

현안분석

## 일본의 행정소송법개정에 대한 논의동향

Issues on the Revision of Administrative  
Proceedings Act in Japan

저 자 : 小林久起(내각 참사관)  
Kobayashi, Hisaki

역 자 : 김 치 환(부연구위원)  
Kim, Chi-Hwan

## 목 차

머 리 말 .....	5
제 8 회 행정소송검토회 의사록 .....	7
제 9 회 행정소송검토회 의사록 .....	17
제10회 행정소송검토회 의사록 .....	25
제11회 행정소송검토회 의사개요 .....	37
제12회 행정소송검토회 의사개요 .....	49
제13회 행정소송검토회 의사개요 .....	61
제14회 행정소송검토회 의사개요 .....	71

## 머 리 말

우리 연구원은 금년 4월18일에 한국행정관례연구회와 공동으로 『한·일 행정소송법제의 개정과 향후방향』이라는 주제의 국제학술회의를 개최하였다. 본 자료집은 당시 일본측 토론자로 참가한 코바야시 히사키(小林久起) 내각사법제도개혁추진본부사무국 참사관이 그의 토론의 보충자료로서 보내온 것의 번역문이다.

일본은 규제폐지 또는 규제완화가 진전되고, 국내외의 사회경제정세가 변화함에 따라 사법의 역할이 보다 중요하게 되었다고 인식하고, 사법제도의 개혁과 기반의 정비를 체계적이고 집중적으로 추진해 가기 위하여 2001년 11월에 사법제도개혁추진법을 제정하였다. 이 법에 의거하여 동년 12월에 내각총리대신을 본부장으로 하고 각료 전원을 구성원으로 하는 사법제도개혁추진본부가 내각에 설치되게 되었다. 동 본부는 노동검토회, 사법역세스검토회, ADR검토회, 중재검토회, 행정소송검토회, 재판원제도·형사검토회, 공적변호제도검토회, 국제화검토회, 법조양성검토회, 법조제도검토회 그리고 지적재산소송검토회의 11개의 세부분과를 거느리고 사법제도개혁에 관한 논의를 심화해 오고 있다(이 가운데 2002년 10월에 추가로 소집된 지적재산소송검토회를 제외한 나머지는 추진본부의 설치 당초부터 그 소집이 계획되어 있었다). 코바야시씨는 이들 가운데 행정소송검토회를 담당하고 있는 내각참사관이다.

코바야시씨는 본 자료를 송부하면서 다음과 같이 명기해 줄 것을 요구하였다. “국제학술대회에서 행한 코바야시의 보고의 참고로 하기 위하여, 사법제도개혁추진본부사무국의 담당관들(小林久起 참사관<검사>, 村田齊志 기획관<검사>)에 의한 사무국 작성자료의 설명에서 발췌한 자료를 코바야시가 작성하여 한국법제연구원에 송부한 것입니다. 사무국이 작성한 자료들도 함께 참조하여 주십시오”라고 하고, 위 추진본부 행정소송검토회의 홈페이지 주소(<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/05gyouseisosityou.html>)를 알려 왔다. 따라서 이하의 자료집을 읽어 나감에 있어서는 위 홈페이지의 공개자료를 적의 참고할 수

있다. 다만, 본 자료집에서는 기본적으로 그들 인용자료에 대한 번역문까지는 준비하고 있지 않은데, 그 이유는 본문 속에서 인용내용을 이미 구체적으로 표시하고 있고, 그와 같이 인용되어 있는 부분이 코바야시씨가 위의 학술회의에서의 그의 발언을 보충하기 위하여 특히 필요하다고 본 것이라고 이해할 수 있기 때문이다(그러나 이해를 돕기 위하여 필요한 경우에 부분적으로 해당내용을 각주로 표시하였다). 행정소송검토회는 그 최초의 개최일 이래 현재까지 17회의 회의를 거듭하고 있지만 코바야시씨는 8회에서 14회까지의 회의록 가운데, 자신의 발언부분만을 발췌하고 있다. 이는 위의 국제학술회의에서 행한 자신의 토론취지를 보완하는 것이 주된 목적이기 때문이다. 따라서 본 자료집의 성격도 그에 한정된다.

그럼에도 불구하고, 본 자료집은 일본에서의 행정소송제도의 개혁과 관련하여 정부측의 입장과 검토의 방향이 표시되어 있다고 이해되고, 기존 행정소송제도에 대한 입법취지가 필요에 따라 소개되고 있기 때문에 일본 행정소송제도의 현재까지의 모습과 앞으로의 논의방향과 논의동향을 이해하고 우리의 행정소송법의 개정논의와 관련하여 유용한 참고자료가 될 것으로 기대한다.

이상과 같은 본 자료집의 성격과 관련하여, 번역은 가급적 원문인 구어체에 충실하게 하고자 하였으며, 본 자료집만을 참고함에 있어서는 본문상 인용되고 있는 검토회 자료의 페이지 등은 무시하여도 크게 지장은 없을 것이라 생각된다.

보다 상세한 이해를 필요로 하는 때에는 위에 게시한 행정소송검토회 홈페이지상의 제반자료가 참조될 수 있다.

## 제 8 회 행정소송검토회 의사록

### 【코바야시 참사관】

자료5에 기초하여 사무국 측에서 인식하고 있는 문제점들을 설명 드리겠습니다.

2페이지의 제일 위 부분입니다만, 무릇 행정소송 혹은 행정소송의 대상, 그리고 여기서의 문제인 행정소송의 유형에 대하여 검토함에 있어서는, 행정소송이라고 하는 특별한 틀, 입법을 함에 있어서 그와 같은 틀을 만드는 이상, 그 틀에 어떠한 의의를 부여할 것인지, 이것이 문제가 되는 것이라고 생각합니다. 이것은 대일본제국헌법, 즉 일본국헌법이 시행되기까지의 동안에는 행정법원에 제기하는 소송을 행정소송이라고 부르고 있었는데, 그것은 왜인가 하면, 대일본제국헌법에서는 행정관청의 위법처분에 의하여 권리를 침해당했다고 하는 소송으로서 행정법원의 재판에 속하는 것은 사법법원(司法法院)에서는 수리할 수 없다고 하는 규정이 있었기 때문에 행정소송이라고 하는 규정을 둘 의미가 있었다고 하게 되는 것입니다만, 일본국헌법에 있어서는 “누구도 법원에서 재판을 받을 권리를 박탈당하지 아니한다”고 규정한 후에 “모든 사법권은 대법원 및 법률이 정하는 바에 의하여 설치하는 하급법원에 속한다”고 하게 되어, “특별법원은 이를 설치할 수 없다. 행정기관은 종심(終審)으로서 재판을 행하는 것은 아니된다”고 규정한 것입니다. 따라서 이에 기초하여 법원법 제3조제1항에서는 “법원은, 일본국헌법에서 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고 일체의 법률상의 쟁송을 재판하고, 기타 법률에서 특히 정하는 권한을 가진다”고 규정하고 있어, 이러한 규정들로부터 법원, 사법법원입니다만, 이것은 행정법원에 대신하여 행정소송을 행하게 되었다고 할 뿐만 아니라, 이 의미는 법원이 사법권 본래의 작용으로서 그 범위에 있어서 행정소송을 심리하게 되었다고 하는 것을 의미하고 있는 것이라고 하는 것이 현행 행정사건소송법의 입법담당자의 해설입니다. 따라서 이 행정사건소송이라고 하는 것은 행정소송인지 아닌지에 의하여 법원의 심판대상이 되는지 아닌지, 사법법원의 심판대상이 되는지 아닌지 하는 것

이 현행법에서는 정해져 있는 것이 아니라 되는 것입니다.

그러면, 행정사건소송, 현행법에서는 행정소송이라고 부르기도 하는 행정사건소송이라고 부르고 있는 것인데, 행정사건소송이란 무엇인가 하는 문제를 생각해 보면, 행정사건소송법은 일반법률과는 지극히 상이한 규정방식을 하고 있습니다. 그 이유는, 통상의 법률이라면 행정사건소송이란 이와 같은 것을 말한다고 하는 적극적인 정의가 이루어지는 것이 보통입니다만, 현행 행정사건소송법은 제2조에서 “이 법률에서 ‘행정사건소송’이란, 항고소송, 당사자소송, 민중소송 및 기관소송을 말한다”고 하고 있습니다. 이 법률에서 후에 정의하는 소송유형을 끌어 당겨와서 이러한 소송유형의 소송이 행정사건소송이라고 하는 매우 이해하기 어려운, 이것은 현행법에서는 너무도 특이한 입법방식을 하고 있는 것입니다. 때문에 이 소송유형이 도대체 무엇인가라고 하는 것을 규명하지 않으면 행정소송이라고 하는 것은 도대체 무엇인가라는 것은 알 수 없다고 하는 규정으로 되어 있습니다. 그것도 이 법률의 총칙규정을 보면, 결국 쓰여 있는 것은 항고소송은 무엇인가 하는 것을 제3조에서 풀이하고, 제4조에서 당사자소송은 무엇인가 하는 것을 풀이하며, 제5조에서 민중소송은 무엇인가를 규정하고, 제6조에서 기관소송은 무엇인가를 정의하고, 제7조에서 “행정사건소송에 관하여 이 법률에서 정함이 없는 사항에 관하여는 민사소송의 예에 의한다”고 하여 이로써 총칙의 규정이 완결되어버리고 있습니다. 요컨대 행정소송에 대하여 도대체 어떠한 특질을 가진 소송이 행정소송이며, 그러한 특질로 인하여 행정소송에 어떠한 규정이 필요하기 때문에 이것을 행정소송으로 한 것인지 하는 것이 이 총칙을 보아도 도저히 알 수 없다, 이것은 자신도 법관을 하고 있는 적이 있습니다만 법관이 이 법률을 적용하고자 한 경우에 가장 곤란한 것은 그 취지를 잘 알 수 없다고 하는 것이 아닐까 생각합니다. 따라서 소송유형을 생각하기 전에, 행정소송이라고 하는 것은 도대체 무엇이며, 그 행정소송이라고 하는 것은 어떠한 특질을 가진 것으로 규정하여야 하는 것인가 하는 것을 입법에 임하여서는 한번 더 검토할 필요가 있는 것이 아닌가 생각하고 있습니다.

그것이 2페이지의 제일 가운데 부근까지의 설명입니다만, 행정사건소

송법이 이들 유형을 규정하고 있는 취지는 무엇인가 하면, 이는 구체적 사건이 어떠한 유형의 소송에 속하고, 어떠한 절차로 처리되는가를 표시하는데 지나지 않는 것으로, 소송의 가능성을 정하고 있는 것은 아니고 하는 것이 입법담당자의 설명입니다. 결국 소송이 가능한지 여부는, 앞서 헌법에서 규정하고 있는 혹은 법원법에 의하여 소송의 대상으로 되고 있는 법률상의 쟁송, 즉 재판의 대상이 되는 다툼인가 아닌가에 의하여 결정되는 것으로, 이 소송의 어느 유형에 해당하는가에 의하여 결정되는 것은 아니다 라고 하는 것입니다.

다만, 항고소송 가운데 취소소송에 관하여는 특정한 행정청의 처분에 대하여 그 처분의 효력을 소급적으로 소멸시킨다고 하는 의미에서의 취소판결을 구하는 형성소송으로 이해되고 있기 때문에 그러한 의미에서 민사소송의 일반원칙에 의하면, 형성의 소라고 하는 것은 실체법이 그 필요가 있는 경우에 개별적으로 규정을 두는 것으로 이해되고, 그러한 법정의 경우에만 인정된다고 하는 점에서 보면, 행정사건소송법 제9조에서 취소소송규정을 두었다고 하는 점에서 취소의 소라고 하는 것이 인정된다고 하는 의미에서는 적극적인 의의를 가지고 있습니다.

그러나 일반적으로는 행정사건소송법이 소송유형을 정하고 있는 취지는 어디까지나 원고가 특정한 소송유형을 선택하여 소를 제기한 경우에 그 소송유형에 정하여진 소송요건, 구체적으로는 제소기간이라든지, 원고 적격이라든지, 피고적격이라든지 하는 것이 결정되고 있습니다만, 그러한 요건의 적용을 받을 것을 정한 것에 지나지 않는 것입니다. 행정사건소송법에 소송요건이 정해져 있지 않은 소송유형인 당사자소송에 의하여 소를 제기한 경우에는 그 소가 적법한지 여부는 소의 내용이 행정에 대한 사법심사를 구하는 것인지 아닌지로 결정되는 것이 아니라 그 소가 법원법에서 말하는 법률상의 쟁송에 해당하는가 어떤가, 혹은 통상, 행정사건소송에 관하여 행정사건소송법에 규정이 없는 사항은 민사소송의 예에 의한다고 하게 되므로, 일반 민사소송의 원칙에서 보아 그 소가 적법한 소라고 인정되는지 여부에 의하여 결정되게 되는 것입니다.

그런데, 행정사건소송법의 체계를 잘 보면, 제2조에서 “‘행정사건소송’이란 항고소송, 당사자소송, 민중소송 및 기관소송을 말한다”고 되어 있

고, 자료6에서 보는 것처럼 민중소송과 기관소송이라고 하는 것은 법원법에서 말하는 법률상의 쟁송에는 해당하지 않는다, 법원법 혹은 헌법에서 결정되어 있는 사법권의 범위밖에 있는 것에 대하여, 특별히 법률의 규정으로 법원법 제3조에도 “법률에 특히 규정이 있는 경우, 다른 법률에서 특히 정하는 권한을 가지는” 이라고 쓰여져 있습니다만, “법률로 규정한다면, 법원에서도 이와 같은 재판이 가능하다고 하는 것이 인정된 소송이다”라고 하는 식으로 위치 지워져 있는 셈입니다만, 그 이외의 보통의 소송, 여기에서는 주관소송이라고 흔히 불리고 있는 것입니다만, 보통의 소송유형을 보면, 항고소송과 당사자소송 밖에 없는 것입니다.

항고소송과 당사자소송이라고 하는 행정소송의 유형을 보면, 항고소송이란 행정사건소송법 제3조제1항에서 행정청의 공권력의 행사에 관한 불복소송으로 되어 있고, 당사자소송은 제4조에서 “당사자간의 법률관계를 확인하거나 또는 형성하는 처분 또는 재결에 관한 소송으로 법령의 규정에 의하여 그 법률관계의 당사자의 일방을 피고로 하는 소송”, 이것은 특수한 소송입니다만, ‘및’이란 접속사에 의하여 “공법상의 법률관계에 관한 소송을 말한다”고 되어 있습니다.

즉, 행정사건소송법의 체계에서는 당사자소송이라고 하는 것은 공법상의 법률관계에 관한 소송이라고 풀이되어 있고, 항고소송이라고 하는 것은 행정청의 공권력의 행사에 관한 불복소송, 해서 이 두 가지의 틀로 나뉘어 있고, 이것으로 법률상의 쟁송이라고 하는 틀에 들어오는 행정소송이라고 하는 것은 전부 그 대상이다 라고 이해하고 있는 것이 행정소송의 체계가 아닌가 생각되는 것입니다.

행정청의 공권력의 행사에 관한 불복소송이라고 하는 것이라든지, 또는 공법상의 법률관계에 관한 소송인가 아닌가 하는 것은 저에게는 좀 잘 이해가 되지 않습니다만, 본래라면 우선 행정소송은 공법상의 법률관계에 관한 소송을 말한다고 규정한 뒤에 그 가운데 일부의 소송유형을 추출하여 규정하는 것이 보통 오늘날의 입법방식이 아닌가 생각하는 것입니다만, 처음부터 이들 소송유형을 나누어 규정하고, 이들을 모두 합친 것이 행정소송이다라고 하는 규정방식을 하고 있기 때문에 매우 어려운 법률이 되고 있다고 하는 것이 현행 행정사건소송법의 특질이 아닌가 생

각합니다. 그 경우에 항고소송에 관하여는 행정사건소송법에서는 제2장이라고 하는 곳에서 상당히 많은 규정이 마련되어 있습니다만, 이 규정의 특색은 항고소송 가운데 취소소송에 관하여 매우 상세한 규정을 두고, 그 취소소송의 규정을 다른 항고소송에 준용하며, 또한 당사자소송에도 준용하고 있기 때문에 행정소송에 공통된 규정은 무엇인가, 행정소송의 본질은 무엇인가 하는 것이 잘 이해되지 않는다고 하는 그러한 규정이 아닌가 생각합니다. 다만, 최종적으로 이러한 항고소송이나 당사자소송을 통하여 어떠한 특질이 있는가 하는 문제에 이르게 되면, 당사자소송에 대하여 항고소송에 관한 규정이 준용되고 있는 제41조의 규정, 이것에 의하여 대체로 알 수 있는 것이 아닌가 생각됩니다만, 이 조항에 의하여 당사자소송에 준용됨으로써 특히 당사자소송에서 특색 있는 부분이라고 하는 것은 결국 제24조의 직권증거조사에 관한 규정이 준용되고 있다고 하는 점, 즉 행정소송을 통한 일관된 특색, 항고소송과 당사자소송을 관통하는 일관된 특색이라고 하는 것은 현행법을 보는 한, 이 직권증거조사를 할 수 있다는 점에 특질이 있다고 하게 되는 것이 아닐까, 하는 것이 현 상황이 아닌가 생각합니다.

그리고 3페이지의 중앙에서 밑 부분으로 가면, 결국 항고소송에 관하여도 그 소송이 적법한지 아닌지는 각각의 소송유형에 대하여 행정사건소송법에서 정하여진 소송요건 외에 그것이 ‘법률상의 쟁송’의 요건 기타 민사소송 일반의 소의 적법요건을 충족하는 것이 필요하게 되는 것입니다만, 단, 행정사건소송법에서는 ‘법률상의 쟁송’에 해당하지 않는 경우에도 민중소송 및 기관소송의 규정은 결국 법률에서 정하는 경우에 법률에서 정하는 자가 제기할 수 있다고 제42조에서 규정하고 있을 뿐으로, 이 규정이 없더라도 결국 법원법 제3조제1항<sup>1)</sup>에서 ‘법률에 있어서 특히 정하는 권한’이라고 하는 것은 법원이 보유하고 있는 셈이기 때문에 법률에서 정하면, 이와 같은 소송이 가능하다고 하는 것은 실은 행정사건소송법까지 기다릴 필요도 없다고 하는 결론이 되지 않는가 생각합니다.

그리고 다음으로 항고소송의 문제점입니다만, 항고소송 가운데에는 앞

1) 법원법 제3조제1항 “법원은 일본국헌법에서 특별히 정하는 경우를 제외한 일체의 법률상의 쟁송을 재판하고, 그 밖에 법률에서 특히 정하는 권한을 가진다.”

서 말씀드린 것과 같은 처분의 취소의 소, 그리고 재결의 취소의 소, 이것은 입법담당자의 해설에서는 앞서도 말씀드린 것과 같은 형성의 소라고 하는 형태로, 민사소송에서는 통상, 법률에 규정이 없다고 인정되지 않는 것에 대하여 규정을 한, 이러한 구조를 취하고 있는 것입니다만 그 밖의 유형으로서 제3조제4항, 제5항에서 무효등확인 소와 부작위의 위법확인의 소에 대하여 유형을 마련하고 있습니다. 이 무효등확인 소와 부작위의 위법확인의 소에 있어서, 어떠한 문제가 있는지를 간단히 설명드리겠습니다. 무효등확인 소는 제3조제4항의 후단 및 제36조에 무효등확인 소의 원고적격에 관한 규정이 있어, “무효등확인 소는 당해 처분 또는 재결의 무효 등의 확인을 구함에 있어 법률상의 이익을 가지는 자로서, 당해 처분 또는 재결의 존부 또는 그 효력의 유무를 전제로 하는 현재의 법률관계에 관한 소에 의하여 목적을 달성하는 것이 불가능한 경우에 한하여 제기할 수 있다”고 하는 식의 규정이 두어져 있습니다. 여기서 무효등확인 소라고 하는 것은, 이와 같은 규정이 설치되어 있는 것인데, 무효등확인 소의 일반적인 소송요건이 어떻게 되어 있는가 하면, 3페이지의 제일 하단의 ‘법률상의 쟁송’이란 무엇인가 하는 문제입니다만, 결국 앞서 말씀드린 것과 같은 법원의 재판의 대상이 되는 ‘법률상의 쟁송’이란 무엇인가 하는 문제에 대하여는, 대법원의 판례에서, 당사자간의 구체적인 권리의무 내지 법률관계의 존부에 관한 분쟁으로서, 법령의 적용에 의하여 종국적으로 해결하는 것이 가능한 것에 한정된다고 해석되고 있습니다. 확인 소를 포함하는 경우, 민사소송에서는 어떠한 소송유형이 있는가 하는 것은 자료6에서 보시는 대로입니다만, 실은 소송유형에 관한 규정이라고 하는 것은 민사소송에는 없는 것입니다. 일반적으로 급부의 소라든지 확인의 소라든지 형성의 소라고 하는 것이 존재한다고 생각되고 있는 뿐입니다. 민사소송에서는 그와 같은 소송유형에 대하여는 통일적인 규정이 없고, 개별적으로 규정하거나 해석에 의하여 정하거나 하고 있는 것입니다. 또한 소의 이익이란, 법률의 규정은 없지만 민사소송 일반의 소송요건으로서 필요하다고 이해되고 있습니다. 이것이 확인소송에 와서는 확인의 이익이라고 하는 형태로 다루어지는 셈입니다만, 민사소송에 있어서는 이와 같은 소송유형에 대하여 그 의의

라든지 성질에 대하여 정한 규정은 없는 것입니다. 이것은 현행 민사소송법을 평성8년(1996년)에 개정할 때에도, 이 개정시의 ‘민사소송절차에 관한 검토사항’으로서는 ‘소의 유형(급부소송, 확인소송, 형성소송)에 관한 규정을 정비하자는 주장’이 제시되었지만 결국에는 형성소송의 의의를 일의적으로 규정하는 것이 곤란한 점과 소의 유형의 발전을 제약하는 위험이 있다는 등의 이유에서 입안이 보류되었다고 알려져 있습니다. 그런데 이 행정사건소송법에서는 앞서 말씀드린 무효등확인 소라고 하는 규정이 있어서, 이 규정에 대하여 현행의 일반 민사소송에서의 소의 이익, 확인의 이익이라고 하는 관점에서 보면, 이 제36조의 규정(역사 주; 무효등확인 소의 원고적격에 관한 규정)은 무효확인소송에 대하여 특히 대상을 처분에 한정하고 있다고 하는 점에 있어서도 통상의 민사소송에서 거기까지 당연히 한정되는 것은 아닐 것이라고 생각되며, 그 경우에 원고적격으로서 “당해 처분에 뒤이은 처분에 의하여 손해를 받을 우려가 있는 자, 그 밖의 당해 처분 또는 재결의 무효 등의 확인을 구함에 있어 법률상의 이익을 가지는 자”, 이것은 보통의 확인의 이익의 문제가 아닌가 생각되는 것입니다만, 그 후반부에서 “당해 처분 또는 재결의 존부 또는 그 효력의 유무를 전제로 하는 현재의 법률관계에 관한 소송에 의하여 목적을 달성할 수 없는 것에 한하여 제기할 수 있다”고 이렇게까지 규정하고 있다고 하는 것은 오히려 통상의 민사소송에 있어서의 확인의 이익을 나아가 이 규정은 제한하고 있는 것이 아닌가 하는 식으로 해석될 가능성이 있는 것은 아닌지 하는 문제점이 있습니다.

다음으로, 부작위의 위법확인 소도, 항고소송에서 “행정청이 법령에 기초한 신청에 대하여, 상당한 기간 내에 어떠한 처분 또는 재결을 해야 함에도 불구하고, 이를 하지 아니하는 것에 대한 위법의 확인을 구하는 소송”이라고 정의되어 있는 것인데, 이 행정청의 부작위의 위법확인이라고 하는 문제에 대하여도, 국가배상 등의 영역에서는 행정의 부작위가 위법이 되는 경우라고 하는 것은 반드시 신청이 있는 경우에 한하지 않더라도 더러 볼 수 있고 또한 다투어지고 있다고 생각합니다. 그 부작위의 위법확인 소의 규정은, 여기에서 규정한 경우에 대하여, 부작위가 위법하게 되는 경우가 실제법상 있을 수 있다는 사실을 표시했다고 하는

의미에서는, 이 법률조문은 매우 의의가 있다고 생각합니다만, 다른 한편으로 부작위가 위법하게 되는 것은 실체법의 문제이며, 거꾸로 말하면, 의무이행소송의 논쟁 등에서 제기되고 있는 것처럼 행정청이 무언가의 처분을 할 의무가 발생하는 경우는 그 밖에도 실체법상 있을 수 있는 것이 아닌가, 가령 그러한 경우가 발생하였을 때에, 부작위의 위법확인소에서 인정되고 있는 범위에 한하여서만 소송이 가능하게 되는가 하는 문제도 이 규정이 있기 때문에 역으로 발생될 가능성이 있습니다.

여기서 5페이지의 정중앙 부분입니다만, 현재 소송유형에 관하여 의무이행소송, 또는 예방적 부작위소송이라든지, 혹은 중지의 청구라든지 여러 가지가 고려될 수 있어, 제언되고 있는 상황입니다만, 결국에는 새로운 소송유형의 도입에 대하여 검토함에 있어서는 민사소송의 일반원칙에 대하여 그 규정이 어떠한 변경을 가할 것을 목적으로 하고 있는가 하는 도입의 취지, 그리고 그것을 기반으로 한 소송유형의 정의와 정의된 소송유형에 적용될 규정의 내용, 나아가서는 소송유형을 정의하고 이에 적용되는 규정을 마련하기로 한 경우에, 그것의 역(逆) 내지 반대해석으로서 그 정의에 해당하지 아니하는 유사한 소송이 부적합하다고 해석되어 행정에 대한 사법심사가 제한될 위험이 발생하지는 않을까 하는 등의 문제에 대하여 검토할 필요가 있는 것은 아닌가 생각합니다. 앞서 말씀드린 것처럼, 행정사건소송법이 이 항고소송의 유형을 두고 있는 것 자체는 “소의 제기를 제약하려는 취지는 아니다”, “소의 제기가 가능한지 여부를 행정사건소송법으로 정해버린 취지는 아니다”라고 입법담당자는 설명하고 있습니다만, 개별적으로 구체적인 규정을 보면, 민사소송의 일반원칙보다도 좁게 되어 있는 것이 아닌가 우려되는 점도 있다. 그러한 규정이 구체적으로 두어진 경우에, 역으로 그 규정에 포함되지 않는 반대부분에 해당하는 경우에는 소의 제기를 인정하지 않는다고 한 취지인 것인지 라고 하는 그러한 해석을 초래할 우려도 있는 것이 아닌가, 그러한 문제점이 입안에 임하여서는 고려될 수 있는 것이 아닌가 생각되는 것입니다.

다음으로 자료5의 10페이지에 ‘2. 행정소송의 유형’으로서, “① 새로운 항고소송의 유형을 마련하여야 한다고 하는 의견이 있는지 어떤지”라고

하는 문제제기를 하고 있습니다. 다만, 이 문제의 제기는, 이것으로 좋은지 어떤지는 처음부터 한번 더 재검토해야 하는 것은 아닌가, 그것은 앞서 말씀드린 것처럼, 항고소송이라고 하는 유형을 만드는 데에 얼마만큼 의미가 있는가 하는 것을 생각할 필요가 있는 것은 아닌지, 항고소송은, 당연한 전제로서, 그 항고소송유형을 만든다고 하는 입장에서 추진할 것이 아니라, 행정소송이면서 일반적으로 재판을 받을 권리로 인정되어야 하는 소송을 그 형태가 어떠한 간에 유형화하여 다루어나가는 것이 필요한지 어떤지, 그것을 어떠한 유형으로 다루어나가는 것이 좋은지, 하는 그러한 형태로 검토를 부탁드립니다 편이 좋지 않을까 생각하고 있어서, 말할 것도 없이, 항고소송이라고 하는 유형이 필요한가 어떤가 하는 점에 대하여는 그 자체도 또한 검토의 대상이 아닐까 생각하고 있습니다. 자료6에 관하여 보충하면, 가압류, 가처분이라고 하는 부분이 가장 우측 편에 있는데, 이것은 통상의 민사소송이라면 가압류, 가처분은 필요가 있으면 인정되는 것입니다만, 행정소송의 경우에는 공권력의 행사에 대한 가처분이라고 하는 것은 인정되지 않는다고 이해되어 있습니다. 그리고 좌측 편에 집행정지가 있습니다. 집행정지는 행정청의 처분의 집행을 정지하는 것입니다만, 이에 관하여는 현재의 관념 하에서는, 이것은 행정권의 범위에 포섭되고, 사법권, 고유의 사법권의 범위가 아니지 않는가 하는 견해가 주장되고 있습니다. 그러나 이 검토회 등에서도 여러 분으로부터 지적이 있는 것처럼 이 사법권의 범위에 대한 일본의 사고방식 자체가 이대로 좋은 것인지 어떤지 하는 점에 관하여 다양한 지적이 존재하기 때문에, 이러한 사실 자체도 문제가 되는 것은 아닌가 하는 시점을 화살표로 표시한 것입니다.

그리고 아래 부분의 주관소송과 객관소송에 대하여도, 당연히 이와 같은 것이 전제가 되는 것이 아니고, 여러 외국의 예에 대한 보고서에서 소개되어 있는 것처럼, 국민의 권리구제라고 하는 범위를 상당히 넓게 이해한다고 하는 관점도 지적이 있었습니다. 그러한 의미에서 사법권의 범위를 어떻게 생각할 것인가 하는 점도 또한 문제가 아닌가, 그리고 여러 가지 지적 가운데에는, 행정소송과 민사소송의 구별이라고 하는 부분도 다양한 구제라고 하는 시점에서 재검토해 보아야 할 문제가 있는 것

일본의 행정소송법개정에 대한 논의동향

은 아닌가 하는 지적이 있었기 때문에 가운데에 점선표시를 하여, 유연하게 검토해 보아 좋은 것이 아닌가 하는 이러한 문제의식을 가지고 자료를 작성하였습니다. 이상입니다.

## 제 9 회 행정소송검토회 의사록

## 【코바야시 참사관】

금일, 자료의 1과2를 배포하고 있습니다. 취소소송에 관하여 검토하기에 앞서 우선 취소소송의 특색은 무엇인가 하는 점에 관하여 자료의 2를 작성한 것입니다. 이 가운데 가장 왼쪽에 정리한 것처럼 취소소송은 국민의 권리이익의 구제라는 성격도 가지며, 게다가 그 아랫부분의 항목입니다만, 행정처분의 조기(早期)·확실적인 확정을 지향한 제도로 되어 있습니다. 구체적으로 취소소송의 특색이란 무엇인가 하면, 결국은 제소기간이 존재한다고 하는 점이 아닐까 생각하고 있습니다. 규정에 의하면, 취소소송은 처분 또는 재결이 있음을 안 날부터 3개월 이내에 제기하지 않으면 아니된다고 하고, 나아가 취소소송은 처분 또는 재결의 날부터 1년을 경과한 때에는 제기할 수 없다, 이렇게 되어 있는 것입니다.

취소소송제도에 관하여 그 체계상의 위치를 검토함에 있어서는 취소소송의 제도가 없었다면 어떻게 될까, 하는 것이 문제가 되지 않을까 생각합니다. 이것은 일본국헌법의 시행전에는, 행정처분에 대하여는, 취소소송의 대상이 됨을 법률에서 규정하고 있지 않으면, 그것을 다투는 것이 불가능하였습니다만, 일본국헌법 시행후에는, 행정의 행위이든 아니든 모두 재판의 심사대상이 되기 때문에 취소소송이 없으면 제소기간도 없다, 그러면 제소기간이 없다면 위법한 행정행위의 효력은 어떻게 되는가 하는 문제에 이르면, 법의 일반원칙에서 보면, 그것은 무효가 되는 것은 아닌가, 재판의 취급방식으로서는 그것이 무효인 사실을 확인하는 문제, 즉 적법한 것이 유효이며, 위법한 것은 무효이다 라고 하는 이러한 기본원칙에 돌아갈 뿐이 아닌가 생각되는 것입니다. 참고로 민사소송의 세계에서는 예를 들어 계약이나 취업규칙에 위반하여 해고의 의사표시를 하여도, 그 해고의 의사표시는 무효다 라고 법원은 판단하는데, 이것은 당연한 결론이기 때문에 위법한 것이 유효가 되는 경우란 별로 없는 것이 아닌가, 그런데 이 취소소송에 대하여는 그 대상의 문제가, 자료의 4페이지가 됩니다만, 사각형으로 둘러 표시한 대법원의 판결에서도 처분의 취

소의 소의 대상은 ‘행정청의 처분 그 밖의 공권력의 행사에 해당하는 행위’로 정하여져, 사각형의 테두리 안의 5행 부분에서, (중략)의 뒷부분에, “이러한 행정청의 행위는 공공의 복지의 유지, 증진을 위하여, 법의 내용을 실현하는 것을 목적으로 하고, 정당한 권한이 있는 행정청에 의하여, 법에 준거하여 행하여지는 것으로, 사회공공의 복지에 매우 관계가 깊은 사항이므로, 법률은 행정청의 위와 같은 행위의 특수성에 비추어, 한편에서는 이와 같은 행정목적에 가급적 신속하게 달성하게 할 필요성과, 다른 한편에서는 이로써 권리, 이익을 침해된 자의 법률상의 구제를 피할 필요성을 감안하여, 행정청의 위와 같은 행위는 가령 위법한 것이라고 하여도, 그것이 정당한 권한을 가지는 기관에 의하여 취소될 때까지는 일응 적법성의 추정을 받아 유효하다고 취급되는 것인 점을 인정하여, 이에 의하여 권리, 이익을 침해된 자의 구제에 대하여는 통상의 민사소송의 방법에 의하지 아니하고, 특별한 규정에 의하여야 하는 것으로 한 것이다”라고 하고 있는 것입니다. 취소소송제도를 만듦으로써 한쪽에서는 제소기간의 제한이 마련되고 있다, 그 제소기간의 제한을 둔 취소소송이라는 제도를 만든 이상은, 통상의 민사소송의 방법에 의하지 아니하고, 그것이 취소되지 않는 한 유효한 것으로 취급해 버리는, 이러한 법의 체계를 형성하고 있다면, 이 대법원의 판결은 이해할 수 있는 것이 아닌가 생각되는 것입니다. 따라서, 취소소송의 대상이 되는 행정청의 처분, 이것이 무엇인가 하는 것은, 이 범위에 해당하는 것에 대하여는 제소기간의 제한을 받아, 위법한 것이라도 하여도 취소되지 않아 버리고 마는 일이 있을 수 있다고 하는 전제에서 검토를 하지 않으면 아니 되는 것이 아닌가 하게 됩니다.

역으로 말하면, 취소소송의 대상이 되지 않는 행위, 예를 들면 행정입법, 즉 정성령(政省令)(역자 주; 우리의 대통령령 및 총리령과 부령에 해당)이 법률에 위반하여 있으면 당연 무효이다, 이것은 당연한 원칙이 아닌가 생각되는 것입니다만, 그것이 행정청의 처분으로 되어, 취소소송의 대상이라고 하게 되면, 이것은 제소기간의 적용을 받는 것이 되는 것은 아닌지 하는 것을 전제로 검토를 할 필요가 있다고 생각되는 것입니다.

다른 한편, 문제는, 행정법의 체계와 전체에 관하여 지적할 수 있는 것

입니다만, 행정청의 처분이란 도대체 무엇인가가 일반 국민에게 있어서 정말 알기 쉬운가 하면, 개중에는 알기 쉬운 것도 있다고 생각합니다. 예를 들어 과세처분은 처분일 것이라고 하는 것은 누구라도 안다고 생각합니다. 다만, 현대행정, 여러 가지 다면적인 행정활동 가운데에 처분인가 아닌가가 일의적으로 명백한가 어떤가 하는 문제로 되면, 현재 이 문제가 법원에서도 다루어져 프리토킹의 참고자료로 들어진 것과 같은 다양한 의견이 제출되고 있는데, 이러한 사정은 처분인가 아닌가가 명확하지 아니한 경우가 왕왕 있기 때문이 아닌가 생각되는 것입니다.

일방에서는 처분에 해당한다고 되어 버리면, 제소기간이라는 중대한 제약을 받아, 일정한 기간이 경과해 버리면, 다룰 수 없게 되어버리는, 그러한 중대한 효과가 국민에 대하여 부여되는 것임에도 불구하고, 그 처분이 어떤 것인가, 행정의 행위 가운데 처분이라고 하는 것은 무엇인가가 명백히 알 수 없다고 하는 것은 국민의 권리보호의 관점에서 문제가 아닌가 하는 느낌이 드는 것입니다.

여기서 7페이지에 문제의 소재라고 하는 데에서 간단히 정리하고 있습니다만, 구체적인 행정의 행위가 취소소송의 대상이 되는지 여부를 검토함에 있어서는 다른 소송유형에 의한 구제의 가능성, 즉 처분에 해당하지 않음으로써, 그 행위가 무효가 되는, 그 무효를 확인하는 소송이라면 통상의 당사자소송에 의한 확인소송으로 가능한 경우도 있을 수 있을 것이므로, 그러한 것도 할 수 없는가 어떤가 하는 다른 구제의 가능성에 관하여도 검토할 필요가 있다, 취소소송에 의한 구제가 정말 필요한가 어떤가 하는 것을 정확히 파악할 필요가 있는 것은 아닌가, 그리고 구체적인 행정활동은 여러 영역에서 다양한 형태로 행하여지고 있다고 하는 사실을 고려하여, 행정과정 전체를 조망하고, 그 개개의 행정활동의 독자성도 감안하면서 이해관계인의 권리이익의 보호나 국민과 지역주민 등의 의사의 반영을 어떤 식으로 도모해 갈 것인가, 이것은 시바하라(芝原)위원으로부터 누차 지적이 있는 국민의 이익을 어떠한 행정과정에 어떻게 반영해 갈 것인가, 하는 지적이 있지 않은가 생각합니다만, 그와 같은 관점, 그리고 국민의 불복신청에 어떠한 수단을 마련할 것인가, 그러한 점도 시야에 넣어서 사법과 행정, 각각의 역할분담도 염두에 둔 후에, 검토

를 행할 필요가 있는 것은 아닌가 하는 것이 취소소송의 대상에 관한 사무국으로부터의 문제의 정리입니다.

다음으로 원고적격과 소의 이익의 관계입니다만, 이 원고적격에 관하여서는 입법담당자의 생각은, 보통 “소의 제기인 이상은, 그 소제기를 함에 있어서 이익이 필요하다고 하는 당연한 사실을 규정한 것이다”라고 이해되고 있습니다. 그것은 9페이지의 밑에서 10행째에 “즉, 법적으로 보호되고 있는 권리, 이익을 행정청의 행위에 의하여 침해받거나 또는 법률상의 불이익을 부과 당한 자(상대방이든 제3자이든 묻지 않고)에게 있어서 비로소 그 행위의 취소가 권리, 이익의 구제에 도움이 되는 것이기 때문에, 행위의 취소를 구함에 있어서 법률상의 이익을 가진다고 할 수 있게 되기 때문이다”라고, 이 정도를 생각하고 있는 것으로, 이 법률상의 이익이라고 하는 추상적인 개념으로 규정한 이유는, 그 밑에서부터 5행째에 있는 것입니다만, “어떠한 경우에 행정청의 행위에 의한 권리 그 밖의 법적 이익의 침해가 있었다고 인정해야 할 것인가, 또는 어떠한 경우에 법률상의 불이익을 입었는가. 그 한계를 구획하는 것은 곤란하며, 학술 판례의 발전에 맡기지 않을 수 없다. 본 조가 ‘법률상의 이익을 가지는 자’라고 추상적으로 규정한 것은 그 때문이다”라고 설명되고 있습니다. 일반적으로 예를 들면, 회사갱생 등도 많은 채권자에게 한번에 많은 불이익을 부여하는 것입니다만, 예를 들어 회사갱생에 관한 결정에 대하여 누가 불복을 신청할 수 있는가 하는 문제가 되면, 그 때에는 ‘그 재판에 대하여 이해관계를 가지는 자’라고 규정되어 있어, 역시 추상적인 규정으로 결정되고 있는 셈입니다. 이러한 때에 어떠한 이해관계를 말하는가, 라고 하면, 이것도 추상적으로 설명되고 있는 것입니다만, 법률상의 이해관계를 말한다, 구체적으로 무엇이 법률상의 이해관계이고, 무엇이 그렇지 않은가 하는 의문에 다다르면, 매우 미묘한 문제가 있지 않는가 생각됩니다만, 일반적으로는 그 정도의 이해가 이루어지고 있다고 하는 것입니다.

다른 한편으로, 앞서 시바하라위원으로부터의 지적에도 있었던 것처럼, 이 대법원의 판례의 태도로서, 법률상 보호된 이익, 예를 들면 행정법규에 의하여 법률상 보호되고 있다, 그러한 것이 법률상의 이익으로서 필

요하다, 대법원의 입장이 만약 그러하다고 하는 태도를 취한 경우에는, 앞서 지적이 있는 것과 같은 헌법상의 이익은 어떻게 생각하는 것일까 하는 문제가 나타나게 됩니다. 또한 현대형의 행정의 경우에 관하여는, 공익에 가깝도록 얇게 널려 퍼진 이익을 보호하고 있는 행정활동, 법률이 증가하고 있는 것이 아닌가 생각됩니다. 따라서 개인의 이익을 직접적으로 침해하거나 보호하거나 하는 식의 명확한 특정이익을 대상으로 한 행정활동으로부터 조금 확대된 이익을 보호해 가는 (쪽으로) 행정활동이 증가하고 있는 것은 아닌가 생각되어, 그와 같은 이익을 어떻게 하여 구제를 하면 좋을까, 법률이 그러한 이익을 보호하려 하고 있다고 하면, 그 보호하고자 하고 있는 법률의 취지를 실현해 가기 위하여 적절한 방안은 무엇인가, 하는 점을 검토해 갈 필요가 있는 것은 아닌가 라고 생각한 것입니다.

그러한 의미에서 여기서의 문제의 지적에 있어서는 결국, 일반적인 민사소송처럼, 소의 원칙과 마찬가지로 이익이 필요하다고 생각되는 것입니다만, 일반적인 소송에서 요구되는 이익이라는 사고로, 현대의 행정에서 보호하려고 하고 있는, 법률이 지키려고 하고 있는 이익, 그러한 것을 보호해 가거나, 혹은 법률이 예기하고 있지 아니한 헌법상의 이익이라든지 등의 이익을 보호해 가기 위하여 적절한 방안, 그러한 것이 무엇인가, 하는 점을 검토해 갈 필요가 있는 것은 아닌가 하는 문제의식입니다.

그리고 개개의 개별문제에 관하여, 15페이지 이후에 피고적격, 제소기간, 제소기간 등의 교시(敎示)(역자 주; 우리의 고지제도에 유사)의 문제가 있습니다. 피고적격에 관하여서는 특히 문제가 되는 것은 행정청이라고 하는 개념이, 이것은 행정법의 틀 안에서는, 행정청이라고 하는 것으로 예로부터 논의되어, 법률 가운데에서도 다수 사용되고 있는 개념입니다. 다만, 그러나 현실적으로 무언가 행정으로부터 국민이 처분 등을 받은 때에는 누구에게 권한이 있는가 하는 점을 정확히 조사할 수 있는가 하는 문제에 이르면, 실은 행정 내부에서의 권한의 위임, 또는 전결과 같은 것은 다수 행하여지고 있습니다. 예로써 지방자치법을 들고 있는 것입니다만, 다른 법률도 조사해 보면, 법령 검색하면, 놀랍게도 1000개 이상이 나타나므로, 매우 많은 경우에 권한의 소재가 지방지분부국(역자

주; 우리의 특별지방행정기관)에 이양되거나 하는 형태로 다양한 움직임을 하고 있는 것입니다. 국민 측에서 그러한 점을 면밀하게 조사한 후에 다룬다고 하는 것으로 하기보다는 특히 최근, 지방분권에서 기관위임사무가 없어진 것을 생각하면, 통상의 민사소송의 기본원칙인 권리주체가 당사자가 되는 것을 행정이기 때문에 변경한다고 하는, 그 필요성이 현 시점에 있어서 어느 정도 있는가, 하는 것을 검토할 필요가 있는 것은 아닌가 하는 관점에서 정리하고 있습니다.

그리고 제소기간에 관하여서는 이것도 실은 3개월 이내로 한 것은 행정사건소송법의 제정시에 ‘안 날부터 3개월 이내’, 그 전까지는 6개월이었던 것을 단축하고 있는 것입니다. 그 취지로서는 자료의 17페이지 이후에 입법담당자의 해설을 인용하여 놓은 대로로, 실은 각종의 특별법에 의하여 많은 법률에서 그보다 짧은 (제소기간) 규정이 두어져 있었다고 하는 현실과 외국에서는 그보다 짧은 기간을 정하고 있었다고 하는 실제 등을 감안하여 개정이 되었다고 하고 있습니다. 현재에는 어떤가 하면, 별지9에서 제소기간의 특례를 정한 규정이 있습니다만, “실은 취소소송의 제소기간을 정한 특례는 현재는 매우 적다, 이것은 역으로 말하면, 일반법인 행정사건소송법이 각 행정청으로부터 신뢰받고 있다고 할까, 믿음직하게 여겨지고 있다, 이 개정 후에는 특례가 매우 적어지고 있다”, 고 하는 것이 현실입니다. 어떤 의미에서는 알기 쉬운, 적어도 행정사건소송법을 알고 있다면 그렇게 커다란 잘못을 범하지 않는다고 하는 의미에서는 알기 쉬운 것인지도 모르겠습니다만, 거꾸로 일반법이 존재하기 때문에 특별법에서 명확히 규정하는 것이 입법태도로서 게으름을 피우고 있는 면도 전혀 없는 것은 아니지 않는지, 예를 들어 대법원의 판례에서는 ‘처분이 있었음을 안 날’이라고 하는 것은 예를 들면 관보 등에 공고하여 처분을 한 때에는 그 공고가 있는 사실을 그 사람이 알지 못하여도 공고일부터 제소기간이 개시된다는, 이러한 대법원의 판결이 있습니다만, 예를 들어, 회사갱생법을 보면, 회사갱생의 항고기간은 정확히 회사갱생법 속에 공고가 효력을 발생한 날부터 기산해서 2주간이라고 명확히 적혀 있는 것입니다. 개별규정을 보지 않더라도 어느 정도 행정사건소송법에 의하여 모든 사람에게 이해 받을 수 있다고 하는 일반법으로서의 명

확성이라고 할지, 신뢰성이라고 하는 것이 있다고 하는 것의 반면으로서, 개별 적용에 있어서 구체적인 행정의 특수성을 고려하여 “그것으로 좋은가” 하는 문제가 되면, 국민에게 있어서 반드시 그렇다고는 말할 수 없다는 경우도 있을 수 있는 것은 아닌가 하는 경우도 발생한다, 고 하는 것이 되지 않는가 생각합니다.

그러한 의미에서 끝으로 제소기간 등의 교시의무의 문제, 무엇이 처분에 해당하는가 하는 문제자체도, 어떤 의미에서는, 명확한 것인지도 모르겠습니다만, 미묘한 문제도 많다, 그리고 제소기간에 관하여도, 그에 의하여 국민이 최종적으로 소를 제기할 수 없게 되어 버린다고 하는 중대한 효과도 초래함에 이르러서는, 그 점이 국민에게 명확하지 않은 채로 소를 제기하였는 바 제소기간이 경과하여, 처분이라고 하는 주장을 당하고 마는, 그러한 결과가 되어서는 국민의 권리보호로서 충분하지 않은 것은 아닌가 하는 시점에서 행정불복심사법 제57조와 같은 처분에 대하여, “이것은 불복신청의 대상이 된다, 게다가 그 경우에는 제소기간은 어떻게 되어 있다”고 하는 점이 국민에 대하여 명확히 될 수 있도록 그러한 배려도 검토해야 하는 것이 아닌가 하는 시점에서 이 자료는 정리를 하고 있습니다.

## 제10회 행정소송검토회 의사록

## 【코바야시 참사관】

자료의 1입니다. 우선 이 자료에 관하여는 취소소송 이외의 항고소송이라고 하는 부분으로, (1)이라고 해서 ‘항고소송이라고 하는 소송유형의 의의’라고 하는 항목을 두고 있습니다. 항고소송에 관하여는 ‘행정청의 공권력의 행사에 관한 불복 소송’을 말한다고 되어 있어, 제8회의 회의시에 사무국으로부터도 설명을 드린 것처럼, 행정사건소송법은 항고소송과 당사자소송이라고 하는 것을 주요한 소송유형으로 하고, 우선 처음에 이들을 합친 것이 행정소송이라고 하는 식의 소송유형의 정의, 행정소송의 정의가 행하여지고 있다고 설명하였는데, 이 항고소송이라고 하는 것이 매우 큰 의의를 가지고 있는 것입니다. 그 항고소송에 관하여, ‘공권력의 행사에 관한 불복소송’이라는 식으로 정의를 했다고 하는 사실로부터, 그렇게 말한 것과, 행정청의 제1차적인 판단권의 존중과 관련시켜 논하고 있는 견해로서, 매우 유력한 견해로서 다나까지로(田中二郎) 선생의 교과서를 참고로 게시한 것입니다. 이것은 사법제도개혁심의회 의견서에 있어서도, 행정청의 제1차적인 판단권의 존중이라고 하는 점을 어떻게 생각하는가 라는 문제의 지적이 있었던 것이기 때문에 항고소송과 행정청의 제1차적 판단권의 관계에 대하여 검토를 해주셨으면 하는 것입니다. 다나까지로선생의 교과서를 읽으면, 1頁에 있는 것처럼, “항고소송의 항고소송인 이유가, 행정청의 제1차적 판단이 명시적으로든 묵시적으로든 공권적으로 내려지고 있는 것을 전제로 하여, 이에 항의하고, 그것에 의하여 발생한 위법상태를 배제하는데 있다고 한다면, 단순히 행정청의 제1차적 판단을 구하는 급부소송이라든지, 나아가 행정청의 권한의 부존재의 확인을 구하는 소송과 같은 것은 적어도 항고소송의 범주에는 속하지 않는다고 말하지 않으면 아니된다”고, 이와 같은 견해를 서술하고 있고, 아래쪽의 각주 부분에서 위로 8행째의 부분에서 “사법권은 행정권의 제1차적 판단권을 존중해야 하는 것으로, 다만, 그것이 위법하게 행하여진 경우에, 이를 취소·변경하거나 또는 그 무효의 확인을 하

는데 그쳐야 하는 것으로 (행정청은 이것에 구속되어서 무언가 행위를 하게 된다) 사법권이 행정권에 대신하여 일정한 처분을 한다든지, 행정권에 대하여 구체적인 특정한 처분을 의무지우는 것은 행정권의 1차적 판단권을 침해하고, 행정권에게 부당하게 개입하는 것이라는 비난을 면하지 못한다. 그것은 사법권과 행정권 본래의 기능차이를 무시하고, 행정책임의 원칙을 혼란스럽게 하여, 나아가서는 사법권 만능주의에 빠지게 할 우려도 없지 않다”고, 하는 견해를 서술하고 있는 것입니다.

다른 한편으로, 사무국 측에서 취소소송 이외의 항고소송, 즉 항고소송 일반에 관하여 어떠한 특색이 있는가 하는 것을 법률의 규정으로부터 찾아보면, 2페이지 부분에서 1행째부터 열거되고 있는 것처럼, 피고적격으로서 “소제기는 행정청을 피고로 하지 않으면 아니된다”고 하는 것(①)과, 관할문제로서 “행정청을 피고로 하는 항고소송은 그 행정청 소재지의 법원의 관할로 하는 점(②)”, 그리고 세 번째(③)로 “당해 처분 또는 재결에 관련된 사무가 귀속하는 국가 또는 공공단체에 대한 손해배상 기타의 청구에의 소의 변경이 가능한 점”, 그리고 네 번째로서 “소송의 결과에 의하여 권리를 침해당하는 제3자의 소송참가가 가능한 점”, 이 네 가지가 조문의 규정만으로 보면, 이러한 특색들이 열거될 수 있는 것입니다. ④의 ‘제3자에 대한 효력’이라고 하는 항목을 놓고 보면, 취소소송 이외에는 법률상은 제3자에 대하여 효력을 가진다고는 되어 있지 않기 때문에 이러한 규정을 할 필요가 있는지 어떤지 하는 것은 더욱 검토할 필요가 있는 것이 아닌가 하는 문제와 그리고 ②와③에서 열거한 부분은, 행정청이 피고로 되어 있다고 하는 것과 밀접한 관련을 가지는 규정이라고 하는 점에서 판단하면, 지난 회에서 검토해 받은 것처럼 피고를 행정청으로부터 행정주체, 국가 또는 공공단체로 개정하는 식의 방향성에서 검토한다고 하면, 이러한 규정의 재검토에 관하여도 검토가 필요하게 되는 것이 아닌가 생각되고, 나아가 이와 같은 취소소송 이외의 항고소송 일반이라고 하는 것을 검토할 필요성이라고 하는 것은, 항고소송 일반과 관련하여 어떠한 규정을 설치할 필요가 있는가 하는 점부터, 더 검토해갈 필요가 있다고 하는 의미가 아닐까 생각하기 때문에, 금후의 취소소송 이외의 소송유형이라고 하는 것은 우선 어떠한 것이 필요한가

하는 점을 검토한 후에, 나아가 항고소송이라고 하는 소송유형의 필요성에 관한 문제도 검토해갈 필요가 발생하는 것이 아닌가 하는, 이러한 문제의식을 여기에 제시한 것입니다.

다음으로, 무효등확인 소에 관하여는 (2)의 부분에서 기술하고 있습니다만, 이 무효등확인 소에 관하여는 항고소송으로 되어 있으므로, 공권력의 행사의 무효확인, 따라서 행정청의 처분에 대한 무효확인을 염두에 두고 있는 것입니다. 그 문제점에 관하여는 4페이지의 ③이라고 하는 항목부분에서 ‘무효등확인 소의 한계 및 문제점’이란 제하에 기술하고 있습니다. 뒷부분에 별지1이라고 해서, 그것을 도해한 자료도 있으므로 참고로 보시면, 11페이지에 별지1이라고 하는 것이 있습니다만, 사무국 측에서 정리한 무효등확인 소의 한계 및 문제점이라고 하는 것은, 하나는 ‘대상’의 문제, 즉 처분에 한한다는 점, 그리고 두 번째로 ‘원고적격’의 문제로서 소의 이익을 가지지만 제한을 받고 있는 것인데, 이것이 일반의 민사상의 소의 이익과의 관계에서 다소 좁다고 해석될 가능성이 있는 것은 아닌가하는, 그러한 문제점을 지적하고 있는 것입니다. 그럼, 앞으로 돌아와서 4페이지 부분입니다만, 이 무효등확인 소에 관하여 검토를 하시는데 있어서는 지난 회의 검토에 있어서도 취소소송에는 제소기간이 있다고 했는데, 그렇다면 처분이라고 하는 것을 확대하여 본 경우에, 역으로 제소기간의 제한을 받게 되는 것은 아닌지, 다른 한편 처분에 해당하지 아니하는, 취소소송의 대상이 되지 아니하는 행정행위로서, 무언가의 법률상의 효력이 있는 것과 같은 경우도 오히려 있을 수 있는 것이 아닌가, 역으로 제소기간의 제한을 가하지 아니하고, 당연무효가 될 것 같은 행정작용, 그러한 것을 생각하였을 때, 그 효력의 확인이라고 하는 것이 가능한, 그러한 것은 어떠한가, 그것을 고려하는 것과 같은 경우에는 현재의 무효등확인소송이라고 하는 것은 대상이 처분이라고 하는 것에 제한되어 있기 때문에, 취소소송의 대상과 완전히 동일한 구조로 이해하고 있지만, 나아가 그 범위를 넓혀서, 다투는 것이 가능한 경우도 고려해도 좋은 것은 아닐까, 하는 것을 문제로서 지적하고 있는 것입니다.

다른 한편, 그와 같이 검토해 가면, 어디까지가 대상이 되는 것인가, 하는 것이 다음으로 문제가 되어, 법률상의 효력이 있는 것으로서 예를

들면 규칙이라든지, 정성령이라든지, 조례라든지, 혹은 행정계획이라든지, 이러한 것들로서 처분에 해당하지 않는 것을, 어떻게 다룰 것인지, 나아가서는 행정지도와 같이, 이것은 행정절차법상은 효력은 가지지 않는다고 이해되고 있다고 생각합니다만, 실제상 행정지도를 받음으로써, 경제활동, 국민의 자유라고 하는 관점에서는 자유로운 활동이 저해되는 경우도 있을 수 있는 것은 아닌가 라고, 그러한 지적도 있다고 하는 상황이기 때문에, 어떠한 경우에 그러면 그러한 것을 법원에 확인을 구할 수 있을까 하는 점을 검토하지 않으면 안되지 않는가, 그것을 검토하려고 하면, 그러면 통상의 민사소송에 있어서 무언가의 행위, 효력 혹은 그 적법성, 그와 같은 것의 확인을 구한다고 하는 경우가, 어디까지 허용되고 있을까, 그 경우의 확인의 대상이라든지, 확인의 이익이라고 하는 문제와, 행정소송에서 그것을 받아들여 구성한 경우의 확인의 대상이라든지, 확인의 이익이라고 하는 것은 같은 것인가, 다른 것인가, 가령 같은 것이라고 하면, 그것을 행정소송에서 규정한 의미는 무엇인가, 하는 것을 검토해 갈 필요가 있는 것은 아닌가 하는 것을 이곳에 서술한 것입니다. 참고로, 대법원의 판결<sup>2)</sup>을 5페이지 부분에서는 인용하고 있습니다만, 대법원의 판결 그 자체는, 이번에는 무효등확인<sup>2)</sup>의 소의 원고적격의 이야기가 됩니다만, 그 무효등확인<sup>2)</sup>의 소의 원고적격에 대하여는 요건이 지나치게 협소하게 되어 있는 것은 아닌가 하는 문제의식이 사무국 나름대로는 표명하고 있는 바로서, 이것이 어떤 뜻인가 말씀드리면, 4페이지의 위에서 쪽 내려와서, 현재의 법률관계에 관한 소에 의하여 구제가 가능한 경우를 제외하고 있다고 하는 것으로, 확인의 이익이라고 하는 것은 반드시 그 현재의 소에 전부 환원할 수 있는 때에는 대저 확인의 이익이 없다고 하는 것이, 통상의 민사소송의 원칙에서 보면 이것은 민사소송과 동일한 것을 규정하였다고 할 수 있지 않는가 생각합니다만, 이것이 일반 민사소송의 확인의 이익과 완전히 동일한가 하는 문제에 이르면, 이 행정사건소송법이 제정된 후에 내려진 대법원의 판결로서, 이것은 별지의 2라고 하는 곳에서 12페이지에 서술하고 있습니다만, 특히 이것도 대

2) 최고재판소평성4년(1992년)9월22일 제1소법정판결·민집46권6호 1090頁.

법정의 판결, 소화45년(1970년)7월15일의 대법정의 판결이라고 하는 것으로, 게다가 반대의견이 상당히 많아, 그만큼 논쟁이 될 안전이었던 것입니다만, 그 가운데, 재판관, 오오스미젠이찌로(大隅健一郎) 재판관의 보충의견이, 12페이지의 밑에서 3행째 이후에 있습니다. 여기에 기술되어 있는 것처럼 “확인”의 소는 그 대상으로 하는 법률관계에 관하여 이른바 확인의 이익이 있는 경우에만 허용되는 것인데, 이러한 이익은 당해 법률관계에 관하여 당사자간에 법률상의 분쟁이 존재하고, 이 때문에 그 소의 원고의 법률상의 지위의 불안, 위험이 있으며, 판결로써 그 법률관계의 존부를 확정하는 것이 상기 불안, 위험을 제거하기 위하여 필요하고도 적절한 경우에 인정된다. 그리고 이와 같은 법률관계의 확정, 사안의 성질상, 위 목적을 위하여 가장 직접적이고도 효과적으로 행하여질 것을 요하는 것으로서, 통상은 분쟁이 존재하는 현재의 법률관계에 대하여 확인을 구하는 것이 적당함과 동시에, 또한 그것으로써 충분하고, 그 전제가 되는 과거의 법률관계에 소급하여 그의 존부의 확인을 구하는 것은 그 이익을 결하는 것으로 해석된다. 그러나 이것은 현재의 법률관계에 있어서 확인의 이익이 정형적으로 현저하게 인정되기 때문에, 그것이 확인의 소의 통상의 대상이 되는 것을 의미하는 것이며, 과거의 법률관계라면 당연히 확인의 소의 대상으로서 적격성을 결하는 것을 의미하는 것은 아니다. 과거의 법률관계라고 하여도, 그에 의하여 발생한 법률효과에 관하여 현재 법률상의 분쟁이 존재하고, 그 해결을 위하여 위의 법률관계에 관하여 확인을 구하는 것이 필요하고 적절하다고 인정되는 경우에는, 확인의 소의 대상이 되는 것이라고 하지 않으면 안된다. 즉, 현재의 권리 또는 법률관계의 개별적인 확정이 반드시 분쟁의 근본적인 해결을 가져오지 아니하고, 오히려 그들 권리 또는 법률관계의 기초에 있는 과거의 기본적인 법률관계를 확정하는 것이, 현재 존재하는 분쟁의 직접적이고 근본적인 해결을 위하여 가장 적절하고 필요하다고 인정되는 경우가 있는 점은 부정하기 어려운 바이며, 이와 같은 경우에는 과거의 법률관계의 존부의 확인을 구하는 소라고 하여도, 확인의 이익이 있는 것으로 인정하여, 이를 허용하여야 하는 것으로 해석하는 것이 상당하다.” 즉 과거에 행하여진 처분의 무효의 확인이라고 하는 과거의 법률관

계의 확인이라도, 현재의 법률관계의 소송으로 모두 치환하여 해결하지 않으면 아니된다고 하는 것이 아니라, 과거의 법률관계의 확인이 분쟁의 직접적이고 근본적인 해결을 위하여 가장 적절하고 필요하다고 인정되는 경우도 있다고 하는 뜻이라고 한다면 현재의 법률관계에 관한 소송으로 해결할 수 없다고 하는 요건이 엄밀한 의미에서 필요한가 하면, 현재의 통상의 민사소송의 범위에서는 반드시 그렇게 잘라 말할 수는 없는 것이 아닌가, 따라서 평성4년(1992년)의 대법원의 판결이 5페이지에 소개되어 있는 것입니다만, 대법원의 판결도 비교적 그것을 유연하게 해석하려고 하고 있는 것은 아닌가 생각됩니다만, 입법상의 문제로서, 그와 같은 제한을 과하는 것이 현재의 민사소송의 일반원칙과의 관계에서 지나치게 좁은 것은 아닌지, 하는 문제에 관하여도 검토하실 필요가 있는 것은 아닌가, 이렇게 생각하고 있는 바입니다.

그리고, (3)의 ‘부작위위법확인’의 소’라고 하는 것이 6페이지에 있습니다. 이 부작위의 위법확인’의 문제점에 관하여는 7페이지의 ④부분에서, ‘부작위의 위법확인’의 소의 한계’라는 항목을 두고 있습니다. “부작위의 위법확인’의 소를 할 수 있는 경우는, ‘법령에 기초한 신청’을 한 경우에 한정된다(행정사건소송법 제3조제5항). ‘법령에 기초한 신청’이 없는 경우, 행정의 부작위가 위법하여도, 부작위의 위법확인’의 소에 의하여 그 위법’의 확인을 구하는 것은 불가능하다.”

다른 한편으로 “국가배상에서는, 행정의 부작위가 위법이 되는 것은 신청을 한 경우에 한하지 아니한다. 여기서 ①행정의 부작위가 위법한 경우에, ‘법령에 기초한 신청’이 없는 경우에도, 현행법에서 구제가 가능한지 어떤지, ②현행법에서 구제가 가능하다고 하면 어떠한 구제가 가능할지, ③새로운 구제방법을 인정하여야 하는지 어떤지, 또한 ④그 경우에 어떠한 구제방법이 인정되어야 하는지”, 이러한 문제점에 대하여 검토할 필요가 있는 것이 아닌가 하는 것입니다.

그리고 7페이지의 아래에서 5번째 부분에서 이번에는 구제방법의 문제입니다. “부작위의 위법확인’의 소의 구제방법은, ‘처분 또는 재결을 하지 아니하는 것에 관한 위법’의 확인’에 한정된다”고 하는 것입니다. 따라서 판결에서 위법’의 확인이 되어도, 특정한 내용의 처분을 하지 않으면 아

니된다고 하는 구속력은 발생하지 아니한다고 하는 것입니다.

여기서 문제점은 8페이지 부분입니다만, 이것은 또한 지금부터 검토해야 할 것이기는 합니다만, 행정법의 체계 안에서 행정측에서 국민에 대하여 무언가 특정한 내용의 처분을 하지 않으면 아니되는 법률상의 의무가 발생하는 경우가 있는가 없는가 하는 논란이 있어, 그러한 특정한 내용의 처분을 하지 않으면 아니된다고 하는 법률상의 의무가 구체적으로 발생하는 경우도 있을 수 있는 것은 아닌가 하는 점에 대하여 검토하셨으면 하고, 그 경우에 ①로서, 그러한 특정한 내용을 할 의무가 행정에게 발생한다고 하면, 그러한 특정한 내용의 처분을 하지 않는 것이 위법하다고 하는 것의 확인을 구하거나, 또는 그 급부, 그 처분을 하여 주십시오 하는 급부청구를 하는, 그러한 권리라고 하는 것은, 국민에게 있어서 발생하는 것일까, 발생한다고 하여도 이상한 것은 아니지 않을까, 하는 식으로도 생각되는 것입니다만, 그와 같은 것이 현행법상 가능한 것인지 어떤지, 그러한 문제가 있지 않을까 생각되고, 그러한 경우에도 위법한 사실의 확인을 넘어서 나아가 급부까지 명할 필요가 있는가 없는가, 하는 문제도 있지 않을까 생각합니다.

그리고 ②의 부분에서 그러한 것이 법률상, 의무가 발생한다고 하면, 현행법에서도 그러한 것은 명하는 것은 불가능한지, 그러한 것에 관하여 법률상 규정하는 것이 명문의 규정으로, 규정할 필요가 있는가 없는가 하는 문제가 ②의 문제인 것이며, 나아가 앞서 다나까지로선생님의 교과서를 인용하고 있는 것처럼, 행정의 제1차적 판단권이라든지, 사법과 행정의 역할분담이라고 하는 관점에서 그러한 행정에 대하여 무언가를 명하거나 하는 경우의 소송, 그러한 것을 3권분립의 관점에서, 어떻게 생각하는가 하는 것도 검토해주셨으면 하는 것입니다. 그리고 그와 반대되는 문제이기도 합니다만, 그러한 것을 규정한 경우에, 처분, 즉 처분의 급부를 구하는 식의 소송을 명문화한 경우에, 여러가지 행정에 대하여, 다양한 국민으로부터 그 처분의 급부를 구하는 것도 가능하게 되는 것이기 때문에, 그러한 경우에 무언가 폐해가 발생하지 않을 것인가 하는 문제.

그리고 5번째의 문제로서는 그러한 급부를 명한다고 하는 것을 가령 인정했다고 하는 경우에, 앞서 부작위의 위법확인 소와의 관계는 어떻

게 정리해야 하는가의 문제인데, 다나카지로선생님의 책을 보면, 부작위의 위법확인이라고 하는 범위에서 인정한 것으로, 의무를 명하거나, 그 처분의 급부를 명하거나, 그러한 의무부과를 하는 식의 해결은 예정하고 있지 않는 것이 아닌가, 하는 견해도 있는 모양이기 때문에, 그러한 관계에 관하여 위법확인의 소를 인정한 취지와 이 급부의 소와의 관계를 어떤 식으로 이해할 것인가 하는 문제점을 정리해 주셨으면 하는 것입니다.<sup>3)</sup>

그리고 (4)는 그 밖의 항고소송의 문제로서, 항고소송 이라고 하는 식으로 생각할 것인가 어떤가는 별론으로 하고, 역시 지금까지의 검토 가운데에서도 가급적 행정과 국민과의 사이에서 발생하는 다양한 분쟁을 될수록 소송제도 가운데에서 폭넓게 실효적으로 구제해 가자고 하는 것이, 지금까지의 검토 가운데에서 개선되어 온 의견이라고 생각되는 것입니다만, 그러한 구제의 필요성에 부응하여, 그 다양한 구제방법을 생각함에 있어서, 행정청의 위법한 처분, 그것의 중지를 구하는 청구라고 하는 것은 어떤 식으로 이해해야 하는 것인가 하는 문제도 지적하고 있습니다. 참고로 거기에 대법원의 판례와 그리고 독점금지법과 주민소송에 관한 지방자치법의 규정을 인용하고 있습니다만, 문제점으로서 9페이지의 정중앙 부분에 있는 것처럼 ‘행정청의 위법한 처분 기타의 공권력의 행사에 해당하는 행위의 중지를 청구하는 소송의 유형’이라고, 이런 식으로 기술되어 있는 것입니다만, 대체로 이 중지청구라고 하는 것을 검토할 때에, 독점금지법이든 주민소송이든 혹은 상법에서 주주에 의한 이사의 위법행위의 중지라고 하는 것도 있습니다만, 대상이 되는 행위란 도 대체 무엇일까, 무엇을 중지한다는 것일까 하는 것을 우선 고려할 필요가 있는 것은 아닌가, 하는 것과 그 경우에 그 외에, 중지라고 하는 것은

3) 위에서 언급하고 있는 8페이지에는 다음의 5개 쟁점이 제시되어 있다. ①‘특정한 내용의 처분을 하지 않는 것이 위법하다는 확인’을 구하거나, ‘특정한 내용의 처분을 할 급부’를 구하거나 하는 소를 제기하는 것이 현행법상 가능한가 어떤가, 더욱이 위법의 확인을 넘어서 급부를 명할 필요성이 있는가 없는가, ②그와 같은 소가 가능하다는 사실을 법률상 규정할 필요가 있는가 없는가, ③사법과 행정과의 역할분담, 나아가서는 3권분립의 관점에서, 그와 같은 소에 대하여 어떻게 이해할 것인가, ④법률상 규정하는 경우에, 특히 처분의 급부를 구하는 소송을 명문화한 경우의 폐해의 유무, ⑤‘특정한 내용의 처분을 할 급부’를 행정에 대하여 구하는 소와 부작위의 위법확인의 소와의 관계를 어떻게 정리할 것인가.

여러 가지를 생각할 수 있겠지만, 권리의무관계의 확인으로, 사전에 구제가 이루어진다고 하는 경우도 있을 것이고, 여기에서 논해야 하는 것은, 그렇다면 무언가의 부작위의 급부, 행위의 중지라고 하는 것을 중심으로 다루고, 권리의무의 확인과 같은 것은, 앞서 확인소송의 관계에서 보면 되는 것이 아닌가 생각하는 것입니다만, 그러한 정리로 충분한가 어떤가 하는 문제라든지, 중지를 사전에 행한다고 하게 되면, 다른 취소소송이나 확인소송 등의 구제방법으로도 구제가 가능한 경우에, 그러한 중지까지 인정할 필요가 어느 정도 있는 것일까 하는 문제와, 그리고 민사상의 중지의 청구권이라고 하는 것도 있기 때문에, 행정소송으로서 중지를 인정하는 경우는 민사의 중지청구와의 관계를 어떻게 생각할 것인가.

그리고 4번째의 문제로서는, 위법한 행정처분의 중지를 구하는 청구에 있어서, 원고측에서 중대한 손해가 발생한다고 하는 것을 요건으로 한다고 하는 것이 고려될 수 있는지 어떤지, 하는 문제와, 5번째로서는 혹은 그 행정측의 문제로서, 공공의 복지를 저해할 우려가 있는 경우, 그러한 때에 어떻게 대처할 것인가, 하는 이러한 문제점, 일응 사무국 나름대로 고민한 부분을 지적하고 있는 바입니다.

그리고 당사자소송에 관하여는 9페이지의 2라는 부분에서 정리하고 있습니다. 당사자소송에 대하여 어떤 식으로 생각할 것인가 하는 것입니다만, 10페이지의 (3)의 부분에서 ‘당사자소송에 관한 검토의 시점’이라고 하는 것을 적어두고 있습니다. 당사자소송에 대하여는 직권증거조사의 근거가 정하여져 있는 것은 아닙니다만, 소송요건 같은 것에 대하여 검토할 필요가 있는 것은 아닌가 하는 것입니다. 참고로 사무국 측에서 이 중지소송과 당사자소송과 그리고 확인소송과의 관계에서, 약간 관심을 가진 판례로서 대법원의 소화41년(1966년)의 7월20일의 대법정판결이라고 하는 것이 있는데, 이 사건은 약사법에서 법률의 규정에 의하면, 약사법에 기초한 약국의 개설허가 또는 허가갱신의 신청을 하지 않으면 아니된다고 하게 될 사안이었음에도 불구하고, 그 약사법의 규정자체가 헌법에 위반된다고 하는 주장을 하여, 그러한 신청의무가 존재하지 아니한다고 하는 사실의 확인을 구하여 소를 제기하였다고 하는 독특한 예가 있어서 소개하고 있는 것인데, 그 약사법의 규정 자체는 헌법에는 위반

되지 아니하는 것으로 귀결되고 있습니다만, 대법원판결 자체는 그 소송을 당연 위법이라고 하는 전제에서 실체상의 판단을 하고 있으며, 그 경우의 대법원판결의 관점에 대하여, 담당조사관의 해설을 보면, 그러한 약사법상의 신청의무가 없다고 하는 사실의 확인이라고 하는 것이 공법상의 지위자격을 보유하는 사실의 확인을 구하는 공법상의 권리관계에 관한 당사자소송이라고 하는 식의 설명을 하고 있습니다. 이와 같이 확인소송을 당사자소송으로서 이용한다고 하는 것이 실제에도 행하여지고 있고, 그것이 법령의 위헌심사와 같은 형식으로 이용되고 있다고 하는 것도 당사자소송의 기능으로서의 검토해주실 필요가 있는 것이 아닌가 이와 같이 생각하고 있는 바입니다. 이상입니다.

**【코바야시 참사관】**

중지청구의 부분을 적고 있습니다만, 요컨대, 지적이 있었던 대로, 항고소송이라고 하는 소송유형을 만들었다고 해서, 공권력의 행사에 대한 쟁송방법이라고 하는 것이, (사후적 구제라고 하는 것입니다만,) 항고적인 구제에 한정된다고, 즉 제 1차적 판단권을 이 소송유형 자체가 전제로서 인식하고 항고소송의 체계속에 집어넣은 것이라고 하는, 거기까지 엄밀하게 생각할 필요가 있는지 없는지, 그것을 검토 부탁드린 것입니다만, 그러한 의미에서 입법 당시의 입법담당자의 생각으로는, 반드시 명문의 규정이 없는 항고소송을 부정하는 취지는 아니라고 하는 식으로 설명되고 있는 것입니다. 다만, 중지의 청구라고 하게 되면, 민사에서는 일응, 실체법상, “이러이러한 경우에 대하여 이러이러한 중지를 청구할 수 있다”고 하는 것이 법률은 없습니다만, 지금까지의 판례 속에서 명확히 인격권에 기초한 중지라고 이해되고 있는 것입니다. 다만, 행정의 위법한 행위에 대한 중지라고 하는 것이, 무엇을 요건으로 하여, 어떠한 경우에 중지가 가능한가, 하는 점은 앞서 의무이행의 경우도, 비슷한 부분이 있는 것이 아닌가 생각됩니다만, 반드시 명확한 기준이라고 하는 것도 없으며, 무릇 인정되는지 여부도 분명하지 않은 것은 아닌가, 그 점에 대하여, 그렇다면, 규정한다고 하면, 무언가의 규정을 두어 해결해 나가지 않으면 아니되는 것이 아닌가, 그 때에 규정하려고 한 기준, 무엇이 있는

가, 대상이 되는 행위라고 하는 것에는 행정처분이 있는가 하면, 사실행위도 있을 것이고, 다양한 대상에 대하여, 염두에 둘 필요가 있는지, 예를 들어 주주에 의한 이사의 위법행위의 중지라고 하면, 위법행위의 중지라고 밖에 규정하고 있지 않다고 생각되고, 역으로 주민소송 등이라면, 공금의 지출이라든가 하는 상당히 한정된 대상으로 규정하고 있을 것이고, 그러한 대상을 어떤 식으로 구획해갈 것인가, 아니면 그러한 것은 일반적인 소송법에서 결정해야 할 문제인 것인가, 개별 실체법적인 부분에서 중지의 청구권이라고 하는 것을 규정해 가야 하는 것인가 하는 문제도 제기되는 것이 아닌가 라고. 중지의 대상이라고 하는 것은 그 설정의 방법이 매우 어렵다고 생각한 것입니다. 그리고, 이 때에 원고측의 손해라고 하는 식의 요건을 만드는 것이 좋은지, 아니면 피고측의 공공의 복지라고 하는, 행정청의 공공의 복지라고 하는 요건도 고려해야 할 것인지, 그리고 이것은 다른 구제방법, 그러한 요건을 어떻게 만들 것인지, 하는 부분의 관계라고는 생각합니다만, 통상의 소의 이익과 그것은 어떻게 다른가, 라든지, 다른 확인소송 등에서의 구제방법과의 관계를 어떻게 정리해 갈 것인가 등, 일응 이상의 점들을 깊이 있게 논의한 후에 검토해갈 필요가 있는 것은 아닌가 라고 이러한 문제의식을 가지고 있습니다.

## 제11회 행정소송검토회 의사개요

## 【‘행정소송의 관할’에 관하여】

■ ‘관할’에 관하여는, 현재의 행정사건소송법의 전신인 행정사건소송특별법에서는 피고 행정청의 소재지의 법원에만 관할을 인정하여, 그것도 이것이 전속관할이라고 하는 것으로 규정되어 있던 것을, 이 행정사건소송법의 제정시에 국민의 편의를 도모하여 수정한 것으로 이해되고 있습니다. 입법담당자의 해설에 의하면, 한가지는, 당사자의 합의 등에 의하여서는 변하지 않는 전속관할로 되어 있는 것을 수정하여, 당사자간의 합의나 또는 피고가 임의로 응함으로써 관할이 인정된 것과 같은 임의관할이라고 하는 것으로 수정하였다고 하는 것이 첫째이고, 그리고 부동산 혹은 문제가 되고 있는 특정한 장소의 소재지의 법원에도 관할을 인정한, 이것이 둘째. 나아가서는 처분 등에 관하여 사안의 처리를 담당할 하급행정기관이 있는 경우에는 그 하급행정기관의 소재지의 법원에도 제기할 수 있다고 하는 것으로 한, 이것이 셋째입니다만, 이와 같은 형태로 관할법원의 범위를 확대하여 국민의 권리구제의 편의를 도모하였다고 해설되고 있습니다. 이 셋째의 하급행정기관의 소재지의 법원이라고 하는 것은 어떠한 경우가 여기에 해당할 것인가 하는 해석에 대하여는 자료1의 3페이지에서 대법원의 판례<sup>4)</sup>를 들고 있습니다만, 대법원은 유연한 해석을 취하고 있는 것으로 생각합니다.

이 검토회에 있어서는, 행정소송의 토지관할에 관하여는 현행 규정 이상으로 국민의 편의를 고려하여 원고의 주소지에 가까운 법원에도 관할을 인정하여야 하는 것은 아닌가 하는 관점에서 자료1의 1페이지의 사각형의 테두리 안에 기술되어 있는 ②의 ‘아(ア)’부터 ‘에(エ)’까지와 같은 견해가 제시되고 있는 바이며, 그 가운데에는 입법례로서 일정범위에서

4) 최고재판소평성13년(2001년)2월27일 제3소법정판결·민집55권1호, 149頁; 이 판결은 “사안의 처리에 임한 하급행정기관이란, 당해 처분 등에 관하여 사안의 처리 그 자체에 실질적으로 참여한 하급행정기관이라고 해석함이 상당하다”고 하고, “당해 하급행정기관의 관여의 구체적인 태도, 정도, 당해 처분 등에 대한 영향의 정도 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 한다”고 판시하고 있다.

관할의 확대를 꾀한 정보공개에 관한 법률의 규정도 참조되고 있다.

다른 한편, 이것과 관련한 하나의 상이한 관점으로서, 행정소송의 심리에 대하여는 법원의 전문적인 체제의 정비가 필요한 것은 아닌가 하는, 이러한 의견도 개진되어 있다.

여기서, 행정소송의 관할의 검토에 있어서는, 민사소송에서 일반적으로 설명되는 당사자간의 공평, 혹은 증인 등의 편의 등의 관점 외에, 행정소송을 취급하는 법원의 전문적인 체제의 정비라고 하는 관점, 이것에 관하여도 아울러 검토해 주셨으면 합니다. 그리고 이 경우, 가령 원고의 주소지를 기준으로 하는 관할을 확대하고 싶다고 하게 된 경우, 현재보다도 사건을 취급하는 법원이 분산될 것이 예상되지만, 그러한 경우에, 지금 말씀드린 바와 같은 법원의 전문적인 체제라고 하는 관점에서 과연 문제가 발생하는가 발생하지 않는가 또는 주민소송에서는 전속관할규정이라고 하는 것이 있는데, 그러한 개별법에서 조치를 취하고 있는 관할의 특례 등에 대하여도 필요에 따라 염두에 두면서 검토해 주셨으면 합니다.

【‘소의 제기와 청구의 특정 등’에 관하여】

■소의 제기방식에 관하여는 자료1의 5페이지의 사각형의 테두리 안의 ②에서, 엽서나 팩스에 의한 간편한 소송제기를 인정하여야 한다고 하는 견해가 제시되어 있습니다만, 이러한 생각은, 구체적인 그러한 방식은 물론, 가령 극히 간결한 문서에 의한 소의 제기로서, 설령 그것이 불충분한 것이었다고 하여도, 법원의 보정의 촉구 등에 의하여 소의 제기를 적법한 것으로 인정해 가야 하는 것이라고 하는 관점이 배경에 있다고 생각되기 때문에, 그 의미에서는, 이것도 포함하여 ③이하의 관점으로 서술되어 있다, 원고의 청구의 이해 등에 관한 법원의 바람직한 대응모습과 공통되는 문제제기가 이루어지고 있다고 생각한다.<sup>5)</sup>

5) 위에서 인용한 자료1의 5페이지에는 행정소송의 적정하고도 신속한 심리와 관련하여 다음과 같은 문제제기를 정리하고 있다. ①행정소송의 심리절차에 대하여 개정해야 할 점이 있는가, ②엽서나 팩스에 의한 간편한 소송제기를 인정하여야 한다는 견해가 있는가 없는가, ③소송제기단계에서 청구의 취지를 특정하지 아니하고, 원고는 어떠한 행정활동에 의하여 어떠한 불이익을 받고 있는지를 표시하여, 그 제거·시정

한편, 소의 제기형식에 관하여는, 민사소송법 및 민사소송규칙에 규정  
이 있으며, 용지의 종류에 관한 규정이 있는 것이 아니기 때문에, 업서에  
의한 소의 제기도 필요한 사항이 기재되어 있는 것이라면 가능하다고 할  
수 있고, 역으로 소송이기 때문에, 상대방을 끌어들이는 중요한 절차를  
개시하게 하는 서류이기 때문에, 소장은 팩스의 이용은 인정되고 있지  
않다고 하는 것이 현재의 입장이다.

청구의 취지의 특징에 관하여는 민사소송일반에도 통하는 문제이며,  
민사소송법 제246조에 의하면, 법원은 당사자가 신청하고 있지 아니한  
사항에 대하여서까지 판결을 하는 것이 불가능하게 되어 있는 한편, 재  
판장은 소송관계를 명료하게 하기 위하여 질문을 발하는 등의 방법으로  
석명을 구할 권리가 있다. 그리고 소송의 대상에 관련되는 법률관계에  
대하여서까지도 석명을 하고, 경우에 따라서는 질문을 발하는 형식에 의  
하여 구체적인 법률구성을 시사하여 진의를 확인하는 것도 허용된다고  
해석된다고 하는 판례<sup>6)</sup>도 자료1의 6페이지에 들고 있다.

현재 이와 같이 행정소송에 대하여도 민사소송의 예에 의하여 소송절  
차가 이루어지고 있는데, 이에 관하여는 행정소송이기 때문이라는 이유  
로 청구의 취지의 특징 등에 대하여 민사소송과 상이한 특별한 절차를  
규정할 필요성, 또는 근거라고 하는 것이 어떠한 부분에 있는지, 이러한  
점을 검토할 필요가 있다.

【‘행정소송의 심리에 있어서의 직권탐지주의의 문제, 행정소송에 있어서  
의 주장·입증책임 등’에 관하여】

■ 자료1을 가지고 설명하면, 7페이지부터 사각형의 테두리 안에서, ⑥,  
⑦, ⑧이라고 하는 부분에서 여러 가지 관점들이 제시되고 있다. ⑥에 관

---

을 구하면, 법원은 심리의 결과, 원고에게 가장 유리한 해결책을 취하기로 하면 족하  
고, 소송유형·청구의 취지의 정확한 판정은 판결의 단계에서 법원이 행하여야 한다  
는 견해가 있는가 없는가, ④국민의 행정소송에의 접근을 용이하게 한다는 관점에서,  
원고가 소장 등에 기재한 청구의 취지를, 그 소송이 가능한 한 적법한 것이 되도록  
이해하여 심리·판결하여야 한다는 견해가 있는지 없는지, ⑤민사소송과 행정소송의  
어느 것이 적법한가에 관한 판단이 미묘한 경우에는 양자 모두 적법하다고 하여 본  
안에 들어가야 한다는 견해가 있는지 없는지의 5가지가 정리되고 있다.

6) 최고재판소소화45년(1970년)6월11일 제1소법정판결·민집24권6호, 516頁.

련하여, 직권탐지주의를 도입하여야 한다고 하는 관점이 제시되고 있다. 소송의 심리에 있어서 주장이나 증거의 제출을 당사자의 책임으로 하는 입장, 이를 변론주의라고 하고, 법원에도 그 책임을 부담하게 하는 입장을 직권탐지주의라고 한다. ⑥에서는 행정소송에 있어서 이들 중 어느 입장을 채용할 것인가 하는 것으로 문제제기를 하고 있다.

이 점과 관련해서 행정사건소송법은, 제24조에서 법원은 필요가 있다고 인정하는 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있다는 점을 규정하고 있다. 이 규정과 변론주의·직권탐지주의와의 관계에 관하여는 입법담당자의 해설에 의하면, 행정사건소송법이 직권탐지주의를 채택할 것을 표시한 것은 아니고, 변론주의 하에서 보충적으로 증거조사를 직권으로 행할 것을 인정한 것으로, 따라서 법원에 직권으로써 증거를 수집하여 사실을 탐지하여야 할 의무를 부과한 것은 아니라고 해설되고 있다.

행정소송의 심리에 있어서 직권탐지주의를 취할 것인가 아닌가 하는 문제를 검토함에 있어서는 현행법이 기본으로 하고 있는 변론주의, 이에 관하여 어떠한 기능이 있는지, 예를 들면, 당사자의 주장의 범위 내에서 판단이 이루어지는 체계라고 하게 되기 때문에, 당사자에 대한 예기치 않은 침해를 방지한다고 하는 기능을 가지고 있고, 또한 이해관계가 대립하는 당사자끼리가 주장을 다투게 함으로써 쟁점을 보다 명확히 하여 심리를 충실하게 하는, 그러한 면이 있는 점도 감안한 후에 직권탐지주의에 의하여 당사자가 주장하지 않는 사실, 이것을 굳이 판결의 기초로 하여야 하는 실제상의 필요성이 어디에 있는지, 이러한 부분에 관하여 검토할 필요가 있다.

또한 소송의 일반론으로서 직권탐지주의가 취하여질 필요가 있는 경우란, 공익의 확보에 대하여 법원이 배려해야 하는 경우라고 설명되고 있는데, 행정소송의 특수성으로서는, 당사자의 일방이 국가, 또는 지방자치단체, 혹은 그 기관이라고 하는 형태로, 공익을 대표하여야 하는 입장에 있는 자라고 하는, 이러한 특수성이 있지 않느냐 생각된다. 이러한 점도 포함하여 이점을 어떻게 생각하여야 하는지 검토해 주셨으면 한다.

주장·입증책임에 관하여는 자료1의 7페이지 ⑦의 입장과의 관계인데, 입증책임이라고 하는 것은 소송에 있어서 판단에 불가결한 사실이 최후

까지 심리를 하여도 결국 입증할 수 없었다고 하는 경우에, 어느 쪽의 당사자가 그 불이익을 부담할 것인가 하는 문제이다. 이것과 유사한 문제로서 주장책임이라고 하는 용어도 나오고 있는데, 이것은 입증책임과는 달리, 직권탐지주의가 아니고 변론주의를 취하는 경우에 비로소 문제가 된다. 변론주의 하에서는 법원은 당사자가 주장한 사실의 범위 내에서밖에 판단할 수 없기 때문에 판단에 필요한 사실의 주장이 어느 쪽의 당사자로부터도 주장되지 않았다고 하게 되면, 그 주장이 없다고 하는 사실에 의하여 그에 관한 판단이 이루어지지 않은 불이익을 어느 쪽의 당사자가 부담할 것인가 하는 문제, 이것이 주장책임이라고 하게 된다. 따라서 변론주의를 취할 경우에는 일반적으로는 입증책임의 소재에 따라서 각각의 당사자가 자기에게 유리한 사실의 주장도 하는, 주장책임을 부담한다고 생각하고 있는 것이 보통이라고 생각된다.

여기서 행정소송에 있어서 가령 현행법과 같이 변론주의를 취한다는 것을 전제로 한다면, 입증책임의 소재와 주장책임의 소재를 나눌 필요는 반드시 없다고 하는 것이 일반적인 이해가 될 것이라고 생각되기 때문에, 이들을 통합하여, 주장·입증책임의 문제라고 하는 형태로 취급하는 것도 가능하지 않는가 생각됩니다.

행정소송에 있어서의 주장·입증책임에 관하여 검토하심에 있어서는 행정소송과 민사소송 사이에 상이한 취급을 할 이유가 있는가 없는가, 있다고 한다면 어느 부분에 있는가, 설령 상이한 취급을 하는 이유가 있다고 하여도, 그것은 개개의 실체법규의 문제인 것인가, 소송절차법의 문제로서 생각해야 하는가, 나아가서는 민사소송의 일반원칙에서는 주장·입증책임은 개개의 실체법규의 해석에 의한다고 되어 있는 부분이 있으므로, 소송법 안에서 일반적으로 무언가 이 점에 관하여 규정을 두는 것이 필요한가, 아니면 가능한 것인가, 그리고 그것이 가능한 경우 적당한 것인가, 하는 문제에 대하여도 검토해 주셨으면 한다.

그리고 이어서, 심리절차라고 하는 것으로, 9페이지부터 기술하고 있는 점에 관하여, 이것은 7페이지의 사각형의 테두리로 말하면, ⑧이라고 해서 ‘아(ア), 이(イ), 우(ウ)’의 견해가 열거되어 있는데, 이 점에 관하여 기재한 것이다.<sup>7)</sup> 자료1의 7페이지의 ⑧에서는 행정소송의 심리에 관

하여 소송관계를 명료하게 하고, 필요한 증거 등의 자료를 수집하기 위하여 법원의 권한이나 당사자 내지 행정 기타의 관계자의 의무를 규정할 필요가 있는지 어떤지 하는 관점에서 보아, 몇 가지의 견해가 열거되어 있다.

이 점을 검토함에 있어서는, 재판장이 질문을 발하거나 입증을 촉구하거나 하는 석명권의 행사라고 하는 제도, 그리고 법원이 소송관계를 명료하게 하기 위하여 문서 등의 제출을 명하는 석명처분이라고 하는 제도, 나아가서는 석명처분과는 달리, 증거의 단계가 되는데, 문서의 증거 조사를 위한 방법으로서 문서의 제출을 명하는 문서제출명령, 이러한 민사소송상의 제도에 더하여 이들과 상이한 규정을 두어야 할 실제상의 필요성이라고 하는 것이 어떠한 점에 있는가 없는가 하는 부분을 검토해 주실 필요가 있다.

자료에 행정절차법상의 자료의 열람이나 정보공개법령에 기초한 개시 청구의 제도에 관하여도 다루고 있는데, 물론 이들 제도는 소송과는 다른 행정과정의 투명성의 문제이거나, 또는 국민의 알 권리의 문제인데, 어느 한 면을 취하면 처분 등에 관계된 국민이 필요한 정보를 입수하는 수단으로서 기능하고, 그 결과로서 그들 수단에 의하여 취득한 정보가 소송에 이용된다고 하는 것도 사실 현실적으로 때때로 발견되고 있다.

우리(역자 주; 사법제도개혁추진본부)가 생각하고 있는 것은, 소송절차의 틀 안에서, 이 소송절차의 관점에서 소송관계를 명료하게 하고, 필요한 증거 등의 자료를 수집하기 위하여, 새로운 법원의 권한, 또는 당사자 내지 행정 그 밖의 관계자의 의무를 규정해야 하는지 아닌지, 하는 것이며, 이와 같은 행정절차법이나 행정정보공개에 기초한 국민 일반에

---

7) ⑧의 ア, イ, ウ는 다음과 같다. 아(ア). 행정청에 대하여, 행정청이 보유하는 증거의 개시의무, 사안에 관련된 기록의 제출의무 또는 행정처분에 관련된 사정의 설명의무를 부과하여야 한다는 견해(행정절차법 제18조 참조), 이(イ). 법원은, 필요하다고 인정하는 때에는, 행정청에 대하여 처분 또는 재결에 관하여, 이유의 설명 또는 기록이나 자료의 제출을 구할 수 있으며, 행정청은 공무원의 직무상의 비밀에 해당하는 경우를 제외하고 이에 응하지 않으면 아니된다고 해야한다는 견해, 우(ウ). 재결의 취소의 소 또는 재결을 거친 처분의 취소의 소에 있어서, 신청에 의하여 또는 직권으로, 법원은 재결을 한 행정청에 대하여, 재결에 관한 기록의 제출을 명할 수 있다고 해야한다는 견해.

대한 행정의 의무의 존재라고 하는 점에도 유의하면서, 기존의 민사소송상의 제도와 다른 새로운 제도의 필요성이라고 하는 문제에 대하여 검토해 주셨으면 한다.

【처분이유의 변경, 행정소송에 있어서의 화해, 특별한 사정에 의한 청구의 기각제도'에 관하여】

■ 자료1의 11페이지부터의 사각형의 테두리 안에 있는 ⑨부터 ⑫까지가, 이 소주제에 관한 것이다. 우선 ⑨에서, 처분의 이유의 변경·교체라고 하는 점에 대하여, 규제를 하여야 한다고 하는 관점이 열거되고 있다. 행정소송에 있어서는 취소소송을 예로 취하여 생각하면, 심리의 대상은 처분의 위법성 일반이라고 설명되는 경우가 많지 않은가 생각된다. 따라서 그 처분의 적법성이 다투어지고 있다고 하는 경우에, 그 처분을 어떠한 이유로 행하였는가 하는 점은, 이 점은 이론(異論)도 있는 부분이 아닌가 생각되지만, 직접적인 심리의 대상 그 자체라기보다는 심리의 대상인 처분의 적법성·위법성을 기초 지우는 하나의 요소라고 하는 이해가 가능하지 않을까 생각된다. 이것을 소송절차라고 하는 관점에서 보면, 처분의 이유는 심리의 대상 그 자체라기보다는 공격방어방법의 한가지, 라는 식으로 정리하는 논리가 일반적으로 주장될 수 있는 것이 아닌가 생각된다.

여기서, 소송절차에서 공격방어방법의 제출시기에 관한 규정을 보면, 행정사건소송법상 직접적인 규정은 없기 때문에, 민사소송의 예에 의한다고 하게 되면, 민사소송법 제156조에 의하여 공격 또는 방어의 방법은 소송의 진행상황에 응하여 적절한 시기에 제출하지 않으면 아니된다고 되어 있고, 이와 같은 제약 하에서 반드시 소송절차의 당초, 최초의 단계에서 모든 공격방어방법이 제출되어 있지 않으면 아니된다고 하는 것은 아닌 것으로 되어 있다.

다른 한편, 관련된 법제로서의 행정절차법을 보면, 제8조제1항에 의하여 행정청은 신청에 의하여 요구된 인허가 등을 거부하는 처분을 하는 경우에는 신청자에 대하여 원칙적으로 그 처분과 동시에 처분의 이유를 표시하지 않으면 아니되는 것으로 되어 있다. 또한 행정절차법 제14조제

1항에서는 행정청이 불이익처분을 하는 경우에는 그 상대방에 대하여 역시 처분과 동시에 그 불이익처분의 이유를 표시하지 않으면 아니된다는 점이 규정되어 있다.

여기서, 행정소송에 있어서 처분의 이유의 변경이 가능한지 어떤지, 하는 문제에 대하여 검토함에 있어서는, 이 문제와 변경의 가부(可否)의 문제와 행정청의 이유제시의무를 정하는 행정절차법의 규정의 효력과의 관계에 대하여도 검토할 필요가 있는 것이 아닌가, 물론 행정절차법 자체는 직접적으로는 처분에 이유를 표시하여야 할 것을 규정하고 있기 때문에, 소송에서 처분의 이유를 교체하여서는 아니된다고 하는 식의 직접적인 규정을 하고 있는 것은 아니다. 그러나 행정절차법에 이와 같은 규정이 두어져 있는 점에서, 이유의 변경에 관하여 무언가의 제약이 행하여진다고 생각해야 하는지 어떤지, 한편, 다른 관점으로서는 이유의 변경을 제약하여 처분에 실제로 붙여진 이유에 기초하여서만 심리를 하여 어떠한 처분을 취소하였다고 하는 경우에, 그것과는 상이한 이유에 의하여 재차 처분이 행하여질 가능성, 이 문제에 대하여 어떤 식으로 생각해야 하는지, 이러한 점도 검토해 주셨으면 한다.

다음으로, 화해에 관한 지적이 있다. 행정소송에 있어서의 소송상의 화해에 관하여는 행정사건소송법에는 규정이 없다. 따라서 행정사건소송법 제7조에 의하여, 민사소송의 예의 의한다고 하게 된다. 일반적으로 행정처분에 대하여는 그 요건이나 효력이 법률에 의하여 정하여져 있고, 본래 행정청이 일방적으로 국민에 대하여 행정처분을 한다는 것이 예정되어 있는 것이기 때문에 소송당사자 서로가 양보하여 이로써 행정처분의 내용을 정한다든지, 변경한다든지 하는 것은 어지간해서는 행정처분의 성질에는 어울리지 않는 것은 아닌가 하는 문제점이 지적되는 경우가 많다. 그런 한편으로, 행정처분의 효력을 좌우하지 않는 그러한 내용이라면, 행정소송이라고 하여 화해 자체를 부정할 이유는 특별히 눈에 띄이지 않으며, 실제로도 화해는, 수는 많지 않지만, 행하여지고 있는 예는 있다고 하는 것이 현실이라 생각된다.

그렇다면, 행정소송에 있어서의 소송상의 화해에 대하여, 무언가의 제약이 있다고 한다면, 그것은 문제로 되어 있는 행정처분 등의 요건이나

효과 등을 정하는 실체 및 절차에 관한 개별법의 규정의 해석에 의하는 바가 큰 것이 아닌가라고도 생각된다.

여기서 행정소송에 있어서의 화해에 대하여, 검토해 주심에 있어서는 이와 같은 개별법의 규정의 해석에 의한 규제 외에, 극히 일반적인 소송 절차상의 규제를 설치할 필요성이라는 것이 어떠한 점에 어느 정도 있는 지, 이러한 점에 대하여 검토해 주셨으면 한다.

그리고 사각형의 테두리 안의 ⑪에 대하여는, 신청거부처분의 취소소송의 판결에 관한 입장이 제시되고 있는데, 자료에서는 이 점에 관하여 특히 언급하고 있지 않다. 이것은 내용적으로는 이미 소송유형의 부분에서 지난 회에 혹은 그 지난 회에 여러 가지 형태로 이미 어느 정도 논의해 주신 부분이 아닌가 생각하기 때문에 굳이 특히 자료에 열거하고 있지 않다. 또한 소송유형과의 관계에서 논의하는 편이 적절한 것이 아닌가 라고 생각할 따름이다.

그리고 ⑫에서 제시한 관점과 관련하여, 이것은 특별한 사정에 의한 청구의 기각제도에 관한 사고방식. 이것은 사정판결의 제도라는 형태로도 설명된다. 이에 관하여 규정하는 행정사건소송법 제31조는 처분 또는 재결이 위법이기는 하지만, 이것을 취소함으로써 공적 이익에 현저한 장애를 초래하는 경우에 있어서, 원고가 받는 손해의 정도 등을 고려한 후에 처분 또는 재결을 취소하는 것이 공공의 복지에 적합하지 아니한다고 인정하는 때에는, 법원은 청구를 기각할 수가 있고, 이 경우, 법원은 판결의 주문에서 처분 또는 재결이 위법하다는 점을 선고하지 않으면 아니 된다고 규정하고 있다. 이 제도가 적용될 여지가 있는 경우라고 입법담당자가 당초 생각하고 있던 예로서는, 하천의 사용허가를 얻어 수력발전용의 댐을 건설했다고 하는 경우에, 그 허가가 위법하다고 취소되게 되면, 댐 설비를 철거하지 않으면 아니되게 되는, 그러한 곤란한 사정을 회피한다고 하는, 이러한 특수한 경우를 상정한 것이라고 하는 것으로, 입법담당자의 해설 중에는 언급되고 있다. 이 해설에서는 사정판결의 제도를 필요로 하는 것은 일반적으로 행정처분을 함에 있어서, 사전에 관계인의 이해조정이 이루어지지 않은 채로 처분이 행하여진다고 하는, 일본 행정절차법의 결함에 기초한 것이라고 이해되고 있다. 이 점, 일본에서는

평성6년(1994년)에 행정절차법이 시행되고 있지만, 그러나 이 특별한 사정에 의한 청구의 기각제도의 적용이 고려되는 영역으로서는 이른바 계획행정의 영역이 들어지는 상황이며, 현재의 행정절차법은 행정계획의 수립절차에 관한 규정을 정비한다고 하는 형태로는 되어 있지 않은 부분이 있기 때문에, 그러한 의미에서는 아직도 이 입법담당자의 지적이 들어맞는 면이 남아 있는지도 모른다고 하는 부분이 있지 않은가 생각된다.

이 제도에 관하여 검토함에 있어서는 처분 등이 위법이지만 그것을 전제로 사실, 또는 법률관계가 겹겹이 이루어져 버렸다고 하는 경우에, 당사자의 권리이익의 구제와 공익과의 조화를 어떻게 생각하여야 할 것인가, 또한 이 제도에 의하면 취소판결은 안 되지만 위법의 선언은 가능한 시스템이 되어 있다. 이 의의에 대하여 어떻게 생각하는지 이런 점에 대하여 검토해 주셨으면 한다.

【‘재량처분의 취소’에 관하여】

■ 재량처분의 취소에 관하여 규정하는 행정사건소송법 제30조는, 행정의 자유재량사항을 포함한 처분에 대하여, 외국의 입법례에 따라, 입법시까지 행하여지고 있던 취급을 명문화함에 의하여 법원의 심리권의 범위를 정한 것이라고 해설되고 있다.

법치주의하에 있어서도 행정의 목적달성을 위해서는 많은 적든 행정청이 그 목적에 걸맞는 스스로의 판단에 따라 행동할 수 있는 여지가 인정되지 않으면 아니된다고 하는 자체는 현대에 있어서도 긍정되는 부분이 아닌가 생각되지만, 이 행정사건소송법 제30조는 이러한 행정의 자유재량사항에 대하여는, 이 해설에 의하면 당·부당의 문제는 있어도 원칙적으로 위법의 문제는 발생하지 않는다는 점을 전제로 하면서, 자유재량이라고 하여도 법이 신탁한 한도에서만 존립하는 것이기 때문에, 법이 인정하지 않는 재량이 위법이 되는 점을 명확히 한 것으로, 어떠한 경우에 위법이 되는가 하는 문제에 대하여는 첫째로, 재량이 그 범위를 초월한 때, 둘째로 법이 인정하는 범위 내에 포함되는 것처럼 보이는 경우라도, 법이 재량권을 인정한 목적을 일탈하고 재량권을 남용하여 행사하는, 이 두 경우에 대하여 이를 위법으로 하여 취소판결을 할 수 있다는 점을 정

한 것이다 라고 설명되고 있다.

일본에서는 행정법원이 존재했던 당시에는, 재량의 문제에 대하여는 법원의 심사권한은 그 항목에는 미치지 않는고 이해되어 있었기 때문에, 그러한 역사적인 경위를 감안하여, 이 규정은 행정의 재량행위에 관하여도 법원의 심사가 미친다고 하는 것을 명확히 했다고 하는 의미를 가지는 것이라는 설명이 가능하지 않은가 생각되는데, 현대에는, 재량의 일탈이나 남용에 의하여 행하여진 처분을 법원이 취소할 수 있는 것 자체는, 어찌 보면 당연한 일, 이라고 하는 견해도, 현대에는 가능한 것이 아닌가 생각된다.

현 시점에 있어서의 여러 외국의 입법례를 보아도, 자료의 15페이지 중간 정도의 (각주18)로 기재되고 있는데, 재량의 심사에 관하여는, 소송에 관한 일반적인 규정으로서는 규정이 없는 예, 또는 일본의 행정사건소송법 제30조의 규정과 유사한 취지의 규정이 설치되어 있는 예가 많다고 하는 평가가 가능하지 않은가 생각된다.

행정의 재량은 법이 신탁한 한도에서만 인정되는 것이기 때문에, 구체적인 재량권의 행사가 위법이 되는가 아닌가에 관하여는 기본적으로 처분 등에 대하여 규정하는 각 개별의 법률이 무엇 때문에 어떠한 한도에서 행정에 대하여 재량을 부여하고 있는가, 이에 의하여 결정되어야 하는 것이라는 이해가 가능하지 않은가 생각된다.

자료의 15페이지의 위쪽에, (검토의 시점)을 기술하고 있는데, 여기에 기술하고 있는 것처럼 ①재량처분의 취소의 가부는 본래적으로는 소송절차법의 문제가 아니라, 개개의 행정처분마다 그 요건을 정하는 행정실체법의 규정의 해석에 의하여 위법인가 어떤가가 결정되는 것은 아닌가, 그리고 이 점에 관한 입장을 토대로 하여, ②로서, 개별 행정실체법에 있어서 재량처분의 요건의 명확화가 이루어지지 않는 경우에, 모든 행정처분에 공통하는 일반적 추상적인 소송법의 규정을 설치할 필요가 있는가 어떤가, 또는 규정한다고 한 경우에 어떠한 규정이 가능한가, 나아가서는 ③으로서, 소송법에 일반적 추상적으로 규정한 경우에 법원이 그 규정의 개별 행정처분에 그 규정을 적용함에 있어서 무언가의 문제가 발생할 우려가 없는지 여부, 이러한 점도 염두에 두고 검토를 할 필요가 있다.

## 제12회 행정소송검토회 의사개요

### 【‘집행정지·가구제’에 관하여】

■ 각기 배포해 드린 자료1을 보아주십시오. ‘집행정지·가구제에 관한 검토자료’입니다. 맨 뒤의 13페이지에 별지1로서 ‘집행정지제도의 체계의 개요’가 있기 때문에 이 체계의 개요와 그리고 2페이지에 참조조문을 기재하고 있기 때문에 우선 이 양쪽을 참조하면서, 제도의 개요에 대하여 설명 드리하고자 합니다. 집행정지에 관하여는 2페이지에 있는 행정사건소송법 제25조에 있는 것처럼, 우선 제25조제1항에서 처분의 취소의 소, 취소소송입니다만, “처분의 취소의 소의 제기는 처분의 효력, 처분의 집행 또는 절차의 속행을 방해하지 아니한다”고 하는 규정이 두어져 있습니다. 이것이 집행부정지의 원칙이라고 설명되고 있는 것입니다.

그리고 제2항, 이것은 집행정지의 요건을 규정하고 있는 규정입니다만, 별지1에서는 왼쪽에 ‘적극적 요건’이라고 적혀 있는, 이것에 해당하는 것이 제2항에 규정이 있는 것입니다. 구체적으로 보면, “처분의 취소의 소의 제기가 있는 경우에, 처분, 처분의 집행 또는 절차의 속행에 의하여 발생하는 회복이 곤란한 손해를 피하기 위하여 긴급한 필요가 있는 때에는 법원은 신청에 의하여, 결정으로써 처분의 효력, 처분의 집행 또는 처분의 속행의 전부 또는 일부의 정지(이하 ‘집행정지’라고 함)를 할 수 있다”고 규정하고 있습니다. 그리고 앞서 별지1에 ‘소극적 요건’이라고 우측에 적혀 있는 것입니다만, 이것은 다음 항입니다. 제25조제3항에 있어서, “집행정지는 공공의 복지에 중대한 영향을 미칠 우려가 있는 때, 또는 본안에 관하여 이유가 없다고 보이는 때에는 할 수가 없다”고, 이러한 규정이 설치되어 있습니다. 그리고 그렇다면 법원의 결정으로 하는 셈입니다만, 별지1, 13페이지의 아랫부분을 보시면, ‘사정변경에 의한 취소’와 ‘내각총리대신의 이의’라고 하는 항목이 가장 아랫부분의 괄호 속에 있습니다. 사정변경에 의한 취소(행정사건소송법 제26조)로서, 2페이지의 조문으로 돌아가면, 사정변경에 의한 집행정지의 취소로서, “집행정지의 결정이 확정된 후에, 그 이유가 소멸하고, 그 밖의 사정이 변경된 때

에는 법원은 상대방의 신청에 의하여, 결정으로써, 집행정지의 결정을 취소할 수가 있다.” 따라서 집행정지라고 하는 것은 결정이 확정된 후에도 취소할 수 있다고, 이러한 잠정적인 조치라고 하는 성질에서부터 사정변경에 의한 취소의 규정도 설치되어 있습니다.

그리고, 집행정지에 대한 불복신청과 내각총리대신의 이의와의 관계를 말씀드리면, 앞서 별지1의 제일 하단에 내각총리대신의 이의(행정사건소송법 제27조)라고 하는 것이 있습니다만, 행정사건소송법 제27조에 있어서는 ‘내각총리대신의 이의’라고 하여, “집행정지의 결정이 확정된 후, 그 이유가 소멸하고, 그 밖의 사정이 변경된 때에는 법원은 상대방의 신청에 의하여 결정으로써 집행정지의 결정을 취소할 수 있다”고 되어 있습니다.

이 내각총리대신의 이의에는 제2항에서, “전항의 이의에는 이유를 붙이지 않으면 아니된다.” 그리고 제3항에서, “전항의 이의의 이유에 있어서는, 내각총리대신은 처분의 효력을 존속시키거나, 처분을 집행하거나 또는 절차를 속행하지 아니하면 공공의 복지에 중대한 영향을 미칠 우려가 있는 사정을 표시하여야 한다”는 규정으로 되어 있습니다. 내각총리대신의 이의가 있는 경우에는 법원은 어떠한 절차를 취하면 좋은가, 하는 점은 제4항에 규정이 있는데, “제1항의 이의가 있을 때에는, 법원은 집행정지를 할 수가 없고, 또한 이미 집행정지의 결정을 하고 있는 때에는, 이를 취소하지 않으면 아니된다”고 되어 있습니다. 이것과의 관계에서 참고로 집행정지에 대한 불복신청은 어떤 식으로 하면 좋은지 하는 문제에 대하여 제25조로 돌아가면, 집행정지에 대하여는 제4항에서 “제2항의 결정은 소명에 기초하여 한다”고 하고, 제5항에서 “제2항의 결정은 구두변론을 거치지 않고 할 수 있다. 다만, 사전에 당사자의 의견을 청취하지 않으면 아니된다.” 이러한 절차를 거쳐서 결정이 행하여지는 것입니다만, 그에 대한 당사자의 불복신청에 대하여는 제6항에서 규정되어, “제2항의 신청에 대한 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다”고 되어 있습니다. 이 즉시항고는, 따라서 집행정지의 신청이 각하된 경우에도, 집행정지결정이 나온 경우에도, 신청을 한 측, 그리고 집행정지를 받은 행정측, 양방으로부터 불복신청을 할 수 있게 되어 있습니다만, 제7항에 있어서, “제2항의 결정에 대한 즉시항고는 그 결정의 집행을 정지하는 효력을 가

지지 않는다”고 되어 있습니다. 따라서 집행정지결정이 만일 지방법원에서 내려지면, 행정측으로부터 불복신청을 하여도, 그 집행정지가 이루어지고 있다고 하는 상태는 변하지 않는다는 것으로, 그 집행정지의 결정에 대한 즉시항고에 대한 판단이 내려지거나, 아니면 앞서 사정변경에 의한 집행정지의 취소, 이러한 것이 행하여지지 않는 한은, 집행정지 그 자체는 효력이 유지된 채로 행정의 집행이 불가능한 것이 되는 셈입니다.

이것은 취소소송의 규정입니다만, 조문의 아래쪽에 제38조가 있어, 2페이지의 제38조제3항을 참조하시면, “제25조의 규정은, 무효등확인 의 소에 준용한다”고 되어 있기 때문에, 취소소송과 무효등확인 의 소에 대하여, 행정처분의 집행정지의 신청이 가능하게 되어 있습니다. 따라서 취소소송에 관한 규정의 준용에 관하여, 다른 소송에는 이 준용은 없기 때문에 다른 항고소송에는 집행정지의 규정은 적용이 없다고 하게 됩니다.

다음으로, 가처분과의 관계에 관하여는, 우선 가처분이란 무엇인가 하면, 9페이지의 각주3, 민사보전법 제23조에서, 제1항이 계쟁물에 관한 가처분, 그리고 제2항이 가의 지위를 정하는 가처분이라고 설명되고 있는 것입니다만, 통상의 민사상의 청구를 전제로 하는 가처분은 어떤 식으로 행하여지고 있는지, 하는 것입니다만, 제23조제1항에서 “계쟁물에 관한 가처분명령은, 그 현상의 변경에 의하여, 채권자가 권리를 실행하는 것이 불가능하게 될 우려가 있는 때, 또는 권리를 실행하는 것이 현저하게 곤란을 일으킬 우려가 있는 때에 발할 수 있다.” 통상은 건물의 명도를 청구하려고 하는 때에, 그 건물이 제3자의 점유로 이전되어 버리지 않도록 점유이전금지의 가처분을 하는, 이러한 것이 전형적인 사례가 됩니다.

그리고 제2항의 가의 지위를 정하는 가처분명령은, 이것은 “가의 지위를 정하는 가처분명령은, 다툼이 있는 권리관계에 관하여 채권자에게 발생하는 현저한 손해”, 앞서 집행정지의 결정의 요건은 제25조제2항에서, “회복이 곤란한 손해를 피하기 위하여 긴급한 필요가 있는 때”라는 요건이었던 것인데, 가의 지위를 정하는 가처분명령에 대하여는 “다툼이 있는 권리관계에 관하여 채권자에게 발생하는 현저한 손해 또는 급박한 위험을 피하기 위하여 이를 필요로 하는 때”, 이러한 요건으로 되어 있습니다. 이 다툼이 있는 권리관계에 관하여 “채권자에게 발생하는 현저한 손

해 또는 급박한 위협을 피하기 위하여 이를 필요로 하는 때에 발할 수 있다.” 가의 지위를 정하는 가처분명령이라고 하는 것은, 전형적인 경우는 해고된 경우에 고용의 무효를 다투는 때에, 고용계약상 종업원으로서의 지위를 계속해서 보유하고 있다고 하는 지위를 법원이 임시로 정하여, 나아가 그 임금을 본안판결이 나올 때까지의 기간 임시로 지급하라고 하는 형태의 가처분을 명하는 경우, 이것이 전형적인 경우입니다.

그리고 가처분의 방법에 관하여는, 민사보전법 제24조의 규정, 각주3의 아래부분에 있습니다만, 이것은 구체적으로 가처분의 방법은 무엇인지, 하는 것입니다만, “법원은 가처분명령의 신청목적을 달성하기 위하여, 채무자에게 대하여 일정한 행위를 명하거나 또는 금지하거나, 혹은 급부를 명하거나 보관인에게 목적물을 보관하게 하는 처분 그 밖의 필요한 처분을 할 수 있다”고, 요컨대 그 밖의 필요한 처분, 여러 가지 처분이 필요에 따라 가능하다고 하게 되어 있습니다. 물론 이것은 앞서 말씀드린 것처럼 제23조제2항의 필요성이 있는 때에 한하여, 그 필요성의 범위 내에서 상당한 처분이 가능하다고 이해되어 있습니다. 가처분은 민사상은 규정이 있는 것입니다만, 그것이 행정소송이 되면, 어떠한 취급을 받는지 하면, 2페이지의 참조조문, 행정사건소송법 제44조에, “행정청의 처분 그 밖의 공권력의 행사에 해당하는 행위에 대하여는, 민사보전법에서 규정하는 가처분을 할 수 없다”고 되어 있습니다. ‘행정청의 처분 그 밖의 공권력의 행사에 해당하는 행위에 대하여는’이라고 한정되어 있기 때문에, 행정에 대하여 여러 가지 가처분을 하는 경우, 이것은 여러 가지가 있는 것으로, 국가배상을 청구할 때, 그리고 예를 들면 은급(恩給)의 급부결정이 내려져 있는데, 지급하지 않는 때라든지, 그러한 때에 행정에 대하여 무언가의 형태로 가압류는 필요가 없기 때문에 전혀 행사되는 일이 없다고 생각됩니다만, 지급을 받지 않으면 생활이 곤궁할 때에 임시로 지급하라고 하는 식의 그러한 가처분이 금지되어 있는 것은 물론 아닌 것입니다. ‘행정청의 처분 그 밖의 공권력의 행사에 해당하는 행위에 관하여’라고 하는, 그러한 한정 하에서, 당사자가, 예를 들어 본안소송으로서 생각하고 있는 것이, 앞서 말씀드린 취소소송, 또는 무효등확인소송에서는 없는 본안소송을 예정하고, 예를 들면, 무명항고소송 즉 그 이외

의 항고소송으로서, 무언가를 행정에 대하여 요구하려고 생각한 때에, 그것이 가처분이라고 하는 형태로, 임시로 무언가 행정과의 사이의 권리관계를 가구제로서 결정할 것인가 하는 문제가 되면, 그러한 경우에 한하여, 행정사건소송법 제44조에서 가처분을 할 수 없다고 하는 체계가 되어 있는 것입니다. 이러한 전체로서의 체계를 전제로 하여, 이 관계의 문제점에 대한 검토입니다만, 8페이지에 기술한 것처럼, 외국에 있어서의 가구제가 어떻게 되어 있는가 하는 것을 조사해 보면, 미국과 영국은, 보고를 요청한 바로는, 행정소송에 있어서의 가구제도 민사소송 일반에 있어서의 가구제와 동일한 절차가 사용되고 있는 것이 아닌가 생각됩니다. 독일에 있어서는 행정법원법에 집행정지제도와 가명령제도라고 하는 것이 설치되어 있습니다만, 집행정지제도가 행정행위의 취소소송에 관한 특별한 규정으로, 그 이외의 가명령제도가 일반적인 행정소송, 즉 그 밖의 행정소송에 대한 포괄적인 일반법으로 되어 있어, 가명령의 규정을 살펴보면, 민사소송법의 가처분, 일본의 계쟁물에 관한 가처분과 가지위를 정하는 가처분, 독일의 민사소송법과 일본의 민사보전법은 보전처분은 거의 같습니다만, 독일의 행정법원법에서 규정하고 있는 가명령제도라고 하는 것은, 독일의 민사소송법의 계쟁물에 관한 가처분과 가지위를 정하는 가처분에 상당하는 규정이 행정법원법에도 규정되고 있다, 따라서 독일도 민사소송과 행정소송의 보전처분제도는 독일 국내를 보면, 동일한 제도가 채택되고 있다고 하게 됩니다.<sup>8)</sup>

그것이 EU의 규정에 관하여는 거기에 기술되어 있는 대로입니다만<sup>9)</sup>, 프랑스에 대하여는, 당초 프랑스의 본안의 행정소송은, 기본적으로는 행

8) 제12회 회의 자료1, 8페이지에는 독일의 가구제제도에 대하여 다음과 같이 정리하고 있다. “독일에는, 행정법원법에 집행정지제도와 가명령제도가 규정되어 있는데, 집행정지제도가 행정행위의 취소소송의 경우에 관한 특별법이고, 가명령제도가 다른 경우를 모두 포괄하는 일반법이며, 가명령은, 민사소송법에 대응하는 형태로, 소송대상에 관한 가명령(일본의 민사보전법 제23조제1항에서 규정하는 ‘계쟁물에 관한 가처분명령’과 거의 동일)과, 다투어지고 있는 법률관계에 관하여 가(假)의 상태를 규율하기 위한 가명령(일본의 민사보전법 제23조제2항에서 규정하는 ‘가지위를 정하는 가처분명령’과 거의 동일)으로 나뉘어 규정되고 있다(독일행정법원법 제123조, 한편, 가압류는 규정되어 있지 아니하다.)

9) EU의 경우에는, “법원은 제소된 사건에 대하여, 필요한 가의 조치를 명할 수 있다”(EC조약 제243조)고 소개되고 있다.

정결정에 대하여 그것을 다룬다고 하는 형태의 소송형태를 취하고 있습니다만, 그 집행정지에 대하여는 행정결정에 대하여 취소 또는 변경청구가 제기된 경우에, 긴급심리법관이, 신청에 의하여, 당해 결정의 집행 또는 그 효과의 일부의 정지를 명할 수 있는 외에, 명백하게 위법하고 중대한 기본적 인권의 침해를 행한 공법상의 법인 또는 공역무관리를 위탁받은 사법상의 조직체에 대하여 기본적 인권을 보호하기 위하여 필요한 모든 조치를 명할 수 있다는, 이러한 규정이 마련되어 있습니다.(역자주; 프랑스행정소송법전 L521-1조부터 L521-3조까지 참조.)

여기서 검토의 시점에 관하여는, 9페이지 이후에 기술한 대로입니다만, 집행정지제도가 설치되어, 취소소송과 무효등확인소송에 대하여는 처분의 효력을 정지한다고 하는 집행정지제도가 설치되어 있습니다만, 그 이외의 항고소송 또는 당사자소송이나 민사소송 가운데에 행정청의 처분 그 밖의 공권력의 행사에 해당하는 행위에 대하여, 무언가의 가처분을 구하고 싶은 경우에는 집행정지가 불가능한 반면에, 가처분은 가능한가 하면, 가처분도 불가능한 것이 아닌지, 그러한 문제가 현행의 규정 가운데에는 발생하는 것이 아닌가 하는 문제를 정리하고 있습니다.

그리고, 이상의 관계에서 민사보전법에 의한 가처분은 앞서 말씀드린 것처럼 요건도 매우 추상적인 요건이기는 합니다만, 그 방법에 대하여도 각 경우에 따라, 필요한 처분이 가능하다고 하는 것으로, 다양하기는 합니다만, 그러면 구체적인 경우에 무엇이 가능한가 하는 것은 분명하지 않은, 그러한 유연하기는 하지만, 어떠한 구제가 가능한지 구체적으로 분명하지 않은, 그러한 규정이 두어져 있는 것입니다만, 행정에 대하여 그러한 가처분에 유사한 제도를 설치한다고 하는 경우에, 그 구제방법이 명확하지 않다고 하는 부분, 이것을 다양하다고 이해할 것인지, 명확하지 않다고 이해할 것인지, 그러한 문제가 있는 것은 아닌지, 그리고 문제점으로서, 집행정지는 본안소송을 제기한 것을 전제로 하는 집행정지제도입니다만, 그것과 본안소송의 제기를 전제로 하지 않는 민사상의 가처분, 그러한 차이가 있는 점을 어떻게 이해할 것인지, 하는 약간의 문제가 있을 것이라고 하는 지적입니다.

그리고 집행부정지의 원칙에 대하여는, 10페이지에 정리하고 있는 대

로입니다. 이것은 질문에 대한 답변서에서, 정부측에서 그 장점, 단점에 대하여 정리한 적이 있기 때문에 10페이지의 6 부분에서 괄호 쓰기로 인용하고 있습니다.

그리고 내각총리대신의 이의에 관하여는, 이 제도의 위치설정에 관하여, 역시 같은 질문에 대한 정부의 답변 가운데에, 이것은 11페이지의 9 행째 이후에 있습니다만, 그 괄호 쓰기 안에 정리되어 있는 것처럼, 이 자체 헌법에 위반한다고 하는 견해도 있는 것입니다만, 정부의 견해로서는 집행정지 그 자체는 행정작용에 속하는 사항이라고 하는 취급을 하고 있기 때문에, “집행정지의 결정을 번복하는 권한을 내각총리대신에게 인정했다고 하여도, 사법권을 침해하는 것은 되지 아니하고, 내각총리대신의 이의제도가 헌법에 위반하는 것은 되지 아니한다”, 이렇게 되어 있습니다.

이후의 검토의 시점으로서 정리하고 있는 것은, 11페이지 아래에서 8 행째 이후입니다만, 외국의 제도에서는 이와 같은 제도는 발견되지 않는다, 즉 가구제의 최종적인 판단을 재판기관과는 별도로 행정기관에게 유보하고 있는 제도는 발견되지 않으므로, 이것을 전제로 한 후에, 내각총리대신의 이의제도에 대하여 검토함에 있어서는 집행정지에 수반하여, 행정측이 불복을 신청하여도, 앞서 말씀드린 것처럼 고등법원의 판단이 있기까지, 집행정지결정의 효력 자체는 변하지 아니한다고 하게 되는 것입니다만, 따라서 행정으로서는 집행정지결정이 내려져 버리면, 내각총리대신의 이의를 제출하여 집행정지의 효력을 중지시키거나 아니면 사정변경에 의한 취소를 구하는 것 외에 현재로서는 제도가 마련되어 있지 아니하다는 점을 전제로 하면서, 이 내각총리대신의 이의제도, 그 자체를 (존치시켜) 이와 같은 형태로 행정과 사법과의 관계를 만들어 가는 것이 좋을까, (아니면) 사법권에 최종적으로는 판단이 맡겨져 있는 형태로 행정측의 집행정지에 대한 불복신청이 실효적으로 기능할 수 있는 그러한 제도를 강구해 가는 것이 좋을 것인가, 그러한 점에 대하여 검토할 필요가 있는 것은 아닌가, 이러한 시점에서 정리한 것입니다.

(‘제6 소송비용 등에 관하여’)

■ 소제기의 수수료에 관하여는, 자료2에 기술한 대로, 기본적으로 행정

사건소송에 관하여도 소의 제기 수수료는, 다른 민사소송과 동일하게 되어 있다, 이것이 우선 기본적인 체계로, 민사소송비용등에관한법률에 의하여, 민사소송, 행정사건소송을 통틀어 소의 제기에 관하여는 ‘소송의 목적의 가액’에 상응하여, 수수료가 정해져 있다는 이 부분은 동일합니다. 그리고 소제기의 수수료의 재검토에 관하여는, 사법제도개혁추진계획에 있어서도, 2페이지의 밑에서 3행째부터입니다만, “소송의 목적의 가액에 따라 순차 가산하여 산출하는 이른바 슬라이드제를 유지하면서, 필요한 범위에서 그 인하(低額化)를 행하는 것으로 하여, 소요법안을 제출하기로” 하고 있으며, 이 점에 관하여는 사무국에서 사법 액세스 검토회를 중심으로 현재 검토를 진행하고 있는 바입니다.

그리고 3페이지, 소송의 목적의 가액의 산정에 관하여서도, 이것도 민사소송과 행정소송간에 아무런 차이는 없다고 하는 부분입니다. 약간, 행정소송에 있어서, 다소 특수하게 자주 발생하는 문제로서 3페이지의 (3)에 복수의 원고가 동일한 행정처분의 취소를 구하는, 그러한 경우가 있으며, 이러한 경우에도, 적용되는 법률은 민사소송법과 동일합니다만, 이 경우에 대하여, 각 원고가 주장하는 이익이라고 하는 것은 각각 원고 개별적으로 존재하는 이익이라고 하는 것으로, 이 (3)의 아래에서 3행째의 부분입니다만, 각 원고가 소로 주장하는 이익은 전원에게 공통된다고는 말할 수 없고, 그 소의 제기 수수료는 이익에 의하여 산정되는 소송의 목적의 가액, 1인에 대하여, 즉 95만엔, 산정불능의 경우 95만엔으로 되어 있기 때문에, 그 산정불능한 이익을 1인 95만엔씩 가산하여 계산한다<sup>10)</sup>, 이러한 대법원의 판결<sup>11)</sup>이 있기 때문에, 이것은 하나의 처분의

10) 제12회 회의 자료2, 3페이지에는 (2)소송의 목적의 가액이라고 하여 다음과 같이 설명하고 있다. “소송의 목적의 가액’은, 소로 주장하는 이익에 의거 산정한다(행정사건소송법 제7조, 민사소송법 제8조제1항). 이것은 원고의 청구가 청구대로 인용된 경우에 원고가 직접 받는 경제적 이익을 객관적이고 금전적으로 평가하여 산출한 금액이다. (그러나) 경제적 이익을 직접적인 목적으로 하지 아니하는 권리관계에 관한 비재산권상의 청구의 경우에는, 원고가 받는 경제적 이익을 금전적으로 평가하는 것은 불가능하여, ‘소송의 목적의 가액’을 산정할 수 없다. 또한 재산권상의 청구라고 하여도, 원고가 받는 경제적 이익의 금전적 산출이 곤란함을 수반하는 경우가 있으며, 이 때문에 ‘소송의 목적의 가액’의 산정이 매우 곤란한 경우에는, 그 가액은 90만엔을 넘는 것으로 간주된다(민사소송법 제8조제2항). 이들 경우에, ‘소송의 목적의

취소를 구하는 경우에 대하여, 특히 환경에 관련되는 문제에 대하여, 이와 같이 다수의 원고가 소를 제기하는 경우가 존재하기 때문에 참고로 소개한 것입니다.

그리고, ‘소송비용의 부담’ 부분입니다만, 3페이지에 있는 것처럼 소송비용부담의 원칙은 패소 당사자의 부담으로 한다고 되어 있습니다만, 이 점에 관하여서는 4페이지에 있는 것처럼, 소송당사자가 변호사에게 지불하는 보수는 패소당사자부담의 적용대상이 되는 소송비용에 원칙적으로 포함되지 아니한다고 되어 있습니다. 여기서 이 점에 관하여도 사법제도 개혁추진계획에 있어서는 “변호사보수의 패소자부담제도에 대하여, 부당하게 소의 제기를 위촉시키지 않도록 패소자부담을 도입하지 않는 소송의 범위 및 그 취급의 바람직한 모습, 패소자에게 부담시키는 경우에 부담하게 하여야 하는 금액의 산정방법 등의 제도설계에 대하여 검토한 후에, 일정한 요건 하에 변호사보수의 일부를 소송에 필요한 비용으로 인정하여 패소자에게 부담시키는 것이 가능한 제도를 도입하기로 하고, 소요의 법안을 제출한다”고 하여, 이것에 관하여도 사법 액세스 검토회를 중심으로 검토를 진행하고 있는 상황입니다.

민사법률부조의 제도는 소송비용으로 되지 않는, 특히 변호사보수 등에 관하여, 그 지출이 곤란한 자를 원조하는 제도입니다. 4페이지의 아래에서 2행째에 있는 것처럼 사법제도개혁추진계획에서 “민사법률부조제도의 경우, 대상사건·대상자의 범위, 이용자부담의 바람직한 모습, 운영주체의 바람직한 모습 등에 대하여 보다 종합적이고 체계적인 검토를 가한 후에, 한층 더 충실하게 하기로 하고, 본부설치기한까지 소요의 조치를 강구한다”고 하여, 이것도 사법액세스검토회를 중심으로 검토를 진행 중에 있습니다. 민사법률부조에 있어서도, 행정사건은 민사사건과 동일한 취급으로, 민사법률부조사건의 대상이 되어 있습니다.

(‘제7 행정불복심사법 등의 다른 법령과의 관계에 관하여’ 및 ‘제8 행정사건소송법 이외의 개별법상의 과제에 관하여’)

---

가액은 95만엔으로 간주된다(민사소송비용등에관한법률 제4조제2항).  
11) 최고재판소평성12년(2000년)10월13일, 제1소법정판결(판례시보1731호, 3頁).

■ 5페이지부터 7페이지까지입니다. 우선, ‘제7 행정불복심사법등의 다른 법령과의 관계’입니다만, 이 점에 관하여, 의견서를 인용하고 있습니다. 5페이지의 아래에서 6행째, 행정소송제도의 재검토를 포함한 행정에 대한 사법심사의 바람직한 모습에 대하여, “이 문제에 관한 구체적인 해결책의 검토는, 사항의 성질상, 사법제도개혁의 시점과 행정개혁의 동향과의 정합성을 확보하면서 행하는 것이 불가결하며, 또한 행정절차법, 정보공개법, 행정불복심사법 등의 관련법제와의 관계, 국가배상제도와의 적절한 역할분담 등에 충분히 유의할 필요가 있다”고 되어 있습니다. 나아가 “행정위원회의 준사법적 기능의 충실과의 관계에도 배려하지 않으면 아니된다”고 한 후에, “무릇 사법에 의한 행정심사의 바람직한 모습을 고찰함에는 통치구조 가운데에 있어서의 행정 및 사법의 역할·기능과 그 한계, 나아가서는 3권 상호의 관계를 충분히 음미하는 것이 불가결하다. 국민의 권리구제를 실효화하는 견지에서, 행정작용의 체크기능의 바람직한 모습과 그 강화를 위한 방안에 관하여는 행정과정전체를 조망하면서, ‘법의지배’의 기본이념 하에 사법과 행정 각각의 역할을 염두에 둔 종합적이고 다각적인 검토가 요구되는 이유이다”고 되어 있습니다.

그리고 ‘제8 행정사건소송법 이외의 개별법상의 과제에 관하여’입니다. 이에 관하여는 6페이지의 아래에서 6행째 이후에 있는 것처럼, 행정사건소송법은 그 성질상, 행정소송에 관한 절차를 정하는 것을 목적으로 하는 것은 아닌지, 행정에 대한 관계에서의 국민의 권리의무라고 하는 것은 본래적으로는 행정에 관한 개별법 내지 실체법이 정하는 바에 의하는 것으로, 소송절차는 이와 같은 권리가 존재하는 것을 전제로 하여, 그 권리의 실현을 위하여 기능하는 것이 본래 기대되고 있는 것이 아닐까 하는 점을 기술하고 있습니다. 또한 소송절차에 대하여도, 이것은 행정사건소송법 제1조에서 “행정사건소송에 관하여서는 다른 법률에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하는 외에, 이 법률이 정하는 바에 의한다”고 규정하고 있기 때문에, 개별법에서 구체적인 절차를 규정하는 것은 본래 허용하고 있는 바입니다. 따라서 행정과의 관계에 있어서 어떠한 권리가 국민에게 인정되어야 하는가, 아니면 소송절차에 있어서도 개별법에 있어서도, 그 행정에 적합한 구체적인 절차를 어떻게 정하여야 하는가 하는

것이 중요한 과제가 아닐까 생각하고 있는 것입니다.

그리고 처분의 취소의 소와 심사청구와의 관계에 관하여는, 행정사건 소송법 제8조에서 “처분의 취소의 소는 당해 처분에 대하여 법령의 규정에 의하여 심사청구를 하는 것이 가능한 경우에 있어서도, 곧바로 제기하는 것을 방해하지 아니한다”고 규정하고 있는 것입니다만, 따라서 기본적으로는 심사청구를 거치지 않고 곧바로 처분의 취소의 소를 제기할까 어떻게 하는 것은 국민의 자유로운 선택에 맡겨져 있는 것입니다만, 행정사건소송법 제1조에 의하여 다른 법률에 특별한 규정을 두는 것이 허용되고 있는 것입니다. 그래서 자료3이 다른 법률의 규정을 조사한 결과입니다. 이상입니다.

(제9 행정소송의 기반정비상의 제반 과제에 관하여)

■ ‘행정소송의 기반정비상의 제반 과제’, 8페이지 이하입니다만, 사법제도개혁심의회 의견서를 인용하고 있습니다. ‘국민적 기반의 확립(국민의 사법참가)’라고 하는 것으로, “소송절차는 사법(司法)의 중핵을 이루는 것이며, 소송절차에의 일반국민의 참가는 사법의 국민적 기반을 확립하기 위한 방안으로서 특히 중요한 의의를 가진다. 즉, 일반국민이 재판의 과정에 참가하여, 재판내용에 국민의 건전한 사회상식이 보다 반영되도록 함으로써, 국민의 사법에 대한 이해와 지지가 심화되고, 사법은 보다 강고한 국민적 기반을 획득할 수 있게 된다. 이러한 견지에서 우선 형사소송절차에 대하여, 하기(1) 내지 (4)를 기본적인 방향성으로 하여, 널리 일반의 국민이 법관과 함께 책임을 분담하면서 협동하여, 재판내용의 결정에 주체적, 실질적으로 관여하는 것이 가능한 새로운 제도를 도입하여야 한다. 구체적인 제도설계에 있어서는 헌법(제6장 사법에 관한 규정, 재판을 받을 권리, 공평한 법원의 신속한 공개재판을 받을 권리, 적정절차의 보장 등)의 취지를 충분히 감안하여, 이것에 적합한 것으로 하지 않으면 아니된다고 하는 점은 말할 것도 없다. 또한 이 제도가 소기의 기능을 발휘하기 위해서는 국민의 적극적인 지지와 협력이 불가결한 것이기 때문에, 제도설계의 단계에서부터, 국민에 대하여 충분한 정보를 제공하고, 그 의견에 충분히 귀를 기울일 필요가 있다. 실시단계에서

도, 제도의 의의·취지의 주지철저, 사법교육의 충실 등 제도를 원활하게 도입하기 위한 환경정비를 부단히 검증하고, 국민적 기반확립의 중요성을 고려하여, 폭넓은 관점에서, 필요에 따라 유연하게 제도의 재검토를 해 가야 한다. 끝으로 형사소송절차 이외의 재판절차에의 도입에 관하여는 형사소송절차에의 신제도의 도입, 운용의 상황을 주시하면서, 장래적인 과제로서 검토하여야 한다”고 하고 있습니다.

다음으로, 법조 등의 상호교류의 바람직한 모습에 관하여는, “법률전문직(법관, 검찰관, 변호사 및 법률학자) 간의 인재의 상호교류를 촉진함으로써 진정으로 국민의 기대와 신뢰에 부응할 수 있는 사법(법조)을 만들어 키워가야 할 것이다”라고 하고 있습니다.

다음으로 조사관제도입니다만, 조사관제도는 법원법 제57조제1항에 의하여, “대법원, 각 고등법원 및 각 지방법원에 법원조사관을 둔다”고 규정하고 있어, 동조의 제2항에서 “법원조사관은 법관의 명을 받아, 사건(지방법원에 있어서는 공업소유권 또는 조세에 관한 사건에 한한다)의 심리 및 재판에 관하여 필요한 조사를 관장한다”고 되어 있습니다.

그리고 재판외의 분쟁해결수단(ADR)의 확충·활성화에 대한 사법제도개혁추진계획은 배포한 자료 대로이며, 구체적인 내용은 여기에서는 생략하겠습니다.

## 제13회 행정소송검토회 의사개요

### 【취소소송의 대상 및 제소기간에 관하여】

■ 자료1-1과 자료1-2입니다. 이 자료의 내용은 거기에 기술한 대로입니다. 지금까지의 논의 및 앞으로 검토해야할 과제, 검토의 기본이 되는 관점, 검토가 필요하다고 생각되는 문제점에 대하여, 지금까지의 논의 등을 참고로 하면서, 사무국에서 작성한 것입니다. 다만, 당초 취소소송의 대상에 대하여, 어떻게 이러한 문제가 논의되어 왔는가 하면, 좌장(역자 주; 행정소송검토회 의장)으로부터도 지적이 있던 것처럼, 취소소송의 대상이라고 하는 것은 지금까지 될수록 확대하여 국민의 권리구제를 넓혀야 한다고 하는 논의가 이루어져 왔다고 이해하고 있습니다.

한편으로, 행정소송이라고 하는 소송법의 체계 자체에 관하여는 검토회에서 의견을 개진한 분들 가운데에서도, 역시 재판을 받을 권리는 보장되어 있기 때문에, 그것이 행정에 대한 관계에서이든 간에, 국민이 재판을 받을 권리, 국민이 실제법상 가지고 있는 권리를 실현하는 것은 당연히 할 수 있는 것은 아닌가, 그것(역자 주; 재판을 받을 권리)과 취소소송이라고 하는 체계가 설치되어 있는 것과의 관계를 어떻게 이해해야 할 것인가, 그러한 문제점이 있지 않았는가 생각합니다. 그러한 문제의식에서 자료를 작성하고 있는 것입니다만, 행정사건소송법은 소송법이기는 하지만, 어떤 의미에서는 행정에 대한 국민의 권리구제의 바람직한 모습을 규정하는 실제법의 기본법을 규정하고 있는 법률이 아닌가 생각되는 것입니다. 지금까지의 논의 가운데에서도, 그러한 형태로 논의가 되어 취소소송이라고 하는 형태로 권리구제의 길이 마련되어 있기 때문에, 그 취소소송의 대상을 넓혀 권리구제를 확대하려고 하는 이러한 논의였다고 생각합니다. 통상의 민사의 권리구제와 행정의 권리구제에 관하여 그 기본법의 위치설정은 어떻게 되어 있는가, 하는 것을 비교하면, 민사라면, 손해배상에 관하여는 불법행위법이 담당하게 되어 있는 것이고, 권리의 직접적인 구제, 예를 들면, 물권적청구권이라든지, 인격권에 기초한 금지청구권이라든지, 이것은 법률상 명문의 규정이 없는 것입니다만, 그러한

것이 실체권으로 존재한다고 되어 있어, 그러한 이유로 전체로서, 권리구제가 이루어지고 있다, 민법에 명문의 규정이 있는 것은, 점유에 관한 소로서, 점유가 박탈되는 경우에, 원상회복을 구한다든지, 혹은 박탈될 지경에 이른 경우에 예방적으로 금지를 구한다든지, 하는 그러한 다양한 청구권이라는 것이 민법의 실체법에는 규정되어 있다, 그러한 자신의 권리를 지키기 위한 권리, 즉 청구권과, 자신의 권리가 침해될 때에 금전으로 회복하기 위한 손해배상, 이와 같이 실체법의 권리구제 시스템은 만들어져 있는 것이라고 생각합니다.

행정의 권리구제에 대하여는 어떻게 되어 있는가 하면, 손해배상에 대하여는 국가배상법이 있는 것입니다만, 권리침해에 대하여, 원상으로 회복한다거나, 그러한 직접적인 구제방법이라고 하는 것은 역시 행정사건소송법에 규정되어 있는 것은 아닐까, 다른, 물론 법률, 행정법이라고 하는 것은 있지만, 각각의 행정법이라고 하는 것은 어느 쪽인가 하면, 어떻게 공익을 위하여 적법하게 국민의 권리를 제한하는가, 그러한 목적에서 규정되고 있고, 물론 세무분야와 같이 그 과정에서 다소, 행정에게 지나침이 있어서, 분쟁이 발생하는 것이 당연히 예상되는 부분에 대하여는, 그 구제방법도 상당히 상세하게 규정되어 있습니다만, 일반 행정법이라고 하는 것은 반드시 그러한 위법하게 권리를 침해한 때에 국민의 권리구제를 어떻게 할 것인가, 어떠한 권리를 국민이 국가 내지 공공단체에 대하여 가지는지, 하는 부분을 직접 규정하고 있는 것은 아니지 않느냐, 그렇다면, 역시 그러한 역할은 행정사건소송법에서 기대되어 왔고, 여기서 취소소송이라고 하는 체계에서, 권리구제를 도모한다고 하는 체계가 생겼기 때문에, 그 취소소송의 대상을 넓히려고, 이러한 해석, 그러한 의견이 제시된 것이 아닌가 생각하는 것입니다. 민사상의, 앞서 점유의 소와 같이 위법한 권리침해에 대한 구제방법이 상세하게 규정되어 있는 것과 비교하여, 일본의 행정의 위법한 활동에 대한 국민의 권리의익의 침해에 대하여, 어떠한 경우에 어떠한 방법으로 국민이 소송을 통하여 권리구제를 구할 수 있는가 하는 것, 그것을 규정하고 있는 것이 행정사건소송법의 소송유형에 관한 규정으로, 현행법에서는 담당하고 있는 것이 아닌가, 이 부분이 충분히 의식되고 있는가 어떤가는 잘 모르겠습니다만,

그러한 의미에서 행정사건소송법의 소송유형을 검토하는 의의는, 적어도 현행법을 전제로 하면, 위와 같은 의의가 있는 것이 아닌가, 그러한 실체법적인 의의를 충분히 염두에 두고, 논의할 필요가 있는 것이 아닌가, 이렇게 생각한 것입니다.

취소소송에 관하여는, 이 취소소송이라고 하는 규정을 설치함으로써, 행정의 효력, 그에 대한 국민의 권리구제, 즉 위법한 처분에 대하여는 취소를 구할 수가 있다고 하는 권리를 실체적으로 규정하고 있으면, 그러한 점도 고려하면서, 이 취소소송이라고 하는 제도를 검토할 필요가 있고, 또한 그 배경에 있어서, 현행 행정사건소송법은, 취소소송과 그 밖의 항고소송이 있는 것입니다. 그 밖의 항고소송도 부작위의 위법확인이라든지 무효등확인소송이라든지 그러한 구체적인 소송유형을 규정하고 있는 부분은 어쨌든, 그 이외에 그 밖의 항고소송도 가능합니다 라고 규정하고 있어도, 결국, 구체적으로 소송유형이 규정되어 있지 않아, 어떠한 경우에 권리구제를 구할 수 있는가 하는 것이 전부 오픈이 되어 버리고 있다, 오픈이 되어 버린 가운데에, 다른 법률을 해석하여도, 어디까지의 청구권을 국민이 행정에 대하여 가지고 있는가 하는 것은 명확히 되지 않는다. 그렇다면 소송유형을 규정한 것만으로는 그러한 것이 활용될 수 없다고 하는 이런 결과가 되고 있는 것이 아닌가 생각되는 것입니다. 따라서 취소소송의 체계도 물론이지만, 그 배경에 있는, 전체로서, 국민의 행정에 대한 권리구제를 구하는 권리라고 하는 것을 어떤 형태로 설계할 것인가, 하는 점도 감안하여 검토해 주셨으면 하여, 이 자료를 작성한 것입니다.

【무효확인의 소와 부작위의 위법확인의 소를 비롯한 그 밖의 항고소송에 관하여】

■ 자료1-3과 자료1-4입니다. 앞서의 설명의 후편이 됩니다만, 요컨대 행정구제라는 관점에서, 좌장으로부터도 설명이 있는 것처럼, 위법한 행정활동이 행하여져 있고, 그에 대한 필요하고도 충분한 구제를 받을 권리, 이것은 국민에게 있어서 당연히 보장되고 있을 것이 아닌가. 구체적으로 그러한 권리가 있는 경우에, 그것을 법원이 실현하는 것, 이것은 당

연히, 법원은 법률상의 쟁송을 취급하는 이상, 행정재판도 포함하여, 법원으로서 심리하는 것이 가능하다는 이러한 체계가 되어 있는 것은 아닌가, 하는 것이 우선 전제로서는 생각될 수 있는 것입니다. 그래서 무명항고소송이라고 불리는 그 밖의 항고소송과 당사자소송에 대하여는, 그러한 행정에 대한 국민의 소라고 하는 것이, 전체로서 어떠한 것이어야 하는가, 하는 것을 검토하게 될 것이라고 생각합니다. 다만, 그런 가운데, 앞서 취소소송도 이것이 실제로 확인의 소인 것은 아닌가, 위법의 확인인 것은 아닌가, 이러한 관점에서의 지적도 있는 것입니다만, 재판의 구조라고 하는 관점에서 보면, 확인소송과 그 밖의 소송이라고 하는 것은 보통은 꽤 성질이 다른 것이 아닌가 생각되는 것입니다. 확인소송이라고 하는 것은 보통, 확인의 이익이 있으면 확인소송이 가능하다고 하는 기본적으로는 그러한 구조가 되어 있습니다. 그 이외의 어떠한 구제가 가능한가 하는 문제에 다다르면, 그것은 구제로서 그것이 적절한 방법인가 아닌가, 요구하고 있는 구제의 내용과, 받고 있는 침해, 그러한 구제가 침해를 제거하기 위하여 필요한가 어떤가 등 그러한 판단이라고 하는 것이 반드시 고려되게 되는 것입니다. 이것은 민사에서도, 모두, 침해는 어느 정도이고, 요구하고 있는 구제의 내용이 어떠한 구제의 내용인가, 이들을 상호 판단하여, 필요한 구제인가 아닌가, 그 필요한 구제의 범위 내에서, 청구권이 인정되어 법원이 구제하는, 이러한 구조로 되어 있을 것입니다. 그 밖의 항고소송의 경우, 무효등확인 소와 같은 확인의 소는 어떠한 구조인가 하면, 통상의 확인의 이익이 있으면, 확인의 소는 허용되는 것이 아닌가, 그것을 더욱 제약하려고 하게 되면, 그것은, 그렇게까지, 행정이기 때문에 그렇게까지 제약하지 않으면 아니되는 이유라고 하는 것을 잘 생각하지 않으면 아니되는 문제점이 있는 것이 아닌가 하게 됩니다.

그리고, 부작위의 위법확인 소라고 하는 것은 행정의 부작위가 위법이 되는 경우, 그 위법한 부작위에 대한 국민의 권리구제의 방법으로서, 무엇이 필요한 구제인가 하는 것은, 이것은 여러 가지 견해가 있을 수 있을 것이라고 생각합니다. 이러한 구제에 대한 기본적인 실체법, 이 부분이 명확하게 되어 있지 않은 것이 아닌가, 물론 그것은 실체법에서 명

확히 기술하면 되는 것이겠지만, 부작위, 행정이 우선 위법한 부작위를 할 것을 예정하고, 그것에 대한 구제수단을 개별 행정법에서 규정하도록 한다지만, 그러한 것을 정말로 기대할 수 있는가, 그것은 보통은 기대할 수 없는 것은 아닌가, 그렇다고 하면, 어떤 의미에서는, 그러한 포괄적인 구제라고 하는 것을, 기본법, 국민의 권리구제에 관한 기본법에 규정할 필요성이 발생하는 것이 아닌가, 하는 문제가 있을 것이라고 생각합니다. 다만, 그 밖의 항고소송의 부분에 여러 가지 구제방법으로서 소송유형을 규정하면, 그것이 국민의 권리구제의 실체법을 규정하였다고 하는 식으로도 이해될 우려가 있어서, 부작위의 위법확인의 소라고 하는 것은 행정의 위법한 부작위라고 하는 것이 있는 경우에, 그것을 확인하는 소는 인정하고 있지만, 행정처분을 해 달라고 하는 식의 청구는 불가능한가 하는 문제에 이르면, “그것을 규정하지 않았다”, “일부러 규정하지 않았다,” 그렇다면, “구제수단으로서는 거기까지(역자 주; 특정한 행정처분을 청구할 수도 있게 하는 것) 인정할 필요성은 없다”고 하는 판단을 하고 있다. “이 소송(역자 주; 부작위위법확인소송)이 있기 때문에 그럴 필요성이 없다” 라든지, 혹은 “구제방법으로서 상당하지 않다”고 판단되어버릴 우려가 과연 없을까, 하는 문제가 있지 않을까 생각합니다. 그 밖의 항고소송 일반에, 처분중지의 문제에 대하여도, 지난 회까지의 자료로서 제출하고 있습니다만, 결국 이것도, 무엇이, 위법한 행정에 대한 구제, 즉 국민의 권리구제를 위하여 필요한가, 하는 것이 결정되면, 저절로, 나머지는 그것을 구제하는 법원의 절차 속에 들어오게 될 것이라고 생각하기 때문에, 우선 무엇이 국민의 권리구제에 필요한가, 하는 것을 논의하지 않으면 안 되지 않은가 생각해서, “지난 회까지의 자료는 그러한 취지이다” 라는 점을 말씀드린 것입니다.

**【원고적격, 취소의 이유의 제한 및 단체소송에 관하여】**

■ 자료의 1-5와 6이 원고적격과 취소의 이유의 제한에 관한 검토과제이고, 자료의2가 단체소송에 관한 자료가 됩니다.

원고적격에 관해서 입니다만, 자료의 1-5의 ‘지금까지의 논의 및 앞으로의 검토해야 할 과제’ 부분에, 현재까지의 논의를 정리하였습니다. 원

고적격에 관하여는, 이것은 민사소송의 소의 이익과 상통하는, 소의 당연한 원칙을 규정한 것에 지나지 않는다고 하는 것이 입법당시의 논의이었던 것으로 이해됩니다만, 이에 관하여는 ②에 ‘법률상의 이익’이라고 규정하고 있는, 그, 법률상의 이익에 해당하는가 어떤가 하는 것은 행정법규가 당해 이익을 개별적 이익으로서 보호하고 있는가 아닌가에 의하여 결정된다고 하는, ‘법률상 보호된 이익’설, 을 취하는 판례가 확립되어 있다고 하는 상황에 있습니다.

③이 이것을 어떻게 평가하는가 하는 것입니다만, 판례가 채택하는 ‘법률상 보호된 이익’설은, 법원의 운용에 객관적인 기준을 부여하여, 재판을 안정시키고 있다고 하는 평가가 있는 반면, 입법자가 취소소송의 원고적격의 유무에 대한 판단기준을 부여할 것을 염두에 두고 행정법규를 입법한다고 하는 것은, 일반적으로는 생각하기 어렵고, 당해 법률이나 그 시행령만이 아니라, 때로는 시행규칙에까지 판단의 단서를 구하여 세세한 해석론을 전개한 끝에, 드디어 원고적격의 유무가 결정된다고 하는, 현재의 실무에서 발견되는 해결법(역자 주; 시행규칙까지 참조한 해석론에 의하여 원고적격을 판별해 내는 방법)으로부터 보아, ‘법률상 보호된 이익’설은 판단의 경직화를 초래할 우려가 있는 것은 아닌가 라고, 이러한 지적이 있었다고 생각합니다. ④의 부분에 있는 것처럼, 다른 한편, 처분의 근거가 되는 행정법규에 의하여 보호되고 있는 이익에 한정되지 않고, 널리 원고적격을 인정하여야 한다는, 이러한 의견도 있었다고 이해하고 있습니다. ‘검토가 필요하다고 생각되는 문제점’입니다만, ①에 기재되어 있는, ‘법률상 보호된 이익’설은, 애초부터 상당히 유연성을 가진 것이며, 당해 처분의 근거규정만에 의하여 행정사건소송법 제9조에서 말하는 ‘법률상의 이익’의 유무를 결정하는 것과 같은 ‘경직’된 것은 아니라고 하는 지적도 있습니다. 이것은 3페이지의 대법원 판례해설의 담당조사관의 해설 가운데에서도 그와 같은 지적이 행하여지고 있습니다. 다음으로 ②에서, ‘법률상 보호된 이익’설은, 원고적격의 유무의 판단근거를 실정법에서 구하는 것이며, 한편으로는 좀 까다로운 수법이기는 하지만, 다른 한편으로는 개별법률의 제정에 있어서 입법자가 원고적격의 존부까지 고려하고 있다고는 생각되지 않고, 결국 실정법 존중이란 미명하에 사회적

타당성을 결하는 결론에 이르지 않을 수 없다는 비판도 있습니다. 다음으로 ③에서, ‘법률상 보호된 이익’설에 의한 해석운용의 경직화를 피하는 것이 필요하다고 해도, 행정사건소송법 제9조의 ‘법률상의 이익’이라고 하는 규정을 수정하는 것이 그 해결책으로서 필요하며, 또한 적당하다고 할 수 있는지 없는지 하는 문제가 있지 않는가 생각합니다. 이것은 ② 및 ③과 관련되는 관점으로서, 대법원의 판결 가운데의 의견, 그리고 대법원의 판결 가운데에서 참고가 된다고 생각되는 것을, 4페이지와 5페이지에서 인용하고 있습니다. 4페이지의 2의 사건은 이것은 공중욕장법(公衆浴場法)에 관하여, 공중욕장을 영업하고 있는 사람이 다른 사람에게 영업허가가 되어 그로 인하여 자신이 불이익을 받는다고 하여, 타인에게 행하여진 허가의 취소를 요구한 사례에 대하여, 대법원의 판결<sup>12)</sup>은, 그 현재 영업하고 있는 사람의 이익을 공중욕장법은 보호하고 있다고 하는 해석을 하여 원고적격을 인정한 것입니다만, 이 재판에 붙여진 이케다(池田) 법관의 의견에서는 무릇 이 공중욕장법의 영업허가에서, 요컨대 영업허가를 받은 사람이, 그것에 의하여, 다른 사람에게 허가가 되는지 안 되는지, 하는 것에 의하여 법률상 보호된 이익이 있다고 하는 것은 아니지 않는가, 즉, 공중욕장법의 규제라고 하는 것은, 이 자체는 공익의 목적이 아닐까. 이미 공중욕장을 영업하고 있는 사람의 이익이라고 하는 것은 오히려 이것은 법률상 보호된 이익이 아니라, 단순한 반사적 이익, 또는 사실상의 이익은 아닌가, 그러나 그러한 사실상의 이익이라고 하여도, 기존업자가, 위법한 영업허가에 의하여 심대한 손해를 입는 일이 발생하여, 그 위법한 행정처분에 대한 시정을 위한 법적 구제를 거부한다고 하는 것이, 이 헌법의 취지인가 어떤가, 이러한 의문을 제시하고 있는 것입니다. 즉, 개별행정법규라고 하는 것은 본래적으로는 공익을 실현한다고 하는 것이, 많을 것이라고 생각합니다만, 결국 그 행정법규에 의하여, 그 목적에 의하여 보호되고 있는가 아닌가 하는 관점에서 보는 것이 아니라, 거기서 보호되고 있지 않은 사실상의 이익 내지 반사적 이익이라고 하여도, 그것이 중대한 경우에는, 헌법상의, 그러한 법적 구제를 받을

12) 최고재판소소화37년(1962년)1월19일, 제2소법정판결·민집16권1호, 57頁.

수 있기 위한, 법률상의 이익에 해당하는 경우가 있다고, 이러한 해석을 하고 있는 견해를 피력한 법관도 있다는, 이러한 것을 지적하고 있습니다.

다음으로 5페이지의 3입니다만, 이것도 명문으로, 법률상의 규제가 되어 있지 않는 시골길이 용도폐지가 된 경우에, 그로 인하여, 불이익을 받는 지역주민이 그 폐지처분의 취소를 구하는 취소소송의 원고적격을 가지고 있는가 어떤가, 하는 판단에 있어서, 대법원<sup>13)</sup>은, 그것이 시골길과 같은, 특히 용도폐지처분의 기준이라든지가 마련되어 있지 않은, 그러한 경우에 대하여도, 5페이지의 밑에서 5행째의 부분에서, “본 건 시골길이 상고인에게 개별적이고 구체적인 이익을 주고 있고, 그 용도폐지에 의하여 상고인의 생활에 현저하게 지장이 발생한다고 하는 특단의 사정은 인정되지 않으며, 상고인은 용도폐지처분의 취소를 구함에 있어 원고적격을 가지지 않는다고 한 원심의 인정판단은 원판결 거시의 증거관계 및 그 설시에 비추어 정당하다고 인정할 수 있다”고 하고 있는데, 그렇다면, 역시 개별 구체적인 이익이 있고, 생활에 현저한 지장이 발생한다고 하는 이러한 경우에까지 원고적격을 부정한다고 하는 관점은, 대법원은 취하고 있지 않는 것이 아닌가, 라고도 생각되는 것입니다.

6페이지로 가서, 이와 같은 대법원의 생각에 대하여, (당 검토회가) 널리 식자들의 의견을 청취하는 자리를 마련했을 때에 아베야스따까(阿部泰隆) 교수가 “시골길에 대하여는 법률이 없기 때문에, 법률상 보호되는 이익설로는 근거지울 수 없을 것이다” 고 하는 이와 같은 의문을 제시하고 있는 것입니다.

다음으로, 2페이지의 ④에서, 앞서부터 때때로 말씀드린 것처럼, 행정사건소송법은 어떤 의미에서 행정구제의 기본법이기도 한 것은 아닌가, 그렇다면, 권리구제의 필요성이 있는 경우에, 다양한 소송유형을 준비하여, 그것에 의하여 권리구제를 하고 있다고 하게 되면, 취소소송도 결국 위법한 행정활동에 대한 국민의 권리구제의 요건을 정하고 있는, 그런 것이 아닐까, 그렇다면 그 밖에, 국가배상, 불법행위에 대하여도, 마찬가지로 권리구제의 요건을 규정한다는 목적을 가지고, 그 요건으로서, 법률

13) 최고재판소소화62년(1987년)11월24일, 제3소법정판결·재판집민사152호, 247頁; 송무월보34권4호, 700頁.

상의 이익이라고 하는 관점은, 상당히 널리 사용되고 있는 것이 아닐까, 그러나, 이 법률상의 이익이라고 하여도, 보통, 그러한 경우의 법률상의 이익에서의 법률상이라고 하는 의미는, 무언가 특정한 실정법에 의하여 보호되고 있다거나, 그러한 것을 통상적으로는 의미하고 있다고는 해석되지 않고, 각각의 목적에 비추어, 그 목적에 의한 보호에 적합한지 어떤지, 하는 그러한 의미에서의 법적 평가를 거치고 있다고 하는 의미에서의 법률상이라고 하는 개념은 아닌가, 생각됩니다.

⑤는, 통상의 민사소송에서는 원고적격에 관하여 판결에서 원용되고 있는 개념으로서는 법률상의 이해관계를 가지고 있을 것, 이라고 하는 것이 있는데, 7페이지에 보면, 이것은 종교법인의 한 구성원이, 이 종교법인의 임원의 지위에 대하여 확인을 구할 수 있는가 어떤가 하는 문제에 대하여는, 그 氏子(역자 주; 종교법인에서의 하나의 직)에 지나지 않는 자에 대하여는 “대표임원의 지위에 대하여 법률상의 이해관계를 가지고 있을 것을 요한다”고 하는, 이러한 식의 표현법을 하여, 원고적격을 부정한 사례가 있습니다<sup>14)</sup>.

원고적격에 관하여는 이상과 같습니다만, 자료1-6의 취소이유의 제한에 관하여는, 간단히 말씀드리면, 검토가 필요하다고 생각되는 문제점, 1페이지 부분, 이에 관하여도 당연한 것을 규정했다고 하는 것이 입법당시부터 회자되던 것인데, 1페이지의 ②에 기술한 것처럼, 설사 이것이 “당연한 이치를 규정한 것이라고 하여도, 행정법령에는 개인의 보호보다도 공익목적에 위하여 설치된 규정이 많기 때문에, ‘자기의 법률상의 이익과 관계없는 위법’을 넓게 해석하면, 이와 같은 법령위반을 취소사유로 주장할 수 없게 될 우려가 있다”, 넓게 해석되면, 국민의 권리구제의 장애가 될 우려가 있는 것이 아닌가 하는, 이러한 지적도 있는 것입니다. 참고로, 아래 부분에 토지수용법 제131조2항을 인용하고 있습니다만<sup>15)</sup>,

14) 최고재판소평성7년(1995년)2월21일, 제3소법정판결·민집49권2호, 231頁.

15) 토지수용법 제131조제2항 “국토교통대신 또는 도도부현지사는, 사업의 인정 또는 수용위원회의 재결에 대한 이의신청 또는 심사청구가 있는 경우에, 사업의 인정 또는 재결에 이르기까지의 절차, 기타의 행위에 관하여 위법이 있어도, 그것이 경미한 것으로서 사업의 인정 또는 재결에 영향을 미칠 우려가 없다고 인정되는 때에는, 결정 또는 재결로써 당해 이의신청 또는 심사청구를 기각할 수 있다.”

이 규정의 예가 2페이지에 있습니다만, 절차에 위법이 있는 경우에, 그것이 “경미한 것으로 처분에 영향을 미칠 우려가 없다고 인정되는 때에는 법원의 재량으로 청구를 기각할 수 있는” 그러한 것도, 경우를 나누어 생각해 보는 것은 어떤가 하는 것을 문제점으로 지적하고 있습니다. 그리고 단체소송에 관하여는, 자료2입니다만, 자료의 2-1에, 사법제도개혁심의회 의견서가 있습니다. 이 사각형의 테두리 안에 있는 것처럼, “단체소권의 도입, 도입하는 경우의 연락단체의 결정방법 등에 관하여는 법분야마다 개별 실체법에 있어서, 그 법률의 목적이나 그 법률이 보호하려고 하고 있는 권리, 이익 등을 고려하여 검토되어야 한다”, 이렇게 되어 있습니다. 한편, 그 자료의 2-2는 민사소송법의 개정에 있어서도, 이점에 관하여 검토사항으로 된 것을 보여주고 있습니다. 참고로 그 때의 문제점에 관한, 검토사항의 보충설명, 그리고, 그것에 대한 의견수집의 결과가 정리되어 있으므로 참조해 주십시오. 이에 관하여, 현재 내각부 국민생활국에서, 소비자 단체소송제도에 관한 검토가 이루어지고 있기 때문에, 그 관계자료, 그리고 공정거래위원회 경제거래국에서 검토하고 있는 자료, 이것은, 독점금지법 관계에서의 연구상황에 관하여, 그리고 자료의 2-6에서, 재단법인 지적재산연구소에서, 특허청에서의 단체소송, 그러니까, 부정경쟁방지법의 관계에서의 연구가 이루어지고 있다는 이러한 현황을 각성청으로부터 소개받았기 때문에 여기에서 보고 드립니다. 이상입니다.

## 제14회 행정소송검토회 의사개요

### 【행정소송의 심리 등에 관하여】

■ 행정소송의 심리절차에 관하여는, 자료1의1의 ‘지금까지의 논의 및 앞으로 검토해야 할 과제’의 ①에 있는 것처럼, 직권증거조사의 점을 제외하고, 기본적으로 민사소송법의 소송절차의 예에 의한다고 되어 있으며, 이미 다양한 논점에 대하여 검토가 이루어졌다.

심리절차에 관한 논점 가운데, 행정의 보유하는 문서나 정보를 소송의 자료로 하기 위한 제도적 장치에 관하여, 기존의 제도인 문서제출의무에 대하여는 자료의 ②에 기재한 것처럼, 공문서에 관하여도, 일정한 제외사유에 해당하지 아니하는 경우에는 문서를 제출해야할 의무가 있다고 되어 있다. 제외사유에 관하여는, 민사소송법 제220조제4호 ‘이(イ)’부터 ‘호(ホ)’까지에 규정되어 있으며, 이 조문은 자료의 4페이지에 기재되어 있는 대로입니다만, 4호의 ‘로(ロ)’는, ‘공무원의 직무상의 비밀에 관한 문서로서 그 제출에 의하여 공공의 이익을 해하거나 또는 공무수행에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 것’에 대하여는 제출의무가 없다는 점을 규정하고 있다. 이 공무원이 보관·소지하는 문서에 관한 규정은, 평성 13년(2001년)에 막 개정된 조문이다.

소송을 떠나서, 행정의 프로세스에 눈을 돌리면, 자료의 ③에 기재한 대로, 행정절차에 있어서는 불이익처분의 당사자 등은 청문이 개최될 때에, 행정절차법 제18조에서, “당해 불이익처분의 원인이 되는 사실을 증명하는 자료의 열람을 구할 수 있다”고 되어 있으며, 또한 행정불복심사 절차에서는 행정불복심사법 제33조제2항에 의하여, 심사청구인은 “청구인으로부터 제출된 서류 그 밖의 물건의 열람을 구할 수 있다”고 되어 있다.

검토회에 있어서의 이 점에 관한 검토에서는, 자료의 ④에 기술되어 있는 것처럼, 행정소송에 있어서 불복심사의 재결 등의 기록에서도, 또한 민사소송법 제222조에 의거 문서의 특징을 구하여도 명확히 되지 않는 경우나, 민사소송법 제220조제1항제4호 ‘로(ロ)’의 “공무원의 직무상의 비밀에 관한 문서로서 그 제출에 의하여 공공의 이익을 해하거나 또는

공무수행에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 것”에 해당한다고 하여 문서제출의무가 다투어지는 경우 등이 있으며, 신속하고 적정한 심리를 위하여서는 소송상의 행정기록의 제출의무에 대하여 검토할 필요가 있다고 하는 의견이 있었다.

여기서 이점에 관하여, 여전히 검토가 필요하다고 생각되는 문제점으로서 자료 2페이지의 ‘검토가 필요하다고 생각되는 문제점’으로서 기술한, 그러한 점이 문제가 아닌가 생각됩니다. 우선, 자료에서 ①이라고 하여 기술하고 있는 것은, 검토회에서의 의견에 기초하여, 행정소송에 있어서, 행정에 문서의 제출을 구하는 새로운 제도를 설치할 필요가 있다고 하는 경우에, 그 새로운 제도를 민사소송법 제151조에서 일반적으로 규정되고 있는, 소송관계를 명료하게 하기 위한 석명처분이라는 제도, 이것은 바꾸어 말하면 당사자의 변명을 정리하기 위한 제도로써, 직접적으로는 증거를 제출하게 하기 위한 제도는 아니지만, 이 제도의 특칙을 설치한다고 하는 식으로 검토해야 할 것인가, 아니면, 서증(書證), 즉 문서의 증거조사이지만, 그 신청의 한 방법인 문서제출명령이라고 하는 제도의 특칙을 설치하는 식으로 검토해야 할 것인가 하는 점이다.

우선, 석명처분에 관하여 약간 설명하면, 석명처분은 석명권을 보충하기 위한 제도이다. 자료의 3페이지의 밑 부분부터 참조조문을 기재하고 있는데, 민사소송법 제149조제1항에 의하면, 재판장은, 구두변론의 기일 또는 기일 이외에 있어서, 소송관계를 명료하게 하기 위하여, 사실상 및 법률상의 사항에 관하여, 당사자에 대하여 질문을 발하거나 또는 입증을 촉구할 수 있다고 되어 있다. 이것이 석명권이라고 설명되는 것인데, 석명권의 행사로서, 당사자에 대하여 질문을 하거나 입증을 촉진하는 것만으로는 소송관계를 명확히 할 수 없는 경우도 있다. 여기서 석명권을 보충하기 위하여 민사소송법 제151조는 법원이 석명을 위하여 일정한 처분을 할 것을 인정하고 있으며, 이것이 석명처분이라고 불리는 것이다. 석명처분의 내용으로서는 자료의 3페이지의 밑에서 4페이지에 걸쳐서 조문을 기재하고 있는데, 예를 들면, 문서에 착안하여, 민사소송법 제151조제1항제3호를 보면, 소송서류 또는 소송에 있어서 인용된 문서 그 밖의 물건으로서 당사자가 소지하는 것을 제출하게 하는 것이 가능하게 되

어 있으며, 제4호에서는 당사자 또는 제3자가 제출한 문서 그 밖의 물건을 법원에 유치할 수 있다고 되어 있다. 그 외에도, 제1호에서는 당사자 본인 또는 그 법정대리인에 대하여, 구두변론의 기일에 출두할 것을 명하는 것, 제2호에서는 구두변론의 기일에 있어서, 당사자를 위하여 사무를 처리하거나 또는 보조하는 자로서 법원이 상당하다고 인정하는 자에게 진술하게 하는 것, 제5호에서는, 검증을 하거나 또는 감정을 명하는 것, 제6호에서는, 조사를 촉탁할 수 있다고 하는 것과 같이 다양한 처분이 가능한 권한이 법원에 부여되어 있다. 석명권 및 석명처분은, 법원의 소송지도권의 한 내용으로 생각되고 있으며, 법원이 직권으로 행사할 수 있는 것으로, 석명처분을 할 것인지 말 것인지는 법원의 재량에 맡겨져 있다. 문서의 제출을 구하는 석명처분의 경우라면, 문서의 소지자의 의견을 들을 필요도 없다. 또한 석명권의 행사 및 석명처분은, 구두변론의 기일만이 아니라, 기일 외에도 행할 수 있다고 되어 있기 때문에, 그러한 의미에서도 석명권의 행사 및 석명처분은 심리의 효율화라는 관점에서 매우 큰 의미를 가지는 제도로 되어 있으며, 나아가서는 법적인 지식이 반드시 충분하지 않은 당사자에 대하여 법원이 후견적인 배려를 작동하는 기능도 있다고 이해되고 있다. 따라서 행정소송에 있어서 행정이 보유하는 문서 등을 제출하게 하기 위한 새로운 제도를 설치하는 경우에는, 이러한 석명처분의 특례로서, 행정소송에서 보다 사용하기 쉬운 석명처분적인 제도를 만드는 방법이 고려될 수 있다.

다른 한편, 문서제출명령은, 민사소송법 제219조에 의하여, 문서의 증거조사를 신청하는 한 방법으로 규정되어 있으며, 당사자의 신청을 받아, 당사자 또는 제3자에 대하여, 그 소지하는 문서의 제출을 명하는 제도가이며, 제출의무의 범위를 비롯하여, 문서의 특정을 위한 절차, 제출명령과 이에 대한 불복신청의 절차, 문서제출명령에 따르지 않는 경우 등의 효과 등에 관하여 상세한 규정이 두어져 있다. 이 제도는 행정소송에 있어서도 원용되고 있는데, 이를 행정소송에 관한 특례로서 무언가의 차이를 지닌 독자적인 제도를 만든다고 하는 것도 고려될 수 있다.

하지만, 새로운 제도를 구상함에 있어서는, 기존의 제도에서 무엇이 부족한지 하는 점을 고려할 필요가 있기 때문에, 자료의 ②에서는, 행정절

차법 제18조에 의하여 행정절차에서 열람청구권이 인정되는 문서, 이것은 불이익처분의 원인이 되는 사실을 증명하는 자료인데, 혹은 행정불복심사법 제33조에 의하여 행정불복심사에서 열람청구권이 인정되는 문서, 이것은 처분청으로부터 제출된 서류 그 밖의 물건이지만, 이들에 대하여는 ‘거증자(舉證者)가 문서의 소지자에 대하여 그 인도 또는 열람을 구할 수 있는 때’(민사소송법 제220조제2호), 또는 ‘문서가 거증자의 이익을 위하여 작성되거나 또는 거증자와 문서의 소지자와의 법률관계에 관하여 작성된 때’(민사소송법 제220조제3호)에 해당한다고 하여, 현재 있는 문서제출명령의 제도 속에서, 문서제출의무를 인정하는 것이 가능한지 어떤지, 하는 점에 관하여는, (새로운 제도를 구상함에 앞서 그) 전제로서 검토하실 필요가 있는 것이 아닌가 하는 점을 지적하고 있다.

그리고, 자료의 ③에서는, 지금 말씀 드린 것처럼 기존 제도 가운데에서 문서제출의무가 인정되지 않거나 혹은 문서제출의무가 있는지 없는지 명확하지 않다고 하는 경우에는, 민사소송법 제220조제2호 및 제3호의 취지 및 행정소송법 제18조 및 행정불복심사법 제33조제2항의 취지를 확장하여, 행정절차 및 행정불복절차에서 열람청구권이 인정되는 행정문서에 대하여, 새로이 소송상의 문서제출의무를 규정한다고 하는 것이 고려될 수 있는데, 그러한 방법에 관하여 어떻게 생각하는지 하는 점을 들고 있다.

다음으로, 자료의 ④ 및 ⑤는 행정측이 문서 등의 제출을 하지 않아도 되는 예외에 관하여 ‘검토가 필요하다고 생각되는 문제점’을 기재한 것인데, 우선 ④에서는 행정의 문서제출의무를 규정하는 경우, 가령, 이를 민사소송법의 문서제출의무의 특례로서 생각하는 경우라면, “공무원의 직무상의 비밀에 관한 문서로서 그 제출에 의하여 공공의 이익을 해하거나 또는 공무수행에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 것”에 대하여 제출의무가 없다고 하는 민사소송법 제220조제4호 ‘로(ロ)’의 규정의 적용이 있다고 하면, 현재의 제도와 이 점에서는 차이가 없는 것이 되는데, 이러한 제외사유는 없는 것으로서 규정하는 것이 어떤지, 나아가서는 적용이 없다고 하는 경우, 공무원의 직무상의 비밀에 관한 문서의 제출의무에 대하여, 제출하게 하여 문제가 없는 것인가, (아니면) 제출하게 해서는

아니되는 것인가, 이러한 점을 어떻게 생각하여야 하는가 하는 점을 지적하고 있다.

또한, 자료의 ⑤에서는 행정에 대하여 문서의 제출을 구한다고 하는 의미에서는, 공통된 면이 있다, 행정기관이 보유하는 정보의 공개에 관한 법률, 이른바 정보공개법인데, 이 정보공개법상의 제도에 대하여, 제5조 제1호부터 제6호까지 규정하는 비공개대상정보, 이 조문은 자료의 6페이지부터 7페이지에 걸쳐서 기재하고 있는데, 이들 정보가 공개하지 않는 정보로서 규정되어 있다. 여기서 새로운 제도를 고려함에 있어서는, 이 점에 관하여는 어떻게 생각하는가 하는 점을 검토해 주셨으면 한다.

또한, 새로운 제도를 구축하는 경우에는, 자료의 ⑥에 기재되어 있는 것처럼, 행정이 문서 등의 제출을 하지 않는 경우의 법률효과를 어떻게 할 것인가, 법률효과를 규정하는 경우, 어떠한 내용을 규정하여야 하는가, 하는 점도 문제가 되지 않을까 생각한다.

이러한 문제점의 검토에 있어서는, 자료의 ⑦에 외국의 제도를 소개하고 있는데, 이들 제도도 참고로 하여 검토해 주셨으면 하고 생각하고 있다.<sup>16)</sup>

나아가, 자료의 ⑧에서는, 새로운 제도를 구축하는 경우, 처분의 취소소송과 같이, 행정청이 이미 처분의 단계에서 자료를 수집하여 검토를 하고, 그것에 기초하여 처분을 하였을 것이기 때문에, 그 자료를 제출하라고 하는 제도는 이해하기 쉬운데, 취소소송 등에서 행정청의 처분이 소송의 대상이 되어 있는 것이 아닌 경우에 대하여는 어떻게 할 것인가, 또한 취소소송 이외에 적용범위를 넓히는 경우라면, 그 범위나 근거를 어떻게 설정할 것인가, 구체적으로는 중지소송이나 의무이행소송과 같이 행정청이 아직 구체적인 액션을 일으키고 있지 않은 경우의 소송도 있을 수 있기 때문에, 그와 같은 경우에도 적용범위를 확대하여 갈 것인가, 나

16) 외국의 입법례로서 프랑스, 독일, 한국의 세 나라의 관계규정이 소개되고 있다. 프랑스의 경우, “법원은, 행정에 대하여, 행정결정의 근거로 된 문서의 제출, 사실상 및 법률상의 이유의 설명을 구할 권한이 있으며, 행정이 응하지 아니하는 때에는, 원고의 주장을 인정하지 아니한 것으로 본다”고 하고 있고, 독일의 경우 행정법원법 제 99조에서 ‘행정은, 법원의 요구에 응하여, 심리에 필요한 서류·문서를 제출하고, 정보를 제공할 의무’에 대하여 규정하고 있고, 한국은 행정소송법 제25조가 “재결을 행한 행정청에 대하여 행정심판에 관한 기록의 제출을 명할 수 있다”고 하는 규정이 소개되고 있다.

아가서는 소송의 당사자로 되어 있지 아니한 국가 또는 공공단체가 보유하는 문서, 예를 들면, 행정불복심사의 심사청이 보유하는 문서 등의 경우에 대하여, 이것도 대상으로 할 것인가, 하는 점에 대하여 어떻게 처리할 것인가 하는, 이러한 문제점에 대해서도 검토해 주셨으면 한다.

이어서, '재량처분의 취소에 대한 검토과제'에 관한 자료가 자료1의2이다. 이 점에 관하여는, '지금까지의 논의 및 장래 검토해야 할 과제'로서는 자료의 ①에 있는 것처럼, 입법당시는, 행정사건소송법 제30조에는, 자유재량처분에 관하여도 취소할 수 있는 경우가 있는 점을 명확히 할 의미가 있었지만, 현재로서는 재량처분의 취소원인은 처분의 위법사유에 관한 실체법의 해석의 문제라고 하는 견해가 정착되어 있으며, 행정사건소송법 제30조는 재량처분을 취소하는 것이 가능한 경우를 한정하는 규정으로 되어 있는 점에서, 현시점에서는 법원의 판단을 오히려 제약할 우려가 있다고 하는 의견과, 다른 한편으로 재량에 관한 사법심사의 폭은 매우 다양하여, 고려할 수 있는 것을 모두 규정하는 것은 곤란하지만, 규정을 삭제함으로써 법원의 재량심사가 충실해진다고도 말할 수 없지 않은가 하는 취지의 의견도 있었다고 생각된다.

또한 자료의 ②에 기재하고 있는 것처럼, 재량처분의 증명책임에 관한 규정을 두어야 한다고 하는 의견, 토지이용, 도시계획 등의 영역에 관하여는 가능한 한 객관성 있는 판단이 확보되도록, 비용편익분석 등의 판단기법을 원용할 것을 규정해야 한다는 의견도 있었다.

이와 같은 논의상황을 감안하여, 검토가 필요하다고 생각되는 문제점으로서는 ①에 기재되어 있는 것처럼, 재량처분의 취소사유는 개별처분마다 처분의 위법성에 관한 실체법의 해석에 의하여 결정되는 문제가 아닌가, 그리고, 이것을 일률적으로 규정하는 것이 적당하다고 하는 점, 그리고, 현행법의 규정이 재량처분의 취소사유를 제한하는 규정으로 되어 있다고 하는 지적에 관하여는 어떻게 생각하는지 하는 이러한 점에 대하여 검토해 주실 필요가 있는 것이 아닌가 생각된다. 또한, ②라고 하여 기재한 것처럼, 증명책임의 문제에 대하여는 개별 실체법의 해석에 의하여 결정되는 문제라고 생각된다. 증명책임은, 법령을 적용하는 경우에, 그 전제로서 필요한 사실에 대하여, 소송의 장에서 입증활동을 다하여도

진위불명이라고 하는 상황이 발생한 때에, 그 법령을 적용하면 얻을 수 있을 법률효과가 발생하지 않게 되어 버린다고 하는 당사자의 부담을 말하는데, 이 부담을 당사자간에 어떻게 분배하는가 하는 점에 대하여, 민사소송법에 있어서의 통설적인 사고로는, 실체법의 해석에 의하여 정하는 문제라고 이해되고 있다. 이에 대하여는 증거와의 거리나 입증의 난이(難易), 사실의 존재·부존재의 개연성 등의 실질적인 요소를 고려하여 분배를 결정하여야 한다고 하는 유력한 견해도 있지만, 행정소송에서의 증명책임의 분배의 문제에 이르면, 국민과 행정의 관계를 고려하여, 보다 다양한 견해가 제창되고 있으며, 정설이 없다고 알려져 있다. 어느 경우이든 실제에는 법령의 적용에 필요한 구체적인 사실을 분석하고, 공평의 관점에서 구체적으로 결정하는 작업을 요하는 것에는 변함이 없다. 그리고 재량처분에 대한 증명책임의 분배에 관하여는 무릇 무엇이 재량처분인가 하는 점부터 문제가 되는 바이며, 한 마디로 재량처분이라고 하여도, 어디에 어떻게 재량이 있는 것인지는 매우 어려운 문제라고 생각되는데, 그러한 다양한 재량처분의 증명책임에 대하여, 일률적인 원칙규정을 두는 것이 과연 가능한 것인가, 이러한 점에 대하여도 검토해 주실 필요가 있는 것이 아닌가 생각하는 바입니다.

□ ‘집행정지·가구제’ 및 ‘그 밖의 과제’에 대한 논점에 대하여.

■ 집행정지·가구제에 관한 검토과제의 자료는 자료1의3이다. 이 주제에 관한 ‘지금까지의 논의 및 장차 검토해야 할 과제’인데, 자료의 ①은, 현행제도를 간단히 소개하고 있다. 취소소송 및 무효등확인소송의 소의 제기는, 처분의 효력, 처분의 집행 또는 절차의 속행을 방해하지 아니한다고 하는 집행정지의 원칙이 취하여져 있으며, 그 위에, 소의 제기가 있는 경우에, 처분, 처분의 집행 또는 절차의 속행에 의하여 발생하는 회복이 곤란한 손해를 피하기 위하여 긴급한 필요가 있는 때에는 법원은 신청에 의하여 결정으로써 처분의 효력, 처분의 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지를 할 수 있다고 하는 집행정지제도가 있다.

다른 한편, 행정청의 처분 그 밖의 공권력의 행사에 해당하는 행위에 대하여는, 민사보전법에서 규정하는 가처분을 하는 것이 불가능한 것으로

로 되어 있고, 집행정지 외에는 가구제의 제도가 없다고 하는 것인 현재의 상황이다.

검토회에서의 의견으로서는 자료의 ②에 있는 것처럼, 우선, 가처분의 금지에 대하여는, 가처분의 금지의 효력이 미치는 범위는, 취소소송 또는 무효등확인소송에 잇따른 집행정지에 의하여 가구제가 가능한 경우에는 제한되지 않는다는 등의 문제가 있어, 실효적인 권리구제를 보장하는 관점에서는, 가권리구제제도가 불충분한 것은 아닌가, 하는 의견이나, 신청에 대하여 이를 인정하지 않는다고 하는 거부처분의 취소소송에서는 집행정지를 하여도 신청이 인정된 것으로는 되지 않기 때문에, 집행정지는 기능하지 아니하고, (그 결과) 가구제를 결하고 있는 것은 아닌가 하는, 그러한 의견이 있었다. 또한 자료의 ③에 기재하고 있는 것처럼, 집행부정지의 원칙에 대하여는 이를 유지하여야 한다는 의견과, 집행정지를 원칙으로 하여야 한다는 의견이 있는 외에, 집행정지의 요건이 유연하게 운용되면, 어느 것을 원칙으로 하는가는 별로 중요한 문제가 아니라고 하는 지적도 있었다.

집행정지제도 자체에 대한 의견으로서는, 자료의 ④에서 기술하고 있는 것처럼, 집행정지의 요건에 관하여 소의 제기전이라고 하여도, 집행정지의 신청이 불가능하도록 해야 한다고 하는 의견, ‘처분, 처분의 집행 또는 절차의 속행에 의하여 발생하는 회복이 곤란한 손해를 피하기 위하여 긴급한 필요가 있는 때’라는 요건은 너무 엄격하다는 의견, 소송의 당사자 이외의 자로서 처분에 이해관계를 가지는 자의 이익에 대한 배려를 결하고 있다는 등의 의견이 있었다.

그리고, 내각총리대신의 이의제도에 대하여는, 자료의 ⑤에 기재되어 있는 것처럼 이 제도를 폐지하는 방향으로 검토해야 한다는 의견으로 일치되고, 이 제도에 대체하여, 집행정지결정에 대한 불복신청이 제기되는 경우, 집행정지결정의 효력을 법원이 일시 정지하는 것이 가능한 제도를 검토하여야 한다는 의견이 있었다.

이와 같은 의견을 감안한 후에, 여전히 검토가 필요하다고 생각되는 문제점으로서, 우선 ①로서, 가처분의 금지에 대하여는 권리의 실효적인 구제를 보호하는 관점에서, 가처분의 금지를 정한 행정사건소송법 제

44조의 규정을 삭제한다고 하는 경우에, 민사보전법의 가처분의 규정을 그대로 적용하는 것이 이론상 가능한지 어떤지, 가능하다고 하면 적당한지 어떤지, 또는 공익, 내지 공공의 복지와의 조정이나 소송당사자 이외의 제3자의 권리이익의 보호 등을 배려하는 취지에서, 독자의 요건을 정할 필요가 있는지 어떤지, 가처분의 규정의 적용이 적당하지 않다고 한 경우에 가처분에 대신하여 가의 권리구제로서 어떠한 제도설계가 적절한지, 집행정지에 의한 가의 권리구제가 실효적으로 기능하는 경우에까지 가처분의 규정이 적용된다고 생각하여야 하는지 어떤지, 이러한 문제점을 검토해 주실 필요가 있는 것이 아닌가.

또한 집행정지의 요건에 대하여는, ②에서 기술하고 있는 것처럼, 집행정지의 요건으로서 ‘처분, 처분의 집행 또는 절차의 속행에 의하여 발생하는 회복이 곤란한 손해를 피하기 위하여 긴급한 필요가 있는 때’라고 규정하고 있음으로 해서, 실제상 어떠한 문제가 발생하고 있는지, 그것은 해석 운용의 문제라고 생각해야 하는 것인지, 아니면 요건의 규정방식의 문제라고 생각해야 하는 것인지 하는 점, 또한 집행부정지원칙에 대하여 어떻게 생각하는지, 나아가서는 집행정지가 소의 제기를 요건으로 하고 있는 취지를 어떻게 생각하는지, 하는 점에 대하여도 검토해 주시면 어떨까 생각했다. 이들 문제를 검토해 주심에 있어서는, 참고로 법원의 판결에 대한 불복신청의 경우와 행정청의 처분에 대한 불복신청의 경우를 비교하는 것도 하나의 검토의 시점이 될 수 있는 것이 아닌가 생각하여, 그 두 가지의 제도의 차이를 (각주)에서 설명하고 있다.

우선 첫 번째는, 가집행의 선언을 붙인 판결에 대하여 공소의 제기가 있는 경우, 공소심의 판결이 있기까지 가집행이 이루어져도, 공소심의 판결에서 본안 판결을 변경하는 경우에는, 민사소송법 제260조제2항에서, “법원은, 피고의 신청에 의하여, 그 판결에 있어서, 가집행의 선언에 기초하여 피고가 급부한 것의 반환 및 가집행에 의하거나, 또는 이를 면하기 위하여 피고가 받은 손해의 배상을 원고에게 명하지 않으면 아니된다”고 하고 있다. 법원의 판결은, 그 이상 다툼 길이 없다고 하는 상대가 되어 비로소 그 효력을 발생하는 것이 원칙인데, 상소심의 판단을 기다림이 없이 하급심이 그의 판결대로 집행을 진행하여 좋다고 판단한 경우에

는 임시로 그 판결대로 실현을 해도 좋다고 하는 가집행의 선언을 할 수가 있다. 그러나 가집행선언이 붙은 판결에 기초하여 원고가 판결의 집행을 하여, 피고측으로부터 재산을 얻고 있는 경우라고 하여도, 상급심이 하급심과 다른 판단을 하여, 결론이 뒤집혀지는 경우가 있다. 그러한 경우에는 가집행의 선언에 기초하여 피고가 급부한 것의 반환 및 가집행에 의하거나 또는 이를 면하기 위하여 피고가 받은 손해의 배상을 원고에게 명한다고 하게 된다. 따라서 가집행이 행하여져도, 그것은 상소심에서, 청구에 대한 판단에서 고려되는 것은 아니며, 이미 집행을 해버린 것이기 때문에 다투어도 소용이 없지 않는가 하여 공소의 이익이 상실된다고 하는 것도 없다. 다투는 측으로서서는 설령 가집행이 된 후라고 하여도, 결론이 역전되면, 급부한 것은 되돌아오며, 손해의 배상도 받을 수 있기 때문에, 그것을 목적으로 하여 다투 수 있다. 그리고 이 때의, 가집행을 한자의 민사소송법 제260조제2항에 기초한 손해배상의무는 무과실책임이라고 해석되고 있다. 이에 대하여 처분의 취소소송을 제기한 후에 처분의 집행이 된 경우를 생각하면, 처분이 가집행선언부 판결과 동일한 역할을 수행하는 것이라고 하여 (서로) 비교하게 되는데, 취소소송의 소의 이익이 상실된다고 생각되고, 이 점을 전제로 하여 소를 손해배상청구로 변경하지 않으면 아니된다고 하게 되는 이상, 처분이 위법인 경우의 원상회복의무의 규정도 특별히 정하여져 있는 것은 아니라고 하는 형편으로 되어 있다.

두 번째의 비교로서는, 가집행의 선언을 부기한 판결에 대한 공소의 제기가 있는 경우의 집행정지재판의 요건과 행정소송의 집행정지의 요건과의 비교이다. 가집행선언부 판결에 대한 공소의 제기와 동시에 이루어지는 집행정지는, 민사소송법 제398조제1항제3호에 의하여, “가집행의 선언을 부기한 판결에 대한 공소제기(중략)가 있는 경우에 있어서, 원판결(중략)의 취소 또는 변경의 원인이 되는 사정이 없다고는 할 수 없는 점 또는 집행에 의하여 현저한 손해를 발생시킬 우려가 있는 것에 관하여 소명이 있을 때”를 요건으로 하고 있다. 이에 대하여 처분의 취소소송에 있어서의 집행정지에 대하여는, 담보의 규정은 없지만, 요건은 “처분, 처분의 집행 또는 절차의 속행에 의하여 발생하는 회복이 곤란한 손해를

피하기 위한 긴급한 필요가 있는 때”가 아니면 아니되며, 또한 “공공의 복지에 중대한 영향을 미칠 우려가 있는 때” 또는 “본안에 대하여 이유가 없어 보이는 때”에는 집행정지를 할 수 없다고 하고 있어, 보다 제한적으로 되어 있는 것은 아닌가 하는 견해가 가능하지 않은가 생각한다. 이와 같은 비교도 하나의 참고로서 검토해 주셨으면 하고 생각하는 바이다.

나아가, 지금까지의 검토회에서 의견에 고려하면, 자료의 ③으로서 기재하고 있는 것처럼, 소송의 당사자가 아닌 자의 권리의익을 절차상 보호하는 관점에서, 집행정지의 절차에 관하여 무언가의 검토를 할 필요가 없는지 여부, 이러한 점도 문제점으로서 지적되는 바이며, 내각총리대신의 이의제도의 폐지에 관하여는, 자료의 ④에서 지적하고 있는 것처럼, 이 제도를 폐지한 경우에, 사법권에 최종적으로 판단이 위임될 수 있는 형태로 집행정지결정에 대한 행정의 불복신청이 실효적으로 기능하는 제도를 구상할 필요는 없는지, 하는 점에 대하여서도 검토해주시는 것이 좋은 것이 아닌가 생각하였던 바이다.

이어서, 처분의 취소의 소와 심사청구와의 관계에 관한 검토과제에 대한 자료가 자료1-4이다. 이 주제에 대하여, ‘지금까지의 논의 및 장차 검토해야 할 과제’로서는, 우선 자료의 ①에, 현행법의 조문에 대한 설명을 기재하고 있다. 조문 자체는 자료의 뒷부분에 기재하고 있다. 처분의 취소의 소는, 법률에 당해 처분에 관한 심사청구에 대한 재결을 거친 후가 아니면 처분의 취소의 소를 제기하는 것이 불가능하다는 뜻의 규정이 있는 경우에도, 제8조제2항에 의하여, ‘심사청구가 있는 날부터 3개월을 경과하여도 재결이 없는 때’, ‘처분, 처분의 집행 또는 절차의 속행에 의하여 발생하는 현저한 손해를 피하기 위하여 긴급한 필요가 있는 때’ 또는 ‘그 밖에 재결을 거치지 않음에 있어 정당한 이유가 있는 때’에는 재결을 거치지 않고 소를 제기할 수 있으며, 이 경우, 제8조제3항에 의하여, 당해 처분에 관하여 심사청구가 되어 있는 때에는, 법원은, 심사청구에 대한 재결이 있을 때까지(심사청구가 있는 날부터 3개월을 경과하여도 재결이 없는 때에는, 그 기간을 경과할 때까지), 소송절차를 중지할 수 있다고 되어 있다. 처분의 취소의 소와 심사청구와의 관계에 대하여는, 검토회에서 의견으로서는, 자료의 ②에 기재되어 있는 것처럼, 불

복심사의 신청과 소의 제기와의 선택의 여지를 인정하여야 한다고 하는 의견, 통달 등의 명확한 근거에 기초하여 행하여져, 행정불복심사에 의한 구제가 예측되지 않는 경우에도 심사청구가 있는 날부터 3개월을 경과할 때까지 소송을 제기할 수 없는 것은, 신속한 권리구제를 저해할 우려가 있다고 하는 의견, 불복심사는, 국세불복심판소와 같이 국가의 합리적인 자원배분 관점에서 보아, 전심(前審)으로서 중요한 기능을 수행하고 있는 제도라고 하는 의견, 현행법의 운용상 실제로 어떠한 문제가 있는지를 고려하여 입장을 정리할 필요가 있다는 의견 등 다양한 의견이 있는 상황이다.

이와 같은 논의상황을 감안하여, 검토가 필요하다고 생각되는 문제점 으로서는, 우선 자료의 ①에서, 불복심사전치가 규정되어 있음으로 인하여, 권리의 신속하고 실효적인 구제의 관점에서 실제로 어떠한 문제가 발생하고 있다고 생각하는지, 또한 행정사건소송법 제8조제2항에서 재결을 거치지 않고 소를 제기할 수 있는 경우가 규정되어 있는데 이 제도의 운용에 의하여 권리의 신속하고 실효적인 구제를 실현할 수 없는지 어떤지, 하는 현 상황의 문제점의 소재를 확인해야 하지 않은가 하는 점을 제시하고 있다.

그 위에, ②에서, 행정사건소송법 제8조제2항제2호 및 제3호는, “처분, 처분의 집행 또는 절차의 속행에 의하여 발생하는 현저한 손해를 피하기 위하여 긴급한 필요가 있는 때” 또는 “기타 재결을 거치지 않은 것에 대하여 정당한 이유가 있는 때”에는 법률에 당해 처분에 관한 심사청구에 대한 재결을 거친 후가 아니면 처분의 취소의 소를 제기할 수 없다는 뜻의 규정이 있는 경우에도, 재결을 거치지 않은 채, 처분의 취소의 소를 제기할 수 있다는 뜻을 규정하고 있는데, 행정사건소송법 제8조제2항제2호에서 규정하는 ‘긴급한 필요’가 있거나, 또는 제3호에서 규정하는 ‘정당한 이유’가 있다고 생각하여 소를 제기했음에도 불구하고, 법원이 ‘긴급한 필요’ 내지 ‘정당한 이유’가 없다고 판단한 경우에는, 소가 부적법하다고 각하될 가능성이 있는 제도이기 때문에, 그래서 원고가 현저한 불이익을 입을 경우가 있게 되는 것이 아닐까, 그 점에서는 법원이 ‘긴급한 필요’ 내지 ‘정당한 이유’가 없다고 판단한 경우에도, 소를 부적법하다

고 하여 각하하는 것이 가능한 제도가 아니라, 행정사건소송법 제8조제3항의 경우와 마찬가지로, 심사청구에 대한 재결이 있을 때까지(심사청구가 있는 날부터 3개월을 경과하여도 재결이 없는 때에는, 그 기간을 경과할 때까지), 소송절차를 중지할 수 있는데 그치게 하는 것이 적당하지 않은가 하는 이러한 점에 대하여 검토해 주시면 어떨까 생각했다.

나아가, 복수원고에 의한 취소소송의 소의 제기의 수수료에 대한 검토과제의 자료, 이것은 자료1-5가 되는데, 이 주제에 대하여는, 우선 ‘지금까지의 논의 및 장차 검토해야할 과제’로서, 자료의 ①에, 현행 시스템에 대한 설명을 하고 있다. 즉, 소의 제기 수수료금액의 산출 기초가 되는 ‘소송의 목적의 가액’은 ‘소로 주장하는 이익’에 의하여 산정되어, 하나의 소로 수개의 청구를 하는 경우에는, 민사소송법 제9조제1항은, 그 가액을 합산한 것을 소송의 목적의 가액으로 하는 것을 원칙으로 하면서도, 그 소에서 주장하는 이익이 각 청구에 대하여 공통된 경우에 있어서의 그 각 청구에 대하여는, 예외로 하여 합산하지 않는 것으로 하고 있다. 이 점에 관한 판례를 ②에 기재하고 있는데, 판례는, 복수의 원고가 삼림법 제10조의2에 기초한 임지(林地)개발행위의 허가처분의 취소를 구하여, 개발행위에 의하여, 허가구역주변의 수질의 악화, 수량(水量)의 변화, 대기오염, 그 밖의 환경악화가 발생하고, 허가구역주변에 거주하는 원고들의 수리권, 인격권, 부동산소유권 등이 침해될 우려가 있는 바, 본건 처분에는, 동조 제2항 소정의 불허가사유가 있음에도 행하여졌다고 하는 실체상의 위법에 더하여, 원고들의 동의를 얻지 않고 행하여졌다고 하는 절차상의 위법이 있다고 주장한 사안에 대하여, “본건 소송에 있어서 원고들이 소로 주장하는 이익은, 본건 처분의 취소에 의하여 회복되는 각 원고가 가지는 이익, 구체적으로는 수리권, 인격권, 부동산소유권 등의 일부를 이루는 이익이며, 그 가액을 구체적으로 산정하는 것은 지극히 곤란하다고 해야 하기 때문에, 각 원고가 소로 주장하는 이익에 의하여 산정되는 소송의 목적의 가액은 95만원으로 간주된다(민사소송비용등에관한법률 제4조제2항). 그리고 이들 이익은 그 성질에 비추어 각 원고가 각각 가지는 것이며, 전원에게 공통된다고는 말할 수 없기 때문에, 결국, 본건 소송의 목적의 가액은, 각 원고가 주장하는 이익에 의하여 산

정된 금액을 합산해야 하는 것이다”고 하고 있다. 이것은 대법원 평성12년(2000년) 10월13일 제2소법정판결·판례시보1731호 3頁이다.

이 점에 관한 검토회에서의 의견으로서는, ③에 기재되어 있는 것처럼, 취소소송의 소송의 목적은, 처분의 위법성의 판단이기 때문에, 복수의 원고가 소를 제기한 경우에도 소송의 목적은 동일하며, 그 소로 주장하는 이익은 각 청구에 관하여 공통된다고 생각하여야 한다는 의견이 있었다.

여기서, 검토가 필요하다고 생각되는 문제점으로서의 소의 제기수수료의 산출기초가 되는 ‘소로 주장하는 이익’에 대하여, 취소소송에 한하여, 복수의 원고가 소로서 주장하는 이익이 각 청구에 대하여 공통되는 것으로 간주하는 규정을 두기로 한 경우에는, 취소소송의 소송목적이 처분의 위법성의 판단인 점, 취소소송이 형성소송이라고 이해되어 그 판결은 제3자에 대하여서도 효력을 가진다고 되어 있는 점(행정사건소송법 제32조제1항), 등 취소소송의 특수성이 그러한 취급을 하는 데 대한 근거로 되는지 어떤지, 그리고 다른 소송에 있어서의 ‘소로 주장하는 이익’에 대한 해석과 정합성을 가지는지 어떤지 하는 점에 대하여 검토해주시면 어떤가 생각했던 바입니다.

【행정소송의 대상에 관하여】

■ 행정소송의 대상에 관한 검토과제의 자료는, 자료1의6으로 되어 있다. 우선, 이 주제에 관한 ‘지금까지의 논의 및 장차 검토해야할 과제’라는 항목에서는, ①에 있어서, 현 제도에 대한 설명을 하고 있다. 즉, ‘법률상의 쟁송’에 포함되지 않는 ‘민중소송’과 ‘기관소송’을 제외하면, 행정소송은 (1)‘항고소송’=‘행정청의 공권력의 행사에 관한 불복소송’, (2)‘당사자소송’=‘당사자간의 법률관계를 확인하거나 또는 형성하는 처분 또는 재결에 관한 소송으로 법령의 규정에 의하여 그 법률관계의 당사자의 일방을 피고로 하는 것’ 및 ‘공법상의 법률관계에 관한 소송’이며, 따라서 별도 법령에서 규정할 것이 예정되어 있는 소송을 제외하면, 행정소송은 ‘행정청의 공권력의 행사에 관한 불복소송’과 ‘공법상의 법률관계에 관한 소송’이라고 하게 된다.

그런데, 행정소송과 민사소송과의 관계에 대하여는, 자료의 ②에 기재

되어 있는 것처럼, 행정소송에 의하여 국민의 권리이익의 구제가 충분히 도모되는지 어떤지에 대한 검토가 행하여지지 않은 채로, “공권력의 행사에 관한 불복의 소송이기 때문에” 라는 이유로 민사소송에서 다투는 것이 불가능하다고 되는 경우, 그 전형적인 예로서는 오사까국제공항소송이 들어지는 경우가 많다고 생각하는데, 이와 같은 경우가 존재하는 것은 문제라고 하는 비판이 있다.

여기서, 민사소송의 기본적인 시스템에 눈을 돌리면, 자료의 ③에 기재되어 있는 것처럼, 우리 나라의 민사소송에서는, 채권에 기초한 청구권, 불법행위에 기초한 손해배상청구권, 물권적청구권(반환청구권, 방해예방청구권, 방해배제청구권), 인격권에 기초한 방해배제청구권 등, 권리(내지 법적 이익)를 실현하거나 또는 권리를 그 침해 내지 침해의 우려로부터 구제하기 위하여, 권리(내지 법적 이익)로부터 제3자에 대한 청구권이 파생한다고 하는 것을 실체법적으로 관념하고, 이 청구권의 존부에 관한 다툼을 재판에 의하여 해결하고, 그 재판을 강제집행으로 실현함으로써, 권리의 실효적인 보장을 꾀하는 시스템이 만들어져 있다고 할 수 있다고 생각한다.

이와 관련하여, 자료의 ④에 기술하고 있는 것처럼, 민사소송에서는, 급부청구권을 실현하기 위한 급부의 소 이외에, 즉시확정의 이익이 있는 경우에는 확인의 소에 의하여 권리나 법률관계의 확인을 구하는 소가 가능하다고 되어 있는데, 국가나 공공단체와의 관계에 있어서는 사인간 이상으로 확인의 소가 활용될 수 있다고 하는 의견도 있었다.

여기서, 이와 같은 제도의 현재의 모습이나 의견들을 감안하여, 검토가 필요하다고 생각되는 문제점으로서 기술한 것은 우선 ①에서, 권리이익의 침해를 받은 국민과 침해를 한 국가 또는 공공단체와의 관계가 사법관계인가 공법관계인가, 공권력의 행사에 해당하는가 어떤가에 의하여 국민의 권리구제의 방법을 구별하고 있는 것이 현행법의 스타일이라고 하는 것을 지적할 수 있다고 생각하는데, 이 취지를 어떤 식으로 이해하여야 하는가, 권리구제의 방법을 구별함으로 인하여, 국민의 권리이익의 포괄적·실효적인 구제에 지장이 발생하지 않는 가 어떤가 하는 점에 대하여, 검토할 필요가 있는 것은 아닌지 하는 점을 지적하고 있다.

다음으로, ②로서, 현대의 행정은 계획, 계약, 보조, 지도, 정보제공 등, 다양한 수단을 원용하게 되었다고 알려져 있는데, 국가나 공공단체의 활동에 의하여 위법하게 권리침해가 된 경우의 구제에 대하여, 이들 행위가 사법관계인지 공법관계인지, 행정상의 법률관계인지 하는 것은 행위의 위법성을 판단하는 기초의 하나는 된다고 생각되지만, 권리구제의 실효성의 확보라고 하는 관점에서 보면, 권리구제의 절차를 구별하는 요건으로서 과연 결정적인 것이라고 생각해야 하는가 어떤가, 침해 받은 국민측에서 보면, 그와 같은 구별은 별로 큰 의미를 가지지 않는 것이 아닌가 하는 점을 검토해주시면 어떨까 생각했다.

그리고 ③이라고 하여 기재하고 있는 것처럼, 국민의 권리의익의 실효적인 보장을 도모하는 관점에서는, 국민의 권리의익을 그 침해 또는 침해의 우려로부터 구제하기 위하여, 공법관계인가 사법관계인가를 묻지 않고, 국가 또는 공공단체에 대하여서도 필요한 구제를 구하는 청구권이 발생한다고 하는 생각을 채용하는 것은 불가능한가, 그리고 이 점에서는, 독일에서, 공권력에 의한 권리침해에 대하여도, 헌법상의 기본권을 근거로 하여, 그 침해의 제거를 구할 청구권이 발생한다고 이해되고 있는 것에 대하여, 어떻게 생각하는가, 이러한 기본적인 시점에 대하여서도 검토해 주실 필요가 있는 것이 아닌가 생각했다. 이곳에 기술한 것과 같은 문제의식으로부터 곧바로 “행정소송의 대상은 어느 범위인가” 하는 문제나 “행정소송이 전체로서 어떠한 체계이어야 하는가” 하는 문제에 대하여 스트레이트로 답이 나오는 것은 아니라고는 생각하며, 그러한 의미에서는 주제에 비하여는 불충분한 자료라고 하게 될지도 모르지만, 다양한 논점을 고려함에 있어서의 기본적인 시점의 문제로서는 여기서 검토해주시는 것에 의미가 있는 것은 아닌가 생각한 바입니다.