

# 독일 행정절차법상의 허가의제제도와 그 시사점

김 중 권\*

## 차 례

- I. 처음에-인허가의 의제에 관한 시급한 체계적 정립
- II. 법에서의 의제에 관한 개괄적 논의
  - 1. 의제의 의의
  - 2. 의제의 목적 및 헌법적 기준
- III. 현행 우리 행정법제상의 의제의 방식
- IV. EU서비스지침(Dienstleistungsrichtlinie)상의 허가의제
- V. 독일 특별행정법상의 허가의제의 전개상황
- VI. 독일 행정절차법 제42조 a의 주요내용
  - 1. 독일 행정절차법 제42조 a의 성격 및 적용영역
  - 2. 허가의제의 요건
  - 3. 의제적 허가(fingierte Genehmigung)의 법적 성질
  - 4. 신청에 대한 요청
  - 5. 원칙적 처리기간. 그 개시 및 연장
  - 6. 의제증명(Fiktionsbescheinigung)
- VII. 허가의제 규정의 절차법적 개개 물음
  - 1. 의제효과를 회피하기 위한 결정통지상의 요청
  - 2. 의제적 허가의 폐지(취소와 철회)
  - 3. 수범자 및 관련 제3자에 대한 효력
  - 4. 불복고지를 동반한 통지에 관한 청구권
- VIII. 허가의제와 관련한 소송상의 물음
- IX. 맺으면서-우리 법제에 대한 시사점

\* 중앙대학교 법학전문대학원 교수

접수일자 : 2018 4. 30. / 심사일자 : 2018. 5. 24. / 게재확정일자 : 2018. 5. 29.

## I. 처음에-인허가의 의제에 관한 시급한 체계적 정립

일찍이 벤자민 프랭클린이 ‘시간이 돈이다’(time is money)라고 말하였다. 신속을 통한 효율성 극대화는 행정법제에서 강구되는데, 그 수단으로써 의제의 방식이 활용된다. 의제는 절차의 생략을 통한 시간의 절약을 목표로 하기에, 탈규제화 및 행정의 간소화의 일환으로 행정법제상으로 적극적으로 확대가 강구되고 있다. 이런 사정은 독일법과 유럽법 역시 마찬가지이다. 독일의 경우 허가의제(Genehmigungsfiktion) 제도가 먼저 특별행정법의 개개 영역, 특히 건축법에서 도입되었는데, 유럽서비스지침(RL 2006/123/EG)을 계기로 동지침의 전환과정에서 2008.11.12.의 제4차 행정절차법개정<sup>1)</sup>을 통해 그들 일반행정법상의 일반적 법제도로 격상되었다. 우리의 법제가 복수의제나 -건축신고가 초래하는- 증폭의제를 많이 규정하고 있으며, 일각에선 간소화차원에서 의제 자체를 확대하고자 한다. 의제규정의 확대는 법률집행을 전적으로 행정의 임의에 맡겨버리는 것이다. 의제규정의 계속적인 확대는, 실제로 법률구속 및 행정청에 대한 통제를 극도로 완화시켜 자칫 권력분립주의와 법치국가원리를 심각하게 훼손할 수 있다.<sup>2)</sup> 그리고 의제가 단지 외관적 신속화만 초래하고 실은 신청자에 대해 현저한 폐지의 리스크를 과한다는 이유에서 법정정책 차원에서 비판적으로 평해지기도 하였다. 인허가의 의제를 둘러싼 논의에서 여전히 의견이 모아지지 않는 점에서 그것의 체계적 정립은 시급하다. 특히 독일의 경우 일종의 기간경과적 의제효과의 방식만이 존재하는 데 대해서 우

---

1) 제42조 a ① 신청된 허가는, 허가의제가 법규정에 의해 규정되어 있고, 신청에서 충분히 정해져 있는 경우에는 확정된 결정기한이 경과하면 발급된 것으로 간주된다(허가의제). 행정행위의 존속력 및 권리구제절차에 관한 규정이 그에 맞춰 적용된다. ② 제1항 제1문의 기한은 법규정에서 달리 정해져 있지 않는 한, 3개월이다. 그 기한은 완전한 문건의 도달과 함께 시작한다. 그 기한은 업무의 곤란함으로 인해 연장이 정당화되는 경우에는 일회 알맞게 연장될 수 있다. 기한연장은 이유제시가 있어야 하고 적시에 통보되어야 한다. ③ 제41조 제1항에 의해 행정행위가 통지되어야 할 자에 대해 요청이 있으면 허가의제의 발생이 서면으로 확인(증명)되어야 한다.

2) 결정기간의 경과후에 허가효과의 의제를 입법자가 규정하는 것 자체가 법치국가원리 및 민주적 정당성의 관점에서 가능하다고 지적한다. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *VwVfG Kommentar*, 9.Aufl., 2018, § 42a Rn.5a.

리의 경우 그것에 더해 일종의 동반적·집중효적 의제효과와 방식이 존재함에 따라 의제제도에 대해 정연한 접근이 어렵다.

이하에서는 의제제도에 관한 정연한 체계를 수립하기 위한 노력의 일환으로 독일 행정절차법상의 허가제 제도를 통해 인허가의제와 관련한 법적 문제점을 살펴보고자 한다.<sup>3)</sup>

## II. 법에서의 의제에 관한 개괄적 논의

### 1. 의제의 의의

법학에서 의제(Fiktion)라 함은 실제로 존재하지 않는 사안을 인정하도록 법률상으로 확정되어 있는 것을 의미한다.<sup>4)</sup> 법은 규범적 질서로서 정신세계의 일부이다. 그래서 물리적 존재의 의미에서 실재적이지는(real) 않다. 그러나 법은 허구는 아니다. 왜냐하면 -사회적인 행위하명 및 행위 금지 역시 속할 수 있는- 정신세계는 인간존재의 포기불가능한 구성요소이기 때문이다. 법이 형성수단으로서 의제(Fiktion))를 취할 경우, 의제는 규범적 질서안에서 정신적 형성의 특수한 형식에 해당한다. 의제를 위해 결정적인 점은 로마법시대 이래로,<sup>5)</sup> 법효과가 발생하기 위한 -일반적 규율에 따라 필요한- 요건이 존재하지 않음에도 불구하고, 법규정에 의거하

3) 허가의제의 상황을 상징적으로 표현한 것이 의제적 행정행위이다. 필자는 오래 전에 “擬制的 行政行爲에 관한 小考”(『법제』 제520호(2001.4.), 55쪽 이하)를 통해 독일 행정절차법개정 이전의 논의상황을 중심으로 전개하였다. 이 글은 독일의 제4차 행정절차법개정에 더 잡아 논의를 전개하고자 한다. 인허가의제에 관한 최근문헌: 고은설, “건축물의 건축에 관한 개발행위허가가 의제되는 건축허가의 법적성질 : 대법원 2016.8.24. 선고 2016두35762 판결”, 『법과 정의 그리고 사람』: 박병대 대법관 재임기념 문집, 2017, 692쪽 이하; 박균성/김재광, “인·허가의제제도의 재검토”, 『토지공법연구』 제81집, 2018, 85쪽 이하; 박수연, “인·허가의제 입법개선연구”, 『법제』 제666호, 2014, 194쪽 이하; 이광제, “인·허가의제 제도의 입법적 대안 연구”, 『법제』 제671호, 2017, 99쪽 이하; 정태용, “인·허가의제의 효력범위에 관한 고찰”, 『법제』 제679호, 2017, 217쪽 이하.

4) 상론은 오세혁, “법에 있어서의 의제”, 『중앙법학』 제17집 제1호, 2014, 337쪽 이하; 박종준, 행정법상 법률의제에 관한 연구, 2014.

5) Honsel, *Römisches Recht*, 7.Aufl., 2010, S.13, 72, 96f.

여(*qua legem*) 법효과가 발생한다거나 법적 지위가 성립한다는 것이다. 그럼으로써 -일정한 법효과를 규정하고 이를 일정한 구성요건적 요건에 결부시키는- 통상세계로 의제가 법적으로 편입된다. 따라서 의제는 규범적 통상의 맥락 없이는 즉, 법효과의 발생을 매개하는 근거법규정이 없다면 생각할 수 없다.<sup>6)</sup> 일찍이 의제적 행정행위에 관해 효시적 논문을 쓴 Müller는 명문의 규정에 의해서 인용·부인 결정이 내려진 것으로 여겨질 때 의제적 행정행위가 존재한다고 보았다.<sup>7)</sup>

의제는 추정과는 구별된다. 추정의 경우, 입법자는 사안조사에서의 석명의 리스크가 어느 한 편에 부여되는 식으로 그것에서의 (객관적인) 불명료성과 (주관적인) 불확실성을 다루는 것을 용이하게 하고자 한다. 추정 역시 주어지지 않은 실제상황을 출발점으로 삼을 수 있지만, 그것은 번복가능하고 그리하여 단지 인식과정을 조종한다.<sup>8)</sup> 반면 의제는 규범상의 실제상황을 제공하는 것이며, 허가의제의 반대가 거부의제이다. 이것은, 사전에 인용결정이 행해져서 통지되지 않을 경우, 일정한 기한이 경과하면 신청허가는 거부된 것으로 간주되는 것을 규정한다. 불완전하거나 중요한 결함이 있는 건축신청을 제출하여서 행정청이 상당한 기간내에 그것을 보정하도록 요구하였음에도 불구하고 그것을 이행하지 않을 때 그 신청이 취소된 것으로 의제되는 취소의제 역시 비견가능한 효과를 지닌다.<sup>9)</sup>

## 2. 의제의 목적 및 헌법적 기준

행정행위의 의제의 목적은 다양하다. 보통 자주 보듯이 경과규율의 구성요소에 해당하거나, 잠정적 상태의 보전이나 법상황의 명확화에 이바지하며, 경우에 따라선 엄격한 요식요청의 필수적 준수를 완화시키는 식으

6) 이 점에서 의제는 적용준용의 지시(*Verweisung*) 내지 연계시키는 것에 의존한다. 적용준용의 지시에 관한 상론은 김종권, 다른 법규범의 적용 준용(지시)의 공법적 문제점에 관한 소고, 법제연구 제20호, 2001.6. 137쪽 이하.

7) ders., “Über den fiktiven Verwaltungakt”, *DÖV* 1966, S.704.

8) 추정의 번복상의 요청에 관해서는 Jachmann, *Die Fiktion im öffentlichen Recht*, 1998, S.143f.

9) 예: § 68 Absatz I 3 SachsAnh BauO.

로 오로지 행정의 간소화에 이바지할 수도 있다.<sup>10)</sup> 독일 행정절차법 제42조 a상의 허가외제는 승인(허용)신속화(Zulassungsbeschleunigung)가 그 입법동기이다. 하지만 이런 절차신속화의 목적을 달성하기 위해 과연 허가외제가 적합한지는 다툼이 있다. 일각에서는 처리기간의 압박이 도리어 신청거부의 신속화를 초래하여 강구한 신속화대신에 분쟁을 통한 지체가 발생하였다는 경험이 지적되기도 한다. 의제적 행정행위가 내용적으로 위법한 경우에 그것의 존속에 관한 투자자의 신뢰가 어느 정도로 보호할 가치가 있는지가 문제된다. 사실 의제적 허가는 그것과 아울러 실제적 적법성의 의제(Rechtmäßigkeitsfiktion)도 연계될 때만 실제적 법적 안정성을 제공할 수 있는데, 의제적 허가에 대해 실제 발급된 허가보다 더 상향된 존속보호를 부여한다는 것은 평등의 원칙에서 허용되지 않는다.

허가외제에 대한 비판은 특히 다극적 법관계와 복잡한 행정절차에서 전개되는데, 환경과 -신약허가처럼- 일반공중에 막대한 영향을 미치는 결정의 경우에는 행정행위의 의제는 유용하지 않은 승인신속화 수단에 해당한다. 허가외제의 경우 행정절차가 통용되지 않기에, 제3자, 一般公衆 및 심지어 투자자 자신을 위한 행정절차의 특유한 존재근거가 실현되지 못하는 결과를 빚는다. 따라서 법정책적으로 보아 허가외제는 2극적 법관계에서 사물적으로 법적으로 단순한 경우에만 도입될 필요가 있다.<sup>11)</sup>

그러나 허가외제에 대한 헌법적 의문은 존재하지 않는다. 행정행위의 의제의 경우 입법자가 행정을 대신해서 활동하였다는 이유로 권력분립원리의 위반으로 보려는 입장도 있지만,<sup>12)</sup> 그것은 사리에 벗어난 것이다. 입법자가 허가외제를 통해 행정의 법률구속을 완화시킨 것이 아니다. 왜냐하면 행정청은 언제나 허가신청을 법률적 기준에 의거하여 결정을 내려야 하며, 또한 위법한 허가를 가능하도록 처리기간을 의식적으로 경과하도록 해서는 아니 되기 때문이다. 허가외제가 신속화만이 아니라 헌법

10) Jachmann, a.a.O., S.259 ff.

11) Jäde, "Die verwaltungsverfahrenrechtliche Genehmigungsfiktion", UPR 2009, 169(172f).

물론 이 경우에도 허가요청을 포기할 수 없는지의 물음은 역시 제기된다.

12) Vg. Bullinger, *Beschleunigte Genehmigungsverfahren*, 1991, S.71; Biermann, "Verfahrens- und Entscheidungsfristen", NordÖR 2009, 377, 383.

적 원칙에 해당하는 효과적인 행정집행에도 이바지하기 때문이다.<sup>13)</sup> 하지만 기간경과이후에 행정행위의 존재만이 아니라 그것의 적법성마저도 의제시키는 것은 헌법적으로 허용되지 않을 것이다. 적법성의 의제(Rechtmäßigkeitfiktion)는 행정의 법률구속의 원칙에 반한다.<sup>14)</sup> 나아가 신청에 대해 적시에 결정이 내려진 자와 의제의 방식으로 유리한 효과를 얻은 자를 정당화될 수 없게 차별 취급하는 셈이 되어 평등의 원칙에 반한다.<sup>15)</sup>

### Ⅲ. 현행 우리 행정법제상의 의제의 방식

현행 행정법제가 취하는 의제의 방식은 크게 두 가지이다. 하나는 허가, 신고 등과 같은 선행행위의 존재를 바탕으로 의제효과를 연결시킨다(일종의 동반적·집중효적 의제효과 방식). 가령 건축법 제11조 제1항에 따라 건축허가를 받으면, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제86조 제5항에 따른 시행자의 지정과 같은 법 제88조제2항에 따른 실시계획의 인가를 포함하여 총 21개의 다른 법률상의 허가 등을 받거나 신고를 한 것으로 본다(동조 제5항). 그리고 허가권자는 의제되는 사항이 다른 행정기관의 권한에 속하면 그 행정기관의 장과 미리 협의하여야 한다(동조 제6항). 다른 하나는 소정의 처리기간의 경과에 의제효과를 연결시킨다(일종의 기간경과적 의제효과 방식). 가령 「부동산거래신고 등에 관한 법률」 제11조 제5항에 의하면, 토지거래계약허가에 대해 행정청이 소정의 처리기간이 지나도록 인용여부에 관해 아무런 조치가 없을 때는 그 처리기간이 끝난 날의 다음날에 토지거래계약허가가 있는 것으로 보며, 이 경우 시장·군수 또는 구청장은 지체 없이 신청인에게 허가증을 발급하여야 한다.

이상의 의제방식 가운데 後者가 진정한 의제방식에 해당하고, 前者는 부진정한 의제방식에 해당한다. 독일의 경우 후자의 방식만이 존재하는

13) Kopp/Ramsauer, *VwVfG Kommentar*, 17.Aufl., 2016, § 42a Rn.5.

14) Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *VwVfG*, §42a Rn.14.

15) Caspar "Der fiktive Verwaltungsakt-Zur Systematisierung eines aktuellen verwaltungsrechtlichen Instituts", *AöR* 125(2000), S.131(137); Jachmann, a.a.O., S.8.

데 대해서 우리의 경우 양자의 방식이 존재함에 따라 정연한 접근이 어렵다. 양자의 기본구조상의 차이점에서 후자의 경우 행정청이 의제되는 사항과 관련해서 나름의 심사를 할 수 있다고 보아야 한다. 건축법 제11조 제6항이 건축허가권자로 하여금 의제대상인 허가나 신고가 다른 행정기관의 권한에 속하면 그 행정기관의 장과 미리 협의하여야 하도록 규정하고 있는 것은 자연스럽다. 그리고 판례가 건축허가권자는 비단 건축법상의 허가요건만이 아니라 자기소관의 다른 법률상의 허가요건도 충족하는 경우에 한하여 허가를 발해야 한다고 본 것<sup>16)</sup> 역시 자연스럽다.<sup>17)</sup>

#### IV. EU서비스지침(Dienstleistungsrichtlinie)상의 허가제

EU서비스지침(RL 2006/123/EG)은<sup>18)</sup> 중소기업의 절차경과에 관한 특별한 이익을 고려하여 역내시장과 서비스의 월경적 제공을 향상하는 것을 목적으로 한다. 전체적으로 시장접근을 최대한 용이하게 하고, 허가요건을 가능한 배제하는 것을 목표로 하는 지침으로 인해 회원국 상호간의 행정협력의 새 장이 펼쳐졌다. 유럽공동체의 중전의 절차규정과는 대조적으로 지침의 기준은 -상품과 자본의 거래는 제외한- 일체의 영리적 활동을 망라한 전체 서비스분야에 통용된다. 유럽연합법이 회원국의 절차법에 대해 이제까지 인정되지 않은 정도에서 개입을 하였다. 동지침상의 서비스분야에서의 소위 허가규율을 위한 구체적인 절차법적 기준을 담고 있다. 가령 동 지침 제9조 제1항은 회원국으로 하여금 서비스활동의 행사와 관련하여 매우 엄격한 요건에서만 허가제를 채용할 수 있다고 규정하고 있다. 즉, 허가규율이 관련 서비스제공자에 대해 차별적이지 않으며, 허가규율이 공공복리의 확고한 이유에서 정당하고, -특히 사후적 통제가 너무 늦게 행해질 것이어서 유효할 수 없기에- (허가규율의) 강구하는 목표가 완화된 수단으로 달성될 수 없는 경우에만 허가제를 도입할 수 있다. 허

16) 대법원 2015.7.9. 선고 2015두39590 판결.

17) 그런데 이런 심사의무를 판례를 통해 설정하는 것은 문제가 있다. 입법적 근거를 마련하는 것이 바람직하다.

18) ABLEU Nr. L 376/36.

가제의 허용기준을 설정한 셈이다.

동 지침 제13조 제3항에 의하면, 신청은 지체없이 그리고 여하튼 사전에 확정되고 주지의 상당한 기간내에 처리되어야 한다. 동조 제4항에 의하면, 허가신청에 대해 사전에 정해진 또는 연장된 기간에 답이 내려지지 않으면, 허가가 발급된 것으로 본다(so gilt die Genehmigung als erteilt). 즉, 허가발급이 간주된다. 아울러 동항은 제3자의 정당한 이익을 포함하여 공공복리의 확고한 이유에 의해서 정당한 경우에는 다른 규율을 규정할 수 있다고 규정하고 있다. 여기서 기간만료를 위해 결정적인 것은 행정청의 결정시점이 아니라, 행정청결정의 통지의 시점이다. 처리기간은 일정한 요건하에 한 번의 기간연장이 가능하다.

동지침은 전체적으로 시장친화적, 경쟁촉진적 조종의 착안점을 추구한다. 즉, 시장접근을 최대한 쉽게 하는 것과 허가요청을 가능한 널리 배제하는 것, 허가절차를 신속화하는 것을 목표로 한다. 사실 이것들이 허가제의 부분목표이기도 하다. 결론적으로 EU입법자의 관점에서 허가제제도를 통해 궁극적으로 얻고자 하는 것은, 회원국의 행정소송법에 대해 제한을 가하지 않으면서도 허가청구권의 효과적인 관철을 통일적으로 확고히 하려는 데 있다.<sup>19)</sup>

## V. 독일 특별행정법상의 허가제의 전개상황

독일의 경우 건축법이 의제규율 및 절차신속화의 비견가능한 수단을 위한 중요한 寶庫이다.<sup>20)</sup> 통일 이후 사회 인프라 및 산업시설과 관련한 다수의 허가절차에서, 연방입법자는 소위 탈규제 논쟁의 전체구조에서, 계획절차와 허가절차의 신속화를 주도하였다. 이런 탈규제의 내용으로 건축법에서의 허가면제(Genehmigungsfreistellung)와 같은 허가절차의 완전한 포기(신고제),<sup>21)</sup> 절차시행을 위한 구체적인 시한의 설정,<sup>22)</sup> 실제적 심사프

19) Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *VwVfG*, § 42a Rn.14 b.

20) Vgl. Saurer, "Die Fiktionstatbestände im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren", *DVBf* 2006, 605ff.

21) 여기서 대기기간제(바이에른 주는 1개월: Art.58 Abs.3 BayBauO를 도입하여 -특별한



로그래의 축소에 따른 간소화된 허가절차,<sup>23)</sup> 허가절차의 신고의무로의 전환이 강구되었는데, 아울러 입법자는 건축법에서 신속화효과를 유발하기 위해 허가제의 도그마틱적 형상을 적극적으로 활용하였다.<sup>24)</sup> 영업법은 서비스지침의 주된 적용분야에 속한다. 그리하여 영업자유에 바탕을 두고서, (예방적) 허가 의무의 형태의 개시통제를 전면적으로 포기한 것이 그 특징이다. 그리하여 질서법적 임무가 오히려 영업법 제14조에 따른 일반적 신고의무에 의해 수행된다.<sup>25)</sup> 이에 더해 영업법은 EU서비스지침(Dienstleistungsrichtlinie)의 주된 적용분야이어서 동법 제6조 a에 허가제에 관한 일반규정을 두었다.<sup>26)27)</sup> 영업허가의 의제규정과 마찬가지로, 숙박업법(GastG) 제34조(경과규정), 폭발물법(SprengG) 제46조(기허가의 계속효), 47조(경과규정), 유전자공학법 제41조(경과규정), 에너지관리법 제23조 a 제4항 제2문<sup>28)</sup> 의제규정을 두고 있다.

금지하명이 없는 한- 그 기간경과와 동시에 건축을 할 수 있다.

- 22) 예: § 68 Absatz III SachsAnh BauO에 의한 3개월.
- 23) 이것은 허가절차를 전제로 하면서 전형적인 건축허가절차와는 대조적으로 심사범위를 건설계획과 기타 공법의 건축규정에 국한하는데 오로지 몇몇 주만이 이밖에 건축법의 개개의 핵심부분의 심사를 규정하고 있다. 예: § 67 SachsAnh BauO에 의한 간소화된 건축허가절차.
- 24) 가령 Hessen주 건축법 제57조 제2항에 의하면 건축신청이 소정의 기간내에 결정이 내려지지 않으면 건축허가가 발해진 것으로 본다.
- 25) 여기서의 신고의 성격이 문제된다. 신고의무의 위반이 영업중단을 정당화하지 않고 (영업법 제15조 제2항의 반대해석), 과태료의 대상이 되는 질서위반행위에 해당한다 (동법 제146조 제2항 제2호)는 점에서 동법상의 신고는 그 자체 정보제공적 신고에 해당하고, 금지해제적 신고는 될 수는 없다. 독일법상의 신고제에 관한 현황은 김중권, 申告制의 抜本的 改革에 관한 小考, 『행정법학』 제11호, 2016.9.30., 25쪽 이하.
- 26) 제6조 a ① 행정청이 법 제34조 b 제1항, 제3항, 제4항, 제34조 c 제1항 제1문 제1호, 제3호 또는 제55조 제2항에 의한 영업행사허가의 신청에 대해 3개월 기간 내에 결정을 내리지 않으면, 허가는 발급된 것으로 본다.
- 27) 동 규정은 한편으로는 영업법상의 허가 의무에, 다른 한편으로는 행정절차법 제42조 a의 적용가능성에 연계되는 매개적 규율에 해당한다.
- 28) 제23조 a ④ 망요금의 허가는 기한이 설정되어야 하고, 철회유보부로 부여되어야 한다; 그것은 조건부로 그리고 부담부로 행해질 수 있다. 규제청이 제3항에 의한 완전한 문건이 존재한 다음에 6개월내에 아무런 결정을 내리지 않으면, 신청요금은 철회유보하에 1년 간 허가받은 것으로 본다. 그러나 다음의 경우에는 그러하지 아니 한다.

## VI. 독일 행정절차법 제42조 a의 주요내용

### 1. 독일 행정절차법 제42조 a의 성격 및 적용영역

회원국에 대해 직접적으로 통용되는 유럽법상의 명령(Verordnung)과는 달리 지침(Richtlinie)의 경우 회원국의 국내법상으로 적극적인 수용절차, 전환절차가 강구되고, 따라서 회원국 국내의 입법행위가 요구된다. 독일의 경우 제4차 행정절차법개정을 통해 중요한 기준을 전환하였는데,<sup>29)</sup> 독일 행정절차법 제42조 a 규정은 EU서비스지침(RL 2006/123/EG)의 전환(Umsetzung)이다. 그리하여 동 규정은 동 지침상의 서비스분야에서의 허가규율을 위한 구체적인 절차법적 기준을 담고 있다.

독일 행정절차법 제42조 a 규정은 독일 행정절차법 제1조와 제2조에 규정된 동법의 적용분야 안에서 적용된다. 그런데 이런 행정절차법의 개정은 서비스지침의 적용영역에 국한되지 않고, 전체 행정활동에서 강구되었다. 따라서 동 규정의 효과 메커니즘은 그래서 지침에 적용분야에 들어가지 않는 허가절차를 위해서도 활용될 수 있다. 즉, 행정절차법 제42조 a가 허가외제에 관한 일반규정이다.<sup>30)</sup> 그리고 동 규정의 추가 이전에 규정된 허가외제의 경우에도 달리 규정하지 않는 한, 동 규정이 적용될 수 있다. 그런데 독일 행정절차법 제42조 a가 모든 행정행위의 의제에 적용되는 것은 아니고, 허가외제에 대해서만 적용된다. 다른 행정행위의 의제의 경우에 - 일반규정으로서의- 독일 행정절차법 제42조 a의 개개의 규정이 유추적용될 수 있는데,<sup>31)</sup> 다만 면밀한 심사를 필요로 하며, 특히 의제

29) 하지만 독일 행정절차법 제42조 a는 동 지침의 기준을 극히 부분적으로 이행하였는데 (Kluth, "Die Genehmigungsfiktion des § 42a VwVfG - Verfahrensrechtliche und prozessuale Probleme", *JuS* 2011, 1078(1079)), 의제제도가 지닌 법치국가원리적 취약점을 나름 반영한 것으로 봄 직하다.

30) Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *VwVfG*, §42a Rn.1. 수공업질서법(HwO) 제10조 제2항 제4문이 수공제품등록의제를 명시적으로 규정하면서 독일 행정절차법 제42조 a의 준용을 지시한 것은 보기에 따라서는 불필요할 수 있다.

31) 독일 행정절차법 제42조 a가 의제에 관한 일반규정의 성격을 지니기에 독일에서는 그것의 유추를 둘러싸고 논의가 활발하다. 가령 의제가 오로지 행정간소화를 이바지하는 경우, 특히 의제가 허가면제의 기능을 이행하는 경우에는 독일 행정절차법 제42조 a 제3항의 유추 적용은 배제된다. 하지만 관련자에 대해 특별한 법적 지위의

의 다양한 목적을 고려에 넣어야 한다.

의제적 허가 역시 허가인 이상, 행정행위에 통용되는 모든 규정이 원칙적으로 적용된다. 하지만 그것에는 의제제도의 본질에 비추어 행정행위의 절차법적 기능이 인정될 수 없다.<sup>32)</sup> 허가제의 본질은 행정행위의 발급과 통지와 관련한 절차를 생략시킨 것이다. 따라서 행정행위의 법효과에 연계된 규정만이 적용된다. “행정행위의 존속력 및 권리구제절차에 관한 규정은 그에 맞춰 통용된다.”는 독일 행정절차법 제42조 a 제1항 제2문은 허가제에서 이런 점을 분명히 한 것이다.<sup>33)</sup>

## 2. 허가제의 요건

독일 행정절차법 제42조 a 제1항에 의해, 허가제가 개별법에서 규정된 경우 충분히 신청된 허가가 결정기간이 경과한 후에는 발급된 것으로 여겨질(als erteilt gilt) 때 허가제가 존재한다. 따라서 허가제의 요건은 다음과 같다.

- i) 허가제가 개별법에서 규정되어 있어야 한다: 연방법률나 주법률은 물론 EU법까지 의제의 근거법이 될 수 있지만, EU서비스지침 제13조 제4항은 직접 적용가능한 규정에 해당하지 않는다. 그리고 법규정이 처리기간만을 설정하는 것만으로는 충분하지 않고 의제 자체를 언급해야 한다. 다만 완전허가에 대해 의제가능성을 규정하면 별도의 법규정이 없더라도 사전결정과 부분허가의 경에도 의제가 통용된다.

---

증명을 매개하려는 의제의 경우에는 다를 수 있다. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *VwVfG*, §42a Rn.23. 그리고 그 이전의 의제규정과 관련해서도 법적용상의 문제가 중요하다.

32) 행정행위가 지닌 절차법적, 실체법적, 집행법적, 재송법적 기능에 관해서는 김종권, *행정법*, 2016, 183쪽 이하 참조.

33) Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *VwVfG*, §42a Rn.4. 한편 Stelkens는 의제적 행정행위와 완전자동적 행정행위와의 공통점이 있음을 들어 후자를 전자의 대안적 제도로 지적한다(Stelkens/Bonk/Sachs, *VwVfG*, §42a Rn.5a). 완전자동적 행정행위에 관해서는 김종권, “인공지능시대에 완전자동적 행정행위에 관한 소고”, 『법조』 제723호, 2017.6.28., 146쪽 이하; 이재훈, “전자동화 행정행위에 관한 연구 : - 독일 연방행정절차법 제35조의a를 중심으로 -”, 『성균관법학』 제29권 제3호, 2017, 143쪽 이하 참조.

- ii) 허가에 대한 충분히 명확한 신청이 존재하여야 한다: 여기서 허가 의제의 대상이 되는 허가에 대해 법률이 달리 개념정의하고 있지 않지만, 넓게 이해해야 한다. 그리하여 일정한 행위를 할 수 있도록 획득해야 하는 일체의 허용(Gestattung)이 이에 해당한다. Stelkens는 이를 넘어서 보충행위이자 완성행위에 해당하는 인가까지 포함시킨다.<sup>34)</sup> 그러나 금전이나 재화의 급부 행정행위나 의제적 확인적 행정행위는 포함되지 않는다. 그리고 침익적 행정행위의 의제의 경우에도 독일 행정절차법 제42조 a는 유추 적용되지 않는다. 충분히 명확한 신청이 있어야만 허가의제가 있을 수 있는 것은 기왕의 입장을<sup>35)</sup> 다시금 확인한 것이다. 행정행위에 대해서는 명확성의 요청이 통용되는데(독일 행정절차법 제37조 제1항), 허가의제의 경우에도 이 요청이 통용되기 위해서는 신청 자체가 충분히 명확하여야 한다. 즉, 신청이 의제적격성을 지니기 위해서는 충분히 명확하여야 한다. 하지만 완전한 신청문건의 존재가 의제요건은 아니다. 의제를 낳는 신청의 형식요청과 관련해서 개별법이 규준이 되는데, 구술에 의한 신청도 가능하다.<sup>36)</sup> 신청의 변경은 종전신청의 사실상의 취소이기에 기간경과를 중단시킬 수 있다.<sup>37)</sup>
- iii) 소정의 결정기간을 아무런 결정이 내려지지 않은 채 경과하여야 한다: 비록 명시되지는 않았지만 기간경과 이전에 인용이든 거부이든 결정이 내려지면 그리하여 수범자에게 그것이 통지되면, 의제는 생기지 않는다. 그 행정행위가 반드시 적법할 것은 요구되지 않아서 무효인 행정행위에 의해서도 의제발생은 저지된다. 그리고 행정행위가 소급적으로 폐지되더라도 의제효과가 소급적으로 발생하지는

34) Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *VwVfG*, §42a Rn.16. 그리하여 연방건설법전 제6조 제4항 제4문과 제10조 제2항 제2문에 의한 의제 역시 독일 행정절차법 제42조 a의 허가의제에 해당한다고 본다.

35) BVerwGE 35, 187, 190; BVerwG NJW 1984, 2481; NJW 1985, 1792; VGH Mannheim NVwZ-RR 1997, 157, 158.

36) Schemmer, in Bader/Ronellenfitsch, *VwVfG Kommentar*, 2010, §42a Rn.5; 반론: Guckelberger, "Die Rechtsfigur der Genehmigungsfiktion", *DÖV* 2010, 109(114); Jäde, a.a.O., 169(170).

37) BVerwG NJW 1985, 1792, 1793.

않는다. 행정청이 통지를 하지 않은 상태에서 의제효과발생의 리스크는 행정청이 부담한다. 즉, 통지가 정당화될 수 없는 이유로 실패로 돌아간 경우에는 의제효과의 발생은 저지되지 않는다. 어떤 일이 결정기간의 개시를 발생시키지는 중요하지 않다. 다만 동조제2항 제2문에 의해 결정기간은 완전한 문건이 도달할 때 개시하는데, 이는 개별법상으로 배척될 수 있다. 동조상의 허가제는 신청을 전제로 하는 점에서 신청과 무관하게 발급된 것으로 여겨질(als erteilt gilt) 경우나 허가면제의 경우에는 동조상의 허가제가 존재하지 않는다고 하겠다. 유의할 점은 결정기간 이후에 행정청이 인용결정이나 거부결정을 내려 수범자가 알게 된 경우에 그 결정 자체가 의제적 허가의 추정적 (부분)폐지가 되지는 않는다(후술).

- iv) 의제를 배제하는 사유가 존재하지 않아야 한다: 허가발급에 대신하여 공법계약의 체결에 관한 구속적인 제안이 도달하면 의제배제의 근거가 될 수 있다.<sup>38)</sup> 다만 이 경우 그 제안에 대한 응답이 기간경과 이후에 행해지더라도 의제배제에는 변함이 없다. 마찬가지로 계약제안이 유효한 계약을 체결하는 데 적합한지 여부는 중요하지 않다. 한편 수범자가 자신에게 유리한 의제효과를 포기하면 의제효과가 배제되는지 여부가 다투어진다.<sup>39)</sup> 물론 개별법에서 행정청이 법정 결정기간내에 결정을 내릴 수 없는 이유를 근거있게 제시하면 의제가 발생하지 않도록 규정하고 있다면, 의제가 배제될 수 있다. 하지만 다단계적 행정행위에서 다른 행정청이 개별법에서 요구되는 동의를 적시에 거부하였더라도 그와 무관하게 의제효과는 발생한다. 즉, 협력행위의 거부는 일반적인 의제배제사유가 될 수 없다.

38) Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *VwVfG*, §42a Rn.46.

39) Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *VwVfG*, §42a Rn.48. 한편 Kopp/Ramsauer는 사전에 의제효과를 포기하는 것은 허용되지 않는다고 강조한다. 이유로 신속화목표를 제지할 것이라는 점을 든다(*VwVfG*, § 42a Rn.9).

### 3. 의제적 허가(fingierte Genehmigung)의 법적 성질

여기서 의제적 행정행위(fingierte Genehmigung)가 성립하는지 여부가 물음이 중요하다. 일찍이 Caspar는 의제요건으로 기간경과를 강조하여, 의제적 행정행위란 일정한 행위를 통상 수익적으로 허용하는 결정인데, 이는 행정청 스스로가 발하는 것이 아니라, 법상의 기간이 경과한 후에 법규범에 의해서 간주되어지는 것이라 정의 내렸다.<sup>40)</sup> 독일 행정절차법 제42조 a 규정의 본문은 의제적 행정행위에 관해 전혀 언급하지 않고, 허가의제(Genehmigungsfiktionen)에 관해서만 언급한다. 허가의제의 상황을 상징적으로 표현한 것이 의제적 행정행위이다.<sup>41)</sup>

의제적 행정행위는 ‘조치’가 부재하기에,<sup>42)</sup> 행정절차법 제35조의 개념적 징표를 충족하지 않는다. 그 결과 -독일 행정절차법 제42조 a 제1항 제2문이 행정행위의 존속력에 관한 규정(제43조부터 53조까지)의 준용을 규정하기에 그러하기도 하지만- 행정행위에 통용되는 성립에 관한 절차법의 규율은 의제적 행정행위에 대해서는 통용되지 않는다.<sup>43)</sup> 의제허가의 경우 허가의 법효과는 기간경과로써 법률로부터(ex lege) 당연히 생겨난다.<sup>44)</sup> 직접적인 외부효를 지닌 규율을 발생시키는, 개별사건과 관련한 조치가 존재할 필요가 없다. 행정행위에서 요구되는 행정청의 조치가 존재하는지를 살펴볼 필요가 없으며, 행정청이 자신의 행위의 의제효력을 인식하였는지 여부에 상관없이 의제효과가 발생한다. 여기서 허가의제는 법

---

40) Ders., a.a.O., S.131(131). 독일 문헌상 우리의 의제적이란 의미로 ‘fiktiv’와 ‘fingiert’가 다 같이 사용되는데, 다만 Ortloff는 어감상 전자가 더 낫다고 한다. Vgl. Ortloff, “Die fiktive Baugenehmigung”, in: FS für K. Gelzer, 1991, S.223(223).

41) 허가의제를 의제적 행정행위와 동의어로 보거나(Caspar) 의제적 행정행위의 하위의 경우로 보는(Stelkens) 데 대해서, Kluth는 다른 것으로 접근한다(a.a.O., 1078(1080)).

42) Maurer/Waldhoff, Allg. VerwR, 19.Aufl., 2017, §9 Rn.11.

43) Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *VwVfG*, §42a Rn.66. 그런데 부관부 행정행위를 신청한 경우에는 기간경과로 부관부 허가가 의제되는데, 이런 의제적 부관에 대해서는 독일 행정절차법 제36조의 부관규정 역시 적용될 수 있다. 그리고 관련 제3자와 관련하여 독일 행정절차법 제41조의 통지규정이 적용될 수 있다. 마지막으로 오류에 관한 독일 행정절차법 제42조 역시 적용될 수 있다.

44) 여기서 유의할 점은 이유제시나 불복고지는 행정행위의 구성요소가 아니기에 의제되지 아니한다.

형식이 될 수는 없다.<sup>45)</sup>

독일 행정절차법 제42조 a 제1항 제2문이 행정행위의 존속력에 관한 규정(제43조부터 53조까지)의 준용을 규정하고 있어서,<sup>46)</sup> -모든 행정행위의 의제처럼- 허가제의 경우에도 허가의 존재만이 아니라, 절차법규정에 맞게 성립하고 수범자와 관련자에게 통지된 허가의 존재까지도 의제된다. 의제는 허가요건의 존재를 포함하지 않기에, 의제적 허가의 효력은 객관적 법과의 일치성에 관계없이 발생하기에, 실령 행정청의 허가가 위법하게 될 경우라 하더라도, 의제의 효과가 발생한다.<sup>47)</sup>

허가의제를 규정한 EU서비스지침 제13조 제4항이 실체적 적법성의 의제를 요구하지 않으며, 독일 행정절차법 제42조 a 역시 실체법상황의 수정을 목표로 하지 않는 점에는 의견이 일치한다. 그리하여 허가제는 의제의 효과가 발생한다고 하여 그 자체가 자동적으로 적법하게 되는 것은 아니다. 일반적인 행정행위처럼 동일한 실체법적 심사프로그램의 지배를 받는다. 즉, 후술하듯이, 보통의 행정행위마냥 폐지의 가능성이 인정된다. 하지만 의제적 허가의 규율내용이 실제의 허가의 경우보다 더 나아가지는 않는다. 실제의 허가에 집중효가 인정되지 않거나, 법률상 기한부이거나, 법률상 철회권유보가 부가되면, 이런 점은 의제적 허가에도 통용된다.

#### 4. 신청에 대한 요청

독일 행정절차법 제42조 a 제1항은 신청이 충분히 특정되어 있는 것을 요구한다. 충분히 명확한 신청을 요구한 동 규정에는, -실체심사가 사실상 배제된 썸인- 의제적 규율의 경우에도 준수되어야 할 법치국가원리적 최소한의 요청이 반영되어 있다. 의제적 규율은 보통의 해석의 방법으로 수범자와 제3자를 위해 확정할 수 있는 내용을 보유하여야 한다. 더해서

45) Wolff/Bachof/Stober/Kluth, *VerwR I*, 13. Aufl., 2017, §44 Rn.23.

46) 그런데 독일 행정절차법 제45조(하자의 치유)와 제46조(절차 및 형식상의 하자의 효과)의 적용지시는 강제적인 절차규정과 관련해서 의미가 없다. 왜냐하면 의제는 절차에 합치하게 성립한 허가를 의제시키기 때문이다. 하지만 의제적 허가의 전환은 생각할 수 있긴 하나 그 요건이 거의 존재하지 않을 것이다.

47) 이 점을 독일 행정절차법 제42조 a 입법이유서 역시 명시적으로 지적하였다. BT-Drs. 16/10493, S.16.

다수의 절차종류에서 많은 문건이 제출되어야 한다. 이 경우 법치국가원리적 최소한의 요청을 바르게 이해하는 것이 신청자에게 항상 쉬운 것은 아니다. 그래서 가령 Sachsen-Anhalt 주 건축법 제68조 제4항은, 신청서가 완전한지 여부 또는 오류가 있어서 수정하여야 한다는 것을 행정청이 신청자에게 요구할 수 있도록 규정하고 있다. 아무튼 독일 행정절차법 제42조 a에 의해 포착된 경우는 결정과 관련해서 본질적으로 행정청에 의한 의사표시가 없기에, 규율의 내용은 신청의 기준에 의거해서만 정해질 수 있다. 명료성과 명확성의 견지에서 분야에 특유한 최소한 요청이 신청규정에 설정되어야 한다.<sup>48)</sup>

## 5. 원칙적 처리기간. 그 개시 및 연장

### (1) 처리기간

신청에 대한 행정청의 처리기간은 특별법상으로 다른 기간이 규정되어 있지 않는 한, 원칙적으로 3개월이다.<sup>49)</sup> 이 3개월은 일종의 가이드라인에 해당할 수 있는데, 개별법상의 기간의 長短은 통상적으로 관련 결정의 자료를 조사하고 원칙적인 심사하는 데 소요될 수 있는 것에 의해 가늠되어야 한다.<sup>50)</sup> 다른 행정청의 협력행위를 필요로 하는 다단계적 행정행위의 경우 법률상의 기간설정에서 그런 사정이 반영되어야 한다.

독일 행정절차법 제42조 a 제2항 제2문에 의해 처리기간은 관련 문건이 완전하게 소관 행정청에 도달하자마자 곧바로 진행한다.<sup>51)</sup> 3개월의 처리기간의 개시시점이 문제이다. 왜냐하면 문건이 완전하게 도달할 경우에 비로소 그 처리기간이 진행되기 시작하는데, 이것이 현실에서는 장기간의 절차진행에 대해 가장 중요한 원인에 해당하기 때문이다. 더해서 행정청은 종종 본안심사에 들어간 이후에 문건이 완비되었는지 여부를 판

48) Schliesky, in: Knack/Henneke, *VwVfG*, 9.Aufl., 2010, §42a Rn. 4.

49) 최대한 기간에 대해 EU서비스지침 제13조 제3항은 아무런 기준을 담고 있지 않다. 그 이유는 허가절차의 상이한 종류에 따라 상이한 기간이 통용되기에 그러하다.

50) Guckelberger, a.a.O., 109(110).

51) 관할 행정청이 아닌 행정청에 신청하여 도달한 경우는 여기서의 도달에 해당하지 않는다.



단할 수 있다. 문건이 어떤 요건하에서 완전한지가 다름이 있다. 행정청의 평가나 수범자의 수령자지평이 아니라, 객관적인 법상황이 오로지 기준이 된다. 가령 행정청이 신청문건의 완전성을 입증하거나 몇 가지 문건만을 사후요청을 한다 하더라도, 문건이 객관적으로 완전하지 않으면, 의제기간의 개시가 일어나지 않는다. 따라서 전적으로 기준이 되는 것은 신청에 관한 법률상의 기준이다. 그리하여 - 행정규칙은 제외하고서- 법규정에 의해 문건의 종류, 형식, 내용 그리고 개수가 완결적으로 규정되어 있으면, 이들이 완전성을 위한 기준이 된다.<sup>52)</sup> 따라서 문건의 완전성을 위하여 기준이 되는 것이, 수범자의 문건으로부터 허가요건의 존재가 설득력 있게 드러난 점이다.<sup>53)</sup> 따라서 신청은 결정을 내릴 수 있을 정도까지는 갈 필요는 없고, 첨부된 문건이 청구권요건의 심사를 위하여 유용한 근거만은 되어야 한다.<sup>54)</sup> 한편 EU서비스지침 제13조 제6항은 이런 문제상황에 즈음하여 다음과 같이 보완 규정을 마련하였다: 행정청은 신청자에게 가능한 신속히 문건의 불완전성을 알리고, 그에게 이것이 기간에 어떤 영향을 미칠지를 통지할 의무를 진다.<sup>55)</sup> 독일에서는 비슷한 규율이 특히 Berlin 주건축법과 같은<sup>56)</sup> 몇몇 개별법률적 규율에서 존재한다. 해서 독일 행정절차법 제25조 2항에서의 일반적 규율이 지침합치적으로 (richtlinienkonform) 해석될 수 있고 해석되어야 한다.

## (2) 처리기간의 연장

독일 행정절차법 제42조 a 제2항 제3문에 의해, 3개월의 처리기간은 - 업무의 곤란함으로 인해 연장이 정당화되는 경우에- 한 차례 적당하게

52) 그런 규율이 없을 때는 행정절차법 제26조 제2항에 의한 협력부담과 결합해서 전개된 평가에 연계시킬 수 있다.

53) Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *VwVfG*, §42a Rn.76. 그러나 허가거부의 이유가 없다는 것은 증명할 필요가 없다. 협력 행정청의 모든 필요적 협력행위가 이미 도달할 것까지 필요하지 않다.

54) Jäde, a.a.O., 169(171); Odenthal, "Rechtsprobleme der Genehmigungsfiktion nach §6a GewO", *GewArch* 2016, 401(402 f.); Uechtritz, "Die allgemeine verwaltungsverfahrensrechtliche Genehmigungsfiktion des § 42a VwVfG", *DVBl* 2010, 684(690).

55) Cornils, in: Schlachter/Ohler, *Europäische Dienstleistungsrichtlinie*, 2008, Art.13 Rn.9.

56) §69 IV S.2 BauO Bln.

연장될 수 있다.<sup>57)</sup> 기간연장 규정은 -약간 다르게 규정되어 있는- EU서비스지침 제13조 제3항의 전환에 이바지한다.<sup>58)</sup> 처리기간연장의 실제적 요건이 업무의 곤란함인데, 행정청의 업무과중으로 정당화될 수 없고, 또한 법률사의 결정기간이 평균적인 절차를 규정대로 집행하는 데 너무 짧다는 것으로 정당화될 수 없다. 업무의 곤란함의 요청은 기간개시요청인 신청문건의 완전성과 결합해서 보아야 한다. 그리고 기간연장의 상당함은 연장이 업무의 곤란함과 상당한 관계에 있을 때 인정될 수 있다. 동항 제4문에 의해, 그런 기간연장은 이유제시가 있어야 하고, 신청자에게 정규기간이 경과하기 전에 적시에 통지되어야 한다. 기간연장결정은 절차행위로서 그 자체 행정행위가 아니다. 연장통지는 구술로도 가능하다. 기간연장의 이유제시에 대해서는 독일 행정절차법 제39조의 이유제시규정이 적용되지 않는다. 이유제시는 업무의 특별한 곤란함과 관련이 있어야 하고, 기간연장의 상당성과는 관련이 없다. 기간연장은 의제메커니즘을 완전히 중단시킬 수는 없고, 단지 의제효과의 발생을 뒤로 물릴 뿐이다. 기간연장이 독일 행정절차법 제42조 a 제2항 제3문의 실제적 요청에 부합하지 않더라도 의제효과의 발생은 뒤로 물려진다.<sup>59)</sup> 하지만 동항 제3문의 절차적 요청에 부합하지 않는 기간연장은 공허하다. 즉, 의제효과의 발생의 후퇴가 생겨나지 않는다.<sup>60)</sup>

## 6. 의제증명(Fiktionsbescheinigung)

독일 행정절차법 제42조 a 제3항에 의하면, 동법 제41조 제1항에 의해

---

57) 기간연장 규정은 허가의제규정이 도입되기 전에 규정된, 기왕의 의제규정에도 적용된다. 다른 입장으로 Lenders, *Aktuelles zum Verwaltungsverfahrensrecht*, NWVBl 2009, 457(459).

58) EU서비스지침의 경우 사건의 복잡성으로 인해 정당화되는 경우에 일회적 기간연장이 가능하다. Cornils, in: Schlachter/Ohler, *Europäische Dienstleistungsrichtlinie*, Art.13 Rn.17.

59) Guckelberger, a.a.O., 109(116).

60) 그런데 기간연장의 이유제시와 관련하여 그것이 완전히 없거나 처리기간 이후에 도달하면, 기간연장은 중요하지 않다. 그러나 이유제시가 내용적으로 불충분하거나 공허한 형식으로 행해지면, 다르다. 법적 안정성의 이유에서도 이 경우에는 기간연장은 유효하다고 한다. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *VwVfG*, §42a Rn.90.

행정행위가 통지되어야 하는 자, 즉, 신청자나 관련 제3자에 대해 그의 요청이 있으면 허가외제의 발생이 문서상으로 증명되어야 한다.<sup>61)</sup> 독일 행정절차법 제37조 제2항에 의하면, 구술에 의한 행정행위에 대해 서면으로 확인이 가능한데, 의제증명 역시 비견가능한 기능을 지닌다. 어떤 허가가 어떤 내용으로 어떤 시점에 의제되었는지가 증명으로부터 드러나야 한다. 이 점에서 독일 행정절차법 제37조 제1항에 의한 허가의 명확성을 위해 통용되는 기준이 의제증명에 준용될 수 있어야 할 것이다.<sup>62)</sup> 의제증명이 허가외제의 효력발생요건이 아니다.

독일 행정절차법 제37조 제2항상의 서면증명 그 자체는 행정행위에 해당하지 않는데,<sup>63)</sup> 여기서의 의제증명의 법적 성질을 두고서 다툼이 있다. 일부 문헌과 판례는 행정행위로 보지 않는다.<sup>64)</sup> 이유로 그것은 다른 규율을 담고 있지 않고, 단지 증명력이 있게 규율이 이미 발생하였다는 것을 적시하였을 뿐이기 때문이라고 한다. 의제증명의 발급의 거부 역시 행정행위가 아니다. 그러나 일부 문헌은 허가외제의 발생과 시점에 관한 의문을 궁극적으로 해소하는 확인적 행정행위로 본다.<sup>65)</sup>

의제증명청구권은 의제적 허가가 적법한지 여부에 상관없이 성립한다. 의제적 허가가 예외적으로 무효라 하더라도 원칙적으로 증명청구권은 성립한다. 따라서 행정청은 의제적 허가의 가능한 실체적 위법성을 지적하면서 의제증명서의 발급을 거부해서는 아니 된다. 하지만 행정청이 기간 진행의 개시에 관해 분분하여서 처리기간이 아직 경과하지 않았다는 견해를 갖는 경우에는 다르게 진행된다. 신청자를 위해 이 경우 기대되는 법적 안정성이 결여된다. 그 결과, 의제제도가 의도한 절차신속의 효과가

61) 의제증명 규정은 허가외제규정이 도입되기 전에 규정된, 기왕의 의제규정에도 통용된다.

62) Uechtritz, a.a.O., 684(692).

63) Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *VwVfG*, §37 Rn.80ff.

64) Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *VwVfG*, §42a Rn.97; Kopp/Ramsauer, *VwVfG*, §42a Rn.30; Schliesky, in: Knack/Henneke, *VwVfG*, § 42a Rn.14; Uechtritz, a.a.O., 684(692); BVerwG, NVwZ-RR 2010, 330(331).

65) Pünder, in: Ehlers/Pünder(Hrsg.), *Allg. VerwR*, 15.Aufl., 2015, §14 Rn.61; Guckelberger, a.a.O., 109(117); Schmitz/Prell, "Verfahren über eine einheitliche Stelle - Das Vierte Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften", *NVwZ* 2009, 1(8); Hufen/Siegel, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, 2018, Rn.539.

일어나지 않는다. 왜냐하면 司法的 해명은 통상 몇 개월이나 진행되기 때문이다. 이런 상황에서 결정의 시간에 근접한 발급에 대해 영향을 미치는 것이 더 중요하다.

증명형식과 관련해서 서면형식이 규정되어 있는데, 독일 행정절차법 제 3조 a 제2항에 의하면 전자적 통지로 대체할 수 있으며, 본질상 독일 행정절차법 제37조 제3항의 형식요청이 통용될 수 있을 것이다. 그리하여 증명이 불복고지의 첨부를 위한 매체로서 의제적 허가에 이바지할 수 있다. 그리하여 그것은 의제적 허가를 상대로 관련자의 불복제기기간의 경과를 위하여 중요할 수 있다.<sup>66)</sup>

## Ⅶ. 허가의제 규정의 절차법적 개개 물음

### 1. 의제효과를 회피하기 위한 결정통지상의 요청

법률상 규정된 기간 안에서 결정을 내리고자 하는 행정청의 관점에서, 결정이 3개월 기간이나 다른 통용되는 기간의 경과 전에 신청자에 대해 법적으로 유효하게 통지되도록 진행경과를 계획하는 것이 중요하다. 행정송달법(Verwaltungszustellungsgesetzen)에서 규율된 여러 상이한 상황을 고려하여야 한다. 법적으로 실제적으로 생각가능한 최종의 통지기간을 목표로 하여야 한다. 그것이 달성되지 않으면, -전술한 요건이 존재하는 한- 법률에 의해 의제효과(Fiktionswirkung)가 발생한다. 의제효과가 발생한 이후에 도착한 (사후)결정은 아무런 법적 효력을 발생시키지 않으며, 나아가 그것이 (의제된 허가의) 취소결정으로 전환될 수가 없다. 그럼에도 불구하고, 이런 사후결정에 대해 다른 비행위(Nicht-Akte)와<sup>67)</sup> 마찬가지로 법적

66) Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *VwVfG*, §42a Rn.94.

67) 행정행위적 성격이 결여되어 외관상으로 처음부터 어떤 관점에서든 고권주체에게 그 책임을 귀속시킬 수 없는 경우가 비행행위에 해당한다. 이는 무효인 행정행위와 엄연히 구분된다. 대부분의 국내문헌은 -독일의 대부분의 문헌이 취하는- 비행행위란 개념보다는 '행정행위의 부존재' 개념을 사용하고 있다. 독일 문헌에 의하면, i) 의욕자(행정청)의 진정성의 결여, 공권력과의 관련성의 결여 또는 행정청에로의 귀속가능성의 결여로 일체의 공법적 성질이 없는 경우나 ii) 수범자(내지 관련자)에

안정성의 이유에서 무효확인소송은 물론, 최소소송의 제기가 가능하다.

## 2. 의제적 허가의 폐지(취소와 철회)

허가의제를 통해 실체적 적법성<sup>68)</sup> 의제되지 않으며, 특히 독일 행정절차법 제42조 a 제1항 제2문이 ‘행정행위의 존속력’을 규율하고 있는 제43조 이하를 명문으로 관련시키기에, 독일 행정절차법 제48조와 제49조에 따른 취소와 철회는 허가제의 경우에도 고려된다.<sup>69)70)</sup> 의제시점에서의 실체적 법적 하자에 대한 대응은 법적, 실제적으로 중요하다. 한편 동법 제44조에 따른 무효사유 역시 의제의 경우에도 고려되지만,<sup>71)</sup> 통상의 행정행위의 경우처럼 매우 드물지만, “중대한 하자”가 있는 신청의 경우에는 의제적 행정행위가 애초에 무효가 된다.<sup>72)</sup> Stelkens는 무효사유 가운데 독일 행정절차법 제44조 제1항(일반원칙-중대명백성기준)와 제2항 제4호(사실상의 불능행위)와 제6호(공서양속위반행위)만이 의제적 허가에 맞다고 지적하였다.<sup>73)</sup>

---

대한 유효한 통지가 결여되어 행정행위가 존재하기 위한 본질적 요건이 없는 경우에 비행정행위가 인정된다. Kopp/Ramsauer, *VwVfG*, §43 Rn.49.

- 68) 허가를 신청하여 허가를 받은 경우, 그 허가대상행위와 관련해서 보면, 일단 허가절차를 밟은 이상, 형식적 적법성은 충족하고, 그리고 허가를 통해 허가대상행위의 허용성에 관한 판단을 받은 셈이 되어 실체적 적법성도 충족한다. 허가절차는 합법화 효과를 위한 절차적, 형식적인 요건이다. 허가제의 경우 허가절차를 이행한 셈이 되기에 형식적 위법성의 의제는 어차피 배제된다. 허가제도에서의 형식적 위법성과 실체적 위법성의 구분에 관해서는 김중권, 229쪽 이하 참조.
- 69) 그런데 여기서 유의할 점은 독일 행정절차법 제43조에 의한 통지 규율은 적용될 수 없다. 의제제도의 본질상 그것이 필요하지 않기 때문이다. 동법 제45조, 제46조에 의한 형식상, 절차상의 하자 및 치유에 대해서도 마찬가지이다. Schliesky, in: Knack/Henneke, *VwVfG*, §42a Rn.6.
- 70) 의제적 허가의 위법성은 그것이 의제되어 즉, 행정청이 실제로 발하지 않았다는 데서 비롯된 것은 아니라는 점은 자명하다.
- 71) 일찍이 Caspar 교수는 행정행위의 무효규정(독일 행정절차법 제44조)의 유추적용이 본질에 비추어 절대적으로 필요하다고 지적하였다. 그는 만약 무효규정의 적용을 배제하면 명백히 허가요건을 결한 경우에 내려진 행정청의 결정은 무효가 되는 데 반해서, 전적으로 부작위로 인해 생긴 권리외관은 무효와 무관하게 되어 존속력이 부여될 수 있다는 터무니없는 결과가 초래될 수 있다는 점을 지적하였다(ders., a.a.O., S.131(142)).
- 72) Schliesky, in: Knack/Henneke, *VwVfG*, §42a Rn.6

실체적 적법성 요청과 관련해서 ‘진정한’ 실제 행정행위인 경우에 요구되는 것이, 독일 행정절차법 제48조에 따라 의제적 행정행위를 직권취소를 할 경우에도 동일하게 통용된다.<sup>74)</sup> 다만 실제 허가보다 의제적 허가의 위법성리스크가 크기에 통상의 허가취소에서 통용되는 재량구속은 통용되지 않는다. 수범자의 이익상황은 허가제여부에 상관없다. 따라서 의제적 허가 역시 독일 행정절차법 제48조 제1항 제2문의<sup>75)</sup> 한계 역시 준수해야 한다.<sup>76)</sup> 그리고 동조 제4항에<sup>77)</sup> 의한 취소기간은<sup>78)</sup> 물론, 동조 제3항의<sup>79)</sup> 신뢰보호규율<sup>80)</sup> 역시 준수해야 한다. 그런데 절차적 적법성 요청과 관련해서는 법상황이 덜 분명하다. 소정의 기간 내에 결정의 통지가 행해지지 않은 것의 원인이 다른 행정청의 협력행위가 아직 행해지지 않은 데 있을 수도 있기 때문에, 이를 이유로 행정행위를 직권취소하는 것을 허용한다는 것은 모순일 수 있다. 왜냐하면 의제제도가 목적으로 하는 신속화효과가 이런 종류의 직권취소의 방법으로 무력화될 것이기 때문이다.<sup>81)</sup>

73) Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *VwVfG*, §42a Rn.58.

74) 가령 부관의 사후부가, 허가범위의 기타의 수정도 행해질 수 있다.

75) 권리 또는 중요한 법률상의 이익을 성립시키거나 확인한 행정행위는 제2항부터 제4항의 제한에서만 취소될 수 있다.

76) 물론 이런 한계는 사권형성적 허가제도의 경우에는 통용되지 않는다(BVerwGE 48, 87, 92)

77) ④ 행정청이 위법한 행정행위의 취소를 정당화하는 사실을 알게 된 경우, 그 취소는 알게 된 때로부터 1년 이내에만 허용된다. 제2항 제3문 제1호에 해당하는 경우에는 그러하지 아니한다.

78) 여기서 행정청이 의제적 허가의 위법성을 언제 알았는지가 관건인데, 의제효과의 발생에 관한 행정청의 법적 착오는 고려되지 않는다(OVG Schleswig NordÖR 2005, 65 f.; BauR 2009, 969 f.).

79) ③ 제2항에 해당하지 않는 위법한 행정행위가 취소될 경우, 당사자가 행정행위의 존속을 신뢰하였고, 그 신뢰가 공익과 비교할 때 보호가치가 있으면, 당해 행정청은 신청에 따라 그 재산상의 불이익을 보전하여야 한다. (이 경우) 제2항 제3문은 적용되어야 한다. 재산상의 불이익은 당사자가 행정행위의 존속으로 받게 되는 이익에 상당하는 금액을 초과하여 지급될 수 없다. 보전되어야 할 재산의 불이익은 행정청에 의하여 확정된다. 청구권은 1년내에만 주장할 수 있다; 기간은 당해 행정청이 당사자에게 이에 관하여 통지한 때로부터 진행된다.

80) 행정청이 신속히 의제효과의 발생에 대체하면 관련인은 자신의 신뢰를 주장하기 어려운 특별함이 있다.

81) Kluth, a.a.O., 1078(1081).

상반되게 다투어지는 물음이, 나중에 도착한 사후결정이 필경 독일 행정절차법 제48조에 따른 추정적 폐지로 전환될 수 있는지 여부이다. 행정행위의 명시적인 폐지가 원칙적으로 반드시 필요한 것은 아니다. 행정행위는 동일한 규율대상에 대해 배치된 결정이 내려지는 식으로 추정적으로도 폐지될 수 있다. 하지만 이런 논리가 허가·의제에도 그대로 통용될 수 있는지가 논란이 있다. Stelkens는 추정적 폐지가 가능하다고 여기면서, 그 요건으로 행정청이 허가·의제를 분명히 알고서 그로 인해 성립한 법상태를 변경하고자 하여야 한다.<sup>82)</sup> 하지만 판례는 소극적이다. OVG Münster는, 법효과를 폐지하려는 행정청의 의사가 결정으로부터 충분히 분명하게 알 수 있어야 한다는 것을 요구한다.<sup>83)</sup> 즉, 행정청이 의제효과의 발생을 상정하지 않은 경우에는 취소결정에서의 전환이 부인된다. OVG Saarlouis에 의하면, 처분청이 전혀 허가·의제가 존재하지 않으며, 그래서 자신의 관점에서 폐지를 위한 구성요건상의 연결점이 결코 존재하지 않는 데 착안점을 두는 경우에만 추정적 취소로의 전환이 긍정된다고 하였다.<sup>84)</sup> Kluth는, -취소를 위하여 재량이 행사되어야 한다는 점은 제외하고는- 행정행위의 발급을 목표로 한 행정절차가 의제의 방식을 통해 형식적으로 완료되었다는 것이 그런 전환과는 배치된다고 지적하였다. 그에 의하면 이런 전환절차에 의해서 다른 결정을 발급한다는 것은 불가능하게 된다.<sup>85)</sup> 후자의 입장에 의하면 전환이 인정되지 않는 이상, 의제적 허가·의제의 폐지를 위해서는 오히려 -경우에 따라서는 허가·의제의 보유자의 청문을 요구하는- 별도의 절차를 필요로 한다.

### 3. 수범자 및 관련 제3자에 대한 효력

의제적 허가가 위법인 경우에도 유효하게 된다는 즉, 공정력을 갖는다는 점은, 준용되는 독일 행정절차법 제43조로부터 도출된다. 수범자는 의제발생과 함께 허가를 주장할 수 있으며, 그 허가의 존재는 효력이 소멸

82) Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *VwVfG*, §42a Rn.60.

83) OVG Münster, NVwZ 1993, 76.

84) OVG Saarlouis, NVwZ-RR 2006, 678(680).

85) Kluth, a.a.O., 1078(1081).

하기 전까지 행정청에 의해 준수된다. 즉, 구성요건적 효력을 발생시킨다. 따라서 행정청은 자신이 의제적 허가를 취소할 수 있다거나 수범자가 기망행위를 했다는 이유로 의제적 허가의 구속력을 면할 수는 없다.

그러나 의제적 허가가 관련 제3자에 대해서도 의제효과를 발생시키는지 여부 및 어느 정도로 발생시키는지 불명확하다. 행정행위는 -독일 행정절차법 제13조 제2항에 의해 절차에 참여한- 관련 제3자에 대해서 통지와 함께 유효하게 된다. 독일 행정절차법 제42조 a 제1항 제2문에서의 준용지시에 의해 허가제의 경우에도 행정행위의 통지에 관한 독일 행정절차법 제43조 제1항이<sup>86)</sup> 통용되기에, 허가제 역시 관련 제3자에 대해서 통지되어야 그에게 유효하게 된다. 그래서 의제의 수범자로서는, 행정청으로 하여금 (있을 수 있는) 의제와 관련한 제3자가 의제의 효과를 알도록 그리고 이런 종류와 방법으로 제소기간이 작동되도록 영향을 미치는 것이 유용하다. 그렇지만 이것은 구체적인 불복고지(Rechtsbehelfsbelehrung)가 부기될 경우에만 가능하다. 만약 행정행위의 통지가 없으면, -제3자효 행정행위처럼- 허가제는 관련 제3자에 대해 -존재하긴 해도- 아무런 효력을 발휘하지 않는다. 그러나 가령 시행활동의 결과로 허가제의 존재를 사실상 인식할 경우에는 실효(Verwirkung)의 법리가 적용될 수 있다.<sup>87)</sup>

#### 4. 불복고지를 동반한 통지에 관한 청구권

행정심판제기기간이 행정행위의 통지와 함께 진행되고, 기간연장이 구체적인 불복고지의 존재 여부에 좌우되는 경우, 법적 안정성의 관점에서 최고로 중요한 물음인, 수익자가 행정청에 대해 제3자에 대해 불복고지를 통지할 것에 관한 청구권을 갖는지 여부, 그리고 이 청구권을 -상황에 따라서는 국가책임법적 결과를 갖고서도- 주관적 권리로 주장할 수 있는지 여부가 수범자의 관점에서 제기된다. 절차신속화의 입법자의 의도를 진정으로 받아들이고 동시에 이것이 궁극적으로 신청자의 이익을 위해

86) ① 행정행위는 그것의 수범자(상대방) 또는 그것과 관련한 자에게 통지된 때부터 이들에 대해 효력이 발생한다. 행정행위는 통지된 내용대로 효력을 발한다.

87) Kluth, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, *VerwR I*, 12.Aufl. (2007), §63 Rn.13ff.



행해진다는 데 출발점을 두면, 그런 청구권을 시인하는 것이 일관된 결과라 할 수 있다. 이런 상황을 명시적으로 규율하는 것이 입법자의 고유 임무일 것이다. 그러나 이런 명문의 규율이 없더라도, 해석의 방법으로 그런 청구권은 정연하게 근거지을 수 있다.<sup>88)</sup>

### VIII. 허가제와 관련한 소송상의 물음

독일 행정절차법 제42조 a 제1항 제2문은 ‘권리구제절차’ 규정의 준용을 명시하고 있다. 따라서 행정행위에 연관된 독일 행정법원법의 규정의 의제적 허가에 대해서도 통용된다. 이는 종래의 판례의 입장이기도 하다.<sup>89)</sup> 따라서 그 자체가 행정심판이나 취소소송을 통해 다룰 수 있으며,<sup>90)</sup> 당연히 잠정적 권리보호에 관한 동법 제80조와 제80조 a 역시 어려움 없이 통용된다. 원고적격의 물음과 관련해서 제3자를 포함해서 나름의 권리침해를 전제로 인정되며, 피고는 발해진 것으로 여겨지는 행정행위상의 처분청이 된다. 의제적 허가가 생송취소되면, 의제기간이 새로이 진행되지는 않는다. 한편 허가제의 경우 불복고지가 동반되지 않기에, 의제적 허가에 대한 권리구제는 원칙적으로 행정법원법 제58조 제2항의<sup>91)</sup> 불고기기간이 통용되며, 그것 역시 의제적 행정행위를 알게 된 것으로 여겨지는 자에 대해서만 그러하다. 즉, 제3자에 대해서는 원칙적으로 불고기규정이 통용되지 않고, 일반적인 실효의 법리가 통용된다. 그런데

88) Kopp/Ramsauer, *VwVfG*, §42a Rn.22; Schliesky, in: Knack/Henneke, *VwVfG*, §42a Rn.14; Schmitz/Prell, a.a.O., 1(8); Ziekow, “Die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie im Verwaltungsverfahrenrecht”, *WiVerw*, 2008, 176(190); Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *VwVfG*, §42a Rn.94.

89) BVerwGE 91, 7, 9; OVG Magdeburg 7.4.1998, A 1/4 S 221/97 Rn.53 f.)

90) 다툼의 여지 없이 성립한 허가제가 어떤 내용을 지니는지를 둘러싸고 행정청과 신청자간에 다툼의 여지가 있다면, 독일 행정법원법 제43조의 일반적 확인소송이 적격의 소송종류이다.

91) 불고기나 오고지가 있으면, 송달, 개봉 또는 고지 이후 1년 이내에만 권리구제를 제기할 수 있다; 불가항력으로 인하여 1년 기간의 경과 전에 권리구제를 제기할 수 없었거나 또는 권리구제가 주어지지 않는 식으로 서면적 고지나 전자적 고지가 행해진 경우에는 그러하지 아니하다. 불가항력의 경우에는 제60조 제2항이 준용된다.

Stelkens는 행정청이 의제적 허가를 관련 제3자에게 불복고지를 부가하여 통지할 것 또는 관련 제3자에게 직권으로 불복고지가 부가된 의제확인을 송부할 것을 요구하는 청구권이 수범자에게 인정된다고 주장한다.<sup>92)</sup>

## IX. 맺으면서-우리 법제에 대한 시사점

독일의 경우 의제로 문제되는 경우는 일반적으로 기간경과적 의제효과 의 방식인데, 우리는 인허가의제적 건축신고의 경우처럼 동반적·집중효적 의제효과 의 방식이 문제된다. 그런데 건축법상의 착공신고의 경우 건축신고의 경우와는 달리 허가권자가 정한 기간 내에 신고수리 여부 또는 민원 처리 관련 법령에 따른 처리기간의 연장 여부를 신고인에게 통지하지 아니하면 그 기간이 끝난 날의 다음 날에 신고를 수리한 것으로 본다(건축법 제21조 제4항). 건축신고에서와는 달리 수리의제를 규정하고 있다. 그런데 수리여부의 통지제를 도입한다고 하여 이른바 ‘수리를 요하는 신고’의 근원적인 문제점이 해소되지는 않는다. 자칫 수리여부의 통지제의 존부로 ‘수리를 요하는 신고’로 여겨지는 식으로 본말이 전도된다. 착공 신고를 수리를 요하는 신고로 보는 것은 이미 허가를 받거나 신고를 한 사안임에도 불구하고 다시 사전 확인을 받도록 하는 점에서 불필요한 중복 규제이다. 수리여부의 통지제는 신고제의 혼란을 해소할 해결책이 되기보다는 일회용 앰플주사마냥 순간대응수단에 불과하다.

의제규정이 날로 늘어감에 따라 일반규정을 통해 관련 법제도를 체계적으로 정비할 필요가 있다. 우리의 동반적·집중효적 의제효과 의 방식은 법치국가원리의 차원에서 법률유보의 원칙 및 개별수권의 원칙과 충돌한다. 의제제도를 둘러싼 이상의 논의를 숙고하여 하루바삐 독일 행정절차법에 해당하는 행정기본법을 통해 의제에 관한 일반규정을 마련하여야 한다.

---

92) Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *VwVfG*, §42a Rn.71.

## 참고문헌

- 김남진, 행정법의 기본문제, 법문사, 1994.
- 김남진/김연태, 행정법 I, 법문사, 2018.
- 김동희, 행정법 I, 박영사, 2018.
- 김유환, 현대행정법강의, 법문사, 2018.
- 김중권, 행정법, 법문사, 2016.
- \_\_\_\_\_, 행정법기본연구 I, 법문사, 2008.
- \_\_\_\_\_, 행정법기본연구 II, 법문사, 2009.
- \_\_\_\_\_, 행정법기본연구 III, 법문사, 2010.
- \_\_\_\_\_, 행정법기본연구 IV, 법문사, 2013.
- \_\_\_\_\_, EU 행정법연구, 법문사, 2018.
- 김철용, 행정법, 고시계사, 2016.
- \_\_\_\_\_, 행정절차와 행정소송, 피엔씨미디어, 2017.
- 김형배, 법학방법론, 1981.
- 박균성, 행정법론(상), 박영사, 2018.
- 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2006.
- 박종준, 행정법상 법률의제에 관한 연구, 2014.
- 석종현/송동수, 일반행정법(상), 삼영사, 2011.
- 유지태/박종수, 행정법신론, 박영사, 2017.
- 정남철, 행정구제의 기본원리, 법문사, 2015.
- 정하중, 행정법개론, 법문사, 2018.
- 한건우, 현대행정법신론, 세창출판사, 2014.
- 홍정선, 행정법원론(상)(하), 박영사, 2018.
- 홍준형, 행정법, 법문사, 2011.
- 고은설, “건축물의 건축에 관한 개발행위허가가 의제되는 건축허가의  
법적성질 : 대법원 016.8.24. 선고 2016두35762 판결”, 『법과  
정의 그리고 사람』: 박병대 대법관 재임기념 문집, 2017.
- 김중권, “擬制的 行政行爲에 관한 小考” 『법제』 제520호, 2001.

- \_\_\_\_\_, “다른 법규범의 적용 준용(지시)의 공법적 문제점에 관한 소고”, 『법제연구』 제20호, 2001.
- \_\_\_\_\_, “申告制의 抜本的 改革에 관한 小考”, 『행정법학』 제11호, 2016.
- \_\_\_\_\_, “인공지능시대에 완전자동적 행정행위에 관한 소고”, 『법조』 제723호, 2017.
- 박균성/김재광, “인·허가의제제도의 재검토”, 『토지공법연구』 제81집, 2018.
- 박수연, “인·허가의제 입법개선연구”, 『법제』 제666호, 2014.
- 오세혁, “법에 있어서의 의제”, 『중앙법학』 제17집 제1호, 2014.
- 이광재, “인·허가의제 제도의 입법적 대안 연구”, 『법제』 제671호, 2017.
- 이재훈, “전자동화 행정행위에 관한 연구 : - 독일 연방행정절차법 제35조의a를 중심으로 -”, 『성균관법학』 제29권 제3호, 2017.
- 정태용, “인·허가의제의 효력범위에 관한 고찰”, 『법제』 제679호, 2017.
- 한귀현. “독일행정법상의 집중효에 관한 연구”. 『법제연구』제26호, 2004.

Bullinger Beschleunigte Genehmigungsverfahren, 1991.

Ehlers/Pünder(Hrsg.), Allg. VerwR, 15.Aufl., 2015.

Hufen/Siegel, Fehler im Verwaltungsverfahren, 6.Aufl., 2018.

Jachmann, Die Fiktion im öffentlichen Recht, 1998.

Knack/Henneke, VwVfG, 9.Aufl., 2010.

Maurer/Waldhoff, Allg. VerwR, 19.Aufl., 2017.

Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008.

Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG Kommentar, 9.Aufl., 2018.

Wolff/Bachof/Stober/Kluth, VerwR I, 13.Aufl., 2017.

Caspar Der fiktive Verwaltungsakt-Zur Systematisierung eines aktuellen verwaltungsrechtlichen Instituts, AöR 125, 2000.

Guckelberger, Die Rechtsfigur der Genehmigungsfiktion, DÖV 2010.

Jäde, Die verwaltungsverfahrenrechtliche Genehmigungsfiktion, UPR 2009.

- Kluth, Die Genehmigungsfiktion des § 42a VwVfG - Verfahrensrechtliche und prozessuale Probleme JuS 2011.
- Lenders, Aktuelles zum Verwaltungsverfahrensrecht, NWVBI 2009.
- Müller, Über den fiktiven Verwaltungsakt, DÖV 1966.
- Odenthal, Rechtsprobleme der Genehmigungsfiktion nach §6a GewO, GewArch 2016.
- Saurer, Die Fiktionstatbestände im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren, DVBI 2006.
- Schmitz/Prell, Verfahren über eine einheitliche Stelle - Das Vierte Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrensrechtlicher Vorschriften, NVwZ 2009.
- Ziekow, Die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie im Verwaltungsverfahrensrecht, WiVerw 2008.

### <국문초록>

신속을 통한 효율성 극대화는 행정법제에서 강구되는데, 그 수단으로써 의제의 방식이 활용된다. 의제는 절차의 생략을 통한 시간의 절약을 목표로 하기에, 탈규제화 및 행정의 간소화의 일환으로 행정법제상으로 적극적으로 확대가 강구되고 있다. 독일의 경우 허가 의제(Genehmigungsfiktion) 제도가 유럽서비스지침(RL 2006/123/EG)을 계기로 동지침의 전환과정에서 2008.11.12.의 제4차 행정절차법개정을 통해 그들 일반행정법상의 일반적 법제도로 격상되었다. 인허가의 의제를 둘러싼 논의에서 여전히 의견이 모아지지 않는 점에서 그것의 체계적 정립은 시급하다. 특히 독일의 경우 일종의 기간경과적 의제효과의 방식만이 존재하는 데 대해서 우리의 경우 그것에 더해 일종의 동반적·집중효적 의제효과의 방식이 존재함에 따라 의제제도에 대해 정연한 접근이 어렵다. 의제규정이 날로 늘어감에 따라 일반규정을 통해 관련 법제도를 체계적으로 정비할 필요가 있다. 우리의 동반적·집중효적 의제효과의 방식은 법치국가원리의 차원에서 법률유보의 원칙 및 개별수권의 원칙과 충돌한다. 의제제도를 둘러싼 이상의 논의를 숙고하여 하루바삐 독일 행정절차법에 해당하는 행정기본법을 통해 의제에 관한 일반규정을 마련하여야 한다.

**주제어** : 허가의 신속화, 공법에서의 의제, 유럽서비스지침, 의제적 행정행위, 허가 의제, 의제 증명

## Die Genehmigungsfiktion im deutschen VwVfG

Kim, Jung-Kwon\*

In jüngster Zeit wird eine Fiktion im Verwaltungsrecht als essentielles Instrument für Deregulierung sowie Verwaltungsvereinfachung mehr und mehr ins Feld geführt und ihre Erweiterung gefordert, weil sie in der Regel auf das Zeitsparen durch Verfahrenswegfall zielt. In Deutschland erhöhte sich eine Bedeutung der Genehmigungsfiktion, indem sie durch 4.Novelle des VwVfG, die bei der Umsetzung der Richtlinie 2006/123/EG benötigt wurde, als ein allgemeines verwaltungsrechtliches Rechtsinstitut eingeordnet wird. In Korea gibt es vielfältige Fiktionsmethode, während im deutschen Recht die Fiktion lediglich darin besteh, nach Ablauf der festgesetzten Frist die Entscheidung bzw. den Verwaltungsakt anzunehmen. Die systematische und logische Festsetzung der Fiktionslehre in Korea ist erforderlich. Deshalb wird eine allgemeine Regel zur Fiktion durch eine Kodifikation des allgemeinen Verwaltungsgesetzes, wie VwVfG, gefordert.

**Key Words :** Beschleunigung der Genehmigung, Fiktion im öffentlichen Recht, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Der fiktive Verwaltungsakt, Genehmigungsfiktion, Fiktionsbescheinigung

---

\* Professor, Chung-Ang University, School of Law.

