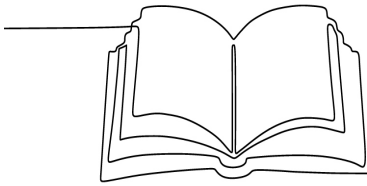


# 행정소송규칙 해설



법원행정처





## 머리글

행정재판제도는 국가작용의 적법성을 보장하고 국민의 기본권을 실현하기 위한 필수불가결한 제도입니다. 사법제도개혁의 일환으로 1998년 행정재판 3심제가 시작되고 동시에 서울행정법원이 개원하면서 행정재판제도는 한 단계 도약을 하였고, 그 임무를 완수하기 위한 노력은 현재까지도 계속 이어져오고 있습니다.

대법원도 그 동안 축적된 재판실무를 바탕으로 행정재판제도 발전을 위해 끊임없이 노력하여 왔습니다. 행정재판 발전위원회는 2016년 행정소송의 특성에 맞는 구체적인 절차규정을 정비하기 위하여 행정소송규칙을 제정할 것을 건의하였고, 법원행정처와 서울행정법원은 행정소송규칙 제정에 관하여 지속적으로 연구하였습니다. 그간의 성과를 바탕으로 2023년에는 행정소송규칙 제정 연구반을 구성하여 행정소송규칙 초안을 마련하였고, 각급 법원, 법무부, 변호사단체, 학회 등 여러 기관에 대한 의견조회와 유·무선으로 생중계된 서울행정법원 개원 25주년 기념 공동학술대회에서의 토론 등을 통해 각계의 의견을 폭넓게 수렴한 후, 대법관회의의 의결을 거쳐 2023년 8월 31일 행정소송규칙을 공포하게 되었습니다.

이 해설서는 행정소송규칙 제정에 발맞추어 행정소송규칙 제정 연구반에서 검토하

였던 자료 등을 토대로 만든 책입니다. 법원 구성원들뿐만 아니라 법률사무 종사자들에게 행정소송 업무에 관한 참고자료를 제공하고, 학계에는 행정소송규칙 제정의 취지를 쉽고 바르게 이해할 수 있도록 하고자, 조문 순서에 따라 입법취지를 설명하고 그 적용 예시까지 제시하였습니다. 아무쪼록 앞으로 이 책자가 행정소송규칙의 안착에 도움을 주고 나아가 우리나라 행정재판의 발전에 기여하게 되기를 기대합니다.

다만 이 책이 구체적인 사건에서 각급 법원의 재판방향을 예시하거나 대법원의 공식적인 견해를 표명하는 취지는 아니라는 점은 분명히 밝혀둡니다.

끝으로 바쁘신 업무 중에도 원고를 작성해주신 행정소송규칙 제정 연구반과 이 해설서 발간에 애써주신 법원행정처 사법지원실 구성원들께도 감사의 말씀을 드립니다.

2023년 10월

법원행정처장 김상환



## 행정소송규칙 제정 연구반 명단

(2023. 10. 현재)

구분	이름	소속
반장	정상규	서울행정법원 수석부장판사
반원	김도형	춘천지방법원 원주지원 부장판사
	이희준	서울고등법원 고법판사
	허이훈	대구지방법원 판사
	문중흠	서울행정법원 판사
	곽동준	서울행정법원 판사
	이정아	수원지방법원 안양지원 판사
	최승훈	서울남부지방법원 판사
	이디모데	전주지방법원 남원지원 판사
	박영순	대구고등법원 판사
간사	정우용	서울행정법원 판사
서기	김남용	법원행정처 사법지원실 사무관
지원	한정애	법원행정처 사법지원실 심의관

# CONTENTS

 <b>제정이유 및 주요내용</b> .....	<b>1</b>
 <b>제1장 총칙</b> .....	<b>7</b>
제1조 목적 .....	9
제2조 명령·규칙의 위헌판결 등 통보 .....	12
제3조 소송수행자의 지정 .....	20
제4조 준용규정 .....	24
 <b>제2장 취소소송</b> .....	<b>27</b>
제5조 재판관할 .....	29
제6조 피고경정 .....	34
제7조 명령·규칙 소관 행정청에 대한 소송통지 .....	37
제8조 답변서의 제출 .....	42
제9조 처분사유의 추가·변경 .....	49
제10조 집행정지의 종기 .....	53
제11조 비공개 정보의 열람·심사 .....	56
제12조 행정청의 비공개 처리 .....	71
제13조 피해자의 의견 청취 .....	84
제14조 사정판결 .....	90
제15조 조정권고 .....	92

 **제3장 취소소송 외의 항고소송 ..... 99**

제16조 무효확인소송에서 석명권의 행사 ..... 101

제17조 부작위위법확인소송의 소송비용부담 ..... 105

제18조 준용규정 ..... 110

 **제4장 당사자소송 ..... 115**

제19조 당사자소송의 대상 ..... 117

제20조 준용규정 ..... 148

 **제5장 부칙 ..... 151**

 **행정소송규칙 ..... 154**

 **행정소송법 ..... 160**



## 제정이유 및 주요내용

### 1 제정이유

- ▶ 1998년 행정재판이 2심제에서 3심제로 된 이후 25년이 흐르는 동안 행정소송절차는 눈부신 발전을 거듭해 오고 있는바, 이러한 성과를 「행정소송규칙」 제정규칙에 반영하여 국민에게 널리 알림으로써, 국민의 행정재판 이용의 편리성을 더욱 높이고, 나아가 국민의 적당하고 신속한 재판청구권 행사를 통한 행정상 권익 보호에 이바지하고자 함

### 2 주요내용

#### 가. 구성

행정소송법	행정소송규칙
제1장 총칙 ⇨ 제1조~제8조	⇨ 동일 (제1장 총칙) 제1조~제4조
제2장 취소소송	⇨ 동일 (제2장 취소소송)
제1절 재판관할 ⇨ 제9조~제11조	제5조
제2절 당사자 ⇨ 제12조~제17조	제6조, 제7조
제3절 소의 제기 ⇨ 제18조~제24조	제8조~제10조
제4절 심리 ⇨ 제25조~제26조	제11조~제13조
제5절 재판 ⇨ 제27조~제30조	제14조
제6절 보칙 ⇨ 제31조~제34조	제15조
제3장 취소소송외의 항고소송 ⇨ 제35조~제38조	⇨ 동일 (제3장 취소소송외의 항고소송) 제16조~제18조
제4장 당사자소송 ⇨ 제39조~제44조	⇨ 동일 (제4장 당사자소송) 제19조, 제20조
제5항 민중소송 및 기관소송 ⇨ 제45조, 제46조	

- ▶ 「행정소송규칙」은 본문 20개 조문, 부칙 2개 조문으로 되어 있고, 위와 같이 「행정소송법」에 대응하여 4개의 장으로 구성됨

## 나. 조문별 주요내용

- ▶ 이 규칙의 목적과 제정 취지에 관하여, 「행정소송법」에 따른 행정소송절차에 관하여 필요한 사항을 규정하기 위한 것임을 밝힘(제1조)
- ▶ 행정소송에서 재판의 전제가 된 명령·규칙의 위헌 또는 위법을 인정하는 판결이 확정된 경우 대법원이 명령·규칙의 소관 행정청에게 그 취지를 통보하고 이에는 하급심의 명령·규칙심사도 포함시켜, 그 심사 결과를 행정청이 인식할 수 있게 함으로써, 「행정기본법」 제39조와 같은 취지에서 해당 법령의 정비를 촉진하고자 함(제2조)
- ▶ 행정소송에서 소송수행자의 지정 시 그 직위와 업무, 전문성 등을 고려하여 해당 사건의 소송수행에 적합한 사람이 지정될 것을 요구함으로써, 자격과 능력을 갖춘 소송수행자에 의한 소송수행을 통해 행정재판의 적정을 도모함(제3조)
- ▶ 행정소송절차에 관하여는 행정소송법이 달리 정한 사항이 없으면 「민사소송법」과 「민사집행법」을 준용하고 있으므로(「행정소송법」 제8조 제2항), 행정소송의 성질에 반하지 않는 한 「민사소송규칙」과 「민사집행규칙」 역시 준용함을 명백히 함(제4조)
- ▶ 대법원 판례의 취지에 따라, 피고 행정청 소재지뿐 아니라 지역본부 등 공공단체의 종된 사무소 소재지나 관련 부동산 소재지의 행정법원에도 소를 제기할 수 있음을 명확히 하고, 「행정소송법」 제9조 제3항의 ‘기타 부동산 또는 특정의 장소에 관계되는 처분등’의 의미를 명확히 함으로써, 국민이 재판청구권 행사에 편리한 법원을 선택할 수 있는 기회를 더욱 넓히고자 함(제5조)

- ▶ 제1심 변론을 종결할 때까지 피고경정을 할 수 있는 민사소송과 달리(「민사소송법」 제260조 제1항), 「행정소송법」 제14조 제1항에 따른 피고경정은 사실심 변론을 종결할 때까지 할 수 있다는 대법원 판례의 법리를 명문화함(제6조)
- ▶ 명령·규칙의 위헌·위법이 쟁점이 되는 사건에서 당해 행정청인 피고와 명령·규칙의 개정·폐지 권한을 가지는 소관 행정청이 다른 경우가 존재하는 현실을 반영하여, 소관 행정청에 해당 명령·규칙의 위헌·위법 여부가 쟁점인 소송이 계속 중인 사실을 통지함으로써, 전문성 있는 소관 행정청이 소송에 참여할 수 있는 기회를 적극적으로 보장하고, 소관 행정청이 소송참가의 형식을 거치지 아니하고도 명령·규칙의 위헌·위법 여부에 대한 의견서를 제출할 수 있도록 하여, 법원의 충실한 심리를 통한 국민의 재판받을 권리 향상에 기여하고, 장래 행정입법 개선의 계기가 될 수 있도록 함(제7조)
- ▶ 취소소송에서도 민사소송과 같이 소장 부분 송달일부터 30일 이내에 답변서를 제출할 의무가 있음을 명확히 하고 답변서의 기재사항에는 취소소송의 특성을 반영한 내용을 포함시켜, 실질적인 답변서의 적시 제출을 통한 재판의 신속 및 심리의 적정을 꾀함(제8조)
- ▶ 항고소송에서 법원의 심판범위는 처분사유를 단위로 하므로 처분사유 추가·변경 제한 법리는 마치 형사소송의 공소장 변경제도와 같이 법원의 심판범위를 명확히 하고 이를 통해 처분 상대방의 방어권을 보장하는 기능을 수행하므로, 확립된 대법원 판례의 법리에 따른 요건을 이 규칙에 명문화함으로써 국민의 예측가능성을 높이는 데 기여하도록 함(제9조)
- ▶ 집행정지의 근거 조항인 「행정소송법」 제23조는 집행정지 결정의 종기에 관하여는 별도의 규정을 두고 있지 않고 있으나, 현재 각급 법원의 재판 실무례는 본안판결 선고일부터 30일까지로 정하는 경우가 많으므로, 이러한 실무례를 이 규칙에 반영함으로써 집행정지를 신청하는 당사자의 예측가능성을

높이고자 함(제10조)

- ④ 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제27조의 명시적인 위임에 따라 같은 법 제20조 제2항의 비공개 열람·심사에 관한 구체적 절차를 대체적인 재판 실무례에 따라 규정함으로써, 당사자의 참여권이 배제되는 비공개 열람·심사의 예견가능성 및 절차적 투명성을 높여 국민의 알권리 및 재판청구권을 실질적으로 보장하고자 함(제11조)
- ④ 행정재판은 민사재판보다 비공개가 요구되는 개인정보 등을 많이 취급하므로, 행정청 등이 법원에 개인정보 등이 포함된 문서를 제출함에 있어 해당 부분에 직접 비공개 처리를 할 수 있는 근거를 마련하여 행정청 등의 부담을 덜어주고, 이를 통하여 개인정보 등을 다층적으로 보호하고 충실한 심리를 도모함으로써 궁극적으로 국민의 권익을 보호하고 재판청구권의 실효적 행사에 기여하고자 함(제12조)
- ④ 징계처분 사건의 성희롱 피해자·성폭력 피해자, 학교폭력 사건의 피해학생 및 그 보호자는 행정소송의 당사자가 아니지만 해당 처분사유와 밀접한 연관성이 있으므로, 피해자들이 증인신문에 의하지 않고서도 소송절차에서 피해의 정도, 처분에 대한 의견, 그 밖에 해당 사건에 관한 의견을 구술·서면으로 자유롭게 진술할 수 있는 근거를 마련함으로써, 피해자의 절차 참여 기회를 확대하고 법원의 적정한 심리를 도모하고자 함(제13조)
- ④ 법원이 「행정소송법」 제28조의 사정판결을 할 때 처분등의 취소가 현저히 공공복리에 적합하지 아니한지 여부를 판단하기 위한 기준시점을 대법원 판례의 법리에 따라 명확히 하여 국민의 예견가능성을 높이고자 함(제14조)
- ④ 항고소송에서 신속하고 공정한 해결 및 분쟁의 일회적 해결을 위해 필요한 경우 법원이 조정권고를 할 수 있는 근거 규정을 명시하고 적정한 권고안 마련을 위해 당사자 등과 협의가 필요한 경우 심문을 할 수 있도록 함(제15조)

- ▶ 취소소송의 요건을 갖춘 무효확인소송에서 재판장이 행사할 필요가 있는 석명권의 내용을 대법원 판례에 따라 구체화함(제16조)
- ▶ 부작위위법확인소송 계속 중 상당한 기간을 지나 처분이 이루어진 경우 뒤늦게 처분을 한 피고의 소송비용부담 내용을 명확히 함(제17조)
- ▶ 「행정소송법」 제38조(준용규정)의 취지에 따라 「행정소송규칙」에서도 무효 등 확인소송과 부작위위법확인소송에 유용하게 적용될 수 있는 취소소송 관련 절차 규정들을 준용함(제18조)
- ▶ 「행정소송법」 제3조 제2호에 따른 당사자소송 개념의 불확정성, 행정의 발전에 따른 당사자소송의 확대 경향 등으로 인해, 소송 방법 선택의 착오로 인한 이송, 심리의 중복 등 절차의 낭비나 지연이 발생하고 있으므로, 이러한 낭비나 지연을 줄이기 위해 법이론이나 재판 실무를 통해 정립된 당사자소송의 예시를 나열하여 널리 알리는 방법으로 그 불확정성을 줄이고자 함(제19조)
- ▶ 취소소송은 대표적인 행정소송으로서 행정소송 특유의 유용한 절차 규정들을 많이 두고 있으므로, 「행정소송법」 제44조(준용규정)의 취지에 따라 당사자소송에도 유용하게 적용될 수 있는 취소소송의 절차 규정들을 준용함(제20조)



# 제1장 총칙

제1조 | 목적

제2조 | 명령·규칙의 위헌판결 등  
통보

제3조 | 소송수행자의 지정

제4조 | 준용규정



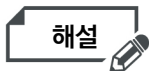




**제1조(목적)** 이 규칙은 「행정소송법」(이하 “법”이라 한다)에 따른 행정소송절차에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

**대한민국헌법 제108조** 대법원은 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다.

**행정소송법 제1조(목적)** 이 법은 행정소송절차를 통하여 행정청의 위법한 처분 그 밖에 공권력의 행사·불행사등으로 인한 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하고, 공법상의 권리관계 또는 법적용에 관한 다툼을 적정하게 해결함을 목적으로 한다.



## 1. 개요

제1조는 행정소송규칙의 목적과 제정 취지를 명확히 하고 이 규칙이 행정소송법에 따른 행정소송절차에 관하여 적용되는 규정임을 밝히고 있다.

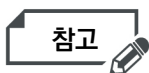
## 2. 규정 해설

헌법 제108조는 “대법원은 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다.”라고 규정하고 있고, 이 규정에 따라 대법원은 소송절차에 관한 규칙을 제정할 수 있는 포괄적인 권한을 가지고 있다. 행정소송규칙은 위와 같은 헌법 규정에 따라 제정된 것으로, 제1조는 이 규칙이 헌법 제108조에서 규정한 소송에 관한 절차 중 행정소송법에 따른 행정소송절차에 관하여 필요한 사항을 규정하기 위한 것임을 밝힌 것이다.

제1조는 상위법으로 ‘행정소송법’을 언급하여 행정소송법과의 관련 아래 이 규칙이 제정되었음을 명백히 드러내고 있다. 행정소송법상 대법원규칙에 대한 명시적 수권 규정은 없으나, 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제27조와 같은 개별 법률상 수권 규정이 존재하여 이를 뒷받침할 규칙이 필요하고, 나아가 법률상 명시적 수권 규정 없이도 헌법상 수권에 따라 대법원규칙을 제정할 수 있으므로(예를 들어, 민사소송법 제430조 제2항을 절차적으로 뒷받침하는 「대법원에서의 변론에 관한 규칙」, 도로교통법 제165조 제2항 및 경범죄 처벌법 제9조 제2항을 절차적으로 뒷받침하는 「즉결 심판청구 취소절차에 관한 규칙」 등), 행정소송절차에 관하여 필요한 사항 역시 대법원규칙으로 정할 수 있다.

제1조의 “행정소송절차에 관하여 필요한 사항”이라는 표현은 행정소송법 제1조의 목적 조항(“이 법은 행정소송절차를 통하여…”)과 민사소송규칙, 형사소송규칙 등 소송절차에 관한 대법원규칙의 목적 조항을 참고한 것이다.

특허심결취소소송 등 특수한 형태의 행정소송도 행정소송법이 적용되는 범위 내에서 이 규칙이 적용된다.



**공공기관의 정보공개에 관한 법률 제27조(위임규정)** 이 법 시행에 필요한 사항은 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 및 대통령령으로 정한다.

**민사소송규칙 제1조(목적)** 이 규칙은 민사소송법(다음부터 “법”이라 한다)이 대법원규칙에 위임한 사항, 그 밖에 민사소송절차에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

**민사집행규칙 제1조(목적)** 이 규칙은 「민사집행법」(다음부터 “법”이라 한다)이 대법원규칙에 위임한 사항, 그 밖에 법 제1조의 민사집행과 보전처분의 절차를 규정함을 목적으로 한다.

**소액사건심판규칙 제1조(목적)** 이 규칙은 소액사건심판법(이하 “법”이라 한다)의 시행에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

**형사소송규칙 제1조(목적)** 이 규칙은 「형사소송법」(다음부터 “법”이라 한다)이 대법원규칙에 위임한 사항, 그 밖에 형사소송절차에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

**가사소송규칙 제1조(규칙의 취지)** 가사사건의 재판과 조정의 절차에 관하여는 「가사소송법」(이하 “법”이라 한다)의 규정에 의하는 외에 이 규칙이 정하는 바에 의한다.

**소년심판규칙 제1조(목적)** 이 규칙은 「소년법」(이하 “법”이라 한다)에 따른 소년 보호사건 및 형사사건의 처리에 관하여 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

**헌법재판소 심판 규칙 제1조(목적)** 이 규칙은 「대한민국헌법」 제113조제2항과 「헌법재판소법」 제10조제1항에 따라 헌법재판소의 심판절차에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.



**제2조(명령·규칙의 위헌판결 등 통보)** ① 대법원은 재판의 전제가 된 명령·규칙이 헌법 또는 법률에 위배된다는 것이 법원의 판결에 의하여 확정된 경우에는 그 취지를 해당 명령·규칙의 소관 행정청에 통보하여야 한다.

② 대법원 외의 법원이 제1항과 같은 취지의 재판을 하였을 때에는 해당 재판서 정보를 지체 없이 대법원에 송부하여야 한다.

### 대한민국헌법 제107조

② 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.

**행정소송법 제6조(명령·규칙의 위헌판결등 공고)** ① 행정소송에 대한 대법원판결에 의하여 명령·규칙이 헌법 또는 법률에 위반된다는 것이 확정된 경우에는 대법원은 지체없이 그 사유를 행정안전부장관에게 통보하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 통보를 받은 행정안전부장관은 지체없이 이를 관보에 게재하여야 한다.



### 1. 개요

제2조는 행정소송에서 재판의 전제가 된 명령·규칙의 위헌·위법을 인정하는 판결(1·2심 판결도 포함)이 확정되면 대법원으로 하여금 명령·규칙의 소관 행정청에 그 취지를 통보하도록 한 것으로, 해당 명령·규칙의 정비를 촉진하기 위한 규정이다.

행정소송법 제6조는 명령·규칙의 위헌판결 등 공고 제도를 규정하고 있다. 이는 1984년 행정소송법 개정 시 도입된 것인데, 당시 정부의 개정 법률안 제출이유에 의하면 동종 사안의 재발을 방지하기 위한 규정이라고 한다. 행정소송법 제6조에서 통

보의 상대방은 관보의 주관기관인 ‘행정안전부장관’에 국한되어 있고, 통보의 대상도 ‘대법원판결’로 한정되어 있다.

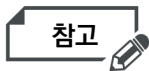
그러나 행정소송에서는 피고 행정청과 명령·규칙의 개정·폐지권한을 가진 행정청이 다른 경우가 상당수 있는데다가, 법원의 명령·규칙 심사 결과가 그 소관 행정청에 알려지지 않아서 위헌·위법한 명령·규칙에 의한 법집행이 계속되어 국민의 권리가 침해되는 사례가 발생하고 있으므로, 명령·규칙의 소관 행정청에 그 심사 결과를 통보할 필요가 있다. 개개 처분의 근거가 되는 명령·규칙의 수범자는 광범위하여 이러한 명령·규칙 심사가 국민의 권리·의무에 미치는 영향력은 상당하고 그 결과 1·2심 법원에 의한 명령·규칙 심사가 빈번히 이루어지고 있음에도, 그 1·2심 판결이 항소나 상고되지 아니하고 확정된 경우 행정소송법 제6조에 따른 통보의 대상에서 제외되고 있으므로, 1·2심 법원의 심사 결과를 알려주어 법령의 개정 등 정비를 촉진할 필요가 있다. 오늘날 현대사회의 행정국가화, 행정의 전문성 증대, 국회의 전문적·기술적 능력의 한계, 사회적 변화에 대응한 입법 수요의 급증, 지방자치의 활성화 등 여러 요인으로 명령·규칙의 대부분을 차지하는 행정입법과 자치법규의 수가 증가하고 있고, 그것이 국민의 법률생활에 미치는 영향이 지대해짐에 따라 헌법 제107조 제2항에 근거한 사법적 통제의 요청이 커지고 있으므로, 명령·규칙 심사의 통보 확대를 통해 명령·규칙 심사의 실효성을 높이고 국민의 권리보장에 만전을 기울일 필요가 있다. 따라서 행정소송법 제6조와는 별도로 이 조문과 같은 명령·규칙 심사의 통보 제도를 마련할 필요가 있는 것이다.

제2조는 정부의 행정법제 개선 의무를 명시한 행정기본법(2021. 3. 23. 제정) 제39조와 그 취지를 같이 하는 것이고, 법제업무 운영규정(대통령령) 제24조에 따른 법제처장의 검토·정비 조치 의무 규정과도 취지를 같이 한다.

제2조는 법령의 정비를 촉진하기 위해 명령·규칙 심사에 따른 통보의 대상 및 그 상대방을 확대한 것이므로, 행정소송법 제6조에 따른 행정안전부장관에 대한 통보 내

지 공고 제도는 현행과 같이 계속 유지된다. 대법원규칙에 의해 위 법률조항의 의미와 내용에 변경을 가하는 것은 아니다.

제2조에 따른 통보 제도는 법원이 다른 행정기관에 그 판결 내용을 알려주는 것일 뿐 행정청이나 국민에게 어떠한 새로운 의무를 부과하거나 그 권한 및 권리를 제한하는 것이 아니다. 단지 국민의 권리보호와 행정에 대한 예측가능성 제고를 위하여 국가 기관 상호 간에 정보를 제공하는 것이므로, 법률이 아닌 대법원규칙의 형식으로 제정할 수 있다. 이 조문과 유사한 제도로 헌법재판소의 종국 결정을 국회 등 다른 국가기관에 통보하도록 한 헌법재판소 심판 규칙 제49조나 명령·규칙 등 위헌판결 통보 제도에 관한 일본 최고재판소 재판사무 처리규칙 제14조가 있고, 이들도 법률이 아닌 규칙의 형식으로 제정되었다.



**행정기본법 제39조(행정법제의 개선)** ① 정부는 권한 있는 기관에 의하여 위헌으로 결정되어 법령이 헌법에 위반되거나 법률에 위반되는 것이 명백한 경우 등 대통령령으로 정하는 경우에는 해당 법령을 개선하여야 한다.

**행정기본법 시행령 제18조(행정의 입법활동 등)** 이 영에서 규정한 사항 외에 법 제38조부터 제40조까지에서 규정한 행정의 입법활동의 절차, 정부입법계획의 수립, 행정 분야의 법제도 개선과 법령해석의 절차에 관한 사항은 「법제업무 운영규정」에서 정하는 바에 따른다.

**법제업무 운영규정(대통령령) 제24조(법제정비의 추진)** ① 법제처장은 현행 법령이 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 법령을 검토·정비하도록 조치하여야 한다.

3의3. 권한 있는 기관에 의하여 법령이 헌법이나 법률에 위반되는 것으로 결정되어 법령을 정비할 필요가 있는 경우

**헌법재판소 심판 규칙 제49조(결정서 등본의 송달)** 헌법재판소의 종국 결정이 법률의 제정 또는 개정과 관련이 있으면 그 결정서 등본을 국회 및 이해관계가 있는 국가기관에게 송부하여야 한다.

일본 최고재판소 재판사무 처리규칙 제14조 제12조의 재판\*을 한 때에는 그 요지를 관보에 공고하고, 또한 그 재판서의 정본을 내각에 송부한다. 그 재판이 법률이 헌법에 적합하지 아니한다고 판단한 것일 때에는 그 재판서의 정본을 국회에도 송부한다.

## 2. 제1항(대법원의 위헌·위법 법령 통보)

### 가. 주체: “대법원은”

1·2심 법원이 해당 판결의 확정 여부를 확인하여 행정청에 통보하여야 한다면 그 업무 부담이 클 수 있다. 통보 제도는 사법행정작용으로서 전국적으로 통일될 필요가 있다. 각급 법원을 통보의 주체로 하는 경우 법원별로 제도 운용상의 차이가 발생하여 중복 통보 등의 문제가 발생할 수도 있다. 그리고 현재 명령·규칙 위헌 판결 등 송부에 관한 예규(제일2016-1)에 따라 대법원이 1·2심 법원의 명령·규칙 심사 결과를 수집하고 있으므로, 통보기관을 대법원으로 하는 것에는 별다른 어려움이 없다. 따라서 통보의 주체를 대법원으로 일원화하였다.

### 나. 요건: “재판의 전제가 된 명령·규칙이 헌법 또는 법률에 위배된다는 것이 법원의 판결에 의하여 확정된 경우”

제2조 제1항에서 말하는 ‘재판의 전제’란 헌법 제107조 제2항에서 규정하는 ‘재판의 전제’와 같은 의미이다.

‘명령·규칙’ 중 명령에는 그 내용 여하를 막론하고 행정기관이 정립하는 일체의 법규명령(위임명령, 집행명령)이 포함된다. 규칙에는 행정부의 규칙뿐만 아니라 국회규칙, 대법원규칙, 중앙선거관리위원회 규칙, 지방자치단체의 조례·규칙 등이 포함된다.

제2조 제1항은 ‘판결’에 의하여 확정된 경우에 위헌·위법 법령을 통보한다고 규정하고 있다. 집행정지사건에서도 명령·규칙 심사가 이루어질 수 있으나, 이는 임시적 구제제도에 불과하여 그 본안사건에서 규범통제 결과가 얼마든지 달라질 수 있으므로

\* ‘법률, 명령, 규칙 또는 처분이 헌법에 적합하지 아니한다는 재판’을 말한다.

로, 집행정지 결정은 제외하고 판결에 의한 명령·규칙 심사에 한정하는 것이다.

이 조문에서 말하는 명령·규칙이 ‘헌법 또는 법률에 위배된다.’는 것은 규범 수립의 절차와 같은 형식적 심사를 비롯하여 명령·규칙 내용의 위헌·위법 여부에 대한 실질적 심사를 포함한다. 다만, 권력분립의 한계상 합목적성 심사는 제외된다.

#### 다. 대상: “법원의 판결”

통보의 대상이 되는 법원의 판결에는 대법원판결 외에도 대법원판결 전 단계에서 명령·규칙의 위헌·위법을 판단하여 확정된 1·2심 법원의 판결도 포함된다.

#### 라. 상대방: “명령·규칙의 소관 행정청”

기관의 통·폐합 등으로 명령·규칙을 제정한 행정청이 폐지되는 경우가 있을 수 있다. 대통령령, 총리령의 경우 소관 부·처·청 등에서 그 개정 업무를 주관한다. 따라서 통보의 상대방을 ‘제정 행정청’이 아닌 ‘소관 행정청’으로 정하였다. 제2조 제1항에서 말하는 ‘소관’은 행정기본법 제40조, 정부조직법 제7조, 국회법 제98조의2, 행정심판법 제24조, 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률 제28조, 법제업무 운영규정, 관보 규정 등에 규정된 ‘소관’과 같은 의미로, 해당 명령·규칙을 개정·폐지할 실질적인 권한이 있거나 이를 주관\*하는 행정기관을 뜻한다. 이에 따라 대통령령, 총리령의 경우 대통령, 총리가 아닌 소관 부·처·청 등 소관 중앙행정기관의 장(정부조직법 제2조 제2항)에게 통보하고, 지방자치단체의 조례·규칙의 경우에는 지방자치단체의 장에게 통보한다. 법제처의 행정기본법 해설에 따르면, 행정기본법 제39조에 따른 행정입법의 최종적인 개선 의무는 해당 법령을 제정·개정·폐지할 권한이 있는 중앙행정기관(부·처·청 등) 내지 법령 주관기관의 장에게 있다고 하는데, 여기서 말하는 ‘소관 행정청’에 대응된다고 할 수 있다.

\* 법제업무 운영규정 제5조 제2항은 “법령안 주관기관”이라는 표현도 사용하고 있다.

### 마. 통보: “그 취지를 ... 통보하여야 한다.”

제2조 제1항에 따른 통보를 할 때에 해당 명령·규칙과 판결 등을 특정하여 알려주면 되고, 경우에 따라서는 그 통보서에 명령·규칙이 헌법 또는 법률에 위배된다고 판시한 해당 판결문을 첨부하여 송달하면 된다. 통보 업무는 사법행정의 영역에 속하므로 사법행정사무를 관장하는 법원행정처가 그 통보를 담당하고 통보의 명칭은 법원행정처장이 될 것이다.

조문의 형식상 통보는 의무처럼 규정되어 있으나, 명령·규칙 그 자체에 대한 취소소송에서는 그 취소판결의 효력(행정소송법 제29조 제1항)에 따라 해당 명령·규칙이 일반적으로 폐지되어 법령정비 촉진을 위한 통보의 필요성이 적고, 명령·규칙 소관 행정청이 소송당사자(피고)로서 판결 정보를 직접 송달받거나 해당 사건의 피고가 아니더라도 사실상 소송에 관여하게 되므로, 이 조문에 의한 통보를 따로 할 필요는 없을 것이다.

#### ○ 헌법 또는 법률에 위배되는 명령·규칙의 통보서

### 대 법 원 통 보 서

수 신 ○○○장관(○○시장)

제 목 헌법 또는 법률에 위배되는 명령·규칙의 통보

서울행정법원 2023구합0000 ○○처분취소 사건에 관하여 2023. 0. 00. 선고한 판결에 의하여 ○○명령(규칙) 제0조가 헌법 또는 법률에 위배된다는 것이 확정되었으므로, 행정소송규칙 제2조 제1항에 따라 이를 통보합니다.

붙임: 판결문 사본 1부. 끝.

2023. 0. 00.

법원행정처장

### 3. 제2항(1·2심 법원의 위헌·위법 법령 심사 재판서 송부)

1·2심 법원이 명령·규칙의 위헌 또는 위법을 인정하는 경우 그 재판서 정본을 법원 행정처장에게 송부하도록 한 명령·규칙 위헌 판결 등 송부에 관한 예규 제2조 제1항을 대법원규칙으로 격상시켜 그 규범력을 제고하였다. 1·2심 법원은 명령·규칙 위헌 판결 등을 '선고'할 때 곧바로 대법원에 그 판결 등을 송부하게 된다. 1·2심 법원의 재판서 정본 송부 시점을 판결의 확정 시점이 아니라 '재판을 하였을 때'라고 판결의 선고 시점으로 한 이유는 상소기간 도과, 상소 포기, 상소취하 등 판결의 확정 사유나 시점이 다양하기 때문에 그 확인을 위한 1·2심 법원의 부담을 줄이기 위함이다. 이로써 1·2심 법원의 명령·규칙 심사 결과가 누락 없이 대법원에 전해질 수 있게 되고, 이를 통해 대법원에 의한 통보 제도가 누락 없이 통일적으로 구현될 것이다.

이러한 송부 업무는 사법행정의 영역에 속하므로 각 1·2심 법원의 사법행정사무를 관장하는 법원장 또는 지원장이 그 송부 업무의 주체가 된다. 구체적으로는, 위 송부 예규 제2조 제1항, 제2항에 따라 담당 재판장은 명령·규칙 위헌판결 등을 선고한 경우 지체 없이 법원사무관 등에게 그 취지를 알리면 되고, 이후 내부 행정절차를 거쳐 법원장 또는 지원장 명의로 법원행정처장에게 해당 재판서 정본의 송부가 이루어지게 된다.

참고로 법원행정처는 현재에도 명령·규칙 위헌 판결 등 송부에 관한 예규 제4조 제3항에 따라 1년에 2차례 정도 법원 내부망에 위헌·위법이 인정된 명령·규칙 규범통제 재판례를 게재하여, 명령·규칙 규범통제 사례를 공유하고 있다.

## ○ 위헌·위법 명령·규칙 심사 재판서 정보 송부

**서울 행정 법 원**  
**송 부 서**

수 신 법원행정처장

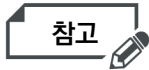
제 목 위헌·위법 명령·규칙 심사 재판서 정보 송부

우리 법원 2023구합0000 ○○처분취소 사건에 관하여 ○○명령(규칙) 제0조가 헌법 또는 법률에 위배된다는 취지의 재판을 하였으므로, 행정소송규칙 제2조 제2항에 따라 붙임과 같이 재판서 정보를 송부합니다.

붙임: 재판서 정보 1부. 끝.

2023. 0. 00.

**서울행정법원장**



**명령·규칙 위헌 판결 등 송부에 관한 예규(제일2016-1)**

**제2조(재판서 정보 송부)** ① 대법원 이외의 법원이, 재판의 전제가 된 명령·규칙이 헌법 또는 법률에 위배된다는 취지의 재판을 한 때에는 해당 재판서 정보를 지체 없이 법원행정처장에게 법원장 또는 지원장 명의로 송부하여야 한다.

② 대법원 이외의 법원이 제1항 기재 재판을 한 경우 담당 재판장은 지체 없이 법원사무관 등에게 그 취지를 알려야 한다.

**제4조(정보제공 등)**

③ 법원행정처 사법지원실은 사법부 전산망을 이용한 그룹웨어(코트넷)에 하급심의 명령·규칙에 관한 위헌·위법 판결 등 목록을 수시 게시 및 갱신하여야 한다.



**제3조(소송수행자의 지정)** 소송수행자는 그 직위나 업무, 전문성 등에 비추어 해당 사건의 소송수행에 적합한 사람이 지정되어야 한다.

## 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률

**제5조(행정소송 수행자의 지정 및 소송대리인의 선임)** ① 행정청의 장은 그 행정청의 직원 또는 상급 행정청의 직원(이 경우에는 미리 해당 상급 행정청의 장의 승인을 받아야 한다)을 지정하여 행정소송을 수행하게 할 수 있다.

## 제6조(행정청의 장에 대한 법무부장관의 지휘 등)

② 법무부장관은 행정소송에 관하여 필요하다고 인정되면 법무부의 직원, 검사 또는 공익법무관을 지정하여 그 소송을 수행하게 할 수 있으며, 제5조제1항 또는 제2항에 따라 행정청의 장이 지정하거나 선임한 사람을 해임하게 할 수 있다.

**제7조(지정대리인의 권한)** 제3조제1항·제2항, 제5조제1항 또는 제6조제2항에 따라 법무부장관, 각급 검찰청의 장(제13조에 따라 권한이 위임된 경우만 해당된다) 또는 행정청의 장이 지정한 사람은 그 소송에 관하여 대리인 선임에 제외된 모든 재판상의 행위를 할 수 있다.



## 1. 개요

제3조는 행정소송에서 소송수행자의 지정 시 그 직위나 업무, 전문성 등을 고려하여 해당 사건의 소송수행에 적합한 사람이 지정될 것을 요구함으로써, 자격과 능력을 갖춘 소송수행자에 의한 소송수행을 통해 행정재판의 적정을 도모하기 위한 것이다.

## 2. 규정 해설


소송수행자는 그 소송에 관하여 대리인 선임을 제외한 모든 재판상의 행위를 할 수 있으므로(국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 제7조),\* 누가 소송수행자로 지정되는지는 행정소송에 있어 중요한 문제 중 하나이다.

그런데 현재 행정소송실무에서는 소송수행자가 각종 소송행위, 소송자료 제출, 재판장의 소송지휘에 대한 대응 등에 관하여 독자적으로 결정하지 못하고 상급자의 승인을 받기 위해 변론의 속행을 요청하거나 장기간의 변론 준비기간을 요청하는 경우가 적지 않게 발생하고 있다. 구술주의가 강조되고 있음에도 결정 권한이 없는 행정청 하급직원이 법정에 출석하여 상황에 맞는 구체적이고 적절한 구두변론을 하지 못하고 추후 서면으로 답하겠다는 사례들도 존재한다.

따라서 행정소송의 적정과 신속이 훼손되지 않고, 국민의 재판청구권이 보장될 수 있도록 자격과 능력, 전문성, 직무권한 등을 갖추어 해당 사건의 소송수행에 적합한 사람이 소송수행자로 지정되도록 할 필요가 있다. 이에 제3조는 행정소송에서 소송수행자가 지정될 때 그 직위나 업무, 전문성 등에 비추어 그 소송수행에 적합한 자가 지정되어야 함을 명확히 하고 있다. 그러므로 소송수행자 지정서에는 지정된 소송수행자의 직위나 업무 등이 명시되어야 할 것이다(예를 들어, ‘○○심의관실 서기관 ○○○’, ‘○○담당관실 행정사무관 ○○○’, ‘○○과 관리업무담당 주사 ○○○’).

국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률에 따르면 행정소송에서의 소송수행자 지정은 행정청의 장(이하 편의상 ‘행정청’)의 권한으로 이해될 수 있다. 그러나 이러한 권한은 국민의 적정하고 신속한 재판을 받을 권리를 최대한 보장하는 방향으로 행사되어야 함은 자명하다고 할 것이고, 이미 여러 행정기관들에서 아래와 같이 훈령·예규의 형식으로 소송사무지침 등을 제정하여 일정한 직급이나 직위를 갖춘 사람을 소송수행자로 지정하도록 하고 있다.

\* 특히 국가를 당사자로 하는 소송에서 국가소송수행자로 지정된 자가 법무부장관의 승인 없이 한 청구인낙에 효력이 있다는 대법원 1995. 4. 28. 선고 95다3077 판결 참조.

**참고** 

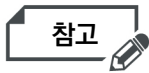
- 고용노동부 소송수행 예규(고용노동부 예규) 제7조 제1항: 5급 이상 직원 1명 포함 3명 이상
- 공정거래위원회 소송사무 처리지침(공정거래위원회 훈령) 제12조: 5급 이상 직원 1명 포함 3명 이상
- 기획재정부 소송사무 처리지침(기획재정부 훈령) 제6조 제1항: 5급 이상 직원 1명 포함 2명 이상
- 법제처 소송사무 처리지침(법제처 훈령) 제9조 제1항: 5급 이상 직원 1명 포함 2명 이상
- 소송사무처리규정(국세청 훈령) 제5조 제1항: 지방청 송무과 직원 중 2인(인사소송사건은 5급 직원 포함) 이상 및 소송관리자 1인
- 소송수행자지정 및 업무분장에 관한 지침(특허청 훈령) 제3조 제1항: 당해 심결의 주심 심판관 1인, 송무과의 전담소송수행자 1인, 심사국의 담당 심사관 1인 등 3인

소송수행자의 지정은 법원에 대한 외부적인 소송행위로 귀결되어 소송절차에 관한 것으로 볼 수 있으므로, 결국 대법원의 규칙제정권에 입각하여 행정청의 권한을 존중하는 범위 내에서 소송수행자 지정에 관하여 규율할 수 있다. 더구나 이 조문은 국민의 재판청구권 보장과의 관계에서 그 성질상 당연히 인정되는 소송수행자 지정권한의 내재적 한계를 주의적·확인적으로 규정한 것일 뿐, 행정청의 권한을 특별히 제한하는 것은 아니기에 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률에 따른 행정청의 소송수행자 지정권한을 침해할 여지는 없다.

소송수행자의 직위, 업무, 전문성 등을 파악할 수 있는 자료는 행정청이 보유하고 있고 어떤 소송수행자가 특정 사건의 소송수행에 적합한지 여부는 일단 행정청의 판단에 의하는 것이 온당할 것이므로, 법원으로서의 행정청의 소송수행자 지정을 충분히 존중하게 될 것이다. 다만, 소송수행자가 그 직위나 업무, 전문성 등에 비추어 해당 사건의 소송수행에 적합하지 않는다는 점이 명백한 경우에는 법원은 소송지휘를 통해

행정청에 적절한 소송수행자의 지정을 촉구할 수 있고, 해당 사건에 별달리 관여하지 아니함에도 다수의 직원을 소송수행자로 지정하는 사례에서는 소송수행자의 수를 적정한 범위 내로 줄일 것을 촉구할 수도 있을 것이다.

법무부는 2020. 8. 5. 대통령령 제30907호로 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 시행령을 개정하여, 국가송무체계를 기존의 지역적 업무분장 체계에서 기능적 업무분장 체계로 전환하고, 조세, 공정거래 등 각종 전문성을 지닌 변호사 인력으로 하여금 국가송무를 지휘·수행하게 하여 전문성의 축적·확보를 꾀한다고 하였다(법무부, 「국가송무체계 개선」 효율적·통일적 지휘체계 구축, 2020. 8. 5. 자 보도자료). 법무부장관도 이 조문에서 정하고 있는 기준에 따라 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 제6조 제2항을 근거로 소송수행자를 해임하게 하고 그 업무나 전문성 등에 비추어 소송수행에 적합한 사람으로 해당 사건의 소송수행자를 지정할 수 있을 것이다.



#### 대만 행정소송법 제49조

- ② 행정소송의 소송대리인은 변호사이어야 한다. 변호사가 아닌 사람도 다음과 같은 경우에는 소송대리인이 될 수 있다.
  3. 당사자가 공법인, 중앙 또는 지방 행정기관, 공법상의 비법인단체인 경우, 그 소속 법제, 법무, 소원 업무 또는 소송사건에 관계된 업무를 처리하는 전임직원
- ③ 전항의 변호사가 아닌 자를 소송대리인으로 선임하는 경우에는 재판장의 허가를 받아야 한다.



**제4조(준용규정)** 행정소송절차에 관하여는 법 및 이 규칙에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 성질에 반하지 않는 한 「민사소송규칙」 및 「민사집행규칙」의 규정을 준용한다.

**행정소송법 제8조(법적용예)** ① 행정소송에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다.

② 행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다.



## 1. 개요

제4조는 그 성질에 반하지 않는 한 행정소송절차에 민사소송규칙과 민사집행규칙이 준용됨을 밝힌 것이다.

## 2. 규정 해설

행정소송법 제8조 제2항이 행정소송에 관하여 특별한 규정이 없다면 민사소송법과 민사집행법이 준용된다고 규정한 것에 따라, 제4조는 민사소송규칙과 민사집행규칙 역시 준용됨을 밝혔다.

행정소송은 민사소송과 달리 개인의 권리구제와 함께 ‘행정의 적법성 보장’이라는 기능을 수행하다보니, 그 고유한 성질 때문에 민사소송 관련 규정이 그대로 준용되지 않는 경우가 있다. 이에 독일 행정법원법 제173조, 대만 행정소송법 제307-1조의 예에 따라 그 성질에 반하지 않는 범위 내에서만 준용된다고 정하였다.


**참고**

**가사소송규칙 제14조(준용규정)** 가사소송절차에 관하여는 법 및 이 규칙에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 「민사소송규칙」의 규정을 준용한다.

**채무자회생 및 파산에 관한 규칙 제12조(준용규정)** 이 규칙에서 규정한 것 외에 도산절차에 관하여 필요한 사항은 「민사소송규칙」·「민사집행규칙」 및 「재산조회규칙」의 규정을 준용한다.

**독일 행정법원법 제173조** 이 법률에 그 절차에 관한 규정이 없는 한, 양 절차의 종류에 근본적인 차이가 이를 배제하지 않는다면 법원조직법과 제278조 제5항과 제278a조를 포함한 민사소송법이 준용된다. …

**일본 행정사건소송법 제7조(이 법률에 정하지 않은 사항)** 행정사건소송에 관하여 이 법률에 정하지 않은 사항에 관하여는 민사소송의 예에 의한다.

**대만 행정소송법 제307-1조** 민사소송법의 규정은 이 법에 준용규정이 있는 경우 외에도 행정소송의 성질에 저촉되지 않는 한 이를 준용한다.



## 제2장 취소소송



제5조 | 재판관할

제6조 | 피고경정

제7조 | 명령·규칙 소관 행정청에  
대한 소송통지

제8조 | 답변서의 제출

제9조 | 처분사유의 추가·변경

제10조 | 집행정지의 종기

제11조 | 비공개 정보의 열람·심사

제12조 | 행정청의 비공개 처리

제13조 | 피해자의 의견 청취

제14조 | 사정판결

제15조 | 조정권고





**제5조(재판관할)** ① 국가의 사무를 위임 또는 위탁받은 공공단체 또는 그 장에 대하여 그 지사나 지역본부 등 종된 사무소의 업무와 관련이 있는 소를 제기하는 경우에는 그 종된 사무소의 소재지를 관할하는 행정법원에 제기할 수 있다.

② 법 제9조제3항의 '기타 부동산 또는 특정의 장소에 관계되는 처분등'이란 부동산에 관한 권리의 설정, 변경 등을 목적으로 하는 처분, 부동산에 관한 권리행사의 강제, 제한, 금지 등을 명령하거나 직접 실현하는 처분, 특정구역에서 일정한 행위를 할 수 있는 권리나 자유를 부여하는 처분, 특정구역을 정하여 일정한 행위의 제한·금지를 하는 처분 등을 말한다.

**행정소송법 제9조(재판관할)** ① 취소소송의 제1심관할법원은 피고의 소재지를 관할하는 행정법원으로 한다.

② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 피고에 대하여 취소소송을 제기하는 경우에는 대법원소재지를 관할하는 행정법원에 제기할 수 있다.

1. 중앙행정기관, 중앙행정기관의 부속기관과 합의제행정기관 또는 그 장
2. 국가의 사무를 위임 또는 위탁받은 공공단체 또는 그 장

③ 토지의 수용 기타 부동산 또는 특정의 장소에 관계되는 처분등에 대한 취소소송은 그 부동산 또는 장소의 소재지를 관할하는 행정법원에 이를 제기할 수 있다.

**민사소송법 제12조(사무소·영업소가 있는 곳의 특별재판적)** 사무소 또는 영업소가 있는 사람에 대하여 그 사무소 또는 영업소의 업무와 관련이 있는 소를 제기하는 경우에는 그 사무소 또는 영업소가 있는 곳의 법원에 제기할 수 있다.



## 1. 개요

제5조는 대법원 판례에 따라 피고 행정청 소재지뿐만 아니라 지역본부 등 공공단체의 종된 사무소 소재지나 관련 부동산 소재지 행정법원에도 소를 제기할 수 있음을 밝힌 것이다.

행정소송법은 제2장 취소소송의 제1절에 재판관할에 관한 3개의 조문들을 두고 있고, 행정소송규칙 역시 제2장 취소소송에 따로 절을 두지는 않은 채 그 첫 조문인 제5조에서 재판관할을 규정하고 있다.

재판관할은 반드시 법률로 정하거나 법률의 위임을 받아 정해야 하는 것은 아니다. 헌법 제108조는 법률에 저촉되지 않은 범위 안에서 대법원은 소송에 관한 절차에 대하여 규칙을 제정할 수 있다고 규정하고 있다. 실제로 법률의 위임이 없음에도 대법원 규칙인 민사소송규칙 제23조(담보취소와 담보물변경 신청사건), 제85조 제1항(불출석 증인에 대한 과태료와 소송비용 부담의 재판), 제86조 제1항(증인에 대한 감치재판), 민사집행규칙 제30조 제1항(채무자에 대한 감치재판), 제39조 제1항(재산조회 관련 과태료 재판), 제41조(부동산에 관한 규정이 준용되는 것에 대한 강제집행), 제98조(선적이 없는 때 하는 선박집행신청 전 선박국적증서등의 인도명령신청사건), 제109조(자동차집행), 제213조(채권과 그 밖의 재산권에 대한 가압류), 가사소송규칙 제95조의8(재산목록 제출 거부 등에 대한 과태료 재판), 제120조의3(양육비 직접지급명령), 제120조의5(양육비 직접지급명령 취소), 제120조의7(담보제공명령, 일시금지급명령), 제121조(이행명령), 제124조(금전임치), 제131조(감치재판) 등에서 재판관할에 관한 규정을 두고 있다.

## 2. 제1항

행정소송법은 토지관할과 관련하여 피고 행정청 소재지 행정법원이 관할법원임을 원칙으로 삼고 있다(제9조 제1항). 나아가 중앙행정기관 등의 경우 그 소재지가 지방 이더라도 대법원 소재지를 관할하는 서울행정법원에도 소를 제기할 수 있도록 특별토지관할을 규정하여(제9조 제2항) 주요 행정기관들이 지방으로 이전한 이후에도 이들을 상대로 한 행정사건이 서울행정법원에 집중될 수 있도록 하고 있다.

그런데 피고 행정청 소재지 이외의 지역에 거주하는 원고에게 피고 행정청의 해당 지역 사무소에서 처리한 처분등에 대해서까지 거주지 소재 행정법원이 아니라 서울행정법원에서 소송을 수행하도록 하면 여러 불편이 초래될 수 있다. 이에 대법원 2011. 8. 16. 자 2011무67 결정은 피고 행정청 소재지 이외의 지역에 거주하는 원고를 배려하는 차원에서 해당 업무에 관련이 있는 종된 사무소 소재지 행정법원 등에도 관할이 있다고 하였다. 행정소송규칙 제5조 제1항도 그 대법원결정의 취지에 따라 민사소송법 제12조를 준용하여 공공단체 지역본부 또는 지사 등의 업무에 관련이 있는 소를 제기하는 경우에는 그 사무소가 있는 곳의 관할법원도 관할권이 있음을 명확히 하였다. 예를 들어, 근로복지공단을 상대로 요양·보험급여결정의 취소를 구하는 취소소송을 제기하는 경우 근로복지공단 소재지 관할 행정법원인 울산지방법원과 대법원 소재지 관할 행정법원인 서울행정법원뿐만 아니라 실제 관련 업무를 수행한 근로복지공단 지역본부 또는 지사 소재지 행정법원에도 관할이 있는 것이다.



### 일본 행정사건소송법 제12조(관할)

- ③ 취소소송은 해당 처분 또는 재결에 관한 사안의 처리를 담당하 하급행정기관의 소재지 재판소에도 제기할 수 있다.

독일 행정법원법 제52조 행정법원의 토지관할에 관하여는 다음 각 호의 규정이 적용된다.

3. 제1호와 제4호의 경우를 제외하고 그 밖의 모든 취소소송에 관하여는 당해 행정행위가 발하여진 장소의 행정법원이 토지관할을 갖는다. …

### 3. 제2항

행정소송법 제9조 제3항은 “토지의 수용 기타 부동산 또는 특정의 장소에 관계되는 처분등에 대한 취소소송은 그 부동산 또는 장소의 소재지를 관할하는 행정법원에 이를 제기할 수 있다.”라고 하여, 민사소송법 제20조와 같은 취지에서 부동산 등 소재지 특별토지관할을 규정하고 있다. 그런데 그 중 ‘기타 부동산 또는 특정의 장소에 관계되는 처분등’의 의미가 명확하지 않은 측면이 있어, 대법원은 2004. 4. 10. 자 2003 무56 결정 등에서 그 의미를 좀 더 구체적으로 판시한 바가 있다. 즉, '부동산에 관계되는 처분'이라 함은 부동산에 관한 권리의 설정, 변경을 목적으로 하는 처분, 또는 부동산에 관하여 권리행사의 강제, 제한, 금지를 명하거나 직접 실현하는 처분을 말하고, '특정의 장소에 관계되는 처분'이라 함은 특정구역에서 일정한 행위를 할 수 있는 권리나 자유를 부여하는 처분, 또는 특정구역을 정하여 일정 행위를 제한·금지하는 처분을 말한다고 판시하였다.

행정소송규칙 제5조 제2항은 위 대법원 결정의 취지에 따라 행정소송법 제9조 제3항의 “기타 부동산 또는 특정의 장소에 관계되는 처분등”이 무엇인지를 구체화하였다. 다만 부동산 부분과 특정의 장소 부분을 구분하지 않고 대법원의 판시 문언 끝에 ‘등’을 추가하여 확장 가능성을 열어 두었다. 좀 더 구체적으로는 재판실무상 광업권·어업권에 관한 처분, 농지 및 산림의 보전·개발을 위한 각종 규제 및 해제에 관한 처분, 건축물 철거처분, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상 토지거래의 허가에 관한 처분 등, 도시계획, 자동차운수사업면허 및 취소, 행정재산의 사용허가에 관한 처분 등이 여기에 속하는 것으로 보고 있다.


**일본 행정사건소송법 제12조(관할)**

- ② 토지의 수용, 광업권의 설정, 그 밖의 부동산 또는 특정의 장소에 관한 처분 또는 재결에 관계되는 취소소송은 그 부동산 또는 장소의 소재지 재판소에도 제기할 수 있다.

**독일 행정법원법 제52조** 행정법원의 토지관할에 관하여는 다음 각 호의 규정이 적용된다.

1. 부동산 또는 장소에 관한 권리 또는 법률관계와 관련되는 분쟁에 있어서는 그 재산 또는 장소의 소재지의 행정법원이 전속적인 토지관할을 갖는다.

**대만 행정소송법 제15조 ①** 부동산 수용 또는 사용으로 인한 소송은 부동산 소재지 행정법원의 전속관할로 한다.

- ② 전항의 경우를 제외한 그 밖의 부동산과 관련된 공법상 권리 또는 법률관계에 관한 소송의 경우에는 부동산 소재지 행정법원이 관할한다.



**제6조(피고경정)** 법 제14조제1항에 따른 피고경정은 사실심 변론을 종결할 때까지 할 수 있다.

- 행정소송법 제14조(피고경정)**
- ① 원고가 피고를 잘못 지정한 때에는 법원은 원고의 신청에 의하여 결정으로써 피고의 경정을 허가할 수 있다.
  - ② 법원은 제1항의 규정에 의한 결정의 정본을 새로운 피고에게 송달하여야 한다.
  - ③ 제1항의 규정에 의한 신청을 각하하는 결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다.
  - ④ 제1항의 규정에 의한 결정이 있는 때에는 새로운 피고에 대한 소송은 처음에 소를 제기한 때에 제기된 것으로 본다.
  - ⑤ 제1항의 규정에 의한 결정이 있는 때에는 종전의 피고에 대한 소송은 취하된 것으로 본다.
  - ⑥ 취소소송이 제기된 후에 제13조제1항 단서 또는 제13조제2항에 해당하는 사유가 생긴 때에는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 피고를 경정한다. 이 경우에는 제4항 및 제5항의 규정을 준용한다.

**민사소송법 제260조(피고의 경정)** ① 원고가 피고를 잘못 지정한 것이 분명한 경우에는 제1심 법원은 변론을 종결할 때까지 원고의 신청에 따라 결정으로 피고를 경정하도록 허가할 수 있다. 다만, 피고가 본안에 관하여 준비서면을 제출하거나, 변론준비기일에서 진술하거나 변론을 한 뒤에는 그의 동의를 받아야 한다.



## 1. 개요

제6조는 행정소송법 제14조 제1항에 따른 피고경정은 민사소송법 제260조 제1항에 의한 피고경정과 달리 사실심 변론을 종결할 때까지 할 수 있음을 밝힌 것이다.

## 2. 규정 해설

원고가 취소소송을 제기하면서 피고를 잘못 지정하는 경우가 종종 있는데, 제소기간 등의 제한으로 피고경정을 허용하지 않으면 국민의 권리구제에 중대한 장애를 가져온다. 그래서 민사소송법에 피고경정에 관한 규정을 두기 전부터 행정소송법은 피고경정을 허용하는 규정을 두고 있었다. 원고가 법원에 피고를 잘못 지정하였다고 그 경정을 신청하면, 법원은 이에 대하여 허가결정을 하는 방식으로 피고경정이 이루어진다. 이때 피고를 잘못 지정한 것에 관하여 원고에게 고의·과실이 없어야 하는 것은 아니고, 신·구 피고의 동의를 필요한 것도 아니다. 원고가 피고를 잘못 지정하였다고 밝혀진 경우 법원은 석명권을 행사하여 피고를 경정하도록 촉구하여야 한다. 다만 법원이 피고적격에 관하여 석명에 응할 기회를 충분히 제공하였음에도 원고가 피고경정 신청을 하지 않은 경우에는 피고적격이 없는 자를 상대로 한 소로 부적법 각하할 수 있을 것이다(대법원 2009. 7. 9. 선고 2007두16608 판결).

그런데 민사소송법에 피고경정에 관한 규정을 두면서 제1심 변론을 종결할 때까지만 가능하다고 정하고 있어서, 행정소송법 제14조 제1항에 따른 피고경정도 제1심 변론을 종결할 때까지만 가능하다고 오해할 소지가 있다. 따라서 행정소송규칙 제6조에서는 대법원 2006. 2. 23. 자 2005부4 결정에 따라 행정소송법 제14조 제1항에 따른 피고경정은 사실심 변론을 종결할 때까지 할 수 있음을 명확히 하였다.

대법원 1996. 1. 23. 자 95누1378 결정에 따르면, 법률심인 상고심에서는 행정소송법 제14조 제1항에 따른 피고경정은 허용되지 않는다. 참고로 일본 행정사건소송법 제15조 제7항은 상고심에서 피고를 경정하면 사건을 관할법원으로 이송해야 한다고 규정하고 있어, 상고심에서도 피고경정이 가능함을 전제하고 있다.

한편 대법원 1999. 3. 6. 자 98두8810 결정 등에 따르면, 권한청이 변경되어서 행정소송법 제14조 제6항에 의하여 피고를 경정하는 것은 상고심에서도 허용된다. 따라서 행정소송규칙 제6조는 행정소송법 제14조 제1항에 따른 피고경정만 사실심 변론을 종결할 때까지 할 수 있다고 정하였다.

○ 피고경정신청에 대한 허가결정

<b>서울 행정 법 원</b>			
<b>제 ○ 부</b>			
<b>결 정</b>			
사 건	2023구합0000	○○	처분취소
원 고	○○○		
피 고	○○○○		
(경정전)			
피 고	○○○○○		
(경정후)			
<b>주 문</b>			
이 사건의 피고 ○○○○을(를) ○○○○○로 경정함을 허가한다.			
<b>이 유</b>			
원고가 피고를 잘못 지정하였으므로, 원고의 신청에 따라 주문과 같이 결정한다.			
2023. 0. 00.			
재판장	판사	○○○	
	판사	○○○	
	판사	○○○	



**일본 행정사건소송법 제15조(피고를 잘못 정한 소의 구제)** ① 취소소송에서 원고가 고의 또는 중대한 과실 없이 피고로 될 자를 잘못 정한 때에는 재판소는 원고의 신청에 의하여 결정으로 피고를 변경하는 것을 허가할 수 있다.  
⑦ 상고심에서 제1항의 결정을 한 때에는 재판소는 그 소송을 관할재판소로 이송하지 않으면 아니 된다.



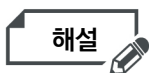
**제7조(명령·규칙 소관 행정청에 대한 소송통지)** ① 법원은 명령·규칙의 위헌 또는 위법 여부가 쟁점이 된 사건에서 그 명령·규칙 소관 행정청이 피고와 동일하지 아니한 경우에는 해당 명령·규칙의 소관 행정청에 소송계속 사실을 통지할 수 있다.  
 ② 제1항에 따른 통지를 받은 행정청은 법원에 해당 명령·규칙의 위헌 또는 위법 여부에 관한 의견서를 제출할 수 있다.

### 행정소송법

**제17조(행정청의 소송참가)** ① 법원은 다른 행정청을 소송에 참가시킬 필요가 있다고 인정할 때에는 당사자 또는 당해 행정청의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 행정청을 소송에 참가시킬 수 있다.

② 법원은 제1항의 규정에 의한 결정을 하고자 할 때에는 당사자 및 당해 행정청의 의견을 들어야 한다.

**제26조(직권심리)** 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.



## 1. 개요

제7조는 명령·규칙의 위헌·위법이 쟁점이 되는 사건에서 당해 행정청인 피고와 명령·규칙의 개정·폐지 권한을 가지는 소관 행정청이 동일하지 아니한 경우, 법원이 소관 행정청에 해당 명령·규칙의 위헌·위법 여부가 쟁점인 소송이 계속 중인 사실을 통지할 수 있도록 하고, 통지받은 소관 행정청으로 하여금 소송참가의 형식을 거치지 아니하고도 법원에 명령·규칙의 위헌·위법 여부에 대한 의견서를 제출할 수 있도록

하였다.

명령·규칙의 위헌·위법 심사에 있어서, 해당 명령·규칙의 내용, 목적 및 취지, 입법 경위 등에 관하여 잘 알고 있는 소관 행정청이 소송에 참여할 수 있는 기회를 적극적으로 보장하고 이를 통해 명령·규칙에 대한 적정한 심사를 피하기 위한 규정이다.

## 2. 제1항

명령·규칙의 위헌 또는 위법 여부가 쟁점이 되는 사건에서 법원은 필요하다고 인정하는 경우 명령·규칙의 소관 행정청에 대하여 소송계속 사실을 통지할 수 있는데, 그 통지 여부에는 법원에 재량이 있다. 이 규정은 앞서 본 바와 같이 소관 행정청으로 하여금 소송에 참여할 수 있는 기회를 보장해 주기 위한 것으로, 제7조 제1항의 통지는 민사소송법의 소송고지와 다르게 일정한 법률효과를 발생시키는 것은 아니다.

통지는 넓은 의미의 소송지휘권 행사로서 재판장이 한다. 소관 행정청에서 ‘소관’이란, 행정기본법 제40조, 정부조직법 제7조 제1항, 행정심판법 제24조, 법제업무 운영 규정 등에 규정된 ‘소관’과 같은 의미로, 소관 행정청은 해당 명령·규칙을 개정·폐지할 실질적인 권한이 있거나 이를 주관하는 행정청을 의미한다. 대통령령, 총리령의 경우 소관 부·처·청 등 소관 중앙행정기관의 장(정부조직법 제2조 제2항)에게 통지하고, 지방자치단체의 조례·규칙의 경우에는 지방자치단체의 장에게 통지한다.

명령에는 그 내용 여하를 막론하고 행정기관이 정립하는 일체의 법규명령(위임명령, 집행명령)이 포함된다. 규칙에는 행정부의 규칙뿐만 아니라 지방자치단체의 조례·규칙, 중앙선거관리위원회의 규칙 등이 포함된다.

## ○ 소관 행정청에 대한 통지서

## 서울 행정 법 원

제 ○ 부

통 지 서

○○○ 귀하(귀중)

사 건 2023구합0000 ○○처분취소

원 고 ○○○

피 고 ○○○

행정소송규칙 제7조 제1항에 따라 위 사건에서 귀청이 소관하는 아래 명령·규칙의 위헌 또는 위법 여부가 쟁점이 되었음을 통지합니다.

귀청은 위 사건에 관하여 행정소송법 제17조 제1항에 따라 소송참가신청을 할 수 있고, 행정소송규칙 제7조 제2항에 따라 이 서면을 받은 날부터 ○일 이내에 해당 명령·규칙의 위헌 또는 위법 여부에 대한 의견서를 이 법원에 제출할 수 있습니다.

## 위헌 또는 위법 여부가 쟁점이 되는 명령·규칙

○○○명령(규칙) 제0조 제0항

## 첨 부 서 류

소장/준비서면 부분 1통. 끝.

2023. 0. 00.

재판장 판사 ○○○

◇ 유의사항 ◇

소관 행정청이 이 법원에 제출하는 소송참가신청서 또는 의견서에 사건번호를 기재하여 주시기 바랍니다.

통지서에는 해당 사건에서 통지받는 행정청이 소관하는 명령·규칙의 위헌 또는 위법 여부가 소송상 쟁점이 되었고, 소관 행정청은 행정소송법 제17조 제1항에 따라 소송참가신청이 가능하며, 행정소송규칙 제7조 제2항에 따라 위헌 또는 위법 여부에 대한 의견서 제출이 가능하다는 취지를 기재하고, 사건번호, 당사자, 위헌 또는 위법 여부가 문제된 명령·규칙을 기재한다. 소관 행정청이 해당 사건의 내용과 쟁점 등을 파악할 수 있도록 통지서에 해당 명령·규칙의 위헌 또는 위법 여부에 대한 주장이 기재된 소장 또는 준비서면 등을 첨부할 필요도 있을 것이다.

통지할 수 있는 기한에는 제한이 없으나, 법원이 소관 행정청에 통지하기로 하였다면 신속히 통지절차를 진행하고, 다음 변론기일까지 소관 행정청의 의견 등이 제출될 수 있도록 상당한 기간을 두고 통지하는 것이 바람직하다. 사안에 따라서는 통지 전 쌍방 당사자로부터 의견을 들을 필요도 있다.

### 3. 제2항

제1항에 따른 통지를 받은 소관 행정청은 소송참가의 형식을 거치지 아니하고도 법원에 해당 명령·규칙의 위헌 또는 위법 여부에 대한 의견서를 제출할 수 있다. 법원은 소관 행정청이 해당 명령·규칙의 위헌 또는 위법 여부에 대하여 법률의견을 밝힌 의견서를 심리에 참고할 수 있고, 제출된 의견서에 대해 쌍방 당사자로부터 추가로 지지 또는 반박 의견을 들을 수도 있다. 나아가 필요한 경우에는 행정소송법 제17조에 따라 직권으로 소관 행정청을 소송에 참가시킬 수도 있다. 설령, 의견서에 일부 사실에 관한 주장이 포함되어 있더라도, 행정소송에서 법원은 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있으므로(행정소송법 제26조), 기록에 나타난 자료를 기초로 하여 직권으로 심리조사하고 이를 토대로 판단할 수 있다(대법원 1995. 2. 14. 선고 94누5069 판결).

참고

**헌법재판소법 제74조(이해관계기관 등의 의견 제출)** ① 헌법소원의 심판에 이해관계가 있는 국가기관 또는 공공단체와 법무부장관은 헌법재판소에 그 심판에 관한 의견서를 제출할 수 있다.

② 제68조제2항에 따른 헌법소원이 재판부에 심판 회부된 경우에는 제27조제2항 및 제44조를 준용한다.



**제8조(답변서의 제출)** ① 피고가 원고의 청구를 다투는 경우에는 소장의 부분을 송달받은 날부터 30일 이내에 다음 각 호의 사항이 포함된 답변서를 제출하여야 한다.

1. 사건의 표시
2. 피고의 명칭과 주소 또는 소재지
3. 대리인의 이름과 주소 또는 소송수행자의 이름과 직위
4. 청구의 취지에 대한 답변
5. 처분등에 이른 경위와 그 사유
6. 관계 법령
7. 소장에 기재된 개개의 사실에 대한 인정 여부
8. 항변과 이를 뒷받침하는 구체적 사실
9. 제7호 및 제8호에 관한 피고의 증거방법과 원고의 증거방법에 대한 의견
10. 덧붙인 서류의 표시
11. 작성한 날짜
12. 법원의 표시

② 답변서에는 제1항제9호에 따른 증거방법 중 증거가 필요한 사실에 관한 중요한 서증의 사본을 첨부하여야 한다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 어긋나는 답변서가 제출된 때에는 재판장은 법원사무관등으로 하여금 방식에 맞는 답변서의 제출을 촉구하게 할 수 있다.

④ 재판장은 필요한 경우 제1항제5호 및 제6호의 사항을 각각 별지로 작성하여 따로 제출하도록 촉구할 수 있다.

### 행정소송법 제8조(법적용예)

② 행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다.

## 민사소송법

**제256조(답변서의 제출의무)** ① 피고가 원고의 청구를 다투는 경우에는 소장의 부분을 송달받은 날부터 30일 이내에 답변서를 제출하여야 한다.

④ 답변서에는 준비서면에 관한 규정을 준용한다.

**제274조(준비서면의 기재사항)** ① 준비서면에는 다음 각호의 사항을 적고, 당사자 또는 대리인이 기명날인 또는 서명한다.

1. 당사자의 성명·명칭 또는 상호와 주소
2. 대리인의 성명과 주소
3. 사건의 표시
4. 공격 또는 방어의 방법
5. 상대방의 청구와 공격 또는 방어의 방법에 대한 진술
6. 덧붙인 서류의 표시
7. 작성한 날짜
8. 법원의 표시

② 제1항제4호 및 제5호의 사항에 대하여는 사실상 주장을 증명하기 위한 증거방법과 상대방의 증거방법에 대한 의견을 함께 적어야 한다.

**민사소송규칙 제65조(답변서의 기재사항 등)** ① 답변서에는 법 제256조제4항에서 준용하는 법 제274조제1항의 각호 및 제2항에 규정된 사항과 청구의 취지에 대한 답변 외에 다음 각호의 사항을 적어야 한다.

1. 소장에 기재된 개개의 사실에 대한 인정 여부
2. 항변과 이를 뒷받침하는 구체적 사실
3. 제1호 및 제2호에 관한 증거방법

② 답변서에는 제1항제3호에 따른 증거방법 중 입증이 필요한 사실에 관한 중요한 서증의 사본을 첨부하여야 한다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 어긋나는 답변서가 제출된 때에는 재판장은 법원사무관등으로 하여금 방식에 맞는 답변서의 제출을 촉구하게 할 수 있다.



## 1. 개요

제8조는 취소소송에서도 민사소송과 같이 소장 부분 송달일부터 30일 이내에 답변서를 제출할 의무가 있음을 명확히 하고, 답변서의 기재사항에 취소소송의 특성을 반영한 내용을 포함시켜, 실질적인 답변서의 적시 제출을 통한 재판의 신속 및 심리의 적정을 꾀한 규정이다.

취소소송에서는 행정소송법 제8조 제2항에 따라 민사소송법 규정이 준용되어 피고 행정청은 법정기한 내에 실질적인 내용이 기재된 답변서를 제출할 의무가 있다. 즉, 민사소송법 제256조 제1항에 따라 피고 행정청은 소장의 부분을 송달받은 날부터 30일 이내에 답변서를 제출하여야 하고, 민사소송규칙 제65조 제1항에 따라 일정한 사항을 답변서에 기재하여야 한다.

그러나 취소소송의 특성이나 직권조사사항의 존재 등으로 인해 취소소송에서는 답변서 제출기간이 도과한 경우에도 자백간주에 의한 무변론판결이 적합하지 않다고 보고 있다. 이 때문에 피고 행정청이 답변서 제출기간을 준수하지 않는 사례가 상당히 있다. 설령, 그 기간 내에 제출되었다 하더라도 답변서의 내용이 형식적인 것에 그치는 경우도 적지 않다. 이로 인해 재판의 신속이 저해되어 국민의 재판청구권 행사에 지장을 줄 수 있으므로, 제8조는 취소소송에서의 답변서 제출기간을 명시하였다. 나아가 민사소송법에서 정한 답변서 기재사항만으로는 취소소송에서의 심리에 다소 부족하므로, 취소소송의 고유한 사항을 답변서에 추가로 기재하도록 하였다.

## 2. 제1항

### 가. 답변서 제출기간

민사소송법을 준용하는 것을 넘어 “소장의 부분을 송달받은 날부터 30일 이내”라고

하여 취소소송에서의 답변서 제출기간을 명확히 규정하였다. 이와 관련하여 취소소송의 제소기간 때문에 취소 대상인 처분만 특정하는 이른바 ‘형식적 소장’이 제출되는 경우에도 답변서 제출기간을 준수토록 하는 것은 피고 행정청에 부담이 된다는 의견이 있다. 그러나 입법기술상 형식적 소장이 아닌 소장을 특정하여 기술하는 데 한계가 있고, 청구원인이 불충분하게 기재된 소장이 제출된 경우에는 재판실무상 소장심사 단계에서 보정명령이 발령되어 보정이 이루어진 다음에 피고 행정청에 소장이 송달되는 것이 보통이므로, 형식적 소장으로 인한 문제는 그리 크지 않을 것으로 보인다.

행정안전부 소송사무 등 처리규정, 고용노동부 소송수행 예규, 국민권익위원회 소송사무 처리지침, 국세청의 소송사무처리규정 등 다수의 행정규칙에서도 행정소송규칙 제8조 제1항과 같은 취지의 규정을 두고 있다. 서울행정법원이 2002년 제시한 신모델의 ‘소송진행안내문’에서도 소장 부분 송달일부터 30일 이내의 실질적인 답변서 제출을 안내하는 내용을 두고 있다.

#### 나. 답변서 기재사항

민사소송의 답변서 기재사항을 기본으로 하되, ① 처분등\*에 이른 경위와 그 사유, ② 관계 법령과 같이 취소소송의 고유한 사항을 추가하여 답변서에 적게 함으로써 쟁점의 집중, 심리의 원활 등을 꾀하였다.

민사소송상 답변서 기재사항은 민사소송법과 민사소송규칙에 그 내용이 흠어져 있어 이를 모아 보아야만 전체 기재사항을 알 수 있으므로, 불편한 면이 있다. 이에 행정소송규칙 제8조 제1항에서는 취소소송에 임하는 소송당사자의 편의를 도모하고자, 그 전체 기재사항을 취소소송에 부합하도록 정리하여 나열하였다. 이에 따라 민사소송법상 답변서 기재사항인 ‘당사자의 성명·명칭 또는 상호와 주소’, ‘대리인의 성명과 주소’는 이 조문에서 ‘피고의 명칭과 주소 또는 소재지’, ‘대리인의 이름과 주소 또는 소

\* 행정소송법 제2조 제1항 제1호는 “처분등”을 “행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용(처분) 및 행정심판에 대한 재결”로 정의하고 있다.

송수행자의 이름과 직위'로 바꾸어 규정하였다.

민사소송법과 민사소송규칙에 규정되지 않았지만 새로 추가한 기재사항으로 '처분 등에 이른 경위와 그 사유'와 '관계 법령'이 있다. 이는 행정소송의 특수성 때문에 피고 행정청의 소송수행실무상 답변서에 기재하였던 사항을 명문화한 것이다.

먼저 “처분등에 이른 경위와 그 사유”란 소송의 대상이 되는 처분등을 특정하고 그 내용을 이해하는 데 필요한 사항으로, 처분등을 발령한 행정청, 처분일자, 처분 상대방, 처분 내용, 처분사유, 처분의 원인이 되는 사실 등을 말한다. 소송물을 특정하기 위하여 원고가 소장에 기재하는 사항이기는 하지만, 처분을 발령한 피고 행정청이 정확하게 알고 있는 사항이기 때문에 이를 답변서에 기재하도록 한 것이다. 이러한 기재 사항은 원고가 주장해야 하는 처분의 구체적인 위법사실에는 해당하지 않기 때문에 이를 기재하도록 한다고 하여 주장·증명책임 분배의 원칙에 반하는 것은 아니다.

“관계 법령”이란 해당 처분등을 발령한 근거가 되는 법령을 비롯하여 해당 사건과 관련이 있는 법령을 말한다. 행정소송에서는 사실인정뿐만 아니라 법령의 해석도 중요한 심리 대상이다. 법령은 당사자의 주장·증명을 기다리지 않고 법원이 직권으로 이를 확정하여야 할 사항이기는 하지만, 오늘날 행정국가화의 경향 속에서 법령의 내용과 형식이 복잡다기할 뿐만 아니라 시간의 흐름 속에서 계속 변화하고 있다. 그러므로 해당 처분등을 발령한 피고 행정청이 이를 특정하여 제출하면 법원의 원활하고 신속한 심리에 도움이 되는 반면, 피고 행정청에는 큰 부담이 되지 않을 것이다. 행정청 내부지침의 경우 외부에서 그 내용을 알기 어려운 사례들도 존재한다. 따라서 심리의 편의상 피고 행정청으로 하여금 관계 법령을 밝히도록 한 것이다.

### 3. 제2항, 제3항

취소소송에서는 처분등의 적법성을 주장하는 피고에게 적법사유에 대한 증명책임이 있으므로, 처분등의 적법성을 증명하기 위한 중요 서증은 답변서 단계에서부터 제출

하게 하여 심리의 신속과 적정을 도모할 필요가 있다. 이 조문에서는 민사소송법령과는 별도로 취소소송에서의 답변서 제출에 관한 규정을 마련하고 있으므로, 서증의 첨부과 재판장의 소송지휘 부분도 민사소송규칙을 준용하지 않고 별도로 규정하였다.

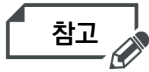
취소소송에서 중요한 서증은 ‘처분서’라고 할 것인데, 통상 원고가 소장에 첨부하는 사례가 많을 것이므로 이를 별도로 적시하지는 아니하였다. 다만, 원고가 소장에 처분서를 첨부하지 아니하였다면 피고로서는 제2항의 규정에 따라 이를 제출할 필요가 있을 것이다.

제3항에서는 재판장이 법원사무관등\*으로 하여금 법령에 부합하는 방식의 답변서 제출을 촉구하게 할 수 있도록 정하고 있다. 최근 서울행정법원에서는 참여관에 의한 소장 심사를 강화하는 등 행정재판에서의 참여관 역할이 한층 강조되고 있는데, 해당 조항은 참여관에 의한 답변서 심사 활성화에도 기여할 수 있을 것이다.

#### 4. 제4항

처분등에 이른 경위와 그 사유, 관계 법령에 관하여는 재판장이 별지 형태로 따로 제출을 명할 수 있게 하여, 법원과 원고 모두 사건의 전체 윤곽과 쟁점을 신속하게 파악할 수 있도록 하였다. 나아가 위 기재사항은 통상 판결서 이유 부분에 기재하는 사항이기도 한데, 재판장은 필요한 경우 판결서 작성에 이를 활용하여 판결서 작성 부담을 경감시킬 수도 있을 것이다.

\* ‘법원서기관·법원사무관·법원주사 또는 법원주사보’를 가리킨다(민사소송규칙 제3조 제2항).



**영국 민사소송규칙 54.8(답변서\* 제출)** (1) 소장을 송달받은 자 중 사법심사에 참여하고자 하는 자는 이 규칙의 다음 조항에 부합하게 관련 실무 양식에 따라 답변서를 제출해야 한다.

(2) 모든 답변서는 반드시

(a) 소장 송달 후 21일 이내에 제출해야 하고, ...

(3) 이 규정에 따른 기한은 당사자 간의 합의에 의해 연장될 수 없다.

(4) 답변서 제출은

(a) 반드시

(i) 이를 제출하는 자가 청구를 다투는 경우, 그 근거에 대한 요약을 명시해야 하고,

(ia) 이의가 제기된 행위가 발생하지 않았더라도 원고를 위한 결과가 실질적으로 달라지지 않았을 가능성이 높다는 이유로 허가 신청을 다투는 경우, 그 근거에 대한 요약을 명시해야 한다. ...

**독일 행정법원법 제85조** 재판장은 피고에게 소장을 송달하도록 명한다. 송달과 동시에 피고는 서면으로 의견을 진술할 것이 요청된다. 제81조 제1항 2문을 준용한다. 이를 위해 기한을 설정할 수 있다.

**대만 행정소송법 제108조** ① 행정법원은 전조의 규정에 따라 원고의 소를 각하하거나 이송하는 경우를 제외하고는 피고에게 소장을 송달해야 한다. 또한, 피고에게 답변서로써 의견을 진술할 것을 명할 수 있다.

② 행정법원의 통지를 받은 원처분기관, 피고기관 또는 소원을 접수한 기관은 10일 이내에 행정법원에 서면과 증거를 제출해야 한다.

\* Acknowledgement를 번역한 것으로, 그 문언에 중점을 두어 송달확인서로 번역하기도 하고, 그 내용에 중점을 두어 답변서로 번역하기도 하는데, 여기서는 후자에 따랐다.



**제9조(처분사유의 추가·변경)** 행정청은 사실심 변론을 종결할 때까지 당초의 처분사유와 기본적 사실관계가 동일한 범위 내에서 처분사유를 추가 또는 변경할 수 있다.



## 1. 개요

제9조는 대법원 판례에 따라 행정청은 사실심 변론을 종결할 때까지 당초의 처분사유와 기본적 사실관계가 동일한 범위 내에서 처분의 근거 사유를 추가 또는 변경할 수 있음을 밝힌 것이다. 행정처분의 취소를 구하는 항고소송에서 법원의 심판범위는 처분사유를 단위로 하므로, 처분사유 추가·변경 제한은 형사소송의 공소장변경처럼 법원의 심판범위를 명확히 하고 이를 통해 상대방의 방어권을 보장하는 기능을 수행한다.

제9조는 확립된 판례 및 실무의 법리를 확인하는 내용으로, 이를 통해 새로운 권리의무를 창설하는 것이 아니어서, 법률로 정해야 하는 입법사항에 해당하는 것으로 볼 수 없다. 처분사유를 추가 또는 변경하기 위한 요건은 법원의 심판범위에 관한 사항으로 취소소송의 심리에 중요한 의미를 가지므로, 이를 대법원규칙에 명문화함으로써 국민의 예측가능성 제고에 기여할 수 있다.

## 2. 본문

‘기본적 사실관계의 동일성’이 인정되는 경우에 한하여 처분사유를 추가·변경할 수 있다는 판시는 행정절차법 제정·시행 이전에 선고된 지방공무원법상 감봉징계처분에 관한 대법원 1983. 10. 25. 선고 83누396 판결에서 처음 이루어졌다. 거부처분 취소

청구에 있어서도 광업권설정출원불허가처분에 관한 대법원 1987. 7. 21. 선고 85누 694 판결에서 최초로 그 판례 법리가 인용되었다. 이후 30년 이상 같은 취지의 대법원 판결이 이어져오면서 확립된 판례 법리가 되었다.

처분사유 추가·변경의 허용범위를 확대할 경우 공익의 보호, 소송경제, 분쟁의 1회적 해결, 실체적 진실의 발견에 기여하나, 반대로 처분상대방의 방어권 보장, 행정절차법상 이유제시 제도의 취지가 훼손될 수 있다. 처분사유의 추가·변경을 어느 범위에서 허용할 것인지에 관하여는 상호 충돌하는 공익과 사익의 비교·형량 문제로 볼 수 있는데, 판례가 제시하는 ‘기본적 사실관계의 동일성’ 법리는 처분상대방의 방어권 보장과 행정절차의 중시라는 측면에서 행정법학계에서도 대체로 긍정적으로 평가되고 있다. 한편, 이러한 판례 법리를 바탕으로 제재처분은 ‘기본적 사실관계의 동일성’ 법리에 따르되, 거부처분은 기존 판례에 의할 경우 실질적, 실효적 권리구제가 되지 않은 채로 처분사유를 달리하는 거부처분이 계속 반복될 가능성이 커, 분쟁의 일회적 해결, 실질적 권리구제 확보, 행정절차의 내실화를 위해 처분사유의 추가·변경을 폭넓게 허용하자는 견해, 처분사유의 추가·변경 제한 법리는 원고의 이익을 보호하기 위한 것이므로 처분 상대방인 원고의 동의가 있는 경우 기본적 사실관계의 동일성이 인정되지 않더라도 처분사유의 추가·변경을 허용하자는 견해 등이 제시되고 있다. 그러나 이러한 새로운 견해들에 관하여는 아직까지 대법원 판결이나 재판 실무를 통해 그 적정성 등이 뒷받침되고 있지 못하고, 학계에서도 충분한 논의가 이루어지지 않았다는 사정 등을 고려하여, 향후 연구과제로 남겨두었다.

제9조로 인하여 과세처분 취소소송에서 처분사유 추가·변경에 관한 기존 판례 법리가 변경되는 것은 아니다. 판례는 일반 행정처분 취소소송과 관련, 실질적 법치주의와 행정처분의 상대방인 국민에 대한 신뢰보호라는 견지에서 행정청이 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계에 있어서 동일성이 있다고 인정되지 않는 별개의 사실을 들어 처분사유로 주장함은 허용되지 않는다고 하고 있다(대법원 2020. 12. 24.

선고 2019두55675 판결). 그런데 조세소송과 관련, 대법원은 과세처분 취소소송에서의 소송물은 과세관청의 처분에 의하여 인정된 과세표준 및 세액의 객관적 존부이고, 과세관청으로서는 소송 도중이라도 사실심 변론종결시까지 그 처분에서 인정한 과세표준 또는 세액의 정당성을 뒷받침하기 위하여 처분의 동일성이 유지되는 범위 내에서 처분사유를 교환·변경할 수 있다고 한다(대법원 2002. 3. 12. 선고 2000두2181 판결). 한편 대법원 판례 중에는 과세관청이 당초의 부과처분 당시 인정한 사실의 일부에 착오나 오류가 있다 하여도 그 후 인정된 사실이 당초의 과세원인사실과 동일한 사실의 범위 내로서 과세의 기초사실이 달라지는 것이 아니라면 처분의 동일성은 유지된다고 한 경우도 많다(대법원 2006. 4. 27. 선고 2005두17058 판결). 이처럼 대법원 판례는 조세소송상 처분사유의 추가·변경의 한계에 관하여, 일반 행정처분 취소소송과 다소 다른 논리구조를 제시하기도 하고, 동일한 논리구조를 제시하기도 하였다. 대법원은 일반 행정처분 취소소송의 소송물을 ‘처분의 위법성 일반’으로 보고 있고(대법원 1996. 4. 26. 선고 95누5820 판결), 조세소송에서는 소송물을 하나의 과세단위 내에서 ‘정당한 세액의 존부’라는 총액주의(總額主義)로 구성하고 있는 것으로 평가된다. 그런데 후자 역시 전자의 관점에 따르면, 그 소송물은 ‘과세처분의 위법성 일반’이고, 소송상 심리대상은 양자 모두 추상적인 위법성 일반이 아니라 구체적인 개개의 위법사유이다. 이러한 관점의 차이는 과세처분 취소소송이 형성소송의 형식을 취하나 실제로는 각 과세처분의 과세단위별 정당세액 초과 여부, 즉 구체적인 금전채무의 존부와 범위가 심판대상이어서 소극적 채무부존재확인소송의 측면이 있다는 특수성을 고려한 것일 뿐이다. 총액주의 관점에서는 원칙적으로 과세관청이 처음에 내세운 처분사유가 위법하다고 하더라도 동일한 과세단위 내에서 다른 처분사유를 주장·증명한 경우 과세처분이 취소되지 않을 수 있어, 처분사유의 추가·변경이 폭넓게 허용되는 결과로 된다. 그러나 과연 대법원 판례가 조세소송에서는 당초의 처분사유와 기본적 사실관계가 동일하지 않은 경우에도 처분사유의 추가·변경이 가능하다고 보는 것인지에 관하여는 다툼이 있다. 과세처분은 일정 기간의 경제활동을 대상으로 하는

처분이어서, 특정 시점의 활동을 대상으로 하는 일반 행정처분과 달라 보이는 것일 뿐이다. '기본적 사실관계의 동일성'이라는 개념은 형사소송에서 공소장 변경의 허용 기준인 '공소사실의 동일성', 민사소송에서 청구변경의 허용기준인 '청구기초의 동일성' 개념과 그 토대를 같이 하는 것으로서, 일의적인 것이 아니라 규범적 요소를 포함하는 추상적·불확정적인 개념이다. 그러므로 기본적 사실관계의 동일성은 처분의 성격이나 내용 등에 따라 다소 차이가 날 수밖에 없다. 조세소송의 특수성을 감안하여, 총액주의 관점과 과세처분의 기본적 사실관계 동일성의 관점을 함께 놓고 보면, 과세처분의 기본적 사실관계의 동일성은 '동일한 납세단위' 여부(과세기간, 납세의무자, 과세물건 등이 납세단위의 동일성을 판단하는 기준이 된다)를 그 기준으로 판단하게 되는 것이다. 실제 과세처분의 처분서에 해당하는 납세고지서에도 과세 대상 사실관계가 일반적으로 기재되는 것이 아니라 납세의무자, 과세기간, 세목, 과세표준, 세율, 세액 등의 납세단위가 기재되고 있다.



**제10조(집행정지의 종기)** 법원이 법 제23조제2항에 따른 집행정지를 결정하는 경우 그 종기는 본안판결 선고일부터 30일 이내의 범위에서 정한다. 다만, 법원은 당사자의 의사, 회복하기 어려운 손해의 내용 및 그 성질, 본안청구의 승소가능성 등을 고려하여 달리 정할 수 있다.

**행정소송법 제23조(집행정지)** ① 취소소송의 제기는 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다.

② 취소소송이 제기된 경우에 처분등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지(이하 “執行停止”라 한다)를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.

③ 집행정지는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 허용되지 아니한다.

④ 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정을 신청함에 있어서는 그 이유에 대한 소명이 있어야 한다.

⑤ 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정 또는 기각의 결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다. 이 경우 집행정지의 결정에 대한 즉시항고에는 결정의 집행을 정지하는 효력이 없다.

⑥ 제30조제1항의 규정은 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정에 이를 준용한다.



## 1. 개요

제10조는 법원이 집행정지를 결정하는 경우 그 종기(終期)를 본안판결 선고일부터 30일 이내의 범위에서 정하되, 당사자의 의사, 회복하기 어려운 손해의 내용 및 그

성질, 본안청구의 승소가능성 등을 고려하여 달리 정할 수 있음을 밝힌 것이다. 집행 정지에 관한 행정소송법 제23조는 집행정지의 종기에 관하여 별도의 규정을 두고 있지 않으나, 집행정지 종기를 ‘본안판결 선고일부터 30일까지’로 정하는 것이 다수의 재판실무인바, 그에 관한 내용을 대법원규칙으로 명문화하여 국민의 예측가능성을 제고하였다.

## 2. 규정 해설

집행정지 종기에 관하여 과거 ‘본안판결 선고 시까지’로 하는 실무례가 많았으나, 현재는 서울행정법원을 중심으로 ‘본안판결 선고일부터 30일까지’로 하는 실무례가 다수의 지위를 차지하고 있고, ‘본안판결 선고일부터 15일 또는 20일까지’로 하는 실무례도 있다. 집행정지 종기를 ‘본안판결 확정 시까지’로 하면 패소한 원고가 집행정지기간을 연장하려는 목적에서 상소를 남용할 우려가 있다. 반면 ‘본안판결 선고 시까지’로 하면 원고가 본안에서 승소하였더라도 처분의 효력이 부활하는 문제가 있다. 집행정지 종기를 본안판결 선고 시로 정하는 경우에 발생할 문제를 예방함과 아울러 원고에게 다시 집행정지 신청을 할 시간을 확보하여 준다는 차원에서 위와 같이 본안판결 선고일부터 일정 기일까지 집행정지 결정을 하는 실무례가 정착된 것이다.

다만, ㉔ 신청취지에서 본안판결 선고 시까지 정지를 구하는 등 ‘본안판결 선고일부터 30일까지’보다 짧게 구하면 그때까지로 정하거나(당사자가 본안판결 선고 시까지를 종기로 하여 집행정지를 신청하더라도, 다른 일반적인 경우와 마찬가지로 본안판결 선고일부터 30일 등까지 집행정지 결정을 하기도 하는데, 신청의 범위를 넘는 부분은 행정소송법 제23조 제2항에 따라 직권으로 하는 것이다), ㉕ 본안청구의 패소가능성이 높으면 본안판결 선고 시까지로 정하는 실무례도 있다. 또한 집회금지통고에 대한 집행정지처럼 처분의 성격상 집행정지 결정만으로 본안판결에서 얻고자 하는 내용과 실질적으로 같은 결과를 가져오는 경우에는 굳이 집행정지 종기를 본안판결 선

고일 이후로 확장할 이유가 없어 그 종기를 본안판결 선고 시까지로 정하는 경우가 많다.

제10조는 이러한 재판실무 및 예외 인정의 필요성 등을 고려하여, 집행정지 종기를 결정함에 있어 탄력적인 운영이 가능하도록 그 종기를 본안판결 선고일부터 30일 이내의 범위에서 정하되, 당사자의 의사, 회복하기 어려운 손해의 내용 및 그 성질, 본안 청구의 승소가능성 등의 여러 사정을 고려하여 달리 정할 수 있도록 하였다.

한편, 행정청이 처분을 하면서 집행의 시기(始期)를 임박하게 정하여, 당사자가 처분이 이루어지자마자 곧바로 집행정지 신청을 하였음에도, 심문기일 전에 처분의 집행이 개시되는 등의 경우, 법원은 재판실무상 심문기일을 지정하면서 행정소송법 제23조 제2항에 따라 직권으로 집행정지 사건의 심리에 소요되는 일정 기간 동안 집행정지 결정을 하는 경우가 많다. 제10조 단서의 내용상 위와 같이 직권으로 집행정지 종기를 일시적·잠정적으로 정하는 것이 가능하고, 제10조의 신설을 통해 위와 같은 이른바 ‘잠정 집행정지’가 배제되는 것은 아니다.



- 제11조(비공개 정보의 열람·심사)** ① 재판장은 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제 20조제1항에 따른 취소소송 사건, 같은 법 제21조제2항에 따른 취소소송이나 이를 본안으로 하는 집행정지신청 사건의 심리를 위해 같은 법 제20조제2항에 따른 비공개 열람·심사를 하는 경우 피고에게 공개 청구된 정보의 원본 또는 사본·복제물의 제출을 명할 수 있다.
- ② 제1항에 따른 제출 명령을 받은 피고는 변론기일 또는 심문기일에 해당 자료를 제출하여야 한다. 다만, 특별한 사정이 있으면 재판장은 그 자료를 다른 적당한 방법으로 제출할 것을 명할 수 있고, 이 경우 자료를 제출받은 재판장은 지체 없이 원고에게 제1항의 명령에 따른 자료를 제출받은 사실을 통지하여야 한다.
- ③ 제2항에 따라 제출된 자료는 소송기록과 분리하여 해당 사건을 심리하는 법관만이 접근할 수 있는 방법으로 보관한다.
- ④ 법원은 제1항의 취소소송이나 집행정지신청 사건에 대한 재판이 확정된 경우 제2항에 따라 제출받은 자료를 반환한다. 다만, 법원은 당사자가 그 자료를 반환받지 아니한다는 의견을 표시한 경우 또는 위 확정일부터 30일이 지났음에도 해당 자료를 반환받지 아니하는 경우에는 그 자료를 적당한 방법으로 폐기할 수 있다.
- ⑤ 당사자가 제1항의 취소소송이나 집행정지신청 사건의 재판에 관하여 불복하는 경우 법원은 제2항에 따라 제출받은 자료를 제3항에 따른 방법으로 상소법원에 송부한다.

## 공공기관의 정보공개에 관한 법률

- 제20조(행정소송)** ① 청구인이 정보공개와 관련한 공공기관의 결정에 대하여 불복이 있거나 정보공개 청구 후 20일이 경과하도록 정보공개 결정이 없는 때에는 「행정소송법」에서 정하는 바에 따라 행정소송을 제기할 수 있다.
- ② 재판장은 필요하다고 인정하면 당사자를 참여시키지 아니하고 제출된 공개 청구 정보를 비공개로 열람·심사할 수 있다.
- ③ 재판장은 행정소송의 대상이 제9조제1항제2호에 따른 정보 중 국가안전보장·국방 또는 외교관계에 관한 정보의 비공개 또는 부분 공개 결정처분인 경우에 공공기관이 그 정

보에 대한 비밀 지정의 절차, 비밀의 등급·종류 및 성질과 이를 비밀로 취급하게 된 실질적인 이유 및 공개를 하지 아니하는 사유 등을 입증하면 해당 정보를 제출하지 아니하게 할 수 있다.

**제21조(제3자의 비공개 요청 등)** ① 제11조제3항에 따라 공개 청구된 사실을 통지받은 제3자는 그 통지를 받은 날부터 3일 이내에 해당 공공기관에 대하여 자신과 관련된 정보를 공개하지 아니할 것을 요청할 수 있다.

② 제1항에 따른 비공개 요청에도 불구하고 공공기관이 공개 결정을 할 때에는 공개 결정 이유와 공개 실시일을 분명히 밝혀 지체 없이 문서로 통지하여야 하며, 제3자는 해당 공공기관에 문서로 이의신청을 하거나 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다. 이 경우 이의신청은 통지를 받은 날부터 7일 이내에 하여야 한다.

③ 공공기관은 제2항에 따른 공개 결정일과 공개 실시일 사이에 최소한 30일의 간격을 두어야 한다.

**제27조(위임규정)** 이 법 시행에 필요한 사항은 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 및 대통령령으로 정한다.



## 1. 개요

제11조는 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제20조 제2항이 정한 비공개 열람·심사에 관한 구체적인 절차를 규정함으로써, 각급 법원의 실무례를 통일하고 그 절차를 명확히 하여 국민의 예측가능성을 제고하고 재판청구권을 실질적으로 보장하기 위하여 도입되었다.

공공기관의 정보공개에 관한 법률은 제20조 제2항에서 ‘재판장은 필요하다고 인정하면 당사자를 참여시키지 아니하고 제출된 공개 청구 정보를 비공개로 열람·심사할 수 있다.’고 정하여 정보공개 관련 소송에서 비공개 열람·심사(in camera)가 가능함

만을 정하고 있고 그 구체적인 절차에 대해서는 규정하고 있지 않다. 공공기관의 정보 공개에 관한 법률 제27조가 그 법의 시행에 필요한 사항을 대법원규칙으로 정하도록 정하고 있음에도 지금까지 비공개 열람·심사에 대한 구체적인 절차규정을 정함이 없었다. 이에 비공개 열람·심사는 정보공개 관련 소송에서 쟁점의 판단을 위한 핵심적인 절차로 실무상 널리 활용되어 왔음에도, 자료의 제출 및 보관, 심사, 종국판결 이후 자료의 처리 등의 절차상 각급 법원이나 재판부의 법해석 차이에 따른 다소간의 실무례 차이가 발생하게 되었다. 이러한 절차적 불명확성은 비공개 열람·심사를 시행하는 담당 재판부에게 상당한 부담이 되어 왔고, 당사자들도 절차에 능동적으로 대응하기 어려웠다.

민사소송법, 민사소송규칙, 민사보관물관리에 관한 예규(재민79-7) 등 현재 시행되고 있는 여러 규정의 적용 범위, 자료 제출 및 보관 방법 등을 고려하면, 이를 위 심사 절차에 그대로 적용하는 것은 적절하지 않고, 새로운 절차 규정을 신설할 필요가 있다. 이에 따라 비공개 열람·심사에 관한 각급 법원의 실무례를 참고하여 마련한 구체적인 절차규정을 행정소송규칙에 정함으로써 기존의 입법의 공백을 해소하였다.

## 2. 제1항, 제2항

### 가. 비공개 열람·심사의 대상 사건

해당 조문은 정보공개 관련 소송의 가장 일반적인 형태인 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제20조 제1항에 따른 취소소송은 물론, 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제21조 제2항에 따른 제3자의 정보공개처분취소소송 및 이를 본안으로 하는 집행정지신청 사건에서 시행되는 모든 비공개 열람·심사에 적용된다. 행정소송규칙 제18조는 제11조에 따른 심사절차가 위 각 처분에 관한 무효등확인소송 및 부작위위법확인소송에도 준용됨을 명시하고 있다.

## 나. 재판장의 자료제출 명령

비공개 열람·심사의 자료제출 명령은 소송지휘권 행사의 일환으로 민사소송법이 정하는 재판 형식 중 명령에 해당한다. 재판장의 소송지휘권은 법원이 소장을 접수하고 변론과 증거조사를 거쳐 판결이 선고될 때까지 사건 심리의 전반에 걸쳐서 소송이 질서에 따라 신속하고 적정하게 진행되도록 하기 위하여 재판장에게 주어진 권능이다. 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제20조 제2항은 ‘제출된’ 공개 청구 정보를 심사하도록 정하고 있어 위 비공개 열람·심사에는 행정청의 자료제출이 당연히 전제되는 것이라고 해석된다. 그리고 정보공개 관련 소송에서 비공개 열람·심사의 주체를 ‘재판장’으로 규정하고 있는 점을 고려하면, 소송지휘의 일환으로서 비공개 열람·심사를 위한 자료의 제출을 명할 수 있는 권한은 재판장이 보유한다고 할 수 있다. 명령은 상당한 방법으로 고지하면 효력을 가지는 것이므로(민사소송법 제221조), 반드시 서면의 명령문이 작성되어 송달의 방법으로 고지되어야 하는 것은 아니고 변론 중에 구술로 고지할 수 있으며 변론조서에 재판의 내용과 그 취지를 기재함으로써 충분하다(민사소송법 제154조 제4호, 제5호). 재판장은 원본의 제출을 명함이 원칙이겠으나, 사안에 따라 사본이나 복제물의 제출을 명할 수도 있는데, 피고 행정청의 전자정보시스템에 저장된 영상 정보와 같이 원본 확인은 곤란하지만 동일성 여부에 특별한 의심을 갖기 어려운 경우 등이 이에 해당할 수 있다. 나아가 사안에 따라 당사자의 의견을 들어 변론기일에 사본이나 복제물의 제출과 아울러 그 동일성 확인을 위한 원본의 소지를 명할 수도 있을 것이다. 이 경우 변론조서에는 ‘피고에게, 다음 변론기일에 공개 청구된 정보의 원본(또는 사본·복제물)을 제출할 것을 명’ 또는 ‘피고에게, 다음 변론기일에 공개청구된 정보의 원본을 소지함과 아울러 사본·복제물을 제출할 것을 명’이라고 기재한다.

다만 첫 기일 이전까지 제출된 쌍방의 자료만으로도 비공개 열람·심사의 필요성이 인정되어 심리를 촉진할 필요가 있거나, 제11조 제2항 단서에 따라 공개법정에서의

자료제출이 아닌 방법으로 자료를 제출받을 필요성이 있는 경우 등에는 다음과 같은 형식의 명령문을 통해 제출을 명할 수도 있다.

○ 변론기일에서 자료를 제출하라고 명하는 경우

**서 울 행 정 법 원**  
**제 ○ 부**  
**명 령**

사 건 2023구합0000 정보비공개처분취소  
원 고 ○○○  
피 고 ○○○○○

**주 문**

피고는 2023. 0. 00. 10:00 변론기일에 공개청구된 정보의 원본(또는 사본·복제물)을 제출하라.\*

**이 유\*\***

이 사건은 비공개 열람·심사가 필요하다고 인정되므로, 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제20조 제2항, 행정소송규칙 제11조 제1항에 따라 주문과 같이 명령한다.

2023. 0. 00.

재판장 판사 ○○○

◇ 유 의 사 항 ◇

피고는 이 사건 재판이 확정되면 이 명령에 의하여 제출한 자료를 반환받을 수 있습니다. 다만, 법원은 당사자가 그 자료를 반환받지 아니한다는 의견을 표시한 경우 또는 위 확정일부터 30일이 지났음에도 해당 자료를 반환받지 아니하는 경우에는 그 자료를 적당한 방법으로 폐기할 수 있습니다(행정소송규칙 제11조 제4항).

## ○ 기일 외에서 자료를 제출하라고 명하는 경우

## 서울 행정 법 원

제 ○ 부  
명 령

사 건 2023구합0000 정보비공개처분취소  
원 고 ○○○  
피 고 ○○○○○

## 주 문

피고는 다음과 같은 방법 중 하나에 따라 공개청구된 정보의 원본(또는 사본·복제물)을 제출하라.

1. 제출시한: 2023. 0. 00.
2. 제출방법: ① 밀봉된 해당 자료를 지참하고 법원에 방문하여 이 사건 담당 법원사무관등에게 직접 교부  
② 이 사건 담당 법원사무관등과 협의하여 밀봉된 해당 자료를 적당한 방법으로 제출

## 이 유

이 사건은 비공개 열람·심사가 필요하다고 인정되므로, 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제20조 제2항, 행정소송규칙 제11조 제1항에 따라 주문과 같이 명령한다.

2023. 0. 00.

재판장 판사 ○○○

◇ 유 의 사 항 ◇

피고는 이 사건 재판이 확정되면 이 명령에 의하여 제출한 자료를 반환받을 수 있습니다. 다만, 법원은 당사자가 그 자료를 반환받지 아니한다는 의견을 표시한 경우 또는 위 확정일부터 30일이 지났음에도 해당 자료를 반환받지 아니하는 경우에는 그 자료를 적당한 방법으로 폐기할 수 있습니다(행정소송규칙 제11조 제4항).

※ 문의사항 연락처 : 서울행정법원  
직통전화 : (02) 0000-0000  
팩 스 : (02) 0000-0000

제○행정부 법원사무관 ○○○  
e-mail : ○○○ @scourt.go.kr

\* 원본의 존재 확인 및 원본과 사본과의 동일성 대조를 위하여 '원본 및 사본'의 제출을 함께 명하는 것도 가능하다.

\*\* 민사소송법 제224조 제1항 단서에 따라 이유의 기재는 생략할 수 있다. 기일 외에서 자료를 제출하라고 명하는 경우에도 마찬가지이다.

1·2심 법원은 해당 정보의 성질, 당해 사건의 증거관계 등에 비추어 필요하다고 판단한 경우 공개청구정보를 제출받아 비공개로 열람·심사할 권한이 있다고 할 것이나, 특별한 사정이 없는 한 1·2심 법원에 그와 같은 의무가 있다고 할 수는 없다(대법원 2008. 10. 23. 선고 2007두1798 판결). 그러므로 재판장이 그 소송지휘상 재량에 따라 비공개 열람·심사를 위한 자료제출을 명할 것인지 여부나 원본 제출 필요성 등을 결정하도록 하였다.

이 제출명령은 소송절차에 관한 신청을 기각한 명령에 해당하지 않으므로 항고의 대상이 아니고(민사소송법 제439조 참조), 민사소송법 제140조 제1항 제2호의 석명 처분과 같이 소송지휘상의 재판으로 행사하는 것이므로 독립하여 불복신청을 할 수 없다. 다만 당사자는 종국판결에 대한 불복을 통하여 위 명령의 위법이 판결 결과에 영향을 미쳤음을 주장함으로써 구제받을 수 있다.

공공기관의 정보공개에 관한 법률 제20조 제3항은 재판장의 비공개 열람·심사 권한에 관하여 ‘재판장은 행정소송 대상이 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제2호에 따른 정보 중 국가안전보장·국방 또는 외교관계에 관한 정보의 비공개 또는 부분 공개 결정처분인 경우에 공공기관이 그 정보에 대한 비밀지정의 절차, 비밀의 등급·종류 및 성질과 이를 비밀로 취급하게 된 실질적인 이유 및 공개를 하지 아니하는 사유 등을 입증하면 해당 정보를 제출하지 아니하게 할 수 있다.’고 정하고 있다. 행정소송규칙이 행정소송법 기타 행정소송에 관한 절차를 정하는 법률의 하위법령이고, 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제20조 제3항 또한 행정소송규칙의 상위법에 해당하므로, 앞서 본 제출명령 자체에 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제20조 제3항의 예외를 배제하는 효력은 없다. 따라서 재판장이 이 조문을 근거로 공공기관의 정보공개에 관한 법률에 반하는 취지의 제출명령을 할 수는 없다. 피고가 공개청구 대상 정보가 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제20조 제3항에 해당함을 증명하면, 해당 사건을 담당하는 재판장은 제출명령을 발령하지 아니할 수 있고, 설령 증명 부족

을 이유로 발령하였다고 하더라도 위와 같은 증거가 이루어진 경우 제출명령은 소송 지휘에 관한 명령이므로 언제든지 취소할 수 있다(민사소송법 제222조). 이러한 제출 명령의 발령과 취소는 법원의 독립적인 판단에 맡겨진 것이고, 행정청이 그 제출명령에 응하지 아니하는 경우 이를 소송자료로서 어떠한 의미로 판단할 것인지 또한 마찬가지이다.

재판장의 제출명령을 받은 피고는 원칙적으로 변론기일 또는 심문기일에 공개된 법정에서 해당 자료를 제출하여야 한다. 이 경우 절차의 명확성을 기하기 위하여 변론조서에 ‘피고, 재판장의 제출명령에 따라 공개청구된 정보의 원본(또는 사본·복제물)을 제출, 재판장, 제출된 원본과 사본을 대조하여 서로 어긋남이 없음을 확인하고, 원본을 피고에게 반환하고 사본을 제출받음\*, 피고, 제출한 원본을 반환받았음을 확인’ 등으로 제출절차를 거쳤음을 적시하는 것이 바람직하다.

#### 다. 기일 외 자료제출 시 원고에의 통지의무

제11조 제2항 단서는, 자료의 형상이나 분량 등을 고려할 때 휴대하기 곤란하거나 자료의 보안을 위한 특수한 조치가 요구되는 등 특별한 사정이 있는 경우, 공개법정에서의 자료제출이 아닌 다른 적당한 방법, 예를 들어 공개청구 자료를 인편으로 교부받을 수 있고, 그 밖에 법원사무관등과 협의된 적당한 방법 등으로 공개청구 자료를 제출받을 수 있다고 규정하였다.\*\*

다만 이와 같이 기일 외에서 자료를 제출받는 경우, 당사자의 참여권이 배제되는

\* 법정에서 제출받은 사본의 형식 및 내용을 원고에게 설명한 결과 원본의 존재 및 사본과의 동일성에 대한 다툼이 없어 사본만을 제출받는 경우, 원고가 그에 관하여 이의가 없다는 취지를 기재함이 바람직하다.

\*\* 독일 행정법원법상 자료제출제도에 따라 행정청에 자료제출의무가 부과되었다고 하더라도, 관할 최상급 감독청이 비밀로 할 필요가 있다는 이유 등으로 문서·기록의 제출 등을 거부하는 경우, 그와 같은 자료제출 거부가 적법한지 여부에 관하여 당사자의 신청에 따라 고등행정법원이 시행하는 in camera 심리를 위해 문서·기록을 제출받는다. 이에 관하여 독일 행정법원법 제99조 제2항 8문은 ‘관할 감독청이 비밀유지 또는 비밀보호가 필요한 특별한 사유로 인하여 법원에 문서·기록을 교부하거나 전자문서를 전송할 수 없다고 주장하면, 5문에 따른 제출 또는 전송은 최상급 감독청이 지정하는 장소에서 법원이 문서·기록 또는 전자문서를 이용하는 방식으로 이루어진다.’라고 정하고 있다.

비공개 열람·심사의 신뢰를 확보하고 절차적 투명성을 높이기 위하여, 자료를 제출받은 재판장은 지체 없이 그와 같은 자료가 제출된 사실을 상대방(원고)에게 통지하여야 할 것이다. 재판장의 명에 따라 법원사무관 등이 서면·전화·팩시밀리·보통우편 또는 전자우편 등 상당하다고 인정되는 방법으로 통지하는 것도 무방하다(행정소송규칙 제4조, 민사소송규칙 제3조).

○ 자료제출통지서

<b>서울 행정 법 원</b>			
제 ○ 부			
자료제출통지서			
사	건	2023구합0000	정보비공개처분취소
원	고	○○○	
피	고	○○○○○	
2023. 0. 00. 자 제출명령에 의하여 피고로부터 공개청구 자료를 제출받았음을 통지합니다.			
2023. 0. 00.			
재판장    판사    ○○○			

### 3. 제3항(제출된 자료의 보관)

가. 의의

공개청구 대상 정보는 행정청이 비공개 사유가 있음을 주장하는 정보로서 이를 제

출발은 법원은 그 유출을 방지하기 위한 적절한 방법으로 보관하여야 한다. 독일 행정법원법 제99조 제2항 7문은 자료제출제도의 운용에 따라 이루어지는 in camera 심사에 있어 해당 절차가 ‘실질적 비밀보호’의 적용을 받음을 명시하였는데, 이에 관한 입법상의 정의는 없으나 통상적으로 실질적 비밀보호는 비밀유지가 필요한 자료를 권한 없는 자가 무단으로 취득하거나 인식하는 것을 막기 위한 일체의 기술적·조직적 조치를 의미하므로, 오로지 재판권한을 갖는 법관만이 문서 등의 내용을 알 수 있도록 조치를 취하여야 한다는 의미로 해석되고 있다. 비공개 열람·심사에 대한 현재의 재판 실무례 또한 이러한 ‘실질적 비밀보호’의 이념에 기반을 두고 있는 것으로 평가된다.

비공개 열람·심사 대상 자료는 법정 등 공개된 장소에서 제출받는 것이 일반적이나, 그 이후 실질적인 심사는 공개되지 아니한 별도의 독립적 공간에서 이루어지고 있으며, 이와 같은 재판실무례는 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제20조 제2항이 정하는 ‘당사자를 참여시키지 아니한다’는 문언의 취지를 준수하기 위한 것으로 보인다. 위와 같은 법률의 취지와 재판실무례, 비공개 심사 자체 및 이를 반영한 종국판결의 선고까지 상당한 시일이 소요되는 점을 고려하면, 자료의 제출 이후 제출받은 자료를 일정 기간 보관할 수 있는 별도의 근거를 규정함이 필요하다. 제11조 제3항은 통상의 제출문서와 달리 보관되고 있는 공개청구 자료의 보관에 대한 법적 근거를 마련하고 유출의 방지를 위한 적절한 보관방법을 정하기 위한 규정이다.

#### 나. 소송기록과 분리하여 보관

비공개 열람·심사 자료가 기록에 편철되어 소송기록의 일부로 되면 이는 당사자의 열람·복사의 대상이 되므로(민사소송법 제162조), 비공개 열람·심사의 취지와 양립할 수 없게 된다. 따라서 피고가 제출한 공개청구 자료는 합철, 첨철 등의 형태로 편철되지 아니하고, 소송기록으로부터 분리하여 보관되어야 한다. 제출된 자료를 통상의 서증과 같이 취급하여 전자기록화를 하는 일이 없도록 주의하여야 한다.

법원재판사무 처리규칙 제7조 제1항\*에서 정하는 재판사무 등에 관하여 접수한 문

서에 관하여 거쳐야 할 절차는 적용되지 아니한다. 법원재판사무 처리규칙 제2조가 '재판사무 등의 처리에 관하여는 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 규칙이 정하는 바에 의한다.'라고 규정하고 있는데, 비공개 열람·심사 자료의 제출과 접수에 관하여는 이 조문이 특별규정으로 적용되기 때문이다. 같은 이유로 민사보관물관리에 관한 예규(재민79-7) 또한 적용되지 않는다.\*

#### 다. 해당 사건을 심리하는 법관만이 접근할 수 있는 방법으로 보관

앞서 본 실질적 비밀보호의 이념에 따라, 비공개 열람·심사 자료의 내용을 당해 사건을 심리하는 법관 외에 다른 사람이 인식하여서는 아니 된다. 그 제출받은 자료의 보관 또한 법관만이 접근 가능한 방법으로 이루어져야 한다. 이는 비공개 열람·심사를 위하여 제출받은 자료를 소송기록과 분리하여 판사실 등에서 보관하고 있는 현재의 실무례를 염두한 것이다. 다만 이 조문이 해당 사건을 심리하는 법관이 아닌 다른 사람이 사실상·업무상 필요에 의하여 해당 자료를 물리적으로 휴대하거나 일시적으로 맡아두는 것을 원천적으로 제한하는 취지는 아니다. 예를 들어, 재판부 소속 직원이 피고로부터 법정 외에서 해당 자료를 밀봉된 상태로 제출받아 법관에 전달하기까지 일시적으로 이를 맡아두었다고 하더라도 이를 들어 이 조문을 위반하였다고 할 수 없다.

민사보관물관리에 관한 예규에 따르면, 민사보관물의 보관 주체는 사건담당 참여사무관이고(제3조), 문서인 민사보관물은 해당 사건기록에 편철용 끈으로 결부시켜 보관하거나, 과단위의 시정할 수 있는 민사보관물함에 보관하도록 정하고 있는데(제5조),

\* **법원재판사무 처리규칙 제7조(문서 등의 접수, 처리)** ① 재판사무 등에 관하여 접수한 문서에는 문서의 첫면 좌측 하단에(좌측 하단에 여백이 없을 때에는 첫면 적당한 부위에, 첫면에 여백이 없을 때에는 끝면 좌측 하단에) 문서접수인(별지 제1호 서식)을 찍어 접수연월일과 번호를 기입하고 물건에는 종이조각 기타 표찰을 붙여, 그 종류에 따라 대법원예규로써 정하는 장부 또는 재판사무시스템에 등록 또는 입력한 후 담임법원서기관·법원사무관·법원주사·법원주사보(이하 "담임법원사무관 등"이라 한다)에게 교부하여야 한다. 다만 대법원예규가 정하는 경우에는 문서접수인의 날인을 생략할 수 있다.

\* **민사보관물관리에 관한 예규 제1조(취지)** 민사사건 기타 민사소송법이 준용되는 각종 사건에 있어서 법원이 보관하는 타인소유의 문서 기타 물건(이하 '민사보관물'이라 한다)의 수령, 대출 및 반환에 관한 사무의 처리에 관하여 법령에 다른 정함이 없으면 이 예규에 의한다.

이와 같은 보관방법을 비공개 열람·심사를 위하여 제출받은 자료에 적용함은 그 심사 절차의 성질상 적절하지 아니하므로, 비공개 열람·심사 자료의 보관에 관하여 위 예규의 적용은 배제된다.

#### 4. 제4항(재판확정에 따른 비공개 열람·심사 자료의 반환과 폐기)

##### 가. 의의

제11조 제4항은 재판의 종국 이후 비공개 열람·심사를 위하여 제출된 자료의 반환 및 폐기에 관한 실무례가 통일되어 있지 아니하므로 이를 보완하고, 행정청이 반환받아가지 아니하는 등으로 법원이 사실상 보관하게 되는 자료의 폐기에 관한 근거를 마련한 규정이다.

##### 나. 제출된 자료의 반환

비공개 열람·심사 대상 사건이 확정된 경우에 법원은 제출받은 자료를 피고에게 반환한다. 피고로부터 자료를 제출받는 변론기일에 그 반환방법에 대한 의견을 교환하거나, 사건의 확정 이후 피고와 연락하여 적당한 반환방법을 정하여 반환하게 될 것으로 보인다. 다만 법원이 피고에게 반환 여부에 대한 의사를 타진할 의무가 있는 것은 아니어서, 피고가 스스로 사건의 확정 이후에 반환받아가도 된다. 자료를 반환하는 경우 피고 측으로부터 해당 자료를 반환받았다는 취지의 영수증 및 반환을 받아간 사람의 신분을 확인할 수 있는 증명을 받아 기록에 편철함이 바람직할 것이다.

##### 다. 제출된 자료의 폐기

피고가 그 자료를 반환받지 아니한다는 의견을 표시하거나 사건의 확정일부 30일이 지났음에도 해당 자료를 반환받지 아니하는 경우에는 그 자료를 적당한 방법으로 폐기할 수 있다. 피고가 적당한 방법으로 해당 자료를 반환받지 아니한다는 의견을 표시할 수 있고, 재판장이 자료의 사후 처리에 관하여 변론기일에서 피고에게 해당

자료를 반환받아갈지 여부에 대한 의견을 묻고 이를 변론조서에 기재할 수도 있다. 폐기를 위한 대기 기간으로 확정일부터 30일의 기간이 기산되는 데에는 법원의 별도 통지가 필요하지 않다. 피고가 변론기일 등에서 제출한 자료를 반환받을 의사가 있음을 밝혔으나 그 기간 내에 자료를 반환받아가지 아니하는 경우 법원이 별도의 통지 없이 이를 폐기하더라도 이 조문을 위반한 것이 아니다. 자료의 폐기 여부는 법원의 재량에 의하는 것이기는 하나, 공개청구 자료의 원본을 제출받은 경우 등 자료를 일방적으로 폐기함이 적절하지 아니하다면, 이를 폐기하지 아니하고 계속하여 보관하면서 종국적으로 피고와의 협의를 통하여 반환하거나, 제출받은 자료 중 사본만을 폐기하고 원본은 반환하는 것이 바람직할 것이다.

폐기의 방법 또한 이를 제출받은 법원의 재량에 맡겨져 있다. 비공개 열람·심사 자료라 하더라도 이를 ‘비밀보호규칙’(대법원규칙)이 적용되는 비밀이라고 볼 수는 없으므로, 일반적인 문서의 형태라면 파쇄하면 될 것이고, 전자정보가 저장된 저장매체의 형태라면 이를 물리적으로 파괴하거나 저장된 전자정보를 불가역적으로 삭제하면 될 것이다. 그 내용을 식별할 수 있는 가능성이 있는 형태로 투기·방치하는 것은 비공개 열람·심사 자료의 유출 위험이 있으므로 적당한 방법이라 할 수 없다.

비공개 열람·심사 자료의 유출 가능성을 최소화한다는 측면에서, 상소된 사건이 그 상소심의 판결에 따라 확정된 경우 그 반환과 폐기 업무는 소송기록의 반송 여부와 관계없이 아래 제5항에 따라 최종적으로 자료를 송부 받은 상소심이 수행함이 상당하다.

## 5. 제5항(상소법원에의 송부)

정보공개 관련 소송에서 불복이 있는 경우, 종래에는 비공개 열람·심사 자료를 상소심에 송부하지 아니하고 상소심이 별도로 자료를 제출받아 심리를 진행하게 하는 실무례와 봉인한 봉투에 비밀표시를 하여 상소법원에 송부하는 실무례가 병존하였다. 제11조 제5항은 심사 대상 자료의 제출절차 반복으로 인한 심리지연을 방지하기 위해

정보공개 관련 소송에 대한 상소가 있는 경우, 법원이 제출받은 비공개 열람·심사 자료를 상소심으로 송부하는 것으로 실무례를 통일한 것이다. 나아가 그 내용의 유출을 방지하기 위해 그 송부 또한 소송기록과 분리하여 적절한 방법으로 이루어지도록 함으로써, 국민의 신속한 재판을 받을 권리 보장과 비공개 대상정보의 보호가 조화를 이루도록 하였다.

당사자가 정보공개 관련 소송에서 불복하는 경우 법원은 제출받은 자료를 제11조 제3항에 따른 방법으로 상소법원에 송부한다. 제11조 제3항이 ‘소송기록과 분리하여 해당 사건을 심리하는 법관만이 접근할 수 있는 방법’을 규정하고 있음을 고려하면, 송부절차에서 지켜져야 할 원칙은 다음과 같다.

① 소송기록과 분리하여 송부한다. 즉, 전자기록화나 기록공람 등 상소기록 조제과정을 거치지 아니하고, 해당 자료가 당해 상소사건의 비공개 자료이고 그 취급에 주의할 것을 표시하여 적절히 봉인한 다음 제출받은 상태 그대로 송부해야 할 것이다. 원심법원은 상소기록의 송부 이후 당해 상소사건을 배당받은 재판부를 확인하고 그 사건번호 및 담당재판부를 표시하여 송부해야 할 것이다.

② 송부자료를 접수한 상소법원 또한 이를 기록에 편철하거나 전자기록화하지는 않고, 봉인된 상태 그대로 해당 사건의 재판부 법관에게 전달함으로써 ‘해당 사건을 심리하는 법관만이 접근할 수 있는 방법’으로 보관하도록 해야 한다. 상소법원은 변론기일 등의 기회에 적절한 방법으로 해당 자료가 송부되었음을 당사자들에게 알리는 것이 바람직하다.

송부비용은 민사소송규칙 제19조 제1항 제4호의 ‘상소법원에 소송기록을 보내는 비용’에 포함하여 소송비용으로 처리함이 상당하다.

참고 

**독일 행정법원법 제99조 ①** 행정청은 문서·기록의 제출, 전자문서의 전송 및 정보제공의무를 부담한다. 문서·기록, 전자문서 및 정보의 내용이 알려지면 연방이나 주의 이익을 해할 우려가 있거나, 법률에 따라 또는 그 성질에 비추어 위의 자료를 비밀로 할 필요가 있다면, 관할 최상급 감독청은 문서·기록의 제출, 전자문서의 전송 및 정보제공을 거부할 수 있다.

② 고등행정법원은 당사자의 신청에 따라 구술 변론 없이 결정으로써 문서·기록의 제출, 전자문서의 전송 및 정보제공 거부가 적법한지 판단한다. 최상급 연방행정청이 문서·기록, 전자문서 및 정보의 내용이 알려지면 연방이나 주의 이익을 해할 우려가 있다는 이유로 문서·기록의 제출, 전자문서의 전송 및 정보제공을 거부하였다면, 연방행정법원이 재판한다. 제50조에 따라 연방행정법원이 본안에 관하여 관할이 있는 경우에도 마찬가지이다. 신청은 본안에 관하여 관할이 있는 법원에 제출하여야 한다. 관할법원은 신청과 사건 기록을 제189조에 따른 담당 합의부에 송부한다. 최상급 감독청은 위 합의부가 요청하면 제1항 2문에 따라 제출 등을 거부한 문서·기록을 제출하거나 전자문서를 전송하거나 정보를 제공하여야 한다. 최상급 감독청은 위 절차에 참가한다. 위 절차에는 실질적 비밀보호에 관한 규정이 적용된다. 위 규정이 준수될 수 없거나, 관할 감독청이 비밀유지 또는 비밀보호가 필요한 특별한 사유로 인하여 법원에 문서·기록을 교부하거나 전자문서를 전송할 수 없다고 주장하면, 5문에 따른 제출 또는 전송은 최상급 감독청이 지정하는 장소에서 법원이 문서·기록 또는 전자문서를 이용하는 방식으로 이루어진다. 5문에 따라 제출된 기록, 전자문서와 8문에 근거하여 주장된 특별한 사유에 대해서는 제100조가 적용되지 아니한다. 법원의 구성원은 비밀을 유지할 의무가 있다. 결정이유로 인해 비밀로 유지된 문서·기록, 전자문서, 정보의 종류와 내용이 알려져서는 아니 된다. 법관이 아닌 직원에 대해서는 인적 비밀보호에 관한 규정이 적용된다. ...



**제12조(행정청의 비공개 처리)** ① 피고 또는 관계행정청이 「민사소송법」 제163조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보 또는 법령에 따라 비공개 대상인 정보가 적혀 있는 서면 또는 증거를 제출·제시하는 경우에는 해당 정보가 공개되지 아니하도록 비실명 또는 공란으로 표시하거나 그 밖의 적절한 방법으로 제3자가 인식하지 못하도록 처리(이하 “비공개 처리”라 한다)할 수 있다.

② 법원은 피고 또는 관계행정청이 제1항에 따라 비공개 처리를 한 경우에도 사건의 심리를 위해 필요하다고 인정하는 경우에는 다음 각 호의 어느 하나를 제출·제시할 것을 명할 수 있다.

1. 비공개 처리된 정보의 내용

2. 비공개 처리를 하지 않은 서면 또는 증거

③ 법원은 제2항 각 호의 자료를 다른 사람이 보도록 하여서는 안 된다. 다만, 당사자는 법원에 해당 자료의 열람·복사를 신청할 수 있다.

④ 제3항의 열람·복사 신청에 관한 결정에 대해서는 즉시항고를 할 수 있다.

⑤ 제3항의 신청을 인용하는 결정은 확정되어야 효력을 가진다.

## 민사소송법

**제162조(소송기록의 열람과 증명서의 교부청구)** ① 당사자나 이해관계를 소명한 제3자는 대법원규칙이 정하는 바에 따라, 소송기록의 열람·복사, 재판서·조서의 정본·등본·초본의 교부 또는 소송에 관한 사항의 증명서의 교부를 법원사무관등에게 신청할 수 있다.

② 누구든지 권리구제·학술연구 또는 공익적 목적으로 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 법원사무관등에게 재판이 확정된 소송기록의 열람을 신청할 수 있다. 다만, 공개를 금지한 변론에 관련된 소송기록에 대하여는 그러하지 아니하다.

③ 법원은 제2항에 따른 열람 신청시 당해 소송관계인이 동의하지 아니하는 경우에는 열람하게 하여서는 아니 된다. 이 경우 당해 소송관계인의 범위 및 동의 등에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

④ 소송기록을 열람·복사한 사람은 열람·복사에 의하여 알게 된 사항을 이용하여 공공의 질서 또는 선량한 풍속을 해하거나 관계인의 명예 또는 생활의 평온을 해하는 행위를 하여서는 아니 된다.

**제163조(비밀보호를 위한 열람 등의 제한)** ① 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당한다는 소명이 있는 경우에는 법원은 당사자의 신청에 따라 결정으로 소송기록중 비밀이 적혀 있는 부분의 열람·복사, 재판서·조서중 비밀이 적혀 있는 부분의 정본·등본·초본의 교부(이하 “비밀 기재부분의 열람 등”이라 한다)를 신청할 수 있는 자를 당사자로 한정할 수 있다.

1. 소송기록 중에 당사자의 사생활에 관한 중대한 비밀이 적혀 있고, 제3자에게 비밀 기재부분의 열람 등을 허용하면 당사자의 사회생활에 지장이 클 우려가 있는 때
2. 소송기록 중에 당사자가 가지는 영업비밀(부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제2호에 규정된 영업비밀을 말한다)이 적혀 있는 때

② 제1항의 신청이 있는 경우에는 그 신청에 관한 재판이 확정될 때까지 제3자는 비밀 기재부분의 열람 등을 신청할 수 없다.

③ 소송기록을 보관하고 있는 법원은 이해관계를 소명한 제3자의 신청에 따라 제1항 각호의 사유가 존재하지 아니하거나 소멸되었음을 이유로 제1항의 결정을 취소할 수 있다.

④ 제1항의 신청을 기각한 결정 또는 제3항의 신청에 관한 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.

⑤ 제3항의 취소결정은 확정되어야 효력을 가진다.

**제344조(문서의 제출의무)** ① 다음 각호의 경우에 문서를 가지고 있는 사람은 그 제출을 거부하지 못한다.

1. 당사자가 소송에서 인용한 문서를 가지고 있는 때

**제347조(제출신청의 허가여부에 대한 재판)** ① 법원은 문서제출신청에 정당한 이유가 있다고 인정할 때에는 결정으로 문서를 가진 사람에게 그 제출을 명할 수 있다.

② 문서제출의 신청이 문서의 일부에 대하여만 이유 있다고 인정할 때에는 그 부분만의 제출을 명하여야 한다.

④ 법원은 문서가 제344조에 해당하는지를 판단하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 문서를 가지고 있는 사람에게 그 문서를 제시하도록 명할 수 있다. 이 경우 법원은 그 문서를 다른 사람이 보도록 하여서는 안된다.



## 1. 개요

최근 개인정보의 중요성이 강조되면서, 법원을 비롯한 국가기관의 개인정보 보호의 무 역시 증시되고 있다. 법원은 행정사건을 비롯한 재판기록에 나타난 정보 중에서 그대로 공개될 경우 개인의 사생활이 침해될 수 있는 사항에 관하여 비실명으로 표시하거나 그 밖의 적절한 방법으로 제3자가 인식하지 못하도록 비실명 처리를 한 상태로 소송대리인 또는 변호인이 열람·복사할 수 있게 하는 재판기록 열람·복사 규칙을 제정·시행하고 있다.

행정청의 처분에 대하여 취소 등을 구하는 행정재판에서 행정청이 제3자의 개인정보나 예민한 비밀정보 등을 법원에 제출하여야 하는 경우가 민사소송이나 형사소송에 서보다 더 많다. 이러한 사정을 고려하여 행정청이 증거자료를 제출하거나 혹은 행정소송법 제8조 제2항이 준용하고 있는 민사소송법에 따른 법원의 문서제출명령이나 사실조회에 따라 비공개 대상인 정보가 적혀 있는 서면 또는 증거를 제출하게 되는 경우, 민감한 특정인의 개인정보가 담겨있는 문서 등을 그대로 제출하는 방법밖에 없다면 행정청으로서는 자료제출에 부담을 느끼고 그 제출을 지연하게 된다. 이는 재판 지연 및 국민의 권익구제 저해로 이어지기도 한다.

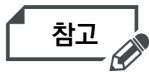
이에 제12조는 행정청이 개인정보 등이 포함된 문서를 제출할 때 직접 비공개 처리를 할 수 있는 근거를 마련하여, 제출자인 행정청 단계에서 한 번, 보관자인 법원 단계에서 다시 한 번 개인정보 등을 다층적으로 보호하게 하였다. 이를 통해 행정청의 부담을 덜어주는 한편, 개인정보 등을 다층적으로 보호하여 충실한 심리를 도모함으로써 궁극적으로 국민의 권익을 보호하고 재판청구권의 실효적 행사에 기여하고자 하는데 그 목적이 있다.

## 2. 제1항(행정청의 자료제출 시 비공개 처리)

### 가. 비공개 처리의 주체

비공개 처리의 주체는 개인정보의 생산자 또는 보관자인 피고 또는 관계행정청이다. 즉 행정청 등이 법원에 개인정보 등이 포함된 문서를 제출함에 있어 직접 비공개 처리를 할 수 있는 근거를 마련한 것이다.

제12조는 행정청 등이 임의로 또는 관련 법률에 따라 발령된 제출명령 등에 응하여 개인정보가 담긴 문서 등을 법원에 제출하는 절차에 대한 규정일 뿐, 행정청 등에게 비공개 대상인 정보 등을 제출·제시할 것을 강제하는 근거를 창설한 것이 아니다. 미국 연방민사소송규칙을 참조하여 개인정보 보호의 방향을 생산자 또는 보관자 중심으로 설정하였고, 행정청 등이 법원에 개인정보 등이 포함된 문서를 제출하는 단계에서 직접 비공개 처리를 할 수 있는 근거를 마련함으로써 행정청 등의 부담을 경감시키고 개인정보 등을 다층적으로 보호하고자 한 것이다.



### 미국 연방민사소송규칙 제5.2조 법원에 제출된 기록의 사생활 보호

#### (a) 편집된 기록

법원이 달리 명하지 않는 한, 개인의 사회보장번호, 납세자등록번호 또는 생년월일, 미성년자로 알려진 개인의 이름, 또는 금융 계좌번호를 포함한 전자 또는 종이 문서를 제출함에 있어 당사자나 문서를 제출하는 사람은 다음 사항만을 기재할 수 있다.

- (1) 사회보장번호와 납세자등록번호의 마지막 4자리
- (2) 해당 개인의 출생연도
- (3) 해당 미성년자의 첫 글자(머리글자)
- (4) 금융 계좌번호의 마지막 4자리

## (d) 봉인된 기록

법원은 편집 없이 봉인하에 문서를 제출하도록 명할 수 있다. 법원은 이후 기록의 봉인을 해제하거나 문서를 제출한 사람에게 공적 기록을 위한 편집본 제출을 명할 수 있다.

## (f) 편집 없이 봉인된 문서의 추가적 제출 선택권

편집된 문서를 제출하는 사람은 편집 없이 봉인된 사본도 제출할 수 있다. 법원은 편집되지 않은 사본을 기록으로 보관해야 한다.

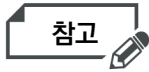
## (g) 참고목록 제출 선택권

편집 정보를 포함한 문서는 편집 정보를 식별하고 각 열거된 항목에 고유하게 대응하는 적절한 식별자를 특정한 참고목록과 함께 제출될 수 있다. 목록은 봉인하에 제출되어야 하고 적절하게 수정될 수 있다. 해당 사건에서 식별자를 언급한 것은 대응하는 정보 항목을 언급한 것으로 본다.

## 나. 비공개 처리의 대상

비공개 처리의 대상은 ‘민사소송법 제163조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보 또는 법령에 따라 비공개 대상인 정보가 적혀 있는 서면 또는 증거’이다. 민사소송법 제163조 제1항은 문서가 제출된 이후 단계에서의 정보보호에 관한 것인 반면, 행정소송규칙 제12조는 문서의 제출 단계에서의 정보보호에 관한 것으로 그 적용 단계에 차이가 있다.

민사소송법 제163조 제1항 각 호가 규정하는 사생활에 관한 비밀, 영업비밀(부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제2호)은 그 성격상 민감한 정보라는 점에서 기본적인 규율대상으로 하되, 행정소송의 피고 또는 관계행정청이 보유·관리하는 정보도 법령에 따라 비공개 대상이 되는 경우 규율대상이 된다. 예컨대, 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 단서 각 호는 비공개 대상 정보를 제시하고 있고, 각종 법령에서 관련 자료에 대한 업무담당자의 비밀유지의무를 정한 경우도 있다. 행정청 등이 이러한 정보가 적혀 있는 서면 또는 증거를 법원에 제출하는 경우 해당 정보를 비공개 처리하여 제출할 수 있다.



**부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조(정의)** 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

2. “영업비밀”이란 공공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 비밀로 관리된 생산방법, 판매방법, 그 밖에 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보를 말한다.

**공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조(비공개 대상 정보)** ① 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개 대상이 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보는 공개하지 아니할 수 있다.

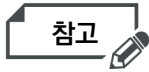
1. 다른 법률 또는 법률에서 위임한 명령(국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙·대통령령 및 조례로 한정한다)에 따라 비밀이나 비공개 사항으로 규정된 정보
2. 국가안전보장·국방·통일·외교관계 등에 관한 사항으로서 공개될 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해칠 우려가 있다고 인정되는 정보
3. 공개될 경우 국민의 생명·신체 및 재산의 보호에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정되는 정보
4. 진행 중인 재판에 관련된 정보와 범죄의 예방, 수사, 공소의 제기 및 유지, 형의 집행, 교정(矯正), 보안처분에 관한 사항으로서 공개될 경우 그 직무수행을 현저히 곤란하게 하거나 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보
5. 감사·감독·검사·시험·규제·입찰계약·기술개발·인사관리에 관한 사항이나 의사결정 과정 또는 내부검토 과정에 있는 사항 등으로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행이나 연구·개발에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보. 다만, 의사결정 과정 또는 내부검토 과정을 이유로 비공개할 경우에는 제13조제5항에 따라 통지를 할 때 의사결정 과정 또는 내부검토 과정의 단계 및 종료 예정일을 함께 안내하여야 하며, 의사결정 과정 및 내부검토 과정이 종료되면 제10조에 따른 청구인에게 이를 통지하여야 한다.
6. 해당 정보에 포함되어 있는 성명·주민등록번호 등 「개인정보 보호법」 제2조제1호에

다른 개인정보로서 공개될 경우 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보. 다만, 다음 각 목에 열거한 사항은 제외한다.

- 가. 법령에서 정하는 바에 따라 열람할 수 있는 정보
  - 나. 공공기관이 공표를 목적으로 작성하거나 취득한 정보로서 사생활의 비밀 또는 자유를 부당하게 침해하지 아니하는 정보
  - 다. 공공기관이 작성하거나 취득한 정보로서 공개하는 것이 공익이나 개인의 권리 구제를 위하여 필요하다고 인정되는 정보
  - 라. 직무를 수행한 공무원의 성명·직위
  - 마. 공개하는 것이 공익을 위하여 필요한 경우로서 법령에 따라 국가 또는 지방자치단체가 업무의 일부를 위탁 또는 위촉한 개인의 성명·직업
7. 법인·단체 또는 개인(이하 “법인등”이라 한다)의 경영상·영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개될 경우 법인등의 정당한 이익을 현저히 해칠 우려가 있다고 인정되는 정보. 다만, 다음 각 목에 열거한 정보는 제외한다.
- 가. 사업활동에 의하여 발생하는 위해(危害)로부터 사람의 생명·신체 또는 건강을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보
  - 나. 위법·부당한 사업활동으로부터 국민의 재산 또는 생활을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보
8. 공개될 경우 부동산 투기, 매점매석 등으로 특정인에게 이익 또는 불이익을 줄 우려가 있다고 인정되는 정보

#### 다. 비공개 처리의 방법

실명을 기재하지 않는 방법뿐만 아니라 그 밖의 적절한 방법, 예컨대 삭제, 대체 등의 방법을 포괄한다. 행정청 등에 부담을 지우지 않도록 행정청 등의 재량에 따라 비공개 처리방법을 정할 수 있도록 하였다. 행정청 등은 제출하는 문서 등의 성격, 내용, 형태 등을 고려하여 해당 정보가 공개되지 아니하도록 비실명 또는 공란으로 표시하거나 그 밖의 적절한 방법으로 제3자가 인식하지 못하도록 처리할 수 있다.



재판기록 열람·복사 규칙 제2조(정의) 이 규칙에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

4. “비실명 처리”란 재판기록에 나타난 정보 중에서 그대로 공개될 경우 개인의 사생활이 침해될 수 있는 사항에 관하여 비실명으로 표시하거나 그 밖의 적절한 방법으로 제3자가 인식하지 못하도록 하는 것을 말한다.

### 3. 제2항(제출된 비공개 처리 자료의 원래정보, 원래본 제출·제시)

행정청 등이 비공개 처리를 한 문서 등을 법원에 제출한 경우, 법원은 사건의 심리를 위해 필요하다고 인정하는 경우에 행정청 등에 비공개 처리된 정보의 내용(이하 ‘원래정보’라 한다) 또는 비공개 처리를 하지 않은 서면 또는 증거(이하 ‘원래본’이라 한다)의 비공개 제출·제시를 추가로 명할 수 있다. 문언상 비공개라고 명시되어 있지는 않으나 제3항 본문에서 제출·제시된 원래정보나 원래본을 다른 사람이 보도록 하여서는 안 된다고 규정하고 있기 때문에, 여기서의 제출·제시는 비공개 제출·제시를 의미한다. 행정청이 비공개 처리를 하여 문서 등을 제출하였다면 민사소송법 제344조 제1항 제1호(“당사자가 소송에서 인용한 문서를 가지고 있는 때”) 또는 제347조 제4항에 따라 문서제출 또는 문서제시의 의무가 발생하는바, 제12조 제2항은 그러한 문서제출·제시의무와 행정소송법 제26조의 직권심리주의, 해당 정보의 보호의무를 절충하여 관련 절차를 구체화한 것이라고 할 수 있다. 여기서의 제출·제시는 민사소송법 제344조의 개념을 일부 차용한 것인데, ‘제출’은 법원이 심리상 계속적 필요를 위하여 원래정보 또는 원래본을 넘겨받아 계속 보관하는 것을 의미하고, ‘제시’는 법원이 심리상 일시적 필요를 위하여 원래정보 또는 원래본을 넘겨받아 확인 후 곧바로 반환하는 것을 의미한다. 다만 사안에 따라 법원이 원래정보 또는 원래본을 제시받았더라도, 그 내용을 확인 후 계속 보관의 필요성이 있다고 판단하여 제출을 받는 경우도 있을 것이다.

민사소송법 제347조가 문서제출명령을 법원이 하도록 규정한 점, 민사소송법 제163조가 비밀보호를 위한 열람 등의 제한 또한 법원이 하도록 규정한 점 등을 고려하여 원래정보, 원래본을 비공개로 제출·제시하라고 명하는 주체 역시 ‘법원’으로 하였다.

법원은 필요성 등을 고려하여 재량에 따라 ‘결정’으로 원래정보, 원래본을 비공개로 제출·제시하라고 명할 수 있다. 주로 비공개 처리된 자료(이하 ‘비공개본’이라 한다)와 원래본의 동일성을 식별하거나 원래정보가 내용상 법령에 따라 비공개 대상인 정보 등에 해당되는지 등을 비공개 상태로 심리하기 위해 필요한 경우(민사소송법 제347조 제4항)에 제출·제시를 명하게 될 것이다.

#### 4. 제3항(원래정보, 원래본의 비공개 보관 및 열람·복사 등)

제12조 제2항에 따라 법원에 제출된 자료는 비공개를 할 필요성이 있는 정보가 적혀 있을 것이므로, 원칙적으로 공개되지 않도록 하였다. 행정청 등이 제출한 자료는 그 취지상 행정소송규칙 제11조에 준하여 합철, 첨철 등의 형태로 편철되지 아니하고 소송기록으로부터 분리하여 다른 사람이 보지 못하도록 비닉(秘匿) 상태로 보관하여야 한다. 사안에 따라 전자기록에 등재하는 경우라도, 반드시 비공개 설정을 함으로써(전자적 비닉 조치) 당사자가 이를 임의로 열람할 수 없도록 하여야 하고, 제출된 자료를 통상의 서증과 같이 취급하여 전자기록화를 하여 공개되는 일이 없도록 유의하여야 한다. 장래에는 업무의 편의를 위하여 피고 행정청이 비공개 처리한 자료를 전자적으로 제출하면서 원래본이나 원래정보도 전자적 비닉 조치를 신청하여 함께 제출할 수 있는 방안도 검토할 필요가 있다.

당사자의 열람·복사 신청이 있는 경우 법원이 비공개 정보가 아니라고 판단하는 경우에 한하여 ‘법원의 결정’을 통해 이를 허가할 수 있다. 법원이 원래정보나 원래본을 제출받아 비닉 보관하고 있지 않은 상태라면, 민사소송법 제347조 제4항과 유사하게 행정청에 대하여 그 비공개 제시를 명하게 될 것이다. 법원은 이와 같이 비공개 제출

또는 제시된 원래정보나 원래본을 비공개로 심사하여(in camera) 신청에 대한 허가 여부를 결정하게 된다. 당사자의 신청이 자료의 일부에 대하여만 이유 있다고 인정한 때에는 법원은 그 부분만의 열람·복사를 허가하여야 한다. 당사자가 제2항에 따라 비공개로 제출·제시된 원래정보, 원래본에 대하여 열람·복사를 신청하더라도, 비공개 대상 등에 해당된다면 당연히 그 신청을 기각하게 될 것이므로, 이로 인하여 행정청의 권한이 법률의 근거 없이 침해되는 것은 아니다. 상위법인 민사소송법 제347조 제4항과의 조화로운 해석상 이 규정에 따라 당사자에게 열람·복사가 허용되는 정보는 원래정보, 원래본을 비공개 상태로 심리한 다음 비공개본에서 비공개 처리가 된 정보가 비공개 대상 정보가 아니라고 판단·확정된 것에 한한다.

제12조 제3항에 따른 자료의 열람·복사는 민사소송법 제162조 제1항에 따라 당사자나 이해관계를 소명한 제3자가 법원사무관등에게 신청하는 소송기록의 열람·복사 절차와는 구별되어야 한다[민사소송법 제162조 제1항에 따른 신청은 복사담당자에게 신청인의 자격을 소명하여 열람·복사신청서(전산양식, A2200)를 제출하는 방식으로 이루어지고, 그 허부 결정 권한은 다른 규정이 없다면 법원사무관등에게 있다]. 민사소송법 제162조 제1항에 따른 소송기록 열람·복사 신청의 형식을 취하였더라도 그 취지가 비공개 처리된 원래정보, 원래본의 열람·복사를 구하는 것이라면, 이는 행정소송규칙 제12조 제3항에 따른 신청으로 법원의 허부결정이 필요하므로, 법원사무관등은 그 신청을 불허하여 비공개되어야 할 자료가 우회적으로 유출되지 않도록 해야 한다.

## 5. 제4항, 제5항(불복방법 등)

열람·복사 신청에 관한 결정에 대해서는 민사소송법 제163조 제4항의 경우와 유사하게 즉시항고를 할 수 있다(제4항). 이는 변론에 관한 것으로 신속한 재판을 위해서 그 불복방법으로 즉시항고를 정한 것이다[법률의 규정이 없더라도 대법원규칙으로 불복방법을 즉시항고로 정한 경우가 더러 있다. 민사집행규칙 제44조 제5항(침해

행위 방지를 위한 조치 결정 등), 제50조 제2항(매각허가결정 취소신청에 관한 결정), 제117조 제3항(자동차 운행허가결정), 가사소송규칙 제15조 제3항(관련사건 병합결정) 등]. 즉시항고는 재판이 고지된 날부터 1주 이내에 하여야 하고, 위 기간은 불변기간이다(민사소송법 제444조).

즉시항고는 집행을 정지시키는 효력을 가지므로(민사소송법 제447조), 열람·복사 신청을 허가하는 결정에 대해서는 즉시항고를 통해 신청을 인용하는 결정이 확정되어야만 열람·복사가 허용될 수 있도록 규정하여 행정청의 비공개 정보 누출에 대한 우려에 대응하였다(제5항).

#### ○ 열람·복사를 허가하는 결정

<b>서울 행정 법 원</b>			
<b>제 ○ 부</b>			
<b>결 정</b>			
사 건	2023구합0000	○○처분취소	
원 고	○○○		
피 고	○○○○		
<b>주 문</b>			
다음 문서에 대한 원고의 열람·복사를 허가한다.			
문서의 표시: 을 제0호증의 비공개 처리를 하지 않은 원래본			
<b>이 유</b>			
원고의 열람·복사신청은 이유 있으므로, 주문과 같이 결정한다.			
2023. 0. 00.			
재판장	판사	○○○	
	판사	○○○	
	판사	○○○	

○ 열람·복사를 일부 허가하는 결정

서울 행정 법 원

제 ○ 부

결 정

사 건 2023구합0000 ○○처분취소  
원 고 ○○○  
피 고 ○○○○

주 문

1. 별지 문서의 표시 기재 문서에 대한 원고의 열람·복사를 허가한다.
2. 원고의 나머지 신청을 기각한다.

이 유

원고의 열람·복사신청은 해당 정보의 성격이나 내용 등에 비추어 이를 일부만 인용하기로 하여, 주문과 같이 결정한다.

2023. 0. 00.

재판장 판사 ○○○  
판사 ○○○  
판사 ○○○

-----  
별지

문서의 표시

을 제0호증의 원래본 중 00쪽부터 00쪽 부분. 끝.

## ○ 열람·복사를 불허하는 결정

## 서울 행정 법 원

제 ○ 부

결 정

사 건 2023구합0000 ○○처분취소

원 고 ○○○

피 고 ○○○○

## 주 문

원고의 열람·복사신청을 기각한다.

## 이 유

원고의 열람·복사신청(을 제0호증의 비공개 처리를 하지 않은 원래본)은 해당 정보의 성격이나 내용 등에 비추어 이유 없으므로, 주문과 같이 결정한다.

2023. 0. 00.

재판장 판사 ○○○

판사 ○○○

판사 ○○○



**제13조(피해자의 의견 청취)** ① 법원은 필요하다고 인정하는 경우에는 해당 처분의 처분 사유와 관련하여 다음 각 호에 해당하는 사람(이하 '피해자'라 한다)으로부터 그 처분에 관한 의견을 기재한 서면을 제출받는 등의 방법으로 피해자의 의견을 청취할 수 있다.

1. 「성폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제2조제3호의 성폭력피해자
  2. 「양성평등기본법」 제3조제2호의 성희롱으로 인하여 피해를 입은 사람
  3. 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」 제2조제4호의 피해학생 및 그 보호자
- ② 당사자와 소송관계인은 제1항에 따라 청취한 피해자의 의견을 이용하여 피해자의 명예 또는 생활의 평온을 해치는 행위를 하여서는 아니 된다.
- ③ 제1항에 따라 청취한 의견은 처분사유의 인정을 위한 증거로 할 수 없다.

### 민사소송법

**제135조(재판장의 지휘권)** ① 변론은 재판장(합의부의 재판장 또는 단독판사를 말한다. 이하 같다)이 지휘한다.

② 재판장은 발언을 허가하거나 그의 명령에 따르지 아니하는 사람의 발언을 금지할 수 있다.

### 행정소송법

**제16조(제3자의 소송참가)** ① 법원은 소송의 결과에 따라 권리 또는 이익의 침해를 받을 제3자가 있는 경우에는 당사자 또는 제3자의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 제3자를 소송에 참가시킬 수 있다.

② 법원이 제1항의 규정에 의한 결정을 하고자 할 때에는 미리 당사자 및 제3자의 의견을 들어야 한다.

**제26조(직권심리)** 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.



## 1. 개요

징계처분 사건의 성폭력·성희롱 피해자, 학교폭력 사건의 피해학생 및 그 보호자는 행정소송의 당사자가 아니지만 해당 처분사유와 밀접한 연관성이 있다. 제13조는 이러한 피해자들이 증인신문에 의하지 않고서도 소송절차에서 피해의 정도, 처분에 대한 의견, 그 밖에 해당 사건에 관한 의견을 구술·서면으로 자유롭게 진술할 수 있도록 하였다.

행정소송은 당사자뿐 아니라 해당 처분등의 관계자에도 영향을 끼친다. 제13조는 해당 처분등의 관계자 중에서도 해당 처분의 처분사유와 관련하여 성폭력 피해자, 성희롱 피해자, 학교폭력 피해학생과 그 보호자에 한하여 자신의 보호와 자기통제력 회복을 위하여 소송절차에서 그 의견을 진술할 수 있는 기회를 부여하도록 하였다. 소송 참가 또는 증인신문을 통하여 적극적으로 의견을 진술하기를 원하지 않는 ‘소극적 피해자’에게도 소송절차에 참여할 수 있는 적절한 기회를 보장하기 위한 취지이다.

## 2. 제1항

법원은 필요하다고 인정하는 경우 징계처분 사건에서 성폭력·성추행 피해자, 학교폭력의 피해학생과 그 보호자로부터 해당 처분에 대한 의견을 청취할 수 있다. 피해자의 범위는 피해자의 취약성이나 2차 가해 방지 등을 고려하여 성폭력 피해자, 성희롱 피해자, 학교폭력 피해학생과 그 보호자로 제한하였다. 피해자는 당해 행정소송의 당사자는 아니므로, 피해자에게 의견청취에 대한 신청권이 있다고 볼 수는 없고, 피해자의 의견을 청취할 것인지 여부에 대하여는 법원이 재량에 따라 판단하면 된다.

의견 청취 방식을 “그 처분에 관한 의견을 기재한 서면을 제출받는 등의 방법”으로 규정하여 특별히 제한을 두지 않았다. 법원은 적절한 방법으로 의견을 청취할 수 있

다. 피해자는 증인신문에 의하지 않고서도 피해의 정도, 처분에 대한 의견, 그 밖에 해당 사건에 관한 의견을 법원이 예정한 방법에 따라 구술이나 서면 등으로 진술할 수 있다.

피해자가 법정에서 구술로 의견을 진술하는 경우, 피해자의 법정 내 위치에 관하여는 특별한 정함이 없으므로, 방청석이나 피고석, 법정 측면, 증인석 등 법정 사정에 따라 피해자가 원하는 위치에서 하면 될 것인데, 그 성격상 법대를 바라보면서 진술하게 하는 것이 바람직할 것이다. 사안에 따라 피해자가 원고와 차폐장치 등을 통한 비대면 상태로 진술하기를 원하는 경우도 있을 수 있다. 피해자가 법정에서 진술한 의견을 녹음 또는 속기하는 경우에는 법정 내 녹음 또는 속기 환경도 고려할 필요가 있을 것이다. 피해자가 법정에서 구술로 의견을 진술한 경우에 이를 녹음 또는 속기를 하지 않는다면 아래와 같이 변론조서에 피해자의 성명과 그가 진술한 의견의 요지를 적절히 기재하는 것이 바람직하다. 사안에 따라 피해자의 성명을 비실명으로 해야 할 경우도 있을 수 있다.

○ 변론조서 기재례

피해자 ○○○  
 피해를 입은 이후 정신적, 육체적으로 힘든 나날을 보내고 있으므로, 해당 징계처분이 취소되어서는 안 된다는 취지로 의견 진술

법원은 필요하다고 인정하는 경우 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제159조에 따라 피해자의 의견 진술을 녹음 또는 속기할 수 있다. 재판장은 피해자의 의견 청취 전에 당사자, 대리인 또는 피해자가 녹음 또는 속기를 원하는지 여부를 확인하는 것이 바람직하다. 피해자가 녹음 또는 속기를 신청하더라도, 이는 법원의 직권 발동을 촉구하는 의미를 가질 뿐이고, 법원은 피해자의 의견에 구속되지 않는다. 법원은 피해자의 의견 진술에 관하여 녹음 또는 속기를 할 필요성이 있는지 합리적 재

량으로 판단하면 된다(반면 당사자가 녹음 또는 속기를 신청하면 민사소송법 제159조 제1항에 따라 법원은 특별한 사유가 없는 한 이를 명하여야 한다).

피해자의 의견을 녹음하는 때에는 기본조서 중 변론의 요지란에 “(행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제159조 제1항의 규정에 따라) 피해자의 의견을 녹음할 것을 명하고 당사자에게 이를 고지”라고 기재하고, 변론조서에 앞서 본 바와 같이 의견의 취지를 기재하면서 “자세한 내용은 법정녹음시스템의 녹음파일(고유번호: 00000)과 같음”이라고 기재한다. 피해자가 진술하는 의견을 속기하는 때에는 기본조서의 ‘형식적 기재사항’란 중 법원사무관등의 ‘성명’란 아래에 난을 설치하여 “속기자 ○○○ 출석”으로, 변론의 요지란에 “피해자 ○○○이 진술한 의견은 속기한다고 결정 고지”라고 기재하고 “피해자 ○○○가 진술한 의견내용은 별첨(별지) 속기록과 같고 이를 조서의 일부로 삼는다.”라고 기재한다.

만약 피해자가 법정 안에 있는 특정인 앞에서 충분히 진술하기 어려운 현저한 사유가 있을 때에는 민사소송규칙 제98조를 유추적용하여 재판장은 당사자의 의견을 들어 피해자가 진술하는 동안 그 사람을 퇴정시킬 수 있다.

### 3. 제2항

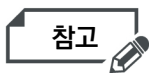
당사자와 소송관계인은 청취한 피해자의 의견을 이용하여 피해자의 명예 또는 생활의 평온을 해치는 행위를 하여서는 아니 된다. 제13조 제2항은 피해자의 의견 청취로 인하여 피해자에 대하여 사생활 침해 또는 2차 가해가 발생하지 않도록 하기 위한 규정이다. 원칙적으로 피해자의 의견 진술은 소송기록의 일부가 되기 때문에, 행정소송법 제8조 제2항에 의하여 준용되는 민사소송법 제162조, 제163조에 따라 당사자는 그에 대한 열람·복사가 가능하고 달리 이를 제한할 법률상 근거는 없다. 그러나 당사자와 소송관계인에게 열람·복사한 내용과 관련하여 위와 같은 의무가 존재함은 명백하므로, 피해자의 보호 및 2차 가해 방지를 위하여 확인적 의미에서 명시한 것이다.

여기서 말하는 ‘소송관계인’은 민사소송법 제162조 제3항에서 말하는 소송관계인과 같은 뜻으로, 민사소송규칙 제37조의3 제1항이 정한 바와 같이 당사자 또는 대리인, 참가인, 증인을 말한다.

#### 4. 제3항

제13조에 따라 청구한 피해자의 의견은 증거조사를 거친 증거능력 있는 증거라고 볼 수 없으므로, ‘처분사유’의 인정을 위한 증거로 사용할 수 없다. 형사소송규칙 제134조의12에서 피해자 의견진술 또는 의견진술에 갈음한 서면은 범죄사실의 인정을 위한 증거로 사용할 수 없게 한 것과 마찬가지로, 이 조문에 따라 청구한 피해자의 의견은 사실 인정의 증거로 삼을 수 없다. 피해자의 진술을 증거로 사용하기 위하여는 피해자를 상대로 증인신문을 하는 등의 증거조사절차를 거쳐야 한다. 피해자가 서면으로 제출한 의견 역시 증거로 사용될 수 없으므로, 이것이 증거목록에 첨부되지 않도록 유념할 필요가 있다.

여기서 ‘처분사유’는 처분의 적법성을 유지하기 위하여 행정청이 제시하는 처분의 사실적 이유와 법적 근거를 의미하는 것으로, 처분사유의 추가·변경에서의 ‘처분사유’와 같은 뜻이다.



#### 형사소송규칙

**제134조의10(피해자등의 의견진술)** ① 법원은 필요하다고 인정하는 경우에는 직권으로 또는 법 제294조의2제1항에 정한 피해자등(이하 이 조 및 제134조의11에서 ‘피해자등’이라 한다)의 신청에 따라 피해자등을 공판기일에 출석하게 하여 법 제294조의2제2항에 정한 사항으로서 범죄사실의 인정에 해당하지 않는 사항에 관하여 증인신문에 의하지 아니하고 의견을 진술하게 할 수 있다.

- ② 재판장은 재판의 진행상황 등을 고려하여 피해자들의 의견진술에 관한 사항과 그 시간을 미리 정할 수 있다.
- ③ 재판장은 피해자들의 의견진술에 대하여 그 취지를 명확하게 하기 위하여 피해자들에게 질문할 수 있고, 설명을 촉구할 수 있다.
- ④ 합의부원은 재판장에게 알리고 제3항의 행위를 할 수 있다.
- ⑤ 검사, 피고인 또는 변호인은 피해자들이 의견을 진술한 후 그 취지를 명확하게 하기 위하여 재판장의 허가를 받아 피해자들에게 질문할 수 있다.
- ⑥ 재판장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 피해자들의 의견진술이나 검사, 피고인 또는 변호인의 피해자들에 대한 질문을 제한할 수 있다.
  1. 피해자들이나 피해자 변호사가 이미 해당 사건에 관하여 충분히 진술하여 다시 진술할 필요가 없다고 인정되는 경우
  2. 의견진술 또는 질문으로 인하여 공판절차가 현저하게 지연될 우려가 있다고 인정되는 경우
  3. 의견진술과 질문이 해당 사건과 관계없는 사항에 해당된다고 인정되는 경우
  4. 범죄사실의 인정에 관한 것이거나, 그 밖의 사유로 피해자들의 의견진술로서 상당하지 아니하다고 인정되는 경우
- ⑦ 제1항의 경우 법 제163조의2제1항, 제3항 및 제84조의3을 준용한다.

**제134조의11(의견진술에 갈음한 서면의 제출)** ① 재판장은 재판의 진행상황, 그 밖의 사정을 고려하여 피해자들에게 제134조의10제1항의 의견진술에 갈음하여 의견을 기재한 서면을 제출하게 할 수 있다.

- ② 피해자들의 의견진술에 갈음하는 서면이 법원에 제출된 때에는 검사 및 피고인 또는 변호인에게 그 취지를 통지하여야 한다.
- ③ 제1항에 따라 서면이 제출된 경우 재판장은 공판기일에서 의견진술에 갈음하는 서면의 취지를 명확하게 하여야 한다. 이 경우 재판장은 상당하다고 인정하는 때에는 그 서면을 낭독하거나 요지를 고지할 수 있다.
- ④ 제2항의 통지는 서면, 전화, 전자우편, 모사전송, 휴대전화 문자전송 그 밖에 적당한 방법으로 할 수 있다.

**제134조의12(의견진술·의견진술에 갈음한 서면)** 제134조의10제1항에 따른 진술과 제134조의11제1항에 따른 서면은 범죄사실의 인정을 위한 증거로 할 수 없다.



**제14조(사정판결)** 법원이 법 제28조제1항에 따른 판결을 할 때 그 처분등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니한지 여부는 사실심 변론을 종결할 때를 기준으로 판단한다.

**행정소송법 제28조(사정판결)** ① 원고의 청구가 이유있다고 인정하는 경우에도 처분등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 법원은 원고의 청구를 기각할 수 있다. 이 경우 법원은 그 판결의 주문에서 그 처분등이 위법함을 명시하여야 한다.

② 법원이 제1항의 규정에 의한 판결을 함에 있어서는 미리 원고가 그로 인하여 입게 될 손해의 정도와 배상방법 그 밖의 사정을 조사하여야 한다.

③ 원고는 피고인 행정청이 속하는 국가 또는 공공단체를 상대로 손해배상, 제해시설의 설치 그 밖에 적당한 구제방법의 청구를 당해 취소소송등이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다.



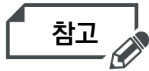
## 1. 개요

사정판결은 예외적인 판결로서 국민에게 친숙하지 아니할 수 있으므로, 제14조는 행정소송법 제28조와 대법원 판례에 따라 사정판결 요건의 판단시점을 명시하였다.

## 2. 규정 해설

대법원은 일찍이 사정판결을 함에 있어 처분등의 취소가 현저히 공공복리에 적합하지 아니한지 여부를 판단하기 위하여 처분 시가 아닌 사실심 변론종결 당시까지 존재하는 사정을 고려하여야 함을 밝힌 바 있고(대법원 1970. 3. 24. 선고 69누29 판결의

취지 참조) 확립된 실무례도 이와 같다. 제14조는 이를 대법원규칙으로 명문화하여 사정판결의 선고 필요성 및 그 필요성의 근거 되는 사정들을 주장함에 있어 당사자들의 예견가능성을 확보하였다.



### 대법원 1970. 3. 24. 선고 69누29 판결

피고가 위 건축불허가 처분당시에 위 처분이 위법하다고 하더라도 본건 구두변론 종결 당시에는 이미 진주시 도시계획 재정비 결정으로 도시계획법 제21조에 의한 녹지지역으로 지정고시 되었는데 동조의 규정에 의하면 녹지지역 내에서는 보건위생 또는 보안에 필요한 시설 및 녹지지역으로서의 효용을 해할 우려가 없는 용도에 공하는 건축물이 아니면 건축을 할 수 없다고 규정한 위 법조의 취지로 보아 본건 건축불허가 처분을 취소하는 것은 현저히 공공의 복리에 적합하지 아니하다고 인정되는 것인데도 불구하고 원심이 원고의 청구를 인용하였음은 행정소송법 제12조\*의 법리를 오해한 위법을 면치 못할 것 ...

\* 구 행정소송법(1984. 12. 15. 법률 제3754호로 전부개정되기 전의 것) 제12조 원고의 청구가 이유 있는 경우라도 처분을 취소하거나 변경함이 현저히 공공의 복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 법원은 청구를 기각할 수 있다. 전항의 재판에는 피고에게 제해시설, 손해배상 기타 적당한 방법을 명할 수 있다.



**제15조(조정권고)** ① 재판장은 신속하고 공정한 분쟁 해결과 국민의 권익 구제를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 소송계속 중인 사건에 대하여 직권으로 소의 취하, 처분등의 취소 또는 변경, 그 밖에 다툼을 적정하게 해결하기 위해 필요한 사항을 서면으로 권고할 수 있다.

② 재판장은 제1항의 권고를 할 때에는 권고의 이유나 필요성 등을 기재할 수 있다.

③ 재판장은 제1항의 권고를 위하여 필요한 경우에는 당사자, 이해관계인, 그 밖의 참고인을 심문할 수 있다.

### 행정소송법

**제8조(법적용예)** ① 행정소송에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다.

② 행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다.

### 민사소송법

**제134조(변론의 필요성)** ① 당사자는 소송에 대하여 법원에서 변론하여야 한다. 다만, 결정으로 완결할 사건에 대하여는 법원이 변론을 열 것인지 아닌지를 정한다.

제1항 단서의 규정에 따라 변론을 열지 아니할 경우에, 법원은 당사자와 이해관계인, 그 밖의 참고인을 심문할 수 있다.

**제135조(재판장의 지휘권)** ① 변론은 재판장(합의부의 재판장 또는 단독판사를 말한다. 이하 같다)이 지휘한다.

**제136조(석명권(釋明權)·구문권(求問權) 등)** ① 재판장은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 사실상 또는 법률상 사항에 대하여 질문할 수 있고, 증명을 하도록 촉구할 수 있다.

② 합의부원은 재판장에게 알리고 제1항의 행위를 할 수 있다.

③ 당사자는 필요한 경우 재판장에게 상대방에 대하여 설명을 요구하여 줄 것을 요청할 수 있다.

④ 법원은 당사자가 간과하였음이 분명하다고 인정되는 법률상 사항에 관하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.

## 행정심판법

**제43조의2(조정)** ① 위원회는 당사자의 권리 및 권한의 범위에서 당사자의 동의를 받아 심판청구의 신속하고 공정한 해결을 위하여 조정을 할 수 있다. 다만, 그 조정이 공공복리에 적합하지 아니하거나 해당 처분의 성질에 반하는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 위원회는 제1항의 조정을 함에 있어서 심판청구된 사건의 법적·사실적 상태와 당사자 및 이해관계자의 이익 등 모든 사정을 참작하고, 조정의 이유와 취지를 설명하여야 한다.

③ 조정은 당사자가 합의한 사항을 조정서에 기재한 후 당사자가 서명 또는 날인하고 위원회가 이를 확인함으로써 성립한다.

④ 제3항에 따른 조정에 대하여는 제48조부터 제50조까지, 제50조의2, 제51조의 규정을 준용한다.



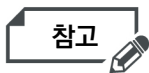
## 1. 개요

공법상 분쟁의 신속하고 상호 조화로운 분쟁 해결을 위해 행정소송에서도 판결 이외의 방법에 의한 분쟁 해결을 활용할 필요성이 있다. 이에 항고소송에서 법원이 행정청인 피고에게는 해당 처분의 취소 또는 변경을 권고하고, 원고에게는 취소 또는 변경 처분이 이루어지면 소를 취하할 것을 권고하는 형식의 ‘조정권고’가 소송지휘 차원에서 두루 활용되고 있다. 재판실무에서는 원고와 피고 행정청이 처분사유와 다른 진정한 사실관계를 사후에 확인한 후 처분의 변경에 관하여 합의하였다면서 법원에 서면으로 조정권고를 요구하는 경우도 종종 존재한다.

2018. 5. 1. 시행된 행정심판법은 제43조의2를 통해 조정에 관한 규정을 신설하였는바, 행정소송 또한 판결 이외 방법에 의한 분쟁 해결의 필요성이 더욱 증대되었다.

이러한 조정권고의 유용성에도 불구하고 법령상 명시적 규정이 없어 재판부별로 그 활용 정도에 상당한 차이가 있고, 행정청 입장에서도 내부 의사결정에 어려움이 초래되는 경우가 많다. 이러한 한계로 인해 조정권고 후 소 취하로 종국되는 사건 수와 비율은 지속적으로 감소 추세에 있는 반면, 행정사건의 접수건수는 꾸준히 증가 추세에 있는바, 이는 분쟁의 신속한 해결을 저해하는 요인이 되고 있다.

제15조는 현재 실무상 이루어지고 있는 조정권고에 대하여, 현행 행정소송법과 민사소송법에 반하지 않는 범위에서 그에 관한 근거 규정을 마련한 것이다. 이 조문에 따른 조정권고는 재판장의 소송지휘 행사 차원에서 이루어지는 것으로서, 재판작용의 하나로 법적 구속력이 부여되는 민사소송법상 화해권고결정과는 명백히 다르다.



### 민사소송법

**제225조(결정에 의한 화해권고)** ① 법원·수명법관 또는 수탁판사는 소송에 계속중인 사건에 대하여 직권으로 당사자의 이익, 그 밖의 모든 사정을 참작하여 청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위안에서 사건의 공평한 해결을 위한 화해권고결정(和解勸告決定)을 할 수 있다.

**제231조(화해권고결정의 효력)** 화해권고결정은 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하면 재판상 화해와 같은 효력을 가진다.

1. 제226조제1항의 기간 이내에 이의신청이 없는 때
2. 이의신청에 대한 각하결정이 확정된 때
3. 당사자가 이의신청을 취하하거나 이의신청권을 포기한 때

### 독일 행정법원법

**제87조** ① 재판장 또는 주심판사는 법적 분쟁을 가능한 한 1회의 변론에서 완결하기 위하여 필요한 모든 명령을 변론 이전에 발하여야 한다. 재판장 또는 주심판사는 특히 다음

각 호의 1에 해당하는 행위를 할 수 있다.

1. 사실 및 분쟁상황에 대하여 논의하고 또한 법적 분쟁의 화해적 해결을 위하여 소송관계인을 소환하고 화해를 받아들이는 것

**제106조** 관계인이 화해의 대상을 처분할 수 있는 경우 계정 청구권의 전부 또는 일부를 해결하기 위하여 법원, 수명법관 또는 수탁판사가 조서에 기재함으로써 화해를 할 수 있다. 재판상 화해는 결정의 형식으로 행해진 법원, 재판장 또는 주심판사의 제안을 소송관계인이 법원에서 서면으로 수용하는 것에 의하여도 할 수 있다.

### 독일 행정절차법

**제54조(공법상계약의 허용성)** 공법영역에 있어서의 법률관계는, 법규에 위반되지 아니하는 한, 계약에 의하여 발생, 변경 또는 취소될 수 있다. 특히 행정청은, 행정행위를 대신하여, 행정행위를 발하여야 할 상대방과 공법상계약을 체결할 수 있다.

**제55조(화해계약)** 실체관계나 법률관계를 적절히 평가함에 있어 존재하는 불확실성을 상호간에 양도하여 제거하고자 하는 제54조 제2문이 의미하는 공법상계약은, 행정청이 화해의 체결이 불확실성의 제거를 위하여 합목적적이라고 재량적으로 판단한 경우, 체결할 수 있다.

## 2. 제1항(조정권고의 근거 조항)

제15조의 조정권고는 그 자체로는 아무런 법적 구속력이 부여되지 않는다는 점에서 화해권고결정과 다르다. 이 조문에서 ‘화해’나 ‘화해권고’라는 용어를 사용할 경우 당사자들에게 조정권고의 효력에 관한 혼란이 야기될 수 있다는 점을 반영하여, 현재 실무에서 사용되는 용어인 ‘조정권고’라는 용어를 그대로 사용하였다. 이와 달리 민사소송에서와 같이 화해권고결정에 의한 소송상 화해를 행정소송에 도입하기 위해서는 대법원규칙이 아닌 행정소송법의 개정을 통하여 정교하고 치밀하게 이루어져야 할 것이다.

이 조문은 행정소송의 공익적 특성을 반영하고 사건의 법적·사실적 상태와 당사자 및 이해관계인의 이익 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 조정권고가 이루어질 수

있도록 하기 위한 취지에서, 법원의 직권에 의하여 조정권고가 이루어지도록 하였다. 당사자가 법원에 조정권고를 신청하더라도, 이는 법원의 직권발동을 촉구하는 의미에 그치게 된다.

공법상 분쟁의 신속하고 공정한 해결과 국민의 권익 구제를 위하여 그리고 성질상 적합한 사건에 대하여 조정권고를 한다는 점을 명확히 하였는바, 이를 통해 법원은 법치행정 원칙의 존중, 법률적합성의 확보, 국민의 권익 구제 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 조정권고 여부를 결정하고 조정권고안을 마련하게 될 것이다.

### 3. 제2항(조정권고의 이유 실시)

재판실무상 조정권고는 재판장이 서면으로 하는 것이 보통이지만, 조정권고의 구체적 이유는 쟁점이 단순하고 쌍방 사이에 별 이견이 없는 등의 사정으로 재판장이 법정에서 조정권고 전 간단히 구두로만 설명하는 경우도 있고, 사안의 공익적 특성이나 복잡성, 행정의 문서주의적 특성 등을 고려하여 조정권고서에 명시적으로 기재하는 경우도 있다. 이러한 재판실무를 반영하여 제15조 제2항은 행정소송의 조정권고서에 조정권고의 구체적 이유나 필요성 등을 기재할 수 있음을 확인적 차원에서 규정하였다. 이를 통해 조정권고에 대한 당사자의 설득력을 높일 수 있을 뿐 아니라 조정권고를 통한 행정의 합리성과 투명성을 확보하고 사실상 화해의 남용을 방지하는 효과를 얻을 수 있을 것이다. 조정권고의 구체적 이유를 서면으로 실시하는 것이 적합하지 아니한 사건도 있을 수 있으므로, 조정권고의 이유 실시는 필수적인 것이 아니라 임의적인 것으로 규정하였다.

### 4. 제3항(조정권고 협의를 위한 심문)

집행정지결정을 위한 심문, 당사자소송에서 화해권고를 위한 심문과는 달리, 조정권고안 마련을 위해 협의가 필요한 경우 이를 위한 기일의 유형은 무엇인지 불분명한

측면이 있었다. 이에 관하여는 심문기일로 지정하는 실무례와 변론준비기일로 지정하는 실무례가 병존하였다. 상정 가능한 기일 유형에는 변론준비기일, 조정기일, 심문기일이 있을 수 있는데, 변론준비기일은 재판장, 수명법관 등이 변론준비절차에서 주장 및 증거를 정리하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에 여는 기일로 그 성질상 조정권고 협의에는 적합하지 않다. 조정기일은 행정소송법에서 민사조정법을 준용하고 있지 아니하므로 이 또한 적절하지 않다. 이에 제15조 제3항은 조정권고를 위한 협의를 위해 당사자 등을 심문할 수 있다고 규정하여, 변론기일 이외의 절차에서 심문기일을 지정하고 이를 통해 당사자 및 이해관계인으로부터 의견을 듣거나 필요한 경우 그에 관한 협의를 할 수 있다는 점을 명확히 하였다. 심문은 심문서를 보내는 등 서면으로 할 수도 있으나 통상은 심문기일을 여는 것이 더 유용할 것이다. 조정권고 심문기일에는 재판장 또는 재판장의 명을 받은 수명법관이 조정권고의 필요성이나 가능성 등에 대해 쌍면적 또는 편면적으로 심도 깊은 논의를 진행할 수 있기 때문에, 소송수행자들 중 하급자보다는 직위나 업무상 당해 사건에 관하여 상당한 의사결정권한을 가진 상급자인 소송수행자가 참석하는 것이 바람직하다.



#### 민사소송법 제134조(변론의 필요성)

- ② 제1항 단서의 규정에 따라 변론을 열지 아니할 경우에, 법원은 당사자와 이해관계인, 그 밖의 참고인을 심문할 수 있다.

○ 조정권고

서울 행정 법 원  
제 ○ 부

주소 서울 서초구 강남대로 193 (양재동) / 전화 (02) 0000-0000 / FAX (02) 0000-0000

제 목 분쟁의 신속하고 공정한 해결을 위한 조정권고

사 건 2023구합0000 ○○처분취소

원 고 ○○○

피 고 ○○○

우리 재판부는 행정소송규칙 제15조 제1항에 따라 위 사건의 신속하고 공정한 해결을 위하여 별지 기재와 같은 이유에서 아래와 같은 조정을 권고합니다.

조 정 권 고 안

1. ... (생략) ...
2. 피고가 제1항 기재 처분을 한 뒤에 원고는 곧바로 이 사건 소취하서를 제출하고 피고는 그에 관한 동의서를 제출한다.
3. 소송비용은 각자 부담한다.

2023. 0. 00.

재판장 판사 ○○○

※ 원고와 피고는 위 조정권고안에 대한 동의 여부를 기재한 서면을 신속하게(또는 2023. 0. 00. 까지, 또는 이 권고문을 송달받은 날부터 00일 이내에) 재판부에 제출하여 주시기 바랍니다.

별지

이 유

... (생략) ...

## 제3장 취소소송 외의 항고소송

제16조 | 무효확인소송에서 석명권의  
행사

제17조 | 부작위위법확인소송의  
소송비용부담

제18조 | 준용규정







**제16조(무효확인소송에서 석명권의 행사)** 재판장은 무효확인소송이 법 제20조에 따른 기간 내에 제기된 경우에는 원고에게 처분등의 취소를 구하지 아니하는 취지인지를 명확히 하도록 촉구할 수 있다. 다만, 원고가 처분등의 취소를 구하지 아니함을 밝힌 경우에는 그러하지 아니하다.

### 행정소송법

**제20조(제소기간)** ① 취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다. 다만, 제18조제1항 단서에 규정한 경우와 그 밖에 행정심판청구를 할 수 있는 경우 또는 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에 행정심판청구가 있을 때의 기간은 재결서의 정본을 송달받은 날부터 기산한다.

② 취소소송은 처분등이 있는 날부터 1년(제1항 단서의 경우는 재결이 있는 날부터 1년)을 경과하면 이를 제기하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

③ 제1항의 규정에 의한 기간은 불변기간으로 한다.

### 민사소송법

**제136조(석명권·구문권 등)** ① 재판장은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 사실상 또는 법률상 사항에 대하여 질문할 수 있고, 증명을 하도록 촉구할 수 있다.

② 합의부원은 재판장에게 알리고 제1항의 행위를 할 수 있다.

③ 당사자는 필요한 경우 재판장에게 상대방에 대하여 설명을 요구하여 줄 것을 요청할 수 있다.

④ 법원은 당사자가 간과하였음이 분명하다고 인정되는 법률상 사항에 관하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.



## 1. 개요

무효확인소송은 하자의 존재는 물론 하자의 중대·명백성까지 인정되어야 하므로 실무상 취소소송의 제소기간이 도과된 이후 제기되는 경우가 많다.

그런데 원고가 제기한 무효확인소송이 행정소송법 제20조에 따른 취소소송 제소기간 내에 제기된 경우라면, 원고가 착오로 취소소송 대신 무효확인소송을 제기하였다고 볼 여지가 있고, 이에 국민의 권리구제 측면에서 재판장이 원고의 의사를 확인하여 취소청구로 판단 받을 기회를 부여할 필요가 있다.

제16조는 위와 같이 취소소송의 요건을 갖춘 무효확인소송에서 재판장이 행사할 필요가 있는 석명권의 내용을 대법원 판례의 법리에 따라 구체화한 것이다.

## 2. 규정 해설

### 가. 본문

제16조 본문은, 무효확인소송이 행정소송법 제20조에 따른 제소기간 내에 제기된 경우, 재판장이 민사소송법 제136조 제1항 등에 근거하여 원고에게 처분등의 취소를 구하지 아니하는 취지인지를 명확히 할 것을 촉구할 수 있도록 규정하였다.

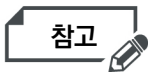
재판장이 행사할 석명권의 구체적인 내용은, 대법원 1986. 9. 23. 선고 85누838 판결, 대법원 1994. 12. 23. 선고 94누477 판결 등의 취지에 따른 것이다. 사안에 따라 법원이 제소기간 준수 여부를 판단한 뒤 주장 내용 등에 비추어 무효확인청구에 취소를 구하는 취지도 포함되어 있는 것으로 보아 별도의 석명 없이 취소판결을 선고할 여지 등도 있기에 '촉구할 수 있다'는 형태로 규정하였다.

제16조 본문에 따라 재판장은 원고에게 처분등이 무효가 아니라면 그 취소라도 구

하는 취지도 포함된 것인지, 취소를 구하는 취지도 포함된 것이라면 취소청구의 소를 주위적 또는 예비적으로 추가하여 그 취지를 명확히 하도록 석명할 수 있을 것이다. 이러한 석명에 대해, 원고가 취소를 구하는 취지는 포함되어 있는 것이 아니라고 한다면, 재판장은 그 취지를 조서에 명확히 기재하여 둘 필요가 있을 것이다. 만약, 원고가 취소를 구하는 취지도 포함되어 있다고 하면서도 따로 청구변경의 절차를 거치지 않는 경우, 법원은 불가피하게 그 취지에 따라 무효사유가 인정되지 않으면 취소사유에 대해 예비적 판단을 하고, 취소사유가 인정되면 일부 승소의 판결을 하게 될 것이다.

## 나. 단서

재판장의 석명 전에 이미 원고가 소송 진행 과정에서 처분등의 취소를 구하지 아니함을 밝힌 경우에는 대법원 1986. 9. 23. 선고 85누838 판결, 대법원 1994. 12. 23. 선고 94누477 판결 등의 법리에 비추어, 취소 판단을 받지 않겠다는 태도를 명확히 한 것이므로, 재판장이 별도로 석명권을 행사할 필요성은 없는 것으로 규정하였다.



### 대법원 1986. 9. 23. 선고 85누838 판결

행정처분의 무효확인을 구하는 청구에는 특별한 사정이 없는 한 그 처분의 취소를 구하는 취지까지도 포함되어 있다고 볼 수는 있으나 위와 같은 경우에 취소청구를 인용하려면 먼저 취소를 구하는 항고소송으로서의 제소요건을 구비한 경우에 한한다.

### 대법원 1994. 12. 23. 선고 94누477 판결

일반적으로 행정처분의 무효확인을 구하는 소에는 원고가 그 처분의 취소를 구하지 아니한다고 밝히지 아니한 이상 그 처분이 만약 당연무효가 아니라면 그 취소를 구하는 취지도 포함되어 있는 것으로 보아야 한다.

**대법원 2016. 6. 28. 선고 2014두13072 판결, 대법원 2022. 4. 14. 선고 2021다 276973 판결**

당사자가 부주의 또는 오해로 증명하지 않은 것이 분명하거나 쟁점으로 될 사항에 관하여 당사자 사이에 명시적인 다툼이 없는 경우에는 법원은 석명을 구하면서 증명을 촉구하여야 하고, 만일 당사자가 전혀 의식하지 못하거나 예상하지 못하였던 법률적 관점을 이유로 법원이 청구의 당부를 판단하려는 경우에는 그러한 관점에 대하여 당사자에게 의견진술의 기회를 주어야 한다. 그와 같이 하지 않고 예상 외의 재판으로 당사자 일방에게 뜻밖의 판결을 내리는 것은 석명의무를 다하지 않아 심리를 제대로 하지 않은 잘못을 저지른 것이 된다.



**제17조(부작위위법확인소송의 소송비용부담)** 법원은 부작위위법확인소송 계속 중 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간이 지난 후 처분등을 함에 따라 소를 각하하는 경우에는 소송비용의 전부 또는 일부를 피고가 부담하게 할 수 있다.

### 행정소송법

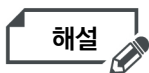
**제32조(소송비용의 부담)** 취소청구가 제28조의 규정에 의하여 기각되거나 행정청이 처분등을 취소 또는 변경함으로 인하여 청구가 각하 또는 기각된 경우에는 소송비용은 피고의 부담으로 한다.

### 민사소송법

**제98조(소송비용부담의 원칙)** 소송비용은 패소한 당사자가 부담한다.

**제99조(원칙에 대한 예외)** 법원은 사정에 따라 승소한 당사자로 하여금 그 권리를 늘리거나 지키는 데 필요하지 아니한 행위로 말미암은 소송비용 또는 상대방의 권리를 늘리거나 지키는 데 필요한 행위로 말미암은 소송비용의 전부나 일부를 부담하게 할 수 있다.

**제100조(원칙에 대한 예외)** 당사자가 적당한 시기에 공격이나 방어의 방법을 제출하지 아니하였거나, 기일이나 기간의 준수를 게을리 하였거나, 그 밖에 당사자가 책임져야 할 사유로 소송이 지연된 때에는 법원은 지연됨으로 말미암은 소송비용의 전부나 일부를 승소한 당사자에게 부담하게 할 수 있다.



## 1. 개요

행정소송법은 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니한 부작위에 대하여 항고소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있다(행정소송법 제36조, 제3조 제1호, 제2조 제1

항 제2호). 이러한 부작위위법확인소송 계속 중에 행정청이 비로소 어떠한 내용의 처분을 한 경우, 더 이상 부작위 상태가 아니게 되므로 부작위위법확인의 소는 소의 이익이 없어 각하되게 된다.

행정소송법 제32조 후단은 취소소송에서 행정청의 처분 취소나 변경으로 소가 각하된 경우 소송비용을 피고가 부담하도록 규정하고 있으나, 부작위위법확인소송에서 행정청이 처분을 하여 소가 각하된 경우에 대하여는 규정하고 있지 아니하다. 행정소송법 제32조 후단과 문제 상황이 유사하므로, 원고가 소송비용을 부담하는 부당성을 제거하기 위해 민사소송법 제98조 이하 소송비용 부담에 관한 규정에서 알 수 있는 공평의 원칙을 반영하여 피고에게 소송비용을 전부 또는 일부 부담시키는 실무례가 있다(서울고등법원 2023. 1. 10. 선고 2022누47065 판결, 서울고등법원 2021. 12. 17. 선고 2021누49989 판결, 서울고등법원 2016. 1. 21. 선고 2015누49285 판결, 서울고등법원 2011. 11. 9. 선고 2010누42944 판결).

소송비용의 부담은, 실제적 법률관계와 전혀 무관한 것은 아니지만, 소송상 부담에 관해서는 민법, 형법 등 실제법이 아닌 민사소송법 제3장 제1절, 형사소송법 제16장 그리고 행정소송법 제32조 등 소송절차법에서 규정하고 있다. 즉, 소송비용 부담은 기본적으로 소송절차에 관한 사항이므로 헌법 제108조에 따라 대법원규칙으로 정할 수 있으며, 이미 소송비용에 관하여 민사소송비용규칙, 형사소송비용 등에 관한 규칙, 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙이 대법원규칙으로 되어 있다. 또한 이는 민사소송법 제99조, 제100조의 적용문제, 즉 ‘법률의 해석’에 관한 것으로 반드시 법률로 정해야 하는 ‘입법사항’은 아니다. 행정소송법 제32조는 민사소송법 제99조, 제100조의 패소자 소송비용부담원칙의 예외 조항들과 그 궤를 같이하고 있다.

이에 제17조는 국민의 권리구제 향상을 위해 위와 같은 재판실무례 등을 반영하여 부작위위법확인소송 계속 중 상당한 기간을 지나 처분이 이루어진 경우에 뒤늦게 처분을 한 피고의 소송비용 부담 내용을 규정한 것이다.

## 2. 규정 해설

### 가. 비용의 전부 또는 일부의 부담

제17조는, 행정청이 상당한 기간이 지나도록 처분을 하지 아니하였다가 부작위위법 확인소송 계속 중 처분을 한 경우, 대법원 1990. 9. 25. 선고 89누4758 판결 등에 따라 소가 각하되더라도, 소송비용을 피고가 부담할 수 있다는 점을 명확히 하였다.

다만 소송 진행의 경과, 소송행위의 내용 등에 따라 피고가 소송비용의 일부만을 부담하는 것이 적절한 경우도 있다. 이를 고려하여 일률적으로 피고가 소송비용 전부를 부담하는 것이 아닌 그 전부 또는 일부를 부담할 수 있는 것으로 규정하였다.



### 대법원 1990. 9. 25. 선고 89누4758 판결

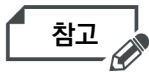
부작위위법확인 소는 행정청이 국민의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분, 즉 그 신청을 인용하는 적극적 처분 또는 각하하거나 기각하는 등의 소극적 처분을 하여야 할 법률상의 응답의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우, 판결(사실심의 구두변론 종결)시를 기준으로 그 부작위의 위법을 확인함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 내지 무응답이라고 하는 소극적인 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 하는 것이고, 나아가 당해 판결의 구속력에 의하여 행정청에게 처분 등을 하게 하고 당시 당해 처분 등에 대하여 불복이 있는 때에는 그 처분 등을 다투게 함으로써 최종적으로는 국민의 권리의익을 보호하려는 제도이므로, 소 제기 이후를 통하여 판결 시까지 행정청이 그 신청에 대하여 적극 또는 소극의 처분을 함으로써 부작위상태가 해소된 때에는 소의 이익을 상실하게 되어 당해 소는 각하를 면할 수가 없는 것이다.

### 나. 상당한 기간

제17조에서 규정하고 있는 ‘상당한 기간’은 ‘사회통념상 당해 신청에 대해 처분하는

데 필요한 것으로 인정되는 기간'을 의미한다. 재판실무상 통상 1심 판결 이후 처분이 이루어진 경우에는 '상당한 기간'이 경과하였다고 보고 있으며, 1심 소송 계속 중 처분이 이루어진 경우에는 구체적인 사안에 따라 법원이 '상당한 기간'의 도과 여부를 판단하여야 할 것이다.

이와 관련하여, 민원 처리에 관한 법률 제37조에 근거한 민원처리기준표가 정한 민원의 처리기간이나, 그 밖에 법령이 일정한 신청에 대하여 정한 처분 기간(국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제57조 제2항 등)을 그 판단에 참고할 수도 있다.



**민원 처리에 관한 법률 제37조(민원처리기준표의 조정 등)** ① 행정안전부장관은 제36조에 따라 민원처리기준표를 작성·고시할 때에 민원의 간소화를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 관계 행정기관의 장과 협의를 거쳐 관계법령등이 개정될 때까지 잠정적으로 관계법령등에 규정되어 있는 처리기간과 구비서류를 줄이거나 처리절차·신청방법을 변경할 수 있다.

② 행정기관의 장은 제1항에 따라 민원처리기준표가 조정·고시된 경우에는 이에 따라 민원을 처리하여야 하며, 중앙행정기관의 장은 민원처리기준표의 조정 또는 변경된 내용에 따라 관계법령등을 지체 없이 개정·정비하여야 한다.

**국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제57조(개발행위허가의 절차)**

② 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수는 제1항에 따른 개발행위허가의 신청에 대하여 특별한 사유가 없으면 대통령령으로 정하는 기간 이내에 허가 또는 불허가의 처분을 하여야 한다.

**국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령 제54조(개발행위허가의 절차 등)** ① 법 제57조제2항에서 "대통령령으로 정하는 기간"이란 15일(도시계획위원회의 심의를 거쳐야 하거나 관계 행정기관의 장과 협의를 하여야 하는 경우에는 심의 또는 협의기간을 제외한다)을 말한다.

#### 다. 규정의 부수적 효과

해당 조문의 도입으로 행정청은 혹시라도 부작위에 문제가 있다고 판단하는 경우 신속하게 처분을 하게 될 것이다. 이를 통해 승소하여 처분이 이루어지더라도 원하는 처분이 아니면 다시 그 취소를 구해야 하는 이중 소송의 위험을 부담하면서까지 부작위위법확인소송을 제기하는 국민의 고충이 다소나마 완화될 것으로 예상된다.



**제18조(준용규정)** ① 제5조부터 제13조까지 및 제15조는 무효등 확인소송의 경우에 준용한다.  
 ② 제5조부터 제8조까지, 제11조, 제12조 및 제15조는 부작위위법확인소송의 경우에 준용한다.

### 행정소송법

**제38조(준용규정)** ① 제9조, 제10조, 제13조 내지 제17조, 제19조, 제22조 내지 제26조, 제29조 내지 제31조 및 제33조의 규정은 무효등 확인소송의 경우에 준용한다.  
 ② 제9조, 제10조, 제13조 내지 제19조, 제20조, 제25조 내지 제27조, 제29조 내지 제31조, 제33조 및 제34조의 규정은 부작위위법확인소송의 경우에 준용한다.



## 1. 개요

취소소송은 대표적인 행정소송으로서 행정소송법 제2장 취소소송의 장에는 취소소송 특유의 절차 규정뿐만 아니라 행정소송 일반의 절차규정들도 많이 두고 있다. 행정소송법 제38조는 행정소송법 제2장 취소소송에 규정된 개별 조문들 중 '무효등 확인소송'과 '부작위위법확인소송'에 준용될 수 있는 규정들을 나열하는 방식을 채택하고 있다. 행정소송규칙 제18조도 그 방식을 차용하여 행정소송규칙 제2장 취소소송의 규정들 중 '무효등 확인소송'과 '부작위위법확인소송'에 준용할 필요가 있는 조문들을 나열하고 있다.

## 2. 규정 해설

제18조는 행정소송법 제38조가 열거하는 개별 규정을 기초로 행정소송규칙 제2장 취소소송에 편제된 개별 규정들의 성격 및 준용의 필요성 등을 고려하여 무효등 확인소송과 부작위위법확인소송에 준용할 규정들을 정하고 있다.

구체적으로, 아래 표와 같이 행정소송규칙상 각 조문별 근거를 기준으로 하여, ① 무효등 확인소송의 경우, 제5조(재판관할), 제6조(피고경정), 제7조(명령·규칙 소관 행정청에 대한 소송통지), 제8조(답변서의 제출), 제9조(처분사유의 추가·변경), 제10조(집행정지의 중지), 제11조(비공개 정보의 열람·심사), 제12조(행정청의 비공개 처리), 제13조(피해자의 의견 청취), 제15조(조정권고) 규정을, ② 부작위위법확인소송의 경우, 제5조(재판관할), 제6조(피고경정), 제7조(명령·규칙 소관 행정청에 대한 소송통지), 제8조(답변서의 제출), 제11조(비공개 정보의 열람·심사), 제12조(행정청의 비공개 처리), 제15조(조정권고) 규정을 준용하였다.

### ○ 무효등 확인소송

조문	근거	준용 여부
제5조(재판관할)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 행정소송법 제9조(재판관할)가 무효등 확인소송에 준용되고 있는 점을 고려하였다.</li> <li>• 이를 통해 근로복지공단 등을 상대로 한 무효등 확인소송을 제기하는 경우, 서울행정법원뿐 아니라 실제 관련 업무를 수행한 근로복지공단 지역본부 또는 지사 소재지 행정법원에도 관할이 있음을 알 수 있다.</li> </ul>	○
제6조(피고경정)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 행정소송법 제14조(피고경정)가 무효등 확인소송에 준용되고 있는 점을 고려하였다.</li> </ul>	○
제7조(명령·규칙 소관 행정청에 대한 소송통지)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 명령·규칙의 위헌 또는 위법 여부는 무효등 확인소송에서도 동일하게 쟁점이 될 수 있는 점을 고려하였다.</li> </ul>	○
제8조(답변서의 제출)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 해당 조문에서 정하고 있는 답변서 제출 관련 사항은 무효등 확인소송에서도 답변서 제출에 활용될 필요성이 있음을 고려하였다.</li> </ul>	○

조문	근거	준용 여부
제9조 (처분사유의 추가·변경)	<ul style="list-style-type: none"> <li>취소소송과 동일하게 무효등 확인소송에서 처분청이 처분 당시 밝혔던 처분의 근거 및 이유와는 다른 사유를 들어 처분의 유효성 내지 적법성을 주장할 수 있는지가 문제될 수 있는 점을 고려하였다.</li> </ul>	○
제10조 (집행정지의 종기)	<ul style="list-style-type: none"> <li>행정소송법 제23조(집행정지)가 무효등 확인소송에 준용되고 있는 점을 고려하였다.</li> </ul>	○
제11조 (비공개 정보의 열람·심사)	<ul style="list-style-type: none"> <li>해당 조문에서 정하고 있는 비공개 정보의 열람·심사 내용은 무효등 확인소송에서도 동일하게 쟁점이 될 수 있는 점을 고려하였다.</li> </ul>	○
제12조 (행정청의 비공개 처리)	<ul style="list-style-type: none"> <li>행정청이 제출하는 서면 또는 증거의 비공개 처리의 필요성은 무효등 확인소송에서도 동일하게 인정됨을 고려하였다.</li> </ul>	○
제13조 (피해자의 의견 청취)	<ul style="list-style-type: none"> <li>학교폭력, 성희롱 및 성폭력 피해 관련 징계처분 등의 무효등 확인소송에서도 피해자 등의 의견 진술 필요성이 있는 점을 고려하였다.</li> </ul>	○
제14조(사정판결)	<ul style="list-style-type: none"> <li>행정소송법 제28조(사정판결)가 무효등 확인소송에 준용되지 않는 점을 고려하였다.</li> </ul>	X
제15조(조정권고)	<ul style="list-style-type: none"> <li>실무상 무효등 확인소송에서도 조정권고 제도가 이용되는 점을 고려하였다.</li> </ul>	○

○ 부작위위법확인소송

조문	근거	준용 여부
제5조(재판관할)	<ul style="list-style-type: none"> <li>행정소송법 제9조(재판관할)가 부작위위법확인소송에 준용되고 있는 점을 고려하였다.</li> <li>이를 통해 근로복지공단 등을 상대로 한 부작위위법확인소송을 제기하는 경우, 서울행정법원뿐 아니라 실제 관련 업무를 수행해야 하는 근로복지공단 지역본부 또는 지사 소재지 행정법원에도 관할이 있음을 알 수 있다.</li> </ul>	○
제6조(피고경정)	<ul style="list-style-type: none"> <li>행정소송법 제14조(피고경정)가 부작위위법확인소송에 준용되고 있는 점을 고려하였다.</li> </ul>	○

조문	근거	준용 여부
제7조(명령·규칙 소관 행정청에 대한 소송통지)	<ul style="list-style-type: none"> <li>명령·규칙의 위헌·위법 여부는 부작위위법확인소송에서도 동일하게 쟁점이 될 수 있는 점을 고려하였다.</li> </ul>	O
제8조(답변서의 제출)	<ul style="list-style-type: none"> <li>해당 조문에서 정하고 있는 답변서 제출 관련 사항은 부작위위법확인소송에서도 답변서 제출에 활용될 필요성이 있음을 고려하였다.</li> </ul>	O
제9조 (처분사유의 추가·변경)	<ul style="list-style-type: none"> <li>부작위위법확인소송은 처분 자체의 적법성을 다투는 것이 아니기에 처분청이 처분 당시 밝혔던 처분의 근거 및 이유와는 다른 사유를 들어 처분의 적법성을 주장할 수 있는 상황을 상정하기 어려운 점을 고려하였다.</li> </ul>	X
제10조 (집행정지의 종기)	<ul style="list-style-type: none"> <li>행정소송법 제23조(집행정지)가 부작위위법확인소송에 준용되지 않는 점을 고려하였다.</li> </ul>	X
제11조 (비공개 정보의 열람·심사)	<ul style="list-style-type: none"> <li>해당 조문에서 정하고 있는 비공개 정보의 열람·심사 내용은 부작위위법확인소송에서도 동일하게 쟁점이 될 수 있는 점을 고려하였다.</li> </ul>	O
제12조 (행정청의 비공개 처리)	<ul style="list-style-type: none"> <li>행정청이 제출하는 서면 또는 증거의 비공개 처리의 필요성은 부작위위법확인소송에서도 동일하게 인정됨을 고려하였다.</li> </ul>	O
제13조 (피해자의 의견 청취)	<ul style="list-style-type: none"> <li>부작위위법확인소송 유형에서 학교폭력, 성희롱 및 성폭력 관련 피해의 발생 및 피해자 등이 진술할 상황을 상정하기 어려운 점을 고려하였다.</li> </ul>	X
제14조(사정판결)	<ul style="list-style-type: none"> <li>행정소송법 제28조(사정판결)가 부작위위법확인소송에 준용되지 않는 점을 고려하였다.</li> </ul>	X
제15조(조정권고)	<ul style="list-style-type: none"> <li>실무상 부작위위법확인소송에서도 조정권고 제도가 이용되는 점을 고려하였다.</li> </ul>	O



## 제4장 당사자소송

제19조 | 당사자소송의 대상

제20조 | 준용규정







**제19조(당사자소송의 대상)** 당사자소송은 다음 각 호의 소송을 포함한다.

1. 다음 각 목의 손실보상금에 관한 소송
  - 가. 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제78조제1항 및 제6항에 따른 이주정착금, 주거이전비 등에 관한 소송
  - 나. 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제85조제2항에 따른 보상금의 증감(增減)에 관한 소송
  - 다. 「하천편입토지 보상 등에 관한 특별조치법」 제2조에 따른 보상금에 관한 소송
2. 그 존부 또는 범위가 구체적으로 확정된 공법상 법률관계 그 자체에 관한 다음 각 목의 소송
  - 가. 납세의무 존부의 확인
  - 나. 「부가가치세법」 제59조에 따른 환급청구
  - 다. 「석탄산업법」 제39조의3제1항 및 같은 법 시행령 제41조제4항제5호에 따른 재해위로금 지급청구
  - 라. 「5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률」 제5조, 제6조 및 제7조에 따른 관련자 또는 유족의 보상금 등 지급청구
  - 마. 공무원의 보수·퇴직금·연금 등 지급청구
  - 바. 공법상 신분·지위의 확인
3. 처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 다음 각 목의 소송
  - 가. 「도시 및 주거환경정비법」 제35조제5항에 따른 인가 이전 조합설립변경에 대한 총회결의의 효력 등을 다투는 소송
  - 나. 「도시 및 주거환경정비법」 제50조제1항에 따른 인가 이전 사업시행계획에 대한 총회결의의 효력 등을 다투는 소송
  - 다. 「도시 및 주거환경정비법」 제74조제1항에 따른 인가 이전 관리처분계획에 대한 총회결의의 효력 등을 다투는 소송
4. 공법상 계약에 따른 권리·의무의 확인 또는 이행청구 소송

## 행정소송법

제3조(행정소송의 종류) 행정소송은 다음의 네가지로 구분한다.

2. 당사자소송: 행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송



### 1. 개요

행정소송법 제3조 제2호는 당사자소송을 ‘행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송’으로 규정하고 있다. 그러나 그 규정 내용 자체가 명확하지 아니하고 추상적이어서 해석상 논란이 발생하고 있다. 당사자소송과 민사소송을 무엇을 기준으로 구분할 것인지와 관련하여 판례는 소송물을 기준으로 그것이 공법상 권리이면 당사자소송, 사법상 권리이면 민사소송이라는 태도를 취하고 있는 것으로 평가되고 있다. 그런데 과연 무엇이 공법상 권리인지는 여전히 불명확한데다가, 현대에는 양자의 성격이 혼화된 법률관계가 다수 존재한다는 근본적인 문제도 있다. 소송 절차는 그 자체가 목적이 아니라 어떠한 목적 달성에 필요한 수단의 성격을 갖고 있기 때문에, 경계선상의 사건이 당사자소송의 대상인지 여부는 단순한 법 해석의 문제를 넘어 정책적 판단의 성격을 갖고 있는 문제이기도 하다. 이는 비교법적으로 보더라도 마찬가지이다.

당사자소송은 행정법원의 전속관할에 속하므로(게다가 전속관할 위반은 절대적 상고이유가 된다) 관할의 확인을 위해서라도 당사자소송과 민사소송의 구분이 필요하다. 이러한 구분의 불명확성은 전속관할 위반의 소 제기를 유발할 수 있고, 이에 따라 절차의 낭비, 국민의 재판청구권 실현의 지연 문제가 야기될 수도 있다. 제19조는 행정

소송법 제3조 제2호의 당사자소송 대상이 되는 사례와 기준을 예시적으로 제시함으로써, 당사자소송과 민사소송의 구분 불명확으로 인하여 발생할 수 있는 문제를 최소화하고, 안정적으로 소송절차가 운영될 수 있도록 하였다.

## 2. 당사자소송 일반론

### 가. 의의

당사자소송은 행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖의 공법상 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송이다(행정소송법 제3조 제2호). 행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계는 행정청의 처분 등에 의해서 발생·변경·소멸된 공법상의 법률관계를 의미하고, 그 밖의 공법상의 법률관계는 처분 등을 원인으로 하지 않는 공법이 규율하는 법률관계를 의미한다. 전자는 공법상 법률관계의 한 예시로서의 성격을 가진다.

당사자소송은 형식적 당사자소송과 실질적 당사자소송으로 크게 나누어진다. 형식적 당사자소송이란 ‘행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송’ 중 소송 형태상 법률관계의 내용을 다투는 것이어서 형식적으로는 당사자소송이지만, 실질적으로는 행정청의 처분을 다투는 소송을 의미한다. 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제85조 제2항에 따른 보상금증감청구소송이 대표적이다. 실질적 당사자소송이란 형식적으로나 실질적으로나 공법상 법률관계에 관한 다툼만이 대상인 당사자소송을 말하는데, 통상 당사자소송이라 함은 실질적 당사자소송을 지칭한다. 한편 당사자소송에는 민사소송과 마찬가지로 확인소송, 이행소송, 형성소송 등이 모두 포함된다고 보는 것이 일반적이다.

### 나. 입법 연혁

1951년 제정된 행정소송법은 당사자소송에 관하여 별도의 규정을 두지 않았고, 제1조에서 행정소송을 “행정청 또는 그 소속기관의 위법에 대한 그 처분의 취소 또는

변경에 관한 소송 기타 공법상의 권리관계에 관한 소송”이라고 규정하고 있었다. 학자들은 그 후단인 ‘기타 공법상의 권리관계에 관한 소송’을 당사자소송으로 해석하였다.

1984년 행정소송법을 전면 개정할 당시 위 후단의 개념이 너무 막연하고 실제의 운용과정에서 사문화되었다는 비판이 제기되어, 당사자소송의 대상을 구체적·개별적으로 열거한 초안\*이 제시되었으나, 검토과정에서 구체적·개별적 나열 방식이 적절하지 않다는 견해가 반영되어 ‘그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송’이라는 문구 앞에 ‘예시’로써 ‘행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송’이라는 문언만이 추가되어 현재에 이르게 되었다.

위와 같은 개정 경위 및 취지에 비추어, 행정소송법은 당사자소송의 활성화를 위하여 종래 민사소송 지향형의 소송물설과 판례에 의하여 사법상의 법률관계로 파악되어 오던 과오납금환급청구권 등 권력적 행정활동의 결과로 형성된 모든 법률관계를 당사자소송의 대상으로 삼으려 한 것으로 평가되기도 한다.

#### 다. 당사자소송의 활용 부진의 원인과 그 활용론

당사자소송의 활용이 부진하였던 원인으로, ① 공·사법 구분이 명확하지 않아 당사자소송의 대상인지 여부가 불명확하여 소송유형 선택이 어려웠던 점, ② 민사소송이 아닌 당사자소송을 이용함으로써 얻을 수 있는 편익이 크지 않았던 점, ③ 1994년 개정 전까지의 행정소송법에서는 고등법원이 당사자소송의 1심 관할법원으로 2심제이었기 때문에 심급이익 박탈 문제가 야기되었던 점, ④ 종래 민사사건으로 보던 판례를 변경할 필요성이 크지 않았던 점 등이 언급되고 있다.

이에 대하여 당사자소송 활용론이 주장되고 있는데, ① 일본과 달리 우리나라에서는 공·사법 구별을 부인하는 견해를 찾아보기 어렵고, 1994년 행정소송법 개정으로 행

\* “당사자소송이라 함은 법령이나 처분등의 무효, 부존재 또는 위법을 전제로 하는 공법상의 법률관계에 관한 소송, 공법상의 지위 또는 신분의 확인을 구하는 소송, 공법상의 사무관리 또는 공법상의 계약에 관한 소송 및 공법상의 금전지급을 구하는 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송을 말한다.”(개정시안 제5조)

정소송이 3심제로 되었으며, 1998년에는 행정사건을 관할하는 전문법원인 서울행정법원이 설치된 점, ② 행정소송법에 관련 사건의 병합, 제3자 및 행정청의 소송참가, 행정심판기록 제출명령, 직권심리, 판결의 기속력, 소의 변경 등과 관련하여 민사소송 절차와 다른 여러 특칙이 있어 그 구분에 실익이 있는 점, ③ 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송, 예컨대 과세처분 무효를 원인으로 한 과오납금환급청구소송은 공법상의 쟁점에 대한 판단이 주된 것이므로 전문적인 행정법원에서 처리하는 것이 타당하고, 처분의 하자에 대한 판단에 일관성을 가짐으로써 법의 통일적인 해석과 효율적인 사건관리가 가능해 질 수 있는 점, ④ 국가배상, 손실보상, 부당이득반환 사건 등은 쟁점의 대부분이 공·사익의 형량·조정이라는 행정법 특유의 방법론적 사고를 필요로 하는 점 등을 근거로 하고 있다.

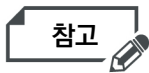
## 라. 외국의 경우

### 1) 일본

일본은 메이지유신 당시에는 독일 행정법을 계수하여 공법관계에 관한 소송은 행정재판소 관할로 하였으나, 제2차 세계대전 패전 이후에는 미국식 소송제도를 도입하여 행정재판소를 폐지하고 공법관계에 관한 소송도 일반법원(재판소)이 관할하게 하였다. 일본의 재판소도 공·사법관계를 구별하고자 하는 의지가 크지는 않아 양자가 명확히 구분되지 않은 채 혼연일체가 되어 운용되고 있었다. 이처럼 당사자소송이 민사소송과 구별되어 활용되지 않은 원인에 관하여는 ① 일본에서는 공·사법 구별무용론이 대세적 지위를 차지한 점, ② 1962년에 우리나라 행정소송법과 유사한 행정사건소송법이 제정되기는 하였지만, 행정소송의 중심은 취소소송(항고소송)인 점, ③ 당사자소송은 민사소송과의 구별이 곤란할 뿐 아니라 구별 실익도 거의 없는 점, ④ 당사자가 당해 소송이 당사자소송인지 민사소송인지를 지적하는 예도 거의 없는 점 등이 지적되기도 하였다.

2004년 6월 가결되어 2005년 4월부터 시행된 행정사건소송법은 ‘공법상 법률관계

에 관한 확인소송'이 당사자소송에 포함됨을 명시하였다.\* 항고소송의 대상에서 제외되는 행정청의 행위, 예컨대 행정입법, 행정계획, 행정지도 등으로 말미암아 분쟁이 생긴 경우, 그와 관련된 권리의무 등 공법상 법률관계에 관하여 확인소송의 활용을 촉진하는 차원에서 이러한 개정이 이루어진 것이다.



**일본 행정사건소송법 제4조(당사자소송)** 이 법에서 “당사자소송”이란 당사자간의 법률관계를 확인하거나 형성하는 처분 또는 재결에 관한 소송으로서 법령 규정에 따라 법률관계의 당사자 일방을 피고로 하는 것, 공법상 법률관계에 관한 확인소송, 그 밖에 공법상 법률관계에 관한 소송을 말한다.

## 2) 독일

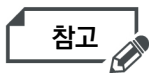
독일은 제2차 세계대전 패전 이후인 1946년 미국 점령지역인 몇몇 州에서 행정소송법을 제정하면서 프랑스의 이원적 구조를 본떠 ‘취소소송’과 ‘기타 공법상 분쟁’을 명시하였고, 특히 후자를 ‘당사자소송’으로 약칭하였다(이러한 형태가 일본을 거쳐 우리나라에 계수된 것으로 설명되기도 한다).

그런데 당시 독일 헌법은 행정상 손해배상청구와 손실보상청구를 민사소송의 대상으로 규정하고 있었고(오늘날 독일 기본법도 마찬가지이다), 행정조달계약도 사법상 계약으로 이해되었기 때문에, 당사자소송의 대상은 공법상 부당이득반환청구와 공무원급여 및 사회보장급여 등에 한정되었고 그 범위는 매우 협소하였다. 게다가 위와 같은 행정소송유형의 구별은 행정소송의 허용성이 특정한 소송유형에 구애되는 듯한 외견을 형성하는 문제를 야기하기도 하였다.

1949년 제정·시행된 독일 기본법 제19조 제4항은 포괄적 권리구제의 보장을 규정

\* 다만 개정 전 법률의 해석으로도 실질적 당사자소송에 확인소송이 포함된다는 견해가 지배적이었다.

하여 2분법적 구별을 포기하고, 모든 공법상 분쟁에 대하여 행정소송을 허용하였다. 독일은 1960년 연방법률인 행정법원법의 제정으로 당사자소송을 폐지하고, 일반이행소송과 확인소송으로 대체하였다. 이에 따라 헌법쟁송을 제외한 모든 공법상 분쟁은 행정소송의 대상이 되었다. 이로써 행정소송의 유형이 형성소송, 이행소송, 확인소송으로 구분되는 체계가 확립되었다. 쟁송의 대상을 기준으로 ① 행정행위를 대상으로 하는 ‘취소소송’과 ‘의무이행소송’, ② 공법상의 ‘사실행위’를 대상으로 하는 ‘일반이행소송’, ③ 행정입법을 대상으로 하는 ‘규범통제절차’ 등으로 구분되었다. 일반이행소송은 행정행위의 이행을 구하는 의무이행소송과는 달리 행정행위의 개입을 전제하지 않는 순수한 공법상의 사실행위를 대상으로 한다. 한편 확인소송은 ① 공법상 법률관계의 존부와 ② 행정행위의 무효 여부를 대상으로 하는데, ‘공법상 법률관계의 존부’에 관하여만 확인의 이익을 요구한다. 즉 취소소송과 이행소송을 제기할 수 없는 경우에 한하여 제기할 수 있는 것이다(확인소송의 보충성). 독일 기본법은 행정상 손해배상과 손실보상을 민사소송의 대상으로 규정하고 있어서, 일반이행소송과 법률관계 존부확인소송의 인정 범위가 그리 넓지는 않다.



### 독일 행정법원법

**제40조** ① 연방법률이 명시적으로 그 분쟁을 다른 법원의 관할로 한 경우를 제외하고는 헌법쟁송을 제외한 모든 공법상의 분쟁에 대하여는 행정소송을 제기할 수 있다. ㉠법의 영역에 있어서의 공법상의 분쟁에 대하여는 ㉡법률로 다른 법원의 관할로 정할 수 있다. ② 공공복리를 위한 희생보상 및 공법상의 임치로 인한 금전상의 청구권, 공법상 계약에 기초하지 않은 공법상의 의무위반으로 인한 손해배상청구권에 대하여는 통상법원에 소를 제기한다. 공무원법상의 특별규정 및 위법한 행정행위의 취소로 인한 재산상 손실의 전보를 구하는 소송에 관한 특별규정은 영향을 받지 아니한다.

**제42조** ① 행정행위의 취소(취소소송) 및 거부되거나 방치된 행정행위의 발령(의무이행소

송)을 구하는 소송을 제기할 수 있다.

② 법률상 별도의 규정이 없는 한, 원고가 행정행위 또는 행정행위의 거부나 부작위로 인하여 자기의 권리가 침해되었음을 주장하는 경우에 한하여 소를 제기할 수 있다.

**제43조** ① 원고가 즉시확정에 관한 정당한 이익을 가지는 경우에 법률관계의 존재·부존재 또는 행정행위의 무효의 확인을 구하는 소송을 제기할 수 있다.

② 원고가 형성의 소 또는 이행의 소에 의하여 자기 권리의 구제를 구할 수 있거나 또는 구할 수 있었던 경우에는 확인을 구할 수 없다. 다만, 행정행위의 무효의 확인을 구하는 경우에는 예외로 한다.

### 3) 프랑스

프랑스는 실정법에서 행정소송의 유형을 명시하고 있는 것은 아니고, 학설·판례를 통해 그 유형을 분류하고 있다. 법원이 행사하는 권한에 따른 분류방법에 따르면, ① 행정결정의 취소를 구하는 ‘월권소송’, ② 행정결정을 취소하는 데에서 나아가 행정결정을 변경하고 법원의 결정으로 대체하는 것이 가능한 ‘완전심판소송’,\* ③ 일반법원과의 관계에서 선결문제로서 행정결정을 해석하거나 그 적법성을 판단하는 ‘해석소송’, ④ 법원이 공물을 침해한 자에 대하여 과태료를 부과하거나 손해배상을 명하는 ‘제재소송’으로 나뉜다. 법원에 제기되는 문제의 성격에 따른 분류방법에 의하면, ① 법원에 행정행위의 적법성에 대한 판단을 구하는 ‘객관소송’(예컨대, 월권소송, 적법성 판단 소송 등), ② 원고가 주장하는 주관적 권리의 존재에 대한 판단을 구하는 ‘주관소송’(예컨대, 주관적 완전심판소송으로서 손해배상소송, 계약에 관한 소송 등)으로 나뉘기도 한다.

완전심판소송은 우리나라의 당사자소송과 유사한 것으로 설명된다. 다만 완전심판소송도 월권소송과 마찬가지로 원칙적으로 행정청의 결정을 전제로 하는 결정전치원칙을 채택하고 있다는 점에서 우리나라의 당사자소송과는 차이가 있다. 완전심판소송

\* 완전심판소송에서의 ‘완전심판’은 법관이 소송상 다툼을 완전히 해결하기 위해 심판을 완전하게 한다는 의미로 이해된다.

은 ① 개인의 주관적인 권리를 판단하는 ‘일반적 완전심판소송’ 내지 ‘주관적 완전심판소송’(예컨대, 계약상의 분쟁에 관한 소송, 국가배상소송, 부당이득반환, 사무관리 비용상환 등), ② 행정행위의 적법성을 문제삼는 것이라는 점에서 객관소송의 성격을 가지지만, 소송의 목적은 위법성을 제거하는 것이 아니라 사건의 본안에서 법령 적용의 잘못을 막는 데 있는 ‘객관적 완전심판소송’으로 나뉜다.

객관적 완전심판소송에는 ① 조세소송(법원은 스스로 납세자에게 의무가 있는 세금의 액수를 판단하여 행정결정을 대체할 수 있다), ② 공무원 및 군인 연금, 사회부조 등에 관한 소송, ③ 난민이나 장애인 지위에 관한 소송, ④ 금전지급을 요구하는 소송(법령상 금전의 지급받을 권리가 있음을 주장하여 그 지급을 신청하였으나 행정청이 이를 거부하는 결정을 한 경우, 원고의 선택에 따라 그 취소만을 청구하는 경우 월권소송으로 인정되고, 그와 더불어 행정청에 대하여 거부된 금액의 지급을 명할 것을 청구하는 경우 그 소송은 전체적으로 완전심판소송으로 이해된다) 등이 있다.

#### 마. 당사자소송에 관한 대법원 판례의 흐름

##### 1) 행정소송법 제정부터 1984년 전면 개정까지

이 시기에는 전통적인 권력설의 입장에서 공법상 법률관계를 매우 좁게 인정한 것으로 평가되고 있다. 예컨대, 은닉재산신고보상금 결정행위(대법원 1983. 5. 10. 선고 82누273 판결, 대법원 1982. 6. 22. 선고 81누389 판결), 국유림의 대부 및 무상양여행위(대법원 1983. 8. 23. 선고 83누239 판결), 군 소유 건물 및 시설물의 임대행위(대법원 1977. 11. 22. 선고 76누21판결), 입찰보증금 국고귀속에 관한 분쟁(대법원 1983. 12. 27. 선고 81누366 판결), 市가 발주한 도시계획도면제작 용역계약에 관한 분쟁(대법원 1982. 10. 26. 선고 82누362 판결), 농지개량조합의 매립지 분배 또는 분배취소행위(대법원 1982. 3. 9. 선고 80다2545 판결) 등을 민사소송의 대상으로 보았다.

금전지급청구와 같은 이행청구도 원칙적으로 민사소송의 대상으로 보았는데, 피징

발자의 보상청구권(대법원 1970. 10. 30. 선고 70다224 판결), 과오납 조세 반환청구(대법원 1969. 12. 9. 선고 69다1700 판결), 과오납된 관세의 가산금 반환의무 확인 청구(대법원 1984. 12. 26. 선고 82누344 판결), 국가배상청구소송(대법원 1981. 2. 10. 선고 80누317 판결) 등을 예로 들 수 있다. 이 시기에는 주로 민사소송과 특히 취소소송의 구별이 문제되었을 뿐, 그 중간적 영역이라 할 수 있는 당사자소송의 존재는 거의 무시되었다고 평가되기도 한다.

### 2) 1984년부터 1998년 3심제 도입 및 서울행정법원 설치 전까지

종래 사법상 법률관계로 보았던 손실보상, 손해배상, 부당이득반환 등에 대하여는 이 시기에도 종전 입장이 그대로 유지되었으나, 그 외의 영역에서는 공·사법관계의 구별을 전통적인 권력설에 머물지 않고 여러 기준들을 종합적으로 고려하는 복수기준설에 따라 공법상 법률관계의 인정 범위를 점차 확대하는 경향에 있었던 것으로 평가된다. 적어도 새로운 형태의 분쟁에 대해서는 계약관계 확인소송뿐만 아니라 금전지급청구소송까지 당사자소송의 대상으로 인정하였다. 예컨대, 재개발조합의 법률관계(대법원 1996. 2. 15. 선고 94다31235 전원합의체 판결), 5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률에 따른 보상금청구권(1992. 12. 24. 선고 92누3335 판결), 석탄 산업법상 재해위로금(대법원 1999. 1. 26. 선고 98두12598 판결) 등이 대표적이다. 그러나 이 시기에는 행정소송이 2심제라는 근본적인 한계가 있었다.

### 3) 1998년부터 현재까지

1998. 3. 1.부터 행정소송이 3심제로 되고, 서울행정법원이 설치되었으며, 행정심판전치가 임의적 전치로 되는 등의 큰 변화가 있었다. 이러한 변화를 바탕으로 종래 민사소송의 대상으로 보았던 사건이 전원합의체 판결을 통해 당사자소송의 대상으로 변경되었다. 특히 종래 민사소송으로 취급하던 손실보상청구권이 공법상 권리로 인정된 것이 가장 큰 변화라고 할 수 있다. 예컨대, ① 하천법 부칙(1984. 12. 31.) 제2조

와 ‘법률 제3782호 하천법 중 개정법률 부칙 제2조의 규정에 의한 보상청구권의 소멸 시효가 만료된 하천구역 편입토지 보상에 관한 특별조치법’ 제2조에 의한 손실보상청구(대법원 2006. 5. 18. 선고 2004다6207 전원합의체 판결), ② 도시 및 주거환경정비법상 행정주체인 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력 등을 다투는 소송(대법원 2009. 9. 17. 선고 2007다2428 전원합의체 판결), ③ 부가가치세 환급세액 지급청구(대법원 2013. 3. 21. 선고 2011다95564 전원합의체 판결) 등이 대표적이다.

그러나 변화된 행정소송 환경에 비하여 당사자소송에 많은 변화가 있었다고 보기는 어렵다는 평가도 있다. 오히려 2000년대 중반 이후 당사자소송 활용론이 주춤하게 되었다고 평가되기도 한다. 종래 당사자소송의 대상으로 보았던 5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률에 의한 보상금(대법원 1992. 12. 24. 선고 92누3335 판결)과 유사한 규정 체계를 가진 민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률에 의한 보상금에 관하여 대법원 2008. 4. 17. 선고 2005두16185 전원합의체 판결에서 항고소송설을 채택하였고, 그 이후에도 대법원은 ① 법령상 행정청의 결정에 대한 불복절차(이의신청 또는 행정심판 절차)가 규정되어 있는 경우, ② 급부청구권의 요건사실의 확인과 급부액의 인정에 행정청의 조사·확인이 필요하거나 재량판단의 여지가 있는 경우에는 원칙적으로 항고소송의 대상으로 보고 있다(대법원 2021. 3. 18. 선고 2018두47264 전원합의체 판결).

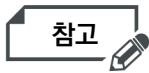
## 바. 당사자소송과 민사소송의 구별

### 1) 구별기준

무엇을 기준으로 공법관계와 사법관계를 구분할 것인지에 관하여 ① 당해 소송의 소송물을 기준으로 하여 설령 그것이 행정청의 처분 등 공법상 법률관계에서 기인한 것이라 하더라도 소송상 다투어지는 대상이 사법상 권리이면 민사소송의 대상이 된다는 견해와 ② 소송물의 전제가 되는 법률관계를 기준으로 그 원인이 되는 법률관계가

공법상의 법률관계이면 당사자소송이고 사법상 법률관계이면 민사소송의 대상이라는 견해가 대립된다. 학자들은 대체로 후자의 견해를 지지하고 있으나, 전자의 견해가 확립된 판례의 태도로 평가되고 있다.

양자 모두 공법과 사법이 구분됨을 전제로 하고 있으나, 그 구별기준으로서, 소송물이 공권인지 사권인지, 혹은 그 전제가 되는 법률관계가 공법상 법률관계인지 사법상 법률관계인지를 구별하기가 쉽지 않고, 현대에는 양자의 성격이 혼화된 법률관계가 다수 존재한다는 근본적인 문제가 있다. 결국 원칙적으로는 개개의 소송유형에 따라 개별적으로 판단할 수밖에 없을 것이고, 이러한 민사소송과 당사자소송 사이의 관할 결정은 대법원의 고도의 사법정책적 판단이 수반되어야 하는 사항으로 경계선상의 사건의 경우 논리적으로 분명한 답이 있다고 하기도 어렵다. 비교법적으로 보더라도 마찬가지로 앞서 확인한 바와 같다.



**대법원 1995. 4. 28. 선고 94다55019 판결**

조세부과처분이 당연무효임을 전제로 하여 이미 납부한 세금의 반환을 청구하는 것은 민사상의 부당이득반환청구로서 민사소송절차에 따라야 한다.

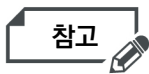
**대법원 2001. 10. 26. 선고 2000두7520 판결**

이미 존재와 범위가 확정되어 있는 과오납부액이나 환급세액은 납세자가 부당이득의 반환을 구하는 민사소송으로 그 환급을 청구할 수 있다.

**2) 구별 실익**

당사자소송은 행정법원의 전속관할에 속하므로 그 관할의 확인을 위해서라도 당사자소송과 민사소송의 구분은 필요하다. 당사자소송에서는 민사소송과 달리 행정소송법이 정한 피고의 경정(제44조, 제14조), 관련사건의 병합(제44조 제2항, 제10조 제2

항, 제44조 제1항, 제15조), 제3자와 행정청의 소송참가(제44조 제1항, 제16조, 제17조), 소 종류의 변경(제42조, 제21조), 처분변경으로 인한 소의 변경(제44조 제1항, 제22조), 행정심판기록의 제출명령(제44조 제1항, 제25조), 직권심리(제44조 제1항, 제26조), 판결의 기속력(제44조 제1항, 제30조 제1항) 등에 관한 규정이 적용되므로 그 구분의 실익이 있다.



#### 대법원 1997. 5. 30. 선고 95다28960 판결

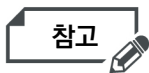
원고가 고의 또는 중대한 과실 없이 행정소송으로 제기하여야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기한 경우, 수소법원으로서만 만약 그 행정소송에 대한 관할도 동시에 가지고 있다면 이를 행정소송으로 심리·판단하여야 하고, 그 행정소송에 대한 관할을 가지고 있지 아니하다면 당해 소송이 이미 행정소송으로서의 전심절차 및 제소기간을 도과하였거나 행정소송의 대상이 되는 처분 등이 존재하지도 아니한 상태에 있는 등 행정소송으로서의 소송요건을 결하고 있음이 명백하여 행정소송으로 제기되었더라도 어차피 부적법하게 되는 경우가 아닌 이상 이를 부적법한 소라고 하여 각하할 것이 아니라 관할 법원에 이송하여야 할 것이다.

#### 사. 당사자소송과 항고소송의 구별

대법원 판례는 항고소송과 당사자소송을 구분하는 가장 결정적인 징표를 ‘급부청구권의 발생 형태’를 기준으로 하고 있는 것으로 평가되고 있다. 어떤 공법상의 급부청구권이 법령의 요건에 해당하는 것만으로 바로 구체적인 청구권이 발생하는 것이 아니라 행정청의 인용결정에 의하여 비로소 구체적 청구권이 발생하는 경우에는 신청에 대한 행정청의 인용거부결정을 대상으로 항고소송을 제기하여야 한다. 반면 법령상 행정청의 1차적 판단이 필요 없이 곧바로 구체적 청구권이 발생하는 경우에는 행정청을 상대로 항고소송을 제기함이 없이 곧바로 그 법률관계의 한쪽 당사자를 상대로 급

부의 이행을 청구하는 당사자소송을 제기하여야 한다. 즉 급부청구권의 요건사실 확인과 급부액의 인정에 행정청의 조사·확인이나 재량의 여지가 있는 경우라면 항고소송으로, 그렇지 않다면 당사자소송으로 해석할 여지가 많다. 관계 법령에 급부거부결정에 대한 불복절차가 규정되어 있는지 여부에 따라 그러한 불복절차가 있으면 항고소송으로, 그렇지 않으면 당사자소송으로 해석할 여지가 많다.

그러나 위와 같은 기준에 의하더라도 지금까지의 판례가 이후의 판결에 대해 예측 가능한 일정한 기준을 충분하게 제시했다고 보기는 어렵고, 구체적인 사안에서 법령의 구조 및 해석에 따라 소송의 유형을 파악하는 것은 여전히 용이하지 않다.



**대법원 2021. 3. 18. 선고 2018두47264 전원합의체 판결**

공법상 각종 급부청구권은 행정청의 심사·결정의 개입 없이 법령의 규정에 의하여 직접 구체적인 권리가 발생하는 경우와 관할 행정청의 심사·인용결정에 따라 비로소 구체적인 권리가 발생하는 경우로 나눌 수 있다. 이러한 두 가지 유형 중 어느 것인지는 관계 법령에 구체적인 권리의 존부나 범위가 명확하게 정해져 있는지, 행정청의 거부결정에 대하여 불복절차가 마련되어 있는지 등을 종합하여 정해진다.

**3. 예시 규정**

제19조는 당사자소송의 개념을 정의하는 것이 아니라 당사자소송에 해당하는지를 판단하는 일반적 기준은 무엇인지, 구체적으로 당사자소송에 해당하는 것은 어떤 것이 있는지를 예시적으로 규정한 것이다. 그러한 관점에서 “포함한다.”라는 문구를 써서 여기에 규정되어 있지 않더라도 당사자소송에 해당하는 소송이 있음을 명확히 하였다. 따라서 판례를 통해 당사자소송의 대상이 추가될 수 있는 것이다. 제19조는 행정소송법 제3조 제2호의 개념을 확대하거나 축소하는 것이 아니라 그 내용을 구체화

하는 예시 규정에 불과하다.



**가사소송규칙 제2조(가정법원의 관장사항)** ① 가정법원은 법 제2조 제1항 각호의 사항 외에, 다음 각호의 사항에 대하여도 이를 심리·재판한다.

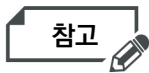
1. 미성년후견인의 순위확인
2. 「민법」 제1014조의 규정에 의한 피인지자 등의 상속분에 상당한 가액의 지급청구
3. 양친자관계존부확인
4. 「민법」 제924조 제3항에 따른 친권의 일시 정지 기간 연장 청구

#### 4. 제1호(손실보상금에 관한 소송)

실무상 가장 빈번하게 당사자소송으로 제기되는 소송이 바로 손실보상금에 관한 소송이다. 손실보상금의 결정절차나 불복방법에 관하여는 통칙 규정이 없고 개별 법률에서 따로 정하고 있는데, 그 법률의 해석에 따라 항고소송으로 다투어야 할 것인지, 당사자소송으로 다투어야 할 것인지 아니면 민사소송으로 다투어야 할 것인지 결정된다.

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제85조 제2항에 따른 보상금 증감 소송은 대표적인 형식적 당사자소송이다. 대법원 2019. 4. 23. 선고 2018두55326 판결은 “주거용 건축물의 소유자가 사업시행자를 상대로 이주정착금, 주거이전비 및 이사비의 보상을 구하는 경우”에도 당사자소송에 의하여야 한다고 하였다. 대법원 2006. 5. 18. 선고 2004다6207 전원합의체 판결은 “하천법 부칙(1984. 12. 31.) 제2조와 ‘법률 제3782호 하천법 중 개정법률 부칙 제2조의 규정에 의한 보상청구권의 소멸시효가 만료된 하천구역 편입토지 보상에 관한 특별조치법’ 제2조, 제6조의 각 규정들을 종합하면, 위 규정들에 의한 손실보상금의 지급을 구하거나 손실보상청구권의 확인을 구하는 소송”은 당사자소송에 의하여야 한다고 하였다.

이에 따라 제19조 제1호는 실무상 제기되고 있는 대표적인 손실보상소송 유형인 ① 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제78조 제1항 및 제6항에 따른 이주정착금, 주거이전비등에 관한 소송, ② 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제85조 제2항에 따른 보상금의 증감(增減)에 관한 소송, ③ 하천편입토지 보상 등에 관한 특별조치법 제2조에 따른 보상금에 관한 소송이 당사자소송에 포함됨을 확인하였다.



**대법원 1991. 11. 26. 선고 91누285 판결**

토지수용법 제75조의2 제2항의 규정은 그 제1항에 의하여 이의재결에 대하여 불복하는 행정소송을 제기하는 경우, 이것이 보상금의 증감에 관한 소송인 때에는 이의재결에서 정한 보상금이 증액 변경될 것을 전제로 하여 기업자를 상대로 보상금의 지급을 구하는 공법상의 당사자소송을 규정한 것으로 볼 것이다.

**대법원 2019. 4. 23. 선고 2018두55326 판결**

토지보상법 제78조 제5항, 제9항, 토지보상법 시행규칙 제54조 제2항 본문, 제3항 등을 종합하여 보면, 주거이전비 보상청구권은 그 요건을 충족하는 경우에 당연히 발생하는 것이므로 주거이전비 보상청구소송은 행정소송법 제3조 제2호에 규정된 당사자소송에 의하여야 한다. 그리고 이러한 법리는 주거용 건축물의 소유자가 사업시행자를 상대로 이주정착금, 주거이전비 및 이사비의 보상을 구하는 경우에도 그대로 적용된다.

**대법원 2006. 5. 18. 선고 2004다6207 전원합의체 판결**

하천법 부칙(1984. 12. 31.) 제2조와 ‘법률 제3782호 하천법 중 개정법률 부칙 제2조의 규정에 의한 보상청구권의 소멸시효가 만료된 하천구역 편입토지 보상에 관한 특별조치법’ 제2조, 제6조의 각 규정들을 종합하면, 위 규정들에 의한 손실보상청구권은 1984. 12. 31. 전에 토지가 하천구역으로 된 경우에는 당연히 발생하는 것이지, 관리청의 보상금지급결정에 의하여 비로소 발생하는 것은 아니므로, 위 규정들에 의한 손실보상금의

지급을 구하거나 손실보상청구권의 확인을 구하는 소송은 행정소송법 제3조 제2호 소정의 당사자소송에 의하여야 한다.

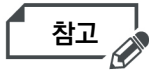
## 5. 제2호(그 존부 또는 범위가 구체적으로 확정된 공법상 법률관계 그 자체에 관한 소송)

대법원은 앞서 ‘당사자소송과 항고소송의 구별’ 논의에서 살펴 본 바와 같이, 그 존부·범위가 구체적으로 확정된 공법상 법률관계 그 자체에 관한 소송의 경우 당사자소송의 절차에 따라야 한다고 일반적 판단기준을 제시하고 있다. 위와 같은 기준에 의하더라도 판례가 이후의 판결에 대해 예측 가능한 기준을 충분히 제시했다고 보기는 어려워서 판례를 통해 구체적으로 확인된 조세, 사회보장급부, 공무원의 보수 등 관련 소송에 있어서의 대표적 유형을 예시하였다.

### 가. (가)목, (다)목, (라)목(납세의무 존부의 확인 등)

대법원 2000. 9. 8. 선고 99두2765 판결은 “납세의무부존재확인 소는 공법상의 법률관계 그 자체를 다투는 소송으로서 당사자소송”이라고 하였고, 대법원 2020. 3. 2. 선고 2017두41771 판결에서 “국가 등 과세주체가 당해 확정된 조세채권의 소멸시효 중단을 위하여 납세의무자를 상대로 제기한 조세채권존재확인 소”는 공법상 당사자소송이라고 하였다. 대법원 1999. 1. 26. 선고 98두12598 판결은 “폐광대책비의 일종으로 폐광된 광산에서 업무상 재해를 입은 근로자에게 지급하는 재해위로금에 대한 지급청구권은 공법상의 권리로서 그 지급을 구하는 소송은 공법상의 법률관계에 관한 소송인 공법상 당사자소송”이라고 하였고, 대법원 1992. 12. 24. 선고 92누3335 판결은 “광주민중화운동 관련자 보상 등에 관한 법률에 의거하여 관련자 및 유족들이 갖게 되는 보상 등에 관한 권리에 관한 소송”도 당사자소송에 해당한다고 하였다. 이에 따라 제19조 제2호 (가)목, (다)목, (라)목은 ① 납세의무 존부의 확인, ② 석탄산업법 제39조의3 제1항 및 같은 법 시행령 제41조 제4항 제5호에 따른 재해위로금 지급청

구, ③ 5·18민주화운동관련자 보상 등에 관한 법률 제5조, 제6조 및 제7조에 따른 관련자 또는 유족의 보상금 등 지급청구가 당사자소송에 포함됨을 확인하였다.



**대법원 2000. 9. 8. 선고 99두2765 판결**

납세의무부존재확인 소는 공법상의 법률관계 그 자체를 다투는 소송으로서 당사자소송이라 할 것이다.

**대법원 2020. 3. 2. 선고 2017두41771 판결**

국가 등 과세주체가 당해 확정된 조세채권의 소멸시효 중단을 위하여 납세의무자를 상대로 제기한 조세채권존재확인 소는 공법상 당사자소송에 해당한다.

**대법원 1999. 1. 26. 선고 98두12598 판결**

석탄산업법 제39조의3 제1항 제4호, 제4항 및 같은 법 시행령 제41조 제4항 제5호의 각 규정에 의하여 폐광대책비의 일종으로 폐광된 광산에서 업무상 재해를 입은 근로자에게 지급하는 재해위로금은, 국내의 석탄수급상황을 감안하여 채탄을 계속하는 것이 국민경제의 균형발전을 위하여 바람직하지 못하다고 판단되는 경제성이 없는 석탄광산을 폐광함에 있어서 그 광산에서 입은 재해로 인하여 전업 등에 특별한 어려움을 겪게 될 퇴직 근로자를 대상으로 사회보장적인 차원에서 통상적인 재해보상금에 추가하여 지급하는 위로금의 성격을 갖는 것이고, 이러한 재해위로금에 대한 지급청구권은 공법상의 권리로써 그 지급을 구하는 소송은 공법상의 법률관계에 관한 소송인 공법상 당사자소송에 해당한다.

**대법원 1992. 12. 24. 선고 92누3335 판결**

광주민중화운동 관련자 보상 등에 관한 법률에 의거하여 관련자 및 유족들이 갖게 되는 보상 등에 관한 권리는 헌법 제23조 제3항에 따른 재산권침해에 대한 손실보상청구나 국가배상법에 따른 손해배상청구와는 그 성질을 달리하는 것으로서 법률이 특별히 인정하고 있는 공법상의 권리라고 하여야 할 것이므로 그에 관한 소송은 행정소송법 제3조 제2호 소정의 당사자소송에 의하여야 할 것이다.

#### 나. (나)목(부가가치세법 제59조에 따른 환급청구)

대법원 1995. 4. 28. 선고 94다55019 판결 등은 조세부과처분이 당연무효임을 전제로 하여 이미 납부한 세금의 반환을 청구하는 것은 민사상의 부당이득반환청구로서 민사소송절차에 따라야 한다고 하였고, 이는 종래부터 유지되어 온 태도이다. 다만 대법원은 2013. 3. 21. 선고 2011다95564 전원합의체 판결에서 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구(현행 부가가치세법 제59조)는 당사자소송에 의하여야 한다고 하였는바, 이에 따라 제19조 제2호 (나)목은 부가가치세법 제59조에 따른 환급청구는 당사자소송에 포함됨을 확인하였다.

한편 이 (나)목 규정의 입안 과정에서 과오납세금 부당이득반환소송 전체를 당사자소송의 대상으로 규정할지 여부에 관하여 논의가 있었다. 적극설은, 세금환급소송을 민사소송으로 할 것인지 당사자소송으로 할 것인지 여부는 결국 정책적 판단으로 볼 수 있는 점, 과세처분의 위법을 주장하는 것이나 과세처분의 위법이 중대·명백하여 무효라고 주장하는 것이나 분쟁의 실질에 있어서는 큰 차이가 없는 점, 과오납세금 부당이득반환청구권은 민법상 비채변제 규정이 적용되지 않고(대법원 1995. 2. 28. 선고 94다31419 판결) 국세기본법 제54조 제1항에 따라 소멸시효 기간이 5년이며 반환 시 선의·악의 여부를 불문하고 법정이자를 부가하고 있으므로 이를 사권이 아닌 공법상 부당이득 반환청구권으로 볼 소지도 큰 점, 접수건수가 많지 않는 과오납세금 부당이득반환소송도 각종 조세소송을 맡아서 전문성이 높은 행정법원으로 집중시킨다면 사건처리의 효율성과 적정성을 높일 수 있게 될 것인 점, 1998년부터는 행정소송도 3심제가 되었으므로, 과오납세금 부당이득반환소송을 당사자소송으로 다루도록 한다고 하여도 심급이익에 있어 차이가 발생하지 않는 점 등을 그 근거로 한다. 그러나 논의 결과, 현 단계에서는 종래의 대법원 판례에 따라 ‘부가가치세법 제59조에 따른 환급청구’만 당사자소송으로 예시하는 것으로 하였다. 다만 향후 추가적 논의가 이루어질 것으로 예상된다.



**대법원 1969. 12. 9. 선고 69다1700 판결**

법률이나 명령에 근거가 없는 구 법인세법시행규칙(66.3.11. 재무부령 제400호) 제12조 제2항 제3호에 근거하여 국가가 원고들에게 한 조세부과처분은 당연무효이며 이를 전제로 한 납입세액의 반환청구는 민사소송으로 가능한 것이지 굳이 행정소송으로 소구할 성질의 것이 아니다.

**대법원 1987. 9. 8. 선고 85누565 판결**

국세기본법 제51조 제1항에 의한 환급금의 존부나 범위는 오납금액에 있어서는 법률상의 원인이 없는 것이어서 처음부터 확정되어 있고 초과납부액은 납부, 징수의 기초가 된 처분의 취소 등으로 확정되며, 환급세액에 있어서는 개별세법에서 규정하고 있는 환급요건에 따라 확정된다고 할 것이어서 위 규정은 정의, 공평의 견지에서 국가가 납세의무자의 납부세액 중에서 이와 같은 과오납부한 금액 및 환급세액으로 확정된 금액을 납세의무자에게 즉시 반환하여야 한다는 부당이득법리의 표현에 불과하다.

**대법원 1989. 6. 15. 선고 88누6436 전원합의체 판결**

오납액과 초과납부액 및 환급세액은 모두 조세채무가 처음부터 존재하지 않거나 그 후 소멸되었음에도 불구하고 국가가 법률상 원인 없이 수령하거나 보유하고 있는 부당이득에 해당한다.

**대법원 1991. 2. 6. 자 90프2 결정**

조세부과처분이 무효임을 전제로 하여 이미 납부한 세금의 반환을 청구하는 것은 민사상의 부당이득반환청구로서 민사소송절차에 따라야 한다는 것이 당원의 견해인 바, 1985. 1. 1.부터 시행하는 현행 행정소송법에 소론과 같은 당사자 소송에 관한 규정이 되어 있다고 하여 위와 같은 견해를 변경하여야 할 필요가 있다고 보지 아니한다.

**대법원 1995. 4. 28. 선고 94다55019 판결**

조세부과처분이 당연무효임을 전제로 하여 이미 납부한 세금의 반환을 청구하는 것은 민사상의 부당이득반환청구로서 민사소송절차에 따라야 한다는 것이 대법원의 확립된 견해이다.

### 대법원 2013. 3. 21. 선고 2011다95564 전원합의체 판결

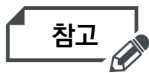
[다수의견] 부가가치세법령의 내용, 형식 및 입법 취지 등에 비추어 보면, 납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무는 그 납세의무자로부터 어느 과세기간에 과다하게 거래징수된 세액 상당을 국가가 실제로 납부 받았는지와 관계없이 부가가치세법령의 규정에 의하여 직접 발생하는 것으로서, 그 법적 성질은 정의와 공평의 관념에서 수익자와 손실자 사이의 재산상태 조정을 위해 인정되는 부당이득 반환의무가 아니라 부가가치세법령에 의하여 그 존부나 범위가 구체적으로 확정되고 조세 정책적 관점에서 특별히 인정되는 공법상 의무라고 봄이 타당하다. 그렇다면 납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무에 대응하는 국가에 대한 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구는 민사소송이 아니라 행정소송법 제3조 제2호에 규정된 당사자소송의 절차에 따라야 한다.

[대법관 박보영의 반대의견] 본래 부당이득으로서 국가가 이를 즉시 반환하는 것이 정의와 공평에 합당한 부가가치세 환급세액에 관하여 부가가치세법령에 요건과 절차, 지급시기 등이 규정되어 있고 그 지급의무에 공법적인 의무로서의 성질이 있다는 이유로, 그 환급세액 지급청구를 반드시 행정법원의 전속관할로 되어 있는 행정소송법상 당사자소송으로 하여야 한다고 볼 것은 아니다.

### 다. (마)목(공무원의 보수·퇴직금·연금 등 지급청구)

대법원 1999. 7. 23. 선고 97누10857 판결은 공무원의 연가보상비와 같이 사회보장 급부에 관한 내용이 아니더라도 관련 규정상 곧바로 구체적인 급부청구권이 인정될 경우 공무원으로서는 행정청의 급부 미이행 자체를 다룰 것이 아니라 당사자소송으로 그 급부를 직접 구하여야 한다고 하였다. 또한 대법원 2004. 7. 8. 선고 2004두244 판결은 “미지급퇴직연금에 대한 지급청구권은 공법상 권리로서 그의 지급을 구하는 소송은 공법상의 법률관계에 관한 소송인 공법상 당사자소송”이라고 하였다. 대법원 2013. 3. 28. 선고 2012다102629 판결은 “지방소방공무원의 초과근무수당 지급청구권은 법령의 규정에 의하여 직접 그 존부나 범위가 정하여지고 법령에 규정된 수당의 지급요건에 해당하는 경우에는 곧바로 발생한다고 할 것이므로, 이에 관한 소송은 당사자소송의 절차에 따라야 한다.”고 하였다. 대법원 2016. 5. 24. 선고 2013두

14863 판결은 법원행정처장의 법관에 관한 명예퇴직수당 지급대상자 결정이 있는 경우 명예퇴직한 법관은 당사자소송으로 명예퇴직수당액의 추가 지급을 청구할 수 있다고 하였고, 대법원 2022. 1. 27. 선고 2021다219161 판결은 전역 군인으로서 '공제' 또는 '상계'되어 미지급된 퇴직수당액 부분을 당사자소송의 형태로 그 지급을 청구할 수 있다고 하였다. 이에 따라 제19조 제2호 (마)목은 공무원의 보수·퇴직금·연금 등 지급청구가 당사자소송에 포함됨을 확인하였다. 이 유형의 소송은 다양하여 관계 법령을 특정하지 않고 다소 일반적인 형태로 규정하였다. 그러나 앞서 '당사자소송과 항고소송의 구별' 논의에서 살펴 본 바와 같이, 이러한 보수, 퇴직금, 연금 등을 지급받을 구체적인 권리가 '지급결정'이라는 처분에 따라 발생하는 경우에는 그 보수 등을 지급받기 위하여 당사자소송이 아니라 그 지급결정을 다투는 항고소송을 제기하여야 할 것이다.



**대법원 1999. 7. 23. 선고 97누10857 판결**

국가공무원법 제67조, 구 공무원복무규정 제15조, 제16조 제5항, 제17조 등의 각 규정에 비추어 보면, 공무원의 연가보상비청구권은 공무원이 연가를 실시하지 아니하는 등 법령상 정해진 요건이 충족되면 그 자체만으로 지급기준일 또는 보수지급기관의 장이 정한 지급일에 구체적으로 발생하고 행정청의 지급결정에 의하여 비로소 발생하는 것은 아니라고 할 것이다.

**대법원 2013. 3. 28. 선고 2012다102629 판결**

지방소방공무원의 초과근무수당 지급청구권은 법령의 규정에 의하여 직접 그 존부나 범위가 정하여지고 법령에 규정된 수당의 지급요건에 해당하는 경우에는 곧바로 발생한다고 할 것이므로, 지방소방공무원이 자신이 소속된 지방자치단체를 상대로 초과근무수당의 지급을 구하는 청구에 관한 소송은 행정소송법 제3조 제2호에 규정된 당사자소송의 절차에 따라야 한다.

### 대법원 2016. 5. 24. 선고 2013두14863 판결

명예퇴직한 법관이 미지급 명예퇴직수당액에 대하여 가지는 권리는 명예퇴직수당 지급 대상자 결정 절차를 거쳐 명예퇴직수당규칙에 의하여 확정된 공법상 법률관계에 관한 권리로서, 그 지급을 구하는 소송은 행정소송법의 당사자소송에 해당한다.

### 대법원 2022. 1. 27. 선고 2021다219161 판결

이 사건 소는 국방부장관 등이 구체적인 급여수급액을 확인·결정함에 따라 공법상 권리가 된 퇴직수당 중 일부금의 지급을 청구하는 것으로, 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송이므로 행정소송법상 당사자소송에 해당한다.

### 라. (바)목(공법상 신분·지위의 확인)

공무원이나 국공립학교 학생, 지방의회 의원 등의 신분이나 지위의 확인을 구하는 소가 당사자소송에 속함에는 이론(異論)이 없다. 다만 면직처분이나 제적처분 등 처분의 효력 여하에 따라 지위의 유무가 결정되는 때는, 당사자소송의 형식이 아니라 해당 처분의 무효 확인을 구하는 항고소송의 형식으로 바라는 목적을 달성할 수도 있으므로, 당사자소송으로서의 지위확인 소가 자주 이용되지는 않는다. 그러나 처분이 개재되어 있지 아니한 때에는 당사자소송으로 지위확인 소를 제기할 수밖에 없다. 대법원 1991. 1. 25. 선고 90누3041 판결은 영관생계보조기금의 권리자임의 확인을 구하는 소송을 공법상의 권리관계의 확인을 구하는 당사자소송의 대상으로 보았고, 대법원 1990. 10. 23. 선고 90누4440 판결은 태극무공훈장을 수여받은 자임을 확인하라는 청구를 공법상의 법률관계에 관한 당사자소송에 속한다고 하였다.

또한 국가·지방자치단체와의 채용계약에 의한 계약직공무원이 행정청의 일방적 채용계약 해지통고의 효력을 다투는 방법은 해지통고를 공권력적 작용으로 볼 수 없으므로 계약해지 의사표시의 무효확인이나 지위확인을 구하는 당사자소송에 의하여야 하고(대법원 1993. 9. 14. 선고 92누4611 판결, 대법원 1995. 12. 22. 선고 95누4636 판결, 대법원 1996. 5. 31. 선고 95누10617 판결, 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001두7794 판결, 대법원 2002. 11. 26. 선고 2002두5948 판결), 도시 및 주거환

경정비법의 정비사업시행자로서 행정주체인 주택재개발조합 등을 상대로 한 조합원지위의 확인청구는 당사자소송의 대상이다(대법원 1996. 2. 15. 선고 94다31235 전원합의체 판결, 대법원 1997. 11. 28. 선고 95다43594 판결, 대법원 1999. 2. 5. 선고 97누14606 판결). 이에 따라 제19조 제2호 (바)목은 공법상 신분·지위의 확인도 당사자소송에 포함됨을 확인하였다.



**대법원 1991. 1. 25. 선고 90누3041 판결**

공법상의 권리관계의 확인을 구하는 당사자소송은 그 권리주체인 국가 또는 공공단체 등을 피고로 하여야 하므로 그 권리주체가 아닌 재향군인회장과 국방부장관을 피고로 하여 제기한 소는 부적법하다.

**대법원 1990. 10. 23. 선고 90누4440 판결**

국가의 훈기부상 화랑무공훈장을 수여받은 것으로 기재되어 있는 원고가 태극무공훈장을 수여받은 자임을 확인하라는 이 소 청구는 항고소송이 아니라 공법상의 법률관계에 관한 당사자소송에 속하는 것이므로 행정소송법 제30조의 규정에 의하여 국가를 피고로 하여야 할 것이다.

**대법원 1993. 9. 14. 선고 92누4611 판결**

지방전문직공무원 채용계약 해지의 의사표시에 대하여는 대등한 당사자간의 소송형식인 공법상 당사자소송으로 그 의사표시의 무효확인을 청구할 수 있다.

**대법원 1995. 12. 22. 선고 95누4636 판결**

서울특별시립무용단 단원의 위촉은 공법상의 계약이라고 할 것이고, 따라서 그 단원의 해촉에 대하여는 공법상의 당사자소송으로 그 무효확인을 청구할 수 있다.

**대법원 1996. 5. 31. 선고 95누10617 판결**

현행 실정법이 전문직공무원인 공중보건의사의 채용계약 해지의 의사표시는 일반공무원에 대한 징계처분과는 달라서 항고소송의 대상이 되는 처분 등의 성격을 가진 것으로 인

정되지 아니하고, 공중보건 의사 채용계약 해지의 의사표시에 대하여는 대등한 당사자간의 소송형식인 공법상의 당사자소송으로 그 의사표시의 무효확인을 청구할 수 있는 것이다.

#### 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001두7794 판결

광주광역시문화예술회관장의 단원 위촉은 광주광역시문화예술회관장이 행정청으로서 공권력을 행사하여 행하는 행정처분이 아니라 공법상의 근무관계의 설정을 목적으로 하여 광주광역시와 단원이 되고자 하는 자 사이에 대등한 지위에서 의사가 합치되어 성립하는 공법상 근로계약에 해당한다고 보아야 할 것이므로, 광주광역시립합창단원으로서 위촉기간이 만료되는 자들의 재위촉 신청에 대하여 광주광역시문화예술회관장이 실기와 근무성적에 대한 평정을 실시하여 재위촉을 하지 아니한 것을 항고소송의 대상이 되는 불합격처분이라고 할 수는 없다.

#### 대법원 2002. 11. 26. 선고 2002두5948 판결

계약직공무원 채용계약해지의 의사표시는 항고소송의 대상이 되는 처분 등의 성격을 가진 것으로 인정되지 아니하고, 일정한 사유가 있을 때에 국가 또는 지방자치단체가 채용계약관계의 한쪽 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시로 취급되는 것으로 이해된다.

#### 대법원 2016. 12. 15. 선고 2016다221566 판결

갑 토지구획정리조합이 환지계획을 인가받으면서 체비지 겸 학교용지로 인가받은 토지에 대하여 체비지대장에 갑 조합을 토지의 소유자로 등재한 후 소유자명의를 을 주식회사 앞으로 이전하였는데, 환지처분이 이루어지지 않은 상태에서 병 지방자치단체가 갑 조합을 상대로 환지처분의 공고 다음 날에 토지의 소유권을 원시취득할 지위에 있음의 확인을 구한 사안에서, 토지구획정리사업에 따른 공공시설용지의 원시취득으로 형성되는 국가 또는 지방자치단체와 사업시행자 사이의 관계는 공법관계이므로, 위와 같은 지위의 확인을 구하는 것은 행정소송법상 당사자소송에 해당한다.

#### 대법원 1996. 2. 15. 선고 94다31235 전원합의체 판결

조합을 상대로 한 쟁송에 있어서, 강제가입제를 특색으로 한 조합원의 자격 인정여부에 관하여 다툼이 있는 경우에는 그 단계에서는 아직 조합의 어떠한 처분 등이 개입될 여지는 없으므로 공법상의 당사자소송에 의하여 그 조합원 자격의 확인을 구할 수 있다.

#### 대법원 1997. 11. 28. 선고 95다43594 판결

재개발조합을 상대로 한 쟁송에 있어서 조합원 자격 인정 여부에 관하여 다툼이 있는 경

우에는 공법상의 당사자소송에 의하여 그 조합원 자격의 확인을 구하여야 하고, 분양신청 후에 정하여진 관리처분계획의 내용에 관하여 다툼이 있는 경우에는 항고소송에 의하여 관리처분계획 또는 그 내용인 분양거부처분 등의 취소를 구할 수 있다.

#### 대법원 1999. 2. 5. 선고 97누14606 판결

주택개발재개발조합이 그 조합원임을 주장하는 자의 조합원자격을 부인하는 경우, 조합원임을 주장하는 자는 그의 권리 또는 법적 지위에 현존하는 위험·불안을 제거하는 방법으로 위 조합을 상대로 조합원지위확인을 구할 소의 이익이 있다 할 것이고, 관리처분계획은 분양처분이 이루어지기 전까지는 변경될 수도 있을 뿐만 아니라, 그 계획이 확정되었다고 하여 위와 같은 소의 이익에 관한 법리가 달라지는 것은 아니라 할 것이다.

### 6. 제3호(처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 다음 각 목의 소송)

실무상 당사자소송이 제기되고 있는 대표적인 분야가 재건축·재개발 관련 분쟁이다. 대법원은 이와 관련하여 “처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 소송으로 그 소송결과에 따라 행정처분의 위법 여부에 직접 영향을 미치는 공법상 법률관계에 관한 것인 경우” 당사자소송에 해당한다고 판단하고 있다. 조합설립변경인가 또는 사업시행계획안에 대한 인가가 이루어지기 전에 행정주체인 재건축조합을 상대로 그 조합설립변경 결의 또는 사업시행계획 결의의 효력 등을 다투는 소송(대법원 2010. 7. 29. 선고 2008다6328 판결), 주택재건축 정비사업 조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력을 다투는 소송(대법원 2015. 8. 21. 자 2015무26 결정)이 여기에 해당한다. 이에 따라 제19조 제3호는 ① 도시 및 주거환경정비법 제35조 제5항에 따른 인가 이전 조합설립변경에 대한 총회결의의 효력 등을 다투는 소송, ② 도시 및 주거환경정비법 제50조 제1항에 따른 인가 이전 사업시행계획에 대한 총회결의의 효력 등을 다투는 소송, ③ 도시 및 주거환경정비법 제74조 제1항에 따른 인가 이전 관리처분계획에 대한 총회결의의 효력 등을 다투는 소송이 당사자소송에 포함됨을 확인하였다.


**참고**
**대법원 2009. 9. 17. 선고 2007다2428 전원합의체 판결**

행정주체인 재건축조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력 등을 다투는 소송은 행정처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 소송으로서 그 소송결과에 따라 행정처분의 위법 여부에 직접 영향을 미치는 공법상 법률관계에 관한 것이므로, 이는 행정소송법상의 당사자소송에 해당한다.

나아가 관리처분계획에 대한 관할 행정청의 인가·고시까지 있게 되면 관리처분계획은 행정처분으로서 효력이 발생하게 되므로, 총회결의의 하자를 이유로 하여 행정처분의 효력을 다투는 항고소송의 방법으로 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구하여야 하고, 그와 별도로 행정처분에 이르는 절차적 요건 중 하나에 불과한 총회결의 부분만을 따로 떼어내어 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 특별한 사정이 없는 한 허용되지 않는다고 보아야 한다.

**대법원 2009. 10. 15. 선고 2008다93001 판결**

행정주체인 재건축조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력 등을 다투는 소송은 행정처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 소송으로서 그 소송결과에 따라 행정처분의 위법 여부에 직접 영향을 미치는 공법상 법률관계에 관한 것이므로, 이는 행정소송법상의 당사자소송에 해당하고, 재건축조합을 상대로 사업시행계획안에 대한 조합 총회결의의 효력 등을 다투는 소송 또한 행정소송법상의 당사자소송에 해당한다.

**대법원 2010. 7. 29. 선고 2008다6328 판결**

조합설립변경 인가 또는 사업시행계획안에 대한 인가가 이루어지기 전에 행정주체인 재건축조합을 상대로 그 조합설립변경 결의 또는 사업시행계획 결의의 효력 등을 다투는 소송은 행정처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 소송으로서 그 소송결과에 따라 행정처분의 위법 여부에 직접 영향을 미치는 공법상 법률관계에 관한 것이므로 이는 행정소송법상의 당사자소송에 해당한다.

**대법원 2015. 8. 21. 자 2015무26 결정**

도시 및 주거환경정비법상 행정주체인 주택재건축 정비사업 조합을 상대로 관리처분계

획안에 대한 조합 총회결의의 효력을 다투는 소송은 행정처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 소송으로서 소송결과에 따라 행정처분의 위법 여부에 직접 영향을 미치는 공법상 법률관계에 관한 것이므로, 이는 행정소송법상 당사자소송에 해당한다.

## 7. 제4호(공법상 계약에 따른 권리·의무의 확인 또는 이행청구 소송)

### 가. 의의

공법상 계약이란 “공법적 효과의 발생을 목적으로 하여 대등한 당사자 사이의 의사표시의 합치로 성립하는 공법행위”(대법원 2021. 2. 4. 선고 2019다277133 판결)이다. 이는 학설과 판례를 통하여 인정되는 개념이었는데, 행정기본법 제27조에 ‘공법상 법률관계에 관한 계약’으로 명문화되었다.

대법원은 2021. 2. 4. 선고 2019다277133 판결에서 “공법상 계약의 한쪽 당사자가 다른 당사자를 상대로 그 효력을 다투거나 그 이행을 청구하는 소송은 공법상의 법률관계에 관한 분쟁이므로 분쟁의 실질이 공법상 권리·의무의 존부·범위에 관한 다툼이 아니라 손해배상액의 구체적인 산정방법·금액에 국한되는 등의 특별한 사정이 없는 한 공법상 당사자소송으로 제기하여야 한다.”라고 하였다.\* 이러한 판결 등에 따라 제19조 제4호는 “공법상 계약에 따른 권리·의무의 확인 또는 이행청구 소송”이 당사자소송에 포함됨을 확인하였다.

아래에서 보는 바와 같이 대법원은 공법상 계약에 관한 분쟁이 모두 당사자소송의 대상이라는 원칙을 관철하지는 못하고 있고, 개별 사안의 특수성을 고려하여 관할을 정하고 있는바, 공법상 계약의 유형이 매우 다양하고 형성과정에 있는 점 등을 고려하여 이 조문에서는 일단 일반적인 판단기준만을 제시하였다.

\* 민사소송에 해당하는 소가 행정법원에 제기되었더라도 상대방이 관할위반이라고 항변하지 않았다면 변론관할이 생기므로, 이 경우 행정법원도 민사사건을 처리할 수 있게 된다(대법원 2013. 2. 28. 선고 2010두22368 판결).


**참고**
**대법원 2021. 2. 4. 선고 2019다277133 판결**

공법상 계약이란 공법적 효과의 발생을 목적으로 하여 대등한 당사자 사이의 의사표시의 합치로 성립하는 공법행위를 말한다. 공법상 계약의 한쪽 당사자가 다른 당사자를 상대로 그 효력을 다투거나 그 이행을 청구하는 소송은 공법상의 법률관계에 관한 분쟁이므로 분쟁의 실질이 공법상 권리·의무의 존부·범위에 관한 다툼이 아니라 손해배상액의 구체적인 산정방법·금액에 국한되는 등의 특별한 사정이 없는 한 공법상 당사자소송으로 제기하여야 한다. 이 사건 협약은 공법인인 원고가 보금자리주택지구 개발사업 시행이라는 공행정활동을 수행하는 과정에서 구 학교용지법 제4조의2에 따른 ‘학교시설 무상공급 의무’의 이행과 관련하여 관할 교육감과 구체적인 이행 방법, 시기, 비용 부담 등을 약정한 것이므로 공법상 계약에 해당하고, 그에 따른 계약상 의무의 존부·범위에 관한 분쟁은 공법상 당사자소송의 대상이라고 보아야 한다.

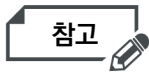
**나. 대법원 판례의 경향**

대법원 판례는 일반적으로 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률이나 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률에 따른 조달계약은 사법상 계약으로 본다. 그러나 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률이 적용되는 국가계약이라고 하여 모두 ‘사법상 계약’이라고 단정할 수는 없다. 왜냐하면 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률은 주로 조달계약(사법상 계약)을 대상으로 하여 만들어진 법률임에도, 제2조에서 ‘정부조달계약 등 국가를 당사자로 하는 (모든) 계약’에 대하여 적용한다고 규정하고 있기 때문이다.

대법원 판례상 그 밖의 개별법에 따른 계약들 중 ‘공법상 계약’으로 보는 경우가 있다. 예컨대, 산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률에 근거하여, 국가산업단지 관리 업무를 위탁받은 공법인인 한국산업단지공단이 입주업체와 체결한 입주계약을 공법상 계약으로 보았고(대법원 2011. 6. 30. 선고 2010두23859 판결), 과학기술기본법, 국

가연구개발사업의 관리 등에 관한 규정(대통령령)에 근거하여, 두뇌한국(BK)21 사업의 관리업무를 위탁받은 공법인인 재단법인 한국연구재단이 A대학교와 체결한 특정 주제 연구협약을 공법상 계약으로 본 바 있다(대법원 2014. 12. 11. 선고 2012두 28704 판결).

다만 최근 대법원은 공법상 계약의 이행에 관한 분쟁 중 일부는 공법상 당사자소송의 대상이라고 보면서도, 특히 손해배상을 청구하는 사건은 민사소송의 대상이라고 보기도 한다.



◆ 연구개발비 지원협약의 이행이 다투어진 사안

**대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다215526 판결 (헬기 개발협약 사건: 당사자소송)**

과학기술기본법의 위임에 따른 국가연구개발사업의 관리에 관한 규정에 근거하여 방위사업청으로부터 한국형 헬기 개발사업의 연구경비를 지원받기로 하는 협약을 체결한 한국우주항공산업 주식회사가 방위사업청이 속한 국가를 상대로 협약 특수조건 제9조 제1항에 근거하여 물가상승 등을 이유로 협약금액의 증액을 청구한 사안에서, 협약의 근거 규정 및 계약 내용의 공법적 특수성을 강조하면서 공법상 법률관계에 관한 분쟁이어서 당사자소송의 대상이라고 판단하였다.

**대법원 2019. 4. 10. 자 2017마6337 결정 (초소형 전지 개발협약 사건: 민사소송, 특허법원 전속관할)**

민·군겸용기술사업촉진법에 근거하여 국방과학연구소로부터 초소형 전지 개발사업의 연구경비를 지원받기로 하는 협약을 체결한 A 주식회사가 기술개발 완료 후 협약에서 정한 특허권 지분 귀속 약정을 이행하지 않자, 국방과학연구소가 그 특허권 지분 상당액의 손해배상을 청구하여 특허권의 가액을 심리·판단하는 것이 본안에서의 쟁점으로 다투어지는 사안에서, 협약 불이행에 따른 손해배상청구권은 공법적 법률관계와 직접 관련이 없어 민사소송의 대상이고, 그중 지식재산권에 관한 소의 항소사건은 특허법원의 전속관할

이라고 판단하였다는 점이 고려된 것으로 평가된다.

- 계약의 내용이나 계약의 공법적 특수성에 관한 다툼이 아니라, 손해배상금액(특허권 가액 산정)에 관한 다툼이 핵심 쟁점이었고, 만약 사건을 공법상 당사자소송 대상이라고 판단할 경우 행정법원이 특허권 가액 산정에 관하여 심리·판단에 어려움을 겪을 것이 분명히 예상되는 경우였다.

#### ◆ 민간투자사업 실시협약의 이행이 다투어진 사안

##### 대법원 2019. 1. 31. 선고 2017두46455 판결

주무관청이 실시협약에 근거하여 백양터널 민간투자사업자에게 법인세율 인하효과를 반영하여 통행료 조정 협의를 요청하였으나, 협의가 이루어지지 않자 실시협약에 근거하여 통행료 조정을 같음하는 조치로서 최소운영수입보장(MRG) 재정지원금을 일부 감액하여 지급하자, 이에 민간투자사업자가 주무관청이 속한 지방자치단체를 상대로 재정지원금 감액분의 지급을 청구한 사안에서, 민간투자사업의 사업시행자가 민간투자사업 실시협약(공법상 계약)에 따른 '재정지원금(보조금)'의 지급을 청구하는 소송은 공법상 당사자소송의 대상이라고 판단하였다.

- 사회기반시설에 대한 민간투자법에 따른 민간투자사업 실시협약이 공법상 계약이라는 것이 통설·판례이다.
- 민간투자사업 실시협약 해지에 따른 '해지시지급금' 지급청구(대법원 2018. 7. 24. 선고 2016다205687 판결)를 민사소송의 대상이라고 명시적으로 판단하였고, 그 밖에 실시협약상 의무위반을 원인으로 한 '손해배상청구' 또는 지체상금 부존재확인청구(대법원 2014. 11. 13. 선고 2012다119948 판결, 대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다42716 판결), 실시협약 기간만료 또는 해지에 따른 부동산 인도청구(대법원 2014. 7. 10. 자 2014다209432 판결, 대법원 2015. 6. 11. 자 2015다208672 판결), 실시협약의 무효를 원인으로 한 손해배상청구(대법원 2012. 6. 28. 선고 2011다88313 판결), 실시협약 해제를 원인으로 한 손해배상청구(대법원 2012. 10. 11. 선고 2010다3162 판결, 대법원 2008. 2. 14. 선고 2006다37892 판결)가 민사소송의 대상임을 전제로 본안판단을 하였다.



**제20조(준용규정)** 제5조부터 제8조까지, 제12조 및 제13조는 당사자소송의 경우에 준용한다.

### 행정소송법

**제44조(준용규정)** ① 제14조 내지 제17조, 제22조, 제25조, 제26조, 제30조제1항, 제32조 및 제33조의 규정은 당사자소송의 경우에 준용한다.

② 제10조의 규정은 당사자소송과 관련청구소송이 각각 다른 법원에 계속되고 있는 경우의 이송과 이들 소송의 병합의 경우에 준용한다.



## 1. 개요

취소소송은 대표적인 행정소송으로서 행정소송법 제2장 취소소송의 장에는 취소소송 특유의 절차 규정뿐만 아니라 행정소송 일반의 절차규정들도 많이 두고 있다. 행정소송법 제44조는 '제2장 취소소송'에 규정된 각 개별 조문을 당사자소송에 준용하는 규정 방식을 채택하고 있다. 즉 제1항에서 제14조(피고경정), 제15조(공동소송), 제16조(제3자의 소송참가), 제17조(행정청의 소송참가), 제22조(처분변경으로 인한 소의 변경), 제25조(행정심판기록의 제출명령), 제26조(직권심리), 제30조 제1항(취소판결의 기속력), 제32조(소송비용의 부담) 및 제33조(소송비용에 관한 재판의 효력)를, 제2항에서 제10조(관련청구소송의 이송 및 병합)를 각 준용하고 있다. 제20조도 그 방식을 차용하여 행정소송규칙 제2장 취소소송에 규정된 개별 조문 중 당사자소송에도 적용할 필요가 있는 규정을 준용하도록 하고 있다.

## 2. 규정 해설

제20조는 행정소송법 제44조가 열거하는 개별 규정을 기초로 행정소송규칙 제2장 취소소송에 규정된 개별 조문의 성격 및 준용의 필요성 등을 고려하여 제5조(재판관할), 제6조(피고경정), 제7조(명령·규칙 소관 행정청에 대한 소송통지), 제8조(답변서의 제출), 제12조(행정청의 비공개 처리) 및 제13조(피해자의 의견 청취)는 당사자소송의 경우에 준용됨을 밝혔다.

조문	근거
제5조 (재판관할)	<ul style="list-style-type: none"> <li>산업재해 등 사회보장급부 사건, 보상금 증액 사건 등에서 준용의 필요성이 있는 점 등을 고려하였다.</li> </ul>
제6조 (피고경정)	<ul style="list-style-type: none"> <li>상위법인 행정소송법 제14조(피고경정)가 당사자소송에 준용되고 있는 점 등을 고려하였다.</li> </ul>
제7조 (명령·규칙 소관 행정청에 대한 소송통지 등)	<ul style="list-style-type: none"> <li>명령·규칙의 위헌 또는 위법 여부는 당사자소송에서도 마찬가지로 쟁점이 될 수 있는 점 등을 고려하였다.</li> </ul>
제8조 (답변서의 제출)	<ul style="list-style-type: none"> <li>해당 조문에서 정하고 있는 답변서 제출은 당사자소송에서도 필요성이 있는 점 등을 고려하였다.</li> </ul>
제12조 (행정청의 비실명 처리)	<ul style="list-style-type: none"> <li>문서제출·제시명령에 따라 제출하는 문서의 비실명 처리의 필요성은 당사자소송에서도 인정되는 점 등을 고려하였다.</li> </ul>
제13조 (피해자의 의견서 제출)	<ul style="list-style-type: none"> <li>학교폭력, 성희롱 및 성폭력 관련 피해자 등이 당사자소송의 형태로 제기한 소송에서도 의견 진술의 필요성이 있을 수 있는 점 등을 고려하였다.</li> </ul>



## 제5장 부칙

제1조 | 시행일

제2조 | 계속사건에 관한 적용례





**부칙**

**제1조(시행일)** 이 규칙은 공포한 날부터 시행한다.

**제2조(계속사건에 관한 적용례)** 이 규칙은 이 규칙 시행 당시 법원에 계속 중인 사건에 대해서도 적용한다.



행정소송규칙은 종래 재판실무를 반영한 것으로 따로 준비기간을 둘 필요가 없어서, 공포 즉시 시행하도록 하였고, 행정소송규칙 시행 당시 법원에 계속 중인 사건에 대해서도 적용하도록 하였다.

행정소송규칙 시행 전에 행한 완성된 소송행위에 관하여 영향을 미칠 내용은 없으므로, 이에 관한 규정을 따로 두지도 않았다.

## 행정소송규칙

### 제1장 총칙

**제1조(목적)** 이 규칙은 「행정소송법」(이하 “법”이라 한다)에 따른 행정소송절차에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

**제2조(명령·규칙의 위헌판결 등 통보)** ① 대법원은 재판의 전제가 된 명령·규칙이 헌법 또는 법률에 위배된다는 것이 법원의 판결에 의하여 확정된 경우에는 그 취지를 해당 명령·규칙의 소관 행정청에 통보하여야 한다.

② 대법원 외의 법원이 제1항과 같은 취지의 재판을 하였을 때에는 해당 재판서 정본을 지체 없이 대법원에 송부하여야 한다.

**제3조(소송수행자의 지정)** 소송수행자는 그 직위나 업무, 전문성 등에 비추어 해당 사건의 소송수행에 적합한 사람이 지정되어야 한다.

**제4조(준용규정)** 행정소송절차에 관하여는 법 및 이 규칙에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 성질에 반하지 않는 한 「민사소송규칙」 및 「민사집행규칙」의 규정을 준용한다.

### 제2장 취소소송

**제5조(재판관할)** ① 국가의 사무를 위임 또는 위탁받은 공공단체 또는 그 장에 대하여 그 지사나 지역본부 등 종된 사무소의 업무와 관련이 있는 소를 제기하는 경우에는 그 종된 사무소의 소재지를 관할하는 행정법원에 제기할 수 있다.

② 법 제9조제3항의 ‘기타 부동산 또는 특정의 장소에 관계되는 처분등’이란 부동산에 관한 권리의 설정, 변경 등을 목적으로 하는 처분, 부동산에 관한 권리행사의 강제, 제한, 금지 등을 명령하거나 직접 실현하는 처분, 특정구역에서 일정한 행위를 할 수 있는 권리나 자유를 부여하는 처분, 특정구역을 정하여 일정한 행위의 제한·금지를 하는 처분 등을 말한다.

**제6조(피고경정)** 법 제14조제1항에 따른 피고경정은 사실심 변론을 종결할 때까지 할 수 있다.

**제7조(명령·규칙 소관 행정청에 대한 소송통지)** ① 법원은 명령·규칙의 위헌 또는 위법 여부가 쟁점이 된 사건에서 그 명령·규칙 소관 행정청이 피고와 동일하지 아니한 경우에는 해당 명령·규칙의 소관 행정청에 소송계속 사실을 통지할 수 있다.

② 제1항에 따른 통지를 받은 행정청은 법원에 해당 명령·규칙의 위헌 또는 위법 여부에 관한 의견서를 제출할 수 있다.

**제8조(답변서의 제출)** ① 피고가 원고의 청구를 다투는 경우에는 소장의 부분을 송달받은 날부터 30일 이내에 다음 각 호의 사항이 포함된 답변서를 제출하여야 한다.

1. 사건의 표시
2. 피고의 명칭과 주소 또는 소재지
3. 대리인의 이름과 주소 또는 소송수행자의 이름과 직위
4. 청구의 취지에 대한 답변
5. 처분등에 이른 경위와 그 사유
6. 관계 법령
7. 소장에 기재된 개개의 사실에 대한 인정 여부
8. 항변과 이를 뒷받침하는 구체적 사실
9. 제7호 및 제8호에 관한 피고의 증거방법과 원고의 증거방법에 대한 의견
10. 덧붙인 서류의 표시
11. 작성한 날짜
12. 법원의 표시

② 답변서에는 제1항제9호에 따른 증거방법 중 증거가 필요한 사실에 관한 중요한 서증의 사본을 첨부하여야 한다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 어긋나는 답변서가 제출된 때에는 재판장은 법원사무관등으로 하여금 방식에 맞는 답변서의 제출을 촉구하게 할 수 있다.

④ 재판장은 필요한 경우 제1항제5호 및 제6호의 사항을 각각 별지로 작성하여 따로 제출하도록 촉구할 수 있다.

**제9조(처분사유의 추가·변경)** 행정청은 사실심 변론을 종결할 때까지 당초의 처분사유와 기본적 사실관계가 동일한 범위 내에서 처분사유를 추가 또는 변경할 수 있다.

**제10조(집행정지의 종기)** 법원이 법 제23조제2항에 따른 집행정지를 결정하는 경우 그 종기는 본안판결 선고일부터 30일 이내의 범위에서 정한다. 다만, 법원은 당사자의 의사, 회복하기 어려운 손해의 내용 및 그 성질, 본안 청구의 승소가능성 등을 고려하여 달리 정할 수 있다.

**제11조(비공개 정보의 열람·심사)** ① 재판장은 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제20조제1항에 따른 취소소송 사건, 같은 법 제21조제2항에 따른 취소소송이나 이를 본안으로 하는 집행정지신청 사건의 심리를 위해 같은 법 제20조제2항에 따른 비공개 열람·심사를 하는 경우 피고에게 공개 청구된 정보의 원본 또는 사본·복제물의 제출을 명할 수 있다.

② 제1항에 따른 제출 명령을 받은 피고는 변론기일 또는 심문기일에 해당 자료를 제출하여야 한다. 다만, 특별한 사정이 있으면 재판장은 그 자료를 다른 적당한 방법으로 제출할 것을 명할 수 있고, 이 경우 자료를 제출받은 재판장은 지체 없이 원고에게 제1항의 명령에 따른 자료를 제출받은 사실을 통지하여야 한다.

③ 제2항에 따라 제출된 자료는 소송기록과 분리하여 해당 사건을 심리하는 법관만이 접근할 수 있는 방법으로 보관한다.

④ 법원은 제1항의 취소소송이나 집행정지신청 사건에 대한 재판이 확정된 경우 제2항에 따라 제출받은 자료를 반환한다. 다만, 법원은 당사자가 그 자료를 반환받지 아니한다는 의견을 표시한 경우 또는 위 확정일부터 30일이 지났음에도 해당 자료를 반환받지 아니하는 경우에는 그 자료를 적당한 방법으로 폐기할 수 있다.

⑤ 당사자가 제1항의 취소소송이나 집행정지신청 사건의 재판에 관하여 불복하는 경우 법원은 제2항에 따라 제출받은 자료를 제3항에 따른 방법으로 상소법원에 송부한다.

**제12조(행정청의 비공개 처리)** ① 피고 또는 관계행정청이 「민사소송법」 제163조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보 또는 법령에 따라 비공개 대상인 정보가 적혀 있는 서면 또는 증거를 제출·제시하는 경우에는 해당 정보가 공개되지 아니하도록 비실명 또는 공란으로 표시하거나 그 밖의 적절한 방법으로 제3자가 인식하지 못하도록 처리(이하 “비공개 처리”라 한다)할 수 있다.

② 법원은 피고 또는 관계행정청이 제1항에 따라 비공개 처리를 한 경우에도 사건의 심리를 위해 필요하다고 인정하는 경우에는 다음 각 호의 어느 하나를 제출·제시할 것을 명할 수 있다.

1. 비공개 처리된 정보의 내용

2. 비공개 처리를 하지 않은 서면 또는 증거
- ③ 법원은 제2항 각 호의 자료를 다른 사람이 보도록 하여서는 안 된다. 다만, 당사자는 법원에 해당 자료의 열람·복사를 신청할 수 있다.
- ④ 제3항의 열람·복사 신청에 관한 결정에 대해서는 즉시항고를 할 수 있다.
- ⑤ 제3항의 신청을 인용하는 결정은 확정되어야 효력을 가진다.

**제13조(피해자의 의견 청취)** ① 법원은 필요하다고 인정하는 경우에는 해당 처분의 처분사유와 관련하여 다음 각 호에 해당하는 사람(이하 ‘피해자’라 한다)으로부터 그 처분에 관한 의견을 기재한 서면을 제출받는 등의 방법으로 피해자의 의견을 청취할 수 있다.

1. 「성폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제2조제3호의 성폭력피해자
2. 「양성평등기본법」 제3조제2호의 성희롱으로 인하여 피해를 입은 사람
3. 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」 제2조제4호의 피해학생 및 그 보호자
- ② 당사자와 소송관계인은 제1항에 따라 청취한 피해자의 의견을 이용하여 피해자의 명예 또는 생활의 평온을 해치는 행위를 하여서는 아니 된다.
- ③ 제1항에 따라 청취한 의견은 처분사유의 인정을 위한 증거로 할 수 없다.

**제14조(사정판결)** 법원이 법 제28조제1항에 따른 판결을 할 때 그 처분등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니한지 여부는 사실심 변론을 종결할 때를 기준으로 판단한다.

**제15조(조정권고)** ① 재판장은 신속하고 공정한 분쟁 해결과 국민의 권익 구제를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 소송계속 중인 사건에 대하여 직권으로 소의 취하, 처분등의 취소 또는 변경, 그 밖에 다툼을 적정하게 해결하기 위해 필요한 사항을 서면으로 권고할 수 있다.

- ② 재판장은 제1항의 권고를 할 때에는 권고의 이유나 필요성 등을 기재할 수 있다.
- ③ 재판장은 제1항의 권고를 위하여 필요한 경우에는 당사자, 이해관계인, 그 밖의 참고인을 심문할 수 있다.

### 제3장 취소소송외의 항고소송

**제16조(무효확인소송에서 석명권의 행사)** 재판장은 무효확인소송이 법 제20조에 따른 기

간 내에 제기된 경우에는 원고에게 처분등의 취소를 구하지 아니하는 취지인지를 명확히 하도록 촉구할 수 있다. 다만, 원고가 처분등의 취소를 구하지 아니함을 밝힌 경우에는 그러하지 아니하다.

**제17조(부작위위법확인소송의 소송비용부담)** 법원은 부작위위법확인소송 계속 중 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간이 지난 후 처분등을 함에 따라 소를 각하하는 경우에는 소송비용의 전부 또는 일부를 피고가 부담하게 할 수 있다.

**제18조(준용규정)** ① 제5조부터 제13조까지 및 제15조는 무효등 확인소송의 경우에 준용한다.

② 제5조부터 제8조까지, 제11조, 제12조 및 제15조는 부작위위법확인소송의 경우에 준용한다.

## 제4장 당사자소송

**제19조(당사자소송의 대상)** 당사자소송은 다음 각 호의 소송을 포함한다.

1. 다음 각 목의 손실보상금에 관한 소송
  - 가. 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제78조제1항 및 제6항에 따른 이주정착금, 주거이전비 등에 관한 소송
  - 나. 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제85조제2항에 따른 보상금의 증감(增減)에 관한 소송
  - 다. 「하천편입토지 보상 등에 관한 특별조치법」 제2조에 따른 보상금에 관한 소송
2. 그 존부 또는 범위가 구체적으로 확정된 공법상 법률관계 그 자체에 관한 다음 각 목의 소송
  - 가. 납세의무 존부의 확인
  - 나. 「부가가치세법」 제59조에 따른 환급청구
  - 다. 「석탄산업법」 제39조의3제1항 및 같은 법 시행령 제41조제4항제5호에 따른 재해위로금 지급청구
  - 라. 「5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률」 제5조, 제6조 및 제7조에 따른 관련자 또는 유족의 보상금 등 지급청구

- 마. 공무원의 보수·퇴직금·연금 등 지급청구
- 바. 공법상 신분·지위의 확인
- 3. 처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 다음 각 목의 소송
  - 가. 「도시 및 주거환경정비법」 제35조제5항에 따른 인가 이전 조합설립변경에 대한 총회결의의 효력 등을 다투는 소송
  - 나. 「도시 및 주거환경정비법」 제50조제1항에 따른 인가 이전 사업시행계획에 대한 총회결의의 효력 등을 다투는 소송
  - 다. 「도시 및 주거환경정비법」 제74조제1항에 따른 인가 이전 관리처분계획에 대한 총회결의의 효력 등을 다투는 소송
- 4. 공법상 계약에 따른 권리·의무의 확인 또는 이행청구 소송

제20조(준용규정) 제5조부터 제8조까지, 제12조 및 제13조는 당사자소송의 경우에 준용한다.

## 부 칙

제1조(시행일) 이 규칙은 공포한 날부터 시행한다.

제2조(계속사건에 관한 적용례) 이 규칙은 이 규칙 시행 당시 법원에 계속 중인 사건에 대해서도 적용한다.

## 행정소송법

### 제1장 총칙

**제1조(목적)** 이 법은 행정소송절차를 통하여 행정청의 위법한 처분 그 밖에 공권력의 행사·불행사등으로 인한 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하고, 공법상의 권리관계 또는 법적용에 관한 다툼을 적정하게 해결함을 목적으로 한다.

**제2조(정의)** ① 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "처분등"이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용(이하 "처분"이라 한다) 및 행정심판에 대한 재결을 말한다.
2. "부작위"라 함은 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것을 말한다.

② 이 법을 적용함에 있어서 행정청에는 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체 및 그 기관 또는 사인이 포함된다.

**제3조(행정소송의 종류)** 행정소송은 다음의 네가지로 구분한다. <개정 1988. 8. 5.>

1. 항고소송: 행정청의 처분등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송
2. 당사자소송: 행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송
3. 민중소송: 국가 또는 공공단체의 기관이 법률에 위반되는 행위를 한 때에 직접 자기의 법률상 이익과 관계없이 그 시정을 구하기 위하여 제기하는 소송
4. 기관소송: 국가 또는 공공단체의 기관상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송. 다만, 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 제외한다.

**제4조(항고소송)** 항고소송은 다음과 같이 구분한다.

1. 취소소송: 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송
2. 무효등 확인소송: 행정청의 처분등의 효력 유무 또는 존재여부를 확인하는 소송

3. 부작위위법확인소송: 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송

**제5조(국외에서의 기간)** 이 법에 의한 기간의 계산에 있어서 국외에서의 소송행위추완에 있어서는 그 기간을 14일에서 30일로, 제3자에 의한 재심청구에 있어서는 그 기간을 30일에서 60일로, 소의 제기에 있어서는 그 기간을 60일에서 90일로 한다.

**제6조(명령·규칙의 위헌판결등 공고)** ① 행정소송에 대한 대법원판결에 의하여 명령·규칙이 헌법 또는 법률에 위반된다는 것이 확정된 경우에는 대법원은 지체없이 그 사유를 행정안전부장관에게 통보하여야 한다. <개정 2013. 3. 23., 2014. 11. 19., 2017. 7. 26.>  
 ② 제1항의 규정에 의한 통보를 받은 행정안전부장관은 지체없이 이를 관보에 게재하여야 한다. <개정 2013. 3. 23., 2014. 11. 19., 2017. 7. 26.>

**제7조(사건의 이송)** 민사소송법 제34조제1항의 규정은 원고의 고의 또는 중대한 과실없이 행정소송이 심급을 달리하는 법원에 잘못 제기된 경우에도 적용한다. <개정 2002. 1. 26.>

**제8조(법적용예)** ① 행정소송에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다.  
 ② 행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다. <개정 2002. 1. 26.>

## 제2장 취소소송

### 제1절 재판관할

**제9조(재판관할)** ① 취소소송의 제1심관할법원은 피고의 소재지를 관할하는 행정법원으로 한다. <개정 2014. 5. 20.>

② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 피고에 대하여 취소소송을 제기하는 경우에는 대법원소재지를 관할하는 행정법원에 제기할 수 있다. <신설 2014. 5. 20.>

1. 중앙행정기관, 중앙행정기관의 부속기관과 합의제행정기관 또는 그 장
2. 국가의 사무를 위임 또는 위탁받은 공공단체 또는 그 장

③ 토지의 수용 기타 부동산 또는 특정의 장소에 관계되는 처분등에 대한 취소소송은 그

부동산 또는 장소의 소재지를 관할하는 행정법원에 이를 제기할 수 있다. <개정 2014. 5. 20.>

[전문개정 1994. 7. 27.]

[제목개정 2014. 5. 20.]

**제10조(관련청구소송의 이송 및 병합)** ① 취소소송과 다음 각호의 1에 해당하는 소송(이하 "관련청구소송"이라 한다)이 각각 다른 법원에 계속되고 있는 경우에 관련청구소송이 계속된 법원이 상당하다고 인정하는 때에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 이를 취소소송이 계속된 법원으로 이송할 수 있다.

1. 당해 처분등과 관련되는 손해배상·부당이득반환·원상회복등 청구소송
2. 당해 처분등과 관련되는 취소소송

② 취소소송에는 사실심의 변론종결시까지 관련청구소송을 병합하거나 피고외의 자를 상대로 한 관련청구소송을 취소소송이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다.

**제11조(선결문제)** ① 처분등의 효력 유무 또는 존재 여부가 민사소송의 선결문제로 되어 당해 민사소송의 수소법원이 이를 심리·판단하는 경우에는 제17조, 제25조, 제26조 및 제33조의 규정을 준용한다.

② 제1항의 경우 당해 수소법원은 그 처분등을 행한 행정청에게 그 선결문제로 된 사실을 통지하여야 한다.

## 제2절 당사자

**제12조(원고적격)** 취소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다. 처분등의 효과가 기간의 경과, 처분등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에는 또한 같다.

**제13조(피고적격)** ① 취소소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분등을 행한 행정청을 피고로 한다. 다만, 처분등이 있는 뒤에 그 처분등에 관계되는 권한이 다른 행정청에 승계된 때에는 이를 승계한 행정청을 피고로 한다.

② 제1항의 규정에 의한 행정청이 없게 된 때에는 그 처분등에 관한 사무가 귀속되는 국가 또는 공공단체를 피고로 한다.

**제14조(피고경정)** ① 원고가 피고를 잘못 지정한 때에는 법원은 원고의 신청에 의하여 결정으로써 피고의 경정을 허가할 수 있다.

② 법원은 제1항의 규정에 의한 결정의 정본을 새로운 피고에게 송달하여야 한다.

③ 제1항의 규정에 의한 신청을 각하하는 결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다.

④ 제1항의 규정에 의한 결정이 있는 때에는 새로운 피고에 대한 소송은 처음에 소를 제기한 때에 제기된 것으로 본다.

⑤ 제1항의 규정에 의한 결정이 있는 때에는 종전의 피고에 대한 소송은 취하된 것으로 본다.

⑥ 취소소송이 제기된 후에 제13조제1항 단서 또는 제13조제2항에 해당하는 사유가 생긴 때에는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 피고를 경정한다. 이 경우에는 제4항 및 제5항의 규정을 준용한다.

**제15조(공동소송)** 수인의 청구 또는 수인에 대한 청구가 처분등의 취소청구와 관련되는 청구인 경우에 한하여 그 수인은 공동소송인이 될 수 있다.

**제16조(제3자의 소송참가)** ① 법원은 소송의 결과에 따라 권리 또는 이익의 침해를 받을 제3자가 있는 경우에는 당사자 또는 제3자의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 제3자를 소송에 참가시킬 수 있다.

② 법원이 제1항의 규정에 의한 결정을 하고자 할 때에는 미리 당사자 및 제3자의 의견을 들어야 한다.

③ 제1항의 규정에 의한 신청을 한 제3자는 그 신청을 각하한 결정에 대하여 즉시항고할 수 있다.

④ 제1항의 규정에 의하여 소송에 참가한 제3자에 대하여는 민사소송법 제67조의 규정을 준용한다. <개정 2002. 1. 26.>

**제17조(행정청의 소송참가)** ① 법원은 다른 행정청을 소송에 참가시킬 필요가 있다고 인정할 때에는 당사자 또는 당해 행정청의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 행정청을 소송에 참가시킬 수 있다.

② 법원은 제1항의 규정에 의한 결정을 하고자 할 때에는 당사자 및 당해 행정청의 의견을 들어야 한다.

③ 제1항의 규정에 의하여 소송에 참가한 행정청에 대하여는 민사소송법 제76조의 규정을 준용한다. <개정 2002. 1. 26.>

### 제3절 소의 제기

**제18조(행정심판과의 관계)** ① 취소소송은 법령의 규정에 의하여 당해 처분에 대한 행정심판을 제기할 수 있는 경우에도 이를 거치지 아니하고 제기할 수 있다. 다만, 다른 법률에 당해 처분에 대한 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 취소소송을 제기할 수 없다는 규정이 있는 때에는 그러하지 아니하다. <개정 1994. 7. 27.>

② 제1항 단서의 경우에도 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 때에는 행정심판의 재결을 거치지 아니하고 취소소송을 제기할 수 있다. <개정 1994. 7. 27.>

1. 행정심판청구가 있는 날로부터 60일이 지나도 재결이 없는 때
2. 처분의 집행 또는 절차의 속행으로 생길 중대한 손해를 예방하여야 할 긴급한 필요가 있는 때
3. 법령의 규정에 의한 행정심판기관이 의결 또는 재결을 하지 못할 사유가 있는 때
4. 그 밖의 정당한 사유가 있는 때

③ 제1항 단서의 경우에 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 때에는 행정심판을 제기함이 없이 취소소송을 제기할 수 있다. <개정 1994. 7. 27.>

1. 동종사건에 관하여 이미 행정심판의 기각재결이 있을 때
2. 서로 내용상 관련되는 처분 또는 같은 목적을 위하여 단계적으로 진행되는 처분중 어느 하나가 이미 행정심판의 재결을 거친 때
3. 행정청이 사실심의 변론종결후 소송의 대상인 처분을 변경하여 당해 변경된 처분에 관하여 소를 제기하는 때
4. 처분을 행한 행정청이 행정심판을 거칠 필요가 없다고 잘못 알린 때

④ 제2항 및 제3항의 규정에 의한 사유는 이를 소명하여야 한다.

**제19조(취소소송의 대상)** 취소소송은 처분등을 대상으로 한다. 다만, 재결취소소송의 경우에는 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다.

**제20조(제소기간)** ① 취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다. 다만, 제18조제1항 단서에 규정한 경우와 그 밖에 행정심판청구를 할 수 있는 경우 또는 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에 행정심판청구가 있을 때의 기간은 재결서의 정본을 송달받은 날부터 기산한다.

② 취소소송은 처분등이 있을 날부터 1년(제1항 단서의 경우는 재결이 있을 날부터 1년)

을 경과하면 이를 제기하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

③ 제1항의 규정에 의한 기간은 불변기간으로 한다.

[전문개정 1994. 7. 27.]

**제21조(소의 변경)** ① 법원은 취소소송을 당해 처분등에 관계되는 사무가 귀속하는 국가 또는 공공단체에 대한 당사자소송 또는 취소소송외의 항고소송으로 변경하는 것이 상당하다고 인정할 때에는 청구의 기초에 변경이 없는 한 사실심의 변론종결시까지 원고의 신청에 의하여 결정으로써 소의 변경을 허가할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 허가를 하는 경우 피고를 달리하게 될 때에는 법원은 새로이 피고로 될 자의 의견을 들어야 한다.

③ 제1항의 규정에 의한 허가결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다.

④ 제1항의 규정에 의한 허가결정에 대하여는 제14조제2항·제4항 및 제5항의 규정을 준용한다.

**제22조(처분변경으로 인한 소의 변경)** ① 법원은 행정청이 소송의 대상인 처분을 소가 제기된 후 변경한 때에는 원고의 신청에 의하여 결정으로써 청구의 취지 또는 원인의 변경을 허가할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 신청은 처분의 변경이 있음을 안 날로부터 60일 이내에 하여야 한다.

③ 제1항의 규정에 의하여 변경되는 청구는 제18조제1항 단서의 규정에 의한 요건을 갖춘 것으로 본다. <개정 1994. 7. 27.>

**제23조(집행정지)** ① 취소소송의 제기는 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다.

② 취소소송이 제기된 경우에 처분등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지(이하 "집행정지"라 한다)를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.

③ 집행정지는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 허용되지 아니한다.

④ 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정을 신청함에 있어서는 그 이유에 대한 소명이

있어야 한다.

- ⑤ 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정 또는 기각의 결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다. 이 경우 집행정지의 결정에 대한 즉시항고에는 결정의 집행을 정지하는 효력이 없다.
- ⑥ 제30조제1항의 규정은 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정에 이를 준용한다.

**제24조(집행정지의 취소)** ① 집행정지의 결정이 확정된 후 집행정지가 공공복리에 중대한 영향을 미치거나 그 정지사유가 없어진 때에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 집행정지의 결정을 취소할 수 있다.

- ② 제1항의 규정에 의한 집행정지결정의 취소결정과 이에 대한 불복의 경우에는 제23조 제4항 및 제5항의 규정을 준용한다.

## 제4절 심리

**제25조(행정심판기록의 제출명령)** ① 법원은 당사자의 신청이 있는 때에는 결정으로써 재결을 행한 행정청에 대하여 행정심판에 관한 기록의 제출을 명할 수 있다.

- ② 제1항의 규정에 의한 제출명령을 받은 행정청은 지체없이 당해 행정심판에 관한 기록을 법원에 제출하여야 한다.

**제26조(직권심리)** 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.

## 제5절 재판

**제27조(재량처분의 취소)** 행정청의 재량에 속하는 처분이라도 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있는 때에는 법원은 이를 취소할 수 있다.

**제28조(사정판결)** ① 원고의 청구가 이유있다고 인정하는 경우에도 처분등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 법원은 원고의 청구를 기각할 수 있다. 이 경우 법원은 그 판결의 주문에서 그 처분등이 위법함을 명시하여야 한다.

- ② 법원이 제1항의 규정에 의한 판결을 함에 있어서는 미리 원고가 그로 인하여 입게 될 손해의 정도와 배상방법 그 밖의 사정을 조사하여야 한다.
- ③ 원고는 피고인 행정청이 속하는 국가 또는 공공단체를 상대로 손해배상, 제해시설의

설치 그 밖에 적당한 구제방법의 청구를 당해 취소소송등이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다.

**제29조(취소판결등의 효력)** ① 처분등을 취소하는 확정판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다.  
② 제1항의 규정은 제23조의 규정에 의한 집행정지의 결정 또는 제24조의 규정에 의한 그 집행정지결정의 취소결정에 준용한다.

**제30조(취소판결등의 기속력)** ① 처분등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다.  
② 판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.  
③ 제2항의 규정은 신청에 따른 처분이 절차의 위법을 이유로 취소되는 경우에 준용한다.

## 제6절 보칙

**제31조(제3자에 의한 재심청구)** ① 처분등을 취소하는 판결에 의하여 권리 또는 이익의 침해 받은 제3자는 자기에게 책임없는 사유로 소송에 참가하지 못함으로써 판결의 결과에 영향을 미칠 공격 또는 방어방법을 제출하지 못한 때에는 이를 이유로 확정된 종국판결에 대하여 재심의 청구를 할 수 있다.  
② 제1항의 규정에 의한 청구는 확정판결이 있음을 안 날로부터 30일 이내, 판결이 확정된 날로부터 1년 이내에 제기하여야 한다.  
③ 제2항의 규정에 의한 기간은 불변기간으로 한다.

**제32조(소송비용의 부담)** 취소청구가 제28조의 규정에 의하여 기각되거나 행정청이 처분등을 취소 또는 변경함으로써 인하여 청구가 각하 또는 기각된 경우에는 소송비용은 피고의 부담으로 한다.

**제33조(소송비용에 관한 재판의 효력)** 소송비용에 관한 재판이 확정된 때에는 피고 또는 참가인이었던 행정청이 소속하는 국가 또는 공공단체에 그 효력을 미친다.

**제34조(거부처분취소판결의 간접강제)** ① 행정청이 제30조제2항의 규정에 의한 처분을 하지 아니하는 때에는 제1심수소법원은 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 상당한 기간을

정하고 행정청이 그 기간내에 이행하지 아니하는 때에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상을 할 것을 명할 수 있다.

② 제33조와 민사집행법 제262조의 규정은 제1항의 경우에 준용한다. <개정 2002. 1. 26.>

### 제3장 취소소송외의 항고소송

**제35조(무효등 확인소송의 원고적격)** 무효등 확인소송은 처분등의 효력 유무 또는 존재 여부의 확인을 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다.

**제36조(부작위위법확인소송의 원고적격)** 부작위위법확인소송은 처분의 신청을 한 자로서 부작위의 위법의 확인을 구할 법률상 이익이 있는 자만이 제기할 수 있다.

**제37조(소의 변경)** 제21조의 규정은 무효등 확인소송이나 부작위위법확인소송을 취소소송 또는 당사자소송으로 변경하는 경우에 준용한다.

**제38조(준용규정)** ① 제9조, 제10조, 제13조 내지 제17조, 제19조, 제22조 내지 제26조, 제29조 내지 제31조 및 제33조의 규정은 무효등 확인소송의 경우에 준용한다.

② 제9조, 제10조, 제13조 내지 제19조, 제20조, 제25조 내지 제27조, 제29조 내지 제31조, 제33조 및 제34조의 규정은 부작위위법확인소송의 경우에 준용한다. <개정 1994. 7. 27.>

### 제4장 당사자소송

**제39조(피고적격)** 당사자소송은 국가·공공단체 그 밖의 권리주체를 피고로 한다.

**제40조(재판관할)** 제9조의 규정은 당사자소송의 경우에 준용한다. 다만, 국가 또는 공공단체가 피고인 경우에는 관계행정청의 소재지를 피고의 소재지로 본다.

**제41조(제소기간)** 당사자소송에 관하여 법령에 제소기간이 정하여져 있는 때에는 그 기간은 불변기간으로 한다.

**제42조(소의 변경)** 제21조의 규정은 당사자소송을 항고소송으로 변경하는 경우에 준용한다.

**제43조(가집행선고의 제한)** 국가를 상대로 하는 당사자소송의 경우에는 가집행선고를 할 수 없다.

[헌법재판소 2022. 2. 24. 선고 2020헌가12 결정, 단순위헌, 행정소송법(1984. 12. 15. 법률 제3754호로 전부개정된 것) 제43조는 헌법에 위반된다.]

**제44조(준용규정)** ① 제14조 내지 제17조, 제22조, 제25조, 제26조, 제30조제1항, 제32조 및 제33조의 규정은 당사자소송의 경우에 준용한다.

② 제10조의 규정은 당사자소송과 관련청구소송이 각각 다른 법원에 계속되고 있는 경우의 이송과 이들 소송의 병합의 경우에 준용한다.

## 제5장 민중소송 및 기관소송

**제45조(소의 제기)** 민중소송 및 기관소송은 법률이 정한 경우에 법률에 정한 자에 한하여 제기할 수 있다.

**제46조(준용규정)** ① 민중소송 또는 기관소송으로서 처분등의 취소를 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 취소소송에 관한 규정을 준용한다.

② 민중소송 또는 기관소송으로서 처분등의 효력 유무 또는 존재 여부나 부작위의 위법의 확인을 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 각각 무효등 확인소송 또는 부작위위법확인소송에 관한 규정을 준용한다.

③ 민중소송 또는 기관소송으로서 제1항 및 제2항에 규정된 소송외의 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 당사자소송에 관한 규정을 준용한다.

### 부칙 <제3754호, 1984. 12. 15.>

**제1조(시행일)** 이 법은 1985년 10월 1일부터 시행한다.

**제2조(종전의 사항에 관한 경과조치)** 이 법은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법 시행전에 생긴 사항에 관하여도 이를 적용한다. 다만, 이 법 시행전에 종전의 규정에 의하여 이미 생긴 효력에는 영향을 미치지 아니한다.

**제3조(제소기간이 경과된 종전 처분에 관한 경과조치)** 이 법 시행당시 소송이 제기되지 아

니한 처분등으로서 이미 종전의 규정에 의한 제소기간이 경과된 처분에 대하여는 이 법에 의한 취소소송을 제기할 수 없다. 제소기간이 정하여진 당사자소송의 경우에도 또한 같다.

**제4조(계속중인 행정소송에 관한 경과조치)** 이 법 시행당시 법원에 계속중인 행정소송은 이 법에 의하여 제기된 것으로 본다.

**제5조(소원등에 대한 재결등의 효력에 관한 경과조치)** 이 법 시행당시 종전의 소원법 그 밖의 법률의 규정에 의한 소원·심사청구·이의신청 그 밖에 행정청에 대한 불복신청 또는 그에 대한 재결·결정등은 각각 이 법을 적용함에 있어서는 행정심판청구 또는 그에 대한 재결로 본다.

**제6조(다른 법률의 개정)** ① 행정소송법의 개정에 따라 관계법률을 다음과 같이 개정한다.

1. 국세기본법 제55조제5항 및 제56조제2항 중 "행정소송법 제2조제1항 단서 및 제5조"를 "행정소송법 제18조제2항·제3항 및 동법 제20조"로 한다.
2. 관세법 제38조제5항 및 제38조의2제2항 중 "행정소송법 제2조제1항 단서 및 제5조"를 "행정소송법 제18조제2항·제3항 및 동법 제20조"로 한다.
3. 지방세법 제58조제12항 중 "행정소송법 제5조"를 "행정소송법 제20조"로 한다.

② 제1항의 규정외에 이 법 시행당시 다른 법률에서 종전의 행정소송법의 규정을 인용 또는 준용한 경우에는 종전의 규정에 같음하여 이 법의 새로운 조항을 인용 또는 준용한 것으로 본다.

### 부칙 <제4770호, 1994. 7. 27.>

**제1조(시행일)** 이 법은 1998년 3월 1일부터 시행한다.

**제2조(경과조치)** ① 이 법은 이 부칙에 특별히 정한 경우를 제외하고는 이 법 시행전에 행하여진 처분등에 관한 행정소송에 대하여도 적용한다. 다만, 이 법 시행당시 계속중인 행정소송에 대하여는 종전의 예에 의한다.

- ② 이 법 시행당시 이미 종전의 규정에 의한 제소기간이 경과된 경우 이 법에 의하여 처분등에 대한 취소소송이나 부작위위법확인소송을 제기할 수 없다.
- ③ 법령의 규정에 의하여 행정심판청구를 할 수 있는 처분에 있어서 행정심판청구를 하

지 아니하고 이 법 시행전에 그 심판청구기간이 경과된 경우의 취소소송의 제기에 관하여는 종전의 제18조의 예에 의한다.

④ 이 법 시행당시 종전의 제20조제2항 본문 전단에 해당하는 경우에 있어서의 제소기간은 종전의 예에 의한다.

### 부칙 <제12596호, 2014. 5. 20.>

제1조(시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다.

제2조(재판관할에 관한 적용례) 제9조의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 취소소송을 제기하는 경우부터 적용한다.



## 행정소송규칙 해설

2023년 11월 인쇄

2023년 11월 발행

발행처 **법원행정처**

인쇄처 **경성문화사**

※ 본 내용의 무단 복제를 금함





발 간 등 록 번 호

32-9740029-001680-01

