

발간등록번호

11-1140100-000101-01

행정심판 체계 정비방안에 관한 연구

(최종보고서)

사단법인 한국행정법학회

2013. 11. 19.



국민권익위원회

제 출 문

국민권익위원회 위원장 귀하

본 보고서를 “행정심판 체계 정비방안에 관한 연구”의 최종보고서로 제출합니다.

2013년 11월 19일

수탁기관 : (사단법인) 한국행정법학회
연구책임자 : 김현준(영남대학교 법학전문대학원 교수)
연구원 : 정하중(서강대학교 법학전문대학원 교수)
연구보조원 : 박규수(영남대학교 대학원 법학과 박사과정)

목 차

I. 행정심판법 체계정비의 방향	1
1. 행정심판의 존재의의	1
2. 「행정소송법」 개정에 따른 「행정심판법」 정비	3
3. 행정심판의 ‘司法절차의 준용’의 의미	6
II. 행정소송법 개정과의 관계	9
1. 국민의 권익구제 확대를 위한 소송제도 개선	9
2. 사전 권리구제절차의 정비	10
3. 이용하기 쉬운 행정소송 제도 마련	12
4. 행정소송의 전문성 강화	14
5. 기타 사항	14
III. 주요 외국의 행정심판법	17
1. 영국	17
2. 일본	34
3. 독일	47
IV. 행정심판법의 개정과 체계정비	53
1. 총칙	53
□ 행정심판의 종류 : 당사자심판의 신설여부	53
2. 심판기관	62
□ 중앙심판위원회의 위원 수	62
3. 당사자 및 관계인	63
□ 행정심판의 청구인적격	63
□ 행정심판의 피청구인	69
□ 제3자 등에 대한 심판청구 사실의 통지	72
4. 행정심판 청구	76
□ 임시처분 → 가처분	76
5. 심리	81
□ 청구취지의 보정	82
□ 직권심리주의	83
6. 재결	85
□ 「행정심판법」 상의 재결의 종류 및 효력	85
□ 행정청의 위법·부당한 처분에 대한 결과제거의무	88
□ 화해권고결정	90
□ 간접강제	115
참고문헌	134

I. 행정심판법 체계정비의 방향

1. 행정심판의 존재의의¹⁾

(1) 행정의 자기통제

행정의 자기통제는 행정기관이 판단주체가 되는 행정심판절차를 통하여 국민들은 불복대상인 행정결정에 대하여 사실적·법적 심사를 하게 함으로써 행정 스스로 자기통제를 할 수 있다는 의미이다. 행정의 자기통제 기능의 핵심 역할은 「행정심판법」 외에도 「행정절차법」이 주로 수행하고 있다. 따라서, 「행정심판법」의 자기통제의 역할은 「행정절차법」과 연계하여 이루어질 필요도 있다. 역설적으로 「행정절차법」이 잘 정비된다면 「행정심판법」의 자기통제 기능은 그 만큼 희석될 수도 있다는 말이기도 하다.

(2) 개인의 권리구제

개인의 권익구제이다. 이러한 기능은 기본적으로는 행정소송의 기능과 겹치는 것이어서 행정심판의 기능이라기보다는 행정쟁송의 기능일 것이다. 그러나, 행정심판의 이러한 기능을 행정심판보다 더 잘 수행하는 것은 역시 행정소송이라는 점도 간과할 수 없다. 아무리 사법절차를 준용하더라도 준사법절차와 사법절차는 같을 수 없기 때문이다. 따라서 행정심판의 권익구제기능은 「간이」와 「신속」의 특성과 결부될 때 그 존재의의가 더욱 살아난다. 행정심판을 행정소송에 비하여 「일반국민들에게 와 닿는」(bürgernah)는 제도로 평가하는 것도 그 때문이다. 간이·신속한 점만이 아니라, 행정심판에서는 「부당」에 대한 심사가 가능하다는 점도 간과할 수 없다(「행정심판법」 제1조, 제5조 참조). 요컨대, 「권리이익구제」를 이야기하더라도 그 존재의의를 제대로 찾기 위해서는 「간이·신속성」과 「부당한 행정작용에 대한 구제」가 행정심판의 중요한 존재의의로 강조되어야 한다.

(3) 법원의 부담경감

1) 김현준, “행정심판의 대상 및 심판기관·당사자”, 행정법학 3, 2012, 233-236쪽; 갈등해결기능을 제외한 3개의 존재의의에 대해서는 Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 2005, S. 70 f.

행정심판은 법원의 부담경감의 의미를 가진다. (광의의) 행정절차 내에서, 행정 스스로 상대적으로 간단하면서도 융통성 있는 절차를 통하여 행정분쟁을 해결함으로써 행정법원의 부담을 경감시킬 수 있다. 이는 행정심판에서 해결되어 행정소송으로까지 갈 필요가 없는 경우를 말하며,²⁾ 청구인이 행정심판의 재결에 승복하지 않고 소송으로까지 가는 상황에서는 이러한 기능은 큰 의미가 없다는 한계를 안고 있기도 하다. 이렇게 볼 때 전통적인 「행정심판법」의 존재의의는 「행정절차법」 및 「행정소송법」과의 긴장관계 속에서 찾을 수 있음을 알 수 있다. 「행정소송법」 개정논의와 맞물려 「행정심판법」 개정을 논하는 것도 바로 여기에 기인한다고 생각된다. 다른 한편 「행정절차법」의 재정비 역시 필요한 시점이라는 점도 간과할 수 없다.³⁾

(4) 행정법상 갈등의 해결

이상에서 살펴 본 3개의 기능은 행정심판의 기능으로서 일반적으로 인정되는 것이라 할 수 있다. 그런데, 이에 더하여 행정심판이 지향해야 하는 또 하나의 기능으로 「행정법상 갈등의 해결(Konfliktlösung)」을 추가하여 들 수 있다.

우리나라에선 다소 낮 선 감이 없지 않지만, 국민들의 수용도(Akzeptanz)를 높이고 국민들이 잘 알 수 있게 함(Informiertheit)으로써, 진정한 법적 평화(Rechtsfrieden)를 추구하는 것을 행정심판의 목적으로 추가하는 견해가 있다.⁴⁾ 또한, 최근 독일에서 「행정심판 무용론」이나 「행정심판 폐지론」이 강하게 주장되고 있는 가운데, 효율적 갈등해결모델(effektives Konfliktlösungsmodell)이 존재위기에 있는 행정심판에게는 구원의 닻(Rettungsanker)이 될 수 있다는 주장도 있다.⁵⁾

행정상 법률관계에 관한 법인 행정법학이 수행해야 할 핵심과제일 수밖에 없는 갈등해결의 과제는 행정법 전반에 걸친 것이지만, 행정의 자기통제와 국민의 권익구제를 추구해야 하는 행정심판에 있어서는 이 과제가 특별히 중요한 의미가 있다고 할 것이다. 나아가, 행정심판이 고충민원에 대한 옴부즈만제도와 연계되어 있는 우리나라의 제도적 여건을 잘 활용할 수 있다. 이처럼 행정법이 수행해야 할 중요과제인 갈등

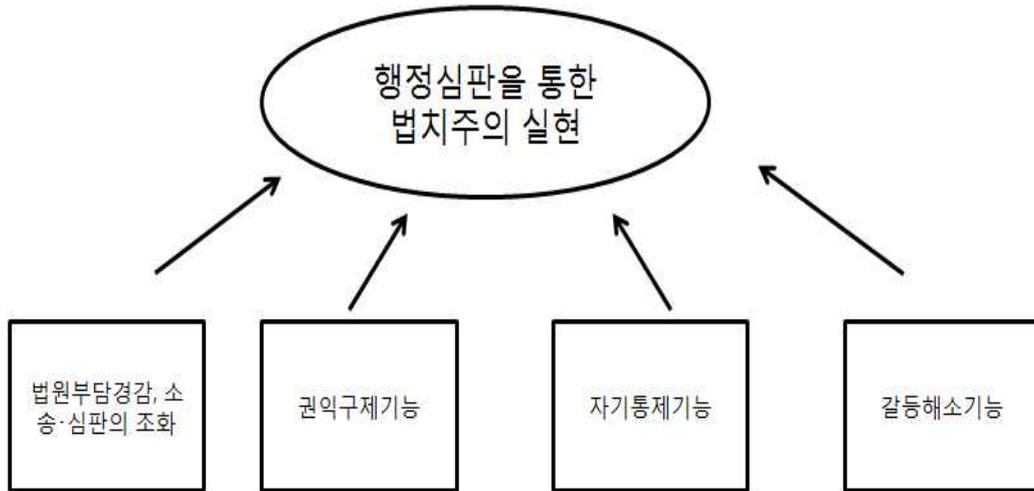
2) 행정심판에서 사실관계가 정리된 상태에서 행정소송으로 오는 것도 행정소송의 입장에서 부담이 경감되는 면도 있겠지만, 주로 역할대행의 의미일 것이다.

3) 이와는 달리, ①행정의 자기통제, ②국민의 권익구제, ③행정법원의 부담경감 가운데 ③을 제외한 ①, ②만을 부각시키면서 이를 헌법 107조3항과 연관하여 해석하는 입장(박정훈, “행정심판제도의 발전방향 - ‘사법절차의 준용’의 강화”, 행정법학 제2호, 7쪽)도 있다. 그러나, ③ 역시 ①, ②에 못지않게 행정심판제도가 가지는 기능 내지 존재이유임을 부인할 순 없다. 또한, 「행정심판법」 개정 등의 새로운 제도설계에 있어서도 일반적으로 인정되고 있는 이 세 가지 기능은 우선적으로 고려해야 할 필요가 있다.

4) Rüssel, “Zukunft des Widerspruchsverfahrens”, NVwZ 2006, 525.

5) Härtel, “Rettungsanker für das Widerspruchsverfahren?”, VerwArch 2007, 54 ff.

등해결을 위한 역할을 행정심판이 해야 한다는 점까지 생각할 때, 「행정법상의 갈등의 해결」은 행정심판의 또 다른 존재의의가 된다고 보아야 할 것이다.



2. 「행정소송법」 개정에 따른 「행정심판법」 정비

(1) 문제의 소재

「행정소송법」 개정이 가시화되고 있는 이 시점에서 「행정심판법」을 단순히 「행정소송법」 개정에 맞추어 개정할 것이 아니라, 행정소송-행정심판의 관계를 재정립한 바탕 위에서 「행정심판법」의 정비방향을 설정할 필요가 있다. 이는 곧 「행정심판법」의 개정방향의 문제가 될 것이다.

개정방향은 크게 행정심판을 「항고소송 모방형」으로 할 것인가, 아니면 「행정소송의 보완·확대형」으로 생각할 수 있다.⁶⁾ 보다 근본적인 정비는 「행정소송법」과의 관계만이 아니라 「행정절차법」과의 관계도 포함하는 것이 되겠지만, 주어진 과제인 「행정소송법」과의 관련에서 주로 살펴보고자 한다.

(2) ‘항고소송 모방형’과 ‘행정소송의 보완·확대형’

우선 생각할 수 있는 유형은 「항고소송 모방형」이다. 현행 「행정심판법」은 철저

6) 이러한 개정방향의 유형구분에 대해서는 김현준, 행정법학 제3호, 236-237쪽 참조.

히 이러한 틀에서 규정되어 있고, 심지어 재결례 역시 행정소송의 판례를 모방하고 있다고 생각된다. 이는 다분히 종래 행정심판의 필수적 전치주의가 지배하던 시절 항고소송의 전심절차로서 행정심판이 기능했다는 점과 관련이 있다. 특히 거부처분에 대해서는 의무이행심판이 일찍이 존재했음에도 불구하고, 의무이행심판이 아니라 거부처분취소심판이 널리 이용되어 온 점은 항고소송 모방형의 행정심판의 측면을 여실히 보여주고 있다. 이처럼 권력분립의 문제가 없고, 부당의 통제기관인 행정심판의 고유성을 잘 살리지 못하는 문제점을 항고소송 모방형은 가지고 있다고 할 수 있다. 그러나, 항고소송 모방형이 「행정심판법」의 발전에 기여한 면도 없지 않다. 행정소송을 모방함으로써 행정소송 판례의 발전상황을 그대로 수용할 수 있는 등으로 행정심판의 체계적 발전이 이루어질 수 있었던 점은 이러한 항고소송 모방형이 가지는 장점이었다고도 볼 수 있다.

다음으로 행정소송의 보완·확대형을 생각할 수 있다. 행정심판은 행정소송과 함께 행정쟁송제도로서 국민의 권익을 보호하고, 행정의 적법성을 통제한다는 큰 방향에서는 공통점을 가지는 것은 사실이지만, 행정심판은 행정소송과는 또 다른 존재의의를 가지고 있음을 감안하여, 행정소송을 보완하고 확대하는 방향으로 행정심판을 설계하는 방안도 검토할 수 있다. 이에 따르면, 「행정소송법」의 개정(안)에 발맞추어 고쳐나가기도 하며, 경우에 따라서는 행정심판의 독자성을 감안하여 행정소송의 보완재로서의 역할을 더욱 공고히 해야 할 부분도 있다. 이렇게 볼 때 「행정소송법 개정안」이 나온 이 시점에서는 행정소송과의 정합성을 유지해야 하는 과제와 함께, 행정심판의 고유한 의미를 찾아가야 하는 과제가 함께 주어져 있다고 할 수 있다.

이렇게 보면, 종래 취해 왔던 행정소송, 특히 항고소송을 추종하는 입장에서 과감하게 탈피하여 행정소송의 보완·확대를 도모하는 것도 검토할 여지가 있다고 볼 경우 「항고소송 모방형」이 아니라 「행정소송의 보완·확대형」을 개정방향을 삼게 될 것이다. 그러나, 이는 획기적인 행정심판제도개선을 뜻하는 것이어서 시간을 두고 널리 의견을 수렴할 필요도 있다고 할 것이다.

현재 제출되어 있는 「행정심판법 개정안」은 현행 「행정심판법」과 마찬가지로 전형적인 항고소송 모방형이라고 할 수 있지만, 화해권고결정의 도입과 같은 부분은 행정소송의 보완·확대형의 일단이 나타나는 경우라고 할 것이다.

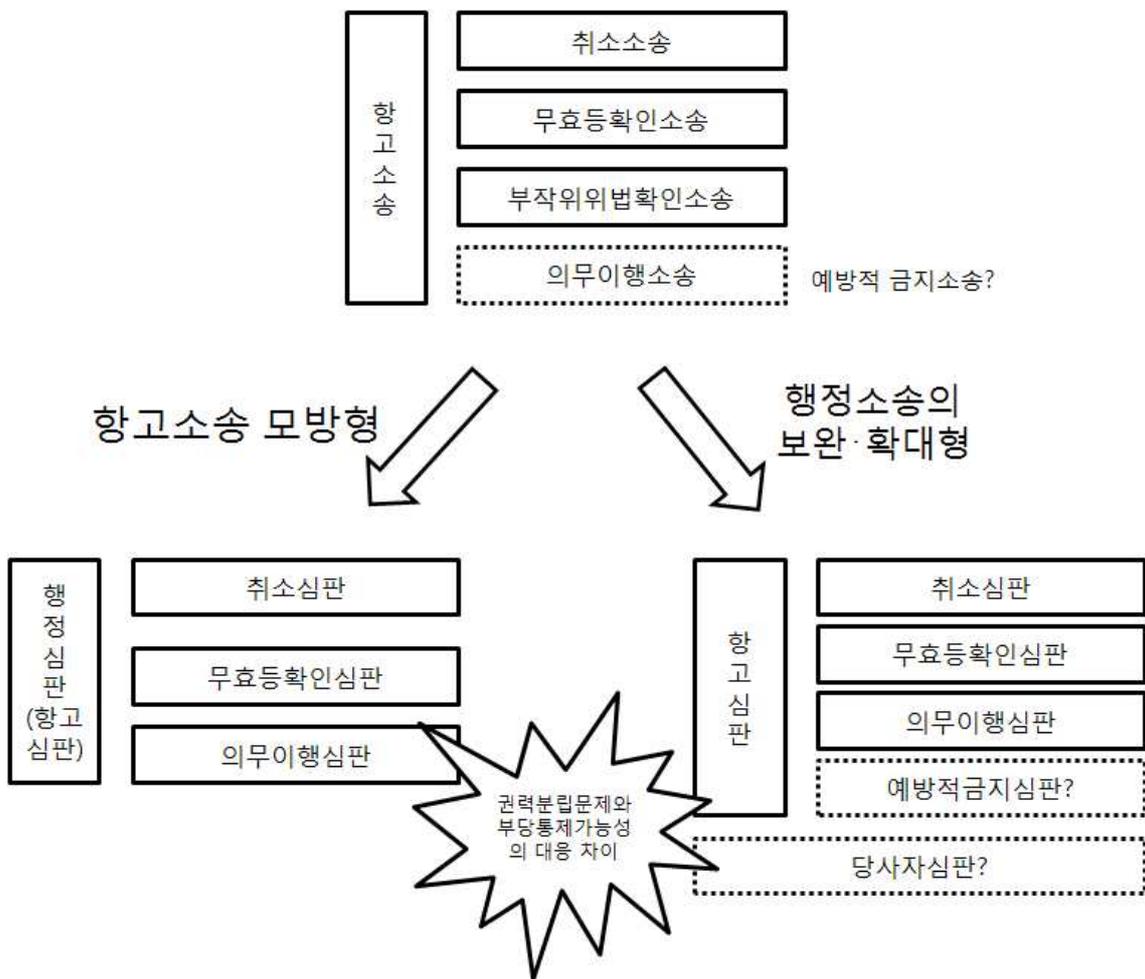
(3) 양자의 구분실익

이러한 개정방향의 차이에 따라 구체적으로 나타나는 구분실익은 다음과 같다.

첫째, 행정심판의 유형 면에서의 차이이다. 이는 구체적으로 「행정소송법 개정

안」에서는 빠진 이른바 예방적 금지심판을 인정할 것인지, 나아가 종래 「행정심판법」상 행정심판의 유형으로는 인정되지 않았던 이른바 당사자심판을 인정할 것인지 하는 문제에서 주로 드러날 것이다.

둘째, 행정심판의 심리와 결정유형에서의 차이이다. 「행정소송법」에서는 인정되지 않는 심리는 결정유형 등을 행정심판의 고유성에 착안하여 독자적으로 발전시킬 수 있는 가능성은 항고소송 모방형에 비하여 행정소송의 보완·확대형에서 전개될 수 있다. 이러한 차이로 인하여 구체적으로는 직권심리의 강화와 화해권고결정과 같은 독자적인 결정유형이 인정될 수 있을 것이다.



<항고소송 모방형과 행정소송의 보완·확대형>

(4) 전개방향

「행정심판법」의 정비방향은 다음과 같이 단기적 과제와 중·장기과제로 나누어

검토할 수 있다.

단기과제로는 이미 항고소송 모방형의 「행정심판법 개정안」이 국회에 제출되어 있는 상황에서 우선 「행정소송법 개정안」과의 정합성을 맞추면서 항고소송 모방형의 기본틀을 중심으로 「행정심판법」이 검토되어야 한다. 특히 중앙행정심판위원회 차원에서 이미 「행정심판법 개정안」을 마련한 단계이어서 「행정심판법」의 근본적 개혁이 될 수 있는 행정소송의 보완·확대형으로서의 「행정심판법」개정은 개정이 아닌 개혁이 가까운 것이어서 단기과제가 아닌 중·장기적인 검토과제가 되어야 할 것이다. 다만, 예방적 금지심판의 경우 「행정소송법 개정안」에서 빠져 있지만, 이는 국민의 권익구제를 위하여 매우 필요한 제도이고, 사실 「행정소송법」개정과정에서 반드시 포함되어야 하는 규제수단이다.⁷⁾ 따라서, 「행정심판법」에서는 행정소송법 개정안과는 무관하게 그 도입을 생각해볼 수 있지만, 국민권익위원회의 개정안에서 빠진 사안이어서 부득불 중·장기과제로 검토할 수밖에 없을 것이다.

중·장기적으로는 행정소송의 보완·확대형을 모색해야 한다. 행정소송(항고소송)을 모방하는 형태로서 단지 소송에 비하여 비용과 절차의 간이성(to save time and money)만을 행정심판의 존재의의로 본다면 이는 중·장기적으로 행정심판 무용론으로 빠질 우려도 없지 않다. 필수적 행정심판전치주의가 폐지된 이후의 행정심판제도는 항고소송 모방형이 아닌 행정소송의 보완·확대형을 지향해야 한다. 그 출발점은 ‘권력분립으로부터 자유로운 점’과 ‘부당의 통제기관성’에서 찾을 수 있다.

3. 행정심판의 ‘司法절차의 준용’의 의미

행정심판 체계정비와 관련하여 우리나라 헌법 제107조 3항의 “재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하되, 사법절차가 준용되어야 한다.”라는 규정을 어떻게 해석할 것인가가 우선 정리되어야 한다.⁸⁾

이에 대하여 헌법재판소는 다음과 같이 판시하고 있다.

헌법재판소 2000. 6. 1.자 98헌바8 결정

7) 이에 대한 문제제기로는 김현준, “행정소송법 개정과 예방적 금지소송”, 법률신문 제4131호 (2013.5.30.). 도입필요성 및 활용예에 관한 상세는 김현준, “행정소송법상 예방적 금지소송을 위한 변론- 「행정소송법」 개정에서 예방적 금지소송이 포함되어야 한다-”, 토지공법연구 62, 2013, 175쪽 이하. 「행정소송법」 개정위원회에서의 논의사항을 포함한 예방적 금지소송의 법리에 대해서는 정하중, “「행정소송법」 개정에서 있어서 예방적 권리구제의 도입”, 강원법학 36, 2012, 349-376쪽.

8) 김현준, 행정법학 제3호, 237쪽 이하 참조.

헌법 제107조 제3항은 재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하되, 사법절차가 준용되어야 한다고 규정하고 있으므로, 입법자가 행정심판을 전심절차가 아니라 중심절차로 규정함으로써 정식재판의 기회를 배제하거나, 어떤 행정심판을 필요적 전심절차로 규정하면서도 그 절차에 사법절차가 준용되지 않는다면 이는 헌법 제107조 제3항, 나아가 재판청구권을 보장하고 있는 헌법 제27조에도 위반된다. 여기서 말하는 사법절차를 특징짓는 요소로는 판단기관의 독립성·공정성, 대심적(對審的) 심리구조, 당사자의 절차적 권리보장 등을 들 수 있으나, 위 헌법조항은 행정심판에 사법절차가 "준용"될 것만을 요구하고 있으므로 위와 같은 사법절차적 요소를 엄격히 갖춰야 할 필요는 없다고 할지라도, 적어도 사법절차의 본질적 요소를 전혀 구비하지 아니하고 있다면 "준용"의 요구에마저 위반된다.

대법원은 준사법절차가 적용되지 않는 이의신청은 행정심판과는 구분됨을 분명히 했다.

대법원 2010.1.28. 선고 2008두19987 판결

「부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률」 제12조, 「행정소송법」 제20조 제1항, 행정심판법 제3조 제1항의 규정 내용 및 취지와 아울러 부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률에 행정심판의 제기를 배제하는 명시적인 규정이 없고 부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률에 따른 이의신청과 행정심판은 그 절차 및 담당 기관에 차이가 있는 점을 종합하면, 부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률이 이의신청에 관하여 규정하고 있다고 하여 이를 행정심판법 제3조 제1항에서 행정심판의 제기를 배제하는 '다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우'에 해당한다고 볼 수 없으므로, 개별공시지가에 대하여 이의가 있는 자는 곧바로 행정소송을 제기하거나 부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률에 따른 이의신청과 행정심판법에 따른 행정심판청구 중 어느 하나만을 거쳐 행정소송을 제기할 수 있을 뿐 아니라, 이의신청을 하여 그 결과 통지를 받은 후 다시 행정심판을 거쳐 행정소송을 제기할 수도 있다고 보아야 하고, 이 경우 행정소송의 제소기간은 그 행정심판 재결서 정본을 송달 받은 날부터 기산한다.

따라서 우리 헌법에서 명시적으로 규정하고 있는 행정심판의 준사법절차성은 행정심판을 특징짓는 중요한 요소라고 할 것이다.

이와 관련하여, 행정심판의 기능을 「감독적 통제」와 「중립적 쟁송절차」라는 점을 전제한 뒤, 우리나라 행정심판제도는 「사법절차의 준용」이라는 헌법적 요청에 따라 감독적 통제 내지 자기통제를 위한 행정절차적 성격을 거의 대부분 탈색하고, 준사법적 성격을 갖는 쟁송절차로 나아가는 이미 돌아갈 수 없는 다리를 건넜다고 주장하는 견해가 있다.⁹⁾ 그 이유로는 2008년, 2010년 있었던 독립행정위원회인 중앙행정심판위원회의 탄생, 재결청의 폐지와 행정심판위원회의 재결 등을 주요 내용으로 하는 「행정심판법」 개정과 사법절차의 준용에 관한 헌법 제107조 제3항의 규정을 들고 있다. 이러한 관점은 후술하는 행정심판기관에 관한 논의에서 뚜렷하게 구체화된다.

9) 박정훈, 행정법학 제2호, 8쪽.

그러나, 헌법규정 및 「행정심판법」 개정에서 나타난 (준)사법절차의 강화는 행정심판의 「수단」이지 「목적」이라고 볼 수는 없다. 특정 수단의 강화를 통하여 행정심판이 본질적으로 가지고 있(어야 하)는 존재의의에 있어서 중점의 차이를 가져올 순 있지만, 돌아올 수 없는 다리를 건너는 정도의 목적 그 자체를 바꾸는 것은 아니라고 생각된다. 판단주체가 행정부에 소속되는 한 그 본질은 (광의의) 행정절차일 수밖에 없고, 오히려 판단주체가 법원인 사법절차와 사이에야말로 넘을 수 없는 벽이 존재한다고 보아야 할 것이다. 아울러, 3심제를 갖춘 행정소송제도가 있는 상황에서 사법절차성의 지나친 강조야말로 준사법절차 무용론을 초래할 가능성도 배제할 수 없다. 사법절차를 지나치게 강조한 행정절차는 어차피 사법절차에는 못 미치면서도 행정절차가 가지는 고유한 의미마저 잃을 수 있기 때문이다.¹⁰⁾

10) 김현준, 행정법학 제3호, 239쪽.

II. 행정소송법 개정과의 관계

2013. 3. 20. 입법예고된 법무부의 행정소송법 개정안의 주요 내용과 이와 관련된 「행정심판법」 개정의 쟁점을 살펴본다.

1. 국민의 권익구제 확대를 위한 소송제도 개선

(1) 의무이행소송 도입(안 제4조, 제41조 내지 제47조)

○ 개정안의 내용

- 거부처분이나 부작위에 대한 분쟁의 발본적·일회적 해결이 가능한 제도로 선진법제에서 대부분 도입하고 있는 의무이행소송 도입
- 현행 권리구제절차(거부처분취소소송이나 부작위위법확인소송)의 불완전성 해소 가능
- 가령, (건축허가)신청에 대한 행정청의 위법한 거부(부작위)시 행정청에 ‘건축허가명령’을 선고하는 제도
- 의무이행소송을 도입하는 경우에도 부작위위법확인소송을 존치함으로써 국민의 소송유형 선택의 자유 보장 및 행정청 스스로의 재처분 기회 보장

○ 「행정심판법」 개정과의 관계

- 종래부터 권력분립 또는 행정청의 제1차적 판단권의 문제가 없었던 「행정심판법」에서는 이미 의무이행소송심판이 인정되고 있어 의무이행소송 도입과 관련된 문제점은 그다지 없음.
- 다만, 향후 「행정소송법」 해석론으로서 의무이행소송과 거부처분취소소송의 관계가 크게 문제될 것으로 예상할 수 있으며,¹¹⁾ 이에 대응하여 「행정심판법」 상의 의무이행심판과 거부처분취소심판의 관계에 대하여 정립할 필요가 있음.

(2) 원고적격 개정(안 제12조)

11) 이러한 「행정소송법」 개정을 염두에 둔 해석론으로서 김현준, “의무이행소송과 거부처분취소소송의 관계”, 토지공법연구 58, 2012.

○ 개정안의 내용

- 현행 ‘법률상 이익’[당해 처분의 근거법률 등에 의해 보호되는 직접적, 구체적 이익]은 원고적격 범위를 제한.
- 국민의 실질적 권익구제 가능성을 넓히기 위해 원고적격을 ‘법적 이익’으로 변경.

○ 「행정심판법」 개정과의 관계

- 「행정소송법」의 원고적격규정의 개정은 향후 이에 관한 학설·판례의 전개에 매우 큰 영향을 미칠 것으로 예상되며, 「행정심판법」의 청구인적격 역시 ‘법적 이익’으로 개정하는 개정안이 나와 있음.
- 전반적으로 원고적격의 확대가 예상되며, 이렇게 확대 전개되는 원고적격의 확대에 대응하여 「행정심판법」 청구인적격의 확대를 해 나갈 필요가 있음.

2. 사전 권리구제절차의 정비

(1) 집행정지 요건 완화 및 담보부 집행정지제도 신설(안 제24조)

○ 개정안의 내용

- 부담적 처분의 ‘위법성이 명백한 경우’ 및 ‘금전상 손해라도 손해가 중대한 경우’에 집행정지가 가능하도록 요건 완화
- 제3자에 대한 수익적 행정처분의 취소를 구하는 소송, 이른바 ‘제3자효 행정처분에 대한 소송’의 경우 제3자 보호를 위해 담보제공 규정을 신설
- 가령, 이웃이 제3자에 대한 건축허가처분의 취소를 구함과 동시에 집행정지를 신청하는 경우, 법원은 신청자로 하여금 담보를 제공하게 하고 제3자에 대한 건축허가처분의 집행을 정지하도록 하는 제도

○ 「행정심판법」 개정과의 관계

- 부담적 처분의 위법성이 명백한 경우에는 집행정지가 허용되지 않음은 행정소송에서 종래 판례·학설이 인정한 사안으로 「행정소송법 개정안」에서는 이를 명

문화하고 있는데, 이는 「행정심판법」상 집행정지요건에서도 마찬가지로 적용될 수 있으며, 이는 「행정심판법」 개정시안 제30조3항에서 반영하고 있음.

- 「행정소송법」상 집행정지요건의 경우 종래 ‘회복하기 어려운 손해’가 ‘중대한 손해’로 완화하는 형태로 개정되었으나, 「행정심판법」상 집행정지요건은 2010년 개정 이후 이미 ‘중대한 손해’를 요건으로 하고 있어, 이에 관한 「행정소송법」 개정에도 불구하고 현행법을 그대로 유지하면 됨.

(2) 가처분제도 도입(안 제26조)

○ 개정안의 내용

- 사전 권리구제절차의 중심인 집행정지제도는 부담적 행정처분을 중심으로 한 것이고, 수익적 행정처분에 대한 사전 권리구제절차 흠결이 있어 이를 보완하기 위해 가처분제도를 마련
- 기한부 처분(어업면허, 체류기간연장 등)에 대한 갱신처분을 거부할 경우, 판결확정시까지 임시로 어업활동, 체류가 가능하도록 할 급박한 사정이 있는 경우 가처분 허용
- 가처분에서의 담보제공명령(안 제26조 2항, 3항) : 법원은 가처분결정을 하는 경우 소송의 대상이 된 처분등이나 부작위의 당사자인 행정청 및 이해관계자에게 재산상 손해가 생길 우려가 있는 때에는 권리자를 지정하여 그 손해에 대한 담보를 제공하게 할 수 있도록 함.
- 가처분에서의 담보제공명령의 경우 집행정지에서의 담보제공명령에서와는 달리 이해관계인만이 아니라 처분등이나 부작위의 당사자인 행정청까지도 권리자로 지정할 수 있도록 하고 있는 점이 특기할 만함.¹²⁾

○ 「행정심판법」 개정과의 관계

- 이러한 집행정지에서의 담보제공의무 규정의 의의는 제3자효 행정행위에서 법원으로 하여금 공익, 원고의 사익, 행정행위의 수범자(상대방)의 사익의 트라이앵글에서 조정자의 역할을 수행할 수 있게 하는 데 있다.¹³⁾

12) 가처분에서의 담보제공명령에 관한 부분은 법무부가 입법예고안에서 공식적으로 발표한 주요 개정사항의 내용에 포함되지 않은 부분은 특기할 만하다.

13) 김종권, “권리구제확대를 위한 획기적 전환의 마련”, 행정소송법 개정공청회 자료, 53쪽.

3. 이용하기 쉬운 행정소송 제도 마련

(1) 소의 변경·이송의 허용범위 확대(안 제22조, 제39조, 제43조, 제51조 및 현행 「행정소송법」 제7조)

○ 개정안의 내용

- 일반 국민의 입장에서 민사소송과 행정소송의 구분이 어려워 잘못 제소하는 경우 제소기간 도과, 소각하 등 불이익이 발생할 우려가 있어 잘못 제소하는 경우 소의 변경을 허용
- 현행 규정은 행정소송의 이송에 고의 또는 중대한 과실의 요건을 추가하여 민사소송보다 더욱 엄격하게 운용되고 있어, 현행 「행정소송법」 제7조를 삭제하여 이송을 보다 쉽게 허용

○ 「행정심판법」 개정과의 관계

- 민사소송과 행정소송간의 변경에 관한 「행정소송법」 개정은 「행정심판법」과는 무관한 사안임.

(2) 관할지정제도 도입(안 제9조)

○ 개정안의 내용

- 사건이 행정법원과 지방법원 중 어느 법원의 관할에 속하는지 명백하지 아니한 때, 고등법원이 관할법원을 지정해줄 수 있는 제도 도입.
- 일반 국민의 입장에서 관할 법원 선택의 위험 및 불편을 해소.

○ 「행정심판법」 개정과의 관계

- 행정심판위원회 관할과는 무관한 법원관할의 문제임.

(3) 결과제거의무 규정 신설(안 제32조 제4항)

○ 개정안의 내용

- 현행법은 위법한 행정처분의 집행으로 일정한 위법상태가 발생한 경우, 이에 대한 행정청의 제거 의무는 ‘취소판결의 기속력’으로 규정되었으나 행정청이 자발적으로 위법한 결과를 제거하지 않는 경우 별소를 제기하여야 하는 문제점 발생.
- 동 제도의 신설로 행정청에 대하여 위법한 결과를 제거하기 위한 필요 조치 의무를 부여하여 신속하게 적법 상태를 실현하도록 보장.

○ 「행정심판법」 개정과의 관계

- 「행정소송법」에서도 취소판결의 기속력의 내용으로서 법문에 명문이 없음에도 불구하고 학설은 결과제거의무를 인정해 왔으며, 이러한 경향을 실정법에서 명문화한 것이라 할 수 있다.
- 「행정심판법」상 취소판결의 기속력의 내용으로서 결과제거의무 역시 취소소송제도에서의 상황과 마찬가지로, 「행정소송법」 개정내용은 「행정심판법」에서도 그대로 반영할 필요가 있음.
- 「행정심판법」 개정시안 제43조 7항은 재결에 따라 취소되는 처분이 이미 집행된 경우에는 당사자인 행정청과 그 밖의 관계 행정청은 그 집행으로 인하여 직접 청구인에게 발생한 위법 또는 부당한 결과를 제거하기 위하여 필요한 조치를 하여야 한다는 규정을 두고 있음.

(4) 제3자 소제기 사실 통지제도 신설(안 제16조)

○ 개정안의 내용

- 법원이 피고 외의 다른 행정청 및 이해관계가 있는 제3자에게 소제기 사실을 통지할 수 있도록 하는 규정 신설.
- 행정처분으로 인해 영향 받을 이해관계자의 참여를 보장하여 일회적인 분쟁해결을 보장.

○ 「행정심판법」 개정과의 관계

- 제3자효 행정행위가 날로 증가하는 오늘날 행정청-상대방-제3자간의 분쟁을 일회해결하기 위한 조치로서 행정심판제도에서도 그대로 적용될 필요가 있는 규정임.

- 「행정소송법 개정안」에 따라 「행정심판법」 개정시안은 제26조의2 제1항에서 위원회는 당사자 외의 관계 행정청 또는 심판결과에 이해관계가 있는 제3자에게 심판청구 사실을 통지하거나 관보·공보·인터넷 홈페이지 또는 일간신문 등에 공고할 수 있다고 규정하며, 동조 제2항에서는 통지받은 행정청 또는 제3자는 위원회에 의견서를 제출할 수 있다고 규정함.

4. 행정소송의 전문성 강화

○ 개정안의 내용

- 당사자소송 활성화(안 제3조, 제48조 내지 제52조, 부칙 제1조)
- 성질상 행정소송이지만 편의상 민사소송으로 다루어지던 행정상 손해배상·부당이득반환 등 공법상 원인으로 발생하는 법률관계에 관한 소송을 행정소송의 대상으로 명시.
- 행정처분의 위법성 다툼과 직접 관련된 소송의 경우 행정소송의 공익성 등을 고려할 수 있는 전문법원에서 담당.
- 당사자소송 활성화에 따른 관할 혼란 방지, 지원 소재지 국민의 불편 해소 등을 고려하여 시행일을 공포 후 3년으로 함.

○ 「행정심판법」 개정과의 관계

- 이른바 항고소송 모방형의 행정심판을 지향할 경우 당사자소송에 관한 「행정소송법」 규정은 「행정심판법」과 무관함.
- 설령, 행정소송의 보완·확대형의 행정심판을 지향하는 경우에도 이번 「행정소송법」의 당사자소송 활성화관련 내용이 국가배상청구소송 등 이른바 이행소송으로서의 당사자소송에 국한되어 있어, 「행정심판법」에 미치는 영향은 그다지 크지 아니 함.

5. 기타 사항

(1) 명령·규칙의 위헌판결 등 통보 대상 개정(안 제6조)

○ 개정안의 내용

- ‘총무처장관’을 명령·규칙의 성질에 따라 ‘안전행정부장관 또는 해당 공공단체의 장’으로 개정.

○ 「행정심판법」 개정과의 관계

- 행정조직법에 따른 자구 수정에 불과함.

(2) 처분변경으로 인한 소의 변경 기간 연장(안 제23조 제2항)

○ 개정안의 내용

- 현행 60일에서 90일로 기간을 연장하여, 제소기간(안 제21조)과의 균형을 맞추고 국민의 권익 구제를 확대.

○ 「행정심판법」 개정과의 관계

- 「행정소송법」에서는 소의 종류의 변경으로서 소의 변경(21조)과 처분변경으로 인한 소의 변경(22조)로 구분하는 것과 달리, 「행정심판법」에서는 동법 제29조에서 ‘청구의 변경’에 관한 규정으로 포괄적으로 규정하고 있음.
- 부작위위법확인심판이 없어 청구 후 행정청의 처분이 변경되는 경우가 행정소송에 비하여 그다지 문제가 되지 않으며, 현행법에서도 소의 변경 기간에 관한 규정이 없어, ‘변경기간의 연장’문제는 발생하지 않음.

(3) 국가를 상대로 한 가집행금지조항 삭제(현행 「행정소송법」 제43조)

○ 개정안의 내용

- 동 조항은 재산권과 신속한 재판을 받을 권리에서 합리적 이유 없이 소송당사자를 차별하는 규정으로 국민의 신속한 권익구제를 위하여 동 규정 삭제.

○ 「행정심판법」 개정과의 관계

- 현행 「행정소송법」 제43조 규정은 이미 사문화된 규정이고(헌재결 88헌가; 대법원 2000.11.28. 선고 99두3416 참조), 금번 개정안의 이 부분은 이 점을 명확하게 하는 의미로서, 「행정심판법」과의 관계는 그다지 없음.
- 뿐만 아니라, 「행정소송법」의 동 개정사안은 당사자소송에 관한 것인데, 당사자심판을 두고 있지 않은 「행정심판법」에서는 관계없는 사안임.

(4) 이해하기 쉬운 법률이 되도록 용어를 변경하고 어려운 한자나 일본식 표현 등을 전체적으로 정비

○ 개정안의 내용

- 직접 자기의 법적 이익과 관계없이 행정기관의 위법한 행위에 대하여 그 시정을 구할 수 있는 ‘민중소송’의 명칭을 ‘공익소송’으로 표현 변경(안 제3조, 제53조, 제54조).
- 알기 쉬운 법령 정비기준에 따라 현행 법률에 있는 어려운 한자어, 일본어 투 용어나 표현, 지나치게 줄여 쓴 용어 등을 쉬운 우리말로 바꾸고, 복잡하고 어문 규정에 어긋나는 법령문을 간결하고 올바르게 다듬어 일반 국민이 법령을 쉽게 이해할 수 있도록 법률 전체를 정비.

○ 「행정심판법」 개정과의 관계

- 「행정심판법」에서도 용어선택에서 참고할 사항이나, 행정심판의 내용에 미치는 영향은 없음.

III. 주요 외국의 행정심판법

이 장에서는 영국, 일본, 독일의 행정심판제도의 일반적 내용을 살펴보고, 보다 구체적인 비교법적 분석이 필요한 경우에는 개별주제별 검토에서 이를 다룬다.

1. 영국¹⁴⁾

(1) 서론

영국의 행정심판제도는 가장 오랜 역사를 지니고 있고, 또한 다른 어느 국가들보다도 적극적으로 작용하고 있다.¹⁵⁾ 영국 행정심판의 최초의 모습은 1660년에 관세 및 소비세위원회(The Commissioners of Customs and Excise)에 사법권을 부여한 데서 찾을 수 있다. 이는 1799년에 설립된 소득세위원회(The General Commissioners of Income Tax)의 선구¹⁶⁾라고 할 수 있지만 본격적인 발전은 20세기 초에 연금이나 보험이 중요한 이슈가 되면서 관련 행정심판위원회가 속속 등장하면서 부터이다.¹⁷⁾ 즉 영국에 있어서는 20세기 들어 많은 사회입법이 행해짐에 따라 사회복지행정에 있어서 특별한 성질을 가지는 법적 분쟁을 효율적으로 해결하기 위하여 행정심판제도가 등장하였다. 그러나 필요에 따라 개별법에서 행정심판소¹⁸⁾를 설립함으로써 행정심판소간의 통일성 결여와 감독장치의 미흡에 대한 우려가 증가하게 되었고, 이로 인하여 행정심판제도에 대한 재검토가 강력히 요구되었다. 제2차 세계대전 후 크게 두 번에 걸쳐 행정심판제도 개혁을 위한 중요한 노력이 기울여졌는데, 그 첫 번째는 1957년의 Franks보고서와 이를 바탕으로 한 1958년 「행정심판소 및 심리법」(The Tribunals and Inquiries Act, 1958)의 제정에 의해서이고, 두 번째는 2001년의 Leggatt보고서와 이를 바탕으로 한 2007년 「행정심판소, 법원 및 강제집행법(Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007: TCEA 2007)」에 의해서이다. 특

14) 영국의 행정심판제도는 자문위원(김성배 국민대교수)의 자문을 바탕으로 작성되었음.

15) 안동인, “영국 행정심판제도 개혁에 관한 소고”, 공법연구 제38집 제1호 제2권, 2009, 239쪽.

16) Sir William Wade, *Administrative Law*, 2000, 885쪽.

17) 김광수, “영국 행정심판제도의 운영현황”, 공법연구 제38집 제4호, 2010, 161쪽.

18) 영국의 행정심판기관은 administrative tribunal 또는 tribunal이라 하는데, 이를 우리나라의 학자들은 “행정심판소”라고 번역하는 것이 일반적이므로 여기에서도 같은 용어를 사용하기로 한다. 이 규복, 영국의 행정심판제도, 사회과학논총 1권, 명지대사회과학연구소, 1986, 43쪽; 백종인, 영국의 행정심판소제도, 법학연구 18권, 전북대법학연구소, 1991. 12, 121쪽; 김광수, 영국행정심판제도의 운영현황, 공법연구 38집 4호, 2010, 162쪽; 이상규, 영미행정법, 2001, 56쪽 등 참조.

히 2007년 법에 의해서 영국의 행정심판제도는 비로소 통일적인 체계성을 갖추게 되었다는 평을 받고 있다.¹⁹⁾

영국과 우리나라는 모두 일원적 법원체계를 채택하고 있으면서도 별도의 행정심판 절차 및 행정소송절차와 행정사건에 대한 전속적인 제1심의 재판관할을 인정하고 있는 것이다. 따라서 영국의 행정구제제도를 살펴보는 것은 우리의 법제도의 발전과 나아가 바를 살핌에 있어서 대륙법계 국가들의 제도를 살펴보는 것 못지않은 도움이 될 수 있을 것이다. 영국의 행정심판제도는 지난 2007년의 입법적 개혁에 의하여 종합적으로 정비되어 상당한 변화를 거쳤으므로, 이와 같은 영국의 행정심판제도의 변화를 분석하고 살펴보는 것은 우리의 행정심판제도에 상당한 도움이 될 수 있을 것으로 여겨진다.

(2) 영국의 행정심판제도의 성립과 기본구조

1) 행정심판제도의 태동

영국 행정심판제도의 연원을 거슬러 올라가면, 행정심판소의 기원으로 볼 수 있는 것은 조세의 효율적인 징수를 위해 고안된 일종의 조세심판, 즉 1660년 Charles II 왕 때에 성문의 규정에 의해 관세 및 물품세위원회(Commissioners of Customs and Excise)에게 조세관련 분쟁에 대한 사법적 권한을 부여한 것이라고 한다.²⁰⁾ 비록 이러한 제도는 Blackstone 등에 의해 비판을 받았지만,²¹⁾ 이는 1799년에 설치되었고 아직도 존재하는 소득세위원회(General Commissioners of Income Tax)의 선구자적 역할을 하였다.²²⁾ 그렇지만 현대적 의미에서 영국의 행정심판제도는 복지국가를 지향하는 20세기의 산물이라 할 수 있다.²³⁾ 영국에서는 19세기 후반 이래 20세기에 접어들면서 제1차 세계대전 이후의 경제적 불황, 심각한 실업문제, 1931년의 경제대공황, 제2차 세계대전 등의 전반적인 생활관계의 변동으로 행정의 양적 확대가 초래되자, 이와 같은 사회·경제적 문제를 해결하고자 1908년의 아동법(Children Act),

19) 이일세, “영국 행정심판제도의 변화에 관한 고찰”, 공법연구 제39권 제3호, 2011, 500쪽.

20) 12 Charles II, c 23, s.31; Wade and Forsyth, op. cit., p.771.

21) Blackstone Comm. iv.281. Johnson's Dictionary는 물품세(excise)에 관해 정의함에 있어서 “물품에 대해 가중스러운 세금이 부과되었고, 그에 관한 다툼은 일반의 법관이 아니라 물품세를 징수하는 자에 의해 고용된 비열한 자에 의해 판단되었다”고 비판하였다. 이에 관한 자세한 내용은 Report of the Committee on Minister's Powers, Cmd. 4060, 1932, 11; Wade and Forsyth, p. 771 참조.

22) Wade and Forsyth, op. cit., p.771.

23) 이일세, 앞의 논문, 502쪽.

1911년의 국민보험법(National Insurance Act)과 같은 의회의 특별입법이 증가하기 시작하였다. 이로부터 행정입법 및 행정작용의 통제에 관한 법규들을 중심으로 영국에서도 비로소 행정법의 영역이 자리 잡게 되었다 할 수 있다. 그리고 사회복지의 필요성이 더욱 강조됨에 따라서 행정기관의 조직과 기능이 확대되자 이에 맞추어 행정기관을 규율하는 행정법의 영역 또한 확대될 수밖에 없게 되었고, 그에 따라 종래 주로 행정입법 및 행정작용의 통제에 머물러 있었던 영국의 행정법은 특히 1970년대에 접어들면서 점차 그 범위가 급격하게 확대되어 결국 행정에 관한 거의 모든 분야를 그 대상으로 하게 되었다. 즉 공기업을 포함한 행정기관, 재량권, 자연적 정의, 행정입법, 행정구제 및 행정심판 등이 모두 행정법의 대상²⁴⁾으로 된 것이다.²⁵⁾

영국의 경우 법적 분쟁에 대한 심판권은 배타적으로 법원의 권한에 속한다는 것이 오랫동안 법의 지배(rule of law)의 중요한 내용의 하나로 인식되었기 때문에, 행정에 관한 법적 분쟁에 대해서 일반 법원으로부터 분리된 행정부 내의 기관이 심판하는 행정심판제도는 원칙적으로 받아들여지지 않았으며²⁶⁾ 때로는 행정사건을 심판하기 위하여 별도로 행정심판소를 창설하는 것은 일반법원에 의해 행사되는 재판권이나 법의 권위를 위협하는 것으로 여겨지기도 했다.²⁷⁾ 행정심판제도에 대해서는 법의 지배 원칙에 반하는 것이라는 비판이 20세기 이후에도 계속적으로 제기되었고, 초기부터 그 존치 여부와 관련한 논쟁이 치열하게 이루어져 왔다. 대표적으로 Lord Hewart는 다 이시적 전통, 즉 공·사법의 구별을 부정하는 전통적인 법의 지배의 견지에서 행정심판소의 폐지를 주장하였다.²⁸⁾ 이에 반하여 Robson은 행정심판소를 통상법원의 부적절함에 대한 불가피한 응답이라고 하였다.²⁹⁾ 그리고 Lord Denning은 행정심판소의 전문성을 높이 사고, 심지어 프랑스 행정법원의 성공을 인정하면서도 행정부의 정책 지시로부터 행정심판소의 독립을 지키는 것이 매우 중요함을 강조하였다. 그리고 그와 같은 독립은 법률상의 쟁점에 대해서는 통상법원을 항소심 관할로 함으로써 달성할

24) 이상규, 영미행정법, 법문사, 2001, 42-43면; 이 밖에 19세기 ~ 20세기에 걸친 영국의 행정체계의 발전에 대한 자세한 역사적 고찰은 P. Craig, Administrative Law(6th edn.), Sweet & Maxwell, 2008, pp.47-69 참조.

25) 안동인, 앞의 논문, 241쪽.

26) Wade and Forsyth, Administrative Law, 10th ed., 2009, p.771.

27) 이일세, 앞의 논문, 501쪽.

28) Lord Hewart of Bury, The New Despotism, London, 1929, pp.37-42(J. W. F. Allison, A Continental Distinction in the Common Law: A Historical and Comparative Perspective on English Public Law, Oxford, 2000, p.159에서 재인용).

29) Robson은 자신의 저서에서 영국의 주요한 행정심판소에 대해서 자세히 설명하고, 또한 행정심판소의 장·단점, 구조, 인적 구성 및 규제 등에 대해서도 상세한 견해를 밝히고 있다[W. A. Robson, Justice and Administrative Law: A Study of the British Constitution(3rd edn.), Stevens, 1951, pp.89-316, 557-620].

수 있다고 주장하였다.³⁰⁾

2) 영국 행정심판제도의 발전

영국은 명예혁명 이후 17-18 세기 영국의 행정권력은 점차 왕으로부터 장관으로 이동되었으며, 왕의 권한도 의회의 견제에 의하여 약화되어 갔다. 이 시기에 중앙 정부의 권한은 사법, 군사, 외교 및 과세 등에 관한 것이었다. 한편 규제와 복지에 관한 권한은 지방정부가 행사하였다. 영국의 산업화는 적지 않는 사회 및 경제 문제를 야기하였는데 이로 인하여 정부의 역할이 변화하였다. 행정부의 권한은 중앙 집중화 되었다. 과거 지방정부에 속했던 행정권한이 중앙에 집중되었다. 이 당시에 점증하는 행정문제를 처리하기 위하여 새롭게 설치된 기관이 행정위원회이다. 이사회(board) 혹은 위원회(commission)라고 불린 행정위원회는 사회문제를 효율적으로 해결할 수 있도록 입법, 행정 및 사법권을 모두 부여받은 새로운 형식의 기관이었다. 행정위원회는 정부부서에 종속되지 않고 독립적인 성격을 가졌다. 행정위원회가 가지는 사법권한은 기관에 따라서 달랐는데 이들의 공통점은 법령에 의하여 부여된 여러 권한 가운데 하나에 해당하는 점이다. 즉, 행정위원회의 심판권은 위원회에 부여된 행정임무 가운데 하나에 속한다.³¹⁾ 이 당시 행정위원회는 미국의 행정위원회와 유사하게 입법, 행정, 사법권을 동시에 수행하는 형태였으므로 현재의 우리의 행정심판위원회와 구별된다.

19세기 중반에 행정각부가 의회에 대하여 책임을 져야 한다는 원칙이 확립되기 시작하면서 그간 각부에 속하지 않았던 행정위원회의 권한이 대폭 행정각부로 이관되어 갔다. 그리고 행정각부에 속하지 않은 다기능적인 행정위원회는 해체되기 시작하였으며, 행정위원회가 가지는 권한 가운데 비사법적인 작용은 행정부로 이관되었다. 그 결과 20세기 초에는 심판작용만을 담당하는 독립적인 행정심판기관이 등장하였다. 이때 심판소(tribunal)라는 말이 일상적인 용어가 되었는데 이는 복합적인 행정위원회에는 쓰이지 않는다는 점에서 당시의 상황을 잘 나타낸다고 할 것이다. 복합적인 행정위원회에서 행정심판을 하는 경우 국가와 시민간의 다툼은 행정작용의 일부로 인식되었다. 그런데 행정위원회의 비사법적인 작용이 행정각부로 이관되면서 행정심판 기능만을 담당하게 되었을 때는 상황이 달라졌다. 즉, 행정작용에 관한 심판기능은 본질적으로 사법기능과 구별되기 어려웠으나 그 처리방법은 법원과 뚜렷이 구별되었다. 법원은 임기와 보수가 법에 의하여 보장되는 판사에 의하여 구성되었으나 행정심판소에는 그런 보호가 존재하지 않았다. 따라서 당시에 출현한 권력분립의 사상에 의하여

30) A. Denning, Freedom under the Law, Stevens, 1949, pp.76-96.

31) 김광수, 앞의 논문, 162쪽.

행정심판 작용은 논쟁의 대상이 되었다. 즉, 사법작용은 사법기관에 속하여야 한다고 이해되었는데, 사법기관이 아닌 행정부에서 행정심판 작용을 담당하는 데는 논리적인 문제점이 있었다. 행정심판소는 기관상으로는 독립되었으나 업무상으로는 관할 행정각부에 소속되어 있었다. 즉, 행정심판소의 심판관은 각부의 장관들에 의하여 임명되었으며, 각부의 예산과 직원의 도움을 받았다.³²⁾

3) 2007년 이전의 영국 행정심판의 특징³³⁾

가. 사법작용성

영국 행정심판 기관은 의회의 법률에 의하여 필요에 따라서 다양하게 설립되었다. 행정심판의 대상은 정부와 개인 간의 사안에 한정되지 않고 개인과 개인 간의 분쟁도 관할에 포함되었다. 행정심판의 존재 이유는 간편하며, 신속하고 저렴한 구제절차를 제공하는 데 있다. 이 점에서 행정심판은 소송의 대체재로서의 역할을 한다고 할 수 있다.³⁴⁾

나. 다양한 불복방식

행정심판에 대한 불복방법은 의회의 법률이 정하고 있다. 의회는 다양한 불복절차를 규정하고 있으나 일정한 원칙은 없었다. 행정심판에 대한 불복은 다른 위원회에 할 수도 있고, 장관에게 할 수도 있으며, 법원에 할 수도 있는데 개중에는 전혀 불복의 방법을 규정하지 않고 있기도 하다. 법원에 제소하는 방법도 일반적 법률에서 특정 위원회 결정에 대하여 제소의 가능성과 방법을 수권하는 경우, 특별법에서 제소의 가능성을 수권하는 경우, 제소여부를 위원회나 법원의 재량에 맡기는 경우 등으로 일정하지 않았다. 즉 초기에는 행정심판을 법원과 다른 것으로 취급하여 상당수의 사건에 대해 불복의 방법을 마련하고 있지 않았다. 이 경우에는 행정심판이 최종적인 결정으로서의 역할을 한다. 이런 상황은 1952년 항소법원이 기록에 의한 오류가 있는 경우에는 항소할 수 있는 권리를 부여하기 시작하였고, 1958년의 행정심판 및 심리법(Tribunals and Inquiries Act)이 합리적인 이유가 붙은 결정을 받을 권리를 인정함으로써 변화하였다.

32) 위의 논문, 163쪽.

33) 위의 논문, 163-165쪽을 주로 참조하여 요약정리하였음.

34) Sir William Wade, 위의 책, 2000, 885쪽.

다. 대심주의와 구술심리 그리고 심리의 특징

영국의 행정심판은 대심구조이며 직권주의는 배제된다. 행정심판 절차는 속성상 단순성을 요하지만 복잡한 법률문제가 개재되는 경우가 많기 때문에 반드시 이런 원칙이 지켜지지는 않는다. 행정심판을 당사자가 스스로 수행할 수 있도록 행정심판 모범규칙(Model Rules of Procedure for Tribunals)이 제정된 바 있다. 많은 행정심판소는 구술심리의 기회를 제공한다. 반드시 구술심리 절차를 거치도록 하는 경우도 있다. 그러나 예외적인 경우 예를 들면, 민간항공국이나 이민재심위원회와 같이 서면심사주의가 채택되는 경우도 있다. 행정심판소의 결정에 의하여 구술심리를 서면심사로 대체할 수 있도록 할 수 있기도 하다. 행정심판소는 전문증거를 채택할 수 있는 등 심리방법에 있어서 법원과 차이가 있다. 뿐만 아니라 심판위원은 자신의 전문적인 지식에 기초하여 심사할 수도 있다. 그러나 다른 직원의 지식을 판단의 기초로 삼아서는 안 된다. 그리고 법령에 의하여 심리절차에 관하여 스스로 규율할 수 있는 권한을 수권 받고 있다. 법원의 판결과는 달리 행정심판의 결정은 선례로서 작용하지 못한다.

(3) 영국에서 행정심판개혁을 위한 과정

1) 행정심판의 개혁의 필요성대두

제2차 세계대전 후의 집중적인 사회입법(social legislation)으로 인하여 개개 분야의 특수한 분쟁을 해결하기 위한 다양한 종류의 행정심판소가 설립되게 되었는데, 이는 행정심판제도를 전적으로 신뢰하였기 때문이라기보다는 사회입법에 대해 호의적이지 않는 보수적 법원에 대한 적대감에 기초하는 것이라고 한다.³⁵⁾ 이 당시는 장관이 법원에 대하여 “사회주의입법에 대한 사법적 방해(judicial sabotage)”라고 말할 정도로 법원에 대한 불신이 깊은 시기였다.³⁶⁾ 따라서 가능한 한 사회복지업무에 관한 분쟁해결을 정규의 법적 체계로부터 분리하여 법원이 수세기 동안 발전시켜온 정제된 법적 기술들을 적용하지 않으려는 정책이 시행되었으며, 그 결과 행정심판에 수많은 절차적 변칙이 도입되었다. 1950년대에 와서는 행정심판소의 다양성과 그들이 준수하여야 하는 절차의 불확실성에 대한 관심이 증가하였고, 또한 행정심판소간의 통일성 결여와 감독 장치의 미흡에 대한 우려가 증가하게 됨에 따라 행정심판제도에 대한 재검토가 요청되었다. 즉, 행정심판제도를 정규 법원과의 관계 속으로 되돌려 놓고,

35) Wade and Forsyth, op. cit., p.772.

36) 425 HC Deb. 1983 (27 July 1946, Mr A. Bevan).

행정심판에 적용되는 정의의 기준(standard of justice)을 증진시키려는 시도³⁷⁾가 이루어지기 시작하였다.³⁸⁾

2) Franks보고서

1955년에 올리버 프랭크스가 위원장이 된 행정심판소 및 심리에 관한 위원회(Committee on Tribunals and Inquiries)가 조직되었다. 1958년 이 위원회에서 행정심판의 개선을 위한 보고서를 작성하였다.³⁹⁾ Franks위원회는 표준적인 행정심판소를 만들기 위한 세 가지 근본적인 목표로 공개성(openness), 공평성(fairness), 중립성(impartiality)을 들었는데, 이에 관해 보고서는 다음과 같이 서술하고 있다.

“행정심판의 영역에는 공개성(openness)이 있어야 하는데, 이는 행정심판 진행과정의 공개성과 결정의 본질적 이유를 알려줄 것을 요구한다. 공평성(fairness)은 당사자가 ... 당해 사건에서 자신의 의견을 충분히 주장할 수 있는 분명한절차를 채택할 것을 요구한다. 중립성(impartiality)은 행정심판소가 결정을 함에 있어서 관계 행정기관으로부터의 영향을 받지 않을 것을 요구한다.”⁴⁰⁾ Franks위원회는 당시의 행정심판소가 여러 문제점은 안고 있지만 대법관의 감독아래에 비교적 원만하게 운영되고 있다는 결론을 내렸다. 그렇지만 행정심판소가 법원을 대체해서는 안 되며 저렴성, 접근성, 기술성, 편의성 및 전문성이 필요한 경우에 예외적으로 인정되어야 할 것이라고 하였다. Franks위원회에서도 행정심판소의 결정에 대하여 불복하는 방법으로 행정법원을 창설하는 데 대해서는 부정적인 결론을 내렸다.⁴¹⁾ 이 보고서를 기초로 1958년 행정심판소와 심리에 관한 법률(The Tribunals and Inquiries Act, 1958)이 제정된 바 있다. 이에 의하여 행정심판의 공개성(openness), 공정성(fairness) 그리고 독립성(impartiality)이 강화되었다. 이와 독립 행정심판소의 조직에 관한 규정이 정비되었고, 행정심판 청구인의 절차적인 권리가 강화되었다.⁴²⁾

3) 1958년 행정심판소 및 심리법에 의한 개혁

37) Craig, op. cit., p.259; Wade and Forsyth, op. cit., p.772.

38) 이일세, 앞의 논문, 505쪽.

39) 김광수, 앞의 논문, 167쪽.

40) Franks Report, Cmnd. 218, 1957, para.42; Craig, op. cit., p.260; Wade and Forsyth, op. cit., p.773.

41) Report of the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries, 1957, 90-91쪽.

42) 국무총리행정심판위원회/법제처, 행정심판 20년사, 524쪽 이하.

Franks보고서가 제출된 다음 해인 1958년에 의회는 위 보고서에 담긴 권고사항에 기초하여 「행정심판소 및 심리법」(Tribunals and Inquiries Act)을 제정하였는데, 그 주요 내용은 다음과 같다.

「행정심판소 및 심리법」은 제1조에서 상설의 행정심판소심의회(Council on Tribunals)를 설치하였는데, 다만 Franks보고서에서 제안된 것이 제한적으로만 수용되었다. 심의회는 10인 이상 15인 이하의 위원으로 구성되는데, 그의 주된 기능은 각 행정심판소에 대한 자문을 하는 것과 법의 부칙에 열거된 행정심판소의 조직과 작용을 검토하는 것이며, 행정심판위원의 임명에 관해서는 일반적인 추천권한만을 가진다.⁴³⁾ 행정심판이 본질적 기능을 하기 위해서는 정치적 영향력에서 벗어나 독립적으로 결정을 내릴 수 있어야 하며, 이를 위해서는 행정심판위원을 공무원이 아니라 독립적인 지위에 있는 자로 구성하는 것이 필수적이다. 이러한 점에서 행정심판소는 관료위원회(bureaucratic boards)의 성격보다는 시민법원(people's court)의 성격을 가지고 있다고 할 수 있다.⁴⁴⁾ 행정심판위원의 임명에 있어서 장관의 영향력을 배제하기 위하여 여러 가지 방안들이 강구되었는데, 그 대표적 예가 패널시스템이다. 먼저 각 행정심판소는 대법관이나 장관의 승인을 얻어 행정심판위원으로 선임될 수 있는 패널을 구성한 다음, 구체적인 사건에서 패널 중 누구를 행정심판위원으로 선임할 것인지는 행정심판소장에게 맡기는 것이 그에 해당한다.⁴⁵⁾

Franks보고서는 행정심판절차규칙의 제정권한을 심의회에 부여하여야 한다고 제안하였음에도 불구하고 「행정심판소 및 심리법」은 심의회에 자문권한만을 부여하고 그 제정권한은 각 행정심판에 관계되는 주무 장관에게 부여하였으며, 이로 인하여 각 행정심판위원회에 적용될 수많은 심판절차규정이 존재하게 되었다.⁴⁶⁾ 그래서 심의회는 단지 자문받은 행정심판절차규칙안에 대해 의견을 제시하는데 그치지 않고, 보다 적극적으로 표준적인 행정심판절차규칙안을 제공하려는 시도를 하게 되었다.⁴⁷⁾

4) Leggatt 보고서

2000년 5월 당시 Lord Chancellor였던 Lord Irvine이 행정심판소는 분쟁해결을 위하여 적시에, 공정하고, 효과적이면서도 균형 잡힌 제도를 제시하여야 하고, 행정심

43) Tribunals and Inquiries Act 1992, s.1, s.4, s.5.

44) Wade and Forsyth, op. cit., p.774.

45) 이일세, 앞의 논문, 509쪽.

46) Tribunals and Inquiries Act 1992, s.8; Bradley and Ewing, op. cit., p.701.

47) 이일세, 앞의 논문, 509쪽.

판을 위하여 일관된 구조를 지녀야 한다고 하면서, Sir Andrew Leggatt를 지명하여 행정심판소 제도에 대해서 검토하도록 한 것으로부터 유래한다.

Leggatt는 기존의 행정심판소 체계가 일관성이 없으며, 또한 청구인의 필요가 아니라 행정심판소를 운영하는 정부기관 등 조직의 필요와 편의를 충족시키기 위하여 개별 법률들에 의하여 단편적으로 성립되어 계획성 없이 발전하게 된 면이 있다고 보고, 이에 대해서 근본적인 변화가 필요하다고 판단하였다. 그리고 ‘단일하면서도 계층적인 구조’(single, overarching structure)를 지닌 행정심판제도를 추구하였고, 그 활동의 결과로 “이용자를 위한 행정심판소 – 하나의 체계, 하나의 서비스(Tribunals for Users – One System, One Service)”라고 하는 이른바 Leggatt 보고서⁴⁸⁾가 제출되었다.⁴⁹⁾ 동 보고서에는 행정심판제도의 개선을 위한 광범위한 권고사항을 담고 있는데, 그 주요 내용은 다음과 같다.⁵⁰⁾

첫째, 행정심판제도가 어떻게 운용되어야 하는지에 대한 기본적인 시각을 담고 있다. 즉, 행정심판소는 심판사건에 관계된 장관이나 그 밖의 다른 기관으로부터 독립성(independent)이 보장되어야 하며, 국민이 쉽게 행정심판제도에의 접근이 가능하도록 통일성(coherent)이 이루어져야 하며(복잡한 행정심판체계의 단순화), 또한 이용자의 편의(user friendly)를 도모할 수 있어야 한다고 하였다.⁵¹⁾ 이러한 사고는 “이용자를 위한 행정심판소 – 하나의 체계, 하나의 서비스”라는 보고서의 제목에 농축되어 있다고 할 것이다.

둘째, 다양한 행정심판소에 대한 행정적 지원이 각기의 관계 행정청에 의해 이루어짐으로써 통일성을 결할 뿐만 아니라 또한 어떤 행정심판소는 그에 대한 행정지원을 하는 기관의 영향으로부터 독립적이지 못하다는 것을 강력히 비판하면서, 행정심판소의 심판을 받는 장관과 행정심판소를 행정적으로 지원하는 장관 사이에는 분명한 분리가 있어야 한다고 하였다.⁵²⁾ 이를 위하여 행정심판소에 대한 행정적 지원기관으로 별도로 행정심판지원처(Tribunals Service)라는 기관을 둘 것을 권고하였는데, 이는 헌법사무부(Department for Constitutional Affairs)의 집행기관으로 설치되어야 하며 각 지역마다 지방조직을 갖추어야 한다고 하였다. 그리고 Tribunals Service는 행정심판 이용자들이 기대하는 서비스의 기준과, 만일 이러한 기준들이 준수되지 않는 경우의 효과에 대해 규정을 만들어야 한다고 하였다.⁵³⁾

48) Leggatt 보고서에 대한 자세한 내용은 <<http://www.tribunals-review.org.uk/leggatthtml/leg-00.htm>>참조.

49) 안동인, 앞의 논문, 246쪽.

50) 이일세, 앞의 논문, 511-514쪽 주로 참조.

51) Craig, op. cit., pp.262-263.

52) Leyland and Anthony, op. cit., p.159; http://en.wikipedia.org/wiki/Tribunals_Service.

셋째, 종래 행정심판소에 대한 일반적 감독기능을 수행하기 위해 만들어진 행정심판소심의회(Council on Tribunals)가 제 기능을 수행하지 못하고 있다고 비판하면서, 이에 관한 제도의 개선을 권고하였다. 그래서 행정심판소심의회는 장기적으로 오스트레일리아 행정심사심의회(Australian Administrative Review Council)처럼 행정정의 시스템을 관리·평가하며 행정법의 발전을 모니터링하고 개선점을 대법관에게 권고하는 폭넓은 책무가 맡겨져야 한다고 Leggatt는 주장하였다.⁵⁴⁾

넷째, 행정심판소가 진정한 행정정의체계가 될 수 있도록 “하나의 단계적 구조”(a single, overarching structure)를 창설할 것을 제안하였는데, 그것은 개인으로 하여금 행정심판제도를 보다 용이하게 이용할 수 있게 할 것이라고 하였다.⁵⁵⁾ 이에 따라 종래의 다양한 행정심판소는 하급행정심판소(first-tier tribunal)라는 하나의 통일된 행정심판소로 합쳐져야 하고, 하급행정심판소 내에는 사안별로 국민과 국가 사이의 분쟁을 처리하기 위한 8개의 분과(Division)와 국민 사이의 분쟁을 처리하기 위한 한 개의 분과를 두어야 한다고 하였다. 각 분과에는 위원장(President)이 임명되어야 하고, 전체 행정심판소를 총괄하는 선임심판소장(Senior President)제도를 두어야 한다고 하였다. 하급행정심판소의 결정에 대한 불복심사를 다루기 위한 상급행정심판소(second-tier tribunal)가 설치되어야 하고, 상급행정심판소의 결정에 대해서는 항소법원(Court of Appeal)에의 불복청구가 보장되어야 하는데, 이때 사실문제가 아니라 법률문제에 대한 불복청구만이 허용되며, 불복청구를 하기 위해서는 행정심판소 또는 법원의 승인이 필요하다고 하였다. 그리고 하급행정심판소의 결정에 대한 직접적인 사법심사는 허용되어서는 안 되며, 또한 상급행정심판소의 결정에 대한 일심법원(High Court)⁵⁶⁾의 사법심사는 배제되어야 한다고 하였다. 그 이유의 하나는, 상급행정심판소의 위원장은 대부분 행정심판에 대한 지식과 경험을 가진 일심법원 판사로 임명되는데 이심행정심판소의 결정에 대해 동등한 지위를 가지는 다른 판사가 재심사를 하는 것은 적절치 않기 때문이라고 한다. 또 다른 이유로는, 상급행정심판소의 결정에 대해서는 항소법원에 불복할 권리가 보장된다는 것을 든다.⁵⁷⁾

53) Craig, op. cit., p.261; Leyland and Anthony, op. cit., p.159.

54) Leggatt Report, para7.54.

55) Bradley and Ewing, op. cit., p.697.

56) High Court를 직역하면 고등법원이라 할 수 있으나, 영국에서의 High Court는 우리나라에서와 같은 항소법원으로서의 고등법원이 아니라 일심의 사법심사를 관할하는 법원인 점에서(영국에서의 항소법원은 Court of Appeal이라 한다), 용어의 혼란을 피하기 위하여 여기서는 일심법원이라 번역하기로 한다.

57) Craig, op. cit., p.262.

(4) 2007년의 행정심판소, 법원 및 강제집행법

Leggatt 보고서에서 제안한 많은 내용은 2007년의 「행정심판소, 법원 및 강제집행법」(The Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007: 이하 TCE법이라 한다)에 수용되었는데, 동법의 주요 내용은 다음과 같다.⁵⁸⁾

1) 하급행정심판소 및 상급행정심판소의 설치

2007년 법의 가장 큰 특징은 단일의 행정심판체계를 만들 것을 제안한 Leggatt 보고서에 따라서 기존의 다양한 개별적 행정심판소를 통합하여 새롭게 하급행정심판소(First-tier Tribunal)와 상급행정심판소(Upper Tribunal)라는 통일적인 행정심판소를 창설한 것이라 할 것인바, 이하에서 그 구체적 내용을 살펴보기로 한다.

가. 하급·상급행정심판소

종래 다양한 행정의 영역에 있어서 난립해 있던 행정심판소의 기능을 통합하여 담당하는 기관으로 하급행정심판소를, 그리고 하급행정심판소의 재결에 대한 불복청구를 심사하는 기관으로 상급행정심판소를 설치하였다.⁵⁹⁾ 이는 종래의 미로와 같았던 다양한 행정심판소에 대해 하나의 “체계”(system)를 부여한 것이라고 평가된다.⁶⁰⁾ 하급행정심판소와 상급행정심판소는 각기 판사(judge)와 위원(member)으로 구성된다.⁶¹⁾ 행정심판소의 최고책임자로 선임심판소장(Senior President)을 두는데, 이는 대법관의 추천으로 여왕이 임명하며, 하급 및 상급행정심판소 양자를 모두 통할한다.⁶²⁾ 하급·상급행정심판소 내에는 여러 개의 분과(chamber)를 두도록 하였다. 이는 행정심판소에 제기된 다양한 사건들을 적절하게 유형화하여 전문성을 가진 분과에서 심리·판단하도록 함으로써 행정심판소의 통합에 따른 전문성의 약화를 완화시키기 위한 것이라고 한다.⁶³⁾ 분과의 구성과 업무의 배분에 관해서는 선임심판소장의 동의

58) 이일세, 앞의 논문, 514 -521쪽을 주로 참조.

59) TCE Act 2007 s.3.

60) Wade and Forsyth, op. cit., p.778.

61) TCE Act 2007 s.3(3). 판사와 위원의 자격요건에 관해서는 TCE Act 2007 ss.4-5, Schedule 2, 3에서 구체적으로 규정하고 있다.

62) TCE Act 2007 s.2. The Senior President of Tribunals is to preside over both of the First-tier Tribunal and the Upper Tribunal(TCE Act 2007 s.3(4)).

63) TCE Act 2007 s 7;Craig, p.264.

를 얻어 대법관이 정하며, 각 분과에는 분과위원장(Chamber President)을 둔다.⁶⁴⁾

나. 자체재심사(Self-review)

행정심판 업무의 신속하고 효율적인 수행이 2007년 TCE법의 중심적 내용이다. 이러한 목적에 부응하기 위해서 TCE법 제9조는 하급행정심판소에게 자신의 재결에 대해 스스로 재심사할 수 있는 권한을 부여하였다. 즉, 하급행정심판소는 자신의 재결이 TCE법 제11조 5항에 규정된 재심사에서 제외되는 것이 아닌 한 직권으로 또는 당사자의 신청에 의해 그에 대한 재심사를 행할 수 있다.⁶⁵⁾ 재심사결과 자신의 재결에 우발적인 실수가 있거나 결정이유에 잘못이 있는 경우에는 이를 수정할 수 있으며, 경우에 따라서는 종전의 재결을 파기할 수도 있다. 재결을 파기하는 경우 자신이 새로운 재결을 내릴 수도 있고 그 사건을 상급행정심판소로 이송할 수도 있다.⁶⁶⁾ 이러한 자체재심사는 신속하고 저렴한 대체적 불복수단이 될 수는 있지만, 사법적 결정의 불가변력(finality:종국성)에는 반하는 것이다.⁶⁷⁾ 이러한 점에서 TCE법은 자신의 재결에 대한 재심사는 한 번만 허용되며, 만일 행정심판소가 재심사 불가결정을 내린 경우에는 그 결정(재심사 불가결정)은 번복되어서는 안 된다고 규정하였다.⁶⁸⁾

다. 하급재결에 대한 불복청구

일심행정심판소의 재결에 대해 불복하는 당사자는 원칙적으로 상급행정심판소에게 법률문제(point of law)에 대해 불복청구 할 권리를 갖는데, 이 경우 불복청구를 위해서는 하급행정심판소나 상급행정심판소의 승인(permission)이 필요하다.⁶⁹⁾ 상급행정심판소의 심리결과 일심행정심판소의 재결에 법적 오류가 있다고 인정되는 경우에 반드시 그 재결을 파기하여야 하는 것은 아니고, 법적 오류가 재결을 위법하게 만들지 않는다고 판단되는 경우에는 불복청구를 기각할 수 있다.⁷⁰⁾

64) TCE Act 2007s.7(1)(4)(9).

65) TCE Act 2007 s.9(1).

66) TCE Act 2007s.9(4)(5).

67) Wade and Forsyth, op. cit., p.780.

68) TCE Act 2007 s.9(10).

69) TCE Act 2007 s.11(1)(4). 다만 TCE법 제11조 5항은 불복청구의 대상에서 제외되는 재결(excluded decision)의 종류를 규정하고 있다.

70) s.12(2)(a); Craig, op. cit., p.267.

라. 상급행정심판소의 재결에 대한 불복청구

상급행정심판소의 재결에 대해 불복이 있는 당사자는 그것이 TCE법 제13조 8항에 규정된 불복청구가 배제되는 재결에 해당하지 않는 한 관할항소법원(appellate court)⁷¹⁾에 불복청구 할 권리를 가진다. 다만 법률문제에 관해서만 불복청구가 허용되며, 불복청구를 하기 위해서는 상급행정심판소나 항소법원의 승인이 필요한데, 항소법원에의 승인신청은 상급행정심판소로부터 승인이 거부된 경우에만 가능하다.⁷²⁾ 대법관은 어떠한 사람이 불복청구할 수 있는 권한을 가지는 당사자로 인정되거나 인정되지 않는지에 대한 규정을 만들 수 있으며, 또한 명령(order)으로 항소법원에의 불복청구를 제한할 수 있는 권한을 갖는다.⁷³⁾

마. 상급행정심판소에 의한 사법심사(judicial review)

사법심사에 관한 고유한 권한은 일심법원에 부여되어 있지만, TCE법은 혁신적으로 상급행정심판소에도 일정한 요건하에 사법심사 권한을 부여하고 있다. 이 경우 상급행정심판소는 일심법원에 적용되는 사법심사의 원칙들을 적용하여야 하며, 사안에 대해 일심법원과 같이 직무집행명령(mandatory order), 금지명령(prohibiting order), 파기명령(quashing order), 선언적 판결(declaration) 또는 정지명령(injunction) 등의 구제조치를 내릴 권한을 갖는다.⁷⁴⁾ 상급행정심판소가 내린 법적 구제조치는 일심법원이 내린 것과 동일한 효과를 가지며, 또한 동일한 방법으로 강제집행될 수 있다.⁷⁵⁾

상급행정심판소가 사법심사를 할 수 있는 네 가지 요건들에 대해서는 TCE법 제18조에서 규정하고 있다. ① 첫 번째 요건은, 청구가 TCE법 제15조 1항의 구제(직무집행명령, 금지명령, 파기명령, 정지명령 등)를 구하거나, 상급행정심판소에의 사법심사 신청의 승인을 구하거나, TCE법 제16조 6항에 의한 금전적 보상, 이자 또는 비용을 구하는 것이어야 한다.⁷⁶⁾ ② 두 번째 요건은, 청구가 왕실법원(Crown Court)이 행한

71) Court of Appeal for England and Wales, Court of Session for Scotland or Court of Appeal for Northern Ireland (TCE Act 2007 s.13(12)).

72) TCE Act 2007 s.13(1)(3)(4)(5).

73) 이 경우 명령에 대한 의회의 통제와 관련해서는 affirmative resolution procedure의 적용을 받는다(TCE Act 2007 s.49).

74) TCE Act 2007 s.15(1)(4). mandatory order, prohibiting order, quashing order, declaration 또는 injunction 등에 관해서는 이상규, 앞의 책, 217쪽 이하 참조.

75) TCE Act 2007 s.15(3).

76) s.18(4).

어떠한 것에 대해 다투는 것이 아니어야 한다.⁷⁷⁾ 그 이유는 사실심의 상급법원 (superior court of record)의 기능을 하는 행정심판소에게 다른 사실심의 상급법원에 대한 감독적 권한을 부여하는 것은 모순되기 때문이라고 한다.⁷⁸⁾ ③ 세 번째 요건은, 청구가 헌법개정법(Constitutional Reform Act 2005) Schedule 2의 Part 1에 근거하여 제정된 지침(direction)에서 분류된 항목에 해당하여야 한다.⁷⁹⁾ 지침은 원칙적으로 대법관의 동의를 얻어 일심법원장(Lord Chief Justice)이 정한다. ④ 네 번째 요건은 청구에 대한 심리를 주재하는 판사의 지위에 관계되는 것이다. 즉, 심리를 주재하는 자는 일심법원이나 항소법원의 판사이거나 일심법원장이나 선임행정심판소장 등의 동의를 받은 자이어야 한다.⁸⁰⁾

바. 하급행정심판소의 재결에 대한 일심법원의 사법심사여부

하급행정심판소의 재결에 대해 직접 일심법원에 사법심사를 청구할 수 있는지가 문제되는데, 일반적으로 말하면 그러한 것이 법적으로 금지되고 있지는 않다고 한다.⁸¹⁾ 그런데 TCE법은 하급행정심판소의 재결에 대해서는 상급행정심판소에 불복청구하도록 하고 있으므로, 그에 대한 일심법원에의 사법심사 청구는 이러한 제정법상의 불복청구권(statutory appeal rights)과 충돌할 수 있다. 관례법에 의하면 제정법상의 불복청구권이 일반적인 사법심사보다 우선적으로 행사되어야 한다고 하기에 현행의 TCE법하에서는 하급행정심판소의 재결에 대해 사법심사를 청구받은 일심법원은 상급행정심판소로 “제정법상의 불복청구”를 하도록 하는 결정을 할 가능성이 크다고 한다.⁸²⁾

사. 대체적 분쟁해결

영국의 사법시스템에서도 점차 조정(mediation)을 비롯한 대체적 분쟁해결방안(ADR: alternative dispute resolution)이 보편화되고 있는데, TCE법도 조정에 관해

77) s.18(5).

78) s.3(5); Craig, op. cit., p.272.

79) TCE Act 2007 s.18(6).

80) s.18(8).

81) 다만 앞에서 살펴본 바와 같이, 일심법원에의 사법심사 청구가 TCE법 제18조에서 정한 상급행정심판소에서 사법심사를 행할 모든 조건을 충족하고 있는 경우에는 상급행정심판소에 이송하여야 함은 물론이다(TCE Act 2007 s.19).

82) Craig, op. cit., p.273.

명문의 규정을 두고 있다. 즉, 행정심판절차규칙이나 실무지침을 제정하는 자는 조정
에 관한 규정을 만드는데 있어, ① 심판청구사건에 대한 조정은 당사자의 동의가 있
는 경우에만 개시될 수 있으며, ② 조정절차가 개시되지 못하였거나 조정이 개시되었
지만 당해 사안의 해결에 실패한 경우에는 그것이 행정심판절차의 진행에 영향을 미
쳐서는 안 된다는 두 가지 원칙을 고려하여야 한다.⁸³⁾ 행정심판위원회도 당해 사건의
조정인으로 활동할 수 있는데, 이 경우 조정인으로 활동을 한 위원은 당사자의 동의
가 있는 경우에 한하여 재결에 참여할 수 있다.⁸⁴⁾

아. 행정심판지원처(Tribunals Service)의 설치

Leggatt 보고서의 권고에 따라 2006년 4월 3일 행정심판소에 대한 효율적인 행정
적 지원을 확보하기 위하여 법무부(Ministry of Justice)의 집행기관으로서
Tribunals Service를 설치하였다. 행정심판지원처는 하급·상급행정심판소 뿐만 아니
라 그것에 편입되지 않은 고용행정심판소 등에 대해서도 행정지원을 하도록 하였
다.⁸⁵⁾ 행정심판지원처(Tribunals Service)는 2007-2008년도 전략적 사업계획을 발
표하였는데, 행정심판소에의 효율적인 행정서비스의 제공, 이용자와 광범한 사회에의
주안점, 자료와 시설의 효율적 이용, 직원의 잠재능력 개발을 통한 행정서비스 제공능
력의 제고, 다른 사법기관과의 연계를 통한 효율적 업무수행 등을 주된 내용으로 하
였다.⁸⁶⁾

자. “행정정의 및 행정심판소심의회”의 설치

1958년 법에서는 행정심판소에 대한 일반적 감독기관으로 행정심판소심의회
(Council on Tribunals)를 설치하였으나, 그 기능은 주로 자문적인 것에 국한되었다.
물론 행정심판소심의회는 행정심판절차의 모델을 개발하고 행정심판소의 조직과 독
립성에 대해서 중요한 권고를 하는 등 공정한 행정심판제도의 정착을 위해 기여를 하
기는 하였지만, 전반적으로는 그 자문기관적 성격으로 인하여 기대했던 역할을 하지

83) TCE Act 2007 s.24(1).

84) s.24(3)(4).

85) Tribunals Service의 행정관할하에 있는 행정심판소와 그렇지 않은 행정심판소의 종류에 관해
서는 Leyland and Anthony, op. cit., p.160 참조.

86) Tribunals Service, Strategic Business Plan for 2007-2008: Delivering the Future, One
System, One Service (2007); Craig, 279. 그밖에 Tribunals Service에 관한 상세는
<http://www.tribunals.gov.uk> 참조.

못한다는 것이 문제점으로 지적되었다.⁸⁷⁾ 그래서 2007년 법에서는 50년 동안 활동해 온 심의회를 폐지하고 그에 대신하여 “행정정의 및 행정심판소심의회”(Administrative Justice and Tribunals Council: 이하 행정정의심의회라 한다)를 설치하였는바, 그의 주된 내용은 다음과 같다.⁸⁸⁾

행정정의심의회는 10명 이상 15명 이하의 위원과 의회행정감독관(Parliamentary Commissioner for Administration)으로 구성된다. 의회행정감독관 이외의 위원들은 스코틀랜드장관, 웨일즈장관 및 대법관에 의해 임명되는데, 이때 각기 다른 사람의 동의를 받아야 한다. 위원장은 위원 중에서 스코틀랜드장관과 웨일즈장관의 자문을 받아 대법관이 임명한다.⁸⁹⁾

행정정의심의회는 연간 업무계획을 수립하여야 하며, 대법관·스코틀랜드장관·웨일즈장관에게 연간보고서를 제출하여야 한다.⁹⁰⁾ 행정정의심의회는 법에 열거된 행정심판소에 대한 감사(review)를 행하여 이들에 대한 보고서를 작성하며, 그밖에 행정정의심의회가 특별히 중요하다고 생각하는 문제에 관해서도 보고서를 작성할 수 있다. 또한 대법관이나 스코틀랜드장관·웨일즈장관이 행정정의심의회에 제출한 문제에 관해 보고서를 작성한다. 행정정의심의회는 행정심판소에 관한 법률(또는 제출된 법안)에 대해 면밀히 검토해서 의견을 제시할 수 있다. 보고서는 대법관에게 제출하며, 만일 스코틀랜드나 웨일즈와 관계된 것일 때에는 스코틀랜드장관이나 웨일즈장관에게도 제출하여야 한다.⁹¹⁾

장관이 법에 열거된 행정심판소에 관한 절차규칙을 만들 때에는 행정정의심의회 자문을 받아야 한다. 다만 절차규칙이 행정심판소절차위원회(Tribunal Procedure Committee)에 의해 만들어지는 경우에는 그러하지 아니한데, 이는 행정정의심의회 위원이 행정심판소절차위원회의 위원을 겸하기 때문이라고 한다.⁹²⁾ 일반적으로 행정정의심의회에게 종전의 심의회에 비해 확장된 권한을 부여한 것은 긍정적으로 평가되

87) Harris and Partington가 대표집필한 “21세기에 있어서의 행정정의”(Administrative Justice in the 21st Century)라는 책(Oxford, 1999)에서 심의회 의장을 지낸 Lord Archer of Sandwell은 심의회 기능을 긍정적으로 평가하였으나, 다른 학자들은 영국의 심의회를 오스트레일리아행정심사심의회와 비교하여 여러 가지 문제점을 지적하였다(Robertson's chapter in Harris and Partington, op cit). 그리고 Reggatt보고서에서도 심의회가 제 기능을 발휘하지 못하였음을 지적하였다. Reggatt Report, para.7.46; Elliott, op. cit., p.711; Craig, op. cit., p.280. 심의회 구 체적 활동에 관해서는 The Annual Reports, 1999/2000, 2000/2001 등 참조.

88) 이일세, 앞의 논문, 520 - 521쪽 참조.

89) TCE Act 2007 Sch.7; Craig, op. cit., pp.280-281.

90) TCE Act 2007 Sch.7 para. 20, 21.

91) TCE Act 2007 Sch.7 para. 14, 17.

92) TCE Act 2007 Sch.7 para 24(1)(2); Craig, op. cit., p.282.

고 있다.⁹³⁾

(5) 영국행정심판 개혁의 시사점

기존의 영국 행정심판개혁에 관한 연구를 한 학자마다 영국 행정심판제도의 시사점을 도출하였다.

안동인 교수는 “행정심판소 조직을 체계적으로 정비하고, 독립성을 강조하쪽서, 이용자 편의성을 증진시킨 2007년의 구조적 개혁은 행정심판의 기능의 지향점에 대한 논의와 국무총리행정심판위원회와 시·도행정심판위원회의 기능 통합에 대한 논의 등이 진지하게 이루어지고 있는 우리에게도 많은 도움이 될 수 있을 것이다. 한편 이와 같은 제도적 측면 이외에 그 실질적인 측면을 살펴볼 때, 영국은 행정구제 제도의 운용에 있어서 우리보다 훨씬 폭넓은 대상적격의 범위를 인정하고 있다. 따라서 단순히 제도적인 측면뿐만이 아니라, 그 운용과 관련한 실질적인 권리구제의 측면에서도 영국의 예는 우리에게 상당한 시사점을 제시해 준다고 할 수 있을 것이다.”고 하고 있다.⁹⁴⁾

김광수 교수는 “영국 행정심판 제도의 변화를 우리나라 행정심판 제도의 개혁에 그대로 적용할 수는 없을 것이다. ... 심판기관의 독립성, 절차적 권리보장, 위원회 구성의 공정성 등이 필수적인 요소이다. ... 이는 각 특별행정심판이 고립적으로 운영되고 있기 때문에 초래되는 시설과 예산의 부족에 기인한다. 따라서 행정심판의 효율성 확보와 행정심판 청구인의 편의증대를 위하여 통일적이고 효율적인 행정심판 제도를 구상할 시점이 되었다.”고 밝히고 있다.⁹⁵⁾

이일세 교수는 “첫째, 다양한 형식으로 난립되어 있는 행정불복방법, 예컨대 이의신청·소청·심사청구·심판청구·재심요구 등을 보다 간소화할 필요가 있으며, ... 그리고 하나의 행정심판위원회 산하에 몇 개의 분과를 두어 사안의 성질에 따라 전문성을 가진 분과에서 심리·재결하도록 하는 방안도 생각해 볼 수 있다. 둘째, 행정심판이 국민의 권리구제적인 기능을 제대로 수행하기 위해서는 영국의 행정심판에서 일반화되어 있는 구술심리가 보다 활성화될 필요가 있다. ... 구술심리를 실시한 경우 심판청구의 인용률이 높게 나타났다는 영국의 연구결과를 참고할만하다. 셋째, 행정심판에 관한 행정적 지원체계의 개선이 필요하다. 영국의 경우 행정심판소에 대한 행정적 지원기관으로 독립한 Tribunals Service가 설치되었는바, 이는 지방조직을 갖추

93) Craig, op. cit., p.282.

94) 안동인, 앞의 논문, 259쪽.

95) 김광수, 앞의 논문, 177쪽.

고 있음을 참고할 만하다. 넷째, 대체적 분쟁해결방안의 중요성이 크게 부각되고 있는 현실에 비추어 행정심판에 있어서도 조정 등에 관한 명시적 규정을 둘 필요가 있다.”⁹⁶⁾고 밝히고 있다.

특히 「행정심판기관의 통합」, 「심급화」, 「심판부의 도입」 등을 골자로 하는 행정심판제도 개선방안을 주장하는 박정훈 교수⁹⁷⁾는 행정심판의 제3의 기관화를 철저히 관철시킨 영국의 행정심판소를 모델로 하고 있다.

아울러 최근 행정심판제도 개혁을 논의하는 일본의 학자가 영국의 행정심판소 모델을 두고 다음과 같이 신중하게 접근하고 있는 점도 참고할 수 있다.⁹⁸⁾

“영국에서는 통일된 행정심판소를 설치하고 있다. 심급화하여 항고심판부는 상급기록재판소로 되어 있으므로 審判所의 司法化라기보다, 「裁判所化」라고 부르는 편이 적절할 것이다. 그렇다면, 일본에서도 행정심판청이라는 형태로 통일화할 수 없는가라고 한다면, 가능하지 않다고 말할 순 없더라도 그렇게 하려는 목적을 잘 생각할 필요가 있진 않은가.....”

행정심판에 대한 전면적 개혁으로 연결될 수 있는 영국식 모델에 대해서는 우리나라와의 법체계의 차이 등 여러 상황을 종합적으로 고려하여 신중하게 검토할 필요성이 있다고 할 것이나, 영국의 행정심판제도가 우리 행정심판제도의 정비에 있어서 중장기적으로 많은 시사점을 제공하고 있는 점은 부인할 수 없다고 할 것이다.

2. 일본

일본의 행정심판제도는 우리나라의 「행정심판법」에 해당하는 현행 「行政不服審査法」에 대한 내용만이 아니라, 입법으로 결실을 거두진 못했지만 2004년 일본의 행정사건소송법 전면개정에 대응한 행정불복심사제도의 전면 개정시도의 내용까지 살펴볼 필요가 있다. 이를 ‘현행 행정불복심사제도’와 ‘「행정불복심사법」 개정안’으로 각각 나누어 살펴본다.

(1) 현행 行政不服審査制度

1) 행정상 불복신청⁹⁹⁾의 목적 및 특색

96) 이일세, 앞의 논문, 525-526쪽.

97) 박정훈, 행정법학 제2호, 17쪽 이하.

98) 高橋滋=常岡孝好=本多滝夫=山本隆司, [座談会] 準司法手続・特例的行政手続の現状と課題-制度の充実と活性化に向けて, ジュリスト No. 1352, 2008.3.15., 28頁에서의 常岡孝好의 발언 참조. 이러한 논의 등을 참고한 신중한 접근으로는 김현준, 행정법학 제3호, 246쪽.

가. 정의 및 목적

행정상의 불복신청(이하 「불복신청」이라고 한다)은 시민의 신청에 근거해 행정기관이 행정활동을 둘러싼 분쟁을 심리하고 판단을 내리는 것에 있고, 시민의 권리구제 외에 행정활동의 합법성·합목적성을 보장한다고 하는 행정통제의 의의를 가진다.¹⁰⁰⁾ 불복신청에 관한 일반법인 「행정불복심사법」(이하 「행심법」이라고 한다)은 ①국민의 권리·이익의 구제, ②행정의 적정한 운영의 확보(자기감시)라고 하는 두 가지의 목적을 내세우고 있다(1조 1항). 둘 다 중요한 목적이지만 특히 ①이 우위로 파악되고 있는 점에서 주의가 필요하다. 이러한 우위성은 예를 들면, 불이익변경의 금지(40조 5항 단서·47조 3항 단서)에 나타나 있다. 구체적으로는 시민이 불이익처분에 대해서 불복신청을 하여 행정청이 심리 결과 한층 무거운 불이익처분이 타당하다고 판명한 경우, 행정의 운영을 적정하게 유지한다고 하는 시점으로부터는 불이익변경도 생각되어지지만 권리구제제도라고 하는 기본적 성격으로부터 불이익변경은 금지되어져 있는 것이다.

나. 불복신청의 장점

불복신청이 가지는 기능으로서 네 가지를 들 수 있다. 첫째는, 심리나 결정의 간이 신속성이다. 둘째는 심리대상의 광범성이다. 행정소송에서는 적법성의 심사에 한정되어지는 것에 대해서, 불복신청에서는 적법성에 더하여 당·부당의 심사(「합목적성의 심사」라고 한다)가 가능하다. 셋째는 행정에 의해 자기제어의 기회가 신청을 통해서 부여되어 진다고 하는 것이다. 넷째는 대량으로 전문적인 내용의 분쟁이 직접 재판소에 몰리도록 하는 것을 회피하여 재판소의 부담경감을 도모한다고 하는 기능이다(이것을 「분쟁의 Screening 기능」이라고 한다).

다. 불복신청의 단점

불복신청의 단점으로서 재판에 비해 제3자성에 흠결이 있는 점, 당사자의 절차보장의 불충분성을 들 수 있다. 불복신청의 기능으로서 앞서 들었던 네 가지 외에 시민의 불복신청을 계기로 지방공공단체의 기관이 행한 원처분에 대하여 국가기관이 심사

99) 일본 「행정불복심사법」에는 ‘不服申立て’이라고 되어 있고 이를 ‘불복제기’라고 번역하기도 하지만 본 보고서에서는 ‘申立て’이라는 용어를 ‘신청’이라고 번역하여 설명하기로 한다.

100) 塩野宏, 行政法Ⅱ, 有斐閣, 2010, 8頁.

청구 내지 재심사청구의 과정에서 재결청으로서 심리하는 기능이 생긴다(이것을 「裁定的 関여」라고 한다). 이것은 지방공공단체의 행정운영에 대한 국가 관여의 한 형태로서 기능할 수 있는 것이기 때문에 이러한 관여가 법령상 증가에 불과한 것이나, 지방자치의 침해에 해당하는 것은 아닐까 끊임없이 주시할 필요가 있다.

라. 「행정불복심사법」의 특색

행심법은 다른 법률이 특칙을 두지 않는 한, 불복신청에 대해서 적용되어지는 일반 법이다(1조 2항). 또한 행심법은 이전의 訴願法의 시대에 불복신청사항이 열기주의 아래 한정되어져 있던 점의 개선을 도모하고 있다. 즉 적용제외의 처분(4조) 이외에는 원칙적으로 처분에 대한 불복신청을 가능한 넓게 하는 등 불복신청 사항을 확대하였다(일반개괄주의). 이 외에 이용자의 편의를 고려하여 불복신청을 하는 것이 가능한가, 불복신청을 해야 할 행정청, 불복신청을 하는 것이 가능한 기간을 행정청이 알리도록 하는 교시제도(57조)가 준비되어 있다(예: 「이 처분에 대하여 불복이 있는 경우는 이 처분을 알았던 날의 다음 날부터 기산하여 60일 이내에 ○○知事에 대해서 불복심사청구를 할 수 있습니다」).

2) 불복신청의 종류

가. 이의신청, 심사청구, 재심사청구

a. 3종류의 불복신청

행정법이 규정하는 불복신청에는 3종류가 있다.

첫째는 처분청 또는 부작위청에 대해서 하는 이의신청(3조2항)이다. 처분을 행한 행정청(내지는 신청에 대해서 응답을 하지 않는 부작위청)에 불복을 신청하는 것이다. 이의신청에 대한 응답을 「결정」이라 한다.

둘째는 처분청이나 부작위청 이외의 행정청(구체적으로는 상급행정청이나 법률이 정한 기관)에 대해서 행하는 「심사청구」이다. 심사청구에 대한 응답을 「재결」이라 한다.

셋째, 상기의 2가지 외에 예외로서, 재심사청구가 존재한다. 이것은 심사청구의 결정 후 다시 행하는 「재심사청구」(3조1항)이다. 재심사청구에 대한 응답도 「재결」이라 한다.

b. 심사청구중심주의

행심법은 이의신청과 심사청구 중에서 심사청구를 중심적인 불복신청 수단으로 파악하고 있다(심사청구중심주의. 예를 들면, 상급행정청이 존재하는 경우에는 심사청구만을 허용하는 5조 1항 1호 참조). 이유는 처분을 한 행정기관이 아닌 다른 기관에 심사를 하도록 하는 편이 공정한 판단이 기대될 수 있기 때문이다.

c. 처분에 관한 상호독립주의

어떤 처분에 대해서 원칙적으로 심사청구나 이의신청의 한 방향만이 이용가능하다. 하나의 처분에 불복신청은 하나라고 하는 의미에서 이것을 「상호독립주의」라 불린다. 그렇다고는 하지만 법률이 어떤 처분에 대해서 이의신청과 심사청구 모두 이용가능하다고 인정하고 있는 예는 존재한다. 법률이 그러한 특칙을 정하고 있는 것에 한해서 그것에 따르는 것으로 된다.

d. 부작위에 관한 자유선택주의

신청에 대한 부작위를 불복신청의 대상으로 하는 경우에는 이의신청을 이용할지, 부작위청의 직속상급행정청으로의 심사청구를 이용할지는 신청인의 선택에 위임되어 있다(7조). 이것을 「자유선택주의」라고 한다. 상급행정청이 존재하고, 심사청구가 가능함에도 불구하고 신청인이 심사청구가 아니라 침묵을 하기로 결정하고 있는 부작위청에 대해서 다시 생각을 직접으로 구하고 싶은 것이라면, 그러한 의향을 존중한다는 것이 입법취지이다.

나. 이의신청과 심사청구

구체적인 예를 통해서, 이의신청, 심사청구, 재심사청구의 특질을 파악한다.

a. 이의신청

국가의 경우라면, 대신, 궁내청장관, 外局의 장 등이 처분청인 경우에, 이의신청이 허용되어진다. 기본적인 발상은 여기 거론된 대신 등에는 상급행정청이 존재하지 않는다고 하는 것이다. 따라서 불복신청의 심사를 기대할 수 있는 상급행정청이 존재하지 않는 이상, 처분을 한 대신 등에 대해 불복신청(요컨대 이의신청)이 허용되어진다. 독립행정법인, 국립대학법인에게도 상급행정청은 존재하지 않는다.

지방공공단체의 경우에는 도도부현 지사나 시정촌장의 상급행정청은 존재하지 않고, 도도부현의 수용위원회에도 상급행정청은 존재하지 않는다.

b. 심사청구

처분청에게 상급행정청이 존재하는 경우나 법률이 심사청구를 정하고 있는 경우에는 심사청구가 이용되어야 한다. 먼저, 상급행정청이 존재하는 경우에는 상급행정청이 심사청구의 심사청으로 된다. 예를 들면, 국토교통대신이 사업인정의 권한을 지방정비국장에게 위임하고 있는 경우에는 대신은 상급행정청의 권한으로서의 감독권을 유지하고 있다(요컨대, 상급행정청이다).¹⁰¹⁾ 여기에서는 지방정비국장이 처분청이지만 처분에 불복이 있는 자는 상급행정청인 국토교통대신에게 심사를 청구하는 것이 된다.

법률이 상급행정청이 아닌 기관에 심사청구를 특별히 정하고 있는 예는 많고, 이 경우에는 법률이 정한 기관이 심사청구의 심사청으로 된다.

① 예를 들면, 건축주사가 건축확인을 한 것에 근린주민이 불복을 신청하는 경우나, 건축주사가 건축확인을 거부한 것에 건축주가 불복신청을 하도록 한 경우에는 건축심사회에 심사를 청구 하는 것으로 되어 있다(건축기준법 제94조 제1항).¹⁰²⁾

② 사망한 노동자의 처가 유족보상급부를 신청한 것에 대해 노동기준감독서장이 부지급결정을 한 경우에는 노동자재해보상보험심사관에 대해서 심사청구 하는 것으로 되어 있다(노동자재해보상보험법 제38조 제1항).

③ 생활보호법에 의하면, 동경23구의 區長은 보호결정권한을 가지지만 동경도豊島區에서는 이것을 풍도구복지사무소장에게 위임하고 있고, 동 소장이 보호결정을 행하고 있다(생활보호법 19조 4항, 풍도구생활보호법시행세칙 1조). 동 소장의 보호 거부 결정에 대한 불복신청은 도지사를 상대로 심사를 청구하는 것으로 되어 있다(생활보호법 제64조).

c. 재심사청구

재심사청구는 법률이 특별히 정한 경우에 인정된다(행심법 8조 1항 1호). 예를 들면, 상기 ①의 건축확인의 사례에서는 국토교통대신에 대한 재심사 청구가 법정되어 있고(건축기준법 95조), ②의 유족보상급부의 사례에서는 노동보험심사회에 대한 재심사청구가 법률로 정해져 있고(노동자재해보상보험법 38조 1항), ③의 생활보호의 사례에서도 후생노동대신에 대한 재심사청구의 규정이 존재한다(생활보호법 66조 1항).

101) 大橋洋一, 行政法 I, 有斐閣, 2009, 207頁.

102) 이외에도 토지법의 분야에서는 도시계획법 제29조에 기한 도도부현지사의 개발허가에 대해서는 개발심사회에 심사청구를 하는 구조로 되어 있다(동법 제50조). 또한 토지수용법 제47조의2 제2항에 기한 도도부현수용위원회가 행하는 권리취득제결에 대해서는 국토교통대신에 대하여 심사청구를 하는 것으로 되어 있다(동법 제129조).

3) 상호독립주의의 예외

상호독립주의의 예외가 법률에서 정해지는 경우가 있다. 구체적으로는 1개의 처분에 대해서 이의신청과 심사청구를 함께 할 수 있다고 되어 있다. 이의신청과 심사청구가 함께 가능한 경우에는 순서적으로 우선 이의신청을 한 후에 심사청구를 하여야 한다(이의신청 전치주의, 행심법 20조). 이하 구체적인 예를 본다.

① 세무서장(처분청)이 행한 국세에 관한 처분에 대해서는 세무서장에 대한 이의신청(국세통칙법 75조 1항 1호)을 거친 다음 국세불복심판소장(심사청)에 대하여 심사청구(동조 3항)를 할 필요가 있다. 대량처분에 대한 선별 내지 적격검사의 필요 때문에 취하여진 입법조치이다.

② 지사(처분청)가 직원에 대해서 행한 급여에 관한 처분(지방자치법 204조)에서는 지사에 대한 이의신청, 총무대신(심사청)에 대한 심사청구의 순서로 행하여야 한다(동법 206조 1항). 지방자치에 대한 배려차원에서 설계된 규정이다.

③ 공원 관리자=시장(처분청)이 시민에 대해서 한 제각(철거)명령(도시공원법 27조 1항)에 대해서는 시장에 대한 이의신청을 거친 후에, 국토교통대신(심사청)에 대해서 심사청구를 행할 필요가 있다(동법 34조 1항).

4) 행정심판

가. 의의 및 특색

행정심판이란 행정위원회 등 독립성·중립성이 높은 기관(독점금지법 28조, 공해등 조정위원회설치법 5조, 인사원규칙 13-1 제22조)이 심판절차에서 드러난 증거에 기초하여 엄격한 사실인정의 구조(독점금지법 68조, 해난심판법 37조), 공개의 구두심리절차(독점금지법 61조 1항, 국가공무원법 91조 2항, 지방공무원법 50조 1항, 해난심판법 제37조), 처분청과 신청인의 대심구조를 포함한 준사법절차를 이용해서 심사를 행하는 것이다.¹⁰³⁾ 제2차 대전 후 많은 행정위원회제도와 함께 미국법의 영향하에 도입되었던 것이다. 행정심판제도는 개별법을 근거로 창설되어 있고 그 수는 많지 않다. 절차는 법률 간에 불통일한 상황에 있다. 바꾸어 말하면 통일적 「행정심판법」은 존재 하지 않는다. 행정심판이라고 하는 용어는 각 법에서 개별로 형성되었던 구조의 공통적 요소를 나타내려고 하는 학술상의 용어법이다.¹⁰⁴⁾ 행정심판에는 성격이 다른

103) 또한 소추를 행하는 행정기관과 심판을 행하는 행정기관이 조직내에서 분리되고, 공정성을 가지는 구조가 독점금지법 제56조 1항 단서에서 채용되어 있다(이것을 직능분리라고 할 수 있다).

104) 행정심판은 주체와 절차의 특색에 착안한 형식적 개념이라고 보는 견해로는 塩野宏, 앞의 책,

복수의 절차가 포함되어 있다. 행정상의 불복신청의 특별형태로서 소개하는 것이 가능한 것, 즉 처분에 대한 사후심사로서 불복신청을 裁斷한다고 하는 성격의 것(「복심적행정심판」이라고 한다¹⁰⁵⁾)은 행정심판의 일부분을 차지하는 점에 주의를 요한다. 행정심판의 재단의 결과는 「심결」로 불려진다. 심결은 행정행위이다.

행정심판과 비교하는 형태로서 행정상의 불복신청의 대조적인 성격은 다음과 같다. 즉, 행정불복신청은 유럽 대륙법의 영향을 받아 상급행정기관의 감독권을 근거로 서면심리주의를 원칙으로 한다(행정심판에서는 구두심리절차가 보인다). 행정상의 불복신청에는 통상의 행정기관이 재단에 해당하고, 또한 이의신청에서는 처분청이 심사를 하는 등 직능분리가 도모되어 있지 않고, 직권심리에서 행해지는 사실인정도 사법절차와 비교해 간이한 것에 그친다(행정심판에서는 독립성이 높은 행정위원회가 준사법적 절차로 심리하는 예가 있다). 무엇보다도 행정상의 불복신청에 관해서는 행정심법이 라는 통일적인 법전이 존재한다(행정심판은 개별법에 근거한다).

나. 구체적인 예

행정심판의 대표적인 예는 다음과 같다.

- ① 배제조치명령에 대한 불복에 관계된 공정거래위원회의 심판절차(독점금지법 제 52조 이하)
- ② 광업법 제178조에 근거한 광업권설정에 대한 불복에 관계된 공해등조정위원회의 재정절차(광업등에 관계한 토지수용의 조정절차 등에 관한 법률 “이하 토지이용조정법”이라한다. 제25조 이하)
- ③ 전과법에 근거한 처분에 대한 이의신청에 관계된 전차감리심의회의 심리절차(전과법 제83조 이하)
- ④ 특허출원거절사정에 대한 특허청의 심판절차(특허법 제121조 1항)
- ⑤ 공무원에 대한 불이익처분에 대해서 인사원·인사위원회 등이 행하는 불복심사 절차(국가공무원법 제90조 이하, 지방공무원법 제49조의2 이하)

다. 행정소송과의 관계

행정심판이 재판에 유사한 절차를 이용하고 있는 점 등에서 행정심판의 재단 결과인 심결을 재판으로 다루는 경우에 실정법상 특별한 취급을 하는 예가 보인다. 첫째

43쪽 참조.

105) 행정심판의 유형론에 관해서는 小早川光郎, 行政法講義 下I, 弘文堂, 2002, 102頁 참조.

로 심급을 생략하여 동경고등재판소의 전속관할로 하는 예가 보인다(토지이용조정법 제57조, 독점금지법 제85조 1항, 전과법 제97조, 특허법 제178조 1항, 해난심판법 제44조 1항). 둘째로 재결주의를 채용하여 심결의 위법뿐만 아니라 원처분의 위법도 심결취소소송에서 다투도록 하는 예가 보인다(토지이용조정법 제50조, 전과법 제96조의 2, 독점금지법 제77조 3항).¹⁰⁶⁾ 셋째로, 실질적 증거원칙이 채용되어진 경우가 있다(토지이용조정법 제52조 1항, 독점금지법 제80조 1항, 전과법 제99조 1항). 동원칙에 따르면, 행정심판에서 인정된 사실에 합리성이 인정되는 경우 재판소는 그것에 구속된다. 실질적 증거의 유무에 관해서는 재판소가 심사한다(토지이용조정법 제52조 2항, 독점금지법 제80조 2항, 전과법 제99조 2항). 또한 행정심판에서 인정한 사실에 관하여 소송단계에서의 새로운 증거 제출이 제한되어 지는 것이 있다(토지이용조정법 제53조 1항, 독점금지법 제81조 1항).

(2) 「행정불복심사법」 개정안

행심법의 개정법안은 2008년 4월에 국회에 제출되었지만 국회에서 심사가 완료되지 못하여 폐기된 바 있다. 그 후 「행정구제제도검토팀」(2010년 8월 발족)에서 검토가 계속되고 있다. 개정안의 주요 내용으로는 이의신청, 심사청구, 재심사청구의 다원주의를 해소하고 심사청구를 일원화하였다는 점, 불복신청전치주의를 재검토하여 시민이 불복신청과 소송을 자유로이 선택할 수 있는 여지를 확대하였다는 점, 그리고 처분에 관여한 자가 아닌 審理員이라는 신분보장의 독립성이 높은 제도를 도입하였고 자문기관으로서 행정불복심사회를 신설하였다는 점 등을 들 수 있다. 이하에서는 현행 행심법에 대응하여 개정안에서는 어떠한 내용을 포함하고 있었는지를 개관하기로 한다.¹⁰⁷⁾

1) 행정불복심사의 기본구조 : 행정불복심사제도의 취지

2008년 행정불복심사제도의 전면적인 개정을 도모한 취지는 「행정절차법」의 제정 및 행소법의 개정(平成 16년, 2004년)에 의해 행정활동에 대한 국민의 절차보장의 수준이 향상한 것에 입각하여 행정불복심사절차의 간이신속성을 살리는 것과 동시에 보다 객관적으로 공정한 심리절차를 정하는 등 불복 신청인의 절차보장을 강화하여

106) 취소소송의 피고를 행정청으로 하는 예가 보인다. 독점금지법 제78조(공정거래위원회), 특허법 제179조(특허청 장관).

107) 개정안에 관한 자세한 내용은 조연팔, “일본 행정불복심사법개정(안)과 그 시사점”, 공법학연구 9-3, 2008 참조.

행정불복심사 제도를 국민에게 있어서 보다 알기 쉽고 이용하기 쉽도록 하는 것이었다.

가. 불복신청의 일원화

a. 불복신청 종류의 일원화

현행 행심법은 「이 법률에 의한 불복신청은 행정청의 처분 또는 부작위에 대해 행하는 것에 있어서는 심사청구 또는 이의제기로 하고, 심사청구의 재결을 거친 후 한층 더 행하는 것에 있어서는 재심사청구로 한다(제3조1항)」고 규정하고 있다.

이에 대하여, 改正案에서는 불복제기의 종류를 심사청구로 일원화 하였다.¹⁰⁸⁾ 그리고 그 심사청구의 심리절차에 대해 심리원제도¹⁰⁹⁾를 도입하는 등에 의해 불복제기인의 절차적 권리보장의 수준을 높이려 하였다.

b. 처분·부작위에 대한 심사청의 일원화

심사청구의 심사청의 경우 상급청이 없는 경우에는 현행 행심법상 처분청이 심사청이 된다. 상급청이 있는 경우 중 처분청이 국가행정기관인 경우 상급 행정청이 복수 존재할 때도 포함하여, 심리의 객관성·공정함을 확보함과 동시에 심사청구인에게 本省·本廳¹¹⁰⁾에 의한 심리 받을 기회를 확보하는 한편, 통일적인 처리를 도모하는 관점에서 개별법에서 특별히 정하는 경우를 제외하고, 처분청등의 상급 행정청이 주임의 대신¹¹¹⁾인 경우에는 당해 주임의 대신이 심사청이 되고, 宮內廳長官 장관 또는 청의 장이 처분청등의 상급 행정청인 경우에는 궁내청 장관 또는 당해 청의 장이 심사청이 되는 것으로 하였다(제4조2호, 3호).

그리고 처분청에 상급행정청이 있는 경우라도 처분청이 주임의 대신이나 궁내청 장관 또는 이것들에 소속된 청의 장인 경우에는 주임의 대신이나 궁내청 장관 또는 당해 청의 장관 자신이 심사청이 되는 것으로 하였다(제4조 1호).

108) 현행 행심법은 처분청에 상급 행정청이 있는지 여부에 따라 변명서·반론서의 제출이나 처분청으로부터의 물건의 임의제출 등의 심리절차가 취해지는 것이 달라지고 있는데 개정안에서는 처분청하에 속해있는 심리원이 심리를 행하기 때문에 처분청이 심사청인 경우에도 심리원은 처분청에게 변명서의 제출을 요구할 수 있고(제28조), 심사청구인은 심리원에게 반론서를 제출할 수도 있게 되었다(제29조).

109) 심리원은 어느 기관의 이름을 지칭하는 것이 아니라 공무원과 같은 개인을 지칭한다. 심리원에 관해서는 田中孝男, 行政不服審査法改正意義課題, 自治研究84-4 15頁 참조.

110) 우리나라의 행정각부 및 청에 해당한다.

111) 우리나라의 각부장관에 해당한다.

c. 부작위의 일원화

현행 부작위의 불복신청은 “당해 부작위에 따른 처분, 기타의 행위를 신청한 자는 부작위청에 이의제기 또는 당해 부작위청의 직근 상급행정청에 심사청구 중 택일하여 할 수 있다. 다만 부작위청이 주임의 대신 또는 궁내청장관 또는 외국 또는 이것에 설치된 청의 장일 때에는 이의제기만을 할 수 있다.”고 규정하고 있다.

이에 대하여 改正案에서는 부작위에 대하여 처분과 동일하게 심사청구만을 인정하고 있으며, 심사청도 처분에 대한 심사청구와 동일하게 하였다(改正案 제3조, 4조). 다만, 부작위에 대하여서는 후술하는 재조사청구를 인정하고 있지 않았다(改正案 제3조, 4조, 5조 참조).

d. 부작위에 대한 재결내용의 개정

현행 행정심법에서는 재결로서 무엇인가의 처분을 하도록 명하는 재결만을 할 수 있다. 이에 대해, 改正案에서는 일정한 행위를 하도록 명하는 재결을 할 수 있는 것으로 되었다. 핵심적인 요소는 [어떠한 처분(선언적 의미)]만을 재결로서 할 수 있었던 것이 [당해처분] 할 수 있는 것으로 변경되었다는 점이다.

나. 심리의 일단계화

현행 행정심법상 처분에 대한 심사청구의 재결에 불복이 있는 자는 일정한 요건에 해당하는 경우에 재심사청구를 할 수 있는 것으로 하였지만 改正案에서는 재심사청구를 폐지하였다. 이는 심리원(審理員)제도 도입으로 일단계에서 심사청구인의 권리·이익의 구제를 도모하게 하는 것이 가능하고, 절차적 권리보장을 충실하게 한다는 심사청구에 대한 재심사청구의 기능은 일원화되는 심사청구에 의해 대체할 수 있다고 판단하였기 때문이다.¹¹²⁾

다. 불복신청의 기본구조에 대한 예외(再調査請求 前置主義)

현행 행정법이 이의제기전치주의를 취하고 있지만, 改正案에서는 재조사청구를 일정한 경우 예외적으로 존치시키는 것으로 하였다(改正案 제5조).¹¹³⁾¹¹⁴⁾ 그러나 이러

112) 행정불복심사제도검토회가 발표한 行政不服審査檢討回最終報告(2007.7) 참조.

113) 행정청의 처분에 대하여 처분청 이외의 행정청에 심사청구를 할 수 있는 경우로서 법률에서 처분청에 대한 재조사청구를 할 수 있는 취지의 규정이 있을 때에는 당해 재조사의 청구에 대한 결정을 거친 다음이 아니면 심사청구를 할 수 없다.

114) ‘원칙적으로 불복제기의 종류의 일원화 및 심리의 일단계화를 도모하는 것이 적절하다고 할 수

한 재조사청구의 심리절차는 심사청구가 인정되는 것임에도 불구하고 심사청구에 전치되는 특히 간략한 절차로서 한정적으로 인정되는 것이기 때문에 신속한 판단이 되도록 현행의 이의제기절차보다 간략히 하였다(개정안 제53조 내지 제59조). 재조사청구의 청구기간은 3개월로 연장하였다(제53조).

2) 심사청구기간

가. 심사기간

현행 행심법에서는 주관적 심사청구기간을 60일로 하고 있지만, 改正案에서는 행정소송과 같은 준비기간이 필요 없는 점, 고지제도의 정비가 잘 되어있는 점, 심사청구는 소제기와는 달리 간단한 절차로 불복신청이 가능하고 보정에 의해 미비점이 해결 가능하다는 점 등을 이유로 3개월로 연장하였다(改正案 제17조).¹¹⁵⁾

그리고 현행 행심법의 19조의 오인규정을 삭제하고, 주관적 심사청구기간의 예외사를 인정하기 위한 요건을 [부득이한 이유]에서 [정당한 이유]로 개정하였다.

객관적 심사청구기간은 현행과 동일하게 처분의 날로부터 1년을 경과했을 때에는 심사청구를 제기할 수 없도록 하였다(개정안 제17조 2항).

나. 표준심리기간

改正案에서는 현행법과 달리 [심사청의 심사청구절차와 관계되는 표준심리기간을 설정하도록 노력함과 동시에 이 기간을 정했을 때는 적절한 방법에 의해 공표해야 한다](改正案 제15조)고 규정하여 심리기간에 대해 별도의 규정을 두었다. 개정안은 당해 행정기관으로 하여금 사안의 성질에 따라서 표준심리기간을 정하도록 하고 있다. 이는 명확한 기일을 정하여 심리의 지연을 막기 위한 것이다.

3) 심사청구의 심리절차

있다. 그러나 처분에 대한 불복이 요건사실의 인정의 당부와 관련된 것으로서 대량처분처럼 처분 담당자 등이 상대방 등의 심사청구를 계기로 하여 요건사실의 인정에 대하여 재조사할 필요가 특히 큰 특별한 유형에 대해서는 심사청구절차를 취하기 전에 처분의 사안과 내용 등을 파악할 수 있도록 하는 것이 타당하다. 왜냐하면 처분 담당자 등이 심사청구보다 간략한 절차에 의해 재차 처분을 검토하는 것에 의미가 있다고 생각할 수 있기 때문이다. 또 이러한 간략한 절차에 의해 신속히 판단하는 것은 국민의 권리와 이익의 신속한 구제에 이바지하는 것이기도 하다'는 것이 재조사청구제도의 존치 이유이다. 行政不服審査檢討回最終報告(2007.7) 8-9頁 참조.

115) 6개월로 연장하자는 의견으로는 小林久起, 行政事件訴訟法, 商事法務, 2004, 252-253頁.

가. 심리원(審理員)

행심법 개정안에서는 절차법상의 권한으로서 심사청의 재결권한과 구별하여, 행정조직에 있어서의 해당처분에 관한 결재라인으로부터 독립한 심리원이 심리를 행하는 직능분리(職能分離)를 이념으로 하고 있다.

현행 행심법은 처분청에 상급 행정청이 있는 경우 심사청구의 심리는 직근 상급 행정청이 하지만 실제 심리를 행하는 자에 대한 규정이 없다. 또한 이의제기 심리절차에서도 처분청의 처분담당자가 불복제기인과 대치하는 구조가 아니다. 이에 대하여 改正案에서는 행정의 자기반성기능의 확보와 간이·신속한 절차확보 아래 국민의 권리·이익을 도모하였다. 즉 심사청구인과 처분청과의 대심적 구조를 도입하였다(改正案 제15조).

하지만 심리원을 두지 않아도 심리원이 행하는 것보다 공정한 심리절차가 가능한 경우 심리원을 두지 않아도 된다¹¹⁶⁾.

심리원의 지명조건으로는, 처분의 내용 및 이유의 기안자나 결재서류에 날인 한 자 등 처분에 관한 절차에 관여한 자 이외의 자에서 지명한다.

심리원의 제척사유는 다음과 같다. 심사청구와 관련되는 처분 또는 당해 처분과 관련되는 재조사에 청구에 대한 결정에 관여한 자, 또는 심사청구의 대상인 부작위와 관련되는 처분에 관여했거나 관여하게 될 자, 심사청구인, 심사청구인의 배우자, 사촌이 내의 친족 또는 동거의 친족, 과거에 전호에서 규정하였던 자, 심사청구인의 대리인 또는 후견인, 후견감독인, 보좌인, 보좌 감독인, 보조인 또는 보조 감독인, 제12조1항에서 규정한 이해관계인이다.

나. 심리절차의 내용

a. 서면주의 및 구두의견진술

개정안에서도 서면심리원칙을 종전과 같이 유지하면서 구두의견진술 또한 보장하고 있다. 이 경우 심사청구인 또는 참가인의 제기가 있는 경우 심리원은 심사청구의 취지 및 이유에 대해 신청인에게 구두로 말할 기회를 부여해야 한다(改正案 제30조 1항). 또한 구두의견진술의 경우 [심리원은 심사청구인, 참가인 및 처분청(이하 심리관계자라고 한다)의 의견을 듣고 구두의견진술의 일시 및 장소를 지정할 수 있다](改正案 제30조 2항)는 규정을 신설하였다.

116) 위원회, 심의회 등과 같이 합의제 행정기관이 심사청이 되는 경우 등을 말한다(개정안 제8조 1항). 이것은 위원회와 같은 행정조직의 성격상 공정·중립에 지장이 없기 때문에 따로 심사원을 지명하지 않아도 되는 것으로 보고 있다. 조연팔, 앞의 논문, 412쪽.

구두의견진술에 대해 신청인은 심리원의 허가를 얻어서 처분의 내용 및 이유에 관하여 처분청(처분청의 직원)에 대해 질문을 할 수 있는 것으로 했다(改正案 제30조5항). 그러나 처분청의 답변의무 등에 대한 아무런 규정이 없다. 마지막으로 의견진술할 때에는 모든 심리관계인을 소집하여 행하는 것으로 한다는 규정을 신설하였다.

b. 처분청의 자료·서면제출의무

심리의 충실 및 촉진을 도모하기 위해 심리원은 처분청에 대해 처분의 내용, 처분의 근거가 되는 법령의 조항, 처분의 원인이 되는 사실, 그 밖의 처분의 이유를 분명히 하는 자료로서 처분청이 보유하는 것의 전부 또는 일부의 제출을 요구 할 필요가 있다. 현행 행심법은 “변명서의 제출을 요구할 수 있다”라고 규정된 것에 대해, 改正案은 “제출을 요구할 수 있다”에서 “제출을 요구하는 것으로 한다”라고 강한 어조로 규정하고 있다. 또한 변명서를 제출할 때에는 처분의 내용과 이유를 제시하고, 「행정절차법」 제24조 소정의 청문조서 및 보고서나 동법 제29조 제1항 소정의 변명서¹¹⁷⁾를 소지하는 경우에는 이것을 첨부하여야 한다고 규정하고 있다(改正案 제28조).

c. 증거서류 등의 열람

심사청구인에 대하여 처분이 어떠한 근거에 기초하여 행하여 졌는가를 알게 함으로써 이것에 대한 반론의 기회를 인정할 필요가 있다. 改正案은 심사청구인의 절차 보장적 측면으로 심리절차가 종결될 때까지 처분청으로부터 임의로 제출된 물건에 한하지 않고 심리원의 제출요구에 의해 제출된 변명서(청문조사첨부), 심사청구인 또는 참가인등이 임의로 제출한 물건, 심리원이 제3자(물건의 소유자)에게 제출요구를 하여 제출된 물건 등 심사청구의 대상인 처분의 위법 또는 부당한 판단에 필요한 증거서류 등의 열람을 요구할 수도 있도록 하였다(改正案 제37조1항).

4) 집행정지

개정안은 집행정지의 적극적 요건을 확대하고 있다. 현행 행심법 제34조 4항에 대해서 개정안에서는 “회복하기 곤란한 손해를 피하기 위하여”를 “중대한 손해를 피하기 위하여”로 개정하였고, “심사청은 중대한 손해를 일으키는지 여부를 판단함에 있어서는 손해의 회복이 곤란함의 정도를 고려하는 것으로 하고, 손해의 성질 및 정도와 처분의 내용 및 성질도 감안하는 것으로 한다”라는 부분을 추가하였다. 이것은 심

117) 여기에서 변명서는 행정청이 처분이 정당하다는 변명서가 아니라 청문에 있어서 불이익처분의 상대방이 제출하는 변명서를 말한다.

리원이 심사청에 대하여 집행정지를 해야 할 취지의 의견서를 심사청에 하였다는 것의 의의가 있다.

5) 행정불복심사회

가. 행정불복심사회의 설치 및 조직

심사회는 법률규정에 의해 권한에 속한 사항을 조사·심의하기 위해 각부성의 분야를 횡단하여 심리를 행하는 23명의 위원으로 구성된 통일적인 합의제 기관이다.¹¹⁸⁾

회장 및 위원은 심사회의 권한에 속하는 사항에 관하여 공정한 판단을 할 수 있고, 법률 또는 행정에 관하여 뛰어난 식견을 가지는 자 중에서 양 의원의 동의를 얻어 총무대신이 임명한다(改正案 제62조1항).

일반적으로 조사·심의는 회장 및 위원 중에서 심사회가 지명하는 자 3명으로 구성하는 합의제에서 심사청구와 관련되는 사건에 대하여 행하지만(改正案 제64조1항), 심사회가 정하는 경우에는 회장 및 위원의 전원으로 구성되는 합의제에서 심사청구와 관련된 사건에 대하여 조사·심의를 행한다(改正案 제64조2항).

나. 심사관계인의 심사회 등에 대한 구두의견진술권

심리원에 대한 의견진술권은 심사청구인 또는 참가인에게만 인정되고 처분청에게 인정되지 아니하나, 심의회에 대한 구두의견진술권은 심사관계인(심사청 포함)에게도 부여되어 있다는 점에서 심사청구인이 심리원에 대하여 행하는 구두의견진술권과 차이를 보이고 있다(改正案 제30조, 제67조).

3. 독일

(1) 독일 행정심판의 의의 및 특징

독일의 행정심판은 취소소송 또는 의무이행소송을 제기하기 전에 행정행위의 위법·부당여부를 심판하는 사전절차로 설계되었다. 그리고 독립적인 행정심판기관이 존

118) 심사회는 뛰어난 식견을 가진 위원으로 구성되고, 법령 해석에 관하여 행정청에 구속되지 않으며, 위법 또는 부당에 대하여 공정하게 조사·심의를 행할 수 있는 제3자 기관이 심리에 관여하는 것을 제도화할 필요가 있다는 점에서 신설되었다.

재하지 않고, 행정소송의 필요적 전치절차로 행정소송의 일부분에 설치되어 있다. 행정심판제도는 행정소송을 규정한 「행정법원법」 제73조 내지 제68조 [취소소송을 제기하기 전에 행정행위의 적법성 및 합목적성에 관하여 사전절차의 심사를 거쳐야 한다]에 따라 규정하고 있어 그 기본적 근거를 두고 있으며 이는 사전절차로서 설계된 것이다. 그리고 행정의 적법성 및 합목적성의 확보 및 국민의 권리구제와 법원의 부담 경감이라는 목적을 가지고 있다.

독일 행정심판의 특징으로 행정소송을 제기하기 전에 반드시 행정심판을 거쳐야 한다는 행정심판전치주의 원칙이 있고, 행정심판은 행정행위에 대한 취소소송과 의무이행소송의 전심절차에 한정된다는 것이다. 즉 사실행위나 행정입법을 대상으로 하는 소송, 예방적 금지소송 등의 경우 행정심판은 전심절차에 포함되지 않는다. 그리고 행정심판의 예외가 많이 있고 다양한 법률에 규정되어 있다는 것이다. 또한 행정심판은 감독행정청의 감독권 행사의 일환으로 이루어진다. 이는 행정처분이 위법 또는 부당하다면 직근상급행정기관인 감독청의 판단에 의해 취소대상이 된다. 만약 직근상급행정청이 없는 경우에는 처분청이 스스로 심판을 한다. 마지막으로 행정심판은 원칙적으로 직근상급행정기관에서 담당한다. 다만, 독일 「행정법원법」 제73조 제2항은 개별 법률에 근거하여 행정심판을 담당하는 위원회를 조직하거나 운영할 수 있도록 하고 있다.¹¹⁹⁾

(2) 행정심판의 목적

행정심판제도의 목적으로 3가지의 기능을 들 수 있다. 먼저 개인적인 권리의 보호가 목적인 권리보호기능이다. 이는 행정청의 작용과 관련된 국민의 권리보호를 목적으로 하는 것으로, 독일 「행정법원법」 제68조 제1항 제1문은 행정청의 경절에 대한 합법성과 합목적성을 행정심판의 대상으로 삼고 있다. 이것은 공권력에 의한 주관적 공권의 침해여부에 대한 심사 이상이라고 할 수 있다.¹²⁰⁾

행정에 대하여 내부적인 자기통제는 행정처분에 대해 분쟁이 발생하게 되면 처분청과 독립하여 재결청에서 법적인 결정근거와 사실적인 결정근거에 대해 재검토를 실시한다. 이를 통해 행정 내부의 자기통제기능을 부여하는 것이다. 다음으로 법원에 대한 부담경감기능이다. 이 기능은 행정상의 분쟁해결을 소송 이외의 방법인 행정심판을 통해 해결을 하기 위한 것으로 행정심판청구인의 청구가 인용되면 소송으로 나아가지 않기 때문이다. 또한 행정심판의 재결에 대해 행정소송을 제기하여도 행정심판 절차

119) 오준근, “영국과 독일의 행정심판제도 개혁경과에 관한 비교법적 연구”, 경희법학 48-4, 2013, 417쪽 참조.

120) 이종영, “독일의 행정심판제도”, 중앙법학 4-3, 2012, 30쪽 참조.

에서 사실과약이나 법적인 논거가 제기되어 있기 때문에 업무에 효율성이 증가하게 된다.¹²¹⁾

(3) 행정심판전치주의 예외

행정심판전치주의 예외에 대해서 먼저 법률·명령에 근거하는 예외를 살펴보면, 「행정법원법」 제68조 제1항 제2호에 규정이 되어 있다. 다른 법률에서 특별하게 규정하는 경우에 행정심판을 거치지 아니하고 행정소송을 바로 제기 가능하다는 것이다. 법률의 위임을 받아서 제정된 주의 명령으로 예외를 규정할 수 있다. 주법상의 규율은 주가 관할권을 갖는 모든 행정절차에 적용되지만 법률의 근거 없이 제정된 명령이나 조례에 의한 행정심판의 배제는 허용되지 아니한다.

「행정법원법」 제68조 제1항 제2호는 다른 법률이나 이에 근거하는 명령으로 행정심판의 완전한 배제뿐만 아니라 합법성에 대한 사후심사 또는 판단여지의 준수에 관해서도 제한 할 수 있도록 규정하고 있다.¹²²⁾ 그리고 연방최상급행정기관과 주의 최상급행정기관이 발한 행정행위도 행정심판의 대상에서 제외된다.

재결 또는 권리구제결정에 의해 권리침해를 받은 자는 행정심판을 거치지 않고 행정소송 제기가 가능하다. 이는 허가를 받은 건축에 대해 이웃이 건축허가에 대한 취소를 구하는 행정심판을 제기한 경우 재결청인 청구인의 심판청구에 대해 인용재결을 한 경우 허가를 받은 자는 행정심판을 통해 권리침해를 받은 경우로 행정심판을 거치지 않고 행정소송을 제기 가능하다.

(4) 행정심판의 절차

1) 행정심판의 제기 및 취소

행정심판의 제기는 독일 「행정법원법」 제69조에서 규정하고 있다. 이 규정에 의하면 행정심판은 심판의 제기로 시작한다고 규정하고 있다. 즉 행정심판의 제기 없이는 행정심판이 없다는 것이다. 행정심판의 대상은 이미 발하여진 행정처분이나 수익적 행정처분의 거부이지 장래에 발한 경우에는 제외 대상이 된다. 즉 행정심판의 허용은 다른 소송절차의 요건의 존재를 전제로 한다.¹²³⁾

행정심판의 취소는 독일 「행정법원법」 제70조에서 규정하고 있는 일정한 형식에

121) 위의 논문, 33-34쪽 참조.

122) BVerwGE 57, 130(147).

123) 이종영, 앞의 논문, 40쪽.

의하여야 한다. 제기된 행정심판의 취소 시에 관련된 제3자의 동의는 필요하지 않는다. 행정심판은 행정소송이 아니기 때문에 「행정법원법」 제92조가 적용되지 않기 때문이다. 그리고 행정심판이 취소되면 행정심판은 중단된다. 만약 행정심판이 취소된 후 소송을 제기 한다면 행정소송의 적법요건을 결한 것이 되며, 행정심판의 취소는 늦어도 행정심판 의결 전까지 허용될 수 있다.

2) 행정심판의 형식 및 기간

행정심판의 형식 및 기간에 대해서 「행정심판법」 제70조에 규정되어 있다. 먼저 행정심판의 형식은 행정심판 청구인의 서명이 있는 서면으로 규정된 양식으로 제기하여야 한다. 만약 형식에 관하여 하자가 있으면 행정심판의 제기기간 내에 보정이 가능하나 보정되지 않은 채 행정심판 제기는 각하 될 수 있다.

행정심판은 행정처분시에 고지되어야 하며, 제기 기간은 행정처분이 고지된 후 1월이다. 만약 행정처분시에 고지되지 아니하였거나 잘못 고지된 경우 「행정심판법」 제70조 제2문의 규정에 따라 행정처분의 도달 또는 공고 후 1년 이내에 제기 가능하다. 그러나 기간의 도과와 관련하여 기간이 지나 제기된 행정심판에 대해 재결청은 각하 할 수 있지만 명확하게 규정되어 있지는 않다.¹²⁴⁾ 이에 대해 연방행정법원의 판례는 재결청은 기간이 도과한 행정심판청구에 대하여 본안판단을 하지 아니하고 각하하여야 할 의무는 없다고 한다.¹²⁵⁾ 이는 행정심판에 대해 본안판단을 하는 것은 재결청의 재량이기 때문이다.

(5) 재결청

1) 이심효

행정심판의 제기에 관하여 「행정법원법」 제70조 제1항 제1문에 따르면 원칙적으로 처분청이 한다. 관할권이 없는 행정청이 행정심판의 제기를 받으면 관할권이 있는 행정기관으로 이송하여야 한다. 이 때 행정기관에 행정심판이 제기될 때까지를 행정심판의 제기기간으로 보며, 관할권이 없는 행정청이 제기되면 아직 행정심판이 제기되지 않은 것으로 된다. 행정심판은 처분청에 제기하지만 재결권은 직근상급행정청이므로 처분청은 행정심판의 신청을 접수하면 행정처분의 불복에 대하여 인용하여 청구

124) 위의 논문, 41쪽.

125) BVerwGE 28, 305(308); 57, 342(344 f.).

인의 요구대로 처분을 변경하거나 재결청인 직근상급행정청에 행정심판으로 이용하여야 한다.¹²⁶⁾

2) 처분청

처분청이 연방 또는 주의 최상급행정기관이고 「행정법원법」 제68조 제1항 제2문의 규정과는 달리 재결절차가 규정되어 있으면, 직근상급행정기관이 존재하지 않게 된다. 이 경우 처분청도 재결청이 된다. 직근상급행정기관이 연방 또는 주의 최상급행정기관인 경우에 처분청이 행정심판의 재결을 한다.

3) 지방자치단체 및 위원회

지방자치단체의 사무에 대하여 행정심판은 지방자치단체가 재결을 한다. 지방자치단체에 의한 고유사무의 재량행위에 대한 심사는 지방자치법상 국가감독기간이 허용되지 않기 때문이다. 그리고 「행정법원법」 제73조 제1항 2문 제1호와는 달리 처분청은 행정심판으로 관할하는 의결위원회 또는 심의위원회를 둘 수 있다.

(6) 필수적 전치절차

독일의 경우 항고소송의 전치절차로 행정심판을 반드시 거쳐야 한다. 그러나 처분청이 재결청이 되는 자치사무나 최고기관의 처분인 경우에는 행정심판은 동일한 절차를 반복하게 하는 점과 행정소송이 제기되면 해당 처분의 집행은 정지되어야 하므로 행정소송이 지연될수록 처분의 효력이 늦추어 질 수 밖에 없다.¹²⁷⁾

그러나 행정의 자기통제의 기능면을 고려했을 때에는 행정심판 절차의 확대가 필요하다는 것이다. 행정심판은 항고소송에만 적용이 된다. 그렇기 때문에 그 밖의 일반적 이행소송, 무효등 확인소송, 부작위소송, 규범통제소송에는 행정심판 절차가 적용되지 않는다. 하지만 행정이 엄격히 자기통제기능을 수행한다면 위법 또는 부당한 행정작용을 방지하고 이를 통해 신속한 국민의 권익구제가 가능하다.

(7) 행정심판에 대한 폐지론

최근 행정심판 폐지론을 주된 내용으로 하는 독일 일부 주(Land)들의 입법동향¹²⁸⁾

126) 이종영, 앞의 논문, 42-43쪽 참조.

127) 오준근, 앞의 논문, 418쪽 참조.

과 그에 관한 학자들의 평가들도¹²⁹⁾ 우리 제도 정비를 위해 참고할 만한 내용이 적지 않다.

행정심판제도의 폐지를 주장하는 근거 중 하나로서 행정소송의 신속성을 들고 있다. 그러나 행정심판제도가 폐지되면 행정심판의 목적 중 하나인 법원의 부담이 증가하게 되는데 이는 모든 분쟁해결을 법원이 해야 한다는 문제점이 없지 않다. 또한 행정심판을 통한 직근상급행정청이 가지는 감독기능의 폐지는 행정의 자기통제 기능을 상실할 수 있어 국민의 불편을 가중시킬 수 있다는 것이다. 그리고 행정심판의 효율성을 담보하기 위해 ‘행정심판 임의주의’로 전환하자는 논의가 있었으나 ‘임의적 행정심판’으로 전환할 경우 행정법원의 부담이 증가한다는 점이 지적되기도 했다.

아울러, 최근 독일에서 「행정심판 무용론」이나 「행정심판 폐지론」이 강하게 주장되고 있는 가운데, 효율적 갈등해결모델(effektives Konfliktlösungsmodell)이 존폐위기에 있는 행정심판에게는 구원의 닻(Rettungsanker)이 될 수 있다는 주장도 특기할 만하다.¹³⁰⁾ 또한 독일의 제도를 평가함에 있어서는 독일의 경우 일반 민·형사법원과는 별도의 체계로서 3심제로 구성된 행정법원제도가 매우 발달해 있는 점 등 우리의 행정쟁송제도와는 배경이 상이한 점도 감안해야 할 것이다.

128) 독일의 주 가운데, Bayern, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt 등이 州法人 「행정법원법의 시행법률」(Ausführungsgesetz zur Verwaltungsgerichtsordnung, AGVwGO)들을 통하여 행정심판제도 개혁에 나서고 있다.

129) Holzner, "Die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens", DÖV 2008, 217 ff.; Beaucamp/Ringermuth, "Empfiehl sich die Beseitigung des Widerspruchsverfahrens?", DVBl. 2008, 426 ff. 참조.

130) Härtel, "Rettungsanker für das Widerspruchsverfahren?", VerwArch 2007, 54 ff.

IV. 행정심판법의 개정과 체계정비

1. 총칙

□ 행정심판의 종류 : 당사자심판의 신설여부

현행 행정심판법	권익위 행정심판법 개정안
<p>제5조(행정심판의 종류) 행정심판의 종류는 다음 각 호와 같다.</p> <p>1. 취소심판: 행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 행정심판</p> <p>2. 무효등확인심판: 행정청의 처분의 효력 유무 또는 존재 여부를 확인하는 행정심판</p> <p>3. 의무이행심판: 당사자의 신청에 대한 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 행정심판</p>	<p>좌동</p>

(1) 거부처분취소심판이 가능한지 여부

1) 취소의 의미

제1호에서의 ‘취소’란 적극적 처분의 취소 및 소극적 처분인 거부처분의 취소를 포함한다(거부처분취소심판 가능, 反: 홍정선). 권력분립의 문제가 없는 취소심판에서 ‘변경’이란 취소소송의 경우와는 달리 허가취소처분을 영업정지처분으로 변경하는 경우와 같은 적극적 변경을 뜻한다(제43조3항 참조).

2) 거부처분의 취소심판 대상적격성

제3호에서 의무이행심판을 규정하고 있는 점에서 거부처분의 경우 의무이행소송 외에 취소심판도 허용되는가의 문제가 다투어진다.

이에 대하여, 허용되지 않는다는 견해가 있다.¹³¹⁾ 동 견해에 따르면 「행정심판

법」상 거부처분은 의무이행심판의 대상이지 취소심판의 대상이 아니므로 당사자가 거부처분취소심판을 제기한 경우 행정심판위원회는 의무이행심판으로 변경 청구하도록 하여야 한다고 본다. 이처럼 이를 부정적으로 보는 견해는 보다 효율적인 권익구제수단이 의무이행심판이라는 점에서 분명히 논리적이지만, 행정심판실무상 거부처분에 대해서는 의무이행심판이 아니라 오히려 거부처분 취소심판을 더 많이 이용하고 있는 현실을 간과할 수는 없다. 판례 역시 거부처분취소심판을 인정하고 있다.¹³²⁾ 이는 종래 행정심판위원회의 관행 및 행정소송과의 관계에 기인하는 것으로 보인다. 그간 「행정소송법」에서 의무이행소송이 인정되지 않아 거부처분은 거부처분취소소송을 통하여만 다투어졌고, 행정소송을 모방하는 경향이 강했던 종래의 행정심판에서도 자연스럽게 거부처분취소심판을 이용하는 경향이 있었다.

(2) 「행정소송법 개정안」에서 의무이행소송의 도입

「행정소송법 개정안」에서는 의무이행소송이 아래와 같이 포함되었다.

현행 행정소송법	행정소송법 개정안
<신 설>	<p>제4조</p> <p>4. 의무이행소송 : 행정청의 위법한 거부처분이나 부작위에 대하여 처분을 하도록 하는 소송</p> <p>제41조(원고적격) 의무이행소송은 처분을 신청한 자로서 행정청의 거부처분이나 부작위에 대해서 처분을 할 것을 구할 법적 이익이 있는 자가 제기할 수 있다.</p> <p>제42조(제소기간) 생략</p> <p>제43조(소의 변경) 생략</p> <p>제44조(의무이행판결) 법원은 행정청의 거부처분이나 부작위가 위법한 때에는 다음 각호의 구분에 따라 판결한다. 거부처분의 경우에는 이를 함께 취소한다.</p> <p>1. 당사자의 신청에 따른 처분을 할 의무</p>

131) 홍정선, 행정법특강, 2013, 594쪽.

132) 대법원 1998. 12. 13. 선고 88누7889 판결.

	<p>가 있음이 법령상 명백하고 그 의무를 이행하게 하는 것이 상당하다고 인정하는 경우에는 행정청에게 그 의무를 이행하도록 선고한다.</p> <p>2. 행정청이 그 처분을 하지 않는 것이 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있다고 인정하는 경우에는 행정청에게 판결의 취지를 존중하여 처분을 이행하도록 선고한다.</p> <p>제45조(의무이행판결의 기속력) 행정청에게 당사자의 신청에 따른 처분을 이행하도록 선고하거나 판결의 취지를 존중하여 처분을 이행하도록 선고한 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다.</p> <p>제46조(의무이행판결의 간접강제) 생략</p> <p>제47조(준용규정) 생략</p>
--	---

개정안과 같이 의무이행소송이 도입될 경우 거부처분의 경우 취소소송보다는 의무이행소송으로 다투어질 것이다. 의무이행소송이 보다 실효성 있는 구제수단이기 때문이다.

2004년 일본의 행정사건소송법 개정에서는 의무이행소송과 거부처분취소소송의 관계가 매우 다각적으로 다투어졌다.¹³³⁾

독일의 경우 예외적인 경우에 이른바 독립적 취소소송(isolierte Anfechtungsklage)이 이용될 수 있는 경우 이외에는 의무이행소송(Verpflichtungsklage)가 이용되고 있다.

우리나라 「행정소송법 개정안」에서는 의무이행소송을 신설하면서 부작위위법확인소송까지 존치한 것으로 보아 거부처분취소소송도 여전히 이용될 수 있을 것이지만, 거부처분취소소송과 의무이행소송과의 관계는 개정안이 통과될 경우 본격적으로 논의될 것으로 전망한다. 이와 함께 의무이행심판과 거부처분취소심판의 관계 역시 마찬가지일 것이다.

(3) 의무이행심판의 향후 과제

133) 김현준, “의무이행소송과 거부처분취소소송의 관계”, 토지공법연구 58, 2012 참조.

1) 의무이행심판의 활용도 제고의 전망

「행정심판법」상 의무이행심판은 지금까지 인정되어 오던 제도이므로 「행정소송법 개정안」에서 의무이행소송이 포함된 것과 무관한 것으로 볼 여지도 있다.

그러나, 행정소송에서 의무이행소송이 신설될 경우 「행정심판법」상 의무이행심판은 새로운 국면을 맞을 것으로 보인다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 행정소송에서의 의무이행소송의 활용 그 자체가 행정심판에 대하여 미칠 영향력이다.

둘째, 「행정소송법」에서의 의무이행판결에 대한 규정에 따라, 권익위 「행정심판법 개정안」에서와 같은 의무이행재결에 대한 상세한 규정이 마련될 전망이 있기 때문이다. 특히 지령판결(Bescheidungsurteil) 등으로 번역되는 의무이행판결이 「행정소송법 개정안」에 포함되어 있고 이는 권익위 「행정심판법 개정안」에서도 반영되어 있다.

현행 행정심판법	권익위 행정심판법 개정안
<p>제43조(재결의 구분) ① ~ ④ (생략) ⑤ 위원회는 의무이행심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 지체 없이 신청에 따른 처분을 하거나 처분을 할 것을 피청구인에게 명한다.</p>	<p>제43조(재결의 구분) ① ~ ④ (현행과 같음) ⑤ 위원회는 행정청의 거부처분이나 부작위가 위법 또는 부당한 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 재결한다. 거부처분의 경우에는 이를 함께 취소한다.</p> <p>1. 당사자의 신청에 따른 처분을 할 의무가 있음이 명백하고 그 의무를 이행하도록 하는 것이 상당하다고 인정하는 경우에는 행정청이 그 처분을 하도록 명한다.</p> <p>2. 그 밖의 경우에는 행정청이 당사자의 신청에 대하여 재결의 취지에 따라 처분을 하도록 명한다.</p>

2) 의무이행심판과 거부처분취소심판의 관계

권익위 「행정심판법 개정안」에서 그간 규정이 없었던 취소심판 기속력에서의 재처분의무 규정을 신설한 것으로 보아, 거부처분취소심판에 대한 미련(?)은 여전히 지속될 것으로 보인다.

현행 행정심판법	권익위 행정심판법 개정안
<p>제49조(재결의 기속력 등) ① (생략) <u><신설></u></p> <p>② (생략) ③ 신청에 따른 처분이 절차의 위법 또는 부당을 이유로 재결로써 취소된 경우에는 제2항을 준용한다. ④·⑤ (생략)</p> <p><u><신설></u></p>	<p>제49조(재결의 기속력 등) ① (현행과 같음) ② 재결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 한 행정청은 재결의 취지에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다. ③ (현행 제2항과 같음) ④ -----제3항----- ⑤·⑥ (현행 제4항 및 제5항과 같음) ⑦ 재결에 따라 취소되는 처분이 이미 집행된 경우에는 당사자인 행정청과 그 밖의 관계 행정청은 그 집행으로 인하여 직접 청구인에게 발생한 위법 또는 부당한 결과를 제거하기 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.</p>

그러나, 거부처분의 경우 의무이행심판이 보다 실효성 있는 수단이 아닌가? 따라서 예외적으로 거부처분취소심판을 이용할 필요성이 인정되지 않는 한, 거부처분에 대해서는 의무이행심판이 본격적으로 이용될 수 있도록 해야 할 것이다.

(3) 당사자심판의 도입여부?134)

1) 행정심판은 항고심판에 국한되는 것인가

우선, 행정심판은 행정소송의 종류 중 항고소송에 대응하는 것이냐가 문제이다. 말하자면, 공권력에 불복하는 행정쟁송만을 「행정심판법」상 행정심판으로 볼 것인가를 생각해 보아야 한다.

현행 「행정심판법」은 이러한 입장에서 취소심판, 무효등확인심판, 의무이행심판을 규정하고 있다. 행정심판을 이와 같이 이해하면서, 전통적인 공정력개념을 유지할 경우 행정심판의 대상이 되는 것은 처분 또는 처분의 불행사에 국한하게 된다. 행정소송의 경우에는 처분 이외의 행정작용에 대해서 당사자소송을 통한 구제가능성이 없

134) 이 부분의 주된 내용은 김현준, 행정법학 제3호, 240-244쪽을 요약한 것임.

지 않지만, 행정심판의 경우에는 매우 좁은 범위의 행정작용만이 그 대상이 되어 오히려 행정소송에 비하여 구체대상이 좁아지게 된다. 결국 「행정심판법」상 행정심판은 원칙적으로 「항고소송의 (임의적) 전심절차」에만 머물게 된다.

그러나, 이번 「행정소송법 개정안」에서 공법상 법률관계에 관한 소송인 「당사자소송의 활용범위」가 매우 넓어졌다는 점에 주목할 필요가 있다. 즉 「행정소송법 개정안」에 따라 당사자소송의 활용범위에 (명시적 법률규정에 따라 분명하게) 들어오게 되는 행정작용의 경우에도 그와 관련된 간이·신속한 구제수단으로서 행정심판의 필요성은 생기게 되었다. 사실 행정심판이 항고심판에 국한될 필요는 처음부터 없었지만, 과거 당사자소송이 제대로 이용되지 않았던 상황과 「행정소송법 개정안」의 취지에 따라 당사자소송이 활성화될 상황은 큰 차이가 있다. 앞서 「행정소송법」 개정(안)과의 관계에서 「행정심판법」의 개정방향으로 「항고소송 모방형」이 아닌 「행정소송 보완·확대형」을 지향한 것도 같은 취지이다. 이러한 기본방향에 맞추어 행정심판의 대상을 (행정행위 이외의) 행정작용별로 구체적으로 검토해 보자.¹³⁵⁾

2) 행정작용별 구체적 검토

가. 행정입법

현대의 행정작용은 처분 외에 행정입법을 통하여 이루어지는 경우가 많은 점을 생각하면, 행정입법을 다루는 행정쟁송적 수단의 필요성은 크다고 할 수 있다. 이는 본질적으로 행정입법이 행정쟁송의 대상적격을 갖느냐의 문제이겠지만, 종래 행정쟁송의 대상이 되지 못했던 행정입법 가운데 공권력성이 인정되는 경우 헌법소원의 대상이 되어 헌법재판소의 관할사건으로 다루어지고 있다. 「행정소송법 개정안」의 작업과정에서도 행정입법을 법원에서 행정소송(항고소송)으로 다루어야 하느냐, 헌법재판(헌법소원)에서 다루어야 하느냐로 다루어진 바 있으며, 「행정소송법」 개정위원회에서도 종래와 마찬가지로 항고소송의 대상에는 원칙적으로 포함시키지 않는 것으로 결정했다. 헌법소원의 보충성과 관련된 문제는 「행정심판의 대상」에서도 마찬가지로 전개될 수 있어, 행정심판의 대상적격으로서 행정입법을 논하는 것은 그다지 실익이 없어 보인다. 다만, 이른바 처분적 조례, 처분적 고시 등의 경우와 같이 집행행위의 매개를 거치지 않고 직접 국민의 권리의무에 관계되는 행정작용에 대해서는 판례와 통설은 취소소송·무효등확인소송의 대상이 되는 것으로 보고 있다. 이러한 작용이

135) 일본의 행정불복심사제도검토회(行政不服審査法及び行政手続法改正要綱案の骨子, 2007.7), 53쪽 이하 참조.

행정심판의 대상이 되는지 여부에 대해서는 학설의 다툼이 없지 않지만, 마찬가지로 취소심판·무효등확인심판의 대상이 된다고 보아야 할 것이다. 그러나, 처분적 행정입법을 제외한 행정입법에 대해서는 「행정소송법 개정안」에 따르더라도 여전히 항고소송으로는 다루기 어렵다고 생각되지만, 항고소송에 집착하지 않고 당사자소송을 활용한다면 이러한 행정입법 역시 구제의 범위에 포함될 여지가 많다.¹³⁶⁾ 따라서 당사자심판이 인정될 수 있다면 마찬가지로 일 것이다.

나. 행정지도

권고라고 하더라도 권고에 따르지 않는 것이 불이익처분의 사유가 된다면, 그 권고는 일정한 의무를 과하는 행정처분으로 해석하고 있다.¹³⁷⁾ 가령, 법령에서 ‘권고’나 ‘지시’ 등으로 나타날 수 있는 행정지도는 경우에 따라 처분성을 가질 수도 있고, 그렇지 않을 수도 있지만, 법령에서 권고·지시의 의미가 그 정도로 명확하지 않은 경우가 많다. 이러한 경우 처분성을 인정할 수 없고, 실제로 그러한 권고·지시로 국민의 권익이 침해받는다라고 느끼더라도 항고쟁송을 통하여 다룰 수 없게 된다.¹³⁸⁾ 그러나, 행정심판이 반드시 항고소송의 전심절차, 즉 항고심판의 경우에만 한정되는 것이 아니라면 공법상 법률관계에 대하여 간이·신속하게 행정심판에서 다룰 수 있는 제도는 검토할 만하다. 특히 이번 「행정소송법 개정안」에서는 처분을 제외한 사실행위 등의 작위·부작위를 구하는 소송을 당사자소송으로 제기할 수 있는 길을 열어 놓았다.¹³⁹⁾ 이에 대응하는 간이·신속한 행정쟁송으로서의 행정심판은 어떠한가?

다. 행정지도 이외의 행정상 사실행위

법적 효과(권리의무변동)는 없지만, 사실상 결과를 실현하고 있는 작용인 권력적 사실행위(가령, 수용, 무허가건축물 강제철거, 영업소폐쇄, 단수조치, 전염병환자의 강제격리 등)는 공권력행사이므로 처분이 되는 경우가 있다. 이러한 권력적 사실행위에 대해서는 「그밖에 이에 준하는 행정작용」으로 파악하기도 견해¹⁴⁰⁾도 있고, 이를 수인의

136) 김현준, “처분성 없는 행정작용에 대한 행정소송으로서의 확인소송 - 2004년 일본 행소법 개정 상황에서의 확인소송 활용론을 단초로 하여 -”, 공법연구 37-3, 2009 참조.

137) 대법원 2005. 7. 8. 선고 2005두487 판결 등.

138) 中川長久, “行政訴訟としての「確認訴訟」の可能性”, 民商法雜誌 130-6, 2004, 988頁.

139) 개정안 제3조 제2호. 이에 관한 해설로 정하중, “행정소송법 개정 논의경과“, 행정소송법 개정 공청회(2012. 5. 24) 자료집 8쪽 참조.

140) 김남진·김연태, 행정법I, 2011, 762-763쪽.

무를 부여하는 행정행위와 사실행위가 결합된 이른바 합성행위로 파악하여 사실행위는 여전히 항고소송의 대상이 되지 않는다고 보는 견해¹⁴¹⁾도 있다. 어떠한 견해에 따르면, 권력적 사실행위의 경우 계속적 성질을 가지는 것만 행정소송의 대상이 될 수 있을 것으로 보인다.

이번 「행정소송법 개정안」과 관련한 행정심판 대상으로서 행정상 사실행위에 대해서는, 강학상 행정행위만이 실제적 공정력을 가지며 행정쟁송은 이러한 공정력을 깨트리는 소송이라는 전통적 행정행위관념을 계속해서 유지할 것인지에 대한 진지한 검토가 필요한 시점이 아닌가 생각된다. 이러한 공정력문제로부터 다소나마 자유로워짐을 전제로 권력적 사실행위는 「그밖에 이에 준하는 행정작용」의 해석을 통해서, 아니면 정면으로 처분성을 인정함으로써 행정쟁송의 대상에 포함될 수 있다고 생각된다.

라. 행정계약

이번 「행정소송법 개정안」에서 행정계약과 관련한 중요한 개정이 이루어졌다. 동 개정안 「제3조 제2호 라목」에서는 「기타 행정상 급부이행청구소송」을 당사자소송의 유형으로 명시하고 있다. 이에 따라 공법상 계약 등 공법상 채권관계에서 발생하는 급부청구를 당사자소송으로 제기할 수 있는 길을 열어 놓았다. 현대행정에서 행정계약이 차지하는 비중이나 행정계약과 관련된 문제가 비단 「이행」의 문제만이 아니라 「확인」의 문제도 있다는 점을 생각하면, (항고소송의 대상이 되는 경우¹⁴²⁾를 제외한) 행정계약에 관한 소송을 당사자소송의 독자적인 한 유형으로 제시하는 편이 낫지 않았나 생각된다. 그러나, 동 개정안 제3조 제2호 가목의 공법상 신분·지위 등 그 법률관계의 존부에 관한 확인소송 역시 행정계약에 관한 소송으로 활용될 수도 있다고 생각된다. 이렇게 볼 때, 「행정소송법 개정안」에 따르면, 행정소송(당사자소송)을 통한 권익침해를 구제받을 수 있는 길이 넓어졌음은 분명하다. 나아가, 종래 사법상 계약으로 파악하여 온 공공계약에 관한 소송, 가령 낙찰자지위확인의 소, 제2순위 적격심사대상자 지위확인의 소 등이 「행정소송법 개정안」에 따르면 민사소송이 아니라 당사자소송으로 행해질 수 있을 것으로 보인다. 또한, 일반경쟁입찰참가자격을 인정받지 못한 자나 지명경쟁입찰에서 지명을 받지 못한 자는 스스로 정부계약의 상대로

141) 정하중, 행정법개론, 2011, 358쪽.

142) 가령, 종래 판례에서 정부조달계약에서 부정당업자제재와 관련하여 그 처분성을 인정한 경우(대법원 1996.2.27. 선고 95누4360 판결), 또는 정부조달계약에서 취소소송의 대상으로 삼을 필요성이 인정되는 것으로 보여지는 낙찰결정 등(박정훈, “행정조달계약의 법적 성격”, 행정법의 체계와 방법론, 2005, 230-231쪽; 김대인, 행정계약법의 이해, 266쪽 참조).

서 참가할 자격을 가지는 것에 대한 확인을 구하고자 할 경우, 장래에도 계속해서 입찰안건에서 공공기관으로부터 부당한 취급을 받지 않기 위해서는 당해 입찰이 종료되더라도 확인소송을 계속할 필요가 인정되는 경우 등도 당사자소송이 이용될 수 있는 여지가 더욱 많아졌다.¹⁴³⁾ 이렇게 넓어진 당사자소송의 활용가능성에 대응하는 간인·신속한 절차로서의 행정심판절차의 가능성을 생각해 볼 필요가 있다.

3) 당사자심판의 도입문제

이상과 같은 당사자심판의 가능성에도 불구하고, 당사자심판의 도입문제는 현실적인 여건을 감안하지 않을 수 없다. 아울러 항고소송의 전심절차로 발전해 온 행정심판의 속성상 당사자심판에 대한 공감을 얻는 것도 쉽지 않아 보인다.¹⁴⁴⁾

김광수·박정훈(2012)에 따르면, 우리나라 행정심판위원회가 당사자심판을 심리판단하기에 적절한 여건으로서 ①행정법 전문가로 구성되어 있으며 그간의 경험을 통하여 당사자심판을 할 수 있는 인력을 구비하고 있으며, ②행정심판위원회는 위원회형으로 재결권한까지 가지고 있기 때문에 당사자심판을 심리하여 적절한 판단을 할 수 있는 면을 든다. 그러나, 시심적 성격의 당사자심판은 행정심판위원회에게 행정청이 일정한 처분을 하는 정도의 숙고를 요하므로, 현재 행정심판위원회의 조직과 예산으로 당사자심판을 감당할 수 있는 여건이 마련되었다고 할 수 없다는 결론을 내리고 있다. 그 대응방안으로서 ①「행정심판법」상 당사자심판을 도입하는 것을 전제로 행정심판위원회의 대폭적인 개편과 증원이 필요하며, ②당사자심판의 도입 가능성은 열어 두되 당장 필요한 부분부터 부분적으로 문호를 개방하는 방안이 검토될 수 있다고 한다.¹⁴⁵⁾

이러한 점들을 종합하여 볼 때, 「행정소송법 개정안」에서의 당사자소송 활성화 규정의 시행상황을 지켜보면서, 당사자심판의 필요성에 대한 실증적 검토와 당사자심판에 대한 공감대 확대를 모색하는 것이 바람직하리라 생각된다.

143) 김남진, “행정상 확인소송의 가능성과 활용범위”, 고시연구 2005/5, 20쪽 참조.

144) 가령, 2012. 7. 6 서울대학교에서 「행정심판과 행정소송의 조화」라는 주제로 개최된 한국행정법학회 학술대회(주제발표:김광수, 김현준, 박정훈)에서의 종합토론에서는 당사자심판에 대한 회의적인 토론이 많았다.

145) 김광수·박정훈, 행정심판·행정소송·행정절차제도의 조화방안 연구(최종보고서), 한국행정법학회/국민권익위원회, 2012. 8. 29 참조.

2. 심판기관

□ 중앙심판위원회의 위원 수 등

현행 행정심판법	권익위 행정심판법 개정안
<p>제8조(중앙행정심판위원회의 구성) ① 중앙행정심판위원회는 위원장 1명을 포함한 50명 이내의 위원으로 구성하되, 위원 중 상임위원은 4명 이내로 한다.</p> <p>② (생략)</p> <p>③ 중앙행정심판위원회의 상임위원은 별정직 국가공무원으로 임명하되, 3급 이상 공무원 또는 고위공무원단에 속하는 일반직공무원으로 3년 이상 근무한 사람이나 그 밖에 행정심판에 관한 지식과 경험이 풍부한 사람 중에서 중앙행정심판위원회 위원장의 제청으로 국무총리를 거쳐 대통령이 임명한다.</p> <p>④ 중앙행정심판위원회의 비상임위원은 제7조제4항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람 중에서 중앙행정심판위원회 위원장의 제청으로 국무총리가 위촉한다.</p> <p>⑤ ~ ⑨ (생략)</p>	<p>제8조(중앙행정심판위원회의 구성) ①</p> <p>----- 70명 ----- 이내의</p> <p>-----.</p> <p>② (현행과 같음)</p> <p>③</p> <p>-----</p> <p>----- 중앙행정심판위원회 위원장의 추천과 국민권익위원회 위원장의 제청으로 -----.</p> <p>④</p> <p>----- 중앙행정심판위원회 위원장의 추천과 국민권익위원회 위원장의 제청으로 -----.</p> <p>⑤ ~ ⑨ (현행과 같음)</p>

- 행정심판이 감당해야 할 기능을 효율적으로 감당하기 위해 중앙행정심판위원회의 조직과 예산의 확대가 필요하다는 지적이 제기되는 가운데, 비상임위원의 pool을 확대하는 것은 현실적 대안이 될 수 있다.

- 아울러 복잡하고 전문화되어 가는 현대 행정법문제의 다양한 분쟁양상에 대비하기 위해 다양한 전문성을 갖춘 위원회 조직이 필요하다.

- 행정심판위원의 임명 및 위촉 절차는 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」 및 「국민권익위원회와 그 소속기관 직제」에 따른 국민권익위원회의 조직에 맞추어 조정될 필요가 있다.

3. 당사자 및 관계인

□ 행정심판의 청구인적격

현행 행정심판법	권익위 행정심판법 개정안
<p>제13조(청구인 적격) ① 취소심판은 처분의 취소 또는 변경을 구할 법률상 이익이 있는 자가 청구할 수 있다. 처분의 효과가 기간의 경과, 처분의 집행, 그 밖의 사유로 소멸된 뒤에도 그 처분의 취소로 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에도 또한 같다.</p> <p>② 무효등확인심판은 처분의 효력 유무 또는 존재 여부의 확인을 구할 법률상 이익이 있는 자가 청구할 수 있다.</p> <p>③ 의무이행심판은 처분을 신청한 자로서 행정청의 거부처분 또는 부작위에 대하여 일정한 처분을 구할 법률상 이익이 있는 자가 청구할 수 있다.</p>	<p>제13조(청구인 적격) ① ----법적 이익----- -----취소를 구할 법적 이익-----. ② -----법적 이익-----. ③ -----법적 이익-----.</p>

(1) 「행정심판법」의 규정에 대한 해석상 다툼

1) 제1항

가. 법률상 이익의 해석

「행정소송법」 제12조에서와 마찬가지로 ①권리구제설, ②법률상 이익 구제설, ③보호가치이익설, ④적법성보장설이 논의된다. 통설은 처분의 근거법규 및 관계법규에 의해 보호되는 이익이 침해되거나 침해될 가능성이 있는 자가 제기할 수 있다는 ②설의 입장이다.

나. 제13조 1항 전단의 「법률상 이익」

①행정심판은 위법한 침해뿐만 아니라 부당한 침해에 대해서도 다룰 수 있는데(제1

조 참조) 부당한 행위에 대해서는 법률상 이익이 없으므로 청구인적격으로 법률상 이익을 요구하는 제13조1항 전단은 입법과오라는 견해가 있다(입법과오설). ②부당한 처분에 의하여도 권리가 침해될 수 있으며, 청구인적격문제는 행정의 적법·타당성의 실효적 보장과 남소방지의 요청 사이의 비교형량에 따라 결정되는 입구의 문제이나 위법·부당은 본안심리에서의 승소사유인 출구의 문제라는 점에서 양자는 구분되므로 입법과오가 아니라는 견해도 있다(입법비과오설).

다. 제13조 1항 후단의 「법률상 이익」

행소법 제12조 후단의 해석문제에서와 마찬가지로 학설이 대립된다. 가령, 청구인적격에 관한 것이 아니라, 협의의 청구이익(권리보호필요성)에 관한 것으로 이를 위법확인의 정당한 이익으로 보아야 한다는 견해도 주장된다.

2) 제2항, 제3항

무효등확인심판, 의무이행심판에서의 청구인적격의 판단을 위한 법률상 이익의 해석도 제1항의 해석과 마찬가지로이다.

(2) 우리나라에서의 「입법과오론」과 「입법비과오론」¹⁴⁶⁾

행정심판의 청구인적격에 대하여 현행 「행정심판법」은 행정소송의 원고적격에 관한 「행정소송법」 규정과 마찬가지로 「법률상 이익」을 가지는 자로 규정하고 있다. 이에 대해서는 부당한 처분까지도 그 대상으로 하는 행정심판의 청구인적격을 오직 위법한 처분을 다투는 행정소송의 그것과 같이 규정하는 것은 「입법과오」라는 견해가 있다.¹⁴⁷⁾ 이러한 입법과오론에 대하여 현행법의 태도는 입법과오가 아니라는 반론도 주장되고 있다.¹⁴⁸⁾ 이 문제를 반드시 입법의 과오·비과오로 보지 않고 입법의 미비¹⁴⁹⁾·입법정책적인 문제¹⁵⁰⁾라는 견해도 있는데, 이는 입법비과오설에 가까운 것

146) 김현준, 행정법학 제3호, 247-252쪽에서 연구된 내용을 바탕으로 작성되었음.

147) 김남진·김연태, 행정법I, 2011, 664쪽. 이러한 취지로 보이는 홍준형, 행정법, 2011, 761쪽.

148) 김철용, 행정법, 2012, 480쪽; 김철용, “행정심판법 제9조의 입법상 과오론”, 고시연구 1999/7, 51쪽 이하; 박정훈, “행정심판의 기능 - 권리구제적 기능과 자기통제적 기능의 조화”, 행정법연구 제15호, 8쪽.

149) 홍정선, 행정법특강, 2012, 576쪽.

150) 박균성, 행정법강의, 2012, 662쪽.

으로 보인다.

입법과오론은 주로 「행정심판법」은 부당까지 다루고 있다는 점에 착안하고 있다. 이에 반하여, 입법비과오론은 ①부당한 처분에 의해서도 권리가 침해될 수 있다는 점, ②청구인적격은 행정의 적법·타당성의 실효적 보장과 남소방지의 요청 사이의 비교형량에 따라 결정되는 입구의 문제이나 위법·부당은 본안심리에서의 승소사유인 출구의 문제로서 양자는 구분된다는 점을 주된 논거로 삼는다.

(3) 독일에서의 청구인적격

독일의 「행정법원법」(VwGO)상 행정심판(Widerspruch)에 관한 규정에서는 우리나라 「행정심판법」에서와 같은 청구인적격(Widerspruchsbefugnis)에 관한 명문규정은 없다. 그러나, 지배적인 학설은 「행정법원법」 제42조2항의 규정을 유추적용하여 행정소송의 원고적격에서와 마찬가지로 권리침해(Rechtsverletzung)를 주장할 수 있어야 한다고 해석하고 있다.¹⁵¹⁾ 그 이유는 민중행정심판(Popularwiderspruch)은 허용될 수 없기 때문이라고 한다.¹⁵²⁾ 즉, 행정심판의 청구인적격(Widerspruchsbefugnis) 역시 「행정소송법」의 원고적격과 마찬가지로 주관법=권리(Recht)의 침해가능성에서 구하고 있으며, 단순한 「권리의 반사」(Rechtsreflex=반사적 이익), 「경제적 이익」(wirtschaftliche Interesse), 「소득의 기회」(Erwerbsschance) 등을 가지는 자는 청구인적격이 인정되지 않는다는 보호규범론이 마찬가지로 적용되고 있다.¹⁵³⁾

이때, 행정심판의 심사기준은 위법성만이 아니라 합목적성을 포함하는 넓은 것이라는 점에 착안하여 행정심판 청구인적격에 영향을 줄 수 있는 여지를 남겨두고 있는 견해도 있다.¹⁵⁴⁾ 그러나, 여전히 청구인적격은 권리침해의 가능성을 주장하는 자로 보게 되며, 그 이유로서 합목적성을 상실하는 행정작용은 결국 비례원칙에 반하는 재량하자가 되어 부당을 넘어 위법이 된다는 점을 들고 있다. 따라서 부당이 청구인적격에 영향을 미치는 영역은 「생각하기 어려운」(denkbar gering) 경우로 보고 있다.¹⁵⁵⁾

151) Dolde/Porsch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, 22. Ergänzungslieferung 2011, § 70 Rn 41; Geis, Verwaltungsgerichtsordnung, 2006, § 69 Rn. 51; Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 2005, S. 80 f.; Hüttenbrink, in: Kuhla/Hüttenbrink, Verwaltungsprozess, 2002, Rn. 89.

152) Dolde/Porsch, 앞의 책, Rn. 41.

153) Hufen, 앞의 책, 80쪽.

154) 위의 책, 81쪽.

155) 위의 책, 81쪽; 같은 취지의 Geis, 앞의 책, § 69 Rn. 51; § 68 Rn. 202.

(4) 일본에서의 청구인적격

우리의 「행정심판법」에 해당하는 日本의 「행정불복심사법」에서도 청구인적격(不服申立適格)에 대한 명시적인 규정은 없다. 그러나 일본의 판례는 원고적격에서와 같은 요건이 필요하다고 해석하고 있는바, 리딩케이스 격인¹⁵⁶⁾ 최고재판소 판례(主婦連ジュース事件)¹⁵⁷⁾에서 청구인적격(不服申立適格)을 원고적격과 동일하게 해석한 이래, 이후 판례들은 동 판례를 선례로 인용하며 같은 취지를 밝히고 있다.¹⁵⁸⁾

학설은 ①일본 행정사건소송법 9조의 취소소송 원고적격과 동일하게 보아야 한다는 一元說과 ②원고적격보다 넓게 보아야 한다는 二元說이 오래전부터 다투어지지만,¹⁵⁹⁾ 일원설이 다수의 입장으로 보인다.¹⁶⁰⁾ 양 학설의 논거는 대체로 우리나라에서의 입법비과오설과 입법과오설의 그것과 유사해 보인다. 그밖에 이원설의 입장에서 「행정불복심사법」이 「행정의 적정한 운영의 확보」도 목적으로 하고 있다는 점에서 취소소송절차에 비해 심사절차는 간이한 것으로 족하다는 주장도 있다.¹⁶¹⁾

(5) 「청구인적격」과 「원고적격」의 비교검토

「행정심판법」 개정론의 차원에서 「입법과오론」과 「입법비과오론」의 당부를 다룰 필요는 없다고 생각된다. 과거의 논의에 집착하기보다 미래지향적인 「행정심판법」을 추구한다는 차원에서, 즉 굳이 양 학설의 어느 입장을 취하기보다는 입법론의 차원에서 좀 더 바람직한 방향을 생각해 보고자 한다.

1) 「적법·부당」의 통제필요성

위법·부당이 아니라 적법·부당(적법하지만 부당)의 경우는 실제로 잘 찾아볼 수 없다. 우리나라 부당판단의 권한을 법적으로 부여받고 있는 행정심판위원회의 재결례

156) 이 사건은 「행정불복심사법」이 아니라 「부당경품류 및 부당표시방지법」에 기한 불복사건이긴 하지만, 행정불복심사의 일반론으로서 판시하고 있고, 청구인적격에 관한 일본문헌도 거의 예외 없이 이 판례를 리딩케이스로 인용하고 있는 것으로 보인다(岡村周一, “不服申立適格”, 別冊ジュリスト 行政判例百選II, 2006, 286-287頁 참조).

157) 最判昭和53·3·14民集32卷2号211頁.

158) 宇賀克也, 行政法概說II, 2011, 44頁 참조.

159) 이러한 학설대립에 대해서는 主婦連ジュース事件의 평석이기도 한 岡村周一, 앞의 논문, 286-287頁. 이와 함께 宇賀克也, 앞의 책, 44쪽 참조.

160) 일원설을 통설로 소개하는 本多滝夫, “行政不服申立適格の再考”, 福家俊郎·本多滝夫 編, 行政不服審査制度の改革, 2008, 86頁 참조.

161) 특히 本多滝夫, 앞의 논문, 87쪽.

에서도 「위법」과 무관한 「순수한 부당」의 경우를 찾아보긴 힘들다. 이러한 현상은 우리나라에서만이 아니라 독일¹⁶²⁾이나 일본¹⁶³⁾의 실무에서도 마찬가지로 나타나고 있다.

그 이유는 무엇보다 재량영역에서 이루어졌던 광범위한 法化(Verrechtlichung)에 기인한다고 생각된다. 원래는 합목적성 심사기준이었던 비례원칙이나 신뢰보호원칙 등이 행정법의 일반원칙이라는 이름으로 위법성 심사기준인 불문법원으로 법화되었고, 오늘날에는 성문법원의 한 부분으로 발전하기도 했다. 이제 비례원칙, 신뢰보호원칙 등은 의문의 여지가 없이 행정법상 위법 판단의 중요한 기준으로 정착되었다. 합목적성에 반하는 전형적인 경우들이 「재량하자론」의 발달로 「위법」으로 승격(?)해버려 「부당」이 차지했던 자리의 많은 부분들을 잠식하게 된 것이다.

그러나, 재량권의 일탈·남용까지 이르지 않은 재량을 그르친 경우인 부당은 여전히 그 고유한 의미가 있다. 「행정심판법」 역시 명문으로 이를 인정하고 있어, 합목적성판단을 위한 제도로서의 행정심판에서는 적법하지만 부당한 경우도 통제할 수 있다. 따라서, 부당문제를 다룰 실익 자체를 부정하지 않는 한,¹⁶⁴⁾ 부당통제를 할 수 있는 여건을 조성할 필요가 있다. 그러나, 청구인적격을 원고적격과 마찬가지로 「법」에 연관시킬 경우 「적법하지만 부당한 경우」를 통제할 수 있는 길은 봉쇄될 여지가 많다. 이 문제는 다음에서 보는 위법과 법적 이익의 관련성에서 더욱 뚜렷해진다.

2) 입구와 출구의 관련성 : 「법적 이익」¹⁶⁵⁾과 「위법」의 연계

濫請求방지 등의 입구문제 역시 출구문제와 연관시켜 이루어져야 하며 양자가 별개 문제는 아니라는 점에서 입·출구의 문제를 구분하는 것은 타당하지 않다고 생각된다. 남소 내지는濫請求의 제한을 위한 「입구의 제한」은 본안판단과 관련된 출구문제를 바탕으로 할 때 그 정당성이 확보될 수 있다고 할 것이다.

「주관법 위반」(Rechtsverletzung)과 「객관법 위반」(Rechtswidrigkeit)의 견련성을 인정하는 입장에서 볼 때,¹⁶⁶⁾ 본안판단에서의 「객관법 위반」(=위법)은 원고적격 판단

162) Klüsener, “Die Bedeutung der Zweckmäßigkeit neben der Rechtmäßigkeit in § 68 I 1 VwGO”, NVwZ 2002, 816 ff.

163) 鈴木秀洋, “「不当」要件と行政の自己統制—住民監査請求制度と行政不服審査制度”, 自治研究 83-10, 2007/10, 104頁 참조.

164) 이 점에 대해 신중한 접근을 하지 않으면 부당개념의 무용론으로 전개될 가능성이 있다. 이러한 무용론으로 Klüsener, 앞의 논문, 819쪽 참조.

165) 행정소송법 개정안 제12조의 「법적 이익」은 이러한 「법률상 이익」, 「권리」와 동일한 것인지 여부는 향후 학설·판례에 맡겨야 하겠지만, 여기서는 일단 이와 유사한 것으로 본다.

166) 객관법 위반과 주관법 위반의 견련성, 즉 위법성과 권리침해의 견련성(Zusammenhang

에서의 「주관법 위반」, (=권리침해 내지 법적 이익 침해)과 밀접한 관련이 있다. 그런데, 본안청구의 인용을 위해서 「객관법 위반」에는 못 미치더라도 「합목적성 위반」(=부당)만 있어도 되는 행정심판에서는 굳이 원고적격 판단을 위해 「권리침해」 내지 「법적 이익 침해」까지 요구할 필요는 없다.

소송요건에서 법과는 무관한 이익의 주장이 본안에서는 당해 행정작용이 부당하다는 주장으로 자연스럽게 연결될 수 있다. 「부당」을 판단하기 위해서는 실정법규정이나 法源의 지위를 획득한 행정법원리(비례원칙, 신뢰보호원칙 등)를 기준으로 할 필요가 없다. 만일 실정법, 즉 근거법령이나 관계법령으로부터 사익보호성을 도출해야 하는 「권리」 내지 「법률상 이익」과는 달리 「부당」은 이러한 실정법과 무관하게 인정될 수 있다. 그런데 실정법을 바탕으로 한 입구설정은 이미 부당이 도출될 수 있는 가능성을 봉쇄할 수 있다. 이로 인해 위법만이 아니라 부당한 처분을 통제하는 행정심판의 본질적 의미가 왜곡될 수 있다. 따라서 부당심사까지 담당하는 행정심판의 본연의 모습을 회복하기 위해서는 그 입구문제인 청구인적격이 「법」으로부터 해방되어야 한다. 객관법 위반이 없이도 청구인용이 될 수 있도록 해야 하기 때문에, 행정심판의 청구인적격을 주관법 위반으로 설정하는 것은 적절하지 않다고 생각된다. 요컨대, 침해행위의 위법사유를 구성하는 처분의 근거법령에서 보호되는 이익이 원고적격을 기초지운다면, 공익위반이 행정심판에서 부당사유가 되는 것은 공익에 흡수되는 이익이 청구인적격을 기초지우는 이익이 될 수 있다고 보아야 한다.¹⁶⁷⁾

3) 행정의 적정한 운영과 간이·신속한 구제필요성

법치행정의 원리에 따라 授權法의 의미를 다분히 갖는 행정법은 그 성격상 司法的 구제로는 구제가 곤란한 권리·이익의 구제(법)체계로서 발전해 온 점을 생각할 필요가 있다. 이러한 의미에서는 행정심판제도는 司法的으로 파악되는 이익만을 구제대상으로 해서는 안 되며, 「행정심판법」의 취지에 따라 청구인적격의 범위를 원고적격보다 넓게 해석하는 것이 자연스럽다.¹⁶⁸⁾

특히 이번 행소법 개정안에서 취소소송의 원고적격 요건이 「법률상 이익」이 있는 자에서 「법적 이익」이 있는 자로 바꾸기로 했는데(개정안 제12조), 향후 이러한 「법적 이익」의 해석을 두고 치열한 학설대립이 예상된다. 행정소송제도에 맞추어 만들어

zwischen Rechtswidrigkeit und Rechtsverletzung)에 대해서는 Schmidt-Aßmann, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, 2011, Einleitung Rn. 168. 이러한 견련성을 인정하지 않는 입장으로는 박정훈, 행정법연구 제15호, 8쪽.

167) 같은 취지의 本多滝夫, 앞의 논문, 87쪽.

168) 위의 논문, 87쪽.

진 원고적격규정에 사법적 구제제도가 아닌 행정심판이 굳이 따를 이유는 없고, 행정심판은 「행정의 적정한 운영」, 「간이·신속한 구제」와 같은 행정심판의 고유한 존재의의를 바탕으로 청구인적격을 정하는 것이 타당하리라 생각된다. 이러한 고유한 행정심판의 목적을 추구하기 위해서는 행정소송의 원고적격에 비하여 입구를 더 넓게 잡아갈 필요가 있다.

4) 소결

이상과 같은 이유로, 「주관법=권리」, 「법률상 이익」, 「법적 이익」 등과 같은 요건은 「法」 통제기관인 司法기관에서 행하는 행정소송의 원고적격에서 타당한 것이라고 생각된다. 따라서 「법」통제 이외에 「합목적성」심사(Prüfung der Zweckmäßigkeit)까지도 담당(해야)하는 행정심판의 청구인적격은 「법」의 요소가 빠진 개념인 「정당한 이익」이 있는 경우까지도 포함하여 그 판단기준을 삼아야 할 것이다. 이로써 부당통제를 통한 갈등해결기능¹⁶⁹⁾을 포함한 행정심판의 존재이유는 더욱 뚜렷해지리라 생각된다.

□ 행정심판의 피청구인

현행 행정심판법	권익위 행정심판법 개정안
<p>제17조(피청구인의 적격 및 경정) ① 행정심판은 처분을 한 행정청(의무이행심판의 경우에는 청구인의 신청을 받은 행정청)을 피청구인으로 하여 청구하여야 한다. 다만, 심판청구의 대상과 관계되는 권한이 다른 행정청에 승계된 경우에는 권한을 승계한 행정청을 피청구인으로 하여야 한다.</p> <p>② 청구인이 피청구인을 잘못 지정한 경우에는 위원회는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 피청구인을 경정(更正)할 수 있다.</p> <p>③ 위원회는 제2항에 따라 피청구인을 결정하는 결정을 하면 결정서 정본을 당사자(종전의 피청구인과 새로운 피청구인을 포</p>	<p><좌동></p>

169) Beaucamp, 앞의 논문, 889쪽 참조.

<p>합한다. 이하 제6항에서 같다)에게 송달하여야 한다.</p> <p>④ 제2항에 따른 결정이 있으면 종전의 피청구인에 대한 심판청구는 취하되고 종전의 피청구인에 대한 행정심판이 청구된 때에 새로운 피청구인에 대한 행정심판이 청구된 것으로 본다.</p> <p>⑤ 위원회는 행정심판이 청구된 후에 제1항 단서의 사유가 발생하면 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 피청구인을 경정한다. 이 경우에는 제3항과 제4항을 준용한다.</p> <p>⑥ 당사자는 제2항 또는 제5항에 따른 위원회의 결정에 대하여 결정서 정본을 받은 날부터 7일 이내에 위원회에 이의신청을 할 수 있다.</p>	
---	--

(1) 피청구인으로서의 행정청

청구인과 피청구인의 관계 역시 행정법관계로서 일종의 법률관계라는 점을 생각하면 행정주체(권리주체)가 아닌 행정청이 한쪽 당사자라는 점은 매우 어색한 면이 있지만, 「행정심판법」의 규정을 통하여 행정청은 일종의 행정기관으로서 권리주체가 아니지만, 공격방어방법의 용이성, 기타 절차진행상 기술적 편의를 위해 피청구인이 되고 있다.

다만, 이때 행정청의 개념이 강학상 행정청의 개념과 반드시 일치하는 것은 아니다. 즉, 「행정심판법」 제2조 4호에서 "행정청"이란 행정에 관한 의사를 결정하여 표시하는 국가 또는 지방자치단체의 기관, 그 밖에 법령 또는 자치법규에 따라 행정권한을 가지고 있거나 위탁을 받은 공공단체나 그 기관 또는 사인(私人)을 말한다고 규정하고 있다. 「행정소송법」 제2조2항의 행정청의 개념(행정청에는 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체 및 그 기관 또는 사인이 포함된다)에 비해 보다 상세한 내용을 두고 있지만, 강학상 인정되어 온 당연한 내용을 정리한 것이라 생각된다.

이는 행정소송의 피고가 행정청인 점과 연관되는 것이며, 「행정소송법」 개정논의 과정에서 피고를 행정청에서 행정주체로 바꾸는 방안이 검토된 바 있지만, 「행정소송법」 개정위원회의 검토보고서에서도 피고를 그대로 행정청(처분청)으로 하는 것으로 결론을 지었다. 그리고 그 이유에 대해서는 종래의 「행정소송법」의 피고적격에

대한 설명과 같이 「행정소송의 수행 편의」를 그 이유로 들고 있다.¹⁷⁰⁾ 이와 함께, 항고소송의 본질에 대한 이해와 관련하여 피고문제는 그 핵심내용이 되는 것이며, 이에 관한 학설이 타협한 형태라고 볼 수 있는 이번 개정안을 토대로 양 학설이 전개될 수 있기 위해서는 「행정청」을 피고로 하는 규정이 존치되어야 한다는 이유도 있다.¹⁷¹⁾

(2) 피청구인의 【행정청→행정주체】 개정논의

그러나, 현실적인 소송수행의 편의를 생각하면, 오히려 항고소송의 피고는 당사자소송에서와 마찬가지로 행정주체로 통일하는 것이 바람직한 면도 있다. 이번 「행정소송법 개정안」에서 다양한 행정소송 유형이 신설된 점, 당사자소송의 활용가능성이 커진 점, 소의 변경의 범위가 확대된 점(개정안 제22조 참조) 등을 감안한다면, 국민의 입장에서는 항고소송이건, 당사자소송이건, 나아가 민사소송이건 그 소송유형이 어찌되었건 권리구제의 사각지대가 생기지 않도록 배려할 필요가 있다. 특히 항고소송의 대상이 아니라면, (다른 소송요건을 충족하는 한) 당사자소송으로는 다루어질 수 있도록 해야 하며, 가령 항고소송의 요건이 충족되지 않으면 폭넓게 당사자소송으로의 소변경이 이루어질 수 있도록 해야 할 것이다. 따라서, 소송수행의 편의를 생각한다면 오히려 항고소송과 당사자소송의 피고가 「행정주체」로 통일될 필요성이 있다고 할 것이다.

만일 「행정심판법」에서 이른바 「당사자심판」을 신설할 경우 행정심판의 유형에 따라 피청구인을 달리 해야 하는지 여부에 대한 검토도 필요할 것이다. 피청구인으로서 처분행정청과 행정주체 가운데 어느 것이 바람직한지를 떠나, 행정심판(항고심판)의 피청구인은 일단 행정소송(항고소송)의 피고, 즉 「행정청」에 맞추는 것이 「행정소송법」과 「행정심판법」간의 조화를 이루는 것이라 생각된다. 다만, 앞서 행정심판의 대상론에서 살펴본 바와 같이 행정심판을 항고소송에 대응하는 형태가 아닌 「공법상 법률관계에 관한 행정심판」까지를 생각한다면 이 경우 피청구인은 당사자소송의 피고에 대응하는 「행정주체」로 해야 할 것이다. 이때 심판간의 변경·선택가능성은 통일된 피고의 경우에 비해 제약될 수밖에 없을 것이다.

(3) 행정심판의 피청구인 혼동문제

「행정심판법」상 피청구인은 처분을 한 행정청, 즉 처분청이다.

「행정소송법」이나 「행정심판법」에서의 기초개념이라 할 수 있는 이러한 부분

170) 행정소송법 개정 공청회(2012. 5. 24)에서의 질의에 대한 위원(정하중)의 답변.

171) 행정소송법 개정 공청회(2012. 5. 24)에서의 질의에 대한 위원(박정훈)의 답변.

이 전문가들 간에도 혼동이 되는 경우가 있다. 필자(김현준)가 행정소송·행정심판에서의 피고·피청구인을 행정주체로 개정해야 한다는 주장의 이유 중 하나이기도 하다. 이러한 혼동은 중앙행정심판위원회 홈페이지에서 볼 수 있는 재결례에서도 발견되는데, 처분청으로 경찰청-경찰서장, 법무부-법무부장관, 노동부-노동부장관 등이 혼용되고 있다.¹⁷²⁾

(4) 「행정심판법」에서의 피청구인의 정비

이 문제는 철저히 「행정소송법」의 피고규정과 연동하여 규정할 수밖에 없다. 따라서 「행정소송법」에서 항고소송의 피고가 여전히 행정청으로 규정되어 있는 한, 마찬가지로 행정청으로 할 수밖에 없다. 행정청의 의미에 대한 정확한 이해와 사용, 그리고 장기적 과제로서 피청구인이 각각 행정청과 행정주체인 경우에 장단점에 대한 실제운용에서의 검토를 통하여 효율적인 행정심판제도 개선의 준비를 할 필요가 있다.

□ 제3자 등에 대한 심판청구 사실의 통지

현행 행정심판법	권익위 행정심판법 개정안
<신설>	<p>제26조의 2(행정청 및 제3자에 대한 심판청구 통지 등) ① 위원회는 당사자 외의 관계 행정청 또는 심판결과에 이해관계가 있는 제3자에게 심판청구 사실을 통지하거나 관보·공보·인터넷 홈페이지 또는 일간신문 등에 공고할 수 있다.</p> <p>② 제1항에 따른 행정청 또는 제3자는 위원회에 의견서를 제출할 수 있다.</p>

(1) 본 규정의 취지

「행정소송법 개정안」 제16조는 법원이 피고 외의 다른 행정청 및 이해관계가 있는 제3자에게 소제기 사실을 통지할 수 있도록 하는 규정을 신설하고 있다. 이는 행정처분으로 인해 영향 받을 이해관계자의 참여를 보장하여 일회적인 분쟁해결을 보장하고자 하는 취지라고 할 수 있다.

172) 가령, 경기도지방경찰청→경기도지방경찰청장(사건번호 201306673), 법무부→법무부장관(사건번호 201216112), 노동부→노동부장관(사건번호 200415935) 등으로 수정되어야 할 것이다.

「행정심판법」은 이미 이러한 제3자를 배려하는 규정을 두고 있다.

「행정심판법」 제20조 제1항에서는 “행정심판의 결과에 이해관계가 있는 제3자나 행정청은 해당 심판청구에 대한 제7조제6항 또는 제8조제7항에 따른 위원회나 소위원회의 의결이 있기 전까지 그 사건에 대하여 심판참가를 할 수 있다.”고 규정하여, 이해관계가 있는 제3자는 심판참가를 할 수 있다.

「행정심판법」 제48조 4항에 따르면, 처분의 상대방이 아닌 제3자가 심판청구를 한 경우 위원회는 재결서의 등본을 지체 없이 피청구인을 거쳐 처분의 상대방에게 송달하여야 한다. 동 규정에서의 제3자가 청구인이 되는 경우 처분상대방은 결국 이해관계가 있는 제3자에 해당할 것이다.

「행정심판법」 제49조 제5항에 따르면, 법령의 규정에 따라 처분의 상대방 외의 이해관계인에게 통지된 처분이 재결로써 취소되거나 변경되면 처분을 한 행정청은 지체 없이 그 이해관계인에게 그 처분이 취소 또는 변경되었다는 것을 알려야 한다.

그리고 제3자에 대해서는 형성력이 미친다고 보는 것이 「행정소송법」 제29조 1항과 같은 규정이 없는 「행정심판법」에서도 일반적으로 인정되고 있다.¹⁷³⁾ 즉, 재결이 확정되면 그에 의하여 기존의 법률관계에 변동은 가져오는 효력이 발생한다는 의미의 형성력이 재결 중 형성재결¹⁷⁴⁾에서는 생기는데, 재결의 형성력이 제3자에게도 미친다는 의미의 대세적 효력은 인정된다고 본다.

이와 같이 제3자효 행정행위가 날로 증가하는 오늘날 행정청-상대방-제3자간의 분쟁에서 이해관계 있는 제3자에 대한 고려를 행정심판에서는 하지 아니할 수 없다. 그런데 「행정심판법 개정안」에서 금번에 포함된 이해관계 있는 제3자 (및 관계 행정청)에 대한 통지 등은 이러한 제3자에게 심판청구단계에서부터 행정심판을 준비할 수 있는 기회를 미리 부여하자는 취지로 이해할 수 있다.

(2) 통지의무의 법적 성질

관계행정청이나 제3자에 대한 심판청구 사실의 통지의무의 법적 성질이 문제가 된다. 이는 이러한 통지의무를 행정심판위원회에서 해태한 경우 어떠한 법적 효과가 발생하느냐의 문제이기도 하다. 제26조의2 법문의 문언이 “...공고할 수 있다”의 형식으로 되어 있어, 위원회가 이에 관한 재량을 가지는지 여부가 특히 문제가 된다.

첫째, 행정심판위원회가 이러한 통지의무 등을 할지 여부(이른바 ob의 문제)에 관한 결정재량을 가지지가 문제가 되지만, 제3자효 행정행위에서 당사자와 이해관계인

173) 김철용, 행정법, 2013, 511쪽 등.

174) 즉, 처분취소재결, 처분변경재결, 의무이행재결 중의 처분재결.

간의 분쟁의 조기해결하고자 하는 입법자의 취지를 고려할 때, 통지의무 그 자체는 반드시 이루어져야 하는 것으로 해석해야 할 것이다.

둘째, 행정심판위원회가 통지의무 등을 함에 있어서 구체적으로 통지를 할지, 공고를 할지와 관련해서는 선택재량이 있다고 할 것이다. 여기서 제3자나 행정청은 제20조 제1항에서의 “행정심판의 결과에 이해관계가 있는 제3자나 행정청은 해당 심판청구에 대한 제7조제6항 또는 제8조제7항에 따른 위원회나 소위원회의 의결이 있기 전까지 그 사건에 대하여 심판참가를 할 수 있다.”에서의 제3자나 행정청의 의미와 연관시켜 이해해야 한다. 그런데 심판참가가 이루어지기 전인 심판청구단계에서 이러한 의미의 제3자나 행정청의 범위를 미리 확정하는 것은 매우 곤란할 뿐만 아니라, 아직 위원들의 심리가 이루어지기 이전인 행정실무자 차원에서 이러한 통지 등을 해야 한다는 점까지 더더욱 그러하다. 따라서 제3자나 관계행정청에 해당하는지 여부가 불명확한 경우에는 개별통지가 아닌 공고를 통하여 이러한 의무를 할 수 있도록 동 조는 행정심판위원회가 통지와 공고의 수단 간에 의무적합적인 선택재량을 할 수 있는 것으로 하고 있다고 할 것이다.

셋째, 여기서 이해관계가 있는 제3자의 범위는 어떻게 보아야 하는가? 제20조 1항에서의 이해관계인이란 처분 자체에 대하여 이해관계가 있는 자만이 아니라, 가령 공매처분의 취소를 구하는 행정심판의 경우 그 공매처분이 된 물건의 매수인 등과 같이 당해 심판청구에 대한 재결의 주문으로 직접 자기 권익을 침해받을 자도 포함한다고 해석하고 있다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 개정안에서의 이러한 이해관계인은 제20조 제1항 소정의 심판참가를 통해서 확정된다. 따라서 「행정심판법 개정안」 제16조가 규정하는 통지대상인 이해관계인은 원칙적으로 제3자효 행정행위에서의 처분 상대방에 국한된다고 보는 것이 통지와 관련된 형평을 유지하는 것이 된다. 이러한 좁은 의미의 이해관계인 이외의 자가 공고를 통하여 사전에 이러한 심판청구사실을 인식하는 것이 현실적으로 어려운 면은 있지만, 이는 향후 심판청구에 대한 공고제도가 확립되면서 상당부분 해결될 수 있다고 할 것이다.

끝으로, 제3자의 범위문제와 관련하여 「행정심판법」에서의 이해관계 있는 제3자의 개념(범위)을 규정에 따라 달리 볼 수 있는가? 규정의 맥락에 따라 달리 볼 수 있다. 가령, 행정소송에서 형성력이 미치는 제3자를 어떻게 볼 것인가에 대해서는 소송참가인만을 뜻한다는 견해와 행정법관계의 획일적 규율의 요청 및 법률상태 변경의 명확화 등을 이유로 모든 일반인으로 확대해야 한다는 견해가 있다. 이러한 학설대립은 행정심판의 재결의 형성력에서도 마찬가지로 타당하다고 생각된다. 이렇게 볼 때 대체로 같은 취지로 인정되는 제3자에 관한 규정이지만, 그 의미를 획일적으로 동일한 범위로 파악할 필요는 없다.

(3) 다른 법률에서의 통지의무 규정과의 비교

아래에서 보는 입법례는 법원 또는 행정기관에 의한 제3자등에 대한 통지하는 규정을 두고 있는 경우이다. 제3자와 관련된 분쟁에 있어서 제3자가 이러한 분쟁해결절차에서 미리 적절하게 대응할 수 있도록 하는 취지라는 점에서는 개정안에서의 규정과 마찬가지로 볼 수 있다. 그러나, 개정안에서의 규정형식과는 달리 “통지하여야 한다”는 강행규정의 형식을 가지고 있는 점에 차이가 있다. 행정심판청구단계에서 이해관계가 있는 제3자의 범위를 확정하기 곤란한 현실을 고려하여 통지와 공고를 선택할 수 있도록 하면서, 선택재량의 의미를 분명히 하기 위해 이러한 규정형식을 취한 것으로 보아야 할 것이다.

【법원 또는 행정기관에 의한 제3자등에 대한 통지의 입법례】

국민투표법

제96조(國民投票訴訟에 관한 통지) 이 법의 규정에 의하여 소송이 제기된 때에는 대법원장은 그 사실을 대통령·국회의장과 중앙선거관리위원회위원장에게 통지하여야 한다. 소송이 계속되지 아니하게 되었거나 판결이 확정된 때에도 또한 같다.

민사집행법

제89조(이중경매신청 등의 통지) 법원은 제87조제1항 및 제88조제1항의 신청이 있는 때에는 그 사유를 이해관계인에게 통지하여야 한다.

제90조(경매절차의 이해관계인) 경매절차의 이해관계인은 다음 각호의 사람으로 한다.

1. 압류채권자와 집행력 있는 정본에 의하여 배당을 요구한 채권자
2. 채무자 및 소유자
3. 등기부에 기입된 부동산 위의 권리자
4. 부동산 위의 권리자로서 그 권리를 증명한 사람

국세징수법

제68조(공매 통지) 세무서장은 제67조제2항에 따른 공매공고를 하였을 때에는 즉시 그 내용을 다음 각 호의 자에게 통지하여야 한다. <개정 2011.12.31>

1. 채납자
2. 납세담보물 소유자
3. 공매재산이 공유물의 지분인 경우 공매공고의 등기 또는 등록 전일(전일) 현재의 공유자
4. 공매재산에 대하여 공매공고의 등기 또는 등록 전일 현재 전세권·질권·저당권 또는 그 밖의 권리를 가진 자

공공기관의 정보공개에 관한 법률

제11조 ③ 공공기관은 공개청구된 공개대상정보의 전부 또는 일부가 제3자와 관련이 있다고 인정되는 때에는 그 사실을 제3자에게 지체 없이 통지하여야 하며, 필요한 경우에는 그의 의견을 청취할 수 있다.

4. 행정심판 청구

□ 임시처분 → 가처분

행정소송법 개정안	현행 행정심판법	권익위 행정심판법 개정안
<p>제26조(가처분) ① 처분등이나 부작위가 위법하다는 현저한 의심이 있는 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청에 따라 결정으로써 가처분을 할 수 있다.</p> <p>1. 다툼의 대상에 관하여 현상이 바뀌면 당사자가 권리를 실행하지 못하거나 그 권리를 실행하는 것이 매우 곤란할 염려가 있어 다툼의 대상에 관한 현상을 유지할 긴급한 필요가 있는 경우</p> <p>2. 다툼이 있는 법률관계에 관하여 당사자의 중대한 손해를 피하거나 급박한 위험을 피하기 위하여 임시의 지위를 정하여야 할 긴급한 필요가 있는 경우</p> <p>② 법원은 제1항에 따른 가처분결정을 하는 경우 소송의 대상이 된 처분등이나 부작위의 당사자인 행정청 및 이해관계자에게 재산상 손해가 생길 우려가 있는 때에는 권리자를 지정하여 그 손해에 대한 담보를 제공하게 할 수 있다. 이 경우 권리자로 지정된 자는 그 담보물에 대해서 질권자와 동일한 권리를 가진다.</p> <p>③ 제2항에 따른 담보에 대해서는 민사소송법 제122조, 제124조부터 제126조</p>	<p>제31조(임시처분) ① 위원회는 처분 또는 부작위가 위법·부당하다고 상당히 의심되는 경우로서 처분 또는 부작위 때문에 당사자가 받을 우려가 있는 중대한 불이익이나 당사자에게 생길 급박한 위험을 막기 위하여 임시지위를 정하여야 할 필요가 있는 경우에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 임시처분을 결정할 수 있다.</p> <p>② 제1항에 따른 임시처분에 관하여는 제30조제3항부터 제7항까지를 준용한다. 이 경우 같은 조 제6항 전단 중 "중대한 손해가 생길 우려"는 "중대한 불이익이나 급박한 위험이 생길 우려"로 본다.</p> <p>③ 제1항에 따른 임시처분은 제30조제2항에 따른 집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.</p>	<p>제31조(가처분) ① 위원회는 처분 또는 부작위가 위법·부당하다고 상당히 의심되는 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 가처분을 결정할 수 있다.</p> <p>1. 다툼의 대상에 관하여 현상이 바뀌면 당사자가 권리를 실행하지 못하거나 그 권리를 실행하는 것이 매우 곤란할 염려가 있어 다툼의 대상에 관한 현상을 유지할 긴급한 필요가 있는 경우</p> <p>2. 다툼이 있는 법률관계에 관하여 당사자의 중대한 손해를 피하거나 급박한 위험을 피하기 위하여 임시의 지위를 정하여야 할 긴급한 필요가 있는 경우</p> <p>② ----- 가처분----- 제8항까지-----. 이 경우 제30조제6항 전단 중 “중대한 손해가 생길 우려”는 “현상변경으로 당사자가 권리를 실행하지 못하거나 그 권리를 실행하는 것이 매우 곤란해질 염려 또는 중대한 손해나 급박한 위험이 생길 우려”로 본다.</p> <p>③ -----가처분-----</p> <p>-----</p> <p>-----</p> <p>-----</p>

<p>까지를 준용한다.</p> <p>④ 제1항제2호에 따른 가처분의 재판에는 변론기일이나 당사자가 참석할 수 있는 심문기일을 열어야 한다. 다만, 그 기일을 열어 심리하면 가처분의 목적을 달성할 수 없는 사정이 있는 때에는 그러하지 아니하다.</p> <p>⑤ 제1항에 따른 가처분은 제24조제2항에 따른 집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.</p> <p>⑥ 제1항에 따른 가처분에 대해서는 제24조제3항, 제6항, 제7항, 제25조, 제31조, 제32조제1항을 준용한다.</p>		<p>-----.</p>
---	--	---------------

(1) 가처분(임시처분) 제도의 취지

가구제제도로서 집행정지는 소극적으로 침해적 처분의 효력을 정지시키는 현상유지적 기능만이 있을 뿐 행정청에게 일정한 처분의무를 지우는 등의 기능은 없기 때문에 잠정적 권리구제수단으로서 불충분한 면이 있어, 2010.1.25. 「행정심판법」 개정을 통해 임시처분제도를 도입하였다. 아직 가구제제도로서 집행정지제도만이 있을 뿐 가처분제도를 두고 있지 않는 행정소송제도와 비교되는 부분이다. 이는 청구인에게 생길지도 모르는 급박한 위험을 막기 위해 임시로 법적 지위를 부여하는 것으로, 가령 국가시험 응시자가 자격 미달을 이유로 원서 접수를 거부당해 행정심판을 청구한 경우 행정심판 절차가 진행되는 동안 임시로 응시 자격이 주어져 시험을 치를 수가 있도록 하는 것이다.

현행 「행정심판법」상 임시처분의 요건으로는, ①처분 또는 부작위가 위법·부당하다고 상당히 의심되는 경우이어야 한다. 적극적 처분, 거부처분, 부작위가 모두 포함된다. ②당사자에게 생길 중대한 불이익이나 급박한 위험을 방지할 필요가 있어야 한다(이상 제1항). ③공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있는 경우가 아니어야 한다(제2항). ④집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우가 아니어야 한다(제3항, 집행정지에 대한 보충성). 이상의 4개의 같은 요건 이외에도, ⑤심판청구가 계속 중이어야 하

는지가 문제된다. 이에 대해, 다수설은 집행정지제도가 심판청구의 계속을 요건으로 하는 점을 들어 가구제로서 임시처분도 심판청구의 계속을 요건으로 해야 한다고 보고 있다.

(2) 우리나라 「민사집행법」의 가처분

「민사집행법」상의 가처분은 계쟁물가처분과 임시지위가처분으로 구성되어 있다.

민사집행법

제300조(가처분의 목적) ① 다툼의 대상에 관한 가처분은 현상이 바뀌면 당사자가 권리를 실행하지 못하거나 이를 실행하는 것이 매우 곤란할 염려가 있을 경우에 한다.

②가처분은 다툼이 있는 권리관계에 대하여 임시의 지위를 정하기 위하여도 할 수 있다. 이 경우 가처분은 특히 계속하는 권리관계에 끼칠 현저한 손해를 피하거나 급박한 위험을 막기 위하여, 또는 그 밖의 필요한 이유가 있을 경우에 하여야 한다.

제301조(가압류절차의 준용) 가처분절차에는 가압류절차에 관한 규정을 준용한다. 다만, 아래의 여러 조문과 같이 차이가 나는 경우에는 그러하지 아니하다.

계쟁물가처분은 계쟁물의 현상이 바뀌면 채권자가 권리를 실행하지 못하거나 이를 실행하는 것이 매우 곤란할 염려가 있을 경우에 허용되므로, 그 피보전권리는 원칙적으로 금전채권을 제외한 특정물에 관한 이행청구권이다(동법 300조1항).¹⁷⁵⁾ 실무상 가장 많이 제기되고 있는 계쟁물가처분은 점유이전금지가처분이며,¹⁷⁶⁾ 그 다음으로 처분금지가처분이 많이 활용되고 있다.¹⁷⁷⁾

임시지위가처분은 다툼이 있는 권리관계에 대하여 임시의 지위를 정하기 위한 것이다(동법 300조2항).

(3) 독일 「행정법원법」의 가명령

독일 「민사소송법」(ZPO)에서도 계쟁물가처분과 임시지위가처분에 관한 규정을 두고 있음은 우리의 그것과 유사하다. 독일 「행정법원법」(VwGO)은 ‘가처분’이 아니라 ‘가명령’(einstweilige Anordnung)이라는 표현을 쓰고 있지만, 내용은 독일 「민사소송법」(ZPO)의 규정을 따른 것이다.

독일의 취소소송은 우리의 취소소송이나 취소심판에서와는 달리 집행정지원칙을 채용하고 있으며, 이와 함께 가처분과 내용이 유사한 가명령제도를 두고 있다는 우리

175) 대법원 1998. 9. 18. 선고 96다44136 판결.

176) 권창영, 민사보전법, 2012, 223쪽.

177) 위의 책, 224쪽.

법제도의 차이점을 고려하면서 다음과 같은 가명령제도를 이해할 필요가 있다.

독일의 행정법원법(VwGO)

제123조 1항 : 현재 상태의 변경에 의해 신청인이 권리를 실현하지 못하거나 이를 실현함이 현저히 곤란할 염려가 있는 때에, 법원은 신청에 의하여 소송이 제기되기 전이라도 계쟁물에 관한 가명령을 발할 수 있다. 가명령은 다음의 경우에 다툼이 있는 법률관계에 관한 임시의 상태를 규율하기 위해서도 허용되는데, 그것은 이런 규율이 특히 계속적 법률관계에 있어서 중대한 불이익을 피하거나 임박한 공권력을 저지하기 위하여 또는 기타의 이유로 필요하다고 인정되는 때이다.

이러한 독일 「행정법원법」의 규정과는 달리, 우리나라 「행정소송법」에서는 전통적으로 가구제체도로써 집행금지제도만을 인정하면서 가처분에 대해서는 명시적 규정을 두지 않아 행정소송에서 가처분이 인정될 수 있는지가 문제되는데, 판례는 일관되게 가처분에 대하여 인정하지 않았다.¹⁷⁸⁾ 그러던 중 2013년 「행정소송법 개정안」에서는 가처분에 관한 명시적인 규정을 마련하면서, 우리 「민사집행법」상의 계쟁물가처분과 임시지위가처분에 관한 규정과 유사한 형태를 신설하게 되었다.

(4) 「행정심판법 개정안」에서 계쟁물가처분의 추가

2010. 1. 25. 「행정심판법」 개정에서 새로이 신설된 임시처분에 관한 규정은 「민사집행법」에서 인정되고 있는 2종류의 가처분(계쟁물가처분, 임시지위가처분) 가운데 임시지위가처분에 해당하는 내용을 임시처분이라는 이름으로 포함시킨 것이라 할 수 있다.

그런데, 2013년 법무부 「행정소송법 개정안」에서 「민사집행법」상의 계쟁물가처분과 임시지위가처분 모두를 행정소송에서도 규정하게 되었고, 이에 따라 권익위 「행정심판법 개정안」에서는 임시처분을 가처분으로 명칭을 바꾸면서, 계쟁물가처분까지 포함하는 것으로 하였다.

권익위 행정심판법 개정안

제26조1항1호 : 다툼의 대상에 관하여 현상이 바뀌면 당사자가 권리를 실행하지 못하거나 그 권리를 실행하는 것이 매우 곤란할 염려가 있어 다툼의 대상에 관한 현상을 유지할 긴급한 필요가 있는 경우

말하자면, 「행정심판법」에서 계쟁물가처분에 대한 요구의 주장이 있거나, 구체적인 사안에서 계쟁물가처분에 대한 수요를 확인한 것은 아닌 상황에서 제도가 도입될

178) 대법원 1992.7.6.자 92마54 결정; 대법원 1975.12.30. 자 74마446 결정; 대법원 1967. 5. 29. 자 67마311 결정 등.

예정인 것이다. 이는 최소한 거부처분에 대한 취소심판과 관련하여 임시지위가처분과 같은 가구제수단이 필요했던 점과는 다른 상황이라고도 할 수 있다.

경위야 어찌되었건 구제수단의 다양성으로 인하여 행정심판의 권익구제기능과 행정통제기능은 제고될 것이며, 특히 보다 효율적인 권리구제수단으로서 법치주의에 기여하리라 기대된다. 다만, 행정심판에서 계쟁물가처분의 활용영역은 어떠한 경우일까 의문스러운 면이 없지 않은데, 다음과 같은 독일 「행정법원법」상의 계쟁물에 관한 가명령의 예를 참고할 수 있다.¹⁷⁹⁾

- 습득물의 경매금지
- 학군편성에 대한 학부모소송(Elternklage)에서 판결을 내리기 전까지 학교폐쇄 금지
- 금전채권 만족의 보전을 위한 재산 압류(Arrest)¹⁸⁰⁾
- 경쟁자의 임명의 임시적 금지
- 경쟁자에 대한 보조금지급의 임시적 금지

(5) 「행정심판법 개정안」과 「행정소송법 개정안」의 다른 점

양 개정안에서의 가처분규정의 차이점은 ①행정소송에서는 당사자의 신청에 따라 결정으로 가처분을 할 수 있지만, 행정심판에서는 당사자의 신청만이 아니라 직권으로도 가처분을 결정할 수 있다는 점, ②요건 면에서 행정소송에서는 ‘처분등이나 부작위가 위법하다는 현저한 의심이 있는 경우’이어야 하나, 행정심판에서는 ‘처분 또는 부작위가 위법·부당하다고 상당히 의심되는 경우’이어야 한다는 점을 들 수 있다.

이에 대하여 나누어 살펴본다.

1) 직권으로 가처분을 결정할 수 있다는 점

179) Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 2011, § 33 Rn. 14. 그밖에, 계쟁물에 관한 가명령은 행정행위의 성격을 가지지 않는 침해행위(공적 주체에 의한 건축공사)의 부작위를 구하는 경우, 예방적으로 행정행위 기타의 침해행위의 부작위를 구하는 경우, 제3자인 사인이 현상을 변경하고자 하는 상황에서 반대의 이해관계자가 행정청에게 일정한 조치(건축정지명령)를 구하는 경우 등에 인정될 수 있다는 견해가 있다(김남진, “행정소송과 가구제의 확충”, 고시연구 2005/9, 143쪽). 그러나 예방적 금지소송이 인정되지 않는 우리 개정안에서는 부작위를 구하는 앞의 두 개의 예는 적용되지 않을 것이다. 그리고 임시지위를 정하기 위한 가명령은 주로 공법상 계약으로 인한 법률관계나 공법상의 신분관계 등이 그 대상으로 된다고 한다(같은 논문).

180) 그러나, 이는 「민사집행법」상의 개념으로는 가처분이 아니라 가압류에 해당하는 것이며, 우리나라 「행정심판법」은 금전채권에 관한 심판은 존재하지 않기 때문에 우리의 경우 적용될 여지가 없는 예라고 생각된다.

직권으로 가처분을 결정할 수 있다는 점에서 행정심판이 가지는 직권주의적 요소가 매우 두드러진다고 볼 수 있다. 이는 종래 집행정지의 경우 신청에 의해서는 물론 직권으로도 결정할 수 있는 점과도 무관하지 않을 것이다. 그러나, 집행정지나 가처분은 가구제라는 점에서 공통점을 가지고 있지만, 전자는 다분히 공익적 요소가 강한 것이어서 직권에 의하여 이를 결정하는 것도 수공이 가지만, 후자는 개인의 권리구제의 측면이 오히려 뚜렷한 것이라고 할 수 있다. 따라서, 직권에 의한 가처분결정에 대한 인정필요성은 검토의 여지가 없지 않다.

2010년 도입된 행정심판법 제31조의 ‘임시처분’ 제도에서 이미 직권에 의한 임시처분이 규정되어 있었는데, 이에 관한 현실적 필요성에 대한 논의에 대한 신중한 검토가 없이 집행정지의 경우와 같은 규정을 임시처분에서도 둔 것이 아닌가 하는 의문도 있다.¹⁸¹⁾ 행정법지식이 부족한 서민의 편의를 위한 ‘직권에 의한 가처분’을 생각해 볼 수도 있지만, 이는 오히려 ‘청구취지의 보정’을 통해 해결되어야 할 것이다.

비교법적으로 볼 때, 독일 「행정법원법」상 가명령(einstweilige Anordnung)은 신청에 의해서만 가능하며, 일본 행정사건소송법상 가의무이행(仮の義務づけ)의 경우에도 신청에 의해서만 가능하다는 점도 참고할 만하다.

2) ‘현저한 의심’과 ‘상당한 의심’

두 번째 차이점과 관련해서는, 사전적 행정절차로서의 행정심판의 경우 행정소송에 비하여 그 제기요건을 완화하는 것, 즉 행정심판과 행정소송에서의 가처분의 요건이 차이가 나는 것이 입법정책적으로 불가능한 것은 아니라고 생각된다.

그러나, 「행정소송법」 개정작업 과정에서도, 가처분제도의 남용 및 그에 따른 법집행의 곤란함을 고려하여 ‘위법하다는 상당한 의심이 있는 경우’를 ‘위법하다는 현저한 의심이 있는 경우’로 재조정할 필요가 있음도 상기할 필요는 있다.¹⁸²⁾

5. 심리

□ 청구취지의 보정

181) 중간보고회(2013.10.17.)에서 이에 관한 연구책임자에 의한 문제제기가 있었고, 참석자들 간에 논의가 있었다는 점을 여기서 지적한다.

182) 김중권, “권리구제확대를 위한 획기적인 전환의 마련”, 행정소송법 개정공청회 자료집(2012. 5. 24), 57쪽 참조.

(1) 「민사소송법」 및 「행정심판법」에서의 청구취지 보정

민사소송에서는 재판장이 소장을 심사하여 소장의 기재사항 중 청구취지가 부적절하게 기재된 경우에는 그 흠을 보정할 것을 명하여야 하고(「민사소송법」 제254조1항), 소송 도중에도 청구취지에 관하여 불명확한 부분이 있으면 재판장이 그에 관해 질문을 하거나, 법원은 당사자가 간과하였음이 분명하다고 인정되는 법률상 사항에 관하여는 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다(「민사소송법」 제136조). 이는 「행정소송법」 제8조2항에 따라 행정소송에도 준용될 것이다.

직권주의의 요소가 강한 행정심판에서는 청구취지의 보정에 관한 다음의 규정을 두고 있다(행정심판법 제32조).

<p>행정심판법</p> <p>제32조(보정) ① 위원회는 심판청구가 적법하지 아니하나 보정할 수 있다고 인정하면 기간을 정하여 청구인에게 보정할 것을 요구할 수 있다. 다만, 경미한 사항은 직권으로 보정할 수 있다.</p> <p>② 청구인은 제1항의 요구를 받으면 서면으로 보정하여야 한다. 이 경우 다른 당사자의 수만큼 보정서 부분을 함께 제출하여야 한다.</p> <p>③ 위원회는 제2항에 따라 제출된 보정서 부분을 지체 없이 다른 당사자에게 송달하여야 한다.</p> <p>④ 제1항에 따른 보정을 한 경우에는 처음부터 적법하게 행정심판이 청구된 것으로 본다.</p> <p>⑤ 제1항에 따른 보정기간은 제45조에 따른 재결 기간에 산입하지 아니한다.</p>

(2) 행정심판에서의 보정의 현황 및 과제

그러나 이러한 행정심판에서의 청구취지 보정이 행정심판의 실무에서 심판청구서에 기재된 피청구인과 청구취지에 관한 보정이 제대로 이루어지고 있지 않음이 지적되고 있다.¹⁸³⁾

이러한 청구취지 보정이 필요한 사례는 중앙행정심판위원회에서보다 상대적으로 서민들에 의한 소액사건이 많은 지방행정심판위원회에서 많이 발생할 수 있으리라 생각된다. 거부처분에 대한 의무이행심판으로 할 내용의 사안을 취소심판으로 제기하는

183) 박정훈, “행정심판의 심리”, 행정법학 3호, 2012, 154쪽. 이와 관련하여 시정되어야 할 실무관행의 예로서, 공무원시험에 불합격한 청구인이 “답안지 채점을 다시 시행하라”고 청구취지를 기재한 경우에, 충분히 청구취지의 보정을 통하여 불합격처분의 취소를 구하는 취소심판 또는 합격처분을 구하는 의무이행심판으로 변경될 수 있음에도 원래의 청구취지의 기재에 따라 답안지 채점의 이행을 구하는 의무이행심판으로 파악한 다음, 답안지 채점은 처분성이 없다거나, 아니면 답안지 재채점에 대한 신청권을 인정할 수 없다는 이유로 심판청구를 부적법 각하하는 경우를 들고 있다.

것은 그나마 행정법에 대한 상식이 있는 국민들이 제기하는 경우일 것이다. 심판제도에 대한 상식이 부족한 국민들이 제출하는 청구취지를 행정법전문가인 행정심판위원이 엄정하게 판단할 경우 각하(却下)가 될 사안이 많을 것이다. 그러나, 이 경우 청구인이 생각하고 있는 진정한 청구취지를 전문가가 재해석하여 보정함으로써 권익구제기능과 갈등해소기능을 충실히 수행하는 행정심판이 되어야 할 것이다.

이는 현행 「행정심판법」의 규정으로도 정비가 불가능한 것은 아니지만, 지방행정심판위원회에서의 운용상황까지 고려한다면 「행정심판법」 제27조 1항의 규정을 재량규정이 아닌 일정한 경우에는 기속적인 사항이 되는 규정으로 개정하는 것도 검토할 만하다.

□ 직권심리주의

(1) 행정소송에서의 직권심리주의

「행정소송법」 제26조는 ‘직권심리주의’라는 제목 하에, 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다고 규정한다. 변론주의를 기본적으로 채택하고 있는 소송제도 하에서 이 규정을 어떻게 해석할 것인가 다투어지지만, 판례는 이른바 변론주의보충설의 입장에 있다.¹⁸⁴⁾

대법원 2001. 1. 16. 선고 99두8107 판결

행정소송에 있어서 특별한 사정이 있는 경우를 제외하면 당해 행정처분의 적법성에 관하여는 행정청이 이를 주장·입증하여야 할 것이나 행정소송에 있어서 직권주의가 가미되어 있다고 하더라도 여전히 변론주의를 기본구조로 하는 이상 행정처분의 위법을 들어 그 취소를 청구함에 있어서는 직권조사사항을 제외하고는 그 취소를 구하는 자가 위법사유에 해당하는 구체적 사실을 먼저 주장하여야 한다. 법원의 석명권 행사는 당사자의 주장에 모순된 점이 있거나 불완전·불명료한 점이 있을 때에 이를 지적하여 정정·보충할 수 있는 기회를 주고, 계쟁 사실에 대한 증거의 제출을 촉구하는 것을 그 내용으로 하는 것으로, 당사자가 주장하지도 아니한 법률효과에 관한 요건사실이나 독립된 공격방어방법을 시사하여 그 제출을 권유함과 같은 행위를 하는 것은 변론주의의 원칙에 위배되는 것으로 석명권 행사의 한계를 일탈하는 것이 된다.

즉 직권심리의 범위가 기록상 현출된 사실에 한정되는바, 반드시 ‘변론’에서 주장되어 변론조서에 기재되어 있지 않더라도, 증인신문조서 그 밖에 당사자들이 제출한 증

184) 아래에 소개하는 판례 이외에도 대법원 2010후3509; 94누4820; 99두8107; 99두3423 등.

거서류 등 사건기록에 포함된 제반 서류에 현출되어 있으면 충분하다는 것이다.¹⁸⁵⁾

(2) 행정심판에서의 직권심리주의

행정심판에서는 기록상 현출된 사실에조차 한정될 필요가 없다고 할 것이다. 서면 심리를 원칙으로 행정심판에서 직권심리의 범위가 기록에 현출된 사실에만 한정할 경우 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 심리할 수 있다는 규정이 의미가 없어질 여지가 많다. 따라서 행정심판위원회에서는 기록에 현출된 사항에 한정하지 않고 계쟁처분의 위법·부당의 원인이 되는 사유들을 심리해야 할 것이다.

(3) 직권심리의 강화를 위한 정비방안

부당까지 판단하는 행정심판위원회의 직권심리의 강화는 중요한 의미를 가진다고 할 것이다. 이는 행정심판에서는 통제밀도(Kontrolldichte)가 행정소송에서보다는 강화되어야 하며 재량권의 일탈·남용이 아닌 재량범위 내에서의 사안에 대해서도 적극적인 심리가 행해져야 할 것이다.

이와 함께 심리가 신속하고 철저하게 이루어져야 함은 행정심판이나 행정소송에서나 마찬가지로 과제라고 할 수 있다. 이와 관련하여, 사법개혁 차원에서 이루어진 2004년 일본 행정사건소송법의 주된 특징 중의 하나로 꼽는 것으로 다음과 같은 ‘석명처분의 특칙’에 관한 규정을 참고할 만하다.

이는 행정소송 심리에서 행정심판자료의 제출 등을 포함하는 것이며, 같은 취지에서 피청구인인 행정청의 처분에 관한 자료를 행정심판 심리에서 이용함으로써 심리절차를 보다 철저하고 신속하게 하자는 의미가 있다. 장기적 정비과제로서 검토할 만하다고 할 것이다.

일본 행정사건소송법

제23조의2(석명처분의 특칙) ①재판소는 소송관계를 명확하게 하기 위해 필요하다고 인정하는 때에는 다음 각 호의 처분을 할 수 있다.

1. 피고인 국가나 공공단체에 소속하는 행정청 또는 피고인 행정청에 대하여, 처분 또는 재결의 근거가 되는 법령의 조항, 처분 또는 재결의 원인이 되는 사실 기타 처분 또는 재결의 이유를 명확하게 하는 자료(제2항의 심사청구에 관한 사건기록은 제외)로 당해 행정청이 보유하는 것의 전부 또는 일부의 제출을 요구하는 것

2. 전 호에서 규정하는 행정청 이외의 행정청에 대하여 동 호에 규정하는 자료로 당해 행정청이 보유하는 것의 전부 또는 일부의 송부를 촉탁하는 것

②재판소는 처분에 대한 심사청구에 대한 재결을 거친 후에 취소소송의 제기가 있을 때

185) 박정훈, 앞의 논문, 164쪽.

에는 다음 각 호의 처분을 할 수 있다.

1. 피고인 국가나 공공단체에 소속하는 행정청 또는 피고인 행정청에 대하여, 당해 심사 청구에 관계된 사건의 기록으로 당해 행정청이 보유하는 것의 전부 또는 일부의 제출을 요구하는 것
2. 전 호에서 규정하는 행정청 이외의 행정청에 대하여 동 호에 규정하는 사건의 기록으로 당해 행정청이 보유하는 것의 전부 또는 일부의 송부를 촉탁하는 것

6. 재결

□ 「행정심판법」 상의 재결의 종류 및 효력

(1) 재결의 종류

재결(裁決)이란 행정심판의 청구에 대하여 제6조에 따른 행정심판위원회가 행하는 판단을 말한다(「행정심판법」 제2조3호).

재결의 종류는 2010년 「행정심판법」 개정에서 이른바 취소명령재결이 삭제된 것 외에는 종래의 재결유형이 그대로 규정되어 있다. 특히 취소심판 재결에서 변경(명령) 재결이 인정되는 점은 권력분립의 문제가 없는 행정심판에서 ‘변경’이란 행정소송의 경우에서와 달리 ‘일부취소’가 아니라, 면허취소처분의 면허정지처분으로의 변경과 같은 ‘처분내용의 적극적인 변경’을 뜻하는 것으로 해석함에 따른 논리적 귀결이라고 할 수 있다.

그런데, 현행법에 따르면 의무이행심판의 인용재결은 “위원회는 의무이행심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 지체 없이 신청에 따른 처분을 하거나 처분을 할 것을 피청구인에게 명한다.”라는 매우 단순한 형태로 되어 있어, 재량행위 영역 등에서 국민에게 인정되는 이른바 무하자재량행사청구권을 제대로 실현할 수 없었다. 종래 거부처분취소심판과의 관계에서 실효성 있는 의무이행심판이 적극적으로 활용되지 못한 이유도 이와 무관하지 않을 것이다.

(2) 2유형의 의무이행심판 인용재결

「행정소송법 개정안」에 의무이행소송이 포함되면서, 특정행위발급판결(Vornahmemeurteil)과 재결정명령판결(Bescheidungsurteil, 지령판결·응답판결 등으로도 번역됨)로 구성된 독일 「행정법원법」(VwGO)상의 의무이행판결이 개정안에

규정되었다.

현행 행정소송법	행정소송법 개정안
<신 설>	<p>제44조(의무이행판결) 법원은 행정청의 거부 처분이나 부작위가 위법한 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 판결한다. 거부처분의 경우에는 이를 함께 취소한다.</p> <p>1. 당사자의 신청에 따른 처분을 할 의무가 있음이 법령상 명백하고 그 의무를 이행하게 하는 것이 상당하다고 인정하는 경우에는 행정청에게 그 의무를 이행하도록 선고한다.</p> <p>2. 행정청이 그 처분을 하지 않는 것이 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있다고 인정하는 경우에는 행정청에게 판결의 취지를 존중하여 처분을 이행하도록 선고한다.</p>

권익위 「행정심판법 개정안」은 이러한 내용의 「행정소송법 개정안」을 그대로 수용하여 이러한 2개의 내용으로 구성되는 의무이행심판의 인용재결을 도입하고자 한다.

이러한 양 재결유형의 구분은 기본적으로는 다음과 같이 이른바 사안의 재결성숙성(Spruchreife)의 유무에 따라 다음과 같이 구분할 수 있다.¹⁸⁶⁾

	사안의 재결성숙성이 없는 경우	사안의 재결성숙성이 있는 경우
피청구인	<ul style="list-style-type: none"> - 무엇인가 재량결정을 하여 응답할 의무 - 재량하자 없이 결정할 의무 	특정한 행위를 할 의무
청구인	<ul style="list-style-type: none"> - 재량결정에 대한 응답청구권 - 하자 없는 재량행사청구권 	특정행위발급청구권 (제3자의 경우 행정개입청구권)
행정심판위원회	개정안 제43조5항1호의 재결	개정안 제43조5항2호의 재결

권익위 「행정심판법 개정안」 제43조5항1호의 재결은 주로 재량영역에서 이루어

186) 사안의 재결성숙성은 의무이행소송론에서 이야기하는 사안의 판결성숙성에 착안한 개념이다. 이에 관한 상세는 “신청권과 무하자재량행사청구권·행정개입청구권 - 의무이행소송론 서설, 행정법연구 28, 2010 참조.

집이 원칙이나 기속행위에서도 예외적으로 행해질 수 있다.¹⁸⁷⁾

개정안의 의무이행재결은 「행정소송법」이 개정되어 의무이행소송이 도입되는 경우의 의무이행판결을 참조하며 정착될 수 있으리라 전망된다. 다만, 아직 우리나라에서 의무이행소송에 대한 깊이 있는 연구나 이에 관한 논의가 그다지 축적되지 않은 상황이지만, 우선 상대적으로 구분이 용이한 위의 도표와 같은 기준으로 의무이행재결을 해나가며, 의무이행판결의 정착과 함께 의무이행재결의 정착이 이루어져야 할 것이다.

(3) 거부처분취소재결의 기속력으로서 재처분의무

종래 거부처분 취소재결에 대한 기속력에 관하여, “판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.”라는 「행정소송법」 제30조 2항에 해당하는 취소재결의 기속력에 관한 규정이 없어 해석상 의문의 여지가 있었다. 가령, 거부처분에 대하여 의무이행심판을 제기하지 않고 거부처분취소심판을 제기하여 인용재결(취소재결)이 행하여지는 경우 재처분의무가 생기는가의 문제가 있었다. 이에 대하여 대법원판례는 아래와 같이, 당사자의 신청을 거부하는 처분을 취소하는 재결이 있으면 행정청은 그 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다고 보았다. 동 판례는 이와 관련하여 「행정심판법」 제37조 1항, 2항(*현행법 제49조1항, 2항)을 참조조문으로 들고 있을 뿐이다.

대법원 1988.12.13. 선고 88누7880 판결 [도시계획사업시행허가처분등취소]

가. 당사자의 신청을 거부하는 처분을 취소하는 재결이 있는 경우에는 행정청은 그 재결의 취지에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 하는 것이므로 행정청이 그 재결의 취지에 따른 처분을 하지 아니하고 그 처분과는 양립할 수 없는 다른 처분을 하는 것은 위법한 것이라 할 것이고 이 경우 그 재결의 신청인은 위법한 다른 처분의 취소를 소구할 이익이 있다.

나. 행정처분의 취소소송은 행정청의 위법한 처분 등을 취소 또는 변경하는 소송이므로 법원은 그 처분의 위법여부를 가려서 판단하면 되는 것이고, 그 처분의 부당여부까지 판단할 필요는 없다.

권익위 「행정심판법 개정안」 제49조 2항(재결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 한 행정청은 재결의 취지에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.)은 이 점을 분명히 하여 「행정소송법」상 거부처분취소판결의 기속력과 같은 효력을 거부처분취소재결에 인정할 것

187) 상세는 김현준, “의무이행소송과 거부처분취소소송의 관계”, 토지공법연구 58, 2012 참조.

이라고 할 수 있다.

(4) 의무이행심판의 정비과제

종래 해석상 의문을 분명히 했다는 점에서 긍정적인 면이 있지만, 사건(김현준)으로서는 거부처분의 경우 의무이행심판(소송)이 취소심판(소송)에 비하여 효율적 권익구제 수단이라는 점에서 거부처분 취소소송(심판)은 향후 매우 제한적으로 이용될 필요가 있다는 점에서, 신중하게 접근해야 하는 면도 있다. 「행정소송법 개정안」 제44조 1호의 판결¹⁸⁸⁾이 없었던 법상황에서는 「행정소송법」 제30조2항의 규정이 재량영역에서 개정안 제44조 1호의 판결과 같은 기능을 수행하는 면은 있었다.¹⁸⁹⁾ 그러나, 「행정소송법 개정안」이나 「행정심판법 개정안」과 같은 판결·재결 유형이 도입되면 거부처분에 대해서는 의무이행소송(심판)을 통하여 해결되도록 할 필요가 있다. 도대체 거부처분을 다투는 청구인이 원하는 바가 무엇이겠는가? 원칙적으로는 2호의 재결이, 사안의 판결(재결) 성숙성이 없는 경우에만 1호의 판결(재결)이 내려지는 의무이행소송(심판)의 활성화가 요청된다고 할 것이다.

□ 행정청의 위법·부당한 처분에 대한 결과제거의무

현행 행정심판법	권익위 행정심판법 개정안
<p>제49조(재결의 기속력 등) ① (생략) <신설></p> <p>② (생략)</p> <p>③ 신청에 따른 처분이 절차의 위법 또는 부당을 이유로 재결로써 취소된 경우에는 제2항을 준용한다.</p> <p>④·⑤ (생략)</p> <p><신설></p>	<p>제49조(재결의 기속력 등) ① (현행과 같음)</p> <p>② 재결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 한 행정청은 재결의 취지에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.</p> <p>③ (현행 제2항과 같음)</p> <p>④ -----제3항-----.</p> <p>⑤·⑥ (현행 제4항 및 제5항과 같음)</p> <p>⑦ <u>재결에 따라 취소되는 처분이 이미 집행된 경우에는 당사자인 행정청과 그 밖의 관계 행정청은 그 집행으로 인하여 직접 청구인에게 발생한 위법 또는 부당한 결과를 제거하기 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.</u></p>

188) 권익위 「행정심판법 개정안」 제43조5항1호의 재결에 대응하는 판결.

189) 이러한 취지로 볼 수 있는 정하중, 행정법개론, 2013, 833-834쪽 참조.

(1) 결과제거의무의 의의

현행 「행정소송법」은 위법한 행정처분의 집행으로 일정한 위법상태가 발생한 경우, 이에 대한 행정청의 제거 의무는 ‘취소판결의 기속력’으로 규정되었으나 행정청이 자발적으로 위법한 결과를 제거하지 않는 경우 별소를 제기하여야 하는 문제가 있어 거부처분취소판결의 기속력의 내용으로서 결과제거의무에 관한 규정을 「행정소송법 개정안」에 명시적으로 두도록 하였다. 이는 행정청에 대하여 위법한 결과를 제거하기 위한 필요 조치 의무를 부여하여 신속하게 적법 상태를 실현하도록 보장하고자 하는 취지이다.

가령, 취소소송(심판)에서 원고(청구인)의 주장이 인용되어 자동차의 압류처분이 취소되면 피고(피청구인)인 행정청은 그 자동차를 원고(청구인)에게 반환할 의무가 있다. 현행 「행정소송법」(「행정심판법」) 하에서는 이러한 결과제거의무에 관한 명문의 규정은 없지만, 학설은 기속력의 내용으로 포함된다고 보는 것이 통설이다.¹⁹⁰⁾

그러나, 이러한 해석론에도 불구하고 위의 예에서 행정청이 자동차의 반환의무를 이행하지 않는 경우에는 원고(청구인)는 불이익한 상황에 처하게 된다. 따라서 이러한 경우 원고(청구인)는 이를 위해 별도의 공법상 결과제거청구권을 실현하기 위한 소송¹⁹¹⁾을 제기해야 하는데, 그 불편함은 긴 말을 요하지 않는다.

(2) 취소재결의 기속력의 내용으로서 결과제거의무

권익위 「행정심판법 개정안」은 이러한 「행정소송법」 개정의 취지를 그대로 수용하여, 개정안 제49조 7항과 같은 거부처분취소재결의 기속력의 내용으로서 결과제거의무에 관한 규정을 두고 있다. 이로써, 재결에 따라 취소되는 처분이 이미 집행된 경우에는 당사자인 행정청과 그 밖의 관계 행정청은 그 집행으로 인하여 직접 청구인에게 발생한 위법 또는 부당한 결과를 제거하기 위하여 필요한 조치를 하여야 할 것이다.

행정심판의 제기하면서, 이와 동시에 별도의 소송을 제기하는 것이 매우 불합리한 점을 생각한다면, 「행정심판법」에서의 결과제거의무를 규정한 것은 매우 큰 의미가 있다고 할 것이다. 따라서, 분쟁의 신속하고 종국적 해결에 기여할 것으로 전망된다.

190) 정하중, 행정법개론, 2013, 834쪽 참조.

191) 현재 관례의 입장으로는 민사소송으로 다루어야 할 여지가 많지만, 이는 공법상 법률관계에 관한 분쟁으로서 당사자소송으로 다루어야 하는 사안이다.

□ 화해권고결정

(1) 「행정소송법」 개정논의에서 화해권고결정

1) 의의

행정소송은 그 공익적 성격으로 인하여 전통적으로 소송상 화해가 허용되지 않다고 보았지만, 1998년 행정법원 설치 이후 행정청이 처분의 직권취소 또는 철회·변경을 약속하고 원고가 소를 취하하는 이른바 사실상 화해가 자주 이루어져 왔다. 실제로 서울행정법원은 합의부 사건 중 청소년 주류제공, 접대부 고용 및 오락기 위변조 등으로 인한 영업정지사건과 같이 상대적으로 간이한 민생관련 행정사건과 단독사건 중 음주운전으로 인한 자동차운전면허취소사건에 대하여 화해권고제도를 활발히 이용하고 있다고 보고되고 있다.¹⁹²⁾

이와 같은 이른바 행정소송에서의 사실상 화해가 어떠한 성격을 가지는지에 대해서는 논의의 여지가 있지만, 일반적으로 다음과 같은 내용을 포함하고 있다.¹⁹³⁾

첫째, 피고는 원행정처분을 (법원이 정하는) 새로운 내용의 것으로 변경한다. 가령 “피고는 원행정처분을 직권으로 취소하고, (법원이 정하는) 새로운 처분을 한다.”는 형식을 취할 것이다.

둘째, 원고는 이 사건 소를 취하하고, 피고는 이에 동의한다.

셋째, 소송비용은 각자의 부담으로 한다.

이처럼 실무에서 이루어지고 있는 화해권고안은 민사상의 화해권고결정 내용과는 상당히 다를 뿐만 아니라, 과연 행정소송상 화해권고가 가능한지 여부에서부터 그 구체적인 권고내용과 관련하여 법원이 새로운 처분을 구체적으로 정하는 것이 타당하지 여부 및 현행정처분의 취소 내지 변경처분에 대한 화해권고 성립의 법적 효력 여하, 새로운 처분(변경처분)에 대한 원고 동의의 법적 효과 등에 이르기까지 내용 자체가 불명확함은 물론 다양한 법해석상의 문제점을 내포하고 있다는 우려 섞인 견해가 제시되고 있다.¹⁹⁴⁾

그러나, 실무에서 관행적으로 이루어지는 화해권고결정을 명문으로 규정하자는 견

192) 이정수, “행정소송상 화해권고제도에 관한 연구”, 법조 2006/4(Vol. 595), 144쪽. 이에 따르면 서울 행정법원의 경우 화해권고에 의한 소취하 사건수는 1999년 27건이던 것이 2000년에 317건, 2018.8.31까지만 602건에 이르는 등 폭발적인 증가를 보이고 있다고 한다(법률신문 2002.1.10. 자 1면). 또한 영업관계사건의 처리건수 대비 소취하율은 약 47%에 이른다고 한다(강완구, “행정사건의 추이와 전망”, 행정법원의 좌표와 진로, 서울행정법원, 39쪽).

193) 이정수, 앞의 논문, 143쪽.

194) 위의 논문, 144쪽.

해가 2004년 대법원 「행정소송법 개정안」, 2012년 법무부 「행정소송법」 개정시안에서 본격적으로 나타났고, 그 이후 「행정심판법」에서도 이를 규정할 필요가 있다는 주장이 제기되기에 이르렀다.

2) 행정소송상 화해권고결정 도입에 대한 찬반양론

실무가들에 의해 현실적으로 제기되고 있는 화해권고결정에 대한 입장을 살펴보자.

가. 적극설

다음과 같이 도입 필요성을 주장하는 견해가 있다.¹⁹⁵⁾

첫째, 화해권고결정은 그 실무상 필요성에도 불구하고 법적 근거가 불투명하고, 원고가 소 취하를 하지 않으면 소송이 종료되지 않으며(이 경우 원고는 패소의 불이익을 받게 됨), 피고 행정청이 원고의 소 취하 이후 조정권고의 내용을 이행하지 않을 경우 별도의 항고소송을 제기해야 하는 번거러움이 있다.

둘째, 행정소송에서도 처분상대방인 원고와 피고 행정청 간의 일정한 양보에 따라 소송이 신속하게 종결될 가능성도 얼마든지 있고, 화해에 친하지 않은 처분인 경우에는 법원 스스로 화해권고결정을 자제할 수 있고, 당사자 쌍방의 불복도 얼마든지 가능하므로 이를 막을 이유가 없다.

셋째, 현실적으로 1999-2009년까지 서울행정법원에서 조정권고에 따라 소 취하가 이루어진 사건이 전체 55,330건 중 8,548건으로서 15.45%에 이르는 점만 보더라도 실무상 화해권고결정의 도입 필요성은 인정된다.

넷째, 화해권고결정을 전면적으로 허용하는 것이 부담스럽다면 최소한 금전 기타 대체물의 지급을 명하는 행정처분에 국한하여서라도 화해권고결정을 허용하는 것이 바람직하다.

나. 소극설(신중론)

이에 반하여, 「행정소송법」상의 화해권고결정제도에 대해서는 특히 권력분립이라는 헌법상 원리에 비추어 신중해야 한다는 입장에서 다음과 같은 바람직한 개정방향을 주장하는 다음과 같은 주장이 있다.¹⁹⁶⁾

195) 박해식·이승민·오지석, “실무에서 본 현행 행정소송 제도의 문제점 및 개정방향”, 행정법학 제3호, 2012, 133-134쪽.

196) 이정수, “행정소송상 화해권고제도에 관한 연구”, 법조 2006/4(Vol. 595), 139-168쪽. 이는

첫째, 실무상 이루어지는 행정소송상 화해권고제도는 조정이나 재판상, 사실상 화해와는 다른 제3의 형태로서 일단 화해권고제도라 할 것이되, 「행정소송법」의 「민사소송법」 준용규정에 의하여 가장 유사한 화해권고결정제도를 모범으로 할 것이다.

둘째, 행정소송의 권리구제 및 행정의 적법성 통제 기능을 감안하여, 화해권고결정의 대상은 행정청의 처분이 재량권을 일탈, 남용하는 경우 및 예외적으로 치유가능한 절차하자의 경우에 한정하여야 할 것이고 그 권고안의 대응 역시 법적 한계를 벗어나서는 안 된다.

셋째, 법원의 화해권고안은 특정 처분을 정하기보다는 권고이유에서 재량권의 일탈·남용 부분을 밝혀 그 범위 안에서 행정청으로 하여금 재처분 또는 변경처분토록 함이 권력분립이라는 헌법상 원리에 부합하는 것이다.

넷째, 현재의 불명확한 규정과 절차에 관한 준용만으로는 화해권고제도의 법적 효력에 대하여 여전히 문제가 남게 되는바, 적절하고 구체적인 규정을 「행정소송법」에서 마련해야 할 것이다.

3) 적용영역

가. 적용범위

2012년 「행정소송법」 개정시안 제35조의 화해권고결정에 관한 규정은 취소소송에 관한 것이며, 이는 다른 항고소송에 대해서도 준용하도록 하고 있다. 즉, 항고소송에서는 화해권고결정을 통해서만 소송상 화해가 성립될 수 있도록 하고 있다.

또한 화해권고의 내용 내지 적용범위에 대해서는 명문의 규정을 두지 않지만, 소송물이 된 계쟁처분의 취소·철회·변경 또는 발급을 대상으로 할 수 있음은 물론이다. 그러나, 소송물의 범위를 넘어 행정청이나 원고의 부수적 조치에 대해서도 화해권고가 가능한지 문제된다.

가령, 의무위반을 이유로 영업허가취소처분을 다투는 취소소송에서 동 처분을 일정기간의 영업정지처분으로 감경하는 한편, 원고에게 그 의무위반을 시정하거나 그 재발을 방지하는 일정한 작위의무를 부담시키는 화해권고결정이 가능한가? 이에 대하여, 분쟁의 일회적 해결이라는 취지를 감안하여 소송물의 범위를 넘더라도 계쟁처분과 직접 관련 있는 사항들에 관해서는 화해권고결정이 가능하다고 해석하고 있다.¹⁹⁷⁾

2004년 대법원 개정안에서의 화해권고결정에 대한 견해이지만, 2012년 개정시안에서의 화해권고결정에 대해서도 마찬가지로 적용될 수 있으며, 향후 이와 관련된 제도개선과 관련하여 참고할 만한 주장이라 생각된다.

197) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 637쪽.

나. 구체적 적용영역¹⁹⁸⁾

a. 제재처분의 변경

실무상 화해의 필요성이 가장 큰 것으로 소개되는 영역은 도로교통법, 식품위생법 등 수 많은 행정법규상 의무위반에 대한 제재로서의 철회 및 효력제한이 과도한 처분으로서 비례원칙위반이 다투어지는 경우이다.¹⁹⁹⁾ 그 이유는 원처분이 취소되더라도 행정청은 다시 원처분보다 감경된 제재처분을 할 수 있으며, 이 때 새로운 제재처분에 의한 면허·영업정지의 기산일 내지 원처분에 의해 실제로 영업중단한 기간의 산업문제와 관련하여 새로운 분쟁이 발생할 수 있기 때문에, 본 사례에서 소송상 화해를 한다면 분쟁을 일거에 해결할 수 있다는 주장이다. 원처분에 관한 시행규칙상 처분기준이 마련되어 있다고 하더라도, 대부분의 경우에는 감경규정에 의해 원처분이 감경될 수 있으므로 내용상 위법의 문제는 생기지 않는다. 감경규정이 없는 경우라도 대법원판례에 의하면 그 시행규칙을 정해진 재량준칙은 대세적 효력이 없으며, 또한 법적 구속력이 있다고 하더라도 법원의 화해권고결정에서 그 처분기준이 규범통제를 통해 그 법적 구속력을 부인당할 가능성이 있음을 지적함으로써 결국 법적 상태가 불명확한 것으로 되기에 화해는 허용되고 있다.²⁰⁰⁾

b. 징계의 감경

공무원의 근무관계나 국립학교에 재학하는 학생의 관계에서 발생하는 징계처분의 수위가 문제되는 경우에도 적용될 수 있다. 다만, 징계권자와 징계위원회가 분리되어 있거나 다른 절차적 통제를 받는 경우에는 법원의 화해권고결정에 대해서 징계위원회의 승인 또는 행정기관내의 절차적 통제를 거치도록 해야 할 것이다.

c. 행정상 강제집행의 시기연기

철거대집행처분의 경우, 원고는 청구를 포기하되 피고 행정청이 그 집행을 연기하는 것을 내용으로 화해하는 것은 허용되고 내용상의 위법은 발생하지 않는다.²⁰¹⁾ 다만, 철거대상을 감축하는 내용으로 화해하는 것은, 위법건축물의 범위에 관해 행정청의 요건재량이나 효과재량이 인정될 수 없는 경우가 대부분일 것이기에, 사실관계나

198) 위의 책, 630-632쪽 참조. 그밖에 동 교수는 공법상 계약과 관련한 예도 들고 있지만, 공법상 계약의 경우 행정심판에서는 당사자심판을 도입하지 않는 한 문제될 여지가 없는 점에서 생략하였다.

199) 위의 책, 630쪽.

200) 위와 같음.

201) 과세처분에 대해서는 독일법상에서도 재판상 화해가 허용되지 않는다.

법적 상태가 불명확한 때에만 화해가 허용된다.

d. 거부처분취소소송에서의 일부 인정

거부처분 취소소송의 경우에는, 행정청이 원래 신청된 내용보다 축소된 처분 또는 원고에게 불리한 내용으로 수정된 처분을 발급해 주기로 화해하는 것이 예상되며 이는 법원이 행정청에게 의무이행을 명하는 것이 아니라 행정청이 스스로 자신이 결정 권한을 행사하여 의무이행소송의 채택여부와 상관없이 가능하다.²⁰²⁾

e. 과세처분에서의 화해 허용여부

명문으로 재판상 화해를 인정하는 독일에서도 재정법원법과 조세통칙법에 재판상 화해나 공법상 계약에 관한 규정이 전혀 존재하지 않기에, 사회보장행정 및 일반행정 영역에 대한 반대해석으로 재판상 화해가 부정되고 있다.

이에 대해, 국내학설로서 조세소송도 「행정소송법」에 의해 규율되고 있고, 「행정소송법」 제8조 제2항의 준용규정을 매개로 원칙적으로 조세소송에 대해서도 화해에 관한 「민사소송법」 규정이 준용되지만 과세처분 및 공과금처분의 경우에는 대부분 기속행위이므로, 부과요건이 되는 사실관계, 사실에 대한 법적 평가 및 포섭에 관해 객관적으로 불명확상태가 있는 때만 화해가 허용될 것이라는 견해가 있다.²⁰³⁾

4) ‘2012년 법무부 행정소송법 개정시안’에서의 화해권고결정

가. 개정시안에서의 도입배경

2004년 대법원 개정안이나 2012년 법무부의 행정소송법 개정시안에서는 화해권고 결정에 관한 규정을 「행정소송법」(안)에 두었다. 이러한 화해권고결정은 법원의 화해권고 기준과 행정청의 수용 기준이 전국적으로 통일되지 아니하여 행정의 불공평이 초래될 수 있다는 우려를 바탕으로, 이미 실무관행이 된 ‘사실상 화해’의 부작용, 특히 법원의 무리한 화해권고와 행정청의 약속 불이행 등의 부작용을 방지하기 위해서는 화해권고결정을 통한 화해를 명문으로 인정하자는 인식을 기초로 하고 있다.²⁰⁴⁾

2012년 법무부 행정소송법 개정위원회 개정시안에서의 화해권고결정의 주요 내용은 다음과 같다.

202) 백윤기, 앞의 논문, 185쪽.

203) 박정훈, 앞의 책, 631쪽.

204) 박정훈, 행정소송법 개정 공청회(2012. 5. 24.), 29쪽; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2006, 613-642쪽.

나. 화해권고결정의 요건

먼저, 다음과 같은 실체적 요건을 충족해야 한다.²⁰⁵⁾

① 화해권고결정은 당사자의 권리 및 권한의 범위 내에서 이루어져야 한다(2012년 개정시안 35조 1항 본문). 기속행위에서는 그 법령상 요건에 반해서는 아니 되고, 재량행위의 경우에는 그 재량의 범위에 속해야 한다. 즉, 화해의 대상이 되는 권리·의무는 원고에게 속하는 것이어야 한다. ② 화해권고결정은 공공복리에 적합하지 아니하면 허용되지 아니한다(동 35조 단서). 즉, 사정판결 등의 요건과는 달리, ‘현저한 공공복리’, ‘중대한 공공복리’가 아니라 ‘공공복리’에 적합하지 아니하면 허용되지 않는다. ③ 화해권고결정은 당해 처분 등의 성질에 반하는 경우에는 허용되지 아니한다(동 35조 단서). 가령, 과세처분처럼 법령에 엄격히 기속되는 처분은 성질상 화해권고결정이 허용되지 아니한다. 그러나, 기속행위라도 사실관계가 불명확하고 증거조사가 사실상 불가능한 때 또는 요건상의 불확정개념의 해당 여부가 불명확한 때에는 ‘당해 처분의 성질에 반하지 않는 경우’로서 화해권고결정이 가능하다고 볼 수 있다. ④ 화해권고결정에 의하여 직접 권리 또는 이익의 침해를 받을 제3자 또는 화해의 대상인 처분등에 관하여 동의·승인·협의 등의 법령상 권한을 가진 행정청이 있는 경우에는 법원은 그 제3자 또는 행정청의 동의를 받아야 하는데, 그 동의를 받지 아니하고 한 화해권고결정이 확정된 경우에는 그 제3자 또는 행정청이 재심을 청구할 수 있다(동 35조 4항).

나아가, 다음과 같은 절차적 요건도 충족해야 한다.

① ‘법원’은 ‘직권’으로 ‘소송계속’ 중인 사건에 대하여 화해권고결정을 할 수 있다(동 35조1항 본문). ‘직권으로’ 행해지므로 당사자가 화해권고결정을 신청하더라도 이는 ‘직권발동을 구하는 의미의 신청’으로 보아야 하며, 소송계속 중이어야 하므로 소송계속이 없는 제소전 화해를 위한 화해권고결정은 허용되지 않는다. ② 법원은 화해권고결정을 함에 있어서 소송계속 중인 사건의 법적·사실적 상태와 당사자의 이익 등 그 밖의 모든 사정을 참작하고, 화해권고결정 이유의 취지를 실시하여야 한다(동 제35조 3항). 이로써 종래 사실상 화해의 남용으로 지적되어 온 부작용이 해소될 수 있다. 가령 계쟁처분이 제재처분인 경우에 아무런 이유도 붙이지 않고 당해 제재처분을 감경할 것을 원하는 화해권고결정을 하여서는 아니 되고, 최소한 계쟁처분이 과중하여 재량권 남용에 해당하고 법원이 원하는 감경이 적절한 제재라는 점이 실시되어

205) 이상의 실체적 요건은 2012년 행정소송법 개정시안을 중심으로 한 것이다. 독일 「행정법원법」 및 「행정절차법」을 참고하여, 화해권고결정의 실체적 요건을 ①당사자의 처분권, ②사실관계 또는 법적 상태의 불명확성, ③화해내용의 적법성, ④제3자 및 관계행정청의 동의를 제시하기도 한다(박정훈, 위의 책, 639-640쪽).

야 한다. ③ 화해권고결정의 상대방에 관해서는 명문의 규정이 없지만, 소송의 당사자인 원고와 피고행정청 또는 참가인에 한정되어야 하는 것으로 해석하고 있다. 소송외의 제3자를 화해에 참여시키려면 소송참가가 먼저 이루어져야 하며, 당사자에 대해서는 당사자능력·소송능력·변론능력만이 요구되며, 행정사건인지 여부, 법원의 관할, 대상적격, 원고적격, 권리보호필요성, 제소기간 등과 같은 항고소송 특유의 소송요건들의 구비여부는 화해권고결정의 요건이 되지 않는다고 본다.²⁰⁶⁾

다. 화해권고결정의 확정 및 효력

화해권고결정이 확정되면, 「민사소송법」에 관해서는 「민사소송법」의 화해권고결정에 관한 규정(제225조 이하)이 준용된다. 따라서, 당사자들이 화해권고결정이 기재된 조서 또는 결정서를 송달받고 30일 이내에 이의신청을 하지 않거나 이의신청을 하였더라도 법령상의 방식 위반 또는 신청권 소멸을 이유로 이의신청이 각하되거나, 당사자가 이의신청을 취하하거나 또는 서면으로 이의신청권을 포기한 때에는 화해권고결정은 확정된다. 반면에, 적법한 이의신청이 있으면 소송은 화해권고결정 이전의 상태로 돌아가고, 이의신청이 없더라도 그 심급에서 판결이 선고되면 화해권고결정은 효력을 상실한다.²⁰⁷⁾

확정된 화해권고결정은 확정판결과 동일한 효력을 갖는다(동 35조 2항). 확정판결과 같이 형성력과 집행력이 발생한다. 그러나 계쟁처분의 위법성이나 적법성에 관해서 기판력이 발생하는지 여부에 대해서는 다툼의 여지가 있다. 이에 대하여 화해권고결정 제도의 목적이 분쟁의 평화적 해결에 있을 뿐 처분의 적법성 여부를 확정하기 위한 것은 아니고, 적법성 여부에 관해서는 원고나 행정청이 처분성을 갖지 않기 때문에 기판력을 인정될 수 없다는 주장이 있다.²⁰⁸⁾

제3자 또는 관계행정청의 동의·협의를 결여한 경우에는 당해 제3자 또는 관계 행정청은 재심을 청구할 수 있다(동 35조4항 단서).

(2) 외국법에서의 화해권고결정

1) 독일 「행정법원법」(VwGO)상의 화해권고결정

206) 박정훈, 앞의 공청회 자료, 33쪽.

207) 위의 자료, 34쪽.

208) 위의 자료, 35쪽.

독일 행정법원법(VwGO)

제106조(재판상 화해)

화해의 대상에 대한 처분권이 있는 한, 소송관계인은 법적 분쟁의 전부 또는 일부를 해결하기 위하여 법원, 수명법관 또는 수탁판사의 조서에 기재함으로써 화해를 할 수 있다. 재판상 화해는 결정의 형식으로 행해진 법원, 재판장 또는 주심판사의 권고를 소송관계인이 법원에서 서면으로 승인함으로써도 할 수 있다.

가. 화해권고결정의 의의

독일 「행정법원법」(VwGO)상 재판상 화해(gerichtlicher Vergleich)는 동법이 제정·시행되던 1960년부터 인정되었으나, 재판상 화해권고(Vergleichsvorschlag)에 관한 규정인 동법 제106조 제2문(밑줄 친 부분)은 1990년 동법의 제4차 개정에서 추가된 것이다. 즉, 동법 제106조 제2문에 의해 (조서작성에 의해 화해성립 외에도) 법원·재판장·주심판사의 화해권고를 당사자가 서면으로 승인하는 방식에 의한 화해가 가능하게 된 것이다.

위의 제106조에서 “화해의 대상에 대한 처분권이 있는”의 요건, 즉 ‘처분권 있음’은 공법상 계약의 허용성에 관한 원칙(특히 「행정절차법」 제55조 기타 이와 유사한 주(Land)법의 규정이나 일반 법원칙)과 합치하고 있는 경우로서 화해가 강행법규나 공법상의 일반원칙과 저촉하지 않는 때이어야 한다. 화해에 의해 행정청이 어떠한 처분을 할 의무가 발생하였더라도 처분권이 있는 경우에만 인정될 수 있다(「행정절차법」 제54조). 또한 행정청이 결정에 대한 재량이 있는 경우나, 행정행위의 요건의 존부에 관하여 다른 방법으로는 쉽게 제거할 수 없는 의문이 있는 경우에도 처분권이 인정된다.

나. 처분권

「행정법원법」 제106조의 규정은 원래 의미의 처분권(Dispositionsbefugnis)을 내용으로 하고 있다고 보는 견해와 동 규정이 화해계약체결을 위하여 행정청의 처분권(Dispositionsermächtigung)을 포함하는 것으로 볼 수는 없다는 견해가 대립된다. 연방행정법원 판결에 따르면 양 당사자는 청구의 대상에 대해서 처분할 수 있어야 한다. 즉, 행정청이 화해에 해당하는 행정행위를 할 수 있는 권한을 가지고 있어야 한다. 이 판결에서 법상태·사실상태에 대해서 의견의 차이가 있는 경우에는 행정청은 법률규정과 관계없이 화해 계약을 체결하는 권한을 가진다고 보았지만, 이 판결에 따

르면 「행정법원법」 제106조가 처분권을 내포하고 있다고 보는 것은 곤란할 것이다.

다. 화해의 절차

구두변론에 이르기까지 법원은 화해해결을 시도하기 위해 법관에게 이송할 수 있다. 당사자가 재판외분쟁해결수단을 선택하면 법원은 절차를 정지한다(「민사소송법」 제278조 제5항 후단, 제251조).

「행정법원법」 제87조 제1항 후단 제1호에 따르면, 준비절차에서 쟁점의 명확화나 화해에 의한 해결을 위해서 관계자를 소환할 수 있다. 「행정법원법」의 이 규정은 「민사소송법」 제278조 제5항 전단에 따른 소송 중의 화해교섭의 실시에 해당한다. 이 경우 구두변론기일이 아닌 때의 관계자의 표명은 판결에서 원용된다.

화해를 위한 기일은 「행정법원법」 제87조 제1항 전단에 따라 구두변론의 준비를 위한 것으로만 이용되고 있다. 물론 구두변론기일이 개시되면 화해에 의한 해결절차는 더 이상 예정되지 않는다. 그러나 화해에 의한 해결을 위하여 기일이 성립되지 않은 채 끝난 후, 관계자에게 합의에 이르는 징조가 인정되어지는 경우, 다시 화해에 의한 해결을 위하여 기일을 정하는 것은 명문의 규정은 없지만 인정되고 있다.

실무상 철회권(Widerruf)을 유보한 화해도 인정되고 있다. 당사자가 유보되었던 철회권을 행사한다면, 화해는 효과를 잃고 절차가 속행한다. 즉 철회권유보의 화해에서는 철회할 때까지, 또는 철회기간이 도과할 때까지, 조건부로 종료하는 것이 된다.

화해는 소송을 종료시킨다. 법적 분쟁 전체에 대한 화해만이 아니라, 독립하여 처리할 수 있는 일부를 종료시키는 화해도 허용된다(부분화해). 「행정법원법」 제106조 제1문이나 제2문에 따르지 않는 화해유사의 결정은 소송을 종료시키지 않기 때문에, 소취하 등을 필요로 한다.

화해가 제3자의 권리를 침해하는 규정을 포함하고 있는 때에는, 제3자가 당사자로서 화해에 참가하고 있거나, 적어도 제3자가 자기에게 부담이 되는 규정에 동의하고 있는 때에야 화해가 효력을 가진다.

사실관계나 법관계가 명백한 경우로서 행정청이 명백하게 인정받지 못한 의무에 대하여 합의하는 것은 불가능하다. 분명하게 인정받지 못한 의무에 대해서 합의하는 것은 불가능하다. 그러나 사실·법률상 불확실성은 화해를 통하여 (사실상의 것도 법적 인 것도)은 화해에 의해서 조정할 수 있다고 되어 있다.

라. 「행정절차법」상 화해계약

독일에서는 화해에 대해서 규정하는 명문규정으로 「행정법원법」 제106조 외에 「행정절차법」 제55조가 있다. 동 규정에 따르면, 화해계약은 교환계약(56조)과 함께 공법상 계약(54조)에 포함된다. 화해계약은 일반적으로 행정과의 화해를 체결하는 때에 필요한 요건을 규정하고 있다. 소송상 화해의 경우에도 「행정절차법」의 동 규정은 적용된다.

독일 행정절차법(VwVfG)
제55조(화해계약, Vergleichsvertrag)
 제54조 2문의 공법상 계약은 이를 통하여 사실관계 또는 법상태의 합리적인 존중 하에 서(bei verständiger Würdigung), 존재하는 불확실성을 상호양보(gegenseitiges Nachgeben)를 통하여 제거하려는 것으로(이하 “화해”), 행정청이 불확실성 제거(Beseitigung der Ungewissheit)를 위해 화해의 체결을 의무적합적인 재량에 따라(nach pflichtgemäßem Ermessen) 합목적적으로 보는 때에 체결할 수 있다.

독일 「행정절차법」 제55조에 따르면 불확실성과 상호양보가 화해계약체결의 요건이다.

이 불확실성이 급부의 적법·위법에 관계하지 않는 경우, 불확실성이라는 이름으로 법적으로 인정되지 않는 급부를 약속하는 것은 인정되지 않는다. 또한 불확실성과 양보는 동일한 사항에 관련된 것이어야 한다. 가령, 연방행정법원 판결에서는 원고에 의한 소의 취하와 행정청의 원고에 대한 건축허가가 동일한 사항에 관련된 것이 아니라 고 하여 화해에 근거한 원고의 건축허가청구권을 부정한 사례가 있다.

이 조문에 규정되어 있는 법상태의 불확실성이라고 하는 것은 엄밀한 조건아래에 긍정된다고 한다. 즉 해석을 필요로 하는 법상태(Rechtslage)는 불확실한 것이라고 는 말할 수 없다. 그와 같은 법상태는 법적인 언설을 통해서 몇 개의 해석을 지지하는 논의를 찾아낼 수 있는 것이고 법률조문을 둘러싼 법적작업이 통상의 법률적용에 있 기 때문이다.

‘법상태의 불확실성이 존재하는 경우’의 예를 들면, 개개의 문제에 다른 판결이 있 고, 일의적인 최고재판소의 판결이 아직도 없어, 매우 오래된 법률이나 외국법을 적용 할 수 있는지 여부를 확정하기 곤란한 경우 등이다. 이러한 취지에서, 소송리스크는 모든 법적 분쟁에 존재하는 것이므로 법상태의 불확실성에 해당하지 않는다. 가령, 권리실현의 보장이 없다는 것은 이러한 불확실성 요건을 충족시키지 못한다고 본 판례 가 있다. 또한 법적 문제의 해명을 위하여 행정지출이 그 지출의 의의와 전혀 어울리 지 않을 때야 비로소 법상태의 불확실성 때문에 화해가 이루어져야 한다고 본다.

2) 일본 행정사건소송법(行政事件訴訟法)에서의 화해²⁰⁹⁾

가. 문제의 소재

소송상 화해에 관하여 행소법에서는 특별한 규정이 없으므로, 동법 7조에 따라 민사소송의 예에 따르게 된다. 따라서 항고소송에서도 그 성질에 반하지 않는다면 소송상 화해는 통상의 민사소송과 마찬가지로 인정되며, 문제는 소송상 화해가 항고소송의 성질에 반하는지 여부에 있다.

소송상 화해의 성질에 대해, 판례는 소송행위임과 동시에 실제법상 화해계약이라는 이중의 성격을 가진다는 입장이지만, 소송상 화해가 항고소송의 성질에 반하는지는 오직 실제법상 화해계약으로서의 문제가 된다. 즉 소송당사자인 행정청과 사인이 행정실체법상 화해계약(공법계약)에 의해 당사자 간의 법률관계에 변동을 미치는 것이 허용되는가, 허용된다면 어떠한 범위에서 허용되는가가 문제일 것이다.

나. 화해의 내용에 대한 문제

항고소송은 행정처분의 효력을 소급적으로 잃게 하는 (취소소송) 또는 처분의 무효등을 확인하는 (무효등확인소송) 것에 의해 사인의 권리의익의 회복을 도모하는 것을 목적으로 하므로, 이때 생각되는 전형적인 화해의 내용은 행정청이 원고와의 사이에 계쟁행정처분을 취소 또는 변경하는 처분을 하는 것 또는 당해 처분에 의해 원고에게 유리한 새로운 처분(재처분)을 하는 것을 합의하는 것이다.

또한 소송상 화해는 소송물에 대해서 상호양보를 본질적 요소로 하는 것이므로, 이러한 면에서 본다면, 처분의 위법성(하자) 일반을 소송물로 하는 항고소송에서는 당사자 간에 계쟁처분의 위법성의 존부 또는 효력의 유무를 확인하는 내용의 화해도 생각될 수 있다.

그러나 행정처분은 권한 있는 행정청이 법령에 기하여, 공권력의 행사로서 그 일방적 판단에 의해 행하는 것이므로, 행정청이 사인과의 계약으로 행정처분을 취소하고, 변경 또는 새로운 행정처분을 할 의무를 지고, 그 이행으로서 행정처분을 행하는 것은 행정처분의 본질에 반하는 것이 된다. 또한 행정처분의 위법성의 존부 또는 효력의 유무는 법령에 비추어 객관적으로 판단되어야 하고, 행정청과 사인의 계약으로 이것을 확인하는 것에 의해 변동을 미칠 수 없다고 해야 한다.

따라서 이상과 같은 내용의 화해는 모두 항고소송의 성질에 반하여 허용되지 않는다고 해석해야 하고, 이러한 점에서 일반적으로 항고소송에서는 소송상 화해를 할 수 없다고 보는 것으로 일반적이다. 그러나, 이는 전술한 바와 같은 행정처분의 효력에

209) 日本 行政訴訟資料 pp. 232-234.

변동을 미치는 것을 내용으로 하는 소송상 화해가 허용되지 않음을 의미하는데 그친다. 당사자 간의 상호양보의 개념을 극히 넓게 해석하는 실무의 경향으로부터 본다면, 행정처분의 효력에 관계없는 내용의 화해도 생각되고, 이러한 화해는 허용된다고 볼 수 있다. 가령, 어떤 행정처분을 행하는 것을 상대방 당사자에게 약속한다는 급부조항이 아니라, 어떤 행정처분을 행할 예정이 있음을 확인하는 등의 확인적 조항이라면 이것을 부정할 이유는 없을 것이고, 행정청에 대한 청구를 포기하고, 소송비용에 대한 부담만을 정하는 화해라면 항상 가능하다.

이러한 행정처분의 효력에 변동을 미치지 않고, 항고소송의 피고는 행정청이고, 성립한 화해의 임의이행이 확실하다는 점으로부터 본다면, 분쟁해결의 실효성은 충분히 인정된다고 할 수 있다.

실무에서는 항고소송에서 소송상 화해가 성립한 경우, 그 소송종료의 효력에 의심이 생기지 않을 것이고, 화해조항 중에 소취하의 합의 또는 소송종료의 합의를 하는 예도 있다.

또한 화해는 법원이 주도권을 쥐고 당사자쌍방을 설득하는 경우가 많기 때문에, 행정청이 화해에 응하여 양보를 하는 것이 법령에 적합하다고 판단되는 경우, 다시 말해서 소송의 결론에서 원고승소(적어도 일부승소)의 심증이 얻어진 경우에 행해지는 것이 보통이다(이 점은 사실상 화해에 대해서도 마찬가지이다).

다. 화해의 주체에 대한 문제

항고소송에서는 국가나 지방공공단체라는 권리의무주체가 아닌 행정청이 피고로 되고 있지만(행소법 11조),²¹⁰⁾ 권리능력을 가지지 않는 행정청이 사인과의 사이에 공법계약을 체결하는 것은 불가능하고, 항고소송에서 피고행정청이 소송상 화해를 하는 것은 이 점에서 대체로 허용되지 않는 것은 아닌가 하는 논의의 여지가 있다.

그러나 소송상 화해의 소송행위로서의 측면에서는 행정청이 이것을 할 수 있는 점은 명확하고, 또한 실체법상 화해계약의 측면에서도 앞서 살펴본 바와 같이 항고소송에서 허용되는 소송상 화해는 행정처분의 효력에 관한 내용을 포함하지 않고, 의무의 이행을 예정하지 않는 사항에 한하므로, 행정청이 피고라는 점은 큰 문제는 없을 것이다.

또한 법무대신권한법에 기한 행정청의 지정대리인은 국가의 사무에 관한 소송의 경우에는 동법 8조에 의해 ‘대리인의 선임 이외의 일체의 재판상 행위를 할 권한을 가

210) 이는 우리나라 「행정소송법」과 마찬가지로, 2004년 일본 「행정사건소송법」 개정 이전에 항고소송의 피고가 행정청으로 되어 있던 상황을 전제로 하는 것이다.

진다’는 것으로, 민소법 55조2항의 특별수권이 없더라도 대리인으로서 소송상 화해를 할 수 있지만, 지방공공단체 사무에 관한 소송에 대한 지정대리인은 화해에 대하여 특별한 수권이 필요하다(법무대신권한법 8조 단서, 민소법 55조2항). 또한 지방공공단체의 장이 피고이고, 지방자치법 153조1항에 의해 직원(吏員)이 대리인(지정인)으로 되는 경우에도 대리인에는 화해에 대한 특별한 수권이 필요하다고 해석해야 할 것이다.

라. 사실상 화해

항고소송에 있어서 소송상 화해를 하는 것은 실무상 희박하지만, 법원이 중간에 들어가는 화해적 해결(사실상 화해)에 의해 사건이 해결되기에 이르는 경우가 적지 않다. 사실상 화해라고 하더라도, 실제의 절차로서는 소송상 화해와 그다지 차이가 없고, 통상의 민사소송에 있어서의 화해권고와 마찬가지로, 법원으로부터 당사자 쌍방에 話함에 의한 해결을 권하고, 준비절차기일 또는 변론 겸 화해기일을 설정하여 당사자쌍방을 다양하게 설득하여 합의의 형성을 도모하는 것이지만, 소송상 화해에 대하여 앞서 본 제약이 있는 점을 고려하여, 행정청이 직권으로 계쟁처분을 취소하고, 변경 또는 원고에 대하여 새로운 처분을 함으로써 원고가 만족하는 취지의 합의가 성립하더라도 이것을 사실상 합의에 그치고 화해조서는 작성하지 않고, 행정청이 직권으로 합의에 따른 처분을 하는 것을 기다려(절차상으로는 기일을 추급하여 지정으로 하는 경우가 많다), 그 처분 후에는 원고가 소를 취하함으로써 사건이 종료하는 것이다.

항고소송에서도 당사자의 합의에 의해 사건을 해결하는 것은 원고의 권리이익의 회복, 법률관계의 안정이 조기에 도모되는 이상, 소송경제상으로도 바람직한 것이므로, 적절한 유형의 사건에 대해서는 적극적으로 사실상 화해의 활용을 도모해야 할 것이다.

사실상 화해는 사건의 유형으로서는 조세사건에서 가장 빈번하게 행해지고 있지만, 이것을 제외하면 사회보험관계사건 등의 수익처분의 신청거부처분의 취소소송에 있어서 많이 행해지고 있다. 1991년 사법통계연감(1. 민사·행정편)에 따르면, 행정 제1심 소송 既濟사건 총수의 약 27%가 休止만료 등을 제외하고 통상의 취하에 의해 종료되고 있지만(이것에 대하여 소송상 화해에서 종료한 사건은 대략 1.6%이다), 항고소송사건은 기재사건 총수의 대부분을 차지한다고 생각되고, 취하로 종료된 항고소송사건의 상당부분은 사실상 화해에 의해 해결된 사건으로 보아도 좋다고 생각된다.

(3) 「행정심판법」에서의 화해권고결정

1) 「행정소송법 개정안」에서의 삭제 및 권익위 개정안

2012. 5. 20. 「행정소송법」 개정 공청회 당시의 행정소송법 개정시안에서는 포함되었던 이상의 내용을 가진 화해권고결정이 정부 부처간 회의 등을 거친 후에 발표된 입법예고안인 2013. 3. 20. 「행정소송법 개정안」에서는 빠져있다. 그러나 「행정소송법 개정안」 발표 이후 만들어진 권익위 「행정심판법 개정안」에서는 현행 「행정심판법」에서는 없는 화해권고결정을 포함시키고 있다.

권익위 행정심판법 개정안

제49조의2(위원회의 권고결정에 의한 행정심판상 화해)

① 위원회는 당사자의 권리 및 권한의 범위 내에서 직권으로 계속 중인 사건에 대하여 화해권고 결정을 할 수 있다. 다만, 그 화해권고결정이 공공복리에 적합하지 아니하거나 당해 처분의 성질에 반하는 경우에는 허용되지 아니한다.

② 위원회는 화해권고결정에 의하여 직접 권리 또는 이익의 침해를 받을 제3자 또는 화해의 대상인 처분에 관하여 동의·승인·협의 등의 법령상 권한을 가진 행정청이 있는 경우에는 화해권고결정 전에 그 제3자 또는 행정청의 동의 등을 받아야 한다.

③ 위원회는 제1항의 화해권고결정을 함에 있어서 사건의 법적·사실적 상태와 당사자의 이익 등 그 밖의 모든 사정을 참작하고, 화해권고결정 이유의 취지를 실시하여야 한다.

④ 위원회는 지체 없이 당사자에게 결정서 정본을 송달하여야 한다. 다만, 그 송달은 「민사소송법」 제185조제2항, 제187조 또는 제194조에 규정한 방법으로 할 수 없다.

⑤ 제1항부터 제4항까지 규정된 사항 외에 화해권고결정 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제49조의3(화해권고결정에 대한 이의신청) ① 당사자는 제1항의 결정에 대하여 결정서의 정본을 송달받은 날부터 2주 이내에 이의를 신청할 수 있다. 다만, 그 정본이 송달되기 전에도 이의를 신청할 수 있다.

② 이의신청은 다음 각 호의 사항을 기재한 이의신청서를 위원회에 제출함으로써 한다.

1. 당사자와 법정대리인
2. 화해권고결정의 표시와 그에 대한 이의신청의 취지

③ 이의신청을 한 당사자는 심판청구에 대한 의결이 있을 때까지 서면으로 이의신청을 취하할 수 있다.

④ 이의신청권은 그 신청전까지 서면으로 포기할 수 있다.

⑤ 위원회는 이의신청이 법령상의 방식에 어긋나거나 신청권이 소멸된 뒤의 것임이 명백한 경우에는 그 흠을 보정할 수 없으면 결정으로 각하하여야 한다.

⑥ 이의신청이 적법한 때에는 심판은 화해권고결정 이전의 상태로 돌아간다.

⑦ 제1항의 기간은 불변기간으로 한다.

⑧ 제1항부터 제7항까지 규정된 사항 외에 화해권고결정에 대한 이의절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

<p>제49조의4(화해권고결정의 효력과 재심의 청구) ① 화해권고결정은 다음 각 호 가운데 어느 하나에 해당하면 재판상 화해와 같은 효력을 가진다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 제49조의3 제1항의 기간 이내에 이의신청이 없는 때 2. 이의신청에 대한 각하결정이 내려진 때 3. 당사자가 이의신청을 취하하거나 이의신청권을 포기한 때 <p>② 제1항에 따라 화해권고결정이 확정된 경우에 심판청구 중에서 화해권고결정에 받아들여지지 않은 나머지 청구는 청구인이 포기한 것으로 본다.</p> <p>③ 화해권고결정에 동의 등을 하지 아니한 제3자 또는 행정청(화해의 대상인 처분에 관하여 동의·승인·협의 등의 법령상 권한을 가진 행정청을 말한다)은 확정된 화해권고결정에 대하여 위원회에 재심을 청구할 수 있다.</p> <p>④ 제3항의 재심의 청구는 화해권고결정이 확정되었음을 안 날부터 30일 이내에, 화해권고결정이 확정된 날부터 180일 이내에 제기하여야 한다.</p> <p>⑤ 제4항의 기간은 불변기간으로 한다.</p>
--

2) 행정심판상 화해권고결정의 적용범위 및 요건

가. 적용범위

우선, 제쟁처분의 취소·철회·변경 또는 발급을 들 수 있다. 그러나, 「행정심판법」상 취소심판에서는 「행정소송법」상 취소소송에서와는 달리 처분의 취소 외에 처분의 적극적 변경도 할 수 있으며, 이는 변경재결 또는 변경명령재결로 나타난다. 따라서 취소심판에서 변경까지 할 수 있는 화해권고결정의 장점은 행정심판에서는 그다지 없다고 할 수 있다.

다음으로, 청구인의 청구취지를 넘어 행정청이나 원고의 부수적 조치에 대해서도 화해권고를 하는 경우이다. 예컨대, 의무위반을 이유로 영업허가취소처분을 다투는 취소심판에서 동 처분을 일정기간의 영업정지처분으로 감경하는 한편, 원고에게 그 의무위반을 시정하거나 그 재발을 방지하는 일정한 작위의무를 부담시키는 화해권고결정의 경우이다. 분쟁의 일회적 해결이라는 취지를 감안하여 제쟁처분과 직접 관련 있는 사항들에 관해서는 화해권고결정이 「행정소송법」상 가능함은 앞서 보았고, 이는 행정심판에서도 마찬가지라고 할 수 있다. 이러한 내용의 화해권고결정은 법에서 정해진 일정한 한계가 지켜지는 한 양 당사자의 갈등을 융통성 있게 해결할 수 있는 방안이 될 수 있을 것이다.

나. 요건

권익위 「행정심판법 개정안」의 요건을 충족하여야 할 것이다.

우선, 실체적 요건으로서 ①당사자의 권리 및 권한의 범위 내에서 이루어져야 하며(안 49조의2 제1항 본문), ②공공복리나 당해 처분의 성질에 반해서는 안 되며(안 49조의2 제1항 단서)에 적합해야 하며, ③필요한 경우 화해권고결정 전에 제3자나 행정청의 동의를 받아야 한다(안 49조의2 제2항).

또한 절차적 요건으로서 ①위원회가 직권으로 심판계속 중인 사건에 대하여 화해권고결정을 할 수 있고(안 49조의2 제1항 참조), ②위원회는 화해권고결정을 함에 있어서 사건의 법적·사실적 상태와 당사자의 이익 등 그 밖의 모든 사정을 참작하고, 화해권고결정 이유의 취지를 실시하여야 한다(안 49조의2 제3항).

다. 화해권고결정의 이의신청, 효력, 재심청구 : 안 49조의3, 49조의4 참조

화해권고결정은 이의신청이 없는 경우 등에는 재판상 화해와 같은 효력을 가진다(안 49조의4 제1항). 따라서 화해권고결정은 집행력을 가질 수 있어 집행권원으로서 기능할 수 있다.

3) 변경(명령)재결과 화해권고결정

가. 「행정소송법」 제4조 및 「행정심판법」 제5조에서의 ‘변경’

행정소송법	행정심판법
제4조 1호 취소소송: 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송	제5조 1호 취소심판: 행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소 또는 변경하는 소송

행소법 제4조1호에서의 ‘변경’의 의미는 권력분립원칙으로 인하여 적극적 의미의 변경이 아니라 일부취소만을 의미한다는 보는 것이 판례 및 통설이라 할 수 있다. 그러나, 권력분립의 문제가 없는 취소심판에서 ‘변경’이란 취소소송의 경우와는 달리 허가취소처분을 영업정지처분으로 변경하는 경우와 같은 적극적 변경을 뜻하며, 이에 따라 변경재결 또는 변경명령재결이 인정되고 있다(「행정심판법」 제43조3항 참조).

요컨대, 취소심판의 재결에서는 적극적 변경을 명(하거나 직접 변경)할 수 있지만, 취소소송의 판결에서는 그 성질이 허용하는 한 일부취소를 할 수 있을 뿐이다.

그리고, 현재 행정소송에서의 화해권고결정과 관련하여 그 적용범위로 논의되고 있는 사항은 주로 「행정심판법」에서는 변경(명령)재결의 틀에서 다루어질 수 있는 것임을 잊어서는 안 된다. 즉, 행정소송에서는 화해권고결정은 현재로서는 인정될 수 없는 ‘처분에 대한 적극적 변경’이 화해권고결정을 통하여 인정될 수 있다는 의미도 있

는 것이다. 그런데, 현행법으로도 이러한 적극적 변경을 할 수 있는 「행정심판법」에 서는 화해권고결정을 도입할 실익이 없는 것은 아닌가 하는 의문을 제기할 수 있다.

나. 「행정심판법」상 ‘변경재결’ 과 ‘화해권고결정’ 의 차이점

그러나, 양자는 다음과 같은 차이점이 있다.

a. 적용범위에서의 차이점

먼저, 적용범위에서 차이점이 있다. 가령, 의무위반을 이유로 한 영업허가취소처분을 다투는 취소심판에서 동 처분을 일정기간의 영업정지처분으로 경감하는 한편(※이 부분까지는 변경재결과 차이 없음), 청구인에게 그 의무위반을 시정하거나 그 재발을 방지하는 일정한 작위의무를 부담시키는 화해는 허용된다.²¹¹⁾ 요컨대, 화해권고결정의 적용범위는 변경재결의 적용범위보다 더 광범위한 것이다.

행정심판이 행정소송과는 달리 수행할 수 있는 ‘부당한 처분에 대한 통제기능’의 면까지 함께 고려할 경우 후술하는 일정한 요건을 충족하는 한 화해권고결정은 행정심판위원회가 다양한 심판기능을 수행함으로써 구체적 타당성을 가지는 판단을 내리는데 기여할 것이다.

b. 행정심판 청구요건에서의 차이점

행정심판상 변경재결이 이루어지기 위해서는 청구인적격·대상적격·청구기간 등 본안판단을 위한 심판청구요건이 충족되어야 함은 물론이다.

그러나, 행정소송상 화해권고결정의 경우에도 본안소송의 소송요건으로서 당사자능력·소송능력·변론능력 정도만을 요구하며, 대상적격·원고적격·권리보호필요성·제소기간 등은 화해의 요건이 되지 않는다.²¹²⁾

행정심판상의 화해권고결정에서도 이는 마찬가지일 것이다. 즉, 현행법상 행정심판에서는 자주 문제가 되는 청구인적격·대상적격·청구기간 등의 요건이 행정심판에서의 화해의 요건으로는 되지 않는다. 이와 같이 행정심판의 문턱이 폭 넓은 화해권고결정이 변경재결과 심판청구요건에서 차이가 있다.

211) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 637쪽.

212) 물론 이 경우에도 화해의 대상은 제정처분 및 이와 직접 관련 있는 사항 등에 한정되어야지, 제정처분과 무관한 사항에 대해서까지 화해의 대상으로 삼을 수는 없다. 가령 당해 업소와 별개의 영업에 대한 허가처분의 발급에 관해 화해하는 것은 허용되지 않으며, 행정심판의 대상이 가분적인 것일 때에는 그 일부에 대해 화해가 가능하지만 불가분적인 부분에 대한 화해와 선결문제 또는 요건사실 중 일부에 대한 화해는 허용되지 않는다고 보아야 한다. Kopp/Schenke, VwGO, § 106 Rn. 15; 박정훈, 앞의 책, 638쪽 참조.

4) 「행정심판법」상 화해권고결정의 인정근거

「행정소송법 개정안」에서는 최종적으로 빠진 화해권고결정이 권익위 「행정심판법 개정안」에서는 포함되어있다. 만일 「행정소송법」에서 화해권고결정이 포함되는 것에 무리가 있다면, 이는 「행정심판법」에서도 마찬가지인가? 아니면, 「행정소송법」과 「행정심판법」은 이와 관련해서는 차이가 있어, 행정소송상 화해권고결정이 인정되지 않는 경우에도 행정심판상 화해권고결정은 의미가 있는 것일까?

그러나, 「행정소송법」안에서 화해권고결정의 규정이 빠졌음에도 불구하고, 「행정심판법」상 화해권고결정은 다음과 같은 독자적인 존재이유 및 인정근거가 있다. 즉, 행정심판상의 화해권고결정은 행정소송상의 그것에 비하여 다음과 같은 차별성을 가지고 있다.

가. 권력분립의 한계가 없는 행정심판의 특성

행정소송과 함께 행정쟁송이라는 이름으로 짝을 이루는 행정심판이 행정소송과 다른 점은 행정심판기관 역시 행정기관의 일종이므로 피고인 행정청과의 관계에서 권력분립의 문제가 발생하지 않는다는 점이다.

행정소송에서와는 달리 적극적 형성의 의미를 가지는 변경재결을 행정심판에서는 내릴 수 있는 것도 이러한 권력분립문제가 없기 때문이다. 그러나, 행정소송의 경우 적극적 형성의 의미의 변경을 명하는 것이나, 특히 소송물의 범위를 넘어 행정청이나 원고의 부수적 조치에 화해권고가 가능한지에 대해서는 법치국가의 문제만이 아니라 권력분립의 문제까지 검토해야 한다.

이에 반하여 권력분립의 헌법적 문제가 없는 「행정심판법」상 취소심판에서 ‘변경’이란 취소소송의 경우와는 달리 허가취소처분을 영업정지처분으로 변경하는 경우와 같은 적극적 변경을 뜻한다(동법 제43조3항 참조). 따라서, 「행정심판법」에서는 화해권고결정을 굳이 도입하지 않더라도 이러한 변경재결을 현행법으로도 가능하다.

나아가, 청구의 취지를 넘어서는 행정청의 처분이 재량권을 일탈·남용하는 경우에 단순히 재량하자만으로 위법을 선언하는 것을 넘어 특정한 처분을 재결을 통하여 명하는 경우에도 권력분립적 한계문제가 없이 할 수 있다.

나. 부당한 행정작용에 대한 적절한 통제 필요성

행정심판은 위법한 행정처분만이 아니라 부당한 행정처분을 다룰 수 있다는 점이

위법한 처분만을 다룰 수 있는 행정소송과는 구별되는 점이다(「행정심판법」 제1조, 제5조 등 참조). 일반적으로 부당이란 재량의 영역에서 재량이 그르쳤지만 재량권의 일탈·남용 정도에는 이르지 않은 경우를 말한다. 행정심판은 행정소송과는 달리 ‘부당’의 경우까지를 다룰 수 있으므로, 행정처분의 위법만이 아니라 부당한 점을 이유로 취소심판·무효등확인심판·의무이행심판에 따른 다양한 유형의 재결을 할 수 있다(「행정심판법」 43조).

그러나 행정심판실무에서는 부당은 위법과 맞물려 이른바 ‘위법·부당’의 의미로만 주로 사용되고 위법하지 않지만 부당한 경우를 거의 볼 수 없는 것이 현황이다. 때론 부당이라고 하지만, 그 내용은 비례원칙위반 등으로 위법의 상황인 경우도 없지 않다. 이러한 부당에 대한 통제가 제대로 이루어지지 못하는 현실에 대한 이유는 여러 가지로 분석할 수 있지만, 행정심판에서의 판단이 행정소송에서와 같이 정형적인 경우만을 상정하기 때문인 점도 없지 않다. 가령 재량권의 일탈·남용의 정도까지 아닌 경우에도, 즉 위법으로까지는 아닌 경우에도 이를 부당한 것으로 보고 이러한 부당을 시정할 수 있는 특정한 처분을 화해권고결정을 통하여 명할 수 있다고 보아야 한다.

따라서 이러한 부당통제기관으로서 역할을 본격적으로 수행하여 국민의 권익구제와 행정통제의 기능을 효율적으로 완수하기 위해 재량의 범위 내에서도 보다 합목적적인 행정으로 시정할 수 있는 화해권고결정을 행정심판의 영역에서 인정할 필요가 있다.

다. 청구인의 화해권고불응에 대한 부담이 없음

민사소송법 학자 호문혁(2012)은 화해권고결정의 폐단에 대하여 다음과 같이 우려하고 있다.

“화해권고결정의 취지는 당사자들이 미세한 부분에서 합의하지 못하고 있거나, 아무런 근거 없이 승소하리라는 기대를 갖고 있을 때에 화해를 성사시키기 위한 것이므로 이 결정을 내릴 것인지 여부를 판단할 때 이러한 취지에 어긋나지 않아야 한다. 즉 단순히 심리나 판결서 작성의 부담을 덜기 위해 이 제도를 이용해서는 안 된다.²¹³⁾ 실제 소송에서 당사자나 대리인들은 종래 구술에 의한 법원의 화해권고에 대하여 상당한 부담을 느끼고 있다고 한다. 그 권고에 응하지 않을 때에는 불리한 판결을 받게 될 염려를 한 것이다. 법관도 화해권고에 한 당사자가 응하지 않을 때에 그에 대하여 좋지 않은 감정을 가질 가능성이 있다. 구술에 의한 화해권고에도 그러했거늘 법관이 화해권고 재판까지 했는데 당사자들이 이의를 할 때는 상당한 강박을 느낄 가능성이 더욱 크다. 이러한 상황에서는 화해를 성사시키는 것이 진정한 분쟁해결방법으로서의 화해의 장점이 발휘되었다고 볼 수가 없다. 특히 당사자가 이의 신청의 취하나 포기를 한 것이 법관의 무언의 압력으로 부담감을 느꼈기 때문이라면 법원에

213) 호문혁, 민사소송법, 2012, 767쪽.

대한 불신감만 팽배해질 우려가 있다. 따라서 화해권고결정을 함에 있어서는 매우 신중해야 할 것이다.”²¹⁴⁾

이러한 민사소송에서의 문제점은 행정소송에서도 마찬가지로 적용될 것이다.

행정심판에서도 화해를 하지 못하여, 정식 행정심판절차로 넘어갈 경우 이러한 문제점은 나타날 여지는 있다. 그러나, 행정심판제도는 행정소송과는 달리 청구인이 임의로 이용할 수 있는 제도이다. 임의적 전치절차로서의 행정심판에서 청구인은 자신의 선택에 따라 행정심판을 이용하지 않고, 곧 바로 행정소송을 이용할 수 있다. 따라서 행정심판에서의 화해권고결정에 청구인이 불응했다고 해서 행정심판위원회로부터 불리한 재결을 받게 될 것을 우려할 필요가 없다. 그러한 우려를 할 경우 곧 바로 소송절차를 진행할 수도 있고, 아니면 재결을 받은 후에 소송을 통한 권리구제를 시도할 수 있기 때문이다.

따라서 행정소송에서 문제가 될 수 있는 이러한 화해권고 불응에 대한 부담문제가 행정심판에서는 없고, 행정심판위원회가 단순히 심리나 재결서 작성의 부담을 덜기 위해 이러한 제도를 이용할 가능성도 현실적으로 없다는 점에서 행정심판에서의 화해권고결정은 행정소송에서의 그것과 차이가 있다.

라. 행정심판의 갈등해결기능 제고 필요성

현대 국가에서 행정의 역할이 증대되면서 행정주체와 국민간의 갈등인 이른바 공공갈등이 격화되어 가는 상황에서, 행정분쟁을 해결하는 절차에서는 이러한 갈등해결의 사명이 필연적으로 주어지고 있다고 할 것이다. 이는 넓은 의미에서 국민의 권익구제기능과도 관련된다. 이렇게 볼 때, 옴부즈만제도나 행정상 조정(mediation)제도와 같은 ADR(alternative dispute resolution)에 의해서만이 아니라, 정식쟁송절차인 행정소송이나 행정심판에서도 이러한 갈등해결은 추구되어야 한다.

그런데, 이와 관련하여 행정심판과 행정소송을 비교할 때, 행정심판은 행정작용의 합목적성까지 통제할 수 있고, 특히 재량결정과 같은 협상여지(Verhandlungsspielräume)가 있는 단계를 통제할 수 있는 제도라는 점에서 행정심판은 더욱 갈등해결의 목표를 지향해야 한다고 볼 수 있다.²¹⁵⁾

따라서 이러한 갈등해결의 목표를 적극적으로 수행하기 위해, 당사자간의 상호양보를 본질적 요소로 하는 화해권고결정을 「행정심판법」에서도 도입할 필요가 있다. 아울러, 설령 「행정소송법」에서는 인정되지 않은 경우에도 「행정심판법」에서도

214) 위의 책, 768쪽.

215) Beaucamp, “Mediation im Widerspruchsverfahren?”, DÖV 2011, 886(889).

이와는 달리 도입이 요청되는 차별성이 있다.

【보충적 인정근거 - 제도 정착의 용이성】

이상과 같은 4개의 행정소송·행정심판의 차이점에 기인하는 인정근거 외에, 행정심판은 행정소송에 비하여 그 최종결정이 국민들에게 미치는 영향이 상대적으로 크지 않다는 현실적 이유도 검토할 만하다. 즉, 화해권고결정이 행정심판에서는 그 정착가능성이 보다 용이하다는 점도 행정심판에서는 화해권고결정의 도입을 전향적으로 검토할 수 있는 요소이다.

행정쟁송 분야에서 화해권고결정은 이제 그 도입필요성의 목소리가 높은 상황이고, 중장기적으로 이러한 새로운 흐름을 반영해야 할 필요성도 없지 않다. 이러한 점에서는 상대적으로 제도정착 면에서 용이한 행정심판에서의 운용경과를 지켜보면서 향후 행정소송에서의 화해권고결정의 도입여부까지도 검토하는 방안은 안정된 제도정착을 도모하는 데 기여할 것이다. 행정심판에서의 시행상황을 지켜보면서 행정소송에서의 향후 도입될 경우 나타날 수 있는 문제점을 행정소송의 차원에서 점검하는 유용할 것이기 때문이다.



<행정소송과 행정심판에서의 화해권고결정 비교>

5) 화해권고결정과 조정

화해는 어디까지나 당사자들이 진정한 의사로써 하는 것이며, 법원이나 심판기관이 주도권을 갖고 독려하는 것은 화해의 본질에 어긋난다. 본래 법원의 임무는 법치주의 원칙에 따라 엄격한 법 적용으로 권리를 보호하는 데에 있다. 당사자들의 자치영역에 속하는 ADR에 깊이 관여하거나 이를 주도하는 것은 바람직하지 않다. 이러한 의미에서 화해권고결정 제도는 법원의 과도한 간여라고 생각한다.²¹⁶⁾

장기적 과제로는 「행정심판법」에서의 화해권고결정의 보완 내지 대안으로서의 중립적인 3자가 조정인(mediator)이 되어 양당사자의 갈등의 해결을 도모하는 조정(mediation)을 행정심판에서 활성화시킬 필요성도 검토할 만하다. 특히 우리나라의 중앙행정심판위원회와 ombudsman제도의인 국민고충처리위원회는 공히 국민권익위원회 소속이므로 이러한 부분에서의 양 기관의 협력은 보다 용이할 것으로 생각된다.

재판상 화해의 심리(richterliche Vergleichsverhandlung)와 조정(Mediation)의 실시와의 차이는 무엇보다 법관과는 달리 調停人이 결정권을 가지지 않는 점에 있다. 調停人은 당사자의 법적 견해에 관여하지 않고 법적 조언도 하지 않는다. 또한, 가치 판단을 해서는 안 되고, 교섭당사자를 위해 충고(Ratschläge)나 지도(Wegweisungen)를 해서는 안 된다.

또한 조정에서 당사자들은 조정인을 설득할 필요가 없기 때문에 당사자들의 노력을 완전한 분쟁해결에 맞출 수 있다. 調停人은 중립적 입장에서 당사자가 유용한 합의를 도출하는 것을 도울 뿐이며, 당사자 스스로가 분쟁을 자기 힘으로 극복하고 자기책임으로 해결하는 것이 調停의 이념이다.

법관도 당사자들이 합의할 수 있는지 여부를 확인하지만, 법관의 심사는 법적 관념이나, 소송비용·승소의 예상에 근거하여 이루어지며, 당사자의 숨겨진 이익이나 필요 등까지 고려하지 않는다. 따라서 법관은 서면자료에서 기술되어 있는 분쟁의 한 단면을 알 뿐이며, 재판상 화해의 심리에서도 이는 마찬가지이다. 당사자가 합의하는 것이 불가능하다면 법관은 판결을 내린다. 이 결정권한은 당연히 화해심리의 내용에도 영향을 준다. 이에 비하여, 조정원에 의한 절차에서는 행정청 등과 관련된 절차도 포함하여 분쟁을 포괄적으로 해결할 수 있는 장점을 가진다.

일반적으로 행정소송에서의 조정의 허용 여부는 행정소송법이 민사조정법을 준용하지 않기 때문에 허용되지 않는다고 해석하지만, 실무상 사실상의 조정이 이루어지고 있는 것이 현실이다.²¹⁷⁾ 행정소송에서만 아니라 행정심판에서 조정의 허용성 및

216) 위와 같음.

217) 하명호, 행정쟁송법, 2013, 박영사, 325쪽.

활용의 문제는 화해권고결정의 문제와 관련하여 향후 과제가 된다고 할 수 있다.

6) 행정심판에서의 화해권고결정 도입에 관한 자문위원의 의견

가. 신중론 (정태용 교수, 아주대 법학전문대학원)

그 활용여지 등의 실무적 입장을 고려하여 다음과 같은 신중론을 개진한다.

【자문위원 정태용 교수(아주대 법학전문대학원)】

- 화해권고결정은 주로 재량행위 영역에서 재량준칙이 있는 경우에 적용될 것인데, 그 활용예가 얼마나 될지 의문스러운 면이 있음.
- 이러한 이유에서 화해권고결정을 행정심판법에서 도입할 경우 이용실적이 저조하다는 이유로 국회에서 추궁당하는 상황도 우려됨.
- 도입하더라도 간단한 형태로 시작할 필요가 있으며, 이와 관련된 상세한 규정을 두는 경우 그 이용실적을 채우기 위해 애써야 하는 상황이 초래될 수도 있음.

나. 찬성론 (김광수 교수, 서강대 법학전문대학원)

이에 반하여, 행정심판에서 화해권고결정은 도입이 필요한 제도라고 본다. 이에 따르면, 처음에는 약간의 혼선이 있겠지만 당사자들이 양보와 타협을 통하여 분쟁을 해결할 수 있는 통로를 열어 줌으로써 간이 신속한 분쟁해결 절차로서의 행정심판의 장점을 살릴 수 있을 것이라고 한다.

【자문위원 김광수 교수(서강대 법학전문대학원)】

- 행정소송법에 화해에 관한 규정을 두지 않은 데에는 여러 이유가 있겠으나, 행정심판법에서는 현재 진행되고 있는 행정소송법의 내용과 관계 없이 화해 권고에 관한 규정을 두는 것이 좋다고 생각합니다. 여기에는 다음의 몇 가지 이유를 들 수 있습니다.
- 우선, 행정심판과 행정소송의 구조상의 차이입니다. 행정소송 담당기관은 사법기관으로서 계쟁사건의 법적 판단이 우선시 되는 기관입니다. 한편 행정심판 담당기관은 사법적 기관이자 또한 행정기관으로서 처분청의 감독기관으로서의 작용을 합니다. 즉, 법원보다는 우리러 행정심판위원회가 화해 권고에 친하다고 봅니다.
- 둘째는, 행정심판의 기능을 강화 내지는 변화시킬 필요성이 있습니다. 우리 쟁송문화는 현재 일도 양단식의 승패 구조로 치달리고 있고, 행정심판에 관련된 당사자들은 결과에 대해 엄청난 부담감을 가지고 있습니다. 그래서 당사자들은 철천지원수가 되고, 상대를 비

난하기에 온 힘을 쏟습니다. 말하자면 당사자 서로 간에 대화와 이해를 유도하는 기회가 전혀 없습니다. 화해 권고제도가 도입되면 이런 현실을 개선할 수 있는 계기로 삼을 수 있다고 판단합니다.

셋째는, 실무상 화해 제도 도입의 필요성이 절실한 점입니다. 가령 행정심판에서 학교환경위생정화구역 내에서 유해성의 여부가 다투어진 사안을 예로 들어 보면 유해성 완화를 위하여 필요한 조건을 서로 협의하여 구속적 있는 문서로 정리해 두고 금지를 해제할 수 있습니다. 그러나 현재는 화해 근거 규정이 없으므로 법령을 일률적으로 적용하여 해제 거부 처분을 할 수 밖에 없는 실정입니다. 행정심판에서는 청구가 기각됩니다.

이러한 찬성론의 입장에서 화해권고결정에 대한 권익위 「행정심판법 개정안」에 대하여 다음과 같은 의견을 제시하고 있다.

【자문위원 김광수 교수(서강대 법학전문대학원)】

먼저, 화해권고결정은 위원회의 직권으로 하도록 되어 있습니다. 여기에다 당사자의 화해권고에 관한 신청이 가능하도록 하면 좋겠습니다. 다만 화해의 구체적 내용까지 당사자가 제안하기 곤란한 경우가 있을 것이므로 화해권고절차가 개시되기를 원한다는 정도의 신청이면 좋을 것으로 판단합니다.

둘째로, 제2항의 경우에 권한을 가지고 있는 행정청만이 아니라 행정처분 전에 필요적으로 경료하기로 되어 있는 각종의 위원회가 있는 경우에 당해 위원회의 심의를 거치도록 하면 좋을 것으로 판단합니다. 동종의 사안이 반복될 여지가 있으므로 행정심판위원회의 의사가 심의위원회에 전달되는 통로를 열어 두어야 할 것으로 판단합니다.

셋째로, 화해권고결정이 내려지고 당사자들이 이를 수용한 경우에는 화해조서에 준하는 법적인 효력을 가져야 할 것으로 봅니다. 그리고 추후에 화해 권고된 사항을 위반하는 경우에는 반드시 그에 상응하는 제재처분이 내려질 수 있도록 하여 실효성을 확보하여야 합니다.

넷째로, 당사자들이 화해권고를 받아들이지 않아도 그 이유만으로 재결에 있어서 불리한 판단을 받지 않도록 하는 명문의 규정을 두어야 할 것입니다. 만일 당사자들이 권위에 눌려서 불리한 결정을 수용하는 결과가 되면 분쟁의 종국적인 해결과는 거리가 있다고 보아야 합니다.

마찬가지로 찬성론의 입장에 있으면서도 준비가 필요함을 강조하는 견해도 있다.

【자문위원 하명호 교수(고려대 법학전문대학원)】

- 법원 실무에서는 이미 많이 이용되고 있는 화해권고결정이 행정심판에서 도입되는 데에는 찬성함.
- 다만, 화해실적에 치중하다 보면, 오히려 결과가 이상해질 수 있음에 주의해야 함.
- 따라서, 화해권고결정을 도입하여 운영할 경우 행정심판사안 들 가운데 화해에 친한 처분 목록을 만들어 운영하는 등 운영매뉴얼을 준비할 필요가 있음.

□ 간접강제

(1) 간접강제의 의의 및 관련규정

현행 행정소송법	행정소송법 개정안(2013.3.20.)
<p>제34조(거부처분취소판결의 간접강제) ① 행정청이 제30조제2항의 규정에 의한 처분을 하지 아니하는 때에는 제1심수소법원은 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 상당한 기간을 정하고 행정청이 그 기간 내에 이행하지 아니하는 때에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상을 할 것을 명할 수 있다. ② 제33조와 민사집행법 제262조의 규정은 제1항의 경우에 준용한다.</p>	<p>제36조(거부처분취소판결의 간접강제) ① 행정청이 제32조제2항에 따른 처분을 하지 아니하는 경우에는 제1심수소법원은 당사자의 신청에 따른 결정으로써 상당한 기간을 정하고 행정청이 그 기간 내에 이행하지 아니하는 경우에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 배상을 할 것을 명할 수 있다. ② 법원은 사정의 변경이 있는 때에는 당사자의 신청에 따라 제1항에 따른 결정의 내용을 변경할 수 있다. ③ 제1항이나 제2항에 따른 결정은 변론 없이 할 수 있다. 다만, 결정하기 전에 신청의 상대방을 심문하여야 한다. ④ 제1항이나 제2항에 따른 결정에 대해서는 즉시항고를 할 수 있다. ⑤ 제1항이나 제2항에 따른 결정이 확정된 때에는 피고였던 행정청이 소속된 국가나 공공단체에 그 효력이 미친다.</p>

민사집행법
<p>제261조(간접강제) ① 채무의 성질이 간접강제를 할 수 있는 경우에 제1심 법원은 채권자의 신청에 따라 간접강제를 명하는 결정을 한다. 그 결정에는 채무의 이행의무 및 상당한 이행기간을 밝히고, 채무자가 그 기간 이내에 이행을 하지 아니하는 때에는 늦어진 기간에 따라 일정한 배상을 하도록 명하거나 즉시 손해배상을 하도록 명할 수 있다. ② 제1항의 신청에 관한 재판에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.</p> <p>제262조(채무자의 심문) 제260조 및 제261조의 결정은 변론 없이 할 수 있다. 다만, 결정하기 전에 채무자를 심문하여야 한다.</p>

현행 행정심판법	권익위 행정심판법 개정안
<p><신설></p>	<p>제50조의2(위원회의 간접강제) ① 피청구인이 제49조제2항 또는 제3항의 규정에 의한 처분을 하지 아니한 때에는 위원회는 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 상당한 기간을 정하고 피청구인이 그 기간내에 처분을 하지 아니한 때에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 배상을 할 것을 명할 수 있다.</p> <p>② 위원회는 사정의 변경이 있는 때에는 당사자의 신청에 따라 제1항에 따른 결정내용을 변경할 수 있다.</p> <p>③ 위원회는 제1항 또는 제2항에 따른 결정을 하기 전에 신청의 상대방의 의견을 들어야 한다.</p> <p>④ 제1항 또는 제2항에 따른 결정에 대하여는 결정서 정보를 받은 날부터 7일 이내에 위원회에 이의신청을 할 수 있다.</p> <p>⑤ 제4항에 따른 이의신청에 대하여 위원회는 이의신청을 받은 날부터 7일 이내에 이에 대한 결정을 하여야 한다.</p> <p>⑥ 제1항 또는 제2항에 따른 결정이 확정된 때에는 피청구인이었던 행정청이 소속된 국가 또는 공공단체에 그 효력을 미친다. 이 경우 결정서의 정보는 집행력 있는 판결의 정보와 동일한 효력을 가진다.</p>

(2) 간접강제와 다른 집행수단 간의 관계

1) 「민사집행법」에서의 간접강제의 보충성

「민사집행법」에서는 간접강제는 채무불이행에 대한 제재를 고지함으로써 그 제재를 면하기 위하여 채무를 이행하도록 동기를 부여하는 것을 목적으로 하는 집행방법이다. 「민사집행법」 261조 1항에서 채무의 성질이 간접강제를 할 수 있는 경우에 간접강제를 명하는 결정을 한다고 규정하고 있는데, 간접강제에 의한 강제집행의 대상이 되는 것은 부대체적 작위채무와 부작위채무의 2가지이다. 그리고 간접강제마저 허용되지 아니하는 채무도 있다. 이러한 간접강제의 방법은 채무자의 인격을 존중

한다는 의미에서 다른 강제집행이 불가능할 때에만 허용되고 있다. 요컨대, 「민사집행법」에서 간접강제는 보충적으로 적용되며, 성격상 부대체적 작위채무와 부작위채무의 경우에 인정된다.

2) 「행정소송법」에서의 유일한 집행수단으로서 간접강제

「행정소송법」에서는 집행력을 확보하는 수단으로서 간접강제만이 인정되고 있다. 거부처분에 대한 취소판결의 기속력으로서의 재처분의무(「행정소송법」 제30조2항)를 행하지 아니하는 때에 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 상당한 기간을 정하고 행정청이 그 기간 내에 이행하지 아니하는 때에 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상을 할 것을 명할 수 있도록 하는 간접강제가 그것이다(「행정소송법」 제34조). 이러한 취소소송에서의 간접강제는 부작위위법확인소송에서도 준용되고 있다(동법 제38조2항).

이는 항고소송으로서 의무이행소송 등 이행의 소가 인정되지 않는 현실에 기인하는 것이며, 본질적으로 형성의 소의 성격을 갖지만, 재처분의무로 인하여 이행의 성격을 부분적으로나마 가지는 거부처분취소소송에서 판결의 집행력 확보를 위한 수단이 간접강제로 나타나 있다. 행정소송의 한계상 권력분립원칙을 고려해야 하는 항고소송에서 강제집행수단으로서 직접강제나 대체집행의 형식이 인정되지 않고 있다. 다른 강제집행수단이 없는 행정소송에서는 집행수단 간의 보충성문제는 애초부터 있을 수 없다.

3) 「행정심판법」상 간접강제와 직접처분의 관계

「행정심판법」에서 간접강제를 도입함에 있어서는 「행정소송법」에서의 간접강제와 「민사집행법」에서의 간접강제를 종합적으로 고려하면서, 행정심판제도가 가지는 특성을 바탕으로 제도를 설계할 필요가 있다.

무엇보다 「행정심판법」에서는 피청구인의 의무이행을 확보하는 수단으로서 직접처분제도를 두고 있고(「행정심판법」 50조), 취소재결 및 의무이행재결을 할 수 있어, 이러한 수단들과 간접강제간의 관계가 문제된다.

양자의 관계(가령 보충성)에 관한 명문의 규정이 없는 한, 행정심판위원회는 양 집행수단 중 처분의 성질을 고려하여 임의적으로 선택할 수 있다고 보아야 할 것이다. 행정쟁송에 있어서는 직접강제수단이라고 할 수 있는 ‘직접처분’에 비하여 ‘간접강제’가 피청구인을 압박하는 정도가 반드시 더 크다고 볼 수도 없어, 「민사집행법」에서

와 같은 간접강제의 보충성을 인정할 여지가 적다.

또한, 간접강제의 주된 도입취지가 정보공개거부처분에서와 같이 성질상 직접처분을 행할 수 없는 경우에 실효성 있는 강제수단이 필요했다는 점에 있으므로 간접강제는 계쟁처분의 성질을 고려하여 활용될 여지가 클 것이다. 즉, 간접강제는 그 성질상 직접처분이 명해질 수 없는 부대체적 의무에 국한하여 이를 인정해야 할 것이다.

아울러, 「민사집행법」에서와 마찬가지로 행정청의 부작위의무에 대한 간접강제의 방법도 생각할 여지는 있으나, 2013년 「행정소송법 개정안」에서 예방적 금지소송은 빠져 있고, 이에 맞추어 권익위의 「행정심판법 개정안」에서도 종래부터 존재하던 취소심판, 무효등확인심판, 의무이행심판 외에 예방적 금지심판을 별도로 인정하지 않고 있어, 부작위의무에 대한 간접강제는 문제가 될 여지가 없다고 할 것이다.

(3) 간접강제의 신청

권익위 「행정심판법 개정안」 제50조의2 제6항 후단에는 “이 경우 결정서의 정본은 집행력 있는 판결의 정본과 동일한 효력을 가진다”고 규정하고 있다. 여기서 결정서 정본에 기하여 강제집행이 가능하다면 집행문 부여 방식 등 강제집행의 방법을 어떻게 할 것인가가 문제된다. 민사소송에서의 간접강제는 당연히 집행문의 부여가 선행되어야 한다(「민사집행법」 28조 이하).

그러나, 행정소송에서의 간접강제는 거부처분취소소송의 판결이나 부작위위법확인판결에 의한 것으로 집행문 자체가 없으며 재처분의무의 불이행을 이유로 하는 것이므로 따로 집행문이 필요 없다. 즉 확정판결이 존재하고 이것이 행정청에 송달되었음을 증명하고 재처분이 없었음을 이유로 신청하면 족하다고 본다.²¹⁸⁾ 이는 행정심판에서도 마찬가지일 것이다.

간접강제의 신청은 서면으로 하도록 하여야 한다(「민사집행법」 4조 참조). 신청서에는 피신청인(피청구인)이 하여야 할 의무를 구체적으로 명시하여야 한다. 집행권원의 성격을 가지는 재결서정본에 그 작위가 명시되어 있는 경우에도 마찬가지이다.²¹⁹⁾

이 신청서에 채무자가 이행하여야 할 상당한 기간 또는 배상금 등을 반드시 구체적으로 적어야 하는 것은 아니며, 적었다고 하더라도 행정심판위원회를 구속하지는 않는 것으로 보아야 한다. 그러나 행정심판위원회의 판단에 참고가 될 수 있도록 그 기간과 배상금을 적고 그 근거가 될 수 있는 자료를 붙이는 것이 바람직할 것이다.

218) 서정우, 거부처분취소판결의 간접강제, 김철용·최광율, 주석 행정소송법, 2004, 1010쪽.

219) 법원행정처, 법원실무제요 민사집행 III, 2003, 586쪽 참조.

(4) 간접강제의 심리

행정심판위원회는 신청이 있으면 간접강제의 요건이 갖추어졌는가를 심리하여야 한다. 「행정소송법」에서는 거부처분취소소송 및 부작위위법확인소송에서만 간접강제가 문제되기 때문에 간접강제의 심리에서는 주로 「행정소송법」상의 재처분의무(동법 제30조)가 인정되는지 여부가 문제가 된다. 행소법 개정안에 따른 의무이행소송이 도입되면 원고의 신청대상인 처분의무가 문제되기도 할 것이다.

「행정심판법」에서도 강제집행방법으로서 「행정심판법」에서 직접강제와 간접강제를 모두 갖추게 될 경우 「행정소송법」상 간접강제문제에서와 같은 재처분의무에 대한 심리가 필요하게 된다. 이때 「민사집행법」에서와 같이 집행권원에 표시된 작위채무(작위의무)의 내용이 신청서에 표시된 것과 일치하는가, 그것이 간접강제가 가능한 부대체적 작위채무(작위의무)인가 하는 점 등도 문제가 될 것이다.

「민사집행법」에서는 작위채무를 불이행한 사실은 채권자가 적극적으로 입증할 사항이 아니므로 법원도 이를 심리할 필요는 없다. 작위채무를 이행하였다고 주장하는 채무자가 그 이행을 입증하여 청구이의 등의 방법에 의하여 다룰 수 있을 뿐이다.²²⁰⁾ 그리고 법원은 간접강제의 결정을 하기 전에 반드시 채무자를 심문하여야 한다(「민사집행법」 제262조). 「행정소송법 개정안」에 따른 경우에도, 간접강제의 결정은 변론 없이 할 수 있지만, 결정하기 전에 신청의 상대방을 심문하여야 한다(행소법 개정안 36조3항). 권익위 「행정심판법 개정안」에서도 같은 내용을 규정을 두어, 이러한 경우 신청의 상대방의 의견을 들어야 한다(권익위 개정안 50조의2 제3항).

간접강제의 신청이 부적법하면 행정심판위원회는 그 신청을 각하하여야 하고, 이유 없으면 이를 기각하여야 한다. 이러한 결정에 대하여 「행정소송법 개정안」에서는 「민사집행법」에서와 마찬가지로 즉시항고를 할 수 있도록 규정하며(「민사집행법」 제261조 2항, 「행정소송법 개정안」 36조 4항), 행정심판에서의 간접강제에 대한 결정에 대해서는 그 결정정보를 받은 날부터 7일 이내에 위원회에 이의신청을 할 수 있다(권익위 「행정심판법 개정안」 50조의2 제4항 참조).

(5) 간접강제결정문

1) 「민사집행법」 및 「행정소송법」에서의 간접강제 결정문례

간접강제의 신청이 이유 있으면 행정심판위원회는 간접강제를 명하는 결정을 하여

220) 법원실무제요 민사집행 III, 587쪽.

야 한다. 이 결정에는 집행권원에서 명하여진 부대체적 작위의무와 이를 이행하여야 할 상당한 이행기간을 밝히고, 피신청인이 그 기간 이내에 이행하지 아니하는 때에는 늦어진 기간에 따라 일정한 배상을 하도록 명하거나 즉시 일정금액의 손해배상을 하도록 명한다(「민사집행법」 제261조 참조).²²¹⁾

「민사집행법」 실무에서 위 배상금의 지급을 명하는 주문례는 "채무자가 위 이행기간 이내에 위 채무를 이행하지 아니할 때에는 채권자에 대하여 위 기간이 끝난 다음날부터 그 이행을 마칠 때까지 1일 금 10만원의 비율에 의한 금원을 지급하라" 또는 "채무자가 위 기간 이내에 위 채무를 이행하지 아니할 때에는 채권자에 대하여 금 500만원을 지급하라"라는 방식으로 이루어진다. 위 이행기간의 결정이나 배상금의 액수, 일시금의 지급을 명할 것인가, 아니면 정기금의 지급을 명할 것인가 하는 점은 법원이 모든 사정을 참작하여 결정하여야 하고, 채권자의 신청에 구속되는 것은 아니며, 이에 대한 법원의 판단은 그것이 현저히 부당하다고 볼 특별한 사정이 없으면 상소심법원에서도 존중되어야 하는 것으로 보고 있다.²²²⁾

이러한 내용의 「민사집행법」상 간접강제결정의 문례는 다음과 같다.²²³⁾

221) 「민사집행법」에서는 이를 예고결정이라고도 한다.

222) 법원실무제요 민사집행 III, 587-588쪽.

223) 법원실무제요 민사집행 III, 588쪽.

○ ○ 지 방 법 원
제 ○ 부
결 정

사 전 20 타기 간접강제
채 권 자 김 갑 동
○○시 ○○동 100
채 무 자 이 을 동
○○시 ○○동 200

주 문

채무자는 이 결정을 고지받은 날로부터 10일 이내에 별지 목록 기재의 어음을 발행하라.

만약 채무자가 위 기간 내에 위 채무를 이행하지 아니할 때에는 채권자에게 위 기간이 만료된 다음날부터 그 이행완료시까지 1일 금 10만원의 비율에 의한 금원을 지급하라.

이 유

이 법원 20 가합 어음발행 등 청구사건의 집행력 있는 판결정본에 기초한 채권자의 이 사건 간접강제 신청은 이유 있으므로 주문과 같이 결정한다.

20 . . .

재판장	판 사	○	○	○
	판 사	○	○	○
	판 사	○	○	○

행정소송에서도 이와 유사한 결정내용을 가지는데, 일반적으로 “상당한 기간을 정하고 행정청이 그 기간 내에 이행하지 아니하는 때에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상할 것을 명하는 것”이 될 것이다. 행정소송에서는 앞의 것을 ‘예고’라고 하고 뒤의 것을 ‘배상금의 결정’이라고 부르기도 하나 이는 하나의 결정으로 이루어지는 것이 보통이며 일단 예고하는 결정을 하고 그 기간이 지나면 다시 배상금의 부과를 명하는 결정을 하는 순으로 이루어지지 않는다. 보통은 “피신청인이 이 결정의 고지를 받은 날로부터 ○일 이내에처분을 하지 않을 때에는 피신청인은 신청인에 대하여 위 기간 종료 다음 날부터 처분시까지 1일 금 ○○원의 비율에 의한 금원을 지급하라”는 형식을 많이 쓴다.²²⁴⁾

224) 서정우, 거부처분취소판결의 간접강제, 김철용·최광율, 주식 행정소송법, 2004, 1011쪽.

2) 간접강제 결정문의 주문

위의 「민사집행법」 및 「행정소송법」상의 간접강제의 결정문을 참고하여 「행정심판법」상의 간접강제 결정문(안)을 제시하기 위해서는 「행정소송법 개정안」 전후의 차이점과 「행정심판법」의 특수성을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다. 이를 위해 결정문의 주문을 보다 상세하게 검토할 필요가 있다.

행정소송에 있어서 예고기간이 되는 ‘상당한 기간’에 대하여는 어떤 제한이 없다. 따라서 법원은 통상적으로 재처분을 하는데 필요한 시간을 고려하여 적당한 기간을 정하게 된다.

주문에 재처분의무 있음을 표시하게 되는데 이에 행정청이 어떤 내용의 재처분을 하여야 한다고 명하느냐의 문제에 대하여는 견해가 대립된다.

a. 제1설

일반적으로 재처분의무는 판결의 취지에 따르기만 하면 되므로 법원이 그 내용을 구체적으로 결정하여 이행을 명하는 것은 부당하다고 해석한다. 같은 입장에서 법원 행정처가 발행한 법원실무제요에는 모범적인 주문례로 “피신청인은 이 결정의 고지를 받은 날로부터 0일 이내에 신청인에 대하여 당원 95누100 거부처분취소사건의 확정판결의 취지에 따른 처분을 하지 않을 때에는 신청인에 대하여 위 기간이 마치는 다음 날부터 처분시까지 1일 00원의 비율에 의한 금원을 지급하라”는 주문을 제시하고 있다.²²⁵⁾

b. 제2설

그러나 서울고등법원 1995. 10. 15.자 96부904 결정에서 “피신청인은 이 결정정본을 받은 날로부터 30일 이내에 신청인의 1990.12.29.자 별지목록기재 토지에 대한 토지형질 변경신청에 대하여 허가처분을 하라. 만일 신청인이 위 기간 내에 이를 이행하지 아니할 때에는 신청인에 대하여 위 기간 만료일 다음 날부터 그 이행완료시까지 1일 금 5,000,000원의 비율에 의한 금원을 지급하라”는 주문을 고지함으로써 위의 일반적인 견해와는 반대로 법원은 행정청에게 재처분의 내용을 명확히 구체적으로 기재하여 처분을 하라는 것을 명할 수 있다는 입장이다.

이에 대하여 재처분의무의 성질상 법원이 행정행위를 직접 명하는 방식으로 행정청에게 구체적 내용의 처분의 이행을 명할 수 없으므로 구체적 처분내용을 정함이 없이

225) 실무제요(행정), 225쪽.

판결의 취지에 따른 재처분만을 명하여야 한다는 제1설의 입장이 타당하다는 입장이 있다.²²⁶⁾ 그러나, 이러한 평가는 현행 「행정소송법」 하에서는 타당하다고 생각되지만, 「행정소송법 개정안」을 토대할 때에는 달리 검토해야 한다. 즉 새로이 도입될 예정인 의무이행소송의 경우 집행력의 문제가 곧 바로 발생하게 되는데, 이에 대하여 종래와 같이 취소소송에서의 간접강제규정과 이를 준용하는 부작위위법확인소송에서의 간접강제규정을 두고 있는 것과는 별도로,²²⁷⁾ 개정안 제46조는 아래와 같이 규정하고 있다.

현행 행정소송법	행정소송법 개정안(2013.3.20.)
신설	<p>제46조(의무이행판결의 간접강제) ① 행정청이 제44조의 확정판결에 따른 처분을 하지 아니하는 경우에는 제1심 수소법원은 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 상당한 기간을 정하고 행정청이 그 기간 내에 처분을 하지 아니하는 경우에는 지연기간에 따라 일정한 배상을 하도록 명하거나 즉시 배상을 할 것을 명할 수 있다.</p> <p>② 법원은 사정의 변경이 있는 때에는 당사자의 신청에 따라 제1항에 따른 결정의 내용을 변경할 수 있다.</p> <p>③ 제1항이나 제2항에 따른 결정을 하는 경우에는 신청의 상대방을 심문하여야 한다.</p> <p>④ 제1항이나 제2항에 따른 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다. 이 경우 간접강제의 결정이나 그 변경결정에 대한 즉시항고에 대한 결정의 집행을 정지하는 효력이 없다.</p> <p>⑤ 제1항이나 제2항에 따른 결정이 확정된 때에는 피고였던 행정청이 소속하는 국가나 공공단체에 그 효력이 미친다.</p>

즉 향후 의무이행소송에서 처분의무가 특정되는 경우와 그렇지 않은 경우가 모두 발생할 것이다. 처분의무가 특정되는 경우에는 처분의무에 대하여 명확히 구체적으로 기재하여 처분을 하라는 것을 명할 수 있다. 따라서, 이러한 점까지 고려한다면, 제2

226) 서정우, 앞의 책, 1012쪽.

227) 이와 함께 「행정소송법 개정안」 제40조2항에서는 무효등확인소송에서도 취소소송에서의 간접강제에 관한 제36조를 준용하고 있는 점이 특기할 만하다.

설에서와 같은 결정문례 역시 필요한 경우가 있다. 즉 제1설과 제2설에서의 결정문례 모두 필요하게 될 것이다.

3) 행정심판에서의 간접강제 결정문(안)

이러한 「민사집행법」 및 「행정소송법」의 결정문례와 「행정소송법」 개정 및 이에 따른 「행정심판법」 개정까지 종합적으로 고려할 경우, 「행정심판법」상의 간접강제의 결정문은 “상당한 기간을 정하고 행정청이 그 기간 내에 이행하지 아니하는 때에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상할 것을 명하는 것”이 될 것이다. 아래와 같은 결정문(안)을 제시한다. 주문의 0000의무에 대해서는 「행정소송법」의 간접강제 결정문 주문에 관해 검토한 내용을 참고할 수 있다.

중앙행정심판위원회		
결 정		
사 건	20	간접강제
신 청 인	홍 길 동	
	00시 00동 100	
피신청인	0000 장관	
	00시 00동	
주 문		
피신청인은 이 재결을 고지받은 날로부터 7일 이내에 0000의무를 이행하라.		
만약 피신청인이 위 기간 내에 위 의무를 이행하지 아니할 때에는 신청인에게 위 기간이 만료된 다음 날부터 그 이행완료시까지 1일 금 00만원의 비율에 의한 금원을 지급하라.		
이 유		
중앙행정심판위원회 20 사건 20의 집행력 있는 재결정본에 기초한 신청인의 이 사건 간접강제 신청은 이유 있으므로 주문과 같이 결정한다.		
20 . . .		
위원장		
위 원		
위 원		
....		

(6) 간접강제금

간접강제금액을 어떻게 정할 것인가.

법원실무에서도 간접강제와 관련해서는 민사집행(법원실무제요) 등의 자료를 참고하는 외에, 이와 관련한 규칙이나 자료가 없는 상황이다. 최근 간접강제신청인이 신청하는 금액이 상당히 큰 현실상 얼마를 감액해야 하는지 법원실무에서도 고민스러운 문제가 되고 있다고 한다. 실무현황으로는, 신청인이 신청하는 금액과 다른 유사 판결례에서는 얼마나 했는지 검색해 본 후 결정하고 있다.²²⁸⁾

「행정심판법」상 간접강제가 도입될 경우에도 행정심판위원회는 신청인이 신청하는 금액과 다른 유사 법원판결례에서 이루어지는 현황을 참고하여 적정한 금액으로 결정하는 형식으로 이루어져야 할 것이다.

(7) 간접강제결정의 변경

「민사집행법」에서는 간접강제결정을 한 제1심 법원은 사정변경이 있는 때에는 채권자 또는 채무자의 신청에 따라 그 결정의 내용을 변경할 수 있다(「민사집행법」시행규칙 제191조 1항). 이와 같이 결정의 변경을 인정한 취지는 원래 간접강제절차에서 명하는 배상금은 채무자에 대한 심리적 강제수단일 뿐이어서 실제 손해의 유무나 금액과는 무관하게 법원이 재량으로 정하는 것이므로 사정의 변경이 있을 경우에는 그 변경을 인정하는 것이 상당하기 때문이다. 이 변경결정은 채권자 또는 채무자의 신청이 있어야만 할 수 있다. 또한, 변경결정을 하는 경우에는 신청의 상대방인 채무자를 심문하여야 한다(동법 시행규칙 제191조 2항). 위 변경결정을 함에는 정기금을 일시금으로 할 수도 있고 그 반대로 일시금을 정기금으로 할 수도 있으며, 배상금액의 증감은 물론 이행기간의 연장이나 단축도 가능하다.²²⁹⁾

현행 「행정소송법」상 간접강제에 관한 제34조에서는 이러한 결정의 변경에 관한 규정이 없지만, 「행정소송법 개정안」 제36조(거부처분취소판결의 간접강제) 제2항과 개정안 제46조(의무이행판결의 간접강제)에서는 “법원은 사정의 변경이 있는 때에는 당사자의 신청에 따라 제1항에 따른 결정의 내용을 변경할 수 있다.”라는 규정을 명문으로 두고 있다. 이에 대응하여 권익위 「행정심판법 개정안」 제50조의2(위원회의 간접강제) 제2항 역시 “위원회는 사정의 변경이 있는 때에는 당사자의 신청에 따라 제1항에 따른 결정내용을 변경할 수 있다.”는 규정을 두고 있다.

228) 대구지방법원 재판관계자 인터뷰.

229) 법원실무제요 민사집행 III, 589쪽; 서정우, 앞의 책, 1013쪽.

(8) 간접강제결정의 미이행시 강제방법 : 간접강제결정에 기초한 금전집행

1) 간접강제절차와의 관계

「민사집행법」 상으로는 만일 간접강제로 인한 금액을 지급하지 않을 시에는 「민사집행법」 제56조 제1호에 '항고로만 불복할 수 있는 재판'을 근거로 간접강제 결정이 집행권원이 되어 동산이나 부동산 집행이 가능하다. 즉, 채무자가 그 이행기간 이내에 이행을 하였다는 점에 관한 입증이 없는 한 채권자는 그 이행기간이 지나면 그 간접강제결정에서 명한 배상금에 대하여 강제집행을 할 수 있다. 간접강제의 절차는 법원이 간접강제결정을 함으로써 일단 종료되고, 그 결정에 기초하여 배상금을 현실적으로 집행하는 절차는 간접강제절차와 독립된 별개의 금전채권에 기초한 집행절차이다.

그런데 이처럼 간접강제의 절차와 배상금의 집행절차는 별개라는 점을 근거로 하여, 채무자가 임의로 작위채무를 이행하더라도 이미 발생한 배상금 지급의무를 면하는 것은 아니라는 견해와 간접강제결정에 기초한 배상금의 추심은 과거의 지연에 대한 제재나 손해배상이 아니고 작위의무의 이행에 관한 심리적 강제수단에 불과하므로 작위의무의 이행이 있으면 배상금을 추심함으로써 심리적 강제를 피할 목적이 상실되어 버리므로 채권자가 더 이상 배상금을 추심할 수는 없다는 견해가 대립되어 있다. 다만 후자의 경우에도 간접강제결정의 집행력이 당연히 소멸되는 것은 아니고, 채무자의 이행에도 불구하고 채권자가 배상금의 강제집행을 계속하려고 할 때에는 채무자는 작위를 명하는 본래의 집행권원에 대한 청구이의의 소(「민사집행법」 44조)를 제기하여 구제를 받아야 한다. 그리고 이행이 있었는데도 집행이 완료된 때에는 부당이득반환의 청구를 할 수 있다.²³⁰⁾

대법원 판례는 이행기간이 지난 후에 채무를 이행한 경우, 채권자가 채무 이행이 지연된 기간에 상응하는 배상금의 추심을 위한 강제집행을 할 수 있는지 여부에 대하여 원칙적 적극의 입장이다.

대법원 2013.2.14. 선고 2012다26398 판결

민사집행법 제261조 제1항의 간접강제결정에 기한 배상금은 채무자로 하여금 그 이행기간 이내에 이행을 하도록 하는 심리적 강제수단이라는 성격뿐만 아니라 채무자의 채무불이행에 대한 법정 제재금이라는 성격도 가진다고 보아야 한다. 따라서 채무자가 간접강제결정에서 명한 이행기간이 지난 후에 채무를 이행하였다면, 채권자는 특별한 사정이 없는 한 채무의 이행이 지연된 기간에 상응하는 배상금의 추심을 위한 강제집행을 할 수 있다.

230) 법원실무제요 민사집행 III, 590-591쪽.

그러나, 행정소송의 경우 민사소송과는 달리 확정판결의 취지에 따른 재처분이 간접강제결정에서 정한 의무이행기한이 경과한 후에 이루어진 경우, 간접강제결정에 기한 배상금의 추심이 허용되지 않는다고 판시하고 있다.

대법원 2010.12.23. 선고 2009다37725 판결²³¹⁾

[1] 행정소송법 제34조 소정의 간접강제결정에 기한 배상금은 확정판결의 취지에 따른 재처분의 지연에 대한 제재나 손해배상이 아니고 재처분의 이행에 관한 심리적 강제수단에 불과한 것으로 보아야 하므로, 간접강제결정에서 정한 의무이행기한이 경과한 후에도 확정판결의 취지에 따른 재처분이 행하여지면 배상금을 추심함으로써 심리적 강제를 피한다는 당초의 목적이 소멸하여 처분상대방이 더 이상 배상금을 추심하는 것이 허용되지 않는다.

[2] 집행권원에 기한 금전채권에 대한 강제집행의 일환으로 채권압류 및 전부명령이 확정된 후 그 집행권원상의 집행채권이 소멸한 것으로 판명된 경우에는 그 소멸한 부분에 관하여는 집행채권자가 집행채무자에 대한 관계에서 부당이득을 한 셈이 되므로, 집행채권자는 그가 위 전부명령에 따라 전부받은 채권 중 실제로 추심한 금전 부분에 관하여는 그 상당액을, 추심하지 아니한 부분에 관하여는 그 채권 자체를 집행채무자에게 양도하는 방법으로 반환하여야 한다.

행정소송의 간접강제에서의 이러한 취지는 행정심판의 경우에도 그대로 타당할 것이다. 즉, 「행정심판법」상의 간접강제결정에 기한 배상금은 확정판결의 취지에 따른 재처분의 지연에 대한 제재나 손해배상이 아니고 재처분의 이행에 관한 심리적 강제수단에 불과한 것으로 보아야 한다.

2) 집행절차

「민사집행법」상의 간접강제결정에 의한 배상금의 집행은 금전채권에 기초한 집행절차와 같다고 보고, 간접강제결정 자체가 독립된 집행권원이 되며, 간접강제결정에 대하여 즉시항고를 제기하더라도 집행정지의 효력은 없다. 이와 관련하여, 권익위 개정안에서는 별도의 규정은 없지만(없기 때문에), 간접강제결정에 대한 이의신청이 있더라도(개정안 50조의2 제4항), 집행정지의 효력은 마찬가지로 없다고 보아야 할 것이다.

권익위의 「행정심판법 개정안」에서의 간접강제의 집행절차에 관해서는 동 개정안에서 별도의 규정을 두고 있지 않다. 이는 「행정소송법 개정안」에서도 마찬가지로인데, 권익위 개정안이 「행정소송법 개정안」을 주로 참조한 것으로 보인다. 간접강

231) 이에 대한 평석으로 고영태, “「행정소송법」상의 간접강제에 기한 배상금의 법적 성격과 재처분의무 이행 전에 취득한 배상금의 부당이득 해당 여부”, 판례연구 23집(2012.02), 부산판례연구회, 345-376쪽.

제결정에 대한 이의신청에 대하여 7일 이내에 결정해야 한다는 점과(권익위 개정안 50조의2 제5항), 간접강제결정서의 정본은 집행력 있는 판결의 정본과 동일한 효력을 가진다는 점(동조 제6항 2문)에서 차이가 있을 뿐이다.

행정소송의 경우 「행정소송법」에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 「법원조직법」과 「민사소송법」 및 「민사집행법」의 규정을 준용한다(「행정소송법」 8조 2항). 따라서 행정소송에서 간접강제의 집행을 하는 경우에는 「행정소송법」에 상세한 규정이 없더라도, 행정소송에서의 간접강제에 관한 세부적인 절차규정들은 「민사집행법」의 규정들을 준용할 수 있다. 그러나, 「행정심판법」상 간접강제의 경우 그럴 수 없는 한계가 있다. 「민사집행법」의 금전채권에 기초한 집행절차와 같은 규정의 기본적인 사항을 「행정심판법」에서 규정하고, 그 상세는 하위법령에 위임할 필요성도 있게 된다.

이때, 대법원 2010.12.23. 선고 2009다37725 판결 등의 취지에 비추어, 「행정심판법」상의 간접강제결정에 기한 배상금은 확정판결의 취지에 따른 재처분의 지연에 대한 제재나 손해배상이 아니고 재처분의 이행에 관한 심리적 강제수단에 불과한 것으로 보아야 한다. 따라서 가령 배상금으로 신청인의 손해가 완전히 전보되도록 하는 규정에 대해서는 별도로 고려할 필요가 없을 것이다.

3) 행정심판상 간접강제집행에서의 집행문부여 필요성

가. 집행문 필요성에 관한 2개의 안

권익위 「행정심판법 개정안」에서의 간접강제의 집행과 관련하여 별도의 집행문 부여가 필요한지는 우선 2가지로 나누어 생각할 수 있다.

a. 집행문부여가 필요 없다고 보는 안

「행정심판법 개정안」에서는 결정서의 정본은 집행력 있는 판결의 정본과 동일한 효력을 가지는 것으로 규정하고 있어, 이 경우 역시 집행문이 필요 없는 집행문부여의 예외에 해당할 것이다.²³²⁾ 따라서, 확정된 결정서의 정본이 존재하고 이것이 행정청에 송달되었음을 증명하고 의무이행이 없었음을 이유로 신청하면 될 것으로 볼 수 있다.

b. 집행문부여를 별도로 규정하는 안

232) 이시윤, 민사집행법, 2009, 박영사, 139쪽.

집행력 있는 판결의 정본과 동일한 효력을 가지는 문서가 집행문부여의 예외가 되는지에 대해서는 반대설도 없지 않다.²³³⁾

또한, 행정심판의 피청구인에 대하여 간접강제와 같은 강제집행을 하는 경우는 매우 예외적인 경우에 해당할 것이고, 일반적으로 집행권원을 취득하여 그를 바탕으로 강제집행을 행하기까지 상당한 시간적 간격이 생길 사정도 예상할 수 있다. 따라서 사건기록을 갖고 있지 아니한 집행기관의 입장에서는, 집행권원을 만들었고 현재 기록을 보관하는 기관으로부터 문제의 집행권원에 의한 강제집행을 실시하는데 아무런 문제가 없다는 점을 공권적인 확정·보충을 받도록 할 필요가 있는 면도 있다.

나. 참고입법례 : 중앙토지수용위원회 이의재결과 재결확정증명서

참고할 만한 입법례로서, 마찬가지로 집행력 있는 판결의 정본과 동일한 효력을 가지는 중앙토지수용위원회의 이의신청에 대한 재결의 경우 대통령령으로 정하는 바에 따라 재결확정증명서의 발급을 청구할 수 있도록 하고 있다(「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 86조1항). 그리고, 재결확정증명서는 재결서 정본의 끝에 「민사집행법」 제29조제2항에 준하여 집행문을 적고, 중앙토지수용위원회의 간사 또는 서기가 기명날인한 후 중앙토지수용위원회 위원장의 직인을 날인하여 발급하도록 한다.

「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 「공익사업법」)에서의 재결확정증명서는 미이행에 대한 금전집행의 문제는 아니지만, 집행력 있는 판결의 정본과 동일한 효력을 가지는 문서인 경우 별도의 집행문이 필요한지 여부문제를 해결함에 있어서 참고할 만한 것이라고 생각된다.

233) 위의 책, 139쪽 참조. 그러나, 같은 책에서 반대설이 있다는 점만 언급하면서, 반대설에 대한 출처는 없다. 이와 관련하여 일본의 「민사집행법」 문헌에서는 이러한 취지의 반대설이 발견된다.

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률	동법 시행령	동법 시행규칙
<p>제86조(이의신청에 대한 재결의 효력) ① 제85조제1항에 따른 기간 이내에 소송이 제기되지 아니하거나 그 밖의 사유로 <u>이의신청에 대한 재결이 확정된 때에는 「민사소송법」상의 확정판결이 있는 것으로 보며, 재결서 정본은 집행력 있는 판결의 정본과 동일한 효력을 가진다.</u></p> <p>② <u>사업시행자, 토지소유자 또는 관계인은 이의신청에 대한 재결이 확정되었을 때에는 관할 토지수용위원회에 대통령령으로 정하는 바에 따라 재결확정증명서의 발급을 청구할 수 있다.</u></p>	<p>제47조(재결확정증명서) ① 사업시행자·토지소유자 또는 관계인은 법 제86조제2항에 따른 재결확정증명서(이하 이 조에서 "재결확정증명서"라 한다)의 발급을 청구하려는 경우에는 국토교통부령으로 정하는 재결확정증명청구서에 이의신청에 대한 재결서의 정본을 첨부하여 중앙토지수용위원회에 제출하여야 한다.</p> <p>② 재결확정증명서는 재결서 정본의 끝에 「민사집행법」 제29조제2항에 준하여 집행문을 적고, 중앙토지수용위원회의 간사 또는 서기가 기명날인한 후 중앙토지수용위원회 위원장의 직인을 날인하여 발급한다.</p> <p>③ 중앙토지수용위원회는 재결확정증명서를 발급하려는 경우에는 법 제85조제1항에 따른 행정소송의 제기 여부를 관할 법원에 조회하여야 한다.</p> <p>[전문개정 2013.5.28]</p>	<p>제68조(재결확정증명청구서의 서식) 영 제47조제1항의 규정에 의한 재결확정증명청구서는 별지 제22호 서식에 의한다.</p>

다. 행정심판에서의 간접강제 집행을 위한 집행문 부여에 관한 자문의견 등

이상의 2개의 방안과 「공익사업법」의 관련규정 등을 종합적으로 고찰할 때, 행정심판에서의 간접강제 미이행에 대한 집행을 위해서 집행문 부여가 필요하다는 결론에 이르게 된다.

이에 대한 자문위원의 검토에서도 같은 입장이 제시되었다.²³⁴⁾

【자문위원 하명호 교수(고려대 법학전문대학원)】

○ 행정심판에 대한 간접강제의 도입방안에 대해서도 별다른 이의는 없고, 특히 간접강제의 인용결정에 대하여 법률에서 집행력을 부여하더라도 집행기관이 행정심판위원회가 행한 간접강제의 인용결정이 고지되었는지 여부, 그 결정이 확정되었는지 여부 등을 알기 어려울 것이므로, 집행의 신속성과 용이성의 차원에서 별도의 집행문을 부여할 필요가 있을 것임.

○ 한편, 법원이 아닌 행정심판위원회의 결정에 대하여 집행력 있는 판결의 효력을 부여하는 것에 대하여 헌법적인 쟁점이 있을 수도 있으나, 이미 중앙토지수용위원회의 재결이나 특허심판 등에 그 예가 있으므로, 위헌이라고 하기는 어려울 것임.

라. 행정심판에서의 간접강제 집행을 위한 집행문례(안)

행정심판에서의 간접강제 집행을 위하여 별도의 집행문 부여가 필요하다고 볼 경우에는 그 구체적인 집행문은 어떠한 형태가 되어야 할 것인가.

「공익사업법」에서의 재결확정증명청구서를 참고하여 다음과 같은 집행문례(안)를 제시할 수 있다.

234) 그밖에도 자문위원 하명호 교수는 강제집행방법으로서 간접강제는 ①판결 등의 여러 가지 집행방법 중의 하나로서 간접강제와 ②간접강제의 인용결정에서 정해진 배상금의 추심으로서 금전집행의 과정으로 이루어진다는 점을 기초로 행정심판에서의 간접강제에 대한 입법론에서도 이를 바탕으로 전개되어야 함을 자문의견으로 제시했고, 이는 보고서 작성에 유용한 도움이 되었다.

참고문헌

- 권창영, 민사보전법, 유로, 2012.
- 김광선, “행정심판법 개정 법률안에 관한 평가연구”, 중앙법학 9-3, 2007.
- 김광수, “영국 행정심판제도의 운영현황”, 공법연구 제38집 제4호, 2010.
- 김광수·박정훈, 행정심판·행정소송·행정절차제도의 조화방안 연구(최종보고서), 한국행정법학회/국민권익위원회, 2012. 8. 29
- 김남진, “[特別講座:行政法]取消訴訟과 法律上 利益 - 행정소송법 제12조의 개정과 관련하여”, 고시연구 32-7, 2005.
- 김남진, “特別寄稿]行政訴訟과 假救濟의 擴充 - 행정소송법의 개정과 관련하여 -”, 고시연구, 2005.
- 김남진, “행정상 확인소송의 가능성과 활용범위”, 고시연구 2005/5.
- 김남진·김연태, 행정법I, 법문사, 2013.
- 김남철, “법규명령에 대한 항고소송의 문제점 - 행정소송법개정안을 중심으로 -”, 공법학연구 6-1, 2005.
- 김남철, “행정심판과 행정절차제도와와의 조화방안”, 부산법학연구 53-4, 2012.
- 김동희, 행정법I, 박영사, 2013.
- 김병기, “한국행정소송제도 개혁의 쟁점과 과제 한국행정소송제도 개혁의 쟁점과 과제”, 법과기업연구 1-3, 2011.
- 김중권, “법무부 행정소송법개정시안의 주요 내용에 관한 소고” 공법학연구14-1, 2013.
- 김중권, “행정소송제도의 개편방향에 관한 소고”, 공법연구 31-3, 2003.
- 김철용, “행정소송법 전부개정법률안의 입법예고에 즈음하여”, 고시계 58-5, 2013.
- 김철용, “행정심판법 제9조의 입법상 과오론”, 고시연구 1999/7.
- 김철용, 행정법, 고시계사, 2013.
- 김청규, “행정심판법상의 처분성 확대에 관한 고찰”, 중앙법학 8-2, 2006.
- 김현준, “신청권과 무하자재량행사청구권·행정개입청구권 - 의무이행소송론 서설”, 행정법연구 28, 2010.
- 김현준, “실체적 공권의 4유형과 행정소송법상 항고소송”, 공법학연구 13-2, 2012.
- 김현준, “의무이행소송과 거부처분취소소송의 관계”, 토지공법연구 58, 2012.
- 김현준, “일본의 행정사건소송법 개정과 환경행정소송의 원고적격”, 공법학연구 6-2, 2007.
- 김현준, “처분성 없는 행정작용에 대한 행정소송으로서의 확인소송 - 2004년 일본 행소법 개정상황에서의 확인소송 활용론을 단초로 하여 -”, 공법연구

- 37-3, 2009.
- 김현준, “행정소송법 개정과 예방적 금지소송”, 법률신문 제4131호(2013.5.30.).
- 김현준, “행정소송법상 예방적 금지소송을 위한 변론- 「행정소송법」 개정에서 예방적 금지소송이 포함되어야 한다-”, 토지공법연구 62, 2013.
- 김현준, “행정심판의 대상 및 심판기관·당사자”, 행정법학 제3호, 2012.
- 김현준, 행정법관계에서의 사인의 권리와 의무, 법문사, 2012.
- 류지태·박종수, 행정법신론, 박영사, 2013.
- 박균성, “소의 이익에 관한 행정소송법개정방안”, 경희법학 39-2, 2005.
- 박균성, 행정법강의, 박영사, 2013.
- 박윤흔, “행정심판제도와 중앙행정심판위원회의 발전방향 -행정심판기관의 준제3 자기관화 정착과정을 중심으로”, 한국 행정심판제도의 발전방향 세미나 (2011. 11. 4), 한국행정법학회·국민권익위원회.
- 박정훈, “행정심판의 기능 - 권리구제적 기능과 자기통제적 기능의 조화”, 행정법 연구 15, 2006.
- 박정훈, “행정심판의 심리”, 행정법학 제3호, 2012.
- 박정훈, “행정심판제도의 발전방향 - ‘사법절차의 준용’의 강화”, 행정법학 2호, 2012.
- 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005.
- 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2006.
- 박해식·이승민·오지석, “실무에서 본 현행 행정소송 제도의 문제점 및 개정방향”, 행정법학 제3호, 2012.
- 백윤기, “행정소송법 개정에 관한 소고”, 행정법연구 18, 2007.
- 법원행정처, 법원실무제요 민사집행 III, 2003.
- 서보국, “행정소송법개정의 주요쟁점에 대한 비교법적 고찰”, 공법학연구 13-2, 2012.
- 송희성, “행정심판법상의 문제점”, 월간법제, 2005.
- 신봉기, “행정심판 조직 및 기구 통합”, 행정법학 제2호, 2012.
- 안동인, “영국의 행정심판제도 개혁에 관한 소고”, 공법연구 38(1-2), 2009.
- 오준근, “영국과 독일의 행정심판제도 개혁경과에 관한 비교법적 연구”, 경희법학 48-4, 2013.
- 이상덕, “독일 행정법원법에서의 규범통제소송 제도에 관한 고찰 - 우리 행정소송법 개정 논의에 주는 시사점을 중심으로”, 행정법연구 32, 2012.
- 이시윤, 민사집행법, 박영사, 2009.
- 이일세, “영국 행정심판제도의 변화에 관한 고찰”, 공법연구 제39권 제3호, 2011,
- 이종영, “독일의 행정심판제도”, 중앙법학 4-3, 2012.
- 정의방, “행정심판법 개정 추진 경과”, 월간법제, 2007.
- 정하중, “행정소송법 개정 논의경과“, 법무부 행정소송법 개정 공청회(2012. 5.

24) 자료집

정하중, “행정소송법 개정 논의경과“, 행정소송법 개정 공청회(2012. 5. 24) 자료집.

정하중, “行政訴訟法 改正에 있어서 豫防的權利救濟의 導入“, 강원법학 36, 2012.

정하중, 행정법개론, 법문사, 2011.

정하중, 행정법개론, 법문사, 2013.

정하중, 행정법의 이론과 실제, 법문사, 2012.

정형근, “개정 행정심판법의 주요쟁점에 관한 검토“, 행정법연구27, 2010.

조연팔, “일본 행정불복심사법개정(안)과 그 시사점“, 공법학연구 9-3, 2008.

채우석, “행정심판제도의 개정에 관한 동향“, 숭실대 법학논총 21, 2009.

하명호, 행정쟁송법, 박영사, 2013.

홍정선, 행정법특강, 박영사, 2013.

홍준형, 행정구제법, 법문사, 2013.

岡村周一, “不服申立適格“, 別冊ジュリスト 行政判例百選 II, 有斐閣, 2006.

兼子仁, 行政行爲の公定力の理論, 東京大學出版會, 1960.

高橋滋=常岡孝好=本多瀧夫=山本隆司, [座談會] 準司法手續・特例的行政手續の現狀と課題 -制度の充實と活性化に向けて,ジュリスト No. 1352, 2008.3.15.

大橋洋一, 行政法 II, 有斐閣, 2012.

大橋洋一, 行政法 I, 有斐閣, 2009.

大橋眞由美, “行政不服審査における審理主宰者に關する一考察“, 成城法學 244-211, 2011.

稻葉一將, “行政不服審査法の新たな救濟態様について“, 行財政研究 14-22, 2007.

稻垣寛, “行政不服審査法改正の動向 - 不服審査前置の見直しについて -“, 地方公務員月報20-23, 2011.

鈴木秀洋, “「不当」要件と行政の自己統制 -住民監査請求制度と行政不服審査制度“, 自治研究 83(10), 2007/10.

本多瀧夫, “行政不服申立適格の再考“, in: 福家俊郎・本多瀧夫 編, 行政不服審査制度の改革, 日本評論社, 2008.

小林久起, 行政事件訴訟法, 商事法務, 2004.

小早川光郎, 行政法講義 下 I, 弘文堂, 2002.

小泉雅洋, “行政廳に對する不服申立ての現況 - 「平成21年度における行政不服審査法等の施行狀況に關する調査結果」を踏まえて-, 季刊行政管理研究 29-37, 2010.

水野靖久, “行政不服審査法案・行政手續法一部改正案の概要 (特集 行政不服審査法改正・行政手續法改正の検討--行政法研究フォーラムでの検討結果)“,ジュリスト No. 1371, 2009.

櫻井敬子, “地方の處分に對する不服審査“, 自治實務セミナー 4-7, 2012.

- 塩野宏, 行政法Ⅱ, 有斐閣, 2010.
- 宇賀克也, “行政不服審査法・行政手続法改正の意義と課題 (特集 行政不服審査法・行政手続法改正に向けて)”, ジュリストNo. 1360, 2008.
- 宇賀克也, “行政不服審査法の見直し”, 民事研修 2-23, 2012.
- 宇賀克也, 行政法概説Ⅱ, 有斐閣, 2011.
- 宇賀克也, 行政手続法の解説 (第6次改訂), 學陽書房, 2012.
- 田中孝男, “行政不服審査法改正の意義と課題 -自治体の行政實務から 行政法研究フォーラム-”
- 田中孝男, 行政不服審査法改正意義課題, 自治研究 84-4.
- 田村泰俊, “行政不服審査法から見た建築基準法・都市計画法 (環境問題の法的課題)”, 明治學院大學法律科學研究所年報 315-326, 2009.
- 佐伯道子, “行政不服審査制度改革の動向”, 立法と調査 14-23, 2012.
- 中川長久, “行政訴訟としての「確認訴訟」の可能性”, 民商法雑誌 130-6, 2004.
- 恒川隆生, “不服申立ての基本構造と審理手続について--行政不服審査制度検討會最終報告の検討”, 行財政研究 12-21, 2008.
- 行政不服審査制度検討會, 行政不服審査法及び行政手続法改正要綱案の骨子(最終報告), 2007.
- 和久井 孝太郎, “東京都における行政不服審査と實務から見た制度見直しの論点”, 中村 倫治, ジュリスト No. 1394, 2010.
- Beaucamp, “Mediation im Widerspruchsverfahren?”, DÖV 2011.
- Beaucamp/Ringer-muth, "Empfiehl-t sich die Beseitigung des Widerspruchsverfahrens?", DVBl. 2008.
- Dolde/Porsch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, C.H.Beck, 2011.
- Ericksen/Knoke, “Bestandskraft von Verwaltungsakten”, NVwZ 1983.
- Geis, Verwaltungsgerichtsordnung, 2006.
- Härtel, “Rettungsanker für das Widerspruchsverfahren?”, VerwArch 2007.
- Holzner, “Die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens”, DÖV 2008.
- Hufen, Verwaltungsprozessrecht, C.H.Beck, 2011.
- Hüttenbrink, in: Kuhla/Hüttenbrink, Verwaltungsprozess, C.H.Beck, 2002.
- Klüsener, “Die Bedeutung der Zweckmäßigkeit neben der Rechtmäßigkeit in § 68 I 1 VwGO”, NVwZ 2002.
- Rüsel, “Zukunft des Widerspruchsverfahrens”, NVwZ 2006.
- Schönenbroicher, “Leitziele und Kernpunkte der Reformen des

Widerspruchsverfahrens”, NVwZ 2009.

Steinbeiß-Winkelmann, “Das Widerspruchsverfahren als Voraussetzung des Gerichtszugangs in VwGO, FGO und SGG”, NVwZ 2011.