

行政改革法制的 爭點과 展望

- 行政爭訟制度的 改革을 중심으로 -

金 炳 圻*

차 례

- I. 행정쟁송제도 개혁의 의의
- II. 행정소송제도의 개혁
 - 1. 행정소송법의 개정 논의
 - 2. 법무부 행정소송법 개정법률안의 내용과 평가
 - 3. 행정소송제도 개혁의 과제
- III. 행정심판제도의 개선
 - 1. 행정심판법 개정의 연혁
 - 2. 개정 행정심판법에 대한 검토
 - 3. 온라인 행정심판 시스템의 도입
 - 4. 행정심판제도의 개선을 위한 과제
- IV. 결 어

* 중앙대학교 법과대학 교수, 법학박사

I. 행정쟁송제도 개혁의 의의

행정개혁은 ‘행정체제(administrative system)’를 하나의 상태에서 그보다 나은 다른 하나의 상태로 변화시키고자 하는 것으로서, 행정체제의 바람직한 변동을 의미한다.¹⁾ 여기에는 행정의 성과(performance) 향상을 위한 새로운 방법의 의식적 고안과 적용이라는 행정개혁 작업이 철저히 인위적이고 의도적인 과정임이 함축되어 있다. 행정체제와 사법정책의 연결점으로서의 행정쟁송제도는 상호관련 구성요소(element or subsystem)로서의 행정청, 국민, 행정심판위원회, 법원으로 이루어지며, 국민의 권리구제와 행정 통제를 둘러싼 법적 환경 변화와 상호작용(interaction, input, output, feedback)을 하는 하나의 단위이다. 그러므로 행정개혁입법으로서의 행정쟁송제도의 개혁도 행정쟁송의 성과 향상을 위하여 관련 구성요소와 상호작용의 과정을 의도적으로 변화시키려는 노력으로 정의할 수 있다.

전통적으로 조직, 인력, 재정 개혁 등 행정내부 관리 분야의 개혁으로 인식되던 행정개혁의 범위는 오늘날 사법정책, 금융, 노사, 공기업 등으로 확대되었고, 국내외 급변하는 행정환경의 변화는 행정수요의 변화를 유발하는 차원을 넘어 급기야 사법제도로서의 행정쟁송제도 개혁을 요구하는 국면을 맞이하였다. 반세기 이상을 지탱하여 온 ‘硬性的 법체제와 軟性的 법의식 구조’²⁾를 탈피하고자 하는 선진적 법치시스템의 구축에는 무엇보다도 미래지향적 행정쟁송제도의 개혁이 중심 화두로 자리하고 있다. ‘문민정부’ 출범을 기점으로 하여 권위주의 정치체제에서 민주주의 정치체제로의 연착륙이 이루어짐에 따라 행정 분야에서도 지시·명령 중심의 인적 통제 메커니즘이 법치주의를 근간으로 한 제도적 질서 메커니즘으로의 전환이 요구된다. 그럼에도 불구하고 행정의 투명성·청렴성을 바탕으로 한 행정작용에 대한 국민의 예측가능성은 현 단계에서 여전히 낮은 수준이며, 오히려 행정작용을 둘러싼 제반 사회적 갈등의 문제는 점차 악화

1) 오석홍, 『행정개혁론』, 박영사, 1995, 4면.

2) 이와 관련하여 실증적 분석을 바탕으로 한 자세한 설명으로는 경제·인문사회연구회, 『국가의제 2015: 풍요와 평화의 미래한국』, 2005, 771면 이하 참조.

일로를 걷고 있다. 즉, 미시적으로는 국민의 권리구제에 忠任하고, 이를 통해 궁극적으로는 이미 常時화된 ‘만인의 만인에 대한 갈등사태’³⁾를 해소하는 제도적 회로로서의 소임을 다하여야 하는 행정쟁송제도가 그 경직성으로 인해 제 기능을 다하지 못하고 있는 현실은 더 이상 지체할 수 없는 개혁의 필요성을 현출시켰다고 할 수 있다. 이미 철 지난 유행이 되어버린 현행의 행정쟁송제도로는 전자정부의 가속화, 행정작용의 자동화 등 21세기형 행정환경 변화를 비롯하여 개인 중심 행정서비스체계의 수요 팽창, 행정법원의 정착화 등 제반 환경 변화로 인해 글로벌 스탠더드(Global Standard)에 부합하는 법치행정 시스템에의 의존도가 높아지는 사회적 트렌드에 적극적으로 대응하기 難望하다는 自嘲 섞인 푸념까지 뇌까리게 할 정도이다.

이런 점에서 볼 때 이제 막 시작하여 현재진행형 하에 있는 행정쟁송제도의 개혁을 논함에 있어서의 캐치-프레이즈(catch-phrase)는 명확하다. 즉, 행정쟁송법의 개정이 행정법시스템의 혁신을 위한 입법적 실천이라는 인식하에, 진화하는 행정법학의 담론을 행정쟁송제도의 개혁 과정에 충실히 植栽하는 것이다.⁴⁾ 지나친 목적의식에 傾倒되어 경쾌함만을 지향하는 입장도 경계하여야 하지만, 그 못지않게 국법질서의 현상 유지

3) 1990년대 이후 공법상 쟁점과 직결된 사회적 갈등사태는 급증하고 있는데, 일부의 예외를 제외하고는 여전히 제도권 내의 행정쟁송제도가 갈등 해소의 소임을 다하지 못하였다고 평가할 수 있다. 대표적 사례로는 최근 원고적격 인정범위와 관련하여 의미 있는 판결(대판 2006.3.16.2006두330)이 내려진 새만금사건을 비롯하여 부안폐기물처리장사건(2003-2004), 한탄강댐건설지연(1995-2008), 천성산도룡농사건(2002-2003), 사폐산터널사건(1996-2005), 교육행정정보시스템(NEIS)사건(2003), 경인운하건설사업(1998-2008), 경의선복선전철화(1996-2008), 서초구원지동추모공원조성사건(2001-2008) 등이 거론된다.

4) 논의 과정에서 행정소송이 기왕의 사법제도에서 차지하는 위치나 기능 그리고 사회 변화에의 적응성 등에 대한 다각도의 검토 하에 사법부뿐만 아니라 법조계, 법학계, 행정부, 시민단체 및 일반국민의 의견을 광범위하게 수렴하여야 함은 재언의 여지가 없다(최송화, “한국의 행정소송법 개정과 향후방향”, ‘한·일 행정소송법제의 개정과 향후방향’, 한국법제연구원·한국행정관례연구회 공동주최 국제학술회의(2003.4.18.) 자료집, 94면 참조). 물론 의견수렴과정에서의 다양한 저항도 쉽게 예상된다. 그러나 개혁에 대한 저항은 체제의 기본질서유지에 도움을 주는 순기능적 측면이 있지만, 특히 개혁에 대한 심리적 저항은 개혁의 성공이라는 관점에서는 검증된 개혁방안의 설득, 공적 담론의 장 형성, 개혁정책의 도입순서 조정 등의 방법을 통해 전략적으로 극복해야 할 과제에 속한다(B. Guy Peters, *The Future of Governing: Four Emerging Models*, University of Kansas Press, 1996, p.19).

를 내 세워 마냥 문제의식의 완전한 發芽만을 기다리는 지나친 인내 역시 시대적 사명에 역행할 수 있다.

아래의 논증은 이러한 역사적 時宜性和 행정개혁입법을 향한 열망의 軌跡을 좇아 행하기로 한다.

II. 행정소송제도의 개혁

1. 행정소송법의 개정 논의

현행의 행정소송법은 1984년의 전면개정 및 1994년의 부분개정에 따라 국민의 권익구제의 실질화, 행정에 대한 적절한 통제를 위한 내용적 보완이 상당 부분 이루어졌으나, 학계는 그 동안의 행정소송제도의 운용에 비추어 현 행정소송제도가 국민의 보다 실효적 권리구제를 위하여 그 소극성의 극복이 절실함을 여러 차례 개진한 바 있다. 논란의 중심에는 행정소송 종류의 법정화, 소송요건의 엄격 해석 등으로 인하여 권리구제의 폭이 상대적으로 좁았다는 점이 위치하고 있다. 법정항고소송 이외의 의무이행소송이나 예방적 부작위소송 등의 가능성이 입법과 판례를 통하여 봉쇄되어 왔고, 항고소송의 중핵적 소송요건으로서의 처분성과 원고적격의 인정 범위는 헌법소원의 적법요건인 공권력 행사·불행사, 침해의 직접성과 현재성 등에 대한 헌법재판소의 유연한 태도에 비해 지나치게 엄격하게 해석됨으로써 행정소송법상 처분 개념에 포섭되지 못한 수많은 공권력 행사 또는 불행사가 헌법재판소의 관할에 속하여 공법상 권리구제의 근간이 되는 행정소송의 실질적 기능은 상대적으로 왜소한 느낌을 주었던 점을 부인하기 어렵다.⁵⁾

이러한 배경 하에 법무부는 2006. 4. 26. ‘행정소송법개정특별분과위원회’를 설치하여 약 1년에 걸친 행정소송법에 대한 전반적 검토 끝에 2007. 4. 행정소송법개정안을 성안하고 2007. 11. 13. 국무회의의 의결을 거쳐 ‘행정소송법 개정법률안(이하 “개정안”이라 함)’을 국회에 상정하였다. 한편, 개정안은 그 논의의 출발점을 2002. 4. 1.의 대법원에 의한 행정

5) 최송화, 전계논문, 89면.

소송법 개정시안(이하 “대법원안”이라 함)에 두고 있음은 주지의 사실이다. 국회에 계류 중인 개정안과 대법원안은 국민의 권리구제의 실질화 및 변화하는 행정현실에의 적응이라는 이념적 틀에는 큰 차이를 발견할 수 없으나 소송의 대상 및 원고적격 등의 소송요건과 관련하여서는 유래를 찾아볼 수 없는 학계의 논쟁을 야기했을 정도의 근본적인 차이를 노정한다. 행정소송법 개정에 대한 입법적·학문적 논의가 국가 기본제도의 재구성이란 화두와 함께 새로운 21세기형 거버넌스가 요구하는 행정시스템의 혁신을 위한 의미 있는 일보가 되어야 한다는 인식 하에 아래에서는 개정안의 주요 내용을 일람하고, 그 성안 과정에서 특히 대법원안과 비교하여 논란의 대상이었던 쟁점에 대해서도 언급하기로 한다.

2. 법무부 행정소송법 개정법률안의 내용과 평가

(1) 의무이행소송의 도입

이론과 실무를 막론하고 적극적인 권익구제수단으로서의 의무이행소송의 도입 필요성이 주장되었음에도 우리 판례는 실정법 해석론 차원에서 그 허용에 부정적인 견해를 취해 왔다.⁶⁾ 의무이행소송의 인정 여부는 입법재량사항으로서 행정소송법상 명문의 근거를 찾아볼 수 없으며,⁷⁾ 법원이 행정청의 처분의 위법성을 심사하여 그 판단을 대체하는 것은 행정에 대한 사법의 지나친 간섭으로 헌법상 권력분립원칙에 어긋난다는 점 등이 논거로 제시되었다. 그러나 거부처분 취소판결의 기속력으로서 재처분의무에 관한 판례의 소극적 해석으로 인해 국민의 권리구제가 불완전하였을 뿐만 아니라⁸⁾ 권력분립의 진정한 의미는 권력의 견제와 균형에

6) 예컨대 대판 1992.7.27, 81누258; 대판 1986.8.19, 86누223; 대판 1992.11.10, 92누1629 등.

7) 다른 견해를 대표하여 김동희, 『행정법 I(제14판)』, 박영사, 2008, 658면.

8) 현행 행정소송법은 거부처분 취소판결의 실효성 확보를 위하여 재처분의무와 간접강제제도를 두고 있다. 그러나 기속력의 범위와 관련하여 판례는 원처분사유와 기본적인 사실관계의 동일성이 인정되는 범위를 지나치게 좁게 보거나 기속력을 ‘위법한 것으로 판단된 개개의 처분사유’에 대해서만 생긴다고 설시함으로써 승소확정판결에도 불구하고 행정청은 또 다른 거부사유를 들어 재차 거부처분을 할 수 있었다. 이는 국민의 권리구제의 불완전뿐만 아니라 판결에 대한 국민의 일반적 신뢰의 훼손 및 행정·사법절차의 지리한 반복이라는 사법정책적 측면에서도 결코 바람직하지 못한 결과를

터 잡은 권리구제의 만전에 있다는 반론이 끊임없이 제기되었고, 이를 반영하여 개정안과 대법원안은 공히 의무이행소송의 신설을 명문으로 규정하여 입법적 해결을 도모하였다.

즉, 개정안은 ‘처분을 신청한 자로서 이에 대한 행정청의 거부처분 또는 부작위에 대하여 그 처분을 할 것을 구할 법률상 이익이 있는 자’는 의무이행소송을 제기할 수 있으며(제43조 제1항), 행정청의 거부처분에 대하여 의무이행소송을 제기하는 경우에는 거부처분의 취소 또는 무효등 확인을 구하는 소송을 병합하여 제기하도록 하였다(제43조 제2항). 이와 같이 거부처분취소소송 내지 무효등확인소송의 병합을 의무화 한 것은 거부처분 취소에 관한 판단기준시를 처분시로 보아 처분시를 기준으로 거부행위가 위법한 경우에만 의무이행판결을 선고할 수 있게 함으로써 거부처분의 위법성 판단에 관한 명확성을 확보하고 행정청의 선결권을 보장⁹⁾하기 위한 것으로¹⁰⁾ 행정실무계 입장에서는 찬성할 만한 일이다.¹¹⁾ 그러나 처분시에 의한 위법성 판단을 고수하는 경우 법령의 개정 등의 사유는 여전히 판결 내용에 반영되지 못하여 현행 거부처분취소소송에서 파생하는 문제에 대한 해결의 실마리를 찾을 수 없으며, 경우에 따라서는 의무이행청구에 대한 판결과 거부처분취소청구의 판결 상호 간 구체적 견련성 유지가 어려울 수 있다는 비판은 경청할 만하다.¹²⁾ 독일의 경우가 그러하듯이 의무이행소송의 도입 취지에 비추어 볼 때 판결시를 기준으로 거부처분의 위법 여부를 결정하고 의무이행청구의 인용 여부를 판단하는 것이 타당할 것이다. 의무이행소송과 원고의 권리구제의 접점은 거부처분의 원시적 위법성이 아니라 행정청의 ‘의무성립상태(Verpflichtetsein)’에 있는 것이며, 이런 점에서 볼 때 본안판결의 기

현출하는 것이었다. 더 나아가 부작위위법확인소송에서의 법원의 심리권의 범위를 위법성의 확인에 그친다고 소극적으로 해석하여 동소송의 승소가 곧 바로 원고의 권리구제로 직결되지 못하는 권리구제의 흠결을 야기하였음은 재론의 여지가 없다.

9) 개정안은 이와 관련하여 행정청의 선결권 침해 및 공정력의 문제가 발생하지 않는 부작위위법확인소송을 폐지하였다.

10) 김연태, “의무이행소송·예방적 금지소송”, 법무부 행정소송법 개정 공청회(2007.5.23.) 자료집, 39면.

11) 권수철, 법무부 행정소송법 개정 공청회(2007.5.23.) 종합토론문, 119면.

12) 박균성, 의무이행소송·예방적 금지소송에 대한 지정토론문, 법무부 행정소송법 개정 공청회(2007.5.23.) 자료집, 59-60면.

준시점을 - 구체적으로는 거부처분 당시에는 적법하였으나 사후에 사정 변경으로 위법하게 된 경우 - 판결시로 하더라도 최초의 거부처분 시 선결권을 이미 행사한 행정청에게 부당한 것은 아니다. 의무이행소송과 거부처분취소소송은 그 실질에 있어 동일하지 않으며, 더구나 후자가 전자의 전제조건일 수는 없다.¹³⁾ 결국 의무이행소송의 도입이라는 오랜 숙원을 해결했음에도 불구하고 개정안은 거부처분취소소송의 殘痕을 완전히 탈피하지 못함으로써 행정상 권리보호를 위한 의무이행소송의 제도적 의의를 심분 발휘할 수 없을 것이라는 우려를 낳고 있는 것이다.

한편, 개정안에서는 의무이행소송의 신설에도 불구하고 별개의 소송유형으로서 기존의 거부처분취소소송 및 동 인용판결에 의한 재처분의무조항을 존속시켰다. 국민의 소송방식 선택의 자유를 보장하고 의무이행소송에 비해 신속한 권리구제가 가능하다는 점이 고려된 듯하다.¹⁴⁾ 그러나 이와 함께 거부처분취소판결의 효력으로서 재처분의무를 존치시킨 것은 행정심판법상 거부처분취소재결의 효력으로서 재처분의무의 인정 여부에 관한 학설 대립을 재연하지 않고자 한 것으로 善解할 수도 있지만, 의무이행소송 하에서의 거부처분취소소송은 독일 행정소송법제상의 소위 독립취소소송(isolierte Anfechtungsklage)¹⁵⁾만을 인정하고 위법한 거부처분에 대한 적극적 권리구제는 의무이행소송으로 단일화하여 운용하는 것이 기왕의 도입 취지에 부합하는 것이라 여겨진다.¹⁶⁾

13) 홍준형, 법무부 행정소송법 개정 공청회(2007.5.23.) 종합토론문, 149면.

14) 개정안 작업에 참여했던 위원에 따라서는 재처분의무를 존속시킨 것이 특히 기속행위의 경우 거부처분취소소송만으로 권리구제가 가능함을 감안하였다고 한다. 그러나 기속행위의 경우에도 원처분사유와 기본적 사실관계의 동일성이 인정되지 않아 처분사유의 추가·변경이 허용되지 않았던 사유에 기하여 적어도 이론적으로는 재차 거부처분을 할 수 있으므로 거부처분취소소송 및 그 인용판결에 따른 재처분의무의 존치를 위한 결정적 논거에는 해당하지 않는다. 拙稿, 보완요구의 부작위성과 재결의 기속력, 행정법연구 제8호, 2002, 386면 참조.

15) 독일의 경우 수익적 처분의 거부에 대해서는 원칙적으로 의무이행소송만을 제기할 수 있고 다만, 행정청의 처분 발령의 即時性은 인정되지 않지만 추후의 발급을 위해 현재의 거부처분을 취소할 필요가 있는 경우에만 거부처분취소소송을 인정하고 있다. F. Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl., 2005, S.229.

16) 이런 점에서 의무이행소송의 도입과 함께 거부처분취소소송 및 재처분의무에 대한 규정을 삭제하여 판례에 의한 운용 여지를 남겨 둔 대법원안이 타당하다고 본다.

(2) 예방적 금지소송의 신설

개정안 제48조는 예방적 금지소송에 대해 “행정청이 장래에 일정한 처분을 할 것이 임박한 경우에 그 처분의 금지를 구할 법률상 이익이 있는 자가 사후에 그 처분의 효력을 다투는 방법으로는 회복하기 어려운 손해가 발생할 것이 명백한 경우에 제기할 수 있다”고 규정하여 동 제4조 제4호의 정의 규정과 더불어 예방적 금지소송의 신설을 명문화 하였다. 위법한 처분이 행하여질 개연성이 매우 높고 가처분이나 집행정지 등 잠정적 권리구제를 포함하여 사후적 구제방법으로는 회복하기 어려운 손해의 발생이 예견되는 경우 처분의 발급 이전에 이를 금지하는 권리구제절차를 규정한 것으로, 특히 강제격리, 강제추방 등 권력적 사실행위나 정보공개 등의 분야에서 그 활용도가 높을 것으로 예상된다.¹⁷⁾

그러나 처분이 이루어지기 전의 상태에 대해 소송 제기의 가능성을 열어 둔 점에서 가히 행정소송제도 개혁의 일대 성과라 여겨 쌍수를 들어 환영하기에는 제도 운용상 해결해야 할 난제들이 산적함을 간과해서는 안 될 것이다. 남소를 막고 취소소송에 대한 보충적 구제수단으로서의 예방적 금지소송을 연착륙시키기 위해 개정안은 엄격한 요건 하에 제소를 허용하고 있지만, ‘처분의 임박성’, ‘손해발생의 명백성’ 등의 불확정 개념의 해석과 관련하여 법원이 지나치게 엄격하게 해석할 경우 당초의 입법 의도가 몰각될 우려가 있다. 그 반대의 경우에는 행정계획 등 사업의 공익성이 짙고 다수의 이해관계인이 관련된 처분이 구체적으로 확정되기도 전에 이를 금지하는 소송이 제기되어 정책의 適時的 집행이 곤란해 질 수도 있다. 이는 예방적 금지소송이 제기되는 경우 이와 병행하여 다툼의 대상에 관한 현상유지 차원에서의 가처분 신청이 있을 것임을 고려한다면 더욱 그러하다.¹⁸⁾ 비록 법치주의의 중대한 예외에 해당하는 사정판결을 처분의 발령 이전 단계부터 인정하여야 할 일반적 필요성은 부인하더라도, 처분의 위법성에도 불구하고 당해 처분을 금지하는 것이 심히 공

17) 김연태, 전계발표논문, 48-49면.

18) 이와 관련하여 예방적 금지소송에는 논리귀결적으로 사정판결의 가능성이 없음도 고려하여야 한다.

익을 해할 우려가 있는 것으로 판단되는 경우에는 명문으로 기각판결의 여지를 남기는 것이 타당할 것이다.

또한 예방적 금지소송의 소송 수행과정에서 행정청은 적지 않은 어려움에 봉착할 것이라는 지적도 제기된다. 처분을 확정짓기도 전에 쟁송을 위한 과도한 시간과 비용을 소요해야 할 뿐만 아니라, 답변서 제출 요구에 응하면서 아직 행해지지도 않은 처분의 적법성·정당성을 설명해야 하는 등 요건심리단계에서부터 과도한 부담에 직면할 것이라는 우려가 바로 그것이다.¹⁹⁾ 결국 예방적 금지소송은 그 긍정적인 제도적 취지에도 불구하고 국민의 권익구제의 확대와 남소 방지·정책 수행의 효율성 사이에서 법원이 여하히 조화롭게 운용하는가에 그 성공적 착근 여부가 가름된다 하겠다.²⁰⁾

(3) 집행정지 요건의 완화와 항고소송에서의 가처분 규정 신설

현행 행정소송법은 처분의 집행부정지원칙을 취하면서 예외적으로 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위한 긴급한 필요성이 있는 경우에만 집행정지를 허용하고 있다. 이에 대해 개정안은 - 일본 행정사건소송법의 개정과 궤를 같이하여 - 집행정지의 요건 중 ‘회복하기 어려운 손해’를 ‘중대한 손해’로 대체하여 집행정지를 보다 폭 넓게 인정하고자 하였다고 개정이유를 밝히고 있다.²¹⁾ ‘중대한 손해’로의 변경이 집행정지의 가능성

19) 견해에 따라서는 “예방적 금지소송 … 의 도입은 국민의 권익구제수단으로 일정부분 필요성이 공감되는 면이 있지만, 각종 국가정책에 대한 이해관계가 첨예한 현실에서 시기상조가 아닌가 하는 …”이라고 하여 그 도입의 유효를 주장하기도 한다; 권수철, 전계토론문, 121면.

20) 또 하나 논란의 대상인 것은 예방적 금지소송의 원고가 동 소송을 당사자소송이나 민사소송 또는 예방적 금지소송 이외의 항고소송으로 변경할 수 있는지 여부이다. 대법원안과는 달리 개정안은 취소소송의 소변경 규정의 준용규정은 물론 이를 허용하는 명문의 규정을 두지 않음을 볼 때 이를 허용하지 않는 것으로 해석된다. 원고의 편의, 소송경제 등을 들어 소 변경을 허용하여야 한다는 견해가 만만치 않다. 그러나 남소의 방지라는 논거는 차치하더라도 기존의 항고소송 체계가 ‘처분 전 소송제기’구조로 변질되어 ‘위밍-업’으로서의 예방적 금지소송의 일반화가 용인될 수 없음을 고려하건대 개정안의 입장을 지지한다.

21) 이회정, “가처분제도·당사자소송 활성화·제소기간 연장 등”, 법무부 행정소송법 개정 공청회(2007.5.23.) 자료집, 76면.

을 확대할 것인지 여부는 궁극적으로는 향후 판례의 몫으로 남겨져 있지만, 적어도 이러한 개정은 최근의 관련 판례의 경향을 충분히 반영한 것으로서 지극히 환영할 만하다.²²⁾ 즉, 금전보상 가능 여부로 한정하던 초기의 ‘손해의 회복가능성’ 판단을 대법원이 최근 “처분의 성질과 태양 및 내용, 처분상대방이 입는 손해의 성질·내용 및 정도, 원상회복·금전배상의 방법 및 난이 등은 물론 본안 청구의 승소가능성의 정도 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단”하여야 한다고 하여²³⁾ 소위 형량적 접근방식으로 판단 잣대의 유연화를 시도한 것이 입법에 천착된 것으로 평가된다.

한편, 대법원안에서 규정하던 담보부집행정지제도에 대해서는 개정안이 그 신설을 유보하였다. 이른바 담보부집행정지제도는 집행정지결정에 따라 국가·공공단체 또는 소송의 대상이 된 처분 등의 상대방에게 생길 수 있는 손해가 상당히 큰 경우 그 손해에 대한 담보를 제공하게 하고 집행정지결정을 할 수 있는 제도인데, 남소 예방은 물론 건축 또는 환경위해시설을 둘러싼 소송에서 제3자의 피해를 고려하여 집행정지 기각결정이 내려지는 것을 방지할 수 있으므로 그 도입의 타당성이 인정된다. 그러나 예기되는 부작용도 다수 거론되는데, 항고소송의 공익성이 資力 유무에 따라 좌우되는 점에 대한 법감정적 저항, 시민단체가 수행하는 소송에 있어서의 실질적 장애 등 집행정지결정에 대한 부당한 제한 가능성 등이 그것이다. 행정소송의 공익성을 감안하건대 일반적 제도로서의 담보부집행정지제도의 도입은 공중의 광범위한 공감대의 형성을 전제로 하는 것이며, 이런 점에서 보다 장기적 측면에서의 실증적·비교법적 검토를 요하는 사항이라고 판단된다.

22) 필자는 집행정지 요건의 완화 필요성을 이미 과거의 논문에서 주장한 바 있다. 자세한 拙稿, “행정소송상 집행정지의 요건으로서의 회복하기 어려운 손해와 그 주장·소명책임”, 『공법연구』 제28집 제4호 제2권, 2000. 6, 319면 이하.

23) 예컨대 대결 2003.4.25, 2003무2; 대결 2004.5.12, 2003무41 등 참조. 한편, 판례가 집행정지를 결정함에 있어 본안소송을 건넌시켜 왔음을 고려하여 대법원안은 집행정지를 위한 독립 요건으로서 ‘처분 등이 위법하다는 현저한 의심이 있는 경우’를 추가하였으나, 개정안은 이를 반영하지 않았다. 그러나 독자적 요건은 아닐지라도 본안의 승소가능성은 ‘중대한 손해’의 개념 속에 종합적 판단의 기준으로 포섭 가능할 것이므로 그 취지가 전혀 반영되지 않은 것은 아니라는 견해가 주장된다; 이희정, 전계발표논문, 80-81면.

현행 행정소송법이 가구제로서 불이익처분의 취소소송에 대한 집행정지만을 인정하고 있어서, 수익적 처분의 신청에 대한 거부처분이나 부작위에 있어서는 민사소송법상의 가처분제도를 준용하자는 견해가 있었지만 판례상 관철되지는 않았다. 그러나 전술한 의무이행소송과 예방적 금지소송의 신설과 함께 가처분제도의 인정은 개정 논의의 주요 화두로 등장하였고, 이에 따라 대법원안과 개정안 모두가 효과적인 가구제 수단으로서 항고소송 전반에 적용되는 가처분제도를 규정하기에 이르렀다. 개정안 제26조에 의하면 가처분은 다툼의 대상의 현상유지와 임시의 지위를 정할 필요가 있는 긴급한 경우에만 인정되며, 행정작용의 위축 가능성을 최소화하기 위해 ‘처분 등이나 부작위가 위법하다는 상당한 의심이 있어야 함’을 요건으로 추가하였다. 개정안은 집행정지와 가처분의 관계에 대해서도 규정하는데, 가처분은 집행정지에 의하여 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다고 하여 보충성을 또 다른 요건 내지 한계로 설정하였다. 이는 행정부에 대한 사법부의 과도한 개입을 우려하면서, 가처분을 통하여 본안이 실질적으로 선취되는 결과를 예방하고자 하는 취지로 이해할 수 있다.

(4) 당사자소송의 구체화

종래 판례는 처분 등을 원인으로 하는 법률관계라도 그 소송물이 공법상의 법률관계인 경우에만 당사자소송의 대상으로 보아, 손실보상청구, 조세과오납금반환청구, 공법상 부당이득반환청구, 국가배상청구 등을 대체로 민사소송으로 취급하여 왔다. 그러나 공사법의 구별을 전제로 우리 법원조직법제가 행정사건에 대한 별도의 행정법원을 설치하였고, 변론주의 하의 민사소송과는 달리 당사자소송에는 직권심리주의가 적용되며, 당사자소송의 판결의 기속력은 소송당사자로서의 당해 행정청뿐만 아니라 관계 행정청에도 미치는 점 등을 고려하여 민사소송과 구별되는 당사자소송의 독자성 제고 및 활성화에는 학계와 실무계의 전반적인 합의가 이루어진 상황이었다.²⁴⁾ 구체적인 개정 방법으로는 당사자소송에 포섭되는

24) 백윤기, “행정소송법 개정에 관한 소고 - 대법원과 법무부 개정안의 상호비교를 중심으로 -”, 『행정법연구』 제18호, 2007, 405면.

사건 유형을 열거하는 방법과 법 문언을 보다 명확히 하여 상세한 기준을 정립하는 방법이 논의될 수 있는데, 개정안은 양자를 결합하여 당사자소송의 예로 “행정상 손실보상, 처분 등의 위법으로 인한 손해배상·부당이득반환”을 열거하고, “그 밖의 공법상 원인으로 인한 법률관계”로서 기존의 “공법상 법률관계”를 대체함으로써 좀 더 명확한 기준을 제시하고자 하였다(개정안 제3조 제2호 참조).

그러나 현행의 민사소송 관행을 입법을 통해 인위적으로 당사자소송의 대상으로 하는 것은 권리구제 측면에서 혼란을 가져올 수 있으며, 행정법원이 본원 단위로 설치되어 있어 지원 소재지 국민의 경우 민사소송으로 하는 경우에 비해 불편을 겪을 수 있다는 염려가 제기되기도 하였다. 이에 따라 개정안은 부칙에서 “당사자소송에 관한 규정은 공포일로부터 3년 후에 시행한다”고 하여 혼란의 최소화를 위한 제도적 배려를 하였다.

(5) 취소판결 등에 따른 결과제거의무의 명시

그간 취소판결의 효력으로서의 기속력의 구체적 내용에 대해서는 행정소송법 제30조 제1항의 해석에 의한 반복금지의무, 원상회복의무, 결과제거의무 등이, 제2항의 명문 규정에 의한 거부처분에서의 재처분의무가 논의되어 왔다. 그러나 특히 과세처분의 취소판결 후 압류처분취소의무, 농지매수처분 취소 후 국가의 소유권등기말소의무 등과 같은 결과제거의무와 관련하여 실무상 행정청이 자발적으로 그 집행으로 인한 위법한 결과를 제거하지 않는 경우에 원고의 입장에서는 동일한 위법상태에 대해 별소를 제기할 수밖에 없는 경우가 발생하였다. 이러한 점을 반영하여 개정안 제34조 제4항은 취소판결에 따라 행정청 등은 처분의 집행으로 인한 위법 결과의 제거를 위하여 필요한 조치를 하여야 할 의무를 규정하였다. 권리구제의 실질화를 위한 의미 있는 개정 내용임에는 의문의 여지가 없으나, 결과제거의무를 담보할 강제수단과 관련하여 여전히 논란의 여지가 있다. 실효성 제고를 위해서는 결과제거의무를 처분의 취소와 함께 판결에서 선고하고 간접강제를 할 수 있도록 한 대법원안이 타당하다는 견해가 바로 그것이다.²⁵⁾ 생각건대, 법무부의 개정안은 권리구

25) 이재권, 법무부 행정소송법 개정 공청회(2007.5.23.) 종합토론문, 135면.

제의 실효성 제고라는 대명제 하에서 동 개정안의 다른 규정에 비추어 법원의 행정청에 대한 개입의 수위를 조절하고자 한 것으로 적절한 개정 내용으로 평가할 수 있다. 왜냐하면 간접강제는 별론으로 하더라도, 행정청 등의 결과제거의무가 법에 명시된 이상 취소판결을 통하여 법원이 그러한 뜻을 담는 것을 방해하지는 않으며, 이를 통해 입법취지의 핵심은 이미 현출되었기 때문이다.

(6) 그 밖의 개정 내용

법무부 개정안은 행정소송제도에 대한 접근성 확대 및 이용의 편의성 제고를 위해 그간 학계에서 논의되었던 바를 적극 반영하여 다음 사항들을 개정하거나 신설하는 성과를 산출하였다.

1) 자료제출요구 규정의 신설

현행 행정소송법 제25조에 의한 행정심판기록제출명령제도와 민사소송법 제346조 상의 문서제출명령제도만으로는 행정소송의 심리에 필요한 자료의 현출에 한계가 있어 실제적 진실의 발견이 쉽지 않았다²⁶⁾는 학계·실무계의 지적에 따라 개정안 제28조는 법원의 관계 행정청에 대한 자료제출요구권을 규정하고 있다. 강화된 직권심리주의 하에서 원고의 권리구제 및 행정소송의 공익성 요청을 만족하기 위하여 신설된 규정이다. 견해에 따라서는 행정청의 자료제출 거부 시 법원에서 제출거부의 적법 여부를 결정하고, 이 경우 행정청은 의무적으로 자료를 제출하도록 한 대법원안의 타당성을 주장하기도 한다.²⁷⁾ 이에 대해 개정 작업에 참여한 위원은 우리 행정소송제도가 심리의 대원칙으로서 여전히 변론주의에 더 잡고 있음을 반론으로 제시하지만, 그렇다면 원고의 신청에 의한 자료제출요구제도를 인정하지 않은 이유를 설명하기 어렵다.²⁸⁾

26) 또한 공공기관의정보공개에관한법률에 의한 정보공개제도를 이용한 자료수집을 상정하여 동 규정의 신설에 주저하는 입장도 개진되지만, 정보공개를 거부할 수 있는 '진행 중인 재판에 관련된 정보'에 행정소송 관련 정보가 포함되는 경우가 많을 것이므로 자료제출요구에 관한 별도 규정의 신설을 방해하는 논거는 아닐 것이다.

27) 이재권, 전계토론문, 134면.

28) 同旨: 백윤기, 전계논문, 405면.

2) 제소기간 · 소 변경 기간의 연장

개정안은 취소소송의 제소기간을 처분이 있음을 안 날로부터 180일내로 하여 기존의 90일 보다 두 배의 제소기간을 규정하였고(제21조 제1항),²⁹⁾ 항고소송의 제기 후 행정청이 소의 대상인 처분 등을 변경한 경우 소 변경기간도 기존의 60일에서 180일로 완화함으로써(제23조 제2항) 국민의 권리구제의 기회를 넓혔다고 일응 평가된다. 다만, 필요적 전치사항의 경우에도 재결서 정본 송달 시부터 180일이라는 제소기간을 설정한 것은 일부 긍정적인 측면에도 불구하고 장기간 행정법관계의 불안정을 초래할 우려가 있다든지, 비교법적 고찰을 포함하여 근본적으로 180일의 제소기간 설정의 구체적 논거가 무엇인지 등의 문제 제기에 대하여 개정이유가 명확한 답변을 하지 않아 좀 더 신중한 입법을 아쉬워하는 견해가 있음을 지적하고자 한다.

3) 소의 변경의 허용범위 확대 등

현행법하의 학설과 판례³⁰⁾에 의하더라도 소의 종류의 변경 및 처분변경으로 인한 소의 변경 이외에 민사소송법의 준용에 의한 소 변경도 허용된다고 보는 것이 일반적이었다. 개정안은 이러한 점을 명확히 하여 항고소송을 민사소송으로, 민사소송을 항고소송으로 변경하는 것을 허용하였다(제22조).³¹⁾ 이에 따라 예컨대 공무원연금법에 의한 각종 급여를 지급받지 못하였음을 이유로 그 지급을 구하는 민사소송을 제기하였다가 급여지급거부처분에 대한 취소소송으로 소의 종류를 변경하는 것도 명문으로 가능하게 되었다. 이때의 피고경정은 개정안 제14조를 원용할 수 있을 터이고, 수소법원이 변경된 청구에 대하여 관할권을 가지고 있으면 직접 심리 판단하고 그렇지 않은 경우에는 이송을 하면 될 것이다.³²⁾

29) 제소기간과 관련하여 개정안은 행정청이 제소기간을 법정기간보다 긴 기간으로 잘못 알린 경우에는 잘못 알린 기간 내에 소제기가 있으면 법정 제소기간 내에 소가 제기된 것으로 간주하는 규정을 신설하였다(제21조 제3항).

30) 대판 1996.2.15, 94다31235; 대판 1999.11.26, 97다42250; 대판 2004.11.25, 2004두7023 등.

31) 동조는 당사자소송과 민사소송 간의 소의 변경의 경우에도 준용된다(제54조).

32) 개정안은 또한 이송 관련 특칙규정인 현행의 제7조를 삭제하여, 행정소송이 관할권이 없는 법원에 잘못 제기된 경우에 민사소송법을 준용하여 수소법원이 원고의 과실

대규모 복합분쟁이나 건축분쟁 등 복효적 행정행위가 일반화됨에 따라 항고소송 판결의 제3자효에 대응하여 관련 소송에서 제3자의 이익을 적절히 보호할 수 있는 제도가 마련되어야 한다는 지적에 따라³³⁾ 개정안은 법원은 당사자 이외의 관계 행정청 또는 소송결과에 이해관계 있는 제3자에게 소 제기 사실을 통지할 수 있도록 하고, 이를 받은 자들은 법원에 의견서를 제출할 수 있도록 하였다(제16조). 적절한 개정 내용이라 할 수 있지만, 제3자의 이익보호를 위한 것이라면 소 제기 사실의 통지의무가 아니라 통지 가능으로 규정한 특단의 이유를 발견하기 어렵다. 만약 가능규정을 유지한다면, 통지할 수 있는 경우를 보다 명확히 규정하는 것이 타당하였으리라 사료된다.

3. 행정소송제도 개혁의 과제

사법제도개혁의 일환으로 법무부 행정소송법 개정안이 마련되어, 그 동안 우리 행정법학계가 그토록 염원해 마지않던 의무이행소송과 예방적 금지소송, 자료제출요구제도와 가처분제도의 도입, 그리고 당사자소송의 활성화 등 Mini Bang 격의 제도적 개혁의 실현이 목전에 있다. 현대행정의 복잡다양성과 국민이 자신의 이익을 보다 구체적으로 다양한 방법으로 구현하고자 하는 현상, 과학기술의 발달로 인한 새로운 유형의 권익침해 등이 일반화된 행정현실 하에서 개정안에 나타난 행정소송제도 개혁의 기본방향은 행정소송의 가능성을 확대하고 국민의 권리구제에 충실함으로써 법치국가의 초석을 보다 공고히 하는데 있으며, 이 점에서 개정안은 참여민주주의, 정보화·세계화 등의 행정환경의 혁명적 변화에 적극적으로 대응한 성공적인 입법으로 평가할 수 있다. 그러나 행정소송제도의 성공적 개혁 완수에 도취하기에 앞서, 대법원안 중 그토록 격렬한 비판의 대상이었던, 항고소송의 대상 및 원고적격의 확대 논의가 이제는 행정소송제도 개혁의 향후 과제로 자리매김하는 아이러니에 직면하여 또 다른

유무에 상관없이 사건을 관할법원에 이송할 수 있도록 하였다.

33) 예컨대 백윤기, “행정소송제도의 개선”, 「행정법원의 좌표와 진로-개원 1주년 기념 백서」, 서울행정법원, 1999, 207면.

엄중한 책임감을 지을 수 없다.³⁴⁾

항고소송의 대상 확대 문제에 한정하여 고찰하더라도, 대법원안은 항고소송의 대상이 되는 처분 개념을 ‘행정행위’ 개념으로 대체하여 이를 ‘행정청이 행하는 법적·사실적 행위로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용’으로 정의하고자 하였다. 그러나 행정소송법 개정 공청회(2004. 10. 28.) 등을 통해 이러한 행정행위 개념은 기존의 강화상 광의의 행정행위 개념으로서 이질적인 행정의 행위형식(실체법상 행정행위, 법규명령, 권력적 사실행위)을 하나의 개념으로 포섭하여 지금까지 통용되고 있는 행정행위 개념에 일대 혼란을 초래한다는 반대 의견이 직면하였다. 그럼에도 불구하고 대법원안은 ‘처분등’이란 기존의 용례는 유지한 채, 이를 ‘처분 및 명령 등 또는 그 거부와 행정심판에 대한 재결을 말한다’고 하면서 처분이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 공권력 행사 그 밖에 이에 준하는 행정작용으로³⁵⁾, 명령은 국가기관의 명령·규칙 및 지방자치단체의 조례·규칙으로 개념 정의함으로써(대법원안 제2조) 대법원안은 여전히 법규명령이 항고소송의 대상이 됨을 명백히 하였다. 이에 대해서는 다양한 관점에서의 반론이 제기되었음은 주지의 사실이다. 행정작용법적 논의가 정리되지 않은 상황 하에서의 이른바 소송상 新 ‘처분등’ 관념의 도입은 상호 간 하자의 효과가 전혀 상이한 행정작용을 하나의 소송유형에 고착화함으로써 본안판단에 있어 법원의 임기응변식 대처를 초래할 뿐만 아니라 취소소송의 과부하로 인해 다양한 행정현상에 적절히 대응하지 못하는 집행부전의 우려가 제기되었

34) 이와 함께 협의의 소의 확대 여부, 기관소송법정주의의 완화 내지 폐지, 항고소송에서의 화해권고결정제도의 신설 등의 문제에 대해서도 보다 전향적 논의가 필요하다.

35) 대법원안은 처분 개념과 관련하여 현행법상의 ‘법집행’이란 문구를 삭제함으로써 그동안 판례와 학설상 인정되어 오던 권력적 사실행위의 처분성 인정을 명문으로 해결하고자 하였다. 물론 권력적 사실행위에 대해서는 그 성질상 취소소송이 불가능하며 당사자소송으로서 이행소송 및 금지소송을 인정하여야 한다는 견해가 주장되었으나 대법원안은 이를 채택하지 않았다. 사실행위에 대한 취소가 법리상 가능한지 여부는 별론으로 하더라도, 기존 학설과 판례에 의하더라도 권력적 사실행위의 처분성을 인정함에는 - 실행행위와 수인하명의 합성행위로 보건 아니면 우리 법문이 처분의 개념적 징표에 법률효과의 발생을 명문으로 필요로 하지 않는다는 이론 구성에 의하건 - 큰 어려움이 없으므로 결국 항고소송의 대상 확대의 타당성은 법규명령의 포섭 여부에 집중된다 하겠다.

다.³⁶⁾ ‘명령 등’을 항고소송의 대상으로 삼는 것은 행정의 적법성 확보와 국민의 권리구제라는 양대 측면에서 체계적으로 발전하여 온 행정의 행위형식론의 발전성과를 단절시켜 버림으로써 행정구제에 관한 법과 제도 운용에 혼란과 부작용을 초래할 수 있다는 애정 어린 충고도 같은 맥락이라 할 수 있다.³⁷⁾ 또한 이러한 처분 개념의 확대는 헌법 제107조 제2항이 규정하는 명령·규칙에 대한 재판권의 배분체계의 왜곡을 초래하여 위헌성 시비뿐만 아니라 헌법재판소와 대법원 간의 관할 갈등을 심화시킨다는 보다 자극적인 비판도 분분하였다. 이러한 점을 충분히 고려하여 법무부의 행정소송법개정안은 대법원안에 의한 항고소송의 대상 확대를 유보하고 현행 행정소송법상의 처분 개념을 수정 없이 유지함으로써 항고소송 대상 확대의 문제는 일응 수면 아래로 잠잠해 지게 된다.

그러나 개정안 작업에 참여하였던 위원 스스로가 인정하듯이 항고소송의 대상 확대 문제는 학계 및 실무계의 논의상황이 충분히 성숙치 못한 상황에서 개정 유보이지 결코 완전 폐기된 것이 아니어서 향후 행정소송제도 개혁의 가장 중요한 미래진행형 화두임을 다시 한 번 지적하고자 한다. 현행의 비교적 개방적인 처분 및 원고적격 개념 속에서 관례가 사실행위에 대한 사법통제, 원고적격의 인정 여부에 있어 적극적 관심을 기울이지 않고 과거 공식적 징표만을 기계적으로 적용하여 편협한 입장을 고수한 것이 사실이라면 이에 대한 근본적인 해결책은 바로 입법에 의한 강제적 준수 요구임을 간과해서는 안 된다. 현행 행정행위를 중심으로 전개된 행정작용론의 근간을 훼손한다는 비판에 대해서도, 연혁적 측면에서 볼 때 독일의 최협의의 행정행위를 중심으로 하여 전개된 행정작용론 행정소송의 제기가 능성 자체를 제한하려는 의도에서 출발한 것으로서, 오늘날의 행정작용유형론의 진정한 의의는 대상적격을 둘러싼 행정소송유형의 선택문제에 국한하는 것이 아니라 오히려 원고적격, 사법심사의 척도 및 강도와 관련하

36) 김중권, “행정실체법과 행정소송법의 교차점에 대한 소고”, 행정소송의 현안과 과제 (서울대학교 BK21 법학연구단 학술대회), 2003. 5. 30, 27면 이하; 同人, “행정소송법 개정안의 문제점에 관한 관견”, 법률신문 제3315호. 2004. 11. 18.

37) 홍준형, “행정소송법 개정의 내용과 방향”, 『법제』 제574호, 2005, 31면; 정하중, “행정소송법의 개정방향”, 『공법연구』 제31집 제3호, 2003, 11면 이하.

여 더욱 중요한 의미를 갖는 것이므로, 대상적격의 확대가 행정작용의 성질과 기능에 따른 유형화를 무력화 하는 것은 결코 아니라는 입론³⁸⁾도 경청하여야 한다.

가장 염려되는 것은 항고소송의 대상 및 원고적격의 확대가 개정안에 반영되지 않음으로 인해 치열한 논쟁을 통한 행정법학의 진화가 정체될 수도 있다는 점이다. 1984년 행정소송법 전면개정 이후 근 사반세기가 흘러서야 그 개혁이 본격적으로 논의되었다. 이제 개정안 시행 후 시민사회의 발전과 국민의 권리구제에의 열망을 통해 여전히 분출 가능성을 안고 있는 처분성, 원고적격 등 행정소송제도의 문제점에 대한 논의와 법 개정을 위해서는 어쩌면 그 이상의 세월을 기다려야 할지도 모르는 일이다. 행정행위의 공정력을 절차적 효력이라는 전제하에 취소소송을 독일식의 형성소송이 아닌 행정행위 등의 위법성을 확인하는 객관소송으로서의 확인소송으로 보아 항고소송 대상 및 원고적격을 확대하려는 시도는 슈미트-아쓰만의 지적³⁹⁾처럼 개념론적·관념론적 개념지상주의의 틀에서 벗어나 국민의 소송형식 선택의 번거로움을 덜어주고 포괄적인 권리구제이념을 실현한다는, 한국의 법현실을 향도하는 지난한 노력의 산물이다. 더 나아가 지난 세기 서양법의 일방적·편면적 法繼受에서 탈피하여 우리의 관점에서 서구 諸國의 제도를 다각적으로 분석하여 그 장단점을 취사선택함으로써 우리에게 안성맞춤격인 행정소송을 설계하고자 하는 개혁 프로젝트의 일환이다. 격렬한 高聲의 비판을 통해 야기된 氷炭之間의 형국 속에서 현행의 행정법체계에 모순된다는 이유만으로 이러한 논의를 묻어버리는 것은 ‘牛步의 美學’이 아니라 우리 행정법학의 발전을 가로막는 ‘失期’의 문제이자 姑息之計의 愚를 범하는 것일 수도 있음을 기억하여야 할 것이다.⁴⁰⁾

38) 박정훈, “항고소송의 대상 및 유형”, 대법원 행정소송법 개정안 공청회(2004.10.28.) 자료집, 37면.

39) Schmidt-Aßmann, Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns, DVBl., 1989, S.533f.

40) 같은 취지로는 김철용, “행정소송법의 개정작업을 촉구한다”, 법률신문, 2005.3.28.

III. 행정심판제도의 개선

1. 행정심판법 개정의 연혁

행정심판제도는 사법절차에 비해 신속하고 저렴한 비용으로 국민의 권익구제를 실현하는 제도로서, 행정기관에 대해서는 위법·부당한 행정작용을 시정하고 적절한 행정을 확보하기 위한 자기통제의 최후 보루로서의 기능을 담당한다. 1984년 訴願法 폐지와 함께 행정심판법을 제정한 것을 기점으로 하여 우리의 행정심판제도는 실질적으로 독자적 창안에 의하여 정착시킨 국민의 권리구제제도로서 각국의 모범사례로 발전하여 왔다.⁴¹⁾

행정심판법은 그동안 네 차례의 개정을 경험하였는데, 1995년의 개정은 비교적 큰 폭의 내용적 변화를 수반하는 것이어서 권익구제제도로서의 기능을 높였다고 평가된다.⁴²⁾ 그 후 1997년도와 1998년도에 두 차례의 추가 개정이 있었으나 여기에서는 새로운 제도의 도입이나 주요 내용의 실질적 변경이 아닌 절차적 측면의 비교적 경미한 사항의 개정에 그쳤다가,⁴³⁾ 이명박 정부의 정부조직법 개정안 발효와 함께 국무총리행정심판위원회, 국민고충처리위원회, 국가청렴위원회를 통합하여 국민권익위원회를 설치함에 응하여⁴⁴⁾ 2008년 2월 29일 행정심판의 신속한 권리구제 기능의 강화를 위한 일련의 내용을 담고 있는 개정 행정심판법(법률 제8871호)을 공포하게 된다.

한편, 개정 행정심판법과는 별도의 개정 논의가 이미 수년 전부터 진행되었는데, 이는 행정심판이 기본적으로 재판의 전심절차라는 측면에서 행

41) 정의방, “행정심판법 개정 추진 경과”, 『법제』 제589호, 2007, 6면.

42) 권익구제제도로서의 기능을 강화한 주요 개정사항으로는 의결기관과 재결청의 분리, 행정심판위원의 증원 및 민간인 위원의 참여확대, 심판청구기간의 연장, 의무이행심판 인용재결 불이행 시 재결청의 직접처분규정의 신설 등을 들 수 있다.

43) 1997년의 개정을 통하여 재결청의 의견제출 및 의견진술의 기회부여, 불합리한 법령의 개선요구 등을 신설하였고, 1998년에는 국가특별행정기관의 처분이나 부작위에 대한 재결청을 소관중앙행정기관으로 일원화하고, 위원 발언 내용의 비공개를 규정한 바 있다.

44) 국민권익위원회의 설치에 권익구제 창구가 고충위, 청렴위, 행심위 등 여러 기관으로 나누어져 있어 국민이 겪을 수 있는 혼란과 불편함을 해소하고 이를 일원화시켜 시너지 효과 창출을 통한 충실한 윈스톱 서비스를 제공하겠다는 취지로 이해할 수 있다. 그러나 각기 다른 설립 목적으로 만들어진 위원회들을 수평적으로 통합함으로써 각자 고유한 기능이 약화될 수 있다는 우려와 비판도 제기된다.

정심판법 개정 작업은 필연적으로 행정소송법 개정 논의와 궤를 같이 하여야 한다는 대전제에서 출발하였다. 2002년 대법원의 행정소송법 개정 논의의 시작과 함께 법제처가 주도한 행정심판 개정 논의는 2004년부터 본격적인 박차를 가하여 지난 2007년 6월 26일 ‘행정심판법개정안’의 입법예고를 하였고, 2007. 11. 13. 국무회의 통과 후 현재 국회에 계류 중이다. 그러나 동 개정안은 2008년 5월 28일까지 국회를 통과하지 않을 경우 입법기 교체에 따라 자동 폐기될 운명에 놓여 있다. 만약 그럴 경우 제18대 국회의 구성 후 어떤 형태로든 행정심판법 개정안이 재발의 될 것으로 예상되는데, 관건은 행정심판법 개정논의가 기본적으로 행정소송법의 개정방향을 수용하되 행정심판의 특수성⁴⁵⁾을 여하히 살려 개선안을 만들 것인가에 있다 할 것이다. 왜냐하면 행정심판은 국민의 권리구제를 중심이념으로 하는 행정소송과는 달리 행정의 자기통제도 중요한 이념으로 하고 있고, 기본적으로 준사법적 절차라는 점에서 정식의 소송절차와 구별되는 특수성을 함유하고 있기 때문이다.

2. 개정 행정심판법(법률 제8871호, 2008. 2. 29.)에 대한 검토

(1) 주요 개정 내용

이번의 행정심판법 개정은 행정심판위원회가 행정심판사건에 대하여 직접 재결을 하도록 하는 등 절차 간소화를 통하여 사건처리기간을 대폭

45) 근본적으로 행정심판은 처분의 위법뿐만 아니라 부당도 통제한다는 점에서 행정소송과 구별된다. 물론 행정심판 실무에 의할 때 부당만을 이유로 처분을 취소하는 경우는 극히 드물다. 과거 직근 상급감독청이 재결청인 경우 처분청의 일차적 재량판단 권한을 충분히 고려한다는 점과 통상 그 판단이 용이하지 않은 부당한 처분에 대하여 인용재결을 하는 경우 처분청의 불복 방법이 쉽지 않다는 점 등을 고려한 것으로 보인다. 그러나 拙見에 의하면 이러한 현상은 - 몇몇 예외적인 경우를 제외하고는 - 부당한 처분에 의하여 권리침해가 유발하는 경우는 드물다는 인식도 기저에 있다고 판단된다. 즉, 현행의 행정심판절차가 권리구제절차로의 성격이 지나치게 강한 나머지 부당한 처분에 의한 권리침해는 상정할 수 없다는 판단 하에 정구를 기각하는 상황이 대부분이다. 따라서 후술하는 바와 같이 행정절차로서의 행정심판을 염두에 두고 그 행정통제 기능을 강화한다면 부당한 처분에 대한 통제도 법 취지에 상응하여 보다 용이해 질 것이고, 또한 이런 논의에 전제한다면 청구인 적격의 사실상 이익에로의 확대도 자연스럽게 입법화될 수 있을 것이다.

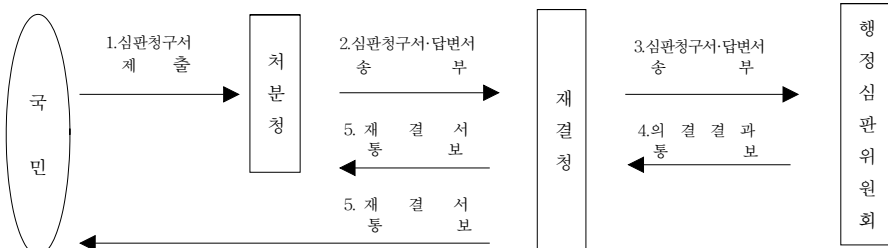
단축함으로써 행정심판위원회로의 청구 일원화의 효과를 극대화하고 행정심판제도의 본래의 취지인 신속한 권리구제에 기여하는데 그 주안점이 있다.⁴⁶⁾

이를 위해 개정 법률은 재결청 개념을 삭제하고, 모든 행정심판위원회에 재결권한을 부여함으로써⁴⁷⁾ 행정심판의 준수법절차화를 보다 강화하기 위한 큰 획을 긋게 된다(제2조 제1항 제3호, 제5조, 제32조, 제33조, 제35조 내지 제38조). 재결청이 폐지됨에 따라 논리귀결적으로 다수의 조문에

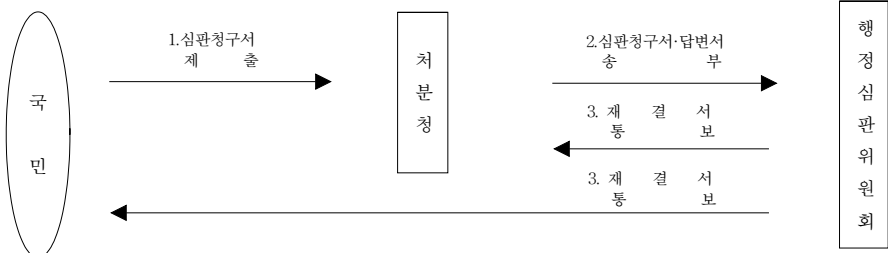
46) 구행정심판법에 의할 때 처분청, 의결기관인 행정심판위원회, 행정심판위원회의 의결에 따라 재결하는 재결청 등 행정심판과 관련된 기관의 구조가 복잡해서 국민의 혼선이 발생하며, 처분청의 답변서가 행정심판위원회에 접수되기 전에 반드시 재결청을 경유하여야 하고 행정심판위원회에서 의결결과를 청구인에게 직접 통보하지 못함에 따라 행정심판사건의 처리기간만 늘어나 신속한 권리구제라는 행정심판제도의 취지에 부합하지 못하는 문제가 지적되었다. 그러나 개정 행정심판법에 의하면 행정심판청구서의 접수부터 처리결과 통보까지의 절차가 과거 5단계(청구인 → ①처분청 → ②재결청 → ③행정심판위원회 → ④재결청 → ⑤청구인)에서 3단계(청구인 → ①처분청 → ②행정심판위원회 → ③청구인)로 줄어들게 되어, 국무총리행정심판위원회의 소관 행정심판 청구사건의 처리기간이 현행 80일에서 65일로 단축되는 절차 간소화 효과를 가져왔다.

□ 행정심판위원회에 재결기능 부여에 따른 행정심판 처리절차의 간소화

<개정전>



<개정후>



※ 심판청구서가 위원회에 바로 제출되는 경우에는 위원회에서 처분청에 심판청구서를 송부하면 처분청이 답변서를 위원회에 송부

47) 물론 이를 통해 기존의 각 행정심판위원회의 소관이 바뀐 것은 없고, 국무총리행정심판위원회를 제외한 행정심판위원회의 위원장도 현행과 동일하다.

서 권한의 소재에 대한 개정이 수반되었다. 행정심판위원의 기피신청에 대한 결정권한이 재결청에서 위원장으로 변경되고(제7조 제2항), 재결청 권한승계 규정은 위원회 권한승계 규정으로 대체되었다(제8조).⁴⁸⁾ 심판청구서 접수기관이 ‘재결청 또는 피청구인인 행정청’에서 ‘피청구인인 행정청 또는 위원회’로 변경됨에 따라 행정심판위원회에서도 심판청구서의 접수가 가능하며(제17조 제1항), 피청구인인 행정청이 심판청구서를 접수하면 답변서와 함께 위원회로 바로 송부하고(제17조 제3항 내지 제5항) 위원회에 제출된 경우에는 심판청구 부분을 피청구인인 행정청에게 송부하며(제17조의2 제1항) 제3자에 의한 행정심판에 있어서는 위원회가 처분의 상대방에게 이를 통지하도록 하였다(제17조의2 제6항). 한편, 피청구인인 행정청이 위원회에 심판청구서 및 답변서를 송부할 때 국무총리행정심판위원회 소관 사건에 대한 종전 재결청인 국무총리 또는 중앙행정기관에게도 심판청구 및 답변 내용을 통보하도록 하였다(제17조의2 제7항). 이는 개정 전 법 제28조 제5항에 의할 때 국무총리행정심판위원회 소관 사건에 대하여 재결청은 동위원회에 의견을 제출할 수 있었고 심판청구서와 답변서는 재결청을 경유해서 동위원회에 제출되었으나, 앞으로는 재결청을 경유하지 않게 됨에 따라 이들 종전의 재결청으로 하여금 최소한 심판청구 사실 및 그 내용 정도는 알 수 있도록 하기 위한 조치로 평가할 수 있다.

새 정부의 정부조직개편과 관련하여 ‘부패방지 및 국민권익위원회의 설치 및 운영에 관한 법률(법률 제8878호, 2008. 2. 29.)’이 제정됨에 따라 국무총리 소속이던 국무총리행정심판위원회가 국민권익위원회로 소속 변경이 이루어지고 그 위원장도 종래의 법제처장에서 국민권익위원회 부위원장 3인 중 1인이 겸임하게 되었으며, 국무총리행정심판위원회 비상임위원 중 일부를 대통령령이 정하는 행정기관의 공무원 중에서 위촉·지명할

48) 이와 관련한 기타 개정 내용으로는 심판청구서에 재결청 대신 ‘소관 위원회’를 기재하도록 변경(제19조 제2항 제2호), 집행정지 결정권한(제21조) 및 증거서류 등의 반환주체(제40조)를 재결청에서 ‘위원회’로 변경, 행정심판에 대한 고지사항 중 재결청을 ‘위원회’로 변경(제42조 제2항), 재결의 경정 권한을 재결청에서 ‘위원장’으로 변경(동시행령 제27조), 재결 불이행에 대한 직접처분권한을 재결청에서 ‘위원회’로 변경(동시행령 제27조의2), 행정기관에 대한 위원회 운영실태 등 현황 조사 및 지도 권한을 법제처장에서 ‘국무총리행정심판위원회’로 변경한 것(동시행령 제30조)등을 들 수 있다.

수 있었던 규정도 삭제되었다. 정부조직 개편에 따라 대통령 소속기관에서 제외된 기관의 경우에는 더 이상 자체적으로 행정심판위원회를 설치할 수 없으므로 행정심판법에 따른 소관 행정심판위원회에 지체 없이 심판청구사건을 이관하여야 함은 물론이다.⁴⁹⁾

(2) 평 가

재결청의 개념을 없앴으로써 처분청에서 답변서를 행정심판위원회에 바로 송부하도록 하고 행정심판위원회에서 행정심판사건의 심리를 마치면 직접 재결을 할 수 있도록 하는 것을 골자로 하는 개정 행정심판법은 행정심판의 권리구제기능의 확대·강화 및 신속한 권리구제 이념에의 충실이라는 측면에서 능히 환영할 만하다. 그러나 종래 재결청제도를 통해서 조직법적인 행정결정구조가 행정심판에서 담보되었던 것을 근본적으로 변경하여 이제는 독립적 합의제 행정기관이자 재결기관인 행정심판소(administrative tribunal) 성격의 행정심판위원회 개념을 설정한 것이 적절한 것인지에 대해서는 좀 더 신중한 논의를 필요로 한다.⁵⁰⁾ 왜냐하면, 청구인 - 피청구인의 대심구조를 바탕으로 하여 독립성을 견지하는 행정심판위원회의 권한·기능의 강화는 결국 행정심판의 사법절차화에 박차를 가하는 것인 바, 후술하는 바와 같이 ‘원칙적으로 행정절차로서의 행정심판’을 염두에 두는 필자로서는 이번의 개정으로 우리의 행정심판제도가 그 본질에서 점점 멀어지는 것이 아닌가하는 우려를 지울 수 없기 때문이다.

법 개정의 절차적 측면에서도 행정심판법 개정에는 다소간 의문이 제기된다. 주지하는 바와 같이 장기간의 논의를 거친 행정심판법 전부개정 법률안이 국무회의의 의결을 거쳐 국회에 계류 중이다. 물론 동 개정안

49) 예컨대 중앙인사위원회의 경우 행정안전부로 통합됨에 따라 자체 행정심판위원회에서 이미 심리·의결을 마친 사건은 행정안전부장관이 종전 규정에 따라 재결서를 통보하고, 나머지 사건은 심판청구서 등 관련 서류를 지체 없이 국무총리행정심판위원회로 이관하여야 한다(부칙 제2조).

50) 同旨: 김중권, “행정소송 전단계의 권리구제로서의 행정심판제도에 관한 개관”, 제8회 동아시아행정법학회 발표논문, 2008. 5., 1면 이하. 비근한 예로, 더 이상 처분청에 대한 감독청이 아닌, 독립된 행정기관으로서의 행정심판위원회가 의무이행재결의 형태로서 처분재결을 내릴 수 있는지에 대해서는 상당한 논란이 제기될 수 있다.

의 국회통과가 불투명하고 국민권익위원회의 설치라는 예기치 못한 환경 변화를 감안하더라도 기왕의 행정심판법 개정 논의를 일응 도외시하고 재결청 폐지만을 법 개정을 통하여 관철하였어야 할 긴급한 필요를 쉽게 인정하기 어렵다.

3. 온라인 행정심판 시스템의 도입

目下 인터넷 사용의 일반화와 정보통신 인프라의 대대적 확충으로 각종 민원이나 행정절차를 전자적으로 처리하는 시대적 흐름에 발맞추어 법제처에서는 이미 2006년 7월부터 ‘온라인 행정심판제도’를 운영하고 있다.⁵¹⁾ 온라인 행정심판시스템의 법적 근거와 관련하여서는 제17대 국회에 이미 상정된 ‘행정심판법 전부개정법률안’에서 관련 규정을 담고 있지만,⁵²⁾ 그 발효 여부가 불투명한 현재 상황에서는 ‘전자정부법(법률 제 8852호, 2008. 2. 29.)’ 제33조⁵³⁾가 일반적인 법적 근거로 작용할 수

- 51) 온라인 행정심판제도는 세부적으로 다음의 네 개의 하위시스템으로 구성되어 있다
- 국무총리행정심판위원회 포털사이트: 심판청구, 심판참가, 구술심리신청, 증거조사 신청 등의 온라인 접수·처리
 - 행정심판정보화시스템: 내부 업무지원시스템, 사건·원장 관리, 의결서 작성 등
 - 행정심판위원 전용 심의시스템: 위원들에 대한 안건 송부, 검토의견서 작성 기능, 위원회 심의
 - 처분청·재결청 업무지원시스템: 처분청·재결청 소속 공무원의 답변서, 증거자료 작성·송달 등

(자세한 내용은 www.simpan.go.kr/portal2/jsp/online/portal_online_info.jsp 참조).

- 52) 온라인 행정심판에 관한 규정 중 특히 주목할 점을 거론하면 다음과 같다. 온라인을 통하여 행정심판청구서를 제출하는 경우는 처분청 또는 재결청(신법에 의할 경우 행정심판위원회)이 접수하는 것이 아니기 때문에 접수시기를 해당기관에서 이송 받은 때로 볼 여지가 있으나, 동 개정법률안에서는 특허법 제28조의3 제3항처럼 제출인이 정보통신망을 이용하여 접수번호를 확인한 때를 심판청구서의 접수시기로 보았다. 온라인을 통한 행정심판 청구 시 전자서명(또는 공인인증서)을 요구할 것인가에 대해서는 온라인 행정심판시스템의 활성화를 위해 주민등록번호 입력을 통한 실명확인 방식으로 족하도록 하였고, 전자서명 등은 위원회가 안정성 확보를 위하여 특별히 필요한 경우 이를 요구할 수 있도록 하는 임의절차로 규정하였다. 또한 온라인을 통한 전자문서의 송달에 있어 그 도달시기를 통지 및 송달을 받은 자가 사용하는 전산정보처리조직의 파일에 기록된 때를 기준으로 하였다. 그러나 재결서와 같은 중요문서와 휴대폰 문자메시지의 경우 등에 관한 특례는 고려하지 않았는데, 향후 개정안 발의에서 추가로 논의되어야 할 쟁점이라 하겠다.

- 53) 제33조 (전자적 민원처리) ①행정기관의 장(행정권한을 위탁받은 자를 포함한다. 이하 이 장에서 같다)은 당해 기관에서 처리할 민원사항 등에 대하여 관계 법령(지방자

있을 것이다.

온라인 행정심판은 청구서 제출, 답변서 열람, 심리기일 열람, 의결결과 통지 및 재결서 열람 등 모든 절차가 인터넷을 이용하여 진행되며, 심판 진행상황이나 처리결과를 휴대전화 문자메시지나 이메일로 알려 주어 행정심판에의 접근성 제고를 위한 획기적인 제도적 개혁에 해당한다. 온라인 행정심판은 현재 국무총리행정심판위원회 소관 사건 중 운전면허처분, 보훈처분, 산재 및 고용보험료 부과처분 관련사건등 청구건수가 많고 처분청의 전산환경이 뒷받침되는 사건에 대하여 시행하고 있으며, 특히 실무상 집행정지 신청사건⁵⁴⁾에 빈번히 이용되고 있다. 또한 처분을 행한 행정청으로서도 관련 서류를 온라인 행정심판을 이용하여 신속히 송달함으로써 종전 우편송달에 의한 시간과 비용을 대폭 줄일 수 있는 긍정적 효과를 보게 되었다.

4. 행정심판제도의 개선을 위한 과제

(1) 행정심판의 법적 성질에 대한 再考

1984년 행정심판법 제정 이후 이미 성년을 훌쩍 넘긴 우리의 행정심판 제도는 행정작용으로 인한 권익침해를 구제받을 수 있는 행정구제제도의

치단체의 조례 및 규칙을 포함한다. 이하 같다)에서 문서·서면·서류 등의 종이문서로 신청·신고 또는 제출 등(이하 이 조에서 “신청등”이라 한다)을 하도록 규정하고 있는 경우에도 이에 대하여 전자문서로 신청등을 하게 할 수 있다.

②행정기관의 장은 민원사항 등을 처리함에 있어서 그 처리결과를 관계 법령에서 문서·서면·서류 등의 종이문서로 통지·통보 등(이하 이 조에서 “통지등”이라 한다)을 하도록 규정하고 있는 경우에도 본인이 원하거나 민원사항 등을 전자문서로 신청등을 한 때에는 이를 전자문서로 통지등을 할 수 있다.

③제1항 및 제2항의 규정에 의하여 전자문서로 신청등 또는 통지등을 한 경우에는 당해 법령에서 정한 절차에 의하여 신청등 또는 통지등을 한 것으로 본다.

④행정기관의 장은 제1항의 규정에 의하여 민원사항 등을 전자문서로 신청등을 하게 하거나 제2항의 규정에 의하여 전자문서로 통지등을 하는 경우에는 인터넷을 통하여 미리 그 민원사항 등 또는 통지등의 종류와 처리절차를 국민에게 공표하여야 한다.

54) 이는 행정처분으로 인해 급박한 손해를 입을 가능성이 있는 청구인이 송달과정이 복잡한 서면보다 처리과정이 보다 신속한 온라인 시스템으로 신청함으로써 보다 빠르게 임시적 권리구제를 도모할 수 있음이 반영된 것이라 할 수 있다. 2007년 말을 기준으로 집행정지 신청사건의 10% 정도가 온라인으로 제기되고 있다고 한다.

한 축으로 확고히 자리매김 하였다. 그러나 이러한 다대한 성과에도 불구하고 법제상의 제반 변화에 전방위적으로 대응하지 못하여 적지 않은 문제점이 제기되었음도 부인할 수 없다. 장기간의 제도적 학습에도 불구하고 잔존하는 논란의 불씨는 무엇보다도 행정심판제도의 본질 내지 기능에 관한 의견불일치에서 기인한 바 크다.

헌법 제107조 제3항을 고려하건대 행정심판의 발전 방향이 행정소송법제의 변화에 대한 긴밀한 고려 하에 상호 관련성을 유지하면서 모색되어야 한다는 주장⁵⁵⁾은 원칙적으로 타당하다. 행정심판과 행정소송은 중요한 허용요건과 법적 통제의 심사규준을 공유할 뿐만 아니라 행정의 적법성 통제와 공적 분쟁의 해소라는 공동의 목표에 기여하는 점에서 그 기능적 상관관계를 부인할 수 없으므로 행정심판절차를 행정소송절차와 절연시키거나 이를 민중적 통제로 설정하는 것은 타당하지 않다. 그러나 그간의 행정심판제도의 진화 내용이나 최근의 행정심판법 개정 논의를 살펴보면 사법절차화를 지나치게 강조한 나머지 행정심판절차의 행정절차적 측면이 도외시 되고 있는 것은 문제라 아니할 수 없다. 대심구조를 취하고 판결의 효력에 준하는 재결의 기속력 등을 인정하는 점에서 행정소송절차와의 흡사성을 인정할 수 있지만, 행정청으로서의 행정심판위원회가 절차를 주관하고 최종적 판단의 산물인 재결이 행정행위로서 귀결되는 점에서 행정심판절차는 본질적으로 행정절차라 보는 것이 타당하다.⁵⁶⁾ 행정심판절차는 또한, 권력분립원칙 하에서 외부통제를 구현하는 것이 아니라 재판의 전심절차로서 행정의 통일성과 내부적 통제의 구

55) 홍준형 교수는 행정소송과 행정심판의 유기적 관련성을 중시하면서, “양자는 이론과 실제 양면에서 상호 학습이 활발히 일어나는 부문”, “행정심판 역시 단순한 병리 시정이라는 전통적 의미를 넘어 행정과 시민 간의 관계 형성 및 환류를 가능케 하는 제도적 회로”라고 표현한다; 同人, “행정심판의 대상 확대 및 심판기관의 구성”, 『법제』 제 589호, 2007, 49면.

56) 同旨: 박정훈, “행정심판의 구조와 기능”, 『행정법연구』 제12호, 2004, 245면 이하. 재결과 판결에 나타나는 일부취소의 구체적 내용을 검토하더라도 이러한 점은 쉽게 논증된다. 행정심판에서는 일부취소의 요건이 되는 처분의 가분성이 행정소송에서의 그것보다 넓게 인정되는데, 예컨대 영업정지기간을 변경하는 일부취소는 행정심판에서만 가능하다는 학설과 실무가 그러하다. 또한 행정소송과는 달리 행정심판에서는 적극적 변경재결이 가능하다는 견해도 행정심판의 행정절차로서의 성격을 뒷받침한다. 김철용, 『행정법 I(제11판)』, 2008, 591면; 박균성, “행정심판의 유형”, 행정심판제도 도입 20주년 기념 학술대회(2005.10.27) 자료집, 15-16면.

현에 봉입하는 것이다. 나아가 소수의 예외를 제외하고는 필요적 행정심판전치주의가 폐지된 현 상황에서는 행정심판의 사법유사성은 더 이상 절대적 요청 사항이 아니라 할 것이다.⁵⁷⁾ 이러한 立論은 행정심판의 기능을 고려하는 경우에도 타당성의 근거를 발견할 수 있다. 공법상 분쟁의 해결절차로서의 행정심판이 행정의 자기통제기능 이외에 권리구제기능을 수행하여야 함에는 이견이 있을 수 없다. 그러나 여기서의 권리구제의 양상은 적법성과 합목적성의 견지를 위해, 이미 일차적 판단과정을 거쳐 잠정적 효력으로서의 공정력을 발생한 행정처분에 관하여 재차 행하는 ‘완전한 심사(Vollprüfung)’를 전제로 한다. 행정심판위원회는 적법성·합목적성 유지를 위해 처분청이 행한 일차적 결정의 사실적·법적 근거를 심사하며, 처분청은 이를 통해 하자가 있거나 부당한 결정의 시정가능성을 확보할 수 있는 것이다. 즉, 행정심판절차는 사후적 행정절차로서의 성질을 강하게 가지고 있으며,⁵⁸⁾ 따라서 행정소송절차와는 권리구제 기능적 측면에서 - 결과에 있어서는 - 동일하지만 그 질적 차이를 분명히 드러낸다 할 것이다.

행정심판절차에는 행정소송에 견줄 수 있는 권리구제적 요소와 행정의 자기통제를 위한 행정절차적 성질이 어우러져 있으며, 양자 간 우열의 문제를 논하는 것 자체가 무용한 徒勞에 지나지 않는 면이 있다. 또한, 행정심판의 사법절차화 강화가 행정부 내에서 법치행정의 위상을 높이고 다른 한편으로 사법부로 하여금 행정소송의 중요성을 인식하도록 자극함으로써 결국 법치주의 발전에 기여하는 긍정적 측면도 무시할 수 없다. 그럼에도 불구하고 여기서 특별히 행정심판의 법적 성질을 재론하는 이유는 현재의 행정심판법과 향후 개정을 위한 논의의 기본방향이 사법절차화의 심화를 통해 행정소송에 준하는 행정심판의 위상과 입지를 강화함에만 전념하여, 행정소송과 峻別되는 행정심판의 특수성을 혹시 제도적 개혁 과정에 반영하지 못하는 것을 극히 경계하여야 하기 때문이다.

57) 김중권, 전계논문, 2면.

58) 예컨대 취소심판의 경우 청구인의 심판청구에 의해 개시되어 그 한도에서 권리구제 기능을 담당하는 점을 제외하고는 행정의 적법성 확보를 이념으로 하는 처분청 등에 의한 직권취소와 본질적으로 다르지 않다는 점에서도 ‘사후적 행정절차로서의 행정심판’ 개념이 擧證될 수 있다.

(2) 개선을 위한 구체적 쟁점

1) '행정심판법 전부개정 법률안'상의 쟁점

국회 계류 중인 법무부의 행정소송법 개정안이 처분의 범위, 원고적격 등 뜨거운 쟁점⁵⁹⁾에 대하여 현행법의 근간을 유지하기로 함에 따라 대법원의 행정소송법개정안과 궤를 같이하면서 성안된 '행정심판법 전부개정 법률안(이하 '행정심판법개정안'이라 함)'⁶⁰⁾은 소관 상임위원회 단계에서부터 실질적 심의 대상에서 제외되었으며, 이제는 개정 내용을 일부 다듬어 제18대 국회에 재발의될 법률안을 두고 새롭게 논의될 것으로 예상된다. 그러나 행정심판법개정시안에 담겨 있는 기타 중요한 개정 내용은 향후 재발의될 법안에 존치될 가능성이 크므로 여기에서 그 대강을 제시하기로 한다.

우선, 행정기관의 청구인능력을 인정하여, 행정기관이 행정청의 처분 또는 부작위의 상대방이 되는 경우(독립적인 사업을 수행하는 경우로서 사인과 유사한 지위에 있는 경우에 한한다)에는 그 행정기관의 이름으로 행정심판을 청구할 수 있다고 규정(제14조)한 점이 눈에 띈다. 이에 따라 경우 국립대학, 국립병원 등 독립적인 사업부서의 지위를 가지는 기관이 행정심판을 제기할 수 있는 길이 열리게 된다.⁶¹⁾ 가구제 제도에 대한 보완도 이루어졌는데, 처분의 위법성에 대한 현저한 의심이 있는 경

59) 행정심판의 청구인적격 확대 문제는 현행 청구인적격 규정의 입법과오 여부에 대한 논의 및 사실상 이익에 대한 청구인 보호 등의 쟁점과는 별개로, 행정통제 기능의 확대라는 관점에서 환영할만하다. 그러나 처분성 확대를 통한 심판대상의 包括化는 이와는 차원을 달리하는 문제로서, 행정심판법만의 문제가 아니라 행정소송법 나아가서는 행정법 체계 전반에 걸친 근본적인 결단을 요구하는 점에서 향후 행정소송법의 개정작업 완성 등 논의의 전개 상황을 지켜본 후 보다 신중히 결정할 문제이다.

60) 행정심판법개정안의 내용과 평가, 향후 과제 등에 관한 자세한 내용은 홍준형, 전계 논문, 34면 이하; 박균성, "청구인적격 확대와 청구 및 심리절차의 개선", 『법제』 제 589호, 2007, 50면 이하 참조.

61) 그러나 행정청의 청구인능력 인정에 대해서는, 처분의 상대방이 행정청이고 처분으로 인하여 상대방 행정청의 권리나 이익이 침해된 경우 법적으로는 당해 행정청이 속한 국가 또는 지방자치단체의 권리나 이익이 침해된 것이므로 국가 또는 지방자치단체가 청구인능력을 갖는 것으로 보아야 한다는 비판적 시각도 존재한다. 박균성, 전계 논문, 61-62면.

우에는 집행정지 사유로 규정되어 있는 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위한 긴급한 필요성이 있다는 점을 소명하지 않더라도 집행정지를 허용할 수 있도록 하였으며, 거부처분취소심판 및 의무이행심판에서 권리구제의 실효성을 보장하기 위하여 임시적 지위를 정하는 것을 내용으로 하는 가처분 제도를 신설하였다.⁶²⁾ 현행 행정심판법 제23조에 의한 심판청구의 보정 규정의 의미를 명확히 하였고, 위원회의 심리 부담을 경감할 의도로 청구인이 심판청구서의 흠결에 대한 보정명령에 응하지 아니한 때에는 위원장 결정으로 청구서를 각하할 수 있는 규정(제33조)을 두었다. 취소심판의 네 가지 재결 유형 중 처분명령재결을 인정하지 않기로 결정하였는데, 이는 취소재결의 형성력 및 취소명령재결에 응하지 않을 경우의 법률관계의 복잡성 등을 고려한 것으로 평가된다.⁶³⁾ 한편, 행정심판 심리절차를 개선하기 위한 몇 가지 사항에 대한 개정 및 신설이 있었는데, 이미 언급한 바 있는 온라인 행정심판제도의 법적 근거 규정을 비롯하여 관계 행정기관에 대한 자료제출요구 규정 신설,⁶⁴⁾ 심리방식에 관한 규정의 명확화,⁶⁵⁾ 증거조사규정의 개선,⁶⁶⁾ 심판청구의 취하⁶⁷⁾ 등이 이에 속한다.

62) 행정소송법 개정 논의에서와는 달리 행정심판법개정안은 예방적 금지심판의 도입을 유보하였기 때문에 '다툼의 대상에 관한 가처분'은 인정하지 아니하였다.

63) 재결의 집행력 확보를 위해 행정심판법개정안은 행정소송법 상의 간접강제제도를 도입하여 재결청이 간접강제의 주체가 되도록 하였는데, 재결청 폐지에 따라 향후 행정심판위원회에 동 권한을 부여할 것인지 아니면 개정논의에서의 일부 의견처럼 제도 도입 자체를 재검토할 것인지는 좀 더 두고 볼 일이다.

64) 위원회의 심리, 의결에 필요한 자료제출요구권을 인정하였고, 사건과 관련된 법령·규칙을 주관하는 행정기관 그 밖의 관계행정기관 또는 소속 공무원에 대하여 위원회에 참석하여 의견을 진술할 것을 요구하거나 의견서의 제출을 요구할 수 있는 권한을 명문으로 인정하였다(제34조).

65) 현행법상 서면심리와 구술심리의 구분기준이 모호함을 개선하여, 당사자는 구술심리를 신청한 경우 위원회는 서면심리만으로 결정할 수 있다고 인정되는 경우가 아니면 구술심리를 하도록 규정하였다(제39조 제3항).

66) 증거조사를 위해 당사자 또는 관계인의 주소·거소·사업장 또는 그 밖의 필요한 장소에 출입할 수 있도록 하고, 증거조사를 수행하는 자의 증표의 휴대 및 제시의무를 법정화 하였으며(제41조), 증거조사의 실효성 확보를 위해 과태료규정을 신설하였다(제64조).

67) 심판청구의 취하 시 청구인을 보조하는 참가인이 있는 경우 그 참가인의 동의를 얻도록 하였고, 위원회는 서류 중인 사건에 대하여 취하서를 받은 때에는 지체 없이 다

2) 처분명령재결과 처분재결의 관계

행정심판법 개정 논의에서 비교적 소외되어 있지만, 결코 放棄하여서는 안 되는 사항으로서 처분명령재결과 처분재결의 관계 설정을 들 수 있다.⁶⁸⁾ 필자는 이미 다른 지면을 통해 행정심판법 제32조 제5항의 규정에도 불구하고 의무이행심판인용재결로서 처분명령재결을 원칙으로 하여야 한다고 주장한 바 있다.⁶⁹⁾ 그러나 이러한 주장은 행정심판절차의 본질과는 사실상 유리된 해석으로서, 현행 행정심판법제 하에서의 고육지책이었음을 고백치 않을 수 없다. 즉, 현행 행정심판법리에 의할 때 처분재결을 선택적으로 내릴 수 있다고 할 경우 의무이행심판의 위법성 판단의 시점을 다수설·판례처럼 거부처분취소소송과 마찬가지로 처분시료 보는 한, 처분청으로서 - 법령개정의 경우를 포함하여 - 원처분사유와 기본적 사실관계에 있어 동일성이 인정되지 않아 처분사유로 추가·변경이 불가능한 사유에 의하더라도 재차 거부처분을 할 여지가 봉쇄되어 결과적으로 행정의 법률적합성 원칙에 배치되는 결과가 초래될 수 있기 때문이다. 또한 지방자치단체의 자치사무 영역에서 처분재결에 의해 법률관계의 형성적 효력이 발생한 경우 기초지방자치단체 등 처분청이 처분재결을 소의 대상으로 하는 취소소송 등을 제기하여 법리적으로 자신의 자치권 침해를 구제받지 못할 바는 아니지만⁷⁰⁾ 현실적으로 이 같은 상황

른 당사자 및 참가인에게 취하사실을 통지하도록 하였다(제43조).

68) 이 점에 대해 ‘행정심판법 전부개정 법률안’에서는 처분청이 재결청과 동일한 경우에만 처분재결을 인정하고, 재결청과 처분청이 다른 경우에는 처분명령재결만을 하도록 규정하였다. 재결청 폐지로 인해 이러한 개정안은 향후 근본적인 수정을 거치겠지만, 그 자체로도 이해하기 힘든 개정 내용이다. 행정청의 처분권을 존중하면서 직접처분을 규정한 다른 조문과의 체계 유지가 주된 고려사항이었다고 하지만, 후술하는 바와 같이 행정심판절차의 본질과 관련 법리를 충분히 고려한, 보다 근본적인 논의를 회피하였다는 비판을 면하기 어렵다.

69) 拙稿, “재결의 기속력과 처분재결(下)”, 『고시연구』, 2002. 11, 59면 이하.

70) 행정심판에서 인용재결 또는 이와 더불어 직접처분이 내려진 경우, 권한쟁의심판 내지 기관소송의 가능성 논의와는 상관없이 항고소송을 인정할 수 있다고 본다. 반대하는 입장에서는 재결의 기속력을 문제시 하는데, 취소소송 등의 청구인은 법적으로 볼 때 기속력의 주관적 범위에 속하는 행정청이 아니라 법인격 주체로서의 당해 지방자치단체이며, 이러한 소제기는 소송법적 행위이므로 기속력이 실제법적 효력이라는 전제에도 배치되지 아니한다. 따라서 처분청으로서의 지방자치단체의 추상적 권한의 존부 및 범위에 관한 다툼인 권한쟁의심판과는 별도로, 구체적 사건에서 재결청으로서

을 상정하기 곤란한 점도 고려한 所致이다.

그러나 행정절차로서의 행정심판절차의 본질에 충실하여, 이제 의무이행심판 인용재결로서 처분명령재결 뿐만 아니라 직접 처분재결을 행할 수 있고 때에 따라서는 처분재결을 하여야 할 의무규정으로 할 필요가 있음을 제언한다.⁷¹⁾ 이와 같은 주장은 처분재결을 통한 효율적인 권리구제 뿐만 아니라 행정심판의 移審效(Devolutiveffekt), 행정의 통일성, 절차의 신속성 등을 고려한 것이다.⁷²⁾ 물론 의무이행재결로서 필요적 처분재결을 규정하려면 - 이미 활발한 논쟁을 거친 논제이지만 - 위법성판단의 시점을 재결시로 하고 행정심판에서의 강화된 직권심리주의를 바탕으로 처분사유의 추가·변경의 가능성을 대폭 완화하여 처분재결의 성숙성이 담보되는 등 행정심판의 행정 통제적 기능 강화를 전제로 하지만, 이러한 개선 노력은 행정심판절차가 本郷으로 회귀하는 반가운 일에 해당하므로 그 본질에 비추어 그리 고되고 성가신 작업만은 아닐 것이다.⁷³⁾

3) 지방자치제도에 대한 고려

오늘날 국가적 차원의 지방분권 추진으로 지방자치권 확대가 다양하게 모색되는 상황에 비추어 볼 때,⁷⁴⁾ 국민의 권익구제라는 주관적 법치주의

의 감독청 내지 행정심판위원회의 재결 내지 직접처분이 법적 요건에 위반하여 자치단체의 자치권을 침해한 경우는 항고소송의 대상이 될 수 있으며, 지방자치법 제169조 제2항 또한 이를 반증하고 있다. 同旨: 박정훈, “지방자치단체의 자치권을 보장하기 위한 행정소송”, 『지방자치법연구』 제1권 제2호, 2001, 30(32)면.

71) 동일한 상황에 대한 독일 행정법학의 논의에 관해서는 Kopp, Kommentar zur VwGO, C.H.Beck, 1999, §73, Rdnr. 8; Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. Aufl., Nomos Verlag, 1998, Rdnr. 532. 참조.

72) 이 경우 처분재결의 가능성은 그 행정행위성에 착안하여 재결주체인 행정심판위원회의 처분권한 인정의 문제로 귀결될 터인데 그 이론구성이 용이하지 않음은 전술한 바 있다. 결국 행정심판법 개정 과정에서 재결청 폐지가 행정심판절차의 본질과 상충하는 면이 있음을 충분히 고려하지 않은 증거라 할 수 있다.

73) 처분재결의 가능성을 인정하는 학설의 일반적 경향에도 불구하고, 독일 행정법원법은 그 요건·절차에 대한 규정을 전혀 두고 있지 않다. 따라서 처분재결의 절차 등은 일반 처분절차에 관한 법리가 적용된다고 보는 것이 일반적이다. Vgl. Hufen, a.a.O., S. 147 f.; Martini, Verwaltungsprozeßrecht, Luchterhand Verlag, 1997, S. 10 f.

74) 국토균형개발을 목적으로 하여 다양한 방법으로 진행되고 있는 지방분권 강화정책에 대한 자세한 내용은 拙稿, “지역개발특별법제를 중심으로 살펴본 토지관련 제도의 현황과 전망”, 『중앙법학』 제9집 제3호, 2007, 9면 이하 참조.

를 중심으로 전개되어 온 행정심판제도가 객관적 법치주의의 중요한 요소인 지방자치권 보장과의 체계정합성을 견지하지 못한다는 비판을 견뎌히 수용할 필요가 있다.⁷⁵⁾ 일련의 행정심판법 개정을 통한 처분청으로부터 독립된 행정심판위원회의 의결 및 재결기구화, 심리구조의 사법절차화 강화 등은 행정심판제도의 외관상 권리구제적 기능의 무한 확대를 의미하였음에 반하여, 지방자치와 관련하여서는 지방자치단체의 자기책임성 보장과 자치권 침해 가능성을 높이는 부정적 측면을 노정하게 되었다.⁷⁶⁾

현행 행정심판법은 심판대상인 처분이 지방자치단체의 사무 영역에 해당하는 경우에도 해당 사무의 성질(자치사무 혹은 위임사무)에 상관없이 모든 사무에 관한 처분에 대한 위법·부당성 심사라는 단일의 심리·재결절차를 채택하고 있다.⁷⁷⁾ 이런 제도적 상황 하에서는 행정심판을 통한 자치사무 관여의 한계 설정, 재결에 대한 불복 제소의 인정 등 자치권의 보장을 위한 방어 장치가 마련되어 있지 않음을 쉽게 알 수 있다. 지방자치법이 이원적 구분체계를 바탕으로 지방자치단체의 사무를 파악하고 있는 한 모든 법령상의 단위사무를 명확히 분석하여 자치사무와 위임사무에 대한 행정심판절차의 이원화라는 방향 전환을 시도할 필요가 있다.⁷⁸⁾

75) 체계부정합의 문제는 이미 행정심판법의 제정 당시부터 胚胎되어 있었다. 행정심판법이 제정되던 1984년에는 지방자치 관련 헌법규정(1980년 헌법 제118조, 제119조)에도 불구하고 지방의회가 구성되지 못하였고 지방자치단체장의 직선제도 시행되지 않았으므로 행정심판법 제정 및 제도적 운영과정에서 지방자치권 보장의 요청은 법·제도적 환경의 성숙을 기다려야 할 수밖에 없었다. 그러나 지방의회가 구성된 지 어언 17년을 맞이한 현 시점에서 민주적 법치국가의 완성을 위하여 행정심판제도와 지방자치제도가 체계적으로 조화를 이루면서 상호 발전해 나가기 위한 논의를 전개하여야 할 당위성은 오히려 晩時之歎이라 할 것이다.

76) 문상덕, “행정심판과 지방자치 - 행정구제와 지방자치권 보장의 조화 -”, 『지방자치법연구』 제6권 제2호, 2006, 326면.

77) 이는 지방자치법이 지방자치단체의 사무 처리에 대한 국가의 관여에 있어서 사무별 이원적 구분방식을 전제로 한 규율(위임사무에 대한 합법성·합목적성 통제, 자치사무에 대한 합법성 통제)을 정한 것(제169조, 제170조)과 체계부정합임을 부인할 수 없다.

78) 행정심판절차의 이원화 논의는 특히 자치사무의 경우 그 필요성이 강조되는데, 지방자치단체의 사무구분에 따른 행정심판절차의 이원화에 대한 구체적 내용은 문상덕, 전계논문, 336면 이하 참조. 다만, 이러한 개선 방안에 대해서도 문제가 없는 것은 아니다. 현실적으로 지방자치실무상 자치사무와 위임사무의 명확한 구분이 쉽지 않으며, 최근 사무구분이원론에 같음하여 지방자치단체의 사무체계를 중앙과 지방의 ‘共營의 사무(kondominale Aufgabe der Verwaltung)’로 일원화하고 구체적인 사무수행관할권의 문제로 파악하려는 시도 등이 그것이다.

한편, 자치사무 관련 처분에 대한 취소심판인용재결이 있고 나면 취소 재결의 당부 여하와 상관없이 - 해석상 처분청의 제소 가능성 여부는 별론으로 하더라도 - 행정실무상 처분의 효력은 소멸하고 사실상 당해 분쟁은 종결되고 만다. 그러나 법에 관한 최종적 유권해석기관이 아닐뿐더러 정치적·행정적 책임을 부담하지 않는 행정심판위원회의 의결·재결이 분쟁을 종식시키는 종국적 결정이 되는 형상은 법치주의적 관점에서 결코 권장할 만한 일이 아니다. 지방자치법 제169조 제2항이 자치사무에 대한 지방자치단체장의 제소권을 인정하고 있지만, 동 규정은 행정심판 재결의 경우를 반드시 고려한 것으로 볼 수 없으며 15일이라는 단기 제소기간 하에 대법원에 제소하여야만 하는 필연성도 발견하기 어렵다. 즉 동조를 자치권 보장을 위해 재결에 대한 처분청의 제소를 규정한 일반규정으로 볼 수 없으며, 결과적으로 재결에 의한 자치권 침해를 구제하기 위한 필요충분한 제도적 장치라고도 할 수 없다. 요컨대 자치사무 관련 처분에 대한 행정심판의 재결에 대하여 피청구인인 처분청이 불복 제소할 수 있는 명문의 규정을 두는 것이 바람직하며,⁷⁹⁾ 이는 강화된 대심구조 하에 행정심판절차의 사법절차화에 박차를 가하려는 개정 행정심판법(2008. 2. 29.)의 취지에도 부합하는 일이 아닐까 한다.

IV. 결 어

헌법의 기본원리로서의 법치주의는 법치행정을 기본이념으로 하는 행정법 차원의 실천명제로 완성된다. 또한 법치행정의 구현을 위해서는 행정의 법률적합성원칙의 준거인 실체법령의 조성도 중요하지만 그 못지않게 행정에 대한 통제와 - “권리구제가 권리에 선행한다(Remedies precede Right)”는 영국의 法諺이 잘 말해 주듯이 - 국민의 권리구제의 기회를 충분히 보장하는 것이 관건임은 자명하다.⁸⁰⁾ 또한 행정쟁송제

79) 이와 관련하여 헌법 개정을 통한 문제 해결도 생각해 봄직 하다. 즉, “지방자치단체는 자신의 자치권이 침해된 경우에는 법률이 정하는 바에 따라 법원에 재판을 청구할 권리를 가진다”는 식의 규정을 헌법에 두는 것이다. 이를 포함하여 지방자치권 강화를 이념으로 하는 헌법 개정의 기본방향에 대해서는 拙稿(공저), 『분권헌법 - 선진화로 가는 길 -』, 동아시아연구원, 2007, 247면 이하 참조.

80) 실체법과 소송법의 관련성과 상호작용에 대해서는 H. Maurer, Rechtsstaatliches

도의 개혁을 통한 국민의 권리구제 기회의 확대는 시민의 행정에 대한 참여와 감시의 최후적 수단으로 작용하여 궁극적으로 행정제도의 개혁을 선도하기도 한다. 이런 점에서 최근 활발히 논의되고 또한 부분적으로 이미 입법화된 행정쟁송제도의 개혁 작업은 분명 ‘참여와 개혁’이라는 문명사적 조류에 극히 부합하는 것으로 행정법학자의 입장에서 볼 때 일종의 쾌거라 여기지 않을 수 없다.

의무이행소송을 필두로 국민의 권익구제의 실질화와 행정소송에의 접근용이 및 소송절차의 개선을 염두에 둔 법무부 행정소송법 개정법률안은 행정소송의 권리구제기능의 강화와 적극적인 공익실현행정을 조장하기 위한 그간의 학계·실무계의 다양한 제안을 입법에 반영한 것으로 사법제도개혁의 일대 성과라 평가할 만하다. 그럼에도 불구하고 현재 이 시점에서 요구되는 행정소송제도의 개혁이 실정법 해석상의 곤란을 해소하기 위한 미시적인 수정·보완의 차원이 아니라 현행 행정소송법의 시대적 낙후성에 대한 반성을 토대로 한 전면적 제도개혁 차원의 입법론적 과제를 완수하는 것이라는 점에서는 보다 전방위적 노력이 향후 절실히 요구된다. 남아있는 과제로는 특히 항고소송 대상 및 원고적격의 확대 문제들을 수 있는데, 이와 관련하여서는 - 전술한 여러 논점 이외에도 - 소송요건의 완화가 혁명적 권리구제 강화를 초래하여 행정의 마비 현상을 초래하는 것이 아님도 상기하여야 한다. 소송의 門을 넓히는 것과는 별개로 다음 단계에서의 행정의 책임성과 전문성을 고려한 본안심사가 상존하기 때문이다. 요컨대 반세기 이상 쌓아 온 현행 행정법 체계의 유지가 국민의 권리구제의 가능성을 제고하고 행정작용에 대한 점검의 기회를 확대하여야 한다는 개혁 명제에 결코 앞설 수는 없다. 그로 인한 혼란은 행정법시스템의 혁신을 위한 약간의 고통으로 여겨 감내할 수 있는 용기가 필요한 시점이다.

몇몇 중요한 실질적 개정 내용을 담고 있는 행정심판법 전부개정 법률안은 입법기 교체에 따라 새로운 절차를 거쳐 다시 논의되어야 할 상황이지만, 2008년 2월 29일의 개정 행정심판법이 행정쟁송제도의 개혁이라는 큰 틀에 부응하여 신속한 권리구제 등 행정심판제도의 기능에 충실한

Prozessrecht, Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht BdIII., 2001, S.467 참조.

개선 방안을 입법에 천착시킨 점에서는 ‘품질 개선’의 일환으로 간주할 수 있다. 그러나 행정심판제도가 국민의 권익구제 이외에 철저한 자기반성을 통한 법치행정의 실천에 기여하는 제도적 회로로서 그 기능을 다하기 위해서는 행정소송제도를 快刀亂麻식으로 답습하는 것만이 能事가 아님을 각인하여야 한다. 행정소송법 개정 논의와 입법 추이를 주시하면서도 그와 구별되는 행정심판절차의 본질을 제도적으로 구현하기 위한 실증적 분석과 예측이 함께 하여야 할 것이다.

주제어 행정개혁입법, 행정소송법개정, 행정심판법개정, 의무이행소송, 가처분제도, 행정심판위원회, 지방자치와 행정심판

參考文獻

I. 國內文獻

- 권수철, 법무부 행정소송법 개정 공청회 종합토론문, 2007.5.23.
- 김남진, “참여정부와 공법제도의 개혁”, 『고시연구』, 2003.6.
- 김동희, 『행정법 I (제14판)』, 박영사, 2008.
- 김병기, “행정소송상 집행행정의 요건으로서의 회복하기 어려운 손해와 그 주장·소명책임”, 『공법연구』 제28집 제4호 제2권, 2000.
- _____, “보완요구의 부작위성과 재결의 기속력”, 『행정법연구』 제8호, 2002.
- _____, “재결의 기속력과 처분재결(下)”, 『고시연구』, 2002.10.
- _____, “지역개발특별법제를 중심으로 살펴본 토지관련 제도의 현황과 전망”, 『중앙법학』 제9집 제3호, 2007.
- _____(공저), 『분권헌법 - 선진화로 가는 길 -』, 동아시아연구원, 2007.
- 김연태, “의무이행소송·예방적 금지소송”, 법무부 행정소송법 개정 공청회 자료집, 2007.5.23.
- 김중권, “행정실체법과 행정소송법의 교차점에 대한 소고”, 행정소송의 현안과 과제, 서울대학교 BK21 법학연구단 학술대회 자료집, 2003.5.30.
- _____, “행정소송법개정안의 문제점에 관한 관견”, 법률신문, 2004.11.18.
- _____, “행정소송 전단계의 권리구제로서의 행정심판제도에 관한 개관”, 제8회 동아시아행정법학회 발표논문, 2008.5.
- 김철용, 『행정법 I (제11판)』, 2008.
- _____, 행정소송법의 개정작업을 촉구한다, 법률신문, 2005.3.28.
- 경제·인문사회연구원, 『국가의제 2015: 풍요와 평화의 미래한국』, 2005.
- 문상덕, “행정심판과 지방자치 - 행정구제와 지방자치권 보장의 조화 -”,

- 『지방자치법연구』 제6권 제2호, 2006.
- 박균성, “청구인적격 확대와 청구 및 심리절차의 개선”, 『법제』 제589호, 2007.
- _____, 의무이행소송·예방적 금지소송에 대한 지정토론문, 법무부 행정소송법 개정 공청회 자료집, 2007.5.23.
- _____, “행정심판의 유형”, 행정심판제도 도입 20주년 기념 학술대회 자료집, 2005.10.27.
- 박정훈, “항고소송의 대상 및 유형”, 대법원 행정소송법 개정안 공청회 자료집, 2004.10.28.
- _____, “행정심판의 구조와 기능”, 『행정법연구』 제12호, 2004.
- _____, “행정소송법 개정의 주요 쟁점”, 『공법연구』 제31집 제3호, 2003.
- _____, “지방자치단체의 자치권을 보장하기 위한 행정소송”, 『지방자치법연구』 제1권 제2호, 2001.
- 백윤기, “행정소송법 개정에 관한 소고 - 대법원과 법무부 개정안의 상호 비교를 중심으로 -”, 『행정법연구』 제18호, 2007.
- _____, “행정소송제도의 개선”, 「행정법원의 좌표와 진로-개원 1주년 기념 백서」, 서울행정법원, 1999.
- 오석홍, 『행정개혁론』, 박영사, 1995
- 이재권, 법무부 행정소송법 개정 공청회 종합토론문, 2007.5.23.
- 이희정, “가처분제도·당사자소송 활성화·제소기간 연장 등”, 법무부 행정소송법 개정 공청회 자료집, 2007.5.23.
- 정의방, “행정심판법 개정 추진 경과”, 『법제』 제589호, 2007.
- 정하중, “행정소송법의 개정방향”, 『공법연구』 제31집 제3호, 2003.
- 최송화, “한국의 행정소송법 개정과 향후방향”, ‘한·일 행정소송법제의 개정과 향후방향’, 한국법제연구원·한국행정판례연구회 공동주최 국제학술회의 자료집, 2003.4.18.
- 홍준형, “행정소송법 개정의 내용과 방향”, 『법제』 제574호, 2005.

_____, “행정심판의 대상 확대 및 심판기관의 구성”, 『법제』 제589호, 2007.

_____, 법무부 행정소송법 개정 공청회 종합토론문, 2007.5.23.

www.simpan.go.kr/portal2/jsp/online/portal_online_info.jsp

II. 外國文獻

S. Glaeser, *Verwaltungsprozeßrecht*, 14. Aufl., 1999

B. Guy Peters, *The Future of Governing: Four Emerging Models*, Univ. of Kansas Press, 1996

F. Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, 6. Aufl., C.H.Beck, 2005

-----, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, 3. Aufl., Nomos Verlag, 1998

Kopp/Schenke, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 12. Aufl., 2000

M. Martini, *Verwaltungsprozeßrecht*, Luchterhand Verlag, 1997

H. Maurer, *Rechtsstaatliches Prozessrecht*, Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht Bd.II, 2001

Schmidt-Aßmann, *Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns*, DVBL., 1989

Schwerpunkte und künftige Aufgaben der Verwaltungsreform
unter besonderer Berücksichtigung der Reformentwürfe
des Verwaltungsprozessualen Rechtsschutzsystems in Korea

Kim, Byung-Ki*

Die Verwaltungswissenschaften beschäftigen sich wissenschaftlich mit der Reform der öffentlichen Verwaltung und erarbeiten praktische Vorschläge zur Veränderung der Verwaltung. Die Verwaltungsreform soll die Verwaltung leistungsfähiger und kostengünstiger machen und zugleich die Bürgernähe sowie die demokratische Teilhabe der Bürger an der Verwaltung, die kommunale Selbstverwaltung, gewährleisten. In den vergangenen Jahrzehnten wurde diesbezüglich die Forderung nach einer wirksamen Kontrolle der hoheitlichen Verwaltung und nach dem lückenlosen Rechtsschutz durch eine Verwaltungsreform immer lauter. Die seit den 2000 Jahre ergangene koreanische Verwaltungsreformbewegung im Zusammenhang mit der Festlegung des Rechtsstaatsprinzips betrifft unter anderem Änderungen des Verwaltungsprozessgesetzes sowie Verwaltungswiderspruchsgesetzes. Anlass dafür waren die enormen Schwächen und Unzulänglichkeiten des herkömmlichen verwaltungsprozessualen Rechtsschutzsystems in Korea.

Der im Nov. 2007. vom Justizministerium zum Parlament vorgelegte Entwurf des Verwaltungsprozessgesetzes hat die Möglichkeit der Erweiterung des Prozessgegenstandes und der Klagebefugnis ausgeschlossen. Dagegen erhält er eine Reihe von den verwaltungsreformkonformen Vorschriften. Erwähnenswert sind beispielsweise die Einführung der Verpflichtungsklage und der vorbeugende Unterlassungsklage, die Verbesserung der Aussetzung der Vollziehung und die Einführung der einstweiligen Anordnung, die Verlängerung der Klagefrist, die Einführung der Vorlagepflicht der Urkunde. Was Reform des

* Chung-Ang Universität, professor of college of law

Widerspruchsverfahrens anbelangt, sind praktische Ergebnisse sog. "Bürgerläden", in denen man als "Kunde" der Verwaltung an einem Widerspruchsverfahren viele Vorgänge schnell erledigen kann. Im Vordergrund stehen dabei die unabhängigen Widerspruchsausschüsse als Widerspruchsbehörden.

Mit allem soll die Diskussion um die Reform des verwaltungsprozessualen Rechtsschutzsystems keinesfalls abgeschlossen werden. Im Grunde genommen soll sie eine Verbesserung der verwaltungsgerichtlichen Institutionen erreichen sowie das Widerspruchsverfahren als Verwaltungsverfahren im wesentlichen rationalisiert und effektiviert werden soll.

KEY WORDS Verwaltungsreform, Verwaltungsprozessgesetz, Widerspruchsverfahren, Vorschläge zur Reform des verwaltungsprozessualen Rechtsschutzsystems und deren Aufgabe, Verpflichtungsklage, Einstweilige Anordnung, Widerspruchsausschüsse