

# 2026년 공인노무사 2차 시험대비 「행정쟁송법 사례연습」 추록

- 2025년판 소지자용 -

- 머리말 中 -

이번 개정판은 새집을 짓는다는 마음으로, 학설과 판례의 구성 논리를 전면 재정비하고 문장과 용어의 표현까지 세밀하게 다듬었습니다. 또한 <연습> 12개 문항을 삭제하고, 2025년도 기출문제를 포함하여 <연습> 8개 문항과 <보충문제> 30개 문항을 새로 추가하였습니다. 이는 수험생 여러분이 최신 출제 경향을 놓치지 않도록 하기 위한 것입니다.

새로 수록된 문제들은 학교폭력대책자치위원회의 조치, 산업단지 개발계획 및 지정, 잔여지 수용청구권, 교육환경영향평가서 승인, 교육환경보호구역 내 금지시설해제, 직무정지처분 변경명령재결, 축사 건축 불허가, 국회의원 의정활동비 지급거부, 동물화장장 시설 신축허가처분, 원예업체 등 시공업체 선정 공모, 복수운전면허 취소, 행정조사의 하자 및 건축철거명령, 형사사건 수사기록 및 재판기록 등 다양한 주제를 포함하고 있어, 실전 감각을 높이는 데 큰 도움이 될 것입니다.

※ 아래 추록은 그 가운데 추가된 문제들입니다.

○ 20쪽 <연습 1>(甲은....)의 해설 부분을 전부 대체

## I. 문제의 제기

「민원처리에 관한 법률」 제35조에 따른 이의신청에 대한 결정의 법적 성질, 특히 그것이 「행정심판법」상 재결로 볼 수 있는지가 문제된다. 사안의 이의신청이 행정청 내부의 단순한 재검토인지, 독립된 심판절차에 해당하는지가 판단의 주요 기준이 된다.

## II. 이의신청과 행정심판

### 1. 의의

이의신청은 위법·부당한 처분 등으로 권익을 침해당한 자가 원칙적으로 처분청에 대하여 그 재심사를 구하는 불복절차로서 예외적으로 처분청이 아닌 상급행정청이나 관계장관 등에게도 그 재심사를 구할 수 있는 제도이다. 실질법상 이의신청절차는 심사청구·재심청구·재심사청구 등 다양한 명칭으로 불리고 있다. 행정심판은 행정청의 위법·부당한 처분 또는 부작위로 침해된 국민의 권리 또는 이익을 구제하기 위한 절차로서, 독립된 심판기관인 행정심판위원회가 처분을 심리·판단하여 ‘재결’을 한다. 따라서 재결은 독립된 기관의 판단으로서 기속력을 가진다.

### 2. 이의신청과 행정심판의 관계

이의신청과 행정심판은 국민의 권익구제수단이라는 점에서는 그 목적이 같지만 이의신청은 행정심판과는 그 심판기관<sup>1)</sup>, 허용근거<sup>2)</sup> 등의 면에서 차이점이 있다. 행정심판은 행정심판위원회에 청구되며 일반법인 「행정심판법」에 따라 허용된다. 반면에 이의신청은 원칙적으로 처분청 등에 직접 신청해야 된다.

- 1) 이의신청은 원칙적으로 그 처분을 행한 처분청에 대하여 하는 불복절차이고, 행정심판은 행정심판위원회에 청구하는 불복절차로서 양자는 그 심판기관이 다른 점에 근본적 차이가 있다. 그러나 심판기관에 따라 이의신청과 행정심판을 구분하는 것이 전통적 견해이지만 행정심판은 준사법절차가 보장되는 불복절차라는 견해에서 볼 때는 반드시 타당한 구분은 아니다. 이의신청에 대한 심판기관이 처분청 자신이나 상급 행정청인 경우에도 준사법절차가 보장되는 것은 행정심판에 해당한다(다수설).
- 2) 행정심판은 행정청의 모든 처분이나 부작위에 대하여 청구할 수 있다. 반면에 이의신청은 개별법률에서 이의신청을 할 수 있도록 규정하고 있는 일정한 처분 등에 대해서만 인정되고 있었다. 그러나 2021. 3. 23.부터 시행된 「행정기본법」은 행정청의 처분에 대하여 개별 법률에 특별한 규정이 없더라도 모두 이의신청을 할 수 있도록 하였다.

## II. '행정심판인 이의신청'과 '행정심판이 아닌 이의신청'의 구별

### 1. 신청에 대한 결정의 효력

행정심판인 이의신청에 대한 결정은 행정심판의 재결의 성질을 갖는다. 반면, 행정심판이 아닌 이의신청을 받아들여 원처분을 변경하는 결정은 새로운 처분으로서 이의신청의 대상이 된 처분을 대체한다. 다만, 이의신청을 받아들이지 않는 결정은 종전의 처분을 유지하겠다는 행위이므로 독립한 처분이 아니다.

### 2. 결정에 대한 불복절차

행정심판인 이의신청에 대한 결정의 불복절차에 관하여는 행정심판법이 적용된다. 따라서 당해 불복절차를 거친 후에는 다시 행정심판법상의 행정심판을 제기할 수 없다(행정심판법 제51조). 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하여 재결취소소송을 제기할 수는 있다(행정소송법 제19조 단서).

반면, 이의신청을 한 경우에는 이의신청과 관계없이 「행정심판법」에 다른 행정심판 또는 「행정소송법」에 따른 행정소송을 제기할 수 있다(행정기본법 제36조 제3항).

### 3. 사법절차의 준용 여부

헌법 제107조 제3항은 행정심판절차에 사법심판절차가 준용되어야 한다고 규정하고 있으므로, 개별 법률에서 정하는 이의신청 중 준사법절차가 보장되는 것만이 행정심판이다. 여기서 사법절차의 특징으로는 판단기관의 독립성과 공정성, 대심적 심리구조, 당사자의 절차적 권리보장 등을 들 수 있다.<sup>3)</sup>

## III. 「민원 처리에 관한 법률」상 이의신청

민원 처리에 관한 법률상 이의신청은 준사법적 절차가 보장되어 있지 않고, 이의신청과 관계없이 행정심판을 제기할 수 있는 것으로 규정하고 있으므로 행정심판이 아닌 이의신청에 해당한다.

판례는 “민원 이의신청을 받아들이는 경우에는 이의신청 대상인 거부처분을 취소하지 않고 바로 최초의 신청을 받아들이는 새로운 처분을 하여야 하지만, 이의신청을 받아들이지 않는 경우에는 다시 거부처분을 하지 않고 그 결과를 통지함에 그칠 뿐이다. 따라서 이의신청을 받아들이지 않는 취지의 기각 결정 내지는 그 취지의 통지는, 종전의 거부처분을 유지함을 전제로 한 것에 불과하고 또한 거부처분에 대한 행정심판이나 행정소송의 제기에도 영향을 주지 못하므로, 결국 민원 이의신청인의 권리·의무에 새로운 변동을 가져오는 공권력의 행사나 이에 준하는 행정작용이라고 할 수 없어, 독자적인 항고소송의 대상이 된다고 볼 수 없다.”(대판 2012.11.15. 2010두8676)고 함으로써, 행정청과 별도의 행정심판기관에 대하여 불복할 수 있도록 한 절차인 행정심판과는 다른 제도로 파악하고 있다.<sup>4)</sup>

## III. 사례의 해결

설문에서 甲이 乙에게 이의신청한 것은 ① 처분청의 상급행정청 등의 행정심판위원회에 청구한 것이 아니라 처분청에게 한 것인 점, ② 그 과정에서 판단기관의 독립성, 대심적 심리구조, 당사자의 절차적 권리보장 면에서 사법절차의 본질적 요소를 갖추었음이 보이지 않는 점, ③ 이의신청 여부와 관계없이 「행정심판법」에 따른 행정심판 또는 「행정소송법」에 따른 행정소송을 제기할 수 있다는 점에서 행정심판이 아닌 이의신청이다.

따라서 乙의 기각결정은 행정심판의 기각재결이 아니다.

3) 헌법 제107조 제3항은 “재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하되, 사법절차가 준용되어야 한다”고 규정하고 있으므로, 입법자가 행정심판을 전심절차가 아니라 종심절차로 규정함으로써 정식 재판의 기회를 배제하거나, 어떤 행정심판을 필요적 전심절차로 규정하면서도 그 절차에 사법절차가 준용되지 않는다면 이는 위 헌법조항, 나아가 재판청구권을 보장하고 있는 헌법 제27조에도 위반되며, 헌법 제107조 제3항은 사법절차가 “준용”될 것만을 요구하고 있으나 판단기관의 독립성과 공정성, 대심적 심리구조, 당사자의 절차적 권리보장 등의 면에서 사법절차의 본질적 요소를 현저히 결여하고 있다면 “준용”의 요청에마저 위반된다(헌재 200.6.28. 200헌바30).

4) 즉, 판례는 민원사무처리법에 의하여 민원사무처리를 거부한 처분청이 민원인의 신청 사항을 다시 심사하여 잘못이 있는 경우 스스로 시정하도록 한 절차로 보고 있다.

○ 198쪽 끝에 추가

<보충문제>

A군의 군수(이하 'A 군수')는 甲 주식회사에게 「중소기업창업 지원법」 제33조 및 제35조에 따라 관할행정청과의 협의를 거쳐 산지전용허가 등이 의제되는 사업계획을 승인하였다. 산지전용허가가 의제되는 부지 인근에 거주하고 있는 주민 乙은 해당 사업이 실시될 경우 산에서 내려오는 물의 흐름이 막혀 지반이 약한 부분에서 토사유출 및 산사태 위험이 있다며 해당 산지전용허가에 반대하고 있다. 이해관계인 乙이 산지전용허가를 대상으로 취소소송을 제기할 수 있는지를 검토하시오. (원고적격은 논하지 않는다) (10점)

• 2021 5급(행정) 공채

I. **논점** : 의제된 인허가의 대상적격

II. **취소소송 대상인 처분**

항고소송의 대상이 될 수 있는지는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우에 관련 법령의 내용과 취지, 그 행위의 주체·내용·형식·절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익 사이의 실질적 관련성, 법치행정의 원리와 그 행위에 관련된 행정청이나 이해관계인의 태도 등을 고려하여 개별적으로 결정하여야 한다(대판 2022.7.28. 2021두60748).

III. **의제된 인허가의 실재여부**

1. **학설**

- 긍정설 : 의제된 인허가도 실재하므로, 의제된 인허가처분도 취소의 대상이 됨
- 부정설 : 의제된 인허가는 법률상 의제에 불과하므로, 주된 인허가의 취소를 구해야 함

2. **판례**

의제된 인허가는 통상적인 인허가와 동일한 효력을 가지므로, 적어도 '부분 인허가 의제'가 허용되는 경우에는 그 효력을 제거하기 위한 법적 수단으로 의제된 인허가의 취소나 철회가 허용될 수 있고, 이러한 직권 취소·철회가 가능한 이상 그 의제된 인허가에 대한 쟁송취소 역시 허용된다(대판 2018.11.29. 2016두38792).

IV. **사례의 해결**

의제된 인허가는 주된 인허가와 마찬가지로 실재하고, 토사유출 및 산사태 위험 등은 산지전용허가의 위법사유로 보이므로 대상적격이 인정됨

○ 26쪽 끝에 추가

국토교통부장관 A는 「스마트혁신도시 특별법」에 따라 대규모 개발사업을 추진하면서 관련 절차에 따라 민간기업 B를 사업시행자로 지정하였다. 이어 A는 甲의 건축물이 위치한 일대를 사업시행구역으로 승인하였다. 이로 인해 甲의 건축물은 수용대상에 포함되어, 甲은 거주지로서의 생활 근거지를 상실하게 되었다. 한편 B는 「지역산업혁신 특별법」 제44조 및 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제78조에 따라 이주대책을 수립하고, 국토교통부 고시인 ‘스마트혁신도시 개발에 따른 이주대책 등에 관한 기준’(이하 ‘이 사건 고시’)에 근거하여 이를 공고하였다. 이에 甲은 주택특별공급을 받기 위하여 소정의 절차에 따라 이주대책대상자 선정을 신청하였으나, B는 “甲의 건축물이 이 사건 고시 제7조 제1항 제2호의 무허가 건축물에 해당한다.”는 이유로 甲의 신청을 거부하였다.

甲이 취소소송을 제기하기 전에 이주대책대상자 선정신청 거부행위에 대하여 행정심판을 제기하는 경우에 취할 수 있는 「행정심판법」상 행정심판의 종류 및 가구제 수단에 대하여 검토하시오. (25점)

「스마트혁신도시 특별법」(가상의 법률임)

제14조(토지등의 수용.사용) ⑥ 시행자는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에서 정하는 바에 따라 개발사업의 시행에 필요한 토지등을 제공함으로써 인하여 생활의 근거를 상실하게 되는 자에 대하여 주거단지 등을 조성.공급하는 등 이주대책을 수립.시행하여야 한다.

• 2016 법학전문대학원협의회 모의시험 변형

I. 논점

- 이주대책대상자 선정신청 거부에 대하여 가능한 행정심판
- 가능한 가구제 수단(집행정지, 임시처분)

II. 취소심판

행정심판법상 처분개념(행정심판법 제2조 제1항)에는 거부처분도 포함된다고 볼 것이므로 甲은 B의 거부에 대해 취소심판을 제기할 수 있음

III. 무효등확인심판

- 판례는 “처분이 당연무효라고 하기 위하여는 처분에 위법사유가 있다는 것만으로는 부족하고 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것으로서 객관적으로 명백한 것이어야 하며, 하자가 중대하고 명백한지를 판별할 때에는 처분의 근거가 되는 법규의 목적·의미·기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰하여야 한다.”(대판 2019.5.16. 2018두34848)고 하여 중대명백설을 취하고 있음
- B의 거부처분에 무효사유가 있다면 무효등확인심판을 청구할 수 있음

IV. 의무이행심판

B에게는 지역산업혁신 특별법 제14조 제6항에 따라 이주대책을 수립하여야 하는 법적 의무가 있으며, 甲의 선정신청에 대한 B의 거부행위가 있으므로, 甲은 의무이행심판을 청구할 수 있음

V. 가구제 수단

집행정지

- 거부처분은 그 효력이 정지되더라도 그 처분이 없었던 것과 같은 상태를 만드는 것에 지나지 아니하는 것이고 그 이상으로 행정청에 대하여 어떠한 처분을 명하는 등 적극적인 상태를 만들어 내는 경우를 포함하지 아니하는 것이므로 거부처분의 효력을 정지할 필요성이 없다(대결 1991.5.2. 91두15).
- B의 거부처분에 대해 집행정지를 신청할 수 없음

2. 임시처분

- 처분 또는 부작위가 위법.부당하다고 상당히 의심되는 경우로서 처분 또는 부작위 때문에 당사자가 받을 우려가 있는 중대한 불이익이나 당사자에게 생길 급박한 위험을 막기 위하여 임시지위를 정해주는 가구제수단(행정심판법 제31조 제1항)
- 甲은 이주대책대상자로 선정되지 못하여 향후 있을 주택특별공급 등을 받지 못할 불이익을 방지하기

위하여 임시처분신청을 할 수 있음

## VI. 사례의 해결

甲은 의무이행심판을 청구하면서 임시처분을 신청하는 것이 가장 효과적인 권리구제수단임

○ 36쪽 끝에 추가

<보충문제>

K도(道)경찰청 소속 경찰공무원 A는 운전 중인 甲에 대해 음주측정을 하였고, 그 결과 甲의 혈중알콜 농도는 운전면허 취소기준을 넘은 0.091퍼센트였다. 이에 K도경찰청장 乙은 甲에 대하여 도로교통법 제93조 제1항에 따라 운전면허의 취소를 결정하였고, 같은 법 시행규칙 제93조 제3항에 따라 甲의 주소지로 위 결정통지서를 발송하였다.

甲은 乙의 운전면허 취소처분에 대해 관할 행정심판위원회에 취소심판을 청구하였고, 관할 행정심판위원회는 甲의 경제사정을 고려하여 일부취소재결을 하였다. 이에 따라 甲에 대한 운전면허취소는 운전면허정지 3월로 변경되었다. 甲이 이에 불복하여 행정법원에 취소소송을 제기할 경우 그 대상적격과 피고적격을 검토하시오. (15점)

• 2025 5급(행정) 공채

I. 논점 : 일부취소재결에 따른 후속처분의 경우 대상적격 및 피고적격

### II. 대상적격

1. 학설 : 원처분설, 변경되고 남은 원처분설, 일부취소재결설

#### 2. 판례

일부취소재결로 인하여 감경되고 남은 원처분을 상대로 원처분청을 피고로 하여 소송을 제기하여야 한다 (대판 1997.11.14. 97누7325).

#### 3. 사안의 적용

취소소송의 대상은 운전면허취소처분의 발령일에 행해진 3월 운전면허정지처분

### III. 피고적격

#### 처분 행정청

취소소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분 등을 행한 행정청을 피고로 함(행정소송법 제13조 제1항 본문)

#### 2. 사안의 적용

피고는 취소되고 남은 원처분인 3월 운전면허정지처분을 행한 K도경찰청장 乙

### IV. 사안의 해결

甲은 K도경찰청장 乙을 피고로 하여 원처분인 3월 운전면허정지처분을 대상으로 취소소송을 제기하여야 함

○ 69쪽 끝에 추가

<보충문제>

甲은 A군 소재 농지에서 돼지를 사육하려고 2021. 11. 30. A군의 군수 乙에게 축사 건축허가를 신청하였다. 그러나 乙은 2021. 12. 15. 「A군 가축사육 제한에 관한 조례」 제3조 및 「A군 가축사육 제한구역 지정 고시」 제4조 제3호에 의거하면 축사 예정지가 가축사육 제한구역에 해당하여 여기에 축사를 건축할 수 없다는 이유로 허가를 거부하는 처분(이하 '이 사건 처분'이라고 한다)을 하였다. 乙은 이 사건 처분을 함에 있어서 「행정절차법」에 따른 사전통지를 하지 않았고, 「행정심판법」상 처분의 상대방에게 알려야 하는 행정심판 청구가능성, 그 절차 및 청구기간도 알리지 않았다. 「행정심판법」상 요구되는 행정심판 청구가능성, 그 절차 및 청구기간을 알리지 않았음에 따른 이 사건 처분의 적법 여부와 「행정심판법」상 효과를 설명하시오. (15점) • 2022 변호사시험 변형

I. 논점 : 고지의무 미이행에 따른 처분의 적법성 및 행정심판법상 효과

## II. 거부처분의 해당성

거부처분의 처분성이 인정되기 위해서는 신청한 행위가 공권력의 행사이어야 하고, 거부행위로 인해 법률관계에 변동이 있어야 하고, 법규상 또는 조리상 신청권이 인정되어야 한다(대판 1995.5.26. 93누21729).  
사안은 이에 해당함

## II. 처분의 적법성 및 청구기간 준수 여부

- 고지의무를 이행하지 아니하였다고 하더라도 경우에 따라서는 행정심판의 제기기간이 연장될 수 있는 것에 그치고 이로 인하여 심판의 대상이 되는 행정처분에 어떤 하자가 수반된다고 할 수 없다(대판 1987.11.24. 87누529).
- 행정청이 심판청구 기간을 알리지 아니한 경우에는 처분이 있었던 날부터 180일에 심판청구 가능(행정심판법 제27조 제6항)

## IV. 사안의 해결

이 사건 불고지는 독립한 위법사유가 아니며, 처분이 있었던 날인 2021. 12. 15.로부터 180일 이내에 제소하여도 청구기간을 준수한 효과가 발생함

○ 104쪽 끝에 2개 추가

<보충문제 1>

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. 甲의 해당 청사의 사용에 관한 법적 성질을 검토하시오. (15점)

• 2025 입법고시

I. **논점** : 행정재산의 목적외 사용허가

II. **청사의 사용에 관한 법적 성질**

1. **행정재산의 목적외 사용**

2. **강학상 특허인지 여부**

공유재산의 관리청이 행정재산의 사용·수익에 대한 허가는 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 행위가 아니라 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분으로서 특정인에게 행정재산을 사용할 수 있는 권리를 설정하여 주는 강학상 특허에 해당한다(대판 1998.2.27. 97누1105).

3. **재량행위인지 여부**

강학상 특허는 수익적 행정행위라는 점, 국유재산법 제30조는 '중앙관서의 장은 다음 각 호의 범위에서만 행정재산의 사용허가를 할 수 있다.'고 규정한 점, 국유재산법은 국유재산의 적정한 보호와 효율적인 관리, 처분을 목적으로 한다는 점에서 행정재산의 목적외 사용허가는 재량행위에 해당

III. **사안의 해결**

甲의 해당 청사의 사용은 행정재산의 목적외 사용으로서 강학상 특허와 재량행위에 해당

<보충문제 2>

조선 국회의원 甲을 포함한 국회의원 153명은 2018. 3. 15. 현재 국회 법제사법위원회에 계류 중인 「차별금지 및 평등에 관한 법률」 제정안에 관하여, 국회의장 乙에게 심사기간의 지정 및 본회의 부의(附議)를 요청하였다. 그러나 乙은 같은 달 22일 “국회법상 심사기간 지정요건이 충족되지 않았다.”는 이유로 심사기간을 지정하지 않았고, 따라서 본회의 부의 절차도 진행하지 않았다.

이에 甲은 항의의 뜻으로 약 3주간 국회 본회의 및 위원회 회의에 출석하지 않았다. 국회사무총장 丙은 「국회의원 보수 등에 관한 법률」에 따라 매월 의원들에게 지급되는 의정활동비를 甲에게 지급하지 않았으며, 甲이 지급을 요구하였음에도 불출석을 이유로 이를 거절하였다. 이 경우 甲은 누구를 상대로 어떠한 종류의 소송을 제기하여야 하는가? (20점)

「국회의원수당 등에 관한 법률」

제3조(수당의 지급일) 국회의원의 수당은 매월 20일에 지급한다. 다만, 지급하는 날이 공휴일인 때에는 그 전날에 지급한다.

제4조(수당의 계산) 국회의원의 임기가 개시된 날과 국회의원의 직을 상실하는 날이 속하는 월의 수당은 제2조에 따른 수당 중 그 월의 재직일수에 해당하는 금액을 지급한다.

제6조(입법활동비) ① 국회의원의 입법기초자료 수집·연구 등 입법활동을 위하여 별표 2의 입법활동비를 매월 지급한다.

② 입법활동비의 지급일 및 계산방법에 관하여는 제3조 및 제4조를 준용한다.

[별표 2] 입법활동비

내역	지급액
입법활동비	1,200,000원

• 2019 법학전문대학원협의회 모의시험 변형

I. **논점** : 항고소송과 당사자소송의 구별 & 소송형태에 따른 피고적격

## II. 소송형태

### 1. 당사자소송과 항고소송의 구별

- 항소소송은 행정청의 처분등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송을, 당사자소송은 행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한 쪽 당사자를 피고로 하는 소송이다(행정소송법 제3조).
- 지방소방공무원의 초과근무수당 지급청구권은 법령의 규정에 의하여 직접 그 존부나 범위가 정하여지고 법령에 규정된 수당의 지급요건에 해당하는 경우에는 곧바로 발생한다고 할 것이므로, 지방소방공무원이 자신이 소속된 지방자치단체를 상대로 초과근무수당의 지급을 구하는 청구에 관한 소송은 행정소송법 제3조 제2호에 규정된 당사자소송의 절차에 따라야 한다(대판 2013.3.28. 2012다102629).

### 2. 사안의 경우

- 법령에 근거하여 의정활동비 지급의무의 존부나 범위가 직접 정하여지는 공법상 금전지급의무에 관한 것으로서 별도의 처분행위를 요하지 아니하고, 법령상 지급요건에 해당하는 경우 지급청구권은 곧바로 발생함
- 행정청의 '처분 등'을 대상으로 하는 항고소송이 아니라, 공법상 법률관계 그 자체의 존부를 다투는 소송, 즉 당사자소송에 해당

## III. 피고적격

- 당사자소송은 국가·공공단체 그 밖의 권리주체를 피고로 한다(행정소송법 제39조).
- 사안은 국가(대한민국)이 피고적격을 가짐

## IV. 사례의 해결

甲은 대한민국을 상대로 당사자소송을 제기하여야 함

○ 105쪽 <연습 21> 앞에 추가

A지방고용노동청장(이하 'A청장')은 민원인의 이용 편의를 위하여 청사 지하 1층에 편의점을 위탁운영하기로 결정하고, '청사 내 편의시설(편의점) 운영자 선정 입찰 공고'를 하였다. 입찰 결과 甲이 낙찰자로 결정되었고, A청장은 2022. 12. 20. 甲과 계약기간은 2023. 1.1.부터 2024. 12. 31.까지(2년간), 연 사용료 1억 원 등을 내용으로 하는 '청사 편의점 운영권 위탁계약(이하 '위탁운영계약')을 체결하여 편의점 운영자 선정 절차가 완료되었다. 그 후 甲은 편의점을 1년 이상 운영하면서 납부기한까지 사용료를 납부하지 않았고, 이에 A청장은 2024. 2. 29. 「국유재산법」의 규정을 근거로 위탁운영계약을 해지하였다. 甲은 위탁운영계약 해지에 무효사유에 해당하는 하자가 있음을 발견하여, 이를 소송상 다투고자 한다. 甲이 제기하여야 하는 소송을 설명시오. (단, 위탁운영계약 체결 관련 사항은 A청장에게 위임되어 있음) (25점)

**[참고조문]**

**국유재산법 제31조(사용허가의 방법)** ① 행정재산을 사용허가하려는 경우에는 그 뜻을 공고하여 일반경쟁에 부쳐야 한다. 다만, 사용허가의 목적·성질·규모 등을 고려하여 필요하다고 인정되면 대통령령으로 정하는 바에 따라 참가자의 자격을 제한하거나 참가자를 지명하여 경쟁에 부치거나 수의(隨意)의 방법으로 할 수 있다.

**제32조(사용료)** ① 행정재산을 사용허가한 때에는 대통령령으로 정하는 요율(料率)과 산출방법에 따라 매년 사용료를 징수한다. 다만, 연간 사용료가 대통령령으로 정하는 금액 이하인 경우에는 사용허가기간의 사용료를 일시에 통합 징수할 수 있다.

<공인노무사 2025>

**I. 문제의 제기**

甲은 A청장과 체결한 청사 편의점 위탁운영계약을 1년 이상 운영하면서 사용료를 납부하지 않았다는 이유로 2024. 2. 29. 계약 해지처분을 받았다. 쟁점은 이 계약 해지가 단순히 민사상 계약 종료인지, 아니면 행정재산 사용허가를 취소·철회하는 행정처분에 해당하는지 여부이며, 이는 곧 甲이 제기할 소송의 유형과 피고, 권리구제 가능성을 결정한다.

**II. 위탁운영계약 및 그 해지의 법적 성격**

**1. 행정재산의 목적 외 사용**

계약 등을 통하여 행정재산을 사용하는 것을 '행정재산의 목적 외 사용'이라고 한다(☞ 시청사에 광고물 설치, 청사의 일부에 다과점·구내서점 등 영업허가).

사안에서 청사 건물은 행정재산이고 그 지하 1층을 편의점으로 사용하는 것은 행정재산의 목적 외 사용에 해당한다.

**2. 위탁운영계약에 따른 사용허가 및 해지의 처분성**

판례는 국립의료원 부설주차장에 관한 위탁관리용역운영계약의 실질은 행정재산인 부설주차장에 대한 국유재산법에 의한 사용·수익 허가로서, 이는 국립의료원이 원고의 신청에 의하여 공권력을 가진 우월적 지위에서 행한 행정처분으로서 특정인에게 행정재산을 사용할 수 있는 권리를 설정하여 주는 강학상 특허에 해당한다 할 것이고 순전히 사경제주체로서 원고와 대등한 위치에서 행한 사법상의 계약으로 보기 어렵다고 하였다.<sup>5)</sup>

그리고 판례에 따르면 국·공유재산의 관리청이 행정재산의 사용·수익을 허가한 다음 그 사용·수익하는 자

5) 대판 2006.3.9. 2004다31074

에 대하여 하는 사용·수익허가취소는 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 행위라 할 수 없고, 이는 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행한 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분이다.<sup>6)</sup>

### 3. 사안의 경우

사안의 위탁운영계약의 실질적 성질은 행정재산의 사용허가로서 행정처분이고, 그 해지는 행정청이 국유재산법 제32조에 따른 사용료를 납부하지 않은 것을 이유로 ‘국유재산법에 근거’(註: 문제에 명시됨)하여 한 ‘행정재산 사용허가의 철회 처분’에 해당한다.

## III. 甲이 제기하여야 하는 소송

### 1. 문제점

甲은 위탁운영계약 해지에 무효사유에 해당하는 하자가 있음을 발견하여 소송상 다투고자 한다.

만약 사안의 위탁운영계약 해지를 민사상 계약 해지로 본다면 민사소송에 의할 것이나, 위와 같이 행정재산 사용허가의 철회 처분이라 보아야 하므로 행정소송법상 항고소송을 제기해야 한다.

### 2. 행정소송법상 무효확인소송

甲이 판단한 “무효사유에 해당하는 하자”가 명백한 경우 무효확인소송을 제기하여 인용판결을 받을 수 있다. 인용판결이 있게 되면 위탁운영계약 해지는 무효임이 확인되어 처음부터 효력이 없다.

### 2. 행정소송법상 취소소송

위탁운영계약 해지의 하자가 무효사유인지 명백하지 않더라도, 재량권 일탈·남용 등 취소사유가 될 수 있으므로 취소소송으로 제기하는 것도 가능하다.

또한 무효확인과 취소소송을 병합해 제기할 수도 있다.

### 4. 피고적격

위탁운영계약 체결 관련 권한은 A청장에게 위임되어 있으므로 위 소송의 피고는 A청장이다.

## IV. 결론

청사 편의점 위탁운영계약 해지는 국유재산법상 행정재산 사용허가의 철회에 해당하는 행정처분이다. 甲은 A청장을 피고로 하여 무효확인소송을 제기할 수 있으며, 필요 시 취소소송을 병합하여 제기 가능하다.

단순 민사소송으로 계약 해지의 무효를 다투는 것은 부적법하며, 권리구제는 행정쟁송을 통해 이루어져야 한다.

---

6) 대판 1997.4.11. 96누17325

○ 136쪽 끝에 추가

<보충문제>

甲은 최근에 급증하는 반려동물 장례 수요에 부응하기 위해 동물화장시설을 건립하고자 하였다. 이에 甲은 자신이 소유하는 A시 근교의 토지 지상에 동물화장시설을 신축하기 위하여 A시 시장에게 2021. 2. 15. 개발행위허가가 포함된 건축허가를 신청하였다.

A시 시장이 위 건축허가 신청에 대하여 심사를 하고 있던 중 A시 의회는 2021. 4. 15. A시의 도시계획 조례를 개정하여 “10호 이상의 주민이 거주하는 주거밀집지역 경계로부터 200미터 이내”에는 동물화장시설을 설치할 수 없다는 규정을 신설하였다. 위 개정조례의 부칙은 위 조례를 공포한 날에 시행한다고 규정하고 있다.

甲의 동물화장시설 설치예정지는 위 개정조례상의 주거밀집지역 경계로부터 200미터 이내에 위치하고 있는데, A시 시장은 위 개정조례 규정에도 불구하고 2021. 5. 15. 원고의 동물화장장시설 신축을 허가하는 처분을 하였다.

甲의 동물화장시설 설치예정지로부터 200미터 내에 거주하고 있는 주민 乙이 A시 시장의 동물화장시설 신축 허가처분을 다툼 원고적격이 있는가? 乙이 甲의 동물화장시설 설치예정지로부터 300미터 떨어진 곳에 거주하고 있는 경우와 나누어 검토하시오. (10점)      • 2023 법원행정고시

I. 논점 : 환경권 침해의 영향권이 규정된 경우 인근 주민의 원고적격

## II. 행정소송법상 원고적격

### 1. 행정소송법 제12조 1문의 '법률상 이익'의 의미

행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라도 당해 행정처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는 경우에는 원고적격이 인정되나 여기서 말하는 법률상의 이익은 당해 처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우를 말하는 것이고 다만 간접적이거나 사실적·경제적 이해관계를 가지는 데 불과한 경우는 여기에 포함되지 않는다(대판 1995.8.22. 94누8129).

### 2. 환경상 침해의 영향권 범위가 구체적으로 규정되어 있는 경우의 원고적격 인정 요건

그 영향권 내의 주민들에 대하여는 당해 처분으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상할 수 있고, 이와 같은 환경상의 이익은 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익으로서 그들에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 법률상 보호되는 이익으로 인정됨으로써 원고적격이 인정되며, 그 영향권 밖의 주민들은 당해 처분으로 인하여 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있다는 자신의 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있음을 증명하여야만 법률상 보호되는 이익으로 인정되어 원고적격이 인정된다(대판 2006.12.22., 2006두14001).

## III. 사례의 해결

- 동물화장시설 설치예정지로부터 200미터 내에 거주하고 있는 주민 乙은 동물화장시설 신축 허가처분을 다툼 원고적격이 인정됨
- 그러나 乙이 동물화장시설 설치예정지로부터 300미터 떨어진 곳에 거주하고 있는 경우에는 乙의 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있음을 입증하여야만 원고적격이 인정됨

○ 148쪽 끝에 추가  
<보충문제>

○○군수 A는 「보조금 관리에 관한 법률」 제26조의2 제1항에 따라 ○○군의 '2026년도 원예·특작·과수분야 지원사업'(이하 '이 사건 사업')을 시행하면서 사업대상자(농가)를 선정하고 보조금을 교부하는 행정청이다. A는 부실시공 방지와 예산 절감을 위하여, 군이 미리 선정한 시공업체와 계약을 체결한 경우에만 보조금을 지급하기로 하고, 2026. 1. 5. '2026년 원예·특작·과수분야 시공업체 공모 계획'을 공고하였다. 이에 甲, 乙을 포함한 20개 업체가 응모하였다. 이 사건 사업은 6개 분야로 구분되어 있는데, 甲과 乙은 그중 ★사업 분야의 시공업체 선정공모에 응모하였다.

A는 심사 결과 평가점수 70점 이상인 16개 업체를 시공업체로 선정하고, 70점 미만인 4개 업체를 제외하여 그 결과를 2026. 2. 5. 공고하였다(이하 '이 사건 선정결과 공고'). 甲과 乙은 평가점수 미달로 선정에서 제외되자, 이 공고가 법적 근거 없이 업체들의 계약체결 자유와 영업의 자유를 제한한 위법한 처분이라고 주장하면서 주위적으로 선정결과 공고 전부의 취소를, 예비적으로 자신들에 대한 선정제외결정 부분의 취소를 구하는 소송을 제기하였다. 甲과 乙은 원고적격이 인정되는가? (25점)

• 대판 2021.2.4. 2020두48772[시공업체선정처분취소] 활용

I. 논점 : 간접적·사실적·경제적인 이해관계를 갖는 경우의 원고적격

## II. 원고적격

### 1. 의의

### 2. '법률상 이익'의 의미

### 3. 사안의 경우

#### (1) 선정공고에 응모한 20개 업체의 관계

군수 A는 응모한 20개 업체에 대하여 절대평가제를 적용하여 평가점수 70점을 기준으로 선정 여부를 결정하였을 뿐이고, 응모한 업체들은 선정에 관한 상호 경쟁관계 또는 경원자 관계가 아님

#### (2) 甲과 乙에 대한 선정제외결정 부분

甲과 乙이 불이익처분의 직접 상대방으로서 그 취소를 구할 원고적격이 인정됨

#### (3) 나머지 16개 업체에 대한 선정결정, 2개 업체에 대한 선정제외결정 부분

- 16개 업체에 대한 선정결정으로 인하여 원고들의 계약체결의 자유와 영업의 자유가 직접적으로 제한된다고 볼 수 없음. 선정된 16개 업체가 사업대상자(농가)들과 시공계약을 체결할 가능성이 높아지고, 그로 인하여 원고들의 영업기회가 줄어들 수 있을 터이지만 이는 간접적·사실적·경제적 불이익에 불과함. 또한 원고들은 이 사건 사업의 6개 분야 중 ★사업 분야에 응모하였을 뿐이므로 이와 무관한 5개 분야에서의 시공업체 선정을 다룰 이유가 없음
- 다른 2개 업체에 대한 선정제외결정도 원고들과는 직접 관련이 없으며, 설령 이를 취소한다고 하더라도 원고들의 불이익이 회복되지도 아니함

## III. 사례의 해결

선정결과 공고 중 甲과 乙에 대한 선정제외결정 부분은 불이익처분의 직접 상대방으로서 그 취소를 구할 원고적격이 인정되지만, 나머지 16개 업체에 대한 선정결과와 2개 업체에 대한 선정제외결정 부분은 그 취소를 구할 원고적격이 인정되지 아니함

○ 156쪽 <보충문제 2> 앞에 추가하고, <보충문제 2>를 <보충문제 3>으로 함

A시의 시장으로 당선된 甲의 후원회 회장은 자신이 운영하는 주유소 확장 공사를 위하여 보도의 상당 부분을 점하는 도로점용허가를 신청하였고, 甲은 이를 허가하였다. A시의 주민 乙은 甲이 도로 본래의 기능과 목적을 침해하는 과도한 범위의 도로점용을 허가하였다고 주장하며, 이 도로점용허가(이하 '이 사건 허가'라 한다)에 대하여 다투고자 한다. 乙은 이 사건 허가에 대하여 취소소송을 제기하고자 한다. 乙의 원고적격을 검토하시오. (15점)

• 2021 변호사시험

I. 논점 : 도로점용허가처분의 제3자의 원고적격

II. 취소소송의 원고적격

III. 주민이 도로이용에 관하여 갖는 이익이 '법률상 이익'에 해당하는지 여부

- 일반적으로 도로는 국가나 지방자치단체가 직접 공중의 통행에 제공하는 것으로서 일반국민은 이를 자유로이 이용할 수 있는 것이기는 하나, 그렇다고 하여 그 이용관계로부터 당연히 그 도로에 관하여 특정한 권리나 법령에 의하여 보호되는 이익이 개인에게 부여되는 것이라고까지는 말할 수 없다(대판 1992.9.22. 91누13212).
- 공공용재산이라고 하여도 당해 공공용재산의 성질상 특정개인의 생활에 개별성이 강한 직접적이고 구체적인 이익을 부여하고 있어서 그에게 그로 인한 이익을 가지게 하는 것이 법률적인 관점으로도 이유가 있다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우에는 그와 같은 이익은 법률상 보호되어야 한다(대판 1992.9.22. 91누13212).

IV. 사례의 해결

A시의 주민 乙은 공물(도로)에 대한 일반사용권을 가질 뿐, 사안의 도로점용허가처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정되지 않아 원고적격이 없음

○ 179쪽 끝에 추가. 그 앞에 것을 <보충문제 1>로 함  
<보충문제 2>

식품위생법 제75조는 유해식품을 판매한 자에 대해서는 영업허가를 취소하거나 6월 이내의 기간을 정하여 그 영업의 전부 또는 일부를 정지하거나, 영업소의 폐쇄를 명할 수 있다고 규정하고 있다. 그런데 각 지역 간 제재처분의 불균형이 문제되자, 보건복지부는 보건복지부령으로 제재처분의 기준을 정하였다. 보건복지부령은 [별표]에서 제재처분 기준으로 유해식품 판매금지 1회 위반에 대해서는 1월의 영업정지로 규정하고 있다. 그런데 A시의 시장 B은 유해식품을 판매하다 처음 적발된 甲에 대하여 3월의 영업정지처분을 내렸다.

甲은 보건복지부령이 [별표]에서 제재처분 기준으로 유해식품 판매금지 2회 위반에 대해서는 영업정지 6월의 가중제재처분을 규정하고 있다는 사실을 알고는 영업정지 취소소송을 제기하였는데, 취소소송의 진행 도중에 위 영업정지 기간은 도과하게 되었고, 동시에 甲이 판매한 식품은 유해하지 않는다는 식품의약품 안전청의 최종 조사결과가 나왔다.

영업정지 기간의 도과는 소송의 계속에 어떠한 영향을 미치는가?

• 2006 행정고시(일반행정) 변형

I. 논점 : 처분의 효력이 소멸된 이후 협의의 소익

II. 행정소송법 제12조 2문의 '법률상 이익'의 의미

III. 가중적 제재처분과 소의 이익

IV. 사례의 해결

- 부령 [별표]에 의하면 "2회 위반시 6월 영업정지"라는 가중제재처분 규정을 두고 있는바, 이에 따른 장애의 위험방지를 위한 예외적인 협의의 소익 인정이 가능함
- 따라서 법원은 영업정지기간 도과를 이유로 각하할 것이 아니라 본안판단을 하여야 함

○ 205쪽 <연습 42> 앞에 추가

서울특별시 A구에 위치한 B동 일대는 정비기반시설이 열악하고 노후·불량 건축물이 밀집하여 주거 환경 개선이 필요한 상태였다. 이에 주민들은 「도시 및 주거환경정비법」에 따라 조합설립추진위원회를 구성하고 구청장 甲의 승인을 받았으며, 조합 설립에 필요한 주민 동의를 확보한 후 B동 재개발정비사업조합(이하 ‘재개발조합’이라 한다) 설립인가를 甲에게 받아 설립을 완료하였다.

재개발조합 A는 이후 사업시행계획서 등을 작성하여 甲에게 사업시행인가를 신청하였고, 甲은 이를 인가하였다. 다만 B동 일대는 「교육환경 보호에 관한 법률」에 따라 교육환경보호구역으로 설정·고시되어 있었기 때문에, 사업시행인가 전에 교육환경영향평가서에 대한 서울특별시 교육감 乙의 승인을 별도로 받아 두었다(乙의 승인은 인허가의제 대상이 아님).

사업시행인가를 받은 A는 조합원들의 분양신청 현황을 기초로 관리처분계획안을 마련하고, 조합 총회 결의와 토지등 소유자의 공람절차를 거친 후 甲에게 관리처분계획에 대한 인가를 신청하였으나 아직 인가·고시는 이루어지지 않았다.

이 과정에서 교육환경보호구역 내에 거주하는 일부 주민들(A의 조합원은 아님)은, 乙이 제출된 교육환경영향평가서에 대해 서울특별시교육청 교육환경보호위원회의 심의를 거치지 않고 승인을 한 사실을 확인하고 이를 항고소송으로 다투고자 한다. 항고소송의 원고적격, 피고적격, 대상적격에 대해 설명하시오.7) (25점)

[참고조문]

「교육환경 보호에 관한 법률」 (약칭: 교육환경법)

**제1조(목적)** 이 법은 학교의 교육환경 보호에 필요한 사항을 규정하여 학생이 건강하고 쾌적한 환경에서 교육받을 수 있게 하는 것을 목적으로 한다.

**제5조(시·도교육환경보호위원회 등)** ① 교육환경 보호를 위한 다음 각 호의 사항을 심의하기 위하여 교육감 소속으로 시·도교육환경보호위원회(이하 “시·도위원회”라 한다)를 둔다.

1. 교육감의 교육환경 보호에 관한 시책
2. 시행계획
3. 제6조 제1항에 따른 교육환경평가서
4. 그 밖에 관할 구역의 교육환경 보호와 관련하여 위원장이 회의에 부치는 사항

**제6조(교육환경평가서의 승인 등)** ① 다음 각 호의 자는 교육환경에 미치는 영향에 관한 평가서(이하 “교육환경평가서”라 한다)를 대통령령으로 정하는 바에 따라 관할 교육감에게 제출하고 그 승인을 받아야 한다.

- 1.~3. (생략)
4. 학교(「고등교육법」 제2조 각 호에 따른 학교는 제외한다) 또는 제8조 제1항에 따라 설정·고시된 교육환경보호구역이 「도시 및 주거환경정비법」 제2조 제1호에 따른 정비구역으로 지정·고시되어 해당 구역에서 정비사업을 시행하려는 자
5. 제8조 제1항에 따라 설정·고시된 교육환경보호구역에서 「건축법」 제11조 제1항 단서에 따른 규모의 건축을 하려는 자

② 제1항에 따른 학교의 교육환경 평가 대상은 학교용지 예정지 또는 정비사업 예정지 등의 위치, 크기·외형, 지형·토양환경, 대기환경, 주변 유해환경, 공공시설을 포함한다.

③ 교육감은 교육환경평가서를 승인하기 위하여는 시·도위원회의 심의를 거쳐야 하며, 이를 위하여 제13조에 따른 교육환경 보호를 위한 전문기관 또는 대통령령으로 지정하는 기관의 검토의견과 해당 학교의 장의 의견(제1항 제4호 및 제5호에 해당하는 자가 제출한 교육환경평가서와 관련된 의견을 말한다)을 함께 제공하여야 한다.

7) 2023년 법학전문대학원협의회 모의시험 변형

## I. 문제의 소재

교육감 乙의 교육환경평가서 승인의 직접 상대방은 재개발조합 A이므로, 조합원이 아니며 제3자인 주민에게 항고소송의 원고적격이 있는지 문제되며, 이에 따른 피고적격과 대상적격을 검토한다.

## II. 원고적격

### 1. 원고적격의 의의

취소소송에서 원고적격이란 구체적인 처분에 대하여 누가 원고로서 취소소송을 제기하여 본안판결을 받을 자격이 있는가의 문제를 말한다. 행정소송법 제12조는 “취소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다.”고 규정하고 있다.

### 2. 법률상 이익에 관한 학설과 판례

‘법률상 이익’에 대하여 권리구제설, 법률상 보호이익설, 보호가치 있는 이익구제설, 적법성보장설 등의 대립이 있다.

판례에 의하면 ‘법률상 이익’이란 처분의 근거법규 및 관련법규(처분의 근거법규 및 관련법규의 입법취지 포함)에 의해 개별적으로 보호되는 직접적이고 구체적인 개인적 이익을 말하고, 공익보호의 결과로 국민 일반이 공통적으로 가지는 일반적·간접적·추상적 이익은 여기에 포함되지 않는다.<sup>8)</sup> 따라서 제3자가 단지 간접적인 사실상 경제적 이해관계를 가지는 경우에는 그 처분의 취소를 구할 원고적격이 없다.<sup>9)</sup>

### 3. 사안의 경우

교육환경평가서 승인처분의 근거가 되는 교육환경법은 학생이 건강하고 쾌적한 환경에서 교육받을 수 있게 하는 것을 목적으로 한다. 따라서 교육환경보호구역 내에 거주하는 주민 중 그 구역 내 소재 학교의 재학생에게는 법이 보호하는 개별적, 직접적, 구체적 이익이 인정되어 원고적격을 갖는다.<sup>10)</sup>

그 밖에 일반 주민들이나 학부모의 원고적격이 문제 되는바, 학교보건법은 학생의 교육환경 보호를 목적으로 하는 것이므로 주민의 생활환경 이익, 학부모의 자녀교육상 이익은 간접적·사실적 이해관계에 불과하여 이들의 원고적격을 인정할 수 없다.

## III. 피고적격

### 1. 취소소송의 피고적격

취소소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분 등을 행한 행정청을 피고로 한다(행정소송법 제13조 제1항). 이 경우 행정청은 ‘그의 권한의 범위 내에서 행정주체의 행정에 관한 의사 또는 판단을 결정하고 이를 외부에 표시하는 기관’이다.

### 2. 사안의 경우

교육감 乙은 교육환경법에 따라 교육환경평가서 승인의 권한을 갖고 있어 사안 처분의 취소를 구하는 소송에서 피고에 해당한다.

## IV. 대상적격

8) 대판 2015.7.23. 2012두19496

9) 대판 2002.8.23. 2002추61

10) 이 경우 미성년 학생인 경우 그의 법적 대리인이 제기할 수 있다. 그런데 재학생 이외에 입학 예정자도 포함될지 문제된다. 입학 예정자는 아직 학교의 구성원이 아니므로 ‘학생의 교육환경’이라는 보호법익이 직접적·구체적으로 발생하지 않은 상태이어서 일반적으로는 원고적격이 부정될 가능성이 높다. 다만, 입학이 확정된 상태(예: 합격 통보를 받은 경우)이거나 입학이 상당히 구체적으로 예정된 학생(예: 해당 구역 내 중학교 졸업 후 자동 진학 체계 하의 고등학교 예정자)의 경우는 사실상 재학생에 준하는 지위로서 긍정할 수 있다는 견해가 있을 수 있다.

**1. 취소소송의 대상적격**

취소소송의 대상인 처분이란 ‘행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용 및 행정심판에 대한 재결’을 말한다(행정소송법 제19조 제2조).

**2. 사안의 경우**

교육감의 교육환경평가서 승인행위는 정비사업 시행인가를 받기 위한 별도의 독립된 인허가 절차로서 (교육감 乙의 승인행위는 인허가의제 대상이 아님), 법령상 사업시행의 전제 요건이 되는 구속력 있는 승인처분이다. 이는 사업시행자의 법적 지위를 확정시키고, 향후 교육환경의 영향을 받는 학생들에게도 직접적인 법률효과를 미친다.

따라서 이는 행정청의 공권력 행사에 해당하는 행정처분으로서 항고소송의 대상적격이 인정된다.

**V. 설문의 해결**

교육환경보호구역 내에 거주하는 주민 중 그 구역 내 소재 학교의 재학생은 교육감 乙을 피고로 하여, 교육환경평가서 승인처분에 대해 항고소송을 제기할 수 있다.

<보충문제>

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(교육환경보호법 시행령 제14조 제2항의 의결정족수 미달임이 인정됨). H고등학교 근처에서 일반게임제공업을 운영 중인 丙은 위 의결은 교육환경보호법령에 위반된다고 주장하면서 乙의 금지행위 및 시설금지 해제결정에 대하여 취소소송을 제기하고자 한다. 대상적격과 원고적격을 설명하시오. (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)

**「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 제6의2호 나목에 따라 제공되는 게임물 시설

**「게임산업진흥에 관한 법률」**

**제2조(정의)** 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

6의2. 제6호의 게임제공업 중 일정한 물리적 장소에서 필요한 설비를 갖추고 게임물을 제공하는 영

업은 다음 각 호와 같다.

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.

· 2021 입법고시

## ■ 문 (1)

I. **논점** : 금지행위 및 시설금지 해제결정의 처분성 & 경쟁자의 원고적격

### II. 대상적격

#### 1. 취소소송 대상인 처분

#### 2. 사안의 경우(예외적 승인)

- 교육환경보호법은 교육환경보호구역 내에서 교육환경에 유해한 게임제공업에 해당하는 행위 및 시설을 하는 것을 원칙적으로 금지하되, 상대보호구역에서는 예외를 인정함
- 판례는 “학교환경위생정화구역 안에서의 금지행위 및 시설의 해제신청에 대하여 그 행위 및 시설이 학습과 학교보건에 나쁜 영향을 주지 않는 것인지의 여부를 결정하여 그 금지행위 및 시설을 해제하거나 계속하여 금지(해제거부)하는 조치는 시·도교육위원회교육감 또는 교육감이 지정하는 자의 재량행위에 속하는 것”(대판 1996.10.29. 96누8253)이라고 하여 처분성 인정

### III. 원고적격

#### 1. 행정소송법 제12조 1문 “법률상 이익”의 의미

당해 행정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 말하고, 당해 행정처분과 관련하여 간접적이거나 사실적·경제적 이해관계를 가지는 데 불과한 경우는 여기에 포함되지 않으나, 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라고 하더라도 당해 행정처분으로 인하여 법률상 보호되는 이익을 침해당한 경우에는 취소소송을 제기하여 그 당부의 판단을 받을 자격이 있다(대판 2010.5.13. 2009두19168)

#### 2. 「교육환경보호법」의 보호법익

- 동법은 ‘학생의 보건·위생, 안전, 학습과 교육환경의 보호’를 목적으로 하며, 보호대상은 학생 등 학습자와 학교의 교육환경임
- 주변의 사업자(예: 게임제공업자)의 영업이익은 법률이 보호하려는 이익에 포함되지 아니함

#### 3. 사안의 경우

- 인근 업소 운영자 丙이 주장하는 이익은 새로운 경쟁업체(甲)의 진입으로 인한 경제적·사실상 이익에 불과함
- 일반게임제공업은 「게임산업진흥에 관한 법률」 제26조의 허가업으로서 판례의 “과당경쟁으로 인한 불합리한 경영을 방지”(대판 2008.3.27. 2007두23811)가 인정되지 않아 경쟁업자의 법률상 이익이 없어 원고적격이 부정됨

### IV. 사안이 해결

교육장의 ‘금지행위 및 시설금지 해제결정’은 대외적으로 법률효과를 가지는 처분으로서 항고소송의 대상이 되나, 그러나 인근 일반게임제공업자인 丙은 교육환경보호법이 보호하는 법익의 범위에 속하지 않으므로 원고적격이 없음

▪ 문 (2)

I. 논점 : 공중에 대한 거부행위의 처분성

II. 건축물대장 용도변경신청 반려의 처분성

1. 강학상 공증의 의의

특정사실 또는 법률관계의 존부를 공적으로 증명하는 행정행위

2. 공증의 처분성 여부

건축물의 용도는 토지의 지목에 대응하는 것으로서 건물의 이용에 대한 공법상의 규제, 건축법상의 시정명령, 지방세 등의 과세대상 등 공법상 법률관계에 영향을 미치고, 건물소유자는 용도를 토대로 건물의 사용·수익·처분에 일정한 영향을 받게 된다. 이러한 점 등을 고려해 보면, 건축물대장의 용도는 건축물의 소유권을 제대로 행사하기 위한 전제조건으로서 건축물 소유자의 실제적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로, 건축물대장 소관청의 용도변경신청 거부행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2009.1.30. 2007두7277).

3. 거부처분의 성립요건

- 거부가 취소심판의 대상이 되는 행정처분이 되려면 ① 그 신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이어야 하고, ② 그 거부행위가 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것이어야 하며, ③ 그 국민에게 그 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 있어야 함(대판 2002.11.22., 2000두922)
- 건축물대장 기재의 변경은 건축물의 적법한 이용과 관련한 법적 효과를 수반하므로 대외적 행정행위이고, A구청장의 반려조치로 甲은 용도변경을 통해 합법적으로 일반게임제공업소를 운영할 수 없게 되었으며, 甲의 신청은 건축법령에 의하여 적법하게 규정된 절차에 따른 것임

III. 사례의 해결

甲은 A구청장의 반려조치를 항고소송으로 다툴 수 있음



「교육환경보호에 관한 법률」(이하 ‘교육환경법’이라 한다)은 교육환경보호구역 내에서 게임산업법에 따른 게임제공업에 해당하는 행위 및 시설을 하는 것을 원칙적으로 금지하되, 학교경계 등으로부터 직선거리로 200m 내인 상대보호구역에서는 예외를 인정하고 있다. 甲의 인형뽑기방은 A시 소재 꿈나무초등학교 경계로부터 직선거리로 약 100m 떨어진 상대보호구역에 자리잡고 있다. 이에 甲은 교육환경법에 따라 교육소관청에 금지행위 및 시설의 해제를 구하는 신청을 하였다. 甲의 영업장소 인근에서 유사영업을 하고 있는 乙은 甲이 금지해제를 신청한 사실을 알게 된 직후, “교육소관청은 甲에게 금지해제를 하여서는 아니 된다.”라는 취지의 청구를 하고자 한다. 다음 물음에 답하시오.<sup>11)</sup>

- (1) 교육소관청의 해제결정의 법적 성질을 검토하시오. (10점)
- (2) 「행정심판법」 및 「행정소송법」상 乙의 청구가 허용되는 유형의 청구인지 검토하시오. (20점)

**[참고조문]**

**「교육환경보호에 관한 법률」**

**제8조(교육환경보호구역의 설정 등)** ① 교육감은 학교경계 또는 학교설립예정지 경계(이하 “학교경계등”이라 한다)로부터 직선거리 200미터의 범위 안의 지역을 다음 각 호의 구분에 따라 교육환경보호구역으로 설정·고시하여야 한다.

- 1. 절대보호구역: 학교출입문으로부터 직선거리로 50미터까지인 지역(학교설립예정지의 경우 학교경계로부터 직선거리 50미터까지인 지역)
- 2. 상대보호구역: 학교경계등으로부터 직선거리로 200미터까지인 지역 중 절대보호구역을 제외한 지역

**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 제27호까지 및 제29호부터 제32호까지에 규정된 행위 및 시설 중 교육감이나 교육감이 위임한 자가 지역위원회의 심의를 거쳐 학습과 교육환경에 나쁜 영향을 주지 아니한다고 인정하는 행위 및 시설은 제외한다.

- 19. 「게임산업진흥에 관한 법률」 제2조 제2호, 제7호 또는 제8호에 따른 게임제공업, 인터넷컴퓨터게임시설제공업 및 복합유통게임제공업

**I. 설문 (1) - 금지해제결정의 법적 성질**

**1. 예외적 승인**

예외적 승인은 행위 그 자체가 사회적으로 유해하기 때문에 법령에 의하여 일반적으로 금지된 행위를 예외적으로 적법하게 행사할 수 있도록 하는 행정행위를 말한다. 즉 절대적 금지가 아닌 억제적 금지를 예외적으로 해제하는 것을 의미한다. 이에 반해 강학상 허가는 법령에 의해 일반적·상대적으로 금지된 행위를 특정한 경우에 해제하여 줌으로써, 자연적 자유를 회복시켜 주는 행정행위를 의미한다.

교육환경법은 교육환경보호구역 내에서 교육환경에 유해한 게임제공업에 해당하는 행위 및 시설을 하는 것을 원칙적으로 금지하되, 상대보호구역에서는 예외를 인정하고 있다. 따라서 사안의 해제결정은 예외적 승인에 해당한다.

**2. 재량행위**

재량행위와 기속행위의 구별에 관하여 종전에는 요건재량설과 효과재량설의 대립이 있었으나, 오늘날 통설과 판례는 당해 행위의 근거가 된 법규의 체재·형식과 그 문언, 당해 행위가 속하는 행정 분야의 주

11) 2025년 변호사시험 기출문제

된 목적과 특성, 당해 행위 자체의 개별적 성질과 유형 등을 모두 고려하여 판단한다.<sup>12)</sup>

사안의 해제결정은 교육환경보호구역 안에서의 금지행위 및 시설의 해제신청에 대하여 그 행위 및 시설이 학습과 학교보건에 나쁜 영향을 주지 않는 것인지의 여부를 결정하여 그 금지행위 및 시설을 해제하거나 계속하여 금지(해제거부)하는 조치로서 재량행위에 속한다.<sup>13)</sup>

## II. 설문 (2) - 예방적 부작위심판청구와 예방적 부작위청구소송의 허용 여부

### 1. 예방적 부작위심판 및 예방적 부작위청구소송의 의의

예방적 부작위심판 및 예방적 부작위청구소송은 행정청의 공권력의 행사에 의해 국민의 권익이 침해될 것이 예상되는 경우에 미리 그 공권력의 행사를 저지하기 위하여 제기하는 심판 내지 소송을 의미한다.<sup>14)</sup>

### 2. 「행정심판법」 상 인정 여부

#### (1) 의무이행심판으로 청구할 수 있는지 여부

「행정심판법」 제5조는 행정심판의 종류로 취소심판, 무효등확인심판 및 의무이행심판만을 규정하고 있다.

이 가운데 의무이행심판은 당사자의 신청에 대한 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 행정심판을 의미한다(행정심판법 제5조 제3호). 이러한 의무이행심판은 소극적 처분인 거부처분이나 부작위를 대상으로 한다. 그런데 예방적 부작위심판은 적극적 처분인 작위를 대상으로 한다.<sup>15)</sup> 따라서 사안에서 乙은 “교육소관청은 甲에게 금지해제를 하여서는 아니 된다.”는 청구를 의무이행심판으로 할 수 없다.

#### (2) 예방적 부작위심판의 허용 여부

##### 1) 학설

① 「행정심판법」 제5조를 열거규정으로 해석하여 예방적 부작위심판을 부정하는 견해와 ② 행정심판의 국민의 권익구제라는 기능을 강조하면서 「행정심판법」 제5조를 예시규정으로 해석하여 예방적 부작위심판을 인정하는 견해가 있다.

##### 2) 검토 및 사안의 적용

현행 행정심판법에서는 예방적 부작위심판을 명시적으로 인정하고 있지 않으므로 예방적 부작위심판을 인정하기 어렵다고 본다. 따라서 乙의 “교육소관청은 甲에게 금지해제를 하여서는 아니 된다.”는 청구는 허용되지 않는다.

### 3. 「행정소송법」 상 인정 여부

#### (1) 문제점

예방적 부작위소송은 공권력에 의한 침해가 절박한 경우에 주로 문제되며 공권력의 행사에 대한 소극적 방어로서의 의미를 가진다. 우리 행정소송법에는 명문 규정이 없어 그 인정 여부가 문제된다.

#### (2) 학설

##### 1) 소극설

이 견해는 ① 이를 인정할만한 실정법 규정이 존재하지 않는다는 점, ② 행정권에 대한 사법통제는 일단 행정청의 제1차적 판단권이 행하여진 이후에만 가능하며, 행정작용이 있기 전에 행정권이 의도하고

12) 대판 2001.2.9. 98두17593

13) 대판 1996.10.29. 96누8253

14) 또는 “행정청의 처분이 사인의 권리나 이익을 침해할 우려가 있을 때 행정청에게 처분을 하지 아니할 것을 명하거나 처분권한이 없음을 확인을 구하는 심판 내지 소송”이라는 정의도 가능하다.

15) 예방적 부작위심판은 아직 침익적 행정작용이 나오기 전에 제기하는 심판청구라는 점에서 행정처분이 나온 이후에만 제기할 수 있는 취소심판이나 무효등확인심판과도 구별된다.

있거나 계획 중인 일정한 행위를 금지시키는 것은 사법권의 한계를 일탈한다는 점을 이유로 허용될 수 없다고 한다.

## 2) 적극설

이 견해는 ① 행정소송법 제4조의 항고소송의 종류는 예시적 열거로 보아야 한다는 점, ② 거부처분이나 부작위를 행정청의 제1차적 판단권의 행사로 볼 수 있으므로 권력분립의 원칙에 반하지 않는다는 점, ③ 예방적 금지소송을 행정청의 처분발동에 대한 부작위의무 및 그 권한이 없다는 확인의 판결을 구하는 확인소송으로 인정될 수 있다는 점, ④ 처분이 이루어질 개연성이 있고 절박하며, 처분요건이 일의적으로 정해져 있고, 미리 구제하지 않으면 회복할 수 없는 손해가 발생할 우려가 있고, 다른 구제방법이 없는 경우에는 국민의 권리구제를 위해서 허용되어야 한다는 점을 들고 있다.

## (2) 판례

판례는 “피고 국민건강보험공단은 이 사건 고시를 적용하여 요양급여비용을 결정하여서는 아니된다는 내용의 원고들의 위 피고에 대한 이 사건 청구는 부적법하다 할 것이다.”<sup>16)</sup>라거나 “건축건물의 준공처분을 하여서는 아니된다는 내용의 부작위를 구하는 청구는 행정소송에서 허용되지 아니하는 것이므로 부적법하다.”<sup>17)</sup>고 하여 예방적 부작위청구소송을 인정하고 있지 않다.

## (3) 검토

현행 행정소송법에서는 예방적 부작위청구소송을 명시적으로 인정하고 있지 않으므로 예방적 부작위청구소송을 인정하기는 어렵다고 할 것이다. 따라서 乙의 “교육소관청은 甲에게 금지해제를 하여서는 아니 된다.”는 청구소송은 허용되지 않는다.

## 4. 사안의 해결

乙의 예방적 부작위심판 및 예방적 부작위청구소송은 행정심판법과 행정소송법상 인정되지 않으므로 乙의 청구는 허용되지 않는다.

---

16) 대판 2006.5.25. 2003두11988

17) 대판 1987.3.24. 86누182

○ 325쪽 끝에 추가  
 <보충문제>

A광역시장은 'A광역시에 거주하는 자 중 개인택시 면허기준 우선순위에 따라 면허를 발급'한다는 내용으로 '개인택시운송사업 신규면허 공고'를 내었다. 이에 따라 甲과 乙은 개인택시운송사업면허를 신청하였다. A광역시장은 「개인택시운송사업면허 사무처리규정」(이하 '이 사건 규정')에 따라 기존 택시 운송 수요와 배차 효율성을 검토한 결과, 甲에게만 개인택시운송사업면허를 발급하였고, 乙에 대해서는 면허 발급 우선순위가 뒤에 있다는 이유로 면허제외처분을 내렸다.

甲은 개인택시운송사업면허를 받기 전 이미 제1종 보통면허, 제1종 특수면허 및 제2종 원동기장치자전거면허를 취득하였다. 그러나 甲은 휴무일에 혈중알코올농도 0.1% 상태에서 자신의 개인택시를 운전하다 교통사고를 일으켰고, 이 사건으로 경찰청장은 甲의 모든 운전면허를 취소하였다.

(1) 乙은 이 사건 규정에 따른 자신의 교통법규 준수 기록의 산정에 오류가 있고 오히려 甲보다 자신의 면허발급순위가 우선한다고 주장하며 甲에 대한 개인택시운송사업면허처분의 취소를 구하고자 한다.

가. 개인택시운송사업면허의 법적 성격을 검토하시오. (10점)

나. 당해 취소소송에서 乙의 원고적격을 검토하시오. (15점)

(2) 甲은 음주운전을 이유로 자신이 소지하고 있는 제1종 보통면허 이외에 제1종 특수면허와 제2종 원동기장치자전거면허까지 모두 취소한 것은 경찰청장이 「도로교통법」상 운전면허의 취소에 대한 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하다고 주장한다. 이 주장의 당부를 검토하시오. (15점)

※ 도로교통법 및 동법 시행규칙 [별표 18]의 운전할 수 있는 차의 종류(제53조 관련)에 따르면,

1. 운전면허의 종별에 따른 사업용자동차의 운전제한은 없음
2. 제1종 특수면허 소지자는 제2종 보통면허로 운전할 수 있는 차량(승용자동차 포함)을 운전할 수 있음
3. 제2종 보통면허로 '원동기장치자전거'를 운전할 수 있음

<여객자동차 운수사업법>

제5조(면허 등의 기준) ① 여객자동차운송사업의 면허기준은 다음 각 호와 같다.

1. 사업계획이 해당 노선이나 사업구역의 수송 수요와 수송력 공급에 적합할 것
2. 최저 면허기준 대수(대수), 보유 차고 면적, 부대시설, 그 밖에 국토교통부령으로 정하는 기준에 적합할 것
3. 대통령령으로 정하는 여객자동차운송사업인 경우에는 운전 경력, 교통사고 유무, 거주지 등 국토교통부령으로 정하는 기준에 적합할 것

④ 시·도지사는 「택시운송사업의 발전에 관한 법률」 제9조에 따라 사업구역별 택시 총량의 산정 또는 재산정이 있거나 수송 수요의 급격한 변화 등 국토교통부령으로 정하는 사유로 제3항의 수송력 공급계획을 변경할 필요가 있는 경우에는 국토교통부장관의 승인을 받아 이를 변경할 수 있다. 다만, 사업구역별 택시 총량의 재산정으로 인하여 공급계획을 변경하는 경우에는 국토교통부장관의 승인을 받지 아니하고 수송력 공급계획을 변경할 수 있다.

• 2022 법학전문대학원협의회 모의시험 변형

▪ 문 (1)

Ⅰ. 개인택시운송사업면허의 법적 성격

1. 강화상 특허에 해당하는지 여부

(1) 강화상 허가과 특허의 구별

- 허가 : 법령에 의한 자연적 자유에 대한 일반적인 상대적 금지를 일정한 요건을 갖춘 경우에 제한하여 일정한 행위를 적법하게 할 수 있게 하는 행정행위
- 특허 : 상대방을 위하여 새로운 권리, 능력, 포괄적 법률관계를 설정하는 행위

## (2) 사례의 경우

개인택시운송사업면허는 특정인에게 권리나 이익을 부여하는 행정행위(대판 2005.4.28. 2004두8910)로서 강학상 특허에 해당

## 2. 재량행위에 해당하는지 여부

### (1) 기속행위와 재량행위의 구별 기준

판례는 당해 행위의 근거가 된 법규의 체재·형식과 그 문언, 당해 행위가 속하는 행정 분야의 주된 목적과 특성, 당해 행위의 성질과 유형 등을 모두 고려하여 판단하는 것을 원칙으로 하면서(대판 2001.2.9. 98두17593), 헌법상 기본권과의 관계 등을 함께 고려하여 개별적으로 판별

### (2) 사례의 경우

개인택시운송사업면허는 법령에 특별한 규정이 없는 한 재량행위이고, 그 면허에 필요한 기준을 정하는 것 역시 행정청의 재량에 속함(대판 2005.4.28. 2004두8910)

## II. 甲에 대한 개인택시운송사업면허 취소소송에서 乙의 원고적격

### 1. 논점 : 제3자의 원고적격

### 2. 행정소송법 제12조 전문의 '법률상 이익'의 의미

### 3. 경원자소송에서의 원고적격

#### (1) 경원자소송의 의의

#### (2) 경원자소송에서의 원고적격

인·허가 등의 수익적 행정처분을 신청한 수인이 서로 경쟁관계에 있어서 일방에 대한 허가 등의 처분이 타방에 대한 불허가 등으로 귀결될 수밖에 없는 때 허가 등의 처분을 받지 못한 자는 비록 경원자에 대하여 이루어진 허가 등 처분의 상대방이 아니라 하더라도 당해 처분의 취소를 구할 당사자적격이 있다(대판 1992.5.8. 91누13274).

### 4. 사례의 해결

- 甲의 면허가 취소되면 총량 내에서 면허대상자 선정이 다시 이루어질 수 있어 乙에게 면허 부여 가능성이 존재
- 乙은 甲의 면허취소로 직접적·구체적 법률상 이익을 얻을 수 있으므로 원고적격 인정

## ■ 문 (2)

### I. 논점 : 운전면허 전부철회의 적법성

### II. 이 사건 운전면허 취소의 법적 성질

적법한 운전면허를 음주운전이라는 새로이 발생한 사유를 이유로 그 효력을 장래를 향하여 소멸시키는 행정행위로서 '철회'에 해당

### III. 운전면허 전부철회의 위법 여부

#### 1. 일부철회의 가능성

외형상 하나의 행정처분이라 하더라도 가분성이 있거나 그 처분대상의 일부가 특정될 수 있다면 그 일부만의 취소도 가능하고 그 일부의 취소는 당해 취소부분에 관하여 효력이 생긴다(대판 1995.11.16. 95누8850).

#### 2. 운전면허 별개 취급 원칙

한 사람이 여러 종류의 자동차 운전면허를 취득하는 경우뿐 아니라 이를 취소 또는 정지함에 있어서도 서로 별개의 것으로 취급하는 것이 원칙이고, 한 사람이 여러 종류의 자동차 운전면허를 취득하는 경우 1개의 운전면허증을 발급하고 그 운전면허증의 면허번호는 최초로 부여한 면허번호로 하여 이를 통합관리하고 있다고 하더라도, 이는 자동차 운전면허증 및 그 면허번호 관리상의 편의를 위한 것에 불과할 뿐 그렇다고 하여 여러 종류의 면허를 서로 별개의 것으로 취급할 수 없거나 각 면허의 개별적인 취소 또는 정지를 분리하여 집행할 수 없는 것은 아니다(대판 1995.11.16. 95누8850).

#### 3. 복수 운전면허의 전부 철회 가능성

취소사유가 특정 면허에 관한 것이 아니고 다른 면허와 공통된 것이거나 운전면허를 받은 사람에 관한 것 일 경우에는 여러 면허를 전부 취소할 수도 있다(대판 2012.5.24. 2012두1891).

#### **4. 사안의 경우**

특수면허가 제1종 운전면허의 하나인 이상 특수면허 소지자는 승용자동차로서 자동차운수사업법, 같은법시행령, 사업용자동차구조등의기준에관한규칙 등에 규정된 사업용자동차인 택시를 운전할 수 있다. 따라서 택시의 운전은 제1종 보통면허 및 특수면허 모두로 운전한 것이 되므로 택시의 음주운전을 이유로 위 두 가지 운전면허 모두를 취소할 수 있다(대판 1996.6.28. 96누4992). 제1종 대형면허나 제1종 보통면허의 취소에는 당연히 원동기장치자전거의 운전까지 금지하는 취지가 포함된 것이어서 이들 세 종류의 운전면허는 서로 관련된 것이라고 할 것이므로 제1종 보통면허로 운전할 수 있는 차량을 음주운전한 경우에 이와 관련된 면허인 제1종 대형면허와 원동기장치자전거면허까지 취소할 수 있다(대판 1994.11.25. 94누9672).

#### **IV. 사례의 해결**

이 사건 운전면허취소는 적법하고, 甲의 주장은 타당하지 아니함

○ 347쪽 끝에 추가하고, 앞의 것을 <보충문제 1>로 함  
<보충문제 2>

甲은 A지방자치단체장으로부터 건축법에 따른 건축허가를 받아 건축물을 신축하였는데, 신축 과정에서 허가받은 면적을 초과하여 건축물을 건축하였다. A지방자치단체 소속 공무원인 乙과 丙은 현장조사를 나가 위 건축물을 출입하여 건축법 또는 이에 따른 명령이나 처분에 위반되는지 여부를 조사하였는데, 그 과정에서 현장출입조사서나 그 밖의 문서가 발송·통지·제시되지 않았으며 현장조사의 목적 등이 구두로도 통지되지 않았다. 乙과 丙의 현장조사 결과를 바탕으로 A지방자치단체장은 건축법 제79조 제1항에 근거하여 甲에게 위 건축물이 허가받은 면적을 초과하여 건축되었다는 사유로 그 초과 건축부분을 철거하라는 시정명령을 하였다. 그런데 甲은 시정기간 내에 시정명령을 이행하지 않았고, 이에 A지방자치단체장이 甲에게 상당한 이행기한을 정하여 시정명령을 이행할 것을 촉구하였는데 甲은 그 이행기간까지 시정명령을 이행하지 않았다. 그러자 A지방자치단체장은 건축법 제80조 제1항에 근거하여 甲에게 이행강제금을 부과하였다.

甲은 A지방자치단체장이 한 이행강제금 부과처분에 대해서만 제소기간 내에 취소소송을 제기하였다. 이 경우 그 취소소송의 인용가능성에 관하여 검토하시오(단 위 지문에 제시된 사정 외에는 고려하지 않고, 시정명령에 대해서는 취소소송의 제소기간이 지났음을 전제로 함). (35점)

「행정조사기본법」

제11조(현장조사) ① 조사원이 가택·사무실 또는 사업장 등에 출입하여 현장조사를 실시하는 경우에는 행정기관의 장은 다음 각 호의 사항이 기재된 현장출입조사서 또는 법령등에서 현장조사시 제시하도록 규정하고 있는 문서를 조사대상자에게 발송하여야 한다.

1. 조사목적
2. 조사기간과 장소
- 3~7. 생략

제17조(조사의 사전통지) ① 행정조사를 실시하고자 하는 행정기관의 장은 제9조에 따른 출석요구서, 제10조에 따른 보고요구서·자료제출요구서 및 제11조에 따른 현장출입조사서(이하 “출석요구서등”이라 한다)를 조사개시 7일 전까지 조사대상자에게 서면으로 통지하여야 한다. (단서 생략)

• 2024 법원행정고시

I. 논점 : 하자의 승계

II. 시정명령의 하자가 이행강제금 부과처분에 승계되는지 여부

1. 하자승계의 의의

2. 하자승계 논의의 전제

3. 인정범위

4. 사안의 적용

- 甲은 허가받은 면적을 초과하여 건축물을 건축하였으므로 위법한 건축물
- 乙과 丙이 한 현장조사는 「행정조사기본법」 제11조와 제17조를 위반한 하자가 존재함. 위법한 현장조사에 의해 수집된 정보에 기초하여 발하여진 시정명령 역시 위법함
- 시정명령이 위법한 현장조사에 기초한 위법한 처분으로서 그 하자가 중대하다고 하더라도 그 하자가 외관상 명백하다고 볼 수는 없음. 따라서 당해 사안의 시정명령은 취소사유가 존재함
- 「건축법」상 시정명령과 이행강제금 부과처분은 위법한 건축물의 철거라는 동일한 법률효과를 목적으로 한다고 볼 수 있음. ☞ 불가쟁력이 발생한 철거명령의 위법사유를 이유로 이행강제금 부과처분의 취소를 구할 수 있음

III. 사안의 해결

이행강제금 부과처분 취소소송의 인용가능성 있음

○ 396쪽 끝에 추가  
<보충문제>

A광역시 B구의 구청장 乙은 대규모점포를 운영 중인 甲에 대하여 영업제한 시간을 오전 0시부터 오전 8시까지로 정하고 매월 둘째 주와 넷째 주 일요일을 의무휴업일로 지정하는 내용의 처분(이하 '제1차 처분'이라 한다)을 하였다. 이에 甲은 이 처분에 대해 취소를 구하는 소송을 제기하였다. 그런데 취소 소송이 계속 중이던 2024. 6. 7. 乙은 영업시간 제한 부분의 시간을 '오전 0시부터 오전 10시'까지로 변경하되, 의무휴업일은 종전과 동일하게 유지하는 내용의 처분(이하 '제2차 처분'이라 한다)을 하였다. 乙은 제2차 처분으로 제1차 처분은 소멸되었으므로 甲이 제기한 취소소송은 부적법하다고 주장하고 있다. 타당한가? • 2017 사법시험 변형

### I. 논점

- 종전처분을 변경하는 내용의 후속처분을 한 경우 소의 대상
- 후속처분으로 인하여 당초처분에 대한 소의 이익이 소멸하는지 여부

### II. 처분의 개념

항고소송의 대상이 되는 처분은 ① 행정청이 행하는, ② 구체적 사실에 관한 법집행으로서, ③ 공권력을 행사하거나 거부하는, ④ 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 공법행위(대판 2012.9.27. 2010두3541)

### III. 종전처분을 변경하는 내용의 후속처분의 경우

후속처분이 종전처분을 완전히 대체하는 것이거나 그 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 종전처분은 그 효력을 상실하고 후속처분만이 항고소송의 대상이 되지만(대판 2012.10.11. 2010두12224등), 후속처분의 내용이 종전처분의 유효를 전제로 그 내용 중 일부만을 추가·철회·변경하는 것이고 그 추가·철회·변경된 부분이 그 내용과 성질상 나머지 부분과 불가분적인 것이 아닌 경우에는, 후속처분에도 불구하고 종전처분이 여전히 항고소송의 대상이 된다(대판 2015.11.19. 2015두295).

### IV. 사례의 해결

- 영업시간 제한 부분의 시간을 '오전 0시부터 오전 10시'까지로 변경하되 의무휴업일은 종전과 동일하게 유지하는 내용의 제2차 처분은 제1차 처분을 대체하거나 실질적으로 변경하는 것이 아니라 영업시간제한 부분만 변경하는 것이므로 그 성질상 제1차 처분과 가분적이므로 제1차 처분은 소멸한다고 볼 수 없음
- 따라서 乙의 주장은 타당하지 아니함

○ 402쪽 <연습 81> 앞에 추가

개업노무사로 업무를 수행하고 있는 甲은 2024. 3. 한 달 동안 3차례에 걸쳐 노동 관계 법령에 위반되는 행위에 관한 지도.상담을 하다가 관할 지방고용노동청에 적발되었다. 이에 고용노동부장관 A는 공인노무사자격심의.징계위원회의 징계의결에 따라 2024. 8. 26. 甲에게 6월의 직무정지처분을 하였고, 甲은 다음 날 그 처분서를 수령하였다. 甲은 2024. 9. 30. 6월의 직무정지처분이 재량권을 일탈.남용하였다고 관할 행정심판위원회에 6월의 직무정지처분의 취소심판을 청구하였다. 행정심판위원회는 2024. 11. 4. “A가 甲에 대하여 한 6월의 직무정지처분을 3월의 직무정지처분으로 변경하라”는 일부인용의 이행재결을 하였으며, 2024. 11. 18. 그 재결서 정본이 甲에게 도달하였다. A는 재결의 취지에 따라 2024. 11. 25. 甲에게 “6월의 직무정지처분을 3월의 직무정지처분으로 변경한다”는 취지의 후속 변경처분을 하였으나, 甲은 이 또는 과도한 제재처분이라면서 2024. 11. 25.자 3월의 직무정지처분을 대상으로 관할 행정심판위원회를 피고로 하여 2024. 12. 10. 취소소송을 제기하였다. 이 경우 甲이 제기한 취소소송의 대상적격과 피고적격 그리고 제소기간의 준수 여부에 관하여 각각 검토하시오. (25점)

[참고조문]

공인노무사법 제13조(금지 행위) 개업노무사와 그 직무보조원은 다음 각 호의 행위를 하여서는 아니 된다.

3. 법령에 위반되는 행위에 관한 지도.상담, 그 밖에 이와 비슷한 행위

제20조(징계) ① 고용노동부장관은 공인노무사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 자격심의.징계위원회의 징계의결에 따라 징계처분을 한다.

6. 제13조 각 호에 해당하는 금지 행위를 한 경우

③ 공인노무사에 대한 징계의 종류는 다음 각 호와 같다.

3. 3년 이하의 직무정지

<공인노무사 2025>

I. 문제의 제기

甲은 행정청이 재결에 따라 감경한 직무정지처분(6월 → 3월)에 대해 취소소송을 제기하였다. 쟁점은 변경명령재결을 거친 후 발령된 후속 변경처분을 소송 대상으로 삼을 수 있는지(즉 실질적으로 원처분과 동일성을 가지는지 여부), 후속 변경처분의 처분청이 고용노동부장관임에도 행정심판위원회를 피고로 지정한 경우 피고적격이 인정되는지 여부, 그리고 행정심판 후 제소기간이 적법하게 준수되었는지 여부이다.

II. 대상적격

1. 원칙

행정소송법은 취소소송의 대상을 처분등으로 명시하고 있다(제4조 제1호). 여기에서 처분등이란 ‘행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용 및 행정심판에 대한 재결’을 말한다(제2조 제1항 제1호).

2. 적극적 변경명령재결에 따른 변경처분의 경우 항고소송의 대상

(1) 문제점

행정심판위원회의 변경명령재결에 따라 변경처분이 행해진 경우, 변경처분(원처분의 변경행위)과 변경된 원처분(원처분의 변경 후 남게 되는 부분) 중 어느 행위가 항고소송의 대상인지 문제된다.

(2) 학설

변경처분으로 원처분은 전부취소되고 변경처분이 원처분을 대체하기 때문에 변경처분만이 소의 대상이 된다는 흡수설, 변경처분은 원처분의 일부취소이므로 축소변경된 원처분으로 존재하고 변경처분은 원처분에

흡수되기 때문에 변경된 원처분(남은 원처분)만이 소의 대상이라는 역흡수설, 변경된 처분과 변경된 원처분은 독립된 처분이므로 고유한 위법이 있는 명령재결뿐만 아니라 그에 따른 처분 역시 소송의 대상이 될 수 있다고 보는 병존설 등이 있다.

### (3) 판례

판례는 적극적 변경명령재결에 따라 변경처분이 행해진 경우에 다투고자 하려면 변경되고 남은 원처분을 취소소송의 대상으로 하여야 한다고 본다. 예컨대, 3월의 영업정지처분을 2월의 영업정지에 갈음하는 과징금부과처분으로 변경하라는 재결의 취지에 따라 행정청이 과징금 560만 원으로 변경처분을 한 경우, 과징금부과처분으로 변경된 당초처분이 소송의 대상이라고 하였다.<sup>18)</sup>

### (4) 검토

변경처분은 원처분을 변경하는 행위이지 독립한 처분으로 볼 수 없으므로 변경된 원처분(남은 원처분)이 소송의 대상이라는 견해가 타당하다.

## 3. 사안의 적용

2024. 11. 25.자 “3월 직무정지처분”은 8. 26.자 6월 직무정지처분의 감경 후속조치일 뿐, 별개의 새로운 처분이 아니다. 실질적으로 원처분과 동일성을 지니는 처분을 대상으로 소송을 제기해야 하므로, 甲의 취소소송은 대상적격에 흠결이 있다.

## III. 피고적격

### 1. 원칙

행정소송법 제13조 제1항은 “취소소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분등을 행한 행정청을 피고로 한다.”라고 규정한다.

### 2. 적극적 변경명령재결에 따른 변경처분의 경우 피고적격

적극적 변경명령재결에 따른 변경처분의 경우 항고소송의 대상은 감경되고 남은 원처분이라는 판례에 따르면, 피고적격도 원처분을 한 행정청이 된다.

사안에서는 공인노무사법 제20조 제1항에 따라 징계권자인 고용노동부장관이 피고가 된다.

### 3. 사안의 적용

판례와 달리 甲은 2024. 11. 25.자 직무정지처분을 대상으로 하였다. 다만 이 경우에도 그 처분을 한 고용노동부장관을 피고로 하여야 함에도 행정심판위원회를 피고로 하였으므로 피고적격에 흠결이 있다.

## IV. 제소기간

### 1. 행정심판을 거친 경우의 원칙

행정소송법 제18조 제1항 단서(다른 법률에 당해 처분에 대한 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 취소소송을 제기할 수 없다는 규정이 있는 때)에 의한 경우와 그 밖에 행정심판청구를 할 수 있는 경우 또는 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알려진 경우에는, 재결서의 정본을 송달받은 날부터 90일을 기산한다(행정소송법 제20조 제1항 단서).

### 2. 사안의 적용

판례에 따르면 적극적 변경명령재결에 따른 변경처분의 경우 감경된 원처분을 대상으로 취소소송을 제기하여야 하므로, 재결서 정본 송달일인 2024. 11. 18.로부터 90일 이내에 취소소송을 제기해야 한다.

---

18) 대판 2007.4.27. 2004두9302

그러나 甲은 2024. 11. 25.자 3월 정지처분을 대상으로 90일 이내인 2024. 12. 10. 취소소송을 제기하였으므로 위와 같은 판례 법리가 적용되는 경우가 아니다.

결국 실질적 소송 대상은 8. 26.자 원처분(재결로 감경된 3월 직무정지)임을 고려할 때, 대상 지정 문제로 제소기간 준수 여부는 다툼의 여지가 있다. 다만, 어떤 경우로 판단하더라도 제소기간은 준수한 것으로 본다.

### III. 결론

#### 1. 대상적격

2024. 12. 10. 제기한 취소소송은 감경되고 남은 원처분(8. 26.자 3월 직무정지)을 대상으로 하지 않아 판례에 따를 때 대상적격에 흠결이 있다.

#### 2. 피고적격

재결을 대상으로 하는 경우가 아니므로 행정심판위원회는 피고가 될 수 없다. 다만 피고경정을 통해 적법한 처분청(고용노동부장관)으로 바꿀 수 있다.

#### 3. 제소기간

변경처분인 2024. 11. 25.자 3월 직무정지처분을 기준으로 90일 이내에 제소한 것은 형식적으로 적법하나, 대상적격 문제로 논란의 여지가 있다.

○ 452쪽 끝에 추가

<보충문제>

사립학교법인이 운영하는 A중학교에 재학 중인 甲은 반복적이고 심각한 언어폭력 및 또래 괴롭힘을 행사하여 동급생들에게 정신적 피해를 입힌 것으로 확인되었다. 이에 A중학교 학교폭력대책자치위원회는 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」 제17조 제1항 제5호 소정의 '학내외 전문가에 의한 특별 심리치료' 조치를 의결하였다. A중학교장은 2025.5.15. 甲에게 해당 조치를 내리고, 이를 甲의 학교생활기록부에 기록하였다.

(1) A중학교장이 甲에게 내린 조치가 「행정소송법」상 '처분'으로 볼 수 있는지 검토하시오. (25점)

(2) 甲은 시·도학생징계조정위원회의 재심을 거쳐 해당 처분에 대한 취소소송을 제기하였다. 그러나 취소소송 진행 중 甲은 자진하여 특별 심리치료를 마친 상태이다. 이 경우, 甲의 취소소송에 협의의 소의 이 인정되는지 여부를 논하시오. (20점)

• 2019 법학전문대학원협의회 모의시험 변형

▪ 문 (1)

I. 논점 : 처분청인 행정청 & 전학처분의 처분성

II. 행정소송법상 처분의 의의

1. 행정소송법 제2조 제1항의 '처분등'

2. 판례

항고소송의 대상이 되는 행정처분이란 행정청의 공법상 행위로서 특정 사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등으로 일반 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위이다(대판 2008.5.29. 2007두23873).

III. A중학교장 甲에 대하여 한 조치의 처분성

- 대법원은 사법인인 학교법인과 학생의 재학관계는 사법상 계약에 따른 법률관계에 해당한다(대판 2018.12.28. 2016다33196)고 하여 처분성을 부정하는 입장
- 그러나 하급심은 “관계 법령에 의하여 인정되는 초등학교 의무교육의 위탁관계, 학교폭력예방법상의 조치를 받은 학생과 학부모가 부담하는 의무, 위 조치에 대한 학생과 학부모의 불복절차, 학부모가 위 조치를 불이행할 경우 받는 행정벌 등을 종합적으로 고려하면, 甲 법인은 지방자치단체로부터 의무교육인 초등교육(교육에는 징계가 포함된다) 사무를 위탁받아 갑 법인이 임명한 을 초등학교의 교장에게 교육사무를 위임하여 교육사무를 수행하였으며, 위 징계는 갑 법인의 위임을 받은 을 초등학교의 교장이 교육사무를 수행하는 과정에서 우월적 지위에서 병에 대하여 구체적 사실에 관한 법집행으로 공권력을 행사한 것이어서 위 징계가 행정소송법 제2조 제2항 소정의 공무수탁사인인 甲 법인이 행한 같은 조 제1항 제1호 소정의 행정처분에 해당하므로, 징계의 무효확인을 구하는 소송은 행정소송이다.” (대구고법 2017.11.10. 2017나22439)라며 인정한 사례 있음

IV. 사례의 해결

A중학교장의 조치는 행정청의 지위에서 행한 공권력적 행위라 할 수 있어 행정소송법상 처분에 해당

▪ 문 (2)

I. 논점 : 자진하여 심리치료를 마친 경우 처분의 취소를 구할 협의의 소의 이익

II. 협의의 소의 이익

1. 의의

2. 행정소송법 제12조 제2문의 '법률상 이익'의 의미

III. 사례의 해결

취소소송에서 인용판결이 내려지면 행정소송법 제30조(취소판결등의 기속력)에 따라 그 기록이 삭제될 수 있고, 이는 甲의 명예와 관련된 인격적 이익으로서 상급학교 진학 등과 관련된 직접적·구체적 이익임. 따라서 협의의 소의 이익이 인정됨

○ 458쪽 끝에 추가

<보충문제>

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. (30점) • 2025 입법고시

I. 논점 : 거부처분 취소소송에 대한 국가와 지역주민의 소송참가

## II. 국가의 소송참가

### 1. 민사소송법 제71조의 보조참가

- 타인 사이의 항고소송에서 소송의 결과에 관하여 이해관계가 있다고 주장하면서 민사소송법 제71조에 의한 보조참가를 할 수 있는 제3자는 민사소송법상의 당사자능력 및 소송능력을 갖춘 자이어야 하므로 그러한 당사자능력 및 소송능력이 없는 행정청으로서 민사소송법상의 보조참가를 할 수는 없고 다만 행정소송법 제17조 제1항에 의한 소송참가를 할 수 있을 뿐이다(대판 2002.9.24. 99두1519).
- 행정청은 민사소송법 제71조의 보조참가를 할 수 없으나, 국가는 민사소송법상 당사자능력을 갖추었으므로 민사소송법 제71조의 보조참가를 할 수 있음

### 2. 사안의 적용

국가는 원고(甲)측에 보조참가를 할 수 있음

## III. A시 지역주민의 소송참가

### 1. 취소판결의 제3자에 대한 효력

A시 지역주민은 신고수리 거부처분의 직접 상대방이 아니나, 행정소송법 제29조 제1항에 의해 취소판결의 효력이 미치는 제3자임

### 2. 제3자의 소송참가

- (1) 의의
- (2) 요건 및 절차
- (3) 사안의 적용
  - 지역난방공사 사업자인 甲과 시장 乙 간에 신고수리 거부처분 취소소송이 계속중이고, 甲이 승소하면 판결의 기속력에 따라 시장 乙은 재처분의무를 지므로 甲에게 신고수리를 할 수도 있음
  - 따라서 A시 지역주민은 제3자 소송참가를 할 수 있음

## IV. 사례의 해결

국가는 원고측에 민사소송법 제71조의 보조참가를, A시 지역주민은 피고측에 행정소송법 제16조의 제3자 소송참가를 할 수 있음

○ 476쪽 끝에 추가  
<보충문제>

甲은 A시와 B시 구간에 그럭저럭 수지를 맞추어 가며 시외버스 운송사업을 경영하고 있다. 그런데 관할행정청은 乙에 대하여 동일구간에 새로운 시외버스 운송사업면허를 부여하였다. 이에 대하여 甲은 관할행정청의 乙에 대한 운송사업면허에 대하여 행정소송을 제기하였다.

소송계속 중 甲이 입고 있는 영업상의 피해를 긴급히 구제받을 수 있는 수단과 그 가능성은? (25점)

• 1998 사법시험

I. 논점 : 가구제 수단으로서 집행정지 및 가처분의 신청 가능성

II. 집행정지의 가능성

1. 집행부정지의 원칙과 예외적 집행정지

2. 집행정지의 요건

3. 사안의 경우

(1) 회복하기 어려운 손해발생의 우려

甲은 그럭저럭 수지를 맞추어 가며 운송사업을 경영하고 있다고 하므로, 동일노선에 대해 새로이 운송사업면허를 받은 신규업자 乙이 운행을 시작하여 승객유치를 위한 치열한 경쟁이 불붙고 본안판결 시까지 이러한 상태가 장기화된다면, 甲의 수익감소가 심각한 지경에 이를 경우 그 경제적 손실이 사업운영 자체에 중대한 영향을 미쳐 심각한 경영상 위기를 초래할 가능성이 있음

(2) 공공복리에 대한 중대한 영향을 미칠 우려가 없을 것

신규업자 乙이 버스운행을 하지 않아 발생하는 수송공급력의 심각한 문제가 없어야 할 것임. 이 점은 설문에서 명확하지 않으므로 甲의 집행정지신청을 불허할 이유라 하기 어려움

(3) 청구의 이유 없음이 명백하지 아니할 것

甲의 집행정지사건 자체에 의하여도 신청인의 본안 청구가 이유 없음이 명백하다는 사정은 보이지 아니함. 그밖에 다른 요건은 갖추었다고 보이므로 甲의 집행정지신청은 받아들여질 수 있음

III. 가처분의 가능성

IV. 사례의 해결

- 甲이 그럭저럭 수지를 맞추고 있다는 사정으로 미루어보아, 乙의 운행으로 인한 갑의 수익감소가 심각한 지경에 이르러 甲의 운송사업의 운영 자체의 존폐를 결정짓는 문제가 될 정도로 중대한 경영상 위기를 초래할 것으로 보인다는 점에서, 집행정지의 신청이 가능할 것으로 보임
- 그러나 가처분은 현행법의 해석상 인정되지 않을 것임

○ 492쪽 끝에 추가  
<보충문제 1>

甲은 수소연료공급시설 설치 및 운영사업을 목적으로 하는 회사로서 「수소경제 육성 및 수소 안전관리에 관한 법률」 제19조에 따라 산업통상자원부장관(이하 'A')에게 수소연료공급시설 설치사업계획서(이하 '사업계획서')를 제출하였다. 그러나 사업계획서에 명시된 사업부지는 甲 소유의 토지로서 ○○국가 산업단지(이하 '이 사건 산업단지') 내에 위치하고 있고, 이 사건 산업단지 개발계획상 수소연료공급시설 설치가 불가한 '녹지용지'로 지정되어 있다. 甲은 A로부터 위 사업계획서에 대한 적합 통보를 받기 위하여, 이 사건 산업단지 개발계획변경권한을 적법하게 위임받은 B광역시장(이하 'B')에게 위 사업부지의 용도를 '녹지용지'에서 '산업시설용지'로 변경해 달라는 내용의 산업단지개발계획변경신청을 하였다.

그러나 B는 2018. 4. 10. 甲에게 “이 사건 산업단지 개발계획상 토지이용계획에는 녹지용지로 되어 있어 수소연료공급시설 입지가 불가하며, 녹지용지를 산업시설용지로 변경하는 것도 불가합니다.”라는 이유로 위 산업단지개발계획변경신청에 대한 반려회신을 하였다.

(1) 위 산업단지개발계획의 법적 성질을 논하고, 甲은 B의 위 반려회신을 항고소송의 대상으로 삼아 다를 수 있는지 검토하시오. (25점)

(2) 위 반려회신을 다투는 항고소송 계속 중에 B가 “이 사건 산업단지에는 이미 충분한 수소연료공급시설이 설치되어 있어, 추가 부지를 지정할 필요가 없다.”라는 점을 반려사유로 추가하고자 한다면 법원은 이를 허용할 수 있는가? (15점)

**<산업입지 및 개발에 관한 법률>**

**제10조(주민 등의 의견청취)** ① 산업단지지정권자는 산업단지를 지정하거나 대통령령으로 정하는 중요 사항을 변경하려는 경우에는 이를 공고하여 주민 및 관계 전문가 등의 의견을 들어야 하고, 그 의견이 타당하다고 인정할 때에는 이를 반영하여야 한다. 다만, 국방상 기밀을 지켜야 할 필요가 있는 경우에는 의견의 청취를 생략할 수 있다.

**제11조(민간기업 등의 산업단지 지정 요청)** ① 국가 또는 지방자치단체 외의 자로서 대통령령으로 정하는 요건에 해당하는 자는 산업단지개발계획을 작성하여 산업단지지정권자에게 산업단지의 지정을 요청할 수 있다.

**제12조(행위 제한 등)** ① 제10조 제1항에 따라 산업단지의 지정 또는 변경에 관한 주민 등의 의견청취를 위한 공고가 있는 지역 및 산업단지 안에서 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 토석의 채취, 토지분할, 물건을 쌓아놓는 행위 등 대통령령으로 정하는 행위를 하려는 자는 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사시장 또는 군수의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다.

• 2019 법학전문대학원협의회 모의시험 변형

**■ 문 (1)**

I. 논점 : 행정계획의 처분성 & 거부처분의 요건

II. 산업단지개발계획의 법적 성질

1. 행정계획의 의의

행정에 관한 전문적·기술적 판단을 기초로 하여 특정한 행정목표를 달성하기 위하여 서로 관련되는 행정수단을 종합·조정함으로써 장래의 일정한 시점에 있어서 일정한 질서를 형성하기 위하여 설정된 활동기준(대판 2007.4.12. 2005두1893)

2. 행정계획의 법적 성질

- 판례는 행정계획을 개별적으로 검토하여 성질을 판단한다는 개별검토설의 입장
- 구속적 행정계획(법적 효과가 부여되어 수범자에 대하여 구속력을 갖는 처분성 인정), 비구속적 행정계획

### 3. 계획재량

행정주체가 행정계획을 입안·결정함에 있어서 이익형량을 전혀 행하지 아니하거나 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성과 객관성이 결여된 경우에는 그 행정계획결정은 형량에 하자가 있어 위법하다(대판 2006.9.8. 2003두5426).

### 4. 사안의 경우

산업입지 및 개발에 관한 법률 제12조에 따라 권리행사가 일정한 제한을 받게 되므로, 산업단지개발계획은 개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하는 효과를 가져오는 행정처분

#### Ⅲ. 반려회신을 항고소송의 대상으로 삼아 다룰 수 있는지 여부

##### 1. 거부처분의 요건

신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이어야 하고 그 거부행위가 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것이어야 하며 그 국민에게 그 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 있어야 한다(대판 2002.11.22. 2000두9229).

##### 2. 사안의 경우

- 사업부지의 용도를 변경하는 것은 공권력의 행사 또는 이에 준하는 작용
- 신청을 거부한 행위는 A로부터 사업계획서에 대한 적합 통보를 받기 위한 법률관계에 불리한 변동을 일으키는 것임
- 법 제10조와 제11조는 산업단지 지정과 변경에 대해 이해관계인에게 절차적 권리를 보장하고, 도시계획시설부지 소유자에게는 그에 관한 행정계획의 변경 등 요구할 수 있는 조리상 신청권이 인정됨

#### Ⅳ. 사례의 해결

- 산업단지개발계획은 구속적 행정계획(처분성 인정)이며, 계획의 수립절차에서 광범위한 형성의 자유가 인정되는 재량행위
- B의 반려회신은 항고소송의 대상이 되는 거부처분의 요건을 충족

#### ■ 문 (2)

##### Ⅰ. 논점 : 처분사유의 추가·변경

##### Ⅱ. 처분사유의 추가·변경의 허용 여부

- 행정청은 사실심 변론을 종결할 때까지 당초의 처분사유와 기본적 사실관계가 동일한 범위 내에서 처분사유를 추가 또는 변경할 수 있다(행정소송규칙 제9조).
- 행정처분의 취소를 구하는 항고소송에 있어서 그 처분의 위법 여부는 처분 당시를 기준으로 판단하여야 하는 것이고, 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계에 있어서 동일성이 있다고 인정되지 않는 별개의 사실을 들어 처분사유로 주장함은 허용되지 아니한다(대판 2005.4.15. 2004두10883).

##### Ⅲ. 사안의 해결

- B가 당초에 제시한 거부 사유는 실질적인 이유와 아무런 관련 없이 단순히 신청을 불허한다는 결과만을 통보한 것임
- 당초 처분의 근거로 제시한 사유가 실질적인 내용이 없다고 보는 이상, 위 추가 사유는 그와 기본적 사실관계가 동일한지 여부를 판단할 대상조차 없는 것이므로, 결국 소송단계에서 처분사유를 추가하여 주장할 수 없다(대판 2017.8.29. 2016두44186).

<보충문제 2>

甲은 조달청이 집행하는 공공기관 급식용 식자재 납품계약에 반복적으로 참여해 온 중견 식자재 유통 업체이다. 甲은 2024. 11. 조달청이 집행한 '서울특별시 교육청 산하 초등학교 급식용 육류 납품계약'에 응찰하였으나 낙찰을 받지 못했다. 그런데 공정거래위원회는 甲이 해당 입찰 과정에서 다른 경쟁업체와 담합한 사실을 적발하고, 2025. 1. 10. 과징금 부과처분을 한 다음, 이를 조달청장에게 통보하였다. 이에 따라 조달청장은 甲의 담합 사실에 관한 처분사유를 기재하여 사전통지를 하고 의견제출 절차를 거쳐 2025. 2. 20. 甲에게 입찰참가자격 6개월의 제한처분(이하 '이 사건 처분'이라 함)을 통지하였다. 이 사건 처분서의 근거법령에는 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제27조 제1항 제2호 및 같은 법 시행령 제76조 제3항 제1호, 같은 법 시행규칙(기획재정부령) 제76조 [별표2] '부정당업자의 입찰참가자격제한기준' 2. 개별기준 제4호 (다)목」이라고 기재되어 있었다. 甲은 2025. 4. 25. 조달청장을 상대로 행정법원에 이 사건 처분에 대한 취소소송을 제기하였다.

위 취소소송의 변론기일에서 조달청장은 ① '甲이 다른 경쟁업체와의 담합을 통해 얻고자 하였던 이익이 약 1억 원 규모였다'는 사실과 ② '해당 입찰과 관련하여 관계 공무원에게 1억 원의 뇌물을 주었다'는 사실을 추가적으로 밝히며, 이 사건 처분은 적법하다고 주장하였다. 이러한 조달청장 주장의 당부에 관하여 논하시오. (12점)

**「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. (생략)
2. 경쟁 입찰, 계약 체결 또는 이행 과정에서 입찰자 또는 계약상대자 간에 서로 상의하여 미리 입찰자격, 수주 물량 또는 계약의 내용 등을 협정하였거나 특정인의 낙찰 또는 납품대상자 선정을 위하여 담합한 자

• 2025 법원행정고시

**I. 논점 : 처분사유의 추가·변경**

**II. 처분사유의 추가 및 변경**

**1. 의의**

**2. 처분사유의 추가 및 변경의 허용 여부**

**3. 처분사유의 추가 및 변경의 허용 범위 및 한계**

**III. 사례의 해결**

- '甲이 다른 경쟁업체와의 담합을 통해 얻고자 하였던 이익이 약 1억 원 규모였다'는 사실은 당초 처분 사유인 입찰 과정에서 '다른 경쟁업체와 담합한 사실'을 변경하지 아니하는 범위에서 당초의 처분사유를 구체적으로 표시한 것에 불과하므로 기본적 사실관계의 동일성이 인정됨
- '입찰과 관련하여 관계 공무원에게 1억 원의 뇌물을 주었다'는 사실은 당초 밝힌 바 없는 사실로써 당초의 처분사유와 기본적 사실관계가 동일하지 아니함
- 따라서 ①과 관련한 주장은 가능하나, ②과 관련한 주장은 타당하지 아니함

○ 513쪽에 추가  
<보충문제>

언론감시를 위한 시민단체인 甲은 언론사 간부 A에 대한 형사사건의 수사기록 및 재판기록에 대해 S 지방검찰청 검사장 乙에게 정보공개를 청구하였다. 이에 대해 乙은 “공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제4호의 ‘진행 중인 재판에 관련된 정보’에 해당한다.”라는 이유로 정보공개를 거부하였다 (이하 ‘이 사건 처분’이라 한다). 甲은 乙을 상대로 이 사건 처분에 대한 취소소송을 제기하였다. 이 사건 처분에 대한 취소소송의 계속 중 “A에 대한 형사사건의 수사기록 및 재판기록은 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제6호 본문의 비공개 대상 정보에 해당된다.”는 사유를 乙이 추가할 수 있는지 검토하시오. (15점)

• 2025 5급(행정) 공채

I. 논점 : 비공개대상정보 사유의 추가·변경

II. 처분사유의 추가·변경

III. 사례의 해결

- 정보공개법 제9조 제1항 제6호 본문(해당 정보에 포함되어 있는 성명·주민등록번호 등 「개인정보 보호법」 제2조 제1호에 따른 개인정보로서 공개될 경우 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보)의 사유는 당초 처분사유인 정보공개법 제9조 제4호 사유를 구체화하지 아니하므로 그 내용이 공통된 경우가 아님
- 정보공개법 제9조 제1항 제4호의 목적은 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 보호하는 것이고, 제6호의 목적은 개인의 사생활의 비밀과 자유를 보호한다는 점에서 그 취지가 유사한 경우가 아니어서 그 처분의 근거법령만을 추가한 것도 아님
- 따라서 처분의 법적 근거가 변경됨으로써 처분의 사실관계가 변경되고, 사실관계의 기본적 동일성이 인정되지 않는 경우에 해당하여, 乙은 새로운 사유를 추가할 수 없음
- 다만, 판례는 거부처분에 대한 항고소송에서 “당초 처분사유와 기본적 사실관계가 동일하지 않은 사유를 처분사유로 추가·변경한 것에 대하여 처분상대방이 추가·변경된 처분사유의 실제적 당부에 관하여 해당 소송 과정에서 심리·판단하는 것에 명시적으로 동의하는 경우”에는 예외적으로 이를 허용할 수 있다는 태도임(대판 2024.11.28. 2023두61349)

○ 543쪽 끝에 추가하고, 앞의 것을 <보충문제 1>로 함  
 <보충문제 2>

甲은 최근에 급증하는 반려동물 장례 수요에 부응하기 위해 동물화장시설을 건립하고자 하였다. 이에 甲은 자신이 소유하는 A시 근교의 토지 지상에 동물화장시설을 신축하기 위하여 A시 시장에게 2021. 2. 15. 개발행위허가가 포함된 건축허가를 신청하였다.

A시 시장이 위 건축허가 신청에 대하여 심사를 하고 있던 중 A시 의회는 2021. 4. 15. A시의 도시계획 조례를 개정하여 “10호 이상의 주민이 거주하는 주거밀집지역 경계로부터 200미터 이내”에는 동물화장시설을 설치할 수 없다는 규정을 신설하였다. 위 개정조례의 부칙은 위 조례를 공포한 날에 시행한다고 규정하고 있다.

甲의 동물화장시설 설치예정지는 위 개정조례상의 주거밀집지역 경계로부터 200미터 이내에 위치하고 있는데, A시 시장은 위 개정조례 규정에도 불구하고 2021. 5. 15. 원고의 동물화장장시설 신축을 허가하는 처분을 하였다.

(1) 甲의 동물화장시설 설치예정지로부터 200미터 내에 거주하고 있는 주민 乙이 A시 시장의 동물화장시설 신축 허가처분을 다투고자 한다. 乙이 제기한 동물화장시설 신축허가처분 취소소송에서 위 동물화장시설 신축허가처분이 위법하다는 乙의 주장의 인용가능성에 대하여 검토하시오. (20점)

(2) 위 소송 계속 중 甲이 A시장으로부터 받은 건축허가처분에 따라 건물이 모두 완공되었을 경우 乙의 청구의 인용 가능성이 달라져야 하는지에 대하여 검토하고, 원고의 계속된 건축에 대하여 乙이 대응할 수 있는 수단이 무엇인지 검토하시오. (20점)      • 2023 법원행정고시

▪ 문 (1)

I. 논점 : 신청에 대한 처분의 위법판단 기준시점

II. 허가신청시와 처분시 사이에 법령이 개정된 경우의 법 적용

관련 법리

- 당사자의 신청에 따른 처분은 법령등에 특별한 규정이 있거나 처분 당시의 법령등을 적용하기 곤란한 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 처분 당시의 법령등에 따른다(행정기본법 제14조 제2항).
- 행정행위는 처분 당시에 시행중인 법령과 허가기준에 의하여 하는 것이 원칙이고, 인·허가신청 후 처분 전에 관계 법령이 개정 시행된 경우 신법령 부칙에 그 시행 전에 이미 허가신청이 있는 때에는 종전의 규정에 의한다는 취지의 경과규정을 두지 아니한 이상 당연히 허가신청 당시의 법령에 의하여 허가 여부를 판단하여야 하는 것은 아니며, 소관 행정청이 허가신청을 수리하고도 정당한 이유 없이 처리를 늦추어 그 사이에 법령 및 허가기준이 변경된 것이 아닌 한 변경된 법령 및 허가기준에 따라서 한 불허가처분은 위법하다고 할 수 없다(대판 2005.7.29. 2003두3550).

2. 사안의 경우

- 2021. 4. 15. 개정.시행된 A시 도시계획 조례는 별도의 경과규정이 없고, 甲의 허가신청 당시를 기준으로 행정청이 그 허가 여부에 관하여 어떠한 보호가치 있는 신뢰를 부여하였다고 볼 수 없음
- 따라서 A시 시장은 甲의 허가신청에 대해 처분시법인 개정 도시계획 조례를 적용하여 불허가 처분을 하여야 함

III. 사례의 해결

A시 시장은 처분시의 조례에 따라 甲의 신청을 불허하는 처분을 하여야 함에도 허가처분을 한 것은 위법함. 따라서 乙의 주장은 인용가능성이 있음

▪ 문 (2)

I. 논점

- 협의의 소의 이익(건물 완공시)
- 가처분과 집행정지(건축 계속중)

## II. 甲이 건물을 모두 완공하였을 경우 협의의 소의 이익

### 1. 협의의 소의 이익

### 2. 사안의 경우

- 건축허가가 건축법 소정의 이격거리를 두지 아니하고 건축물을 건축하도록 되어 있어 위법하다 하더라도 그 건축허가에 기하여 건축공사가 완료되었다면 그 건축허가를 받은 대지와 접한 대지의 소유자인 원고가 위 건축허가처분의 취소를 받아 이격거리를 확보할 단계는 지났으며 민사소송으로 위 건축물 등의 철거를 구하는 데 있어서도 위 처분의 취소가 필요한 것이 아니므로 원고로서는 위 처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다(대판 1992.4.24. 91누11131).
- 乙이 제기한 취소소송은 협의의 소의 이익이 없어 부적법하기 때문에 청구인용 가능성이 없음

## III. 乙의 대응수단

### 1. 「민사집행법」상 가처분의 가능성

민사소송법상의 보전처분은 민사판결절차에 의하여 보호받을 수 있는 권리에 관한 것이므로, 민사소송법상의 가처분으로써 행정청의 어떠한 행정행위의 금지를 구하는 것은 허용될 수 없다(대판 1992.7.6. 92마54).

### 2. 제3자효 행정행위에서의 집행정지 가능성

- 행정소송법 제29조 제2항이 집행정지결정의 제3자효를 인정하고 있음에 비추어 제3자효 행정행위에 대한 집행정지도 가능함
- 예컨대, 제3자가 그들의 이익을 침해받았음을 이유로 건축허가나 영업허가 등의 취소를 청구하면서 행정소송법상의 집행정지제도를 통하여 가구제를 받을 수 있음(예 새만금사업에 대한 주민의 집행정지신청; 서울행정 2003.7.15. 2003마1142)
- 법원이 집행정지결정을 하면 그 효력은 처분의 직접 상대방인 甲에게 미침

## IV. 사례의 해결

- 甲이 건물을 모두 완공하였을 경우 乙이 제기한 취소소송은 청구인용 가능성 없음
- 乙은 甲에 대한 허가처분의 취소를 구하는 취소소송을 제기하면서 집행정지를 신청하여야 함

○ 551쪽에 추가  
<보충문제>

甲은 A시에서 Y어린이집을 설치·운영하고 있다. A시 소속 공무원 B는 甲이 자신의 자녀를 Y어린이집의 보육교사로 근무한 것처럼 허위로 보고하여 보조금을 부정하게 교부받았다는 신고를 받고, Y어린이집을 방문하여 운영 상황 등을 조사하였다. 그 후 A시장은 영유아보육법 제40조 제3호 및 제45조 제1항 제1호에 근거하여 甲에게 보조금 반환 및 어린이집 3개월 운영정지를 명하는 처분을 하였다. 甲이 보조금을 부정하게 교부받은 당시의 영유아보육법 및 같은 법 시행령에서는 해당 행위에 대한 처분기준으로 3개월 운영정지 명령을 규정하고 있었다. 그러나 위 조사 이후 같은 법 시행령이 개정되어 처분기준이 1개월 운영정지 명령으로 변경되었고, 별도의 경과규정은 없었다. 甲은 A시장이 개정된 법령이 아닌 보조금 교부 당시의 법령에 따라 3개월 운영정지 명령을 한 것은 위법하다고 주장한다. 甲의 주장의 당부를 검토하시오. (10점)

• 2025 5급(행정) 공채

I. 논점 : 제재처분 기준이 가벼워진 경우 처분의 기준시

II. 제재적 처분의 위법 판단 기준시

1. 행정기본법 규정

법령등을 위반한 행위 후 법령등의 변경에 의하여 그 행위가 법령등을 위반한 행위에 해당하지 아니하거나 제재처분 기준이 가벼워진 경우로서 해당 법령등에 특별한 규정이 없는 경우에는 변경된 법령등을 적용(행정기본법 제14조 제3항 단서)

2. 사안의 경우

방문조사 이후 법령이 개정되어 처분기준이 가볍게 변경되었고 별도의 경과규정이 없음. 따라서 1개월 운영정지명령을 하여야 함.

III. 사례의 해결

甲의 주장은 타당

○ 567쪽 끝에 추가하고, 앞의 것을 <보충문제 2>로 함  
<보충문제 2>

취소심판의 인용재결에 대해 피청구인인 처분청이 취소소송을 제기할 수 있는지 검토하시오. (20점)

• 2016 입법고시

I. 논점 : 피청구인인 처분청의 취소소송 제기가 기속력에 반하는지

II. 인용재결의 처분성(원처분주의와 재결주의)

III. 취소심판 인용재결의 기속력

1. 기속력의 의미

2. 기속력의 범위

III. 행정심판 피청구인의 불복 가능성

1. 학설

○ 부정설 : 재결은 피청구인인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다고 규정하고 있는 행정심판법 제 49조 제1항(기속력 규정)

○ 제한적 긍정설 : 원칙적으로 부정하나, 자치사무에 속하는 처분에 대하여는 가능

2. 판례

행정심판법 제49조 제1항은 재결은 피청구인인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다고 규정하였고, 이에 따라 처분행정청은 재결에 기속되어 재결의 취지에 따른 처분의무를 부담하게 되므로 이에 불복하여 행정소송을 제기할 수 없다(대판 1998.5.8. 97누15432).

IV. 설문의 해결

행정심판법은 재결이 피청구인과 그 밖에 관계행정청을 구속한다고 명시하고 있으므로 처분청은 불복할 수 없음

○ 617쪽 끝에 추가  
 <보충문제>

국토교통부장관 A는 「스마트혁신도시 특별법」에 따라 대규모 개발사업을 추진하면서 관련 절차에 따라 민간기업 B를 사업시행자로 지정하였다. 이어 A는 甲의 건축물이 위치한 일대를 사업시행구역으로 승인하였다. 이로 인해 甲의 건축물은 수용대상에 포함되어, 甲은 거주지로서의 생활 근거지를 상실하게 되었다. 한편 B는 「지역산업혁신 특별법」 제44조 및 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제78조에 따라 이주대책을 수립하고, 국토교통부 고시인 ‘스마트혁신도시 개발에 따른 이주대책 등에 관한 기준’(이하 ‘이 사건 고시’)에 근거하여 이를 공고하였다. 이에 甲은 주택특별공급을 받기 위하여 소정의 절차에 따라 이주대책대상자 선정을 신청하였으나, B는 “甲의 건축물이 이 사건 고시 제7조 제1항 제1호의 무허가 건축물에 해당한다.”는 이유로 甲의 신청을 거부하였다.

(1) 甲이 사업시행자 B를 피고로 하여 이주대책대상자 선정신청 거부행위에 대한 취소소송을 제기하였다. 취소소송 계속중 B에는 처분의 적법성을 유지하기 위하여 “甲은 이 사건 고시 제8조 제1항 제3호 소정의 세입자에 해당한다.”라는 내용으로 처분사유를 변경할 수 있는가? (15점)

(2) 만일 (1)의 취소소송에서 甲의 건축물이 이 사건 고시 제8조 제1항 제1호 소정의 무허가 건축물이 아니라는 이유로 B의 거부처분을 취소하는 판결이 확정되었다면, 그 후 “甲은 이 사건 고시 제8조 제1항 제3호 소정의 세입자에 해당한다.”라는 이유로 B는 재차 거부할 수 있는가? (20점)

「스마트혁신도시 개발에 따른 이주대책 등에 관한 기준」(가상의 고시임)

제8조(이주대책대상자 선정기준) ① 이주대책대상자는 당해 개발구역내 소재하는 주거용 건축물을 기준일 이전부터 보상계약체결일 또는 수용재결일까지 계속하여 소유하고 그 주거용 건축물에 계속하여 거주한 자로 한다. 다만, 다음 각호에 해당하는 자는 이주대상자에게 제외한다.

1. 개발구역내 1999년 1월 25일 이후 건축된 무허가건축물의 소유자
2. 법인 또는 단체
3. 타인이 소유하고 있는 건축물에 거주하는 세입자
4. 그 밖에 관계법령 등이 정한 요건에 해당하지 아니하는 자

• 2016 법학전문대학원협의회 모의시험 변형

▪ 문 (1)

I. 논점 : 처분사유의 추가.변경

II. 처분사유의 추가변경의 허용 여부

행정청은 사실심 변론을 종결할 때까지 당초의 처분사유와 기본적 사실관계가 동일한 범위 내에서 처분사유를 추가 또는 변경할 수 있다(행정소송규칙 제9조).

III. 처분사유 추가변경의 허용요건 및 한계

1. 기본적 사실관계의 동일성

처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가 또는 변경할 수 있다(대판 2011.11.24. 2009두19021).

2. 소송물의 동일성

만일 소송물이 변경되면 이는 청구의 변경에 해당 ㉠ 소의 변경이 문제됨

3. 시간적 한계

- 추가.변경사유의 기준시 : 처분시 이후에 발생한 새로운 사유는 대상 안됨
- 추가.변경의 허용시기 : 사실심 변론종결시까지

IV. 사례의 해결

- B이 변경한 사유는 처분시에 존재했던 사유이므로 시간적 한계는 충족
- ‘甲이 세입자’라는 사유와 ‘甲의 건축물이 무허가 건축물’이라는 사유는 그 기초가 되는 사회적 사실관계가 동일하다고 볼 수 없어, 변경은 허용되지 아니함

- 다만, 판례는 거부처분에 대한 항고소송에서 “당초 처분사유와 기본적 사실관계가 동일하지 않은 사유를 처분사유로 추가·변경한 것에 대하여 처분상대방이 추가·변경된 처분사유의 실체적 당부에 관하여 해당 소송 과정에서 심리·판단하는 것에 명시적으로 동의하는 경우”에는 예외적으로 이를 허용할 수 있다고 함(대판 2024.11.28. 2023두61349)

▪ 문 (2)

I. 논점 : 취소판결의 기속력의 범위와 내용

II. 취소판결의 기속력

1. 의의

2. 내용 : 반복금지효, 재처분의무, 결과제거의무

3. 효력범위 : 주관적 범위, 객관적 범위, 시간적 범위

III. 사안의 해결

- ‘甲이 세입자’라는 사유는 처분시에 존재했던 사유로 기속력의 시간적 범위에는 해당
- 그러나 변경된 사유 당초 거부처분의 사유인 ‘甲의 건축물이 무허가 건축물’이라는 사유와 기본적 사실관계의 동일성이 인정되지 않으므로, 변경된 사유로 재차 거부처분을 하는 것은 취소판결의 기속력에 반하지 아니함

직업능력개발 훈련비용 지원금과 관련한 아래 질문에 답하시오. (총 50점)

<사례 1>

근로자 甲은 A지방고용노동청장(이하 'A청장')에게 '직업능력개발 훈련비용 지원금(이하 '지원금')을 신청하였다. A청장은 "甲이 참여하는 훈련 프로그램은 훈련비 지원 관련 규정의 취지에 비추어 직업능력개발 훈련의 목적에 부합하지 않는다(이하 '<처분사유1>')는 사유로 甲의 신청을 거부하였다. 이에 甲은 거부처분취소소송을 제기하였는데, 소송의 계속 중 A청장은 거부처분 사유로 기존의 <처분사유1> 이외에 "甲이 제출한 훈련비용 지원서에는 관계 법규에 따라 기재하여야 하는 사항 중 일부가 누락되어 유효한 신청서로 볼 수 없다(이하 '<처분사유2>')라는 새로운 사유를 추가하였다. 관할 법원은 甲에게 <처분사유2>는 기존 <처분사유1>과 사회적 사실관계가 다른 별개의 사항이지만 처분사유의 추가에 동의하는지를 물었고, 甲은 위 취소소송을 통하여 지원금 지급 여부에 관한 법적 다툼을 한꺼번에 해결하려는 의도로 처분사유의 추가에 대한 동의서를 법원에 제출하였다. 법원은 甲의 동의에 따라 처분사유의 추가를 허용하였고, 두 가지 처분사유를 종합적으로 심리한 결과 甲의 소송상 청구를 인용하였으며, 해당 판결은 상고심에서 그대로 확정되었다.

<사례 2>

근로자 乙은 B지방고용노동청장(이하 'B청장')에게 '직업능력개발 훈련비용 지원금(이하 '지원금')을 신청하여 이를 지급받았다. 그 후 B청장은 내부 규정에 따라 지원금의 지급 및 환수 권한을 소속 담당부서장에게 내부위임하였다. 한편, 지원금 수급 현황 정기실태조사를 실시한 담당부서장은 부정한 방법으로 수령한 지원금을 환수한다는 내용의 환수처분을 자신의 명의로 乙에게 발령하였고, 乙은 이를 반환하였다. 그런데 乙은 지원금의 반환 후 위 환수처분에 발령 주체 상의 하자가 있음을 알게 되었다.

- (1) 甲의 취소소송에서 인용판결이 확정된 후 A청장은 <처분사유1>는 <처분사유1>과 사회적 사실관계가 다른 별개의 사유임에 착안하여 이전의 甲의 지원금 신청에 대하여 <처분사유2>를 들어 다시 거부처분을 하였고, 이에 대하여 甲은 간접강제를 신청하였다. 甲의 간접강제 신청에 대한 법원의 인용 여부에 관하여 논하시오. (25점)
- (2) 乙은 환수처분의 발령 주체 상의 하자를 이유로, 환수처분에 대한 항고소송을 제기하여 담당부서장이 환수한 지원금을 다시 반환받고자 한다. i) 乙이 제기할 수 있는 구체적인 소송유형과 그 피고, ii) 해당 소송의 인용판결을 통하여 乙이 지원금을 반환받을 수 있는 논거를 각각 설명하시오. (25점)

**[참고조문]**

**고용보험법 제2조(정의)** 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "피보험자"란 다음 각 목에 해당하는 사람을 말한다.

- 가. 「고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률」 제5조 제1항.제2항, 제6조 제1항, 제8조 제1항.제2항, 제48조의2 제1항 및 제48조의3 제1항에 따라 보험에 가입되거나 가입된 것으로 보는 근로자, 예술인 또는 노무제공자

**제29조(피보험자등에 대한 직업능력개발 지원)** ① 고용노동부장관은 피보험자등이 직업능력개발 훈련을 받거나 그 밖에 직업능력 개발.향상을 위하여 노력하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 필요한 비용을 지원할 수 있다.

**제35조(부정행위에 따른 지원의 제한 등)** ① 고용노동부장관은 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 이장의 규정에 따른 고용안정.직업능력개발 사업의 지원을 받은 자 또는 받으려는 자에게는 해당 지원금 중 지급되지 아니한 금액 또는 지급받으려는 지원금을 지급하지 아니하고, 1년의 범위에서 대통령령으로 정하는 바에 따라 지원금의 지급을 제한하며, 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지원받은 금액을 반환하도록 명하여야 한다.

**제115조(권한의 위임.위탁)** 이 법에 따른 고용노동부장관의 권한은 대통령령으로 정하는 바에 따라 그

일부를 직업안정기관의 장에게 위임하거나 대통령령으로 정하는 자에게 위탁할 수 있다.

<공인노무사 2025>

## 1. 설문 (1) - 甲의 간접강제 신청 인용 여부

### 1. 문제의 제기

취소소송 계속중 행정청이 별개의 사유를 추가하고, 원고가 이에 동의하여 법원이 함께 심리·판단하여 취소판결을 확정된 경우, 그 추가된 사유를 다시 들어 재거부처분을 하는 것이 확정판결의 기속력에 반하는지, 나아가 간접강제를 허용할 수 있는지가 문제된다.

### 2. 관련 법리

#### (1) 처분사유 추가·변경 제한 법리

##### 1) 원칙

판례에 따르면, 행정처분 취소소송에 있어서는 실질적 법치주의와 행정처분의 상대방인 국민에 대한 신뢰 보호라는 견지에서 처분청은 당초의 처분사유와 기본적 사실관계에 있어서 동일성이 인정되는 한도내에서만 새로운 처분사유를 추가하거나 변경할 수 있고 기본적 사실관계와 동일성이 전혀 없는 별개의 사실을 들어 처분사유로서 주장함은 허용되지 아니한다.<sup>19)</sup>

이때 기본적 사실관계의 동일성 여부는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 면에서 동일한지 여부에 따라 판단한다.<sup>20)</sup>

##### 2) 당사자의 동의가 있는 경우

판례는 거부처분에 대한 항고소송에서 “당초 처분사유와 기본적 사실관계가 동일하지 않은 사유를 처분사유로 추가·변경한 것에 대하여 처분상대방이 추가·변경된 처분사유의 실제적 당부에 관하여 해당 소송 과정에서 심리·판단하는 것에 명시적으로 동의하는 경우”에는 예외적으로 이를 허용할 수 있다고 한다.<sup>21)</sup>

사안에서 <처분사유2>는 기존 <처분사유1>과 사회적 사실관계가 다른 별개의 사항임에도 불구하고, 원고 甲이 처분사유 추가에 동의하였다.

#### (2) 확정판결의 기속력

##### 1) 의의

취소판결이 확정되면 당해 처분은 취소되고, 행정청은 판결의 취지에 따라 재처분할 의무가 있다.

특히, 판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다(행정소송법 제30조 제2항).

사안에서 법원의 판단은 추가된 사유에도 효력이 미치며, 확정판결의 기속력도 이에 미친다.

##### 2) 재처분 가능 범위

행정청은 ① 처분 이후에 발생한 사유이거나(☞ 법령의 변경 또는 사실상황의 변경), ② 처분 당시 이미 발생하였다 하더라도 당초의 처분사유와 기본적 사실관계의 동일성이 인정되지 않는 사유 등 새로운 거부사유를 내세워 다시 거부처분을 하였다면 이는 종전 거부처분과 결론이 동일하다 하더라도 기속력에 반하여 허용되지 않는다고 볼 수 없다.

##### 3) 기속력 위반의 효과

판례는 확정판결의 당사자인 처분행정청이 그 행정소송의 사실심 변론종결 이전의 사유를 내세워 다시 확정판결과 저촉되는 행정처분을 하는 것은 허용되지 않는 것으로서 이러한 행정처분은 그 하자가 중대하고도 명백한 것이어서 당연무효라고 한다.<sup>22)</sup>

19) 대판 1987.7.21. 85누694

20) 대판 1988.1.19. 87누603

21) 대판 2024.11.28. 2023두61349

즉, 동일한 사안에 관하여 법원이 판단한 사유를 반복하는 재처분은 허용되지 않는다

#### (4) 간접강제

##### 1) 의의

거부처분의 취소판결과 부작위위법확인판결에서 처분청은 기속력에 따라 판결의 취지에 따른 처분을 할 의무를 부담하므로, 이를 이행하지 않을 경우 강제로 집행할 수 있는 제도가 필요하게 된다.

행정청이 거부처분의 취소판결의 취지에 따라 처분을 하지 아니하는 때에는 제1심 수소법원은 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 상당한 기간을 정하고 행정청이 그 기간내에 이행하지 아니하는 때에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상을 할 것을 명할 수 있다(법 제34조 제1항).

##### 2) 거부처분의 경우

판례에 따르면, 거부처분에 대한 취소의 확정판결이 있음에도 행정청이 아무런 재처분을 하지 아니하거나, 재처분을 하였다 하더라도 그것이 종전 거부처분에 대한 취소의 확정판결의 기속력에 반하는 등으로 당연 무효라면 이는 아무런 재처분을 하지 아니한 때와 마찬가지로 할 것이므로 이러한 경우에는 행정소송법상 간접강제신청에 필요한 요건을 갖춘 것으로 보아야 한다.<sup>22)</sup>

### 3. 사안의 적용

甲은 처분사유 추가에 명시적으로 동의하였고, 법원은 <처분사유1>과 <처분사유2> 모두를 심리하여 취소판결을 선고하였다. 따라서 확정판결의 기속력은 두 사유 모두에 미친다.

그럼에도 A청장이 다시 <처분사유2>를 이유로 재거부처분을 한 것은 이미 확정판결로 배척된 사유를 반복한 것이므로 기속력 위반이다.

이는 실질적으로 확정판결 불이행에 해당하고, 따라서 甲의 간접강제 신청은 인용될 수 있다.

### 4. 결론

A청장의 재거부처분은 확정판결의 기속력에 반하는 위법한 처분으로, 甲의 간접강제 신청은 인용될 수 있다.

## II. 설문 (2) - 乙의 항고소송 유형·피고 및 지원금 반환 여부

### 1. 문제의 제기

(1) 행정청의 보조기관인 담당부서장이 자기 명의로 지원금 환수처분을 한 경우, 그 효력과 이에 대한 소송유형 및 피고가 문제된다. 이는 무권한자가 한 권한행사의 위법성의 정도, 그리고 내부위임의 경우 피고적격과 관련된다.

(2) 乙이 반환한 지원금을 회수할 수 있는지는 인용판결에 따라 乙에게 부당이득반환청구권이 발생했는지와, 인용판결의 기속력이 문제된다.

### 2. 乙이 제기할 수 있는 구체적인 소송유형

#### (1) 권한행사방식 위반의 효과

##### 1) 문제점

사안에서 고용보험법 제115조의 권한 위임·위탁 규정에 따라 실제 행정청인 B청장만이 처분을 할 수 있다. 그런데 내부위임을 받은 자의 자신의 명의로 행한 처분의 위법성의 정도가 문제된다. 이는 처분에 대하여 제기할 소송의 형태와도 관련된다.

##### 2) 학설

학설은 ① 정당한 권한 없는 자의 행위는 무효라고 보는 견해(무효사유설), ② 단순한 형식의 하자에 불과하다고 보는 견해(취소사유설)이 대립한다.

22) 대판 1990.12.11. 90누3560

23) 대결 2002.12.11. 2002무22

### 3) 판례

판례는 “체납취득세에 대한 압류처분권한은 경상남도지사로부터 울산시장에게 권한위임된 것이고, 울산시장으로부터 압류처분권한을 내부위임을 받은 데 불과한 울산시남구청장으로서는 울산시장명의로 압류처분을 대행처리할 수 있을 뿐이고 자신의 명의로 이를 할 수 없다 할 것이므로 이 사건 압류처분은 권한없는 자에 의하여 행하여진 위법무효의 처분이다.”<sup>24)</sup>라고 판시하여, 무효사유설의 입장을 취하는 것으로 보인다.

### 4) 검토

일반적인 경우에 있어서 내부위임을 받은 자가 자신의 명의로 처분을 하는 것은 무권한자의 행위(주체상의 하자)로서 적법요건의 중대한 위반이면서 외관상으로도 명백한 하자라고 보는 것이 타당하다.

#### (2) 무효확인소송

乙이 제기하려는 소송은 항고소송이다. 행정소송법상 항고소송에는 취소소송, 무효등확인소송, 부작위위법확인소송이 있다. 사안에서 담당부서장이 환수처분을 하였으므로, 乙은 처분의 위법성 정도에 따라 취소소송 또는 무효확인소송을 제기할 수 있다.

사안에서 담당부서장이 한 처분은 주체상의 하자가 있어 무효이므로 무효확인소송을 제기하면 승소할 수 있다.

#### \* 취소소송과의 병합

처분에 있어 무권한자의 행위를 단순한 형식의 하자에 불과하다고 보는 견해(취소사유설)에 따르면 취소소송을 제기할 수 있고, 위법성의 정도가 불분명한 경우에는 무효확인소송과 취소소송을 예비적으로 병합하여 제기할 수도 있다.

## 3. 피고적격

### (1) 원칙

취소소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분 등을 행한 행정청을 피고로 한다(행정소송법 제13조 제1항). 그리고 이는 무효확인소송에도 준용된다(제38조 제1항).

피고가 잘못 지정된 경우에는 소송이 각하되나, 예외적으로 피고경정의 절차를 통하여 바로잡을 수 있다.

### (2) 내부위임이 있는 경우

#### 1) 문제점

내부위임은 위임자 명의로 권한이 행사되기 때문에 위임 행정관청이 피고가 된다. 그런데 무권한자의 행위(수임기관 명의의 행위)에 대한 항고소송상 피고적격과 관련하여 행정소송법 제13조 제1항의 ‘처분 등을 행한 행정청’을 어떻게 해석해야 하는지 문제된다.

#### 2) 학설

① 정당한 권한 있는 자를 상대로 해야 한다는 견해(실질설), ② 외부적 명의자를 상대로 해야 한다는 견해(형식설)가 대립한다.

### 3) 판례

판례는 경우를 나누어서, 내부위임의 경우 위임기관의 명의로 처분했으면 위임기관이 피고가 되나, 위법하게 수임기관의 명의로 처분했으면 수임기관이 피고가 된다고 하여 형식설의 입장을 취하는 것으로 보인다.<sup>25)</sup>

### 4) 검토

법문상 정당한 권한을 요건으로 두고 있지 않다는 점, 만일 정당한 권한자를 피고로 한다면 무권한자가 위법한 처분을 발령한 후 정당한 권한자를 찾아야 하는 부담을 원고인 사인에게 지우는 결과가 된다는 점, 정당한 권한유무는 본안판단의 사항에 해당한다는 점에서, 형식설이 타당하다.

### (3) 사안의 적용

24) 대판 1993.5.27. 93누6621

25) 대판 1991.2.22. 90누5641

무효인 처분의 경우에도 형식상 처분명의자가 피고가 된다. 따라서 사안에서 피고는 담당부서장이다.

#### 4. 인용판결을 통하여 乙이 지원금을 반환받을 수 있는 논거

##### (1) 환수처분의 무효에 따른 부당이득반환

무효확인판결이 확정되면 해당 처분은 처음부터 효력이 없었던 것으로 소급 확정된다. 따라서 그 처분에 근거하여 乙이 지원금을 반환함으로써 행정청이 수령한 것은 법률상 원인이 없는 급부가 된다.

乙은 부당이득반환청구를 통해 지원금을 돌려받을 수 있다. 다만 이는 처분이 무효라는 점에서 일단 반환이 가능하다는 의미이고, 이후 행정청은 적법한 환수처분을 새로 발하여 다시 환수할 수 있다.

##### (2) 기속력에 따른 결과제거의무(원상회복의무)

###### 1) 기속력의 의미

행정청이 반환받은 지원금을 乙에게 돌려주어야 하는 논거는 인용판결의 기속력에서도 찾을 수 있다.

기속력이란 소송당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청이 판결의 취지에 따라 행동해야 하는 실체법상의 의무를 발생시키는 효력을 말한다. 행정소송법은 취소판결에 대하여 기속력 있음을 규정하고 무효등확인소송과 부작위위법확인소송 및 당사자소송에 이를 준용하고 있다(제30조·제38조·제44조).

기속력의 내용으로 반복금지의무, 재처분의무, 결과제거의무가 있는바, 사안은 결과제거의무와 관련된다.

###### 2) 결과제거의무

취소소송에 있어 인용판결이 있게 되면 행정청은 위법처분으로 야기된 상태를 제거하여야 할 의무를 부담한다. 판례는 “어떤 행정처분을 위법하다고 판단하여 취소하는 판결이 확정되면 행정청은 취소판결의 기속력에 따라 그 판결에서 확인된 위법사유를 배제한 상태에서 다시 처분을 하거나 그 밖에 위법한 결과를 제거하는 조치를 할 의무가 있다.”<sup>26)</sup>고 하며, 그 근거를 행정소송법 제30조에서 찾는다.

###### 3) 사안의 경우

위법한 환수처분에 따라 乙이 지원금을 반환한 것은 위법상 상태이므로, 인용판결의 기속력에 따라 행정청은 다시 乙에게 지원금을 반환해야 한다.

#### 3. 사안의 적용

담당부서장이 자기 명의로 환수처분을 한 것은 권한 없는 자의 처분으로 무효이다. 따라서 乙은 무효확인소송을 제기할 수 있고, 피고는 처분명의자인 담당부서장이 된다.

무효확인판결이 확정되면 환수처분은 처음부터 효력이 없으므로 乙이 반환한 지원금은 법률상 원인 없는 급부로서 반환되어야 한다. 이의 논거는 乙의 부당이득반환청구권과 인용판결의 기속력으로 설명될 수 있다.

이후 행정청은 적법한 절차에 따라 다시 환수처분을 할 수 있으나, 그 전까지는 乙은 반환받은 금액을 보유할 정당한 권리를 가진다.

#### 4. 결론

乙은 담당부서장을 상대로 무효확인소송을 제기할 수 있으며(취소소송과 병합도 가능), 인용판결 확정 시 환수처분은 무효가 되고, 이미 반환한 지원금을 돌려받을 수 있다.

26) 대판 2019.10.17. 2018두104

○ 672쪽 끝에 추가

<보충문제 1>

A시 시장인 乙은 甲이 A시에서 진행하고 있는 공사가 관련 법령을 위반하였다는 이유로 해당 공사를 중지하는 명령을 하였다. 甲은 그 명령 이후에 그 원인사유가 소멸하였음을 들어 乙에 대하여 공사중지명령의 철회를 신청하였다. 그러나 乙은 그 원인사유가 소멸되지 않았다고 판단하여 甲의 신청에 대하여 아무런 응답을 하지 않고 있다. 乙의 행위가 위법한 부작위에 해당하는지에 대하여 설명하시오. (25점)

• 2020 공인노무사

I. 논점 : 부작위의 성립요건

II. 거부처분과 부작위의 구별

III. 행정쟁송법상 부작위

1. 부작위의 의의

2. 부작위의 성립요건

IV. 사례의 해결

- 설문에서 관련 법령을 확인할 수 없으나 甲은 처분의 원인사유가 소멸하였음을 들어 처분의 철회를 신청할 수 있음은 최소한 조리상 권리로서 보장된다고 할 수 있음
- 그러나 시장 乙은 甲의 신청에 대해 공사중지명령의 철회결정 또는 거부를 하여야 할 의무가 있음에도 甲에게 그 원인사유가 소멸되지 않았다고 만연히 판단하여 아무런 응답을 하지 않고 있음
- 따라서 사회통념상 당해 신청에 대한 처분을 하는데 필요한 것으로 인정되는 기간을 경과한 상태라면 의무이행심판 또는 부작위위법확인소송의 요건인 부작위에 해당함. 그리고 판례에 따르면 위와 같은 요건이 충족되면 부작위는 그 자체로서 위법함

<보충문제 2>

甲은 2012. 10. 10. 「민법」 제844조 친생자추정 조항에 대하여 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다(이하 'A청구'라 한다). 국회는 2011. 9. 9. 임기만료로 퇴임한 J 헌법재판관의 후임자를 선출하지 아니하여 헌법재판관의 공석상태가 계속되고 있다. 위 J 헌법재판관은 국회에서 선출하여 대통령이 임명한 자이다. 甲은 위 헌법소원심판 계속 중 국회가 후임 헌법재판관을 선출하지 아니하고 있는 것이 자신의 기본권을 침해한다고 주장하면서 2013. 3. 3. 국회를 피청구인으로 하여 헌법소원심판을 청구하였다(이하 'B청구'라 한다). 헌법재판소는 국회가 후임 헌법재판관을 선출하지 아니한 상태에서 2013. 6. 30. A청구에 대하여 재판관 5(인용) : 3(기각)의 의견으로 청구를 기각하는 결정을 하였다. B청구는 심판계속 중이다. (위 사례는 가상의 것임)

국회가 후임 헌법재판관을 선출하지 아니하고 있는 것이 항고소송의 대상이 되는가? (10점)

• 2015 변호사시험

I. 논점 : 부작위위법확인소송의 대상인 부작위

II. 부작위위법확인소송의 대상

부작위위법확인의 소에 있어 당사자가 행정청에 대하여 어떠한 행정행위를 하여 줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상 권리를 갖고 있지 아니한 경우에는 원고적격이 없거나 항고소송의 대상인 위법한 부작위가 있다고 볼 수 없어 그 부작위위법확인 소는 부적법하다(대판 1993.4.23. 92누17099).

III. 사례의 해결

- 국회의 헌법재판관 선출은 행정작용이 아닌 헌법기관으로서의 고유 권한 행사에 해당하고, 개인들의 법적 이익과 관련 있다고 할 수 없으므로 이에 대하여 개인이 법규상 또는 조리상 권리를 가지는 것이 아님
- 따라서 국회가 후임 헌법재판관을 선출하지 아니하고 있는 것은 항고소송의 대상이 되는 위법한 부작위에 해당하지 않음

A도 B시의 시장 X는 「산업입지 및 개발에 관한 법률」(이하 ‘산업입지법’이라 한다)에 따라 관내 토지 10만여㎡에 도시첨단산업단지를 개발하기 위하여 A도 도지사 Y에게 산업단지개발계획서를 첨부하여 도시첨단산업단지의 지정을 신청하였다. Y는 관계 법령의 절차에 따라 산업단지의 위치 및 면적, 수용·사용할 토지·건축물의 세부 목록 등이 포함된 산업단지개발계획을 수립하여 위 대상 토지를 도시첨단산업단지로 지정·고시하였다. 산업입지법상 도시첨단산업단지는 「환경영향평가법」상 환경영향평가의 대상이다. (아래 각 설문은 서로 독립적임)<sup>27)</sup>

1. 甲은 B시에 소재한 자신 소유 토지의 90%가 도시첨단산업단지의 범위에 포함되어 수용대상이 되자 자신의 토지를 도시첨단산업단지 사업구역에서 제외해 달라는 내용으로 산업단지개발계획의 변경을 신청하고자 한다. 한편 B시에서 위 도시첨단산업단지 개발사업으로 인한 환경상 피해에 대한 우려가 제기되자, B시에 주소를 두고 있는 乙수도원은 도시첨단산업단지 지정·고시의 취소를 구하고자 한다.
  - (1) 위 도시첨단산업단지 개발과 관련하여 산업단지개발계획의 법적 성질을 설명하고, 甲에게 당해 계획의 변경을 요청할 수 있는 청구권이 인정되는지를 검토하시오. (10점)
  - (2) 乙수도원은 수도원 설치 운영 및 수도자 양성 등을 목적으로 설립된 재단법인으로 환경영향평가 대상지역 내에 소재하고 있다. 乙수도원은 위 도시첨단산업단지 개발사업으로 인하여 소속 수도사들이 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 환경상 이익을 침해받는다 주장하며, 도시첨단산업단지 지정·고시의 취소를 구하는 소를 제기하였다. 원고적격과 관련하여 취소소송의 적법성을 검토하시오. (20점)
2. B시는 도시첨단산업단지 지정·고시에 따라 甲 소유의 토지를 취득하기 위하여 甲과 협의하였으나 협의의 성립에 이르지 못하자, 관할 지방토지수용위원회에 재결을 신청하여 금 10억 원을 보상금액으로 하는 수용재결이 이루어졌다. B시는 수용재결에 따라 甲 소유 토지에 대한 소유권을 취득한 후 소유권이전등기를 마쳤다. 甲은 수용재결이 있는 지 1년이 경과한 후 당해 수용재결에 취소사유에 해당하는 하자가 있음을 알게 되었다. 甲이 자신의 토지에 대한 소유권을 회복하기 위하여 소유권이전등기말소등기청구소송을 제기할 경우, 수소법원이 수용재결의 하자에 대해서 심리·판단할 수 있는지 검토하시오. (25점)

**[참조 조문]** ※ 아래 법률은 가상의 것임

**「산업입지 및 개발에 관한 법률」**

**제7조의2(도시첨단산업단지의 지정)** ① 도시첨단산업단지는 국토교통부장관, 시·도지사 또는 대도시시장이 지정하며, 시·도지사가 지정하는 경우에는 시장·군수 또는 구청장의 신청을 받아 지정한다. 다만, 대통령령으로 정하는 면적 미만인 경우에는 시장·군수 또는 구청장이 직접 지정할 수 있다.

③ 시장·군수 또는 구청장은 제1항 본문에 따라 시·도지사에게 도시첨단산업단지의 지정을 신청하려는 경우에는 산업단지개발계획을 작성하여 제출하여야 한다.

④ 제1항에 따른 도시첨단산업단지의 지정권자는 도시첨단산업단지를 지정하려는 경우에는 산업단지개발계획에 대하여 관계 행정기관의 장과 협의하여야 한다. 산업단지개발계획을 변경하려는 경우에도 또한 같다.

**제7조의4(산업단지 지정의 고시 등)** ① 산업단지지정권자는 산업단지를 지정할 때에는 대통령령으로 정하는 사항을 관보 또는 공보에 고시하여야 하며, 산업단지를 지정하는 국토교통부장관 또는 시·도지사는 관계 서류의 사본을 관할 시장·군수 또는 구청장에게 보내야 한다.

**제10조(산업단지개발계획 입안 등의 제안)** ① 주민(이해관계자를 포함한다)은 산업단지지정권자에게 산업단지개발계획의 입안 및 변경을 제안할 수 있다.

# 1. <설문 1-(1)> - 산업단지개발계획의 법적 성질 및 甲의 변경신청 가능성

## 1. 문제의 소재

사안에서 산업단지개발계획이 행정계획으로서 행정처분에 해당하는지 문제된다. 또한 甲은 B시에 소재한 소유 토지의 90%가 산업단지의 범위에 포함된 자로서 계획변경청구권이 인정되는지 문제된다.

## 2. 산업단지개발계획의 법적 성질

### (1) 행정계획의 의의

행정계획은 '행정에 관한 전문적·기술적 판단을 기초로 하여 특정한 행정목표를 달성하기 위하여 서로 관련되는 행정수단을 종합·조정함으로써 장래의 일정한 시점에 있어서 일정한 질서를 형성하기 위하여 설정된 활동기준'이다.<sup>28)</sup> 사안에서 산업단지개발계획이 행정계획으로서 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는지 문제된다.

### (2) 산업단지개발계획이 행정처분에 해당하는지 여부

#### 1) 행정계획의 법적 성질

이에 대한 학설로 ① 입법행위설<sup>29)</sup>, ② 행정행위설<sup>30)</sup>, ③ 혼합성설<sup>31)</sup>, ④ 개별검토설<sup>32)</sup>, ⑤ 독자성설<sup>33)</sup>가 대립한다.

대법원은 구 도시계획법상 도시기본계획(현 도시·군기본계획)은 일반지침에 불과하다고 하였고<sup>34)</sup>, 토지구획정리사업법상 환지계획은 처분성이 없다고 하였다<sup>35)</sup>. 즉 행정계획이 행정활동의 지침으로서 만의 성격에 그치거나 행정조직 내부에서의 효력만을 가질 때는 항고소송의 대상으로서의 처분성을 갖지 않는다. 그러나 구 도시계획법상 도시계획결정(현 도시·군관리계획)은 법률규정과 결합하여 각종 권리제한 효과를 가져옴으로써 특정 개인의 권리 내지 법률상 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하는 효과를 가져 오게 하는 행정청의 처분이라고 보았다.<sup>36)</sup> 또한 판례는 구속적인 행정계획을 재량행위로 이해하고 있다.<sup>37)</sup>

#### 2) 검토

행정계획의 종류와 내용이 매우 다양하고 상이하므로 그 법적 성질을 일률적으로 말하기는 어렵다. 계획마다 개별적으로 검토되어야 한다는 개별검토설이 타당하다. 다만 구속적 행정계획의 경우에는 법령의 규정과 결합하여 권리제한의 효과가 있으므로 행정행위에 해당한다.

### (3) 사안의 경우

산업입지법에 따라 수립되는 산업단지개발계획은 도시첨단산업단지의 지정·고시와 함께 이루어지는 계획으로, 일반적으로 국민의 권리·의무에 직접적 영향을 미치는 구속적 행정계획에 해당한다. 특히 수용·사용할 토지 및 건축물의 세부 목록이 포함되어 있고, 해당 계획에 따라 토지수용이 이루어지므로, 수용대상자의 법률상 지위에 중대한 영향을 미치는 행정처분의 성격을 가진다.

## 3. 甲에게 계획변경청구권이 인정되는지 여부

### (1) 계획변경청구권의 의의

28) 대판 2007.4.12. 2005두1893

29) 행정계획은 국민의 권리·자유에 관계되는 일반·추상적인 규율을 정립하는 행위로서 법규명령의 성질을 갖는다는 견해

30) 행정계획 중에는 법률규정과 결합하여 개인의 권리 내지 법률상의 이익을 구체적으로 규율하는 효과를 가져오기도 한다는 점에서 행정행위로 보는 견해

31) 행정계획이 규범의 요소와 개별행위의 요소의 양면을 갖는 행위형식이라는 견해

32) 계획마다 개별적으로 그 법적 성질을 검토하여 항고소송대상의 여부를 판단하는 견해

33) 행정계획은 법규범도 아니고 행정행위도 아닌, 그 자체로서 독자적인 법형식으로 보는 견해

34) 대판 2002.10.11. 2000두8226

35) 대판 1999.8.20. 97누6889

36) 대판 1982.3.9. 80누105

37) 대판 1997.9.26. 96누10096

계획변경청구권은 기존의 행정계획이 확정된 후 사정변경 및 관계인의 권익침해 등을 이유로 하여 그 계획의 변경을 신청할 수 있는 권리이다.

## (2) 판례

판례는 “국토이용계획은 장기성, 종합성이 요구되는 행정계획이어서 원칙적으로는 그 계획이 일단 확정된 후에 어떤 사정의 변동이 있다고 하여 그러한 사유만으로는 지역주민이나 일반 이해관계인에게 일일이 그 계획의 변경을 신청할 권리를 인정하여 줄 수는 없다.”<sup>38)</sup>고 하여 일반적으로 인정되지 아니한다. 그러나 판례는 ① 장래 일정한 기간 내에 관계 법령이 규정하는 시설 등을 갖추어 일정한 행정처분을 구하는 신청을 할 수 있는 법률상 지위에 있는 자의 국토이용계획변경신청을 거부하는 것이 실질적으로 당해 행정처분 자체를 거부하는 결과가 되는 경우에는 예외적으로 그 신청인에게 국토이용계획변경을 신청할 권리가 인정된다고 봄이 상당하므로, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다<sup>39)</sup>고 하였으며, ② 도시계획구역 내 토지 등을 소유하고 있는 사람과 같이 당해 도시계획시설결정에 이해관계가 있는 주민으로서 도시시설계획의 입안권자 내지 결정권자에게 도시시설계획의 입안 내지 변경을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있고, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다<sup>40)</sup>고 판시하고 있다.

## (3) 사안의 경우

甲은 B시에 소재한 자신 소유 토지의 90%가 도시첨단사업단지의 포함되어 있어 사익의 침해가 클 수 있다는 점, 「산업입지 및 개발에 관한 법률」 제10조에는 이해관계자를 포함하여 주민은 산업단지지정권자에게 산업단지개발계획의 입안 및 변경을 제안할 수 있다고 규정되어 있는 점을 고려할 때 甲에게 계획변경청구권이 인정된다.

## II. <설문 1-(2)> - 乙수도원의 원고적격과 관련한 취소소송의 적법성

### 1. 문제의 소재

재단법인 乙수도원이 도시첨단산업단지 지정·고시의 취소를 구할 수 있는 원고적격이 인정되는지 여부와 관련하여 乙수도원이 소속 수도사들의 이익을 위해 소송을 제기할 수 있는지, 환경권의 주체가 될 수 있는지 여부가 문제된다.

### 2. 원고적격의 의의와 범위

#### (1) 의의

취소소송에서 원고적격이란 구체적인 처분에 대하여 누가 원고로서 취소소송을 제기하여 본안판결을 받을 자격이 있는가의 문제를 말한다. 행정소송법 제12조 제1문은 ‘취소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다’고 규정한다. 이때 ‘법률상 이익’의 범위는 일반적으로 취소소송의 본질과 기능에 대한 논의와 관련된다.

#### (2) 범위

##### 1) 학설

학설은 취소소송의 본질에 관해 ① 위법한 처분으로 야기된 개인의 권리의 회복에 있다고 보는 권리구제설, ② 위법한 처분으로 권리뿐 아니라 법에 의해 보호되는 이익을 침해당한 자도 처분을 다룰 수 있다는 법률상 보호이익설, ③ 소송법적 관점에서 재판에 의해 보호할 만한 가치가 있는 이익이 침해된 자는 그 이익이 법률상 이익이든 사실상 이익이든 취소소송을 제기할 수 있다고 보는 소송상 보호가치 있는 이익설, ④ 당해 처분을 다룸에 있어 가장 적합한 이해관계를 가진 자가 원고적격을 갖는다는 적법성보장설이 있다.

38) 대판 2003.9.23. 2001두10936

39) 대판 2003.9.23. 2001두10936

40) 대판 2015.3.26. 2014두42742

## 2) 판례

판례는 법률상 보호이익설의 입장에서 “행정소송에서 소송의 원고는 행정처분에 의하여 직접 권리를 침해당한 자임을 보통으로 하나 직접 권리의 침해를 받은 자가 아닐지라도 소송을 제기할 법률상의 이익을 가진 자는 그 행정처분의 효력을 다룰 수 있다.”<sup>41)</sup>고 하며, “당해 근거법률에 의해 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익을 말한다.”<sup>42)</sup>고 한다.

## 3) 검토

취소소송은 주관적 소송이므로 적법성보장설은 타당하지 않으며, 행정소송법 제12조는 법률상 이익이 있는 자가 취소소송을 제기할 수 있음을 규정하고 있고, 국민의 권리구제와 법원의 부담의 사이의 조화와 균형을 달성하는 법률상 보호이익설이 타당하다.

## 3. 乙수도원의 원고적격 인정 여부

### (1) 부진정 단체소송 - 자신의 법률상 이익 침해 관련

#### 1) 부진정 단체소송의 의의

단체 스스로가 법으로 보호하는 자신의 이익을 보호받기 위하여 제기하는 소송을 말한다(예: 사회단체의 등록거부처분에 대한 취소소송). 당해 단체에게 법률상 이익이 있다면 소송을 제기할 수 있다.

#### 2) 사안의 경우

산업단지개발로 인한 대기오염, 소음 등으로 인해 수도사의 거주 환경이 실질적으로 침해된다면 이는 단순한 추상적 이익이 아니라 구체적이고 직접적인 이익이라 볼 수 있다.

다만, 수도사들이 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 환경상 이익을 침해받는다 고 하더라도 이를 가리켜 곧바로 乙수도원의 법률상 이익이 침해된다고 볼 수 없고, 자연인이 아닌 乙수도원은 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 이익을 향수할 수 있는 주체가 아니므로 위 처분으로 위와 같은 생활상의 이익이 직접적으로 침해되는 관계에 있다고 볼 수도 없다.<sup>43)</sup> 따라서 乙수도원은 환경권의 침해를 이유로 하는 부진정 단체소송의 원고적격을 갖지 못한다.

### (2) 진정 단체소송 - 소속 수도사의 법률상 이익 침해 관련

#### 1) 진정 단체소송의 의의

객관소송의 성격을 가지므로 특별한 법률규정이 있어야 허용된다. 여기에는 ① 단체가 그의 구성원의 집단적 이익을 관철하기 위하여 단체의 이름으로 제기하는 이기적 단체소송(예: 변호사회가 변호사 전체의 이익을 위해 특정 처분에 대하여 제기하는 소송), ② 단체가 문화가치, 환경오염의 방지 등 공익추구를 목적으로 제기하는 소송인 이타적 소송이 있다.

#### 2) 사안의 경우

수도원이 행정처분으로 인하여 소속 수도사들이 권리를 침해받는다 고 주장하며 취소소송을 제기할 수 있는 특별한 법률규정이 존재하지 않으므로 허용될 수 없다.

## 4. 사안의 해결

乙수도원은 환경권의 주체가 될 수 없으므로 도시첨단산업단지 지정·고시로 자신의 법률상 이익이 침해되었다고 볼 수 없어 원고적격이 인정되지 않는다. 한편 재단법인 乙수도원은 자신에 소속된 수도사들을 위해 단체소송을 제기할 수 없어 이 역시 원고적격이 인정되지 않는다.

결국 乙수도원이 제기한 취소소송은 부적법하다.

## Ⅲ. <설문 2> - 소유권이전등기말소등기청구소송의 수소법원이 수용재결의 하자를 심리·판단할 수 있는지 여부

41) 대판 1974.4.9. 73누173

42) 대판 2007.6.15. 2005두9736등

43) 대판 2012.6.28. 2010두2005 참고

## 1. 문제의 소재

甲이 자신의 토지에 대한 소유권을 회복하기 위하여 소유권이전등기말소등기청구소송을 제기할 경우, 수소법원은 B시의 소유권이전등기가 ‘법률상 원인 없이’ 경료된 것인지를 살펴보아야 하므로, 사안에서 수소법원은 수용재결의 효력을 부인하여 심리·판단할 수 있는지 문제된다.

## 2. 구성요건적 효력과 선결문제

### (1) 의의

#### 1) 구성요건적 효력의 의의

구성요건적 효력이란 유효한 행정행위가 존재하면 모든 ‘행정기관과 법원(형사법원 및 민사법원)’은 그 행정행위와 관련된 자신들의 결정에 대해 행위의 존재와 효과를 인정해야 하고, 그 내용에 구속되는 효력을 말한다. 이는 행정행위를 스스로 폐지할 수 없는 다른 행정청·법원과 관련되는 문제인바, 행정행위의 존재 사실 그 자체가 다른 국가기관의 결정에 구성요건요소가 된다는 의미이다.

#### 2) 선결문제의 의의

선결문제란 ‘특정한 행정행위’의 위법 여부 또는 효력의 유무를 다른 ‘특정사건’의 재판에 있어서 먼저 해결해야 하는 경우, 그 특정한 행정행위의 위법 여부 또는 효력 유무의 문제를 말한다. 여기서 특정사건이란 민사사건 및 형사사건을 의미한다.

### (2) 행정행위의 효력 유무가 선결문제가 되는 경우

다수설과 판례는 “선결문제가 당연무효이면 민사법원은 선결문제가 무효임을 전제로 본안을 판단할 수 있다. 선결문제가 단순위법인 경우는 민사법원은 당해 행정행위의 구성요건적 효력으로 인해 그 선결문제의 효력을 부인할 수 없고 따라서 본안을 인용할 수 없다.”라는 입장이다.<sup>44)45)</sup>

이에 대하여는 구성요건적 효력이 사법부에 소속된 국가기관에게까지 미치게 되면 사법부의 재판권 침해행위로서 헌법상 권력분립의 원칙에 위배되고 신속한 재판의 원칙에도 반하여 부당하기 때문에 민사법원도 행정행위의 효력을 부인할 수 있다는 반대견해가 있다.

생각건대, 무효인 행정행위는 처음부터 아무런 효력을 발생하지 않으므로 누구나 그 효력을 부인할 수 있는 데 대하여, 취소사유가 있는 행정행위는 구성요건적 효력에 의하여 그것이 권한있는 기관(처분청과 취소소송의 수소법원)에 의해 취소되기 전에는 국민이나 다른 국가기관에 구속력을 가지기 때문에 다수설과 판례의 입장이 타당하다.

### (3) 소유권이전등기말소등기청구소송의 수소법원이 수용재결의 효력을 부인할 수 있는지 여부

甲이 제기한 소는 소유권이전등기말소청구로서, 수용재결이 유효한 전제로 등기가 이루어진 것이다. 따라서 이 소송에서 수용재결이 무효인지 여부가 선결문제가 된다.

甲이 주장하는 재결의 하자가 ‘취소사유’에 해당한다고 하였으므로, 수소법원은 취소사유에 불과한 하자가 있다는 이유로 수용재결의 효력을 부정할 수 없으며, 이는 수용재결에 대한 불복절차(취소소송 등)를 제기하지 않은 당사자의 책임이다.

## 3. 사안의 해결

수용재결에 취소사유에 해당하는 하자가 존재한다고 하더라도 소유권이전등기말소등기청구소송의 수소법원은 수용재결의 하자를 심리·판단하여 그 효력을 부인할 수 없다.

44) 민사소송에 있어서 어느 행정처분의 당연무효 여부가 선결문제로 되는 때에는 이를 판단하여 당연무효임을 전제로 판결할 수 있고 반드시 행정소송 등의 절차에 의하여 그 취소나 무효확인을 받아야 하는 것은 아니다(대판 1972. 10.10. 71다2279).

45) 조세의 과오납이 부당이익이 되기 위하여는 납세 또는 조세의 징수가 실제법적으로나 절차법적으로 전혀 법률상의 근거가 없거나 과세처분의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효이어야 하고, 과세처분의 하자가 단지 취소할 수 있는 정도에 불과할 때에는 과세관청이 이를 스스로 취소하거나 항고소송절차에 의하여 취소되지 않는 한 그로 인한 조세의 납부가 부당이익이 된다고 할 수 없다(대판 1994.11.11. 94다28000).

○ 713쪽 끝에 추가  
<보충문제 3>

PC방 영업을 하는 甲은 청소년 출입시간을 준수하지 않았다는 이유로 관할 시장으로부터 영업정지 1월의 처분을 받았다. 그런데 관할 시장은 이 처분을 하기 전에 甲에게 처분의 원인이 되는 사실과 의견제출의 방법 등에 관한 「행정절차법」상 사전통지를 하지 아니하였다. 이에 甲은 사전통지 없는 영업정지처분이 위법하다고 주장하며 영업정지명령에 불응하여 계속하여 영업을 하였고, 관할 시장은 「게임산업진흥에 관한 법률」상 영업정지명령위반을 이유로 甲을 고발하였다. 이 사건을 심리하는 형사법원은 甲에 대해 유죄 판결을 할 수 있겠는가? (20점) • 2016 변호사시험

### I. 논점

- 사전통지절차 위반과 영업정지명령의 하자
- 형사법원이 영업정지의 적법성을 심사할 수 있는지

### II. 절차 하자의 독자적 위법성

- 학설 : 소극설, 적극설
- 판례 : 청문절차의 결여(대판 1992.2.11. 91누11575), 사전통지 또는 의견제출절차의 결여(대판 2004.5.28. 2004두1254) 등 절차위반을 위법사유로 인정함

### III. 구성요건적 효력과 선결문제

#### 1. 구성요건적 효력

#### 2. 형사법원의 선결문제 판단권

- 학설 : 부정설, 긍정설
- 판례 : 구 도시계획법 제78조 제1항에 정한 처분이나 조치명령을 받은 자가 이에 위반한 경우 이로 인하여 같은 법 제92조에 정한 처벌을 하기 위하여는 그 처분이나 조치명령이 적법한 것이라야 하고, 그 처분이 당연무효가 아니라 하더라도 그것이 위법한 처분으로 인정되는 한 같은 법 제92조 위반죄가 성립될 수 없다(대판 1992.8.18. 90도1709).
- 검토 : 위법성을 심사해도 행정행위의 효력은 유지되어 행정법관계의 안정성은 유지되므로 권리구제 측면에서 긍정설이 타당

### IV. 사례의 해결

이 사건 형사법원은 영업정지명령의 위법 여부를 심사할 수 있고, 사전통지절차의 위반은 甲에 대한 처분의 하자가 됨. 따라서 형사법원은 甲에게 유죄판결을 선고할 수 없음

○ 735쪽 끝에 추가  
<보충문제 3>

행정청 A는 미성년자에게 주류를 판매한 업주 甲에게 영업정지처분에 갈음하여 과징금부과처분을 하였고, 甲은 부과된 과징금을 납부하였다. 그러나 甲은 이후 과징금부과처분에 하자가 있음을 알게 되었다 (아래 각 문제는 독립된 것임).

- (1) A가 권한 없이 과징금부과처분을 한 경우, 甲이 이미 납부한 과징금을 반환받기 위해 제기할 수 있는 소송유형들을 검토하시오. (20점)
- (2) A가 처분의 이유를 제시하지 아니한 채 과징금부과처분을 하였고, 甲은 이미 납부한 과징금을 반환받기 위해 과징금부과처분을 다투고자 한다. 甲이 제기할 수 있는 소송을 설명하시오. (10점)

• 2015 사법시험

■ 문 (1)

I. 논점

- 과징금부과처분의 위법성 정도
- 과징금부과처분무효확인소송의 가능성(협의의 소익)
- 부당이득반환청구소송과 선결문제 판단권

II. 과징금부과처분의 위법성 정도

행정청의 권한에는 사무의 성질 및 내용에 따르는 제약이 있고, 지역적·대인적으로 한계가 있으므로 이러한 권한의 범위를 넘어서는 권한유월의 행위는 무권한 행위로서 원칙적으로 무효이다(대판 2007.7.26. 2005두15748).

III. 과징금부과처분무효확인소송의 제기

- 행정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우에는 행정소송법 제35조에 규정된 ‘무효확인을 구할 법률상 이익’이 있다고 보아야 하고, 이와 별도로 무효확인소송의 보충성이 요구되는 것은 아니므로 행정처분의 무효를 전제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제수단이 있는지 여부를 따질 필요가 없다(대판 2008.3.20. 2007두6342 전합).
- 甲은 무효확인소송을 제기하여 인용판결을 받은 후 부당이득반환청구소송을 제기하여 과징금을 반환받을 수 있음

III. 부당이득반환청구소송을 바로 제기

- 민사소송에 있어서 어느 행정처분의 당연무효 여부가 선결문제로 되는 때에는 이를 판단하여 당연무효임을 전제로 판결할 수 있고 반드시 행정소송 등의 절차에 의하여 그 취소나 무효확인을 받아야 하는 것은 아니다(대판 1972.10.10. 71다2279).
- 민사법원은 처분이 무효임을 전제로 본안을 판단할 수 있고, 甲은 부당이득반환청구소송에서 승소하여 이미 납부한 과징금을 반환받을 수 있음

IV. 소송의 병합

과징금부과처분무효확인소송에 부당이득반환청구소송을 병합하여 제기할 수 있음(행정소송법 제10조, 제38조 제1항)

V. 사례의 해결

甲은 ① 과징금부과처분무효확인소송의 제기하여 인용판결을 받은 후 부당이득반환을 청구하거나, ② 부당이득반환청구소송을 바로 제기하거나, ③ 과징금부과처분무효확인소송에 부당이득반환청구소송을 병합하여 제기할 수 있음

▪ 문 (2)

I. 논점

- 과징금부과처분의 위법성 정도
- 과징금취소판결의 기속력 & 부당이득반환청구소송의 가능성

II. 과징금부과처분의 위법성 정도

판례는 재량행위인 식품위생법상 영업정지처분이 청문절차를 거치지 않은 경우(대판 1991.7.9. 91누971)뿐 아니라, 기속행위인 과세처분이 이유제시를 결한 경우(대판 1983.7.26. 82누420)에도 절차상 하자를 이유로 행정행위를 취소하고 있음 ☞ 절차규정 위반은 중대한 법규위반으로 볼 수 없어 취소사유에 해당

III. 취소소송의 제기

과징금부과처분취소소송을 제기하여 인용판결을 받으면 취소판결의 기속력(사안은 원상회복의무)에 따라 A는 과징금을 반환하여야 함

IV. 부당이득반환청구소송을 바로 제기

- 행정행위의 하자가 취소사유에 불과한 때에는 그 처분이 취소되지 않는 한 처분의 효력을 부정하여 그로 인한 이득을 법률상 원인 없는 이득이라고 말할 수 없다(대판 1994.11.11. 94다28000).
- 사안에서 과세처분은 취소사유에 불과하여, 과징금부과처분이 효력 없음을 전제로 하는 부당이득반환청구소송은 불가 ☞ 민사법원은 기각판결

V. 소송의 병합

- 과징금부과처분취소소송에 부당이득반환청구소송을 병합하여 제기할 수 있음(행정소송법 제10조)
- 취소소송에 병합할 수 있는 당해 처분과 관련되는 부당이득반환소송에는 당해 처분의 취소를 선결문제로 하는 부당이득반환청구가 포함되고, 이러한 부당이득반환청구가 인용되기 위해서는 그 소송절차에서 판결에 의해 당해 처분이 취소되면 충분하고 그 처분의 취소가 확정되어야 하는 것은 아니다(대판 2009.4.9. 2008두23153).

VI. 사례의 해결

甲은 ① 과징금부과처분취소소송을 제기하여 인용판결을 받은 후 부당이득반환을 청구하거나, ② 과징금부과처분취소소송에 부당이득반환청구소송을 병합하여 제기할 수 있음

○ 766쪽 끝에 추가

<보충문제>

甲은 화약류 제조 및 판매업 등을 목적으로 하는 회사로서 乙협회의 회원이다. 乙협회는 총포·화약류·분사기·전기충격기·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」 제78조 제1항 제4호, 「乙협회 정관」 제33조 제2호에 근거하여 매년 전년도 매출액의 1,000분의 0.75에 해당하는 금액을 납부하였다.

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) · 2023 입법고시

I. **논점** : 예방적 부작위소송의 허용 여부

## II. 회비납부의무의 법적 성질

법상 재단법인으로서 총포·화약안전기술협회의 법적 성질(註: 공법상 재단)과 회비의 조성방법과 사용용도 등을 위 법리에 비추어 살펴보면, 국가 또는 공공단체가 일정한 공행정활동과 특별한 관계에 있는 자에 대하여 그 활동에 필요한 경비를 조달하기 위하여 부담시키는 조세 외의 금전지급의무로서 공법상 부담금에 해당한다(대판 2021.12.30. 2018다241458).

## III. 예방적 부작위소송

### 1. 의의

### 2. 인정여부

(1) 학설 : 소극설, 적극설

(2) 판례

행정소송법상 행정청이 일정한 처분을 하지 못하도록 그 부작위를 구하는 청구는 허용되지 않는 부적법한 소송이다(대판 2006.5.25. 2003두11988).

## IV. 사례의 해결

- 丙이 乙협회를 대상으로 장래의 회비 납부통지의 금지를 구하는 소송을 제기하는 것은 현행 행정소송법상 인정되지 아니함
- 丙은 乙협회가 매년 구체적인 회비를 산정·고지하는 처분을 하면 그 처분의 효력을 항고소송의 방식으로 다투어야 한다(대판 2021.12.30. 2018다241458).

공법상 결과제거청구권을 행정소송상 관철할 수 있는 방법에 관하여 설명하시오. (25점)

<공인노무사 2010>

## I. 서론

행정주체에 대하여 일정한 결과의 제거를 요구하는 소송은 공법상 이행소송의 형태가 된다. 다만 행정소송법상 결과제거의무에 관한 명문 규정이 없으므로 당사자소송이나 항고소송을 통한 결과제거청구권의 행사가 가능한지 문제된다.

## II. 공법상 결과제거청구권

### 1. 의의

공법상 결과제거청구권(행정상 원상회복청구권)이란 '위법한 행정작용의 결과로서 남아있는 상태로 인하여 자기의 법률상의 이익을 침해받고 있는 자가 행정권에 대하여 그 위법한 결과를 제거하여 줄 것을 청구하는 권리'를 말한다(예 토지수용재결이 취소되었음에도 행정주체가 사인의 토지를 정당한 권원 없이 사용하는 경우 반환을 구하는 것, 징발된 주택이 징발의 효력이 소멸된 후에도 무주택자가 계속 점유하고 있는 경우에 징발한 행정주체에 대하여 징발된 해당 주택의 명도를 청구하는 것).

### 2. 상대방과 내용

#### (1) 청구권의 상대방

일반적으로 청구권의 상대방은 결과를 야기한 행정주체가 되나, 행정주체가 행정조직 개편 등으로 사후에 권한을 갖지 못하게 되면 결과제거의 의무주체가 변경된다.

#### (2) 청구권의 내용

- ① 원상회복과 결과의 제거 : 발생한 손해의 배상이나 보상이 아니라, 행정작용으로 인해 야기된 위법한 결과적 상태를 제거하여 원래의 상태로 회복시켜 줄 것을 청구하는 것이다. 그러나 청구권의 내용은 원래 상태로의 완전한 회복에 미달할 수도 있다.
- ② 직접적인 결과의 제거 : 위법한 공행정작용의 직접적인 결과만을 그 대상으로 한다. 따라서 부적법한 행정작용을 통해 발생한 모든 결과에 대하여 청구권이 성립되는 것은 아니다(예 행정청이 위법하게 무주택자로 하여금 특정 개인의 주택에 입주하도록 한 경우에 당해 주택의 소유자는 행정청에게 당해 무주택자를 주택으로부터 퇴거시킬 것을 청구할 수 있을 뿐 무주택자가 손상시킨 부분의 원상회복을 청구할 수는 없음).
- ③ 제3자에 대한 청구 : 경우에 따라서는 제3자에 대하여 행정기관이 결과제거를 명함으로써 이루어질 수도 있다(예 법적 권원 없이 타인의 가옥을 점거하는 자에 대하여 퇴거명령).
- ④ 청구권의 한계 : 위법한 상황에 청구권자의 책임도 있다면 민법상의 과실상계에 관한 규정(제369조)이 적용되어 청구권의 범위는 감소되거나 청구권이 상실되는 경우도 있을 수 있다. 결과제거청구권이 불가분적 급부를 대상으로 하는 경우에는 피해자의 과실에 비례하여 결과제거에 소요되는 비용을 부담하고 결과제거를 청구할 수 있다.

## III. 권리의 실현수단

### 1. 당사자소송

#### (1) 법적 근거와 판례

당사자소송은 '행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에

관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송'이다(행정소송법 제3조 제2호).

결과제거청구권을 사권으로 보면 민사소송사향이 된다. 그러나 결과제거청구권은 공법작용에서 발생하는 권리로서 공권으로 보는 것이 타당하므로 결과제거청구소송은 공법상 당사자소송의 유형이 된다(다수설). 당사자소송은 그 소송물에 따라 이행소송(☞ 행정청을 상대로 자신의 소유물의 반환을 청구하는 소송)과 확인소송(☞ 자신의 소유권이 행정청의 행위로 인해 위법하게 방해받고 있다는 확인을 구하는 소송)의 형식으로 가능하다.

그런데 현재 판례상 공법상 위법상태의 제거를 구하는 당사자소송(사실행위의 이행을 구하는 당사자소송)이 원칙상 인정되고 있지 않는 점이 문제이다. 판례와 같이 공법상 결과제거청구권이론을 인정하지 않는 경우에 어느 한도 내에서 공행정작용으로 인한 위법한 결과의 제거가 가능한지 논란이 있다.

## (2) 개별법에서 공법상 결과제거청구권이 인정되는 경우

인신보호법 제3조는 피수용자에 대한 수용이 위법하게 개시되거나 적법하게 수용된 후 그 사유가 소멸 되었음에도 불구하고 계속 수용되어 있는 때에는 피수용자, 그 법정대리인, 후견인, 배우자, 직계혈족, 형제자매, 동거인, 고용주 또는 수용시설 종사자가 법원에 구제를 청구할 수 있다. 이와 같은 경우를 공법상 당사소송의 견해로 보는 견해가 있다.<sup>46)</sup>

## 2. 항고소송

### (1) 취소할 수 있는 행정행위에 의한 권리침해의 경우

위법한 행정행위에 의한 권리침해(☞ 위법한 물건의 압류)에 있어서 당해 행위가 취소할 수 있는 행위에 불과한 경우에는 당해 행정행위는 취소되기 전까지는 유효한 것이므로 권익침해의 상태는 위법한 상태라고 볼 수 없다. 따라서 당해 위법한 행정작용이 취소된 후에 또는 취소청구와 동시에만 결과제거청구가 가능하다.

이 경우 ① 위법한 처분에 의해 발생한 위법한 결과는 취소판결의 기속력인 원상회복의무에 의해 제거되거나(행정소송법 제30조 제1항을 근거로 함),<sup>47)</sup> ② 행정소송법 제10조 제2항(관련청구소송의 병합)에 따라 취소소송과 원상회복청구소송을 병합하여 제기할 수 있다<sup>48)</sup>는 견해가 있다.

### (2) 무효인 행정행위에 의한 권리침해의 경우

처분이 무효인 경우 또는 적법한 행정작용의 효력 상실로 위법한 결과가 사후적으로 발생한 경우에 행정청이 권원 없이 물건을 점유하고 있거나 소유권을 방해하는 경우에는 민법상의 소유물반환청구권(제213조) 또는 소유물방해배제청구권(제214조)에 근거하여 민사소송으로 물건의 반환 또는 방해의 제거를 청구할 수 있다는 견해도 있다.<sup>49)</sup>

46) 박균성, 「경찰행정법」, 박영사, 2016, p.541.

47) 박균성, 「행정법강의」, 박영사, 2016 p.644.

48) 정하중, 「행정법개론」, 법문사, 2007, p.612.

49) 박균성, 「행정법강의」, 박영사, 2016 p.644.

○ 776쪽 끝에 추가  
<보충문제>

경기도지사가 지정한 문화재보호구역 인근에서 관광단지 개발을 위해 2018. 5. 30. 관광진흥법상 사업 인정을 받은 사업시행자 A건설은 2019. 8. 5. 문화재보호구역 인근에 소재한 甲 소유 토지의 일부를 수용하기 위해 재결신청을 하였고, 이에 대해 관할 경기도 토지수용위원회는 2019. 11. 20. 위 甲 소유 토지에 대한 수용재결을 하였다.

(1) 甲이 수용재결에 대하여 불복하고자 하는 경우 불복방법을 논하시오. (12점)

(2) 甲이 토지수용위원회가 결정한 보상금액이 너무 적다는 이유로 다투고자 하는 경우 그 구제수단을 논하시오. (13점)

• 2020 변호사시험

▪ 문 (1)

I. 논점 : 토지수용재결에 대한 이의신청, 항고소송

II. 이의재결

- 지방토지수용위원회의 제34조에 따른 재결에 이의가 있는 자는 해당 지방토지수용위원회를 거쳐 중앙 토지수용위원회에 이의를 신청할 수 있다(공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제83조 제2항).
- 甲은 중앙토지수용위원회에 이의를 신청할 수 있음

III. 항고소송

- 사업시행자, 토지소유자 또는 관계인은 제34조에 따른 재결에 불복할 때에는 재결서를 받은 날부터 90일 이내에, 이의신청을 거쳤을 때에는 이의신청에 대한 재결서를 받은 날부터 60일 이내에 각각 행정소송을 제기할 수 있다(동법 제85조 제1항 전문).
- 수용재결에 불복하여 취소소송을 제기하는 때에는 이의신청을 거친 경우에도 수용재결을 한 중앙토지수용위원회 또는 지방토지수용위원회를 피고로 하여 수용재결의 취소를 구하여야 하고, 다만 이의신청에 대한 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에는 그 이의재결을 한 중앙토지수용위원회를 피고로 하여 이의재결의 취소를 구할 수 있다고 보아야 한다(대판 2010.1.28. 2008두1504).
- 甲은 경기도 토지수용위원회를 피고로 하여 수용재결에 대한 항고소송(취소소송 또는 무효확인소송)을 제기할 수 있음

IV. 사례의 해결

甲은 중앙토지수용위원회에 이의를 신청할 수 있으며, 수용재결처분의 위법성의 정도에 따라 수용재결취소소송 또는 수용재결무효확인소송을 제기할 수 있음

▪ 문 (2)

I. 논점 : 보상금증감심판 및 보상금증감소송

II. 보상금증감심판

- 중앙토지수용위원회는 제83조에 따른 이의신청을 받은 경우 제34조에 따른 재결이 위법하거나 부당하다고 인정할 때에는 그 재결의 전부 또는 일부를 취소하거나 보상액을 변경할 수 있다(공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제84조 제1항).
- 甲은 중앙토지수용위원회를 피청구인으로 보상금증액심판을 청구할 수 있음

III. 보상금증감소송

- 행정소송이 보상금의 증감(증감)에 관한 소송인 경우 그 소송을 제기하는 자가 토지소유자 또는 관계인일 때에는 사업시행자를, 사업시행자일 때에는 토지소유자 또는 관계인을 각각 피고로 한다(동법 제85조 제2항).
- 구 토지수용법 제75조의2 제2항의 규정은 그 제1항에 의하여 이의재결에 대하여 불복하는 행정소송을 제기하는 경우, 이것이 보상금의 증감에 관한 소송인 때에는 이의재결에서 정한 보상금이 증액 변경될

것을 전제로 하여 기업자를 상대로 보상금의 지급을 구하는 공법상의 당사자소송을 규정한 것으로 볼 것이다(대판 1991.11.26. 91누285).

- 甲은 사업시행자 A를 상대로 당사자소송인 보상금증액소송을 제기할 수 있음

#### **IV. 사례의 해결**

甲은 중앙토지수용위원회에 보상금증액심판을, 관할 행정법원에 보상금증액소송을 제기할 수 있음

A도 도지사 Y는 「산업입지 및 개발에 관한 법률」에 따라 B시 관내 토지 10만여㎡를 도시첨단산업 단지로 지정·고시하였다. 이에 따라 甲이 B시 관내에서 소유한 일단의 토지의 90%가 도시첨단산업 단지의 범위에 포함되어 수용되었다. 甲은 자신 소유 토지의 90%가 수용되어 나머지 토지를 종래의 목적에 사용하는 것이 현저히 곤란하게 되었음을 이유로 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제74조에 따라 나머지 10%의 토지(잔여지)까지 전부 수용해 줄 것을 관할 지방토지 수용위원회에 청구하였다.

甲의 잔여지 수용청구권의 법적 성질에 대해서 설명하고, 관할 지방토지수용위원회가 甲의 수용청구를 거부하는 재결을 하였을 경우 甲의 소송상 권리구제 방법에 대해서 검토하시오. (25점)<sup>50)</sup>

**[참고조문]**

**공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률**

**제74조(잔여지 등의 매수 및 수용 청구)** ① 동일한 소유자에게 속하는 일단의 토지의 일부가 협의에 의하여 매수되거나 수용됨으로 인하여 잔여지를 종래의 목적에 사용하는 것이 현저히 곤란할 때에는 해당 토지소유자는 사업시행자에게 잔여지를 매수하여 줄 것을 청구할 수 있으며, 사업인정 이후에는 관할 토지수용위원회에 수용을 청구할 수 있다. 이 경우 수용의 청구는 매수에 관한 협의가 성립되지 아니한 경우에만 할 수 있으며, 사업완료일까지 하여야 한다.

**제85조(행정소송의 제기)** ① 사업시행자, 토지소유자 또는 관계인은 제34조에 따른 재결에 불복할 때에는 재결서를 받은 날부터 90일 이내에, 이의신청을 거쳤을 때에는 이의신청에 대한 재결서를 받은 날부터 60일 이내에 각각 행정소송을 제기할 수 있다. 이 경우 사업시행자는 행정소송을 제기하기 전에 제84조에 따라 늘어난 보상금을 공탁하여야 하며, 보상금을 받을 자는 공탁된 보상금을 소송이 종결될 때까지 수령할 수 없다.

② 제1항에 따라 제기하려는 행정소송이 보상금의 증감(增減)에 관한 소송인 경우 그 소송을 제기하는 자가 토지소유자 또는 관계인일 때에는 사업시행자를, 사업시행자일 때에는 토지소유자 또는 관계인을 각각 피고로 한다.

**I. 문제의 소재**

甲이 행사한 잔여지 수용청구권이 청구권인지 형성권인지 문제되며, 甲이 관할 지방토지수용위원회의 거부재결에 대해 거부처분취소소송을 제기하여야 하는지, 보상금증액청구소송을 제기하여야 하는지 문제된다.

**II. 잔여지 수용청구권의 법적 성질**

**1. 잔여지 수용청구권의 의의**

잔여지 수용청구권이란 공익사업에 필요한 토지를 수용하면서 일부만 수용하고 남은 잔여지가 독립된 토지로서의 기능이나 가치가 현저히 떨어진 경우, 그 소유자가 해당 잔여지도 함께 수용해달라고 청구할 수 있는 권리이다.<sup>51)</sup>

판례는 법문의 ‘잔여지를 종래의 목적에 사용하는 것이 현저히 곤란할 때’의 의미에 관하여, “‘종래의 목적’이라 함은 수용재결 당시에 당해 잔여지가 현실적으로 사용되고 있는 구체적인 용도를 의미하고, ‘사용하는 것이 현저히 곤란한 때’라고 함은 물리적으로 사용하는 것이 곤란하게 된 경우는 물론 사회적, 경제적으로 사용하는 것이 곤란하게 된 경우, 즉 절대적으로 이용 불가능한 경우만이 아니라 이용은 가

50) 2025년 변호사시험 기출문제

51) 즉 일부만 수용당해서 남은 땅이 너무 작거나 형상이나 위치가 불량해서 사실상 사용할 수 없는 경우, 그 남은 부분도 수용해달라고 요구할 수 있는 제도이다.

능하나 많은 비용이 소요되는 경우를 포함한다.”<sup>52)</sup>고 하였다.

## 2. 법적 성질

잔여지 수용청구권은 그 요건을 구비한 때에는 토지수용위원회의 특별한 조치를 기다릴 것 없이 청구에 의하여 수용의 효과가 발생하는 형성권적 성질을 가지고, 그 행사기간은 제척기간으로서, 토지소유자가 그 행사기간 내에 잔여지 수용청구권을 행사하지 아니하면 그 권리가 소멸한다.<sup>53)</sup>

## 3. 사안의 경우

잔여지 수용청구권은 형성권의 성질을 갖는다. 甲은 관할 지방토지수용위원회에 잔여지 수용청구를 하였으므로 관할 지방토지수용위원회가 거부재결을 하였다고 하더라도 수용의 효과는 발생한다.

### Ⅲ. 관할 지방토지수용위원회의 수용거부재결에 대한 소송상 권리구제방법

#### 1. 甲의 소송상 권리구제방법

판례는 “잔여지 수용청구권은 손실보상의 일환으로 토지소유자에게 부여되는 권리로서 그 요건을 구비한 때에는 잔여지를 수용하는 토지수용위원회의 재결이 없더라도 그 청구에 의하여 수용의 효과가 발생하는 형성권적 성질을 가지므로, 잔여지 수용청구를 받아들이지 않은 토지수용위원회의 재결에 대하여 토지소유자가 불복하여 제기하는 소송은 위 법 제85조 제2항에 규정되어 있는 ‘보상금의 증감에 관한 소송’에 해당하여 사업시행자를 피고로 하여야 한다.”<sup>54)</sup>고 판시하였다.

따라서 토지소유자가 수용청구를 하였는데도 토지수용위원회가 잔여지 수용거부재결을 한 경우에는, 거부재결에 대한 거부처분취소소송이 아니라 보상금증액소송을 제기하여야 한다.<sup>55)</sup>

#### 2. 보상금증감청구소송

##### (1) 의의

토지소유자는 사업시행자를 피고로 하여 보상금의 증감에 관한 소송을 제기할 수 있다(토지보상법 제85조 제2항). 수용 자체에는 불만이 없고 단지 보상금액의 다과에만 불만이 있을 경우 이를 다룰 수 있도록 한 것이 보상금증감청구소송이다.

##### (2) 보상금증감소송의 성질

###### 1) 단일소송

구 토지수용법하에서는 재결청이 피고로 포함되어 있어서 필요적 공동소송으로 보았다. 그러나 현행법하에서는 1인의 원고와 1인의 피고를 당사자로 하는 단일소송이다.

###### 2) 확인·급부소송

보상금증감소송은 법원이 객관적으로 정당한 보상액을 확인하여 그 이행을 명하는 확인·급부소송의 성질을 가진다.

###### 3) 형식적 당사자소송

처분청인 토지수용위원회를 피고로 하지 아니하고 대등한 당사자인 토지소유자 또는 관계인과 사업시행자를 당사자로 하고 있는바, 형식적으로는 「당사자소송」에 속한다. 그러나 처분청의 처분을 다투는 의미도 있으므로 실질적으로는 「항고소송」의 성질도 가진다. 따라서 보상금증감소송은 「형식적 당사

52) 대판 2005.1.28. 2002두4679

53) 대판 2001.9.4. 99두11080

54) 대판 2010.8.19. 2008두822

55) [참고 - 보상금증액소송으로 본 다른 사례] 어떤 보상항목이 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법령상 손실보상 대상에 해당함에도 관할 토지수용위원회가 사실을 오인하거나 법리를 오해함으로써 손실보상대상에 해당하지 않는다고 잘못된 내용의 재결을 한 경우에는, 피보상자는 관할 토지수용위원회를 상대로 그 재결에 대한 취소소송을 제기할 것이 아니라, 사업시행자를 상대로 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제85조 제2항에 따른 보상금증감소송을 제기하여야 한다(대판 2019.11.28. 2018두227).

자소송」이라 불린다.<sup>56)</sup>

### (3) 대상적격

#### 1) 견해의 대립

보상금증감청구소송의 대상이 무엇인지에 대하여 ① 수용재결대상설은 원처분인 수용재결이 소송의 대상이 된다고 본다. 이에 반하여 ② 보상금에 관한 법률관계대상설은 보상금증감청구소송에서는 수용재결이 직접 다투어지는 것이 아니라 보상금에 관한 법률관계가 주된 다툼의 대상이 된다고 본다.

#### 2) 검토

구법과 달리 현행법에서 토지수용위원회는 보상금증감청구소송의 피고에서 제외되므로 수용재결이 소송의 대상이 된다는 견해는 타당하지 않다. 보상금증감청구소송이 확인·급부소송의 성질을 갖는다는 점을 고려하면 보상금에 관한 법률관계가 다툼의 대상이 되는 것으로 보아야 한다.

### (4) 피고적격

원고가 토지소유자인 경우에는 사업시행자를, 원고가 사업시행자인 경우에는 토지소유자를 피고로 하여 제기하여야 한다.

### (5) 제소기간

수용재결에 관한 취소소송에서와 같이 이의신청을 제기함이 없이 보상금증감청구소송을 제기하는 경우에는 재결서를 받은 날부터 90일 이내이고, 이의신청을 거친 때에는 이의신청에 대한 재결서를 받은 날부터 60일 이내이다(동법 제85조 제1항).

## IV. 사안의 해결

잔여지 수용청구권은 토지소유자의 일방적인 의사표시로 수용의 효과를 발생시키는 형성권이기 때문에 甲은 수용거부재결을 다투는 행정소송을 제기할 필요 없이 수용의 효과가 발생한 것을 전제로 사업시행자를 피고로 하여 보상금증액청구소송을 제기하면 된다.

---

56) 즉, 현행 「토지보상법」상 보상금증감청구소송에서는 재결청(토지수용위원회)이 피고에서 제외되었기 때문에 당사자가 직접 다투는 것은 보상금에 관한 법률관계의 내용이고, 그 전제로서 재결의 효력이 심판의 대상이 되는 것이므로 보상금증감청구소송을 형식적 당사자소송으로 본다(다수설).

<보충문제>

A주식회사는 Y도지사에게 산업입지 및 개발에 관한 법률 제11조에 의하여 X시 관내 토지 3,261,281㎡에 대하여 ‘산업단지지정요청서’를 제출하였고, 해당 지역을 관할하는 X시장은 요청서에 대한 사전검토 의견서를 Y도지사에게 제출하였다. 이에 Y도지사는 A주식회사를 사업시행자로 하여 위 토지를 ‘○○ 제2일반지방산업단지’(이하 “산업단지”라고 한다)로 지정·고시한 후, A주식회사의 산업단지개발실시계획을 승인하였다. 그러나 Y도지사는 위 산업단지를 지정하면서, 주민 및 관계 전문가 등의 의견을 청취하지 않았다. 한편, 甲은 X시 관내에 있는 토지소유자로서 甲의 일단의 토지 중 90%가 위 산업단지의 지정·고시에 의해 수용의 대상이 되었다. A주식회사는 甲소유 토지의 취득 등에 대하여 甲과 협의하였으나 협의가 성립되지 아니하였다. 이에 A주식회사는 Y도(道) 지방토지수용위원회에 재결을 신청하였고, 동 위원회는 금 10억 원을 보상금액으로 하여 수용재결을 하였다. 다음 물음에 답하시오.

- (1) 만약 A주식회사가 수용재결을 신청하기 이전에 甲과 합의하여 甲소유의 토지를 협의취득한 경우, 그 협의취득의 법적 성질은? (10점)
- (2) 甲은 Y도 지방토지수용위원회의 수용재결에 대하여 취소소송을 제기하면서 Y도지사의 산업단지 지정에 하자가 있다고 주장한다. 산업단지지정에 대한 취소소송의 제소기간이 도과한 경우에 甲의 주장은 인용될 수 있는가? (단, 소의 적법요건은 충족하였다고 가정한다) (20점)
- (3) 한편, 甲은 중앙토지수용위원회의 이의신청을 거친 후, 재결에 대한 취소소송을 제기하고자 한다. 이 경우 취소소송의 대상과 피고를 검토하시오. (10점)
- (4) 甲은 자신의 위 토지에 숙박시설을 신축하려고 하였으나 수용되고 남은 토지만으로 이를 실행하기 어렵게 되었고, 토지의 가격도 하락하였다. 이 경우 甲의 권리구제수단을 검토하시오. (10점)

· 2025 5급(행정) 공채

▪ 문 (1)

I. 논점 : 공사법의 구별

II. 공사법의 구별기준

- 학설 : 주체설, 신주체설, 이익설, 종속설 등
- 판례 : 행정활동의 다양성이 비추어 개별적으로 검토

III. 협의취득의 법적 성질

공공사업의 시행자가 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특별법」에 따라 그 사업에 필요한 토지를 협의취득하는 행위는 토지수용의 경우와는 달리 사경제주체로서 하는 사법상의 법률행위에 지나지 아니한다(대판 1996.6.25. 95다6601).

IV. 사례의 해결

사안의 협의취득은 사법상 계약

▪ 문 (2)

I. 논점 : 하자의 승계

II. 하자승계 논의의 전제 충족 여부

1. 하자승계 논의의 전제

2. 산업단지지정의 법적 성질

개발사업에 필요한 토지를 수용할 수 있고, 개인의 소유권을 제한하므로 처분성 인정

3. 산업단지지정의 하자의 정도

주민 및 관계 전문가 등의 의견을 청취하지 않은 하자는 중대하나, 계획재량이 인정되는 점에서 절차 하자가 위법한지는 일반인 관점에서 명백하지 않아 취소사유에 해당

III. 하자승계 가능성

도시계획의 수립에 있어서 도시계획법 제16조의2 소정의 공청회를 열지 아니하고 공공용지의취득및손실보상에관한특례법 제8조 소정의 이주대책을 수립하지 아니하였더라도 이는 절차상의 위법으로서 취소 사유에 불과하고 그 하자가 도시계획결정 또는 도시계획사업시행인가를 무효라고 할 수 있을 정도로 중대하고 명백하다고는 할 수 없으므로 이러한 위법을 선행처분인 도시계획결정이나 사업시행인가 단계에서 다투지 아니하였다면 그 쟁소기간이 이미 도과한 후인 수용재결단계에 있어서는 도시계획수립 행위의 위와 같은 위법을 들어 재결처분의 취소를 구할 수는 없다(대판 1990.1.23. 87누947).

#### IV. 사례의 해결

甲의 주장은 인용될 수 없음

#### ■ 문 (3)

I. **논점** : 원처분주의

#### II. 대상적격

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제85조 제1항 전문의 문언 내용과 같은 법 제83조, 제85조가 중앙토지수용위원회에 대한 이의신청을 임의적 절차로 규정하고 있는 점, 행정소송법 제19조 단서가 행정심판에 대한 재결은 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한하여 취소소송의 대상으로 삼을 수 있도록 규정하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 수용재결에 불복하여 취소소송을 제기하는 때에는 이의신청을 거친 경우에도 수용재결을 한 중앙토지수용위원회 또는 지방토지수용위원회를 피고로 하여 수용재결의 취소를 구하여야 하고, 다만, 이의신청에 대한 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에는 그 이의재결을 한 중앙토지수용위원회를 피고로 하여 이의재결의 취소를 구할 수 있다고 보아야 한다(대판 2010.1.28. 2008두1504).

#### III. 피고적격

사안에서는 수용재결을 한 Y도(道) 지방토지수용위원회가 피고

#### IV. 사례의 해결

소의 대상은 수용재결이고, 피고는 Y도(道) 지방토지수용위원회

#### ■ 문 (4)

I. **논점** : 잔여지 수용청구권 & 보상금증감청구소송

#### II. 잔여지 수용청구권의 법적 성질

잔여지 수용청구권은 그 요건을 구비한 때에는 토지수용위원회의 특별한 조치를 기다릴 것 없이 청구에 의하여 수용의 효과가 발생하는 형성권적 성질을 가지고, 그 행사기간은 제척기간으로서, 토지소유자가 그 행사기간 내에 잔여지 수용청구권을 행사하지 아니하면 그 권리가 소멸한다.<sup>57)</sup>

#### III. 수용을 거부당할 경우의 권리구제방법

#### 1. 甲의 소송상 권리구제방법

잔여지 수용청구를 받아들이지 않은 토지수용위원회의 재결에 대하여 토지소유자가 불복하여 제기하는 소송은 위 법 제85조 제2항에 규정되어 있는 '보상금의 증감에 관한 소송'에 해당하여 사업시행자를 피고로 하여야 한다(대판 2010.8.19. 2008두822).

#### 2. 보상금증감청구소송

#### IV. 사안의 해결

甲은 잔여지 수용청구권을 행사할 수 있고, 그 이후 수용거부재결에 대한 불복수단은 보상금증액청구소송으로서 이는 형식적 당사자소송에 해당함

57) 대판 2001.9.4. 99두11080