

I. 항고소송

1. 의 의

항고소송이란 행정청의 처분등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송을 말한다(행소법 제3조 제1호).

2. 법정 항고소송의 종류(행소법 제4조)

① 행소법에 의해 명시적으로 인정되는 항고소송에는 취소소송, 무효등확인소송, 부작위위법확인소송이 있다.

② 취소소송이란 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송을 말한다(제1호).

③ 무효등 확인소송이란 행정청의 처분등의 효력 유무 또는 존재여부를 확인하는 소송을 말한다(제2호).

④ 부작위위법확인소송이란 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송을 말한다(제3호).

3. 법정 외 항고소송(무명항고소송)의 허용성

(1) 의무이행소송의 인정 여부

1) 의의 및 문제점

의무이행소송은 사인의 신청에 대해 행정청의 거부 또는 부작위가 있는 경우, 행정청으로 하여금 일정한 행정행위를 해줄 것을 청구하는 소송을 말한다. 우리 행소법은 이를 항고소송의 종류로 명시하고 있지 않은바(법 제4조 참조), 해석상 인정될 것인지 문제 된다. 이는 권력분립원칙과 행소법 제4조를 어떻게 해석할 것인지와 관련된다.

2) 학 설

① 의무이행판결을 통해 법원이 행정청에 대하여 처분의 발급을 명령하는 것은 행정청의 1차적 판단권을 침해하는 것으로서 권력분립의 원칙에 반하고, 행소법 제4조는 제한적 열거로 보아야

하는 이유로 인정할 수 없다는 부정설, ② 거부처분이나 부작위를 행정청의 1차적 판단권의 행사로 볼 수 있으므로 의무이행소송이 권력분립 원칙에 반한다고 볼 수 없고, 행소법 제4조는 예시적 규정에 불과하므로 인정할 수 있다는 긍정설, ③ 원칙적으로 권력분리의 원칙상 인정될 수 없지만, 행정청이 1차적 판단권을 행사할 수 없을 정도로 처분요건이 일의적으로 정해져 있고, 법정의 항고소송에 의해서는 실효적인 권리구제가 이루어질 가능성이 없는 경우에 한하여 인정할 수 있다는 제한적 긍정설이 대립한다.

3) 판례

판례는 “현행 행정소송법상 행정청으로 하여금 일정한 행정처분을 하도록 명하는 이행판결을 구하는 소송이나 법원으로 하여금 행정청이 일정한 행정처분을 행한 것과 같은 효과가 있는 형성판결을 구하는 소송은 허용되지 아니한다. 행정청의 부작위에 대해서는 부작위위법확인소송이 가능할 뿐, 적극적으로 일정한 행위를 요구하는 의무이행소송이나 그 확인을 구하는 행정소송은 허용되지 아니한다”고 하여 부정설의 입장이다.

4) 검토

생각건대, 아무런 법적 정비 없이 현행법 아래에서 의무이행소송을 인정한다면 오히려 혼란만 가중될 것이다. 따라서 현행법상으로는 의무이행소송을 부정하는 것이 타당하다. 다만 입법론상으로는 이를 도입하여 국민의 실질적인 권리구제를 도모함이 타당하다고 보인다.

(2) 예방적 금지소송(예방적 부작위청구소송)의 인정 여부

1) 의의 및 문제점

예방적 금지소송이란 행정청의 공권력 행사에 의해 국민의 권익이 침해될 것이 예상되는 경우에 미리 행정청에 대하여 일정한 침익적 처분을 하지 말 것을 청구하는 소송을 말한다. 우리 행소법은 이를 항고소송의 종류로 명시하고 있지 않는바(법 제4조 참조), 해석상 인정될 것인지 문제된다. 이는 권력분립원칙과 행소법 제4조를 어떻게 해석할 것인지와 관련된다.

2) 학설

① 예방적 금지소송은 공권력의 행사가 행하여지기 전에 공권력 행사를 막는 소송으로서 행정청의 1차적 판단권을 침해하고, 행소법 제4조를 제한적 열거로 보아야 하므로 인정될 수 없다는 부정설, ② 부정설과 마찬가지로 행소법 제4조를 제한적 열거로 보아야 하므로 항고소송으로는 인정할 수 없고, 다만 당사자소송의 한 형태로 인정할 수 있다는 당사자소송설, ③ 행소법 제4조를

예시적 규정으로 보아 항고소송의 한 형태로 인정할 수 있다는 항고소송설의 대립이 있다.

3) 판례

판례는 “건축물의 준공처분을 하여서는 아니된다는 내용의 부작위를 구하는 청구는 행정소송에 허용되지 않는다”라고 하여 부정설의 입장이다.

4) 검토

생각건대, 제4조의 규정체계 및 권력분립의 원칙상 1차적 판단주체인 행정청의 결정 이전에 법원이 사전에 판단하는 것은 허용될 수 없다고 보인다. 결국 이는 입법정책적 문제로서 입법적으로 해결하는 것이 타당하다.

II. 당사자소송

당사자소송이란 행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송을 말한다(행소법 제3조 제2호).

I. 취소소송의 의의 및 성질

- ① 취소소송이란 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송을 말한다(법 제4조 제1호).
- ② 행정처분은 당연무효가 아닌 이상, 공정력을 가지는데, 취소소송은 이러한 공정력을 배제하기 위한 소송으로 형성소송이다. 취소판결이 선고되면 별다른 후속조치 없이 취소의 소급효에 의하여 원래의 상태가 회복된다(이른바 형성력).

II. 무효선언적 의미의 취소소송(무효사유에 대해 취소소송을 제기한 경우)

1. 의 의

무효인 처분에 대하여 취소소송을 제기한 경우에, 법원이 처분이 무효임을 확인하면서 내리는 취소소송을 무효선언적 의미의 취소소송이라고 한다.

2. 무효확인판결의 가능성과 그 경우의 판결의 내용

- ① 판례는 “원고가 그 청구취지로서 행정처분의 취소를 구하고 있는 이상 원심이 원고에 대하여 행정처분의 무효확인을 구하는 여부를 석명할 의무는 없다고 할 것이고 또 행정처분의 취소를 청구하는 내용에는 무효확인을 구하는 취지도 포함되어 있다고는 볼 수 없다”고 하여 무효사유에 해당하더라도 취소소송으로 제기된 이상 무효확인판결은 할 수 없다고 한다.
- ② 이 경우 판례는 취소소송 요건(예: 무효확인소송이 취소소송 제소기간 내 제기)을 구비한 경우에는 무효선언적 의미의 취소판결을 할 수 있다고 한다(주문은 취소판결, 판결 이유에서 처분이 무효임을 확인).

III. 취소소송의 소송물

- ① 소송물이란 심판의 대상이 되는 소송의 객체를 말한다.
- ② 취소소송의 소송물에 관하여 견해의 대립이 있다. 즉 i) 처분의 개개의 위법사유라고 보

는 견해, ii) 처분의 위법성 일반이라고 보는 견해, iii) 처분의 위법성과 이를 근거로 한 처분의 취소를 구하는 원고의 주장으로 보는 견해 등이 그것이다.

③ 판례는 “취소판결의 기판력은 소송물로 된 행정처분의 위법성 존부에 관한 판단 그 자체에만 미치는 것이다”라고 있다. 이에 대하여 통설은 판례가 취소소송의 소송물을 처분의 위법성 일반으로 보는 입장이라고 해석하고 있다.

IV. 취소소송의 소송요건

1. 의 의

취소소송이 적법하기 위해서는 소송요건을 구비해야 한다. 소송요건의 흠결이 있으면 법원은 판결로써 소를 각하한다(소각하판결).

2. 취소소송의 소송요건 일반

취소소송 특유의 소송요건으로 ① 대상적격(법 제19조), ② 원고적격(법 제12조 제1문), ③ 협의의 소의 이익(법 제12조 제2문), ④ 피고적격(법 제13조), ⑤ 관할법원(법 제9조), ⑥ 전심절차(법 제18조), ⑦ 제소기간(법 제20조) 등이 있다.

V. 취소소송의 4유형과 소송요건

1. 1유형(침익적 처분에 대한 취소소송)

대상적격이 주 쟁점이다.

2. 2유형(수익적 처분에 대한 신청의 거부처분에 대한 취소소송)

대상적격, 즉 거부처분의 성립여부가 주 쟁점이다. 특히 판례는 법규상 또는 조리상 신청권이 존재할 경우에만 대상적격을 인정하고 있다. 신청권의 존부를 원고적격의 문제로 보지 않는다.

3. 3유형(제3자요 행정행위에서의 처분에 대한 제3자의 취소소송)

처분의 상대방이 아닌 제3자가 처분의 취소를 구하는 것이므로 원고적격이 주 쟁점이다.

4. 4유형(제3자효 행정행위에서 제3자가 처분 상대방에게 내려진 수익적 처분의 직권취소 또는 철회를 신청했다가 거부당하자 거부처분에 대하여 제기하는 취소소송)

사실상 2유형이다. 따라서 대상적격, 즉 거부처분의 성립 여부가 주 쟁점이다.

취소소송의 대상으로서 ‘처분’

I. 취소소송의 대상인 처분

행소법 제19조 본문은 취소소송의 대상에 대해 ‘취소소송은 처분등을 대상으로 한다’고 규정하고, 동법 제2조 제1항 제1호는 처분등에 대하여 ‘행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용(이하 “處分”이라 한다) 및 행정심판에 대한 재결’을 말한다고 규정하고 있다(법 제2조 제1항 제1호). 이하 처분에 관하여 본다.

II. 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사

1. 행정청의 행위

① 행정청이란 국가 또는 지방자치단체의 행정에 관한 의사를 결정하고 이를 외부에 표시할 수 있는 권한을 가진 행정기관을 말한다.

② 법원의 기관인 법원행정처장도 기능적 의미의 행정청이 될 수 있다. 또 지방의회도 합의제 행정청이 되는 경우가 있다(예: 의장선임결의, 의장에 대한 불신임결의, 의원에 대한 징계결의는 모두 처분개념 징표를 만족하여 처분성이 인정된다).

③ 사립학교 재단이 한 사립학교 교원에 대한 징계처분은 항고소송의 대상인 처분이 아니다(다만, 소청을 제기하여 교원소청심사위원회의 결정이 있는 경우에는 그 결정은 처분에 해당한다¹⁾). 이에 반해 국·공립학교 교원에 대한 교육부장관, 총장 등이 한 징계처분은 처분이다(다만, 국·공립 교원은 교육공무원으로 필수적 행정심판 전치주의의 적용을 받는다).

④ 행정청에는 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체 및 그 기관 또는 사인이 포함된다(법 제2조 제2항). 공공단체의 대표적인 것으로 공법인이 있다. 공법인(각종 공사, 재개발조합, 재건축조합)의 행위 중 국민에 대한 권력적 행위만(대외적 행위만) 행정소송의 대상이 된다(예: 재건축조합과 조합원의 관계. 이에 반해 재건축조합과 조합장, 임원등의 관계는 사법상의 고용관계로 행정소송의 대상이 되지 않는다).

2. 구체적 사실에 대한 법집행

1) 재결이 아니라 처분이다.

① 구체적 사실에 대한 법집행 행위여야 한다. 가장 전형적인 처분은 개별적·구체적 규율인 강학상의 행정행위다.

② 그러나 일반적·추상적 규율로서의 법정립행위인 행정입법은 원칙적으로 여기에 해당하지 않아 처분이 아니다. 다만, 판례는 “조례가 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우” 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보았다.

3. 공권력의 행사

공권력의 행사여야 한다. 공권력의 행사란 행정청이 우월적 지위에서 일방적으로 행하는 공법 행위를 뜻한다. 따라서 행정청이 행하는 사법(私法)행위나 공법상 계약 등은 공권력의 행사가 아니어서 처분이 아니다.

4. 국민의 권리의무에 직접 영향이 있는 법적 행위

① 법집행이므로 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상의 효과를 직접 발생하게 하는 등 국민의 권리의무에 직접 관계가 있는 행위여야 한다. 따라서 행정청의 내부적인 의사결정, 알선, 권유, 사실상의 통지 등과 같이 상대방 또는 관계자들의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키지 아니하는 행위는 그에 해당하지 아니한다.

② 한편 어떠한 처분이 상대방의 권리 의무에 직접 영향을 미치는 행위라면 처분의 근거나 법적인 효과가 행정규칙에 규정되어 있다고 하더라도 항고소송의 대상이 될 수 있다(판례는 행정규칙에 의한 불문경고조치를 항고소송의 대상이라고 보고 있다).

Ⅲ. 행정청이 행하는 구체적 사실에 대한 법집행으로서의 공권력 행사의 거부

1. 거부와 부작위의 구별

거부는 거부의사를 표시했다는 점에서 부작위와 구별된다. 행정청의 부작위의 경우에도 법에서 거부로 의제하는 경우 또는 경원자 관계에서 일방당사자에 대한 부작위는 거부행위가 된다.

2. 거부처분의 성립요건²⁾

2) 먼저 사안에서 거부라는 점을 실시해야 한다.