

2013년 국회9급 행정법 문제 및 해설(교재순)

(윌비스 고시학원 김종석 교수)

1. 행정의 법률적합성 내지 법치행정의 원리에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 법률의 법규창조력이란 국민의 권리의무관계에 구속력을 가지는 법규(법규범)를 창조하는 것은 국민의 대표기관인 의회에서 제정한 법률만이라고 한다.
- ② 법률의 우위원칙은 행정의 법률에의 구속성을 의미하는 것으로 제한없이 행정의 모든 영역에 적용된다.
- ③ 법률유보의 원칙에 있어서 법률은 형식적 의미의 법률을 의미하므로 관습법은 포함되지 않는다.
- ④ 법률의 우위원칙에 위반된 행정작용의 법적 효과는 행위형식에 따라 상이하여 일률적으로 말할 수 없다.
- ⑤ 법률의 우위원칙은 행정의 법률에의 구속성을 의미하는 적극적인 성격의 것인 반면에 법률유보의 원칙은 행정은 단순히 법률의 수권에 의하여 행해져야 한다는 소극적 성격의 것이다.

<해설>

- ① 법률의 법규창조력이란 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 규율, 즉 법규는 의회가 제정한 형식적 법률에 의해서만 가능하다는 것을 의미한다(국회입법의 원칙).[김종석행정법총론 15면 2. (1)]
- ② 법률우위의 원칙이란 행정작용은 법률에 위반하여 행해져서는 안 된다는 원칙이다.[김종석행정법총론 18면 4. (1)] 이는 행정이 법률에 구속됨을 의미하는 것이다. 법률우위의 원칙은 모든 행정작용에 적용된다.[김종석행정법총론 18면 4. (3)]
- ③ 법률유보에서의 ‘법률’이란 국회에서 제정한 형식적 의미의 법률을 의미하므로 불문법으로서의 관습법 등은 포함되지 아니한다.[김종석행정법총론 16면 (2)]
- ④ 법률우위의 원칙에 반하는 행정작용은 위법하나 그 구체적인 법률효과는 일률적이지 못하다. 위법한 행정입법은 무효에 해당하나, 위법한 행정행위는 중대하고 명백한 하자의 경우에만 무효이고 단순위법의 경우에는 취소할 수 있음에 그친다.[김종석행정법총론 18면 4. (4)]
- ⑤ 법률우위의 원칙은 기존법률의 침해를 금지하는 것(소극적)이지만, 법률유보의 원칙은 행정기관이 행위를 할 수 있게 하는 법적 근거의 문제(적극적)이다. 즉, 법률우위의 원칙은 법률이 있는 경우에 문제되는 것인데, 법률유보의 원칙은 법률이 없는 경우에 문제된다.[김종석행정법총론 15면 3. (1) ②]

<답> ⑤

2. 행정법의 법원(法源)에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 법원의 문제는 성문법계 국가에서는 물론이고 불문법계 국가에서도 문제된다.
- ② 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.
- ③ 행정규칙의 법규성 인정여부에 대하여는 다툼이 있으나, 법원성 인정에 대하여는 이견이 없다.
- ④ 관습법의 성립요건으로는 법적 확신설이 통설 및 판례이다.
- ⑤ 법률의 위헌 결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다.

<해설>

- ① 법원이란 행정의 조직과 작용 및 그 구제에 대한 ‘법의 존재형식’ 또는 법을 구체적으로 알려고 하는 경우의 인식수단, 즉 ‘법의 인식근거’를 말한다.[김종석행정법총론 20면 I 1. (1)] 따라서 성문법계 국가나 불문법계 국가를 막론하고 모두 법원의 문제는 존재한다.
- ② 헌법 제5조 제1항 [김종석행정법총론 22면 93) ② ㉠]
- ③ 법규의 개념에 대해선 견해의 대립이 있으나 일반적으로 “국가와 국민 사이의 관계를 규율하는 성문의 일반적·추상적인 규정으로서 국민과 행정권을 구속하고(양면적 구속성), 재판규범이 되는 성문의 법규범”이라고 정의한다.[김종석행정법총론 110면 사이드각주] 행정규칙은 행정조직 내부 또는 특별행정법관계 내부에서 발하여지는 일반적·추상적 규율이어서 법규가 아니므로 국민이나 법원을 구속하는 대외적 구속력이 없고, 본래 의미의 행정규칙의 효력으로써 대내적 구속력만 인정된다고 보는 것이 다수설·판례이다.[김종석행정법총론 119면 II 2.] 반면, 행정규칙의 법원성 인정여부에 관해 법규만을 법원이라고 보아 행정규칙은 법원이 아니라고 보는 협의설(법규설)과 행정규칙도 법원으로 보는 광의설(행정기준설)의 대립이 있다.[김종석행정법총론 20면 I 1. (2)]
- ④ 법적확신설과 국가승인설의 대립이 있으나 법적확신설이 통설·판례이다.[김종석행정법총론 23면 2. (1) ② ㉠ a 및 24면 1줄]
- ⑤ 헌법재판소법 제47조 제1항 [김종석행정법총론 26면 (2) ④ 사이드각주]

<답> ③

3. 행정법상 일반원칙에 관한 판례의 내용 중 옳지 않은 것은?

- ① 위험물지정시설인 주유소와 LPG충전소 중에서 주유소는 허용하면서 LPG충전소를 금지하는 시행령 규정이 LPG충전소 영업을 하려는 국민을 합리적 이유 없이 자의적으로 차별하여 평등의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.
- ② 주유소 영업의 양도인이 등유가 섞인 유사휘발유를 판매한 바를 모르고 이를 양수한 석유판매업자(양수인)에게 양도인의 위법사유를 들어 사업정지기간 중 최장기인 6월의 사업정지에 처한 영업정지처분은 재량권을 일탈한 것으로 위법하다.
- ③ 택시운송사업자가 차고지와 운송부대시설을 증설하는 내용의 자동차운송사업계획 변경인가를 신청한 데 대하여 교통행정 및 주거환경 등 공익을 이유로 한 거부처분은 이익교량의 원칙에 반하지 않는다.
- ④ 지방식품의약품안전청장이 수입 녹용 중 일부를 절단하여 측정한 회분함량이 기준치를

0.5% 초과하였다는 이유로 수입 녹용 전부에 대하여 전량 폐기 또는 반송처리하도록 한 지시처분은 재량권을 일탈·남용한 것에 해당한다.

- ⑤ 변호사법 제10조 제2항의 개업지 제한규정은 직업선택의 자유를 제한하는 것으로서 헌법 제37조 제2항에 위반된다.

<해설>

① 주유소와 LPG충전소는 ‘위험물저장시설’이라는 점에서 공통점이 있으나, LPG는 석유보다 위험성이 훨씬 크다. LPG는 상온·상압에서 쉽게 기화되고, 인화점이 낮으며 공기보다 무거워 누출되어도 쉽게 확인되지 않아 화재 및 폭발의 위험성이 매우 크다. 이에 반하여 석유는 액체상태로 저장되고 공급되기 때문에 적은 양이 누출되는 경우에도 쉽게 확인이 가능하고 LPG에 비하여 인화점이 높으며 무엇보다도 점화원이 없이는 자체적으로 폭발의 위험성이 상존하지는 않는다. 위와 같은 점을 종합해 보면, LPG는 석유에 비하여 화재 및 폭발의 위험성이 훨씬 커서 주택 및 근린생활시설이 들어설 지역에 LPG충전소의 설치금지는 불가피하다할 것이고 석유와 LPG의 위와 같은 차이를 고려하여 연구단지내 녹지구역에 LPG충전소의 설치를 금지한 것은 위와 같은 합리적 이유에 근거한 것이므로 이 사건 시행령 규정이 평등원칙에 위배된다고 볼 수 없다. (헌법재판소 2004.7.15, 2001헌마646 전원재판부) 【대덕연구단지관리법 시행령 제8조 제1항 제5호 별표5 제1의과 위헌확인】

② 판례의 태도로 옳다(대법원 1986.7.22, 86누203).[김종석행정법총론 29면 (2) 관련판례3 참고 판례1, 판례집 11면 30번 비교판례]

③ 택시운송사업자의 차고가 설치될 경우 소속 택시들이 비포장도로를 비롯한 주민들의 통행로 및 학생들의 통행로로 자주 운행하고 차고 내에서 차량을 정비함으로써 분진과 소음을 발생시키고 환경오염물질을 배출하는 등 심히 인근 주민들의 주거환경을 저해하고 통학하는 학생들을 비롯한 주민들의 교통사고의 위험성을 증대시키며 교육환경을 저해할 우려가 크다면 교통행정 및 주거환경 등의 공익을 고려할 때 비록 차고지와 운송부대시설을 증설하는 내용의 자동차운수사업계획변경인가 신청이 거부됨으로 인하여 택시운송사업자가 불이익을 입게 된다고 하더라도 위 신청을 받아들이지 아니하여야 할 공익상의 필요성이 훨씬 크다고 볼 수밖에 없어 위 신청에 대한 거부처분이 이익교량의 원칙에 반한다거나 재량권을 남용한 것이 아니다. (대법원 2000.5.26, 98두6500) 【자동차운수사업계획(차고지)변경인가거부처분취소】

④ 지방식품의약품안전청장이 수입 녹용 중 전지 3대를 절단부위로부터 5cm까지의 부분을 절단하여 측정한 회분함량이 기준치를 0.5% 초과하였다는 이유로 수입 녹용 전부에 대하여 전량 폐기 또는 반송처리를 지시한 경우, 녹용 수입업자가 입게 될 불이익이 의약품의 안전성과 유효성을 확보함으로써 국민보건의 향상을 기하고 고가의 한약재인 녹용에 대하여 부적합한 수입품의 무분별한 유통을 방지하려는 공익상 필요보다 크다고는 할 수 없으므로 위 폐기 등 지시처분이 재량권을 일탈·남용한 경우에 해당하지 않는다. (대법원 2006.4.14, 2004두3854) 【수입녹용폐기 등 지시처분사건】 [김종석행정법총론 13년판 252면 관련판례11]

⑤ 변호사법 제10조 제2항은 직업선택의 자유를 제한함에 있어서 비례의 원칙에 벗어난 것이고 합리적인 이유 없이 변호사로 개업하고자 하는 공무원을 차별하고 있으며, 병역의무의 이행을 위하여 군법무관으로 복무한 후 개업하는 경우에는 병역의무의 이행으로 불이익한 처우를 받게 되어 헌법 제11조 제1항(평등권), 제15조(직업선택의 자유), 제37조 제2항(비례의 원칙), 제39조 제2항(불이익처우 금지)에 각 위반된다. (헌법재판소 1989.11.20, 89헌가102) 【변호사법 제10조 제2항에 대한 위헌심판】 [김종석행정법총론 29면 (2) 관련판례2, 판례집 11면 29면]

<답> ④

103면 2. (1) ②]

② 수리를 요하는 신고의 경우 적법한 신고에 대해서는 수리의무가 발생하지만, 부적법한 신고에 대해서는 수리의무가 발생하지 않으므로 행정청은 신고의 수리를 거부할 수 있다.[김종석행정법총론 105면 도표] “건축주명의변경신고에 관한 건축법 시행규칙 제3조의2의 규정은 단순히 행정관청의 사무집행의 편의를 위한 것에 지나지 않는 것이 아니라, 허가대상건축물의 양수인에게 건축주의 명의변경을 신고할 수 있는 공법상의 권리를 인정함과 아울러 행정관청에게는 그 신고를 수리할 의무를 지게 한 것으로 봄이 상당하므로, 허가대상건축물의 양수인이 위 규칙에 규정되어 있는 형식적 요건을 갖추어 시장, 군수에게 적법하게 건축주의 명의변경을 신고한 때에는 시장, 군수는 그 신고를 수리하여야지 실체적인 이유를 내세워 그 신고의 수리를 거부할 수는 없다.”(대법원 1992.3.31, 91누4911).[판례집 57면 166번] 동 판례를 반대해석하면, 수리를 요하는 신고의 하나인 건축주 명의변경신고에 있어서 형식적 요건을 갖추지 못한 부적법한 신고를 하였다면, 시장·군수는 신고의 수리를 거부할 수 있다.

③ 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 일반적인 건축신고와는 달리, 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 ‘수리를 요하는 신고’로 보는 것이 옳다. (대법원 2011.1.20, 2010두14954 전원합의체) 【건축(신축)신고불가취소】[판례집 56면 164번]

④ 건축주명의변경신고 수리거부행위는 행정청이 허가대상건축물 양수인의 건축주명의변경신고라는 구체적인 사실에 관한 법집행으로서 그 신고를 수리하여야 할 법령상의 의무를 지고 있음에도 불구하고 그 신고의 수리를 거부함으로써, 양수인이 건축공사를 계속하기 위하여 또는 건축공사를 완료한 후 자신의 명의로 소유권보존등기를 하기 위하여 가지는 구체적인 법적 이익을 침해하는 결과가 되었다고 할 것이므로, 비록 건축허가가 대물적 허가로서 그 허가의 효과가 허가대상건축물에 대한 권리변동에 수반하여 이전된다고 하더라도, 양수인의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것으로서 취소소송의 대상이 되는 처분이라고 하지 않을 수 없다(대법원 1992.3.31, 91누4911). (대법원 1992.3.31, 91누4911).[판례집 57면 166번]

⑤ 소정의 시설을 갖추지 못한 체육시설업의 신고는 부적법한 것으로 그 수리가 거부될 수밖에 없고 그러한 상태에서 신고체육시설업의 영업행위를 계속하는 것은 무신고영업행위에 해당할 것이지만, 이에 반하여 적법한 요건을 갖춘 신고의 경우에는 행정청의 수리처분 등 별단의 조치를 기다릴 필요 없이 그 접수시에 신고로서의 효력이 발생하는 것이므로 그 수리가 거부되었다고 하여 무신고영업이 되는 것은 아니다(대법원 1998.4.24, 97도3121).[판례집 55면 163번]

<답> ⑤

6. 행정에 의한 입법형식 중 관계부처 간의 협의나 규제심사를 거쳐 법제처심사 등 행정 내부의 사전통제절차를 거칠 필요가 없는 것은?

- ① 위법행위에 대해 과징금제의 도입을 내용으로 하는 정부제안법률
- ② 법률이 위임한 인·허가의 서식이나 처리방법 등을 정한 시행령
- ③ 법률이 위임한 위법행위에 대한 제재적 처분기준을 정한 시행규칙
- ④ 법령의 위임을 받아 고도의 기술적 기준 등 법규사항을 정한 고시
- ⑤ 헌법 제75조 및 제95조에 규정한 명령·규칙

<해설>

정부조직법 제23조 및 법제업무운영규정 제21조는 국무회의에 상정될 법령안과 총리령안 및 부령안은 법제처의 심사를 받아야 한다고 규정하고 있다.[김종석행정법총론 129면 4. (3)] 또한 법률안 및 대통령령안은 국무회의의 심의를 거쳐야 한다.[김종석행정법총론 116면 IV 1. 도표] 한편, 행정규칙은 절차면에서 일반적으로 따라야 할 법정절차가 없고,[김종석행정법총론 126면 VIII 1. 도표] 법제처의 심사도 사전심사가 아니라 사후평가제가 실시되고 있다.[김종석행정법총론 132면 사이드각주 ②]

정부조직법 제23조 【법제처】 ① 국무회의에 상정될 법령안·조약안과 총리령안 및 부령안의 심사와 그 밖에 법제에 관한 사무를 전문적으로 관장하기 위하여 국무총리 소속으로 법제처를 둔다.

- ①② 정부제안법률과 시행령(대통령령)은 법제처의 심사와 국무회의의 심의를 거쳐야 한다.
- ③ 시행규칙(총리령 또는 부령)은 법제처의 심사를 거쳐야 한다.
- ④ 고시는 행정규칙의 형식의 하나로서, 행정내부의 사전통제절차를 거칠 필요가 없다.
- ⑤ 헌법 제75조의 대통령령은 법제처의 심사와 국무회의의 심의를, 헌법 제95조의 총리령·부령은 법제처의 심사를 거쳐야 한다.

<답> ④

7. 판례에 따르면 재량권의 남용으로 인정된 것은?

- ① 초음파 검사를 통하여 알게 된 태아의 성별을 고지한 의사에 대한 의사면허자격정지처분
- ② 명예퇴직 합의 후 명예퇴직 예정일 사이에 허위로 병가를 받아 다른 회사에 근무하였음을 사유로 한 징계해임처분
- ③ 교육법 시행령 소정의 대학교 특별전형에서 외교관, 공무원의 자녀에 대하여만 획일적으로 과목별 실제 취득점수에 가산점을 부여함으로써, 실제 취득점수만으로 전형시 합격할 수 있는 다른 응시생에 대하여 불합격처분을 한 경우
- ④ 문화재청장이 국가지정문화재의 보호구역에 인접한 나대지에 건물을 건축하기 위한 국가지정문화재 현상변경신청을 허가하지 않은 경우
- ⑤ 허위의 무사고증명을 제출하여 개인택시면허를 받은 자에 대하여 신뢰이익을 고려하지 아니하고 면허를 취소한 경우

<해설>

- ① 산부인과 의사가 2회에 걸쳐 태아의 성감별행위를 함으로써 구 의료법 제19조의2의 규정에 위

반하였음을 이유로, 피고(보건복지부장관)가 동법 제52조 제1항 제5호 및 구 의료관계행정처분규칙 제4조 [별표]의 2. 개별기준. (가)목 (7)을 적용하여 7월간 의사면허자격을 정지시키는 처분을 한 경우, 법 제19조의2 제2항은 그 입법 취지가 남아선호사상에 경도되어 태아의 생명을 침해하는 낙태행위가 성행하는 현실을 형법 제270조 등에 의한 낙태행위의 처벌만으로 교정하는 것이 사실상 불가능함에 따라 낙태행위의 전제가 되는 태아의 성별 여부를 임부 또는 그 가족들이 알지 못하게 함으로써 궁극적으로 태아의 생명을 보호하고 적정한 남녀성비를 유도하는 데 있으므로, 태아의 성감별 사실의 고지행위 자체를 금지하는 것이므로, 원고가 초음파 검사 등을 통하여 태아의 성별을 자연스럽게 알게 되었고 태아의 성감별에 대하여 아무런 대가도 받지 않았으며, 위 임부들은 그 당시 임신 7개월 및 9개월로서 낙태 가능성이 거의 없었고 실제로 정상 분만하였으며, 원고가 낙태의 가능성을 염두에 두고 적극적으로 성감별을 하여 임부들에게 태아의 성별을 알려 준 것은 아니라 하더라도, 이러한 사정이 태아의 성별고지행위 자체의 위법성 및 사회적 위험성과 낙태로 이어질 생명경시사상을 예방하고자 하는 위 입법 취지에 입각한 공익성에 우선하는 비교가치를 가진다고 할 수 없을 뿐더러, 피고의 처분이 재량권 일탈이라고 할 경우 태아의 성감별행위 자체에 대한 제재수단이 무력해지는 결과를 초래할 가능성이 있고, 또한 원고가 이 사건 태아 성감별행위로 처음 적발되었고, 그 적발 이후 상당 기간 동안 병원을 자진 폐업하며 근신의 시간을 보낸 점을 감안하더라도, 피고가 이 사건 규칙상 가장 가벼운 의사면허자격정지 7월의 처분을 한 것이 원고에게 지나치게 가혹하여 재량권의 범위를 벗어난 것으로 위법하다고 볼 수는 없다. (대법원 2002.10.25, 2002두4822) 【면허자격정지처분취소】

② 명예회망퇴직신청서를 제출하고 그에 따른 퇴직명령을 받았던 자가 그 퇴직일까지의 기간 동안에 허위로 병가를 받아 다른 회사에 근무하였음을 사유로 해임처분한 징계양정이 재량권을 일탈하였거나 남용한 것이라고 단정할 수 없다. (대법원 2002. 8.23, 2000다60890·60906) 【명예회망퇴직금·부당이득금】 [김종석행정법총론 148면 관련판례13, 판례집 82면 227면 (13)]

③ 대학교 총장인 피고가 해외근무자들의 자녀를 대상으로 한 교육법 시행령 제71조의2 제4항 소정의 특별전형에서 외교관, 공무원의 자녀에 대하여만 획일적으로 과목별 실제 취득점수에 20%의 가산점을 부여하여 합격사정을 함으로써 실제 취득점수에 의하면 충분히 합격할 수 있는 원고들에 대하여 불합격처분을 하였다면 위법하다(대법원 1990.8.28, 89누8255).[김종석행정법총론 149면 관련판례7, 판례집 83면 228면 (7)]

④ 국가지정문화재의 보호구역에 인접한 나대지에 건물을 신축하기 위한 국가지정문화재 현상변경신청에 대한 문화재청장의 불허가처분은 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이라고 단정하기 어렵다. (대법원 2006.5.12, 2004두9920) 【국가지정문화재현상변경불허처분취소】 <상당한 규모의 건물이 나대지에 들어서는 경우 보호구역을 포함한 국가지정문화재의 경관을 저해할 가능성이 크고 불허가처분이 취소되는 경우 향후 주변의 나대지에 대한 현상변경허가를 거부하기 어려워질 것으로 예상되는 점 등을 고려>[김종석행정법총론 148면 관련판례12, 판례집 82면 227면 (12)]

⑤ 허위의 무사고 증명을 제출하여 사위의 방법으로 개인택시면허를 받은 사람은 그 이익이 위법하게 취득되었음을 알고 있어 그 취소가능성도 예상하고 있었을 것이므로 그 자신이 신뢰이익을 원용할 수 없음은 물론 행정청이 이를 고려하지 아니하였다 하더라도 재량권의 남용이라고 볼 수 없다(대법원 1986.8.19, 85누291).[김종석행정법총론 148면 관련판례11, 판례집 82면 227면 (11)]

<답> ③

8. 허가에 붙은 기간이 그 허가된 사업의 성질상 부당하게 짧은 경우에 그 기한의 성질 및 허가기간의 연장을 위한 요건으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 기한의 성질 - 허가조건의 존속기간
허가기간 연장요건 - 종기 도래 후 상당 기간 내 허가기간 연장신청 필요
- ② 기한의 성질 - 허가 유효기간
허가기간 연장요건 - 종기 도래 전에 허가기간 연장신청 필요
- ③ 기한의 성질 - 허가 유효기간
허가기간 연장요건 - 종기 도래 후 상당 기간 내 허가기간 연장신청 필요
- ④ 기한의 성질 - 허가 유효기간
허가기간 연장요건 - 종기 도래 전에 허가기간 연장신청 불필요
- ⑤ 기한의 성질 - 허가조건의 존속기간
허가기간 연장요건 - 종기 도래 전에 허가기간 연장신청 필요

<해설>

허가에 붙은 기한이 그 허가된 사업의 성질상 부당하게 짧은 경우에는 이를 그 허가 자체의 존속기간이 아니라 그 허가조건의 존속기간으로 보아 그 기한이 도래함으로써 그 조건의 개정을 고려한다는 뜻으로 해석할 수는 있지만, 그와 같은 경우라 하더라도 그 허가기간이 연장되기 위하여는 그 종기가 도래하기 전에 그 허가기간의 연장에 관한 신청이 있어야 하며, 만일 그러한 연장신청이 없는 상태에서 허가기간이 만료하였다면 그 허가의 효력은 상실된다(대법원 2007.10.11, 2005두12404).[김종석행정법총론 178면 관련판례, 판례집 95면 268면 (1)]

<답> ⑤

9. 행정행위의 부관에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 해제조건부 행정행위는 조건성취시 기발생했던 행정행위의 효력이 사라져 버리므로 부담부 행정행위보다 당사자에게 미치는 불이익이 더 크다.
- ② 재량행위에 있어서는 법령상의 근거가 없다고 하더라도 부관을 붙일 수 있는데, 그 부관의 내용은 적법하고 이행가능하여야 하며 비례의 원칙 및 평등의 원칙에 적합하고 행정행위의 본질적 효력을 해하지 아니하는 한도의 것이어야 한다.
- ③ 도매시장법인 지정시 지정기간 중 유통정책 방침에 따라 도매시장법인의 이전 또는 폐쇄지 시에도 일체 소송이나 손실보상을 청구할 수 없다는 부관을 붙인 경우, 이 부제소특약은 허용될 수 있다.
- ④ 해제조건은 조건사실이 발생하면 당연히 행정행위의 효력이 소멸되지만 철회권 유보는 유보된 사실이 발생하더라도 그 효력을 소멸시키려면 행정청의 별도의 의사표시(철회)가 필요하다.
- ⑤ 도로점용허가의 점용기간은 행정행위의 본질적인 요소에 해당한다고 볼 것이어서 부관인 점용기간을 정함에 있어서 위법사유가 있다면 이로써 도로점용허가처분 전부가 위법하게 된다.

<해설>

① 해제조건은 조건이 성취되면 행정행위의 효력이 당연히 소멸하게 되지만, 부담부 행정행위는 부담을 불이행하더라도 별도로 철회를 하지 않는 한 당연히 효력이 소멸하는 것은 아니다.[김종석 행정법총론 176면 (2) ②] 통상 부담이 당사자에 대한 효과면에서 조건보다 상대방에게 유리하다.[김종석 행정법총론 176면 (2) ③]

② 판례의 태도로 옳다(대법원 1997.3.14, 96누16698).[김종석 행정법총론 183면 2. 관련판례, 판례집 96면 274면]

③ 지방자치단체장이 도매시장법인의 대표이사에 대하여 위 지방자치단체장이 개설한 농수산물도매시장의 도매시장법인으로 다시 지정함에 있어서 그 지정조건으로 '지정기간 중이라도 개설자가 농수산물 유통 정책의 방침에 따라 도매시장법인 이전 및 지정취소 또는 폐쇄지시에도 일체 소송이나 손실보상을 청구할 수 없다'라는 부관을 붙였으나, 그 중 부제소특약에 관한 부분은 당사자가 임의로 처분할 수 없는 공법상의 권리관계를 대상으로 하여 사인의 국가에 대한 공권인 소권을 당사자의 합의로 포기하는 것으로서 허용될 수 없다. (대법원 1998.8.21, 98두8919) 【동부청과사건】 [판례집 96면 275면]

④ 해제조건이나 철회권의 유보는 당해 행정행위의 효력을 소멸시킨다는 점에서 유사성이 있다. 그러나 해제조건은 조건의 성취로 행정청의 별도의 의사표시 없이 당연히 행정행위의 효력이 소멸되지만, 철회권의 유보는 유보된 사실이 발생하더라도 별도의 철회의 의사표시를 필요로 한다는 점에서 양자는 서로 구별된다.[김종석 행정법총론 178면 4. (2)]

⑤ 판례의 태도로 옳다. (대법원 1985.7.9, 84누604) 【지하상가 점용기간 등 처분취소】 [김종석 행정법총론 184면 V 2. (1) 관련판례1, 판례집 98면 279면 (1)]

<답> ③

10. 행정행위의 무효와 취소의 구별에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 취소할 수 있는 행정행위는 제소기간의 제한을 받지만 무효인 행정행위는 제소기간의 제한을 받지 않는다.
- ② 행정쟁송 방식에 있어서 무효인 행정행위는 무효확인소송 외에 무효선언을 구하는 취소소송 형식으로 제기할 수 있다.
- ③ 일정한 행정목적 달성을 위하여 두 개 이상의 행위가 연속적으로 행하여지는 경우에 선행행정행위에 무효인 하자가 있는 경우에는 모두 후행행위에의 하자승계가 인정된다.
- ④ 하자 있는 행정행위의 전환은 취소할 수 있는 행정행위에만 인정되고, 하자의 치유는 무효인 행정행위에도 인정된다.
- ⑤ 양자의 구별기준으로는 중대·명백설이 통설 및 판례이다.

<해설>

① 무효인 행정행위는 제소기간의 제한이 없지만, 취소할 수 있는 행정행위는 처분 등이 있음을 안 날부터 90일, 처분 등이 있는 날부터 1년이라는 제소기간의 제한이 있다.[김종석 행정법총론 201면 III 2. 도표]

② 무효인 행정행위에 대해서는 원칙적으로 무효등확인소송을 제기하여야 하지만, 판례는 무효선언적 의미의 취소소송을 인정하고 있다.[김종석 행정법총론 201면 III 2. 도표]

- ③ 선행행위의 하자가 무효사유인 경우에는 후행행위에도 그 영향을 미쳐 후행행위가 무효로 되므로 하자의 승계문제를 논의할 실익이 없다.[김종석행정법총론 204면 1. (2) 도표]
- ④ 하자 있는 행정행위의 전환은 무효인 행정행위에만 인정된다는 견해(종래 통설·판례)와 무효뿐만 아니라 취소사유의 행정행위에도 인정된다는 견해가 대립하고 있다.[김종석행정법총론 210면 (4)] 하자의 치유는 무효인 경우에는 인정할 수 없고 취소사유인 경우에만 인정된다는 것이 통설·판례의 입장이다.[김종석행정법총론 209면 (5)]
- ⑤ 무효와 취소의 구별기준으로 중대명백설이 통설·판례이다.[김종석행정법총론 203면 3. (1) 도표]

<답> ④

11. 실권(失權)의 법리 내지 실효(失效)의 법리를 인정할 수 있는 경우에 해당하는 것은?

- ① 처분청이 취소처분을 할 수 있는 사정을 알고서도 상당기간 동안 취소처분을 하지 아니한 경우
- ② 민원인이 법정요건을 갖추지 못하였음에도 갖춘 것처럼 사실을 숨겨 허가를 받은 후 상당한 기간이 경과한 경우
- ③ 법정요건을 갖추지 못한 채 허가를 받고, 상당한 기간이 경과한 후 감사원의 지적을 통해 허가청이 비로소 법령위반의 사실을 안 때
- ④ 허가를 받은 후 본인의 책임에 의해 허가의 요건을 사후적으로 갖추지 못하게 된 경우
- ⑤ 청소년유해매체물임을 모르고 이를 청소년에게 대여한 업주에게 과징금을 부과한 경우

<해설>

- ① 실권의 법리란 행정기관이 행정행위의 위법상태를 장기간 동안 묵인·방치함으로써 상대방이 그 행위의 존속을 신뢰하게 된 경우, 행정기관도 더 이상 그 위법성을 이유로 취소할 수 없다는 법리이다. 실권의 법리가 적용되기 위해서는 ㉠ 행정청이 취소사유나 철회사유 등을 앎으로써 권리행사 가능성을 알았어야 하고, ㉡ 행정권의 행사가 가능함에도 불구하고 행정청이 장기간 권리행사를 하지 않았어야 하며, ㉢ 상대방인 국민이, 행정청이 이제는 권리를 행사하지 않을 것으로 신뢰하였고, 그에 정당한 사유가 있어야 한다.[김종석행정법총론 43면 (5)] 따라서 처분청이 취소처분을 할 수 있는 사정을 알고서도 상당기간 동안 취소처분을 하지 아니한 경우 실권의 법리가 인정될 수 있다.
- ② 민원인이 법정요건을 갖추지 못하였음에도 갖춘 것처럼 사실을 숨겨 허가를 받은 후 상당한 기간이 경과한 경우에는 상대방인 국민이 행정청이 이제는 권리를 행사하지 않을 것으로 신뢰한 데 대해 정당한 사유가 없다.[김종석행정법총론 43면 (5) ② ㉢] 판례도 수익적 처분의 하자가 당사자의 사실은폐에 기인한 것이라면 신뢰이익을 원용할 수 없다고 본다.[김종석행정법총론 40면 (2) 관련판례2]

행정처분에 하자가 있음을 이유로 처분청이 이를 취소하는 경우에도 그 처분이 국민에게 권리나 이익을 부여하는 수익적 처분인 때에는 그 처분을 취소하여야 할 공익상의 필요와 그 취소로 인하여 당사자가 입게 될 불이익을 비교교량한 후 공익상의 필요가 당사자가 입을 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 취소할 수 있는 것이지만, 그 처분의 하자가 당사자의 사실은폐나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위에 기인한 것이라면 당사자는 그 처분에 의한 이익이 위법하게 취득되었음을 알아 그 취소가능성도 예상하고 있었다고 할 것이므로, 그 자신이 위 처분에 관한 신뢰이익을 원용할 수 없음은 물론 행정청이 이를 고려하지 아니하였다고 하여도 재량권의 남용이 되지 아니한다(대법원 1996.10.25, 95누14190).

③ 실권의 법리가 적용되기 위해서는 행정청이 취소사유나 철회사유 등을 앎으로써 권리행사 가능성을 알았어야 한다.[김종석행정법총론 43면 (5) ② ㉠] 감사원의 지적을 통해 허가청이 비로소 법령위반의 사실을 안 경우라면 권리행사 가능성을 알 수 없었으므로 실권의 법리가 적용되지 않는다.

④ 허가를 받은 후 본인의 책임에 의해 허가의 요건을 사후적으로 갖추지 못하게 된 경우에 행정청은 허가를 철회할 수 있다. 행정행위의 철회란 하자 없이 유효하게 성립된 행정행위를 사후에 발생한 새로운 사정을 이유로 장래에 향하여 그 효력을 소멸시키는 원행정행위와 독립된 별개의 행정행위이다.[김종석행정법총론 223면 II 1. (1)] 철회는 별도의 행정행위에 의해 본래의 행정행위를 소멸시키는 것이지만, 실효는 사후에 발생한 일정한 사유로 인해 당연히 행정행위의 효력이 소멸되는 것이라는 점에서 구별된다.[김종석행정법총론 226면 I 2. (2)]

⑤ 청소년유해매체물임을 모르고 이를 청소년에게 대여한 업주에게 과징금을 부과한 경우 과징금을 부과한 것이 재량의 일탈·남용에 해당한다면 과징금부과처분은 위법하게 된다. 그러나 이 경우 취소의 대상은 될 수 있으나, 실권 또는 실효의 법리가 적용되는 것은 아니다.

<답> ①

12. 행정계획에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 도시의 기본적인 공간구조와 장기발전방향을 제시하는 종합계획으로서 도시기본계획은 처분성을 가진다.
- ② 도시계획구역 안의 토지나 건물소유자의 행위를 제한하게 되는 도시계획결정은 행정소송의 대상이 된다.
- ③ 구속적 행정계획은 법령의 목적달성을 위한 요건형성에 해당한다는 점에서 입법행위로 보아 소송대상이 되는 처분으로 보지 아니한다.
- ④ 현행법의 체계상 「국토기본법」에 의한 국토기본계획이 모든 계획에 대해 우위를 갖는다.
- ⑤ 비구속적 행정계획안이나 행정지침은 국민의 기본권에 직접적으로 영향을 끼치고, 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상될 수 있는 경우라도, 공권력행위로서 헌법소원의 대상이 될 수 없다.

<해설>

- ① 도시기본계획은 도시의 기본적인 공간구조와 장기발전방향을 제시하는 종합계획으로서 그 계획에는 토지이용계획, 환경계획, 공원녹지계획 등 장래의 도시개발의 일반적인 방향이 제시되지만, 그 계획은 도시계획입안의 지침이 되는 것에 불과하여 일반국민에 대한 직접적인 구속력은 없는 것이다. (대법원 2002.10.11, 2000두8226) 【민영주택사업계획승인신청반려처분취소】 [김종석행정법총론 254면 (2) 관련판례3, 판례집 127면 361면 (1)]
- ② (구)도시계획법 제12조 소정의 도시계획결정이 고시되면 도시계획구역 안의 토지나 건물소유자의 토지 형질변경, 건축물의 신축, 개축 또는 증축 등 권리행사가 일정한 제한을 받게 되는데, 이런 점에서 볼 때 고시된 도시계획결정은 특정 개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하는 효과를 가져오게 하는 행정청의 처분이라 할 것이고, 이는 행정소송의 대상이 된다. (대법원 1982.3.9, 80누105) 【도시계획변경처분취소】 [김종석행정법총론 254면 (1) 관련판례 1, 판례집 126면 357면]
- ③ 행정계획의 법적 성질에 대해 입법행위설, 행정행위설, 혼합행위설, 독자성설, 개별적 검토설의 대립이 있다. 판례는 구속적 행정계획인 도시계획결정의 처분성을 인정한 바 있다. [김종석행정법총론 253면 III 1. 도표 및 2.]
- ④ 국토기본법상 국토종합계획은 다른 법령에 따라 수립되는 국토에 관한 계획에 우선하지만, 군사에 관한 계획에 대하여는 그러하지 아니하다(동법 제8조). 다만, 동법상 국토기본계획이라는 계획은 없고 국토종합계획이 있다.

국토기본법 제8조 【다른 법령에 따른 계획과의 관계】 이 법에 따른 국토종합계획은 다른 법령에 따라 수립되는 국토에 관한 계획에 우선하며 그 기본이 된다. 다만, 군사에 관한 계획에 대하여는 그러하지 아니하다.

- ⑤ 비구속적 행정계획안이나 행정지침이라도 국민의 기본권에 직접적으로 영향을 끼치고, 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상될 수 있을 때에는, 공권력 행위로서 예외적으로 헌법소원의 대상이 될 수 있다. (헌법재판소 2000.6.1, 99헌마538·543·544·545·546·549 병합) 【개발제한구역제도 개선방안 확정발표 위헌확인】 [김종석행정법총론 265면 5., 판례집 132면 376면 (1)]

<답> ②

13. 「행정절차법」상 처분절차에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 당사자 등이 정당한 이유 없이 의견제출기한까지 의견제출을 하지 않은 경우 행정청은 의견이 없는 것으로 본다.
- ② 행정청이 당사자와 사이에 도시계획사업시행과 관련한 협약을 체결하면서 관계법령 및 행정절차법에 규정된 청문의 실시 등 의견 청취절차를 배제하는 조항을 둔 경우에도 청문을 배제할 수 없다고 함이 판례의 태도이다.
- ③ 행정청이 처분을 함에 있어서 정보통신망을 이용한 공청회를 개최하는 경우에는 일반 공청회를 병행하지 아니한다.
- ④ 신속히 처리할 필요가 있거나 사안이 경미한 경우에는 행정청은 말 또는 그 밖의 방법으로 처분할 수 있다.
- ⑤ 퇴직연금의 환수결정은 당사자에게 의무를 과하는 처분이기는 하나, 관련 법령에 따라 당연히 환수금액이 정하여지는 것이므로, 퇴직연금의 환수결정에 앞서 당사자에게 의견진술의 기회를 주지 아니하여도 행정절차법상 신의칙에 어긋나지 아니한다.

<해설>

① 동법 제27조 제4항 [법령집 39면]

② 행정청이 당사자와 사이에 도시계획사업의 시행과 관련한 협약을 체결하면서 관계 법령 및 행정절차법에 규정된 청문의 실시 등 의견청취절차를 배제하는 조항을 두었다고 하더라도, 국민의 행정참여를 도모함으로써 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호한다는 행정절차법의 목적 및 청문제도의 취지 등에 비추어 볼 때, 위와 같은 협약의 체결로 청문의 실시에 관한 규정의 적용을 배제할 수 있다고 볼 만한 법령상의 규정이 없는 한, 이러한 협약이 체결되었다고 하여 청문의 실시에 관한 규정의 적용이 배제된다거나 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당한다고 할 수 없다(대법원 2004.7.8, 2002두8350).[판례집 137면 393번]

③ 행정청은 일반 공청회와 병행하여서만 정보통신망을 이용한 공청회를 실시할 수 있다(동법 제38조의2 제1항). [법령집 43면]

④ 동법 제24조 제1항 [법령집 39면]

제24조 【처분의 방식】 ① 행정청이 처분을 할 때에는 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문서로 하여야 하며, 전자문서로 하는 경우에는 당사자등의 동의가 있어야 한다. 다만, <u>신속히 처리할 필요가 있거나 사안이 경미한 경우에는 말 또는 그 밖의 방법으로 할 수 있다.</u> 이 경우 당사자가 요청하면 지체 없이 처분에 관한 문서를 주어야 한다.
--

⑤ 판례의 태도로 옳다. (대법원 2000.11.28, 99두5443) 【퇴직급여환수금 반납고지처분 등 취소】 [판례집 137면 392번]

<답> ③

14. 「개인정보 보호법」상 개인정보보호원칙에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 개인정보처리자는 개인정보의 처리 목적을 명확하게 하고 그 목적에 필요한 범위에서 최소한의 개인정보만을 수집하여야 한다.
- ② 개인정보처리자는 그의 정당한 이익을 달성하기 위하여 필요한 경우에 명백히 정보주체의 권리보다 우선하는 경우에는 정보주체의 동의 없이 정보주체의 개인정보를 제3자에게 제공할 수 있다.
- ③ 개인정보 보호에 관한 사항을 심의·의결하기 위하여 대통령 소속으로 개인정보보호위원회를 둔다.
- ④ 국가 및 지방자치단체, 개인정보보호단체 및 기관, 정보주체, 개인정보처리자는 정보주체의 피해 또는 권리침해가 다수의 정보주체에게 같거나 비슷한 유형으로 발생하는 경우로서 일정한 사건에 대하여는 분쟁조정위원회에 집단분쟁조정을 의뢰 또는 신청할 수 있다.
- ⑤ 개인정보 보호법 소정의 일정한 요건을 갖춘 소비자단체나 비영리단체는 개인정보처리자가 집단분쟁조정을 거부하거나 집단분쟁조정의 결과를 수락하지 아니한 경우에는 법원에 권리침해 행위의 금지·중지를 구하는 단체소송을 제기할 수 있다.

<해설>

① 동법 제3조 제1항 [법령집 57면]

제3조 【개인정보보호 원칙】 ① 개인정보처리자는 개인정보의 처리 목적을 명확하게 하여야 하고 그 목적에 필요한 범위에서 최소한의 개인정보만을 적법하고 정당하게 수집하여야 한다.

② 정보주체의 동의 없이 정보주체의 개인정보를 제3자에게 제공하기 위해서는 동법 제17조 제1항 제2호에 해당하여야 한다.[법령집 61면] 그러나 개인정보처리자의 정당한 이익을 달성하기 위하여 필요한 경우에 명백히 정보주체의 권리보다 우선하는 경우라는 요건은 규정되어 있지 않다.

제17조 【개인정보의 제공】 ① 개인정보처리자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에는 정보주체의 개인정보를 제3자에게 제공(공유를 포함한다. 이하 같다)할 수 있다.

1. 정보주체의 동의를 받은 경우
2. 제15조 제1항 제2호·제3호 및 제5호에 따라 개인정보를 수집한 목적 범위에서 개인정보를 제공하는 경우

제15조 【개인정보의 수집·이용】 ① 개인정보처리자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 개인정보를 수집할 수 있으며 그 수집 목적의 범위에서 이용할 수 있다.

1. 정보주체의 동의를 받은 경우
2. 법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우
3. 공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우
4. 정보주체와의 계약의 체결 및 이행을 위하여 불가피하게 필요한 경우
5. 정보주체 또는 그 법정대리인이 의사표시를 할 수 없는 상태에 있거나 주소불명 등으로 사전 동의를 받을 수 없는 경우로서 명백히 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우

③ 동법 제7조 제1항 [법령집 58면]

④ 동법 제49조 제1항 [법령집 74면]

⑤ 동법 제51조 [법령집 75면]

제51조 【단체소송의 대상 등】 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 단체는 개인정보처리자가 제49조에 따른 집단분쟁조정을 거부하거나 집단분쟁조정 결과 수락하지 아니한 경우에는 법원에 권리침해 행위의 금지·중지를 구하는 소송(이하 “단체소송”이라 한다)을 제기할 수 있다. 1. 「소비자기본법」 제29조에 따라 공정거래위원회에 등록된 소비자단체로서 다음 각 목의 요건을 모두 갖춘 단체 가. 정관에 따라 상시적으로 정보주체의 권익증진을 주된 목적으로 하는 단체일 것 나. 단체의 정회원수가 1천명 이상일 것 다. 「소비자기본법」 제29조에 따른 등록 후 3년이 경과하였을 것 2. 「비영리민간단체 지원법」 제2조에 따른 비영리민간단체로서 다음 각 목의 요건을 모두 갖춘 단체 가. 법률상 또는 사실상 동일한 침해를 입은 100명 이상의 정보주체로부터 단체소송의 제기를 요청받을 것 나. 정관에 개인정보 보호를 단체의 목적으로 명시한 후 최근 3년 이상 이를 위한 활동실적이 있을 것 다. 단체의 상시 구성원수가 5천명 이상일 것 라. 중앙행정기관에 등록되어 있을 것

<답> ②

15. 행정대집행에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 부작위의무의 이행을 확보하기 위하여 활용하는 대표적인 행정작용의 실효성 확보수단에 해당한다.
- ② 대집행의 주체는 당사자에 의해 불이행되고 있는 의무를 부과한 행정청이다.
- ③ 법령이나 조례에 의해 직접 명령되었거나 법령에 근거한 처분에 의한 행위를 대상으로 한다.
- ④ 계고와 대집행영장에 의한 통지 사이에는 행정행위 하자의 승계를 허용하는 것이 판례의 태도이다.
- ⑤ 토지나 가옥의 인도 의무 불이행은 대집행의 대상에 해당하지 않는다고 보는 것이 판례의 태도이다.

<해설>

- ① 대집행은 대체적 작위의무의 불이행에 대한 실효성 확보수단에 해당한다.[김종석행정법총론 271면 (4) 2) ①] 부작위의무는 그 의무를 위반함으로써 발생한 결과를 시정하기 위한 작위의무로 전환되지 않는 한 대집행의 대상이 될 수 없다.[김종석행정법총론 272면 (4) 2) ②]
- ② 대집행의 주체는 대집행의 대상이 되는 의무를 명한 ‘처분청’을 말한다.[김종석행정법총론 271면 (3) 1)]
- ③ 대집행의 원인이 되는 의무불이행은 법령에 의하여 직접 부과된 의무와 법령에 의거한 행정청의 처분에 의해 부과된 의무를 불이행한 경우를 모두 포함한다. 또한 조례도 행정대집행법상의 대체적 작위의무 부과 근거가 되는 법령에 해당한다.[김종석행정법총론 271면 (4) 1) 사이드각주 ①②]
- ④ 대집행의 각 절차는 서로 결합하여 하나의 법률효과를 발생시키는 것이므로 하자의 승계가 인정된다.[김종석행정법총론 276면 (6) 2) ② ㉠ ㉡]
- ⑤ (구)토지수용법상 피수용자 등이 기업자에 대하여 부담하는 수용대상 토지의 인도 의무는 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 될 수 있는 것이 아니다(대법원 2005.8.19, 2004다2809).[김종석행정법총론 272면 관련판례2 및 레벨업 1. ⑥]

<답> ①

16. 과징금에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 과징금 부과처분의 기준을 정하는 경우에 여러 요소를 종합적으로 고려하여 사안에 따라 적정한 과징금의 액수를 정하여야 할 것이므로 그 수액은 최고한도액이 아니라 정액이다.
- ② 영업정지에 갈음하는 과징금을 변형된 과징금이라 하며 변형된 과징금제도는 일반공중의 이용편의를 도모하기 위한 것이다.
- ③ 변형된 과징금의 경우 영업정지에 갈음하는 과징금을 부과할 것인가 영업정지처분을 내릴 것인가는 통상 행정청의 재량에 속한다.
- ④ 과징금은 형사처벌이 아니므로 이론상으로는 동일한 위반행위에 대하여 벌금과 과징금을 병과하는 것도 가능하다.
- ⑤ 위법한 과징금의 부과행위는 행정소송을 통하여 취소 등을 구할 수 있다.

<해설>

- ① (구)청소년보호법 제49조 제1항·제2항에 따른 같은 법 시행령 제40조 [별표6]의 위반행위의 종별에 따른 과징금처분기준은 법규명령이기는 하나, 모법의 위임규정의 내용과 취지 및 헌법상의 과잉금지의 원칙과 평등의 원칙 등에 비추어 같은 유형의 위반행위라 하더라도 그 규모나 기간·사회적 비난 정도·위반행위로 인하여 다른 법률에 의하여 처벌받은 다른 사정·행위자의 개인적 사정 및 위반행위로 얻은 불법이익의 규모 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 사안에 따라 적정한 과징금의 액수를 정하여야 할 것이므로 그 수액은 정액이 아니라 최고한도액이다. (대법원 2001.3.9, 99두5207) 【과징금부과처분취소】 [김종석행정법총론 123면 ② ㉠ 관련판례2 및 299면 5. 관련판례, 판례집 70면 199번 (1)]
- ②③ 변형된 과징금이란 의무위반행위에 대한 인·허가의 철회·정지에 갈음하여 부과되는 과징금을 말한다. 변형된 과징금은 일반대중에게 심한 불편을 주거나 공익을 해칠 우려가 있을 때 인정된다. 과징금을 부과할 것인지 영업정지처분을 내릴 것인지는 통상 행정청의 재량에 속하는 것으로 본다.[김종석행정법총론 297면 2. (2) 및 사이드각주]
- ④ (구)독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제24조의2에 의한 부당내부거래에 대한 과징금은 그 취지와 기능, 부과 주체와 절차 등을 종합할 때 부당내부거래 억지라는 행정목적 실현하기 위하여 그 위반행위에 대하여 제재를 가하는 행정상의 제재금으로서의 기본적 성격에 부당이득환수적 요소도 부가되어 있는 것이라 할 것이고, 이를 두고 헌법 제13조 제1항에서 금지하는 국가형벌권 행사로서의 ‘처벌’에 해당한다고는 할 수 없으므로, 공정거래법에서 형사처벌과 아울러 과징금의 병과를 예정하고 있더라도 이중처벌금지원칙에 위반된다고 볼 수 없으며, 이 과징금부과처분에 대하여 공정력과 집행력을 인정한다고 하여 이를 확정판결 전의 형벌집행과 같은 것으로 보아 무죄추정의 원칙에 위반된다고도 할 수 없다(헌법재판소 2003.7.24, 2001헌가25). [김종석행정법총론 298면 4. (2) 관련판례1, 판례집 168면 474번]
- ⑤ 과징금부과처분은 행정행위이므로, 과징금 부과 및 징수에 하자가 있는 경우 납부의무자는 행정쟁송절차에 따라 다툴 수 있다.[김종석행정법총론 299면 8. (2)]

<답> ①

17. 행정상 손해배상에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 실무상 국가배상청구소송은 민사소송으로 행해지고 있다.
- ② 법령에 의해 대집행권한을 위탁받은 한국토지공사는 국가공무원법 제2조에서 말하는 공무원에 해당하지 아니한다.
- ③ 입법행위로 인한 손해에 대한 국가배상청구에서 법률이 위헌인 경우 입법행위는 위법하다.
- ④ 국가배상법은 행정작용뿐만 아니라 입법작용 및 사법작용에도 적용된다.
- ⑤ 국가배상에서의 인과관계는 민법상 불법행위 책임에서의 그것과 동일하게 상당인과관계가 요구된다.

<해설>

- ① 판례는 국가배상법을 사법으로서 민법의 특별법이라고 보면서, 국가배상청구권의 성격도 사권이며, 소송형태 또한 민사소송에 의한다고 본다.[김종석행정법총론 308면 2. (2) 도표]
- ② 한국토지공사는 이러한 법령의 위탁에 의하여 대집행을 수권받은 자로서 공무원인 대집행을 실시함에 따르는 권리·의무 및 책임이 귀속되는 행정주체의 지위에 있다고 볼 것이지 지방자치단체 등의 기관으로서 국가배상법 제2조 소정의 공무원에 해당한다고 볼 것은 아니다. 반면 이 사건 대집행을 실제 수행한 한국토지공사의 업무담당자, 철거용역계약을 체결한 법인 및 그 대표자는 이 사건 대집행에 실질적으로 종사한 자라고 할 것이므로 국가배상법 제2조 소정의 공무원에 해당한다(대법원 2010.1.28, 2007다82950·82967).[판례집 175면 489번 (2)]
- ③ 우리 헌법이 채택하고 있는 의회민주주의하에서 국회는 다원적 의견이나 각가지 이익을 반영시킨 토론과정을 거쳐 다수결의 원리에 따라 통일적인 국가의사를 형성하는 역할을 담당하는 국가기관으로서 그 과정에 참여한 국회의원은 입법에 관하여 원칙적으로 국민 전체에 대한 관계에서 정치적 책임을 질 뿐 국민 개개인의 권리에 대응하여 법적 의무를 지는 것은 아니므로, 국회의원의 입법행위는 그 입법내용이 헌법의 문언에 명백히 위배됨에도 불구하고 국회가 굳이 해당 입법을 한 것과 같은 특수한 경우가 아닌 한 국가배상법 제2조 제1항 소정의 위법행위에 해당한다고 볼 수 없고, 같은 맥락에서 국가가 일정한 사항에 관하여 헌법에 의하여 부과되는 구체적인 입법의를 부담하고 있음에도 불구하고 그 입법에 필요한 상당한 기간이 경과하도록 고의 또는 과실로 이러한 입법의를 이행하지 아니하는 등 극히 예외적인 사정이 인정되는 사안에 한정하여 국가배상법 소정의 배상책임이 인정될 수 있으며, 위와 같은 구체적인 입법 의무 자체가 인정되지 않는 경우에는 애당초 부작위로 인한 불법행위가 성립할 여지가 없다(대법원 2008.5.29, 2004다33469).[김종석행정법총론 318면 4) 관련판례, 판례집 185면 519번]
- ④ 국가배상법 제2조의 요건상 직무에는 행정작용뿐만 아니라 입법작용과 사법작용도 포함된다.[김종석행정법총론 311면 (2) 2)]
- ⑤ 가해행위인 직무집행행위와 손해의 발생 사이에는 상당인과관계가 있어야 한다. 이때 상당인과관계의 유무를 판단함에 있어서는 일반적인 결과 발생의 개연성은 물론 직무상 의무를 부과하는 법령 기타 행동규범의 목적, 그 수행하는 직무의 목적 내지 기능으로부터 예견가능한 행위 후의 사정, 가해행위의 태양 및 피해의 정도 등을 종합적으로 고려하여야 한다는 것이 판례의 태도이다(대법원 2003.4.25, 2001다59842).[김종석행정법총론 320면 (6) 3) ①]

<답> ③

18. 항고소송의 소송요건에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 행정행위의 부관은 부담의 경우를 제외하고는 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 있다.
- ② 취소소송의 대상은 행정청의 “처분등”, 즉 처분과 재결이다.
- ③ 침해적 행정처분이 내려진 후에 내려진 동일한 내용의 반복된 침해적 행정처분은 처분이 아니다.
- ④ 판례는 행정소송법 제12조의 법률상 이익은 직접적이고 구체적·개인적 이익을 말하고 간접적이거나 사실·경제적 이해관계를 가지는 데 불과한 경우 및 공익은 포함되지 않는다고 보고 있다.
- ⑤ 처분이 있음을 안 날이라 함은 처분에 관한 서류가 당사자의 주소에 송달되는 등 사회통념상 처분이 있음을 당사자가 알 수 있는 상태에 놓여진 때에는 반증이 없는 한 그 처분이 있음을 알았다고 추정할 수 있다.

<해설>

① 행정행위의 부관 중에서도 행정행위에 부수하여 그 행정행위의 상대방에게 일정한 의무를 부과하는 행정청의 의사표시인 부담의 경우에는 다른 부관과는 달리 행정행위의 불가분적인 요소가 아니고 그 존속이 본체인 행정행위의 존재를 전제로 하는 것일 뿐이므로 부담 그 자체로서 행정쟁송의 대상이 될 수 있다.(대법원 1992.1.21, 91누1264).[김종석행정법총론 185면 VI 관련판례1, 판례집 98면 280면 (1)]

② 취소소송의 대상은 처분등이다(행정소송법 제19조). 처분등이란 처분과 행정심판에 대한 재결을 말한다(동법 제2조 제1항 제1호).

제19조 【취소소송의 대상】 취소소송은 처분등을 대상으로 한다. 다만, 재결취소소송의 경우에는 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다.

제2조 【정의】 ① 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “처분등”이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용(이하 “처분”이라 한다) 및 행정심판에 대한 재결을 말한다.

③ 반복된 제고의 경우 제2차, 제3차의 제고처분은 단순히 대집행기한의 연기통지에 불과하며(대법원 1994.10.28, 94누5144)[김종석행정법총론 274면 ② ㉠], 반복된 독촉의 경우에도 최초의 독촉만이 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 되고, 그 후에 한 동일한 내용의 독촉은 단순한 최고에 불과하여 행정처분이라 할 수 없다(대법원 1999.7.13, 97누119).[김종석행정법총론 281면 (3) 1) ②]

④ 법률상 보호되는 이익이라 함은 당해 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익이 있는 경우를 말하고, 다만, 공익보호의 결과로 일반 국민이 일반적·간접적·추상적 이익과 같이 사실적·경제적 이해관계를 가지는 데 불과한 경우는 여기에 포함되지 아니한다(대법원 2004.8.16, 2003두2175).[김종석행정법총론 77면 (2) 관련판례, 판례집 36면 100면 (1) 및 218면 627면]

⑤ 처분을 기재한 서류가 당사자의 주소에 송달되는 등으로 사회통념상 처분이 있음을 당사자가 알 수 있는 상태에 놓여진 때에는 반증이 없는 한 그 처분이 있음을 알았다고 사실상 추정된다(대법원 1995.11.24, 95누11535).[김종석행정법총론 378면 (3) 1) ② ㉠]

<답> ①

19. 판례에 따르면 처분성이 인정된 것은?

- ① 공공기관의 장 또는 사용자에 대한 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고
- ② 운전면허 행정처리대상상 벌점의 배점
- ③ 행정기관 상호 간의 협의나 동의
- ④ 특별권력관계 내에서의 행위
- ⑤ 처분의 기초자료를 제공하기 위한 결정

<해설>

① (구)남녀차별금지 및 구제에 관한 법률 제28조에 의하면, 국가인권위원회의 성희롱결정과 이에 따른 시정조치의 권고는 불가분의 일체로 행하여지는 것인데 국가인권위원회의 이러한 결정과 시정조치의 권고는 성희롱 행위자로 결정된 자의 인격권에 영향을 미침과 동시에 공공기관의 장 또는 사용자에게 일정한 법률상의 의무를 부담시키는 것이므로 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고는 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 보지 않을 수 없다(대법원 2005.7.8, 2005두487).[김종석행정법총론 248면 상단 관련판례3 비교판례, 판례집 125면 354번]

② 운전면허 행정처분처리대상상 벌점의 배점 자체만으로는 아직 국민에 대하여 구체적으로 어떤 권리를 제한하거나 의무를 명하는 등 법률적 규제를 하는 효과를 발생하는 요건을 갖춘 것이 아니어서 그 무효확인 또는 취소를 구하는 소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다.(대법원 1994.8.12, 94누2190) 【자동차운전면허정지처분취소】

③④⑤ 처분은 외부적 행위여야 한다. 따라서 외부적 행위가 아닌 행정기관 내부적 협의나 동의, 특별권력관계 내에서의 행위, 내부적 결정행위는 행정행위가 아니다. 다만, 특별권력관계 내에서의 행위라도 예외적으로 공무원에 대한 징계처분과 같이 처분성이 인정되는 경우도 있다.[김종석행정법총론 취소소송의 체계 18면 2. 도표]

<답> ①

20. 행정심판위원회에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 행정심판위원회는 심판청구사건에 대하여 심리권과 재결권을 가진다.
- ② 행정심판위원회는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 집행정지결정을 할 수 있다.
- ③ 행정심판위원회는 처분 또는 부작위가 위법·부당하다고 상당히 의심되는 경우로서 당사자가 받을 우려가 있는 중대한 불이익이나 급박한 위험을 막기 위하여 필요한 경우 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 임시처분을 결정할 수 있다.
- ④ 중앙행정심판위원회는 심판청구의 심리·재결시 처분 또는 부작위의 근거가 되는 명령 등이 크게 불합리한 경우 관계 행정기관에 그 개정·폐지 등 적절한 시정조치를 요청할 수 있다.
- ⑤ 행정심판위원회는 처분의 이행을 명하는 재결에도 불구하고 피청구인이 처분을 하지 않는 경우에는 당사자의 신청 또는 직권으로 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간에도 이행하지 않으면 직접 처분을 할 수 있다.

<해설>

① 2008년 이전에는 심판청구사건에 관하여 행정심판위원회와 재결청이 각각 심리·의결과 재결을 하였으나, 그 이후는 일원화되어 행정심판위원회가 심리와 재결을 하고 있다(행정심판법 제6조 참조).[법령집 13면]

② 동법 제30조 제2항 [법령집 22면]

제30조 【집행정지】 ② 위원회는 처분, 처분의 집행 또는 절차의 속행 때문에 중대한 손해가 생기는 것을 예방할 필요성이 긴급하다고 인정할 때에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 처분의 효력, 처분의 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지(이하 “집행정지”라 한다)를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 그 목적을 달성할 수 있을 때에는 허용되지 아니한다.

③ 동법 제31조 제1항 [법령집 23면]

제31조 【임시처분】 ① 위원회는 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 정하여야 할 필요가 있는 경우에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 임시처분을 결정할 수 있다.

④ 동법 제59조 [법령집 30면]

제59조 【불합리한 법령 등의 개선】 ① 중앙행정심판위원회는 심판청구를 심리·재결할 때에 처분 또는 부작위의 근거가 되는 명령 등(대통령령·총리령·부령·훈령·예규·고시·조례·규칙 등을 말한다. 이하 같다)이 법령에 근거가 없거나 상위 법령에 위배되거나 국민에게 과도한 부담을 주는 등 크게 불합리하면 관계 행정기관에 그 명령 등의 개정·폐지 등 적절한 시정조치를 요청할 수 있다.

⑤ 직접처분은 당사자의 신청이 있어야 하고 직권으로 할 수는 없다(동법 제50조 제1항). [법령집 27면]

제50조 【위원회의 직접 처분】 ① 위원회는 피청구인이 제49조 제2항에도 불구하고 처분을 하지 아니하는 경우에는 당사자가 신청하면 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간에 이행하지 아니하면 직접 처분을 할 수 있다. 다만, 그 처분의 성질이나 그 밖의 불가피한 사유로 위원회가 직접 처분을 할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

<답> ⑤