

행정법 2017년 진도별 기출문제 정리 (11)

김진영 | 박문각남부,강남고시학원

44. 판례에 따른 때 행정입법에 관한 설명으로 가장 옳지 않은 것은? [17, 서울9급]

- ① 법률의 위임 규정 자체가 그 의미 내용을 정확하게 알 수 있는 용어를 사용하여 위임의 한계를 분명히 하고 있는데도 고시에서 그 문언적 의미의 한계를 벗어나면 위임의 한계를 일탈한 것으로서 허용되지 아니한다.
- ② 한국표준산업분류는 우리나라의 산업구조를 가장 잘 반영하고 있고, 업종의 분류에 관하여 가장 공신력 있는 자료로 평가 받고 있는 점 등을 고려하면, 업종의 분류에 관하여 판단자료와 전문성의 한계가 있는 대통령이나 행정각부의 장에게 위임하기보다는 통계청장이 고시하는 한국표준산업분류에 위임할 필요성이 인정된다.
- ③ 가공품의 원료로 가공품이 사용 될 경우 원산지 표시는 원료로 사용 된 가공품의 원료 농산물의 원산지를 표시하여야한다는 농림부고시인 농산물원산지 표시요령은 법규명령으로서의 대외적 구속력을 가진다.
- ④ 공공기관의 운영에 관한 법률에 따라 입찰참가자격 제한기준을 정하고 있는 구 공기업 준정부기관 계약사무규칙, 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행규칙은 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 효력이 없다.

[정답] ③

[해설]

농림부고시인 농산물원산지 표시요령 제4조 제2항의 규정 내용이 근거 법령인 구 농수산물품질관리법시행규칙에 의해 고시로써 정하도록 위임된 사항에 해당한다고 할 수 없어 법규명령으로서 대외적 구속력을 가질 수 없다(대판2006. 4. 28, 2003마715).

① 특정 고시가 위임의 한계를 준수하고 있는지를 판단할 때에는, 법률 규정의 입법 목적과 규정내용, 규정의 체계, 다른 규정과의 관계 등을 종합적으로 살펴야하고, 법률의 위임 규정 자체가 의미내용을 정확하게 알 수 있는 용어를 사용하여 위임의 한계를 분명히 하고 있는데도 고시에서 문언적 의미의 한계를 벗어났다든지, 위임규정에서 사용하고 있는 용어의 의미를 넘어 범위를 확장하거나 축소함으로써 위임내용을 구체화 하는 단계를 벗어나 새로운 입법을 한 것으로 평가 할 수 있다면, 이는 위임의 한계를 일탈한 것으로서 허용되지 아니한다(대판 2016. 8. 17, 2015두51132)

② 조세특례제한법 제2조 제3항은 업종의 분류를 통계청장이 고시하는 한국표준산업분류에 의하도록 규정하고 있는 바, 한 국가 내의 모든 업종을 세부적으로 분류하는 작업에는 고도의 전문적·기술적 지식이 요구되고, 많은 전문 인력과 시간이 소요되며, 분류되는 업종의 범위 역시 방대하므로, 입법자가 각 업종간의 공통점과 상이점에 착안하여 다양한 업종을 일일이 분류하여 법률에 열거하는 것은 입법기술상 불가능 할 뿐만 아니라, 국제표준산업분류가 세계 각국의 산업분류에 있어 표준적인 역할을 담당하고, 한국표준산업분류 역시 이를 기초로 한 것으로서 국내외에 걸쳐 가장 공신력 있는 업종분류결과로 받아들여지고 있는 사정 등을 모아 보면 업종의 분류에 관하여 판단자료와 전문성의 한계가 있는 대통령이나 행정각부의 장에게 위임하기보다는 통계청장이 고시 한 한국표준산업분류에 위임 할 필요성이 인정된다(헌재결 2006. 12. 28. 2005헌바59).

④ 공공기관의 운영에 관한 법률 제39조 제2항.제3항에 따라 입찰참가자격 제한기준을 정하고

있는 구 공기업·준정부기관계약사무규칙(기획재정부령 제375호) 제15조 제2항, 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행규칙 제76조 제1항 [별표 2], 제3항 등은 부령으로 정한 기준으로서 대외적 구속력이 없다(대판 2014.11.27, 2013두18964).

45. 위임입법에 관한 판례의 입장으로 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)
[17, 서울7급]

- ① 법률의 위임에 의하여 효력을 갖는 법규명령은 구법에 위임의 근거가 없어 무효였더라도 사후에 법률개정으로 위임의 근거가 부여되면 소급하여 유효한 법규명령이 된다.
- ② 법령의 위임이 없음에도 법령의 처분요건에 해당하는 사항을 부령에서 변경하여 규정한 경우 그 부령의 규정은 행정명령에 지나지 않아 대외적 구속력이 없다.
- ③ 상위법령에서 세부사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임하였음에도 이를 고시 등 행정규칙으로 정하였다면 이때 고시 등 행정규칙은 대외적 구속력을 갖는 법규명령으로서 효력이 인정될 수 없다.
- ④ 법률이 공법적 단체 등의 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우에는 헌법 제75조가 정하는 포괄적인 위임입법의 금지는 원칙적으로 적용되지 않는다고 봄이 상당하다.

[정답] ①

[해설]

일반적으로 법률의 위임에 의하여 효력을 갖는 법규명령의 경우, 구법에 위임의 근거가 없어 무효였더라도 사후에 법개정으로 위임의 근거가 부여되면 그때부터는 유효한 법규명령이 되나, 반대로 구법의 위임에 의한 유효한 법규명령이 법개정으로 위임의 근거가 없어지게 되면 그때부터 무효인 법규명령이 된다(대판 1995.6.30, 93추83). 따라서 소급하여 유효한 법규명령이 되는 것은 아니다.

② 법령의 위임이 없음에도 법령에 규정된 처분 요건에 해당하는 사항을 부령에서 변경하여 규정한 경우에는 그 부령의 규정은 행정청 내부의 사무처리 기준 등을 정한 것으로서 행정조직 내에서 적용되는 행정명령의 성격을 지닐 뿐 국민에 대한 대외적 구속력은 없다고 보아야 한다(대판 2013.9.12., 2011두10584).

③ 상위법령에서 세부사항 등을 시행규칙(부령)으로 정하도록 위임하였음에도 이를 고시 등 행정규칙으로 정한 경우, 대외적 구속력을 가지는 법규명령으로서 효력을 인정할 수 없다(대판 2012.7.5., 2010다72076).

④ 법률이 공법적 단체 등의 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우에는 헌법 제75조가 정하는 포괄적인 위임입법의 금지는 원칙적으로 적용되지 않는다고 봄이 상당하다(대판 2007.10.12, 2006두14476).

46. 행정입법에 대한 판례의 입장으로 옳지 않은 것은?[17, 국가9급]

- ① 헌법재판소는 대법원규칙인 구 「법무사법 시행규칙」에 대해, 법규명령이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것일 때에는 헌법 제107조제2항의 명령·규칙에 대한 대법원의 최종심사권에도 불구하고 헌법소원심판의 대상이 된다고 한다.
- ② 대법원은 구 「여객자동차 운수사업법」 시행규칙 제31조제2항 제1호, 제2호, 제6호는 구 여객자동차 운수사업법 제11조제4항의 위임에 따라 시외버스운송사업의 사업계획변경에 관한 절차, 인가기준 등을 구체적으로 규정한 것으로서 행정청 내부의 사무처리준칙을 규정한 행정

규칙에 불과하다고 할 수는 없다고 한다.

③ 대법원은 재량준칙이 되풀이 시행되어 행정관행이 성립된 경우에는 당해 재량준칙에 자기 구속력을 인정한다. 따라서 당해 재량준칙에 반하는 처분은 법규범인 당해 재량준칙을 직접 위반한 것으로서 위법한 처분이 된다고 한다.

④ 헌법재판소는 법률이 일정한 사항을 행정규칙에 위임하더라도 그 위임은 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 한정된다고 한다.

[정답] ③

[해설]

재량준칙이 반복적용되어 행정규칙이 법규명령으로 인정되는 준법규설은 자기구속의 법리를 통하여 간접적 외부적 효력을 인정하는 것이므로 이를 위반한 경우에는 일반 법규명령과 같이 직접 위반한 것이 아니라 재량준칙을 위반하여 일탈, 남용하여 위법한 처분이 된다고 보고 있다.

① 헌법재판소는 대법원 규칙인 법무사법 시행규칙에 대하여 헌법소원의 대상이 됨을 인정하여, 재판의 전제가 되지 않고 기본권 침해가 존재하는 경우 헌법소원의 형태로 법규명령을 심사할 수 있다고 하여 적극적인 입장을 취하고 있다(헌재결 1990.10.15., 89헌마178).

② 대법원은 시외버스운송사업의 사업계획변경기준 등에 관한 구 여객자동차운수사업법 시행규칙 제31조 제2항 제1호·제2호·제6호에 대하여 부령형식의 처분기준에 대하여 법규성을 인정하였다(대판 2006.6.27., 2003두4355).

④ 행정규칙은 법규명령과 같은 엄격한 제정 및 개정절차를 요하지 아니하므로, 재산권 등과 같은 기본권을 제한하는 작용을 하는 법률이 입법위임을 할 때에는 “대통령령”, “총리령”, “부령” 등 법규명령에 위임함이 바람직하고, 금융감독위원회의 고시와 같은 형식으로 입법위임을 할 때에는 적어도 행정규제기본법 제4조 제2항 단서에서 정한 바와 같이 법령이 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 한정된다 할 것이고, 그러한 사항이라 하더라도 포괄위임금지의 원칙상 법률의 위임은 반드시 구체적·개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 한다(2004. 10. 28. 99헌바91 전원재판부).

47. 행정규칙에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함) [17, 사회 복지]

① 설정된 재량기준이 객관적으로 합리적이 아니라거나 타당하지 않다고 볼 만한 다른 특별한 사정이 없다면 행정청의 의사는 존중되어야 한다.

② 「공공기관의 운영에 관한 법률」의 위임에 따라 입찰자격제한 기준을 정하는 부령은 행정내부의 재량준칙에 불과하다.

③ 재량준칙이 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지게 되면 행정청은 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 받게 된다.

④ 구 「청소년보호법 시행령」상 별표에 따른 과징금처분기준은 단지 상한을 정한 것이 아니라 특정금액을 정한 것이다.

[정답] ④

[해설]

구 청소년보호법 제49조 제1항·제2항에 따른 같은 법 시행령 제40조 [별표 6]의 위반행위의

종별에 따른 과징금처분기준은 법규명령이기는 하나, 사안에 따라 적정한 과징금의 액수를 정하여야 할 것이므로 그 수액은 정액이 아니라 최고한도액이다(대판 2001.3.9., 99두5207).

① 재량기준이 객관적으로 합리적이 아니라거나 타당하지 않다고 볼 수 없는 한 행정청의 의사는 존중되어야 한다. 옳은 지문이다.

② 공공기관의 운영에 관한 법률 제39조 제2항.제3항에 따라 입찰참가자격 제한기준을 정하고 있는 구 공기업·준정부기관 계약사무규칙(기획재정부령 제375호) 제15조 제2항, 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행규칙 제76조 제1항 [별표 2], 제3항 등은 비록 부령의 형식으로 되어 있으나 규정의 성질과 내용이 공기업·준정부기관이 행하는 입찰참가자격 제한처분에 관한 행정청 내부의 재량준칙을 정한 것에 지나지 아니하여 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 효력이 없다(대판 2014.11.27., 2013두18964).

③ 재량권 행사의 준칙인 행정규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 존재하게 되면 평등원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 구속력을 가지게 된다(헌재결 1990.9.3., 90헌마13).

48. 행정입법에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) [17, 국회8급]

① 상위법령의 시행을 위하여 제정한 집행명령은 그 상위법령이 개정되더라도 개정법령과 성질상 모순·저촉되지 않는 이상 여전히 그 효력을 가진다.

② 행정규칙인 고시가 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 국민의 구체적인 권리·의무에 직접적인 변동을 초래하는 경우에는 항고소송의 대상이 된다.

③ 행정각부 장관이 정한 고시가 상위 법령의 수권에 의한 것으로 법령 내용을 보충하는 기능을 기능을 하는 경우에도 그 규정 형식이 법령의 위임 범위를 벗어난 것이라면 법규명령으로서의 대외적 구속력이 인정되지 않는다.

④ 수권법령에 재위임을 허용하는 규정이 없더라도 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위법령에 재위임하는 것은 허용된다.

⑤ 상위법령의 시행을 위하여 법규명령을 제정하여야 할 의무가 인정됨에도 불구하고 법규명령을 제정하고 있지 않은 경우, 그러한 부작위는 부작위위법확인소송을 통하여 다룰 수 있다.

[정답] ⑤

[해설]

지문은 행정입법부작위에 대한 내용이다. 행정입법부작위에 대하여 부작위위법확인 소송의 대상이 될 수 있는가에 대하여 대법원은 부정하고 있다(대판 1992.5.8, 91누11261). 다만 헌법재판소는 헌법소원의 대상이 된다는 입장이다.

① 집행명령은 근거 법령인 상위법령이 폐지되면 특별한 규정이 없는 이상 실효되는 것이나, 상위법령이 개정됨에 그친 경우에는 당연히 실효되지 아니하고 개정법령의 시행을 위한 집행명령이 제정·발효될 때까지는 여전히 그 효력을 유지한다(대판 1989.9.12, 88누6962).

② 어떠한 고시가 일반적·추상적 성격을 가질 때에는 법규명령 또는 행정규칙에 해당할 것이지만, 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리·의무나 법률관계를 규율하는 성격을 가질 때에는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대판 2003.10.9, 2003무23).

③ 행정각부 장관이 정한 고시가 상위 법령의 수권에 의한 것으로 법령 내용을 보충하는 기능

을 기능을 하는 경우에는 법령보충규칙이 되어서 법규명령의 효력을 갖지만 이 경우에도 위임 입법의 한계는 준수하여야 한다. 따라서 위임의 한계를 벗어나게 되면 위법한 법령보충규칙이 된다.

④ 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 아니하고 그대로 재위임하는 것은 허용되지 않으며, 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항의 범위를 정하여 하위법령에 다시 위임하는 경우에만 재위임이 허용된다(헌재결 1996.2.29, 94헌마213).