

## 확인적 행정행위로서의 중간적 처분에 관한 법리의 재구성

### - 입찰참가자격제한요청과 그에 따른 입찰참가자격제한처분의 관계를 중심으로 -

임 성 훈\*

#### 〈국문초록〉

대법원은 중간적 행정작용에 대하여 분쟁의 조기해결을 이유로 처분성을 확대하여 오던 중 최근에는 이에 대하여 ‘확인적 행정행위’라고 명명(命名)하고 있다. 이렇게 처분성이 인정되는 중간적 행정작용은 확인적 행정행위로서의 중간적 처분으로서 실체법적 처분에 해당하는 것으로 볼 수 있다. 대법원이 최근에 처분성을 인정한 입찰참가자격제한요청도 ‘다단계 행정행위’ 또는 ‘특정한 법적 효과의 발생을 위한 구성요건에 해당하는 행정활동’에 해당하는 것으로서 그 자체로 실체법적 처분에 해당한다.

종래 대법원 판례는 중간적 행정작용에 대하여 처분절차 준수 여부에 따라 실체법적 처분 또는 재송법적 처분이 될 수 있다는 입장을 보이기도 하였으나, 행정소송법과 행정절차법에서 동일한 처분 개념을 사용하고 있는 현 상황에서 행정기본법 제15조에 따라 처분에 유효하게 통용되는 효력이 인정되는 이상, 그러한 효력이 인정되지 않는 ‘재송법적 처분’의 입지는 좁아질 수밖에 없다. 이러한 점에서, 최소한 중간적 행정작용의 처분성 인정에 있어서는 ‘확인적 행정행위’라는 실체법적 처분 개념을 적극 활용할 필요도 있다.

중간적 처분인 입찰참가자격제한요청은 최종적 처분인 입찰참가자격제한처분의 일부에 해당하므로, 대법원 판례상 인정되는 흡수론에 의거 전자가 후자에 흡수되는 관계인지가 문제된다. 중간적 처분과 최종적 처분은 각각 별개의 처분으로서 별도의 법적 효력을 가진다는 점에서, 그리고 흡수론을 인정할 실질적 타당성도 크지 않다는 점에서, 전자는 후자에 흡수되지 않는다고 보아야 한다. 이 경우 입찰참가자격제한요청 이후 입찰참가자격제한처분이 있더라도 입찰참가자격제한요청에 대한 취소소송의 소의 이익이 상실되지 않고, 입찰참가자격제한요청에 대한 취소판결이 확정되면 그 판결의 기속력에 의거 입찰참가자격제한처분은 직권취소의 대상이 된다.

마지막으로 확인적 행정행위로서의 중간적 처분에 대하여 불가쟁력이 발생한 경우 최종적 처분에 중간적 처분의 하자가 승계되는지의 문제는 ‘확인적 행정행위’의 특수성을 고려하는 한편, 중간적 처분에 대한 행정법관계의 조기확정의 필요성을 감안하여 중간적 처분의 법적 성질과 내용, 그 효력 범위에 따라 하자의 승계

\* 법학박사, 서강대학교 법학전문대학원 부교수

의 인정범위 및 인정사유는 달리 판단될 수 있다. 입찰참가자격제한요청의 경우는 제재적 성격을 가지는 입찰참가자격제한처분의 전제조건이 된다는 점 및 특정한 상대방에 대하여 특정한 사안에만 적용된다는 점에서 우리 판례상 하자의 승계 인정 사유인 ‘서로 결합하여 1개의 법률효과를 완성하는 경우’에 해당한다고 보아 하자의 승계가 인정된다고 볼 수 있다.

주제어 : 중간적 처분, 확인적 행정행위, 하자의 승계, 흡수론, 입찰참가자격제한

• 투고일 : 2023.07.06. / 심사일 : 2023.07.23. / 게재확정일 : 2023.07.27.

## I. 들어가며

공공조달계약에서는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘공정거래법’이라 한다)<sup>1)</sup> 또는 「하도급거래 공정화에 관한 법률」(이하 ‘하도급법’이라 한다)<sup>2)</sup>을 위반한 경우 공정거래위원회의 입찰참가자격제한요청에 따라 중앙관서의 장 또는 지방자치단체의 장이 입찰참가자격제한을 하는 제도를 두고 있다.<sup>3)</sup> 그렇다면 공정거래위원회의 입찰참가자격제한요청에 따라 입찰참가자격제한처분이 이루어지는 경우 위 요청행위의 처분성을 인정할 수 있는가? 대법원은 공정거래법 위반에 따른 요청행위에 대하여는 행정기관 상호간의 행위에 불과한 것으로 보아 처분성을 인정하지 않았다.<sup>4)</sup> 반면 하도급법 위반에 따른

- 1) 공정거래법 위반과 관련하여 명시적인 입찰참가자격제한요청의 근거는 찾기 어려우나, 공정거래법 제121조 제3항의 협조의뢰에 관한 규정이 요청의 근거로 적용된다.
- 2) 하도급법 제26조 제2항에 입찰참가자격제한요청에 관한 명시적인 근거를 두고 있다.
- 3) 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 ‘국가계약법’이라 한다) 제27조 제1항 제5호, 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 ‘지방계약법’이라 한다) 제31조 제1항 제5호. 참고로 국가계약법 제27조 제1항 제6호 및 지방계약법 제31조 제1항 제6호는 중소벤처기업부장관의 입찰참가자격제한의 요청에 관하여 규정하고 있으나, 그 요청의 근거가 되는 「대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률」 제27조 제7항은 2023. 3. 28. 법률 제19317호로 삭제되어, 현재는 공정거래위원회의 입찰참가자격제한요청만 남아 있는 상태이다.
- 4) 대법원 2000. 2. 11. 선고 98두5941 판결. 이 대법원 판결은 원심판결의 이유를 수긍하였는데, 원심판결은 입찰참가자격제한요청에 대하여 각 행정기관이 기속된다는 법문상의 규정이 없다는 점을 그 이유로 실시하였으나, 국가계약법령에 따르면 공정거래위원회의 입찰참가자격제한요청이 있는 경우 중앙관서의 장은 입찰참가자격을 제한하여야 하므로 이러한 실시는 부정확하다는 점에 관하여는 강정희, “하도급법 위반에 따른 벌점 부과 및 입찰참가자격제한요청 결정에 대한 쟁송법적 검토 - 대법원 2023. 1. 12. 선고 2020두50683 판결, 2020두50690, 2020두54890 판결 및 대법원 2023. 2. 2. 선고 2020두48260 판결을 중심으로 -”, 「경쟁법연구」 제47권, 한국경쟁법학회, 2023, 330면 참조.

요청행위에 대하여는 최근에 ① 그 요청을 받은 관계 행정기관의 장은 입찰참가자격을 제한하는 처분을 하여야 하므로, 입찰참가자격제한요청으로 장래에 입찰참가자격이 제한될 수 있는 법률상 불이익이 존재하고, ② 따라서 입찰참가자격제한처분에 대하여만 다룰 수 있도록 하는 것보다는 그에 앞서 직접 입찰참가자격제한요청 결정의 적법성을 다룰 수 있도록 함으로써 분쟁을 조기에 근본적으로 해결하도록 하는 것이 법치행정의 원리에도 부합한다고 하면서, 입찰참가자격제한요청에 대한 처분성을 인정하였다.<sup>5)</sup>

입찰참가자격제한요청은 최종적 처분인 입찰참가자격제한에 선행하여 이루어지는 중간적 행정작용이라고 할 수 있다. 이러한 중간적 행정작용에 대하여 대법원은 처분성을 확대하여 인정하는 추세이고,<sup>6)</sup> 하도급법 위반에 따른 입찰참가자격제한요청의 처분성을 인정한 최근 대법원 판결도 그 연장선상에 있다. 이와 같이 중간적 행정작용을 단순히 행정 내부적인 것에 그치는 것으로 보지 아니하고 그에 대하여 처분성을 인정하는 경우 이는 ‘중간적 처분’이라 할 수 있다. 그런데 이러한 중간적 처분과 최종적 처분의 관계, 특히 중간적 처분의 하자가 최종적 처분에 승계되는지에 대한 면밀한 검토가 필요하다. 대법원은 중간적 처분인 사업종류 변경결정의 처분성을 인정하면서, 사업종류 변경결정의 하자를 산재보험료 부과처분에서 주장할 수 있는지와 관련하여 행정절차법에서 정한 처분절차를 준수함으로써 사업주에게 방어권행사 및 불복의 기회가 보장된 경우에는 ‘실체법적 처분’에 해당하여 그 위법성을 주장할 수 없으나, 그러한 기회가 보장되지 않은 경우는 ‘쟁송법적 처분’으로 사업종류 변경결정의 하자를 산재보험료 부과처분에서 주장할 수 있다고 하였다(이 대법원 판결을 이하 ‘사업종류 변경결정 대법원 판결’이라 한다).<sup>7)</sup> 이러한 대법원 판결의 법리에 따르면, 관련 행정절차가 준수된 입찰참가자격제한요청<sup>8)</sup>은 ‘실체법적

5) 대법원 2023. 2. 2. 선고 2020두48260 판결. 이 판결은 입찰참가자격제한요청의 처분성 인정의 근거로 “입찰참가자격제한을 요청받은 관계 행정기관의 장은 특별한 사정이 없는 한 그 사업자에 대하여 입찰참가자격을 제한하는 처분을 하여야 하므로, 사업자로서는 입찰참가자격제한요청 결정이 있으면 장차 후속 처분으로 입찰참가자격이 제한될 수 있는 법률상 불이익이 존재”한다는 점을 제시한다. 공정거래법 위반으로 입찰참가자격제한요청을 받는 경우에도 위에서 본 바와 같이 하도급법 위반으로 입찰참가자격제한요청을 받는 경우와 동일하게 요청을 받은 중앙관서의 장은 입찰참가자격제한처분을 하여야 한다는 점에서, 입찰참가자격제한요청의 근거가 공정거래법 위반인지 하도급법 위반인지에 따라 처분성 판단을 달리 할 실질적인 이유가 있다고 보기는 어렵다.

6) 강정희, 앞의 글, 319면; 이상덕, “지방계약과 판례법 - 사법상 계약, 공법상 계약, 처분의 구별을 중심으로 -”, 『홍익법학』 제19권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2018, 32면 참조.

7) 대법원 2020. 4. 9. 선고 2019두61137 판결

8) 대법원 2023. 2. 2. 선고 2020두48260 판결의 원심판결인 서울고등법원 2020. 8. 13. 선고

처분'에 해당되고, 만약 그 요청에 따른 입찰참가자격제한처분이 이루어진 경우에는 입찰참가자격제한요청에 대하여 취소소송을 제기하지 않은 경우 그 요청의 하자는 최종적 처분인 입찰참가자격제한처분에서 주장하지 못하게 된다. 이러한 결과가 타당하다고 볼 수 있는가?

이에 대하여는 쟁송법적 처분이라 하더라도 행정법관계를 조기에 확정할 필요가 있고, 행정청이 자신의 태도 여하에 따라 자신의 행정작용이 실체법적 처분이 될 수 있음을 자각하면서 행정절차법상 처분절차를 이행할 필요가 있다는 견해가 있는 반면,<sup>9)</sup> 하나의 중간적 행정처분이 실체법적 처분이 될 수도 있고 절차법적 처분이 될 수도 있다는 법리를 비판하는 입장이 있는데, 이는 ① 쟁송법적 처분이 처분절차가 준수되었다는 이유로 실체법적 처분으로 바뀔 수는 없으므로 쟁송법적 처분인 중간적 처분의 하자는 승계된다는 견해<sup>10)</sup>와 ② 처분절차 미준수로 인하여 처분의 법적 성격이 쟁송법적 처분으로 바뀐다고 보기 어렵다고 하면서, 대법원이 사업종류 변경결정에 대하여 확인적 행정행위로 보는 이상<sup>11)</sup> 행정절차법 미준수를 용인할 필요성은 사라진 것 아닌가라는 의문을 제기하는 견해<sup>12)</sup>가 있다.

이상의 논의에 비추어 보면, 중간적 처분의 법적 성격(쟁송법적 처분인지 실체법적 처분인지) 및 하자의 승계 여부에 관하여는 면밀한 검토가 필요하다. 특히 ① 중간적 처분이 쟁송법적 처분이 될 수도 있고 실체법적 처분이 될 수도 있는지, 아니면 실체법적 처분으로만 보아야 하는지, ② 중간적 처분을 실

2019누41906 판결에 따르면, 피고는 원고에게 별점 부과내역 및 그에 대하여 이의가 있거나 별점 경감점수가 있는 경우 등 소명할 사항이 있으면 제출하라는 내용의 통지를 하였고, 그 후 피고의 심사관은 원고로부터 소명자료를 제출받은 후, 원고의 입찰참가자격제한 요청 사건에 관한 심사보고서를 작성하여 원고에게 송부하였으며, 심의과정에서 원고 측이 피심인으로 출석하여 의견을 진술하였고, 피고는 결정서를 작성하여 원고에게 송부하였다.

9) 이상덕, 앞의 글, 37-38면.

10) 이승민, “‘중간적 행정결정’과 항고소송의 대상적격”, 『저스티스』 제184호, 한국법학원, 2021, 286면; 최계영, “하자의 승계와 쟁송법적 처분”, 『행정판례연구』 27-1집, 박영사, 2022, 92면.

11) ‘사업종류 변경결정 대법원 판결’은 사업종류 변경결정의 처분성을 인정하면서, “사업종류 결정의 주체, 내용과 결정기준을 고려하면, 개별 사업장의 사업종류 결정은 구체적 사실에 관한 법집행으로서 공권력을 행사하는 ‘확인적 행정행위’라고 보아야 한다.”라고 실시하였다. 이에 대하여 ‘구체적 사실에 관한 법집행으로서 공권력 행사’라는 처분의 개념요소와 확인적 행정행위라는 행정행위의 성질은 직접적인 관련성이 부족하다고 하면서 그 이론구성에 의문을 제기하는 견해로는 장윤영, “근로복지공단에 의한 사업종류 변경결정의 처분성 - 프랑스 월권소송의 대상 확대에 관한 최근의 사례와 관련하여 -”, 『행정판례연구』 25-1집, 박영사, 2020, 259면 참조.

12) 박원정, “행정소송법 개정과 항고소송의 대상적격”, 『행정법학』 제22호, 한국행정법학회, 2022, 37-38면.

체법적 처분으로 보는 경우 행정법관계의 조기확정을 위하여 하자의 승계가 일률적으로 인정될 수 없는 것인지를 기존의 하자의 승계에 관한 법리에 비추어 살펴보아야 한다.

다른 한편으로는 대법원은 일정한 경우 선행처분이 후행처분에 흡수된다는 논리형 소익이론을 발전시켜 왔는데,<sup>13)</sup> 입찰참가자격제한요청은 입찰참가자격 제한처분의 요건이 된다는 점에서 위 요청은 위 처분에 포함되는 관계에 있어 흡수된다고 볼 수 있다. 이 경우 입찰참가자격제한요청의 위법성은 나중에 내려진 입찰참가자격제한처분의 취소를 구하는 소송에서 다투면 된다.<sup>14)</sup> 이와 같이 중간적 처분이 최종적 처분에 흡수되는 관계에 있는 경우에는 행정법관계를 조기에 확정할 필요에서 중간적 처분을 실체법적 처분으로 인정하더라도 결과적으로는 중간적 처분의 하자를 최종적 처분에서 다룰 수 있어 사실상 하자의 승계가 인정되는 상황이 발생할 수 있다는 점에서 논리적 소익이론에서의 흡수론도 함께 검토할 필요가 있다.

중간적 처분은 그 자체로는 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 법적 효과를 가지지 못하므로 실체법적 처분으로 보는 경우에도 명령적 행정행위나 형성적 행정행위로 보기는 어렵고 확인적 행정행위만 될 수 있다. 대법원은 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 행정작용이 아닌 경우에 처분성을 확대하면서 사업종류 변경결정 이외의 경우에도 ‘확인적 행정행위’라는 표현을 여러 차례 사용하고 있다.<sup>15)</sup> 이러한 관점에서 보면 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것이 아닌 행정작용으로서 대법원이 처분성을 확대 인정하는 행정작용으로서 중간적 처분은 ‘확인적 행정행위’에 해당하는 것으로 볼 수 있다. 그리고 대법원이 제시한 확인적 행정행위에 관한 법리의 검토는 우선적으로 독일 행정법상 ‘확인적 행정행위(Feststellender Verwaltungsakt)’를 출발점으로 삼을 수

13) 김중보, “항고소송에서 협의의 소익”, 『행정법연구』 제63호, 행정법이론실무학회, 2020, 104-105면.

14) 대법원 1998. 9. 4. 선고 97누19588 판결 참조(원자로 및 관계 시설의 부지사전승인처분은 건설허가처분에 흡수되는 관계에 있고, 부지사전승인처분의 위법성은 건설허가처분의 취소를 구하는 소송에서 이를 다투면 된다)

15) ‘사업종류 변경결정 대법원 판결’ 이외에 확인적 행정행위라는 표현을 사용한 최근 대법원 판결을 다음과 같다. 대법원 2020. 1. 16. 선고 2019다264700 판결에서는 국방장관명령에 의한 연구개발확인서 발급을 경쟁입찰에 부치지 않고 수의계약의 방식으로 국방조달계약을 체결할 수 있는 지위(경쟁입찰의 예외사유)가 있음을 인정해 주는 ‘확인적 행정행위’라고 하였다. 대법원 2021. 12. 30. 선고 2018다241458 판결에서는 총포화약법 규정에 의하여 안정도시험 대상자에 해당하나 그 시험의무를 이행하지 않는 경우에 경찰청장 또는 지방경찰청장이 그 대상자에 대하여 일정 기한 내에 안정도시험을 받으라는 통고하는 것은 안정도시험의 대상이라는 것을 확인해 주는 ‘확인적 행정행위’라고 하였다.

있다. 그리고 공정거래위원회의 입찰참가자격제한요청에 따른 중앙관서의 장 또는 지방자치단체의 장의 입찰참가자격제한처분은 여러 행정기관의 단계적 관여라는 점에서 독일 행정법상의 ‘다단계 행정행위(Mehrstufiger Verwaltungsakt)’의 논의도 참고할 수 있다.

따라서 이하에서는 우선 독일 행정법상 확인적 행정행위 및 다단계 행정행위에 관한 법리를 살펴 본 후, 이를 기초로 행정청이 중간적 행정작용을 함에 있어 실체법적 처분과 쟁송법적 처분을 선택할 수 있는지 여부 및 확인적 행정행위의 판단 기준 및 법적 효과, 그리고 확인적 행정행위로서 중간적 처분의 법적 성격을 실체법적 처분으로 보아야 하는지 쟁송법적 처분으로 보아야 하는지에 관하여 규명한다(II). 다음으로 확인적 행정행위로서의 중간적 처분이 실체법적 처분으로 인정되는 경우 논리적 소익이론에서의 흡수론이 적용되면 하자의 승계에 대한 논의의 실익이 없다는 점에서, 하자의 승계에 앞서 확인적 행정행위로서의 중간적 처분에 대한 흡수론 적용 여부에 관하여 검토한다(III). 이후 흡수론이 적용되지 않는 경우 중간적 처분의 하자가 최종적 처분에 승계되는지와 관련하여 우리나라의 하자의 승계에 관한 법리에 의거 ① 중간적 처분과 최종적 처분이 서로 결합하여 1개의 법률효과를 완성되는 경우, ② 중간적 처분과 최종적 처분이 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하는 경우, ③ 위 ②에 해당하는 경우이지만 중간적 처분의 최종적 처분에 대한 구속력을 인정할 수 없는 경우 중 어디에 해당하는지 라는 기준을 적용하여, 중간적 처분인 입찰참가자격제한요청의 위법성을 최종적 처분인 입찰참가자격제한 처분에 대한 쟁송에서 주장할 수 있는지에 관하여 살펴본다(IV).

## II. 중간적 처분의 법적 성격 - 실체법적 처분으로서의 확인적 행정행위

### 1. 독일 행정법상의 논의

#### 1) 확인적 행정행위

독일 행정법상 행정행위에 해당하기 위해서는 개별사안에 대한 규율(Regelung)에 해당하여야 한다. 확인의 경우에도 단순히 선언적 효력(deklaratorische Wirkung)만 가지는 것이 아니라, 이를 통하여 불명확성을 제거하고 일반추상

적인 법률을 구속력 있게 구체화하면,<sup>16)</sup> 개별사안에서의 법적 관계를 확정하는 것으로서 이는 규율<sup>17)</sup>에 해당하므로,<sup>18)</sup> 독일에서는 개별사안에서의 권리나 자격을 직접적인 법적 효력을 가지고 구속력 있게 확인하는 행정행위로서 확인적 행정행위가 인정되어 왔다.<sup>19)</sup>

확인적 행정행위는 명령이나 금지를 발생시키는 것은 아니지만, 존속력 있는 법적 상태를 확정하고 다른 행정활동의 기초가 되므로 중대한 결과를 발생시킬 수 있다는 점에서,<sup>20)</sup> 법률유보원칙상 침익적 성격을 가지는 확인적 행정행위는 법적인 수권이 필요하다.<sup>21)</sup> 다만 확인적 행정행위의 법적인 수권은 해석을 통한 수권도 가능한 것으로서, 법에서 명령이나 금지를 규정한 경우, 그 규정이 명령이나 금지와 관련한 구속력 있는 확인을 하는 권한까지 포함한 것으로 해석되면,<sup>22)</sup> 확인적 행정행위에 대한 법적 수권이 있다고 보는 것이 독일의 통설이다.<sup>23)</sup> 당사자가 자신의 권리나 법적 지위에 관하여 행정청에 확인을 구한 경우, 그 확인의 대상이 행정청의 처분권한 내에 속하고 확인의 정당한 이익이 있는 경우에는 개별적인 법적 근거 없이도 확인하는 행정행위를 할 수 있으나, 확인을 신청한 권리나 법적 지위가 없다는 구속력 있는 확인을 하는 경우에는 법적인 수권이 필요한데, 이 경우에도 해석을 통한 수권이 가능하다.<sup>24)</sup> 효력의 측면에서는 형성적 행정행위와 확인적 행정행위는 동일하게 취

16) 법률규정을 상세하게 설명하는 법상태에 관한 지시(Hinweise)로서 개별사안에 대한 구속적인 구체화(verbindliche Konkretisierung)가 아닌 경우에는 확인적 행정행위에 해당하지 않는다. Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz, 1. Aufl., Nomos, 2014, §35 Rn. 92.

17) 형성적 효과는 확인하는 부분(법상태를 개별사안에 확정시키는 작용)과 법상태를 변경하는 부분으로 구성된다. 행정행위에서의 규율은 반드시 법상태의 변경을 전제로 하지는 않는다. Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht VwVfG, 3. EL., C.H.Beck, 2022, §35 Rn. 166.

18) Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., de Gruyter, 1979, S. 147.

19) Mann/Sennekamp/Uechtritz, a.a.O., §35 Rn. 20.

20) Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, 59. Edition, C.H.Beck, 2023, §35 Rn. 67.

21) Knack/Henneke, VwVfG, 11. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2020, §35 Rn. 136.

22) 행정청에 위험방지 조치의 수권을 하는 규범은 대개는 위험방지에 관한 확인결정을 하는 권한을 포함하는 것으로서, 특정한 물건에 관하여 법적 의무가 발생한다거나 특정한 위험에 관하여 특정인이 책임을 부담한다는 확인은 적절한 위험방지조치가 될 수 있고, 입법자가 행정부에 명령적·형성적·확인적 행정행위를 할 권한을 부여한 경우에는 이러한 수권은 그 행정행위에 관한 개별적인 선결문제나 법률관계의 일부를 규율하는 확인적 행정행위에도 미친다는 견해로는 Kracht, Feststellender Verwaltungsakt und konkretisierende Verfügung : Verwaltungsakte zur präventiven Regelung, Konkretisierung und Durchsetzung gesetzlicher Rechte und Pflichten, Duncker & Humblot, 2002, S. 695.

23) Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. Aufl. C.H.Beck, 2011, §35 Rn. 24a.

24) Kopp/Ramsauer, a.a.O., §35 Rn. 25.

소소송의 대상이 되고, 존속력을 가진다.<sup>25)</sup> 그리고 확인적 행정행위가 불명확한 사실이나 법상태에 대하여 구속력 있는 확인을 하는 내용에 대하여도 구성요건적 효력이 인정된다.<sup>26)</sup> 법상태에 부합하지 않는 확인이라 하더라도 그 구속력 있는 규율의 효과로 구체적인 법관계에서 행위의무는 확인한 대로 발생하는 것으로 취급되고, 이렇게 보면 형성적 행정행위와 확인적 행정행위는 규율행위가 실제적 법상태에 대하여 가지는 관계에서는 차이가 있으나, 구속력의 종류에서는 차이가 없다.<sup>27)</sup>

한편 법적 불확실성에 대한 행정청의 확인이 항상 확인적 행정행위가 되는 것은 아니고 구속력이 있어야 하는 것으로, 단순한 의견표명이나 통지는 이에 해당하지 않는다.<sup>28)</sup> 행정청이 법적 관계나 권리의무를 확인하는 행위가 행정청의 인식이나 의견의 전달에 불과한 단순한 확인(einfache Feststellung)인지 아니면 구속력 있게 확인하는 확인적 행정행위로서의 규율하는 확인(regelnde Feststellung)인지는 행정행위에 관한 일반적인 해석기준에 따라 판단된다.<sup>29)</sup> 구속력 있는 확인에 관한 명시적인 법률의 규정, 특별한 확인 절차가 있는 경우 확인적 행정행위가 인정된다.<sup>30)</sup> ① 법적 구속력을 가지고 행정행위로 의도된 것인지 그리고 ② 권리나 의무가 명확하지 않아 그에 대한 해명의 필요성이 있는지 여부도 구별기준으로 제시된다.<sup>31)</sup>

## 2) 다단계 행정행위

독일법상 다단계 행정행위는 최종적인 행위를 하는 행정청에 다른 행정청이 협의(Benehmen)나 동의(Zustimmung)를 하는 방식으로 여러 행정청의 협력을 통하여 이루어지는 행정행위이다.<sup>32)</sup> 이 경우 협의나 동의가 최종적인 행위를 하는 행정청에만 통지되고 상대방에게 통지되지 않으면 외부효(Außenwirkung)가 인정되지 않는다.<sup>33)</sup> 그리고 그러한 협의나 동의는 최종적인 결정을 하는 행정청에 구속력이 있어서 국민에 대하여 독자적이고 직접적인 법적 효력을 발생하는 경우에 행정행위로 인정되는데, 그러한 협의나 동의가 해당 행정청이

25) Schoch/Schneider, a.a.O., §35 Rn. 172.

26) Knack/Henneke, a.a.O., §43 Rn. 20.

27) Kracht, a.a.O., S. 110-111.

28) Schoch/Schneider, a.a.O., §35 Rn. 170.

29) Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, 6. Aufl. Luchterhand Verlag, 2021, §35 Rn. 67.

30) Schoch/Schneider, §35 Rn. 170.

31) Kopp/Ramsauer, a.a.O., §35 Rn. 92a.

32) Knack/Henneke, a.a.O., §35 Rn. 88.

33) Knack/Henneke, a.a.O., §35 Rn. 84.



특정한 임무를 배타적으로 수행하는 것이거나 특수한 쟁점에 대한 유일한 결정권을 행사하는 경우로서,<sup>34)</sup> 그 쟁점이 당사자와 직접적인 관계를 가지고 있고,<sup>35)</sup> 최종적인 행위를 하는 행정청은 그러한 쟁점에 대하여 따로 판단하지 않고 동의나 협의에 따르는 경우는 경우<sup>36)</sup>가 그러하다. 그리고 이러한 협의나 동의는 최종적인 결정과 함께 통지되거나 아니면 협의나 동의에 관한 규정에 따라 별도로 독자적으로 통지되어야 외부효가 인정되어 별도의 행정행위가 된다.<sup>37)</sup>

## 2. 우리 대법원 판례상 중간적 처분과 확인적 행정행위

### 1) 대법원 판례가 인정한 중간적 처분의 유형화

대법원은 종래 행정 내부적인 중간적 행정작용의 경우에는 국민의 권리·의무에 직접적인 영향을 미치거나 직접적인 변동을 초래하는 것이 아니라는 이유에서 처분성을 인정하지 않았다.<sup>38)</sup> 그러다가 대법원은 최종적 처분을 예정한 중간적 행정작용과 관련하여 최종적 처분을 다룰 수 있도록 하는 것보다 중간적 행정작용에 대하여 다툼으로써 “분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있는” 경우에는 중간적 처분으로 인정하여 항고소송의 대상이 된다는 입장을 보여 왔다. 이에 해당하는 판례군은 다음과 같이 네 가지로 분류가 가능하다.

첫째는 최종적 처분을 위한 조사개시결정으로, 여기에는 친일반민족행위자 재산의 국가귀속결정을 위한 조사개시결정,<sup>39)</sup> 과세처분을 위한 세무조사결정<sup>40)</sup>이 포함된다. 이 경우는 조사개시결정으로 조사에 응하여야 하는 법적 의무를 부담하고 조사불응시 행정제재나 과태료, 형사처벌 등의 불이익이 부과된

34) Knack/Henneke, a.a.O., §35 Rn. 167.

35) Obermayer/Funke-Kaiser, a.a.O., §35 Rn. 123(협력 행정청과 당사자가 직접적인 관계에 있는지는 법해석의 문제이다).

36) Mann/Sennekamp/Uechtritz, a.a.O., §35 Rn. 76.

37) Kopp/Ramsauer, a.a.O., §35 Rn. 131.

38) 대법원 1997. 9. 26. 선고 97누8540 판결(지방자치단체장이 개발제한구역 안에서의 혐오시설 설치허가에 앞서 건설부훈령인 ‘개발제한구역관리규정’에 의하여 사전승인신청을 함에 따라 건설교통부장관이 한 승인행위의 처분성 부정); 대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두2583 판결(도지사가 군수의 국토이용계획변경결정 요청을 반려한 것의 처분성 부정); 대법원 1999. 8. 20. 선고 97누6889 판결(환지계획은 환지예정지 지정이나 환지처분의 근거가 될 뿐 그 자체가 직접 토지소유자 등의 법률상의 지위를 변동시키거나 또는 환지예정지 지정이나 환지처분과는 다른 고유한 법률효과를 수반하는 것이 아니라고 보아 처분성 부정)

39) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009두6513 판결

40) 대법원 2011. 3. 10. 선고 2009두23617 판결

다는 점이 특징이다.<sup>41)</sup> 둘째는 자기완결적 신고에 대한 반례로서 건축신고 반례<sup>42)</sup>, 착공신고 반례<sup>43)</sup>가 이에 해당한다. 이 경우는 신고 반례만으로는 직접적인 의무나 불이익이 부과되는 것은 아니지만, 신고 반례에서 확인된 행정청의 입장을 기초로 후속 조치로서 시정명령, 이행강제금, 벌금, 허가 거부 등의 우려에 따른 불안정한 지위를 조기에 해소할 수 있는 절차를 제공한다는 점이 특징이다. 셋째는 최종적 처분의 전제 조건에 관한 중간적 판단으로,<sup>44)</sup> 여기에는 ‘사업종류 변경결정 대법원 판결’에서의 산재보험료 부과 전제가 되는 사업종류 변경결정, 개개의 요양급여비용 금액 처분의 전제가 되는 요양급여의 적정성 평가 결과 전체 하위 20% 이하에 해당하는 요양기관이 평가결과와 함께 그로 인한 입원료 가산 및 별도 보상 제외 통보,<sup>45)</sup> 취업제한기관의 장의 해임 요구의 전제가 되는 공직자윤리위원회의 취업제한결정,<sup>46)</sup> 그리고 이 논문에서 다루고 있는 입찰참가자격제한요청을 전제로 한 입찰참가자격제한처분도 여기에 포함된다. “분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있는” 경우라는 법리가 명시적으로 제시된 것은 아니지만, 농지처분명령 및 그 위반시 이행강제금 부과 전제<sup>47)</sup>가 되는 법률상 농지의 처분의무가 발생한 소유자에 대한 농지처분의무 통지<sup>48)</sup>도 이에 해당한다고 볼 수 있다. 넷째는 법령 자체로 성립한 의무가 있음을 확인하면서 그 의무이행을 촉구하는 작용으로, 총포화약법 규정에 따른 안정도시험 대상자에 대하여 안정도시험을 받으라는 통고<sup>49)</sup>가 이에 해당한다.<sup>50)</sup> 이 경우는 이러한 통고가 없더라도 영업정지 또는 형사고발의 제재조치

41) 독일의 경우 준비행위(Vorbereitungsakt) 또는 절차행위(Verfahrenshandlung)와 관련하여 최종적 결정에 준비나 절차가 흡수되는지 아니면 별도의 독립적인 규율적 효력이 있는지에 따라 행정행위 해당 여부를 판단한다(Kopp/Ramsauer, a.a.O., §35 Rn. 111). 이러한 관점에서 보면 조사개시결정은 독일 행정법상 행정행위에 포함되는 것으로 볼 수 있다.

42) 대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결

43) 대법원 2011. 6. 10. 선고 2010두7321 판결

44) 독일에서는 특정한 법적 효과의 발생을 위한 구성요건에 해당하는 행정활동은 직접적으로 형성적인 효과를 발생하는 것은 아니라 하더라도 행정행위로서의 규율성이 인정된다. Obermayer/Funke-Kaiser, a.a.O., §35 Rn. 52.

45) 대법원 2013. 11. 14. 선고 2013두13631 판결

46) 대법원 2018. 7. 26. 선고 2018두38932 판결

47) 농지처분의무통지에서 정한 처분의무기간 내에 처분대상농지를 처분하지 아니한 농지의 소유자에 대하여는 6개월 이내에 당해 농지를 처분할 것을 명할 수 있고, 처분명령 불이행시 이행강제금이 부과된다.

48) 대법원 2003. 11. 14. 선고 2001두8742 판결

49) 대법원 2021. 12. 30. 선고 2018다241458 판결

50) 이 경우는 독일의 명령이나 금지와 관련된 구속력 있는 확인이라는 확인적 행정행위와 유사하다. 앞서 본 독일의 확인적 행정행위에 대한 법적 수권에 관한 논의에 기초하여 보면, 안정도시험을 받지 않은 경우 영업정지를 하도록 하는 법적 권한에 안정도시험을 받도록

로 나아갈 수 있다는 점에서 앞서 본 농지처분의무통지와 차이가 있다. 그리고 그러한 제재조치를 받을 우려에 따른 불안정한 지위를 조기에 해소할 수 있는 소송절차를 제공한다는 점에서 자기완결적 신고에 대한 반려와 공통점이 있다.

## 2) 중간적 처분과 확인적 행정행위의 관계

대법원이 확인적 행정행위를 인정한 행정작용과 중간적 처분의 관계를 살펴보면, 최종적 처분의 전제조건에 관한 중간적 판단에 해당하는 사업종류 변경 결정<sup>51)</sup>과 법령 자체에 의한 의무 성립과 관련한 안정도시험 통고<sup>52)</sup>를 확인적 행정행위라고 하였다. 이러한 대법원 판결의 논리를 확장하면, 최종적 처분의 전제조건에 관한 중간적 판단에 해당하는 행정작용과 법령 자체에 의한 의무 성립을 확인하는 행정작용은 확인적 행정행위에 해당하는 것으로 일반화가 가능하다. 추가로 확인적 행정행위가 인정된 연구개발확인서 발급<sup>53)</sup>의 경우는 그 발급으로 법령상 수의계약을 체결할 수 있는 지위가 발생한다는 점에서 법적 지위 발생의 전제조건에 관한 중간적 판단에 해당한다고 볼 수 있다. 이는 대법원이 법령에 의한 주권상장법인의 공시의무를 발생시키는 전제 조건인 단기매매차익 발생사실 통보<sup>54)</sup>를 “분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있는” 중간적 처분으로 인정한 것을 보더라도 그러하다.

그렇다면 대법원 판례에 따르면 ① 최종적 처분이나 법률효과 발생의 전제 조건에 관한 중간적 판단,<sup>55)</sup> ② 법령 자체에 의하여 발생하는 법적 효과를 확인하는 행정작용으로서 그러한 법적 효과에 따른 최종적 처분을 예정하고 있는 경우는 확인적 행정행위로서 중간적 처분<sup>56)</sup>에 해당하는 것으로 볼 수 있

하는 확인적 행정행위를 할 권한이 포함되어 있는 것으로 볼 수 있다.

51) 대법원 2020. 4. 9. 선고 2019두61137 판결

52) 대법원 2021. 12. 30. 선고 2018다241458 판결

53) 대법원 2020. 1. 16. 선고 2019다264700 판결

54) 대법원 2022. 8. 19. 선고 2020두44930 판결

55) 이는 독일에서는 ‘단계적 행정행위’ 또는 ‘특정한 법적 효과의 발생을 위한 구성요건에 해당하는 행정활동’으로 규율성이 인정되는 범주이나, 우리 대법원에서는 ‘확인적 행정행위’라고 하고 있다. 우리 대법원은 ‘확인적 행정행위’라는 개념을 국민의 권리·의무에 직접적인 영향을 미치거나 직접적인 변동을 초래하는 것이 아니지만 처분성이 인정되는 행정작용에 대하여 포괄적으로 사용한다는 특징이 있다. 독일에서도 최종적인 행정행위에 앞서 중간결정(Zwischenentscheidung)으로서 법적으로 중요한 사실의 확인은 별도의 ‘확인적 행정행위’로 규정하고 있다고 논의된다는 점에서(Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht VwGO, 43. EL., C.H.Beck, 2022, § 42 Abs. 1. Rn. 29.), 우리 대법원이 확인적 행정행위를 중간적 처분을 포괄하는 개념으로 사용하는 것은 나름의 타당성이 있다.

56) 중간적 처분은 확인적 행정행위이지만, 모든 확인적 행정행위가 중간적 처분은 아니다. 종국적인 확인적 행정행위의 예로는 부과납세방식의 확인적 부과처분(대법원 1989. 9. 12.

다.<sup>57)</sup>

### 3. 처분절차 준수에 따른 실체법적 처분 여부 판단의 타당성

위 ①에 해당하는 경우에는 중간적 판단에 따라 최종적 처분이 이루어지거나 법률효과가 발생하므로 원칙적으로 처분성이 인정되는 것으로 볼 수 있다. 반면 ②에 해당하는 경우 행정청이 행한 법적 효과의 확인이 단순한 통지인지 아니면 구속력 있게 확인하는 확인적 행정행위인지의 구별이 필요하다. 처분성 인정 기준 관련하여 판례가 반복적으로 제시하는 “관련 법령의 내용과 취지, 그 행위의 주체·내용·형식·절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익과의 실질적 관련성, 그리고 법치행정의 원리와 당해 행위에 관련한 행정청 및 이해관계인의 태도 등”은 확인적 행정행위의 주요한 판단 기준이 된다. 특히 ‘행정청이 구속력 있는 확인을 하는지’와 관련하여서는 ‘행정청 및 이해관계인의 태도’가 중요한데, 행정청이 특정한 행정작용을 처분으로 인식하고 행정절차법에 따른 절차를 진행하고 불복방법으로 일정한 기간 내에 행정심판법 또는 행정소송법에 따라 행정심판을 청구하거나 행정소송을 제기하여야 한다고 안내하는 경우에는 행정청도 단순한 통지가 아니라 ‘구속력 있는 확인’을 하는 것으로 볼 수 있다.<sup>58)</sup> 그렇다면 하나의 중간적 행정작용은 개별구체적인 사안의 내용과 진행 경과에 따라 확인적 행정행위로서 중간적 처분이 될 수도

---

선고 88누12066 판결, 과세처분은 납세의무를 확인하는 준법률행위적 행정행위이다, 서울행정법원 1999. 12. 24. 선고 99구12860 판결), 당해 공무원의 사직의사를 확인하는 확인적 행정행위의 성격을 가지는 행정청의 공무원에 대한 의원면직처분(대법원 2007. 7. 26. 선고 2005두15748 판결), 당해 재산이 친일재산에 해당한다는 사실을 확인하는 이른바 준법률행위적 행정행위인 친일반민족행위자 재산의 국가귀속결정(대법원 2008. 11. 13. 선고 2008두13491 판결)이 있다.

57) 이러한 관점에서 보면 위에서 별도의 범주로 분류한 ‘자기완결적 신고에 대한 반려’는 위 ②에 해당하는 확인적 행정행위에 해당하는 것으로 볼 수 있다.

58) 대법원은 행정청의 행위가 ‘처분’에 해당하는지가 불분명한 경우에는 그에 대한 불복방법 선택에 중대한 이해관계를 가지는 상대방의 인식 가능성과 예측 가능성을 중요하게 고려하여 규범적으로 판단하여야 한다는 입장이다(대법원 2018. 10. 25. 선고 2016두33537 판결, 대법원 2020. 4. 9. 선고 2019두61137 판결, 대법원 2022. 9. 7. 선고 2022두42365 판결). 이러한 대법원의 입장은 확인적 행정행위 성립과 관련하여 행정청의 ‘구속력 있는 확인’이라는 행정청의 태도를 고려하여야 한다는 점과 전혀 무관하다고 보기 어렵다. 대법원이 상대방의 인식 가능성과 예측 가능성의 인정 근거로 제시한 것은 행정청이 처분임을 전제로 행정작용을 하였다는 사유들이다. 이러한 관점에서 보면 대법원도 처분성 인정 여부와 관련하여 행정청의 태도를 기초로 그에 따른 상대방의 태도까지 종합적으로 고려하는 것으로 볼 수 있다.

있고 처분성이 인정되지 않는 단순한 통지가 될 수도 있다. ‘사업종류 변경결정 대법원 판결’에서 행정절차법에서 정한 처분절차를 준수함으로써 사업주에게 방어권행사 및 불복의 기회가 보장된 경우에는 ‘실체법적 처분’이지만 그렇지 않은 경우에는 ‘쟁송법적 처분’이라고 하여 하나의 처분이 실체법적 처분이 될 수도 있고 절차법적 처분이 될 수도 있다는 법리는 이러한 관점에서 이해할 수 있다.

#### 4. 쟁송법적 처분 개념 적용의 가능성과 필요성

##### 1) 행정절차법 및 행정기본법 하에서의 쟁송법적 처분 개념의 가능성

쟁송법적 처분 개념을 인정할 것인지의 문제는 단순히 행정소송법상 항고소송의 대상에 관한 문제에 그치지 않는다. 쟁송법적 처분 개념은 행정소송법 제2조 제1항 제1호의 ‘처분(행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용)’의 적극적 해석을 통하여 인정되는 것인데, 항고소송 대상에 관한 위 ‘처분’의 정의가 행정절차법 및 행정기본법에서도 동일하게 사용함에 따라 다음과 같은 문제가 발생한다. 행정절차법 적용 관련하여 쟁송법적 처분에 대하여도 행정절차를 준수하지 않은 경우 절차상 하자를 인정할 것인가? 행정기본법 적용 관련하여 쟁송법적 처분도 행정기본법 제15조에 따른 처분의 효력이 인정되는가?

우선 행정절차법 적용에 관하여 본다. 쟁송법적 처분은 행정 내부적인 의사결정에 대하여 쟁송법적 관점에서 항고소송의 대상으로 하는 것이므로 행정절차 적용대상으로 보기 곤란한 측면이 있다. 그에 따라 쟁송법적 처분에 대하여 행정절차법 적용을 배제하기 위한 이론적 구성으로, ① 행정소송법과 행정절차법의 처분 개념을 별도로 정립할 수 있다고 보아 처분에 대한 동일한 정의에도 불구하고 다른 해석을 허용하면서 행정절차의 준수를 요구할 수 없다고 보는 견해<sup>59)</sup>와, ② 동일한 처분 개념을 달리 해석하는 것은 바람직하지 않으므로 쟁송법적 처분도 행정절차법상 처분에 해당한다고 보면서 쟁송법적 처분은 행정절차 적용의 예외사유에 해당하는 것으로 보는 견해<sup>60)</sup>가 있다. 입법론적으로 행정절차법과 행정소송법의 처분 개념을 달리 규정하는 것은 별론으로 하더라도, 현행 법률 하에서는 동일한 처분 개념에 대하여 다른 해석을 하는

59) 박재윤, “권력적 사실행위의 처분성 - 대법원 2016. 8. 30. 선고 2015두60617 (진주의료원 사건) -”, 『행정법연구』 제54호, 행정법이론실무학회, 2018, 188면.

60) 이상덕, 앞의 글, 35면; 박현정, 앞의 글, 38면.

것은 어렵다고 생각된다. 이 경우 행정절차 적용 대상인지 여부는 쟁송법적 처분 여부가 문제되는 것이 아니라 행정절차 적용의 예외사유에 해당하는지에 따라 좌우된다. 다른 한편으로 확인적 행정행위로서의 중간적 처분은 실체법적 처분이라 하더라도 기본적으로 행정 내부적인 작용에 대하여 처분성을 인정한 것이므로 행정절차법적 관점에서 쟁송법적 처분과 유사하게 행정절차 적용의 예외사유를 확대 적용해야 하는 것 아니냐는 의문이 제기될 수도 있다. 특히 사전통지 및 의견제출과 관련하여서는 우리 행정절차법은 ‘의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분’을 그 대상으로 하고 있어, 명령적·형성적 효력이 없는 확인적 행정행위로서의 중간적 처분은 거부처분<sup>61)</sup>과 유사하게 사전통지 및 의견제출 대상이 아닌 것으로 해석될 소지도 있다. 이러한 관점에서 보면 행정절차법 적용의 관점에서 쟁송법적 처분 개념이 별다른 법적 문제를 야기하는 것은 아니라고 볼 수 있다.

다음으로 행정기본법 적용에 관하여 본다. 동일한 처분 개념에 대하여 동일한 해석을 하는 전제에 서게 되면, 위법한 쟁송법적 처분도 행정기본법 제15조에 따라 유효한 것으로 통용된다. 행정기본법 제15조가 공정력을 명문화한 것으로 보면,<sup>62)</sup> 쟁송법적 처분도 공정력을 가진다. 한 발 더 나아가 위 조항을 구성요건적 효력을 배제하고 공정력의 차원에서만 접근하는 것은 바람직하지 않다고 보게 되면,<sup>63)</sup> 쟁송법적 효력에 구성요건적 효력까지 인정될 수도 있다. 쟁송법적 처분 개념은 취소소송으로 다룰 기회를 부여하는 것인데 쟁송법적 처분에 이러한 효력이 인정되면 쟁송법적 처분에 대하여 제소기간 내에 취소소송을 제기할 의무가 부여되는 결과가 되어, 쟁송법적 처분 개념과 행정기본법 제15조는 양립이 어려울 수 있다. 이 문제의 해결을 위해서는, ① 행정기본법 제15조는 공정력이나 구성요건적 효력을 의미하는 것이 아니라고 해석하거나,<sup>64)</sup> ② 행정소송법과 행정기본법의 처분 개념에 대한 다른 해석을 허용하거나, ③ 쟁송법적 처분에는 행정기본법 제15조가 적용되지 않는 방향으로 입법

61) 대법원은 신청에 따른 처분이 이루어지지 아니한 경우에는 아직 당사자에게 권익이 부과되지 아니하였으므로 특별한 사정이 없는 한 신청에 대한 거부처분이라고 하더라도 직접 당사자의 권익을 제한하는 것은 아니어서 처분의 사전통지대상이 아니라고 한다(대법원 2003. 11. 28. 선고 2003두674 판결).

62) 법제처, 「행정기본법 조문별 해설」, 2021, 59면.

63) 김중권, “「행정기본법」의 보통명사 시대에 행정법학의 과제 I : 처분관련 규정을 중심으로”, 「공법학연구」 제22권 제2호, 한국비교공법학회, 2021, 13면.

64) 행정기본법 제15조가 타협적 규정으로 행정이나 재판에 직접 적용되는 실용적 목적이 있다고 보기 어렵다는 견해로 박재윤, “행정기본법 제정의 성과와 과제 - 처분관련 규정 등을 중심으로 -”, 「행정법연구」 제65호, 2021, 12면.

적인 정비를 할 필요가 있다.

장기적으로는 처분 개념이 행정소송법, 행정절차법 및 행정기본법에서 수행하는 기능과 역할을 면밀히 고려하여 행정소송법상의 처분 개념과 행정절차법 및 행정기본법의 처분 개념을 계속 동일하게 할 것인지 아니면 별개의 개념으로 할 것인지에 대한 숙고가 필요하다.<sup>65)</sup> 이러한 장기적인 입법적 정비 이전 단계에서 중간적 행정작용에 대한 대상적격 확대를 위하여 행정기본법 적용에 있어 해석상 난점이 있는 쟁송법적 처분 개념을 활용할 것인가, 아니면 ‘확인적 행정행위로서의 중간적 처분’이라는 실체법적 처분 개념을 통하여 우선적으로 대상적격 확대를 시도할 것인가?

## 2) 중간적 행정작용의 처분성 인정을 위한 쟁송법적 처분 개념의 필요성

쟁송법적 처분 개념은 종래 대법원이 처분성을 인정해 오던 ‘국민의 권리·의무에 직접적인 영향을 미치거나 직접적인 변동을 초래하는 행위’에 대하여 항고소송의 대상적격을 확대하기 위한 것이었다. 중간적 행정작용에 대하여 “분쟁을 조기에 근본적으로 해결”하기 위하여 대상적격을 확대가 이루어진 이후 최근 대법원이 중간적 처분에 대하여 ‘확인적 행정행위’라고 하고 있어, 중간적 처분이 ‘쟁송법적 처분’에 해당하는지 ‘실체법적 처분’에 해당하는지에 대한 재검토가 필요한 상황이 되었다.

종래 대법원이 협소하게 처분성을 인정한 대상은 명령적·형성적 행정행위에 해당한다. 그리고 “분쟁을 조기에 근본적으로 해결”하기 위하여 대상적격을 확대가 이루어진 대상은 앞서 본 바와 같이 확인적 행정행위로서의 중간적 처분이다. 이러한 상황에서 대상적격의 확대가 이루어진 행정작용을 ‘쟁송법적 처분’으로 파악할 것인가? 확인적 행정행위가 실체법적 행정행위의 범주에 포함되는 이상, 그러한 확인적 행정행위로서의 중간적 처분의 인정 범위 조정을 통하여 ‘쟁송법적 처분’이라는 개념을 적용함 없이 항고소송을 통한 불복절차의 제공이 필요한 행정작용의 처분성을 인정할 수 있다.<sup>66)</sup> 사실 대법원이 최근 처분성을 확대한 확인적 행정행위로서의 중간적 처분은 실체법적인 관점에

65) 행정소송법상 처분 개념을 수정하려면 행정절차법 및 행정기본법의 처분 개념을 함께 수정하거나 별개의 개념으로 돌려야 한다는 점에 관하여는 박현정, 앞의 글, 39면.

66) 확인적 행정행위로서의 중간적 처분은 전형적 처분개념 또는 법령에 의하여 행정처분으로 구성된 것에 해당하여 실체법적 처분론과 쟁송법적 처분론 중 어떤 입장을 취하더라도 행정처분의 범주적 도달거리에 차이가 없는 경우에 해당한다고 볼 수 있다. 김창조, “공법상 당사자소송의 적용범위”, 『법학논고』 제70집, 경북대학교 법학연구원, 2020, 76-77면 참조.

서 독일 행정법상 행정행위의 범주에 해당하는 것이었다. 대법원이 처분성이 확대된 중간적 처분을 '확인적 행정행위'로 보는 이상, 우선적으로 중간적인 행정작용의 처분성 인정 기준은 확인적 행정행위로서의 중간적 처분에 해당하는지 여부가 되어야 하고, 이러한 판단에 있어서는 쟁송법적 처분 개념이 꼭 필요한 것은 아닐 수 있다.<sup>67)</sup> 그리고 확인적 행정행위로서 중간적 처분의 판단 기준을 적극적으로 해석하는 방식으로 대상적격 확대가 필요한 중간적 행정작용의 처분성을 인정하는 방향으로 실무를 운용하는 것은 대상적격 확대를 위한 쟁송법적 처분 개념의 목적과 취지를 달성하는 한편 행정기본법 제15조와의 관계에서 해석상 어려움을 피할 수 있는 방안이 될 수 있다.

## 5. 소결

입찰참가자격제한요청은 입찰참가자격제한이라는 최종적 처분의 전제조건에 관한 중간적 판단으로서 그 자체로 확인적 행정행위로서의 중간적 처분에 해당한다. 그 요청과 관련하여 법령상 사전통지 및 심사보고서 작성 및 공정거래위원회에 상정하여 심의절차를 진행하는 절차를 거치도록 하고 있다는 점에서도,<sup>68)</sup> 입찰참가자격제한요청은 '구속력 있는 확인'을 하는 확인적 행정행위로 해석되는 것이지, 절차 여부에 따라 실체법적 처분인지 쟁송법적 처분인지 좌우되는 것으로 보기 어렵다. 절차 미준수는 법령 위반으로 그 자체로 요청처분의 절차상 하자에 해당하는 것이지, 그러한 절차를 준수하지 않은 경우 쟁송법적 처분에 그치는 것이고 요청에 관한 절차 미준수의 하자를 향후 입찰참가자격제한처분에서 다투지 못한다고 볼 것은 아니다.

한편 입찰참가자격제한요청의 전제가 되는 별점부과와 관련하여 대법원은 처분성을 인정하지 않는 판결<sup>69)</sup>을 하였다. 그러다가 이후에는 회사분할 전의 별점은 단순한 사실행위에 불과하다고 볼 수 없고, 별점 합계가 일정한 기준을 초과할 경우 피고의 법령상 의무로 규정된 입찰참가자격제한요청 등의 법적 요건 해당하여 공법상 지위 내지 의무·책임이 구체화된 경우로 볼 여지가 크

67) '확인적 행정행위로서의 중간적 처분'이라는 실체법적 처분에 해당하지 않는 행정작용과 관련한 공법상 법률관계에 대하여는 필요한 경우 '포괄소송'으로서의 당사자소송이라는 방식으로 법원의 사법심사가 가능하다고 볼 수도 있다. 성중탁, "행정소송으로서 당사자소송 활성화 방안 - 항고소송, 민사소송과의 구별을 중심으로 -, 「행정법학」 제22호, 한국행정법학회, 2022, 85면 참조.

68) 공정거래위원회 하도급거래공정화지침 III. 21. 나. (2), (3)(나), (4) 참조.

69) 대법원 2023. 1. 12. 선고 2020두50683 판결



다고 하면서 분할 신설회사에 벌점이 승계된다고 하여,<sup>70)</sup> 벌점부과가 공법적 효과가 있다는 입장을 취하였다. 그렇다면 벌점부과의 공법적 효과와 처분성 인정은 어떤 관계에 있다고 보아야 하는가? 공법적 효과를 가지는 벌점부과에 처분성이 인정되지 않는다는 판결은 모순된 것 아닌가? 처분성을 부정한 판결의 사안은 벌점과 관련하여 입찰참가자격제한요청 이전에 처분성 인정의 토대가 되는 외부적 행정작용이 없었으므로 벌점부과의 공법적 효과와 무관하게 처분성을 인정하기 어려운 사건이었다.<sup>71)</sup> 반면 벌점부과와 관련하여 여러 법적 불명확성이 있는데,<sup>72)</sup> 입찰참가자격제한요청 이전 단계에서 벌점부과와 관련한 불명확한 쟁점에 대하여 확인을 하는 통지를 하는 경우를 상정해 보자.<sup>73)</sup> 이 경우가 전형적으로 단순한 통지인지 아니면 ‘행정청이 구속력 있는 확인을 하는지’의 구별이 필요한 사안이고, 행정청이 처분절차를 거쳐서 통지를 한 경우라면 확인적 행정행위로서 실체법적 처분으로 인정될 수 있다. 이러한 관점에서 보면 ‘사업종류 변경결정 대법원 판결’의 판시와 같이 처분절차 준수 여부에 따라 동일한 행정작용이 특히 확인적 행정행위라는 실체법적 처분인지 여부를 달리 판단할 수 있다는 법리는 여전히 유효하다고 볼 수 있다. 그러나 위 대법원 판결 이후인 2021. 3. 23. 제정된 행정기본법 제15조와의 관계에서 위에서 본 바와 같이 실체법적 처분과 쟁송법적 처분의 구별론을 유지하기 어렵다는 점에서, 처분절차를 거치지 않은 통지는 쟁송법적 처분에 해당할 여지는 없는 것 아닌가 한다.

요약하면 입찰참가자격제한요청이나 벌점부과 관련 통지라는 중간적 행정작용에 대한 대상적격 확대는 ‘확인적 행정행위로서의 중간적 처분’이라는 실체법적 처분 개념을 통하여 달성하고, 벌점부과 관련 통지의 경우에서 보는 같이 관련 규정이나 처분절차 준수 등의 행정청의 태도 등을 종합하여 하나의 처분이 실체법적 처분에 해당하는지 여부는 달리 판단될 수 있지만, 처분절차 미준수 기타 구속력 있는 확인을 인정할 만한 사정이 없는 (그래서 실체법적 처분으로 보기 어려운) 벌점부과 관련 통지는 단순한 통지에 그치는 것이고 이는

70) 대법원 2023. 4. 27. 선고 2020두47892 판결

71) 이러한 관점에서 보면 위 대법원 판결은 벌점부과에 대한 외부적 성립으로 볼 만한 사정이 있는 경우 처분성을 인정할 가능성을 배제하는 취지로 보기는 어렵다.

72) 이에 관한 상세한 사항은 이승민, “하도급법상 벌점제도의 문제점 - 공정거래위원회의 입찰참가자격제한 및 영업정지 요청을 중심으로”, 『법조』 제68권 제3호(통권 제735호), 법조협회, 2019, 306-314면 참조.

73) 예를 들어 입찰참가자격제한요청 이전에 회사분할 전의 벌점이 분할 신설회사에 승계된다는 확인을 하는 통지를 한 경우, 그러한 통지를 확인적 행정행위로 보아 입찰참가자격제한요청 이전에 별도의 행정소송을 통하여 다툴 수 있는지가 문제될 수 있다.

별도로 쟁송법적 처분으로 인정된다고 보기 어렵다.

위와 같이 입찰참가자격제한요청을 확인적 행정행위로서 중간적 처분으로 보게 되면 그 요청행위의 하자가 최종적 처분인 입찰참가자격제한처분에 승계되는지에 있어서는 더 이상 처분절차 준수에 따른 쟁송법적 처분인지 실체법적 처분인지는 문제되지 않고, 실체법적 처분임을 전제로 행정법관계의 조기확정을 위하여 하자의 승계가 인정되지 않는다고 볼 것인지만 문제된다. 그런데 입찰참가자격제한요청에 따라 이루어지는 최종적 처분인 입찰참가자격제한처분에 흡수·소멸된다고 보게 되면,<sup>74)</sup> 입찰참가자격제한요청의 하자는 입찰참가자격제한처분을 다투면서 제한 없이 주장이 가능하게 된다. 확인적 행정행위로서의 중간적 처분에 이러한 흡수론이 전면적으로 적용되면, 중간적 처분에 있어서는 행정법관계의 조기확정에 따른 법적 안정성 확보 가능성은 원천적으로 봉쇄될 수밖에 없다. 이러한 관점에서 항을 바꾸어 중간적 처분의 최종적 처분에서의 흡수론 적용의 문제점 및 그 적용 여부에 관하여 살펴본다.

### Ⅲ. 중간적 처분의 최종적 처분에서의 흡수 여부

#### 1. 흡수론 적용의 문제점과 그에 대한 대응

##### 1) 관례에 의한 흡수론 적용의 확대

대법원이 처음 흡수론을 채택한 것은 당초 과세처분과 증액경정처분의 관계에서 증액경정처분이 당초 과세처분을 흡수한다고 본 것에서 출발한다.<sup>75)</sup> 이는 이후 흡수론은 ① 예비결정 내지 사전결정에 해당하는 원자로 및 관계 시설의 부지사전승인제도와 건설허가처분,<sup>76)</sup> ② 잠정적 처분(가행정행위)에 해당

74) 최종처분의 중요한 전제 내지 근거가 되지만 최종처분에 대해서도 일정한 심사 판단이 요구되는 경우의 중간적 처분이 최종적 처분에 흡수되는 것으로 볼 것인지에 관한 논의로는 이승민, 앞의 글, 2019, 288면(다만 이 논문에서는 입찰참가자격제한요청과 입찰참가자격제한처분은 동일한 법률효과를 목적으로 하는 것이므로 하자승계를 인정하여야 한다는 입장이다, 위 논문 291면). 최종적 처분에 이르는 중간 단계의 처분에 대하여 흡수론을 적용한 판결례로는 서울행정법원 2005. 9. 8. 선고 2004구합35622 판결 참조(국제정기항공노선에 대한 운수권 배분처분의 처분성을 인정하면서 이는 노선면허를 받기 위한 중간적인 단계에 있는 것으로서 그에 기초하여 노선면허가 이루어진 경우에는 노선면허에 흡수되어 노선면허처분의 취소를 구하는 외에 독립적으로 운수권 배분의 취소를 구할 소의 이익은 상실된다고 한다)

75) 김중보, 앞의 글, 104면 참조.

하는 자진신고자나 조사협조자에 대한 과징금 부과처분과 자진신고자 등에 대한 사건을 분리하여 자진신고 등을 이유로 한 과징금 감면처분,<sup>77)</sup> ③ 교육부장관이 특정 후보자를 임용제청에서 제외하고 다른 후보자를 임용제청함으로써 대통령이 임용제청된 다른 후보자를 총장으로 임용한 경우에 있어 교육부장관의 임용제청 제외처분과 대통령의 총장 임용 제외처분,<sup>78)</sup> ④ 관할 지방병무청장이 위원회의 심의를 거쳐 공개 대상자를 1차로 결정한 후 병무청장이 최종적으로 공개 여부를 결정함에 있어, 관할 지방병무청장의 공개 대상자 결정과 병무청장의 최종적 결정<sup>79)</sup>에 확대 적용되고 있는 추세이다. 이러한 흡수론 확대 추세에 비추어 확인적 행정행위로서 중간적 처분과 최종적 처분의 관계에도 흡수론이 적용되는 것 아닌지에 대한 검토가 필요하다.

## 2) 흡수론 적용의 문제점 및 그에 대한 대응

증액경정처분에서는 흡수론 적용에 따라 당초처분에 불가쟁력이 발생한 이후에도 증액경정처분이 있으면 당초처분의 위법성을 다룰 수 있고, 당초처분에 따른 제납처분의 효력이 상실된다는 점이 문제되었고, 이를 해결하기 위하여 국세기본법 제22조의2 제1항<sup>80)</sup>이 신설되었다. 이 규정의 신설에도 조세소송에서의 총액주의<sup>81)</sup>로 인하여 여전히 조세소송의 소송물은 흡수론을 적용하여 증액경정처분을 대상으로 하나,<sup>82)</sup> 소송물의 범위를 정하는 것은 실제적 법률관계와 달리 결정이 가능하다는 점에서 소송법적인 차원에서만 흡수론을 적용하

76) 대법원 1998. 9. 4. 선고 97누19588 판결

77) 대법원 2015. 2. 12. 선고 2013두987 판결

78) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2016두57564 판결

79) 대법원 2019. 6. 27. 선고 2018두49130 판결

80) 세법에 따라 당초 확정된 세액을 증가시키는 경정은 당초 확정된 세액에 관한 이 법 또는 세법에서 규정하는 권리·의무관계에 영향을 미치지 아니한다.

81) 과세처분에 대한 취소소송의 소송물은 정당한 세액의 범위 안에 있는지 이고, 정당한 세액 입증을 위하여 필요한 사항은 무엇이나 주장하고 입증할 수 있다는 이론이다. 이러한 조세소송에서의 총액주의는 형식적으로는 개별 과세처분에 대한 다툼이지만 실질적으로 단일한 납세의무에 대한 다툼이라는 구조에서 비롯되는 결과이다. 윤지현, “당초처분과 증액경정처분 사이의 실제적, 그리고 소송상 관계에 관한 고찰”, 『조세법연구』 제17집 제1호, 한국세법학회, 2011, 206면.

82) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2006두17390 판결(국세기본법 제22조의2의 시행 이후에도 증액경정처분이 있는 경우, 당초 신고나 결정은 증액경정처분에 흡수됨으로써 독립한 존재가치를 잃게 된다고 보아야 하므로, 원칙적으로는 당초 신고나 결정에 대한 불복기간의 경과 여부 등에 관계없이 증액경정처분만이 항고소송의 심판대상이 되고, 납세의무자는 그 항고소송에서 당초 신고나 결정에 대한 위법사유도 함께 주장할 수 있다고 해석함이 타당하다)

고 실체법적인 차원에서는 국세기본법 제22조의2 제1항에 따른 조세법관계를 형성할 수 있다고 한다.<sup>83)</sup> 그에 따라 증액경정처분 이후 당초처분에 따른 채납처분의 효력은 유지되고, 당초처분에 불가쟁력이 발생한 경우에는 흡수론 적용으로 인하여 당초처분의 하자는 증액경정처분에 대한 쟁송에서 다룰 수 있으나, 위 신설규정의 적용으로 취소의 범위는 증액된 세액의 한도 내로 제한된다.<sup>84)</sup>

한편 당초처분에 대하여 적법하게 쟁송을 제기하였으나 증액경정처분에 대하여 불가쟁력이 발생한 경우 당초 부과처분이 증액경정처분에 흡수되어 소각하의 대상이 됨에 따라 당초 부과처분에 존재하고 있다고 주장되는 취소사유(실체상의 위법성)에 대한 판단을 받지 못하게 되는 문제가 발생할 수 있다. 이는 청구취지를 변경하여 증액경정처분의 취소를 구할 수 있고, 이 경우 당초처분에 대한 소송이 적법한 제소기간 내에 제기된 것이라면 증액경정처분에 대한 청구취지변경의 제소기간 준수 여부는 따로 따질 필요가 없다는 방식<sup>85)</sup>으로 해결된다.

증액경정처분에서 문제되는 ① 당초처분에 불가쟁력이 발생한 경우에도 최종처분에 대한 쟁송에서 당초처분의 위법성을 다룰 수 있는 점 및 ② 당초처분에 대하여 적법하게 소송을 제기하였으나 최종처분에 대한 소송을 제기하지 않은 경우 당초처분이 소각하의 대상이 되어 당초처분의 위법에 대한 구제를 받지 못할 위험성은, 일반행정법 분야에서도 동일하게 문제되는 부분이다. 위 ②의 문제는 과징금 부과처분과 자진신고를 이유로 한 과징금 감면처분 사안에서 증액경정처분에서와 유사하게 후행 처분의 취소를 구하는 소의 제소기간은 선행 처분의 취소를 구하는 최초의 소가 제기된 때를 기준으로 정하는 방식으로 해결된다.<sup>86)</sup> 반면 위 ①의 문제에 대하여는 판례상 별다른 대응은 이루어지지 않고 있다.

83) 윤지현, 앞의 글, 199-209면.

84) 대법원 2020. 4. 9. 선고 2018두57490 판결(규정의 문언 내용 및 그 주된 입법 취지가 증액경정처분이 있더라도 불복기간의 경과 등으로 확정된 당초 신고나 결정에서의 세액에 대한 불복을 제한하려는 데 있는 점을 고려하면, 확정된 당초 신고나 결정에서의 세액에 관하여는 취소를 구할 수 없고 증액경정처분에 의하여 증액된 세액의 한도 내에서만 취소를 구할 수 있다 할 것이다)

85) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2010두7796 판결

86) 대법원 2018. 11. 15. 선고 2016두48737 판결

## 2. 중간적 처분에 대한 흡수론 적용에 대한 비판적 접근

### 1) 증액경정처분에서 적용된 흡수론의 일반행정분야로 확대의 정당성

위에서 본 바와 같이 증액경정처분에서 흡수론을 적용한 것은 조세소송의 특유한 소송물이론인 총액주의와 관련이 있는 것으로서, 이러한 흡수론이 일반 행정분야의 중간적 처분에까지 그대로 확대 적용될 논리적 근거는 찾기 어렵다. 그렇다면 흡수론을 적용할 타당성이 있다고 볼 수 있는가? 흡수론을 적용할 경우의 특징으로는 ① 중간적 처분 이후 최종적 처분이 이루어지면 중간적 처분이 흡수·소멸하여 최종적 처분만 쟁송의 대상이 되고, ② 불가쟁력이 발생한 중간적 처분의 하자는 최종적 처분의 쟁송에서 주장 가능하며, ③ 최종적 처분에 대한 쟁송이 제기되지 않는 경우 중간적 처분에 대한 소송을 제기하였더라도 그 위법성을 계속 다룰 기회를 상실할 우려가 있다. 이에 대하여 증액결정처분에서는 소송의 대상은 총액주의로 인하여 달리 구성이 불가한 상황이나, 당초처분에 불가쟁력이 발생한 경우 취소의 범위는 증액된 세액의 한도 내로 제한하고, 증액경정처분에 대한 청구취지 변경을 허용하여 흡수론 적용에 따른 결과를 변용하고 있다. 이와 같이 흡수론이 시작된 증액경정처분에서도 조세소송에서의 총액주의라는 특수한 문제상황으로 인하여 흡수론 적용의 범위를 사실상 소송의 대상으로만 한정 적용하고 나머지 문제는 흡수론으로 인한 문제점을 극복하는 방향으로 해석이 이루어지고 있다는 점에서, 소송물이론이 다른 일반행정분야의 중간적 처분으로 흡수론을 확대 적용할 타당성은 찾기 어려운 것 아닌가 한다.

오히려 위 ③과 같은 문제상황에서 일반행정분야에서도 증액경정처분에서와 유사하게 후행 처분의 취소를 구하는 소의 제소기간은 선행 처분의 취소를 구하는 최초의 소가 제기된 때를 기준으로 정하는 방식으로 해결하는 것은 선행 처분과 후행 처분의 소송물을 동일한 것으로 인정함을 전제로 하는 것인데, 이와 같이 서로 다른 처분의 동일성을 확대하면서까지 흡수설을 유지할 필요가 있는지 의문이 제기되고 있는 상황이다.<sup>87)</sup> 그리고 위 ②와 같은 문제상황에서도 흡수론으로 인하여 불가쟁력이 발생한 선행처분의 위법을 이유로 후행처분의 취소를 구할 수 있게 되어 차단효과 모순되는 결과가 발생한다는 지적이

87) 이윤정, “취소소송에서의 소 변경”, 『행정법연구』 제68호, 행정법이론실무학회, 2022, 197-206면 (이 논문에서는 처분의 동일성 확대 대신 선행 처분이 후행 처분의 전제가 된 경우 이를 취소할 소의 이익을 넓게 인정하여 선행 처분의 취소소송을 유지할 수 있도록 하는 방법을 제안한다).

있다.<sup>88)</sup> 일반행정분야에서도 행정법관계의 조기확정이 필요한 경우에는 불가쟁력이 발생한 선행처분의 위법성 주장을 후행처분의 쟁송에서 차단하여야 하는데, 흡수설을 적용하게 되면 이러한 차단가능성이 배제된다는 난점이 있다. 행정법관계의 조기확정을 중시할 것인지 아니면 불가쟁력이 발생한 선행처분의 위법성 주장을 후행처분의 쟁송에서 가능하도록 하여 위법한 선행처분으로 인한 불이익에 대한 구제수단을 마련해 줄 것인지는 개별구체적인 사안에 따라 달리 판단될 필요가 있다. 이를 위해서는 선행처분의 위법성을 무제한적으로 주장할 수 있도록 하는 흡수론의 적용을 확대하는 것보다는 선행처분과 후행처분의 병존을 전제로 하자의 승계 법리를 통하여 선행처분의 위법성을 다룰 기회를 부여할지를 사안에 적합하게 조정할 필요가 있다고 생각된다.

## 2) 독일 계속확인소송에서의 행정행위의 종료에 관한 판단기준

독일의 경우에는 계속확인소송(Fortsetzungsfeststellungsklge)의 요건으로서 종료(Erledigung)에 해당하는지의 관점에서 이 문제가 다루어진다. 후속 행정행위가 선행 행정행위를 대체하는 경우에는 후자가 전자를 폐지하는 경우에 해당하여 선행 행정행위의 종료가 인정된다.<sup>89)</sup> 가행정행위는 본행정행위를 전제로 하는 불완전한 잠정적 결정이고 본행정행위에 의하여 대체될 가능성을 내재하고 있으므로,<sup>90)</sup> 이러한 가행정행위의 성질로 인하여 본행정행위가 있으면 가행정행위는 종료되는 것이지, 가행정행위가 본행정행위에 흡수·소멸되는 관계에 있다고 보기는 어렵다.<sup>91)</sup> 사전결정으로서 확인적 행정행위에 해당하는 부지사전승인 이후 후행 건설허가가 이루어지는 경우, 후행 건설허가에서는 사전결정의 대상이 되는 부지적합성 문제에 대한 독자적인 규율을 포함하고 있지 않다는 점에서, 후행 건설허가 이후에도 부지적합성 문제는 부지사전승인에 대한 쟁송에서 다루어야 하고, 그 쟁송에서 부지사전승인이 취소되면 부지사전승인에 근거한 후행 건설허가도 더 이상 존립할 수 없다고 논의된다.<sup>92)</sup> 다만

88) 송시강, “하자의 승계에 관한 법리의 재검토 - 대법원 2022. 5. 13. 선고 2018두50147 판결에 대한 평석 -”, 『행정법연구』 제70호, 2023, 61-62면.

89) Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, 4. Aufl., Nomos, 2014, §113 Rn. 256.

90) 이동찬, “가행정행위에 관한 소고”, 『토지공법연구』 제54집, 한국토지공법학회, 2011, 299면.

91) Sodan/Ziekow, a.a.O., §113 Rn. 254.

92) 정하중, “다단계행정절차에 있어서 사전결정과 부분허가의 의미”, 『저스티스』 제32권 제1호, 한국법학원, 1999, 141면. 독일에서는 부분허가 이후 다른 부분허가 있는 경우 당초 부분허가가 소멸하지 않고, 사전결정 이후 건축허가가 이루어지는 경우에도 사전결정이 소멸하지 않지만, 건축허가 이후 건축이 종료되는 경우는 위법한 건축허가에 대하여는 철거명령이 가능하므로 건축허가가 소멸하는 것은 아니라고 한다. Kopp/Schenke,

후속행위에 불가쟁력이 발생되어 선행행위의 취소가 원고에게 더 이상 의미가 없는 경우에는 행정행위의 종료가 인정된다.<sup>93)</sup> 독일의 경우 당초처분과 증액경정처분의 관계에 관하여 증액경정처분은 과세대상 전체세액에 대한 처분이 되지만, 증액경정처분으로 당초처분이 흡수·소멸하는 것은 아니며 경정처분에 배치되는 범위 내에서 당초처분의 효력이 정지되는 것으로 본다.<sup>94)</sup>

결국 우리나라에서 흡수론으로 설명되는 증액경정처분, 가행정행위, 사전결정과 부분허가는 모두 독일에서는 달리 설명되고 있다. 증액경정처분과 가행정행위의 각각의 고유한 성질을 기초로 설명되고, 사전결정과 부분허가도 흡수·소멸되는 것은 아니다. 다만, 사전결정과 부분허가는 후행처분에 불가쟁력이 발생하면 선행처분에 대한 권리보호이익이 인정되지 않아 종료되어 결론적으로는 취소소송의 대상이 되지 못한다는 점에서는 결론은 우리나라와 유사한 측면이 있다. 다만 독일과 달리 우리나라의 경우에는 선행처분을 전제로 한 후행처분이 이루어지고 후행처분에 불가쟁력이 발생한 경우라 하더라도 선행처분에 대한 취소판결의 기속력으로 선행처분의 취소로 후행처분은 법적·사실적 기초를 상실하게 되어 행정청은 후행처분을 직권취소하게 된다는 점에서,<sup>95)</sup> 선행처분에 대한 취소소송의 소의 이익이 상실되지 않는다.<sup>96)</sup> 이러한 관점에서 보면 사전결정과 부분허가에 대하여 흡수론이 적용되지 않는다면, 우리나라의 경우는 독일과 달리 사전결정과 부분허가에 대하여는 후행처분이 이루어지는 경우라도 본안판결이 이루어질 수 있게 된다.

Verwaltungsgerichtsordnung, 27. Aufl., C.H.Beck, 2021, §113 Rn. 105.

93) 정하중, “행정소송법 12조 후단의 의미와 독일 행정소송법상의 계속확인소송”, 『저스티스』 통권 107호, 한국법학원, 2008, 286면. 사전결정이 건축허가로 인하여 소진되는 것은 아니지만, 건축허가에 불가쟁력이 발생한 경우 사전결정의 규율은 건축허가로 완전히 이진됨에 따라 사전결정의 규율에도 불가쟁력이 발생한 결과에 이르기 때문에 사전결정을 별도로 다룰 권리보호이익이 인정되지 않는다는 독일 판결로는 VG Ansbach Urt. v. 15.11.2017 - 9 K 16.651, BeckRS 2017, 135016(Rn. 26.)

94) 이에 관한 상세한 내용은 김창석, “과세처분에 있어서 당초처분과 경정처분의 관계”, 『사법논집』 제38집, 법원도서관, 2004, 208-226면 참조.

95) 대표적으로 ‘사업종류 변경결정 대법원 판결’에서 사업종류 변경결정의 취소판결과 산재보험료 부과처분의 관계를 이와 같이 설명하고 있다.

96) 처분의 요건이나 전제에 해당하는 요건사실을 확인하는 성격의 행정작용에 대한 처분성 확대에 인하여 중간적 처분과 최종적 처분이라는 복수의 처분이 발생하는 상황에서 중간적 처분만 다루는 상황과 관련하여, 중간적 처분에 대한 취소판결의 기속력의 일환으로서의 원상회복의무의 내용으로 취소판결과 모순되는 최종적 처분의 취소의무를 인정할 필요가 있다는 점에 관하여는 이윤정, “취소소송의 소송물 개념의 기능에 대한 재조명 - 처분성 확대 경향과 보완책으로서 원상회복의무 -”, 『행정법학』 제24호, 한국행정법학회, 2023, 136-140면.

### 3. 소결

이상의 논의를 종합하면, ① 후행처분이 선행처분을 완전히 대체하는 것이거나 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용인 경우,<sup>97)</sup> ② 선행처분은 잠정적 처분(가행정행위)이고 후행처분이 종국적 처분인 경우에 후행처분으로 인하여 선행처분이 소멸하는 것으로 볼 수 있다. 이러한 경우 흡수론으로 선행처분의 소멸 이유가 설명되는 것은 아니고, 흡수론을 통하여 일반행정분야에서 후행처분으로 인한 선행처분의 소멸 범위를 확대할 필요성도 크지 않다.

확인적 행정행위로서의 중간적 처분이 불완전한 잠정적 확인을 하는 경우라면 최종적 처분으로 중간적 처분은 소멸된다고 볼 것이다. 중간적 처분이 확정적 확인을 하는 경우에는 최종적 처분이 중간적 처분을 대체하는 관계에 있는지에 따라 중간적 처분의 소멸 여부가 좌우된다. 이 논문의 고찰 대상인 입찰참가자격제한요청과 입찰참가자격제한처분의 경우에는 하도급법에 따른 요청사유에 해당하는지는 요청기관이 판단하고, 처분기관은 제한사유에 대하여는 별다른 심사 없이 제한처분의 내용을 결정한다는 점에서 제한요청과 제한처분은 그 규율내용이 구별된다. 따라서 제한처분이 제한요청을 대체하는 관계에 있다고 볼 수 없으므로 제한처분으로 제한요청이 소멸한다고 보기는 어렵다. 이 경우 제한요청의 하자가 제한처분에 승계되는지의 문제에 대한 검토가 필요한데, 이에 관하여는 항을 바꾸어 살펴보기로 한다.

## IV. 중간적 처분과 하자의 승계

### 1. 확인적 행정행위에 있어서의 특수성

이상의 논의에 따르면 확인적 행정행위로서의 중간적 처분은 실체법적 처분으로서 행정기본법 제15조에 따라 유효한 처분으로 통용되는 한편 최종적 처분에 흡수되는 것은 아니고 최종적 처분으로 중간적 처분이 대체되는 것이 아닌 이상 중간적 처분과 최종적 처분은 연속적으로 존속하는 상태가 된다. 이 경우 선행처분인 중간적 처분의 하자가 후행처분인 최종적 처분으로 승계되는지에 관하여 ‘사업종류 변경결정 대법원 판결’은 중간적 처분인 사업종류 변경

97) 대법원 2015. 11. 19. 선고 2015두295 전원합의체 판결



결정이 실체법적 처분인 경우 그 하자는 최종적 처분인 산재보험료 부과처분에 승계되지 않는다는 입장을 밝혔다. 이는 종래 대법원의 하자승계론의 기준에 따를 때 중간적 처분과 최종적 처분이 ‘서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하는 경우’에 해당함을 전제로 하는 것으로 볼 수 있다.

이러한 대법원 판결의 입장은 독일법상 확인적 행정행위에 관한 법리와 일맥상통하는 측면이 있다. 독일법상 확인적 행정행위는 ‘구속력 있는 확인’을 하는 효력이 있어 취소되기 전까지 유효하고 구성요건적 효력도 가지는 것이어서 그 확인은 다른 행정청과 법원도 구속한다. 위 대법원 판결은 확인적 행정행위로서의 중간적 처분은 하자의 불승계 법리에 따라 명령적·형성적 행정행위와 마찬가지로 최종적 처분에 대한 취소소송을 심사하는 법원에서 그 위법성을 심사하지 못한다고 보는 것이다.

이에 대하여 확인적 행정행위로서 중간적 처분에 대한 하자의 승계를 적극적으로 확대 인정하고자 하는 입장에서는, 중간적 처분인 확인적 행정행위에 대한 하자의 승계를 일반적으로 차단하는 것은 최종적 처분으로 불이익이 현실화되기 이전 단계에서 제소 의무를 지우는 결과가 된다는 점에서 타당하지 않다고 하면서,<sup>98)</sup> 확인적 행정행위는 하자가 원칙적으로 승계된다고 보거나 승계를 인정케 하는 요소로 고려해야 한다고 하거나,<sup>99)</sup> 이러한 하자의 승계를 인정하기 위한 구체적인 방법론으로 최종적 처분에 선행하는 중간적 처분의 내용이 곧바로 최종적 처분의 내용이 되는 경우, 중간적 처분과 최종적 처분은 서로 결합하여 1개의 법률효과를 완성하는 경우에 해당한다고 보기도 한다.<sup>100)</sup>

하자의 승계는 소송법적 관점에서 보면 불가쟁력이 발생한 선행처분의 하자를 후행처분에 대한 소송에서 법원이 심사 가능한지의 문제이다.<sup>101)</sup> 확인적 행

98) 독일에서도 하나의 결정을 단계적으로 나누어 여러 개의 개별적인 결정으로 하는 것은 상대방에게 양적으로 또는 질적으로 제소 부담을 가중하는 경우라면 명시적인 법적 근거가 없는 한 허용되지 않는다고 논의된다. Kracht, a.a.O., S. 431.

99) 최계영, 앞의 글, 93-94면. 독일의 경우에는 제소 부담이 있는 경우 처분성 자체를 인정하지 않음에 따라 중간적 결정을 다투고자 하는 당사자에게 제소 기회가 부여되지 않을 수 있는 반면, 이 견해는 중간적 결정에 대하여는 처분성을 인정하되 하자 승계를 넓게 인정하는 방식으로 제소 부담을 완화하는 동시에 당사자의 제소 기회는 확대하는 입장으로 볼 수 있다.

100) 이승민, 앞의 글, 2021, 286면.

101) 하자의 승계에 관한 소송법적 관점을 강조하는 견해로는 송시강, 앞의 글, 74면(하자의 승계 법리는 소송법적 맥락과 연결됨을 강조한다); 홍강훈, “소송물이론 및 소권실효에 근거한 하자승계의 새로운 해결방안 - 하자승계의 소송법적 해결론 -”, 『공법연구』 제49집 제4호, 한국공법학회, 2021, 190-193면(하자승계의 문제는 후행행위에 대한 취소소송에서 선행행위의 위법성을 심판하는 것이 가능한가의 관점에서 소송제기기간이 도과한 선행행위의 위법을 후행행위의 소송으로 우회하여 다투는 것이므로 이는 신의성실의

정행위에 따른 ‘구속력 있는 확인’은 처분의 상대방이나 다른 행정청에 유효하게 통용될 수는 있을지언정, 소송법적 관점에서 사실인정 및 법해석의 최종적인 권한을 가진 법원이 행정청의 위법한 확인에 구속되어 그에 대하여 다시 심사하는 것이 일반적으로 배제된다고 보기는 어려울 것이다. 명령적·형성적 행정행위의 경우에는 의무를 부과하거나 권리를 제한하는 등 행정행위로 인하여 직접적인 법률관계의 변동이 발생하고, 그러한 법률관계 변동의 효력 여하에 대하여는 법원이 명령적·형성적 행정행위에 구속되어 달리 판단하지 못할 수는 있겠지만, 확인적 행정행위는 그와 달리 법률관계의 변동을 야기하지 않는다는 점에서 그에 대하여는 하자의 승계가 더 넓게 인정될 수 있다.

## 2. 하자의 승계 인정 범위와 인정 근거

확인적 행정행위로서의 중간적 처분에 있어 하자의 승계를 인정할 것인지는 일률적으로 확정하기 어렵고, 행정법관계의 조기확정과 행정의 적법성 보장과 위법한 행정행위에 대한 권리구제의 필요성에 따라 달리 판단이 필요하다.

만약 중간적 처분이 불특정다수인에 대한 일반처분의 성격을 가지는 것이라면 행정법관계의 조기확정이 강조되어 불특정다수인에 대한 중간적 처분과 이를 기초로 한 특정인에 대한 최종적 처분은 별개의 법률효과를 목적으로 하는 경우로 보아 원칙적으로는 하자의 승계가 전면적으로 인정된다고 보기는 어려울 것이다. 다만 개별 사안의 구체적인 사정에 따라 중간적 처분이 최종적 처분의 상대방에 제대로 고지되지 않거나 중간적 처분에 대하여 불복하기 어려운 사정이 있는 경우에는 수인한도의 예외로서 구속력을 인정할 수 없는 경우에 해당하여 예외적으로 하자의 승계가 인정될 수 있다.

중간적 처분이 동일 당사자와 동일한 사안에 관한 하나의 최종적 처분만을 예정하고 있고 그 최종적 처분의 전제나 요건에 해당하는 경우로서 의무를 부과하거나 의무 위반에 대한 제재를 하는 경우<sup>102)</sup>는 중간적 처분이 최종적 처분에 포함되는 관계로서, ‘서로 결합하여 1개의 법률효과를 완성하는 경우’에 해당하여 하자의 승계가 용이하게 인정될 수 있다.

중간적 처분이 특정인에 대한 기본적 사항을 확정하고, 이를 기초로 다수의

원칙에 기반 소권의 실효 문제의 하나로 다루어야 한다는 입장이다)

102) 그 예로는 입찰참가자격제한요청과 입찰참가자격제한처분, 자기완결적 신고 반려와 그 후속조치로서 시정명령이나 이행강제금 부과, 총포화약법 규정에 따른 안정도시험 대상자에 대한 안정도시험을 받으라는 통고와 그 후속조치로서 영업정지를 들 수 있다.

후속 처분이 이루어지는 경우<sup>103)</sup>는 위 두 사안의 중간 영역에 해당한다. 이 경우는 기본적 사항에 관한 중간적 처분을 기초로 하여 다수의 후속 처분을 예정하고 있다는 점에서 일회적인 처분에서보다는 행정법관계의 조기확정의 필요성이 어느 정도 인정될 수 있다. 그리고 중간적 처분은 다수의 후속 처분의 공통된 전제가 된다는 점에서, 중간적 처분이 예정한 법률효과는 개별적인 후속 처분보다 그 범위가 더 크다고 볼 여지도 있다. 이러한 관점에서 볼 때 이 경우에 ‘서로 결합하여 1개의 법률효과를 완성하는 경우’라는 예외 사유를 적용하여 일반적으로 하자의 승계가 인정된다고 볼 것인지는 추가적인 검토가 필요해 보인다. 사안에 따른 구체적 타당성을 도모하는 측면에서는, 중간적 처분과 개별적인 후속 처분을 별개의 법률효과를 목적으로 하는 경우로 보되, 수인한도의 예외 인정과 관련하여 ‘기본적 사항에 관한 중간적 처분의 고지 및 그에 대한 불복절차의 기회 제공을 받은 것’만으로 수인한도를 넘지 않아 하자가 승계되지 않는다고 볼 것이 아니라, ‘중간적 처분으로 인하여 부담하게 될 불이익을 정확히 인지하였음에도 그러한 불이익을 감수한다는 차원에서 중간적 처분에 대한 불복절차를 밟지 않았다는 사정’까지 인정되어야 하자의 승계가 인정되지 않는다고 하여 하자의 승계 인정을 위한 수인한도의 예외 기준을 완화하여 적용하는 방안을 생각해 볼 수도 있다.<sup>104)</sup>

## V. 요약 및 결론

1. 대법원은 종래 국민의 권리·의무에 직접적인 영향을 미치거나 직접적인 변동은 초래하는지를 기준으로 처분성을 판단하여 왔는데, 중간적 행정작용에 대하여는 “분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있는” 경우에 해당함을 이유로 처분성을 확대하여 오던 중, 최근에는 처분성이 인정되는 중

103) 그 예로는 사업종류 변경결정을 기초로 한 반복적인 산재보험료 부과처분, 요양급여의 적정성 평가 결과에 따른 통보를 기초로 한 반복적인 요양급여비용 감액 처분을 들 수 있다.

104) 참고로 독일에서는 구성요건적 효력은 법률에 의하여 그 적용을 제한 또는 확대할 수 있다고 하면서, 구성요건적 효력을 확대하는 방식으로는 행정행위의 내용과 무관하게 그 존재만으로 법적 효과가 발생한다고 규정하는 방식이 있다고 한다(Mann/Sennekamp/Uechtritz, aa.O., §43 Rn. 42.). 중간적 처분의 하자의 승계에 관한 명확성 내지 예측가능성을 확보를 위한 입법론의 관점에서는 특정인에 대한 확인적 행정행위는 원칙적으로 하자의 승계를 인정하되, 행정법관계의 조기확정이 필요한 경우는 하자의 승계를 제한하는 규정을 두는 방향으로 법제 정비를 고려할 수 있다.

간적 행정작용에 대하여 '확인적 행정행위'라고 명명(命名)하고 있다. 그 동안 대법원이 처분성을 인정한 중간적 행정작용은 독일 행정법상 '행정 행위'의 범주에 포함된다는 점에서 해석상 '실체법적 처분'에 해당하는 것으로 볼 수 있다. 입찰참가자격제한요청의 경우에도 '다단계 행정행위' 또는 '특정한 법적 효과의 발생을 위한 구성요건에 해당하는 행정활동'에 해당하는 것으로서 그 자체로 실체법적 처분에 해당한다.

2. 행정소송법, 행정절차법, 행정기본법에서 동일한 처분 개념을 사용하고 있어 각 법률의 처분을 달리 해석하기 어려운 상황에서는, 행정기본법 제15조에 따른 유효하게 통용되는 효력을 가지는 처분에 '실체법적 처분'과 '쟁송법적 처분'이 모두 포함되는 것으로 보기 어렵다. 따라서 최소한 중간적 행정작용의 처분성 인정에 있어서는 '확인적 행정행위'라는 실체법적 처분 개념을 활용할 필요가 있다.
3. 행정절차의 준수 여부는 '확인적 행정행위'를 판단함에 있어 행정청이 '구속력 있는 확인'을 하는 것인지에 관한 판단요소가 될 수 있다. 행정절차를 준수하지 않는 등의 사정으로 '확인적 행정행위'에 해당하지 않게 되면, '쟁송법적 처분'이 되는 것이 아니라 처분성이 인정되는 않는 결과에 이르게 된다. 다만 입찰참가자격제한요청의 경우에는 관련 법령상 입찰참가자격제한의 진체가 되고 관련 법령상 처분절차에 관한 규정을 두고 있다는 점에서 그 자체로 '확인적 행정행위'로 인정되고, 법령상의 절차를 누락한 경우에는 그 자체로 절차적 하자가 인정되는 것으로 보아야 한다.
4. 확인적 행정행위로서의 중간적 처분이 최종적 처분의 양적·질적 일부에 해당하는 경우 중간적 처분이 최종적 처분에 흡수된다고 볼 것인지는, 우리 판례에서 흡수론을 인정할 타당성이 크지 않다는 관점에서 원칙적으로는 흡수되지 않는 것으로 보아야 할 것이다. 이 경우 입찰참가자격제한요청 이후 입찰참가자격제한처분이 있더라도 입찰참가자격제한요청에 대한 취소소송의 소의 이익이 상실되지 않고, 입찰참가자격제한요청에 대한 취소판결이 확정되면 그 판결의 기속력에 의거 입찰참가자격제한처분에 대하여는 직권취소가 이루어지게 된다.
5. 중간적 처분에 대하여 불가쟁력이 발생한 경우 최종적 처분에 중간적 처

분의 하자가 승계되는지의 문제는 ‘확인적 행정행위’의 특수성을 고려하여 우리 판례에서 인정하고 있는 하자의 승계 인정 법리를 보다 적극적으로 적용할 필요가 있다. 이 경우 확인적 행정행위로서의 중간적 처분은 종래 판례가 한정적으로만 인정하던 ‘서로 결합하여 1개의 법률효과를 완성하는 경우’ 또는 ‘수인한도를 넘고 예측가능성이 없어 구속력을 인정할 수 없는 경우’를 인정하는 새로운 범주로 자리매김하게 된다. 다만 중간적 처분에 대한 행정법관계의 조기확정의 필요성을 감안하여 중간적 처분의 법적 성질과 내용, 그 효력범위에 따라 하자의 승계의 인정범위 및 인정사유는 달리 판단될 수 있다. 입찰참가자격제한요청의 경우는 제재적 성격을 가지는 입찰참가자격제한처분의 전제조건이 된다는 점 및 특정한 상대방에 대하여 특정한 사안에만 적용된다는 점에서 ‘서로 결합하여 1개의 법률효과를 완성하는 경우’에 해당한다고 보아 하자의 승계가 인정된다고 볼 수 있다.

[참고문헌]

1. 국내문헌

- 강정희, “하도급법 위반에 따른 벌점 부과 및 입찰참가자격제한요청 결정에 대한  
쟁송법적 검토 - 대법원 2023. 1. 12. 선고 2020두50683 판결, 2020두  
50690, 2020두54890 판결 및 대법원 2023. 2. 2. 선고 2020두48260 판결을  
중심으로 -”, 『경쟁법연구』 제47권, 2023
- 김중보, “항고소송에서 협의의 소익”, 『행정법연구』 제63호, 행정법이론실무학회, 2020
- 김중권, “『행정기본법』의 보통명사 시대에 행정법학의 과제 I : 처분관련 규정을  
중심으로”, 『공법학연구』 제22권 제2호, 한국비교공법학회, 2021
- 김창식, “과세처분에 있어서 당초처분과 경정처분의 관계”, 『사법논집』 제38집, 법  
원도서관, 2004
- 김창조, “공법상 당사자소송의 적용범위”, 『법학논고』 제70집, 경북대학교 법학연  
구원, 2020
- 박재윤, “권력적 사실행위의 처분성 - 대법원 2016. 8. 30. 선고 2015두60617 (진  
주의료원 사건) -”, 『행정법연구』 제54호, 행정법이론실무학회, 2018
- \_\_\_\_\_, “행정기본법 제정의 성과와 과제 - 처분관련 규정 등을 중심으로 -”, 『행  
정법연구』 제65호, 2021
- 박현정, “행정소송법 개정과 항고소송의 대상적격”, 『행정법학』 제22호, 한국행정  
법학회, 2022
- 법제처, 『행정기본법 조문별 해설』, 2021
- 성중탁, “행정소송으로서 당사자소송 활성화 방안 - 항고소송, 민사소송과의 구  
별을 중심으로 -”, 『행정법학』 제22호, 한국행정법학회, 2022
- 송시강, “하자의 승계에 관한 법리의 재검토 - 대법원 2022. 5. 13. 선고 2018두  
50147 판결에 대한 평석 -”, 『행정법연구』 제70호, 2023
- 윤지현, “당초처분과 증액경정처분 사이의 실체적, 그리고 소송상 관계에 관한 고찰”,  
『조세법연구』 제17집 제1호, 한국세법학회, 2011
- 이동찬, “가행정행위에 관한 소고”, 『토지공법연구』 제54집, 한국토지공법학회, 2011
- 이상덕, “지방계약과 판례법 - 사법상 계약, 공법상 계약, 처분의 구별을 중심으  
로 -”, 『홍익법학』 제19권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2018
- 이승민, “하도급법상 벌점제도의 문제점 - 공정거래위원회의 입찰참가자격제한  
및 영업정지 요청을 중심으로”, 『법조』 제68권 제3호(통권 제735호), 법조  
협회, 2019

- \_\_\_\_\_, “‘중간적 행정결정’과 항고소송의 대상적격”, 『저스티스』 제184호, 한국법학원, 2021
- 이윤정, “취소소송에서의 소 변경”, 『행정법연구』 제68호, 행정법이론실무학회, 2022
- \_\_\_\_\_, “취소소송의 소송물 개념의 기능에 대한 재조명 - 처분성 확대 경향과 보완책으로서 원상회복의무 -”, 『행정법학』 제24호, 한국행정법학회, 2023
- 장윤영, “근로복지공단에 의한 사업종류 변경결정의 처분성 - 프랑스 월권소송의 대상 확대에 관한 최근의 사례와 관련하여 -”, 『행정판례연구』 25-1집, 박영사, 2020
- 정하중, “다단계행정절차에 있어서 사전결정과 부분허가의 의미”, 『저스티스』 제32권 제1호, 한국법학원, 1999
- \_\_\_\_\_, “행정소송법 12조 후단의 의미와 독일 행정소송법상의 계속확인소송”, 『저스티스』 통권 107호, 한국법학원, 2008
- 최계영, “하자의 승계와 쟁송법적 처분”, 『행정판례연구』 27-1집, 박영사, 2022
- 홍강훈, “소송물이론 및 소권실효에 근거한 하자승계의 새로운 해결방안 - 하자승계의 소송법적 해결론 -”, 『공법연구』 제49집 제4호, 한국공법학회, 2021

## 2. 독일문헌

- Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, 59. Edition, C.H.Beck, 2023
- Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., de Gruyter, 1979
- Knack/Henneke, VwVfG, 11. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2020
- Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12 Aufl. C.H.Beck, 2011
- Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 27. Aufl., C.H.Beck, 2021
- Kracht, Feststellender Verwaltungsakt und konkretisierende Verfungung : Verwaltungsakte zur praverntiven Regelung, Konkretisierenng und Durchsetzung gesetzlicher Rechte und Pflichten, Duncker & Humblot, 2002
- Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz, 1. Aufl., Nomos, 2014
- Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, 6. Aufl. Luchterhand Verlag, 2021
- Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht VwVfG, 3. EL., C.H.Beck, 2022
- Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht VwGO, 43. EL., C.H.Beck, 2022
- Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, 4. Aufl., Nomos, 2014

[Abstract]

Review of Jurisprudence regarding Administrative Intermediate  
Disposition as Confirmatory Administrative Act

- Focused on relationship between request for debarment and  
disposition of debarment -

Sunghoon Lim\*

The Supreme Court has expanded the scope of revocation lawsuits for the reason of early settlement of disputes regarding intermediary administrative actions, and recently called them ‘confirmatory administrative act’. This can be regarded as a substantive legal disposition. Requests for debarment are also substantive legal dispositions because they fall under ‘multi-level administrative acts’ or ‘administrative activities corresponding to the constituent requirements for the occurrence of specific legal effects’.

Since the request for debarment, which is an intermediate disposition, is part of the disposition of debarment, which is the final disposition, the question of whether the former is absorbed by the latter is raised based on the absorption theory accepted in Supreme Court precedents. Since the intermediate disposition and the final disposition have separate legal effects as separate dispositions and there is no practical reason to accept the absorption theory, the former should not be regarded as absorbed by the latter. In this case, even if a disposition of debarment is issued after the request for debarment, the legal interest of the litigation for revocation of the request for debarment will not be extinguished, and if a judgment for canceling the request for debarment becomes final and conclusive, based on the binding force of the judgment, the disposition of debarment is subject to ex officio revocation.

Finally, with regard to the issue of whether illegality in intermediate dispositions are succeeded to final dispositions, the specificity of ‘confirmatory administrative act’ and the need for an early and definitive conclusion of

---

\* Ph.D. in Law, Associate Professor, Sogang Law School.



the administrative law relationship should be comprehensively considered. Depending on the legal nature and contents of the intermediate disposition, and the scope of its effect, the scope and reasons for succession of illegality may be judged differently. In the case of a request for debarment, it becomes a precondition for a disposition of debarment, which has a punitive character, and is applied only to a specific case against a specific party. In this respect, it can be seen that the succession of illegality is recognized as it corresponds to the case of 'combining each other disposition to complete one legal effect', which is the reason for recognition of succession of defects in korean judicial precedent.

Keywords : Intermediate Disposition, Confirmatory Administrative Act,  
Succession of Illegality, Absorption Theory, Debarment

