

2006.4.8 중앙위 행정법총론 복원해설 - 서정범 교수

1. 국가배상법상 배상책임에 관한 설명 중 옳은 것은?

- ① 국가배상법상 배상책임자는 위법한 직무행위를 한 공무원이 소속된 국가 및 공공단체로 규정되어있다.
- ② 가해행위를 한 공무원의 선임·감독자와 비용부담자가 다른 경우 그 비용을 부담하는 자는 배상책임이 없다.
- ③ 한정액설에 의하면 국가배상법 제3조상 배상기준 규정은 배상액의 하한을 규정한 절대규정이라고 본다.
- ④ 생명, 신체의 침해로 인한 국가배상을 받을 권리는 이를 양도하거나 압류하지 못하게 하고 있다.

해설) ④가 국가배상법 제4조의 내용으로 타당한 지문이다. 한편 ①②③은 다음과 같은 이유에서 틀렸다. 즉, ① 국가배상법은 배상책임자로 국가와 지방자치단체를 규정하고 있으며(제1조 등), ② 가해행위를 한 공무원의 선임·감독자와 비용부담자가 다른 경우 비용부담자도 배상책임을 진다(국가배상법 제6조 제1항). 또한 ③ 국가배상법 제3조상의 배상기준의 성격에 관하여 한정액설(제한규정설)은 동조의 배상기준은 배상액의 '상한'을 규정한 것으로 본다. 답 ④

2. 행정의 주체, 대상, 상대방에 대한 효과, 수단 또는 형식 등에 의한 분류에 있어서 같은 분류기준에 의한 종류로만 묶인 것은?

- ① 복효(적)행정 - 위임(적)행정 - 국고(적)행정
- ② 권력(적)행정 - 자치(적)행정 - 위임(적)행정
- ③ 권력(적)행정 - 공과(적)행정 - 국고(적)행정
- ④ 수익(적)행정 - 침익(적)행정 - 복효(적)행정

해설) ④가 행정행위가 상대방 등에게 미치는 법률효과를 기준으로 한 분류에 해당한다. 한편 ①은 상대방에 대한 효과에 의한 분류(복효적 행정)/주체에 의한 분류(위임행정)/수단 또는 형식에 의한 분류(국고행정), ②는 수단 또는 형식에 의한 분류(권력행정)/주체에 의한 분류(자치행정·위임행정), ③은 수단 또는 형식에 의한 분류(권력행정·국고행정)/목적에 의한 분류(공과행정)가 연결되어 있는 것이다. 답 ①

3. 행정행위의 부관에 대한 다음 설명 중 옳은 것은?

- ① 판례에 의하면 재량행위나 기속재량 행위에는 부관을 붙일 수 없고, 붙였다 하더라도 이는 무효이다.
- ② 특정한 경우에 행정청이 철회할 수 있다는 철회권 유보의 부관이 붙어있는 경우에는 그 자체만으로 당연히 행정행위를 철회할 수 있다.
- ③ 대법원 판례에 의하면 부담은 주된 행정행위에 종속되기는 하나 다른 행정 행위의 부관과는 달리 독립성이 강하여 부담 그 자체에 대한 행정 쟁송의 제기가 가능하다.
- ④ 행정행위에 부담이 부관으로 붙어있는 경우 당해 부담이 이행되지 않으면 당해 행정행위의 효력은 상실된다.

해설) ①②④는 다음과 같은 이유에서 틀렸다. 즉, ① 판례는 기속행위 내지 기속재량행위에는 부관을 붙일 수 없고, 붙였다 하더라도 무효라는 입장을 취하고 있으며(대판 1995.6.13, 94다56883), ② 철회권유보의 부관이 붙어있는 경우에는 그 자체만으로 당연히 행정행위를 철회할 수 있는 것은 아니며 행정행위의 철회에 관한 일반적 요건이 충족되는 경우에 비로소 철회가 허용되는 것이다. 또한 ④ 부담을 이행하지 않았다고 하여 부담부 행정행위의 효력이 당연히 소멸하는 것은 아니다. 답 ③

7. 다음 중 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」상 개인 정보화일의 보유기관의 장이 보유목적 이외의 목적으로 처리 정보를 이용하거나 다른 기관에 제공할 수 있는 경우에

해당되지 않는 것은?

- ① 정보주체의 동의가 있거나 정보주체에게 제공하는 경우
- ② 행정심판위원회의 심판 업무수행을 위하여 필요한 경우
- ③ 다른 법률에서 정하는 소관업무를 수행하기 위하여 당해처리정보를 이용할 상당한 이유가 있는 경우
- ④ 조약 기타 국제협정의 이행을 위하여 외국정부 또는 국제기구에 제공하는 경우

해설) 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」상 개인 정보화일의 보유기관의 장은 당해 개인정보화일의 보유목적외의 목적으로 처리정보를 이용하거나 다른 기관에 제공하여서는 아니됨이 원칙이다. 다만 동법은 예외적으로 당해 개인정보화일의 보유목적외의 목적으로 처리정보를 이용하거나 다른 기관에 제공할 수 있는 경우를 규정하고 있는바, 다음에 열거하는 것들이 그에 해당한다. 즉,

- ① 정보주체의 동의가 있거나 정보주체에게 제공하는 경우
- ② 다른 법률에서 정하는 소관업무를 수행하기 위하여 당해 처리정보를 이용할 상당한 이유가 있는 경우
- ③ 조약 기타 국제협정의 이행을 위하여 외국정부 또는 국제기구에 제공하는 경우
- ④ 통계작성 및 학술연구등의 목적을 위한 경우로서 특정개인을 식별할 수 없는 형태로 제공하는 경우
- ⑤ 정보주체 또는 그 법정대리인이 의사표시를 할 수 없는 상태에 있거나 주소불명 등으로 동의를 할 수 없는 경우로서 정보주체외의 자에게 제공하는 것이 명백히 정보주체에게 이익이 된다고 인정되는 경우
- ⑥ 범죄의 수사와 공소의 제기 및 유지에 필요한 경우
- ⑦ 법원의 재판업무수행을 위하여 필요한 경우
- ⑧ 기타 대통령령이 정하는 특별한 사유가 있는 경우. 답 ③

8. 처분에 대한 이유부기의 하자에 관한 다음 설명 중 가장 타당한 것은?

- ① 이유부기를 하지 않아 생긴 처분의 하자는 여하한 경우에도 치유할 수 없다
- ② 이유부기는 처분이유를 처분의 상대방에게 알려주는 데 있으므로 그 하자를 처분 후 언제라도 추완할 수 있다.
- ③ 원칙적으로 이유부기를 하지 않으면 처분이 위법한 것으로 된다.
- ④ 처분에 대한 이유부기는 예외없이 적용되는 원칙이다.

해설) 행정청이 처분을 함에 있어 이유부기(이유제시)를 하지 않게 되면 당해 처분은 위법한 것이 됨이 원칙이므로 ③이 의문의 여지없이 타당한 지문이 된다. 한편 ①②④는 다음과 같은 점에서 틀렸다. 즉, ① 처분에 절차 또는 형식상의 하자가 있게 되면 그것이 무효사유가 아닌 한 일정한 범위에서 치유가 가능하며, ② 한편 하자의 치유가 인정되는 경우에도 쟁송을 제기하기 이전까지만 허용하는 것이 일반적 견해이다. 한편 ③ 행정절차법 제23조에 따르면 처분을 함에 있어 이유를 제시하여야 하는 것이 원칙이나, 상대방의 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분 등의 경우에는 이유제시를 하지 않아도 된다. 답 ③

9. 취소소송에서 입증책임에 대한 다음 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 통설과 판례는 재량권의 일탈, 남용의 입증책임이 원고에게 있다고 본다
- ② 처분의 절차의 적법성 및 송달에 관한 입증책임은 행정청에 있다는 것이 판례의 입장이다
- ③ 처분의 존재, 제소기간의 준수 등 소송요건은 취소소송에서의 직권조사사항이므로 원고가 입증책임을 지지 않는다
- ④ 과세처분의 적법성 및 과세요건 사실의 존재에 관하여는 원칙적으로 과세관청인 피고

가 그 입증책임을 부담한다.

해설) 소송요건은 원칙적으로 직권조사사항이다. 그러나 그 존부가 불명확한 경우에는 원고의 불이익으로 귀결된다는 점을 고려할 때 소송요건의 존재에 대한 입증책임이 원고에게 있다고 보아야 할 것이다. 답 ③

10. 허가처분의 근거가 된 법률에서는 물적 요건을 허가기준으로 정하고 그 구체적인 시설기준을 부령에 위임하였으나 부령에서는 해당 허가업의 시장과잉을 방지하기 위해 위 물적 요건 이외에 수요공급 규정을 추가하였다. 그 후 관할 행정청은 위 부령이 정한 허가요건을 구비하여 허가를 신청한 민원인에 대해 수요과잉이라는 이유로 이 건 허가를 거부하였다. 이와 관련해서 가장 타당한 것은?

① 허가는 수익처분으로서 재량에 속한다고 할 것이기 때문에 재량행사의 기준으로 규정한 위 수요공급규정에 근거한 거부처분은 적법하다.

② 부령인 시행규칙은 법률보다 적용우위를 갖는 점에서 부령에 근거하여 거부한 이 건 처분은 적법한 처분으로서 취소의 대상이 되지 아니한다.

③ 판례는 이러한 법규명령을 이른바 행정명령으로 보아 그 거부에 재량의 일탈이나 남용이 없으면 적법한 것으로 본다.

④ 이러한 경우에 법원은 위 부령의 위헌·위법여부를 심사하여 당해 처분의 취소여부를 판단하게 된다

해설) 문제의 지문이 여러 가지로 해석될 수 있는 사례이어서 출제자의 의도를 파악하기 어려운 면이 있지만, 답이 될 수 있는 가능성은 ③④로 압축될 수 있는 것으로 보인다. 즉, 부령이 정한 수요공급규정을 처분의 기준을 정한 것으로 본다면 이른바 법규명령형식의 행정규칙에 관한 논의를 고려할 때 설문의 부령은 행정명령을 가지는 것으로 볼 수 있으므로 ③이 맞는 지문이 될 수 있다. 그러나 설문의 부령은 법률에서 단지 '물적 요건의 구체적인 시설기준'의 정립에 관하여만 위임을 받았음에도 불구하고 위임의 범위를 벗어나 수요공급에 관한 전혀 새로운 허가기준을 추가한 것으로 볼 수 있는 측면이 있고, 그렇다면 설문의 부령은 위임의 범위를 벗어난 것이 된다. 따라서 법원은 당해 거부처분을 다투는 취소소송이 제기된 경우에 있어 설문상의 부령의 위헌·위법가 재판의 전제가 된다면 그의 위헌·위법여부를 심사하여 당해처분의 취소여부를 판단하여야 할 것이며, 이 한도에서 ④도 답이 될 수 있다. 답 ③ 또는 ④(수험가에서는 ④를 답으로 택하는 경우가 많음)

11. 대법원 판례의 의할 때 원고적격이 부인된 사례에 해당하는 것은?

① 도시계획법상 주거지역에 설치할 수 없는 연탄공장 건축허가처분에 대한 지역주민의 원 고적격

② 공설화장장설치를 내용으로 하는 도시계획결정에 대한 지역주민의 원고적격

③ 전원개발사업실시계획승인처분을 다룰 환경영향평가 대상지역내의 주민에 대한 원고적 격

④ 상수도보호구역의 변경에 대한 그 상수원으로부터 급수를 받는 인근주민의 원고적격

해설) ④의 경우 대법원은 인근주민의 원고적격을 부정한 바 있다(대판 1995.9.26, 94누 14544 참조). 답 ④

12. 다음 중 재량행위에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

① 공유수면점용허가는 허가의 요건이 충족된 경우에도 공익을 이유로 거부할 수 있다

② 현행법상 재량하자의 사법심사에 관한 명문의 규정은 존재하지 않는다.

③ 단순한 재량위반은 부당함에 그치는 것이나 그 일탈·남용은 당해 재량행위를 위법하게 만든다.

경우 행정소송의 전치요건을 충족한 것으로 보는 것이 판례의 입장이다.

해설) ①②④는 다음과 같은 이유에서 틀렸다. 즉, ① 행정법관계에 있어 처분의 주체는 행정청이나 당해 처분의 법적 효과(권리/의무)는 처분청이 아니라 행정주체에게 귀속되며, ② 하명이 아닌 처분의 경우에는 자력강제의 문제가 발생하지 않는다. 한편 ④ 부적법한 행정심판을 재결청이 적법한 것으로 오인하여 본안에 대하여 재결을 한 경우에는 행정심판전치의 요건을 충족하지 못한 것이 된다. 답 ③

19. 행정입법에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은?

① 대통령령이 적법하게 성립하여 효력을 발생하기 위해서는 법제처의 심사와 국무회의의 심의를 거쳐야 한다.

② 도로교통법시행규칙 제53조 제1항[별표16]의 운전면허 행정처분기준은 행정청 내의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과하다는 것이 판례의 입장이다.

③ 행정기관이 재량준칙을 위반하여 행정처분을 한 경우 상대방은 평등원칙이나 신뢰보호원칙을 근거로 위법을 주장할 수 있다.

④ 헌법재판소는 법규명령에 대한 헌법소원을 인정하지 않고 있다.

해설) 헌법재판소는 헌법 제107조 제2항의 규정에도 불구하고 법규명령(대법원규칙인 법무사법시행규칙)에 대한 헌법소원을 받아 들여 동 규칙이 위헌임을 결정한 바 있으므로(헌재결 1990.10.15, 89헌마178) ④는 틀렸다. 답 ④

20. 다음 중 대집행에 관한 설명 중 맞는 것은?

① 철거명령과 대집행계고를 동시에 하는 것은 허용될 수 없다는 것이 판례의 입장이다.

② 대집행 영장의 통지는 처분성이 있어 독립하여 행정소송의 대상이 된다.

③ 대집행의 범위는 계고서만으로도 구체적으로 특정될 수 있어야만 한다.

④ 대집행비용의 납부를 명하는 비용납부명령은 사실행위인 통지에 불과하므로 행정소송의 대상이 될 수 없다.

해설) ①③④는 다음과 같은 이유에서 틀렸다. 즉, ① 대집행의 요건은 계고를 할 때 충족되어야 하며 따라서 의무를 과하는 행정행위와 계고를 결합시킬 수는 없는 것이 원칙이다. 다만 법원은 「계고서라는 명칭의 1장의 문서로서 일정기간 내에 위법건축물의 자진철거를 명함과 동시에 그 소정기한 내에 자진철거를 하지 아니할 때에는 대집행할 뜻을 미리 계고한 경우라도 건축법에 의한 철거명령과 행정대집행법에 의한 계고처분은 독립하여 있는 것으로서 각 그 요건이 충족되었다고 볼 것이다」(대판 1992.6.12, 91누13564)고 판시하여 일정한 요건하에 양자의 결합이 허용될 수도 있다는 입장을 취하고 있다. 또한 ③은 「대집행의 범위의 특정여부는 실제건물의 위치, 구조, 평수 등을 계고서의 표시와 대조검토하여 대집행의무자가 그 이행의무의 범위를 알 수 있을 정도면 족하다」고 판시한 대판 1992.6.12, 91누13564에 배치되는 것으로 보이며, ④ 비용납부명령은 독자적인 처분으로서 행정소송의 대상이 된다. 답 ②

참 고: 일부 수험생들의 기억에 따르면 이하와 같은 문제도 있었다고 하는바, 확실하지 않다.

20. 다음 중 행정벌과 행정강제의 수단으로 모두 인정하고 있는 것은?

① 부역, 현품

② 벌 금

④ 과태료

답 ④