

행정소송법 전부개정법률안의 입법예고에 즈음하여

지난 3월 20일 드디어 정부의 행정소송법 전부개정법률안이 입법예고되었다. 법무부가 지난해 5월 24일 서울교육문화회관 3층 대회의실에서 '행정소송법 개정 공청회'를 개최한지 10개월이 된다. 공청회의 인사말에서 권재진 당시의 법무부 장관은 "행정소송은, 행정청의 잘못된 행위로 인하여 억울한 피해를 입은 국민이 그 억울함을 풀기 위하여 이용할 수 있는 중요한 소송절차로서, 국민의 권익구제를 통한 법치행정의 실현을 그 목적으로 하고 있습니다. 행정소송법은 1984년 전면 개정된 이래 큰 변화 없이 오늘에 이르렀습니다. 그 동안 우리 국민의 권리의식은 한층 성숙되었고, 행정현실 또한 크게 변화하였습니다. 행정소송법이 그 동안의 변화된 현실을 반영하지 못하여 국민이 겪고 있는 불편을 생각하면, 이제 행정소송법 전면개정은 더 이상 미룰 수 없는 국가의 과제가 되었습니다"라고 하였다. 공청회에 참석하였던 필자는 법무부 장관의 인사말이 학문상 정확한 표현을 사용한 것은 아니지만, 행정소송법 개정의 지향점을 국민의 입장에서 검토하겠다는 것이어서 옳은 방향으로 가고 있다고 생각했다. 그러나 공청회에서 제시된 개정안은 새로운 소송유형인 의무이행소송과 예방적 금지소송의 도입, 집행정지제도 요건의 완화, 가처분제도 마련, 화해권고 결정제도 신설, 소의 변경과 이송의 허용범위 확대, 당사자소송의 구체화, 행정청에 대한 자료제출요구권의 신설이어서 국민이 겪고 있는 불편을 해소한다는 입장에서 보면 불완전한 점이 있어 다소 실망스러웠다. 공청회에서 법무부는 발표된 안에는 현행 행정소송법상의 '법률상 이익'을 '법적 이익'으로 변경하여 원고적격을 확대하였다고 하는 설명도 있었다. 그러나 이러한 설명에는 다소 견해의 대립이 있을 것으로 보였다.

김 철 용

- 한국행정판례연구회 명예회장
- 건국대학교 명예교수



입법예고된 행정소송법 전부개정법률안을 보면, 공청회에서 제시되었던 개정안에서 후퇴하여, 새로이 신설하려고 하였던 예방적 금지소송과 화해 권고결정제도가 삭제되고, 조문 수도 63개조에서 54개조로 축소되어 있다. 제안이유에는 “본 개정법률안은 ‘신속하고 실질적인 권익구제를 도모하면서도 누구나 쉽고 편리하게 이용할 수 있는 행정소송제도 마련’이라는 목적 아래, ‘국민의 권익구제 확대를 위한 소송제도 개선, 사전권리구제절차 정비, 이용하기 쉬운 행정소송 제도 마련, 행정소송의 전문성 강화 등’을 골자로 하여 본 개정안을 제안하게 되었음”이라고 기술하고 있다. 이러한 제안이유에도 불구하고, 이번 개정법률안은 예방적 금지소송을 삭제함으로써 법무부가 2006년 4월 26일 행정소송법개정특별분과위원회를 구성하여 개정안을 마련하고 2007년 5월 23일 공청회를 거쳐 2007년 11월 19일 정부안으로 국회에 제출하여 2008년 5월 제17대 국회임기만으로 폐기된 개정법률안보다 소송유형의 점에서는 후퇴하고 있다. 법무부의 2007년 개정법률안은 대법원이 2002년 4월 1일 행정소송법개정위원회를 발족시켜 개정법률안을 마련하여 2004년 10월 28일 공청회를 개최하고 법원조직법 제9조 제3항에 따라 국회에 제출한 개정의견에 영향을 받았던 것으로 추측된다. 이번 입법예고된 개정법률안도 곳곳에 대법원 개정법률안의 규정들을 그대로 받아들이고 있다. 입법예고된 전부개정법률안을 한 마디로 평가하기는 어렵다. 그러나 법무부가 행정소송법 개정을 국민의 입장에 서서 마련한 것인가에 대하여는 의문이다. 공청회에서 제시하였다가 입법예고된 개정안에서 삭제된 예방적 금지소송만 하더라도, 30년 전 1984년 행정소송법을 개정할 때 의무이행소송과 더불어 법무부

공법연구특별분과위원회(행정심판법·행정소송법 제정·개정을 위한 위원회 이다)에서 쟁점이 되었던 문제였다. 당시 학자와 변호사로서 위촉된 위원들은 모두 의무이행소송과 예방적 금지소송의 도입을 주장하였다. 법원과 법무부에서 온 위원들의 소극적 태도로 입법에 이르지 못하였던 것이다. 결국 30년 전에 도입 여부가 논의 되었던 의무이행소송과 예방적 금지소송이 30년 만에 의무이행소송만 도입이 되고, 예방적 금지소송은 30년이 지난 지금도 도입이 좌절된 셈이다. 법무부가 “행정소송법이 그 동안의 변화된 현실을 반영하지 못하여 국민이 겪고 있는 불편을 생각하면”이라고 한 말이 수사상의 말이었음을 알 수 있다. 예방적 금지소송의 허용성에 관하여 장황하게 설명할 수는 없으나, 예방적 금지소송의 허용이 행정청의 제1차적 판단권(입법에 있어서까지 이를 고려해야 하는지는 의문이지만)의 침해라고 속단하여서는 아니 된다. 의무이행소송을 도입하면서 예방적 금지소송을 도입해서는 안 된다는 것은 이해하기 어렵다. 한마디로 해서 의무이행소송이 현상의 개선을 구하기 위해서 제기하는 소송임에 대하여, 예방적 금지소송은 현상의 가일층의 악화를 방지하기 위해서 제기하는 소송인 것이므로 공권력으로부터의 침해방어를 기본으로 하고 있는 시민적 법치국가라는 관점에서 본다면 예방적 금지소송의 허용성의 필요는 매우 크다. 따라서 예방적 금지소송은 실질적으로는 처분의 적법성 심사소송의 성격을 갖고 있다. 예방적 금지소송의 허용이 지금까지의 행정법 구조와 불일치하는 것이 아니다.

헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다”라고 규정하고 있다. 이 규정은 권리구제절차에 관한 구체적 형성을 완전히 입법자의 형성권에 맡기고 있는 것이 아니다. 재판청구권은 법적 분쟁의 해결을 가능하게 하는 적어도 한번의 권리구제절차가 개설될 것을 요청할 뿐 아니라 그를 넘어서 소송절차의 형성에 있어서 실효성 있는 권리보호를 제공하기 위하여 그에 필요한 절차적 요건을 갖출 것을 요청한다(헌재 2006.2.23. 2005헌가7 결정). 법무부가 진정 국민에게 행정청의 잘못된 행위로 인하여 억울한 피해를 입은 국민이 그 억울함을 풀기 위하여 이용할 수 있는 소송절차를 마련하여

국민의 재판청구권을 보장하려고 한다면, 1984년 행정소송법 전부개정 이후 30년간 국민의 권리의식이 가일층 성숙되었고 행정현실도 크게 변화하였기 때문에 그 변화된 현실을 반영하여 제대로 된 행정소송법을 마련하려고 한다면, 행정소송법의 마련을 현재의 상황을 기준으로 하는 것이 아니라 앞으로 올 장래 적어도 30을 내다보고 개정작업을 하여야 한다면, 비단 예방적 금지소송의 도입뿐만 아니라 더 나아가 근본적인 개혁이 필요하다. 근본적인 개혁을 위해서는 보다 면밀한 검토가 필요하겠지만, 우선 다음과 같은 몇 가지 점을 지적할 수 있다.

먼저 생각나는 것이 현행 행정소송법 제27조이다. 행정소송법 제27조는 “행정청의 재량에 속하는 처분이라도 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있는 때에는 법원은 이를 취소할 수 있다”고 규정하고 있다. 입법예고된 전부개정법률안 제29조에서 그대로 승계되고 있다. 이 규정이 변화된 시대에 맞는 규정인가는 전혀 검토된 흔적이 없다. 재량이라는 개념, 재량권일탈, 재량권남용의 개념은 모두 낡은 개념이다. 흔히 행정법의 역사는 재량 축소의 역사라고 한다. 재량을 축소시키기 역사 속에서 재량불심리 원칙을 극복하기 위해서 1984년 행정소송법 전부개정법률에서 제27조를 둘 의미가 있었다. 그러나 그 후의 역사는 커다란 변화를 겪고 있다. 모두가 다 아는 바와 같이 독일에서 전후 처음에는 법률의 불확정개념을 이유로 사법심사를 배제하려는 자유재량론이 주장되기도 하였다. 점차 사법심사의 예외를 허용하지 아니하는 기본법 제19조 제4항의 영향을 받아 자유재량론의 지지층이 상실되어 최근에는 행정판단의 자유영역을 인정하지 않고 완전한 사법심사가 가능하다는 쪽으로 학설이 변화하고, 연방헌법재판소도 사법시험성적평가판결에서 이런 학설과 그 보조를 같이 하고 있다(BVerfGE 84, 34(49)). 현행 행정소송법 제27조는 ‘행정청의 재량에 속하는 처분의 개념을 인정하여 재량권 일탈·재량권 남용이 있는 경우에만 법원이 처분을 취소할 수 있기 때문에 그동안 법원의 소극주의를 조장하는 역할을 하였음을 부인하기 어렵다. 가장 중요한 문제는 이 규정이 행정재량의 심사밀도를 높이는 데에 장애가 되고 있다는 점이다. 행정재량의 심사밀도를 높이기 위해서는 행정소송법 제27조를 개정하여야 한다.

어떻게 개정하여야 하는가는 면밀한 검토가 필요하지만, 한 가지 분명한 것은 재량에 속하는 처분이라도 위법하면(재량권 일탈·재량권 남용이 아니라 하더라도) 취소할 수 있다는 원칙을 명문화하여야 한다는 점이다. 그리고 이 조문의 검토 속에는 이 조문을 삭제하면 어떤가도 포함시켜야 한다.

다음으로 생각나는 것이 단체소송이다. 우리 사회의 급속한 산업화와 사회환경의 복잡화로 인하여 집단적인 피해가 발생하는 데도 현행 권리구제제도로는 해결하기 용이하지 아니하는 현대적 분쟁이 빈발하고 있다. 이 속에는 행정당국의 부당한 행정조치에 의한 피해자가 수백, 수천, 수만을 헤아리는 거대한 집단의 양상을 띄게 되는 경우도 있다. 이를 해결하기 위해서는 현행 선정당사자제도로는 일정한 한계가 있기 때문에 주민집단으로 형성된 단체에게 바로 원고적격을 부여하는 것이 문제 해결을 위하여 필요하게 된다. 법무부는 법제를 제정하기 위한 준비작업으로 1987년부터 1991년까지 법무자료로 “다수당사자소송연구”(제90집), “미국 집단소송의 발전”(제91집), “독일의 단체소송”(제94집), “집단소송의 범리”(제149집) 등을 발간하여 이론적 기초를 마련함과 동시에 1990년 12월 6일 전문가 12명으로 민사특별법제정특별분과위원회를 구성하여 약 5년 6개월간 90여회에 걸친 회의를 연 끝에 1996년 6월 집단소송법 시안을 마련한 바 있다. 이를 활용하면 조문화는 어렵지 않을 것이다. 문제는 의지인데, 선진국가에서 대체로 인정하고 있는 단체소송을 우리가 도입하지 않을 이유는 없다고 생각한다. 마지막으로 생각나는 것이 규범통제소송의 문제이다. 2004년 대법원의 행정소송법 개정안에는 제2장 제6절에 “명령등의 취소소송의 특례”라고 하여 이를 명문화하고 있었다. 최근 헌법재판소와 대법원 간에 충돌이 잦아지면서 피해는 국민이 입고 있다. 이 문제는 어차피 헌법재판소와 대법원 간에 서로의 권한과 역할 분담을 명백히 하는 입법에 의하여 해결할 수밖에 없다는 공론이 형성되어 가는 것 같다. 규범통제소송의 문제도 함께 해결하여야 한다. 이와 같은 어려운 과제를 법무부가 해결하여야 한다. 만일 법무부가 해결할 수 없다면, 대한변호사협회나 전문가의 도움을 받아 입법부가 해결할 수밖에 없다.