creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-동일조건변경허락 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.
- 이차적 저작물을 작성할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

동일조건변경허락. 귀하가 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공했을 경우에는, 이 저작물과 동일한 이용허락조건하에서만 배포할 수 있습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

法學碩士學位論文

미국 행정소송의 '소진성'(exhaustion) 원칙에 관한 연구

-행정의 선결권 존중을 중심으로-

2013年 2月

서울大學校 大學院

法 學 科

高 在 炫

미국 행정소송의 '소진성'(exhaustion) 원칙에 관한 연구

- 행정의 선결권 존중을 중심으로 -

지도교수 朴 正 勳

이 論文을 法學碩士 學位論文으로 提出함

2012年 **10**月

서울大學校 大學院

法 學 科

高 在 炫

高在炫의 碩士 學位論文을 認准함

2012年 **12**月

委 員 長 _____

副委員長 _____

委 員 _____

국문초록

미국의 행정소송상 소진성의 원칙은 행정청 내부의 이의제기절차를 모두 소진하였는지에 중점을 두고 법원의 사법심사개시가능여부를 판단하는 원칙으로서 법관에 의하여 발전하여 온 커먼로상 소진성의 원칙과 개별 법령에 명시된 법령상 소진성의 원칙으로 설명된다. 미국 행정소송상 소진성 원칙은 권력분립원칙을 헌법적·철학적 기초로 하면서 행정청의 전문지식의 활용, 준사법절차로서 분쟁해결을 담당하는 행정청의 독자적 기능, 행정청의 효율성·경제성, 과도한 업무부담의 분배 등에서 그 존재이유를 찾고 있으며, 이를 통해 법원의 행정의 선결권에 대한 존중을 나타내고 있다고 할 수 있다.

미국 행정소송상 소진성의 원칙은 우리 행정소송제도의 운용에 있어 행정의 선결권의 존중을 고려해야 한다는 시사점을 준다. 우리 학설·판례는 중간적 결정의 성격을 가지는 행정청의 결정에 대한 존중을 처분성의 유무 판단에 있어 많은 고려요소 중의 하나로만 참작하고 있는데, 중간적 결정에 대하여 조기에 사법심사를 인정하는 것이 행정의 선결권에 대한 본질적 부분을 침해할 소지가 있는 경우에는, 중간적 결정에 대한 사법심사를 자제되어야 할 필요가 있다. 또한 행정소송법 개정안에서 도입을 예정하고 있는 의무이행소송과 예방적 금지소송은 국민의 권리구제와 행정의 선결권의 존중 사이에서 국민의 권리구제를 더 중시하는 제도라고 평가할 수 있을 것인데, 행정의 전문성, 독립성, 효율성을 감안하여 제도의 실질적 운영에서는 행정의 선결권 존중이 충분히 고려되어야 할 것이다. 마지막으로 행정심판법의 개정 등으로 인하여 행정심판의 사법절차화 경향이 강화되고 있으므로 행정 자체의 판단을 존중한다는 의미에서 행정심판의 임의절차화에 대한 변화도 생각해 볼 수 있을 것이다. 이와 같이 미국 행정소송제도에서 인정되고 있는 소진성 원칙은 우리 행정소송제도에서 국민의 권리구제와 행정의 선결권 존중 사이의 건강한 긴장관계에 대한 논의를 활발히 하는 데 도움이 될 수 있을 것이다.

주요어: 소진성, 권력분립, 행정의 선결권, 중간적 결정, 의무이행소송, 예방적 금지소송, 행정심판

학번: 99275-507

목 차

국문초록

연구의 목적 ---------- 1
연구의 범위 ---------- 3

제1장 미국의 개별결정절차의 구조 ---------- 5

제1절 서설 ---------- 5
I. 개별결정절차와 소진성 ---------- 5
II. 준사법절차로서의 개별결정절차 ---------- 6
III. 개별결정절차와 청문절차 ---------- 7

제2절 개별결정절차의 개요 ---------- 8
I. 규칙제정과 개별결정 ---------- 8
II. 개별결정의 성질과 종류 ---------- 9
III. 미국행정절차법상 청문절차 ---------- 11

제3절 청문주재관의 최초결정 ---------- 12
I. 청문주재관의 의의 ---------- 13
II. 미국 행정절차법상 청문주재관 ---------- 13
III. 개별결정으로서 청문주재관의 최초결정 ---------- 14

제4절 행정청의 개별결정 ---------- 15
I. 행정청의 개별결정의 의의 ---------- 15
II. 미국 행정절차법상 행정청의 개별결정 ---------- 16
III. 소결 ---------- 17

제2장 소진성 원칙의 근거 ---------- 18

제1절 서설 ---------- 18
I. 미국행정소송상 심사시기 관련 원칙들 ---------- 18
II. 커먼로상 소진성 원칙과 법령상 소진성 원칙 ---------- 22

제2절 커먼로상 소진성 원칙 ---------- 23
I. 마이어스 판결과 스탠다드 오일 판결 ---------- 23
II. 소진성의 예외의 유형화 ---------- 27
III. 법원의 조치 ---------- 29
IV. 소결 ---------- 30

제3절 법령상 소진성 원칙 ---------- 30
I. 미국 행정절차법상 소진성 ---------- 30
II. 법령상 소진성 원칙 관련 주요 판례 ---------- 32
III. 법령상 소진의무를 규정한 조항의 특징 ---------- 34

제3장 소진성 원칙의 효과 ---------- 39

제1절 예비적 고찰 ---------- 39
I. 헌법적 기초로서 권력분립의 원칙 ---------- 39
II. 미국 법원의 행정 존중 경향 ---------- 40
III. 소진성 원칙과 행정의 선결권 존중 ---------- 40
IV. 소결 ---------- 41

제2절 소진성 원칙의 기능 ---------- 42
I. 행정의 전문지식의 활용 ---------- 42
II. 행정의 사법적 판단기능 ---------- 45
III. 업무부담의 합리적 분배 ---------- 46

제3절 소진성 원칙의 적용 ---------- 47

I. 본안선취의 문제 ---------- 47
II. 헌법적 문제와의 관계 ---------- 48
III. 소진성의 포기 ---------- 49
IV. 불법행위소송과 소진성 ---------- 50
V. 소진성과 지연 ---------- 52

제4절 소결 ---------- 54

제4장 우리 행정소송제도에 대한 시사점 ---------- 55

제1절 중간적 결정의 처분성 ---------- 55
I. 중간적 결정의 처분성 관련 판례 ---------- 55
II. 중간적 결정과 행정의 선결권 존중 ---------- 61
III. 중간적 결정의 처분성과 관련 논의에 대한 시사점 ---------- 67

제2절 의무이행소송의 문제 ---------- 70
I. 의무이행소송제도의 도입 ---------- 70
II. 의무이행소송의 장점과 문제점 ---------- 71
III. 의무이행소송과 행정의 선결권 존중 ---------- 75

제3절 예방적 금지소송의 문제 ---------- 76
I. 예방적 금지소송의 의의 ---------- 76
II. 예방적 금지소송의 필요성 ---------- 76
III. 예방적 금지소송과 행정의 선결권 존중 ---------- 77

제4절 행정심판의 임의절차화 ---------- 79
I. 준사법절차로서의 행정심판 ---------- 79
II. 행정심판의 임의절차화의 문제점 ---------- 80
III. 행정의 선결권 존중과 행정심판전치주의 ---------- 82

제5장 요약 및 결어 ---------- 84

제1절 요약 ---------- 84

제2절 결어 ---------- 85

참고문헌 ---------- 87

연구의 목적

다른 나라의 행정소송제도에 대하여 살펴보는 목적은 우리나라에서 유사한 기능을 하는 제도가 바람직한 것인지를 검토하고, 그 장점을 도입함으로써 우리의 법현실을 발전시키는 데 있다. 미국행정소송제도는 우리나라의 행정소송제도와 많은 점에서 다르기 때문에 특유한 원칙과 제도가 존재하고, 이에 대해서는 상대적으로 소개 및 연구가 많지 않다. 하지만 미국의 행정소송제도에 특유한 것으로서 우리나라 행정소송제도 중 이에 대응하는 제도가 없는 경우에도 살펴볼 필요성이 있는데, 이를 통하여 미국에서 달성하려고 하는 행정법상 가치나 목적이 우리나라에서 어떠한 방식으로 달성되고 있는지 그리고 그러한 가치나 목적이 충분히 달성되고 있는 것인지 비교하여 볼 수 있고, 우리의 행정소송제도의 약점을 보완하는데 시사점을 얻을 수 있기 때문이다. 특히 우리나라가 발전시켜온 행정소송제도의 현상과 위치를 확인하고 그 개선방안을 모색하는 데에는 비교법적 연구방법[1]을 통하여 우리 행정소송제도의 개념과 대비시키는 것이 가장 좋은 방법이라고 할 것이다.

최근 원전수거관리시설 부지선정결정과 관련된 하급심 판결(서울행정법원 2005. 11. 8. 선고 2005구합14454 판결), 친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법상 재산조사개시결정에 대한 판결(대법원 2009. 10. 15. 선고 2009두6513 판결) 등을 통하여 법원이 행정청의 최종적 결정에 이르는 과정에서 나타나는 중간적 성격을 갖는 결정에 대하여 처분성을 인정할 수 있는지가 쟁점이 된 바 있고, 행정소송법 개정안에서 예방적 금지소송 및 의무이행소송이 도입되면서 행정에 대한 사

1) 朴正勳, 비교법의 의의와 방법론 –무엇을, 왜, 어떻게 비교하는가–, 심헌섭 교수 기념논문집, 2011, 104면 참조. 나라마다 법의 개념과 체계가 다를지라도 법적 문제의 상황과 그 해결을 위한 노력은 본질적으로 공통적이기 때문이다.

법심사에 있어서 행정의 선결권이 어느 정도까지 확보되어야 하는지에 대한 논의 필요성이 생기고 있다. 여기서 공통적으로 법원의 행정에 대한 개입이 문제가 되는데, 미국행정소송상 소진성은 이러한 논의와 문제제기에 대하여 해결의 실마리를 제공해 줄 수 있다.

미국행정소송상 소진성이라는 제도를 살펴보는 것은 우리 행정소송제도에서도 기존에 활발하게 논의되지 않았던 문제들에 대하여, 우리나라와 다른 법체계에서는 어떤 방식으로 접근하는지를 파악할 수 있게 해준다. 미국 행정소송상 소진성은 기본적으로 행정에 대한 사법심사가 어느 시점에서 이루어지는 것이 적합한가에 대한 논의로서, 판례를 통하여 형성, 발전하면서 행정의 선결권과 법원의 통제 사이에서 균형을 잡아가는 모습을 살펴볼 수 있다. 우리 행정소송제도가 행정의 자의나 전횡으로 인한 시민의 권리구제라는 점을 강조하는 반면, 행정의 전문성 및 선결권에 대해서는 충분히 논의되지 않고 있는데, 미국 행정소송에서의 소진성은 행정의 전문성 및 사법심사에 앞서 행정이 일차적으로 판단할 권한인 선결권의 보장이 충실히 논의되고 있으며 그 보장을 위한 제도의 필요성을 인정하고 있다는 것을 알 수 있다.

우리 판례는 행정청의 행위에 대하여 불복하여 법원에 심사를 요청하려고 하는 경우 항고소송의 대상이 될 수 있는지에 대하여 당해 행위가 처분성을 갖추었는지를 논한다. 처분성 판단의 기준은 “행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 공권력의 행사 또는 그 거부와 이에 준하는 작용”에 해당하는지 여부이며, 구체적으로는 관련 법령의 내용과 취지, 행위의 주체, 내용, 형식, 절차, 이해관계인이 입는 불이익, 법치행정 원리 등을 참작하여 판단한다고 하고 있다. 또한 학설상으로 처분성이 문제되는 행정계획, 사실행위, 내부적 행위, 행정규칙, 행정계약 등의 경우가 다루어지고 있지만 어떠한 행정청의 행위가 항고소송의 대상이 되는 처분성이 있는 것인지가 논의의 중심이라고 할 수 있고, 행정청의

행위가 사법심사의 대상으로 고려되는 것이 가장 적합한 시점이 언제가 되어야 하는 것인지에 대한 정책적 판단이 소송요건 전반에 있어 고려되어야 할 필요가 있다는 실용적인 사고는 충분하지 않았다고 할 수 있다.

따라서 이 연구에서는 미국행정소송상 소진성이 무엇이며 어떠한 방식으로 작용하고 있는지 살펴봄으로써, 법원이 행정의 행위를 판단의 대상으로만 생각하는 것이 아니라 행정에게 법원과 다른 전문성을 인정하고, 사실관계 확정에 대하여 일정한 권한을 부여함으로써 행정과 사법 사이에 자원배분의 효율성을 고려하여 사법심사의 개입시점을 정하는 도구로서 소진성이라는 요건을 사용하고 있음을 밝히고자 한다. 즉, 미국행정소송제도에서는 법적 문제 판단의 전문가로서의 사법과 전문적인 사실관계의 수집 및 확정에 있어서의 전문가로서 행정의 기능과 역할을 인정하는 전제하에서, 행정의 행위에 불복하여 사법심사를 구하는 경우에도 행정 내부에서 정하고 있는 절차를 거칠 것을 요구하여 일정 시점까지 행정의 선결권을 확보하는 수단으로 소진성이 인정받고 있다는 점을 알 수 있게 될 것이다.

이 연구는 미국 행정소송상 소진성을 통해 확보되는 행정의 선결권이 우리 행정소송제도에서 대표적으로 어떠한 장치를 통해서 구현되고 있는지를 살펴봄으로써 우리 행정소송제도들이 침익적 국가작용으로부터의 개인의 방어권 중심의 사고와 적극적 공익실현의 권한과 과제를 부여받은 행정의 선결권 존중의 사고 사이에 어느 지점에 위치하고 있는지 가늠하고, 우리 행정소송제도의 변화와 발전에 어떠한 시사점을 주는지 밝히는 것을 목적으로 한다.

연구의 범위

이 연구에서는 미국의 행정소송상 소진성과 관련하여 우선 미국의 행정소송상 특유한 개별결정(adjudication) 절차의 구조에 대해서 살펴보고자 한다. 소진성은 행정청 내부적으로 이루어지는 절차 중 어느 시점에서 사법심사가 인정되어야 하는 것인지에 대한 원칙으로서, 개별결정절차는 행정청의 일차적인 조치에 대하여 이의가 제기되는 경우 이에 대하여 행정청 내부적으로 재판과 유사한 절차를 거쳐 최종적인 결정이 내려지는 과정을 가장 잘 보여주기 때문이다(제1장). 이어 미국 행정소송상 소진성 원칙의 근거가 되는 커먼로상 소진성 원칙과 법령상 소진성 원칙 및 이에 대한 대표적인 판례들을 살펴봄으로써 소진성의 미국 행정소송제도에서의 역할 및 구체적으로 나타나는 모습을 파악하며(제2장), 미국 행정소송상 소진성이 인정되는 결과 행정청의 전문지식의 활용, 행정청의 효율성·경제성, 과도한 업무부담의 분배 등이 이루어지는 모습을 살펴보고, 나아가 소진성 원칙의 적용례들을 통해 행정의 선결권이 존중되는 이유를 검토해 보고자 한다(제3장). 다음으로 우리 행정소송제도와 관련하여 중간적 결정의 성격을 가지는 행정청의 결정의 처분성이 쟁점이 되었던 판례에서 우리 법원이 취하는 태도를 분석하고, 행정의 선결권과 관련된 우리 행정소송상 제도로서 의무이행심판, 예방적 금지소송 및 행정심판의 임의절차화 등을 살펴봄으로써 행정의 선결권 보장이 우리 행정소송제도를 개선하고 발전시키는 데 있어서 어떠한 시사점을 주는지 살펴보며(제4장), 마지막으로 위의 논의를 요약 및 정리한다(제5장).

제1장 미국의 개별결정절차의 구조

제1절 서설

I. 개별결정절차와 소진성

미국행정소송제도에서 소진성[2)]에 대하여 살펴보기에 앞서 개별결정절차(adjudication)가 어떠한 구조로 이루어져 있는지를 파악하는 것이 필요하다. 개별결정절차는 행정청의 명령(order)을 형성하기 위한 행정청 내부의 절차로서 개별결정절차의 중간에 행정청의 행위의 상대방은 자신에 대한 행정청의 행위에 대하여 법원에 사법심사를 요구하는 경우가 많기 때문이다. 행정청의 행위의 상대방이 법원에 사법심사를 요구할 때 행정청의 최종적인 명령이 이루어질 때까지는 사법심사가 적당하지 않다고 판단하거나(최종성), 행정청의 행위에 대하여 행정청 내부에서 심사하고 결론을 수정할 구제수단을 마련하고 있는 경우 그러한 구제수단을 먼저 거치게 할 필요성이 있다고 판단(소진성)하기 위해서는 사법심사를 요구하는 자에 대한 행정청의 행위가 개별결정절차에서 어디에 위치하고 있는지 파악할 수 있어야 한다. 최종적으로 개별결정이 내려지기까지 행정청 내부의 규칙으로 사용가능한 내부적 이의절차가 규정되어 있는 경우에는 행정 내부의 이의절차를 모두 거치고 온 것인지(소진한 것인지)가 법원이 그에 대한 사법심사를 개시할지 여부를 결정하는 중요한 판단기준이 되기 때문이다.

---

2) exhaustion은 사법심사를 구하기에 앞서 행정상 구제절차를 모두 '거쳐야' 한다는 원칙이므로 사법적 구제절차는 행정상 구제절차에 보충적으로 사용되어야 한다는 의미에서 이를 '보충성'이라고 번역하는 경우도 종종 있는데(예컨대, 이현수, 행정소송상 예방적 구제, 경인문화사, 2006, 207면), exhaustion은 단순히 원칙을 명명하는 데만 쓰이는 것이 아니라 'shall exhaust administrative remedies'(행정적 구제책을 소진해야 한다)와 같이 동사로도 쓰이므로 이를 일관되게 번역하기 위해서는 '소진성'으로 번역하는 것이 더 적당한 것으로 보인다.

II. 준사법절차로서의 개별결정절차

1. 개별결정절차와 사법절차

개별결정절차는 사법절차와 유사한 성질을 갖는데, 미국에서는 개별결정절차를 거치게 함으로써 소송사건수가 폭증하는 것을 막을 수 있고, 행정청의 전문지식을 활용할 수 있으며, 사법절차에 비하여 배심원제도를 배제하는 등 절차적인 유연성을 확보할 수 있고, 행정의 입장에서 규칙제정과 개별결정 사이에서 어떠한 방식을 택할 수 있을지 재량을 행사할 수 있다는 점에서 필요성이 인정되고 있다[3]. 미국 행정소송제도에서는 행정에 대한 특유한 이해에 근거하여 행정절차가 매우 중시된다. 즉, 행정의 조직과 임무는 거의 대부분 개별 법률에 의하여 부여되는데, 법적인 결정을 내릴 수 있는 권한은 원래 법원에 속하는 것으로서, 입법자에 의해 행정청에게 위임된 것으로 파악되므로, 권한을 부여받은 행정은 그 권한을 가능한 재판절차에서와 유사하게 행사해야 한다. 그러한 의미로서 행정의 준사법권이라는 용어가 사용되는 것이다[4]. 그러나 개별결정절차가 사법절차와 동일한 것은 아니며 판단자가 청문주재관(Administrative Law Judge)과 판사로서 다르다는 점, 행정절차에서는 배심원이 필요하지 않지만 사법절차에서는 원칙적으로 배심원이 필요하다는 점에서 기본적인 차이가 지적되고 있으며 나아가 기능상으로도 사법절차에서는 사법심사를 요구하는 자와 판단하는 자가 다르지만 개별결정절차에서는 행정청의 구성원이 행정청의 판단을 다시 한번 심사한다는 점에서 차이가 있다.

2. 우리 행정심판법상 행정심판과 비교

---

3) Alan. B. Morrisson, Administrative Agencies Are Just Like Legislatives and Courts - Except When They're Not, 59 Admin L. Rev. 79 (2007), 100-102면 참조.
4) 朴正勳, 행정소송과 행정절차(1), 행정소송의 구조와 기능[행정법 연구2], 562-563면 참조.

우리 행정법제상 행정심판법에 따른 행정심판은 일반적으로 분쟁에 대한 심판작용이면서, 동시에 그 자체가 행정행위라는 이중적 성격을 가지고 있으며, 행정심판이 행정상의 분쟁에 관하여 사실을 인정하고 법을 적용하여 그 분쟁을 심리·판단한다는 점에서 재판에 준하는 성질을 가지는 것[5]이 미국 행정소송법제도에서 개별결정과 유사한 측면이라고 할 수 있다. 그러나 우리 행정법제상 행정심판에 대한 재결에 대하여 그것이 위법한 경우에는 행정소송을 제기하여 그 취소를 구할 수 있을 것이지만, 행정심판법이 원처분주의를 취하여 취소소송에서는 원칙적으로 원처분을 대상으로 하도록 하고, 재결은 그 자체에 고유한 위법이 있는 경우에만 이를 다투도록 하고 있음[6]에 반하여, 미국 행정소송제도에서 개별결정은 행정청의 최종적인 명령을 형성하기 위한 절차를 일컫는 말로 바로 사법심사의 대상이 된다는 점에서 우리 행정심판법상 재결과는 구별된다고 할 것이다.

III. 개별결정절차와 청문절차

미국 행정절차법(Administrative Procedure Act)은 미국 연방의 행정절차에 관한 일반법으로서 이 법이 제정되기 이전에는 행정청에게 국민의 권리를 제한하거나 박탈하는 권한을 수권하면서도 행정청의 결정에 의하여 권리가 제한되는 사람에 대하여 적절한 참여를 보장하는 절차가 마련되지 않음으로써 개인의 권리보호에 문제가 생기고 개별 행정청마다 나름대로의 절차가 마련되어 있어도 통일성이 없고 임의적이어서 절차에 대한 예측가능성이 없다는 문제점을 해소하기 위하여 제정되었다. 즉, 미국 행정절차법은 헌법상의 적법절차를 구체화하여 개인의 절차적인 권리를 보장하기 위한 것이며, 정식 개별결정절차에서 가장 기본적인 절차

5) 김동희, 행정법 I, 박영사, 2012, 639면 참조.
6) 행정심판법 제19조 단서

적 보장을 규정하며 특히 청문의 기회부여가 그 핵심이라고 할 수 있다[7]. 따라서 이하에서는 개별결정에서 청문절차가 어떠한 의미를 갖는 것인지를 우선적으로 살펴보고자 한다.

제2절 개별결정절차의 개요

I. 규칙제정과 개별결정

1. 규칙제정과 개별결정의 의의

미국행정소송상 행정청이 하는 임무는 크게 규칙제정(rulemaking)과 개별결정(adjudication)으로 나눌 수 있는데, 규칙제정이 우리나라에서의 행정입법과 유사한 것이라고 한다면, 미국에서는 개별결정이라는 범주에 우리나라의 처분이라고 하는 작용들이 대부분 포함되는 것이라고 할 수 있다. 미국행정절차법은 개별결정에 대하여 '명령'[8]을 형성하기 위한 절차라고 규정하고 있으며, 여기에서 "명령은 그 형식이 수익적이건, 침익적이건, 명령적이건 또는 확인적이건, 규칙제정을 제외하지만 면허부여를 포함하는 문제들에 대한 행정청의 종국적인 처분의 전부 또는 일부를 말한다"고 정의하고 있기 때문이다(제551조 제6항).

2. 규칙제정과 개별결정의 범위

---

7) 김광수, 미국 행정절차법 연구-미국 행정법상 절차적 권리의 유효사거리에 관하여-, 행정법연구 제12호, 2004, 282-283면 참조.

8) 이한성, 불이익처분의 절차, 행정작용법, 박영사, 2005, 837면(각주 19)은 미국의 재결절차는 우리나라나 일본의 행정심판에 상응하는 것으로 볼 수 있다고 하고 있고, 김광수, 전게논문, 283-294면은 order를 '처분'으로, adjudication을 '재결'으로 번역하고 있는데, 미국 행정절차법상 order나 adjudication의 개념 등이 우리 행정법상 처분과 재결과 유사한 측면이 있기는 하나 동일한 것은 아니므로, 이 논문에서는 '명령', '개별결정'이라는 용어로 번역한다.

일반적으로 규칙제정은 행정청이 행하는 준입법적인 작용으로서, 불특정 다수의 사건이 사람을 일반적으로 규율하는 절차에 관한 것이고, 개별결정은 특정 사건이나 사람에 대하여 개별적으로 규율하는 절차를 말한다고 할 수 있을 것이다. 개별결정에 의하지 않는 영역으로 규칙제정을 제외하여 놓고 있는 것에서 알 수 있듯, 개별결정의 개념범위는 매우 넓고 그 성질이나 내용에 따라 요구되는 절차적 보호의 정도가 다르다. 예컨대, 개별결정절차에는 행정기관 소속 변호사가 법률위반자를 적발하여 행정기관에 해당 위반자에 대한 제재처분을 구하는 사법절차와 유사한 절차, 정책이나 선례를 형성하는 결정과 관련된 절차, 사회보장급여의 청구나 의료보험의 청구에 대한 결정과 같이 일상적인 활동과 관련된 행정작용이 모두 포함되는 것이다.

II. 개별결정의 성질과 종류

1. 개별결정의 성질

규칙제정이 미래의 질서를 형성하기 위한 규율을 정하는 것인 반면에, 개별결정은 어떠한 규정을 특정한 사실관계에 적용하고, 그 규정의 적용이 타당한 것인지 여부를 결정한다는 점에서 행정청이 법원의 심사와 유사한 기능을 수행하는 측면이 있다. 물론 개별결정은 행정청이 주체가 되어 진행하는 것이므로 추후 법원의 사법심사의 대상이 되는데, 사법심사의 대상이 되는 경우에도 행정청이 개별결정절차를 진행함에 있어 법률 및 내규 등 관련규정을 준수하였는지 여부를 중점적으로 심사한다는 특징을 가지므로, 당사자들로부터 사실관계 및 증거를 제출받아 판단하는 일반적인 사법심사와는 다른 면이 있다고 할 수 있다.

2. 개별결정의 종류

개별결정은 정식 개별결정과 약식 개별결정으로 나눌 수 있다. 규칙제정의 경우 미국 행정절차법은 명문으로 정식 규칙제정과 약식 규칙제정을 정하고 있지만, 개별결정에 대해서는 정식 개별결정에 대한 내용만을 명문으로 규정하고 있다. 일응 정식 개별결정에는 미국행정절차법이 바로 적용되지만, 약식 개별결정에는 바로 적용되지 않는다고 볼 수 있는데, 약식 개별결정이라고 하여 절차적 보호가 항상 미약한 것만은 아니다. 구체적으로 살펴보면 정식 개별결정에는 미국행정절차법 제554조[9], 제556조[10], 제557조[11]가 적용되는데, 약식 개별결정에 대해서는 적용된다고 규정된 특별한 조항이 없다[12]. 다만 미국행정절차법 제555조[13]와 제558조[14]는 행정청이 행하는 모든 행정절차에 적용되는 것이기 때문에 약식 개별결정에도 당연히 적용되는 것이라고 할 수 있다.

3. 정식개별결정과 약식개별결정의 구별

---

9) **§ 554. Adjudications**
(a) This section applies, according to the provisions thereof, in every case of adjudication required by statute to be determined on the record after opportunity for an agency hearing, except to the extent that there is involved ...

10) **§ 556. Hearings; presiding employees; powers and duties; burden of proof; evidence; record as basis of decision**
(a) This section applies, according to the provisions thereof, to hearings required by section 553 or 554 of this title to be conducted in accordance with this section. ...

11) **§ 557. Initial decisions; conclusiveness; review by agency; submissions by parties; contents of decisions; record**
(a) This section applies, according to the provisions thereof, when a hearing is required to be conducted in accordance with section 556 of this title. ...

12) Vermont Yankee Niclear Power Corp. v Natural Defense Council 435 U.S. 519

13) **§ 555. Ancillary matters**
(a) This section applies, according to the provisions thereof, except as otherwise provided by this subchapter. ...

14) **§ 558. Imposition of sanctions; determination of applications for licenses; suspension, revocation, and expiration of licenses**
(a) This section applies, according to the provisions thereof, to the exercise of a power or authority. ...

행정청이 개별결정을 할 때 언제 미국 행정절차법이 정한 정식 개별결정절차를 거쳐야 하는 것인지는 일반적으로 처분권한을 가지고 있는 행정청의 조직법에 의하는데, 미국 행정절차법이 제정된 후 행정청의 조직법에서 청문이 요구되는 경우에는 미국 행정절차법이 규정하고 있는 정식 개별결정절차를 거쳐야만 하는 것으로 이해되었다[15]. 그렇지만 의회는 미국 행정절차법이 규정하고 있는 절차와 다른 종류의 절차를 입법할 수 있는 권한이 있을 뿐 아니라, 행정청에게 그런 절차를 선택할 수 있는 수권을 할 수도 있다고 해석되었으며, 그 이유는 행정청이 내려야 하는 판단의 내용과 사건의 성질이 다르기 때문에 가장 엄격한 절차만이 요구될 필요는 없다는 데에 있었다[16]. 하지만 약식 개별결정에서는 정식 개별결정에서 요구되는 모든 절차가 요구되지 않는데, 어떠한 사안에서 어떠한 정도의 절차가 요구되는 것인지에 대해서는 약식 개별결정이 내려지는 경우에는 사안마다 요구되는 절차가 달라지는 것이 인정되고 있다. 물론 약식 개별결정절차도 통지, 이유의 부기, 중립적인 결정자, 서면이나 구두의 형식의 논박의 기회 보장 등이 보통 요구되는 일반적인 절차라고 할 수 있다. 약식 개별결정에 대해서는 개별법에 규정된 절차에 관한 규정 및 수정헌법 제5조 등의 적법절차조항을 적용하여 절차적 보호가 제대로 이루어졌는지 판단하게 된다[17]. 결론적으로 정식 개별결정과 약식 개별결정은 요구되는 절차적 보호의 정도가 다르다는 점에서 구별되는데. 그 중에서도 가장 중요한 것이 미국 행정절차법에 따른 청문절차와 관련된 절차의 준수를 요구하는지 여부라고 할 수 있다.

III. 미국행정절차법상 청문절차

1. 청문절차가 문제가 되는 경우

15) Wong Yang Sung v. Mcgrath 339 U.S. 33 (1950)
16) Marcello v. Bonds 349 U.S. 254 (1970).
17) Alan. B. Morrisson, 전게 논문, 111-119면 참조.

정식 개별결정과 약식 개별결정의 구별은 원고가 피고 행정청에 대하여 특정 행정절차가 미국행정절차법의 적용을 받는 정식 개별결정에 대한 절차임에도 불구하고 당해 행정청이 개별법에 정한 절차를 진행하였으므로, 즉 약식 개별결정에 대한 절차만을 진행하였으므로 당해 행정처분이 위법한 것인지 이의가 제기될 때에 문제가 된다.

2. 청문절차 관련 법령의 적용

청문에 대한 미국행정절차법 제554조 제(a)항은 "일정한 경우를 제외하고는, 개별결정에 관한 위 조항은 청문의 기회를 부여한 후에 기록에 의하여 결정될 것이 법률적으로 요구되는 모든 개별결정 사건에 적용된다"고 규정한다. 개별법에서 정식 청문절차를 거쳐야 한다거나 청문의 '기록에 의하여' 결정해야 한다는 문구를 사용하여 규정하고 있는 경우에 이를 정식 개별결정으로 해석하는 데 이견이 없다. 하지만 많은 경우 개별법에서 단지 '청문'을 실시해야 한다는 규정만을 두고 있는 경우가 있는데, 이 경우에 미국 행정절차법의 정식 개별결정 관련 규정이 적용되는지가 문제될 수 있다. 미국 판례는 단순히 '청문'을 실시해야 한다는 규정만 있는 경우 미국 행정절차법을 바로 적용하도록 하는 것이 적법절차조항에 부합한다고 하는 태도를 취하다가 개별 법률에서 '청문'이라고만 규정되어 있는 경우 정식 개별결정에 관한 절차에 해당할 것으로 보는 입장을 더 이상 유지하지 않는다[18]고 하고 있으며, 이에 대하여 명확한 기준이 정립된 것으로 보이지는 않는다[19].

제3절 청문주재관의 최초결정

18) Chemical Waste Management, Inc. v. U.S. Environmental Protection Agency 873 F.2d 1477 (D.C. Cir. 1089).
19) Alan. B. Morrisson, 전게 논문, 112면 참조.

I. 청문주재관의 의의

개별결정절차의 주재자는 크게 청문주재관과 청문주재관이 아닌 주재자로 나줄 수 있는데, 청문주재관은 명칭에 '판사'(Judge)라는 용어를 사용함에도 불구하고 그 소속이 사법부가 아닌 행정부에 소속된 공무원이다. 미국 의회는 1978년 행정절차법 개정 당시 원래 '청문조사관'(hearing examiner)이었던 명칭을 '행정법판사'(administrative law judge)[20]라는 명칭으로 변경하였는데 이는 청문주재관의 공정성 및 신뢰성을 확고하게 하고 개별결정이 행정청의 사법적 기능을 수행하는 것이라는 측면을 더욱 강조하기 위한 취지였던 것으로 보인다[21].

II. 미국 행정절차법상 청문주재관

미국 행정절차법 제556조 제(c)항은 정식 개별결정절차의 주재자인 청문주재관이 가지는 권한에 대해 규정하고 있다. 청문주재관은 선서를 하게 할 수 있고, 법에 의한 명령장을 발부할 수 있으며, 증거제시를 명령하거나 관련증거를 수령할 수 있고, 공탁을 받거나 받게 할 수 있으며, 청문의 과정을 규제하고, 화해를 위한 합의를 할 수 있고, 절차적 요청을 처리할 수 있고, 행정기관의 내규에 규정된 다른 권한을 행사하는 등의 권한을 갖는다. 반면에 청문주재관은 각 행정기관에 소속되어 있기 때문에 당해 행정기관의 활동이 공식적으로 근거하는 규범 자체를 무시하거나, 무효화하지 못하는 한계를 갖는다[22]. 법원은 재판의 전제가 된

---

20) 이하에서는 우리나라 행정절차법상 용어에 상응하여 '청문주재관'으로 번역한다.

21) 전인환, 미국행정절차법상 '개별결정절차(adjudication)'의 공정성 확보방안에 관한 연구, 서울대학교 석사학위논문(2011), 24-25면 참조. 문헌에 따라서 1972년 연방인사위원회가 규칙을 제정・공포하여 미국 행정절차법에 의하여 임명된 청문관들의 명칭이 청문조사관(hearing examiner)에서 행정법판사(청문주재관)로 변경되었다고 설명하고 있기도 하다. 최송화, 미국행정법의 장래, 서울대학교 법학 제21권 1호(1980), 130면 참조.

내규의 적법 또는 유효여부를 판단할 권한이 있지만, 청문주재관은 기본적으로 행정청에 소속된 공무원이므로 재판의 전제가 된 내규의 적법 또는 유효여부에 대해서는 판단을 하지 않는다는 점에서, 청문주재관이 법원의 사법심사와 유사한 기능을 담당하고 있지만 법원을 대체하는 것은 아니라는 점을 잘 보여준다.

III. 개별결정으로서 청문주재관의 최초결정

1. 사법심사의 대상으로서 청문주재관의 최초결정

청문주재관의 최초결정이 최종적인 개별결정이 될 수 있음을 잘 보여주는 것이 다비판결[23]이다. 원고인 다비는 청문 공무원[24]의 결정이 최종적 결정이 된 후에 그 결정에 대한 사법심사를 구하였을 때, 주택도시개발부는 사법심사요청은 다비가 사전에 청문 공무원의 결정에 대하여 사용 가능한 구제책인 주택도시개발부의 심사를 구하지 않았기 때문에 각하되어야 한다고 주장하여 청문 공무원의 결정에 대한 주택도시개발부의 심사를 거치지 않은 것이 행정구제책을 소진하지 않은 것인지가 쟁점이 된 것이다. 다비 판결에서 볼 수 있듯, 청문주재관의 불이익한 자격박탈 결정에 대해서 주택도시개발부가 그 결정을 심사할 재량을 행사하지 아니하게 되면 청문주재관의 결정은 그 자체로 개별결정으로서 사법심사의 대상이 되는 것이다.

---

22) 전인환, 전게논문, 29면 참조.
23) Darby v. Cisneros 509 U.S. 137 (1997).
24) Richard J. Pierce, Jr, Administrative Law Treatise. 3vols, 5.ed, 2010, 1242면에서는 hearing officer라는 표현이 사용되고, Strauss/Rakoff/Farina/Metzer, Administrative Law - Cases and Comments, 11.ed, 2011, 1362면에서는 청문주재관(ALJ)라는 표현이 사용되고 있는바, 당시 명칭은 hearing officer였으나 행정청의 일차적인 결정을 내리고, 그에 대하여 행정 내부적으로 심사하는 절차가 더 있는 것으로 보아 청문주재관과 동일한 것으로 보고 있는 것으로 생각된다.

2. 청문주재관 결정의 특징

청문주재관이 각 행정청에 소속된 것은 절차의 효율성의 측면에서 이 절차를 법원에게 분담시키는 것보다 유리하다. 또한 당해 행정청이 가진 전문성에 기초하여 보다 전문적인 판단을 가능하게 할 수 있다는 장점도 있다. 그러나 청문주재관이 당해 개별결정을 내리는 행정청에 소속되어 있기 때문에 그 절차의 상대방은 절차의 공정성에 의문을 가지게 될 여지가 있으며, 이러한 공정성에 대한 의문을 해소하기 위하여 절차주재자의 신분보장, 편견의 배제, 기능의 분리 나아가 기능적 측면에서 일방적 접촉의 금지 등의 제도가 마련되어 있다[25].

제4절 행정청의 개별결정

I. 행정청의 개별결정의 의의

청문주재관의 최초결정은 때로 행정청의 심사를 받으며, 행정청의 심사를 거친 행정청의 개별결정은 종국적으로 법원의 심사를 받는다. 만약 행정청의 심사가 행정청의 장에 의하여 행하여지지 않거나 다른 관리가 청문주재관의 결정에 이의를 제기하지 않는다면 청문주재관의 최초결정은 최종적인 행정청의 행위가 된다[26]. 즉, 청문주재관의 최초결정은 행정청이 이를 거부하거나 정해진 기간 내에 수정되지 않는다면 최종적인 개별결정이 될 수 있다. 그러나 행정청에게는 청문주재관의 재결에 대하여 자신의 판단을 형성할 기회가 주어지기 때문에 특별한 경우를 제외하고는 청문주재관의 개별결정이 최종적 개별결정이 된다고 단언할 수는 없을 것이다[27].

---

25) 전인환, 전게논문, 32-72면 참조.

26) 정상기, 미국행정법에 있어서 행정행위에 대한 절차적 통제, 연세법학연구(1990), 240면 참조.

II. 미국 행정절차법상 행정청의 개별결정

미국 행정절차법은 행정청으로 하여금 청문주재관의 개별결정을 인용하거나 변경 또는 완전히 무시할 수 있도록 허용하고 있다[28]. 미국 행정절차법에 따르면 주재하는 피용자가 1차적인 결정을 내리면, 규칙에 의하여 정하여진 기간 내에 행정청에 대한 이의제기나 행정청의 심사요구가 있는 경우가 아니라면, 그 결정은 그 이상의 절차진행 없이 행정청의 결정이 된다. 그렇지만 1차적 결정에 대한 행정청으로부터의 이의제기나 행정청의 1차적 결정에 대한 심사가 있는 경우, 행정청은 통지 또는 규칙에 따라 쟁점을 제한할 수 있었던 경우를 제외하고는 1차적 결정을 함에 있어 갖는 모든 권한을 갖는다.

따라서 청문주재관의 최초결정에 대하여 행정청이 특별히 이의제기나 심사 등의 조치를 취하지 않는 경우에는 청문주재관의 최초결정이 최종적인 결정으로서 사법심사의 대상이 되는 것이지만, 행정청의 행위의 상대방 또는 행정청 내부의 이의제기 내지 심사를 통하여 행정청이 개별결정을 내리게 되면 행정청의 개별결정이 사법심사의 대상이 되는 최종결정이 되는 것이라고 할 수 있다. 행정청의 행위의 상대방의 입장에서는 청문주재관의 최초결정에 바로 불복할 수 있는 것인지 행정청의 개별결정이 청문주재관의 개별결정 이후에 내려질 것인지 판단하여 사법심사를 요구해야 하는 부담이 있는 것이라고 할 수 있다.

---

27) 양승업, 미국 행정법판사의 독립성론에 관한 고찰 - 우리 청문주재자와의 독립성 비교를 중심으로 -, 공법학연구 제11권 제4호, 한국비교공법학회, 2010, 250면 참조.

28) 미국 사회보장국의 장애급여 관련 3단계의 행정심사와 관련하여 Bowen v. City of New York 476 U.S. 467 (1986) 참조. 장애급여 수령자는 첫 번째로 주정부의 결정에 대하여 재심사를 청구할 권리가 있고, 만약 수령자가 주정부의 재심에 만족하지 못하는 경우 사회보장국 소청심사위원회의 청문주재관으로부터 심리를 받을 수 있으며, 만약 청문주재관의 결정이 수령자에게 불리하게 나올 경우 항소심의회의 심리를 받을 수 있다. 매 단계의 결정이 나오면 수령자는 60일 이내에 다음 단계로 진행을 하여야 한다는 공고문을 받게 되고 만약 60일 이내에 아무런 조치를 취하지 않는 경우 그 단계에서 받은 결정문이 법적 구속력을 가지게 된다.

III. 소결

결국 개별결정은 관련 조직법 등에서 정식 청문절차를 거쳐야 한다거나 청문의 '기록에 의하여' 결정해야 한다는 문구가 있는 경우에는 미국 행정절차법에서 정하고 있는 정식 개별결정절차에 따라 개별결정이 내려지고, 명백히 그러한 문구가 없거나 단순히 '청문'절차를 거쳐야 한다는 정도의 규정에 그치는 경우에는 약식 개별결정절차에 따라 개별결정이 내려지게 된다. 정식 개별결정은 청문주재관의 최초결정 및 그에 대한 이의제기와 행정청의 최종 개별결정이라는 일련의 과정으로 구성되며, 그 과정에서 행정청의 조치의 상대방이 어느 시점에 사법심사를 구할 수 있는지가 미국 행정소송제도에서는 사법심사의 시기(timing)의 문제로 다루어지게 된다. 구체적으로 시점의 문제는 최종성(finality), 성숙성(ripeness), 소진성(exhaustion)의 세 가지 문제로 구별되는데, 그 중에서도 소진성은 사용가능한 행정청 내부적 이의제기 절차를 모두 소진하였는지 여부에 중점을 두고 법원의 사법심사 가능여부를 판단하는 원칙으로서, 미국 행정절차법이 제정되기 이전부터 발전되어 왔으며, 미국 행정절차법의 제정 및 그 적극적인 적용으로 제도의 모습이 변화하고 있다고 할 수 있다.

제2장 소진성 원칙의 근거

제1절 서설

I. 미국행정소송상 심사시기 관련 원칙들

1. 심사시점과 절차적 단계

미국 행정소송상 사법심사의 시기와 관련하여 살펴볼 때 가장 먼저 떠오르는 문제는 심사시기와 관련된 소진성, 최종성, 성숙성의 원칙은 우리 행정소송에서 어떠한 제도에 대응되는 것인지이다. 기본적으로 소진성의 원칙을 충족시키지 못하는 경우에 법원은 원고의 사법심사 요청을 받아들이지 않으므로 우리 행정소송 제도에서는 광의의 소의 이익(소송요건)에 속하는 문제라고 할 것인데, 어떠한 행정청의 조치가 행정절차의 어느 시점에서 사법심사의 대상이 될 수 있는 자격을 획득하는지 그 기준을 제시한다는 측면에서 이것은 처분성 내지 대상적격에서 논의될 수 있는 문제라고도 할 수 있고, 원고가 최종적 행정절차에 이르기까지 어떠한 행정적 구제책을 소진하여야 행정소송을 제기할 수 있는 자격을 갖추는 것인지 그 기준을 제시한다는 측면에서 이것은 원고적격에서 논의될 수 있는 문제라고도 할 수 있으며, 행정청의 조치에 대하여 때 이른 소송을 인정하여 줄 것인지와 관련한 기준을 제시한다는 측면에서는 일반적 권리보호필요성이 있는지와 관련된 특수한 문제라는 점을 포함하고 있다[29]. 미국 행정소송에서의 소진성이 널리 광의의 소의 이익과 관련된 문제라고는 할 수 있을 것이지만 우리 행정소송 제도상 어느 제도에 상응하는 것이라고 하기는 어려워 보인다[30].

---

29) 朴正勳, 취소소송의 소의 이익과 권리보호필요성, 행정소송의 구조와 기능[행정법연구 2], 289-302면 참조.

30) 미국 행정소송에서 소진성의 법리를 미국의 행정심판전치주의라고 할 수 있다는 견해로, 김청규, 행정심판 전치범위의 확대방안에 관한 고찰, 중앙법학 제7집 제2호(2005. 8.), 66-67면 참

미국 행정소송법상 소진성이 우리 행정소송법상 제도 중 어떤 것에 해당된다고 단정할 수 없다고 하여도 미국 행정소송법상 소진성의 원칙은 법원에 오기 전에 사용되어야만 하는 오류를 치유하는 행정 내부적 절차를 모두 거친 것인지를 문제삼는다는 측면에서 행정의 선결권 내지 1차적 판단권을 중시하는 행정소송 구조의 기본적인 특징을 잘 보여주고 있다는 점은 부정할 수 없다. 특히 소진성의 원칙은 앞서 살펴본 개별결정 절차가 이루어지는 일련의 과정 중에서 어느 단계에서 법원에 사법심사를 구하는 것이 적당한 것인지에 대한 법원의 판단을 보여준다는 점에서 중요하다.

우리나라는 1994년의 행정소송법이 개정 이후로 행정심판이 임의절차화되었는데, 법원은 행정심판을 거친 사건인지 여부와 관계없이 행정사건에 대하여 동일한 심리원칙을 채택한다. 물론 이를 통하여 행정작용의 상대방인 국민의 소송제기의 편의 및 권리보장을 보다 철저히 하는 효과를 거둘 수 있을 것이지만, 행정청의 1차적인 판단을 법원의 판단으로 대체함으로써 행정청이 당해 분야에 대하여 가지고 있는 전문성 및 효율성을 살리지 못할 뿐 아니라 그렇지 않아도 과중한 법원의 부담[31]을 가중시킨다는 비판을 피할 수 없다.

2. 원칙들 사이의 중복

미국 법원에서는 어떠한 행정청의 조치에 대한 사법심사의 요청을 법

조. 그러나 미국행정소송에서 소진성 원칙이 단순히 행정심판과 행정소송 사이의 관계에 대한 원칙을 말하는 것이 아니라 행정청의 명령이 내려지기까지의 절차의 가운데에 어느 시점에 사법심사가 개입할 수 있는지에 대한 더 넓은 범위의 원칙이라고 할 수 있으므로 행정심판전치주의와 동일시하기는 어려울 것으로 생각된다.

31) 법관의 부족으로 말미암아 법원의 부담경감의 문제가 법정책의 중요한 과제의 하나라는 점(朴正勳, 행정소송과 행정절차(1), 행정소송의 구조와 기능[행정법연구2], 566면)은 미국이나 우리나라나 다르지 않은 것으로 보인다.

원의 심사시기라는 측면에서 사법심사에 부적당하여 거부하는 경우 그 이유를 제시하는데, 그 중 대표적인 것이 소진성(exhaustion), 최종성(finality), 성숙성(ripeness)[32]이다. '소진성'은 행정이 법원에 오기 전에 사용되어야 하는 오류를 수정하는 내부적 절차들을 가지고 있는지 및 청구의 근거가 되는 법령이 명시적으로 소진을 언급하는지의 문제이고, '최종성'은 다투어지는 행위가 아직 계속되고 있는 큰 결정과정의 일부라기보다 완결된 것인지의 문제이며, '성숙성'은 행위가 미래의 사건을 기다리는 것과 반대되는 것으로서 지금 사법심사에 적합한지 여부의 문제로서 종종 규칙제정에 대한 사전집행적 불복의 맥락에서 제기되는 것을 말한다. 세 원칙들은 구별되지만 중복되는 목적을 갖는 것이라거나[33], 최종성 원칙은 행정청이 행위를 언제 완료하는지에 초점을 맞추어 법원이 행정청의 계속적인 행위에 개입하지 않도록 하는 문제이고, 소진성의 원칙은 행정청이 그 행위에 대한 불복에 대처할 우선적 기회를 허용하도록 하는 문제이며, 성숙성의 원칙은 종종 이후의 절차에서 문제를 고려함으로써, 어떠한 문제가 사법적 결정에 충분할 만큼 전개되도록 확보하는 문제라고 하면서, 세 원칙들은 많은 공통점이 있어서 어떠한 원칙이 적용되어야 하는지 불명확한 경우들이 존재한다고 한다[34].

이 세 가지 원칙은 그 목적상 유사한 측면이 있기 때문에 서로 구별되는 원칙들이기는 하지만, 사안에 따라 상호대체적으로 사용되기도 하고, 사안에 따라서는 사법심사에 적당하지 않다는 결론에 있어서 판사들의 결론이 일치하면서도, 그 이유가 소진성이 없기 때문인지, 최종성이 없어서인지, 성숙성이 갖추어지지 않았기 때문인지 제각각 달리 판단하는 드문 판례[35]도 존재한다. 나아가 각각의 이 세 가지 원칙은 행정의 결정

32) 이외에 일차적 관할(Primary Jurisdiction)을 심사시기와 관련된 문제로 분류하는 경우도 있다. Glicksman/Levy, Administrative Law : Agency Action in Legal Context, 2010, 1130-1150면 참조. 여기서는 소진성과 최종성을 기본적인 원칙으로 성숙성과 일차적 관할(primary jurisdiction)을 관련 문제로 다루고 있다.
33) Strauss/Rakoff/Farina/Metzer, 전게서, 1347면 참조.
34) William F. Funk/Richard H. Seamon, Administrative Law 3rd ed, 255면 참조.
35) Ticor Title Insurance Co. v FTC 814 F.2d 731 (D.C. Cir. 1987).

형성 과정에서 미성숙한 사법의 개입을 피하도록 하는 목적을 가지고 있고, 정부의 기관들 사이의 결정형성 책임에 대한 헌법적 분배를 고려하는 것이며, 법원의 제한된 능력·자원을 감안한 의회의 의도에 대한 존중의 결과이기도 하고, 때로 법령 및 헌법상 권리들을 보호할 사법부의 책임 등이 고려되는 등 공통적인 기능을 수행한다[36]. 따라서 이 세 가지 원칙들이 종종 심하게 중첩되며 어떤 경우에는 서로 구별되지도 않는 것이다.

3. 각 원칙들의 구별

소진성과 최종성은 많은 경우 상호대체가능한 것으로 취급되는데, 만약 사법심사를 요청하는 자가 아직 사용가능한 행정적 구제책을 소진하지 않은 경우, 행정청의 행위는 아직 최종적인 것이 아니고 이러한 사건들에서 소진성과 최종성은 상호대체가능하다고 할 수 있다. 하지만 사법심사를 요청하는 자가 이전에 당시 사용한 행정적 구제책을 특정한 기간 내에 구할 기회가 있었다면, 행정청의 행위는 당해 행위를 심사할 것인지 결정할 때까지 최종적이라고 할 수 있을 것이지만, 법원이 여전히 최종적 행정청의 행위를 심사할 것을 거부하게 된다. 이러한 법원의 거부는 사법심사를 요청하는 자가 종전에 가능하였던 행정적 구제책을 소진하는 데에 실패하였음을 이유로 하기 때문이다[37]. 즉, 최종성은 갖추었으나 소진성이 없는 경우에도 사법심사가 인정되지 않는 것이다.

성숙성의 원칙은 법령 또는 어떠한 규칙이 시행되기 이전에 이를 사법심사하는 것이 받아들여질 수 있는지 그리고 상대적으로 비공식적인 문건에서 행정청의 입장을 표명하는 것이 사법심사에 적당한 것인지 결정하기 위하여 사용한다. 이런 형태의 행정청의 행위들은 당해 사건에서

36) Richard J. Pierce, Jr, 전게서, 1398면 참조.
37) Richard J. Pierce, Jr, 전게서, 1219면 참조.

행정청이 더 이상의 행위를 계획하지 않는다는 점에서 종종 최종성의 원칙을 만족시키고, 그 행위에 의하여 침해받은 당사자에게 종종 더 이상의 구제책이 없다는 점에서 소진성의 원칙을 만족시킨다. 그렇지만 그러한 행위들이 모두 사법심사에 적합한 것은 아니며, 법원은 행정청의 행위가 충분히 구속력있고 그 범위와 효과에 있어서 충분히 명확하여 그것이 제시되는 형태에 있어서 사법적으로 평가하는 것이 받아들여질 수 있을 만한지 결정하기 위하여 실질적인 기준을 제시하고 있다[38].

II. 커먼로상 소진성 원칙과 법령상 소진성 원칙

커먼로[39]상 원칙은 법령상 원칙과 비교하여 유연하고 실용적이며, 커먼로에 따를 경우 판사들에 의하여 만들어진 여러 가지의 예외들이 적용된다. 하지만 어떤 법령이 명시적으로 어떤 당사자로 하여금 한 종류의 행정청의 행위들을 사법심사하는 전제조건으로서 특정한 구제책들을 소진할 것을 요구하는 경우, 이렇게 법령에 의하여 의무화된 소진의 요건들은 관할과 관련된 것이 되고, 어떤 법원도 사법심사를 요청하는 자가 행정적 구제책들을 소진할 명시적인 법령상 의무를 이행하지 않는 것에 대하여 예외를 인정할 수 없다. 법원이 비교적 자유롭게 예외를 인정할 수 있는지 여부가 커먼로상 소진성의 원칙과 법령상 소진성의 원칙에 차

38) 성숙성의 원칙의 적용을 위한 세 가지 기준과 관련해서는 Glicksman/Levy, 전게서, 1147면 참조.

39) 커먼로의 개념은 미국에서 오늘날 근본적으로 권위적 법정립에 소급하지 않는 법을 가리키는 것으로 종종 판례와 동일시되고 법에 대한 태도나 자세로도 특징지워질 수 있다. Oliver Lepius, Verewaltungsrecht unter common Law, Tübingen, 1997, 31-36면 참조. 커먼로는 18-19세기 발견이론과 형식주의, 1930년대 이후 법현실주의, 1950년대 이후 법절차이론의 성향이 융합되어 있는데, 발견이론은 판사들이 법의 선언자 역할을 해야 한다는 것이고, 형식주의는 법원이 과거 선례로부터 추론과 과학적인 논리방법을 사용하여 사건에 대한 올바른 해결방법이 발견될 수 있다는 믿음에서 비롯하였으며, 법현실주의는 경험, 즉 시대적인 요구, 그 시대의 지배적인 도적적, 정치적 이론, 의식적/무의식적 공공정책에 대한 직관, 판사들이 공유하는 편견, 지역공동체의 합당한 것 등을 판결의 기준으로 하여 법이 만들어지는 것이라고 보는 것이고, 법절차이론은 선례에 대한 면밀한 분석에 근거하여 요구되는 기준에 구속되는 것을 의미한다. 윤남순, 미국에서의 보통법근원에 대한 논의, 안암법학 제18호, 2004, 204-211면 참조.

이라고 할 수 있다[40].

제2절 커먼로상 소진성 원칙

I. 마이어스 판결과 스탠다드 오일 판결

1. 마이어스 판결

개별적인 사안에서의 정의의 요청, 효율성의 필요, 또는 특정한 사안에 대한 법원의 특별한 고려라고 하는 사정으로 인하여 예외적으로 사법심사가 필요한 경우가 아니면 원칙적으로 보통 소진성이 요구된다. 커먼로상 소진성의 문제에 대해서 본격적으로 논의된 사안은 원고가 관할 관련 분쟁에 행정청의 청문절차라는 구제책을 소진하지 않고 직접 법원의 심사를 구하였을 때 나타났다. 예컨대 마이어스 판결[41]은 주간 또는 외국과의 통상과 관련 있는 한도 내에서 고용주의 불공정한 노동관행을 금지할 권한을 가지고 있는 전국노동관계위원회(NLRB)가 고용주인 원고에 대한 조치를 위한 청문절차를 개시하였을 때 문제되었다. 원고가 연방법원으로부터 노동관행이 주간 또는 외국과의 통상과 관련이 없다는 이유로 청문을 금지하는 명령(injunction)을 받아내었지만, 대법원은 전국노동관계위원회가 고용관행이 주간 또는 외국과의 통상과 관련 있는지 여부를 우선적으로 판단할 배타적인 권한을 가지므로 원고는 전국노동관계위원회 내부적인 처분 및 불복절차를 소진한 이후에 법원에 사법심사를 구할 수 있다는 취지로 판시하였다. 이와 관련하여 원고는 노동관행에 대하여 청문절차에 참가하는 것이 정당화될 수 없는 회복불가능한 손해를 가져온다고 주장하였지만, 대법원은 소송의 경우도 종종 이유없는

40) 물론 법령상 소진성의 원칙에 있어서는 전혀 예외가 인정되지 않는 것은 아니며, 커먼로상 소진성의 원칙의 넓은 예외의 범위에 비해 매우 제한적으로 인정되는 점에서 다르다.
41) Myers v. Bethlehem Shipbuilding Corp, 303 U.S. 41, 50-51(1938).

것으로 밝혀지지만 그렇다고 하여 법정에서 사실을 입증하기 위한 절차를 배제할 수는 없는 것이라는 이유로 청문절차로 인한 비용과 불편이 소진성의 규율을 우회하는 것을 정당화하기에 충분한 회복불가능한 손해를 구성하지 않는다고 결론내렸다.

2. 스탠다드 오일 판결

이와 유사한 구조의 판례로 스탠다드 오일 판결[42]을 들 수 있는데, 이 사건에서는 가격담합을 위한 공모를 금지하는 공정거래법 관련 권한을 가지고 있는 공정거래위원회가 스탠다드 오일을 비롯한 8개의 정유사에 대하여 소를 제기[43]하였을 때, 스탠다드 오일에게 청문참가의무가 발생하자 문제되었다. 스탠다드 오일은 청문절차에 참가하는 대신 공정거래위원회에게 스탠다드 오일의 공모의 존재를 입증할 "믿을만한 이유"가 없었고, 이러한 절차는 정치적 압박에 불과하며, 스탠다드 오일이 청문에서 이를 방어하기 위해서는 수백만달러의 비용이 들어가므로 회복불가능한 손해를 입는다는 이유로 연방법원으로부터 청문을 금지하는 명령판결을 받아내었고, 연방 순회법원도 이를 확인하였다. 그러나 대법원은 사법심사를 요청하는 자는 그 행정적 구제책을 소진해야만 하고, 청문에서 이유 없는 것으로 판명될 수 있는 주장들에 대한 방어는 사법심사를 요청하는 자가 행정적 구제책을 소진하는 것을 면제받는 데 필요한 회복불가능한 손해를 구성하기에 충분할 만큼 부담되지 않는다고 하면서 이를 뒤집었다.

---

42) FTC v. Standard Oil Co, 449 U.S. 232 (1980).

43) 영미법계 국가에서는 행정이 사인에게 부과한 작위·부작위의무를 사인이 이행하지 않는다 하더라도 행정 스스로 의무를 집행할 권한이 부여되지 않음이 원칙이며 대개는 행정이 법원에 민사집행소송을 제기하고 그 결과 나온 법원의 집행판결을 통해 당해 의무가 집행된다. 그리하여 설령 법원이 관할권에 관한 개별 근거법을 발견할 수 없다 하더라도, 사인이 문제된 행정결정의 위법성을 당해 민사집행소송절차 내에서 방어수단으로 주장하는 데는 아무런 법적 장애물이 없으므로, 결국 민사집행소송과정에서도 법원은 문제된 행정작용의 적법여부를 심사하게 된다. 이현수, 행정소송상 예방적 구제, 경인문화사, 2006, 60면 참조.

3. 맥카트 판결

(1) 맥카트 판결의 주요 내용

맥카트 판결[44]은 두 가지 이유에서 중요한데, 맥카트 판결은 소진성의 요건을 뒷받침하는 논거들을 인상적으로 제시하며, 커먼로상 소진성의 원칙은 법원에 의하여 만들어진 예외들의 대상이 된다는 점을 명확히 보여주기 때문이다[45]. 맥카트 판결의 사실관계는 다음과 같다. 원고인 맥카트는 징집절차에서 유일하게 살아남은 독자로서 징집에서 면제되어야 한다고 주장하였지만 지방선택복무위원회가 맥카트의 주장을 받아들이지 않고 징집적합등급으로 분류하였으며 맥카트는 항소위원회에 등급분류에 이의제기할 권리가 있었다. 맥카트는 징집 이전 신체검사에 대한 보고명령을 받고 이행하지 않았다는 이유로 기소되었는데, 형사절차에서 지방선택복무위원회의 잘못된 등급분류위반을 방어논리로 주장하였지만, 연방정부는 맥카트가 항소위원회에 등급분류에 대한 이의제기라는 행정적 구제책을 소진하는 데 실패하였으므로 그러한 방어논리가 성립하지 않는다고 반박하였다. 이 사건에서 대법원은 행정적 구제책을 소진해야 하는 이유들에 대해서 설명하면서도 맥카트에게 소진성 요건을 면제하였고 그가 부적당하게 등급분류되었다고 판시함으로써 그는 결국 기소된 혐의를 벗었다.

(2) 맥카트 판결의 소진성 관련 의의

판례는 소진성 면제의 근거로 다음과 같은 이유를 들고 있다. ① 어떠한 적용가능한 법령도 맥카트가 어떠한 구제책을 소진할 것을 요구하지

---

44) Mckart v. United States, 395 U.S. 185 (1969).
45) Richard J. Pierce, Jr, 전게서, 1222면 참조.

않으므로, 법원은 커먼로상 소진성의 원칙의 적용여부에 대한 재량을 갖는다. ② 형사소추에서 소진성의 원칙을 적용하는 것은 과도하게 가혹할 수 있다. ③ 소진성의 원칙은 행정적 구제책이 더 이상 사용가능하지 않고 행정절차가 종료되었을 때에는 적용되지 않는다. ④ 어떤 문제가 전문가의 사실판단이나 재량의 행사가 아닌 법령상 해석과 관련된 것일 때에는 소진성이 요구될 필요성이 없다. ⑤ 맥카트에게 소진성 요건을 면제하더라도 선택복무체계에서 사용가능한 행정적 구제책을 우회하도록 조장하는 결과가 나오지는 않을 것으로 보인다. 이와 유사한 사안[46]에서 반대로 법원은 원고가 행정적 구제책을 소진하는 데 실패하였는데, 그러한 소진의 실패를 정당화하기 위하여 주장한 사실을 판단함에 있어 행정청의 전문지식의 적용이 중요한 역할을 하는 경우에는 행정적 구제책의 소진을 면제하는 것을 거부하게 된다.

4. 소결

위 판례들을 통해서 소진성 원칙이 미국 행정소송제도에서 갖는 중요한 기능을 정리할 수 있다[47]. 우선 소진성 원칙은 입법자가 사실관계를 확정하고 전문지식을 적용할 행정청을 만든 이유를 보여준다. 사법심사를 구하려는 자가 행정적 구제책을 먼저 소진토록 하지 않으면 행정청의 창설 이유가 몰각된다. 다음으로 행정절차가 방해받지 않고 진행되도록 하고 절차의 각 단계에서 법원이 개입하는 것보다 절차의 결과들을 사법심사의 대상으로 포함하는 것이 효율적이라는 점에서 소진성의 원칙을 채택할 필요가 있다. 또한 행정청은 법원과 독립된 실체들로서, 소진성의 원칙은 행정청의 독자성을 보호하고, 법원의 충실한 사법심사를 보장하는 측면에서도 행정적 구제책을 모두 소진하는 과정에서 행정청이 관련된 사실을 모으고, 분석하고 그 행위의 근거를 설명할 기회를 갖는 것이 필요하며 그 결과 소진성 원칙은 행정청으로 하여금 오류시정 기회를

46) McGee v. United States, 402 U.S. 479 (1971).
47) Richard J. Pierce, Jr, 전게서, 1222면 참조.

갖게 함으로써 법원에 대한 이의제기를 감소시키는 역할을 한다. 마지막으로 어떤 당사자에게 우선적으로 행정적 구제책을 소진하지 않고도 법원의 사법심사를 받을 수 있도록 하게 되면 다른 자들에게도 행정적 절차를 따르지 않도록 조장할 우려가 있는데, 이는 행정의 효율성을 감소시킨다는 점에서 바람직하지 않다.

II. 소진성의 예외의 유형화

1. 소진성의 예외가 인정되는 경우

커먼로상 소진성의 원칙을 살펴봄에 있어서 원칙과 함께 중요하게 보아야 할 것은 소진성의 예외, 소진의 실패에 정당한 이유가 있는 경우로 인정되는 사례들이다. 이러한 사례들은 다음과 같이 유형화할 수 있다. 우선 행정적 구제책들이 더 이상 사용될 수 없고 소진성의 원칙을 적용하면 유죄판결의 확정이라는 가혹한 효과를 갖는 경우에 소진성의 예외가 인정의 중요한 근거가 된다[48]. 다음으로 행정적 구제책을 소진하는 것이 부적당하다고 인정되는 경우이다. 법원이 헌법상 권리의 침해라는 주장을 근거로 하는 손해배상소송 제기의 전제조건으로 교도국에 의해 만들어진 행정적 구제책을 소진할 필요가 없다고 판시한 사례[49]가 대표적이다. 이에 따르면 헌법상 권리의 침해를 바로잡기 위하여 사법심사를 요청한 자에게 법원에 대한 접근을 허용하는 것이 더 중요하며, 사법심사를 요청하는 자는 절차 규정에 정해진 이의신청기간을 놓침으로써 법원에 대한 접근이 봉쇄될 위험이 높고, 행정적 구제책을 통하여 금전 손해배상이 불가능한 경우에는 행정적 구제책의 소진을 요구하는 것이 부적당하다는 것이다. 다른 유형으로는 행정청의 행위가 명백히 권한을 넘

48) 예컨대 앞서 살펴본 맥카트 판결과 같은 사안이 좋은 예이다.
49) Bivens v. Six Unknown Named Agents of the Federal Bureau of Narcotics, 403 U.S. 388 (1971).

는 경우를 들 수 있다. 법원은 행정청이 그 관할을 위반하여 행위하고 있다는 결론에 기초하여 사법심사를 요청하는 자에게 소진성 요건의 예외를 인정한[50] 경우가 있다. 그리고 사법심사를 실행하는 것이 무용한 때[51]에는 행정적 구제책을 소진할 것이 요구되지 않는다.

2. 세 부분 심사기준의 발전

소진성의 예외가 되는 사례들을 유형화할 수 있을 것이지만 소진성의 원칙과 예외에 관련한 판례들을 명쾌하게 설명하는 것은 불가능하다. 그러한 한계에도 불구하고 1950년대에 커먼로상 소진성의 원칙을 어떠한 기준에 따라 파악할 것인지와 관련하여 '세 부분 심사기준'(three part test)이 제시되었는데, 이는 소진성의 원칙과 예외를 설명하는 하나의 기준이 될 수 있다.

3. 세 부분 심사기준의 내용

세 부분 심사기준은 법원이 소진성을 요구할 것인지 결정함에 있어 고려해야 할 세 가지 요소를 말하는 것으로, 행정적 구제책을 추구한 결과 발생하는 침해의 범위, 행정관할에 대한 명확성 또는 의문의 정도 그리고 관할의 문제에 있어 전문화된 행정적 이해의 개입을 말한다. 이를 간단히는 침해성(hardship), 명확성(clarity), 전문지식의 필요성(need for expertise)이라고 할 수 있다. 세 가지 요소는 법원의 재량을 구조화하는 지침에 불과하다. 세 가지 요소들이 같은 방향으로 작용하는 경우, 소진성의 문제를 판단하는 것은 쉬운 일이지만, 세 가지 요소들이 각자

---

50) Leedom v. Kyne, 358 U.S. 184 (1958).

51) 예컨대 행정청이 당사자가 행정청에 대하여 구제를 요청한다고 하더라도, 당사자의 행위는 무용할 것이라는 입장을 이미 표명한 경우가 그러하다. Richard J. Pierce, Jr, 전게서 1229면 참조.

의 방향으로 작용하는 경우 소진성의 문제를 해결하기 위해서는 더 많은 법원의 재량이 요구된다. 그러나 선례들이 세 가지 요소들이 다양한 상황에서 어떻게 평가되는지 보여주고 있고, 제정법이 어느 정도 재량을 대체할 것이라고 할 수 있다[52].

4. 심사기준의 추가

이에 더하여 법원이 해결을 요구받은 문제가 행정청의 사실관계 확정 또는 행정청의 전문지식의 적용으로부터 이익을 얻는다면, 행정청이 그러한 전문지식을 적용한 정도도 추가적인 요소가 된다. 이를 행정청의 관할을 제외한 문제들을 해결하기 위해 일반화하면 ① 사법심사를 요청하는 자가 행정적 구제책들의 소진을 요구받음으로 인하여 입는 손해의 정도, ② 법원이 해결을 요구받은 본안 문제의 어려움의 정도, ③ 법원의 본안 문제 해결이 행정청의 사실관계 확정 또는 전문지식의 적용에 의하여 받는 도움의 정도, ④ 행정청이 이미 그 사실관계 확정 또는 전문지식의 적용을 완료한 정도를 고려하는 것이라고 할 수 있다[53].

III. 법원의 조치

예외적인 상황을 제외하고는, 커먼로상 소진의 의무를 다하지 아니한 경우에, 즉 사법심사를 요청하는 자가 구제책을 모두 소진하지 아니하였다는 점이 밝혀지는 경우에 가장 적당한 법원의 조치는 그 이상의 조사와 설명을 위하여 행정청에게 환송하는 것이다. 이를 통하여 행정청은 그 문제를 다룰 전문지식을 가져다 쓸 수 있고, 증거를 판단할 수 있으며 이를 기초로 최초의 결정을 내릴 수 있다. 그리고 그 과정에서 알려

52) Richard J. Pierce, Jr, 전게서 1226-1227면 참조.
53) Richard J. Pierce, Jr, 전게서 1229면 참조.

진 논의와 분석을 통하여 법원이 행정청의 결정이 법이 허용하는 범위를 초과하는 것인지 여부를 결정하는 데에 도움을 줄 수 있게 된다[54].

IV. 소결

제정법으로 소진성의 원칙을 규정하는 경우에도, 법원은 법령에 소진성 요건을 규정한 것에 대하여, 의회가 단지 이미 존재하고 있는 합리적인 원칙을 성문화하였을 뿐이라고 하면서, 원고는 소진성의 원칙을 충족시키지 못하였기 때문에 원고의 사법심사 요청을 거부하는 것이 아니라, 소진성의 행사가 무용하다는 것을 "명확하고 적극적으로 보여주지" 않았기 때문에 소진의 의무가 면제되지 않는 것이라고 판시함으로써 커먼로상 소진성의 원칙을 확인하고 있다[55]. 커먼로상 소진성의 원칙은 '판례로서 인정되는 비관할적인 소진성'(non-jurisdictional prudential exhaustion)으로서, 판사에 의하여 만들어진 잠재적 예외의 대상이 되지만, 법령상 소진성의 원칙은 법원의 행위에 대한 관할의 전제조건이라는 점에서 구별되며, 법령이 소진성을 위임하고 있는지 법원의 관할에 대하여 언급하고 있는지 등에 따라 커먼로상 소진성의 원칙이 적용되는 것인지 법령상 소진성의 원칙이 적용되는 것인지가 결정된다[56].

제3절 법령상 소진성 원칙

I. 미국 행정절차법상 소진성

1. 커먼로상 소진성과 법령상 소진성의 구별

54) INS v. Ventura, 537 U.S. 12 (2002).
55) Richard J. Pierce, Jr, 전게서 1231-1232면 참조.
56) Avocados Plus v. Veneman, 370 F.3d 1243 (D.C. Cir. 2004).

기본적으로 소진성 원칙은 법원에 의하여 행정청의 독특한 제도적 장점과 법령상 책임의 관점에서 행정청들을 법체계로 통합하는 수단으로 만들어진 것이어서 소진성의 원칙이 적용되는 것은 커먼로상 사고에 근거한다. 하지만 의회는 법령을 제정함으로써 법원의 재량을 제한하게 되었고 법원이 커먼로상 소진성 원칙과 법령상 소진성 원칙을 명시적으로 구별한 것은 맥카티 판결이다[57]. 이에 따르면 커먼로상 소진성이 유연하며 실용적인 예외들의 대상이 되는 반면, 법령상 소진성은 강제적인 것이다. 법원은 법령상 부과된 소진의 의무를 면제할 재량이 없고, 다만 제한적인 상황에서 소진의 의무의 준수를 포기할 수 있을[58] 뿐이므로, 법령상 소진성의 원칙이 적용되는 경우에는 법원이 자유롭게 소진의 실패를 정당화하여 사법심사를 시작하기 어렵게 된다.

2. 미국 행정절차법의 관련규정

(1) 미국 행정절차법 제704조

미국 행정절차법 제704조는 다음과 같이 소진성에 대하여 규정한다. “법령에 의하여 심사가능하게 만들어진 행정청의 행위와 다른 적당한 구제책이 없는 경우 최종적 행정청의 행위는 법원에서의 사법심사의 대상이 된다. 직접적으로 심사의 대상이 되지 않는 사전적, 절차적 또는 중간적 행정청의 행위 또는 규율은 최종적 행정청의 행위에 대한 심사에서 심사의 대상이 된다. 법령에 의하여 명백히 달리 요구되는 경우를 제외하고, 선언적인 명령, 어떤 형태의 재고려에 대한 신청이 현출되거나 결정되는지 여부와 관계없이, 또는 행정청이 규정에 따라 달리 요구하지 않고 상위 행정청이 이의신청을 하였다는 이유로 당해 행위에 대하여 그

57) McCarthy v. Madigan, 503 U.S. 140 (1992).
58) Richard J. Pierce, Jr, 전게서 1240면 참조.

동안 집행이 정지되지 않는다면, 이 장의 목적과 관련하여 최종적이지 않은 행정청의 행위는 최종적이다.”

(2) 미국 행정절차법 제 704 조의 재조명

소진성에 대한 법원의 판결들은 1993 년까지 미국 행정절차법 제 704 조를 거의 언급하지 않았다. 그 동안 법원은 미국 행정절차법 제 704 조를 적용함으로써 간단하게 해결될 수 있었던 어려운 소진성의 문제들을 다른 방법으로 해결하려고 노력하였었는데, 다비판결[59]에서 대법원은 만장일치로 미국 행정절차법 제 704 조가 규정된 대로를 의미하는 것이라고 판시하였다. 그에 따라 행정청이 최종적이지 않은 행위를 할 때, 법원은 그 행위에 의하여 (이익이) 침해당한 당사자에게 선택적인 행정적 구제책을 소진할 것을 요구할 수 없다. 미국 행정절차법 제 704 조는 법령 또는 행정청 규정에 의하여 오직 행정적 구제책만이 사법심사에 대한 전제조건으로 요구될 때에만 법원에게 행정적 구제책을 소진할 것을 요구할 수 있도록 수권하는 조항이기 때문이다.

II. 법령상 소진성 원칙 관련 주요 판례

1. 다비 판결

다비판결은 미국 행정절차법 제704조의 적용과 관련하여 설명하기에 이상적인 예이다. 주택도시개발부(Department of Housing and Urban Development) 규정은 주택도시개발부가 심사하기로 결정하지 않는 한, 청문공무원의 결정은 30일 이내에 최종적이 된다고 규정하였다. 그 규정은 또한 일방 당사자에게 청문주재관의 결정에 대한 심사를 요청할 수

59) Darby v. Cisneros, 509 U.S. 137 (1993).

있도록 수권하였다. 청문주재관은 원고인 다비가 부적절하게 주택도시개발부 규정을 우회하는 허위거래들에 연루되었었다고 결론내리고, 18개월 동안 다비의 자격을 박탈하였다. 다비는 청문주재관의 결정에 대하여 주택도시개발부의 심사를 구하지 않았고, 주택도시개발부도 자진하여 그 결정을 심사할 수 있는 재량을 행사하지 않았다. 다비가 청문공무원의 결정이 최종적이 된 후에 그 결정에 대한 사법심사를 구하였을 때, 그러나 주택도시개발부는 사법심사를 구하는 것은 다비가 사전에 청문공무원의 결정에 대하여 사용가능한 구제책인 주택도시개발부의 심사를 구하지 않았기 때문에 소진의 의무를 다하지 않은 것이라고 주장하였다. 연방순회법원은 주택도시개발부의 주장에 동의하고 다비의 사법심사요청을 받아들이지 않았는데, 대법원은 미국 행정절차법 제704조의 문언을 그대로 적용함으로써 연방순회법원의 판단을 뒤집었다. 즉 주택도시개발부 규정을 해석하면 청문공무원의 결정에 대한 행정청 내부의 구제책은 선택적이기 때문에 “법령에 의하여 청문주재관의 결정에 대한 심사위원회 또는 장관에게로의 불복이 사법심사의 가능성에 대한 전제인 경우”에 해당하지 않아 원고가 미국 행정절차법 제704조의 소진성을 충족한 것이라고 판단한 것이다.

(2) 다비 판결의 의의

대부분의 행정청들은 행정청 내부적 심사절차가 없는 경우 최종적이거나 최종적이 되는 행위들에 대한 행정청 내부적 심사에 대하여 넓은 범위의 절차를 형성할 재량을 보유하며, 그러한 절차는 행정청이 어떻게 정하느냐에 따라 선택적인 것이 될 수도 있고 의무적인 것도 될 수 있을 것이다. 그런데 다비 판결이 내려지기 이전에 몇몇 행정청들은 행정청 내부적 심사절차를 선택적인 것으로도 의무적인 것으로도 보유하려고 하였다. 행정청은 관련 법령에 행정청 내부적 심사절차를 선택적인 것으로 규정하면서도, 만약 상대방이 선택적인 것으로 추정되는 행정적 이의제

기절차를 사용하지 않는 경우, 상대방이 행정청의 행위에 대한 사법심사 요청을 하는 경우, 행정청 내부적 심사절차를 소진하지 않았다는 이유로 각하를 구하기 위해서 관련 법령에 행정청 내부적 심사절차가 의무적으로도 해석될 수 있게 하였다. 그런데 다비 판결 이후에는 미국 행정절차법에 의하여 규율되는 절차에서 행정청은 이러한 입장을 취할 수 없게 되었다. 다비 판결에 의하여 법령상 특별하게 정하는 경우를 제외하고는, 행정청의 내부적 심사절차를 소진할 의무를 상대방에게 부과하기 위해서는 행정절차법 제704조의 문언에 따라 내부적 심사절차에 들어가면 "그 동안 집행이 정지"되도록 해야 하기 때문이다[60].

즉, 다비 판결로 인하여 연방 행정청들은 사용가능한 행정청 내부적 구제절차들이 선택적인지 의무적인지 분명하게 그 규정에 명시하여야만 하게 되었다. 다비 판결에서 법원은 행정청의 내부적 심사절차가 의무적인 경우에는 소진성 원칙을 적용하여 행정청의 내부적 심사절차를 거치지 않았을 경우에는 사법심사를 거부하지만, 행정청의 내부적인 심사절차가 선택적인 경우에는 소진성 원칙을 적용하지 않고 사법심사의 대상으로 인정하기 때문이다.

III. 법령상 소진의무를 규정한 조항의 특징

1. 커먼로상의 소진성의 성문화와 법령상 소진의무의 규정 구별

법령상 행정적 구제책을 소진할 의무에 대하여 단순히 언급하는 것으로는 특정한 구제책을 소진할 법령상 의무를 창설하는 데에 충분하지 않다. 법원은 연방관할이 없거나 소진성 요건이 그 전제가 되는 청구의 조건으로 취급되는 경우에만 법령상 소진성을 인정하고 있다. 따라서 단순

60) Richard J. Pierce, Jr, 전게서, 1243면 참조.

히 커먼로상 소진성을 성문화하는 문언을 뛰어넘는 조항이 만들어진 경우에만 소진성은 관할의 문제가 된다. 예컨대 교도소소송개혁법에서 “어떠한 행위도 사용가능한 행정적 구제책들이 소진될 때까지는 행해질 수 없다”와 같이 규정하는 것은 단순히 커먼로상 소진의 의무를 성문화한 것일 뿐 독립적이고 관할적인 법령상 소진의 의무를 부과하는 것은 아닌 것이다[61].

2. 보건복지부 결정 관련 사례와 소진성

판례는 보건복지부(Department of Health and Human Services, HHS)의 결정에 대한 사법심사와 관련된 일련의 사례들에서 소진성을 문제삼았다[62]. 보건복지부는 매년 수백만건의 분쟁이 해결되어야 하는 여러 개의 급부프로그램(benefit program)을 다루는데, 업무의 과다함을 고려하여 의회는 법령을 통해 법원이 보건복지부의 급부결정에 대한 심사관할을 갖는 상황을 제한하였다. 즉, 42 U.S.C. §405 (h)[63]는 많은 형태의 보건복지부 급부결정들을 심사할 관할은 42 U.S.C. §405 (g)[64]

---

61) Chelette v. Harris, 229 F.3d 684 (8th Cir. 2000).

62) 보건복지부 관련 사례들을 살펴보는 것은 보건복지부가 의회에 의하여 위임된 권한에 따라 수많은 입법적 기능과 사법적 기능을 가지고 있기 때문이다. 보건복지부의 규칙은 미국 연방규정집(U.S.C.)의 42장과 45장에 3천 페이지가 넘는 분량을 차지하고 있고, 보건복지부에 속해 있는 천명의 청문주재관(연방 지방판사 숫자보다 많음)이 매년 32만건의 사건을 개별결정하고 있다(모든 연방지방법원에서 매년 해결되는 민사사건의 숫자보다 많음). Richard J. Pierce, Jr, 전게서 47면 참조.

63) (h) Finality of Commissioner's decision
The findings and decision of the Commissioner of Social Security after a hearing shall be binding upon all individuals who were parties to such hearing. No findings of fact or decision of the Commissioner of Social Security shall be reviewed by any person, tribunal, or governmental agency <u>except as herein provided</u>. No action against the United States, the Commissioner of Social Security, or any officer or employee thereof shall be brought under section 1331 or 1346 of title 28 to recover on any claim arising under this subchapter. (강조 및 밑줄은 저자)

64) (g) Judicial review
Any individual, after any final decision of the Commissioner of Social Security made <u>after a hearing</u> to which he was a party, irrespective of the amount in controversy, may obtain a review of such decision .....

의 경우에만 부여된다고 규정하며, 42 U.S.C. §405 (g)는 법원의 심사관할을 "청문 이후에 이루어진 ... 최종적 결정"으로만 제한함으로써 법령상 소진성의 원칙을 적용하는 것이다. 그렇지만 법원은 이 경우 법령상 소진성의 원칙을 항상 적용하여 판단하는 것은 아니며, 커먼로상 소진성의 원칙과 같이 예외의 범위가 넓지는 않지만 법령상 소진의무에 대해서도 일정한 경우 예외를 인정하고 있다[65]. 이와 관련된 대표적인 판례들은 다음과 같다.

(1) 살피 판결[66]

살피 판결은 사회보장급부에 대한 행정청의 지급거절을 다투는 자가 행정청의 지급거절의 기초가 되는 법령규정의 합헌성을 다투는 경우 행정적 구제책의 소진을 면제한 사례이다. 살피는 사망한 노동자의 배우자로서 사회보장급여를 신청하였는데, 행정청은 사망한 근로자들의 배우자들은 결혼 관계가 적어도 9개월간 존재하는 경우에 한하여 자격이 있다는 법령상 조항에 기초하여 청문없이 급여를 거부하였다. 행정청 규정들은 살피에 대한 최초의 급여거부에 대해 내부적 행정적 이의제기 절차에 대한 권리를 규정하고 있었는데, 살피는 행정청이 급여 거부의 근거로 삼은 법령상 조항의 헌법적합성을 다투면서 28 U.S.C. §1331 의 소송을 제기하였다[67]. 법원은 지방법원이 28 U.S.C. §1331의 관할이 없는데 42 U.S.C. § 405 (h)가 행정청의 급부거부결정들은 오직 42 U.S.C. § 405 (g)에 따라서만 심사가능하다고 규정하고 있고, 그 조항은 다시

65) 우리 나라의 경우 급부행정법 분야에 대해서도 행정심판은 임의절차화되었으므로 소진성 원칙은 적용되지 않은 것과 동일한 결과가 된다. 김동희, 행정법 II, 2012, 342-344면, 352면, 356면, 361면 참조.

66) Weinberger v. Salfi 422 U.S. 749 (1975).

67) 미국(연방)에서는 -개별법률이 특별한 관할과 절차를 규정하고 있지 않는 한,- 28 U.S.C. §1331 소정의 일반관할조항에 의거하여 연방지방법원에 커먼로소송의 형식으로 행정작용의 위법성을 다투는 소송을 제기할 수 있다. 그 절차에 대하여 특별한 소송법규가 마련되어 있지 않고 연방민사소송규칙에 의한 민사소송절차로 진행된다. 朴正勳, 인류의 보편적 지혜로서의 행정소송, 행정소송의 구조와 기능[행정법연구2], 113면 참조.

오로지 “청문 이후에 이루어지는 ... 최종적 결정”에 대한 심사만을 허용하는 법령상 소진성 요건을 조문화하고 있었다.

법원은 살피 판결에서 보건복지부가 - 원고가 행정 내부적 구제책을 소진하지 않았다고 다툴 수 있음에도 불구하고 - 원고는 행정 내부적 구제책들을 소진하지 않았다고 다투지 않음으로써 “청문 후” 결정이라는 법령상 요건을 묵시적으로 포기한 것이라고 판시하였다. 또한 법령상 요구되는 청문절차가 진행되었다고 하더라도 무익한 절차가 되었을 것인데, 보건복지부로서는 법령조항의 헌법적합성에 대해서 판단할 권한이 없기 때문이라고 하였다.

(2) 엘드리지 판결[68]

엘드리지 판결의 사실관계는 다음과 같다. 원고인 엘드리지는 당뇨병, 만성불안증 및 허리디스크로 인하여 약 4년 동안 장애보조금을 수령해 왔다. 1972년 엘드리지는 자신의 장애에 관한 통상적인 보고서를 작성하여 행정청에 제출하였다. 이 보고서를 받아본 행정청은 원고의 주치의 및 심리상담사로부터 추가 보고서를 제출받아 원고에 대한 장애보조금지급이 이번 달로 마감될 것이라는 내용의 장애보조금의 종료를 통지하였다. 원고는 자신의 장애보조금지급의 종료가 잘못된 것이라고 밝혀지면 소급해서 밀린 보조금까지 지급받을 수 있는 권리를 포함하는 보조금지급 종료후 청문권[69]에 대하여 보장받을 수 있었다. 하지만 원고인 엘드리지는 보조금지급 폐지후 청문을 요청하는 대신 사전 청문 없는 급여종료의 헌법적합성을 다투기 위하여 법원에 제소하였다.

68) Mathews v Eldridge, 424 U.S. 319 (1976)..
69) 엘드리지 판결을 적법절차원칙에 대한 기준을 제시하였다는 입장에서 정리한 것으로 박수헌, 미국행정법에 있어서 절차적 적법절차에 관한 고찰, 안암법학 제13호(2001), 122-125면 참조.

법원은 살피판결에서 한 걸음 나아가 원고가 행정청이 법령상 규정된 청문절차를 거치지 않았고, 다투어지는 행위가 행정청의 최종적 행위가 아니었고, 행정청이 소진성의 원칙의 적용을 포기하지 않았음에도 불구하고, 법원이 헌법이라는 중요한 문제를 해결하기 위하여 원고가 행정적 구제책을 소진하는 데 실패한 것을 바로 정당화였다. 즉, 법원이 제기된 문제가 원고의 청구에 부수적이고 사법심사를 요구하는 자에게 회복할 수 없는 손해를 가져오는 예외적인 경우에는 절차적 단계를 포기할 수 있다는 입장을 표시한 사건으로 평가된다.

(3) 미시간 아카데미 판결[70]

의사협회는 치료를 행하는 의사의 종류에 따라 같은 치료에 대하여 다른 정도의 보상을 수권하는 보건복지부 규정에 대한 사법심사를 구하였다. 보건복지부는 법원이 규정의 유효성에 대하여 심사하는 것이 금지되는데 이는 의사들이 42 U.S.C. § 405에 의하여 요구되는 바와 같이 청문 이후에 "최종적 행위"의 대상이 되는 배상청구를 하지 않았기 때문이라고 주장함으로써 소진성 원칙의 적용을 주장하였다. 법원은 의회가 행정적 행위에 대한 사법심사를 전제하였다는 것을 강조하면서, 42 U.S.C. § 405에서의 사법심사에 대한 법령상 제한들은 보건복지부에 의하여 만들어진 규정에 대한 분쟁에는 적용될 수 없는 것이라고 판시하였다. 법원은 의회가 소진성을 규정한 것은 오직 법상 급부에 대한 수백만의 "사소한" 금전적 청구에 대한 보건복지부의 결정들에 대한 사법심사를 제한할 의도였을 뿐이라고 하면서, 급여청구에 대해 요구되는 청문이 필요없는 사법심사의 문제와 급부의 액수가 결정되는 방법을 정립하는 보건복지부 규정들의 유효성에 대한 다툼을 배제하기 위한 것은 아니었다고 판시하였다.

70) Bowen v Michigan Academy of Family Physicians 476 U.S. 667 (1986).

제3장 소진성 원칙의 효과

제1절 예비적 고찰

I. 헌법적 기초로서 권력분립의 원칙

미연방헌법에서의 권력분립제는 입법・행정・사법의 3권을 각각의 연방의회・대통령・법원에 부여하여 서로 간섭할 수 없지만[71], 법원의 위헌법률심사제도를 도입함으로써 사법권의 우월을 결과하게 되었고, 삼권 상호간에 엄격한 분립과 더불어 많은 상호견제수단을 마련하고 있다[72]. 그리고 연방국가의 특성에서 유래하는 연방과 주와의 관계와 연방 3부 간 즉, 의회, 대통령, 사법부 간의 견제와 균형이라는 2중적 구조를 가진다[73]. 또한 미국 헌법상 의회가 행정에 부여할 수 있는 권한의 범위와 한계가 행정의 독자적 판단권한의 범위와 한계에 관한 논의의 기초를 이루고 있는 반면, 헌법상 사법심사에 관련하여 독일이나 우리나라와 같이 재판청구권과 같은 기본권이나 포괄적 권리구제와 같은 헌법원칙에 과한 별다른 규정을 두고 있지 않다. 미국에서는 사법심사에 관하여는 헌법적 쟁점을 제외하고 입법자의 형성의 자유를 인정하고 있어서, 헌법상 사법심사에 관한 제한은 별다른 문제가 되고 있지 않다. 헌법상 권력분립원칙으로부터 특정한 행정활동에 대한 사법심사가 편익보다 손실이 크다고 입법자가 판단하는 경우, 법원으로서는 입법자의 판단을 존중하여야 하며, 법원은 헌법적 쟁점과 관련이 없는 이상 그러한 입법적 결정을 존중해야 한다[74].

---

71) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 743면 참조.
72) 김철수, 헌법학신론, 박영사, 2008, 908-909면 참조.
73) 안경환, 미국헌법의 구도, 서울대학교 법학(제31권 1・2호), 1990, 118면 참조.
74) 임성훈, 불확정법개념의 해석・적용에 대한 사법심사에 관한 연구-한국・미국・독일법의 비교를 중심으로-, 서울대학교 법학박사학위논문, 2011, 106-107면 참조.

II. 미국 법원의 행정 존중 경향

이러한 법원의 행정에 대한 사법심사 관련 입법적 결정을 존중하는 수단 중의 하나로 특히 행정청의 조치에 대한 법원의 심사의 시기를 제한하는 방법을 택한 것이 소위 사법심사의 시기에 대한 최종성, 성숙성, 소진성의 논의라고 할 수 있을 것이다. 논란이 없는 것은 아니나 미국헌법은 법원만이 분쟁해결을 독점하고 있도록 한 것이 아니라 의회가 행정기관에 분쟁을 해결할 수 있는 권한을 부여하고 있다고 할 수 있어서[75] 행정과 사법의 영역이 완벽하게 구별되는 것이 아니고, 심지어 행정청과 법원이 관할이 중복되는 경우도 상정할 수 있다. 그리고 이러한 경우에 행정청의 1차적 관할권을 인정하여 법원은 행정청의 특별한 전문성이 문제를 해결하는 데 더 좋은 해결책을 제공하는 정도, 전국적으로 통일적인 문제해결 필요성, 행정청의 규제책임에 부정적인 영향을 미치는지 여부 등을 고려하여 분쟁해결의 일정 부분을 행정청에게 넘기고 행정청이 그러한 문제를 해결할 때까지 재판을 연기할 수도 있다[76]. 또한 미국 행정소송상 행정 존중의 태도는 사법심사의 시기에 관련된 부분 뿐 아니라 행정청의 법률해석에 대한 사법심사의 방법에 관한 쉐브론 판결 등에서도 잘 나타나고 있다[77]. 이러한 제도들을 살펴보면 행정의 선결권은 미국 행정소송제도에서도 보장되어야 할 가치로 자리잡고 있는 것을 알고 있다.

III. 소진성 원칙과 행정의 선결권 존중

---

75) 주대성, 전게논문, 99-100면 참조.

76) Richard J. Pierce, Jr, 전게서, 1161-1173면 참조.

77) 쉐브론 판결의 소위 '존중주의'와 관련하여 Strauss/Rakoff/Farina/Metzer, 전게서, 1014-1047면, Glicksman/Levy, 전게서, 186-226면., 정하명, 미국 행정법상 행정부의 법률해석에 관한 사법심사의 범위, 공법학연구 제8권 제2호(2006), 431-433면., 임성훈, 전게논문, 133-140면 참조.

미국 행정소송제도는 국민의 권리에 대한 행정의 침해를 구제하는 사법심사라는 입장에서 접근하기보다는 행정과 관련된 결정에 대한 분쟁이 발생하였을 경우에 권력분립의 측면에서 법원이 행정의 판단에 개입하는 것이므로 원칙적으로 한계가 있는 것이라는 기본전제에 서 있는 것으로 보인다. 예컨대, 미국 행정소송제도에서는 법원이 소진성이 문제되는 사안을 판단함에 있어서 헌법이나 법령의 해석문제는 법원이 판단할 영역이라고 하지만, 행정의 전문지식을 통한 사실관계 확정이 문제가 되는 경우에는 행정의 선결권을 인정해야 한다는 입장을 명확히 하고 있다. 특히 행정이 분쟁의 처리를 지연할 경우에 사법심사를 인정해야 하는지 여부를 판단하는 사안에서는, 과중한 업무에 시달리고 있어 적시에 판결을 내린다고 확신할 수 없는 법원이 행정이 분쟁처리절차를 지연한다고 하여 소진성의 예외를 인정할 수 있을 것인지 고민하고 있다. 이러한 판례[78]를 통해서 행정과 사법 사이의 권력분립의 원칙이 고려되고 있는 것을 발견할 수 있다.

IV. 소결

미국 행정소송상 소진성의 원칙은 미국 행정소송제도의 철학적 기반인 권력분립제도가 실제적으로 어떠한 모습으로 구현되고 있는지를 나타내는 것이라고 할 수 있다. 행정 내부적으로 정해진 구제수단을 먼저 거치는 것을 요구하는 것은 행정에게 부여하고 있는 권한과 과제를 행정이 행사하고 수행하기 전에 법원이 개입하는 것은 권력분립의 원칙에 반할 수 있다는 것을 전제하기 때문이다. 물론 소진성의 원칙을 살펴보자면, 커먼로상의 소진성의 원칙에 있어서 뿐만 아니라 법령상 소진성의 원칙에 있어서도 많은 예외가 인정되고 있지만, 특별한 사정이 없는 한 행정의 선결권은 보장되어야 한다는 태도가 기본적으로 바탕에 깔려 있다고

78) Coit Independence Joint Venture v. FSLIC, 489 U.S. 561 (1989).

할 수 있다. 구체적으로 소진성과 관련한 판례들은 소진성의 원칙이 제공하는 중요한 기능들을 열거하고 있는데, 가장 주요한 것 중의 하나가 입법자가 행정청을 창설한 목적이 특정한 사실적 상황에 법령을 적용하는 것이고, 행정청들은 사법부의 부분이 아니라 특정한 기능을 위해서 창설되어 독자성이 있다는 것이다[79]. 이는 권력분립원칙을 기본적인 전제로 하며 행정의 독자성이 소진성의 원칙을 고려함에 있어서 중요한 요소라는 것을 잘 보여준다. 즉, 소진성의 원칙은 권력분립의 원칙이 실제 법제도에서 구현되는 방식으로서 법원은 사법심사 권한을 무제한적으로 행사하는 것이 아니라 행정이 법적용·법집행을 함에 있어서는 일정한 영역을 전제하고 이에 대해서는 사법심사를 자제하고 행정을 존중[80]하는 것이다.

제2절 소진성 원칙의 기능

I. 행정의 전문지식의 활용

미국에서 행정청이 만들어진 이유는 법령상의 체제를 발생하는 상황들에 적용·집행하기 위해서이다. 행정청은 사실관계를 확정하고, 전문지식을 적용하며, 그에게 부여된 재량을 행사할 기회를 충분히 가질 수 있어야 한다. 이를 위해서는 행정절차가 어느 정도까지 방해받지 않고 진행되도록 하는 것이 중요하다. 행정청은 그 주무영역에서 전문지식을 개발하여 더 효과적이고 일관적으로 작동할 수 있는 체계를 갖추고 있으

79) Richard J. Pierce, Jr, 전게서, 1222면 참조.

80) 소진성의 측면에서 뿐만 아니라 행정입법에 대한 사법심사의 측면에서도 법원의 행정에 대한 존중을 살펴볼 수 있다. 하급심의 판단은 상급심에서 처음부터(de novo) 심사를 받음에 반하여, 행정청의 판단은 상당한 존중을 받는다. 행정청의 판단은 쉐브론 판결 이후 확립된 원칙에 따라 의회의 의사가 분명하면 그대로, 불분명하면 행정청의 의견이 존중을 받는데, 법원은 행정청과 달리 의회의 위임에 따라 법의 흠결을 메울 의무가 없고 정책결정권자도 아니며, 전문성도 없기 때문이다. 물론 이에 대해서는 실질적인 증거가 있는 경우라거나 절차가 사법적인 성격이 있는 경우 등 예외가 있다. Alan. B. Morrisson, 전게 논문, 107-111면 참조.

며, 산업과의 친숙성 및 관련 영역에 특유한 문제 - 노동관련 행정청에서 고용주와 피고용인의 관계 등 - 에 대한 경험은 더 나은 해결책을 만드는 데 법원의 판사보다 장점이 있다고 할 수 있다[81].

행정절차의 각 단계에서 사법이 개입하는 것을 허용하는 것보다 절차의 결론만을 사법심사의 대상으로 포함하도록 하는 것이 더 효율적이다. 행정청은 법원의 일부가 아니며 특정한 기능을 이행하는 독자성을 가지고 있으므로 이러한 독자성은 보호되어야 한다. 만약 행정 내부적 구제책의 소진을 요구함으로써 행정청은 관련된 사실관계를 모으고 분석하고 그 행위의 근거를 설명할 적절한 기회를 가질 수 있게 되고, 만약 오류가 있다면 시정할 기회를 가질 수 있다. 행정청이 자체적으로 오류를 시정함으로써 법원의 부담이 가중되는 것을 덜 수 있을 것이다.

사안에 따라서 행정청의 전문지식이 사실관계 확정에 중요한 역할을 하는 경우가 종종 있다. 이러한 사안에서는 법원이 문제를 해결하기 전에 행정청이 그 전문지식을 사용하도록 허용하는 것이 중요하다. 이를 잘 보여주는 것으로 보건복지부가 아메리칸 인디언 부족에게 지급하는 교부금과 관련하여 교부금을 지급받지 못한 단체가 교부금의 지급에 대해서 사법심사를 구한 사건[82]을 들 수 있다. 이 사건의 개요는 다음과 같다. 보건복지부는 아메리칸 인디안 부족이라고 주장하는 한 단체에게 교부금을 지급하였다. 아메리칸 인디안들의 두 번째 모임은 그들이 실제로 교부금을 지급받아야 하는 부족이었다는 점을 근거로 교부금에 대한 사법심사를 구하였다. 법원은 사법심사를 구한 아메리칸 인디안들의 두 번째 모임이 이 사건에서는 내무부에 공식적인 인정을 위한 이의신청을 통한, 행정적 구제책들을 소진하지 않았다는 점을 근거로, 그 사법심사 요청을 각하하였다. 법원은 내무부가 주기적으로 역사학자, 인류학자 그리고 족보학자와 같은 전문가 직원에 의하여 행해진 조사들을 통하여 아

81) Alan. B. Morrisson, 전게 논문, 101면 참조.
82) James v. HHS, 824 F.2d 1132 (D.C. Cir 1987).

메리칸 인디안들의 부족 인정과 관련한 문제들을 해결한다는 점에 주목하였다. 이 사안에서 살펴보듯 어느 단체가 교부금을 받을 요건을 갖춘 아메리칸 인디언 부족인지 확정하기 위한 전문적인 행정청이 존재하고 그 행정청을 통한 주기적인 조사가 이루어지는 상황이라면 행정청의 조사가 선행되지 않은 상태에서 법원이 행정청의 교부금 지급행위의 정당성을 판단하는 것은 적절하지 않다[83]. 설사 당해 사건을 심리하는 판사가 족보학자로서 원고인 단체의 주장을 판단하여 해결할 수 있다고 하더라도 법원이 항상 그러한 판사로 하여금 관련 사건을 심리하도록 할 수 없는 이상 전문적인 행정청에 의한 결정을 먼저 요구하는 것이 타당한 것이다.

징병과 관련하여 소진성의 원칙이 문제된 사례에서도 전문적 지식이 필요한지 여부가 원고에게 행정적 구제책의 소진을 요구할 것인지를 결정하는 데 중요한 요소가 되는 것을 살펴볼 수 있다. 맥기 판결[84]에서 원고인 맥기의 상황은 그가 사실상 양심적 병역거부자였음에도 징집에 적합한 것으로 잘못 등급분류되었다고 주장하였다는 점을 제외하면 유일한 독자로서 잘못 등급분류되었다고 주장하였던 맥카트 판결에서의 맥카트의 상황과 동일하였는데, 법원은 맥카트에 대해서와 달리 맥기에 대해서는 행정적 구제책을 소진하는 데 실패한 것을 정당화하는 것을 거부하였다. 그 중요한 이유로 양심적 병역거부자라는 맥기의 주장은 궁극적으로 관련 사실들의 조심스러운 수집과 분석에 좌우되기 때문에, 행정절차 내에서 그러한 사실들을 모두 내보이지 않은 경우에 행정적 구제책의 소진을 면제할 수는 없다는 것이다.

법원은 행정청과 달리 당해 사안에 대해서 제3자의 입장에서 객관적으로 접근하고 판단한다는 점에서 행정청보다 분쟁해결에 적합한 지위를 가지고 있다. 그렇지만 전문지식이 문제가 되는 단계는 분쟁이 법원이

83) Richard J. Pierce, Jr, 전게서, 1224면 참조.
84) McGee v. United States, 402 U.S. 479 (1971).

판단하기에 적합할 정도로 성숙되었다고 할 수 없고, 행정 내부적인 절차에서 수정되거나 변경될 가능성이 있는 상태이다. 이러한 단계에서 법원이 개입하는 것은 예외적인 경우에 한정되어야 한다는 것이 소진성 원칙을 요구하는 기본적인 태도라고 할 수 있다.

II. 행정의 사법적 판단기능

행정청의 조치는 사실관계를 확정하고 이에 법령을 해석·적용하는 과정이 포함되어 있다. 예컨대 건축허가를 명하는 경우에도 행정청은 건축허가 신청이 관련 법령상 건축허가의 요건을 충족하고 있는지를 판단하고 법령에 정해진 바에 따라 건축허가를 내주거나 건축허가 불허처분을 하게 된다[85]. 물론 법원이 최종적으로 법령의 해석권한을 가지고 있는 것이지만 법원은 사후적으로 행정청의 법해석을 검토하는 것일 뿐 그렇다고 하여 행정청에게 법령 해석·적용 권한이 부정되는 것은 아니다. 다만, 법원에 비해 행정청이 해석·적용할 수 있는 법령이 당해 행정청의 권한 범위 내에 제한될 뿐이다[86]. 따라서 행정청은 1차적으로 법령의 해석·적용의 권한을 갖는다는 점에서 일부 사법적인 판단기능을 하는 것이라고 할 수 있다. 개별결정이 최종적으로 내려지는 과정에서도 청문주재관 및 행정청은 청문절차 등을 통하여 사실관계를 확정하고 정당한 법령의 해석·적용에 따라 조치가 취해진 것인지 판단하는 과정을 거치게 된다. 따라서 개별결정절차의 중간에서 또는 개별결정절차의 일부로서 이루어지는 청문절차를 거치지 않고 법원에 사법심사를 구하는 것은 이러한 행정청의 1차적 법령 해석·적용 권한을 침해하는 것이 될 수 있다. 법원의 기능은 행정작용을 사후에 심사하는 것이지 행정의 기능을 대체하는 것이 될 수는 없기 때문에, 미국 법원들은 권력분립문제

85) 강학상 허가에 해당하는 전형적인 행위로서 건축허가는 허가요건을 충족하는 건축허가가 신청되는 한 반드시 발급되어야 하는 기속행위이다. 김종보, 건설법의 이해, 박영사, 2010, 119면 참조.

86) 전인환, 전게논문, 9면 참조.

에 대해서 민감하게 반응하여 심사시기와 관련된 판례들에서 행정절차에 대한 개입에 대해 자제적인 입장을 표현하여 왔다.

III. 업무부담의 합리적 분배

법원의 심사시기가 앞당겨지면 발생할 수 있는 문제 중 하나가 바로 법원의 능력과 제한된 자원의 문제이다. 행정청의 일정한 분야에 전문화된 다수의 인력들이 처리하고 있는 업무에서 발생한 문제들에 대해서 심사시기를 앞당기면 앞당길수록 법원이 처리해야 하는 사건의 수는 폭증하게 된다[87]. 따라서 법원의 심사가 효율적으로 이루어지기 위해서는 원고로 하여금 행정 내부적 분쟁해결절차를 소진하도록 하여 심사시기를 되도록 뒤로 늦추고, 행정 내부적 분쟁해결절차에서 분쟁이 해결되도록 하는 것이 바람직하다. 행정청에 따라 업무부담이 과도한 경우도 있을 수 있지만, 행정 내부적 분쟁해결절차에서 이를 해결하지 않는 경우 그 부담이 고스란히 법원에게 돌아가기 때문이다. 우리나라에서도 조세 관련 사건이나 노동 관련 사건은 국세심판원이나 지방・중앙노동위원회의 분쟁해결절차를 거치도록 하고 있으며 그로 인하여 법원의 부담이 경감되는 것을 알 수 있는데, 이러한 행정영역에 대해서는 예외적 행정심판 전치주의가 적용되어 사실상 소진성의 원칙을 도입한 것과 동일한 효과를 거두고 있다고 할 수 있다. 소진성을 요구하게 되면 분쟁해결에 있어서 법원과 행정 사이의 업무에 합리적 분배가 이루어질 수 있게 된다.

87) 미국에서 분쟁해결을 연방법원이 아닌 행정청에 할당한 이유 중의 하나로 사건숫자를 들 수 있는데, 2005년 회계연도에 92개 지방법원에서 322,848건의 민사사건이 제기되어 338,314건이 종료되고 5,294건의 심리가 계속중인데, 노동부의 개별 법(Lonshore and Harber Workers Compensations Act)를 집행함에 있어 72,000건의 부상당한 노동자사건이 다루어지고 있으며, 전국노동관계위원회는 2005년 회계연도에 24,720건의 불공정 노동행위고발을 받았고, 전문직원에 의한 심사후 1,373건의 소송을 제기하고 사건을 청문절차에 올렸다. 모든 사건의 난이도나 복잡성의 면에서 동일하지는 않을 것이지만 Longshore 사건이 연방 민사사건의 목록에 추가된다면 18%의 민사사건 증가를 초래하고, 청문에 올려진 전국노동관계위원회 사건이 심리된다면 25%가 넘는 연방 민사사건을 구성하게 된다는 점(Alan. B. Morrisson, 전게 논문, 101면 참조)을 볼 때 행정이 처리하고 있는 분쟁이 현재도 엄청난 부분을 차지하고 있음을 알 수 있다.

행정의 판단이 중요한 역할을 하는 분쟁과 법원의 판단이 중요한 역할을 하는 분쟁은 분쟁해결에 전문지식이 필요한지, 제한된 자원으로 말미암아 법원의 심리에 소요되는 시간이 어느 정도가 되는지 등에 따라 달라지게 되는데, 소진성의 예외로서 법원의 개입 가능성이 열려 있는 이상 소진성 원칙을 강조한다고 하여도 지나침은 없을 것이다.

제3절 소진성 원칙의 적용

I. 본안선취의 문제

소진성의 문제를 발생시키는 개별 사건은 헌법적합성, 법령해석과 같은 본안의 문제를 포함한다. 소진성이 요구되는지의 문제는 기본적으로 법원이 본안판단에 들어갈 것인지 여부의 문제이다. 개념논리적으로 생각할 때 법원의 소진성의 원칙에 따라 법원이 본안을 판단할 수 있는 것인지 결정된 후에 법원이 본안을 판단한다고 생각한다. 그러나 실제 법원이 소진성의 원칙이 문제된 사안을 판단할 때에 법원은 본안에서의 승소가능성도 함께 고려한다. 즉, 논리적으로 원고가 행정 내부적 절차를 소진하였는지의 판단은 선행되기 때문에, 행정청의 행위가 헌법에 위반되었다거나 법령에 위반되었다는 원고의 주장이 아무리 타당한 경우에도 소진성의 요건을 갖추지 못한 원고의 사법심사의 요청은 거부되어야만 한다. 하지만 법원은 많은 사례에서 소진성이 요구되는지 여부를 판단하면서 본안판단 즉, 원고의 승소가능성을 고려하고 있다[88].

법원이 일종의 소송요건이라고 할 수 있는 소진성을 판단함에 있어 본안을 고려하는 증거로는 판결문의 순서상 먼저 본안문제를 해결하고 그 다음으로 사법심사를 요청하는 자에게 소진성 요건이 면제되는지 판단하

88) Richard J. Pierce, Jr, 전게서, 1267-1269면 참조.

는 판례들을 들 수 있다. 예컨대 맥카트 판결이 좋은 예인데, 맥카트 판결은 1부가 사실관계의 정리, 2부가 맥카트가 생존 독자로서 병역이 면제된다는 판시(본안문제), 3부가 행정적 구제책 소진의 실패가 사법심사를 제한하지 않는 이유를 설시하는 구조로 구성되어 있으므로 법원이 본안을 먼저 판단하고 이후에 소진성 요건을 검토한 것이라고 볼 수 있다. 그리고 리돔 판결은 그 취지가 행정청의 행위가 명백히 불법적인 경우 소진성이 면제된다는 것이므로 행정청의 행위의 불법성이라는 본안을 판단하지 않고 소진성을 논의할 수 없는 구조이다.

전통적으로 법원은 소진성이 논의에 있어 본안판단을 선취한다는 점에 대하여 솔직하지 못해왔던 것으로 보인다. 대법원을 포함한 법원들은 종종 소진성 문제를 부분적으로 본안 문제를 사전적으로 평가함으로써 해결하면서도 이를 명시적으로 판결과정에 나타내지 않는다. 그렇지만 법원이 이를 실제적으로 고려하면서도 이러한 결정요소의 존재를 인정하지 않는 것은 잘못된 것이며, 소진성 원칙을 적용함에 있어서 법원의 결론 도출에 실질적으로 영향을 준 각각의 요소를 드러냄으로써 소진성 원칙이 더 명확하고, 일관되며 예측가능해질 수 있을 것이다[89]. 본안을 먼저 고려하는 법원의 태도는 법원이 중요하게 판단하는 사안에 대해서는 소진성의 원칙을 무력화하고 전단적으로 판단할 수 있게 되므로 이를 막기 위해서도 소진성의 예외를 인정하기 위해 본안을 고려할 수 있는 경우를 유형화 내지 제한할 필요가 있을 것이다.

II. 헌법적 문제와의 관계

종종 법원은 헌법적합성이 문제되는 경우에, 행정청은 법령상 규정들이 위헌적이라고 판단할 권한이 결여되어 있다는 이유로 사법심사를 요청하는 자가 사용가능한 행정적 구제책을 소진하는 것을 면제하기도 한

89) Richard J. Pierce, Jr, 전게서, 1269면 참조.

다[90]. 그러나 헌법적 문제가 제기된 경우에 사법심사를 요청한 자가 행정적 구제책을 소진하는 데에 실패하였다는 이유로 헌법적 문제의 해결을 거부한 사례들도 존재하는 것에 비추어 볼 때 헌법적합성의 문제가 항상 소진성의 면제시키는 것은 아니라는 것을 알 수 있다. 오히려 헌법적 문제의 해결을 거부한 사례의 이면에는 법원은 헌법적 분쟁이 다른 근거에 기초하여 해결될 수 있다면 헌법적 문제를 다루지 않아야 한다는 중요하고도 신중한 원칙에 따른다면, 헌법적 문제의 해결을 피하기 위하여 소진성을 요구하는 것도 가능하다.

헌법적합성의 문제의 존재 하나만으로 법원이 소진의 실패를 정당화한다고 설명할 수 없다. 그에 더하여 법원에게 소진성의 면제의 동기를 유발하는 다른 요소들을 확인할 필요가 있다. 이와 관련하여 법원은 소진성을 요구함으로써 사법심사를 요청하는 자에게 발생하는 손해의 범위, 법원이 해결요구를 받은 문제의 어려움, 문제의 사법적 해결이 행정청의 사실관계 확인 또는 전문지식의 적용으로부터 도움을 받는 범위, 행정청이 이미 사실관계의 확인 또는 전문지식의 적용을 완료 정도를 고려하는데, 이것은 커먼로상 소진성과 관련하여 앞서 살펴본 세부분 기준(또는 네부분 기준)을 고려하는 것이다[91]. 특히 헌법적 문제의 성질이 행정청의 사실관계 확정과 전문지식을 통해 헌법적 문제 해결에 있어 법원에 중요한 도움을 줄 수 있을 때 법원은 소진성을 요구하게 된다.

III. 소진성의 포기

미국 행정소송제도의 기본적인 태도는 의회가 관할의 요건으로서 만들어낸 행정적 구제책을 제외하고 어떠한 행정적 구제책의 소진을 포기할

90) 이런 사례들로 앞서 살펴본 살피 판결, 엘드리지 판결, 미시간 아카데미 판결 등을 예로 들 수 있다.
91) Richard J. Pierce, Jr, 전게서, 1271면 참조.

행정청의 권한을 인정하는 것은 타당하다는 것[92]이다. 행정청은 사법심사를 요청하는 자가 잠재적으로 사용가능한 것 이상의 구제책을 추구하는 것이 그 문제에 대한 행정청의 입장을 변경시킬 것인지 또는 행정청이 본안 문제를 해결함에 있어 도움이 될 사실관계의 맥락 또는 전문지식에 기초한 통찰을 제공하도록 할 것인지 결정하기에 좋은 위치에 있다. 행정청은 또한 청구를 심사함에 있어 제기되는 문제가 행정청의 행위들에 의하여 영향을 받는 행정청, 법령상 수급권자들, 규율의 수범자들 또는 제3자에 대하여 법적 불명확성을 줄이기 위하여 법원에 의하여 바로 해결될 필요가 있는지 결정하기에 좋은 위치에 있다. 만약 행정청이 이러한 이유들을 종합하여 소진성을 포기한다면, 법원은 행정청의 포기를 묵인하여야 하고 소진성 요건의 적용을 거부하여야 한다는 것이 일반적이다[93].

IV. 불법행위소송과 소진성

대부분의 경우 법원은 소진성이 요구되지 않아야 하는 이유들을 찾지 못하는 한 행정적 구제책들의 소진을 요구하는 방식으로 소진성의 문제들에 접근한다. 하지만 법원은 개인이 정부의 조치가 개인으로부터 시민적 권리를 박탈하였다고 주장하며 28 U.S.C §1983[94] 에 따라 주 또는

92) 행정청의 소진성 포기 권한과 관련된 것으로 앞서 살펴본 살피판결 참조.
93) Richard J. Pierce, Jr, 전게서, 1276-1278면 참조.
94) Civil action for deprivation of rights
Every person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia, subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress, except that in any action brought against a judicial officer for an act or omission taken in such officer's judicial capacity, injunctive relief shall not be granted unless a declaratory decree was violated or declaratory relief was unavailable. For the purposes of this section, any Act of Congress applicable exclusively to the District of Columbia shall be considered to be a statute of the District of Columbia.

지방정부에 대한 불법행위 소송을 제기할 때 이러한 접근방법을 취하지 않는다.

1. 페이스티 판결

이러한 법원의 입장을 잘 나타내는 것이 페이스티 판결[95]이다. 원고인 페이스티는 흑인들이 주로 다니는 대학의 백인비서였는데, 대학당국에 다른 직위로의 변경을 신청하였는데 이것이 받아들여지지 않았다. 대학은 고충처리절차를 마련해 두고 있었고 원고는 상급자에게 그 절차에 따라 이의제기를 할 권리가 있었는데, 원고는 고충처리절차를 밟는 대신 그녀의 신청이 거부당한 원인이 인종차별이라고 주장하며 연방법원에 28 U.S.C §1983에 따른 불법행위 소송을 제기하였다. 이에 대하여 순회법원은 소진성의 원칙의 적용을 긍정하는 입장에서 주에서의 행정적 구제책을 먼저 소진하지 않고 연방법원에 소제기할 수 없다고 판시하였는데, 대법원 다수의견은 28 U.S.C §1983 소송을 제기함에 있어서 소진성의 요건은 존재하지 않는다고 하며 순회법원의 결론을 뒤집었다.

2. 평가

페이스티 판결에 대해서는 대법원이 별도의 고충처리절차가 존재함에도 불구하고 고충처리절차 자체에 대해서는 살펴보지 않고 28 U.S.C §1983 관련 사건이라는 이유만으로 소진성이 요구되지 않는다고 판단한 이유에 대하여 이 판결은 인종차별의 영향을 벗어나기 위한 특수한 상황을 감안하여 보아야 할 필요성이 있다. 즉 페이스티 판결은 공립학교의 인종차별은 위헌이라는 취지의 Brown v. Board of Education, 347 U.S. 234 (1985) 판결 이후에도 남부 주들의 상황은 남부 주에 속한 백

95) Pasty v. Board of Regents of the State of Florida, 457 U.S. 496 (1982).

인학교 3,000여개 가운데 오직 600개만이 통합하였을 뿐 대다수가 이에 반대하는 모습을 보이면서, 남부 주들의 행정적 결정과정에서 인종이 요소가 된 분쟁들을 신속하고 공정하게 고려할 수가 없는 특별한 상황이었다는 것이다. 이러한 남부 주의 환경에서는 많은 수의 시민들에게 인종이 요소가 된 분쟁에 적대적인 주와 지방정부기구들과의 다툼을 해결하기 위해서는 연방법원으로 신속한 접근할 수 있도록 해야 할 필요성이 있었던 것이다. 이를 위해서 연방법원은 인종차별을 원인으로 한 28 U.S.C §1983 소송에서 주의 행정적 구제책에 대한 소진을 요구하지 않는 방법을 택했다고 할 수 있다.

하지만 페이스티 판결이 나올 당시의 인종차별과 관련된 남부 주들의 행정과정과 지금을 비교할 때 현재의 행정과정에 대한 신뢰는 어느 정도 회복되었다는 점, 페이스티 판결과 달리 28 U.S.C §1983 소송의 많은 종류들에 대응하여 소진성 요건을 부과하는 법령이 증가하고 있는 점 등을 고려할 때 페이스티 판결의 입장은 변경되어 28 U.S.C §1983 소송에 대해서도 소진성은 요구되어야 할 것이다[96].

V. 소진성과 지연

소진성을 요구하는 것은 종종 절차의 지연을 초래한다. 행정청이 부당하게 행정절차를 지연시킨다는 이유로 소진성을 면제시킬 수 있는지도 종종 문제되고 있다. 심지어 행정청이 신청을 받고 10년 이상 결정을 내리지 않는 경우에도 행정청의 최종적인 행위가 없다거나 행정 내부적 구제책을 소진하지 않았다는 이유로 사법심사를 받을 수조차 없는 것은 부당하기 때문이다[97]. 수십년간 법원은 거의 이러한 행정청의 지연을 소진

96) Richard J. Pierce, Jr, 전게서, 1302-1303면 참조.

97) 미국에서 행정소송은 민사소송의 특별한 유형으로 이해될 뿐이고 개별법상 제소기간은 없는데(따라서 지연과 소진성에 대한 논의도 나오게 된다), 연방차원에서는 많은 규정들이 Federal Commission Act 1914를 모델로 입법되어 명령이 발령된 경우 60일 이내에 소가 제기되어야

성 관련 사건들에 있어서 판단요소로 언급하지 않았었는데 코잇판결[98] 부터 이러한 입장이 변화하였다.

1. 코잇 판결

코잇판결의 사실관계는 다음과 같다. 코잇인디펜던스 조인트벤처는 현재 도산한 회사에 대한 대출채권자인데, 도산한 회사와의 합의 결렬을 이유로 주법원에 손해배상소송을 제기하였다. 그로부터 2개월 후 가계대출은행위원회는 도산한 회사의 지급불능을 선언하고 연방저축 및 대출보험회사가 관리인으로 지정되어 이 소송에서 도산한 회사를 대신하게 하면서 이 소송을 연방법원으로 이송시켰다. 연방법원은 이송된 사건을 관할이 없다며 각하하였는데, 그 이유는 의회가 제정한 법률에 따라 연방저축 및 대출보험회사는 자신이 관리중인 지급불능인 저축과 대출자산에 대한 청구들에 대하여 개별결정을 할 배타적 관할을 갖기 때문이라는 것이었다. 대법원은 연방저축 및 대출보험회사가 청구들을 해결하기 위한 합리적인 시간제한을 설정하는 규칙을 발령했을 경우에만 연방저축 및 대출보험회사가 그러한 청구들을 해결하려고 시도하는 동안에 지급불능의 저축과 대출에 대한 주법상 청구들을 해결하는 절차는 소진되어야 하며, 그러한 규칙이 없는 경우에는 행정적 구제책을 소진할 것이 요구되지 않고 법원은 연방저축 및 대출보험회사가 행위하기 전에 분쟁에 대한 결정을 할 재량이 있다고 판결하였다.

2. 평가

한다고 규정되어 있거나, 제소기간이 30일인 경우도 드물지 않고, 주 차원에서는 명령에 대한 사법심사청구는 30일 이내에 제기되어야 한다고 규정되어 있는 경우가 많다. 모범 주 행정절차법에서는 규칙의 실체적 정당성을 다투는 소송의 경우에는 제소기간이 없지만, 절차적 정당성을 다투는 경우에는 2년의 제한이 있다고 규정하고 있다. 최계영, 행정소송의 제소기간에 관한 연구, 서울대학교 법학박사학위논문, 3면 참조.

98) Coit Independence Joint Venture v. FSLIC, 489 U.S. 561 (1989).

코잇 판결은 원고인 코잇인디펜던스 조인트벤처의 커먼로상 권리에 대한 연방저축 및 대출보험회사의 결정이 받아들일 수 없는 지연을 가져올 것이라는 우려에 기반하고 있다. 지연을 소진성 면제를 위한 고려요소로 보게 되면 이와 관련되는 다른 문제를 발생시키게 된다. 연방저축 및 대출보험회사는 지연이 심각한 문제를 발생시키는 수백개 행정청 중 하나일 뿐이기 때문이다. 의회와 법원이 행정청에게 제한된 자원 하에 정해진 시간 내에 과다한 업무를 달성할 것을 요구한다면, 이미 과중한 부담을 지고 있는 법원의 입장에서 행정청이 법적으로 정해진 시간 내에 결정형성절차를 완료하지 못하였다는 이유로 미성숙한 단계에 있는 상태에서 법원에 오게 될 많은 수의 사건을 처리할 수 있는지 답할 수 있어야 할 것이다[99].

제4절 소결

소진성 원칙을 인정하기 위한 헌법적・철학적 기초는 권력분립의 원칙이라고 할 수 있다. 행정의 조치가 사법심사의 대상이 되기도 하지만, 그 독자적인 영역을 가지고 있다는 점은 인정되어야 하고, 행정이 법원과 마찬가지로 법해석・적용의 권한이 있다는 점에서 분쟁해결절차를 진행할 권한도 인정된다고 할 수 있으므로, 법원은 행정에 이러한 기능을 존중할 필요가 있다. 따라서 소진성의 원칙을 인정한다는 것은 결국 법원이 행정의 선결권을 어느 정도까지 보장해 줄 것인가의 문제라고 할 것이며, 미국 행정소송제도는 대륙법계 특히 독일법에서 헌법에서 정하고 있는 행정에 대한 전면적 사법심사를 근거로 개인의 주관적 권리구제의 측면에서 접근하는 것과 달리, 행정의 전문성, 효율성, 경제성, 법원과 행정의 인적・물적 설비와 같은 실제적 이유를 근거로 행정과 법원의 합리적인 업무배분의 관점에서 접근하고 있다는 특징이 있는 것이다.

---

99) Richard J. Pierce, Jr, 전게서, 1307면 참조.

제4장 우리 행정소송제도에 대한 시사점

제1절 중간적 결정의 처분성

I. 중간적 결정의 처분성 관련 판례

우리 행정소송법은 처분 등을 법률에 정의하고 처분성이 인정되는 경우에는 사법심사의 대상으로서 대상적격을 인정하지만 처분성이 인정되지 않는 경우에는 대상적격을 인정하지 않는 태도를 취하고 있는데, 처분성의 유무가 문제가 되는 유형으로 행정기관의 내부적 행위나 행정기관 상호간의 행위 또는 행정규칙을 들 수 있다[100]. 특히 행정기관의 결정이 그 내부적 사무처리절차에 그치는 경우에는 처분성이 부인되는데, "중간적인 효력을 갖는" 행위 또한 내부적 효력만 있는 행위와 마찬가지로 처분성이 인정되지 않는 것인지 문제가 될 수 있다.

중간적 결정은 일련의 복잡한 행정적 절차에서 어떠한 결정이나 처분이 선행하는 결정이나 처분 또는 후행하는 결정이나 처분과 연속되거나 관련을 갖고 있을 때 처분성을 인정할 것인지의 문제로서, 미국 행정소송제도에서 최종성의 원칙과 유사한 특징을 가지고 있고, 원고가 행정의 최종적인 결정을 받은 이후에야 행정 내부적 구제책을 모두 소진했다고 보는 측면에서는 소진성의 원칙의 적용과 유사한 결과를 나타낸다고 할 수 있다. 이하에서는 최근 문제가 된 중간적 결정의 처분성과 관련된 판례의 태도를 행정의 선결성을 고려하여 살펴보고자 한다.

1. 원전수거관리시설 최종부지선정처분 유효확인 사건[101]

100) 김동희, 행정법 I, 박영사, 2012, 752면 참조.

(1) 사실관계

부안군수가 원전수거물 관리시설 유치를 신청하여 행정청으로부터 원전수거물 관리시설 최종부지로 선정되었음을 통보(이하 “최초 통보”)받은 후, 원전수거물 관리시설 부지선정절차에 주민의사가 반영되지 못하였다는 이유로 주민들이 소요를 일으키는 등 소위 부안사태가 발생하였다. 행정청은 원전수거물 관리시설 추진방안 보완방침에 따라 다시 시설 유치를 희망하는 지역주민의 주민투표를 통하여 유치여부가 가결되면 본 신청을 할 수 있도록 하고, 이후 부지선정위원회의 심사, 시설 예정 구역 후보지 선정, 전원개발사업예정구역 지정 고시의 일련의 절차를 거친다는 내용의 원전수거물 관리시설 부지공모에 관한 공고를 하였는데, 부안군은 주민투표를 실시하지 않았고 다른 지방자치단체도 공모에 응하지 않자 부안군이 넓은 의미의 항고소송의 일종으로서, 최초 통보라는 처분의 유효확인을 구하는 소송을 제기한 사건이다.

(2) 판결의 주요 내용

위 사건에서 행정청은 원전수거물 관리시설 유치지역 선정은 ① 희망지역 자치단체장의 신청, ② 부지선정위원회의 심사를 통한 부지 선정, ③12년간 사전환경성검토 실시, ④ 전원개발사업예정구역의 고시라는 순서로 진행되고, 그 후에 비로소 원전수거물 관리시설의 설치를 위한 토지매수, 인허가, 건설공사의 착공 등이 이루어지는데 부안군의 경우 ①, ②의 절차를 거친 것으로 최종결정된 것이 아니고 최초 통보는 내부적이고 중간적인 효력이 있을 뿐이어서 행정처분에 해당하지 않는다고 주장하였다. 그런데 법원은 최초 통보의 법적 성격을 전원개발사업예정구역

101) 서울행정법원 2005. 11. 18. 선고 2005구합14454 판결.

의 지정행위를 약속하는 의사표시로서 강학상 확약에 해당한다고 하면서 단계적 행정결정(또는 다단계행정절차)에서 행하여지는 확약의 경우에는 그 자체로서 행정기관에 대하여 장래의 이행의무를 발생시키는 구속력이 있을 뿐 아니라, 특히 행정과정의 조기단계에서 행정결정에 따른 회복할 수 없는 결과를 예방하고 주민 등 이해관계인에게 쟁송을 통한 권리구제의 기회를 제공할 필요가 있다는 이유로 처분성을 인정하고 있다.

(3) 법원 판단의 근거

원자력발전소건설, 고속전철건설 등과 같은 대규모시설의 허가과정과 같이 결정과정이 매우 복잡하여 경우에 따라서는 수년간 지속되고 신청사업자에 대한 법적 규제가 완비되어 있지 못하며 기술의 발달에 따라 새로운 법적 규제가 단계적으로 정비되어야 하는 행정분야의 경우에, 복잡한 결정과정을 합목적적으로 해결하기 위하여 여러 단계로 나누어 연속적이고 단계적인 중간결정과정을 거치게 되고 최종적인 결정은 단지 완성적인 기능을 가질 뿐 이미 모든 관련자에 대하여 구속적인 효력을 갖는 중간결정들에 의하여 허가의 모든 요건들이 심사되었기 때문에 중간 결정이 형식적 행위 이상의 의미를 갖지 않는 경우가 있다는 것이 법원의 판단의 중요한 논거이다.

(4) 행정의 전문지식 존중의 필요성

원자력발전소건설과 같은 전문적인 지식이 중요한 분야에 있어서[102] 행정 내부적으로 절차가 아직 완료되지 않았고, 기존의 절차에 따라 부

102) 원자력발전 관련 판결에 있어서의 법관이 원자력과 같은 최첨단의 과학기술문제를 심리하는 경우 전문가 사이의 미묘한 의견의 차이를 정확히 평가하는 것이 어렵다는 견해로 강구철, 원자력안전규제에 대한 사법통제와 다단계적 행정절차, 법학논총 제8집, 국민대학교 법학연구소, 1996, 132면 참조.

지를 선정하였다가 주민들의 극렬한 반대 등 부작용이 너무 큰 나머지 주민의 의견수렴절차와 주민투표를 거치도록 보완책을 마련하였음에도 불구하고 이를 거치지 않고 기존의 통보의 처분성을 다툴 수 있도록 하는 법원의 판단이 과연 타당한지에 대해서는 의문이 남지 않을 수 없다. 특히 원자력발전소건설과 관련된 법령에서 정하는 환경영향평가 등에 대한 판단은 행정의 전문성에 의존해야 할 필요성이 더욱 크다고 할 수 있는데[103] 행정이 충분히 판단하여 최종적인 결정을 내리기 전에 중간적 결정으로 중요한 심사를 모두 마친 것으로 보고 중간적 결정에 대해서 사법심사를 인정하는 것은 너무 성급한 것으로 보인다. 특히 이 사건에서 문제가 되었던 최초 통보로 인하여 극렬한 반대 시위 등 부작용이 나타남에 따라 행정청이 주민의 의견수렴 절차가 부족하였다는 이유로 주민의견수렴절차 및 주민투표를 거쳐 다시 지정신청을 하라는 보완책을 제시하였음에도 불구하고 부안군은 이러한 절차를 거친 것이 아니라 바로 사법심사를 구하고 있기 때문이다.

법원은 원전수거물 관리시설 부지선정과 관련하여 지방자치단체 상호간, 지방자치단체와 그 주민간, 지방자치단체의 주민 상호간에 격심한 의견대립이 있을 수 있고 이를 조기에 물리력 행사가 아닌 법적 절차를 통하여 해결하도록 할 필요가 있다고 하는데, 우선 행정청과 주민과의 갈등이나 분쟁이 아닌 사항들에 대해서 행정소송으로 해결하려는 것은 부적절하다고 할 것이며, 복잡다기한 갈등의 국면을 조정하는 것은 법원보다 여러 가지의 조치를 직접적으로 취할 수 있는 행정청이 더 전문성을 가지고 있다고 할 수 있을 것이므로 이것이 법원이 최초 통보에 대한 사법심사를 인정하는 근거가 되기는 어렵다고 할 것이다[104].

---

103) 김태호, 원자력발전의 안전성 담보 시스템에 대한 법적 검토 -발전용 원자로에 대한 리스크 관리를 중심으로-, 행정법연구 제30호, 2011, 51면은 원자력 발전과 같은 전문적인 영역에서는 법원이 불확정 요건을 구체화하여 요건 충족 여부를 직접 심사하는 데 근본적인 한계가 있다고 한다.

104) 미국에서의 원자력발전소 건설과 관련하여 행정청에게 절차형성의 재량을 인정하고 법원이 절차적 요건을 부가할 수는 없다는 취지의 Vermont Yankee 판결. Gillian E. Metzger, The story of Vermont Yankee: A Cautionary Tale of Judicial Review and Nuclear Waste,

2. 친일반민족행위자재산조사위원회의 재산조사개시결정 관련 사건[105]

(1) 사실관계 및 법원의 판단

원고는 친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법 제10조에 의한 재산조사개시결정을 받았는데, 원심은 재산조사개시설정은 법에 따라 행정청이 친일반민족행위자가 취득한 재산을 국가에 귀속시킴에 있어 그 조사대상의 범위를 확정하여 향후 친일재산인지 여부의 조사를 진행하겠다는 것에 불과하여 원고의 부동산에 대한 권리의무에 직접적인 영향을 미치는 것은 아니라는 등의 이유로 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하여 원고의 소를 부적법하다고 각하하였다. 하지만 대법원은 재산조사개시결정이 있는 경우 조사대상자는 보전처분신청을 통하여 재산권행사에 실질적인 제한을 받게 되고, 자료제출요구나 출석요구 등의 조사행위에 응하여야 하는 법적 의무를 부담하게 되며, 재산조사개시결정에 대한 이의신청절차만으로는 권리구제방법으로 충분치 아니하고, 원고로 하여금 개개의 과태료처분에 불복하거나 조사종료 후 국가귀속결정에 대하여만 다툴 수 있도록 하는 것보다는 재산조사개시결정에 대하여 다툼으로써 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있다는 이유로 재산조사개시결정은 독립한 행정처분으로서 항고소송의 대상이 된다고 판시하였다.

(2) 조사개시결정에 대한 법령의 태도

---

edited by Peter L. Strauss (2006), Administrative Law Stories, Foundation Press, 125-167면 참조. Vermont Yankee 판결은 법원에 의한 절차의 창조는 지나친 엄격화를 가져올 수 있어 연방대법원이 이를 금지한 것이다. 서원우, 80년대 미국행정법의 이론, 판례의 동향 (상) -규제완화정책의 도입과 관련하여-, 법조, 1989, 24면 참조.

105) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009두6513 판결.

친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법 제19조 제1항에 따르면 재산조사개시결정이 있는 경우 행정청은 법원에 필요적으로 보전처분을 신청하도록 하고 있고, 같은 법 제23조 제1항 및 제2항은 재산조사 이후에 친일재산이라는 이유로 국가에 귀속시키는 결정을 의결할 수 있으며 이에 대해서는 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 재산조사개시결정은 결국 귀속결정을 내리기 위한 조사를 위한 것이고, 보전처분이 내려진다고 하더라도 이는 법원에 신청하여 법원에 의하여 내려지는 것이므로 보전처분 자체에 대해서 불복하는 절차는 별도로 갖추어졌다고 할 수 있을 것이며, 법 자체에서 귀속결정이 바로 행정심판 내지 행정소송의 대상은 된다고 규정하면서 조사개시결정에 대해서 특별히 규정을 두고 있지 않은 것은 입법자가 조사개시결정을 별도로 다툴 수 있도록 하고자 하지 않았다는 것을 나타내는 것으로 보는 것이 합리적으로 보인다.

(3) 중간적 결정에 대한 사법심사의 부적절성

공통된 목적을 위하여 취해지는 일련의 행정의 결정들에 대하여 그 중간에 사법심사를 개입하도록 하는 것은 행정의 효율성이나 경제성에 반하는 결과를 가져오게 되는데, 행정이 조사를 개시하기만 해도 조사대상자는 행정의 조사를 방해하기 위한 목적으로도 행정소송을 제기할 수 있게 되므로 결과적으로 조사절차 자체가 제대로 이루어지지 않을 가능성이 커지게 된다. 물론 행정에 대한 사법심사의 의의가 행정의 절차위반이나 위법에 대해서 어느 단계에서든 다툴 수 있게 하도록 하는데 있다고 보는 견해도 타당한 면이 있다는 것을 부정할 수는 없을 것이다. 그렇지만 행정과 사법의 판단영역이 완벽하게 일치하지는 않는 것이고 행정의 독자적인 판단영역을 존중하여야 한다면 그 최소한으로서 특별한 사정이 없는 한 행정청이 최종적으로 조치 대상자의 권리나 의무의 침해

를 가져오는 조치를 취하기 이전에 사법심사는 자제되어야 할 것이다. 행정청의 조치에 대해서 조치의 상대방이 법상 규정된 조치를 모두 취하지 아니하고 만연히 최초에 이루어진 조치에 대해서 사법심사를 구하는 것에 대해서 사법심사를 인정하게 되면 행정의 사실수집이나 오류 시정의 기회를 박탈하는 결과가 발생할 가능성이 크다. 무엇보다도 법원은 행정이 법과 절차를 준수하였는지 여부에 대한 판단을 하는 데 집중하고 행정이 적극적으로 법의 취지를 실현하고 집행하도록 존중해 주어야 한다. 법원에 주어진 제한된 자원을 고려하면 더욱 그러하다.

II. 중간적 결정과 행정의 선결권 존중

1, 행정에 대한 사법심사의 본질적인 한계

우리 헌법이 입법권은 국회에 속하고(헌법 제40조), 행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속하며(헌법 제66조 제4항), 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다(헌법 제101조 제1항)고 규정하고 있지만 권력분립이 실제적으로 어떻게 작용되어야 하는지에 대해 구체적으로 기준을 제시하고 있지 않지만, 헌법 제107조 제3항에서 행정심판의 근거를 정하고 있으며, 행정심판의 존재이유로서 행정청에게 먼저 재고와 반성의 기회를 주어 행정처분의 하자를 자율적으로 시정하는 '자율적 행정통제 기능', 행정의 전문·기술성이 날로 증대됨에 따라 행정기관의 전문지식을 활용할 수 있도록 함으로써 법원의 전문성 부족을 보완하는 기능, 분쟁을 행정심판단계에서 해결하도록 함으로써 분쟁해결의 시간과 비용을 절약하고 법원의 부담을 경감하는 기능이 제시[106]되는 것을 살펴보면 행정이 그 전문성과 효율성을 활용하는 부분이 충분히 인정되어야 함을 알 수 있다. 결국 미국 행정소송상 소진성의 원칙이 권력분립원칙에 근거하여 행정의 선결권을 보장하려는 기본정신은 우리 헌법에서도 유사하

106) 헌법재판소 2002. 10. 31. 2001바40 결정

게 나타나고 있으며 그것을 우리 행정소송제도에서 어느 정도로 구현되고 있는지를 살펴보고 필요하다면 개선하는 것도 생각해 보아야 할 것이다.

앞서 살펴본 판례들은 행정이 최종적인 처분을 내리기 이전에 준비절차 내지 사전절차적 의미를 갖는 중간적 결정에 대하여 사법심사를 인정하는 취지라는 공통점이 있다. 그리고 판례는 중간적 결정의 처분성이 인정되는지 여부에 중점을 두고 판단하고 있으며, 처분성 자체를 부정하는 방법을 통하여 사법심사의 범위 자체를 제한하는 것은 적절하지 않다는 것을 고려하면서 점진적으로 행정의 조치 자체에 대해서는 사법심사 가능성을 열어놓겠다는 기본적인 태도를 가지고 있는 것으로 판단된다. 원칙적으로 법원의 태도는 국민에 대한 권리구제의 영역에 흠결이 없어야 한다는 기본적인 전제에서 출발하는 것이므로 바람직한 것이라고 할 수 있다. 그렇지만 법원이 행정에 대한 사법심사를 통하여 행정의 결정을 대체하는 정도에 이르지는 않아야 할 것이다. 특히, 행정의 모든 조치에 대해서 절차의 시작단계부터 끝까지 사법심사를 전제하게 되면 행정은 독자적으로 책임을 지고 법집행작용을 하려 하지 않을 것이고, 법원의 선례나 판단이 없는 경우에는 조치를 취하지 않으려 하는 소극적 입장을 견지할 수 밖에 없다. 특히 행정조치의 상대방이 자신에게 불리한 상황이 발생하기만 하면 소를 제기하는 결과 소송이 폭주하여 적절한 기간 내에 행정소송이 진행될 수 없는 상황도 발생할 수 있다. 따라서 행정에게 자신의 독자적인 활동영역을 인정하여 주고, 특별히 행정조치의 상대방의 이익을 침해하는 것으로 판단되지 않는 단계에서는 사법심사를 자제할 수 있어야 할 것이다.

특히 앞서 살펴본 원전수거물 관리시설의 최종선정의 과정에 있었던 부지선정결정, 친일반민족행위자 재산의 국가귀속결정의 과정에 있었던 재산조사개시결정의 경우에는 행정청이 최종적인 결정을 하기에 앞서 거

치는 준비절차, 사전절차로서의 성격이 있으며, 중간적 결정을 통해서 최종적 결정을 위한 사실관계가 확정되고 조사되거나 관계인들의 의사를 확인하는 기능 등을 수행하는 것을 알 수 있다. 그리고 이러한 준비절차나 사전절차가 요구되는 영역은 행정청이 전문적으로 책임을 가지고 처분을 할 권한을 가지고 있는 것이 대부분이므로 행정의 판단을 법원의 것으로 대체하는 것이 적합하지 않은 대표적인 영역이라고 할 수 있다. 즉, 행정의 독자성과 선결권이 작용할 필요성이 있는 부분은 법원의 사법심사 범위의 내재적인 한계로서 인정하는 것이 바람직하다[107].

2. 행정의 선결권과 권리보호필요성

(1) 처분개념의 확대경향과 중간적 결정의 사법심사

우리 행정소송법상 사법심사의 대상인 처분의 개념은 행정입법이나 사실행위와 같은 경우에도 사법심사의 흠결이 발생하지 않도록 넓게 파악하는 것이 바람직하다[108][109]. 행정의 조치 자체가 사법심사의 대상이

---

107) 갑 회사와 을 회사가 공동으로 건축용 판유리 제품 가격을 인상한 후에 갑 회사가 공정거래법에 따라 부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면신청을 하고 을 회사가 2순위로 감면신청을 하였는데, 공정거래위원회가 갑 회사는 감면요건을 충족하지 못하였다는 이유로 감면불인정통지를 하고 을 회사에 1순위 조사협조자 지위확인을 해 주었고, 갑 회사는 공정거래위원회에 감면불인정통지의 취소를 구한 사건에서, 판례(대법원 2012. 9. 27. 선고 2010두3541 판결)는 감면불인정통지에 대하여 처분성을 인정하고 있는데, 공정거래위원회의 감면불인정통지와 같이 최종적인 결정이 내려지기 전에 그 조사과정에서 내려지는 것이지만 최종 심결에서 그 결과가 변경될 가능성이 거의 없는 사실상의 최종 결정에 대해서는 중간적 결정이라는 이유만으로 사법심사를 인정하지 않는 결론이 부적당한 경우도 발생할 수 있을 것이다.

108) 행정소송의 대상적격은 객관적·외형적으로 판단하여야 하며, 법적인 척도에 따라 그 적법성과 위법성이 판단될 수 있는 행위이면 법집행에 해당하므로 행정의 내부·외부의 구별 등에 구애받지 않고 처분성의 인정범위를 넓혀야 하고 여기서 제기되는 남소의 위험은 원고적격과 권리보호필요성 단계에서 원고의 이익상황의 구체성·직접성·현재성을 고려하여 방지하여야 한다는 견해로 朴正勳, 취소소송의 성질과 처분 개념, 행정소송의 구조와 기능[행정법연구 2], 174-177면 참조.

109) 프랑스의 분리가능행위 이론과 유사하게 계약의 체결과정에서 일방적인 행정행위로서 요소를 가지고 있는 부분을 인정함으로써 판례가 처분성의 확대 움직임을 보이고 있다고 설명하고

되지 않는다는 관점은 원천적으로 사법심사의 범위를 제한할 위험성이 있기 때문이다. 물론 처분성을 넓게 파악하여야 한다는 입장에 따른다고 하여 행정의 모든 조치 특히 일련의 행정절차에서의 중간적 결정에 사법심사의 시기가 앞당겨져야 한다는 결론에 이르는 것은 아니다. 하지만 단순히 처분성을 넓게 파악하여야 한다는 입장에서 법원이 적극적으로 행정의 모든 조치에 개입하여 판단하는 것을 당연한 전제로만 생각하고 이러한 측면만 강조하게 되면, 처분성이 인정되는 경우에도 권리보호필요성이 없어서 사법심사에 적당하지 않은 경우를 고려할 필요성이 간과될 가능성도 있을 수 있다.

그렇지만 처분성의 판단에 있어서도 행정이 사법과 구별되는 독자적인 조사나 조치를 함에 있어 필요한 절차들에 있어서 그 초기에 사법심사를 개시하는 것은 행정의 조치의 본래의 의의를 잃어버리게 할 수 있다는 점은 그와 별도로 충분히 고려되어야 할 근거의 하나가 된다. 그래서 행정의 독자성 내지 선결권을 보장하는 데에 법원이 일반적으로 취하고 있는 것과 같이 어떠한 행정의 조치가 처분성이 있는지 만으로 판단하는 것은 적당하지 않은 경우가 발생할 수 있다. 따라서 당해 조치에 대하여 사법심사를 구하는 원고의 특수한 상황, 당해 조치가 가지고 있는 특수성 등을 원고적격 또는 권리보호필요성 단계에서 고려하는 것을 생각해 보아야 할 것이다.

(2) 원고적격, 권리보호필요성 단계에서의 고려

원고적격 단계에서 중간적 결정에 대하여 사법심사를 구하는 자의 원고적격을 제한하는 것은 종래 판례·학설의 일반적 견해에 따른다면 쉽지 않을 것이다. 종래 판례·학설에 따르면 원고적격의 판단의 기준이

있는 것으로 강지은, 프랑스 행정법상 '분리가능행위'에 관한 연구-월권소송에 의한 행정계약 통제를 중심으로-, 서울대학교 법학박사학위논문, 2011, 208-218면 참조.

되는 법률상 이익과 관련하여 '법률'규정의 원고의 사적 이익을 보호하는 경우에만 원고적격이 인정될 수 있다고 보고 있으므로, 중간적 결정의 근거 법령이 원고의 사적 이익을 보호하는 경우이면 원고적격을 인정하게 되기 때문이다. 중간적 결정이 원고의 사적 이익을 보호하는 경우에는 원고적격 단계에서 이를 거를 수 있다고 하기 어려운 면이 있다. 하지만 원고가 다투고자 하는 행정청의 조치가 행정의 본 처분을 위한 준비단계에 있으므로, 당해 조치를 통해서 본 처분을 위한 중요한 자료가 준비될 수 있고 그에 기초하여 본 처분의 결과가 달라질 수 있다는 점이 고려될 필요성은 여전하다고 할 수 있다. 이 부분은 행정이 입법 및 사법과 달리 전담하여야 하는 영역이라고 할 수 있기 때문이다. 그렇다면 이 부분에 대한 사법심사를 개시할 것인지 결정함에 있어서는 법원이 행정의 결정에 대한 사법심사가 가능하다고 하더라도 행정의 결정을 존중하여 이를 자제하는 것이 바람직하며, 이러한 고려가 원고적격의 판단 부분에서 충분히 고려될 수 없다면 권리보호필요성 나아가 전체적인 소의 이익의 심사에서 참작할 수 있는 요소가 될 수 있을 것이다.

물론 우리 행정절차법 제22조 제1항에서는 개별 법령에 청문을 하도록 규정하고 있는 경우와 행정청이 필요하다고 인정하는 경우에 청문절차를 거치도록 하고 있어 행정의 조치에 있어 청문절차가 항상 개입되는 것은 아니다. 따라서 제도적으로 청문절차가 행정의 조치에 원칙적으로 의무화되는 등 청문절차의 확충·보완되기 전까지는 중간적 결정이라는 이유만으로 처분성이 인정되기 어렵다는 결론에 이르기는 어려울 것이다. 그렇지만 행정의 조치의 처분성을 고려함에 있어서 나아가 원고적격 및 권리보호필요성을 포괄하는 소의 이익을 판단함에 있어서 중간적 결정과 같은 영역에 대한 행정의 선결권이 중요한 고려요소가 되어야 함은 부정할 수 없을 것이다.

(3) 소결

법원의 사법심사의 범위를 결정하는 우리 행정소송제도상 제도로는 크게 행정청의 조치의 처분성, 행정청의 조치에 대하여 심사를 구하는 자의 원고적격 내지 소송의 필요성에 대한 포괄적 요건으로서 권리보호필요성[110]을 들 수 있을 것이다. 미국 행정소송제도에서 최종적인 행정의 조치에 이르는 행정의 절차 중간에 사법심사를 개시하는 것이 적당한지 판단하는 것은 최종성의 문제, 사법심사를 구하는 자가 자신이 취할 수 있는 행정 내부적 절차를 모두 소진하였는지 판단하는 것은 소진성의 문제로 파악하는 측면이 있다. 중간적 결정에 대해서 처분성의 측면에서 접근하는 것은 미국 행정소송제도에서 행정의 조치가 최종성이 있는지 판단하는 것과 유사한 형태이다. 하지만 앞서 살펴본 바와 같이 처분성을 자체를 제한하는 것은 중간적 결정이라는 이유만으로 사법심사를 거부하는 부작용이 발생할 수 있으므로, 소진성의 측면 즉, 원고가 취한 조치나 원고 또는 사법제도 전체의 이익의 관점에서 살펴보는 것도 필요한 것이다. 중간적 결정을 받았을 때 원고가 이에 이의할 수 있는 행정 내부적 절차가 존재하는지, 중간적 결정이 원고가 갖는 사실상 이익에 어떠한 영향을 미치는지 등에 대해서 고려하는 것은 처분성을 판단함에 있어서보다는 원고적격이나 권리보호필요성을 판단함에 있어서 고려하기 쉬운 요소이기 때문이다. 원고적격을 판단함에 있어서 행정소송법상 판단기준인 "법률상 이익"을 원칙적으로 개별 법률, 관계 절차법률, 헌법상 원리까지 확대하는 논의[111]가 이루어지고 있는데, 원고적격의 확대로 인하여 넓혀진 사법심사의 범위는 합리적인 범위에서 조정될 수 있어야 하며, 중간적 결정의 성격을 가진 행정의 조치에 대해서는 권리보호필요성 등을 근거로 사법심사를 합리적인 범위에서 제한하는 것이 가능해질 수 있을 것이다. 원고적격이 일차적으로 행정청을 보호하기 위한

110) 朴正勳, 취소소송의 사유형, 행정소송의 구조와 기능[행정법연구2], 70면 참조.

111) 김동희, 행정법 I, 박영사, 2012, 723-729면, 김남진, 김연태, 행정법 I, 법문사, 2010, 752-756면, 행정법관계의 구조적 변화에 따라 기존의 보호규범론을 비롯한 소송요건에 관한 이론을 재검토할 필요가 있다는 견해로 이원우, 경제규제법론, 홍문사, 2010, 554-566면 참조.

것이고, 권리보호필요성의 주된 취지는 법원을 보호하는 데 있다고 보면서 권리보호필요성이 문제가 되는 경우로 법원에 의한 권리구제의 불필요성이나 소송의 무익성, 부당한 목적의 추구, 때이른 소송의 경우를 들 수 있다는 점[112]에서 권리보호필요성의 관점에서 판단하는 것은 중간적 결정에 대한 사법심사를 제한하는 데 중요한 근거가 될 수 있을 것이다. 우리 판례에서 법률상 이익을 소의 이익이라는 상위개념을 포괄하고 있고 독일에서와 같이 대상적격(처분성), 원고적격, 권리보호필요성이 그렇게 명확히 구별될 수 없으며 이들 세 개의 관점이 '취소소송을 통해 보호할 가치 있는 이익'이라는 단일 기준으로 통합하는 견해[113]를 취하는 경우에도 중간 결정에 대한 사법심사를 제한하는 근거로서 행정의 선결권은 충분한 의의가 있다고 할 수 있을 것이다.

III. 중간적 결정의 처분성과 관련 논의에 대한 시사점

중간적 결정에 대한 판례·학설의 일반적인 태도는 처분성 유무를 중심으로 하고 있다. 즉, 행정청의 행위에 대하여 불복하여 법원에 심사를 요청하려고 하는 경우 항고소송의 대상이 될 수 있는지에 대하여 당해 행위가 처분성을 갖추었는지를 논하면서 "행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 공권력의 행사 또는 그 거부와 이에 준하는 작용"에 해당하는지 여부를 기준으로 판단하면서 관련 법령의 내용과 취지, 행위의 주체, 내용, 형식, 절차, 이해관계인이 입는 불이익, 법치행정 원리 등을 참작하여 판단한다고 하고 있으며, 학설상으로 처분성이 문제되는 행정계획, 사실행위, 내부적 행위, 행정규칙, 행정계약 등의 경우를 다루고 있지만 어떠한 행정청의 행위가 항고소송의 대상이 되는 처분성이 있는 것인지 여부에 대해서만 논의가 집중되어 있고, 행정청의 행위

112) 독일법상 취소소송의 일반적 권리보호필요성에 대한 설명으로 朴正勳, 취소소송의 소의 이익과 권리보호필요성, 행정소송의 구조와 기능[행정법연구2], 292-302면 참조.

113) 朴正勳, 취소소송의 소의 이익과 권리보호필요성, 행정소송의 구조와 기능[행정법연구2], 318-324면 참조.

가 사법심사의 대상으로 고려되는 것이 가장 적합한 시점이 언제가 되어야 하는 것인지에 대한 정책적 판단이 소송요건 전반에 있어 고려되어야 할 필요가 있다는 실용적인 사고는 충분하지 않았다고 할 수 있다.

물론 처분성의 판단을 위해서 일률적인 기준만이 사용되는 것도 아니고 처분과 관련된 제반 사정이 종합적으로 고려된다는 측면에서 중간적 결정에 대한 행정의 선결성 존중의 필요성은 처분성의 판단에 이미 포함되어 있거나 포함될 수 있는 것이라고 할 수 있을 것이다. 따라서 중간적 결정에 대한 행정의 선결성 존중이라는 측면이 처분성의 판단기준으로서 중간적 결정에 해당하기만 하면 처분성은 부정되어야 한다거나 사법심사가 제한되어야 한다고 보기는 어렵다. 하지만 우리의 취소소송구조에서 대상적격·원고적격·권리보호필요성을 상위의 소의 이익으로 고려하는 것이 필요하며, 처분성이나 권리보호필요성 등이 근본적으로 전제하여야 하는 법원의 행정의 조치에 대한 사법심사의 범위의 합리적 획정 문제에 있어 행정의 선결성의 존중은 중요한 고려요소로서 역할을 할 수 있을 것이다. 특히 미국 행정소송제도에서 사법심사 시기와 관련하여 제시하고 있는 최종성, 성숙성, 소진성의 원칙에서 고려하고 있는 행정의 선결권 확보를 위한 근거들이 활용될 수 있을 것이다.

행정의 전문성 확보의 필요성, 행정의 경제성 및 효율성, 행정의 자기오류시정기능의 보호와 시민 또는 국민에 대한 폭넓은 행정에 대한 사법심사의 가능성은 어느 한쪽만 강조되어야 하는 가치가 아니라, 서로 조화되어 행정소송 제도 속에서 구현되어야 할 것이다. 현재 우리 학설·판례는 원칙적인 법원의 행정에 대한 사법심사의 흠결을 보완하는 측면에서 처분성과 원고적격 등의 확대를 중시하고 있다. 아직까지도 행정의 자의적 집행과 남용이 사라진 것은 아니고, 사법심사가 불가능한 행정조치의 존재한다는 것은 행정의 자의적 집행과 남용의 가능성을 인정하는 결과가 되므로 처분성과 원고적격 확대의 방향성 자체는 당연한 것이

라고 할 수 있다. 그러나 권력에 대한 시민의 통제가 어느 정도 수준에 오르게 되는 경우, 시민에 대한 권리확보가 항상 최우선 과제로서 법체계 및 헌법이 요구하는 것이라고 할 수는 없을 것이다. 사법심사의 가능성은 최대한 넓히되, 전문성이 있고 충분한 사전 절차가 확보되는 행정의 영역에 대해서는 행정의 선결성을 존중하여 행정에 대한 불필요한 사법심사가 자제될 수 있어야 한다. 사법심사를 요구하는 자의 권리확보로 인하여 행정의 효율적인 집행이 방해받게 됨으로써 다른 부분에 사용될 수 있는 행정의 자원이 낭비될 수 있으며, 그보다 더 중요하게 권리가 침해되는 자의 사법심사에 대한 기회가 지연 내지 박탈될 수도 있기 때문이다[114]. 단순히 행정에 의해서 권리가 침해되는 개인의 문제에서 행정과 법원 사이의 효율적인 업무영역 구획을 통한 사회적 자원의 합리적 배분의 문제로 행정법의 문제의식도 변화될 필요가 있다. 우리나라도 행정의 다른 국가권력들에 대한 독자적 지위와 국민에 대한 우월적 지위를 확보하는 법치주의 및 행정법의 성립단계에서 행정법의 기능이 행정에 대한 법적 구속을 최대한 확대하여 사실성 잔존하고 있는 행정의 독자성과 우월성을 삭감하는 법치주의 및 행정법의 발전단계를 거쳐, 자유주의적 법치주의와 공익실현책임이라는 규범충돌 영역에서 사익과 공익의 대립을 조화시키는 방법론을 모색하는 법치주의 및 행정법의 성숙단계에 이르렀다고 할 것이기 때문이다[115].

---

114) 소의 이익의 범위를 결정함에 있어 원고의 입장만이 아니라 응소의 부담을 지는 행정청, 소송의 심리 및 본안판결의 부담을 지고 있는 법원의 입장이 모두 고려되지 않으면 아니되며, 특히 법원의 입장에서 소익의 확대로 법원의 부담이 증가하여 소위 '사법자원의 효율적 분배'의 문제가 발생할 수 있다는 점도 고려되어야 한다. 朴正勳, 취소소송에서의 협의의 소익-판단요소와 판단기준시 및 헌법소원심판과의 관계를 중심으로, 행정법연구, 제13호, 2005, 13면 참조.

115) 朴正勳, 행정법에 있어서의 이론과 실제, 행정법의 체계와 방법론[행정법연구1], 36-39면 참조. 물론 이러한 공익과 사익의 형량·조화와 공익실현을 위한 행정의 자율적 책임성은 '본안판단' 단계에서 이루어져야 하고 소송요건을 제한하여 사법심사의 기회를 봉쇄하는 데 원용되어서는 안 될 것이지만, 사법심사의 기회를 봉쇄하는 것이 아니라 개별적인 원고의 상황과 법령의 해석들을 통해 유형화가 가능하다고 한다면 이를 소송요건 단계에서 고려할 수 있을 것이다. 법원의 행정에 대한 존중을 나타내는 방법으로서 사법심사의 자제는 본질상 본안판단의 단계에서보다는 소송요건 단계에서 사법심사를 거부하는 방법으로 나타날 수 밖에 없는 한계를 가지기 때문이다.

제2절 의무이행소송의 문제

I. 의무이행소송제도의 도입

1984년 전면 개정되어 시행되어온 현행 행정소송법은 행정수요의 급속한 확대 및 민주화에 따라 급격하게 향상된 국민의 권리의식에 부응하지 못하고 있다고 비판받아 왔으며 이에 따라 행정소송법 개정의 필요성은 2000년대 초반부터 제기되어 왔다. 그리고 대법원 행정소송법 개정위원회의 2004년 행정소송법 개정안, 법무부의 2007년 4월의 행정소송법 개정안이 마련되었으나 폐기된 바 있고, 2011년 들어와 행정소송법 개정 움직임이 다시 시작되어 2011년 행정소송법 개정위원회의 개정작업을 통해 2012년 5월 경 행정소송법 개정안이 마련되었다[116].

행정소송법 개정안에는 27개 쟁점이 선정되어 논의되었는데, 그 중에서 행정소송제도로서 도입이 결정된 주요한 제도로 의무이행소송제도와 예방적 금지소송제도를 들 수 있다. 의무이행소송제도는 행정청의 부작위와 거부처분에 대하여 인정되고 있는 부작위위법확인소송, 거부처분취소송이 국민의 권리구제에 불편이 있다는 문제를 근본적으로 해결하기 위하여 원고가 바로 계쟁처분의 발급을 구하는 형태의 소송을 말하는 것으로서[117], 행정의 처분이 없는 경우에 법원이 행정을 대신하여 판단을 내리는 것이 행정의 선결권을 침해하는 것인지와 관련하여 문제가 될 수

116) 정하중, 행정소송법 개정 논의경과, 행정소송법 개정 공청회 자료집(법무부) 2012. 5, 3-4면 참조.

117) 의무이행소송 도입을 주저하는 이유로 행정청의 선결권이 행사되지 않은 상태에서 법원의 판단이 내려질 수 없다는 행정의 1차적 판단권이 근거가 되기도 하나 이를 고전적인 권력분립론에 기반한 것으로 오늘날의 권력분립이론에 중대한 변용이 요청되고 있으므로, 명문의 규정으로 의무이행소송이 인정되지 않더라도 무명항고소송으로서 의무이행소송의 도입도 가능하며 무하자재량행사청구권 및 행정개입청구권의 문제를 고려한 요건이 문제일 뿐이라는 견해로, 김현준, 신청권과 무하자재량행사청구권·행정개입청구권 -의무이행소송론 서설-, 행정법연구 제28호, 2010, 88-89면 참조.

있다.

II. 의무이행소송의 장점과 문제점

1. 분쟁의 일회적 해결

의무이행소송은 행정행위의 발급신청에 대한 행정청의 거부 뿐만 아니라 부작위에 대해서도 인정되므로, 부작위에 대한 별도의 소송유형이 필요없고, 우리판례상 거부처분 및 부작위의 성립요건으로서 신청권의 문제가 발생하지 않으며, 의무이행판결이 확정되면 행정청은 다른 요건의 불비를 등을 이유로 계쟁 행정행위의 발급을 거부할 수 없게 되어 분쟁의 일회적 해결이 가능하다는 장점이 있다. 의무이행소송은 종래 행정청의 거부처분에 대해서는 거부처분 취소소송 및 거부처분 취소판결의 기속력과 간접강제를 통하여 해결하고 있었던 문제들과 부작위의 경우 부작위위법확인소송을 통해서는 판례상 '응답강제'만 구할 수 있을 뿐이어서[118] 부작위위법확인소송에서 승소하고도 또다시 거부처분취소소송을 구해야 하는 불편을 일거에 해소할 수 있는 제도라고 할 수 있다.

2. 행정절차 경시와 법원의 권위 손상

반면 의무이행소송이 활성화되면 행정절차가 독자적 의미를 상실하고 소송절차 안으로 포섭되어 법원의 부담이 가중되는 문제점이 나타나게 된다[119]. 나아가 행정의 부작위나 거부처분에 대하여 법원이 행정을 대신하여 행정이 특정한 행위를 해야 한다는 판단을 하는 것은 법원에 의

118) 김동희, 행정법 I, 박영사, 2012, 100-101면 참조. 실정법상 행정청의 처분의무가 특정 처분을 하여야 하는 경우에도, 법원은 다만 신청에 대한 방치상태가 위법한 것임을 확인할 수밖에 없다. 대법원 1990. 9. 25. 선고 89누4758 판결.

119) 朴正勳, 행정소송의 구조와 기능[행정법연구 2], 581-583면 참조.

하여 행정의 판단이 대체된다는 문제가 제기될 수 밖에 없다. 그리고 법원에 의한 행정의 판단 대체는 법원의 권위 손상을 가져오게 된다[120]. 법원의 행정재판권은 행정과 적정한 거리를 유지하면서 행정을 통제하는 감독적 기능을 수행할 때에 권위가 살아날 수 있는데, 법원이 의무이행소송을 통해 행정청이 하는 방식 그대로 행정행위 발급요건을 모두 심사하게 되면 법원의 판단에 대하여 행정청이나 국민이 이를 존중하는 정도도 낮아지게 될 수 있는 것이다.

3. 행정의 독자성과 법원의 업무부담 가중

또한 법원이 행정청의 판단의 적법/위법에 대한 판단이 아니라 특정한 행위를 위한 요건의 충족 여부를 하나하나 검토하고 판단하는 것은 법원의 업무부담을 엄청나게 가중시키게 될 것이다. 게다가 행정과 자신의 업무 영역에 대한 독자성을 존중받아야 할 필요가 있고 특히 행정이 사법의 판단대상이 되었을 때라고 하더라도 행정의 전문적 지식을 활용한 행정절차 등이 각 개별법령에 정해져 있으며 그 절차를 통하여 합리적인 범위 내에서 내린 결론이라면 이러한 결정은 어느 정도 존중을 받아야 한다. 법원은 그 절차의 준수여부를 판단하거나 당해 절차가 헌법이나 법률에 정하고 있는 원칙을 위반하고 있는지 판단하는 데에 전문성이 있는 기관일 뿐 직접 그러한 결정을 내리는 데에 전문적인 기관이 아니기 때문이다.

4. 위법성 판단의 기준시점

120) 의무이행소송에 있어 행정청의 일차적 판단권 무시, 행정절차의 경시, 법원의 부담가중과 같은 문제는 독일에서도 지적되고 있다고 한다. 朴正勳, 행정소송과 행정절차(1), 행정소송의 구조와 기능[행정법연구 2], 583면 각주 36, 朴正勳, 원고적격・의무이행소송・화해권고결정, 행정소송법 개정 공청회 자료집(법무부) 2012. 5, 26면 참조.

특히 적법한 거부처분 이후의 적법한 거부처분을 위법하게 만드는 사정변경이 발생하였을 때 원고가 거부처분에 대한 의무이행소송을 제기한 경우에 법원이 직접 행정청에게 특정한 행위를 명하는 판결을 하게 되면 행정의 선결권 내지 1차적 판단권의 본질적 부분을 침해하게 될 수 있다. 이것은 행정청의 조치의 위법성을 판단하는 기준시점과 관련한 문제로서 행정청의 조치의 위법성을 판단하는 기준시점은 의무이행소송을 이행소송으로서 형성소송인 취소소송과 구별하는 견해에 따르면 위법성의 판단기준시도 이행소송의 일반이론에 따라 판결시로 보게 된다[121]. 이 경우에 법원으로서는 판결시에 행정청의 조치가 위법하므로 당연히 행정청에게 특정한 행위를 명하게 되는데, 행정청으로서는 자신의 판단시에 적법하였던 행위가 사정변경으로 인하여 위법하게 되었다고 하여 취소되는 것에서 나아가 특정한 행위를 해야 할 의무를 부담하게 되는 결과를 받아들이기 힘든 것이다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 의무이행소송을 소송의 기능적 측면에서 특징을 파악하여 항고소송에 포함되는 소송으로 보는 견해에 따르면 의무이행소송의 본질은 행정청의 조치, 즉 거부처분과 부작위에 대한 탄핵을 핵심으로 하되, 원고의 권리구제의 편의와 피고행정청의 의무명시를 위해 의무이행판결을 선고하는 것이므로 의무이행소송에는 당연히 거부처분취소소송이 결합된 것으로 파악되고, 처분시를 기준으로 거부처분의 위법성이 인정될 때 그 거부처분을 취소함과 아울러, 판결시를 기준으로 행정청의 의무가 존속하는 경우 의무이행판결을 선고하게 되는 것이라고 구성하는 견해가 제시된다[122].

또한 거부처분의 경우에 처분사유로 제시된 거부사유가 위법하면 거부처분을 취소하는 것은 분명하지만, 그 밖에 행정청이 추가·변경한 거부

121) 오에스더/하명호, 의무이행소송의 도입과 그 방향, 안암법학, 2012, 116면., 김연태, 의무이행소송과 예방적 금지소송의 쟁점 검토 - 법무부 행정소송법 개정시안을 중심으로 - , 고려법학, 2007, 302면 참조.

122) 이 견해에 따르더라도 부작위의 경우 행정청이 일차적 판단권의 행사를 처음부터 포기하였기 때문에 부작위에 대한 위법성 판단기준시점은 판결시라고 할 수 있다. 朴正勳, 원고적격·의무이행소송·화해권고결정, 행정소송법 개정 공청회 자료집(법무부) 2012. 5, 22-25면., 朴正勳, 행정소송과 행정절차(1), 행정소송의 구조와 기능[행정법연구2], 585면 각주 41 참조.

사유들을, 또는 행정청이 추가변경하지 않더라도 그 밖의 근거법령상의 처분발급요건들을 어디까지 심리하여야 하는지에 대하여 행정소송법 개정안 제47조[123]를 살펴볼 필요가 있다. 제2호는 재량행위에 대한 취소의 경우에는 행정청의 재량의 여지가 존속하기 때문에 제2호의 판결이 선고될 것이지만 기속행위의 경우에도 거부처분이 위법하여 취소되더라도 나머지 법령상 요건들을 전혀 심리하지 않거나 심리가 용이한 일부의 요건만을 심리한 채 제1호의 의무이행판결을 선고하지 않고, 제2호의 의무이행판결을 선고할 수 있는지가 문제된다. 의무이행소송의 본질 내지 구조에 대해서 의무이행소송을 이행소송으로 파악하는 견해는 법원의 심리범위를 가능한 넓히고 심리하여 제1호의 의무이행판결을 선고하여야 한다는 방향으로, 의무이행소송을 항고소송에 포함되는 것으로 파악하는 견해는 행정청의 일차적 판단권을 존중하여 제2호의 의무이행판결을 선고해야 한다는 방향으로 결론을 내리게 될 것이다. 우리나라 행정법원의 인적·물적 설비 등의 실제적 한계 등을 고려할 때 법원의 심리범위를 무작정 넓히고자 하는 것은 현실성이 없고, 사건의 종류에 따라 운전면허, 영업허가, 소규모 건축허가 등 간단한 사안에 대해서는 충분히 심리하되, 기속행위라도 불확정개념의 충족 여부[124] 및 복잡한 증거조사나 감정이 필요한 사건의 경우에는 행정청으로 사건을 되돌려 행정절차를 다시 밟도록 하는 것이 바람직할 것이다[125].

---

123) 제47조(의무이행판결) 법원은 행정청의 거부처분이나 부작위가 위법한 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 판결한다. 거부처분의 경우에는 이를 함께 취소한다.
1. 당사자의 신청에 따른 처분을 할 의무가 있음이 명백하고 그 의무를 이행하도록 하는 것이 상당하다고 인정하는 경우에는 행정청이 그 처분을 하도록 선고한다.
2. 그 밖의 경우에는 행정청이 당사자의 신청에 대하여 판결의 취지에 따라 처분을 하도록 선고한다.

124) 불확정개념에 대하여는 일차적으로 행정이 법집행과정에서 해석·적용을 한 후, 법원이 사후적으로 행정의 해석·적용에 대하여 사법심사를 하여 두 개의 국가기관인 법원과 행정이 관여하므로 사법심사에서는 법원이 행정의 판단을 어느 정도로 존중할 것인가의 문제가 발생하며, 원칙적으로 시장규제기관의 결정에 대하여는 요건재량을 확대인정하고 제한적 사법심사를 하되, 예외적으로 과징금 부과나 영업정지·취소 같은 처벌적 제재처분은 그 침해의 중대성에 비추어 전면적 사법심사의 대상으로 보는 견해로 임성훈, 전게논문, 265-267면 참조.

125) 朴正勳, 원고적격·의무이행소송·화해권고결정, 행정소송법 개정 공청회 자료집(법무부) 2012. 5, 25-26면 참조.

III. 의무이행소송과 행정의 선결권 존중

행정소송법 개정안은 일본의 입법례와 달리 병합제기규정을 두지 않았기 때문에 의무이행소송과 거부처분 취소소송 중에 자신에게 유리한 소송형태를 선택할 수 있도록 하고 있어, 의무이행소송과 거부처분취소소송 중에 자신에게 유리한 소송형태를 선택할 수 있도록 하고 있다. 의무이행소송의 도입은 어쨌든 국민의 권리구제방안의 선택권을 넓히고 행정소송에서 원칙적인 판결을 취소소송으로 보고 있었던 기존의 태도에 대하여 이행소송을 고려해야 한다는 새로운 과제를 던져준 것임에는 틀림없다고 할 것이다. 그러나 행정에 대한 사법심사의 강도 및 심리범위를 확대하는 것은 권력분립이나 자원의 합리적 분배, 행정청의 형성적 행정절차의 원활한 운용 등에 반하는 측면이 있다는 점을 간과할 수 없다. 특히, 의무이행소송의 도입으로 인하여 법원의 거부처분의 위법성 판단기준시를 논함에 있어서 사정변경 이후 행정의 일차적 판단이 이루어지지 못하게 됨으로써 법원이 행정의 판단을 대체하게 되는 것이 문제가 될 수 있다. 이 경우 거부처분에 대한 의무이행소송에 있어서도 처분시를 기준으로 거부처분의 위법성을 판단할 수 있도록 이론구성하는 것이 필요하며 그 주요한 근거로서 행정의 선결권의 존중이 제시될 수 있을 것이다.

국민의 권리구제방안의 선택권을 넓히는 방향으로 새로 도입되는 제도를 형성하는 것이 기본적으로 타당한 것이다. 하지만 모든 분쟁을 사법부의 판결로서 해결하자는 사법만능주의에 빠지는 것 또한 경계해야 할 것이다. 사회의 모든 분쟁은 태양, 관련자들의 성격 등에 따라 여러 분쟁해결기관이 존재할 수 있고, 분쟁을 가장 효율적으로 되도록 모든 관련자들에게 이익이 되는 방향으로 해결하는 것이 바람직하다. 가장 대표적인 분쟁해결기관이 법원임은 더 말할 필요가 없지만 그렇다고 하여 모든 분쟁을 법원이 해결해야 하는 것은 아니다. 특히 다른 행정의 조치에

대한 분쟁에 있어서 행정 내부적으로도 이를 해결할 절차와 제도를 갖추고 있다면, 그러한 분쟁해결절차의 장점을 살리고 발전시켜야 한다. 법원의 최종적 분쟁해결기관으로서의 권위는 모든 사건을 심사하기 때문이 아니라 그 판단의 신중함과 공정함에서 나오는 측면이 더 크기 때문이다. 이러한 점에서 소진성의 원칙은 의무이행소송제도의 도입에 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

제3절 예방적 금지소송의 문제

I. 예방적 금지소송의 의의

2012년 5월경의 행정소송법 개정안의 주요한 내용 중 하나로 포함된 것으로 예방적 금지소송을 들 수 있다. 예방적 금지소송제도는 위법한 처분이 행하여질 개연성이 매우 높고 사후적 구제방법으로는 회복하기 어려운 손해발생이 예상되는 경우에 현행법상 사전에 그 처분을 금지하는 소송을 제기할 수 있는 방법이 없으므로 이 경우 발생하는 권리구제의 흠결을 메우기 위하여 행정작용에 의한 권리침해를 행정소송을 통하여 배제하는 것을 말한다. 예방적 금지소송은 행정이 자신에게 부여된 권한과 과제를 수행하기 전에 법원이 개입하는 것을 허용한다는 측면에서 행정의 선결권을 침해하는지 문제가 될 수 있다. 종래 학계에서 한정된 범위 내에서만 허용된다는 이른바 한정적 긍정설[126]이 다수였기 때문에 행정소송법 개정안에서도 예방적 금지소송의 도입이 기정사실화되었으나 예방적 금지소송의 최후보충성을 확보하기 위한 요소들이 추가되었다[127].

---

126) 김동희, 행정법 I, 박영사. 2012, 698면 참조.
127) 김중권, 권리구제확대를 위한 획기적인 전환의 마련, 행정소송법 개정 공청회 자료집(법무부) 2012. 5, 45면 참조.

II. 예방적 금지소송의 필요성

예방적 금지소송은 기왕 발해진 행정의 조치에 대한 사법 통제에서 나아가 행정결정의 제지를 목표로 삼는 것으로서, 행정의 기능영역에 대한 사법적 개입을 초래한다는 면에서 권력분립원칙에 반하는 것이라는 비판을 받아 왔다. 또한 명시적으로 예방적 금지소송을 인정하는 것보다 대상적격 내지 처분성의 확대를 통하여 동일한 목적을 달성할 수 있다는 비판도 가능하다. 그러나 헌법상 권력분립원리는 권력들간의 절대적인 분리가 아니라 권력 상호간의 견제와 균형을 통해 궁극적으로 개인의 자유와 권리 보호를 목적으로 하므로, 사후적 권리구제의 원칙이 항상 우선해야 할 필요가 있는 것은 아니다. 실제로 예방적 금지소송이 문제되는 경우는 동일한 내용의 처분이 수차에 걸쳐 반복되는 경우에는 장차 행하여질 처분과의 관련하여 행정청의 1차적 판단권이 실질적으로 행사되었다고 할 것이고, 객관적으로 특정 처분이 행하여질 것이 명백한 경우나 공권력에 의한 침해가 절박한 경우에 예방적 금지소송의 필요성이 인정될 수 있다[128]. 이러한 경우에 국민의 실효적 권리보호를 위하여 예방적 권리구제가 허용될 수 있어야 하고, 다른 나라의 실무[129]를 살펴보아도 예방적 금지소송의 인정에 있어 행정의 선결권을 존중할 필요성이 간과되고 있지 않고, 국민의 권리구제와 행정의 선결권 간의 조화를 도모하고 있는 것을 알 수 있으므로, 권력분립원칙과 행정의 선결권이 우리 행정소송제도하에서 예방적 금지소송을 받아들이지 못할 이유가 되지 않는다고 한다[130].

---

128) 김동희, 행정법 I, 박영사, 2012, 699면 참조.

129) 미국의 경우 사법심사상으로 보충성(소진성), 최종성, 성숙성 원리 혹은 일차적 관할권 원리를 통하여 행정의 선결권이 보장하고 있으며, 원고에게 지나치게 가혹한 곤경이 초래되거나 문제된 행정작용의 위법성이 명백하거나 혹은 문제된 사안에 행정의 전문성이 개재되어 있지 않다면 행정의 선결권을 보장하는 데 기여하는 원칙들을 적용하고 있지 않으므로(세 부분 원칙의 적용), 충분히 행정의 선결권이 보장된다는 취지이다. 이현수, 전게서, 270-271면 참조.

130) 이현수, 전게서, 267면 참조. 특히, 독일에서도 예방적 금지소송은 판례상으로 인정받은 것이지, 우리 행정소송법 개정안과 같이 명문으로 인정하고 있는 제도는 아니다.

III. 예방적 금지소송과 행정의 선결권 존중

애초에 독일에서도 사실행위로 인한 권리침해의 영역에서 예방적 권리구제제도가 활발하게 사용되기 시작하면서 행정소송상 예방적 권리구제가 헌법적 근거를 갖는 법제도임이 인정되었는데, 독일에는 행정소송상 예방적 권리구제가 전형적인 사후적 구제수단인 취소소송으로 다툴 수 없는 권리침해에 대한 대응수단으로서의 의의를 가지고 있지만, 그와 취소소송의 대상적격을 달리 보는 법제에서 동일하게 예방적 권리구제제도의 도입의 필요성에 의문을 제기할 수 있을 것이다[131].

위법한 처분이 행하여질 개연성이 매우 높고 사후의 구제방법으로 회복하기 어려운 손해발생이 예상되는 경우에 권리구제의 흠결을 메꾸는 소송형태로서 예방적 금지소송의 필요성을 인정할 수 있다고 하더라도, 우리나라의 소송제기건수 및 소송제기경향을 고려할 때 이 제도는 남소와 행정위축을 가져올 것이 너무나도 명백하다. 따라서 이러한 부작용을 줄이기 위해 특히, 행정의 선결권을 보장하기 위해서는 엄격한 요건을 두어야 할 것이다. 행정소송법 개정안에서도 그 요건으로 행정청이 "장래에 위법한 처분을 할 것이 임박한 경우", 그 "처분의 금지를 구할 법적 이익이 있는 자"가 사후에 그 처분의 효력을 다투는 방법으로 "회복하기 어려운 중대한 손해가 발생할 것이 명백한 경우"를 규정하고 있다. 기본적으로 행정청이 고려하는 행위의 처분성과 처분의 임박성, 처분의 금지를 구하는 자의 원고적격, 권리보호필요로서 회복하기 어려운 중대한 손해 및 그 명백성까지 실제로 예방적 금지소송에 엄격한 요건을 규정하고 있음을 알 수 있다[132]. 실제로 법원이 이러한 요건을 실제로 해석하고 적용함에 있어서 국민의 권리구제와 행정의 선결권을 조화롭게

131) 이현수, 전게서, 266면 참조.

132) 이에 대하여 행정소송법 개정안이 예방적 금지소송 도입의 취지를 무색하게 할 수 있다는 반론이 제기될 수 있지만, 예방적 금지소송이 사법통제에서 비상적 수단이지 정상적 수단이 아니라는 점에서 정당화하고 있는 건해로, 김중권, 권리구제확대를 위한 획기적인 전환의 마련, 행정소송법 개정 공청회 자료집(법무부) 2012. 5, 46면 참조.

보장하는 방안을 찾는 것이 예방적 금지소송제도가 성공적으로 정착할 수 있을지 여부를 결정하게 될 것이다.

제4절 행정심판의 임의절차화

I. 준사법절차로서의 행정심판

행정심판은 널리 행정기관이 행하는 행정법상 분쟁에 대한 심리·판정 절차를 말하고, 실정법상으로는 이의신청, 심사청구, 심판청구, 행정심판 등 여러 가지 명칭으로 불리고 있다. 행정심판은 일반적으로 분쟁에 대한 심판작용이면서, 동시에 그 자체가 행정행위라는 이중적 성격을 가지고 있으며 행정상 분쟁에 관하여 사실을 인정하고 법을 적용하여 그 분쟁을 심리·판단한다는 점에서는 재판에 준하는 성질을 가진다. 우리 헌법은 "행정심판의 절차는 법률로 정하되 사법절차가 준용되어야 한다"고 규정하고 있어 심판작용으로서의 성격이 강조되고 있다[133]. 특히 독립행정위원회인 국민권익위원회소속의 중앙행정심판위원회의 탄생을 거쳐 재결청의 폐지 및 행정심판위원회에 의한 재결의 도입으로서 우리 나라의 행정심판은 본격적인 쟁송절차적 내지 준사법적 제도로 변화하였다. 행정심판의 준사법적 성격이 강화됨에 따라 행정심판의 구성과 조직면에서 심판부 제도의 도입, 행정심판의 심급화 등이 진지하게 고려되어야 할 것이다. 행정심판 제도가 행정절차적·자기통제적·행정감독적 성격에서 쟁송절차적·권리구제적·준사법적 성격으로 변화하였음에도 불구하고 우리 행정소송법은 1994년 행정심판 전치주의가 폐지된 이후 행정심판은 임의절차화되었다. 행정심판의 임의절차화는 행정심판이 행정소송과 구별되는 행정절차적 성격이 크다는 전제하에 행정심판을 거치지 않고 행정소송을 제기할 수 있도록 하는 것인데, 행정심판의 준사법적 성격이

133) 김동희, 행정법 I, 박영사, 2012, 639면 참조.

강화되면 현재 행정소송이 담당하고 있는 분쟁해결 기능을 행정심판이 일부 담당하도록 하는 것이 자연스럽다.

II. 행정심판의 임의절차화의 문제점

행정심판의 임의절차화는 거칠게 말하자면 미국 행정소송상 소진성의 원칙을 원칙적으로 부정하는 것이라고 할 수 있다. 물론 미국의 행정소송제도에서는 개별결정이 내려지기 위하여 청문을 비롯한 행정절차가 밀접하게 결합되어 있다는 점에서 우리나라의 행정절차와 행정심판이 엄격하게 구별되어 있는 것과 많은 점에서 다르므로 미국행정소송상 소진성의 원칙이 적용되는 경우라고 하여 우리 행정소송상 바로 사법심사를 인정하지 않는 결론이 나올 수 없다. 특히 행정절차법상 청문절차를 갖추어야 하는 행정의 처분이 제한되어 있으므로, 적어도 청문절차의 보완·확충이 되기 전까지 행정심판의 임의절차화 원칙을 대신하여 바로 행정심판전치주의로 전환하는 것은 성급한 것이라고 할 수 있다. 하지만 사법심사를 구하는 자는 행정심판을 구함으로써 행정 내부적 절차에서 이의제기할 기회가 있지만, 이러한 절차를 거치지 않고 행정소송을 제기한다고 하여도 사법심사가 거부되지 않음으로써 여러 가지 문제가 발생할 수 있음은 부정할 수 없을 것이다. 행정심판의 임의절차화를 취하게 됨으로써 법원은 원고가 행정의 조치의 어느 단계에서 소송을 제기하는 경우든 당해 조치가 행정소송의 대상이 되는 처분으로서 대상적격이 있는지를 중심으로 판단할 뿐, 당해 행정조치에 대하여 행정 내부적으로 어떠한 절차를 거칠 수 있는지, 행정심판을 거쳤는지에 대해서는 원칙적으로 관심을 기울이지 않게 된다. 결국 행정심판은 행정소송을 위한 증거수집을 용이하게 하는 수단으로서 사용되는 경우가 많아지고, 행정 조치의 상대방이 행정심판의 결과에 수긍하지 않게 될 가능성도 높아지게 된다.

행정심판의 의의는 행정의 자율적 통제기회 보장, 사법기능의 보완, 법원의 부담경감 및 그 구제수단으로서의 간이성·신속성 등 제도적 장점에 있다[134]. 행정의 조치에 이의가 있는 자에게 행정심판을 먼저 거치게 하는 것은 행정의 입장에서는 내부적으로 오류의 시정의 기회를 가질 수 있게 되는 것이고, 행정의 조치에 이의 있는 자의 입장에서는 재판보다 간이하고 신속한 권리구제를 받을 수 있게 되며, 행정소송이 처분을 위법하다고 판단할 수 있을 뿐이지만, 행정심판은 그 뿐 아니라 처분을 부당하다고 판단할 수 있으므로 행정소송에 비해 심사강도가 높다고 할 수 있다[135]. 그런데 행정심판의 임의절차화는 이러한 행정심판의 장점의 대부분을 몰각해 버리게 된다. 행정심판이 단순히 행정소송에 대한 부가적 절차로서 취급되거나, 원고가 행정소송상 수집하기 어려운 행정 내부의 자료들을 수집하기 위한 절차로서 행정소송과 함께 제기되는 경우도 많다. 이는 행정소송을 제기하는 원고의 권익을 보호하는 데에 이중·삼중의 구제절차를 마련하는 것으로서 그러한 점에 있어서 장점이 된다고 할 수 있을 것이다. 하지만 제한된 자원으로 행정심판 및 행정소송제도가 유지되고 있는 점을 고려하면 현재 행정소송을 제기하고 있는 원고가 행정심판 및 행정소송의 자원을 과도하게 차지하는 것은 행정심판만 제기하거나 행정소송만을 제기하는 원고들에게 배정될 자원을 양쪽을 제기한 원고에게 집중하게 되는 문제를 발생시키고, 나아가 행정심판 및 행정소송의 증가로 인하여 전체 절차의 진행속도를 더디게 하는 문제를 가져오게 된다.

---

134) 김동희, 행정법 I, 박영사, 2012, 638-642면 참조. 행정심판의 존재근거로서 (a) 간이·신속한 구제, (b) 법원의 부담경감, (c) 행정청의 전문지식의 활용, (d) 자율적 행정통제가 지적된다. 헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 2001헌바40 결정. 朴正勳, 행정심판법의 구조와 기능, 행정법연구 제12호, 2004, 245면 참조.

135) 朴正勳, 행정심판법의 구조와 기능, 행정법연구 제12호, 2004, 260-261면 참조. 현행법상 행정심판의 자기통제기능을 뒷받침하는 핵심요소는 행정심판은 본안요건으로 처분의 위법만이 아니라 부당까지 심사한다는 점이다. 부당여부에 대한 심사는 행정이 스스로 정책적 관점에서 자신의 결정을 재고하는 것으로서, 행정소송에서는 권력분립원칙상 허용될 수 없기 때문에, 행정심판의 가장 중요한 존재의의가 된다. 朴正勳, 행정심판의 기능, 행정법연구 제15호, 2006, 6-7면 참조.

종전에는 행정심판에 행정절차로서의 성격이 상대적으로 더 많이 존재하고 있었지만, 행정심판의 준사법절차화되어 행정소송과 심리대상과 심리방법이 유사하게 되어 가고 있다. 또한 행정심판의 임의절차화로 인하여 개별 법률상 효율적인 권리보호에 있어서 문제가 있을 수 있다. 따라서 물론 일반적인 전치주의로의 회귀는 불가능하다고 보는 것이 현실적이겠지만 행정의 특수성, 정당성 및 소송과다로 인한 법원의 업무부담을 해소하게 되는 등의 이점에 근거하여 예외적으로나마 개별법에서 행정심판전치를 요구하도록 하는 방안을 고려하여야 할 것이다[136].

III. 행정의 선결권 존중과 행정심판전치주의

행정의 선결권을 확보하기 위해서 행정심판이 임의절차화되어있는 것보다는 행정심판전치주의가 유리하다. 행정심판을 통해서 행정에게 충분하게 자기시정의 기회를 주고, 전문지식을 활용토록 할 수 있기 때문이다. 오늘날 행정은 양적으로 확대되었을 뿐 아니라, 내용적으로도 매우 전문화되어 그에 대한 전문적 지식 없이는 그에 대한 신속·타당한 판정을 기대하기 어려워졌고, 일반법원으로서는 고도의 전문적·기술적 행정분야에 관하여 소극적일 수 밖에 없기 때문에, 행정의 전문적인 지식이 필요한 분야에 대한 판단에 있어서는 행정의 일차적 판단이 필수적인 것이라고 할 수 있다. 법원에 제소한다고 하여도 법원은 전문가의 감정 등 제3자의 증거를 또다시 필요로 하게 되며 이는 원고의 입장에서도 시간이나 비용을 추가적으로 소모하게 만드는 것이 될 수 있기 때문이다.

그러나 현재 우리나라의 행정심판 및 행정소송 제도의 인적·물적 기반을 살펴볼 때 행정심판전치주의로의 전환이 생각한 대로 행정의 선결권을 보장하고 확보하는 역할을 할 것인지 확신하기는 어렵다. 반대로 행정의 조치에 대한 국민의 권리구제의 측면에서 자의·전단적인 행정청

136) 김청규, 전게논문, 96-104면 참조.

의 조치에 대해 국민이 직접 법원에 접근하는 것을 어렵게 한다는 비판에서 자유롭지 못하게 될 것이다. 이러한 점을 해소하기 위해서는 행정심판이 행정소송과 비교하여 국민의 권리구제에 부족하지 않을 수 있도록 행정심판의 인적·물적 기반을 보강할 필요가 있다.

행정심판의 인적·물적 기반의 확충을 통하여 행정심판의 준사법절차로서 신뢰할 수 있게 된다면, 행정심판전치주의를 다시 도입하더라도 국민의 권리구제에 미흡하다는 비판을 상당부분 감소시킬 수 있을 것이다. 하지만 일반적으로 행정심판전치주의를 부활함으로써만 행정의 선결권을 확보할 수 있는 것은 아니다. 행정심판의 임의절차화를 취하고 있는 현행 제도에 있어서도 예외로서 공무원관계법과 도로교통법, 조세관계법은 행정심판전치주의가 적용되고 있어서 행정의 선결권이 필요한 최소한의 영역은 보장하고 있다는 것이 입법자의 판단일 수도 있다.

일반적으로 행정심판전치주의를 부활하는 것이 적절치 않다거나 개별법상으로 행정심판전치주의를 도입하는 것이 불필요하다고 한다면, 행정심판에 행정소송의 1심과 유사한 지위를 인정하는 방안도 고려해 볼 수 있을 것이다. 나아가 미국 행정소송에서 인정되는 것과 유사하게 사실관계 확정과 법적 판단을 분리하여 사실관계의 확정 부분에 있어서는 행정심판에서 작성한 기록을 그대로 법원에 제출토록 하고, 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 당해 기록을 판결의 기초로 삼도록 하는 방법[137][138]도 강구할 수 있을 것이다. 중요한 것은 행정심판에서 이루어지는 행정의 일차적 판단권이 행정소송에서 어느 정도로 존중받을 수 있느냐이므로, 행정심판전치주의 외에도 행정의 선결권을 보장하는 여러 가지 방안을 도입하는 것을 고려할 수 있을 것이다.

---

137) Richard J. Pierce, Jr, 전게서, 1047면 참조.

138) 우리 행정소송법에서도 당사자의 신청이 있는 때에는 결정으로 그 재결을 행한 행정청에 대하여 행정심판에 관한 기록의 제출을 명할 수 있도록 하고 있지만, 우리 행정소송제도는 원칙적으로 행정심판이 임의절차화되어 있고, 행정청은 여전히 당사자로서 취급될 뿐 사실관계 확정에 일정한 역할을 하는 기관으로 취급되지 않는다는 점에서 미국의 행정소송제도와 다르다.

제5장 요약 및 결어

제1절 요약

미국의 행정소송상 특유한 개별결정(adjudication) 절차는 최종적으로 행정청이 명령을 내리는 과정을 말하는 것으로서 미국 행정절차법상 청문이 요구되는지에 따라 정식 개별결정과 약식개별결정으로 나뉘며, 청문주재관과 행청청의 결정을 거치게 된다. 개별결정은 준사법절차로서 사법심사와 유사한 분쟁해결기능을 포함하고 있는데, 소진성은 행정청 내부에서 이루어지는 절차 중 어느 시점에서 사법심사가 인정되어야 하는 것인지에 대한 원칙이다.

미국 행정소송에서 소진성은 커먼로로부터 법원이 비교적 자유롭게 예외를 인정할 수 있는 원칙으로 발전하여 왔고, 미국 행정절차법 제704조의 재조명과 함께 개별 법령상 소진성 원칙이 규정된 경우에는 법원의 소진성에 대한 예외의 인정 여지가 상대적으로 줄어들고 있지만, 소진성의 원칙과 예외를 설명하기 위하여 판례의 분석과 유형화가 이루어지고 있다. 미국 행정소송상 소진성 원칙은 권력분립원칙을 철학적 기초로 하여 행정청의 전문지식의 활용, 준사법절차로서 분쟁해결을 담당하는 행정청의 독자적 기능, 행정청의 효율성·경제성, 과도한 업무부담의 분배 등에서 근거한다고 할 수 있는데, 소진성 원칙의 적용을 통해 미국 법원은 행정의 선결권에 대한 존중을 나타내고 있다고 할 수 있으며, 행정의 선결권에 대한 존중은 사법심사와 관련된 행정에 대한 존중주의 등을 통해서 제도 전반에 나타나고 있다고 할 수 있다.

우리 판례 중 미국 행정소송상의 소진성 또는 행정의 선결권의 존중이 문제되는 사안으로 원전수거관리시설 부지선정결정과 관련된 하급심 판

결, 친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법상 재산조사개시결정에 대한 판결 등을 들 수 있을 것인데, 법원은 중간적 결정의 성격을 가지는 행정청의 결정을 처분성이 있는 것인지를 중심으로 판단하고 있다. 행정의 판단가능성이 열려 있을 때 중간적 결정에 대하여 조기에 사법심사를 인정하는 것은 행정의 선결권에 대한 본질적 부분을 침해할 소지가 있는데, 대상적격 내지 처분성 자체를 제한하지 않는다고 하더라도 개별 원고의 상황을 고려할 수 있는 원고적격과 권리보호필요성 나아가 소송요건 전반에서 행정의 선결권을 고려할 필요가 있다. 또한 행정소송법 개정안에서 도입을 예정하고 있는 의무이행심판과 예방적 금지소송은 국민의 권리구제와 행정의 선결권의 존중 사이에서 국민의 권리구제에 방점이 찍혀있는 제도라고 할 수 있다. 마지막으로 행정심판법의 개정 등으로 인하여 행정심판의 사법절차화 경향이 강화되고 있으므로 행정 자체의 판단을 존중한다는 의미에서 1994년 이래 변화하지 않고 있는 행정심판의 임의절차화에 대한 변화도 고려할 수 있을 것이다. 하지만 국민의 권리구제와 행정의 선결권 존중은 어느 하나만을 추구해야할 가치라고 할 수는 없으므로 제도의 실질적 운영에서는 행정의 선결권 존중이 충분히 고려되어야 할 것이다.

제2절 결어

미국행정소송상 소진성을 살펴 보게 되면 행정에 대한 사법심사가 어느 시점에 이루어지는 것이 적합한가에 대하여 커먼로에서 발전한 원칙들이 현재 어떻게 적용되고 있으며, 그 적용에 주요하게 고려하고 있는 요소로서 행정의 선결권을 발견할 수 있게 된다. 우리 나라에서도 행정의 선결권과 법원의 행정 통제 사이의 균형이 미국에서와 같이 문제가 될 수 있을 것인데, 미국의 소진성의 원칙에서 행정의 전문 영역의 인정, 분쟁해결기능을 하고 있는 행정의 효율성 및 경제성, 행정과 법원 사이의 합리적 업무배분 필요성으로부터 직접적으로 행정에 대한 존중을

끌어내는 것은 우리 행정소송제도에서도 국민의 권리구제, 행정에 대한 법원의 포괄적 통제 뿐만 아니라 행정의 1차적 판단권 내지 선결권 또한 중요한 가치임을 보여줄 수 있을 것이다.

국민의 권리구제와 행정의 선결권 존중 사이의 긴장관계를 인식하고, 현재의 법실태에서 어느 쪽이 강조되고 있는지를 관찰하여 그 균형을 유지할 수 있다면 행정소송제도의 발전은 자연스럽게 담보될 수 있을 것이다. 우리 행정소송제도가 종래 행정의 자의나 전횡으로 인한 시민의 권리구제라는 점을 강조하여 왔음에 비해서 행정의 전문성 및 행정의 선결권은 국민의 권리침해라는 측면으로 치환되어 충분히 논의되고 평가되지 않았던 것으로 보인다. 따라서 미국 행정소송제도에서 인정되고 있는 소진성 원칙에 대한 이 논문에서의 논의는 우리 행정소송제도에서 국민의 권리구제와 행정의 선결권 존중 사이의 건강한 긴장관계에 대한 논의를 활발히 하는 데 도움이 될 수 있을 것이다.

참고문헌

Ⅰ. 국내 문헌

1. 단행본

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008
김남진, 김연태, 행정법 I, 법문사, 2010
김동희, 행정법 I, 박영사, 2012
_____, 행정법 II, 박영사, 2012
_____, 행정작용법, 박영사, 2005
김종보, 건설법의 이해, 박영사, 2008
김철수, 헌법학신론, 박영사, 2008
김철용・최광률 편집대표, 주석 행정소송법, 박영사, 2004
朴正勳, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005
_____, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2006
이원우, 경제규제법론, 홍문사, 2010
이현수, 행정소송상 예방적 구제, 경인문화사, 2006
한국행정법학회, 행정심판과 행정소송의 조화, 2012년 정기총회 및 제9회 학술대회 자료집, 2012. 7.

2. 논문

강구철, 원자력안전규제에 대한 사법통제와 다단계적 행정절차, 법학논총 제8집, 국민대학교 법학연구소, 1996
강지은, 프랑스 행정법상 ‘분리가능행위’에 관한 연구-월권소송에 의한 행정계약 통제를 중심으로-, 서울대학교 법학박사학위논문, 2011

김광수, 미국 행정절차법 연구-미국 행정법상 절차적 권리의 유효사거리에 관하여-, 행정법연구 제12호, 2004
김연태, 의무이행소송과 예방적 금지소송의 쟁점 검토-법무부 행정소송법 개정시안을 중심으로-, 고려법학, 2007
김중권, 예방적금지소송, 집행정지・가처분제도, 당사자소송활성화 등(권리구제확대를 위한 획기적인 전환의 마련), 행정소송법 개정 공청회 자료집(법무부), 2012. 5.
김청규, 행정심판 전치범위의 확대방안에 관한 고찰, 중앙법학 제7집 제2호(2005. 8.)
김태호, 원자력발전의 안전성 담보 시스템에 대한 법적 검토 -발전용 원자로에 대한 리스크 관리를 중심으로-, 행정법연구 제30호, 2011
김현준, 신청권과 무하자재량행사청구권・행정개입청구권 - 의무이행소송론 서설, 행정법연구 제28호, 2010
박수헌, 미국 행정법에 있어서 절차적 적법절차에 관한 고찰, 안암법학 제13호, 2001
朴正勳, 비교법의 의의와 방법론 -무엇을, 왜, 어떻게 비교하는가-, 심헌섭 교수 기념논문집, 2011
_____, 세계 속의 우리나라 행정소송, 행정심판, 행정절차 : 법치행정 삼륜의 상호관계(실질적 행정소송으로서의 헌법소원심판을 포함하여), 저스티스 통권 제92호, 2006. 7.
_____, 원고적격・의무이행소송・화해권고결정, 행정소송법 개정 공청회 자료집(법무부), 2012. 5.
_____, 취소소송에서의 협의의 소익 - 판단요소와 판단기준시 및 헌법소원심판과의 관계를 중심으로, 행정법연구, 제13호, 2005
_____, 행정심판의 기능, 행정법연구, 제15호, 2006
_____, 행정심판법의 구조와 기능, 행정법연구, 제12호, 2004

서원우, 규칙제정권에 대한 법적 통제-미국행정법의 이론동향을 중심으로-, 서울대학교 법학 제22권 2호(1981)
안경환, 미국헌법의 구도, 서울대학교 법학 31권 1・2호(1990)
양승업, 미국 행정법판사의 독립성론에 관한 고찰 - 우리 청문주재자와의 독립성 비교를 중심으로 -, 공법학연구 제11권 제4호, 한국비교공법학회, 2010
오에스더/하명호, 의무이행소송의 도입과 그 방향, 안암법학, 2012
윤남순, 미국에서의 보통법근원에 대한 논의, 안암법학, 2004
이한성, 불이익처분의 절차, 행정작용법, 박영사, 2005, 832 - 869면
임성훈, 불확정법개념의 해석・적용에 대한 사법심사에 관한 연구 -한국・미국・독일법의 비교를 중심으로-, 서울대학교 법학박사학위논문, 2011
전인환, 미국행정절차법상 '개별결정절차(adjudication)'의 공정성 확보방안에 관한 연구, 서울대학교 법학석사학위논문, 2010
정상기, 미국행정법에 있어서 행정행위에 대한 절차적 통제, 연세법학연구, 2010
정하명, 미국 행정법상 행정부의 법률해석에 관한 사법심사의 범위, 공법학연구 제8권 제2호(2006)
정하중, 행정소송법 개정 논의경과, 행정소송법 개정 공청회 자료집(법무부), 2012. 5.
주대성, 미국의 행정기관에 관한 연구 -지위와 권한을 중심으로-, 서울대학교 법학석사학위논문, 2011
최송화, 미국행정법의 장래, 서울대학교 법학, 제21권 제1호(1980)

Ⅱ. 외국문헌

Alan. B. Morrisson, Administrative Agencies Are Just Like Legislatives and Courts - Except When They're Not, 59 Admin L. Rev. 79 (2007)

Glicksman/Levy, Administrative Law : Agency Action in Legal Context, 2010

Oliver Lepsius, Verwaltungsrecht unter Common Law, Tübingen 1997

Richard J. Pierce, Jr, Administrative Law Treatise. 3vols, 5.ed, 2010

Strauss/Rakoff/Farina/Metzer, Administrative Law - Cases and Comments, 11.ed, 2011

Strauss ed, Administrative Law Stories, 2006

William F. Funk/Richard H. Seamon, Administrative Law 3.ed, 2009

<Abstracts>

A Study on the Exhaustion Doctrine in the U.S.

-Focused on the Deference of Administrative Agency's Initial Decision-Making Right -

Ko, Jae-Hyun

In the U.S. Exhaustion is the doctrine which is related to the issue whether the agency has internal procedure for remediating errors that should be used before coming to court. It has been developed as judge-made common law duty to exhaust administrative remedies and as the statutory duty exhaust administrative remedies. It is based on the principle of separation of powers in Constitution and it can allow an agency to exercise its expertise, enhance its dispute resolution function, make the adjudication procedure more efficient and lesson the excessive burden on the court. The U.S. legal system shows the deference on the agency's initial decision-making right with exhaustion doctrine.

Exhaustion in the U.S. hints on the Korean judicial review system of administrative action given that it reflects the U.S. court's attitude that the agency's initial decision-making right be deferred. In relation to the reviewability of the agency's intermediary decision, the Korean precedents only treats it as whether the agency's intermediary decision is the administrative

disposition or not, however they need to have more flexible point of view in consideration of the agency's initial decision-making right. Because the review of the court on the administrative action in an early stage of the administrative procedure can prejudice the essential part of the agency's initial decision-making right, the court need to reserve its power of review on agency's action. The latest bill of the administrative litigation act newly provides litigation for mandatory injunction and litigation for preliminary injunction, which provisions emphasize the citizen's access to the court rather than deference on the administrative agency's initial decision-making right. Since the amendment of the Administrative Apeals Act fortifies the adjudication character of administrative appeals, Korean legal system can consider the change in the provision of Administrative Litigation Act, which states that the petitioner against the agency's action can choose the dispute resolution procedure between administrative litigation and administrative appeal. However, given that the exhaustion doctrine based on the court's deference on the agency's expertise, independence, effectiveness, at least, agency's initial decision-making right should be considered as important as the citizen's access to the court in the practical management of the legal system. This study on the exhaustion in the U.S. will help the discussion on the desirable tension between the citizen's access to the court and agency's initial decision-making right.

Key word : exhaustion, agency's initial decision-making right, intermediary decision, litigation for mandatory injunction, litigation for preliminary injunction, administrative appeals

Student number : 99275-507