

[2024년도 시행 제13회 변호사시험 행정법 기출문제 해설]

[제1문]

IV. 설문4-(1) : 공무원연금공단의 퇴직연금지급 거부의사표시의 취소소송의 대상적격 여부

1. 논점의 정리
2. 공무원연금공단의 퇴직연금지급거부가 행정처분인지
 - (1) 취소소송의 대상으로서의 처분
 - (2) 사안의 경우

공무원연금공단은 공무원연금법 제29조 제2항 및 동법 시행령 제25조에 의해 인사혁신처장의 권한을 위탁받아 급여결정을 하는바, 조직법상 행정기관은 아니지만, 기능적 의미의 행정청에 해당한다. 그런데, 공무원연금공단의 인정에 의하여 퇴직연금을 지급받아 오던 중 공무원연금 법령의 개정 등으로 퇴직연금의 지급이 정지된 경우에는 당연히 개정된 법령에 따라 퇴직연금이 확정되는 것이지 공무원연금공단 결정과 통보에 의하여 비로소 확정되는 것이 아니므로, 공무원연금공단이 연금지급 거부의 의사표시를 하였더라도 그 의사표시는 퇴직연금 청구권을 형성·확정하는 행정처분이 아니라 공법상의 법률관계의 한쪽 당사자로서 그 지급의무의 존부 및 범위에 관하여 나름대로의 사실상·법률상 의견을 밝힌 것에 불과하다. 즉, 법령에서 정한 사유의 발생으로 퇴직연금 지급이 정지된다는 점을 알려주는 관념의 통지에 불과하여 이를 행정처분이라고 볼 수는 없다.

3. 사안의 해결
- 乙이 제기한 이 사건 취소소송은 대상적격을 충족하지 못한다.

V. 설문4-(2) : 지급정지된 퇴직연금 돌려받기 위한 소송유형

1. 논점의 정리
2. 丙이 제기할 수 있는 소송유형
 - (1) 항고소송과 당사자소송의 구별
 - (2) 사안의 경우

공무원연금공단의 퇴직연금지급거부는 처분에 해당하지 않으며, 공무원연금공단의 지급결정으로 이미 구체적 권리가 발생하였다가 법령의 개정에 따라 권리의 내용이 행정청의 별다른 처분을 매개함이 없이 변동되는 경우인바, 丙의 지급정지된 퇴직연금에 대한 지급을 구하는 것은 공법상 권리에 관한 것으로서 그 지급을 구하는 소송은 공법상의 법률관계에 관한 소송이다. 결국, 丙은 당사자소송으로 지급정지된 퇴직연금의 지급을 청구하는 것이 타당하다.

3. 사안의 해결
- 丙은 당사자소송으로 지방의회의원 재직기간 중 지급정지된 퇴직연금 지급을 청구하여야 한다.

[제2문]

I. 설문1에 대하여 : 제1거부사유에 대한 법원의 사법심사의 방식과 그 한계

1. 논점의 정리

2. 개발행위(토지형질변경)허가의 재량행위 여부

(1) 재량행위와 판단여지의 구별 여부

(2) 재량행위와 기속행위의 구별

(3) 사안의 경우

국토계획법 제56조 제1항 및 58조 제1항에 의한 개발행위허가는 허가기준 및 금지요건이 불확정개념으로 규정된 부분이 많아 그 요건에 해당하는지 여부는 행정청의 재량판단의 영역에 속한다.

3. 재량행위에 대한 법원의 사법심사의 방식과 그 한계

판례에 따르면 재량행위는 법원이 독자적 결론을 도출함이 없이 재량권의 한계를 넘은 것인지 여부만 판단하는 제한심사방식이고, 특히 장래에 발생할 불확실한 상황과 파급효과에 대한 예측이 필요한 요건에 관한 행정청의 일탈·남용 여부를 심사할 때에는 이해관계자들 사이의 권익 균형 및 각종 규정의 입법취지 등을 종합하여 신중하게 판단하여야 하고, 행정청의 재량적 판단은 내용이 현저히 합리성을 결여하였다거나 상반되는 이익이나 가치를 대비해 볼 때 형평이나 비례의 원칙에 뚜렷하게 배치되는 등의 사정이 없는 한 법원은 이를 폭넓게 존중될 필요가 있다.

4. 사안의 해결

국토계획법 제58조 제1항 제4호를 고려할 때, 개발행위허가의 경우 환경의 훼손이나 오염을 발생시킬 우려 등을 고려할 필요가 있다는 점에서 개발행위허가기준은 장래에 발생할 불확실한 상황과 파급효과에 대한 예측이 필요한 요건으로 보인다. 따라서 법원은 개발행위에 대한 행정청의 허가과 관련하여 재량권의 일탈·남용 여부를 심사할 때에는, 해당 지역 주민들의 토지이용실태와 생활환경 등 구체적 지역 상황과 상반되는 이익을 가진 이해관계자들 사이의 권익 균형 및 환경권의 보호에 관한 각종 규정의 입법 취지 등을 종합하여 신중하게 판단하여야 한다. 또한, 행정청의 재량적 판단은 그 내용이 현저히 합리성을 결여하였다거나 상반되는 이익이나 가치를 대비해 볼 때 형평이나 비례의 원칙에 뚜렷하게 배치되는 등의 사정이 없는 한 법원은 이를 존중하여야 할 것이다.

II. 설문2에 대하여 : 제2거부사유의 당부

1. 논점의 정리

2. 개발행위허가 운영지침(국토교통부 훈령) 및 B군 개발행위허가 운영지침의 법적 성질

(1) 개발행위허가 운영지침의 법적 성질

국토계획법 시행령 제56조 제1항 [별표 1의2] 개발행위허가기준은 국토계획법 제58조 제3항의 위임에 따라 제정된 대외적으로 구속력 있는 법규명령에 해당한다. 그러나 국토계획법 시행령 제56조 제4항은 국토교통부장관이 제56조 제1항 [별표 1의2]에서 정한 개발행위허가기준에 대한 세부적인 검토기준을 정할 수 있다고 규정하였을 뿐이므로, 그에 따라 국토교통부

장관이 정한 개발행위허가운영지침은 세부적인 검토기준일 뿐 그 자체가 대외적으로 구속력 있는 규범이라고 볼 수는 없고, 상급 행정기관인 국토교통부장관이 소속 공무원이나 하급행정기관에 대하여 개발행위허가업무와 관련하여 국토계획법령에 규정된 개발행위허가기준의 해석·적용에 관한 세부 기준을 정해 주는 행정규칙이라고 보아야 한다.

(2) B군 개발행위허가 운영지침의 법적 성질

B군수가 정한 개발행위허가 운영지침 역시 관계 법령과 개발행위허가 운영지침의 범위 안에서 개발행위 허가권자인 B군수가 개발행위허가제를 운영하기 위하여 각 지방자치단체의 특성에 맞도록 별도로 마련한 개발행위 허가에 관한 세부적인 검토기준으로, 그 형식 및 내용에 비추어 내부의 사무처리준칙 또는 재량준칙에 불과하다.

3. 행정규칙의 효력 및 이에 근거한 처분의 적법 여부 판단기준

행정기관 내부의 업무처리지침이나 법령의 해석·적용 기준을 정한 행정규칙은 특별한 사정이 없는 한 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 효력이 없다. 처분이 행정규칙을 위반하였다고 해서 그러한 사정만으로 곧바로 위법하게 되는 것은 아니고, 처분이 행정규칙을 따른 것이라고 해서 적법성이 보장되는 것도 아니다. 처분이 적법한지는 행정규칙에 적합한지 여부가 아니라 상위법령의 규정과 입법 목적 등에 적합한지 여부에 따라 판단해야 한다(대판 2021.10.14., 2021두39362), 그런데 행정규칙이 이를 정한 행정기관의 재량에 속하는 사항에 관한 것인 때에는 그 규정 내용이 객관적 합리성을 결여하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 법원은 이를 존중하는 것이 바람직하다(대판 2019.1.10., 2017두43319). 그러므로 처분이 행정규칙에 부합한다고 하여 곧바로 처분이 적법한 것이라 할 수는 없지만, 특별한 사정이 없는 한, 설불리 그 기준에 따른 처분이 재량권의 범위를 일탈하였다거나 재량권을 남용한 것으로 판단해서는 안 된다(대판 2018.5.15., 2016두57984).

4. 사안의 해결

태양광발전시설이 초래할 수 있는 환경훼손의 문제점과 B군의 지리적·환경적 특성을 고려하면, 이 사건 지침 조항은 B군 내 발전시설이 주변 환경이나 경관과 조화를 이루고 환경오염·생태계파괴·위해발생 등의 우려가 없도록 국토계획법령의 개발행위허가기준을 구체화한 것이라 볼 수 있고, 발전시설의 이격거리를 100m로 획일적으로 제한하고 있다고 하여 국토계획법령에 반하거나 객관적 합리성을 결여한 것으로 볼 수 없다. 따라서 이 사건 거부처분의 제2 거부사유는 정당하다 할 것이다.

IV. 설문4에 대하여 : 지방자치법상 A도지사가 취할 수 있는 조치와 B군의 불복수단

1. 논점의 정리

2. 개발행위허가사무의 법적 성질

(1) 자치사무인지 여부

(2) 재량행위인지 여부

(3) 사안의 경우

자치사무이며 재량행위이다.

3. A도지사가 취할 수 있는 조치 - 감독청의 시정명령 및 취소·정지(지방자치법 제188조)

(1) 의의

(2) 대상

(3) 요건

(4) 재량의 일탈 · 남용이 법령위반에 해당하는지

(5) 사안의 경우

B군의 개발행위허가처분에 재량의 일탈 · 남용이 있다면 A도지사는 먼저 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고, B군수가 시정의 기간 내에 시정명령을 이행하지 아니할 때에는 개발행위허가처분을 직권취소할 수 있다.

4. B군의 불복수단 - 불복소송(지방자치법 제188조 제6항)

(1) 의의

(2) 소송의 대상

(3) 소송의 성질

(4) 사안의 경우

판례는 명문의 규정이 없으므로 시정명령의 취소를 구하는 소송은 허용되지 않는다고 보고 있으므로 B군수는 시정명령에 대해서는 대법원에 소를 제기할 수 없고, A도지사의 직권취소가 나오면 그 취소처분을 통보받은 날부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 당해 소송의 성질은 기관소송에 해당할 것이다.

5. 사안의 해결

B군의 개발행위허가처분에 재량의 일탈 · 남용이 있다면 A도지사는 먼저 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고, B군수가 시정의 기간 내에 시정명령을 이행하지 아니할 때에는 개발행위허가처분을 직권취소할 수 있고, 이에 대응하여 B군수는 A도지사의 직권취소가 나오면 그 취소처분을 통보받은 날부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다.

[총평]

I. 사례형

[제1문]의 설문4는 2013년 제2회 변호사시험 기출문제를 풀어 본 수험생(강의반 1순환에서 다루었음)이라면 큰 문제 없이 해결 가능했다고 보입니다. [제2문]은 대판 2020.8.27., 2019두60776을 바탕으로 하여 출제되었습니다. 유사한 판례로 대판 2023.2.2., 2020두43722가 있는 바, 이는 최신 판례특강에서 다루었던 판례입니다. 판례의 내용을 숙지하고 있었다면 [제2문]의 1, 2 설문을 풀어나가는데 많은 도움이 되었을 것입니다. [제2문]의 4설문은 행정법 사례형 첨삭반 진도별 모의고사(제7회)에서 다루었던 주제인바, 문제 해결에 많은 도움이 되었을 것으로 보입니다. 전체적으로 무난한 출제로 보이지만, [제2문]의 설문2의 경우 운영지침의 법적 성질을 법규명령으로 보고 답안을 완성한 수험생들도 많을 것으로 보여 판례를 숙지하지 않은 수험생의 경우 약간의 어려움이 예상됩니다.

II. 선택형

선택형 문제의 경우는 전반적으로 지협적인 지문은 지양하면서 일반적으로 중요하게 다루는 주제를 중심으로 무난하게 출제된 것으로 볼 수 있습니다. 선택형 진도별 모의고사, 복습용 선택형 문제, 최신판례정리 O,X문제를 중심으로 정리한 수험생이라면 고득점이 예상됩니다.

수험생 여러분의 좋은 결과를 기원합니다.