

행정법 2017년 진도별 기출문제 정리 (12)

김진영 | 박문각남부,강남고시학원

49. 다음 중 행정입법에 대한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함) [17, 사회복지]

- ㉠ 법령의 직접적인 위임에 따라 위임행정기관이 그 법령을 시행하는 데 필요한 구체적인 사항을 정한 것이라면, 그 제정형식이 고시, 훈령, 예규 등과 같은 행정규칙이더라도 그것이 상위법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한, 상위법령과 결합하여 대외적 구속력을 가진다.
- ㉡ 상위법령에서 세부사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임 하였는데, 이를 고시로 정한 경우에 대외적 구속력을 가지는 법규명령으로서의 효력이 인정될 수 있다.
- ㉢ 판례는 종래부터 법령의 위임을 받아 부령으로 정한 제재적 행정처분의 기준을 행정규칙으로 보고, 대통령령으로 정한 제재적 행정처분의 기준은 법규명령으로 보는 경향이 있다.
- ㉣ 하위법령은 그 규정이 상위법령의 규정에 명백히 저촉되어 무효인 경우를 제외하고는 관련 법령의 내용과 그 입법 취지, 연혁 등을 종합적으로 살펴서 그 의미를 상위법령에 합치되는 것으로 해석하여야 한다.

- ① ㉠, ㉡
- ② ㉢, ㉣
- ③ ㉠, ㉢, ㉣
- ④ ㉠, ㉢, ㉣

[정답] ④

[해설] 옳은 지문은 ㉠㉢㉣이다.

- ㉠ 법령보충규칙에 대한 설명으로 옳은 지문이다.
- ㉡ 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).
- ㉢ 판례는 제재적 처분기준이 대통령령 형식인 경우에는 법규명령으로 보고, 부령(시행규칙) 형식인 경우에는 행정규칙으로 평가하고 있다.
- ㉣ 하위법령은 그 규정이 상위법령의 규정에 명백히 저촉되어 무효인 경우를 제외하고는 관련 법령의 내용과 입법 취지 및 연혁 등을 종합적으로 살펴서 의미를 상위법령에 합치되는 것으로 해석하여야 한다(대판 2016. 6. 10, 2016두33186)

50. 甲은 값싼 외국산 수입재료를 국내산 유기농 재료로 속여 상품을 제조·판매하였음을 이유로 식품위생법령에 따라 관할 행정청으로부터 영업정지 3개월 처분을 받았다. 한편, 위 영업정지의 처분기준에는 1차 위반의 경우 영업정지 3개월, 2차 위반의 경우 영업정지 6개월, 3차 위반의 경우 영업허가취소 처분을 하도록 규정되어 있다. 甲은 영업정지 3개월 처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였다. 이에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에

**의함) [17, 지방7급]**

- ① 위와 같은 처분기준이 없는 경우라면, 영업정지 처분에 정하여진 기간이 경과되어 효력이 소멸한 경우에는 그 영업정지 처분의 취소를 구할 법률상 이익은 부정된다.
- ② 위 처분기준이 「식품위생법」이나 동법 시행령에 규정되어 있는 경우에는 대외적 구속력이 인정되나, 동법 시행규칙에 규정되어 있는 경우에는 대외적 구속력은 부정된다.
- ③ 甲에 대하여 법령상 임의적 감경사유가 있음에도, 관할 행정청이 이를 전혀 고려하지 않았거나 감경사유에 해당하지 않는다고 오인하여 영업정지 3개월 처분을 한 경우에는 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이 된다.
- ④ 甲에 대한 영업정지 3개월의 기간이 경과되어 효력이 소멸한 경우에 위 처분기준이 「식품위생법」이나 동법 시행령에 규정되어 있다면 甲은 영업정지 3개월 처분의 취소를 구할 소의 이익이 있지만, 동법 시행규칙에 규정되어 있다면 소의 이익이 인정되지 않는다.

[정답] ④

[해설]

제재적 처분기준에 가중사유가 규정되어 허가가 취소되는 경우에는 그 가중 사유가 법률, 대통령령에 규정된 경우에는 정기간 도과 후에 이를 다룰 이익이 있지만 부령(시행규칙)에 규정된 경우에는 소의 이익이 없다는 것이 과거 판례의 입장이었으나 현재는 그 입장을 변경하여 부령으로 정한 가중사유인 경우에도 이를 다룰 소의 이익이 있다는 것이 판례의 입장이다 (대판 2006.6.22, 2003두1684 전합).

- ① 가중사유가 규정된 경우 아닌 일반적인 경우에는 영업정지 기간이 도과한 후에는 영업정지 처분을 다룰 법률상 이익이 없음이 원칙이다.
- ② 판례는 제재적 처분기준이 대통령령에 규정된 경우에는 형식 그대로 법규 명령으로 보고 있으나, 부령(시행규칙)으로 규정된 제재적 처분기준에 대해서는 그 형식에도 불구하고 법규성이 없는 행정규칙으로 보고 있다.
- ③ 임의적 감경사유가 있음에도 이를 전혀 고려하지 않거나 감경사유에 해당하지 않는다고 오인하여 과징금을 감경하지 않은 경우, 그 과징금부과처분은 재량권을 일탈·남용한 위법한 것이다(대판 2010.7.15, 2010두7031). 재량권의 해태에 해당하여 위법하게 된다.

**51. 행정행위에 대한 설명으로 옳은 것은? [17, 국가9급]**

- ① 행정행위를 '행정청이 법아래서 구체적 사실에 대한 법집행으로서 행하는 공법행위'로 정의하면, 공법상 계약과 공법상 합동행위는 행정행위의 개념에서 제외된다.
- ② 강학상 허가와 특허는 의사표시를 요소로 한다는 점과 반드시 신청을 전제로 한다는 점에서 공통점이 있다.
- ③ 행정행위의 효력으로서 구성요건적 효력과 공정력은 이론적 근거를 법적 안정성에서 찾고 있다는 공통점이 있다.
- ④ 행정소송법 상 처분의 개념과 강학상 행정행위의 개념이 다르다고 보는 견해는 처분의 개념을 강학상 행정 행위의 개념보다 넓게 본다.

[정답] ④

[해설]

실체법상의 행정행위와 쟁송법상의 처분을 구분하는 견해에 따르면 쟁송법상의 처분 개념이

강학상 행정행위의 개념보다 더 넓게 보게 된다.

- ① 행정행위의 개념을 행정청이 구체적 사실에 대한 법집행으로서 행하는 공법행위로 보는 견해는 협의설의 입장이다. 이 견해에 따르면 비권력적 행위를 포함시킨다. 따라서 공법상 계약과 같은 비권력적 행위도 행정행위 개념에 포함되게 된다.
- ② 특허는 반드시 신청이 요구되지만, 허가는 통행금지의 해제와 같이 신청이 요구되지 않는 경우도 있다.
- ③ 공정력은 법적 안정성에서 이론적 근거를 찾지만 구성요건적 효력은 행정기관 상호간 권한 존중에서 그 근거를 찾는다.

**52. 행정행위 또는 처분에 대한 기술로 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함) [17, 사회복지]**

- ① 상급행정기관의 하급행정기관에 대한 승인·동의·지시 등은 행정기관 상호 간의 내부행위로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 볼 수 없다.
- ② 통상 고시 또는 공고에 의하여 행정처분을 하는 경우에 행정처분이 있었음을 안 날이란 행정처분의 이해관계를 갖는 자가 고시 또는 공고가 있었다는 사실을 현실적으로 안 날이 된다.
- ③ 지방경찰청장의 횡단보도 설치행위는 국민의 구체적인 권리 의무에 직접적인 변동을 초래하지 않으므로 행정소송법상 처분에 해당하지 않는다.
- ④ 「도로법」상 도로구역의 결정·변경고시는 행정처분으로서 행정절차법 제21조 제1항의 사전통지나 제22조제3항의 의견청취의 절차를 거쳐야 한다.

[정답] ①

[해설]

상급행정기관의 하급행정기관에 대한 승인·동의·지시 등은 행정기관 상호 간의 내부행위로서 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것이 아니므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 볼 수 없다(대판 1997.9.26, 97누8540). 옳은 지문이다.

② 통상 고시 또는 공고에 의하여 행정처분을 하는 경우에는 그 처분의 상대방이 불특정 다수인이므로 고시 또는 공고가 있었다는 사실을 현실적으로 알았는지 여부에 관계없이 고시가 효력을 발생하는 날인 고시 또는 공고가 있은 후 5일이 경과한 날에 행정처분이 있음을 알았다고 보아야 한다(대판 2000.9.8., 99두11257).

③ 지방경찰청장이 횡단보도를 설치하여 보행자 통행방법 등을 규제하는 것은 행정청이 특정 사항에 대하여 부담을 명하는 행위이고, 이는 국민의 권리·의무에 직접 관계가 있는 행위로서 행정처분이다(대판 2000.10.27., 98두896).

④ 고시의 방법으로 불특정 다수인을 상대로 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분은 행정절차법 제22조 제3항의 의견제출절차의 대상이 되는 처분이 아니다. - 도로구역변경고시는 행정절차법 제21조제1항의 사전통지나 제22조 제3항의 의견청취의 대상이 되는 처분은 아니라 할 것이다(대판 2008.6.12., 2007두1767).

**53. 불확정개념과 판단여지 및 기속행위와 재량행위에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?[17, 국가9급]**

- ① 판단여지를 긍정하는 학설은 판단여지는 법률효과 선택의 문제이고 재량은 법률요건에 대한 인식의 문제라는 점, 양자는 그 인정근거와 내용 등을 달리하는 점에서 구별하는 것이 타당

하다고 한다.

② 대법원은 재량행위에 대한 사법심사를 하는 경우에 법원은 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 독자적인 판단을 하여 결론을 도출하지 않고, 당해 처분이 재량권의 일탈·남용에 해당하는지의 여부만을 심사하여야 한다고 한다.

③ 대법원은 처분을 할 것인지 여부와 처분의 정도에 관하여 재량이 인정되는 과징금 납부명령에 대하여 그 명령이 재량권을 일탈하였을 경우, 법원으로서 재량권의 일탈 여부만 판단할 수 있을 뿐이지 재량권의 범위 내에서 어느 정도가 적정한 것인지에 관하여는 판단할 수 없어 그 전부를 취소할 수밖에 없고, 법원이 적정하다고 인정하는 부분을 초과한 부분만 취소할 수는 없다고 한다.

④ 다수설에 따르면 불확정개념의 해석은 법적 문제이기 때문에 일반적으로 전면적인 사법심사의 대상이 되고, 특정한 사실관계와 관련하여서는 원칙적으로 일의적인 해석(하나의 정당한 결론)만이 가능하다고 본다.

[정답] ①

[해설]

판단여지와 재량에 대한 설명이 바뀌었다. 다수설인 효과재량설에 의하면 재량은 법률효과의 선택의 문제이고, 판단여지는 법률요건에 불확정 개념에 대한 해석문제로 본다. 따라서 양자를 구별하는 것이 다수설의 입장이다.

② 재량행위의 경우에는 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사하게 되고, 이러한 재량권의 일탈·남용 여부에 대한 심사는 사실오인, 비례·평등의 원칙위배, 당해 행위의 목적위반이나 동기의 부정 유무 등을 그 판단대상으로 한다(대판 2001.2.9. 98두17593 ; 대판 2010.9.9., 2010다39413).

③ 자동차운수사업면허조건 등을 위반한 사업자에 대하여 행정청이 행정제재수단으로 사업 정지를 명할 것인지, 과징금을 부과할 것인지, 과징금을 부과기로 한다면 그 금액은 얼마로 할 것인지에 관하여 재량권이 부여되었다 할 것이므로 과징금부과처분이 법이 정한 한도액을 초과하여 위법할 경우 법원으로서 그 전부를 취소할 수밖에 없고, 그 한도액을 초과한 부분이나 법원이 적정하다고 인정되는 부분을 초과한 부분만을 취소할 수 없다(대판 1998. 4. 10. 98두2270).

④ 요건규정의 불확정 개념은 원칙적으로 전면적으로 사법심사의 대상이 되지만 일정한 부분에 대하여만 사법심사의 한계를 인정하는 견해이다.