

행정행위의 하자

행정행위의 하자

- 위법한 행정행위! + 부당한 행정행위!
- 행정행위의 효력발생을 방해하는 사정
- 하자有無판단의 기준시 - 원칙상 行政行爲時의 법령 및 사실상태가 기준
 - 허가 신청 후 처분 전 법령의 개정
 - 원칙: 개정된 처분시 법령적용
 - 예외: 공익보다 개정 전 법령의 존속에 대한 국민의 신뢰에 보호가지가 더 인정되는 경우
 - 판례 (→)

[2] 행정처분은 그 근거 법령이 개정된 경우에도 경과 규정에서 달리 정함이 없는 한 처분 당시 시행되는 개정 법령과 그에서 정한 기준에 의하는 것이 원칙이고, 그 개정 법령이 기존의 사실 또는 법률관계를 적용대상으로 하면서 종전보다 불리한 법률효과를 규정하고 있는 경우에도 그러한 사실 또는 법률관계가 개정 법률이 시행되기 이전에 이미 종결된 것이 아니라면(부진정소급적용) 이를 헌법상 금지되는 소급입법이라고 할 수는 없으며, 그러한 개정 법률의 적용과 관련하여서는 개정 전 법령의 존속에 대한 국민의 신뢰가 개정 법령의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 보호가치가 있다고 인정되는 경우에 그러한 국민의 신뢰보호를 보호하기 위하여 그 적용이 제한될 수 있는 여지가 있을 따름이다. (다음 판례→)

대법원 2001. 10. 12. 선고 2001두274 판결【**의사면허취소처분취소**】[집49(2) 특,459;공2001.12.1.(143),2477]

[3] 2000. 1. 12. 법률 제6157호로 개정되기 전의 의료법 제52조 제1항은 제8조 제1항 제4호 소정의 '파산선고를 받고 복권되지 아니한 자'를 임의적 면허취소사유로 규정하였다가 위 개정으로 그 항에 단서를 신설하여 위 사유를 필요적 면허취소사유로 규정하였는바, '파산선고를 받고 복권되지 아니한 자'를 파산선고 후 복권될 때까지 파산자의 상태에 있는 자의 의미로 해석한다면, 파산선고를 받고 복권되지 아니한 의사의 경우 파산자라는 결격사유가 위 법률 개정 전에 이미 종료된 것이 아니고 위 법률 개정 후에도 여전히 존속하고 있는 것으로 보아야 할 것이므로, 행정청으로서의 개정 전의 의료법을 적용하여 면허취소에 대한 재량판단을 할 것이 아니라, 개정된 의료법 제52조 제1항 단서에 따라 그 면허를 반드시 취소하여야 할 것이고, 그 의사가 파산선고 당시 파산을 임의적 취소사유로 규정한 개정 전 의료법의 존속에 대하여 신뢰를 가졌다 하더라도, 의료인 결격사유의 규정 취지에 비추어 볼 때, 그러한 그 의사의 신뢰가 개정된 의료법 규정의 적용에 관한 공익상의 요구와 비교·형량하여 더 보호가치 있는 것이라고 할 수 없다.(!)

[1] 법령의 개정에서 신뢰보호원칙이 적용되어야 하는 이유는, 어떤 법령이 장래에도 그대로 존속할 것이라는 합리적이고 정당한 신뢰를 바탕으로 국민이 그 법령에 상응하는 구체적 행위로 나아가 일정한 법적 지위나 생활관계를 형성하여 왔음에도 국가가 이를 전혀 보호하지 않는다면 법질서에 대한 국민의 신뢰는 무너지고 현재의 행위에 대한 장래의 법적 효과를 예견할 수 없게 되어 법적 안정성이 크게 저해되기 때문이고, 이러한 신뢰보호는 절대적이거나 어느 생활영역에서나 균일한 것은 아니고 개개의 사안마다 **관련된 자유나 권리, 이익 등에 따라 보호의 정도와 방법이 다를 수 있으며**, 새로운 법령을 통하여 실현하고자 하는 공익적 목적이 우월한 때에는 이를 고려하여 제한될 수 있으므로, 이 경우 신뢰보호원칙의 위배 여부를 판단하기 위해서는 한편으로는 **침해된 이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰가 손상된 정도, 신뢰침해의 방법 등과 다른 한편으로는 새 법령을 통해 실현하고자 하는 공익적 목적을 종합적으로 비교·형량**하여야 한다.

(대법원 2007.10.29. 선고 2005두4649 전원합의체 판결【한약사국가시험응시원 서접수거부처분취소】 [집55(2)특,624;공2007하,1853])

행정행위의 부존재

- 외관상 명백히 행정청의 행위로 볼 수 없는 행위
 - 행정기관이 아닌 사인의 행위
 - 행정기관의 행위이나 행정권발동으로 볼 수 없는 행위
 - 외부로 표시되지 않은 행정기관의 내부적 의사결정
 - 해제조건의 성취, 기한의 도래, 철회에 의한 소멸
- 무효와의 구별
 - 부존재: 행정행위의 성립요건이 충족되지 못한 경우
 - 무효: 행정행위는 성립, 다만 위법이 중대, 명백하여 행정행위가 효력을 발생하지 않는 경우

행정행위의 무효와 취소의 구별

- 구별필요성

- 행정쟁송의 방식: 취소심판, 소송 v. 무효확인심판, 소송
- 불가쟁력: 무효확인쟁송을 제기함에는 불복제기기간 제한 없음 (무효인 행위는 공정력도 인정X) →
- 선결문제: 취소할 수 있는 행위는 선결문제로서 그 효력을 부인할 수 없으나, 무효인 행정행위는 선결문제로 무효를 확인받을 수 있음
- 하자의 승계: 취소할 수 있는 행위는 선·후행행위가 하나의 효과를 목적으로 하는 경우에만 선행행위의 하자가 후행행위에 승계되지만(다수설·판례), 무효인 행정행위는 하나의 효과를 목적으로 하지 아니하는 경우에도 승계
- 하자의 치유: 취소할 수 있는 행위에는 하자의 치유가 인정되지만, 무효인 행위에는 하자의 치유가 인정되지 않음(다수설)
- 기타 교과서 참조

무효와 취소의 구별기준

- 중대명백설 – 행정행위의 하자의 내용이 중대하고 하자가 외관상 명백한 경우에는 무효, 한 요건이라도 결여한 경우에는 취소할 수 있는 행정행위로 봄
- 중대설 – 중대한 하자만 있으면 무효. 하자의 중대성을 기준으로(능력규정, 강행규정 위반은 중대, 나머지 명령규정이나 비강행규정 위반은 취소)
- 명백성보충요건설 – 중대한 하자는 무효이지만, 제3자나 공공의 신뢰보호의 필요가 있는 경우 보충적으로 명백성을 요구.
즉, 중대성은 항상 요구되나 명백성은 가중적으로 필요한 경우에만 요구 (동일한 처분이 대량으로 행하여졌거나 이해관계를 가진 제3자가 있는 경우에는 명백성 요구, 272판례 참조→)

[다수의견] 하자 있는 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. **(중대명백설의 입장)**

[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 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. **(명백성보충요건설의 입장)**

(출처 : 대법원 1995.7.11. 선고 94누4615 전원합의체판결【**건설업영업정지처분 무효확인**】 [집43(2)특,495;공1995.8.1.(997),2633]) →

위헌법률에 근거한 행정처분

헌법재판소법 제47조 (위헌결정의 효력)

- ① 법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다.
- ② 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다. 다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다. (장래효)
- ③ 제2항 단서의 경우에 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다.
- ④ 제3항의 재심에 대하여는 형사소송법의 규정을 준용한다.

- 소급효의 인정범위

- ②위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 **그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실**한다
- 해석에 있어서 대립: 위헌결정은 확인이니까 소급효
v. 장래효 (장래적으로 무효)

- **헌재:**

- ① 당해 사건
- ② 위헌결정 이전에 위헌제청을 한 경우 당해 사건
- ③ 당해 법률이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건
- ④ 소급효를 부인하는 것이 정의 및 헌법 이념에 배치되는 경우

- **법원:**

- ① 당해 사건
- ② 당해 법률이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건
- ③ 위헌결정 이후에 같은 이유로 제소된 일반사건
단, 제소기간이 남아 있어야 함

- 위헌법률에 근거한 행정처분의 효력 (교과서)
 - 대법원 : 당연무효사유는 아님
 - 헌재 : 당연무효사유는 아님, 다만 행정처분 자체의 효력이 쟁송기간경과 후에도 존속중인 경우 예외로 보아 당연무효사유로 보아 쟁송기간 도과 후에도 다룰 수 있게 보고 있음
- 행정처분의 집행
 - 처분의 집행 단계에서 법률이 위헌으로 결정된 경우?
 - 더 이상 진행할 수 없음!

무효인 행정행위

: 외관상은 행정행위가 성립, but 하자가 중대하여 효력을 발생하지 않는 경우

- 무효사유
 - 법률이 무효라고 규정 혹은 하자가 중대명백
- 무효의 효과
- 사법적 무효주장 방법 - 무효확인심판, 소송
- 일부무효
 - 가분 → 그 부분만 무효/ 나머지 유효
 - 중요한 부분이 무효인 경우 행정행위 전체 무효

행정행위의 하자의 정리

1. 주체의 하자

(1) 행정청의 무권한의 행위

행정청이 사항적·지역적 한계를 넘어 권한 없는 처분을 한 경우, 무권한자의 행위는 원칙적으로 무효라는 것이 판례와 학설의 태도

행정기관의 권한에는 사무의 성질 및 내용에 따르는 제약이 있고, 지역적·대인적으로 한계가 있으므로 이러한 **권한의 범위**를 넘어서는 **권한유월의 행위**는 무권한 행위로서 원칙적으로 무효이다(대판 1996. 6. 28, 96누4374).

(2) 공무원 아닌 자의 행위

- ① 명백히 공무원이 아닌 자의 행위는 행정행위의 부존재사유가 됨
- ② 임용결격사유가 있어 선임행위가 무효이거나 취소된 공무원이 행한 행위는 원칙적으로 무효이다.

그러나 적법하게 선임되지 않은 공무원의 행위라고 하더라도 객관적으로 공무원의 행위라고 믿을 만한 상태에서 행하여진 경우에는 일반의 신뢰와 법적 생활의 안정을 위하여 사실상의 공무원의 행위로 보아 유효한 행정행위로 봄(사실상의 공무원의 이론).

(3) 대리권이 없는 자의 행위 · 권한을 위임 받지 않은 자의 행위

(4) 행정기관의 의사에 결함이 있는 경우

① 의사능력이 없는 자의 행위

② 한정치산자 · 금치산자는 공무원의 결격사유에 해당되기 때문에 무효

③ 판례는 착오에 의한 사실오인에 기한 행정행위를 무효라고 보기도 하고(대판 1983. 8. 23, 83누179), 취소할 수 있는 행위로 보기도 함(대판 1962. 9. 27, 62누29)

④ 상대방의 사기, 강박 또는 뇌물의 수수 기타의 부정행위에 의한 행위는 취소할 수 있는 행위에 해당된다(대판 1975. 12. 9, 75누123).

2. **내용**의 하자

① 불능을 내용으로 하는 행위는 무효(다수설)

(판례: 사망자에 대한 처분은 무효)

② 행정행위의 내용이 사회통념상 인식할 수 없는 정도로 불명확한 경우에는 원칙적으로 무효

③ 선량한 풍속 기타 사회질서(공서양속)에 반하는 행정행위 효력은 취소 원인이 됨(다수설)

3. **절차**상의 흠결

(1) 상대방의 신청이나 동의를 결한 행위

쌍방적 행정행위의 경우 상대방의 신청이나 동의를 결한 행위는 무효

(2) 타행정기관 등의 협력을 결여한 행위

학설은 협력 등의 의미에 따라 무효 또는 취소원인에 해당된다고 보지만 판례는 취소원인으로

관계기관의 장과 협의를 거치지 않고 행한 택지개발예정지구 지정처분의 하자의 정도(구)택지개발촉진법 법 제3조에서 **건설부장관이 택지개발예정지구를 지정함에 있어 미리 관계중앙행정기관의 장과 협의를 하라고 규정한 의미는 그의 자문을 구하라는 것이지 그 의견을 따라 처분을 하라는 의미는 아니라 할 것이므로 이러한 협의를 거치지 아니하였다고 하더라도 이는 위 지정처분을 취소할 수 있는 원인이 되는 하자 정도에 불과하고 위 지정처분이 당연무효가 되는 하자에 해당하는 것은 아니다**(대판 2000. 10. 13, 99두653).

(3) 의견진술이나 청문의 기회를 부여하지 않은 행위

현재 판례는 청문 등을 거치지 않은 행위를 단순 취소사유에 해당된다고 보고 있음

4. 형식에 관한 흠

① 법령상 문서에 의할 것을 요하는 경우에 문서에 의하지 않은 경우는 원칙적으로 무효(학설 · 판례)

그러나 단순 기재상의 오류는 취소원인

② 행정청의 서명날인을 요구하는 행위에 있어서 이를 결여한 경우에는 무효라는 것이 학설의 태도

행정행위의 하자의 승계

- 행정의 여러 단계의 행정행위를 거쳐 행해지는 경우에 선행 행정행위의 위법을 이유로 적법한 후행 행정행위의 위법성을 주장할 수 있는지의 문제
- 논의의 전제
 - ① 선행행위와 후행행위가 모두 항고소송의 대상이 되는 처분일 것
 - ② 선행행위에 취소할 수 있는 위법이 존재할 것
 - ③ 선행행위에 불가쟁력이 발생해 있을 것
 - ④ 선행행위는 위법하나 후행행위는 적법할 것

하자의 승계 인정범위

- 학설

- 선행행위와 후행행위가 상호 관련성이 있더라도 별개의 목적으로 행해지는 경우에는 승계X
- 선행행위와 후행행위가 일련의 절차를 구성하면서 하나의 효과를 목적으로 하는 경우 승계

- 판례

- 선행행위와 후행행위가 서로 결합하여 1개의 법률효과를 완성하는 경우(조세채납처분에 있어서 독촉, 압류, 매각, 충당의 각 행위 사이; 행정대집행에 있어 계고, 대집행영장의 통지, 대집행, 대집행비용의 납부 명령의 각 행위 사이)
- 별개의 효과의 경우(!)
 - 원칙: X
 - 예외: 수인성의 원칙

행정행위의 치유

- : 행정행위가 발령 당시에 적법요건을 완전히 구비한 것이 아니어서 위법한 것이라고 하여도 **사후에 흠결을 보완**하게 되면, 발령당시의 하자에도 불구하고 그 행위의 효과를 다룰 수 없도록 유지하는 것
- 인정근거
 - 통설과 판례는 명문의 규정이 없음에도 하자의 치유를 인정
 - **판례**: 하자있는 행정행위의 치유나 전환은 행정행위의 성질이나 법치주의의 관점에서 볼 때 원칙적으로 허용될 수 없는 것이지만, 행정행위의 무용한 반복을 피하고 당사자의 법적 안정성을 위해 이를 허용하는 때에도 국민의 권리와 이익을 침해하지 않는 범위에서 구체적 사정에 따라 합목적적으로 인정해야 할 것이다(대판 2001. 6. 26, 99두11592).
- 적용범위 - 취소할 수 있는 행정행위에만 인정

- 효과 – 소급적(처음부터 적법한 행위와 같은 효과)
- 한계
 - 실체적 한계

행정행위의 성질이나 법치주의의 관점에서 볼 때 하자있는 행정행위의 치유는 원칙적으로 허용될 수 없을 뿐만 아니라 이를 허용하는 경우에도 **국민의 권리와 이익을 침해하지 않는 범위에서만 가능**(대판 1991.5.28, 90누1359).

- 시간적 한계

하자의 추완이나 보완은 **행정심판· 행정쟁송의 제기 이전에만 가능**(다수설과 판례)

하자 있는 행정행위의 전환

- 하자 있는 행정행위를 적법한 다른 행정행위로(예: 위법의 징계면직처분을 적법의 직권면직처분으로) 유지시키는 것
- 행정법상으로는 통칙적 규정이 없지만 통설과 판례는 하자의 전환을 인정
- 적용영역
 - 다수설과 판례는 하자있는 행정행위의 전환을 **무효인 행위에만** 인정
 - 최근에는 취소할 수 있는 행위를 취소한 후 새로운 처분을 하기 보다 전환하는 것이 상대방에게 유익하다는 점에서 취소할 수 있는 행정행위에도 전환을 인정하여야 한다는 견해가 유력

- 전환의 요건

- 적극적 요건

- ① 전환 전의 행위와 전환 후의 행위는 본질적인 점에서 목적·효과가 동일할 것
 - ② 양 행위의 절차와 형식이 동일할 것
 - ③ 전환 후의 행위의 적법요건이 존재할 것 등

- 소극적 요건

- ① 전환이 행정청의 의사에 반하지 않을 것
 - ② 전환이 관계자에 불이익하지 않을 것 등

- 효과

- 하자 있는 행정행위의 전환은 새로운 행정행위를 가져옴
 - 새로운 행위의 효력은 하자 있는 행정행위의 발령시점에 발생