

住民訴訟의 立法化方向에 관한 研究

1998. 12

研究者：金明淵(先任研究員)

한국법제연구원

目 次

제 1 장 研究目的과 範圍	5
I. 研究目的	5
II. 研究範圍	7
제 2 장 住民訴訟의 意義와 機能	9
I. 住民訴訟의 概念	9
1. 美國의 納稅者訴訟	9
2. 日本의 住民訴訟	10
3. 舊地方自治法上 住民訴訟	11
II. 住民訴訟의 法的 性質	11
1. 美國의 納稅者訴訟	12
2. 日本의 住民訴訟	15
3. 舊地方自治法上 住民訴訟	17
III. 住民訴訟의 理論的 根據	17
1. 信託理論說(public trust doctrine)	17
2. 株主代表訴訟類似說(stockholder's suits doctrine)	18
3. 租稅負擔增加說(tax burden doctrine)	19
4. 私的 法務長官說(private attorney general doctrine)	20
IV. 住民訴訟의 制度的 機能	22
1. 序 說	22
2. 住民의 直接參與手段	23
3. 地方公共의 利益保護	25
4. 違法한 財務會計行政의 司法統制	26
5. 行政一般의 違法統制：住民訴訟機能의 擴張	27
제 3 장 美國과 日本의 住民訴訟制度	29
I. 概 說	29
II. 美國의 納稅者訴訟	31
1. 納稅者訴訟의 展開	31
2. 當事者	39
3. 訴訟對象	42
4. 訴訟節次	48

5. 納稅者訴訟의 救濟類型	51
6. 救濟의 制限	54
7. 辯護士費用·保證金の 納付 및 勝訴原告에 대한 報償金	57
8 判決의 效力	61
III. 日本의 住民訴訟	61
1. 住民訴訟制度의 沿革	61
2. 當事者	64
3. 住民訴訟의 對象	65
4. 訴訟節次	71
5. 住民訴訟의 類型과 內容	76
6. 訴訟費用	81
7. 判決의 效力	83
IV. 美國 納稅者訴訟과 日本 住民訴訟의 比較 및 評價	84
1. 美國 納稅者訴訟과 日本 住民訴訟의 比較	84
2. 美國 納稅者訴訟과 日本 住民訴訟의 評價	87
제 4 장 住民訴訟의 立法化方向	91
I. 住民訴訟의 立法化 必要性	91
II. 住民訴訟制度의 立法化의 基本方向	93
1. 立法化의 基本方針	93
2. 住民訴訟의 有效性保障을 위한 要件의 充實化	94
III. 住民訴訟의 立法型式	95
1. 地方自治法에 規定하는 方案	95
2. 『地方自治團體住民訴訟法』을 制定하는 方案	96
3. 結 語	96
IV. 住民訴訟의 具體的 立法內容	97
1. 當事者	97
2. 訴訟對象	103
3. 訴訟節次	107
4. 住民訴訟의 訴訟類型	114
5. 訴訟費用	117
6. 行政訴訟法の 準用	119
제 5 장 結 論	121

제 1 장 研究目的과 範圍

I. 研究目的

현대 代議民主主義의 한계와 기능장애를 극복하는 방안으로 參與民主主義가 요청되고 있다. 直接參與制度는 대의민주주의를 완전 置換하는 것은 불가능하지만 단순히 이를 보완하는 2차적 기능에서 벗어나 민주주의와 국민주권주의를 실질적으로 뒷받침하는 헌법상 기초를 둔 제도로 이해되고 있다.¹⁾ 특히 참여민주주의는 지방자치단체의 행정이 주민생활과 일상적이고 직접적인 연관을 가지기 때문에 국가 보다 지방자치단체 차원에서 더욱 필요로 한다.

이런 점에서 지방자치단체의 행정은 지방자치단체의 인적 구성요소임과 동시에 지방자치의 원천이며 주체 내지 주권자인 주민의 적극적이고 능동적인 참여 기회를 가능한한 광범위하게 보장하여 주민에 의한 주민의 책임으로 운영될 것이 헌법이 보장하는 지방자치의 취지라고 생각된다. 그러나 한국의 地方自治法制는 住民投票²⁾ 이외에 외국에서 일반화된 直接請求制度, 住民發案, 住民召喚, 住民訴訟, 名譽職公務員의 參與, 專門家參與制度 등을 인정하지 않아 주민의 직접참여가 극도로 제한되어 있다. 이는 한국 지방자치법제의 문제점의 하나로 지적되고 있다.³⁾ 이와 관련하여 외국에서 한국의 지방자치는 헌법적 보장에서 불구하고 주민의 권리가 極히 미약한 나라로 소개될 정도이다.⁴⁾

한편 지방자치제도가 부활된 이래 권위주의행정에서 대민봉사행정으로의 전환 등 많은 긍정적인 변화가 일어나고 있는 반면에⁵⁾ 새로운 부작용도 나타나

1) 주민의 직접참여 일반에 대한 논의는 韓國公法學會, 『代議制와 住民參與』(1995년도 定期總會 및 學術大會, 1995.6) 참고.

2) 1994년 지방자치법을 개정하여 주민투표제도를 도입하면서 주민대표의 대상·발의요건 등 세부적인 사항은 따로 법률로 규정하도록 하였으나(동법 제13조의2) 아직 주민투표법이 제정되지 않아 사실상 시행되지 못하고 있다.

3) 姜佐哲, 『講義行政法Ⅱ』(學研社, 1994), 117면. 또한 대법원 역시 지방의회의 방청객에게 발언권을 부여하는 완주군의 회의규칙은 대표제의 원리에 정면으로 배치된다(大判 1993. 2. 26. 92 추 109)고 본 것과 같이 대의제도를 매우 엄격하게 해석하여 주민참여에 소극적이다.

4) 木佐茂男, “聯邦制と地方自治をめぐる法制度と實務の比較研究”, 『公法研究』, 제56호(1994), 41면.

고 있다. 특히 지방자치단체 및 소속 공무원의 부정부패와 비효율적인 재정의 낭비와 유용이 顯著化되어 오늘날 큰 社會問題가 되고 있다.⁶⁾ 이와 같은 지방행정의 부정부패와 재정의 낭비·유용은 조세와 같은 주민의 공적부담으로 형성되는 지방재정의 위법·부당한 지출을 초래하여 주민의 생활에 악영향을 미칠 뿐만 아니라 재정의 최종부담자인 주민의 부담으로 환원된다는데 문제의 심각성이 있다.

이러한 문제와 관련하여 시민단체들과 少額株主들이 연대하여 방만한 부실경영에 대한 기업경영자의 책임을 추궁한 株主代表訴訟이 승소하였다는 소식은 우리에게 신선한 충격을 준다. 株主代表訴訟은 법(상법 제403조 이하)에 규정되어 있었을 뿐 실제로 행사된 적은 거의 없었다. 여기서 특별히 株主代表訴訟을 언급하는 것은 같은 취지의 소송을 자치행정과 같은 公共部門에 도입할 필요성은 없는가 하는 점이다. 지방행정의 부정부패와 위법·부당한 예산의 유용·남용을 방지하기 위하여 정부의 지속적인 사정작업과 함께 지방재정의 공정한 관리·운영을 위한 다양한 제도들이 마련되어 있음에도 이러한 현상은 근절되지 않고 있다. 이는 사정작업과 이들 제도들이 충분히 성공적이지 못할 뿐만 아니라 그 유용성에 한계가 있음을 나타내는 것이다.

지방자치가 정착되어감에 따라 중앙정부에 의한 통제는 별반 실효성이 없을 뿐만 아니라 바람직하지도 않다. 오히려 주민에 의한 통제를 강화하는 것이 지방자치의 취지에도 합당하고 효율적이다. 따라서 주민자치의 원칙에 따라 지방재정의 최종부담자인 주민에게 지방자치단체의 행정에 대한 주민참가의 민주적 통제권을 인정하여 주민 전체 및 지방자치단체의 공공의 이익을 보호하고 지방행정의 공정성·적법성을 확보하는 多目的 機能을 기대할 수 있는 새로운 사법제도를 도입할 필요가 있다고 본다.⁷⁾

이러한 사법제도의 도입과 관련하여 입법적 참고가 되는 것이 미국의 納稅者訴訟(paxtayers' suit; paxtayers' action)과 일본의 住民訴訟이다. 이들 소

5) 지방자치의 평가에 대해서는 金益植, “제1기 地方自治(’95.6~’98.5)의 評價”, 『立法調査研究』, 제251호(1998.6), 1면 이하 참고.

6) 동아일보의 여론조사에 의하면 지방자치제 실시 이후 생긴 부작용으로 시민, 기업인, 공무원 등 2,054명의 조사자 가운데 “지역간 갈등 및 반목”(43.8%), “부정부패”(27%), “국책사업의 지연”(15.1%)의 순으로 나타나고 있다(『동아일보』, 1996.6.25, 45면).

7) 최근 金南辰教授는 이러한 관점에서 주민소송제도의 도입을 제언하고 있다. 金南辰, “少額株主의 代表訴訟과 住民訴訟”, 『考試研究』, 1998년 1월호, 12~13면 참고.

송은 이들 국가에서 확고하게 정착된 사법제도로서 주민자치이념에 입각하여 주민이 지방행정의 부패와 위법한 재정지출 등을 예방하고 시정하는데 가장 강력하고 효율적인 수단으로 평가되고 있다.⁸⁾

이 보고서는 미국의 납세자소송, 일본의 주민소송 및 舊地方自治法上 주민소송을 소재로 한국 지방자치법제의 취약점으로 지적되는 住民直接參與制度를 보완하고 지방행정의 부정부패와 위법한 재정지출 등을 주민의 손으로 예방·교정하는 法理를 발견하고 도입시 입법적 참고자료로 활용할 수 있도록 구체적인 입법방향을 제시하여 한국 지방자치의 성공적 발전에 기여함을 목적으로 한다.

II. 研究範圍

주민소송과 같은 제도는 국가 차원에서도 필요한 제도이나 이 보고서에서는 지방자치단체의 행정에 한정하였다. 이 보고서는 민중소송·객관소송으로서의 주민소송의 법리를 발견하고 주민소송의 도입 필요성과 도입시 입법적 참고자료로 활용하기 위한 입법방향을 제시하고 있다. 이 보고서는 다음과 같이 구성되어 있다.

제1장은 이 보고서의 서론부분으로 연구목적과 연구범위를 기술하고 있다.

제2장에서는 주민소송의 개념, 법적 성격, 제도적 기능 및 이론적 근거 등 주민소송의 일반법리에 대해서 고찰하고 있다.

제3장에서는 미국의 납세자소송과 일본의 주민소송의 연혁, 법적 구조 등을 분석하여 구체적인 운영시스템을 파악하고 있다.

제4장에서는 한국에서 주민소송의 도입필요성, 입법의 기본방향, 입법형식에 대해서 제안하고, 미국의 납세자소송, 일본의 주민소송 및 구지방자치법상 주민소송제도를 참고로 주민소송 독자의 법리가 적용되어야 주요사항에 대한 구체적 입법내용을 제시하고 있다.

제5장은 이 보고서의 결론으로 지금까지의 논의를 종합하고 입법의 구체적 내용을 정리·요약하고 있다.

8) 이와 같은 소송제도는 한국 법제상 결코 낮은 제도가 아니다. 舊地方自治法은 위헌·위법한 조례, 지방자치단체의 장의 명령과 처분에 대한 주민소송제도를 인정하고 있었다(동법 제153조, 제154조 참고).

제 2 장 住民訴訟의 意義와 機能

I. 住民訴訟의 概念¹⁾

지방자치단체 또는 소속 공무원의 위법한 재무회계행위를 예방·금지하고 지방자치단체 및 주민 공동의 이익을 보호하기 위하여 주민 또는 납세자에게 원고적격을 인정하는 公益訴訟(public action)은 미국의 納稅者訴訟(paxtayers' suit; paxtayers' action)이 가장 전형적이며 모범적인 예에 속한다.²⁾ 일본의 주민소송은 1948년 제2차 지방자치법 개정시 미국 납세자소송을 입법모델로 하여 도입되었다. 미국의 납세자소송이나 일본의 주민소송은 주민자치의 이념에 입각하여 주민 또는 납세자가 지방자치단체의 위법한 재무행정을 교정하는 가장 강력하고 유효한 수단으로 이들 국가에서 확고하게 정착된 사법제도로 평가되고 있다.

1. 美國의 納稅者訴訟

納稅者訴訟은 납세자가 자신을 위하여 또는 同一被課稅區域(taxing district or area)에 거주하는 납세자집단의 대표로서 당해 집단의 전체구성원에 공통된 이유에 기초하여 납세자의 공동이익을 침해하는 공공단체(public bodies) 또는 그 소속 공무원의 위법행위 내지 權限踰越(ultra vires)의 행위에 대하여 구제를 구하는 목적으로 제기하는 소송,³⁾ 또는 납세자의 집단을 대표하는 1인

1) 이 보고서에서는 미국의 납세자소송, 일본의 주민소송 및 한국의 舊地方自治法上 주민소송을 포함한 일반개념으로 사용할 때에는 단순히 “住民訴訟”이라고 하고 특히 구별할 필요가 있는 때에는 “美國의 納稅者訴訟” 또는 “納稅者訴訟”, “일본의 주민소송” 및 “舊地方自治法 또는 舊法上 住民訴訟”으로 사용한다. 舊法上 주민소송은 법률상 정식 명칭은 아니지만 일반적으로 주민소송이라고 한다.

2) Jaffe教授의 공익소송의 개념은 명확하지 않지만 납세자가 제기하는 納稅者訴訟과 시민이 제기하는 職務執行命令訴訟을 가장 전형적인 것으로 예시하고 있는 점, 납세자소송이 기능상 市民訴訟(citizens' suits)化하고 있다고 지적하고 있는 점을 고려할 때 납세자, 시민, 선거인 등이 자신의 개인적 권리·이익의 보호를 목적으로 하는 것이 아니라 전적으로 공익을 위하여 제기하는 소송으로 이해된다. see. L. Jaffe, “Standing to Secure Judicial Review: Public Action”, *Harv. L. Rev.* 74(1961), pp.1275~1296.

또는 복수의 자가 공금 및 공공재산의 오용·남용·횡령으로 납세자의 이익을 침해하는 위법한 행위에 대하여 납세자로서의 구제를 구하는 소송⁴⁾으로 정의된다.

납세자소송은 지방자치단체의 공무원이 위법 내지 부정한 행위를 예방·교정하여 지방자치단체 및 납세자 전체의 권리이익을 옹호하고 자치행정의 공정한 운영을 확보하는 것을 목적으로 한다. 따라서 납세자소송은 일부 납세자가 자신을 포함한 납세자 전원의 이익을 위하여 납세자집단에 공통된 이유에 기초하여 행하는 집단소송·대표소송이라는 점에서 자신의 재산에 대한 특정한 조세 부과 또는 평가의 합법성에 대한 稅務訴訟과 구별된다.

2. 日本의 住民訴訟

일본의 주민소송은 보통지방자치단체의 주민이 지방자치단체의 기관 및 직원에 의한 위법한 공금의 지출, 재산의 취득·관리·처분, 계약의 체결·이행 기타 의무의 부담 또는 위법한 공금의 부과·징수 혹은 위법하게 재산의 관리를 태만한 사실이 있는 경우 당해 행위의 금지, 행정처분인 행위의 취소 또는 무효확인, 당해 태만사실의 위법확인, 지방자치단체를 대위하여 손해배상, 부당이득의 반환 등을 구하여 소송이다(일본 지방자치법 제242조의2제1항).⁵⁾

일본의 주민소송은 住民監査請求(동법 제242조)에 의해 지방자치단체의 재산적 손해를 방지하거나 회복할 수 없는 경우에 주민의 소송제기에 따라 법원이 그 적부를 판단하는 제도이다. 일본의 주민소송은 주민이 자기의 법률상 이익이나 권리와는 관계없이 지방자치단체의 집행기관 또는 직원의 위법한 재무회계상의 관리·운영을 법원에 제소하여 지방자치행정의 공정성과 주민전체의 이익을 보호

3) Emmanuel S. Tipon, "Taxpayers' Action", *American Jurisprudence 2d.*, vol. 74(1974), §1, pp.179~180.

4) E. McQuillin, "Citizens' and Taxpayers' Suits", *Municipal Corporations*, vol. 18(3ed, 1973), §52. 02.

5) 일본의 주민소송은 납세자소송을 모델로 하여 도입된 것이나 납세자소송이 납세자인 주민에게 원고적격을 인정하는 것과 달리 지방자치단체의 주민이면 납세자의 여부를 떠나 원고적격이 인정되기 때문에 1963년 지방자치법 개정때 관례적으로 사용된 납세자소송의 명칭 대신에 "주민소송"을 법률상 명칭으로 규정하게 되었다고 한다(關哲夫, 『住民訴訟論(新版)』(有斐閣, 1997), 1면; 阿部照哉 外 編, 『地方自治大系 2』(嗟峨野書院, 1993), 209면; 後藤光南, "住民訴訟の意義と機能", 『法學論集』, 제30호(早稻田大學大學院, 1983), 171면).

함을 목적으로 하는 行政事件訴訟法 제5조의 민중소송·객관소송에 해당한다.

3. 舊地方自治法上 住民訴訟

미국의 납세자소송이나 일본의 주민소송과 같은 제도는 한국법제상 결코 낮은 제도가 아니다. 舊地方自治法은 지방자치단체의 주민이 위헌 내지 위법한 조례, 지방자치단체의 장의 명령이나 처분에 대한 訴請과 訴請에 대한 決定에 異議가 있을 때 大法院에의 出訴를 인정하고 있었다(同法 제153조 이하 참고). 舊法上 住民訴訟의 특질로는 濫訴의 방지를 위해서 주민 100명 이상의 연서를 얻어 出訴하도록 한 점, 소송의 대상은 재무적 사항에 한정하는 列舉主義를 취하지 않고 널리 위헌 내지 위법적인 조례·처분·명령을 모두 대상으로 概括主義를 취한 점, 소송유형을 특정하지 않고 개방적인 규정형식을 취한 점, 대법원에 바로 제소하도록 하여 1심제를 채택한 점 등을 들 수 있다.

舊法上의 住民訴訟은 소송대상이 행정소송법 체계와 조화하기 곤란하고 소송절차가 미비되어 있는 점 등에서 적지 않는 문제점이 있었으나 住民參加制度로서 비교적 충실한 제도였다고 평가되고 있다. 그러나 주민소송제도가 활용된 예가 없었다는 이유로 1988년 폐지되었다. 이는 주민자치의 입장에서 볼 때 舊法보다 크게 후퇴한 것이라고 하겠다.

II. 住民訴訟의 法的 性質

한국에서는 미국의 납세자소송이 주관소송인 것에 대하여 일본의 주민소송은 객관소송으로 이해하고 있다.⁶⁾ 그러나 이는 다분히 연혁적·형식적인 이해이며 뒤에서 보는 것과 같이 현실 운용에 있어서는 미국의 납세자소송 역시 객관소송으로 이해할 수 있다. 미국의 납세자소송이나 일본의 주민소송은 일반적으로 출소자격이나 법익과의 측면에서는 민중소송·객관소송이라고 볼 수 있으며 지방자치단체나 주민과의 관계에서는 대표소송·집단소송이라고 할 수 있다.⁷⁾

6) 金英勳, “日本 住民訴訟制度에 관한 考察”, 『公法研究』 제19집(1991), 159면; 李京玉, “日本 住民訴訟에 관한 研究”(全北大 博士學位論文, 1998.8), 32면.

7) 주민소송의 법적 성격을 명확히 하는 것은 한국에서 주민소송을 입법화함에 있어 원고적격, 소송대상, 소송유형 및 소송절차를 규정함에 있어 매우 중요한 의미를 가지며, 주민소송을 도입한 경우에도 주민소송의 법적 성격의 이해에 따라 개별해석문제, 특히 위법성·손해

1. 美國의 納稅者訴訟

(1) 民衆訴訟 · 客觀訴訟的 性質

납세자소송의 법적 성질에 대해서는 판례는 일치하는 않는다. 이는 50개의 주가 각각 서로 상이한 지방자치조직과 독자의 사법제도를 가지고 있기 때문이기도 하지만 납세자소송이 조세부담의 증가를 회피하여 납세자의 금전적 이익을 보호하기 위한 소송으로 구성되더라도 실질적으로는 행정의 부패와 위법행위의 감시라는 공익목적을 가진 제도라는 유래에서 기인한다.⁸⁾

만약 납세자소송이 엄밀히 납세자의 개인적 권리·이익의 보호를 목적으로 하는 주관소송이라고 하면 원고적격을 인정함에 있어 자연인과 법인의 구별, 주거요건, 조세의 종류, 조세액, 납세기간 등을 비롯하여 조세개념과 납세자의 개념을 사전에 확정할 필요가 있을 것이다. 그러나 판례는 사실상 이에 관하여 논하지 않고 있다.⁹⁾¹⁰⁾ 또한 납세자소송을 제기함에 있어 원고의 개인적 동기는 전혀 문제되지 않으며¹¹⁾ 공금의 위법한 지출과 납세자 전체가 받는 손해

등의 판단에 중요한 견해의 차이를 가져올 수 있다.

8) 예를 들어 California州에는 납세자소송의 목적은 위법한 공금지출 등을 방지함에 있으며 공무원의 위법한 행위로 원고가 손해를 받았음을 주장·입증할 필요가 없다고 한다(Wirin v. Parker, 48 Cal. 2d 890, 313 P 2d 844(1957)). 또한 New York州 재정법은 기금·재산의 위법한 지출에 의하여 특별한 침해를 받았는지의 여부와 관계없이 납세자소송을 제기할 수 있도록 하고 있다(N.Y. State Fin. Law §123).

9) Comment, "Taxpayers' Suits: A Survey and Summary", *Yale L. J.* 69(1960), p.905.

10) California州的 납세자소송을 규정하고 있는 民事訴訟法典(Code of Civil Procedure) 제526a조는 『county 등의 당해 단체에 거주하는 시민 또는 법인으로서 과세평가를 받아 납세의무가 있거나 소송이 개시되기 전 1년 이내에 조세를 납부한 자는 county 등의 공무원 또는 county 등을 위하여 활동하는 대리인 기타 모든 자에 대하여 county, town, city 및 city county의 부동산, 기금 기타 재산의 위법한 지출, 낭비 또는 손해의 억제 또는 방지를 위한 판결을 구하는 소송을 제기할 수 있다』고 규정하고 있다. 이 법전은 자연인·법인, 주거요건, 납세기간에 대하여 규정하고 있으나 조세에 관한 규정을 흠결하고 있다. 따라서 이 법전에서 말하는 조세에는 면허세, 담배세, 소비세, 이용세, 각종 영업세, 도시소득세 등 모든 종류의 조세가 포함되는 것으로 볼 수 있으며 이러한 경우 납세자소송은 거의 민중소송과 유사한 것이 될 것이다(Collins & Myers, "The Public Interest Litigation in Callifornia: Observation on Taxpayers' Actions", *Loyola L. A. L Rev.* 10(1977), pp.335~356).

11) 당파적·정치적 목적의 달성, 명성을 얻을 목적으로 납세자소송을 제기하더라도 방해받지 않는다(Emmanuel S. Tipon, *supra* note 3, §32, p.241).

사이에 직접적이고 실질적인 금전적 이해관계가 있는 경우에도 위법지출의 결과로 개별 납세자가 받게 되는 손해는 통상 미미하며 경제적으로 구제의 실익이 없는 경우에도 판례는 납세자의 원고적격을 인정하고 있다. 이런 점에서 납세자소송에서 납세자의 경제적 손해의 구제라는 주관적 요소는 거의 희박하며, 납세자소송에 있어 원고적격은 명목적인 것이 되고 있다.¹²⁾

이와 같이 납세자소송은 지방자치단체 공무원의 재정운영상 위법한 공금의 지출, 공금의 낭비, 위법한 채무부담, 위법한 공공재산의 처분 등으로 인한 납세자의 세부담의 증가를 회피하기 위한 주관소송으로 발전한 것이나 본래 행정의 부정부패를 시정하기 위한 제도였는 점에서 현실의 손해의 요건은 엄격하게 해석하지 않는 것이다. 납세자소송은 이런 의미에서 성실하고 효율적인 정부(good government)를 유지하기 위한 시민소송으로 기능하고 있으며¹³⁾ 주관적인 원고요건은 매우 희박하고 납세자가 단독으로 또는 집단으로 납세자 일반의 이익보호와 행정의 부패방지를 위한 공익소송으로 발전하였다.¹⁴⁾

이와 같이 납세자소송은 原告適格의 自由化에 의해 주관적 한계를 벗어나 객관화되어 있으며 현실 운용상 한국이나 일본의 민중소송·객관소송과 경계를 설정하는 것은 극히 불명확하고 곤란하다. 이런 점에서 납세자소송은 본질적으로 민중소송으로서 객관소송과 같은 성질의 것으로 이해하여도 큰 문제는 없을

12) Comment, *supra* note 9, p.906.

13) 미국에서 市民訴訟은 다음 두가지 의미로 사용된다. 하나는 납세자소송이 발전하여 원고적격의 자유화와 소송대상의 재무사항에서 행정일반으로 확대됨으로서 사실상 시민소송화된 것, 즉 “納稅者訴訟의 市民訴訟化”를 말한다. 다른 하나는 미국에서 특히 1970년대에 들어와 환경보호법의 준수와 실현을 확보하기 위한 수단으로 법제화된 시민소송이다. 1970년 大氣淸淨法(Clean Air Act) 제304조에서 처음 도입되어 현재는 다른 환경법에 상당수 도입되어 있다. 여기에는 2가지의 소송유형이 있다. 하나는 위법한 행정활동에 대하여 법적 의무의 이행을 구하는 소송(행정청의 부작위에 대한 사법통제)이며, 다른 하나는 시민이 제기하는 법률위반자에 대한 민사소송(시민에 의한 법실현소송)이다. 이러한 시민소송은 개별법에 규정이 있는 경우에 한하여 제기할 수 있다. 이에 대한 자세한 것은 金鐵容, “集團紛爭解決을 위한 行政訴訟에 集團訴訟을 導入하려는 立法論的 考察”, 『公法研究』 제22집 2호(1994), 109면 이하; R. A. Sedler, “Standing, Justiciability and All That: A Behavioral Analysis”, *Vanderbilt L. Rev.* 25(1972), p.482.

14) Comment, *supra* note 9, p.906; L. Jaffe, *supra* note 2, p.1293. 납세자소송이 객관소송으로서 공익소송의 성격을 갖는다는 것은 원칙적으로 변호사비용의 상환이 인정되지 않는 미국에서 납세자소송의 경우에는 다양한 예외원칙에 의하여 승소 원고에 대한 변호사비용의 회복과 승소보상금이 주어지고 있다는 것에서도 확인할 수 있다. 자세한 것은 이 보고서, 57면 이하 참고.

것으로 보인다.¹⁵⁾

(2) 代表訴訟 · 集團訴訟

납세자소송은 주민이나 납세자집단 또는 지방자치단체와의 관계에서 보면 대표소송 · 집단소송에 속한다.¹⁶⁾ 납세자소송은 납세자가 同一被課稅區域(taxing district or area)에 거주하는 납세자집단의 대표로서 당해 집단의 전체구성원에 공통하는 이유에 기초하여 납세자의 공통이익을 침해하는 지방자치단체 또는 공무원의 위법행위 내지 權限踰越(ultra vires)의 행위에 대하여 제기하는 소송이다.

또한 납세자는 지방자치단체가 손해배상 또는 원상회복 등 실체법상 청구권이 있음에도 불구하고 이를 행사하지 않는 경우에 지방자치단체의 대리인으로서 지방자치단체의 실체법상 청구권을 지방자치단체를 代位하여 법원에 납세자소송을 제기할 수 있다. 지방자치단체에 속하는 訴訟原因(cause of action)에 근거하여 지방자치단체를 대위하여 행하는 납세자소송은 원고인 납세자에게 직접적이라기 보다는 당해 지방자치단체에 직접적인 손해의 회복을 구하는 것이다.

15) 同旨: 趙淵泓, “民衆訴訟의 比較法的 考察”, 『公法研究』, 제23집 3호(1995), 269면; 小島武司, “公共訴訟의 理論”, 『民事訴訟雜誌』, 제23권(1977), 12면. 또한 雄川一郎에 의하면 Jaffe의 公益訴訟論은 공익의 잠재적 대표선수인 私인에게 손해의 발생여부와 관계없이 공익을 위하여 소송수행권을 인정하는 것으로 행정의 적법성 통제수단으로 기능한다고 한다. 따라서 미국의 공익소송은 한국이나 일본의 객관소송으로 구성되어 있다고 한다(雄川一郎, “訴の利益と民衆訴訟の問題: 主觀的訴の利益の擴大とその限界に關する一般理論への試論”, 『行政爭訟の理論』(有斐閣, 1986), 313~320면 참고). 그러나 이에 대하여 Davis는 법적 권리의 침해를 요구하는 것은 아니지만 사실상의 손해 내지는 불이익을 받은 자에 한해서 원고적격이 인정된다고 한다. 이 손해 내지 불이익은 반드시 큰 것일 필요는 없으며 사소한 것이라도 무방하지만 적어도 이것이 필요하며 미세함과 제로(0)는 논리적으로 구별되어야 한다고 한다(事實上的 損害論). 이 점이 Davis의 사실상 손해론과 Jaffe의 공익소송론과의 차이점이다. 그러나 사실상의 손해론에 의하여 원고적격이 인정되는 때에는 당해 사건과 관련된 일체의 주장을 할 수 있으며 타인의 이익과 공공의 이익도 주장할 수 있다고 한다(see. K. C. Davis, “Standing: Taxpayers and Others”, *Chicago L. Rev.* 35(1968), pp.601~631). 이런 점을 볼 때 Davis의 사실상 손해론은 극히 형식적인 것으로 실질적으로는 원고적격의 요건으로 손해 내지 불이익을 포기하는 것과 같은 것이며 따라서 Jaffe의 공익소송론과 큰 차이가 있는 것은 아니다(雄川一郎, 위의 글, 315~316면).

16) Emmanuel S. Tipon, *supra* note 3, §2, p.185.

이와 같이 납세자소송은 일부 납세자에 의한 자신들을 포함한 납세자집단 전원 또는 지방자치단체의 이익을 위하여 납세자집단 전원에 공통된 이유에 기초하여 행하는 代表訴訟·集團訴訟이다.

2. 日本의 住民訴訟

일본 行政事件訴訟法은 한국 行政訴訟法과 마찬가지로 행정소송을 국민의 개인적 이익(법률상 이익)의 보호를 목적으로 하는 주관소송(항고소송, 당사자소송)과 객관적 법질서의 유지를 목적으로 하는 객관소송(기관소송, 민중소송)으로 분류하고 있다(동법 제2조). 객관소송은 법률이 특별히 정하는 경우에 법률이 정하는 자에 한해서 제기할 수 있다(동법 제42조).

일본의 주민소송은 선거소송과 마찬가지로 객관소송인 민중소송이라고 하는 것에는 견해가 일치하고 있다.¹⁷⁾ 주민이 개인의 권리·이익과 관계없이 주민소송을 제기하는 것이 인정되어 있고 그 내용이 법정되어 있기 때문이다. 일본 주민소송의 법적 성격을 구체적으로 분석하면 다음과 같다.

(1) 行政訴訟

일본 주민소송은 소송유형의 면에서 행정소송에 속한다. 주민소송은 주민 전체의 이익을 보호하기 위하여 지방자치법이 주민에게 지방자치단체의 공금이나 재산에 관한 위법 또는 부정한 행위를 방지하고 시정할 수 있는 공법상 권리로써 訴權을 부여한 결과인정되는 것이기 때문에 당연히 행정소송에 속한다. 이는 일본 지방자치법 제242조의2제6항이 행정사건소송법 제43조의 규정을 준용하도록 하고 있는 것에서 잘 나타나 있다.¹⁸⁾

(2) 民衆訴訟

민중소송은 당사자 사이의 구체적인 권리·의무에 관한 분쟁(法律上 紛爭)의

17) 遠藤文夫, 『住民訴訟·自治體爭訟』(地方自治法講座 4)』(きょうせい, 1990). 7면.

18) 일본 주민소송이 행정소송에 속한다고 하더라도 주민소송의 대상을 보면 제1호 내지 제3호청구의 대상은 행정사건인 것에 대하여 제4호 대위청구는 공법적인 것 보다는 사법적인 것이라고 한다. 따라서 주민소송이 행정소송이라고 하는 경우에도 이는 형식적 의미라는 것에 주의할 필요가 있다고 한다(大和勇美, “住民訴訟の諸問題”, 『實務民事訴訟講座』 제9권(日本評論社, 1972), 45면; 李京玉, 앞의 글(fn. 6), 28~29면 참고).

해결을 위한 것이 아니라 행정감독적 견지에서 행정법규의 적법한 적용을 확보하기 위한 소송이다. 민중소송은 행정법규의 적법한 적용을 확보하기 위하여 널리 일반대중에게 出訴權을 인정하지만 말 그대로 모든 민중에게 소송제기권을 인정하는 것은 아니고 법률이 정한 자에 한하여 제기할 수 있도록 하고 있다(일본 행정사건소송법 제42조, 한국 행정소송법 제45조).

일본 주민소송은 行政事件訴訟法 제42조가 정하는 『법률에 규정된 경우』의 하나로서 일본 지방자치법 제242조의2가 정하는 바에 따라 “주민”이 자기의 법률상 이익과 관계없이 주민인 자격에서 지방자치단체의 재무회계의 적법하고 공정한 관리운영을 확보함으로써 주민의 전체의 이익을 보호하기 위하여 제기하는 소송이다. 따라서 일본 주민소송은 민중소송(Poplarklage)에 속한다.

(3) 客觀訴訟

객관소송이란 법적용의 객관적 적용 또는 공익의 보호를 직접적인 목적으로 하는 소송이다. 일본 주민소송은 납세자소송과 달리 일반 주민에게 원고적격을 부여하고 있다. 이는 일본 주민소송의 일차적 목적이 지방자치단체의 기관 또는 공무원의 위법한 재무회계상 행위에 대하여 지방자치행정의 공정과 주민 전체의 이익을 보호하는 것을 목적으로 함을 나타내는 것이다. 따라서 일본 주민소송은 법익과 관련하여 공정한 법규유지를 목적으로 하는 객관소송이라 할 수 있다.¹⁹⁾

(4) 代表訴訟・集團訴訟

일본 주민소송은 지방자치단체나 주민과 관련해서 볼 때에는 대표소송·집단소송이다. 즉, 주민소송은 원고인 주민에게 직접적인 손해가 아니라 재무처리를 담당하는 공무원이 위법 또는 태만한 사실로 지방자치단체에 재정적 손해를 준 경우에 지방자치단체의 대표 또는 지방자치의 주권자인 주민이 단독 또는 집단으로 주민일반이나 지방자치단체에 직접적인 손해를 회복할 목적으로 법원에 出訴하는 것을 인정하는 제도이다. 따라서 일본 주민소송은 상법상 株主代表訴訟과 유사한 성격의 집단소송·대표소송에 해당한다.²⁰⁾

19) 成田頼明, “住民訴訟(納稅者訴訟)”, 『行政法講座』 제3권(有斐閣, 1973), 203면.

20) 大和勇美, 앞의 글(fn. 18), 46면.

3. 舊地方自治法上 住民訴訟

舊地方自治法上 住民訴訟 역시 출소자격이나 법익과의 측면에서는 민중소송·객관소송이며, 지방자치단체나 주민과의 관계에서는 대표소송·집단소송으로 인정된 것이다. 舊法 제153조와 제154조에서 규정되어 있는 주민 100명 이상의 所請과 出所의 制度는 民衆訴訟의 하나로서 그 대상이 되는 조례, 명령, 처분은 모두 그 지방자치단체 주민전체에 효력이 미치는 일반적이고 추상적인 법적 규범 또는 주민전체의 공통적 이해관계에 관련된 처분을 말하는 것이고 이것이 헌법 또는 법률에 위반되는 경우에는 그 지방자치단체의 주민은 공통이익과 권리를 보전하기 위하여 백명 이상의 주민이 주민전체의 대표로서 소청과 소송을 제기할 수 있도록 한 것이다. 따라서 지방자치단체의 장이 어떠한 개인과 어떠한 재산에 관하여 법률행위를 한 경우에는 어디까지나 그 개인 및 數人의 개인에 국한된 문제이고 지방자치단체 주민전체의 공통적 이해관계나 권리관계에 관련된 사항은 아니므로 소청과 주민소송은 허용되지 않는다.

Ⅲ. 住民訴訟의 理論的 根據

주민소송은 납세자 또는 주민 개인의 구체적 개별적 이해관계를 떠나 납세자 집단이나 주민 일반 또는 지방자치단체의 이익을 위하여 주민(납세자)과 지방자치단체를 대표하여 소송을 제기하는 것이다. 이와 같은 주민소송을 승인하는 이론적 근거에 관해서는 다양한 견해가 있으나 대표적인 것으로 ① 信託理論, ② 株主訴訟類似說, ③ 租稅負擔增加說 및 ④ 私的 法務長官說을 들 수 있다.²¹⁾

1. 信託理論說(public trust doctrine)

信託理論說은 납세자를 受益者(beneficiary), 지방자치단체의 공무원을 受託者(trustee), 지방자치단체의 재산을 信託財産(trust property)으로 보고 원고 납세자의 역할을 행정에 대한 신탁수익자로서의 감시라고 보는 견해이다.

21) 일본에서는 주민소송의 법적 성격의 문제로 논의되고 있다. 高橋正美, “住民訴訟”, 『山形法學』, 제12집(1986), 58~61면.

즉, 지방자치단체의 재산은 원래 신탁수익자인 납세자 집단에 귀속하는 것이며 공무원은 납세자 재산의 수탁자로서 형평법상 소유자인 납세자의 이익을 보호하고 그 이익을 도모할 의무를 부담하는 것이다. 따라서 신탁재산에 손해를 발생시키는 행위는 신탁계약에 위반하는 것으로 실질적인 이해관계가 있는 납세자는 이러한 행위를 금지하거나 구제를 청구할 수 있다는 것이다.²²⁾

연혁적으로 영국에서 1835년 지방자치단체의 재산을 공공신탁재산으로 취급할 것을 의무화한 지방자치법(Municipal Corporation's Act of 1835)이 제정된 이후 납세자소송이 일반적으로 인정되어 폭발적으로 증가한 것을 볼 때 이 이론의 역할은 큰 것이었다고 할 수 있다.²³⁾ 그리고 신탁이론설은 최근 환경법분야에서 유력한 학설이 되고 있으며 납세자소송의 다양화를 방지하는 논거로도 이용된다.²⁴⁾

그러나 이 이론은 법원이 공금지출이 수반되지 않는 경우에도 납세자의 원고적격을 인정할 사례를 설명할 수 없고 공무원의 공공신탁위반의 결정기준에 관한 지침을 제시하지 못하는 것 등이 문제점으로 지적되고 있다.²⁵⁾ 또한 공공신탁설은 일본 주민소송과 관련해서 볼 때 납세자소송과 달리 널리 주민 일반에게 원고적격이 주어지고 있다는 점에서 일본 주민소송의 인정근거로는 불충분한 것이라고 한다.²⁶⁾

2. 株主代表訴訟類似說(stockholder's suits doctrine)

상법상 주주대표소송은 회사 직원 또는 理事의 위법 내지 부정한 행위로부터 회사재산을 보호하기 위하여 회사 또는 이사를 상대방으로 하여 제기하는 소송인데(상법 제403조 이하 참고), 납세자의 지방자치단체에 대한 관계와 주주의 회사에 대한 관계의 유사성에 주목하여 지방자치단체를 회사, 소속 공무원을

22) J. L. Sax, "The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention", *Mich. L. Rev.* 68(1970), p.471.

23) Comment, *supra* note 9, p.898.

24) 三船美一, "アメリカ合衆國における納稅者訴訟", 『經濟研究』 제35권 제2호(大阪府立大, 1990), 151면.

25) Davis, "Judicial Control of Administrative Action", *Colum. L. Rev.* 66, pp.660~664.

26) 高橋正美, 앞의 글(fn. 21), 60면.

회사 직원 또는 이사, 납세자를 주주로 의제하여 株主代表訴訟의 法理에 기초하여 납세자소송을 승인하는 이론이다. 즉, 지방자치단체의 공금이 위법하게 지출되는 것은 본래 정당하게 지출되어야 할 공금의 감소를 가져 오는 것이며 이것은 이사의 위법행위에 의한 회사재산의 감소를 가져오는 것과 유사하다. 그리고 납세자의 위법지출의 금지청구는 주주에 의한 이사의 법령·정관위반행위의 금지를 청구하는 주주소송과 대비될 수 있는 것이기 때문에 납세자소송의 인정근거가 될 수 있다는 것이다.

이 이론에 의할 경우 주주로 의제되는 납세자가 소송을 제기할 자격을 갖는 것이기 때문에 최소한 납세자일 것은 필요하지만 위법 내지 불법행위가 금전적 손해를 야기할 필요는 없다. 따라서 非財務行爲도 납세자소송의 대상으로 할 수 있어 지방자치단체의 불법행위를 광범위하게 소송대상으로 할 수 있는 장점이 있다.

이 이론은 납세자소송에 대한 편리한 논의를 제공하지만 다음과 같은 점이 비판되고 있다. ① 자유의사에 따라 주식을 소유한 株主의 이익과 지방자치단체의 구역 안에 거주함으로써 필연적으로 가지게 되는 납세자의 이익을 혼동하고 ② 株主의 경제적 이익만을 추구하는 회사의 기능과 납세자의 생활에 많은 영향을 미치고 따라서 다양한 종류의 소송이 제기될 수 있는 지방자치단체의 기능을 동일시하며, ③ 세금은 자발적으로 납부하는 것이 아니라 지방자치단체의 재정고권에 따라 강제징수되는 것이라는 것 등이다.²⁷⁾ 또한 ④ 株主代表訴訟類似說은 主權을 보유하는 州를 피고로 하는 州納稅者訴訟에는 적용할 수 없는 한계가 있으며 법원은 납세자가 언제 소송을 제기할 수 있는 권리를 갖는가를 결정함에 있어 지침이 되는 회사법상 법리검토를 하지 않는 경향이며 따라서 현재는 고전적인 학설에 지나지 않는다고 한다.²⁸⁾

3. 租稅負擔增加說(tax burden doctrine)

株主代表訴訟類似說이 州納稅者訴訟에는 적용할 수 없는 한계가 있기 때문에

27) Mains, "California Taxpayers' Suits: Suing State Officers under Section 526a of the Code of Civil Procedure", *Hasting L. J.* 28(1976), pp.482~483.

28) Comments, "Taxpayers' suits: Standing Barriers And Pecuniary Restraints", *Temp. L. Q.* 59(1986), pp.951~954.

주 차원으로 납세자소송을 확장하기 위한 논거를 제시된 학설이 租稅負擔增加說이다. 이 학설에 의하면 위법한 공금지출이 있게 되면 그 만큼 장래 조세부담이 증가하여 납세자는 부담하지 않아도 될 조세를 납부하게 되는 바, 장래 조세부담의 증가를 회피 내지 방지할 목적으로 납세자소송이 인정된다는 것이다.

이 이론에 의할 경우 납세자소송의 대상은 공금지출을 수반하는 행위에 한정되고 非財務行爲에 대해서는 납세자소송을 제기할 수 없게 된다. 따라서 조세부담증가설은 납세자에게 직접적인 손해를 야기하지 않는 소비세만을 납부한 자에게 원고적격을 인정할 사례를 설명할 수 없는 점,²⁹⁾ 조세부담의 증가를 초래하지 않고 법정된 목적 이외의 목적(목적세의 경우)에 지출한 것을 이유로 일반납세자에게 금지청구를 인정할 사례를 설명할 수 없는 점,³⁰⁾ 위법한 공금지출의 결과 납세자가 받는 손해가 아주 적어 *de minimis non curat lex*(법관은 사소한 것은 취급하지 않는다)의 원칙과 합치하지 않는다는 점에서 비판되고 있다. 초기의 판례 중에는 이 이론에 근거하여 州를 대위한 납세자소송을 인정할 사례도 있지만 앞의 株主代表訴訟類似說과 마찬가지로 현재는 이론적 근거로는 불충분한 것으로 일반적인 지지를 받지 못하고 있다고 한다.³¹⁾

4. 私的 法務長官說(private attorney general doctrine)

株主代表訴訟類似說이나 租稅負擔增加說은 납세자소송의 주된 목적을 납세자의 개인적 이익의 보호에 두고 납세자가 개인적으로 특별한 손해를 받았음을 요건으로 하는 전통적인 원고적격론에 입각하고 있다. 그러나 이들 이론이 납세자소송에 의하여 지금까지 구제된 사례들을 충분히 설명하지 못하여 납세자소송의 이론적 근거로서 일반적인 지지를 받지 못한 것은 개인의 이익과 동시에 중요한 이익인 公益에 대한 고려를 결하였기 때문이라고 비판하는 견해가 등장하였다.³²⁾

29) *Putman v. Murden*, 97 Ind. App. 313, 184 N.E. 796; *Regan v. Bablock*, 188 Minn. 192, 247 N.W. 12.

30) *Lee County v. Robertson*, 66 Ark. 82, 48 S.W. 901; *Allen v. Board of Commissioner*, 131 Okla. 41, 267 Pac. 860.

31) 成田賴明, 앞의 글(fn. 19), 204면.

32) Comment, *supra* note 9, p.904.

즉, 私的 法務長官說은 주 또는 지방자치단체의 기관이나 공무원이 직무상 법적 규제를 위반하는 행위를 함으로써 발생하는 공익침해를 시민·주민·선거민 등의 공적 권리의 침해로 구성하여 이들로 하여금 私的 法務長官(private attorney general)의 역할을 수행하도록 하는 것이다.³³⁾ 사적 법무장관설에 의할 경우 납세자소송에 있어 원고는 자기의 개인적 이익이 아니라 정부의 이익을 주장하여 소송을 제기하는 것이며 납세자소송을 제기한 원고는 법의 적정한 집행을 요구하는 司法長官의 기능을 수행하는 것으로 私的 法務長官의 지위에 있게 된다.

私的 法務長官說은 公益訴訟(public interest litigation)에서 일반인에게 원고적격을 인정하기 위한 이론으로 주장된 것이다. 私인이 위법한 행정을 방지·시정하기 위하여 공익의 대표자로서 소송을 제기할 수 있다는 私的 法務長官說의 기본관념은 비록 制定法の 授權을 전제한 것이지만, Associated Industrie v. Ickes事件에서 Frank判事의 의견 가운데 잘 나타나 있다. Frank判事は 『의회는 사법장관 기타의 자를 지명하는 대신에 공무원이 아닌 자 또는 공무원이 아닌 자의 집단에게 공무원의 위법한 행위를 방지하기 위한 소송을 제기할 수 있는 권한을 부여하는 법률을 제정할 수 있다. 유일한 목적이 공익 보호에 있다 하더라도 의회가 어떤 자에게 소송을 제기할 수 있는 권한을 부여하는 것을 방해하는 헌법상 제한은 존재하지 않기 때문이다. 이와 같은 권한을 부여받은 자는 소위 사적 법무장관이 된다』라고 하고 있다.³⁴⁾

또한 Douglas判事は 1968년 Flast v. Cohen事件에서 사적 법무장관설을 지지하여 『납세자는 항상 주의깊은 사적 법무장관이 될 수 있다. 소송 결과에 있어 그 이해관계는 재정상으로는 아주 사소한 것일 수 있지만 헌법의 특별한 요구(mandate)에 비추어 평가할 때에는 매우 중요한 것일 수 있다』고 하고 그 특별한 헌법상의 요구로서 수정 헌법 제1조, 제4조, 제14조 및 헌법 전체 내지 권리장전상 모든 보장조항을 들고 있다.³⁵⁾

33) 일본에서는 이 이론을 出訴資格擴張說 또는 公共訴訟說이라고 한다(成田頼明, 앞의 글(fn. 19), 204면; 三船美一, 앞의 글(fn. 24), 150면).

34) Associated Industrie v. Ickes, 134 F. 2d 694, 704(2d Cir. 1943).

35) Flast v. Cohen, 392 U.S. 109, 114~115(1968). 이 판결에서 다수의견은 사적 법무장관이론의 채용을 거부하고 전통적인 원고적격론에 입각하여 “원고적격이 인정되는가의 여부는 납세자로서 헌법 제3조의 요건을 충족하는 필요한 이해관계를 제시하는가에 달려 있

한편 사적 법무장관설은 납세자소송에서 승소한 원고에게 변호사비용의 상환을 인정하기 위한 辯護士費用 各自負擔이라는 미국법상 원칙에 대한 예외조치의 하나로 주장되는 私的 法務長官의 法理에 의한 例外措置』(private attorney general exception)의 근거가 되고 있다. 연방대법원은 Alyeska Pipeline Service Co. v. Wilderness Society, 241 U. S. 240(1975)에서 의회권한의 침해를 이유로 사적 법무장관의 법리에 의한 예외조치의 채용을 명확히 거부하였다. 그러나 California州 대법원과 같이 연방대법원의 판결에 따르지 않고 독자적으로 사적 법무장관의 법리에 의한 예외조치를 인정하는 주도 있다.³⁶⁾

私的 法務長官說에 대해서는 전통적인 원고적격의 개념을 파괴하여 주관소송과 객관소송을 상대화하고 납세자소송을 시민소송화함으로써 납소의 폐해를 초래할 우려가 있다는 비판이 있다.³⁷⁾

IV. 住民訴訟의 制度的 機能

1. 序 說

일본 주민소송은 원래 지방자치단체의 위법한 행정일반을 방지·시정하기 위한 제도가 아니라 지방자치단체의 재정상 부패행위를 시정하고 재무회계의 적정한 운영을 확보한다고 하는 제한된 목적에서 입법화된 것이다.³⁸⁾ 그러나 최근에는 주민소송 본래의 취지에 더하여 새로운 기능이 기대되고 현재 기능하고

다"고 하여 납세자가 개인적 권리·이익의 침해를 주장하는 경우에 원고적격이 인정된다고 하였다.

36) Serran v. Priest, 20 Cal. 3d 25, 569 P. 2d 1303, 141 Cal. Rptr. 315(1977).

37) Comment, *supra* note 9, p.910.

38) 最判 1953.2.12, 民集 제17권 제2호, 318면. 1948년 일본이 지방자치법을 개정하여 미국납세자소송을 도입한 입법취지는 지방자치단체 소속 공무원의 직무상 지위의 남용에 의한 공금 또는 재산·영조물의 위법·부당한 처리에 대하여 주민에게 감사청구권 및 訴權을 인정하여 위법·부당한 재무회계행위의 예방·교정을 도모함으로써 주민 전체 및 지방자치단체의 공공의 이익을 보호함에 있었다고 한다(成田頼明, "住民訴訟: 制度の回顧と展望", 『ジュリスト』 제941호(1989.9.15), 17면; 鬼頭宏一, "住民訴訟の構造と機能", 『都市問題』 제78권 10호(東京市政研究會, 1989. 10), 65면). 일본에는 지방자치단체의 행정일반의 비위 적발을 목적으로 직접청구의 한 유형인 事務監査請求制度가 별도로 제도화되어 있다(일본 지방자치법 제12조 이하 참고).

있다. 즉, 공금지출의 위법을 추궁하는 것을 통하여 그 원인행위의 위헌·위법을 규명하는 형식으로 비재무사항에까지 소송대상을 확대하여 주민소송이 단순히 위법한 재무회계의 예방교정만이 아니라 지방자치단체의 행정운영 전반에 대한 주민에 의한 감시·사법적 공정성확보라는 기능을 수행하고 있는 것이다.³⁹⁾

한편 납세자소송은 지방자치단체 공무원이 재정운영에 있어 위법한 공금지출, 공금의 낭비, 위법한 채무부담, 위법한 공공재산의 처분 등으로 인한 납세자의 장래의 세부담증가를 예방한다고 하는 납세자의 금전적 보호(세부담증가의 회피)를 위한 주관소송으로 도입되어 발전한 것이다. 그러나 구체적인 현실 운영에서는 납세자의 경제적 손해의 구제라는 주관적 요소는 매우 희박하고 사실상 납세자 일반의 이익보호와 행정의 부패방지를 위한 공익소송으로 기능하고 있음은 앞에서 본 것과 같다.

이런 점을 볼 때 미국의 납세자소송이나 일본의 주민소송은 당초 제도 취지의 차이에도 불구하고 공통적으로 성실하고 효율적인 정부(good government)를 유지하기 위한 시민소송으로 기능하고 있다고 할 수 있다. 구체적으로 미국의 납세자소송과 일본의 주민소송은 ① 주민의 직접참여수단, ② 지방공공의 이익보호, ③ 위법한 재무회계행정의 사법통제의 기능을 수행한다. ①과 ②의 기능은 궁극적으로 ③의 재무회계행정의 위법성을 소송으로 다투는 것을 통하여 이루어지는 것이므로 ③의 기능은 주민소송 전체의 이론적 귀결을 좌우하는 성격을 갖는다. 그리고 주민소송의 새로운 현대적 기능으로 ④ 행정일반의 위법통제기능이 추가되고 있다.

2. 住民의 直接參與手段

일본의 주민소송제도는 주민자치의 이념에 입각한 직접청구, 주민투표 등과 함께 지방자치단체의 행정에 대한 직접참여수단으로 기능한다.⁴⁰⁾ 일본 최고재판소는 주민소송을 보통지방자치단체의 주민의 손에 의하여 지방자치운영의 부

39) 地方財政協會, 『住民監査請求・住民訴訟制度に関する調査研究』(1989), 8면; 山下健次・小林武, 『自治體憲法』(學陽書房, 1991), 159면.

40) 金英勳, 앞의 글(fn. 6), 159면; 山下健次・小林武, 앞의 책(fn. 39), 148면; 佐藤英善, “住民訴訟の裁判例に見る問題點”, 『ジュリスト』, 제941호(1989.9.15), 35면; 園部逸夫, “住民訴訟”, 阿部照哉 外編, 앞의 책(fn. 5), 210면.

패를 방지 교정하고 그 공정을 확보하기 위하여 인정된 주민참정조치의 하나로 서⁴¹⁾ 소정의 재무회계상 위법한 행위 또는 태만한 사실이 궁극적으로 당해 지방자치단체의 구성원인 주민 전체의 이익을 해하는 것이기 때문에 이를 방지하기 위하여 地方自治의 本旨(일본 헌법 제91조)에 기초한 주민참정수단의 하나로 주민에게 그 예방 또는 시정을 법원에 청구할 수 있는 권능을 부여하여 지방자치재정의 적정한 운영을 확보함을 목적으로 한다⁴²⁾고 판시하고 있다.

미국의 납세자소송 역시 19세기 후반 행정의 부패와 행정에 대한 불신의 산물로서 주민의 직접참정의 한 수단으로⁴³⁾ 재무행정을 중심으로한 공무원의 부정부패의 방지를 목적으로 initiative, referendum 및 recall와 같은 시기에 지방자치단체에서부터 도입되어 주 차원으로 발전한 것이다.⁴⁴⁾ 그리고 납세자소송은 형식적으로 원고적격을 일본의 주민소송과 달리 납세자에게 한정하고 있으나 납세자의 원고적격은 엄격하게 적용되지 않고 원고적격의 자유화에 따라 점차 시민소송과 同義的인 것으로 일반화되어 사실상 市民訴訟의 형태를 취하고 있다.⁴⁵⁾

이와 같이 일본의 주민소송이나 미국의 납세자소송은 능동적인 지위에서 지방자치단체의 의사결정에 직접 참여하는 것은 아니지만 주민 내지 납세자의 지위에서 訴權을 행사하여 재판권의 발동을 촉구함으로써 위법한 재무회계행정의 관리 운영을 방지·시정하여 지방자치단체의 행정운영을 공익과 주민의 이익에 합치하도록 하는 司法的 方法에 의하여 지방자치단체의 행정 운영에 참여하는 수단으로서의 기능한다.⁴⁶⁾

41) 最判 1953.2.12, 『民集』, 제17권 2호, 318면.

42) 最判 1978.3.30, 『民集』, 제32권 제2호, 485면.

43) 竹宮崇, “住民訴訟に關する一時論”, 『公法學の開拓線(手島孝先生還曆記念論文集)』(法律文化社, 1993), 219면.

44) Comment, *supra* note 9, p.900.

45) *Ibid.*, p.906.

46) 주민소송제도가 주민의 능동적인 주민참여제도인 것은 분명하지만 개념적으로 직접민주주의제도로 이해하는 것은 타당하지 않다는 견해도 있다. 공직선거법상 선거소송은 주민소송과 함께 민중소송에 해당하지만 일반적으로 이를 직접민주주의제도로 이해하지 않는 점, 직접청구는 직접민주주의제도이기 때문에 청구권이 “日本國民인 住民”으로서 선거권이 있는 자에 한하여 인정되는 것에 대하여 주민소송은 주민인 때에는 선거권의 유무와 관계없이 외국인이나 법인도 제기할 수 있는 것으로 적어도 “주권의 행사에 대한 민중의 직접참가”라는 의미에서의 직접민주주의와는 성격을 달리하고 또한 주민소송은 個別非行行爲를 시정하는

3. 地方公共의 利益保護

일본 최고재판소가 주민소송제도는 지방자치단체의 재무행정상 부패행위를 시정하는 제도로서 지방자치단체의 구성원인 주민 전체의 이익을 보호하고 지방자치재정의 적정한 운영을 확보하여 공공의 이익을 보호하기 위하여 특별히 법에 의하여 인정된 제도라고 판시⁴⁷⁾하고 있는 것과 같이 일본의 주민소송은 민중소송으로서 객관소송에 속한다. 따라서 일본 주민소송의 일차적 목적은 지방자치단체의 재무회계행정의 적법성을 보장하여 공익을 보호함에 있다. 원고인 주민이 주민소송의 결과에 대해서 갖는 개인적 이익은 중요한 의미를 갖지 않으며 원고는 공익의 대표자의 지위에 있게 된다.

미국의 납세자소송은 연혁적으로 지방자치단체의 부정한 재무회계운영에 의한 세금의 낭비와 세부담의 증가를 방지하기 위해서 납세자에게 소권을 인정하여 납세자의 이익을 보호하는 것을 목적으로 하였다. 그리고 납세자소송은 일반 납세자와는 달리 특별한 권리 이익의 침해로 받은 자에 한해서 원고적격이 인정되었다.⁴⁸⁾

그러나 오늘날 미국의 납세자소송은 지방자치단체의 공정한 직무집행을 감독하는 공익소송으로 발전하였으며 원고적격이 일반화되어 사실상 市民訴訟의 형태를 취하고 있다. 예를 들어 New York州 財政法은 납세자소송의 목적을 모든 시민이나 납세자는 州의 기금이나 재산의 위법한 지출에 의하여 特別한 侵害가 있는지의 여부와 관계없이 州의 기금이나 재산의 적정한 처분에 대하여 正當한 이익을 가지고 있으며 州 공무원이나 고용인의 불법 또는 위헌적인 행위에 의하여 당해 이익이 침해받거나 침해받을 우려가 있는 때에는 납세자소송을 제기할 수 있음을 규정하고 있다.⁴⁹⁾ 또한 납세자소송을 규정하고 있는 California州

것으로 지방자치단체의 운영전반에 대한 직접적인 감사청구와는 질적으로 다르다고 한다. 이러한 점에서 주민소송제도를 직접민주주의제도로 이해하는 것은 적절하지 않다고 한다(塩野宏, 『行政法Ⅲ』(有斐閣, 1995), 162~163면).

47) 最判 1978.3.30, 『民集』, 제32권 제2호, 485면; 最判 1953.2.12, 『民集』, 제17권 2호, 318면.

48) 이와 같이 납세자소송은 납세자의 개인적 이익의 침해에 대한 구제수단으로 주관소송이며, 한국이나 일본의 민중소송·객관소송과는 법적 성질이 다른 것으로 이해되고 있다(金英勳, 앞의 글(fn. 6), 159면; 成田頼明, 앞의 글(fn. 38), 17면; 遠藤文夫, 앞의 책(fn. 17), 7면).

49) N.Y. State Fin. Law §123.

民事訴訟法典 제526a조의 목적은 제한적인 연방의 이론과는 근본적으로 달리 시민단체에게 다른 방법으로는 원고적격의 요건 때문에 재판으로 다룰 수 없는 州나 지방자치단체의 위법한 제정지출 등과 같은 정부의 행위를 소송으로 다룰 수 있도록 함에 있으며 원고가 공무원의 위법한 행위에 의하여 손해를 받았음을 주장·입증할 필요도 없다고 한다.⁵⁰⁾ 다시 말하면 납세자소송은 일반 시민인 납세자에게 공금의 위법지출 등과 같은 州나 지방자치단체의 위법한 활동을 통제하기 위한 사법적 수단인 것이다.

이런 점에서 볼 때 미국의 납세자소송은 주관소송의 한계를 벗어나 민중소송화·객관소송화하고 있다. 납세자의 조세부담의 증가를 납세자의 권리와 관련시키는 것은 하나의 擬制에 지나지 않으며 납세자소송은 손해를 받았는지의 여부와 관계없이 공익의 잠재적 대표선수(potential champion)인 주민 또는 납세자에게 소송수행권을 인정하여 사적 범무장관으로서 납세자가 지방자치단체의 위법적인 활동을 통제하는 수단으로 기능하고 있는 것으로 볼 수 있다.⁵¹⁾

4. 違法한 財務會計行政의 司法統制

지방자치단체의 재정에는 국고보조금나 지방교부금 등도 있으나 지방자치단체가 재정고권에 따라 주민에게 부과징수한 지방세가 기본이다(지방자치법 제126조). 따라서 지방자치단체의 주민은 지방자치단체의 재정에 대하여 최종적으로 책임을 져야 하는 주권자로서 또한 그가 납부한 세금이 가장 유효하고 적정하게 사용되기를 희망하는 납세자로서 재무행정에 대하여 깊은 관심을 갖게 되는 것이다.⁵²⁾

현재 지방자치단체의 재정을 공정하게 관리·운용하기 위하여 다양한 제도들이 마련되어 있으며 이들 제도들이 본래의 취지에 맞게 기능한다면 재무회계상의 위법행위나 부정행위는 방지할 수 있을 것이다. 그러나 이들 제도는 충분히

50) Collins & Myers, *supra* note 10, pp.335~336. Torres v. City of Yorba Linda, 17 Cal. Rptr. 2d. 400, 407(1993); City of Santa Monica v. County of Lis Angeles, 6 Cal. Rptr. 2d. 237, 241(1992).

51) Note, "Development in the Law: Class Action", *Harv. L. Rev.* 88(1975), p.173.

52) 프랑스 인권선언은 이를 납세자의 使用用度追求權이라는 권리로 고양하여 납세의무와 함께 납부한 세금의 사용용도를 감시하는 권리를 결부시키고 있다(石島弘, "アメリカの納稅者訴訟", 『日本の税金』(ジュリスト増刊綜合特集 제33권, 1984). 266면).

성공적이지 못할 뿐만 아니라 그 자체의 사실적·법적 한계로 인하여 주민소송의 유용성을 상쇄할 수 있을 정도로 기능하지 못하다.⁵³⁾

주민소송의 필요성은 만약 주민소송이 인정되지 않으면 회복이 불가능할 수 있는 지방자치단체의 위법행위를 교정하는 다른 통제수단이 존재하지 않는다는 것에 있다.⁵⁴⁾ 이러한 의미에서 주민소송은 特別訴訟節次(extraordinary procedural) 또는 다른 통제수단의 補充物(supplement)⁵⁵⁾이라고 할 수 있으며 다른 통제수단이 유효하게 기능하는 경우 상대적으로 주민소송의 제기가능성도 축소되게 될 것이다. 따라서 주민소송은 주민 내지 납세자의 지위에서 소권을 행사하여 재판권의 발동을 촉구하는 지방자치영역에서 직접민주주의를 실현하는 司法的 還流裝置(judicial feedback mechanism)로서⁵⁶⁾ 위법한 재무회계행정의 관리 운영을 방지하고 시정하여 법률에 의한 행정의 실현을 담보하는 가장 강력하고 효과적인 주민 내지 납세자의 租稅使用 監視制度라고 할 수 있다.⁵⁷⁾

5. 行政一般의 違法統制 : 住民訴訟機能의 擴張

연혁적으로 납세자소송의 목적은 위법한 재정지출 등에 의한 공금의 낭비를 방지하여 납세자의 장래의 세부담증가를 회피하는 것에 있었기 때문에 소송대상은 재정에 손해를 미치는 행위, 납세자의 세부담증가와 관련된 행위이었다. 그러나 공익소송의 발전과 더불어 납세자소송은 시민소송으로 발전하여 소송대상이 시민적 자유를 목적으로 하는 행정일반의 非財務的 事項(non-fiscal matter)에까지 확대되었다.⁵⁸⁾ 또한 납세자소송은 일본의 주민소송과 달리 단순한 위법

53) Comment, *supra* note 28, p.951. 다른 재정통제수단들의 법적 한계에 대해서는 水鳥能伸, “アメリカにおける納稅者訴訟制度(3)”, 『廣島法學』, 제17권 3호(1993), 236~238면.

54) Comment, *supra* note 9, p.910. 미국 납세자소송은 普通法上的 구제가 미치지 않거나 구제가 곤란한 손해를 衡平法 또는 制定法이 현실적이고 효과적으로 그리고 신속하게 구제하는 수단으로 인정된 특별구제방법으로 사전적, 예방적으로 행정의 부정부패를 방지하는 제도라고 한다.

55) Mains, *supra* note 27, p.482.

56) 洪準亨, “地方自治紛爭의 司法的 解決: 그 問題點과 改善方案”, 『公法學의 現代的 地坪』 (桂禧悅教授華甲記念論文集, 1995), 841면.

57) 주민소송은 간접적으로 재무회계행정을 담당하는 기관 또는 공무원에 대하여 위법행위를 하지 않도록 권고하는 효과가 있다(成田賴明, 앞의 글(fn. 19), 205면).

58) Comment, *supra* note 9, pp.908~909.

내지 불법적인 행위뿐만 아니라 불성실(dishonest)한 행위에 해당하는 경우와 사기(fraud), 瀆職(corruption) 및 사기에 이르는 불성실(badfaith)에 대해서도 제기할 수 있다. 이와 같은 납세자소송의 소송대상의 광범위성은 납세자소송의 유용성을 제고하는 것이라고 한다.⁵⁹⁾

한편 최근 일본의 주민소송도 지방자치단체의 재정상 부패행위를 시정하고 재무회계행정의 적정화를 확보한다는 본래의 제한된 입법취지에 더하여 새로운 기능이 기대되고 현실적으로 기능하고 있다. 財務會計上 行爲와 非財務會計上 行爲의 구별이 반드시 명확하지 않을 뿐만 아니라 직접적으로는 재무회계상 행위를 소송대상으로 하면서 당해 행위의 전제가 되고 있는 비재무회계상 선행행위의 위법성을 주장하는 예가 적지 않다.⁶⁰⁾ 나아가 지방자치단체의 행정작용은 통상 어떠한 형식으로든 재무회계상 행위를 수반하는 경우가 많기 때문에 비재무회계상 행위의 위법성을 추궁하는 수단으로 주민소송제도가 널리 이용되고 있는 것이다. 일본의 최고재판소도 주민소송의 “非財務的 事項의 間接統制”, “住民訴訟의 擴大”와 같은 주민소송의 역할변화 내지 현대적 기능을 승인하고 있다.⁶¹⁾ 그 결과 주민소송이 위법한 재무회계행정의 예방 교정만이 아니라 지방자치단체 행정 일반의 위법성을 추궁하는 수단으로 널리 이용되어 그 역할이 크게 변화하고 있다.⁶²⁾

이런 점을 볼 때 미국의 납세자소송이나 일본의 주민소송은 당초의 제도적 취지의 차이에도 불구하고 공통적으로 성실하고 효율적인 정부(good government)를 유지하기 위한 사법제도로 역할을 있다고 할 수 있다.

59) 水鳥能伸, 앞의 글(fn. 53), 231면.

60) 1983~1987년까지 5년 동안 292건의 주민소송 가운데 재무회계상 위법에 관한 쟁점이 478건이고 선행행위의 위법을 주장한 것이 171건이다(복수쟁점)(地方財政協會, 앞의 보고서(fn. 39), 125면; 遠藤文夫, “住民訴訟の役割”, 『ジュリスト』, 제941호(1989.9.15), 25면).

61) 最判 1977.7.13, 『民集』, 제31권 4호, 533면; 最判 1982.7.13, 『判例時報』, 제1054호, 53면; 最判 1985.9.13, 『判例時報』, 제1171호, 62면.

62) 일본 주민소송의 현대적 기능에 대하여 학설은 재무회계행위와 비재무회계행위의 구별의 의의에 대해서 의문을 제기하고 비재무회계상 선행행위의 위법성의 후행행위인 재무회계행위로의 승계의 문제로 다루거나(金子芳雄, 『住民訴訟の諸問題』(慶應義塾大學法學研究會, 1985), 59면; 木佐茂南, “住民訴訟の對象”, 『民商法雜誌』, 제82권 6호(1980. 9), 795면; 佐藤英善, 『住民訴訟』(學陽書房, 1986), 98면), “不正是正型訴訟”과 “行政責任追及型訴訟”으로 논하고 있다(磯野彌生, “住民訴訟における判例の役割と問題點”, 『公法研究』, 제48호(1986), 197면).

제 3 장 美國과 日本의 住民訴訟制度

I. 概說

(1) 미국의 납세자소송은 지방자치단체의 공금과 재산의 관리작용을 일종의 신탁 관계로 파악한 영국의 지방자치법(Municipal Corporation's Act of 1935)에서 기원한 것이다. 납세자소송은 원래 제정법이 아니라 판례가 행정소송의 원고적격을 확대하여 인정된 것이나 현재는 많은 주에서 성문법으로 납세자소송을 규정하고 있다.¹⁾

미국의 납세자소송은 지방자치단체에서 주로, 주에서 연방으로 단계적인 발전을 하였다. 현재는 모든 州에서 지방자치단체 차원의 납세자소송을 인정하고 있고, New Mexico州를 제외한 모든 州에서 州 차원의 納稅者訴訟을 인정하고 있다.²⁾ 또한 연방차원에서도 *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83(1968)判決 이후 매우 한정된 범위이지만 연방수정헌법 제1조의 國教樹立禁止條項을 위반한 조세지출에 대한 납세자소송을 인정하고 있다. 그리고 납세자소송은 재무사항에 그치지 않고 비재무적인 행위까지도 소송의 대상으로 함으로써 사실상 행정일반의 위법성을 통제하는 시민소송으로 기능하고 있다.³⁾

(2) 일본의 주민소송제도는 지방자치법이 제정될 당시(1947년)에는 규정되지 않았던 제도이며 1948년 지방자치법 제2차 개정때 聯合司令部(GHQ)의 지시에 따라 미국의 납세자소송을 모델로 하여 도입한 것이다(同法 제242조의2). 입법취지는 지방자치단체 공무원에 의한 위법·부당한 재무회계행위를 예방·교정하고 주민전체의 이익을 보호하기 위하여 널리 주민에게 監査請求權 및 訴權을 부여하는 것에 있었다고 한다.⁴⁾ 일본 최고재판소도 주민소송은 지방자치

1) 즉 납세자소송은 普通法(common law)이 공무원의 위법행위에 대한 訴權의 부여를 특별한 손해를 받은 자에게 한정하는 것을 衡平法(equity)과 制定法이 확대하여 일반납세자에게 訴權을 부여하는 형식으로 형성된 것이다.

2) Bernard Schwartz, *Administrative Law*(3ed., 1991), p.502.

3) L. Jaffe, "Standing to Secure Judicial Review: Public Action", *Harv. L. Rev.* 74(1961), p.1293.

4) 鬼頭宏一, "住民訴訟の構造と機能", 『都市問題』 제78권 10호(1989. 10), 65면; 成田頼

운영의 부패를 방지 교정하고 그 공정을 확보하기 위하여 인정된 주민참정조치의 일환이라고 판시하고 있다.⁵⁾

납세자소송이 주민 일반이 아니라 납세자에게 원고적격을 인정하는 것에 대하여 일본의 주민소송은 지방자치단체의 주민이면 납세자의 여부를 떠나 원고적격이 인정되기 때문에 보다 정확하게 실체를 반영하기 위하여 1963년 지방자치법을 개정하여 종래 관례적으로 사용되던 납세자소송 대신에 “住民訴訟”을 법률상의 명칭으로 규정하였다.

최근 일본의 주민소송은 지방자치에 대한 관심이 고양되고 納稅者訴訟의 市民訴訟化의 영향을 받아 재무회계행정뿐만 아니라 행정일반의 위법성통제수단으로 역할이 변화하고 있으며 항고소송을 대체 또는 보완하는 기능을 하고 있다.⁶⁾ 오늘날 일본에서는 지방화시대와 함께 주민소송이 급격히 증가하여 전후 초기의 農地訴訟에서 稅務訴訟의 시대를 거쳐 현재는 주민소송의 황금시대를 맞이하고 있다.⁷⁾

明, “住民訴訟: 制度の回顧と展望”, 『ジュリスト』 제941호(1989.9.15), 17면.

5) 最判 1963.3.12., 『民集』, 제17권 2호, 320면. 일본에서 특히 다른 직접청구제도와는 달리 주민소송과 같은 사법통제장치를 강구한 것은 ① 자치행정의 독립성을 유지하려는 고려, ② 자치행정의 공정성을 사법부의 공평한 판단에 의해서 확보하려는 고려, ③ 위법행위에 대한 구체적인 조치의 실효성과 강제력을 법원의 판단에 의하여 담보하려는 고려 등에 연유한 것이라고 한다(李京玉, “日本 住民訴訟에 관한 研究”(全北大 博士學位論文, 1998), 9~10면).

6) 地方財政協會, 『住民監査請求・住民訴訟制度に関する調査研究』(1989.3), 8면; 園部逸夫, “行政救済の法的構造”, 『公法研究』 제15집(韓國公法學會, 1987), 112면.

7) 園部逸夫, 위의 글, 114면; 成田頼明, 앞의 글(fn. 4), 16면.

II. 美國의 納稅者訴訟

1. 納稅者訴訟의 展開

(1) 英國 納稅者訴訟의 繼受

가. 納稅者訴訟의 萌芽

미국 납세자소송은 영국법을 계수한 것이다. 초기 판례 가운데는 영국의 판례를 인용한 것도 있으나 이후 영국법과는 다른 독자적인 발전을 하였다.

영국에서 최초로 납세자소송이 인정된 것은 1826년 Bromley v. Smith, 1 Sim. 8, 57 Eng. Rep. 482(Ch. 1826)判決이다. 이 판결은 법무장관(the Attorney General)의⁸⁾ 소송제기에 의하지 않고 시민의 입장에서 지방세납세자(rate taxpayer)가 직접 출납공무원(treasurer)의 위법한 공금지출을 금지하고 이미 지출된 공금의 환급을 인정한 유일한 판결이다.⁹⁾

이후 영국에서 납세자소송이 일반적으로 인정되게 된 것은 1835년 지방자치법(Municipal Corporation's Act of 1835)이 제정되면서이다. 이 법이 지방자치단체의 공금을 공공신탁재산(public trusts)으로 규정하고 공무원에게 법이 정하는 방법과 목적에 따라 공정하게 취급할 것을 의무화하였기 때문이다. 그 결과 납세자는 공무원의 위법한 공금처리를 신탁위반이라고 주장하여 衡平法院에 구제를 청구하는 것이 용이하게 되었다.

나. 告發者訴訟(relator action): 納稅者訴訟의 變質

영국에서 맹아를 보인 납세자소송은 그 본래의 모습으로 전개되지 않았다. 납세자 또는 시민에 의한 형평법상 청구에 관한 영국의 역사는 『희박하고 더구

8) 영국에서는 공공신탁의 보호자인 국왕을 대표하는 司法長官이 직권 또는 납세자의 고발에 따라 지방자치단체의 위법한 공금지출 등에 대하여 신탁위반을 이유로 법원에 출소하여 금지명령이나 선언적 판결을 구하는 제도가 일찍부터 확립되어 있었다. 사법장관이 활동한 전통적 영역은 공적 불법방해(public nuisance)의 제거영역과 공공신탁의 보호영역이었으나 19세기후반부터는 공금의 위법한 지출 등 신탁위반에 그치지 않고 지방자치단체의 權限踰越行爲 일반에 대한 사법장관의 출소자격이 판례를 통하여 형성되고 또한 그 출소자격은 제정법의 근거유무와 관계없이 승인되게 되었다(William Wade, Christopher Forsyth, *Administrative Law*(Clarendon, 1994), p.602~603).

9) L. Jaffe, *supra* note 3, p.1273.

나 불명확』¹⁰⁾하다고 하는 것과 같이 납세자의 고발에 따라 사법장관이 출소하는 간접적인 제도로 흡수되어 이후는 법무장관의 허가가 없는 한 납세자소송은 인정되지 않게 된 것이다. 개인으로는 원고적격이 인정되지 않는 경우에 개인의 고발에 따라 사법장관이 자신의 이름으로 출소하고 소송의 당사자 역시 사법장관이지만 현실적으로 고발자인 개인이 소송을 수행하는 소송을 告發者訴訟 (relator action)이라고 한다.¹¹⁾

고발자소송으로서의 출소는 사법장관의 완전한 재량사항이며 고발자로서 소송을 수행하고자 하는 자는 사법장관의 허가를 얻어야 한다. 사법장관이 고발을 수리하지 않거나 또는 소를 취하하더라도 고발자는 사법장관의 결정에 대하여 이의를 제기할 수 없다. 고발자소송에 있어 소송당사자는 어디까지나 고발자가 아니라 법무장관이기 때문이다. 사법장관의 결정에 대한 통제를 할 수 있는 것은 오직 의회뿐이다.¹²⁾

이와 같이 영국의 납세자소송이 고발자소송으로 변질되어 납세자나 시민에 의한 사법통제가 미국과 같이 활발하게 인정되지 않게 된 것은 행정통제에 관한 제도발전의 차이에 기인한다.¹³⁾ 영국에서 1830년대의 제도개혁에 의하여 회계감사(audit of account), 공공행정에 대한 심사(inspection of services), 借入許可(authorization of borrowing), 공무원·보조금 등의 통제를 비롯한 현재 중앙정부의 지방자치단체에 대한 포괄적인 행정통제제도의 전형이 되고 있는 제도가 확립되고, 지방기관의 행위나 결정에 의하여 손해를 받은 자로 하여금 중앙정부에 대하여 불복신청(right of complaint), 이의(objection), 소송(appeal)을 제기할 수 있도록 하는 중앙정부에 의한 감독수단이 확립되어 감에 따라 납세자소송은 더 이상 크게 발전하지 못하고 쇠퇴하게 된 것이다.

이는 납세자소송의 역할의 대부분이 정치적·행정적 통제에 의하여 보다 효율적·효과적으로 달성할 수 있었기 때문이라고 할 수 있다.

다. 告發者訴訟의 特質

고발자소송에서 특징적인 것은 첫째, 사법장관의 허가를 얻게 되면 고발자소

10) *Ibid.*

11) William Wade, *supra* note 8, p.601.

12) 李載參, "住民訴訟에 관한 研究: 日本 住民訴訟을 中心으로"(檀國大 博士學位論文, 1992), 36면.

13) L. Jaffe, *supra* note 3, p.1281.

송은 성립되기 때문에 고발자인 개인의 원고적격은 소송상 문제되지 않는다. 둘째, 사법장관의 감시권한이 공적인 불법방해와 지방자치단체의 재무회계상의 행위에 그치지 않고 위법행위 일반에 미치기 때문에 주민은 고발자소송을 통하여 객관소송을 실현할 수 있다. 고발자소송은 고발자 자신이 소송비용을 부담하여야 하고 상당한 노력과 시간을 요하지만 재판상 지방세납부자(rate taxpayer)가 지방자치단체의 공금의 위법한 지출 등 위법한 행정작용을 시정함에 있어 유효하고 표준적인 수단이다.¹⁴⁾

(2) 地方自治團體 및 州 納稅者訴訟

미국의 납세자소송은 영국의 납세자소송을 계수한 것이나 영국과는 대조적으로 독자적인 발전을 하였다. 미국의 납세자소송은 중앙정부의 통제체도를 대체하는 것으로 발전한 것이다. 미국의 납세자소송은 지방자치단체에서 주로, 주에서 연방으로 단계적인 발전을 하였다.

가. 地方自治團體 納稅者訴訟

미국에서는 1847년 뉴욕시 시장을 피고로 하는 납세자소송이 처음으로 인정되었으며,¹⁵⁾ Massachusetts州는 같은 해에 지방자치단체의 예산납용에 대한 납세자소송을 허용하는 성문법을 제정하였다.¹⁶⁾

초기의 납세자소송은 모두 지방자치단체 차원에서 제기되었으나 지방자치단체의 경우 재정지출과 활동이 상대적으로 한정되어 있었기 때문에 제기건수도 많지 않았다.¹⁷⁾ 그러나 남북전쟁후 경제활동에 있어 지방자치단체의 역할이 증대되고 행정서비스도 확대됨에 따라 납세자소송의 제기건수는 비약적으로 증가하였으며, 또한 공채에 의한 채원조달, 공공계약의 체결, 특허 또는 면허의 발급에 대해서도 제기할 수 있게 되었다. 19세기 후반의 대부분의 납세자소송은 人民黨이나 進歩黨이 공무원의 무사안일과 부정부패에 대한 불신 때문에 initiative, referendum, recall과 같은 지방자치단체의 활동에 대한 주민의 직접참여를

14) B. Schwarz and H. R. Wade, *Legal Control of Government*(1972), p.287.

15) *Adriane v. Mayor of New York*, 1 Barb. 19(N.Y. Sup. Ct. 1847).

16) *Mass. Ann. Law ch. 40, §53.*

17) Comment, "Taxpayer's Suits: A Survey and Summary", *Yale L. J.* 69(1960), p.899.

강하게 주장하던 민주주의의 발전시기에 제기된 것이다.18) 현재는 모든 주에서 지방자치단체에 대한 납세자소송이 인정되고 있다.19)

나. 州 納稅者訴訟

지방자치단체의 납세자소송에 관한 판례가 축적되어감에 따라 납세자소송은 주차원으로 발전하였다. 그러나 주는 국가적 주권을 갖는다는 것, 州納稅者는 州의 재정활동에 대하여 직접적이고 긴밀한 관계에 있지 않다는 등의 이유로 주 차원의 납세자소송을 인정하는 것에는 저항도 없지 않았다. 1929년의 판례집에 의할 경우 4개주에서 주납세자소송이 인정하지 않았다.20) 그리고 오랜 기간 동안 New York州와 New Mexico州는 주납세자소송을 인정하지 않았으나 1976년 New York州가 이를 인정하는 財政法을 제정하였기 때문에21) 현재는 New Mexico州를 제외하고 모든 주에서 주납세자소송이 인정되고 있다.22)

(3) 聯邦納稅者訴訟

연방납세자소송은 지방자치단체나 주의 납세자소송과 달리 매우 한정적인 범위에서 인정된다. 연방대법원은 사법권의 발동대상은 연방헌법 제3조에 규정된 事件性과 爭訟性의 原則(cases and controversies)에 한정된다는 이유로 비교적 최근까지 연방납세자의 연방재정지출에 대한 납세자소송의 원고적격을 부정하였다.23)

가. Frothingan v. Mellon判決

연방납세자소송을 부정한 선례로 자주 인용되는 판례는 Frothingan v.

18) *Ibid.*, p.900.

19) Bernard Schwartz, *supra* note 2, p.502.

20) Louisiana州, New Mexico州, New York州 및 Washington州이다. Kenneth Davis, *Administrative Law Treatise*(1983), p.299.

21) N.Y. State Fin. Law §123.

22) Bernard Schwartz, *supra* note 2, p.502.

23) 연방납세자소송에 대한 자세한 것은 *ibid.*, pp.500~502; Emmanuel S. Tipon, "Taxpayers' Action", *American Jurisprudence 2d.*, vol. 74(1974), §8, pp.197~201. 水鳥能伸, "アメリカにおける納稅者訴訟制度(2)", 『廣島法學』 제17권 2호(1993), 392~418면; 細川俊彦, "アメリカの納稅者訴訟", 『民商法雜誌』 제92권 16호(1985.9), 774~778면 참고.

Mellon判決이다.²⁴⁾ 이 사건은 원고가 연방납세자의 자격에서 연방정부가 州母子保健病院에 대하여 근거없이 보조를 하였다는 이유로 연방정부의 재정지출의 적법성을 다툰 사건이다.

연방대법원은 Frothinghan v. Mellon事件에서 지방자치단체의 납세자의 경우 지방자치단체의 재정지출에 대한 납세자의 이익은 직접적인 것이며 따라서 부정한 지출을 방지하기 위하여 禁止訴訟(injunction)이 적당한 구제방법이라는 것을 인정하면서도 연방납세자와 연방정부의 관계는 이와는 현저히 다르다고 하여 聯邦納稅者訴訟을 부정하였다.

즉, 연방정부에 대한 연방납세자의 이익은 비교적 경미하여 확정할 수 없는 것이고 연방공금의 지출이 장래의 과세에 미치는 영향도 매우 관련성이 적고 유동적이며 불확정적이기 때문에 금지소송을 제기할 이유가 될 수 없다고 판시하였다. 그리고 원고적격이 인정되기 위해서는 구체적이고 직접적 손해를 받거나 받을 우려가 있다는 것을 입증하여야 하며 단순히 불특정한 일반대중과 공통된 불이익을 받는 것에 지나지 않는 때에는 원고적격은 인정될 수 없다고 판시하였다.

이 판결은 약 반세기가 경과하여 1968년 Flast v. Cohen判決에 의하여 연방납세자소송이 인정될 때까지 오랜 기간동안 先例의 역할을 하였다.

나. Flast v. Cohen判決

Flast v. Cohen判決의 사안은 다음과 같다.²⁵⁾ 1965년에 제정된 연방초중등교육법(Elementary and Secondary Education Act of 1965)은 저소득층 가정의 교육을 보조하기 위하여 공립 및 사립초중등학교 학생 및 교사가 사용할 교과서 등의 구입비를 재정적으로 원조하기 위하여 제정된 법률이다. 소득세를 납부하는 연방납세자 7명이 특정종교단체부속 사립학교에 교과서를 무상공급하는 것은 연방수정헌법 제1조의 國教樹立禁止條項에 위반한 불공정한 재정지출이라는 이유로 연방공금의 지출금지를 구한 사건이다.

연방대법원은 Flast v. Cohen判決에서 연방대법원의 사법권이 미치는 범위는 연방헌법 제3조에 의하여 제한된다는 전제에 입각하면서 동법 제3조는 연방의 과세 및 지출계획의 위헌을 이유로 제기되는 연방납세자소송에 대하여 절

24) Frothinghan v. Mellon, 262 U.S. 447(1923).

25) Flast v. Cohen, 392 U.S. 83(1968).

대적인 장애가 되는 것은 아니라고 하여 연방납세자소송이 일반적으로 부정되지 않는다는 점을 분명히 하였다. 그리고 연방대법원은 연방납세자가 연방지출계획의 합헌성을 다투는 원고적격의 인정여부는 납세자로서 연방헌법 제3조의 요건을 충족할 수 있는 이해관계를 증명할 수 있는가에 있다고 하고, 원고적격을 판단함에 있어 연방납세자에 대하여 주장된 지위와 판단이 요청되고 있는 청구간의 이중의 논리적 관련성(二重關聯의 原則)을 심사하여야 하며 그 판단기준으로 다음을 제시하고 있다.

첫째, 납세자는 납세자 자신과 쟁점이 되고 있는 법령간의 논리적 관련성을 입증하여야 한다. 이것에 의하여 연방헌법 제1조 제8절의 과세·지출조항에 의한 의회권한의 행사에 대하여 그 위헌성을 주장하는 적절한 당사자가 되는 것이다.²⁶⁾

둘째, 원고인 납세자의 신분과 다투어지고 있는 헌법상 침해의 성격간의 관련성을 입증하여야 한다. 이 요건에 의하여 납세자는 쟁점이 되고 있는 법률이 의회의 과세 및 지출권한의 집행에 대한 특별한 헌법상의 제약(specific constitutional limitation)을 위반하고 있음을 입증하여야 하며 단순히 법률이 연방헌법 제1조 제8절에 의하여 의회에 부여되어 있는 권한을 일반적으로 일탈하고 있다는 것을 입증하는 것만으로 불충분하다.

이상의 이중관련성을 입증하는 때에 원고는 당해 소송에 대하여 납세자로서의 이해관계를 가지는 것이며 따라서 연방법원의 심판을 받을 수 있는 적절한 당사자가 되는 것이다. 연방대법원은 Flast v. Cohen事件은 ① 일반적 복지에 지출하기 위한 연방헌법 제1조 제8절에 의한 의회권한의 행사를 다투는 것이며 더구나 당해 지출이 연방수정헌법 제1조의 國教樹立禁止條項을 침해하고 있음을 주장하고 있는 것이기 때문에 제1의 요건을 충족하며, ② 연방수정헌법 제1조의 국교수립금지조항은 역사적으로 의회의 과세·지출권한의 행사에 대한 헌법상의 특별한 제약으로 상정되고 또한 기능하고 있기 때문에 제2의 요건도 충족하기 때문에 연방납세자인 원고는 원고적격이 있다고 판결하였다.

한편 Flast v. Cohen判決은 연방납세자가 연방의회의 과세·지출권한의 행사에 부과된 특정한 헌법상의 제한인 국교수립금지조항에 반하는 지출의 위헌

26) 헌법 제1조 제8절은 연방의회가 일반의 복지목적으로 조세, 관세, 수입세, 소비세를 부과·징수할 수 있는 권한을 정하고 있다.

성을 다투는 경우에 원고적격을 인정한 것이며 국교수립금지조항 이외에 헌법상 다른 특별한 헌법상 제한조항이 존재하는가에 대해서는 유보하고 있다.²⁷⁾

(4) 納稅者訴訟의 市民訴訟·公益訴訟化

납세자소송은 장래의 세무부담을 회피하기 위하여 위법한 공금지출 등의 위법행위를 사전에 예방할 필요가 있다는 것에서 출발한 것이다. 따라서 지방자치단체 및 주 납세자소송 역시 초기에는 원고적격이 인정되기 위해서 당해 행위가 위법하다는 것만으로 불충분하고 당해 위법행위가 지방자치단체의 재정에 손해를 발생하게 하고 또한 다른 납세자나 주민에게 가하여지고 있는 침해와는 다른 특별한 권리침해를 입증하여야 했다. 그러나 州法院은 聯邦法院과 달리 성실하고 효율적인 정부(good government)를 유지하기 위한 수단으로 납세자소송에 매우 우호적이며, 원고적격·소송대상 등이 현저히 자유화되고 확대되어 지방자치단체 및 주의 납세자소송은 사실상 시민소송·공익소송으로 기능하고 있다.

가. 納稅者의 範圍擴大

납세자소송이 납세자의 이익보호를 실질적 목적으로 한다면 법원은 일차적으로 원고적격을 심사함에 있어 “租稅” 및 “納稅者”의 범위를 확정할 필요가 있을 것이다. 그러나 법원은 이에 대해서 그다지 검토를 하고 있지 않다. 또한 “조세”에는 세목에 제한이 없어 재산세뿐만 아니라 납세자의 범위를 거의 확정할 수 없는 소비세²⁸⁾ 등 모든 조세가 포함된다.²⁹⁾

이러한 경우 납세자의 범위는 주민과 거의 유사하게 될 것이며, 납세자소송과 민중소송간에 경계를 설정하는 것은 극히 불명확하고 곤란하다.³⁰⁾ 한편, 납세자

27) Flast v. Cohen判決은 원고적격의 유무를 판단함에 있어 어디까지나 Frothinghan v. Mellon判決에서와 마찬가지로 전통적인 입장에 입각한 것이며 납세자소송을 객관소송으로 이해하고 있지 않음에 주의할 필요가 있다. 즉, Frothinghan v. Mellon判決에서 원고는 연방의 지출계획을 다투었기 때문에 제1의 요건을 충족하였으나 의회의 과세·지출권한에 대한 특별한 헌법상의 제한의 침해를 주장하지 않아 제2의 요건을 충족하지 못하여 원고적격이 부정된 것으로 Flast v. Cohen判決과 Frothinghan v. Mellon判決 사이에 견해의 차이는 없으며 종래의 판결을 답습한 것이다.

28) Putman v. Murden, 97 Ind. App. 313, 184 N.E. 796; Regan v. Bablock, 188 Minn. 192, 247 N.W. 12.

29) Collins & Myers, “The Public Interest Litigation in Callifornia: Observation on Taxpayers’ Actions”, *Loyola L. A. L. Rev.*10(1977), p.329.

30) 水鳥能伸, “アメリカにおける納稅者訴訟制度(3)”, 『廣島法學』, 제17권 3호(1993), 263면.

의 이익보호의 견지에서 보면 납세자는 반드시 당해 지방자치단체의 주민일 필요가 없지만 납세자소송은 많은 경우 주민인 납세자에 의하여 제기되고 있다.³¹⁾

나. 原告適格의 自由化

납세자소송은 연혁적으로는 납세자의 조세부담증가의 회피라는 주관소송이었으나 실제로는 재무행위를 중심으로 한 행정의 부정부패의 방지를 목적으로 하는 제도로 발전되었기 때문에 납세자의 원고적격은 엄격하지 않다. 사실상의 이익 침해를 요구하는 경우에도 이는 擬制에 지나지 않으며 다분히 형식적이고 명목적인 것에 지나지 않는다.³²⁾ 더구나 California州나 Florida州의 법원은 원고적격의 인정을 위해 개인적 손해를 입증할 필요가 없다고 하고,³³⁾ Missouri州의 법원은 지출담당기관의 위법성여부나 목적의 불공정여부가 인정되는 범위에서 원고적격을 인정하는 태도를 취하고 있다.³⁴⁾ 또한 New York州는 성문법으로 기금·재산의 위법한 지출에 의하여 특별한 침해가 있는지의 여부와 관계 없이 소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있다.³⁵⁾ 따라서 지방자치단체 및 주 납세자소송의 원고적격은 공금의 보호와 행정기관의 책임을 확고히 하기 위한 수단으로 인정되고 있다.³⁶⁾

다. 納稅者訴訟의 對象의 擴大

州法院은 재무사항뿐만 아니라 비재무적 사항도 납세자소송의 대상으로 인정하고 있다.³⁷⁾ 즉, 납세자의 원고적격은 비재무적인 것으로 공적 지출을 수반하지 않는 경우에도 인정된다. 비재무적 사항에 대한 납세자소송이 인정된 예로서는 지방자치단체의 조직변경, 시청사 등의 입지선정 및 이전, 공기록의 검사, 공무원 조합비의 사전공제 등이 있다.

31) Comment, *supra* note 17, p.906; L. Jaffe, *supra* note 2, p.1293.

32) Note, "Development in the Law: Class Action", *Harv. L. Rev.* 88(1975), p.173.

33) *City of Compton v. Bunner*, 243 Cal. Rptr. 100, at 118(1988); *Sands v. Morogo Unified School District*, 262 Cal. Rptr. at 456(1989).

34) *Tichenour v. Missouri State Lottery Commission*, 742 S.W.2d 170(Mo. 1988).

35) N.Y. State Fin. Law §123.

36) *Hobit v. Commissioner of Natural Resources*, 678 P.2d 1337, 1340(Alaska, 1984).

37) Comment, *supra* note 17, pp.908~909.

라. 納稅者訴訟의 市民訴訟·公益訴訟化

이와 같이 지방자치단체 및 주의 납세자소송은 납세자의 범위, 원고적격 및 소송대상의 확대에 따라 점차 시민소송과 同義적인 것으로 일반화되어 사실상 시민소송의 형태를 취하게 되었다. 따라서 납세자소송은 행정기관 및 소속 공무원의 위법행위를 시정하여 행정부패를 방지하고 납세자 내지 주민 전체의 이익을 위하여 제기하는 공익소송으로 이해되고 있다.³⁸⁾

2. 當事者

(1) 原告適格

납세자소송의 원고가 될 수 있는 자는 당해 피과세단위(taxing unit)를 유지하기 위하여 현실적으로 납세를 한 자 또는 납세의무를 부담하는 자로서 공금의 위법한 지출, 공공재산의 위법한 처분 등에 의하여 손해를 받은 자 또는 공무원의 위법행위 등에 의하여 조세부담이 증가한 자이다. 이와 같이 납세자소송은 형식적으로는 주관소송으로 납세자라는 지위만으로는 소송요건을 충족할 수 없다.

그러나 이와 같은 요건을 엄격하게 적용하면 지방자치단체 공무원의 공금·공유재산의 낭비·침해 기타 위법한 직무상 행위에 대하여 공중의 권리를 충분히 보호할 수 없으며 실제적으로는 납세자의 원고적격을 봉쇄하는 결과가 된다. 앞에서 본 것과 같이 실제 운용에 있어서는 주관적 원고요건은 매우 희박하여 엄격히 적용되지 않으며 설사 납세자소송에서 사실상 이익의 침해를 요구하는 경우에도 납세자의 원고적격을 배제하려는 취지는 아니라고 한다.³⁹⁾

가. 納稅者일 것

현실적으로 조세를 납부한 개인·법인, 아직 납세를 하지 아니하였으나 조세를 부과받은 법인·개인은 원고적격이 있다. 과세가 면제되어 세금을 납부하지

38) L. Jaffe, *supra* note 2, p.1284.

39) 미국 공익소송에 있어 원고적격의 자유화에 대한 자세한 것은 徐元宇, “公共訴訟에 관한 研究(1), (2)”, 『法學』, 제26권 1호, 2·3호(1985), 105~130면, 41~71면; 徐元宇, “美國 判例法上の 原告適格法理”, 『法學』, 제18권 1호(1977), 23~42면; 朴敏榮, “美國 行政法上 當事者適格에 관한 評價”, 『法學研究』 제8권(忠北大 法學研究所, 1997), 301~334면 참고.

아니하는 자, 납세를 거부한 자 및 태만한 자는 원고적격이 인정되지 않는다. 그러나 과세처분의 위헌을 주장하여 납세자가 다투는 경우에는 法定納付期間이 도래하였으나 아직 납부하지 아니한 경우에도 원고적격은 상실되지 않는다.⁴⁰⁾

일반적으로 納稅額과 稅目에 관해서는 제한은 없지만 New York州와 같이 연 1,000달러 이상의 세금을 납부할 것을 요건으로 하는 州도 있다.⁴¹⁾ 비주거 납세자에 대해서는 원고적격을 부정하는 예도 있지만⁴²⁾ 주거납세자와 마찬가지로 원고적격을 인정하는 예도 있다.⁴³⁾ 또한 California州는 民事訴訟法典의 규정에도 불구하고 비거주 자연인에게도 원고적격을 인정하고 있다.⁴⁴⁾ 또한 일부 州에서는 일정수 이상의 복수의 납세자가 원고가 될 것을 요구하고 있다.⁴⁵⁾

납세자소송의 원고적격을 규정하고 있는 대표적인 제정법을 보면 New York州 一般地方自治法(General Municipal Law) 제4조 제51항은 소송이 제기 되기 1년 이내에 당해 지방자치단체에서 다음의 과세평가가 있었거나 또는 세금을 납부한 자로서 ① 과세평가액이 개별 또는 합산하여 1,000달러에 이르고 당해 과세평가에 기초하여 당해 지방자치단체에 납세의 의무가 있는 개인 또는 법인, ② county 등의 지방자치단체에 소재하는 주택공급조합(a cooperative housing corporation)이 과세평가에 따라 납세의무를 부담하는 경우에 당해 조합의 과세평가액에 대한 비례배분(pro rata)이 개별 또는 합산하여 1,000달러에 이르는 組合公有權을 소유한 개인으로 규정하고 있다. 다만, 不動産稅法(the Real Property Tax Law) 제458조가 정하는 바에 따라 조세의 전부 또는 일부를 면제받고 있는 퇴역군인 및 65세 이상의 자와 그 배우자는 세금

40) Veltmann v. Slator(Tex. Ci. v. App) 200 SW 539(1918).

41) N.Y. Munic. Law §51; Blaikie v. Lindsay, 321 N.Y 2d 388(1971).

42) Henderson v. McCormic, 70 Ariz 19, 215 P 2d 606(1950).

43) Willits v. Cremean, 27 Ohio App 2d 137, 273 NE 2d 324(1971).

44) Irwin v. Manhattan Beach, 51 Cal. Rptr. 881, 415 P 2d 769(1966). 이 판결은 비거주납세자에게 원고적격을 인정하는 이유를 비거주자인 법인에게 위법한 공금의 지출을 금지하는 소송을 제기하는 권리를 인정하면서 비거주자인 자연인에게 같은 권리를 부정하는 것은 연방수정헌법 제14조의 평등보호조항에 반하는 것이기 때문이라고 한다. 이 판결에 의하여 민사소송법전 제526a항의 규정에도 불구하고 비거주자인 납세자도 원고적격이 인정되어 납세자소송을 제기할 수 있게 되었다고 한다.

45) Massachusetts州의 경우 州의 공금지출의 금지소송에는 24人 이상, 지방자치단체의 공금지출의 금지소송에는 10人 이상의 납세자가 원고가 되어야 한다(Mass. Ann. Law ch. 29 §63; ch. 40 §53).

을 납부하지 않거나 또는 조세의무가 없는 때에도 납세소송의 원고적격을 인정하고 있다.

또한 Clifornia州 民事訴訟法典 제526a항은 납세의 의무가 있거나 또는 소송제기 전 1년 이내에 세금을 납부한 법인 및 시민인 거주자는 지방자치단체를 위하여 활동하는 공무원, 기관 기타 자를 상대방으로 하여 California州의 county 등의 부동산, 기금 기타 재산의 위법한 지출, 낭비, 손해를 제한하는 판결을 구하기 위한 소송을 제기할 수 있고 규정하고 있다.

나. 金錢的 利害關係

당초 판례는 납세자소송을 제기하기 위해서는 당해 행위가 위법하다는 것만으로 불충분하고 당해 행위에 의하여 공공재산에 손해가 발생하고 또한 개인적인 손해를 주장할 것을 요구하였다. 즉, 원고는 일반공중에 공통되는 손해와는 다른 원고 고유의 손해를 주장하고 입증하여야 했다. 이러한 입장에 의한 경우 납세자는 市가 廳舍를 극장으로 대여하는 행위는 경제적 손해를 발생하는 행위가 아니기 때문에 납세자소송을 제기할 수 없게 된다. 그러나 위법한 조세부과, 최저가격입찰자에게 낙찰한다는 실정법 규정을 위반하는 공공계약의 체결, 공금의 위법 내지 위헌목적의 지출, 위법한 차입 및 세부담을 증가시키는 위법한 행위에 대해서는 세부담의 증가라는 특별한 손해를 받는 것이 되기 때문에 위법한 행위의 금지를 구할 충분한 이익이 있는 것으로 추정되고 있다.

납세자소송은 형식적으로는 조세부담의 증가회피를 위한 주관소송으로 구성되어 발전하였으나 원래 행정의 부정부패의 교정수단으로 공익목적실현을 위하여 고안된 제도이기 때문에 금전적 손해의 요건을 엄격하게 해석하고 있지 않다. 또한 개인적 손해의 발생을 주장·입증할 필요가 없다는 판례 및 제정법도 보이고 있다.⁴⁶⁾ 이와 같이 납세자소송은 주관적 한계를 벗어나 객관화하여 적법성보장을 위한 시민소송과 同義的인 것으로 일반화되어 있다.⁴⁷⁾ 이런 점에서

46) Torres v. City of Yorba Linda, 17 Cal. Rptr. 2d. 400, 407(1993); City of Santa Monica v. County of Lis Angeles, 6 Cal. Rptr. 2d 237, 241(1992); Wirin v. Parker, 48 Cal. 2d 890, 313 P 2d 844(1957).

47) 납세자소송이 다른 공익소송과 달리 사실상 이익론에서 벗어나 특별한 개인적 손해를 입증하지 않는 경우에도 원고적격이 인정되어 사실상 시민소송으로 기능하고 있는 점은 미국 원고적격법의 하나의 특색이라고 한다(R. A. Sedler, "Standing, Justiciability and All That: A Behavioral Analysis", *Vanderbilt L. Rev.* 25(1972), p.482).

한국이나 일본의 민중소송·객관소송에 접근하여 상호 같은 성질의 것으로 분석될 수 있다. 48)

(2) 被告適格

가. 地方自治團體, 그 機關 및 所屬 公務員

지방자치단체의 납세자는 지방자치단체 재산의 형평법상 소유자로 간주되고 있다. 소속 공무원의 위법 내지 부정행위에 의한 자산감소를 방지하는 것에 납세자는 직접적이고 긴급한(direct and immediate) 이해관계를 갖는다.

나. county, town, 地方被課稅單位(local taxing unit) 및 이들 機關과 소속 公務員

county, town와 같은 準地方自治團體(public quasi corporation)에 대해서는 지방자치단체와 동일한 근거에 의해 납세자소송이 인정되고 있다. 지방행정 중 특정한 목적을 위한 학교구(school district), 도로구(road district), 수리구(irrigation district) 등에 대해서도 납세자소송이 인정된다.

다. 州, 그 機關 및 所屬 公務員

미국의 州는 주권을 가지기 있기 때문에 國家免責의 法理에 따라 주, 그 기관 및 소속 공무원을 피고로 하는 州納稅者訴訟은 인정되지 않았으나 점차 허용되게 되었다. 현재는 New Mexico州을 제외한 모든 주에서 납세자소송이 인정되고 있다.

3. 訴訟對象

(1) 概說

납세자소송은 형평법상 소송으로 형성되어 발전한 것이며 납세자의 이익뿐만 아니라 행정의 부패·부정·위법행위 등을 교정하는 공익목적을 가진 제도이기 때문에 소송대상이 매우 광범위하다. 납세자소송은 일본 지방자치법 제242조의2제1항에

48) 同旨: 趙淵泓, “民衆訴訟의 比較法的 考察”, 『公法研究』, 제23집 3호(1995), 269면; 雄川一郎, “訴の利益と民衆訴訟の問題: 主觀的訴の利益の擴大とその限界に關する一般理論への試論”, 『行政爭訟の理論』(有斐閣, 1986), 320면; 小島武司, “公共訴訟の理論”, 『民事訴訟雜誌』, 제23권(1977), 12면.

규정되어 있는 주민소송의 대상보다 상당히 넓어 위법(illegal)·불법(wrongful)·부정(dishonest) 및 낭비적 행위와 사기(fraud), 瀆職(corruption) 및 불성실(badfaith)한 행위에 대해서도 제기할 수 있다. 또한 비재무행위도 납세자소송의 대상이 된다. 이와 같은 소송대상의 광범위성은 납세자소송의 유용성을 제고하는 것이라고 할 수 있다.

일반적으로 납세자소송의 대상이 되는 사항을 보면 ① 위법한 조세의 부과·징수, ② 타인에 대한 비과세, 면세, 감세 및 환급조치, ③ 공금의 부정한 유용, 위법한 지출 및 낭비, ④ 공공재산의 부정처분, ⑤ 공채의 부정발행, 공적채무의 불법인수, ⑥ 무권한 또는 위법한 공공계약, ⑦ 위법한 특허·허가 등의 발급, ⑧ 위법한 토지수용, 수용권의 남용, ⑨ 지방자치단체의 위법한 구역합병, 분리, ⑩ 지방자치단체에 속하는 청구권(소송원인)의 집행 등이 있으며 비재무적 사항에 대한 납세자소송이 인정된 예로서는 지방자치단체의 조직변경, 시청사 등의 입지선정 및 이전, 시현장의 개정, 공기록의 검사, 시공무원 조합비의 급여에서의 사전공제 등이 있다.⁴⁹⁾ 그러나 이들 사항은 종합적으로 열거한 것에 불과하며 모든 주에서 인정되는 것은 아니다. 州에 따라 납세자소송의 대상에는 상당한 차이가 있다는 점에 유의하여야 한다.⁵⁰⁾

(2) 訴訟對象

가. 違法한 課稅 및 徵收

이것은 납세자의 조세부담을 증가시키고 직접 납세자에게 손해를 발생하게

49) 이 가운데 납세자소송이 가장 유효하게 기능하는 것은 특정한 자에 대한 위법한 수익행위가 있는 경우에 競爭者나 競業者가 아닌 자가 이의 시정을 구하는 경우라고 한다(Comment, *supra* note 17, p.908). 법원은 이 경우 訴의 利益이 없기 때문에 주관소송으로 다투는 것을 인정하지 않고 수익자 스스로가 위법을 다투는 소송을 제기하는 것을 기대할 수 없기 때문이다. 예를 들어 토지수용에 관하여 보면 수용보상금이 법이 정하는 것 이상으로 고액인 경우 소유자가 보상금에 만족하고 있는 이상 토지소유자가 이의 위법을 다투다는 것은 생각할 수 없을 것이다. 따라서 이러한 경우에 토지수용의 합헌성을 다룰 수 있는 유일한 수단이 납세자소송이다. 또한 과세물건을 時價로 평가하여 과세표준으로 하여야 하는 재산세에 있어 時價 이하의 자의적인 불평등과세가 이루어진 경우에도 위의 경우와 마찬가지로 납세의무자가 당해 과세처분을 다투다는 것은 사실상 기대할 수 없다. 이러한 경우에도 평등과세를 실현하기 위한 가장 유효한 수단으로 납세자소송이 이용될 수 있다.

50) 납세자소송의 대상에 대한 자세한 것은 Emmanuel S. Tipon, *supra* note 23, §13, pp.205~235.

하는 것이므로 위헌·위법한 과세의 부과·징수에 대하여 금지소송이 인정된다.

나. 他人에 대한 過少課稅, 非課稅 또는 課稅免除

과세대상에 대하여 적법하게 과세하는 것은 납세자 전체의 세액을 감소하게 한다. 납세자는 위법한 과소과세, 비과세 및 과세면제에 대하여 법에 따라 과세할 것을 구하는 職務執行命令(mandamus)을 청구할 수 있다.

다. 公金의 流用, 違法支出 및 浪費

공금의 유용, 위법한 지출, 낭비 등에 대한 구제수단으로 많은 주가 납세자 소송을 인정하고 있다. 법령의 근거가 없는 휴일노동·출장에 대한 수당지급, 위법하게 임용된 공무원 대한 급여지급, 회사·법인·자선시설에 대한 기부 등이 여기에 해당한다.

라. 公共財産의 不正處分, 不正使用

납세자는 공공재산의 불법 내지 부정한(wrongful)한 처분, 특정법인에 대한 유리한 조건의 양도계약은 공무원의 신탁재산의 수탁자로서의 임무에 반하는 것이므로 금지, 계약해제를 청구할 수 있다. 또한 공공재산의 목적외 사용에 대해서도 금지청구를 할 수 있다. 예를 들어 學敎區의 납세자는 세금은 私目的을 위해서 사용할 수 없다는 원칙에 기초하여 학교건물 내지 數地가 학생의 교육목적 이외의 용도에 사용되는 것에 대하여 금지청구할 수 있다. 또한 公立公園의 구역변경은 신탁목적에 반하며 시민의 공원이용권을 박탈하고 대체공원용지를 취득하기 위하여 세금의 추가부담을 하여야 하기 때문에 이에 대한 금지청구를 할 수 있다는 판례가 많다.

마. 違法한 借入·起債

납세자는 公的負擔의 위법·부당한 신설을 제한하기 위하여 또는 위법한 채권의 발행·부채 기타 위법하게 발행된 채권의 지급을 위한 조세부담을 방지하기 위하여 납세자소송을 제기할 수 있다.⁵¹⁾ 지방자치단체의 자금차입, 공채발행은 制定法의 근거를 요하며 제정법에 근거하지 않은 차입 및 공채의 발행은 위법이다. 납세자는 위법한 자금의 차입, 공채의 발행에 대해서 납세자소송을 제기할 수 있다.

51) Crampton v. Zabriskie, 101 U.S. 601.

마. 無權限 또는 違法한 公共契約

정부와 私人間의 건축, 노무공급, 물품공급 등의 계약이 권한없이 체결된 경우, 계약체결에 관한 실정법의 규정을 위반한 경우, 실정법의 금지조항에 해당하는 경우, 이해관계있는 공무원이 관여한 경우, 계약체결이 사기(fraudulent)에 해당하는 경우 등에 있어 당해 계약에 따른 지급을 공금으로 하는 때에는 납세자나 지방자치단체는 금전적 손해를 입게 된다. 이러한 경우 납세자는 당해 계약의 무효선언 또는 당해 계약에 근거한 공금지급의 금지를 청구할 수 있다. 예를 들어 법률이 경쟁입찰을 하도록 규정하고 있는 경우 경쟁입찰에 의하지 않고 수의계약으로 공공계약을 체결하는 것은 위법이며 납세자는 당해 계약의 이행금지를 청구할 수 있다. 이 경우 경쟁입찰에 의하지 않음으로써 납세자의 손해는 추정되기 때문에 원고는 손해를 입증할 필요가 없다.⁵²⁾

납세자는 위법한 계약에 의하여 공금이 지급된 때에는 일방 당사자인 지방자치단체에게 원상회복의무를 부담하게 하는 것이 아니라 관여한 공무원, 계약의 상대방인 私人에게 원상회복을 청구할 수 있다.

사. 特許, 許可 등의 違法한 發給

원칙적으로 납세자라는 것만으로 특허 등의 발급의 금지·철회를 청구할 수 없다. 이를 청구할 수 있는 자는 위법한 특허 등의 발급에 의하여 손해를 받았다고 주장하는 자에 한한다. 이 점에서 특허소송은 주관소송이며 납세자소송은 인정되지 않는다. 그러나 판례 중에는 지방자치단체의 특허처분이 명백히 헌법이나 특허법에 위반한 때에는 자기에게 특별한 손해가 있다는 것을 입증하지 않아도 납세자소송의 원고적격을 인정한 사례가 있다.

아. 違法한 土地收用

납세자는 수용재산이 공적 목적이 아니라 사적 목적에 사용되고 있는 때에는 납세자소송으로 당해 토지수용의 위법을 다룰 수 있다.

자. 違法한 地方自治團體의 區域變更

지방자치단체가 위법 또는 권한을 躰越(*ultra vires*)하여 다른 구역을 병합하는 때에는 당해 구역의 재산권의 소유자인 납세자는 자기의 조세부담의 증가

52) Amerocan La France & Foamite Corp. v. New York, 156 Misc 2, 281 NYS 519; Santa Rosa Lighting Co. v. Wood Ward, 50 P. 1025.

를 이유로 당해 병합의 금지를 청구할 수 있다.⁵³⁾ 또한 지방자치단체의 구역분할이 이루어지면 지방자치단체의 재정은 잔여지의 주민이 부담하게 되므로 납세자는 분할의 금지를 구하는 소송을 제기할 수 있다.⁵⁴⁾ 그러나 州法이 지방자치단체의 구역병합에 관한 권한을 부여하고 있고 또한 병합이 완료된 때에는 당해 병합이 당해 구역 납세자의 합의가 없이 행하여진 경우에도 납세자는 병합에 의한 조세부담의 증가를 이유로 다룰 수 없다.⁵⁵⁾

차. 地方自治團體에 속하는 訴訟原因의 執行

州에 따라 차이가 있지만 실정법에 금지하는 규정이 없는 때에는 납세자는 공무원이 의무의 이행을 해태하거나 거부하는 때 지방자치단체에 속하는 소송원인(cause of action)에 근거하여 출소할 수 있다.⁵⁶⁾ 위법하게 지출된 공금의 회복, 무효 또는 이행할 수 없는 공공계약에 따라 위법하게 지출된 공금의 회복, 지방자치단체에 속하는 재산의 회복, 지방자치단체가 係屬 중인 소송에서 방어와 공격을 태만하는 때에 지방자치단체를 위한 소송참가·상소, 법원이 관리하는 자산의 지방자치단체에의 배당요구 등이 그 예이다.

납세자가 지방자치단체를 위하여 출소하기 위해서는 지방자치단체가 이와 같은 소송을 제기할 수 있을 것, 당해 소송의 제기가 지방자치단체의 재량의 여지가 없는 의무사항일 것, 지방자치단체가 이를 해태하고 있을 것 등의 요건을 갖추어야 한다.⁵⁷⁾

카. 非財務的 事項

지방자치단체의 납세자는 공무원의 비재무적 사항에 대한 사법심사를 구할 충분한 법적 자격이 있다.⁵⁸⁾ 납세자는 의원의 선출방법, 시나 county의 의석 배분 등 정치형태를 변경하는 市憲章의 개정, 공적 기록의 검사, 공무원의 노

53) Layton v. Mayor, etc. of Monroe, 50 La Ann 121, 23 So 99; Sharkey v. Butte, 52 Mont 16, 22, 155 P 266.

54) Williams v. Wilmington(CP) 15 Ohio Ops 2d 106, 85 Ohio L Abs 398, 171 NE2d 757.

55) Emmanuel S. Tipon, *supra* note 23, §25, pp.230~231.

56) Cone v. Wold, 85 Minn 302, 88 NW 977; Linden Land Co. v. Milwaukee E. R. & L. Co. 107 Wis 493, 83 NW 8511.

57) Emmanuel S. Tipon, *supra* note 23, §26, pp.232~233.

58) Marino v. Ramapo, 68 Misc 2d 44, 326 NYS2d 162.

조비 공제, 시청사의 입지선정 및 이전 등 비재무적 사항에 대해서도 납세자소송을 제기할 수 있다.⁵⁹⁾ 또한 공립학교의 재정적 기반을 지구의 고정재산세(local property tax)에 두는 것은 지구간 빈부격차에 의하여 교육의 기회균등을 해하기 때문에 위헌이라는 이유로 납세자소송이 제기된 사건에서 원고적격을 인정하여 위헌판결이 내려지고 있다.⁶⁰⁾ 그러나 도시재개발사업과 관련한 역사적 건조물의 철거금지, 지방자치단체 존재의 유효성 및 공공교통규제의 실시 등에 대해서는 납세자의 원고적격이 부인되고 있다.⁶¹⁾

한편 많은 州法은 공공복지의 관점에서 생활환경의 악화를 방지하기 위하여 특별한 개인적 손해가 없는 때에도 시민이나 토지소유자 등에게 매춘목적의 건물사용, 위법한 알콜음료의 제조·판매, 도박장의 개설 등을 공적 불법방해(public nuisance)로 구성하여 이의 금지를 구하는 소송을 규정하고 있다.⁶²⁾ 보통 생활환경의 악화는 지방자치단체의 행위에 의한 것이 아니라 사인의 활동에 기인하는 것이기 때문에 이에 관한 금지소송은 지방자치단체의 행위를 금지하는 통상의 납세자소송과는 성질을 달리한다.

(3) 裁量行爲

납세자는 공무원의 재량행위에 대해서는 납세자소송을 제기할 수 없다.⁶³⁾ 납세자가 재량행위를 다투기 위해서는 사기와 같은 형평법상 명확한 구제이유가 있어야 한다. 따라서 납세자인 유권자의 대부분이 행정청의 행위에 반대하는 경우라도 당해 사안이 행정청의 재량에 속하는 경우에는 납세자소송을 제기할 수 없다.⁶⁴⁾ 그리고 공금지출을 금지하는 소송은 당해 지출이 위법한 경우 또는 사기, 瀆職, 사기에 이르는 불성실에 의한 지출에 한하며 단순히 공금의 지출

59) Emmanuel S. Tipon, *supra* note 23, §27, p.234.

60) Serrano v. Priest, 5 Cal. 3d 584, 487 P 2d 1241, 96 Cal. Rptr. 601(1971); Robinson v. Cahill, 62 N. J. 473, 303 A 2d 273(1973).

61) Emmanuel S. Tipon, *supra* note 23, §27, p.235.

62) Fla. State Ann. §60.05; Ill. Ann. State ch. 100½ §2; La. Rev. State Ann. §§13: 4712; 4722; Mass. Ann. La. ch. 139, §6; N. C. Gen. State §19-1; Ohio Rev. Code Ann. §3767.03; Tenn. Code Ann. §23-301; Wash. Rev. Ann. §7. 48.060; Wis. State Ann. §§ 823.01~22.

63) Emmanuel S. Tipon, *supra* note 23, §10, p.203.

64) McAdam v. Sheldon, 153 Conn 278, 216 A2d 193; Drenning v. Board of Comrs. 148 Kan 366, 81 P2d 720, 117 ALR 884.

이 현명하지 않다거나 무사려, 경솔, 비경제적이라는 이유로 납세자소송을 제기할 수 없다. 이러한 경우는 행정재량의 범위 안의 문제이기 때문이다.

(4) 租稅 이외의 公金에 대한 納稅者訴訟

조세 이외의 수입(기부금, 사용료, 정부보조금 등)에 의하여 형성된 공금에 대해서 대부분의 법원은 납세자소송의 제기를 부정하고 있다.⁶⁵⁾ 그러나 이와 같은 공금도 일단 지방자치단체의 일반회계로 편성된 때에는 납세자는 소송을 제기할 수 있다.⁶⁶⁾ 또한 조세 이외의 공금에 대해서도 예외적으로 납세자의 금지청구를 인정한 판례도 있다.⁶⁷⁾

한편 문제가 되는 공금이 납세자 중 일부로부터 징수한 것인 때에는 원고인 납세자는 단순히 자신이 일반납세자라는 것만으로는 불충분하고 현실로 당해 조세를 납부하고 있을 것을 요한다.

(5) 訴訟對象의 制限

일부 제정법 가운데는 명시적으로 납세자소송의 대상을 제한하는 입법례가 있다. New York州 財政法 제7-A조제123-b항은 州나 州機關의 공채의 발행 허가·매매·처분·인도 등에 대해서는 납세자소송을 제기할 수 없음을 규정하고 있다. 또한 California州 民事訴訟法典 제526a항 역시 공공사업(public improvements) 또는 공공시설(public utilities)을 위하여 매매의 신청, 매매 또는 지방채의 발행을 제한하는 금지소송은 청구할 수 없다고 규정하고 있다.

4. 訴訟節次

(1) 裁判管轄

미국의 납세자소송은 州地方法院 및 聯邦地方法院을 제1심법원으로 하여 제기되며 각각 州高等法院, 州大法院 및 聯邦高等法院, 聯邦大法院을 거치게 되어 있어 3審制를 유지하고 있다.

65) Mckinney v. Waston 145 P. 266.

66) Shipley v. Smith 45 N. M. 23, 107 P. 1050.

67) Hartzell v. Hungate 223 App 346.

(2) 權限있는 公務員에 대한 訴訟提起의 要求 및 拒絶

특별한 제정법상 규정이 없는 한 납세자가 납세자소송을 제기하기 앞서 권한 있는 공무원에게 지방자치단체를 대표하여 소송을 제기할 것을 요구하는 것이 납세자소송의 전제요건이 된다. 소송수행권은 일차적으로 당해 지방자치단체에 속하는 것으로 권한있는 공무원은 지방자치단체를 대표하여 이러한 소송을 제기할 의무가 있고, 납세자의 소송권은 단지 지방자치단체의 소송권에서 파생된 것으로 이러한 요구에 대하여 당해 공무원이 이를 거부하거나 태만하지 않는 한 당해 공무원은 적절하게 직무를 수행하고 있는 것으로 보아야 하기 때문이다.⁶⁸⁾ 그러나 이러한 요구가 필요하지 않는 경우도 있다. 지방자치단체를 대표하여 소송을 제기하여야 하는 공무원이 위법한 행위에 관여되어 있는 때에는 당해 공무원에게 소송을 제기할 것을 요구할 필요가 없다. 이러한 경우 납세자 즉시 소송을 제기할 수 있다.

(3) 出訴期間

납세자는 법이 정하는 출소기간(statute of limitation)에 출소하여야 한다. 출소기간과 유사한 것으로 懈怠의 原則(doctrine of laches)이 있다. 해태의 원칙은 보통법상 출소기간제한과 같은 효과가 있으나 기간이 확정되지 않고 법원이 인정하는 상당한 기간으로 되어 있는 점이 다른 점이다.

(4) 訴訟參加

다른 납세자는 납세자소송에 참가할 권리가 있다.⁶⁹⁾ 많은 州에서는 납세자소송에서 소송당사자가 공격 또는 방어를 태만히 하여 납세자의 권리를 충분히 옹호하고 있지 못하는 때에는 소송 당사자 이외의 납세자가 법원의 허가를 얻어 소송에 참가할 수 있다는 취지의 규정을 두고 있다. 법원은 소송참가신청인에게 미치는 판결의 효력, 당사자의 소송수행에 의하여 소송참가신청인의 이익이 보호되고 있는가 등을 고려하여 허가여부를 결정한다. 참가를 허가받은 납

68) Emmanuel S. Tipon, *supra* note 23, §31, p.238. 소송제기의 사전요구를 규정하고 있는 제정법으로는 N. C. Gen. State §128-10; Okla. State Ann. tit 62, §373 등이 있다.

69) Dowsett v. East Moline, 8 III 2d 560, 134 NE2d 793.

세자는 최초의 당사자와 동일하게 상소를 포함한 일체의 소송활동을 할 수 있다. 소송참가가 허가되면 최초의 원고는 소송을 취하할 수 없다.

(5) 別訴의 禁止

납세자가 자기 및 동일한 처지에 있는 다른 모든 납세자를 위하여 소송을 계속 중인 때에는 당해 판결의 효력은 다른 납세자에게도 구속력을 미치기 때문에 동일한 訴訟原因에 기한 다른 납세자의 소송청구는 일반적으로 각하된다.⁷⁰⁾

(6) 訴訟承繼

원고가 訴訟의 繫屬 중 사망, 영구이전, 소송계속 의사의 상실한 때에는 법원은 재량으로 동일한 이해관계가 있는 자에게 소송을 계속하게 할 수 있다. 또한 법원은 당초의 피고가 된 공무원의 사망, 사직, 인사이동, 임기만료 등으로 당해 職을 떠나게 된 때에도 소송에서의 쟁점이 당해 직무와 관련되어 있을 때에는 후임자를 피고로 하여 소송을 계속할 수 있다.

(7) 假救濟

납세자는 종국판결을 하기 전에 소송의 대상이 되고 있는 사항이 집행되는 것을 방지하기 위한 잠정적 예방조치로서 豫備的 禁止命令(preliminary injunction)과 一時的 緊急禁止命令(temporary restraining order)을 청구할 수 있다.⁷¹⁾

New York州 財政法은 법원은 소송의 제기시, 제기후 또는 판결전 언제라도 피고가 계속적으로 공익을 침해하는 것과 같은 행위를 하거나 할 우려가 있는 때에는 원고 또는 주민의 이익을 대표하는 사법장관의 청구에 따라 이를 제한하기 위한 예비적 금지명령을 발하고 이에 필요한 기간과 조건을 붙일 수 있으며, 예비적 금지명령을 위한 심리 중 또는 심리 이전의 단계에도 피고의 행위를 제한하지 않으면 긴급하고 회복불능한 손해가 발생할 우려가 있는 때에는 일시적 긴급금지명령을 발할 수 있다고 규정하고 있다.⁷²⁾

70) Emmanuel S. Tison, *supra* note, 23, §30, pp.237.

71) *Ibid.*, §41, p.252. 일시적 긴급금지명령은 상대방에 대한 통지도 없이 일방적인 신청에 근거하여 매우 한정된 기간(예를 들어 10일)을 정하여 금지를 명하는 잠정적 예방조치이다.

72) N.Y. State Fin. Law §123-e-2.

(8) 立證責任

일반소송의 증거법칙은 납세자소송에도 그대로 적용된다. 원고는 구제를 받기 위해 필요한 중요한 사실에 대한 입증책임이 있다. 그러나 공무원에게 위법행위가 있는 때에는 원고에게 금전상 손해가 있음을 추정하는 판례가 많다.⁷³⁾

5. 納稅者訴訟의 救濟類型

(1) 概說

납세자소송은 衡平法 및 制定法에 의하여 인정된다. 普通法에 의해 충분한 구제가 곤란한 경우 정의와 공평을 실현하기 위하여 형평법상의 구제가 적용된다. 납세자가 공무원의 위법한 행위에 대하여 이용할 수 있는 구제형식에는 청구의 내용에 따라 다양한 형식이 있다. 납세자에 대한 구제범위는 상당히 넓으며 실무상 매우 탄력적이다.⁷⁴⁾

다양한 구제형식 가운데 禁止請求(injunction)가 납세자소송의 취지에서 볼 때 본질적인 구제형식이며 가장 많이 활용되는 원칙적인 구제형식이다. 납세자는 위법한 행위가 이미 행하여졌거나 행정의 부작위가 있는 때에는 원상회복의 법리에 따라 지방자치단체를 代位하여 손해배상청구를 할 수 있다.⁷⁵⁾ 代位請求는 금지청구에 대하여 宣言的 判決 등을 포함한 2차적 구제수단이다.

(2) 衡平法上 救濟: 禁止命令(Injunction)

형평법원은 제정법상 형평법원의 권한을 제한하는 규정이 없는 때에는 위법한 조세의 부과·징수, 위법한 공금의 지출·차입, 공공재산의 위법한 처분·낭비 등으로 납세자의 회복불능한 손해를 방지하기 위하여 신속한 조치를 취할 필요가 있고 보통법상 적절한 구제수단이 없는 경우 이러한 행위를 금지할 수 있다. 또한 형평법원은 위법하게 지출된 공금의 반환(restitution), 위법하게 양도된 공공재산의 반환, 위법 내지 무권한으로 체결된 공공계약의 해제, 피과

73) Smith v. Government of Virgin Islands(CA3 Virgin Islands) 329 F2d 131; Queens County Water Co. v. Monroe, 83 App Div 105, 82 NYS 610.

74) Emmanuel S. Tipon, *supra* note, 23, §40, p.250.

75) *Ibid.*

세구역 납세자에게 위법하게 重課稅하도록 하는 잘못된 판결의 파기 등에 대해서도 구제를 할 수 있다.⁷⁶⁾

위법하게 지출된 금액은 일반적으로 상당히 고액이며 공무원 개인에게 손해 배상을 청구하더라도 사실상 원상회복이 불가능한 경우가 많다. 위법한 공금지출이 있기 전에 이를 제한 또는 금지하는 것이 보다 현실적이고 신속한 구제룰 도모하는 것이 된다. 따라서 금지명령은 가장 일반적이고 본질적인 형평법상 구제형식이다.⁷⁷⁾

금지명령은 형평법상 구제방법이기 때문에 普通法上的 구제가 적절하지 않는 경우(no adequate remedy at law), 즉 금지명령을 하지 아니하면 납세자에게 회복불능한 손해(irreparable injury)가 발생하는 경우에만 인정된다.⁷⁸⁾ 금지명령은 일반적으로 일정한 행위의 금지, 즉 소극적인 직무명령을 내용으로 하는 禁止的 禁止命令(prohibitory injunction)이 보통이지만 항상 그러한 것은 아니며 적극적인 직무를 내용으로 하는 作爲命令的 禁止命令(mandatory injunction)도 있다. 또한 납세자는 중국판결을 하기 전에 소송의 대상이 되고 있는 사항이 집행되는 것을 방지하기 위한 잠정적 예방조치로서 豫備的 禁止命令과 一時的 緊急禁止命令을 청구할 수 있다.

금지명령의 발급여부는 법원의 합리적 재량사항이다. 법원은 금지명령이 형평법상 구제이기 때문에 원고의 이익뿐만 아니라 금지명령으로 피고가 받는 불이익도 고려하여 발급여부를 결정한다.⁷⁹⁾

(2) 權限開始命令(Que warranto)

權限開始命令은 보통법상 大權令狀(prerogative writ)의 하나로서 공직에 취임하고 있는 자의 권한과 자격의 충족여부를 다투는 경우의 구제수단이다. 권한개시명령은 일반적으로 제정법에 의하여 규율되기 때문에 납세자가 권한개시명령에 의한 구제를 받기 위해서는 제정법의 규정이 있어야 한다. 많은 판례는 제정법이 정하는 바에 따라 공무원의 권한을 다투는 납세자에게 권한개시명령의 구제를 허용하고 있으나 출소권을 법무장관에게만 인정하는 주, 사법장관

76) *Ibid.*, §41, p.251.

77) Comment, *supra* note 17, p.907.

78) Emmanuel S. Tison, *supra* note, 23, §41, p.251.

79) *Ibid.*

이 출소를 거부한 경우에 한하여 납세자에게 출소권을 부여하는 주도 있다.⁸⁰⁾

(3) 職務執行命令(Mandamus)

직무집행명령의 대상은 羈束的으로 직무를 수행할 의무가 있는 공무원이 직무를 태만하는 때에 공적 의무의 집행을 구하는 것이다. 따라서 공무원의 재량행위는 직무집행명령의 대상이 되지 않는다. 납세자는 공무원이 법에 따른 조세의 부과·징수를 태만하는 때, 법에서 금지하는 행위를 방치하고 있는 때에 직무집행명령에 의한 구제를 청구할 수 있다.⁸¹⁾

납세자는 직무집행명령의 구제를 청구함에 있어 그 결과에 대한 자기의 특별한 이익 내지 법적 권리를 주장할 필요는 없다. 단지 시민 내지 납세자로서 쟁점이 되는 직무의 집행에 관심이 있다는 것을 주장하는 것으로 충분하다. 납세자는 소송을 제기하기 전에 공무원이 법률을 위반할 것을 기다릴 필요가 없으며, 공무원이 법에 위반할 의사를 표명하고 있으면 직무집행명령의 구제를 청구할 수 있다.⁸²⁾

(4) 禁止令狀(Writ of Prohibition)

禁止令狀은 상급법원에 대하여 하급법원, 준사법기관의 권한일탈행위의 금지를 청구하는 것이다. 납세자는 다른 사람과 구별되는 특별한 손해를 주장함이 없이 지방자치단체의 기관에 금지의 청원(petition)을 할 수 있다.⁸³⁾ 또한 납세자는 자기가 거주하는 市憲章의 개정과 관한 소송에서 기록상 관할권이 없음이 명백한 경우 사전에 당해 법원이나 판사에게 소송절차의 증지를 요구함이 없이 관할권이 없이 행하는 법원이나 판사에 대한 금지영장의 소를 제기할 수 있다.⁸⁴⁾

(5) 宣言的 判決(Declaratory judgement)

선언적 판결은 권한, 법적 지위 등이 불안정한 때에 확인을 구하는 소송으로 제정법에 의하여 인정되는 구제방법이다. 선언적 판결에 의한 구제여부는 법원

80) *Ibid.*, §42, p.253.

81) *Ibid.*, §43, p.254.

82) *Ibid.*, §43, p.255. *Bancroft v. Building Comr. of Boston*, 257 Mass 82, 153 Ne 319.

83) *Baier v. St. Albans*, 128 W Va 630, 39 SE2d 145.

84) *St. Marys v. Woods*, 67 W Va 110, 67 SE 176.

의 재량사항이다.

납세자는 지방자치단체가 조세를 부과하거나 공금을 지출하고자 하는 경우 제정법이나 조례의 유효성에 관한 선언적 판결을 구할 충분한 이익이 있다. 납세자는 사용목적과 다른 목적으로 공공재산을 사용하려는 지방자치단체의 행위의 적법성에 관한 선언적 판결을 구하는 소송을 제기할 수 있다.⁸⁵⁾ 이와 같이 선언적 판결에 의한 구제는 조세의 부과·징수관계법 및 조례의 효력을 다투는 경우 뿐만 아니라 공공재산의 처분과 공무원 행위의 적법성을 다투는 경우에도 이용된다. 그러나 일부 판례는 납세자가 문제의 법률, 조례 및 공무원의 행위로 부담이 증가할 것을 입증하는 경우에 선언적 판결을 구하는 원고적격을 인정하는 것도 있다.⁸⁶⁾

(6) 記錄移送令狀(Certiorari)

記錄移送令狀은 大權令狀의 하나로서 상급법원이 하위기관(하급법원, 준사법기관)이 취급하는 사건에 대한 관할권 유무와 절차상 권한일탈 유무를 확인하기 위하여 정식기록의 移送를 명하는 것이다. 납세자는 사법적 기능을 수행하는 위원회의 무권한 내지 권한을 일탈하는 행위에 의하여 자기의 이익에 영향을 받는 때에는 기록이송영장에 의한 당해 심판을 심사할 것을 청구할 수 있다. 그러나 납세자는 제정법의 규정이 없는 경우 다른 모든 사람과 공통되지 않는 고유한 이익을 입증하지 않는 한 기록이송영장을 구하는 소송을 제기할 수 있는 자격이 부여되지 않는다.⁸⁷⁾

6. 救濟의 制限

(1) 衡平性 및 禁反言의 原則

가. 衡平性(equitableness)

법원은 납세자가 구하는 구제를 하는 것이 형평에 맞지 않는 때에는 납세자 소송에 의한 구제를 거부할 수 있다. 따라서 공금지출의 금지, 위법한 계약에

85) *Hermosa v. Superior Court*, 231 Cal App 2d 295, 41 Cal Rptr 796.

86) Emmanuel S. Tipon, *supra* note 23, §46, p.257.

87) *Ibid.*, §44, p.256.

근거하여 지급된 공급의 회복, 지방자치단체에 속하는 소송원인을 집행하는 소송에서 납세자가 구하는 구제를 하는 것이 형평성에 맞지 않는 때에는 구제가 거부된다.88)

나. 禁反言의 原則(estoppel)

禁反言의 原則은 묵인(acquiescence) 기타 행위에 의하여 지방자치단체 또는 공무원 행위의 합법성을 다투는 납세자소송에도 적용된다. 그러나 금반언의 원칙은 개인이 자기를 위하여 제기하는 소송의 경우와 같은 정도로 엄격하게 적용되지 않는다.89) 납세자소송은 지방자치단체 또는 납세자 전체의 이익 실현을 위하여 행하는 것이기 때문에 개별 행위자의 일정한 先行行爲를 이유로 禁反言의 原則을 적용할 이유가 없기 때문이다.90) 조례의 제정에 찬성한 의원도 납세자의 지위에서 조례의 위법성을 다퉴 수 있다.91)

(2) 懈怠(laches)

懈怠(laches)라 함은 권리의 행사를 태만하는 것을 말한다. 懈怠의 原則(doctrine of laches)은 형평법상 확립된 원칙으로 권리행사에 있어 지연 내지 해태에 대하여 책임을 지우고 양심, 선의 및 상당한 주의를 요구하며 이를 결하는 경우에는 보호를 하지 아니하는 원칙을 말한다.92)

납세자가 출소를 불합리하게 지연한 경우 여러 가지 상황을 고려하여 해태에 해당하는 때에는 형평법상의 구제를 받을 수 없게 된다. 법원은 소송청구시까지의 시간경과 또는 지연, 납세자의 위법사실의 인식 또는 인식결여, 소송원인의 발생시부터 소송제기까지의 상황변화, 납세자의 승소에 의한 지방자치단체, 그 상대방 기타 제3자에 대한 영향 등을 고려하여 懈怠의 原則의 적용여부를 결정한다. 위법한 계약의 집행, 사업의 시행후의 소송의 제기 등이 전형적인 해태에 해당한다.93)

88) *Ibid.*, §34, p.244.

89) *Thornton v. Ridgewood*, 17 NJ 499, 111 A2d 899.

90) Emmanuel S. Tipon, *supra* note 23, §38, p.249.

91) *Stadler v. Fahey*, 87 Ill. App 411.

92) Emmanuel S. Tipon, *supra* note 23, §37, p.246.

93) *Ibid.*, pp.246~248.

그러나 납세자소송에 있어서는 얼마간의 지연은 해태에 해당하지 않는다. 또한 납세자가 위법한 행위가 있다는 것을 알았더라도 통지(notice)가 없ed 경우에는 소송제기전에 상당한 기간이 경과하였더라도 이 원칙은 적용되지 않는다.⁹⁴⁾ 또한 해태의 원칙은 지방자치단체의 위법한 지출이 있고 이러한 사실이 公衆에게 공개되어 언제라도 조사할 수 있었다는 이유만으로는 실제로 이러한 사실을 알지 못한 납세자에게 적용되지 않는다. 납세자는 항상 공적 기록을 조사할 의무가 있는 것은 아니며 자기가 선거한 대표와 기관이 공적 직무를 성실하게 수행하고 있다는 것을 추정하는 권리가 있기 때문이다.⁹⁵⁾

(3) 公益의 主張

납세자소송은 납세자를 불성실한 공무원으로부터 보호하고 행정의 부정부패를 교정하는 수단으로 공익실현을 목적으로 한다. 따라서 원고 이외의 납세자는 전혀 이해관계가 없는 순수한 개인적 권리의 실현 내지 구제를 위한 납세자소송은 허용되지 않는다. 한편 납세자소송의 訴權은 일반적으로 아주 예외적으로 보다 큰 公益을 위하여 제한된다.⁹⁶⁾

(4) 納稅者의 動機 또는 善意(good faith)

일반적으로 납세자소송에서 원고의 소송 동기는 중요하지 않다. 원고는 납세자의 지위에서 소송을 행하는 것이고 소송목적이 공익보호에 있기 때문이다. 법원은 납세자인 원고가 법적으로 소송을 제기할 수 있고 청구하는 구제에 대하여 권리가 있는 때에는 구제를 하여야만 한다. 법원은 원고가 자기 자신의 자유로운 의사와 납세자로서의 자기 자신의 이익을 위하여 행동하고 있는가를 조사할 수 없기 때문이다. 따라서 원고의 동기가 납세자의 이익을 추구하기 보다는 정치적 주장의 관철에 있는 경우에도 구제를 저지하는 사유가 되지 않는다.⁹⁷⁾

그러나 동기가 중요시되는 경우도 있다. 법원은 소송이 납세자 또는 지방자치단체를 보호할 목적으로 제기된 것이 아니라 지방자치단체에 대하여 추가적

94) *Pugnier v. Ramharter*, 275 Wis 70, 81 NW2d 38, 71 ALR 2d 522.

95) *Johnson v. Black*, 103 Va 477, 49 SE 633.

96) Emmanuel S. Tison, *supra* note 23, §34, p.243.

97) *Ibid.*, §32, pp.241~242.

부담을 부과하려는 은닉된 동기에서 제기된 때,⁹⁸⁾ 소송원인이 가치가 있더라도 소송을 제기한 납세자가 원고적격이 전혀 없는 다른 사람을 위하여 假裝 또는 명목상의 원고로서 소송을 제기하는 때⁹⁹⁾ 등의 경우에는 구제를 하지 않는다.

7. 辯護士費用·保證金の納付 및 勝訴原告에 대한 報償金

(1) 序說

납세자소송은 위법한 공금지출·재산처분, 공금의 낭비 등을 방지하여 납세자의 일반이익을 보호하고 행정의 부패를 방지하는 공익소송으로 중요한 기능을 수행한다. 그러나 동시에 납세자소송이 남용되는 경우 공공계획의 지연 등 행정의 지연과 위축을 가져올 수 있으며, 법원에게 과중부담을 초래할 수 있다. 더구나 본질적이고 중요한 문제는 납세자소송이 주민 내지 납세자집단의 정의실현을 위한 고도의 政策志向的 訴訟¹⁰⁰⁾의 성격이 있기 때문에 납세자소송의 시민소송화는 법원으로 하여금 超立法部的인 역할을 하게 함으로써 정치·행정부문의 무책임·창조성의 결여를 초래할 우려가 있다.¹⁰¹⁾

따라서 납세자소송의 필요성과 역할의 중요성을 충분히 고려하면서 동시에 그 남용을 방지할 필요가 있다. 미국에서 납세자소송의 남용을 방지하기 위하여 위에서 본 권한있는 공무원에 대한 소송제기의 요구 및 거절과 같은 전치절차, 출소기간, 懈怠(laches) 등 납세자소송을 제약하는 조치 내지 법리가 있지만 현실에 있어 납세자소송의 남용을 사실상 규제하는 것은 변호사비용, 소송제기를 위한 보증금의 납부와 같은 금전상의 제약이다. 동시에 납세자소송의 역할을 고려하여 납세자의 소송제기를 유인하기 위한 승소원고에 대한 변호사비용의 회복, 보상금과 같은 금전적 유인조치를 마련하고 있다.

98) Nathan v. O' Brien, 177 App Div 664, 102.

99) Stubbs v. Aurora, 160 Ill App 351; Commissioners of Highways v. Deboe, 43 Ill App 25.

100) 趙淵泓, "住民訴訟의 立法", 『公法研究』, 제22집 3호(1994), 143면. 현대 행정재판의 정책형성기능 일반에 대한 것은 徐元宇, "公共訴訟에 관한 研究(1)", 『法學』 제26권 1호(1985), 106~110면 참조.

101) Mains, "California Taxpayers' Suits: Suing State Officers Under Section 526 of the Coder of Civil Procedure", *Hast. L. J.* 28(1976), p.503.

법의 실현에 있어 개인의 역할이 매우 중요시 되고 있는 미국에서 이러한 문제를 고찰하는 것은 납세자소송을 정확하게 이해하는데 매우 중요한 것이다.

(2) 辯護士費用의 回復

미국의 경우도 일반원칙으로 승소한 원고는 소송비용의 상환을 청구할 수 있다. 그러나 승소당사자는 패소당사자에게 소송비용의 형식이든 손해배상의 형식이든 소송에 소요된 변호사비용을 청구할 수는 없는 辯護士費用 各自負擔이라는 미국 독자의 원칙이 확립되어 있다.¹⁰²⁾

이와 같이 辯護士費用 各自負擔의 原則은 공익보호를 목적으로 하는 납세자소송을 제한하는 작용을 한다. 그러나 이 원칙은 공익소송을 장려하기 위한 다양한 例外措置(exceptions)에 의하여 승소원고에게 변호사비용을 지급하는 방향으로 변화하고 있다.¹⁰³⁾

일부 州에는 납세자소송에 호의적으로 제정법의 형식으로 승소원고에 대한 변호사비용의 회복을 규정하고 있다. 대표적인 법률로는 New York州 財政法을 들 수 있다.¹⁰⁴⁾ New York州 이외에 제정법의 형식으로 납세자소송의 승소원고에 대한 변호사비용의 회복을 규정하고 있는 주로는 Arizona州,¹⁰⁵⁾ Indiana州,¹⁰⁶⁾ Michigan州,¹⁰⁷⁾ Ohio州,¹⁰⁸⁾ Wisconsin州,¹⁰⁹⁾ Oklahoma州¹¹⁰⁾ 등이 있다.

그러나 많은 주에서는 이와 같은 州法을 제정하고 있지 않으며 주로 판례에

102) 영국에서는 변호사비용을 패소자가 부담하는 원칙이 확립되어 있는 것에 대하여 영국법을 계수한 미국에서 이와는 달리 변호사비용을 각자 부담하는 것이 원칙으로 확립되게 된 것에 대해서는 다양한 요인이 지적되고 있다. 미국에서 변호사비용 각자부담원칙의 역사적 배경 등에 관해서는 see. *Alyeska Pipeline Serv. Co. v. Wilderness Society*, 421 U.S. 240, 270~271(1975); *F. D. Rich Co. v. United States ex rel. Indus. Lumber Co.*, U.S. 116, 126~131(1974).

103) 변호사비용의 상환은 납세자소송에 한하여 독자적으로 인정되는 것은 아니며, 납세자소송을 포함한 공익소송 일반에 대하여 다양한 예외조치가 강구되고 있다.

104) N. Y. State Fin. Law §123-g.

105) Ari. Rev. State Ann. §35-213.

106) Ind. Code Ann. §36-2-6-13(b).

107) Mich. State Ann. §27A, 308(1)(b).

108) Ohio Rev. State Ann. §271. 04(8).

109) Wis. State Ann. §271.04(8).

110) Okla. State Ann. tit. 62, §373.

의한 例外措置를 인정하고 있다.¹¹¹⁾ 형평법상 변호사비용의 회복에 대한 근거로는 不誠實法理에 의한 例外措置(bad faith exception), 共同利益의 法理에 의한 例外措置(common benefit exception) 및 私的 法務長官의 法理에 의한 例外措置(private attorney general exception)가 있다.

연방대법원은 1975년 Alyeska Pipeline Service Co. v. Wilderness Society事件에서 의회권한의 침해를 이유로 사적 법무장관의 법리에 의한 예외조치의 승인을 명확히 거부하였다.¹¹²⁾ 이 판결은 聯邦政府와 州를 피고로 하는 납세자소송과 같은 공익소송의 제기에 매우 부정적인 영향을 미치는 것이라고 할 수 있다. 그러나 모든 州가 聯邦大法院이 승인하고 있는 형평법상 예외조치를 인정하는 것은 아니며¹¹³⁾ 변호사비용 각자부담의 원칙을 채용하고 있는 州도 예를 들어 Washington州와 같이 연방대법원 이상으로 예외조치를 확장하고 있는 州가 있다.¹¹⁴⁾ 또한 California州 大法院과 같이 위 판결 이후에도 독자적으로 私的 法務長官의 法理에 의한 例外措置를 승인하는 州도 있다.¹¹⁵⁾

(3) 保證金の 納付

변호사비용과 함께 납세자소송을 실질적으로 제한하는 기능을 하는 것이 소송제기를 위한 보증금의 납부이다. 납세자소송의 제기는 행정의 신속성, 능률성을 저해하는 경우가 있다. 경우에 따라서는 행정을 방해할 목적으로 납세자소송을 제기하는 경우도 있을 것이다. 따라서 일부 주에서는 납세자의 남소를 방지하기 위하여 제정법이 정하는 바에 따라 납세자소송을 제기하는 원고가 패소하는 경우 피고의 소송비용과 소송의 계속으로 일반시민이 받는 손해를 충분히 담보할 수 있는 보증금을 납부하도록 하고 있다.¹¹⁶⁾ 원고가 보증금을 납부

111) Comment, *supra* note 17, p.977.

112) Alyeska Pipeline Service Co. v. Wilderness Society, 241 U. S. 245~271.

113) 예를 들어 California州는 不誠實法理에 의한 例外措置를 인정하지 않는다.

114) Todd, "Attorneys' Fees - Public Interst Law- Beyond Alyeska: Creating a Workable Private Attorney General Exception - Alyeska Pipeline Service Co. v. Wilderness Society, 241 U. S. 240(1975)", *Wash. L. REV.* 51(1976), p. 1063.

115) Serran v. Priest, 20 Cal 3d 25, 569 P 2d 1303, 141 Cal Rptr 315; Woodland Hills Residents Ass'n v. City Council, 23 Cal 3d 917, 930-31, 593 P 2d 200, 206, 154 Cal Rptr 503, 509.

116) Ariz. Rev. State Ann. §11-642; Ark. State Ann. §84-1613; Ill. Rev. State ch. 24, §1-5-1; Mich. State Ann. §5. 3281; N.Y. State Fin. Law §123-d;

하여야 함에도 불구하고 보증금을 납부하지 아니하는 때에는 소송은 각하(dismissal)된다.¹¹⁷⁾

일반적으로 보증금액이 적정한 경우에는 납세자의 訴訟提起의 誠實性(good faith)을 담보할 수 있기 때문에 無用한 行政遲延과 지방자치단체나 그 공무원이 고비용의 소송에 휘말리는 사태를 방지할 수 있을 것이다.¹¹⁸⁾ 그러나 보증금액이 지나치게 고액인 경우에는 대표자격으로 제기하는 납세자소송의 원고에게 지나치게 가혹한 것이 될 수 있다. 즉, 소송을 제기할 만한 가치는 있으나 승소가능성이 불명확한 경우에는 보증금 때문에 소송을 제기하지 않는 등 성실하지만 경제적 여유가 없는 납세자의 소송제기를 사실상 봉쇄할 위험성이 있다. 원고가 패소한 경우 보증금을 반환받을 수 없는 때에는 더욱 그러하다.¹¹⁹⁾

따라서 濫訴의 防止와 납세자의 성실한 소송의 촉진이라는 대립적 이익을 조정할 필요가 있다. 이의 조정을 위해 납세자에게 보증금을 담보로 제출하도록 할 것인가의 여부를 법원의 재량으로 결정할 수 있도록 하는 주,¹²⁰⁾ 원고납세자가 一應의 證據(prima facie evidence)를 제시하지 못하는 때에 보증금의 납부를 명하도록 하는 주,¹²¹⁾ 승소원고에게 소송비용을 지급하여 보증금의 부

Ohio. Rev. Code Ann. §309. 13; Okla. State Ann. tit. 62, §373; Kan. State Ann. §60-907.

117) Emmanuel S. Tipon, *supra* note 23, §58, p.276. 예를 들어 New York州 재정법 §123-d는 법원은 피고의 청구 또는 직권으로 원고에게 2,500달러를 넘지 않는 범위에서 보증금의 납부를 명할 수 있고, 원고가 보증금납부의 명령을 받은 날로부터 60일 이내에 보증금을 납부하지 아니하는 때에는 피고의 청구에 따라 소송을 각하하고, 피고에게 비용을 지급할 수 있다고 규정하고 있다.

118) 납세자소송의 원고에게 보증금을 납부하도록 하는 것에 대해서는 재판받을 권리와 관련하여 헌법상의 문제가 발생할 수 있다. 그러나 1960년 비록 州判例이지만 납세자소송에 있어 보증금의 납부는 합헌판결을 받았다(Gram v. Shoreview 259 Minn. 145, 106 NW2d 553, 89 ALR2d 325).

119) Emmanuel S. Tipon, *supra* note 23, §58, p.278. 예를 들어 Ariz. Rev. State Ann. §11-642에 의하면 원고납세자는 피고의 일체의 손해 및 소송비용의 지급에 관한 보증을 하여야 한다고 규정하고 있다. Ill. Rev. State ch. 24, §1-5-1은 원고납세자는 모든 소송비용에 관한 보증을 하여야 하며 지방자치단체가 패소하는 경우에도 소송비용 전액을 부담하여야 한다고 규정하고 있다. Mich. State Ann. §5. 3281에 의하면 원고납세자는 공금의 회복을 구하는 소송에서 패소할 경우 소송비용 및 경비의 전액을 부담하여야 한다고 규정하고 있다.

120) Kan. State Ann. §60-907; N.Y. State Fin. Law. §123-d.

121) Comment, "Taxpayers' Suits: Standing Barriers and Pecuniary Restraints",

답을 완화하는 주¹²²⁾ 및 승소원고에게 보상금을 지급하여 이해를 조정하는 주가 있다.¹²³⁾

(4) 勝訴原告에 대한 報償金

납세자소송에서 승소하는 경우 원고의 공헌으로 공공재산과 함께 범질서가 회복되고 일반 납세자의 이익이 보호된다. 따라서 원고납세자의 노고에 보상하고 이러한 소송을 장려하기 위하여 보상금(reward)의 지급을 규정하는 법률을 제정하고 있는 州가 있다.

예를 들어 North Carolina州는 회복되는 이익의 3분의 1 이하의 범위에서 500달러 이하의 장려금을 지급하고 있으며¹²⁴⁾ Oklahoma州는 위법행위를 한 공무원에게 2배의 배상의무를 지우고 회복되는 이익의 ½을 보상금으로 지급하도록 하고 있다.¹²⁵⁾

8 判決의 效力

시민·납세자의 이익과 관련된 사항에 대해서는 지방자치단체 또는 그 공무원에 대한 판결은 승소판결·패소판결을 불문하고 당사자가 아니었던 시민·납세자에게도 실질적인 당사자로서 판결의 기판력이 미친다. 그러나 원고가 공모하여 소송에서 패소한 때에는 당사자 이외의 시민에게는 판결의 기판력이 미치지 않는다. 원고의 이익이 당사자가 아니었던 시민의 이익과 상반하는 때에도 또한 같다.

Ⅲ. 日本의 住民訴訟

1. 住民訴訟制度의 沿革

(1) 일본의 주민소송제도는 미국의 납세자소송을 모델로 하여 1948년 지방자치법 제2차 개정에 의하여 도입된 것이다.¹⁾ 미국의 납세자소송제도를 도입한

Temp. L. Q. 59(1986), pp.975~976.

122) Ariz. Rev. State Ann. §11-642; Mich. State Ann. §5. 3281.

123) Okla. State Ann. tit. 62, §373.

124) N. C. Gen. State §128-10.

125) Okla. State Ann. tit. 62, §372, 373.

취지는 지방자치단체의 공무원에 의한 위법·부당한 재무회계행위의 예방·교정을 도모하여 주민전체의 이익을 옹호하기 위하여 주민에게 감사청구권 및 소권을 부여하는 것에 있었다. 현재 도입된지 50여년이 지난 주민소송제도는 주민자치의 이념에 입각하여 주민이 주민행정을 감시하는 강력한 수단으로 널리 활용되고 있다.²⁾

(2) 舊地方自治法 제242조의 2는 주민은 『보통지방자치단체의 장, 출납장, 收入役 기타 직원』이 『공금의 위법 또는 부당한 지출이나 낭비, 재산의 위법 또는 부당한 처분, 특정한 목적을 위하여 준비된 공금의 목적외 지출, 위법한 채무 기타 의무의 부담, 재산 또는 영조물의 위법한 사용 및 위법 또는 권한을 일탈하는 계약의 체결이나 이행』을 하는 경우에는 감사위원회에 『당해 행위의 제한 또는 금지에 관한 조치』를 강구할 것을 청구할 수 있다고 규정하였다(동조제1항). 그리고 청구인은 『감사위원 또는 장의 조치에 불복이 있거나 이들이 조치를 강구하지 아니하는 때에는 당해 직원의 위법 또는 권한을 일탈한 당해 행위의 제한이나 금지 또는 취소나 무효 및 이에 수반하는 당해 지방자치단체의 손해의 전보에 관한 판결을 구할 수 있다』고 규정하였다(동조제4항).

그러나 이 규정은 미군정의 지도하에 매우 단기간에 치밀한 검토가 없이 입법화되었기 때문에 법문상 입법기술이 매우 조잡하고 전체적으로 번역조가 강하여 정확한 이해가 곤란하였다고 한다. 이로 인하여 해석·운용상 의문이 속출하고 감사위원이나 법원도 제도의 운영에 상당한 어려움이 있었다고 한다.³⁾

(3) 당시 특히 문제가 된 것은 첫째, 소송의 기본적 성격과 지위가 불명확하다는 점, 둘째, 소송 대상이 매우 한정적이고 법문상 중복이 있다는 점, 셋째, 감사청구와 소송과의 관계가 불분명하다는 점, 넷째, 소송의 종류가 매우 한정되어 있고 각 소송의 요건·효과 등에 의문의 여지가 많다는 점, 다섯째,

1) 일본 주민소송제도의 입법과정 및 연혁에 대한 자세한 것은 李京玉, “日本 住民訴訟에 관한 研究”(全北大 博士學位論文, 1998), 8면 이하; 李載參, “住民訴訟에 관한 研究: 日本 住民訴訟을 中心으로”(檀國大 博士學位論文, 1992), 78면 이하 참고.

2) 成田頼明, “住民訴訟: 制度の回顧と展望”, 『ジュリスト』 제941호(1989.9.15), 17면.

3) 그 결과는 제도의 운영현황에서도 확인할 수 있다. 1948년부터 1963년까지 제1심에서 인용된 건수(일부인용을 포함)는 7건, 기각 24건, 각하 11건이었으며, 항고심에서 주민이 승소한 것은 5건, 패소는 11건이며 상고심에서 주민이 승소한 건수는 단 1건에 지나지 않고 패소는 5건이었다(河合義和·西原雄二, “住民訴訟の立法過程に關する考察”, 『日本法學』, 제57권 제2호(1991), 68면).

감사청구 및 소송절차가 현저히 불비하다는 점 등이다.⁴⁾

이러한 문제점을 개선하기 위하여 1963년 지방자치법을 개정하였으며 명칭도 『주민소송』으로 법정하여 오늘에 이르고 있다. 1963년의 제도개혁은 규정의 불명확성과 해석상 의문을 가능한한 제거하여 주민의 청구가 쉽게 수용될 수 있도록 규정을 명확화하고 절차를 정비하는 것에 중점을 두어졌다. 이 개정에 의하여 주민소송의 『日本的 變容』이 이루어졌으며 제도의 확충과 절차정비의 목적은 일응 달성되어 지방화시대를 맞이 하여 주민소송의 제기건수가 크게 증가하는 등 “住民訴訟의 黃金時代”를 맞이하고 있다.⁵⁾

(4) 현행 일본 지방자치법 제242조의2의 주민소송에 관한 규정을 보면 『보통 지방자치단체의 주민은 앞의 조 제1항(주민감사청구에 관한 규정)에 의한 청구를 한 경우에 같은 조 제3항에 의한 감사위원의 감사결과 또는 권고, 같은 조 제7항에 의한 보통지방자치단체의 의회·장 기타 집행기관 또는 직원의 조치에 불복이 있는 경우 또는 감사위원이 같은 조 제3항에 의한 감사 또는 권고를 같은 조 제4항의 기간 안에 하지 아니하는 때에는 법원에 대하여 같은 조 제1항의 청구에 관한 위법한 행위와 해태한 사실에 대해서 다음 각호에 열거하는 청구를 할 수 있다. 다만 제1호청구는 당해 행위로 인하여 보통지방자치단체에 회복이 곤란한 손해가 발생할 우려가 있는 경우에 한하며 제4호청구 중 직원에 대한 부당이득의 반환청구는 당해 직원에게 이익이 현존하는 범위에 한한다.

1. 당해 집행기관 또는 직원에 대한 당해 행위의 전부 또는 일부의 금지청구
2. 행정처분인 당해 행위의 취소 또는 무효확인청구
3. 당해 집행기관 또는 직원에 대한 당해 태만한 사실의 위법확인청구
4. 보통지방자치단체를 대위하여 행하는 당해 직원에 대한 손해배상의 청구 또는 부당이득반환의 청구 및 당해 행위 또는 태만한 사실과 관련된 상대방에 대한 법률관계부존재확인청구, 손해배상청구, 부당이득반환청구, 원상회복청구, 방해배제청구』를 규정하고 있다(동 조제1항).

그리고 같은 조 제2항과 제3항에서는 청구기간, 제4항에서는 별소의 금지, 제5항 재판관할, 제6항 주민소송에 행정사건소송법 제43조의 준용, 제7항에서

4) 이에 대한 자세한 것은 成田頼明, 앞의 글(fn. 2), 17~18면; 河合義和·西原雄二, 위의 글, 55면 이하 참고.

5) 成田頼明, 위의 글, 16면.

는 변호사비용의 회복을 각각 규정하고 있다. 마지막으로 제8항에서는 당해 직원이 승소한 경우의 지방자치단체의 변호사비용의 부담을 규정하고 있다.⁶⁾

2. 當事者

(1) 原告適格

주민소송의 원고가 될 수 있는 자는 지방자치단체의 주민으로서 감사청구를 한 자이다(동법 제242조의2 제1항). 감사청구를 한 주민은 ① 감사위원의 감사 결과나 권고에 불복이 있는 경우, ② 권고를 받은 기관 또는 직원의 조치에 불복이 있는 경우, ③ 감사위원이 감사청구가 있는 날로부터 60일 이내에 감사 또는 권고를 하지 않는 경우, ④ 권고를 받은 기관 또는 직원이 당해 권고에 표시된 기간 안에 필요한 조치를 강구하지 아니한 경우에 출소할 수 있다. 감사청구를 한 주민은 1인이라도 주민소송을 제기할 수 있으며 법인도 원고적격이 있다. 주민감사청구를 하지 아니한 자는 소송참가만 할 수 있다.

(2) 被告適格

가. 禁止請求의 被告(1號請求)

금지청구의 피고는 “집행기관 또는 직원”이다. 즉, 금지청구의 대상이 되는 당해 행위를 할 수 있는 권한이 있는 지방자치단체의 집행기관 또는 보조기관으로서의 직원이다. 따라서 지위의 승계가 있어도 피고변경은 발생하지 않고 그 職에 새롭게 취임한 자가 피고가 된다.⁷⁾

나. 取消 및 無效確認請求의 被告(2號請求)

취소 및 무효확인청구의 경우 행정처분을 한 행정청이 피고가 된다.

다. 怠慢事實의 違法確認請求(3號請求)

태만사실의 위법확인청구의 피고는 공금의 부과·징수 또는 재산의 관리를

6) 이 규정은 1992년 지방자치법의 개정에 의하여 추가된 것이다.

7) 李京玉, 앞의 글(fn. 1), 86면.

위법하게 해태하고 있는 집행기관 또는 직원이다. 여기서 직원은 사인으로서의 직원이 아니라 권한이 있는 행정기관으로서의 직원이다.

라. 代位請求(4號請求)

대위청구는 지방자치단체가 당해 직원 또는 당해 위법한 행위나 해태한 사실의 상대방에 대하여 청구권이 있음에도 불구하고 이를 적극적으로 행사하지 않는 경우에 주민이 지방자치단체를 대위하여 청구하는 것이다. 따라서 대위청구의 피고는 당해 직원, 위법행위 및 태만한 사실의 상대방이 피고가 된다.

(ㄱ) 當該 職員

직원에 대한 대위청구는 직원 개인의 책임을 추궁하여 지방자치단체의 손해를 회복을 도모하는 것이기 때문에 행정기관으로서의 직원이 아니라 “개인으로서의 직원”이다.

(ㄴ) 違法行爲 및 怠慢한 事實의 相對方

지방자치단체도 제3자이면 여기서 말하는 상대방이 될 수 있다. 위법 또는 해태한 사실의 직접적인 상대방뿐만 아니라 그 밖의 자도 이에 포함된다. 또한 직원은 여기서의 상대방에 포함되지 않는다는 견해도 있으나⁸⁾ 지방자치단체가 직원 개인에 대해서 갖는 손해배상청구권을 적절하게 행사하지 않는 경우 당해 직원은 해태한 사실의 상대방이 될 수 있다.⁹⁾

3. 住民訴訟의 對象

(1) 財務會計上 行爲

주민소송은 민중소송이기 때문에 대상은 법정된 것에 한하다. 따라서 주민소송의 대상이 되는 행위는 원칙적으로 지방자치법 제242조 제1항에 규정된 위법한 ① 공금의 지출, ② 재산의 취득·관리·처분, ③ 계약의 체결·이행, ④ 채무 기타 의무의 부담, ⑤ 공금의 부과·징수를 해태한 사실, ⑥ 재산의 관리를 태만히 하는 사실 등 소위 財務會計上의 行爲(財務事項)에 한정된다.

8) 佐藤英善, 『住民訴訟の理論と實務』(學陽書房, 1986), 89면.

9) 原田尙彦·兼子仁, 『自治體行政の法と制度』(學陽書房, 1980), 206면.

가. 公金의 支出

(㉑) 공금이란 법령상 당해 지방자치단체 내지 그 기관이 관리하는 현금·유가증권 등을 말하며, 단지 사실상 보관하고 있는 것인 경우에는 공금이 아니다. 공금의 지출이란 지출부담행위, 지출명령, 지출을 모두 포함한다.¹⁰⁾ 공금의 지출은 그 성격상 모두 재무회계상 행위이기 때문에 공금지출에 관한 주민소송이 가장 많으며 그 중에서도 대위소송이 가장 많이 제기되고 있다.

(㉒) 지출부담행위란 지방자치단체의 지출의 원인이 되는 계약 기타 행위를 말한다(일본 지방자치법 제232조의2). 지출부담행위는 지출명령과는 별개의 것으로 지방자치단체가 지급할 의무를 지는 최초의 예산집행행위이다.¹¹⁾ 지출부담행위는 행정처분·계약 등 지출의 원인이 되는 행위이므로 주민소송의 대상이 될 수 있으며 금지청구·대위청구가 가능하고 특히 행정처분인 경우에는 취소 및 무효확인청구도 가능하다.¹²⁾

(㉓) 지출명령이란 장 또는 위임받은 직원이 지출부담행위와 관련한 금전채무의 채권자 및 금액을 확정하여 이행기가 도래하였을 때 출납기관에게 위 채무액의 지출을 명하는 행위이다(동법 제232조제1항). 지출명령은 행정조직내부의 행위이기 때문에 금지청구 및 대위청구의 대상은 되지만 취소 및 무효확인청구의 대상은 되지 않는다. 취소 및 무효확인청구의 대상은 행정처분인 당해 행위에 한정되기 때문이다.

(㉔) 지출이란 출납기관이 지방자치단체에 금전채권을 갖고 있는 자에게 현금 교부 등의 방법으로 지급하는 것을 말한다. 지출은 행정처분의 성격이 없는 비권력적 행위이기 때문에 취소 및 무효확인청구의 대상은 될 수 없고 금지청구 또는 대위청구의 대상이 된다.

나. 財産의 取得 · 管理 및 處分

(㉑) 재산이라고 함은 공유재산, 물품, 채권 및 기금을 말한다(동법 제237조제

10) 關哲夫, “住民訴訟の對象”, 『住民訴訟・自治體爭訟(地方自治法講座 4)』(ぎょうせい, 1990), 125면.

11) 지출부담행위의 구체적인 예로는 공사 등의 도급계약, 급여·퇴직수당 등의 지출결의 등이 이에 해당한다. 그러나 직원의 채용, 생활보호의 개시결정, 출장명령 등은 결과적으로 특정인에게 지방자치단체의 공금지출의무를 발생시키는 행위이지만 그 자체는 직접적으로 의무의 발생을 목적으로 하는 것이 아니기 때문에 재무회계상의 행위는 아니며 지출부담행위에 해당하지 않는다(關哲夫, 위의 글, 125면).

12) 지출부담행위에 관한 판례와 구체적인 내용은 關哲夫, 위의 글, 127~146면 참고.

1항). 동법 제242조제1항이 정하는 『재산의 취득·관리 또는 처분』 및 『재산의 관리를 대만한 사실』에서 말하는 재산은 위 조항에서 말하는 재산과 같은 것으로 이해된다.¹³⁾ 공유재산은 지방자치단체의 소유에 속하는 재산 중 기금을 제외한 부동산, 선박, 용익물권 등 동법 제238조가 정하는 공유재산을 말한다. 따라서 지방자치단체가 관리하더라도 소유하지 않는 재산은 공유재산에 속하지 않는다.

(ㄴ) 재산의 취득이란 행정처분·계약 등에 의하여 지방자치단체에게 재산취득의 효과를 발생시키는 것을 목적으로 하는 집행기관 및 직원의 행위를 의미한다. 그러나 지방자치단체에 대한 遺贈과 같이 지방자치단체에 재산취득의 효과가 있지만 집행기관 또는 직원의 행위가 개입되지 않는 경우는 재산취득에 해당하지 않는다.¹⁴⁾

(ㄷ) 재산의 관리·처분은 재산에 대해서 그 재산가치를 유지·보전 또는 실현을 직접 목적으로 하는 집행기관 또는 직원의 행위를 말한다. 공물관리는 특정 유체물을 일정한 행정목적의 실현에 지장이 없는 상태로 유지하는 작용을 말하며 재산의 관리와 중복되는 부분도 있으나 반드시 일치하는 것은 아니다.¹⁵⁾

다. 契約의 締結과 履行

지방자치단체를 일방당사자로 하는 계약(재산적 처리를 목적으로 하는 것에 한한다)을 체결하는 행위 및 그 이행행위는 주민소송의 대상이 된다. 계약의 이행에 있어 상대방의 이행행위는 일본 지방자치법 제242조 제1항이 “집행기관의 이행”으로 표현하고 있으므로 소극적으로 해석하고 있다.¹⁶⁾

라. 債務 기타 義務의 負擔

채무 기타 의무의 부담이란 지방자치단체에 재산상 의무를 발생시키는 집행기관 또는 직원의 행위를 말한다. 구체적인 금전지급의무를 주로 발생시키는 것은 동시에 지급부담행위에도 해당한다.

13) 關哲夫, 위의 글, 149면.

14) 關哲夫, 위의 글, 149면.

15) 李京玉, 앞의 글(fn. 1), 75면 참고.

16) 李京玉, 위의 글, 77면.

마. 公金의 賦課·徵收를 怠慢한 事實

공금의 부과를 태만한 사실이란 집행기관 또는 직원이 공권력을 사용하여 일방적으로 특정인에게 지방자치단체에 대한 금전지급의무를 부담하도록 하여야 함에도 불구하고 이를 하지 않는 상태를 말한다. 지방세, 분담금, 사용료, 가입금, 수수료, 대집행비용 등은 집행기관 또는 직원이 행정처분의 형식으로 특정인에게 부과할 수 있는 것이므로 그 태만은 공금의 부과를 태만하는 사실에 해당하며, 따라서 태만사실의 위법확인청구뿐만 아니라 집행기관 또는 직원을 피고로 하는 대위청구의 대상이 될 수 있다.

공금의 징수를 태만하는 사실의 의의에 대해서는 다툼이 있다. 第1說에 의하면 공권력으로 징수할 수 있는 지방자치단체의 금전채권에 대하여 집행기관 또는 직원이 정당한 없이 강제징수를 하지 않는 상태를 말한다.¹⁷⁾ 이에 대하여 第2說은 보다 넓게 금전급부를 목적으로 하는 지방자치단체의 권리에 기초한 청구를 집행기관 또는 직원이 방치하고 있는 상태를 말한다.¹⁸⁾ 第2說에 의하면 징수해야 할 대상은 공권력에 의하여 일방적으로 부과된 금전채권에 한하지 않고 강제징수를 할 수 없는 손해배상청구권, 부당이득반환청구권 등의 권리를 행사하지 않는 경우에 이에 해당한다.

第1說은 손해배상청구권 등의 행사태만은 공금의 부과징수를 태만하는 사실이 아니라 후술하는 재산의 관리를 태만한 사실로 본다. 어느 설에 의하는 경우에도 위법확인청구의 대상의 범위가 동일하기 때문에 다툼의 실익은 없으나 부과와 징수의 대상이 일치하는 第1說이 타당하다.¹⁹⁾

공금의 부과·징수란 집행기관이 법령상 의무적인 것에 한정되므로 法定外普通稅의 신설을 내용으로 하는 조례를 제정하지 않는 것은 공금의 부과·징수를 해태한 사실에 해당하지 않는다. 특히 위법하게 해태한 사실에는 집행기관 및 직원의 위법한 부작위나 법령에 의한 작위의무가 부과된 경우에 한정되지 않고 善管義務를 해태하고 있는 등 부작위가 객관적으로 볼 때 정당성을 결여한 경우도 포함된다고 보고 있다.²⁰⁾

17) 橫濱地判 1981. 4.27, 『行集』, 제32권 4호, 698면.

18) 大阪高判 1984. 5. 31, 『行裁集』, 제35권 5호, 679면.

19) 關哲夫, 앞의 글(fn. 10), 159면.

20) 園部逸夫, 『現代行政と行政訴訟』(弘文堂, 1988), 200면.

바. 財産의 管理를 怠慢한 事實

재산의 관리를 태만하는 사실이란 당해 지방자치단체의 재산(일본 지방자치법 제237조제1항이 정하는 공유재산, 물품, 채권 또는 기금)의 관리에 대한 집행기관 또는 직원의 태만을 말한다. 당해 집행기관 또는 직원을 피고로 하는 위법확인청구와 태만한 사실과 관련된 직원 또는 태만한 사실의 상대방을 피고로 하는 대위청구의 대상이 된다. 태만한 사실의 성립은 집행기관 또는 직원의 작위 또는 부작위에 의하여 재산의 재산적 가치에 악영향을 주거나 줄 가능성이 있는 경우에만 성립한다.

(2) 住民訴訟의 擴張

주민소송의 대상은 원칙적으로 앞에서 본 재무회계행위에 한하여 인정되고 비재무회계행위는 그것이 위법한 경우에도 주민소송의 대상이 되지 않는다. 그것은 주민소송의 목적이 지방행정 전반에 대한 적법한 운영을 확보하기 위한 수단이 아니고 재무행정상의 비위의 방지와 시정 또는 회복을 목적으로 하고 있기 때문이다. 그러나 주민소송의 실제 운용에서는 순수한 재무회계상의 위법성시정을 목적으로 함에 그치지 않고 널리 지방행정의 적정한 운영을 법원의 힘을 빌려 확보하려는 경향이 있다. 이를 非財務事項의 間接的 統制 또는 住民訴訟의 擴張이라고 한다.

비재무사항의 간접통제는 주민소송의 대상이 아닌 선행행위 내지 원인행위인 비재무회계행위의 위법성이 후행행위인 재무회계행위에 승계되어 후행행위 그 자체에는 재무회계법규위반이 없으나 위법한 선행행위에 의해서 후행행위도 위법이 되기 때문에 후행하는 재무회계행위를 주민소송의 대상으로 다루는 형태를 취한다. 이것을 주민소송에 있어서 『違法性的 承繼』라고 한다. 위법성의 승계문제는 1호청구인 금지청구와 4호청구인 대위청구, 특히 직원에 대한 손해배상청구에서 문제되고 있다. 실제 주민소송 제기사례에 있어서 재무회계위법사항 478건 중에서 약 38%인 171건이 선행행위의 위법성을 주장한 것으로 나타나고 있다.²¹⁾ 일본 최고재판소도 이러한 주민소송의 기능을 긍정하는 견해를 취하고 있다.²²⁾ 학설상으로는 위법성의 승계에 대해서는 견해가 대립하고 있

21) 地方財政協會, 『住民監査請求・住民訴訟制度に關する調査研究』(1989), 125면.

22) 最判 1977. 7. 13, 『民集』, 제31권 4호, 533면; 最2判 1983. 7. 15, 『判例時報』, 제

다.

첫째, 위법성의 승계를 인정하는 않는 견해로서 주민소송의 대상이 되는 행위는 일본 지방자치법 제242조 제1항에 주민감사청구의 대상으로 열거된 6종류의 행위에 한정되고 그 밖의 행위는 주민소송의 대상이 되지 않는다는 견해이다.²³⁾

둘째, 같은 취지에서 주민소송의 대상이 되는 행위는 재무적 처리를 목적으로 하는 것에 한정되고 주민소송이 일반행정을 감독 또는 시정하기 위한 제도가 아니기 때문에 비록 재무적 처리와 표리일체의 관계에 있어서도 재무적 처리를 직접적인 목적으로 하지 않는 행위 등은 청구의 대상으로 할 수 없다는 견해이다.²⁴⁾

셋째, 비재무회계행위인 선행행위의 위법성이 후행행위인 공금지출에 승계되는 것은 위법한 보조금교부결정에 의한 보조금교부나 위법한 토지취득계약에 의한 토지대금지급과 같이 공금지출이 선행행위의 구체화로서 생각되는 경우에 한해서 인정하고 위법한 공무원임용행위에 의한 급여지출 등에 있어서는 선행행위가 무효가 아닌한 선행행위의 위법성은 공금지출에 승계되지 않는다는 기준을 설정하는 견해가 있다.²⁵⁾

이 견해는 선행행위의 위법성의 후행행위로의 승계여부는 양자를 일체적으로 파악할 수 있는지, 분리하여야 하는지 등의 문제로서 주민소송의 제도목적에 비추어 판단하여야 한다고 한다.²⁶⁾ 즉, 이 견해는 재무회계행위와 그 전제가 되는 행위와의 관련성에 중점을 두고 직접 불가분의 관계에 있는 것만 선행행위의 위법이 후행행위에 승계되는 것으로 본다.

마지막으로 주민소송에 있어서 선행행위의 위법성을 후행행위의 위법사유로 주장할 수 있는가의 문제는 청구유형별로, 특히 대위청구와 기타 청구를 구별하여 논하여야 한다는 견해이다.²⁷⁾ 대위청구가 법률관계에 관한 소송의 일종인

1089호, 36면; 最1判 1985. 9. 12, 『判例時報』, 제1171호, 62면; 最3判 1992. 12. 15, 『民集』, 제46권 9호, 2753면.

23) 成田頼明, “住民訴訟(納稅者訴訟)”, 『行政法講座』 제3권(有斐閣, 1973), 215면.

24) 大和勇美, “住民訴訟の諸問題”, 『新實務民事訴訟法講座(9)』(日本評論社, 1970), 49면.

25) 金子芳雄, “住民訴訟の實體的檢討”, 『公法の理論(中)』(有斐閣, 1976), 145면.

26) 金子芳雄, “住民訴訟覺え書き”, 『公法の基本問題』(有斐閣, 1984), 303면.

27) 關哲夫, 앞의 글(fn. 10), 92면.

것에 대하여 기타 청구는 항고소송과 유사한 소송이며 따라서 양자는 성격구조를 달리한다는 것을 논거로 제시한다. 또한 대위청구에 있어서도 당해 직원이 선행행위의 위법성 심사권한을 갖고 있는지의 여부와 선행행위와 후행행위의 행위자의 동일성여부에 따라 고찰하여야 한다고 한다.

4. 訴訟節次

일본 지방자치법 제242조의2는 주민소송의 절차에 대해서 감사청구전치주의(제1항), 출소기간(제2항·제3항), 별소의 금지(제4항), 재판관할권(제5항), 행정사건소송법 제43조의 적용(제6항) 및 변호사비용(제7항·제8항)을 규정하고 있다.

(1) 監査請求前置主義

주민감사청구란 지방자치단체의 집행기관(장·위원회·위원)과 직원의 위법·부당한 재무회계행위 또는 해태한 사실에 대해서 주민이 감사위원회에 당해 행위의 방지·시정, 해태한 사실의 개선, 당해 행위 및 해태한 사실에 의하여기된 손해전보 등을 위해 필요한 조치를 할 것을 청구하는 제도이다(일본 지방자치법 제242조).

일본 지방자치법은 주민소송의 제기에 앞서 감사청구를 경유하도록 하는 감사전치주의를 채용하고 있다(동법 제242조제1항). 이와 같이 감사전치주의의 입법취지는 첫째, 재무회계사무에 대한 분쟁은 재판에 의하는 것 보다 지방자치단체 안에서 자주적으로 해결하는 것이 지방자치의 본질에 합치하고, 둘째, 소송에 비해 청구절차가 간편하며, 셋째, 법원의 부담을 경감할 수 있기 때문이다.²⁸⁾

감사청구절차를 거치지 않고 제기한 주민소송은 부적법한 것으로 각하된다. 그러나 판례는 소제기후 구두변론종결시까지 감사절차를 거치는 경우, 소각하전에 감사청구가 행해지고 감사의 통지가 있는 경우에는 하자가 治癒되는 것으로 본다.²⁹⁾

28) 金英勳, “日本 住民訴訟에 관한 研究”, 『公法研究』 제19집(1991), 165면; 園部逸夫, 『住民訴訟』(きょうせい, 1989), 71~73면.

29) 實井力·兼子仁 編, 『地方自治法(基本法コンメンタル)』(日本評論社, 1992), 269면.

(2) 出訴期間

지방자치단체의 주민은 감사청구를 한 경우에 ① 감사위원의 감사결과 또는 권고에 불복이 있는 때, ② 감사위원의 권고를 받은 의회, 장 기타 집행기관이나 직원의 조치에 불복이 있는 때, ③ 감사위원이 감사청구가 있는 날로부터 60일 이내에 감사 또는 권고를 하지 아니하는 때, ④ 감사위원의 권고를 받은 의회, 장 기타 집행기관이나 직원이 권고가 정하는 기간 안에 필요한 조치를 강구하지 아니하는 때에는 주민소송을 제기할 수 있다(동법 제242조의2제1항).

주민소송의 출소기간은 위의 주민소송제기의 각 요건에 대응하여 정하여진 날로부터 30일이다. 즉, ①의 경우는 감사의 결과 또는 권고의 통지가 있는 날로부터 30일 이내, ②의 경우는 당해 조치와 관련한 감사위원의 통지가 있는 날로부터 30일 이내, ③의 경우는 당해 60일을 경과한 날로부터 30일 이내, ④의 경우는 당해 권고가 정하는 기간을 경과한 날로부터 30일 이내에 주민소송을 제기하여야 한다(동조제2항). 그리고 출소기간은 不變期間이다(동조제3항). 주민소송의 대상은 많은 경우 사법상의 행위이지만 동시에 행정목적과 깊은 관련성이 있기 때문에 언제까지나 주민소송을 제기할 수 있는 상태로 두는 것은 지방자치단체의 행정운영의 안정성확보를 위해서 타당하지 않다는 공익적 요청에 의한 것이다.³⁰⁾

(3) 別訴의 禁止

주민소송이 繫屬 중인 때에는 지방자치단체의 다른 주민은 別訴로서 동일한 청구를 할 수 없다(동조 제4항). 주민소송은 감사청구를 경유한 주민이면 누구라도 소송을 제기할 수 있기 때문에 別訴를 허용하는 경우 濫訴의 弊해를 초래할 우려가 있고 소송경제상으로도 타당하지 않으며 판결의 모순에 의한 혼란이 초래될 수 있기 때문이다.

따라서 다른 주민은 소송참가만이 허용된다. 그러나 別訴가 제기된 경우 소송의 요건을 구비하고 있으면 부적법한 것으로 각하하지 않고 일본 민사소송법 제75조에 의한 共同訴訟參加申請으로서의 효력을 인정하고 있다.³¹⁾

30) 太田宏美, "訴訟節次", 『住民訴訟・自治體爭訟(地方自治法講座 4)』(ぎょうせい, 1990), 254면.

31) 廣島地判 1967. 4. 25. 『判例タイムズ』, 제207호, 136면; 大和勇美, 앞의 글(fn. 24),

(4) 裁判管轄

지방자치단체와 주민의 편의를 고려하여 당해 지방자치단체의 사무소의 소재지를 관할하는 지방법원이 주민소송의 전속 관할권을 갖는다(동법 제242조의2 제5항).

(5) 訴訟參加

일본 지방자치법은 주민소송의 소송참가에 대해서는 직접적인 규정을 두지 않고 행정사건소송법 제43조(항고소송 또는 당사자소송에 관한 규정의 준용)를 적용하도록 하고 있다(동법 제242조의2제6항). 일본 行政事件訴訟法은 제3자의 소송참가(동법 제22조), 행정청의 소송참가(동법 제23조)를 규정하고 그밖의 경우는 동법 제7조에 의해 민사소송의 예에 의하도록 하고 있다. 따라서 주민소송의 소송참가는 행정사건소송법상 소송참가와 민사소송법상 소송참가가 있다.

가. 行政事件訴訟法上 訴訟參加

(ㄱ) 第3者の 訴訟參加

행정사건소송법 제43조는 민중소송을 ① 처분 또는 재결의 취소를 구하는 소송(제1항), ② 처분 또는 재결의 무효확인을 구하는 소송(제2항) 및 ③ 기타 소송(제3항)으로 분류하고 ①과 ②에 대해서는 각각 취소소송과 무효등확인소송에 관한 규정을, ③에 대해서는 당사자소송을 준용하도록 하고 있다.

따라서 주민소송 중 지방자치법 제242조의2제6항에 의하여 행정사건소송법 제22조의 제3자의 소송참가가 허용되는 것은 2호청구의 행정처분에 해당하는 당해 행위의 취소 또는 무효확인의 청구에 한정된다.³²⁾

이에 대해서 2호청구 이외의 각 청구에 대해서는 행정소송법 제22조를 준용하는 취지의 규정은 없지만 주민소송의 경우 別訴가 금지되는 관계상 당해 청구 또는 이와 병합된 관련청구에 관하여 감사청구를 경유한 다른 주민에게 행정소송법상 제3자의 소송참가규정을 준용하여야 한다는 견해도 있다.³³⁾ 그러나

55면.

32) 東京高裁 1974.7.11. 『行集』, 제25권 11호, 1391면.

33) 大和勇美, 앞의 글(fn. 24), 57면.

이 견해에 대해서는 특별히 명문으로 준용에 관한 규정을 두면서 준용을 제외한 사항에 대해서 준용을 인정하는 것은 해석론상 곤란하다는 지적이 있다.³⁴⁾

(ㄴ) 行政廳의 訴訟參加

행정사건소송법 제23조의 행정청의 소송참가는 동법 제242조의2의 모든 유형의 주민소송에 준용된다. 행정청의 소송참가는 성질상 被告廳側에 참가하는 것이기 때문에 원고측에 참가하는 것은 허용되지 않는 것으로 보고 있다. 따라서 주민소송의 경우도 집행기관·직원의 행위, 태만한 사실의 적법성을 주장하는 피고측에만 참가할 수 있는 것으로 해석된다.³⁵⁾

나. 民事訴訟法上 參加

지방자치법 제243조의2제4항에 의하여 별소가 금지되어 있기 때문에 원고 이외의 주민은 소송참가만이 할 수 있다. 그러나 행정사건소송법 제22조에 의한 제3자의 소송참가는 제2호청구에만 허용되기 때문에 다른 청구의 경우 감사청구를 한 주민이라도 주민소송에 참가할 수 있는 기회를 상실하게 된다.

이러한 점에서 민사소송법에 의한 소송참가의 필요성이 있게 된다. 왜냐하면 행정사건소송법상의 소송참가가 제한되어 있더라도 지방자치법 제242조의2 제1항의 주민소송에 대해서 민사소송법의 적용이 배제되는 것은 아니기 때문이다(행정사건소송법 제7조). 따라서 제2호청구 이외의 주민소송에 대해서는 민사소송법상 참가의 요건을 충족하는 때에는 제3자의 소송참가가 허용된다. 민사소송법상 소송참가에는 동법 제64조의 보조참가와 동법 제75조의 공동소송참가가 있다.

(6) 假救濟

가. 執行停止

주민소송 중 2호청구는 행정처분인 당해 행위의 취소 또는 무효확인 청구이기 때문에 행정사건소송법 제43조에 의하여 동법 제25조의 집행정지에 관한 규정이 준용된다. 주민소송은 개별 주민의 주관적 권리이익의 보호를 목적으로

34) 高橋正美, "住民訴訟", 『山形法學』, 제12집(1986), 84면.

35) 太田宏美, 앞의 글(fn. 30), 260면.

하는 것이 아니라 지방자치단체의 재무행정의 적법성을 보장하는 것이기 때문에 집행정지에 의하여 보호되는 이익도 이와 같은 공익이다. 집행정지의 필요성은 집행정지를 함으로써 보호되는 공익과 당해 처분을 유지함으로써 보호되는 법익을 비교형량하여 판단한다.

그러나 주민은 감사청구전치주의로 인하여 감사청구 후 최소한 60일을 경과하여야만 주민소송을 제기할 수 있기 때문에 항고소송과 같이 집행정지규정을 적용하는 때에는 주민소송의 假救濟로서의 기능은 약화된다.³⁶⁾ 따라서 주민소송의 집행정지는 감사청구를 하여 감사위원이 권고 기타 조치를 취했음에도 관계기관이 권고에 따라 적절한 조치를 취할 것으로 기대되지 않는다는 것을 疏明하는 때에는 소송제기 전에도 집행정지의 신청을 할 수 있다고 해석하여야 한다는 견해도 있다.³⁷⁾

나. 假處分·假押留

행정청의 처분 기타 공권력의 행사에 해당하는 행위에 대해서는 민사소송법이 정하는 가처분을 할 수 없지만(행정사건소송법 제44조) 그 이상으로 주민소송에 대하여 민사소송법상 가처분을 배제할 이유도 필요도 없다. 따라서 공권력의 행사에 해당하지 않는 경우에는 주민소송에 대해서도 가처분이 인정되고 있다.³⁸⁾

1호청구인 금지청구를 本案의 被保全權利로서 금지를 구하는 가처분에 대해서는 ① 집행기관인 장·직원은 민사소송법상 일반적으로 권리능력이 있는 것은 아니기 때문에 이러한 자를 상대방으로 하여 민사소송법상 가처분을 구하는 것은 타당하지 않다는 점, ② 1호청구는 재산상 회복곤란한 손해가 발생할 우려가 있는 경우에 인정되는 것으로 당해 행위의 사전금지 자체를 목적으로 하는 것은 아니며 실질적으로는 다른 청구에 대한 保全訴訟의 성격을 갖는 것이므로 이 청구를 본안으로 하는 보전소송을 인정하는 것은 법의 취지에 합치하지 않는다는 점 및 ③ 1호의 금지청구권은 주민소송으로만 행사할 수 있으며

36) 일본 행정사건소송법 제25조 제2항에 의하여 집행정지의 신청은 소송제기 후에 하도록 되어 있는 바, 항고소송의 경우 행정심판전치주의를 취하고 있지 않기 때문에 처분의 상대방은 비교적 신속하게 집행정지의 구제를 받을 수 있다.

37) 大和勇美, 앞의 글(fn. 24), 62면.

38) 東京高判 1987. 11. 16, 『行裁集』, 제28권 11호, 1226면.

본안판결의 확정에 의하여 금지의 법적 효과가 발생하기 때문에 그 판결의 확정 이전에 확정판결이 있는 것과 같은 법적 상태를 창출하는 가처분을 허용하는 것은 타당하지 않다는 이유로 금지의 가처분은 허용되지 않는다는 견해도 있다.³⁹⁾ 그러나 1호의 금지처분에 대한 가처분의 적용이 배제되는 것은 아니라는 판례도 있다.⁴⁰⁾

(7) 住民訴訟의 承繼

일본 지방자치법과 행정사건소송법에는 소송승계에 관한 규정이 없기 때문에 행정사건소송법 제7조에 의하여 민사소송법에 따르게 된다. 그러나 주민소송은 지방재정의 공정한 운영을 확보하기 위한 민중소송이기 때문에 민사소송은 물론 일반 행정소송과도 다른 각도에서 검토할 필요가 있다.

주민소송을 제기할 권리는 주민 전체의 이익을 위하여 주민에게 부여된 공법상의 권리이기 때문에 一身專屬的이며 상속이나 기타 사유에 의하여 승계되지 않는다. 따라서 원고인 주민이 사망한 경우 소송은 승계되지 않고 당연히 종료한다.⁴¹⁾

피고가 사망한 경우는 청구의 유형에 따라 다르다. 1호청구, 2호청구 및 3호청구는 피고가 집행기관 내지 기관으로서의 직원 또는 행정청이므로 당해 지위에 있는 자가 교체되어도 소송승계의 문제는 항고소송과 같이 발생하지 않는다. 그러나 4호청구인 대위청구의 경우 당해 직원은 “개인으로서의 직원”이므로 사망한 경우 그 상속인이 소송을 승계한다.⁴²⁾

5. 住民訴訟의 類型과 內容

1948년 납세자소송제도시대에는 주민이 청구할 수 있는 소송의 종류는 ① 제한금지소송, ② 무효·취소소송, ③ 손해전보의 소송의 세가지로 한정되어 있었기 때문에 해석 및 운용상 많은 논란이 있었다. 1963년 지방자치법을 개

39) 東京高判 1984. 6. 27, 『行裁集』, 제35권 6호, 800면; 大和勇美, 앞의 글(fn. 24), 63~64면; 李京玉, 앞의 글(fn. 1), 134면.

40) 大分地決 1983. 10. 27, 『判例タイムズ』, 제468호, 147면.

41) 最判 1980. 2. 22, 『判例時報』, 제962호, 50면.

42) 最判 1987. 4. 10, 『判例時報』, 제1234호, 31면.

정하여 새로운 종류의 소송이 인정되어 청구의 범위가 확대되었다.

현행 지방자치법은 ① 당해 집행기관 또는 직원에 대한 행위의 전부 또는 일부의 금지청구(1호청구), ② 행정처분인 당해 행위의 취소 또는 무효확인청구(2호청구), ③ 집행기관 또는 직원의 해태한 사실에 대한 위법확인청구(3호청구), ④ 지방자치단체를 대위해서 제기하는 대위청구(4호청구) 등 4가지의 소송유형을 정하고 있다(同法 제242조의2 제1항 제1호 내지 제4호). 주민소송은 민중소송이기 때문에 청구유형은 위의 4종류에 한정된다.

(1) 禁止請求(1號請求)

이 청구는 미국 납세자소송에서 유효하고 간편한 예방적 구제수단으로서 가장 널리 이용되고 있는 금지명령(Injunction)의 청구를 모델로 한 것으로 당해 집행기관 또는 직원의 위법한 행위에 대하여 사전에 금지(전부금지) 또는 제한(일부금지)을 구하는 소송유형이다. 청구의 성격은 부작위의 급부청구이고 실질적 내용은 행정기관에 대한 일종의 소극적 직무집행명령을 발하는 것이다.

이 청구의 허용범위에 관해서는 不作爲給付에 한정하는 견해와 作爲給付까지 포함하는 견해가 대립하고 있다. 전자의 논거는 금지라는 용어 자체가 적극적 직무집행명령을 포함한다고 해석하기 어려울 뿐만 아니라 재량적인 공법상 행위 또는 사적 자치의 범위에 속하는 私法行爲에 대해서 특정한 작위의무를 인정하는 것이 소송법상 법원의 권한에 속하지 않기 때문이라고 한다.⁴³⁾

후자의 논거는 지방자치단체의 기관 또는 직원의 위법한 행위의 전부 또는 일부가 실현되지 못하도록 하기 위해서는 필요한 조치를 강구할 것을 명하는 작위급부까지 포함되어야 한다고 한다.⁴⁴⁾ 또한 금지청구는 당해 행위에 의해 보통지방자치단체에 회복이 곤란한 손해가 발생할 우려가 있는 경우 및 당해 행위가 행하여질 것이 상당한 확실성을 가지고 예측할 수 있는 경우, 즉 행위의 개연성, 위법의 개연성 및 회복곤란한 손해발생의 개연성 등 엄격히 한정된 요건하에서 허용되기 때문에 행정기관에 작위급부를 명하더라도 행정의 재량권을 침해하는 것으로 볼 수 없고 또한 위법행위의 전부 또는 일부를 행하지 못하도록 필요한 조치를 강구할 것을 명할 수 없는 경우 금지청구의 목적을 충분

43) 大和勇美, 앞의 글(fn. 24), 49~50면.

44) 成田頼明, 앞의 글(fn. 23), 220면.

히 실현할 수 없다는 것을 논거로 제시하고 있다.⁴⁵⁾

적정하고 공정한 재무회계의 관리·운영을 도모하여 주민 전체의 이익과 공익을 보호한다는 제도의 취지를 고려할 때 청구의 효과를 보다 제고할 있는 후자의 견해가 타당한 것으로 생각된다.

금지청구는 위법한 행위로 인한 장래의 손해발생을 사전에 방지·억제하는 것을 목적으로 하기 때문에 당해 행위가 개시되어 현재 계속 중인 때에 한하지 않고 당해 행위가 행하여지기 전에도 청구할 수 있다. 그러나 금지청구의 성질상 당해 행위가 종료한 경우에는 소의 이익이 없기 때문에 금지청구의 대상이 되지 않는다.⁴⁶⁾

금지청구를 제기하기 위해서는 소의 이익, 행위의 개연성, 위법의 개연성 및 회복곤란한 손해발생의 우려가 있어야 한다. 금지청구는 위법행위의 막연한 가능성의 존재만으로 부족하고 『당해 행위가 행하여질 것이 상당한 확실성을 가지고 예측되는 경우』이어야 한다(동법 제242조제1항). 또한 금지청구가 무제한 허용되는 것은 바람직하지 않기 때문에 『당해 행위에 의하여 보통지방자치단체에 회복이 곤란한 손해가 발생할 우려가 있는 경우』에 한하여 허용된다(동법 제242조의2제1항 단서).

(2) 取消 또는 無效確認의 請求(2號請求)

금지청구가 사전억제수단인 것에 대하여 이 청구는 사후구제수단이며 청구의 대상은 행정처분인 행위에 한정되어 있다. 재무회계행정에 있어서는 사법적 행위와 관련된 것이 많지만 행정재산의 목적외 사용, 보조금교부결정과 같은 행정처분적 성질을 갖는 행위도 있기 때문에 행정처분을 대상으로 그 취소·무효청구를 할 수 있도록 한 것이다.⁴⁷⁾

45) 佐藤英善, “住民訴訟の請求”, 『住民訴訟・自治體爭訟(地方自治法講座 4)』(きょうせい, 1990), 180면.

46) 高松高判 1976. 3. 24. 『判例タイムズ』, 제339호, 325면; 名古屋地判 1985. 9. 20. 『判例タイムズ』, 제596호, 38면. 이러한 경우는 대위청구 등으로 대응하여야 한다.

47) 2호청구의 실익 내지 필요성은 ① 취소판결의 구속력에 의해 지방자치단체 또는 행정기관이 장래 동일한 행정처분을 반복할 가능성의 제거, ② 대위청구의 경우 배상액이 고액인 때에는 실제로 손해의 회복이 곤란할 수 있으나 2호청구에 의하는 경우 이러한 우려가 없다는 점, ③ 대위청구인 부당이득반환청구나 원상회복청구를 위한 행정처분의 공정력배제를 들 수 있다(李京玉, 앞의 글(fn. 1), 99면).

특히 이 청구에서 논란이 되는 것은 행정처분의 개념이다. 즉, 行政事件訴訟法上 처분개념과 동일한 것인가 아니면 주민소송에 고유한 개념인가 하는 점이다.⁴⁸⁾ 통설과 판례는 2호청구에 원고적격 및 취소사유의 제한에 관한 규정을 제외하고 취소소송 및 무효확인소송에 관한 행정사건소송법의 규정을 준용하도록 하고 있는 점을 논거로 양자가 동일한 것으로 본다.⁴⁹⁾ 이에 대하여 주민소송의 제도적 특질에 주목하여 항고소송은 처분의 상대방이 처분을 효력을 다투는 것하여 2호청구는 처분의 상대방으로서가 아니라 지방자치단체의 주체로서 지방자치단체를 위하여 다투는 것이기 때문에 양자는 전혀 성질을 달리하며 2호청구는 오히려 기관소송적인 성격을 갖는다고 하고 따라서 2호청구의 행정처분은 행정소송의 처분과 같이 엄격하게 해석할 필요가 없다는 견해도 있다.⁵⁰⁾

지방자치법 제242조의2제6항은 이 조에서 규정하는 것 이외에는 행정사건소송법 제43조를 적용하는 것으로 하고 있다. 따라서 행정처분인 당해 행위의 취소청구에 관해서는 행정사건소송법 제9조(원고적격)와 동법 제11조제1항(취소사유의 제한)을 제외하고⁵¹⁾ 동법의 취소소송에 관한 규정이 준용되며, 또한 무효청구에 있어서도 동법 제36조(무효등확인청구의 원고적격)를 제외하고 동법의 무효등확인소송에 관한 규정이 전면적으로 준용된다. 그러나 항고소송인 무효확인청구에는 출소기간의 제한이 없지만 주민소송인 무효확인청구는 취소청구와 마찬가지로 출소기간의 제한이 있다(동법 제242조의2제2항).

(3) 怠慢事實의 違法確認請求(3號請求)

행정기관이 위법하게 공금의 부과, 징수 또는 재산의 관리를 태만하는 경우 공공재정에 손해를 야기하며 또한 公租·공과금의 부과·징수의 태만은 행정의 공정성이라는 측면에서도 묵과할 수 없는 것이다. 3호청구는 공금의 부과 또는 징수를 태만한 사실과 재산의 관리를 태만한 사실에 대하여 주민이 지방자치단

48) 자세한 것은 佐藤英善, 앞의 글(fn. 45), 192~200면; 白井皓喜, “取消し, 無効確認請求(2號請求)の對象”, 『民商法雜誌』, 제93권 2호(1985), 239면 이하 참고.

49) 佐藤英善, 위의 글, 191면.

50) 大和勇美, 앞의 글(fn. 24), 51면; 佐藤英善, “住民訴訟の要件”, 『行政法の争点(ジュリスト増刊)』(有斐閣, 1990), 232면.

51) 주민소송이 객관소송이기 때문에 이들 규정이 적용제외로 되는 것은 당연하다.

체의 공익을 도모하기 위하여 위법확인을 청구하는 것이다.⁵²⁾

이와 유사한 것으로 행정소송사건소송법상 부작위위법확인소송이 있는데 이것은 법령에 의거한 신청에 대하여 상당한 기간안에 행정청이 아무런 응답을 하지 않음으로서 신청인이 침해받은 권리의익의 구제를 그 목적으로 한다. 그러나 주민소송에 있어서 해태사실의 위법확인의 청구는 지방자치단체의 기관 또는 직원이 당연히 하여야 할 의무가 있는 재무회계상의 행위를 직무태만으로 행하지 않는 것의 위법을 확인함으로써 일반적인 공익을 보호하는 것을 목적으로 하고 있다.

(4) 代位請求(4號請求)

대위청구는 지방자치단체가 가지고 있는 실체법상의 청구권을 주민이 대위행사하여 당해 지방자치단체가 입은 손해의 회복, 입을 위험이 있는 손해의 예방을 도모함을 목적으로 한다. 대위청구의 피고는 당해 위법한 행위 또는 태만한 사실과 관련된 직원 및 그 상대방이다. 주민은 당해 직원에 대해서는 손해배상청구, 부당이득반환청구를 할 수 있고, 상대방에 대해서는 손해배상청구, 부당이득반환청구, 원상회복청구, 법률관계부존재확인청구 및 방해배제청구를 할 수 있다. 다만 직원에 대한 부당이득반환청구의 경우 직원의 입장을 고려하여 당해 직원에게 이익이 있는 한도에 한하는 것으로 되어 있다(동법 제242조의2 제1항 단서).

이와 같이 대위할 수 있는 청구권은 직원에 대한 2종류와 상대방에 대한 5종류가 법정되어 있다. 주민이 법정된 대위청구권 이외의 청구권을 대위청구할 수 있는지에 대해서는 소극설과 적극설이 대립하고 있다. 消極說은 주민소송은 민중소송의 일종이기 때문에 법에 열거된 상기 청구권 이외의 취소권, 계약해제청구권 등의 형성권은 대위의 대상이 되지 않는다고 하고 있다.⁵³⁾ 이에 대해

52) 이러한 경우 가장 실효성있는 구제방법은 미국의 납세자소송에서와 같은 직무집행명령(Mandamus)을 발하는 것이다. 그러나 이와 같은 제도는 일본에서 아주 예외적인 것(일본 지방자치법 제146조는 기관위임사무에 대한 직무집행명령제도를 두고 있다)이며 이를 주민소송에 규정하는 것은 적당하지 않다는 의견을 반영하여 타협적으로 직무집행을 명하는 적극적적인 것은 아니지만 태만사실의 위법확인청구를 신설하였다고 한다(李京玉, 앞의 글(fn. 1), 102면).

53) 成田頼明, 앞의 글(fn. 23), 222면.

여 積極說은 주민소송의 취지를 중요시하여 대위청구는 지방자치단체의 재산상 손해발생의 예방을 위한 청구이기 때문에 이를 위해 필요한 청구는 널리 인정되어야 하며 법에 규정된 청구권은 이를 제한적으로 해석할 것은 아니라고 한다.⁵⁴⁾ 따라서 요건이 구비된 경우 직원에 대해서는 국가배상법상 구상청구를 할 수 있으며 상대방에 대해서는 채무불이행청구, 계약의 해제권·취소권 등을 대위청구할 수 있다고 한다.

한편 적극설의 입장을 취하면서도 직원에 대한 청구와 상대방에 대한 청구를 구별하여 고찰하여야 한다는 견해도 있다.⁵⁵⁾ 즉, 적극설이 주장하는 것과 같이 대위청구의 취지에서 볼 때 가능한한 넓게 인정하여 지방자치단체의 손해회복과 손해발생의 예방을 도모하는 목적을 실현하는 것이 바람직하지만 이러한 경우에도 직원에 대한 청구의 경우와 상대방에 대한 청구의 경우를 구별하여야 한다는 것이다. 직원에 대한 청구의 경우 광범위하게 인정하는 것이 바람직하지만 상대방에 대한 청구의 경우에는 사법상 행위 내지 사적 자치와 관련하여 문제가 발생할 수 있기 때문에 직원에 대한 청구와 동일하게 판단할 수는 없다는 것이다.

6. 訴訟費用

(1) 勝訴原告의 辯護士費用의 支給請求

4호청구인 대위청구를 제기한 자가 승소(일부승소를 포함)한 경우 지방자치단체에 변호사에게 보수를 지불하여야 할 금액의 범위 안에서 상당하다고 인정되는 금액의 지급을 청구할 수 있다(동조 제7항).

원고인 주민이 변호사비용을 청구할 수 있는 것은 승소한 경우이고 여기서 승소란 승소판결이 확정된 경우이다. 그리고 피고가 청구를 認諾한 경우는 승소판결과 같은 효력이 있으므로 비용을 청구할 수 있다. “상당하다고 인정되는 금액”의 기준은 어려운 문제이지만 최종적인 인정은 법원의 판단에 위임되어 있으며 법원은 일반적으로 사건의 성질과 심리경과·심리기간·증거수집능력 등을 고려하여 결정한다.

54) 大和勇美, 앞의 글(fn. 24), 53면.

55) 佐藤英善, 앞의 글(fn. 51), 233면.

문제는 지방자치법이 4호청구인 대위청구에 대해서만 변호사비용의 지급청구를 규정하고 있는 것이다. 따라서 1호 내지 3호청구에 이 규정을 유추적용할 수 있는지가 문제된다. 이에 대해서는 민중소송인 선거소송 등에 있어서도 변호사비용청구권을 인정하지 않는 점과 비교하여 부정적인 견해도 있다.⁵⁶⁾ 그러나 다른 주민소송도 주민이 자기의 개인적인 권리의익을 위해서가 아니라 지방자치단체 재무회계행정의 적정한 운영의 확보를 위하여 제기하는 것이므로 소송에 필요한 비용의 전부를 원고주민에게 부담하게 하는 것은 타당하지 않다는 논지는 4호청구에 있어서와 마찬가지로이다. 따라서 변호사비용의 청구에 대해서 4호청구와 1호 내지 3호청구를 구별할 특별한 이유는 없기 때문에 4호청구 이외의 청구에도 이 규정을 유추적용하는 것이 타당하다는 적극설도 있다.⁵⁷⁾

(2) 應訴費用

1호 내지 3호청구의 피고는 지방자치단체의 기관이고 응소해서 소송활동을 수행하는 것 역시 지방자치단체의 업무의 일부이기 때문에 그 비용은 지방자치단체의 업무집행에 필요한 경비로서 公費로 부담하고, 4호청구에 있어 피고는 개인이며 피고가 된 당해 직원은 원고가 대위하고 있는 당해 지방자치단체와 대립관계에 있기 때문에 공비부담은 허용될 수 없고 개인인 피고가 소송비용을 부담하여야 한다는 것이 행정실례이었다.⁵⁸⁾

그러나 정당한 직무의 집행에 대해서 소송이 제기되어 피고인 직원이 승소한 경우에까지 응소비용의 전부를 피고인 직원이 부담하도록 하는 것은 타당하지 않다는 지적이 있었으며 따라서 조속한 입법적 조치가 강하게 요구되었다.⁵⁹⁾ 이에 따라 1994년 지방자치법을 개정하여 4호청구인 대위청구에서 당해 직원이 승소(일부승소를 포함)한 경우 지방자치단체는 의회의 의결에 따라 지급하여야 할 변호사비용의 범위 안에서 상당하다고 인정되는 금액을 부담할 수 있다고 규정하였다(동조제8항).

56) 成田頼明, 앞의 글(fn. 23), 225면.

57) 大和勇美, 앞의 글(fn. 24), 58면; 太田宏美, 앞의 글(fn. 30), 266면.

58) 自治省, 『行政實例』, 2호(1967.1.5).

59) 園部逸夫, “住民訴訟”, 『地方自治大系2』(嵯峨野書院, 1993), 217면; 成田頼明, 앞의 글(fn. 2), 22면; 遠藤問夫, “住民訴訟の役割”, 『ジュリスト』, 제941호(1989.9.15), 29면.

(3) 訴價算定

주민소송을 제기하는 경우에도 소송목적의 價額에 따라서 수수료를 납부하여야 하며, 소송의 가액은 소송으로 주장하는 이익에 의하여 산정된다(일본 민사소송비용 등에 관한 법률 제3조, 제4조제1항).

주민의 주민소송권은 주민전체를 위하여 공익의 대표자로서 지방재무행정의 적정화를 주장하는 것이다. 주민소송에 있어 “訴로서 주장하는 利益”은 지방자치단체의 손해가 회복됨으로써 주민전체가 받게 되는 이익이며 승소판결에 의하여 지방자치단체가 직접적으로 얻게 되는 이익, 즉 청구와 관련한 배상액과 동일한 것은 아니기 때문에 그 가액을 산정하는 객관적·합리적 기준을 찾기가 매우 곤란하다.

따라서 판례는 원고인 주민은 주민의 대표자로서 소송을 수행하는 것이므로 주민소송에 관한 청구는 非財産的 請求로 보아 주민소송의 訴價를 95萬円으로 보고 있다. 또한 복수의 주민이 공동으로 소송을 제기하는 경우에도 소송으로 주장하는 이익은 동일하기 때문에 訴價는 역시 95萬円이다.⁶⁰⁾

7. 判決의 效力

(1) 既判力

주민소송은 주민인 원고가 지방자치단체를 위하여 제기하는 것이기 때문에 그 판결의 기판력은 당해 지방자치단체에도 미친다고 해석된다. 또한 주민소송 제도의 목적 및 別訴가 금지되어 있는 점에 비추어 볼 때 당해 지방자치단체의 전체 주민에게 기판력이 미친다고 해석하여야 할 것이다.⁶¹⁾ 따라서 주민은 원고가 패소한 경우 동일한 청구의 소송을 제기할 수 없다.

(2) 拘束力(羈束力)

행정사건소송법 제33조 제1항은 『처분 또는 재결을 취소하는 판결은 그 사

60) 最判 1978. 3. 30, 『判例時報』, 제834호, 29면; 乙部哲郎, “住民訴訟における住民の權利と訴訟費用”, 『地方自治判例百選(2판)』(有斐閣, 1993), 192~193면.

61) 園部逸夫, 『住民訴訟』(ぎょうせい, 1989), 122면; 成田頼明, 앞의 글(fn. 23), 225면; 大和勇美, 앞의 글(fn. 24), 59면; 太田宏美, 앞의 글(fn. 30), 270면.

건에 대해서 당사자인 행정청 기타 관계행정청을 구속한다』고 하여 구속력(기속력)을 규정하고 있다. 행정소송의 구속력은 동법 제43조의 규정에 의하여 형식적으로는 2호청구인 취소 또는 무효확인청구에만 준용되지만 실질적으로는 모든 종류의 주민소송에 준용되고 있다.⁶²⁾ 따라서 주민소송의 인용판결은 당해 지방자치단체의 관계기관 및 관계직원을 모두 구속한다.

(3) 形成力

형성력은 형성판결에만 인정되고 급부판결과 확인판결에는 인정되지 않는다. 형성력은 통상 제3자에 대해서도 효력이 미친다(對世的效力). 제2호청구 중 행정처분의 취소를 구하는 주민소송에 대해서는 행정사건소송법 제32조제1항의 준용에 의하여 대세적 효력이 인정된다. 기타 주민소송에 대해서도 전 주민에게 기판력을 인정하는 것과 같은 취지에서 대세적 효력을 인정하여야 한다는 견해가 유력하다.⁶³⁾

(4) 執行力

1호청구와 4호청구의 인용판결은 급부판결이므로 집행력이 문제된다. 1호청구인 금지판결에 강제집행이 가능한지에 대해서는 논란이 있으나 4호청구인 대위청구의 급부판결의 강제집행에 대해서는 일본 민사소송법에 의한 강제집행이 인정된다. 여기서 강제집행의 청구권자는 원고인 주민이다.

IV. 美國 納稅者訴訟과 日本 住民訴訟의 比較 및 評價

1. 美國 納稅者訴訟과 日本 住民訴訟의 比較

일본의 주민소송은 미국의 납세자소송을 모델로 하여 도입된 것이다. 그러나 미국과 일본의 법문화 및 법체계에 상당한 차이가 있고 더구나 監査請求前置主義를 채용하고 납세자가 아닌 주민에게 출소자격을 인정하는 등과 같은 日本的

62) 李京玉, 앞의 글(fn. 1), 131면.

63) 園部逸夫, 앞의 책(fn. 61), 122면; 成田頼明, 앞의 글(fn. 23), 225면; 太田宏美, 앞의 글(fn. 30), 271면.

變容이 이루어졌다. 따라서 일본의 주민소송은 미국의 납세자소송과는 다른 일본 독자적인 제도로 이해할 필요가 있다고 한다.⁶⁴⁾ 미국의 납세자소송과 일본의 주민소송을 간단히 비교하면 다음과 같다.

(1) 한국과 일본에서는 법적 성질과 관련하여 미국의 납세자소송이 주관소송인 것에 대하여 일본의 주민소송은 민중소송으로 객관소송에 속하며 이 점에서 두 제도의 근본적인 차이가 있다고 한다.⁶⁵⁾ 그러나 이는 납세자소송의 현실운영을 정확히 파악하지 못한 다분히 연혁적·형식적 이해로 생각된다. 앞에서 본 것과 같이 오늘날 미국의 납세자소송은 원고적격의 자유화에 따라 시민소송으로 기능하고 있고, 민중소송·객관소송이라고 하여 주관적이익이 완전히 배제되는 것은 아니므로 따라서 한국이나 일본에서 일반적으로 이해되는 민중소송·객관소송과의 구별은 극히 곤란하다. 이런 점에서 미국의 납세자소송 역시 본질적으로 민중소송·객관소송으로 이해하여도 큰 문제로 없을 것으로 보인다.

(2) 일본 주민소송의 출소자격은 미국 납세자소송과는 달리 납세자의 자격을 필요로 하지 않으며 지방자치단체의 일반주민에게 부여되어 있다.

(3) 주민소송의 대상은 미국의 납세자소송과 달리 상당히 한정적이다. 즉, 위법한 ① 공금의 지출, ② 재산의 취득·관리·처분, ③ 계약의 체결·이행, ④ 채무 기타 의무의 부담, ⑤ 공금의 부과·징수를 해태한 사실, ⑥ 재산의 관리를 태만히 하는 사실 등 소위 財務會計上의 行爲(財務事項)에 한정되어 있다. 그러나 최근에는 소송대상이 재무사항만이 아니라 비재무적 사항의 적부에까지 확대되어 지방자치단체의 행정운영의 위법일반을 추궁하는 방법으로 그 역할이 변화하고 있음은 앞에서 본 것과 같다.

(4) 미국의 납세자소송은 기본적으로 형평법상 판례에 의하여 형성·전개된 제도이기 때문에 청구의 내용에 따라 매우 다양한 소송형식이 인정된다. 또한 실정법에 청구유형이 법정된 경우에도 이에 한정하는 취지는 아니며 널리 판례법상의 청구유형이 인정된다. 이에 대하여 일본의 주민소송은 당해 집행기관 또는 직원에 대한 당해 행위의 전부 또는 일부의 금지청구(1호청구), 행정처

64) 塩野宏, 『行政法Ⅲ』(有斐閣, 1995), 162면; 木佐茂南, “住民訴訟の對象”, 『民商法雜誌』 제82권 제6호(1980. 9), 780면; 後藤光南, “住民訴訟の意義と機能”, 『法學論集』, 제30호(1983), 172면.

65) 金英勳, 앞의 글(fn. 28), 159면; 李京玉, 앞의 글(Fn. 1), 32면; 成田頼明; 앞의 글(fn. 2), 17면.

분인 당해 행위의 취소 또는 무효확인청구(2호청구), 태만한 사실의 위법확인청구(3호청구), ④ 주민이 지방자치단체의 청구권을 대위하는 대위청구(4호청구)로 한정되어 있다. 특히 태만한 사실(부작위)에 가장 실효적인 소송형식이 납세자소송에서 인정되는 職務執行命令訴訟(mandamus)이지만 일본의 법문화와 조화되지 않는다는 이유로 위법확인소송만을 인정하는 것에 그치고 있다.

(5) 주민소송을 제기하기 위해서는 반드시 감사청구(監査請求前置主義)를 거쳐야 한다. 이것은 재무회계행정이 전문성과 기술성을 가진 분야이기 때문에 감사위원의 감사를 거쳐 일차적으로 해결하려는 것이다. 따라서 감사청구를 한 주민만이 주민소송을 제기할 수 있다. 한편, 납세자소송의 경우에도 납세자가 법원에 소송을 제기하기에 앞서 사법장관 등 권한이 있는 공무원에게 소송을 제기할 것을 청구하고 이것이 거부될 것을 요건으로 하는 주도 있다. 그러나 이는 일본의 감사청구전치주의와 같이 엄격하지 않다.

(6) 변호사비용의 회복과 관련해서 미국에서는 변호사비용 각자부담의 원칙이 확립되어 있고 예외적으로 납세자소송의 촉진을 위하여 승소원고에 대하여 제정법 또는 판례상 예외조치에 의하여 변호사비용의 회복이 인정되고 있다. 이에 대하여 일본의 지방자치법은 변호사비용의 지급청구를 명시적으로 지방자치법에 규정하고 있다. 다만, 변호사비용의 지급청구는 모든 청구에 인정되는 것은 아니며 4호청구인 대위청구에 한해서 인정된다. 또한 지방자치단체는 피고이었던 직원이 승소한 경우 의회의 의결에 따라 당해 직원이 지급한 변호사비용의 범위 안에서 상당하다고 인정되는 금액을 부담할 수 있다.

(7) 일본의 주민소송제도에는 미국 납세자소송과 같이 남소의 방지를 위한 보증금의 납부와 같은 제한조치를 두고 있지 않으며 또한 주민소송을 장려하기 위한 금전적 유인정책인 승소원고에 대한 보상금에 관한 규정을 두고 있지 않다. 주민소송의 남소는 監査請求前置主義, 出訴期間, 別訴의 禁止 등에 의하여 규제되고 있다.

(8) 매우 제한된 범위이지만 연방정부에 대한 납세자소송이 인정되는 것에 대하여 일본의 경우 국가에 대한 주민소송이 인정되지 않는다. 완전히 패쇄되어 있는 것과 좁지만 인정되는 것은 상당한 차이가 있는 것으로 생각된다.

2. 美國 納稅者訴訟과 日本 住民訴訟의 評價

(1) 納稅者訴訟의 評價

가. 地方自治團體 및 州 納稅者訴訟

지금까지 미국 납세자소송의 의의와 법적 성격 및 구조 등에 종합적인 고찰을 하였다. 州法院은 聯邦法院과는 달리 성실하고 효율적인 정부(good government)를 실현하기 위한 수단으로 납세자소송에 대하여 매우 우호적임을 알 수 있다. 원고적격은 명목적인 것이 되고 있으며 사실상 민중소송과 경계를 설정하는 것이 불명확하고 곤란하다. 소송의 대상 역시 단순한 불법적인 행위뿐만 아니라 낭비적 행위까지도 그 대상으로 하고 또한 재무사항에 한정하지 않고 비재무적 사항에까지 확대되고 있다. 소송대상의 광범위성은 납세자소송의 有用性을 제고하는 것이라고 할 수 있다. 또한 소송유형은 청구의 내용에 따라 매우 다양하게 인정되고 있다.

다른 한편으로 이러한 점들은 납세자소송의 濫訴의 弊害를 초래할 수 있으나 납세자소송의 제기를 위한 보증금의 납부, 권한있는 공무원에 대한 소송제기의 요구와 같은 전치절차, 別訴의 禁止 등에 의하여 사실상 규제되고 있다. 나아가 패소하는 경우에 소송비용부담의 우려가 있기 때문에 사실상 남소의 우려는 없다고 한다. 변호사비용의 회복과 관련해서도 辯護士費用 各自負擔의 원칙은 입법적·해석적으로 많은 수정이 이루어져 변화하고 있으며 나아가 聯邦大法院이 채용을 명확히 거부한 私的 法務長官의 法理에 의한 例外措置를 인정하여 승소원고에 대한 변호사비용의 회복을 폭넓게 인정하는 경향에 있다. 또한 승소원고에 대한 보상금에 대해서도 남소를 초래할 우려가 있다는 비판도 없지 않으나 납세자소송 이외의 효과적·효율적인 통제수단이 존재하지 않는다는 것과 법의 실현에 있어 개인의 역할의 강조되는 미국적 전통에 기초하여 광범위하게 인정되고 있다. 여기서 개인에 의한 소송을 통하여 위법한 정부행위를 다룰 수 있도록 하는 정책적 배려를 발견할 수 있으며 납세자소송을 실질적으로 유인하는 시스템이 형성되어 있다고 할 수 있다.

이러한 점들을 종합적으로 볼 때 州 및 地方自治團體의 納稅者訴訟은 주민 내지 납세자의 지위에서 訴權을 행사하고 재판권의 발동을 촉구하여 直接民主

主義를 실현하는 司法的 還流裝置(judicial feedback mechanisam)로서 위법한 재무회계행정의 운영을 방지·시정하고 나아가 위법한 행정일반을 통제하여 행정운영을 공익과 주민의 이익에 합치하도록 하는 가장 강력하고 효과적인 제도로 기능하고 있는 것으로 평가할 수 있다.

나. 聯邦納稅者訴訟

聯邦納稅者訴訟은 지방자치단체나 주의 납세자소송과는 달리 매우 한정적으로 인정되고 있다. 연방대법원은 Frothinghan v. Mellon判決과 Flast v. Cohen判決에서 제시된 법리에 따라 일반복지목적을 위하여 징수한 조세를 연방의회와 과세·지출권한에 대한 특정한 헌법상 제약조항인 수정헌법 제1조의 國教樹立禁止條項을 위반하여 지출하는 경우에 한하여 납세자소송을 인정하고 있으며 그 밖의 경우에는 연방납세자소송을 인정하지 않고 있다.⁶⁶⁾

따라서 연방납세자소송은 당해 소송이 연방수정헌법 제1조의 국교수립금지조항에 한정되어 있다는 점에서 재정통제기능보다는 오히려 정교분리를 담보하는 기능을 하고 있다고 생각된다.⁶⁷⁾ 또한 승소한 납세자에 대한 변호사비용의 상환 역시 매우 한정적이며 예외적인 경우에 한하여 인정한다. 따라서 연방납세자소송은 지방자치단체 및 주 납세자소송과 달리 충분한 기능을 하고 있다고 할 수 없다.

(2) 住民訴訟의 評價

일본에서는 주민소송이 도입된 이해 주민자치의 이념에 따라 주민이 지방자치를 감시하는 유력한 수단으로 활용되고 있으며, 일본에 완전히 정착된 제도이다. 주민소송은 직접참정의 유력한 수단의 하나로서 지방자치단체의 기관과 그 공무원의 위법부당한 재무운영을 방지·교정하고 사법통제를 통하여 지방자치단체와 주민의 이익을 보호하고 자치운영을 감시하는 중요한 역할을 하고 있다. 그리고 1963년 제도개선 후 地方化時代를 맞이함에 따라 당초 예상한 것보다 광범위하게 주민소송이 이용되어 『住民訴訟의 黃金時代』를 맞이하고 있다.

66) United State v. Richardson, 418 U.S. 166(1974); Schlesinger v. Reservists Committee to Stop the War, 418 U.S. 208(1974); Valley Forge Christian College v. American United for Separation of Church and State, 102 S. Ct. 752(1982).

67) 水鳥能伸, “アメリカにおける納稅者訴訟制度(3)”, 『廣島法學』 제17권 3호(1993), 264면.

한편 주민소송이 민중소송으로 다용되는 결과 일부 남소의 폐해가 있고 국가의 재무회계제도와 불균형이 발생하는 등의 비판이 제기되고 있다. 따라서 주민소송의 현실적 역할을 적극적으로 평가하면서도 이의 남용을 방지하고 공정하고 상식에 합치하는 타당한 운영이 이루어질 수 있도록 최소한의 개선개선이 요청된다고 한다.⁶⁸⁾ 실제 주민소송의 운영과정에서 제기되는 문제점으로는 ① 원고와 관련된 부분, ② 피고와 관련된 부분, ③ 주민감사청구와 주민소송과의 관계 ④ 소송의 대상, ⑤ 청구유형, 특히 4호청구인 대위청구의 성격과 관련한 사항, ⑥ 변호사비용과 관련한 사항 등이다.

68) 成田頼明, 앞의 글(fn. 2), 23면.

제 4 장 住民訴訟의 立法化方向

I. 住民訴訟의 立法化 必要性

(1) 지방자치단체의 재정에는 국고보조금이나 지방교부세 등도 있으나 기본이 되는 것은 지방자치단체가 주민에게 부과징수한 지방세와 같은 주민의 공적부담이다(지방자치법 제126조). 재정지출의 적부는 주민의 조세부담과 관련된 뿐만 아니라 생활에 직접적인 영향을 미치기 때문에 재정운용, 특히 지출의 적정성·타당성에 대해서는 항상 관심을 가지고 감시할 필요가 있다. 그리고 위법·부당한 재정운영이 있는 때에는 시정할 필요가 있다.

(2) 미국의 納稅者訴訟이나 일본의 住民訴訟은 이와 같은 목적을 위하여 제도화된 것으로 주민의 租稅使用監視制度라고 할 수 있다. 이들 소송은 주민자치의 이념에 입각하여 주민의 지위에서 訴權을 행사하고 재판권의 발동을 촉구하는 지방자치영역에서 직접민주주의를 실현하는 司法的 還流裝置로서 위법한 재무회계행정의 관리 운영을 방지·시정하여 법률에 의한 행정의 실현을 담보하는 가장 강력하고 효과적인 수단으로 평가되고 있다.¹⁾ 그리고 납세자소송이나 주민소송과 같은 제도는 한국법제상 결코 낯선 제도가 아니다. 舊地方自治法은 위법한 지방자치단체의 장의 명령 등에 대한 訴請과 訴請에 대한 決定에 異議가 있을 때 대법원에의 出訴를 인정하고 있었다(同法 제153조 이하 참고). 그러나 舊法上 所請과 住民訴訟이 활용되는 일이 없었다는 이유로 지방자치의 부활과 함께 폐지됨으로써(1988.4.6, 법률 제4004호) 주민의 입장에서 지방행정의 적법성을 자기의 이익과 관계없이 다룰 수 있는 기회가 봉쇄되게 되었다. 이는 주민자치의 입장에서 볼 때 舊法보다 크게 후퇴한 것이라고 하겠다.

(3) 지방자치의 헌법적 보장의 궁극적 목적이 지역단위의 민주주의의 실현과 비집중화·비집권화를 통한 헌법상 국민주권주의와 기본권의 실질적 보장에 있음을 고려할 때²⁾ 국가와의 관계에서 지방분권화와 수준높은 자치권보장의 필

1) 자세한 것은 이 보고서, 22면 이하 참고.

2) 헌법재판소는 지방자치의 의의에 대해서 다음과 같이 이해하고 있다. 『지방자치제도는 현대 입헌민주국가의 통치원리인 권력분립 및 통제·법치주의·기본권 보장 등의 제원리를 주민의 직접적인 관심과 참여 속에서 구현시킬 수 있어 바로 자율과 책임을 중시하는 자유민

요하고 지방자치단체 내부에서는 지방자치의 원천이며 지방자치단체의 주체 내지 주권자인 주민의 적극적이고 능동적인 참여의 기회가 가능한한 널리 보장되어야 하며 주민에 의한 주민의 책임으로 행정이 운영되어야 한다. 그럼에도 한국의 지방자치법제는 주민의 직접참여제도를 전혀 인정하지 않고 있고 또한 지방자치의 현장에서는 자치행정의 부패와 비효율적인 재정의 낭비와 유용이 顯著化되고 있다.

(4) 지방의회가 구성되고 지방자치단체의 장이 주민에 의해서 직접 선거되어 地方自治가 정착되어 가는 현 시점에서 종래와 같은 中央政府에 의한 統制는 바람직하지도 않을 뿐만 아니라 별반 실효성이 없다. 따라서 住民의 直接統制의 강화가 요청되고 있는 바, 주민자치의 원칙에 따라 자치행정에 대한 주민참가의 민주적 통제권을 인정하여 주민 전체 및 지방자치단체의 공공의 이익을 보호하고 지방재무회계행정의 공정성·적법성을 확보하기 위한 사법적 통제라는 多目的 效果를 기대할 수 있는 주민소송제도의 도입이 절실히 필요한 것으로 판단된다.³⁾

(5) 물론 주민소송제도의 도입이 행정의 지연과 위축을 가져 올 수 있다. 주민소송은 민중소송이기 때문에 남소의 우려가 있고 고도의 政策指向性訴訟으로서의 특징을 가지고 있기 때문에 이에 익숙하지 않은 한국 법원에 부담이 될 수도 있다. 그러나 이러한 점이 주민소송의 도입을 반대할 충분한 이유는 되지 않는다고 본다. 원고적격, 소송대상, 출소기간, 감사청구전치주의 등의 입법기술을 통하여 충분히 보완될 수 있는 문제이기 때문이다. 또한 行政訴訟法은 법률이 정함이 있는 경우에 자기의 法律上 利益과 관계없이 국가 또는 공공단체의 기관이 법률에 위반되는 행위를 한 때에 그 시정을 구하기 위한 民衆訴訟을 제기할 수 있다고 규정하여(同法 제3조, 제45조) 민중소송으로서 주민소송의 도입가능성을 예정하고 있다. 현재 한국에서 주민소송제도의 도입을 반대하는

주주의 이념에 부합되는 것이므로 국민(주민)의 자치의식과 참여의식만 제고된다면 권력분립원리의 지방 차원에서의 실현을 가져다 줄 수 있을 뿐만 아니라 지방의 개성 및 특징과 다양성을 국가 전체의 발전으로 승화시킬 수 있고 나아가 헌법상 보장되고 있는 국민의 기본권의 신장에도 크게 기여할 수 있는 제도라고 할 것이다. 지방자치제도는 …… 국민주권주의와 자유민주주의의 이념구현에 크게 이바지할 수 있는 것이다」(憲裁 1991.3.11, 91헌마21).

3) 李京玉博士는 주민소송의 도입으로 주민의 참정권·평등권·생활권·청구권 등이 보장될 수 있으며 아울러 지방행정작용의 적법성과 공정성이 주민의 감독과 시정 아래 확보될 수 있을 것으로 기대된다고 한다(李京玉, “日本住民訴訟에 관한 研究”(全北大 博士學位論文, 1998), 205면).

견해는 없으며 전반적으로 긍정하고 있다.⁴⁾

II. 住民訴訟制度의 立法化의 基本方向

주민소송제도의 입법화의 당위성을 전제로 할 때 입법의 기본방향으로 다음과 같은 몇가지 측면이 고려되어야 할 것이다.

1. 立法化의 基本方針

(1) 주민소송의 입법화의 기본방침으로 住民의 容易한 接近可能性의 保障, 住民訴訟의 濫訴可能性의 最小化, 訴訟節次의 充實性·明確性·自己完決性 및 實效性 있는 住民訴訟의 制度化를 제시한다.

(2) 가장 기본적인 방침은 주민이 용이하게 주민소송에 접근할 수 있는 주민참여수단으로 제도화되어 주민소송이 지방행정의 부정부패와 예산의 남용·오용을 방지·시정하는 사법제도로서 제대로 기능할 수 있도록 입법화되어야 한다. 물론 모든 제도는 장점과 단점, 순기능과 역기능이 있기 마련이다. 주민소송 역시 예외는 아니다. 특히 주민소송이 민중소송이기 때문에 남소의 우려가 있다. 주민소송이 남용되는 경우 행정의 원활한 추진이 저해되거나 위축될 수 있으며 경우에 따라 政爭의 수단으로 이용될 수 있다. 따라서 주민소송을 입법화하는 경우 남소의 가능성을 방지하기 위한 제도적 장치들이 동시에 고려되어야 한다. 그러나 이 점을 지나치게 의식하여 주민의 주민소송에의 접근 가능성을 봉쇄하고 법전에만 존재하는 장식품이 되지 않도록 특히 주의하여야 한다.

(3) 또한 주민소송을 입법화함에 있어 주민소송이 객관소송이라는 특수성을 충분히 고려하여 소송절차를 자기완결적으로 명확하게 규정하여야 한다. 현행 행정소송법은 기본적으로 주관소송을 중심으로 소송절차가 규정되어 있으며 행정소송의 많은 부분에 同法 제8조에 의하여 민사소송법이 준용되고 있다. 객관소송인 주민소송에 일반행정소송·민사소송 절차나 이론을 그대로 적용하는 것에는 무리가 있으며 주민소송 독자의 완결적인 소송절차규정을 두지 않는 경우

4) 학자들의 주민소송제도의 도입필요성과 논거에 대한 정리는 金喜坤, “日本の 住民訴訟에 관한 小考: 그 實態 및 우리나라에의 導入可能性을 중심으로”, 『又石大學論文集』, 제15권 (1993), 317~323면; 李京玉, 위의 글, 205~208면 참고.

소송운영상 상당한 혼란을 야기할 우려가 있다. 객관소송은 법률에 정함이 있는 경우에 법률이 정하는 바에 따라 법원이 재판하는 것을 전제로 하고 있으며 따라서 법원이 法の 不備를 보충하여 적극적으로 재판하는 것을 기대하는 것은 곤란하다.⁵⁾

(4) 따라서 주민소송의 입법화는 주민소송이 주민자치의 확립에 갖는 의의를 적극적으로 평가하여 주민의 용이한 접근가능성을 보장하면서 남소의 가능성을 최소화하고 주민소송의 객관소송의 특수성에 비추어 주민소송 독자의 법리가 적용되는 소송절차를 가능한한 충실하고 명확하게 자기완결적으로 규정하여 주민소송의 운영에 혼란이 야기되지 않도록 소송절차를 정비하여 실효성있는 제도가 되도록 입법화함을 立法의 基本方針으로 설정하여야 할 것이다.

2. 住民訴訟의 有效性保障을 위한 要件의 充實化

(1) 内部監査制度의 充實化·客觀化

위법한 행정작용은 지방자치단체의 내부에서 자주적으로 해결하는 것이 바람직하다. 주민소송은 만약 주민소송이 인정되지 않으면 회복이 불가능할 수 있는 정부의 위법행위를 교정하는 다른 통제수단이 존재하지 않는다는 것에 있다. 이러한 의미에서 주민소송은 특별소송절차(extraordinary procedural) 또는 다른 통제수단의 보충물(supplement)이라고 할 수 있으며 만약 다른 통제수단이 유효하게 기능하게 되면 그만큼 주민소송의 제기가능성은 감소하게 될 것이다. 이런 점에서 지방자치단체가 위법한 재무행정 등을 자주적으로 예방·시정하는 내부감사제도를 주민이 신뢰할 수 있도록 충실화하고 객관화하는 것이 선결과제가 된다.

(2) 住民參與制度의 補完

주민소송제도와 함께 주민발안·주민소환과 같은 다른 직접참여제도가 보완되는 경우 주민소송제도는 더욱 활성화되고 그 기능이 유효하게 작용하게 될 것이다. 따라서 가능한한 주민소송제도는 다른 직접참여수단과 함께 종합적으로 도입되는 것이 가장 바람직하다. 그러나 주민직접참여제도의 보완은 주민소송의 유

5) 園部逸夫, “住民訴訟の訴訟法上の諸問題”, 『ジュリスト』, 제941호(1989.9.15), 31면.

효성보장을 위한 최적의 조건이지 주민소송제도도 도입의 필수요건은 아니다라고 본다.

(3) 財務會計관련 法令의 整備

재무회계법령은 수입·지출에 관한 예산회계법상의 규정과 같이 強行規定의 성질을 갖는 것이 없지 않으나 일반적으로 內規(行政規則)의 성질을 갖는 것이 대부분이며, 이러한 재무회계법령에 위반한 경우 당해 행위자의 행정기관 내부에서의 책임의 문제는 생겨도 외부적인 관계에서는 법령에 특별한 규정이 없으면 그 법률행위의 효력에 영향을 미치지 않는 것이 원칙이다.⁶⁾ 따라서 통상 재무회계법령은 사법심사의 재판규범로서의 법령(法規)이 아니다(財務會計法令의 非法規性).

그러나 주민소송은 주민의 지위에서 재무회계행위를 대상으로 하여 주민 자신의 권리와 관계없이 공익의 확보를 위하여 행하는 객관소송이기 때문에 주민소송에서는 재무회계제도와 관련한 법령이 위법성의 판단기준으로 당연히 부상한다. 그럼에도 재무회계제도에 관한 법령은 이와 같은 주민소송을 상정하여 규정되어 있지 않기 때문에 주민소송제도가 도입되는 경우 재무회계제도와 관련한 법령의 해석에 큰 혼란을 야기할 수 있다. 따라서 사법심사기준으로 작용할 수 있도록 재무회계관련 법령을 정비할 필요가 있다.

(4) 情報公開·行政節次의 充實化

주민소송이 도입되더라도 재무행정을 포함한 위법한 행정작용은 사전에 발생을 방지되는 것이 가장 바람직하다. 이를 위해서는 행정작용이 공정하고 투명할 것이 요청된다. 따라서 정보공개 및 정보제공제도와 행정절차제도를 실질화하고 충실화할 필요가 있다.

Ⅲ. 住民訴訟의 立法型式

1. 地方自治法에 規定하는 方案

주민소송제도를 도입하는 경우 입법형식으로는 우선 현행 지방자치법을 개정하여 주민소송제도를 규정하는 방안을 생각할 수 있다.⁷⁾ 주민소송을 다른 직접

6) 金南辰, 『行政法Ⅱ』(法文社, 1994), 663면; 姜求哲, 『講義行政法Ⅱ』(學研社, 1994), 782면.

7) 李載參, “住民訴訟에 관한 研究: 日本 住民訴訟을 중심으로”(檀國大 博士學位論文, 1992).

참여제도와 함께 지방자치법에 규정하는 경우 주민의 권리로서의 성격을 명확히 하고 지방자치법의 지방자치에 관한 章典으로서 일반법의 기능을 제고하는 장점이 있을 것으로 생각한다.

2. 『地方自治團體住民訴訟法』을 制定하는 方案

앞에서 본 것과 같이 주민소송의 특수성으로 인하여 일반행정소송·민사소송의 절차나 이론을 그대로 적용하는 것에는 무리가 있으며 주민소송 독자의 완결적인 소송이 되도록 입법화할 필요가 있다. 이러한 경우 『地方自治團體住民訴訟法』과 같은 주민소송에 관한 실체법적·절차법적으로 자기완결적인 주민소송에 관한 별도의 법을 제정하는 방안도 고려할 수 있을 것이다.⁸⁾

3. 結 語

주민소송을 도입하는 경우 입법적 참고가 될 일본에서는 도입당시 주민소송에 관한 자기완결적인 체계를 갖춘 독자적인 법률을 제정할 것을 고려하였으나 입법단계에서 별소의 금지, 재판관할, 행정소송법 제43조의 적용 등만을 지방자치법에 규정하고 소송절차의 정비는 미처리된채 실질적으로 중요한 많은 부분을 판례에 맡김으로써 다양한 문제점이 야기되고 있다고 한다.⁹⁾ 따라서 현행 주민소송의 실체법적 절차법적 문제를 해소하여 『住民訴訟法』과 같은 자기완결적인 소송을 규정하는 법률의 제정이 필요하다는 입법론이 제기되고 있다.¹⁰⁾

주민소송이 주민에 의한 지방자치단체의 감독·감시·시정기능을 충분히 발휘할 수 있도록 하고 법원에 의한 해석의 여지를 축소하여 재판운영에 혼란을 초래하지 않도록 하기 위해서는 지방자치법 중 일부가 아닌 별도의 『地方自治團體住民訴訟法』과 같은 독자적인 법률을 제정하여 실체적 조항과 절차적 조항을 종합적으로 규정할 필요가 있을 것으로 생각한다.

193면; 金喜坤, 앞의 글(fn. 4), 324면.

8) 李京玉, 앞의 글(fn. 3), 210면.

9) 成田頼明, “住民訴訟: 制度の回顧と展望”, 『ジュリスト』, 제941호(1989.9.15), 19면.

10) 園部逸夫, 앞의 글(fn. 5), 31면; 室井力 編, 『現代地方自治法入門』(法律文化社, 1990), 97면.

IV. 住民訴訟의 具體的 立法內容

주민소송은 舊 地方自治法 제153조 및 제154조의 규정과 외국의 입법례를 참고로 제도화되어야 할 것이다. 외국의 입법례를 참고함에는 법제도나 법문화의 차이도 동시에 고려되어야 한다. 이하에서는 앞에서 제시한 입법화의 기본 방침에 입각하여 주민소송에 관한 법률을 제정함에 있어 주민소송 독자의 법리가 적용되어야 할 중요한 사항에 대한 입법내용을 제시한다. 중심적 내용은 당사자에 관한 사항, 주민소송의 대상, 소송절차에 관한 것으로 감사위원회제도의 도입 및 감사청구전치주의, 소송참가, 별소의 금지, 가구제제도 등, 주민소송의 소송형식, 소송비용 등에 관한 것이다.

1. 當事者

(1) 原告適格

가. 爭點事項

舊 地方自治法 제154조의 주민소송은 행정소송법 제3조제3호 및 동법 제154조의 민중소송·객관소송에 해당된다. 주민소송을 재차 도입하는 경우에도 역시 민중소송·객관소송의 한 유형으로 도입하여야 할 것이다. 따라서 원고는 자기의 법률상 이익과 관계없이 지방자치단체의 기관이나 소속 공무원이 법률에 위반된 행위를 한 때에 주민소송을 제기할 수 있게 될 것이다. 따라서 미국의 납세자소송이 공익소송·시민소송으로 발전하는 과정에서 제기된 원고의 개별적이고 특별한 이익의 침해여부와 같은 문제는 발생할 여지가 없다.

이와 같은 전제하에서 주민소송의 出訴權者를 납세자로 할 것인가 주민으로 할 것인가, 주민으로 하는 경우 주민 1인이라도 출소할 수 있도록 할 것인가 일정수 이상의 주민으로 제한할 것인가, 감사청구전치주의를 취할 경우 감사청구를 한 주민에 한하여 출소할 수 있도록 할 것인가 당해 사건이 감사청구를 경유한 때에는 감사청구를 하지 아니한 주민에게도 출소할 수 있도록 할 것인가, 주민의 자격을 출소요건으로 할 것인가 本案判決의 요건으로 할 것인가, 주민단체, 외국인인 주민 및 법인에게도 원고적격을 인정할 것인가 등이 중요한 입법정책으로 등장한다.

나. 出訴權者

출소권자를 納稅者로 할 것인가 住民으로 할 것인가가 문제된다. 주민소송의 출소권자를 납세자로 하는 것은 납세자의 조세부담증가의 회피라는 소송의 주관적 성격이 부각되어 주민소송의 법적 성격에 혼란을 야기할 수 있고 납세자의 정의, 조세의 종류, 조세액, 납세기간 등을 사전에 확정하여야 하는 등 많은 어려운 문제점이 있을 것으로 생각한다. 또한 주민소송은 주민의 직접참여수단으로 중요한 기능을 한다는 점에서 볼 때 납세자를 주민소송의 출소권자로 하는 것은 우리의 법감정과도 조화되기 어려운 측면이 있는 것으로 생각된다.

이런 점에서 주민소송의 법적 성격과 주민소송의 주민참여수단으로서의 기능을 고려할 때 주민소송의 출소권자는 “주민”으로 하는 것이 타당할 것으로 생각한다. 舊 地方自治法上 주민소송 역시 출소권자를 주민으로 하고 있다.

다. 出訴權者數의 制限與否

출소권자를 주민으로 하는 경우에도 주민 1인이라도 소송을 제기할 수 있도록 할 것인가 아니면 일정 수 이상의 자가 원고가 되도록 제한한 것인가가 중요한 입법정책의 문제로 부각된다.

(ㄱ) 立法例

일본의 지방자치법은 출소권자의 수에 대해서 특별한 제한을 하고 있지 않으며 감사청구를 한 주민이면 1인이라도 주민소송을 제기할 수 있도록 하고 있다(동법 제242조의2제1항 참고). 미국 납세자소송의 경우 출소권자인 납세자의 수에 대해서는 제한을 하고 있지 않는 것이 일반적이나 Massachusetts州와 같이 일정수 이상의 복수의 납세자가 원고가 될 것을 요구하고 있는 州도 있다.¹¹⁾ 한편 舊地方自治法上 住民訴訟의 경우 100인 이상의 연서로써 이유를 붙여 소청할 수 있고 소청의 결정에 이의가 있을 때에는 대법원에 제소할 수 있다고 규정하고 있다(동법 제153조·제154조 참고). 이 규정의 의미는 舊法上 주민소송은 100인 이상이 원고가 되어 주민소송을 제기하여야 한다고 해석한다.¹²⁾ 그러나 법문의 규정상 명확하지 않으나 소청을 한 자로서 소청의 결정

11) Massachusetts州의 경우 州의 공금지출의 금지소송에는 24인 이상, 지방자치단체의 공금지출의 금지소송에는 10인 이상의 납세자가 원고가 될 것을 요구하고 있다(Mass. Ann. Law ch. 29 §63; ch. 40 §53).

12) 趙淵泓, “住民訴訟의 立法”, 『公法研究』, 제22집 3호(1994), 150면; 李京玉, 앞의 글

에 이의가 자는 누구라도(즉 1인이라도) 주민소송을 제기할 수 있다는 취지로 보는 것이 타당한 해석으로 보인다.

(L) 考慮事項

주민소송의 제기권자의 수를 정함에 있어서는 먼저 주민소송의 법적 성격이 고려되어야 한다. 주민소송의 주관소송적 측면을 강조할 경우에는 1인이라도 소송을 제기할 수 있도록 하는 것이 소송의 일반법리일 것이다. 그러나 주민소송이 재무회계행정의 적법한 운영을 확보하기 위한 객관소송이며 주민의 직접 참여제도로서 주민의 행정에 대한 감시와 통제는 집단적으로 행하는 것이 기본이라는 점, 주민소송은 대표소송이며 따라서 원고의 주민대표성을 확보할 필요가 있다는 점에서 볼 때에는 일정수 이상의 주민이 원고가 되도록 하는 방안도 충분히 고려할 수 있는 방안이라고 생각한다. 또한 주민 한사람이라도 소송을 제기할 수 있도록 하는 것은 이 제도의 남용을 가져올 우려가 있고, 나아가 1인의 원고가 사망한 때에는 소송이 종료되는 문제가 발생하며 이는 행정의 적법성보장이라는 공익보호를 목적으로 하는 주민소송의 취지에서 볼 때 바람직하지 않는 결과가 될 것이다.¹³⁾

한편 주민소송은 궁극적으로 사법통제수단이며 사법심사의 대상이 되는 위법성은 다수결에 의하여 결정되는 성질의 것이 아니다. 원고의 소송제기는 법원에 의한 지방자치단체의 재무회계행위의 위법성판단의 단서에 지나지 않고 극단적으로 말하여 원고적격이 부정되더라도 소송대상의 위법성판단의 필요성은 남게 된다. 이런 점에서 다른 직접참여제도와 같이 주민의 몇분의 1이상, 주민의 몇% 이상의 연서를 요건으로 하는 것은 주민소송의 성격에 비추어 볼 때 타당하지 않다.

(C) 出訴權者數의 合理的 制限

이런 점을 종합하여 볼 때 주민소송을 제기하고자 하는 자는 주민에게 불합

(fn. 3), 204면.

13) 일본에서는 주민 한 사람이라도 주민소송을 제기할 수 있는 것이 이 제도의 특징의 하나이지만 현재 주민소송의 4할 이상이 복수의 주민에 의하여 제기되고 이 중 100인 이상이 집단적으로 행하는 경우도 적지 않다는 현실에서 주민의 일정수 이상이 원고가 될 것을 제도적으로 검토할 필요가 있다는 입법론이 제기되고 있다(地方財政協會, 『住民監査請求・住民訴訟制度に関する調査報告』(1989.3), 119면; 成田頼明, 앞의 글(fn. 9), 22면; 佐藤英善, “住民訴訟の要件”, 『行政法の争点』(有斐閣, 1990), 229면).

리한 부담이 되지 않는 합리적인 범위 안에서 주민의 일정 수 이상의 주민의 연서를 받거나 또는 일정 수 이상의 주민이 원고가 되도록 입법화하는 것이 타당할 것으로 생각한다.

다. 監査請求者와 出訴權者의 同一性與否

감사청구전치주의를 취할 경우 감사청구를 한 주민에 한하여 출소적격을 인정하고 다른 주민에게는 소송참가만을 인정할 것인가, 소송대상이 되는 사안이 감사청구를 거친 경우에는 다른 주민도 출소할 수 있도록 할 것인가도 중요한 입법정책의 문제이다.

생각건대, 감사청구인이 소송을 제기하여 訴訟繫屬 중인 때에는 重複訴訟의 防止를 위해서 다른 주민에게는 소송참가만을 인정하는 것이 타당할 것이다. 그러나 감사청구를 한 주민이 악의·공모 또는 정당한 이유없이 출소를 전혀 하지 아니하거나 지방자치단체와 공모하여 소의 取下·拋棄한 경우에도 다른 주민에게 출소자격을 인정하지 않는 것은 주민소송이 객관소송이라는 측면에서 볼 때 타당하지 않다. 따라서 이러한 경우에는 예외적으로 감사청구를 하지 아니한 주민에게도 출소적격을 인정하는 것이 바람직한 입법정책이라고 본다.

라. 住民資格의 喪失

주민소송의 係屬 중 이주 등으로 주민자격을 상실한 경우에 소송을 제기할 때 주민이었던 것으로 충분하가 아니면 주민의 요건을 本案判決의 요건으로 할 것인가가 문제된다. 주민소송이 특정지방자치단체의 자치권과 관련된 소송이라는 점에서는 주민의 자격을 本案判決의 요건으로 하는 것이 타당할 것이다. 그러나 주민소송이 재무회계행정의 적법한 운영을 확보하기 위한 객관소송이며 원고의 소송제기는 법원의 재무회계행위의 위법성판단의 단서에 지나지 않는다는 점에서는 소송의 계속 중에 주민자격을 상실하더라도 소송대상의 위법성판단의 필요성이 있고, 원고가 소송수행의 의사가 있는 때에는 계속하여 소송을 수행할 수 있도록 하는 것이 바람직할 것으로 본다. 당초의 원고가 소송을 계속할 의사가 없거나 할 수 없는 사정이 있는 때에는 법원이 직권으로 다른 주민에게 소송을 계속할 수 있도록 하여야 할 것이다.

마. 外國人·法人 및 住民團體의 出訴資格의 許容與否

(ㄱ) 外國人인 住民의 出訴資格

오늘날의 세계화·개방화추세에 비추어 볼 때 주민소송의 원고적격을 “국민인 주민”에 한정할 필요는 없을 것으로 보이며 외국인인 주민에게도 출소권을 인정하는 것이 타당할 것으로 보인다. 지방자치법 역시 주민의 자격으로 지방자치단체의 구역안에 주소를 가진 자로 규정하여 國籍의 有無를 조건으로 하고 있지 않다(동법 제12조). 일본의 주민소송도 외국인인 주민에게 주민소송의 출소자격을 인정하고 있다.¹⁴⁾

(ㄴ) 法人의 出訴資格

법인에게 주민소송의 출소자격을 인정하는 것은 자기의 법률상 이익과 관계 없이 객관소송인 주민소송의 제기를 인정하는 것으로 법인의 권리능력에 속하지 않는다는 견해도 있을 수 있다. 그러나 객관소송이라고 하더라도 주관적 이익이 전혀 없는 것은 아니며¹⁵⁾ 법인의 목적에 의한 권리능력의 제한은 매우 좁고 실질적으로 기능하고 있지 않으므로¹⁶⁾ 법인의 원고적격을 부정할 이유는 없다고 본다. 미국의 납세자소송이나 일본의 주민소송은 법인의 원고적격을 인정하고 있다.

(ㄷ) 住民團體의 出訴資格

주민단체의 활동범위가 당해 지방자치단체의 구역에 미치고 가입이 개방되어 있어 당해 지방자치단체의 주민이 일정비율 이상 구성원으로 되어 있으며 일정기간의 객관적인 활동실태를 보아 적절하게 공익을 추구하는 임무를 수행하고 있는 등 일정한 요건을 갖춘 주민 내지 시민단체에 대해서도 주민소송의 출소자격이 인정되어야 한다. 이와 같은 요건은 법률로 정하고 이 요건의 충족여부는 법원이 재량으로 판단할 수 있도록 하여야 할 것이다.

14) 외국인에게도 출소자격이 인정된다는 점에서 주민소송의 성격을 『주권행사로서의 주민참여』라는 의미에서의 직접민주주의와는 다르 것으로 보는 견해도 있다(塩野宏, 『行政法Ⅲ』(有斐閣, 1995), 163면).

15) 법령이 공개입찰계약을 하도록 하고 있음에도 수의계약을 하여 공공계약에의 참가가 배제당한 법인, 위법한 과세특례 등을 생각할 수 있다. 趙淵泓教授는 주민소송을 객관소송 일변도로 보는 시각은 탈피되어야 하며 住民訴訟의 利己的 集團訴訟으로서의 주관소송의 기능을 확인하여야 함을 강조하고 있다(趙淵泓, 앞의 글(fn. 12), 146면).

16) 藤原靜雄, “住民訴訟の當事者”, 『地方自治法講座 4』(きょうせい, 1990), 42면; 仲江利政編, 『住民訴訟の實務と理論』(きょうせい, 1988), 61면.

(2) 被告適格

가. 住民訴訟의 被告適格者

주민소송의 피고는 청구내용에 따라 정하여지게 될 것이다. 금지소송, 위법확인소송, 직무집행명령소송 내지 의무화소송 등의 경우 위법한 재무회계행위 등을 하였거나 당해 직무를 할 권한이나 의무가 있는 지방자치단체의 行政廳 또는 行政機關이 피고가 될 것이다. 그리고 代位訴訟은 주민이 지방자치단체가 보유하는 실체법상 청구권을 代位行使하여 당해 지방자치단체가 입은 손해의 회복, 입을 위험이 있는 손해를 예방하는 것이다. 대위소송의 경우에는 지방자치단체의 기관을 피고로 하는 것은 논리모순이며 지방자치단체에 손해를 발생하게 하였거나 또는 부당이득을 얻고 있는 개별 법적 주체를 상정하지 않으면 의미가 없다. 따라서 대위소송의 피고는 위법한 재무회계행위 등을 한 공무원 개인 또는 그 상대방이 된다.

나. 公務員의 辨償責任·求償責任과의 整合性

주민소송에서 공무원 개인이 피고가 되는 경우 주민소송상 공무원의 배상책임의 요건과 회계관계공무원의 辨償責任(지방재정법 제115조) 및 公務員의 求償責任(국가배상법 제2조제2항)의 요건과의 整合性에 특히 유의하여야 한다. 위 법들은 공무원의 직무수행이나 사기를 배려한 정책적 고려에서 故意 또는 重過失이 있는 경우에 변상책임 또는 구상책임을 지우고 있다.

주민소송에 있어 공무원 개인의 배상책임과 변상책임·구상책임을 정합성을 유지하기 위해서는 먼저 지방재정법 제115조의 회계관계 공무원의 변상책임을 지방자치단체 공무원 일반의 변상책임으로 확대하고 주민소송인 대위소송은 이 규정에 근거하여 발생한 변상책임을 주민이 당해 지방자치단체를 대위하여 청구하는 절차규정으로 정비하여야 할 것이다. 다음으로 공무원 개인의 변상책임 또는 구상책임의 요건을 현행과 같이 重過失이 있는 경우에 한정할 것인가 아니면 經過失의 경우에도 변상책임 또는 구상책임을 지도록 할 것인가를 정책적으로 판단하여 결정하여야 할 것이다.

다. 公務員 個人 및 法律關係의 相對方인 被告에 대한 政策的 考慮

주민소송의 도입으로 공무원 개인이 주민에게 전면적으로 노출되어 행정의

위축, 공무원의 사기저하 등 정책적으로 바람직하지 못한 결과를 초래할 우려가 있다고 판단되는 경우 賠償命令이나 不當利得返還命令의 職務執行命令訴訟과 같은 소송유형을 법정하여 1차적으로 당해 지방자치단체의 장을 피고로 하고 공무원 개인에 대한 대위소송은 외형상으로도 공무원의 직무행위로 볼 수 없는 것과 같은 개인적 행위에 한정하거나 배임·횡령 기타 이에 준하는 행위로서 개별적으로 열거하는 경우에 한정하는 방법도 검토할 수 있을 것이다.

또한 대위소송에 있어 위법한 재무회계행위이나 위법한 부작위의 상대방이 피고가 되는 경우에는 그 대상이 되는 행위가 사법상의 행위, 즉 사적 자치와 관련된 행위가 많다는 점에서 상대방의 보호 내지 거래관계의 안정을 고려하여 일정한 한계를 둘 필요가 있다.

2. 訴訟對象

주민소송 역시 소송이기 때문에 위법한 행위만이 대상이 되고 부당한 행위는 대상에서 제외된다. 그리고 주민소송의 대상을 위법한 재무회계행위에 한정할 것인가 행정일일반의 위법성을 대상으로 하여 주민소송에 행정일일반의 위법성통제기능을 부여할 것인가는 주민소송의 도입에 있어 가장 중요한 입법정책상 쟁점이 될 것이다.

(1) 違法性

주민소송은 재무회계행정 등의 政策的 當否을 판단하기 위한 것이 아니라 法律適合性을 판단하기 위한 住民의 訴權에 기초한 사법통제제도이다. 따라서 주민소송의 대상은 위법한 행정작용이다.

위법한 행정작용이란 ① 우선 당해 행위를 규율하는 법령·조례·규칙에 위반된 행위를 말한다. 당해 행위를 규율하는 법령이 무엇을 지칭하는가에 따라 위법성의 廣狹에 상당한 차이가 있게 된다. 상위법인 헌법원리에 반하는 행위가 포함된다라는 것에는 異論이 없을 것이다.¹⁷⁾ 청구의 양태에 따라 배임·횡

17) 오늘날 재정통제준칙으로서의 “經濟性原則”(Wirtschaftlichkeitsprinzip)의 통제규범 또는 행위규범으로서의 효력이 논의되고 있다. 헌법상 일반원칙인 공공복리원칙에서 도출되는 경제성의 원칙은 기술적 의미에서 예산의 편성, 집행 등의 직접적인 재정영역에서 뿐만 아니라 급부행정은 물론이고 행정조직과 침해행정영역에서도 일반적으로 적용되는 행정법의

령·사기 등의 범죄행위, 타인의 권리를 침해하는 불법행위, 公序良俗에 반하는 행위, 무권한대리행위, 신의칙위반행위 등도 위법행위에 포함되는 것으로 해석하여야 할 것이다. 또한 현대행정의 복잡성·다양성 및 주민소송제도의 취지에서 볼 때 당해 행위를 직접 규제하는 법령 뿐만 아니라 당해 행위와 유기적 일체불가분의 관계에 있는 법령도 포함된다고 보아야 할 것이다.

② 당해 기관 또는 공무원의 직무를 규율하는 법령위반도 포함된다. 권한규정위반, 처리준칙법령위반 등이 그것이다. 지방자치단체의 행정기관이나 공무원에게 재량권이 주어져 있는 경우 그 재량권 범위 안에서의 행위는 위법의 문제는 없지만 일반법리에 따라 재량권을 일탈하거나 남용하는 경우에는 위법한 행위가 되어 주민소송의 대상이 된다.

한편 행위의 위법성과 관련하여 지방자치단체의 의회의 의결 자체가 위법한 경우에 당해 의결에 의거하여 행한 행정기관 또는 공무원의 행위가 위법한 행위가 되는지의 여부가 문제될 수 있다.¹⁸⁾ 주민소송제도가 주민의 일반적 이익을 보호함을 목적으로 한다는 점에서 의회의 위법성을 포함하여 일체의 지방자치단체 기관의 행위의 위법성을 추궁하는 것이 제도의 취지에 부합하고 의회의 의결이 있었다하더라도 법령상 위법한 지출이 적법한 지출로 될 수 없다는 점 등에서 적극적으로 해석하여야 할 것이다.

(2) 訴訟對象의 限定與否

주민소송의 대상을 위법한 재무회계행위에 한정할 것인가 또는 행정일반의 위법성까지 확대하여 주민소송에 행정일반의 적법성통제기능을 부여할 것인가는 주민소송의 도입에 있어 가장 핵심적인 입법정책의 문제이다.

가. 立法例

미국 납세자소송의 경우 재무회계사항 뿐만 아니라 공금지출을 수반하지 않는 비재무회계사항도 소송대상이 된다. 일반적으로 납세자소송의 대상이 되는 사항을 보면 ① 위법한 조세의 부과·징수, ② 타인에 대한 비과세, 면세, 감세

일반원칙으로 인정된다는 것이다. 이에 대한 자세한 것은 李應衍, “財政統制小論: 公法上 財政統制論議의 活性化에 부쳐”, 『公法研究』, 제23집 4호(1995), 414면 이하 참고.

18) 지방자치법은 중요재산의 취득·처분, 공공시설의 설치·관리 및 처분, 예산의 의무부담이나 권리의 포기 등의 사항에 대해서는 지방의회의 의결로 하도록 하고 있다(동법 제35조 참고).

및 환급조치, ③ 공금의 부정한 유용, 위법한 지출 및 낭비, ④ 공공재산의 부정처분, ⑤ 공채의 부정발행, 공적 채무의 불법인수, ⑥ 무권한 또는 위법한 공공계약, ⑦ 위법한 특허·허가 등의 발급, ⑧ 위법한 토지수용, 수용권의 남용, ⑨ 지방자치단체의 위법한 구역합병, 분리, ⑩ 지방자치단체에 속하는 청구권의 대위 등이 있으며 ⑪ 비재무적 사항으로 납세자소송이 인정된 예로서는 지방자치단체의 조직변경, 시청사 등의 입지선정 및 이전, 기록의 검사, 시공무원 조합비의 급여에서의 사전공제 등을 들 수 있다.

일본 지방자치법은 주민소송의 대상을 위법한 ① 공금의 지출, ② 재산의 취득·관리·처분, ③ 계약의 체결·이행, ④ 채무 기타 의무의 부담, ⑤ 공금의 부과·징수를 해태한 사실, ⑥ 재산의 관리를 태만히 하는 사실 등 소위 財務會計上의 行爲(財務事項)에 한정하여 법정하고 있다(일본 지방자치법 제242조 제1항). 그러나 최고재판소는 이와 같은 법정된 전형적 재무회계사항에 한하지 않고 선행행위의 위법성의 승계 등의 이론을 통하여 비재무회계행위에까지 대상을 확대함으로써 주민소송의 역할이 지방자치단체의 행정운영의 위법일반을 통제하는 수단으로 변화하고 있음은 앞에서 본 것과 같다.¹⁹⁾

한편 한국의 舊地方自治法上 주민소송의 경우 『지방자치단체의 조례나 지방자치단체의 명령이나 처분이 헌법이나 법률에 위반된다고 인정될 때』라고 규정하여 소송대상에 관해 열거주의를 취하지 않고 概括主義를 취하고 있었다.

이상의 입법례를 통해서 알 수 있는 것은 주민소송의 대상이 전형적인 재무회계행정에서 행정일반의 위법성에까지 확대되는 것이 일반적으로 경향이며, 이는 주민소송의 행정감시와 통제 및 주민참여의 측면에서 볼 때 긍정적으로 평가할 수 있을 것으로 생각된다. 이런 점에서는 구지방자치법상 주민소송은 일본의 주민소송에 비하여 발전된 것으로 볼 수 있을 것이다.

나. 違法한 行政作用 一般을 訴訟對象으로 할 경우의 問題點

그러나 주민소송의 대상을 위법한 행정작용 일반으로 확대하는 경우 많은 문제점을 야기할 것으로 생각된다. 먼저 현행 행정소송법과 조화되지 않는다. 현행 행정소송법은 기본적으로 주관소송을 중심으로 하고 있으며, 예외적으로 민중소송으로서의 객관소송의 도입가능성을 열어두고 있다. 이는 행정소송법이

19) 자세한 것은 이 보고서, 69면 참고.

소송의 종류로 항고소송, 당사자소송, 민중소송 및 기관소송으로 법정하고 항고소송은 법률상 이익의 침해를 요구하는 자에 한해서 원고적격을 인정하며(동법 제9조, 제35조 및 제36조 참고) 당사자소송은 공법상 법률관계에 관한 소송이므로 민사소송법상 원고적격에 관한 규정이 준용하고(동법 제8조제2항) 민중소송 및 기관소송은 법률이 정하는 경우에 법률이 정한 자에 한해서 제기할 수 있도록 하고 있는 것(동법 제45조)에서 잘 나타나 있다.

이런 점에서 민중소송인 주민소송은 법률이 허용하는 경우에 한해서 인정되는 예외적인 특수한 소송이다. 만약 위법한 행정작용 일반을 주민소송의 대상으로 하는 경우 행정행위 기타 모든 행정결정의 위법성을 광범위하게 주민소송으로 다루는 것을 인정하는 것이 되고 주민소송이 당사자소송이나 항고소송과 같은 주관소송을 대체하여 주관소송은 유명무실화될 것이다. 이는 결과적으로 현행 행정소송법체계를 붕괴시키는 것이 된다. 따라서 위법한 행정작용 일반을 주민소송의 대상으로 하는 것은 행정소송법의 취지에 정면으로 반하는 것이 되어 현행 행정소송법과 정합성을 상실하게 될 것이다.

또한 전심절차를 취할 경우 전심기관은 행정작용 일반의 위법성을 심사할 수 있는 조직과 체계를 갖추어야 할 것이며 이를 위해서는 현행 행정심판제도를 폐지 내지 전면적 개선하여야 한다. 이러한 점에서 볼 때 위법한 행정작용 일반을 주민소송의 대상으로 하는 것은 현행 행정소송체계의 전면적인 재편성을 의미하는 것이며 이러한 제도개혁은 용이하지 않을 뿐만 아니라 결코 타당하지도 않는 것이다.

나아가 주민소송은 자기의 법률상 이익과 관계없이 제기할 수 있는 민중소송이기 때문에 남용될 가능성이 있으며 경우에 따라서는 지방자치단체나 주민 일반의 이익을 위해서가 아니라 정치적 주장의 관철을 위해 행정을 지연하는 수단으로 이용될 가능성도 없지 않다. 이렇게 될 경우 심각한 행정지연과 위축을 가져올 수 있으며 법률상 쟁송의 심판을 본연의 의무로 하고 있는 법원(법원조직법 제2조)은 본질적으로 非法律的 爭訟인 주민소송에 압도되어 본연의 역할을 할 수 없게 될 것이다.

다. 財務會計事項에의 限定

이런 점에서 볼 때 주민소송의 대상을 위법한 행정작용 일반으로 확대하는 것은 현행 행정소송제도의 전면적 개혁을 의미하는 것이 되며 현실적으로 불가

능할 뿐만 아니라 타당한 것으로도 생각되지 않는다. 따라서 현행 행정소송체계와 조화하면서도 주민소송제도가 독자적인 기능을 발휘하게 하기 위해서는 주민소송의 대상을 위법한 재무회계행정에 한정하는 것이 바람직하며 비재무적 사항에 대한 주민소송에 의한 통제는 향후 학설과 판례의 전개에 맡기는 것이 타당할 것으로 생각된다. 재무행위의 유형화는 지방자치법 제7장의 재무편과 지방재정법에 규정된 행위형식 및 일본 지방자치법과 미국 납세자소송의 대상을 참고로 유형화하면 될 것으로 생각된다.

3. 訴訟節次

(1) 裁判管轄

일본의 주민소송이나 미국의 납세자소송은 지방법원을 1심으로 한 3심제를 채택하고 있는 것에 대하여 구지방자치법상 주민소송은 1심을 거쳐 대법원에 제소하는 단심제로 되어 있었다. 이는 주민소송의 대상이 되는 사건은 공공성이 강하기 때문에 사건을 신속히 처리하여 그 효력을 조속히 안정시키려는 취지라고 생각된다.

그러나 주민소송을 舊法과 같이 대법원에 바로 제소하도록 하는 것은 재무회계행정이 전문적이고 기술적인 내용이 많다는 점에서 주민소송의 분쟁성격에 맞지 않고 또한 대법원의 소송부담을 가중시키는 요인으로 작용할 것으로 생각된다. 또한 주민소송을 바로 대법원에 제기하는 것은 일반행정소송이 3심제로 되어 있는 것과도 균형이 맞지 않는다.

생각건대, 1998년 3월 서울에 설치되어 있는 행정법원을 다른 지역에도 그 여건을 감안하여 조속히 확대 설치하고 주민소송을 포함한 지방자치분쟁을 해결함에 있어 고등법원의 역할을 대폭 강화할 필요가 있다. 각종 행정소송을 관장한 경험이 풍부한 고등법원이 사실상 최고심급이 되도록 하고 대법원에의 상고기회는 현행 上告審査制(審理不續行制度)에 따라 인정하되, 전국적 통일성을 기해 해결해야 할 사안이 있을 수 있으므로 미국 연방대법원의 事件移送命令(certiorari)과 같은 제도를 도입하여 대법원의 選擇的 管轄權을 인정하는 것도 검토할 필요가 있다고 본다.²⁰⁾

20) 洪準亨, "地方自治分爭의 司法的 解決: 그 問題點과 改善方案", 『公法學的 現代的 地坪』

(2) 住民監査請求 및 監査請求前置主義

가. 監査請求前置主義의 意義

주민소송을 제기하기에 앞서 지방자치단체 내부에서 위법·부당한 재무회계 행정을 시정할 수 있는 기회를 부여하기 위하여 감사청구전치주의를 채택할 것 인지가 문제된다. 일본의 주민소송은 감사청구전치주의를 취하고 있으며(일본 지방자치법 제242조) 舊地方自治法도 訴請前置主義를 취하고 있었다(동법 제 153조).

감사청구전치주의를 취하는 이유는 지방자치단체의 분쟁은 지방자치단체 내부에서 자주적으로 해결하는 것이 지방자치의 취지에 합치한다는 점, 소송에 비하여 간이·신속하게 사건을 처리할 수 있기 때문에 시간과 비용의 면에서 경제적이라는 점, 회계제도의 복잡성과 회계원리 등의 전문기술성에 비추어 행정기관의 전문적 지식을 활용하여 법원의 사법기능을 보충하고 가능한한 자체 감사단계에서 해결하도록 함으로써 법원의 부담을 경감할 수 있다는 점 등에 있다.

나. 監査請求前置主義의 位置

소청 내지 감사청구전치주의와 관련해서 항고소송의 行政審判前置主義가 폐지되었기 때문에 주민소송의 경우도 이와 같은 전치절차를 두지 않고 바로 법원에 직접 출소할 수 있도록 하여야 한다는 견해가 있을 것이다.

그러나 감사청구전치주의는 주민소송의 제기를 위한 단순한 형식적 소송요건 내지 경유절차 이상의 의미가 있다. 지방자치라는 관점에서 볼 때 지방자치단체의 재무에 관한 과오를 주민과 지방자치단체가 협력하여 시정하는 것이 가장 이상적이다. 감사청구전치주의는 지방자치단체의 잘못된 재무회계행정을 스스로 인정하고 시정함으로써 지방자치단체와 주민간의 신뢰를 회복시키는 기능을 한다는 점에 유의할 필요가 있다. 지방자치단체의 위법한 재무회계행정이 타율적으로 법원에 의하여 시정되는 경우 주민의 지방자치단체에 대한 신뢰는 상당히 떨어지게 될 것이다.

또한 주민소송의 경우 위법한 재무회계사항에 대해서만 소송을 제기할 수 있는 것에 대하여 주민감사청구의 경우에는 위법 뿐만 아니라 不當한 재무회계사

(桂禧悅教授華甲記念論文集, 1995), 838~839면 참고.

항에 대해서도 청구를 할 수 있다. 주민감사청구에 따른 재결은 부당한 재무회계사항을 시정하는 最終審의 역할을 한다. 따라서 감사청구전치주의는 주민에게 부당한 재무회계사항에 대해서도 시정을 구할 수 있는 권리를 보장하는 것이라는 점에서도 감사전치주의의 의의는 재인식될 필요가 있다.

다. 監査請求制度의 立法方向

이상과 같은 주민감사청구전치주의 취지를 충분히 실현하기 위해서는 주민이 감사결과를 신뢰할 수 있도록 지방자치단체의 내부감사제도의 충실성·공정성·객관성의 담보가 선결되어야 한다. 이것이 선결되지 않는 경우 종래 행정심판전치주의에서와 같이 주민소송의 제기를 지연시키고 비용부담을 가중시키는 등 감사청구전치주의가 오히려 주민의 이익보호에 장애요인으로 작용하게 될 것이다.

지방자치단체의 감사의 공정성·객관성을 확보하기 위해서는 지방자치단체의 재무회계감사(일반감사·특별감사) 및 주민의 감사청구에 대한 재결권을 갖는 監査委員會制度和 같은 전문감사기관을 도입할 필요가 있다고 본다. 감사위원회는 재무회계 및 감사에 관한 전문지식을 갖춘 감사위원으로 구성하고 감사위원은 외부의 전문가가 과반수 이상이 되도록 하여 공정성·객관성을 확보하고²¹⁾ 주민의 대표로 구성되는 지방의회의 동의를 얻어 지방자치단체의 장이 임명하도록 하여야 할 것이다. 감사위원에게는 신분상·권한상의 독립이 보장되어야 한다. 감사청구권자는 주민으로 하되 일정수 이상 주민의 연서로서 하도록 하며 합리적인 청구제한기간을 두도록 한다. 청구대상, 피청구인 등은 주민소송과의 관계에 특히 신중을 기하면서 제도화되어야 한다. 감사위원회가 주민감사청구를 심리하는 경우 헌법 제107조제3항이 정하는 취지에 따라 가능한 司法節次를 준용되어야 할 것이다.

감사청구전치주의를 취하는 경우에도 감사청구가 있는 날로부터 일정한 기간이 경과하여도 재결이 없는 때, 사무의 집행으로 인한 중대한 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있는 경우, 감사위원의 결원 등 감사위원회가 재결을 하지 못할 사유가 있는 경우 기타 청구인에게 귀책할 수 없는 사유로 감사청구를 경유할 수 없는 경우 등 일정한 예외규정을 두어야 할 것이다.

21) 이는 지방자치단체에 외부감사제도를 도입하는 효과가 있게 될 것이다.

(3) 出訴期間

출소기간에 대해서는 除斥期間을 두는 것과 같다고 하여 반론이 있을 수 있다. 그러나 언제까지나 주민소송을 제기할 수 있도록 하면 당해 행위나 법률관계가 장래 재판에 의하여 변경될 가능성이 있기 때문에 언제나 불안정할 뿐만 아니라 당해 행위를 기초로 성립한 다른 법률관계까지도 불안정한 상태에 놓이게 된다. 따라서 법적 안정성을 위하여 합리적인 제소기간의 제한을 두는 것으로 한다. 이는 동시에 남소의 방지하는 효과도 있다.

미국의 납세자소송이나 일본의 주민소송도 제소기간에 제한을 두고 있으며 구지방자치법상 주민소송 역시 소청에 대한 결정에 이의가 있는 때에는 결정통지서를 받은 날로부터 10일 이내에 제소하도록 하고 있다. 그러나 이와 같은 단기의 제소기간을 정하는 것은 주민의 주민소송청구권을 지나치게 제한하는 것이 되어 타당하지 않다. 오늘날 제소기간을 일반적으로 연장하는 경향에 있다는 점을 고려하여²²⁾ 주민소송의 제소기간은 주민이 주민소송을 충분히 준비할 수 있는 합리적 기간이 되어야 할 것이다.

(4) 訴訟參加

행정소송법은 민중소송을 ① 처분 등의 취소를 구하는 소송, ② 처분 등의 효력 유무 또는 존재 여부나 부작위의 위법의 확인을 구하는 소송 및 ③ 기타 소송으로 분류하고 ①과 ②에 대해서는 각각 취소소송·무효등 확인소송·부작위법확인소송을 ③에 대해서는 당사자소송에 관한 규정을 준용하도록 하고 있다(동법 제46조). 이 규정에 의하여 주민소송에는 행정소송법이 정하는 제3자의 소송참가 및 행정청의 소송참가가 준용된다(동법 제16조·제17조). 따라서 지방자치단체의 주민은 주민의 대표인 원고가 공격 또는 방어를 태만히 하여 주민 전체나 지방자치단체의 이익을 적절히 옹호하고 있지 못하다고 판단되는

22) 행정심판법은 종래 처분이 있음을 안 날로부터 60일 이내에 제기하도록 하였으나 1995년 12월 법률을 개정하여 처분이 있음을 안 날로부터 90일 이내에 제기하도록 행정심판청구기간을 연장하였다(동법 제18조). 또한 행정소송법도 1994년 행정심판전치주의가 임의전치주의로 변경됨에 따라 행정소송의 제소기간을 처분 등이 있음을 안날로부터 90일, 처분이 있는 날로부터 1년 이내에 행정소송을 제기할 수 있도록 제소기간을 연장하였다(1998.3.부터 동법 제20조).

때에는 법원의 허가를 받아 소송참가를 할 수 있다.

주민소송에 있어 소송참가와 관련하여 특히 문제될 수 있는 것은 代位訴訟에 있어 지방자치단체의 피고를 위한 소송참가문제이다. 대위소송의 원고는 지방자치단체를 위하여 당해 지방자치단체를 대위하여 공무원 개인을 피고로 소송을 제기하는 것이기 때문에 당해 지방자치단체의 피고측에의 소송참가는 당사자의 일방이 대립당사자인 상대방에 소송참가를 허용하는 것과 같은 결과가 되며 일반 소송이론상으로는 모순적인 것이 된다. 물론 지방자치단체가 원고를 위하여 소송참가할 수 있음은 당연한 것이다.

그러나 주민소송에 있어 지방자치단체의 소송참가에 대해서는 住民訴訟 獨自의 法理를 창출할 필요가 있다. 대위소송은 형식상으로는 주민이 지방자치단체의 청구권을 대위행사하는 것이지만 실질적으로는 청구권의 귀속주체인 지방자치단체와 언제나 같은 입장에 있는 것은 아니다. 대위소송은 주민으로서의 고유한 입장에서 공무원 등에 대하여 손해전보 등을 요구하는 것이 주된 목적이며 그 목적을 실현하기 위한 수단으로 소송기술적인 배려에서 대위소송의 형식에 의하는 것이다. 원고가 형식상 지방자치단체를 대위하여 권리를 행사하더라도 지방자치단체의 이해관계가 원고와 일치하지 않아 지방자치단체가 소송참가의 이익이 있는 때에는 피고를 위한 소송참가를 허용하여야 할 것이다. 대위소송에서 지방자치단체의 소송참가는 해석론으로도 어느 정도 가능할 수 있으나 논란의 여지가 있으므로 주민소송 독자의 지방자치단체의 소송참가를 법에 명문으로 규정하는 것이 바람직하다.

(5) 訴訟承繼

소송승계란 소송계속 중에 소송의 목적인 권리관계의 변동으로 새로운 승계인이 종전의 당사자에 갈음하여 당사자가 되어 소송을 인계받게 되는 것을 말한다.²³⁾ 행정소송법은 행정청의 권한승계 및 행정청의 폐지된 경우에 피고의 승계에 관해서만 규정하고 있을 뿐(동법 제13조) 원고의 승계에 대해서는 규정하고 있지 않기 때문에 민사소송법상 소송승계에 관한 규정이 된다(행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제211조 이하).²⁴⁾

23) 李時潤, 『民事訴訟法』(博英社, 1994), 255면.

24) 행정심판법은 청구인의 지위승계에 관해서 명문의 규정을 두고 있다(동법 제12조 참조).

그러나 주민소송은 주민인 개인의 권리이익과는 관계없이 지방재정의 공정한 운영을 확보하기 위해 인정된 제도이므로 민사소송은 물론이고 통상의 행정소송인 항고소송과도 다른 각도에서 검토할 필요가 있다. 소송의 계속 중 원고의 사망, 영구이전, 訴訟繫屬意思의 喪失 등이 있는 때에는 법원은 재량으로 소송 계속의 의사가 있는 다른 주민에게 소송을 계속하게 할 수 있도록 하는 취지의 규정을 두어야 할 것이다. 또한 피고의 승계에 있어서도 행정청이 피고가 되는 경우에는 행정소송법의 규정을 준용하면 될 것이나 공무원 개인이 피고가 되는 대위청구의 경우에는 피고가 사망한 경우 그 상속인이 소송을 승계하도록 하여야 할 것이다.

(6) 別訴의 禁止

민사소송법은 법원에 계속 중인 사건에 대해서는 다시 소송을 제기하지 못하도록 하고 있다(동법 제234조). 이를 重複訴訟의 禁止 또는 二重訴訟의 禁止 原則이라고 한다. 이 원칙은 소송당사자에게만 적용되고 당사자 이외의 제3자가 訴訟繫屬 중인 사건에 대하여 소송을 제기하더라도 동일한 사건이 아니기 때문에 이 원칙은 적용되지 않는다.²⁵⁾

일반 민사소송의 경우에는 법적인 이해관계가 있는 자만이 소송을 제기하므로 동일 청구에 대해서 다수의 재판이 동시에 계류될 가능성은 적다. 그러나 주민소송은 당해 지방자치단체의 주민이면 누구라도 소송을 제기할 수 있기 때문에 만약 동일한 사건에 대해서 주민 각자에게 별개의 소송을 제기하는 것이 인정되게 되면 남소의 폐해를 초래하여 법원에게도 부담이 되고 소송경제상으로도 타당하지 않으며 판결이 서로 모순·저촉되는 결과를 초래할 수 있다. 따라서 주민소송이 계속 중인 때에는 다른 주민의 동일사건에 대한 별소의 제기를 금지하고 소송참가만을 허용하여야 할 것이다.

일본 지방자치법도 주민소송에 있어 동일 사건에 대한 다른 주민의 별소의 제기를 금지하고 있으며(동법 제242조의2제4항), 별소의 제기가 있는 경우 소송의 제기요건을 구비하고 있는 때에는 부적법한 것으로 각하하지 않고 공동소송참가신청으로서의 효력을 인정하고 있다.

25) 李時潤, 앞의 책(fn. 23), 351면 이하 참고.

(7) 訴의 取下, 請求拋棄, 裁判上 和解

주민소송이 객관소송이며 공익소송인 점을 고려하여 원고의 지방자치단체와 공모에 의한 소의 取下, 請求의 拋棄·認諾을 방지하기 위하여 원고는 법원의 허가가 있는 경우에 한하여 이를 할 수 있도록 하여야 할 것이다. 한편 행정소송법은 재판상 화해에 관한 규정을 두고 있지 않기 때문에 민사소송법상 화해가 준용될 여지가 있다. 그러나 위법한 재무회계행정은 사인간의 민사소송과 같이 서로 양보하여 화해로 해결할 수 있는 성질의 것은 아니며 주민소송의 심리에는 직권탐지주의 개입될 수 있고 주민소송의 확정판결은 대세적 효력을 가진다는 점 등에서 비추어 볼 때 주민소송에 있어 재판상 화해는 허용되지 않는다는 명문의 배제규정을 두는 것이 타당할 것으로 생각된다.

(8) 資料閱覽·複寫請求權

행정소송법은 行政審判記錄提出命令申請權만을 인정하고 있을 뿐 자료열람 및 복사청구권을 인정하고 있지 않다(동법 제25조). 이는 행정소송의 원고가 피고인 행정청과 대등한 지위에서 공격·방어를 할 수 없다는 것을 의미하기 때문에 대심구조의 실효성을 거두기 어렵게 하는 커다란 결함이 되고 있다.²⁶⁾

따라서 주민소송제도를 입법화하는 경우 주민소송과 관련된 자료 등은 당해 지방자치단체가 보유하고 있는 것이 보통이기 때문에 주민인 원고로 하여금 당해 사안에 대한 모든 문서 등을 사전에 열람·복사할 수 있도록 하여 當事者의 武器平等의 原則이 실현될 수 있도록 일반적인 정보공개청구권이나 문서열람청구권 보다 강도 높은 문서 등의 열람 및 복사청구권을 보장할 필요가 있다.²⁷⁾

(9) 立證證責任

미국 납세자소송의 경우 일반소송에 있어 입증책임의 원칙을 납세자소송에도

26) 물론 이러한 문제점은 행정절차법상 문서열람제도가 행정정보공개법에 의한 행정정보공개제도를 활용하여 관련 자료에 접근함으로써 어느 정도는 해소될 수 있을 것으로 생각된다. 그러나 행정소송법상 자료열람청구권과 행정정보공개법상 행정정보공개청구권과는 제도의 취지를 달리하며, 행정절차법상 문서열람청구권은 열람의 대상이 문서에 한정되어 있고 문서의 열람이 처분절차 중 청문에 한하여 청문의 통지가 있는 날로부터 청문이 끝날 때까지로 제한되어 있다.

27) 물론 자료열람 및 복사청구권은 주민소송에 관한 법률에 규정되기 보다는 행정소송법에 규정하여 행정소송 일반에 적용하는 것이 보다 타당한 입법론이다.

적용하지만 공무원에게 위법행위가 있는 때에 원고에게 손해가 있음을 추정하는 판례가 많다. 그리고 일본 지방자치법은 주민소송의 입증책임에 관해서는 규정하고 있지 않기 때문에 민사소송의 예에 의한다. 그리고 한국의 행정소송법 역시 행정소송에 있어 입증책임의 분배에 관하여 규정하고 있지 않다.

주민소송에 입증책임은 주민소송의 취지와 법적 성격을 전제로 고찰되어야 한다. 주민소송의 취지 내지 목적의 관점에서 보면 원고인 주민은 자기의 이익과 관계없이 공익의 보호를 위하여 소송을 제기하는 것이라고 할 때 당해 지방자치단체와 그 기관이 원고가 될 경우 부담할 입증책임을 모두 원고인 주민이 부담하게 하는 것은 다소 가혹한 것이라고 할 것이다. 따라서 입증책임을 사실상 전환하는 방안을 도입하여 원고인 주민의 입증책임을 부담을 경감할 필요가 있다. 즉, 재무회계행정의 위법성에 대하여 合理的인 疑心을 가지게 할 정도의 입증이 있으면 그것으로 충분하고 피고는 그에 대하여 사실로서 그 의심을 해소하지 않으면 행위의 위법성을 부정할 수 없도록 하는 것이다.

4. 住民訴訟의 訴訟類型

(1) 立法例

미국 납세자소송은 청구의 성질에 따라 다양한 소송형식이 탄력적으로 인정되고 있다. 납세자소송에서 인정되는 대표적인 소송유형은 禁止命令(injunction), 權限開始命令(que warranto), 職務執行命令(mandamus), 禁止令狀(writ of prohibition), 宣言的 判決(declaratory judgement), 記錄移送令狀(certiorari) 등이다. 이에 대해서는 일본 지방자치법은 주민소송의 소송유형을 禁止請求(1호 청구), 取消 및 無效確認請求(2호 청구), 태만사실의 違法確認請求(3호 청구) 및 代位請求(4호 청구)의 4가지로 법정하고 있다(동법 제242조의2제1항). 한편 舊地方自治法上 주민소송은 “소청에 대하여 이의가 있는 때에는 대법원에 출소할 수 있다”고만 규정하여 소송형식에 대해서는 아무런 제한을 두고 있지 않았다.

(2) 訴訟種類에 대한 規定型式

주민소송을 도입함에 있어 소송형식에 대해서 舊法과 같이 소송형식을 특정

하지 않는 경우 행정소송법 제46조(민중소송의 준용규정)에 의하여 인정되는 민중소송형식의 抗告訴訟과 當事者訴訟만이 허용될 가능성이 없지 않다.²⁸⁾ 따라서 주민소송을 도입하는 경우 청구의 성질에 대응한 대표적인 소송을 유형화하여 법정하고 또한 법정된 소송유형만이 허용되는 것이 아니라 청구의 성질에 따라 다양한 無名訴訟이 인정된다는 취지의 개방적 규정형식으로 입법화하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

특히 주민소송에서는 위법하게 지출된 공금은 일반적으로 상당히 고액인 것이 보통이기 때문에 공무원 개인에게 손해배상을 청구하더라도 사실상 원상회복이 불가능한 경우가 많다. 따라서 공금이 위법하게 지출되기 전에 이를 금지 또는 제한하는 것이 현실적인 방법이다. 이러한 경우 豫防的 禁止訴訟은 주민소송의 취지에서 볼 때 가장 본질적인 구제수단이 된다. 다만 예방적 금지소송은 당해 행위가 행하여질 가능성이 상당한 확실성을 가지고 예측되는 경우에 한정하여야 할 것이다.

또한 행정기관이 위법하게 조세 등을 부과·징수하지 않거나 재산의 관리를 태만하는 경우 지방자치단체의 재정에 손실을 줄 뿐만 아니라 행정의 공정성이라는 측면에서도 묵과할 수 없는 것이다. 이와 같이 행정기관의 위법한 부작위나 태만한 사실에 대한 가장 실효성있는 소송형태가 義務履行訴訟이다. 따라서 미국의 職務執行命令訴訟이나 독일의 義務化訴訟과 같은 의무이행소송을 반드시 입법화할 것이 필요하다.²⁹⁾

또한 주민소송을 입법화하는 경우 공무원 개인이 주민소송의 전면에 노출시킴으로써 공무원의 직무수행이나 사기를 위축시키고 행정지연을 초래할 수 있다는 반대론이 제기될 수 있다. 이와 같은 경우에는 대위소송의 요건을 엄격히

28) 대법원은 『행정청에 대하여 행정상의 처분의 이행을 구하는 청구는 특별한 규정이 없는 한 행정소송의 대상이 될 수 없다』(大判 1990. 10. 23, 90 누 5467), 『신축건물의 준공 처분을 하여서는 아니된다는 내용의 부작위를 구하는 원고의 예비적 청구는 행정소송에서 허용되지 않는 것으로 부적법하다』(大判 1987. 3. 24, 86 누 1182)고 하는 판례에서 보는 것과 같이 행정소송법 제3조에 규정된 행정소송의 종류를 제한적으로 열거한 것으로 해석하여 無名行政訴訟을 전혀 인정하지 않고 있다. 자세한 것은 金南辰, 『行政法の 基本問題』(法文社, 1994), 532면 이하; 姜求哲, 『講義行政法 I』(螢雪出版社, 1998), 827면 이하; 洪準亨, 『行政救濟法』(한울아카데미, 1997), 396면 이하 참고.

29) 위법확인소송을 통해서도 판결의 羈束力에 의해 의무이행소송의 목적을 달성할 수 있으나 그것은 지나치게 우회적이며 부자연스럽다고 하지 않을 수 없다.

하면서 지방자치단체의 장애 대한 손해배상청구나 부당이득반환청구의 직무집행명령소송과 같은 제도를 검토할 필요가 있다.

5. 訴訟費用

(1) 訴價의 算定

주민소송에서 원고가 승소하더라도 직접적으로는 어떠한 개인적 이익을 얻는 것은 아니기 때문에 소송비용이 고액인 경우에는 주민소송의 제기를 사실상 제약하게 된다. 따라서 주민소송을 유인하는 의미에서 주민소송은 非財産權을 목적으로 하는 소송(民事訴訟등印紙規則 제17조제4호 참고)으로 간주하는 입법 조치를 하는 것이 타당할 것으로 생각된다. 이러한 경우 주민소송의 訴價는 확정적으로 1천만 100원(民事訴訟등印紙法 제2조제5항)이 된다. 일본의 최고재판소도 주민소송을 비재산적 소송으로 간주하고 주민소송의 소가를 95만円으로 확정하고 있다(民事訴訟費用등에관한法律 제3조, 제4조제1항).³⁰⁾

(2) 勝訴原告의 辯護士費用償還

주민소송의 경우도 일반소송원칙에 따라 소송비용은 패소자가 부담한다(민사소송법 제89조). 변호사의 보수 역시 소송비용에 산입하여 패소당사자로부터 상환받을 수 있게 되어 있다(동법 제99조의2). 그러나 변호사비용의 산정방법이 변호사에게 지급한 또는 지급할 보수전액이 아니라 대법원규칙이 정하는 금액의 범위 안에서 정하도록 하고 있으며 數人의 변호사가 동시에 대리하는 경우에도 1인의 변호사가 대리한 것으로 보도록 되어 있고, 대법원규칙이 정하는 소송비용에 산입할 변호사보수의 기준이 현실과 완전 유리되어(변호사비용의 소송비용산입에 관한 규칙 참고) 민사소송법상 변호사보수의 소송비용산입에 관한 규정은 사실상 사문화되어 있는 실정이다. 따라서 소송비용과 관련하여 주민소송에서 주민인 원고가 승소한 경우 변호사비용의 상환이 특히 문제된다.

미국 납세자소송의 경우 辯護士費用 各自負擔이라는 원칙에도 불구하고 납세자소송을 장려하는 취지에서 不誠實法理에 의한 例外措置 등 다양한 예외조치에 의하여 승소원고에게 변호사보수를 상환하는 방향하는 변화하고 있으며

30) 最判 1978. 3. 30, 『判例時報』, 제834호, 29면.

New York州 등 일부 주에서는 제정법으로 승소원고에 대한 변호사비용의 지급을 규정하고 있다. 일본 지방자치법은 주민소송 중 특히 代位訴訟에 한하여 승소원고의 지방자치단체에 대한 변호사비용지급청구권을 규정하고 있다(동법 제242조의2제7항).

주민소송은 위법한 재정지출·낭비, 재산처분 등을 방지하여 일반주민과 지방자치단체의 이익을 보호하고 행정의 부패를 방지하는 객관소송이다. 따라서 주민소송에서 원고가 승소(일부승소를 포함)하는 경우 원고 주민의 개인적 노력으로 지방자치단체는 현실적으로 경제적 이익을 얻게 되기 때문에 원고인 주민이 지불한 변호사보수 가운데 상당하다고 인정되는 금액을 지방자치단체가 주민에게 지급하는 것이 형평성의 이념에 합치할 것이다. 또한 일본의 지방자치법과 같이 주민소송 중 대위소송과 다른 주민소송을 특별한 구별할 이유도 없다고 본다.

따라서 주민소송을 도입할 경우 원고인 주민이 승소(일부승소를 포함)한 경우 당해 주민이 변호사보수를 지급하였거나 하여야 할 때에는 그 보수액의 범위 안에서 지방자치단체에 대하여 변호사보수의 지급을 청구할 수 있다는 취지의 규정을 두어야 한다.

(3) 應訴費用(公務員 個人的 辯護士費用의 公費負擔)

주민소송의 應訴費用과 관련하여 행정기관이 피고가 되는 경우 응소비용의 公費負擔은 전혀 문제되지 않으며 응소비용의 공비부담이 문제되는 것은 공무원 개인이 피고가 되는 대위소송이다. 대위소송의 성질상 피고 공무원은 원고가 대위하고 있는 당해 지방자치단체와 대립관계에 있기 때문에 그 응소비용을 지방자치단체가 부담하는 것은 논리적으로 타당하지 않다.

그러나 대위소송에서 많은 경우 원고인 주민과 지방자치단체가 같은 입장에 있는 것은 아니며 지방자치단체의 행정기관의 입장에서 행한 직무집행행위의 적법성이 쟁점이 되는 경우가 많다. 피고인 공무원 개인이 승소한 경우, 즉 개인 공무원이 소송대상인 업무의 집행기관의 지위에 있었기 때문에 형식상 피고가 되어 당해 직무집행행위의 적법성이 인정되어 승소한 경우에도 소송비용의 전부를 공무원 개인부담으로 하는 것은 불합리하다. 또한 피고 공무원이 승소한 경우에도 소송비용을 개인적으로 부담하도록 하는 것은 주민이 승소한 경우

에 변호사비용을 지방자치단체에 청구할 수 있도록 하는 것과는 불균형을 이루게 될 것이다. 따라서 적법한 재무회계행위에 대하여 대위소송이 제기되어 피고 공무원이 승소한 때에는 응소비용을 지방자치단체가 부담하도록 하여야 할 것이다.

규정방안으로는 당해 공무원의 행위가 당해 지방자치단체의 기관의 행위로 볼 수 있을 때(당해 공무원에게 명백한 고의나 중과실이 없는 때, 지방자치단체의 입장과 원고 주민의 입장과 일치하는 않는 때 등)에는 응소비용을 공비로 부담할 수 있다는 취지를 법률에 규정하는 방안, 소송이 제기되어 판결이 나올 때까지의 기간 동안은 지방자치단체가 당해 공무원의 소송비용을 부담하고 당해 공무원이 패소한 때에 구상하는 방안, 당해 공무원이 승소한 때에 지방자치단체에 소송비용을 청구하는 방안 등이 있을 것으로 생각된다.

일본 지방자치법은 대위소송에서 피고 직원이 승소한 때에는 지방자치단체가 의회의 의결에 따라 변호사비용의 보수액 범위 안에서 상당하다고 인정되는 액을 부담할 수 있다고 규정하고 있다(동법 제242조의2제8항).

(4) 原告의 保證金納付

미국의 여러 주에는 납세자소송의 남소를 방지하기 위하여 법원의 재량 또는 의무적으로 납세자소송을 제기하고자 하는 자에게 원고가 패소하는 경우 피고의 소송비용과 소송으로 인한 손해를 담보하는 보증금을 납부하도록 하고 있다.³¹⁾

적정한 보증금의 납부는 주민소송제기의 성실성을 담보하고 남소를 방지하는데 상당한 효과가 있을 것으로 생각된다. 그러나 보증금을 납부하도록 하는 것은 소송을 제기할 만한 가치는 있으나 경제적 여력이 없는 주민으로 하여금 소송제기의 기회를 박탈하여 주민의 주민소송청구권을 사실상 봉쇄하는 결과를 초래할 위험이 있다. 또한 객관소송과 같은 주민소송을 제기하는데 보증금의 납부와 같은 금전적 제한을 하는 것은 한국의 법문화에 맞지 않는 것으로 생각되며, 주민소송에는 많은 시간과 노력이 소요되고 패소하는 경우 변호사비용을 포함한 상당한 소송비용이 들기 때문에 남소의 방지를 위해 보증금의 납부와

31) Ariz. Rev. State Ann. §11-642; Ark. State Ann. §84-1613; Mich. State Ann. §5. 3281; N.Y. State Fin. Law §123-d; Ohio Rev. Code. Ann. §309. 13; Okla. State Ann. tit. 62, §373; Kan. State Ann. §60-907.

같은 금전적 제한조치를 특별히 규정할 필요는 없다고 본다.

(5) 勝訴原告에 대한 報償金

미국의 여러 州는 공익소송인 납세자소송을 유인하기 위하여 승소원고에 대하여 보상금을 지급하는 주도 있다.³²⁾

승소원고에 대한 보상금에 대해서는 보증금의 납부와 다른 각도에서 검토할 필요가 있다. 주민소송에서 승소하는 경우 원고의 노력으로 재무회계행정의 적법성이 회복되고 지방자치단체의 재정적 이익이 보호되게 된다. 또한 지방자치단체가 보상금을 지급하는 것은 적법한 재무회계행정의 확보를 위한 주민전체의 사회적 비용으로 볼 수 있다. 따라서 주민 전체를 대표한 원고의 노력에 보상하고 주민소송의 제기를 장려하기 위하여 지방자치단체에 회복되는 이익 중 일부를 보상금으로 지급하는 것도 입법정책으로 고려할 가치가 있다고 생각된다.³³⁾

보상금은 회복되는 이익의 범위에서 지방자치단체의 재량에 따라 일정금액을 지급하는 방안, 회복되는 이익이 일정금액 이상일 때 한하여 의무적으로 일정비율을 지급하는 방안 및 주민소송을 통한 공무원의 부정부패를 근절하는 효과를 제고하기 위하여 위법한 행위를 한 공무원에게 발생한 손해 이상의 손해배상 의무를 지우고 회복되는 이익의 일정비율을 지급하는 방안 등을 고려할 수 있을 것으로 생각된다.

6. 行政訴訟法の 準用

이상에서는 일반 행정소송과 달리 주민소송 독자의 법리가 적용되어야 할 문제에 대해서 입법정책적 검토를 하고 입법방향을 제시하였다. 소의 변경, 피고 경정, 심리, 입증책임, 판결의 효력 등 여타의 문제는 그 성질상 주민소송에 반하지 않는 한 행정소송법 및 민사소송법의 규정을 준용하면 될 것이다.

32) Okla. State Ann. tit. 62, §372, 373. N.C. Gen. State §128-10. 일본의 지방자치법은 주민소송에 있어 원고의 보증금납부·승소원고에 대한 보상금을 규정하고 있지 않다.

33) 보상금의 지급은 납소를 조장할 우려가 있다는 지적도 있을 수 있으나 패소하는 경우 소송비용의 부담문제가 있고 소송에는 일반적으로 많은 시간과 노력이 필요하기 때문에 보상금의 지급금액을 합리적으로 정하는 경우 납소를 조장할 가능성은 크지 않을 것으로 생각된다. 오히려 소송을 제기할 충분한 가치가 있으나 승소를 확신하지 못하는 경우 보상금제도를 통해 주민소송을 적극적으로 유인하여 재무회계행정의 적법성을 확보하는 것이 보다 타당한 입법정책이라고 생각된다.

제 5 장 結 論

지방의회가 구성되고 지방자치단체의 장이 주민에 의해서 직접 선거되어 地方自治가 정착되어 가는 현 시점에서 종래와 같은 中央政府에 의한 統制는 바람직하지도 않고 또한 현실적으로 별반 실효성이 없다는 것이 입증되고 있다. 지방자치의 확실한 정착과 확립은 최종적으로 주민의 손에 달려 있다. 지방행정에는 가능한한 광범위하고 다양한 주민참여와 주민통제의 기회를 보장하여 주민에 의한 주민의 책임으로 행정이 운영되어야 한다. 이런 점에서 한국의 지방자치가 놓여 있는 현실을 고려할 때 주민자치의 원칙에 따라 주민의 지위에서 주민참여의 訴權을 인정하여 주민 전체 및 지방자치단체의 공공의 이익을 보호하고 재정지출의 공정성·적법성을 확보하기 위한 사법적 통제라는 다목적 기능을 기대할 수 있는 주민소송제도의 도입이 절실히 요청된다.

주민소송의 입법화의 기본관점은 남소의 가능성을 최소화하면서 주민소송이 주민자치의 확립에서 갖는 의의를 적극적으로 평가하여 주민이 주민직접참여의 한 수단으로 용이하게 주민소송에 접근가능하도록 하여 지방행정의 부정부패를 방지·시정함에 유효한 수단으로 기능할 수 있도록 제도화하는 것에 두어야 할 것으로 생각된다.

주민소송제도의 입법형식으로는 지방자치법을 개정하는 방안도 있으나 주민소송이 지방자치제도로서 독자적인 기능을 발휘할 수 있도록 하기 위해서는 『地方自治團體住民訴訟法』과 같은 독자적인 법률제정이 필요하다고 생각한다. 이 법에는 주민소송에 관한 해석상의 논란이 없도록 실체법적인 규정과 절차법적인 규정을 명확하게 규정하여 주민소송의 운영에 혼란을 초래하지 않도록 하여야 할 것이다. 舊地方自治法上 주민소송에 관한 규정과 외국의 입법례를 참고로 하여 주민소송 독자의 법리가 적용되어야 할 중요한 사항에 대한 입법방향을 간단히 요약하면 다음과 같다.

(1) 주민소송의 출소권자는 일반 주민으로 하되, 일정수 이상 주민의 연서를 받거나 또는 일정수 이상의 주민이 원고가 되도록 하여 합리적인 범위 안에서 제한을 둔다. 감사청구전치주의를 취할 경우 원칙적으로 감사청구를 한 주민만

이 원고가 될 수 있도록 하되 일정한 예외적인 경우 당해 사안이 감사청구를 거친 때에는 감사청구를 하지 아니한 주민도 주민소송을 제기할 수 있도록 한다. 외국인인 주민, 법인 및 일정한 요건을 갖춘 주민단체에게도 출소자격을 주는 것으로 한다.

(2) 주민소송의 피고는 주민소송의 청구내용에 따라 각각 행정청, 행정기관, 공무원 개인 및 소송대상이 되는 법률관계의 상대방으로 한다. 개인 공무원이 피고가 되는 경우 지방재정법 제115조의 회계관계공무원의 변상책임, 국가배상법 제2조 제2항의 공무원의 구상책임과 정합성을 유지한다. 그리고 법률관계의 상대방이 피고가 되는 경우 상대방의 보호 내지 거래관계의 안정을 고려한 일정한 한계를 둘 필요가 있다.

(3) 주민소송의 대상을 위법한 행정일반으로 확대하는 것은 현행 행정소송법 체계를 붕괴하는 결과를 초래하기 때문에 현행 행정소송체계와 조화하면서도 주민소송제도가 독자적인 기능을 발휘할 수 있도록 재무회계사항에 한정하는 것으로 한다.

(4) 감사청구전치주의를 취하는 것으로 하되, 일정한 경우에는 예외적으로 감사청구를 하지 아니하고 바로 주민소송을 제기할 수 있도록 한다. 지방자치단체의 재무감사 및 주민의 감사청구에 대한 재결권을 갖는 監査委員會를 도입하는 것으로 한다. 감사위원은 외부의 전문가를 과반수 이상으로 하여 객관성과 공정성을 기하고 지방의회의 동의를 얻어 지방자치단체의 장이 임명하는 것으로 한다. 감사위원에게는 신분상·직무상 독립성을 보장한다. 주민감사청구권자는 지방자치단체의 주민으로 하되, 일정수 이상의 주민의 연서를 받아 청구하도록 한다. 감사청구의 대상은 위법 또는 부당한 재무회계사항(住民訴訟과 對象의 同一性)으로 한다. 청구기간에는 일정한 청구기간의 제한을 두며, 심리절차에는 헌법 제107조제3항이 정하는 바에 따라 사법절차를 준용한다.

(5) 주민소송의 제기에 대해서는 합리적인 출소기간의 제한을 두는 것으로 하고, 소송참가는 행정소송법상 소송참가를 준용하되, 논란의 여지를 없도록 하기 위하여 대위소송의 경우에도 지방자치단체가 피고를 위하여 소송에 참가할 수 있음을 규정한다.

(6) 소송의 계속 중 원고의 사망, 영구이전, 소송계속 의사의 상실 등이 있는 때에는 법원이 직권으로 소송계속의 의사가 있는 다른 주민에게 소송을 수행할

수 있도록 한다. 소송이 계속 중인 때에는 다른 주민의 동일 사건에 대한 별도의 제기를 금지하고 소송참가만을 허용하는 것으로 하며, 원고는 법원의 허가를 얻은 경우에 한하여 소의 취하, 청구의 포기를 할 수 있는 것으로 하며, 주민소송에 있어 재판상 화해는 허용되지 않는다는 명문의 배제규정을 두는 것으로 한다.

(7) 주민소송의 소송형식은 청구의 성질에 따라 대표적인 소송유형을 법정하되 법정된 소송만이 아니라 청구의 성질에 따라 無名訴訟도 인정된다는 취지의 개방적 규정을 두는 것으로 한다. 예방적 금지소송 및 의무이행소송은 法定訴訟으로 한다.

(8) 주민소송은 비재산권을 목적으로 하는 소송으로 간주하여 訴價를 산정하고 승소원고(일부 승소를 포함)의 변호사비용과 대위소송에서 승소(일부승소를 포함)한 공무원 개인의 응소비용은 지방자치단체가 公費로 부담하는 것으로 한다. 주민소송을 유인하기 위한 승소원고에 대한 보상금제도를 적극적으로 검토하는 것으로 한다.

(9) 기타 재판관할은 3심제로 하며 당사자의 무기평등의 원칙이 실현될 수 있도록 자료열람·복사청구권을 규정한다. 또한 주민소송의 실효성이 확보될 수 있도록 가구제제도를 확충하고 입증책임의 완화를 고려한다.

행정법제분석 98-3
住民訴訟의 立法化方向에 관한 研究

1998년 12월 26일 印刷

1998년 12월 31일 發行

發行人 徐 承 完

發行處 **한국법제연구원**

印刷處 東 亞 商 社

서울특별시 서초구 양재동 90-4

전 화 : (579)0090, 0308

등록번호 : 1981. 8. 11 제1-a0190호

값 6,500 원

1. 本院의 承認없이 轉載 또는 譯載를 禁함. ©
2. 이 보고서의 내용은 본원의 공식적인 견해가 아님.

ISBN 89-8323-096-7 93360

1. 引言

随着信息技术的飞速发展，数据量呈现出爆炸式增长。如何高效地存储、管理和分析海量数据，已成为当前计算机科学领域的重要课题。

本文旨在探讨大数据处理中的关键技术，并分析其在实际应用中的挑战与机遇。

首先，我们将介绍大数据的基本概念和特征。

其次，我们将详细讨论分布式存储和计算模型。

最后，我们将探讨大数据在商业、医疗和科研领域的广泛应用。

通过本文的研究，我们希望能够为大数据处理技术的发展提供有益的参考。

在大数据时代，数据已成为企业竞争的核心资产。

然而，数据的快速增长也给存储和计算带来了巨大的压力。

传统的集中式数据库已经无法满足大规模数据的需求。

因此，分布式系统应运而生，成为了解决这一问题的有效途径。

分布式系统通过将数据分散存储在多台服务器上，实现了数据的冗余和负载均衡。

此外，分布式计算模型（如MapReduce）使得大规模数据的并行处理成为可能。

这些技术的结合，极大地提升了大数据处理的能力和效率。

然而，分布式系统也面临着新的挑战，如数据一致性和容错性。

未来的研究应进一步探索如何优化分布式系统的性能和可靠性。