
- ❖ 수익적 행정행위 · 침익적 행정행위 · 복효적 행정행위
- ❖ 부분승인·예비결정·가행정행위

대인적 · 대물적 · 혼합적 행정행위

- 대인적 행정행위 : 사인의 주관적 사정을 고려
- 대물적 행정행위 : 행위의 대상인 물건이나 시설 고려
- 혼합적 행정행위 : 대인+ 대물적 행정행위의
- 구별의 실익 - 행정행위의 효과의 이전성(일신전속성)

일방적 행정행위 · 쌍방적 행정행위

- 쌍방적 행정행위 - 상대방의 협력을 전제로
 - 상대방의 신청을 요하는 행위(허가 · 특허 등)
 - 상대방의 동의를 요하는 행위(공무원의 임용)으로 구분
- 일방적 행정행위(독립적 행정행위)
 - 상대방의 협력없이 일방적으로 행하여지는 행정행위

수익적 · 침익적 · 복효적 행정행위

수익적 행정행위 - 상대방에게 권리 · 이익을 주는 것을 내용으로
(보조금의 지급, 허가, 특허)

침익적 행정행위 - 상대방에게 권리제한이나 의무부과 등의 불이익한
효과를 가져오는 행정행위 (영업정지, 영업취소, 부담의 부과)

복효적 행정행위(이중효과적 행정행위) - 수익 + 침익적 효과

- 혼효적 행위 - 효과가 동일인에게 귀속

(도로점용허가와 함께 도로점용료부과)

- 3자효 있는 행정행위 - 효과가 서로 다른 자에게 분리되어 귀속
(화장장의 설치와 인근주민)

구별의 실익

	수익적 행위	침익적 행위
법률의 유보	비교적 엄격하지 않다	비교적 엄격하다
절차	비교적 엄격하지 않다	비교적 엄격하다
신청	원칙적으로 신청을 전제로	신청과 무관하다
취소·철회	용이하지 않음 (상대방보호에서 다른 제한)	비교적 용이하다

제3자효 있는 행정행위

- : 행정행위의 효과가 일방에게는 수익적이나 타방에게는 침익적 효과를 갖는 행정행위
- 제3자의 권리의무에 영향을 미치므로 제3자의 의견제출과 같은 절차참여권이 필요
- 재량권수축에 따른 행정개입의무가 발생할 수 있음
- 법률상 이익이 있는 자는 소송제기 가능(원고적격확대를 가져옴)
- 판례: 건축법, 환경법상 이웃소송, 경업자소송, 경원자소송 등

제3자효 있는 행정행위의 행정실체법상 특징

① 제3자의 개인적 공권의 성립

제3자효 있는 행정행위로 행정의 상대방이 아닌 제3자에게도 공권성립 가능(주거지역에서 연탄공장설립을 허가하는 경우, 이웃주민에게 인정되는 환경권)

② 행정개입청구권

제3자효 있는 행정행위는 사인이 개인의 이익을 위해 행정권의 발동을 요구할 수 있는 행정개입청구권의 성립 문제 (폐기물을 무단으로 폐기하는 업자로 인해 고통을 받는 이웃주민이 행정청에게 폐기물제거를 명할 것을 구하는 권리)

③ 행정행위의 취소와 철회의 제한

행정행위의 취소·철회가 제3자의 법적 지위에도 영향을 미치는 경우에는 제3자의 이익도 고려해야 함 (상대방의 신뢰이익과 공익 형량)

제3자효 있는 행정행위의 행정쟁송법상 특징

① 심판청구인적격 · 원고적격의 인정

법률상 이익 있는 제3자는 행정심판법상 심판청구인적격(행심법§9)과 행정소송법상 원고적격 인정됨(행소법§ 12)

② 제3자의 행정심판 참가

행정쟁송 결과에 대하여 이해관계 있는 제3자는 행정쟁송에 참가 可 (행정심판법 §16 1 · 2항, 행소법 §16 1 · 3항)

③ 제3자의 집행정지신청권

제3자가 자신의 법률상 이익의 침해를 이유로 행정쟁송을 제기하는 경우 집행정지 신청가능(행심법 §21 2항, 행소법 §23 제2항).

제3자효 있는 행정행위의 행정쟁송법상 특징

④ 제3자와 불복제기기간

행정심판과 행정소송은 처분이 있는 날로부터 일정기간 내에 쟁송을 제기해야 하나 제3자효있는 행정행위에 있어서 제3자는 처분의 통지를 받지 않으므로 처분이 있음을 알지 못하기 때문에 불복제기기간 준수여부 판단에 있어서 특별한 취급을 받음

⑤ 재심청구

행정소송법상으로 제3자는 자기에게 책임 없는 사유로 소송에 참가하지 못함으로써 판결의 결과에 영향을 미칠 증거 등을 제출하지 못한 때에는 이를 이유로 확정된 종국판결에 대하여 재심의 청구를 할 수 있음 (행소법 §31 제1항)

부분승인·예비결정·가행정행위

- 부분승인(부분허가)

: 종국결정의 요건을 이루는 일부분에 대한 심사를 통하여 부분적 허가의 효과를 부여하는 행위

- 다단계적 행위에 있어 그 일분에 대해서만 결정하는 행정행위
- 다세대가구건축에 가분가능한 일분에 대한 허가 등

- 법적 성격

일부분에 대한 관계에서는 종국결정에 해당, 따라서 부분승인은 **행정행위**의 성격을 가짐(통)

판례도 '원자로시설부지사전승인처분' 을 '사전적 부분 건설허가' 라고 하면서 처분성을 인정한바 있음(대판 1998. 9. 4, 97누19588).

- 부분승인의 효과

- 승인 받은 범위 안에서 법령상 금지의 해제효과(허가)가 발생
- 부분승인은 최종적 결정(종국결정)에 대해 구속력을 가지므로 행정청은 종국결정에서 부분승인에서 판단한 내용과 상충되는 결정을 할 수 없음
- 원자력시설부지사전승인을 한 후 원자력발전소건축허가 신청에 대해 발전소부지가 원자력시설이 건설되기에 부적합하다고 판단하는 것은 불가

예비결정

: 중국적인 행정행위에 요구되는 여러 요건 중 일부 요건들에 대해
사전적으로 심사하여 내린 결정

- 최종결정 전에 전제요건이 되는 어떤 형식적 내지는 실질적 요건심사에 대한 중국적 판단으로 내려지는 결정
- 예비결정은 부분적인 금지 해제의 효과가 없다는 점에서 부분승인과 구별
- 원자료 및 관계시설의 건설허가 이전의 부지에 대한 사전승인
- 폐기물처리업의 허가 사전에 사업계획에 대한 적정통보
- 건축법 제10조 부지사전결정 & 폐기물관리법 제25조 사업계획서적정통보

건축법 제10조 (건축 관련 입지와 규모의 사전결정)

① 제11조에 따른 건축허가 대상 건축물을 건축하려는 자는 건축허가를 신청하기 전에 **허가권자에게** 그 건축물을 해당 대지에 건축하는 것이 이 법이나 다른 법령에서 허용되는지에 대한 **사전결정**을 신청할 수 있다.

폐기물관리법 제25조 (폐기물처리업) ①폐기물의 수집·운반 또는 처리를 업("폐기물처리업")으로 하려는 자는 환경부령으로 정하는 바에 따라 지정폐기물을 대상으로 하는 경우에는 **폐기물 처리 사업계획서를** 환경부장관에게 제출하고, 그 밖의 폐기물을 대상으로 하는 경우에는 시·도지사에게 **제출하여야 한다...**

② 환경부장관이나 시·도지사는 제1항에 따라 제출된 폐기물 처리사업계획서를 다음 각 호의 사항에 관하여 검토한 후 그 **적합 여부를** 폐기물 처리사업계획서를 제출한 자에게 **통보**하여야 한다.

1. 폐기물처리업 허가를 받으려는 자가 제26조에 따른 결격사유에 해당하는지 여부
2. 폐기물처리시설의 입지 등이 다른 법률에 저촉되는지 여부
3. 폐기물처리사업계획서상의 시설·장비와 기술능력이 제3항에 따른 허가기준에 맞는지 여부
4. 폐기물처리시설의 설치·운영으로 상수원 등 주변 환경에 미치는 영향

③제2항에 따라 **적합통보를 받은 자는** 그 통보를 받은 날부터 2년 이내에 환경부령으로 정하는 기준에 따른 시설·장비 및 기술능력을 갖추어 업종별로 시·도지사의 **허가를 받아야 한다.**

폐기물처리업 허가권자의 부적정 통보의 행정처분성

- [1] 폐기물처리업의 허가를 받기 위하여는 먼저 사업계획서를 제출하여 허가권자로부터 사업계획에 대한 적정통보를 받아야 하고, 그 적정통보를 받은 자만이 일정기간 내에 시설, 장비, 기술능력, 자본금을 갖추어 허가신청을 할 수 있으므로, 결국 부적정통보는 허가신청 자체를 제한하는 등 **개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하고 있어 행정처분에 해당한다.**

(대판 1998.4.28, 97누21086)

예비결정 -

예비결정의 효과

[2] 폐기물처리업의 허가에 앞서 사업계획서에 대한 적정·부적정 통보 제도를 두고 있는 것은 폐기물처리업을 하고자 하는 자가 스스로 시설 등을 설치하여 허가신청을 하였다가 허가단계에서 그 사업계획이 부적정하다고 판명되어 불허가되면 허가신청인이 막대한 경제적·시간적 손실을 입게 되므로, 이를 방지하는 동시에 허가관청이 미리 사업계획서를 심사하여 그 적정·부적정통보 처분을 하도록 하고, 나중에 **허가단계에서는 나머지 허가요건만을 심사하여 신속하게 허가업무를 처리하는데 그 취지가 있다.** (대판 1998.4.28, 97누21086).

가행정행위

: 사실관계와 법률관계의 계속적인 심사를 전제로
당해 행정법관계의 권리와 의무를 잠정적으로 확정하는 행위

- 최종 세액의 확정 전에 잠정적 세액결정 (차후 경정)
- 징계의결이 요구중인 공무원에 대한 잠정적 직위 해제
- 효과의 잠정성
- 종국적 결정에 의한 대체성(불가변력 불발생)
- 사실관계의 미확정성을 그 특징으로 함

- 법적 성격

비록 잠정적인 효과만을 갖는다고 하여도 그 자체가 하나의 행정행위로서의 성격을 갖는다(다수설)

- 법적 근거

가행정행위를 할 수 있다는 명시적 규정이 없는 경우에도 행정청에게 본처분 권한이 있으면, 가행정행위를 발령할 수 있다고 봄(다수설)

- 가행정행위의 효과

종국적 결정이 이전의 임시적 · 잠정적인 효력만 가짐

가행정행위는 종국적 결정에 의해 대체될 수 있음을 사인이 알았거나 알 수 있으므로 보호가치있는 신뢰가 있다 보기 어려움(신뢰보호원칙에 따른 보호를 주장할 수 없음)

- 법적 성격

비록 잠정적인 효과만을 갖는다고 하여도 그 자체가 하나의 행정행위로서의 성격을 갖는다(다수설)

- 법적 근거

가행정행위를 할 수 있다는 명시적 규정이 없는 경우에도 행정청에게 본처분 권한이 있으면, 가행정행위를 발령할 수 있다고 봄(다수설)

- 가행정행위의 효과

종국적 결정이 이전의 임시적 · 잠정적인 효력만 가짐

가행정행위는 종국적 결정에 의해 대체될 수 있음을 사인이 알았거나 알 수 있으므로 보호가치있는 신뢰가 있다 보기 어려움(신뢰보호원칙에 따른 보호를 주장할 수 없음)

불확정개념

- “공익” “위험” “상당한 이유” “질서”
- 불확정개념의 사용
 - 언제나 명확한 입법은 불가
 - 다양하고 가변적인 행정에 탄력성 부여를 위해 필요

재량과 불확정개념의 구분

행정법규 [요건규정] 만약~한다면 [효과규정] ~할 수 있다

개념

불확정개념

재량(결정재량+선택재량)

본질

법의 인식작용

법효과의 선택

사법심사

원칙: 사법심사 대상

원칙: 대상에서 제외

예외: 전문적 판단존중

예외: 재량일탈, 남용

(판단여지)

기속행위와 재량행위

- 기속행위 – 법규상의 구성요건이 충족되면 행정청이 반드시 어떠한 행위를 해야 함
- 재량행위 – 구성요건이 충족되어도 행정청이 선택할 수 있는 법효과가 여러 개인 경우 행정청이 가지는 선택과 결정의 자유
- 의무에 합당한 재량 – 법의 취지 목적 성질 등에 따라 → 아니면 재량하자

기속행위 재량행위의 구별필요성

1. 행정소송상 이유

재량행위의 경우 재량이 일정한 한계내에서 행사된 경우에는 사법심사를 하지 않고, 재량권의 일탈·남용이라는 재량의 하자가 있는 경우에만 위법성 심사

2. 부관의 가능성

요건충족적 부관은 기속행위에도 붙일 수 있고, 재량행위에도 부관을 붙일 수 없는 경우도 있음

부관의 가능성과 관련하여서는 구별의 필요성 없음(통)

기속행위와 재량행위의 구별기준

- 요건재량설
 - 법률요건 해당여부에 관한 행정청의 판단에 재량
 - 법률요건 부분이 공백규정이거나 행정의 종국목적인 '공익상의 필요' 만을 규정하고 있는 경우는 재량행위
 - 법률요건 부분이 중간목적을 규정하고 있는 경우는(예: 교통상의 안전 · 식품의 위생 등) 기속행위로 봄
- 효과재량설
 - 재량은 일정사실의 법률요건의 판단에 있는 것이 아니라 법률효과의 선택에 있다봄
 - 침익적 행위는 기속행위, 수익적 행위는 법규상 또는 해석상 특별한 기속이 없는 한 재량행위
- 판단여지설 – 기준?
- 종합설

판단여지

- 불확정개념과 관련하여 사법심사가 곤란한 행정청의 평가영역 · 결정영역이 있다고 보는 입장
 - 판단여지는 법률요건 부분에 있어서의 법인식의 문제이므로, 법률효과 부분에 있어서의 법률효과 선택의 문제인 재량과는 구별되어야 한다는 것이 다수설임
- 인정영역
 - 비대체적 결정, 구속적인 가치평가, 예측적 결정, 행정정책적 결정

판단여지는 법률요건 부분의 문제, 재량개념은 효과부분의 문제

판단여지의 인정영역

- 비대체적 결정 - 시험결정, 학교에서의 유급결정, 상급공무원에 의한 인사고과 및 승진결정 등 상황의 반복의 불가능성 & 행정의 특수한 전문적 지식의 측면에서 사법심사가 제한
- 구속적인 가치평가 - 청소년유해도서 판정, 교과서검인정 등 특별하게 구성된 독립위원회에 의한 구속적 가치평가 등
- 예측적 결정 - 행정기관의 경제적 예측, 환경행정에 있어서의 위해의 평가 등
- 행정정책적 결정 - 경제정책, 복지정책, 교통정책 등의 행정정책적인 결정들이 불확정개념과 결부될 때에도 사법심사가 제한

판단여지의 한계

- 판단여지가 인정되는 경우에도
 - ① 절차규정 준수여부
 - ② 정당한 사실관계에서 출발하였는지 여부
 - ③ 행정법의 일반원칙의 준수여부
 - ④ 사안과 무관한 고려 또는 자의성 개입여부 등
- 판단여지의 한계준수 여부에 대하여는 사법심사가가능

기속행위와 재량행위의 구별기준

- 요건재량설
- 효과재량설
- 판단여지설 - 기준?
- 종합설 - 재량은 법률효과와 관련된다는 전제하에 기속행위와 재량행위의 구분은 법령의 규정방식, 그 취지·목적, 행정행위의 성질 등을 종합적으로 고려하여 구체적 사안마다 개별적으로 판단해야 한다는 견해 (통)
- 판례 - 기속행위와 재량행위의 구별은 당해 처분의 근거가 된 규정의 형식이나 체제 또는 문언, 당해 행위가 속하는 행정분야의 주된 목적과 특성, 당해 행위 자체의 개별적 성질과 유형 등을 모두 고려하여 판단하여야 한다(대판 1998. 9. 8, 98두8759).

재량하자

- 재량권이 주어진 목적과 한계를 벗어나서 행사된 경우를 의미
- 재량하자의 유형
 - **재량권의 일탈** - 법령상 주어진 재량의 한계를 벗어난 재량행사(예: 법령에서 정한 액수 이상의 과태료 부과, 법령은 과태료부과만을 예정, 행정청이 영업허가취소한 경우).
 - **재량권의 남용** - 법령상 주어진 재량권의 범위내에서 재량권이 행사되었으나 재량권을 부여한 목적에 반하여 재량행사가 이루어지는 경우
 - ① 행정법의 일반원칙에 반하는 재량행사
 - ② 재량권부여의 목적에 반하는 재량행사(개인감정고려)
 - ③ 사실오인에 기인한 재량행사 등