

행정행위 무효이론의 재검토

洪 準 亨*

<目 次>

- | | |
|------------------------------|----------------|
| I. 序 論 | II. 重大明白說의 再檢討 |
| III. 行政行爲의 無效에 대한 判例와 學說의 動向 | IV. 結 論 |

<요 약>

행정행위의 무효에 대한 지배적 이론으로 통용되어 왔던 중대명백설을 그 법원리적 논거면에서 재검토하여 이론적 수정을 시도하였다. 그 결과 다음과 같은 사실을 밝혔다. 첫째, 행정행위의 무효에 대한 지배적 이론인 중대명백설은 행정의 법적합성 원칙과 법적 안정성의 원칙간의 형량을 통해 흡이는 행정행위의 효력을 판단하기 위한 작업공식으로서 이론적 정당성을 가지며, 개별구체적 사안에 있어 법관의 법적 판단에 의해 구체화되어야 한다. 둘째, 행정행위의 무효에 관한 대법원의 판례는 중대명백설을 기조로 하면서도 개별사안에 따라서는 뚜렷한 명백성심사를 거치지 않고 막바로 당연무효를 定言的으로 인정하거나, 일정한 유형의 흠들을 기존의 판례를 원용하여(절대적) 무효사유로 범주화하는 등 전체적으로 보아 논리적 일관성에 대한 의문을 불러일으키고 있다. 셋째, 행정행위의 무효이론으로서 중대명백설을 일률적으로 적용할 경우 구체적 타당성을 기할 수 없는 사례상황들이 존재한다. 그러한 문제의 해결을 위하여 우선 중대명백설의 입장에서 그 법익형량적 측면을 재발견함으로써 이를 실질적 정의와 법적 안정성의 함수로 재구성할 필요가 있고, 경우에 따라 법적 안정성의 요청을 고려할 필요가 없는 경우에는 그 흠의 존재가 명백하지 않더라도 행정행위의 무효를 인정하는 이론적 수정이 요구된다. 넷째, 행정행위의 무효여부를 둘러싼 법적 불확실성을 해소하기 위하여 독일 행정절차법 제44조와 같은 행정절차법상의 입법론적 보완이 필요하다. 목표는 행정행위의 무효여부에 대한 법적 불확실성으로 인한 예측가능성의 손상을 방지하는데 있다.

*서울대학교 행정대학원 조교수

I. 序 論

행정행위가 적법한 행위로서 완전한 효력을 발휘하려면 일정한 적법요건들을 충족해야만 한다.¹⁾ 행정행위가 이러한 적법요건들을 충족하지 못한 경우에는 흠(欠: 瑕疵) 있는 행정행위가 된다. 우리나라 행정법은 행정행위의 흠이 가져오는 법적 효과를 無效와 取消(可能性)로 나누고 있다.²⁾ 무효인 행정행위는 상대방인 私人이 그 효력을 부인할 수 있는데 반하여, 취소할 수 있는 행정행위는 비록 흠이 있어 違法하다 할지라도 권한있는 기관이 그것을 취소할 때까지 통용된다는 의미에서 暫定的(vorläufige) 또는 “흠에 구애받지 않는 法的 有效性”(fehlerunabhängige Rechtswirksamkeit)을 가진다는 점에서 양자는 결정적인 차이를 보인다. 그러나 행정행위의 흠과 그 법적 효과에 관한 일반법은 없다. 따라서 이 문제는, 개별법에 특별한 규정이 없는 한, 판례와 학설에 의하여 해결할 수밖에 없다. 이

-
- 1) 행정행위가 그 성립요건을 결여한 경우에는 행정행위의 不成立을 말할 수 있을 뿐이다. 따라서 행정행위의 흠이란 오로지 그 適法要件의 결여를 근거로 해서만 성립될 수 있는 개념이다. 그러나 대다수의 문헌에서는 실은 일단 成立된 행정행위의 적법요건에 속하는 것으로 보아야 할 요소들을 이른바 ‘행정행위의 成立要件’으로 다루고 있다. 이를 고려한다면 행정행위의 흠도 ‘행정행위의 成立要件·適法要件을 완전히 충족하지 못한 것’ 정도로 정의할 수 있을지 모르지만, 이러한 설명이 부당함은 두말할 나위가 없다. 반면, 단순한 誤記나 計算錯誤와 같은 명백한 잘못들은 당사자의 신청이나 직권으로 訂正하면 될 성질의 것이고 행정행위의 흠의 문제가 아니라는 데 異見이 없다. 이에 관하여는 홍준형, 행정법총론, 한울아카데미, 1997, 209-212, 235-236을 참조.
 - 2) 일반적으로 無效와 取消을 구별해야 할 필요성은 첫째, 현행 行政審判法과 行政訴訟法에 있어 爭訟의 方法(取消爭訟·無效確認爭訟), 行政訴訟提起要件上的 차이(出訴期間의 制限여부), 事情裁決 및 事情判決의 적용여부(논란있음), 先決問題로서 주장될 경우 受訴法院의 판단권여하 등에 차이가 있고, 둘째, 無效인 행정행위는 가령 公定力이나 不可爭力과 같은 행정행위의 특수한 효력을 발생할 여지가 없으며, 셋째, 흠의 治癒는 취소할 수 있는 행정행위에 대해서만, 轉換은 오로지 無效인 행정행위에 대해서만 인정될 수 있다는 점에 있는 것으로 이해되고 있다. 행정행위의 흠의 효과로서 무효와 취소의 두가지를 인정할 것인지, 그 근거 내지 필요성은 무엇인지에 관한 이론적 설명으로는 金道稔, 一般行政法論(上), 靑雲社, 1992, 456이하; 홍준형, 행정법총론, 한울아카데미, 1997, 237이하 등을 참조.

제까지 판례와 학설은 일반적으로 행정행위의 흠이 중대하고 명백한 경우에는 이를 무효로 보고, 그렇지 않은 경우, 즉 흠이 중대하지 않거나 명백하지 않은 경우에는 이를 取消할 수 있는데 불과한 것으로 보는 입장을 견지해왔다. 이를 행정행위의 무효에 대한 중대명백설(Evidenztheorie)³⁾이라고 부른다. 이처럼 행정행위의 흠이 중대명백한 경우에만 무효를 인정하는 중대명백설은 주로 행정법상 법적 안정성에 대한 고려와 행정행위에 대한 상대방의 신뢰보호에 의해 정당화되는 것으로 이해되고 있다.⁴⁾

그러나 중대명백설이란 행정행위의 무효사유에 대한 실질적·내용적 기준을 중국적·확정적으로 제시해주는 정적인 이론이 아니라 개별구체적 사안과의 교섭을 통하여 법관의 법적 판단에 의한 구체화를 필요로 하는 동적인 작업공식(working formula)으로서, 법적 안정성의 원리와 실질적 정의의 원리라는 법치국가원칙의 구성요소들간의 형량을 통해 흠있는 행정행위의 효력을 판단하기 위한 법적 준거라고 보아야 할 것이다.⁵⁾ 그런 관점에서 행정행위의 흠이 당연무효로 귀결되기 위하여 항상 일률적으로 명백성의 요건이 충족되어야 한다고 볼 것인지에 대한 의문이 제기되는 것이다. 사안에 따라서는 흠있는 행정행위를 당연무효라 하기 위하여 명백성을 요구하는 법리적 요청, 즉 법적 안정성의 요청을 고려할 필요가 없는 경우도 있을 수 있는데 그런 경우에도 일률적으로 명백성이 결여되었다는 이유에서 그와같은 행정행위에 대한 특별한 효력보장을 유지시킨다면 이는 법치국가의 원칙에 비추어 정당화되기 어렵기 때문이다. 이러한 견지에서 이 글은 행정행위의 무효에 대한 지배적 이론으로 통용되어 왔던 중대명백설을 그 법원리적 논거면에서 재검토함으로써 이론적 수정을 시도하고자 한다. 먼저 이에 관한 최근의 판례와 학설동향을 살펴보기로 한다.

3) 이 이론은 독일의 경우 연방행정절차법 제44조 제1항을 통해 입법적으로 수용되었다. 이 이론이 '明白說'(Evidenztheorie)이란 이름으로 불리는 것은 일종의 생략에 의한 것이나 정확한 용어는 아니라고 한다. 왜냐하면 그것은 예전이나 지금이나 객관적 명백성(Offenkundigkeit) 뿐만 아니라 흠의 중대성(Schwere)을 기준으로 삼는 이론이기 때문이다(Maurer, H., Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., Verlag C.H. Beck, 1997, 10 Rn. 31, S.247).

4) 이 점은 행정행위의 公定力의 인정근거를 통해서도 엿볼 수 있다.

5) 원리형량의 문제에 관하여는 Park, J.H., Rechtsfindung im Verwaltungsrecht-Grundlegung einer Prinzipientheorie des Verwaltungsrechts als Methode der Verwaltungsrechtsdogmatik, Diss Göttingen 1996, 특히 § 9를 참조.

Ⅱ. 行政行爲의 無效에 대한 判例와 學說의 動向

1. 行政行爲의 無效에 대한 判例

1) 大法院의 判例

행정행위의 무효사유와 취소사유의 구별기준에 관하여 우리나라 대법원은 일찍이 중대명백설의 입장을 취했고 그 후 일관되게 판례를 유지해왔다.⁶⁾

「위법한 행정처분 중에는 그 행위에 내재하는 하자에 중대한 법규위반이 있어 그 하자가 重大하고 明白한 경우에는, 비록 그 행정행위가 외형적으로 존재하고 행정청이 그 유효임을 주장할지라도, 그 행정처분은 당초부터 효력을 인정할 수 없는 행정처분이라 할 것이고, 이에 반하여 행정처분의 하자가 重大하고 明白한 것이 아닐 때에는 그 행정처분은 당연무효가 아니고 取消 또는 변경 청구의 대상이 된다.»⁷⁾

그러나 위헌법률에 근거한 처분의 효력을 당연무효로 본 일련의 판례에서 약간의 뉘앙스가 나타났다. 즉, 대법원 1991.6.28. 선고 90누9346 판결(공보 1991하, 2056) 및 대법원 1993.1.15. 선고 91누5747 판결(공보 1993 상, 735) 등은 헌법재판소가 1989년 12월 28일의 결정에서 위헌으로 결정한 위 국가보위입법회의법 부칙 제4항 후단에 기한 국회공무원들에 대한 면직처분이 당연무효임을 전제하여 판단했고, 대법원 1993.2.26. 선고 92누12247 판결(공보 1993, 1100)은 헌법재판소가 위 같은 조항을 위헌으로 결정한 경우, 그 위헌결정의 효력은 위헌결정 이후에 제소된 다른 사건에도 미치므로, 위헌결정된 위 법규정에 의하여 이루어진 원고에 대한 1980.11.16.자 면직처분은 당연무효의 처분이 된다고 판시하였다.

그러던 중 대법원은 1994년 10월 28일 선고 92누9463판결(제2부 판결 압류처분 등무효확인)에서 '어느 법률에 근거하여 행정처분이 발하여진 후에 헌법재판소가 그 법률을 위헌으로 결정하였다면 결과적으로 위 행정처분은 법률의 근거가 없어 행하여진 것과 마찬가지로 되어 하자가 있는 것이 된다고 할 것이나, 하자있는 행정처분이 당연무효가 되기 위하여는 그 하자가 중대할 뿐만 아니라 명백한 것

6) 金東熙, 行政法 I, 博英社, 1997, 284-287; 金南辰, 行政法 I, 法文社, 1997, 325.

7) 대법원 1961.12.21. 선고 4294行上6판결.

이어야 하는데, 일반적으로 법률이 헌법에 위반된다는 사정이 헌법재판소의 위헌 결정이 있기 전에도 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없으므로 당사자가 위와 같은 행정처분에 대하여 취소소송을 제기하는 것이 법률상 불가능하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 이러한 하자는 위 행정처분의 취소사유에 해당할 뿐 당연무효사유는 아니라고 봄이 상당하다'고 판시하였다.⁸⁾ 대법원의 92누9463판결이 위헌법률에 근거한 처분의 효력을 당연무효로 보아왔던 종래의 판례를 변경한 것인지 여부에 대하여는 논란의 여지가 있다. 즉, 대법원의 이 사건 판결을 위헌법률에 근거한 처분의 효력을 당연무효로 본 종래의 판례를 변경한 것으로 보는 견해가 있는 반면, 대법원의 종래 판례는 “국가보위입법회의가 제정한 법률과 이에 따라 행하여진 재판 및 예산 기타 처분 등은 그 효력을 지속하며, 이 헌법 기타의 이유로 제소하거나 이의를 제기할 수 없다”고 규정한 구 헌법 부칙 제5조 제2항으로 인하여 국가보위입법회의법 부칙 제4항 후단 규정의 효력을 재판상 다룰 수 없었고 구 헌법 부칙이 폐지된 이후에야 비로소 그 효력을 다룰 수 있었다는 특수한 사정이 있었던 경우에 관한 것이었으므로 오히려 예외적인 것이었고, 따라서 대법원의 92누9463판결이 반드시 종래의 판례와 저촉된다고 보기는 어렵다는 견해도 표명되고 있다.⁹⁾

아무튼 대법원이 92누9463판결에서 일반화된 방식으로 흠의 객관적 명백성 결여를 이유로 위헌법률에 근거한 처분의 효력을 당연무효가 아니라고 판시한 것은 종래 위헌결정의 효력은 위헌결정 이후에 제소된 다른 사건에도 미치므로, 위헌결정된 위 법규정에 의하여 이루어진 처분은 당연무효라고 판시해왔던 것과는 사뭇 다른 접근방식임에 틀림이 없다. 종래의 판례와는 달리 92누9463판결에 따를 때, 위헌법률에 근거한 처분에 대한 제소기간이 지난 후, 즉 당해 처분이 불가쟁 상태에 돌입한 후에는 다룰 수 없게 되므로 결국 위헌결정의 소급효도 원칙적으로 이미 확정된 처분에는 미치지 않는다는 결과가 되기 때문이다.

8) 같은 날 선고된 대법원 93다41860 판결(공1994, 3109) 및 그 후의 대법원 1995.3.3. 선고, 92다55770 판결(공1995, 1550)도 같은 취지로 판시하고 있다.

9) 尹眞秀, 違憲인 法律에 根據한 行政處分の 當然無效 여부, 대법원판례해설 1994년 하반기(통권 제22호), 447이하를 참조. 위헌인 법률에 근거한 행정처분이 당연무효가 아니라고 한 판례도 특별한 사정이 있는 경우에 당연무효가 될 수 있음을 배제하는 것은 아니기 때문이라고 한다. 同曄 오진환, 조례의 무효와 그 조례에 근거한 행정처분의 당연무효 여부, 특별법연구 제5권, 1997, 170 및 같은면 각주 59.

대법원은 이후 위법한 조례에 의한 처분의 효력이 문제된 대법원 1995.7.11. 선고 94누4615판결¹⁰⁾에서 다수의견을 통하여 중대명백설의 입장을 재확인했다. 그러나 주목할 것은 ‘행정행위의 무효사유를 판단하는 기준으로서의 명백성은 행정처분의 법적 안정성 확보를 통하여 행정의 원활한 수행을 도모하는 한편 그 행정처분을 유효한 것으로 믿은 제3자나 공공의 신뢰를 보호하여야 할 필요가 있는 경우에 보충적으로 요구되는 것으로서, 그와 같은 필요가 없거나 하자가 워낙 중대하여 그와 같은 필요에 비하여 처분 상대방의 권익을 구제하고 위법한 결과를 시정할 필요가 훨씬 더 큰 경우라면 그 하자가 명백하지 않더라도 그와 같이 중대한 하자를 가진 행정처분은 당연무효라고 보아야 한다’는 반론이 반대의견으로 제기되었다는 사실이다.

「가. 구 건설업법(1994.1.7. 법률 제4724호로 개정되기 전의 것) 제57조 제1항, 같은법시행령 제53조 제1항 제1호에 의하면 건설부장관의 권한에 속하는 같은 법 제50조 제2항 제3호 소정의 영업정지 등 처분권한은 서울특별시·직할시장 또는 도지사에게 위임되었을 뿐 시·도지사가 이를 구청장·시장·군수에게 재위임할 수 있는 근거규정은 없으나, 정부조직법 제5조 제1항과 이에 기한 행정권한의위임및위탁에관한규정 제4조에 재위임에 관한 일반적인 근거규정이 있으므로 시·도지사는 그 재위임에 관한 일반적인 규정에 따라 위임받은 위 처분권한을 구청장 등에게 재위임할 수 있다.

나. ‘가’항의 영업정지 등 처분에 관한 사무는 국가사무로서 지방자치단체의 장에게 위임된 이른바 기관위임사무에 해당하므로 시·도지사가 지방자치단체의 조례에 의하여 이를 구청장 등에게 재위임할 수는 없고 행정권한의위임및위탁에 관한규정 제4조에 의하여 위임기관의 장의 승인을 얻은 후 지방자치단체의 장이 제정한 규칙이 정하는 바에 따라 재위임하는 것만이 가능하다.

다. [다수의견] 하자있는 행정처분이 당연무효가 되기 위하여는 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것으로서 객관적으로 명백한 것이어야 하며 하자가 중대하고 명백한 것인지 여부를 판별함에 있어서는 그 법규의 목적, 의미, 기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰함을 요한다.

[반대의견] 행정행위의 무효사유를 판단하는 기준으로서의 명백성은 행정처분의 법적 안정성 확보를 통하여 행정의 원활한 수행을 도모하는 한편 그 행정처분을 유효한 것으로 믿은 제3자나 공공의 신뢰를 보호하여야 할 필요가 있는 경우에 보충적으로 요구되는 것으로서, 그와 같은 필요가 없거나 하자가 워낙 중

10) 공95.8.1. 997(89) 건설업영업정지처분무효확인.

대하여 그와 같은 필요에 비하여 처분 상대방의 권익을 구제하고 위법한 결과를 시정할 필요가 훨씬 더 큰 경우라면 그 하자가 명백하지 않더라도 그와 같이 중대한 하자를 가진 행정처분은 당연무효라고 보아야 한다.

라. (다수의견) 조례제정권의 범위를 벗어나 국가사무를 대상으로 한 무효인 서울특별시행정권한위임조례의 규정에 근거하여 구청장이 건설업영업정지처분을 한 경우, 그 처분은 결과적으로 적법한 위임없이 권한 없는 자에 의하여 행하여진 것과 마찬가지로 되어 그 하자가 중대하나, 지방자치단체의 사무에 관한 조례와 규칙은 조례가 보다 상위규범이라고 할 수 있고, 또한 헌법 제107조 제2항의 “규칙”에는 지방자치단체의 조례와 규칙이 모두 포함되는 등 이른바 규칙의 개념이 경우에 따라 상이하게 해석되는 점 등에 비추어 보면 위 처분의 위임과정의 하자가 객관적으로 명백한 것이라고 할 수 없으므로 이로 인한 하자는 결국 당연무효사유는 아니라고 봄이 상당하다.

[반대의견] 구청장의 건설업영업정지처분은 그 상대방으로 하여금 적극적으로 어떠한 행위를 할 수 있도록 금지를 해제하거나 권능을 부여하는 것이 아니라 소극적으로 허가된 행위를 할 수 없도록 금지 내지 정지함에 그치고 있어 그 처분의 존재를 신뢰하는 제3자의 보호나 행정법 질서에 대한 공공의 신뢰를 고려할 필요가 크지 않다는 점, 처분권한의 위임에 관한 조례가 무효이어서 결국 처분청에게 권한이 없다는 것은 극히 중대한 하자에 해당하는 것으로 보아야 할 것이라는 점, 그리고 다수의견에 의하면 위 영업정지처분과 유사하게 규칙으로 정하여야 할 것을 조례로 정하였거나 상위규범에 위반하여 무효인 법령에 기하여 행정처분이 행하여진 경우에 그 처분이 무효로 판단될 가능성은 거의 없게 되는데, 지방자치의 전면적인 실시와 행정권한의 하향분산화 추세에 따라 앞으로 위와 같은 성격의 하자를 가지는 행정처분이 늘어날 것으로 예상되는 상황에서 이에 대한 법원의 태도를 엄정하게 유지함으로써 행정의 법적합성과 국민의 권리구제실현을 도모하여야 할 현실적인 필요성도 적지 않다는 점 등을 종합적으로 고려할 때, 위 영업정지처분은 그 처분의 성질이나 하자의 중대성에 비추어 그 하자가 외관상 명백하지 않더라도 당연무효라고 보아야 한다.¹¹⁾

이 판결에 대하여는 대법원의 다수의견이 하자의 중대성과 명백성 모두를 무효의 요건으로 본 것은 ‘무효사유에 대한 기준이 확립되지 않은 상태에서 국민으로 하여금 더욱 무효 및 취소사유의 구별에 대한 부담을 지우는 결과’가 되기 때문

11) 이에 대한 평석으로는 오진환, 조례의 무효와 그 조례에 근거한 행정처분의 당연무효 여부, 인권과 정의(대한변호사협회), 231호(95.11), 153이하; 232호(95.12), 129이하, 233호(96.01), 138이하; 오진환, 조례의 무효와 그 조례에 근거한 행정처분의 당연무효 여부, 특별법연구 제5권, 1997, 136-183을 참조.

에 “하자의 중대성과 명백성은 무효의 요건이 아닌 하자의 무효성을 판단하는 징표로 이해하여야 하며, 따라서 ‘중대하거나 또는 명백한 하자’는 모두 무효사유로 보아야 한다”는 비판이 제기되었다.¹²⁾

한편 대법원은 “하자가 중대하고 명백하여 당연무효로 되는 것인가 또는 취소할 수 있음에 불과한 것인가는 그 法律의 목적·의미·기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 그 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰함을 요한다”고 판시해 오고 있다.¹³⁾ 이처럼 대법원이 하자가 중대하고 명백한 것인지 여부를 판별함에 있어 그 법규의 목적·의미·기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰하여야 한다고 판시하고 있으나, ‘하자 있는 행정처분이 당연무효로 되려면 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것이어야 할 뿐 아니라 객관적으로 명백한 것이어야 한다’는 점을 전제하고 있다는 점에서, 이는 어디까지나 중대명백설을 토대로 하여 그 판단에 있어 고려에 넣어야 할 사항을 제시한 것으로 이해하여야 할 것이다.

2) 憲法裁判所의 判例

대법원의 92누9463판결이 나오기 전인 1994년 6월 30일 헌법재판소는 1994.6.30. 선고 92헌바23결정(헌판집 제6권 1집 592면 이하)의 다수의견에서, ‘일반적으로는 행정처분의 근거가 되는 법규범이 상위 법규범에 위반되어 무효인가 하는 점은 그것이 헌법재판소 또는 대법원에 의하여 유권적으로 확정되기 전에는 어느 누구에게도 명백한 것이라고 할 수 없으므로 원칙적으로 행정처분의 당연무효사유에는 해당할 수 없다’고 하면서도, ‘행정처분 자체의 효력이 쟁송기간 경과 후에도 존속 중인 경우, 특히 그 처분이 위헌법률에 근거하여 내려진 것이고 그 행정처분의 목적달성을 위하여서는 후행 행정처분이 필요한데 후행 행정

12) 金性洙, 行政法 I, 법문사, 1998, 270-272; 권한없는 자의 행정행위(95.9.11자 법률신문)를 참조.

13) 대법원 1965.10.19. 선고 65누83판결; 同旨 1985.9.24. 선고 85다326판결. 대법원은 최근에도 단속경찰관 명의로 작성되어 교부된 운전면허정지처분의 효력을 당연무효라고 판시한 대법원 1997.5.16. 선고 97누2313판결(자동차운전면허 취소처분취소(바) 파기환송: 공97.6.15.(36), 1765), 위법·무효인 시행령이나 시행규칙의 규정을 적용한 하자 있는 행정처분은 그 하자가 객관적으로 명백하지 않아 당연무효라고 볼 수 없다고 판시한 1997.5.28. 선고 95다15735판결 등에서 종래의 판례를 재확인하고 있다.

처분은 아직 이루어지지 않은 경우, 그 행정처분을 무효로 하더라도 법적 안정성을 크게 해치지 않는 반면에 그 하자가 중대하여 그 구제가 필요한 경우에 대하여는 예외를 인정하여 이를 당연무효사유로 보아서 재송기간 경과 후에라도 무효 확인을 구할 수 있는 것이라고 보아야 한다'고 판시한 바 있었다.

3) 檢討

앞에서 본 바와 같이 대법원과 헌법재판소는 시기와 경향은 달리했지만 공통적으로 위헌법률에 근거한 처분의 효력을 판단함에 있어 행정행위의 하자이론, 특히 중대명백설을 원용하고 있음을 알 수 있다. 대법원은 92누9463판결에서 처분의 근거법률이 사후에 위헌으로 결정된 경우 당해 처분은 법률의 근거없이 행해진 것과 마찬가지로 되어 하자있는 것이 되지만, 하자있는 행정처분이 당연무효가 되기 위하여는 그 하자가 중대할 뿐만 아니라 명백한 것이어야 하는데, 일반적으로 법률이 헌법에 위반된다는 사정이 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에도 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없으므로, 당사자가 위와 같은 처분에 대하여 취소소송을 제기하는 것이 법률상 불가능하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 이러한 하자는 위 행정처분의 취소사유에 해당할 뿐 당연무효사유는 아니라고 보았다. 대법원은 위헌법률에 근거한 처분의 효력은 이른바 중대명백설에 의하여 그 근거법률의 위헌성이 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에 객관적으로 명백한 것이라고 할 수 없으므로 원칙적으로 취소할 수 있는 것에 그친다고 하면서도, “당사자가 위와 같은 행정처분에 대하여 취소소송을 제기하는 것이 법률상 불가능하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한”이라는 조건을 붙임으로써, 그와같은 특별한 사정이 있다면 하자의 명백성의 요건이 충족되지 않더라도 중대성만으로 당연무효의 결과를 인정할 여지가 있다고 보았고, 바로 이 점이 앞서 소개된 소론에서 종래의 판례를 예외적인 것으로 파악하게 하는 근거가 된 것이라 할 수 있다.

반면 헌법재판소의 1994. 6. 30. 선고 92헌바23결정은 전통적인 행정행위 하자이론에 입각하여 일반적으로는 행정처분의 근거가 되는 법규범이 상위 법규범에 위반되어 무효인지 여부는 헌법재판소 또는 대법원에 의하여 유권적으로 확정되기 전에는 어느 누구에게도 명백한 것이라고 할 수 없다는 이유에서 원칙적으로 당연무효사유에 해당하지 않는다고 하면서도, 예외적으로 그 흠이 명백하다고 볼 수 없는 경우에도 일정한 요건이 충족되면 당연무효로 볼 수 있다고 판시하였다. 여기서 그 요건이란, 헌법재판소의 결정에 따르면, ‘처분 자체의 효력이 재송기

간 경과 후에도 존속중인 경우, 특히 그 처분이 위헌법률에 근거하여 내려진 것이고 그 행정처분의 목적달성을 위하여서는 후행 행정처분이 필요한데 후행 행정처분은 아직 이루어지지 않은 경우, 그 행정처분을 무효로 하더라도 법적 안정성을 크게 해치지 않고 또 그 하자가 중대하여 그 구제가 필요한 경우'를 말하는 것으로 실시되고 있다.

위헌법률에 근거한 처분의 경우 그 근거법률의 위헌성이 객관적으로 명백하다고 볼 수 없기 때문에 원칙적으로 당연무효가 아니라 취소할 수 있는데 불과하다고 보는 점에 관한 한, 대법원과 헌법재판소 사이에 견해의 차이는 없다. 그러나 그 예외인정의 요건에 관한 한 양자의 견해가 반드시 일치하고 있다고는 보기 어렵고, 적어도 상당한 뉘앙스를 보이고 있는 것이 사실이다. 물론 이러한 차이는 처분의 하자에 관한 중대명백설이 판례에 의하여 형성된 이론이라는 데서 비롯된 결과라고도 볼 수 있다. 그러나 위헌법률에 근거한 처분이 당연무효로 인정될 수 있는 요건에 대한 판단여하에 따라 제소기간의 경과로 재송기회가 차단되는지 여부가 달라지며, 이러한 대법원과 헌법재판소의 각개약진으로 인한 법적 불확실성의 부담이 결국 행정기관과 국민에게 돌아가게 된다는 점이 문제점으로 지적되지 않으면 안된다.

요컨대, 대법원이나 헌법재판소의 판례는 모두 위헌법률에 근거한 처분의 효력에 관하여 중대명백설에 입각하면서도 예외적으로 하자의 명백성이 인정되지 않는 경우에도 중대성만으로 당연무효로 인정할 수 있다는 여지를 남겼다는 점에서는 공통적이라 할 수 있다. 그러나 헌법재판소는 그 예외인정의 요건을 처분효력의 존속, 특히 후행처분의 미발령에 따른 공백의 방지, 그리고 법적 안정성 및 권리구제의 필요에 대한 고려 등으로 구체화했다는 점에서 '취소소송의 제기가 법률상 불가능하였다는 등의 특별한 사정'을 든 대법원에 비하여 한층 진전된 태도를 취했다고 볼 수 있다.

2. 行政行爲의 無效에 대한 學說

행정행위의 흠이 가져오는 法的 效果로서 無效와 取消의 구별 또는 무효사유가 되는 흠의 판단기준에 관하여 학설은 이를 無效事由와 取消事由의 區別에 귀착되는 문제로 다루어 왔다. 그 구별기준에 대하여는 크게 나누어 두가지 방향의 학설이 주장되고 있다. 먼저, 흠의 효과를 개별화함으로써 나아가서는 무효와 취소의 상대화를 주장하는 견해(Gaston Jèze의 이론과 v. Hippel, Forsthoff 등의 이론)

들이 소개되고는 있으나¹⁴⁾ 이를 추종하는 학설은 거의 찾아보기 어렵다. 한편, 흠의 구별기준을 흠 자체의 성질에서 구하면서 무효사유인 흠의 판단기준에 관하여 重大說, 重大明白說이 논의되고 있으나, 현재에는 後者が 지배적인 지위를 차지하고 있다. 중대명백설에 대하여는 일본에서 논의되고 있는 객관적 명백설(조사의무설) 또는 명백성보충요건설이 소개되고 있을 뿐,¹⁵⁾ 이렇다할 반론이 제기되지 않고 있다.

행정행위에 흠이 있더라도(우선 잠정적으로, 그러나 쟁송제기기간이 경과한 후에는 종국적으로) 그 법적 존재를 유지시키는 근거가 되는 法的 安定性의 原則은, 행정행위가 중대하고 명백한 흠을 띠고 있는 경우에는 더 이상 타당할 수 없으며 이 때에는 오히려 실질적 정의의 원칙이 우선되어야 한다는 것이 중대명백설의 논거이다. 이에 따르면 행정행위의 흠이 重大하고 동시에 그것이 明白할 경우 행정행위는 무효가 되며 그 중 어느 한 요소를 결여할 때에는 단순위법으로 취소사유를 구성하는 데 불과하다고 한다. 여기서 重大性이란 행정행위의 발령근거가 된 法規가 중대한 것이 아니라 당해 행정행위가 그 적법요건을 충족시키지 못함으로써 지니게 되는 흠이 중대하다는 의미이다. 일부 학설은 능력규정인가 명령규정인가, 강행규정인가 임의규정인가에 따라 판단해야 한다고 하나, 法規의 실제상 그 성질의 구별이 용이하지 않기 때문에 이에 대해 의문을 표시하는 견해도 있다.¹⁶⁾ 요컨대, 흠의 重大性이란 어디까지나 法侵害의 深刻性이므로 이를 판단하기 위해서는 위반된 행정법규의 종류, 목적, 성질, 기능 등과 함께 그 위반의 정도도 아울러 고려해야 한다.¹⁷⁾ 한편 중대명백설에 있어 흠의 明白性은, 흠의 존재가 당사자의 주관적 판단이나 법률전문가의 인식능력에 의해서가 아니라 통상적인 주의력과 이해력을 갖춘 일반인의 판단에 따를 때 누구의 의심도 허용하지 않을 만큼 객관적으로 확실한가에 의해 결정되는 것으로 이해되고 있다.

14) 이에 관해서는 金道昶, 一般行政法論(上), 464이하를 참조.

15) 金東熙, 行政法 I, 1997, 284-287; 金南辰, 行政法 I, 1997, 325.

16) 石琮顯, 一般行政法(上), 三英社, 1993, 372; 洪井善, 行政法原論(上), 博英社, 1995, 337.

17) 金東熙, 行政法 I, 博英社, 1997, 251.

3. 比較法: 日本과 獨逸

1) 日本

일본의 경우 戰前에는 행정행위의 요건을 유효요건과 그렇지 않은 요건으로 나누어 전자를 결여한 행정행위를 당연무효라고 보는 유효요건설이 있었으나, 戰後에는 중대명백설이 학설과 판례를 지배해오고 있다. 芝池義一에 따르면 중대명백설에는 대별하여 '外觀上一見明白說' 과 客觀的 明白說(調査義務說)이 있다고 한다.¹⁸⁾ 野宏 역시 흠의 명백성이 누구에게 있어 명백한 것이냐 하는 문제에 관하여 '外觀上一見明白說' 과 客觀的 明白說(調査義務說)이 대립하고 있다고 기술하고 있다.¹⁹⁾ 외관상 일견명백설이란 흠이 외관상으로 보아 일견 명백하면 명백성의 요건이 충족되는 것으로 보는 전통적인 견해인데 비하여, 객관적 명백설(조사의무위반설)이란 행정기관이 그의 조사의무를 이행하게 되면 잘못을 발견할 수 있는 경우에도 명백성의 요건을 충족하는 것으로 보려는 견해이며, 명백성보충요건설이란 행정행위의 무효를 논함에 있어 하자의 중대성은 필수적 요건이지만 그 밖에 어떠한 가중요건을 부가할 것인가는 이익상황 여하에 따라 융통성을 부여할 필요가 있다는 견해라고 설명되고 있다.²⁰⁾

일본의 경우 1973년 4월 26일의 最高裁判所 판결²¹⁾이 명백성요건의 완화가능성을 시사한 기본판례(leading case)가 되었다. 이 판결에서 最高裁判所는 “과세처분이 과세청과 피과세자와의 사이에서만 존재하는 것으로 처분의 존재를 신뢰한 제3자의 보호를 고려할 필요가 없는 것 등을 감안한다면 당해 처분에 있어서의 내용상의 과오가 課稅要件의 根幹에 대한 그것이고, 징세행정의 안정과 그 원활한 운영의 요청을 참작하고서도 불복신청기간의 초과에 의한 불가쟁적 효과의 발생을 이유로 하여 피과세자에게 위 처분에 의한 불이익을 감수시키는 것이 현저

18) 芝池義一, 行政法總論講義(제2판), 有斐閣, 1996, 153-160.

19) 鹽野宏, 行政法 I, 有斐閣, 1992, 122-124: 徐元宇·吳世卓譯, 日本行政法論, 法文社, 1996, 125-128.

20) 鹽野宏, 行政法 I, 132이하를 참조. 金南辰, 行政法 I, 1997, 325는 이를 중대명백설에 있어 명백성요건의 판단기준에 대한 학설의 한 유형으로 소개하고 있으나, 金東熙, 行政法 I, 286은 이를 '명백성보충설'로 소개하고 있다.

21) 最高裁判所, 昭和 48(1973)·4·26 民集27卷3號 629, 行政判例百選 I, 78事件, 行政法判例 53事件.

하게 부당하다고 인정되는 예외적인 사정이 있는 경우에는, 전기의 과오에 의한 흠은 당해 처분을 무효화시키는 것으로 해석함이 상당하다”고 판시했다. 그러나 이 판결 역시 명백성요건의 필요성을 부정한 것은 아니며, 또 이해관계를 가지는 제3자가 있는 경우에는 명백성의 요건이 가중된다는 것을 시사한 것으로 이해되고 있다.²²⁾ 芝池義一 역시 이 판결은 중대명백설을 완전히 부정한 것이라고는 말할 수 없으며, 처분의 성질상 제3자의 신뢰를 보호할 필요가 없고, 하자가 처분요건의 根幹에 관한 것이라는 점을 전제로 행정운영상의 요청과 상대방의 권리이익 보호의 요청을 서로 비교형량하여 예외적으로 명백성요건이 없어도 무효를 인정한 것이라고 평하고 있다.²³⁾

2) 獨逸

독일의 경우에도 행정절차법이 제정되기 전까지는 중대명백설(Evidenztheorie)이 학설과 판례를 지배하고 있었다.²⁴⁾ 1976년에 제정된 행정절차법(VwVfG)은 제44조 제1항에서 “행정행위에 특별히 중대한 흠이 있고 고려대상이 되는 모든 사정을 합리적으로 판단할 때 그러한 사실이 명백한 경우 그 행정행위는 무효이다”²⁵⁾라는 일반조항(Generalklausel)을 명문화함으로써 이러한 지배적 이론을 수용하였다. 중대명백설은 어떤 행정행위가 중대하고 명백한 흠을 지닌 경우에는, 행정행위의 흠에도 불구하고 그 존속을 (잠정적으로 그리고 제소기간이 지난 뒤에는 종국적으로) 정당화해주는 법적 안정성(Rechtssicherheit)의 요청이 더 이상 타당할 수 없고 실질적 정의(materielle Gerechtigkeit)의 원칙에 굴복해야 한다는 법리라고 이해되고 있다.²⁶⁾

행정절차법 제44조 제1항에서 요구되는 중대성과 명백성의 요건은 중첩적으로(kumulativ) 충족되어야 한다.²⁷⁾ 따라서 침해된 법규정의 적용범위(Tragweite)나

22) 鹽野宏, 日本行政法論, 徐元宇·吳世卓譯, 127.

23) 芝池義一, 行政法總論講義, 159.

24) Erichsen in Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, Walter de Gruyter, 10.Aufl., § 15 Rn.26; Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, § 51 I c; BVerwGE 19, 284, 287f.; 23, 237, 238; 35, 334, 343.

25) 원문: Ein Verwaltungsakt ist nichtig, soweit er an einem besonders schwerwiegenden fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umständen offenkundig ist.

26) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11.Aufl., 1997, 10 Rn.31, S.247.

27) Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn.26.

보호목적(Schutzzweck)에 비추어 행정행위에 특별히 중대한 흠이 있는 경우²⁸⁾에도 예외적으로 그 흠의 존재가 명백한 때에만 무효가 되는 결과가 된다고 한다.²⁹⁾ 또한 법령상 근거없는 행정행위(gesetzlose Verwaltungsakte)는 그 내용에 관한 흠이 있는 경우이므로, 그러한 흠이 있다는 이유만으로는 당연무효가 아니며, 그 행정행위의 근거가 된 법률이나 명령 등이 사후에 헌법재판소 또는 법원에서 무효라고 선고되는 경우에도 다를 바 없다고 한다.³⁰⁾

한편 행정절차법은 제44조 제2항에서 같은 조 제1항의 규정에 의한 요건의 존재여부를 불문하고 행정행위의 무효를 가져오는 절대적 무효사유를 다음과 같이 명시하고 있다:

1. 행정행위를 발한 행정청을 알 수 없는 書面에 의한 처분
2. 법령의 규정에 의하여 서면의 교부에 의해서만 발할 수 있는 행위로서 그러한 형식요건을 준수하지 않은 행정행위
3. 법 제3조 제1항 제1호의 규정에 의한 관할권³¹⁾을 가지지 않은 행정청이 그 권한 밖에서 행한 행정행위
4. 사실상의 이유로 아무도 실행할 수 없는 행정행위
5. 범죄성립요건 또는 과태료부과요건을 실현시키는 위법행위를 요구하는 내용의 행정행위
6. 公序良俗에 반하는 행정행위

3) 檢討

일본과 독일의 경우에도 우리나라와 다름없이 중대명백설이 지배적인 지위를 차지하고 있다. 다만 일본의 경우에는 이른바 객관적 명백설이나 명백성보충요건 설처럼 중대명백설의 틀을 유지하면서도 사안에 따라 명백성요건을 완화시켜 탄

28) 그러한 예로 경찰처분에 의한 사법상의 손해배상청구와 같이 전혀 아무런 권한이 없는 경우, 구형법 제285조에 의하여 1974년 4월 2일까지 금지되어 있었던 영업적인 경품도박처럼 형법상 가벌적 행위를 허가하는 경우, 또는 독일국적자에 대한 귀화허가, 공무원이 아닌 자(Nichtbeamten)에 대한 퇴직처분(Versetzung in den Ruhestand)이나 상호 모순적인 행정행위처럼 법적으로 불가능한 결과를 목적으로 하는 행정행위 등이 제시되고 있다(Erichsen, 같은 곳).

29) Erichsen, 같은 곳.

30) Meyer-Borgs, *Verwaltungsverfahrensgesetz* 2.Aufl., 1982, § 44 Rn.13; Knack, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 4.Aufl., 1993, § 44 4.1.4; Kopp, *Verwaltungsverfahrensgesetz* 5. Aufl., 1991, § 44 Rn. 25 등.

31) 부동산에 관한 권리 등에 관한 토지관할을 말한다(VwVfG § 3 Abs. 1 Nr. 1).

력적으로 적용하려는 견해가 나오고 있는 반면, 독일의 경우에는 행정절차법 제 44조 제1항이 중대명백설을 입법적으로 수용한 결과, 해석을 통하여 명백성요건을 완화시킬 여지는 없게 되었지만, 같은 조 제2항에서 절대적 무효사유를 명시적으로 열거함으로써 법적 예측가능성을 확보하는 한편, 중대명백설의 엄격한 적용으로 생길 수 있는 난점을 입법적으로 해결하고 있다는 점이 주목된다.

Ⅲ. 重大明白說의 再檢討

1. 重大明白說의 本質

중대명백설은 앞에서 본 바와 같이 어떤 행정행위가 중대하고 명백한 흠을 지닌 경우에는, 행정행위의 흠에도 불구하고 그 존속을(잠정적으로 그리고 제소기간이 지난 뒤에는 종국적으로) 정당화해주는 법적 안정성(Rechtssicherheit)의 요청이 더 이상 타당할 수 없고 실질적 정의(materielle Gerechtigkeit)의 원칙에 굴복해야 한다는 법리이다. 흠있는 행정행위의 당연무효란 법질서가 위법한 행정행위에 대하여 법적 안정성의 견지에서 부여한 특별한 효력보장이 배제되는 예외적인 경우라고 본다면, 그 요건으로 흠의 중대성뿐 아니라 명백성을 요구하는 중대명백설은 기본적으로 타당하다. 독일 행정절차법이 제44조 제1항에서 “행정행위에 특별히 중대한 흠이 있고 고려대상이 되는 모든 사정을 합리적으로 판단할 때 그러한 사실이 명백한 경우 그 행정행위는 무효이다”라는 명시적 규정을 두고 있는 것도 바로 그러한 맥락에서 이해될 수 있을 것이다. 반면 중대명백설의 예외적 성격은 법적 안정성의 원칙으로 표현되는 법질서의 안정화지향성이 전제되어 있다. 법질서는 행정행위에 흠이 있더라도 그것이 당연무효라고 볼 수 없는 이상, 그 위법성에도 불구하고 법적 유효성을 시인함으로써 법적 안정성을 기하고자 한다. 당연무효란 그러한 행정행위에 대한 특별한 효력보장이 부인되는 경우이며 그 기준을 제공하는 것이 중대명백설이다. 그러나 만일 행정의 법적합성원칙을 철저히 관철하여야 한다는 입장에 선다면 이러한 특별한 효력보장 자체가 하나의 예외인 것이다. 하물며 중대한 흠이 있는 행정행위조차도 그 흠의 존재가 명백하지 않은 한 법적 효력을 발휘하도록 한다는 것이 아닌가. 물론 적법요건이 결여되기만 하면 언제나 무효라고 보아야만 행정의 적법성원칙이 확립된다는 주장에는 설득력이 없다. 법적 안정성의 요청도 적법성의 요청만큼이나 정당한 법치국가원칙의 구성요소이기 때문이다. 그러나 문제는 중대명백설이 당연무효의

예외성을 강조하여 명백성의 요건을 엄격히 적용할 경우, 법적 안정성의 요청과 법적합성의 요청간의 균형잡힌 원리형량이 이루어져야 함에도 불구하고 자칫 전자의 우위를 인정하는 결과가 나올 수 있다는데 있다.

우리 나라의 경우 중대명백설은 독일의 경우처럼 행정절차법에 입법적으로 수용되지 않은 이상, 어디까지나 학설과 판례이론에 지나지 않는다. 물론 판례이론임에도 불구하고 중대명백설은 제정법 못지 않은 규범력을 발휘하여 온 것이 사실이다. 그러나 판례이론으로서 중대명백설의 규범력은 논증의 설득력에 의존한다. 다시 말해 판례이론으로서 중대명백설이 그 규범력을 유지하기 위해서는 이론적·논리적 설득력이 뒷받침되지 않으면 안된다. 그 논증은 행정의 법적합성원칙과 법적 안정성의 원칙간의 형량을 통해 이루어진다. 이런 뜻에서 중대명백설은 행정행위의 무효를 가져오는 흠을 판단하기 위한 실질적·내용적 기준을 종국적·확정적으로 제시해주는 정적인 이론이라기 보다는 흠있는 행정행위의 효력을 판단하기 위한 법익형량의 준거로서 개별구체적 사안과의 교섭을 통하여 법관의 법적 판단에 의한 가변적 구체화를 필요로 하는 동적인 작업공식이라고 보아야 할 것이다. 그러므로 행정행위의 흠이 당연무효로 귀결되기 위하여 언제나 일률적으로 명백성의 요건이 충족되어야 한다고 볼 것인지는 의문이 없지 않다. 사안에 따라서는 흠있는 행정행위를 당연무효라 하기 위하여 명백성을 요구하는 법리적 요청, 즉 법적 안정성의 요청을 고려할 필요가 없는 경우도 있을 수 있는데 이러한 경우에도 일률적으로 명백성이 결여되었다는 이유에서 그와같은 행정행위에 대한 특별한 효력보장을 유지하는 것은 법치국가의 원칙에 비추어 정당화되기 어려울 것이다. 그러나 그렇다고 하여 일본에서 논의되는 명백성보충요건설처럼 명백성요건만을 완화함으로써 이를 중대성요건에 비해 劣位에 두거나 재판적 명백설(조사의무설)처럼 명백성요건을 주관화하여 행정기관이 그 조사의무를 이행하면 잘못을 발견할 수 있었을 경우에도 명백성의 요건을 충족하는 것으로 보아 당연무효의 인정범위를 넓혀야 한다는 것은 아니다. 오히려 중대명백설의 입장에서 그 법익형량적 측면을 재발견함으로써 이를 실질적 정의와 법적 안정성의 합수로 재구성할 필요가 있다는 것이다. 물론 구체적 사안에 따라 상대적으로 명백성의 요건이 완화되는 결과를 가져올 가능성이 클 것이다. 그러나 문제는 행정기관이나 법관 등 법의 해석·적용에 참여하는 모든 당사자가 중대명백설의 이러한 성격을 재인식하여야 한다는데 있다. 이렇게 볼 때 앞에서 살펴 본 대법원 1995.7.11. 선고 94누4615판결에 대한 비판으로서 제기된 “중대하거나 또는 명백한 하자는 모두 무효사유로 보아야 한다”는 주장³²⁾은 흠있는 행정행위의 효력을

둘러싼 법원리들간의 긴장관계를 도외시한 채 흠있는 행정행위의 무효를 지나치게 널리 인정하는 결과를 가져올 우려가 있다는 이유에서 수증하기 어렵다.

2. 行政行爲의 無效事由에 대한 判例理論의 問題點

전술한 바와 같이 대법원은 기본적으로 중대명백설을 견지해왔다고 볼 수 있다. 그러나 엄밀히 볼 때 판례의 일관성이 철저하게 유지되었다고 볼 것인지는 의문이다. 그 이유는 첫째, 이미 앞에서 살펴 본 바와 같이, 위헌법률에 근거한 처분의 효력에 관하여 대법원이나 헌법재판소의 판례는 모두 중대명백설에 입각하면서도 예외적으로 하자의 명백성이 인정되지 않는 경우에도 중대성만으로 당연무효로 인정할 수 있다는 여지를 남겼기 때문이다. 헌법재판소는 여기서 한걸음 더 나아가 그 예외인정의 요건을 처분효력의 존속, 특히 후행처분의 미발령에 따른 공백의 방지, 그리고 법적 안정성 및 권리구제의 필요에 대한 고려 등으로 구체화한 바 있다. 반면 대법원은 '일반적으로 법률이 헌법에 위반된다는 사정이 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에도 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없으므로 당사자가 위와 같은 행정처분에 대하여 취소소송을 제기하는 것이 법률상 불가능하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 이러한 하자는 위 행정처분의 취소 사유에 해당할 뿐 당연무효사유는 아니라고 볼 것'이라 판시함으로써 '취소소송의 제기가 법률상 불가능하였다는 등의 특별한 사정'이 있는 경우에는 흠의 명백성이 인정되지 않더라도 당연무효라고 볼 수 있다는 여지를 남겼다.

둘째, 대법원의 판례중에는 흠의 중대성만을 이유로 당연무효를 인정하거나, 그 흠의 명백성여부에 대한 뚜렷한 판단을 내리지 않은 채 흠이 중대·명백하다 하여 당연무효를 인정한 사례가 적지 않았고, 또는 최근까지도 그와같이 뚜렷한 명백성판단없이 처분의 당연무효를 인정한 종래의 판례를 원용하여 동일한 결론을 도출하는데 그치는 사례들이 나오고 있는데, 이들중 중대성은 인정된다 하더라도 명백성을 인정할 수 있는지가 의문시되는 경우가 적지 않다는 것이다. 그 대표적인 예로는 공무원임용결격자에 대한 임용행위를 당연무효라고 판시한 종래의 판례를 원용하여 퇴직급여청구권을 부인한 대법원 95누9617 판결³²⁾을 들 수 있다. 대법원은 이 사건 판결에서 공무원임용결격자에 대한 임용행위는 당연무효라고 판시한 1987년 4월 14일 선고 86누459판결을 원용하여 동일한 결론을 내리

32) 金性洙, 行政法 I, 법문사, 1998, 270-272.

33) 대법원 1996년 2월 27일 선고, 95누9617 판결(공1996상, 1141).

고 있다.³⁴⁾ 이 사건 판결에서 원용된 86누459판결은 국가공무원법에 규정되어 있는 공무원임용결격사유는 공무원으로 임용되기 위한 절대적인 소극적 요건으로서 공무원관계는 국가공무원법 제38조, 공무원임용령 제11조의 규정에 의한 채용후보자 명부에 등록된 때가 아니라 국가의 임용에 있는 때에 설정되는 것이므로 공무원임용결격사유가 있는지의 여부는 채용후보자 명부에 등록된 때가 아닌 임용당시에 시행되던 법률을 기준으로 하여 판단할 것이고, 임용당시 공무원임용결격사유가 있었다면 비록 국가의 과실에 의하여 임용결격자임을 밝혀내지 못하였다 하더라도 그 임용행위는 당연무효로 보아야 한다고 판시했었다. 대법원은 이러한 해석이 사회정의에 위반된다거나 형평의 원칙에 현저히 위반된다고 할 수 없으며, 따라서 1987년 4월 14일 선고 86누459판결을 현재로서는 변경할 필요가 없다고 판단하고 있는 것이다.³⁵⁾

대법원의 이러한 판례는 그 결론에 있어 일반대중이나 공직사회의 법적 정서와는 상당한 거리가 있는 것일지라도, 국가공무원법 제33조 제1항 각호의 결격사유를 지닌 자를 공직임용에서 배제함으로써 공직에 대한 국민의 신뢰를 확보하려는 국가공무원법의 취지에 비추어 볼 때, 그 자체로서는 타당하다고 보아야 할 것이다. 헌법재판소 역시 구 국가공무원법(1973. 2. 5. 법률 제2460호로 개정되기 전의 것) 제33조 제1항 제4호, 제69조 등에 대한 위헌소원에서 그러한 국가공무원법의 취지를 정당한 것으로 수용한 바 있다. 즉 헌법재판소는 이 사

34) 대법원의 86누459판결은 가히 임용결격자에 대한 임용처분의 당연무효에 관한 'leading case' 라고 할 만하다(다만, 이 판결 이전에도 유죄판결에 따른 집행유예기간 1년이 종료된 날로부터 1년이 경과되지 아니한 결격사유를 지닌 원고를 기능직 공무원으로 임명한 처분은 당연무효라고 판시한 대법원 1980.10.14. 선고 79누12 판결(국가공무원신분확인: 공1980, 13332)이 있었다). 다음과 같은 판결들이 모두 86누459판결을 원용하여 동일한 결론을 내렸기 때문이다: 대법원 1995.9.15. 선고 95누6496판결 퇴직연금청구반려처분취소등(공95.10.15.1002(59)); 1995.9.29. 선고 95누7833판결 퇴직연금청구반려처분취소(공95.11.15.1004(42)); 1995.10.12. 선고 95누5905판결 퇴직급여제한지급처분취소(공1995, 3800); 1996.4.12. 선고 95누18857 1995누18857 퇴직급여부지급처분취소; 1997.7.8. 선고 96누4275 판결 경찰공무원신분확인(공97.8.15.[40], 2388); 1996.7.12. 선고 96누3333 퇴직급여부지급처분취소 판결(공1996하, 2519); 대법원 1998.1.23. 선고 97누16985판결 퇴직일시금지급처분취소(공98.3.1.[53], 623).

35) 대법원 1996년 2월 27일 선고, 95누9617 판결.

진 법률조항들이 범죄행위로 인하여 형사처벌을 받은 공무원을 공무원으로 임용될 수 없도록 하고 임용된 후에는 공무원직에서 당연퇴직하도록 규정한 것은 “공무원은 국민전체에 대한 봉사자로서 고도의 윤리·도덕성을 갖추어야 할 뿐 아니라 그가 수행하는 직무 그 자체가 공공의 이익을 위한 것이고 원활한 직무수행을 위하여는 공무원 개개인이나 공직에 대한 국민신뢰가 기본바탕이 되어야 하는바, 공무원이 범죄행위로 인하여 형사처벌을 받은 경우에는 당해 공무원에 대한 국민의 신뢰가 손상되어 원활한 직무수행에 어려움이 생기고 이는 곧바로 공직전체에 대한 신뢰를 실추시켜 공공의 이익을 해하는 결과를 초래하게 되므로” 국민전체의 이익을 위해 적절한 수단이 될 수 있고 공무원에게 공무를 위임한 국민의 일반의사에도 부합할 것이라고 판시한 바 있다.³⁶⁾

그러나 대법원의 이 사건 판결은 다음과 같은 이유에서 이론적인 문제점을 지니고 있다. 행정행위(처분)의 흠의 효과에 대한 ‘중대명백설’을 취하는 대법원의 확립된 판례에 비추어 볼 때 이 사건에서 결격사유를 간과한 임용행위의 흠을 명백하다고 볼 수 있는지 의문이 없지 않기 때문이다. 대법원 86누459판결의 요지는 국가공무원법 소정의 결격사유는 공무원임용을 위한 절대적인 소극적 요건이므로 임용당시 공무원임용결격사유가 있었다면 비록 국가의 과실에 의하여 임용결격자임을 밝혀내지 못하였다 하더라도 그러한 결격사유를 지닌 자에 대한 임용처분은 당연무효로 보아야 한다는 것이었다. 여기서 대법원이 국가공무원법 소정의 결격사유를 공무원임용을 위한 ‘절대적인 소극적 요건’이라고 판시했다는 데 주목할 필요가 있다. 그것은 대법원이 그러한 결격사유에 해당하면 그 명백성을 따질 필요도 없이 막바로 임용처분은 당연무효라고 보는 것이 아닌가 하는 이유 있는 의문이 생기기 때문이다. 이 사건 판결에서 문제된 결격사유를 간과하고 행해진 임용처분의 흠이 중대하다는 것은 이미 앞에서 본 바와 같은 이유에서 충분히 수긍할 수 있으나, 그것이 명백한지는 의문이다. 즉 당해 공무원이 임용결격사유에 해당한다는 사실이 당사자의 주관적 판단이나 법률전문가의 인식능력에 의해서가 아니라 통상적인 주의력과 이해력을 갖춘 일반인의 판단에 따를 때 누

36) 헌법재판소 1997.11.27. 선고 95헌바14, 96헌바63·85(병합) 全員裁判部결정(헌공 제25호). 다만, 헌법재판소는 이 사건 결정에서 임용결격자에 대한 임용행위가 당연무효인지 여부, 사실상 공무원으로서 근무하였다면 임용의 하자가 치유되어 적법한 공무원으로서의 신분을 취득하는지 여부 등은 일반법규의 해석과 적용의 문제로서 원칙적으로 헌법재판소의 심판대상이라고 할 수 없다고 판시하고 있다.

구의 의심도 허용하지 않을 만큼 객관적으로 확실하다고 보기 어렵기 때문이다. 오히려 대법원이 자신이 견지하고 있는 중대명백설에 따른다면 당해 임용처분의 흠은 취소사유에 해당한다고 보았어야 논리적 일관성이 유지될 수 있었을 것이다. 이러한 의문은 행정행위의 흠이 중대·명백한 것인지를 판단함에 있어 당해 법률의 목적·의미·기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 그 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰하여야 한다는 전술한 대법원의 판례에 의해서도 사라지지 않는다. 반면 대법원이 이 사건 판결과 이를 전후한 일련의 판결에서 일관되게 보인 태도는 앞에서 살펴본 중대명백설에 대한 수정이론과도 거리가 멀다.

이렇게 볼 때 대법원 역시 중대명백설을 판단의 준거로 삼으면서도 반드시 그 이론적 요구를 철두철미하게 관철시켜왔다고는 보기 어렵다. 오히려 명시적으로 표명되지는 않았지만 때로는 定言的 判斷으로 때로는 기존의 판례를 원용하여 일정한 부류의 흠을 절대적 무효사유로 범주화하여 구체적 타당성을 기하고자 노력했던 것이라고 보아야 할 것이다.

3. 行政行爲의 無效理論으로서 重大明白說에 대한 解釋論的 修正과 立法論的 補完

중대명백설에 있어 흠의 明白性은, 흠의 존재가 당사자의 주관적 판단이나 법률전문가의 인식능력에 의해서가 아니라 통상적인 주의력과 이해력을 갖춘 일반인의 판단에 따를 때 누구의 의심도 허용하지 않을 만큼 객관적으로 확실한가에 의해 결정된다. 그러나 이 「明白性」은 반드시 명백하다고 볼 수 없는 경우도 있다. 구체적인 사안에 있어 어떤 행정행위가 중대하고 명백한 흠을 지니고 있는지 여부에 대해 의문이 있을 수 있기 때문이다.

앞에서 논의한 바와 같이 대법원은 기본적으로 중대명백설에 입각하면서도 사안에 따라 일정한 범주의 흠을 명백성심사를 거치지 않고 막바로 무효사유로 간주하거나 ‘취소소송의 제기가 법률상 불가능하였다는 등의 특별한 사정’이 있는 경우에는 흠의 명백성이 인정되지 않더라도 당연무효라고 볼 수 있다고 판시하고, 또 흠의 중대·명백성을 판단함에 있어 당해 법률의 목적·의미·기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 그 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰하여야 한다고 실시함으로써, 전체적으로 보아 일관성에 대한 의문을 남겼다. 일본의 경우에도 最高裁判所가 중대명백설의 입장에 서면서도 명백성요

건의 완화가능성을 시사하는 판결(1973년 4월 26일의 판결)을 내리고 있다. 그 까닭은 무엇일까? 한편 독일 행정절차법이 제44조 제1항에서 중대명백설을 입법적으로 수용하면서도 제44조 제2항과 제3항에서 언제나 행정행위의 무효를 초래하는 절대적 무효사유와 행정행위의 무효가 인정될 수 없는 하자의 유형을 각각 명시적으로 열거한 이유는 무엇일까?

그것은 행정행위의 무효이론으로서 중대명백설을 일률적으로 적용할 경우 구체적 타당성을 기할 수 없는 사례상황들이 존재하기 때문이다. 독일 행정절차법의 경우 제44조 제1항에서 중대명백설을 수용하면서도 같은 조 제2항에 열거된 경우에 해당하는 행정행위는 제1항의 요건에 해당하지 않더라도 절대적으로 무효라고 보아야 합당하다는 판단이 입법의 배경이 되었던 것이다. 법질서 전체에 비추어도저히 용인할 수 없는 치명적인 흠이 있는 경우에도 법적 안정성의 요청 때문에 그 잠정적 유효성을 인정하거나 쟁송기간이 지났다고 하여 종국적 유효성(불가쟁력)을 인정하여야 한다는 것은 정당화되기 어렵다. 나아가 사실상 법적 안정성의 요청을 고려할 필요가 없거나 제3자의 권익을 침해할 여지가 없는 경우에도 중대명백설을 고수하여 명백성결여를 이유로 행정행위의 효력을 유지시켜야 한다면 이는 중대명백설의 논거 자체(법적 안정성의 요청)에 대한 자기부정의 결과가 될 뿐이다.

이러한 문제에 대한 해결책은 두가지로 나누어 볼 수 있다. 그 하나는 해석론적 차원에서 중대명백설을 수정하는 방법이다. 이것은 전술한 바와 같이 중대명백설을 행정의 법적합성원칙과 법적 안정성의 원칙간의 형량을 통해 흠있는 행정행위의 효력을 판단하기 위한 법적 준거 또는 작업공식으로 재인식함으로써 가령 법적 안정성의 요청을 고려할 필요가 없는 경우에는 그 흠의 존재가 명백하지 않더라도 행정행위의 무효를 인정하는 이론적 수정을 의미한다. 물론 중대명백설의 기초를 포기할 필요는 없으며 또 포기해서도 아니된다. 또한 반드시 당연무효가 인정되는 범위를 넓혀야 하는 것도 아니며, 그 결과 공무원임용결격자에 대한 임용처분의 효력에 관한 판례에서 본 바와 같이 반드시 행정과 국민 어느 한쪽을 우선시켜야 하는 것도 아니다. 또 다른 하나는 입법론적 차원에서 절대적 무효사유를 법정하는 방법이다. 가령 행정절차법에 이제까지 판례와 학설을 통해 밝혀진 무효사유를 유형화하여 그 중 흠의 존재가 명백하지 않다 하더라도 무효사유로 보아야 할 필요가 현저한 경우를 법정하는 방법, 또는 각 개별법에 절대적 무효사유를 명시하는 방법을 생각할 수 있을 것이다. 이 경우 행정행위의 흠의 효과에 대한 대법원의 판례와 독일 행정절차법 제44조의 입법태도를 참고할 필요가

있을 것이다. 궁극적으로는 이와같은 입법적 해결이 바람직하겠지만, 그 때까지는 해석론적 차원에서 중대명백설에 대한 판례변경을 통해 좀더 설득력있는 무효이론을 형성해나감으로써 행정행위의 효력이 무효인지 취소할 수 있는 것인지에 관한 법적 불확실성을 제거할 필요가 있다.

Ⅳ. 結 論

우리는 이제까지 행정행위의 무효이론으로 우리나라는 물론 독일과 일본에서도 지배적인 이론인 중대명백설의 내용을 재검토해 보았다. 거기서 도출된 결론을 요약하면 다음과 같다.

1. 행정행위의 무효이론으로서 중대명백설은 행정의 법적합성 원칙과 법적 안정성의 원칙간의 형량을 통해 흠있는 행정행위의 효력을 판단하기 위한 작업공식으로서 이론적 정당성을 가진다. 그것은 개별구체적 사안과의 교섭을 통하여 법관의 법적 판단에 의한 구체화를 필요로 하는 법적 준거이자 형량공식이다.

2. 대법원의 판례는 중대명백설을 기초로 하면서도 개별사안에 따라서는 뚜렷한 명백성심사를 거치지 않고 막바로 당연무효를 定言적으로 인정하거나, 일정한 유형의 흠들을 기존의 판례를 원용하여(절대적) 무효사유로 범주화하거나 '취소소송의 제기가 법률상 불가능하였다는 등의 특별한 사정'이 있는 경우에는 흠의 명백성이 인정되지 않더라도 당연무효라고 볼 수 있다고 판시하고, 또 흠의 중대·명백성을 판단함에 있어 당해 법률의 목적·의미·기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 그 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰하여야 한다고 설시하는 등, 전체적으로 보아 일관성에 대한 의문을 불러일으키고 있다. 이는 중대명백설 자체가 논거로 삼는 법적 안정성의 요청이나 법치국가원칙이 요구하는 법적 예측가능성에 비추어 판례의 이론적 설득력을 손상시키는 요인으로 작용할 우려가 있다.

3. 행정행위의 무효이론으로서 중대명백설을 일률적으로 적용할 경우 구체적 타당성을 기할 수 없는 사례상황들이 존재한다. 거기서 생기는 문제를 해결하기 위하여는 우선 중대명백설의 입장에서 그 범익형량적 측면을 재발견함으로써 이를 실질적 정의와 법적 안정성의 함수로 재구성할 필요가 있다. 경우에 따라 법적 안정성의 요청을 고려할 필요가 없는 경우에는 그 흠의 존재가 명백하지 않더라도 행정행위의 무효를 인정하는 이론적 수정이 필요하다. 그러나 그렇다고 하여 중대명백설의 법리를 탈피할 필요는 없으며, 반드시 당연무효가 인정되는 범

위를 넓혀야 하는 것도 아니다.

4. 행정행위의 무효여부를 둘러싼 법적 불확실성을 해소하기 위하여 독일 행정절차법 제44조와 같은 행정절차법상의 입법론적 보완이 필요하다. 문제는 행정행위의 무효여부에 대한 법적 불확실성으로 인한 예측가능성의 손상을 방지하는데 있다.

참고문헌

- 金道稔, 一般行政法論(上), 靑雲社, 1992.
 金東熙, 行政法 I, 博英社, 1997.
 金南辰, 行政法 I, 法文社, 1997.
 金性洙, 行政法 I, 법문사, 1998.
 金性洙, 권한없는 자의 행정행위(95.9.11자 법률신문).
 石琮顯, 一般行政法(上), 三英社, 1993.
 오진환, 조례의 무효와 그 조례에 근거한 행정처분의 당연무효 여부, 특별법연구 제5권, 1997.
 尹眞秀, 違憲인 法律에 根據한 行政處分の 當然無效 여부, 대법원판례해설 1994년하반기(통권 제22호).
 洪井善, 行政法原論(上), 博英社, 1995.
 홍준형, 행정법총론, 한울아카데미, 1997.
 芝池義一, 行政法總論講義(제2판), 有斐閣, 1996.
 鹽野宏, 行政法 I, 有斐閣, 1992.
 徐元宇·吳世卓譯, 日本行政法論, 法文社, 1996.
 Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, Walter de Gruyter, 10. Aufl.
 Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz, 4. Aufl., 1993.
 Kopp, Verwaltungsverfahrensgesetz 5. Aufl., 1991.
 Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., Verlag C.H.Beck, 1997.
 Meyer-Borgs, Verwaltungsverfahrensgesetz 2. Aufl., 1982.
 Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl., 1994.