

## [ 1. 학습개관 + 2. 핵심정리 ]

## [ 제1주차 학습개관 ]

안녕하세요 반갑습니다~^^

행정법총론 강의를 진행 할 백영민입니다.

무더웠던 여름도 지나가고 이제는 아침 저녁으로 선선한 것이 공부하기에 딱 좋은 계절입니다.

특히 9월부터 수험생활을 시작하시는 분은 다른 수험생에 비해서 학습할 시간이 상대적으로 부족합니다. 남은 시간을 소중하게 여기시고 매시간 최선의 노력을 하시길 바랍니다.

행정법 제1주차에서 학습하실 내용 중에서 중요한 부분은 1. 통치행위, 2 법치행정의 원리, 3 법원, 4 비례의 원칙 등입니다.

행정법의 주된 출제가 판례에서 이루어지므로 전체의 내용을 이해하신 후, 개별적 판례의 핵심을 정리하시는 방법으로 공부를 하시면 됩니다.

예습은 따로 필요하지 않지만 복습은 반드시 필요합니다.

법학과목을 처음 공부하시는 분은 법학은 어렵다는 선입견과 법률용어의 이해에서 힘든 시기를 겪을 수 있습니다. 그러나 법학은 그 시대에서 일반적으로 통용되는 상식을 반영한 것이기 때문에 차근차근 공부하시면 충분히 극복하실 수 있습니다. 시간이 지나면 어느 샌가 우리도 행정법의 고수가 되어있을 것입니다.

그리고 교무실은 항상 열려있으니 이해가 안 되는 행정법의 개별적인 내용이든 공무원시험의 공부방법이든 궁금하신 내용은 질문과 상담을 받으시길 부탁드립니다. 여러분의 적극적인 행동으로 수험기간은 꽤 단축될 수 있습니다.

자 그럼 두려움과 설렘으로 행정법의 세계로 들어오세요~^^

## [ 2. 이번 주 학습내용 핵심정리 ]

## 1. 통치행위

통치행위의 주체	정치기관인 대통령과 국회의 행위에 대하여 인정되고, 중립기관인 사법부의 행위는 통치행위성이 인정되지 않는다. ⇒ 통치행위의 주체는 통상 정부가 거론되나 국회와 사법부에 의한 통치행위를 인정하는 것이 일반적이다. : (x)
통치행위인지에 대한 판단의 주체	통치행위의 개념을 인정한다고 하더라도 과도한 사법심사의 자제가 기본권을 보장하고 법치주의 이념을 구현하여야 할 법원의 책무를 태만히 하거나 포기하는 것이 되지 않도록 그 인정을 지극히 신중하게 하여야 하며, 그 판단은 오로지 사법부만에 의하여 이루어져야 한다(대판 2003도7878). 검찰은 통치행위의 판단주체가 아니다.
통치행위의 당·부당 판단 주체	비상계엄 선포의 당·부당을 판단할 권한과 같은 것은 헌법상 계엄의 해제요구권이 있는 국회만이 가지고 있다(대법원 1981.9.22, 81도1833).

인정 여부	헌법 규정	현행 헌법 제64조 4항은 국회의원의 자격심사징계·제명처분에 대해서는 법원에 제소할 수 없다고 규정하여 사법심사를 배제 ⇒ 국회의원의 자격심사징계·제명처분은 헌법이 인정한 통치행위
	학설	긍정설 사법부자체설, 권력분립설(내재적 한계설 : 미국판례와 우리나라 대법원의 견해), 재량행위설, 대권행위설
		부정설 ① 실질적 법치주의와 행정소송사항의 개괄주의, 국민의 재판청구권은 부정설의 논거 ② 주의 - 행정소송의 개괄주의는 통치행위 부정설의 논거이지만, 행정소송개괄주의를 취한다고 해서 통치행위를 반드시 부정해야 하는 것은 아님
	법원 판례	인정 ① 대통령의 비상계엄선포행위(권력분립설 = 내재적 한계설) 대통령의 비상계엄 선포의 당, 부당을 판단할 권한과 같은 것은 헌법상 계엄의 해제요구권이 있는 국회만이 가지고 있다고 할 것이고, 사법기관인 법원은 계엄의 선포요건의 구비여부나 선포의 당, 부당을 심사하는 것은 사법권의 내재적인 본질적 한계를 넘어서는 것이 되어 적절치 못하다(대법원 1981.9.22, 81도1833). ② 남북정상회담의 개최 ③ 군사시설보호법에 의한 군사시설보호구역의 설정·변경·해제행위 ④ 대통령의 사면권 행사(서울 행정법원)  부정 ① 12. 12 군사반란행위 및 내란행위 ⇒ 비상계엄의 선포나 확대가 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여 행하여진 경우에는 사법심사가 가능 함 ② 남북정상회담의 개최과정에서 북한 측에 사업권의 대가명목으로 송금한 행위 ③ 서훈취소는 통치행위에 해당하지 아니 함 서훈취소는 서훈수여의 경우와는 달리 이미 발생된 서훈대상자 등의 권리 등에 영향을 미치는 행위로서 관련 당사자에게 미치는 불이익의 내용과 정도 등을 고려하면 사법심사의 필요성이 크다. 비록 서훈취소가 대통령이 국가원수로서 행하는 행위라고 하더라도 법원이 사법심사를 자제하여야 할 고도의 정치성을 띤 행위라고 볼 수는 없다(대법원 2015.04.23. 2012두26920). ⇒ 서훈취소는 통치행위가 아니라 행정처분에 해당하고, 대통령이 행한 행정처분의 피고는 국가보훈처장이 아니라 소속장관이 피고 ⇒ 서훈취소는 대통령이 권한자이므로 소속장관을 피고로 하지 않고 국가보훈처장을 상대로 제기한 것은 피고를 잘못 지정한 경우에 해당한다. 따라서 법원은 석명권을 행사하여 정당한 피고로 경정하게 하여 소송을 진행해야 함 ④ 유신헌법 제53조에 근거한 긴급조치 제1호는 그 발동 요건을 갖추지 못한 채 목적상

			<p>한계를 벗어나 국민의 자유와 권리를 지나치게 침해한 것이므로 위헌임</p> <p>법치주의의 원칙상 통치행위라 하더라도 헌법과 법률에 근거하여야 하고 그에 위배되어서는 아니된다. 더욱이 유신헌법 제53조에 근거한 긴급조치 제1호는 국민의 기본권에 대한 제한과 관련된 조치로서 형벌법규와 국가형벌권의 행사에 관한 규정을 포함하고 있다. 그러므로 기본권 보장의 최후 보루인 법원으로서 마땅히 긴급조치 제1호에 규정된 형벌법규에 대하여 사법심사권을 행사함으로써, <b>대통령의 긴급조치권 행사로 인하여 국민의 기본권이 침해되고 나아가 우리나라 헌법의 근본이념인 자유민주적 기본질서가 부정되는 사태가 발생하지 않도록 그 책무를 다하여야 할 것이다</b>(대법원 2010. 12. 16. 2010도5986 전원합의체).</p>
	헌법재판소 결정	인정	<p>① 금융실명제와 관련 한 대통령의 긴급재정경제명령 ⇨ 통치행위에 속하나 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 헌법재판소의 심판대상에 해당함</p> <p>② 대통령이 국군을 이라크에 파견하기로 한 결정 ⇨ 헌법재판소는 대통령과 국회의 판단을 존중하여 사법적 심사를 자제함 : 사법부자제설 입장</p> <p>③ 대통령의 사면권 ⇨ 사면은 형의 선고의 효력 또는 공소권을 상실시키거나, 형의 집행을 면제시키는 국가원수의 고유한 권한을 의미하며, 사법부의 판단을 변경하는 제도로써 권력분립의 원리에 대한 예외가 된다.</p> <p>그러므로 사면의 종류, 대상, 범위, 절차, 효과 등은 범죄의 죄질과 보호법익, 반국민의 가치관 내지 법감정, 국가이익과 국민화합의 필요성, 권력분립의 원칙과의 관계 등 제반사항을 종합하여 입법자가 결정할 사항으로서 입법자에게 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 부여되어 있다.</p> <p>따라서 특별사면의 대상을 "형"으로 규정할 것인지, "사람"으로 규정할 것인지는 입법재량사항에 속한다 할 것이다(헌법재판소 2000.6.1. 97헌바74).</p> <p>④ 신행정수도건설이나 수도이전의 문제를 국민투표에 붙일지 여부에 관한 대통령의 의사결정 ⇨ 통치행위성 인정하나 국민의 기본권침해와 직접 관련되는 경우에는 헌법재판소의 심판대상에 해당</p> <p>신행정수도건설이나 수도이전의 문제를 국민투표에 붙일지 여부에 관한 대통령의 의사결정이 사법심사의 대상이 될 경우 위 의사결정은 고도의 정치적 결단을 요하는 문제여서 사법심사를 자제함이 바람직하다고는 할 수 있고, 이에 따라 그 의사결정에 관련된 흠을 들어 위헌성이 주장되는 법률에 대한 사법심사 또한 자제함이 바람직하다고는 할 수 있다. 그러나 대통령의 위 의사결정이 국민의 기본권침해와 직접 관련되는 경우에는 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있고, 이에 따라 위 의사결정과 관련된 법률도 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있다(헌재결 2004.10.21, 2004헌마554·556).</p>
		부정	<p>① 신행정수도건설이나 수도이전의 문제는 정치적 성격을 가지지만 통치행위에 해당하지 않음 ⇨ 신행정수도건설이나 수도이전의 문제가 정치적 성격을 가지고 있는 것은 인정할 수 있지만, 그 자체로 고도의 정치적 결단을 요하여 사법심사의 대상으로 하기에는 부적절한 문제라고까지는 할 수 없다. 더구나 이 사건 심판의 대상은 이 사건 법률의 위헌여부이고 대통령의 행위의 위헌여부가 아닌바, 법률의 위헌여부가 헌법재판의 대상으로 된 경우 당해법률이 정치적인 문제를 포함한다는 이유만으로 사법심사의 대상에서 제외된다고 할 수는 없다(헌재결 2004.10.21, 2004헌마554·556).</p> <p>② 피청구인 대통령이 한미연합 군사훈련의 일종인 2007년 전시증원연습을 하기로 한 결정은 통치행위에 해당하지 않음</p>

## 2. 법치행정의 원리와 내용

1. 법률의 법규창조력	<p>① 법률의 법규창조력이란 국민의 권리의무에 관한 구속력을 가지는 새로운 법규를 정하는 것은 국민의 대표기관인 의회의 전속적 권한이기 때문에 원칙적으로 의회가 제정한 법률만이 법규로서 구속력을 가진다는 것을 의미</p> <p>② 법률의 법규창조력에서 법률은 의회가 제정한 형식적 의미의 법률만을 의미하는 것이 원칙</p>
--------------	---

2. 법률 우위 원칙	<p>① 법률우위의 원칙이란 다른 모든 국가의사, 즉 행정의사나 사법의사는 법률의 형식으로 표시된 국가의사에 저촉될 수 없다는 원칙</p> <p>② 법률우위의 원칙은 소극적 의미의 법치행정의 원리</p> <p>③ 행정의 모든 영역에 적용, 행정행위, 공법상 계약, 행정행위의 부관, 법규명령, 조례는 물론 권력적 사실행위, 비권력적 사실행위 등 모든 행정작용은 법률우위의 원칙을 준수하여야 함</p> <p>④ 법률우위원칙에서의 법률의 범위는 형식적 의미의 법률에 한정되지 않고 법규명령, 자치법규, 불문법원인 관습법이나 행정법의 일반원칙 등 모든 성문법규와 불문법규를 포괄한다. 그러나 행정규칙은 포함되지 않음</p> <p>⑤ 실질적 법치주의는 합법성 뿐만 아니라, 내용상의 정당성도 보장 된 합헌적 법률만이 우위 ⇨ 합헌적 법률을 위한 헌법재판소의 위헌법률심판제도</p>
3. 법률 유보 원칙	<p>① 법률유보의 원칙이란 행정권 발동은 반드시 법률의 근거(법률의 수권)를 요한다는 원칙 ⇨ 법률유보의 원칙에서 요구되는 법적 근거는 작용법적 근거를 말한다. 조직법적 근거는 모든 행정권 행사에 있어서 당연히 요구된다. 행정권 행사의 근거가 되는 법(근거법)은 행정권 행사</p> <p>⇨ 법률유보의 원칙상 행정권 행사에 요구되는 법적 근거는 개별적 근거를 말하는데, 예외적으로 포괄적 근거도 가능하다(예 : 경찰권의 발동 등).</p> <p>② 행정의 모든 영역이 아니라 일정영역에만 적용되며, 법치행정의 적극적 측면을 나타냄</p> <p>③ 법률유보원칙에서의 법률의 범위는 의회가 제정한 형식적 의미의 법률을 의미하는 것이 원칙이다. 그러나 <b>법률의 위임이 있으면 법규명령도 포함한다. 그러나 관습법과 판례법 등 불문법은 포함되지 아니 함</b></p> <p>④ 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요하고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현과 관련된 영역에 있어서는 <b>국민의 대표자인 입법자가 그 본질적 사항에 대해서 스스로 결정하여야 한다는</b> 요구까지 내포하고 있다.</p> <p>⑤ 헌법은 법치주의를 그 기본원리의 하나로 하고 있으며, 법치주의는 행정작용에 국회가 제정한 형식적 법률의 근거가 요청된다는 법률유보를 그 핵심적 내용의 하나로 하고 있다. 헌법 제37조 제2항은 기본권제한에 관한 일반적 법률유보조항이라고 할 수 있는데, <b>법률유보의 원칙은 ‘법률에 의한 규율’만을 요청하는 것이 아니라 ‘법률에 근거한 규율’을 요청하는 것이기 때문에 기본권의 제한에는 법률의 근거가 필요할 뿐이고 기본권제한의 형식이 반드시 법률의 형식일 필요는 없다.</b> 법률에 근거를 두면서도 헌법 제75조가 요구하는 위임의 구체성과 명확성을 구비하지만 하면 위임입법에 의하여도 기본권을 제한 할 수 있다(헌재 2016.4.28., 2012헌마549, 2005. 3. 31. 2003헌마87).</p> <p>⑥ 개인택시운송사업자가 음주운전을 하다가 사망한 경우 망인의 운전면허를 취소하는 것은 불가능하고, 음주운전 그 자체는 개인택시운송사업면허의 취소사유가 될 수는 없으므로, 음주운전을 이유로 한 개인택시운송사업면허의 취소처분은 위법함</p> <p>⑦ 법률유보원칙의 적용범위에 관하여는 여러 학설이 주장되어 왔는데, 오늘날의 실질적 법치국가에서는 점차로 법률유보원칙을 확대해 나가는 추세에 있다. 따라서 법률유보의 범위는 과거에 비해서 점차 확대되고 있으며, 헌법재판소는 의회유보의 입장을 취하고 있고, 행정유보의 입장을 채택하고 있는 것은 아니다.</p>

### (3) 중요사항 유보설을 취한 판례

#### 1. 우리나라 헌법재판소 ⇨ 본질성설의 입장

- ① 물포(살수차)는 국민의 생명이나 신체에 중대한 위해를 가할 수 있는 경찰장비이므로, 구체적인 사용 근거와 기준 등에 관한 중요한 사항이 법률 자체에 직접 규정되어야 한다. 그런데 구 경찰관직무집행법은 아무런 규정을 두고 있지 않으므로, 이를 근거로 행한 이 사건 물포발사행위는 법률유보원칙에 위배된다(헌법재판소 2011헌마815, 2014. 6. 26).
- ② 구 「소득세법」 제60조는 기준시가의 내용 자체에 관한 기준이나 한계는 물론 내용 결정을 위한 절차조차도 규정함이 없이 기준시가의 내용 및 그 결정절차를 전적으로 대통령령이 정하는 바에 의하도록 하고 있어 위임입법의 한계를 규정한 헌법의 취지에 반한다(헌재 1995.11.30. 91헌마1).
- ③ 구 「교통안전공단법」 제17조는 국민의 재산권과 관련된 중요한 사항 내지 본질적인 요소인 분담금의 분담방법 및 분담비율에 관한 기본사항을 구체적이고 명확하게 규정하지 아니한 채 시행령에 포괄적으로 위임한 것은 헌법 제75조에 위반됨  
⇨ 분담금의 분담방법 및 분담비율에 관한 사항을 대통령령으로 정하도록 규정한 교통안전공단법 제17조는 국민의 재산권과 관련된 중요한 사항 내지 본질적인 요소인 분담금의 분담방법 및 분담비율에 관한 기본사항을 구체적이고 명확하게 규정하지 아니한 채 시행령에 포괄적으로 위임함으로써, 분담금 납부의무자로 하여금 분담금 납부의무의 내용이나 범위를 전혀 예측할 수 없게 하고, 나아가 행정부의 자의적인 행정입법권 행사에 의하여 국민의 재산권이 침해될 여지를 남김으로써 경제생활의 법적 안정성을 현저히 해친 포괄적인 위임입법으로서 헌법 제75조에 위반된다(헌재 1999. 1. 2897헌가8).

## 4. 행정법의 법원

## (1) 판례법

대법원 판례	<p>① 법원조직법 제8조는 “상급법원의 판단은 당해 사건에 한하여 하급심을 기속하는 효력을 가지므로” 일반적인 구속력이 인정되는 것은 아니다.</p> <p>② <b>사안이 서로 다른 사건에서 법원성을 부정한 판례</b> 대법원의 판례가 법률해석의 일반적인 기준을 제시한 경우에 유사한 사건을 재판하는 하급심법원의 법원은 판례의 견해를 존중하여 재판하여야 하는 것이나, 판례가 <b>사안이 서로 다른 사건을 재판하는 하급심법원을 직접 기속하는 효력이 있는 것은 아니다</b>(대판 1996. 10. 25. 96다31307).</p>
헌법재판소 판례	<p>① 법률의 위헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속(羈束)한다(헌법재판소법 제47조 제1항).</p> <p>② 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다(헌법재판소법 제47조 제2항).</p> <p>③ 제2항에도 불구하고 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다. 다만, 해당 법률 또는 법률의 조항에 대하여 종전에 합헌으로 결정한 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을 상실한다(헌법재판소법 제47조 제3항).</p> <p>④ 헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다. 국가기관 또는 지방자치단체의 처분을 취소하는 결정은 그 처분의 상대방에 대하여 이미 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다(헌법재판소법 제67조).</p> <p>⑤ 헌법재판소의 위헌결정은 법원 기타 국가기관이나 지방자치단체를 기속하므로 법원성이 인정됨, 그러나 합헌결정과 한정합헌 등은 법원성 인정 안 됨</p> <p>⑥ <b>헌법재판소가 법률의 위헌 여부를 판단하기 위하여 한 법률해석에 법원은 구속을 당하지 아니 함</b> 합헌적 법률해석을 포함하는 법령의 해석·적용 권한은 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 전속한다. 따라서 헌법재판소가 법률의 위헌 여부를 판단하기 위하여 불가피하게 법원의 최종적인 법률해석에 앞서 법령을 해석하거나 그 적용 범위를 판단하더라도 헌법재판소의 법률해석에 대법원이나 각급 법원이 구속되는 것은 아니다(대법원2008.10.23. 2006다66272).</p>

## [ 2019년, 2020년 행정법총론 강의계획서 ]

	STEP I	STEP II	STEP III	STEP IV
9•10월	기본반 강의 출수 달 개강	기본이론+심화이론+법령 +판례+모의고사		
11•12월	기본반 강의 출수 달 개강	기본이론+심화이론+법령 +판례+모의고사		단원별 기출문제
2020년				
1•2월	기본반 강의 출수 달 개강		문제로 분석•정리하는 행정법 관련법령 특강  + 문제를 통해 확인하는 행정행위, 행정소송법과 행정심판법 특강	단원별 예상문제
3•4월	기본반 강의 출수 달 개강	기본이론+심화이론+법령 +판례+모의고사		국가직 대비 전범위 실전 모의고사
5•6월	기본반 강의 출수 달 개강		2020년 지방직 9급 시험대비 ONE SHOT ALL KILL 특강  + 군무원시험 대비 행정법 각론 특강	지방직 대비 전범위 실전 모의고사
7•8월	기본반 강의 출수 달 개강		문제로 분석•정리하는 행정법관련법령 특강  + 문제를 통해 확인하는 행정행위, 행정소송법과 행정심판법 특강	

강의 내용	강의 특징
기본+심화이론 +법령+판례 +모의고사	가장 빠른 시간 내에 기초에서 고득점까지 한방에 해결 ① 기본이론을 설명하고 출제비중이 높은 심화이론과 판례를 정리 ② 행정법총론의 기본이론+심화이론+판례+법령을 한방에 해결 ③ 매주 모의고사를 통해서 기출예상문제를 확인 ④ 2019년까지의 기출문제의 경향을 파악함으로써 2020년 시험에 대비 ⑤ 기본서 교재에 빠져 있는 최근판례와 변경된 법령을 프린트를 통해 보충
문제로 분석정리하는 행정법 관련법령 특강	① 빈출되는 행정절차법 + 공공기관의 정보공개에 관한 법률 + 개인정보보호법 + 질서위반 행위규제법 + 행정조사기본법의 조문을 정리 ② 중요법령 + 판례 + 2019년까지의 모든 객관식 문제를 종합하여 진행 ③ 두문자를 통한 암기비법 전수 ④ 법조문과 행정법관련법령의 판례와 객관식 문제를 한방에 정리
문제를 통해 확인하는 행정행위, 행정소송법과 행정심판법 특강	① 수험생이 가장 어려워하는 행정행위와 행정쟁송법을 집중공략함으로써 행정법 고득점 달 성 ② 암기의 부담을 줄여주는 이해위주의 강의 ③ 2019년까지의 기출문제와 예상문제를 통해 2020년 대비 ④ 행정쟁송법의 이론을 설명 후 다양한 기출문제와 예상문제를 통해 문제경향을 파악
행정법 지방직 대비 one shot all kill 특강	① 이론 + 판례 + 법령 + case + ox 지문 + ()넣기 + 객관식 문제를 엄선한 한권의 교재로 정리 ② 정리되지 않은 지식은 혼선을 초래하고 득점에 방해가 되므로 행정법의 방대한 내용을 간결하게 정리 ③ 불필요한 내용을 제거하고 새로운 출제경향을 철저히 분석하여 오로지 지방직 고득점 달성이 목적
군무원시험에 특화된 행정법 각론 특강	① 방대한 행정법 각론의 내용 중에서 군무원시험에 필요한 내용만 선별하여 진행 ② 최대한 분량을 줄여주는 것이 목표 ③ 2019년 까지의 판례와 기출문제를 반영한 제본교재로 강의 진행 ④ 행정법 각론의 중요이론을 설명 한 후 기출문제를 통해 출제경향 파악