

■ 최신 법령 ■

[행정] 행정소송법 개정안의 주요내용 분석 ①

정원 변호사 | 박호경 변호사

1. 행정소송법 개정에 관한 논의는 오랫동안 활발하게 진행되었으나, 최근 몇 차례 개정시도는 국회의원만료로 인한 법안폐기로 좌절되었습니다(2007년 법무부 제출안, 2011년 의원발의안). 최근 법무부는 행정소송법 개정안을 입법예고하였고(의견제출기한 2013. 4. 29.), 의견수렴을 거쳐 최종안을 국회에 제출할 것으로 보입니다.

이번 개정안이 기존 논의를 충분히 반영하지 못하였다는 평가도 만만치 않습니다. 특히 실무상 행해지고 있는 조정절차에도 불구하고 화해권고 제도가 도입되지 않은 점이나, 예방적 금지소송이 개정안에서 빠진 점은 아쉬움으로 남습니다.

그러나 국회의원 잔여임기 등 제반 사정을 고려할 때, 행정소송법 개정의 가능성이 과거 어느 때보다 높다고 평가되고 있습니다. 2회에 걸쳐 개정안의 주요 내용 및 예상 파급효과를 살펴 보겠습니다.

2. 의무이행소송의 도입(안 제4조, 제41조 이하)

현행법에 의하면 처분의 취소 등을 구할 수 있을 뿐 특정한 처분을 해 달라는 소송은 할 수 없었습니다. 가령 건축허가거부처분의 취소가 확정되더라도, 별도의 허가처분이 필요하였기 때문에 행정소송을 통한 직접적 권리구제에 일정한 한계가 있었습니다. 개정안은 권리구제 증진을 위하여 특정한 내용의 처분을 요청하는 의무이행소송을 신설하였습니다.

그러나 의무이행소송이 도입된다고 하여, 법원이 모든 행정처분의 발급을 명할 수 있다고 보기는 어렵습니다.

개정안에 의하면 ① “신청에 따른 처분을 할 의무가 있음이 법령상 명백하고 그 의무를 이행하게 하는 것이 상당”한 경우에는 행정청이 그 의무를 이행하도록 선고합니다. 반면, ② “처분을 하지 않는 것이 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있다고 인정”되는 경우에는 판결의 취지에 따라 처분을 할 것을 선고할 뿐입니다(제44조).

효력과 관련하여 ① 유형은 독일의 특정행위명령판결과 유사하게 행정청의 특정 처분을 명하는 반면, ② 유형은 특정 처분을 명령하는 것에는 이르지 아니하고, 행정청이 판결 취지에 따른 처분을 할 의무만이 발생할 것으로 보입니다. 적용범위와 관련하여, 기속행위에는 주로 ① 유형이 적용되는 반면, 재량행위에는 ② 유형이 적용될 것으로 예상됩니다.

한편 의무이행소송의 도입에도 불구하고 부작위위법확인소송 및 거부처분취소소송은 그대로 존재합니다. 따라서 소송형태를 적절히 선택할 수 있을 것으로 예상됩니다. 독일 판례에 비추어 보더라도, 의무이행소송을 제기할 수 있는 경우에도 거부처분취소소송을 제기할 수 있다고 해석되고 있습니다.

따라서 ① 의무이행소송을 제기할 경우에는 단순히 처분의 위법성을 주장하는 것뿐만 아니라, 특정한 처분이 발급되어야 하는 법적 근거를 면밀하게 제시하는 것을 필요하며, ② 상황에 따라 의무이행소송과 거부처분취소소송을 함께 제기하는 방안도 검토하여야 합니다.

3. 원고적격 완화 내지 확대(안 제12조)

현재는 ‘법률상 이익’이 있는 자만이 항고소송을 제기할 수 있으나, 개정안에서는 위 요건을 ‘법적 이익’으로 변경하였습니다. 과거 논의된 ‘정당한 이익’보다는 한발 물러선 표현으로 볼 수 있지만, 원고적격을 확대하겠다는 의도로 해석됩니다.

‘법률상 이익’과 ‘법적 이익’의 실질적인 차이는 다수의 판례가 축적되어야 명확해질 것으로 보입니다. 다만, 현재 법원은 ‘법률상 이익’을 처분의 근거법률에 한정하지 않고 실체법 및 절차법을 포함한 관계법률을 종합하여 판단하고 있습니다. 이에 비추어 볼 때, ‘법적 이익’은 기본권을 포함한 헌법 등 전체 법질서의 관점에서 인정될 것으로 예상됩니다.

따라서 개정안에 따라 행정소송을 진행할 경우, 근거 법률뿐만 아니라 헌법적 차원에서의 접근도 한층 중요해질 것입니다.

4. 가처분제도 도입(안 제26조)

현행 집행정지제도는 부담적 행정처분을 중심으로 한 구제절차였습니다. 가령 과징금부과처분의 경우, 집행정지를 통하여 사전권리구제를 도모할 수 있었습니다.

그러나 수익적 행정처분을 거부할 경우, 거부처분의 효력이 정지되더라도 수익적 행정처분의 효과가 발생할 수는 없었습니다. 이와 같은 권리구제의 공백을 해결하기 위하여 가처분제도가 도입되었습니다.

따라서 가처분제도는 기한부 처분(어업면허, 체류기간 연장 등)의 갱신이 거부될 경우 유용하게 활용될 수 있을 것으로 예상됩니다.

다음 호에서는 집행정지, 소변경·이송, 당사자소송, 처분변경으로 인한 소 변경, 국가를 상대로 한 가집행 등을 중심으로 살펴보겠습니다.

5. 다운로드 : [행정소송법 개정안](#)