

신뢰보호원칙에 대한 재고찰

康 鉉 浩*

- | |
|------------------------|
| I. 들어가는 글 |
| II. 신뢰보호원칙에 대한 재고찰의 계기 |
| III. 신뢰보호원칙 일반론 |
| IV. 신뢰보호원칙에 대한 재고찰의 시도 |
| V. 결론 |

I. 들어가는 글

행정법은 국가와 사인간의 관계를 규율하는 법으로서 공권력에 기초한 불평등한 법률관계를 규율하는 법이다. 이러한 행정법은 이제 탄생한지 약 200여년 남짓하여 상대적으로 2천 여년이 넘는 민사법과 비교해보면 그야말로 신생아에 불과하다. 그러나 행정법은 민사법으로부터 나온 민사법의 분과법이거나 특별법이 아니라, 오히려 민사법과는 그 뿌리를 전혀 달리하는 독자적인 법이다. 이러한 독자적인 법으로서 행정법에 있어서의 특징은 “행정법의 일반원칙”이 매우 중요한 역할을 수행한다는 것이다. 행정법의 일반원칙을 과거에는 “조리”라고도 불렀으나, 현재에는 조리라고 부르는 학자는 거의 없고, 거의 모두가 다 행정법의 일반원칙(Grundsätze des Verwaltungsrechts)이라고 부르고 있다.¹⁾ 행정법의 일반원칙이 행정법에 있어서는 매우 중요한 역할을 수행하고 있는바, 이러한 행정법의 일반원칙은 비단 법률적인 차원에 머무르는 것이 아니라 헌법적 차원으로 고양된 원칙도 다수 존재한다. 예를 들면,

* 성균관대학교 법과대학 부교수.

1) 김철용, 행정법 I, 2004, 48면; 홍정선, 행정법특강, 2005, 38면.

평등의 원칙, 비례의 원칙, 부당결부금지의 원칙 등이 그것이다. 이 시간에는 행정법의 일반원칙 중에서도 특히 신뢰보호의 원칙(Vertrauensschutzprinzip)에 대해서 다루고자 한다. 신뢰보호의 원칙은 영·미법상의 금반언의 원칙(Estoppel), 즉 “기왕에 내뱉은 말과 반대 내지 모순되는 말을 하여서는 아니된다”는 원칙에 비교할 수 있다.²⁾ 이러한 신뢰보호의 원칙은 독일에서는 연방행정재판소(Bundesverwaltungsgerichtshof)의 판결에 의하여 발전되었다고 일컬어지고 있는데, 특히 과부사건(Witwenurteil)을 최초로 탄생하였다고 알려져 있다.³⁾

과부사건은 과거에 구 동독의 한 과부가 서독으로 이주를 하려고 하였다. 당시에 동독에서는 60세가 넘는 노인들에 대해서는 부양의무를 면하기 위해서 서독으로 이주하는 것을 허용하였다. 그래서 한 과부가 서독으로 가고자 하였는데, 그 즈음에 서독에서는 자신의 동독에 비교하여 경제적 우위를 과시하고자 한시적으로 동독으로부터 이주하는 노인들에게 노인연금을 지급하였다. 그래서 그 과부는 서독의 행정청에게 자신이 노인연금을 탈 수 있는가에 대해서 문의하였고, 서독의 행정청은 노인연금을 받을 수 있다고 회신하였다. 이를 믿고 이 과부는 서독으로 이주하였으나, 그만 그 법규정이 기한의 경과로 인하여 소멸되어서 서독의 행정청은 과부에게 노인연금의 지급을 거절하였다. 이에 이 과부는 행정법원에 제소를 하였고, 연방행정법원은 신뢰보호의 원칙에 기초하여 행정청에게 노인연금을 지급할 것을 명하는 판결을 하였다. 이렇게 탄생하여 발전된 신뢰보호원칙은 독일에서 학설과 판례를 통하여 형성되어 오다가, 1976년 독일 연방행정절차법의 제정으로 동법 제48조에서 제도화되었으며, 이제 행정의 전 영역, 특히 수익적 행정행위의 취소나 적법한 행정행위의 철회와 관련하여 국민의 권익을 위하여 중요한 역할을 수행하게 되었다. 여기서 신뢰보호의 원칙이라고 할 때 신뢰의 보호란 행정작용의 존속에 대한 보호와 또한 행정작용이 취소 내지 철회되는 경우에 입은 손해에 대한 보상을 통한 보호 등을 포함하는 개념이다.⁴⁾

II. 신뢰보호원칙에 대한 재고찰의 계기

2) 김동희, 행정법 I, 2002, 57면.

3) BVerwGE 9, 251 ff. (Witwen-Urteil).

4) Maurer, AllgVerwR, § 11 Rn. 27.

1. 허위의 재직증명서와 주택조합설립인가

행정청이 수익적 행정처분을 취소하는 경우에는 그 처분을 취소하여야 할 공익상의 필요가 그 취소로 인하여 당사자가 입게 될 기득권과 신뢰보호 및 법률생활안정의 침해 등 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 취소할 수 있으나 그 수익적 행정처분의 하자가 당사자의 사실은폐나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위에 기인한 것이라면 당사자는 그 처분에 의한 이익이 위법하게 취득되었음을 알아 그 취소가능성도 예상하고 있었다고 할 것이므로 그 자신이 위 처분에 관한 신뢰이익을 원용할 수 없음은 물론 처분청이 이를 고려하지 않았다고 하여도 재량권의 남용이 되지 않는다고 할 것이다(당원 1991.8.23. 선고 90누7760판결; 1990.2.27. 선고 89누2189 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면 원심은 그 거시증거에 의하여, 소외 장안개발 주식회사는 1988. 5. 9. 소외 한국토지개발공사로부터 서울 구로구 신도림동 312의 1 잡종지 등 4필지 토지를 매수하기로 그 판시와 같이 계약을 체결한 다음 그 지상에 408세대분의 조합아파트를 건설하기로 계획을 하고 직장주택조합을 모집하였으나 소외 해태제과 주택조합 169세대 등 합계 210세대분 밖에 모집하지 못하여 목표에 크게 미달하게 되자 위 장안개발의 대표이사인 소외 유병옥 등은 조합아파트를 분양받기를 희망하는 사람들을 아무나 모집하여 그들이 직장에 근무하는 것처럼 허위의 재직증명서를 작성, 설립이 용이한 직장주택조합을 만들어 위 해태제과 직장주택조합 등 정상적인 직장주택조합과 연합하여 조합주택을 건설하기로 모의한 다음, 단지 1년 이상의 무주택세대주라는 증명만 갖추면 이 사건 조합아파트를 분양받을 수 있다고 광고를 하여 조합가입을 희망한 150여 명을 모집한 후 소외 윤석준 등 46명이 소외 미성종합엔지니어링주식회사의 회원인 것처럼 가장하여 그들을 조합원으로 한 원고 조합을 설립한 것을 비롯하여 소외 임우상 등 49명은 소외 산호기업 주식회사의 회원인 것처럼, 소외 홍상표 등 43명은 소외 주식회사 인화종합개발의 회원인 것처럼 소외 김인규 등 40명은 소외 주식회사 무구토건의 회원인 것처럼 각 가장하여 그들을 조합원으로 하는 위 각 회사 직장주택조합을 설립하여 1988. 12. 8.부터 1989. 7. 8.까지 사이에 각 그 인가를 받은 사실, 그런데 원고 조합의 조합원 등 위 각 조합원들은 가입 당시 자신들이 위 각 소외 회사에 근무하지 않는데도 근무하는 것처럼 허위의 재직증명서가 작성되어 직장주택조합이 설립된다는 사정을 미리 알고 조합가입신청을 한 사실, 한편 위 장안개발은 1990. 8. 23. 소외 구로구청장으로부터 그 판

시와 같은 조합아파트의 건축을 목적으로 하는 사업계획의 승인을 받고 공사를 시작하여 1992. 6.경 그 건축공사를 완료한 사실, 그리하여 원고 조합원을 포함한 대부분의 주택조합원이 이 사건 조합아파트에 입주하고 있는 사실, 그런데 서울지방검찰청 남부지청에서 위 유병옥 등에 대한 주택건설촉진법위반 피의사건을 수사하던중 원고 조합을 비롯한 위 4개의 직장주택조합이 모두 허위의 재직증명서를 제출하여 사위의 방법으로 직장주택조합의 설립인가를 받았다고 통보해 오에 따라 피고는 원고 조합의 조합원 전원이 무자격자임을 확인하고 판시와 같이 원고 조합에 대한 직장주택조합설립인가를 취소한 사실을 인정한 다음 원고 조합은 조합원들이 허위의 재직증명서를 제출, 사위의 방법으로 주택조합의 설립인가를 받은 것으로서 그 인가처분에 의한 이익이 위법하게 취득되었음을 알아 그 취소가능성도 예상하고 있었다고 할 것이므로 위 처분에 관한 신뢰이익을 원용할 수 없으며 또한 직장주택조합인 원고 조합을 설립요건이 다른 별개의 조합인 지역주택조합으로 전환할 수는 없다 할 것이고, 나아가 이 사건 처분으로 인하여 원고가 입을 그 주장의 모든 불이익을 참작하더라도 원고 조합과 같이 허위의 재직증명서를 작성 제출하는 등 사위의 방법으로 설립인가 받은 직장주택조합을 취소하지 아니하고 그대로 방치한다면 주택이 없는 국민의 주거생활의 안정을 도모하고 모든 국민의 주거수준의 향상을 목적으로 제정된 주택건설촉진법의 입법취지가 몰각되고, 다른 무주택자들에 대하여 원고 조합과 같은 위법행위를 조장하거나 국가의 주택공급질서를 문란하게 할 우려가 있는 점 등에 비추어 볼 때 법에 의한 주택조합설립절차와 그 공급질서를 문란하게 하는 행위를 사전에 예방한다는 더 큰 공익을 심히 해할 것으로 인정된다 할 것이다.⁵⁾

2. 신뢰보호와 법령의 변경

수산업법(이하 “법”이라 한다) 제35조 제1호는 허위 기타 부정한 방법으로 어업의 면허를 받은 경우에는 반드시 그 면허를 취소하도록 규정하고 있는바, 위 규정에서 말하는 “허위 기타 부정한 방법으로 어업의 면허를 받은 경우”라고 함은 정상적인 절차에 의하여는 어업의 면허를 받을 수 없는 경우임에도 불구하고 위계 기타 사회통념상 부정이라고 인정되는 모든 행위를 사용하여 면허를 받은 경우를 뜻하는 것으로서 적극적 및 소극적 행위를 사용한 경우를 모두 포함한다 할 것이다.

원심판결 이유에 의하면 원심은, 피고보조참가인이 종전부터 원심판결 별지 기재

5) 대법원 1994.3.22. 선고 93누18969 판결 【주택조합설립인가취소처분취소】

6개의 구어업권(면허번호 제2호 내지 제7호) 합계 55ha를 보유하여 오던 중 법이 전면개정되어 보유어장의 면적이 30ha를 초과하게 되는 경우에는 면허를 받을 수 없도록 규정하자, 위 구어업권의 유효기간 만료 후의 어업권을 재신청함에 있어서 개인보유상한면적을 규정하고 있는 법 제10조 제3항, 시행령 제12조 제1항 제2호의 규정을 잠탈하기 위하여 1992. 4. 1. 자신과 친인척관계 내지 친분관계가 있는 소외 강병길, 홍성진, 이춘호, 홍기형에게 위 6개 구어업권 중의 각 일부지분을 양도하는 형식으로 어업권변경등록을 한 사실, 그 후 피고보조참가인은 구어업권의 유효기간 만료일이 다가오자 1992. 10. 19. 위와 같은 경위로 변경등록된 어업권 등록원부 등을 자료로 첨부하여 자신 및 위 소외인들의 공동명의로 새로운 어업권면허를 신청하고 우선순위결정에서 제1순위자로 결정되자 이에 터잡아 어업권면허를 신청하여 소외인들과 공동명의로 이 사건 6개의 신어업권면허(총어장면적 55ha)를 받은 사실, 피고보조참가인은 소외인들에게 구어업권의 각 일부지분을 양도하는 형식으로 구어업권변경등록을 하기 전에는 물론 그 후에도 단독으로 구어업권 전부를 행사하여 온 사실을 각 인정한 다음, 피고보조참가인 및 소외인들 공동명의로 받은 6개의 신어업권면허는 법 제10조 제3호, 시행령 제12조 제1항 제2호의 각 규정을 잠탈하기 위하여 허위 기타 부정한 방법을 사용하여 받은 면허에 해당한다고 판단하였는바, 기록 및 당원이 앞서 실시한 법리에 비추어 보면 원심의 위 인정과 판단은 정당하고 거기에 소론과 같은 채증법칙 위배 및 심리미진의 위법이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다. 수익적 처분이 있으면 상대방은 그것을 기초로 하여 새로운 법률관계 등을 형성하게 되는 것이므로, 이러한 상대방의 신뢰를 보호하기 위하여 수익적 처분의 취소에는 일정한 제한이 따르는 것은 소론과 같다 할 것이나, 이 사건의 경우와 같이 수익적 처분이 상대방의 허위 기타 부정한 방법으로 인하여 행하여졌다면 상대방은 그 처분이 위와 같은 사유로 인하여 취소될 것임을 예상할 수 없었다고 할 수 없으므로, 이러한 경우에만 상대방의 신뢰를 보호하여야 하는 것은 아니라고 할 것이다.⁶⁾

3. 허위의 졸업증명서와 33년의 기간의 경과

행정처분에 하자가 있음을 이유로 처분청이 이를 취소하는 경우에도 그 처분이 국민에게 권리나 이익을 부여하는 처분인 때에는 그 처분을 취소하여야 할 공익상의 필요와 그 취소로 인하여 당사자가 입게 될 불이익을 비교교량한 후 공익상의 필요

6) 대법원 1995.1.20. 선고 94누6529 판결 【행정처분취소】

가 당사자가 입을 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 취소할 수 있는 것이지만, 그 처분의 하자가 당사자의 사실은폐나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위에 기인한 것이라면 당사자는 그 처분에 의한 이익이 위법하게 취득되었음을 알아 그 취소가능성도 예상하고 있었다고 할 것이므로 그 자신이 위 처분에 관한 신뢰이익을 원용할 수 없음은 물론 행정청이 이를 고려하지 아니하였다고 하여도 재량권의 남용이 되지 않는다는 것이 당원의 견해이다.

원심판결 이유에 의하면 원심은, 그 채용 증거들을 종합하여, 원고가 진량중학교를 중퇴하였음에도 진량고등학교를 졸업한 것처럼 허위의 졸업증명서를 제출하여 공군 하사관에 지원하여 1966. 7. 4. 공군하사관후보생 제30기로 입대한 이래, 1968. 1. 1. 하사관으로 임용되고, 1970. 3. 1.에는 중사로, 1973. 6. 1.에는 상사로 각 진급하였고, 다시 지원에 의하여 1982. 12. 1. 준사관으로 임용된 사실, 그런데 공군참모총장이, 원고가 하사관으로 임용될 당시 시행되던 준사관및하사관임용규정(1962. 4. 14. 국방부령 제49호)에서 요구하는 학력요건을 갖추고 있지 않았음을 이유로, 1999. 11. 1. 원고에 대한 공군하사관 및 준사관임용을 취소하는 이 사건 처분을 한 사실을 인정 한 다음, 원고가 하사관으로 지원할 당시에 시행되던 위 규정 제3조 제1항에 의하면 지원에 의하여 하사관으로 임용될 수 있는 자는 "병장으로 6개월 이상 복무중인 자" 또는 "중학교 이상의 학교를 졸업한 자 또는 이와 동등 이상의 학력을 가진 자"에 해당하여야 하는데, 원고가 하사관을 지원할 당시 위와 같은 요건을 갖춘 자에 해당 하지 않으므로, 원고에 대한 하사관 임용은 소정의 자격을 갖추지 못한 자에 대하여 이루어진 것으로 위법하고, 한편, 원고가 준사관으로 지원할 당시에 시행되던 구군인 사법시행규칙(1989. 10. 27. 국방부령 제405호로 개정되기 전의 것) 제13조 제1호에 의하면 "상사로 2년 이상 복무중인 자"는 준사관에 지원할 수 있으나, 위와 같이 원 고에 대한 하사관임용이 취소된 이상 원고가 상사로서 복무한 기간 역시 적절한 경 력으로 인정될 수 없어, 원고에 대한 준사관 임용 역시 소정의 경력을 갖추지 못한 자에 대하여 이루어진 것으로서 위법하며, 더 나아가 피고가 원고에 대한 하사관 임 용 당시 적극적으로 임용결격사유를 밝혀내지 못하였다 하더라도, 원고가 허위의 고 등학교 졸업증명서를 제출하는 사위의 방법에 의하여 하사관을 지원하여 입대한 이 상, 원고로서는 자신에 대한 하사관 임용이 소정의 지원요건을 갖추지 못한 자에 대 하여 위법하게 이루어진 것을 알고 있어 그 취소가능성도 예상할 수 있었다 할 것이 므로, 피고가 33년이 경과한 후 뒤늦게 원고에 대한 하사관 및 준사관 임용을 취소함 으로써 원고가 입을 불이익이 적지 않다 하더라도 위 취소행위가 신뢰이익을 침해하

였다고 할 수 없음은 물론 비례의 원칙에 위배하거나 재량권을 남용하였다고 볼 수 없어, 결국 원고에 대한 하사관 및 준사관 임용을 취소한 이 사건 처분은 적법하다고 판단하였다.⁷⁾

III. 신뢰보호원칙 일반론

1. 의의

행정기관이 국민에 대하여 행한 일정한 명시적 또는 묵시적 언동의 정당성 또는 존속성을 국민이 신뢰한 경우, 국민의 그러한 언동에 대한 신뢰가 보호가치 있을 때에는 이를 保護해 주어야 한다는 원칙을 신뢰보호의 원칙이라고 한다.⁸⁾ 이 경우에 보호되는 내용은 사후에 그에 모순되는 행정작용이 금지되는 존속보호 또는 신뢰에 기초한 조치로 인해 입은 손실이 보상되어야 한다는 보상보호로 구분될 수 있다.⁹⁾

2. 근거

(1) 이론적 근거

a) 신의칙설

이는 신뢰보호의 근거를 사법에서 발달한 신의성실의 원칙에서 구하는 견해로서 법의 일반적 원리인 신의성실의 원칙에 따라 행정청은 자신의 언동을 신뢰한 상대방에 대하여 성실하게 적법한 행동을 하여야 하고, 나중에 위법성 등을 이유로 그 언동의 효력을 부정하는 것은 국민의 신뢰를 저버리는 것으로 불가하다는 이론이다. 신의칙설에 대한 비판으로는, 주장내용이 너무나 일반적이고 추상적이며, 또한 신의칙이란 당사자 간의 구체적인 법률관계가 형성되어 있는 경우를 전제로 하는 것이므로 당사자 간의 구체적 관계가 존재하지 않는 행정계획 등에 있어서는 설명이 불가능하다는 등의 비판이 제기된다.¹⁰⁾

7) 대법원 2002. 2. 5. 선고 2001두5286 판결 【임명취소처분취소】

8) 이광윤/김민호, 최신행정법론, 2002, 45면 이하.

9) 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 2005, 145면.

10) 정하중, 행정법총론, 2005, 62면; 이광윤/김민호, 행정법강의, 2000, 24면.

b) 법적안정성설

법적안정성설은 신뢰보호의 원칙을 법치국가에 실질적 요소인 법적 안정성에서 찾는 입장이다.¹¹⁾ 법적 안정성이란 국가작용의 예측가능성, 계속성, 명확성 그리고 존속성 등을 의미하는 것이므로, 이러한 법적 안정성의 원리에 의거하여 행정청의 언동에 대한 상대방의 신뢰를 보호하는 것이 바로 신뢰보호의 원칙이라는 것이다. 이러한 법적안정성설에 대하여는 행정의 법률적합성의 원칙도 법치국가원리에서 도출되고 신뢰보호의 원칙도 법치국가원리에서 도출된다고 하는 것은 이율배반적이라는 비판이 제기되고 있다.¹²⁾

c) 기본권설

신뢰보호의 대표적인 형태인 수익적 행정행위의 취소나 철회의 제한은 본질적으로 일단 획득된 법적 지위 그 자체의 존속을 보호하는 것이며, 이것이 어려운 경우에는 가치의 보호로 전환된다. 이러한 사상은 재산권 보호의 존속보호 및 가치보호이념에서 유래된다.¹³⁾ 특히 Grabitz는 신뢰보호원칙의 근거를 개인의 인격과 개성의 발현가능성을 포함하는 자유권에서 구한다. 이러한 기본권설에 대한 비판으로는 생명, 신체 등 비재산적 가치에 대한 보호가 미흡하다는 것이며, 또한 현대의 사회에 있어서는 금전으로써 보호되지 못하는 것이 많다는 비판을 받는다.¹⁴⁾

(2) 실정법적 근거

신뢰보호의 원칙이 실정법에 투영된 것으로는 행정절차법 제4조 제2항과, 국세기본법 제15조, 제18조 제3항 등에서 그 근거를 찾을 수 있다. 행정절차법 제4조 제2항은 “행정청은 법령 등의 해석 또는 행정청의 관행이 일반적으로 국민들에게 받아들여진 때에는 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우를 제외하고는 새로운 해석 또는 관행에 의하여 소급하여 불리하게 처리하여서는 아니 된다.” 그리고 국세기본법 제15조는 “ 제15조 (신의·성실) 납세자가 그 의무를 이행함

11) Maurer, AllgVerwR, § 11 Rn. 22.

12) 정하중, 행정법총론, 2005, 62면.

13) Maurer, AllgVerwR, § 11 Rn. 22.

14) W. Schmidt, JuS 1973, S. 532, Grabitz, DVBl 1973, S. 681; 정하중, 행정법총론, 2005, 63면에서 제인용. 기본권으로부터 도출하는 것에 대하여 부정하는 입장으로는 Püttner, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVDStRL 32, 200, 206.

에 있어서는 신의에 좇아 성실히 하여야 한다. 세무공무원이 그 직무를 수행함에 있어서도 또한 같다.”라고 규정하고, 국세기본법 제18조 제3항은 “세법의 해석 또는 국세행정의 관행이 일반적으로 납세자에게 받아들여진 후에는, 그 해석 또는 관행에 의한 행위 또는 계산은 정당한 것으로 보며, 새로운 해석 또는 관행에 의하여 소급하여 과세되지 아니한다.”라고 규정하고 있다.

(3) 판례의 발전

신뢰보호원칙의 이념을 인정한 판례는 조세사건과 함께 발전하였다. “본건 공업개발장려지구의 지정 이후에 동 지구 안으로 공장을 이전하여야 (구)조세감면규제법 제4조의4 및 (신)제4조의8에 의한 조세감면혜택을 받을 수 있고 동 지구의 지정 이전에 동 지구 안으로 공장을 이전한 경우는 위 조세감면혜택을 받을 수 없다고 한다면, 이는 곧 정부 또는 지방 행정당국의 시책에 빨리 호응 협력한 자에게는 혜택을 주지 않고 도리어 천천히 호응한 자에게만 혜택을 준다는 모순된 논리라 할 것이며, 법의 형평의 이념에도 어긋난다 할 것이다. 따라서 본건 공업단지가 정식으로 건설부장관에 의하여 개발장려지구로 지정되기 이전에 이미 대전시 당국의 선전과 권고에 호응하여 동 지구 안으로 공장을 이전하여 사업 개시한 원고에게도 조세감면의 혜택을 주어야 한다”라고 판시하였다.¹⁵⁾

다음으로 신뢰보호원칙을 도입하는데 커다란 역할을 한 판결로는 피고 용산구청장이 보세품운송에 관해 약 4년 동안 수출확대라는 공익상 필요에서 면허세를 부과하지 않고 있다가 1988년에 비로서 그 동안의 면허세 합계액을 일시에 부과한 사안에서, 원고는 소급과세의 금지 및 세법해석의 관행에 위배된 위법한 처분이라고 주장하였다. 서울고등법원은 “과세요건 성립당시에 시행되던 실정법의 명문의 규정에 따라 과세하였던 것이므로, 비록 그 실정법의 조항이 폐지된 후에 이루어졌다고 하더라도 이를 가리켜 소급과세를 하였다고 할 수 없고, 또 세법의 명문의 규정 내용이 애매모호하지 않고 분명한 이상 국세기본법 제18조 제2항을 근거로 그 규정내용에 반하는 해석을 하거나 적용을 기피할 수 있는 것이 아니다”라고 판시하였다.¹⁶⁾ 그러나 대법원의 다수의견은 “지방세법에 의하여 준용되는 국세기본법 제18조 제2항에 의하면 국세행정의 관행이 일반적으로 납세자에게 받아들여진 후에는 그것에 위반하여 과세

15) 대법원 1978. 4. 25. 선고 78누51.

16) 서울고등법원 1979. 11. 21. 선고 79구209.

할 수 없게 되어 있는바, 이 규정은 같은법 제15조 신의성실의 원칙과 같은법 제19조 세무공무원의 재량의 한계 등에 관한 것과 함께, 이른바 징세권력에 대항하는 납세자의 권리를 보장하고 과세관청의 언동을 믿은 일반납세자의 신뢰이익을 보호하려는 데 그 목적이 있는 것이다. 이 사건에서 피고가 문제된 보세운송면허세를 부과할 수 있는 정을 알면서도 오랫동안 공익상 필요에서 한 건도 이를 과세한 일이 없었다면 납세자인 원고로서도 그것을 믿을 수밖에 없고 그로써 비과세의 관행이 이루어졌다고 보아야 할 것인데, 근거법규 자체가 폐지된 지도 1년 3개월이나 지난 뒤에 지난 간 4년 동안의 면허세를 일시에 과세처분한다는 것은 세법상의 신의성실이나 납세자가 받아들인 국제행정의 관행을 무시한 위법한 처분이다"라고 판시하여 신뢰보호의 원칙에 근거하여 당해 처분을 위법한 것이라고 판시하였다.¹⁷⁾

(4) 소결

다수의 학자들은 신뢰보호원칙의 근거를 법적 안정성에서 찾고 있다. 즉 행정청이 법령이나 자신의 권한에 기초하여 어떠한 행위를 하였다면, 이러한 행위를 믿은 국민은 보호되어야 한다는 것이다. 그러나, 이제는 더 이상 신뢰보호원칙의 근거를 이러한 하나의 특정의 요소에서 찾는 것은 무리이다. 신뢰보호원칙은 결국 관계되는 개인의 이익과 이에 상반되는 공익, 나아가 사익 상호간 내지 공익 상호간의 형량의 결과에 근거할 수밖에 없다. 그러므로 신뢰보호는 형량의 원칙으로부터 그 근거를 찾아야 할 것이다.¹⁸⁾ 관계된 다양한 이익들을 사호 교량하는 가운데 특히 “신뢰”라는 이익에 가중치를 부여하는 것이 바로 신뢰보호의 원칙이라 할 수 있다.

3. 요건

(1) 행정청의 선행조치

행정권의 행사에 관하여 상대방인 국민에게 신뢰를 주는 행정기관의 선행조치가 있어야 한다. 그러한 선행조치로서는 법령·행정규칙 등의 규정, 행정계획의 공고, 협약 등과 같은 조치들을 들 수 있다.

판례는 “신뢰보호의 원칙이 적용되기 위해서는 행정청이 개인에 대하여 신뢰의 대

17) 대법원 1980. 6. 10. 선고 80누6.

18) Maurer, AllgVerwR, § 11 Rn. 22; Bullinger, Vertrauensschutz im deutschen Verwaltungsrecht in historischkritischer Sicht, JZ 1999, 905 ff.

상이 되는 공적인 견해표명을 하여야 하는바, 행정청의 공적 견해표명이 있었는지의 여부를 판단하는 데 있어 반드시 행정조직상의 형식적인 권한분장에 구애될 것은 아니고 담당자의 조직상의 지위와 임무, 당해 언동을 하게 된 구체적인 경위 및 그에 대한 상대방의 신뢰가능성에 비추어 실질에 의하여 판단하여야 한다고 판시하면서 종교법인이 도시계획구역 내 생산녹지로 쏙인 토지에 대하여 종교회관 건립을 이용 목적으로 하는 토지거래계약의 허가를 받으면서 담당공무원이 관련 법규상 허용된다 하여 이를 신뢰하고 건축준비를 하였으나 그 후 당해 지방자치단체장이 다른 사유를 들어 토지형질변경허가신청을 불허가 한 것이 신뢰보호원칙에 반한다”라고 판시하였다.¹⁹⁾

(2) 신뢰의 보호가치

관계인의 선행조치의 존속성·정당성에 대한 신뢰가 보호할 가치가 있어야 한다. 관계인에게 귀책사유가 있어서는 아니된다. 예를 들면, 사후에 선행조치가 변경될 것을 사인이 예측하였거나 예상할 수 있었을 경우 또는 사인의 사위나 사실은폐 등이 있는 경우에는 보호가치 있는 신뢰라고 보기 어렵다. 독일 연방행정절차법 제48조는 행정행위의 성립에 있어서 관계자의 사기, 강박, 증수뢰, 부정신고 등의 부정행위가 있었거나 그 작용의 위법성에 대한 인식이 있었거나 과실로 이를 인식하지 못한 경우에는 보호가치성을 부인하고 있다.

(3) 상대방의 조치

행정의 상대방인 국민이 행정청의 언동을 신뢰하고 구체적으로 특정의 조치를 하여야 한다. 예컨대 업무수행, 자본투자, 공장 또는 사업장의 이전, 건축개시 등과 같은 상대방의 處理가 존재하여야 한다.²⁰⁾

(4) 인과관계

행정청의 선행조치에 대한 신뢰와 상대방의 조치 사이에 상당한 因果關係가 존재하여야 한다. 예컨대 특정의 지역으로 입주하는 공장에 대해서는 국세를 감면한다는 행정청의 언동이 있었고, 상대방이 공장을 이주하였다 하더라도 상대방이 행정청의

19) 대법원 1997. 9. 12. 선고 96누18380판결 【토지형질변경행위불허가처분취소】

20) 이광윤/김민호, 최신행정법론, 2002, 46면 이하.

언동을 알지 못한 경우를 들 수 있다.²¹⁾

(5) 선행조치에 반하는 처분

선행조치에 반하는 행정청의 처분이 있는 경우에 비로소 사인의 신뢰는 현실적으로 배반되고, 아울러 사인의 법생활의 안정도 구체적으로 침해된다. 선행조치에 반하는 처분으로 개인의 이익이 침해되어야 한다는 것을 제5요건으로 하는 주장도 있으나, 신뢰보호의 원칙 자체가 침해된 권익을 구제받기 위하여 주장되는 법리인 까닭에 이를 특히 성립요건의 하나로 논의할 이유가 없다. 이는 신뢰보호원칙의 성립요건이 아니라 적용요건이라고 비판하는 견해도 있다.²²⁾

(6) 소결

신뢰보호원칙을 형량의 원칙에서 바라본다면, 이러한 개별적인 요건들은 결국 형량의 요소의 하나에 지나지 않는다.²³⁾ 그렇다면 이러한 요건을 신뢰보호원칙의 성립요건으로 보기보다는 중요한 고려요소의 하나로 보는 것이 타당하다. 따라서 성립요건 중의 하나가 결여되어 있다고 하여서 신뢰보호원칙을 통한 보호를 부정할 것이 아니라, 다른 여타의 고려요소와의 형량을 통하여 그 보호여부를 결정하여야 할 것이다.

4. 관련된 이익들의 충돌시 고려요소의 문제

행정청의 언동을 믿고 이를 따른 경우에 이를 보호하여야 한다는 신뢰보호의 요청과 이에 대비하여 행정청의 언동이 법에 위반되어서 언동을 지키기보다 이를 변경하여야 한다는 합법성의 요청 사이에 충돌이 일어나는 경우에, 양 원칙의 관계를 어떻게 파악하여야 하는가라는 문제가 제기될 수 있다.²⁴⁾

(1) 합법성우위설

행정의 합법성원칙은 법치주의의 기본원리로서 행정행위가 위법함에도 불구하고

21) 이광윤/김민호, 최신행정법론, 2002, 47면.

22) 이광윤/김민호, 최신행정법론, 2002, 47면.

23) Vgl. Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, § 51 Rn 70; Suckow, AllgVerwR, 1995, S. 164.

24) Maurer, AllgVerwR, § 11 Rn. 22.

상대방의 신뢰보호를 위하여 그 존속성을 인정하는 것은 법치주의에 반하므로 信賴保護 내지 법적 안정성과 위법상태를 시정하는 합법성원칙이 衝突할 경우에 합법성원칙이 우위에 있다는 견해이다.²⁵⁾

(2) 동위설

법치주의원칙을 구성하는 행정의 합법성이라는 원칙과 신뢰보호의 원리는 동가치적이라는 견해이다. 결국 동위설의 입장에서는 합법성과 신뢰보호의 이익들이 상호간에 형량되어야 할 것이다. 그러므로 다음의 이익형량설과 같은 연장선상에 서있다고 볼 수 있다.

(3) 이익형량설

이익형량설에 의하면 개별적·구체적으로 적법상태를 실현하여야 하는 公益과 개인이 행정청의 언동을 신뢰한 경우에 이를 보호하는 私益을 비교형량하여 결정해야 한다는 견해이다. 앞으로의 사회는 규범인식의 객관적 확실성 및 절대유일성의 주장은 포기되어야 하며, 당해 사안에 관련된 판단요소들을 모두 밝혀서 정의원칙에 의거한 합리적인 결정을 추구하여야 할 것이다.²⁶⁾

(4) 판례의 입장

대법원은 “담당공무원이 관련법규상 허용된다고 하여 이를 신뢰하고 건축준비를 하였으나 그 후 비록 지방자치단체장이 당해 토지형질변경허가를 하였다가 이를 취소·철회하는 것은 아니라 하더라도 지방자치단체장이 토지형질변경이 可能하다는 공적 견해표명을 함으로써 이를 신뢰하게 된 당해 종교법인에 대하여는 그 신뢰를 보호하여야 한다는 점에서 형질변경허가 후 이를 취소·철회하는 경우를 유추·준용하여 그 형질변경허가의 취소·철회에 상당하는 당해 처분으로써 지방자치단체장이 달성하려는 공익 즉, 당해 토지에 대하여 그 형질변경을 불허하고 이를 우량농지로 보전하려는 공익과 위 형질변경이 가능하리라고 믿은 종교법인이 입게 될 불이익을 상호 비교·교량하여 만약 전자가 후자보다 더 큰 것이 아니라면 당해 처분은 비례의 원칙에 위반되는 것으로 재량권을 남용한 위법한 처분이라고 봄이 상당하다”고 판시하거

25) Forsthoff, VerwR, S. 262 f.

26) 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 2005, 161면 이하.

나 또는 “이 사건의 경우에 앞서 본 바와 같은 사정에 비추어 보면, 원고는 원심 판시와 같이 이 사건 토석채취허가가 법적으로 가능할 것이라는 취지의 피고의 언동을 신뢰하고 이 사건 토석채취허가신청 및 그 준비에 적지 않은 비용과 노력을 투자하였다가 이 사건 불허가처분으로 인하여 상당한 불이익을 입게 되었다고 할 것이다. 그러나 근래 날로 심해지고 있는 각종 환경오염과 자연파괴로 인한 국민건강 및 환경상의 위해를 예방하여 모든 국민이 건강하고 보다 쾌적한 환경에서 생활할 수 있게 하는 것은 국가나 지방자치단체의 의무인 동시에 모든 국민의 당연한 권리이자 의무이며, 또한 한번 파괴된 환경은 그 회복에 막대한 시간과 비용이 소요되는 점을 감안하여 보면, 이 사건 불허가처분에 의하여 피고가 달성하려는 주변의 환경·풍치·미관 등의 보존·유지라는 공익은 이 사건 불허가처분으로 인하여 원고가 입게 되는 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 해당한다고 보아야 할 것이고, 따라서 피고의 이 사건 불허가처분이 재량권을 남용하였다거나 신뢰보호의 원칙에 반하여 위법하다고는 할 수 없다고 할 것이다.”라고 판시하여 이익형량설의 입장에 서있다고 보인다.²⁷⁾

(5) 소결

이러한 관련된 이익들의 상호간의 충돌은 필수적으로 발생할 수밖에 없다. 신뢰보호원칙 그 자체에는 이미 이러한 이익들의 충돌을 내포하고 있는 개념이다. 왜냐하면 신뢰보호원칙은 신뢰가 깨어졌기 때문에 그 적용여부 내지 동 원칙을 통한 보호여부를 논의하게 되기 때문이다. 그렇다면 신뢰를 깨뜨릴 수밖에 없는 이익들이 있을 수밖에 없고, 이러한 이익에 상반되어서 신뢰를 보호하는 이익들이 존재하게 된다. 이러한 경우에 결국에는 이익형량은 과정을 거쳐야만 종국적인 결정이 가능하다고 판단되므로, 이익형량설이 타당하다고 사료된다.²⁸⁾

5. 신뢰보호원칙의 적용과 관련된 사안들

신뢰보호원칙의 적용과 관련되어서 논의되는 사안으로서는 1. 위법한 수익적 행정행위의 취소와 적법한 행정행위의 철회, 2. 소급입법, 3. 행정계획의 변경, 4. 실권의

27) 대법원 1997. 9. 12. 선고 96누18380판결 【토지형질변경행위불허가처분취소】; 1998. 11. 13. 선고 98두7343.

28) Hofmann/Gerke, AllgVerwR. S. 164 f.

법리, 5. 확약의 법리 등을 들 수 있다.

(1) 위법한 수익적 행정행위의 취소와 적법한 행정행위의 철회

과거 행정청은 위법한 행정행위에 대해서는 이를 자유로이 취소할 수 있다고 보았으나, 수익적 행정행위의 경우에는 신뢰보호의 원칙에 의거하여 취소가 제한된다고 보았다.²⁹⁾ 독일 연방행정절차법 제48조에 의하면 위법한 수익적 행정행위에 의거하여 일정한 금전급부나 가분적인 현물급부가 행하여진 경우에는 그 취소를 원칙적으로 인정하지 않고 있으며, 기타의 수익적 행정행위의 경우에는 취소 자체는 인정하되 그로 인한 손해에 대해서 보상을 하도록 규정하고 있다.³⁰⁾ 취소를 인정하는 경우에는 신뢰보호의 견지에서 그 소급효를 제한하고 있다. 독일 연방행정절차법 제49조는 부담적 행정행위에 대해서는 확정력이 발생한 이후에도 행정청이 자유로이 이를 철회할 수 있도록 규정하고 있으나, 수익적 행정행위의 경우에는 그 철회를 일정한 경우로 제한 또한 철회로 인하여 재산상의 손실이 발생한 경우에는 이를 보상하도록 규정하고 있다.³¹⁾

판례는 “폐기물처리업에 대하여 사전에 관할 관청으로부터 적정통보를 받고 막대한 비용을 들여 허가요건을 갖춘 다음 허가신청을 하였음에도, 다수 청소업자의 난립으로 안정적이고 효율적인 청소업무의 수행에 지장이 있다는 이유로 한 불허가처분

29) Maurer, AllgVerwR, § 11 Rn. 21; OVG Berlin vom 14. 11. 1956, DVBl. 1957, S. 503; BVerwGE 9, 251.

30) BVwVfG § 48 Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes(위법한 행정행위의 직권취소) (1) Ein rechtswidriger Verwaltungsakt kann, auch unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden. Ein Verwaltungsakt, der ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet oder bestätigt hat (begünstigender Verwaltungsakt), darf nur unter den Einschränkungen der Absätze 2 bis 4 zurückgenommen werden (위법한 수익적 행정행위에 의거하여 일정한 금전급부나 가분적인 현물급부가 행하여진 경우에는 그 취소를 원칙적으로 인정하지 않고 있으며, 기타의 수익적 행정행위의 경우에는 취소 자체는 인정하되 그로 인한 손해에 대해서 보상을 하도록 규정, 취소를 인정하는 경우에는 신뢰보호의 견지에서 그 소급효를 제한).

31) BVwVfG § 49 Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes(적법한 행정행위의 철회) (1) Ein rechtmäßiger nicht begünstigender Verwaltungsakt kann, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden, außer wenn ein Verwaltungsakt gleichen Inhalts erneut erlassen werden müsste oder aus anderen Gründen ein Widerruf unzulässig ist(부담적 행정행위에 대해서는 확정력이 발생한 이후에도 행정청이 자유로이 이를 철회할 수 있도록 규정).

이 신뢰보호의 원칙 및 비례의 원칙에 반하는 것으로서 재량권을 남용한 위법한 처분이다.”라고 판시하였다.³²⁾

(2) 소급입법

소급입법에는 이미 완성된 사실에 대해 사후에 국민에게 불리하게 작용하는 법규를 제정하는 진정소급입법과 아직 완성되지 않은 진행 중인 사실에 대해 국민에게 불리하게 작용하는 새로운 법규가 제정되는 부진정소급입법이 있다. 진정소급입법은 국민에게 불리하게 작용하는 한 허용되지 않는다고 할 것이지만, 부진정소급입법에 있어서는 관계되는 이익들의 상호간에 형량이 필요하다.³³⁾ 판례는 채석허가기준에 관한 관계 법령이 개정되었고 경과규정에서 그 적용 범위에 관한 정함이 없는 경우, 채석허가기준에 적용될 법령과 관련하여 “채석허가기준에 관한 관계 법령의 규정이 개정된 경우, 새로이 개정된 법령의 경과규정에서 달리 정함이 없는 한 처분 당시에 시행되는 개정 법령과 그에서 정한 기준에 의하여 채석허가 여부를 결정하는 것이 원칙이고, 그러한 개정 법령의 적용과 관련하여서는 개정 전 법령의 존속에 대한 국민의 신뢰가 개정 법령의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 보호가치가 있다고 인정되는 경우에 그러한 국민의 신뢰를 보호하기 위하여 그 적용이 제한될 수 있는 여지가 있을 따름이다. 원심판결 이유 및 원심이 인용한 제1심 판결 이유에 의하면, 원심은 산림의 난개발을 억제하려는 산림법시행규칙 제95조의5의 신설취지 및 부칙 제4조의 취지를 고려하면, 위 시행규칙 신설 전의 허가기준의 존속에 대한 원고의 신뢰가 신설된 허가기준의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 보호가치가 있지 않으므로 피고가 위 산림법시행규칙을 적용하여 이 사건 최초 신청에 대하여 불허가처분을 한 것은 적법하다”라고 판단하였다.³⁴⁾

(3) 행정계획의 변경

소급입법과 유사한 경우로서 행정계획의 변경을 들 수 있다. 각종의 행정계획을 신뢰하고서 이와 관계된 국민이 투자를 한 이후에, 갑작스런 사정변경이 있거나 공익을 위하여 당해 행정계획이 변경 내지 폐지된 경우에 신뢰보호원칙을 적용할 수 있

32) 대법원 1998. 5. 8. 선고 98두4061 판결 【폐기물처리업허가신청에대한불허가처분취소】

33) Ossenbühl in Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, 12. A., § 17 Rn 6.

34) 대법원 2005. 7. 29. 선고 2003두3550 판결 【개발행위불허가처분취소】; 2001. 10. 12. 선고 2001두274 판결; 2002. 6. 25. 선고 2001두5125 판결 등 참조.

는가가 문제된다. 이러한 경우에도 역시 관계되는 이익들을 형량할 수밖에 없으며, 특히 행정계획의 존속보장은 불가하다고 하더라도 행정계획의 변경으로 인하여 개인이 부담하게 되는 특별희생에 대해서는 손실보상을 인정할 수 있다.

판례에 의하면 행정청이 용도지역을 자연녹지지역으로 지정 결정하였다가 그보다 규제가 엄한 보전녹지지역으로 지정 결정하는 내용으로 도시계획을 변경한 경우에, 신뢰보호원칙의 적용여부와 관련하여 “피고가 이 사건 토지들을 포함한 성남시 분당구 동원동 85 일원 21필지에 대하여 용도지역을 자연녹지지역으로 결정한 것만으로는 위 결정 후 이 사건 토지들의 소유권을 취득한 원고들에게 이 사건 토지들에 대하여 용도지역을 종래와 같이 자연녹지지역으로 유지하거나 보전녹지지역으로 변경하지 않겠다는 취지의 공적인 견해표명을 한 것이라고 볼 수 없고, 피고가 위와 같은 공적인 견해표명을 한 것으로 볼 수 없는 이상 원고들이 이 사건 토지들 지상에 물류창고를 건축하기 위한 준비행위를 하였더라도 그와 같은 사정만으로는 이 사건 토지들에 대한 용도지역을 자연녹지지역에서 보전녹지지역으로 변경하는 내용의 이 사건 성남도시계획변경(재정비)결정(이하 '이 사건 결정'이라 한다)이 행정청의 공적인 견해표명에 반하는 처분을 함으로써 그 견해표명을 신뢰한 개인의 이익이 침해되는 결과가 초래된 것이라고도 볼 수 없으며, 나아가 이 사건 결정에 신뢰보호의 원칙을 적용하게 되면 공익을 해할 우려가 있다는 취지로 판단하였는바, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단을 정당한 것”으로 보았다. 나아가 판례는 형평의 원칙에 관한 법리오해 등의 주장에 대하여 “원심판결 이유에 의하면, 원심은 어떠한 토지를 어떠한 용도지역으로 지정할 것인지의 여부는 그 토지에 대한 도시계획상의 필요에 의하여 정하여지는 것이고, 그 중 용도지역을 보전녹지지역으로 변경하는 기준에는 그 현황은 물론 무질서한 시가화 방지, 공해 또는 재해의 방지, 녹지보전 등을 위하여 필요한 차단지대 및 완충지대로서 적절한 위치, 규모, 형태를 가지고 있는지 여부도 고려되는 것인 만큼, 다른 지역에 대한 규제가 완화되고 있음에도 동원동 85 일원 21필지에 대하여서만 규제내용이 강화되는 방향의 도시계획이 결정되었다 하더라도 그러한 사정만으로는 형평의 원칙에 위배된다고 보기는 어렵다”라고 판시하였다.³⁵⁾

(4) 실권의 법리

실권의 법리는 행정청이 행정행위의 위법상태를 인식하고서도 이를 장기간 묵인

35) 대법원 2005. 3. 10. 선고 2002두5474 판결 【도시계획변경결정취소청구】.

또는 방치함으로써 사인이 당해 행위의 존속을 신뢰하게 된 경우에는, 행정청이 당해 행위를 자의적으로 취소할 수 없다는 법리이다. 판례는 “실권 또는 실효의 법리는 법의 일반원리인 신의성실의 원칙에 바탕을 둔 파생원칙인 것이므로 공법관계 가운데 관리관계는 물론이고 권력관계에도 적용되어야 함을 배제할 수는 없다 하겠으나 그것은 본래 권리행사의 기회가 있음에도 불구하고 권리자가 장기간에 걸쳐 그의 권리를 행사하지 아니하였기 때문에 의무자인 상대방은 이미 그의 권리를 행사하지 아니할 것으로 믿을만한 정당한 사유가 있게 되거나 행사하지 아니할 것으로 추인케 할 경우에 새삼스럽게 그 권리를 행사하는 것이 신의성실의 원칙에 반하는 결과가 될 때 그 권리행사를 허용하지 않는 것을 의미하는 것이라고” 판시하였다.³⁶⁾

(5) 확약의 법리

확약의 법리란 행정청이 행정의 상대방인 국민에게 장차 일정한 행위를 할 것을 약속한 경우에는, 행정청은 신뢰보호의 원칙에 따라 그러한 약속에 구속된다는 법리이다.

(6) 소결

이상의 신뢰보호원칙의 적용사안들을 고찰해 보면, 결국 신뢰보호원칙은 형량의 원칙으로서 해소될 수밖에 없을 것으로 보인다.

6. 신뢰보호원칙의 위반 효과

신뢰보호원칙을 위반한 행정작용은 행정법의 법원의 하나인 행정법의 일반원칙을 위반한 것으로서 위법한 행정작용이다. 위법한 행정작용의 효력에 대해서는 취소할 수 있는 경우와 무효인 경우로 나누어 고찰하게 되는데, 신뢰보호원칙에 위반되어서 위법하게 된 행정작용의 효력은 원칙적으로 취소할 수 있는 것으로 봄이 타당하다. 다만 예외적으로 그 신뢰보호원칙을 위반한 하자가 중대하고도 명백한 경우에는 당연무효로 볼 수도 있을 것이다.

IV. 신뢰보호원칙에 대한 재고찰의 시도

36) 대법원 1988. 4. 27. 87누915.

1. 허위의 재직증명서와 주택조합설립인가

원고(조합)는 허위의 재직증명서를 작성·제출하는 등 사위의 방법으로 직장주택조합의 설립을 인가받았다. 이에 따라서 피고는 직장주택조합설립인가를 취소하는 처분을 발급하였다. 이에 대해서 법원은 사위의 방법으로 발급받은 수익적 처분은 보호가치 있는 신뢰가 없다고 보아서 단순하게 청구를 기각하지 아니하고, 여기서 더 나아가서 관련되는 이익을 살펴봄으로써 이익형량을 시도하고 있다.

이 사건 처분으로 인하여 원고가 입을 그 주장의 모든 불이익을 참작하더라도 원고 조합과 같이 허위의 재직증명서를 작성 제출하는 등 사위의 방법으로 설립인가 받은 직장주택조합을 취소하지 아니하고 그대로 방치한다면 ① 주택이 없는 국민의 주거생활의 안정을 도모하고, ② 모든 국민의 주거수준의 향상을 목적으로 제정된 주택건설촉진법의 입법취지가 몰각되고, ③ 다른 무주택자들에 대하여 원고 조합과 같은 위법행위를 조장하거나 국가의 주택공급질서를 문란하게 할 우려가 있는 점 등에 비추어 볼 때, ④ 법에 의한 주택조합설립절차와 그 공급질서를 문란하게 하는 행위를 사전에 예방한다는 더 큰 공익을 심히 해할 것으로 인정된다 할 것이다. 본 판결에서는 수익적 처분을 취소하는 경우의 원고의 불이익에 대해서는 참작하는 정도에 그치고 있으나, 수익적 처분을 취소하지 아니하는 경우의 공익의 침해에 대해서는 몇 가지 이유를 제시하고 있는 점에서 그 의의가 있다.³⁷⁾

2. 신뢰보호와 법령의 변경

어업권면허를 발급받은 원고에게 갑자기 법령의 변경으로 인하여 보유어장의 면적이 30ha를 초과하면 면허를 받을 수 없도록 되었다. 문제는 이러한 조치들이 갑자기 내려지는 경우에 국민이 55ha를 가지고 있다가 갑자기 25ha를 처분하여야 하는 경우 인바, 법령의 변경으로 인하여 국민에게 침익적인 효과가 발생하게 되었다. 문제는 재산권에 대한 제한이 이처럼 법령의 변경으로 인하여 야기되는 경우에, 국민은 아무런 항변없이 이를 수인하여야만 하는가 하는 것이다. 또한 법령의 변경으로 재산권이

37) 물론 원심판결을 고찰하면 보다 자세한 이유에 대해서 살펴볼 수도 있다는 생각이 들지만, 현재로서는 원심판결을 구하는 절차가 쉽지 아니한 문제가 있다고 사료된다. 그러므로 하급심 판결들도 대법원에서 제공하는 법률정보시스템을 통하여 살펴볼 수 있도록 하거나, 아니면 법학을 연구하는 일정의 자격을 가진 자들에 대해서는 법원 내부의 전산망을 공통으로 이용하는 시스템의 구축이 요청된다.

제한되는 경우에는 경과규정을 통한 충분한 시간적인 여유를 두어야 하는 것은 아닌가 하는 것이다.

법령으로서 국민의 재산권과 기본권에 대한 제한을 가하는 경우에 국민은 무방비로 노출되어 있다는 점에 대해서 문제가 제기된다. 원래 법률은 시민계급의 대표들이 모인 시민회의에서 제정되므로, 법률은 사실상 시민의 이익이나 기본권을 보호하는 의미를 지닌 것이었다.³⁸⁾ 그러나 현대 정당국가시대에 들어와서는 의회가 시민계급의 기본권과 이익을 보호하는 법률을 만드는 것이 아니라 당리당략이나, 정치적 이념 또는 정권재창출을 위한 법률을 만드는 곳으로 전락하는 문제에 대해서 어떻게 접근할 것인가의 문제도 제기된다. 이는 입법에 있어서의 신뢰보호의 문제라고도 할 수 있다.

3. 허위의 졸업증명서와 33년의 기간의 경과

행정청은 원고에게 하사관임용처분을 발급하였던바, 당시 원고는 진량중학교를 중퇴하였음에도 진량고등학교를 졸업한 것처럼 허위의 졸업증명서를 제출하여 하사관에 임용되었다. 그리하여 33년이 경과한 후에 행정청은 원고의 당시의 임용처분을 취소하는 처분을 발급하였다. 이러한 경우에 하자를 취소함으로써 얻는 공익과 하자를 그냥 둠으로 얻는 사익과의 비교형량이 요청된다. 이처럼 이익형량의 고려로 넘어갈 경우에는 결국 비례의 원칙의 적용사례가 되기도 할 것이다. 신뢰보호의 원칙이란 하자 있는 수직적 행정처분의 존속에 대한 국민의 신뢰와 하자있는 행정처분을 취소하여야만 하는 법률적합성이라는 공익과의 비교교량에 있어서 신뢰가 신뢰할만한 가치가 있다면 보호하여야 할 것이라는 원칙이다.

그런데 법원은 하자에 대해서 국민에게 귀책사유가 있기만 하면, 신뢰보호를 전혀 인정하지 아니하는 입장을 취하고 있다(Alles-oder-Nichts-Loesung). 행정청인 국방부장관은 33년 전의 원고의 고등학교허위졸업증명서를 기초로 하여 발급한 하사관임용처분을 취소하였고, 법원은 이에 대해서 신뢰보호의 원칙의 적용을 거부하고 있다. 신뢰보호원칙의 적용거부이유는 원고가 허위의 졸업증명서를 제출하였으므로 그 취소가능성도 예상할 수 있었다 할 것이므로, 피고가 33년이 경과한 후 뒤늦게 원고에 대한 하사관 및 준사관 임용을 취소함으로써 원고가 입는 불이익이 적지 않다 하더라도 위 취소행위가 신뢰이익을 침해하였다고 할 수 없다는 것이었다.

38) 박균성, 행정법론(상), 2005, 18면 이하.

여기서 33년이라는 매우 긴 시간적 한계를 극복하고, 33년이 지난 시점에 와서도 이러한 하자가 여전히 효력을 발하는 근거는 무엇인가라는 의문이 제기된다. 행정청과 국민의 관계는 일반 사법관계가 아닌 공법관계로서 공법관계는 일반적으로 신속한 확정이 요구된다. 이러한 근거로서 단기의 제소기간을 통한 불가쟁력의 발생을 들 수 있다. 그런데 과연 국민 편에서의 하자 내지 귀책사유는, 어떠한 경우에도 신뢰보호원칙에 있어서 요구되는 하나의 요건인 보호가치 있는 신뢰를 만들어 낼 수는 없는가라는 의문도 제기된다. 반대로 생각해보면 행정청으로부터 말미암는 하자에 대해서는 국민은 90일 이내에 쟁송을 제기하지 아니하면 불가쟁력이 발생하게 되는 것과 비교할 때 합리적인 비례관계가 없는 것은 아닌가하는 의문도 제기된다.

또한 원고에게 요청되는 고등학교졸업증명서라는 것이 무엇을 위해서 필요한가에 대해서 생각을 해 본다면, 이는 하사관으로서의 업무수행을 위한 것일 터이고, 만약에 원고가 지난 33년간 하사관으로서 성실하게 근무를 하여 왔다면 고등학교졸업증명서의 미비라는 요건은 이미 극복된 것으로 볼 수는 없는가 하는 의문이 제기된다. 또한 수익적 행정처분의 취소로 인하여 원고가 입는 불이익과 취소행위를 하여야만 하는 공익과의 비례관계를 어떻게 설정할 것인가도 문제이다.³⁹⁾

V. 결론

신뢰보호원칙을 생각함에 있어서는 비례의 원칙과의 관계문제도 한 번 짚은 생각해 볼 필요가 있다.⁴⁰⁾ 신뢰보호원칙 역시도 비례의 원칙에 포함될 수도 있으나, 목적과 수단의 정당성, 공익과 사익의 형량이란 면에서 본다면 국민의 신뢰이익과 공익의 침해손익과의 형량의 문제라고 볼 수도 있다. 사실 이제는 특히 현대사회에 있어서 전개되는 이익관련상황인 매우 복잡다기한 점에서, 모든 문제가 이익들의 형량의 문제로 귀결된다고 보아도 과언은 아닐 것이다.

이러한 상황 하에서 우선은 이익의 형량에 있어서의 다음과 같은 점들이 고려되는

39) 물론 이러한 처분의 이면에는 원고가 다른 비리로 연루되어서 그러한 비리와 함께 이러한 처분을 발급하였지 아니한가 추측할 수는 있겠지만, 다만 추측만으로 이러한 처분을 발급할 수는 없겠다 할 것이다.

40) 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 2005, 151면 각주 33): 이와 같이 신뢰보호원칙이 궁극적으로 '공익과 사익의 형량'으로 귀착된다는 점에서 신뢰보호의 문제도 결국 비례원칙의 적용의 한 경우라고 할 수 있겠다. 다만, 신뢰보호에 있어서는 국민의 신뢰와 그에 기한 재산상·생활상의 조치가 중요한 형량요소가 된다는 점이 본질적인 특징이다.

것이 중요하다. 첫째로는 어떠한 이익들이 이러한 사안에서 문제되고 있는가를 발견하는 것이다. 이를 형량의 요소라고 한다. 둘째는 이렇게 발견된 형량의 요소들 중에서 어떠한 요소들을 형량으로 가져갈 것인가의 문제이다. 형량의 요소들을 아주 중요한 요소, 보다 덜 중요한 요소 그리고 중요치 아니한 요소로 구분하는 작업이 요청된다. 셋째는 이렇게 선별된 형량의 요소들을 적정하게 평가하는 것이다. 예를 들면 갑이라는 형량요소에 3점을 부여하고, 을이라는 형량요소에는 5점을 부여하는 등의 평가이다. 넷째는 이렇게 평가되어진 형량요소들을 천정에 놓아서 그 무게를 저울질하는 것이다. 우리의 법학이나 판례는 이러한 형량의 문제에 대해서 지금까지 적극적으로 나아가지 못하고 있다고 보인다. 왜냐하면 이러한 형량을 통하여 문제를 해결하고자 시도하는 것은 지금까지와는 전혀 다른 많은 부담을 가져오기 때문이다. 현실적으로 이러한 시도는 법원에 대하여 특히 인적 자원의 면에서 엄청난 요청을 하게 된다. 아무튼 이러한 형량을 통한 문제해결을 도외시키고 있는 것은 21세기에 살면서 17·8세기의 사고방식에 젖어있는 것으로 비유할 수 있다.

이러한 고루한 사고방식이 상기에서 본 판결에서 나타나고 있지는 않은가 생각해 본다. 33년이 지난 시점에서 임용무효를 할 수 있는 현실, 그리고 국민의 귀책사유가 존재하기만 하면 그 경중을 가리지 아니하고 신뢰보호원칙의 적용을 배제하는 현실을 볼 수 있는 바, 이런 점에서 우리 판례는 변화되어야 할 것이다.⁴¹⁾ 독일 행정절차법 제48조 제4항에 의하면 직권취소·철회의 기간에 대해서는 관계자의 사기, 강박, 증수죄, 부정신고 등의 부정행위가 있지 아니한 한 그 사유를 안 때로부터 1년으로 제한하고 있으며⁴²⁾, 그리고 국민의 신뢰를 요건으로 하고 있지 아니하고, 단지 객관적인 기간만을 고려한다는 점을 참고할 필요가 있다.⁴³⁾ 수익적 처분을 하였는데, 이러한 처분의 발급에 있어서 신청인으로부터의 하자가 기여를 한 경우이다. 이러한 경우에 상기의 판결에서 보듯이 그 하자가 있기만 하면 판례는 그러한 하자로 인하여 신뢰보호원칙의 적용을 무산시키고 있다. 그런데 여기서 과연 이러한 하자가 있기만 하면 신뢰보호의 원칙은 과연 그 적용이 없는가 하는 문제를 제기하게 된다. 하자가 있다손 치더라도 당연히 그 기여도에 있어서는 천차만별인 경우가 허다할 터인데 우리 판례에서는 이러한 기여도와 관계 고려하고 있지 아니하고, 너무나 도식적으

41) 참조, BVerwGE 9, 251, 254 f.

42) 독일에서는 연방행정절차법 제48조 제4항의 1년이라는 기간규정이 가장 다루어지는 조항이 되었다. 여기에 대해서는 학계에서나 판례에서 많은 의견들이 제출되었다.

43) 독일 연방행정절차법(BVwVfG) 제48조 제4항, 제49조 제2항, 제3항.

로 판시를 하고 있다는 느낌을 받는다. 이러한 점 역시 형량의 원칙을 체득하지 못한 연유이다.

우리 판례는 신뢰보호의 원칙과 관련하여 독일의 판례를 받아들여서 제1도그마틱으로서 다음과 같은 것을 만들었다⁴⁴⁾: 일반적으로 행정상의 법률관계에 있어서 행정청의 행위에 대하여 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위하여는, 첫째 행정청이 개인에 대하여 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 하여야 하고, 둘째 행정청의 견해표명이 정당하다고 신뢰한 데에 대하여 그 개인에게 귀책사유가 없어야 하며, 셋째 그 개인이 그 견해표명을 신뢰하고 이에 상응하는 어떠한 행위를 하였어야 하고, 넷째 행정청이 그 견해표명에 반하는 처분을 함으로써 그 견해표명을 신뢰한 개인의 이익이 침해되는 결과가 초래되어야 하며, 마지막으로 위 견해표명에 따른 행정처분을 할 경우 이로 인하여 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우가 아니어야 한다.⁴⁵⁾ 그리고 나아가 제2도그마틱으로서는 “행정청이 수익적 행정처분을 취소하는 경우에는 그 처분을 취소하여야 할 공익상의 필요가 그 취소로 인하여 당사자가 입게 될 기득권과 신뢰보호 및 법률생활안정의 침해 등 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 취소할 수 있으나 그 수익적 행정처분의 하자가 당사자의 사실은폐나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위에 기인한 것이라면 당사자는 그 처분에 의한 이익이 위법하게 취득되었음을 알아 그 취소가능성도 예상하고 있었다고 할 것이므로 그 자신이 위 처분에 관한 신뢰이익을 원용할 수 없음은 물론 처분청이 이를 고려하지 않았다고 하여도 재량권의 남용이 되지 않는다고 할 것이다.”라는 것이다. 사안의 해결에 있어서는 판례가 만들어낸 도그마틱이 주요한 역할을 차지하고 있는 듯하다. 여기서 도그마틱이란 독일에서 구체적 사안 또는 사안유형에 타당한 법명제를 정립하고 근거를 부여하는 활동, 또는 그 활동의 결과로서 수립된 이론체계라는 의미로 사용된다.⁴⁶⁾ 다시 말하자면 도그마틱이란 법관이 어떤 사안을 해결함에 있어

44) Maurer, AllgVerwR, § 11 Rn. 23.

45) 대법원 2005. 7. 8. 선고 2005두3165 판결 【액화석유가스충전사업허가신청반려처분취소】

대법원 1998. 5. 8. 선고 98두4061 판결 【폐기물처리업허가신청에대한불허가처분취소】 판례에 의하면 일반적으로 행정상의 법률관계 있어서 행정청의 행위에 대하여 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위하여는, ① 행정청이 개인에 대하여 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 하여야 하고, ② 행정청의 견해표명이 정당하다고 신뢰한 데에 대하여 그 개인에게 귀책사유가 없어야 하며, ③ 그 개인이 그 견해표명을 신뢰하고 이에 어떠한 행위를 하였어야 하고, ④ 행정청이 위 견해표명에 반하는 처분을 함으로써 그 견해표명을 신뢰한 개인의 이익이 침해되는 결과가 초래되어야 하며, 어떠한 행정처분이 이러한 요건을 충족할 때에는, 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우가 아닌 한, 신뢰보호의 원칙에 반하는 행위로서 위법하게 된다.

서 그 판단의 용이를 위해서 만든 공식을 일컫는다. 이러한 도그마틱이 수립되어 있는 경우에는 판단자는 다른 사항들에 대한 고려를 할 필요가 없이 즉시 이러한 공식을 대입해서 문제를 해결할 수 있다. 따라서 도그마틱이란 수학에 있어서 공식에 해당되는 것으로서 판단자의 판단에 있어서 그 용이성을 담보하는 것이다.

물론 이러한 도그마틱 자체가 시대나 상황의 변화에 따라서 변화할 수도 있다. 그러므로 학자들은 기왕에 수립된 도그마틱이라고 하여서 맹신을 하여서는 아니되고, 항상 문제의식을 가지고 지켜보고 만약에 도그마틱이 더 이상 유지될 수 없는 상황이 발생한 경우에는 이러한 도그마틱의 적용을 배제하거나 수정을 가하여야 한다.⁴⁶⁾ 그러나 실무상으로는 이러한 도그마틱으로부터 벗어나서 판결을 내리기가 쉽지 아니한 점이 있다. 왜냐하면 상급법원에서 동일한 도그마틱을 사용하고 있고, 또한 이를 벗어나기 위해서는 논리적으로 뒷받침지워지는 많은 연구가 뒤따라야 하는바, 실무를 담당하는 법관으로서의 업무 부담이 가중하여 이러한 연구까지 수행하기란 쉽지 않다고 사료된다. 그러므로 이러한 도그마틱의 해체 내지 수정을 통하여 현실에 부합하는 새로운 도그마틱을 수립하는 작업은 법학을 학문적으로 연구하는 법학도의 몫이라고 할 수 있다.

이제는 사회와 법적 상황이 많이 변화되었다. 어떠한 사안에 대해서 도식적이고도 고착적인 사고를 한다는 것은 더 이상 타당할 수 없다. 우리는 우리가 가진 합리적이고도 이성적인 사고를 동원하여 관계되는 공익과 사익을 충분히 발견하고 이를 합리적으로 평가하여 형량하여야 하는 시대적 요청에 직면하고 있다.



▶ 강현호

신뢰보호원칙(Vertrauensschutzprinzip), 신뢰보호원칙의 적용(Anwendung des Vertrauensschutzprinzips), 소급입법(rueckwirkende Gesetzgebung), 법도그마틱(Rechtsdogmatik), 형량원칙(Abwaegungsprinzip), 법적 안정성(Rechtssicherheit)

46) 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 2005, 3면 각주2).

47) 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 2005, 3면 이하.

[Zusammenfassung]

Neue Untersuchung vom Vertrauensschutzprinzip

Kang, Hyun-Ho

Es ist hiermit die neuen Seiten des Vertrauensschutzprinzips zu untersuchen. Das Vertrauensschutzprinzip gehört einem der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen. Dieses Prinzip soll vom "Witwenurteil" des Bunderverwaltungsgerichts entwickelt und auch in anderen Ländern auch übermittelt worden sein. Der Begriff des Vertrauensschutzes enthält nicht nur den Bestandschutz der Verwaltungshandlungen, sondern auch die Entschädigung im Falle des Widerrufs oder der Rücknahme der Verwaltungshandlungen.

In diesem Artikel werden zunächst drei Urteilen des koreanischen Großgerichts als Anlässe der Untersuchung geschildert. Aus diesen Urteilen ist die Tatsache zu untersuchen, daß das koreanische Gericht keine Abwägung zwischen verschiedenen Interessen kennt und darum die Sache nach einem Maßstab wie Alles oder Nichts entscheidet. Darum sollte eine grundlegende Änderung bezüglich der Anwendung des Vertrauensschutzprinzips geschehen. Um für diese Änderung der gerichtlichen Entscheidungen zu argumentieren, sollte die allgemeine Lehre über das Vertrauensschutzprinzip zunächst erwähnt werden. Durch diese Untersuchung wird noch deutlicher, daß das koreanische Großgericht mit den gegebenen Dogmatik zufrieden ist, obwohl die Anwendung der Dogmatik in bezug auf das Vertrauensschutzprinzip keine rationale oder legitimierte Ergebnis hervorbringt.

Darum sollte solche Dogmatik durch die Forschung der Wissenschaftler auf die Realität angefaßt werden. Zum Beispiel hat das Großgericht entschieden, die Ernennung als untere Offiziere sogar nach 33 Jahre zurückzunehmen. In diesem Urteil hat es keine genügenden Argumentationen angegeben, um den

Zeitunterschied zu überwinden. Durch diese Untersuchung wird es klar geworden, daß hinter dem Vertrauensschutzprinzip das Verhältnismäßigkeitsprinzip steht. Darum sollte auch das Vertrauensschutzprinzip durch das Abwägungsprinzip ergänzt bzw. aufgelöst werden. Dann wird auch das Interesse des Vertrauens als ein Element in die Abwägung eingestellt werden. Nun ist die soziale und kulturelle Situation sehr viel geändert, darum sollte das Gericht nicht durch einen einseitigen Maßstab die Sache zu beurteilen versuchen, sondern durch die Abwägung der betroffenen Interessen eine rationale und verständliche Lösung zu finden.