

절차 하자의 위법성

조정근 (행정법 전문변호사/서울회/법무법인 리움)

통상 행정청에서 행정처분을 할 때 문제의 소지가 있는 경우 관련 부서의 의견 수렴 및 법률 자문 등 내부 검토를 거치기 때문에 행정소송에서 처분의 실제적 위법성을 인정받기는 쉽지 않다.

이런 경우 행정처분의 전후를 자세히 살펴보면 더 쉽게 실마리를 찾을 수 있다. 실제 행정처분이 행해지기 전에 거쳐야 하는 절차 중 하나를 거치지 않았거나, 거쳤으나 절차의 하자가 있는 경우에 그렇다.

법원은 취소소송의 대상이 된 처분이 절차상 위법한 경우 해당 처분의 실제법상의 위법 여부를 따지지 않거나 실제법상 적법하더라도 절차상의 위법만을 이유로 취소할 수 있다고 해서 절차

의 하자를 독자적 위법사유로 보는 입장을 취하고 있고 기속행위의 경우도 마찬가지이다. 행정법원 판결 중에는 처분이 절차적으로 위법하다고 보는 이상 실제적 위법 사유에 대한 원고의 주장에 대해 판단조차 하지 않는다고 판시한 경우도 있다.

위와 같이 법원이 절차의 하자를 독자적 위법사유로 보고 있는 이상, 행정처분의 절차적 위법성에 대한 검토를 소홀히 해서는 안 된다. 절차적 위법성 여부를 검토할 때 주요 확인사항을 살펴보면 다음과 같다.

먼저 처분의 사전통지 및 의견제출 기회를 부여했는지 여부이다. 행정절차법 제21조 제1항, 제4항, 제22조 제3항에

의하면, 행정청이 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 처분의 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거, 처분에 대한 당사자의 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리 방법 등의 사항을 당사자 등에게 통지하여야 한다. 또한 다른 법령 등에서 필수적으로 청문을 실시하거나 공청회를 개최하도록 규정하고 있지 않은 경우에도 당사자 등에게 의견 제출의 기회를 주어야 한다. 이를 결여한 경우에는 위법한 처분으로서 취소대상이 된다.

처분의 절차적 위법성 주장에서 빠지지 않는 것이 이유제시의 흠결이다. 행정절차법 제23조는 처분의 이유제시의 무에 대해 규정하고 있다. 또한 법원은 이유제시가 누락된 처분을 취소대상으

로 보고 있다. 다만 행정청이 이유를 전혀 제시하지 않는 경우는 실무상 거의 없고 보통 이유제시가 불충분할 경우 이유제시의 흠결로 위법하다는 주장할 수 있다.

그 밖에 행정절차법에 따른 처분의 방식(행정절차법 제24조), 고지의무(행정절차법 제26조) 이행 여부도 살펴봐야 한다. 행정소송에서 절차의 하자 주장을 하면 행정청에서 뒤늦게 사전통지 및 의견제출 기회부여절차를 이행하는 경우도 있다. 의견진술절차는 행정행위가 행하여지기 전에 이루어져야 처분 전에 방어기회를 준다는 등 인정이유를 충족시킬 수 있기 때문에 하자가 치유되지 않는다고 봄이 타당하다.

(출처/대한변협신문)