

[서식 예] 불합격처분 취소청구의 소

## 소 장

원 고 ○ ○ ○(주민등록번호)

○○시 ○○구 ○○길 ○○ (우편번호 ○○○-○○○)

피 고 법무부장관

○○시 ○○구 ○○길 ○○ (우편번호 ○○○-○○○)

불합격처분 취소청구의 소

## 청 구 취 지

1. 피고가 20○○. ○. ○. 원고에 대하여 한 제42회 사법시험 1차시험 불합격처분을 취소한다.
  2. 소송비용은 피고의 부담으로 한다.
- 라는 판결을 구합니다.

## 청 구 원 인

1. 피고의 원고에 대한 불합격처분

가. 원고는 20○○. ○. ○. 시행된 제42회 사법시험 1차시험(이하 이 사건이라고 한다)에 응시하였는데, 피고는 이 사건 시험의 채점결과 원고의 득점이 합격점수에 미달한다는 이유로 20○○. ○. ○. 원고에 대하여 불합격하였음을 알리는 내용의 이 사건 처분을 하였습니다.

나. 사법시험의 1차시험은 모두 6과목으로서 그중 헌법, 민법, 형법의 3과목은 필수과목이고, 나머지 3과목은 선택과목입니다. 필수과목은 각 과목당 40문

제이고 1문제다 배점은 2.5점으로서 각 과목의 만점은 100점이고, 선택과목은 각 과목당 40문제이며 1문제당 배점은 2점으로서 각 과목의 만점은 80점 으로서 총 240문제, 총점 540점(100점×3과목 + 80점×3과목)이 만점입니다.

다. 이 사건 시험의 출제는 각 문제당 제시된 5개의 답항 중 1개의 정답을 고르는 것을 전제로 출제되었고(응시자 준수사항에서도 문항의 취지에 가장 적합한 하나의 정답만을 고르도록 되어 있습니다), 출제위원이 답항 중 1개만을 그 정답으로 결정하였으나, 형사정책 과목과 노동법 과목 등 일부 과목의 경우에는 출제후 심사과정과 문제선정위원들이 정답의 이상여부를 재확인하는 과정에서 위 각 과목 중 각 1문제의 정답이 2개인 것으로 확인되어 그러한 문제에 있어서는 2개의 정답 중 어느 1개를 고른 것을 맞는 것으로 채점하였습니다.

라. 피고가 위 시험에서 합격점수로 사정한 점수는 평균 76.57점(총413.5점)으로서 그 이상의 득점을 한 사람에게는 합격처분을, 그 미만의 득점을 한 사람에게는 불합격처분을 하였는데, 피고가 사정한 원고의 점수는 “ 헌법 72.5, 민법 65, 형법 82.5, 제1선택(형사정책) 68, 제2선택(노동법) 70, 제3선택(불어) 54 , 총점 412점, 평균 76.29 ”입니다.

마. 원고는 이 사건 시험에서 필수과목인 헌법, 민법, 형법의 제1책형 문제지와 선택과목인 형사정책, 노동법, 불어의 제4책형 문제지를 각 배부받아 응시했는데, 그 중 헌법과목의 제5번 문제에 대하여 피고가 선정한 정답은 ④번이고 원고가 선택한 정답은 ③번이며, 형법과목의 제22번 문제에 대하여 피고가 선정한 정답은 ①번이고 원고가 선택한 정답은 ④번입니다.

## 2. 불합격처분의 위법성

가. 피고가 이 사건 시험에서 출제한 문제들 중 위 2문제(헌법 1문제 및 형법 1문제)에 대한 정답선정은 잘못된 것으로서 원고가 선택한 것이 정답이 되어야 하거나 또는 원고가 선택한 답과 피고가 선정한 답이 정답으로 처리되거나 또는 정답이 없어 모든 항목이 정답으로 처리되어야 하고, 그렇게 된다면 원고는 합격점수 이상을 득점한 것이 되므로 이 사건 처분은 위법합니다.

나. 헌법 제5번 문제에 대하여

헌법 제5번 문제는 다음과 같습니다.

『 5. 기본권의 제한에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

① 법률유보에 따른 법률의 기본권제한 내용은 예측가능하지 않으면 안된다.

- ② 법률유보에 의한 기본권의 제한의 경우에는 이중기준의 원칙이 적용될 수 있다.
- ③ 법률유보에 의한 기본권의 제한의 경우에 보호되어야 할 본질적 내용은 어떤 사안에서도 침해될 수 없는 항상 고정적인 부분은 없을 수도 있다고 할 수 있다.
- ④ 법률유보에 의한 기본권의 제한의 경우 기본권의 본질적 내용 침해 금지 는 어떤 개인의 기본권의 전적인 제한의 금지에 가장 중요한 의미가 있다고 할 수 있다
- ⑤ 법률유보에 의한 기본권의 제한의 경우에 보호되어야 할 본질적인 내용은 비례의 원칙에 따라 결정되는 경우가 많다고 할 수 있다.』

위 문제에 대하여 피고는 ④번 답항을 옳지 않은 설명으로 보아 정답으로 결정하였고, ③번 답항을 옳은 설명으로 보아 정답이 아니라고 하고 있는바, 이러한 피고의 태도는 기본권의 제한에 관한 학설들 중 상대설의 입장을 따른 것입니다. 그런데 기본권의 제한에 관한 학설들 중 현재 우리나라 학계의 다수설은 절대설이고, 헌법재판소의 견해(헌법재판소 1996. 11. 28. 선고 95헌마1 결정, 헌법재판소 1998. 10. 29. 선고 97헌마345 결정)도 절대설을 지지하고 있으며, 이러한 절대설의 입장을 따를 경우, 오히려 ③번 답항이 옳지 않은 설명으로서 정답이 될 수 있고, 피고가 정답으로 처리한 ④번 답항은 옳은 내용으로서 정답이 아닌 것으로 된다고 할 것이므로, 피고가 일부 학설의 견해만을 좇아 ④번 답항만을 정답으로 결정하고, ③번 답항을 선택한 원고의 답안을 틀린 것으로 채점한 것은 잘못된 것입니다. 즉, 기본권 제한에 있어 본질적 내용 침해금지는 그 본질적 내용을 무엇으로 볼 것인지, 어떠한 기준에 의하여 침해된 여부를 판단할 것인지에 대하여 학자마다 각기 다르게 설명하고 있는 이념적이고 추상적인 문제인바, 학설에 따라서 어느 답항이 정답이 되기도 하고 아니되기도 하는 형식으로 문제를 출제하고, 어느 학설의 입장에서 정답으로 채점하는 것은 사법시험령 제10조 제2항의 규정취지에 비추어 재량권을 남용하거나 일탈한 위법이 있다고 할 것입니다. 따라서 이 문제는 피고가 정답으로 인정한 ④번 답항이 아닌 원고가 선택한 ③번 답항이 정답이거나 적어도 위 ④번 답항과 ③번 답항이 모두 정답이 되어야 할 것이므로, 결국 원고는 이 문제를 맞춘 것으로 인정된다고 할 것입니다.

다. 형법 제22번 문제에 대하여

형법 제22번 문제의 내용은 다음과 같습니다.

『 22. 다음의 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 행사의 목적으로 은행명의를 모용하여 무기명정기예금증서를 작성한 경우에는 유가증권위조죄가 성립한다.
- ② 통화위조를 목적으로 인쇄기를 구입하려고 자금을 조달한 경우 통화위조 예비죄는 성립하지 않는다.
- ③ 판매의 목적으로 인기탤런트의 싸인을 임의로 써넣은 사진을 만든 경우 사문서위조죄는 성립하지 않는다.
- ④ 부동산 소유권이전등기시에 그 원인이 증여인 것을 매매의 취지로 신고하여 부동산등기부에 그 취지를 기재시킨 경우는 공정증서원본 불실기재죄가 성립한다.
- ⑤ 행사의 목적으로 병원당직의사가 চে멧대로 병원장인 의사명의로 진단서를 작성한 경우 허위진단서작성죄는 성립하지 않는다.』

위 문제에 대하여 피고는 ①번을 정답으로 결정하였고 원고가 선정한 ④번은 옳은 설명으로 보아 정답이 되지 않는 것으로 하였으나, 우리 대법원의 판례에 의하면 소유권이전등기가 절차상 하자가 있거나 등기의 원인관계가 실제와 다르다고 하더라도 그 등기가 실체적 권리관계에 부합하게 하기 위한 것이거나 실체적 권리관계에 부합하는 유효한 등기인 경우 또는 당사자 사이에 합의가 있는 경우에는 공정증서원본불실기재죄가 성립하지 아니하는 것으로 판시하고 있으므로(대법원 1990. 9. 28. 선고 90도 427 판결) ④번 답항도 정답이 되어야 마땅합니다. 즉, 이 문제의 정답은 ①번 이외에 판례의 입장에 배치되는 ④번 답항도 정답으로 처리되어야 한다고 하지 않을 수 없으므로, ①번 답항만을 정답으로 한 것은 출제 및 채점에 있어서의 재량권을 남용하였거나 그 범위를 일탈한 것으로 봄이 상당합니다.

### 3. 결론

그렇다면, 원고가 이 사건 시험 중 헌법 제5번 문제 및 형법 제22번 문제에서 선택한 답항도 정답으로 처리되어 채점되어야 할 것이고, 따라서 원고는 이 사건 시험에서 피고가 사정한 점수보다 총점 5점(2.5×2)이 가산된 417점(평균 77.22)을 얻은 것으로 되어 피고가 합격점수로 사정한 점수보다 초과된다 할

것이므로, 이 사건 시험에서 원고를 불합격처분한 피고의 이 사건 처분은 위법  
합니다. 이에 원고는 피고의 원고에 대하여 한 제○○회 사법시험 1차시험 불  
합격처분의 취소를 구하기 위하여 이 사건 소를 제기한 것입니다.

## 입 증 방 법

- |           |             |
|-----------|-------------|
| 1. 갑 제1호증 | 사법시험문제지     |
| 1. 갑 제2호증 | 사법시험답안지     |
| 1. 갑 제3호증 | 논문          |
| 1. 갑 제4호증 | 헌법재판소결정문 사본 |
| 1. 갑 제5호증 | 대법원판결문 사본   |

## 첨 부 서 류

- |           |      |
|-----------|------|
| 1. 위 입증방법 | 각 1부 |
| 1. 소장부분   | 1부   |
| 1. 소송위임장  | 1부   |
| 1. 납부서    | 1부   |

200○. ○. ○.

원 고 ○ ○ ○ (인)

○ ○ 행 정 법 원 귀 중

관할법원	※ 아래(1)참조	제소기간	※ 아래(2) 참조
청 구 인	피처분자	피청구인	행정처분을 한 행정청
제출부수	소장 1부 및 상대방수 만 큼의 부분 제출	관련법규	행정소송법 9 ~ 34조
비 용	· 인지액 : ○○○원(☞민사접수서류에 붙일 인지액 참조) · 송달료 : ○○○원(☞적용대상사건 및 송달료 예납기준표 참조)		
불복방법 및 기 간	· 항소(행정소송법 8조, 민사소송법 390조) · 판결이 송달된 날로부터 2주일내(행정소송법 8조, 민사소송법 396조)		

※ (1) 관할법원(행정소송법 9조)

1. 취소소송의 제1심 관할법원은 피고의 소재지를 관할하는 행정법원임. 다만, 중앙행정기관, 중앙행정기관의 부속기관과 합의제행정기관 또는 그 장과 국가의 사무를 위임 또는 위탁받은 공공단체 또는 그 장에 대하여 취소소송을 제기하는 경우 대법원 소재지를 관할하는 행정법원에 제기할 수 있음.
2. 토지의 수용 기타 부동산 또는 특정의 장소에 관계되는 처분 등에 대한 취소소송은 그 부동산 또는 장소의 소재지를 관할하는 행정법원에 이를 제기할 수 있음.

※ (2) 제소기간(행정소송법 20조)

1. 취소소송은 처분 등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 함. 다만, 다른 법률에 당해 처분에 대한 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 취소소송을 제기할 수 없다는 규정이 있는 때와 그밖에 행정심판청구를 할 수 있는 경우 또는 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에 행정심판 청구가 있는 때의 기간은 재결서의 정본을 송달받은 날부터 기산함.
2. 취소소송은 처분 등이 있는 날부터 1년(제1항 단서의 경우는 재결이 있는 날부터 1년)을 경과하면 이를 제기하지 못함. 다만, 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니함