

[2025년 변호사시험 행정법 사례형 해설]

【제1문】

3. 「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 꼬나무초등학교 경계로부터 직선거리로 약 100m 떨어진 상대보호구역에 자리잡고 있다. 이에 甲은 헌법소원심판청구 이후 교육환경법에 따라 교육소관청에 금지행위 및 시설의 해제를 구하는 신청을 하였다. (아래 각 설문은 서로 독립적임)
- (1) 교육소관청은 지역위원회의 심의를 거쳐 甲의 인형뽑기방이 꼬나무초등학교 학생들의 주된 통학로가 아닌 장소에 위치하고 있어 교육환경에 나쁜 영향을 줄 가능성이 크지 않다는 이유로 금지행위 및 시설 해제결정을 하였다. 교육소관청의 해제결정의 법적 성질을 검토하시오. (10점)
- (2) 甲의 영업장소 인근에서 유사영업을 하고 있는 丙은 甲이 금지해제를 신청한 사실을 알게 된 직후, "교육소관청은 甲에게 금지해제를 하여서는 아니 된다."라는 취지의 청구를 하고자 한다. 「행정심판법」 및 「행정소송법」상 丙의 청구가 허용되는 유형의 청구인지 검토하시오. (20점)

[설문 3-1] 해제결정의 법적 성질 (10점)¹⁾

I. 문제의 소재

당해 사안에서는 해제결정이 예외적 승인에 해당하는지, 재량행위에 해당하는지가 문제된다.

II. 해제결정의 법적 성질

1. 예외적 승인과 강학상 허가의 구별

예외적 승인은 원칙적으로 일정한 행위가 유해하거나 사회적으로 바람직하지 않은 것이기 때문에 법령상 금지되고 있으나, 예외적인 경우에 이러한 금지를 해제하여 당해 행위를 적법하게 할 수 있게 하는 행정행위를 의미한다. 즉 절대적 금지가 아닌 억제적 금지를 예외적으로 해제하는 것을 의미한다(억제적 금지의 해제). 이에 반해 강학상 허가는 법령에 의해 일반적·상대적으로 금지된 행위를 특정한 경우에 해제하여 줌으로써, 자연적 자유를 회복시켜 주는 행정행위를 의미한다(상대적·예방적 금지의 해제).

2. 사안의 적용

「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. 따라서 당해 사안의 해제결정은 예외적 승인에 해당한다.

1) 2013년 사시기출과 유사(2024년 행정법기출사례총정리 p120 이하 참조)

III. 해제결정이 재량행위인지 여부

1. 기속행위와 재량행위의 구별기준

이에 관하여 종전에는 요건재량설과 효과재량설의 대립이 있었으나, 오늘날 통설과 판례는 법문언기준설(종합설)에 따라 ① 당해 행위의 근거가 된 법규의 체재·형식과 그 문언, ② 당해 행위가 속하는 행정 분야의 주된 목적과 특성, ③ 당해 행위 자체의 개별적 성질과 유형 등을 모두 고려하여 판단한다(대판 2001. 2. 9. 98두17593).

2. 사안의 적용

예외적 승인은 사회적으로 바람직하지 않은 일정한 행위를 공익상 원칙적으로 금지하고 그 금지목적을 해하지 않는 한도 내에서 예외적으로 허가하는 것이므로 재량행위에 해당한다. 따라서 당해 사안의 해제결정은 재량행위에 해당한다.

IV. 사안의 해결

따라서 당해 사안의 해제결정은 예외적 승인에 해당하므로 재량행위에 해당한다.

[설문 3-2] 예방적 부작위심판청구와 예방적 부작위청구소송의 허용 여부(20점)²⁾

I. 문제의 소재

당해 사안에서 丙의 “교육소관청은 甲에게 금지해제를 하여서는 아니 된다.”는 예방적 부작위심판 및 예방적 부작위청구소송으로, 이런 유형의 청구가 행정심판법과 행정소송법가 허용되는 청구인지가 문제된다.

II. 예방적 부작위심판 및 예방적 부작위청구소송의 의의

예방적 부작위심판 및 예방적 부작위청구소송은 행정청의 처분이 사인의 권리나 이익을 침해할 우려가 있을 때 행정청에게 처분을 하지 아니할 것을 명하거나 처분권한이 없음을 확인을 구하는 심판 내지 소송을 의미한다.

III. 「행정심판법」 상 인정 여부

1. 「행정심판법」 상 규정

「행정심판법」 제5조에서는 행정심판의 종류로 취소심판, 무효등확인심판 및 의무이행심판만을 규정하고 있다. 丙이 예방적 부작위심판을 의무이행심판으로 청구할 수 있는지, 행정심판법상 허용되지 않는 예방적 부작위심판을 허용할 수 있는지가 문제된다.

2) 2012년 변시, 2019년 행시 및 2023년 입시 기출과 유사(2024년 행정법기출사례총정리 p374 이하 참조)

2. 의무이행심판으로 청구할 수 있는지 여부

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. 따라서 당해 사안에서 丙은 “교육소관청은 甲에게 금지해제를 하여서는 아니 된다.”는 청구를 의무이행심판으로 할 수 없다.

3. 예방적 부작위심판이 허용되는지 여부

1) 학설

❶ 「행정심판법」 제5조를 열거규정으로 해석하여 예방적 부작위심판을 부정하는 견해와 ❷ 「행정심판법」 제5조를 예시규정으로 해석하여 예방적 부작위심판을 인정하는 견해가 있을 수 있다.

2) 검토 및 사안의 적용

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

IV. 「행정소송법」 상 인정 여부

1. 「행정소송법」 상 규정

「행정소송법」 제4조에서는 항고소송의 종류로 취소소송, 무효등확인소송 및 부작위법소송만을 규정하고 있다. 丙이 행정소송법상 허용되지 않는 예방적 부작위청구소송을 허용할 수 있는지가 문제된다.

2. 학설

❶ 권력분립 원칙상 행정에 대한 1차적 판단권은 행정권에 귀속시켜야 하므로 예방적 부작위소송을 인정하는 것은 권력분립원칙에 반한다는 점을 근거로 이를 부정하는 부정설, ❷ 권력분립원칙을 실질적으로 이해하여 법원이 예방적 부작위판결을 함으로써 행정권을 통제하는 것이 권력분립정신에 부합한다는 점을 근거로 이를 긍정하는 긍정설, ❸ 원칙적으로 예방적 부작위청구소송은 인정되지 않으나, ㉠ 행정청이 제1차적 판단권을 행사하도록 기다릴 필요가 없을 정도로 관계법상의 처분요건이 일의적·구체적으로 규정되어 있고, ㉡ 사전에 구제되지 않으면 회복하기 어려운 손해가 발생할 우려가 있으며, ㉢ 다른 구제방법이 없는 경우에 이를 인정할 수 있다는 제한적 긍정설의 대립이 있다.

3. 판례의 태도

이와 관련하여 판례는 “건축건물의 준공처분을 하여서는 아니된다는 내용의 부작위를 구하는 청구는 행정소송에서 허용되지 아니하는 것이므로 부적법하다(대판 1987. 3. 24. 86누182)”고 판시하여 예방적 부작위청구소송을 인정하고 있지 않다.

4. 검토 및 사안의 적용

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

V. 사안의 해결

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

【제2문】

A도 B시의 시장 X는 「산업입지 및 개발에 관한 법률」(이하 '산업입지법'이라 한다)에 따라 관내 토지 10만여m²에 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. 산업입지 법상 도시첨단산업단지는 「환경영향평가법」상 환경영향평가의 대상이다. (아래 각 설문은 서로 독립적임)

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 침해받는다고 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 있은 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)
3. 甲은 B시에 소재한 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 토지까지 전부 수용해 줄 것을 청구하고자 한다.

甲의 잔여지 수용청구권의 법적 성질에 대해서 설명하고, 관할 지방토지수용위원회가 甲의 수용청구를 거부하는 재결을 하였을 경우 甲의 소송상 권리구제 방법에 대해서 검토하시오. (15점)

[참조 조문]

※ 유의 사항

아래 법령은 가상의 것으로, 이와 다른 내용의 현행 법령이 있다면 제시된 법령이 현행 법령에 우선함

「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.

제22조(토지수용) ① 사업시행자는 산업단지개발사업에 필요한 토지·건물 또는 토지에 정착한 물건과 이에 관한 소유권 외의 권리, 광업권, 어업권, 양식업권, 물의 사용에 관한 권리(이하 “토지등”이라 한다)를 수용하거나 사용할 수 있다.

② 제1항을 적용할 때 제7조의4 제1항에 따른 산업단지의 지정·고시가 있는 때에는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제20조 제1항 및 같은 법 제22조에 따른 사업인정 및 사업인정의 고시가 있는 것으로 본다.

③ 국토교통부장관이 지정한 산업단지의 토지등에 대한 재결은 중앙토지수용위원회가 관장하고, 국토교통부장관 외의 자가 지정한 산업단지의 토지등에 대한 재결은 지방토지수용위원회가 관장하되, 재결의 신청은 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제23조 제1항 및 같은 법 제28조 제1항에도 불구하고 산업단지개발계획에서 정하는 사업기간 내에 할 수 있다.

⑤ 제1항에 따른 수용 또는 사용에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」을 준용한다.

「산업입지 및 개발에 관한 법률 시행령」

제9조(산업단지지정 또는 개발계획의 고시 등) ② 산업단지지정권자는 법 제6조 제3항, 법 제7조 제2항 또는 법 제7조의2 제4항에 따른 산업단지개발계획을 변경한 경우에는 제1항 제1호 내지 제4호와 그 변경된 사항을 고시하여야 한다.

[설문 1-1] 산업단지개발계획의 법적 성질 및 계획변경청구권 인정 여부(10점)3)

I. 문제의 소재

당해 사안에서 산업단지개발계획의 법적 성질과 관련하여 산업단지개발계획이 행정계획으로서 행정처분에 해당하는지가 문제된다. 또한 甲은 B시에 자신의 토지를 소유한 자로서 계획변경청구권이 인정되는지가 문제된다.

II. 산업단지개발계획의 법적 성질

1. 행정계획의 의의

행정계획이란 행정주체가 장래의 질서 있는 행정활동을 위한 목표를 설정하고, 그 목표를 달성하기 위하여 관련된 행정수단을 종합·조정하는 것을 내용으로 하는 활동기준을 의미한다. 당해 사안에서는 산업단지

3) 2009년 사시, 2013년 변시와 유사(2024년 행정법기출사례총정리 p221 이하 참조)

개발계획이 행정계획으로서 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는지가 문제된다.

2. 산업단지개발계획이 행정처분에 해당하는지 여부

1) 학설

① 입법행위설은 행정계획은 일반적·추상적 성격을 갖기 때문에 행정계획 수립행위를 입법행위라고 본다. 따라서 행정계획은 특정 개인에게 직접적이며 구체적인 권리의무 관계가 발생하지 않는다고 본다. ② 행정행위설은 행정계획 중에서도 국민을 구속하는 구속적 계획이 결정되면 직접적으로 국민의 권리와 의무에 변동을 초래하는 행정계획의 경우에는 행정처분적 성격을 갖는다고 본다. ③ 독자성설은 행정계획은 법규범도 아니고 행정행위도 아닌 독자적인 행위형식이지만 국민의 권리에 직접 구체적인 영향을 미치는 점에서 행정행위에 준하여 행정소송의 대상이 된다고 본다. ④ 복수성질설은 행정계획의 구체적인 성질을 검토하여 법규명령의 성질을 가진 행정계획은 처분성이 부정되고, 행정행위의 성질을 가진 행정계획은 처분성이 인정된다고 본다(다수설).

2) 판례

판례는 구체적 사안에 따라 개별적으로 판단한다. 행정계획으로 국민의 권리의무에 영향을 미치지 않는 경우에는 처분성을 부정하지만, 국민의 권리의무에 영향을 미치는 경우에는 처분성을 인정한다. 따라서 구 「도시계획법」 상 도시기본계획(현행 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 상 도시기본계획)의 처분성을 부정하는(대판 1998. 11. 27. 96누13927) 반면, 구 「도시계획법」 상 도시계획결정(현행 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 상 도시관리계획)의 처분성을 인정한다(대판 1982. 3. 9. 80누105).

3) 검토

행정계획은 그 종류와 내용이 다양하고 상이하므로 행정계획의 법적 성질은 그 근거법과 관련하여 개별적으로 판단하여야 한다. 행정계획으로 국민의 권리의무에 영향을 미치는 경우에는 처분성을 인정하지만, 국민의 권리의무에 영향을 미치지 않는 경우에는 처분성을 부정하는 복수성질설이 타당하다.

4) 사안의 적용

당해 사안의 산업단지개발계획에는 甲 소유의 토지 90%가 도시첨단산업단지의 범위에 포함되어 수용대성이 된다. 따라서 산업단지개발계획은 甲의 토지이용을 구체적으로 제한하고 있으므로 甲의 권리의무에 직접적으로 영향을 미친다. 따라서 산업단지개발계획은 행정계획으로서 행정처분에 해당한다.

III. 甲에게 계획변경청구권이 인정되는지 여부

1. 계획변경청구권이 인정되기 위한 요건

판례는 ① 도시계획과 같이 장기성·종합성이 요구되는 행정계획에 있어서 그 계획이 일단 확정된 후에 어떤 사정의 변동이 있다고 하여 지역주민에게 일일이 그 계획의 변경 또는 폐지를 청구할 권리를 인정해 줄 수도 없는 것이므로 지역주민에게 도시계획시설의 변경·폐지를 신청할 조리상의 권리가 있다고도 볼 수 없다고 하지만(대판 1994. 12. 9. 94누8433), ② 도시계획구역 내 토지 등을 소유하고 있는 사람과 같이 도시계획시설결정에 이해관계가 있는 주민으로서는 도시시설계획의 입안권자 내지 결정권자에게 도시시설계획의 입안 내지 변경을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있고, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고 소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2015. 3. 26. 2014두42742)고 판시하고 있다.

2. 사안의 적용

甲은 B시에 소재한 자신의 소유 토지의 90%가 도시첨단산업단지의 포함되어 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.

IV. 사안의 해결

당해 사안의 산업단지개발계획은 행정계획으로서 행정처분에 해당하고, 토지소유자인 甲에게는 당해 계획의 변경을 요청할 수 있는 청구권이 인정된다.

[설문 1-2] 乙수녀원의 원고적격 인정 여부(20점)⁴⁾

I. 문제의 소재

도시첨단산업단지 지정·고시의 취소를 구하는 행정소송에서 재단법인인 乙수녀원이 원고적격이 인정되는지 여부와 관련하여 乙수녀원이 단체소송을 제기할 수 있는지, 환경권의 주체가 될 수 있는지 여부가 문제된다.

II. 「행정소송법」 상 원고적격

1. 원고적격의 의의

원고적격이란 구체적인 소송에서 원고로서 소송을 수행하여 본안판결을 받을 수 있는 자격을 말한다. 「행정소송법」 제12조 전문은 취소소송의 원고적격에 대하여 ‘취소소송은 처분 등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다.’고 규정하고 있다. 여기에서 법률상 이익을 어떻게 해석하느냐에 따라 원고적격의 범위가 달라진다.

2. 법률상 이익의 의미

1) 학설

❶ 법률상 이익을 권리로 보아 위법한 처분 등으로 인하여 권리를 침해당한 자만이 취소소송을 제기할 수 있다고 보는 권리구제설, ❷ 전통적 의미의 권리뿐만 아니라 위법한 처분 등을 인하여 근거법률 및 관계법률에 의하여 보호되고 있는 이익이 침해된 자는 취소소송을 제기할 수 있다고 보는 법률상 보호되는 이익 구제설(다수설), ❸ 권리나 법률에 의해 보호되는 것으로 해석되는 이익이 아니라 하더라도 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 이익구제설, ❹ 당해 처분을 다툴 가장 적합한 상태에 있는 자가 취소소송을 제기할 수 있다고 보는 적법성 보장설 등의 대립이 있다.

2) 판례

판례는 원고적격과 관련하여 “행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라도 당해 행정처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는 경우에는 원고적격이 인정되는데, 여기서 말하는 법률상의 이익은 당해 처분의 근거법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우를 말한다(대판 1995. 9. 26. 94누14544)”고 판시하여 법률상 보호되는 이익구제설의 입장을 취하고 있다.

3) 검토

❶ 권리구제설은 원고적격의 범위를 지나치게 좁힌다는 문제가 있고, ❷ 소송상 보호가치 있는 이익구제

4) 2019년 변시와 유사, 2022년 노무사와 동일(2024년 행정법기출사례총정리 p399 이하 참조)

설은 그 기준이 불명확하고 보호할 가치 있는 이익인지 여부를 법원이 판단하게 된다는 점에서 문제가 있으며, ❸ 적법성 보장설은 현행 행정소송법의 주관소송의 원칙에 반하여 객관소송화할 우려가 있다. 따라서 행정소송법의 문언이나 취소소송의 주된 기능이 개인의 주권적 권리구제에 있다는 점에 볼 때 통설과 판례의 태도인 법률상 보호되는 이익구제설이 타당하다.

III. 乙수녀원의 원고적격 인정 여부

1. 단체소송의 인정 여부

1) 의의

단체소송에는 부진정한 단체소송과 진정한 단체소송이 있다. ① 부진정한 단체소송은 단체가 단체 자신의 법률상 이익을 보호하기 위하여 제기하는 소송을 의미한다. 이는 현행법상 허용된다. 그러나 ② 진정한 단체소송은 이기적 단체소송과 이타적 단체소송이 있는데, ⑦ 이기적 단체소송은 단체가 그의 구성원의 집단적 이익을 관찰하기 위하여 단체의 이름으로 제기하는 소송을 의미하고, ⑧ 이타적 단체소송은 단체가 공익을 실현하기 위하여 제기하는 소송을 의미한다. 진정한 단체소송(이기적 단체소송과 이타적 단체소송)은 현행법상 허용되지 아니한다.

2) 판례의 태도

판례도 단체가 단체 자신의 직접적·구체적 이익을 다투고자 하는 경우에는 원고적격을 인정하고 있으나, 단체가 구성원의 이익을 보호하기 위하여 다투고자 하는 경우에는 원고적격을 부정하고 있다.

3) 사안의 적용

도시첨단산업단지 지정·고시로 乙수녀원에 소속된 수녀 등이 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 환경상 이익을 침해받는다고 하더라도 이를 가리켜 곧바로 수녀원 甲의 법률상 이익이 침해된다고 볼 수 없다(대판 2012. 6. 28. 2010두2005). 따라서 乙수녀원은 이기적 단체소송을 제기할 수 없다.

2. 단체가 환경권의 주체인지 여부

자연인이 아닌 乙수녀원은 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 이익을 향수할 수 있는 주체도 아니므로 이 사건 처분으로 인하여 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 생활상의 이익이 직접적으로 침해되는 관계에 있다고 볼 수도 없다(대판 2012. 6. 28. 2010두2005). 따라서 乙수녀원은 재단법인이므로 환경권의 주체가 될 수도 없다.

IV. 사안의 해결

乙수녀원은 재단법인이므로 자신에 소속된 수녀들을 위해 단체소송을 제기할 수 없으며, 환경권의 주체가 될 수 없으므로 도시첨단산업단지지정·고시로 법률상 이익이 침해되었다고 볼 수 없으므로 원고적격이 인정되지 않는다.

[설문 2] 소유권이전등기말소등기청구소송의 수소법원이 수용재결의 하자를 심리·판단할 수 있는지 여부(25점)⁵⁾

I. 문제의 소재

당해 사안에서 甲은 수용재결에 취소사유에 해당하는 하자가 있음을 알게 되었다고 하더라도 수용재결이 있은 후 1년이 경과하였으므로 수용재결취소소송을 제기하더라도 각하판결을 받게 된다. 따라서 甲이 권리구제를 받기 위해서는 소유권이전등기말소등기청구소송을 제기하면서 수용재결에 취소사유가 존재하므로 수용재결의 취소판결을 구하여야 한다.

따라서 당해 사안에서는 소유권이전등기말소등기청구소송의 수소법원이 수용재결의 하자를 소유권이전등기말소등기청구소송의 선결문제로 심리·판단할 수 있는지가 문제된다.

II. 수용재결의 효력 유무가 선결문제가 된 경우 소유권이전등기말소등기청구소송의 수소법원이 수용재결의 효력을 부인할 수 있는지 여부

1. 공정력과 구성요건적 효력의 구별

공정력이란 처분은 권한이 있는 기관이 취소 또는 철회하거나 기간의 경과 등으로 소멸되기 전까지는 유익한 것으로 통용되는 힘(행정기본법 제15조)을 말한다. 이에 대해 다수견해는 행정행위의 상대방에 대한 구속력을 공정력이라고 하고, 다른 국가기관 또는 수소법원 이외의 법원에 대한 구속력을 구성요건적 효력이라고 한다. 구성요건적 효력은 국가기관 상호간의 권한 준중과 권한의 불가침에 이론적 근거를 두고 있다. 따라서 다수견해는 선결문제를 구성요건적 효력의 문제로 다룬다.

2. 구성요건적 효력과 선결문제

1) 선결문제

선결문제는 항고소송의 수소법원 이외의 다른 법원이 민사소송이나 형사소송에서 본안판단의 전제로서 행정행위의 위법 여부나 효력 여부에 관한 판단을 할 수 있는가의 문제를 의미한다.

2) 소유권이전등기말소등기청구소송의 수소법원이 수용재결의 효력을 부인할 수 있는지 여부

(1) 학설

❶ 구성요건적 효력이 사법부에 소속된 국가기관에게까지 미치게 되면 사법부의 재판권 침해행위로서 헌법상 권리분립의 원칙에 위배되고 신속한 재판의 원칙에도 반하여 부당하기 때문에 민사법원도 행정행위의 효력을 부인할 수 있다는 공정설과 ❷ 민사법원이 행정행위의 효력을 부인하면 구성요건적 효력에 반할 뿐만 아니라 현행법상 취소소송의 배타적 관할권규정에 위반되기 때문에 민사법원은 행정행위의 효력을 부인할 수 없다는 부정설(다수설)의 대립이 있다.

(2) 판례

판례는 “과세처분이 당연무효라고 볼 수 없는 한 과세처분에 취소할 수 있는 위법사유가 있다 하더라도 그 과세처분은 행정행위의 공정력 또는 집행력에 의하여 그것이 적법하게 취소되기 전까지는 유효하다 할 것이므로, 민사소송절차에서 그 과세처분의 효력을 부인할 수 없다(대판 1999. 8. 20. 99다20179)”고 하여 부정설

5) 2015년 사시, 2016년 사시 및 2014년 행시와 유사(2024년 행정법기출사례총정리 p144 이하 참조)

의 입장을 취한다.

(3) 검토 및 사안의 적용

당해 처분이 당연무효가 아닌 한 민사법원이 행정행위의 효력을 부인하면 구성요건적 효력에 반할 뿐만 아니라 현행법상 취소소송의 배타적 관할권규정에 위반되기 때문에 민사법원은 행정행위의 효력을 부인할 수 없다는 부정설이 타당하다. 위에서 살펴본 바와 같이 수용재결의 하자는 취소사유에 불과하므로 소유권이 전등기말소등기청구소송의 수소법원은 수용재결의 하자를 심리·판단하여 그 효력을 부인할 수 없다.

III. 사안의 해결

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

[설문 3] 잔여지수용청구권의 법적 성질 및 甲의 소송상 권리구제 방법(15점) ⁶⁾

I. 문제의 소재

당해 사안에서는 甲이 행사한 잔여지수용청구권이 청구권인지 형성권인지 문제되며, 甲이 관할 지방토지수용위원회의 거부재결에 대해 거부처분취소소송을 제기하여야 하는지 보상금증액청구소송을 제기하여야 하는지가 문제된다.

II. 잔여지수용청구권의 법적 성질

1. 잔여지수용청구권의 의의

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(토지보상법 제74조 제1항).

2. 잔여지수용청구권의 법적 성질

「토지수용법」에 의한 잔여지수용청구권은 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 잔여지수용청구권을 행사하지 아니하면 그 권리가 소멸한다(대판 2001. 9. 4. 99두11080).

3. 사안의 적용

잔여지수용청구권은 형성권의 성질을 갖는다. 甲은 관할 지방토지수용위원회에게 잔여지수용청구를 하였으므로 관할 지방토지수용위원회가 거부재결을 하였다고 하더라도 수용의 효과는 발생한다.

6) 2015년 행시와 유사(2024년 행정법기출사례총정리 p319 이하 참조)

III. 관할 지방토지수용위원회의 수용거부재결에 대한 소송상 권리구제방법

1. 甲의 소송상 권리구제방법

이와 관련하여 관례는 '공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률' 제74조 제1항에 규정되어 있는 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(대판 2010. 8. 19. 2008두822)."고 판시하였다. 따라서 소유자가 수용청구를 하였는데도 토지수용위원회가 잔여지수용거부재결을 한 경우에는 보상금증액소송을 제기하여야 한다.

2. 보상금증감청구소송

1) 의의

보상금증감청구소송은 수용재결 중 보상금에 대해서만 이의가 있는 경우에 보상금의 증액 또는 감액을 청구하는 소송이다. 토지소유자 또는 관계인은 보상금의 증액을 청구하는 소송(보상금증액청구소송)을 제기하고, 사업시행자는 보상액의 감액을 청구하는 소송(보상금감액청구소송)을 제기하게 된다(동법 제85조 제2항).

2) 성질 : 형식적 당사자소송

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 보는 것이 타당하다.

3) 피고적격

원고가 토지소유자 또는 관계인인 경우에는 사업시행자를, 원고가 사업시행자인 경우에는 토지소유자 또는 관계인을 피고로 하여 제기하여야 한다.

4) 대상적격 : 보상금에 관한 법률관계

보상금증감청구소송에서는 수용재결이 소송의 대상이 되는 것이 아니라 보상금에 관한 법률관계가 소송의 대상이 되며 수용재결은 그 전제로서 다투어지는 것이다.

5) 제소기간

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

IV. 사안의 해결

잔여지수용청구권은 토지소유자의 일방적인 의사표시로 수용의 효과를 발생시키는 형성권이기 때문에 甲은 수용거부재결를 다투는 행정소송을 제기할 필요 없이 수용의 효과가 발생한 것을 전제로 사업시행자인 A도 B시의 시장X를 피고로 하여 보상금증액청구소송을 제기하면 된다.