

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2018두45633 중국전담여행사 지정취소처분 취소
원고, 상고인 주식회사 한중네트웍
소송대리인 변호사 김동성 외 1인
피고, 피상고인 문화체육관광부장관
소송대리인 법무법인(유한) 한별
담당변호사 김원중 외 4인
원 심 판 결 서울고등법원 2018. 4. 25. 선고 2017누84954 판결
판 결 선 고 2020. 12. 24.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 가. 행정절차법 제20조는 제1항에서 "행정청은 필요한 처분기준을 해당 처분의 성질에 비추어 되도록 구체적으로 정하여 공표하여야 한다. 처분기준을 변경하는 경우에

도 또한 같다."라고 규정하면서 제2항에서 "제1항에 따른 처분기준을 공표하는 것이 해당 처분의 성질상 현저히 곤란하거나 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해치는 것으로 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 처분기준을 공표하지 아니할 수 있다."라고 규정하고 있다.

나. 이와 같이 행정청으로 하여금 처분기준을 구체적으로 정하여 공표하도록 한 것은 해당 처분이 가급적 미리 공표된 기준에 따라 이루어질 수 있도록 함으로써 해당 처분의 상대방으로 하여금 결과에 대한 예측가능성을 높이고 이를 통하여 행정의 공정성, 투명성, 신뢰성을 확보하며 행정청의 자의적인 권한행사를 방지하기 위한 것이다. 그러나 처분의 성질상 처분기준을 미리 공표하게 되면 행정목적은 달성할 수 없게 되거나 행정청에게 일정한 범위 내에서 재량권을 부여함으로써 구체적인 사안에서 개별적인 사정들을 고려하여 탄력적으로 처분이 이루어지도록 하는 것이 오히려 공공의 안전이나 복리에 더 적합한 경우가 있을 수 있으므로, 그와 같은 경우에는 행정절차법 제20조 제2항에 따라 처분기준을 따로 공표하지 아니하거나 개략적으로만 공표할 수도 있다(대법원 2019. 12. 13. 선고 2018두41907 판결 등 참조). 행정청은 당초에 공표된 처분기준을 변경하는 경우에도 위 제2항이 정한 예외에 해당하지 않는 한 변경된 처분기준을 다시 공표하여야 한다.

다. 행정청이 행정절차법 제20조 제1항의 처분기준 사전공표 의무를 위반하여 미리 공표하지 아니한 기준을 적용하여 처분을 하였다고 하더라도, 그러한 사정만으로 곧바로 해당 처분에 취소사유에 이를 정도의 흠이 존재한다고 볼 수는 없다. 다만 해당 처분에 적용한 기준이 상위법령의 규정이나 신뢰보호의 원칙 등과 같은 법의 일반원칙을 위반하였거나 객관적으로 합리성이 없다고 볼 수 있는 구체적인 사정이 있다면 해당

처분은 위법하다고 평가할 수 있다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

(1) 행정청이 행정절차법 제20조 제1항에 따라 정하여 공표한 처분기준은, 그것이 해당 처분의 근거법령에서 구체적 위임을 받아 제정·공포되었다는 특별한 사정이 없는 한, 원칙적으로 대외적 구속력이 없는 행정규칙에 해당하는 것으로 보아야 한다.

(2) 처분이 적법한지는 행정규칙에 적합한지 여부가 아니라 상위법령의 규정과 입법 목적 등에 적합한지 여부에 따라 판단해야 한다(대법원 2013. 9. 12. 선고 2011두 10584 판결 참조). 처분이 행정규칙을 위반하였다고 하여 그러한 사정만으로 곧바로 위법하게 되는 것은 아니고(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009두7967 판결 참조), 처분이 행정규칙을 따른 것이라고 하여 적법성이 보장되는 것도 아니다. 행정청이 미리 공표한 기준, 즉 행정규칙을 따랐는지 여부가 처분의 적법성을 판단하는 결정적인 지표가 되지 못하는 것과 마찬가지로, 행정청이 미리 공표하지 않은 기준을 적용하였는지 여부도 처분의 적법성을 판단하는 결정적인 지표가 될 수 없다고 보아야 한다.

(3) 행정청이 정하여 공표한 처분기준이 과연 구체적인지 여부 또는 행정절차법 제20조 제2항에서 정한 처분기준 사전공표 의무의 예외사유에 해당하는지 여부는 일률적으로 단정하기 어렵고, 구체적인 사안에 따라 개별적으로 판단하여야 한다. 만약 행정청이 행정절차법 제20조 제1항에 따라 구체적인 처분기준을 사전에 공표한 경우에만 적법하게 처분을 할 수 있는 것이라고 보게 되면, 처분의 적법성이 지나치게 불안정해지고 개별법령의 집행이 사실상 유보·지연되는 문제가 발생하게 된다.

라. 행정청이 관계법령의 규정이나 또는 자체적인 판단에 따라 처분상대방에게 특정한 권리나 이익 또는 지위 등을 부여한 후 일정한 기간마다 심사하여 그 갱신 여부를 판단하는 이른바 '갱신제'를 채택하여 운용하는 경우에는, 처분상대방은 합리적인

기준에 의한 공정한 심사를 받아 그 기준에 부합되면 특별한 사정이 없는 한 갱신되리라는 기대를 가지고 갱신 여부에 관하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 요구할 권리를 가진다고 보아야 한다.

여기에서 '공정한 심사'란 갱신 여부가 행정청의 자의가 아니라 객관적이고 합리적인 기준에 의하여 심사되어야 할 뿐만 아니라, 처분상대방에게 사전에 심사기준과 방법의 예측가능성을 제공하고 사후에 갱신 여부 결정이 합리적인 기준에 의하여 공정하게 이루어졌는지를 검토할 수 있도록 심사기준이 사전에 마련되어 공표되어 있어야 함을 의미한다(대법원 2011. 1. 13. 선고 2010두1835 판결 등 참조).

사전에 공표한 심사기준 중 경미한 사항을 변경하거나 다소 불명확하고 추상적이었던 부분을 명확하게 하거나 구체화하는 정도를 뛰어넘어, 심사대상기간이 이미 경과하였거나 또는 상당 부분 경과한 시점에서 처분상대방의 갱신 여부를 좌우할 정도로 중대하게 변경하는 것은 갱신제의 본질과 사전에 공표된 심사기준에 따라 공정한 심사가 이루어져야 한다는 요청에 정면으로 위배되는 것이므로, 갱신제 자체를 폐지하거나 갱신상대방의 수를 종전보다 대폭 감축할 수밖에 없도록 만드는 중대한 공익상 필요가 인정되거나 관계 법령이 제·개정되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 허용되지 않는다고 보아야 한다.

2. 원심판결 이유 및 적법하게 채택된 증거에 의하면, 다음과 같은 사정들을 알 수 있다.

가. 피고는 중국 정부에 추천할 '중국 단체관광객 유치 전담여행사'(이하 '전담여행사'라 한다)의 지정 및 관리 등을 시행하기 위하여 '중국 단체관광객 유치 전담여행사업무 시행지침'(이하 '이 사건 지침'이라 한다)을 제정하였다. 피고는 2013. 5.경 이 사

건 지침 제3조의2를 신설하여 2년에 1회 재심사를 통해 전담여행사 지위를 갱신하는 '전담여행사 갱신제'를 도입하였다.

나. 피고는 위와 같이 '전담여행사 갱신제'를 도입할 무렵인 2013. 9.경 각 평가영역·항목·지표에 따른 점수의 합계가 75점 이상인 경우에 전담여행사 지위를 갱신하기로 기준을 정하였고(이하 '종전 처분기준'이라 한다) 이를 한국여행업협회장을 통해 전담여행사들에게 공지하였다.

다. 원고는 2006. 4. 11. 이 사건 지침에 의거해 전담여행사로 신규 지정되었는데, 피고는 종전 처분기준에 따른 갱신 심사를 거쳐 2013. 12. 5. 원고의 전담여행사 지위를 갱신하였다. 피고는 그 무렵 원고를 비롯한 전담여행사들에게 종전 처분기준에서도 대체로 고려되었던 유치실적, 상품가격, 행정제재이력, 저가상품 여부, 고부가상품 판매비율 등을 지속적으로 모니터링하여 이를 2년마다 실시하는 갱신제 평가에 반영할 것임을 공지하였다.

라. 피고는 일부 전담여행사들이 무자격가이드를 고용하고, 무단이탈보고 의무를 제대로 이행하지 않는 등 위반행위로 인한 폐해가 늘어나자, 이에 대한 제재를 강화하는 차원에서 2016. 3. 23.경 종전 처분기준의 각 평가영역·항목·지표 및 배점 등을 일부 변경하고, ① 평가기준 점수가 70점 미만이거나 ② 70점 이상 업체 중에도 행정처분(무자격가이드 등)으로 6점 이상 감점된 업체에 대해서는 전담여행사 지위를 갱신하지 않기로 결정하였으나(이하 '변경된 처분기준'이라 한다), 이를 미리 공포하지 않은 채 갱신심사에 적용하였다.

마. 원고는 변경된 처분기준에 의할 때 갱신 기준 점수인 70점을 상회하는 77점을 받았으나, 갱신제 평가기간인 2014. 1.경부터 2015. 10.경 사이에 무자격가이드 고용,

무단이탈보고 불이행 등 위반사항으로 받은 행정처분으로 인한 감점이 8점이어서 탈락 기준인 6점을 상회하였다.

바. 피고는 당초 2016. 3. 28. 원고에게 전담여행사로 재지정한다고 통지하였으나, 그 후 원고의 행정처분으로 인한 감점이 8점이어서 재지정 탈락기준인 6점을 상회한다는 점을 간과한 사실을 뒤늦게 확인하고, 2016. 11. 4. 다시 원고에 대하여 전담여행사 재지정을 직권으로 취소한다고 통지하였다(이하 '이 사건 처분'이라 한다).

3. 이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 다음과 같이 판단할 수 있다.

가. 변경된 처분기준은 총점과 상관없이 행정처분으로 6점 이상 감점을 받은 사정만으로 전담여행사 지위의 갱신을 거부하도록 하는 것으로서, 총점을 기준으로 갱신 여부를 결정하도록 한 종전 처분기준을 중대하게 변경한 경우에 해당한다. 또한 피고는 이미 2년의 심사대상기간(2014. 1. ~ 2015. 12.)이 종료된 후, 갱신 여부를 심사하는 도중에 2016. 3. 23.경 심사기준을 중대하게 변경하고 변경된 심사기준을 적용하여 원고에 대하여 전담여행사 재지정을 직권으로 취소함으로써 결과적으로 갱신을 거부하는 이 사건 처분을 하였다.

나. 피고는 일부 전담여행사들이 무자격가이드를 고용하는 등의 위반행위가 늘어나 제재를 강화할 필요가 있다고 주장하나, 이는 위반행위에 대한 단속을 강화하고 관광진흥법 등 관계 법령에서 정한 바에 따라 엄정한 제재처분을 시행하여야 할 사유에 해당할 뿐, 전담여행사 갱신제와 관련하여 피고가 사전에 공표한 처분기준을 변경하여 전담여행사 지정 업체수를 대폭 감축할 수밖에 없는 중대한 공익상 필요로 보기는 어렵다. 사후적으로 변경된 처분기준에 따라 갱신 거부라는 추가 제재를 가하는 것은 위

반행위에 대해서는 제재처분 시점의 법령이나 처분기준이 아니라 그 위반행위 시점의 법령이나 처분기준에 따라 제재를 가하여야 한다는 원칙(대법원 2016. 2. 18. 선고 2015두50474 판결 등 참조)에도 위배된다.

다. 따라서 피고가 사후적으로 변경된 처분기준에 따라 원고에 대한 전담여행사 갱신 거부를 결정한 것은, 전담여행사 갱신제 자체를 폐지하거나 갱신되는 전담여행사 업체수를 종전보다 현저하게 감축할 수밖에 없도록 만드는 중대한 공익상 필요가 인정되거나 관계 법령이 제·개정되었다는 등의 다른 특별한 사정이 없는 한, 처분기준 사전공표 제도의 입법취지에 반하고, 갱신제의 본질 및 적법절차원칙에서 도출되는 공정한 심사 요청에도 반하므로 위법한 것이라고 보아야 한다.

4. 그런데도 원심은 이 사건 처분에 행정절차법 제20조 제1항을 위반하거나 재량행위에서 재량권을 일탈·남용한 위법이 없다고 판단하였다. 이러한 원심 판단에는 행정절차법상 처분기준 사전공표 의무 등에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

5. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	김상환
	대법관	박상옥

주 심 대법관 안철상

 대법관 노정희