

< 2019년 행정사 행정절차론 총평 >

안녕하세요? 종로박문각에서 행정절차론을 맡고 있는 이정민입니다.

[문제1] 올해 시험에서는 행정절차법에서 40점이 나왔습니다 .

☞ 자립형 사립고의 지정취소관련 뉴스가 자주 등장하면서 “청문” 문제가 나올 수 있겠다고 강조하면서 준비했던 문제입니다. 모의고사를 통해서도 준비했던 문제이니 문안하게 답안 작성을 할 수 있을 것 같습니다.

■ 전제조건: 결론적으로 개인역량의 차이는 있을 수 있으나 제 수업을 수강하신 분들 기준으로 최소 22점 ~ 최소24점 이상을 기대해 봅니다.

[문제2] 행정규제기본법상 ‘규제개혁위원회’ (20점)

☞ (1)행정규제기본법이 이번에 나올 확률이 매우 높았고 그래서 종로 박문각 실전모의고사 (19.9.8) <문제2>로 출제했습니다. (「행정규제법상 규제개혁위원회」에 대하여 서술하시오.(20점))

(2) 일일특강(19.8.10) 위원회 문제 정리(P79, [위원회 3] 행정규제기본법 ‘규제개혁위원회’에 대하여 서술하시오.(20점))

☞ 종로박문각(19.9.8, 모의고사)와 일일특강(19.8.10)을 통해 정리하신 분들은 12점~14점이 상 가능할 것으로 보입니다.

■ 전제조건: 결론적으로 개인역량의 차이는 있을 수 있으나 제 수업을 수강하신 분들 기준으로 최소 10점 ~ 최소 14점 이상을 기대해 봅니다.

[문제3] 개인정보보호법상 개인정보의 개념과 개인정보처리자의 손해배상책임(20점)

☞ 이 문제는 수험생 입장에서 보면 불의타에 가까운 문제입니다. “개인정보의 개념”을 작성하는 건 문제가 없으나 개인정보처리자의 손해배상책임에 대해서도 상식선에서 작성하는 건 우리가 없으나 분량의 문제가 있습니다. 이 문제는 모범답안과 합격답안을 2가지로 작성해 보겠습니다. 모범답안(14점수준)으로 합격답안(8점정도)수준으로 나누어 설명해 보겠습니다.

☞ 3번 문제의 손해배상책임 문제는 (1)기본강의때는 특히 강조한적 없고 다만, 행정안전부 개인정보보호지침의 정보주체의 권익보호에서 손해배상책임을 다루기 했지만 미진한 부분이 많습니다. 이어 (2)전국단위 모의고사(19.8.18, 개인정보보호법상 정보주체의 권익보호(40점)의 문제)에 대한 모범답안으로 중 일부의 목차로 손해배상청구(법 제39조) (3) 실전 모의고사(19.8.24) 서브문제 출제하였으나 미진한 부분 채워지지 않았던 것 같습니다.

■ 전제조건: 결론적으로 개인적 역량의 차이는 있을 수 있으나 제 수업을 수강하신 분들 기준으로 손해배상책임의 분량부분을 감안할 때 8점 정도로 기대해 봅니다.

[문제4] 행정조사기본법상 행정조사의 기본원칙(1회기출) 및 위법한 행정조사에 기초한 행정행위의 효력에 관한 문제

☞ 이 문제에서 행정조사의 기본원칙은 1회 기출문제 되어 강조하지 않았던 부분이나 기본강의에서 “조조조 준비타”가 생각나셨다면 문안하게 작성할 수 있었을 것입니다. 위법한 행정조사에 기초한 행정행위의 효력에 관한 문제는 수험생을 당황하게 할 수 있는 문제이나 이 부분 또한 수험생 입장에서 위법한 행정조사를 “절차의 하자측면”에서 접근한다면 출제자의 모범답안에서 크게 벗어나지는 않았으리라 생각합니다.

■ 전제조건: 결론적으로 개인적 역량에 차이는 있을 수 있으나 제 수업을 수강하신 분들 기준으로 최소 10점 ~ 최소 12점 이상을 기대해 봅니다.

문1] ~ 문4]까지 합산하면 제 수업을 수강하신 분들 기준으로 최소 50점 ~ 최소 58점 정도는 문안하게 득점할 수 있으리라 생각합니다.

남은 시간 폭취면서 오랜만에 찾아온 휴식을 누리시기 바랍니다.

- 종로 박문각 행정절차론 이정민 올림 -

[문제1]

A시의 甲구청장은 음식점을 운영하고 있는 乙이 정당한 사유 없이 6개월 이상 계속 휴업하고 있어 식품위생법 제75조 제3항에 따른 영업허가 취소처분을 하려고 하였다. 이를 위해 청문통지서를 두 차례에 걸쳐 발송하였으나 청문통지서가 주소 불명으로 반송되었다. 이에 甲구청장은 乙이 청문기일에 불출석하였다는 이유로 청문을 생략하고 음식점 영업허가 취소처분을 하였다. 甲구청장의 乙에 대한 영업허가 취소처분의 위법 여부를 설명하시오. (40점)

[모범답안: 28점 이상 예상]

I. 의 의

청문은 행정청이 어떠한 처분을 하기에 앞서 당사자 등의 의견을 직접 듣고 증거를 조사하는 절차를 말하는데 영업허가 취소처분에 앞서 청문기일에 불출석 하였다는 이유로 청문을 생략한 하자가 당해 처분의 독자적인 위법성의 사유가 되는지 문제되는 바, 아래에서 자세히 논하도록 하겠다.

II. 청문의 실시요건

- 1) 다른 법령 등에서 청문을 하도록 규정하고 있는 경우
- 2) 행정청이 필요하다고 인정하는 경우
- 3) 다음 각 사항의 처분 시 의견제출기한 내에 당사자들의 신청이 있는 경우
 - ① 인허가 등의 취소
 - ② 신분·자격의 박탈
 - ③ 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소

III. 예외사유

① 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우, ② 법령 등에서 반드시 일정한 처분을 하여야 하는 경우에 그 사실이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명된 때, ③ 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우와 당사자가 의견진술의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 표시한 경우에는 의견청취를 아니할 수 있다.

IV. 청문절차

1. 청문주재자(☞개정법 반영)

- ① 청문은 행정청이 소속 직원 또는 대통령령으로 정하는 자격을 가진 사람 중에서 선정하는 사람이 주재하되, 행정청은 청문 주재자의 선정이 공정하게 이루어지도록 노력하여야 한다.
- ② 행정청은 청문이 시작되는 날부터 7일 전까지 청문 주재자에게 청문과 관련한 필요한 자료를 미리 통지하여야 한다. 당사자에게는 10일 전까지 알려야 한다.

2. 의견반영

행정청은 처분을 함에 있어서 청문조서, 청문주재자의 의견서, 그 밖의 관계서류 등을 충분

히 검토하고 상당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 청문결과를 반영하여야 한다.

V. 절차상 하자의 치유가능성

판례는 절차상 하자가 인정되는 시기는 행정쟁송의 제기 전에 한하여 치유가 가능하다고 판시하였다.

VI. 절차상의 하자의 독자적 위법사유 인정여부

1. 학설(수정)

(1) 소극설

절차상 하자만을 이유로 하여서는 취소할 수 없고, 내용상 하자가 있어야 취소할 수 있다는 견해이다.

(2) 적극설

절차상 하자만을 이유로 취소 할 수 있다는 견해이다.

(3) 절충설

기속행위의 경우에는 절차의 하자로 취소할 수 없고, 재량행위에 있어서는 행정청은 기본 처분과 다른 처분을 할 수도 있으므로 절차상의 하자로 취소할 수 있다는 견해이다.

2. 판례

판례는 재량행위뿐만 아니라 기속행위에 있어서도 적극설을 취하고 있다.

절차적 요건을 갖추지 못한 공정거래위원회의 시정조치 또는 과징금납부명령은 설령 실체법적 사유를 갖추고 있다고 하더라도 위법하여 취소를 면할 수 없다.

3. 검토

현행 행정소송법이 절차의 위법을 이유로 한 취소판결을 인정하고 있으므로 절차중시행정을 유도하는 것이 타당하므로 적극설이 타당하다고 본다.

VIII. 결

(1) 관련판례

대법원 판례는 제21조 제4항 제3호의 예외사유인 「당해 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정할 만한 **상당한 이유**가 있는 경우」와 관련하여, 이는 **당해 처분의 성질에 비추어 판단하여야** 하는 것이므로, 청문통지서가 반송되었거나 상대방이 청문일시에 불출석하였다는 이유로 청문을 실시하지 않고 한 침해적 행정처분은 위법하다고 판시한바 있다.

(2) 사안적용

따라서 침해적 처분 시 청문실시의 예외사유에 해당하지 않는 한 청문의 기회를 주지 않은 절차적 하자는 甲구청장의 乙에 대한 업허가취소처분을 위법하게 만든다.

[문제2]

행정규제기본법상 규제개혁위원회의 설치, 기능 및 조사·의견청취 등에 관하여 설명하시오. (20점)

[모범답안: 14점 이상 예상]

I. 설치

정부의 규제정책을 심의·조정하고 규제의 심사·정비 등에 관한 사항을 종합적으로 추진하기 위하여 대통령 소속으로 규제개혁위원회를 둔다.

II. 규제개혁위원회

1. 기능(24조)

위원회는 다음 각 호의 사항을 심의·조정한다.

1. 규제정책의 기본방향과 규제제도의 연구·발전에 관한 사항
2. 규제의 신설·강화 등에 대한 심사에 관한 사항
3. 기존규제의 심사, 규제정비 종합계획의 수립·시행에 관한 사항
4. 규제의 등록·공표에 관한 사항
5. 규제 개선에 관한 의견 수렴 및 처리에 관한 사항
6. 각급 행정기관의 규제 개선 실태에 대한 점검·평가에 관한 사항 등

2. 구성 등(25조)

- ① 위원회는 위원장 2명을 포함한 20명 이상 25명 이하의 위원으로 구성한다.
- ② 위원장은 국무총리와 학식과 경험이 풍부한 사람 중에서 대통령이 위촉하는 사람이 된다.
- ③ 공무원이 아닌 위원이 전체위원의 과반수가 되어야 한다.
- ④ 위원 중 공무원이 아닌 위원의 임기는 2년으로 하되, 한 차례만 연임할 수 있다.

3. 의결 정족수(26조)

위원회의 회의는 재적위원 과반수의 찬성으로 의결한다.

4. 조사 및 의견청취 등(30조)

- (1) 관계 행정기관 등에 관한 현지 조사, 관계 행정기관에 자료제출 요구, 관계 공무원 등의 출석 및 의견 진술 요구
- (2) 관계 행정기관의 장은 규제의 심사 등과 관련하여 소속 공무원이나 관계 전문가를 위원회에 출석시켜 의견을 진술하게 하거나 필요한 자료를 제출할 수 있다.

[문제3]

개인정보 보호법상 보호의 대상이 되는 개인정보의 개념 및 개인정보 처리자의 손해배상책임에 관하여 설명하시오. (20점)

[모범답안: 12~14점 이상 예상]

I. 개인정보

(1) 개인정보는 “살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)” 를 말한다.

(2) 전자적으로 처리되는 개인정보 외에 수기(手記) 문서까지 개인정보의 보호범위에 포함한다. 다만, 사자의 개인정보도 사망 후 일정한 기간은 보호하도록 입법개선이 필요하다.

II. 개인정보처리자의 손해배상책임

(1) 정보주체는 개인정보처리자가 이 법을 위반한 행위로 손해를 입으면 개인정보처리자에게 손해배상을 청구할 수 있다. 이 경우 그 개인정보처리자는 고의 또는 과실이 없음을 입증하지 아니하면 책임을 면할 수 없다.

(2) 개인정보처리자의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 개인정보가 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손된 경우로서 정보주체에게 손해가 발생한 때에는 법원은 그 손해액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 손해배상액을 정할 수 있다. 다만, 개인정보처리자가 고의 또는 중대한 과실이 없음을 증명한 경우에는 그러하지 아니하다.

(3) 법원은 배상액을 정할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.

1. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도
2. 위반행위로 인하여 입은 피해 규모
3. 위법행위로 인하여 개인정보처리자가 취득한 경제적 이익
4. 위반행위에 따른 벌금 및 과징금
5. 위반행위의 기간·횟수 등
6. 개인정보처리자의 재산상태
7. 개인정보처리자가 정보주체의 개인정보 분실·도난·유출 후 해당 개인정보를 회수하기 위하여 노력한 정도
8. 개인정보처리자가 정보주체의 피해구제를 위하여 노력한 정도

[문제3]

개인정보 보호법상 보호의 대상이 되는 개인정보의 개념 및 개인정보 처리자의 손해배상책임에 관하여 설명하시오. (20점)

[모범답안: 8점 예상]

I . 개인정보(교재p90)

(1) 개인정보는 “살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)” 를 말한다.

(2) 전자적으로 처리되는 개인정보 외에 수기(手記) 문서까지 개인정보의 보호범위에 개인정보도 사망 후 일정한 기간은 보호하도록 입법개선이 필요하다. 다만, 사자의 개인정보도 사망 후 일정한 기간은 보호하도록 입법개선이 필요하다.

II . 개인정보처리자의 손해배상책임 (8/18전국모의고사, 8/24 실전모의고사) 서브문제 출제, 정보주체의 권익보호)

1. 손해배상과 손실보상의 차이

(1) **위법한 행위에 대한 책임이 손해배상**이며 적법한 행위에 대한 책임이 손실보상으로 가장 큰 차이가 위법과 적법이므로 이에 따라 배상책임 다르게 된다.

(2) 개인정보처리자의 행위(의무)에 따라 손해배상책임여부가 달라지게 되기 때문에 아래의 개인정보처리자의 의무를 살펴보도록 하겠다.

2. 개인정보처리자의 의무(개인정보보호원칙)

(1) 개인정보처리자는 최소한의 개인정보만을 **적법하고 정당하게 수집하여야 한다.**

(2) 개인정보처리자는 **사생활의 침해**를 최소화하는 방법으로 개인정보를 처리하여야 한다.

(3) 개인정보처리자는 개인정보의 익명처리가 가능한 경우에는 **익명에 의하여 처리**될 수 있도록 하여야 한다.

(4) 개인정보처리자는 개인정보의 처리 목적에 필요한 범위에서 처리되어야 하며, **그 목적 외의 용도로 활용**하여서는 아니된다.

(5) 개인정보처리자는 개인정보의 처리 방법 및 종류 등에 따라 **안전하게 관리**하여야 한다.

3. 손해배상책임

(1) 개인정보처리자의 의무를 행함에 있어 **고의 또는 과실이 있었다**며 위법한 행위가 되어 정보주체는 개인정보보호법 위반으로 손해배상청구가 가능하고

(2) 개인정보처리자는 고의 또는 과실이 없음을 입증하지 아니하면 책임을 면할 수 없다

[문제4]

행정조사기본법상 행정조사의 기본원칙 및 위법한 행정조사에 기초한 행정행위의 효력에 관하여 설명하시오. (20점)

[모범답안: 12~14점 이상 예상]

I. 행정조사의 의의

행정조사란 행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는 데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위하여 현장조사·문서열람·시료채취 등을 하거나 조사대상자에게 보고요구·자료제출요구 및 출석·진술요구를 행하는 활동을 말한다.

II. 행정조사의 기본원칙(조, 조, 조, 준, 비, 타)

- ① 행정조사는 조사목적에 달성하는데 필요한 최소한의 범위 안에서 실시하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 (조)사권을 남용하여서는 아니 된다.
- ② 행정기관은 조사목적에 적합하도록 (조)사대상자를 선정하여 행정조사를 실시하여야 한다.
- ③ 행정기관은 유사하거나 동일한 사안에 대하여는 공동(조)사 등을 실시함으로써 행정조사가 중복되지 아니하도록 하여야 한다.
- ④ 행정조사는 법령등의 위반에 대한 처벌보다는 법령등을 (준)수하도록 유도하는 데 중점을 두어야 한다.
- ⑤ 다른 법률에 따르지 아니하고는 행정조사의 대상자 또는 행정조사의 내용을 공표하거나 직무상 알게 된 (비)밀을 누설하여서는 아니된다.
- ⑥ 행정기관은 행정조사를 통하여 알게 된 정보를 다른 법률에 따라 내부에서 이용하거나 다른 기관에 제공하는 경우를 제외하고는 원래의 조사목적 이외의 용도로 이용하거나 (타)인에게 제공하여서는 아니 된다.

III. 위법한 행정조사에 기초한 행정행위의 효력

(1) 문제제기

행정조사가 위법한 경우 그 행정조사에 기초하여 내려진 행정행위 자체가 위법한 것으로 되는가가 문제가 되는 바 행정조사의 위법성을 실체법적 측면과 절차법적 측면으로 나누어 행정행위의 효력을 살펴보도록 하겠다.

(2) 행정행위 효력

1) 실체법적 측면

비합리적이고 타당한 근거없이 작성한 즉, 내용상 하자가 있는 행정조사에 기초한

행정행위는 당연히 위법하다.

2) 절차법적 측면

행정조사의 절차의 하자를 실제적 하자(내용의 하자)와 마찬가지로 독자적 위법사유로 할 것인지 문제로 이는 절차의 하자가 중대할 경우는 그에 기초한 행정행위의 효력은 위법하나 절차의 하자가 경미할 경우는 그에 기초한 행정행위의 효력은 위법하지 않을 것이다.

(3) 검토

1) 현행 행정소송법이 절차의 위법을 이유로 한 취소판결을 인정하고 있으므로 절차중시행정을 유도하는 것이 타당하므로 절차의 하자가 중대할 경우에는 그에 기초한 행정행위의 효력은 위법함이 타당하다고 본다.

2) 다만, 절차의 하자의 경미함의 정도는 헌법에서 인정하는 적법절차의 원칙에 맞게 따져 봐야 할 것이며 행정조사기본법에서 정한 7일전까지 사전통지 규정 및 의견제출 규정 등 경미한 규정으로 볼 수 없을 것이다.

<관련 판례>

『판례는 과세관청 내지 그 상급관청이나 수사기관의 강요로 합리적이고 타당한 근거도 없이 작성된 과세자료에 터잡은 과세처분의 하자는 중대하고 명백한 것이라고 한 대법원 전원합의체 판결 이래로(대법원 전원합의체 1992. 3. 31. 선고 91다32053 판결)』

『행정조사가 위법한 경우 그 조사를 기초로 한 행정결정 또한 위법하나 그와 같은 행정조사 절차의 하자가 경미한 경우에는 위법 사유가 되지 않는 것으로 보아 왔다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2006 두9498 판결 등 참조)』

[문제4]

행정조사기본법상 행정조사의 기본원칙 및 위법한 행정조사에 기초한 행정행위의 효력에 관하여 설명하시오. (20점)

[모범답안: 10점 이상 예상]

I. 행정조사의 의의

행정조사란 행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는 데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위하여 현장조사·문서열람·시료채취 등을 하거나 조사대상자에게 보고요구·자료제출요구 및 출석·진술요구를 행하는 활동을 말한다.

II. 행정조사의 기본원칙(조, 조, 조, 준, 비, 타)

- ① 행정조사는 조사목적 달성에 필요한 최소한의 범위 안에서 실시하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 (조)사권을 남용하여서는 아니 된다.
- ② 행정기관은 조사목적에 적합하도록 (조)사대상자를 선정하여 행정조사를 실시하여야 한다.
- ③ 행정기관은 유사하거나 동일한 사안에 대하여는 공동(조)사 등을 실시함으로써 행정조사가 중복되지 아니하도록 하여야 한다.
- ④ 행정조사는 법령등의 위반에 대한 처벌보다는 법령등을 (준)수하도록 유도하는 데 중점을 두어야 한다.
- ⑤ 다른 법률에 따르지 아니하고는 행정조사의 대상자 또는 행정조사의 내용을 공표하거나 직무상 알게 된 (비)밀을 누설하여서는 아니 된다.
- ⑥ 행정기관은 행정조사를 통하여 알게 된 정보를 다른 법률에 따라 내부에서 이용하거나 다른 기관에 제공하는 경우를 제외하고는 원래의 조사목적 이외의 용도로 이용하거나 (타)인에게 제공하여서는 아니 된다.

III. 위법한 행정조사에 기초한 행정행위의 효력

(1) 문제제기

행정조사가 위법한 경우, 그 행정조사에 의하여 수집된 정보에 기초하여 내려진 행정행위 자체가 위법한 것으로 되는가가 문제가 된다.

(2) 위법한 행정조사에 기초한 행정행위의 효력

1) 행정조사를 통하여 획득된 정보가 정확하지 아니하다면, 그 정보에 기초하여 내려진 행정행위는 사실의 기초에 흠이 있는 행정 행위이므로 당연히 위법할 것이다.

2) 절차의 적법성보장의 원칙에 비추어 행정조사가 위법한 경우 그 조사를 기초로 한 행정결정은 위법하고 본다.

(3) 검토

현행 행정소송법이 절차의 위법을 이유로 한 취소판결을 인정하고 있으므로 절차중시행정을 유도하는 것이 타당하므로 위법한 행정조사에 기초한 행정행위의 효력은 위법함이 타당하다고 본다.

<관련 판례>

『판례는 과세관청 내지 그 상급관청이나 수사기관의 강요로 합리적이고 타당한 근거도 없이 작성된 과세자료에 터잡은 과세처분의 하자는 중대하고 명백한 것이라고 한 대법원 전원합의체 판결 이래로(대법원 전원합의체 1992. 3. 31. 선고 91다32053 판결)』

『행정조사가 위법한 경우 그 조사를 기초로 한 행정결정 또한 위법하나 그와 같은 행정조사 절차의 하자가 경미한 경우에는 위법 사유가 되지 않는 것으로 보아 왔다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2006 두9498 판결 등 참조)』