

프랑스의 월권소송(recours pour excès de pouvoir)과 한국의 의무이행심판에 관한 연구

박재현*

- I. 서론
- II. 월권소송(recours pour excès de pouvoir)
- III. 의무이행심판
- IV. 이행명령(injonction)제도를 한국에 도입할 필요성
- V. 결론

I. 서론

오늘날 행정에 대한 국민의 생활의존도는 매우 높다고 할 수 있다. 왜냐하면 오늘날 행정은 양적으로 매우 확대되었고 질적으로도 다양한 작용을 그 내용으로 하고 있기 때문이다. 그러므로 일정한 행위 또는 급부의 신청에 대한 행정청의 거부나 방치로 인한 국민의 권익 침해는 중요한 의미를 가지는 바, 행정권의 소극적 자세로 인한 권익침해에 대해 법적인 구제수단이 있어야 할 것이다. 프랑스 월권소송에서는 취소사유가 존재하고 이러한 취소사유가 있을 때 취소판결을 하면 원고의 권리구제에 충분할 것인가? 이러한 문제를 연구하고 프랑스에서 왜 이행명령(injonction)제도가 생겨났는지 그리고 이러한 이행명령(injonction)제도가 어떠한 기능을 하는지에 대해서 연구해 보는 것은 흥미로운 것이다. 이러한 연구를 함으로써 프랑스의 이행명령

* 성균관대학교 비교법연구소 선임연구원, 법학박사.

(injonction)제도의 도입 필요성을 느낄 것이다. 프랑스에서 이행명령(injonction)권한을 행정판사에게 부여함으로써 기관사항에 대한 집행문제에 있어서 많은 향상을 가져왔음에도 불구하고 기관사항에 대한 집행문제에 있어서 어려움이 존재한다. 이러한 한계를 한국의 의무이행심판제도에서 해결 할 수 있는 것이 존재한다.

우리나라 행정심판법(행정심판법 제 4조의 3)에서는 행정심판으로서 취소심판, 무효등 확인심판 그리고 의무이행심판을 규정하고 있다. 여기에서 의무이행심판제도를 살펴보고자 한다.

먼저 프랑스의 월권소송을 살펴보고 다음에 한국의 의무이행심판을 살펴본 후 한국에서의 이행명령(injonction)제도 도입의 필요성을 살펴보겠다.

II. 월권소송(recours pour excès de pouvoir)

1. 의의

월권소송(recours pour excès de pouvoir)은 행정관청의 행위나 공공서비스의 영역에서 행동하는 사적 기관의 행위에 대해서 그러한 행위를 취소하게 하기 위해서 하는 재판 소송이다¹⁾. 즉 월권소송은 위법한 행정처분의 취소를 내용으로 하고 법의 일반원칙에 따라 합법성 원칙의 보장을 그 목적으로 한다. 이 소송은 원고와 피고 사이의 주관적 권리관계를 판정하기 위한 것이 아니라, 위법한 행정처분의 취소를 그 목적으로 하는 소송이다.

2. 월권소송의 내용

월권소송은 행정기관의 결정을 취소하는 것을 목적으로 하고, 변호사 강제주의를 요구하지 않고 있다. 즉 변호사 없이 소송을 제기할 수 있다. 원고는 월권소송을 행정관청(authorité administrative)의 행위의 공개(publication) 또는 고지 (notification)로부터 2개월 내에서만 제기할 수 있다. 2000년 4월 12일 법에 의하면²⁾ 원고의 청구(réclamation)에 대해 행정관청의 2개월 동안의 부작위(silence)가 있으면 거절의 결정(décision de rejet)으로 보고, 그 때부터, 원고는 재판소에 2개월의 기간내에 소를 제

1) Guillien (R.) et Vincent (J.), "Lexique des termes juridiques", Dalloz, 2001, p. 464.

2) JO du 13 avril 2000.

기할 수 있다.

행정기관의 행정행위가 적법(légalité)하지 않다면 이러한 행위의 취소를 얻기 위해서 모든 이해관계인(tout intéressé)이 월권소송을 제기할 권리는 1950년 Ministère de l'agriculture c/Dame Lamotte 사건³⁾ 이래 인식된 법의 일반원칙(principe du généraux du droit)이다. 헌법위원회(conseil constitutionnel)도 후에 이 원칙에 헌법상 가치를 부여했다.

월권소송은 심지어 법조문이 없는 경우에도(même sans texte) 모든 행정행위에 대해 제기할 수 있고 법의 일반원칙(principes généraux du droit)에 맞게, 적법성의 존중을 확실히 할 것을 목적으로 한다⁴⁾. 행정관청이 취한 결정이 월권이면 판사의 통제를 받는다는 것을 강조하며, 헌법위원회(conseil constitutionnel)는 이런 요구가 헌법상의 요구에 일치한다고 판결했다⁵⁾. 월권소송은 위법한 행정행위의 취소를 위한 객관소송(recours objectif en annulation)이다.

계약은 월권소송의 대상으로 할 수 없으나, 지방자치단체의 계약행위에 대해서 도지사가 déféré⁶⁾하는 경우에는 예외가 된다⁷⁾. 피치자(administrés)의 권리와 의무에 직접 관련되지 않는 행정기관의 조치[소송의 원인을 만들지 않는 조치(ne font pas grief)]는 월권소송의 대상이 되지 않는다. 특히 군대, 학교, 징계 분야에서 내부질서(ordre intérieur)조치 개념은 월권소송의 대상이 되지 않는 것으로 오랫동안 여겼다.

사실상 모든 행정결정이 월권소송의 대상이 되는 것은 아니다. 행정판사는 해석을 요하는 상급관청의 하급관청에 내린 훈령(circulaires interprétatives), 행정기관의 내부기록 그리고 제 3자에게 소의 이익이 없는 이러한 어떤 행위⁸⁾에 대해 전통적으로 인식하지 거절했다. 그럼에도 불구하고 이런 입장은 많이 변천되었다. CE는 이제는 군인⁹⁾ 또는 구류인¹⁰⁾에 가한 규율상 징계에 대해 제기된 청구를 받아들인다. 오랫동안

3) CE, 17 octobre 1950, Ministère de l'agriculture c/Dame Lamotte.

4) CE, 17,2,1950, Dme Lamotte, Leb. p.110.

5) CC, 84-185 DC du 18.1.1985, Rec., p.36.

6) déféré란 국가가 communes(읍), départements(도), 그리고 régions(지역)에 대한 법적 통제를 할 때 도지사가 이런 지방자치단체의 행위가 위법한 것으로 여길 때 제 1심 행정재판소(Tribunal administratif)에 고소하는 행위를 말한다.

7) 프랑스의 1982년 3월 2일 법.

8) CE, 29 janvier 1954, Institution Notre-Dame du Kreisker.

9) CE, 17 février 1995, Hardouin.

10) CE, 17 février 1995, Marie.

소송의 대상이 되지 않았던 결정인, 지방자치단체의 심의회(assemblées délibérantes)의 내부명령(règlements intérieurs)은 이제 월권소송 담당 판사(juge de l'excès de pouvoir)에게 소를 제기할 수 있다¹¹⁾. 이제는 내부명령(règlement intérieur)에 대해 행정재판소(tribunal administratif)에 소를 제기할 수 있다는 입법이 제정되었다¹²⁾. 객관소송(recours objectif)에서, 소송을 제기하기 위해서는 원고적격이 필요하다. 원고는 자기 이익의 침해(intérêt froissé)가 있어야 한다. 예를들어 이러한 침해로는 commune(읍)의 납세자의 신분(qualité)에서 기인할 수 있다¹³⁾. 이러한 침해는 공공서비스(service public)의 이용자의 신분(qualité)에서 기인할 수 있다¹⁴⁾. 또한 이런 침해는 관련 공무원 구성원¹⁵⁾, 그리고 관련 행정관청¹⁶⁾에서 기인할 수 있다. 재산적(matériel)이익이든 정신적(moral)이익이든, 소송의 수리가능성(recevabilité)을 정당화하기 위해서는 이러한 이익은 충분히 직접적이고 확실(suffisamment direct et certain)해야 한다. 이러한 이익은 집단의 고유이익을 허용할 수 있는, 적합(propre)한 것이어야 한다. 이러한 이익은 적법성(légalité)만 고려하고 합목적성(opportunité)은 고려하지 않는다.

3. 월권소송의 취소사유

월권소송의 취소사유는 전통적으로 무권한(incompétence), 형식의 하자(vice de forme), 법위반(violation de la loi), 권한남용(détournement de pouvoir)으로 분류되어 왔다¹⁷⁾.

(1) 무권한(incompétence)

무권한이란 행정기관이 행정결정을 할 적법한 권한이 없을 때, 즉 이러한 권한이 다른 권한에 속함에도 불구하고 행정결정을 할 때 무권한이라고 한다. 이것은 행정결

11) CE, 10 février 1995, Riehl.

12) 시의회(conseil municipal)에 대해서는 L.2121-8 조, 일반위원회(conseil général)에 대해서는 L.3121-8조, 지역위원회(conseil régional)에 대해서는 L.4132-6조.

13) CE, 29. 3, 1901, Casanova, Leb., p.333.

14) CE, 21.12.1906, Croix-de-Seguey-Tivoli, Leb., p.962.

15) CE, 11.12.1903, Lot, Leb., p.780.

16) CE, 18. 4.1902, commune de Nérès-les-Bains, Leb., p.275.

17) Chapus (R.), "Droit administratif général", tome 1, Montchrestien, 2000, p. 998.

정이 지니게 되는 하자가 된다. 콩세이데따는 매우 일찍이 이러한 무권한을 통제했다¹⁸⁾. 이러한 하자는 특히 중대하기 때문에 행정판사는 원고가 주장하지 않아도 무권한을 직권으로 판단한다¹⁹⁾. 무권한의 형태는 다양하다.

즉 첫째, 사항적 무권한(*incompétence matérielle*)인데 이것은 행정기관이 자기 권한 밖의 영역(*dans une matière étrangère*)에 개입할 때 이루어진다. 예를들면 행정기관이 입법자나 판사의 권한에 속하는 영역에서 결정할 때에 발생한다. 둘째, 관할적 무권한(*incompétence territoriale*)인데 이것은 행정기관이 자기 관할을 초과하는 행정행위를 할 때 발생한다. 예를들면 도지사가 자기 도가 아닌 다른 도에 사는 사람에 대해서 경찰조치를 취할때의 경우이다²⁰⁾. 셋째, 시간적 무권한(*incompétence temporelle*)인데 이것은 행정기관이 결정을 한 날짜(*date*)를 이유로 해서 발생한다. 예를들면 행정기관이 행정행위를 취할 때에는 이러한 행위를 할 능력이 없었으나 이러한 행정행위를 한 경우이다.

(2) 형식의 하자(*vice de forme*)

행정기관이 예견된 형식(*formalité*)을 생략하거나 또는 불법하게 형식을 완성할때 형식의 하자가 발생한다. 이것은 특히 행위의 서명(*signature de l'acte*), 부서(*contresigné*), 그리고 의무적인 언급(*mentions obligatoires*), 혹은 행위의 동기(*motivation de l'acte*)에 관련된다. 형식의 하자는 어떤 경우에는 치유(*couverture*)될 수 있다. 예를들면 형식을 사후적으로 이행(*accomplissement tardif de la formalité*)함으로써 또는 이해관계인의 승인(*acquiescement des intéressés*)에 의하여 치유될 수 있다. 형식의 하자는 상황에 따라 치유될 수 있다. 예를들면 긴급한 경우(*urgence*), 형식을 이행하기에 어려운 예외적 상황(*situation exceptionnelle*)의 경우이다. 행정기관이 형식을 지키지 못하도록 한 원인이 사인인 경우에도 형식의 하자는 치유될 수 있다. 예를 들면 주소를 밝히지 않아서 통지를 못하게 하는 경우이다²¹⁾.

(3) 법위반(*violation de la loi*)

행정기관이 행위의 내용(*contenu de l'acte*), 행위의 동기(*motifs de fait*), 그리고 법

18) CE, 28 mars 1807, Dupuy Briace.

19) Peiser (G.), "Droit administratif", Dalloz, juin 1998, p. 213.

20) CE, 27 janvier 1950, Perrin.

21) Rivero (J.) et Waline (J.), "Droit administratif", Dalloz, 1999, p. 244.

의 동기(motifs de droit)와 관련된 규정(règle)을 존중하지 않았을 때 법위반이 있는 것이다. 행정기관이 존중해야 하는 법규정을 행정기관이 알지 못할 때 법규정의 직접적 위반(violation directe de la règle de droit)이 된다. 이것은 성문법(règles écrites) 위반뿐만 아니라 법의 일반원칙(principes généraux du droit)의 위반의 경우도 관련된다²²⁾. 동기에 관한 통제(contrôle sur les motifs)는 월권소송에서 가장 중요한 취소사유(moyen d'annulation)가 된다. 판사는 행위를 구체적으로 정확(l'exactitude matérielle des faits)하게 했는지를 통제한다. 법의 동기(motifs de droit)도 판사가 통제하는데 법의 동기는 법률적용 범위밖에서 취한 행위를 의미한다. 예를들면 당해 사건에서 적용되지 않는 근거조항(예를 들면 법조문)을 불러일으키는 경우이다. 적법한 동기가 없는데도(défaut de base légale), 예를 들어 존재하지 않는 근거조항(예를들면 법조문)을 행정기관이 불러일으키는 경우도 판사의 통제 대상이다.

(4) 권한남용(détournement de pouvoir)

권한남용은 행정행위 취소의 가장 중대한 사유중 하나이다. 이것은 행정기관에게 부여된 것과 다른 목적으로 자기 권한을 사용한 행정기관을 제재하기 위한 것이다. 만약 행정기관이 추구해야 하는 목적과 상응하지 않는 목적을 가지고 행동하면, 행정기관은 권한남용을 저지르는 것이다.

월권소송으로 인한 취소판결이 결정되면 행정관청은 이를 집행할 의무가 있다. 그럼에도 불구하고 행정기관이 기관사항을 이행하지 않을 목적으로 잘못된 동기(faux motifs)로 취소된 조치를 다시 취하면 즉 기관사항의 집행을 하지 않기 위한 행정기관의 개입이 있으면, 이것은 권한남용(détournement de pouvoir)이 된다²³⁾. 오직 기관사항을 이행하지 않기 위해서만 행정기관의 개입이 있으면 이것은 권한남용이 된다.

4. 월권소송에 의한 취소판결의 효과

행정행위의 위법으로 인해 판사의 취소판결이 있으면 그 취소의 효과는 절대적 효력(autorité absolue de la chose jugée)이 있다. 즉 취소는 행위를 사라지게 하고 모두(erga omnes)에게 효력이 있다. 이러한 원칙의 대표적인 판결은 Rodière 판결이다²⁴⁾.

22) CE, 23 avril 1982, Ville de Toulouse c/Mme Aragnou, AJDA, 1982, p.476.

23) CE, 29 avril 1949, Dame Baudrand, Rec., p. 187.

24) CE, 26 décembre 1925, Rodière, Rec., p. 1065.

행정기관이 기관사함을 피하기 위한 목적으로 잘못된 동기(faux motifs)로 취소된 조치를 다시 취하면 즉 기관사함의 집행을 하지 않기 위한 행정기관의 개입이 있으면, 이것은 월권(détournement de pouvoir)이 된다.

취소(annulation)는 對世的 效力(effet erga omnes)을 가진다. 법규명령(actes réglementaires)의 취소는 관보(journal officiel)에 기록된다. 판사가 행정행위를 취소하면 행정기관은 이 집행에 따를 의무가 있다. 이 경우 판사는 행정기관으로 하여금 어떤 기간내에 새로운 조치를 취하도록 하기 위해 취소와 이행명령을 병과할 수 있다. 취소판결의 결정이 있으면 행정기관은 이를 집행할 의무가 있고 취소된 행위는 행하여지지 않은 것으로 간주되며, 취소판결은 소급적 효력을 가진다. 법규명령(acte réglementaire)의 취소는 소급효를 갖는다. 그러나 법규명령을 취소해도 법적인 공허함(vide juridique)이 존재한다.

법규명령을 발할 것을 거절한 것에 대한 판사의 취소결정이 있으면 행정기관이 법규명령을 발해야 한다는 것을 의미한다²⁵⁾. 불법한 법규명령을 철회(abroger)한 것을 거절한 결정에 대한 판사의 취소결정이 있으면 행정기관은 이러한 법규명령을 철회해야 한다²⁶⁾.

건축허가 부여 결정의 취소이든 건축허가 거절 결정의 취소이든, 행정기관은 원칙적으로 요구를 재심사할 의무가 있다. 행정기관은 자발적으로 재심사를 해야 한다. 그럼에도 불구하고 이런 건축허가 거절에 대한 취소판결이 은연중에 허가를 하도록 하는 것을 의미하는 것은 아니다. 행정기관은 재판결정의 동기를 존중할 의무가 있다. 그러므로 행정기관은 최초결정에 대한 취소판결이 있을 때 절차상 또는 형식의 하자가 없을 때에만 행정기관은 새로운 허가 결정을 취할 것이다.

행정허가(autorisation administratif) 부여를 목적으로 하는 요구에 대해서 거절을 취소하는 판결이 있다고 해서 이것이 청구한 허가를 준다는 것과 같은 의미는 아니다. 이러한 취소판결이 일반적으로 행정기관에 의한 허가를 교부하는 것을 의미하지도 않는다. 취소판결의 형식이나 절차를 근거로 했으면, 행정기관은 적법절차를 존중할 때부터 자신의 최초의 거절을 되풀이 할 수 있다.

행정기관이 새로운 결정을 취할 때에는, 원칙적으로 현행법에 일치해야 하고 이러한 날짜에서 확인된 사실행위를 근거해야 한다.

공무원의 불법한 축출의 취소판결에는 공무원의 축출의 날짜에 공무원 경력의 재

25) CE, Sect., 26 juillet 1996, ALPL.

26) CE, 17 décembre 1997, Conseil des industries de défense française.

구성, 그의 사회적 권리의 재구성, 그리고 이해관계인(intéressé)의 법률적 복직이 관련된다. 법률상 복직은 이해관계인의 요구를 필요로 함이 없이 행정기관이 직무상 취할 의무있는 결정을 말한다. 법률상 복직은 소급적이고 월권소송상 판사가 취소한 추방결정의 효과가 발생하는 날짜에 행해진다. 공무원 축출이 판사에 의해 취소되어 공무원 서비스를 결코 중단하지 않았던 것으로 여겨지는 공무원의 경력은 재구성되어야 한다.

공무원 경력의 재구성의 출발점은 항상 공무원의 법률상 복직의 날짜이고 결과적으로 취소된 결정의 효과가 발생하는 날짜이다.

공무원 경력의 재구성이 있었음에도 이러한 경력의 재구성이 불법이라고 관련된 공무원이 생각하면, 관련된 공무원은 월권소송 담당 판사에게 소를 제기할 수 있다.

법률상 복직(réintégration juridique)과 달리 효율적 복직(réintégration effective)은 항상 의무적인 것은 아니다. 한편으로는, 행정기관은 적법한 조건하에서, 이해관계인에 대해서 새로운 추방조치를 취할 수 있다. 다른 한편으로는, 이해관계인의 직무는 일반적으로 축출기간 중에 끝날 수 있다. 예를들면 퇴직에 이르는 나이제한(limite d'âge)의 도래 또는 육체적으로 일하기에 부적절한 것의 출현²⁷⁾, 공직에서 일하기에 부적절한 형사유죄판결의 선고, 공무원의 일자리가 있었으나 공무원이 부적법하게 추방되었을 때 일자리의 없어짐²⁸⁾, 프랑스 국적의 상실 등을 들 수 있다.

효율적인 복직은 합리적 기간(délai raisonnable)내에 이뤄져야 한다²⁹⁾. 왜냐하면 복직자의 상황이 정상화되어야 하기 때문이다. 행정기관이 既判事項을 이행하지 않으면, 예를들어 공무원이 원래의 자리에 복직되지 않으면, 즉 A라는 일자리에서 일하는 공무원이 C라는 일자리에 복직된다면 이것은 명백한 불균형이고 既判事項의 불이행이 된다. 이 경우에 판사는 행정기관에 연체료(astreinte)를 선언할 수 있다.

5. 소결

행정기관은 판사가 선언한 취소의 결과를 끌어내야 할 것이다. 즉 이해관계인을 법률상 복직시켜야 하고 그의 경력을 재구성해야 할 것이다.

1905년 Martin 사건에 관한 재판에서, Romieu는 취소의 결과를 다음과 같이 말한

27) CE, 31 décembre 1959, Ville de Saint-Denis c/Loubignac, Leb., p.728.

28) CE, 14 novembre 1952, Bernard, Leb., p.514.

29) CE, 15 juillet 1955, Renteux, Leb., p.446.

다. “월권소송은 흔히 이상적인 성격만(caractère platonique) 가질 것이다. ... 이러한 취소 자체로서는 월권소송의 판사가 다룰 수 없는 계약에 관해서는 어떤 효과도 가질 수 없을 것이다.” 행정기관이 허가를 거절한 경우 판사가 그 허가 거절의 취소판결을 한다고 하더라도, 원칙적으로 이 판결이 허가를 준다는 것을 의미하는 것은 아니다. 허가를 주는 것은 행정기관이고 판사가 아니다. 즉 판사는 행정기관의 일을 대체(substitution)할 수 없다. 이것은 판사와 행정기관사이에 존재하는 권력분립의 원칙 때문이다. 이러한 권력분립의 원칙을 극복할 수 있는 제도가 있는데 이것은 한국의 의무이행심판제도이다. 따라서 한국의 의무이행심판을 살펴보겠다.

III. 의무이행심판

1. 의의

의무이행심판이란 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분 또는 부작위가 있는 경우에 그 법률상 의무 지워진 처분의 이행을 구하는 행정심판을 말한다³⁰⁾. 의무이행심판 제도를 제도화한 이유는 오늘날 국민생활의 행정의존도가 높으나 행정청이 소극적으로 공권력을 발동하지 않음으로 인하여 국민의 권익침해가 늘어나기 때문에 이에 대한 구제를 위한 것이다³¹⁾. 행정심판법 제 37조 2항은 다음과 같이 규정한다. “당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있는 경우에는 행정청은 지체 없이 그 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다. 이 경우 재결청은 당해 행정청이 처분을 하지 아니하는 때에는 당사자의 신청에 따라 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간 내에 이행하지 아니하는 경우에는 당해 처분을 할 수 있다.” 이 규정은 1995년 개정법이 새로 규정한 것이다. 왜냐하면 구 행정심판법에는 행정청이 재결의 취지에 따른 처분의무를 이행하지 않는 경우에 대한 별도의 규정을 두지 않았기 때문이다. 의무이행심판은 행정청의 위법은 물론 부당한 거부처분이나 부작위에 대해 일정한 처분을 하도록 하는 심판이고, 행정심판법 제 37조 제 2항의 규정에 의해 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있는 경우에 한해 재결청의 직접처분이 가능하도록 되어있다. 행정심판법에 재결청의 직접처분규정을 신설한 것은 국민의 권리구제를 확실하게

30) 행정심판법 4조 3호.

31) 이광윤/김민호, 최신행정법론, 법문사, 2003, 2.25, p.362.

보장하고, 행정법 관계에 대한 분쟁을 행정부 내에서 해결하도록 함으로써 사법부의 업무를 경감시키고, 재결청의 처분청에 대한 감독기능을 강화하는데 그 의미가 있다.

2. 심판대상

(1) 거부처분

거부처분은 현재의 법률상태를 변동시키지 않으려고 하는 행정청의 소극적 의사 표현으로서 일정한 처분을 구하는 상대방의 신청에 대해 그 청구를 받아들이지 아니하는 행위이다. 거부처분은 신청에 대한 명시적인 기각결정과 신청에 대해 일정한 기간 내에 처분하지 않으면 이를 거부처분으로 보는 간주거부도 포함한다. 의무이행심판은 명시적으로 거부처분을 그 대상으로 하고 있는데 반해 취소심판은 처분을 그 대상으로 하고 있는데 이 처분에는 거부처분도 포함되기 때문에 거부처분도 취소심판의 대상이 될 수 있다.

거부처분을 다룰 때 의무이행심판을 제기하는 것이 취소심판을 제기하는 것보다 더 효과적인 것이다. 왜냐하면 거부처분에 대해서 의무이행심판은 이행을 명하는 재결을 청구할 수 있는데 대해서 취소심판의 경우는 거부처분의 취소 변경을 그 내용으로 하기 때문이다. 그리고 행정심판법 제 37조 제 2항에 따르면 재처분의무규정을 의무이행심판의 경우에 인정하고 있는데 비해 취소심판의 경우에는 그러한 규정이 존재하지 않기 때문이다.

(2) 부작위

1) 부작위의 의미

행정심판법에서는 부작위란 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것을 말한다(행정심판법 제 2조 제 1항 제 2호)고 규정하고 있다. 부작위를 행정심판의 대상으로 한 이유는 부작위 상태가 장기간이어서 위법·부당한 것으로 판단될 수 있는 경우에 그 부작위를 시정하여 국민의 권익을 보호하기 위한 것이다³²⁾.

32) 홍정선, 행정법원론(상), 1997, 박영사, p. 684.

2) 부작위의 성립요건

행정심판의 대상인 부작위가 성립하기 위해서는 당사자의 신청이 존재하여야 하며, 그 신청에 대하여 행정청이 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 않은데 대해서 부작위의 위법확인을 구할 법률상 이익이 있는 자가 신청하여야 한다.

가) 당사자의 신청

여기서의 신청은 명문의 규정으로 인정되는 경우뿐만 아니라 법해석상 당해 규정이 특정인의 신청을 전제로 하는 것이라고 판단되는 경우의 신청도 포함한다.

나) 상당한 기간이 경과할 것

부작위가 성립하기 위해서는 당사자의 신청이 있는 후 상당한 기간이 지나도 행정청이 어떠한 처분도 하지 아니한 상태가 존재하여야 한다. 여기서 상당한 기간이란 함은 사회통념상 당해 신청에 대해 처분을 하는데 필요한 것으로 인정되는 기간을 의미한다.

다) 처분을 할 법률상 의무의 존재

부작위가 성립하기 위해서는 당사자의 신청에 대하여 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 존재해야 한다. 여기에서 법률상 의무란 법령이 일정한 요건을 갖춘 때에는 일정한 처분을 할 것을 명하는 뜻의 명문의 규정이 있는 경우와 법령의 취지나 당해 처분의 성질상 기속적 행위에 해당하는 경우도 포함한다. 이러한 의무가 인정되려면 당해 법령에서 명문으로 인정되고 있거나 법령의 취지나 당해 처분의 성질에 비추어 처분 의무가 존재해야 한다. 그러므로 법률상 의무는 일반적으로 당해 처분이 기속행위인 경우에 이러한 의무가 존재하고, 재량행위인 경우에는 예외적으로 재량이 0으로 수축되는 경우와 무하자재량행사청구권이 인정되는 경우에만 법률상 의무가 존재한다고 볼 수 있다. 재량행위의 경우에도 재량권의 일탈이나 남용으로 그 부작위가 위법인 때에는, 이러한 하자있는 재량행사에 대해 당사자는 이로 인해 자신의 이익이 침해되면 무하자재량행사권을 주장하여 권리구제를 청구할 수 있게 된다³³⁾. 따

33) 유지태, “행정법신론”, 신영사, 2005, 2, p. 89.

라서 재량행위의 경우에도 그 중국적 처분의 내용에 관해서는 행정청에게 재량권이 있다고 하더라도 당사자의 적법한 신청에 대해서는 행정청은 절차상 적법한 처분을 할 법률상 의무가 있기 때문에 행정청은 당사자의 적법한 신청이 있으면 거부든 인용이든 어떤 선택을 해야 하고 아무것도 하지 않을 것을 선택할 수는 없다.

라) 처분의 부존재

부작위가 성립하려면 행정청이 당사자의 신청에 대해 어떠한 처분도 하지 아니하고 이를 방치하고 있어야 한다. 즉 처분으로 볼 수 있는 행정작용이 없는 경우를 말하며 행정청에 의한 인용처분도 거부처분도 존재하지 아니하는 경우를 의미한다. 그러므로 당사자의 신청을 기각하는 내용의 거부처분은 부작위에 해당하지 않으며 관계법이 상대방의 신청에 대하여 일정기간 내에 처분이 없으면 거부처분으로 간주하는 간주거부도 부작위에 해당하지 않는다. 대법원은 다음과 같이 1990년 판결에서 부작위상태의 소멸, 즉 일정한 처분이 있는 것으로 되기 위한 요건을 정하고 있다.

“행정청의 내부에 있어서 그 처분을 위한 의사결정의 사실이 있었다거나 그 의사결정의 내용을 담은 서면이 작성·준비되었다는 것만으로는 부족하고, 어떠한 형식으로는 행정청의 권한있는 자에 의하여 외부로 표시되고, 그 신청이 거부 내지 각하되었다는 취지가 신청자에게 오해없이 정확하게 전달되어 이를 알 수 있는 상태에 놓여진 경우에 한한다³⁴⁾.”

(3) 거부처분 · 부작위의 위법 · 부당

현행 행정심판법에 의하면 행정청의 위법 · 부당한 처분 또는 부작위에 대해 행정심판을 제기할 수 있도록 하고 있다(행정심판법 제 1조). 행정소송법은 위법만을 규정하고 있으나 행정심판법은 위법뿐만 아니라 부당도 규정하고 있는 것이다.

따라서 의무이행심판에 있어서는 행정청의 위법성 뿐만 아니라 부당까지도 판정할 수 있으므로 국민의 권익이 보장될 수 있을 가능성이 높다고 볼 수 있을 것이다.

3. 심판청구의 제기

(1) 청구인적격 · 피청구인적격

34) 대판 1990년 9월 25일, 89 누 4758.

행정심판법 제 9조 제 3항에 의하면, “의무이행심판청구는 행정청의 거부처분 또는 부작위에 대하여 일정한 처분을 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다”고 규정하고 있다. 따라서 취소심판의 경우와 같이 법률상 이익이 있는 자에 한해 청구인적격을 인정하고 있다. 법률상 이익은 내용적으로는 행정청에 일정한 처분을 구할 수 있는 권리, 즉 신청권이 있는 자에 한정된다. 청구인적격이 결여되면 심판청구는 부적법한 것이 되어 각하된다. 이처럼 우리 행정심판법은 청구인적격이 엄격하다는 문제점이 있다. 즉 여기서의 법률상 이익은 협의의 권리와 관계법규에 의하여 보호되고 있는 이익도 포함된다고 보는 것이 판례와 통설이다. 그러나 이렇게 청구인적격의 엄격성은 개인의 행정구제의 기회를 제한하는 결과를 가져올 수도 있다. 따라서 행정소송과는 달리 청구인적격을 완화할 필요가 있을 것이다.

의무이행심판의 피청구인은 상대방의 신청에 대해 이를 거부하거나 방치하고 있는 행정청(부작위청)이 되는 것이 원칙(행정심판법 제 13조 1항)이나, 거부처분이나 부작위가 있는 후에 그에 관한 권한이 다른 행정청에 승계 또는 이전된 때에는 그 권한을 승계 또는 양수한 행정청이 피청구인이 된다(행정심판법 제 13조 단서).

(2) 제기기간

거부처분에 대한 의무이행심판은 원칙적으로 처분이 있음을 안 날로부터 90일 이내 또는 처분이 있는 날로부터 180일 이내에 제기하여야 한다(행정심판법 제 18조 1항, 3항). 그러나 부작위를 대상으로 하는 경우에는 처분은 존재하지 아니하므로 제기기간상의 제한은 적용되지 아니하고(행정심판법 제 18조 7항), 청구인적격이 있는 자는 부작위가 존재하는 한 언제든지 의무이행심판을 제기할 수 있다.

4. 심판의 제기와 심리

(1) 심판기관

1) 재결청

재결청이란 행정기관의 청구를 수리하고 당해 심판청구사건에 대한 재결을 할 수 있는 권한을 가진 행정기관을 의미한다. 청구인과의 관계에서 대외적인 행위를 할 수 있는 권한을 가진 기관이 재결청이다. 행정심판법은 재결의 객관적 공정을 도모함으로써 행정심판의 행정구제 제도로서의 실효성을 확보하기 위해 행정청구사건에 대한

심리·의결기능과 재결기능을 분리시켜 심판청구사건에 대한 심리·의결기능은 행정심판위원회에 부여하고, 재결청은 그 의결에 따르는 형식적인 재결기능³⁵⁾을 하고 행정심판위원회의 심리 및 의결내용을 대외적으로 공표하는 권한을 행사한다. 행정심판의 재결청은 원칙적으로 피청구인인 행정청의 직근상급행정기관이 된다. 재결청의 권한은 재결을 할 수 있는 권한(행정심판법 제 31조 2항)과 집행행지의 결정 및 그 결정의 취소권한(행정심판법 제 21조 2항, 4항), 행정심판위원회 위원의 임명 또는 위촉권한(행정심판법 제 6조 4항)이 있다. 재결청의 의무로는 행정심판이 청구된 경우에 행정심판위원회에 심판회부를 할 의무를 갖는다(행정심판법 제 22조 1항). 제 3자가 심판청구를 한 때에 처분의 상대방에게 심판청구가 있는 사실을 알리는 심판청구통지 의무(행정심판법 제 22조 2항), 재결을 한 후 당사자의 신청이 있는 경우에 당사자가 제출한 증거서류 등을 반환하여야 할 의무(행정심판법 제 40조) 등이 있다.

2) 행정심판위원회

행정심판위원회는 재결청에 소속되어 재결청에 제기된 행정심판을 심리·의결기능을 하는 행정기관이다(행정심판법 제 6조 1항). 행정심판은 재결청을 통하여 청구되고 그 결과가 당사자에게 통지되나, 행정심판에 대한 심리와 재결을 준사법화함으로써 객관적 공정성을 확보하도록 하기 위하여 심판청구사건에 대한 실질적 심리는 행정심판위원회가 맡게 된다. 행정심판위원회는 심판청구사건에 대한 그의 심리결과에 따라 재결할 내용을 독자적으로 의결할 수 있는 권한을 가지므로 행정심판위원회의 심리·의결에 대해서는 재결청이 지휘 감독할 수 없고, 재결청은 심판청구에 대한 재결을 함에 있어서 당해 행정심판위원회의 의결에 구속된다(행정심판법 제 31조 2항). 행정심판위원회는 자기의 의결을 스스로 대외적으로 표시할 수 있는 능력은 없고 재결청을 통하여 재결의 형식으로 표시될 수 있다. 왜냐하면 행정심판위원회는 의결기관일 뿐이기 때문이다. 행정심판위원회는 각 재결청(국무총리 및 중앙행정기관의 장인 재결청을 제외한다.) 소속하에 설치된다(행정심판법 제 6조 1항). 국무총리 또는 중앙행정기관의 장이 재결청이 되는 심판청구는 국무총리행정심판위원회가 관장한다. 이것은 1995년 12월의 행정심판법 개정전에 비해 개선된 법이다. 왜냐하면 구법에서는 시도지사과 중앙행정기관의 소속기관의 처분에 대한 행정심판의 심리·의결을 중앙행정기관 소속하의 행정심판위원회가 담당하였기 때문이다(구법 제 6조 1항). 행정심판위원회는 위원장 1인을 포함한 15인 이내의 위원으로 구성되고 행정심판위원회

35) 이상규, “행정쟁송법”, 법문사, 2000.4, p.110

의 회의는 위원장과 위원장이 매회의마다 지정하는 6인의 위원으로 구성하되, 민간인 위원(1. 변호사의 자격이 있는 자 2. 대학에서 법률학 등을 가르치는 부교수 이상의 직에 있거나 있었던 자 3. 행정기관의 4급 이상의 공무원으로 있었던 자 또는 그 밖에 행정심판에 관한 지식과 경험이 있는 자)이 4인 이상 포함되어야 한다(행정심판법 제 6조 4항과 5항). 행정심판위원회의 위원 구성에 있어서 위원 중 과반수를 재결청 소속 공무원이 아닌 변호사·교수 기타 전문가를 위촉하도록 한 것은 심리 의결의 객관성을 위한 것이다. 국무총리 및 중앙행정기관의 장이 재결청이 되는 심판 청구를 심리·의결하기 위한 행정기관으로 설치되는 국무총리소속하의 국무총리 행정심판위원회의 위원장은 원칙적으로 법제처장이 된다(행정심판법 제 6조의 2 제 4항). 국무총리행정심판위원회의 회의는 위원장, 상임위원과 위원장이 매회의마다 지정하는 위원을 포함하여 총 9인의 위원으로 구성하되, 변호사 등 민간인 자격자가 5인이상 포함되어야 한다(행정심판법 제 6조의 2 제 6항).

(2) 소결

행정심판제도는 처음에는 소원제도로 운영하다가 1984년 행정심판법의 제정으로 행정심판으로 불리게 되었는데, 소원제도는 문제점이 있었다. 즉 소원심의회는 단순한 자문기관이었기 때문에 기속력이 없었고, 위원전원이 공무원으로 구성되어 심리의 객관성과 공정성을 확보하기 어려웠으나, 새로운 행정심판법은 1984년 12월 15일 공포되었고, 1985년 10월 1일부터 시행되었다. 이 법의 특색은 의무이행심판을 신설했고 행정심판위원회를 의결기관으로 함으로써 행정심판의 객관성과 독립성을 보장했다. 행정심판을 의결기관으로 함으로써 국민의 권리구제에 많은 향상을 가져왔다. 그 후 1995년 12월 6일 행정심판법이 개정·공포되어 1996년 4월 1일부터 시행된다. 개정된 내용에 의하면 반드시 민간인 위원이 과반수가 되도록 함으로써 행정심판이 보다 공정하게 처리되고 일반국민이 신뢰를 갖게 되었고 국민의 권리구제에 많은 기여를 하였다.

5. 재결과 재결의 효력

(1) 서설

의무이행심판이 제기되면, 재결청은 심판청구의 제기요건상에 흠결이 있는 경우에는 당해 심판청구를 부적법각하하고 당해 심판청구가 적법하나 청구인의 심판청구가

이유없다고 판정되는 경우에는 당해 심판청구를 기각할 것이다. 본안심리의 결과 심판청구가 이유있다고 판정되는 경우에는 인용재결을 할 것이다. 재결청은 의무이행심판의 청구가 이유있다고 인정할 때에는 지체없이 신청에 따른 처분을 하거나 이를 할 것을 명한다(행정심판법 제 32조 5항). 당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있는 경우에는 행정청은 지체없이 그 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다(행정심판법 제 37조 2항). 행정심판법 제 37조 2항은 처분명령재결의 처분청 또는 부작위청에 대한 기속력을 규정하고 있다. 여기에서 이러한 인용재결로서의 처분명령재결은 상대방의 신청의 대상인 처분이 기속행위 또는 재량행위인가에 따라 재결의 내용과 그에 따르는 기속력의 내용을 달리한다. 이는 입법이 기속행위와 재량행위에 대한 재결의 구별을 하지 않았기 때문에 생기는 문제점이다. 따라서 기속행위의 경우와 재량행위의 경우를 살펴해보겠다.

(2) 기속행위의 경우

기속행위의 경우에 재결청은 당해 거부처분 또는 부작위의 위법성에 기해서만 청구의 내용을 인용할 수 있다. 왜냐하면 부당이라는 관념은 재량행위에 있어서 당해 처분이 그 재량권의 한계 내의 것이기는 하나, 그 재량행위가 가장 합목적적(opportun)으로 행사되었다고 볼 수 없는 경우를 의미하는 것이기 때문에 기속행위에 있어서는 엄격한 또는 법적 의미에서의 부당개념은 성립하지 아니하는 것이기 때문이다. 즉 기속행위의 경우, 재량행위를 전제로 한 부당의 개념은 문제될 여지가 없다. 기속행위에 있어서는 당해 처분에 관한 법령상의 요건이 충족되는 경우에는 처분청은 반드시 처분을 하여야 하는 것이기 때문에 재결청은 상대방의 신청에 대한 행정청의 거부처분 또는 부작위가 위법한 것으로 판단하는 때에는 재결청은 신청대로의 처분을 하거나 또는 이를 할 것을 처분청에 명하여야 하는 것이므로, 행정심판법 제 37조 2항의 “신청에 따른 처분”이라는 의미는 “신청대로의 처분”을 의미한다고 해석해야 한다³⁶⁾.

(3) 재량행위의 경우

재량행위에 대한 거부처분 또는 부작위가 위법한 경우와 재량행위에 대한 거부처

36) 김동희, “의무이행심판”, 고시연구, 1990.5, pp. 32-33.

분 또는 부작위가 부당한 경우로 나누어 볼 수 있다. 먼저 재량행위에 대한 거부처분 또는 부작위가 위법한 경우를 살펴보겠다. 재량행위의 경우, 관계법령의 규정에 따라 행정청은 처분을 할 의무는 있으나 행정청은 처분을 함에 있어서 고유한 판단권이 있기 때문에 그 재량권의 한계 내에서는 반드시 신청대로의 처분을 할 법적의무는 없을 것이다. 따라서 재량행위의 경우 부작위와 관련해서는 상대방의 신청에 대해 법령상 처분의무가 있음에도 불구하고 어떠한 처분도 하지 아니한 것의 위법성만이 문제되는 것이고, 특정처분을 하지 아니한 것의 위법성이 문제될 수는 없는 것이므로, 재량행위에 있어서는 재결청의 “신청에 따른 처분”은 “신청에 대한 처분”이라고 보아야 한다. 다만 재량권이 영으로 수축되어 오직 하나의 처분만이 적법한 경우에는 즉 상대방의 신청의 인용처분만이 적법한 처분으로 인정될 수 있는 경우에는, 재결청 스스로 “신청대로의 처분”을 하거나 처분청에 대해 이를 할 것을 명하여야 할 것이다³⁷⁾. 다음으로 재량행위에 대한 거부처분 또는 부작위가 부당한 경우를 살펴보겠다.

부당이라는 관념은 재량권의 한계 내에서의 행위에 대하여 그것이 가장 공익에 합당하게 행사되었다고는 볼 수 없는 경우에 인정되는 개념이므로 그 판정에 광범한 주관의 개입할 수 있는 것이다. 즉 그 판정기관이 당해 재량처분을 부당한 것으로 판정하면 그것은 부당한 처분이 되는 것이라고 할 수 있으므로 행정청의 거부처분 또는 부작위에 대하여 그 부당성의 관점에서 심리하는 경우에는 재결청은 특정처분, 즉 상대방의 신청대로의 처분을 하지 아니한 것을 부당으로 판단할 수도 있다. 따라서 재결청은 처분청에 대하여 “신청대로의 처분”을 할 것을 명할 수 있다³⁸⁾.

(4)소결

위에서 살펴본 것처럼 의무이행심판은 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분 또는 부작위가 있는 경우에, 행정청의 작위 또는 부작위에 대한 위법뿐만 아니라 부당의 경우에도 심판할 수 있는 경우가 있으므로 국민의 권익이 보장될 가능성이 많다고 할 수 있을 것이다. 그러나 그 실질적 가능성에 대해서는 의문이 든다. 왜냐하면 행정심판으로서의 의무이행심판은 자율적 통제 및 자기 비판적 의미를 가지기 때문이다.

6. 재결에 대한 재결청의 직접처분

37) 김동희, “의무이행심판”, 고시연구, 1990.5, p.34.

38) 김동희, “의무이행심판”, 고시연구, 1990.5, pp.35-36.

(1) 의의

당사자의 신청에 대한 거부처분이나 부작위에 대하여 처분의 이행을 명하는 재결이 있는 경우에는 행정청은 지체없이 그 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다. 만일 당해 행정청이 재결의 취지에 따른 처분을 하지 않는다면, 재결청은 당사자의 신청에 따라 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간 내에 이행하지 아니하는 경우에는 당해 처분을 할 수 있다(행정심판법 제 37조 2항). 이것은 1995년의 개정법이 새로이 규정한 것으로서 이 규정을 신설한 의미는 국민의 권리구제를 보다 확실하게 보장하고, 행정법관계에 관한 분쟁을 행정부 내에서 해결함으로써 사법부의 업무를 경감시키며, 재결청의 처분청에 대한 감독기능을 강화한다는 점에 있다.

(2) 직접처분의 요건(법 제 37조 2항)

1) 의무이행심판인용재결의 존재

행정심판법 제 37조 2항에 따라 행정청이 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있는 경우에 한하여 재결청의 직접처분이 가능하다. 따라서 직접처분규정은 취소심판이나 무효등확인심판에는 적용되지 아니한다고 할 것이다. 예를들면 거부처분의 취소를 구하는 행정심판을 제기하여 당해 처분을 취소하라는 인용재결을 받았다면, 피청구인은 재결의 구속력에 의해 같은 사유로 다시 거부하지 못하고 재결의 취지에 따라 처분을 하여야 할 의무가 있다. 그런데 피청구인이 거부처분의 취소청구에 대한 인용재결이 있었음에도 불구하고 처분을 하지 아니한 경우, 청구인이 바로 재결청에 직접처분을 해 줄 것을 신청할 수 없다. 왜냐하면 청구인이 받은 인용재결은 직접처분의 요건인 “의무이행재결”에 해당하지 아니하고 단순히 거부처분을 취소한다는 “취소재결”일 뿐이기 때문이다. 이 때에는 청구인은 처분청이 재결의 취지에 따른 처분을 해 주기를 기다렸다가 처분청이 처분을 하지 아니할 경우에 처분청이 이를 이행하지 아니하거나 거부하는 것은 위법하므로 처분을 이행하라는 취지의 “의무이행심판”을 새로이 제기해서 이에 대한 인용재결을 받아야만 한다.

행정심판법 제 37조 제 2항의 규정에 의하면 당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있는 경우에는 행정청은 지체없이 그 재결

의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다. 이 경우 재결청은 당해 행정청이 처분을 하지 아니하는 때에는 당사자의 신청에 따라 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간 내에 이행하지 아니하는 경우에는 당해 처분을 할 수 있다고 되어 있는 바, 여기서 ‘당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결’이라 함은 행정심판법 제 4조의 규정에 의한 행정심판의 종류 중 의무이행심판, 즉 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 심판의 청구에 대응하는 재결을 의미한다 할 것이고, 취소심판은 행정청의 위법 또는 부당한 처분의 취소 또는 변경을 하는 심판으로서, 취소심판의 청구가 이유있다고 인정할 때의 재결의 방식은 처분을 취소 또는 변경하거나 처분청에게 취소 또는 변경할 것을 명할 뿐 처분이 이행을 명하는 재결방식을 취하지는 아니하므로 취소심판의 인용재결은 행정심판법 제 37조 제 2항 후단의 적용대상이 아니라고 할 것이다.(1996.11.5. 국행심 61240-3172)

2) 피청구인 행정청의 재결불이행

행정청은 재결서의 정본을 송달받으면 그 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 함에도 불구하고 행정청이 청구인에게 재결에 대한 불이행의 의사를 표시한 경우 또는 재결에 대한 불이행의 의사표시를 상당한 기간이 도과하도록 하지 아니한 경우에는 행정청의 재결에 대한 불이행이 있다고 볼 수 있을 것이다.

행정심판법 제 37조 제 2항, 같은법 시행령 제 27조의 2 제 1항의 규정에 따라 재결청이 직접 처분을 하기 위하여는 처분의 이행을 명하는 재결이 있었음에도 당해 행정청이 아무런 처분을 하지 아니하였어야 하므로, 당해 행정청이 어떠한 처분을 하였다면 그 처분이 재결의 내용에 따르지 아니하였다고 하더라도 재결청이 직접 처분을 할 수는 없다(대판 2002. 7.23.).

3) 당사자의 신청

재결청이 직권으로 행정청의 재결불이행이 있다고 판단하여 직접처분을 할 수 없고 행정청의 재결불이행을 입증하는 자료가 첨부된 당사자의 신청이 있어야 한다.

4) 재결청의 시정명령

청구인이 신청을 한 후 신청을 받은 재결청은 지체 없이 행정청이 재결을 이행했

는지 안했는지를 확인하고, 재결불이행 사실이 확인되면 기간을 정하여 행정청에게 서면으로 시정명령을 하여야 한다.

5) 피청구인인 행정청의 시정명령 불이행

행정청이 재결청이 정한 기간 내에 재결청의 시정명령에 따르지 아니하겠다는 의사를 표시하거나, 당해 기간이 지나도록 시정명령을 따르지 아니하여야 한다.

(3) 재결청의 직접처분

위에 기재한 직접처분의 요건이 갖추어지면 재결청은 행정청의 이행거부나 부작위 상태를 배제하고, 처분청에 갈음하여 재결의 취지에 따라 처분을 직접 행할 수 있다. 헌법재판소의 판례³⁹⁾에서 보는 것처럼, 재결청이 직접처분을 할 때 직접처분을 할 수 있는 범위는 재결의 기속력이 미치는 범위내로서 일반적으로 재결의 주문에 기재된 내용에 한정된다 할 것이다⁴⁰⁾.

경기도지사가 성남 시장의 재결불이행에 대하여 직접처분한 사례를 살펴보자.

* 당사자

청구인: 성남시

피청구인: 경기도

39) 피청구인(행정심판의 재결청)이 행한 두차례의 인용재결에서 재결의 주문에 포함된 것은 골프연습장에 관한 것뿐으로서, 이 사건 진입도로에 관한 판단은 포함되어 있지 아니함이 명백하고, 재결의 기속력의 객관적 범위는 그 재결의 주문에 포함된 법률적 판단에 한정되는 것이다. 청구인(처분청)은 인용재결내용에 포함되지 아니한 이 사건 진입도로에 대한 도시계획사업시행자지정처분을 할 의무는 없으므로, 피청구인이 이 사건 진입도로에 대하여까지 청구인의 불이행을 이유로 행정심판법 제 37조 2항에 의하여 도시계획사업시행자지정처분을 한 것은 인용재결의 범위를 넘어 청구인의 권한을 침해한 것으로서, 그 처분에 중대하고도 명백한 흠이 있어 무효라고 할 것이다. (헌법재판소 1999. 7.22. 98헌라4)

40) 재결의 기속력에 관한 행정심판법 제 37조 제 2항의 규정에 의하면 처분의 이행을 명하는 재결이 있는 경우에는 행정청은 지체없이 그 “재결의 취지”에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 하도록 규정되어 있는 바, 의무이행 심판청구의 대상이 된 행정청의 부작위에 대한 의무이행 심판재결의 기속력이 미치는 범위는 당해 재결의 내용에 의하여 한정된다고 할 것이므로, 따라서 의무이행 심판에 대한 인용재결이 있고 재결청이 직접 처분을 하는 경우에도 그 직접처분을 할 수 있는 권한은 그 인용재결의 내용에 한정된다고 할 것이다. (1997.10.8, 국행심 61240-509)

* 사건개요

장각수가 경기도 성남시 도시공원(서현공원)내에 도시계획사업(골프연습장) 사업 시행자지정신청 및 실시계획인가신청을 하였으나 성남시장은 1995.9.20 계획상의 진입도로부지중 공원구역 밖의 부지는 공공공지로서 진입도로로 할 수 없다는 이유로 이를 반려하였다. 위 장각수는 경기도지사에게 행정심판을 청구하였고, 경기도지사는 1996.3.13. 반려처분을 취소하라는 인용재결을 하였다. 인용재결 후 성남시장은 주민들의 반대여론 등을 이유로 또 다시 불허하였고, 이에 위 장각수는 불허처분의 취소와 실시계획의 인가처분의 이행을 구하는 행정심판을 다시 제기하자, 경기도지사는 1996.12.31. 불허가처분의 취소와 실시계획의 인가를 이행하라는 인용재결을 하였다. 인용재결 후에도 성남시장이 이행을 하지 않자 위 장각수는 경기도지사에게 행정심판법 제 37조 제 2항의 규정에 의하여 직접처분신청을 하였고, 경기도지사는 2차례에 걸쳐 시정명령을 하였으나, 성남시장이 이에 응하지 아니하였다. 이에 경기도지사는 행정심판법에 의한 직접처분을 하였는데, 그 내용은 골프연습장에 대한 실시계획인가, 공원구역내에서의 진입도로결정, 공공구역 밖에서의 진입도로 결정이었다.

직접처분을 재결청이 한 때에는 직접처분한 사실을 당해 행정청에 통보하여야 하고, 그 통보를 받은 행정청은 재결청이 행한 처분을 당해 행정청이 행한 처분으로 보아 관계법령에 따라 관리 감독 등 필요한 조치를 하여야 하므로⁴¹⁾, 행정청은 관계법령에서 정한 각종 대장(예를들면 건축허가의 경우 건축허가대장의 경우)에 필요한 사항을 기재하는 등 제반 후속조치를 취하여야 한다. 직접처분제도가 청구인의 권리구제에 기여한 것은 사실이지만 재결청의 내재적 한계가 존재한다. 왜냐하면 재결청이 처분청의 모든 사항을 대신할 수는 없기 때문이다. 내재적 한계의 예를 들면, 당해 처분의 성질(예컨대, 당해 행정청만이 보유하고 있는 정보의 공개청구에 대한 이행재결 등) 기타 불가피한 사유(예컨대, 과도한 예산이 수반되는 이주대책의 수립시행 등)로 재결청이 직접 처분할 수 없는 경우이다⁴²⁾. 이 경우에는 재결청이 지체없이 당사

41) 행정심판법 제 37조 4항.

42) 서울중계 7단지 분양대책위원회는 1999.6.1. 대한주택공사를 상대로 임대아파트의 분양원가 산역 내역을 공개하라는 요구를 하였으나 영업상 비밀이라는 이유로 거절당하자, 행정심판을 제기하였다. 국무총리행정심판위원회에서는 분양원가산출내역은 영업상 비밀로 볼 수 없고 공개하더라도 대한주택공사의 정당한 이익을 현저히 해한다고 볼 수 없다는 이유로 정보공개를 하도록 인용하였다(국행심 99-3591 정보공개이행청구). 그러나 대한주택공사는 건설교통부장관의 인용재결에도

자에게 그 사실 및 사유를 각각 통지하도록 함으로써 직접처분이 불가능한 경우도 있음을 상정하고 있다(영 제 27조의 2).

(4) 소결

공개정보의 이행재결 문제나 과도한 예산이 수반되는 이주대책의 수립시행 등 직접처분 제도가 가지고 있는 문제점을 해결하기 위해서는 행정소송제도를 활용해야 할 것이다. 이 경우에 법원의 판결에도 불구하고 행정청이 판결의 취지에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 하지 않은 경우에는 제 1심 수소법원은 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 상당한 기간을 정하고 행정청이 그 기간내에 이행하지 아니한 때에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상을 할 것을 명할 수 있다⁴³⁾. 따라서 한국의 의무이행심판제도가 갖고 있는 한계를 극복하는데 도움을 줄 수 있을 것이다. 그러나 우리나라는 프랑스와 같은 이행명령(injonction)제도가 없기 때문에 큰 실효성을 갖는다고 장담할 수 없다. 우리나라도 기관사항의 실효성 확보를 위해 프랑스와 같은 이행명령 권한을 판사에게 주는 것이 필요할 것이다. 따라서 프랑스의 이행명령제도를 살펴보고자.

IV. 이행명령(injonction) 제도를 한국에 도입할 필요성

1. 이행명령(injonction)의 의의

Injonction(이행명령)의 의의에 대해서는 협의의 의미와 광의의 의미로 나눈다. 협의의 의미로는 제재(sanction)의 위협하에서 작위의무의 이행을 확실하게 할 것을 목적으로 하는 명령이다⁴⁴⁾. 광의의 의미로는 작위의무 또는 부작위의무의 완성을 확실하게 할 것을 목적으로 하는 명령이다⁴⁵⁾. 일반적으로 Injonction(이행명령)의 의의는 판사가 공법인 (personne publique)에게 행위하도록 하는 명령의 의미로 쓰인다⁴⁶⁾.

불구하고 이를 공개하지 않고 있다. 위 동일한 청구인이 동일한 사안에 관하여 정보공개소송을 제기하여 서울행정법원으로부터 승소판결(서울행정법원 99 구 19984사건, 2000.1.7. 선고)을 받았음에도 불구하고 대한주택공사는 항소를 제기한 후 정보를 공개하지 않고 있다.

43) 행정소송법 제 34조 1항.

44) Chevallier (J.), "L'interdiction pour le juge de faire acte d'administrateur", AJDA, 1972, p. 68.

45) Moderne (F.), "Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction pourquoi le serait-elle?", RFDA, 1990, p. 798.

1995년 2월 8일 법이 제정되기 전에 프랑스 행정판사에게 왜 Injonction (이행명령)을 금했을까? 그 이유는 행정재판과 행정부 사이의 권력분립의 원칙에 기인한다. 즉 행정판사가 행정부에 대해 이행명령을 내릴 수 있다면 그는 공공서비스의 기능에 개입할 수 있을 것이다. 그리고 그는 행정부의 상위에 있는 행정가가 될 것이다. 행정판사는 행정부에 명령을 내리는 것을 금할 것이다. 왜냐하면 행정부의 독립을 위해서이다⁴⁷⁾. 그럼에도 불구하고 injonction(이행명령)금지 원칙에 대한 이의가 제기되었다. 즉 한편으로는 공세이데따는 公法人(personnes publiques) 기능을 하고 다른 한편으로는 공세이데따는 공권력에 맞서 피치자(administré)의 권리 보호를 보장한다. 그래서 MESTRE Achille 교수가 설명하는 것처럼⁴⁸⁾, 행정부의 보호 이론은 다음과 같은 제한하에서 존재한다. 즉 행정권에 대한 판사의 통제라는 제한하에서이다. 왜냐하면 공세이데따는 공세이데따의 결정을 집행하게 하기 위하여 요구되는 정신적 권한만 갖기 때문이다. 행정권에 맞선 피치자의 보호는 판사가 통제를 확장함으로써만 보장되기 때문이다. 프랑스 행정판사가 injonction(이행명령)권한을 갖고 있다고 하더라도 그가 항상 injonction(이행명령)을 선언하는 것은 아니다. 사실 오랫동안 프랑스 행정판사의 injonction(이행명령)권한은 제한되었다. 왜냐하면 그러한 권한이 행정판사의 임무와 양립되지 않는다고 여겼기 때문이다.

2. Injonction (이행명령)후에 판사의 권한 강화

1995년 2월 8일 법 이전의 프랑스 판사는 소극적 판사였으나 1995년 법 이후의 판사는 적극적 판사로 변천하고 있다. Charles (C.)는 다음과 같이 설명한다. “1995년 법으로 인해, 행정판사의 권한을 증가시키는 움직임의 출발점이 되었다⁴⁹⁾.” 이러한 움직임을 살펴보겠다. 프랑스에는 공공 공사의 불가침성의 원칙 (le principe d'intangibilité de l'ouvrage public)이 존재한다. 판사는 이 원칙을 존중한다. 즉 행정판사는 공공 공사의 특별보호를 위해 공사의 중단을 명하는 것을 금했다. 예를들어 1906년의 Bichambis 사건⁵⁰⁾에서 행정판사는 이행명령(injonction)을 발하지 않았다. 그

46) Guillien (R.) et Vincent (J.), Guinchard (S.) etc., "Lexique des termes juridiques", Dalloz, 2001, p. 306.

47) Py (P.), "Pouvoir discrétionnaire, compétence liée, pouvoir d'injonction", Le Dalloz, 2000, numéro 37, p. 565.

48) MESTRE (A.), "Le Conseil d'Etat, protecteur des prérogatives de l'Administration, Thèse LGDJ, 1974.

49) Charles (C.), "Dix ans après : à quoi a servi la loi du 8 février 1995?", Juris Classeur - Droit administratif, avril 2005, p. 10.

러나 1995년 2월 8일 법 이후 행정판사는 公法人(personnes publics)에게 ouvrages publics(공공 공사)의 중단을 명할 수 있다. 예를들면, Nameur사건⁵¹⁾에서 행정판사는 공적인 공사를 그만둘 것을 명했다. 1995년 법은 월권소송에도 영향을 미친다. 월권소송(recours pour excès de pouvoir)은 계약분야에서 불가능했었다. 이것은 계약이 적법성의 범위에서 제외된다는 것을 의미했다. Département de la Moselle사건⁵²⁾에서 콩세이테파는 다음과 같이 선언했다. “계약판사는 원칙적으로 계약당사자의 일방의 요구에 따라 다른 당사자가 취한 조치의 취소를 계약조항에 위반하는 것으로 선언할 권한을 갖지 못한다.” 그러나 1998년의 Ville de Lisieux 사건⁵³⁾에서 행정판사가 계약을 취소시킨 것을 주목해야 한다. 이제부터는 행정판사에 의한 계약 취소의 가능성이 존재한다. 이것은 오늘날 행정판사가 과거의 판사보다 적극적인 판사로 변한다는 것을 의미한다. 왜냐하면 과거에는 행정기관이 체결한 계약은 행정판사의 능력범위 밖이었기 때문이다.

3. 월권소송에서 Injonction (이행명령)의 필요성

건축허가의 경우에 재판집행의 어려움이 존재한다. 건축허가 거절의 취소가 반드시 건축허가증을 주는 것을 의미하는 것은 아니다. 예를들어 형식이나 절차의 하자를 이유로 건축허가 취소결정이 내려지면 행정청은 적법절차를 존중하며 행정청이 처음에 거절한 것을 다시 반복해서 거절할 수 있다⁵⁴⁾. 행정청의 무권한을 이유로 해서 취소결정이 내려지면 행정청은 권한 있는 관청에 의해 그것을 다시 반복해서 거절할 수 있다. 행정청의 동기나 목적 때문에 취소결정이 내려지면 행정청은 동기나 목적을 수정해서 다시 반복해서 거절할 수 있다.

취소판결의 결정이 있으면 행정기관은 이를 집행할 의무가 있다. 취소판결이 있으면 취소된 행위는 행하여지지 않은 것으로 간주되고, 취소판결은 소급적 효력을 가진다.

행정기관이 既判事項(chose jugée)을 집행하지 않을 때, 재판의 수혜자(원고)는 그 결정의 취소와 손해배상(dommages -intérêts)의 수혜자가 될 수 있다. 행정기관의 월

50) CE, 23 novembre 1906, Bichambis contre Ville de Narbonne, Rec., p.854.

51) TA Lyon, 07 juin 1996, Nameur, Procédures, 1996, numéro, p. 280.

52) CE, Sect., 31 mars 1989, Département de la Moselle, RFDA, 1989, p.466, concl. M. Fornacciari.

53) CE, 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, Documents d'Etudes, La documentation française, 1999, p. 51.

54) CE, 21 avril 1967, département de La Mayenne c/Menon, Rec., p. 173.

권을 이유로 판사가 취소판결을 할 때 기관사항에 대해 지방자치단체는 돈을 지불해야 할 것이다. 그러나 지방자치단체는 배상조치를 취할 의무가 있는 것은 아니다. 그래서 행정기관의 위법을 이유로 야기된 손해배상금(indemnité)이 취소판결의 집행을 위한 중요한 역할을 할 수 없을 것이다. 그럼에도 불구하고 취소를 이유로 해서 생기는 배상(indemnisation)의 직접적인 결과물이 된다.

몽세이데따는 기관사항의 위반을 Botta 사건⁵⁵⁾이래, 법률의 위반으로 본다. 기관사항의 위반은 월권소송의 한 유형이 된다. 월권소송은 적법성의 원칙에 반하는 집행결정을 취소하기 위한 취소소송의 대상이 된다. Dame Lamotte 사건⁵⁶⁾에서, 몽세이데따는 다음과 같이 판결했다. 즉 월권소송(recours pour excès de pouvoir)은 적법성의 존중을 확실하게 하기 위한 효과를 갖는다. 위법한 행정결정을 취소한 후, 행정판사는 행정기관으로 하여금 의무를 환기토록 하기 위해 원고를 행정기관에 보낸다. Fauconnier 사건⁵⁷⁾에서, 행정판사는 행정결정을 취소한 후 원고를 권한있는 행정기관에 보낸다. 그 이유는 판사가 명백히 지정한 것을 행정기관이 그 지정한 원고의 경력의 복구에 진행하도록 하기 위해서이다. 이러한 행정기관에의 회부(renvoi)는 재판결정을 집행하도록 하기 위해 행정기관에 대한 압력역할을 할 것이다. 행정기관은 취소의 결과를 끌어내야 한다. 취소소송은 시민의 권리를 보호할 뿐만 아니라, 판사에 의한 행정기관의 통제를 확실히 해야 한다. 월권소송은 행정기관에 대한 압력수단의 역할을 할 것이다⁵⁸⁾.

Roca 사건⁵⁹⁾에서, 몽세이데따는 다음과 같이 결정한다. 즉 단순한 취소 선언이 민법 제 1153 - 1조 의미의 판결과 같은 것은 아니고 원고는 재판결정의 집행으로 부여된 돈의 이익 수혜자가 될 것을 열망할 수 없다. 1982년 법이래, 지방자치단체의 행위에 대한 사전적 통제 (contrôle a priori)는 더 이상 존재하지 않고 다만 사후적 통제(contrôle a posteriori)만이 존재한다. 행위의 적법성(légalité de l'acte)에 대한 통제만이 존재한다⁶⁰⁾. 중요한 행위가 국가의 대표(도지사 représentant de l'Etat)나 그의

55) CE, 8 juillet 1904, Botta, Rec., p. 557.

56) CE, 17 févr. 1950, Dame Lamotte, Rec. p. 110, RDP 478, concl. Delvolvé (J.), note Waline (M.).

57) CE, 23 mai 1958, Fauconnier, Rec., p. 297.

58) Planchet (P.), "L'exécution des décisions de justice par les collectivités territoriales et leurs établissements publics", thèse, Lyon 2, 1993, p. 411.

59) CE, 28 juillet 2000, Roca, numéro 191376.

60) Bourdon (J.), Pontier (J.-C.) et Ricci (J.-C.), "Droit des collectivités territoriales", Presses Universitaires de France, septembre 1998, p. 123.

위임자(délégué)에게 전달될 때, 국가대표는 그것의 적법성을 평가한다. 지방권한의 행위로 인해 이익이 침해된 모든 사람은 위법을 이유로 한 취소를 위해서 행정재판소에 déféré(도지사가 지방자치단체의 행위가 위법이라고 생각하면 행정재판소에 이러한 행위를 고소하는 것)의 절차를 진행시킬 것을 요구할 수 있다. Brasseur 사건⁶¹⁾에 의하면, 도지사는 이러한 요구에 따를 의무는 없고, 이해관계인의 요구를 도지사가 거절했기 때문에 월권(excès de pouvoir)에도 불구하고 행정판사의 판결을 받지 않았다.

이익이 침해된 사람(personne lésée)은 행정판사에게 문제된 행위에 대한 월권소송을 제기한다. 도지사의 명백한(expres) 또는 은연중(implicite) 거절이 있으면, 이해관계인은 2개월 내에 행정재판소에 소를 제기할 수 있다. Brasseur 사건에 따를 때 문제가 있다. : 도지사는 행정판사에게 소를 제기할 의무가 있는 것은 아니고 도지사가 행정기관의 행위가 위법하다고 생각하더라도, 도지사는 행정판사에게 고소하지 않을 수 있다. 이 문제를 해결하기 위해서는 판례의 변경을 필요로 하고, 도지사는 행정판사에게 고소의 의무가 있어야 할 것이다. 그리고 시민의 참여를 필요로 할 것이고 판례의 변천을 위해서는 입법개혁을 해야 할 것이다. 1982년 3월 2일 법이 모든 문제를 해결하지 못한다고 하더라도, 구법에 비해 개선된 법이다. 1982년 3월 2일 법이 월권소송의 적용범위에 대한 영향력을 갖는다. 1982년 법 이전에는 어떤 이해관계인(intéressé)도 그가 위법이라고 생각하는 것에 대해 직접 소송을 제기할 수 없었고 먼저 사전적인 행정심판(recours administratif préalable)을 위해 도지사에게 청구할 의무가 있었다. 감독권(l'autorité de tutelle)은 의결을 취소하기 위해 개입할 수 있었고 이러한 결정에 대해 판사의 통제가 있었다. 1982년 3월 2일 법 이후에는 변화가 온다. 즉 시민이 시의회(conseil municipal)의 행위에 의해 개인적으로 이익이 침해되었다고 생각하면 시민은 행정재판소(tribunal administratif)에 취소를 요구할 수 있다.

Commune d'Heume l'Eglise 사건⁶²⁾에 의하면, 일반법의 조건하에서 지방자치단체의 행위에 대한 월권소송의 직접적이고 일반적인 수리가가능성이 있다. 따라서 1982년 3월 2일 법은 시민의 참여와 지방자치단체의 권리와 자유를 확실하게 하는 가치를 가질 것이다.

월권소송은 당사자 사이의 쟁송에서가 아니라, 행위에서 이루어진 절차이기 때문

61) CE, 25 janvier 1991, Brasseur, Leb. p. 23, concl. Stirn; AJDA 1991, p.395, chron. Schwartz et Maugué.

62) CE, 26 octobre 1984, Commune d'Heume l'Eglise, Rec. 341; R.F.D.A. 1985, 247, concl. Thiriez.

에 일종의 객관소송(recours objectif)이다. 콩세이데따는 다음과 같이 선언한다. “월권소송에 의해 제기된 쟁송은 당사자 사이의 쟁송이 아니다⁶³⁾”. 월권소송은 원고가 행정판사에게 행정결정의 적법성 통제를 요구하는 소송이고 행정결정이 위법하면 취소판결을 선언하기를 요구하는 소송이다. Debbasch (C.)에 따르면, “(행정기관의)위법에 대항하기 위해 피치자(원고)를 효율적으로 보호하는 소송이다⁶⁴⁾.”

월권소송은 사실상 중단의 효과가 없다. 왜냐하면 행정결정은 집행된다는 원칙이 있기 때문이다⁶⁵⁾. 기관사항(chose jugée)의 집행은 의무적이고 절대적이다. 행정기관이 기관사항의 집행의무를 존중하지 않으면, 재판의 수혜자(원고)는 그것을 존중하지 않는 결정의 취소와 손해배상(dommages -intérêts)의 수혜자가 될 수도 있다.

월권소송이 있으면, 판사는 취소를 선언하고 판사는 행정기관의 일을 대신(substitution)해서 일을 할 수 없다. 행정기관이 기관사항(chose jugée)을 알지 못하면 월권(excès de pouvoir)의 대상이 되고 행정기관은 책임(responsabilité)을 지게 된다.

행정기관이 허가를 거절한 경우 판사가 그 허가 거절의 취소판결을 한다고 하더라도, 원칙적으로 이 판결이 은연중에 허가를 준다는 것을 의미하는 것은 아니다. 예를 들면 건축허가 거절의 취소가 원고에게 허가를 준다는 것을 의미하는 것은 아니다. 행정판사가 행정기관의 공무원 파면 결정을 취소하면, 이러한 파면이 결코 존재하지 않는 것으로 여겨진다. 이러한 취소는 봉급자를 자기 직장에 복직할 권리를 준다. 그럼에도 불구하고, 이러한 복직 권리가 자동적인 것은 아니다. 봉급자는 허가의 결정을 취소한 행정판사의 결정을 고지한 때로부터 2개월 내에 그의 고용인(employeur)에게 복직을 요구해야 한다⁶⁶⁾. 公人은 공무원의 경력을 재구성하고 축출된 공무원을 복직하고, 손해를 배상해야 한다. 행정기관이 재판결정에 따르지 않으면 위법하게 축출된 공무원은 이에 항변하고 취소소송을 제기해야 한다. 그렇지 않으면 공무원의 복직이 불가능할 위기가 존재한다. Sieur Rodde 사건⁶⁷⁾에 따르면, 콩세이데따는 소방대장을 해고한 도지사의 결정을 취소했다. 그러나 행정기관이 복직조치를 하지 않은 것에 대해 항변하지 않았으므로, 소방대장은 복직되지 않았다. 취소결정이 항상 피치자의 보호를 의미하는 것은 아니다. 취소판결이 권리소지자(titulaire)에게 은연중 허가를 부

63) CE, 19 avril 1950, de Villèle, Rec. p. 214.

64) Debbasch (C.), "Droit administratif", Economica, 2002, p. 788.

65) 특별입법규정이 있는 경우를 제외하고는, 재판소가 달리 이행명령을 내리지 않는 한, 소장의 제기는 중단효과가 없다.(행정재판소 법전 L. 4 조)

66) 노동법전 L.412-19조.

67) CE, sect. 4 février 1955, Sieur Rodde.

여하는 것은 아니다. 취소가 실질적 효과를 갖기 위해서는 이행명령(injonction)을 선언해야 한다. 이행명령(injonction)의 판사는 월권소송의 판사가 선언한 취소의 결과를 끌어내야 한다. 그리고 행정기관에게 이러한 조치를 취할 것을 명해야 한다. M. et Mme Bourezak 사건⁶⁸⁾에서, 콩세이테파는 권한있는 기관에게 한 달 내에 M. Bourezak에게 비자를 내줄 것을 명했다. 생각건대, 이 결정은 거절결정의 취소판결로 인해 행정기관이 비자를 내주도록 하기 위한 실질적 효과를 주기 위한 해결책으로 보인다. 행정판사는 단지 취소결정을 선언할 수 있을 뿐이다. 즉 그는 행정기관의 행위를 변경할 수 없고, 행정기관 행위를 대체할 수 없고 공무원에게 이런 결정을 취하도록 하거나 저런 결정을 취하도록 명할 수 없다. 왜냐하면 취소결정은 행정기관에 의한 적법성의 존중 보장 역할을 할 수 없기 때문이다. 행정기관은 기관사항을 위반하는 것을 삼가야 하고 기관사항의 모든 결과를 끌어내야 한다. 다른 말로 말하면, 행정기관의 위법을 사라지도록 하기 위해 필요한 조치를 취해야 한다. 행정기관이 재판결정을 집행하지 않으면 행정책임을 지도록 하고 재판집행거절에 의해 야기된 손해배상을 지도록 해야 한다. 이것은 행정 취소의 집행을 위해 필요한 보충수단이 될 것이다.

V. 결론

우리는 위에서 살펴본 바에 따라 한국법과 프랑스법의 장·단점을 알 수 있을 것이다. 프랑스법에 존재하지 않는 우리나라법의 의무이행심판 제도는 권력분립의 문제를 해결하는데 큰 역할을 할 수 있을 것이다. 그러나 의무이행심판제도도 단점이 있는데 이것은 공개정보의 이행재결 문제나 과도한 예산이 수반되는 이주대책의 수립시행 등 직접처분 제도가 가지고 있는 문제점이 존재한다. 즉 공개정보의 이행재결이나 과도한 예산이 수반되는 이주대책의 수립시행 등의 경우에는 직접처분의 어려움이 존재한다. 이러한 직접처분이 갖는 어려움을 해결하기 위해서는 행정소송제도를 활용해야 할 것이다. 이 경우에 법원의 판결에도 불구하고 행정청이 판결의 취지에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 하지 않은 경우에는 제 1심 수소법원은 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 상당한 기간을 정하고 행정청이 그 기간 내에 이행하지 아니한 때에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상을 할 것을 명할 수 있다⁶⁹⁾. 따라서 한국의 의무이행심판제도가 갖고 있는 한계를 극복하는데

68) CE, 4 juillet 1997, M. et Mme Bourezak, R.F.D.A., 1997, p. 817.

69) 행정소송법 제 34조 1항.

도움을 줄 수 있을 것이다. 그러나 우리나라는 프랑스와 같은 이행명령(injonction)제도가 없기 때문에 큰 실효성을 갖는다고 장담할 수 없다. 우리나라도 기관사항의 실효성 확보를 위해 프랑스와 같은 이행명령 권한을 판사에게 주는 것이 필요할 것이다. 즉 프랑스의 Injonction (이행명령)제도의 도입 필요성을 느낄 것이다. 판사가 행정행위를 취소시켰다 하더라도 이러한 취소(annulation)가 반드시 원고의 이익보호를 의미하는 것은 아니다. 예를들면 1995년 10월 18일 *Ministre de l'intérieur c/M. et Mme Réghis* 사건⁷⁰⁾에서 공세이데파는 다음과 같이 판결했다. 도지사가 *Convention Européenne des Droits de l'Homme* (유럽인권선언) 제 8조를 위반해서 이해관계인의 가족생활에 위해를 가져 왔다는 동기로, M. Réghis에게 도지사의 체류증 인도 거절의 취소(annulation)가 반드시 이해관계인에게 체류증을 인도해야 한다는 것을 의미하는 것은 아니다.

우리나라의 부작위위법확인소송은 국민의 권리구제에 큰 역할을 할 수는 없을 것이다. 프랑스 제도를 깊이 연구해 볼 필요가 있을 것이다. 즉 프랑스에서는 2000년 4월 12일 법에 의해 행정청의 부작위(silence)가 2개월 이상 계속된 경우에 거부된 것으로 본다.(*décision implicites de rejet*) 예를 들어 설명하겠다. 원고가 행정청에 건축허가를 요구했으나, 행정청의 부작위가 있을 경우에 원고가 법원에 부작위위법확인소송을 제기했다. 그러나 법원이 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 판결을 내릴 때 행정청은 거부처분을 해도 재처분의무를 이행하는 것이 된다. 이 경우에 원고는 행정청의 거부처분을 목적물로 취소소송을 제기해야 한다. 따라서 프랑스 제도를 받아들인다면 행정청의 부작위에 대해 2개월이 지나면 곧바로 취소소송을 제기할 수 있다. 그리고 프랑스의 *injonction*(이행명령) 제도를 받아들인다면 판사는 취소판결과 함께 *injonction*(이행명령)판결을 내리면 원고의 권리는 더 잘 보장될 수 있을 것이다.

injonction(이행명령)의 권한으로 인해 판사의 권한은 강화되었고 재판결정 집행에도 크게 기여하고 있다. *Pacteaux (B.)*에 의하면, “*injonction*(이행명령)과 *astreinte*(연체료)의 권한을 갖는 행정판사는 오늘날 매우 무장되어있다.”⁷¹⁾ *Brisson (J. - F.)*의 말에 의하면, “*injonction*(이행명령)과 *astreinte*(연체료)의 권한으로 인해, 행정판사는 행정기관의 불성실(*mauvaise foi*)에 대항해서 더 강한 열정을 가질 것이고 행정기관에 대한 최대의 압력을 행사할 수 있을 것이다”⁷²⁾ .

70) AJDA 1996, p. 155, chron. CHAUVAUX (D.) STAHL (J.-H.).

71) *Pacteaux (B.)*, “*Contentieux administratif*”, PUF, septembre 1999, p. 354.



▶ 박재현

이행명령(injonction), 월권소송(recours pour excès de pouvoir) 의무이행 심판(recours administratif pour l'exécution), 연체료(astreinte), 재결청 (autorité administratif supérieure)

72) Brisson (J. – F.), “ l’injonction au service de la chose jugée contre l’administration”, Justice numéro 3 janvier/juin 1996, p. 194.

[RESUME]

Le recours pour excès de pouvoir en France et le recours administratif pour l'exécution en Corée

Park, Jae-Hyun

En France, s'il y a résistance de l'exécution ou l'inertie de l'administration, le requérant a la faculté d'introduire un nouveau recours pour excès de pouvoir. Quand elle n'exécute pas la chose jugée, le bénéficiaire du jugement peut obtenir l'annulation des décisions qui la méconnaissent, ainsi que des dommages – intérêts en réparation du préjudice. On appelle cas d'annulation les diverses formes d'illégalité. Selon la classification traditionnelle, l'illégalité peut avoir l'incompétence, le vice de forme, le détournement de pouvoir, la violation de la loi. Toutefois, la décision de l'annulation n'équivaut pas nécessairement à la protection de l'administré, car en réalité un jugement d'annulation n'entraîne pas l'octroi d'une mesure souhaitée par l'administré justiciable. Pour que l'annulation ait un effet réel, le juge administratif devrait prononcer l'injonction. L'administration doit tirer toutes les conséquences de la chose jugée, car le juge administratif ne peut ni se substituer à l'administration, ni ordonner aux agents publics de prendre telle ou telle autre décision, ni modifier les actes de l'administration. En Corée, le législateur a permis au requérant de choisir entre le recours administratif et le recours contentieux pour résoudre ce problème. Le recours administratif pour l'exécution de Corée contribuera à résoudre la question de la séparation des pouvoirs. Le juge coréen n'a pas de pouvoir d'injonction. Il faudrait lui donner le pouvoir d'injonction comme c'est le cas en France.