

NATIONAL ASSEMBLY HIGHER CIVIL SERVICE EXAM

입법고등고시

2차 기출 완성

제2권 행정법

2016~2026년 제2차시험 기출 · 자습용 · 2026년 10월 판

차례

일러두기	3
제0장 시험 이해와 답안 쓰는 법	4
0-1 문제지에서 확인되는 시험 구조	5
0-2 10개년 출제 지도	5
0-3 주제별 빈도와 경향	6
0-4 행정법 사례형 답안 쓰는 법	7
0-5 학습 계획	8
제1장 행정입법과 행정법의 법원	9
1-1 핵심 개념	10
1-2 기출 풀이	13
2018 제3문 행정입법의 필요성과 국회에 의한 통제	13
2023 제2문 특수공법인의 회비와 정관 위임, 예방적 금지소송	15
2024 제2문 공표하지 않은 고시 형식의 지침과 거부처분	18
제2장 행정행위의 종류·재량·신뢰보호	21
2-1 핵심 개념	22
2-2 기출 풀이	25
2017 제1문 토지거래허가구역 내 공동매수와 지분등기, 과징금	25
2018 제1문 숙박시설 사전결정과 신임 시장의 불허가	28
2025 제1문 공증인가 거부와 임명공증인의 지위	31
제3장 행정행위의 하자과 소멸	34
3-1 핵심 개념	35
3-2 기출 풀이	38
2016 제1문 위헌결정 이후의 압류와 과세처분의 하자	38
2021 제1문 교육환경보호구역 내 게임장 — 해제결정·건축물대장·허가취소	41
제4장 행정절차와 행정심판	45
4-1 핵심 개념	46
4-2 기출 풀이	49
2019 제1문 경매로 승계한 미용업소의 영업정지와 과징금	49
2019 제2문 시장형 공기업의 입찰참가자격 제한	52
2016 제3문 인용재결에 대한 처분청의 취소소송	55
2024 제3문 거부처분 취소재결과 제3자의 취소소송	57
제5장 행정의 실효성 확보·공물·공무원	59
5-1 핵심 개념	60
5-2 기출 풀이	63
2021 제2문 무단 증축 공장에 대한 철거 대집행	63
2025 제2문 청사 내 식당의 무단 전대	66
2023 제1문 직위해제·직권면직과 공무원의 의무	68
제6장 국가배상과 손실보상	71
6-1 핵심 개념	72
6-2 기출 풀이	75
2016 제2문 개발제한구역 지정과 보상 — 甲과 乙의 주장	75
2017 제2문 공중보건회의 의결과실과 유족의 직접 청구	78
2023 제3문 위법행위 공무원 개인의 대외적·대내적 책임	80
2019 제3문 이주대책상 권리의 취득시기와 구제수단	82
제7장 항고소송의 소송요건·가구제·참가	84
7-1 핵심 개념	85
7-2 기출 풀이	88
2020 제1문 풍력발전단지 실시계획 승인과 주민·재단법인의 소송	88

2020 제3문 분진 피해 양봉업자의 개선명령 청구	92
2025 제3문 열병합발전소 신고수리 거부 소송과 국가·주민의 관여	94
제8장 항고소송의 심리·판결과 당사자소송	96
8-1 핵심 개념	97
8-2 기출 풀이	100
2018 제2문 사면자료 정보공개 거부 — 처분사유 추가와 판결 후 재거부	100
2020 제2문 사실상 도로가 포함된 토지의 건축허가 거부	102
2021 제3문 취소판결의 기속력	104
2026 제2문 국적비보유판정과 신뢰보호, 판결 후 재처분	106
2026 제3문 당사자소송의 의의·종류와 가처분	109
제9장 지방자치법	111
9-1 핵심 개념	112
9-2 기출 풀이	115
2017 제3문 추가조례와 초과조례	115
2024 제1문 태양광발전시설 이격거리 조례와 개발행위허가 거부	117
2026 제1문 교도소 재건축 협의 거부와 도로 지하 점용허가	120
부록 참조 자료	124
부록 A 연도별 문항 일람	125
부록 B 주제 색인	126
부록 C 핵심 조문과 심사 기준	128

일러두기

이 권의 구성. 이 책은 2016~2021년, 2023~2026년 입법고등고시 제2차시험 행정법 기출 30개 대문(10개년)을 주제별로 재배열하고, 문항마다 출제 포인트, 답안 개요(쟁점 지도), 예시답안을 붙인 자습서이다. 2022년 문제지는 원자료에 없어 실지 않았다. 0장에서 시험 구조와 답안 쓰는 법을 정리하고, 1~9장에서 주제별 핵심 개념 카드와 기출 풀이를 제공한다. 부록에는 연도별 문항 일람(A), 주제 색인(B), 핵심 조문과 심사 기준(C)을 실었다.

공부법. 각 장은 ‘핵심 개념 → 기출 풀이’ 순서이다. 기출 풀이에서는 문제지 원문과 참조 조문을 먼저 읽고, 바로 해설로 넘어가지 말고 스스로 쟁점 지도(누가 · 무엇을 · 어떤 근거로 · 결론)를 15분 안에 그려 본 뒤 비교하기를 권한다. 사례형 답안은 소송요건(대상적격 → 원고적격·소의 이익 → 피고·제소기간)을 먼저 확인하고 본안(위법성)으로 넘어가는 순서를 지켰다. 예시답안은 하나의 모범 구성일 뿐이며, 판례와 학설이 갈리는 쟁점(처분 사유 추가의 허용 여부, 신뢰보호의 한계 등)에서는 반대 결론도 근거가 충실하면 좋은 평가를 받을 수 있다.

표기 기준.

- 법령 약칭: 행정소송법, 행정심판법, 행정절차법, 행정기본법(2021년 제정), 국가배상법, 정보공개법(공공기관의 정보공개에 관한 법률), 토지보상법(공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률), 국토계획법(국토의 계획 및 이용에 관한 법률), 공공기관운영법(공공기관의 운영에 관한 법률), 국가계약법(국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률).
- 조문 번호는 정확하다고 확인한 것만 적었다. 확신이 없는 경우 번호 없이 규칙의 내용만 서술하였다. 지방자치법은 2021년 전부개정(2022년 시행)으로 조문 번호가 바뀌었으므로 ‘구 제22조(현행 제28조)’처럼 함께 적었다.
- 판례는 사건번호 대신 ‘판례는 …라는 입장이다’, ‘대법원 전원합의체 판결(연도)’처럼 태도와 연도로 적었다.
- 문제지가 ‘현행법령 등을 사례해결에 적합하도록 수정하였음’, ‘가상의 것임’이라고 밝힌 경우 그 전제와 제시된 조문을 따랐다.
- 문제지 원문의 「」, 따옴표, 괄호 표기는 가능한 한 그대로 옮겼다. 2016~2019년 문제지는 HWP 원본에서 옮겼으며, 2017년 제1문의 소문 번호 1., 2.는 원본의 자동 번호를 살려 적었다.

출처와 주의. 기출 문항은 국회사무처 국회채용시스템 자료실에 공개된 문제지에서 옮겼다. 외부 배포·판매 전에 이용 조건을 확인해야 한다. 예시답안은 출제 당시 법령·판례를 기준으로 하며, 이후 개정은 직접 확인해야 한다. 특히 행정기본법(2021. 3. 제정, 이의신청·재심사 조항은 2023. 3. 시행)이 생기기 전의 문항은 당시 법령으로 풀고, 행정기본법의 관련 조문은 필요한 곳에만 한 줄로 덧붙였다. 예시답안과 해설은 이 책의 저자가 작성한 것으로 출제기관의 공식 답안이 아니다.

제0장

시험 이해와 답안 쓰는 법

배점 구조 · 10개년 출제 지도 · 주제별 빈도 · 행정법 사례형 답안의 순서 · 학습 계획

이 장에서 다루는 내용

0-1 문제지에서 확인되는 시험 구조	5
0-2 10개년 출제 지도	5
0-3 주제별 빈도와 경향	6
0-4 행정법 사례형 답안 쓰는 법	7
0-5 학습 계획	8

0-1 문제지에서 확인되는 시험 구조

2016~2021년, 2023~2026년 행정법 문제지는 모두 **대문 3개, 합계 100점**으로 구성된다. 제1문은 거의 매년 40~50점의 대형 사례형으로 소문 3~4개를 묻고, 제2문은 30~35점 사례형(소문 2개 안팎), 제3문은 15~30점의 약술·논술형 또는 소형 사례형이다. 사례형 문항에는 2019년 이후 거의 매번 〈참조 조문〉이 길게 붙으며, 2023년부터는 “헌행법령 등을 사례해결에 적합하도록 수정하였음”이라는 문구가 함께 붙는다.

연도	제1문	제2문	제3문
2016	50점(소문 3)	30점(주장 2개 검토)	20점(약술)
2017	50점(소문 3)	30점(논술)	20점(약술)
2018	50점(소문 3)	30점(소문 2)	20점(논술)
2019	50점(소문 3)	30점(소문 2)	20점(논술)
2020	50점(소문 3)	30점(소문 2)	20점(소형 사례)
2021	50점(소문 3)	35점(소문 2)	15점(논술)
2023	40점(소문 3)	30점(소문 2)	30점(설명)
2024	50점(소문 3)	30점(소문 2)	20점(검토)
2025	40점(소문 3)	30점(소문 2)	30점(소형 사례)
2026	50점(소문 4)	30점(소문 2)	20점(논술)

문제지 표제는 ‘○○년도 제○○회 입법고시 제2차시험’이며 2022년 문제지는 이 책의 원자료에 없다. 시험 시간, 답안지 분량, 과목 편성(필수·선택 여부) 등 문제지에 나타나지 않는 사항은 매년 국회사무처 공고로 확인해야 한다.

배점에서 읽을 것

소문 배점은 10점, 15점, 20점이 대부분이다. 10점 소문은 쟁점 하나(예: 사전통지 대상인지), 15점 소문은 학설·판례 대립이 있는 쟁점 하나 또는 쟁점 두 개, 20점 이상 소문은 소송요건과 본안을 함께 묻거나 쟁점 둘 이상을 요구한다고 보면 된다. 이 책의 예시답안은 점수당 약 50~70자(공백 제외 기준)를 목표로 했다(50점 대문 약 2,500~3,500자).

0-2 10개년 출제 지도

연도	문	소재와 쟁점	주제(이 책의 장)	배점
2016	1	위헌결정 후 압류 / 소송 형태·하자승계·위헌법률 근거 처분	하자(3장)	50
	2	개발제한구역 지정 / 경계이론·분리이론·입법 국가배상	손실보상(6장)	30
	3	인용재결에 대한 처분청의 제소	행정심판(4장)	20
2017	1	토지거래허가·명의신탁 / 인가·공동신청·과징금	행정행위(2장)	50
	2	공중보건의 의료과실 / 공무원 개인책임	국가배상(6장)	30
	3	추가조례와 초과조례	지방자치(9장)	20
2018	1	숙박시설 사전결정과 불허가 / 사전결정·재량·신뢰보호	행정행위(2장)	50
	2	사면자료 정보공개 / 처분사유 추가·기속력	소송 심리·판결(8장)	30
	3	행정입법의 필요성과 국회 통제	행정입법(1장)	20
2019	1	경매로 승계한 미용업 / 제재사유 승계·수리 사전통지·변경재결	행정절차(4장)	50

연도	문	소재와 쟁점	주제(이 책의 장)	배점
	2	공기업 입찰참가자격 제한 / 처분성·불복기간·청문	행정절차(4장)	30
	3	이주대책 권리 취득시기와 구제	손실보상(6장)	20
2020	1	풍력발전 실시계획 승인 / 원고적격·환경영향평가 부실·집행정지	소송요건(7장)	50
	2	사실상 도로와 건축허가 거부 / 중대한 공익·처분사유 변경	소송 심리·판결(8장)	30
	3	분진 피해와 개선명령 청구 / 행정개입청구권	소송요건(7장)	20
2021	1	게임장 금지해제·건축물대장·허가취소 / 원고적격·처분성·실효	하자(3장)	50
	2	무단 증축 공장 계고 / 대집행 요건·하자승계	행정강제(5장)	35
	3	취소판결의 기속력	소송 심리·판결(8장)	15
2023	1	직위해제·직권면직 / 소청 전치·정년 후 소익·공무원 의무	공무원(5장)	40
	2	공법인 회비 / 정관 위임·예방적 금지소송	행정입법(1장)	30
	3	공무원 개인의 배상·구상 책임	국가배상(6장)	30
2024	1	태양광 이격거리 조례 / 위임·비례원칙·처분사유 추가	지방자치(9장)	50
	2	전담여행사 지침 / 처분기준 미공표·고시 형식	행정입법(1장)	30
	3	거부처분 취소재결과 제3자 / 소의 대상·소의 이익	행정심판(4장)	20
2025	1	공증인가 거부 / 공무수탁사인·특허·처리기간·사전통지	행정행위(2장)	40
	2	청사 식당 무단 전대 / 행정재산 사용허가·국유재산법상 조치	공물(5장)	30
	3	열병합발전소 신고 반려 소송 / 소송참가	소송요건(7장)	30
2026	1	교도소 재건축 협의 / 사무 구분·국가의 원고적격·주민소송	지방자치(9장)	50
	2	국적비보유판정 / 신뢰보호·재처분의무·간접강제	소송 심리·판결(8장)	30
	3	당사자소송의 의의·종류·가처분	소송 심리·판결(8장)	20

0-3 주제별 빈도와 경향

장	주제	대문 수	배점 합계
1	행정입법과 행정법의 법원(法源)	3	80
2	행정행위의 종류·재량·신뢰보호	3	140
3	행정행위의 하자과 소멸	2	100
4	행정절차와 행정심판	4	120
5	행정의 실효성 확보·공물·공무원	3	105
6	국가배상과 손실보상	4	110
7	항고소송의 소송요건과 가구제·참가	3	100
8	항고소송의 심리·판결과 당사자소송	5	125
9	지방자치법	3	120
	합계	30	1,000

경향 세 가지

- ① **행정소송법이 모든 장을 관통한다.** 처분성·원고적격·소의 이익·처분사유 추가·기속력이 10년 동안 거의 매년 등장한다. 특히 처분사유 추가·변경(2018-2, 2020-2, 2024-1)과 취소판결의 기속력(2018-2, 2021-3, 2026-2)은 짝으로 반복된다.
- ② **최근 대법원 판례의 사실관계를 그대로 각색한다.** 전담여행사 지침(2024-2), 태양광 이격거리 조례(2024-1), 건축협회의 거부와 도로 지하 점용허가(2026-1), 공증인가 거부(2025-1), 공중보건회의의 구상(2017-2), 재단법인의 원고적격(2020-1)이 그 예이다. 판례의 결론과 이유를 한 문장으로 말할 수 있어야 한다.
- ③ **참조 조문을 읽게 만든다.** 의결정족수(2021-1), 정관 위임 구조(2023-2), 청구기간을 빠뜨린 불복 고지(2019-2)처럼 조문 속에 쟁점이 숨어 있다. 참조 조문은 문제의 일부라고 생각하고 밑줄을 그어 가며 읽어야 한다.

0-4 행정법 사례형 답안 쓰는 법

행정법 사례형은 ‘어떤 소송으로, 누가, 누구를 상대로, 언제까지, 무엇을 주장해 이길 수 있는가’를 묻는다. 소송 문제라면 반드시 다음 순서를 지킨다.

단계	검토 사항	예시
① 대상적격	처분인가(행정소송법 제2조 제1항 제1호), 거부라면 신청권이 있는가, 재결이라면 고유한 위법인가(제19조)	건축물대장 용도변경 반려(2021-1), 건축협회의 거부(2026-1)
② 원고적격·소의 이익	법률상 이익(제12조 전문), 제3자·경업자·주민, 처분 효과 소멸 후 회복되는 이익(제12조 후문)	환경영향평가 대상지역(2020-1), 정년 후 면직 취소(2023-1)
③ 피고·제소기간 등	처분청(제13조), 안 날 90일·있을 날 1년(제20조), 필요적 전치(국가공무원법 제16조, 국세기본법 제56조)	소청 미경유(2023-1), 기간 불고지(2019-2)
④ 본안(위법성)	근거 법령 위반, 재량 일탈·남용, 절차 하자, 일반원칙(비례·신뢰보호·평등)	사전결정과 신뢰보호(2018-1), 주민 반대만을 이유로 한 거부(2026-1)
⑤ 결론	소송 형태별로 인용·기각·각하를 구별하여 한 문장	“丙은 원고적격이 없어 소가 각하되므로 승소할 수 없다.”

실전 팁

소문마다 I. 문제의 소재 → II. 쟁점별 검토(법리 → 판례 → 포섭) → III. 결론. 문제의 소재는 두 문장이면 충분하다. 소송요건이 문제되지 않으면 “설문은 적법한 제소를 전제하므로 본안만 검토한다”고 한 줄로 정리하고 넘어간다. 각하 사유가 있더라도 본안을 ‘가정적으로’ 짧게 판단해 주면 점수를 잃지 않는다(2021-1 (1)).

자주 하는 실수

- **소송요건을 건너뛰고 본안으로 직행하는 것.** “丙은 승소할 수 있는가”라는 물음의 답이 원고적격 부정에 있는 문제(2021-1)가 반복된다.
- **출제 당시 법령을 무시하는 것.** 행정기본법(2021), 지방자치법 전부개정(2022 시행), 행정심판법 간접강제(2017 신설)처럼 시점에 따라 근거 조문이 달라진다. 출제 당시 법령으로 쓰고, 이후 개정은 한 줄로 덧붙인다.
- **조문 번호를 지어내는 것.** 확신이 없으면 ‘행정절차법은 …라고 규정한다’처럼 내용으로 쓴다. 틀린 번호는 감점 요인이지만, 정확한 내용은 그 자체로 점수가 된다.
- **문제지의 사실을 버리는 것.** ‘출석위원 3분의 2에 못 미치는 과반수’(2021-1), ‘청구기간은 문서에 포함되어 있지 않다’(2019-2), ‘행정협의조정위원회의 권고’(2026-1)처럼 출제자가 일부러 넣은 사실은 반드시 답안에 등장해야 한다.

판례 인용의 원칙

판례는 사건번호보다 **판시 내용**이 점수가 된다. “판례는 환경영향평가 대상지역 안의 주민에게는 환경상 이익의 침해가 사실상 추정된다는 입장이다”처럼 태도를 한 문장으로 쓰고, 전원합의체 판결은 연도를 덧붙인다. 학설은 2~3개를 이름과 핵심 논거로 짧게 대비하고 판례·검토로 넘어간다.

0-5 학습 계획

단계	기간(예시)	할 일
1	1~2주	7장(소송요건)과 8장(심리·판결)의 개념 카드를 먼저 익힌다. 다른 모든 장의 사례가 이 두 장의 틀 위에서 풀린다.
2	3~5주	2·3·4·9장. 장마다 개념 카드 → 기출 문제만 보고 쟁점 지도 작성(15분) → 답안 개요 표와 비교 → 예시답안 정독.
3	6~7주	1·5·6장과 부록 C의 조문·심사 기준 정리. 행정소송법 제12조·제19조·제20조·제23조·제30조·제34조는 문언 그대로 쓸 수 있을 때까지 반복한다.
4	8주 이후	연도별로 3문항을 실제 시간에 맞추어 작성(시험 시간은 공고 확인). 써봄(writegrow.net) 같은 첨삭 도구나 스터디로 피드백을 받는다.

제1장

행정입법과 행정법의 법원

법규명령과 행정규칙 · 포괄위임금지과 정관 위임 · 법령보충적 행정규칙 · 처분기준 공표 · 국회의 행정입법 통제 | 기출 3문항: 2018-3, 2023-2, 2024-2 (관련: 2024-1)

이 장에서 다루는 내용

1-1 핵심 개념	10
1-2 기출 풀이	13
2018 제3문 행정입법의 필요성과 국회에 의한 통제	13
2023 제2문 특수공법인의 회비와 정관 위임, 예방적 금지소송	15
2024 제2문 공표하지 않은 고시 형식의 지침과 거부처분	18

1-1 핵심 개념

행정입법 문제는 ‘어떤 형식의 규범이 어디서 위임을 받아 무엇을 정했는가’를 추적하는 문제이다. 법률 → 대통령령 → 부령·고시 → 정관·조례로 이어지는 위임의 사슬을 그림으로 그려 보고, 각 고리마다 ① 위임의 구체성, ② 위임된 형식과 실제 형식의 일치, ③ 본질적 사항의 법률 유보를 확인하면 대부분의 쟁점이 드러난다. 조례에 대한 위임(2024-1)은 제9장에서 다룬다.

법규명령과 행정규칙

법규명령은 행정기관이 정립하는 일반적·추상적 규범으로서 국민과 법원을 구속하는 대외적 효력을 가진다. 헌법은 대통령령(제75조), 총리령·부령(제95조)을 규정한다. 위임명령은 법률의 위임이 있어야 하고, 집행명령은 법률 집행에 필요한 절차·형식만 정할 수 있다. 행정규칙(훈령·예규·고시·지침)은 행정조직 내부의 사무처리 기준으로 원칙적으로 대외적 구속력이 없으며, 행정규칙 위반만으로 처분이 위법해지지 않고 행정규칙을 따랐다고 적법해지지도 않는다. 다만 재량준칙이 되풀이 시행되어 행정관행이 생기면 평등원칙·자기구속의 법리를 매개로 대외적 의미를 가질 수 있다.

대립 구도

형식(대통령령·부령 ↔ 고시·훈령) ↔ 실질(법규사항 ↔ 내부사항)

쓰이는 기출 2024-2, 2023-2, 2018-3

답안 속 문장

“이 사건 지침은 행정조직 내부의 사무처리기준인 행정규칙에 불과하므로, 처분의 적법성은 지침이 아니라 상위 법령의 규정과 취지, 비례·평등원칙에 따라 판단하여야 한다.”

포괄위임금지와 재위임의 한계

대통령령에 위임할 때에는 법률에서 ‘구체적으로 범위를 정하여’ 위임하여야 한다(헌법 제75조, 부령은 제95조). 헌법재판소는 법률 자체로부터 하위 법령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다고 보고(예측가능성 기준), 예측가능성은 관련 조항 전체를 유기적·체계적으로 해석하여 판단한다. 국민의 기본권을 직접 제한하거나 금전 부담을 지우는 경우에는 구체성 요구가 강화되고, 다양한 사실관계를 규율하거나 사정이 수시로 변하는 영역에서는 완화된다. 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 그대로 재위임하는 것은 금지되지만, 대강을 정한 뒤 세부 사항을 다시 위임하는 것은 허용된다.

대립 구도

구체성 강화(침익·조세·처벌) ↔ 구체성 완화(급부·전문기술·조례)

쓰이는 기출 2023-2 (1), 2018-3

답안 속 문장

“법률은 회비의 성격과 부담 주체를, 시행령은 산정 기준과 상한을 정하였으므로 대통령령의 내용을 예측할 수 있고, 정관에는 그 범위 안의 세부 사항만 재위임되었다.”

정관에 대한 위임과 의회유보

헌법재판소는 법률이 공법적 단체 등의 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우에는 헌법 제75조, 제95조의 포괄위임입법금지 원칙이 원칙적으로 적용되지 않는다고 본다. 그러나 정관에 위임한 사항이 국민의 권리·

의무에 관련된 것이면 적어도 그 기본적이고 본질적인 사항은 국회가 법률로 정하여야 한다(법률유보원칙의 의회유보). 본질성 판단은 기본권 제한의 정도, 규율 대상의 중요성, 이해관계인의 범위 등을 종합한다.

대립 구도

자치적 사항(정관 자율) ↔ 본질적 사항(의회유보)

쓰이는 기출 2023-2 (1)

답안 속 문장

“회비의 부과 대상과 상한이라는 본질적 사항은 법률과 시행령이 정하였고 정관에는 구체적 금액과 면제만 맡겼으므로 의회유보원칙에 반하지 않는다.”

법령보충적 행정규칙과 위임 형식의 위반

판례는 법령이 행정기관에 법령 내용의 구체적 사항을 정할 권한을 부여하면서 그 형식을 특정하지 않은 경우, 행정기관이 고시·훈령 등 행정규칙 형식으로 정하더라도 상위 법령과 결합하여 대외적 구속력을 가진다고 본다(법령보충적 행정규칙). 행정규제기본법 제4조 제2항 단서는 전문적·기술적 사항 등에 관하여 고시 등으로 정할 수 있도록 한다. 반면 법령이 위임 형식을 부령 등으로 특정하였는데 고시로 정하면 그 고시는 법규명령의 효력이 없는 행정규칙에 불과하다는 것이 판례이다.

대립 구도

형식 미지정 위임 → 고시도 법규성 인정 ↔ 형식 지정(부령) 위반 → 행정규칙

쓰이는 기출 2024-2 (2)

답안 속 문장

“대통령령이 문화체육관광부령으로 정하도록 위임하였음에도 고시로 정한 이 사건 지침은 위임의 형식을 벗어난 것으로서 대외적 구속력이 없다.”

처분기준의 설정·공표

행정청은 필요한 처분기준을 해당 처분의 성질에 비추어 되도록 구체적으로 정하여 공표하여야 하며, 공표가 현저히 곤란하거나 공공의 안전·복리를 현저히 해치는 경우 등에는 공표하지 않을 수 있다(행정절차법 제20조). 판례는 처분기준을 사전에 공표하지 않았다는 사정만으로 그 처분이 곧바로 위법해지지 않고, 공표되지 않은 기준의 적용이 상대방의 예측가능성을 현저히 침해하거나 기준 자체가 상위 법령에 반하거나 객관적 합리성을 결여한 경우에 위법이 된다고 본다.

대립 구도

미공표 = 절차상 하자 ↔ 처분의 위법은 별도 판단

쓰이는 기출 2024-2 (1)

답안 속 문장

“처분기준을 공표하지 않은 것은 행정절차법 제20조 위반이지만, 그것만으로 거부처분이 위법해지는 것은 아니다.”

행정입법에 대한 통제

① 국회: 위임 법률의 제정·개정, 국회법 제98조의2에 따른 행정입법 제출·검토, 국정감사·조사 등. 우리 헌법은 일반 행정입법에 대한 국회의 동의·승인 제도를 두지 않았다(긴급명령 승인은 예외, 제76조). ② 법원: 명령·규칙이 헌법이나 법률에 위반되는지가 재판의 전제가 된 경우 대법원이 최종 심사한다(헌법 제107조 제2항, 구체적 규범통제). 처분적 명령은 항고소송의 대상이 될 수 있다. ③ 헌법재판소: 법규명령이 직접 기본권을 침해하면 헌법소원의 대상이 된다. ④ 행정 내부: 법제처 심사, 입법예고(행정절차법 제41조 이하), 규제심사.

대립 구도

직접 통제(동의·검토) ↔ 간접 통제(위임 법률·국정통제)

쓰이는 기출 2018-3

답안 속 문장

“현행 국회법상 제출·검토 제도는 행정입법의 효력을 직접 소멸시키지 못하므로, 근본적 통제는 위임 법률 자체를 구체화하거나 개정하는 데 있다.”

1-2 기출 풀이

2018 제3문

행정입법의 필요성과 국회에 의한 통제

총 20점 · 논술형 · 위임입법의 필요성, 국회법 제98조의2, 간접 통제

제3문 (20점)

행정입법의 필요성을 설명하고, 국회에 의한 통제에 대하여 논하시오.

출제 포인트

출제 의도 입법고시답게 ‘국회’의 행정입법 통제를 정면으로 묻는다. **연결 개념** 헌법 제75조·제95조, 법규명령과 행정규칙, 국회법 제98조의2, 헌법 제107조 제2항. **합정** 법원·헌법재판소 통제를 길게 쓰면 물음에서 벗어난다. 필요성 → 직접 통제 → 간접 통제 → 평가(실효성 한계와 개선 방향)의 순서로 국회 통제에 분량을 집중해야 한다.

■ 답안 개요

항목	쟁점	근거 조문·판례	결론	분량
I	행정입법의 의의·필요성·문제점	헌법 제75조, 제95조	전문성·신속성·탄력성 vs 의회입법 약화	약 600자
II-1	직접 통제	헌법 제76조, 국회법 제98조의2	동의권 없음, 제출·검토는 권고적	약 500자
II-2	간접 통제	헌법 제61조, 제63조, 제65조	위임 법률 개정이 근본 수단	약 300자
II-3	평가·개선	헌법 제107조 제2항	위임 구체화, 처리 의무 강화	약 300자

예시답안 — 2018 제3문

1. 행정입법의 의의와 필요성

1. 의의. 행정입법은 행정기관이 일반적·추상적 규범을 정립하는 작용 또는 그 규범을 말한다. 국민의 권리·의무에 관한 사항을 정하여 대외적 구속력을 가지는 법규명령(대통령령, 총리령, 부령 등)과 행정조직 내부에서만 효력을 가지는 행정규칙(훈령, 예규, 고시 등)으로 나뉜다. 헌법은 대통령령(제75조), 총리령·부령(제95조)을 규정하고, 위임명령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여만 발할 수 있다고 하여 포괄위임을 금지한다.

2. 필요성. (1) 전문성·기술성: 현대 행정의 대상은 고도로 전문적·기술적이어서 국회가 법률로 세부 사항을 모두 정하기 어렵다. (2) 신속성·탄력성: 경제·사회 사정의 변화에 맞춰 기준을 빠르게 바꾸어야 하는 영역(환경 기준, 수수료 등)이 많다. (3) 지역적·개별적 사정의 고려: 획일적 법률보다 행정이 구체적 사정을 반영하기 쉽다. (4) 국회의 부담 경감: 국회는 본질적 사항에 집중하고 세부 사항은 위임하는 것이 효율적이다.

3. 문제점. 행정입법의 증가는 의회입법 원칙을 약화시키고, 법률이 골격만 정한 채 실질적 내용을 행정에 맡기는 ‘위임입법의 과잉’을 낳는다. 따라서 국회·법원·헌법재판소·행정 내부에 의한 통제가 필요하며, 그 중 민주적 정당성이 가장 직접적인 것이 국회에 의한 통제이다.

II. 국회에 의한 통제

1. 직접적 통제. (1) 동의·승인 유보. 행정입법의 성립·발효에 국회의 동의나 승인을 요하게 하는 방식이다. 우리 헌법은 긴급명령·긴급재정경제명령에 대한 국회의 승인(헌법 제76조 제3항·제4항)만을 두고 있고, 일반 행정입법에 대해서는 이러한 제도를 두지 않았다. (2) 제출·검토 제도. 국회법 제98조의2는 중앙행정기관의 장이 법률에서 위임한 사항이나 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항을 규정한 대통령령·총리령·부령·훈령·예규·고시 등을 제정·개정·폐지한 때에는 일정 기간 내에 국회 소관 상임위원회에 제출하도록 하고, 상임위원회가 그 법률 위반 여부를 검토하여 그 결과를 정부에 통보하고 처리 결과를 보고받는 장치를 두고 있다. 이는 행정입법의 효력을 직접 소멸시키는 것이 아니어서 통제력에 한계가 있다. 국회가 수정·변경을 요구할 수 있도록 강화하려는 개정 시도는 권력분립 논란 속에 무산된 바 있다.

2. 간접적 통제. (1) 위임 법률의 통제. 국회는 위임의 범위를 구체적으로 정하고(포괄위임금지), 문제된 행정입법의 근거 법률을 개정·폐지하거나 그 내용을 법률로 직접 규정하여 행정입법을 무력화할 수 있다. 가장 근본적인 통제 수단이다. (2) 국정감사·국정조사(헌법 제61조), 대정부질문, 국무총리·국무위원 해임건의(헌법 제63조), 탄핵소추(헌법 제65조), 예산심의 등 일반적 국정통제 수단을 통해 위법·부당한 행정입법의 시정을 압박할 수 있다.

3. 평가. 직접적 통제는 행정의 전문성과 권력분립을 고려할 때 신중해야 하지만, 현행 제출·검토 제도는 권고적 성격에 그쳐 실효성이 낮다는 비판이 있다. 실효적 통제를 위해서는 ① 위임 법률 단계에서 위임의 목적·내용·범위를 구체적으로 정하고, ② 상임위원회 검토 결과에 대한 정부의 처리 의무를 강화하며, ③ 행정규칙 형식의 법령보충적 규칙까지 검토 대상에 실질적으로 포함시키는 방향이 필요하다. 아울러 법원의 구체적 규범통제(헌법 제107조 제2항)와 헌법재판소의 헌법소원 심판이 사후적 통제로서 국회 통제를 보완한다.

근거: 헌법 제61조, 제63조, 제65조, 제75조, 제76조, 제95조, 제107조 제2항 · 국회법 제98조의2

2023 제2문

특수공법인의 회비와 정관 위임, 예방적 금지소송

총 30점 · 소문 2개 · 포괄위임금지, 정관 위임, 의회유보, 무명항고소송

제2문 (30점)

甲은 화약류 제조 및 판매업 등을 목적으로 하는 회사로서 乙협회의 회원이다. 乙협회는 총포·화약류·분사기·전자충격기·석궁(이하 ‘총포·화약류 등’이라 한다)으로 인한 위험과 재해의 예방을 위한 안전기술의 연구·개발과 행정기관이 위탁하는 총포·화약류 등의 안전에 관한 교육 등을 수행하기 위하여 「총포화약법」 제48조에 의해 설립된 특수공법인이다. 甲은 乙협회의 회원이 된 이래 「총포화약법」 제58조, 「총포화약법 시행령」 제78조제1항제4호, 「乙협회 정관」 제33조제2호에 근거하여 매년 전년도 매출액의 1,000분의 0.75에 해당하는 금액을 납부하였다.

- (1) 총포화약법령은 乙협회가 징수할 수 있는 회비의 액수를 직접 정하지 않고 乙협회의 정관으로 정하도록 규정하고 있다. 이는 위임입법의 한계에 비추어 적법한지 검토하시오.. (15점)
- (2) 丙은 총포·화약류 등의 수입업을 하려고 하는 업자이다. 丙은 乙협회를 대상으로 장래의 회비 납부통지의 금지를 구하는 소송을 제기하고자 한다. 이러한 소송이 현행 행정소송법상 인정되는지를 검토하시오.. (15점)

〈참조 조문〉

현행법령 및 정관을 사례해결에 적합하도록 수정하였음

「총포화약법」

제1조(목적) 이 법은 총포·도검·화약류·분사기·전자충격기·석궁의 제조·판매·임대·운반·소지·사용과 그 밖에 안전관리에 관한 사항을 정하여 총포·도검·화약류·분사기·전자충격기·석궁으로 인한 위험과 재해를 미리 방지함으로써 공공의 안전을 유지하는 데 이바지함을 목적으로 한다.

제48조(총포·화약안전기술협회의 설립) ① 총포·화약류·분사기·전자충격기·석궁으로 인한 위험과 재해를 예방하기 위한 안전기술의 연구·개발과 행정관청이 위탁하는 총포·화약류·분사기·전자충격기·석궁의 안전에 관한 교육, 그 밖의 업무를 수행하기 위하여 총포·화약안전기술협회(이하 “협회”라 한다)를 설립한다.

제52조(사업) 협회는 다음 각 호의 사업을 한다.

2. 총포·분사기·전자충격기·석궁 안전검사 및 화약류 안정도 시험

제58조(재정) ① 협회의 운영 및 사업에 드는 경비는 다음 각 호의 재원으로 충당한다.

2. 행정안전부령으로 정하는 총포의 안전검사, 화약류의 안정도시험 및 교육 등의 수수료

3. 회원 중 대통령령으로 정하는 자의 회비

② 제1항제3호에 따른 회비의 부담방법·부담비율과 그 밖에 회비에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

「총포화약법 시행령」

제78조(회비) ① 협회는 법 제58조제1항제3호에 따른 회비를 다음 각 호에서 정한 금액의 범위에서 정관이 정하는 바에 따라 징수한다.

3. 총포·화약류·분사기·전자충격기·석궁의 수입허가를 받은 사람은 수입원가의 100분의 1에 해당하는 금액

4. 화약류 제조업자·판매업자는 매년 전년도 매출액의 1,000분의 0.75에 해당하는 금액

「乙협회 정관」

제33조(수수료·회비 및 기술지원비 등) 수수료, 회비, 기술지원비 및 교육비는 다음 각 호에서 정하는 금액 또는 비율로 한다.

2. 회비

회원의 회비는 「총포화약법 시행령」 제78조에서 정한 상한액으로 한다. 다만 화약류 사용자에게 대하여는 이사회의 의결을 거쳐 회비를 면제할 수 있다.

제35조(수수료 및 회비의 징수) ③ 화약류 제조·판매업자에 대한 회비는 허가관청과 협조하여 분기마다 제조·판매량에 대한 자료를 수집하고, 제조·판매업자로부터 매출액에 대한 자료를 다음연도 3월말까지 인수하여 4월에 회비를 산정, 부과하여 징수한다.

출제 포인트

출제 의도 법률 → 시행령 → 정관의 3단 위임 구조를 참조 조문에서 직접 읽어 내게 한 뒤, 현행법에 없는 소송

형태(예방적 금지소송)의 허용성을 묻는다. **연결 개념** 헌법 제75조, 예측가능성, 정관 위임에 관한 헌법재판소 결정, 의회유보, 행정소송법 제4조의 열거성. **합정** (1)에서 ‘정관에 위임했으니 포괄위임’이라고 단정하면 안 된다. 시행령이 이미 상한을 정했다는 사실이 결론을 좌우한다. (2)에서 丙이 아직 회원도 아니라는 사실(권리보호의 필요)을 놓치기 쉽다.

■ 답안 개요(쟁점 지도)

소문	누가·무엇을	근거 조문·판례	결론	분량
(1)	총포화약법령이 회비 액수를 정관에 위임	헌법 제75조·법 제58조·영 제78조·정관 위임 현재 결정	본질적 사항은 법령이 정함 → 적법	약 1,300자
(2)	丙이 협회를 상대로 장래 회비 납부통지 금지 청구	행정소송법 제3조, 제4조·예방적 금지소송 부정 판례	불인정 + 권리보호 필요 없음	약 1,100자

예시답안 — 2023 제2문

I. 문제의 소재

총포화약법령이 특수공법인 乙협회의 회비 액수를 정관으로 정하게 한 것이 위임입법의 한계를 지켰는지(1문), 장래의 회비 납부통지 금지를 구하는 예방적 금지소송이 현행 행정소송법상 허용되는지(2문)가 쟁점이다.

II. 설문 (1) — 정관에 대한 위임의 적법성

1. 위임의 구조. 총포화약법 제58조 제1항 제3호는 회원 중 대통령령으로 정하는 자의 회비를 협회 재원으로 정하고, 제2항은 회비의 부담방법·부담비율 등을 대통령령에 위임한다. 시행령 제78조 제1항은 회원 유형별로 회비의 상한(화약류 제조·판매업자는 전년도 매출액의 1,000분의 0.75 등)을 정한 뒤 그 범위 안에서 정관이 정하는 바에 따라 징수하도록 하고, 정관 제33조 제2호는 회비를 시행령의 상한액으로 정한다. 즉 법률 → 대통령령 → 정관의 단계적 위임이다.

2. 법률에서 대통령령으로의 위임. 헌법 제75조는 대통령령에 위임할 때 법률에서 구체적으로 범위를 정하도록 한다(포괄위임금지). 헌법재판소는 법률 자체에서 대통령령에 규정될 내용의 대강을 국민이 예측할 수 있어야 한다고 보며, 예측가능성은 관련 조항 전체를 유기적·체계적으로 해석하여 판단한다. 회비처럼 금전 부담을 지우는 경우에는 구체성 요구가 강화된다. 제58조는 회비가 협회의 운영·사업 경비 충당을 위한 것임을 밝히고, 협회의 목적(제48조)과 사업(제52조)이 법률에 규정되어 있으며, 부담 주체를 ‘회원 중’ 일정한 자로 한정하였다. 따라서 대통령령이 업종별 매출액 등에 비례한 부담비율을 정하리라는 점을 예측할 수 있어 포괄위임에 해당하지 않는다.

3. 대통령령에서 정관으로의 재위임. (1) 정관 위임의 특수성. 헌법재판소는 법률이 공법적 단체 등의 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우에는 헌법 제75조, 제95조가 정하는 포괄위임입법금지 원칙이 원칙적으로 적용되지 않는다고 본다. 다만 그 사항이 국민의 권리·의무에 관련된 것이라면 적어도 국민의 권리·의무에 관한 기본적이고 본질적인 사항은 국회가 정하여야 한다(법률유보원칙, 의회유보). (2) 재위임의 한계. 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 그대로 재위임하는 것은 허용되지 않지만, 대강을 정하고 세부 사항을 다시 위임하는 것은 허용된다. (3) 사안의 적용. 회비의 부과 대상(회원 중 일정한 자), 재원으로서의 성격, 산정 기준과 상한(매출액의 1,000분의 0.75 등)이라는 본질적·기본적 사항은 법률과 시행령이 이미 정하였다. 정관에는 그 상한 안에서 구체적 금액과 면제 여부, 징수 절차만 맡겨졌다. 이는 회원의 자율적 결정이 적합한 자치적 사항으로서 의회유보에 반하지 않고, 대강을 정한 뒤의 재위임이어서 재위임의 한계도 지켰다.

4. 소결. 회비 액수를 정관으로 정하도록 한 총포화약법령은 위임입법의 한계를 벗어나지 않아 적법하다. 다만 회비가 사실상 강제 징수되는 공과금이라는 점을 강조하여, 금액 결정을 정관에 맡긴 것은 부담금 법정주의에 비추어 문제라는 반론도 가능하다.

III. 설문 (2) — 예방적 금지소송의 허용성

1. 의의. 예방적 금지소송은 행정청이 장래에 특정한 처분을 할 것이 임박한 경우 그 처분을 하지 말 것을 구하는 소송이다. 현행 행정소송법 제4조는 항고소송으로 취소소송, 무효등확인소송, 부작위위법확인소송만 규정하고 있다.

2. 학설. (1) 부정설은 제4조를 한정적 열거로 보고, 행정청의 1차적 판단권을 존중하는 권력분립상 법원이 처분 전에 개입할 수 없다고 본다. (2) 긍정설은 제4조를 예시적 규정으로 보고, 처분 후 취소소송과 집행정지로는 회복할 수 없는 손해가 있는 경우 실효적 권리구제(헌법 제27조)를 위해 무명항고소송으로 인정하여야 한다고 본다. (3) 제한적 긍정설은 처분의 발령이 임박하고 그 내용이 특정되며 사후 구제로는 회복하기 어려운 손해가 있는 경우에 한하여 인정하자고 한다.

3. 판례. 판례는 행정청이 일정한 처분을 하지 못하도록 그 부작위를 구하는 청구는 현행 행정소송법상 허용되지 않는 부적법한 소라고 일관되게 본다. 의무이행소송도 인정하지 않는다.

4. 사안의 적용. 판례에 따르면 丙의 소는 부적법하다. 더구나 丙은 아직 수입업을 시작하지 않아 협회 회원도, 수입허가를 받은 자도 아니므로 회비 납부의무가 구체적으로 발생할지조차 불확실하다. 제한적 긍정설에 따르더라도 처분의 임박성과 회복곤란한 손해라는 요건이 충족되지 않는다. 丙은 장차 회비 납부 통지를 받으면 그 처분성을 전제로 취소소송과 집행정지를 신청하거나, 회비 납부의무의 부존재 확인을 구하는 공법상 당사자소송(행정소송법 제3조 제2호)을 제기하는 방법으로 다투어야 한다. 이때도 납부의무가 현실화되어 확인의 이익이 있어야 한다.

IV. 결론

회비의 부과 대상과 상한 등 본질적 사항은 법률과 시행령이 정하였고 정관에는 그 범위 안의 자치적 사항만 맡겼으므로 위임은 적법하다. 장래의 회비 납부통지 금지를 구하는 예방적 금지소송은 현행 행정소송법상 인정되지 않으며, 丙의 경우 권리보호의 필요도 없으므로 부적법하다.

근거: 헌법 제75조, 제95조 · 총포화약법 제48조, 제52조, 제58조 · 같은 법 시행령 제78조 · 행정소송법 제3조, 제4조 · 정관 위임에 관한 헌법재판소 결정 · 예방적 금지소송을 부정한 대법원 판례

2024 제2문

공표하지 않은 고시 형식의 지침과 거부처분

총 30점 · 소문 2개 · 처분기준 공표, 위임 형식 위반, 행정규칙에 근거한 처분의 적법성

제2문 (30점)

코로나19 팬데믹 이후 국내 관광산업에서 Y국 단체 관광객의 중요성이 증가하고 있다. 이를 관리하기 위하여 「관광진흥법」을 모법으로 하여 대통령령으로 제정된 「전담여행사 지정을 통한 한·Y국 관광교류 촉진 규정」은 Y국 전담여행사 지정 및 관리 등에 관한 기준을 문화체육관광부령으로 정하도록 위임하고 있다. 그럼에도 불구하고 문화체육관광부장관 B는 「Y국 단체 관광객 전담여행사 지정·관리업무 시행지침」(이하 ‘이 사건 지침’이라 한다)을 고시의 형식으로 제정하였다. (이상의 법령 상황은 가상의 것임)

그런데, B는 이 사건 지침을 제정하면서 「행정절차법」 제20조에 따른 공표는 하지 않았다. 乙은 국내외 여행업을 주된 영업 분야로 하는 자로서 Y국 단체 관광객을 위한 전담여행사 지정을 신청하였으나, B는 이 사건 지침이 정한 요건을 충족하지 못함을 이유로 그 신청을 거부하였다.

- (1) 乙은 이 사건 지침이 사전에 공표되지 않아 「행정절차법」에 위반되므로 이 사건 지침에 근거한 거부가 위법하다고 주장한다. 乙의 주장은 타당한가? (15점)
- (2) 또한, 乙은 이 사건 지침이 법령에서 위임한 것과 달리 고시의 형식으로 제정된 것이므로 위법하다고 주장한다. 乙의 주장은 타당한가? (15점)

출제 포인트

출제 의도 중국 전담여행사 지정 사건 판례를 가상의 Y국으로 각색하였다. 처분기준 미공표(절차)와 위임 형식 위반(규범의 효력)이 처분의 위법으로 곧바로 이어지는지를 단계적으로 묻는다. **연결 개념** 행정절차법 제20조, 법령보충적 행정규칙, 행정규제기본법 제4조 제2항, 재량준칙. **합정** (2)에서 ‘고시는 행정규칙이다 → 그러므로 처분은 위법’으로 쓰면 틀린다. 행정규칙이라는 결론은 ‘법원이 그 기준에 구속되지 않는다’는 뜻일 뿐이며, 처분의 적법성은 상위 법령과 일반원칙으로 다시 판단해야 한다.

■ 답안 개요(쟁점 지도)

소문	누가·무엇을	근거 조문·판례	결론	분량
(1)	乙이 지침 미공표를 이유로 거부의 위법 주장	행정절차법 제20조·처분기준 미공표 판례	미공표만으로 위법 아님 → 부당	약 1,100자
(2)	乙이 고시 형식을 이유로 위법 주장	법령보충적 행정규칙·위임 형식 위반 판례	지침은 행정규칙, 그러나 처분은 별도 판단 → 일부 타당	약 1,200자

예시답안 — 2024 제2문

I. 문제의 소재

처분기준을 행정절차법 제20조에 따라 공표하지 않은 것이 그 기준에 근거한 거부처분을 위법하게 하는지(1문), 대통령령이 문화체육관광부령으로 정하도록 위임한 사항을 고시로 정한 경우 그 고시의 효력과 그에 근거한 거부처분의 적법성(2문)이 쟁점이다. 전담여행사 지정 신청에 대한 거부는 처분이므로 대상적격은 문제되지 않는다.

II. 설문 (1) — 처분기준 미공표의 효과

1. 처분기준 공표 제도. 행정절차법 제20조 제1항은 행정청은 필요한 처분기준을 해당 처분의 성질에 비추어 되도록 구체적으로 정하여 공표하여야 한다고 규정한다. 다만 처분기준을 공표하는 것이 해당 처분의 성질상 현저히 곤란하거나 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해치는 경우 등에는 공표하지 않을 수 있다(제2항). 이 제도는 상대방의 예측가능성을 보장하고 행정의 자의를 막기 위한 것이다.

2. 미공표의 효과에 관한 견해. (1) 위법설은 공표 의무는 강행규정이므로 공표하지 않은 기준에 따른 처분은 절차상 하자로 위법하다고 본다. (2) 적법설은 처분기준 공표는 처분 자체의 절차가 아니라 일반적 기준에 관한 것이므로, 미공표만으로 개별 처분이 위법해지지는 않는다고 본다.

3. 판례. 판례는 전담여행사 지정 사안에서, 행정청이 처분기준을 사전에 공표하지 않았다는 사정만으로 곧바로 해당 처분이 위법하다고 볼 수는 없다고 하였다. 행정규칙에 불과한 처분기준은 그 자체로 대외적 구속력이 없으므로, 처분의 적법성은 그 기준이 아니라 상위 법령의 규정과 입법 목적, 비례·평등원칙 등에 따라 판단하여야 한다는 것이다. 다만 공표되지 않은 기준을 적용한 것이 상대방의 예측가능성이나 신뢰를 현저히 침해하는 경우, 또는 기준 자체가 상위 법령의 취지에 반하거나 객관적 합리성을 결여한 경우에는 처분이 위법할 수 있다고 보았다.

4. 사안의 적용. 이 사건 지침을 공표하지 않은 것은 행정절차법 제20조 위반이지만, 그것만으로 거부처분이 위법해지지는 않는다. 乙이 지침의 요건이 공표되지 않아 미리 준비할 수 없었고 그로 인해 예측하지 못한 불이익을 받았다는 사정, 또는 요건 자체가 관광진흥법령의 취지에 비추어 불합리하다는 사정을 주장·입증하여야 한다. 그러한 사정이 없다면 乙의 주장은 타당하지 않다.

III. 설문 (2) — 고시 형식으로 정한 지침의 효력

1. 법령보충적 행정규칙. 판례는 법령이 행정기관에 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 그 권한 행사의 절차나 방법을 특정하지 않은 경우, 행정기관이 고시·훈령 등 행정규칙 형식으로 정하더라도 그것이 상위 법령과 결합하여 대외적 구속력을 가지는 법규명령의 효력을 갖는다고 본다(행정규제기본법 제4조 제2항 단서도 이를 예정한다).

2. 위임된 형식과 다른 형식으로 정한 경우. 그러나 판례는 법령이 위임 형식을 부령 등으로 특정하였음에도 고시 등 다른 형식으로 정한 경우에는, 그 고시는 위임의 한계를 벗어난 것으로서 대외적 구속력을 가지는 법규명령으로서의 효력이 인정되지 않고 행정조직 내부의 사무처리기준인 행정규칙에 불과하다고 본다. 부령은 법제처 심사과 공포 등 절차적 통제를 거치므로 형식 지정에는 의미가 있다.

3. 사안의 적용. 대통령령은 지정 기준을 문화체육관광부령으로 정하도록 위임하였는데 B는 고시로 이 사건 지침을 정하였다. 따라서 이 사건 지침은 법령보충적 행정규칙이 될 수 없고, 대외적 구속력이 없는 행정규칙에 불과하다. 이 점에서 乙의 주장에는 일리가 있다.

4. 거부처분의 적법성. 그러나 지침이 행정규칙이라는 것이 곧 그에 근거한 처분의 위법을 뜻하지는 않는다. 행정규칙이 대외적 구속력이 없다는 것은 법원이 그 기준에 구속되지 않고 처분의 적법성을 상위 법령과 일반원칙에 따라 직접 판단한다는 의미이다. 전담여행사 지정은 상대방에게 특별한 지위를 부여하

는 수익적 처분으로서 행정청에 재량이 인정되고, 행정청은 재량권 행사의 기준(재량준칙)을 행정규칙으로 정할 수 있다. 판례도 이 사안과 같은 전담여행사 사건에서, 지침이 행정규칙에 불과하더라도 그 내용이 관광진흥법령의 취지에 부합하고 객관적으로 합리적이라면 이에 따른 처분은 적법하다고 보았다. 따라서 지침의 요건이 합리적이고 乙에게 평등하게 적용되었다면 거부처분은 적법하다.

IV. 결론

처분기준을 공표하지 않은 것은 행정절차법 제20조 위반이지만 그 사정만으로 거부처분이 위법해지지 않으므로 乙의 첫째 주장은 타당하지 않다. 위임된 부령 대신 고시로 정한 지침은 법규명령의 효력이 없는 행정규칙에 불과하다는 점에서 乙의 둘째 주장은 일부 타당하나, 거부처분의 적법성은 지침이 아니라 관광진흥법령의 취지와 재량권 행사의 일반원칙에 따라 판단되므로, 지침 내용이 합리적이라면 거부하는 위법하지 않다.

근거: 행정절차법 제20조 · 행정규제기본법 제4조 제2항 · 처분기준 미공표와 고시 형식 위임 일탈에 관한 대법원 판례(전담여행사 사건 등)

제2장

행정행위의 종류·재량·신뢰보호

허가·특허·인가·기속행위와 재량행위·사전결정·신뢰보호원칙·과징금·공무수탁사인 | 기출 3문항: 2017-1, 2018-1, 2025-1 (관련: 2025-2, 2020-2)

이 장에서 다루는 내용

2-1 핵심 개념	22
2-2 기출 풀이	25
2017 제1문 토지거래허가구역 내 공동매수와 지분등기, 과징금	25
2018 제1문 숙박시설 사전결정과 신임 시장의 불허가	28
2025 제1문 공증인가 거부와 임명공증인의 지위	31

2-1 핵심 개념

이 장의 문제들은 ‘명칭에 속지 말고 실질로 성질을 정하라’는 공통 메시지를 가진다. 토지거래’허가’는 인가이고, 공증’인가’는 특허이며, 건축’적합성 통보’는 사전결정이다. 성질을 정하면 재량 여부, 신뢰보호의 대상, 다툼 소송이 차례로 결정된다.

허가·특허·인가의 구별

허가는 법령에 의한 일반적·상대적 금지를 해제하여 본래의 자유를 회복시키는 명령적 행위로서 원칙적으로 기속행위이다(건축허가, 영업허가). 특허는 상대방에게 새로운 권리·능력·법적 지위를 설정하는 형성적 행위로서 원칙적으로 재량행위이다(공물 사용 특허, 공증인가, 행정재산 사용허가). 인가는 제3자의 법률 행위를 보충하여 그 효력을 완성시키는 형성적 행위로서, 인가 없는 법률행위는 무효이다(토지거래허가, 재단법인 정관변경 허가). 법령상 명칭은 결정적 기준이 아니다.

대립 구도

명령적 행위(허가) ↔ 형성적 행위(특허·인가)

쓰이는 기출 2017-1 (1), 2025-1 (2), 2025-2 (1)

답안 속 문장

“공증인가는 법무법인의 법률행위를 보충하는 것이 아니라 공증 권한을 새로 설정하는 것이므로, 명칭과 달리 강학상 특허에 해당한다.”

토지거래허가와 유동적 무효

대법원 전원합의체 판결(1991)은 허가구역 안의 토지거래계약은 허가 전에는 물권적·채권적 효력이 없는 유동적 무효 상태에 있고, 허가를 받으면 소급하여 유효가 되며, 불허가 등으로 확정적 무효가 될 수 있다고 하였다. 그리고 토지거래허가는 토지거래의 자유를 전면 금지한 뒤 해제하는 것이 아니라 계약의 효력을 완성시키는 인가적 성질을 띤다고 보았다. 제도는 국토계획법에서 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」로 옮겨졌다.

대립 구도

허가설(예방적 금지 해제) ↔ 인가설(판례) ↔ 복합설

쓰이는 기출 2017-1 (1)·(2)

답안 속 문장

“토지거래허가는 사인 간 계약의 효력 발생 요건으로 작용하므로 인가적 성질을 가진다는 판례가 타당하다.”

기속행위와 재량행위, 기속재량

판례는 근거 법규의 체재·형식과 문언, 행위가 속하는 분야, 행위의 목적·성질·유형을 종합하여 구별한다. 건축허가는 원칙적으로 기속행위여서 관계 법령상 제한 사유가 없으면 허가하여야 하지만, 판례는 중대한 공익상 필요가 있으면 예외적으로 거부할 수 있다고 한다(기속재량). 숙박시설·위락시설은 건축법 제11조 제4항이 주거·교육환경 등 주변 환경과의 적합성 판단을 허가권자에게 맡기므로 그 범위에서 재량행위이

고, 개발행위허가가 의제되는 건축허가도 재량성을 띤다. 불확정개념의 해석·적용을 판단여지로 보는 견해가 있으나 판례는 재량 일탈·남용 심사로 통일한다(행정소송법 제27조).

대립 구도

요건재량설 ↔ 효과재량설 ↔ 판례의 종합판단설

쓰이는 기출 2018-1 (2), 2020-2 (1), 2025-1 (2)

답안 속 문장

“건축허가는 원칙적으로 기속행위이지만, 숙박시설은 건축법 제11조 제4항에 따라 주변 환경과의 적합성에 관한 판단 재량이 인정된다.”

사전결정·부분허가·확약

사전결정(예비결정)은 최종 행정결정의 전제가 되는 개별 요건에 대하여 종국적으로 판단하는 독립한 처분으로, 그 범위에서 후행 결정을 구속한다(건축법 제10조의 사전결정, 폐기물처리사업계획 적정통보). 부분허가는 허가 대상의 일부를 실제로 허용하는 처분이다(원자로 부지사전승인). 확약은 장래 일정한 처분을 하거나 하지 않겠다는 자기구속적 의사표시로서 판례는 처분성을 부정하며, 사실·법률상태가 변경되면 별도의 취소 없이 실효된다고 본다. 건축법상 사전결정은 통지일부터 2년 이내에 건축허가를 신청하지 않으면 효력을 잃는다.

대립 구도

사전결정(요건 판단·처분) ↔ 확약(약속·비처분)

쓰이는 기출 2018-1 (1)·(3)

답안 속 문장

“乙 시장의 회신은 건축법 제10조에 따른 사전결정으로서 독립한 처분이며, 사전결정된 사항에 관하여는 후행 건축허가 단계의 판단을 구속한다.”

신뢰보호원칙

행정기관의 언동에 대한 개인의 보호가치 있는 신뢰를 보호하는 원칙으로, 법치국가의 법적 안정성에서 도출되며 행정절차법 제4조 제2항, 국세기본법 제18조 제3항, 행정기본법 제12조 제1항(2021)에 명문화되었다. 판례의 요건은 ① 공적 견해표명, ② 귀책사유 없음, ③ 신뢰에 기초한 행위, ④ 견해에 반하는 처분과 이익 침해, ⑤ 공익·제3자 이익을 현저히 해할 우려가 없을 것이다. 공적 견해표명은 담당자의 조직상 지위와 임무, 언동의 경위 등을 고려해 실질적으로 판단하고, 행정청의 장이 바뀌어도 행정청의 동일성은 유지된다. 법률이 요건을 정한 지위(국적 등)를 신뢰만으로 창설할 수는 없다는 한계가 있다.

대립 구도

법적 안정성(신뢰보호) ↔ 법률적합성(합법성)

쓰이는 기출 2018-1 (3), 2026-2 (1)

답안 속 문장

“사전결정은 법정 절차에 따른 허가권자의 공식 판단으로서 공적 견해표명에 해당하고, 시장이 바뀌었다는 사정은 행정청의 동일성에 영향이 없다.”

과징금

행정법상 의무 위반에 대하여 부과하는 금전적 제재로서, 위반으로 얻은 이익을 환수하는 본래적 과징금과 영업정지에 갈음하는 변형된 과징금이 있다. 형벌이 아니므로 형벌과 함께 부과해도 이중처벌이 아니라는 것이 헌법재판소의 태도이고, 원칙적으로 위반자의 고의·과실을 요하지 않지만 의무 위반을 탓할 수 없는 정당한 사유가 있으면 부과할 수 없다(판례). 부과는 급부하명으로서 처분이다. 행정기본법(2021)은 과징금의 근거와 기준(제28조), 납부기한 연기·분할납부(제29조)를 일반 규정으로 두었다.

대립 구도

본래적 과징금 ↔ 변형된 과징금(영업정지 갈음)

쓰이는 기출 2017-1 (3), 2019-1 (3)

답안 속 문장

“과징금은 의무 위반에 대한 금전적 행정제재로서 형벌과 성질을 달리하며, 위반을 탓할 수 없는 정당한 사유가 있으면 부과할 수 없다.”

공무수탁사인

법령에 의하여 국가 등으로부터 공권력을 위탁받아 자기의 이름으로 행사하는 사인 또는 사법인이다(공증인, 사인인 사업시행자의 수용, 공기업의 입찰참가자격 제한). 위탁받은 권한의 범위에서 행정소송법상 행정청(제2조 제2항)이 되어 항고소송의 피고가 되고, 국가배상법상 ‘공무를 위탁받은 사인’으로서 그 불법행위에 대해 국가 등이 배상책임을 진다(국가배상법 제2조 제1항). 단순히 행정을 돕는 행정보조자와 구별된다.

대립 구도

공무수탁사인(자기 명의 공권력) ↔ 행정보조자(행정청 명의 보조)

쓰이는 기출 2025-1 (1), 2019-2 (1)

답안 속 문장

“임명공증인은 국가로부터 공증 권한을 위탁받아 자기 이름으로 행사하는 공무수탁사인으로서 그 범위에서 행정청에 해당한다.”

2-2 기출 풀이

2017 제1문

토지거래허가구역 내 공동매수와 지분등기, 과징금

총 50점 · 소문 3개 · 토지거래허가의 성질, 공동신청주의, 과징금의 성질과 정당한 사유

제1문 (50점)

2009년 1월 1일부터 토지거래허가지역으로 고시(해제일 : 2013년 1월 31일 0시부터)된 지역에 거주하는 자로서 거래허가를 받을 자격이 있는 A는 허가지역 내의 D 소유의 토지를 매입하고자 하였으나 돈이 부족하였다. A는 위 지역 내의 토지 소유를 원하나 자격이 없는 B와 C에게 'A:B:C=1:1:2'의 비율로 공동 소유할 것을 제안하여 2010년 2월 28일 공동소유계약을 작성하고 그 비율에 따른 금원을 받은 A는 2010년 3월 1일 D와 해당 토지의 매매계약을 하였다.

2010년 3월 2일 관할청으로부터 해당 토지거래의 허가를 받은 A는 일단 자신의 이름으로 소유권등기를 마쳤다. 그리고 A명의로 된 토지에 대해 B와 C는 각각의 지분에 따른 근저당을 설정하였다. 2014년 7월 8일 B는 공동소유계약서에 근거하여 A의 협조 하에 자신의 지분에 대한 소유권 공유등기를 하였다.

그런데 A는 이 토지를 구입하는 과정에서 감정대립이 심하였던 C의 지분에 대한 공유등기 요구에 대해 협조를 거부하였다. C는 수차에 걸친 등기요구를 거부하는 A를 상대로 2016년 2월 7일 소송을 제기하여 2017년 3월 2일 법원 판결을 통해 자신의 공유등기를 하기에 이르렀다.

1. 현행법상 투기우려지역에서의 토지거래허가의 법적 성질을 논술하시오. (20점)
2. 위 사례에서 해당 토지에 대한 소유권 등기를 함에 있어 B와 C가 각각의 지분에 대한 공유등기를 동시에 할 수 없었던 이유를 설명하시오. (10점)
3. 관련 법률에 따르면, 등기를 할 수 있는 때로부터 법률상 또는 정당한 사유 없이 3년이 경과하게 되면 관할청은 차명등기자에 대하여 토지가액의 30/100의 범위 내에서 과징금을 부과하도록 되어 있다. 과징금의 법적 성질과 C에 대한 과징금부과가 가능한지를 설명하시오. (20점)

출제 포인트

출제 의도 행정행위의 분류(인가)와 금전적 제재(과징금)를 하나의 거래 사실에 엮었다. 날짜가 많이 주어진 것은 3문에서 '등기를 할 수 있는 때'의 기산점과 3년 경과 여부를 계산하게 하려는 것이다. **연결 개념** 유동적 무효 판례, 허가요건(실수요성), 부동산등기법상 공동신청주의와 판결에 의한 단독신청, 부동산실명법상 과징금, 정당한 사유. **합정** 2문을 민법 문제로만 쓰면 안 된다. 허가구역 안에서는 B·C 명의의 허가 자체가 불가능했다는 행정법적 이유가 핵심이다. 3문에서 기산점을 2010년(허가·등기 시)으로 잡으면 결론이 틀어진다.

■ 답안 개요(쟁점 지도)

소문	누가·무엇을	근거 조문·판례	결론	분량
1.	토지거래허가의 법적 성질	부동산거래신고법(구 국토계획법) · 유동적 무효 전원합의체 (1991)	인가적 성질(판례)	약 1,200자
2.	B·C가 지분등기를 동시에 못 한 이유	허가요건 · 부동산등기법 공동신청주의 · 판결에 의한 단독신청	해제 전 허가 불가, 해제 후 A의 협력 차이	약 700자
3.	과징금의 성질과 C에 대한 부과	부동산실명법 · 정당한 사유 판례	행정제재·처분, 해제일부 터 3년 경과 → 부과 가능	약 1,200자

예시답안 — 2017 제1문

I. 문제의 소재

투기우려지역의 토지거래허가가 강화상 허가인지 인가인지(1문), 허가구역 안에서 거래자격이 없는 B·C가 A 명의로 매수한 뒤 지분등기를 받는 과정이 왜 동시에 이루어질 수 없었는지(2문), 등기를 게을리한 자에 대한 과징금의 성질과 C에 대한 부과 가능성(3문)이 쟁점이다.

II. 설문 1 — 토지거래허가의 법적 성질

1. 제도의 내용. 투기적 거래가 성행하거나 지가가 급격히 상승하는 지역은 토지거래허가구역으로 지정되고, 그 구역 안의 토지에 관한 소유권·지상권의 이전·설정 계약을 체결하려는 당사자는 공동으로 허가를 받아야 한다. 허가 없이 체결한 계약은 효력이 없다. 이 제도는 종래 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 있었으나 2017년부터 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」로 옮겨졌다. 허가권자는 실수요성(허가구역 안 거주 등)과 이용 목적의 적합성 등 법정 기준에 따라 허가 여부를 정한다.

2. 학설. (1) 허가설은 토지거래를 일반적으로 금지한 뒤 일정 요건을 갖추면 그 금지를 해제하여 거래의 자유를 회복시키는 행위로 본다. (2) 인가설은 사인 간 계약의 효력을 보충하여 법률상 효력을 완성시키는 행위로 본다. 허가 없는 계약이 무효라는 점을 근거로 든다. (3) 복합행위설(허가·인가 병존설)은 투기적 거래를 막기 위한 예방적 금지의 해제 성격과 계약의 효력을 완성하는 성격을 함께 가진다고 본다.

3. 판례. 대법원은 전원합의체 판결(1991)에서 허가구역 안의 토지거래계약은 허가를 받기 전에는 물권적·채권적 효력이 발생하지 않는 ‘유동적 무효’ 상태에 있다가 허가를 받으면 소급하여 유효가 되고, 불허가가 되거나 당사자 쌍방이 허가신청을 하지 않기로 의사표시를 명백히 하면 확정적으로 무효가 된다고 하였다. 그러면서 토지거래허가는 규제지역 안의 모든 국민에게 토지거래의 자유를 전면적으로 금지하고 특정한 경우에 해제하는 성질이 아니라, 규제지역 안에서도 토지거래의 자유가 인정되나 허가를 조건으로 하는 것으로서 그 계약의 효력을 완성시키는 인가적 성질을 띤 것이라고 보았다.

4. 검토. 계약 자체가 금지되는 것이 아니라 허가가 계약의 효력 발생 요건으로 작용하므로 인가설과 판례가 타당하다. 다만 허가 없이 계약을 체결하는 행위에 형사처벌이 따르는 등 예방적 금지의 요소도 있다는 점을 덧붙일 수 있다. 재량 여부와 관련해서는 법정 허가기준에 해당하지 않는 한 허가하여야 한다는 구조이므로 기속행위에 가깝다고 보는 것이 일반적이다. 헌법재판소는 토지거래허가제가 사유재산제도의 본질을 침해하지 않는다고 보았다.

III. 설문 2 — B와 C가 지분등기를 동시에 할 수 없었던 이유

1. 허가요건의 결여. 허가구역 안의 토지를 취득하려면 실수요자로서 법정 기준을 충족하여야 한다. B와 C는 그 지역 토지를 취득할 자격이 없었으므로 처음부터 자기 명의로 허가를 받을 수 없었다. 그래서 자격 있는 A가 단독 매수인으로 허가를 받고 자신의 이름으로 소유권이전등기를 마쳤으며, B·C는 근저당권 설정으로 출자금을 담보하는 데 그쳤다. 허가는 신청된 거래 당사자와 내용에 대하여 효력이 있으므로, 허가구역이 유지되는 동안 A의 지분을 B·C에게 이전하려면 그 이전 계약에 대해 다시 허가를 받아야 했고 B·C는 그 요건을 갖추지 못하였다.

2. 해제 이후의 차이. 2013년 1월 31일 허가구역 지정이 해제되면서 비로소 허가 없이 지분 이전이 가능해졌다. 그러나 부동산등기는 등기관리자와 등기의무자의 공동신청이 원칙이다(부동산등기법). B는 A의 협조를 얻어 2014년에 공동신청으로 등기를 마쳤지만, C는 A가 협조를 거부하였기 때문에 등기절차 이행을 명하는 판결을 받아 단독으로 신청할 수밖에 없었다. 결국 두 사람의 등기 시점이 달라진 것은 ① 해제 전에는 허가요건 결여로 누구도 등기할 수 없었고, ② 해제 후에는 공동신청주의 아래 등기의무자 A의 협력 여부가 달랐기 때문이다.

3. 덧붙일 점. B·C와 A 사이의 공동소유계약은 실질적으로 명의신탁약정의 성격을 가진다. 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」(이하 부동산실명법)은 명의신탁약정과 그에 따른 물건변동을 원칙적으로 무효로 하고 제재를 가하므로, 사안의 지분 귀속에는 이 문제도 얹혀 있다. 설문은 등기 시점의 차이를 묻고 있으므로 이 점은 짧게 언급하는 데 그친다.

IV. 설문 3 — 과징금의 성질과 C에 대한 부과 가능성

1. 과징금의 의의와 유형. 과징금은 행정법상 의무 위반에 대하여 행정청이 부과하는 금전적 제재이다. 위반으로 얻은 경제적 이익을 박탈하는 본래적 과징금과, 영업정지 등에 갈음하여 부과하는 변형된 과징금이 있다. 설문의 과징금은 부동산실명법이 등기의무를 장기간 이행하지 않은 자에게 부과하는 것으로, 등기 회피를 통한 투기·탈세 이익을 환수하고 등기의무 이행을 강제하는 성격을 함께 가진다.

2. 법적 성질. (1) 과징금 부과는 급부하명을 내용으로 하는 처분으로서 항고소송의 대상이다. (2) 형벌이 아니라 행정상 제재이므로 같은 위반에 형벌이 함께 과해지더라도 이중처벌금지 원칙에 반하지 않는다는 것이 헌법재판소의 태도이다. (3) 행정법규 위반에 대한 제재는 원칙적으로 위반자의 고의·과실을 요하지 않으나, 의무 위반을 탓할 수 없는 정당한 사유가 있으면 부과할 수 없다는 것이 판례이다. 설문의 법률이 ‘법률상 또는 정당한 사유 없이’를 요건으로 둔 것도 같은 취지이다.

3. C에 대한 부과 가능성. (1) 기산점. 허가구역이 유지되는 동안 C는 자기 명의로 등기할 수 없었으므로 ‘등기를 할 수 있는 때’는 허가구역이 해제된 2013년 1월 31일로 보아야 한다. 그로부터 3년이 지난 2016년 1월 말까지 C는 등기를 신청하지 않았고, 소는 2016년 2월 7일에야 제기되었다.

(2) 정당한 사유. 등기의무자 A가 협력을 거부한 것은 C에게 책임 없는 사정이다. 그러나 등기권리자는 판결을 받아 단독으로 등기를 신청할 수 있으므로, 등기의무자의 비협조만으로 곧바로 정당한 사유가 인정되는 것은 아니다. C가 3년 안에 소송 등 적극적인 권리행사를 하였다면 정당한 사유를 인정할 여지가 크지만, 사안에서 C는 3년이 지난 뒤에 소를 제기하였다.

(3) 판단. C가 해제 직후부터 수차례 등기를 요구하였다는 사정을 들어 정당한 사유를 주장할 수는 있으나, 법적 수단을 쓸 수 있었음에도 기간 안에 쓰지 않았다는 점에서 정당한 사유가 인정되기는 어렵다. 따라서 관할청은 C에게 과징금을 부과할 수 있다고 본다. 다만 소 제기에서 판결 확정까지의 기간은 C의 책임이 아니므로, 부과 금액을 정할 때 이를 참작하여야 하며 이를 무시한 과도한 부과는 비례원칙에 반할 수 있다.

V. 결론

토지거래허가는 사인 간 계약의 효력을 완성시키는 인가적 성질을 가진다(판례). B·C는 허가요건을 갖추지 못해 해제 전에는 등기할 수 없었고, 해제 후에는 등기의무자 A의 협조 여부에 따라 B는 공동신청으로, C는 판결로 등기하게 되어 시점이 달라졌다. 과징금은 의무 위반에 대한 금전적 행정제재로서 처분에 해당하며, C는 해제일부터 3년이 지나도록 소송 등 권리행사를 하지 않았으므로 정당한 사유가 인정되기 어려워 과징금 부과가 가능하다.

근거: 부동산 거래신고 등에 관한 법률(구 국토계획법)의 토지거래허가 규정 · 부동산실명법 · 부동산등기법(공동신청주의, 판결에 의한 단독신청) · 토지거래허가의 인가적 성질과 유동적 무효에 관한 대법원 1991년 전원합의체 판결

2018 제1문

숙박시설 사전결정과 신임 시장의 불허가

총 50점 · 소문 3개 · 사전결정의 성질·효력, 건축허가의 재량, 신뢰보호

제1문 (50점)

A시 토지소유자인 甲은 자신의 대지 위에 숙박시설을 건축하고자 계획을 하였다. 우선 甲은 2018년 1월 「건축법」 제10조 제1항에 근거하여 해당 대지에 숙박시설을 건축하는 것이 법령에 의하여 허용되는지 여부를 결정해달라고 A시 乙 시장에게 신청하였다. 乙 시장은 이에 대한 회신으로 현행 법령상 건축이 허용된다고 통보하였다. 이에 따라 甲은 건축사에게 의뢰하여 건축물의 설계도를 작성하고 건물외벽 마감재를 외국에서 수입하는 계약을 체결한 후, 2018년 5월 당해 숙박시설의 건축허가를 신청하였다. 이에 대하여 선거에서 새로 당선된 A시 丙 시장은 건축위원회의 심의결과 위 건축물이 주변 교육환경에 적합하지 않다는 이유로 불허가를 결정하고 이를 甲에게 통보하였다.

1. 乙 시장의 위 대지에 대한 건축적합성 통보의 법적 성질과 효력에 대하여 설명하십시오. (15점)
2. 위 숙박시설 건축허가의 법적 성질에 관하여 행정청의 재량권의 유무와 범위라는 관점에서 논하십시오. (25점)
3. 甲은 丙 시장의 건축허가 거부처분은 전임 乙 시장의 대지에 대한 건축적합성 통보에 반하여 신뢰보호원칙에 위반된다고 주장한다. 甲의 주장의 타당성과 신뢰보호의 내용에 대해 서술하십시오. (10점)

출제 포인트

출제 의도 건축법 제10조의 사전결정과 제11조 제4항의 숙박시설 재량을 연결하여, 사전결정의 구속력이 재량을 어디까지 제한하는지 묻는다. **연결 개념** 사전결정·부분허가·확약의 구별, 기속재량, 판단여지, 신뢰보호 5요건, 행정청의 동일성. **함정** 2문에서 ‘건축허가는 기속행위’로 끝내면 숙박시설에 관한 법정 재량(건축위원회 심의)을 놓친다. 3문에서는 ‘선거로 시장이 바뀌었다’는 사실을 반드시 다루어야 한다.

■ 답안 개요(쟁점 지도)

소문	누가·무엇을	근거 조문·판례	결론	분량
1.	乙 시장의 건축적합성 통보	건축법 제10조	사전결정 = 독립 처분, 구속력·의제·2년 실효	약 900자
2.	숙박시설 건축허가의 재량	건축법 제11조 제4항 · 기속재량 판례 · 행정소송법 제27조	원칙 기속, 숙박시설은 법정 재량	약 1,300자
3.	丙 시장 불허가의 신뢰보호 위반	행정절차법 제4조 제2항 · 신뢰보호 요건 판례	새 사정 없는 한 위반 → 위법	약 800자

예시답안 — 2018 제1문

I. 문제의 소재

건축법상 사전결정의 성질과 효력(1문), 숙박시설 건축허가가 기속행위인지 재량행위인지와 재량의 범위(2문), 전임 시장의 사전결정에 반하는 신임 시장의 불허가가 신뢰보호원칙에 위반되는지(3문)가 쟁점이다. 1문에서 정리한 사전결정의 구속력이 3문의 공적 견해표명 판단으로 이어진다.

II. 설문 1 — 건축적합성 통보(사전결정)의 법적 성질과 효력

1. 의의. 건축법 제10조는 건축허가 대상 건축물을 건축하려는 자가 건축허가를 신청하기 전에 허가권자에게 그 건축물을 해당 대지에 건축하는 것이 건축법이나 관계 법령에서 허용되는지 여부 등에 대한 사전

결정을 신청할 수 있도록 한다. 乙 시장의 회신은 이 신청에 대한 응답이므로 건축법상 사전결정에 해당한다.

2. 법적 성질. (1) 사전결정(예비결정)은 최종적인 행정결정을 내리기 전에 그 전제가 되는 개별 요건에 대하여 종국적으로 판단하는 행위이다. 대상이 된 요건에 관하여는 그 자체로 완결된 규율이므로 독립한 행정행위로서 항고소송의 대상인 처분에 해당한다. 건축 자체를 허용하는 효과는 없다는 점에서 부분허가와 다르고, 장래의 행위를 약속하는 확약과도 구별된다. (2) 재량 여부는 사전결정 대상인 본처분의 성질을 따른다. 따라서 건축허가가 기속행위인 범위에서는 사전결정도 기속적이고, 숙박시설처럼 재량이 인정되는 부분이 있으면 사전결정에도 그 재량이 반영된다.

3. 효력. (1) 구속력. 사전결정을 받은 사항에 대해서는 이후 건축허가 단계에서 허가권자가 이와 모순되는 판단을 할 수 없다. 다만 사전결정 후 사실관계나 법령이 변경되면 그 범위에서 구속력이 약해지고, 철회의 요건을 갖추어 철회할 수 있다. (2) 인허가 의제. 건축법은 사전결정을 받으면 개발행위허가 등 일정한 인허가를 받은 것으로 보는 의제 규정을 두고 있다. (3) 실효. 사전결정 통지를 받은 날부터 2년 이내에 건축허가를 신청하지 않으면 사전결정의 효력이 상실된다. 甲은 4개월 만에 허가를 신청하였으므로 사전결정은 유효하다.

III. 설문 2 — 숙박시설 건축허가의 성질과 재량

1. 기속행위와 재량행위의 구별 기준. 판례는 근거 법규의 체제·형식과 문언, 해당 행위가 속하는 분야, 행위의 목적과 성질, 유형 등을 모두 고려하여 개별적으로 판단한다. 학설로는 요건재량설, 효과재량설, 기본권 기준설 등이 있다.

2. 원칙 — 기속행위. 건축허가는 건축의 자유에 대한 예방적 금지를 해제하는 강학상 허가이다. 판례는 건축허가권자는 건축허가신청이 건축법 등 관계 법령에서 정하는 제한에 배치되지 않는 한 허가를 하여야 하고, 관계 법령에서 정하는 제한사유 이외의 사유를 들어 거부할 수 없다고 한다. 다만 판례는 중대한 공익상의 필요가 있는 경우에는 예외적으로 거부할 수 있다고 하여 이른바 기속재량의 여지를 인정한다.

3. 예외 — 숙박시설에 대한 법정 재량. 건축법 제11조 제4항은 위락시설이나 숙박시설에 해당하는 건축물의 건축을 허가하는 경우 해당 대지에 건축하려는 건축물의 용도·규모 또는 형태가 주거환경이나 교육환경 등 주변 환경을 고려할 때 부적합하다고 인정되면 건축위원회의 심의를 거쳐 건축허가를 하지 아니할 수 있다고 규정한다. 이는 입법자가 숙박시설에 대해 주변 환경과의 적합성 판단을 허가권자에게 맡긴 것이므로, 그 범위에서 숙박시설 건축허가는 재량행위이다. 또한 건축허가가 국토계획법상 개발행위허가를 의제하는 경우에는 개발행위허가의 재량성이 건축허가에도 반영된다는 것이 판례이다.

4. 판단여지 문제. ‘교육환경 등 주변 환경에 부적합’은 불확정개념이다. 이를 요건 단계의 판단여지로 보아 사법심사를 제한하자는 견해가 있으나, 판례는 판단여지와 재량을 구별하지 않고 재량권의 일탈·남용 여부로 심사한다. 건축위원회의 심의라는 전문적 판단 절차가 예정되어 있다는 점은 행정청의 판단을 존중할 근거가 된다.

5. 재량의 범위와 한계. 재량은 법이 정한 목적, 즉 주거·교육환경의 보호라는 범위 안에서만 행사되어야 한다. 사실오인, 목적 위반, 비례·평등·신뢰보호원칙 위반이 있으면 재량권의 일탈·남용으로 위법하다(행정소송법 제27조). 특히 사안처럼 사전결정이 있는 경우에는 그 구속력과 신뢰보호가 재량의 한계로 작동한다. 건축위원회 심의를 거치지 않거나, 주변 환경과 무관한 사유(시장 교체에 따른 정책 변화 등)로 거부하면 위법하다.

IV. 설문 3 — 신뢰보호원칙 위반 여부

1. 의의와 근거. 신뢰보호원칙은 행정기관의 어떤 언동의 정당성이나 존속성에 대한 개인의 보호가치 있는 신뢰를 보호하는 원칙이다. 법치국가의 법적 안정성에서 도출되며, 행정절차법 제4조 제2항과 국세기

본법 제18조 제3항에 실정법적 표현이 있다(2021년 제정된 행정기본법 제12조는 이를 일반원칙으로 명문화하였다).

2. 요건(판례). ① 행정청이 개인에 대하여 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해를 표명하였을 것, ② 그 견해 표명이 정당하다고 신뢰한 데 개인의 귀책사유가 없을 것, ③ 개인이 그 견해를 신뢰하고 이에 기초하여 어떠한 행위를 하였을 것, ④ 행정청이 그 견해에 반하는 처분을 함으로써 개인의 이익이 침해될 것, ⑤ 그 처분으로 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 없을 것.

3. 사안의 적용. (1) 공적 견해표명. 乙 시장의 사전결정은 법정 절차에 따른 허가권자의 공식적 판단으로서 명백한 공적 견해표명이다. 시장이 바뀌어도 행정청으로서 A시장의 동일성은 유지되므로 전임 시장의 표명이라는 점은 영향이 없다. (2) 귀책사유. 甲이 허위 자료를 내는 등의 사정은 없다. (3) 신뢰에 기초한 행위. 甲은 설계를 의뢰하고 외벽 마감재 수입계약을 체결하였다. (4) 반하는 처분. 丙 시장은 같은 대지에 숙박시설 건축이 불가하다는 취지로 불허가하였다. (5) 공익과의 형량. 사전결정 이후 학교 신설처럼 교육환경에 관한 새로운 사정이 생겼다는 사실은 보이지 않는다. 교육환경 적합성은 사전결정 당시에도 판단할 수 있었던 사항이므로, 같은 사실관계에서 결론만 뒤집은 것은 甲의 신뢰를 희생시킬 만한 현저한 공익이라고 보기 어렵다.

4. 소결. 丙 시장의 불허가는 신뢰보호원칙에 위반되어 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법하다고 보는 것이 타당하다. 다만 사전결정 이후 교육환경을 현저히 바꾸는 새로운 사정이 생겼다면 공익이 우선할 수 있고, 이 경우 甲이 입은 손실의 보상 문제가 남는다.

V. 결론

乙 시장의 통보는 건축법상 사전결정으로서 독립한 처분이며 이후 건축허가 단계를 구속하는 효력을 가진다. 건축허가는 원칙적으로 기속행위이나 숙박시설은 건축법 제11조 제4항에 따라 주변 환경 적합성 판단에 관한 재량이 인정된다. 그러나 그 재량은 사전결정의 구속력과 신뢰보호원칙에 의해 제한되므로, 새로운 사정 없이 사전결정에 반하여 한 丙 시장의 불허가는 위법하다.

근거: 건축법 제10조, 제11조 제4항 · 행정소송법 제27조 · 행정절차법 제4조 제2항 · 건축허가의 기속성과 신뢰보호 요건에 관한 대법원 판례

2025 제1문

공증인가 거부와 임명공증인의 지위

총 40점 · 소문 3개 · 공무수탁사인, 공증인가의 성질, 처리기간·사전통지

제1문 (40점)

법무법인 甲은 관련법에서 정하는 요건을 갖추어 2025. 1. 8. 법무부장관 A에게 공증인가신청을 하였으나 A는 해당 지역의 공증인 수가 충분한 점을 이유로 2025. 4. 11. 인가신청거부처분을 하였다. 한편, A는 해당 지역 임명공증인 乙이 2025. 4. 29. 정년이 되어 퇴직함에 따라 발생한 결원을 보충하기 위하여 2025. 4. 30. 丙을 임명공증인으로 임명하였다.

- (1) 임명공증인의 법적 지위에 대하여 검토하시오. (10점)
- (2) 「공증인법」 상 공증인가의 법적 성질에 대하여 검토하시오. (10점)
- (3) A는 인가신청거부처분을 하면서 「행정절차법」 상 처리기간을 준수하지 않았으며 사전통지 절차를 거치지 않았다. 甲은 이를 이유로 인가신청거부처분은 절차적 하자가 있는 위법한 처분이라고 주장한다. 甲의 주장이 타당한지 검토하시오. (20점)

〈참조 조문〉

현행법령 등을 사례해결에 적합하도록 수정하였음

「공증인법」

제2조(공증인의 직무) 공증인은 당사자나 그 밖의 관계인의 촉탁(囑託)에 따라 다음 각 호의 사무를 처리하는 것을 직무로 한다.

1. 법률행위나 그 밖에 사권(私權)에 관한 사실에 대한 공정증서(公正證書)의 작성
2. 사서증서(私署證書) 또는 전자문서등(공무원이 직무상 작성한 것은 제외한다)에 대한 인증
3. 이 법과 그 밖의 법령에서 공증인이 취급하도록 정한 사무

제10조(공증인의 소속과 정원) ① 공증인은 지방검찰청 소속으로 한다.

② 각 지방검찰청 소속 공증인의 정원(定員)은 지방검찰청의 관할 구역마다 법무부장관이 정한다. 이 경우 지방검찰청 관할 구역의 면적, 인구 등을 고려하여 필요하다고 인정하면 관할 구역을 세분하여 정원을 정할 수 있다.

제11조(임명공증인의 임명) ① 법무부장관은 임명공증인을 임명하고 그 소속 지방검찰청을 지정할 수 있다.

② 제1항에 따라 임명을 받으려는 사람은 법무부령으로 정하는 바에 따라 법무부장관에게 임명신청을 하여야 한다.

제15조의2(공증인가) ① 법무부장관은 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 자에 대하여 공증인가를 하고 그 소속 지방검찰청을 지정할 수 있다.

1. 「변호사법」에 따라 설립된 법무법인, 법무법인(유한) 또는 법무조합(이하 “법무법인등”이라 한다)일 것
2. 해당 법무법인등의 구성원 변호사 중 2명 이상이 공증담당변호사 자격이 있을 것
- ② 제1항의 인가를 받으려는 자는 법무부령으로 정하는 바에 따라 법무부장관에게 인가신청을 하여야 한다.

출제 포인트

출제 의도 공증인가 거부 사건 판례의 사실관계를 바탕으로, 행정주체론(공무수탁사인), 행정행위론(인가 명칭의 특허), 행정절차론(처리기간·거부처분의 사전통지)을 한 문제에 담았다. **연결 개념** 행정소송법 제2조 제2항, 국가배상법 제2조 제1항, 특허와 재량, 행정절차법 제19조·제21조·제23조. **합정** 2문에서 명칭대로 ‘인가’라고 쓰면 감점이다. 3문의 두 쟁점은 모두 판례가 위법을 부정하는 쟁점이므로, 긍정설을 소개하되 결론은 판례에 따라 분명히 내린다.

■ 답안 개요(쟁점 지도)

소문	누가·무엇을	근거 조문·판례	결론	분량
(1)	임명공증인의 법적 지위	공증인법 제2조, 제10조, 제11조 · 행정소송법 제2조 제2항 · 국가 배상법 제2조	공무수탁사인, 행정청·국 가배상법상 공무원	약 700자
(2)	공증인가의 성질	공증인법 제10조 제2항, 제15조 의2	강학상 특허, 재량행위	약 700자
(3)	처리기간 도과·사전통지 생 략의 위법	행정절차법 제19조, 제21조, 제 23조 · 훈시규정·거부처분 사전 통지 판례	모두 위법 아님 → 甲 주 장 부당	약 1,300자

예시답안 — 2025 제1문

I. 문제의 소재

임명공증인이 행정조직법상 어떤 지위에 있는지(1문), 공증인법상 ‘공증인가’가 명칭과 달리 강학상 무엇에 해당하며 재량행위인지(2문), 공증인가신청 거부처분에서 처리기간 미준수와 사전통지 생략이 절차적 위법이 되는지(3문)가 쟁점이다.

II. 설문 (1) — 임명공증인의 법적 지위

1. 공증사무의 성질. 공증인은 당사자 등의 촉탁에 따라 공정증서의 작성, 사서증서 등의 인증 등을 직무로 한다(공증인법 제2조). 공정증서는 강제집행의 집행권원이 될 수 있는 등 공적 증명력을 가지므로, 공증은 국가가 사인의 법률관계를 공적으로 증명하는 국가사무이다.

2. 공무수탁사인. 임명공증인은 법무부장관이 임명하고 지방검찰청에 소속되며(제10조 제1항, 제11조), 정원이 법무부장관에 의해 관리된다(제10조 제2항). 그러나 국가공무원법상 공무원으로 임용되는 것이 아니라, 국가로부터 공증이라는 공적 권한을 부여받아 자기 이름으로 이를 행사하고 촉탁인으로부터 수수료를 받아 사무소를 운영한다. 이는 국가로부터 공권력을 위탁받아 자신의 명의로 행사하는 공무수탁사인에 해당한다. 판례도 공증인을 국가로부터 공증사무를 위임받은 공무수탁사인으로 본다.

3. 지위의 내용. (1) 행정청: 공증 권한을 행사하는 범위에서 공증인은 행정소송법상 행정청(제2조 제2항)이다. (2) 국가배상: 국가배상법 제2조 제1항은 ‘공무를 위탁받은 사인’을 공무원에 포함하므로 공증인의 직무상 불법행위에 대해서는 국가가 배상책임을 진다. (3) 감독: 공증인은 법무부장관의 감독을 받고 징계 대상이 된다. (4) 신분상 특수성: 정년이 정해져 있고(설문의 乙), 법무부장관의 임명으로 지위를 얻는다는 점에서 일반 사인과 다르다.

III. 설문 (2) — 공증인가의 법적 성질

1. 강학상 인가인지. 강학상 인가는 제3자의 법률행위를 보충하여 그 법률상 효력을 완성시키는 행위이다. 공증인법 제15조의2의 공증인가는 법무법인 등의 어떤 법률행위의 효력을 보충하는 것이 아니라, 법무법인 등에게 공증사무를 수행할 수 있는 권한을 새로 부여한다. 따라서 명칭과 달리 강학상 인가가 아니다.

2. 강학상 특허(설권행위). 공증인가는 본래 국가에 속하는 공증 권한을 특정 법무법인 등에게 설정해 주는 행위로서, 상대방에게 새로운 법적 지위를 창설하는 강학상 특허에 해당한다. 공증인가를 받은 법무법인 등은 임명공증인과 마찬가지로 공증사무 범위에서 공무수탁사인이 된다.

3. 재량행위성. 제15조의2 제1항은 요건을 갖춘 자에 대하여 공증인가를 ‘할 수 있다’고 규정하고, 제10조 제2항은 지역별 공증인 정원을 법무부장관이 면적·인구 등을 고려하여 정하도록 한다. 공증 수요와 공증인 분포를 고려한 공익적 판단이 필요하고, 설권적 처분의 성질상 행정청에 넓은 재량이 인정된다. 따라

서 요건을 갖추었더라도 해당 지역의 공증인 수가 충분하다는 이유로 인가를 거부할 수 있고, 그 판단은 재량권의 일탈·남용이 없는 한 적법하다. 다만 거부 직후 결원이 생기자 丙을 임명한 점은 甲과 丙을 다르게 취급한 것이 합리적인지(평등원칙), 정원 판단의 기준 시점이 적절했는지의 문제로 다투어질 수 있다.

IV. 설문 (3) — 절차적 하자 주장의 타당성

1. 처리기간 미준수. (1) 행정절차법 제19조 제1항은 행정청은 신청인의 편의를 위하여 처분의 처리기간을 종류별로 미리 정하여 공표하여야 한다고 규정하고, 처리기간 내에 처리하지 못할 경우의 연장과 통지(제2항·제3항), 신속한 처리 요청(제4항)을 정한다. (2) 판례는 처리기간에 관한 규정은 가능한 한 조속히 그 처리를 하도록 하는 훈시규정에 불과하므로, 행정청이 처리기간이 지나 처분을 하였더라도 그것만으로 처분을 취소할 절차상 하자가 있다고 볼 수 없다고 한다. (3) 사안에서 A는 신청일(2025. 1. 8.)부터 약 3개월 뒤에 거부처분을 하였다. 처리기간 경과는 신청인의 권리구제 수단(부작위위법확인소송, 의무이행 심판 등)이나 국가배상의 문제가 될 수 있을 뿐, 거부처분 자체를 위법하게 하지 않는다.

2. 사전통지 생략. (1) 행정절차법 제21조 제1항은 ‘당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분’을 하는 경우에 사전통지를 하도록 한다. (2) 견해 대립: 긍정설은 신청에 대한 거부도 신청인의 기대 이익을 제한하는 것이므로 사전통지가 필요하다고 본다. 부정설은 신청에 대한 거부도 아직 당사자에게 권익이 부여되지 않은 상태에서 그 부여를 거절하는 것이므로 ‘권익을 제한하는 처분’에 해당하지 않고, 신청 과정에서 이미 의견 진술의 기회가 있었다고 본다. (3) 판례는 신청에 따른 처분이 이루어지지 않은 경우에는 아직 당사자에게 권익이 부과되지 않았으므로 특별한 사정이 없는 한 신청에 대한 거부처분은 사전통지 대상이 아니라고 본다. (4) 사안에서 공증인가 거부하는 甲이 신청한 권익의 부여를 거절한 것이므로 사전통지를 거치지 않았더라도 위법하지 않다.

3. 덧붙임. 거부처분에도 이유제시 의무(행정절차법 제23조)는 적용된다. A는 ‘공증인 수가 충분하다’는 이유를 제시하였으므로 이 점에서도 절차상 하자는 없다.

4. 소결. 처리기간 미준수와 사전통지 생략은 모두 거부처분의 위법사유가 되지 않으므로 甲의 주장은 타당하지 않다.

V. 결론

임명공증인은 국가로부터 공증 권한을 위탁받아 자기 이름으로 행사하는 공무수탁사인으로서 그 범위에서 행정청이며 국가배상법상 공무원이다. 공증인가는 명칭과 달리 공증 권한을 설정하는 강학상 특허이고 재량행위이다. 처리기간 규정은 훈시규정이고 신청에 대한 거부도 사전통지 대상이 아니므로, 甲의 절차적 하자 주장은 타당하지 않다.

근거: 공증인법 제2조, 제10조, 제11조, 제15조의2 · 행정소송법 제2조 제2항 · 국가배상법 제2조 제1항 · 행정절차법 제19조, 제21조 제1항, 제23조 · 처리기간의 성질과 거부처분의 사전통지에 관한 대법원 판례

제3장

행정행위의 하자과 소멸

무효와 취소 · 위헌법률에 근거한 처분 · 하자승계 · 절차하자 · 실효와 철회 · 거부처분과 공부 기재의 처분성 |
 기출 2문항: 2016-1, 2021-1 (관련: 2021-2, 2019-1)

이 장에서 다루는 내용

3-1 핵심 개념	35
3-2 기출 풀이	38
2016 제1문 위헌결정 이후의 압류와 과세처분의 하자	38
2021 제1문 교육환경보호구역 내 게임장 — 해제결정·건축물대장·허가취소	41

3-1 핵심 개념

하자론 문제는 ‘어느 단계의 처분에, 어떤 정도의 하자가 있고, 그것을 어느 소송에서 주장하는가’의 세 질문으로 정리된다. 하자의 정도(무효·취소)는 소송 형태와 제소기간을, 하자의 위치(선행·후행)는 하자승계를, 처분의 존재 여부(실효·철회)는 대상적격을 결정한다.

무효와 취소의 구별 — 중대명백설

판례는 행정처분이 당연무효가 되려면 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것으로서 객관적으로 명백한 것이어야 하며, 이를 판별할 때에는 법규의 목적·의미·기능을 목적론적으로 고찰함과 동시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰하여야 한다고 본다. 무효인 처분은 처음부터 효력이 없으므로 제소기간·전치의 제한 없이 무효확인소송으로 다룰 수 있고(행정소송법 제38조 제1항은 제18조·제20조를 준용하지 않는다), 판례는 무효확인소송에 보충성을 요구하지 않는다. 취소사유인 하자는 취소소송으로만 다룰 수 있고 제소기간이 지나면 불가쟁력이 생긴다.

대립 구도

중대명백설(판례) ↔ 명백성보충요건설 ↔ 조사의무위반설

쓰이는 기출 2016-1 (1)·(3)

답안 속 문장

“처분 당시 근거 법률은 유효하게 시행되고 있었으므로 그 하자는 객관적으로 명백하다고 할 수 없어 취소 사유에 그친다.”

위헌법률에 근거한 처분과 그 집행

위헌결정된 법률은 형벌조항이 아닌 한 결정일부터 효력을 잃는다(헌법재판소법 제47조 제2항). 처분 후 근거 법률이 위헌결정된 경우, 대법원은 위헌결정 전에는 하자가 명백하지 않으므로 특별한 사정이 없는 한 취소사유라고 보고, 헌법재판소도 원칙적으로 같으나 예외적 무효 가능성을 열어 둔다. 한편 대법원 전원합의체 판결(2012)은 위헌결정의 기속력(제47조 제1항)에 비추어 위헌결정 이후에는 그 법률에 근거한 조세채권의 집행을 위한 새로운 채납처분에 착수·속행할 수 없고, 이를 위반한 압류 등은 당연무효라고 하였다.

대립 구도

과세처분(취소사유·불가쟁력) ↔ 위헌결정 후 채납처분(당연무효)

쓰이는 기출 2016-1

답안 속 문장

“위헌결정 이후의 압류는 과세처분의 하자를 원용하지 않더라도 위헌결정의 기속력에 반하는 고유의 하자로 당연무효이다.”

하자의 승계

선행처분에 불가쟁력이 생긴 뒤 후행처분을 다투면서 선행처분의 위법을 주장할 수 있는지의 문제이다. 판례는 두 처분이 결합하여 하나의 법률효과를 완성하는 경우(대집행 계고 → 영장 통지 → 실행 → 비용징수)에는 승계를 인정하고, 별개의 효과를 목적으로 하는 경우(과세처분 → 채납처분, 철거명령 → 계고, 직

위해제 → 직권면직)에는 원칙적으로 부정하되, 선행처분의 불가쟁력이 수인한도를 넘는 가혹함을 가져오고 예측가능성이 없으면 예외적으로 인정한다(개별공시지가 → 과세처분). 선행처분이 무효이면 승계 문제 없이 후행처분도 무효가 된다.

대립 구도

하자승계론(판례·전통설) ↔ 구속력(규준력)이론

쓰이는 기출 2016-1 (2), 2021-2 (2)

답안 속 문장

“계고, 대집행영장 통지, 실행, 비용징수는 동일한 목적을 위해 단계적으로 이루어져 하나의 법률효과를 완성하므로 계고처분의 위법은 후행 통지처분에 승계된다.”

절차하자의 독자적 위법성

처분에 절차상 하자가 있으나 실체적으로는 같은 결론에 이를 경우에도 처분을 취소할 수 있는지에 관하여, 판례는 기속행위·재량행위를 가리지 않고 절차상 하자만으로 독립한 취소사유가 된다고 본다. 행정소송법 제30조 제3항도 절차 위법을 이유로 한 취소를 예정한다. 법령상 필요한 위원회 심의를 거치지 않았거나 의결정족수를 채우지 못한 경우가 대표적이다. 다만 절차하자는 행정쟁송 제기 전까지 보완하면 치유될 수 있다는 것이 판례이다.

대립 구도

긍정설(판례) ↔ 부정설(소송경제)

쓰이는 기출 2021-1 (1), 2019-1 (2)

답안 속 문장

“출석위원 3분의 2 이상의 찬성이라는 의결 요건을 갖추지 못한 이상 해제결정은 법령상 필요한 심의를 거치지 않은 것과 같아 위법하다.”

실효·철회·직권취소

직권취소는 성립 당시의 하자를 이유로 소급하여 효력을 소멸시키는 것이고, 철회는 적법하게 성립한 처분을 사후 사정(의무 위반, 공익상 필요)을 이유로 장래에 향하여 소멸시키는 것이다(행정기본법 제18조, 제19조). 실효는 대상의 소멸, 기한 도래 등 일정한 사실의 발생으로 행정청의 의사와 무관하게 효력이 당연히 소멸하는 것이다. 판례는 영업허가를 받은 자가 영업을 폐업하면 허가는 당연히 실효되고, 그 후의 허가취소는 실효를 확인하는 의미에 불과하여 처분이 아니라고 본다. 폐업 여부는 시설 철거, 대외적 표시 등 객관적 사정으로 판단한다.

대립 구도

실효(당연 소멸·비처분) ↔ 철회(행정청의 처분)

쓰이는 기출 2021-1 (3), 2025-2 (2)

답안 속 문장

“영업 시설을 모두 철거하고 폐업을 게시한 이상 허가는 실효되었고, 이후의 허가취소 통지는 실효를 확인하는 것에 불과하여 항고소송의 대상이 아니다.”

거부처분의 처분성과 공부 기재

판례는 거부가 처분이 되려면 ① 신청한 행위가 공권력 행사이고, ② 거부가 신청인의 법률관계에 변동을 일으키며, ③ 신청인에게 법규상 또는 조리상 신청권이 있어야 한다고 본다. 신청권은 신청인이 누구인지 따지지 않고 관계 법규의 해석상 일반 국민에게 그 신청권을 인정하는지에 따라 추상적으로 결정한다. 공부 기재는 원칙적으로 사무 편의를 위한 것이어서 처분이 아니지만, 건축물대장 용도변경신청 거부, 건축물대장 작성신청 반려, 지목변경신청 반려처럼 실체적 권리관계에 밀접하게 관련된 경우에는 처분이 된다.

대립 구도

사무 편의의 공부 기재(비처분) ↔ 권리관계에 영향을 주는 기재(처분)

쓰이는 기출 2021-1 (2), 2020-3, 2026-1 (2)

답안 속 문장

“건축물대장의 용도는 건축물의 사용·수익·처분에 관한 법률관계에 영향을 미치므로 그 변경신청의 반려는 항고소송의 대상인 거부처분이다.”

3-2 기출 풀이

2016 제1문

위헌결정 이후의 압류와 과세처분의 하자

총 50점 · 소문 3개 · 압류에 대한 소송 형태, 하자승계, 위헌법률에 근거한 처분의 효력

제1문 (50점)

Y세무서장은 甲에게 구(舊) 국세기본법 제39조 제1항 제2호 다목에 규정된 제2차 납세의무자에 해당한다는 이유로 주택건설업을 영위하는 A주식회사의 체납 국세 전액에 대한 납부를 명하는 과세처분을 부과하였다. 甲은 A주식회사의 최대주주인 배우자 丙과 함께 과점주주에 해당하였다. 그 후 헌법재판소는 위 조세 부과에 근거가 되었던 법률 규정이 조세평등주의와 실질적 조세법률주의에 위반되고 과점주주의 재산권을 침해한다는 이유로 위헌을 결정하였다. 그러나 Y세무서장은 이후에 이 사건 과세처분에 따라 당시 유효하게 시행 중이던 국세징수법을 근거로 체납 중이던 원고 甲의 체납액 및 결손액(가산세 포함)을 징수하기 위하여 甲 명의의 예금 채권을 압류하였다. 이에 甲은 Y세무서장의 압류에 대해 행정소송을 제기하려고 한다.

- (1) 이 사안에서 甲이 Y세무서장의 압류에 대해 어떠한 행정소송을 제기할 수 있는지를 검토하시오. (15점)
- (2) 한편, 甲이 Y세무서장의 압류에 대해 그 위법을 다투면서 Y세무서장의 과세처분에 대한 하자를 주장할 수 있는지를 검토하시오(단, 이 경우 Y세무서장의 과세처분에 대한 제소기간은 경과한 것으로 본다). (20점)
- (3) 위 사안에서 Y세무서장의 과세처분의 근거가 되는 법률조항은 해당 과세처분이 발급된 후에 위헌결정이 내려졌다. 이 경우 위헌 법률에 근거하여 Y세무서장이 내린 과세처분의 법적 효력에 대해 검토하시오. (15점)

〈참조 조문〉

국세기본법 제39조(출자자의 제2차 납세의무) 법인의 재산으로 그 법인에 부과되거나 그 법인이 납부할 국세·가산금과 체납처분비에 충당하여도 부족한 경우에는 그 국세의 납세의무 성립일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 그 부족한 금액에 대하여 제2차 납세의무를 진다. 다만, 제2호에 따른 과점주주의 경우에는 그 부족한 금액을 그 법인의 발행주식 총수(의결권이 없는 주식은 제외한다. 이하 이 조에서 같다) 또는 출자총액으로 나눈 금액에 해당 과점주주가 실질적으로 권리를 행사하는 주식 수(의결권이 없는 주식은 제외한다) 또는 출자액을 곱하여 산출한 금액을 한도로 한다. <개정 2013.5.28., 2014.12.23.>

1. 무한책임사원
2. 주주 또는 유한책임사원 1명과 그의 특수관계인 중 대통령령으로 정하는 자로서 그들의 소유주식 합계 또는 출자액 합계가 해당 법인의 발행주식 총수 또는 출자총액의 100분의 50을 초과하면서 그에 관한 권리를 실질적으로 행사하는 자들(이하 “과점주주”라 한다)

국세징수법 제14조(납기 전 징수) ① 세무서장은 납세자에게 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있을 때에는 납기 전이라도 이미 납세의무가 확정된 국세는 징수할 수 있다.

1. 국세의 체납으로 체납처분을 받을 때

국세징수법 제24조(압류) ① 세무서장(체납기간 및 체납금액을 고려하여 대통령령으로 정하는 체납자의 경우에는 지방국세청장을 포함한다. 이하 같다)은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 납세자의 재산을 압류한다.

1. 납세자가 독촉장(납부최고서를 포함한다)을 받고 지정된 기한까지 국세와 가산금을 완납하지 아니한 경우
2. 제14조제1항에 따라 납세자가 납기 전에 납부 고지를 받고 지정된 기한까지 완납하지 아니한 경우
- ② 세무서장은 납세자에게 제14조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있어 국세가 확정된 후에는 그 국세를 징수할 수 없다고 인정할 때에는 국세로 확정되리라고 추정되는 금액의 한도에서 납세자의 재산을 압류할 수 있다.

③ ~ ⑤ <생략>

- ⑥ 세무서장은 제24항에 따라 압류한 재산이 금전, 납부기한 내 추심(推尋)할 수 있는 예금 또는 유가증권인 경우 납세자의 신청이 있을 때에는 확정된 국세에 이를 충당할 수 있다.

출제 포인트

출제 의도 과점주주 제2차 납세의무 조항의 위헌결정과 그 이후 체납처분을 다룬 대법원 전원합의체 판결(2012)

을 그대로 옮긴 문제이다. **연결 개념** 처분성, 무효확인소송의 요건과 보충성, 국세기본법상 전치, 하자승계, 중대명백설, 위헌결정의 기속력과 장래효. **합정** 2문을 하자승계만으로 풀어 '과세처분 하자를 주장할 수 없다 → 甲 패소'로 끝내면 큰 줄기를 놓친다. 하자승계는 부정되지만 압류 자체가 위헌결정의 기속력 위반으로 무효라는 두 번째 경로를 반드시 써야 한다. 서술 순서상 3문의 결론(취소사유)을 2문에서 미리 원용한다.

■ 답안 개요(쟁점 지도)

소문	누가·무엇을	근거 조문·판례	결론	분량
(1)	甲이 위헌결정 후 압류를 다 툔 소송	행정소송법 제4조, 제35조, 제 38조·국세기본법 제56조·전원 합의체(2012)	압류 당연무효 → 무효확 인소송(부당이득반환)	약 1,000자
(2)	압류 소송에서 과세처분 하 자 주장	하자승계 판례(별개 효과)	승계 부정, 단 압류 고유 하자로 무효	약 1,000자
(3)	위헌법률에 근거한 과세처 분의 효력	헌법재판소법 제47조·중대명백 설 판례·헌재 결정	취소사유, 불가쟁력으로 유효, 집행은 차단	약 1,000자

예시답안 — 2016 제1문

I. 문제의 소재

위헌결정 이후의 압류를 다툔 소송(1문), 불가쟁력이 생긴 과세처분의 하자를 압류 단계에서 주장할 수 있는지(2문), 처분 후 위헌결정된 법률에 근거한 과세처분의 효력(3문)이 쟁점이다. 3문의 결론(취소사유)이 2문의 전제가 되므로 2문에서 이를 미리 원용한다.

II. 설문 (1) — 압류에 대한 행정소송

1. 대상적격. 국세징수법상 압류는 세무서장이 체납자의 재산에 대하여 처분을 금지하는 효력을 일방적으로 발생시키는 공권력 행사로서 행정소송법 제2조 제1항 제1호의 처분에 해당한다. 따라서 항고소송의 대상이 된다.

2. 압류의 하자의 정도. 헌법재판소의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다(헌법재판소법 제47조 제1항). 판례(대법원 2012년 전원합의체 판결)는 조세 부과와 징수의 근거 법률이 위헌으로 결정된 이후에는, 그 이전에 과세처분이 확정되었더라도 위헌결정의 기속력에 반하므로 그 조세채권의 집행을 위한 새로운 체납처분에 착수하거나 이를 속행할 수 없고, 체납처분의 근거 규정(국세징수법) 자체에 위헌결정이 없더라도 위헌결정 이후에 한 압류는 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라고 보았다. 사안의 압류는 위헌결정 이후 위헌 법률에 근거한 과세처분을 집행하기 위하여 이루어졌으므로 당연무효이다.

3. 소송의 종류와 요건. (1) 甲은 압류처분 무효확인소송을 제기할 수 있다(행정소송법 제4조 제2호). 무효확인소송에는 제소기간과 행정심판 전치 요건이 적용되지 않으며(제38조 제1항은 제18조·제20조를 준용하지 않는다), 甲은 압류의 직접 상대방이므로 확인을 구할 법률상 이익이 있다(제35조). 판례는 무효확인소송에 보충성을 요구하지 않는다.

(2) 甲은 무효선언을 구하는 의미의 취소소송을 제기할 수도 있다. 다만 이 경우 형식이 취소소송이므로 제소기간을 지켜야 하고, 국세기본법 제56조 제2항에 따라 심사청구 또는 심판청구를 거쳐야 한다.

(3) 예금 채권이 이미 추심되어 체납액에 충당되었다면, 무효인 압류에 기한 징수액은 법률상 원인 없는 이득이므로 甲은 국가를 상대로 부당이득반환을 청구할 수 있다(판례는 이를 민사소송으로 본다). 압류가 계속 중이라면 무효확인소송이 가장 직접적인 수단이다.

III. 설문 (2) — 과세처분의 하자를 압류 단계에서 주장할 수 있는지

1. 하자승계의 의의. 둘 이상의 행정행위가 연속하여 행해지는 경우, 선행처분에 불가쟁력이 생긴 뒤 후행 처분을 다투면서 선행처분의 위법을 이유로 삼을 수 있는가의 문제이다. 선행처분이 당연무효이면 후행 처분도 그 전제를 잃어 무효가 되므로 하자승계는 선행처분에 취소사유가 있는 경우에만 문제된다.

2. 판단 기준. 판례는 선행처분과 후행처분이 서로 결합하여 하나의 법률효과를 완성하는 경우에는 하자 승계를 인정하고, 서로 독립하여 별개의 효과를 목적으로 하는 경우에는 원칙적으로 부정한다. 다만 별개의 효과를 목적으로 하더라도 선행처분의 불가쟁력이나 구속력이 수인한도를 넘는 가혹함을 가져오고 그 결과가 당사자에게 예측가능한 것이 아닌 경우에는 예외적으로 승계를 인정한다(개별공시지가와 과세처분 사례).

3. 사안의 적용. 과세처분은 조세채무를 확정하는 처분이고 압류는 확정된 조세채무의 강제징수 절차에 속하는 처분으로서 별개의 법률효과를 목적으로 한다. 판례도 과세처분과 체납처분 사이의 하자승계를 부정한다. 또한 아래 3문에서 보듯 과세처분의 하자는 취소사유에 그치고 이미 제소기간이 경과하였으므로, 甲은 압류처분의 취소·무효확인소송에서 과세처분의 위법을 주장할 수 없다.

4. 소결. 하자승계 법리로는 과세처분의 하자를 주장할 수 없다. 그러나 1문에서 본 바와 같이 위헌결정 이후의 압류는 위헌결정의 기속력에 반하는 고유의 하자로 당연무효이므로, 甲은 과세처분의 하자를 원용하지 않고도 압류의 무효를 다룰 수 있다.

IV. 설문 (3) — 위헌 법률에 근거한 과세처분의 효력

1. 위헌결정의 효력 범위. 위헌으로 결정된 법률 조항은 형벌 조항이 아닌 한 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다(헌법재판소법 제47조 제2항, 장래효). 판례는 법적 안정성을 고려하여 위헌결정의 효력이 미치는 범위를 당해 사건, 위헌제청이 있었던 동종 사건, 위헌결정 전에 같은 쟁점으로 법원에 계속 중인 병행 사건 등에 한정한다. 이미 불가쟁력이 생긴 처분에는 위헌결정의 소급효가 미치지 않는다.

2. 무효와 취소의 구별 — 중대명백설. 행정처분이 당연무효가 되려면 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것이고 객관적으로 명백하여야 한다. 법률이 위헌으로 결정되기 전에는 그 법률은 유효한 것으로 통용되고, 처분청은 법률의 위헌 여부를 판단할 권한이 없다.

3. 판례와 헌법재판소의 태도. 대법원은 처분 이후 근거 법률이 위헌으로 결정되었더라도 그 하자는 위헌결정 전에는 객관적으로 명백한 것이라 할 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 취소사유에 그친다고 본다. 헌법재판소도 원칙적으로 같은 입장이나, 처분의 목적이 아직 달성되지 않았고 후행처분이 필요한 경우로서 쟁송기간 경과 후에도 무효를 인정하지 않으면 권리구제가 불가능한 때에는 예외적으로 무효가 될 수 있다는 입장을 밝힌 바 있다.

4. 사안의 적용. 과세처분 당시 구 국세기본법 조항은 유효하게 시행 중이었으므로 과세처분의 하자는 명백하다고 할 수 없어 취소사유에 해당한다. 제소기간이 지나 불가쟁력이 발생하였으므로 과세처분은 여전히 유효하다. 다만 위헌결정의 기속력 때문에 이를 근거로 한 새로운 강제징수는 허용되지 않는다. 결국 국 과세처분은 유효하게 존속하지만 집행력은 차단된 상태라고 정리할 수 있다.

V. 결론

甲은 압류 무효확인소송(추심 후에는 부당이득반환)으로 다룰 수 있다. 과세처분의 하자는 승계되지 않으나 압류는 위헌결정의 기속력에 반하여 당연무효이다. 과세처분은 취소사유에 그쳐 유효하지만 그 집행은 허용되지 않는다.

근거: 행정소송법 제2조, 제4조, 제35조, 제38조 · 국세기본법 제56조 제2항 · 헌법재판소법 제47조 제1항·제2항 · 대법원 2012년 전원합의체 판결(위헌결정 후 체납처분의 무효)

2021 제1문

교육환경보호구역 내 게임장 — 해제결정·건축물대장·허가취소

총 50점 · 소문 3개 · 경업자 원고적격, 의결정족수 하자, 공부 기재의 처분성, 폐업과 허가의 실효

제1문 (50점)

甲은 자신이 소유하고 있는 서울특별시 소재 지상 5층 건물 중 지상 1층에서 정육식당을 운영하던 자인데, 식당 매출이 부진하자 업종을 변경하여 「게임산업진흥에 관한 법률」상 일반게임제공업을 운영하고자 한다. 해당 건물 인근에는 H고등학교가 있기 때문에 甲은 「교육환경 보호에 관한 법률」(이하 ‘교육환경보호법’이라 한다)에 따라 A교육지원청교육장 乙에게 금지행위 및 시설 금지 해제 신청을 하였고 乙은 A교육지원청 소속 지역교육환경보호위원회(이하 ‘지역위원회’라 한다)의 현장 실사 등을 거쳐 ‘금지행위 및 시설금지 해제’ 결정을 하였다. 이후 甲은 관할 A구청장으로부터 「게임산업진흥에 관한 법률」에 따른 일반게임제공업 허가를 받았다.

- (1) 지역위원회는 지역위원회 회의 시 재적위원 과반수 출석과 출석위원 3분의 2에 못 미치는 과반수 찬성으로 금지행위 및 시설금지 해제 의결을 하였다. H고등학교 근처에서 일반게임제공업을 운영 중인 丙은 위 의결은 교육환경보호법령에 위반된다고 주장하면서 乙의 금지행위 및 시설금지 해제결정에 대하여 취소소송을 제기하고자 한다. 丙은 승소할 수 있는지를 설명하시오. (제소기간은 준수한 것으로 본다) (20점)
- (2) 甲은 일반게임제공업 허가를 받은 후 건축법령에 따라 건축물대장상 해당 5층 건물 중 지상 1층의 용도를 일반음식점에서 판매시설(게임제공업소)로 변경하여 기재해달라는 신청을 하였다. 그러나 게임장 개설사실을 알게 된 인근 주민들이 항의하자 A구청장은 甲의 건축물대장 용도변경신청을 반려하였다. 甲은 이 반려조치를 항고소송으로 다룰 수 있는가? (10점)
- (3) 甲은 일반게임제공업 영업을 하던 중 2020년에 코로나19 확산으로 영업이 어려워지자, 위 지상 1층 영업장에 있던 일반게임제공업 관련 시설물들을 모두 철거하여 5층 건물 옥상에 쌓아두었다. 그리고 영업장 출입문에 “개인 사정으로 폐업합니다”라는 안내문을 게시하였다. 우연히 이를 알게 된 A구청장은 甲에게 일반게임제공업 허가취소를 통지하였다. 이에 甲은 경영난으로 인해 잠시 휴업하고자 하는 의도였을 뿐인데, 일반게임제공업 허가를 취소한 것은 위법하다고 주장하며 취소소송을 제기하였다. 甲은 승소할 수 있는지 논하시오. (20점)

〈참조 조문〉

「교육환경보호법」(구 학교보건법)

제9조(교육환경보호구역에서의 금지행위 등) 누구든지 학생의 보건·위생, 안전, 학습과 교육환경 보호를 위하여 교육환경보호구역에서는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위 및 시설을 하여서는 아니 된다. 다만, 상대보호구역에서는 제14호부터 제29호까지에 규정된 행위 및 시설 중 교육감이나 교육감이 위임한 자가 지역위원회의 심의를 거쳐 학습과 교육환경에 나쁜 영향을 주지 아니한다고 인정하는 행위 및 시설은 제외한다.

20. 「게임산업진흥에 관한 법률」 제2조 제6호 다목에 따라 제공되는 게임물 시설

제5조(시·도교육환경보호위원회 등) ⑧ 교육감은 제9조에 따른 교육환경보호구역 내 금지행위 및 시설이 교육환경에 미치는 영향에 대하여 심의하기 위하여 「지방교육자치에 관한 법률」 제34조에 따른 교육지원청에 지역교육환경보호위원회(이하 “지역위원회”라 한다)를 두어야 한다. 다만, 교육지원청이 없는 경우 시·도위원회의 심의를 받는다.

⑨ 시·도위원회와 지역위원회의 조직, 기능 및 운영 등에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.

「교육환경보호법 시행령」

제10조(지역교육환경보호위원회의 기능) 법 제5조 제8항 본문에 따른 지역교육환경보호위원회(이하 “지역위원회”라 한다)는 다음 각 호의 심의를 담당한다.

1. 생략
2. 법 제9조 각 호 외의 부분 단서에 따른 심의

제14조(지역위원회의 회의 등) ① 지역위원회의 위원장은 지역위원회의 회의를 소집하고, 그 의장이 된다.

② 지역위원회는 재적위원 과반수의 출석으로 개의하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다. 다만, 제10조 제2호에 따른 심의를 하는 경우에는 재적위원 과반수의 출석으로 개의하고, 출석위원 3분의 2 이상의 찬성으로 의결한다.

「게임산업진흥에 관한 법률」

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

6의2. 제6호의 게임제공업 중 일정한 물리적 장소에서 필요한 설비를 갖추고 게임물을 제공하는 영업은 다음 각 호와 같다.

가. 청소년게임제공업 : 제21조의 규정에 따라 등급분류된 게임물 중 전체이용가 게임물을 설치하여 공중의 이용에 제공하는 영업

나. 일반게임제공업 : 제21조의 규정에 따라 등급분류된 게임물 중 청소년이용불가 게임물과 전체이용가 게임물을 설치하여 공중의 이용에 제공하는 영업

제26조(게임제공업 등의 허가 등) ① 일반게임제공업을 영위하고자 하는 자는 허가의 기준·절차 등에 관하여 대통령령이 정하는 바에 따라 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장의 허가를 받아 영업을 할 수 있다. 다만, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제36조 제1항 제1호 가목의 주거지역에 위치하여서는 아니 된다.

출제 포인트

출제 의도 세 소문이 모두 ‘본안 이전에 소송요건에서 걸리는가’를 묻는다. (1)은 원고적격, (2)는 대상적격, (3)은 처분의 존재 여부이다. **연결 개념** 경업자소송, 절차하자의 독자적 위법성, 거부처분의 신청권, 건축물대장 용도변경 판례, 폐업으로 인한 허가의 실효. **함정** (1)에서 참조 조문의 ‘3분의 2’ 요건에 끌려 본안 위법만 쓰고 승소라고 결론 내리면 틀린다. 丙은 기존 경쟁업자일 뿐이다. 본안은 가정적으로 짧게 판단해 준다. (3)에서 甲의 ‘휴업 의도’라는 주관적 사정보다 시설 철거와 폐업 게시라는 객관적 사정이 결론을 좌우한다.

■ 답안 개요(쟁점 지도)

소문	누가·무엇을	근거 조문·판례	결론	분량
(1)	기존 업자 丙이 해제결정 취소 청구	교육환경보호법 제9조·시행령 제14조 제2항·행정소송법 제12조·경업자 판례	의결 하자는 있으나 원고적격 없음 → 각하	약 1,100자
(2)	甲이 건축물대장 용도변경 반려를 다툼	거부처분 요건·건축물대장 용도변경 판례	처분성 인정 → 항고소송 가능	약 600자
(3)	甲이 허가취소 통지 취소 청구	폐업으로 인한 실효 판례·행정절차법 제21조, 제22조	실효 확인에 불과 → 각하 (휴업이면 위법)	약 1,100자

예시답안 — 2021 제1문

I. 문제의 소재

교육환경보호구역 내 금지행위·시설 해제결정에 대한 기존 업자 丙의 취소소송에서 원고적격과 의결정족수 하자의 효과(1문), 건축물대장 용도변경신청 반려의 처분성(2문), 사실상 폐업 후의 허가취소 통지가 처분인지와 그 적법성(3문)이 쟁점이다. 소송요건(대상적격·원고적격)을 먼저 보고 본안을 검토하는 순서를 지킨다.

II. 설문 (1) — 丙의 승소 가능성

1. 대상적격. 교육환경보호법 제9조 단서에 따른 금지 해제결정은 교육환경보호구역에서 금지된 시설을 설치·영업할 수 있는 법적 지위를 甲에게 부여하는 처분이다.

2. 원고적격. (1) 기준. 제3자도 처분의 근거 법규와 관련 법규가 자신의 개별적·직접적·구체적 이익을 보호하는 경우에 원고적격을 가진다(행정소송법 제12조). (2) 경업자소송. 판례는 기존 업자가 경업자에 대한 수익적 처분을 다투는 경우, 기존 업자의 영업이 경업 제한이나 거리 제한 등으로 보호되는 특허적 성격의 것이면 법률상 이익을 인정하지만, 일반적 허가에 따른 영업상 이익은 반사적 이익에 불과하다고 본

다. (3) 사안의 적용. 교육환경보호법 제9조는 ‘학생의 보건·위생, 안전, 학습과 교육환경 보호’를 위한 규정으로, 보호구역 안에서 이미 영업하는 업자의 경쟁상 이익을 보호하는 취지는 없다. 일반게임제공업 허가도 경업자 간의 이익 조정을 예정한 것이 아니다. 丙이 입는 불이익은 신규 경쟁자 등장으로 인한 사실상·경제적 불이익에 불과하므로 원고적격이 인정되지 않는다.

3. 본안 — 의결정족수 위반의 효과(가정적 판단). 시행령 제14조 제2항 단서는 제9조 단서에 따른 심의의 경우 출석위원 3분의 2 이상의 찬성으로 의결하도록 한다. 과반수 찬성은 이 요건을 충족하지 못하므로 해제 의결은 성립하지 않았고, 해제결정은 법령이 요구하는 지역위원회의 심의를 거치지 않은 것과 같다. 법령상 필수적 심의 절차의 흠결은 처분의 위법사유이며, 판례는 절차상 하자만으로도 독립하여 처분을 취소할 수 있다고 본다. 따라서 원고적격이 인정된다면 해제결정은 위법하여 취소될 수 있다.

4. 소결. 해제결정에는 절차상 위법이 있으나 丙은 원고적격이 없으므로 그의 소는 부적법 각하된다. 丙은 승소할 수 없다. 해제결정의 위법은 학생·학부모 등 교육환경상 이익을 가진 자나 교육감의 감독권 행사를 통해 다투어질 문제이다.

III. 설문 (2) — 건축물대장 용도변경신청 반려의 처분성

1. 거부의 처분성 요건. 판례는 거부행위가 항고소송의 대상이 되려면 ① 신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이고, ② 거부행위가 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키며, ③ 신청인에게 그 행위의 발동을 요구할 법규상 또는 조리상 신청권이 있어야 한다고 본다.

2. 공부 기재의 처분성. 각종 공부의 기재는 원칙적으로 행정사무 편의를 위한 것으로서 실체적 권리관계에 영향을 주지 않으므로 처분이 아니다. 그러나 판례는 건축물대장의 용도는 건축물의 사용·수익·처분에 관한 법률관계에 직접 영향을 미치고, 건축물의 용도변경은 대장 기재를 통해 공적으로 확인되며 다른 인허가의 전제가 되므로, 건축물대장 용도변경신청을 거부하는 행위는 건축물 소유자의 실체적 권리관계에 밀접하게 관련되어 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 본다. 건축법령은 소유자에게 대장 기재 변경을 신청할 수 있도록 하고 있어 신청권도 인정된다.

3. 소결. 반려조치는 거부처분으로서 甲은 이를 취소소송으로 다퉴 수 있다. 본안에서는 인근 주민의 항의가 법령상 거부 사유가 될 수 없다는 점이 위법 사유가 된다.

IV. 설문 (3) — 허가취소 통지에 대한 취소소송

1. 폐업과 허가의 실효. 영업허가는 특정 영업을 할 수 있는 지위를 부여하는 것으로서 영업의 존속을 전제로 한다. 판례는 영업허가를 받은 자가 영업을 폐업하면 그 허가는 당연히 효력을 잃고, 그 후 행정청이 한 허가취소는 이미 실효된 허가를 확인하는 의미에 불과하여 항고소송의 대상인 처분이 아니라고 본다. 폐업 여부는 영업자의 주관적 의사가 아니라 영업 시설의 철거 여부, 영업 재개 가능성, 대외적 표시 등 객관적 사정에 따라 판단한다.

2. 사안의 적용 — 폐업인지 휴업인지. 甲은 일반게임제공업 시설물을 모두 철거하여 옥상에 쌓아두었고, 출입문에 ‘개인 사정으로 폐업합니다’라는 안내문을 게시하였다. 영업장에 영업 시설이 남아 있지 않고 외부에 폐업을 표시한 이상, 내심으로 일시 휴업할 의도였다는 甲의 주장만으로는 폐업이 아니라고 보기 어렵다. 따라서 허가는 폐업으로 실효되었고, A구청장의 허가취소 통지는 실효를 확인하는 사실의 통지에 불과하다.

3. 결론적 판단. 허가취소 통지가 처분이 아니므로 甲의 취소소송은 부적법 각하되어 甲은 승소할 수 없다.

4. 휴업으로 인정되는 경우(가정적 판단). 만약 시설물을 보관해 두고 곧 재개할 준비를 하는 등 휴업으로 볼 객관적 사정이 인정되면, 허가취소는 유효한 허가를 장래에 향하여 소멸시키는 철회로서 처분이 된다. 이 경우 ① 휴업은 게임산업법상 허가취소 사유가 아니어서 법적 근거 없는 철회가 되고, ② 침묵적 처분

임에도 사전통지와 의견제출 기회를 주지 않았으며(행정절차법 제21조, 제22조), ③ 코로나19라는 불가피한 사정을 고려하지 않아 비례원칙에도 반하므로 甲은 승소할 수 있다.

V. 결론

丙은 기존 업자의 경쟁상 이익만을 가질 뿐 교육환경보호법이 보호하는 이익을 가지지 않아 원고적격이 없으므로, 해제 의결의 정족수 위반에도 불구하고 승소할 수 없다. 건축물대장 용도변경신청 반려는 소유자의 권리관계에 영향을 주는 거부처분이므로 항고소송으로 다룰 수 있다. 시설 철거와 폐업 게시로 허가는 이미 실효되었으므로 허가취소 통지는 처분이 아니어서 甲의 소는 각하된다.

근거: 교육환경보호법 제9조·같은 법 시행령 제14조 제2항·행정소송법 제12조, 제19조·행정절차법 제21조, 제22조·경업자 원고적격, 건축물대장 용도변경 거부의 처분성, 폐업으로 인한 허가 실효에 관한 대법원 판례

제4장

행정절차와 행정심판

사전통지와 의견청취 · 처리기간 · 불복고지와 청구기간 · 제재사유의 승계 · 재결의 종류와 기속력 · 원처분주
의 | 기출 4문항: 2019-1, 2019-2, 2016-3, 2024-3 (관련: 2025-1, 2021-1)

이 장에서 다루는 내용

4-1 핵심 개념	46
4-2 기출 풀이	49
2019 제1문 경매로 승계한 미용업소의 영업정지와 과징금	49
2019 제2문 시장형 공기업의 입찰참가자격 제한	52
2016 제3문 인용재결에 대한 처분청의 취소소송	55
2024 제3문 거부처분 취소재결과 제3자의 취소소송	57

4-1 핵심 개념

행정절차법 문제는 ‘이 처분이 그 절차의 적용 대상인가’를 먼저 묻는다. 사전통지는 침익적 처분에, 청문은 법정 사유에만 적용되고, 거부처분과 신고 수리는 판례가 따로 정리한 영역이다. 행정심판은 행정소송과 무엇이 다른지(부당 심사, 적극적 변경, 기속력의 범위, 고지 제도)를 대비하는 방식으로 출제된다.

사전통지와 의견청취

행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 할 때 미리 처분의 제목, 원인, 내용, 의견제출 기한 등을 통지하여야 하고(행정절차법 제21조 제1항), 공공의 안전·복리를 위한 긴급한 필요, 법원의 재판 등으로 자격 상실 사실이 객관적으로 증명된 경우, 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요한 경우 등에는 생략할 수 있다(제4항). 의견청취는 청문·공청회·의견제출로 나뉜다. 청문은 다른 법령의 규정, 행정청이 필요하다고 인정하는 경우, 그리고 인허가 등의 취소·신분이나 자격의 박탈·법인 등의 설립허가 취소 시 당사자가 의견제출기한 내에 신청한 경우에 한하여 실시하고(제22조 제1항), 그 밖에는 의견제출 기회를 준다(제3항).

대립 구도

침익적 처분(사전통지 필요) ↔ 거부처분(판례상 불필요)

쓰이는 기출 2019-1 (2), 2019-2 (2), 2025-1 (3)

답안 속 문장

“입찰참가자격 제한은 인허가 취소나 자격 박탈이 아니어서 신청에 의한 청문 대상이 아니므로, A사는 의견제출 기회를 주는 것으로 족하다.”

거부처분·신고 수리와 사전통지

판례는 신청에 따른 처분이 이루어지지 않은 경우에는 아직 당사자에게 권익이 부과되지 않았으므로 신청에 대한 거부처분은 특별한 사정이 없는 한 사전통지 대상이 아니라고 본다. 반면 영업자 지위승계신고 수리처분은 종전 영업자의 지위를 박탈하는 처분이므로, 종전 영업자는 행정절차법상 ‘당사자’에 해당하여 사전통지와 의견제출 기회를 주어야 한다고 본다. 처리기간(제19조)에 관한 규정은 훈시규정으로서, 기간이 지난 처분도 그것만으로 위법하지 않다는 것이 판례이다.

대립 구도

거부처분 사전통지 불요(판례) ↔ 필요설(기대이익의 제한)

쓰이는 기출 2019-1 (2), 2025-1 (3)

답안 속 문장

“지위승계신고 수리는 종전 영업자 乙의 영업자 지위를 소멸시키는 처분이므로 乙은 처분의 당사자로서 사전통지와 의견제출 기회를 받아야 한다.”

제재사유의 승계

영업양도·경매 등으로 영업자 지위가 승계된 경우 양도인의 위반을 이유로 양수인에게 제재처분을 할 수 있는지의 문제이다. 판례는 영업정지 등이 영업의 물적 측면에 착안한 대물적 처분이면 위반 사유가 양수인에게 승계된다고 본다. 개별 영업 법률은 행정제재처분의 효과 승계와 진행 중인 절차의 속행을 명문화

하면서 양수인이 위반 사실을 알지 못하였음을 증명하면 제외하는 방식을 취한다. 경매로 지위를 승계한 선의의 인수인에게는 비례원칙상 제재의 강도를 신중히 정해야 한다.

대립 구도

대물적 처분(승계) ↔ 대인적 처분(일신전속·비승계)

쓰이는 기출 2019-1 (1)

답안 속 문장

“위생관리의무 위반에 대한 영업정지는 영업장의 물적 사정에 착안한 대물적 처분이므로 그 사유는 지위를 승계한 甲에게 승계된다.”

불복고지와 청구기간

행정심판은 처분이 있음을 알게 된 날부터 90일, 처분이 있었던 날부터 180일 이내에 청구하여야 한다(행정심판법 제27조 제1항·제3항). 행정청은 처분 시 행정심판 청구 가능 여부와 절차·기간을 알려야 하며(제58조), 기간을 실제보다 길게 잘못 알리면 그 기간 내에(제27조 제5항), 알리지 않으면 처분이 있었던 날부터 180일 이내에(제6항) 청구할 수 있다. 판례는 이 불고지·오고지 규정이 행정소송의 제소기간(행정소송법 제20조)에는 적용되지 않는다고 본다. 개별법상 이의신청이 행정심판이 아니면 출제 당시 판례상 제소기간은 원처분을 안 날부터 진행하였으나, 행정기본법 제36조 제4항(2023. 3. 시행)은 이의신청 결과를 통지받은 날부터 90일 이내에 제소할 수 있게 하였다.

대립 구도

행정심판 청구기간(불고지 시 180일) ↔ 행정소송 제소기간(불고지 무관)

쓰이는 기출 2019-2 (1)

답안 속 문장

“조치서에 청구기간을 알리지 않았으므로 B사는 처분이 있었던 날부터 180일 이내에 행정심판을 청구할 수 있으나, 제소기간은 이로 인해 연장되지 않는다.”

행정심판의 재결과 기속력

행정심판은 위법뿐 아니라 부당한 처분도 대상으로 하며 취소심판·무효등확인심판·의무이행심판이 있다(행정심판법 제5조). 취소심판의 인용재결로 위원회는 처분을 취소하거나 다른 처분으로 변경하거나 피청구인에게 다른 처분으로 변경할 것을 명할 수 있어(제43조 제3항) 적극적 변경이 가능하다. 인용재결은 피청구인과 관계 행정청을 기속하며(제49조 제1항), 거부처분 취소재결·처분명령재결에는 재처분의무가 따르고 불이행 시 직접처분(제50조)과 간접강제(제50조의2, 2017 신설)가 가능하다. 판례는 기속력을 이유로 처분청이 인용재결에 대해 항고소송을 제기할 수 없다고 본다.

대립 구도

행정심판(적극적 변경 가능) ↔ 취소소송(소극적 일부취소만)

쓰이는 기출 2016-3, 2019-1 (3), 2024-3, 2026-2 (2)

답안 속 문장

“영업정지를 과징금으로 바꾸는 적극적 변경은 법원이 할 수 없으나 취소심판에서는 변경재결 또는 변경명령재결로 가능하다.”

원처분주의와 재결 고유의 위법

취소소송의 대상은 원처분이고, 재결취소소송은 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다(행정소송법 제19조 단서). 고유한 위법은 재결의 주체·절차·형식의 위법과 내용상 위법을 포함한다. 복효적 행정행위에서 인용재결로 비로소 불이익을 받는 제3자는 재결의 내용상 위법을 다투어 재결 자체를 대상으로 할 수 있다. 변경재결로 감경된 처분은 변경된 내용의 원처분이 소송의 대상이 된다는 것이 판례이다. 개별 법률이 재결주의를 택한 경우(감사원 재심의 판정 등)는 예외이다.

대립 구도

원처분주의(현행법) ↔ 재결주의(개별법 예외)

쓰이는 기출 2024-3, 2016-3

답안 속 문장

“거부처분 취소재결은 처분으로 이익을 누리던 제3자에게 새로운 불이익을 주므로, 제3자는 재결 자체의 고유한 위법을 이유로 그 취소를 구할 수 있다.”

4-2 기출 풀이

2019 제1문

경매로 승계한 미용업소의 영업정지와 과징금

총 50점 · 소문 3개 · 제재사유의 승계, 지위승계신고 수리와 종전 영업자의 절차권, 변경재결

제1문 (50점)

甲은 「민사집행법」에 따른 강제경매절차를 통하여 乙이 소유·경영하던 지상 건물1동과 같은 건물에 설치된 「공중위생관리법」상 공중위생영업으로서 신고업인 X미용업시설(이하 “미용업소”이라 함) 일체를 경락받아 2018. 5. 3. 대금을 완납하고, 같은 달 10일 관할시장 A에게 미용업자 지위승계신고를 하여 같은 달 14일자로 수리되었으며, A는 수리된 그 다음날 甲에게 그 사실을 통지하였다. 그런데 乙이 2018. 5. 2. 자신이 경영하던 X미용업소 내에서 「공중위생관리법」 제4조에서 금하는 공중위생업자의 위생관리의무 위반행위에 해당하는 점빠기·문신 등을 시술하던 중 단속 공무원에게 적발되어 A는 乙의 지위승계를 이유로 같은 달 30일 甲에게 「공중위생관리법」 제11조 제1항 제4호 및 동법 시행규칙 제19조에 근거하여 영업정지처분(2개월)을 하였다. 그러자 乙은 이 기회에 영업지위승계 그 자체의 위법성을 주장하여 甲으로부터 일정한 금전을 편취할 목적으로, 그리고 甲은 X미용업소의 계속성을 유지하기 위해, 乙과 甲은 각각 A를 상대로 법적 쟁송수단을 준비하고 있다.

- (1) A가 甲에 대하여 영업정지처분을 할 수 있는지 여부를 검토하시오. (20점)
- (2) 한편, A는 甲의 지위승계신고에 응한 수리행위를 함에 있어서 乙에 대해 「행정절차법」 제21조 및 제22조상의 사전통지·의견제출 절차를 밟아야 하는지 여부를 법리적으로 검토하시오. (15점)
- (3) 甲이 「공중위생관리법」 제11조 제1항에 따른 미용업 영업정지처분에 대한 취소쟁송을 통해 그에 갈음하는 동법 제11조의2 제1항에 규정된 과징금처분을 받으려고 할 경우 어떠한 취소쟁송을 선택하여야 할지에 관해 검토하시오. (15점)

〈참조 조문〉

「공중위생관리법」 제3조의2(공중위생영업의 승계)

- ① (생략)
- ② 민사집행법에 의한 경매, 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 의한 환가나 국세징수법·관세법 또는 「지방세징수법」에 의한 압류재산의 매각 그 밖에 이에 준하는 절차에 따라 공중위생영업 관련시설 및 설비의 전부를 인수한 자는 이 법에 의한 그 공중위생영업자의 지위를 승계한다.

「공중위생관리법」 제11조(공중위생영업소의 폐쇄등)

- ① 시장·군수·구청장은 공중위생영업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 6월 이내의 기간을 정하여 영업의 정지 또는 일부 시설의 사용중지를 명하거나 영업소폐쇄등을 명할 수 있다. (단서 생략)
- ~ 3. (생략)
4. 제4조에 따른 공중위생업자의 위생관리의무등을 지키지 아니한 경우

「공중위생관리법」 제11조의2(과징금처분)

- ① 시장·군수·구청장은 제11조제1항의 규정에 의한 영업정지가 이용자에게 심한 불편을 주거나 그 밖에 공익을 해할 우려가 있는 경우에는 영업정지처분에 갈음하여 1억원 이하의 과징금을 부과할 수 있다. (단서 생략)

출제 포인트

출제 의도 영업 승계를 축으로 행정작용법(제재사유 승계), 행정절차법(수리처분과 종전 영업자), 행정쟁송법(행정심판의 적극적 변경)을 차례로 묻는다. **연결 개념** 대물적 처분, 선의 양수인, 수리를 요하는 신고, 행정절차법상 당사자, 행정소송법 제4조 제1호의 ‘변경’, 행정심판법 제43조 제3항. **합정** (2)에서 乙의 악의적 동기를 근거로 절차권을 부정하면 안 된다. (3)에서는 ‘취소소송이나 취소심판이나’를 고르는 문제이므로 결론을 분명히 하고, 취소소송에서는 재량처분의 일부취소도 불가하다는 판례를 함께 써야 한다.

■ 답안 개요(쟁점 지도)

소문	누가·무엇을	근거 조문·판례	결론	분량
(1)	A가 승계인 甲에게 乙의 위반으로 영업정지	공중위생관리법 제3조의2 제2항, 제11조·대물적 처분 승계 판례	원칙 가능, 선의는 승계 배제·재량 한계	약 1,200자
(2)	A가 수리 시 乙에게 사전통지 해야 하는가	행정절차법 제21조, 제22조·지위승계신고 수리 판례	乙은 당사자 → 사전통지 필요	약 900자
(3)	甲이 영업정지를 과징금으로 바꾸는 쟁송	행정소송법 제4조·행정심판법 제5조, 제43조 제3항, 제49조	취소심판(변경재결·변경 명령재결)	약 900자

예시답안 — 2019 제1문

I. 문제의 소재

제재사유의 승계(1문), 지위승계신고 수리 시 종전 영업자의 절차권(2문), 영업정지를 과징금으로 바꾸기 위한 쟁송 선택(3문)이 쟁점이다.

II. 설문 (1) — 甲에 대한 영업정지처분의 가능성

1. 지위의 승계. 공중위생관리법 제3조의2 제2항은 민사집행법에 의한 경매 등으로 공중위생영업 관련 시설 및 설비의 전부를 인수한 자는 그 공중위생영업자의 지위를 승계한다고 규정한다. 甲은 경매로 미용업소 일체를 경락받아 대금을 완납하고 지위승계신고가 수리되었으므로 乙의 영업자 지위를 승계하였다.

2. 제재사유의 승계에 관한 학설. (1) 긍정설은 영업정지처럼 영업 시설·설비라는 물적 사정에 착안한 대물적 처분은 그 효과와 사유가 양수인에게 승계된다고 본다. 제재 회피 목적의 양도를 막을 필요를 근거로 든다. (2) 부정설은 제재처분은 위반행위자의 책임에 대한 것이므로 명문 규정 없이 위반행위를 하지 않은 양수인에게 제재를 가하는 것은 책임주의와 법률유보원칙에 반한다고 본다. (3) 절충설은 승계를 인정하되 양수인이 위반 사실을 알지 못한 경우에는 제외하여야 한다고 본다.

3. 판례. 판례는 영업정지 등 제재처분이 영업의 물적 측면에 관한 대물적 처분인 경우, 양도인에게 발생한 위반 사유는 양수인에게 승계되므로 양도 전 양도인의 위반을 이유로 양수인에게 제재처분을 할 수 있다고 본다(석유판매업 사례 등). 경매 등 강제적 절차에 의한 승계도 같다. 아울러 공중위생관리법을 비롯한 영업 관련 법률들은 행정제재처분의 효과 승계와 진행 중인 제재 절차의 속행에 관한 명문 규정을 두지, 양수인이 양수할 때 위반 사실을 알지 못하였음을 증명한 경우를 제외하는 방식으로 입법적 해결을 하고 있다.

4. 사안의 적용. (1) 위생관리의무 위반에 대한 영업정지는 미용업소라는 영업장 단위의 물적 사정에 착안한 대물적 처분이므로 제재사유는 甲에게 승계된다. 乙의 위반은 2018. 5. 2.로 甲의 대금 완납 전일이며, 이를 이유로 지위 승계 후 甲에게 영업정지를 하는 것 자체는 가능하다. (2) 다만 甲은 경매를 통해 인수하였고 위반은 인수 직전에 발생하여 甲이 이를 알았다고 보기 어렵다. 양수인의 선의를 승계 배제 사유로 정한 규정이 적용되면 甲에게 영업정지를 할 수 없다. 그런 규정이 적용되지 않더라도, 甲에게 아무런 귀책사유가 없다는 점은 재량(제11조 제1항은 ‘할 수 있다’고 규정한다) 행사에서 중요하게 고려되어야 하므로, 이를 고려하지 않은 2개월 영업정지는 비례원칙 위반의 소지가 크다.

5. 소결. 영업정지 사유는 대물적 성격상 甲에게 승계되므로 원칙적으로 A는 甲에게 영업정지처분을 할 수 있다. 그러나 甲이 선의의 경락인이라는 사정은 승계 배제 사유가 되거나 적어도 재량권 행사의 한계로 작용한다.

III. 설문 (2) — 지위승계신고 수리 시 乙에 대한 사전통지·의견제출

1. 수리의 처분성. 지위승계신고는 행정청이 신고를 받아 그 요건을 심사한 뒤 수리하여야 효과가 생기는 ‘수리를 요하는 신고’이다. 판례는 영업자 지위승계신고 수리는 단순히 양도·양수인 사이의 사실을 확인하는 것이 아니라 종전 영업자의 영업 지위를 소멸시키고 양수인에게 이를 설정하는 처분이라고 본다.

2. 乙이 ‘당사자등’인지. 행정절차법 제21조 제1항은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우 미리 처분의 원인, 내용, 의견제출 기회 등을 통지하도록 하고, 제22조 제3항은 이러한 처분에 대해 의견제출 기회를 주도록 한다. 수리처분의 형식상 상대방은 신고인 甲이지만, 그로 인해 영업자 지위를 상실하는 乙은 처분으로 직접 불이익을 받는 자이다. 판례는 영업자 지위승계신고 수리처분을 하는 경우 종전 영업자는 행정절차법상 ‘당사자’에 해당하므로 행정청은 종전 영업자에게 사전통지를 하고 의견제출 기회를 주어야 한다고 하였다. 경매 등 법원의 절차로 인수가 이루어진 경우에도 같다.

3. 예외 사유 검토. 행정절차법 제21조 제4항은 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분할 필요가 있는 경우, 법령상 자격이 없어지게 된 사실이 법원의 재판 등으로 객관적으로 증명된 경우, 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요한 경우에는 사전통지를 하지 않을 수 있다고 한다. 경매 절차는 법원이 진행하지만 그것만으로 지위 이전의 요건(시설·설비 전부의 인수 등)이 객관적으로 증명된다고 보기 어렵고, 乙에게 의견을 들을 필요가 명백히 없다고도 할 수 없다.

4. 소결. A는 수리에 앞서 乙에게 사전통지와 의견제출 기회를 주어야 한다. 이를 거치지 않은 수리처분은 절차상 하자로 위법하며,

IV. 설문 (3) – 과징금처분을 받기 위한 쟁송 선택

1. 취소소송의 한계. 행정소송법 제4조 제1호는 취소소송을 ‘처분등을 취소 또는 변경하는 소송’이라 하지만, 판례와 다수설은 여기서의 ‘변경’을 소극적 변경, 즉 일부취소로 해석한다. 법원이 영업정지를 과징금으로 바꾸는 적극적 변경은 행정청의 1차적 판단권을 침해하고, 의무이행소송을 인정하지 않는 현행법 체계에도 맞지 않는다. 또한 판례는 영업정지처럼 재량이 인정되는 처분에서 기간이 과도한 경우 법원이 적정한 기간을 스스로 정하여 일부만 취소할 수 없고 전부를 취소하여야 한다고 본다. 따라서 甲이 취소소송에서 승소하더라도 영업정지 전부가 취소될 뿐 과징금으로 바뀌지는 않으며, 과징금 부과 여부는 이후 A의 재처분에 맡겨진다.

2. 취소심판의 가능성. 행정심판법 제5조 제1호는 취소심판을 행정청의 위법 또는 부당한 처분을 ‘취소하거나 변경하는’ 심판으로 규정하고, 제43조 제3항은 위원회가 취소심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 처분을 취소 또는 다른 처분으로 변경하거나 피청구인에게 처분을 다른 처분으로 변경할 것을 명한다고 규정한다. 행정심판은 행정의 자기통제이므로 적극적 변경이 가능하고, 위법뿐 아니라 부당(합목적성)도 심사한다.

3. 사안의 적용. 영업정지 대신 과징금을 부과할지는 ‘이용자에게 심한 불편을 주거나 그 밖에 공익을 해할 우려가 있는 경우’에 관한 행정청의 재량 판단이다. 따라서 행정심판위원회가 직접 과징금으로 변경하는 변경재결 또는 A에게 변경을 명하는 변경명령재결을 받을 수 있는 취소심판을 선택하여야 한다.

V. 결론

영업정지는 대물적 처분이어서 乙의 위반 사유는 경매로 지위를 승계한 甲에게 승계되므로 A는 원칙적으로 甲에게 영업정지를 할 수 있으나, 甲의 선의는 승계 배제 또는 재량 한계로 고려되어야 한다. 지위승계신고 수리는 乙의 지위를 박탈하는 처분이므로 A는 乙에게 사전통지·의견제출 기회를 주어야 한다. 과징금으로의 변경을 원하는 甲은 적극적 변경이 가능한 취소심판을 선택하여야 한다.

근거: 공중위생관리법 제3조의2, 제11조, 제11조의2 · 행정절차법 제21조, 제22조 · 행정소송법 제4조 · 행정심판법 제43조 제3항 · 지위승계신고 수리 판례

2019 제2문

시장형 공기업의 입찰참가자격 제한

총 30점 · 소문 2개 · 공기업의 처분, 불복수단과 기간, 불고지의 효과, 신청에 의한 청문

제2문 (30점)

「공공기관의 운영에 관한 법률」에 의한 시장형 공기업인 A사는 민간기업인 B사로부터 원자력발전소 발전설비를 납품받는 계약을 체결하였다. B사는 하수급업체인 C사로부터 발전설비에 들어가는 부품에 대한 시험성적서 등을 받아서 A사에 제출하였다. 그런데 A사는 위 시험성적서 중 일부가 위·변조 의심 문서라고 판단하고, B사가 ‘입찰 또는 계약에 관한 서류를 위조·변조한 자’에 해당한다는 이유로 A사가 실시하는 입찰에 6개월간 참가를 제한하는 입찰참가자격제한조치를 하였다.

위 입찰참가자격제한조치서에는 “「공공기관의 운영에 관한 법률」 제39조, 「공기업·준정부기관 계약사무규칙」 제15조 및 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 제27조 제1항 제8호 가목에 따라 아래와 같이 귀사의 입찰참가자격제한을 결정하여 알려드리며, 이에 대해서는 「공기업·준정부기관계약사무규칙」 제17조에 따른 이의신청, 「행정심판법」에 따른 행정심판, 「행정소송법」에 따른 행정소송의 제기가 가능하니 참고하시기 바랍니다.”라고 기재되어 있다. 참고로 이들 청구가 가능한 청구기간(제소기간)에 관한 내용은 위 문서에 포함되어 있지 않다.

- (1) 위 입찰참가자격제한조치의 법적 성질을 논하고 B사가 이 조치에 대해서 불복할 수 있는 수단 및 이러한 수단들이 허용되는 청구기간(제소기간)에 관하여 논하시오. (단, 잠정적인 권리구제수단에 대해서는 논하지 않음) (20점)
- (2) 위 입찰참가자격제한조치에 대해서 사전통지가 이루어지자 B사가 의견제출기한 내에 청문절차를 거칠 것을 신청한 경우 A사는 이에 응해야 하는지에 관하여 논하시오. (10점)

〈참조 조문〉

「공공기관의 운영에 관한 법률」 제39조(회계원칙 등)

① (생략)

② 공기업·준정부기관은 공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 사람·법인 또는 단체 등에 대하여 2년의 범위 내에서 일정기간 입찰참가자격을 제한할 수 있다.

③ 제1항과 제2항의 규정에 따른 회계처리의 원칙과 입찰참가자격의 제한기준 등에 관하여 필요한 사항은 기획재정부령으로 정한다.

「공기업·준정부기관계약사무규칙」 (기획재정부령) 제15조(부정당업자의 입찰참가자격제한) 법 제39조제3항에 따라 기관장은 공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 자에 대해서는 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 제27조에 따라 입찰참가자격을 제한할 수 있다.

「공기업·준정부기관계약사무규칙」 제17조(이의신청)

① 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령」 제110조제1항 각 호의 구분에 따른 금액 이상의 공기업·준정부기관 조달계약 과정에서 해당 기관장 또는 계약담당자로부터 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항으로 인하여 불이익을 받은 자(이하 이 조에서 “이의신청인”이라 한다)는 그 행위의 취소 또는 시정을 위하여 해당 기관장에게 이의신청을 할 수 있다.

1. 국제입찰에 의한 공기업·준정부기관 조달계약의 범위와 관련된 사항
2. 입찰참가자격과 관련된 사항
3. (이하 생략)

② 제1항에 따른 이의신청인은 이의신청의 원인이 되는 행위가 있었던 날부터 15일 이내 또는 그 행위가 있었던 것을 안 날부터 10일 이내에 해당 기관장에게 이의신청을 하여야 한다.

「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 제27조(부정당업자의 입찰 참가자격 제한 등) ① 각 중앙관서의 장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자(이하 “부정당업자”라 한다)에게는 2년 이내의 범위에서 대통령령으로 정하는 바에 따라 입찰 참가자격을 제한하여야 하며, 그 제한사실을 즉시 다른 중앙관서의 장에게 통보하여야 한다. 이 경우 통보를 받은 다른 중앙관서의 장은 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당 부정당업자의 입찰 참가자격을 제한하여야 한다.

1. 계약을 이행함에 있어서 부실·조잡 또는 부당하게 하거나 부정한 행위를 한 자
2. ~ 7. (생략)

8. 그 밖에 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자로서 대통령령으로 정하는 자
가. 입찰·계약 관련 서류를 위조 또는 변조하거나 입찰·계약을 방해하는 등 경쟁의 공정한 집행을 저해할 염려가 있는 자

출제 포인트

출제 의도 조처서가 이의신청·행정심판·행정소송을 안내하면서 기간을 빠뜨린 사실이 핵심이다. 수단별 기간과 불고지의 효과가 행정심판과 행정소송에서 다르게 작동한다는 점을 묻는다. **연결 개념** 공무수탁사인, 법령 근거 제한(처분)과 계약 근거 제한(사법상 통지)의 구별, 행정심판법 제27조·제58조, 행정소송법 제20조, 이의신청 후 제소기간, 행정절차법 제22조 제1항 제3호. **합정** 불고지 효과를 행정소송 제소기간에까지 적용하면 틀린다. 2023년 시행 행정기본법 제36조 제4항은 출제 당시 법령이 아니므로 한 줄 덧붙임으로만 쓴다.

■ 답안 개요(쟁점 지도)

소문	누가·무엇을	근거 조문·판례	결론	분량
(1)	A사 제한조치의 성질, B사의 불복수단과 기간	행정소송법 제2조 제2항, 제18조, 제20조·행정심판법 제27조, 제58조·규칙 제17조	처분, 이의신청 15/10일·심판 180일까지·소송 90일/1년	약 1,500자
(2)	B사의 청문 신청에 A사가 응할 의무	행정절차법 제22조 제1항·제3항	청문 대상 아님 → 의견제출 기회로 족함	약 600자

예시답안 — 2019 제2문

I. 문제의 소재

시장형 공기업 A사가 공공기관운영법에 근거하여 한 입찰참가자격제한조치가 처분인지, B사가 어떤 불복수단을 어느 기간 안에 쓸 수 있는지(불복 기간을 고지하지 않은 효과 포함), 그리고 B사가 청문을 신청한 경우 A사가 이에 응해야 하는지가 쟁점이다.

II. 설문 (1) — 법적 성질, 불복수단과 기간

1. 법적 성질. (1) 행정청 해당성. 행정소송법 제2조 제2항은 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 공공단체 및 그 기관 또는 사인도 행정청에 포함시킨다. 공공기관운영법 제39조 제2항은 공기업에 입찰참가자격 제한 권한을 직접 부여하고 있으므로 A사는 그 범위에서 행정청이다. (2) 처분성. 판례는 공기업·준정부기관이 법령에 근거하여 하는 입찰참가자격 제한은 상대방의 입찰 참가 자격을 일정 기간 박탈하는 공권력 행사로서 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 본다. 반면 법령이 아니라 계약 조건이나 내부 규정에 근거한 거래 제한은 사법상 통지에 불과하다고 본다. 사안의 조처서는 공공기관운영법 제39조, 계약사무규칙 제15조, 국가계약법 제27조를 근거로 명시하였으므로 처분이다. (3) 성질. 법령 위반에 대한 제재로서 기간과 제한 여부를 정할 재량이 있는 재량행위이다(법 제39조 제2항 ‘제한할 수 있다’).

2. 불복수단. ① 계약사무규칙 제17조에 따른 이의신청, ② 행정심판법에 따른 취소심판, ③ 행정소송법에 따른 취소소송이 가능하다. 행정소송법 제18조 제1항에 따라 행정심판은 임의적 전치이므로 B사는 바로 취소소송을 제기할 수도 있다.

3. 각 수단의 기간. (1) 이의신청: 행위가 있었던 날부터 15일 이내 또는 이를 안 날부터 10일 이내이다(규칙 제17조 제2항). (2) 행정심판: 처분이 있음을 알게 된 날부터 90일 이내, 처분이 있었던 날부터 180일 이내에 청구하여야 한다(행정심판법 제27조 제1항·제3항). 행정청은 처분을 할 때 상대방에게 행정심판을

청구할 수 있는지, 청구 절차와 청구 기간을 알려야 하는데(제58조 제1항), 사안의 조치서는 청구기간을 알리지 않았다. 행정청이 심판청구 기간을 알리지 않은 경우에는 처분이 있었던 날부터 180일 이내에 심판청구를 할 수 있다(제27조 제6항). 따라서 B사는 처분을 안 날부터 90일이 지났더라도 처분일부터 180일까지 행정심판을 청구할 수 있다. (3) 취소소송: 처분등이 있음을 안 날부터 90일, 처분등이 있는 날부터 1년 이내에 제기하여야 하고, 행정심판을 거친 경우에는 재결서 정본을 송달받은 날부터 90일 이내이다(행정소송법 제20조). 판례는 행정심판법의 불고지·오고지 규정은 행정소송의 제소기간에는 적용되지 않는다고 하므로, 조치서에 기간이 빠졌다고 하여 제소기간이 연장되지는 않는다.

4. 이의신청을 거친 경우의 기산점. 판례는 개별 법령상 이의신청이 행정심판에 해당하지 않으면 이의신청에 대한 결과 통지를 받은 날을 제소기간의 기산점으로 삼을 수 없고, 원래 처분을 안 날부터 기간을 계산한다고 보았다. 계약사무규칙상 이의신청은 처분청 스스로의 재검토 절차여서 행정심판이라 보기 어렵다. 따라서 출제 당시 기준으로 B사는 이의신청을 하더라도 원처분을 안 날부터 90일 이내에 취소소송을 제기하여야 한다. 다만 2023년 3월부터 시행된 행정기본법 제36조 제4항은 이의신청에 대한 결과를 통지받은 날부터 90일 이내에 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있도록 하여 이 문제를 입법으로 해결하였다.

III. 설문 (2) — 청문 신청에 응할 의무

1. 의견청취의 유형. 행정절차법 제22조는 의견청취 방법으로 청문, 공청회, 의견제출을 둔다. 청문은 ① 다른 법령등에서 청문을 하도록 규정한 경우, ② 행정청이 필요하다고 인정하는 경우, ③ 인허가 등의 취소, 신분·자격의 박탈, 법인이나 조합 등의 설립허가 취소 처분을 하는 경우로서 의견제출기한 내에 당사자 등의 신청이 있는 경우에 실시한다(제22조 제1항). 이에 해당하지 않으면 의견제출 기회를 주면 된다(제22조 제3항).

2. 사안의 적용. 공공기관운영법, 계약사무규칙, 국가계약법 어디에도 입찰참가자격 제한 시 청문을 하도록 한 규정은 없다. 입찰참가자격 제한은 기존의 인허가를 취소하는 것도, 신분·자격을 박탈하는 것도 아니어서 제22조 제1항 제3호의 ‘신청에 의한 청문’ 대상이 아니다. 따라서 B사가 신청하였더라도 A사가 필요하다고 인정하지 않는 한 청문을 실시할 의무는 없고, 의견제출 기회를 부여하는 것으로 족하다. 판례도 법령상 청문 사유가 아니면 청문을 하지 않았다는 이유만으로 처분이 위법해지지 않는다고 본다.

IV. 결론

A사의 조치는 법령에 근거한 공기업의 공권력 행사로서 처분이다. B사는 이의신청(15일/10일), 행정심판(90일/180일, 기간 불고지로 처분일부터 180일까지 가능), 취소소송(안 날부터 90일, 있는 날부터 1년)으로 다룰 수 있고, 행정심판법의 불고지 효과는 제소기간에는 미치지 않는다. 입찰참가자격 제한은 신청에 의한 청문 대상이 아니므로 A사는 청문 신청에 응할 의무가 없고 의견제출 기회를 주면 된다.

근거: 행정소송법 제2조 제2항, 제18조, 제20조 · 행정심판법 제27조 제1항·제3항·제6항, 제58조 · 행정절차법 제22조 제1항·제3항 · 행정기본법 제36조 제4항(2023. 3. 시행) · 공기업 입찰참가자격 제한의 처분성과 이의신청 기산점에 관한 대법원 판례

2016 제3문

인용재결에 대한 처분청의 취소소송

총 20점 · 약술형 · 재결의 기속력, 행정심판의 자기통제적 성격, 처분청의 원고적격

제3문 (20점)

취소심판의 인용재결에 대해 피청구인인 처분청이 취소소송을 제기할 수 있는지 검토하시오.

출제 포인트

출제 의도 행정심판법 제49조 제1항의 기속력이 처분청의 불복 가능성과 어떻게 연결되는지 묻는 전형적 약술형이다. **연결 개념** 기속력, 행정심판의 자기통제 기능, 행정소송법 제12조의 법률상 이익, 자치사무와 지방자치단체의 권리주체성. **합정** 부정설(판례)만 쓰고 끝내면 평범한 답안이 된다. 자치사무에 관한 재결의 경우 긍정설의 문제의식을 함께 언급하면 차별화된다.

■ 답안 개요

항목	쟁점	근거 조문·판례	결론	분량
II	인용재결의 기속력	행정심판법 제49조 제1항	반복금지·재처분의무	약 300자
III	처분청의 제소 가능성	행정소송법 제12조 · 부정 판례 · 긍정설	부정(판례), 자치사무는 논란	약 900자

예시답안 — 2016 제3문

I. 문제의 소재

행정심판위원회가 청구인의 취소심판 청구를 인용하여 처분을 취소하는 재결을 한 경우, 피청구인인 처분청이 그 재결의 취소를 구하는 항고소송을 제기할 수 있는지가 문제된다. 재결의 기속력과 행정심판의 성격, 처분청의 원고적격을 함께 검토한다.

II. 재결의 기속력

행정심판법 제49조 제1항은 심판청구를 인용하는 재결은 피청구인과 그 밖의 관계 행정청을 기속한다고 규정한다. 기속력은 인용재결에만 인정되며, 피청구인은 재결의 취지에 반하는 처분을 반복해서는 안 되고(반복금지), 거부처분 취소재결 등에서는 재결의 취지에 따른 처분을 하여야 한다(재처분의무). 형성재결인 취소재결이 있으면 원처분은 처분청의 별도 행위 없이 소급하여 효력을 잃는다.

III. 처분청의 제소 가능성

1. 부정설(통설·판례). 행정심판은 행정조직 내부의 자기통제 절차이다. 행정심판위원회의 재결은 행정청 스스로의 최종 판단이므로 처분청이 이에 불복하여 법원에 제소하는 것은 행정의 통일성에 반한다. 행정심판법 제49조 제1항이 인용재결의 기속력을 명시한 것도 처분청의 불복을 허용하지 않는 취지이다. 또한 처분청은 처분 권한을 행사하는 기관일 뿐 독자적인 권리주체가 아니어서 ‘법률상 이익’을 가진다고 보기 어렵다(행정소송법 제12조). 판례도 인용재결의 기속력을 이유로 처분청은 재결에 불복하여 행정소송을 제기할 수 없다고 한다. 헌법재판소도 이 제도가 지방자치단체의 자치권을 침해하지 않는다고 본 바 있다.

2. 긍정설. 행정심판위원회의 재결이 지방자치단체의 자치사무에 관한 처분을 취소하는 경우처럼 처분청이 속한 행정주체와 재결청이 속한 행정주체가 다르다면, 지방자치단체는 독립된 법주체로서 자치권 침

해를 다룰 이익이 있으므로 제소를 허용하여야 한다는 견해이다. 재판청구권과 지방자치 보장을 근거로 든다.

3. 검토. 국가행정조직 내부에서는 부정설이 타당하다. 행정심판법은 재결에 대한 피청구인의 불복 절차를 두지 않고, 행정소송법 제12조의 원고적격도 행정청 자체에는 인정되기 어렵다. 다만 자치사무에 관한 시·도 행정심판위원회 또는 중앙행정심판위원회의 재결로 지방자치단체의 자치권이 침해되는 경우에는 지방자치단체가 권리주체로서 다룰 이익이 있다는 긍정설의 문제 제기에도 일리가 있다. 현행법상으로는 이를 권한쟁의심판 등 별도의 경로로 해결할 수밖에 없고, 입법으로 보완할 필요가 있다.

IV. 결론

인용재결은 피청구인인 처분청을 기속하므로(행정심판법 제49조 제1항), 처분청은 그 재결에 대하여 취소소송을 제기할 수 없다는 것이 판례의 태도이다. 행정심판이 행정의 자기통제 절차라는 점과 처분청에 법률상 이익이 없다는 점에서 이 결론이 타당하다. 다만 자치사무에 관한 재결로 지방자치단체의 자치권이 침해되는 경우에는 제소를 허용하자는 견해가 있으므로 이를 함께 언급하는 것이 좋다.

근거: 행정심판법 제49조 제1항 · 행정소송법 제12조, 제19조 · 인용재결에 대한 처분청 제소를 부정한 대법원 판례

2024 제3문

거부처분 취소재결과 제3자의 취소소송

총 20점 · 검토형 · 원처분주의, 재결 고유의 위법, 후속처분과 소의 이익

제3문 (20점)

복효적 행정행위에 있어 당사자의 신청을 받아들이지 않은 거부처분이 행정심판의 재결에서 취소된 경우, 제3자가 이 재결을 취소소송으로 다룰 수 있는지를 ‘소의 대상’과 ‘협의를 소의 이익’의 측면에서 검토하시오.

출제 포인트

출제 의도 물음이 ‘소의 대상’과 ‘협의를 소의 이익’ 두 측면을 지정하였으므로 목차를 그대로 따라야 한다. **연결 개념** 행정소송법 제19조 단서, 복효적 행정행위, 거부처분 취소재결의 형성력과 기속력, 재결 후 후속처분. **합정** 소의 대상에서 원처분(거부처분)을 다투라고 쓰면 틀린다. 거부처분은 제3자에게 유리한 처분이다. 소의 이익에서는 후속처분 전후를 나누어 서술해야 한다.

■ 답안 개요

항목	쟁점	근거 조문·판례	결론	분량
II	소의 대상	행정소송법 제19조 · 제3자의 인용재결 취소 판례	재결 고유 위법 → 재결이 대상	약 700자
III	협의를 소의 이익	행정심판법 제49조 · 후속처분 후 재결 취소 판례	후속처분 후에도 소의 이익 인정	약 700자

예시답안 — 2024 제3문

I. 문제의 소재

신청인 甲의 신청을 거부한 처분이 행정심판에서 취소되었을 때, 그 처분으로 이익을 누리던 제3자(예컨대 인근 주민이나 경업자)가 거부처분 취소재결을 취소소송으로 다룰 수 있는지가 문제된다. 소의 대상에서는 원처분주의와 ‘재결 자체에 고유한 위법’의 의미를, 협의의 소의 이익에서는 재결 후 행정청이 재결 취지에 따른 후속처분을 한 경우에도 재결 취소를 구할 이익이 남는지를 검토한다.

II. 소의 대상

1. 원처분주의. 행정소송법 제19조는 취소소송의 대상을 처분등으로 하면서, 재결취소소송의 경우에는 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다고 규정한다(원처분주의). 재결은 그 자체의 주체·절차·형식 또는 내용상 고유한 위법이 있는 경우에만 대상이 된다.

2. 제3자요 행정행위에서 인용재결의 경우. 판례와 통설은 복효적 행정행위에서 행정심판의 인용재결로 비로소 불이익을 입게 되는 제3자에게는 그 인용재결이 원처분과 내용을 달리하는 새로운 처분과 같으므로, 제3자는 그 재결 자체의 위법(내용상 위법)을 주장하여 재결의 취소를 구할 수 있다고 본다. 이는 ‘재결 자체의 고유한 위법’에 해당한다. 원처분인 거부처분은 제3자에게 유리하여 다룰 필요가 없으므로, 제3자가 다룰 대상은 재결뿐이다.

3. 사안의 적용. 거부처분 취소재결은 거부처분을 소급하여 소멸시키고 처분청에게 재결 취지에 따른 처분 의무를 지운다(행정심판법 제49조 제2항). 제3자는 거부처분이 유지됨으로써 누리던 이익을 재결로 잃게

되므로, 재결은 제3자에게 원처분에 없던 새로운 불이익을 주는 처분이다. 따라서 거부처분 취소재결은 제3자가 제기하는 취소소송의 대상이 된다. 제3자의 원고적격은 신청인에 대한 인용 처분이 이루어질 경우 침해될 법률상 이익이 있는지에 따라 판단한다(제12조).

III. 협의의 소의 이익

1. 문제 상황. 거부처분 취소재결은 그 자체로 신청을 인용하는 것이 아니다. 재결 후 처분청이 재결 취지에 따라 신청을 인용하는 후속처분을 하면, 제3자에게 실질적 불이익을 주는 것은 후속처분이라고 볼 수 있다. 이때 제3자가 재결을 다투는 이익이 있는지, 아니면 후속처분을 다투어야 하는지가 문제된다.

2. 견해. (1) 부정설: 후속처분이 있으면 제3자의 권리침해는 후속처분에서 비롯되므로 후속처분을 다투면 충분하고 재결 취소를 구할 이익은 없다고 본다. (2) 긍정설: 후속처분은 재결의 기속력에 따른 것이어서 재결이 취소되면 그 근거를 잃어 효력을 상실하게 되므로, 제3자는 재결의 취소를 구할 이익이 있다고 본다.

3. 판례. 판례는 거부처분 취소재결에 따라 행정청이 후속처분을 한 사안에서, 재결이 취소되면 그 재결을 근거로 한 후속처분도 효력을 잃게 된다는 점 등을 들어 제3자가 재결의 취소를 구할 법률상 이익이 있다는 취지로 판단한 바 있다.

4. 검토. 후속처분이 있기 전에는 재결이 제3자에게 불이익을 줄 유일한 행위이므로 소의 이익이 당연히 인정된다. 후속처분이 있는 후에도 재결의 기속력이 후속처분의 근거이고, 후속처분 취소소송에서는 재결의 기속력 때문에 처분청의 판단을 다투기 어려운 면이 있으므로 긍정설이 타당하다.

IV. 결론

복효적 행정행위에서 거부처분 취소재결은 제3자에게 원처분에 없던 새로운 불이익을 주므로 ‘재결 자체의 고유한 위법’을 이유로 취소소송의 대상이 된다. 재결 후 행정청이 재결 취지에 따른 후속처분을 하더라도 재결이 취소되면 후속처분도 근거를 잃으므로, 제3자는 재결의 취소를 구할 협의의 소의 이익이 있다.

근거: 행정소송법 제10조, 제12조, 제19조 · 행정심판법 제49조 · 제3자의 인용재결 취소소송과 소의 이익에 관한 대법원 판례

제5장

행정의 실효성 확보·공물·공무원

행정대집행 · 이행강제금 · 행정재산 사용허가와 변상금 · 공무원의 의무 · 직위해제와 소청 전치 | 기출 3문항:
2021-2, 2025-2, 2023-1 (관련: 2017-1, 2019-1)

이 장에서 다루는 내용

5-1 핵심 개념	60
5-2 기출 풀이	63
2021 제2문 무단 증축 공장에 대한 철거 대집행	63
2025 제2문 청사 내 식당의 무단 전대	66
2023 제1문 직위해제·직권면직과 공무원의 의무	68

5-1 핵심 개념

행정강제 문제는 ‘의무가 있는가 → 그 의무가 대체적인가 → 다른 수단이 있는가 → 절차를 지켰는가’의 순서로 푼다. 공물과 공무원은 특별행정법이지만, 결국 처분성·재량·하자승계·소의 이익이라는 총론 쟁점으로 환원되어 출제된다.

행정대집행의 요건과 절차

대집행은 법률(법률의 위임에 의한 명령 등 포함)에 의하여 직접 명령되었거나 법률에 의거한 행정청의 명령에 의한 행위로서 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위(대체적 작위의무)를 의무자가 이행하지 않는 경우, 다른 수단으로 그 이행을 확보하기 곤란하고 그 불이행을 방지함이 심히 공익을 해할 것으로 인정될 때 허용된다(행정대집행법 제2조). 절차는 계고(제3조 제1항, 상당한 이행기한·문서) → 대집행영장 통지(제3조 제2항) → 실행 → 비용징수(제5조, 제6조)이며, 판례는 계고와 영장 통지를 처분으로 본다. 철거명령과 계고는 한 문서로 동시에 할 수 있고 철거명령의 기간이 상당하면 계고 기간을 겸한다는 것이 판례이다. 퇴거·점유 이전처럼 비대체적인 의무는 대집행 대상이 아니다.

대립 구도

대체적 작위의무(대집행) ↔ 비대체적 의무(이행강제금·직접강제)

쓰이는 기출 2021-2 (1), 2025-2 (2)

답안 속 문장

“위법 증축 부분의 철거의무는 대체적 작위의무이고, 철거명령과 계고를 한 문서로 하였더라도 상당한 이행기간을 정하였다면 위법하지 않다.”

이행강제금과 그 밖의 강제수단

이행강제금은 의무 불이행 시 일정 기간 안에 이행하지 않으면 금전 급부의무를 부과한다는 뜻을 미리 계고하여 의무 이행을 간접적으로 강제하는 수단이다(행정기본법 제31조, 건축법상 이행강제금). 헌법재판소는 건축법상 이행강제금과 대집행은 행정청이 선택적으로 활용할 수 있는 수단이라고 보았다. 행정기본법(2021)은 행정상 강제의 종류로 대집행, 이행강제금, 직접강제, 강제징수, 즉시강제를 규정하고(제30조), 직접강제는 다른 수단으로 이행을 확보할 수 없거나 실현이 불가능한 경우에 실시하도록 하였다(제32조).

대립 구도

직접적 강제(대집행·직접강제) ↔ 간접적 강제(이행강제금)

쓰이는 기출 2021-2 (1)

답안 속 문장

“이행강제금과 대집행은 선택적으로 활용할 수 있는 수단이므로, 이행강제금 제도가 있다는 사정만으로 대집행의 보충성이 부정되지는 않는다.”

행정재산의 사용허가와 변상금

국유재산은 행정재산(공용·공공용·기업용·보존용재산)과 일반재산으로 나뉜다. 행정재산은 용도나 목적에 장애가 되지 않는 범위에서 사용허가를 할 수 있고(국유재산법 제30조 제1항), 판례는 이를 특정인에게 사

용권을 설정하는 강학상 특허인 처분으로 본다. 일반재산의 대부는 사법상 계약이다. 사용허가를 받은 자는 원칙적으로 다른 사람에게 사용·수익하게 할 수 없고(제30조 제2항), 이를 위반하면 허가를 취소·철회할 수 있다(제36조 제1항). 허가 없이 점유·사용한 자에게는 사용료의 100분의 120에 해당하는 변상금을 징수하며(제72조), 판례는 변상금 부과를 기속행위인 처분으로 본다.

대립 구도

행정재산 사용허가(처분·특허) ↔ 일반재산 대부(사법상 계약)

쓰이는 기출 2025-2

답안 속 문장

“청사는 공용재산으로서 행정재산이고, 그 일부에 대한 사용허가는 특정인에게 공법상 사용권을 설정하는 강학상 특허에 해당한다.”

공무원의 의무

국가공무원법은 성실의무(제56조), 복종의무(제57조), 직장이탈금지(제58조), 친절·공정의무(제59조), 종교중립의무(제59조의2), 비밀엄수(제60조), 청렴(제61조), 품위유지(제63조), 영리업무·겸직금지(제64조), 정치운동금지(제65조), 집단행위금지(제66조) 등을 규정한다. 종교중립의무는 종교에 따른 차별 없이 직무를 수행할 의무이고, 상관의 이에 위배되는 직무상 명령을 하면 따르지 않을 수 있다(제59조의2 제2항). 직무상 명령은 권한 있는 상관의 직무에 관하여 적법한 형식으로 발한 것이어야 하며, 명백히 위법한 명령에는 복종의무가 없다는 것이 통설이다. 의무 위반은 징계사유가 된다(제78조).

대립 구도

복종의무 ↔ 위법한 명령에 대한 복종 거부

쓰이는 기출 2023-1 (3)

답안 속 문장

“특정 종교동아리에 대한 특혜 지원을 중단하라는 지시는 종교중립의무를 지키게 하는 적법한 직무상 명령이므로, 이를 거부한 것은 복종의무 위반이다.”

직위해제와 소청 전치

직위해제는 직무수행능력 부족, 근무성적 불량, 징계의결 요구 중 등의 사유로 직위를 부여하지 않는 잠정적 조치이다(국가공무원법 제73조의3). 징계처분·직위해제 등 본인의 의사에 반한 불리한 처분에 대한 행정소송은 소청심사위원회의 심사·결정을 거쳐야 한다(제16조 제1항, 필요적 전치). 소청은 처분사유 설명서를 받은 날부터 30일 이내에 제기한다(제76조 제1항). 판례는 전치 요건을 사실심 변론종결 시까지 갖추면 된다고 보고, 직위해제와 그에 이은 직권면직 사이의 하자승계는 부정한다.

대립 구도

임의적 전치(행정소송법 제18조 원칙) ↔ 필요적 전치(국가공무원법 제16조)

쓰이는 기출 2023-1 (1)

답안 속 문장

“직위해제는 국가공무원법 제75조의 처분으로서 소청 전치의 대상이므로, 소청을 거치지 않고 곧바로 제기한 취소소송은 부적법하다.”

협이의 소의 이익

처분의 효과가 기간 경과 등으로 소멸한 뒤에도 그 취소로 회복되는 법률상 이익이 있으면 취소소송을 제기할 수 있다(행정소송법 제12조 후문). 판례는 면직처분 취소소송 중 정년이 지나 복직할 수 없게 되었다더라도 면직일부터 정년까지의 보수를 청구할 수 있으므로 소의 이익이 있다고 본다. 제재기간이 지난 영업정지라도 시행규칙상 가중 제재의 전제가 되면 소의 이익이 있다(대법원 전원합의체 판결, 2006). 반면 명예회복 등 사실상 이익만으로는 부족하다.

대립 구도

법률상 이익(보수·가중제재) ↔ 사실상 이익(명예)

쓰이는 기출 2023-1 (2), 2024-3

답안 속 문장

“甲은 정년으로 복직할 수 없지만 면직처분이 취소되면 면직일부터 정년까지의 보수를 청구할 수 있으므로 소의 이익이 있다.”

5-2 기출 풀이

2021 제2문

무단 증축 공장에 대한 철거 대집행

총 35점 · 소문 2개 · 대집행 요건, 철거명령과 계고의 결합, 대집행 절차 내 하자승계

제2문 (35점)

乙은 A시에서 공장을 운영하는 자로서 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」에 따라 공장건물을 등록하고, 「지방세법」에 의하여 재산세를 납부하였다. 이후 乙은 사업확장을 목적으로 본 사안의 공장건물을 「건축법」상 요구되는 허가 또는 신고를 하지 아니한 채 증축하였다. A시 甲시장은 乙의 공장건물을 위법한 건축물로 보아 乙에 대하여 시정조치를 하였다. 그러나 乙이 이에 응하지 아니하자, 甲시장은 乙에 대하여 철거명령과 함께 대집행 계고처분을 발하였다. 그런데 乙은 위법하게 증축한 건축물 부분을 원상회복하고자 할 경우 재산상 손실 등의 불이익이 과다할 것으로 판단하여 소송을 제기하고자 한다.

- (1) 甲시장의 계고처분의 적법성 여부에 대하여 검토하시오. (20점)
- (2) 乙은 제소기간이 도과한 계고처분의 위법성 여부를 대집행 영장에 의한 통지처분에 대한 소송에서 다툴 수 있는가? (15점)

출제 포인트

출제 의도 대집행의 4요건을 사안에 하나씩 포섭하게 하고, 계고 → 영장 통지 사이의 하자승계를 묻는 정형 문제이다. **연결 개념** 행정대집행법 제2조·제3조, 철거명령과 계고의 결합 판례, 이행강제금과의 관계, 하자승계 판례, 신뢰보호(공장 등록·재산세). **함정** 乙이 공장을 등록하고 재산세를 냈다는 사실은 신뢰보호를 주장하게 하려는 미끼이다. 과세는 건축물의 적법성에 관한 공적 견해표명이 아니다. (2)에서 ‘철거명령의 위법’은 계고 단계로 승계되지 않는다는 점을 구별한다.

■ 답안 개요(쟁점 지도)

소문	누가 · 무엇을	근거 조문·판례	결론	분량
(1)	甲시장 계고처분의 적법성	행정대집행법 제2조, 제3조 제1항 · 결합 계고 판례 · 이행강제금 선택성	요건 충족 → 원칙적으로 적법	약 1,500자
(2)	乙이 통지처분 소송에서 계고 위법 주장	행정대집행법 제3조 제2항 · 하자승계 판례	승계 인정(철거명령 위법은 불승계)	약 900자

예시답안 — 2021 제2문

1. 문제의 소재

무단 증축 공장건물에 대한 철거명령과 함께 발한 대집행 계고처분이 행정대집행법상 요건을 갖추었는지 (1문), 제소기간이 지난 계고처분의 위법을 후행 대집행영장 통지처분에 대한 소송에서 주장할 수 있는지 (하자승계, 2문)가 쟁점이다.

II. 설문 (1) — 계고처분의 적법성

1. 계고의 법적 성질. 계고는 상당한 기간 내에 의무를 이행하지 않으면 대집행을 한다는 뜻을 미리 문서로 알리는 행위이다(행정대집행법 제3조 제1항). 판례는 계고가 대집행의 전제가 되는 의무를 확정하고 후속 절차를 진행하게 하는 효과를 가지므로 항고소송의 대상인 처분이라고 본다.

2. 대집행의 요건(제2조). ① 법률(법률의 위임에 의한 명령 등 포함)에 의하여 직접 명령되었거나 법률에 의거한 행정청의 명령에 의한 공법상 의무의 불이행이 있을 것, ② 그 의무가 대체적 작위의무일 것, ③ 다른 수단으로는 그 이행을 확보하기 곤란할 것(보충성), ④ 그 불이행을 방치함이 심히 공익을 해할 것으로 인정될 것.

3. 사안의 적용. (1) 의무의 근거와 대체성. 乙은 건축법상 허가 또는 신고 없이 증축하였고, 甲시장은 건축법에 근거한 시정명령과 철거명령을 하였다. 위법 증축 부분을 철거할 의무는 타인이 대신 이행할 수 있는 대체적 작위의무이다.

(2) 철거명령과 계고를 함께 한 점. 원칙적으로 계고는 의무를 부과한 뒤 그 불이행을 전제로 하지만, 판례는 철거명령과 계고처분을 한 장의 문서로 동시에 할 수 있고, 이 경우 철거명령에서 정한 이행기간이 상당한 기간이라면 그 기간 경과로 계고의 이행기한도 지난 것으로 본다. 따라서 계고서에 철거의 대상과 범위를 특정하고 상당한 이행기한을 정하였다면 동시에 한 것만으로 위법하지 않다.

(3) 보충성. 건축법은 위반 건축물에 대해 이행강제금을 부과할 수 있도록 하지만, 판례와 헌법재판소는 대집행과 이행강제금은 행정청이 선택적으로 활용할 수 있는 수단으로 본다. 乙이 시정명령에 응하지 않은 이상 다른 수단으로 이행을 확보하기 곤란하다고 볼 수 있다.

(4) 심히 공익을 해할 것. 이 요건은 위반 건축물의 규모와 위험성, 사후 허가·신고로 적법화할 수 있는지, 철거로 인한 의무자의 손실, 방치할 경우의 공익 침해 등을 종합하여 판단한다. 판례는 위법 건축물을 방치하면 건축법 질서를 무너뜨리고 위반을 조장한다는 점에서 원칙적으로 공익 침해를 인정하지만, 증축 부분이 경미하고 적법화가 가능하며 철거 손실이 큰 경우에는 이 요건을 부정한 예도 있다. 乙은 사업 확장 목적으로 허가·신고 절차를 완전히 회피하였고, 공장 증축은 구조 안전과 주변 환경에 영향을 줄 수 있어 방치하는 것은 심히 공익을 해한다고 볼 수 있다.

(5) 乙의 주장에 대한 판단. 乙이 공장건물을 등록하고 재산세를 납부하였다는 사정은 증축 이전의 건물에 관한 것이거나, 과세 목적의 행위로서 위법 건축물을 적법화하는 공적 견해표명이 아니므로 신뢰보호의 근거가 되지 않는다. 철거로 인한 재산상 손실은 위법 증축의 결과로서 乙이 감수하여야 할 부분이 크다.

4. 소결. 증축 부분이 적법화가 가능한 경미한 것이라는 특별한 사정이 없는 한, 계고처분은 행정대집행법 제2조의 요건과 제3조의 절차를 갖추어 적법하다.

III. 설문 (2) — 하자승계

1. 하자승계의 의의와 기준. 선행처분에 불가쟁력이 생긴 뒤 후행처분을 다투면서 선행처분의 위법을 주장할 수 있는지의 문제이다. 선행처분이 당연무효이면 후행처분도 무효가 되므로 문제가 되지 않고, 취소사유인 경우에만 쟁점이 된다. 판례는 두 처분이 서로 결합하여 하나의 법률효과를 완성하는 경우에는 하자승계를 인정하고, 서로 독립하여 별개의 효과를 목적으로 하는 경우에는 원칙적으로 부정하되, 수인한도를 넘는 불이익과 예측가능성이 없는 경우 예외적으로 인정한다.

2. 대집행 절차와 하자승계. 대집행은 계고 → 대집행영장에 의한 통지(제3조 제2항) → 실행 → 비용징수(제5조, 제6조)의 순서로 진행된다. 판례는 이 일련의 절차는 동일한 행정목적, 즉 대체적 작위의무의 강

제적 실현을 위하여 단계적으로 이루어지는 것으로서 서로 결합하여 하나의 법률효과를 발생시키므로, 선행처분인 계고처분에 하자가 있으면 후행처분인 대집행영장 통지처분이나 비용납부명령을 다투면서 계고처분의 위법을 주장할 수 있다고 본다. 반면 철거명령(의무 부과)과 계고(의무 이행 강제) 사이에서는 별개의 목적이라는 이유로 하자승계를 부정한다.

3. 사안의 적용. 乙은 제소기간이 지난 계고처분의 위법을 대집행영장 통지처분에 대한 취소소송에서 주장할 수 있다. 다만 1문에서 본 바와 같이 계고처분 자체가 적법하다면 하자승계가 인정되더라도 통지처분은 위법하게 되지 않는다. 또한 철거명령의 위법(예컨대 증축 부분이 위법 건축물이 아니라는 주장)은 계고 단계로 승계되지 않으므로 통지처분 소송에서 주장할 수 없다.

IV. 결론

철거의무는 대체적 작위의무이고, 철거명령과 계고를 동시에 한 것도 상당한 이행기간을 둔 이상 적법하며, 무단 증축의 방치는 심히 공익을 해하므로 계고처분은 원칙적으로 적법하다. 대집행 절차의 각 행위는 하나의 법률효과를 목적으로 하므로 乙은 제소기간이 지난 계고처분의 위법을 대집행영장 통지처분에 대한 소송에서 주장할 수 있다.

근거: 행정대집행법 제2조, 제3조 제1항·제2항, 제5조, 제6조 · 건축법상 시정명령과 이행강제금 · 철거명령과 계고의 결합, 대집행 절차 내 하자승계에 관한 대법원 판례

2025 제2문

청사 내 식당의 무단 전대

총 30점 · 소문 2개 · 행정재산 사용허가의 성질, 사용허가 철회, 변상금, 대집행의 한계

제2문 (30점)

국가는 A시에 소재하는 청사를 소유하고 있다. 甲은 해당 청사의 일부에 대하여 사용허가를 받아 식당을 운영하는 도중에, 건강상 이유로 본인이 영업을 하지 아니하고 관리청의 승인을 받지 않은 채 乙에게 임대하여 사용하게 하였다.

- (1) 甲의 해당 청사의 사용에 관한 법적 성질을 검토하시오. (15점)
- (2) 국가는 甲에게 위의 위반사항에 대해 행정조치를 취하려고 한다. 이 경우 「국유재산법」에 따라 어떠한 행정조치가 가능한지 검토하시오. (15점)

출제 포인트

출제 의도 공물법의 기본 구조(행정재산·사용허가·변상금)를 국유재산법에 따라 정리할 수 있는지 묻는다. **연결 개념** 공용재산, 강학상 특허, 공물의 특별사용, 국유재산법상 전대 금지·취소·철회·변상금, 퇴거의무의 비대체성. **함정** (1)에서 ‘임대차’라는 사법적 표현에 끌려 사용관계를 사법관계로 보면 안 된다. (2)에서 乙에 대한 조치(변상금)와 甲에 대한 조치(허가 철회)를 구별해야 하며, 철회 사유가 甲의 의무 위반이므로 강학상 철회라는 점도 지적한다.

■ 답안 개요(쟁점 지도)

소문	누가·무엇을	근거 조문·판례	결론	분량
(1)	甲의 청사 사용의 성질	국유재산법 제30조 · 사용허가 = 특허 판례	공법상 특별사용(특허사용)	약 900자
(2)	국가가 甲·乙에게 취할 조치	국유재산법 제30조 제2항, 제36조 제1항, 제72조 · 행정대집행법 제2조	허가 철회, 乙에 변상금, 철거 대집행·퇴거는 민사	약 1,000자

예시답안 — 2025 제2문

I. 문제의 소재

국가 소유 청사 일부에 대한 사용허가로 형성된 甲의 사용관계가 공법관계인지, 강학상 무엇에 해당하는지(1문), 그리고 甲이 승인 없이 乙에게 임대한 데 대하여 국가가 국유재산법상 취할 수 있는 조치(2문)가 쟁점이다.

II. 설문 (1) — 甲의 청사 사용의 법적 성질

1. 청사의 성질. 국유재산은 행정재산과 일반재산으로 나뉘고, 행정재산은 공용재산, 공공용재산, 기업용재산, 보존용재산으로 구분된다. 국가가 직접 사무용으로 사용하는 청사는 공용재산으로서 행정재산이며 공물에 해당한다.

2. 사용허가의 법적 성질. (1) 행정재산은 그 용도나 목적에 장애가 되지 않는 범위에서만 사용허가를 할 수 있다(국유재산법 제30조 제1항). 일반재산의 대부분이 사법상 계약인 것과 달리, 행정재산의 사용허가는 관

리청이 일방적으로 하는 행위이다. (2) 판례는 행정재산의 사용·수익허가는 순전히 사경제 주체로서 하는 사법상 행위가 아니라 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 하는 행정처분으로서, 특정인에게 행정 재산을 사용할 수 있는 권리를 설정하여 주는 강학상 특허에 해당한다고 본다. 사용료 부과도 처분이다.

3. 사용관계의 성질. 공물의 사용은 일반사용, 허가사용, 특허사용, 관습법상 사용 등으로 나뉜다. 청사 내 식당 운영은 공물을 그 본래 목적과 다른 용도로 특정인이 계속적·배타적으로 사용하는 것으로서, 관리청의 설권행위에 의해 성립하는 특별사용(특허사용)이다. 따라서 甲의 사용관계는 공법관계이며, 甲은 공법상 사용권을 가지는 동시에 사용료 납부, 용도 준수, 제3자 사용 금지 등의 공법상 의무를 진다. 사용허가에 관한 분쟁은 항고소송으로 다룬다.

III. 설문 (2) — 국유재산법상 가능한 행정조치

1. 위반 사실. 국유재산법은 행정재산의 사용허가를 받은 자가 그 재산을 다른 사람에게 사용·수익하게 하는 것을 원칙적으로 금지한다(제30조 제2항). 甲이 관리청의 승인 없이 乙에게 임대한 것은 이 의무를 위반한 것이다.

2. 사용허가의 취소·철회. 국유재산법 제36조 제1항은 사용허가를 받은 자가 허가받은 재산을 다른 사람에게 사용·수익하게 한 경우 등에는 그 허가를 취소하거나 철회할 수 있다고 규정한다. 이는 적법하게 성립한 허가를 사후의 의무 위반을 이유로 장래에 향하여 소멸시키는 것으로서 강학상 철회에 해당한다. 침익적 처분이므로 국유재산법과 행정절차법에 따른 청문 등 의견청취 절차를 거쳐야 하고, 甲이 건강상 이유로 부득이하게 영업을 하지 못하게 된 사정은 비례원칙에 따른 재량 판단에서 고려된다.

3. 변상금 부과. 국유재산법 제72조는 사용허가나 대부계약 없이 국유재산을 사용·수익하거나 점유한 자(무단점유자)에게 사용료의 100분의 120에 해당하는 변상금을 징수하도록 한다. 乙은 관리청의 허가 없이 청사를 점유·사용하였으므로 무단점유자로서 변상금 부과 대상이다. 판례는 변상금 부과를 기속행위인 처분으로 본다. 사용허가가 철회된 뒤에도 甲이 반환하지 않으면 甲도 무단점유자가 된다. 변상금을 내지 않으면 국세징수법의 예에 따라 강제징수할 수 있다.

4. 원상회복과 퇴거. 사용허가가 철회되면 甲은 재산을 원상으로 회복하여 반환하여야 한다. 국유재산법은 정당한 사유 없이 국유재산을 점유하거나 시설물을 설치한 경우 행정대집행법을 준용하여 철거 등을 할 수 있도록 한다. 다만 판례는 행정대집행은 대체적 작위의무에만 허용되므로, 점유자의 퇴거나 점유 이전 의무는 대집행의 대상이 아니라고 본다. 따라서 식당 시설물 철거는 대집행으로, 乙의 퇴거와 인도는 민사상 명도소송 등으로 실현하여야 한다.

IV. 결론

청사는 행정재산인 공용재산이고, 그 사용허가는 특정인에게 공법상 사용권을 설정하는 강학상 특허이므로 甲의 사용관계는 공법상 특별사용관계이다. 국가는 승인 없는 전대를 이유로 甲에 대한 사용허가를 취소(철회)할 수 있고, 무단점유자인 乙에게 변상금을 부과할 수 있으며, 시설물 철거는 행정대집행으로, 퇴거·인도는 민사소송으로 실현할 수 있다.

근거: 국유재산법 제30조, 제36조 제1항, 제72조 · 행정대집행법 제2조 · 행정재산 사용허가의 성질, 변상금, 퇴거의 대집행 가능성에 관한 대법원 판례

2023 제1문

직위해제·직권면직과 공무원의 의무

총 40점 · 소문 3개 · 소청 전치, 정년 경과 후 소의 이익, 종교중립·복종의무

제1문 (40점)

甲은 A부에 근무하는 국가공무원(사무관)이다. 甲은 근무 중에 수시로 이석하였으며 주식투자에만 열중한 사실이 적발되어 직위해제를 당하고 감찰을 받게 되었다. A부 장관은 甲에 대하여 근무를 충실히 할 것과 업무에 필요 없는 일은 절대 하지 않도록 지시하였다. 그러나 甲은 지시를 어기고 계속하여 수차례 주식투자 사이트에 접속한 사실이 추후 밝혀졌다.

한편 甲은 A부 내에 자신이 소속한 종교동아리에 예산 지원을 하는 등으로 다른 모임보다 특혜를 주는 것에 대하여 상사로부터 그런 행위를 중단할 것을 지시받았음에도 이를 거부한 채 계속적으로 예산지원을 하여왔다.

이와 같은 이유들로 인하여 甲은 직권면직처분을 받았다.

- (1) 甲이 직위해제처분을 받은 후 곧바로 제소기간 내에 취소소송을 관할법원에 제기한 경우 그 소의 적법성 여부를 검토하시오. (10점)
- (2) 甲이 직권면직처분에 대한 취소소송을 제기하였고, 해당 소송의 사실심 계속 중 정년이 경과한 경우 이 사건 직권면직처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있는지 검토하시오. (15점)
- (3) 甲이 종교동아리에 예산지원을 하고 이를 시정하라는 상사의 지시를 거부한 것은 공무원으로서 어떤 의무를 위반한 것인지 검토하시오. (15점)

출제 포인트

출제 의도 공무원법의 쟁송 절차(소청 전치), 소의 이익(정년), 실체적 의무(종교중립)를 묻는다. **연결 개념** 국가공무원법 제16조, 행정소송법 제18조, 제12조 후문, 정년 후 보수청구 판례, 제56조·제57조·제59조·제59조의2.

합정 (1)은 처분성만 쓰고 '적법'으로 결론 내기 쉽지만 핵심은 필요적 전치이다. (3)에서 종교중립의무 조문(제59조의2)을 정확히 쓰는 것이 차별화 포인트이다.

■ 답안 개요(쟁점 지도)

소문	누가 · 무엇을	근거 조문·판례	결론	분량
(1)	甲이 소청 없이 직위해제 취소소송	국가공무원법 제16조 제1항, 제73조의3, 제75조, 제76조 · 행정소송법 제18조	전치 미경유 → 부적법(치유 가능)	약 700자
(2)	정년 경과 후 직권면직 취소의 소익	행정소송법 제12조 후문 · 정년 후 보수청구 판례	보수청구 가능 → 소익 있음	약 800자
(3)	종교동아리 특혜와 지시 거부	국가공무원법 제56조, 제57조, 제59조, 제59조의2, 제78조	종교중립·복종·성실·공정 의무 위반	약 1,000자

예시답안 — 2023 제1문

I. 문제의 소재

직위해제처분에 대해 소청을 거치지 않고 곧바로 제기한 취소소송이 적법한지(1문), 직권면직처분 취소 소송 중 정년이 지난 경우 소의 이익이 남는지(2문), 종교동아리에 예산을 몰아주고 시정 지시를 거부한 행위가 어떤 의무 위반인지(3문)가 쟁점이다.

II. 설문 (1) — 직위해제처분 취소소송의 적법성

1. 대상적격. 직위해제는 공무원에게 직위를 부여하지 않음으로써 직무에 종사하지 못하게 하는 잠정적 조치로서(국가공무원법 제73조의3), 보수 감액과 승진 제한 등 불이익을 수반한다. 판례는 직위해제를 항고소송의 대상인 처분으로 본다.

2. 행정심판(소청) 전치. 행정소송법 제18조 제1항은 행정심판을 임의적 절차로 하면서도 다른 법률에 행정심판의 재결을 거치지 않으면 취소소송을 제기할 수 없다는 규정이 있으면 그에 따르도록 한다. 국가공무원법 제16조 제1항은 제75조에 따른 처분, 그 밖에 본인의 의사에 반한 불리한 처분이나 부작위에 관한 행정소송은 소청심사위원회의 심사·결정을 거치지 않으면 제기할 수 없다고 규정한다. 직위해제는 처분 사유 설명서를 교부하여야 하는 제75조의 처분에 해당하므로 필요적 전치의 대상이다. 소청은 처분사유 설명서를 받은 날부터 30일 이내에 제기하여야 한다(제76조 제1항).

3. 사안의 적용. 甲은 소청을 거치지 않고 곧바로 취소소송을 제기하였다. 행정소송법 제18조 제2항·제3항이 정한 예외 사유(재결 지연, 긴급한 필요 등)도 보이지 않는다. 따라서 甲의 소는 전심절차를 거치지 않아 부적법하다. 다만 판례는 전치 요건은 사실심 변론종결 시까지 갖추면 된다고 보므로, 甲이 소송 계속 중 소청을 제기하여 결정을 받으면 하자가 치유되어 적법해질 수 있다.

4. 덧붙임. 이후 직권면직처분이 있더라도 직위해제 기간 중의 보수 감액 등 불이익을 회복할 필요가 있으면 직위해제처분의 취소를 구할 이익은 남는다는 것이 판례이다.

III. 설문 (2) — 정년 경과 후 직권면직 취소의 법률상 이익

1. 협의의 소의 이익. 취소소송은 처분등의 효과가 기간의 경과, 처분등의 집행 그 밖의 사유로 소멸된 뒤에도 그 처분등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다(행정소송법 제12조 후문). 처분의 효력이 소멸하였거나 원상회복이 불가능하면 원칙적으로 소의 이익이 없으나, 처분의 취소로 회복되는 부수적 이익이 있으면 소의 이익이 인정된다.

2. 판례. 판례는 공무원에 대한 파면·해임·면직처분의 취소소송 계속 중 정년이 지나 공무원의 지위를 회복할 수 없게 되었더라도, 처분이 취소되면 면직일부터 정년까지의 기간에 대한 보수 지급을 구할 수 있으므로 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 본다. 명예회복이나 사실상의 이익만으로는 부족하지만 보수청구권은 법률상 이익이다. 아울러 처분 취소로 공무원 경력이 인정되어 연금 등 법률상 지위에 영향을 미친다는 점도 고려된다.

3. 사안의 적용. 甲은 정년으로 공무원 신분을 회복할 수 없지만, 직권면직처분이 취소되면 면직일부터 정년까지 공무원 지위가 유지된 것이 되어 그 기간의 보수를 청구할 수 있다. 따라서 직권면직처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.

IV. 설문 (3) — 위반한 의무

1. 종교중립의무. 국가공무원법 제59조의2 제1항은 공무원은 종교에 따른 차별 없이 직무를 수행하여야 한다고 규정하고, 제2항은 소속 장관이 제1항에 위배되는 직무상 명령을 한 경우에는 이에 따르지 않을 수 있다고 한다. 이는 헌법 제20조 제2항의 국교 부인과 정교분리 원칙을 공무원의 직무 수행에 구체화한

것이다. 甲이 자신이 소속한 종교동아리에 예산을 지원하여 다른 모임보다 특혜를 준 것은 종교를 이유로 직무상 차별을 한 것으로서 종교중립의무 위반이다.

2. 복종의무. 공무원은 직무를 수행할 때 소속 상관의 직무상 명령에 복종하여야 한다(제57조). 직무상 명령은 상관이 권한 내에서 부하의 직무에 관하여 적법한 절차와 형식으로 발한 것이어야 하며, 명백히 위법한 명령에는 복종할 의무가 없다는 것이 통설이다. 특혜 지원을 중단하라는 상사의 지시는 종교중립의무를 지키게 하는 적법하고 정당한 명령이므로, 이를 거부하고 계속 예산을 지원한 것은 복종의무 위반이다. 제59조의2 제2항이 종교적 차별을 지시하는 명령에 따르지 않을 수 있게 한 것과 대비하면, 반대로 차별을 중단하라는 명령은 당연히 따라야 함이 분명하다.

3. 성실의무와 공정의무. 공무원은 법령을 준수하며 성실히 직무를 수행하여야 하고(제56조), 공정하게 직무를 수행하여야 한다(제59조). 예산은 법령과 목적에 따라 공정하게 집행되어야 하는데, 자신이 속한 모임에 특혜를 준 것은 성실·공정의무에도 반한다.

4. 효과. 위 의무 위반은 국가공무원법 제78조 제1항의 징계사유(이 법 위반, 직무상 의무 위반)에 해당한다. 근무 중 이석과 주식투자, 그에 관한 지시 위반도 성실의무·복종의무 위반으로서 함께 고려된다.

V. 결론

직위해제는 처분이지만 국가공무원법 제16조 제1항에 따른 소청 전치를 거치지 않았으므로 甲의 소는 부적법하다(사실심 변론종결 전에 소청 결정을 받으면 치유된다). 정년이 지나도 면직 기간의 보수를 청구할 수 있으므로 직권면직 취소를 구할 법률상 이익이 있다. 종교동아리 특혜 지원과 시정 지시 거부는 종교중립의무, 복종의무, 성실·공정의무 위반이다.

근거: 국가공무원법 제16조 제1항, 제56조, 제57조, 제59조, 제59조의2, 제73조의3, 제75조, 제76조 제1항, 제78조 제1항·행정소송법 제12조, 제18조·헌법 제20조 제2항·정년 경과 후 소의 이익에 관한 대법원 판례

제6장

국가배상과 손실보상

국가배상의 요건 · 공무원 개인책임과 구상 · 입법작용과 국가배상 · 경계이론과 분리이론 · 보상규정 없는 공
용제한 · 이주대책 | 기출 4문항: 2016-2, 2017-2, 2023-3, 2019-3

이 장에서 다루는 내용

6-1 핵심 개념	72
6-2 기출 풀이	75
2016 제2문 개발제한구역 지정과 보상 — 甲과 乙의 주장	75
2017 제2문 공중보건의의 의료과실과 유족의 직접 청구	78
2023 제3문 위법행위 공무원 개인의 대외적·대내적 책임	80
2019 제3문 이주대책상 권리의 취득시기와 구제수단	82

6-1 핵심 개념

국가배상은 ‘위법·과실’에 대한 책임, 손실보상은 ‘적법한 공권력 행사로 인한 특별한 희생’에 대한 보상이다. 출제는 두 제도의 경계(보상 규정 없는 공용제한, 위헌 법률의 집행)와 국가배상 안에서 공무원 개인이 어디까지 책임지는가에 집중된다.

국가배상의 요건(국가배상법 제2조 제1항)

① 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인이 ② 직무를 집행하면서 ③ 고의 또는 과실로 ④ 법령을 위반하여 ⑤ 타인에게 손해를 입힌 경우 국가·지방자치단체가 배상한다. 공무원은 신분이 아닌 기능으로 판단하며(공중보건의, 통장, 교통안내를 위탁받은 ‘교통할아버지’ 등), 직무에는 권력작용과 비권력적 공행정작용이 포함되고 사경제작용은 제외된다(판례). 직무 관련성은 행위의 외관을 객관적으로 관찰하여 판단한다(외형설). 과실은 공무원에게 통상 요구되는 주의의무 위반이며, 법령 해석이 나뉘는 상황에서 신중히 판단한 결과가 나중에 위법으로 판명된 경우에는 과실이 부정될 수 있다.

대립 구도

공무원의 기능적 개념 ↔ 국가공무원법상 신분

쓰이는 기출 2017-2, 2023-3

답안 속 문장

“국가배상법상 공무원은 신분이 아니라 공무를 위탁받아 실질적으로 공무에 종사하는지에 따라 판단하므로 공중보건의도 이에 해당한다.”

공무원 개인책임과 구상

헌법 제29조 제1항 단서는 공무원 자신의 책임이 면제되지 않는다고 한다. 대법원 전원합의체 판결(1996)은 공무원에게 고의·중과실이 있으면 국가와 함께 피해자에게 직접 책임을 지고, 경과실만 있으면 피해자에게 책임을 지지 않는다고 하였다(절충설). 국가가 배상한 경우 고의·중과실 공무원에게만 구상할 수 있고(국가배상법 제2조 제2항), 판례는 그 범위도 신의칙상 상당한 한도로 제한한다. 경과실 공무원이 피해자에게 직접 배상하였다면 국가에 대해 구상할 수 있다는 것이 판례이다(공중보건의 사례). 공무원이 자기 소유 차량으로 사고를 낸 경우에는 자동차손해배상보장법상 운전자 책임이 경과실에도 인정된다.

대립 구도

대위책임설(개인책임 부정) ↔ 자기책임설(긍정) ↔ 절충설(판례)

쓰이는 기출 2017-2, 2023-3

답안 속 문장

“공무원은 고의·중과실이 있는 경우에만 피해자에게 직접 책임을 지고, 국가도 그 경우에만 구상할 수 있어 대외적·대내적 책임의 범위가 일치한다.”

입법작용·위헌 법률 집행과 국가배상

판례는 국회의원의 입법행위는 그 입법 내용이 헌법의 문언에 명백히 위배됨에도 굳이 해당 입법을 하는 것과 같은 특수한 경우가 아닌 한 국가배상법상 위법행위가 아니라고 보고, 입법부작위는 헌법이 명시적으로 입법의무를 부과한 경우에만 문제된다고 본다. 또 법률이 나중에 위헌으로 결정되더라도 그 법률을

집행한 공무원에게는 위헌 여부 심사 권한이 없으므로 고의·과실을 인정하기 어렵다. 따라서 위헌 법률로 인한 손해는 국가배상보다 보상입법이나 위헌결정의 효력 범위 문제로 다루어진다.

대립 구도

입법행위(위법성 엄격) ↔ 집행행위(과실 부정)

쓰이는 기출 2016-2

답안 속 문장

“입법행위는 헌법 문언에 명백히 위배되는 특수한 경우가 아닌 한 위법하다고 할 수 없고, 당시 유효한 법률을 집행한 공무원에게는 과실이 없다.”

경계이론과 분리이론

경계이론은 재산권의 사회적 제약과 공용침해를 정도의 차이로 보아, 사회적 제약을 넘는 특별한 희생이면 보상을 요하는 공용침해로 전환된다고 본다(전통적 대법원 입장에 가깝다). 분리이론은 내용·한계 규정(헌법 제23조 제1항·제2항)과 공용침해(제3항)를 입법 형식과 목적에 따라 별개 제도로 보아, 과도한 내용·한계 규정은 보상이 아니라 위헌 문제로 처리하고 입법자에게 조정적 보상 규정 등을 마련할 의무를 지운다. 헌법재판소는 구 도시계획법상 개발제한구역 사건(1998)에서 분리이론에 따라 헌법불합치를 선언하였다.

대립 구도

경계이론(보상으로 전환) ↔ 분리이론(위헌·보상입법 의무)

쓰이는 기출 2016-2

답안 속 문장

“분리이론에 따르면 보상 규정 없는 과도한 재산권 제한은 보상청구권을 직접 발생시키는 것이 아니라 입법자에게 보상 규정을 마련할 의무를 지을 뿐이다.”

보상규정 없는 공용제한

헌법 제23조 제3항은 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용·제한과 그 보상을 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하도록 한다. 보상 규정이 없는 경우에 관하여 방침규정설, 직접효력설, 위헌무효설, 유추적용설(수용유사침해), 보상입법부작위 위헌설이 대립한다. 헌법재판소는 개발제한구역 사건에서 토지소유자는 보상입법을 기다려 그에 따라 권리를 행사할 수 있을 뿐 헌법을 근거로 직접 보상을 청구할 수 없다고 하였다. 특별한 희생은 침해의 강도, 종래 용도대로의 사용 가능성, 사적 효용의 본질적 침해 여부 등으로 판단한다.

대립 구도

직접효력설(헌법 직접 청구) ↔ 위헌무효설·보상입법 대기(헌재)

쓰이는 기출 2016-2

답안 속 문장

“토지를 종래의 목적대로 사용할 수 있는 한 개발제한구역 지정에 따른 제한은 사회적 제약의 범위 안에 있다.”

이주대책과 생활보상

사업시행자는 공익사업으로 주거용 건축물을 제공하여 생활 근거를 상실하게 되는 이주대책대상자를 위하여 이주대책을 수립·실시하거나 이주정착금을 지급하여야 한다(토지보상법 제78조 제1항). 대법원 전원 합의체 판결(1994)은 이주자가 사업시행자의 이주대책대상자 확인·결정을 받아야 구체적 수분양권을 취득한다고 보아(확인·결정시설), 확인·결정 거부는 항고소송으로, 확인·결정 후 수분양권 분쟁은 당사자소송으로 다투게 하였다. 수용 보상금에 대한 불복은 이의신청과 보상금증감소송(제85조 제2항, 형식적 당사자소송)으로 한다.

대립 구도

법률규정시설 ↔ 계획수립시설 ↔ 확인·결정시설(판례)

쓰이는 기출 2019-3

답안 속 문장

“이주대책대상자 확인·결정은 구체적 수분양권을 발생시키는 처분이므로 그 거부는 취소소송으로 다투어야 한다.”

6-2 기출 풀이

2016 제2문

개발제한구역 지정과 보상 — 甲과 乙의 주장

총 30점 · 주장 검토형 · 경계이론과 분리이론, 직접 보상청구, 입법행위의 국가배상

제2문 (30점)

甲과 乙은 각각 자신의 주택을 증축해서 매매한 다음 새로운 곳으로 이전하려 했으나, 자신의 토지가 최근 국토교통부장관에 의하여 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제38조 소정의 개발제한구역으로 지정됨에 따라 재산상의 큰 피해를 보게 되었고, 이로 인해 이전 계획도 수포로 돌아갈 지경에 이르렀다. 이와 관련하여 아래 甲과 乙 주장의 타당성을 검토하시오.

- 甲 : 자신의 토지에 대한 개발제한구역의 지정은 재산권의 내재적 제약한도를 넘는 ‘특별한 희생’에 해당하는 공용제한이다. 이 경우 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에는 손실보상에 관한 규정이 없더라도 헌법 제23조 제3항에 근거하여 직접 손실보상청구권은 성립한다.

- 乙 : 헌법 제23조 제3항은 불가분조항이며 이에 따라 동조 제1항·제2항과 제3항 간에는 소위 분리이론에 터잡은 해석이 전제되어야 한다. 따라서 보상을 요하는 공용제한에 해당함에도 헌법상 요구되는 ‘법률에 의한 보상’이 규정되지 않았다면 이는 위헌·무효인 법률에 해당한다. 이 경우 위헌·무효인 법률에 기한 공용제한과 그 근거가 된 입법행위는 모두 불법을 구성하므로 각각에 대해 국가배상청구를 할 수 있다.

출제 포인트

출제 의도 두 사람의 주장에 각각 다른 이론(경계이론과 직접효력설, 분리이론과 위헌무효설)을 담아 그 당부를 판단하게 하였다. **연결 개념** 헌법 제23조의 구조, 특별한 희생, 1998년 헌법재판소 개발제한구역 결정, 입법행위의 위법성, 위헌 법률 집행 공무원의 과실. **함정** 乙의 주장을 ‘분리이론이 판례이므로 타당’으로 끝내면 안 된다. 위헌이라는 전제는 맞지만 국가배상 단계에서 위법성·과실 요건이 막힌다는 점까지 써야 한다.

■ 답안 개요(쟁점 지도)

주장	누가·무엇을	근거 조문·판례	결론	분량
甲	헌법 제23조 제3항에 의한 직접 보상청구	헌법 제23조 · 현재 1998년 결정 · 대법원 태도	인정되지 않음(보상입법으로 해결)	약 1,000자
乙	위헌무효와 입법·집행행위에 대한 국가배상	국가배상법 제2조 · 입법행위 위법성 판례	위헌 전제는 일리, 국가배상은 인정 곤란	약 800자

예시답안 — 2016 제2문

Ⅰ. 문제의 소재

개발제한구역 지정으로 인한 재산권 제한에 대하여 보상 규정이 없는 경우의 구제 방법을 묻는다. 甲은 경계이론에 기초한 직접효력설을, 乙은 분리이론에 기초한 위헌무효설과 국가배상을 주장한다. 헌법 제23조 제3항의 성격, 보상 규정 없는 공용제한의 처리, 입법행위와 위헌 법률에 근거한 집행행위에 대한 국가배상의 성립 여부를 차례로 검토한다.

II. 헌법 제23조의 구조 — 경계이론과 분리이론

1. 경계이론. 재산권의 사회적 제약(제23조 제1항·제2항)과 공용침해(제3항)는 정도의 차이일 뿐이며, 사회적 제약의 한계를 넘으면 자동으로 보상을 요하는 공용침해로 전환된다고 본다. 특별한 희생 여부는 형식적 기준과 실질적 기준(침해의 강도, 목적위배, 사적 효용 등)을 종합하여 판단한다.

2. 분리이론. 독일 연방헌법재판소의 자갈채취 결정에서 유래한 이론으로, 재산권의 내용·한계 규정(제1항·제2항)과 공용침해(제3항)는 입법자의 의사와 형식에 따라 구별되는 별개의 제도라고 본다. 내용·한계 규정이 비례원칙을 위반하여 과도한 부담을 주면 보상으로 전환되는 것이 아니라 위헌인 내용 규정이 되며, 입법자는 보상 규정이나 경과 규정 등 조정적 조치를 마련할 의무를 진다. 헌법재판소는 구 도시계획법상 개발제한구역 사건(1998)에서 개발제한구역 지정을 재산권의 내용·한계를 정하는 규정으로 보고, 토지를 종래의 목적으로 사용할 수 없거나 사용·수익의 방법이 전혀 없는 예외적 경우에도 보상 규정을 두지 않은 것은 비례원칙에 반한다고 하여 헌법불합치를 선언하였다. 이는 분리이론을 채택한 것으로 평가된다.

III. 甲 주장의 검토 — 헌법 제23조 제3항에 의한 직접 보상청구

1. 학설. 방침규정설, 직접효력설(제3항을 직접 근거로 보상청구), 위헌무효설(위헌·무효 법률로 보고 국가배상으로 해결), 유추적용설(관련 보상 규정을 유추하는 수용유사침해 법리), 보상입법부작위 위헌설이 대립한다.

2. 판례. 대법원은 개발제한구역 지정에 따른 제한은 공공복리를 위하여 감수하여야 하는 사회적 제약에 해당하고 보상 규정이 없더라도 위헌이 아니라는 태도를 보여 왔으며, 헌법 제23조 제3항을 직접 근거로 한 보상청구를 인정한 예는 없다. 헌법재판소는 앞의 결정에서 보상 규정의 마련은 입법자의 몫이며, 토지소유자는 보상입법을 기다려 그에 따라 권리를 행사할 수 있을 뿐 개발제한구역 지정이나 그에 따른 토지 이용 제한 자체의 효력을 다투거나 그에 대한 손실보상을 직접 청구할 수 없다고 하였다.

3. 사안의 적용. 甲의 손해는 주택 증축이 불가능해진 데에서 비롯된다. 개발제한구역 지정 후에도 기존 주택을 종래 용도대로 사용할 수 있다면 이는 원칙적으로 사회적 제약의 범위 안에 있다. 설령 甲의 토지가 종래 목적으로도 사용할 수 없는 예외적 경우에 해당하더라도, 헌법재판소의 분리이론에 따르면 그 효과는 보상청구권의 직접 성립이 아니라 보상입법의 의무이다. 따라서 헌법 제23조 제3항에 근거하여 직접 손실보상청구권이 성립한다는 甲의 주장은 판례의 태도에 비추어 받아들여지기 어렵다. 현재는 개발제한구역법상 매수청구 등의 조치를 이용하여야 한다.

IV. 乙 주장의 검토 — 위헌무효와 국가배상

1. 분리이론과 위헌무효의 연결. 乙이 분리이론을 전제로 보상 규정 없는 과도한 제한을 위헌으로 본 부분은 헌법재판소의 태도와 맞닿아 있다. 다만 헌법재판소는 단순위헌이 아니라 헌법불합치를 선언하였으므로, 개발제한구역 지정 근거 조항이 곧바로 무효가 되는 것은 아니다.

2. 입법행위에 대한 국가배상. 국가배상법 제2조 제1항의 공무원에는 국회의원도 포함된다. 그러나 판례는 국회의원의 입법행위는 그 입법 내용이 헌법의 문언에 명백히 위배됨에도 국회가 굳이 해당 입법을 한 것과 같은 특수한 경우가 아닌 한 국가배상법상 위법행위에 해당하지 않는다고 본다. 입법부작위도 헌법에서 명시적으로 입법 의무를 부여한 경우에 한하여 위법이 문제된다. 개발제한구역 근거 규정의 위헌성은 헌법재판소의 판단으로 비로소 확인된 것이므로 이러한 특수한 경우라고 보기 어렵다.

3. 위헌 법률에 근거한 공용제한(집행행위)에 대한 국가배상. 국토교통부장관의 구역 지정은 당시 유효한 법률에 따른 것이다. 공무원은 법률의 위헌 여부를 심사할 권한이 없으므로, 그 법률이 나중에 위헌으로 판단되더라도 법률을 집행한 공무원에게 고의·과실을 인정하기 어렵다. 판례도 같은 취지이다.

4. 소결. 분리이론에 따라 보상 규정의 흠결을 위헌으로 보는 출발점은 타당하지만, 그로부터 입법행위와 집행행위 각각에 대한 국가배상청구가 가능하다는 결론은 위법성(입법행위)과 고의·과실(집행행위) 요건에서 막힌다. 乙의 구제는 위헌 확인을 전제로 한 보상입법을 통해 이루어져야 한다.

V. 결론

甲의 주장은 경계이론과 직접효력설에 기초하나, 헌법재판소는 개발제한구역 지정을 재산권의 내용·한계 규정으로 보고 보상입법을 통한 해결을 요구하므로 헌법 제23조 제3항에 의한 직접 보상청구권은 인정되지 않는다. 乙의 주장 가운데 보상 규정 없는 과도한 제한이 위헌이라는 부분은 타당하지만, 입법행위의 위법성과 집행 공무원의 과실을 인정하기 어려워 국가배상청구는 인정되기 어렵다.

근거: 헌법 제23조 · 국가배상법 제2조 제1항 · 헌법재판소 1998년 개발제한구역 헌법불합치 결정 · 국회 입법행위의 국가배상 위법성에 관한 대법원 판례

2017 제2문

공중보건의의 의료과실과 유족의 직접 청구

총 30점 · 논술형 · 국가배상법상 공무원, 선택적 청구, 경과실·중과실

제2문 (30점)

의료법인 OO병원에서 공중보건의로 근무하던 A는 혈액 배양검사 미 실시 및 3세대 항생제 미처방의 의료과실로 인하여 환자를 사망에 이르게 하였다. 유족들이 A를 상대로 직접 국가배상을 청구할 수 있는지를 논술하시오.

출제 포인트

출제 의도 공중보건의의 경과실 의료사고와 구상에 관한 대법원 판례의 사실관계(혈액배양검사 미 실시, 3세대 항생제 미처방)를 그대로 썼다. **연결 개념** 기능적 공무원 개념, 헌법 제29조 제1항 단서, 1996년 전원합의체 판결, 국가배상법 제2조 제2항. **합정** '국가배상을 A에게 청구'라는 문언은 엄밀히 틀린 표현이므로 A에 대한 청구는 민법상 불법행위 청구임을 지적해 준다. 결론은 경과실·중과실로 나누어 조건부로 쓰되, 사안에서 어느 쪽에 가까운지 판단을 내려야 한다.

■ 답안 개요(쟁점 지도)

항목	누가·무엇을	근거 조문·판례	결론	분량
II	국가배상책임의 성립	국가배상법 제2조 제1항	공중보건의 = 공무원, 책임 성립	약 600자
III	유족의 A 개인에 대한 청구	헌법 제29조 제1항 · 전원합의체 (1996) · 제2조 제2항	고의·중과실에만 개인책임	약 1,000자
IV	사안 포섭	공중보건의의 구상 판례	경과실이면 불가, 중과실이면 가능	약 500자

예시답안 — 2017 제2문

I. 문제의 소재

공중보건의의 A의 의료과실로 환자가 사망한 경우, 유족이 국가 또는 지방자치단체가 아니라 A 개인을 상대로 직접 손해배상을 청구할 수 있는지, 즉 국가배상책임이 성립하는 경우 가해 공무원 개인의 대외적 책임이 인정되는지가 문제된다. 먼저 국가배상책임의 성립을 확인한 뒤, 선택적 청구 문제를 검토한다.

II. 국가배상책임의 성립

1. 요건. 국가배상법 제2조 제1항에 따라 ① 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인이 ② 직무를 집행하면서 ③ 고의 또는 과실로 ④ 법령을 위반하여 ⑤ 타인에게 손해를 입혀야 한다.

2. 사안의 적용. (1) 공무원. 국가배상법상 공무원은 국가공무원법상 신분을 가진 자에 한하지 않고 널리 공무를 위탁받아 그에 종사하는 자를 포함한다(기능적 개념). 공중보건의사는 병역 대신 국가 또는 지방자치단체에 의해 지정된 기관에 배치되어 공공보건의료 업무에 종사하므로, 의료법인 병원에 배치되었더라도 국가배상법상 공무원에 해당한다. (2) 직무관련성. 진료는 A에게 부여된 공무 그 자체이다. (3) 과실과 위법성. 혈액배양검사를 하지 않고 적절한 항생제를 처방하지 않은 것은 의료인에게 요구되는 주의의무를 위반한 것으로 과실이 인정되고, 환자의 생명이라는 법익을 침해하여 위법하다. (4) 손해와 인과관

계. 환자의 사망으로 손해가 발생하였고 과실과의 인과관계도 인정된다. 따라서 국가 또는 지방자치단체의 배상책임이 성립한다.

III. 공무원 개인의 대외적 책임 — 선택적 청구의 거부

1. 헌법 규정. 헌법 제29조 제1항은 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다고 하면서, 단서에서 “이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다”고 규정한다. 이 단서가 피해자에 대한 공무원의 직접 책임까지 뜻하는지가 다투어진다.

2. 학설. (1) 긍정설은 헌법 단서를 근거로 피해자가 국가와 공무원 중 선택하여 청구할 수 있다고 본다. 피해자 보호와 공무원의 책임의식 확보를 이유로 든다. (2) 부정설은 국가배상책임을 국가가 공무원의 책임을 대신하는 대위책임으로 보고, 국가가 배상하면 공무원은 국가에 대한 구상책임만 진다고 본다. 공무원의 직무 위축 방지를 이유로 든다. (3) 절충설은 공무원에게 고의·중과실이 있는 경우에만 피해자에게 직접 책임을 진다고 본다.

3. 판례. 대법원은 전원합의체 판결(1996)에서 절충설을 택하였다. 공무원이 직무 수행 중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우, 국가가 배상책임을 지는 외에 공무원에게 고의 또는 중과실이 있으면 공무원 개인도 불법행위로 인한 손해배상책임을 지지만, 경과실만 있는 경우에는 공무원 개인은 손해배상책임을 부담하지 않는다고 하였다. 경과실의 경우 공무원의 행위는 국가 등의 기관 행위로 보아 그 책임을 국가에 귀속시키고, 고의·중과실의 경우에는 기관 행위로서의 품격을 상실하여 공무원 개인에게 귀속시키되 피해자 보호를 위해 국가도 중첩적으로 책임진다는 논리이다. 이는 국가배상법 제2조 제2항이 고의·중과실의 경우에만 구상을 허용하는 것과 짝을 이룬다.

4. 검토. 절충설과 판례는 피해자 구제(국가의 자력 보장), 공무원의 직무 안정, 고의·중과실에 대한 책임 추궁을 균형 있게 조화시키므로 타당하다.

IV. 사안의 적용

유족이 A 개인에게 직접 배상을 청구할 수 있는지는 A의 과실이 중과실인지에 달려 있다. 중과실은 조금만 주의를 기울였다면 쉽게 결과를 예견할 수 있었음에도 그러지 않은, 고의에 가까운 현저한 주의의무 위반을 말한다. 혈액배양검사 미실시와 항생제 선택의 잘못은 진료 당시의 증상, 의료 수준, 공중보건의의 경험과 근무 여건을 함께 보아 판단해야 하는 의학적 판단의 잘못으로서, 특별한 사정이 없는 한 경과실로 평가될 가능성이 크다. 유사한 사안에서 판례도 공중보건의의 과실을 경과실로 보고, 피해자에게 손해를 배상한 공중보건의가 국가에 구상할 수 있다고 하였다.

따라서 A에게 경과실만 있다면 유족은 A 개인을 상대로 배상을 청구할 수 없고, 국가 또는 지방자치단체를 상대로 국가배상을 청구하여야 한다. 반대로 증상이 명백하였는데도 기본적인 검사와 처치를 전혀 하지 않는 등 중과실이 인정된다면 유족은 A에게 민법상 불법행위책임을 직접 물을 수 있고, 국가에 대한 청구와 선택적으로 행사할 수 있다. 엄밀히 말하면 A에 대한 청구는 ‘국가배상’이 아니라 민법 제750조에 따른 손해배상청구라는 점도 지적해 둔다.

V. 결론

A는 국가배상법상 공무원이고 그의 의료과실로 국가배상책임이 성립한다. 판례(절충설)에 따르면 공무원 개인은 고의·중과실이 있는 경우에만 피해자에게 직접 책임을 지므로, A의 과실이 경과실에 그친다면 유족은 A를 상대로 직접 배상을 청구할 수 없고, 중과실이 인정될 때에만 A에게 직접 청구할 수 있다.

근거: 헌법 제29조 제1항 · 국가배상법 제2조 제1항·제2항 · 민법 제750조 · 공무원 개인책임에 관한 대법원 1996년 전원합의체 판결 · 공중보건의의 구상에 관한 대법원 판례

2023 제3문

위법행위 공무원 개인의 대외적·대내적 책임

총 30점 · 설명형 · 선택적 청구, 구상권과 그 제한, 징계·변상책임

제3문 (30점)

공무원이 직무를 수행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입힌 경우 해당 공무원 개인이 국가 또는 지방자치단체 및 피해자에게 지는 책임을 설명하시오.

출제 포인트

출제 의도 2017-2를 일반론으로 확장한 문제이다. 피해자에 대한 책임과 국가에 대한 책임을 나누어 설명하라는 물음의 구조를 그대로 목차로 삼아야 한다. **연결 개념** 국가배상책임의 성질론, 1996년 전원합의체 판결, 구상권 제한 판례, 경과실 공무원의 구상, 자동차손해배상보장법, 징계·변상책임. **합정** 성질론(대위·자기·중간책임설)을 길게 쓰면 분량이 모자란다. 성질론은 개인책임과 연결되는 범위에서 짧게 쓴다.

■ 답안 개요

항목	쟁점	근거 조문·판례	결론	분량
II	국가배상책임의 성질	국가배상법 제2조	중간설과 친화적	약 300자
III	피해자에 대한 책임	헌법 제29조 제1항 · 전원합의체 (1996) · 경과실 공무원 구상 판례	고의·중과실만 직접 책임	약 900자
IV	국가 등에 대한 책임	국가배상법 제2조 제2항, 제5조 제2항 · 구상 제한 판례	고의·중과실 구상, 신의칙 상 제한	약 700자

예시답안 — 2023 제3문

I. 문제의 소재

공무원이 직무 수행 중 고의 또는 과실로 위법하게 타인에게 손해를 입힌 경우, 국가 또는 지방자치단체는 국가배상법 제2조 제1항에 따라 배상책임을 진다. 이때 공무원 개인이 ① 피해자에게 직접 손해배상책임을 지는지(대외적 책임), ② 배상한 국가 등에 대하여 구상책임을 지는지(대내적 책임)가 문제된다. 두 문제는 국가배상책임의 성질론과 연결되며, 헌법 제29조 제1항 단서와 국가배상법 제2조 제2항이 기준이 된다.

II. 국가배상책임의 성질과 개인 책임의 관계

(1) 대위책임설은 국가배상책임이 본래 공무원이 져야 할 책임을 국가가 대신 지는 것이라고 보아 공무원 개인의 대외적 책임을 부정하는 경향이 있다. (2) 자기책임설은 국가가 기관인 공무원의 행위에 대해 스스로 책임을 지는 것이라고 보아, 공무원 개인의 책임은 이와 별개로 민법상 성립할 수 있다고 본다. (3) 중간설(절충설)은 경과실의 경우 국가의 자기책임이고 고의·중과실의 경우 대위책임(또는 중첩적 책임)이라고 본다. 국가배상법 제2조 제2항이 고의·중과실에 한하여 구상을 인정하는 것은 중간설과 친화적이다.

III. 피해자에 대한 책임(대외적 책임)

1. 헌법 규정. 헌법 제29조 제1항 단서는 “공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다”고 규정한다. 이 책임에 피해자에 대한 민사책임이 포함되는지가 쟁점이다.

2. 학설. 긍정설(선택적 청구 인정), 부정설(국가만 책임), 제한적 긍정설(고의·중과실의 경우에만 공무원 개인 책임)이 대립한다.

3. 판례. 대법원 전원합의체 판결(1996)은 공무원이 직무 수행 중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우 국가 등이 국가배상책임을 부담하는 외에, 공무원에게 고의 또는 중과실이 있는 경우에는 공무원 자신도 손해배상책임을 지고, 경과실만 있는 경우에는 손해배상책임을 지지 않는다고 하였다. 경과실의 경우는 공무원의 행위를 국가 등의 기관 행위로 보아 국가에 귀속시킴으로써 공무원의 직무 수행의 안정성을 보장하고, 고의·중과실의 경우는 기관 행위로서의 품격을 상실하였으므로 공무원 개인에게 귀속시키되 피해자 보호를 위해 국가도 함께 책임진다는 취지이다. 이 경우 피해자는 국가와 공무원 중 선택하여 또는 함께 청구할 수 있다.

4. 관련 판례. (1) 경과실 공무원이 피해자에게 직접 배상한 경우: 판례는 경과실 공무원은 피해자에게 배상책임이 없으므로, 그가 피해자에게 손해를 배상하였다면 이는 국가가 부담할 채무를 변제한 것으로서 국가에 대하여 그 금액의 구상을 청구할 수 있다고 하였다(공중보건의 사례). (2) 자동차 사고의 경우: 공무원이 자기 소유 자동차로 공무를 수행하다 사고를 낸 경우에는 자동차손해배상보장법이 우선 적용되어, 운전자인 공무원은 경과실이라도 피해자에게 배상책임을 진다는 것이 판례이다.

IV. 국가 등에 대한 책임(대내적 책임)

1. 구상책임. 국가배상법 제2조 제2항은 공무원에게 고의 또는 중대한 과실이 있으면 국가나 지방자치단체는 그 공무원에게 구상할 수 있다고 규정한다. 경과실의 경우 구상할 수 없다. 중과실이란 공무원에게 통상 요구되는 정도의 주의를 현저히 결여한 경우를 말한다.

2. 구상권의 제한. 판례는 고의·중과실이 인정되더라도 해당 공무원의 직무 내용, 불법행위의 예방이나 손실 분산에 관한 국가의 배려 정도, 근무 조건, 가해행위의 동기와 태양 등을 고려하여 손해의 공평한 분담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 구상할 수 있다고 본다.

3. 그 밖의 책임. 영조물 하자로 인한 배상(제5조)의 경우 손해의 원인에 대하여 책임질 자가 따로 있으면 그에게 구상할 수 있다(제5조 제2항). 이와 별도로 공무원은 징계책임(국가공무원법 제78조), 회계관계직원의 변상책임(고의·중과실로 국가 재산에 손해를 끼친 경우), 형사책임을 질 수 있다.

V. 평가와 결론

판례는 공무원의 직무 안정과 피해자 구제, 책임의식 확보를 조화시키기 위해 고의·중과실의 경우에만 공무원이 피해자에게 직접 책임을 지고(대외적 책임), 국가 등도 고의·중과실의 경우에만 구상할 수 있도록 하여(대내적 책임) 두 책임의 범위를 일치시킨다. 따라서 공무원은 ① 경과실이면 피해자에게도 국가에게도 배상책임을 지지 않고(배상한 경우 국가에 구상 가능), ② 고의·중과실이면 피해자에게 직접 배상책임을 지며, 국가가 배상한 때에는 신의칙상 상당한 범위에서 구상책임을 진다.

근거: 헌법 제29조 제1항·국가배상법 제2조 제1항·제2항, 제5조 제2항·국가공무원법 제78조·대법원 1996년 전원합의체 판결(공무원 개인책임)·구상권 제한과 경과실 공무원의 구상에 관한 대법원 판례

2019 제3문

이주대책상 권리의 취득시기와 구제수단

총 20점 · 논술형 · 생활보상, 수분양권 취득시기 학설과 판례, 항고소송과 당사자소송

제3문 (20점)

「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」
상 이주대책대상자의 이주대책상의 권리취득시기와 그
에 따른 권리구제 수단에 관하여 논하시오.

출제 포인트

출제 의도 권리 취득시기에 관한 학설 선택이 소송 형태(항고소송 대 당사자소송)를 결정한다는 연결 구조를 묻는다. **연결 개념** 토지보상법 제78조, 1994년 전원합의체 판결, 처분성, 공법상 당사자소송. **합정** 학설만 나열하고 구제수단을 일반론으로 쓰면 안 된다. 확인·결정 ‘이전’과 ‘이후’를 나누어 소송 형태를 대응시키는 것이 답안의 뼈대이다.

■ 답안 개요

항목	쟁점	근거 조문·판례	결론	분량
II	권리 취득시기	토지보상법 제78조 · 전원합의체 (1994)	확인·결정시설	약 700자
III	권리구제 수단	행정소송법 제3조 제2호, 제4조	이전: 항고소송, 이후: 당사자소송	약 600자

예시답안 — 2019 제3문

I. 이주대책의 의의와 성질

이주대책은 공익사업의 시행으로 주거용 건축물을 제공하여 생활의 근거를 상실하게 되는 자(이주대책대상자)를 위하여 사업시행자가 대체 택지나 주택을 공급하는 등의 조치를 하는 것이다. 토지보상법 제78조 제1항은 사업시행자가 대통령령으로 정하는 바에 따라 이주대책을 수립·실시하거나 이주정착금을 지급하여야 한다고 규정한다. 이주대책은 종전의 생활 상태를 회복시키기 위한 생활보상의 일환이다.

II. 이주대책상 권리의 취득시기

1. 학설. (1) 법률규정시설: 토지보상법이 정한 요건을 갖추면 법률에 의해 당연히 구체적인 수분양권을 취득한다는 견해이다. 이에 따르면 대상자는 바로 당사자소송으로 수분양권 확인을 구할 수 있다. (2) 이주대책계획수립시설: 사업시행자가 이주대책 계획을 수립·공고하면 그 계획에서 정한 요건을 갖춘 자는 구체적 권리를 취득한다는 견해이다. (3) 확인·결정시설: 사업시행자가 이주대책을 수립한 뒤 대상자의 신청에 따라 이주대책대상자로 확인·결정하여야 비로소 구체적 수분양권이 생긴다는 견해이다.

2. 판례. 대법원은 전원합의체 판결(1994)에서 확인·결정시설을 취하였다. 이주자는 법이 정한 요건을 갖추면 사업시행자에게 이주대책의 수립·실시를 요구할 수 있는 추상적 권리를 가질 뿐이고, 사업시행자가 이주대책을 수립·실시하여 이주자가 수분양권을 취득하기를 희망하여 이주대책에 정한 절차에 따라 사업시행자에게 이주대책대상자 선정신청을 하고 사업시행자가 이를 받아들여 이주대책대상자로 확인·결정하여야 비로소 구체적인 수분양권이 발생한다고 하였다.

3. 검토. 이주대책의 구체적 내용(택지·주택의 종류, 공급 가격, 대상자 기준)은 사업시행자가 사업 여건에 따라 정하도록 되어 있어, 법률만으로 구체적 권리 내용이 확정된다고 보기 어렵다. 따라서 확인·결정 시설이 타당하다. 다만 이주대책 수립 자체는 강행적 의무이므로, 사업시행자가 수립을 게을리하는 경우의 구제도 함께 고려해야 한다.

III. 권리구제 수단

1. 확인·결정 이전 — 항고소송. 사업시행자의 이주대책대상자 확인·결정은 구체적 수분양권을 발생시키는 처분이다. 따라서 대상자 선정 신청을 거부하거나 대상자에서 제외한 결정은 거부처분으로서 취소소송의 대상이 된다(사업시행자가 공법인인 경우 행정청에 해당한다). 사업시행자가 신청에 응답하지 않으면 부작위위법확인소송을 제기할 수 있다. 판례는 확인·결정 전에 곧바로 사업시행자를 상대로 민사소송이나 당사자소송으로 수분양권의 확인을 구하는 것은 허용되지 않는다고 본다.

2. 확인·결정 이후 — 당사자소송. 이주대책대상자로 확인·결정된 후 사업시행자가 수분양권을 부정하거나 분양 절차를 이행하지 않으면, 대상자는 이미 취득한 구체적 수분양권의 확인을 공법상 당사자소송으로 구할 수 있다(행정소송법 제3조 제2호).

3. 이주대책 미수립의 경우. 사업시행자가 이주대책 자체를 수립하지 않으면 이주자는 수립을 신청하고 거부·부작위를 다투는 방법을 생각할 수 있다. 다만 현행법상 의무이행소송이 인정되지 않으므로 거부처분 취소소송이나 부작위위법확인소송을 통해 간접적으로 이행을 강제할 수밖에 없다.

IV. 결론

판례는 확인·결정시설을 취하여 사업시행자의 이주대책대상자 확인·결정이 있어야 구체적 수분양권이 생긴다고 본다. 따라서 확인·결정 이전에는 거부·제외 결정에 대한 항고소송(취소소송, 부작위위법확인소송)으로, 확인·결정 이후에는 수분양권 확인을 구하는 공법상 당사자소송으로 다투어야 한다.

근거: 토지보상법 제78조 제1항·행정소송법 제3조 제2호, 제4조·이주대책상 수분양권 취득시기에 관한 대법원 1994년 전원합의체 판결

제7장

항고소송의 소송요건·가구제·참가

처분성 · 원고적격(법률상 이익) · 환경상 이익과 단체 · 경업자·경원자·인근주민 · 행정개입청구권 · 무명항고
소송 · 집행정지 · 소송참가 | 기출 3문항: 2020-1, 2020-3, 2025-3 (관련: 2021-1, 2023-2, 2026-1)

이 장에서 다루는 내용

7-1 핵심 개념	85
7-2 기출 풀이	88
2020 제1문 풍력발전단지 실시계획 승인과 주민·재단법인의 소송	88
2020 제3문 분진 피해 양봉업자의 개선명령 청구	92
2025 제3문 열병합발전소 신고수리 거부 소송과 국가·주민의 관여	94

7-1 핵심 개념

행정법 사례형의 절반은 소송요건에서 결론이 난다. 대상적격과 원고적격은 따로 묻지 않아도 답안 첫머리에서 짧게 확인하는 습관을 들여야 한다. 이 장은 원고적격과 가구제, 그리고 소송에 제3자가 들어오는 방법을 다룬다. 처분성에 관한 개별 판례는 3장(공부 기재·실효)과 9장(건축협의 거부)에도 있다.

처분성(대상적격)

처분은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용이다(행정소송법 제2조 제1항 제1호). 판례는 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는지를 기준으로 하되, 다툼 다른 적절한 수단이 없으면 처분성을 넓게 인정하는 경향이다. 거부가 처분이 되려면 법규상 또는 조리상 신청권이 있어야 한다.

대립 구도

실체법적 개념설 ↔ 쟁송법적 개념설(넓은 처분)

쓰이는 기출 2020-1, 2020-3, 2021-1 (2), 2026-1 (2)

답안 속 문장

“전원개발사업 실시계획 승인은 사업자에게 사업 시행 권한을 부여하는 처분이므로 대상적격은 문제되지 않는다.”

원고적격 — 법률상 이익

취소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다(행정소송법 제12조 전문). 판례는 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익을 법률상 이익으로 보고(법률상 보호이익설), 공익 보호의 결과 일반 국민이 갖는 추상적·평균적 이익이나 간접적·사실적·경제적 이익은 제외한다. 헌법상 환경권(제35조)만으로는 원고적격이 생기지 않는다.

대립 구도

권리구제설 ↔ 법률상 보호이익설(판례) ↔ 보호가치이익설 ↔ 적법성보장설

쓰이는 기출 2020-1 (1), 2021-1 (1), 2026-1 (2)

답안 속 문장

“헌법 제35조의 환경권은 그 주체·대상·내용이 구체적으로 정해져 있지 않아 원고적격의 근거가 될 수 없다.”

환경영향평가 대상지역과 단체의 원고적격

판례는 환경영향평가 대상지역 안의 주민에게는 환경상 이익의 침해 또는 침해 우려가 사실상 추정되어 원고적격이 인정되고, 대상지역 밖의 주민은 수인한도를 넘는 환경피해나 그 우려를 입증하여야 한다고 본다(새만금 전원합의체 판결 등). 대상지역 안에 있더라도 재단법인은 쾌적한 환경에서 생활할 자연인의 이익을 가질 수 없어 환경상 이익을 이유로는 원고적격이 없고, 법인 소유 재산에 대한 피해나 그 우려를 입증한 경우에만 원고적격이 인정될 수 있다(재단법인 수녀원 사례).

대립 구도

대상지역 안(추정) ↔ 대상지역 밖(입증) ↔ 재단법인(재산 피해만)

쓰이는 기출 2020-1 (1)·(2)

답안 속 문장

“재단법인 丙은 환경상 이익의 주체가 될 수 없으므로, 잼 공장의 재산상 피해나 그 우려를 입증하는 경우에 한하여 원고적격이 인정된다.”

경업자·인근주민 소송

경업자소송: 기존 업자가 신규 업자에 대한 수익적 처분을 다투는 경우, 기존 업자의 영업이 거리 제한·수급 조정 등으로 보호되는 특허적 성격이면 원고적격을 인정하고, 일반적 허가에 따른 이익은 반사적 이익으로 본다. 인근주민소송: 처분의 근거·관련 법규가 인근 주민의 생활환경상 이익을 개별적으로 보호하는 경우 원고적격이 인정된다.

대립 구도

특허 영업(법률상 이익) ↔ 허가 영업(반사적 이익)

쓰이는 기출 2021-1 (1), 2025-3

답안 속 문장

“교육환경보호법은 학생의 학습권과 교육환경을 보호할 뿐 보호구역 안 기존 업자의 경쟁상 이익을 보호하지 않으므로 丙은 원고적격이 없다.”

행정개입청구권과 무하자재량행사청구권

행정개입청구권은 개인이 자기 이익을 위하여 행정청에 제3자에 대한 규제권 발동을 청구할 수 있는 공권으로, ① 개입의무를 부과하는 강행법규와 ② 사익보호성을 요건으로 한다. 개입이 재량인 경우에는 하자 없는 재량행사를 구할 권리에 그치지만, 생명·신체·재산에 대한 중대한 위험이 임박하고 개입으로 위험을 제거할 수 있으며 피해자 스스로 막기 어려운 경우 재량이 0으로 수축하여 특정 처분을 청구할 수 있다.

대립 구도

무하자재량행사청구권(형식적 공권) ↔ 행정개입청구권(재량 수축 시)

쓰이는 기출 2020-3

답안 속 문장

“배출허용기준 초과로 꿀벌이 대량 폐사하는 등 피해가 현실화·확대되는 상황에서는 개선명령에 관한 재량이 0으로 수축한다.”

무명항고소송 — 의무이행소송과 예방적 금지소송

행정소송법 제4조는 취소소송, 무효등확인소송, 부작위위법확인소송만을 항고소송으로 규정한다. 판례는 이를 한정적으로 보아 행정청에 일정한 처분을 할 것을 명하는 의무이행소송과, 처분을 하지 말 것을 구하는 예방적 금지소송을 모두 허용하지 않는다. 현행법상 대안은 거부처분 취소판결의 재처분의무와 간접강제(제30조 제2항, 제34조), 처분 후 취소소송과 집행정지, 공법상 당사자소송이다.

대립 구도

부정설(판례·권력분립) ↔ 긍정설(실효적 권리구제)

쓰이는 기출 2023-2 (2), 2020-3**답안 속 문장**

“판례는 행정청이 일정한 처분을 하지 못하도록 그 부작위를 구하는 청구는 현행 행정소송법상 허용되지 않는다고 본다.”

집행정지

취소소송의 제기는 처분의 효력·집행·절차의 속행을 정지시키지 않는다(행정소송법 제23조 제1항, 집행부 정지 원칙). 법원은 처분 등의 집행 또는 절차의 속행으로 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때 집행정지를 결정할 수 있고(제2항), 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있으면 허용되지 않는다(제3항). 판례는 적법한 본안소송의 계속과 본안청구가 이유 없음이 명백하지 않을 것도 요구한다. 회복하기 어려운 손해는 금전보상이 불가능하거나 참고 견디기 어려운 손해이다. 거부처분에 대한 집행정지는 신청의 이익이 없다는 것이 판례이다.

대립 구도

적극 요건(손해·긴급성) ↔ 소극 요건(공공복리·본안 명백성)

쓰이는 기출 2020-1 (3)**답안 속 문장**

“원고적격이 부정되어 본안소송이 부적법하면 그에 부수한 집행정지 신청도 부적법하다.”

소송참가

제3자 참가: 소송 결과에 따라 권리 또는 이익의 침해 받을 제3자를 당사자·제3자의 신청 또는 직권으로 참가시킬 수 있다(행정소송법 제16조). 참가인에게는 필수적 공동소송 규정이 준용되어 공동소송적 보조참가인과 유사한 지위를 가진다. 행정청 참가: 다른 행정청을 참가시킬 필요가 있으면 결정으로 참가시키며, 보조참가 규정이 준용된다(제17조). 그 밖에 법률상 이해관계가 있는 자는 민사소송법상 보조참가를 할 수 있다(제8조 제2항). 처분을 취소하는 판결로 권리·이익을 침해받은 제3자가 책임 없는 사유로 소송에 참가하지 못하였다면 확정판결을 안 날부터 30일, 확정된 날부터 1년 이내에 재심을 청구할 수 있다(제31조).

대립 구도

제3자 참가(제16조, 독립적 지위) ↔ 행정청 참가(제17조, 보조적 지위)

쓰이는 기출 2025-3**답안 속 문장**

“甲이 승소하면 乙은 기속력에 따라 신고를 수리하여야 하므로, 법률상 보호되는 환경상 이익을 가진 주민은 소송 결과에 따라 이익의 침해를 받을 제3자로서 참가할 수 있다.”

7-2 기출 풀이

2020 제1문

풍력발전단지 실시계획 승인과 주민·재단법인의 소송

총 50점 · 소문 3개 · 원고적격(대상지역 안·밖, 재단법인), 환경영향평가 부실, 집행정지

제1문 (50점)

K도에 소재하는 산악지역에 대규모 풍력발전단지 조성사업을 준비해오던 A주식회사는 「환경영향평가법」에 따라 풍력발전단지 조성사업을 위한 환경영향평가를 작성한 후, 발전용량 250MW 규모의 풍력발전소를 개발하는 전원개발사업 실시계획 승인을 신청하였고, 산업통상자원부장관은 위 전원개발사업 실시계획을 승인하였다.

이에 지역주민 甲, 乙과 지역에 소재지를 둔 재단법인 丙은 산업통상자원부장관을 상대로 위 전원개발사업 실시계획 승인처분의 취소를 구하는 소를 제기하면서, 같은 처분의 집행정지를 구하는 신청을 하였다. 법원이 위 사건을 심리한 결과 다음과 같은 사실이 인정되었다.

- 가. 甲은 위 전원개발사업을 위한 환경영향평가 대상지역 내에 주소를 두고 거주하면서 그곳에서 목축업에 종사하고 있다. 乙은 위 전원개발사업을 위한 환경영향평가 대상지역 밖에 주소를 두고 거주하면서 그곳에서 농업에 종사하고 있다. 재단법인 丙은 위 전원개발사업을 위한 환경영향평가 대상지역 안에 소재하면서 과일 껌을 생산하여 지역에 판매하고 있다.
 - 나. 위 소송에서 甲은 풍력발전 과정에서 발생하는 저주파 공해로 사람의 신체와 사육하는 가축에 중대한 위해를 미친다고 주장하고, 乙은 「헌법」 제35조 제1항에서 정하고 있는 환경권을 침해받았다고 주장한다. 재단법인 丙은 위 승인처분으로 인해 법률상 보호되는 환경상 이익을 침해받았다고 주장하는 한편, 위 승인처분으로 환경에 영향을 주어 껌 공장에 재산적 피해가 발생하고 재단법인의 존립에 위협을 받는다고 주장한다.
 - 다. A주식회사가 제출한 위 환경영향평가서에 일부 항목의 미비점이 발견되는 등 환경영향평가의 내용이 다소 부실하였다.
- (1) 위 취소소송에서 甲, 乙, 丙에게 각각 원고적격이 인정되는지 여부를 검토하시오. (25점)
 - (2) 위 환경영향평가의 내용상 부실이 전원개발사업 실시계획 승인처분의 효력에 어떠한 영향을 미치는가? (10점)
 - (3) 甲, 乙, 丙의 집행정지신청은 인용될 수 있는가? (15점)

〈참조 조문〉

「전원개발촉진법」

제1조(목적) 이 법은 전원개발사업(電源開發事業)을 효율적으로 추진함으로써 전력수급의 안정을 도모하고, 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. (생략)
2. “전원개발사업”이란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사업을 말한다.
 - 가. 전원설비를 설치·개량하는 사업
 - 나. 설치 중이거나 설치된 전원설비의 토지등을 취득하거나 사용권원(使用權原)을 확보하는 사업
3. “전원개발사업 실시계획”이란 정부의 전력수급기본계획에 따른 전원개발사업의 실시에 관한 세부계획을 말한다.

제5조(전원개발사업 실시계획의 승인) ① 전원개발사업자는 전원개발사업 실시계획(이하 “실시계획”이라 한다)을 수립하여 산업통상자원부장관의 승인을 받아야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 전원개발사업에 대하여는 그러하지 아니하다.

「환경영향평가법」

제1조(목적) 이 법은 환경에 영향을 미치는 계획 또는 사업을 수립·시행할 때에 해당 계획과 사업이 환경에 미치는 영향을 미리 예측·평가하고 환경보전방안 등을 마련하도록 하여 친환경적이고 지속가능한 발전과 건강하고 쾌적한 국민생활을 도모함을 목적으로 한다.

제3조(국가 등의 책무) ① 국가, 지방자치단체 및 사업자는 정책이나 계획을 수립·시행하거나 사업을 시행할 때에 환경오염과 환경 훼손을 최소화하기 위하여 필요한 방안을 마련하여야 한다.

② 국가, 지방자치단체, 사업자 및 국민은 환경영향평가등의 중요성을 인식하고, 이 법에서 정하고 있는 절차가 적절하고 원활하게 추진될 수 있도록 노력하여야 한다.

제6조(환경영향평가등의 대상지역) 환경영향평가등은 계획의 수립이나 사업의 시행으로 영향을 받게 되는 지역으로서 환경영향을 과학적으로 예측·분석한 자료에 따라 그 범위가 설정된 지역에 대하여 실시하여야 한다.

제22조(환경영향평가의 대상) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업(이하 “환경영향평가 대상사업”이라 한다)을 하려는 자(이하 이 장에서 “사업자”라 한다)는 환경영향평가를 실시하여야 한다.

3. 에너지 개발사업

제25조(주민 등의 의견 수렴) ① 사업자는 제24조에 따라 결정된 환경영향평가항목등에 따라 환경영향평가서 초안을 작성하여 주민 등의 의견을 수렴하여야 한다.

출제 포인트

출제 의도 甲(대상지역 안 주민), 乙(대상지역 밖 주민, 환경권만 주장), 丙(대상지역 안 재단법인)을 일부러 대비시켜 원고적격 판례 세 가지를 모두 쓰게 한다. **연결 개념** 법률상 보호이익설, 환경영향평가법령의 보호 범위, 재단법인 수녀원 판례, 환경영향평가 흠결과 부실의 구별, 집행정지의 4요건. **합정** 乙의 ‘환경권’ 주장과 丙의 ‘존립 위협’ 주장은 모두 원고적격의 근거가 되지 않는다는 점을 각각 지적해야 한다. (3)은 (1)의 결론과 연동된다.

■ 답안 개요(쟁점 지도)

소문	누가 · 무엇을	근거 조문·판례	결론	분량
(1)	甲·乙·丙의 원고적격	행정소송법 제12조 · 환경영향평가법 제6조, 제22조 · 대상지역 · 재단법인 판례	甲 인정, 乙 부정(입증 시 인정), 丙 재산 피해 입증 시 인정	약 1,600자
(2)	평가 부실이 승인처분에 미치는 영향	환경영향평가 흠결·부실 판례	당연 위법 아님, 재량 판단 요소	약 700자
(3)	甲·乙·丙의 집행정지 신청	행정소송법 제23조 제2항·제3항	甲 인용 가능, 乙 부적법, 丙 곤란	약 1,000자

예시답안 — 2020 제1문

I. 문제의 소재

전원개발사업 실시계획 승인처분에 대하여 환경영향평가 대상지역 안의 주민 甲, 대상지역 밖의 주민 乙, 대상지역 안의 재단법인 丙에게 원고적격이 있는지(1문), 환경영향평가 내용의 부실이 승인처분의 효력에 어떤 영향을 주는지(2문), 세 사람의 집행정지 신청이 인용될 수 있는지(3문)가 쟁점이다. 승인처분은 사업 시행 권한을 부여하는 처분이므로 대상적격은 문제되지 않는다.

II. 설문 (1) — 원고적격

1. 판단 기준. 취소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다(행정소송법 제12조 전문). 판례는 법률상 이익을 당해 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익으로 보고, 공익 보호의 결과 국민 일반이 공통적으로 가지는 추상적·평균적·일반적 이익이나 간접적·사실적·경제적 이익은 이에 해당하지 않는다고 본다(법률상 보호이익설). 승인처분이 환경영향평가 대상사업에 관한 것이면 전원개발촉진법뿐 아니라 환경영향평가법령도 근거 법규 또는 관련 법규가 된다.

2. 환경영향평가 대상지역에 관한 판례. 판례는 환경영향평가 대상지역 안의 주민들이 가지는 환경상 이익은 환경영향평가법령이 보호하는 개별적·직접적·구체적 이익이므로, 대상지역 안의 주민에게는 특단의 사정이 없는 한 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 원고적격이 인정된다고 한다. 대상지역 밖의 주민은 처분으로 인하여 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있다는 자신의 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려를 입증하여야 원고적격이 인정된다. 또한 판례는 헌법 제35조의 환경권 규정만으로는 그 주체·대상·내용·행사 방법이 구체적으로 정해져 있지 않아 개인에게 직접 구체적 권리를 부여한 것으로 보기 어려우므로 원고적격의 근거가 될 수 없다고 본다.

3. 甲. 甲은 환경영향평가 대상지역 안에 거주하므로 환경상 이익의 침해 우려가 사실상 추정된다. 저주파 공해로 신체와 가족에 위해가 생긴다는 주장은 생활환경상 이익과 재산상 이익 모두에 관한 것이다. 甲에게는 원고적격이 인정된다.

4. 乙. 乙은 대상지역 밖에 거주하므로 추정이 적용되지 않는다. 乙은 헌법상 환경권 침해만을 주장하고 있는데, 환경권 조항은 원고적격의 근거가 되지 못한다. 乙이 풍력발전으로 인해 수인한도를 넘는 피해(예컨대 농작물 피해, 소음)를 받거나 받을 우려가 있음을 입증하지 않는 한 원고적격은 부정된다.

5. 丙. (1) 환경상 이익. 판례는 환경상 이익은 쾌적한 환경에서 생활하는 자연인의 이익이므로, 대상지역 안에 소재하더라도 재단법인은 환경상 이익의 침해를 이유로 원고적격을 가질 수 없다고 본다(재단법인 수녀원 사례). 따라서 丙의 ‘환경상 이익 침해’ 주장은 받아들여지지 않는다. (2) 재산상 이익. 다만 같은 판례는 처분으로 법인이 소유한 재산에 대한 피해가 발생하거나 발생할 우려가 있다는 점을 입증하면 원고적격을 인정할 여지를 남겼다. 丙이 잼 공장의 시설이나 원료(과일)에 대한 구체적 피해 또는 그 우려를 입증하면 원고적격이 인정될 수 있다. (3) 재단법인의 존립에 대한 위협은 간접적·사실적 이익에 불과하여 그 자체로 법률상 이익이 되지 못한다.

III. 설문 (2) — 환경영향평가 부실과 승인처분의 효력

1. 환경영향평가 절차의 흠결. 판례는 환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 환경영향평가를 아예 거치지 않고 승인처분을 한 경우, 환경영향평가 제도의 입법 취지를 근본적으로 몰각시키는 것으로서 그 하자가 중대하고 객관적으로 명백하여 처분이 당연무효라고 본다.

2. 내용의 부실. 반면 환경영향평가를 거쳤으나 그 내용이 부실한 경우에 대하여 판례는, 그 부실의 정도가 환경영향평가 제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것이 아니라면, 그 부실은 승인처분에서 재량권 일탈·남용의 위법이 있는지를 판단하는 하나의 요소가 될 뿐 그 부실로 인하여 당연히 처분이 위법하게 되는 것은 아니라고 본다.

3. 사안의 적용. 사안의 환경영향평가는 일부 항목에 미비점이 있는 등 ‘다소 부실’한 정도이므로 평가를 하지 않은 것과 같다고 볼 수 없다. 따라서 그 부실만으로 승인처분이 무효이거나 위법한 것은 아니다. 다만 산업통상자원부장관이 부실한 평가에 의존하여 저주파 소음 등 중요한 환경 영향을 충분히 고려하지 않았다면, 이는 이익형량의 하자로서 재량권 일탈·남용의 사유가 될 수 있다.

IV. 설문 (3) — 집행정지 신청의 인용 여부

1. 요건. 취소소송이 제기된 경우 처분의 집행 또는 절차의 속행으로 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때 법원은 집행정지를 결정할 수 있다(행정소송법 제23조 제2항). 다만 집행정지는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 허용되지 않는다(같은 조 제3항). 판례는 이 밖에 본안소송이 적법하게 계속되어 있을 것과 본안청구가 이유 없음에 명백하지 않을 것을 요구한다. ‘회복하기 어려운 손해’란 금전보상이 불가능하거나 금전보상으로는 사회 관념상 참고 견디기 어려운 유형·무형의 손해를 말하며, 그 소명 책임은 신청인에게 있다.

2. 乙과 丙. 본안에서 원고적격이 부정되면 본안소송이 부적법하므로 그 집행정지 신청도 부적법하다. 乙의 신청은 각하될 가능성이 크다. 丙은 재산상 피해를 소명하여 원고적격이 인정되는 경우에만 나머지 요건이 심사되며, 재산상 손해는 원칙적으로 금전보상이 가능하므로 회복하기 어려운 손해로 인정되기 어렵다.

3. 甲. (1) 적법한 본안 계속: 인정된다. (2) 회복하기 어려운 손해: 저주파 공해로 인한 신체 건강의 침해는 금전으로 회복하기 어려운 손해이다. 다만 승인처분만으로 곧바로 피해가 생기는 것은 아니므로, 공사 착수와 가동이 임박하였다는 점을 소명해야 긴급한 필요가 인정된다. (3) 공공복리: 재생에너지 확충과 전력수급 안정이라는 공익이 있으나, 본안 판결 시까지 사업이 지연된다고 하여 전력수급에 중대한 차질이 생긴다고 보기는 어렵다. (4) 본안 이유 없음의 명백성: 설문 2에서 본 바와 같이 평가 부실은 재량 판단의 하자로 다룰 여지가 있어 본안청구가 이유 없음이 명백하다고 할 수 없다.

4. 소결. 甲이 공사 착수 임박 등 긴급성을 소명하면 甲의 신청은 인용될 수 있다. 乙의 신청은 부적법하고, 丙의 신청은 원고적격이 인정되더라도 손해의 회복곤란성이 인정되기 어렵다.

V. 결론

甲은 대상지역 안의 주민으로서 원고적격이 추정되고, 乙은 환경권만으로는 원고적격이 없으며 수인한도를 넘는 피해를 입증해야 하고, 재단법인 丙은 환경상 이익을 이유로는 원고적격이 없으나 재산상 피해를 입증하면 인정될 수 있다. 환경영향평가의 '다소 부실'은 평가를 거치지 않은 것과 같은 정도가 아니므로 승인처분을 당연히 위법하게 하지 않고 재량 판단의 한 요소가 된다. 집행정지는 甲에 대해서만 인용될 가능성이 있다.

근거: 행정소송법 제12조, 제23조 제2항·제3항 · 헌법 제35조 제1항 · 환경영향평가법 제6조, 제22조 · 환경영향평가 대상지역과 원고적격(새만금 전원합의체 등), 재단법인의 원고적격, 환경영향평가 부실의 효과에 관한 대법원 판례

2020 제3문

본진 피해 양봉업자의 개선명령 청구

총 20점 · 소형 사례 · 행정개입청구권, 재량의 0으로의 수축, 사익보호성

제3문 (20점)

A는 환경부장관에게 배출시설 가동개시 신고를 한 후 시멘트 공장을 운영하는 사업자이다. 인근에서 양봉업을 하던 甲은 A의 공장에서 배출되는 분진으로 인해 자신이 기르던 꿀벌들의 절반 가량이 죽고, 나머지 꿀벌들도 폐사할 위기에 처하였다. 조사 결과, A의 공장에서 배출되는 분진은 「대기환경보전법」 제16조의 배출허용기준을 초과하고 있음이 밝혀졌다. 甲이 환경부장관에게 A에 대하여 「대기환경보전법」 제33조의 개선명령을 발령할 것을 청구할 수 있는가?

〈참조 조문〉

「대기환경보전법」

제1조(목적) 이 법은 대기오염으로 인한 국민건강이나 환경에 관한 위해(危害)를 예방하고 대기환경을 적정하고 지속가능하게 관리·보전하여 모든 국민이 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있게 하는 것을 목적으로 한다.

제16조(배출허용기준) ① 대기오염물질배출시설(이하 “배출시설”이라 한다)에서 나오는 대기오염물질(이하 “오염물질”이라 한다)의 배출허용기준은 환경부령으로 정한다.

제30조(배출시설 등의 가동개시 신고) ① 사업자는 배출시설이나 방지시설의 설치를 완료하거나 배출시설의 변경(변경신고를 하고 변경을 하는 경우에는 대통령령으로 정하는 규모 이상의 변경만 해당한다)을 완료하여 그 배출시설이나 방지시설을 가동하려면 환경부령으로 정하는 바에 따라 미리 환경부장관 또는 시·도지사에게 가동개시 신고를 하여야 한다.

제33조(개선명령) 환경부장관 또는 시·도지사는 제30조에 따른 신고를 한 후 조업 중인 배출시설에서 나오는 오염물질의 정도가 제16조나 제29조제3항에 따른 배출허용기준을 초과한다고 인정하면 대통령령으로 정하는 바에 따라 기간을 정하여 사업자(제29조제2항에 따른 공동 방지시설의 대표자를 포함한다)에게 그 오염물질의 정도가 배출허용기준 이하로 내려가도록 필요한 조치를 취할 것(이하 “개선명령”이라 한다)을 명할 수 있다.

출제 포인트

출제 의도 ‘명할 수 있다’는 재량규정 아래에서 제3자가 행정권 발동을 청구할 수 있는지를 묻는 전형적 행정개입청구권 문제이다. **연결 개념** 공권의 성립요건, 재량의 0으로의 수축, 대기환경보전법의 목적 조항, 거부처분의 신청권, 의무이행소송 불인정. **합정** 재량 수축만 쓰고 사익보호성(목적 조항 해석)을 빠뜨리기 쉽다. 결론 뒤에 쟁송수단을 짧게 붙이면 답안이 완결된다.

■ 답안 개요

항목	쟁점	근거 조문·판례	결론	분량
II	행정개입청구권의 성립요건	강행법규성·사익보호성·재량 수축	요건 제시	약 400자
III	사안 포섭	대기환경보전법 제1조, 제16조, 제33조	재량 수축·사익보호 인정 → 청구 가능	약 600자
IV	쟁송수단	행정심판법 제5조 · 행정소송법 제4조, 제30조, 제34조	거부처분 취소·부작위위법 확인·의무이행심판	약 300자

예시답안 — 2020 제3문

I. 문제의 소재

양봉업자 甲이 환경부장관에게 제3자인 A 사업장에 대한 개선명령의 발령을 청구할 수 있는지, 즉 행정개입청구권이 인정되는지가 문제된다. 대기환경보전법 제33조는 개선명령을 ‘명할 수 있다’고 규정하므로 재량의 0으로의 수축과 사익보호성이 핵심이다.

II. 행정개입청구권의 의의와 성립요건

1. 의의. 행정개입청구권은 개인이 자기의 이익을 위하여 행정청에게 제3자에 대한 규제·단속 등의 행정권 발동을 청구할 수 있는 공권이다. 경찰 개입 등 위험방지 영역에서 주로 문제된다.

2. 성립요건. 공권이 성립하려면 ① 행정청에게 개입의무를 부과하는 강행법규가 있고, ② 그 법규가 공익뿐 아니라 개인의 이익도 보호하는 취지(사익보호성)여야 한다. 개입 여부가 재량인 경우에는 원칙적으로 하자 없는 재량행사청구권만 인정되지만, 재량이 0으로 수축하면 특정한 처분을 요구하는 행정개입청구권으로 전환된다.

3. 재량의 0으로의 수축. ① 사람의 생명·신체·재산 등 중요한 법익에 대한 위험이 현존하거나 임박하고, ② 그 위험이 행정권 발동으로 제거될 수 있으며, ③ 피해자 스스로의 노력이나 민사적 구제로는 위험을 충분히 막기 어려운 경우에 재량이 0으로 수축한다고 본다.

III. 사안의 검토

1. 강행법규성과 재량의 수축. 제33조는 가동개시 신고 후 조업 중인 배출시설의 오염물질이 배출허용기준을 초과한다고 인정하면 개선명령을 ‘명할 수 있다’고 규정하여 문언상 재량을 부여한다. 그러나 조사 결과 기준 초과가 확인되었고, 그로 인해 甲의 꿀벌 절반이 이미 죽고 나머지도 폐사 위기에 처하였다. 위험은 현존하고 계속되며, 개선명령은 오염물질 배출을 기준 이하로 낮추는 직접적 수단이다. 민사상 구제로는 소송 기간 동안 피해가 확대된다. 따라서 재량은 개선명령을 발령하는 방향으로 수축한다고 본다.

2. 사익보호성. 대기환경보전법 제1조는 대기오염으로 인한 국민건강이나 환경에 관한 위해를 예방하여 모든 국민이 건강하고 쾌적한 환경에서 생활하게 하는 것을 목적으로 한다. 배출허용기준과 개선명령 제도는 일반 공익뿐 아니라 배출시설 인근에서 직접 오염의 영향을 받는 주민의 건강과 생활환경, 재산상 이익을 개별적으로 보호하는 취지도 포함한다고 해석된다. 판례도 환경 관련 법규가 인근 주민의 환경상 이익을 개별적·직접적으로 보호한다고 보는 경향이다. 甲은 공장 인근에서 양봉업을 영위하며 분진으로 직접 피해를 입고 있으므로 보호 범위에 포함된다.

3. 소결. 사익보호성과 재량의 0으로의 수축이 인정되므로 甲은 환경부장관에게 개선명령의 발령을 청구할 수 있다.

IV. 쟁송수단

① 환경부장관이 거부하면 甲은 거부처분 취소심판·취소소송을 제기할 수 있다. 판례는 거부가 처분이 되려면 신청인에게 법규상 또는 조리상 신청권이 있어야 한다고 하는데, 행정개입청구권이 인정되는 범위에서 조리상 신청권도 인정된다. ② 응답하지 않으면 부작위위법확인소송이나 의무이행심판을 제기할 수 있다(행정심판법 제5조 제3호). ③ 현행 행정소송법은 의무이행소송을 인정하지 않으므로 법원이 직접 개선명령을 명하게 할 수는 없고, 거부처분 취소판결의 기속력(행정소송법 제30조 제2항)과 간접강제(제34조)로 이행을 확보한다.

V. 결론

제33조는 재량규정이지만 배출허용기준 초과가 확인되고 甲의 재산 피해가 현실화·확대되는 상황에서는 재량이 0으로 수축하고, 같은 법은 인근 주민의 이익도 보호하므로 甲은 개선명령의 발령을 청구할 수 있다. 거부·부작위에 대해서는 취소소송·부작위위법확인소송 또는 의무이행심판으로 다룬다.

근거: 대기환경보전법 제1조, 제16조, 제33조 · 행정심판법 제5조 · 행정소송법 제4조, 제30조 제2항, 제34조 · 거부처분의 신청권 요건에 관한 대법원 판례

2025 제3문

열병합발전소 신고수리 거부 소송과 국가·주민의 관여

총 30점 · 소형 사례 · 제3자 참가, 행정청 참가, 보조참가, 제3자 재심

제3문 (30점)

지역난방공사 사업자인 甲은 국가의 지원을 받아 A시에 열병합발전소를 건설하는 공사를 마무리한 뒤, A시 시장 乙에게 발전소 사업개시 신고서를 제출하였다. 乙은 발전소가 당초 계획에 맞게 건설되지 않았고, 발전소 사업개시로 인한 지역주민의 건강과 환경에 미칠 영향도 지대하다는 이유로 해당 신고서를 반려하였다. 이에 甲은 乙을 상대로 발전소 사업개시 신고수리 거부처분 취소소송을 제기하였다. 이 소송절차에서 발전소 사업개시에 찬성하는 국가와 발전소 사업개시에 반대하는 A시 지역주민이 「행정소송법」 상 관여할 수 있는 수단에 대해 설명하시오.

출제 포인트

출제 의도 찬성(국가)과 반대(주민) 양쪽의 관여 수단을 대비시켜 행정소송법상 참가 제도 전체를 정리하게 한다.

연결 개념 행정소송법 제16조·제17조·제8조 제2항·제29조·제30조·제31조, 공동소송적 보조참가, 행정청의 당사자능력. **함정** 국가를 곧바로 제17조의 ‘행정청’으로 보면 안 된다. 권리주체인 국가와 그 기관인 행정청을 구별하여 각각의 수단을 써야 하고, 주민은 법률상 이익이 있어야 제16조 참가가 가능하다는 점을 놓치지 않는다.

■ 답안 개요(쟁점 지도)

항목	누가·무엇을	근거 조문·판례	결론	분량
III	국가(찬성)의 관여	행정소송법 제8조 제2항, 제16조, 제17조 · 보조참가 판례	제16조는 곤란, 보조참가·관계 행정청의 제17조 참가	약 900자
IV	주민(반대)의 관여	행정소송법 제16조, 제29조, 제30조, 제31조	제16조 참가(피고 측), 보조참가, 제3자 재심	약 900자

예시답안 — 2025 제3문

I. 문제의 소재

甲이 A시장 乙을 상대로 제기한 사업개시 신고수리 거부처분 취소소송에, 甲을 지지하는 국가와 반대하는 지역주민이 어떤 방법으로 관여할 수 있는지가 문제된다. 행정소송법이 정한 제3자의 소송참가(제16조)와 행정청의 소송참가(제17조), 민사소송법 준용에 의한 보조참가(제8조 제2항), 그리고 참가하지 못한 제3자의 재심(제31조)을 검토한다.

II. 소송참가 제도 개관

1. 제3자의 소송참가(제16조). 법원은 소송의 결과에 따라 권리 또는 이익의 침해 받을 제3자가 있는 경우 당사자 또는 제3자의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 제3자를 소송에 참가시킬 수 있다(제1항). 취소판결은 제3자에 대하여도 효력이 있으므로(제29조 제1항) 제3자의 절차적 권리를 보장하기 위한 제도이다. ‘권리 또는 이익’은 법률상 이익을 말하며, 판결의 형성력이나 기속력에 따른 행정청의 새 처분

으로 이익을 침해받는 경우를 포함한다. 참가인에게는 민사소송법상 필수적 공동소송에 관한 규정이 준용되어(제4항), 그 지위는 공동소송적 보조참가인과 유사하다.

2. 행정청의 소송참가(제17조). 법원은 다른 행정청을 소송에 참가시킬 필요가 있다고 인정할 때에는 당사자 또는 그 행정청의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 행정청을 참가시킬 수 있다(제1항). 참가 행정청에게는 민사소송법상 보조참가에 관한 규정이 준용된다(제3항). 취소판결의 기속력이 관계행정청에도 미치므로(제30조 제1항) 관련 행정청이 소송자료를 제출하게 하려는 제도이다.

3. 민사소송법상 보조참가. 행정소송법 제8조 제2항에 따라 민사소송법이 준용되므로, 소송 결과에 법률상 이해관계가 있는 자는 한쪽 당사자를 돕기 위해 보조참가를 할 수 있다. 판례는 행정소송에서도 민사소송법상 보조참가를 허용하되, 행정청은 당사자능력이 없으므로 제17조의 참가에 의하여야 한다고 본다.

III. 국가의 관여 수단

1. 제16조 참가의 가능성. 국가는 사업에 지원을 하였고 사업개시를 원한다. 그러나 甲이 패소하여 반려처분이 유지되더라도 국가의 권리가 직접 침해되는 것은 아니며, 정책 목적 달성이나 지원 효과의 상실은 사실상·경제적 이익에 그친다. 따라서 국가가 제3자로서 제16조의 참가를 하기는 어렵다.

2. 보조참가. 국가가 지원금의 반환이나 지원 조건에 따른 법률관계 등 소송 결과에 법률상 이해관계를 가진다면, 권리주체인 국가는 민사소송법상 보조참가인으로서 원고 甲을 위하여 참가할 수 있다.

3. 제17조 참가. 집단에너지사업을 관장하는 중앙행정기관(예컨대 소관 부처의 장관)은 사업계획 승인이거나 지원과 관련하여 이 사건 처분과 관계있는 행정청이므로, 법원이 필요하다고 인정하면 제17조에 따라 참가하여 사업의 적법성에 관한 자료를 제출할 수 있다. 참가 행정청은 보조참가인의 지위에서 소송행위를 하며 피참가인의 행위와 어긋나는 행위는 효력이 없다.

IV. 지역주민의 관여 수단

1. 제16조 참가. 甲이 승소하면 반려처분이 취소되고, 乙은 판결의 기속력에 따라 판결 취지대로 신고를 수리하여야 한다(제30조 제2항). 그 결과 발전소가 가동되어 주민의 건강과 환경상 이익이 침해될 수 있다. 관계 법령이 발전소 인근 주민의 환경상 이익을 개별적으로 보호하는 범위에서(예컨대 환경영향평가 대상지역 안의 주민) 주민은 소송 결과에 따라 법률상 이익의 침해를 받을 제3자이므로, 피고 乙의 편에서 제16조에 따라 참가할 수 있다. 참가인은 공동소송적 보조참가인과 같은 지위에서 피고와 독립하여 공격·방어방법을 제출할 수 있다.

2. 보조참가. 제16조의 요건을 갖추지 못한 주민이라도 법률상 이해관계가 인정되면 민사소송법상 보조참가를 할 수 있다.

3. 제3자의 재심청구(제31조). 처분등을 취소하는 판결로 권리 또는 이익의 침해를 받은 제3자가 자기에게 책임 없는 사유로 소송에 참가하지 못함으로써 판결 결과에 영향을 미칠 공격·방어방법을 제출하지 못한 때에는 확정판결에 대하여 재심을 청구할 수 있다(제31조 제1항). 이 청구는 확정판결이 있음을 안 날부터 30일 이내, 판결이 확정된 날부터 1년 이내에 하여야 한다(제2항). 주민이 소송 계속 사실을 알지 못해 참가하지 못한 채 甲 승소 판결이 확정되면 이 수단을 쓸 수 있다.

V. 결론

국가는 권리주체로서 법률상 이해관계가 있으면 민사소송법상 보조참가를 할 수 있고, 관계 중앙행정기관은 제17조에 따라 행정청으로서 참가할 수 있으나, 사실상 이익만으로는 제16조의 제3자 참가를 할 수 없다. 주민은 甲 승소 시 법률상 보호되는 환경상 이익을 침해받을 수 있으므로 제16조에 따라 피고 측에 참가할 수 있고, 책임 없이 참가하지 못한 채 판결이 확정되면 제31조의 재심을 청구할 수 있다.

근거: 행정소송법 제8조 제2항, 제16조, 제17조, 제29조 제1항, 제30조, 제31조 · 민사소송법 보조참가 규정 · 행정소송에서의 보조참가에 관한 대법원 판례

제8장

항고소송의 심리·판결과 당사자소송

처분사유의 추가·변경·위법판단 기준시·일부취소·취소판결의 효력과 기속력·간접강제·당사자소송과 가
처분 | 기출 5문항: 2018-2, 2020-2, 2021-3, 2026-2, 2026-3 (관련: 2024-1 (3), 2019-1 (3))

이 장에서 다루는 내용

8-1 핵심 개념	97
8-2 기출 풀이	100
2018 제2문 사면자료 정보공개 거부 — 처분사유 추가와 판결 후 재거부	100
2020 제2문 사실상 도로가 포함된 토지의 건축허가 거부	102
2021 제3문 취소판결의 기속력	104
2026 제2문 국적비보유판정과 신뢰보호, 판결 후 재처분	106
2026 제3문 당사자소송의 의의·종류와 가처분	109

8-1 핵심 개념

처분사유의 추가·변경과 취소판결의 기속력은 ‘기본적 사실관계의 동일성’이라는 같은 잣대를 공유한다. 소송 중에 추가할 수 없는 사유는 기속력이 미치지 않아 판결 후 새 처분의 사유가 될 수 있다. 이 연결을 이해하면 2018-2처럼 두 쟁점을 한 문제에서 묻는 유형을 쉽게 풀 수 있다.

처분사유의 추가·변경

판례는 처분청이 처분 당시 적시한 구체적 사실을 변경하지 않는 범위 안에서, 당초 처분사유와 기본적 사실관계가 동일하다고 인정되는 한도 내에서만 다른 처분사유를 추가·변경할 수 있다고 한다. 동일성은 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지에 따라 판단한다. 근거 법령만 추가·변경하거나 당초 사유를 구체화하는 것은 새로운 사유의 추가가 아니다. 추가는 사실심 변론종결 시까지 가능하고, 추가 사유는 처분 당시 객관적으로 존재하던 것이어야 한다. 제한의 취지는 상대방의 방어권 보장과 이유제시 제도의 실효성이다.

대립 구도

분쟁의 일회적 해결(넓게) ↔ 상대방 방어권·이유제시(좁게)

쓰이는 기출 2018-2 (1), 2020-2 (2), 2024-1 (3)

답안 속 문장

“두 사유는 법적 평가는 다르지만 모두 ‘토지 일부가 주민 통행로로 이용된다’는 같은 사회적 사실에 기초하므로 기본적 사실관계가 동일하다.”

위법판단의 기준시와 일부취소

판례는 취소소송에서 처분의 위법 여부를 처분 당시의 법령과 사실 상태를 기준으로 판단한다(처분시설). 다만 처분 당시 존재하던 사실에 관한 증명은 사실심 변론종결 시까지 할 수 있다. 일부취소는 처분이 가분적이고 일부만 위법한 경우 그 부분만 취소하는 것으로, 금전부과처분에서 정당한 부과액을 산출할 수 있으면 초과 부분만 취소한다. 그러나 재량에 속하는 영업정지 기간이나 과징금 액수가 과도한 경우 법원은 적정한 정도를 스스로 정할 수 없으므로 전부를 취소하여야 한다는 것이 판례이다.

대립 구도

처분시설(판례) ↔ 판결시설

쓰이는 기출 2019-1 (3), 2021-3

답안 속 문장

“재량에 속하는 영업정지 기간이 과도하더라도 법원은 적정한 기간을 정하여 일부만 취소할 수 없고 전부를 취소하여야 한다.”

취소판결의 효력

① 형성력: 취소판결이 확정되면 처분은 소급하여 효력을 잃고, 그 효력은 제3자에게도 미친다(행정소송법 제29조 제1항, 대세효). ② 기판력: 확정판결의 판단 내용이 후소에서 당사자와 법원을 구속한다(제8조 제2항, 민사소송법 준용). ③ 기속력: 당사자인 행정청과 관계행정청을 구속한다(제30조 제1항). 기판력은 소송법적 효력으로 인용·기각판결 모두에 생기고, 기속력은 실체법상 행정청을 구속하는 특수한 효력으로

인용판결에만 생긴다. 제3자효를 보완하기 위해 제3자 소송참가(제16조)와 제3자 재심(제31조)이 마련되어 있다.

대립 구도

기관력(소송법적·인용과 기각) ↔ 기속력(실체법적·인용만)

쓰이는 기출 2021-3, 2018-2 (2)

답안 속 문장

“기속력은 취소판결의 실효성을 확보하기 위하여 법률이 특별히 인정한 효력으로서 인용판결에만 생기고 당사자인 행정청과 관계행정청을 구속한다.”

기속력의 내용과 범위

내용은 반복금지효, 재처분의무(거부처분 취소 시 판결 취지에 따른 재처분, 제30조 제2항; 절차 위법 취소 시 준용, 제3항), 원상회복의무이다. 주관적 범위는 당사자 행정청과 관계행정청, 객관적 범위는 판결 주문과 그 전제가 된 처분의 구체적 위법사유에 관한 판단이며, 시간적 범위는 처분 시까지의 사유이다. 판례는 종전 처분사유와 기본적 사실관계가 동일하지 않은 사유로는 다시 거부처분을 할 수 있고, 그 사유가 종전 처분 당시 존재하던 것이라도 같다고 본다. 기속력에 반하는 처분은 당연무효이다.

대립 구도

반복금지효 ↔ 재처분의무

쓰이는 기출 2018-2 (2), 2021-3, 2026-2 (2)

답안 속 문장

“판결에서 위법하다고 판단된 제6호 사유와 기본적 사실관계가 다른 제4호 사유로 다시 거부하는 것은 기속력에 저촉되지 않는다.”

간접강제

행정청이 거부처분 취소판결에 따른 재처분을 하지 않으면 제1심 수소법원은 당사자의 신청에 따라 상당한 기간을 정하고 그 기간 내 이행하지 않으면 지연기간에 따른 배상이나 즉시 손해배상을 명할 수 있다(행정소송법 제34조). 부작위위법확인판결에 준용되나(제38조 제2항) 무효확인판결에는 준용되지 않는다는 것이 판례이다. 판례는 배상금을 재처분 지연에 대한 심리적 강제수단으로 보아, 기간 경과 후라도 재처분이 이루어지면 배상금을 추심할 수 없다고 하고, 기속력에 반하는 무효인 재처분은 재처분이 없는 것과 같아 간접강제를 허용한다. 행정심판에도 직접처분(행정심판법 제50조)과 간접강제(제50조의2)가 있다.

대립 구도

행정소송의 간접강제(제34조) ↔ 행정심판의 직접처분·간접강제

쓰이는 기출 2026-2 (2), 2021-3

답안 속 문장

“C가 재처분을 하지 않으면 甲은 제1심 수소법원에 간접강제를 신청할 수 있고, 판결 취지에 반하는 재처분도 무효이므로 같은 방법으로 다룰 수 있다.”

당사자소송

행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송이다(행정소송법 제3조 제2호). 피고는 국가·공공단체 등 권리주체이다(제39조). 실질적 당사자소송에는 공법상 지위 확인, 공무원 보수·법령상 손실보상금·부가가치세 환급세액 등 공법상 금전 청구, 공법상 계약에 관한 소송이 있고, 형식적 당사자소송은 개별법이 정한 경우(토지보상법 제85조 제2항 보상금증감소송)에 인정된다. 집행정지(제23조)는 준용되지 않지만(제44조 제1항) 판례는 제8조 제2항에 따라 민사집행법상 가처분을 준용한다. 국가 상대 당사자소송의 가집행 선고 금지(제43조)는 헌법재판소 위헌결정(2022)으로 효력을 잃었다.

대립 구도

실질적 당사자소송 ↔ 형식적 당사자소송

쓰이는 기출 2026-3, 2019-3, 2023-2 (2)

답안 속 문장

“당사자소송은 처분의 효력을 다투는 것이 아니어서 집행정지가 준용되지 않는 대신, 민사집행법상 가처분이 준용된다.”

8-2 기출 풀이

2018 제2문

사면자료 정보공개 거부 — 처분사유 추가와 판결 후 재거부

총 30점 · 소문 2개 · 비공개사유의 추가, 기본적 사실관계의 동일성, 기속력의 객관적 범위

제2문 (30점)

甲은 법무부장관에게 광복절 특별사면과 관련한 ‘사면실시건의서 및 사면심의에 관한 국무회의 안전자료’의 공개를 청구하였다. 이에 대하여 법무부장관은 위 정보에는 사면대상자 또는 제외자의 이름 및 그 사유 등이 포함되어 있어 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제9조 제1항 제6호에 해당하여 공개될 경우 사생활의 비밀을 침해할 우려가 있다는 이유로 공개를 거부하였다. 甲은 이에 대해 법무부장관을 피고로 하여 정보공개거부처분 취소소송을 제기하였다.

1. 법무부장관이 위 취소소송 중에 위 정보가 같은 항 제4호의 형의 집행, 교정, 보안 처분에 관한 사항으로서 공개될 경우 그 직무수행을 현저히 곤란하게 한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보에도 해당한다는 점을 비공개사유로 추가하는 것은 허용되는가? (15점)
2. 만약 위 제4호의 처분사유의 추가가 거부되고 법무부장관이 위 소송에서 패소하여 그 판결이 확정되었다면, 그 후 법무부장관이 다시 위 정보가 같은 항 제4호에 해당한다는 사유로 정보공개를 거부하는 것은 가능한가? (15점)

출제 포인트

출제 의도 처분사유 추가의 한계와 기속력의 범위가 같은 기준으로 연결된다는 점을 한 사안에서 확인하게 한다.

연결 개념 정보공개법 제9조 제1항 제4호·제6호의 보호법익, 처분사유 추가·변경 판례, 행정소송법 제30조 제1항·제2항, 부분공개(제14조). **합정** (2)에서 ‘판결이 확정되었으니 공개해야 한다’고 쓰면 틀린다. 동시에 재거부가 실제적으로 적법하다고까지 단정해서도 안 된다. 기속력 저촉 여부와 재거부의 적법성을 구별한다.

■ 답안 개요(쟁점 지도)

소문	누가·무엇을	근거 조문·판례	결론	분량
1.	법무부장관이 소송 중 제4호 사유 추가	정보공개법 제9조 제1항·처분사유 추가·변경 판례	보호법익·기초 사실 다름 → 불허	약 1,100자
2.	패소 확정 후 제4호로 재거부	행정소송법 제30조·기속력 범위 판례·정보공개법 제14조	기속력 저촉 없음 → 재거부 가능(적법성은 별도)	약 1,100자

예시답안 — 2018 제2문

I. 문제의 소재

정보공개거부처분 취소소송에서 처분청이 당초의 비공개사유(정보공개법 제9조 제1항 제6호)에 다른 비공개사유(같은 항 제4호)를 추가할 수 있는지(1문), 그리고 그 추가가 허용되지 않은 채 처분청이 패소한 뒤 제4호를 이유로 다시 거부하는 것이 취소판결의 기속력에 반하는지(2문)가 쟁점이다.

II. 설문 1 — 소송 중 비공개사유의 추가

1. 처분사유 추가·변경의 의의와 허용 근거. 처분사유의 추가·변경은 처분 당시 객관적으로 존재하였으나 처분의 근거로 삼지 않았던 사실적·법적 근거를 소송 계속 중 새로 주장하는 것이다. 행정소송법에 명문 규정은 없으나, 분쟁의 일회적 해결과 소송경제를 위해 일정 범위에서 허용된다.

2. 허용 범위(판례). 판례는 처분청이 처분 당시 적시한 구체적 사실을 변경하지 않는 범위 안에서, 당초 처분사유와 기본적 사실관계가 동일하다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가·변경할 수 있다고 한다. 기본적 사실관계의 동일성은 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지에 따라 판단한다. 상대방의 방어권 보장을 위한 제한이다. 추가·변경은 사실심 변론종결 시까지 할 수 있고, 추가되는 사유는 처분 당시 객관적으로 존재하던 것이어야 한다.

3. 정보공개 사건에서의 적용. 정보공개법 제9조 제1항 각 호는 보호하려는 법익과 판단 요소가 서로 다르다. 판례는 정보공개거부처분 취소소송에서 당초 처분사유와 다른 호의 비공개사유를 추가하는 것에 대하여, 그 기초가 되는 사실관계가 다르다는 이유로 기본적 사실관계의 동일성을 부정한 예가 많다.

4. 사안의 적용. 당초 사유인 제6호는 사면대상자 등의 이름과 사유가 공개되면 개인의 사생활의 비밀과 자유가 침해될 우려가 있다는 것으로, 그 기초 사실은 ‘정보에 특정 개인에 관한 사항이 포함되어 있다’는 점이다. 추가하려는 제4호는 형의 집행·교정·보안처분에 관한 정보로서 공개되면 그 직무수행을 현저히 곤란하게 한다는 것으로, 그 기초 사실은 ‘공개가 국가의 형사사법 직무에 미칠 영향’이다. 두 사유는 보호 법익(개인의 사생활 대 국가의 직무수행)과 판단의 기초가 되는 사실이 달라 기본적 사실관계가 동일하다고 볼 수 없다. 따라서 제4호의 추가는 허용되지 않는다.

III. 설문 2 — 패소 확정 후 제4호를 이유로 한 재거부

1. 기속력의 의의와 내용. 처분 등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다(행정소송법 제30조 제1항). 판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것인 경우에는 그 처분을 한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다(같은 조 제2항). 기속력의 내용은 반복금지효, 재처분의무, 원상회복의무이다.

2. 기속력의 범위. (1) 주관적 범위는 당사자인 행정청과 관계행정청이다. (2) 객관적 범위는 판결 주문과 그 전제가 된 처분 등의 구체적 위법사유에 관한 판단에 미친다. 판례는 기속력이 종전 처분사유와 기본적 사실관계가 동일한 사유에만 미치므로, 행정청은 종전 처분사유와 기본적 사실관계가 동일하지 않은 다른 사유를 들어 다시 거부처분을 할 수 있고, 그 사유가 종전 처분 당시 이미 존재하던 것이라도 마찬가지라고 한다. (3) 시간적 범위는 처분 시까지의 사유에 미친다.

3. 사안의 적용. 확정판결은 제6호 사유가 위법하다는 판단에 기초한 것이고, 설문 1에서 본 바와 같이 제4호 사유는 제6호와 기본적 사실관계가 동일하지 않다. 따라서 법무부장관이 제4호를 이유로 다시 거부처분을 하는 것은 기속력에 저촉되지 않으며, 그 자체로 제30조 제2항의 재처분의무를 이행한 것이 된다.

4. 남는 문제. 재거부가 기속력에 반하지 않는다는 것과 그 거부가 실체적으로 적법하다는 것은 별개이다. 사면 관련 자료가 공개된다고 하여 형의 집행·교정 직무수행이 현저히 곤란해진다고 볼 ‘상당한 이유’가 있는지는 엄격히 판단해야 하며, 甲은 재거부에 대해 다시 취소소송을 제기하여 다툴 수 있다. 또한 개인 정보 부분을 가리고 나머지를 공개하는 부분공개(정보공개법 제14조)가 가능한지도 검토되어야 한다.

IV. 결론

제6호와 제4호는 보호법익과 기초 사실이 달라 기본적 사실관계의 동일성이 없으므로 소송 중 제4호 사유의 추가는 허용되지 않는다. 취소판결의 기속력은 판결에서 위법으로 판단된 사유와 기본적 사실관계가 동일한 사유에만 미치므로, 법무부장관은 판결 확정 후 제4호를 이유로 다시 거부할 수 있다. 다만 그 재거부의 실체적 적법성은 별도로 다룰 수 있다.

근거: 행정소송법 제30조 · 정보공개법 제9조 제1항 제4호·제6호, 제14조 · 처분사유 추가·변경과 기속력 범위 판례

2020 제2문

사실상 도로가 포함된 토지의 건축허가 거부

총 30점 · 소문 2개 · 기속행위와 중대한 공익, 처분사유의 변경

제2문 (30점)

甲은 사실상의 도로가 포함된 일단의 토지를 매수하여 임대용 건물을 건축하고자 관할 구청장 A에게 건축허가를 신청하였으나 A는 건축허가신청을 거부하였다. 이에 대해 甲은 건축허가거부처분 취소소송을 제기하였다.

- (1) 구청장 A가 비록 건축법령상 명문으로 규정되지는 않았지만 해당 토지에 건물이 신축될 경우 주민들의 통행에 막대한 지장을 초래하는 등 중대한 공익상의 이유로 甲의 건축허가신청을 거부하였다면 이는 적법한가? (15점)
- (2) 구청장 A가 거부처분의 사유로 '위 토지에 포함된 도로는 「건축법」상 도로이고, 도로상에는 건축을 할 수 없음'을 들었다가 위 취소소송의 계속 중 '해당 토지에 건물이 신축될 경우 주민들의 통행에 지장을 초래한다는 중대한 공익상의 이유'로 거부사유를 변경할 수 있는가? (15점)

출제 포인트

출제 의도 건축허가의 기속성에 대한 판례의 예외(중대한 공익상 필요)와, 거부사유를 법규 위반에서 공익 판단으로 바꾸는 것이 허용되는지를 묻는다. **연결 개념** 기속재량, 법률유보 비판, 비례원칙, 기본적 사실관계의 동일성, 기속력과 관계. **합정** (1)에서 '법령에 없는 사유이므로 위법'으로만 쓰면 판례를 모르는 답안이 된다. 판례의 예외 법리를 쓰고, 비례원칙으로 그 한계를 그어야 한다. (2)는 견해가 갈릴 수 있으므로 근거를 들어 결론을 분명히 한다.

■ 답안 개요(쟁점 지도)

소문	누가·무엇을	근거 조문·판례	결론	분량
(1)	A가 명문 없는 중대한 공익으로 거부	건축법 제11조 · 기속재량 판례	막대한 통행 지장이면 적법(비례원칙 한계)	약 1,000자
(2)	소송 중 거부사유 변경	처분사유 추가·변경 판례	같은 사회적 사실 → 변경 허용	약 1,000자

예시답안 — 2020 제2문

I. 문제의 소재

건축법령에 명문의 거부 사유가 없는데도 중대한 공익상 필요를 이유로 건축허가를 거부할 수 있는지(1문), 그리고 '건축법상 도로'라는 당초 거부사유를 소송 중 '통행 지장이라는 중대한 공익'으로 변경할 수 있는지(2문)가 쟁점이다.

II. 설문 (1) — 중대한 공익상 이유에 의한 거부의 적법성

1. 건축허가의 법적 성질. 건축허가는 건축의 자유에 대한 일반적 금지를 해제하는 강화상 허가로서 원칙적으로 기속행위이다. 판례는 건축허가권자는 건축허가신청이 건축법, 국토계획법 등 관계 법규에서 정

하는 어떠한 제한에 배치되지 않는 이상 당연히 같은 법조에서 정하는 건축허가를 하여야 하고, 관계 법규에서 정하는 제한사유 이외의 사유를 들어 거부할 수는 없다고 한다.

2. 예외 — 중대한 공익상 필요. 그러나 판례는 동시에, 건축허가 신청이 관계 법규의 제한에 배치되지 않더라도 중대한 공익상의 필요가 있는 경우에는 예외적으로 허가를 거부할 수 있다고 한다. 이를 기속재량 행위라고 부르기도 한다. 판례는 건축하려는 토지가 오랫동안 주민의 통행로로 이용되어 온 사실상의 도로이고, 건축물이 들어서면 주민의 통행이 막히거나 현저히 곤란해지는 경우에 이러한 중대한 공익상 필요를 인정한 예가 있다.

3. 비판과 한계. 법률에 근거 없는 거부 사유를 판례로 인정하는 것은 법률유보원칙과 건축의 자유(재산권)에 비추어 문제가 있다는 비판이 있다. 따라서 ‘중대한 공익’은 엄격하게 해석해야 하며, 비례원칙에 따라 ① 통행로가 사용되어 온 기간과 이용 주민의 범위, ② 대체 통행로의 유무, ③ 건축물 배치 조정이나 일부 공간 확보 등 덜 침해적인 수단의 존재, ④ 신청인이 입는 재산권 제한의 정도를 비교형량하여야 한다.

4. 사안의 적용. 甲이 매수한 토지에는 사실상의 도로가 포함되어 있고, 건물이 신축되면 주민들의 통행에 ‘막대한 지장’이 초래된다. 이것이 오랜 기간 불특정 다수 주민이 이용해 온 유일한 통행로이고 대체로를 확보하기 어려운 사정이라면 중대한 공익상 필요가 인정되어 거부는 적법하다. 반면 대체 통행로가 있거나 건축 계획 조정으로 통행로를 남길 수 있음에도 전면 거부하였다면 비례원칙에 반하여 위법하다. 설문이 ‘막대한 지장’을 전제로 하므로 원칙적으로 거부는 적법하다고 본다.

III. 설문 (2) — 소송 중 거부사유의 변경

1. 처분사유 추가·변경의 허용 범위. 판례는 처분청이 처분 당시 적시한 구체적 사실을 변경하지 않는 범위 안에서, 당초 처분사유와 기본적 사실관계가 동일하다고 인정되는 한도 내에서만 다른 처분사유를 추가하거나 변경할 수 있다고 한다. 기본적 사실관계의 동일성은 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지에 따라 결정된다. 처분의 근거 법령만을 추가·변경하거나 당초 처분사유를 구체적으로 설명하는 데 불과한 경우에는 새로운 처분사유의 추가라고 볼 수 없다. 변경은 사실심 변론종결 시까지 가능하다.

2. 사안의 적용. 당초 사유는 ‘토지에 포함된 도로가 건축법상 도로이므로 그 위에 건축할 수 없다’는 것이고, 변경하려는 사유는 ‘건물이 신축되면 주민 통행에 지장을 주므로 중대한 공익상 필요가 있다’는 것이다. 두 사유는 법적 평가(건축법상 도로에 해당한다는 법규 위반 판단과 법규 밖의 공익 판단)는 다르지만, 모두 ‘甲의 토지 일부가 주민의 통행로로 이용되고 있어 그 위에 건물을 지을 수 없다’는 동일한 사회적 사실에 기초한다. 처분 당시 A가 적시한 구체적 사실(토지 내 도로의 존재)도 변하지 않는다. 따라서 기본적 사실관계의 동일성이 인정되어 거부사유의 변경은 허용된다고 보는 것이 타당하다.

3. 반대 견해. 당초 사유는 건축법상 도로 지정이라는 법적 사실에, 변경 사유는 통행 실태와 공익 형량이라는 다른 사실에 기초하므로 동일성이 없다는 견해도 가능하다. 그러나 이 견해에 따르면더라도 A는 판결 확정 후 변경 사유로 다시 거부할 수 있어(기속력의 객관적 범위 밖) 분쟁이 되풀이될 뿐이므로, 甲의 방어권이 침해되지 않는 한 소송 안에서 함께 판단하는 것이 분쟁의 일회적 해결에 부합한다.

IV. 결론

건축허가는 원칙적으로 기속행위이지만 판례는 중대한 공익상 필요가 있으면 거부를 허용하므로, 주민 통행에 막대한 지장을 주는 경우 비례원칙을 지킨 거부는 적법하다. 당초 사유와 변경 사유는 모두 토지 일부가 통행로로 이용된다는 같은 사회적 사실에 기초하므로 기본적 사실관계가 동일하여 소송 중 거부사유의 변경이 허용된다.

근거: 건축법 제11조·행정소송법 제26조, 제30조·건축허가의 기속성과 중대한 공익상 필요, 처분사유 추가·변경의 기본적 사실관계 동일성에 관한 대법원 판례

2021 제3문

취소판결의 기속력

총 15점 · 논술형 · 성질, 내용, 범위, 위반의 효과와 간접강제

제3문 (15점)

취소판결의 기속력을 논하시오.

출제 포인트

출제 의도 15점 약술형이므로 의의·성질 → 내용 → 범위 → 위반 효과·실효성 확보의 목차를 압축해서 빠짐없이 쓰는 것이 관건이다. **연결 개념** 행정소송법 제30조·제34조·제38조, 기판력과의 구별, 기본적 사실관계의 동일성, 처분시절. **합정 범위** 중 객관적 범위(기본적 사실관계)와 시간적 범위(처분 시)를 빠뜨리기 쉽다. 간접강제를 무효확인판결에도 준용된다고 쓰면 틀린다.

■ 답안 개요

항목	쟁점	근거 조문·판례	결론	분량
I ~ II	의의·성질·내용	행정소송법 제30조 제1항~제3항	특수효력설, 반복금지·재처분·원상회복	약 500자
III	범위	기속력 범위 판례	주관·객관·시간적 범위	약 400자
IV ~ V	위반 효과·간접강제·평가	제34조, 제38조 · 간접강제 판례	당연무효, 간접강제	약 400자

예시답안 — 2021 제3문

I. 의의와 성질

취소판결의 기속력은 처분등을 취소하는 확정판결이 당사자인 행정청과 관계행정청에게 판결의 취지에 따라 행동하도록 구속하는 효력이다(행정소송법 제30조 제1항). 기판력이 후소 법원과 당사자를 구속하는 소송법적 효력인 데 비해, 기속력은 행정청을 실체법적으로 구속한다는 점에서 다르다. 그 성질은 취소판결의 실효성을 확보하기 위해 법률이 특별히 인정한 효력으로 보는 특수효력설이 통설·판례이다. 기속력은 인용판결에만 인정된다.

II. 내용

1. 반복금지효. 행정청은 동일한 사실관계 아래에서 동일한 당사자에게 동일한 내용의 처분을 반복해서는 안 된다.

2. 재처분의무. 판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것인 경우, 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다(제30조 제2항). 신청에 따른 처분이 절차의 위법을 이유로 취소된 경우에도 같다(같은 조 제3항). 재처분은 반드시 신청을 인용하는 것 이어야 하는 것은 아니며, 판결이 위법하다고 한 사유와 다른 적법한 사유로 다시 거부할 수 있다.

3. 원상회복의무(결과제거의무). 취소된 처분으로 인해 생긴 위법한 사실상태를 제거할 의무가 있다는 것이 다수설이다.

III. 범위

1. 주관적 범위. 당사자인 행정청뿐 아니라 그 밖의 관계행정청에도 미친다(제30조 제1항).

2. 객관적 범위. 판결 주문과 그 전제가 된 처분의 구체적 위법사유에 관한 판단에 미친다. 판례는 기속력이 종전 처분의 사유와 기본적 사실관계가 동일한 사유에만 미치므로, 기본적 사실관계가 다른 사유로 다

시 같은 내용의 처분을 하는 것은 기속력에 반하지 않으며, 그 사유가 종전 처분 당시 존재하던 것이라도 같다고 한다. 절차·형식의 위법으로 취소된 경우 그 하자를 보완하여 같은 내용의 처분을 다시 하는 것도 허용된다.

3. 시간적 범위. 처분의 위법 판단 기준시는 처분 시이므로 기속력은 처분 시까지의 사유에 미친다. 처분 후의 법령 개정이나 사실관계의 변경을 이유로 새로운 처분을 하는 것은 기속력에 반하지 않는다.

IV. 위반의 효과와 실효성 확보

기속력에 위반한 처분은 판례상 하자가 중대·명백하여 당연무효이다. 거부처분 취소판결에도 행정청이 재처분을 하지 않으면, 제1심 수소법원은 당사자의 신청에 따라 상당한 기간을 정하고 그 기간 내에 이행하지 않으면 지연기간에 따라 일정한 배상을 하거나 즉시 손해배상을 할 것을 명할 수 있다(간접강제, 제34조). 판례는 기속력에 반하는 무효의 재처분은 재처분이 없는 것과 같다고 보아 간접강제를 허용한다. 기속력은 무효등확인판결과 부작위위법확인판결에도 준용되지만(제38조 제1항·제2항), 간접강제는 부작위위법확인판결에만 준용되고 무효확인판결에는 준용되지 않는다는 것이 판례이다.

V. 평가

기속력은 의무이행소송이 없는 현행 체계에서 취소판결의 실효성을 확보하는 핵심 장치이지만, 다른 사유에 의한 거부 반복을 막지 못한다는 한계가 있다.

근거: 행정소송법 제30조 제1항~제3항, 제34조, 제38조 · 기속력의 범위와 간접강제에 관한 대법원 판례

2026 제2문

국적비보유판정과 신뢰보호, 판결 후 재처분

총 30점 · 소문 2개 · 공적 견해표명, 국적법정주의, 재처분의무, 간접강제

제2문 (30점)

甲은 대한민국 국적인 아버지와 X국 국적인 어머니 사이에서 태어난 혼인의 출생자로서, 출생신고에 따라 주민등록번호를 부여받았으며 甲의 가족관계등록부도 작성되었다. 이후 甲의 부모는 혼인신고를 하였는데, 관할 행정청 A는 당초 甲에 대한 출생신고가 ‘외국인 어머니와의 혼인의 자녀의 출생신고’라는 이유로 甲의 가족관계등록부를 말소하였다. 이에 甲의 아버지는 甲에 대한 인지신고를 하였고, 甲은 아버지의 가족관계등록부에 자녀로 등재되었으나 그 국적이 X국으로 표시되었고 甲의 가족관계등록부는 별도로 작성되지 않았다. 甲이 17세 때 주민등록증이 발급되었고, 이후 甲의 어머니가 대한민국 국민으로 귀화하였는데, 당시 미성년자였던 甲은 「국적법」 제8조에서 정한 국적 수반취득 절차를 진행하지 않았다. 甲은 출생 이후 계속 대한민국에 거주하며 생활하였고, 대학 재학 중에는 대한민국 국적자를 대상으로 한 국가장학금을 받기도 하였다. 출입국관리 행정청 B는 甲의 부모에게 甲이 대한민국 국적을 취득하지 못하였음을 전제로 「국적법」 제3조에서 정한 인지에 의한 국적 취득 절차를 안내하였으나, 甲의 부모는 이러한 절차를 진행하지 않았고, B는 甲에게 별도로 국적 취득 절차를 안내하지 않았다. 甲은 성년이 된 후 「국적법」 제20조에 따라 국적비보유판정을 신청하였으나, 법무부장관 C는 “甲은 한국인 아버지와 외국인 어머니 사이 사실혼관계에서 출생하여 대한민국 국적을 취득할 수 없음에도 출생신고가 수리되어 가족관계등록부가 작성되었으나 이후 가족관계등록부가 말소된 자로 대한민국 국적 보유자가 아니다.”라는 이유로 甲에 대하여 국적비보유판정(이하 ‘이 사건 판정’이라 한다)을 하였다.

- (1) 甲은 이 사건 판정에 대한 취소소송을 제기하면서 이 사건 판정은 신뢰보호의 원칙에 반하여 위법하다고 주장한다. 이러한 甲의 주장이 타당한지 검토하시오. (15점)
- (2) 만일 위 취소소송에서 이 사건 판정을 취소하는 판결이 확정되었다면 C는 甲에게 국적비보유판정을 하여야 하는지 검토하고, 나아가 C가 아무런 조치도 하지 않는 경우 그 이행을 강제하는 방안에 대하여 검토하시오. (15점)

〈참조 조문〉

현행법령 등을 사례해결에 적합하도록 수정하였음

「국적법」

제3조(인지에 의한 국적 취득) ① 대한민국의 국민이 아닌 자(이하 “외국인”이라 한다)로서 대한민국의 국민인 부 또는 모에 의하여 인지(認知)된 자가 다음 각 호의 요건을 모두 갖추면 법무부장관에게 신고함으로써 대한민국 국적을 취득할 수 있다.

1. 대한민국의 「민법」 상 미성년일 것
2. 출생 당시에 부 또는 모가 대한민국의 국민이었을 것
- ② 제1항에 따라 신고한 자는 그 신고를 한 때에 대한민국 국적을 취득한다.
- ③ 제1항에 따른 신고 절차와 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제8조(수반 취득) ① 외국인의 자(子)로서 대한민국의 「민법」 상 미성년인 사람은 부 또는 모가 귀화허가를 신청할 때 함께 국적 취득을 신청할 수 있다.

- ② 제1항에 따라 국적 취득을 신청한 사람은 부 또는 모가 대한민국 국적을 취득한 때에 함께 대한민국 국적을 취득한다.

③ 제1항에 따른 신청절차와 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제20조(국적 판정) ① 법무부장관은 대한민국 국적의 취득이나 보유 여부가 분명하지 아니한 자에 대하여 이를 심사한 후 판정할 수 있다.

- ② 제1항에 따른 심사 및 판정의 절차와 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

출제 포인트

출제 의도 오랫동안 국민으로 대우받은 사람에 대한 국적비보유판정이라는 사실관계로, 신뢰보호원칙의 요건과

한계(법률적합성), 그리고 거부적 처분 취소판결의 기속력을 묻는다. **연결 개념** 행정기본법 제12조, 신뢰보호 5 요건, 헌법 제2조 제1항, 확인행위, 행정소송법 제30조 제2항·제34조. **합정** (1)은 결론이 갈릴 수 있는 문제이다. 공적 견해표명의 주체와 이후의 반대 견해표명(등록부 말소, 국적 X국 표시, 절차 안내), 그리고 국적이 법률로 정해지는 지위라는 점을 모두 다루어야 설득력 있는 답안이 된다. (2)에서는 판결 이유가 무엇이었는지에 따라 재처분의 내용이 달라진다는 점을 써야 한다.

■ 답안 개요(쟁점 지도)

소문	누가·무엇을	근거 조문·판례	결론	분량
(1)	甲이 국적비보유판정의 신뢰보호 위반 주장	행정기본법 제12조·헌법 제2조·국적법 제3조, 제8조, 제20조	국적법정주의상 신뢰만으로 국적 창설 불가 → 부당(반대설 가능)	약 1,300자
(2)	취소판결 후 C의 재처분의 무와 강제	행정소송법 제30조 제2항, 제34조·행정심판법 제50조, 제50조의2	판결 취지에 따른 재판정, 불이행 시 간접강제	약 1,000자

예시답안 — 2026 제2문

I. 문제의 소재

국가가 오랫동안 甲을 국민으로 대우해 온 사정에 비추어 국적비보유판정이 신뢰보호원칙에 반하는지(1문), 그 판정을 취소하는 판결이 확정되면 법무부장관 C가 국적비보유판정을 하여야 하는지와 C가 아무 조치도 하지 않을 때의 강제 수단(2문)이 쟁점이다. 국적판정은 국적의 존부를 확인하는 처분이라는 점이 두 설문의 공통 전제이다.

II. 설문 (1) — 신뢰보호원칙 위반 여부

1. 근거와 요건. 행정청은 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고는 행정에 대한 국민의 정당하고 합리적인 신뢰를 보호하여야 한다(행정기본법 제12조 제1항). 판례는 ① 행정청의 공적 견해표명, ② 그 신뢰에 대한 개인의 귀책사유 부존재, ③ 신뢰에 기초한 개인의 행위, ④ 견해표명에 반하는 처분과 그로 인한 이익 침해, ⑤ 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해할 우려가 없을 것을 요건으로 한다.

2. 공적 견해표명. 출생신고 수리와 가족관계등록부 작성, 주민등록번호 부여, 17세 때의 주민등록증 발급, 국민을 대상으로 한 국가장학금 지급은 모두 甲을 대한민국 국민으로 취급한 행정작용이다. 다만 이후 A가 가족관계등록부를 말소하고, 인지 후 아버지의 등록부에 甲의 국적이 X국으로 표시되었으며, B가 부모에게 국적 취득 절차를 안내한 것은 국가가 甲을 국민으로 보지 않는다는 반대의 견해를 표명한 것이다. 그 뒤의 주민등록증 발급 등도 국적 판단 권한을 가진 법무부장관의 견해표명은 아니다.

3. 귀책사유와 신뢰의 보호가치. 甲은 미성년자였으므로 국적 취득 절차를 스스로 진행하기 어려웠고, B는 甲에게 직접 안내하지 않았다. 그러나 법정대리인인 부모가 인지에 의한 국적 취득과 수반취득 절차를 안내받고도 진행하지 않았으므로, 신뢰 형성에 관련된 사정은 甲 측의 영역에 속한다는 평가도 가능하다.

4. 국적법정주의와 확인행위의 성질. 헌법 제2조 제1항은 대한민국 국민이 되는 요건을 법률로 정하도록 한다. 국적은 법률이 정한 요건에 따라 취득되며, 국적법 제20조의 판정은 이미 존재하는 국적의 보유 여부를 확인하는 행위이다. 신뢰보호원칙은 행정청의 형성적 결정에서 법률적합성과 형량되는 원칙이지, 법률이 정한 요건을 갖추지 못한 자에게 국적이라는 법적 지위를 창설하는 근거가 될 수는 없다. 혼인의 출

생자로서 출생 당시 부와 법률상 친자관계가 없던 甲은 인지 후 미성년 동안 국적법 제3조의 신고를 하였어야 국적을 취득하는 구조였고, 그 신고도 수반취득 신청도 하지 않았다.

5. 형량과 소결. 甲이 평생 대한민국 국민으로 생활해 온 사익은 매우 크지만, 국적 취득 요건을 법률로 정한 질서를 개별 신뢰로 무력화하면 국적법 체계 전체가 흔들린다는 공익도 중대하다. 따라서 이 사건 판정이 신뢰보호원칙에 반하여 위법하다는 甲의 주장은 받아들이기 어렵다. 다만 국가가 장기간 국민으로 대우한 사정은 귀화 등 국적 취득 절차에서의 특례나 행정청의 안내 의무 강화로 고려되어야 하며, 신뢰보호 위반을 인정하여 판정을 취소하는 견해도 가능하다. 이 경우 2문의 문제가 생긴다.

III. 설문 (2) — 취소판결 확정 후 C의 의무와 그 강제

1. 판정의 성질. 국적판정은 甲의 신청에 대하여 국적 보유 여부를 판단하는 처분이고, 비보유판정은 국적 보유 확인을 구하는 신청을 받아들이지 않은 것이므로 거부처분의 성질을 가진다.

2. 재처분의무. 판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것인 경우, 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다(행정소송법 제30조 제2항). 기속력은 판결 주문과 그 전제가 된 위법사유의 판단에 미치므로, C는 판결이 위법하다고 판단한 사유와 기본적인 사실관계가 같은 사유로 다시 비보유판정을 할 수 없다. 판결이 甲의 국적 보유를 전제로 신뢰보호 위반을 인정한 것이라면, 판정은 확인행위로서 국적 보유 여부 외에 달리 선택할 내용이 없으므로 C는 국적보유판정을 하여야 한다. 반면 판결이 절차상 하자만을 이유로 취소한 것이라면 C는 절차를 보완하여 다시 판정할 수 있고, 판결 이후 새로 생긴 사유나 기본적인 사실관계가 다른 사유로는 다른 판정을 할 수도 있다.

3. 이행 강제 수단. (1) 간접강제. 행정청이 제30조 제2항의 처분을 하지 않는 때에는 제1심 수소법원은 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 상당한 기간을 정하고 그 기간 내에 이행하지 않으면 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상을 할 것을 명할 수 있다(제34조 제1항). 판례는 이 배상금이 재처분을 촉구하기 위한 심리적 강제수단이므로, 기간 경과 후라도 재처분이 이루어지면 더 이상 배상금을 추심할 수 없다고 본다. 또한 C가 판결 취지에 반하는 판정을 다시 한다면 그 판정은 기속력에 반하여 무효이므로, 재처분을 하지 않은 것과 같이 보아 간접강제를 신청할 수 있다. (2) 그 밖의 수단. C의 부작위에 대해서는 부작위위법확인소송이나 의무이행심판(처분명령재결 불이행 시 직접처분·간접강제, 행정심판법 제50조, 제50조의2)도 생각할 수 있고, 손해가 생기면 국가배상을 청구할 수 있다.

IV. 결론

국가가 甲을 오랫동안 국민으로 대우해 온 사정은 공적 견해표명으로 볼 여지가 있으나, 반대의 견해표명이 있었고 국적은 법률이 정한 요건에 따라 확인되는 지위이므로 신뢰보호를 이유로 비보유판정을 위법하다고 보기는 어렵다. 판정 취소판결이 확정되면 C는 판결 취지에 따라 다시 판정하여야 하고, 판결이 국적 보유를 전제로 한 것이면 국적보유판정을 하여야 한다. C가 아무 조치도 하지 않으면 甲은 간접강제를 신청할 수 있다.

근거: 헌법 제2조 제1항·국적법 제3조, 제8조, 제20조·행정기본법 제12조 제1항·행정소송법 제30조 제2항, 제34조·행정심판법 제50조, 제50조의2·신뢰보호 요건과 간접강제 배상금의 성질에 관한 대법원 판례

2026 제3문

당사자소송의 의의·종류와 가처분

총 20점 · 논술형 · 실질적·형식적 당사자소송, 집행정지 준용 배제, 민사집행법상 가처분

제3문 (20점)

당사자소송의 의의 및 종류와 당사자소송에서의 가처분 인정 여부를 논하시오.

출제 포인트

출제 의도 당사자소송을 항고소송과 대비하여 정리하고, 가구제에서 두 소송이 어떻게 갈리는지 묻는다. **연결 개념** 행정소송법 제3조 제2호, 제8조 제2항, 제23조, 제39조, 제44조, 토지보상법 제85조 제2항, 당사자소송 가처분 판례. **함정** 종류를 쓸 때 판례가 당사자소송으로 본 예(손실보상금, 부가가치세 환급세액, 공법상 계약)를 구체적으로 들어야 점수가 난다. 가처분은 ‘항고소송 불허 ↔ 당사자소송 허용’의 대비로 쓴다.

■ 답안 개요

항목	쟁점	근거 조문·판례	결론	분량
I	의의	행정소송법 제3조 제2호, 제39조, 제41조	공법상 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송	약 300자
II	종류	토지보상법 제85조 제2항 · 당사자소송 판례	실질적·형식적 당사자소송	약 500자
III	가처분	제8조 제2항, 제23조, 제44조 제1항 · 가처분 판례	집행정지 준용 없음, 가처분 허용	약 500자

예시답안 — 2026 제3문

I. 당사자소송의 의의

당사자소송은 행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송이다(행정소송법 제3조 제2호). 항고소송이 행정청의 우월적 공권력 행사 자체의 위법을 다투는 소송인 데 비해, 당사자소송은 대등한 당사자 사이의 공법상 법률관계를 다투는 소송이다. 피고는 처분청이 아니라 국가·공공단체 그 밖의 권리주체이며(제39조). 취소소송과 달리 제소기간과 행정심판 전치의 제한이 원칙적으로 없고, 법령에 제소기간이 정해져 있으면 그에 따른다(제41조).

II. 당사자소송의 종류

1. 실질적 당사자소송. 공법상 법률관계 자체를 소송물로 하는 소송이다. ① 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송, ② 공법상 신분·지위의 확인을 구하는 소송(공무원 지위 확인 등), ③ 공법상 금전지급 청구소송(공무원 보수·퇴직금, 법령에 따른 손실보상금 등), ④ 공법상 계약에 관한 소송(계약직 공무원의 채용계약 해지에 관한 분쟁 등)이 이에 속한다. 판례는 하천구역 편입 토지에 대한 손실보상청구, 부가가치세 환급세액 지급청구, 이주대책대상자로 확인·결정된 자의 수분양권 확인, 공법상 계약의 해지 의사표시의 무효 확인 등을 당사자소송으로 본다.

2. 형식적 당사자소송. 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송이지만 실질적으로 처분의 내용을 다투면서도 처분청이 아니라 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송이다. 개별 법률에 명문 규정이 있어야 인정된다는 것이 통설이다. 대표적 예가 토지보상법상 수용재결 중 보상금에 대한 증감을 구하는 보상금증감소송으로, 토지소유자는 사업시행자를, 사업시행자는 토지소유자를 피고로 한다(토지보상법 제85조 제2항).

III. 당사자소송에서의 가처분

1. 항고소송과의 비교. 행정소송법은 취소소송 등에 집행정지(제23조)를 두고 있다. 판례는 민사집행법상 가처분은 항고소송에는 허용되지 않는다고 본다. 행정소송법이 집행정지라는 별도의 가구제를 두었고, 처분에 대한 가처분은 행정청의 1차적 판단권을 침해한다는 이유이다.

2. 당사자소송의 경우. 행정소송법 제44조 제1항은 당사자소송에 취소소송에 관한 여러 규정을 준용하면서 집행정지에 관한 제23조는 준용하지 않는다. 당사자소송은 처분의 효력을 다투는 것이 아니므로 집행정지가 맞지 않기 때문이다. 그 대신 제8조 제2항은 행정소송법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여 민사소송법과 민사집행법을 준용하도록 한다. 판례는 당사자소송에 대하여는 행정소송법 제8조 제2항에 따라 민사집행법상 가처분에 관한 규정이 준용되어야 한다고 보았다. 따라서 공무원 지위 확인소송에서 임시의 지위를 정하는 가처분, 공법상 금전채권에 대한 가압류 등이 가능하다.

3. 검토. 당사자소송은 대등한 당사자 사이의 권리관계를 다투는 점에서 민사소송과 구조가 같고, 가구제가 없으면 판결 전에 권리 실현이 불가능해질 수 있으므로 가처분을 인정하는 판례가 타당하다. 덧붙여 국가를 상대로 하는 당사자소송에서 가집행선고를 금지하던 행정소송법 제43조는 헌법재판소의 위헌결정(2022)으로 효력을 잃었으므로, 국가 상대 당사자소송에서도 가집행선고가 가능하다.

IV. 결론

당사자소송은 공법상 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송으로서, 공법상 권리관계 자체를 다투는 실질적 당사자소송과 처분을 원인으로 하되 법률관계의 당사자를 피고로 하는 형식적 당사자소송(보상금증감소송 등)으로 나뉜다. 집행정지는 준용되지 않지만, 판례는 행정소송법 제8조 제2항에 따라 민사집행법상 가처분을 준용하여 당사자소송에서의 가처분을 허용한다.

근거: 행정소송법 제3조 제2호, 제8조 제2항, 제23조, 제39조, 제41조, 제43조, 제44조 제1항 · 토지보상법 제85조 제2항 · 당사자소송의 가처분에 관한 대법원 판례 · 헌법재판소 2022년 행정소송법 제43조 위헌결정

제9장

지방자치법

조례제정권의 범위와 한계 · 추가조례와 초과조례 · 조례에 대한 위임 · 자치사무와 기관위임사무 · 국가·지방
자치단체의 항고소송 · 주민소송 | 기출 3문항: 2017-3, 2024-1, 2026-1

이 장에서 다루는 내용

9-1 핵심 개념	112
9-2 기출 풀이	115
2017 제3문 추가조례와 초과조례	115
2024 제1문 태양광발전시설 이격거리 조례와 개발행위허가 거부	117
2026 제1문 교도소 재건축 협의 거부와 도로 지하 점용허가	120

9-1 핵심 개념

지방자치법은 2021년 전부개정(2022년 1월 시행)으로 조문 번호가 크게 바뀌었다. 조례제정권은 구 제22조 → 현행 제28조, 사무 범위는 구 제9조 → 현행 제13조, 주민소송은 구 제17조 → 현행 제22조로 옮겨졌다. 출제 연도에 맞는 번호를 쓰되, 확신이 없으면 ‘지방자치법은 …라고 규정한다’처럼 내용으로 쓴다.

조례제정권의 범위와 한계

지방자치단체는 법령의 범위에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다(헌법 제117조 제1항, 지방자치법 제28조 제1항 본문). ① 사무의 한계: 자치사무와 단체위임사무에 관하여만 조례를 제정할 수 있고, 기관위임사무는 법령이 조례로 정하도록 위임한 경우에만 가능하다. ② 법률우위: ‘법령의 범위에서’는 법령에 위반되지 않는 범위를 뜻한다. ③ 법률유보: 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다(제28조 제1항 단서). 판례와 헌법재판소는 조례에 대한 위임은 자치입법의 특성상 포괄적인 것으로도 족하다고 본다.

대립 구도

침익적 조례(법률 위임 필요) ↔ 수익적 조례(위임 불요)

쓰이는 기출 2017-3, 2024-1 (1)

답안 속 문장

“이 사건 조례는 토지소유자의 개발행위를 제한하는 침익적 조례이므로 지방자치법 제28조 제1항 단서에 따라 법률의 위임이 필요하나, 그 위임은 포괄적인 것으로도 족하다.”

추가조례와 초과조례

추가조례는 법령과 같은 목적에서 법령이 규율하지 않은 대상·사항을 추가로 규율하고, 초과조례는 법령과 같은 대상에 대해 법령보다 강화(침익)되거나 확대(수익)된 기준을 정한다. 판례는 조례가 법령과 별도의 목적에 기한 것으로서 법령의 목적과 효과를 저해하지 않거나, 같은 목적이라도 국가 법령이 전국에 걸쳐 일률적으로 같은 내용을 규율하려는 취지가 아니고 지방 실정에 맞는 별도 규율을 용인하는 취지이면 법령에 위반되지 않는다고 본다. 침익적 추가·초과조례는 법률의 위임이 없으면 위법하고(차고지 확보 조례 사례), 법률이 더 엄격한 기준을 조례로 정할 수 있게 명시한 경우(환경 기준 등)에는 허용된다.

대립 구도

법률선점이론 ↔ 판례의 취지 해석 기준

쓰이는 기출 2017-3

답안 속 문장

“수익적 초과조례는 법령이 급부의 상한을 정한 취지가 아닌 한 허용되지만, 침익적 초과조례는 법률의 위임 없이는 허용되지 않는다.”

조례에 대한 위임 근거와 행정규칙

법률유보가 요구하는 것은 법률(또는 법률의 위임을 받은 법규명령)의 위임이므로, 훈령·지침 같은 행정규칙은 그 자체로 조례의 위임 근거가 될 수 없다. 다만 지침이 상위 법령의 위임 범위를 확인하는 데 그치는 경우 위임 근거는 상위 법령에서 찾는다. 국토계획법령은 개발행위허가의 기준을 정하면서 그 세부 기준

을 지역 실정에 맞게 도시·군계획조례로 정하는 것을 예정하고 있고, 판례는 태양광발전시설의 이격거리를 정한 조례가 국토계획법령의 위임 범위 안에 있으며 비례원칙에도 반하지 않는다고 보았다.

대립 구도

법령의 위임(근거) ↔ 행정규칙의 확인(근거 아님)

쓰이는 기출 2024-1 (1)·(2)

답안 속 문장

“지침 1-2-2는 ‘법률, 같은 법 시행령에서 위임한 범위 안에서’라고 하여 위임 범위를 확인할 뿐이므로, 위임의 근거는 지침이 아니라 국토계획법령에서 찾아야 한다.”

자치사무와 기관위임사무의 구별

판례는 법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 규정된 사무가 자치사무인지 기관위임사무인지를 판단할 때 그 법령의 규정 형식과 취지를 우선 고려하고, 사무의 성질이 전국적으로 통일적인 처리가 요구되는 것인지, 그 경비 부담과 최종적인 책임 귀속의 주체가 누구인지 등도 함께 고려한다. 지방자치법은 지방자치단체 사무를 예시하고(제13조), 외교·국방 등 국가 존립에 필요한 사무와 전국적 통일이 필요한 사무 등은 국가사무로 하여 지방자치단체가 처리할 수 없게 한다(제15조). 구별은 조례제정 가능성, 감독의 범위(자치사무는 합법성 감독), 지방의회의 관여, 비용부담, 소송 형태에 영향을 준다.

대립 구도

자치사무(합법성 감독) ↔ 기관위임사무(합목적성까지 감독)

쓰이는 기출 2026-1 (1)

답안 속 문장

“건축허가는 지역의 토지이용과 주민 생활환경을 규율하는 사무로서 지역 실정에 따른 판단이 필요하므로 자치사무이고, 이를 대신하는 공용건축물 협의도 같다.”

국가·지방자치단체의 항고소송 원고적격

행정주체 상호 간의 분쟁은 원칙적으로 기관소송(행정소송법 제45조, 법정주의)이나 권한쟁의심판으로 해결한다. 그러나 판례는 지방자치단체장이 국가나 다른 지방자치단체의 건축협의 신청을 거부하거나 협의를 취소한 경우, 그 행위는 건축을 불가능하게 하는 처분이고, 국가 등은 건축주로서 법적 불이익을 입으며 이를 다룰 기관소송이나 권한쟁의 등 다른 적절한 수단이 없다는 이유로 국가 등에게도 항고소송의 원고적격을 인정한다. 반면 국가가 감독권 등 다른 수단으로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 원고적격이 부정될 수 있다.

대립 구도

기관소송 법정주의 ↔ 실효적 구제를 위한 항고소송 허용

쓰이는 기출 2026-1 (2)

답안 속 문장

“대한민국은 교도소의 소유자이자 건축주로서 협의 거부로 재건축을 할 수 없게 되었고 다룰 다른 수단도 없으므로 취소소송의 원고적격이 인정된다.”

주민소송

공금의 지출, 재산의 취득·관리·처분, 해당 지방자치단체를 당사자로 하는 계약의 체결·이행, 지방세·사용료·수수료·과태료 등 공금의 부과·징수를 게을리한 사항에 관하여 주민감사를 청구한 주민은 감사 결과 등에 불복하여 지방자치단체의 장을 상대로 주민소송을 제기할 수 있다(지방자치법 제22조). 유형은 중지청구, 취소·무효확인, 해태사실의 위법확인, 손해배상·부당이득반환청구 요구 소송이다. 판례는 도로 등 공물의 점용허가가 공물의 본래 기능이나 목적과 무관하게 그 사용가치를 실현·활용하기 위한 것으로 평가되면 ‘재산의 관리·처분’에 해당하여 주민소송의 대상이 된다고 보았다.

대립 구도

공물 관리(통행 기능 유지, 비대상) ↔ 재산 관리(사용가치 활용, 대상)

쓰이는 기출 2026-1 (4)

답안 속 문장

“군 소유 도로 지하에 사인의 상가를 설치하게 하는 점용허가는 도로의 통행 기능과 무관하게 그 사용가치를 활용하게 하는 것이므로 재산의 관리·처분에 해당한다.”

9-2 기출 풀이

2017 제3문

추가조례와 초과조례

총 20점 · 약술형 · 법률우위와 법률유보, 판례의 허용 기준, 수익적·침익적 조례

제3문 (20점)

추가조례와 초과조례에 관하여 약술하시오.

출제 포인트

출제 의도 조례와 법령의 관계를 ‘법률우위 → 법률유보’의 두 단계로 정리할 수 있는지 묻는 약술형이다. **연결 개념** 헌법 제117조 제1항, 지방자치법(구 제22조), 법률선점이론, 판례의 허용 기준, 차고지 확보 조례, 환경 분야의 명시적 허용. **함정** 개념 정의만 쓰고 허용 기준을 빠뜨리면 점수가 절반으로 줄어든다. 수익적·침익적 구분에 따른 결론을 분명히 쓴다.

■ 답안 개요

항목	쟁점	근거 조문·판례	결론	분량
I ~ II	의의와 근거·한계	헌법 제117조·지방자치법(구 제22조)	법률우위·법률유보	약 400자
III	허용 기준	조례와 법령 관계 판례	별도 목적 또는 지방별 규율 용인 취지	약 300자
IV ~ V	유형별 검토·평가	차고지 조례 판례	수익적 넓게, 침익적 위임 필요	약 500자

예시답안 — 2017 제3문

I. 의의

추가조례는 법령이 규율하는 사항과 같은 목적에서 법령이 규율하지 않은 대상이나 사항을 추가로 규율하는 조례이고, 초과조례는 법령이 이미 규율하는 같은 대상에 대하여 법령보다 강화된(침익적인 경우) 또는 확대된(수익적인 경우) 기준을 정하는 조례이다. 둘 다 조례와 법령의 관계, 즉 법률우위와 법률유보의 한계 안에서 허용 여부가 문제된다.

II. 법적 근거와 한계

1. 법률우위. 헌법 제117조 제1항은 지방자치단체가 “법령의 범위 안에서” 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다고 하고, 지방자치법도 지방자치단체는 법령의 범위에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다고 정한다. ‘법령의 범위 안에서’는 법령에 위반되지 않는 범위를 뜻한다는 것이 판례이다. 따라서 추가·초과조례도 상위 법령에 위반되어서는 안 된다.

2. 법률유보. 지방자치법은 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다고 규정한다(당시 제22조 단서, 현행 제28조 제1항 단서). 따라서 침익적 추가·초과조례는 법률의 위임이 필요하다.

III. 허용 기준

1. 법률선점이론과 그 완화. 과거에는 국가 법령이 이미 규율하고 있는 사항에 대해서는 조례로 정할 수 없다는 법률선점이론이 있었다. 그러나 지방자치의 취지에 비추어 오늘날에는 법령의 규율 취지를 개별적으로 해석하는 방식으로 완화되었다.

2. 판례의 기준. 판례는 조례가 규율하는 특정 사항에 관하여 그것을 규율하는 국가 법령이 이미 존재하는 경우에도, 조례가 법령과 별도의 목적에 기한 것으로서 그 적용으로 법령의 목적과 효과를 저해하지 않거나, 양자가 같은 목적이라도 국가 법령이 반드시 전국에 걸쳐 일률적으로 같은 내용을 규율하려는 취지가 아니고 각 지방자치단체가 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하는 취지라고 해석될 때에는 그 조례가 법령에 위반되지 않는다고 본다.

IV. 유형별 검토

1. 수익적 추가·초과조례. 주민에게 법령보다 넓은 급부를 제공하는 조례(예: 법령상 지원 대상 외의 주민에게 생활지원금을 지급)는 법률유보의 문제가 없고, 법령이 급부의 상한을 정한 취지가 아니라면 허용된다. 판례도 법령이 정한 지원과 별도로 지방 실정에 맞는 지원을 정한 조례를 대체로 허용하는 경향이다. 다만 재정 건전성이나 다른 지방자치단체와의 형평을 해치는 정도에 이르면 한계가 있다.

2. 침익적 추가·초과조례. 주민에게 법령보다 강한 규제를 가하는 조례는 지방자치법 단서에 따라 법률의 위임이 있어야 한다. 위임 없이 법령이 정한 요건에 새로운 제한을 덧붙이면 위법하다. 판례가 자동차 등록 요건으로 차고지 확보를 요구한 조례를 상위 법령에 없는 제한을 추가한 것으로 보아 위법하다고 본 것이 대표적이다. 반대로 환경 분야처럼 법률이 지방자치단체에 더 엄격한 기준을 조례로 정할 수 있도록 명시한 경우에는 그 범위 안에서 초과조례가 허용된다.

V. 평가

추가·초과조례의 허용 여부는 ① 법령이 전국 일률적 규율을 의도했는지(법률우위), ② 침익적 내용인지와 그에 대한 법률의 위임이 있는지(법률유보)의 두 단계로 판단한다. 수익적 조례는 넓게, 침익적 조례는 엄격하게 판단하는 것이 판례의 경향이다. 지방분권의 관점에서는 지역 실정에 맞는 규율을 넓히기 위해 법률의 위임을 포괄적으로 해석하거나 조례에 대한 위임 범위를 넓히는 입법이 필요하다는 비판도 있다.

근거: 헌법 제117조 제1항·지방자치법(구 제22조, 현행 제28조 제1항)·조례와 법령의 관계에 관한 대법원 판례(차고지 확보 조례 등)

2024 제1문

태양광발전시설 이격거리 조례와 개발행위허가 거부

총 50점 · 소문 3개 · 침익적 조례의 위임, 행정규칙의 위임 근거성, 비례원칙, 처분사유 추가

제1문 (50점)

甲은 X군의 관할구역 내 토지(이하 ‘이 사건 토지’라 한다)에 태양광발전소를 건축하기 위해 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제56조에 따른 개발행위허가를 신청하였다(이하 ‘이 사건 신청’이라 한다). X군의 군수 A는 “이 사건 토지가 「X군 도시계획조례」 제23조의2제1항제1호와 제2호에 저촉되어 태양광발전시설물 설치가 불가하다.”는 이유로 이 사건 신청을 거부하였다(이하 ‘이 사건 거부’라 한다). 甲은 이 사건 거부에 대한 취소소송을 적법하게 제기하였다.

- (1) 甲은 「X군 도시계획조례」 제23조의2제1항제1호와 제2호(이하 ‘이 사건 조례’라 한다)가 「지방자치법」 제28조제1항 단서에 위반되므로 이 사건 거부가 위법하다고 주장한다. 甲의 주장이 타당한지에 관하여 검토하시오. 이 경우 「개발행위허가운영지침」 1-2-2가 이 사건 조례의 위임 근거가 되는지 여부도 고려하시오. (20점)
- (2) 이 사건 조례가 사실상 태양광발전소 건축의 대부분을 확실히 금지하므로 위법하다는 것이 甲의 주장이다. 甲의 주장이 타당한지에 관하여 검토하시오. (20점)
- (3) A는 소송 계속 중에 “이 사건 신청이 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령」 [별표 1의2] 개발행위허가기준 1.라.(1)에 위반되므로 태양광발전시설물 설치가 불가하다.”는 처분사유를 추가하였다. 법원은 추가된 처분사유를 인정할 수 있는가? (10점)

〈참조 조문〉

현행법령 등을 사례해결에 적합하도록 수정하였음

「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」

제28조(주민과 지방의회의 의견 청취) ⑥ 국토교통부장관, 시·도지사, 시장 또는 군수는 도시·군관리계획을 입안하려면 대통령령으로 정하는 사항에 대하여 해당 지방의회의 의견을 들어야 한다.

제76조(용도지역 및 용도지구에서의 건축물의 건축 제한 등) ② 제37조에 따라 지정된 용도지구에서의 건축물이나 그 밖의 시설의 용도·종류 및 규모 등의 제한에 관한 사항은 이 법 또는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 대통령령으로 정하는 기준에 따라 특별시·광역시·특별자치시·특별자치도·시 또는 군의 조례로 정할 수 있다.

「국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령」

제56조(개발행위허가의 기준) ① 법 제58조제3항에 따른 개발행위허가의 기준은 별표 1의2와 같다.

④ 국토교통부장관은 제1항의 개발행위허가기준에 대한 세부적인 검토기준을 정할 수 있다.

[별표 1의2] 개발행위허가기준(제56조 관련)

1. 분야별 검토사항

라. 주변지역

(1) 개발행위로 건축 또는 설치하는 건축물 또는 공작물이 주변의 자연경관 및 미관을 훼손하지 아니하고, 그 높이·형태 및 색채가 주변건축물과 조화를 이루어야 하며, 도시·군계획으로 경관계획이 수립되어 있는 경우에는 그에 적합할 것

「개발행위허가운영지침」 [국토교통부훈령]

1-1-1. 이 지침은 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령」 제56조제4항에 따라 개발행위허가의 대상·절차·기준 등에 대한 사항을 제시하여 개발행위허가제의 원활한 운영을 도모함을 목적으로 한다.

1-2-2. 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수는 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」, 같은 법 시행령에서 위임한 범위 안에서 도시·군계획조례를 마련하여 개발행위허가제를 운영할 수 있다. 이 경우 도시·군계획조례로 정한 기준은 이 지침에 우선하여 적용한다.

「X군 도시계획조례」

제1조(목적) 이 조례는 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」, 같은 법 시행령 및 같은 법 시행규칙에서 조례로 정하도록 한 사항과 그 시행에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제23조의2(발전시설에 대한 개발행위허가의 기준) ① 태양광발전시설은 다음 각 호의 기준에 모두 적합하여야 한다. 다만, 국가 또는 지방자치단체 및 공공기관이 공익상의 필요에 의하여 직접 설치하는 경우나 보조사업으로 마을

공동수익시설을 설치하는 경우 또는 자가소비용이나 건축물 위에 설치하는 경우 등 군수가 필요하다고 인정하는 것은 제외한다.

1. 고속도로, 국도, 지방도, 군도, 면도 등 주요도로에서 1000미터 안에 입지하지 아니할 것
2. 10호 이상 주거 밀집지역 경계로부터 500미터 안에 입지하지 아니할 것

출제 포인트

출제 의도 태양광 이격거리 조례에 관한 대법원 판례를 바탕으로, 조례의 법률유보(1), 내용의 비례성(2), 소송 중 처분사유 추가(3)를 단계적으로 묻는다. **연결 개념** 지방자치법 제28조 제1항 단서, 조례 위임의 포괄성, 행정규칙의 법적 성질, 비례원칙, 기본적 사실관계의 동일성. **합정** (1)에서 ‘지침은 행정규칙이므로 위임 근거가 아니다 → 조례는 위법’으로 끝내면 안 된다. 위임 근거를 국토계획법령에서 다시 찾아야 한다. (2)에서는 조례 단서의 예외 규정을 반드시 언급한다.

■ 답안 개요(쟁점 지도)

소문	누가·무엇을	근거 조문·판례	결론	분량
(1)	甲이 조례의 법률 위임 결여 주장	지방자치법 제28조 제1항·국토계획법령·지침 1-2-2	지침은 근거 아님, 법령에 위임 있음 → 주장 부당	약 1,100자
(2)	甲이 획일적 금지(비례원칙 위반) 주장	비례원칙·이격거리 조례 판례	예외 규정·입지 제한 → 주장 부당	약 1,000자
(3)	A의 경관 기준 처분사유 추가	시행령 [별표 1의2] 1.라.(1)·처분사유 추가 판례	같은 주변지역 부조화 사실 → 인정 가능	약 700자

예시답안 — 2024 제1문

I. 문제의 소재

태양광 이격거리 조례에 관하여 침익적 조례에 필요한 법률의 위임이 있는지와 국토교통부 훈령이 위임 근거가 되는지(1문), 조례의 내용이 비례원칙에 반하는지(2문), 소송 중 국토계획법 시행령 [별표 1의2]의 경관 기준을 처분사유로 추가할 수 있는지(3문)가 쟁점이다. 적법한 제소가 전제되어 있으므로 본안만 검토한다.

II. 설문 (1) — 지방자치법 제28조 제1항 단서 위반 여부

1. 침익적 조례와 법률유보. 지방자치단체는 법령의 범위에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있으나, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다(지방자치법 제28조 제1항). 이 사건 조례는 태양광발전시설의 입지를 제한하여 토지소유자의 개발행위를 제한하므로 법률의 위임이 필요하다. 판례는 조례에 대한 위임은 자치입법의 특성상 포괄적인 것으로도 족하다고 본다.

2. 국토계획법령에 의한 위임 여부. 국토계획법은 개발행위허가의 기준을 대통령령으로 정하도록 하고, 시행령 제56조 제1항과 [별표 1의2]는 개발행위허가기준을 정하면서 주변지역과의 관계(경관·미관과의 조화 등)를 검토하게 하고 여러 항목에서 세부 기준을 도시·군계획조례로 정하도록 맡기고 있다. 개발행위허가는 지역의 지형, 도로망, 주거 분포에 따라 판단이 달라질 수밖에 없으므로, 국토계획법령은 그 구체적인 기준을 지역 실정에 맞게 조례로 정하는 것을 예정하고 있다고 볼 수 있다. 판례도 태양광발전시설의 이격거리를 정한 유사한 조례에 대하여 국토계획법령의 위임 범위 안에 있다고 보았다.

3. 지침 1-2-2가 위임 근거가 되는지. 개발행위허가운영지침은 시행령 제56조 제4항에 따라 국토교통부장관이 정한 세부 검토기준으로서 훈령 형식의 행정규칙이다. 법률유보가 요구하는 것은 법률의 위임이므로 지침은 독자적 위임 근거가 될 수 없다. 지침 1-2-2의 문언도 “법률, 같은 법 시행령에서 위임한 범위 안에서” 조례를 마련할 수 있다고 하여 새로운 위임을 하는 것이 아니라 법령의 위임 범위를 확인하고 조례 기준의 우선 적용을 정한 것에 불과하다. 따라서 지침은 위임 근거가 아니지만, 위임의 근거는 국토계획법과 시행령에 있다.

4. 소결. 이 사건 조례는 국토계획법령의 위임에 근거한 것이므로 지방자치법 제28조 제1항 단서에 위반되지 않는다. 甲의 주장은 타당하지 않다.

III. 설문 (2) — 획일적 금지로서 비례원칙 위반인지

1. 심사 기준. 조례도 헌법상 비례원칙(과잉금지원칙)의 구속을 받는다. 목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익의 균형성을 심사하며, 지역 실정에 관한 지방자치단체의 판단을 일정 부분 존중한다.

2. 사안의 적용. (1) 목적의 정당성과 적합성. 태양광발전시설의 무분별한 입지로 인한 경관 훼손, 빛 반사, 산림 훼손, 주거환경 악화를 막고 주민 갈등을 예방하려는 목적은 정당하고, 주요도로·주거지와 이격거리 설정은 그 목적에 적합하다. (2) 최소침해성. 조례는 국가·공공기관의 공익 목적 설치, 마을공동수익시설, 자가소비용·건축물 위 설치, 군수가 필요하다고 인정하는 경우를 제외하는 단서를 두고 있다. 이격거리 밖의 토지에는 설치가 허용되므로 태양광발전 자체를 금지하는 것이 아니라 입지를 제한하는 것이다. (3) 법익균형성. 토지소유자는 이격거리 안에서 태양광 사업을 할 수 없는 불이익을 입지만, 토지를 다른 용도로 이용할 수 있고, 지역 주민 전체의 생활환경과 경관이라는 공익이 이에 못지않다. 판례도 같은 취지이다.

3. 반론과 한계. 군도·면도까지 포함하여 1,000미터 이격을 요구하면 군의 지형에 따라 사실상 대부분의 토지에서 태양광발전이 불가능해질 수 있다. 그 결과 설치 가능한 토지가 거의 없다면 과잉제한으로 볼 여지가 있다. 그러나 이는 甲이 입증할 사실이며, 군수의 예외 인정 권한도 있다.

IV. 설문 (3) — 처분사유의 추가

1. 기준. 판례는 처분 당시 적시한 구체적 사실을 변경하지 않는 범위 안에서 당초 처분사유와 기본적인 사실관계가 동일한 한도 내에서만 처분사유의 추가·변경을 허용한다. 동일성은 법률적 평가 이전의 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 같은지에 따라 판단한다.

2. 사안의 적용. 당초 사유는 ‘이 사건 토지가 주요도로와 주거밀집지역으로부터 일정 거리 안에 있다’는 입지 사실을 조례 기준에 적용한 것이고, 추가 사유는 ‘태양광발전시설이 주변의 자연경관 및 미관을 훼손하고 주변과 조화를 이루지 못한다’는 것이다. 이격거리 기준은 바로 도로·주거지에서 보이는 경관과 생활환경을 보호하기 위해 [별표 1의2] 1.라.의 ‘주변지역’ 기준을 구체화한 것이므로, 두 사유는 ‘이 사건 토지의 위치상 시설이 주변 도로·주거지와 조화되지 않는다’는 동일한 사회적 사실에 기초한다고 볼 수 있다. 따라서 기본적인 사실관계의 동일성이 인정되어 법원은 추가된 처분사유를 심리할 수 있다.

3. 반대 견해. 추가 사유는 높이·형태·색채 등 새로운 사실 확인이 필요하여 동일성이 없다는 견해도 있다.

V. 결론

조례는 국토계획법령의 위임에 근거하므로 적법하고(지침은 위임 근거가 아니다), 예외 규정을 둔 입지 제한이어서 비례원칙에도 반하지 않는다. 추가 사유는 같은 주변지역 부조화 사실에 기초하므로 법원은 이를 인정할 수 있다.

근거: 지방자치법 제28조 제1항·국토계획법 시행령 제56조, [별표 1의2]·태양광 이격거리 조례 판례·처분사유 추가 판례

2026 제1문

교도소 재건축 협의 거부와 도로 지하 점용허가

총 50점 · 소문 4개 · 사무 구분, 협의 거부의 처분성과 국가의 원고적격, 주민 반대 민원, 주민소송의 대상

제1문 (50점)

대한민국은 X군의 관할구역에 설치된 교도소(「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 도시·군계획시설에 해당하지 않는 것으로 간주할 것)를 노후화와 과밀화를 이유로 다른 지역으로 이전하는 방안을 오랫동안 추진하였으나, 해당 지역 주민의 반대 민원으로 모두 무산되고 기존 교도소를 재건축하기로 결정하였다. 이에 법무부장관 A는 「건축법」 제29조 및 같은 법 시행령 제22조에 따라 X군의 군수 B에게 협의를 요청하였다. 이후 「지방자치법」 제187조에 따른 행정협의조정위원회의 권고에 따라 지역 주민의 불이익 경감의 목적에서 다목적 체육관, 주차장 등 주민편의시설을 추가로 설치하는 방안으로 재건축 계획이 수정되었다.

- (1) 「건축법」 제11조에 따른 건축허가 및 제29조에 따른 협의는 국가사무인지 자치사무인지 검토하시오. (10점)
- (2) 만일 B가 협의를 거부하는 경우, 이를 다투기 위해 대한민국이 제기한 취소소송이 적법한지 검토하시오. (15점)
- (3) 위 취소소송에서 대한민국은 B가 지역 주민의 반대 민원만을 이유로 협의를 거부한 것이 위법하다고 주장한다. 이러한 대한민국의 주장이 타당한지 검토하시오. (10점)
- (4) A가 요청한 협의를 마친 B가 교도소 인근 토지의 소유자 甲에게 교도소 방문객을 대상으로 하는 상가건물의 건축허가를 발급함과 아울러 그 토지에 인접한 X군 소유의 도로 지하에도 상가를 설치하기 위한 도로점용허가를 발급하는 경우, 그 도로점용허가는 주민소송의 대상이 될 수 있는지 검토하시오. (15점)

〈참조 조문〉

현행법령 등을 사례해결에 적합하도록 수정하였음

「건축법」

제11조(건축허가) ① 건축물을 건축하거나 대수선하려는 자는 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다. 다만, 21층 이상의 건축물 등 대통령령으로 정하는 용도 및 규모의 건축물을 특별시나 광역시에 건축하려면 특별시장이나 광역시장의 허가를 받아야 한다.

제29조(공용건축물에 대한 특례) ① 국가나 지방자치단체는 제11조, 제14조, 제19조, 제20조 및 제83조에 따른 건축물을 건축·대수선·용도변경하거나 가설건축물을 건축하거나 공작물을 축조하려는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 미리 건축물의 소재지를 관할하는 허가권자와 협의하여야 한다.

② 국가나 지방자치단체가 제1항에 따라 건축물의 소재지를 관할하는 허가권자와 협의한 경우에는 제11조, 제14조, 제19조, 제20조 및 제83조에 따른 허가를 받았거나 신고한 것으로 본다.

「건축법 시행령」

제22조(공용건축물에 대한 특례) ① 국가 또는 지방자치단체가 법 제29조에 따라 건축물을 건축하려면 해당 건축공사를 시행하는 행정기관의 장 또는 그 위임을 받은 자는 건축공사에 착수하기 전에 그 공사에 관한 설계도서와 국토교통부령으로 정하는 관계 서류를 허가권자에게 제출(전자문서로 의한 제출을 포함한다)하여야 한다. 다만, 국가안보상 중요하거나 국가기밀에 속하는 건축물을 건축하는 경우에는 설계도서의 제출을 생략할 수 있다.

② 허가권자는 제1항 본문에 따라 제출된 설계도서와 관계 서류를 심사한 후 그 결과를 해당 행정기관의 장 또는 그 위임을 받은 자에게 통지(해당 행정기관의 장 또는 그 위임을 받은 자가 원하거나 전자문서로 제1항에 따른 설계도서 등을 제출한 경우에는 전자문서로 알리는 것을 포함한다)하여야 한다.

「도로법」

제61조(도로의 점용 허가) ① 공작물·물건, 그 밖의 시설을 신설·개축·변경 또는 제거하거나 그 밖의 사유로 도로(도로구역을 포함한다. 이하 이 장에서 같다)를 점용하려는 자는 도로관리청의 허가를 받아야 한다. 허가받은 기간을 연장하거나 허가받은 사항을 변경(허가받은 사항 외에 도로 구조나 교통안전에 위험이 되는 물건을 새로 설치하는 행위를 포함한다)하려는 때에도 같다.

출제 포인트

출제 의도 건축협의 거부를 다툰 국가의 항고소송 판례와 도로 지하 점용허가에 대한 주민소송 판례를 하나의 교

도소 사안에 결합하였다. **연결 개념** 사무 구분 기준, 건축법 제29조의 허가 의제, 처분성, 행정주체의 원고적격, 기관소송 법정주의, 건축허가의 기속성, 지방자치법 제22조의 '재산의 관리·처분'. **합정** (2)는 대상적격 → 원고적격 → 피고·제소기간 순서로 써야 하며 원고적격이 핵심이다. (3)에서 행정협의조정위원회 권고에 따라 주민 편의시설을 추가했다는 사실을 반드시 활용한다. (4)에서 도로점용허가를 단순한 공물 관리로 보아 대상이 아니라고 쓰면 판례와 반대 결론이 된다.

■ 답안 개요(쟁점 지도)

소문	누가 · 무엇을	근거 조문·판례	결론	분량
(1)	건축허가·협의의 사무 성질	건축법 제11조, 제29조 · 지방자치법 제13조, 제15조 · 사무 구분 판례	자치사무	약 700자
(2)	대한민국이 B의 협의 거부 취소소송	행정소송법 제12조, 제13조, 제20조, 제45조 · 건축협의 거부 판례	처분성·원고적격 인정 → 적법	약 1,000자
(3)	주민 반대 민원만을 이유로 한 거부	건축허가 기속성·주민 반대 판례	위법 → 대한민국 주장 타당	약 700자
(4)	甲에 대한 도로점용허가의 주민소송 대상성	도로법 제61조 · 지방자치법 제22조 · 도로 지하 점용허가 판례	재산의 관리·처분 → 대상	약 900자

예시답안 — 2026 제1문

I. 문제의 소재

건축허가와 공용건축물 협의 사무가 국가사무인지 자치사무인지(1문), 군수의 협의 거부를 국가가 취소소송으로 다룰 수 있는지(대상적격·원고적격, 2문), 주민 반대 민원만을 이유로 한 협의 거부가 위법한지(3문), 군 소유 도로 지하의 상가 설치를 위한 도로점용허가가 주민소송의 대상인지(4문)가 쟁점이다. 2문은 대상적격 → 원고적격 → 피고·제소기간의 순서로 검토하고, 3문에서 본안을 판단한다.

II. 설문 (1) — 건축허가와 협의의 사무 성질

1. 판단 기준. 법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 규정된 사무가 자치사무인지 기관위임사무인지는 그 법령의 규정 형식과 취지를 우선 고려하되, 사무의 성질이 전국적으로 통일적 처리가 요구되는지, 경비 부담과 최종적 책임 귀속의 주체가 누구인지 등도 함께 고려하여 판단한다(판례). 지방자치법 제13조는 지역개발과 주민의 생활환경시설 설치·관리 등을 지방자치단체 사무로 예시하고, 제15조는 전국적 규모나 통일성이 필요한 사무 등을 국가사무로 하여 지방자치단체가 처리할 수 없게 한다.

2. 건축허가. 건축법 제11조는 건축허가 권한을 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 부여한다. 건축허가는 해당 지역의 토지이용, 도시 경관, 주민 생활환경을 규율하는 사무로서 지역 실정에 따른 판단이 필요하고, 건축위원회도 지방자치단체에 두며, 사무 처리 비용과 책임도 지방자치단체가 진다. 전국적 통일이 반드시 요구된다고 보기도 어렵다. 따라서 건축허가는 자치사무이다.

3. 협의. 건축법 제29조의 협의는 국가나 지방자치단체가 건축주인 경우에 건축허가를 대신하는 절차로서, 협의가 이루어지면 건축허가를 받은 것으로 본다(제2항). 협의를 받는 주체(허가권자)와 심사 내용(시행령 제22조의 설계도서 심사)이 건축허가와 같으므로 그 성질도 건축허가와 같은 자치사무이다. 교도소가 국가시설이라는 점은 건축주가 국가라는 의미일 뿐, 허가권자의 심사 사무를 국가사무로 바꾸지 않는다.

III. 설문 (2) — 대한민국이 제기한 취소소송의 적법성

1. 대상적격. 협의가 성립하면 건축허가가 의제되므로, 협의의 거부는 국가가 해당 건축물을 적법하게 건축할 수 없게 하는 법적 효과를 가진다. 판례는 허가권자가 국가나 지방자치단체의 건축협의 신청을 거부하거나 협의를 취소한 행위는 항고소송의 대상인 처분에 해당한다고 본다.

2. 원고적격. (1) 문제점. 국가는 행정권의 주체로서 감독 권한을 가지므로 지방자치단체장의 처분을 항고소송으로 다투는 것이 허용되는지 의문이 있다. 기관소송은 법률이 정한 경우에만 제기할 수 있고(행정소송법 제45조), 건축협의를 관해서는 그런 규정이 없다. (2) 판례. 판례는 건축협의의 거부·취소에 관하여, 국가나 지방자치단체도 건축물의 소유자·건축주로서 권리·의무의 주체가 되는 점, 협의의 거부로 건축을 할 수 없게 되는 법적 불이익을 입는 점, 이를 다퉴 수 있는 기관소송이나 권한쟁의 등 다른 적절한 법적 수단이 없다는 점을 들어 국가 또는 지방자치단체도 취소소송의 원고적격을 가진다고 본다. (3) 사안의 적용. 대한민국은 교도소의 소유자이자 재건축의 건축주로서 협의의 거부로 재건축을 할 수 없게 되었다. 협의는 자치사무이므로 국가가 지방자치법상 감독 수단(시정명령 등)으로 군수의 판단을 바꾸는 데에도 한계가 있다. 따라서 대한민국의 원고적격이 인정된다.

3. 피고와 제소기간 등. 피고는 협의를 거부한 X군수 B이다(행정소송법 제13조). 협의의 거부를 안 날부터 90일, 거부가 있는 날부터 1년 안에 제소하여야 하며(제20조), 행정심판은 임의적이다. 이 요건을 갖추면 소는 적법하다.

IV. 설문 (3) — 주민 반대 민원만을 이유로 한 협의 거부의 위법성

1. 협의의 기속성. 협의는 건축허가를 대신하므로 그 심사는 건축허가의 심사와 같다. 건축허가는 원칙적으로 기속행위로서, 건축허가신청이 관계 법령의 제한에 배치되지 않으면 허가하여야 하고 법령상 근거 없는 사유로 거부할 수 없다(판례). 판례는 중대한 공익상 필요가 있는 경우에만 예외적으로 거부를 허용한다. 국토계획법상 개발행위허가가 함께 의제되어 재량이 인정되는 경우에도, 재량은 법령이 정한 목적범위 안에서 공익과 사익을 형량하여 행사되어야 한다.

2. 주민 반대 민원의 의미. 판례는 인근 주민들이 반대한다는 사정만으로는 건축허가 등을 거부할 수 있는 법령상 사유나 중대한 공익상 필요가 될 수 없다고 본다. 주민 반대가 의미를 가지려면 그 내용이 교통·환경·안전 등 구체적이고 객관적인 공익 침해로 뒷받침되어야 한다.

3. 사안의 적용. B가 든 사유는 주민의 반대 민원뿐이다. 더구나 교도소는 새로 들어서는 것이 아니라 기존 위치에서 재건축되는 것이고, 행정협의조정위원회의 권고에 따라 주민편의시설을 추가하는 등 주민 불이익을 줄이는 조치까지 마련되었다. 반대 민원이 구체적 공익 침해로 뒷받침된다고 볼 사정도 없다. 따라서 협의의 거부는 법령상 근거 없는 사유에 의한 것이거나 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하고, 대한민국의 주장은 타당하다.

V. 설문 (4) — 도로점용허가가 주민소송의 대상인지

1. 주민소송의 대상. 지방자치법 제22조 제1항은 공금의 지출에 관한 사항, 재산의 취득·관리·처분에 관한 사항, 해당 지방자치단체를 당사자로 하는 계약의 체결·이행에 관한 사항, 지방세·사용료·수수료·과태료 등 공금의 부과·징수를 게을리한 사항을 감사청구한 주민이 감사 결과 등에 불복하여 소송을 제기할 수 있도록 한다(주민감사청구 전치). 주민소송은 재무회계 행위의 적법성을 통제하는 민중소송이다.

2. 도로점용허가와 ‘재산의 관리·처분’. 도로점용허가는 원래 도로라는 공물의 관리 작용이다. 판례는 도로 등 공물의 점용허가가 그 공물의 본래 기능이나 목적과 무관하게 그 사용가치를 실현·활용하기 위한 것으로 평가되는 경우에는 지방자치법상 ‘재산의 관리·처분에 관한 사항’에 해당하여 주민소송의 대상이 된다고 보았다(구청 소유 도로 지하에 사적 건축물의 일부를 설치하도록 한 점용허가 사안).

3. 사안의 적용. 甲이 받은 점용허가는 X군 소유 도로의 지하 공간에 교도소 방문객을 상대로 한 상가를 설치하기 위한 것이다. 이는 도로의 통행 기능과 무관하게 지하 공간의 사용가치를 사인에게 장기간 독점적으로 이용하게 하는 것으로서, 실질적으로 군 재산의 사용·수익 권한을 부여하는 재산 관리 행위이다. 따라서 이 도로점용허가는 주민소송의 대상이 된다. 주민은 주민감사청구를 거친 뒤 점용허가의 취소 또는 무효확인을 구하는 주민소송(제22조 제2항 제2호), 점용료 징수를 게을리한 경우 그 해태사실의 위법 확인 등을 구할 수 있다.

VI. 결론

건축허가와 이를 대신하는 공용건축물 협의는 지역의 토지이용과 생활환경에 관한 자치사무이다. 협의 거부는 처분이고, 대한민국은 건축주로서 법적 불이익을 입으며 다른 구제 수단이 없으므로 원고적격이 인정되어 취소소송은 적법하다. 주민 반대 민원만으로는 협의를 거부할 법령상 사유나 중대한 공익이 인정되지 않으므로 대한민국의 주장은 타당하다. 도로의 본래 기능과 무관하게 지하 공간의 사용가치를 사인에게 부여하는 도로점용허가는 재산의 관리·처분에 해당하여 주민소송의 대상이 된다.

근거: 건축법 제11조, 제29조 · 같은 법 시행령 제22조 · 지방자치법 제13조, 제15조, 제22조 · 행정소송법 제13조, 제20조, 제45조 · 건축협의 거부의 처분성과 국가·지방자치단체의 원고적격, 도로점용허가와 주민소송에 관한 대법원 판례

부록

참조 자료

A 연도별 문항 일람 · B 주제 색인 · C 핵심 조문과 심사 기준

이 장에서 다루는 내용

부록 A 연도별 문항 일람	125
부록 B 주제 색인	126
부록 C 핵심 조문과 심사 기준	128

부록 A 연도별 문항 일람

연도	문	주제	배점	수록 장
2016	1	위헌결정 후 압류의 소송 형태, 하자승계, 위헌법률 근거 처분	50	3장
	2	개발제한구역, 경계이론·분리이론, 입법 국가배상	30	6장
	3	인용재결에 대한 처분청의 취소소송	20	4장
2017	1	토지거래허가의 성질, 공동신청, 과징금	50	2장
	2	공중보건의 의료과실과 공무원 개인책임	30	6장
	3	추가조례와 초과조례	20	9장
2018	1	건축법상 사전결정, 숙박시설 재량, 신뢰보호	50	2장
	2	정보공개 비공개사유 추가, 기속력	30	8장
	3	행정입법의 필요성과 국회 통제	20	1장
2019	1	제재사유 승계, 수리와 사전통지, 변경재결	50	4장
	2	공기업 입찰참가자격 제한, 불복기간, 청문	30	4장
	3	이주대책상 권리 취득시기와 구제	20	6장
2020	1	환경 원고적격, 환경영향평가 부실, 집행정지	50	7장
	2	중대한 공익상 건축허가 거부, 처분사유 변경	30	8장
	3	행정개입청구권(개선명령)	20	7장
2021	1	경업자 원고적격, 건축물대장 처분성, 폐업과 실효	50	3장
	2	대집행 계고의 적법성, 하자승계	35	5장
	3	취소판결의 기속력	15	8장
2023	1	직위해제 소청 전치, 정년 후 소익, 공무원 의무	40	5장
	2	정관 위임과 위임입법의 한계, 예방적 금지소송	30	1장
	3	공무원 개인의 배상·구상 책임	30	6장
2024	1	태양광 조례의 위임·비례원칙, 처분사유 추가	50	9장
	2	처분기준 미공표, 고시 형식 지침	30	1장
	3	거부처분 취소재결에 대한 제3자의 소송	20	4장
2025	1	공무수탁사인, 공증인가의 성질, 처리기간·사전통지	40	2장
	2	행정재산 사용허가, 국유재산법상 조치	30	5장
	3	행정소송의 참가 제도	30	7장
2026	1	사무 구분, 건축협의 거부와 국가의 원고적격, 주민소송	50	9장
	2	국적비보유판정과 신뢰보호, 재처분의무·간접강제	30	8장
	3	당사자소송의 의의·종류·가처분	20	8장

부록 B 주제 색인

개념에서 기출 문항으로 찾아가는 색인이다. 굵은 글씨의 문항이 그 개념을 중심 쟁점으로 다룬다.

개념	기출 문항
법규명령과 행정규칙	2024-2 , 2023-2, 2018-3
포괄위임금지·재위임·정관 위임	2023-2
법령보충적 행정규칙, 위임 형식 위반	2024-2
행정입법에 대한 국회 통제	2018-3
처분기준 공표(행정절차법 제20조)	2024-2
허가·특허·인가의 구별	2017-1 , 2025-1 , 2025-2
기속행위·재량행위, 기속재량	2018-1 , 2020-2 , 2025-1
사전결정	2018-1
신뢰보호원칙	2018-1 , 2026-2
과징금	2017-1 , 2019-1
공무수탁사인	2025-1 , 2019-2
무효와 취소(중대명백설)	2016-1
위헌법률에 근거한 처분	2016-1
하자승계	2016-1 , 2021-2
절차하자의 독자적 위법성	2021-1 , 2019-1
실효·철회	2021-1 , 2025-2
거부처분의 처분성·신청권	2021-1 , 2020-3, 2026-1
사전통지·의견청취·청문	2019-1 , 2019-2 , 2025-1
처리기간	2025-1
제재사유의 승계	2019-1
불복고지와 청구기간·제소기간	2019-2
행정심판 재결·변경재결·기속력	2016-3 , 2019-1 , 2024-3
원처분주의, 재결 고유의 위법	2024-3
행정대집행	2021-2 , 2025-2
행정재산 사용허가·변상금	2025-2
공무원의 의무, 소청 전치	2023-1
국가배상의 요건	2017-2 , 2023-3
공무원 개인책임·구상	2017-2 , 2023-3
입법작용과 국가배상	2016-2
경계이론·분리이론, 보상규정 없는 공용제한	2016-2
이주대책	2019-3
원고적격(법률상 이익)	2020-1 , 2021-1 , 2026-1
환경영향평가와 원고적격·처분 효력	2020-1
협회의 소의 이익	2023-1 , 2024-3
행정개입청구권	2020-3
예방적 금지소송·의무이행소송	2023-2 , 2020-3

개념	기출 문항
집행정지	2020-1
소송참가·제3자 재심	2025-3
처분사유 추가·변경	2018-2, 2020-2, 2024-1
취소판결의 기속력·재처분의무	2018-2, 2021-3, 2026-2
간접강제	2021-3, 2026-2
당사자소송·가처분	2026-3 , 2019-3
조례제정권, 추가·초과조례	2017-3, 2024-1
자치사무·기관위임사무	2026-1
국가·지방자치단체의 원고적격	2026-1
주민소송	2026-1
정보공개 비공개사유	2018-2

부록 C 핵심 조문과 심사 기준

이 책의 예시답안에서 인용한 조문의 요지이다. 조문은 출제 당시와 현재가 다를 수 있으므로 시험 직전에는 최신 법령으로 확인해야 한다.

■ C-1 행정소송법

조문	요지
제2조	처분등의 정의(제1항 제1호), 행정청에 위임·위탁받은 공공단체·사인 포함(제2항)
제3조·제4조	소송의 종류(항고·당사자·민중·기관소송), 항고소송의 종류(취소·무효등확인·부작위위법확인)
제8조 제2항	특별한 규정이 없는 사항은 법원조직법·민사소송법·민사집행법 준용
제12조	원고적격(전문: 법률상 이익), 처분 효과 소멸 후 회복되는 법률상 이익(후문)
제13조	피고적격 — 처분등을 행한 행정청
제16조·제17조	제3자의 소송참가(공동소송적 보조참가 유사), 행정청의 소송참가(보조참가)
제18조	행정심판 임의적 전치, 다른 법률에 전치 규정이 있으면 예외
제19조	원처분주의 — 재결은 고유한 위법이 있는 경우에만 대상
제20조	제소기간 — 안 날부터 90일, 있는 날부터 1년(재결 거친 경우 재결서 정본 송달일 기준)
제23조	집행부정지 원칙, 집행정지 요건(회복하기 어려운 손해·긴급한 필요), 공공복리 중대 영향 시 불허
제27조	재량처분은 재량권의 한계를 넘거나 남용이 있는 때 취소
제29조·제30조	취소판결의 제3자효, 기속력·재처분의무(거부처분 취소 및 절차 위법 취소)
제31조	제3자의 재심청구 — 안 날부터 30일, 확정된 날부터 1년
제34조	거부처분 취소판결의 간접강제
제35조·제38조	무효등확인소송의 원고적격과 준용 규정(제소기간·전치·간접강제 미준용)
제39조·제44조	당사자소송의 피고(권리주체), 준용 규정(집행정지 미준용)
제45조	민중소송·기관소송 법정주의

■ C-2 행정심판법·행정절차법·행정기본법

조문	요지
심판법 제5조	취소심판(취소·변경), 무효등확인심판, 의무이행심판
심판법 제27조	청구기간 90일/180일, 오고지 시 그 기간(제5항), 불고지 시 180일(제6항)
심판법 제43조 제3항	취소심판 인용 시 취소·변경재결 또는 변경명령재결
심판법 제49조	인용재결의 기속력, 재처분의무
심판법 제50조·제50조의2	위원회의 직접처분, 간접강제(2017 신설)
심판법 제58조	행정청의 불복고지 의무
절차법 제4조 제2항	신의성실·신뢰보호(새로운 해석에 따른 소급 불리 처리 금지)
절차법 제19조	처리기간의 설정·공표 — 판례상 훈시규정
절차법 제20조	처분기준의 설정·공표
절차법 제21조	침익적 처분의 사전통지와 그 예외(제4항)
절차법 제22조	청문(법령 규정, 필요 인정, 인허가 취소 등 신청 시), 공청회, 의견제출
절차법 제23조	처분의 이유제시
기본법 제12조	신뢰보호의 원칙(2021 제정)
기본법 제18조·제19조	위법·부당한 처분의 취소, 적법한 처분의 철회
기본법 제28조·제30조~제32조	과징금의 기준, 행정상 강제의 종류, 이행강제금, 직접강제
기본법 제36조	처분에 대한 이의신청, 결과 통지일부터 90일 내 제소(제4항, 2023. 3. 시행)

■ C-3 국가배상법·지방자치법·기타

조문	요지
국가배상법 제2조	공무원(공무수탁사인 포함)의 직무상 불법행위 책임(제1항), 고의·중과실 시 구상(제2항)
국가배상법 제5조	영조물 설치·관리 하자 책임, 원인 책임자에 대한 구상
헌법 제29조 제1항	국가배상청구권, 공무원 자신의 책임은 면제되지 않음
헌법 제23조	재산권 보장, 사회적 제약, 공용침해와 정당한 보상
헌법 제75조·제95조	위임명령의 구체성(포괄위임금지), 총리령·부령
헌법 제117조 제1항	법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정 제정
지방자치법 제13조·제15조	지방자치단체 사무의 예시, 국가사무의 처리 제한
지방자치법 제22조	주민소송(구 제17조)
지방자치법 제28조 제1항	조례 제정, 권리 제한·의무 부과·벌칙은 법률 위임 필요(구 제22조)
국가공무원법 제16조	불리한 처분에 대한 행정소송의 소청 전치
국가공무원법 제56조~제66조	성실·복종·직장이탈금지·친절공정·종교중립(제59조의2)·비밀엄수·청렴·품위유지 등
정보공개법 제9조 제1항	비공개 대상 정보(제4호 형사사법·교정 등, 제6호 개인정보 등)
국유재산법 제30조·제36조·제72조	행정재산 사용허가와 전대 금지, 허가의 취소·철회, 무단점유자 변상금
토지보상법 제78조·제85조	이주대책, 보상금증감소송(형식적 당사자소송)
행정대집행법 제2조·제3조	대집행 요건, 계고와 대집행영장 통지

■ C-4 자주 쓰는 심사 기준

기준	내용
원고적격	근거·관련 법규가 보호하는 개별적·직접적·구체적 이익. 환경영향평가 대상지역 안 주민은 추정, 밖은 수인한도 초과 입증. 헌법상 환경권만으로는 부족
거부의 처분성	공권력 행사 신청 · 법률관계 변동 · 법규상·조리상 신청권
하자승계	하나의 법률효과(승계) ↔ 별개 효과(불승계, 단 수인한도·예측가능성 예외)
신뢰보호 5요건	공적 견해표명 · 귀책사유 없음 · 신뢰에 기초한 행위 · 반하는 처분과 이익 침해 · 공익·제3자 이익의 현저한 침해 우려 없음
집행정지	적법한 본안 계속 · 회복하기 어려운 손해 · 긴급한 필요 · 공공복리 중대 영향 없음 · 본안 이유 없음이 명백하지 않음
처분사유 추가·변경	처분 당시 존재 · 기본적 사실관계 동일(법적 평가 이전의 사회적 사실) · 사실심 변론 종결 시까지
기속력의 범위	당사자·관계행정청 · 판결 주문과 위법사유 판단(기본적 사실관계 동일 범위) · 처분 시까지의 사유
대집행 요건	공법상 대체적 작위의무 불이행 · 다른 수단으로 확보 곤란 · 방치 시 심히 공익 해침 · 계고(상당한 기한·문서)
사무 구분	법령의 규정 형식과 취지 · 전국적 통일 필요성 · 경비 부담 · 최종 책임 귀속 주체
조례의 법령 위반 여부	별도 목적으로 법령 효과 저해 없음, 또는 같은 목적이라도 지방별 규율을 용인하는 취지 · 침익적이면 법률 위임

AI 논술 첨삭 서비스

써봄

writegrow.net

직접 쓴 답안, 이제 바로 첨삭받으세요.

Google Gemini 3.1 Pro를 활용한 한국어 논술 자동 첨삭 서비스

네 개 영역으로 나누어 점수를 매기고, 고칠 곳을 짚어 줍니다

논리구조

단락의 배치와 흐름이 논지를 따르는가

근거타당성

이론·조문·자료가 주장을 실제로 뒷받침하는가

주장명확성

입장과 결론이 처음부터 끝까지 분명한가

언어표현

문장이 정확하고 간결한가

영역별 점수와 함께 **강점 · 개선점 · 구체적 제언**을 담은 상세 피드백을 제공하고, 첨삭 결과는 PDF 리포트로 내려받을 수 있습니다. PDF·DOCX·TXT 파일을 올릴 수 있고, 여러 편을 한 번에 올리는 일괄 첨삭(최대 10편)도 지원합니다.

이 책과 함께 쓰는 법

- 1 기출 문항을 실전처럼 시간을 재고 씁니다**
예시답안을 보기 전에 답안 개요를 세우고 끝까지 씁니다.
- 2 답안을 써봄에 올려 첨삭을 받습니다**
손글씨 답안은 옮겨 적어 TXT·DOCX로 올리면 됩니다. 영역별 점수와 고칠 곳이 바로 나옵니다.
- 3 책의 출제 포인트·예시답안과 비교해 다시 씁니다**
첨삭에서 약하게 나온 영역을 중심으로 같은 문항을 한 번 더 씁니다.

회원가입하면 3회 무료 분석

요금제	월 이용료
개인 — 수험생	9,900원
교사 — 교사·학원	29,900원

요금과 제공 내용은 2026년 9월 writegrow.net 기준이며 변경될 수 있습니다.



writegrow.net

QR 코드로 바로 접속