

행정소송법 개정안의 내용 및 문제점*

- 특히 행정소송의 개혁과 발전을 위한
비판적 고찰을 중심으로 -

정 남 철**

차 례

- I. 행정소송법 개정의 경위와 특징
- II. 원고적격의 개정과 해석
 1. 원고적격의 개념과 범위
 2. 원고적격과 협의의 소익의 관계
- III. 부작위 또는 거부처분에 대한 항고소송의 중복
 1. 부작위위법확인소송과 의무이행소송의 병존
 2. 거부처분에 대한 항고소송과 의무이행소송의 혼선
 3. 부작위와 거부처분 개념의 무용성
- IV. 부작위에 대한 의무이행소송의 제소기간 및 제척기간
- V. 행정소송법상 가구제제도의 문제점
 1. 문제의 소재
 2. 비교법적 고찰
 3. 개별 쟁점에 대한 검토 및 개선방안
- VI. 예방적 금지소송의 도입 비판론에 대한 반론
- VII. 결어

* 본 연구는 숙명여자대학교 2012학년도 교내연구비지원에 의해 수행되었음.

** 숙명여자대학교 법과대학 교수

접수일자 : 2013. 4. 29 / 심사일자 : 2013. 5. 30 / 게재확정일자 : 2013. 6. 4

I. 행정소송법 개정의 경위와 특징

행정소송법 전부개정 법률안은 오랜 산고(産苦) 끝에 지난 2013년 3월 20일 마침내 입법예고를 하게 되었다. 행정소송법은 1951년 8월 24일 처음 제정된 후, 1984년에 전면개정이 있었다. 1984년 개정에서는 행정소송의 다양화(항고소송, 당사자소송, 민소소송 및 기관소송), 처분개념 및 소익의 확대, 제소기간의 연장 및 행정심판전치주의의 완화 등 괄목한 만한 성과가 있었다. 그러나 이번 개정안은 1984년 개정 이후 거의 30년만의 전면개정일 뿐만 아니라 그 동안의 행정법학계의 연구 성과와 판례이론의 축적 등을 반영하고 있다는 점에서 비록 만시지탄(晩時之歎)은 있으나 대체로 환영할 만한 일이다. 물론 1994년에 문민정부의 등장 후 사법제도의 개혁을 위해 또 한 차례의 행정소송법 개정이 있었으나, 행정심판의 임의절차화와 행정소송의 3심제의 도입 등을 제외하고 근본적인 변화는 없었다. 그 후 국민의 권리수준의 고양, 권익구제의 실효성확보 등 사회사정의 변화에 따라 행정소송법의 개정요구가 지속적으로 있었고, 이에 대법원은 2002년에 들어와서 법관·교수·변호사 및 검사 등 14인으로 구성된 행정소송법 개정위원회를 출범하여, 2006년 9월 8일 입법의견의 형식으로 행정소송법의 개정안을 국회에 제출한 바 있었다.¹⁾ 그러나 이러한 대법원의 행정소송법 개정안도 우여곡절(迂餘曲折) 끝에 결국 수포로 돌아갔다.

한편, 법무부도 2007년 행정소송법 전부개정안을 국회에 제출하였으나²⁾, 2008년 5월에 제17대 국회의 임기만료로 폐기되었다. 그러나 사회일각에서는 국민의 권리의식이 높아지고 있음에도 불구하고 현행 행정소송법이 급변하는 시대적 상황과 국민의 요구를 제대로 반영하지 못한다는

-
- 1) 당시 대법원의 개정안에는 ① 원고적격의 확대를 위해 “법률상 이익”이라는 개념 대신에 “법적으로 정당한 이익”이라는 개념을 사용하였고, ② 항고소송의 대상에 명령·규칙을 포함시켰다. 그 밖에 ③ 예방적 금지소송과 의무이행소송의 도입, ④가처분제도의 신설, 그리고 ⑤ 소송상 화해제도의 도입 등을 주요한 내용으로 하고 있었다.
 - 2) 당시 법무부의 개정안에는 대법원의 의견과 달리, 원고적격과 대상적격에 관하여 현행 행정소송법을 그대로 유지하였다. 다만, 의무이행소송과 예방적 금지소송의 도입, 가구제제도의 보완 등의 내용을 담고 있었다.

비판이 계속해서 제기되었다. 이에 법무부는 2011년 11월 15일 행정소송법 개정위원회를 다시 발족하여, 행정소송법 개정안을 제출하여 입법예고를 하기에 이르렀다. 이러한 경위를 거쳐 입법예고가 된 개정 법률안(이하 “입법예고안”이라 한다)의 제안이유를 살펴보면, “신속하고 실질적인 권익구제의 도모”, “쉽고 편리하게 이용할 수 있는 행정소송제도의 마련”을 목적으로 하고 있음을 알 수 있다. 그 주된 내용으로는 ① 국민의 권익구제 확대를 위한 소송제도의 개선(의무이행소송의 도입, 원고적격의 개정), ② 사전적 권리구제절차의 정비(집행정지 요건의 완화 및 담보부집행정지제도의 신설, 가처분제도의 도입), ③ 이용하기 쉬운 행정소송제도의 마련(소의 변경·이송의 허용범위 확대, 관할지정제도의 도입, 결과제거의무 규정의 신설 등), 그리고 ④ 행정소송의 전문성 강화(당사자소송의 활성화) 등이 있다.

그러나 입법예고안은 법무부의 행정소송법 개정위원회의 개정안(이하 “위원회안”이라 한다)과도 다소 차이가 있을 뿐만 아니라, 법리적인 관점에서도 다소 문제가 있는 부분이 적지 않다. 우선 위원회안과 상당한 차이가 있는 부분은 소송유형이다. 입법예고안에는 위원회안에 포함된 예방적 금지소송이 삭제되고, 부작위위법확인소송이 그대로 존치되었다. 이에 따라 부작위에 대한 항고소송으로는 부작위위법확인소송과 의무이행소송이 병존하게 되었다. 또한 위원회안과 동일하지만, 거부처분에 대해서도 취소소송과 의무이행소송이 함께 규정되어 있다. 나아가 당사자소송의 정의도 부정확하다. 둘째, 위원회안이 그대로 반영되기는 하였으나, “법적 이익”이라는 새로운 원고적격 개념이 도입되었다. 그러나 이러한 원고적격의 개념해석에 있어서는 여전히 논란의 소지가 있다. 셋째, 입법예고안 제12조 제1항에서는 애초의 위원회안과 달리, 부작위에 대한 의무이행소송에 대해서도 취소소송의 제소기간을 준용하도록 규정하고 있다. 또한 법무부의 행정소송법 위원회에서 충분히 검토하지 않은 쟁점 중의 하나는 부작위에 대한 의무이행소송의 제척기간에 관한 문제이다. 넷째 입법예고안은 위원회안과 마찬가지로 집행부정지원칙을 고수하면서, 가처분제도를 도입하고 있다. 그 밖에 위원회가 검토한 화해권고결정제도도 입법

예고안에서 제외되었다. 이하에서는 개정 행정소송법의 법률안의 내용을 살펴보고, 개별적인 문제점을 검토하기로 한다.

II. 원고적격의 개정과 해석

1. 원고적격의 개념과 범위

입법예고안 제12조 전문에서는 원고적격과 관련하여 “처분 등의 취소를 구할 법적 이익이 있는 자”라고 규정하고 있다. 종래 원고적격의 요건인 “법률상 이익”이라는 개념을 “법적 이익”이라는 개념으로 대체하고 있다. 이러한 새로운 원고적격의 개념은 위원회안을 그대로 받아들인 것이다. 당시 발표된 위원회의 공청회 자료 및 발표문 등에 의하면, 개정이유는 원고적격의 확대에 있음을 알 수 있다. 특히 공청회자료에서는 “오늘날의 복잡한 행정현실에서 국민의 권익을 충분하게 보호할 수 없을 뿐만 아니라, 근거 법률 이외에도 헌법, 관련 법률, 판례법, 관습법 등에서 보호되는 이익도 고려되어야 하며, 판례 역시 근거법률 뿐만 아니라 관련 법률에서 보호되는 이익을 원고적격에 포함되고 있음을 반영하여 원고적격의 ‘법률상 이익’을 ‘법적 이익’으로 개정하였다”고 밝히고 있다³⁾.

무엇보다 일본 행정사건소송법 제9조에서 사용되고 있는 “법률상 이익” 개념을 탈피한 점은 일단 긍정적으로 생각한다. 그러나 이러한 새로운 개념의 도입에는 몇 가지 문제점이 있다. 실제 “법적 이익”의 개념을 도입함에 있어서, 위원회 내에서도 반대의견이 있었던 것으로 보인다. 현행 “법률상 이익”개념은 판례에 의해 적극적으로 확대되어 비교적 넓게 이해되고 있음에도, 이러한 새로운 법률개념을 도입하는 것에 다소 의문이 생긴다. 특히 환경법분야나 도시계획법 등의 분야에서 원고적격의 확대는 두드러졌다. 우리 대법원은 새만금사건에서 보는 바와 같이, 환경영향평가 대상지역 안의 주민들은 특별한 법률상 이익의 침해에 관한 특별

3) 정하중, “행정소송법 개정 논의경과”, 법무부, 행정소송법 개정 공청회 자료, 2012, 5. 24. 7쪽 참조.

한 입증이 없이도 사실상 추정되어 원고적격을 가진다고 보면서, 환경영향평가의 범위 밖의 주민들도 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있는 경우에는 이를 입증함으로써 원고적격을 인정받을 수 있다고 판시하여 원고적격을 확대하고 있다.⁴⁾ 이러한 점은 이미 쓰레기소각장입지지역결정고시 취소청구사건에서도 인정된 바 있다. 즉 300m 이내의 간접영향권 내의 모든 주민에 대해서 원고적격을 인정함은 물론, 300m 밖의 주민들도 수인한도를 넘는 환경피해를 입었거나 입을 우려가 있다는 ‘입증’을 하는 경우에는 원고적격을 확대하여 인정하고 있다.⁵⁾ 나아가 대법원은 김해시장이 낙동강에 합류하는 하천수 주변의 토지에 구 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」 제13조에 따라 공장설립 승인처분을 한 사건에서, 공장설립으로 수질오염 등이 발생할 우려가 있는 취수장에서 물을 직접 공급받는 인근도시(부산광역시 또는 양산시)에 거주하는 주민들도 위 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 법률상 보호되는 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 주민으로서 원고적격이 인정된다고 판시한 바 있다.⁶⁾ 무엇보다 이 사건은 상수원인 물금취수장이 소감천이 흘러 내려 낙동강 본류와 합류하는 지점 근처에 위치하고 있어 수도관에 의해 직접 취수를 하게 되는 특수한 상황을 반영한 것이기는 하나, 원고적격의 근거로 처분의 근거 법규뿐만 아니라, ‘관련’ 법규에 의하여 원고적격을 인정하고 있는 점이 특징이다.

그러나 대법원은 “행정소송법 제12조 소정의 (중략) 법률상 이익은 당

4) 대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 판결.

5) 대법원 2005. 3. 11. 선고 2003두13489 판결.

6) 즉 “행정처분의 근거 법규 또는 관련 법규에 그 처분으로써 이루어지는 행위 등 사업으로 인하여 환경상 침해를 받으리라고 예상되는 영향권의 범위가 구체적으로 규정되어 있는 경우에는, 그 영향권 내의 주민들에 대하여는 당해 처분으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상할 수 있고, 이와 같은 환경상의 이익은 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익으로서 그들에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 법률상 보호되는 이익으로 인정됨으로써 원고적격이 인정되며, 그 영향권 밖의 주민들은 당해 처분으로 인하여 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있다는 자신의 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있음을 증명하여야만 법률상 보호되는 이익으로 인정되어 원고적격이 인정된다.”(대법원 2010. 4. 15. 선고 2007두16127 판결)

해 처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우”⁷⁾라고 하여, 법률상 이익을 원칙적으로 당해 처분의 근거 법률에 의해 보호되는 이익이라고 보고 있다. 판례는 사익보호성의 도출을 위해서는 법적 근거가 필요하다고 보면서도, 당해 처분의 근거 법률로 제한하고 있다. 그러한 의미에서 원고적격의 확대를 위해 기본권과 관계 법령을 포함시키는 것은 긍정적으로 평가할 수 있다.⁸⁾ 그러나 이러한 해석은 현재의 “법률상 이익” 개념으로도 불가능한 것은 아니다. 나아가 새로운 개념을 도입하면서 판례법·관습법 등에 근거하여 원고적격을 인정할 경우, “법적 이익”이라는 개념에도 불구하고 간접적·사실적·경제적 이익도 사실상 포함하게 될 수 있게 된다. 판례법이나 관습법 등에 근거하여 원고적격을 인정하는 것은 ‘법적’이라는 개념적 표지와 일치하는 것도 아니다. 그 밖에 이러한 해석에 의할 경우 통설인 “법적 보호이익설”을 포기하고 “법률상 보호가치 이익설”로 변경한 것으로 해석해야 하는지도 분명하지 않다. 무엇보다 “법률상 이익”에 관한 판례가 축적되어 이에 대한 해석이 어느 정도 확립된 상태에서 새로운 개념을 도입하는 것은 신중할 필요가 있다. 또한 앞으로 행정소송을 제기하는 국민의 입장에서는 새로운 원고적격의 요건에 관하여 당분간 혼란스러울 수도 있으며, 법원은 새로운 원고적격의 개념을 다시 확립해야 할 부담을 지게 되었다. 이 경우 법원은 현행 “법률상 이익”의 개념과 입법예고안의 “법적 이익”의 개념이 서로 어떠한 관계에 있는지를 명확히 해 둘 필요가 있다.

7) 대법원 2010. 5. 13. 선고 2009두19168 판결; 대법원 1995. 10. 17. 선고 94누14148 전 원합의체 판결 등 참조.

8) 박정훈, “원고적격·의무이행소송·화해권고결정”, 법무부 행정소송법 공청회 자료 18쪽 참조. 기본권에 근거하여 원고적격을 인정하는 견해도 있다(홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2012, 949쪽). 한편 헌법재판소는 헌법상 기본권(경쟁의 자유)에 근거하여 법률상 이익을 인정한 바 있다(헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496). 즉 헌법재판소는 헌법소원의 보충성을 판단하면서, “법률상 이익”의 해석을 하고 있으나, 행정소송법상 “법률상 이익”의 해석은 대법원이 판단하는 것이 바람직하다. 물론 기본권에 근거하여 행정소송의 원고적격을 인정할 경우에 보충성의 원칙에 의해 헌법소원의 심판대상은 상대적으로 좁아질 것이다.

2. 원고적격과 협의의 소익의 관계

입법예고안 제12조 후문에는 전문과 마찬가지로 협의의 소익으로 “법적 이익”이라는 동일한 개념을 사용하고 있다. 즉 현행 행정소송법 제12조 후문에서 “취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자”를 “처분 등의 취소를 구할 법적 이익이 있는 자”라고 변경한 것이다. 그러나 이러한 입법예고안에 의할 경우에 제12조 전문과 후문의 관계가 문제된다. 종전부터 현행 행정소송법 제12조 전문과 후문의 관계에 대하여도 학설이 대립하고 있다. 그 해석과 관련하여, 다수설은 대체로 협의의 소익을 원고적격보다 넓게 파악하고, “권리보호의 필요”로 이해하고 있다.⁹⁾ 이에 반해 소수설은 양자를 동일한 개념으로 해석하고 있다. 이러한 소수설 가운데에는 취소소송을 확인소송으로 이해하고, 행정소송법 제12조 제1문과 제2문의 취소를 위법성의 확인으로 보는 견해도 있다.¹⁰⁾

한편, 판례는 이를 “권리보호의 필요성”이라고 넓게 해석하여, 다수설과 동일한 입장을 취하고 있다.¹¹⁾ 이러한 판례의 입장과 같이 행정소송법 제12조 후문(협의의 소익)을 원고적격보다 넓게 해석하는 것이 타당하며, 장기적으로 다른 입법례(독일, 일본)와 마찬가지로 명예·신용 등 정신적 이익도 포함하는 것이 바람직하다.¹²⁾ 이러한 해석의 논거로 현행 행정소송법 제12조 전문과 후문이 비록 “법률상 이익”이라는 표현을 사용하고 있으나, 이를 수식하는 표현이 달리 규정되어 있어 양자의 해석을 달리 볼 여지가 있다. 예컨대 “그 처분 등의 취소로 인하여 회복되는” 등의 표현이 그러하다. 그러나 입법예고안에는 그러한 차이를 고려하지 않고, 제12조 전문과 후문을 동일하게 “처분 등의 취소를 구할 법적 이익”이라고 규정하여, 더욱 소수설의 입장에 가깝게 개정된 것으로 보인다. 이와 관련하여 2012. 5. 24. 개최된 법무부의 행정소송법 개정 공청회에서, 박정

9) 김남진, 행정법 I, 제7판, 659쪽; 김동희, 행정법 I, 18판, 734쪽; 홍준형, 행정구제법, 제4판, 592쪽.

10) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 319쪽.

11) 대법원 2006. 6. 22. 선고 2003두1684 전원합의체 판결.

12) 이에 대해서는 정남철, “행정소송법 제12조 후문의 해석과 보호범위”, 행정판례연구 제14집(2009), 314쪽 이하 참조.

훈 교수는 “처분 등의 취소로 인하여 회복되는”이라는 문구를 삭제한 것은 “반드시 어떠한 법적 이익이 상실되었다가 그 당해 이익이 회복되는 경우에 한정하지 않고, 처분의 취소를 통하여 어떠한 법적 이익을 새로이 얻거나 어떠한 법적 불이익을 제거할 수 있는 경우에도 협의의 소익이 인정될 수 있음을 명문으로 확인하는 취지이다”¹³⁾라고 설명하고 있다. 그러나 행정소송법 제12조 전문과 후문을 동일하게 규정하면서, 이러한 해석을 논리적으로 당연히 도출할 수 있을지 의문이다. 또한 협의의 소익의 본질에 비추어, “어떠한 법적 이익을 새로이 얻거나 어떠한 법적 불이익을 제거할 수 있는 경우” 등이 인정될 수 있는지도 문제가 된다. 앞에서 수식하고 있는 “처분등의 효과가 기간의 경과, 처분등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도”라는 문구를 그대로 둔 채, 단순히 전문과 동일하게 “처분 등의 취소를 구할 법적 이익”으로 변경하면서 협의의 소익이 확대되었다고 보는 것은 설득력이 약하다. 이러한 개정안은 향후 양자의 관계는 물론, 취소소송의 성질을 두고 더욱 학설이 다투어질 가능성이 높다.

Ⅲ. 부작위 또는 거부처분에 대한 항고소송의 중복

1. 부작위위법확인소송과 의무이행소송의 병존

입법예고안은 위원회안과 동일하게 의무이행소송을 도입하면서, 의무이행소송의 하위유형인 적정재량결정소송(Bescheidungsklage)을 규정하고 있다. 즉 입법예고안 제44조 제2호에서, 법원은 “행정청이 그 처분을 하지 않는 것이 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있다고 인정하는 경우에는 행정청에게 판결의 취지를 존중하여 처분을 이행하도록 선고”할 수 있도록 하고 있다. 이러한 소송유형은 독일에서 연유하고 있는데, 이를 학자에 따라 “재결정명령소송”¹⁴⁾, “재량행위요구소송”¹⁵⁾, 또는 “지령소송”¹⁶⁾

13) 박정훈, “원고적격·의무이행소송·화해권고결정”, 법무부 행정소송법 공청회 자료 19쪽 참조.

14) 박정훈, “행정소송법 개혁의 과제”, 서울대 법학 제45권 3호, 405쪽.

등으로 부르고 있다.¹⁷⁾ 향후 이러한 소송유형에 대한 명칭 사용에 관한 합의가 필요하다. 나아가 이러한 의무이행판결의 인정은 행정의 독자성 존중, 권력분립원칙 및 재량통제 등의 관점에서 유용한 수단으로 여겨지며, 앞으로 무하자재량행사청구권의 법리를 발전시킬 수 있는 중요한 논거가 될 수 있다.

그러나 입법예고안은 의무이행소송을 도입하면서, 부작위위법확인소송을 존치시키고 있다(제4조 제3호). 그러나 부작위에 대한 항고소송으로 부작위위법확인소송과 의무이행소송이 서로 어떠한 관계에 있는지가 명확하지 않다. 행정청의 부작위에 대하여 부작위위법확인소송과 의무이행소송을 선택적으로 행사할 수 있는지, 또는 경우에 따라 양자를 병합하여 제기할 경우에 그 실익은 무엇인지 등이 문제된다. 참고로 부작위위법확인소송과 의무이행소송이 병존하는 입법례로는 일본 행정사건소송법이 있다. 일본의 의무이행소송(의무화소송)에는 두 가지 유형이 있는데, 학자에 따라 신청형과 비신청형¹⁸⁾ 또는 신청만족형과 직접형¹⁹⁾ 등으로 구분되고 있다(일본 행정사건소송법 제3조 제6항). 특히 직접형 내지 비신청형의 경우에는, 예컨대 공해방지를 위해 규제권한을 발동하지 않는 경우에 일정한 처분을 하지 않아 중대한 손해가 발생할 수 있고 그 손해를 피하기 위한 다른 적당한 방법이 없는 경우에 한하여 인정된다(일본 행정사건소송법 제37조의2 제1항 참조). 이와 같이 직접형 내지 비신청형 의무이행소송의 경우에는 중대한 손해, 보충성 등의 요건을 필요로 하여, 이러한 의무이행소송의 제기는 매우 ‘제한적’이다. 한편, 일본에서는 거부처분이나 신청의 무응답에 대하여 의무이행소송을 제기하면서, 취소소송(또는 무효확인소송)이나 부작위위법확인소송을 병합하여 제기할 수 있다고 보고 있다.²⁰⁾

15) 홍준형, 행정구제법, 제4판, 726쪽.

16) 김남진, 행정법 I, 105쪽.

17) 이러한 용어사용의 문제점에 대해서는 정남철, “부작위위법확인소송의 위법판단 및 제소기간”, 행정관례연구 제17집 1호, 2012, 246-247쪽 참조.

18) 芝池義一, 行政救濟法講義, 第3版, 138頁 이하.

19) 塩野 宏, 行政法 II, 第四版, 214頁

20) 塩野 宏, 前掲書(II), 220頁; 芝池義一, 前掲書, 140頁.

2. 거부처분에 대한 항고소송과 의무이행소송의 혼선

한편, 거부처분에 대해 의무이행소송을 규정하면서, 취소소송을 남겨두는 것은 소송경제적인 측면에서 바람직하지 않다. 거부처분에 대한 취소소송은 불완전한 측면이 없지 않다. 거부처분에 대한 취소판결의 기속력에 의해 행정청은 다시 재처분을 하여야 하나, 그 취소의 사유가 절차의 위법을 내용으로 하는 경우에는 그 절차상 하자를 치유하여 종전의 신청에 대해 또 다시 거부처분을 할 수도 있다(행정소송법 제30조 참조).²¹⁾ 물론 거부처분에 대해 의무이행소송과 취소소송을 병합하여 제기하고, 의무이행소송이 기각될 우려가 높은 경우에 취소소송을 예비적으로 제기하는 장점은 있다. 그러나 이러한 경우에는 법원에 부담만 가중시키고 소송물·심리 등 소송의 쟁점도 불명확하거나 복잡해질 우려가 있으며, 그 실효성도 그다지 높지 않다고 생각한다.

독일의 행정법원법에서는 거부처분에 대해 취소소송을 제기할 수 없고, 의무이행소송만 제기할 수 있다(동법 제42조 제1항 후단부 참조). 일본의 경우에도 부작위나 거부처분에 대해 의무이행소송을 제기할 수 있도록 되어 있으나(행정사건소송법 제3조 제6항 참조), 의무이행소송은 일정한 처분이 없는 경우에 중대한 손해가 발생할 수 있는 경우에 그 손해를 피하기 위한 다른 적당한 방법이 없는 경우에 제기할 수 있도록 되어 있다(동법 제37조의2 제1항 참조). 즉 거부처분에 대해서는 먼저 취소소송을 제기할 수 있을 뿐, 곧바로 의무이행소송을 제기하기는 쉽지 않다(보충성의 원칙). 특히 의무이행소송은 취소소송과 달리 거부처분에 의해 ‘중대한 손해’가 발생하는 경우에 허용되고 있다.

3. 부작위와 거부처분 개념의 무용성

(1) 한편, 입법예고안은 현행 행정소송법과 마찬가지로, “당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있

21) 대법원 2005. 1. 14. 선고 2003두13045 판결. 거부처분의 취소소송의 구제절차로서의 문제점은 실무에서도 지적되고 있다(김창석, 의무이행소송 도입의 행정소송에 대한 영향, 저스티스 제75호, 2003, 82쪽).

음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것”이라고 규정하고 있다. 이러한 “부작위”에 대한 개념정의는 다소 엄격하다는 느낌을 준다. 특히 위원회 안에서 부작위를 “행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간내에 일정한 처분을 하지 아니하는 것”이라고 정의하고 있는 것을 보면, 더욱 그러한 느낌을 가지지 않을 수 없다. 종래 부작위의 요건(특히 신청권의 해석)에 관한 판례의 입장에 대해 비판이 있었다. 특히 신청권 개념을 둘러싸고 원고적격의 문제나 본안판단의 문제로 볼 여지도 있어, 부작위개념은 혼란을 주는 측면이 없지 않았다.²²⁾ 소송요건의 단계에서 부작위는 신청에 대해 ‘무대응’이나 ‘방치’의 상태만 있으면, 부작위의 요건은 충족된다고 볼 수 있다. 다만, 본안에 들어가서는 부작위의 위법을 판단함에 있어서 신청권의 존부를 심사할 수 있다. 입법례 중에서 이러한 정의규정을 두는 것은 흔치 않으며(일본 및 독일의 입법례 참조), 이러한 “부작위”에 관한 정의규정은 불필요하다고 생각한다. 그러나 불가피하게 이를 규정해야 할 필요가 있는 경우에는 적어도 위원회안과 같이 부작위의 요건을 완화할 필요가 있다고 생각한다.

(2) 입법예고안 제2조에서는 처분개념을 정의하고 있는 데, 종전의 개념과 대동소이하러, “처분등”의 개념에는 행정심판에 대한 재결을 포함한다는 점을 좀 더 명확히 하고 있을 뿐이다. 그러나 이 개념에는 여전히 “그 거부”라는 표현을 남겨 놓고 있는데, 소극적 행정처분으로서 거부처분을 의미함은 주지의 사실이다. 그러나 다른 입법례에서 소극적 행정행위의 개념을 명시하는 사례는 거의 없다. 행정행위 개념을 두고 있는 독일의 행정법원법에는 물론이고, 일본 행정사건소송법을 보더라도 거부처분에 관한 정의규정을 별도로 두고 있지 않다. 독일 행정법원법 제42조 제1항에서는 취소소송의 대상으로 “행정행위(Verwaltungsakt)”를 규정하고 있고(전단부), 의무이행소송의 대상으로 “거부된 행정행위”나 “무대응의(부작위의) 행정행위”를 규정하고 있다(후단부). 부작위나 거부행위도 모두 행정행위 개념을 중심으로 규정하고 있다. 이와 관련하여 독일 행정절차법 제35조 제1문에서는 행정행위의 개념을 “행정청이 공법분야의 개별

22) 이에 대한 상세는 정남철, “부작위위법확인소송의 위법판단 및 제소기간”, 239-249쪽.

사례에 적용되고 외부에 직접적 법효과를 발생시키는 것을 목적으로 하는 모든 처분, 결정이나 기타 고권적 조치”라고 정의하고 있다. 여기에도 거부처분을 별도로 정의하고 있지 않다. 특히 일본 행정사건소송법 제3조 제1항에서 취소소송을 정의하면서, 처분개념을 규정하고 있을 뿐이다. 여기에서 처분은 “행정청의 처분 그 밖의 공권력의 행사에 해당하는 행위”라고 규정하고 있을 뿐이다. 거부처분의 개념은 공권력의 행사에 포함된다고 볼 수 있다. 요컨대 입법예고안과 같이 행정처분의 개념에 거부처분을 포함시키는 것은 무용하다.

IV. 부작위에 대한 의무이행소송의 제소기간 및 제척기간

입법예고안 제12조에는 의무이행소송의 제소기간을 규정하고 있다. 그러나 입법예고안은 ‘부작위’에 대한 의무이행소송에 대해서도 취소소송의 제소기간을 준용하고 있다(제42조 제1항 참조). 이러한 규정은 입법예고안 제12조 제2항의 규정과의 관계에서 혼란을 야기할 수 있으며, 이론적으로도 타당하지 않다. 한편, 위원회안에서는 거부처분에 대한 의무이행소송의 경우에는 취소소송의 제소기간을 준용하면서도, 부작위에 대한 의무이행소송의 경우에는 법령상 처분기간이 정해져 있는 경우에는 그 기간이 지나기 전에, 그리고 법령상 처분기간이 정해져 있지 아니한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 처분을 신청한 날부터 90일이 지나기 전에 소를 제기할 수 없도록 규정하고 있었다(위원회안 제45조 참조). 참고로 독일 행정법원법 제75조에는 부작위에 대한 의무이행소송의 경우 특별한 이유가 없는 한 이의신청을 하거나 부작위의 이행을 구하는 신청을 한 후 3개월이 도과하기 전에는 소를 제기할 수 없다는 규정을 두고 있다. 일본 행정사건소송법에는 의무이행소송에 관한 제소기간의 규정을 두고 있지 않으며, 취소소송과 병합제기할 경우 취소소송의 제소기간을 준수할 따름이다.²³⁾ 따라서 ‘부작위’에 대한 제소기간의 준용규정을 두고 있는 입법예고안 제42조 제1항은 이론적으로도 재고되는 것이 바람직하다.

23) 芝池義一, 前掲書, 141頁.

나아가 부작위에 대한 의무이행소송은 무제한적으로 허용될 것인지가 문제된다. 소위 ‘제척기간’의 문제이다. 그러나 이 문제에 대해서는 행정소송법 개정위원회에서도 특별히 검토된 바가 없는 것으로 보인다. 이와 관련하여 종래 독일 행정법원법 제76조에는 이의신청 내지 행정심판을 제기한 후 1년 이내에, 또는 행정행위의 발급신청 후 1년 이내에 제기하는 규정을 두었다. 그러나 1976년 행정법원법의 개정에 의하여 위 제척기간이 폐지되었다. 그러나 독일의 학설 및 판례는 이에 대해 ‘실효’의 법리를 적용하고 있음을 주목할 필요가 있다.²⁴⁾

V. 행정소송법상 가구제제도의 문제점

1. 문제의 소재

(1) 입법예고안은 행정소송상 가구제제도에 관하여 대폭적으로 정비를 하고 있다. 그 동안 학설상 논란이 되었던 가처분제도를 도입하였고(입법예고안 제26조), 집행정지의 요건을 완화하였으며, 나아가 담보부 집행정지제도를 신설하고 있다. 한편, 법무부는 입법예고안의 제안이유에서 부담적 행정처분의 경우에 “위법성이 명백한 경우”, “금전상 손해가 중대한 경우”에 집행정지를 할 수 있도록 하여, 그 요건을 완화하였다고 주장한다. 종전의 집행정지의 요건 부분에서 주목할 점은 “회복하기 어려운 손해”라는 요건을 “중대한 손해”로 변경하고 있다는 사실이다. 그러나 이러한 개념은 이하에서 보는 바와 같이 일본 행정사건소송법 제25조 제2항을 답습한 것이다.²⁵⁾ 이러한 용어의 답습은 그 해석에 있어서 일본 판례

24) 예컨대 Ule, *Verwaltungsprozessrecht*, 9. Aufl., § 37 III; Kopp/Schenke, *VwGO*, 13. Aufl., 2003, § 76 Rdn. 1. 이에 대한 참고문헌 및 상세한 내용에 대해서는 정남철, “부작위위법확인소송의 위법판단 및 제소기간”, 256쪽 참조.

25) 한편, 일설은 “중대한 손해”의 해석에 있어서, 회복곤란성 여부를 우선 고려해야 한다고 이해하면서도, 현행법상의 기준보다는 완화해석 “회복이 용이하지 않다고 볼 수 있는 정도”, “금전배상의 실효성 정도” 등을 고려요소로 볼 수 있다고 한다(서태환, “행정소송에 있어서의 집행정지요건”, 사법연수원 논문집, 제5집, 2008, 427-428쪽. 그러나 “중대한 손해”의 개념은 여전히 모호하며, 일본의 입법례를 참고할 때, 집행정지는 손해의 성질이나 정도, 처분의 내용 및 성질 등을 종합적으로 고려하여

의 기속으로 이어질 가능성이 높다.²⁶⁾ 실제 우리 대법원 판례 가운데에도 그러한 사례가 적지 않다. 또한 법무부의 제안이유와 달리, 필자는 집행부정지의 요건이 결코 완화되었다고 보기 어렵고, 오히려 집행정지가 더욱 어려워진 점도 없지 않다. 예컨대 담보부 집행정지제도는 제3자를 보호하는 측면도 있으나, 집행정지를 신청하는 자에게 상당한 부담을 줄 수 있다. 또한 본안 전에 집행정지를 신청하는 경우, 판례의 입장²⁷⁾을 반영하여 “본안 청구가 이유 없음이 명백한 경우”에도 집행정지를 불허하고 있다. 이 규정은 집행정지의 요건이라기보다, 집행정지의 남용을 막기 위한 것이다. 이 규정도 일본 행정사건소송법 제25조 제4항에 규정된 것을 모방한 것이다. 이 규정은 또 다른 소극적 요건(“공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있는 경우”)과 함께 집행정지의 ‘한계’에 관한 것으로 이해할 수 있으며, 이 규정의 명시에 의해 집행정지의 신청은 보다 제한되는 측면도 있다.²⁸⁾

(2) 더불어 어렵게 도입된 ‘가처분’ 제도는 부담적 행정처분에 대한 집행

결정될 것이다.

- 26) 이러한 문제점은 일본의 行政不服審査法을 그대로 답습하고 있는 우리 행정심판법도 마찬가지이다.
- 27) 우리 판례는 행정처분 자체의 위법 여부를 집행정지를 구하는 신청사건에서 판단할 것은 아니라고 보면서도, 본안청구가 이유 없음이 명백하지 않아야 한다는 것도 효력정지나 집행정지의 요건에 포함시키고 있다. 즉 대법원은 “행정처분의 효력정지나 집행정지를 구하는 신청사건에서 행정처분 자체의 적법 여부는 궁극적으로 본안재판에서 심리를 거쳐 판단할 성질의 것이므로 원칙적으로는 판단할 것이 아니고 그 행정처분의 효력이나 집행을 정지할 것인가에 대한 행정소송법 제23조 제2항, 제3항에 정해진 요건의 존부만이 판단의 대상이 된다고 할 것이지만, 효력정지나 집행정지는 신청인이 본안소송에서 승소판결을 받을 때까지 그 지위를 보호함과 동시에 후에 받을 승소판결을 무의미하게 하는 것을 방지하려는 것이어서 본안소송에서 처분의 취소가능성이 없음에도 처분의 효력이나 집행을 정지를 인정한다는 것은 제도의 취지에 반하므로 효력정지나 집행정지사건 자체에 의하여도 신청인의 본안청구가 이유 없음이 명백하지 않아야 한다는 것도 효력정지나 집행정지의 요건에 포함시켜야 한다”고 판시하고 있다(대법원 1997. 4. 28. 자 96두75 결정).
- 28) 한편, 프랑스에는 당사자의 신청에 의해 집행정지가 인정되는데, “본안의 승소가능성”과 “회복하기 어려운 손해”를 집행정지의 요건으로 하고 있다. 이러한 집행정지의 요건은 매우 엄격하다는 평가를 받고 있다. 이에 대해서는 이현수, “프랑스 행정소송법상 가구제절차의 개혁- 기본적 자유보전을 위한 급속심리(refere-liberte)를 중심으로”, 공법학연구 제5권 1호, 2004, 397쪽; 同人, “행정소송상 집행정지의 법적 성격에 관한 연구”, 행정법연구 제9호, 2003년 상반기, 2003. 5, 161-162쪽.

정지제도와 달리, 주로 수익적 행정처분의 사전적 권리구제를 위하여 인정된다고 설명하고 있다. 특히 입법예고안에서 예시한 것은 어업면허와 같은 수익적 행정처분의 경신(更新)거부에 대하여 판결확정시까지 임시로 어업활동을 할 수 있도록 보장할 급박한 사정이 있는 경우이다. 그러나 가처분은 두 가지 유형을 규정하고 있다. 즉 입법예고안 제26조 제1항에는 처분 등이나 부작위가 위법하다는 현저한 의심이 있는 경우로서, 다툼의 대상에 관한 현상을 유지할 긴급한 필요가 있는 경우(제1호), 당사자의 중대한 손해나 급박한 위험을 피하기 위하여 임시의 지위를 정하여 긴급한 필요가 있는 경우(제2호)를 규정하고 있다. 후자는 임시지위를 정하는 가처분이고, 전자는 다툼의 대상에 관한 가처분 내지 현상유지를 명하는 가처분이다. 그러나 임시의 지위를 정하는 가처분은 반드시 수익적 행정처분의 사전적 권리구제를 위해 사용되는 것에 제한되지 않는다. 또한 이러한 가처분도 집행정지로 목적을 달성할 수 없는 경우에 허용되며, 마찬가지로 담보를 설정하도록 하고 있다(입법예고안 제26조 제2항, 제5항). 한편, 이러한 가처분에 관한 규정은 민사집행법의 가처분에 관한 규정과 유사하다. 즉 민사집행법 제300조 제2항에는 “특히 계속되는 권리관계에 끼칠 현저한 손해를 피하거나 급박한 위험을 막기 위하여” 가처분을 할 수 있다고 하여, 임시지위를 정하기 위한 가처분을 규정하고 있는데,²⁹⁾ 민사집행법상 가처분과 행정소송법 입법예고안의 가처분의 차이가 두드러지지 않는다. 또한 민사집행법 제300조 제2항의 “현저한 손해”와 입법예고안 제26조 제1항 제2호의 “중대한 손해”가 개념상 어떠한 차이가 있는지도 명확하지 않다. 따라서 입법예고안에 규정된 가구제제도의 문제점을 살펴보기 위해서는 외국입법례에 대한 비교법적 고찰이 필요하다.

29) 한편, 학설은 “현저한 손해”를 “본안판결의 확정까지 기다리는 것이 가혹하다고 생각될 정도의 불이익이나 고통”이라고 이해하고 있다. 판례는 이러한 현저한 손해에 재산적 손해뿐만 아니라 정신적 손해와 공익적 손해도 포함된다고 보고 있다(대법원 1967. 7. 4. 선고 67마424 판결).

2. 비교법적 고찰

(1) 독일

독일은 가구제제도는 이념적으로 헌법이 보장하는 포괄적이고 효과적인 권리구제의 요청에 바탕을 두고 있다(기본법 제19조 제4항).³⁰⁾ 독일 행정법원법은 집행정지의 원칙을 채택하고 있다. 독일의 가구제제도는 두 가지 유형으로 구성되어 있다. 먼저 집행정지효(aufschiebende Wirkung)는 법률이 정하는 경우를 제외하고 주로 부담적 행정행위에 대한 것으로서, 이의제기나 취소소송의 경우에 한하여 인정된다(행정법원법 제80조 제1항). 집행정지와 관련하여, 행정청에 의한 행정행위의 집행 배제, 법원에 의한 명령의 가능성 및 집행정지의 원상회복이나 유지 등이 가능하다(행정법원법 제80조 제2항 및 제5항, 제80a조 제3항, 제80b조 제2항 참조). 또 다른 하나는 소극적 행정행위(거부처분이나 부작위)에 대한 가명령(einstweilige Anordnung)제도가 있다. 가명령은 주로 의무이행소송에서 인정되나, 기타 소송(일반이행소송이나 확인소송 등)에서도 인정된다는 것이 다수설이다³¹⁾. 집행정지는 신청을 요하지 않고 소를 제기하면 자동적으로 인정되지만, 가명령은 당사자의 신청이 필요하다. 또한 집행정지는 일반적·추상적으로 규율되어 있어 모두 경우에 원칙적으로 동일한 효력을 가지지만, 가명령은 경우에 따라 다르다.³²⁾ 다만 두 가지 유형의 가구제제도가 있어, 그 적용에 있어서 양자의 우열이 문제된다. 독일 행정법원법 제123조 제3항에는 집행정지가 적용되는 경우에는 가명령이 적용되지 않도록 규정하고 있다(보충성의 원칙). 한편, 집행정지가 정확히 무엇을 의미하는지를 두고, 효력설(Wirksamkeitstheorie)과 집행가능성설(Vollziehbarkeitstheorie)이 대립하고 있다. 효력설은 집행정지가 행정행위의 효력 그 자체에 대한 가구제라고 보고 있는 반면, 집행가능성설은 행정행

30) Schmitt Glaeser/Horn, Verwaltungsprozessrecht, 15. Aufl., Rdn. 241.

31) Schmitt Glaeser/Horn, a.a.O., Rdn. 395; Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl., § 31 Rdn. 7. 따라서 독일에서는 사실행위에 대한 가명령도 가능하다고 볼 수 있다. 입법 예고안에 단순한 사실행위에 대한 가구제제도가 흠결되어 있다. 물론 권력적 사실행위는 행정처분에 포함되는 한, 집행정지나 가처분의 가능성이 있다.

32) 양 제도의 차이점에 대해서는 Schmitt Glaeser/Horn, a.a.O., Rdn. 242ff. 참조.

위의 효력이 아니라 단순히 집행행위의 차단이라고 보고 있다.³³⁾ 연방행정법원은 후자의 입장에 서 있다.³⁴⁾

집행정지의 대상은 원칙적으로 부담적 행정행위이다. 또한 부효적(이중효과적) 행정행위에도 집행정지가 가능하다. 즉 동일한 수범자에 대해 수익과 부담을 동시에 주는 성질을 가진 혼합효 행정행위(Mischwirkung)의 경우에도 가능하다. 예컨대 부관부 행정행위에 대한 집행정지가 그러하다. 또한 1인에게 이익을 타인에게 불이익을 주는 제3자효 행정행위의 경우에도 가능하다(제80조 제1항 제2문 참조).³⁵⁾ 그 밖에 집행정지의 유효기간이 문제된다. 독일에서 집행정지효는 이의제기를 하거나 취소소송을 제기한 시점에 발생하나, 행정행위의 발급시점으로 소급한다. 또한 집행정지효는 불가쟁력이 발생할 때에 종료한다.³⁶⁾

위에서 언급한 바와 같이 취소소송 이외의 모든 소송유형에 가능한 구제제도로서 가명령이 보장되어 있다. 규범통제절차에서도 집행정지효는 인정되지 않고, 가명령만 가능하다. 즉 법원은 신청에 의해 중대한 손해의 방지를 위하거나 그 밖의 중요한 이유에서 긴급히 요청되는 경우에는 가명령을 발할 수 있다(행정법원법 제47조 제6항). 독일 행정법원법 제123조에 따른 가명령제도는 두 가지 유형이 있다. 먼저 제1유형은 소송물과 관련하여 현존하는 상태의 변경을 통해 신청자의 권리 실현이 좌절되거나 중대하게 어려워지는 경우에 당사자의 신청에 의하여 제소 전에 발하는 것이다(독일 행정법원법 제123조 제1항 제1문). 이를 통상 보장명령(Sicherungsanordnung)이라 한다. 제2유형은 다툼이 있는 법률관계와 관련하여, 계속적인 법률관계에서 중대한 손해(wesentliche Nachteile)를 방지하고 임박한 위험을 방지하거나 그 밖에 필요하다고 인정되는 경우에 발해지는 것이다(행정법원법 제123조 제1항 제2문). 이를 규율명령(Regelungsanordnung)

33) 학설 및 문헌에 대해서는 Hufen, a.a.O., § 31 Rdn. 7 참조. 한편, 중건의 유효설을 엄격한 유효설이라고 지적하고, 행정행위의 효력을 일시적으로 제한하는 것을 집행정지로 이해하는 제한된 유효설도 있다(eingeschränkte Wirksamkeitstheorie)도 있다(Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl., Rdn. 949).

34) BVerwGE 13, 1/5; 66, 218/222ff.

35) Schmitt Glaeser/Horn, a.a.O., Rdn. 253

36) Hufen, a.a.O., § 32 Rdn. 8.

이라 한다. 한편, 가명령의 신청요건은 필요하지 않으나, 당사자의 신청이 처음이 아닌 경우에는 대체로 권리보호필요가 흠결된다고 보고 있다.³⁷⁾ 적어도 신청자가 임시로 자신의 권리를 보호하고 현존하는 손해를 방지하기 위해 가명령이 필요한지 여부를 심사하여야 한다. 그러나 다른 경미한 구제수단이 있는 경우, 또는 애초부터 본안에서 승소가능성이 없거나 남용의 우려가 있는 경우에는 권리보호필요가 인정되지 않는다.³⁸⁾

(2) 일본

일본 행정사건소송법 제25조에는 가구제제도로써 취소소송의 집행정지를 규정하고 있다. 일본 행정사건소송법에서도 집행부정지의 원칙을 채택하고, 집행정지는 예외로서 인정된다(제25조 제1항 참조). 집행정지의 요건으로는 “처분을 취소하는 소가 제기된 경우에 처분, 처분의 집행 또는 절차의 속행에 의해 생기는 중대한 손해를 피하기 위해 긴급한 필요가 있을 경우에 재판소는 신청에 의하거나 결정으로 처분의 효력, 처분의 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부를 정지할 수 있다”고 규정하고 있다. 개정 전에는 “회복이 곤란한 손해”라고 규정되어 있었으나, 2004년 행정사건소송법의 개정에 의해 “중대한 손해”로 변경되었다. 또한 일본 행정사건소송법 제25조 제4항에는 집행정지의 소극적 요건으로 공공복지에 중대한 영향을 미칠 우려가 있거나 본안의 이유가 없는 경우에는 집행정지를 할 수 없다고 규정하고 있다. 그 밖에 내각총리대신의 이의(異議)를 보장하고 있다(행정사건소송법 제27조)

입법예고안은 이러한 일본의 입법례를 그대로 모방한 것이다. 또한 의무이행소송에 대해서도 가구제로서 집행정지에 준하는 假(臨時)義務履행을 보장하고 있다(행정사건소송법 제37조의5 제1항). 즉 의무이행소송과 관련된 처분이나 재결이 행해지지 않음으로써 발생하는 보상할 수 없는 손해를 피하기 위해 긴급한 필요가 있는 경우에 인정된다. 또한 본안에 이유가 있을 것으로 보이는 경우에 인정되도록 함으로써 그 요건을 가중

37) Hufen, a.a.O., § 32 Rdn. 10.

38) Hufen, a.a.O.

하고 있다. 이와 같이 의무이행소송의 가구제로서 가(임시)의무이행의 요건은 집행정지와 달리, “중대한 손해” 대신에 “보상할 수 없는 손해”라고 규정하고 있으며, 본안의 이유가 있을 것을 추가적 요건으로 규정하고 있다.³⁹⁾ 일본은 행정사건소송법의 개정에서 민사보전법의 가처분제도를 배제하고(동법 제44조), 종전의 가구제 현상을 유지하면서 의무이행소송과 금지소송에 가구제제도(가의무이행·가금지)라는 제도를 정면으로 인정하여, 실질적으로 민사상 가처분절차와 동일한 효과를 도모하고 있다고 한다.⁴⁰⁾

(3) 미국

미국의 행정절차법 제705조에서도 가구제심사(relief pending review)를 보장하고 있는데⁴¹⁾, 여기에서는 “회복할 수 없는 손해(irreparable injury)”를 요건으로 규정하고 있다. 이 규정은 집행정지에 가깝지만, 적극적 구제도 포함한 것으로 보고 있다.⁴²⁾ 특히 정지명령(injunctive)은 원고가 회복할 수 없는 손해를 입을 경우, 정지명령이 없으면 그러한 행위가 지속될 수 있는 경우에 내려진다. 이러한 정지명령에는 금지적 정지명령(prohibited injunction), 강제적 정지명령(mandatory injunction) 및 구조적 정지명령(structural injunction)이 있으나, 강제적 정지명령은 정부정책의 민주적 통제에 위협이 된다는 우려 때문에 매우 제한적으로 인정되고 있다.⁴³⁾ 이러한 강제적 정지명령은 일종의 적극적 의무를 부과한다는 점에서 기능적으로는 직무이행명령(mandamus)과 동등한 것으로 이해되고 있다.⁴⁴⁾

39) 이에 대해서는 塩野 宏, 前掲書(II), 224頁.

40) 塩野 宏, 前掲書(II), 206頁.

41) 미국 행정절차법 제705조(가구제): “행정청은 정의가 요구된다고 판단할 때, 사법심사를 보류하여 행정작용의 효력발생일을 연기할 수 있다. 상소나 사건이송영장 그 밖의 영장에 의해 사건을 맡은 수소법원은 요청되는 조건에 의해, 그리고 회복할 수 없는 손해를 방지하기 위하여 필요한 범위 안에서 심사절차의 종료를 보류함으로써 행정작용의 효력발생일을 연기하거나, 지위 또는 권리를 보전하기 위하여 모든 필요하고 적절한 절차를 취할 수 있다”

42) 이상규, 행정쟁송법, 제5판, 424쪽.

43) Richard J. Pierce, Jr., Administrative Law Treatises, 1346-1347 (4th ed. 2002).

44) Aman & Mayton, Administrative Law, 349 (2nd ed. 2001).

3. 개별 쟁점에 대한 검토 및 개선방안

(1) 집행정지원칙으로의 발상의 전환

입법예고안은 현행 행정소송법과 마찬가지로 집행부정지원칙을 그대로 유지하면서, 가처분제도를 도입하고 있다. 이러한 내용은 일본의 입법례를 따른 것이다. 그러나 2004년 일본 행정사건소송법의 개정 논의에서, 집행부정지원칙을 유지할 것인지, 아니면 독일과 같은 집행정지원칙을 채택할 것인지를 검토한 것으로 보인다.⁴⁵⁾ 다만, 鹽野 宏 교수는 집행부정지원칙의 내재적 한계에 대해서도 지적하고 있는데, 특히 집행정지의 소급효 불인정에 의해 집행정지결정 전의 급부청구권을 주장할 수 없는 점이 그러하다. 이와 관련하여 면직처분의 집행정지의 경우 과거의 봉급에 대해 청구를 할 수 없는 점을 구체적 사례로 들고 있다. 또한 외국인 퇴거명령의 경우에 집행정지 결정 이전에 만족스러운 집행을 할 수 없다는 점 등도 문제점으로 지적하고 있다.⁴⁶⁾ 그러나 우리 입법예고안에는 일본과 달리 가처분제도를 도입하고 있어, 외국인 퇴거명령의 경우에 대해서는 큰 문제가 없을 것으로 보인다. 다만, 우리 행정소송법에는 일본 행정사건소송법과 마찬가지로 집행정지의 소급효에 대해서는 특별한 규정이 없다.⁴⁷⁾ 집행부정지원칙은 집행정지결정의 효력시기, 시간적 효력 등과 관련하여 후술하는 바와 같이 실무에 있어서도 문제가 되고 있다.

우리 행정소송법은 사정판결, 집행부정지의 원칙 등 공익을 우선하는 제도를 규정하고 있다. 그러나 비록 독일 기본법 제19조 제4항과 같이 포괄적·실효적인 권리구제에 관한 규정이 명문화되어 있지는 않으나, 우리 헌법에도 실질적 법치주의에 바탕을 두고 사법적 권리구제제도를 마련하고 있다. 즉 헌법 제10조 및 제37조 제2항, 기본권조항, 평등조항(헌법 제

45) 鹽野 宏, 日本における行政訴訟法の改正と今後の方向, 한일 행정소송법제의 개정과 향후방향, 한국법제연구원·한국행정관례연구회 공동주최 국제학술회의 자료, 2003. 4. 18. 42-43쪽 참조.

46) 鹽野 宏, 앞의 발표문, 35-36쪽 참조.

47) 집행정지의 소급효를 모두 부인하는 것이 다수설이나, '효력'정지에 대해서는 소급효를 인정할 수 있다는 견해가 있다(김연태, "행정소송법상 집행정지-집행정지결정의 내용과 효력을 중심으로", 공법연구 제33집 1호, 2004. 11, 630-631쪽).

11조), 재판청구권(헌법 제27조) 등을 근거로 실효적인 사법적(司法的) 권리구제가 헌법적으로 보장되어 있다고 볼 수 있다. 이러한 헌법적 이념과 가치를 바탕으로 하여, 우리 행정소송법은 위법한 행정작용에 대해 국민의 권익구제를 보장하고, 이를 통해 실질적 법치주의를 실현하고 있는 것이다. 실질적 법치주의의 핵심내용은 헌법과 법률의 우위에 있으며, 행정은 헌법과 법률에 기속되어야 한다. 또한 행정소송의 본질에 대한 논란은 있으나, 행정소송은 행정의 합법성 통제를 통하여 궁극적으로 국민의 권익구제에 기여하는 것이다. 비록 위원회안에서 “행정의 적법성 보장”을 강조하였으나, 이 조항도 입법예고안에서 제외되었다. 행정소송법 개정안에서 이러한 점을 강조하려고 한 것은 종래 행정구제기능보다 행정의 적법성통제를 부각시키려는 의도도 있었던 것으로 보인다. 이는 주관소송보다 객관소송의 특징을 강조하려는 소수설과 맥락을 같이한다. 그러나 이러한 사정은 역설적으로 현행 행정소송법의 목적이 국민의 권익구제에 보다 큰 비중을 두고 있었음을 반증하는 것이다. 따라서 집행부정지원칙을 반드시 고집할 필요는 없을 것으로 보이며, 집행부정지원칙에서 파생되는 문제점을 고려하고 국민의 효과적인 권익구제에 기여하기 위해서는 차제에 집행부정지원칙으로 발상을 전환할 필요가 있다. 다만, 입법예고안과 위원회안에서는 “다른 법률에 특별한 규정이 없는 한”이라는 규정을 두어, 개별법에 특별규정을 두는 경우에는 집행부정지가 가능하도록 하였다.⁴⁸⁾

(2) 집행부정지결정의 시간적 효력

한편, 집행부정지결정의 시간적 효력에 관하여 우리 행정소송법에도 명시적인 규정은 없다. 그러나 집행부정지결정의 효력은 “당해 결정의 주문(主文)에 정하여진 시기까지” 존속하는 것으로 보고 있다.⁴⁹⁾ 그러나 主文에

48) 이에 대해 법무부 행정소송법개정위원회의 위원이었던 김종권 교수는 “미약하나 의미로운 변화의 일단”이라고 술회(述懷)하고 있는데(김종권, “권리구제확대를 위한 획기적인 전환의 마련: 잠정적 권리구제방도의 확대와 개선 및 당사자소송의 활성화와 관련하여”, 법무부, 행정소송법 개정 공청회 자료, 2012, 5. 24., 50쪽), 집행부정지원칙을 주장하는 견해가 적지 않은 저항을 받았음을 보여주는 부분이다.

특별한 정함이 없는 때에는 본안소송에 대한 판결이 확정될 때까지 존속하는 것으로 보고 있다.⁵⁰⁾ 이와 관련하여 실무에서는 “1심 판결선고시까지”로 하는 경우가 대부분이다. 이 경우 원고가 1심의 본안에서 승소한 경우 집행정지기간의 연장에 대해 특별한 언급이 없으면 집행정지결정의 효력은 소멸하고 제재처분(영업정지처분)이 다시 부활하게 되며, 행정청이 항소할 경우 원고는 항소심에서 다시 집행정지결정을 신청해야 한다. 재판부에 따라서는 “판결이 확정될 때까지”, “판결선고일로부터 일정한 기간(1주일 또는 30일)의 경과일까지”, 또는 “본안사건의 항소심 판결선고시까지”로 집행정지의 기간을 연장하여 탄력적으로 운용하는 경우도 있다고 한다.⁵¹⁾ 당사자의 권리구제를 위해서는 집행정지기간을 행정소송법에 명시하는 방법을 고려할 수도 있으나, 사건의 성질이 각양각색이어서 이를 획일적으로 정하기가 어려운 경우도 적지 않을 것이다. 이러한 문제의 근본적 원인은 집행부정지원칙에서 연유하고 있다고 볼 수 있다.

(3) 대상 및 소송유형에 따른 가구제제도의 선택

한편, 집행정지와 가처분의 관계, 대상(특히 거부처분) 및 소송유형별 가구제제도의 선택 등이 문제가 될 수 있다. 특히 거부처분에 대해서는 취소소송과 의무이행소송이 허용되고 있어, 집행정지와 가구제를 모두 신청할 수 있다고 볼 수 있다. 한편, 독일의 입법례에서는 후술하는 바와 같이 취소소송에 대해서만 집행정지효를 인정하고, 기타 소송유형에 대해서는 가명령만 허용하고 있다. 일본의 입법례에서도 취소소송에 집행정지를 규정하고, 의무이행소송에서는 집행정지에 준하는 가구제제도(가 의무이행)를 별도로 규정하고 있다(행정사건소송법 제37조의5 제1항). 그러나 입법예고안에는 의무이행소송의 경우에 취소소송의 가처분에 관한 준용 규정만 둘 뿐, 집행정지에 관한 규정에 대해서는 준용하고 있지 않다(입법예고안 제47조). 따라서 거부처분에 대한 의무이행소송의 경우에는 집

49) 대법원 2007. 11. 30.자 2006무14 결정; 대법원 1999. 2. 23. 선고 98두14471 판결; 대법원 1996. 1. 12. 선고 95부23 판결.

50) 대법원 1954. 5. 27. 선고 4286행상25 판결.

51) 이러한 문제점에 대해서는 법률신문 제3841호 (2010. 5. 17. 자), 1-2쪽 참조.

행정지를 할 수 없고, 가처분을 신청할 수 있을 뿐이다. 그 밖에 종래 거부처분에 대한 취소소송에서 집행정지가 가능한지가 문제되었다. 다수설은 대체로 부정적이나⁵²⁾, 유력설은 거부처분에 대해서도 집행정지가 가능하다고 본다. 즉 외국인의 체류기간갱신허가의 거부처분의 경우와 같이, 그 불허가처분의 집행정지는 신청인의 체류기간이 경과한 후에도 불법체류자로 문책당하지 않게 되어 곧바로 추방당하지 않을 수 있는 실익이 있다고 한다.⁵³⁾ 종래 대법원은 거부처분이 집행정지의 대상이 될 수 없다고 보고 있다. 즉 거부처분의 효력을 정지하더라도 거부처분이 있기 전의 상태로 되돌아갈 뿐이고 행정청에게 신청에 따른 처분을 하여야 할 의무가 생기는 것은 아니라는 것이다.⁵⁴⁾ 그러나 앞으로 거부처분에 대해서는 집행정지보다 가처분제도를 통해 보다 효과적으로 권리구제를 도모할 수 있을 것이다. 한편, 부작위위법확인소송의 경우에도 집행정지는 물론, 가처분에 관한 준용규정도 없다(입법예고안 제40조 제2항). 다만, 부작위에 대한 의무이행소송에서 가처분을 신청할 수 있을 뿐이다(입법예고안 제47조 및 제26조 제1항). 가구제에 관한 입법예고안은 독일이나 일본의 입법례에 비해 다소 혼란스럽다. 대상이나 소송유형별로 가구제제도를 정비하는 것이 보다 합리적이며, 의무이행소송을 도입함에 있어서 거부처분에 대한 취소소송이나 부작위위법확인소송은 재고되어야 한다.⁵⁵⁾

VI. 예방적 금지소송의 도입 비판론에 대한 반론

예방적 금지소송은 행정청으로 하여금 특정한 행정행위의 발급을 금지

-
- 52) 윤희한, 주석행정소송법(편집대표: 김철용·최광율), 박영사, 2004, 667쪽; 서울고등법원에서 발간한 행정소송실무편람에서는 거부처분에 대한 집행정지에 대해 원칙적으로 부정적으로 보면서도, 거부처분의 집행정지만으로도 법적 이익이 있는 경우에는 거부처분에 대해서도 집행정지가 가능하다고 본다(행정소송실무편람, 서울고등법원 재판실무개선위원회, 212-213쪽 참조).
- 53) 김남진·김연태, 행정법 I, 제17판, 822-823쪽.
- 54) 대법원 1995. 6. 21. 자 95두26 결정.
- 55) 한편, 행정입법에 대한 가구제제도를 도입하여야 한다는 견해도 있다(선정원, “명령·규칙에 대한 사법적 통제와 집행정지”, 특별법연구(대법원 특별소송실무연구회 편), 제7권, 박영사, 2005, 98쪽).

하도록 하는 소송유형이다. 이를 “예방적 부작위소송”이라고도 한다. 이러한 소송유형의 허용과 관련하여, 국내학설에서도 다툼이 있으나 대체로 이를 제한적으로 허용하자는 견해가 다수설이다. 그러나 일각에서는 행정청의 제1차적 판단권의 존중, 권력분립원칙 등을 근거로 예방적 금지소송의 도입을 반대하는 견해도 있다.⁵⁶⁾ 행정소송법 개정위원회에서는 학계의 다수의견을 적극적으로 반영하여 예방적 금지소송을 도입하는 개정안을 마련하였으나, 입법예고안에는 결국 행정부 내부에서 제기된 비판론과 반발을 수용하여 예방적 금지소송을 배제하고 있다. 그럼에도 불구하고 독일·일본 등 주요국의 입법례에서는 예방적 금지소송을 대체로 인정하고 있다.

예방적 금지소송을 인정하고 있는 대표적 입법례로는 독일의 경우를 들 수 있다. 비록 독일의 행정법원법에는 예방적 금지소송(vorbeugende Unterlassungsklage)⁵⁷⁾에 관한 명문의 규정은 없으나, 통설 및 판례는 대체로 이를 허용하고 있다.⁵⁸⁾ 그러나 이러한 예방적 금지소송은 비판론이 우려하는 바와 같이 일반적으로 허용되는 것이 아니라, “특별한 권리보호필요”가 있는 매우 예외적인 경우에 허용된다.⁵⁹⁾ 즉 독일 연방행정법원은 예방적 금지소송이 불이익한 행정행위의 발급을 기다려서는 안 되는 수인할 수 없는 예외적인 상황에서만 허용된다고 보고 있다.⁶⁰⁾ 예방적 금지소송이 허용되는 경우로는 사후에 발급되는 위법한 행정행위가 법적·사실적으로 취소되기 어려운 경우, 행정벌이 수반되는 행정행위가 곧 발급될 수 있는 경우, 행정행위가 지연되거나 또는 대량의 행정행위가 발급될 예정인 경우 등이 그러하다.⁶¹⁾ 다만, 원칙적으로 ‘행정행위’에 대하여 예

56) 다만, 이러한 소송유형의 필요성은 인정하면서도, 입법적 해결이 있을 때까지 허용될 수 없다는 견해로는 류지태, 행정법신론, 516쪽.

57) 한편, 독일에서는 예방적 금지소송을 소극적인 형식의 의무이행소송으로 보는 견해도 있으나(Schmitt Glaeser/Horn, a.a.O., Rdn. 313), 일반이행소송의 하위유형으로 보는 것이 다수의 견해로 보인다(Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, 2. Aufl., § 27 Rdn. 485; Schenke, Verwaltungsprozessrecht, Rdn. 354; Hufen, a.a.O., § 16 Rdn. 1).

58) 상세한 문헌은 Kopp/Schenke, VwGO, Vorb § 40 Rdn. 33 참조.

59) Schmitt Glaeser/Horn, a.a.O., Rdn. 313.

60) BVerwGE 26, 23/25.

61) Schenke, a.a.O., Rdn. 356ff.

방적 금지소송을 인정하나, 법규범이나 사실행위 등에 대해서는 논란이 있다. 유력설은 일반이행소송의 하나로 이해하면서 사실행위도 허용될 수 있다고 보지만, 법규범에 대해서는 원칙적으로 반대하고 있다.⁶²⁾ 이에 반해 또 다른 견해는 1차적으로 발급이 임박한 사실행위에 대해서도 예방적 금지소송은 허용된다고 보면서도, 법률을 제외한 법률하위규범에 대해서는 예방적 금지소송의 대상이 된다고 본다.⁶³⁾ 그 밖에 사실행위에 대해서는 언급하지 않으면서 행정행위 이외에 일반적·추상적 행정작용(집행작용)으로 법규범에 대한 예방적 금지소송이 허용된다고 보는 견해⁶⁴⁾도 있다.

한편, 일본에서는 2004년 행정사건소송법을 개정함에 있어서 (예방적) 금지소송(差止訴訟)을 도입하였다(행정사건소송법 제37조의4). 즉 공권력 행사를 미리 방지하기 위한 소송으로서, 일정한 처분이나 재결을 하지 않아 중대한 손해가 발생하는 경우에 한하여 금지소송을 제기할 수 있으며, 다른 적당한 방법이 있는 경우에는 그에 의하도록 하고 있다(보충성). 금지소송은 급부소송의 하나로서 다루어지는데, 주로 단계적 행정처분에서 유용하게 사용될 수 있다고 한다. 즉 선행처분에 대한 취소소송을 제기할 수 있으나, 이미 불가쟁력이 발생한 경우에는, 금지소송으로 본안에서 선행처분의 위법성을 주장할 수 있다고 한다.⁶⁵⁾ 이미 언급한 바와 같이 금지소송의 가구제로서 가(임시)금지를 도입하고 있다(행정사건소송법 제37조의5 제2항).

권력분립원칙이나 행정청의 제1차적 판단권 등을 이유로 일반적인 의무이행소송도 허용하면서, 매우 예외적인 경우에 인정되는 예방적 금지소송의 도입을 반대하는 것은 설득력이 약하다. 독일에서도 권력분립의 원칙에 대해 숙고하면서도, 이러한 소송유형을 허용하는 것이 정당화될 수 있다는 견해가 압도적 다수이다.⁶⁶⁾ 우리의 경우에도 실효성 있는 포괄적

62) Schenke, a.a.O., Rdn. 354.

63) Würtenberger, a.a.O., § 27 Rdn. 486.

64) Hufen, a.a.O., § 16 Rdn. 11.

65) 塩野 宏, 前掲書(II), 226頁.

66) Schmitt Glaeser/Horn, a.a.O., Rdn. 313; Hufen, a.a.O., § 16 Rdn. 10.

권리구제를 내용으로 하는 실질적 법치주의의 관점에서 이러한 권력분립 원칙의 제한이 헌법적으로 정당화될 수 있다고 생각한다. 행정소송법의 개정 논의에서 권력분립원칙과 행정의 독자성 존중 등을 근거로 예방적 금지소송의 도입을 반대하는 것은 궁색한 논리이다. 이러한 비판에도 불구하고 주요 선진국에서는 이미 예방적 금지소송을 인정하고 있다는 점에 유의해야 한다. 따라서 예방적 금지소송의 도입을 전면적으로 재검토할 필요가 있다.

VII. 결 어

지금까지 행정소송법 개정안의 내용과 문제점을 고찰하여 보았다. 원고적격의 개정으로 새로운 개념의 해석이 요구되나, 그 범위에 대해서는 여전히 명확하지 않은 부분이 있다. 특히 원고적격과 협의의 소익의 관계에서 좀 더 신중한 고려가 요구된다. 협의의 소익에 관한 종전의 판례를 고려할 때, 후자의 범위를 넓게 해석하는 것이 타당하다고 생각한다. 이에 후자의 개념을 달리 규정하거나, 양자의 관계를 보다 분명히 할 수 있도록 변경할 필요가 있다. 또한 의무이행소송의 도입과 그 하위유형으로서 행정청의 재량결정에 대한 적정재량결정소송의 인정은 매우 고무적이나, 의무이행소송과 부작위위법확인소송과의 관계가 명확하지 않다. 의무이행소송을 도입하면서 소극적인 구제수단인 부작위위법확인소송은 남겨둘 실익은 크지 않으며, 부작위위법확인소송은 폐지하는 것이 바람직하다. 나아가 거부처분은 취소소송에서 배제하여, 의무이행소송의 대상으로 삼는 것이 정도이다. 거부처분에 대한 양 소송이 병존할 경우에 가구제·제소기간 등에서 혼선이 생길 우려도 있다. 또한 부작위의 개념은 무용할 뿐만 아니라 너무 엄격하다. 가구제제도는 국민의 권익구제를 위해 집행정지원칙으로 근본적인 발상의 전환이 필요하며, 일본의 입법례를 그대로 답습하는 것은 진부(陳腐)하다. 무엇보다 가구제제도의 체계가 복잡하며, 대상 및 소송유형별로 가구제제도를 정비하는 것이 합리적이다. 행정청의 1차적 판단권 존중, 권력분립원칙 등을 이유로 예방적 금지소송의 도입을

반대하는 것은 시대착오적(時代錯誤的) 발상이다. 또한 부작위에 대한 무이행소송의 제소기간과 제척기간에 대한 신중한 검토가 요구된다. 그 밖에 입법예고안에는 화해권고결정에 관한 규정을 삭제하였으며, 민사조정법의 준용규정이 없어 실무상 시행되고 있는 행정소송상 '조정'제도의 근거도 배제되었다(제7조 제2항 참조). 대체적 분쟁해결수단(ADR)에 대한 진취적인 자세가 요구된다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

- 김남진, 행정법 I, 법문사, 제7판, 2003.
- 김남진·김연태, 행정법 I, 법문사, 제17판, 2013.
- 김도창, 일반행정법론(上), 제4전정판, 청운사, 1992.
- 김동희, 행정법 I, 제18판, 박영사, 2012.
- 김연태, “행정소송법상 집행정지: 집행정지결정의 내용과 효력을 중심으로”, 공법연구 제33집 제1호, 2004.
- 김창석, “의무이행소송 도입의 행정소송에 대한 영향”, 저스티스 제75호, 2003.
- 김철용·최광율(편집대표), 주석 행정소송법, 박영사, 2004.
- 류지태, 행정법신론, 제9판, 신영사, 2005.
- 박정훈, “행정소송법 개혁의 과제”, 서울대 법학 제45권 제3호, 2004.
- _____, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2006.
- 서태환, “행정소송에 있어서의 집행정지요건”, 사법연수원 논문집, 제5집, 2008.
- 선정원, “명령·규칙에 대한 사법적 통제와 집행정지”, 특별법연구, 박영사, 2005.
- 이상규, 행정쟁송법, 제5판, 법문사, 2000.
- 이현수, “행정소송상 집행정지의 법적 성격에 관한 연구”, 행정법연구(2003년 상반기).
- _____, 프랑스 행정소송법상 가구제절차의 개혁: 기본적 자유보전을 위한 급속심리(refere-liberte)를 중심으로, 공법학연구 제5권 제1호, 2004.
- 정남철, “행정소송법 제12조 후문의 해석과 보호범위”, 행정판례연구 제14집, 2009.
- _____, “부작위위법확인소송의 위법판단 및 제소기간”, 행정판례연구 제17집 제1호, 2012.
- 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2012.

홍준형, 행정구제법, 제4판, 한울아카데미, 2001.
법무부, 행정소송법 개정 공청회 자료, 2012. 5.
서울고등법원(재판실무개선위원회), 행정소송실무편람, 제2판, 한국사법행정학회, 2003.

2. 일본문헌

塩野 宏, 行政法 II (行政救濟法), 第四版, 有斐閣, 2005.
宇賀克也, 改正行政事件訴訟法, 補正版, 青林書院, 2006.
芝池義一, 行政救濟法講義 第3版, 有斐閣, 2006.

3. 독일문헌

Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl., München 2008.
Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 18. Aufl., München 2012.
Schenke, Wolf-Rüdiger, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl., 2009.
Schmitt Glaeser/Horn, Verwaltungsprozeßrecht, 15. Aufl., 2000.
Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, München 2010.
Württemberg, Thomas, Verwaltungsprozessrecht, 2. Aufl., 2006.

4. 미국문헌

Aman & Mayton, Administrative Law (2nd ed. 2001).
Ernes Gellhorn & Ronald M. Levin, Administrative Law and Process (4th ed. 1997)
Richard J. Pierce, Jr., Administrative Law Treaties (4th ed. 2002).

<국문초록>

행정소송법은 1951년 8월 24일 처음 제정된 이후 수차례의 개정이 있었으나, 2013년 3월 30일 입법예고된 개정안은 1984년 개정 이후 대략 30년만의 개정으로 그 동안의 학계의 연구 성과와 축적된 판례이론 등을 반영하고 있다는 점에서 중요한 의미를 가진다. 그러나 이 개정안은 법무부 행정소송법 개정위원회의 개정안과도 상당한 차이가 있을 뿐만 아니라, 이론적으로도 적지 않은 문제점이 있다. 우선 새로운 원고적격의 개념과 범위가 명확하지 않다. 또한 입법예고안 제12조에서 원고적격과 협의의 소익의 관계를 동일하게 규정함으로써, 협의의 소익의 개념은 오히려 좁게 해석될 여지가 있다. 의무이행소송의 도입은 환영할 만하나, 부작위위법확인소송이나 거부처분에 대한 취소소송이 인정되고 있어 다소 혼란스럽다. 부작위의 개념은 불필요하며, 또한 엄격하다. 가구제제도는 국민의 권익구제를 위한 방향으로 전환되어야 하며, 일본의 입법례를 그대로 답습하는 것은 지양할 필요가 있다. 가구제제도의 구성이나 체계가 명확하지 않은데, 대상 및 소송유형별로 가구제 제도를 정비할 필요가 있다. 권력분립원칙이나 행정청의 독자적 판단권 존중 등을 이유로 예방적 금지소송의 도입을 반대하는 것은 설득력이 낮다. 그 밖에 ADR에 대한 진취적인 자세가 필요하며, 행정소송상 조정제도에 관한 근거규정을 마련하는 것이 필요하다.

주제어 : 원고적격, 권리보호필요, 의무이행소송, 부작위, 가구제, 집행정지, 예방적 금지소송

Inhalt und Probleme von dem Entwurf des Änderungsgesetzes
zum koreanischen Verwaltungsprozessgesetz *
- Zugleich eine kritische Betrachtung zum Änderungsgesetz für Reform
und Entwicklung des Verwaltungsprozesses -

Chung, Nam-Chul**

Das koreanische Verwaltungsprozessgesetz (KVwPG) wurde am 24. 8. 1951 kodifiziert. Es hat bisher mehrmals geändert. Der Regierungsentwurf des KVwPG-Änderungsgesetzes vom 30. 3. 2013, ist fast dreißig Jahre nach der Novellierung des KVwPGs 1984 erfolgt und auch spiegelt sich die Erfolge der Bemühungen in Literatur und Rechtsprechung wider. Aber es gibt nicht nur einige Unterschiede zwischen dem Regierungsentwurf und dem Entwurf der Kommission des Justizministeriums zur Änderung des KVwPG (dem sog. Kommissionsentwurf), sondern auch der Regierungsentwurf ist theoretisch nicht problemlos. Vor allem sind Begriff und Umfang der neuen Klagebefugnis nicht klar. Des Weiteren sind in § 12 des Regierungsentwurfs die Klagebefugnis mit dem Rechtsschutzbedürfnis identisch gesehen. Der Rechtsschutzbedürfnis nach § 12 Satz 2 des Regierungsentwurfs kann aus meiner Sicht relativ eng ausgelegt. Die Einführung der Verpflichtungsklage in den Regierungsentwurf ist sehr gut, aber es kann trotzdem als problematisch angesehen werden dass Feststellungsklage der Rechtswidrigkeit der Unterlassung und Anfechtungsklage gegen Ablehnung bestehen noch. Der Begriff der Unterlassung ist unnötig und auch strikt. Vorläufiger Rechtsschutz des Regierungsentwurfs ist unter dem Gesichtspunkt der Rechtsschutz der Bürger noch zu verbessern, aber doch das Modell des japanischen Verwaltungsprozessgesetzes darf nicht befolgt werden. Aufbau und System des vorläufigen Rechtsschutzes sind auch nicht eindeutig. Nach Gegenstand und Klageart muss das Institut des vorläufigen Rechtsschutzes in Ordnung gebracht werden. Es ist nicht überzeugend

* This research was supported by the Sookmyung Women's University Research Grants 2012

** Professor(Dr. jur.) Sookmyung Women's University College of Law

dass die Einwände gegen die Einführung der vorbeugenden Unterlassung mit dem Gewaltenteilungsprinzip und der Eigenständigkeit der Verwaltung erhoben sind. Darüber hinaus ist ADR (Alternative Dispute Resolution) zu beachten. In Bezug darauf ist Rechtsgrundlage für Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu stellen.

Schlüsselwörter : Klagebefugnis, Rechtsschutzbedürfnis,
Verpflichtungsklage, Unterlassung, Vorläufiger
Rechtsschutz, Aufschiebende Wirkung,
Vorbeugende Unterlassungsklage