

【문제 1】 甲은 자신이 소유한 토지에 주택을 건축하기 위하여 관할 행정청인 구청장 乙에게 토지형질변경허가를 신청하였으나 乙은 이 토지가 그 지형조건 등에 비추어 주택을 건축하기에 매우 부적법하다는 점을 이유로 허가를 거부하였다. 다음 물음에 답하십시오. (40점)

(물음 1) 乙의 거부행위가 행정심판의 대상이 되는지 그 요건을 검토하고, 乙의 거부행위에 대한 불복방법으로서 적합한 행정심판의 유형에 관하여 설명하십시오. (20점)

1. 대상적격

1) 행정심판 대상

행정심판은 처분과 부작위를 대상으로 한다. 처분이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부, 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 의미한다.

2) 거부처분의 성립요건

거부행위가 처분이 되기 위해서는 ① 신청의 내용이 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이어야 하고, ② 신청인의 법률관계에 직접 영향을 미치는 것이어야 하며, ③ 신청인에게 특정행위를 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상 신청권이 있어야만 한다.

3) 사안의 적용

사안의 경우 乙의 거부행위는 토지형질변경이 없으면 주택을 건축할 수 없다는 점에서 법률관계에 직접 영향을 미치는 공권력 행사에 해당한다. 따라서 거부처분으로서 행정심판의 대상에 해당한다.

2. 행정심판의 유형

1) 행정심판법상 행정심판의 종류

행정심판법은 ① 행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 취소심판과 ② 행정청의 처분의 효력 유무 또는 존재 여부를 확인하는 무효등확인심판, 그리고 ③ 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 의무이행심판을 규정하고 있다.

2) 거부처분 취소심판의 인정여부

판례는 당사자의 신청을 거부하는 처분을 취소하는 재결이 있는 경우에는 행정청은 그 재결의 취지에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다고 하여 거부처분의 취소를 인정하고 있으며 행정심판법 역시 제49조 제2항에서 거부처분취소심판을 인정하고 있다.

3) 사안의 적용

乙의 거부행위에 대한 불복방법으로서 의무이행심판과 위법성의 정도에 따라 취소심판 또는 무효등확인심판이 가능하다.

(물음 2) 甲은 위 거부행위에 대하여 관할 행정심판위원회에 행정심판을 제기하였고 그 결과 인용재결이 내려졌다. 그런데 乙은 이 토지는 도시계획변경을 추진 중이므로 공공목적상 원형유지의 필요가 있는 지역으로서 법령에서 정하고 있는 다른 불허가 사유에 해당한다는 이유로 불허가 처분을 하였다. 乙 의 거부행위가 법적으로 정당한지를 설명하시오. (20점)

1. 논점의 정리

구청장 乙이 재차 불허가 처분을 할 수 있는지는 재결의 기속력과 관련된 문제이다.

2. 기속력

1) 의의

인용재결시 재결의 취지에 따르도록 구속하는 효력을 말한다.

2) 기속력의 내용

(1) 반복금지의무

동일한 상황 하에서 동일한 처분을 반복할 수는 없다.

(2) 재처분의무

행정청은 지체 없이 그 재결의 취지에 따른 처분을 하여야 한다.

(3) 결과제거의무

위법 또는 부당으로 판정된 처분에 의하여 초래된 상태를 제거해야 할 원상회복 의무가 있다.

3) 기속력의 범위

(1) 주관적 범위

기속력은 피청구인인 행정청과 그 밖의 관계 행정청에 미친다.

(2) 객관적 범위

기속력은 재결의 주문 및 그 전제가 된 요건 사실의 인정과 판단에만 미친다. 따라서 재결에 의하여 취소된 처분과 다른 사유로 처분을 하는 것은 기속력에 저촉되지 않는다. 동일 사유인지 다른 사유인지는 재결에서 판단된 사유와 기본적 사실관계의 동일성이 인정되는지 여부에 따라 판단한다.

(3) 시간적 범위

기속력은 처분 당시를 기준으로 그 당시까지 존재하였던 처분 사유에만 미치고 그 이후에 생긴 사유에는 미치지 않는다.

4) 기속력 위반의 효력

기속력을 위반한 처분은 무효이다.

3. 사안의 해결

토지가 그 지형조건 등에 비추어 주택을 건축하기에 매우 부적법하다는 최초의 처분 사유와 도시계획변경을 추진 중이므로 공공목적상 원형유지의 필요가 있는 지역이라는 재거부사유는 내용이 공통되거나 취지가 유사하지 않아 기본적 사실관계의 동일성이 인정되지 않는다. 따라서 구청장 乙이 주장하는 법령에서 정하고 있는 다른 불허가 사유가 타당하다면 정당한 처분에 해당한다.

[참고 판례입니다.]

판례의 최종 결론과 제 1차 불허가처분의 사안해결은 달라 보일 수도 있습니다.

그러나 문제에서는 처분 당시 실제 존재하였던 종합적 사정이 나와 있지 않기 때문에 판례의 중간 결론(판례 중 밑줄친 부분)처럼 1차 불허가(강사의 불허가)를 작성하시면 됩니다.

대법원 1999. 12. 28. 선고 98두1895 판결
[토지형질변경불허가처분취소][공2000.2.15.(100),402]

피고는 제1차 불허가처분 후인 1991. 8. 28. 이 사건 토지를 자연공원에 편입시키는 내용의 도시계획(안) 공람공고(서울특별시 성동구 공고 제150호) 후 서울특별시시장에게 도시계획 변경결정을 요청하였다가 서울특별시장이 사유재산권 침해에 대한 구체적 보상계획이 마련되지 않은 상태에서 도시계획 변경결정이 불가능하다는 취지로 반려하자 사업추진을 중단하고 있다가, 제1차 불허가처분 취소소송에서 패소 확정된 후 다시 이 사건 토지 일대의 용도지역을 일반주거지역에서 자연녹지지역으로 변경하기 위하여 1995. 7. 28. 이 사건 토지를 포함한 (주소 생략) 일대의 토지 123,282㎡에 관하여 주민의 의견수렴을 위한 공람공고를 거친 후 같은 해 12. 2. 서울특별시시장에게 그에 따른 도시계획 변경결정을 요청하였고, 이에 대하여 서울특별시장이 같은 달 14. 그 요청을 받아들이지 않고 이 사건 토지를 전용주거지역으로 변경할 것을 검토하라고 지시를 한 상태에서 1996. 10. 15. 제1차 불허가처분 취소판결에 따른 간접강제 결정이 내려지자, 같은 해 12. 11. 이 사건 토지는 도시계획변경을 추진 중이므로 공공목적상 원형유지의 필요가 있는 지역으로서 토지의형질변경등행위허가기준등에관한규칙(1992. 11. 19. 건설부령 제517호로 개정된 것, 이하 '신 규칙'이라고 한다) 제4조 제1항 제3호에 해당한다는 사유(신 규칙 부칙 제2항에 의하면, 신 규칙 시행 당시 이미 허가신청을 한 것에 관하여는 종전 규정에 의하도록 되어 있으므로, 이 사건 신청에 대하여는 구 규칙 제4조 제1항 제4호가 적용되어야 하는데 신 규칙을 적용한 잘못이 있으나, 다만 구 규칙 제4조 제1항 제4호와 신 규칙 제4조 제1항 제3호는 그 규정 내용에 아무런 차이가 없다.)로 제2차 불허가처분을 하였고, 그 후 1997. 2. 13. 이 사건 토지 일대가 도시계획상 자연녹지지역으로 변경결정되어 지적승인 및 고시되었으며, 같은 달 14. 피고는 이 사건 토지가 신 규칙 제4조 제1항 제1호, 제3호, 제4호(이 부분도 구 규칙 제4조 제1항 제1호, 제4호, 제5호의 잘못으로 보인다)에 해당한다는 사유로 제3차 불허가처분을 하였다.

이러한 처분 경위에 비추어 볼 때 제2차 불허가처분은, 제1차 불허가처분 이후부터 추진된 관계로 제1차 불허가처분의 사유로 주장할 수는 없었던 도시계획 변경절차의 진행을 사유로 하여 이루어진 것으로서, 피고가 그 처분을 부당하게 지연하면서 불허사유를 만들어 낸 것이 아님이 분명하여, 제1차 불허가처분 취소소송에 대한 확정판결의 기속력에 저촉되거나 이를 잠탈하는 것이 아닌 유효한 재처분에 해당한다고 해야 할 것이다. 따라서 원심이 뚜렷한 근거 없이 확정판결에 따른 재처분 의무기간을 30일로 전제한 후 도시계획의 용도지역을 변경하기 위한 절차의 진행을 확정판결의 기속력을 잠탈하기 위하여 인위적으로 만들어 낸 사유로 단정하고 제2차 불허가처분을 확정판결의 기속력에 반하여 무효라고 판단한 것은 잘못이라고 하지 않을 수 없다.

그러나 제2차 불허가처분 당시에는 피고가 도시계획변경을 추진하고 있는 것과는 달리 도시 계획변경의 결정권자인 서울특별시장은 이 사건 토지를 일반주거지역에서 전용주거지역으로 변경하라고 권고하면서 피고의 요청을 거절하고 있었던 점, 이 사건 토지가 녹지지역으로 지정됨에 따른 아무런 보상대책도 마련되어 있지 않았던 점 및 피고가 추진한 도시계획변경은 제2차 불허가처분 후에 비로소 변경결정 고시로 효력이 생긴 점 등을 고려하면, 피고가 이 사건 토지에 관하여 위와 같이 도시계획변경을 추진하고 있었다는 사정만으로는 아직 이 사건 토지가 공공목적상 원형유지의 필요가 있는 토지에 해당한다고 할 수 없으므로, 그러한 사유만으로 토지형질변경허가신청을 불허한 제2차 불허가처분은 위법하여 취소되어야 마땅하다.

원심이 제2차 불허가처분을 무효라고 본 것은 잘못이나, 그 취소를 명한 결론은 정당하다. 따라서 원심판결에 채증법칙 위배로 인한 사실오인, 심리미진, 행정처분의 공정력·확정판결의 기판력·도시계획결정 등에 관한 법리오해, 대법원판례 위반이 있다는 상고이유의 주장은 모두 받아들일 수 없다.

【문제 2】 행정사법령상 일반행정사가 다른 사람의 위임을 받아 수행하는 업무에 관하여 설명하시오. (20점)

1. 행정사의 업무 범위

1) 행정기관에 제출하는 서류를 작성한다.

(1) 진정·건의·질의·청원 및 이의신청에 관한 서류

(2) 가족관계의 발생 및 변동 사항에 관한 신고 등의 각종 서류

2) 권리·의무나 사실증명에 관한 서류를 작성한다.

(1) 각종 계약·협약·확약 및 청구 등 거래에 관한 서류

(2) 그 밖에 권리관계에 관한 각종 서류 또는 일정한 사실관계가 존재함을 증명하는 각종 서류

3) 다른 사람의 위임에 따라 작성한 서류를 행정기관 등에 제출한다.

4) 다른 사람의 위임을 받아 인가·허가·면허 및 승인의 신청·청구 등 행정기관에 일정한 행위를 요구하거나 신고하는 일을 대리한다.

5) 행정 관계 법령 및 행정에 대한 상담 또는 자문한다.

6) 법령에 따라 위탁받은 사무의 사실을 조사하거나 확인하고 그 결과를 서면으로 작성하여 위탁한 사람에게 제출한다.

2. 행정사가 아닌 사람에 대한 금지사항

행정사가 아닌 사람은 다른 법률에 따라 허용되는 경우를 제외하고는 행정사의 업무를 업으로 하지 못한다.

3. 벌칙 부과

다른 법률에 따라 허용되는 경우를 제외하고 행정사가 아닌 사람이 행정사의 업무를 업으로 한 사람은 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금을 부과한다.

【문제 3】 비송사건절차에서의 사실인정의 원칙과 방법에 관하여 설명하시오. (20점)

1. 사실인정에 관한 원칙

1) 객관적·실체적 진실발견주의

비송사건절차에 있어서 사실인정은 오로지 법원의 직권으로 행해진다. 법원은 자유로운 방법으로 사실조사를 행하며, 객관적·실체적 진실발견에 노력하여야 한다.

2) 직권탐지주의

소송자료의 수집과 제출책임을 당사자가 아닌 법원이 담당한다. 비송사건절차법은 이를 명문으로 규정하고 있다.

3) 입증책임

비송사건절차에서는 증거제출책임이라는 의미에서의 주관적 입증책임은 발생하지 않는다. 다만, 어떠한 사실의 진위 여부와 그 사실의 존재 여부에 대한 객관적 입증책임은 존재한다.

2. 사실인정의 방법

1) 원칙

증거조사와 사실의 탐지가 있다.

2) 증거조사

(1) 방법

비송사건절차법은 인증과 감정에 관하여 민사소송법의 규정을 준용하고 있다. 따라서 비송사건의 증거조사 방법으로 증인심문과 감정이 인정된다.

(2) 비공개

증인 또는 감정인의 심문은 비공개로 이루어지는 것이 원칙이다.

3) 사실의 탐지

(1) 의의

법원이 자료를 수집하고 사실을 인정하는 방법 중 증거조사를 제외한 방법을 의미한다. 당사자의 변론은 법원의 직권탐지를 보완하는 데 그치며, 당사자가 주장하지 않은 사실도 법원은 자기의 책임과 직권으로 수집하여 판결의 기초로 삼아야 한다.

(2) 사실탐지의 방식

탐지의 방법에 관하여 특별한 제한은 없기 때문에 자료의 수집에 적합한 형태로 자유롭게 행해진다.

4) 사실탐지와 증거조사의 촉탁

증거조사와 사실탐지에 관하여 다른 법원의 판사에게 촉탁할 수 있다.

【문제 4】 비송사건절차의 종료 원인에 관하여 설명하시오.(20점)

1. 중국재판에 의한 종료

비송사건절차는 일반적으로 중국재판에 의하여 종료한다.

2. 당사자의 행위에 의한 종료

1) 신청취하에 의한 종료

(1) 신청취하의 인정 여부

비송사건절차에서는 처분권주의가 배제되어 신청의 취하가 언제나 인정되는 것은 아니다.

(2) 인정범위

① 당사자의 신청에 의해서만 절차가 개시되는 경우에는 재판이 있을 때까지는 자유로이 취하할 수 있다.

② 법원의 직권으로 절차를 개시하는 사건은 취하의 관념을 인정할 수 없다. 따라서 당사자의 신청 또는 법원의 직권으로 개시되는 사건의 경우, 당사자의 신청으로 절차가 개시된 경우에 해당하더라도 재판의 공익성에 비추어 신청의 취하가 인정되지 않는다.

(3) 신청취하의 시기와 방식

신청취하가 인정되는 사건의 경우에는 재판이 있을 때까지는 자유로이 취하할 수 있다. 1심이 계속 중이든 항고심이 계속 중이든 언제든지 가능하다. 방식에 대해서는 특별한 규정이 없으므로 일반원칙에 따라 서면 또는 말로 할 수 있다.

(4) 신청취하의 효력

신청이 취하되면 사건은 처음부터 법원에 계속되지 않았던 것으로 되며, 이미 행하여진 비송행위는 모두 그 효력을 잃는다.

2) 신청포기에 의한 종료

비송사건은 신청의 포기가 인정되지 않는다.

3. 당사자의 사망에 의한 종료

권리가 상속의 대상인 경우 당사자가 사망하면 상속인이 그 절차를 승계한다. 그러나 그 권리가 상속의 대상이 아닌 일신전속적이라면 절차는 당사자의 사망으로 종료하게 된다.