

## 우리나라 行政法上의 不當概念에 관한 考察

金 東 熙\*

### I. 序 論

行政法上 不當이라는 觀念의 가장 간략한 정의는 행정행위의 成立·效力 문제와 관련하여, 부당행위는 公益에 위반한 행위라는 것으로, 이러한 의미의 不當行爲는 實定法上의 法定要件을 결여한 행위로서의 違法行爲와 대비되고 있다.<sup>(1)</sup> 이러한 정의방식에 따르면, 부당이라는 관념은 행정행위의 소위 瑕疵論에서 위법 관념과 거의 대등한 비중을 점하는 것으로 일용 생각할 수도 있을 것이다.

그러나, 실제 이 不當行爲의 문제는 현재 국내 行政法書에서는 행정행위의 職權取消 및 爭訟에 관한 부분에서 매우 간단하게 언급되고 있는 정도에 그치고 있다. 이와 관련하여 미리 밝혀 둘 것은, 실제 不當行爲라는 관념은 前記한 간략한 定義에서 일용 도출될 수 있는 것과는 달리, 그 내용에 있어 매우 제한적인 개념이라는 점에서는 이 문제에 관하여 教科書의 수준에서 違法行爲의 문제와 같은 정도의 비중을 두어 이를 詳論할 이유나 필요도 없는 것은 사실이라 할 것이다.

그러나 필자가 寡聞한 탓인지는 모르나, 부당행위의 문제를 구체적으로 검토한 논문은 거의 없다는 사실은 반드시 쉽게 납득할 수 있는 것만은 아닌 것으로 본다. 그것은 不當行爲와 관련하여 검토를 요하는 몇가지 측면, 특히 그 개념 정의와 관련하여 이를 행정행위의 瑕疵의 한 형태로 볼 것인가, 또한 그러한 경우에도, 이를 職權取消事由로 볼 수 있을 것인가 등의 문제는 반드시 自明한 것으로서 전혀 의문이 제기될 여지가 없는 것이라고 볼 수는 없는 것이기 때문이다.

따라서 본고에서는 위에서 제기한 몇가지 문제점과 관련하여, 먼저 行政法上의 不當行爲의 관념을 구체적으로 정의하고 나서, 그러한 의미의 不當行爲가 행정행위의 瑕疵의 한 형태로서 쟁송취소 및 직권취소 사유를 구성하는가의 문제를 검토하여 보기로 한다.

\* 서울대학교 法科大學 教授

(1) 金道稔, 行政法論, 上, 1985, p. 340; 朴統炳, 行政法論, 上, 1985, pp. 222-223; 徐元宇, 現代行政法論, 上, 1983, p. 441.

## II. 不當行爲의 意義

1. 행정법상 不當行爲는 전술한 바와 같이 公益違反行爲로 간단히 정의되는 것이 보통이다. 이에 관하여, 金道稔 박사는 다음과 같이 기술하고 제신다. “행정행위가 有效하게 성립하기 위하여는 먼저 그 主體·內容·形式·節次의 모든 면에서 法定要件에 적합하여야 할 뿐만 아니라(適法), 公益에 적합하여야 한다(妥當)”.<sup>(2)</sup> 이어서 김박사는 행정행위의 흠에 관한 고찰 부분에서, “행정행위의 흠이라 함은……행정행위가 유효하게 성립하기 위한 要件을 갖추지 못하였음을 말하며, 그러한 要件缺如의 행정행위를 “흠 있는 행정행위(fehlerhafter Verwaltungsakt)”라고 한다. 흠 있는 행정행위는 違法行爲(法定要件을 결여한 행위)와 不當行爲(公益을 위반한 행위)로 나눌 수 있다”고 기술하고 제신다.<sup>(3)</sup>

이상의 내용을 간단히 요약하면, 不當行爲는 공익을 위반한 행정행위라는 것이다. 그러나, 이러한 간단한 정의방식에 따른 不當行爲의 판념은 그것이 이 행위의 범위를 그 실제 내용 보다 훨씬 넓은 것으로 파악할 위험성이 적지 아니하다는 점에서는 그것은 타당한 것이라고는 보기 어렵다 할 것인 바, 그것은 公益을 위반한 행위는 원칙적으로는 단순한 不當行爲가 아니라 違法行爲로 보아야 하는 것이기 때문이다. 다음에 이에 관하여 부연하기로 한다.

行政行爲가 그 내용상 公益을 위반하는 경우는 구체적으로는 다음의 두가지 경우로 나누어 볼 수 있을 것이다.

(1) 그 첫째 경우는 행정청이 전혀 공익목적과는 다른 목적을 위하여 당해 처분을 한 경우이다. 예컨대, 관계 공무원의 私益 또는 제3자의 이익을 위하여 처분을 한 경우, 또는 政治的 考慮(反對黨을 불리하게 하거나 그를 제거하기 위한 목적)에 기한 처분 등이 그 전형적인 경우일 것이다.<sup>(4)</sup> 이러한 경우에 있어서는 (일반적) 公益目的이 관계법에 명시되어 있는가의 與否에 관계 없이 당해 처분은 위법한 처분이 되는 것이다. 그것은 행정의 본질은 公益實現作用이고 보면, 행정처분은 어느 경우나 公益實現목적을 위해서만 발할 수 있다는 것은 行政法의 基本(一般)原理인 것이기 때문이다.<sup>(5)</sup>

(2) 그 두번째의 경우는 행정청이 추구하는 목적이 公益目的이기는 하나, 그것이 관계법상의 구체적 목적과는 다른 것인 경우로서, 예컨대, 歲入 증대를 위하여 警察法規에 기하

(2) 金道稔, 行政法論, *op. cit.* p. 324.

(3) *Ibid.*, p. 340

(4) André de Laubadère, *Traité de droit administratif*, 1980, p. 572; Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1984, pp. 97-98; Dieter Schmalz, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Teil 1, 1983, p. 187.

(5) Laubadère, *op. cit.*, pp. 571-572; Jean Rivero, *Droit administratif*, 1983, p. 261.

여 처분을 하는 경우이다.<sup>(6)</sup> 이 경우, 관계법에 그 구체적 목적이 명시되어 있는 경우에는 이를 위반한 행정처분은 法定要件의 위반행위로서 위법행위가 되는 점에는 의문이 없다 할 것이다. 그러나, 적어도 프랑스의 行政判例에 의하면, 구체적 公益목적이 관계법에 명시되어 있지 아니한 경우에도, 행정법원은 관계법의 구조, 전체취지 등과의 관련에서 그 구체적 목적을 도출할 수 있다는 원칙이 확립되어 있는 바, 이러한 목적은 물론 관계법에 명문으로 규정되어 있는 것은 아니나, 그에 위반한 행정처분이 단순한 不當行爲가 아니라 違法한 처분이라는 점에 대해서도 또한 異見이 없을 것으로 본다.

전술한 바와 같이 公益을 위반한 행정행위는 단순한 부당행위가 아니고, 원칙적으로는 위법행위가 되는 것이다. 그러나, 다음에 구체적으로 밝히는 바와 같이, 不當行爲도 부분적으로는 公益判斷을 그르친 행위이고 보면, 不當行爲 즉 公益違反行爲라는 간단한 定義가 반드시 틀린 것이라고는 할 수 없을 것이다. 다만 그 구체적 내용을 摘示하지 아니하는 경우에는, 모든 公益違反行爲는 단순한 不當行爲로 된다는 오해를 유발할 위험이 적지 않다는 점에 이 정의방식에 문제점이 있는 것이다.

2. 현재 우리나라의 대부분의 行政法書에서는 不當行爲의 관념을 前記한 바와 같이 간단히 定義하고 있으나, 그것이 모든 공익위반행위 즉 不當行爲임을 그 내용으로 하고 있지는 아니한 것으로 보인다. 그것은 金道稔박사 자신도 그의 行政法論의 다른 부분에서는 부당행위를 “法 그 자체에 위반한 것은 아니나, 法이 허용한 自由裁量(公益裁量)의 범위 안에서 재량을 그르침으로써 公益을 해치고 타당성을 잃은 행위”라고 정의하고 제시기 때문이다.<sup>(7)</sup>

不當行爲의 위의 정의는 기본적으로 타당한 것이라 할 것인 바, 이를 보다 구체적으로 정의하면, 不當行爲는 재량행위에 있어 당해 처분이 裁量權의 한계내의 것이기는 하나, 그것이 당해 法規上의 구체적 공익목적과의 관계에서 일응 가장 합당한(zweckmässig) 또는 가장 바람직한 適宜한(opportun) 것 이라고는 볼 수 없는 행위를 말하는 것이다. 다음에 이를 보다 부연하여 보기로 한다. 裁量行爲라 함은 보다 구체적으로는 裁量權(Ermessen, pouvoir discrétionnaire), 즉 행정청의 자유로운 또는 독자적 판단권이 부여되어 있는 행정행위인 바, 오늘날에는 법원의 司法審査에서 전적으로 배제되는 의미의 재량행위는 존재하지 아니하는 것이다. 재량행위에 있어서의 재량권도 그를 한계 지워 주는 關係法規定 내지는 實定法原

(6) Conseil d'Etat는 Beaugé市 判決에서 同市の 해변에서는 市營脫衣場 외에서의 탈의행위를 금지한 市場의 처분에 대하여, 동처분은 의형상으로는 해변에서의 질서유지를 그 이유로 한 것이었으나, 실제 타장소에서의 탈의행위도 질서문란의 우려는 없었다는 사실과의 관련에서는 동처분의 실제 목적은 市の 歲入 증대라는 다른 공익목적의 실현에 있었다고 판명한 연후에, 시장의 경찰권은 이러한 목적을 위해서는 행사될 수 없다는 論據에 기하여 당해 처분을 최소한 바 있다.

(7) 金道稔, *op. cit.*, p. 226. 이에 관해서는 李尙圭변호사도 같은 견해를 피력하고 있다. 즉 李 변호사는 재량행위의 고찰 부분에서 “재량행위는 행정청에 부여된 재량권의 한계내의 것이며 當·不當의 문제는 생기더라도 違法의 문제는 생기지 아니하므로 행정소송의 대상이 되지 아니한다”고 기술하고 있다. 李尙圭, 行政法論, 上, 1985, p. 274.

理의 테두리 내에서 행사되는 경우에만 그것은 행정청의 자유로운 또는 독자적 판단영역에 속하는 것으로서 사법심사 대상에서 제외 되는 것이다. 환언하면, 재량행위에 있어서도 당해처분이 그 재량권을 제한하는 관계 법규정 또는 실정법원리를 위반한 경우에는, 그 처분은 위법한 처분으로서 기속행위의 경우와 마찬가지로 사법심사의 대상이 되는 것이다.

특정재량처분이 재량권의 한계내에서 행하여 진 경우에는 그 처분은 關係法規定 또는 實定法原理와의 관계에서는 당연히 허용되는 처분으로서 재량권행사에 瑕疵없는(ermessensfehlerfrei) 처분인 것이다. 그러나, 이러한 처분도 관점에 따라서는 관계법규상의 구체적 公益目的 실현을 위한 가장 합당한 또는 바람직한 처분으로서는 볼 수 없고 다른 처분이 보다 바람직한 것으로 판단될 수 있는 것이다. 예컨대, 특정 처분을 하지 아니하는 것, 또는 재량권의 한계내에서 가능한 A.B.C. 등의 처분 중에서 실제 행하여진 A라는 처분 보다는 C라는 처분이 보다 바람직한 것으로 판단되는 경우 등이 그것이다. 이들 경우에 있어서는, 당해 처분은 재량권의 한계내의 행위라는 점에서는 위법한 처분은 아닌 것이나, 그것은 또한 관계 법규상의 구체적 公益목적 실현을 위한 가장 합당한 처분으로는 일응 판단되지 아니한다는 점에서 이들 처분의 不當性의 속성이 있는 것이다.

이상에서 不當行爲의 관념 내지는 그 내용에 관하여 구체적으로 살펴 보았던 바, 이에 관해서는 Wolff교수가 다음과 같이 적절하게 요약하고 있다. “행정행위는 특히 그 裁量權 행사에 瑕疵도 없고 (기타 사유로) 違法한 것이 아닌 경우에도, 당해 처분이 행정청이 추구하는 목적에 완전히 부합하지 못하기 때문에 不當한 처분이 될 수 있는 바, 예컨대, 당해 처분이 관계법규상 허용되는 것이고, 또한 比例原則에도 반하지 아니하는 경우에도, 다른 처분 또는 처분을 하지 아니하는 것이 보다(관계목적 실현에) 적절한 경우가 그것이다(괄호속의 내용은 필자 추가).”<sup>(8)</sup>

3. 이상에서 검토한 不當行爲의 관념을 요약하면 다음과 같다.

不當行爲는 재량행위에 있어서만 인정되는 개념으로, 그것은 당해 처분이 재량권의 한계내의 행위라는 점에서는 적법한 행위이나, 그 처분이 관계 법규상의 公益목적 실현에 가장 합당한 것으로는 일응 볼 수 없는 경우에 인정되는 것이다. 이처럼 不當行爲는 사실적 측면에서 당해 처분의 합당성(Zweckmassigkeit) 또는 適宜性(Opportunität)의 판단에 의하여 결정되는 문제라는 점에서는 그것은 사실적 문제이고, 또한 본질적으로는 주관적 문제라고 할 수 있는 것이다.

周知하는 바와 같이, 현재 通說은 부당행위도 행정행위의 瑕疵의 한 형태로 파악하고 있으며, 이 점에 관해서는 異論이 없는 것으로 보인다.

확실히 부당행위도 關係法規上의 구체적 公益目的에 완전히 부합한 행위라고는 일응 볼

(8) Wolff/Bachof, *Verwaltungsrecht I*, 1974, 51 VIII.

수 없다는 점에서는, 그러한 행위는 일단 흠 있는 행정행위로 분류하여도 理論上 무리는 없는 것인지도 모른다. 그러나, 진술한 바와 같이, 행정행위의 부당성 여부의 인정은 사실적, 주관적 판단의 문제라고 한다면, 행정의 病理現象으로서의 행정행위의 瑕疵論은 기본적으로 法治主義, 특히 法律에 의한 行政의 原理와의 관계에서 논의되는 문제라는 관점에서, 법적으로는 적법한 행위인 不當行爲는 엄격한 의미의 瑕疵있는 행정행위의 한 형태로 볼 수는 없을 것으로 생각한다.

현재 서독의 學說과 立法上 瑕疵있는 행정행위를 위법한 행정행위에 한정하여, 환언하면 행정행위의 瑕疵는 행정행위의 違法성과 同義語로 파악하고 있는 것은 아마도 기본적으로 이러한 이유에 기인하는 것으로 본다.<sup>(9)</sup>

물론 관점에 따라서는 행정행위의 하자를 廣義·狹義의 瑕疵로 구분하고, 후자에는 違法의 경우만을 포함시키는 방법도 있을 수 있을 것이다. 그러나, 이 문제는 단순히 體系上的 것만은 아니고, 행정행위의 取消事由, 특히 職權取消事由의 可否문제와 본질적인 연관을 가지는 것으로 생각하는 바, 이에 관해서는 다음에 구체적으로 검토하기로 한다.

### Ⅲ. 不當行爲의 法的 效果 ——부당행위의 取消事由로서의 可否문제——

위에서 필자는 不當行爲는 법적으로는 허용되는 행위라는 점에서는 적법한 행위이며, 또한 不當性 여부는 본질적으로는 사실적 판단의 문제라는 점을 지적한 바 있다. 여기서는 이러한 의미의 不當行爲가 그 자체로 취소사유가 될 수 있는가의 문제를 검토하여 보기로 한다.

현재 우리나라의 通說은 행정행위의 職權取消 및 行政審判上의 취소사유로서 행정행위의 違法 외에도 不當을 다른 하나의 사유로서 들고 있는 바,<sup>(10)</sup> 이에 관해서는 異論이 없는 것으로 보인다. 아마도 이러한 통설의 입장은 不當行爲도 행정행위의 瑕疵의 한 형태로 보는 데서 오는 당연한 귀결인지도 모른다. 다만, 이와 관련하여 朴鈞焄 차장은 “위법한 행정행위가 無效·取消될 수 있는 것은 法律에 의한 행정의 원리에 의하여 違法行爲에 대한 일종의 制裁적인 의미를 갖는데 대하여, 不當한 행위의 효력을 상실시키는 경우가 있는 것은 行政內部에 있어서의 自己監督의 수단으로 행하여 진다”라고 하여, 不當行爲의 취소의 意義 내지는 그 문제점을 완곡하게나마 지적한 것으로 보인다.<sup>(11)</sup>

不當行爲가 行政上의 취소사유로 되지 아니하는 것은 통설적 견해에 있어서도 不當은 법률문제가 아니기 때문이라는 것이다. 이 문제에 관하여 金道昶 박사는 “前者(行政審判)는

(9) Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 176; Schmalz, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 139.

(10) 金道昶, 行政法論, 上, op. cit., p. 370; 李尙圭, 行政法論, 上, op. cit., p. 384; 徐元宇, 行政法論, 上, 1983, p. 488; 朴鈞焄, 行政法論, 上, p. 222-223.

(11) 朴鈞焄, *Ibid.*

法律問題, 즉 適法·違法의 판단 뿐만 아니라, 公益問題 즉, 當·不當의 판단을 대상으로 하는 데 대하여, 後者는 원칙적으로 法律問題(裁量權의 逸脫·濫用을 포함한다)의 판단만을 대상으로 한다”고 서술하고 계신다.<sup>(12)</sup> 또한 같은 취지에서 李尙圭 변호사는 “재량행위는 행정청에 부여된 재량권의 한계내의 것이면 當·不當의 문제는 생기더라도 違法의 문제는 생기지 아니하므로 行政訴訟의 대상이 되지 아니한다”고 주장 하신다.<sup>(13)</sup>

이상의 통설적 견해에 있어서, 부당행위는 행정소송상의 취소사유가 될 수 없다는 점이나 그 論據에 관해서는 필자도 전적으로 찬동하는 바이므로 이 문제에 관하여는 더 이상 부연할 필요는 없을 것이다.

이에 반하여, 부당행위가 職權取消 및 行政審判상의 취소사유가 될 수 있는가에 관하여는 필자는 통설의 입장과 어느 정도 견해를 달리 하므로, 다음에 이 두가지 문제를 나누어 구체적으로 살펴 보기로 한다.

(1) 職權取消事由로서의 不當行爲

행정행위의 職權取消은 그 성립에 하자 있음에도 불구하고 일단 유효하게 성립한 행정행위를 그 성립상의 瑕疵를 이유로 권한있는 행정기관이 職權으로 그 효력을 상실시키기 위하여 행하는 행정행위로 정의할 수 있는 바, 이러한 의미의 職權取消을 가지는 기관으로서는 處分廳과 監督廳을 들고 있으나, 후자에 관한 한 견해의 대립이 있음은 주지하는 바와 같다.<sup>(14)</sup>

處分廳의 취소권의 근거에 관해서 金道昶 박사는 “처분청이 행정행위를 할 수 있는 권한 속에는 取消權이 포함되어 있다고 할 것이므로, 행정행위에 관한 授權規定 외에 따로 취소에 관한 法的 根據를 요하지 아니한다”고 주장하신다.<sup>(15)</sup>

그러나 필자의 견해로는 처분청의 취소권의 근거는 行政의 合法(律)性의 原則(Gebot der Gesetzmässigkeit der Verwaltung)에서 찾아야 할 것으로 본다. 즉 취소할 수 있는 행정행위는 그 成立上의 違法性에도 불구하고 일단 유효한 것으로 통용되는 것이라는 점에서는 처분청이 행정의 適法性回復을 위하여 당해 처분을 취소하는 권한을 가지는 것은 행정의 合法性原則의 당연한 귀결이라고 보아야 하는 것이다. 보다 간단히 표현하면, 처분청의 취소권의 근거는 당해 처분의 違法性에 있는 것이라고 할 수 있는 것이다. 기본적으로는 같은 관점에서, 처분청의 上級監督廳도 위법한 행정처분에 대해서는 그에 관한 明文規定上의 授權을 필요로 하지 아니하고 그 指揮·監督權의 내용으로서 취소권을 가진다 할 것이다.<sup>(15)</sup>

(12) 金道昶, *op. cit.*, p. 491.

(13) 李尙圭, *op. cit.*, p. 601.

(14) 金道昶, *op. cit.*, pp. 369-370; 徐元宇, *op. cit.*, pp. 478-488.

(15) Maurer, *op. cit.*, p. 220; Schmalz, *op. cit.*, p. 201.

이러한 관점에서는 處分廳의 監督廳도 별단의 明文規定에 의한 授權의 필요없이 당연히 위법한 행정행위의 취소권을 가진다고 보아야 할 것이다. 그것은 취소권의 근거는 당해 처분의 위법성에 있는 것이고, 감독청의 취소의 의미는 처분청의 위법한 처분의 효력을 소멸시켜 행정의

전술한 바와 같이 위법한 행정처분에 대한 처분청·감독청의 취소권의 근거를 당해 처분의 위법성에서 찾는 관점에서는, 당해 처분이 單純 不當인 경우에는 이러한 행정기관의 직권에 의한 취소권은 부인할 수 밖에 없는 것이다. 그것은, 기술한 바와 같이, 不當行爲는 재량행위에 있어서의 재량권의 한계내의 행위, 환언하면 재량권을 한계 지우는 관계법 규정 내지는 실정법원리에는 배치되지 아니하는 행위라는 점에서는 적법한 행위인 것이기 때문이다. 따라서 單純 不當행위의 경우에는 처분청 또는 감독청의 취소권은 그에 관한 별도의 行政法原理에서 구해야 하는 것이나, 필자가 아는 한은 그러한 원리는 존재하지 아니하는 것이다. 서독의 聯邦行政節次法(Bundesverwaltungs verfahrensgesetz) 제48조에서 행정행위의 직권취소사유를 위법한 행위에 한정하고 있는 것도 기본적으로는 이러한 이유에 입각한 것이 아닐까 한다.

다만 不當行爲의 직권취소에 있어 明文規定上의 授權이 필요한가는 당해 처분이 授益的 처분인가 賦課的 處分인가에 따라 상황을 달리한다 할 것이다.

당해 처분이 授益的 처분인 경우에는 그 취소는 侵害的, 賦課的 行政行爲의 성격을 띠는 것이므로 처분청 또는 감독청에 의한 당해 처분의 직권취소에는 법률의 명시적 근거가 있어야 할 것이다.

이에 반하여, 당해 처분이 賦課的 行政行爲인 경우에는 그 취소는 수익적 처분의 성질을 가지는 것이므로 처분청은 행정의 自律的 統制權에 의거하여 당해 처분이 관계 공익에 가장 합당한 것이 아니라고 판단되는 경우에는 이를 취소할 수 있을 것이다. 그러나 부과적 재량처분의 경우에 있어서도 처분청의 監督廳은 당해 처분을 직접 취소할 수는 없다고 보는 것이 올바른 견해가 아닌가 한다. 그것은 위에서 누차 지적한 바와 같이, 행정행위의 不當性은 그 자체로는 적법한 재량처분에 대하여 구체적 상황과의 관계에서 사실적 판단에 따라 인정되는 것이고 보면, 감독청에 의한 부당한 재량처분의 취소는, 위법한 처분의 취소와는 달리, 그것은 原處分에 갈음하여 새로운 처분을 하는 의미를 가지는 것이기 때문이다. 그런데 감독청은 처분청에 갈음하여 그 권한을 代行할 수 없는 것은 행정법의 一般原理의 하나이기 때문이다.

## (2) 行政審判上의 取消事由로서의 不當行爲

不當한 행정처분이 행정심판상의 취소사유가 된다는 점에 대해서는 현재 學說上 전혀 견해의 대립이 없는 것으로 알고 있다. 또한 이에 관해서는, 우리나라 뿐만 아니라 서독, 일본 등의 關係立法도 明文規定을 두어 異議申請 또는 訴願에 있어서의 취소사유로서 위법과 함께 不當도 규정하고 있는 것이다.

우리나라 行政審判法도 그 제 4 조의 行政審判의 종류에 관한 규정에서 取消審判을 “行政

적법성을 회복시키는 작용이라고 한다면, 이러한 의미의 행정의 합법성통제를 위한 취소권은 당연히 상급감독청의 指揮·監督權에 포함되어 있다고 보아야 할 것이기 때문이다.

廳의 違法 또는 不當한 處分의 取消 또는 變更을 하는 審判<sup>16)</sup>이라고 규정하여 처분의 不當도 違法과 함께 취소사유로 명시하고 있다.

필자도 기본적으로는 행정심판상의 다툼의 대상인 행정처분은 부과적 행정행위라는 점에서 通說의 견해에 찬동하고 또한 현행법제도 타당한 것이라고 보고 있다.

그러나 不當한 처분이 행정심판상의 취소사유가 되는 論據 내지는 그 意義에 관해서는 몇가지 점에 있어 구체적으로 부언할 필요가 있는 것으로 보이므로 다음에 이에 관하여 서술하기로 한다.

먼저 行政審判法상 처분의 不當도 취소사유로 규정되고 있는 것은 행정심판이 본질적으로는 행정절차로서의 성격을 지니고 있다는 사실에 기인하는 것이라는 점을 지적해 두어야 할 것으로 본다. 물론 現行政審判法은 行政審判節次에 司法節次를 준용하도록 규정한 憲法規定(108③)의 정신에 따라 심판절차를 對審構造化하는 등의 제도적 장치에 의하여 準司法的 節次로서의 성격이 舊訴願法에 비하여 강화된 것은 사실이다. 그러나 그것이 행정심판절차의 행정절차로서의 기본적 성격 그 자체에까지 영향을 미쳤다고는 볼 수 없을 것이다. 행정심판의 행정절차로서의 성격은 그 裁決에 대한 行政訴訟 제기에 관하여 규정하고 있는 行政訴訟法 제 2조 및 제 19조에 구체화되어 있다 할 것이다. 행정심판은 요컨대 그 자체가 하나의 변형된 행정행위라고 할 수 있는 것이다.<sup>(16)</sup>

전술한 바와 같이 행정심판은 본질적으로는 행정절차라는 사실에 기인하여 처분의 부당도 취소사유로 규정되어 있거니와, 이러한 부당을 이유로 하는 재량처분의 취소는 엄격한 의미에서는 하자없는 또는 적법한 (양자는 서독 行政法에서는 同義語로 쓰이고 있다) 재량행사를 구하는 請求權과 대등한 의미의 말하자면 부당하지 않은 또는 適宜한 (opportun) 재량처분을 구하는 請求權에 대응하는 법제는 아니고, 기본적으로는 행정심판은 행정절차로서 自律的 統制節次라는 사실에 입각하여 설정된 제도라고 보는 것이 타당한 견해일 것이라고 생각한다.

처분의 不當을 이유로 하는 행정심판상의 취소의 문제와 관련하여 검토를 요하는 다른 하나의 문제는 행정심판상의 裁決機關이 처분청의 상급감독청인 경우에 있어서의 그 취소권의 근거 문제이다.

필자는 不當한 부과적 행정행위의 職權取消에 관한 검토에 있어 그것은 不當行爲의 본질과의 관련에서는 原處分에 같음하여 새로운 처분을 하는 의미를 가지는 것이므로, 처분청의 上級監督廳은 그에 관한 취소권은 없다고 보는 것이 타당한 견해일 것이라고 주장한 바 있다. 이러한 견해는 취소심판의 재결청을 원칙적으로 처분청의 상급감독청으로 하고 있는 現行政審判法과는 정면으로 대립되는 것으로 보일 수도 있을 것이다. 그러나 행정심판절차에 있어 재결기관인 상급행정청이 不當行爲의 審査權과 그에 따른 당해 不當行爲의 취소권

(16) Peter Weides, *Verwaltungsverfahren und Widerspruchsverfahren*, 1981, pp. 171-172.



을 가지는 근거는 서독의 行政法理論에서는 행정심판의 제기에 따르는 歸屬效果(Devolutiv-effekt)에 의하여 논술되고 있는 바,<sup>(17)</sup> 필자도 이 論理가 타당한 것으로 보고 있으므로, 다음에 이 理論의 관련부분을 引用하기로 한다.

Wolff/Bachof에 의하면, 처분에 대하여 행정심판(Widerspruch)이 제기되고 그 재결청과 처분청이 다른 경우에 처분청이 당해 처분을 취소하지 아니하는 경우는, 행정심판의 재결기관에는 처분청의 權限과 義務가 귀속된다는 것이다. 따라서 재결청은 그것이 委員會인 경우에도, 분쟁의 심판기관이 아니라, 처분청에 대신하여 결정을 하는 것이다(Die Widerspruchsbehörde ist...auch als kollegiale...nicht streitentscheidende Instanz, sondern handelt an Stelle der Behörde, die den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen hat.)

그 결과 행정심판절차에 있어서는 행정행위의 適法性 뿐만 아니라 그 合當性(Zweckmäßigkeit)에 까지 審査가 미치는 것이다.<sup>(18)</sup>

#### IV. 結 語

이상에서 우리나라 行政法上의 不當行爲에 관하여 살펴 보았던 바, 理論的 또는 實質的으로 一見 거의 관심 밖에 있는 이 문제를 결국 개괄적이기는 하나 종합적으로 검토하여 본 것은 다음의 두가지 목적에 입각한 것이었다. 먼저, 기술한 바와 같이, 不當行爲는 이를 단순히 公益違反行爲로 정의하는 경우에 일용 聯想될 수 있는 것 보다는 그 실제 내용에 있어서는 매우 한정된 개념이기는 하나, 그것은 現行政審判法上 취소사유의 하나로 규정되어 있고, 더우기 현재 우리의 通說은 이를 職權取消事由로까지 보고 있다는 점에서는 그 본질이나 내용을 검토할 필요성 또는 가치는 부인할 수 없을 것이다. 다음에 본고의 다른 하나의 목적은 국민의 權益保護의 측면에서의 부당행위의 逆機能的 요소를 배제하여 보려는 것이었다. 행정소송에 있어서는 처분의 위법성만이 그 취소사유로 되고 있는데 반하여, 행정심판에 있어서는 처분의 不當도 또한 취소사유로 되고 있다는 점에서는, 부당행위라는 개념은 국민의 權益保護라는 관점에서는 일용 유익한 도구개념임은 부인할 수 없을 것이다. 그러나 행정심판의 실제에 있어서는 일견 위법한 처분의 取消請求의 認容率도 매우 낮은 것이고 보면, 그 부당을 이유로 하는 행정처분의 취소에 의한 국민의 權益救濟의 實效性에 대해서는 회의적일 수 밖에 없다. 이에 반하여, 通說의 입장과 같이 행정처분의 부당을 職權取消事由로 인정하는 경우에는, 직권취소의 대상이 되는 행위는 그 대부분의 경우 授益的 行政行爲라는 사실과 행위의 不當性의 인정은 기본적으로 사실적, 주관적 판단의 문제라는 점을 감안하는 경우에는, 不當行爲라는 관념은 그 실제에 있어서는 오히려

(17) Ferdinand Kopp, *VwGO, Kommentar*, 1983, §68, Randnummer 9; Schmalz, *op. cit.*, p.152; Wolff/Bachof, *Verwaltungsrecht*, III, pp.404-405, 406-408.

(18) Wolff/Bachof, *Ibid.*

국민의 권익 보호에 불리하게 작용할 수 있는 것임은 부인하기 어려울 것이다.

본고에서는 이상의 의도하에서 주로 프랑스와 서독의 學說·判例와의 관련에서 불완전한 대로 종합적으로 검토하여 보려고 하였던 것인 바, 다음에서는 위에서 서술한 재용을 간단히 요약하고 이 글을 마치기로 한다.

현재 일반적으로 不當行爲는 公益違反行爲로 간단히 정의되고 있다. 그러나 이러한 부당행위의 간략한 정의는 行政法에 정통하지 못한 一般法學徒들로 하여금 그 범위를 실제 보다 훨씬 넓은 것으로 파악하게 할 위험성이 적지 아니하다는 점에서는 그것은 바람직한 것이라고는 할 수 없다. 따라서, 필자는 不當行爲의 관념을, 재량행위에 있어서 당해 처분이 재량권의 한계내의 것이기는하나 관계법규상의 공익목적에 비추어 가장 합당한 행위라고는 일응 볼 수 없는 행위라고 이를 구체적으로 정의하였다. 이러한 의미의 부당행위는 재량행위에 있어서만 인정되는 한정적인 것임은 물론이다. 부당행위는 裁量權의 한계내의 행위라는 점에서는 適法한 행위인 것이며, 행정처분의 부당성의 판단은 기본적으로는 사실적 판단의 문제라고 할 수 있는 것이다.

이러한 의미의 행정행위의 不當은 행정작용의 病理現象으로서의 엄격한 의미의 행정행위의 瑕疵의 한 형태로는 볼 수 없다 할 것이다.

행정행위의 職權取消의 근거를 行政의 合法性의 原則과의 관계에서 당해 처분의 違法性에서 찾는 견지에서는 處分廳 또는 監督廳은 부당행위에 대한 職權取消權을 가지지 아니한다고 볼 것이다. 그것은 不當行爲는 그 자체로는 적법한 행위이기 때문이다. 따라서 수익적 처분의 不當을 이유로 하는 職權取消에는 반드시 법률의 明示의 근거가 있어야 한다. 그러나 賦課的 處分の 취소는 授益的 行政行爲의 성질을 가지는 것이므로 처분청은 법률의 근거 없이도 부당을 이유로 당해 처분을 취소할 수 있다 할 것이다.