creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

**저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.**

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학석사 학위논문

# 독일법상 행정행위의 무효와 단순위법의 구별기준에 관한 연구

**2019년 2월**

서울대학교 대학원

법학과 행정법 전공

박 창 하

# 독일법상 행정행위의 무효와 단순위법의 구별기준에 관한 연구

지도교수 朴 正 勳

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함
**2018년 10월**

서울대학교 대학원
법학과 행정법 전공
박 창 하

박창하의 석사 학위논문을 인준함
**2018년 12월**

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

# 국문초록

현재 우리나라 학설과 판례는 행정행위의 무효와 단순위법의 구별기준에 대하여 중대명백설의 입장을 견지하고 있다. 이에 따르면, 행정행위가 무효로 되기 위해서는 행정행위의 법적 하자가 중대해야 하고, 그러한 중대한 법적 하자가 명백해야 한다. 그러나 이러한 중대명백설이 타당한지는 의문이다. 특히 명백성 요건이 모든 경우에 요구되어야 하는 것인지, 명백성 요건이 의미하는 바가 불명확한 것은 아닌지 문제가 된다. 이 논문에서는 이러한 의문점을 해결하고자 독일에서의 논의를 바탕으로 우리나라에 대한 시사점을 도출하고자 하였다.

독일에서는 오토 마이어를 거쳐, 하췌크에 이르러 명백설이 처음 제기된다. 이후 명백설은 발전되어 많은 지지를 받게 되었고, 동시에 학설과 판례를 통하여 개별적인 유형에 대한 구별기준이 축적되었다. 그리고 연방 행정절차법이 제정되어 1977년부터 시행되었다.

연방 행정절차법 제44조는 제2항, 제3항, 제1항의 순서대로 검토된다. 먼저 연방 행정절차법 제44조 제2항과 제3항에서는 행정행위의 무효와 단순위법에 관한 구체적인 유형을 제시하고 있다. 제2항에서는 추가적인 검토 없이 바로 무효가 되는 사유를, 제3항에서는 일반적으로 단순위법인 사유를 제시하고 있다. 이러한 규정들은 행정행위의 무효와 단순위법을 명확하게 인식하도록 도와 주는 기능을 한다. 이들 규정 역시 연방 행정절차법 제정 이전부터 오랜 기간 논의되던 사항들을 입법화한 것으로 보인다.

연방 행정절차법 제44조 제1항에서는 우리나라의 중대명백설과 같이 중대성과 명백성을 행정행위의 무효 요건으로 규정하고 있다. 이러한 태도는 연방 행정절차법이 제정되기 이전부터 통설이었던 명백설을 채택한 것이다. 명백설은 오랜 시간 동안 독일의 통설이었으나, 이에 대한 비판도 없지 않다. 대표적으로, 명백설의 개념이 불명확하고 행정의 특권을 정당화하며 이러한 개념이 헌법에 저촉된다는 비판이 있다.

우리나라의 경우 행정행위의 무효와 단순위법의 구별기준이 독일과 유사하다. 뿐만 아니라, 그 전제가 되는 행정행위의 개념도 유사하다. 이러한 점으로 인하여 독일에서의 비판론이 우리나라에도 적용될 수 있다. 실제로 우리나라의 중대명백설에 대해서도 독일에서의 비판론과 같은 내

용의 비판들이 제기되고 있다.

이러한 비판에 직면하여 중대명백설에 대한 재검토는 공정력의 인정 근거를 검토하는 것에서부터 시작하여야 할 것이다. 행정행위의 무효 요건은 위법한 행정행위의 효력을 인정하는 근거와 밀접한 관련을 가질 수 밖에 없기 때문이다. 현재 법적안정성을 근거로 공정력을 인정하는 것은 타당한 것으로 보인다. 그리고 이를 바탕으로 명백성 요건이 정당화된다. 다만, 모든 경우에 명백성 요건을 요구하는 것은 타당하지 않고, 구체적 사안의 성질을 고려하여 법적안정성에 대한 요청이 작은 경우에는 명백성 요건에 대한 고려 없이 행정행위의 무효를 인정하는 것이 타당하다.

그러나 이와 같은 일반적·추상적 구별기준으로는 명백성 요건이 모호하다는 문제점은 해결할 수 없다. 이를 극복하기 위해서는 구체적 사안을 유형화한 구별기준이 보충적으로 활용되어야 할 것이다. 독일 연방 행정절차법 제44조 제2항과 제3항의 규정과 같은 구체적인 기준은 실제에서 가장 활용성이 높은 명확한 규정이다. 우리나라에서도 이와 같은 유형화된 구별기준에 대한 논의가 활성화되어야 하며, 충분한 논의를 거친 후에는 입법화하는 것이 바람직하다.

주요어 : 행정행위, 무효, 단순위법, 무효와 단순위법의 구별기준, 중대성, 명백성, 명백설, 중대명백설, 명백성보충요건설, 연방 행정절차법 제44조

학 번 : 2016-29675

# 목 차

국문초록

연구의 목적 ····· 1
연구의 범위 ····· 4

제 1 장 예비적 고찰 ····· 6
I. 독일법상 행정행위의 의의 ····· 6
II. 독일법상 행정행위의 효력 ····· 11
III. 무효와 단순위법 ····· 15

제 2 장 무효와 단순위법의 구별기준의 발전과정 ····· 19
I. 초기의 구별기준 ····· 19
II. 입법 이전의 구별기준 ····· 25
III. 행정절차법 제44조 ····· 30

제 3 장 절대적 무효사유 ····· 32
I. 절대적 무효사유 ····· 32
1. 문서나 전자상에서 발령행정청을 인식할 수 없는 경우 ····· 32
2. 필수적인 문서 교부가 이루어지지 않은 경우 ····· 33
3. 제3조 제1항 제1호에 규정된 권한 위반의 경우 ····· 34
4. 사실상 불가능한 경우 ····· 34
5. 형벌 혹은 과태료의 대상인 행위를 요구하는 경우 ····· 36
6. 선량한 풍속에 반하는 경우 ····· 36
II. 그 자체로는 무효가 아닌 사유 ····· 37
1. 일반적인 지역적 권한 위반의 경우 ····· 37
2. 제척되는 공무원이 참여한 경우 ····· 38
3. 법규정에 따른 위원회의 참여가 결여된 경우 ····· 39
4. 법규정에 따른 행정청의 참여가 결여된 경우 ····· 39
III. 평가 ····· 40

제 4 장 상대적 무효사유 ····· 43
I. 중대성과 명백성 ····· 43
1. 중대성 ····· 43
2. 명백성 ····· 45
II. 구체적 예시 ····· 47
1. 권한에 관한 하자 ····· 48
2. 절차에 관한 하자 ····· 49
3. 내용에 관한 하자 ····· 51
4. 형식에 관한 하자 ····· 53
III. 명백설에 대한 비판적 논의 ····· 54

제 5 장 우리나라에 대한 시사점 ····· 59
I. 일반적·추상적 구별기준에 대한 시사점 ····· 59
II. 유형화된 구별기준의 확대 ····· 66
III. 소결 ····· 69

제 6 장 요약 및 결어 ····· 72

참고문헌 ····· 78

Zusammenfassung ····· 81

# 연구의 목적

행정행위의 법적 하자가 무효에 이를 정도인가 아니면 단순히 위법한가라는 문제는 국민의 권리구제에서 중요한 의미를 갖는다. 대표적으로 무효에 대한 무효확인소송은 단순위법에 대한 취소소송과 달리 제소기간의 제한을 받지 않는다.[1] 이외에도 무효와 취소의 구별은 선결문제, 소송의 형태, 사정판결 가능 여부, 하자의 승계・치유・전환 가능 여부 등의 문제에서도 구별실익이 있다.

그렇다면, 행정행위의 무효와 단순위법은 어떠한 기준으로 구분하는가? 이 기준은 성문화되어 있지 않고 학설과 판례에 전적으로 맡겨져 있다. 우리의 통설과 대법원은 '중대명백설'의 입장으로 일치되어 있다. 이에 따르면, 행정행위의 하자가 중대한 법규의 위반이고 그것이 외관상 명백한 경우에 무효라고 한다.[2] 이 때 중대성은 위반한 규정의 중요성과 위반 정도를 고려하여 법규의 중요한 부분을 위반한 것인지를 기준으로 판단하고, 명백성은 법률전문가나 당사자의 입장이 아닌 일반인의 정상적인 인식능력을 기준으로 객관적으로 판단한다고 한다.[3] 또한 이러한 중대성과 명백성은 구체적인 사안의 특수성과 근거 법규의 목적・의미・기능 등을 종합적으로 고려하여 관련된 이익을 비교형량하여 판단한다고 한다.[4]

---

1) 김동희, 행정법Ⅰ, 제24판, 박영사, 2018년, 345면; 김남진・김연태, 행정법Ⅰ, 제19판, 법문사, 2015년, 302면; 홍정선, 행정법원론(상), 제26판, 박영사, 2018년. 443면; 朴正勳, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2007년, 134면; 최계영, 行政訴訟의 提訴期間에 관한 硏究, 서울대학교 대학원 박사학위 논문, 2008년, 200면 참조.

2) 김동희, 앞의 책, 342면; 김남진・김연태, 앞의 책, 306면; 홍정선, 앞의 책, 443면; 朴正勳, 앞의 책, 134면; 박균성, 행정법론(上), 제16판, 박영사, 2017년, 407면; 노스트 허닝후우, 행정행위의 무효와 단순위법의 구별에 관한 연구 : 한국 판례의 분석과 몽골의 입법 및 판례의 발전방향을 중심으로, 서울대학교 대학원 석사학위 논문, 2012년, 39면; 대법원 2007. 6. 14, 선고 2004두619 판결; 대법원 1995. 7. 11. 선고 94누4615 판결; 대법원 1985. 7. 23, 선고 84누419 판결 참조.

3) 김동희, 앞의 책, 342-343면; 김남진・김연태, 앞의 책, 306-307면; 박균성, 앞의 책, 407면; 노스트 허닝후우, 앞의 글, 39면; 대법원 2007. 6. 14, 선고 2004두619 판결, 대법원 1995. 7. 11. 선고 94누4615 판결; 대법원 1985. 7. 23, 선고 84누419 판결 참조.

4) 김동희, 앞의 책, 343면; 김남진・김연태, 앞의 책, 307면; 대법원 1985. 7. 23, 선고 84누419 판결; 대법원 1995. 7. 11. 선고 94누4615 판결 참조.

그런데 통설과 대법원 판례가 취하고 있는 중대명백설에 대해 여러 의문이 든다. 특히 공정력이 인정되는 행정행위에 대하여 하자가 중대한 경우에 그 효력을 무효로 한다는 중대성 요건에는 수긍이 가나, 중대한 하자가 일반인의 관점에서 명백하여야 한다는 명백성 요건은 여러 가지 의문점을 낳는다. 먼저 하자의 중대성과 명백성을 모두 요구하는 것이 타당한지 의문이 든다. 행정행위의 하자가 명백하지는 않더라도 현저히 중대하여 무효로 하는 것이 타당한 경우가 있을 수 있고, 사안의 성질에 따라 명백성을 고려하지 않아도 되는 경우가 있을 것이다. 이러한 경우에도 명백성을 인정해야하는 것인지 의문이다.

아울러 명백성 요건의 내용이 모호하여 구체적 사안에서 행정행위의 무효를 판단하는 기준으로 활용하는 것이 타당한지 의문이다. 통설과 대법원 판례에 따르면 하자의 명백성 판단을 '정상적인 인식능력'을 가진 '일반인'을 기준으로 한다고 하나, 그러한 사람이 어떠한 사람인지 또한 어느 정도까지 명백해야 하는지에 대하여 구체적인 기준을 제시할 수 있을지 의문이다. 이와 비슷한 취지에서, 우리의 학설에서도 기존의 중대명백설을 비판하며 중대성은 필수적 요건으로 보지만 명백설 요건은 필수적 요건이 아닌 부가적 요건으로 보는 견해[5]등 다양한 견해가 있다.

이와 같은 문제에 대한 해결의 실마리를 찾는 것에 독일의 사례가 도움을 줄 수 있다. 독일에서는 1977년 연방 행정절차법(Verwaltungs-verfahrensgesetz; VwVfG)의 시행 이전에는 우리나라와 같이 학설과 판례에 의한 이론에 의거하여 무효와 단순위법을 구분하였으나, 행정절차법의 시행으로 동법 제44조에 규정된 바에 따라 무효와 단순위법을 구별하기 시작하였다. 이러한 독일의 과거와 현재에서의 논의를 살펴보면 우리나라의 논의에 도움이 될 것이다. 특히 독일은 행정행위의 개념에 있어 우리나라와 비슷한 점이 많기 때문에 독일의 이러한 사정은 우리나라에

---

5) 대표적으로 명백성보충설에서는 행정의 법적안정성, 국민의 신뢰보호의 요청이 있는 경우에만 명백성이 요구되고, 그렇지 않은 경우에는 필요하지 않다고 본다. 예를 들어, 당해 처분에 관한 이해관계가 있는 제3자가 있는 경우 등 당해 처분이 직접 상대방의 이해에만 관련된 것인 때에는 명백성 요건은 필요하지 않다고 한다. 김동희, 행정법Ⅰ, 제24판, 박영사, 2018년, 344-345면; 김남진・김연태, 행정법Ⅰ, 제19판, 법문사, 2015년, 307-308면 참조.

많은 시사점을 줄 수 있을 것이다.

이 논문에서는 위와 같은 문제의식을 바탕으로 독일법상 행정행위의 무효 판별기준에 대하여 살펴보고, 이를 통하여 우리나라에 주는 시사점을 도출하고자 한다. 이를 위하여 먼저 논의의 기초가 되는 독일 행정법에서의 행정행위에 대하여 살펴볼 것이다. 그리고 그러한 기초적 토대 위에서 행정행위의 무효 판별기준이 어떻게 변화하였는지 역사적 관점에서 살펴볼 것이다. 그러고 나서, 본격적으로 독일 연방 행정절차법 제44조에 규정된 무효·단순위법 구별 기준에 대하여 살펴보고, 동시에 이에 대한 비판적 논의들을 살펴보겠다. 마지막으로는, 독일에서의 논의가 우리나라에 어떠한 시사점을 줄 수 있을지 살펴보겠다.

## 연구의 범위

제1장에서는 논의의 대상인 무효와 단순위법의 구별기준의 전제가 되는 독일법상 행정행위에 대해 살펴본다. 먼저 독일법상 행정행위의 핵심적인 개념징표와 주된 분류 방식에 대하여 알아봄으로써 행정행위 개념의 대략적인 윤곽을 파악할 것이다. 다음으로 행정행위가 갖는 특별한 효력에 대하여 살펴볼 것이다. 그러고 나서 행정행위의 무효와 단순위법의 개념에 대하여 살펴본 후 그러한 구별이 어떠한 실익을 갖는지 살펴볼 것이다.

제2장에서는 역사적 관점에서 행정행위의 무효 판별기준의 발전과정에 대해 살펴볼 것이다. 먼저 행정행위 개념을 확립한 오토 마이어의 견해를 살펴보고 현재의 통설인 '명백설'(Evidenztheorie)의 시작이 된 하췌크(Julius Hatschek)의 견해를 살펴볼 것이다. 다음으로 연방 행정절차법 제정 이전의 명백설과 학설과 판례에 의하여 형성된 개별적인 유형에서의 무효 판별기준을 살펴볼 것이다. 마지막으로 위와 같은 과정을 거쳐 무효와 단순위법의 구별기준을 규정한 연방 행정절차법 제44조의 개관을 살펴볼 것이다.

제3장과 제4장에서는 본격적으로 무효의 판별기준에 대하여 규정한 연방 행정절차법 제44조의 해석론에 대하여 살펴볼 것이다. 행정행위의 무효와 단순위법의 구별 기준에 관해서는 제44조 제1항・제2항・제3항이 문제가 되는데, 실제적인 검토순서에 따라 제2항, 제3항, 제1항의 순서로 검토할 것이다. 이 중에서 제2항과 제3항은 구체적인 유형을 열거한 조항으로서, 제2항은 절대적 무효사유이고, 제3항은 제2항과 구별되어 반드시 무효에 이르지는 않는 위법사유이기 때문에 둘을 묶어 제3장에서 다룰 것이다.

제4장에서는 행정행위의 무효 판단에 대한 일반적・보충적 기준으로서 중대성과 명백성을 요구하는 제1항의 해석론에 대하여 살펴볼 것이다. 다음으로 구체적 사례를 통해 제1항의 기준에 따라 무효이거나 이와 비슷하지만 무효가 되지는 않는 경우에 대해 살펴볼 것이다. 그러고 나서

이와 같은 독일의 오랜 통설인 명백설에 대한 비판적 논의에 대하여 살펴볼 것이다.

제5장에서는 앞서 논의된 독일에서의 무효와 단순위법의 구별기준에 대한 논의가 우리나라에 시사하는 점을 살펴볼 것이다. 본 논문에서는 이러한 시사점에 대하여 일반적·추상적 구별기준과 구체적 사안에 따라 유형화된 구별기준으로 나누어 살펴보고자 하였다. 이에 따라 먼저 독일에서의 논의를 바탕으로 우리나라의 현재 통설인 중대명백설에 대하여 생각해본다. 다음으로 독일 연방 행정절차법 제44조 제2항과 제3항의 구체적 열거조항이 시사하는 바를 살펴볼 것이다.

# 제 1 장 예비적 고찰

비교법적 연구에서 비교의 대상이 되는 외국의 법질서의 체계를 완전히 이해하여야 하는 것은 아니지만, 문제가 되는 사안의 배경과 근거에 대하여 이해하여야 한다.[6] 따라서 제1장에서는 독일법상 행정행위의 무효의 판별기준에 대하여 검토하기 이전에, 논의의 전제가 되는 독일법상 행정행위의 개념에 대하여 간략히 살펴볼 것이다.

## I. 독일법상 행정행위의 의의

19세기 말 행정행위의 개념을 확립한 오토 마이어(Otto Mayer)는 행정행위를 "신민(臣民)에 대한 관계에서 개별 사안에 관하여 무엇이 법이어야 하는지를 선언하는 행정에 속하는 고권적 언명"[7]이라고 정의하였다. 여기에서 행정행위는 신민(臣民)보다 우월한 국가권력인 행정이 사법(司法)의 판결과 유사한 형식으로, 구체적 사안에 대하여 무엇이 법인가를 결정하는 행위라는 의미를 담고 있다.[8] 이러한 행정행위는 행정의 권력적 속성에 의하여 특별한 효력을 갖는 것이었다.[9] 오토 마이어의 개념정의는 그가 살았던 시대와 맞물려 그의 권위적인 국가이념을 담기 때

---

6) Carl-David von Busse, Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht, 2015, S.425 참조.

7) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3.Aufl., 1924, S.93; Maurer/ Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19.Aufl., 2017, §9 Rn.2; 최계영, 오토 마이어의 행정행위 이론, 서울대학교 대학원 석사학위 논문, 2004년, 2면.

8) 오토 마이어는 그의 권위적인 국가 이념과 법치국가 이념을 조화시켜 집행권은 입법권보다 하위의 국가의사이지만 집행권은 국가권력으로서의 속성을 유지하며 臣民의 의사보다 우월한 가치를 갖는다고 보았다. 또한 집행권은 내부에서 행정과 사법(司法)으로 구별되어 행정에 대한 사법의 개입은 배제된다고 하였다. 한편, 법치국가의 요청에 따라 행정이 가능한 사법(司法)의 형식을 띄어야한다고 하였다. 이러한 기초에서 행정이 사법의 판결에 대응하는 법적 형식으로서 '臣民과의 관계에서 개별적 사안에 대하여 무엇이 법인가에 대한 언명'이 행정행위라고 하였다. 최계영, 앞의 글, 5면 이하 참조.

9) 최계영, 위의 글, 88-89면 참조.

문에 현재와 상이한 부분이 있으나, 현재의 행정행위 개념에 기본적인 토대가 되었다.[10] 이를 바탕으로 행정행위 개념은 수정·발전하며 오늘날에 이르게 되었다.

연방 행정절차법 제35조 제1문에서는 "행정행위에 대하여 공법 영역에서 개별 사안의 규율을 위해 행정청에 의해 내려지는, 외부에 대한 직접적 법적 효과의 발생을 목적으로 하는 모든 처분, 결정 또는 기타의 조치"[11]라고 규정하고 있다.[12] 이는 일반적으로 "행정청이 개별 사안에 대하여 내리는 직접적·외부적 효력을 갖는 고권적 규율"[13]이라고 이해된다. 그 속에 담겨있는 핵심적인 개념징표는 행정청, 개별사안, 외부에 대한 직접적 효력, 고권적, 규율이다.[14] 아래에서는 각각의 개념징표에 대하여 간략히 살펴보도록 한다.[15]

먼저 행정행위는 '행정청'에 의하여 발령된다. 행정절차법 제1조 제4항에서는 행정청을 "공행정의 임무를 띄는 모든 기관"이라고 규정하고 있다. 여기서 행정청은 조직법적 의미에서 파악되는 것은 아니고 기능적 의미에서 파악되는 것이다.[16] 따라서 조직법적으로 법원이나 국회 또는 기타의 국가기관에 소속되어 있더라도 행정임무를 수행하면 행정행위를 발령하는 행정청이 될 수 있고, 독립적인 위원회 등 다른 형태의 주체도 행정임무를 수행하는 범위에서 행정행위의 주체가 될 수 있다.[17]

다음으로 행정행위는 '규율'이다. 규율이란 "권리·의무의 발생, 변경,

---

10) Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19.Aufl., 2017, §9 Rn.2 참조.

11) 원문은 Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.; 번역은 최계영, 오토 마이어의 행정행위 이론, 서울대학교 대학원 석사학위 논문, 2004년, 1면.

12) 독일의 경우 일반 행정법과 사회법, 조세법이 법적 절차에 있어 구분되는데, 독일의 조세법(AO) 118조, 사회법(SGB) X 31조에도 동일한 내용의 행정행위의 개념이 규정되어 있다.

13) Maurer/Waldhoff, a.a.O., §9 Rn.5.

14) Ebd, §9 Rn.6 이하 참조.

15) 아래의 독일법상 행정행위의 개념징표와 분류에 대해서는 주로 Maurer/Waldhoff, a.a.O., §9을 참조하였음을 밝힌다.

16) Ebd, §9 Rn.23 참조.

17) Ebd, §9 Rn.23 참조.

소멸이나 구속력 있는 확인을 목적으로 하는 의사표시로서, 법적 구속력 있는 지시(Anordnung)"[18]를 의미한다. '규율'이란 행정이 구체적 사안에서 행정행위를 통하여 일종의 '규범을 설정한다.'는 의미로 이해된다. 이러한 규율의 방법은 매우 다양하다. 행정절차법 제35조 제1항에 규정된 처분(Verfügung)과 결정(Entscheidung)은 행정행위의 규율 방법의 예시일 뿐, 모든 법적구속력 있는 지시가 '규율'이 될 수 있다.[19] 한편, 순수한 사실행위나, 종국적인 행정행위에 대한 준비행위나 부분행위는 규율적 성격을 결여하여 행정행위라고 할 수 없다.[20]

다음으로 행정행위는 '고권적'이다. 고권적이라는 것은 공법에 근거한다는 의미로,[21] 이는 특히 공법 규정의 집행과 관련될 때를 말한다.[22] 이러한 공법은 사법과 구별되는 것이다. 사법은 사적자치의 원칙을 기초로 하여 사적주체들 사이의 계약이나 이해관계 조정에 대해 규율하지만, 공법은 주권행사주체로서의 국가를 대상으로 하며 국가의 권한에 대한 근거와 한계를 규율한다.[23] 또한 당사자 사이의 대등한 관계를 전제하는 사법과 달리 일반적으로 공법은 시민에 대하여 우월한 행정을 전제로 한다.[24] 공법의 작용에 속하는 행정행위는 국가가 우월한 지위에서 일방적

---

18) Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19.Aufl., 2017, §9 Rn.6. 이 책에서는 이와 관련하여 행정행위와 관련하여 '규율(Regelung)'이란 두 가지 의미를 가질 수 있다고 한다. 첫 번째는 행위의 측면에서 행정행위의 발령을 말하는 것이고, 두 번째는 결과의 측면에서 발령된 행정행위와 이로 인한 법적결과를 말하는 것이다. 독일 행정절차법 제35조에서 말하는 '규율'이란 첫 번째 의미를 나타내고, 취소소송의 대상이 되는 행정행위의 규율은 두 번째 의미로 쓰인다고 한다. Ebd, §9 Rn.7 참조.

19) Ebd, §9 Rn.6 참조.

20) Ebd, §9 Rn.8-11 참조.

21) 흔히 고권적이라는 말은 공법적이라는 의미로 쓰인다고 한다. Ebd, §3 Rn.7 참조.

22) Ebd, §9 Rn.12 참조.

23) Ebd, §3 Rn.8 참조.

24) 공법과 사법의 구분에 대하여 이익설(Interessentheorie), 주체설(Subjektionstheorie), 귀속설(Zuordnungstheorie)의 입장이 있다. 이익설은 당해 법규와 관련된 이익을 기준으로, 공익에 대한 규율이 공법이고 사익에 대한 규율이 사법이라고 본다. 주체설은 당사자들의 관계를 기준으로, 당사자들이 상하관계에 있는 것을 공법으로, 동등한 관계에 있는 것을 사법으로 본다. 귀속설은 각각의 법규범의 귀속주체(대상)에 초점을 맞추어, 법규범의 귀속주체(대상)가 국가이고 국가의 특별한 권리나 의무가 근거지어진다면 공법이고 법규범의 귀속주체(대상)가 모든 사람이라면 사법이라고 본다. 독일에서는 일반적으로 주체설이 지지되지만 귀속설이 점차 많은 지지를 받고 있다고 하며, 이익설은 보충적으로 고려된다고 한다. Ebd, §3 Rn.10-14 참조.

으로 구속력 있는 규율이라는 점에서 고권적이다.[25] 한편, 행정행위는 공법 중에서도 헌법, 국제법 등 다른 공법 영역이 아닌 행정법의 영역에 속하는 공법 작용이다.[26]

다음으로 행정행위는 '외부에 대한 직접적 효력'을 갖는다. 즉, 행정행위는 행정조직 내부에 대한 규율이 아니라 일반 시민, 기타 행정조직의 외부에 있는 자의 권리·의무에 대한 규율이다.[27] 이는 근거가 되는 법규정을 토대로 파악될 수 있으며, 단순히 외부에 대한 사실적 효력이 아니라 법적 효력이 있어야 한다는 의미이다.[28] 구체적으로 살펴보면, 행정조직 내부의 지시·명령은 외부적 효력이 없기 때문에 행정행위로 볼 수 없다.[29] 그러나 행정조직의 일원임을 전제하는 직무상 지시·명령과 구별되어, 개인이 독자적인 법적 개체임을 전제하는 지시·명령은 외부효가 인정된다.[30] 또한 행정행위의 발령에 다른 행정청이나 행정주체의 동의가 요구되는 경우에 일반적으로 그러한 동의는 단순히 행정 내부적 성격을 띄기 때문에 행정행위라고 할 수 없다.[31] 다만, 그러한 동의가 시민에 대하여 고유하고 직접적 효력을 갖는 예외적인 경우에는 독립적인 행정행위로 볼 수 있다.[32]

마지막으로 행정행위는 '개별 사안'에 대한 것이다. 이러한 개념징표는 행정행위를 입법과 구분지어 준다.[33] 법적 규율은 인적 범위가 확정적인 경우를 개별적이라고 하고 그렇지 않은 경우를 일반적이라고 하며, 사안의 범위가 확정적인 경우를 구체적이라고 하고 그렇지 않은 경우를 추상적이라고 한다. 이에 따라 인적 범위와 사안의 범위 각각의 확정여부에 따라 네 가지 유형으로 나눌 수 있다. 네 가지 유형 중 행정행위의 전형적인 형태는 인적 범위가 확정적이고 사안의 범위도 확정적인 개별-구

---

25) Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19.Aufl., 2017, §3 Rn.12 참조.
26) Ebd, §9 Rn.14 참조.
27) Ebd, §9 Rn.24 참조.
28) Ebd, §9 Rn.24 참조.
29) Ebd, §9 Rn.25 참조.
30) Ebd, §9 Rn.26 참조.
31) Ebd, §9 Rn.29 참조.
32) Ebd, §9 Rn.29 참조.
33) Ebd, §9 Rn.15 참조.

체적인 경우이다.[34] 이와 반대로 입법은 전형적으로 인적 범위도 확정적이지 않고, 사안의 범위도 확정적이지 않은 일반-추상적인 경우이다.[35] 그렇다면 이 두 가지에 속하지 않는 개별-추상적인 경우나 일반-구체적인 경우는 어떠한가? 일반-구체적인 경우[36]는 소위 일반처분(Allgemeinverfügung)으로, 행정절차법 제35조 제2문에 따라 행정행위로 볼 수 있다.[37] 또한, 개별-추상의 경우도 비록 사안의 범위는 확정되어 있지 않더라도 인적범위는 확정되어 당사자가 특정한 상황에서 구체적인 행위의무를 부담하는 것이기 때문에 행정행위라고 할 수 있다.[38] 결국 네 가지 유형 중 일반-추상적인 경우 이외에는 모두 행정행위에 속하는 것으로 파악된다.

이상으로 행정행위의 개념징표들에 대하여 살펴보았다. 이러한 행정행위는 실제상에서 무수히 다양한 형태로 나타나게 된다. 이는 다양한 기준으로 분류될 수 있지만, 논의의 진행을 위하여 아래 두 가지 기준만 살펴보도록 한다. 먼저 행정행위는 규율의 내용을 기준으로 명령적 행정행위, 형성적 행정행위, 확인적 행정행위로 구분할 수 있다. 명령적 행정행위는 작위, 부작위, 수인 등 특정한 행위에 대한 의무를 부과하는 명령이나 금지의 행정행위로, 조세부과 처분이나, 영업정지 처분 등이 있다.[39] 형성적 행정행위는 구체적인 법관계를 발생・변경・소멸시키는 행정행위로, 시민권 부여, 공무원 임명 등이 있다.[40] 확인적 행정행위는 사람의 권리나 법적으로 중요한 지위를 확인하는 행정행위로, 국적확인, 병역기피자 승인 등이 있다.[41]

다음으로 행정행위의 상대방에 대한 법적 효과를 기준으로 침익적 행

---

34) Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19.Aufl., 2017, §9 Rn.15 참조.
35) Ebd, §9 Rn.16 참조.
36) 이러한 경우의 예는, 특정 집회・시위에의 참여 금지, 붕괴가능성 있는 주택에의 출입금지가 있다. 집회참여자나 주택 출입자의 인적 범위는 정해져있지는 않으나, 집회・시위 또는 주택 침입이라는 사건은 확정되어 있기 때문이다. Ebd, §9 Rn.18 참조.
37) Ebd, §9 Rn.19 참조.
38) Ebd, §9 Rn.21 참조.
39) Ebd, §9 Rn.45 참조.
40) Ebd, §9 Rn.46 참조.
41) Ebd, §9 Rn.47 참조.

정행위와 수익적 행정행위로 구분할 수 있다. 침익적 행정행위는 상대방의 권리를 침해하거나 수익적 행위의 신청을 거부하는 행정행위로, 모든 명령이나 금지, 공무원 면직, 건축허가 신청에 대한 거부 등이 이에 속한다.[42] 이에 반하여, 수익적 행정행위는 권리 혹은 법적으로 중요한 이익을 확인 또는 승인하는 행정행위로, 건축허가, 공무원 임명 등이 이에 속한다.[43] 경우에 따라 행정행위의 상대방에게 수익적이면서 동시에 침익적인 행정행위가 있을 수 있고, 직접 상대방 이외에 제3자에게도 효력을 미치는 행정행위가 있을 수 있다.[44]

## II. 독일법상 행정행위의 효력

행정행위는 입법이나 사법상의 행위와 구별되는 특별한 효력을 갖고 있다. 이러한 행정행위의 특별한 효력은 이 논문의 주제인 무효와 단순위법의 구별기준이 필요하게 되는 근본적인 원인이 된다. 아래에서는 행정행위의 일반적인 효력에 대하여 간략히 살펴보도록 한다.[45]

행정행위의 효력에 대해서는 행정절차법 제43조[46]에서 규정하고 있다. 동법 제43조 제1항에 의하면, 행정행위는 '통지'됨으로써 효력이 발생하고 통지된 내용에 따라 효력이 있다. 이는 법률이 공포되어야 효력을 발생하는 것과 같이, 행정행위도 통지로 인하여 행정절차가 종료되고 비로소 행정행위가 존재하고 효력이 발생하는 것이다.[47] 이러한 의미에서 통

---

42) Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19.Aufl., 2017, §9 Rn.49 참조.

43) Ebd, §9 Rn.48 참조.

44) Ebd, §9 Rn.50-51 참조.

45) 아래에서 제시되는 행정행위의 나머지 효력에 대해서는 무효와 단순위법의 구별과는 관련성이 적으므로 본고에서는 다루지 않도록 한다.

46) § 43(행정행위의 효력)
(1) 행정행위는 통지된 때부터 상대방 또는 당사자에게 효력이 있다. 행정행위는 통지된 내용에 따라 효력이 있다.
(2) 행정행위는 철회, 취소, 혹은 다른 방법으로 취소되거나 기한경과나 기타의 방법으로 실효되기 전까지 효력이 있다.
(3) 무효인 행정행위는 효력을 갖지 않는다.

47) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3.Aufl., 1924, S.94; Maurer/Waldhoff,

지는 행정행위의 존재요건이라 할 수 있다.[48] 통지는 문서 혹은 전자문서로 송달되며, 대상자가 여러 명일 경우 개별적으로 통지된 시각에 각각 효력이 발생하고, 일정한 경우에는 공고로도 통지가 가능하다.[49] 이렇게 발생한 행정행위의 효력은 동법 제43조 제2항에 따라 행정이나 사법(司法)에 의하여 취소되거나 기한의 경과 등으로 인해 실효되기 전에는 효력을 유지한다.[50]

중요한 것은 행정행위의 효력은 통지된 때에 발생하는 것이고 여기서 행정행위의 위법성은 원칙적으로 고려되지 않는다.[51] 위법성에 관하여, 행정행위의 적법 요건이 만족하지 않는 경우를 위법하다고 한다. 그리고 적법 요건의 판단에서는 행정행위의 수권근거, 권한, 관할・절차・형식 등 형식적 적법성, 실체적 적법성을 고려하게 된다.[52] 이러한 적법 요건과 효력 유무는 원칙적으로 구분된다.[53] 즉, 행정행위는 적법 요건에 흠결이 있더라도 통지가 되면 일단 효력이 발생하며 이러한 효력은 행정행위가 취소나 실효되기 전까지 유지된다.[54] 이는 여타 법적행위와 구별되는 행정행위의 특별한 효력이다. 즉, 법규범과 사법(私法)상의 법률행위는 위법하면 원칙적으로 무효인 반면, 행정행위는 위법하더라도 일단 유효하다.[55]

그렇다면 행정행위가 이러한 특별한 효력을 갖는 근거는 무엇인가? 그 이유는 행정행위는 위법하더라도 형식적으로 존재하는 한 모든 사람들이 법적안정성의 관점에서 신뢰할 수 있어야 하는, 객관적 행정법의 해석과 적용에 관한 권위적 결정이기 때문이다.[56] 이는 행정행위를 둘러싼 법관

---

Allgemeines Verwaltungsrecht, 19.Aufl., 2017, §9 Rn.71 참조.

48) Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19.Aufl., 2017, §9 Rn.71 참조. 이 책에서는 통지는 적법요건이 아니라 존재요건이라고 한다.

49) Ebd, §9 Rn.71-77 참조.

50) Ebd, §10 Rn. 8 참조.

51) Ebd, §10 Rn. 7 참조.

52) Ebd, §10 Rn. 4 참조.

53) Ebd, §10 Rn. 2 참조.

54) Ebd, §9 Rn. 40 참조.

55) Ebd, §10 Rn. 6; Franz Mayer, Allgemeines Verwaltungsrecht. Eine Einführung, 3.Aufl., 1972, S.103 참조.

56) Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht Ⅰ, 13.Aufl., 2017, §48 Rn.38; Jörn

계에 대한 법적안정성을 바탕으로 행정의 권력적 속성, 행정행위의 상대방과 기타 이해관계인의 이익을 모두 고려하여 위법한 행정행위의 효력을 인정한다는 것으로 이해된다.

다만, 이러한 행정행위의 특별한 효력에도 예외가 있다. 바로 행정행위의 법적 하자가 행정절차법 제44조에서 규정한 무효사유에 해당하여 행정행위를 '무효'에 이르게 할 정도라면, 행정행위는 처음부터 효력을 갖지 않는다.[57] 행정절차법 제43조 제3항에서 무효인 행정행위는 효력을 갖지 않는다고 규정한 것은 이러한 의미인 것으로 이해된다. 결국 행정행위는 무효인 경우를 제외하면 위법하더라도 일단 효력을 갖는다고 할 수 있다. 무효와 단순위법에 대해서는 뒤에서 더 살펴보도록 한다.

한편, 행정행위는 '존속력'(Bestandskraft)을 갖는다.[58] 이는 단어가 뜻하는 바와 같이 행정행위의 존재와 계속에 관한 효력이라 할 수 있다. 존속력은 행정행위의 규율적 성격에서 도출되는 것으로, 규율이 임의대로 바뀌어서는 아니 되고 '법적지속성'(Rechtsbeständigkeit)을 가져야 한다는 것에서 비롯된다.[59] 즉, 행정행위의 규율적 속성으로 인하여 행정행위가 존재와 계속에 대하여 특별한 힘을 갖는다는 것이다.

존속력은 형식적 존속력과 실체적 존속력으로 나뉜다. 먼저 형식적 존속력은 제소기간의 경과 등으로 인하여 행정행위가 행정심판이나 취소소송에 의하여 더 이상 취소될 수 없음을 의미한다.[60] 즉, 쟁송 제기가 불가능하여 더 이상 행정행위의 존재가 사라지지 않고 계속된다는 효력을 의미하는데, 이는 위법한 행정행위라 할지라도 무효가 아닌 한 마찬가지로 더 이상 다툴 수 없게 되는 것이다.

---

Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8.Aufl., 2012, §10 Rn.682; Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19.Aufl., 2017, §10 Rn.86 참조.

57) Ebd, §10 Rn.7 참조.

58) 이러한 존속력 개념은 사법(司法)의 판결이 갖는 확정력(Rechtskraft) 개념에 대응하여 만들어졌다고 한다. 행정행위의 형식적 존속력은 형식적 확정력에, 실질적 존속력은 실질적 확정력 혹은 자박력에 대응한다고 한다. 그러나 행정과 사법은 근본적으로 다르기 때문에 실질적으로 행정행위와 판결은 많은 차이점을 갖는다고 한다. Ebd, §9 Rn.43, §10 Rn.14 참조.

59) Ebd, §10 Rn.13 참조.

60) Ebd, §10 Rn.16 참조.

한편, 실질적 존속력의 의미에 관해서는 두 가지 관점이 존재한다. 먼저 실질적 존속력을 행정행위의 구속력으로 보아 실질적 존속력이 행정행위가 당사자와 발령행정청을 구속하는 효력을 의미한다고 보는 관점이 있다.[61] 여기서 중요한 것은 행정행위가 대상이 되는 시민뿐만 아니라 행정행위를 발령한 행정청 본인까지 구속한다는 것이다. 이러한 의미에서 행정행위는 행정청에 의해 단독적으로 발령되지만 양면적으로 구속한다.[62] 또한 이러한 구속력은 행정행위의 효력이기 때문에 행정행위의 통지와 함께 효력이 발생하고, 형식적 존속력이 발생하였을 때 구속력은 강화된다.[63] 이는 구속력도 행정행위와 함께하기 때문에 행정행위를 더 이상 다툴 수 없게 될 경우 구속력도 계속되어 강화된다는 의미이다.

다른 관점에서는, 실질적 존속력을 행정행위에 대한 행정 스스로의 제한된 취소가능성으로 보아, 실질적 존속력이 행정청이 특정한 요건 하에서만 자기가 발령한 행정행위를 취소할 수 있다는 것을 의미하는 것으로 볼 수 있다.[64] 이러한 의미에서 행정 스스로의 취소・철회는 실질적 존속력이 발생하지 않은 상태에서만 가능하고 행정행위는 행정 스스로에 의해 임의대로 취소・철회되지 않을 경우에만 실질적으로 존속한다.[65] 따라서 행정 스스로에 의한 행정행위의 취소와 철회에 대한 행정절차법 규정을 통하여 간접적으로 행정행위의 실질적 존속력이 파악될 수 있다.[66]

필자가 이해하는 바로는, 위의 두 가지 관점은 결국 하나의 대상을 적극적으로 파악한 것과 소극적으로 파악한 것으로, 그 함의는 같다고 할 수 있다. 행정행위가 계속 존재하는 한, 행정행위는 실질적으로 당사자들을 구속하게 된다. 행정행위의 규율적 속성으로 인하여 상대방인 시민뿐만 아니라 행정행위를 발령한 행정청도 함부로 바꿀 수 없는 것이다. 만약 행정청이 스스로 발령한 행정행위를 임의로 스스로 취소할 수 있다

---

61) Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19.Aufl., 2017, §10 Rn.18 참조.
62) Ebd, §10 Rn.18 참조.
63) Ebd, §10 Rn.18 참조.
64) Ebd, §10 Rn.19 참조.
65) Ebd, §10 Rn.19 참조.
66) Ebd, §10 Rn.19 참조.

면, 행정행위는 행정에 대하여 실질적인 구속력을 갖지 못하고 시민에 대하여 법적안정성을 보장하지 못할 것이다. 그렇기 때문에 행정행위가 시민뿐만 아니라 행정에게도 실질적인 구속력을 갖기 위해서는 행정 스스로에 의한 행정행위의 취소가 제한되어야 할 것이다. 이러한 양면적 효력을 적극적으로 파악한 것이 위에서 소개한 첫 번째 관점이고, 행정청이 스스로 발령한 행정행위를 취소하지 못한다는 점에 초점을 두어 소극적으로 파악한 것이 두 번째 관점이라고 이해된다.

한편, 행정행위는 당사자 사이의 관계를 넘어서, 법원과 다른 행정청 등 모든 국가기관이 행하는 결정에서 이미 발령된 행정행위를 전제하도록 하는 효력도 있는데, 이를 '구성요건적 효력'(Tatbestandswirkung)이라 부른다.[67] 이러한 구성요건적 효력을 통하여 행정행위는 발령 행정청과 상대방과의 관계뿐만 아니라 다른 국가기관에서도 무효가 아닌 한 일단 적법한 행위로 취급될 수 있다.

## III. 무효와 단순위법

행정행위는 무효인 경우를 제외하면 위법하더라도 일단 효력을 갖는다. 여기서 위법하지만 무효에 이르지는 않고 효력을 갖는 경우를 '단순위법'이라 한다. 앞서 언급하였듯, 단순위법인 행정행위가 일단 적법한 행정행위와 같은 효력을 갖는 근거는 행정절차법 제43조이다. 그리고 단순위법인 행정행위는 사법(司法) 또는 행정의 사후심사에 의해 취소될 때까지 유효하다.[68] 이러한 단순위법은 부당한 행정행위나 단순한 오기・오산의 오류와는 구별된다. 부당한 행정행위란, 행정행위가 합목적적이지 않다는 것으로서, 이는 위법하지는 않고 행정심판 등을 통해 상급행정청에 의해 심사될 수 있을 뿐이다.[69] 또한 행정행위에 단순한 오기나

---

67) Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19.Aufl., 2017, §10 Rn.20 참조.
68) Ebd, §10 Rn.8 참조.
69) Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht Ⅰ, 13.Aufl., 2017, §49 Rn.97-98;

오산 기타 이와 비슷한 명백한 오류가 있는 경우, 위법한 것은 아니고 행정절차법 제42조에 따라 언제든지 정정될 수 있다.[70]

한편, 행정행위는 위법하더라도 일단 효력을 갖지만, 그러한 위법이 특별히 크다고 판단되는 경우에는 행정행위의 효력을 처음부터 인정하지 않는 것이 실질적 정의의 원칙에 부합한다고 한다.[71] 그리하여 무효인 행정행위는 처음부터 어떠한 법적 효력도 갖지 않는다.[72] 이는 "무효인 행정행위는 효력을 갖지 않는다."라고 규정한 행정절차법 제43조 제3항에 나타난다. 무효인 행정행위는 효력이 없기 때문에 행정청은 이를 실행하려고 해서는 아니 되고, 시민도 그러한 행정행위에 따르지 않아도 된다는 것이다.[73] 이러한 행정행위의 무효는 부존재행위(Nichtakt)와 구별된다. 부존재행위는 행정행위에 하자가 있는 것이 아니라 행정행위 자체가 성립하지 않는 경우이다.[74] 대표적으로 행정청이 아닌 자에 의한 결정이나 통지되지 않은 행정행위가 부존재행위이다.[75]

이와 같은 무효와 단순위법의 구별은 행정절차와 소송절차에서 차이를 야기한다. 먼저 무효와 단순위법은 쟁송수단에서 차이가 난다. 단순위법의 경우 행정 내부의 행정심판(Widerspruch)과 행정법원의 취소소송을 통해 행정행위의 취소를 다툴 수 있다.[76] 반면에, 무효인 행정행위는 행정청에 대한 무효확인청구와 행정법원의 무효확인소송이 가능하다.[77] 다만, 실제에서는 무효와 단순위법의 구분이 모호할 수 있어 이로 인한 소

---

Franz Mayer, Allgemeines Verwaltungsrecht. Eine Einführung, 3.Aufl., 1972, S.107 참조.

70) Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht Ⅰ, 13.Aufl., 2017, §49 Rn.91; Franz Mayer, a.a.O., S.107 참조.

71) Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19.Aufl., 2017, §10 Rn.86 참조.

72) Ebd, §10 Rn.91 참조.

73) Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd.1. Allgemeiner Teil, 10.Aufl., 1973, S.227; Maurer/Waldhoff, a.a.O., §10 Rn.91 참조.

74) Franz Mayer, a.a.O., S.108 참조.

75) Maurer/Waldhoff, a.a.O., §9 Rn.23, §10 Rn.90; Franz Mayer, a.a.O., S.105, 109 조.

76) Maurer/Waldhoff, a.a.O., §10 Rn.72-81 참조.

77) 행정청에 대한 무효확인 청구는 행정절차법 제44조 제5항에, 무효확인소송은 연방행정재판소법(VwGO) 제43조 제1항에 근거한다. Maurer/Waldhoff, a.a.O., §10 Rn.93; Schnapp/Cordewener, Welche Rechtsfolgen hat die Fehlerhaftigkeit eines Verwaltungsakts? JuS, 1999, S.41 참조.

송상의 부담을 시민이 질 우려가 있기 때문에 무효인 행정행위에도 취소 행정심판과 취소소송이 인정된다.[78]

무효와 단순위법에 대한 쟁송수단이 다르기 때문에 제소기간과 행정심판 전치요건의 준수 여부도 달라지게 된다. 단순위법의 경우에는 제소기간 내에 취소소송을 제기하지 않으면 형식적 존속력이 발생하여 더 이상 다툴 수 없고, 행정재판소법(VwGO) 제68조 제1항에서 규정하는 예외적인 경우를 제외하고는 행정심판을 거쳐야 취소소송을 제기할 수 있다.[79] 반면에, 무효인 행정행위에 대해서는 제소기간을 준수하거나 행정심판을 거칠 필요 없이 무효확인소송을 통해 다툴 수 있다.[80] 다만, 무효인 행정행위를 취소소송으로 다툴 경우에는 취소소송의 제소기간과 행정심판 전치요건을 준수하여야 한다.[81]

한편, 무효와 단순위법은 행정행위가 다른 사안의 전제가 된 경우에도 구별 실익이 있다. 민사법원 등에서 행정행위의 효력이 전제가 된 경우 그 법원은 단지 행정행위가 무효인지 아닌지만을 심사할 수 있다.[82] 따라서 무효인 경우에는 행정행위의 효력이 없는 것으로 확인될 수 있겠으나, 단순위법인 경우에는 무효의 근거가 없기 때문에 효력이 존재하는 것으로 취급된다.

이외에도 무효인 행정행위는 처음부터 효력 자체가 없기 때문에 행정절차법 제45조 제1항[83]에 따른 하자의 치유가 불가능하다.[84] 단순위법한

---

78) Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19.Aufl., 2017, §10 Rn.93; Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15.Aufl., 2015, §22 Rn.8; Guy Beaucamp, Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten, JA 2007, S.707 참조. 또한 무효확인소송은 취소 행정심판이나 취소소송과 달리 집행정지효가 발생하지 않는다. Ebd, S.707 참조.

79) 연방행정재판소법(VwGO) 제70조 제1항에서 행정심판은 행정행위의 통지 후 1개월 이내에 제기되어야 한다고 규정하고, 제74조 제1항에서는 취소소송은 행정심판 결정문 송달 후 1개월 이내, 혹은 행정심판 절차가 필수적이지 않은 경우 행정행위의 통지 후 1개월 이내에 제기되어야 한다고 규정한다.

80) Guy Beaucamp, a.a.O., S.707 참조.

81) Ebd, S.707; Schnapp/Cordewener, a.a.O., S.41 참조.

82) Maurer/Waldhoff, a.a.O., §10 Rn.92 참조.

83) 제45조 절차 및 형식적 하자의 치유

(1) 절차 또는 형식규정의 위반은 제44조에 의해 행정행위가 무효로 되지 않는 한 아래 각 호의 경우에 무시된다(unbeachtlich).

1. 행정행위의 발령에 필수적인 신청이 추후에 제기된 경우

행정행위의 경우에만 치유를 고려할 수 있는 것이다. 한편, 무효인 행정행위도 전환이 가능한 지에 대해서는 논쟁이 있으나 대체로 단순위법인 행정행위 뿐만 아니라 무효인 행정행위도 전환이 가능한 것으로 본다.[85]

2. 필수적인 사유가 추후에 제시된 경우
3. 필수적인 관계자의 청문절차가 추후에 보충된 경우
4. 행정행위의 발령에 협력이 필수적인 위원회의 결정이 추후에 이루어진 경우
5. 필수적인 다른 행정청의 협력이 추후에 이루어진 경우

84) Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd.1. Allgemeiner Teil, 10.Aufl., 1973. S.227; Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19.Aufl., 2017, §10 Rn.57 참조.

85) Jörn Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8.Aufl., 2012, §10 Rn.682; Maurer/Waldhoff, a.a.O., §10 Rn.94 참조.

# 제 2 장 무효와 단순위법의 구별기준의 발전과정

현재 독일에서 행정행위의 무효와 단순위법의 구별기준은 행정절차법 제44조에 규정되어 있고, 각 주에서도 연방의 법과 동일한 내용의 법규정을 두고 있다.[86] 행정절차법의 제정은 한순간의 논의로 이루어진 것이 아니라, 법 제정 이전에도 일반적으로 인정되던 내용을 입법화한 것이다.[87] 행정행위의 무효와 단순위법의 구별기준도 마찬가지로 행정절차법의 제정 이전부터 오랜 기간 논의되어 왔다. 특히 독일의 행정절차법 이전의 논의는 우리나라도 무효의 판별기준이 입법화되어 있지 않다는 점에서 참고할 가치가 있다. 아래에서는 행정행위의 개념을 정립한 오토 마이어에서부터 행정절차법에 이르기까지 행정행위의 무효사유에 대한 논의가 어떻게 발전하였는지를 살펴본다.

## I. 초기의 구별기준

행정행위의 개념을 확립한 오토 마이어도 행정행위의 무효와 단순위법은 구별되어야 한다고 하였다. 그의 구별기준은 행정행위에 대하여 특별한 효력을 인정하는 근거와 자연스럽게 연결된다. 오토 마이어는 행정행위는 법률이 공포되어야 효력을 발휘하는 것과 유사하게 통지됨으로써 효력을 발휘하고, 사법(司法)의 판결과 같이 특별히 중대한 법적 하자가 있을 경우에만 무효가 된다고 하였다.[88] 그리고 법적 하자가 이러한 무효에 이르지 않을 정도라면, 권한 있는 행정청에 의하여 무효라고 선언되기 전까지는 유효하다고 하였다.[89]

---

86) Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19.Aufl., 2017, §5 Rn.1-17 참조. 이 책에서는 행정절차법은 주의 행정절차에 대해서는 효력이 없지만, 연방과 각 주는 모두 공통된 표준을 바탕으로 동일한 내용의 행정절차법을 제정하였다고 한다.

87) Ebd, §5 Rn.9 참조.

88) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3.Aufl., 1924, S.94-95 참조.

89) Ebd, S.95 참조.

오토 마이어는 위와 같이 행정행위가 단순위법이더라도 일단 효력을 갖는 근거로, 행정이 일반적인 권한 내에서 발령한 행정행위에는 그 효력에 대한 특별한 요건을 충족한다는 '자기확인'이 내포되어 있기 때문이라고 하였다.[90] 또한 이러한 '자기확인'을 담은 행정행위는 더 강력한 권한에 의하여 취소되기 전까지 유효하다고 하였다.[91] 이는 행정의 의사가 국가의사로서 사인(私人)의 의사보다 우월한 가치를 갖는다는 오토 마이어의 국가이념을 바탕으로 한 것이다.[92] 또한 이는 행정행위가 입법으로부터 권한을 수여받아 발령되는 것이 아니라, 일반·추상적 사안에 규범정립 권한을 갖는 입법과는 독립적으로 구체적 사안에 대하여 행정이 독자적인 규범제정 권한을 갖는다는 것과 관련된다.[93] 즉, 개별 사안에 대해서는 행정행위가 법률에 우선하는 규범으로서 효력을 갖기 때문에, 행정행위는 위법하더라도 상위의 권한에 의하여 취소되기 전까지는 유효하다.[94]

이러한 오토 마이어에게 행정행위가 무효가 되는 경우는 "행정청에 의하지 않는 경우와 그것의 권한 범위 내에 있지 않은 경우"[95] 두 가지였다. 전자에 대해서는, 행정청에 의하여 행정행위가 발령되지 않는 것은 그 자체로 위법하고 특별한 법적 가치를 갖는 행정에 의하여 발령되지 않은 것이기 때문에 곧바로 무효로 된다는 것으로 이해된다. 그리고 후자는 오토 마이어가 말한 자기확인의 개념과 관련이 있는 것으로 보인다. 앞서 살펴보았듯이, 오토 마이어는 행정이 일반적인 권한 내에서 발령한 행정행위에 적법성에 대한 자기확인이 내포되어 있다고 하였다. 이

---

90) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3.Aufl., S.95; 최계영, 오토 마이어의 행정행위 이론, 서울대학교 대학원 석사학위 논문, 2004년, 83면 참조.

91) Otto Mayer, a.a.O., S.95-96 참조.

92) 최계영, 앞의 글, 86-87면 참조.

93) 최계영, 위의 글, 88-89면 참조.

94) 최계영, 위의 글, 88-89면 참조.

95) Otto Mayer, a.a.O., S.95. 이와 관련하여, 오토 마이어가 무효 요건으로 말한 일반적인 권한 범위 내에 있지 않은 행정행위에서 권한이란 지역적 권한이나 행정행위의 효력발생을 위한 특별한 요건과는 구별되는 것이라고 한다. 사견에 의하면, 여기서 일반적인 권한 범위 내에 있지 않은 것이라 함은 일반적으로 보았을 때 어떠한 관점에서도 행정의 권한 범위 내에 없다는 것을 의미하는 것으로 이해된다. 최계영, 앞의 글, 86면 참조.

를 반대로 해석하면, 일반적인 권한의 범위 내에서 발령되지 않은 행정행위에는 적법성의 자기확인이 내포되어 있다고 할 수 없고, 특별한 효력 없이 무효가 된다고 해석될 수 있다. 결국 위의 두 가지 경우 모두 우월한 가치를 갖는 행정이라는 주체상의 요소에 중대한 하자가 있을 때 행정행위를 무효로 하는 것이다.[96]

위의 오토 마이어의 견해는 무효사유에 대하여 행정의 입장만을 고려할 뿐 행정행위의 대상자인 시민의 입장은 고려하지 않은 것이었다. 그러나 시대의 변화와 맞물려 점차 시민에 대한 보호의 가치가 중요하게 되었다. 1920년대 하췌크(J. Hatschek)가 '명백설'(Evidenztheorie)을 주장한 것도 이러한 맥락이라고 생각된다.[97]

하췌크는 행정행위에 있어 문제가 되는 법적 하자를 '조직권력의 남용'(Mißbrauch der Organisationsgewalt)이라고 하며, 이를 조직규범(Organisationsnormen)에 위반되는 조직권력의 실행이라고 정의하였다.[98] 이를 바탕으로, 하췌크는 "조직권력의 남용이 정면에서 행하여졌을 때"[99] 행정행위가 단순위법이 아니라 무효라고 하였다. 여기서 정면에서 행해졌다는 것은 행정행위의 법적 하자가 명백해야 한다는 것으로 이해된다. 다만, 하췌크는 이러한 명제는 행정행위의 무효와 단순위법의 구별기준에 대한 일반적 원칙일 뿐이라고 하며, 실제적인 적용을 위하여 두 가지 구체적인 기준을 제시하였다.[100]

---

96) 이와 관련하여, 오토 마이어의 이론에서 적법성의 자기확인은 국가만이 할 수 있기 때문에 행정행위가 무효로 되는 경우는 국가가 행한 의사표시라고 볼 수 없는 경우가 된다고 한다. 최계영, 오토 마이어의 행정행위 이론, 서울대학교 대학원 석사학위 논문, 2004년, 86면 참조.

97) 하췌크(J. Hatchek)는 현재 주장되는 형태의 명백설을 최초로 정립하였다고 한다. Herwart Heike, Die Evidenztheorie als heute maßgebliche Lehre vom nichtigen Verwaltungsakt, DÖV 1962, S.416; Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 16.Aufl., 2015, §44 Rn.1 참조.

98) Julius Hatschek, Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts, 3, 4.Aufl., 1924, S.95 참조. 이 책에서는, 조직권력의 남용은 사인이 그의 이익으로 행정행위가 발령되도록 하는 것과 구별된다고 한다. 예를 들어, 사인이 정신병 있는 공무원을 이용하여 특정한 행정행위가 발령되도록 하는 것은 여기서 논의되는 조직권력의 남용으로 보지 않는다고 한다. Ebd, S.95 참조.

99) 원문은 "wenn er den Mißbrauch der Organisationsgewalt gewissermaßen auf der Stirne trägt." 이에 관하여, Ebd, S.95.

100) Ebd, S.95-96 참조.

첫 번째 원칙으로, 하췌크는 “국가가 시민에게 조직권력의 남용을 통해 시민에게 어떠한 행정행위를 할 것이라는 신뢰를 주었다면, 비록 그러한 신뢰를 지키는 것이 국가에 불리하더라도, 그러한 시민의 신뢰가 법적으로 보호되어야 한다는 것을 인정해야한다”[101]고 하였다. 이는 어떠한 법적 상황의 외관(外觀)을 신뢰한 자의 신뢰를 보호해야 한다는 원칙이 공법에서도 적용된다는 하췌크의 주장을 바탕으로 한다.[102] 이러한 첫 번째 원칙은 위법하더라도 일단 유효하다는 행정행위의 특별한 효력의 근거를 제시한 것으로 이해된다. 즉, 하췌크는 행정이 법적 하자 있는 행정행위를 발령하였더라도 행정이 그러한 행정행위를 할 것이라는 시민의 신뢰를 보호하는 차원에서 위법한 행정행위의 효력을 일단 인정해야 한다고 말한 것으로 이해된다.

이러한 하췌크의 견해는 오토 마이어의 견해와는 확연히 다른 것으로 보인다. 앞서 살펴보았던 오토 마이어는 위와 같은 행정행위의 특별한 효력에 대하여 행정에 의한 자기확인에 근거한다고 하였다. 이러한 오토 마이어의 관점이 행정을 중심으로 한 것이었다면, 하췌크의 관점은 행정행위의 상대방인 시민을 중심으로 한 것이었다. 하췌크의 견해는 행정행위에 대한 시민의 신뢰 보호와 이를 통한 시민의 법적안정성 보장을 근거로 행정행위의 특별한 효력을 인정한 것으로 이해된다.

한편, 하췌크는 하자 있는 행정행위의 효력이 계속될 것인지 아니면 소멸할 것인지는 시민의 선택에 따르게 된다고 한다.[103] 이는 시민이 특정한 행정행위가 법적 하자가 있음에도 불구하고, 그것을 용인하여 취소를 구하지 않는다면 그러한 행정행위의 효력이 계속될 수 있다는 것을 의미하는 것이다. 그리고 하췌크는 이렇게 시민이 행정행위의 효력에 대하여 선택권을 갖는 것이 행정행위가 무효인 것보다 행정에게 더 불편하다고 한다.[104]

두 번째 원칙으로, 하췌크는 첫 번째 원칙에도 불구하고, “시민이 행정

---

101) Julius Hatschek, Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts, 3, 4.Aufl., 1924, S.96.

102) Ebd, S.96 참조.

103) Ebd. S.96 참조.

104) Ebd, S.95 참조.

행위가 오직 조직권력의 남용만으로 발령되었다는 것을 스스로 어려움 없이 알 수 있는 경우, 그는 위에서 언급한 신뢰보호를 요구할 권리가 없고, 이 경우 행정행위는 무효이다."[105]라고 하였다. 이를 분석해 보면, 첫째, 행정행위가 오직 조직권력의 남용만으로 발령되어야 하고, 둘째, 이러한 사실을 시민이 스스로 어려움 없이 알 수 있어야 한다. 생각건대, 전자는 행정행위가 '오직 조직권력의 남용만으로' 발령되었다는 것이므로, 단순한 위법이 아니라 특별히 중대한 위법이 있어야 한다는 것으로 이해된다. 후자는 이와 같은 중대한 위법을 시민이 어려움 없이 알 수 있어야 할 만큼 명백해야 한다는 것으로 이해된다.

이 두 가지의 의미를 파악함에 있어 하췌크가 신뢰보호의 원칙을 바탕으로 이러한 원칙을 도출하였다는 사실을 되짚어볼 필요가 있다. 이를 바탕으로 하췌크의 이론을 이해해 보면 다음과 같다. 앞서 언급하였듯이, 하췌크는 국가가 시민에게 특정한 행정행위를 할 것이라는 신뢰를 주었을 경우에는 그러한 행정행위의 효력을 일단 인정해야 한다고 하였다. 이와 반대로, 행정행위가 무효로 되기 위해서는 그러한 신뢰 자체가 형성되지 않았어야 할 것이다. 그리고 신뢰 자체가 형성되지 않을 만하기 위해서는 단순위법이 아닌 중대한 위법이 있어야 할 것이다. 그러나 단순히 중대한 위법이 있으면 행정행위가 무효로 된다고 말하는 것은 불충분하다. 단순히 중대한 위법으로는 시민의 신뢰를 형성하지 못할 것인지 확신하지 못하기 때문이다. 따라서 행정행위를 무효로 만드는 하자는 단순히 중대한 위법이라기 보다는 행정행위에 대한 외관상으로도 시민의 신뢰를 형성하지 못할 만큼의 중대한 위법이 될 것이다. 이는 외관상으로도 시민의 입장에서 어려움 없이 인식 가능할, 명백히 중대한 하자여야 한다. 하췌크의 두 번째 원칙에서 중대성과 명백성의 요건은 이러한 과정을 통해 나오는 것으로 이해된다.

결국 하췌크가 두 번째 원칙에서 말하였던 요소들은 시민이 행정행위의 효력을 신뢰하지 않을 경우를 설명하기 위하여 도입된 것으로 이해된다. 즉, 사인(私人)이 행정행위의 외관에 대해 신뢰를 갖지 않을 만큼, 행

---

105) Julius Hatschek, Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts, 3, 4.Aufl., 1924, S.96.

정행위의 법적 하자가 겉으로 보일 정도로 명백하게 중대하여야 행정행위를 무효로 인정한다는 것이다.

이러한 두 번째 원칙의 의미는 하췌크가 제시한 무효의 구체적 예시를 살펴보면 분명해진다. 몇 가지 예시를 살펴보면, 하췌크는 일반적인 권한규정의 위반과 달리, 어떠한 상황에서도 해당 국가기관의 권한에 있지 않은 '절대적 무권한'(absolute Unzuständigkeit)에 의한 행정행위는 무효라고 하였다.[106] 절대적 무권한의 구체적인 예로는 의회가 법관의 권한에 속하는 법적 행위를 한다거나, 어떠한 행정청이 위법한 위임이 아니고서는 발령할 수 없는 다른 행정청의 행정행위를 하는 것이 있다고 한다.[107] 이러한 행정행위는 무효인데, 하췌크는 그 이유에 대하여 일반적인 권한규정 위반과는 다르게, 행정행위의 상대방인 사인(私人)이 어떠한 신뢰보호도 요구할 수 없기 때문이라고 한다.[108] 또한 협력을 요하는 행정행위에서 협력에 법적 하자가 있는 경우, 일반적으로 시민은 그에 대한 신뢰보호를 요구할 수 있지만, 그러한 협력의 하자가 목전에서 관찰될 수 있는 특별한 경우에는 사인에 대한 신뢰보호에 대한 근거가 없기 때문에 행정행위는 무효라고 한다.[109]

결국 하췌크에 의한 무효와 단순위법의 구별기준은 간단히 말하여, 법적 하자 있는 행정행위에 대하여 그 상대방인 시민의 신뢰가 인정된다면 단순위법이고, 법적 하자가 중대하고 명백하여 그에 대한 신뢰보호가 인정되지 않는다면 무효라고 보는 것으로 이해된다. 이러한 하췌크에 의한 초기의 명백설은 구체적인 내용에서 부족한 부분이 있지만, 시민에 대한 신뢰보호 혹은 법적안정성을 근거로 제시하며 현재의 명백설의 기초적 토대를 마련하였다는 데 의의가 있다.

---

106) Julius Hatschek, Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts, 3, 4.Aufl., 1924, S.96 참조.

107) Ebd, S.96-97 참조.

108) Ebd, S.97 참조.

109) Ebd, S.98-99 참조.

## II. 입법 이전의 구별기준

명백설은 시간이 지나며 점점 더 많은 지지를 받게 되었다. 특히 1945년 이후로 많은 지지를 받게 되었고, 1960년대에는 대다수의 학자들로부터 지지를 받은 것으로 보인다.[110] 법원의 판결에서는 1940년대 후반부터 주의 각급 행정재판소에서 인용되기 시작하여[111], 연방행정재판소에서는 70년대 이후로 공식적으로 인용되었다.[112]

명백설에 따르면 행정행위가 무효로 되기 위해서는 두 가지 요건, 즉 하자의 중대성과 명백성이 필요하다. 이 중 중대성은 별다른 논쟁 없이 일반적으로 행정행위의 무효요건으로 받아들여졌다.[113] 명백설에의하면 중대성 요건에 대하여, 구체적인 사실관계에서 법치국가 내에서의 정의의 실현이라는 법적 가치와 행정목적 달성에 필요한 행정의 권위 보존이라는 행정의 가치를 동시에 고려하여, 당사자들로부터 독립된 공익의 관점에서 하자 있는 행정행위를 준수하지 않아도 되는지 고려한다고 한다.[114] 또한 특히 침익적 행정행위에 대해서는 행정행위의 상대방에게 참을 수 없어야 하고, 그러한 중대한 하자 있는 행정행위를 따를 것을 기대할 수 없을 정도여야 한다고 한다.[115]

명백설이 다른 학설들과 다른 점은, 중대성 이외에도 중대한 하자가 명백할 것을 요구한다는 것이다.[116] 여기서 명백성이란 행정행위의 하자가 "모든 사람에게 즉시(ohne weiteres) 인식가능해야 한다는 것"[117] 이다. 또한 여기서 모든 사람이란 "주의 깊고 합리적인 평균적인 관찰

---

110) Herwart Heike, Die Evidenztheorie als heute maßgebliche Lehre vom nichtigen Verwaltungsakt, DÖV 1962, S.416 참조.

111) Ebd, S.416 참조.

112) Walter Georg Leisner, Nichtigkeit eines Verwaltungsakts (nur) bei Offensichtlichkeit der besonders schweren Fehlerhaftigkeit? DÖV 2007, S.670 참조.

113) Herwart Heike, a.a.O., S.416 참조.

114) Ebd, S.417 참조.

115) Ebd, S.417 참조.

116) Herwart Heike, Die Evidenztheorie als heute maßgebliche Lehre vom nichtigen Verwaltungsakt, DÖV 1962, S.417 참조.

117) Ebd, S.417.

자”[118]이다.

이러한 명백성 요건을 요구하는 것에 대한 주된 논거는 법적안정성 보장과 신뢰보호이다.[119] 법치국가의 확립으로 개인의 이익은 국가의 행정작용에서 각별히 보호되어야 하였고 국가의 권력남용은 견제되었다.[120] 이를 위의 중대성에 대한 설명과 종합하면, 결국 명백설에서는 행정목적 달성에 관한 행정의 이익과 행정법 관계에 관련된 국민의 이익을 모두 고려한 법적안정성을 근거로 한다는 것으로 이해된다.

또한 명백설에서는 행정법이 아닌 다른 법 영역에서도 명백성 요건이 쓰인다는 사실을 근거로 명백성 요건의 요구를 정당화하였다. 민사소송법, 연방공무원법, 군인법, 군형법 등 다른 법에서도 명백성 요건을 자주 사용하며, 명백설에서 말하는 바와 같이 일반인의 관점에서 명백할 것을 요구하기도 하였다고 한다.[121] 또한 사회법과 노동법 분야에서는 하자 있는 행정행위에 대해 이미 명백성 요건이 있어야 무효로 인정되었고, 형법에서도 행정행위의 위반에 대한 처벌과 관련된 규정에서 명백성을 무효의 요건으로 전제하였다.[122] 따라서 행정법 영역에서도 다른 법 영역과 마찬가지로 평균인을 상정하는 명백성 요건을 활용할 수 있다는 것이다.

위와 같은 명백설은 계속해서 통설의 지위를 차지하였다.[123] 뿐만 아니라, 연방 행정절차법이 제정되기 이전에 슐레비히-홀슈타인 주(州)의 행정절차법에서는 현재의 행정절차법 제44조 제1항에 규정되어 있는 바와 같이 “행정행위는 특별히 중대한 하자에 의해 실행되고 그러한 하자

---

118) Herwart Heike, Die Evidenztheorie als heute maßgebliche Lehre vom nichtigen Verwaltungsakt, DÖV 1962, S.417.

119) Ebd, S.417 참조.

120) Ebd, S.418 참조.

121) Ebd, S.418 참조. 특히, 이 글에서는 군형법 제5조 제1항에서는 위법한 명령에 대하여 양심적인 일반 군인의 인식능력의 관점에서 그러한 명령의 위법성이 명백하였을 때에만 처벌된다고 한다.

122) Ebd, S.418 참조. 이 글에서는 국가권력에 대항한 자를 처벌하는 형법 규정(StGB 113조)에서 제외되는 행정행위의 무효의 경우는 법적 하자가 명백하여야 한다는 요건을 갖추어야 한다고 한다.

123) Franz Mayer, Allgemeines Verwaltungsrecht. Eine Einführung, 3.Aufl., 1972, S.111 참조.

가 모든 사정을 합리적으로 고려하였을 때 명백한 경우 무효이다."[124]라고 규정하고 있었다.[125]

한편, 이러한 일반적인 기준과 더불어 학설과 판례를 통해 개별 유형에서의 해결책이 지속적으로 축적되었다.[126] 명백설과 같은 일반적인 원칙이 확립되기 이전부터 개별적인 유형에서의 무효 판별기준은 축적되어 왔다.[127] 이러한 개별 유형에서의 해결책은 명백설과 같은 일반적인 구별기준에 관한 이론과 서로 배척하는 관계가 아니라 양립가능한 관계였던 것으로 이해된다. 그리하여 1977년 행정절차법의 시행 이전에도 아래와 같은 사안에서 행정행위의 무효가 인정되었다.[128]

하자의 발생영역에 따라 행정절차의 하자와 행정행위 자체의 하자로 나누어 살펴볼 수 있다. 먼저 행정절차의 하자는 다음과 같은 경우에 무효로 인정되었다. 일반적으로 법에서 규정한 청문절차의 불이행은 단순위법이지만, 그러한 행정행위가 상황을 종합적으로 고려하였을 때 고권적 작용의 영역으로 볼 수 없고 순전히 임의의 행위로 보여 법적으로 정당화 될 수 없을 경우에는 무효로 인정되었다.[129]

또한 행정절차에서 '편파적인 공무원'(befangener Organwalter)에 의한 법적 하자 있는 참여가 있을 경우에는 일반적으로 단순위법을 구성하나, 그러한 편파적인 공무원이 자기 사건에서 행정행위를 할 경우 그러한 행정행위는 무효인 것으로 파악되었다.[130]

다음으로 공무원의 임용에 있어 문서를 교부하지 않는 것과 같이, 법률이 행정행위에 문서형식을 규정하고 있을 경우 이에 대한 위반은 무효

---

124) 원문은 "Ein Verwaltungsakt ist nichtig, soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offenkundig ist.". Franz Mayer, Allgemeines Verwaltungsrecht. Eine Einführung, 3.Aufl., 1972, S.111.

125) Ebd, S.111 참조.

126) Ebd, S.111 참조.

127) Herwart Heike, Die Evidenztheorie als heute maßgebliche Lehre vom nichtigen Verwaltungsakt, DÖV 1962, S.416 참조.

128) 아래의 개별적 유형에서의 구별기준은 Franz Mayer, a.a.O., S.103- 111를 요약 및 정리한 것임을 밝힌다.

129) BGH, DÖV 1954, 438; 이에 관하여 Franz Mayer, a.a.O., S.104 참조.

130) Franz Mayer, a.a.O., S.104 참조.

로 인정되었다.[131] 그리고 문서로 발령되는 행정행위는 발령 행정청이 명백하지 않을 경우에 무효로 인정되었다.[132]

또한 일반적으로 지역적 권한 없는 행정청의 절차는 단순위법할 뿐이지만, 행정청의 권한 범위 밖에 있는 부동산 혹은 장소에 구속되는 권리 또는 권리관계에 대하여 행정행위를 발령한 경우에 그러한 행정행위는 무효로 인정되었다.[133]

한편 행정행위 자체의 하자에 관하여 학설과 판례는 아래의 경우에 무효로 인정하였다. 첫째, 예외와 재량이 허용되지 않는 강행법적 명령이나 금지를 위반하는 행정행위는 무효로 인정되었다고 한다.[134] 이는 수익적 행정행위의 경우에도 나타날 수 있지만, 주로 침익적 행정행위에서 나타난다.[135]

둘째, 특정한 근본적인 조직규범에 위반하는 행정행위는 무효라고 한다.[136] 이는 일반적으로 이미 절차적으로도 법적 하자가 있는 것이며, 그 예로는 절대적 무권한, 권력분립의 원칙에 대한 위반 등이 있다.[137]

셋째, 일반적으로 법적 수권이 결여된 행정행위는 단순위법이지만, 법질서에서 어떠한 관점에서도 정당화될 수 없는, 절대적으로 법적 수권을 결여한 행정행위는 무효라고 한다.[138] 주로 권력남용의 경우가 여기에 속한다.[139]

넷째, 행정행위의 내용이 선량한 풍속위반의 경우, 그러한 행정행위는 무효라고 한다.[140] 이는 행정행위의 내용이 선량한 풍속에 위반된다는 것으로, 행정행위 발령의 동기가 선량한 풍속에 위반되는 것은 이에 해

---

131) Franz Mayer, Allgemeines Verwaltungsrecht. Eine Einführung, 3.Aufl., 1972, S.105-106 참조.
132) Ebd, S.106 참조.
133) Ebd, S.106 참조.
134) BVerwGE 8, 329(332); 이에 관하여 Franz Mayer, a.a.O., S.109 참조.
135) Ebd, S.109-110 참조.
136) Ebd, S.110 참조.
137) BVerwGE 1, 70.; 이에 관하여 Franz Mayer, a.a.O., S.110 참조.
138) Ebd, S.110 참조.
139) Ebd, S.110 참조.
140) Ebd, S.110 참조.

당하지 않는다.[141]

다섯째, 강요된 행정행위로, 행정의 의사에 근거하기보다 타인에 의해 강요된 행정행위는 무효라고 한다.[142] 다만, 뇌물, 기망 등으로 인한 의사형성의 방해인 경우에는 단순위법일 뿐이다.[143]

여섯째, 완전히 불명확하고 불확정된 행정행위는 무효라고 한다.[144] 이때 완전히 불명확하고 불확정된 행정행위라는 것은 대체로 행정행위가 무엇을 명령하려고 하는지, 어떤 의무가 상대방에게 주어지는지를 전혀 알아볼 수 없을 정도로 불명확한 경우를 말한다.[145] 이 정도의 불확정성 혹은 불명확성에 미치지 않는 경우에는 단순위법할 뿐이다.[146]

일곱째, 법적으로 불가능한 행정행위로, 예를 들어 처벌 가능한 행위를 명령하는 것 행정행위는 무효라고 한다.[147] 이는 법적으로 불가능하여야 한다는 점에서 아래의 사실상 불가능한 행정행위와 구분된다.

마지막으로 여덟째, 사실상 불가능한 행정행위는 무효라고 한다.[148] 여기서 사실상 불가능하다는 것은 행정행위 상대방의 입장에서 불가능한 것이 아니라, 모든 경우에서 불가능한 것을 의미한다.[149] 예를 들어, 독일 국민에 대하여 독일 시민권을 부여하는 행정행위는 사실상 불가능하여 무효이다.[150]

뒤에서 살펴보겠지만, 무효와 단순위법에 관한 일반적・추상적 기준인 명백설뿐만 아니라, 위와 같은 개별적 유형에서의 구별기준도 행정절차법 제44조 제1항・제2항・제3항의 내용에 많은 영향을 주게 된다.

---

141) Württ. VGH, DÖV 1949, 77; 이에 관하여 Franz Mayer, Allgemeines Verwaltungsrecht. Eine Einführung, 3.Aufl., 1972, S.110 참조.
142) Ebd, S.110 참조.
143) Ebd, S.110 참조.
144) Ebd, S.110 참조.
145) BayVGH, VerwRspr. 1, 400.; 이에 관하여 Franz Mayer, a.a.O., S.110 참조.
146) Ebd, S.110 참조.
147) Ebd, S.110 참조.
148) Ebd, S.111 참조.
149) Ebd, S.111 참조.
150) Ebd, S.111 참조.

## III. 행정절차법 제44조

위와 같이 명백설과 개별적 유형에서의 해결방법이 공존하는 가운데, 1977년부터 시행된 행정절차법 제44조 제1항・제2항・제3항[151]에 무효와 단순위법의 구별기준이 규정되었다. 또한 각 주의 행정절차법에서도 행정절차법과 동일한 내용의 무효와 단순위법에 대한 구별기준이 명문화되었다고 하며,[152] 조세법 통칙(AO) 제125조와 사회법전 제10편(SGB X) 제40조에도 같은 내용이 규정되었다.

구체적인 내용을 살펴보면, 먼저, 연방 행정절차법 제44조 제1항에서는 행정행위가 무효이기 위해서는 특별히 중대한 하자가 있고, 그러한 하자가 모든 사정을 고려하였을 때 명백할 것을 요구한다. 이러한 중대성과 명백성 요건은 행정절차법 제정 이전의 명백설을 입법화한 것이다.[153]

제44조 제2항에서는 제44조 제1항의 검토와 상관없이 바로 무효에 해당하는 사유들을 열거한다. 그 내용으로, 제1호는 문서 혹은 전자로 발령되는 경우에 발령행정청을 인식할 수 없는 경우, 제2호는 법규정에 따라

---

151) 제44조 행정행위의 무효(Nichtigkeit des Verwaltungsaktes)
(1) 행정행위는 특별히 중대한 결함으로 행해졌고, 그러한 하자가 모든 사정을 합리적으로 고려하였을 때 명백할 경우 무효이다.
(2) 다음 각 호에 해당하는 경우에는 제1항의 요건에 대한 검토 없이 행정행위가 무효이다.
1. 문서 혹은 전자로 발령되는 경우로서 발령한 행정청을 인식할 수 없을 때
2. 법규정에 따라 문서의 교부로만 발령되어야 하나 그러한 형식이 지켜지지 않았을 때
3. 행정청이 제3조 제1항 제1호에 따른 권한에 위반하여 수권 없이 발령한 경우
4. 사실상 누구도 행할 수 없는 경우
5. 형벌 혹은 과태료의 구성요건에 해당하는 불법적인 행위를 요구하는 경우
6. 선량한 풍속에 반하는 경우
(3) 다음 각 호에 해당하는 경우만으로 행정행위가 무효인 것은 아니다.
1. 제2항 제3호의 경우를 제외한 지역적 권한에 관한 위반이 있는 경우
2. 제20조 제1항 제1문 제2호부터 제6호에 의하여 제척되는 사람이 참여한 경우
3. 법규정에 의하여 참여하여야 할 위원회가 행정행위의 발령에 필요한 의결을 이행하지 않았거나 이행할 수 없었던 경우
4. 법규정에 따라 요구되는 다른 행정청의 참여가 결여된 경우

152) Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19.Aufl., 2017, §5 Rn.1 참조.

153) Ebd, §10 Rn.86 참조.

문서의 교부로만 발령되어야 하나 그러하지 않은 경우, 제3호는 행정청이 제3조 제1항 제1호에 따른 권한에 위반하여 수권 없이 발령한 경우, 제4호는 사실상 누구도 행할 수 없는 경우, 제5호는 형벌 혹은 과태료의 구성요건에 해당하는 불법적인 행위를 요구하는 경우, 제6호는 선량한 풍속에 반하는 경우이다. 특징적인 것은 이러한 경우에 해당한다면 제44조 제1항에 규정된 명백성과 관계없이 무효로 된다는 점이다. 즉, 제2항에 규정된 중대한 하자만으로도 무효로 인정한다는 것으로, 모든 경우에 명백설을 적용하는 것은 아니라는 것이다.

제44조 제3항에서는 무효에 이르지 못하는 단순위법한 유형들을 제시한다. 그 내용으로, 제1호는 제44조 제2항 제3호의 경우를 제외한 지역적 권한에 관한 위반이 있는 경우, 제2호는 제20조 제1항 1문 2호부터 6호에 의하여 제척되는 사람이 행정절차에 참여한 경우, 제3호는 법규정에 의하여 참여하여야 할 위원회가 행정행위의 발령에 필요한 의결을 이행하지 않았거나 이행할 수 없었던 경우, 제4호는 법 규정에 따라 요구되는 다른 행정청의 협력이 결여된 경우이다. 이 규정은 일반적으로 단순위법에 해당하는 사유를 열거한 것이다. 그러나 이러한 사유에 해당한다고 하여 언제나 무효가 아니라는 것 또한 아니기 때문에 제44조 제3항에 해당하더라도 동조 제1항에 해당할 경우 무효가 된다.[154]

이 세 가지 조항은 실제적 검토에 있어 단계적인 구조를 보이는데, 먼저 제44조 제2항과 제3항의 사유를 검토한 다음 일반·보충 조항인 제1항을 검토한다.[155] 즉, 행정절차법 제44조 제2항에 사유에 해당한다면 추가적인 검토 없이 무효이고, 제44조 제3항에 해당하지 않거나 제44조 제3항에 해당한다 해도 최종적으로 제44조 제1항에 해당하는 지 여부에 따라 무효가 결정된다는 것이다. 행정절차법 제44조 제1항, 제2항, 제3항의 구체적인 내용은 아래 제4장과 제5장에서 살펴보기로 한다.

---

154) Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15.Aufl., 2015, §22 Rn.7 참조.
155) Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19.Aufl., 2017, §10 Rn.87 참조.

# 제 3 장 절대적 무효사유

기존의 학설과 판례에 담겨 있던 내용이 연방 행정절차법이 제정되었지만, 입법이 된 이후에는 그 해석에 관해 논란이 있다.[156] 따라서 무효 판단기준에 대해서도 행정절차법 제44조 제1항, 제2항, 제3항의 구체적인 해석론이 중요하다. 아래에서는 행정행위의 무효 여부에 대한 판단 순서에 따라 제44조 제2항과 제3항을 먼저 검토하고, 이어서 제1항을 검토하기로 한다.

## I. 절대적 무효사유

제44조 제2항에서는 행정행위가 무효로 되는 6가지 유형에 대하여 규정한다. 이는 특별히 중대한 하자를 구성하는 구체적인 사실관계의 유형을 규정한 것이다.[157] 동 조항의 법문에서는 아래의 각 호에 규정된 경우에 해당한다면 행정절차법 제44조 제1항에 대한 고려 없이 바로 확정적인 무효임을 규정하고 있다. 구체적인 사실관계에 따라 달라질 수 있는 명백성의 여부에 상관없이 6가지 사유 중 하나에 해당한다면 무효로 된다.[158] 따라서 동 조항의 각 호의 경우에 해당한다면 더 이상의 검토 없이 무효가 된다는 점에서 '절대적 무효'(absolute Nichtigkeit) 사유라고 불린다.[159]

### 1. 문서나 전자상에서 발령행정청을 인식할 수 없는 경우

제1호는 행정행위가 문서 또는 전자로 발령되는 경우 그 행정행위를

156) Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19.Aufl., 2017, §5 Rn.9 참조.

157) Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht Ⅰ, 13.Aufl., 2017, §49 Rn.9 참조.

158) Ebd, §49 Rn.9; Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 16.Aufl., 2015, §44 Rn.31 참조.

159) Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 8.Aufl., 2014, §44 Rn.129; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, a.a.O., §49 Rn.9 참조.

발령한 행정청을 인식할 수 없을 때이다. 행정절차법 제37조 제3항에서는 문서 또는 전자로 발령되는 행정행위의 경우 발령행정청이 인식 가능해야 한다고 규정하고 있으며, 이는 문서와 전자로 발령되는 행정행위에서 최소한의 형식적 요건이다.[160] 행정행위를 발령한 행정청을 인식할 수 없다면, 그러한 행정행위가 행정청에 의해 발령된 것이 맞는지, 절대적 무권한인 행정청이 발령하였는지 등을 알 수 없기 때문이다.[161] 더군다나 행정소송 등의 법적 구제수단을 제기할 상대 행정청을 알 수 없고, 따라서 권리구제가 불가능하다는 점에서 행정행위가 무효가 된다.[162]

다만, 발령행정청에 대한 인식 가능성에 대하여, 반드시 행정행위의 문서의 서명, 표지 등에서 직접적으로 발령행정청이 드러나야 하는 것은 아니라고 한다.[163] 행정행위의 전체적인 내용에서 어떤 행정청이 발령하였는지를 알 수 있는 경우, 내용 속에 발령행정청이 나타나 있거나 해석을 통하여 알 수 있는 경우, 송달된 봉투나 직인을 통해 알 수 있는 경우에도 발령행정청이 인식가능한 것으로 본다.[164] 이는 구체적인 상황을 고려하여 실제 발령된 행정청을 인식할 수 있는지를 판단한다는 것으로 이해된다.

### 2. 필수적인 문서 교부가 이루어지지 않은 경우

제2호는 행정행위가 법규정에 따라 문서의 교부로만 발령될 수 있지만 그러한 형식이 지켜지지 않을 때이다. 이는 행정행위의 발령에 문서의 교부가 본질적이고 불가결한 경우에 그러한 문서의 교부가 이루어지지 않았을 때 행정행위를 무효로 하는 것이다.[165] 이 규정은 특히 공무원법

---

160) Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 16.Aufl., 2015, §44 Rn.32 참조.

161) Ebd, §44 Rn.32 참조.

162) Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19.Aufl., 2017, §10 Rn.88; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht Ⅰ, 13.Aufl., 2017, §49 Rn.10; Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15.Aufl., 2015, §22 Rn.5 참조.

163) Kopp/Ramsauer, a.a.O., §44 Rn.32-33 참조.

164) Ebd, §44 Rn.33 참조.

165) Ebd, §44 Rn.36 참조.

에 따른 공무원의 임명이나 국적법(원어; StAG) 제16조에 따른 시민권 부여의 경우에 적용된다.[166] 다만, 문서의 교부가 단순히 선언이나 증명의 의미만이 있을 경우이거나 불가결하지는 않은 경우에는 그 문서의 교부를 형식으로 하는 행정행위가 무효로 되지 않는다.[167] 그 예로서, 운전면허나 음식점 영업허가 등이 있다.[168]

### 3. 제3조 제1항 제1호에 규정된 권한 위반의 경우

제3호는 행정청이 행정절차법 제3조 제1항 제1호에 근거한 권한 밖에서 수권 없이 행정행위를 발령한 경우이다. 행정절차법 제3조에 제1항 제1호에서는 "부동산이나 장소에 구속되는 권리나 법률관계에 관한 사항은 그 부동산이나 장소를 행정구역으로 하는 행정청이 지역적 권한이 있다."고 규정한다. 이를 고려하여, 3호를 다시 보면, 부동산이나 장소에 구속되는 권리나 법률관계에 관하여 지역적 권한이 없는 행정청이 발령한 행정행위를 무효로 하는 것이다. 예를 들어, 특정 장소에서의 건축허가를 인접한 시의 건축감독청에서 받는 경우이다.[169] 이러한 규정은 사안의 장소에 대한 국민과 행정의 특별한 생각에 근거한다. 즉, 위와 같은 사안에서 국민은 사안의 장소가 행정청의 권한을 결정짓는다는 특별한 신뢰를 갖게 되고, 행정의 입장에서도 장소에 근거한 책임의식을 갖게 된다.[170] 한편, 여기에 해당하지 않는 나머지 권한에 관한 하자는 행정절차법 제44조 제1항의 일반조항에 의하여 다루어진다.

### 4. 사실상 불가능한 경우

---

166) Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15.Aufl., 2015, §22 Rn.5; Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 16.Aufl., 2015, §44 Rn.36 참조.

167) Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht Ⅰ, 13.Aufl., 2017, §49 Rn.11; Kopp/Ramsauer, a.a.O., §44 Rn.36 참조.

168) Ebd, §44 Rn.36 참조.

169) Ehlers/Pünder, a.a.O., §22 Rn.5 참조.

170) Wolff/Bachof/Stober/Kluth, a.a.O., §49 Rn.12 참조.

제4호는 행정행위가 사실상 아무도 행할 수 없는 경우이다. 이는 '누구에게도 불가능한 의무를 지게할 수는 없다'(ultra posse nemo obligatur)는 일반적인 법원칙에 근거한다.[171] 이는 지식과 기술 등을 종합적으로 고려하여 현재의 관점에서 사실상 객관적으로 누구도 행정행위를 이행할 수 없는 경우를 의미한다.[172] 또한 기술적으로 가능하기는 하지만, 너무 많은 자원이 소모되거나 큰 어려움이 수반되어 누구도 당연히 의무를 이행할 수 없는 경우에도 이 경우에 해당한다.[173] 그리고 여기서 '실행'의 의미는 가장 넓은 의미로 이해되며, 작위나 부작위를 가리지 않고 형성적・확인적 행정행위의 경우에도 가능하다.[174] 대표적인 예는, 이미 베어진 나무를 베도록 명령하는 것[175]이나 이미 철거된 건물을 철거하도록 명령하는 것[176] 등 이미 존재하지 않는 사람이나 사물에 대한 행정행위가 그에 해당한다.[177]

이 때 '불가능함'에 대한 판단은 주관적 불가능성이 아니라 객관적 불가능성을 기준으로 한다.[178] 제4호는 행정행위의 상대방의 경제적, 금전적 혹은 기타의 개인적인 사정에 비추어 불가능한지를 판단하는 것이 아니며, 이는 오직 제1항의 상대적 무효사유에 의해 무효가 될 수 있을 뿐이다.[179] 한편, 사실상 불가능한 경우는 법적으로 불가능한 경우와 구별된다. 법적으로 불가능한 행정행위는, 형사처벌 혹은 과태료 처벌의 대상이 되어 제5호에 해당하거나 제1항의 상대적 무효사유에 해당하지 않는 한, 원칙적으로 무효로 되지 않는다.[180] 법적으로 불가능한 경우는 뒤에

---

171) Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht Ⅰ, 13.Aufl., 2017, §49 Rn.13; Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 16.Aufl., 2015, §44 Rn.39 참조.

172) Ebd, §44 Rn.39 참조.

173) Ebd, §44 Rn.39 참조.

174) Ebd, §44 Rn.41 참조.

175) Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15.Aufl., 2015, §22 Rn.5 참조.

176) Kopp/Ramsauer, a.a.O., §44 Rn.41 참조.

177) Ebd, §44 Rn.41 참조.

178) Wolff/Bachof/Stober/Kluth, a.a.O., §49 Rn.13; Kopp/Ramsauer, a.a.O., §44 Rn.42 참조.

179) Kopp/Ramsauer, a.a.O., §44 Rn.42 참조.

180) Ebd. §44 Rn.40 참조.

서 살펴보는 상대적 무효사유에 의해 무효가 될 수 있을 뿐이다.

### 5. 형벌 혹은 과태료의 대상인 행위를 요구하는 경우

제5호는 행정행위가 형벌 혹은 과태료의 구성요건에 해당하는 행위를 요구하는 경우이다. 이 규정은 행정행위의 상대방이 위법한 행위를 요구하는 행정행위를 하지 않도록 함으로써 법질서를 통합하는 기능을 한다.[181] 이러한 규정에도 불구하고, 개별적인 사안에서 법적 정당화의 근거가 주어지는 경우에는 행정행위가 효력이 있다.[182] 한편, 이러한 규정은 형벌 혹은 과태료의 구성요건에 해당하는 행위만이 절대적 무효사유로 보고 있으므로, 모든 종류의 법적 금지 혹은 법규에 위반되는 행정행위가 반드시 무효는 아니라는 것을 보여준다.[183] 일반적으로 법적 금지나 법규에 위반되는 행정행위는 제1항의 상대적 무효사유에 의해서만 무효가 될 수 있다.[184]

### 6. 선량한 풍속에 반하는 경우

제6호는 '선량한 풍속'(gute Sitten)에 반하는 경우이다. 이는 독일 민법(BGB) 제138조[185] 제1항에도 규정되어 있는 원칙으로, 선량한 풍속을 기준으로 일관적이고 통일적인 법질서 기준 마련에 기여한다.[186] 이 규정에는 선량한 풍속에 반하는 행위를 명령하거나 허용하는 행정행위뿐만 아니라, 사취와 같이 선량한 풍속에 반하는 방법으로 행정행위를 이행하는 것도 포함된다.[187]

---

181) Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht Ⅰ, 13.Aufl., 2017, §49 Rn.14; Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 16.Aufl., 2015, §44 Rn.43 참조.

182) Ebd, §44 Rn.43 참조; 이 책에서는 이러한 경우의 예로서, 초법적 긴급성의 원칙(Grundsätzen des übergesetzlichen Notstandes)에 의해 정당화되는 경우를 든다.

183) Wolff/Bachof/Stober/Kluth, a.a.O., §49 Rn.14 참조.

184) Kopp/Ramsauer, a.a.O., §44 Rn.46 참조.

185) 독일 민법(BGB) 제138조 제1항에서는 "선량한 풍속에 위반하는 법률행위는 무효이다."라고 규정한다.

186) Wolff/Bachof/Stober/Kluth, a.a.O., §49 Rn.15 참조.

선량한 풍속에 위반한다는 것은 공정하고 정당한 사람의 관점에서 '양속관념'(Anstandsgefühl)에 반하면서 헌법의 근본적 가치기준에 반하는 것이라고 한다.[188] 이는 단순히 행정행위의 동기가 선량한 풍속에 위반되는 것으로는 부족하고, 법적·사회적 도덕관념에서 상당 부분 벗어나서 행위자도 그의 행동이 선량한 풍속에 위반되었다는 것을 알거나 알 수밖에 없는 경우에만 해당한다.[189] 이러한 예로서, 특정한 종교나 민족을 박해하거나, 인간의 존엄성에 반하는 행위가 있다.[190] 또한 스트립쇼(Peep-Show)의 허가도 무효이다.[191] 그리고 법치국가의 기본적 원칙을 무시하고 순수한 자의에 따른 행정행위도 6호에 따라 무효이다.[192] 이러한 개념 설명에도 불구하고, 선량한 풍속이라는 개념이 모호하여 구체적 사건의 법적 판단에서 활용하기 위해서는 좀 더 객관적인 판단 기준을 마련하여야 한다는 비판이 있다.[193]

## II. 그 자체로는 무효가 아닌 사유

위의 절대적 무효사유와 구별되어 제44조 제3항에서는 그 자체로는 무효가 아닌 네 가지 유형을 규정한다.

### 1. 일반적인 지역적 권한 위반의 경우

먼저, 제1호는 행정청이 행정절차법 제44조 제2항 제3호의 경우를 제외한 지역적 권한을 위반한 경우이다. 즉, 지역적 권한 위반이 문제가 되

---

187) Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 16.Aufl., 2015, §44 Rn.47 참조.
188) Ebd, §44 Rn.48 참조.
189) Ebd, §44 Rn.49 참조.
190) Ebd, §44 Rn.48 참조.
191) BVerwGE 64, 274; 84, 314; 이에 관하여 Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15.Aufl., 2015, §22 Rn.5 참조.
192) Kopp/Ramsauer, a.a.O., §44 Rn.50 참조.
193) Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht Ⅰ, 13.Aufl., 2017, §49 Rn.15 참조.

는 경우 일반적으로 장소에 구속되는 권리에 대한 행정행위만 무효로 될 수 있다.[194] 그러나 제44조 제2항 제3호에 규정된 경우 이외에도, 제44조 제1항에 해당하는 경우에는 무효가 될 수 있다. 이에 대해서는 제4장 상대적 무효사유에서 살펴보기로 한다.

### 2. 제척되는 공무원이 참여한 경우

제2호는 행정행위의 발령에 행정절차법 제20조 제1항 제1문[195] 제2호부터 제6호까지에 의하여 제척되는 공무원이 참여한 경우이다. 제척되는 공무원의 참여로 인한 편파성이 행정행위에 명백하고 본질적인 영향을 미치지 않는 한 무효는 아니라는 취지이다.[196] 물론 그러한 편파성이 명백하고 본질적인 경우에는 제1항의 상대적 무효심사에 의하여 무효가 될 수 있다.[197] 이에 따라 제척된 공무원이 참여한 경우에는 그 공무원이 공정하게 결정하였거나 그의 투표가 결정에 영향이 없는 경우에도 반드시 행정행위의 무효가 배제되는 것은 아니다.[198] 한편, 제20조 제1항 제1문 제1호에 따라 행정청을 위하여 일하는 공무원 스스로가 행정행위의 상대방인 경우에는 제44조 제1항의 상대적 무효 심사에 따라 무효가 될 수 있다.[199]

---

194) Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht Ⅰ, 13.Aufl., 2017, §49 Rn.17 참조.

195) § 20 제척되는 자

(1) 다음 각 호의 자는 행정절차에서 행정청을 위하여 일할 수 없다.

1. 자신이 당사자인 자
2. 당사자의 친족인 자
3. 법률이나 대리권에 의하여 일반적으로 혹은 당해 행정절차에서 당사자를 대리하는 자
4. 당해 행정절차에서 당사자를 대리하는 자의 친족인 자
5. 당사자에게 유상으로 고용되어 있거나, 당사자의 이사회, 감사회 또는 이에 준하는 기관의 구성원으로 활동하고 있는 자. 단, 이는 고용한 단체가 당사자인 자에게는 적용하지 않는다.
6. 공적인 지위 이외에서 당해 업무에 관하여 의견을 제출하거나 기타 다른 활동을 한 자

196) Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 16.Aufl., 2015, §44 Rn.54 참조.

197) Ebd, §44 Rn.54 참조.

198) Ebd, §44 Rn.54 참조.

199) Ebd, §44 Rn.54 참조.

### 3. 법규정에 따른 위원회의 참여가 결여된 경우

제3호는 법규정에 따라 참여해야 하는 위원회가 행정행위의 발령에 필요한 의결을 이행하지 않았거나 이행할 수 없었던 경우이다. 여기서 위원회가 행정청의 성격을 갖는다고 보여질 경우에는 제3호가 아니라 제4호가 적용된다.[200] 여기서 참여의 방법은 동의, 허가, 청문 등 어떤 것이든 상관이 없다.[201] 또한 참여가 행정결정의 사실관계 조사, 행정결정 등 어떠한 절차의 단계에서 이루어지는지는 중요하지 않다.[202] 한편, 참여의 하자가 당사자에게 특별히 중대하고 명백한 경우에는 제44조 제1항의 심사에 따라 무효로 될 수 있다.[203]

### 4. 법규정에 따른 행정청의 참여가 결여된 경우

제4호는 법규정에 따라 요구되는 다른 행정청의 참여가 결여된 경우이다. 이는 소위 다단계 행정결정에서 다른 행정청의 필수적인 참여 없이 발령되는 경우이다.[204] 제3호와 마찬가지로 어떤 방법으로 참여해야하는 것인지, 혹은 어느 단계의 절차에서 참여해야 하는지는 상관이 없다.[205] 이러한 경우에는 일반적으로 단순위법을 구성하는데, 다른 행정청의 필수적인 참여가 추후에 이루어졌다면 행정절차법 제45조 제1항 제5호에 의하여 치유될 수 있다.[206] 또한 이 규정에서는 법규정을 근거로 할 것을 요구하는 것이고, 단순히 내부의 행정규칙에 근거한 참여는 단순위법을 구성하지 않는다.[207] 한편, 위와 같이 제2호부터 제4호까지의 규정은

---

200) Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 16.Aufl., 2015, §44 Rn.55 참조.

201) Ebd, §44 Rn.57 참조.

202) Ebd, §44 Rn.57 참조.

203) Ebd, §44 Rn.57 참조.

204) Ebd, §44 Rn.58 참조.

205) Ebd, §44 Rn.58 참조.

206) Ebd, §44 Rn.59 참조. 한편, 앞서 살펴본 바와 같이, 행정절차법 제45조 제1항 제5호에서는 해당 조항은 필수적인 다른 행정청의 협력이 추후에 이루어진 경우, 그러한 법적 하자가 무시될 수 있다고 규정한다.

207) BVerwG DVBl 1976, 221; 이에 관하여 Kopp/Ramsauer, a.a.O., §44 Rn.59 참조.

특정한 협력 규정을 위반하였다는 사실만으로는 그 행정행위가 무효가 되지 않는다는 것을 보여준다.[208]

## III. 평가

앞서 살펴본 바와 같이, 행정절차법 제44조 제2항과 제3항에서는 무효와 단순위법에 관한 구체적 유형을 규정하고 있다. 먼저 제44조 제2항은 행정행위가 무효로 되는 사유들을 규정하고 있다. 이 조항의 가장 큰 특징은 제1항에서 규정하는 중대성과 명백성에 대한 평가와 상관없이 무효로 된다는 것이다. 이를 통하여 행정행위의 무효사유를 보다 구체적으로 인식할 수 있고, 법적안정성을 제고할 수 있다고 한다.[209] 이는 일반적·추상적 구별기준인 제1항이 갖는 문제점을 어느 정도 상쇄시켜 준다고 생각된다.

제3항의 경우에는 무효에 이르지 않는 단순위법한 사유들을 열거한다. 물론 제3항에서는 단순위법의 유형을 규정하고 있으나, 이들이 무조건적으로 무효가 아닌 것은 아니고 제44조 제1항의 상대적 무효사유에 해당하면 무효로 될 수 있다.[210] 그렇다고 해서 이 규정이 의미가 없는 것은 아니다. 먼저 이 규정은 일반적으로 단순위법한 경우들을 제시함으로써 이와 같은 경우에는 특별한 사정이 없는 한 무효에 이르지 않을 것이라는 예측을 줄 수 있다. 다시 말해, 제44조 제3항은 이와 비슷한 경우들에 대한 판단에서 참고가 될 수 있다.[211] 만약 제44조 제3항에 해당하지만 일반적인 경우보다 더 중대한 위법이 있다고 생각될 경우에는 제44조 제1항에 의하여 무효를 주장할 수 있을 것이다.

또한 절대적 무효 사유를 규정한 제2항과의 관계를 살펴보았을 때, 제

---

208) Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht Ⅰ, 13.Aufl., 2017, §49 Rn.18 참조.
209) Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht Ⅰ, 13.Aufl., 2017, §49 Rn.9 참조.
210) Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15.Aufl., 2015, §22 Rn.7 참조.
211) Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 16.Aufl., 2015, §44 Rn.51 참조.

3항은 무효사유를 더욱 명확하게 밝혀주는 역할을 한다. 어떠한 행정행위가 제44조 제2항에 해당하지 않는데 제44조 제3항에 해당하게 되는 경우를 생각해 보자. 당사자는 이러한 경우가 일반적으로 무효에는 이르지 않는 단순위법임을 알 수 있을 것이고, 만약 일반적인 경우보다 더욱 중대하여 제1항에 해당될 수 있는 여지가 있다면 최종적으로 일반적·보충적 조항인 제44조 제1항에 해당하는지 검토할 것이다. 이 과정에서 제44조 제3항을 통해 당사자는 당해 행정행위가 명백성 요건과 상관없이 무효가 인정될 수 있는 절대적 무효사유는 아니라는 것을 명백히 알 수 있다. 결국 이는 절대적 무효사유에 해당하는지에 대한 판단을 돕는 역할도 하게 된다. 즉, 제44조 제3항은 제2항의 절대적 무효사유에 해당하지 않는 유형을 제시함으로써 절대적 무효사유의 적용범위를 보다 분명하게 밝히는 기능을 수행하는 것이다.

한편, 제2항과 제3항의 내용은 연방 행정절차법의 시행 전부터 존재하였던 것으로 보인다. 본고 제2장 Ⅱ에서 살펴본 바와 같이, 행정절차법의 제정 이전에 이미 절대적 무효사유를 규정한 행정절차법 제44조 제2항 제1호, 제2호, 제3호, 제4호, 제6호와 동일한 내용을 찾아볼 수 있다. 또한 행정절차법 제정 이전에 법적으로 불가능한 경우 중 대표적으로 처벌가능한 행위를 명령하는 행정행위는 무효라고 인정되던 것이 형벌 혹은 과태료로 처벌되는 행위를 명령하는 행정행위가 무효라고 규정한 제5호가 된 것으로 보인다. 무효가 아니라 단순위법이 되는 경우를 규정한 제3항의 경우에도 마찬가지이다. 앞에서 살펴본 바와 같이, 행정절차법 제정 이전에 이미 일반적으로 제2항 제3호의 경우 이외의 지역적 권한 위반의 경우에는 무효가 아니라 단순위법에 해당한다고 하였다. 또한 제2호의 편파적인 공무원이 행정행위의 절차에 참여한 경우, 제3호와 제4호의 법규정에 의해 요구되는 다른 행정청 또는 제3자의 참여가 결여된 경우 모두 행정절차법 제정 이전의 문헌에서 찾아볼 수 있다.[212)]

이와 같이 행정절차법 제44조 제2항과 제3항의 내용은 한순간에 정해

---

212) Franz Mayer, Allgemeines Verwaltungsrecht. Eine Einführung, 3.Aufl., 1972, S.104 참조.

진 것이 아니라 긴 시간 동안 논의를 거치며 학설과 판례를 통해 일반적으로 인정되었던 내용을 채택한 것이었다. 이는 우리나라에 큰 시사점을 준다고 생각된다. 위 제44조 제2항과 제3항이 실제적으로 긍정적인 역할을 할 수 있다면, 행정행위의 무효와 단순위법에 관하여 입법이 되어 있지 않은 우리나라의 입장에서 독일에서의 발전과정을 참조할 필요가 있을 것이다. 우리나라에 대한 시사점의 구체적인 내용에 대해서는 제5장에서 살펴보기로 한다.

# 제 4 장 상대적 무효사유

어떠한 행정행위의 하자가 무효인지를 판별하는 과정에서 위의 행정절차법 제44조 제2항과 제3항에 대한 검토를 거치고 나면 제1항에 해당하는지 여부를 검토하게 된다. 제44조 제1항은 “행정행위의 하자가 특별히 중대하고 그러한 하자가 모든 관련된 상황을 합리적으로 고려하였을 때 명백한 경우 행정행위는 무효이다.”라고 규정하고 있다. 이에 따르면 무효의 요건은 첫째, 하자가 특별히 중대할 것, 둘째, 모든 사정을 합리적으로 고려하여 명백할 것으로 분석할 수 있다. 이러한 요건은 제2항과는 달리 명백성 여하에 따라 상대적으로 결정된다는 점에서 상대적 무효사유로 불린다.[213] 또한 무효 판별기준의 일반적인 기준으로서 제2항과 제3항에 해당하지 않는 사항이더라도 제1항에 의하여 심사되고, 제2항과 제3항의 검토 이후에 보충적으로 검토된다는 점에서 일반적・보충적 성격을 갖고 있다.[214] 아래에서는 제44조 제1항에서 제시된 각각의 중대성과 명백성 요건에 대하여 살펴본다.

## I. 중대성과 명백성

### 1. 중대성

행정절차법 제44조 제1항의 ‘특별히 중대한 하자’는 추상적인 개념으로서, 특별한 설명을 필요로 한다. 이는 행정행위에 법질서의 전체적인 관점 혹은 법질서의 근본적 관점에서 법질서의 기본적 목적과 가치관(Wertvorstellungen)에 반하기 때문에, 행정행위가 법적효력을 갖는다면 참을 수 없을 만큼의 흠결을 의미한다.[215] 특히 법질서의 기본적 헌법원

---

213) Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht Ⅰ, 13.Aufl., 2017, §49 Rn.16 참조.

214) Ebd, §49 Rn.16 참조.

215) Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 16.Aufl., 2015, §44 Rn.8; Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 8.Aufl., 2014,

칙에 위반하는 행위가 위와 같은 경우에 포함된다.[216] 또한 법질서의 근본적인 목적이나 가치관에 위반되는 것이라 함은 법적으로 강제되는 명령이나 금지 혹은 이와 유사한 규정에 위반되거나 기본적인 법윤리적 혹은 법논리적 원칙에 위반되는 것을 말한다.[217]

이러한 행정행위의 '특별히 중대한 하자'가 단순히 특정한 법규정을 위반한다는 것을 말하는 것은 아니다.[218] 또한 이는 위반된 법규정의 등급에 따라 결정되는 것도 아니다.[219] 예를 들어, 어떠한 행정행위가 헌법을 위반하였다고 하여 그것이 바로 무효로 되는 것은 아니다.[220] 즉, 행정행위가 상위법에 위반된다고 해서 무효로 되는 것은 아니고, 위에서 말한 것처럼 법질서의 전체적이고 근본적인 관점에서 보아 판단한다는 것이다.

또한 이러한 '특별히 중대한 하자'는 행정행위의 위법이 현저하여 누구라도 그러한 행정행위가 구속력을 갖도록 기대하지 않을 정도여야 한다.[221] 이로 인하여 외관상으로도 행정행위의 효력을 인정할 수 있는 법적안정성이 더 이상 정당화되지 않는 것으로 나타난다.[222] 이는 중대한 하자가 있는 행정행위에 대하여 일반인들이 그것이 효력을 갖는다는 신뢰를 갖지 않을 정도여야 한다는 것으로 이해된다.

필자가 이해한 바로는, '특별히 중대한 하자'를 구체적으로 정의하기는 어려워 보인다. 그러나 이를 단순하게 표현하면, 공동체의 전체적이고 기본적인 관점에서 심각한 법적 하자여서 일반인들도 그러한 행정행위에 효력이 없다고 믿을 정도인 법적 하자라고 할 수 있다. 물론 이는 단순히

---

§44 Rn.103; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht Ⅰ, 13.Aufl., 2017, §49 Rn.21 참조. 그리고 BVerwG DVBl 1985, 624; BVerwG NVwZ 2014, 1679; 이에 관하여 Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19.Aufl., 2017, §10 Rn.90 참조.

216) Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 16.Aufl., 2015, §44 Rn.8 참조.

217) Ebd, §44 Rn.10 참조.

218) Ebd, §44 Rn.8 참조.

219) Ebd, §44 Rn.8 참조.

220) Ebd, §44 Rn.8 참조.

221) BVerwG DVBl 1985, 624; BVerwG NVwZ 2014, 1679; 이에 관하여, Maurer/Waldhoff, a.a.O., §10 Rn.90 참조. 그리고 Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 8.Aufl., 2014, §44 Rn.104 참조.

222) Kopp/Ramsauer, a.a.O., §44 Rn.8 참조.

하나 혹은 몇 개의 법규정에 위반되는 법적 하자와는 구분되는 것이다.

이러한 '중대성'은 동조 제2항 및 제3항, 그리고 제45조 제1항과의 관계 속에서 체계적으로 해석될 수 있다. 즉, 여기서 말하는 '특별히 중대한 하자'는 제2항에 규정된 하자들과는 그 중대성과 영향력에 있어서 비견될 만해야 하고, 제3항에 규정된 하자들보다는 더 중대한 하자여야 한다.[223] 이는 '특별히 중대한 하자'가 무효 요건인 이상 당연히 절대적 무효사유를 규정한 제2항의 경우들과 비슷한 정도로 중대해야 하고, 무효에 이르지 못하는 위법사유인 제3항의 경우들보다는 중대해야 한다는 것으로 이해된다. 또한 무효 사유인 '특별히 중대한 하자'는 행정절차법 제45조 제1항에서 규정하는 하자가 치유되는 경우의 하자보다 중대해야 한다.[224] 치유될 수 있는 하자는 중대하다고 보기 어렵기 때문에, 당연히 제44조 제1항의 '특별히 중대한 하자'는 이보다 중대한 하자를 말하는 것으로 이해된다.

### 2. 명백성

행정절차법 제44조 제1항에서는 행정행위가 무효로 되기 위해서는 특별히 중대한 하자가 명백해야 할 것을 규정하고 있다. 이러한 명백성이 인정되기 위해서는 "행정행위의 중대한 하자가 객관적이고, 문제되는 상황과 관련된, 합리적인 관찰자의 입장에서 즉시 명백하여서 바로 마음에 떠올라야 한다"[225]고 한다.[226] 이는 당사자의 주관적 시각이나 숙련된 재판관의 인식능력을 기준으로 하는 것이 아니라, 주의 깊고 공정하고 합리적인 '평균적인 관찰자'(Durchschnittsbetrachter)의 관점을 상정한다.[227] 또한

---

223) BVerwG DVBl 1985, 624; 이에 관하여, Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 16.Aufl., 2015, §44 Rn.9 참조. 그리고 Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 8.Aufl., 2014, §44 Rn.110 참조.

224) Kopp/Ramsauer, a.a.O., §44 Rn.9 참조.

225) Ebd, §44 Rn.12.

226) 하췌크가 말한 것과 유사하게, 명백성이란 행정행위의 하자가 "정면에 표시되어 있는 것(auf die Stirn geschrieben)"을 의미한다고도 한다. BSG 17, 83; 이에 관하여 Kopp/Ramsauer, a.a.O., §44 Rn.12 참조.

227) Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19.Aufl., 2017, §10 Rn.90;

이러한 관점에서는 위반된 법규정 또는 법원칙에 대한 인식이 있었는지는 상관이 없고, 이는 형법의 '일반인의 소박한 평가'(Parallelwertung in der Laiensphäre)[228]와 유사하다.[229] 그리고 이러한 사람의 관점에서 추가적인 탐구나 특별한 법적인 고려 없이 그 상황을 고려하였을 때 행정행위가 적법할 수 있다는 가능성이 존재하지 않아야 한다.[230]

한편, 행정행위의 중대한 하자가 사안과 아무런 관련이 없는 제3자나 일반적인 사람들에게까지 인식될 정도를 필요로 하는 것은 아니다.[231] 그 대신에, 문제되는 상황과 밀접하게 관련이 있는 사람들, 즉 당사자나 당사자가 속하는 인적 범위의 구성원에 포함된 사람들이 행정행위의 중대한 하자를 즉시 인식할 수 있을 만하다면 족하다.[232] 구체적으로, 이는 행정행위의 내용과 형식, 중대한 하자가 있는 상황을 고려하여 그러한 중대한 하자를 즉시 인식할 수 있는지 여부를 기준으로 정한다.[233] 이를 종합하면, 평균적인 관찰자가 문제되는 상황에 관련되었을 경우를 상정한다는 것으로 이해된다.

이와 같은 명백성에 관한 다양한 표현들을 종합하면, 다음과 같이 분석될 수 있다. 첫째는 인식의 주체에 관한 것이다. 위의 표현들에서 공통적으로 상정하고 있는 명백성에 대한 인식의 주체는 문제되는 상황과 관련되어 있고, 객관적이고 공정하며 합리적이지만 특별한 전문지식이나 법적 지식이 없는 '평균적 관찰자'이다. 이는 문제되는 상황에 있는 평균

---

Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht Ⅰ, 13.Aufl., 2017, §49 Rn.35; Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 16.Aufl., 2015, §44 Rn.12 참조.

228) 번역은 이용식, 이중착오, 서울대학교 법학 제44권 제1호, 182-208, 2003년, 187면. 이 글에서는 일반적으로 구성요건착오에 일반인의 소박한 평가의 관점이 적용된다고 한다. 이와 관련하여, 전통적으로 형법상 고의는 구성요건표지의 '사회적 의미'까지 이해하는 것을 포함하고, 이에 대한 평가는 법률 전문가의 인식수준이 아니라 일상적 개념으로서 일반인의 소박한 인식을 기준으로 한다고 한다. 그러나 이러한 관점은 내용이 불명확하여 학문적이거나 실용적이지 않다는 등의 비판에 직면하여 있다고 한다. 문채규, 구성요건착오와 금지착오의 구별, 법학연구 제52권 제3호, 2011년, 107-109면 참조.

229) Kopp/Ramsauer, a.a.O., §44 Rn.12 참조.

230) Ebd, §44 Rn.12 참조.

231) Ebd, §44 Rn.13 참조.

232) Ebd, §44 Rn.13 참조.

233) Ebd, §44 Rn.13 참조.

적인 관찰자를 상정하는 것이다. 또한 당사자의 관점에서 보는 것은 아니기 때문에, 실제로 당사자가 그러한 명백성을 느꼈는지는 상관이 없는 것으로 보인다. 다음은 인식의 내용과 정도에 관한 것이다. 인식의 내용은 평균적인 관찰자가 문제되는 상황에서 행정행위가 합법적일 가능성이 없다는 결론을 내릴 수 있어야 한다. 또한 인식의 정도는 행정행위의 중대한 법적 하자는 추가적인 검토 없이, 즉시 명백하여 바로 마음에 떠오를 정도여야 한다.

이러한 명백성 요건은 법적안정성, 시민에 대하여 행정이 행하는 넓은 의미의 '자기재판'(Selbstjustiz)에 관한 집행이익의 보호, 그리고 행정행위에 대한 시민의 신뢰보호 모두를 고려한 것이라고 한다.[234] 이는 행정행위의 당사자인 행정과 시민 각각의 이익을 동시에 고려하여 법적안정성을 최대한 도모한다는 의미로 이해된다. 즉, 행정행위의 법적 하자가 명백하지 않은 경우에도 행정행위의 무효를 인정할 경우 행정행위의 내용, 예를 들어, 침익적인지 수익적인지에 따라 각각의 경우에 국민 혹은 행정의 이익이 침해될 수 있기 때문에, 평균적인 관찰자의 입장에서 중대한 하자가 명백한 경우에만 행정행위가 무효가 되게 함으로써 이해관계자간의 공평성과 법적안정성을 꾀하는 것으로 이해된다. 한편, 위와 같은 명백성과 그 근거에 대한 설명에서 이미 오래전에 다수설이 되었던 명백설이 유지되고 있다는 것을 확인할 수 있다.

## II. 구체적 예시

제44조 제1항에 의해 무효가 될 수 있는 하자는 권한・절차・내용・형식에 관한 하자로 나눌 수 있다.[235] 다만, 이는 일반적인 분류일 뿐, 행

---

234) BVerwG NVwZ 1990, 668; 이에 관하여 Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 16.Aufl., 2015, §44 Rn.12 참조. 그리고 Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15.Aufl., 2015, §22 Rn.4; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht Ⅰ, 13.Aufl., 2017, §49 Rn.35 참조.

235) 이러한 분류는 Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 16.Aufl., 2015, §44 Rn.14-30a; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht Ⅰ, 13.Aufl.,

정행위의 법적 하자가 제44조 제1항에 따라 중대하고 명백하다고 볼 수 있을 경우에는 설령 알맞은 분류가 없다고 하더라도 행정행위가 무효로 될 수 있다.

### 1. 권한에 관한 하자

먼저 권한에 관한 하자에 대해서는 제44조 제2항과 동조 제3항을 먼저 검토해야 한다.[236] 앞서 살펴보았듯이, 행정절차법 제3조 제 1항 제1호에 규정된 권한의 위반은 동법 제44조 제2항이, 그 외의 지역적 권한 위반의 경우에는 동조 제3항이 적용된다.[237] 이러한 검토를 거치고 나서 최종적으로 하자가 중대하고 명백한지를 판단하게 된다.

권한 위반의 경우에는 어떠한 권한에 관한 것이든 절대적 무권한이 문제된다.[238] 절대적 무권한이란 어떠한 관점에서도 권한이 있다고 보여지지 않는 행정청에 의하여 행정행위가 발령되는 것을 의미한다.[239] 이에 대한 예시는 다양하게 나타난다. 재정 관련 행정청이 건설 관련 행정청을 대신하여 결정하는 경우와 같이 명백히 발령행정청의 권한에 속하지 않는 경우 행정행위는 무효이다.[240] 외국의 영토에 대하여 그 지역의 통치권자의 동의 없이 고권적 행위를 행하는 경우와 같이 명백히 하자 있는 고권작용은 무효이다.[241] 또한 헌법에 의하지 아니하고 행정청이 정당금지(Parteienverbot)를 내리는 경우 혹은 행정청이 형법에 따라 형벌에 관하여 판결을 내리는 경우처럼 명백히 하자 있는 행정의 권한행사도

---

2017, Rn.21-33 참조한 것임을 밝힌다.

236) Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 16.Aufl., 2015, §44 Rn.14 참조.

237) 본고 제3장 Ⅰ, Ⅱ 참조.

238) Kopp/Ramsauer, a.a.O., §44 Rn.10, Rn.16 참조.

239) BVerwG DVBl 1974, 565; 이에 관하여 Kopp/Ramsauer, a.a.O., §44 Rn.16 참조. 그리고 Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht Ⅰ, 13.Aufl., 2017, §49 Rn.29 참조.

240) Kopp/Ramsauer, a.a.O., §44 Rn.15 참조. 이 책에서는 소위 구분의 착오(Ressortverwechslung)라고 한다.

241) BVerwG VRspr 25, 238; 이에 관하여, Kopp/Ramsauer, a.a.O., §44 Rn.16 참조. 그리고 Wolff/Bachof/Stober/Kluth, a.a.O., §49 Rn.30 참조.

무효이다.[242] 또한 연방행정청이 주(州)행정청을 대신하여 주(州)법을 집행하는 것과 같이 어떠한 경우에도 발령행정청이 권한 있는 주체라고 보기 어려운 경우 행정행위는 무효이다.[243] 또한, 어떤 주가 연방 내의 다른 주의 권한에 있는 행정행위를 하는 것은 그러한 권한 확장이 부여되지 않는 한 무효이다.[244]

한편, 위와 같이 어떠한 경우에서도 권한이 있다고 볼 수 없는 절대적 성격을 제외한 다른 권한 위반의 경우는 일반적으로 단순위법할 뿐이다.[245] 몇 가지 예를 살펴보면, 행정행위의 발령행정청이 권한 없이 행정심판을 결정하는 경우에도 무효는 아니라고 한다.[246] 또한 상급행정청의 권한을 하급행정청이 행사하는 경우에도 그러한 하자가 중대하고 명백하지 않기 때문에 무효가 아니라고 한다.[247] 또한 경찰이 규제행정청 대신 교통표지판을 설치하는 경우와 같이, 특정한 구체적인 경우에만 권한이 없는 행정청이 일반적으로 권한이 인정되는 행정청 대신 행위한 경우에도 무효는 아니라고 한다.[248] 또한 위원회 대신에 위원회의 위원들 또는 위원장이 결정한 행위도 마찬가지이다.[249]

## 2. 절차에 관한 하자

절차적 하자는 크게 의사형성에 관한 하자와 시민의 협력·참여에 관한 하자로 나누어 살펴볼 수 있다. 의사형성의 하자에 관하여, 명백하게 정신병 있는 공무원에 의한 행정행위는 무효이다.[250] 또한 직접적 강제

---

242) Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 16.Aufl., 2015, §44 Rn.16; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht Ⅰ, 13.Aufl., 2017, §49 Rn.30 참조.

243) BVerwG DÖV 1972, 173; 이에 관하여 Kopp/Ramsauer, a.a.O., §44 Rn.16; 이 책에서는 연방법을 주(州)행정청이 집행하는 것은 기본법에 의하여 허용되지만, 주(州)법을 연방행정청이 집행하는 것은 허용되지 않는다고 한다.

244) Ebd, §44 Rn.16 참조.

245) Ebd, §44 Rn.17 참조.

246) Ebd, §44 Rn.17 참조.

247) Ebd, §44 Rn.17 참조.

248) OLG Stuttgart VRS 1980, 464; 이에 관하여 Kopp/Ramsauer, a.a.O., §44 Rn.17 참조.

249) Ebd, §44 Rn.17 참조.

(vis absoluta)에 의한 행정행위도 무효이다.[251] 또한 형법상 협박에 의해 강요된 행정행위도 무효이다.[252] 이에 반하여, 의사형성에 하자가 있음에도 민법상 취소될 수 있는 의사표시의 경우에는 단순위법에 불과하고, 특히 기망이나 강박, 뇌물 제공으로 인한 행정행위는 무효에 이르지 않는다.[253] 대표적으로, 허위의 정보를 이용하여 시민권을 신청한 사람에 대하여 시민권을 부여한 것은 무효가 아니다.[254]

시민의 협력에 관해서는 특히 당사자의 신청이 문제된다. 이에 관하여, 특별히 법에서 규정하지 않는 한, 신청을 요하는 행정행위가 아무런 신청이 없을 때에도 일반적으로 무효는 아니다.[255] 또한, 공무원 임명 시민권 부여와 같이, 행정행위에 당사자의 동의가 본질적이고 불가결한 쌍방적 행정행위의 경우와 법규정에 따라 당사자의 동의가 필수적인 경우, 당사자의 협력이 없어도 무효는 아니다.[256] 또한 시민의 신청에 서명이 없거나 오류가 있는 경우, 시민의 신청에 기망・협박이 있는 경우, 신청한 시민이 행위능력이 없는 경우에도 무효는 아니다.[257] 한편, 대리인이 행정행위를 신청한 경우, 그러한 대리권에 하자가 있더라도 일반적으로 행정행위는 무효가 아니라고 한다.[258] 그러나 실제로 그러한 신청에 대한 대리권이 없는 경우 본인에게는 아무런 효력이 없다.[259] 이와 같은 내용을 종합하면, 특별히 예외적인 상황에 있지 않는 한, 신청을 요하는

---

250) Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 16.Aufl., 2015, §44 Rn.19 참조; 이 책에서는 부존재행위(Nichtakt)에 해당하지 않는 한, 이와 같은 행정행위는 무효라고 한다.

251) Ebd, §44 Rn.19 참조.

252) Ebd, §44 Rn.19 참조.

253) BVerwG DVBl 1985, 624; 이에 관하여 Kopp/Ramsauer, a.a.O., §44 Rn.19 참조. 그리고 Ebd, §44 Rn.10 참조.

254) Ebd, §44 Rn.10 참조.

255) VGH Kassel NVwZ 1988, 74; 이에 관하여 Kopp/Ramsauer, a.a.O., §44 Rn.21 참조; 이 책에서는 행정행위에 대한 신청이 추후에 제기된 경우에는 그러한 절차적 하자가 무시될 수 있다고 규정한 행정절차법 제45조 제1항 제1호에서 도출될 수 있다고 한다.

256) Ebd, §44 Rn.21 참조.

257) Ebd, §44 Rn.21 참조.

258) VGH München BayVBl 1975, 139; 이에 관하여 Kopp/Ramsauer, a.a.O.,§44 Rn.22 참조.

259) Ebd, §44 Rn.22 참조.

행정행위의 경우에는 신청이 없다고 하여도 일반적으로 무효는 아닌 것으로 이해된다.

한편, 시민의 참여의 하자와 관련해서도, 일반적으로 행정행위를 무효로 만들지 않는 것으로 보인다. 판례에 의하면, 행정절차법 제28조, 제68조 제2항, 제73조 제6항 혹은 다른 규정에 의한 당사자의 청문절차가 이행되지 않은 경우에도 행정행위를 무효로 만들지는 않는다고 한다.[260] 또한, 제67조 제1항 또는 이와 비슷한 규정에 따른 당사자의 참여규정을 이행하지 않은 경우에도 행정행위가 무효로 되는 것은 아니라고 한다.[261]

### 3. 내용에 관한 하자

내용적 하자도 내용에 관한 법의 본질적 원칙에 대한 중대하고 명백한 위반이 있는 경우에는 행정행위를 무효로 만들 수 있다.[262] 내용적 하자는 크게 명확성, 주체와 객체, 근거규정의 적합성, 법적 근거, 법적 금지 위반에 관한 하자로 나누어 살펴볼 수 있다.

내용의 명확성에 관하여, 행정절차법 제37조 제1항에서는 "행정행위는 내용적으로 충분히 특정되어 있어야 한다."[263]고 규정한다. 이러한 규정에 반하여 행정행위의 내용이 본질적 관점에서 불명확한 경우 그러한 행정행위는 무효이다.[264] 예를 들어, 행정행위의 상대방이 불명확하여 통지될 수 없거나,[265] 누가 의무를 지는지가 불명확한 경우가 있다.[266] 구체적으로는, 조세부과 처분에서 조세의 종류, 납세자 또는 세액이 표시되지

---

260) BVerwG DVBl 1974, 565 등; 이에 관하여 Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 16.Aufl., 2015, §44 Rn.22 참조.

261) BVerwG NVwZ 1984, 578; 이에 관하여 Kopp/Ramsauer, a.a.O., §44 Rn.22 참조.

262) Ebd, §44 Rn.24 참조.

263) 원문은 Ein Verwaltungsakt muss inhaltlich hinreichend bestimmt sein.

264) Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 16.Aufl., 2015, §44 Rn.10, Rn.26; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht Ⅰ, 13.Aufl., 2017, §49 Rn.25 참조.

265) VGH München BayVBl 1982, 631; 이에 관하여 Kopp/Ramsauer, a.a.O., §44 Rn.26 참조.

266) Ebd, §44 Rn.26 참조.

않은 경우 등이다.[267]

한편, 행정행위의 내용 중 주체 또는 객체에 관한 하자가 있는 경우에도 그러한 하자가 중대하고 명백할 경우에는 행정행위가 무효로 될 수 있다. 구체적으로, 행정행위의 주체 또는 객체가 더 이상 존재하지 않는 경우, 그러한 행정행위는 무효이다.[268] 예를 들어, 죽은 사람에 대하여 일신전속적 이행을 명하는 경우, 죽은 사람에 대한 의무가 권리계승자에게도 효력이 있는지가 불분명한 경우[269], 무너진 건물이 보호물로 지정된 경우 등이다.[270]

행정행위의 근거규정이 사안에 적합하지 않은 경우에는 원칙적으로 행정행위가 무효는 아니다.[271] 다만, 행정행위의 근거 규정이 목표 달성에 명백하게 절대적으로 적합하지 않은 경우에는 무효가 될 수 있다.[272] 해당 사안에서 규정이 목적 달성에 전적으로 부적합하다는 사실이 사람들에게 즉시 명백할 것이 요구된다.[273]

한편, 법적 근거 자체가 하자가 있는 경우에도 원칙적으로 무효에 이르지는 않는다.[274] 법적 근거의 개별 요건의 하자, 행정행위에 예정된 법적 효력이 법적 수권의 내용에 전혀 예정되어 있지 않은 경우, 행정행위의 근거 규정이 헌법재판소 또는 다른 기관에 의해 무효로 결정된 경우에도 그것만으로 행정행위가 무효로 되지는 않는다.[275] 다만, '법적 근거의 절대적 결여'(absolute Gesetzlosigkeit)는 무효이다.[276] 이는 법질서의 관점에서 완전히 참을 수 없는 정도의 하자로, 명백하게 고권적 행위라

---

267) BFH NVwZ 1986, 792; OVG Koblez NVwZ 1990, 399; 이에 관하여 Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 16.Aufl., 2015, §44 Rn.26 참조.

268) Ebd, §44 Rn.27 참조.

269) BFH NVwZ 1994, 98; 이에 관하여 Kopp/Ramsauer, a.a.O., §44 Rn.27 참조.

270) Ebd, §44 Rn.27 참조.

271) Ebd, §44 Rn.28 참조.

272) Ebd, §44 Rn.28 참조.

273) Ebd, §44 Rn.28 참조.

274) Ebd, §44 Rn.30 참조.

275) Ebd, §44 Rn.30; Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19.Aufl., 2017, §10 Rn.90 참조.

276) Kopp/Ramsauer, a.a.O., §44 Rn.30a 참조.

고 볼 수 없는 경우나 법적으로 완전히 정당화될 수 없는 경우이다.[277] 예를 들어, 결혼할 의무를 부담시키는 경우, 당사자의 의사에 반하여 수술을 강제하는 경우, 칫솔로 거리를 청소하게 하는 경우 등이 그에 해당한다.[278]

앞서 언급한 경우 이외에도, 행정행위의 내용에 관한 법적 하자가 특별히 중대하고 명백하다고 인정되는 경우에는 행정행위가 무효로 될 수 있다. 예를 들어, 법적 금지에 위반되는 내용을 담은 행정행위도 경우에 따라 달리 판단된다. 일반적으로 행정절차법 제44조 제2항 제5호에 따라 형벌 또는 과태료에 해당하는 내용을 제외하고는 무효가 아니라 단순위법이다.[279] 그러나 이 경우에도 법질서 혹은 개별적 법의 본질적인 필수불가결한 목표나 가치에 반하는 내용을 포함하는 행정행위는 무효로 될 수 있다.[280] 구체적으로, 어떠한 주택이 충분한 주차공간이 없다는 이유로 혹은 어떠한 건물이 건설법적 규정에 반하여 이용되고 있다는 이유로 건물의 철거를 명령하는 등 명백히 과잉금지의 원칙을 위반하는 내용을 포함하는 행정행위는 무효로 판단된다.[281] 이외에도 행정행위의 내용이 법적으로 불가능한 경우에는 일반적으로 단순위법할 뿐이지만 어떠한 상황에서도 절대적으로 이행 불가능한 경우에는 무효이다.[282] 이러한 예로는 이미 독일 국적이 있는 사람에 대한 독일 시민권 부여, 공무원이 아닌 사람에 대한 공무원법상 조치 등이 있다.[283]

### 4. 형식에 관한 하자

형식에 관하여 법의 본질적 원칙에 관한 중대하고 명백한 위반이 있는

---

277) Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 16.Aufl., 2015, §44 Rn.30a 참조.

278) Ebd, §44 Rn.30a 참조.

279) Ebd, §44 Rn.29 참조.

280) Ebd, §44 Rn.29; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht Ⅰ, 13.Aufl., 2017, §49 Rn.24 참조.

281) Kopp/Ramsauer, a.a.O., §44 Rn.29 참조.

282) Ebd, §44 Rn.10, 40; Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 8.Aufl., 2014, §44 Rn.113 참조.

283) Kopp/Ramsauer, a.a.O., §44 Rn.40 참조.

행정행위는 무효이다.[284] 형식적 하자의 경우에는 특히, 문서형식 요구의 위반이 문제가 된다. 이와 관련하여 법률을 통해 강제되는 문서형식을 위반한 행정행위는 무효로 판단된다.[285] 다만, 그러한 문서형식이 예외적으로 오직 질서나 증명의 목적인 경우에는 제외된다.[286] 그런데 행정행위에 문서 형식이 요구되는 경우는 절대적 무효사유로 규정되어 있기 때문에, 해당 조항이 먼저 고려되어야 할 것이다. 한편, 행정행위에 행정절차법 제37조 제3항 또는 이에 상응하는 규정에 따른 행정청의 서명 혹은 성명기재가 빠졌다면, 무조건적으로 무효가 되는 것은 아니고, 상황을 고려하여 그러한 행정행위가 실제로 권한 있는 공무원에 의하여 발령되어야만 하는 것인 경우에만 무효가 된다.[287] 이러한 경우 이외의 형식적 하자로 인한 행정행위는 특별한 사정이 없는 한, 단순위법에 해당한다.[288]

## III. 명백설에 대한 비판적 논의

비록 현재 무효와 단순위법의 구별이 학설, 판례와 명문규정을 통해 절대적 무효사유와 상대적 무효사유를 통하여 이루어지지만, 이에 대한 비판도 있다. 비판은 주로 개별적 유형의 무효사유보다는, 제44조 제1항에 규정된 일반적 기준을 대상으로 한다. 제44조 제1항의 기반이 된 이론인 명백설은 비록 통설의 지위를 차지하였더라도 입법 이전부터 논쟁이 되어왔다. 중대성 요건은 이미 오래전부터 별다른 논쟁 없이 일반적으로 무효의 요건으로 인정되었으나, 명백성 요건에 대해서는 비판이 있어왔다. 아래에서는 독일 문헌에서 비판론으로 주로 언급되는 Leisner의

---

284) Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 16.Aufl., 2015, §44 Rn.25 참조.

285) Ebd, §44 Rn.25 참조.

286) Ebd, §44 Rn.25; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht Ⅰ, 13.Aufl., 2017, §49 Rn.31 참조.

287) Kopp/Ramsauer, a.a.O., §44 Rn.25 참조.

288) Ebd, §44 Rn.25 참조.

글[289]을 중심으로 무효와 단순위법에 대한 비판론을 살펴보겠다.

명백설에 대해서는 대표적으로 명백성 인식의 주체와 정도에 관한 비판이 있다고 한다.[290] 명백설에 따르면, 명백성이 인정되기 위해서는 행정행위의 특별히 중대한 하자가 주의 깊고 합리적인 평균적인 관찰자의 입장에서 즉시 인식될 수 있어야 한다.[291] 그러나 이를 비판하는 입장에서는 '평균적 관찰자'(Durchschnittsbetrachter)가 어떠한 사람인지, 어떤 사람이 합리적이지 않은지, 기준을 정할 수 없다고 한다.[292] 또한 행정절차법 제44조 제1항에서 모든 상황을 고려해야 한다는 요구는 일반적으로 평균적 관찰자로서는 가능하지 않고, 단지 내부 관계자, 혹은 사후에 심사하는 판사에 의해서만 가능하다고 비판한다.[293]

또한 '즉시'(ohne weiteres) 인식되어야 한다는 것이 비현실적이라는 비판도 있다. 마찬가지로 특별히 중대한 법적 하자가 '마음 속에 떠올라야'(aufdrängen) 한다는 것이나 행정행위의 '정면'(Stirne)에 있어야 한다는 것도 법률적이지 않고 비현실적이라고 한다.[294] 또한 이는 행정절차법 제44조 제1항에서 규정한 '모든 상황을 합리적으로 고려하여'라는 요구에 반대된다고 한다.[295] 행정행위의 특별히 중대한 법적 하자를 '즉시' 인식하면서 동시에 모든 상황을 합리적으로 고려할 수는 없다고 비판된다. 또한 일반적으로 사람들의 인식은 긴 시간의 숙고가 필요한데, 즉각적으로 보여진다는 것이 가능한지 의문이라고 한다.[296]

---

289) Walter Georg Leisner, Nichtigkeit eines Verwaltungsakts (nur) bei Offensichtlichkeit der besonders schweren Fehlerhaftigkeit? DÖV 2007, S.669-676.

290) Forsthoff, Wolff, Martens 등도 이러한 비판적 입장을 취했다고 한다; 이에 관하여 Herwart Heike, Die Evidenztheorie als heute maßgebliche Lehre vom nichtigen Verwaltungsakt, DÖV 1962, S.416; 최근에는 Walter Georg Leisner, Nichtigkeit eines Verwaltungsakts (nur) bei Offensichtlichkeit der besonders schweren Fehlerhaftigkeit? DÖV 2007, S.671 참조.

291) 본고 제2장 Ⅱ, 제4장 Ⅰ 참조.

292) Walter Georg Leisner, a.a.O., S.671 참조.

293) Ebd, S.672 참조.

294) Walter Georg Leisner, Nichtigkeit eines Verwaltungsakts (nur) bei Offensichtlichkeit der besonders schweren Fehlerhaftigkeit? DÖV 2007, S.672 참조.

295) Ebd, S.672 참조.

296) Ebd, S.672 참조.

또한 명백설에서는 행정행위의 무효와 단순위법의 구별에서의 명백성 요건이 다른 법 영역에서도 쓰인다고 주장하나,[297] 비판적 입장에서는 이러한 근거 또한 부정한다. 즉, 다른 법률에서도 명백설에서 요구하는 명백성과 같은 내용은 찾아볼 수 없다고 한다.[298]

한편, 행정행위를 둘러싼 관계자들의 이익의 관점에서 명백설이 비판되기도 한다.[299] 이러한 비판은 행정행위를 침익적 행정행위와 수익적 행정행위로 나누어 각각의 경우에 대해서 명백성 요건이 필요한지를 살핀다. 먼저 침익적 행정행위의 경우 명백성 요건은 행정행위의 무효요건을 제한하기 때문에 행정행위의 상대방에게 불리하게 작용한다. 행정의 입장에서 보면 행정행위의 무효 가능성을 좁혀 행정의 의사를 관철할 수 있는 일종의 특권이라고 한다.[300]

문제는 행정의 이러한 특권이 정당화될 수 있는가이다. 여기에 대한 비판은 법률과 행정은 다르다는 것에서 시작한다. 법률은 비록 하자가 있더라도, 헌법재판소에 의하여 위헌결정을 받아 하자가 명백하게 될 때 효력이 사라진다 하는 것이 상대방의 보호에 도움을 준다고 한다.[301] 만약 하자 있는 법률이 그 하자가 명백하지 않더라도 효력이 없다고 가정하면, 모든 법적 관계가 의심스러워져 세상이 혼란에 빠질 수밖에 없지만, 행정행위의 경우에는 행정행위는 관련되는 사람이 행정청과 상대방, 그리고 행정행위로 인하여 관계를 맺게 되는 제3자가 전부이기 때문에, 위법한 행정행위에 명백성을 요구하더라도 법률과 같은 법적안정성을 제공하지는 않는다고 한다.[302] 다시 말해, 행정행위의 무효에 명백성을 요구함으로써 국민들이 얻는 법적안정성의 이익은 작다는 것이다. 그 대신

---

297) 본고 제2장 Ⅱ, 제4장 Ⅰ 참조.

298) Walter Georg Leisner, a.a.O., S.673 참조. 이 글에 따르면, 연방행정절차법(VwVfG) 제46조, 연방행정재판소법(VwGO) 제98조, 연방건설법(BauGB) 제214조 제3항, 연방공무원법(BBG) 제56조 제2항, 공무원권리의범위에관한법(BRRG) 제38조 제2항, 그리고 형법상 '일반인의 소박한 평가(Parallelwertung in der Laiensphäre)'에서 명백설에서 주장하는 명백성 같은 개념은 찾아볼 수 없다고 한다.

299) Ebd, S.673-674 참조.

300) Ebd, S.673 참조.

301) Ebd, S.673-674 참조.

302) Ebd, S.674 참조.

에, 행정행위의 무효에 명백성을 추가로 요구함으로써 행정행위의 상대방은 오히려 법적 부담만 지게 된다고 한다.[303] 즉, 단순위법과 구별되는 특별히 중대한 위법이 있어야 하고, 그러한 위법이 명백하지 않으면 무효가 아니기 때문에 상대방은 일단 행정행위에 따라야만 한다는 것이다. 따라서 침익적 행정행위의 무효에 명백성 요건을 요구하는 것은 행정청만을 보호하고, 이러한 명백성 요건은 정당화될 수 없다고 한다.[304]

한편 수익적 행정행위의 경우에는 두 가지로 나뉜다. 첫 번째는 행정행위의 법적 하자가 행정청이 아닌 행정행위의 상대방으로부터 비롯된 경우이다. 수익적 행정행위에서는 기본적으로 행정행위의 상대방이나 제3자가 명백성 요건으로 인한 혜택을 받을 수 있다.[305] 행정행위의 상대방이나 제3자에게 이익이 되는 행정행위가 명백성 요건으로 인해 무효가 어려워지면 당연히 상대방이나 제3자가 혜택을 받게 되는 것이다. 그런데 문제는 행정행위에 대한 철회·취소는 일반적으로 장래효만 있다는 것이다.[306] 이로써 행정행위의 법적 하자가 행정청이 아닌 행정행위의 상대방으로부터 발생한 경우 문제를 야기할 수 있다. 다시 말해, 행정행위의 상대방이 고의적으로 행정청을 기망하여 수익적 행정행위를 발령하도록 한 경우 명백성 요건은 부정한 수익을 도울 뿐이라고 한다.[307]

두 번째는 수익적 행정행위의 법적 하자가 행정청으로부터 비롯된 경우이다. 이 경우에 명백성 요건이 수익적 행정행위의 무효 범위를 좁혀주어 행정행위의 상대방을 보호해 줄 여지가 있다. 그런데 이 때 명백성 요건을 통한 상대방에 대한 보호는 필요가 없다고 한다.[308] 왜냐하면 이 경우 상대방은 헌법에서 도출되는 신뢰보호의 원칙을 통해 보호받을 수 있기 때문이다.[309] 결국 위와 같은 논의를 종합하면, 침익적 행정행위와 수익적 행정행위 모두에서 명백설에 따르는 것은 부적절하다고 결론 내

---

303) Walter Georg Leisner, Nichtigkeit eines Verwaltungsakts (nur) bei Offensichtlichkeit der besonders schweren Fehlerhaftigkeit? DÖV 2007, S.674 참조.
304) Ebd, S.673 참조.
305) Ebd, S.674 참조.
306) Ebd, S.674 참조.
307) Ebd, S.674 참조.
308) Ebd, S.674 참조.
309) Ebd, S.674 참조.

릴 수 있다고 한다.

마지막으로 명백설은 헌법적 관점에서도 타당하지 않다고 한다. 위와 같이 행정절차법 제44조 제1항의 규정은 모호하고 행정청에게 정당하지 않은 특권을 주기 때문이다.[310] 이렇게 충분한 근거 없이 명백한 경우와 명백하지 않은 경우를 구별하는 것은 각각의 경우에서 불평등한 결과를 야기하기 때문에 헌법상 일반적 평등원칙의 위반이라는 것이다.[311]

한편, 기본법 제20조 제3항에서 규정하는 법치국가의 원칙으로부터 명확성의 원칙이 도출되고, 이는 법적안정성의 기본적 전제가 된다.[312] 그런데 명백설은 행정이 명백성의 불명확성을 이용하여 시민이 행정행위를 무시할 수 없도록 한다고 한다.[313] 이는 명백한지 아닌지의 기준이 불명확하기 때문에 행정행위가 무효가 되는지도 불명확하여, 시민으로서는 일단 행정행위의 효력에 따를 수밖에 없다는 것으로 이해된다. 따라서 행정은 명백성 요건의 불명확성을 이용하여 중대한 하자 있는 행정행위의 효력이나 존속에 관한 특권을 누리는데, 이는 법치국가의 원칙에 어긋난다는 것이다.[314]

또한 행정의 법률구속에도 어긋난다고 한다. 법치국가의 원칙의 중심에는 행정의 엄격한 법률구속이 있기 때문에, 중대한 법적 하자가 있는 행정행위는 그 효력이 제한되어야 함에도 불구하고.[315] 위에서 살펴본 바와 같이, 행정행위의 무효 요건에 중대한 법적 하자 이외에 추가적으로 명백성 요건을 포함시킴으로써 행정행위의 효력과 존속에 특권이 생기는데,[316] 이는 행정의 법률구속의 원칙에 위배된다는 것이다.[317]

---

310) Walter Georg Leisner, Nichtigkeit eines Verwaltungsakts (nur) bei Offensichtlichkeit der besonders schweren Fehlerhaftigkeit? DÖV 2007, S.675 참조.
311) Ebd, S.675 참조.
312) Ebd, S.675 참조.
313) Ebd, S.675 참조.
314) Ebd, S.675 참조.
315) Ebd, S.675 참조.
316) Ebd, S.675 참조.
317) Ebd, S.675 참조.

# 제 5 장 우리나라에 대한 시사점

지금까지 독일법상의 행정행위의 무효판별기준과 관련된 논의에 대하여 살펴보았다. 우리나라의 논의로 돌아와서 위와 같은 독일의 논의는 어떠한 시사점을 주는가? 비교법의 방법론에서 가장 중요한 것은 외국의 법제를 통해 우리나라의 법제에 주는 시사점일 것이다.[318] 이번 장에서는 앞서 살펴본 독일의 논의가 우리나라에 어떠한 시사점을 주는지 살펴보도록 하겠다.

## I. 일반적·추상적 구별기준에 대한 시사점

독일의 문헌을 살펴보면, 행정행위의 무효와 단순위법의 구분에 명백성을 요구하는 것은 오랜 기간 동안 일반적으로 인정되었던 것으로 보인다. 그러나 이에 대한 비판의 근거 또한 여럿 존재하는 것으로 보인다. 앞서 살펴보았듯이, 명백설에서는 행정행위의 법적 하자가 누구의 관점에서, 어느 정도로 명백해야하는 것인지 불분명하다고 한다. 또한 침익적 행정행위의 경우에 무효의 요건으로 명백성을 요구하는 것이 행정의 특권을 정당화시키고, 수익적 행정행위의 경우에도 별다른 기능을 못한다고 한다. 그리고 이러한 문제점들은 헌법에 반한다고 한다.[319]

위와 같은 비판은 상당 부분 수긍이 간다. 그런데 이러한 문제점을 해결하기 위하여 명백설을 재검토함에 있어 고려해야할 점이 있다. 바로 무효의 요건과 단순위법한 행정행위의 효력을 인정하는 근거와의 관계이다. 독일에서 무효와 단순위법의 구별기준이 발전하는 과정을 살펴보았을 때, 새로운 구별기준을 제시했던 학자들은 모두 단순위법한 행정행위

---

318) 비교법은 법학에서 불가능한 '실험'의 기능을 하며, 비교법을 통해서야 비로소 자국법의 문제점과 개선방안에 대한 통찰을 얻을 수 있다고 한다. 朴正勳, 비교법의 의의와 방법론-무엇을, 왜, 어떻게 비교하는가?, 심헌섭 박사 75세 기념논문집, 2011년, 489면 참조.

319) 명백설에 대한 비판적 논의의 구체적인 내용은 본고 제4장 Ⅲ 참조.

의 효력을 인정하는 근거를 제시하는 것에서 시작하여 단순위법과 무효의 구별기준을 제시한 것으로 이해된다.

앞서 살펴본 오토 마이어의 경우, 행정의 자기확인력에 의해 단순위법한 행정행위의 효력이 인정된다고 하였고, 여기에서 자연스럽게 행정이 행하였다고 볼 수 없는 경우 또는 행정청의 일반적인 권한 범위 내에 속하지 않는 경우에 행정행위가 무효로 된다는 것을 도출하였다. 하췌크도, 행정이 어떠한 행정행위를 할 것이라는 외관을 믿은 시민의 신뢰를 보호하는 목적에서 단순위법한 행정행위의 효력을 인정된다고 하였고, 반대로 시민이 외관에 대한 신뢰를 형성하지 못할 정도로 중대한 위법을 담고 있는 행정행위는 무효라고 하였다. 두 사람 모두 단순위법한 행정행위의 효력을 인정하는 근거를 제시한 후 이와 관련하여 자연스럽게 무효의 기준을 제시하였다고 할 수 있다.

어찌보면 당연하게도, 단순위법한 행정행위의 효력을 인정하는 근거와 단순위법과 무효를 구별하는 기준은 밀접한 연관이 있다. 적법성과 효력유무는 관련성을 갖고, 위법한 행위는 효력도 부정하는 것이 일반적인 원칙이다. 그런데 이러한 일반적인 원칙에도 불구하고, 단순위법한 행정행위의 효력을 인정하는 데에는 특별한 이유가 있다. 이러한 특별한 이유가 존재하지 않는다면, 행정행위는 원칙대로 무효가 되어야 한다. 즉, 효력이 인정되는 행정행위는 그러한 특별한 이유가 있는 경우이고, 무효는 특별한 이유가 없는 경우가 된다. 따라서 단순위법한 행정행위의 효력을 인정하는 근거가 무효와 단순위법의 구별기준과 밀접하게 관련될 수밖에 없다.

이에 따라 단순위법한 행정행위의 효력을 인정하는 근거가 법적안정성의 보장인 한, 독일의 명백설은 바뀌지 않을 것으로 생각된다. 명백설에서는 행정법 관계의 법적안정성을 보장하기 위해 단순위법한 행정행위의 효력을 인정하는 것이고, 반대로 법적안정성이 정당화 될 수 없을 만큼 중대한 경우에는 행정행위를 무효로 한다. 여기에서 시민이 신뢰를 갖지 않고 법적안정성이 정당화되지 않을 만큼 중대한 하자는 시민의 입장에서 명백한 하자일 수밖에 없다. 법적안정성과 관련되어 명백성이 도출되

는 것이다. 따라서 단순위법한 행정행위의 효력을 인정하는 근거로서 시민의 신뢰보호 내지 법적안정성이 바뀌지 않는 한, 시민의 입장에서 명백함이 필요하게 된다. 그렇기 때문에 단순위법과 무효의 구별기준에서 명백성 요건을 완전히 배제하기 위해서는 단순위법한 행정행위의 효력을 인정하는 근거를 수정하는 수밖에 없을 것이다.

이제 우리나라의 논의로 돌아와보자. 일단 우리나라의 통설은 학문상 행정행위를 행정청이 구체적 사실에 대한 규율로서 행하는 외부에 대한 직접적 효력을 갖는 권력적 단독행위로 본다.[320] 이러한 개념은 독일식의 행정행위 개념과 동일하다. 그리고 대법원은 행정소송법상 항고소송의 대상이 되는 처분을 학문상 행정행위 개념과 거의 동일한 것으로 취급한다.[321] 결국 현재 우리나라의 행정처분 혹은 행정행위 개념은 독일의 행정행위 개념과 거의 동일하다고 볼 수 있다.[322]

그리고 우리나라는 행정행위의 무효와 단순위법의 구별기준에 관하여 학설과 판례를 통해 중대명백설이 일반적인 견해로 인정된다. 이에 따르면, 행정행위에 중대한 법적 하자가 있고 이러한 하자가 외관상 일견 명백한 경우에 무효로 된다고 한다.[323] 또한 후자의 명백성에 대하여, 법률

---

320) 김동희, 행정법Ⅰ, 제24판, 박영사, 2018년, 244면; 최계영, 오토 마이어의 행정행위 이론, 서울대학교 대학원 석사학위 논문, 2004년, 1면 참조.

321) 대법원 2002. 5. 17. 선고 2001두1057 판결에서는 행정처분을 “행정청의 공법상 행위로서 특정사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나, 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등 국민의 권리·의무에 직접 관계가 있는 행위를 가리키는 것”이라고 하였다. 이외에도 朴正勳, 취소소송의 성질과 처분개념, 고시계, 2001년, 10면; 최계영, 앞의 글 1-2면 참조. 그러나 위와 같은 대법원의 해석은 행정소송법이 시행되기 이전에 처분을 독일식의 최협의 행정행위와 동일하게 보았던 것을 행정소송법의 시행으로 종래의 행정행위 개념보다 넓은 처분 개념이 제정된 이후에도 아무런 변경없이 유지하고 있는 것이라는 견해가 있다. 김동희, 앞의 책, 243면; 朴正勳, 앞의 글, 2001년, 9-10면 참조. 또한, 이원우, 경제규제법론, 홍문사, 2010년, 357면에서는 이와 같이 처분개념이 종래의 행정행위 개념보다 넓은 것이라면, 행정청 개념 또한 종래와 같이 자신의 이름으로 의사표시할 수 있는 행정기관이라고 이해하기보다는 “행정임무를 독립적으로 수행하는 조직단위”와 같이 행정조직법상 행정청 개념으로 이해해야 한다고 한다.

322) 아직까지 우리나라의 행정법총론이 독일과 유사하다는 점은 부인하기는 힘들어 보이며, 독일 편향적인 태도를 지양하고 다원적 비교법 방법론과 우리나라의 상황에 대한 독자적 인식을 통해 고유한 행정법 체계를 만들어 나가야 할 것이다. 김종보, 행정법학의 새로운 과제와 건축행정법의 체계, 고시계, 1999년, 48-50면; 朴正勳, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005년, 75-76면 참조.

323) 김동희, 앞의 책, 342면; 김남진·김연태, 행정법Ⅰ, 제19판, 법문사, 2015년, 306면;

전문가 혹은 당사자가 아닌 일반인의 인식능력을 기준으로 한다.[324] 이러한 우리나라의 중대명백설은 독일의 명백설의 입장과 상당 부분 유사하다. 중대성 이외에 명백성을 요구한다는 점, 명백성을 법률전문가나 당사자가 아닌 평균인을 상정한다는 점, 명백성이 즉시 혹은 일견 명백해야 한다는 점[325]이 유사하다.

위와 같은 유사점들로 인하여 독일에서의 명백설에 대한 비판론은 우리나라에서도 유효하다. 우리나라의 중대명백설 또한 명백성 요건이 '평균인의 관점에서', '즉시' 인식되어야 하는 개념이 모호하고, 행정의 특권을 정당화시키며, 위헌적일 수 있다는 비판에 직면할 수 있다. 이와 비슷한 맥락에서 우리나라에서도 명백성의 개념이 모호하여 실제상에서 적용이 불가능하고, 행정행위가 무효로 되는 경우를 축소시켜 국민의 권리구제에 소홀할 수 있다는 등 중대명백설에 대해 비판적인 문헌을 찾아볼 수 있다.[326]

이러한 비판에 직면하여, 명백성 요건 자체만 검토하기보다는 근본적인 차원에서 행정행위의 공정력을 인정하는 근거부터 검토하여야 한다. 앞서 살펴본 바와 같이, 무효와 단순위법의 구별기준은 단순위법의 효력을 인정하는 근거와 밀접한 관련을 갖기 때문이다. 현재 우리나라는 독

---

홍정선, 행정법원론(상), 제26판, 박영사, 2018년, 443면; 朴正勳, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2007년, 134면; 박균성, 행정법론(上), 제16판, 박영사, 2017년, 407면; 노스트 허닝후우, 행정행위의 무효와 단순위법의 구별에 관한 연구 : 한국 판례의 분석과 몽골의 입법 및 판례의 발전방향을 중심으로, 서울대학교 대학원 석사학위 논문, 2012년, 39면; 대법원 2007. 6. 14. 선고 2004두619 판결; 대법원 1995. 7. 11. 선고 94누 4615 판결; 대법원 1985. 7. 23. 선고 84누419 판결 참조.

324) 김동희, 행정법Ⅰ, 제24판, 박영사, 2018년, 342-343면; 김남진・김연태, 행정법Ⅰ, 제19판, 법문사, 2015년, 306-307면; 박균성, 앞의 책, 407면; 노스트 허닝후우, 앞의 글, 39면; 대법원 2007. 6. 14. 선고 2004두619 판결; 대법원 1995. 7. 11. 선고 94누4615 판결; 대법원 1985. 7. 23. 선고 84누419 판결 참조.

325) 우리나라의 문헌에서는 명백성에 대하여 즉시 혹은 일견 명백하여야 한다는 부분을 찾아볼 수 있으나, 법원의 판례에서는 일견 명백하여야 한다는 것이 명확하게 표현되어 있지는 않은 것으로 보인다.

326) 노스트 허닝후우, 앞의 글, 35-36면 참조. 명백성을 비판하며 이를 배제하고 중대성만으로 행정행위의 무효를 인정하자는 견해로, 김중권, 行政行爲瑕疵論의 改革에 관한 小考, 공법연구 제39집 제1호, 2010년, 328-334면; 정영철, 행정행위하자론에서의 환경영향평가의 하자와 행정행위의 효력, 홍익법학 제14권 제3호, 2013년, 493-495면 참조.

일의 경우와 달리 위법한 행정행위의 효력을 인정하는 근거가 되는 명문화된 규정은 없다. 물론 명문화된 법규정이 없는 상황이 반드시 부정적이라고 볼 수는 없고, 대신 우리나라에서는 독일보다 더욱 자유롭고 다양한 방향의 논의가 가능할 것이다.

위와 같이 명문화된 법규정은 없지만, 우리나라의 경우 행정의 실효성 보장 및 법적안정성 또는 신뢰보호의 원칙을 근거로 행정행위의 공정력을 인정한다.[327] 그렇다면, 이와 같이 법적안정성을 근거로 행정행위의 공정력을 인정하는 것이 타당한지에 대하여 물을 수밖에 없다. 생각건대, 행정은 여러 가지 수단을 통하여 공익을 추구하고, 행정행위는 그러한 행정의 작용 중에서도 특히 국민의 권리·의무와 관련되어 있다. 만약 행정행위의 공정력이 인정되지 않아 모든 위법한 행정행위가 무효가 된다고 인정한다면, 국민의 권리·의무와 관련된 국가의 작용을 통해 맺어지는 모든 법관계가 불안정해지게 된다. 이는 국가의 입장에서도 공공에 대한 필수적 기능을 담당하는 행정의 실효성이 담보할 수 없고, 시민의 입장에서도 행정에 관계된 사람들의 법적 혼란을 불러 일으키게 된다. 따라서 행정, 행정행위의 상대방, 기타 이해관계인의 이익을 모두 고려한다면, 법적안정성을 근거로 행정행위의 효력을 인정하는 것이 타당하다.[328]

그리고 위와 같이 법적안정성을 근거로 공정력을 인정한다는 사실에서 행정행위의 무효에 대한 명백성 요건이 도출된다. 행정행위가 무효로 되는 경우는 위법한 행정행위의 효력의 근거가 되는 법적안정성이 인정되지 않을 정도로 행정행위의 중대한 법적 하자가 명백한 경우가 될 수밖에 없는 것이다. 이러한 과정을 통해 도출되는 명백성 요건은 행정법 관계의 법적안정성과 행정행위의 상대방의 권리구제를 합리적으로 조정하

---

327) 김동희, 행정법Ⅰ, 제24판, 박영사, 2018년, 325-326면; 최계영, 오토 마이어의 행정행위 이론, 서울대학교 대학원 석사학위 논문, 2004년, 102-103면 참조.

328) 이와 같은 견해로 김동희, 앞의 책, 325면; 홍정선, 행정법원론(상), 제26판, 박영사, 2018년, 424면 참조. 한편, 실제상에서 국민의 권리·의무와 관련된 행정의 작용에 대하여 처분성과 공정력을 인정하게 된다. 예를 들어, 재개발과 관련된 관리처분계획에서 권리와 의무에 관하여 직접 정하는 경우에는 처분성이 인정되어 공정력이 인정되고, 취소소송을 통해 구제받을 수 있다고 한다. 김종보, 건설법의 이해, 제6판, 피데스, 2018년, 599-600면 참조.

는 기능을 하게 된다.[329]

그렇다면, 명백성 요건은 모든 경우에 요구되는 것인가? 위와 같이 명백성 요건이 정당화된다고 해도, 모든 경우에 반드시 명백성이 요구되어야 하는 것은 아니라고 생각된다. 일반적으로는 위에서 살펴본 바와 같이 위법한 행정행위가 법적안정성을 이유로 효력이 인정될 수 있겠지만, 예외적인 경우에는 그러한 법적안정성을 보장할 필요성이 매우 작은 경우를 생각할 수 있다. 더군다나 모든 경우에 행정행위의 법적 하자가 중대할 뿐만 아니라 명백해야만 행정행위가 무효로 된다고 한다면, 앞서 살펴본 바와 명백성 요건이 모호하여 실제 적용이 어려운 것은 물론이고 행정행위가 무효로 되는 경우를 지나치게 축소시킬 우려가 있다. 이는 특히 침익적 행정행위에 있어 행정의 특권을 정당화하고, 국민의 권리구제에 소홀할 우려가 있다.

결국 행정행위의 파급력이 작아 위법한 행정행위를 무효로 한다고 하여도 법적안정성에 별다른 지장이 없는 반면, 행정행위의 상대방에 대한 권리구제의 필요성이 크다고 판단될 경우에는 명백성에 대한 고려 없이 행정행위를 무효로 할 수 있다고 보는 것이 타당하다. 일반적인 경우와 달리, 그러한 경우에는 행정행위의 법적 하자가 굳이 모든 사람에게 명백할 정도로 중대하지 않더라도 어느 정도 중대한 위법성만으로도 위법한 행정행위의 효력을 인정하는 근거인 이해관계자의 법적안정성이 정당화될 수 없을 것이기 때문이다. 대법원 판례 중에서 신고납부방식의 조세인 취득세에 대하여 납세의무자의 신고행위의 법적 하자가 명백하지 않더라도 중대한 경우에는 당연무효에 해당한다고 하였던 판결[330]이 이

---

329) 김남진・김연태, 행정법Ⅰ, 제19판, 법문사, 2015년, 309면; 박균성, 행정법론(上), 제16판, 박영사, 2017년, 410면; 노스트 허닝후우, 행정행위의 무효와 단순위법의 구별에 관한 연구 : 한국 판례의 분석과 몽골의 입법 및 판례의 발전방향을 중심으로, 서울대학교 대학원 석사학위 논문, 2012년, 35면 참조.

330) 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008두11716 판결. 이 판결에서 대법원은 “취득세 신고행위는 납세의무자와 과세관청 사이에 이루어지는 것으로서 취득세 신고행위의 존재를 신뢰하는 제3자의 보호가 특별히 문제되지 않아 그 신고행위를 당연무효로 보더라도 법적안정성이 크게 저해되지 않는 반면, 과세요건 등에 관한 중대한 하자가 있고 그 법적 구제수단이 국세에 비하여 상대적으로 미비함에도 위법한 결과를 시정하지 않고 납세의무자에게 그 신고행위로 인한 불이익을 감수시키는 것이 과세행정의 안정과 그 원활한 운영의 요청을 참작하더라도 납세의무자의 권익구제 등의 측면에서 현

러한 견해의 실제적인 예시가 될 수 있을 것이다. 또한 헌법재판소도 기본적으로 중대명백설을 따르고 있으나, 예외적으로 법적안정성에 대한 요청이 작은 반면 권리구제의 요청이 큰 경우에는 행정처분의 하자가 명백하지 않더라도 중대한 경우에는 무효로 될 수 있다고 한다.[331] 우리나라 학설 중 처분이 직접 상대방의 이해관계에만 관련되는 등 법적안정성에 대한 요청이 작은 경우에는 명백성 요건이 필요하지 않는다는 명백성보충요건설이 이러한 입장에 있는 것으로 보인다.[332] 그러나 이러한 견해에 따르더라도, 명백성이 배제되는 경우는 행정의 공적 기능에 비추어 보았을 때 신중하게 판단되어야 할 것으로 생각된다.[333]

이러한 견해는 구체적 사안에서의 타당성을 고려하여 명백성 요건의 예외를 인정함으로써 중대명백설에 대하여 행정의 특권을 정당화시키고 국민의 권리구제에 소홀하다는 비판은 완화시킬 수 있을 것이다. 그러나 명백성 자체가 모호하여 실용적 판단기준으로 활용하기 어렵다는 문제점은 여전히 해결할 수 없을 것이다. 이는 일반적·추상적 구별기준이 갖는 불가피한 한계점이다. 그렇지만 이는 아래에서 살펴보는 유형화된 구별기준이 확대되어 일반적·추상적 구별기준과 상호 보충적으로 적용된다면 해결될 수 있을 것으로 기대한다.

---

저하게 부당하다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 때에는 예외적으로 이와 같은 하자 있는 신고행위가 당연무효라고 함이 타당하다."라고 하였다. 사견에 의하면, 이는 행정처분이 파급력이 작아 법적안정성에 대한 요청이 작은 반면, 이에 비하여 처분의 상대방에 대한 권리구제의 요청이 큰 예외적인 경우에는 명백성 요건에 대한 고려없이 행정처분을 무효로 할 수 있다는 것으로 이해된다.

331) 헌번재판소 1994. 6. 30. 선고 92헌바23 결정; 김남진·김연태, 행정법Ⅰ, 제19판, 법문사, 2015년, 308-309면 참조.

332) 명백성보충요건설에 대한 설명에 대하여, 김동희, 행정법Ⅰ, 제24판, 박영사, 2018년, 344-345면; 김남진·김연태, 앞의 책, 307면 참조. 명백성보충요건설 혹은 명백성 요건의 예외를 지지하는 견해에 대하여, 김남진·김연태, 앞의 책, 309면, 박균성, 행정법론(上), 제16판, 박영사, 2017년, 410면; 홍준형, 행정행위 무효이론의 재검토, 행정논총 제36권 제1호, 1998년, 207면; 김석환, 조세부과처분의 무효 판단기준으로서 명백성 보충요건설, 홍익법학 제16권 제1호, 2015년, 963-990면; 노스트 허닝후우, 행정행위의 무효와 단순위법의 구별에 관한 연구 : 한국 판례의 분석과 몽골의 입법 및 판례의 발전방향을 중심으로, 서울대학교 대학원 석사학위 논문, 2012년, 36-37면 참조.

333) 이와 유사한 견해로, 김남진·김연태, 앞의 책, 309면 참조.

## II. 유형화된 구별기준의 확대

독일의 무효와 단순위법의 구별기준에서 특징적인 점은 연방 행정절차법 제44조 제2항과 제3항에서 구체적인 사례의 유형을 열거하고 있다는 점이다. 앞서 살펴보았듯이, 제44조 제2항과 제3항에서는 각각 절대적 무효사유와 그 자체만으로는 무효가 되지 않는 사유를 열거하고 있다. 생각건대, 이렇게 구체적 사유를 열거하는 조항은 이해관계가 치열하게 대립하는 행정실무의 현장에서 구체적이고 실용적인 판단기준이 될 수 있을 것이다. 이에 따라 일반적·추상적 구별기준의 문제점을 해결할 수 있을 것으로 생각한다.

예를 들어, 어떠한 행정행위가 '범죄를 구성하는 행위'를 명령한다고 가정해 보자. 행정행위의 무효와 단순위법의 구별기준에 관하여 일반적·추상적 기준만 존재한다면, 행정행위의 상대방인 국민은 그러한 행정행위를 이행하여야 하는지에 대하여 심각한 고민에 빠지게 된다. 즉, 행정의 명령에 따라야 하는지 아니면 범죄를 저지르면 안된다는 일반적인 의무에 따를 것인지 사이에서 갈등하게 될 것이다. 만약 이를 이행하지 않았을 때에는, 이 사안의 행정행위가 무효에 대한 일반적·추상적 기준에 해당하는지 다툼이 벌어질 수 있고, 그러할 경우 적어도 행정행위의 상대방은 일단 그에 대한 법적 분쟁을 각오해야 한다. 행정이 범죄를 구성하는 행위를 명령하는 것이 일반인들의 시각에서 보기에도 그 효력이 상당히 의심스러워 보일지 모르겠으나, 일반인의 입장에서 구체적 사안에서 행정이 명령하는 것이 완전히 무효라고 믿기는 어려울 것이다. 일반적·추상적 기준에서 행정행위가 일반인의 관점에서 중대한 하자가 명백할 경우에 무효라고 한다고 하더라도, 구체적으로 어떤 사안에 적용해야할지는 명백하지 않아 보인다.

그러나 '범죄를 구성하는 행위를 명하는 행정행위는 무효이다.'라는 구체적인 원칙이 널리 인정되거나 혹은 입법되어 명문규정으로 존재한다면 상황은 달라질 것이다. 상대방은 확신을 갖고 그러한 행정행위를 따르지 않을 것이고, 제3자의 입장에서도 그러한 행정행위가 무효일 것이라고

생각하게 된다. 행정의 입장에서도 일단 그러한 무효인 행정행위를 발령했다고 하더라도, 자신이 잘못된 사실을 행한 것을 명확히 알게 된다. 설령 행정이 그러한 행정행위가 무효인지 몰라서 혹은 권위주의적인 태도로 그러한 행정행위를 무리하게 집행하려고 하더라도, 행정행위의 상대방은 자신감 있는 태도로 법적 분쟁을 제기할 수 있고 법적 분쟁은 명확한 기준으로 판단될 것이다.

결국 일반적·추상적 구별기준만으로 무효와 단순위법을 구별하는 것은 국민의 법적 지위를 불안정한 상태에 놓을 우려가 있다. 이것의 가장 큰 원인은 행정행위가 매우 광범위한 개념이라는 점에 있다. 실제상에서 행정행위는 대부분의 사회 영역에서 이루어진다고 볼 수 있을 만큼 광범위한 개념이다. 이렇게 광범위한 개념인 행정행위가 무효인지 단순위법인지를 추상적 기준만으로 판단하는 것은 실제적 적용이 매우 어려울 수밖에 없다. 이러한 문제점을 해결하기 위해서는 광범위한 행정행위 영역의 구석구석을 명확하게 판단하게 해주는 구체적 사안을 유형화한 구별기준이 필요하다. 앞서 예시한 바와 같이, 일반적·추상적 구별기준에서 머무르지 않고 이를 바탕으로 구체적 사안에서의 적용을 생각해보고, 행정행위가 무효로 되는 구체적 유형을 미리 제시해야 한다는 것이다.[334] 특히 행정행위는 국가권력의 집행이라는 점에서 무효로 되는 경우를 더욱 명확하게 규율하여야 할 것이다.

물론 이러한 구체적이고 열거적인 구별기준만으로는 한계가 있을 수밖에 없다. 일관성 없이 단순히 행정행위가 무효로 되는 유형들만을 늘려나갈 경우에는 원칙이 사라질 우려가 있다. 또한 일반적·추상적 구별기준 없이 구체적인 유형들만으로 행정행위의 무효를 판단하게 된다면, 기존의 사안의 유형과 다른 새로운 사안이 출현하게 될 경우에는 대처가

---

334) 이원우, 혁신과 규제, 경제규제와 법 제9권 제2호, 2016년, 7-29면에서는 과학기술의 혁신에 대하여 어떤 하나의 일반적 원칙만으로 규제할 수는 없고, 과학기술로 인한 갈등을 유형화하여 규제해야 한다고 한다. 이러한 견해가 이 논문에서 다루는 행정행위의 무효와 단순위법의 구별기준에 대하여 직접적으로 적용될 수는 없을 것이다. 그러나 복잡한 이해관계의 갈등에 대하여 구체적 상황에 따라 유형화하여 일반적·추상적 원칙의 한계를 극복한다는 아이디어는 행정행위의 무효와 단순위법의 구별기준에도 적용될 수 있을 것이다.

어려울 수 있다. 또한 행정행위의 개념이 광범위한 만큼, 그렇게 광범위한 영역에서의 구체적 구별기준을 모두 제시하기가 힘들다는 문제점도 있다.

그러나 유형화된 구별기준은 일반적·추상적 구별기준과 상호 보충적으로 작용하여야 하는 것이고, 유형화된 구별기준에는 일반적·추상적 구별기준이 상당 부분 투영되어 있어야 할 것이다. 따라서 유형화된 구별기준을 확대해 나간다고 하더라도 일관성이 없어지지는 않을 것이다. 또한 어떠한 행정행위가 유형화된 구별기준에 해당하지 않다고 하더라도 최종적으로 일반적·추상적 구별기준에 의하여 무효로 될 수 있는 여지를 남겨 놓음으로써 열거적 기준의 한계를 극복할 수 있다. 마지막으로, 행정행위가 광범위한 개념이더라도 행정행위의 무효 판단기준은 행정행위 모든 영역에 적용되어야 하는 것이므로, 구체적 유형에 대하여 구별기준을 정립해 놓을 필요가 있다.

중요한 점은 일반적·추상적 구별기준에 머물지 않고 구체적 사안에서의 타당성까지 고려하여 더욱 명확한 구별기준을 세워야 한다는 것이다. 물론 이것이 단시간 내에 이루어지지는 않을 것이다. 독일에서 행정절차법 제44조 제2항과 제3항에 규정된 사항들은 동법의 제정 이전부터 판례와 학설에서 일반적으로 인정되던 사항들이었다. 모든 입법이 마찬가지겠지만, 행정행위의 무효와 단순위법에 관한 유형화된 구별기준도 오랜 시간 동안의 논의가 필요할 것이다.

현재 우리나라도 많은 판례들이 축적되고 있고, 문헌들에서 행정행위의 무효와 단순위법에 관하여 구체적 사안들을 유형화하여 소개하고 있다.[335] 이러한 유형화된 구별기준에 관한 논의가 활성화되어야 할 것이다. 여기서 유형화된 구별기준의 내용까지 독일의 논의를 따라갈 필요는 없을 것이다. 이는 우리 사회의 특성을 고려하여 상황에 맞게 정립해야 할 것이다.

---

335) 김남진·김연태, 행정법Ⅰ, 제19판, 법문사, 2015년, 310-318면; 홍정선, 행정법원론(상), 제26판, 박영사, 2018년, 452-457면; 박균성, 행정법론(上), 제16판, 박영사, 2017년, 411-427면; 김중권, 行政行爲의 違法事由의 批判的 分析에 관한 小考, 법조 제59권 제11호, 2010년, 183-219면 참조. 이들 문헌에서는 행정행위의 무효사유에 관하여 대체로 주체, 절차, 형식, 내용에 관한 하자로 유형화하여 살펴본다.

마지막으로 이러한 유형화된 구별기준은 종국적으로 입법으로 이어져야 한다. 물론 많은 개별 사안 중에서 어떤 것을 입법해야 하는지에 대한 합의는 오랜 시간을 필요로 한다. 그러나 법치국가에서 국민들의 예측가능성과 법적안정성을 제고하기 위하여 입법이 가장 중요한 수단임은 부인할 수 없다. 이러한 점을 고려할 때, 행정행위의 무효와 단순위법에 관한 유형화된 구별기준에 대하여 충분한 논의를 거친 후에는 궁극적으로 이를 입법화하여야 할 것이다.

## III. 소결

위에서는 우리나라에 대한 시사점을 두 가지 측면에서 살펴보았다. 첫 번째는 일반적·추상적 구별기준에 관한 것이다. 독일에서의 무효와 단순위법의 구별기준에 관한 논의의 발전과정을 살펴보면, 이 논의가 위법한 행정행위의 효력을 인정하는 근거와 관련이 있다는 것을 알 수 있다. 오토 마이어와 하췌크 모두 단순위법한 행정행위의 효력을 인정하는 근거에 대해 이야기한 후, 여기에서 자연스럽게 무효가 되는 사유를 도출하였다. 원칙적으로 위법하면 무효가 된다. 행정행위가 위법하더라도 효력을 갖는 것은 특별한 이유가 있기 때문인데, 그러한 이유가 없다면 행정행위는 무효가 될 것이다. 따라서 단순위법한 행정행위의 효력을 인정하는 근거와 무효와 단순위법의 구별기준은 밀접한 연관을 갖게 되는 것으로 생각된다.

한편, 우리나라의 행정행위 혹은 행정처분 개념은 독일에서의 행정행위 개념과 유사하고, 중대명백설도 독일의 통설과 유사하다. 이에 따라 독일에서의 명백설에 대한 비판적 논의는 우리나라에서도 유사하게 적용될 수 있을 것이다. 다시 말해, 명백성은 개념 자체가 모호하여 실제상에서 활용하기 힘들고, 행정행위의 무효요건을 축소시켜 행정의 특권을 정당화하고 국민의 권리구제에 소홀할 수 있다.

이러한 문제점으로 인한 우리나라의 중대명백설에 대한 비판도 결국

공정력을 인정하는 근거에 대한 검토에서 시작해야 할 것이다. 현재 행정행위의 공정력은 행정법관계를 둘러싼 법적안정성을 근거로 인정되고 있다. 이러한 관점은 행정의 공적 기능과 이를 둘러싼 이해관계자들의 이익을 고려하였을 때 타당한 것으로 보인다. 그리고 이러한 공정력이 인정되지 않는 경우, 즉 행정행위가 무효로 되는 경우는 법적안정성을 근거로 행정행위의 공정력을 인정하기 어려울 정도로 행정행위의 중대한 법적 하자가 명백한 경우가 될 것이다. 여기서 명백성 요건이 도출된다.

그러나 모든 경우에서 명백성 요건이 요구된다고 하는 것은 타당하지 않다. 구체적 사안에 따라 행정행위의 공정력을 인정할 근거인 법적안정성에 대한 요청이 작은 반면 행정행위의 상대방에 대한 권리구제의 요청이 강한 경우가 있기 때문이다. 이러한 경우에는 행정행위의 공정력의 인정 근거인 법적안정성에 대한 요청이 작다고 볼 수 있어 명백한 하자가 아니더라도 어느 정도 중대한 하자라면 행정행위의 무효를 인정할 수 있다. 이러한 견해가 구체적 타당성과 국민의 권리구제를 제고하고 행정에 대한 과도한 특권을 줄일 수 있을 것이다.

두 번째는 구체적으로 유형화된 구별기준에 관한 것이다. 행정법관계의 법적안정성이 중요한 만큼, 행정행위의 무효와 단순위법의 구별기준도 명확해야 할 것이다. 독일 연방 행정절차법 제44조 제2항과 제3항에 규정되어 있는 바와 같이 구체적으로 유형화된 구별기준은 치열한 이해관계의 대립이 상존하는 행정실무의 현장에서 가장 명확하고 활용성이 높은 규정일 것이다. 또한 행정행위 개념은 광범위하여 그 무효와 단순위법의 구별기준에 대하여 구체적으로 유형화된 구별기준을 통하여 보충되어야 할 것이다. 이러한 유형화된 구별기준에 대한 논의가 활성화되어야 하고, 궁극적으로는 입법화되어야 할 것이다.

여기서 위의 두 가지의 관계에 대하여 유념할 필요가 있다. 위의 두 가지는 상호 보충적이다. 일반적·추상적 구별기준과 관련하여 구체적 타당성을 고려하여 명백성 요건의 예외를 인정하다고 하여도, 명백성 요건이 모호하다는 문제는 극복되지 않는다. 그러나 이는 일반적·추상적 구별기준이 갖는 내재적인 한계로 보인다. 이러한 문제를 극복하는 방법

이 유형화된 구별기준을 확대하는 것이다. 유형화된 구별기준을 통하여 명백성 요건의 모호함을 극복할 수 있을 것이다. 또한 새로운 유형화된 구별기준은 일반적·추상적 구별기준에 의하여 추가될 수 있고, 유형화된 구별기준은 일반적·추상적 구별기준에 의하여 일관성을 유지할 수 있을 것이다. 이와 같이 일반적·추상적 구별기준과 유형화된 구별기준이 상호 보충적으로 작용할 수 있을 것이다.

# 제 6 장 요약 및 결어

## I. 요약

독일법상 행정행위는 '행정청이 개별 사안에 대하여 내리는 직접적·외부적 효력을 갖는 고권적 규율'로 이해된다. 핵심적인 개념징표는 '행정청', '규율', '고권적', '외부에 대한 직접적 효력', '개별사안'이다. 또한, 행정행위는 명령적 행정행위, 형성적 행정행위, 확인적 행정행위로 구분되기도 하고, 침익적 행정행위와 수익적 행정행위로 구분되기도 한다. 행정행위는 연방 행정절차법 제43조 제1항에 따라 '통지'됨으로써 효력이 발생하고 통지된 내용에 따라 효력이 있다. 여기서 원칙적으로 행정행위가 위법한지 여부는 중요하지 않다. 다만, 행정절차법 제43조 제3항에 따라 위법이 중대하여 무효인 행정행위는 처음부터 효력이 없다. 이외에도 행정행위는 존속력과 구성요건적 효력이 있다. 행정행위가 위법하지만 효력이 있는 것을 단순위법이라고 하고, 그 위법성이 특별히 중대하여 처음부터 효력이 없는 것을 무효라고 한다. 무효와 단순위법은 쟁송수단, 제소기간과 행정심판 전치요건의 준수여부, 선결문제, 하자의 치유 등에서 구별실익이 있다.

이러한 무효와 단순위법의 구별기준에 대하여, 오토 마이어는 행정청에 의하지 않는 경우와 그것의 권한 범위 내에 있지 않은 경우에 행정행위가 무효가 된다고 하였다. 현대와 같은 형태의 명백설을 처음 주장한 사람은 하췌크였다. 하췌크는 행정행위의 외관을 믿은 시민의 신뢰를 보호하기 위해 행정행위가 위법하더라도 효력을 인정하여야 한다고 하였다. 반면, 시민이 행정행위의 중대한 위법을 스스로 어려움 없이 알 수 있는 경우, 시민은 신뢰보호를 요구할 권리가 없고, 이 경우 행정행위는 무효라고 하였다. 하췌크는 시민의 신뢰보호 존재 여부에 따라 단순위법과 무효를 구분한 것으로 이해된다.

이러한 명백설은 점점 많은 지지를 받게 되는데, 특히 1945년 이후로 많은 지지를 받게 되었고, 1960년대에는 대다수의 학자들로부터 지지를

받았다. 명백설에서는 행정행위의 하자가 모든 사람에게 '즉시'(ohne weiteres) 인식가능 해야 한다고 하였는데, 여기서 모든 사람이란 '주의 깊고 합리적인 평균적인 관찰자'를 의미한다고 한다. 이러한 명백설의 주된 논거는 행정행위를 신뢰한 국민의 법적안정성과 시민에 대한 신뢰보호이다. 이러한 명백설 이외에도, 판례와 학설을 통해 구체적 사안의 유형에 따른 무효판단 기준이 축적되었다.

1977년 연방 행정절차법이 시행되고, 제44조 제1항・제2항・제3항에 무효 판단기준이 규정된다. 제1항에는 종래의 통설이었던 명백설이 규정되고, 제2항에서는 절대적 무효사유들이 열거되고, 제3항에서는 그 자체로는 무효가 아닌 사유들이 규정된다. 판단의 순서는 제2항-제3항을 거치고 나서 일반조항인 제1항을 검토하게 된다.

제44조 제2항에서 규정하는 절대적 무효사유는 제1항의 중대성과 명백성 요건에 대한 검토 없이 바로 행정행위를 무효로 만든다. 제1호는 문서 혹은 전자로 발령되는 경우로서 발령한 행정청을 알 수 없을 경우이고, 제2호는 법규정에 따라 문서의 교부로만 발령되어야 하나 그러하지 않을 경우이며, 제3호는 행정청이 제3조 제1항 제1호에 따른 권한에 위반하여 수권 없이 발령한 경우이다. 제4호는 사실상 누구도 행할 수 없는 경우이고, 제5호는 형벌 혹은 과태료의 구성요건에 해당하는 불법적인 행위를 요구하는 경우이며, 제6호는 선량한 풍속에 반하는 경우이다.

제44조 제3항에서는 제2항과 달리 그 자체로는 무효가 아닌 단순위법에 불과한 사유들이 제시된다. 제1호는 제2항 제3호의 경우가 아닌 지역적 권한에 관한 위반이 있는 경우이고, 제2호는 제20조 제1항 제1문 제2호부터 제6호에 의하여 제척되는 사람이 협력한 경우이다. 또한, 제3호는 법규정에 의하여 협력하여야 할 위원회가 행정행위의 발령에 필요한 의결을 이행하지 않았거나 이행할 수 없었던 경우이고, 제4호는 법규정에 따라 요구되는 다른 행정청의 협력이 결여된 경우이다. 이러한 경우에 해당하더라도 제1항에 해당할 경우 무효가 된다고 한다. 이러한 구체적 열거 조항은 독일 행정절차법 제정 이전에 이미 학설과 판례에 의하여 일반적으로 인정되던 것을 입법한 것이다.

연방 행정절차법 제44조 제1항에서는 행정행위는 특별히 중대한 결함으로 행해졌고, 그러한 하자가 모든 사정을 합리적으로 고려하였을 때 명백할 경우 무효라고 규정한다. 이는 중대성과 명백성이라는 추상적 요건에 대한 검토를 거치고 나서야 무효로 된다는 점에서 상대적 무효사유라고 불린다.

여기서 특별히 중대함이란 행정행위에 법질서와 법질서의 기본을 이루는 공동체의 기본적 목적과 가치관에 반하기 때문에, 행정행위가 법적효력을 갖는다면 참을 수 없을 만큼의 흠결을 의미한다. 또한 행정행위의 위법이 현저하여 외관상으로도 누구에게서도 행정행위의 효력을 인정할 수 있는 법적안정성이 더 이상 정당화되지 않아 그러한 행정행위가 구속력을 갖도록 기대되지 않는 정도여야 한다.

모든 사정을 합리적으로 고려하여 명백함이란, 공정하고 전문지식 없는 평균적인 관찰자의 관점에서 문제되는 상황에서 행정행위가 합법적일 가능성이 없다는 것이 특별한 법적 숙고나 추가적인 탐구 없이 즉시 명백하여 마음에 떠오를 정도인 것이다. 이는 법적안정성, 시민의 신뢰보호, 시민에 대하여 행정이 행하는 넓은 의미의 자기 심판에 관한 집행이익의 보호 모두를 고려한 것이다.

독일에서는 행정행위의 무효에 명백성을 요구하는 것이 일반적인 견해라고는 하나 이에 대한 비판도 있다. 그러한 비판에서는 명백설에서 말하는 '평균적 관찰자', '즉시 인식가능 해야한다'는 것이 모호하고 불가능하다고 한다. 또한 명백설이 침익적 행정행위에서는 행정의 특권을 정당화하고, 수익적 행정행위에서는 신뢰보호의 원칙으로 보호받을 수 있기 때문에 필요가 없다고 한다. 그리고 기준 자체가 모호하고, 행정의 특권을 인정할 여지를 준다는 점에서 위헌적이라고 한다.

위와 같은 독일에서의 논의를 살펴보았을 때, 우리나라에 대하여 다음과 같은 시사점이 있을 것으로 생각된다. 첫번째는 일반적·추상적 구별기준에 관한 것이다. 독일의 논의를 살펴보았을 때, 행정행위의 무효와 단순위법의 구별기준은 단순위법한 행정행위의 효력을 인정하는 기준에 대한 고려에서부터 시작하였다. 그리고 논리적으로 생각해 보았을 때, 행

정행위의 무효와 단순위법의 구별기준은 결국 단순위법한 행정행위의 효력을 인정하는 근거와 밀접한 관련을 가질 수밖에 없다.

우리나라에서 행정행위의 무효와 단순위법의 구별기준은 중대명백설로서, 이에 대한 검토 역시 행정행위의 효력을 인정하는 근거에서부터 시작해야 한다. 현재 위법한 행정행위의 효력이 인정되는 근거는 법적안정성이다. 생각건대, 행정행위를 둘러싼 법관계의 안정을 고려하였을 때 법적안정성을 근거로 단순위법한 행정행위의 효력을 인정하는 것은 부인하기 어렵다. 이에 따라 그러한 법적안정성이 정당화될 수 없는 경우로서, 행정행위의 법적 하자의 중대성 이외에 명백성이 요구되어야 한다.

그러나 일반적으로는 행정행위의 효력에 대해 법적안정성이 요청되겠지만, 경우에 따라서는 그러한 법적안정성의 요청이 매우 작은 경우도 있을 것이다. 이러한 경우에는 행정행위의 위법이 명백하지 않더라도 중대한 경우라면 행정행위가 무효가 된다고 해야한다. 이러한 견해는 구체적 사안에서의 타당성을 고려하여 명백성 요건이 행정의 특권을 정당화한다는 비판은 완화할 수 있다. 그렇지만 명백성 요건 자체가 여전히 모호하다는 비판은 해결하지 못한다. 그러나 이는 일반적·추상적 구별기준이 가지는 불가피한 한계점으로, 유형화된 구별기준의 확대를 통하여 해결할 수 있을 것이다.

독일 연방 행정절차법 제44조 제2항과 제3항에서는 무효 혹은 무효에 이르지 않는 구체적인 유형을 제시한다. 이러한 규정은 명백하고 실용적인 규정이라고 생각된다. 행정행위는 사회의 거의 모든 영역에서 적용될 수 있는 매우 광범위한 개념이기 때문에 구체적인 사안의 구석구석을 명확하게 판단하게 해주는 유형화된 구별기준이 필요하다. 이는 일반적·추상적 구별기준과 상호 보충적으로 적용되며 기존에 있던 문제점을 해결할 수 있을 것이다. 이와 관련하여 현재 우리나라에서도 행정행위의 무효와 단순위법의 구별기준에 관하여 구체적 구별기준에 대한 논의가 계속적으로 존재하여 왔다. 이러한 논의가 앞으로도 활성화 되어야 할 것이다. 또한 충분한 논의가 이루어진 다음에는 종국적으로 이를 입법화하여야 할 것이다.

## II. 결어

단순위법한 행정행위의 효력에 관한 이론은 행정법을 다른 법 영역과 구별지어 주는 행정법학의 중심을 이루는 이론이다. 그만큼 위법한 행정행위의 효력이 인정되는 경우와 그렇지 않은 경우의 구별기준이 갖는 의의는 크다고 할 수 있다. 이러한 중요성에 비하여 그 이론은 아직 정교하게 다듬어지지 않아 현재의 중대명백설은 여러 문제점을 내포하고 있는 것으로 보인다. 명백성 요건은 그 내용이 모호하고, 행정의 특권을 인정하여 국민의 권리구제에 소홀하게 될 수 있는 것이다. 이 논문에서는 위와 같은 문제점에 대한 해결책을 모색해 보기 위하여 독일에서의 논의과정을 살펴보았다. 그리고 이를 바탕으로, 구체적 사안의 특성을 고려하여 명백성 요건의 예외를 인정하고, 유형화된 구별기준에 대한 논의를 확대하여야 한다는 결론을 도출하였다.

마지막으로 이 논문을 마치며 본 연구에 대하여 다음과 같은 아쉬운 점을 밝히고자 한다. 먼저 독일 연방 행정절차법 시행 이전과 이후에 행정행위가 무효로 되는 경우를 제시함에 있어 더욱 풍부한 사례를 소개하지 못하였다. 다음으로 연방 행정절차법 제정 이전의 명백설의 논의를 소개함에 있어 많은 문헌을 바탕으로 소개하지 못하였다. 또한 명백설에 대한 비판적 논의 또한 많은 문헌을 바탕으로 소개하지 못하였다. 그리고 우리나라에 대한 시사점에서 행정행위의 무효에 명백성 요건이 필요하지 않은 경우가 있어야 한다고 하였지만, 그러한 경우의 구체적이고 명확한 기준을 제시하지는 못하였다. 마찬가지로 행정행위의 무효 판단기준에 관하여 구체적으로 유형화된 구별기준이 확대되어야 한다고 하였지만, 그 구체적인 내용까지는 제시하지 못하였다.

이와 같이 부족한 점을 채우기 위해서는 보다 세밀한 연구가 필요할 것으로 생각되며, 추후의 연구를 통해 보충하도록 할 것이다. 다만, 위법한 행정행위의 효력에 관한 논의가 행정법에서 중요한 내용을 이루고 실제 법적용에 많은 영향을 미치는 만큼, 이에 대한 비판적 논의 또한 조심스러울 수밖에 없을 것이다. 현재 통용되는 견해를 조금씩 다듬기 위

해서는 충분한 논의와 신중한 검토가 필요하다. 이러한 맥락에서 앞으로 행정행위의 무효와 단순위법의 구별기준에 관하여 우리나라, 그리고 다른 나라들의 논의를 바탕으로 다양한 각도에서 심층적인 논의가 필요할 것으로 생각된다.

# 참 고 문 헌

## Ⅰ. 국내 문헌

### 1. 단행본

김남진・김연태, 행정법Ⅰ, 제19판, 법문사, 2015년.
김동희, 행정법Ⅰ, 제24판, 박영사, 2018년.
김종보, 건설법의 이해, 제6판, 피데스, 2018년.
박균성, 행정법론(上), 제16판, 박영사, 2017년.
朴正勳, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005년.
朴正勳, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2007년.
이원우, 경제규제법론, 홍문사, 2010년.
홍정선, 행정법원론(상), 제26판, 박영사, 2018년.

### 2. 논문

김석환, 조세부과처분의 무효 판단기준으로서 명백성 보충요건설, 홍익법학 제16권 제1호, 2015년, 961-993면.
김종보, 행정법학의 새로운 과제와 건축행정법의 체계, 고시계, 1999년, 48-62면.
김중권, 行政行爲의 違法事由의 批判的 分析에 관한 小考, 법조 제59권 제11호, 2010년, 173-222면.
김중권, 行政行爲瑕疵論의 改革에 관한 小考, 공법연구 제39집 제1호, 2010년, 319-338면.
노스트 허닝후우, 행정행위의 무효와 단순위법의 구별에 관한 연구 : 한국 판례의 분석과 몽골의 입법 및 판례의 발전방향을 중심으로,

서울대학교 대학원 석사학위 논문, 2012년.
朴正勳, 비교법의 의의와 방법론-무엇을, 왜, 어떻게 비교하는가?, 심헌섭 박사 75세 기념논문집, 2011년, 479-502면.
朴正勳, 취소소송의 성질과 처분개념, 고시계, 2001년, 6-34면.
이용식, 이중착오, 서울대학교 법학 제44권 제1호, 2003년, 182-208면.
이원우, 혁신과 규제, 경제규제와 법 제9권 제2호, 2016년, 7-29면.
정영철, 행정행위하자론에서의 환경영향평가의 하자와 행정행위의 효력, 홍익법학 제14권 제3호, 2013년, 469-502면.
문채규, 구성요건착오와 금지착오의 구별, 법학연구 제52권 제3호, 2011년, 103-135면.
최계영, 오토 마이어의 행정행위 이론, 서울대학교 대학원 석사학위 논문, 2004년.
최계영, 行政訴訟의 提訴期間에 관한 硏究, 서울대학교 대학원 박사학위 논문, 2008년.
홍준형, 행정행위 무효이론의 재검토, 행정논총 제36권 제1호, 1998년, 187-209면.

## Ⅱ. 국외 문헌

### 1. 단행본

Carl-David von Busse, Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht, 2015.
Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15.Aufl., 2015.
Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd.1. Allgemeiner Teil, 10.Aufl., 1973.
Julius Hatschek, Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts, 3./4.Aufl., 1924.

Jörn Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8.Aufl., 2012.
Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 16.Aufl., 2015.
Franz Mayer, Allgemeines Verwaltungsrecht. Eine Einführung, 3.Aufl., 1972.
Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3.Aufl., 1924.
Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19.Aufl., 2017.
Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 8.Aufl., 2014.
Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht Ⅰ, 13.Aufl., 2017.

2. 논문

Herwart Heike, Die Evidenztheorie als heute maßgebliche Lehre vom nichtigen Verwaltungsakt, DÖV 1962, S.416-418.
Schnapp/Cordewener, Welche Rechtsfolgen hat die Fehlerhaftigkeit eines Verwaltungsakts? JuS, 1999, S.39-44.
Walter Georg Leisner, Nichtigkeit eines Verwaltungsakts (nur) bei Offensichtlichkeit der besonders schweren Fehlerhaftigkeit? DÖV 2007, S.669-676.
Guy Beaucamp, Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten, JA 2007, S.704-707.

# Zusammenfassung

## Eine Studie zum Unterscheidungskriterium zwischen Nichtigkeit und einfacher Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsakt im deutschen Recht

Park, Chang-Ha

Derzeit verlangt die Theorie und die Rechtsprechung der Republik Korea die Schwere des Fehlers und Offensichtlichkeit in Bezug auf die Unterscheidung zwischen der Nichtigkeit und einfacher Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsakt. Es ist jedoch fraglich, ob diese Position adäquat ist. Insbesondere stellt sich die Frage, ob in allen Fällen die Anforderung an die Offensichtlichkeit erforderlich ist und ob die Bedeutung der Anforderung an die Offensichtlichkeit unklar ist. In diesem Beitrag haben mir versucht, anhand der Diskussion in Deutschland einige Implikationen für Korea zu ziehen, um diese Fragen zu lösen.

Dieser Beitrag untersucht den Prozess der Entwicklung der Unterscheidungskriterien zwischen Nichtigkeit und einfacher Fehlerhaftigkeit in Deutschland und erörtert die Diskussion von §44 Abs. 1, 2 und 3 des VwVfG. Dann werden die Implikationen für Korea abgeleitet. In Korea ist der Begriff des Verwaltungsakt ähnlich wie in Deutschland. Darüber hinaus ist der Unterschied zwischen der

Nichtigkeit und einfacher Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsakt ähnlich. Aus diesem Grund kann Kritik in Deutschland auf Korea angewandt werden.

Angesichts dieser Kritik sollte die Überprüfung des Unterscheidungskriterium mit einer Überprüfung der Grundlage für die Wirksamkeit des fehlerhaft Verwaltungsakt beginnen. Es scheint vernünftig zu sein, die auf dem Prinzip der Rechtssicherheit beruhende Wirksamkeit des fehlerhaft Verwaltungsakt anzuerkennen. Darauf ist die Anforderung an die Offensichtlichkeit gerechtfertigt. Es ist jedoch nicht adäquat, in allen Fällen Anforderung an die Offensichtlichkeit zu verlangen. Im Falle eines kleinen Antrag auf Rechtssicherheit ist es vernünftig, die Nichtigkeit des Verwaltungsakt anzuerkennen, ohne die Erfordernis der Offensichtlichkeit zu berücksichtigen.

Dieses allgemeine und abstrakte Kriterium kann jedoch das Problem nicht lösen, dass Anforderung an die Offensichtlichkeit mehrdeutig ist. Um dieses Problem zu lösen, sollten spezifische typisierte Unterscheidungskriterien ergänzt werden. Spezifische Kriterien wie die Bestimmungen der § 44 Abs. 2 und 3 des VwVfG sind die in der Praxis am besten anwendbaren und klaren Regeln. In Korea sollte die Diskussion über solche typisierten diskriminierenden Kriterien aktiviert werden, und es ist wünschenswert, nach ausreichender Diskussion Rechtsvorschriften zu erlassen.

Stichwörter: Verwaltungsakt, Nichtigkeit, Evidenztheorie, einfache Fehlerhaftigkeit, ffenkundigkeit, Offensichtlichkeit, VwVfG §44, Unterscheidungskriterium zwischen Nichtigkeit und einfacher Fehlerhaftigkeit

StudentNummer: 2016-29675