

행정법령의 적용시점에 관한 원칙 및 기준 재해석*

정연부**

【목 차】

I. 서론	
II. 행정법령의 적용시점에 관한 원칙	IV. 행정법령 적용시점의 원칙 및 기준 재해석
1. 소급적용금지의 원칙의 의의 및 구별개념	1. 소급금지의 원칙과 행위시법 등의 관계
2. 소급효의 유형과 소급적용금지의 원칙의 특징	2. 행정법령 적용의 세부기준
III. 행정법령의 적용시점에 관한 기준	V. 결론
1. 적용시점 기준에 관한 논의 체계	
2. 적용시점 기준의 유형과 적용대상	

【국 문 요 약】

행정법령의 적용은 법치주의의 실행이며, 특정 개인의 권익보호와 매우 밀접한 관련을 가지고 있다. 또한, 국민 상호간의 평등이 광범위하게 문제될 수도 있다. 그러므로 행정법령 적용의 기준과 원칙은 명확하고 타당해야 한다. 최근 제정된 행정기본법 제14조는 법 적용의 기준을 규정하고 있다. 이로써 행정법령 적용의 원칙 및 기준의 명확성이 확보되었다. 그러나 그 타당성에 관한 연구는 여전히 부족한 상황이다. 종래 행정법령의 적용에 관한 몇몇 기준이 많은 문헌과 판례에서 공유되었다. 그러나 그 논거 내지 법리에 관해 판례가 명확한 이유를 제시하지 못하고 있다는 지적을 비롯해 학계의 다양한 의견이 제시되고 있었다. 행정기본법 제14조의 제정으로 종래 공유되던 내용이 명문화되는 성과를 이루었지만, 관련 법리적 체계와 내용이 정립되지 않은 상태는 지속되고

* 이 논문은 2021학년도 원광대학교의 교비지원에 의해 수행됨.

** 원광대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사.

있는 것으로 보인다.

행정기본법 제14조의 구조와 내용은 기본적으로 형법 제1조와 유사하다. 행정기본법이 제정되기 전에 있는 학계의 논의에서도 형법 제1조에 관한 논의의 영향을 받은 것으로 보이는 내용이 적지 않다. 그러나 행정기본법 제14조에는 형법 제1조와 다른 점도 있다. 형법 제1조는 사인의 범죄, 국가의 처벌 등을 요소로 구성된다. 그러나 행정기본법 제14조는 사인의 공법상 행위, 행정청의 처분 등을 요소로 구성된다. 이들 요소를 동일한 것으로 평가하기에는 어려움이 있다. 무엇보다도 행정청의 처분에는 제재적 처분뿐만 아니라 당사자의 신청에 따른 처분도 포함된다는 점에서 더욱 그러하다. 그럼에도 학계의 논의는 아직 이와 같은 차이점을 충분히 반영하지 못하고 있는 것으로 보인다.

본 연구는 행정법령의 적용시점에 관한 원칙 및 기준의 타당성을 확보하기 위하여 입법과는 구별되는 법집행의 관점, 행정작용법 및 행정쟁송법상 관련 논의의 통합적 접근, 형법 제1조에 대한 형법학적 접근과는 다른 행정법학의 특수성 반영 등을 염두에 두었다. 이를 바탕으로 먼저 행정법령의 적용시점에 관한 원칙을 살펴보았다. 소급적용금지의 원칙과 관련된 개념들을 살펴보고, 소급입법금지의 원칙과는 다른 소급적용금지의 원칙의 특징을 도출하였다. 다음으로 행정법령의 적용시점에 관한 기준을 분석하였다. 행위시법, 처분시법, 판결시법 등에 관한 논의 체계와 적용대상을 살펴보았다. 끝으로 선행된 연구결과를 기초로 행정법령 적용시점의 원칙 및 기준에 대한 재해석을 시도하였다. 특히, 행위시법주의의 의미와 행정법령 적용의 세부기준에 대한 재해석을 시도하였다.

I. 서론

행정기본법이 제정됨으로써 종래 학계와 판례를 중심으로 형성·발전되어 온 행정법학의 다양한 법리가 법률적 근거를 마련하게 되었다. 행정법령 적용시점의 원칙과 기준 역시 그 중 하나이다. 행정법령은 잦은 개정으로 인하여 신·구법의 적용 관계를 판단해야 하는 문제가 빈번하게 발생한다. 따라서 행정법령의 적용시점에 관한 원칙 및 기준은 명확하고 타당해야 한다. 그 원칙 및 기준이 명확하지 않을 경우 법적용에 대한

예측가능성과 법적 안정성에 위기가 발생하며, 타당하지 않을 경우 신뢰 보호 및 평등의 원칙에 반할 수 있다.

행정기본법은 행정법령의 적용기준을 명확하게 제시하기 위하여 제14조에 ‘법 적용의 기준’을 신설하였다.¹⁾ 그러나 행정기본법 제14조의 제정에도 불구하고 행정법의 적용시점에 관한 논의가 부족하다는 지적은 변함없이 유효한 것으로 보인다. 특히, 행정기본법 제14조의 제정으로 명확성이 확보되었다 하더라도 그 내용의 타당성을 판단할 수 있는 법리적 연구의 부족까지 개선되었다고 평가하기는 어렵다는 점에서 그러하다.

행정법령의 적용시점에 관한 원칙 및 기준의 타당성을 확보하기 위해서는 행정법령 적용의 특수성이 반영되어야 한다. 즉, 입법과는 구별되는 법집행상의 특징 및 행정작용과 행정쟁송의 특징이 고려되어야 한다. 그러나 학계의 논의는 이와 같은 차이점을 충분히 반영하지 못하고 있는 것으로 보인다. 또한, 형법 제1조에 관한 논의의 영향을 받고 그에 머물러 있는 내용도 적지 않다. 행정기본법 제14조의 구조와 내용은 형법 제1조와 상당히 유사하다. 소급효금지, 행위시법주의 등이 대표적인 예이다. 그러나 행정기본법 제14조는 형법 제1조와의 차이점도 지니고 있다. 형법 제1조는 사인의 범죄와 국가의 처벌을 요소로 구성되지만, 행정기본법 제14조는 사인의 공법상 행위와 행정청의 처분을 요소로 구성된다. 여기서 행정청의 처분에는 제재적 처분뿐만 아니라 당사자의 신청에 따른 처분도 포함된다. 그러나 학계의 논의는 이와 같은 차이점을 충분히 반영하지 못하고 있는 것으로 보인다.

이에 본 연구는 법령의 적용 관점에서 행정법학의 특수성을 반영하여 행정법령의 적용시점에 관한 원칙 및 기준을 재해석하고자 한다. 먼저 소급적용금지의 원칙을 소급효금지 및 소급입법금지의 원칙과 구별하고, 소급적용금지의 원칙의 특징을 도출한다(II). 이어서 행위시법, 처분시법, 재판시법 등 행정법령의 적용기준에 관한 논의 체계 및 적용대상을 분석한다(III). 끝으로 앞서 진행된 연구결과를 바탕으로 행정법령 적용시점의 원칙 및 기준에 대한 재해석을 시도한다(IV).

1) 법제처, 행정기본법안 조문별 제정이유서, 2020, 40면.

II. 행정법령의 적용시점에 관한 원칙

1. 소급적용금지의 원칙의 의의 및 구별개념

가. 의의 및 근거

행정법령의 적용시점에 관한 기본적인 원칙은 소급적용금지의 원칙이다. 소급적용금지의 원칙이란 특별한 규정이 없는 한 새로이 제·개정된 법령을 과거의 사실관계에 소급하여 적용할 수 없다는 것이다. 소급적용금지의 원칙의 근거로는 법치국가의 원리, 법적 안정성, 관계인의 신뢰보호 및 기득권보호, 헌법 제13조 제1항과 제2항에서 찾을 수 있다.²⁾ 특히 최근 제정된 행정기본법 제14조 제1항은 “새로운 법령등은 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 법령등의 효력 발생 전에 완성되거나 종결된 사실관계 또는 법률관계에 대해서는 적용되지 아니한다.”고 규정하여 법률적 근거가 마련되었다.³⁾

나. 소급효금지의 원칙 및 소급입법금지의 원칙과의 구별

소급적용금지의 원칙에 관한 학계의 논의는 본 연구와 같이 ‘소급적용금지의 원칙’으로 표현하는 경우⁴⁾와 ‘소급효금지의 원칙(불소급의 원칙)’으로 표현하는 경우⁵⁾가 있다. 양자는 용어상 차이가 있지만 그 내용은 대체로 동일한 것으로 보인다.⁶⁾ 다만, 법령의 집행단계에서의 소급적용금지라는 점을 강조하고, 소급입법금지와의 관계를 보다 명확히 한다는 측면에서 ‘소급적용금지의 원칙’으로 표현하는 것이 타당한 것으로 생각된다. 법령이 적용될 사실관계의 일반성·추상성에 기초하여 입법단계에서 소급효를 금지하는 소급입법금지와 법령이 적용될 사실관계의 개별성·구

2) 김남철, “처분시 적용법령(행위시법·처분시법)의 문제”, 공법학연구 제20권 제3호, 한국비교공법학회, 2019, 386면; 박근성, 「행정법론(상)」, 박영사, 2020, 77면; 홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2020, 110면; 정하중, 「행정법개론」, 법문사, 2020, 48면.

3) 행정기본법 제14조 제1항.

4) 박근성, 앞의 책, 77면; 정하중, 앞의 책, 48면; 김남철, 앞의 논문, 386면.

5) 배정범, “법령의 변경과 행정처분 시의 적용법령”, 법조 제67권 제6호, 법조협회, 2018, 44면; 홍정선, 앞의 책, 110면.

6) 同旨 정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2016, 185면.

체성에 기초하여 집행단계에서 소급효를 금지하는 소급적용금지에는 모두 소급효의 제한을 내용으로 한다는 점에서 동일하지만, 그 적용 단계와 전제되는 사실관계의 성격이 다르다. 이러한 의미에서 본다면 소급적용금지의 원칙은 개별적·구체적 사실관계와 소급효금지로 구성되는 것으로서, 소급효금지의 원칙과 구별될 수 있으며 소급입법금지의 원칙과도 구별되는 것으로 보인다.

2. 소급효의 유형과 소급적용금지의 원칙의 특징

가. 소급효 및 입법·집행에서의 금지 유형

법령의 소급효 유형에는 진정소급효와 부진정소급효가 있다. 진정소급효란 새로운 입법으로 이미 종료된 사실관계를 규율하여 새로운 법령을 적용하는 것이고, 부진정소급효란 새로운 입법으로 과거에 발생하였으나 현재까지 계속 중인 사실관계를 규율하여 새로운 법령을 적용하는 것이다.⁷⁾ 이 두 유형은 각각 입법단계와 집행단계에 적용된다.

입법단계에서 소급효의 유형은 진정소급입법과 부진정소급입법으로 나타난다. 학계와 판례의 일반적인 태도에 따르면, 진정소급입법은 원칙적으로 금지되나 예외적인 경우 제한적으로 허용된다.⁸⁾ 또한, 부진정소급입법은 원칙적으로 허용되나 예외적으로 제한된다.⁹⁾ 집행단계에서도 이러한 논리는 그대로 적용된다. 즉, 집행단계에서 소급효의 유형은 진정소급적용과 부진정소급적용으로 나타난다. 또한, 진정소급적용 및 부진정소급적용의 금지 및 허용에 관한 법리도 각각 진정소급입법 및 부진정소급

7) 배병호, 「일반행정법강의」, 동방문화사, 2019, 62면 참조.

8) “진정소급입법이라 하더라도 기존의 법을 변경하여야 할 공익적 필요는 심히 중대한 반면에 그 법적 지위에 대한 개인의 신뢰를 보호하여야 할 필요가 상대적으로 적어 개인의 신뢰 이익을 관철하는 것이 객관적으로 정당화될 수 없는 경우에는 예외적으로 허용될 수 있다. 진정소급입법이 허용되는 예외적인 경우로는 일반적으로, 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나, 법적 상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할 만한 신뢰의 이익이 적은 경우와 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우, 그리고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우를 들 수 있다.”(헌재 1996. 2. 16. 96헌가2.)

9) “부진정소급효의 입법은 원칙적으로 허용되는 것이다. 다만 이 경우에 있어서도 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 비교형량 과정에서, 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 된다.” (헌재 1999. 4. 29. 94헌바37.)

입법과 동일하게 전개된다.¹⁰⁾

그러나 위와 같은 학계와 판례의 일반적인 논의와는 달리, 입법단계에서 소급효의 규율을 금지하는 소급입법금지의 원칙과 집행단계에서 소급적인 적용을 금지하는 소급적용금지의 원칙은 구체적인 쟁점과 내용에서 차이가 있는 것으로 생각된다. 이에 대해서는 항을 달리하여 소급적용금지의 원칙의 특징 관점에서 살펴보기로 한다.

나. 소급적용금지의 원칙의 특징

1) 진정소급에서의 특징

A. 학설 및 판례

학계의 일반적인 태도에 따르면, 새로운 법령을 그 시행일 이전에 이미 종료된 사실관계에 적용하는 진정소급적용은 원칙적으로 금지된다. 그러나 예외적으로 법치국가의 원리 및 법적 안정성 등과 무관하거나 오히려 국민의 이익에 유리한 경우 등에는 진정소급적용이 인정된다.¹¹⁾ 판례도 진정소급적용의 예외를 허용하고 있다.¹²⁾

위와 같은 내용의 타당성은 일단 논외로 하고 살펴보면, 법령의 적용

-
- 10) 박군성, 앞의 책, 78면; “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 국민의 재산권과 관련하여 종전보다 불리한 법률효과를 규정하고 있는 경우에도 그러한 사실 또는 법률관계가 개정 법률이 시행되기 이전에 이미 완성 또는 종결된 것이 아니라면 이를 헌법상 금지되는 소급입법에 의한 재산권 침해라고 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.”(대법 2000. 3. 10. 97누13818.).
- 11) 박정훈, “처분사유발생 후 행정처분기준의 변경과 법적용관계-대법원 2001.10.12. 선고 2001두274판결-”, 경희법학 제50권 제4호, 경희법학연구소, 2015, 149면; 김남철, 앞의 논문, 386면; 배병호, 앞의 책, 62-63면; 홍정선, 앞의 책, 111면; 박군성, 앞의 책, 78-79면; 정하중, 앞의 책, 49면.
- 12) “법령의 소급적용, 특히 행정법규의 소급적용은 일반적으로는 법치주의의 원리에 반하고, 개인의 권리·자유에 부당한 침해를 가하며, 법률생활의 안정을 위협하는 것이어서, 이를 인정하지 않는 것이 원칙이고, 다만 법령을 소급적용하더라도 일반 국민의 이해에 직접 관계가 없는 경우, 오히려 그 이익을 증진하는 경우, 불이익이나 고통을 제거하는 경우 등의 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 예외적으로 법령의 소급적용이 허용된다.”(대법 2005. 5. 13. 2004다8630.).

단계에서의 진정소급에 대한 학설과 판례의 태도는 입법단계에서의 진정소급에 관한 내용을 수용한 것으로 보인다. 입법에서도 국민이 소급입법을 예상할 수 있는 경우, 법적 상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할 만한 신뢰이익이 적은 경우, 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우, 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우 등에는 예외적으로 진정소급입법이 허용된다.¹³⁾ 대표적인 예로는 친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법을 들 수 있다.

소급입법이 허용되는 예외적 상황이 존재하는 경우 입법자는 신법의 소급적용에 대해 입법형성권을 갖는다.¹⁴⁾¹⁵⁾ 특히 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우, 더 나아가 소급입법이 당사자에게 유리한 경우라면 입법자는 보다 광범위한 입법형성권을 갖게 된다. 이처럼 예외적으로 진정소급입법을 할 수 있는 상황이 존재하는 경우 입법자는 입법형성권을 갖게 되므로 예외적으로 진정소급입법이 허용될 수 있다는 명제의 성립에는 문제가 없다. 그러나 법 적용단계에서 예외적으로 진정소급적용이 얼마나 허용될 수 있을지는 의문이다.

입법과 집행은 구별된다. 입법이란 법치주의의 개념적 전제가 된다. 법치주의란 국가작용은 국회가 미리 제정한 법률에 근거하여 수행되어야 한다는 국가구성원리를 말한다.¹⁶⁾ 따라서 국가작용의 기준이 되는 법률을 제·개정하는 입법작용은 집행작용에 선행하며, 집행작용 보다 넓은 형성권을 가진다. 한편, 집행작용에 법치주의가 적용되는 결과 국가의 공행정작용은 선행했던 입법에 의해 통제된다. 이러한 시스템을 법치행정의

13) 헌재 1996. 2. 16. 96헌가2.

14) 입법형성권은 입법형성의 자유를 의미한다. 즉, 입법부가 어떠한 내용의 법률을 제정할 것인지에 대해 자유롭게 판단하는 입법재량을 말한다. 입법자는 입법형성권을 법률의 제정 또는 개정의 방법으로 행사할 수 있다. 입법형성의 자유의 정도는 개별 입법영역과 상황에 따라 차이가 있다. 입법자는 소급입법을 함에 있어서도 그 사유 또는 한계를 전제로 입법형성권을 갖는다.(민경식·윤석진, “사회보험연금의 보장과 소급입법”, 중앙법학 제7집 제1호, 2005, 321-328면 참조)

15) “...입법자에게 그 법률조항을 합헌적으로 개정 또는 폐지하는 임무를 입법자의 형성재량에 맡긴 이상 그 개선입법의 소급적용 여부와 소급적용의 범위는 원칙적으로 입법자의 재량에 달린 것이...”(대법 2002. 4. 2. 99다3358.)

16) 정재황, 「헌법입문」, 박영사, 2017, 110면.

원리라고 한다.¹⁷⁾ 법치행정의 원리 특히 법률우위 및 법률유보의 원칙에 따라 집행작용은 입법에 기속된다. 설령 집행작용에 재량이 인정된다고 하더라도 그 재량은 입법에 의해 부여 받은 것일 뿐, 집행작용은 법치주의 내지 법치행정의 원칙에 따라 여전히 입법에 기속된다.

입법과 집행의 구별은 소급효에 대한 입법과 집행에도 적용된다. 따라서 소급입법과 소급적용 역시 구별된다.¹⁸⁾ 진정소급입법의 경우 진정소급입법이 허용되는 예외적인 상황이 존재한다면 입법자는 입법형성권을 갖는다.¹⁹⁾ 입법형성의 자유는 개별 영역과 상황에 따라 차이가 있다. 신법이 피적용자에게 유리한 시혜적인 소급입법의 경우 그러한 시혜적 소급입법은 입법자의 의무가 아니며, 국민의 권리를 제한하거나 새로운 의무를 부과하는 경우와는 달리 입법자에게 광범위한 입법형성의 자유가 인정된다.²⁰⁾ 반면 진정소급적용의 경우 법률의 규정이 없음에도 집행기관이 스스로의 판단 하에 법률을 진정소급적용하는 것은 법치주의에 반한다. 앞서 살펴본 바와 같은 예외적으로 진정소급적용을 허용할 수 있는 상황이 존재한다고 하더라도, 진정소급적용에 관한 입법이 없다면 진정소급적용은 허용될 수 없다. 그렇다면 진정소급적용을 허용할 수 있는 상황이 존재한다는 것 자체가 사실은 모순이라고 볼 수 있다.

B. 사건

생각건대, 진정소급적용은 진정소급입법이 있는 경우에 한하여 인정되는 것이다.²¹⁾ 다만, 법률에 대한 위헌결정의 소급효가 미치는 사안에 대해서는 직접적인 개별 규정이 없다고 하더라도 헌법재판소법 제47조와 위헌결정의 소급효 법리에 따라 진정소급적용이 가능할 것이다.²²⁾ 이러한 경우가 아니라면 진정소급적용이 허용되는 사유는 사실상 존재할 수 없을 것이다. 즉, 법률에서 진정소급을 규정하고 있는 경우에만 새로운

17) 김민호, 「행정법」, 박영사, 2020, 27면.

18) 유사한 태도: 박정훈, 앞의 논문, 163면의 취지; 박균성, 앞의 책, 77-80면.

19) 민경식·윤석진, 앞의 논문, 327면.

20) 헌재 1995. 12. 28. 95헌마196.

21) 소급적용금지 는 소급입법금지로 나타난다는 견해가 있다(정중섭, 앞의 책, 185면). 이는 소급적용은 소급입법을 전제로 한다는 의미로 해석될 수 있을 것으로 보인다.

22) 대법 1994. 10. 25. 93다42740; 헌재 2013. 6. 27. 2010헌마535.

법률의 진정소급적용이 가능하다. 만약 법령상 진정소급적용에 관한 입법이 없음에도 집행기관이 해석에 의해 법령을 진정소급적용한다면 이는 법치주의, 법치행정의 원칙에 반한다. 또한, 법집행상 허용되는 법해석의 한계를 넘어 법을 창조하는 행위에 해당하여 권력분립의 원칙에도 반한다. 이러한 관점에서 볼 때, 일부 견해에서 신법령의 내용 자체에 소급적용할 근거가 없음에도 불구하고 법관이 신법령을 소급적용하는 것은 법관에게 주어진 법해석의 범위를 초과하는 것이라고 지적하면서, 그와 같은 오류 발생의 원인으로 판례가 소급입법과 소급적용의 개념을 구별하지 않고 있다는 점을 지적한 것은 타당한 것으로 보인다.²³⁾

2) 부진정소급에서의 특징

A. 학설 및 판례

부진정소급적용은 원칙적으로 인정되나 예외적으로 신법적용의 공익과 구법적용에 대한 사인의 신뢰를 형량하여 사익이 더 큰 경우에는 구법을 적용할 수 있다는 것이 학계의 일반적인 태도이다.²⁴⁾ 판례도 원칙적으로 부진정소급적용을 인정하면서 신뢰보호의 원칙에 따른 예외를 인정하고 있다.²⁵⁾

부진정소급적용에 관한 위와 같은 내용은 부진정소급입법의 내용을 수용한 것으로 보인다. 부진정소급입법 역시 원칙적으로 허용되지만 신뢰보호의 원칙에 따른 예외가 인정된다. 다만, 입법단계에서 입법자는 신법과 구법의 관계를 조율하기 위하여 신법에 경과규정을 두기도 한다. 일부 견해는 부진정소급의 경우에는 신법에 경과규정을 두는 것이 일반적

23) 김주석, “행정법령에 있어서 해석에 의한 소급적용의 가능성-대법원 2007.2. 22. 선고 2004두 12957 판결을 중심으로-”, 법조 제57권 제5호, 법조협회, 2008, 257면.

24) 박정훈, 앞의 논문, 149면; 김남철, 앞의 논문, 387면; 배병호, 앞의 책, 63면; 홍정선, 앞의 책, 110면; 박균성, 앞의 책, 78면; 정하중, 앞의 책, 49면.

25) “...개정 법령이 기존의 사실 또는 법률관계를 적용대상으로 하면서 국민의 재산권과 관련하여 종전보다 불리한 법률효과를 규정하고 있는 경우에도 그러한 사실 또는 법률관계가 개정법령이 시행되기 이전에 이미 완성 또는 종결된 것이 아니라면 이를 헌법상 금지되는 소급입법에 의한 재산권 침해라고 할 수는 없으며, 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...”(대법 2009. 9. 10. 2008두9324.)

이라고 본다.²⁶⁾ 그러나 새로운 법령으로 인하여 구법에 대한 신뢰가 문제되는 경우에 경과규정을 두는 것으로 이해하는 것이 적절할 것이다. 이와 유사하게 일부 견해는 경과규정을 보호가치 있는 신뢰이익이 인정되는 경우에 수반되는 법적 효과로 보고 있다.²⁷⁾ 이러한 태도가 타당한 것으로 보인다.

경과규정은 구법질서에 대한 신뢰와 신법적용의 공익 사이의 충돌을 조정하여 신법적용이 초래하는 가혹한 결과를 완화하는 기능을 갖는다. 구법을 신뢰하여 행위한 기득권자들에게 신법에 적용할 수 있는 시간과 기회를 제공하여 그들의 신법 수용가능성을 확대하는 것이다. 이에 입법자는 부진정소급입법을 함에 있어 신뢰보호의 원칙에 부합하기 위하여 경과규정을 삽입한다. 경과규정을 둬으로써 새로운 법 상태로의 이행에서 발생하는 부진정소급입법의 위헌성을 회피할 수 있다.²⁸⁾ 즉, 경과규정을 두는 것은 입법목적의 달성을 위한 것이 아니라 신뢰보호원칙의 위반을 회피하기 위한 것이다.²⁹⁾ 이러한 점에서 신뢰보호의 원칙은 부진정소급입법의 한계로서 실질적인 기능을 수행하고 있다.

부진정소급입법에서 나타난 신뢰보호의 원칙의 기능이 부진정소급적용에서도 유효할 수 있을까? 부진정소급적용은 원칙적으로 인정되지만, 신뢰보호의 원칙에 따라 예외적으로 허용되지 않는다는 태도가 학계와 판례의 기본적인 태도임은 이미 살펴본 바와 같다. 즉, 법령의 적용단계에서도 입법단계에서와 마찬가지로 신뢰보호의 원칙이 기능을 수행하는 것으로 이해하고 있다. 일부 견해는 학설·판례와 동일한 입장을 취하면서, 신뢰보호의 원칙을 적용하는 요건 내지 그 내용에 관해 별개의 의견을 취하기도 한다. 이 견해에 따르면, 소급입법의 적용문제는 입법작용과는 달리 행정작용법의 관계이므로 구법적용에 대한 신뢰보호요건이 구비되는 것으로 족하며, 이와는 별도로 공익과 사익의 비교형량은 불필요하다고 한다.³⁰⁾ 다만, 이 견해도 신뢰보호의 원칙을 부진정소급적용의 한계

26) 김남철, 앞의 논문, 387면.

27) 한수용, 「헌법학」, 법문사, 2020, 288-289면.

28) 한수용, 앞의 책, 288-289면.

29) 이부하, “헌법상 신뢰보호원칙의 재정립-헌법재판소 결정을 분석하며”, 법학연구 제21집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2018, 146면.

로서 파악하고 있다는 점에서는 일반적인 태도와 차이가 없는 것으로 보인다.³¹⁾

B. 사건

생각건대, 부진정소급입법이 이루어진 경우 법집행기관은 법치주의 원칙에 따라 입법된 내용의 범위 내에서 법령을 집행해야 한다. 법령해석, 사실확정, 포섭 등의 과정에서 집행기관의 판단권이 개입될 수는 있으나, 그것은 법치주의를 준수하는 범위 내에서 인정되는 것이다. 특히, 집행기관의 법집행이 법창조의 결과가 되어서는 안 된다. 따라서 입법자가 부진정소급입법을 하면서 위헌의 결과를 회피하기 위하여 구법을 적용하는 경과규정을 두었다면 집행기관은 이를 준수해야 한다. 만약 집행기관이 경과규정에 반하여 신법을 적용한다면, 이는 법규정에 정면으로 반하는 것이다.³²⁾ 그러므로 일반적으로 부진정소급적용의 한계로 다루어지는 신뢰보호의 원칙이 집행기관의 법적용 과정에서는 특별히 고려될 실익은 없다.

한편, 입법자가 경과규정을 두지 않았다면 입법자의 의사는 신법을 적용하고자 하는 것이다.³³⁾ 따라서 집행기관은 법치주의에 따라 신법을 적용해야 할 것이다. 경과규정이 없는 부진정소급입법에 대해 신뢰보호원칙의 준수 여부가 법률의 위헌성 관점에서 제기될 수는 있다. 그러나 명

30) 박정훈, 앞의 논문, 163면.

31) 집행기관이 부진정소급입법에 해당하는 ‘법령의 적용 여부를 결정함에 있어 부진정소급입법의 한계인 신뢰보호의 원칙을 적용한다는 것(A)’과 ‘법집행의 결과 처분을 함에 있어 신뢰보호의 원칙을 적용한다는 것(B)’은 구분되어야 한다. (A) 및 (B)의 권한 중 집행기관에게 어느 것을 인정할지는 견해에 따라 차이가 있을 수 있다. 그러나 집행기관에게 (A) 또는 (B)의 권한이 인정되어 신뢰보호의 원칙이 일단 적용된다면, 필연적으로 공·사익의 비교는 거쳐야 하는 것으로 보인다. 비록 형량요소는 권한의 성질에 따라 차이가 있을 수 있지만, 신뢰보호의 원칙이 적용되는 한 공·사익의 비교는 필수과정으로 생각된다. 신뢰보호의 원칙은 이익의 충돌을 내포하고 있는 개념이기 때문이다(강현호, “신뢰보호원칙에 대한 재고찰”, 성균관법학 제17권제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2006, 154면, 161-162면).

32) 입법자가 부진정소급입법을 하면서 경과규정을 둔 것이 신뢰보호의 원칙의 요건 및 한계, 평등의 원칙 등에 부합하지 않는 것과 같은 입법상의 문제는 집행상의 문제와는 별개의 쟁점으로 접근되어야 할 것이다.

33) 김주석, 앞의 논문, 257-258면.

문의 경과규정이 없음에도 법집행기관이 신뢰보호 원칙을 적용해 구법적용을 결정하는 것은 경과규정을 창조하는 것으로서 법치주의에 반한다. 또한, 구법과 신법 중 어느 법률을 적용할지 여부에 관한 입법형성권과 집행기관이 법령을 집행하면서 갖는 권한은 구분되어야 한다. 집행기관은 부진정소급입법을 집행하면서 해당 사실관계가 새로운 법령의 효력 발생 전에 이미 완성되었는지 여부를 판단할 수 있다. 또한, 사실관계를 법령에 포섭하여 발급할 행정작용이 신뢰보호원칙에 부합하는지 여부를 고려할 수도 있다. 그러나 이러한 권한은 법집행상의 권한으로서, 명문의 경과규정이 없음에도 구법적용을 결정할 수 있는 입법형성권과는 구별되어야 할 것이다.

III. 행정법령의 적용시점에 관한 기준

1. 적용시점 기준에 관한 논의 체계

가. 작용법과 쟁송법에서의 적용시점에 관한 기준

행정법령의 적용시점 기준에 관해 일반적으로 행위시법과 처분시법이 논의된다.³⁴⁾ 관련 논의는 보통 사인의 행위시와 행정청의 처분시 사이에 법령의 변경이 있는 경우를 전제로 한다. 예를 들어, 사인의 허가 신청시와 처분청의 허가시 사이에 법령의 변경이 있을 경우 신법과 구법 중에서 어느 법령을 기준으로 허가요건의 충족여부를 판단할 것인지에 관한 문제이다. 여기서 행위시법이란 사인의 행위인 허가 신청 당시 효력이 발생하고 있는 법령을 말한다. 처분시법은 사인의 신청에 대해 행정청이 처분을 할 때 효력이 발생하고 있는 법령을 말한다.

위와 같은 행정작용법상의 논의와 유사하게 행정쟁송법 영역에서도 법령의 적용시점 기준에 관한 논의가 있다.³⁵⁾ 다만 행정작용법에서 행위시법 및 처분시법이 논의 대상인 것과는 달리, 행정쟁송법에서는 처분시법

34) 배정범, 앞의 논문, 424면 이하; 김남철, 앞의 논문, 387면 이하; 김주석, 앞의 논문, 238면 이하; 박균성, 앞의 책, 419-428면.

35) 김민호, 앞의 책, 537-538; 박균성, 앞의 책, 1460-1467면; 홍정선, 앞의 책, 2020, 1169-1171면.

과 판결시법이 논의 대상이 된다.³⁶⁾ 즉, 항고소송에서 처분의 위법성을 판단함에 있어 처분이 행하여진 이후부터 판결시 사이에 법령의 제·개정이 있는 경우, 법원이 처분시와 판결시 중 어느 법령을 적용할 것인지가 논의된다. 처분시법은 행정작용법에서와 마찬가지로 행정청의 처분 당시 효력이 발생하고 있는 법령을 말한다. 판결시법이란 변론종결시의 법령을 말한다.

대부분의 문헌에서는 작용법상의 적용시점에 관한 논의와 쟁송법상의 적용시점에 관한 논의를 각각 작용법과 쟁송법에서 논의하고 있지만, 양자의 관계에 대해서는 직접 다루고 있지 않다. 다만 일부 연구는 양자의 논의가 다르다는 점을 명확히 밝히고 있다. 이 견해에 따르면, 쟁송법상의 적용시점에 관한 논의는 취소소송의 본질, 권력분립의 원칙, 행정행위의 본질 등과 연관된 위법판단의 기준시점에 관한 논의라고 한다. 반면 작용법상의 적용시점에 관한 논의는 어느 시점을 기준으로 처분의 위법을 판단해야 할 것인지에 관한 위법판단의 기준시점과는 별개의 쟁점으로, 처분사유의 발생시점의 구법을 적용할지 처분시의 신법을 적용할지 법적용관계에 관한 논의라고 한다.³⁷⁾

나. 사건

생각건대, 작용법상의 적용시점에 관한 논의와 쟁송법상의 적용시점에 관한 논의는 통합 고찰되어야 할 것이다. 즉, 행위시법 처분시법 뿐만 아니라 판결시법까지 고려하여 행정법령의 적용시점 기준에 관한 법리가 정리되어야 할 것으로 생각된다. 그 이유는 다음과 같은 점에서 찾아볼 수 있다.

우선, 작용법상의 적용시점에 관한 논의 대상을 시간 순서로 구분한다면, 행위시법은 구법에 해당하고 처분시법은 신법에 해당한다. 결국 작용법상의 적용시점에 관한 논의는 구법과 신법 중 어느 법령을 적용할지에 관한 문제이다. 쟁송법상의 적용시점의 경우에는 처분시법이 구법에 해

36) 관련 논의에서 학계의 태도는 처분시설, 판결시설, 그리고 절충설이 있다. 다만, 절충설을 구성하는 법령의 시점은 처분시 및 판결시이므로 결국 관련 논의의 대상이 되는 법령은 처분시와 판결시의 법령이라고 할 것이다.

37) 박정훈, 앞의 논문, 143면.

당하고 판결시법이 신법에 해당한다. 이 역시 구법과 신법 중 어느 법령을 적용할지에 관한 문제이다. 즉, 양자 모두 구법과 신법의 적용 문제라는 점에서 공통점을 가지고 있다. 둘째, 행정법학에서 작용법과 쟁송법의 체계가 다르다고 하더라도 작용법과 쟁송법은 모두 행정법학의 내용으로서 단절관계가 아니다. 따라서 동일하거나 관련된 쟁점이라면 종합적으로 분석될 필요성이 있다. 셋째, 일부견해는 쟁송법상의 적용시점에 관한 논의를 ‘어느 시점을 기준으로 처분의 위법을 판단해야 할 것인지에 관한 위법판단의 기준시점’에 대한 논의라고 보고 있는데, 여기서 위법판단의 기준시점이란 두 가지 측면으로 해석이 가능할 것으로 보인다. 하나는 위법을 판단하기 위해 어느 시점의 법령을 적용할 것인가로서, 이는 신구법의 적용문제에 해당한다. 다른 하나는 신구법 중 어느 한 법령의 적용이 확정되었다는 것을 전제로, 관련 사안을 법령에 포섭함에 있어 수반되는 판단시점에 관한 문제이다. 예를 들어, 원자력시설의 설치에 관해 처분시법령을 적용해야 하는 사안에서, 처분의 요건으로 되어 있는 시설의 안전성에 대해 처분시와 판결시 중 어느 시점의 과학기술을 기준으로 판단할 것이가와 같은 포섭상 판단시점에 관한 문제이다.³⁸⁾ 이러한 두 가지 해석 중에서 전자로 볼 경우 쟁송법상 적용시점에 관한 논의는 신구법의 적용문제로서 작용법상 적용시점에 관한 논의와 관련성이 인정되고, 후자로 본다면 포섭상 판단시점의 전제가 되는 법령의 적용시점에 관한 논의가 별도로 존재하는 것으로 되고 그 논의는 결국 작용법상 적용시점에 관한 논의와 마찬가지로 신구법의 적용문제가 될 것이다. 넷째, 쟁송법상의 항고소송에서 법원이 처분의 위법성을 판단함에 있어서는 처분청의 법령적용의 적법성을 심사해야 한다. 그런데 작용법상 처분청이 적용할 가능성이 있는 법령적용의 시점에는 처분시뿐만 아니라 행위시법도 포함되어 있다. 또한, 처분시법은 작용법상 적용시점에 관한 논의와 쟁송법상 적용시점에 관한 논의에 모두 포함되어 있다. 끝으로, 비록 작용법상 적용시점에 관한 논의와 쟁송법상 적용시점에 관한 논의의 종합적 연구임을 명확하게 밝히고 있지는 않으나, 일부 연구에서는 행위시법·처분시법·판결시법을 종합적으로 검토하는 태도가 있다.³⁹⁾

38) 鹽野宏, 「行政法Ⅱ」, 有斐閣, 2006, 182면; 박균성, 앞의 책, 1464-1465면.

2. 적용시점 기준의 유형과 적용대상

가. 행위시법과 적용대상

1) 학설 및 판례

행위시법은 행정작용법에서 처분시법과 대비되는 행정법령의 적용시점 기준으로, 사인의 행위 당시에 효력이 있는 법령을 말한다. 학계는 일반적으로 행위시법이 적용되는 행정작용으로 과세처분, 법령위반행위에 대한 제재적 처분 등을 들고 있다.⁴⁰⁾

과세처분에 행위시법이 적용되어야 한다는 최초의 판례로 대법원 1962. 7. 26. 62누35 판결을 들 수 있다.⁴¹⁾ 판례는 “불소급의 원칙은 행위당시에는 법의 규정이 없음에도 불구하고 후일에 제정된 법의 규정을 과거의 사실에 소급하여 국민의 불이익으로 적용할 수 없다는 것에 불과하고 행위 당시에는 법의 규정이 있었으나 그 후 그 법이 폐지된 경우에 그 폐지된 법을 유효히 시행되고 있을 당시에 행하여진 행위에 대하여 적용할 수 있느냐 하는 문제와는 다르다 할 것인 바 법령에 명문이 있다거나 또는 특별한 사정이 없는 한 법은 장래의 행위에 대하여서만 적용되는 것이 원칙인 동시에 그 반면 폐지 또는 변경된 구 법은 그 폐지 변경된 후라 하더라도 폐지전의 행위에 대하여는 역시 적용된다고 할 것이요 따라서 일단 적법히 성립된 권리는 그 후에 법의 폐지변경이 있다고 하더라도 그 권리가 소멸된다고는 할 수 없다.”고 하였다.⁴²⁾ 이러한 입장에서 판례는 폐지된 구법이 시행되고 있을 당시 과세요건이 충족되었다면 과세과청은 폐지된 구법을 적용하여 과세처분을 할 수 있다고 보았다.

법령위반행위에 대한 제재적 처분에 관한 대표적인 판례로 학계에서는 대법원 2002.12.10. 2001두3228 및 대법원 1987.1.20. 86누63 판결을 다루고 있다.⁴³⁾ 이 중 대법원 2002.12.10. 2001두3228은 법 위반 행위

39) 김민호, 앞의 책, 538면.

40) 김남철, 앞의 논문, 387면; 김민호, 앞의 책, 538면; 박균성, 앞의 책, 426면.

41) 배정범, 앞의 논문, 424면.

42) 대법 1962. 7. 26. 62누35.

43) 박정훈, 앞의 논문, 146면; 배정범, 앞의 논문, 425-426면; 김남철, 앞의 논문, 387-391면.

에 대한 과징금부과가 문제된 사안이다. 이 사안에서 판례는 구 건설업법 시행 당시에 건설업자가 도급받은 건설공사 중 전문공사를 그 전문공사를 시공할 자격 없는 자에게 하도급한 행위에 대하여 건설산업기본법 시행 이후에 과징금부과처분을 하는 경우, 과징금의 부과상한은 건설산업기본법 부칙에 의하여 피적용자에게 유리하게 개정된 건설산업기본법에 따르되, 구체적인 부과기준에 대하여는 처분시의 시행령이 행위시의 시행령보다 불리하게 개정되었고 어느 시행령을 적용할 것인지에 대하여 특별한 규정이 없으므로, 행위시의 시행령을 적용하여야 한다고 판시하였다. 한편, 대법원 1987.1.20. 86누63 판결은 법 위반 행위에 대한 면허취소가 문제된 사안이다. 판례는 구 건설업법이 시행되던 당시 법 위반 행위인 건설업면허 대여행위가 있었으므로 그 위반행위를 이유로 하는 행정상의 제재처분을 하려면 그 후 전면 개정된 건설업법 부칙 제1항에 이 법은 1985.7.1.부터 시행한다라고 규정되어 있고, 제2항에 이 법 시행 전에 종전의 규정에 의하여 행하여진 처분은 이 법의 규정에 의하여 행한 처분으로 본다라고 규정하고 있을 뿐 달리 특별한 규정을 두고 있지 않으므로 위반행위 당시에 시행되던 구 건설업법을 적용해야 한다고 하였다.⁴⁴⁾

2) 사건

과세처분에 행위시법이 적용되어야 한다는 판례(대법 1962. 7. 26. 62누35)는 “불소급의 원칙은 행위당시에는 법의 규정이 없음에도 불구하고 후일에 제정된 법의 규정을 과거의 사실에 소급하여 국민의 불이익으로 적용할 수 없다는 것에 불과하고 행위 당시에는 법의 규정이 있었으나 그 후 그 법이 폐지된 경우에 그 폐지된 법을 유효히 시행되고 있을 당시에 행하여진 행위에 대하여 적용할 수 있느냐 하는 문제와는 다르다 (밑줄: 필자)”고 판시하고 있다. 여기서 점선표기에 해당되는 부분은 법령 적용시점의 기준에 관련된 내용이다. 따라서 판례의 내용은 ‘불소급의 원칙은 법령 적용시점의 기준과는 다르다’라고 해석된다. 이러한 판례의 태도는 타당한 것으로 보인다. 비록 불소급이 적용됨에 따라 행위시법이 적용되는 결과에 이르지만, 입법 또는 법적용에서 소급을 제한하는 것과

44) 대법 1987. 1. 20. 86누63.

법집행 단계에서 법령의 적용시점을 판단하는 것이 완전히 동일한 논의는 아닌 것으로 생각된다.

또한, 해당 판례는 “법령에 명문이 있다거나 또는 특별한 사정이 없는 한 법은 장래의 행위에 대하여서만 적용되는 것이 원칙인 동시에 그 반면 폐지 또는 변경된 구 법은 그 폐지 변경된 후라 하더라도 폐지전의 행위에 대하여는 역시 적용된다고 할 것이요 따라서 일단 적법히 성립된 권리는 그 후에 법의 폐지변경이 있다고 하더라도 그 권리가 소멸된다고 할 수 없다.”라고 판시하여, 행위시법주의의 실익을 잘 나타내고 있다. 행위시와 처분시 사이에 법령의 변경이 있다는 것은 행위시의 법령이 폐지되었다는 것이다. 따라서 행위시법이 적용된다는 것은 폐지된 법령이 시행되고 있을 당시에 이미 법률관계 변동의 요건이 충족되었다면 폐지된 법령을 적용하여 처분하게 된다는 것을 의미한다.

학계와 판례가 행위시법이 적용되는 예로 들고 있는 법령위반행위에 대한 제재적 처분에 관한 판례(대법 2002.12.10. 2001두3228 및 대법 1987.1.20. 86누63)는 모두 행위시법을 적용하면서, 어느 법령을 적용할 것인지에 대하여 특별한 규정이 없으므로 행위시의 법령을 적용한다고 할 뿐 그 이유를 제시하지 않고 있다.⁴⁵⁾ 이 점은 과세처분에 행위시법이 적용되어야 한다는 판례(대법 1962. 7. 26. 62누35)도 마찬가지다. 이와 관련해 일부 견해는 대부분의 문헌들은 판례의 입장과 같이 제재적 처분이나 과징금부과처분에 대해서는 행위시법을 적용하여야 한다는 태도를 취하고 있는 것으로 분석하고 있다.⁴⁶⁾ 또 다른 견해는 행위시법주의는 행정제재가 원활한 행정운영과 법위반행위에 대한 통제를 목적으로 한다는 점에서 제재의 상대방들 사이에서 발생할 수 있는 불평등의 문제를 배제하기 위한 것이라는 태도를 취하고 있다.⁴⁷⁾ 생각건대, 전자는 행위시법의 적용대상에 관한 의견이고, 후자는 행위시법을 취하는 이유에 관한 의견으로 분류할 수 있을 것이다. 적용대상에 관한 문제는 다시 적용대상의 개념적 문제와 특정 행정작용이 행위시법의 적용대상인지 여부의

45) 同旨 이상수, “행정상 제재처분기준 변경시 신·구법간의 법적용관계”, 법제, 법제처, 2002, 68면.

46) 김남철, 앞의 논문, 391면.

47) 강지은, “제재적 행정처분에 대한 소송”, 공법학연구 제14권 제2호, 한국비교공법학회, 2013, 563면.

문제로 구분할 수 있다. 이 중 특정 행정작용이 행위시법의 적용대상인지 여부의 문제는 그 이유와도 밀접하게 관계된 쟁점이다.

법령위반행위에 대한 제재적 처분에 행위시법이 적용된다고 할 때, 적용대상의 개념적 문제로서 제재적 처분이 무엇인지 검토가 필요하다. 제재적 처분은 그 개념이 명확하게 정립된 것으로 보기는 어렵다.⁴⁸⁾ 다만, 최근 제정된 행정기본법에서는 제재처분을 규정하고 있다. 이에 따르면 제재처분이란 법령등에 따른 의무를 위반하거나 이행하지 아니하였음을 이유로 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분이다. 다만, 행정상 강제는 제외된다.⁴⁹⁾ 이로써 일단 입법적으로는 그 개념이 규정되었다. 한편, 학계와 판례가 법령위반행위에 대한 제재적 처분으로서 행위시법이 적용되는 예로 들고 있는 대표적인 판례는 과징금부과가 문제된 사안(대법 2002.12.10. 2001두3228)과 면허취소가 문제된 사안(대법 1987.1.20. 86누63)이다. 이 중 면허취소가 문제된 사안(대법 1987.1.20. 86누63)이 제재처분에 해당함에는 의문이 없으나, 과징금부과가 제재처분에 포함되는지는 검토가 필요한 것으로 보인다. 특히, 행정의 실효성확보수단을 논함에 있어 대부분의 문헌은 과징금부과와 행정상 의무위반자에 대한 인·허가 등을 거부·정지·취소·철회하는 제재적 행정처분을 구분하고 있다는 점에서 그러하다.⁵⁰⁾

생각건대, 과징금의 유형에는 영업정지등에 갈음하는 예외적 형태의 과징금만 있는 것이 아니라, 법령위반행위로 얻은 불법적인 이익을 환수하는 본래적 의미의 과징금이 있다. 또한, 영업정지·취소 등에 갈음하는 경우에도 과징금은 금전적 제재라는 점에서 학계에서 논의되어 온 제재처분과는 구분된다. 따라서 개념상 과징금부과와 제재처분을 구분하는

48) 同旨 김남철, 행정법강론, 박영사, 2020, 500면.

49) 행정기본법 제2조 제5호.

50) 김남철, 앞의 책, 493면 이하, 500면 이하; 박균성, 앞의 책, 643면 이하, 662면 이하; 홍정선, 앞의 책, 764면 이하, 770면 이하; 이 외에도 다수의 문헌이 제재처분에 해당하는 내용을 관허사업제한으로 다루면서 과징금과 구분하고 있다(김민호, 앞의 책, 280면 이하, 283면 이하; 류지태·박중수, 「행정법신론」, 박영사, 2019, 426면 이하, 430면 이하; 정형근, 「행정법」, 피엔씨미디어, 2020, 391면 이하, 387면 이하; 김중권, 「행정법」, 법문사, 2016, 569면 이하, 572면 이하; 김철용, 「행정법」, 고시계사, 2017, 371면, 372면 이하; 김향기, 「행정법개론」, 탐복스, 2016, 396면 이하, 401면 이하).

것이 타당하다. 그렇다면 과징금부과와 제재처분이 행위시법 적용대상인지 여부 및 그 이유는 무엇인지가 쟁점으로 되는데, 이에 대해서는 장을 달리하여 소급금지 원칙 및 처분시법, 판결시법을 포함하여 종합적으로 검토하기로 한다. 이하 논의되는 (2)처분시법과 적용대상, (3)판결시법과 적용대상에서도 관련 논의는 장을 달리하여 ‘IV. 행정법령 적용시점의 원칙 및 기준 재해석’에서 검토하기로 한다.

나. 처분시법과 적용대상

1) 학설 및 판례

처분시법은 행정법령의 적용시점 기준에 관한 논의에서 이중적인 지위를 차지하고 있다. 하나는 작용법상의 논의에서 행위시법과 대비되는 기준으로서 처분시법이고, 다른 하나는 소송법상 판결시법과 대비되는 기준으로서 처분시법이다. 처분시법의 이중적 지위에 관해 학계에서는 특별히 다루고 있지 않다. 다만, 처분시법을 분석하는 관점을 작용법적 관점에서 분석하는 태도와 소송법적 관점에서 분석하는 태도로 분류해 볼 수 있다.

전자의 관점은 처분시법을 행위시법과 대비하면서, 법치행정의 원칙에 따라 행정기관은 행정행위 당시의 법을 적용하여 행정행위를 하여야 하므로 처분시법을 적용하는 것이 원칙이라고 본다. 그 예로 허가 신청 후 처분 전에 법령이 개정된 경우 허가 신청시의 법령이 아닌 처분시의 법령이 적용되어야 한다는 점을 들고 있다.⁵¹⁾ 한편, 후자의 관점에서는 판결시법과 구분하면서 처분시법을 분석한다. 이 관점은 취소소송제도의 본질이 행정청이 행한 행정처분의 적법성을 사후적으로 심사하는 데 있으므로, 판결시의 법령을 기준으로 행정처분의 적법성을 심사하는 것은 타당하지 않다고 본다. 따라서 처분시의 법령에 따라 행정처분의 위법성을 판단하는 것이 원칙이라고 한다.⁵²⁾ 판결시법과 관계에서는 이 견해가 통설과 판례의 태도이다.

판례의 예도 위와 같은 두 유형으로 구분해 살펴볼 수 있다. 판례가

51) 박균성, 앞의 책, 419면.

52) 정하중, “취소소송에서 처분의 위법성판단기준시점”, 서강법학 제7권, 2005, 55-56면; 박정훈, 앞의 논문, 142면.

행위시법과 처분시법의 관계를 중심으로 다루는 대표적인 예는 인·허가 신청 후 처분 전에 관계 법령이 개정된 경우이다. 판례는 개발행위허가를 신청한 원고에 대해 행정청이 신설된 법령을 적용하여 불허가처분을 한 사안에서 행정행위는 처분 당시에 시행중인 법령에 의하여 하는 것이 원칙이고, 인·허가신청 후 처분 전에 관계 법령이 개정된 경우 신법령 부칙에 그 시행 전에 이미 허가신청이 있는 때에는 종전의 규정에 의한다는 취지의 경과규정을 두었거나 행정청이 허가신청을 수리하고도 정당한 이유 없이 처리를 늦춘 사이에 법령이 변경된 것이 아닌 한, 변경된 법령에 따른 불허가처분은 위법하다고 할 수 없다고 하였다.⁵³⁾ 한편, 처분시법과 판결시법의 관계를 중심으로 다루는 판례는 항고소송에서 행정처분의 위법 여부를 판단하는 기준 시점이 판결시가 아니라 처분시라고 하는 의미는 행정처분이 있을 때의 법령을 기준으로 하여 위법 여부를 판단해야 한다는 것을 의미하고 처분 후 법령의 개폐에 영향을 받지 않는다는 뜻이라고 하였다.⁵⁴⁾ 이 사안에서는 피고의 개인택시면허발급신청에 대해 원고 행정청이 한 개인택시운송사업면허제외처분이 문제되었다.

처분시법이 적용된 판례가 위와 같은 수익적 행정작용의 거부에 대한 사례만 있는 것은 아니다. 침익적 행정행위에 대해 처분시법이 적용된 예로 대법원 2001. 10. 12. 2001두274 판결을 들 수 있다. 이 사안에서는 파산상태에 있는 자에 대한 의사면허취소처분이 문제되었는데, 이와 관련해 개정 전 의료법은 '파산선고를 받고 복권되지 아니한 자'를 임의적 면허취소사유로 규정하였다. 그러나 처분 당시에 시행 중인 신법은 이를 필요적 면허취소사유로 규정하였다. 행정청은 시행 중인 신법에 따라 면허취소처분을 하였다. 판례는 “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 이를 헌법상 금지되는 소급

53) 대법 2005. 7. 29. 2003두3550; 대법 1998. 3. 27. 96누19772.

54) 대법 1993. 5. 27. 92누19033.

입법이라고 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.”고 판시하며, 처분시에 시행되는 개정 의료법을 적용하였다.⁵⁵⁾

2) 사건

처분시법에 관한 작용법상 논의 또는 쟁송법상 논의에서 처분시법이 적용되어야 한다는 태도는 각각 행위시법과 처분시법, 처분시법과 판결시법의 관계만을 고려해 도출된 결과일 뿐 행위시법과 판결시법의 관계가 검토된 것은 아니다. 물론 작용법상 논의와 쟁송법상 논의 중 어느 하나의 관점이 다른 관점을 배척하는 것은 아니다. 그러나 양자를 통합적으로 검토한 문헌을 찾아보기 어려운 것도 현실이다.

행정법학에서 행정법령의 적용시점은 통합적인 고찰이 필요하다. 특히, 처분시법은 작용법과 쟁송법의 관련 논의에서 중복된다는 점에서 그러하다. 뿐만 아니라, 처분의 위법성을 판단함에 있어 적용될 가능성이 있는 법령의 범위에서 행위시법을 배제할 이유는 없다는 점, 오히려 작용법상 행정청이 적용할 가능성이 있는 법령의 범위에 행위시법이 포함된다는 점, 행위시법은 소급금지와의 밀접한 관계를 맺고 있는 점 등에서도 행위시법·처분시법·판결시법을 종합적으로 검토해야 할 필요성을 찾아볼 수 있다. 행위시법·처분시법·판결시법에 관한 종합적인 검토는 장을 달리하여 고찰하기로 한다.

처분시법에 초점을 맞추어 그 적용대상을 살펴보면, 학계에서 대표적으로 분석하고 있는 판례의 유형은 수익적 행정작용에 관한 사안이다. 위에서 살펴본 판례 중 인·허가신청 후 처분 전에 관계 법령이 개정된 경우(대법 2005. 7. 29. 2003두3550)와 면허발급신청에 대해 거부처분을 한 사안(대법 1993. 5. 27. 92누19033)은 수익적 행정작용의 신청에 대해 행정청이 거부한 경우이다. 이 중 전자의 판례는 처분시법이 적용되어야 하는 논거를 제시하지 않고 있다.⁵⁶⁾ 이와 관련해 수익적 행정행

55) 대법 2001. 10. 12. 2001두274.

56) 김남철, 앞의 논문, 293면.

위의 경우에는 사인의 신청만으로 법률상 이익이 형성되었다고 보기 어려우므로 처분시에 존재하는 법령이 판단기준이 되어야 한다는 일부 견해가 있다.⁵⁷⁾ 생각건대, 사인의 신청만으로 법률상 이익이 형성되었다고 보기 어렵다는 것은 처분의 전제가 되는 사실관계가 종결되지 않았다는 것이므로 부진정소급입법 상황에 해당하고, 처분시법을 적용한다는 것은 사실상 처분의 전제가 되는 사실관계가 종결되는 시점의 법령을 적용한다는 것을 의미하는 것으로 보인다. 한편, 후자의 판례는 처분시법을 적용하는 논거로 행정처분의 위법 여부를 판단하는 기준 시점이 처분시라는 점을 들고 있다. 이는 취소소송의 본질을 처분의 위법상태 배제보다는 법원에 의한 행정청의 처분에 대한 사후심사로 보는 태도가 반영된 것으로 이해된다. 다만, ‘처분의 위법상태 배제에 중심을 두고 있는 판결시’의 법령이 아니라 ‘행정청의 1차적 판단권을 침해하지 않고 처분의 위법성을 판단하는데 중심을 두고 있는 처분시법’을 적용한다는 취지에서 행위시법을 적용하지 않는 논거가 도출되는 것은 아니다.

판례가 처분시법을 적용하고 있는 대표적인 사안은 수익적 행정작용이다. 한편, 침익적 행정작용은 판례가 행위시법을 적용하고 있는 전형적인 예이다. 하지만 대법원 2001. 10. 12. 2001두274 판결은 침익적 행정작용에 대해 행위시법을 적용하지 않고 처분시법을 적용하고 있다.⁵⁸⁾ 이에 대해 일부 견해는 해당 사안은 처분시법을 적용한 것으로 볼 수 있는 동시에 행위시법을 적용한 것으로 볼 수 있다고 한다.⁵⁹⁾ 생각건대, 사인의 행위의 지속으로 인해 적용되는 행위시법과 처분시법이 사실상 동일하게 되었다고 하더라도, 법리적으로는 어느 시점의 법이 적용되는 것인지 밝히는 것이 필요하다. 사인의 행위가 종료되지 않아 사인의 행위시법과 처분시법이 동일하게 되었다는 우연적 사정이 있다고 하여, 행위시법이 적용되어야 하는지 처분시법이 적용되어야 하는지에 관한 논의가 포기되는 것은 바람직하지 않다. 또한, 원칙적으로 어느 법령이 적용되어야 하는지 결정될 수 있는 영역을 별도의 모호한 영역으로 취급할 필요는 없다. 해당 사안에서 판례는 원고의 행위가 법령 개정 전에 이미 종료된

57) 배정범, 앞의 논문, 450면.

58) 김남철, 앞의 논문, 396면; 배정범, 앞의 논문, 434면.

59) 배정범, 앞의 논문, 435면.

것이 아니고 개정 후에도 여전히 존속하고 있는 것으로 보았다. 이처럼 사인의 행위가 종료되었는지 여부를 판단하여 종료시점의 법령을 적용하고 있는 태도는 행위시법을 적용하고 있는 것으로 해석될 수 있을 것이다. 즉, 처분시법을 적용하고 있는 것으로 이해하는 것은 적절하지 않다.

다. 판결시법과 적용대상

1) 학설 및 판례

판결시법은 행정쟁송법에서 처분시법과 대비되는 행정법령의 적용시점 기준으로, 항고소송의 판결시(변론종결시)에 효력이 있는 법령을 말한다. 처분시법과 판결시법이 논의되는 처분의 위법성 판단기준에 대해 학계의 통설과 판례는 처분시설을 취하고 있다.⁶⁰⁾ 그러나 처분시설을 취하는 경우에도 부작위위법확인소송, 당사자소송, 사정판결 등은 판결시법이 적용되는 것으로 보는 것이 일반적이다.⁶¹⁾ 이 중 항고소송의 대상이 되는 처분과 관련하여 판결시법의 적용대상을 도출한다면 행정청의 부작위가 이에 해당한다.⁶²⁾ 부작위는 처분의 존재를 전제로 하지 않으며, 인용판결의 효력인 기속력에 따른 재처분의무가 인정되며, 부작위위법확인소송은 이미 이루어진 처분을 다투는 소송이 아니라 현재의 법률관계에서 처분권 행사의 적법성에 관한 것이므로 판결시설이 타당하다는 것이 통설의 태도이다.⁶³⁾

판례 역시 부작위의 특징 및 부작위위법확인소송의 목적에 착안해 판결시법을 적용한다. 판례에 따르면, 부작위위법확인 소는 국민의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청에 대하여 행정청이 법률상의 응답의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우, 판결(구두변론종결)시를 기준으로 그 부작위의 위법을 확인함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 내지 무응답이라고 하는 소극적인 위법상태를 제거하는

60) 홍정선, 앞의 책, 1170면.

61) 김민호, 앞의 책, 537면.

62) 처분의 위법성 판단의 기준에 관한 학설 중 취소소송의 본질을 현재의 위법상태의 배제로 보고 있는 판결시설에 따르면, 본 연구에서 처분시법의 적용 대상으로 보았던 처분 유형도 판결시법의 적용대상이 된다.

63) 배병호, 앞의 책, 730면; 박균성, 앞의 책, 1465면; 김남철, 앞의 책, 963면; 정하중, 앞의 책, 829면.

것을 목적으로 한다. 또한, 부작위위법확인소송은 그 판결의 구속력에 의하여 행정청에게 처분 등을 하게하고 당해 처분 등에 대하여 불복이 있는 때에는 그 처분 등을 다투게 함으로써 최종적으로는 국민의 권리이익을 보호하려는 제도이므로, 소제기의 전후를 통하여 판결시까지 행정청이 그 신청에 대하여 적극 또는 소극의 처분을 함으로써 부작위상태가 해소된 때에는 소의 이익을 상실하게 되어 당해 소는 각하를 면할 수 없다.⁶⁴⁾

2) 사건

통설과 판례는 판결시법이 적용되는 처분과 관련된 예로 부작위를 들고 있다. 그러나 일부 견해에서는 ㉠하자가 치유된 경우, ㉡경과규정이 있는 경우, ㉢처분 후의 사정변화에 의해 소의 이익이 소멸되는 경우, ㉣처분시에는 존재하였지만 인식할 수 없었던 사실을 과학의 발전으로 판결시에는 인식할 수 있게 된 경우 등을 판결시법이 적용되는 예로 제시하고 있다.⁶⁵⁾ 생각건대, ㉠하자의 치유는 행정법령의 적용시점을 판단하는 기준과는 기능이 다르며⁶⁶⁾, ㉡경과규정이 있는 경우는 행정기관이 경과규정에 따라 법령을 적용하여야 하므로 법령적용의 기준시점에 관한 논의의 실익이 미치는 영역이 아니며, ㉢소의 이익이 소멸된 경우와 관련해 소의 이익은 소송요건이므로 본안판단을 위한 법령의 적용시점과는 구별되며, ㉣처분 후 판결시 사이의 과학의 발전으로 처분시에는 존재하였지만 인식할 수 없었던 사실을 판결시에 인식할 수 있게 된 경우는 처분의 위법성을 판단하기 위한 시점의 문제가 아니라 처분 당시에 존재했던 객관적 사실의 확정과 증명에 관한 것이다.⁶⁷⁾ 따라서 항고소송상 판

64) 대법 1990. 9. 25. 89누4758.

65) 鹽野宏, 「行政法Ⅱ」, 有斐閣, 2006, 182면; 박정훈, 앞의 논문, 142-143면.

66) 박균성, 앞의 책, 1462면.

67) “항고소송에서 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 있을 때의 법령과 사실 상태를 기준으로 판단하여야 한다. 이는 처분 후에 생긴 법령의 개폐나 사실 상태의 변동에 영향을 받지 않는다는 뜻이지, 처분 당시 존재하였던 자료나 행정청에 제출되었던 자료만으로 위법 여부를 판단한다는 의미는 아니다. 따라서 법원은 행정처분 당시 행정청이 알고 있었던 자료뿐만 아니라 사실심 변론종결 당시까지 제출된 모든 자료를 종합하여 처분 당시 존재하였던 객관적 사실을 확정하고 그 사실에 기초하여 처분의 위법 여부를 판단할 수

결시 법령이 적용되어야 하는 유형을 부작위로 보는 것이 타당하다.

통설과 판례가 부작위에 대해 판결시법을 적용하는 논거는 부작위의 성격과 부작위위법확인소송의 취지에 기반하고 있다. 부작위위법확인소송은 ‘국민의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청에 대하여 행정청이 법률상의 응답의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우, 부작위의 위법을 확인함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 내지 무응답이라고 하는 소극적인 위법상태를 제거하는 것’인데, 이러한 목적은 결국 부작위의 특성에 기인하는 것이다. 한편, 부작위는 국민의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청이 있음에도 행정청이 무응답하고 있는 것이다. 즉, 사인의 행위가 있으나 이에 대한 처분청의 행위가 아직 존재하지 않는 것이다. 만약 이러한 상황을 행위가 종료되지 않은 상황으로 해석하게 된다면, 부작위에 대해 판결시법이 적용되는 것은 부진정소급입법상황에서 행위시법이 적용되는 것과 유사한 구조로 이해될 수 있다. 부작위와 행위의 종료 등에 관해서는 장을 달리하여 살펴보기로 한다.

IV. 행정법령 적용시점의 원칙 및 기준 재해석

1. 소급금지의 원칙과 행위시법 등의 관계

가. 소급금지의 원칙과 행위시법주의

사실관계가 이미 종료된 경우 신법의 규율을 받는 진정소급은 원칙적으로 금지된다. 반면, 사실관계가 아직 종료되지 않은 경우 사실관계가 종료되는 시점에 시행되는 신법의 규율을 받는 부진정소급은 원칙적으로 인정된다. 부진정소급은 사실상 소급적용이 아니지만⁶⁸⁾, 이를 고려하지 않더라도 진정소급과 부진정소급의 의의는 모두 사실관계 종료시의 법령이 적용된다는 점에 있다. 한편, 소급금지의 유형 중 소급입법금지와 소급적용금지는 구분된다. 법령의 적용(집행) 단계에서는 소급 여부에 대한 입법형성권과 같은 재량이 인정되지 않는다. 행정청은 사안을 포섭하는

있다.”(대법원 2018. 6. 28. 2015두58195)”

68) 박정훈, 「행정법의 체계와 방법론」, 박영사, 2005, 155면; 박정훈, 앞의 논문, 149면.

과정에서 사실관계의 종료 여부를 판단하여 입법자가 형성해 놓은 시점의 법령을 적용할 수 있을 뿐이다. 소급금지의 원칙적인 내용에 따르면, 행정청의 판단 결과 사실관계가 이미 종료된 경우에는 구법을 적용하고, 종료되지 않은 경우에는 신법을 적용해야 한다.

위와 같은 태도를 취하면, 행정청은 법령을 적용함에 있어 사실관계의 종료 여부를 판단해야 한다. 즉, 본 연구는 종료 여부의 판단대상을 사실관계로 파악한다. 신법과 구법의 적용을 결정하기 위한 종료 여부의 판단대상에 관한 태도는 본 연구와 같이 ‘사실관계’로 서술하는 태도⁶⁹⁾, ‘사항’으로 서술하는 태도⁷⁰⁾, ‘사실관계 또는 법률관계’로 서술하는 태도⁷¹⁾, 진정소급입법에 대해서는 ‘사항’으로 부진정소급입법에 대해서는 ‘사실관계 또는 법률관계’로 서술하는 태도⁷²⁾ 등이 있다. 다수의 문헌과 판례는 사실관계 또는 법률관계의 종료 여부에 따라 신법과 구법의 적용을 결정한다. 학계에서는 관련 논의를 찾아보기 힘들지만, 종료 여부의 판단대상을 사실관계로 볼 것인지 아니면 법률관계까지 포함할 것인지는 ‘법령의 소급적용이 진정소급인지 부진정소급인지의 구분’ 내지는 ‘구법을 적용할 것인지 신법을 적용할 것인지에 대한 결정’에 영향을 미치는 것으로 생각된다.

법률관계란 법에 의해 규율되는 관계로서 권리·의무관계를 말한다.⁷³⁾ 진정소급과 부진정소급의 구분 내지 신법과 구법의 적용을 결정하기 위한 종료 여부의 판단대상에 법률관계를 포함한다면, 법령이 적용되어 법적 효과가 발생된 후 그 효과가 종료되기 전이라면 부진정소급에 해당한다. 따라서 입법자가 구법을 적용하는 경과규정을 두지 않는 한 원칙적으로 신법이 적용되어야 한다. 그런데 법령이 개정되는 대부분의 경우는 사실관계에 이미 구법이 적용되어 법률관계가 형성되어 있을 것이다. 결국, 법령의 개정이 있는 경우는 진정소급의 개념이 개입될 여지없이 신

69) 박정훈, 앞의 책, 155면; 정하중, 앞의 책, 48-49면; 대법 1989. 7. 11. 87누1123.

70) 홍정선, 앞의 책, 110면.

71) 배정범, 앞의 논문, 44면 이하; 민경식·윤석진, 앞의 논문, 326면 이하; 김주석, 앞의 논문, 246면; 박균성, 앞의 책, 421면; 김남철, 앞의 책, 59면; 김남철, 앞의 논문, 386면 이하; 대법 2010. 3. 11. 2008두15169; 대법 2009. 9. 10. 2008두9324.

72) 박정훈, 앞의 논문, 149면.

73) 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2020, 33면.

법이 적용되는 결과가 되므로 소급금지원칙의 기능이 형해화되는 결과에 이를 수 있다.

생각건대, 진정소급과 부진정소급의 구분 내지 신법과 구법의 적용을 결정하기 위한 종료 여부는 사실관계를 대상으로 판단하는 것이 타당하다. 법령 적용의 대상은 사실관계이며, 동일한 시점에 종료된 사실관계에 대해 법령의 적용이 있었는지 여부와 같은 우연적 사정에 의해 진정소급과 부진정소급으로 구분되는 것은 소급금지제도가 추구하는 신뢰보호의 원칙, 평등의 원칙 등에 부합하지 않는다. 행정상대방은 사실관계가 종료되는 시점의 법령이 적용될 것을 신뢰하는 것이 일반적이며, 동일한 법령 하에서 사실관계가 종료되었다면 동일한 법령이 적용되는 것이 평등의 원칙에 부합한다. 또한, 법률관계를 법의 규율이 예정된 관계라고 넓게 이해할 경우에도 결국 법의 규율이 예정된 관계의 대상은 사실관계이다.

일반적으로 법령은 요건(법률요건)과 효과(법률효과)의 구조를 취하고 있다. 법률요건을 구성하는 개개의 사실을 법률사실이라고 한다.⁷⁴⁾ 진정소급과 부진정소급의 구분 내지 신법과 구법의 적용을 결정하기 위한 종료 여부의 판단대상으로서 사실관계란 이러한 법률사실을 의미한다. 법률사실에서 가장 중요한 것은 행위이다. 따라서 사실관계의 종료 여부를 판단한다는 것은 행위의 종료 여부를 판단한다는 의미로 새길 수 있다. 즉, 진정소급이 원칙적으로 금지된다는 것은 요건사실인 행위가 이미 종료되었다면 신법의 규율을 받는 것이 금지되고 행위가 종료된 시점의 구법이 적용된다는 것이다. 한편, 부진정소급이 원칙적으로 허용된다는 것은 요건사실이 되는 행위가 아직 종료되지 않은 경우 행위 당시에 시행되는 신법의 규율을 받는다는 것을 의미한다. 그러므로 소급금지의 원칙이란 결국 행위시법주의로 귀결된다고 생각된다. 이에 따라 행정청은 행위의 종료 여부를 중심으로 신·구법령의 적용을 결정해야 할 것이다. 다만, 좀 더 논의가 필요한 쟁점은 행정법령의 적용시점의 기준 관점에서 행위시법주의를 논할 때 행위란 ‘누구의 행위인가’의 문제이다. 이에 대해서는 아래의 ‘행위시법, 처분시법, 판결시법의 관계’에서 살펴보기로

74) 지원림, 앞의 책, 164면.

한다.

나. 행위시법주의와 행위시법, 처분시법, 판결시법의 관계

행정법령의 적용기준을 논함에 있어 동시에 고려되어야 하는 것은 행위시법, 처분시법, 판결시법이다. 행위시법과 처분시법만을 논하거나 처분시법과 판결시법만을 논하는 것은 적절하지 않다. 일반적인 논의에 따르면, 행위시법은 사인의 행위 당시에 효력이 있는 법령, 처분시법은 행정청이 처분하는 당시에 효력이 있는 법령, 판결시법은 항고소송의 판결 당시에 효력이 있는 법령을 말한다. 한편, 소급금지 원칙에서는 행위시법주의가 도출된다. 그런데 행정법령의 적용기준이 되는 시점을 결정함에 있어 행위시법은 사인의 행위가 요소이고, 처분시법은 행정청의 행위(처분)가 요소이고, 판결시법은 법원의 행위(판결)가 요소가 된다. 이러한 점에서 행위시법주의에서 시점을 결정하는 요소로서 행위란 누구의 행위인지에 관한 검토가 필요하다.

일반적으로 사인의 행위 당시에 효력이 있는 법령이 행위시법이며, 사인의 행위시법을 적용하는 것이 행위시법주의로 이해되고 있다. 즉, 행위시법주의에서 시점의 기준이 되는 행위란 사인의 행위를 말하는 것으로 보는 태도가 일반적이다. 이는 침익적 처분에 적용되는 법령의 적용시점에 관한 행정법학의 논의가 형법상의 행위시법에 관한 논의의 영향을 받은 것으로 보인다.⁷⁵⁾ 형법 제1조 제1항은 “범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다.”고 규정하고 있다. 이는 형법상 소급금지원칙과 행위시법주의가 채택된 것이다. 형법 제1조 제2항은 “범죄 후 법률이 변경되어 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 구법보다 가벼워진 경우에는 신법에 따른다.”고 규정하여 재판시법주의를 취하고 있다.⁷⁶⁾ 재판시법주의는 행위시법주의의 예외로 평가된다.⁷⁷⁾ 이와 같이 형

75) 김남철, 앞의 논문, 404면; 행정법령이 구법보다 유리하게 변경되면서 과거에 종료된 사실 관계에 신법을 적용한다는 내용의 경과규정을 두고 있지 않은 경우에도 유리한 신법을 적용할 수 있는지 여부와 관련해 형법 제1조가 논의된다. 이는 특히 제재적 처분과 관련하여 논의되는데, 대부분의 문헌과 판례는 제재적 처분은 행위시법이 적용되어야 한다는 태도를 취하고 있다(김남철, 앞의 논문, 391면 참조).

76) 임웅, 「형법총론」, 법문사, 2000, 43-50면.

77) 김성돈, 「형법총론」, SKKUP, 2017, 81면.

법의 적용시점을 결정하는 요소로는 사인의 행위와 법원의 재판이 존재한다.

형법과는 달리 행정법령의 적용시점을 결정하는 요소에는 사인의 행위, 행정청의 행위, 법원의 판결이 있다. 형법 제1조와 행정기본법 제14조를 비교해 보아도 이를 확인할 수 있다.⁷⁸⁾ 즉, 행정법령의 적용에는 행정청의 행위가 법령의 적용시점을 결정하는 요소로 추가되어 있다. 행정법학의 일반적인 태도를 반영하고 형법의 관련 논의를 참조해 본다면, 사인의 행위는 행위시법주의의 행위에 해당하고 판결은 행위시법주의의 예외인 시점(판결시법)을 결정하는 데 작용하는 요소로 이해된다. 그러나 이러한 종래의 논의 범주에는 행정법령의 적용시점을 결정하는 요소 중 하나인 행정청의 행위가 포함되어 있지 않다. 즉, 행정청의 행위가 행위시법주의의 행위에 포함되는지 여부가 문제로 남게 된다.

생각건대, 처분시법이란 행정청의 행위시법을 의미하는 것이고, 행정청의 행위시법인 처분시법은 넓은 의미의 행위시법에 포함되는 것으로 이해하는 것이 타당하다. 그 논거는 행정법령이 최종적으로 적용되는 단계는 항고소송이라는 점, 항고소송의 기능인 권리구제 및 행정의 적법성을 통제하기 위해서는 행정청의 행위인 처분의 위법성을 판단해야 한다는 점, 재판시법이 적용되는 부작위에 대한 소송 외의 항고소송은 행정청의 행위(처분)의 존재가 요구된다는 점 등에서 찾을 수 있다. 따라서 행정법령의 적용에서 행위시법주의가 의미하는 행위시법이란 광의의 행위시법을 말하며, 광의의 행위시법에는 사인의 행위를 요소로 하는 협의의 행위시법과 행정청의 행위를 요소로 하는 처분시법이 포함되는 것으로 구성할 수 있을 것이다. 그리고 판결시법은 이러한 광의의 행위시법의 예외로 이해될 수 있을 것이다.

2. 행정법령 적용의 세부기준

78) 소급입법금지의 원칙 및 행위시법주의에 관한 행정기본법 제14조 제1항 및 제3항 본문은 형법 제1조 제1항에 대응되고, 유리한 신법의 적용에 관한 행정기본법 제14조 제3항 단서는 형법 제1조 제2항 및 제3항에 대응되는 것으로 해석할 수 있다. 그러나 행정청의 처분 당시 법령에 관해 규정하고 있는 행정기본법 제14조 제2항에 대응되는 형법 규정은 없다.

행정법령의 적용에 있어 행위시법주의의 행위에 사인의 행위와 행정청의 행위가 포함되는 것으로 넓게 이해하면, 협의의 행위시법과 처분시법은 광의의 행위시법에 해당하고 판결시법은 행위시법주의의 예외가 된다. 판결시법은 행위시법주의의 예외로서 사인이나 행정청의 행위를 법령적용의 요소로 삼지 않는다. 학설과 판례가 부작위에 대해 판결시법을 적용하는 것은 이와 같은 법리에 의해 설명될 수 있다. 한편, 부작위 이외의 처분이 존재하는 경우는 행위시법주의에 따라 광의의 행위시법이 적용된다. 여기서 문제는 사인의 행위를 요소로 삼는 협의의 행위시법과 행정청의 행위를 요소로 삼는 처분시법을 구분하여 적용하는 기준을 어떻게 설정할 것인가이다.

대부분의 문헌과 판례는 제재적 처분이나 과징금부과처분에 대해서는 행위시법, 수익적 행정작용에 대해서는 처분시법을 적용하는 것으로 보고 있다.⁷⁹⁾ 그러나 제재적 처분이나 과징금부과처분에 대해 행위시법을 적용한다고 하면서도 그 이유를 제시하지 않고 있으며, 수익적 행정작용이 아닌 침익적 행정작용에 처분시법이 적용된 판례도 있으며, 동일한 법령이 사인의 행위시법과 행정청의 처분시법의 의미를 지니는 경우도 있다. 한편, 행정기본법 제14조가 제정됨으로써 종래의 쟁점 중 ‘법령의 적용시점에 관한 법률의 근거가 없다’는 전제에서 논의되던 부분은 입법적으로는 일단락되었다. 그러나 그 외의 쟁점에 관한 법리적 연구가 부족한 상황은 변함이 없으며, 동조 제3항에서 협의의 행위시법이 적용되는 대상으로 규정하고 있는 제재처분의 개념에 대해서도 학계의 검토가 요구된다. 비록 동법 제2조 제5호에서 제재처분의 정의를 규정하고는 있으나, 동법상의 제재처분과 종래 학계에서 논의해 온 침익적 처분 및 제재처분과의 관계에 대한 검토가 필요하다. 또한, 동호 단서는 행정상 강제를 제재처분의 개념에서 제외하고 있는데, 그 결과 협의의 행위시법을 규정하고 있는 행정기본법 제14조 제3항에 행정상 강제는 포함되지 않게 된다. 이러한 한계로 인하여 협의의 행위시법과 처분시법의 적용 기준을 정립하기 위한 법리적 검토가 필요하다. 특히, 그 기준은 부작위를 제외한 모든 행정작용에 공백 없이 적용될 수 있어야 할 것이다.

79) 김남철, 앞의 논문, 404면.

일부 견해는 협의의 행위시법과 처분시법의 적용을 판단하기 위한 기준으로 행정처분의 주된 목적과 소급효금지의 원칙을 들고 있다. 이 견해에 따르면, 행정처분의 주된 목적이 범위반행위에 대한 응보에 있으면 협의의 행위시법을 적용하고, 처분 당시 및 장래에 적법하고 합목적적인 행정질서를 유지하고 형성하는 데 있으면 처분시법을 적용하는 것으로 본다. 또한, 진정소급의 금지가 적용되는 경우라면 행위시법, 부진정소급의 허용이 적용되는 경우라면 처분시법이 각각 적용되는 것으로 본다.⁸⁰⁾ 이에 대해 일부 견해는 행정처분의 주된 목적이 범위반행위에 대한 응보에 있으면 협의의 행위시법을 적용하는 태도는 형법 제1조 제1항의 영향을 받은 것으로 보면서, 형벌과 행정상 제재는 개념·목적·대상 등이 다르다는 점을 지적한다. 이 견해는 협의의 행위시법과 처분시법의 적용 기준을 처분의 성질에 따라 결정하거나 형법의 논리를 유추 적용하는 것에 반대하며, 오로지 소급금지의 원칙에 따라 판단하면 된다고 본다.⁸¹⁾

생각건대, 우선 소급금지의 원칙에서 행위시법주의가 도출된다. 그런데 형법상 소급금지의 원칙에서 도출되는 행위시법주의와 행정법학에서 도출되는 행위시법주의는 그 의미가 다르다. 형법에서는 사인의 행위 이외의 다른 요소가 없으므로 행위시법주의의 범주에 사인의 행위시법만 포함되지만, 행정법학에서는 행정청의 행위가 존재하는 특수성으로 인하여 행위시법주의의 범주는 광의의 행위시법이 된다. 따라서 행정법상 광의의 행위시법에서는 사인의 행위와 행정청의 행위 중 어느 행위를 판단 요소로 삼을지에 관한 별도의 논의가 요구된다. 즉, 소급금지의 원칙만으로 행위시법의 적용을 판단할 수 있는 형법상 논의와는 달리 행정법학에서는 소급금지의 원칙만으로 협의의 행위시법과 처분시법의 적용을 판단할 수 없다. 다음으로, 행정처분의 주된 목적을 기준으로 삼으면서 그 내용으로 범위반행위에 대한 응보를 포함하는 것은 일부 견해가 지적하는 바와 같이 형벌과 제재적 처분이 동일하지 않다는 점에서 타당하지 않다.⁸²⁾ 또한, 대부분의 행정처분에서 ‘적법하고 합목적적인 행정질서 유지

80) 배정범, 앞의 논문, 439-450면.

81) 김남철, 앞의 논문, 404면.

82) 홍정선, 앞의 책, 771면; 박균성, 앞의 책, 662면; 대법 2017. 6. 19. 2015두59808.

및 형성'이라는 행정처분의 목적과의 관련성을 찾을 수 있을 것이므로 이러한 목적 역시 기준으로 삼기에 적절하지 않은 것으로 보인다. 다만, 협의의 행위시법과 처분시법의 적용 기준을 처분의 성격에서 찾는 것은 의의가 있는 것으로 보인다.

요컨대, 협의의 행위시법과 처분시법의 적용 기준을 설정하는 것은 광의의 행위시법 중에서 어느 법령을 적용할 것인지에 관한 문제이다. 그러므로 그 기준을 설정함에 있어서는 행위를 반영하여야 한다. 또한, 법령의 적용은 법률관계의 변동을 목적으로 한다. 따라서 어느 행위의 종료에 의해 법률관계변동의 주요 요건사실이 충족되는지를 고려해야 할 것이다. 이를 종합하면, 누구의 행위에 의해 법률관계 변동의 주요 요건사실이 충족되었는지 여부를 기준으로 삼을 수 있다. 이는 처분의 성격을 직권처분과 신청에 따른 처분으로 구분함으로써 판단할 수 있다. 직권처분의 경우 법률관계 변동의 주요 요건사실은 사인의 행위이다. 반면, 신청에 따른 처분의 경우에는 지속되고 있는 사인의 행위에 대한 처분청의 행위가 법률관계 변동의 주요 요건사실이 된다.

V. 결론

행정기본법 제14조는 법 적용의 기준을 규정하고 있다. 동조의 제정으로 종래 논의 중에서 법률적 근거 부재와 관련된 한계는 상당부분 해소된 것으로 보인다. 그러나 그 외의 법리적 쟁점은 여전히 남아있다. 법령의 적용시점에 관한 규정이 마련되었다 하더라도 법리적 구성 및 내용의 타당성에 관한 검토가 필요함은 물론이다. 한편, 행정기본법 제14조는 전반적으로 형법 제1조 및 종래 다수설과 판례가 취하던 태도를 수용한 것으로 보인다. 그런데 이와 관련해서는 종래부터 형법 제1조의 유추적용의 타당성, 소급금지원칙의 적용상 문제, 행정작용에 따른 법령적용시점의 기준 등 다양한 쟁점에 관한 논의가 있어 왔다. 또한, 행정법령의 적용시점에 관한 논의는 소급금지의 원칙에 몰입되어 행정법령의 적용시점에 관한 입법적 논제와 집행적 논제의 구분이 불분명한 것으로 보인다. 특히, 이와 같은 일련의 쟁점에 대한 연구가 부족하다는 의견이 있어

왔고, 지금도 그 지적은 타당한 것으로 보인다.

이에 본 연구는 행정법령의 적용시점에 관한 학계의 태도와 판례를 분석하고, 행정법학 및 법집행의 관점에서 그에 대한 재해석을 시도하였다. 소급금지·소급입법금지·소급적용금지 등의 유사한 원칙들을 구별하면서, 종래 다소 명확하지 않게 처리되던 입법작용 단계에서의 소급입법금지의 원칙과 집행작용 단계에서의 소급적용금지의 원칙의 체계적 지위·역할·내용 등의 모호함을 제거하기 위해 노력하였다. 이를 위해 입법작용과 집행작용의 차이점을 분석하고, 그에 기반해 소급입법금지의 원칙과 소급적용금지의 원칙의 구분을 명확히 하고자 하였다. 또한, 소급적용금지의 원칙의 특징을 도출하였다. 이어서 행정법령의 적용시점의 기준에 관한 논의 체계와 그 적용대상을 분석하였다. 행위시법·처분시법·판결시법 등에 관한 논의 체계의 한계 및 각 기준의 적용에서 나타나는 문제점을 살펴보았다. 이상의 내용을 토대로 소급적용금지의 원칙의 의미를 행정법학의 특수성을 반영해 살펴보았다. 종래 형법적 논의의 영향을 받은 행위시법주의의 구성을 행정법령의 적용기준과의 관계 속에서 모색하였다. 이를 위해 단편적으로 논의되던 작용법상 적용시점과 쟁송법상 적용시점을 통합적으로 검토하였고, 처분시법의 의미 및 행정법학에서의 행위시법주의의 의미를 재해석하였다. 또한, 재해석된 구조 속에서 법률관계 변동의 주요 요건사실의 종료 및 행정작용의 성격을 고려하여 행정법령 적용의 세부기준을 제시하였다.

바라건대, 소급입법과 소급적용의 구분, 형법과는 다른 행위의 존재 즉 행정기관의 행위의 존재에 따른 행시법주의의 의미, 행정작용의 유형과 법령의 적용기준, 행정기본법 제14조의 한계 등에 관한 본 연구의 다소 전향적인 관점이 후속연구를 자극하는 작은 계기가 될 수 있기를 희망해 본다.

(논문투고일: 2021.9.6., 심사개시일: 2021.9.8., 게재확정일: 2021.9.24.)



▶ 정연부

행정기본법, 행정법령의 적용, 소급효금지의 원칙,
소급적용, 소급입법, 행위시법, 처분시법, 판결시법

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 김남철, 「행정법강론」, 박영사, 2020.
김민호, 「행정법」, 박영사, 2020.
김성돈, 「형법총론」, SKKUP, 2017.
김중권, 「행정법」, 법문사, 2016.
김철용, 「행정법」, 고시계사, 2017.
김향기, 「행정법개론」, 탐복스, 2016.
류지태·박종수, 「행정법신론」, 박영사, 2019.
박균성, 「행정법론(상)」, 박영사, 2020.
박정훈, 「행정법의 체계와 방법론」, 박영사, 2005.
배병호, 「일반행정법강의」, 동방문화사, 2019.
임 용, 「형법총론」, 법문사, 2000.
정재황, 「헌법입문」, 박영사, 2017.
정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2016.
정하중, 「행정법개론」, 법문사, 2020.
정형근, 「행정법」, 피엔씨미디어, 2020.
지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2020.
한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2020.
홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2020.
鹽野宏, 「行政法Ⅱ」, 有斐閣, 2006.

II. 논문

- 강지은, “제재적 행정처분에 대한 소송”, 공법학연구 제14권 제2호, 한국
비교공법학회, 2013.
강현호, “신뢰보호원칙에 대한 재고찰”, 성균관법학 제17권제3호, 성균관
대학교 법학연구원2006.
김남철, “처분시 적용법령(행위시법·처분시법)의 문제”, 공법학연구 제20권
제3호, 한국비교공법학회, 2019, 386면.
김주석, “행정법령에 있어서 해석에 의한 소급적용의 가능성-대법원 20

07.2. 22. 선고 2004두12957 판결을 중심으로-”, 법조 제57권 제5호, 법조협회, 2008.

민경식·윤석진, “사회보험연금의 보장과 소급입법”, 중앙법학 제7집 제1호, 2005.

박정훈, “처분사유발생 후 행정처분기준의 변경과 법적용관계-대법원 2001.10.12. 선고 2001두274판결-”, 경희법학 제50권 제4호, 경희법학연구소, 2015.

배정범, “법령의 변경과 행정처분 시의 적용법령”, 법조 제67권 제6호, 법조협회, 2018.

이부하, “헌법상 신뢰보호원칙의 재정립-헌법재판소 결정을 분석하며”, 법학연구 제21집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2018.

이상수, “행정상 제재처분기준 변경시 신·구법간의 법적용관계”, 법제, 법제처, 2002.

Ⅲ. 기타

법제처, 행정기본법안 조문별 제정이유서, 2020.

Abstract

Reinterpretation on the Principles and Standards Concerning the Application of Administrative Statutes

Joung, Youn Boo

The application of administrative statutes is to enforce the rule of law. It is very closely related to the protection of individual rights and interests. It also could cause widespread problems on the equality. Therefore, the principles and standards concerning the application of administrative statutes must be clear and valid. Article 14 of the Fundamental Act on Administration recently enacted stipulates the criteria for application of administrative statutes. This ensures clarity of the principles and standards for the application of administrative statutes. But a research on its validity is still lacking.

Several standards for the application of administrative statutes have been shared in many documents and precedents. However, various opinions from academia have been suggested including the point that the precedents do not provide any clear reason for the legal argument. With the enactment of Article 14 of the Fundamental Act on Administration, the previously shared contents was stipulated. But it seems that the system and contents of the related legal principles are still in an unordered state. The structure and contents of Article 14 of the Fundamental Act on Administration are basically similar to Article 1 of the Criminal Act. Many of the academic discussions before the enactment of the Fundamental Act on Administration seem to be influenced by the discussions on Article 1 of the Criminal Act.

However, Article 14 of the Fundamental Act on Administration also differs from Article 1 of the Criminal Act. Nevertheless, it looks like the academic discussions have not yet fully reflected these differences.

This study considered several matters to ensure the validity of the principles and standards concerning the application of administrative statutes: (1) The perspective of law application that is distinct from legislation, (2) The integrated approach to discussions related to the administrative actions and administrative disputes, (3) The specificity of administrative law that is different from the perspective of the Criminal Act. This study has analyzed the topic considering the points above. This paper has some main researches such as looking at the principles concerning the application of administrative statutes, researching the standards for the application of administrative statutes, attempting to reinterpret the principles and standards of the application of administrative statutes.



▶ **Joung, Youn Boo**

Fundamental Act on Administration, application of administrative statutes, principle of non retroactivity, retroactivity application, retroactivity legislation, the law at the time of a private act, the law at the time of a disposition, the law at the time of a judgment.