

## [ 행 정 법 ]

해설 위원: 신 기 훈 교수

본 문서 내용의 소유권 및 판권은 (주)윌비스공무원학원에 있습니다. 무단복사 판  
매시 **저작권법**에 의거 경고조치 없이 고발하여 **민·형사상 책임**을 지게 됩니다.

## &lt; 문항 분석 &gt;

유형	년도	2021년	
		난이도	문항수
판례		상	1
판례		중	12
법조문		중	10
기본개념		중	1
기본개념		하	1

## &lt; 총 평 &gt;

이번 군무원 시험문제의 가장 큰 특징은 바로 **행정기본법을 중심으로** 하여 국가배상법, 행정소송법, 행정조사법, 개인정보보호법, 정보공개법 등 행정법총론 등 주요 법령에서 많은 출제가 이루어 졌다는 것입니다. 중요한 것은 단순히 지엽적인 조문이 아니라 **실무에서 많이 활용되는 주요 조문이 많이 출제** 되었다는 것입니다. 이는 향후 법조문에 대한 준비의 가능자를 제공해 주었다고 볼 수 있습니다.

또한 **행정기본법에서 대거 출제함으로써 향후 행정기본법이 행정법 총론 법령 대비의 핵심 부분으로 등장했다**는데 매우 큰 의미가 있습니다. 또한 판례의 경우 각 단원별 핵심 개념과 직결되는 리딩(leading) 판례를 중심으로 출제되었습니다. 환매권 행사기간과 관련한 현재의 최근 결정례를 제외하면 매우 평이한 판례가 출제되었습니다. **제가 항상 수업에서 강조한 것은 바로 행정기본법의 기본적 내용과 이와 직결된 대표 판례 그리고 핵심개념과 직결되는 판례의 선순환 강의가 그대로 출제 경향이 반영되었음**을 확인할 수 있습니다. 특히 **저의 교재인 정언명령 행정법에서 강조한 행정기본법의 내용(2.4.5.11번)이 그대로 출제 되었음을 통해 “국방부 행정소송 총괄 팀장”으로 근무했던 저의 실무경험이 그대로 적중했음**을 보여주고 있습니다. **국방행정실무를 수행함에 있어 직무역량과 직결되는 법조문, 개념, 판례를 현장에서 경험했기 때문**입니다. 국방부 내 군무원과 공무원간의 미묘한 갈등 속에서 군무원의 위상제고를 위하여 실무 직무역량 평가에 초점을 맞추어 법조문과 주요 개념 그리고 판례의 큰 틀을 중심으로 한 객관적 출제 경향이 확고해졌음을 알 수 있습니다. 이번 시험은 90점 이상이면 문안하게 합격할 것으로 보입니다.

## &lt; 향후 공부 방법 &gt;

이제 군무원 시험에서 행정법은 군무원의 직무역량 제고를 위하여 실제 실무에서 필요한 역량인 법조문, 주요 개념, 주요 판례를 중심으로 출제될 것입니다. 이를 위해서는 **지엽적인 내용에 매몰되기 보다는 주요 법령, 개념, 판례를 중심으로 슬림하지만 내실 있는 방식으로** 준비해야 할 것입니다.

수험생 여러분! 그동안 고생 많으셨습니다.



2021. 7. 24.

신기훈 올림

문 1. 사인의 공법행위에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국민이 어떤 신청을 한 경우에 그 신청의 근거가 된 조항의 해석상 행정발동에 대한 개인의 신청권을 인정하고 있다고 보이면 그 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보아야 하고, 구체적으로 그 신청이 인용될 수 있는가 하는 점은 본안에서 판단하여야 할 사항이다.
- ② 민원사항의 신청서류에 실질적인 요건에 관한 흠이 있더라도 그것이 민원인의 단순한 착오나 일시적인 사정 등에 기한 경우에는 행정청은 보완을 요구할 수 있다.
- ③ 건축주 등은 건축신고가 반려될 경우 건축물의 건축을 개시하면 시정명령, 이행강제금, 벌금의 대상이 되거나 당해 건축물을 사용하여 행할 행위의 허가가 거부될 우려가 있어 불안정한 지위에 놓이게 되므로, 건축신고 반려행위는 항고소송의 대상성이 인정된다.
- ④ 건축법상의 건축신고가 다른 법률에서 정한 인가·허가 등의 의제효과를 수반하는 경우라도 특별한 사정이 없는 한 수리를 요하는 신고로 볼 수 없다.

## [문제 분석]

사인의 공법행위에서 수리를 요하지 않는 신고와 수리를 요하는 신고에 대한 차이 및 구분 그리고 그에 따른 처분성에 대한 판례의 태도를 물어보는 문제임.

[문제 해설] ④건축법 제14조 제2항에 의한 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 행정청이 그 **실체적 요건에 관한 심사**를 한 후 수리하여야 하는 이른바 **‘수리를 요하는 신고’** (2010두14954) (→ 국토의계획및이용에관한법률상의 개발행위허가로 의제되는 건축신고가 동법상의 개발행위허가기준을 갖추지 못한 경우 행정청은 수리 거부할 수 있음.)

## [참 고]

ex) 신기훈 정언명령 행정법 50p

문 2. 평등원칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국가기관이 채용시험에서 국가유공자의 가족에게 10%의 가산점을 부여하는 규정은 평등권과 공무담임권을 침해한다.
- ② 평등원칙은 동일한 것 사이에서의 평등이므로 상이한 것에 대한 차별의 정도에서의 평등을 포함하지 않는다.
- ③ 재량준칙이 공표된 것만으로는 행정의 자기 구속의 원칙이 적용될 수 없고, 재량준칙이 되풀이 시행되어 행정관행이 성립한 경우에 적용될 수 있다.
- ④ 행정의 자기구속의 원칙이 인정되는 경우에는 행정관행과 다른 처분은 특별한 사정이 없는 한 위법하다.

## [문제 분석]

행정법의 일반원칙 중 평등의 원칙에 대한 의미 및 판례의 태도를 물어보는 문제임. 우리 헌법상의 평등의원칙은 절대적 평등이 아닌 상대적 평등이며, 행정기본법에서도 이를 재확인하고 있음을 통하여 정답에 접근할 수 있음.

## [문제 해설]

②[행정기본법]제9조(평등의 원칙) 행정청은 합리적 이유 없이 국민을 차별하여서는 아니 된다. “우리 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 뜻하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 하여서는 아니된다는 상대적 평등을 뜻하고 따라서 합리적 근거가 있는 차별 또는 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니라 할 것이다.” (→ “같은 것은 같게, 다른 것은 다르게!!”의 취지임. 즉 합리적 차별은 허용됨.) (99도2309)

## [참 고]

신기훈 정언명령 행정법 25p

문 3. 행정소송제도에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 개별법령에 합의제 행정청의 장을 피고로 한다는 명문규정이 없는 한 합의제 행정청 명의로 한 행정처분의 취소소송의 피고적격자는 당해 합의제 행정청이 아닌 합의제 행정청의 장이다.
- ② 원고가 피고를 잘못 지정한 경우 피고정정은 취소소송과 당사자소송 모두에서 사실심 변론 종결에 이르기까지 허용된다.
- ③ 법원은 당사자소송을 취소소송으로 변경하는 것이 상당하다고 인정할 때에는 청구의 기초에 변경이 없는 한 사실심의 변론종결시까지 원고의 신청에 의하여 결정으로써 소의 변경을 허가할 수 있다.
- ④ 당사자소송의 원고가 피고를 잘못 지정하여 피고정정신청을 한 경우 법원은 결정으로써 피고의 경정을 허가할 수 있다.

[문제 분석] 행정소송에서의 피고적격과 관련된 쟁점과 취소소송 규정에 대한 당사자소송 준용의 범위에 대한 판례 및 행정소송법 관련 내용에 대한 문제

[문제 해설]

- ① 법령에 의하여 합의제 행정기관의 이름으로 처분을 할 수 있는 권한이 주어진 경우에는 당해 합의제 행정기관이 피고

공정거래위원회	공정거래위원회
토지수용위원회	토지수용위원회
지방의회의원에 대한 지방의회의의 제명 징계의결	지방의회
지방의회 의장에 대한 불신임의결	지방의회
재결에 대한 취소	재결을 행한 행정심판위원회

예외) 시도인사위원회 - 시도위원회 위원장, 중앙노동위원회 - 중앙노동위원회위원장

[참 고]

신기훈 정언명령 행정법 300p, 301p

문 4. 수익적 행정행위의 철회에 대한 설명으로 옳은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 수익적 행정행위에 대한 취소권 등의 행사는 기득권의 침해를 정당화할 만한 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익을 보호할 필요가 있고, 이를 상대방이 받는 불이익과 비교·교량하여 볼 때 공익상의 필요 등이 상대방이 입을 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 허용될 수 있다.
- ② 행정행위를 한 처분청은 비록 처분 당시에 별다른 하자가 없었고, 처분 후에 이를 철회할 별도의 법적 근거가 없더라도 원래의 처분을 존속시킬 필요가 없게 된 중대한 공익상 필요가 발생한 경우에도 그 효력을 상실케 하는 별개의 행정행위로 이를 철회할 수 없다.
- ③ 수익적 행정행위를 취소 또는 철회하거나 중지시키는 경우에는 이미 부여된 국민의 기득권을 침해하는 것이 되므로, 비록 취소 등의 사유가 있다고 하더라도 허용되지 않는다.
- ④ 행정행위를 한 처분청은 비록 처분 당시에 별다른 하자가 없었고, 처분 후에 이를 철회할 별도의 법적 근거가 없더라도 원래의 처분을 존속시킬 필요가 없게 된 사정변경이 생겼다는 이유만으로 그 효력을 상실케 하는 별개의 행정행위로 이를 철회하는 것은 허용되지 않는다.

[문제 분석] 상식적으로 주었던 것을 뺏을 때 아무렇게나 다시 뺏을 수 있도록 할 수는 없죠. 행정행위의 취소 및 철회에 대한 기본적인 판례의 태도를 물어보는 문제임. 행정행위의 직권취소와 철회에 대한 기존의 판례의 확립된 법리에 대하여 행정기본법 제 18조와 19조에서 확인하고 있는바, 이러한 행정기본법의 규율 내용을 통해서도 접근할 수 있는 문제임. (수업을 통해 수차례 강조했던 행정기본법을 통한 기존 판례의 정리가 중요함)

제18조(위법 또는 부당한 처분의 취소) ① 행정청은 위법 또는 부당한 처분의 전부나 일부를 소급하여 취소할 수 있다. 다만, 당사자의 신뢰를 보호할 가치가 있는 등 정당한 사유가 있는 경우에는 장래를 향하여 취소할 수 있다.

② 행정청은 제1항에 따라 당사자에게 권리나 이익을 부여하는 처분을 취소하려는 경우에는 취소로 인하여 당사자가 입게 될 불이익을 취소로 달성되는 공익과 비교·형량(衡量)하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 처분을 받은 경우
2. 당사자가 처분의 위법성을 알고 있었거나 중대한 과실로 알지 못한 경우

제19조(적법한 처분의 철회) ① 행정청은 적법한 처분이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 처분의 전부 또는 일부를 장래를 향하여 철회할 수 있다.

1. 법률에서 정한 철회 사유에 해당하게 된 경우
2. 법령등의 변경이나 사정변경으로 처분을 더 이상 존속시킬 필요가 없게 된 경우
3. 중대한 공익을 위하여 필요한 경우

② 행정청은 제1항에 따라 처분을 철회하려는 경우에는 철회로 인하여 당사자가 입게 될 불이익을 철회로 달성되는 공익과 비교·형량하여야 한다.

[문제 해설] ① 수익적 행정행위인 때에는 그 행위를 취소하여야 할 공익상 필요와 그 취소로 인하여 당사자가 입을 기득권과 신뢰보호 및 법률생활 안정의 침해 등 불이익을 비교교량한 후 공익상 필요가 당사자의 기득권침해 등 불이익을 정당화할 수 있을 만큼 강한 경우에 한하여 취소할 수 있다. (85누664)

[참 고] 신기훈 정언명령 행정법 118p

문 5. 행정법의 효력에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 조례와 규칙은 특별한 규정이 없으면 공포한 날부터 20일이 경과함으로써 효력을 발생한다.
- ② 행정법령은 특별한 규정이 없는 한 시행일로부터 장래에 향하여 효력을 발생하는 것이 원칙이다.
- ③ 법령을 소급적용하더라도 일반국민의 이해에 직접 관계가 없는 경우에는 법령의 소급적용이 허용된다.
- ④ 법률불소급의 원칙은 그 법률의 효력발생 전에 완성된 요건 사실 뿐만 아니라 계속 중인 사실 이나 그 이후에 발생한 요건사실에 대해서도 그 법률을 소급적용할 수 없다.

[문제 분석]

행정법의 효력 파트에서 가장 중요한 논점인 진정소급효와 부진정 소급효의 구분에 대한 기본 내용을 물어보는 문제임. 또한 행정법의 시적 효력에 대하여 규정하고 있는 행정기본법의 조문 내용에 대한 숙지를 통해 접근할 수 있는 논점임. 핵심은 진정소급효 원칙 부정 예외인정, 부진정소급효 원칙 인정 예외 불인정이라는 판례의 기본법리를 명심해야 함.

[문제 해설]

④ 【부진정소급효】 법규효력발생일 이전에 이미 시작되었으나 법규효력발생일까지 계속 진행중인 사실에 법령을 적용하는 것 (수업 진행 중 보강이 있음을 고지하는 것이 부진정 소급효 vs. 수업 종료후 집에 가는 길에 다시 돌아오라고 하는 것이 진정소급효) <원칙> 효력발생일 이전에 발생하여 신법 시행일에도 계속 진행 중이므로 소급금지원칙 적용 × (→ 신법 적용)

[참 고] 신기훈 정언명령 행정법 18p

문 6. 「행정절차법」상 청문에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 청문 주재자에게 공정한 청문 진행을 할 수 없는 사정이 있는 경우 당사자 등은 행정청에 기피신청을 할 수 있다.
- ② 청문 주재자가 청문을 시작할 때에는 먼저 예정된 처분의 내용, 그 원인이 되는 사실 및 법적 근거 등을 설명하여야 한다.
- ③ 청문 주재자는 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 필요한 조사를 할 수 있으며, 당사자 등이 주장하지 아니한 사실에 대하여는 조사할 수 없다.
- ④ 행정청은 청문을 마친 후 처분을 할 때까지 새로운 사정이 발견되어 청문을 재개(再開) 할 필요가 있다고 인정할 때에는 청문조서 등을 되돌려 보내고 청문의 재개를 명할 수 있다.

**[문제 분석]**

행정절차법 청문절차에 대한 행정절차법상의 법률내용에 대한 논점을 물어보고 있는 문제로서 행정절차법 주요 법률 조항에 대한 숙지가 핵심임.

**[문제 해설] ③**

제33조(증거조사) ① 청문 주재자는 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 필요한 조사를 할 수 있으며, 당사자 등이 주장하지 아니한 사실에 대하여도 조사할 수 있다.

[참 고] 신기훈 정언명령 행정법 147p

문 7. 행정지도에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정지도가 그의 한계를 일탈하지 아니하였다면, 그로 인하여 상대방에게 어떤 손해가 발생하였다 하더라도 행정기관은 그에 대한 손해배상책임이 없다.
- ② 위법한 건축물에 대한 단전 및 전화통화 단절조치 요청행위는 처분성이 인정되는 행정 지도이다.
- ③ 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 직접적인 이유로 하는 불이익한 조치는 위법한 행위가 된다.
- ④ 국가배상법이 정한 배상청구의 요건인 공무원의 직무에는 행정지도도 포함된다.

**[문제 분석]**

국민에 대한 협력을 전제로 한다는 행정지도의 개념에 의해 접근할 수 있는 문제임.

**[문제 해설]**

②위법 건축물에 대한 단전 및 전화통화 단절조치 요청행위는 처분이 아님. (→권고적 행위) (96누433)

cf. 공정거래위원회의 '표준약관 사용권장행위'는 그 통지를 받은 해당 사업자 등에게 표준약관과 다른 약관을 사용할 경우 표준약관과 다르게 정한 주요내용을 고객이 알기 쉽게 표시하여야 할 의무를 부과하고, 그 불이행에 대해서는 과태료에 처하도록 되어 있으므로, 이는 사업자 등의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 행정처분으로서 항고소송의 대상이 된다. (2008두23184)

**[참 고]**

신기훈 정언명령 행정법 18p

문 8. 개인정보 보호에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 정보통신서비스 제공자는 이용자가 필요한 최소한의 개인정보 이외의 개인정보를 제공하지 아니한다는 이유로 그 서비스의 제공을 거부할 수 있다.
- ② 개인정보처리자가 집단분쟁조정을 거부하거나 집단분쟁조정 결과에 수락하지 아니한 경우에는 법원에 권리침해 행위의 금지·중지를 구하는 단체소송을 제기할 수 있다.
- ③ 개인정보보호법은 외국의 정보통신서비스 제공자 등에 대하여 개인정보보호규제에 대한 상호주의를 채택하고 있다.
- ④ 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 내밀한 영역에 속하는 영역뿐만 아니라 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함한다.

**[문제 분석] 개인정보보호법 주요 조문에 대한 숙지를 필요로 하는 문제임.**

개인정보보호법은 개인의 프라이버시를 최대한 보호하고자 하는 입법취지에 대한 기본적인 이해를 바탕으로 조문에 대한 숙지를 하는 것이 중요함.

**[문제 해설] ①**

개인정보보호법 제16조(개인정보의 수집 제한)

③ 개인정보처리자는 정보주체가 필요한 최소한의 정보 외의 개인정보 수집에 동의하지 아니한다는 이유로 정보주체에게 재화 또는 서비스의 제공을 거부하여서는 아니 된다.

**[참 고]**

신기훈 정언명령 행정법 166p

문 9. 「행정소송법」상 당사자소송에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 공법상 당사자소송이란 행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률 관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송을 말한다.
- ② 공법상 계약의 한쪽 당사자가 다른 당사자를 상대로 효력을 다투거나 이행을 청구하는 소송은 공법상의 법률관계에 관한 분쟁이므로 분쟁의 실질이 공법상 권리·의무의 존부·범위에 관한 다툼에 관해서는 공법상 당사자소송으로 제기하여야 한다.
- ③ 원고가 고의 또는 중대한 과실 없이 행정소송으로 제기하여야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기한 경우, 수소법원에서는 만약 그 행정소송에 대한 관할도 동시에 가지고 있다면 이를 행정소송으로 심리·판단하여야 하고, 그 행정소송에 대한 관할을 가지고 있지 아니하다면 관할법원에 이송하여야 한다.
- ④ 당사자소송의 경우 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있으나, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여는 판단하여서는 안된다.

**[문제 분석]**

행정소송에 대한 부분은 절차법적으로 판례의 내용이 다소 어려운 파트인 만큼 오히려 행정소송법 조문에 대한 기본적 숙지가 매우 중요함을 다시 한번 보여주는 문제임.

**[문제 해설] ④**

행정소송법 제26조(직권심리) 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.

제44조(준용규정) ①제14조 내지 제17조, 제22조, 제25조, 제26조, 제30조제1항, 제32조 및 제33조의 규정은 당사자소송의 경우에 준용한다.

**[참 고]**

신기훈 정언명령 행정법 340p

문 10. 행정법상 허가에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 허가는 규제에 반하는 행위에 대해 행정강제나 제재를 가하기 보다는 행위의 사법상 효력을 부인함으로써 규제의 목적을 달성하는 방법이다.
- ② 허가란 법령에 의해 금지된 행위를 일정한 요건을 갖춘 경우에 그 금지를 해제하여 적법하게 행위할 수 있게 해준다는 의미에서 상대적 금지와 관련되는 경우이다.
- ③ 전통적인 의미에서 허가는 원래 개인이 누리는 자연적 자유를 공익적 차원(공공의 안녕과 질서유지)에서 금지해 두었다가 일정한 요건을 갖춘 경우 그러한 공공에 대한 위협이 없다고 판단되는 경우 그 금지를 풀어줌으로써 자연적 자유를 회복시켜주는 행위이다.
- ④ 실정법상으로는 허가 이외에 면허, 인가, 인허, 승인 등의 용어가 사용되고 있기 때문에 그것이 학문상 개념인 허가에 해당하는지 검토할 필요가 있다.

**[문제 분석]**

허가에 대한 기본적인 개념적 내용을 확인하고 있는 문제임. 수업시간에 강조했던 무허가 음식점에서 계산은 해야 한다!

**[문제 해설] ①**

**[허가 위반의 효과]**

행정상 강제집행이나 행정벌의 대상(허가는 적법요건)이나 개별적 규정(규제허가:개별법에서 무허가 행위를 무효로 규정하는 경우)이 없는 한 사법상 효력은 유효 (→ 효력요건x)

**[참 고]**

신기훈 정언명령 행정법 81p

윌비스 공무원 행정법 마스터! 신기훈 노량진 착륙 유튜브 영상 '허가' 파트

문 11. 「행정기본법」에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고른 것은?

- ㄱ. 행정은 공공의 이익을 위하여 적극적으로 추진되어야 한다.
- ㄴ. 행정작용은 법률에 위반되어서는 아니 되며, 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 경우와 그 밖에 국민생활에 중요한 영향을 미치는 경우에는 법률에 근거하여야 한다.
- ㄷ. 행정청은 합리적 이유 없이 국민을 차별 하여서는 아니 된다.
- ㄹ. 행정청은 행정작용을 할 때 상대방에게 해당 행정작용과 실질적인 관련이 없는 의무를 부과해서는 아니 된다.
- ㅁ. 행정청은 처분에 재량이 있는 경우에는 부관(조건, 기한, 부담, 철회권의 유보 등을 말한다)을 붙일 수 있다.

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

**[문제 분석]**

행정기본법에 관한 기본적인 숙지를 직접적으로 접근하고 있는 문제임. 본 강사가 누차 강조했듯이 행정기본법도 행정법 별도의 내용을 규율한 것이 아니라 판례를 통하여 확립된 내용을 재확인한 것인 만큼 여러분이 알고 있는 내용 중에 어떤 내용들이 담겨 있는지를 관점에서 숙지해야 함.

**[문제 해설]**

㉠ - 행정기본법 제 4조 제 1항 (신기훈 정언명령 행정법 219P)

㉡ - 행정기본법 제 8조 (신기훈 정언명령 행정법 13P)

㉢ - 행정기본법 제 9조 (신기훈 정언명령 행정법 25P)

㉣ - 행정기본법 제 13조 (신기훈 정언명령 행정법 26P)

㉤ - 행정기본법 제 17조 제 1항 (신기훈 정언명령 행정법 92P)

**[참 고]**

신기훈 정언명령 행정법은 행정법의 기본 개념과 내용을 행정기본법의 내용부터 시작하고 있으며 모든 개념에 대한 강의는 행정기본법의 내용숙지를 기본으로 진행하고 있음

문 12. 행정소송의 원고적격에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 면허나 인·허가 등의 수익적 행정처분의 근거가 되는 법률이 해당 업자들 사이의 과당경쟁으로 인한 경영의 불합리를 방지하는 것도 그 목적으로 하고 있는 경우, 다른 업자에 대한 면허나 인·허가 등의 수익적 행정처분에 대하여 미리 같은 종류의 면허나 인·허가 등의 처분을 받아 영업을 하고 있는 기존의 업자는 당해 행정처분의 취소를 구할 원고적격이 인정될 수 있다.
- ② 광업권설청허가처분과 그에 따른 광산 개발로 인하여 재산상·환경상 이익의 침해를 받거나 받을 우려가 있는 토지나 건축물의 소유자와 점유자 또는 이해관계인 및 주민들은 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 재산상·환경상 이익의 침해를 받거나 받을 우려가 있다는 것을 증명하더라도 원고적격을 인정받을 수 없다.
- ③ 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라 하더라도 당해 행정처분으로 인하여 법률상 보호되는 이익을 침해당한 경우에는 취소소송을 제기하여 그 당부의 판단을 받을 자격이 있다.
- ④ 법인의 주주가 그 처분으로 인하여 궁극적으로 주식의 가치가 떨어지거나 주주의 법인에 대한 권리가 소멸하는 등 주주의 지위에 중대한 영향을 초래하게 되는데도 그 처분의 성질상 당해 법인이 이를 다룰 것을 기대할 수 없고 달리 주주의 지위를 보전할 구제방법이 없는 경우에는 주주도 그 처분에 관하여 직접적이고 구체적인 법률상 이해관계를 가진다고 보이므로 그 취소를 구할 원고적격이 있다.

**[문제 분석]**

행정쟁송편 원고적격과 관련된 논점임. 환경영향평가 밖의 주민이라 할지라도 수인한도 초과와 환경 피해 또는 피해 우려를 입증하는 경우 원고적격이 인정된다는 기본적인 판례의 입장을 숙지하고 있는지 확인하는 문제임

**[문제 해설]**

환경영향평가 대상 지역 안 또는 근거법규상 일정 지역 밖의 주민들은 원고적격이 추정되지 않지만 수인한도 초과와 환경 피해 또는 피해 우려를 입증한 경우 원고적격이 인정된다는 판례의 기본법리와 궤를 같이 하는 만큼 주된 판례를 통해 충분히 파악할 수 있는 판례(2006두7577)에 대한 문제임.

**[참 고]**

신기훈 정언명령 행정법 284, 285, 289p

문 13. 공법상 결과제거청구권에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 공법상 결과제거청구권의 대상은 가해행위와 상당인과관계가 있는 손해이다.
- ② 결과제거청구는 권력작용뿐만 아니라 관리 작용에 의한 침해의 경우에도 인정된다.
- ③ 원상회복이 행정주체에게 기대가능한 것이어야 한다.
- ④ 피해자의 과실이 위법상태의 발생에 기여한 경우에는 그 사실에 비례하여 결과제거청구권이 제한되거나 상실된다.

**[문제 분석]**

그밖의 손실보상 제도 중 결과제거청구권의 개념에 대한 문제임. 개념을 올바르게 파악하지 못한 경우 다소 까다로울 수 있는 문제이나 개념을 올바르게 파악한 경우 쉽게 접근 가능함. 행정법에서 가장 중요한 것은 개념의 체계적 지위임. 결과제거청구권은 그 밖의 손실보상 제도 편입바 기준 손해배상 및 보상의 효력을 보완하기 위한 제도임. 예) 토지수용처분이 취소된 경우에 반환하지 않고 계속 공공용지를 사용하는 경우

**[문제 해설]**

결과제거청구권은 공행정작용으로 조성된 위법한 상태에 대한 결과의 제거를 청구하는 일종의 원상회복청구권이나 가해행위와 상당관계있는 손해는 국가배상청구의 대상이 될 수 있다. 즉 공법상 결과제거청구권은 기존의 손해배상 및 행정행위의 취소소송제도의 효력을 보완하기 위해 인정되는 제도로서 그 밖의 손실보상 제도 목적에 편승되어 있다는 점을 통해서도 쉽게 접근 가능하다.

**[참 고]**

정언명령 행정법 243p

문 14. 행정심판의 재결에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 기각재결이 있는 후에도 원처분청은 원처분을 직권으로 취소 또는 변경할 수 있다.
- ② 재결의 기속력에는 반복금지효와 원상회복의무가 포함 된다.
- ③ 행정심판에는 불고불리의 원칙과 불이익변경금지의 원칙이 인정되며, 처분청은 행정심판의 재결에 대해 불복할 수 없다.
- ④ 행정심판의 재결기간은 강행규정이다.

**[문제 분석]**

행정심판법과 관련된 기본적인 내용을 물어보고 있다.

**[문제 해설] ④**

행정심판법 제45조(재결 기간) ① “재결은 제23조에 따라 피청구인 또는 위원회가 심판청구서를 받은 날부터 60일 이내에 하여야 한다. 다만, 부득이한 사정이 있는 경우에는 위원장이 직권으로 30일을 연장할 수 있다.”는 규정은 성질상 당연히 임의규정임. 실제로 국방부내 행정심판을 담당하는 국방부 법무관리관실 법무과 내 행정심판 담당자는 1년이 넘게 사건을 갖고 있는 경우도 매우 흔하다.

**[참 고]**

신기훈 정언명령 행정법 270p

문 15. 사례에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

병무청장이 법무부장관에게 ‘가수 甲이 공연을 위하여 국외여행허가를 받고 출국한 후 미국 시민권을 취득함으로써 사실상 병역의무를 면탈 하였으므로 재외동포 자격으로 재입국하고자 하는 경우 국내에서 취업, 가수활동 등 영리활동을 할 수 없도록 하고, 불가능할 경우 입국 자체를 금지해 달라’고 요청함에 따라 법무부장관이 甲의 입국을 금지하는 결정을 하고, 그 정보를 내부 전산망인 ‘출입국관리정보시스템’에 입력하였으나, 甲에게는 통보하지 않았다.

- ① 일반적으로 처분이 주체·내용·절차와 형식의 요건을 모두 갖추고 외부에 표시된 경우에는 처분의 존재가 인정된다.
- ② 행정의사가 외부에 표시되어 행정청이 자유롭게 취소·철회할 수 없는 구속을 받게 되는 시점에 처분이 성립한다.
- ③ 그 성립 여부는 행정청이 행정의사를 공식적인 방법으로 외부에 표시하였는지를 기준으로 판단해야 한다.
- ④ 위 입국금지결정은 항고소송의 대상이 되는 ‘처분’에 해당한다.

**[문제 분석]**

다양한 논점을 담고 있는 스티브유 판결에서 입국금지결정의 처분성에 대한 논점을 물어보고 있다. 행정행위가 성립하기 위한 외부적 성립요건과 관련된 개념의 대표 케이스인 만큼 반드시 알고 있어야 하는 사례이다.

**[문제 해설] ④**

‘무청장이 법무부장관에게 ‘가수 갑이 공연을 위하여 국외여행허가를 받고 출국한 후 미국 시민권을 취득함으로써 사실상 병역의무를 면탈하였으므로 재외동포 자격으로 재입국하고자 하는 경우 국내에서 취업, 가수활동 등 영리활동을 할 수 없도록 하고, 불가능할 경우 입국 자체를 금지해 달라’고 요청함에 따라 법무부장관이 갑의 입국을 금지하는 결정을 하고, 그 정보를 내부전산망인 ‘출입국관리정보시스템’에 입력하였으나, 갑에게는 통보하지 않은 사안에서, 행정청이 행정의사를 외부에 표시하여 행정청이 자유롭게 취소·철회할 수 없는 구속을 받기 전에는 ‘처분’이 성립하지 않으므로 법무부장관이 출입국관리법령에 따라 위 입국금지결정을 했다고 해서 ‘처분’이 성립한다고 볼 수는 없고, 위 입국금지결정은 법무부장관의 의사가 공식적인 방법으로 외부에 표시된 것이 아니라 단지 그 정보를 내부전산망인 ‘출입국관리정보시스템’에 입력하여 관리한 것에 지나지 않으므로, 위 입국금지결정은 항고소송의 대상이 될 수 있는 ‘처분’에 해당하지 않는다. (2017두38874)

행정행위가 성립하기 위해서는 주체, 절차, 형식, 내용이라는 내부적 성립요건과 행정청이 행정의사를 공식적인 방법으로 외부에 표시해야 한다는 외부적 성립요건이 구비되어 있어야 한다.

**[참 고]**

신기훈 정언명령 행정법 100p

문 16. 계획재량에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 통상적인 재량행위와 계획재량은 양적인 점에서 차이가 있을 뿐 질적인 점에서는 차이가 없다는 견해는 형량명령이 계획재량에 특유한 하자 이론이라기보다는 비례의 원칙을 계획재량에 적용한 것이라고 한다.
- ② 행정주체는 그 행정계획에 관련되는 자들의 이익을 공익과 사익 사이에서는 물론이고 공익 상호간과 사익 상호간에도 정당하게 비교교량 하여야 한다는 제한을 받는다.
- ③ 행정주체가 행정계획을 입안·결정함에 있어서 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우 이익형량을 전혀 행하지 아니하는 등의 사정이 없는 한 그 행정계획 결정은 형량에 하자가 있다고 보기 어렵다.
- ④ 행정계획과 관련하여 이익형량을 하였으나 정당성과 객관성이 결여된 경우에는 그 행정 계획결정은 형량에 하자가 있어 위법하게 된다.

**[문제 분석]**

학설에 대한 지문이 나오지만 수험 전략적으로 학설에 대한 지문을 정답지문으로 택하기는 어렵다는 것을 수험생은 파악해야 한다. 그리고 계획재량과 형량명령의 개념을 정확하게 파악하고 있다면 아무런 문제가 되지 않는다. 형량의 하자에 대한 정확한 개념파악을 물어보고 있는 문제이다.

**[문제 해설] ③**

계획재량은 행정주체가 계획법에 근거한 구체적인 계획을 수립 변경하는 과정에서 광범위한 형성의 자유를 갖는 것을 의미하며 계획재량에 대한 비례의 원칙을 구체적으로 적용한 것이 바로 형량명령이며 이러한 형량 명령의 결과 조사의 결함, 형량의 해태, 형량의 흥결, 오형량의 경우 형량의 하자로서 위법하게 됨. 최근 판례도 다음과 같이 형량하자를 인정하고 있음.

행정주체가 행정계획을 입안·결정하면서 이익형량을 전혀 행하지 않거나 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 빠뜨린 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성과 객관성이 결여된 경우에는 행정계획결정은 형량에 하자가 있어 위법하게 된다. (2010두5806)

**[참 고]**

신기훈 정언명령 행정법 126p

문 17. 「행정조사기본법」상 행정조사의 기본원칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정조사는 조사목적에 달성하는데 필요한 최소한의 범위 안에서 실시하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용 하여서는 아니 된다.
- ② 행정기관은 유사하거나 동일한 사안에 대하여는 공동조사 등을 실시함으로써 행정조사가 중복되지 아니하도록 하여야 한다.
- ③ 행정조사는 법령등의 위반에 대한 처벌에 중점을 두되 법령등을 준수하도록 유도하여야 한다.
- ④ 행정기관은 행정조사를 통하여 알게 된 정보를 다른 법률에 따라 내부에서 이용하거나 다른 기관에 제공하는 경우를 제외하고는 원래의 조사목적 이외의 용도로 이용하거나 타인에게 제공하여서는 아니 된다.

**[문제 분석]**

행정의 실효성 확보수단에서 행정조사와 관련하여 행정조사기본법의 조문 내용 숙지를 물어보고 있는 문제임. 단순한 행정조사기본법 조문에 대한 문제임에도 불구하고 수험생에게 혼란을 주기 위하여 문제의 단서에 다툼이 있는 경우 판례에 의함이라는 문구를 넣은 것은 주목할 필요가 있다.

**[문제 해설] ③**

제4조(행정조사의 기본원칙)

- ④ 행정조사는 법령등의 위반에 대한 처벌보다는 법령등을 준수하도록 유도하는데 중점을 두어야 한다.

처벌에 중점을 둔 것은 행정벌인 만큼 별도로 행정조사를 규정할 이유가 없을 것임.

**[참 고]**

신기훈 정언명령 행정법 190p

문 18. 행정규칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정규칙인 고시가 법령의 수권에 의해 법령을 보충하는 사항을 정하는 경우에는 법령보충적 고시로서 근거법령규정과 결합하여 대외적으로 구속력 있는 법규명령의 효력을 갖는다.
- ② 행정규칙은 행정규칙을 제정한 행정기관에 대하여는 대내적으로 법적 구속력을 갖지 않는다.
- ③ 사실상의 준비행위 또는 사전안내로 볼 수 있는 국립대학의 대학입학고사 주요요강은 공권력 행사이므로 항고소송의 대상이 되는 처분이다.
- ④ 일반적인 행정처분절차를 정하는 행정규칙은 대외적 구속력이 없다.

#### [문제 분석]

행정규칙의 기본적 정의 개념 및 효과와 이에 관한 판례의 내용에 대한 숙지를 확인하는 문제임.

#### [문제 해설] ③

국립대학인 서울대학교의 "94학년도 대학입학고사주요요강"은 사실상의 준비행위 내지 사전안내로서 행정쟁송의 대상이 될 수 있는 행정처분이나 공권력의 행사는 될 수 없지만 그 내용이 국민의 기본권에 직접 영향을 끼치는 내용이고 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상되어 그로 인하여 직접적으로 기본권 침해를 받게 되는 사람에게는 사실상의 규범작용으로 인한 위헌성이 이미 현실적으로 발생하였다고 보아야 할 것이므로 이는 헌법소원의 대상이 되는 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 공권력의 행사에 해당된다고 할 것이며, 이 경우 헌법소원외에 달리 구제방법이 없다. (헌재 1992. 10. 1. 92헌마68)

#### [참 고]

신기훈 정언명령 행정법 128p

문 19. 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상의 환매권에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 토지의 협의취득일 또는 수용의 개시일부터 10년 이내에 해당 사업의 폐지·변경 또는 그 밖의 사유로 취득한 토지의 전부 또는 일부가 필요 없게 된 경우 취득일 당시의 토지소유자 또는 그 포괄승계인은 환매권을 행사할 수 있다.
- ② 환매권의 발생기간을 제한한 것은 사업시행자의 지위나 이해관계인들의 토지이용에 관한 법률 관계 안정, 토지의 사회경제적 이용 효율 제고, 사회일반에 돌아가야 할 개발이익이 원소유자에게 귀속되는 불합리 방지 등을 위한 것이라 하더라도, 그 입법목적은 정당하다고 할 수 없다.
- ③ 환매권 발생기간 '10년'을 예외 없이 유지하게 되면 토지수용 등의 원인이 된 공익사업의 폐지 등으로 공공필요가 소멸하였음에도 단지 10년이 경과하였다는 사정만으로 환매권이 배제되는 결과가 초래될 수 있다.
- ④ 법률조항 제91조의 위헌성은 환매권의 발생기간을 제한한 것 자체에 있다기보다는 그 기간을 10년 이내로 제한한 것에 있다. 이 사건 법률조항의 위헌성을 제거하는 다양한 방안이 있을 수 있고 이는 입법재량 영역에 속한다.

#### [문제 분석]

환매권의 행사기간을 10년으로 제한하고 있는 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제91조 제1항 위헌소원사건에 대한 (2019헌바131)사건에 대한 결정문의 내용을 물어보는 문제로서 행정법문제라기 보다는 헌법문제로 볼 수 있다. 따라서 난이도가 있는 문제라고 할 것이다. 그러나 3번 지문과 4번 지문이 논리적으로 연결되어 있음에 비추어 정답은 1, 2번으로 압축되며 이를 통해 2번을 선택할 수 있어야 한다. 헌법불합치 결정에 대한 이해를 통해서 접근할 수 있음이 핵심이다.

#### [문제 해설] ②

현재 경정례판의 취지는 다음과 같이 정리할 수 있다.

- 환매권 발생기간 제한의 입법목적은 정당함
- 예외없는 환매권 존속기간 10년 규율은 재산권 침해에 있어 준수해야 할 비례의원칙(침해의최소성) 위반임
- 위헌성은 10년이라는 제한에 있는바, 환매권 존속기간에 대한 규율에 있어 행정청의 재량 및 입법의 혼란을 예방하기 위하여 헌법불합치결정을 내림

#### [참 고]

신기훈 정언명령 행정법 18p

문 20. 「국가배상법」의 내용에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국가나 지방자치단체는 공무를 위탁받은 사인이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입힌 때에는 국가배상 법에 따라 그 손해를 배상하여야 한다.
- ② 도로·하천, 그 밖의 공공의 영조물(營造物)의 설치나 관리에 하자(瑕疵)가 있기 때문에 타인에게 손해를 발생하게 하였을 때에는 국가나 지방자치 단체는 그 손해를 배상하여야 한다. 이 경우 군인·군무원의 2중배상금지에 관한 규정은 적용되지 않는다.
- ③ 직무를 집행하는 공무원에게 고의 또는 중대한 과실이 있으면 국가나 지방자치단체는 그 공무원에게 구상(求償)할 수 있다.
- ④ 군인·군무원이 전투·훈련 등 직무 집행과 관련하여 전사(戰死)·순직(殉職)하거나 공상(公傷)을 입은 경우에 본인이나 그 유족이 다른 법령에 따라 재해보상금·유족연금·상이연금 등의 보상을 지급 받을 수 있을 때에는 「국가배상법」 및 「민법」에 따른 손해배상을 청구할 수 없다.

#### [문제 분석]

국가배상법 기본적인 법조문에 대한 숙지를 물어보는 문제에 해당한다. 국가배상법은 사실 법리 내용 자체가 복잡한 파트에 해당한다. 행정쟁송 파트와 마찬가지로 가장 기본이 되는 법조문에 대한 이해와 핵심 개념이 중요하다는 것을 확인해 주는 문제이다.

#### [문제 해설] ②

국가배상법 5조(공공시설 등의 하자로 인한 책임) ① 도로·하천, 그 밖의 공공의 영조물의 설치나 관리에 하자가 있기 때문에 타인에게 손해를 발생하게 하였을 때에는 국가나 지방자치단체는 그 손해를 배상하여야 한다. 이 경우 제2조제1항 단서(이중배상금지), 제3조(배상기준) 및 제3조의2(이익공제)를 준용한다.

#### [참 고]

신기훈 정언명령 행정법 221p

문 21. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 정보공개 원칙에 따라 공공기관이 보유·관리하는 정보는 국민의 알권리 보장 등을 위하여 이 법에서 정하는 바에 따라 적극적으로 공개하여야 한다.
- ② 모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다.
- ③ 공공기관의 정보공개 담당자(정보공개 청구 대상 정보와 관련된 업무 담당자를 포함한다)는 정보공개 업무를 성실하게 수행하여야 하며, 공개여부의 자의적인 결정, 고의적인 처리 지연 또는 위법한 공개 거부 및 회피 등 부당한 행위를 하여서는 아니 된다.
- ④ 공공기관은 예산집행의 내용과 사업평가 결과 등 행정감시를 위하여 필요한 정보에 대해서는 공개의 구체적 범위, 주기, 시기 및 방법 등을 미리 정하여 정보통신망 등을 통하여 알릴 필요까지는 없으나, 정기적으로 공개하여야 한다.

## [문제 분석]

국방부 홈페이지를 들어가면 기획조정실장이 정보공개책임관으로 지정되어 정보공개라는 배너에 주요 내용에 대한 사전 전자공표를 하고 있습니다. 정보공개법제 7조에 따른 집행작용인 것이죠. 이렇듯 행정법령에 행정실무에서 어떻게 운영되고 있는지를 통해 법령을 입체적으로 파악하는 것이 중요함을 보여줍니다. 이는 어떤 조문을 놓치지 말아야 하는지 힌트를 주기 때문입니다.

## [문제 해설] ④

제7조(정보의 사전적 공개 등) ① 공공기관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보에 대해서는 공개의 구체적 범위, 시기, 시기 및 방법 등을 미리 정하여 정보통신망 등을 통하여 알리고, 이에 따라 정기적으로 공개하여야 한다. 다만, 제9조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보에 대해서는 그러하지 아니하다.

1. 국민생활에 매우 큰 영향을 미치는 정책에 관한 정보
2. 국가의 시책으로 시행하는 공사 등 대규모 예산이 투입되는 사업에 관한 정보
3. 예산집행의 내용과 사업평가 결과 등 행정감사를 위하여 필요한 정보
4. 그 밖에 공공기관의 장이 정하는 정보

## [참 고]

신기훈 경언명령 행정법 155p

문 22. 행정의 실효성 확보수단에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 계고서라는 명칭의 1장의 문서로서 일정기간 내에 위반건축물의 자진철거를 명함과 동시에 그 소정기간 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.
- ② 이행강제금은 행정상 간접적인 강제집행 수단의 하나로서, 과거의 일정한 법률위반 행위에 대한 제재인 형벌이 아니라 장래의 의무이행 확보를 위한 강제수단일 뿐이어서, 범죄에 대하여 국가가형벌권을 실행하는 과벌에 해당하지 아니한다.
- ③ 세무조사결정은 납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 공권력의 행사에 따른 행정 작용으로 보기 어려우므로 항고소송의 대상이 될 수 없다.
- ④ 토지·건물 등의 인도의무는 비대체적 작위의무이므로 행정대집행법상 대집행 대상이 될 수 없다.

## [문제 분석]

국가적 공권에 대한 국민의 공의무에 대한 실효성 확보수단의 내용인 행정의 실효성 확보수단 편에서 내용의 기본적인 개념을 묻고 있다. 개념 및 연계 판례의 중요성을 보여주는 문제이다.

## [문제 해설] ③

부과처분을 위한 과세관청의 질문조사권이 행해지는 세무조사결정이 있는 경우 납세의무자는 세무공무원의 과세자료 수집을 위한 질문에 대답하고 검사를 수인하여야 할 법적 의무를 부담하게 되는 점, 세무조사는 기본적으로 적정하고 공평한 과세의 실현을 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 행하여져야 하고, 더욱이 동일한 세목 및 과세기간에 대한 재조사는 납세자의 영업의 자유 등 권익을 심각하게 침해할 뿐만 아니라 과세관청에 의한 자의적인 세무조사의 위법마저 있으므로 조세공평의 원칙에 현저히 반하는 예외적인 경우를 제외하고는 금지될 필요가 있는 점, 납세의무자로 하여금 개개의 과태료 처분에 대하여 불복하거나 조사 종료 후의 과세처분에 대하여만 다툴 수 있도록 하는 것보다는 그에 앞서 세무조사결정에 대하여 다투으로써 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있는 점 등을 종합하면, 세무조사결정은 납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 공권력의 행사에 따른 행정작용으로서 항고소송의 대상이 된다. (2009두23617)

- ① 계고는 의무를 명하는 행정행위와 결합 가능
- ② 이행강제금은 장래에 이행을 강제하는 의무이행확보수단 vs. 행정벌은 과거의 의무위반에 대한 제재
- ④ 대체적 작위의무란 타인이 대체해도 동일한 행정목적적 실현할 수 있는 의무

## [참 고]

신기훈 경언명령 행정법 193p

문 23. 개인적 공권에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 한의사들이 가지는 한약조제권을 한약조제 시험을 통하여 약사에게도 인정함으로써 감소하게 되는 한의사들의 영업상 이익은 법률에 의하여 보호되는 이익이라 볼 수 없다.
- ② 합병 이전의 회사에 대한 분식회계를 이유로 감사인 지정제외 처분과 손해배상공동기금의 추가적립의무를 명한 조치의 효력은 합병 후 존속하는 법인에게 승계될 수 있다.
- ③ 당사자 사이에 석탄산업법시행령 제41조 제4항 제5호 소정의 재해위로금에 대한 지급청구권에 관한 부제소합의가 있는 경우 그러한 합의는 효력이 인정된다.
- ④ 석유판매업 허가는 소위 대물적 허가의 성질을 갖는 것이어서 양수인이 그 양수후 허가관청 으로부터 석유판매업허가를 다시 받았다하더라도 이는 석유판매업의 양수도를 전제로 한 것 이어서 이로써 양도인의 지위승계가 부정되는 것은 아니므로 양도인의 귀책사유는 양수인에게 그 효력이 미친다.

## [문제 분석]

판례에 대한 문제는 행정법 전체의 개념 및 중요 법리와 관련된 중요 판례를 중심으로 그에서 파생된 판례는 리딩 판례를 통하여 파악할 수 있어야 한다. 공권은 포기할수 없다는 기본 개념은 부제소 특약이 무효라는 아래 판례를 통하여 학습되어야 하며 지문의 판례는 그와 궤를 같이 하는 파생 판례에 불과하다.

## [문제 해설] ③

행정소송에서의 소권은 당사자의 합의로써 포기할 수 없으며 부제소 특약은 무효임 (94누4455)(98두8919)

개인적 공권은 이전성, 포기의 제한, 비대체성, 권리보호의 특수성이 있음을 확인할 것.

- ① 경업자 소송에서 허가업자의 영업상 이익은 반사적 이익에 불과함
- ② 상속 또는 합병은 공의무의 당연승계 사유에 해당함.

국제기본법 제23조(법인의 합병으로 인한 납세의무의 승계) 법인이 합병한 경우 합병 후 존속하는 법인 또는 합병으로 설립된 법인은 합병으로 소멸된 법인에 부과되거나 그 법인이 납부할 국제 및 강제징수비를 납부할 의무를 진다.

④ 판례는 대물적 허가의 제재사유, 제재처분, 제재원인사실의 승계를 법리를 통하여 확립했음.

## [참 고]

신기훈 경언명령 행정법 37p

문 24. 행정행위의 부관에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (단, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 재량행위에 있어서는 관계 법령에 명시적인 금지 규정이 없는 한 행정목적 달성을 위하여 조건이나 기한, 부담 등의 부관을 붙일 수 있고, 그 부관의 내용이 이행 가능하고 비례의 원칙 및 평등의 원칙에 적합하며 행정처분의 본질적 효력을 저해하지 아니하는 이상 위법하다고 할 수 없다.
- ② 부담은 행정청이 행정처분을 하면서 일방적으로 부가하는 것이 일반적이므로 상대방과 협의하여 협약의 형식으로 미리 정한 다음 행정처분을 하면서 이를 부가하는 경우 부담으로 볼 수 없다.
- ③ 부관의 사후변경은, 법률에 명문의 규정이 있거나 그 변경이 미리 유보되어 있는 경우 또는 상대방의 동의가 있는 경우에 한하여 허용되는 것이 원칙이지만, 사정변경으로 인하여 당초에 부담을 부가한 목적을 달성할 수 없게 된 경우에도 그 목적달성에 필요한 범위 내에서 예외적으로 허용된다.
- ④ 건축허가를 하면서 일정 토지를 기부채납 하도록 하는 내용의 허가조건은 부관을 붙일 수 없는 기속행위 내지 기속적 재량행위인 건축허가에 붙인 부담이거나 또는 법령상 아무런 근거가 없는 부관이어서 무효이다.

## [문제 분석]

부관과 관련한 행정기본법의 주요 내용에 대한 숙지와 부담의 부가형식에 대한 리딩 판례에 대한 이해를 묻고 있다.

## [문제 해설] ②

부관 중 부담의 부가 형식 : 행정청이 일방적으로 부가하는 형식 or 상대방과의 협약 형식

수직적 행정처분에 있어서는 법령에 특별한 근거규정이 없다고 하더라도 그 부관으로서 부담을 붙일 수 있고, 그와 같은 부담은 행정청이 행정처분을 하면서 일방적으로 부가할 수도 있지만 부담을 부가하기 이전에 상대방과 협의하여 부담의 내용을 협약의 형식으로 미리 정한 다음 행정처분을 하면서 이를 부가할 수도 있다. (2005다65500)

## ①③ 행정기본법 제 17조

제17조(부관) ① 행정청은 처분에 재량이 있는 경우에는 부관(조건, 기한, 부담, 철회권의 유보 등을 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 붙일 수 있다.

② 행정청은 처분에 재량이 없는 경우에는 법률에 근거가 있는 경우에 부관을 붙일 수 있다.

③ 행정청은 부관을 붙일 수 있는 처분이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 처분을 한 후에도 부관을 새로 붙이거나 종전의 부관을 변경할 수 있다.

1. 법률에 근거가 있는 경우
2. 당사자의 동의가 있는 경우
3. 사정이 변경되어 부관을 새로 붙이거나 종전의 부관을 변경하지 아니하면 해당 처분의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우
- ④ 부관은 다음 각 호의 요건에 적합하여야 한다.
  1. 해당 처분의 목적에 위배되지 아니할 것
  2. 해당 처분과 실질적인 관련이 있을 것
  3. 해당 처분의 목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 범위일 것

## ④

건축허가를 하면서 일정 토지를 기부채납하도록 하는 내용의 허가조건은 부관을 붙일 수 없는 기속행위인 건축허가에 붙인 부담이거나 또는 법령상 아무런 근거가 없는 부관이어서 무효이다. (94다56883)

## [참 고]

신기훈 정언명령 행정법 94p



문 25. 행정소송법상 행정입법부작위에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 행정권의 시행명령제정의무는 헌법적 의무이다.
- ② 시행명령을 제정해야 함에도 불구하고 제정을 거부하는 것은 법치행정의 원칙에 반하는 것이 된다.
- ③ 시행명령을 제정 또는 개정하였지만 그것이 불충분 또는 불완전하게 된 경우에는 행정 입법부작위가 아니다.
- ④ 행정입법부작위는 부작위위법확인소송의 대상이 된다.

## [문제 분석]

행정입법부작위에 대한 권리구제 수단에 대한 기본적인 이해를 묻고 있다. 이는 구체적 개별적 사실이라는 개념적 징표 그리고 입법은 추상적 일반적이라는 개념적 징표를 대상으로 한다는 기본개념을 통해서도 접근할 수 있다.

## [문제 해설] ④

부작위위법확인소송의 대상은 처분의 부작위만을 의미함.

행정소송은 구체적 사건에 대한 법률상 분쟁을 법에 의하여 해결함으로써 법적 안정을 기하자는 것이므로 부작위위법확인소송의 대상이 될 수 있는 것은 구체적 권리의무에 관한 분쟁이어야 하고 추상적인 법령에 관하여 제정의 여부 등은 그 자체로서 국민의 구체적인 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 것이 아니어서 그 소송의 대상이 될 수 없다. (91누11261)

① 아래 판례에 비추어 다소 논쟁이 있을수 있는 지문이나 상대적으로 4번지문이 너무나 명확하다.

행정입법의 제정이 법률의 집행에 필수불가결한 경우로서 행정입법을 제정하지 아니하는 것이 곧 행정권에 의한 입법권 침해의 결과를 초래하는 경우를 말하는 것이므로, 만일 하위 행정입법의 제정 없이 상위 법령의 규정만으로도 집행이 이루어질 수 있는 경우라면 하위 행정입법을 하여야 할 헌법적 작위의무는 인정되지 아니한다. (2004헌마66)

② 행정권에 의한 입법권의 침해를 야기하므로 법치행정의 원리에 반하게 된다.

③ 부진정입법부작위에 해당한다.

## [참 고]

신기훈 정언명령 행정법 63p

