



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

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

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 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](#)

法學碩士學位論文

독일의 의무이행소송에 있어  
‘판결성숙성’(Spruchreife)에 관한  
연구

- 법원의 판결성숙성 성취의무에 관한 논의를  
중심으로 -

2015년 8월

서울대학교 大學院

法學科 行政法專攻

高素瑛

독일의 의무이행소송에 있어  
‘판결성숙성’(Spruchreife)에 관한  
연구

- 법원의 판결성숙성 성취의무에 관한 논의를  
중심으로 -

지도교수 朴正勳

이 論文을 法學碩士 學位論文으로 提出함  
2015년 4월

서울대학교 大學院  
法學科 行政法專攻  
高素瑛

高素瑛의 法學碩士 學位論文을 認准함  
2015년 6월

위원장 \_\_\_\_\_ (인)

부위원장 \_\_\_\_\_ (인)

위원 \_\_\_\_\_ (인)

## 국문초록

본 논문은 독일의 의무이행소송에 있어서 법원의 역할이 어느 정도까지 허용되는지에 관한 논의를 연구대상으로 한다. 독일 행정법원법은 의무이행소송이 제기된 경우 법원이 사건을 심리하여 행정행위의 거부 또는 부작위가 위법하여 원고의 권리를 침해하였고 사건이 성숙한 때에는 특정행위명령판결을, 그렇지 않은 경우 재결정명령판결을 선고한다고 규정하고 있다. 여기에서 문제되는 것은 행정청이 위와 같은 거부처분 또는 부작위 당시에 고려하지 않았던 사유를 법원이 스스로 조사하고 심리하여 사건을 성숙하게 만들어야 하는지, 즉 법원에게 판결성숙성을 성취할 의무가 있는지에 관한 것이다.

판결성숙성은 특정행위명령판결의 요건으로 작용한다는 점에서 종국판결 성숙성과는 다른 개념이고 처분사유의 추가·변경 등 다른 유사개념들과도 구별된다. 또한 판결성숙성 성취 문제는 소송유형이나 계쟁 처분의 유형에 따라 다르게 제기되는데, 법원의 판결성숙성 성취의무와 관련하여 논의가 가장 대립되는 영역이 바로 의무이행소송에서 계쟁처분이 기속적 행정행위인 경우이다.

일찍이 의무이행소송제도를 도입한 독일에서는 법원의 판결성숙성 성취의무에 관한 논의가 활발하게 이루어졌고 독일 연방행정재판소의 판례역시 오랜 기간 동안 집적되어 왔다. 법원의 판결성숙성 성취의무를 찬성하는 입장에서는 독일 행정법원법 제86조 제1항의 직권조사원칙과 법규정의 문언, 국민의 권리보호 및 소송경제의 필요성, 행정절차법상 논의를 그 논거로 들고 있고, 이에 반대하는 입장에서는 직권조사원칙에 관

한 재검토, 소송물에 의한 한계, 헌법적 관점에서의 권리보호원칙과 권력 분립의 원칙을 그 논거로 들고 있다.

결국 법원의 판결성숙성 성취의무를 인정해야 하는지 여부는 의무이행 소송에 있어서 국민의 권리구제 및 소송경제라는 측면과 행정의 선결권 존중의 측면 중 어느 부분을 더 중시하여야 하는지에 달려 있다. 그리고 이에 관한 독일의 논의는 이제 곧 행정소송법 전면 개정을 목전에 두고 있는 우리나라 행정법에 있어서 의무이행소송제도를 정립시켜 나가는 데에 큰 도움이 될 것으로 보인다. 물론 독일의 행정소송은 우리나라의 행정소송과 법체계가 다르고 실무상 운용 방식과 범위가 달라서 의무이행 소송에 관한 독일의 학설이나 실무를 그대로 추종할 수는 없다. 특히 우리나라 행정소송의 경우 독일과 같이 직권탐지주의가 원칙적으로 지배하고 있지 않고, 독일의 특정행위명령판결에 상응하는 우리나라 행정소송법 개정안 제44조 제1호의 특정처분명령판결은 독일과는 달리 ‘명백성’과 ‘상당성’을 그 요건으로 하고 있다. 따라서 우리나라 의무이행소송의 경우 그 심리방식에 있어서의 올바른 법원의 역할을 제시하기 위해서는 우리나라 행정소송법의 체계와 구조 내에서 우리의 실무에 맞는 논의를 전개해 나가야 한다. 그리고 그러한 논의는 궁극적으로 국민의 권리구제 및 소송경제와 행정의 선결권 존중의 양 측면을 적절히 조화시키는 방향으로 가야 할 것이다.

주요어 : 의무이행소송, 판결성숙성, 심리범위, 행정의 선결권 존중, 효과적인 권리보호, 소송경제

학 번 : 2006-21584

# 목 차

국문초록 .....	i
연구의 목적 .....	1
연구의 범위 .....	4
제1장 예비적 고찰 .....	6
제1절 독일 행정법원법상 의무이행소송 .....	6
I. 관련 규정 .....	6
II. 의무이행소송의 판결형식에 따른 분류 .....	8
제2절 ‘판결성숙성’(Spruchreife)의 의의 .....	9
I. ‘중국판결 성숙성’과 의무이행소송에서의 판결성숙성 .....	9
II. 소송유형별 판결성숙성 .....	12
1. 의무이행소송과 판결성숙성 .....	12
2. 취소소송과 판결성숙성 .....	13
III. 절차적 하자과 판결성숙성 .....	15
IV. 유사개념과의 구별 .....	16
1. 처분사유의 추가·변경 .....	16
2. 판단기준시의 문제 .....	18
3. 이유제시의 추완 .....	19

4. 행정행위의 전환 .....	21
제2장 계쟁처분의 유형과 판결성숙성의 성취 .....	23
제1절 계쟁처분이 재량행위인 경우 .....	23
I. 행정의 재량과 최종결정권 .....	23
II. 예외 사안 .....	24
제2절 계쟁처분이 기속행위인 경우 .....	25
I. 문제의 제기 .....	25
II. 논의의 대립 .....	27
1. 통설과 판례의 입장 .....	27
2. 반대 견해 .....	28
제3절 소결 .....	29
제3장 판결성숙성 성취의무에 관한 논의 .....	31
제1절 판결성숙성 성취의무 .....	31
I. 직권조사원칙 .....	31
1. 직권조사원칙의 의미 .....	31
2. 직권조사원칙과 판결성숙성 성취의무 .....	33
II. 법규정의 문언상 판결성숙성 성취의무의 도출 .....	35
III. 국민의 권리보호와 소송경제의 필요성 .....	38
IV. 행정절차법상 논의 .....	40

제2절 행정의 선결권 존중의무 .....	42
I. 직권조사원칙의 의미에 관한 재검토 .....	42
1. 문제의 소재 .....	42
2. 직권조사원칙의 한계 및 새로운 의미 .....	44
II. 소송물에 의한 한계 .....	46
III. 권리보호원칙 .....	48
1. 독일 기본법 제19조 제4항의 의미 .....	48
2. 신속한 권리구제와 효과적인 권리보호와의 관계 .....	49
3. 행정의 전문성에 따른 효과적인 권리보호의 보장 .....	51
IV. 권력분립의 원칙 .....	53
V. 연방행정재판소의 예외적인 ‘행정의 선조사권’ 존중 .....	55
1. TA-Luft 판결 .....	56
2. Whyl 판결 .....	57
제3절 평가 .....	59
제4장 우리나라에서의 시사점 .....	61
제1절 우리나라 행정소송법 개정안에서의 의무이행소송 .....	61
I. 개정 논의의 배경 .....	61
II. 행정소송법 개정안의 주요 내용 .....	62
1. 의무이행소송의 개념 .....	62
2. 원고적격과 대상적격 .....	62
3. 제소기간 .....	63



4. 의무이행판결의 분류 .....	63
5. 거부처분 취소판결의 동시선고 규정 .....	65
6. 기속력과 간접강제 .....	66
제2절 의무이행소송의 심리범위에 관한 논의 .....	66
I. 서설 .....	66
II. 직권심리주의에 관한 기존의 논의 .....	68
1. 학설 .....	69
(1) 변론주의 보충설 .....	69
(2) 직권탐지주의 가미설 .....	70
(3) 직권탐지주의 원칙설 .....	72
2. 판례의 입장 .....	72
III. 의무이행소송의 심리범위에 관한 새로운 논의 .....	74
1. 전면적 심사설 .....	74
2. 제한적 심사설 .....	76
3. 절충설 .....	76
IV. 소결 .....	77
제5장 요약 및 결론 .....	81
제1절 요약 .....	81
제2절 결론 .....	83
참고문헌 .....	85

Zusammenfassung ..... 90

## 연구의 목적

1984년 행정소송법이 전면 개정될 때부터 행정행위의 발급을 구하는 소송형태로서의 의무이행소송의 도입 여부는 행정소송법 개정 논의의 뜨거운 감자였다고 해도 과언이 아니다. 의무이행소송의 도입은 분쟁의 신속하고 종국적인 해결을 통하여 국민의 권리구제를 실효성 있게 한다는 것에 의의가 있다. 이에 2006. 9. 대법원의 행정소송법 전면개정 의견 제출, 2007. 11. 법무부의 행정소송법 개정안 제출 등의 과정을 거쳐 정부가 2013. 3. 행정소송법 전부개정 법률안을 입법 예고하였는데, 위 개정안은 의무이행소송의 도입을 핵심으로 하고 있다.

이번 행정소송법 개정안에 포함된 의무이행소송은 그 판결형태를 두 가지로 분류하고 있는데, 특정처분명령판결과 재결정명령판결이 바로 그것이다. 그 중 행정청에게 특정한 처분을 발급하도록 명령하는 특정처분명령판결은 독일의 특정행위명령판결에 상응하는 것으로, 독일의 경우 ‘사건이 성숙한 때’ 특정행위명령판결을 선고할 수 있도록 하고 있는데, 과연 사건의 성숙성은 누구에 의하여 충족되어야 하는지가 문제가 된다. 원고가 발급을 원하는 행정행위의 전제요건으로 A, B가 있다고 하자. 행정청은 요건 A가 존재하지 않다는 이유로 원고의 신청을 거부하였고 이에 원고는 법원에 행정행위의 발급을 구하는 의무이행소송을 제기한 경우 법원은 요건 A의 존재 여부에 관하여만 심리하여야 하는가, 아니면 소송 과정에서 요건 A의 존재가 밝혀지는 경우 법원이 더 나아가 요건 B의 존재 여부까지 직접 조사하고 심리하여 원고가 구하는 행정행위의 발급 여부에 관한 궁극적

인 결론을 내려야 하는 것인가.

이와 같이 법원이 요건 B의 존재 여부까지 직접 조사하고 심리하여 결국 행정청에게 특정행위명령판결을 할 수 있을 정도로 ‘사건의 성숙성’을 직접 만들어 내어야 하는지’에 관한 연구가 본 논문의 핵심이다.<sup>1)</sup> 법원이 판결성숙성<sup>2)</sup>을 스스로 성취<sup>3)</sup>하는 것은 분쟁의 종국적인 해결과 국민의 신속한 권리구제라는 긍정적인 측면이 있으나, 행정의 선결권에 대한 제약이 가중되어 권력분립의 의미가 훼손될 수 있다.

결국 의무이행소송에 있어서 법원의 역할이 어느 정도까지 허용되어야 하는지가 문제된다. 다시 말해, 법원이 국민의 권리구제를 위하여 어떠한 경우에 어느 정도의 심리범위를 적용하여 분쟁을 해결할 수 있는지가 문제되는 것이다. 따라서 새롭게 도입될 의무이행소송제도 역시 국민의 권리구제 및 소송경제라는 효율성 측면과 함께 권력분립의 원칙하에 행정의 선결권의 존중이라는 측면의 조화를 어떻게 이룰 수 있을 것인가가 가장 주요한 쟁점이자 앞으로 해결해 나가야 할 문제로 남아 있다.

- 
- 1) 뒤에서 살펴보듯이 우리나라 행정소송법 개정안에서의 의무이행소송의 경우 ‘사건의 성숙성’이라는 요건 대신에 ‘명백성’과 ‘상당성’을 특정처분명령판결의 요건으로 하고 있으나, 여기에서도 역시 해당 사안이 명백성과 상당성의 요건을 충족할 수 있도록 법원이 직접 행정청에 의하여 전제되지 않은 다른 요건들을 조사하여야 하는지의 문제가 발생한다는 점에서 본 연구의 의미가 있다.
  - 2) “사건이 성숙할 때”의 성숙성(Spruchreife)은 뒤에서 살펴보는 것과 같이 법원이 특정행위명령판결을 할 수 있을 정도로 성숙하다는 의미로 단지 중국 판결을 할 수 있을 정도로 성숙하였다는 의미의 중국판결 성숙성과는 구별되는 개념이다. 이에 본 논문에서는 “판결성숙성”으로 표현한다.
  - 3) “성숙성을 만들어낸다”는 표현인 “Herbeiführen der Spruchreife”는 “판결성숙성의 성취”로 번역한다.

우리보다 먼저 행정청에게 의무의 이행을 명하는 소송형태를 마련한 독일의 경우 이미 국민의 신속한 권리구제와 행정의 선결권 존중 상호간의 조화와 관련한 논의가 활발하게 진행되었고 이에 따라 학설과 판례가 정립되어 왔다. 오랜 기간 동안 집적되어 온 독일의 논의를 살펴보고 비교법적 연구방법을 통하여 제도에 대한 고찰을 거친다면 우리나라의 독자적인 의무이행소송제도를 정립하는 데에 큰 도움이 될 것이다. 따라서 본 논문에서는 우리나라 행정소송법 개정안이 의무이행소송에 있어서 기본적인 모델로 삼았다고 볼 수 있는 독일 행정법원상의 의무이행소송 제도를 간략히 살펴보고, 독일 의무이행소송의 경우 ‘국민의 신속하고 종국적인 권리구제’와 ‘행정의 선결권 존중’의 조화 또는 상호 조절을 위하여 어떠한 논의가 전개되어 왔는지를 검토해 보기로 한다. 이를 위하여 위와 같은 독일의 논의가 상세하게 나타난 독일의 Gregor Marx의 저서 『행정소송에서의 판결성숙성의 성취』(Das Herbeiführen der Spruchreife im Verwaltungsprozeß)(1996)를 중점적으로 연구하였음을 밝혀둔다. 그리고 이러한 연구를 토대로 아직 걸음마를 떼기도 전인 우리나라 의무이행소송 제도가 앞으로 나아가야 할 방향에 대한 시사점을 탐구하고자 한다.

## 연구의 범위

독일 행정법원법은 의무이행소송에 있어서 판결주문의 형태를 ‘특정행위명령판결’(Verpflichtungsurteil)과 ‘재결정명령판결’(Bescheidungs-urteil)로 구분하고 있다. 법원이 행정청에게 특정한 행정행위를 이행할 의무를 부과하는 특정행위명령판결을 하기 위하여는 사건이 성숙할 것이 요구되는데, 이 연구는 어떠한 경우에 사건이 성숙하는지, 그리고 행정청이 아직 조사하지 않거나 판단하지 않은 사실적·법적 요건에 관하여도 법원이 직접 조사하고 판단할 의무가 있는지, 즉 법원에게 스스로 판결성숙성을 획득 또는 성취하여야 할 의무가 있는지에 관한 연구이다.

이를 위하여 먼저 제1장에서 예비적 고찰로 독일 행정법원법상의 의무이행소송을 간략하게 개관한 후 판결성숙성의 개념을 알기 위하여 이를 다른 유사개념과 비교하고 소송유형별로 판결성숙성 성취의 의미가 어떻게 달라지는지, 절차적 하자에서는 어떠한 경우에 판결성숙성의 문제가 제기되는지를 검토하여 다음에 전개될 의무이행소송에서의 판결성숙성을 알아보기 위한 발판을 마련한다.

제2장에서는 의무이행소송에서 계쟁처분이 재량적 행정행위인 경우와 기속적 행정행위인 경우로 나누어 각각의 경우 판결성숙성 성취 문제가 어떻게 제기되는지 살펴본다. 재량적 행정행위의 경우 행정의 최종결정권한에 대한 학설의 입장과 연방행정재판소의 예외사안을 알아보고 기속적 행정행위의 경우 행정의 선결권과 관련한 학설의 대립을 알아보게 된다.

제3장은 앞의 제2장에서 살펴본 계쟁처분이 기속적 행정행위인 경우에서의 각 학설의 입장을 뒷받침하는 논거를 상세하게 살펴보는 장이 될 것이다. 법원에게 스스로 판결성숙성을 성취할 의무가 있다는 입장의 논거로는 직권조사원칙, 법문언의 규정, 국민의 권리보호

및 소송경제의 사상, 행정절차법상 논의가 제시된다. 그리고 이에 반대하는 입장의 논거로는 직권조사원칙의 재검토, 소송물에 의한 한계, 권리보호원칙, 권력분립의 원칙이 제시되는데, 이와 함께 연방행정재판소가 예외적으로 행정의 선결권을 존중한 사안도 살펴보고 위 각 입장에 대한 평가를 하기로 한다.

다음으로 제4장에서는 이와 같은 독일 의무이행소송에서의 판결성숙성 성취 문제가 우리나라에 어떠한 시사점을 주는지를 고찰하는데, 이는 의무이행소송의 심리범위에 관한 논의와 맞닿아 있다. 따라서 우선 우리나라 행정소송법 개정안에서의 의무이행소송 제도 내용에 관하여 간단하게 살펴본 후 직권심리주의와 관련한 기존의 논의 및 의무이행소송에서의 심리범위에 관한 새로운 논의에 대하여 알아보면서 그 적용방안을 모색해 본다.

마지막으로 제5장에서는 위에서의 모든 논의를 요약한 후 결론을 내리는 것으로 연구를 마무리하고자 한다.

# 제1장 예비적 고찰

## 제1절 독일 행정법원법상 의무이행소송

### I. 관련 규정

독일 행정법원법은 제42조와 제113조 제5항에 의무이행소송에 관한 조항을 두고 있는데, 이를 살펴보면 아래와 같다.

#### 행정법원법 제42조

제1항 행정행위의 취소(취소소송) 및 거부되거나 방치된 행정행위의 발급(의무이행소송)을 구하는 소송을 제기할 수 있다.

Druch Klage kann die Aufhebung eines Verwaltungsakts (Anfechtungsklage) sowie die Verurteilung zum Erlaß eines abgelehnten oder unterlassen Verwaltungsaktes (Verpflichtungsklage) begehrt werden.

제2항 법률상 별도의 규정이 없는 한, 원고는 행정행위 또는 행정행위의 거부나 부작위로 인하여 자신의 권리가 침해되었음을 주장하는 경우에 한하여 소를 제기할 수 있다.



Soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, ist die Klage nur zulässig, wenn der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein.

### 행정법원법 제113조

제5항 행정행위의 거부 또는 부작위가 위법하고 원고가 이로 인하여 자신의 권리를 침해받은 경우에, 법원은 사건이 성숙한 때에는 신청된 직무행위를 이행할 의무를 행정관청에 대하여 선고한다. 그 밖의 경우에는 법원의 법적 견해를 존중하여 원고에게 결정할 의무를 선고한다.

Soweit die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, spricht das Gericht die Verpflichtung der Verwaltungsbehörde aus, die beantragte Amtshandlung vorzunehmen, wenn die Sache spruchreif ist. Andernfalls spricht es die Verpflichtung aus, den Kläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gericht zu bescheiden.

이러한 의무이행소송은 행정행위의 발급을 목적으로 하는 것으로서, 이행소송의 한 유형으로 분류될 수 있다. 따라서 이미 원고에게 부과된 행정행위에 대하여 이를 반복하기 위함을 목적으로 하는 취소소송과 구별된다.

## II. 의무이행소송의 판결형식에 따른 분류

행정법원법 제113조 제5항에 따라 의무이행소송의 심리과정에서 행정행위의 거부 또는 부작위가 위법하고 원고의 권리를 침해한 것으로 판단되는 경우 법원은 행정청에 대하여 특정한 행정행위를 발급할 것을 명하거나(특정행위명령판결), 법원이 선고한 판결의 취지를 고려하여 원고에 대하여 재결정할 의무를 부과하는 판결(재결정명령판결)을 내리게 된다.

특정행위명령판결이란 사안이 성숙한 경우 법원이 행정청에게 특정한 행정행위를 발급할 것을 명하는 판결이고, 재결정명령판결이란 사안이 성숙하지 않은 경우, 예컨대 심리범위에서 요건이 모두 충족된 것으로 여겨지지만 행정청에 의하여 재량행사의 여지가 남아 있는 경우 또는 일부 요건은 법원이 판단하지 않고 행정청에게 판단을 유보해야 하는 경우 법원의 판결 취지에 따라 원고에 대하여 다시 결정을 하게 하는 의무를 부과하는 판결이다.

이처럼 행정청에게 판단의 여지가 있거나 재량행사의 여지가 있어 판결의 판결성숙성이 흠결되는 경우 당초부터 특정행위명령판결이 아닌 재결정명령소송을 제기할 수 있다고 보는 것이 독일의 판례와 통설의 입장이다<sup>4)</sup>. 또한 판결의 판결성숙성이 흠결되는 사안인 경우

---

4) Würtenberger, Verwaltungsprozeßrecht, 1998, Rn 312(S. 146)(이에 관하여 최은정, 의무이행소송에 관한 연구 - 독일 행정법원법과 우리나라 행정소송법 개정안에 대한 검토를 중심으로 -, 서울대학교 대학원, 2005, 24면에서 재인용)

임에도 원고가 재결정명령소송이 아닌 특정행위명령판결을 구하는 소를 제기한 경우 행정행위의 발급청구는 재결정을 구하는 청구를 포함하는 것이므로, 법원은 재결정명령판결을 선고하여야 한다.<sup>5)</sup>

## 제2절 ‘판결성숙성’(Spruchreife)의 의의

독일 행정법원법은 제113조 제5항에서 ‘사건이 성숙할 때’를 특정행위명령판결을 선고할 수 있는 요건으로 규정하고 있기는 하나, 사건이 언제 어떻게 성숙하는지에 대하여는 달리 규정을 하고 있지 않고 있다. 따라서 소송유형에 따라 어떠한 경우에 판결성숙성의 문제가 제기되는지를 통하여 이를 추론해 볼 수 있을 뿐이다. 여기에서는 판결성숙성 개념을 파악하기 위하여 구별개념 및 유사개념을 알아보고 소송유형별로 판결성숙성이 어떻게 작용되는지를 통하여 판결성숙성의 개념을 살펴 보기로 한다.

### I. ‘중국판결 성숙성’과 의무이행소송에서의 판결성숙성

---

5) 김연태, 의무이행소송의 쟁점에 대한 고찰-독일에서의 소송상 쟁점을 중심으로-, 고려대학교 법학연구원, 고려법학 제72호, 2014, 480면 참조.

의무이행소송에서의 판결성숙성은 ‘중국판결의 성숙성’(Entscheidungsreife)과 혼동될 수 있다. 보통 중국판결의 성숙성은 법원이 판결을 할 수 있을 정도로 사안이 성숙한 경우를 말하는데, 의무이행소송에서의 판결성숙성 역시 이와 동일시되기 쉽다. 그러나 양자는 구별되는 개념으로서, 그 구별은 행정법원법 제113조 제5항 제2문의 규정에 따라 좀 더 명확해진다.

중국판결의 성숙성은 행정법원법 제110조<sup>6)</sup> 등에서 찾아볼 수 있는데, 행정소송절차, 즉 소송물과 관련이 있다. 법원은 소송물에 관하여 판단할 임무를 갖고 있고 따라서 법원이 그 소송물에 대하여 판단할 수 있을 때 중국판결의 성숙성이 있다고 한다. 중국판결의 성숙성이 인정되면 법원은 인용판결이나 기각판결과 같은 실체판결뿐만 아니라 각하판결 또는 무변론판결도 할 수 있다.

이와 달리 의무이행소송에서의 판결성숙성은 소송물이 아니라 행정재판의 대상과 관련이 있다. 원고가 구하는 처분이 재량행위이고 행정청이 원고의 신청을 거부한 결정에 재량하자가 있다고 판단되면 법원은 제113조 제5항 제2문의 재결정명령판결을 할 수 있는데, 이 경우 법원은 일단 재결정명령판결이라는 소송물에 대한 판단을 할 수 있게 되었으므로 이 사안은 ‘중국판결 성숙성’이 있다고 할 수 있다. 그러나 위 사안에서 의무이행소송에서 말하는 판결성숙성은 없다. 왜냐하면 법원이 원고가 구하는 처분을 행정청에게 발급하라고

---

6) 행정법원법 제110조

소송물의 일부만이 재판할 단계에 이르렀을 때에는 법원은 일부판결을 할 수 있다(Ist nur ein Teil des Streitgegenstands zur Entscheidung reif, so kann das Gericht ein Teilurteil erlassen).

명령할 수 있는 전제조건이 모두 주어지지 않았기 때문이다. 즉, 법원이 재결정명령판결을 선고할 수 있을 정도로 소송이 진행된다면 중국판결의 성숙성이 있지만, 법원이 “사건이 성숙할 때”에 해당하지 않는 경우에는 재결정명령판결을 선고하게 되는데, 결국 재결정명령판결은 의무이행소송에서의 판결성숙성은 결여되었으나 중국판결의 성숙성이 있는 경우 선고될 수 있는 것이다. 반면에, 원고의 신청에 대하여 법원이 모든 전제조건에 관한 심리를 하였고 사실관계가 충분히 해명이 되었다면 법원은 제113조 제5항 제1문에 따라 특정행위명령판결을 하게 되는데, 이 경우에는 중국판결 성숙성과 의무이행소송에서의 판결성숙성이 모두 존재한다. 다시 말해, 원고가 특정한 행정청의 처분을 구하는 사안에서 중국판결의 성숙성과 의무이행소송에서의 판결성숙성이 모두 갖춰진 경우에 법원은 특정행위명령판결을 하게 된다.<sup>7)</sup>

결국 의무이행소송에서의 판결성숙성은 중국판결의 성숙성보다 더 좁은 개념으로 이해될 수 있고, 양자는 그 대상과 범위가 다르다. 의무이행소송에서의 판결성숙성은 오로지 실제판결 - 인용 또는 청구기각 판결 - 에서만 존재한다. 즉, 원고의 신청이 필요한 절차를 모두 거쳤고 행정청이 바로 그 신청에 대하여 판단할 수 있을 정도로 사안이 해명되었다면 그때에서야 의무이행소송에서의 판결성숙성이

---

7) Marx, Das Herbeiführen der Spruchreife im Verwaltungsprozeß, Peter Lang GmbH, 1996, S. 52. 따라서 독일행정법원법 제113조 제5항 제1호의 “wenn die Sache spruchreif ist”를 “사건이 선고할 단계에 이르렀을 때”라고 번역하는 하는 예가 있으나, 이는 중국판결의 성숙성과 의무이행소송에서의 판결성숙성의 차이를 간과한 것으로 보인다. 따라서 여기에서는 의무이행소송에서의 판결성숙성을 “사건이 원고가 원하는 청구취지대로, 즉 특정처분의 발급을 명령할 수 있는 형식의 판결을 선고할 수 있을 때”의 의미로 받아들여 “사안이 성숙한 때”로 번역하기로 한다.

있다고 말할 수 있다.

## II. 소송유형별 판결성숙성

### 1. 의무이행소송과 판결성숙성

의무이행소송에서의 판결성숙성은 행정청이 신청된 행정행위를 거부하였을 때 그 거부사유가 존재하는지 뿐만 아니라 행정청이 제시하지 않은 거부사유로도 그 신청을 거부할 수 있는지, 또한 그 신청을 받아들이기 위하여 비록 행정청이 모든 법정 요건들을 심사하지 않았다고 하더라도 그 나머지 요건들을 법원이 직접 조사하여 행정청에게 특정한 행위를 명령하는 판결을 선고할 수 있는지의 문제이다. 이에 따라 의무이행소송에서는 이와 같이 법원에게 판결성숙성을 성취할 의무가 있는지 여부가 문제된다. 만일 법원에게 직접 판결성숙성을 성취할 의무가 없다고 한다면, 필요한 절차적 단계를 모두 거치고 바로 그 신청에 대하여 판단할 수 있을 정도로 행정청이 그 사안을 해명한 경우 판결성숙성이 있다고 볼 수 있다. 그러나 법원이 직접 판결성숙성을 성취할 의무가 있다고 한다면 행정청이 그 사안을 모두 해명하지 않았다고 하더라도 법원이 직권으로 나머지 요건들을 심리하여 판단하여야 한다.

결국 의무이행소송에서의 판결성숙성이란 ‘행정행위를 발급해야 할 사실상·법률상 요건이 모두 충족되어 행정청에 대하여 특정한 행정행위의 발급을 명하는 것이 가능하게 되는 것’을 말한다.<sup>8)</sup> 따라서 의무이행소송에서 판결성숙성이 성취되는 경우 특정행위명령판결이 선고된다.

## 2. 취소소송과 판결성숙성

행정법원법 제113조 제1항은 취소소송에 관하여 규정하고 있는데, 행정행위가 위법하고 이로 인하여 원고의 권리가 침해된 경우 법원은 행정행위 또는 행정심판결정을 취소한다. 행정행위가 이미 집행된 경우에는 법원은 신청에 의하여 행정관청이 집행을 취소하여야 할 것과 그 방법을 선고할 수 있다. 이러한 선고는 행정청이 집행을 취소할 수 있으며 그 사안이 성숙한 경우에만 행해질 수 있다.

이러한 규정에 의하면, 판결성숙성은 취소소송의 요건이 되지 않는 것으로 여겨진다. 즉, 제1문에 따른 법원의 판결은 행정행위를 취소할 뿐 행정청에게 어떠한 의무를 부과하는 것이 아니기 때문이다. 제3문에 언급된 성숙성은 오로지 위법한 행정행위의 집행을 취소하는 원상회복에 관한 문제일 뿐이다.

그러나 취소소송에서도 판결성숙성의 성취여부가 문제가 된다는 견해가 있다.<sup>9)</sup> 취소소송의 경우 법률상 요건들이 존재할 때 행정청이

---

8) Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl., 2013, § 26 Rdn. 16.

9) Marx, Das Herbeiführen der Spruchreife im Verwaltungsprozeß, Peter

반드시 발급하여야 할 기속적·침익적 행정행위가 그 논의의 대상이 된다. 예를 들어, 개발분담금결정이 그 기준이 되는 건물의 연면적이 잘못 조사되는 등 적절치 않은 산정기초에 근거하였다고 가정한다면, 법원은 그 산정기초가 잘못되었다는 이유로 위 결정을 취소하여야 하는지 아니면 다른 법률상 근거로써 위 결정을 유지할 수 있는지를 조사하여야 하는가가 문제된다. 독일 연방행정재판소는 이러한 경우 법원의 포괄적인 조사의무를 인정한다.<sup>10)</sup> 이에 따르면 법원은 지금까지 행정청이 고려하지 않았던 다른 요건들을 심리하여야 하고, 행정청이 결과적으로는 행정행위를 적법하게 발급하였는지를 판단하여야 한다.

이와 같이 취소소송에서의 판결성숙성은 행정청이 제시한 처분사유가 존재하지 않거나 하자가 있는 경우 법원이 다른 처분사유를 근거로 하여 행정청의 처분을 취소하지 않고 유지시킬 수 있는가의 문제이다. 법원이 판결성숙성을 스스로 성취하여 행정행위가 취소되지 않고 유지된다면 행정청에게 유리하게 된다. 즉, 법원이 직접 행정청이 고려하지 않은 다른 처분사유의 존재 여부를 조사하여 계쟁 행정처분이 그 처분사유로써 적법하게 된다면 행정청으로서는 법원에 의하여 자신의 '선결권'(Erstentscheidungskompetenz)을 제한받게 되더라도 결과적으로 승소하게 되는 것이다. 이러한 점에서 취소소송에서의 판결성숙성 성취는 의무이행소송에서의 판결성숙성 성취와 결과적으로 달라지게 된다.

---

Lang GmbH, 1996, S. 30f.

10) BVerwGE 64, 356 ff(이에 관하여 Marx, a.a.O., S. 30에서 재인용)



### III. 절차적 하자과 판결성숙성

절차적 하자과 관련하여서는, 행정청이 사건을 충분하지 않게 조사하고 그 때문에 행정청이 제시한 근거가 행정청의 결정을 뒷받침하지 못하는 경우에 판결성숙성의 문제가 제기된다. 예를 들어, 행정청이 이해관계자에 대한 의견청취를 하지 않거나 전문가의 감정을 받지 않고 행정처분을 하는 경우이다. 독일 행정절차법 제45조 제2항은 준비절차의 종료 또는 준비절차가 행하여지지 않았을 경우 행정소송의 제기 전까지 추완될 수 있다고 규정한다.

행정절차법 제46조는 행정행위가 절차나 형식, 관할위반 등의 규정을 위반하여 성립되었다는 이유만으로는 독립하여 취소될 수 없고 그 절차적 하자과 인하여 실체적으로 다른 결정이 내려질 수밖에 없었던 경우에만 독립적으로 취소할 수 있다고 규정한다. 통설에 따르면, 절차적 하자는 그 형식에 따라 구체적인 사안에서 결정에 영향을 줄 수 없는 하자, 예를 들어 심사조서에 서명을 하지 않았다는 정도의 하자과 인 경우나 결정이 다른 사유로 어쨌든 결과적으로 적법해지는 경우, 즉 이해관계인에 대한 의견청취나 현장검증과 같이 이를 하지 않은 것이 실체적으로 영향을 미칠 수는 있으나 결국 위법사유는 되지 않는 경우에는 독립 취소사유가 될 수 없다고 한다.

위 조항의 해석 및 적용에 관하여 법원의 판결성숙성 성취의무를 인정하는 통설에 따르면, 법원은 원칙적으로 판결성숙성을 만들어내어야

하기 때문에 단지 행정청이 절차적 하자로 인하여 사실관계를 불충분하게 해명하였다는 것을 확인하는 것에 그치지 않고, 필요한 경우 흠결된 절차를 스스로 추완하여 완전히 조사된 사실관계에 비추어 행정결정이 적법하게 유지될 수 있는지를 판단하여야 한다고 한다. 예를 들어 행정청이 망명신청자에 대한 의견청취 절차를 거치지 않은 채로 그 망명신청을 거부하였다고 하자. 법원은 소송 과정에서 의견청취 절차를 스스로 보완한 후에도 행정청의 거부처분이 결과적으로 적법하여 유지될 수 있는지를 판단해야 한다는 것이다. 그러나 이에 대하여 반대하는 견해는 법원이 의견청취 절차를 사후에 추완하여서는 안되고 절차적 흠결이나 하자를 이유로 해당 사건을 다시 행정청에게 돌려보내어 행정청이 직접 그 절차를 추완하게 하여야 한다고 주장한다.<sup>11)</sup>

#### IV. 유사개념과의 구별

##### 1. 처분사유의 추가·변경

‘처분사유의 추가·변경’(Nachschieben von Gründen)은 행정행위의 발급 당시에 존재하기는 하였으나 행정행위의 근거로 되지 않았던 사유를 행정청이 사후에 소송절차의 진행과정에서 추가·변경할 수

---

11) Marx, a.a.O., S. 43.

있는지의 문제이다. 독일의 판례와 통설은 직권탐지주의와 소송경제의 사상에 의거하여 사후에 제시된 사유가 행정행위 발급시에 존재하고 행정행위의 본질을 변경하지 않으며 원고의 권리방어에 대한 침해가 없는 경우 처분사유의 추가·변경을 널리 인정하고 있다.<sup>12)</sup>

처분사유의 추가·변경이 행정청의 활동영역에서 이루어지는 것과는 달리 판결성숙성의 성취는 법원의 활동영역에서 이루어진다는 점에서 양자는 구별된다. 즉, 전자는 행정청이 소송단계에서 법원을 상대로 처분사유를 추가·변경하는 것이고, 후자는 당초 행정청에 의하여 제시되지 않았던 사유를 법원이 자신의 책임 하에 소송단계에서 조사하고 판단하는 것이다. 또한 처분사유의 추가·변경은 기속적 행정결정은 물론 재량적 행정결정에서도 다루어지는데, 독일의 다수설은 재량고려사유, 즉 행정청의 재량행사에 근거가 되는 사유를 처분사유의 일종으로 보고 소송절차에서 사후적으로 추가·변경하는 것이 가능하다고 본다. 이와 달리 판결성숙성의 획득은 뒤에서 살펴보듯이 주로 기속적 행정결정에서 문제가 된다.

이와 같이 처분사유의 추가·변경과 판결성숙성의 성취는 행위주체와 적용영역에서 차이가 있다. 그러나 양자 모두 결국 법원이 이제까지 행정청에 의하여 고려되거나 제기되지 않은 처분사유를 사후에 고려할 수 있는지의 문제라는 점에서는 일치한다.<sup>13)</sup>

---

12) 독일의 통설 및 판례가 처분사유(Gründe)의 추가·변경의 한계로 말하는 행정행위의 본질은 원칙적으로 처분이유(Begründung)에 의해서는 좌우되지 않고 또한 처분사유가 추가·변경되었음을 원고에게 고지하여 소송절차내에서의 원고의 의견 표명기회를 부여하면 원고의 권리방어가 침해되지 않는 것으로 간주되므로, 사실상 제한 없이 처분사유의 추가·변경을 허용하고 있는 것으로 볼 수 있다. 박정훈, 처분사유의 추가·변경과 행정행위의 전환, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 493면 참조

## 2. 판단기준시의 문제

판단기준시의 문제는 행정행위가 발급된 이후에 발생한 사실 또는 법적 상태의 변동이 소송절차에서도 고려될 수 있는지의 문제이다. 행정행위의 적법성을 판단하는 기준이 되는 시점이 최종 행정결정의 시점이라면 그 이후에 발생한 사실이나 법적 상태의 변동은 고려되지 않으나, 사실심 변론종결시가 판단기준시라면 행정행위의 적법성은 그러한 사실 또는 법적 상태의 변동을 고려하여 판단하게 된다. 독일에서는 일반적으로 취소소송의 판단기준시는 처분시로, 의무이행소송에 있어서 판단기준시는 사실심 변론종결시로 본다.<sup>14)</sup>

보통 판결성숙성의 성취 문제는 행정청이 행정절차단계에서 사실관계를 부적절하게 또는 불충분하게 조사하였을 때 법원이 소송절차에서 그 흠결을 보완하여 조사할 수 있는지 여부에 관한 것이다. 그러나 이 문제가 판단기준시의 문제와 결부되면, 행정청의 사실조사에

---

13) 이상의 처분사유의 추가·변경과의 관계에 대하여는 Marx, a.a.O., S. 59 이하 참조. 처분사유의 추가·변경 문제는 행정절차와 행정소송의 관계에서 행정절차의 비중을 어떻게 볼 것인지에 좌우되는데, 행정소송에서 처분사유의 추가·변경을 넓게 인정할수록 행정절차에서의 이유제시의무는 그 존재의의가 약화되고, 처분사유의 추가·변경을 엄격하게 제한할수록 행정절차에서의 이유제시의무가 강화된다(박정훈, 앞의 책, 2006, 482면 참조). 이처럼 행정절차와 행정소송의 관계 또는 행정과 행정재판권의 관계를 어떻게 볼 것인지에 관하여는 판결성숙성 성취 문제에서도 유사하게 제기되는데, 이에 대하여는 후술한다.

14) Marx, a.a.O., S. 65.

하자가 없었다고 하더라도 소송단계에서 사정변경이 발생하는 경우 법원은 새로운 사실관계를 스스로 조사하고 이에 기초하여 판결성숙성을 성취할 의무를 갖는지 아니면 행정이 변경된 사실관계를 조사하지 않았음을 이유로 사안을 행정에 돌려보내는지의 문제가 된다.

이러한 문제는 판단기준시의 문제가 판결성숙성 성취 문제보다 선행할 것을 전제로 한다. 만일 판단기준시점이 처분시라면 사정변경은 행정소송의 대상이 되지 않으므로 문제가 되지 않는다. 그러나 판단기준시점이 사실심 변론종결시라면 법원으로서 이후 발생한 사정을 어떻게 처리하여야 할 것인지, 판결성숙성을 스스로 성취하여야 하는지가 문제된다. 즉, 판단기준시의 문제에 있어서는 사정변경이 법원의 판결에 고려되어야 하는지가 문제가 되고 판결성숙성 성취의 문제에 있어서는 법원이 그 변경을 고려해야 되는지가 문제가 되는 것이다. 판결성숙성 성취의무에 대하여 비판적인 견해는 사실심 종결시점이 판단기준시점이라고 하더라도 통상적으로 법원이 모든 사정변경을 고려하여야 한다는 결론이 당연히 도출되는 것은 아니라고 본다.<sup>15)</sup>

### 3. 이유제시의 추완

독일 행정절차법 제39조 제1항은 제2항에서 규정한 경우를 제외하고는 서면에 의한 행정처분에 반드시 이유가 제시되도록 규정하고 있다. 여기에서 이유제시는 반드시 행정처분의 발급과 관련되는 모든

---

15) 이상의 판단기준시와의 관계에 관하여 Marx, a,a,O., S. 67 참조

관점의 제시가 요구되는 것은 아니며, 행정처분을 발급하게 된 본질적인 이유들의 제시로 충분하고, 그 내용과 범위는 개별법 영역의 특수성과 개별 경우의 구체적 상황에 따라 달라지게 된다.<sup>16)</sup>

이러한 이유제시의무는 헌법상 법치국가원리와 민주주의에 의거한 것으로, 공권력에 의하여 권리가 침해된 국민이 그 처분의 근거를 알 수 없다면 단지 행정의 대상 내지 객체로 전락하게 되는 반면, 행정결정이 어떠한 근거를 가지고 자신에게 발급되었는지를 알게 되면 국민은 자신의 권리를 보호하고 방어할 기회를 갖게 된다는 데에 의미가 있다. 또한 이유제시의무는 행정청이 발급 단계에서부터 적법한 근거로써 행정결정을 할 수 있게 요구된다는 점에서 행정의 합법성을 원칙에도 도움을 준다. 그리고 처분청의 감독관청, 행정심판재결청과 법원은 이유제시의무를 통하여 행정에 대한 통제가 가능하게 된다.

이유제시의무는 이처럼 행정과 국민 사이에 침익적 처분 또는 수익적 처분이 이루어지는 절차에 관한 것이다. 행정청이 행정결정을 하는 단계에서 이유를 제시하였다면 그 이유가 적법한지 내용상 하자가 있는지를 불문하고 이유제시의무를 충족하게 되는 것이다. 이와는 달리 판결성숙성 성취의 문제는 실제적인 처분사유의 적법성이 문제된다. 즉, 행정청이 제시한 사유가 내용상 적법·정당한지, 그리고 법원이 이러한 하자를 직접 보완해야 하는지의 문제이다.<sup>17)</sup>

---

16) 정하중, 이유제시하자의 치유와 처분사유의 추가·변경 : 독일법과의 비교 연구, 인권과 정의 제364호, 2006, 133 ~ 134면 참조.

17) Marx, a.a.O., S. 70.

#### 4. 행정행위의 전환

독일 행정절차법 제47조 제1항은 행정행위의 전환을 명시적으로 인정하고 있다. 행정행위에 하자가 있다고 하더라도 같은 목적을 지향하는 다른 행정행위가 당해 절차와 형태로 처분청에 의하여 적법하게 발령될 수 있었고, 그 발령 요건이 충족되는 경우 하자 있는 행정행위는 그 다른 행위로 전환될 수 있다. 이러한 행정행위의 전환은 원래의 행정행위가 다른 행정행위로 바뀌는 것이므로 행정행위의 동일성 범위 내에서 허용되는 처분사유의 추가·변경과 구별된다.

독일의 통설과 연방행정재판소는 행정청뿐만 아니라 법원도 당사자의 주장과 관계없이 하자 있는 행정행위의 전환을 할 수 있다고 본다. 전환의 작용방식을 법률에 의하여 일어나는 것으로 보아 전환의 법적 성질은 인식행위이며, 전환의 권한이 행정청뿐만 아니라 법원에도 있다고 보는 것이다.<sup>18)</sup> 이러한 입장에서 본다면 판결성숙성 성취와 행정행위의 전환의 문제는 법원이 행정청의 원래 의도와 새로운 행정행위가 일치한다는 것을 인정한다는 것에 공통점이 있다. 다만, 판결성숙성 성취의 경우 행정행위가 사후적으로 다른 사실이나 법적 관점에 의하여 근거지위질 뿐 본질적으로 다른 행정행위로 변경하는 것은 아니라는 점에서 양자가 구별된다. 행정행위의 전환은 행정행위의 내용이 수정되는 것이고 판결성숙성의 성취는 행정행위의 실제적인 처분사유나 그 기초가 되는 사실관계를 수정한다.

한편 법원이 하자 있는 행정행위를 전환할 수 있다는 연방재판소

---

18) 임수연, 행정행위의 전환에 관한 연구, 서울대학교 대학원, 2009, 26면 참조.

의 태도를 비판하는 견해는 행정행위의 전환이 행정청에 의하여만 이루어질 수 있다고 한다<sup>19)</sup>. 전환의 법적 성질은 인식행위가 아닌 의지행위로서 전환의 전제조건이 주어지더라도 행정청이 전환행위를 하지 않으면 행정행위의 전환은 일어나지 않는다고 한다.

---

19) Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl., Heidelberg, 2004, S. 823 f.



## 제2장 계쟁처분의 유형과 판결성숙성 성취

### 제1절 계쟁처분이 재량행위인 경우

#### I. 행정의 재량과 최종결정권

재량행위는 행위의 요건이나 효과의 선택에 관하여 행정청에게 재량권 또는 판단여지가 인정되는 경우 행해지는 행정행위이다. 이러한 재량행위는 행정청의 고유책임 영역 하에 있고 재판소가 그 영역 안으로 침입할 수 없다. 재량권의 행사는 원칙적으로 행정청이 행사하여야 하고 법원이 그 역할을 대신할 수 없는 것이다.

따라서 의무이행소송에 있어서 원고가 행정청에게 재량행위의 발급을 신청하였는데 행정청이 이를 거부한 경우, 법원은 행정법원법 제113조 제5항 제2문에 따라 재결정명령판결을 해야 된다는 점에 대해서는 독일의 학설이 일치하고 있다.<sup>23</sup> 즉, 법원의 심리는 행정청의 재량권 행사에 하자가 있는지, 재량권 행사의 한계를 일탈하지 않았는지 여부에 국한되고, 행정청의 재량권 행사를 대신하여 원고가 구하는 행정행위를 발급할 의무가 있는지를 판단하여서는 안 된다. 재량행위에 관하여 최종적인 결정을 할 권한이 있는 것은 행정청이고,

법원에게는 국회가 행정청에게 일정한 재량을 부여하도록 정한 행정행위에 관하여 최종적인 조사권한 또는 결정권한이 인정되지 않는다. 즉, 재량적 행정행위의 경우 법원이 행정청의 최종결정권을 존중하여야 하기 때문에 판결성숙성이 결여되는 것이고, 결국 사안이 어떠한 경우든 행정에게 최종결정이 귀속되는 경우에는 판결성숙성이 있다고 할 수 없다.<sup>20)</sup>

## II. 예외 사안

연방행정재판소는 계쟁처분이 재량행위인 경우 판결성숙성이 결여되었다고 보아 행정법원법 제113조 제1항 제2문의 재결정명령판결을 선고하여야 한다는 기본적인 태도를 취하면서도 이에 관한 예외 사안을 인정한다. 그 예외는 구체적인 사안에서 오직 하나의 결정만이 재량권의 합당한 행사로 인정되는 경우, 즉 재량권이 영(零)으로 수축되는 경우이다.

연방행정재판소는 유명한 ‘띠뚝(bandsage) 판결’에서 이와 같은 취지로 판시한다. 인근 주거지역에서 위법하게 석탄가공업을 하는 자로 인하여 매연, 소음의 장애가 발생하자 원고가 행정청에 그 영업정지를 신청하였으나, 그 신청이 거부되어 원고가 법원에 의무이행소송을 제기한 사안에서, 연방행정재판소는 원래 경찰의 개입 여부는 원칙적으로 재량처분이지만 위험이 현저하게 높은 경우 행정청의 불개입결정은 그것만으로도 재량하자로 될 수 있는데, 구체적인 사안에서 위

---

20) Marx, a.a.O., S. 23f.

힘도가 큰 경우에는 행정청의 재량권이 영으로 수축하고 행정청에게 결정의 자유가 없게 되어 결국 개입결정밖에 고려할 수 없고 이러한 경우 개인은 행정청에게 해당 처분을 청구할 권리가 인정된다고 판시하였다.<sup>21)</sup>

이와 같이 연방행정재판소는 주로 경찰법 영역과 같이 국민의 생명, 신체, 재산에 대한 침해와 밀접하게 관련된 구체적인 사안에서 재량권이 영으로 수축한다고 판단되는 경우 법원이 재량행위에 관하여도 특정행위명령판결을 할 수 있는 예외를 인정하였다.

## 제2절 계쟁처분이 기속행위인 경우

### I. 문제의 제기

의무이행소송에 있어서는 주로 계쟁처분이 기속적 수익적 행정행위인 경우 판결성숙성 성취의 문제가 발생하게 된다. 기속행위는 행

---

21) BVerwGE 11, 95. 다만 연방행정재판소는 위와 같은 사안의 경우에도 결정 재량은 영으로 수축하나 선택재량까지 수축하는 것은 아니라고 보았다. 즉, 개입을 행할 결정만 고려될 수 있고 개입의 태양에 대해서는 행정청에게 재량의 여지가 남는다고 한다.

정권 행사의 요건과 효과가 법에 일의적으로 규정되어 있는 행정행위로서, 법률상 요건들이 존재하는 경우 반드시 발령되어야 한다. 따라서 원고가 행정청에 대하여 기속적 수익적 결정을 발급해달라고 신청을 하는 경우 행정청은 원고가 요구하는 결정의 법률상 요건들이 모두 충족되는지 여부를 심사한다. 그러한 기속적 수익적 결정의 예로는 건축허가나 운전면허 등을 들 수 있다.

원고가 행정청에 대하여 일정한 기속적 수익적 행정행위를 발급하여 줄 것을 신청하였고 그 행정행위의 발급에는 법률상 요건 A, B, C가 존재한다고 가정한다면, 행정청이 원고가 요구한 행정행위를 발급하여 주기 위해서는 요건 A, B, C가 모두 충족되었다는 점이 밝혀져야 한다. 이에 행정청은 신청을 심사하기 위하여 위 요건들을 하나씩 조사하게 되는데, 원고의 경우 요건 A가 충족되지 못하였다는 사실이 밝혀지게 된다면 행정청으로서 나머지 요건인 B, C에 대하여 더 나아가 조사하지 않고 원고의 신청을 거부하게 될 것이다.

그런데 문제가 되는 것은 이와 같은 사안에서 행정청이 요건 A에 대한 조사를 미흡하여 실제로 요건 A가 존재함에도 존재하지 않는다고 잘못 판단한 경우이다. 원고는 법원에 행정청의 불충분한 조사를 이유로 하여 행정행위의 발급을 구하는 의무이행소송을 제기하게 되고, 여기에서 판결성숙성 성취의 문제가 발생한다.

이 사안은 우선 판결성숙성이 흠결된 사안이라고 말할 수 있다. 왜냐하면 원고가 구하는 행정행위를 발급하기 위한 요건 B, C가 아직 조사되지 않았고 그 존재 여부가 판단되지 않았기 때문이다. 앞서 살펴 본 재량행위 사안에서는 법원이 행정청의 최종결정권을 존중해야 된다는 이유로 판결성숙성이 결여된다. 즉, 법률에서 재량행위로 정한

사안에서는 행정청이 재량을 행사함으로써 최종 결정을 하게 되고 법원으로서의 행정청의 재량권 행사의 한계를 심사할 뿐 최종결정을 심사하지 않는다. 이에 반하여 이 사안의 경우에는 행정청이 행정행위 발급의 기초가 되는 중요한 사실관계에 대한 조사를 아직 하지 않았기 때문에 판결성숙성이 결여된다. 다시 말해, 행정청의 어떠한 사실관계에 관하여 먼저 조사할 권한, 즉 선조사권(Erstermittlungskompetenz) 또는 선결권이 아직 행사되지 않았기 때문에 판결성숙성이 결여된 것이다.<sup>22)</sup>

따라서 이러한 경우 법원이 행정의 선결권을 존중하여야 하는지, 아니면 법원이 직접 스스로 나머지 요건인 B, C를 조사하고 판단하여 행정청에게 특정한 행정행위의 발급을 명령하여야 하는지, 즉 법원에게 판결성숙성을 스스로 만들어야 할 의무가 있는지가 문제된다.

## II. 논의의 대립

### 1. 통설과 판례의 입장

독일의 다수의 학설과 판례는 위 사안과 같이 원고가 기속적 행정행위의 발급을 구하는 경우에는 법원에게 판결성숙성을 스스로 만들

---

22) Marx, a.a.O., S. 26.

어별 의무가 있다고 한다.<sup>23)</sup> 법원은 행정청에 의하여 행해진 사실조사나 법적 판단을 평가하는 것에 그치지 않고 원고가 발급을 구하는 행정행위의 요건에 관하여 심리하여야 하고 다른 거부사유의 존재 여부까지 조사하여야 한다. 이러한 통설의 입장에 따르면 행정의 선결권은 적어도 원고가 법원에 소송을 제기한 이후부터는 인정되지 않게 된다.

통설에 따르면, 계쟁처분이 기속적 행정행위인 의무이행소송의 경우 법원은 원칙적으로 제113조 제2항 제1문에 따라 특정행위판결을 하게 되고 제2문의 재결정명령을 할 수 없다. 법원에게 판결성숙성을 성취할 의무가 있으므로 행정청이 아무리 불충분한 사실조사를 했다고 하더라도 법원으로서 스스로 사실조사를 하여 원고의 청구를 기각하거나 행정청으로 하여금 원고가 구하는 행정행위를 발급하라고 명령하는 내용의 판결만을 하여야 하고 재결정명령판결을 할 수 없다.

## 2. 반대 견해

그러나 이러한 통설과 판례의 태도를 비판하는 견해는 이미 요건

---

23) Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, 9. Aufl, München 1988, §86, Rdr. 3 und §113, Rndr. 62; Bettermann, Die verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz bei Nichtbescheidung des Widerspruchs oder des Vornahmeantrages, NJW 1960, 649(S. 654)(이에 관하여 Marx, a.a.O., S. 76.에서 재인용)

A에 대한 행정청의 불충분한 조사 혹은 잘못된 판단 자체로 위법하다고 본다. 이러한 반대 견해는 원칙적으로 행정의 선결권을 존중하는 입장에 서 있다. 법원은 행정의 선결권을 침해하여 아직 행정이 조사하지도 않은 사실관계나 사유에 관하여 스스로 조사하여야 할 의무가 없고, 사안을 행정에게 돌려보내어 행정이 이를 스스로 추완할 기회를 주어야 하며 그의 선조사권을 인정해야 한다는 것이다. 또한 행정의 선결권 뿐만 아니라 원고의 권리보호를 위하여, 그리고 법원의 업무부담을 경감하기 위하여 계쟁처분이 기속행위인 경우에도 법원이 행정법원법 제113조 제5항 제2문에 따른 재결정명령판결을 해야 한다고 한다.

### 제3절 소결

이처럼 의무이행소송에 있어서 법원의 판결성숙성 성취의무에 관한 논의는 계쟁처분이 재량적 행정행위인 경우에는 예외 사안을 제외하고는 법원이 재결정명령판결을 해야 한다는 것에 학설이 일치하고 있다. 따라서 결국 문제되는 것은 앞서 검토한 것과 같이 계쟁처분이 기속적 행정행위인 경우이다. 기속적 행정행위의 경우 그 발급요건이 법률에 규정되어 있어서 독일 행정법원법상 직권조사원칙에 따라 법원이 사안의 조사를 다시 행정에게 맡기기 전에 스스로 이를

조사하여 판단하여야 하는지에 관한 논의가 발생하게 된다. 따라서 여기에서는 기속적 행정행위의 발급에 있어서 법원의 판결성숙성 성취의무가 있는지 여부에 관하여 앞서 살펴 본 독일의 통설과 연방행정재판소의 판례, 그리고 이에 대한 반대 견해를 각각 ‘판결성숙성 성취의무’와 ‘행정의 선결권 존중의무’로 표제를 두어 양 입장의 주장과 논거에 대하여 다음 장에서 더욱 자세히 살펴보기로 한다.



## 제3장 판결성숙성 성취의무에 관한 논의

### 제1절 판결성숙성 성취의무

#### I. 직권조사원칙

##### 1. 직권조사원칙의 의미

독일 행정법원법 제86조 제1항은 법원에게 당사자의 주장 및 증거 신청에 구속되지 않고 사실관계를 직권으로 조사하도록 하도록 31규정하고 있다. 이러한 직권조사원칙(Untersuchungsgrundsatz)<sup>24)</sup>에 따라 행정소송절차는 변론주의가 지배하는 민사소송절차와 구별되고 행정법원은 원칙적으로 자신의 책임 하에서 사실관계를 해명해야만

---

24) 독일 행정법원법 제86조 제1항에서 규정하고 있는 ‘Untersuchungsgrundsatz’를 보통 ‘직권탐지주의’로 이해하여 번역하고 있으나, 직권탐지주의의 개념에 대하여는 학자들마다 그 범위를 조금씩 달리 해석하고 있고 뒤에서 살펴보는 바와 같이 독일에서도 위 조항의 해석에 관하여 서로 다른 입장이 대립하고 있으므로, 여기에서는 법원이 ‘당사자의 주장 및 제출된 증거에 구속되지 않고 직권으로 조사’한다는 것에 초점을 맞추어 ‘직권조사원칙’으로 번역한다.

한다. 이는 사익 간의 이익 충돌에 대한 조정을 목적으로 하는 민사소송과는 달리 공공복리를 위하여 행정의 결정을 통제하여야 하는 행정소송의 목적과 기능을 중시한 데에서 입법화된 것으로 볼 수 있다.

독일의 통설과 연방행정재판소의 판례는 행정소송에서의 직권조사원칙이 헌법적 차원에서 국민의 권리보장과 법치국가원칙과도 관련된다고 본다. 독일 기본법 제19조 제4항은 공권력의 행사로 인하여 권리를 침해받은 자에 대한 효과적인 구제수단을 마련해주고 있는데, 행정법원은 이러한 헌법적 차원의 임무를 수행하기 위하여 법률적인 문제뿐만 아니라 사실관계까지 최대한 완전하고 충분하게 조사하여야 한다고 한다.<sup>25)26)</sup> 민사소송과는 달리 국가의 법집행을 대상으로 하고 있는 행정소송의 경우 분쟁을 기초로 하는 사실관계가 정확하게 조사되고 심리되어야 국민의 권리를 효과적으로 보장할 수 있고 이는 법치국가원칙의 보장으로도 연결된다는 것이다.

또한 직권조사원칙은 소송상 실질적인 무기평등을 달성한다는 데에도 그 의의를 갖는다. 특히 행정소송의 경우 국민으로서는 쉽사리 해당 사안에 접근하기 어렵다. 행정청이 의도적으로 또는 태만이나 내부적 심의 등으로 인하여 행정행위가 어떻게 발급되었는지, 그 기초가 된 사실관계나 법적 근거에 대하여 국민에게 세세히 알려주지

---

25) BVerfGE 15, 275 (282) ; 18, 203 (212) ; 21, 191 (194).

26) Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl., 2012, Rn. 21., Köhler-Rott, Die Mitwirkungslast der Beteiligten im Verwaltungsprozeß, BayVGL., 1999, S. 713, 714(이에 관하여 최계영, 법치주의 구현을 위한 행정소송 심리절차의 강화 - 자료제출요구 제도의 도입 논의 및 독일의 자료제출의무 제도를 중심으로 -, 법학, 제54권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2013. 33면에서 재인용)

않는 경우에는 더욱 더 그러하다. 따라서 국민이 복잡한 사실관계나 법적인 문제를 스스로 해명하고 파악하여 자료를 수집하고 이를 법원에 제시하는 것은 쉽지 않은 일이다. 이러한 이유에서 법원은 스스로 나서서 국민의 소송능력을 보완하여 주어야 한다고 한다.<sup>27)</sup> 그 밖에 법원은 당사자의 주장과 상관없이 행정 자체가 적법한지에 대하여 공익적인 측면에서 조사하여야 한다는 측면에서 행정의 법률적합성 원칙을 규정하는 기본법 제20조 제3항 역시 직권조사원칙을 뒷받침한다고 한다.<sup>28)</sup>

## 2. 직권조사원칙과 판결성숙성 성취의무

연방행정재판소는 법원에게 직권조사원칙에 따라 사안을 성숙하게 만들 의무가 있다고 말한다. 불충분한 사실관계에 기초하여 발급된 행정결정이 문제되는 사안에서, 법원은 단지 그 사안을 행정청에 돌려 보내는 것으로 자신의 임무를 다하였다고 생각해서는 안 된다. 즉, 법원은 그 행정결정을 기초할 사실관계를 충분하게 조사하여야 하고

---

27) 이에 대하여는 행정청이 항상 정보의 우위에 서는 것이 아니고 직권에 의한 사실조사가 반드시 국민에게 유리한 것은 아니라는 점에서 소송상 무기평등의 원칙이 직권조사원칙의 근거가 되는 것은 아니라는 견해도 있다. Manssen, “Untersuchungsgrundsatz, Aufklärungspflicht und Mitwirkungsobliegenheiten im Verwaltungsprozeß”, in: Verwaltungsgerichtsbarkeit und öffentliches Recht-Aufbau und Bewährung in Mecklenburg-Vorpommern, Festgabe für Haak, 1997, S. 64(이에 관하여 최계영, 앞의 논문, 33면에서 재인용)

28) Kopp/Schenke, VwGO, 17. Aufl., 2011, § 99 Rn. 1.

그에 따른 법적용을 통하여 특정행위명령판결을 할 수 있을 정도로 사안을 성숙하게 만들어야 한다는 것이다.<sup>29)</sup>

이러한 관점에 따라 연방행정재판소는 전시재해보상사건에서, 보상 결정관청이 경험법칙에 의하면 신청자에게 발생한 손실이 총 가재도구의 50% 이상에 달하지 않는다는 이유로 그 보상신청을 거부한 사안에서도 법원의 판결성숙성 성취의무가 있다고 판시한다. 즉, 위 사안에서 보상결정관청이 신청자에게 발생한 손실을 제대로 확정하지 않은 채로 신청자의 보상신청을 거부하였다면, 법원으로서 이러한 사안을 다시 행정청에게 돌려보내어 조사하도록 하는 것이 허용되지 않는다는 것이다. 법원에서 판결을 할 수 있을 정도로 사실적인 관계가 해명되지 않았다면 법원에게 직권으로 그 사안의 규명을 할 의무가 있다고 한다. 다시 말해서, 법원은 사안을 충분히 사안을 충분히 해명해야 할 의무가 있고 이는 직권조사원칙에 의하여 필수적인 것이라고 한다. 따라서 이러한 사안에서 법원은 재해 이전에 원고의 가재도구가 어느 정도의 가치를 가지고 있었는지를 확정해야 하고, 그런 다음에 재해로 인한 손실이 그 가재도구의 50%를 넘는지를 계산할 의무가 있다고 한다. 행정청은 신청자가 보상신청을 하였을 때 신청자에게 원래 존재했었던 가재도구의 전체 목록을 제출하도록 하고 그 목록의 정확성과 손실의 종류에 대하여 소명하도록 요구했어야 했다. 그러나 행정청이 이러한 사실관계를 규명하지 않았기 때문에 법원이 스스로 자신의 책임 하에 사실관계를 확정 후 행정청이 원고에 대하여 한 거부결정을 취소하고 정당한 금액의 보상을 명하는 판결을 선고해야 한다고 판시한 것이다.<sup>30)</sup>

---

29) BVerGE 69, 199 (201).

30) BVerGE 2, 135 (136).

연방행정재판소는 전시재해보상사건 뿐만 아니라 주택단지 인가에 관한 소송에서도 법원이 단지 행정청의 거부처분을 취소하는 것에 만족 안 되고 법원의 사안에 대한 포괄적인 석명의무 및 판결의무에 따라 모든 사실적 법률적 관점을 고려해야 하는데, 이는 법원의 권한만이 아닌 의무라고 한다.<sup>31)</sup> 또한 계획보완청구(Planerganzungsanspruch)가 문제된 사안에서도 계획행정청이 소음방지시설을 설치하기 위하여 제대로 된 측량방법을 사용하지 않았고 측량에 사용된 기계가 불완전하다면, 법원은 전문지식이 있는 자의 도움을 받아 어떠한 측량방법과 기계의 조정이 정당한지를 규명하고 원고의 계획보완청구를 허가해야 되는지를 판단하여야 한다고 한다.<sup>32)</sup> 이는 행정청이 청문절차를 거치지 않은 망명신청자의 사안이나 외국인 추방사안에서도 마찬가지이다. 즉, 법원은 행정청이 거치지 않은 절차를 스스로 직접 행하여 그 하자를 치유하여야 하고 사안을 해명할 의무가 있다는 것이다.

## II. 법규정의 문언상 판결성숙성 성취의무의 도출

독일의 통설과 연방행정재판소는 취소소송에 관한 행정법원법 제 113조 제1항 제1문과 의무이행소송에 관한 제113조 제5항의 문언으로부터 직접 법원의 판결성숙성 성취의무를 도출하기도 한다. 여기에

---

31) BVerwGE 10, 202 (204 f.).

32) BVerwGE 69, 256 (277 f.).

서는 위 각 조항의 문언에 기재된 ‘위법’(rechtswidrig)을 어떻게 해석하고 평가하는지가 논의의 중심이 된다.

취소소송의 경우 독일의 통설은 행정청이 적절하지 않은 사실관계나 처분사유를 토대로 행정행위를 발급하였다고 하더라도 다른 사실관계나 처분사유를 토대로 하여 그 행정행위를 유지시킬 수 있는 한, 법원은 동일한 행정행위를 취소하는 것이 아니라 유지시킬 의무가 있다고 한다.<sup>33)</sup> 즉, 법원은 행정청이 제시하지 않은 사실관계라도 스스로 조사하고 다른 처분사유를 찾아내어 행정행위가 결과적으로 적법할 수 있는지 여부를 판단할 의무를 가진다는 것이다.

연방행정재판소는 개발분담금과 관련된 사안에서 이와 같은 태도를 보인다. 이 사안은 행정청이 개발비용을 분배하기 위하여 그 산정 기초가 되는 표준면적을 잘못 조사하였고 그 조사에 따라 원고에게 일정한 금액의 분담금결정을 하였는데, 원고가 법원에 위 분담금결정에 대하여 취소소송을 제기한 사안이다. 원심 법원은 위 분담금결정이 잘못된 계산근거에 기초하여 발령된 것이라고 보고 원고의 취소소송을 인용하였다. 여기에서 원심 법원은 행정청이 표준면적을 잘못 조사하고 이에 따라 원고가 분담금을 더 많이 부담하게 되었는지에 따라 원고의 권리가 침해되었다고 보지 않았다. 바로 행정청이 하자 있는 계산근거에 기인하여 결정을 하였다는 것 자체로부터 원고의 권리가 침해되었다고 본 것이다.

이에 대하여 연방행정재판소는 이와 같은 원심 법원의 판결이 행정법원법 제113조 제1항 제1문에 위반된다고 판시한다. 즉 “행정행위가 위법하고 원고가 이로 인하여 자신의 권리를 침해받은 경우 법원

---

33) Marx, a.a.O., S. 82.

은 이를 취소하여야 한다”는 위 규정의 문언에 따라 법원은 행정행위가 위법한지, 다시 말해 결과적으로 위법한지를 판단하고 원고가 그러한 행정행위로 인하여 결과적으로 자신의 권리를 침해받았는지를 조사하고 판단할 의무가 있다는 것이다.<sup>34)</sup> 여기에서의 ‘위법’은 단지 행정청이 제시한 사실관계나 사유만으로 결정되는 것이 아니라 행정청이 고려하지 않은 사실적 법적 관점까지 모두 조사하여 판단한 이후에 결정된다.

이러한 입장에서 본다면, 앞서 살펴 본 분담금결정 사안의 경우 법원은 스스로 표준면적을 조사하여 적절한 계산근거를 파악한 후 행정청이 원고에게 한 분담금결정이 위법한 것인지를 판단하여야 할 것이다. 연방재판소는 이와 같이 행정법원법 제113조 제1항 제1문으로부터 적절하지 않은 처분사유 등에 의하여 발급된 행정행위가 새로운 처분사유로도 발급될 수 있을 때 법원에게 그 행정행위를 유지하여야 할 의무가 나온다고 한다. 행정행위가 아무리 적절하지 않은 사실에 근거하여 발급되었다고 할지라도, 결과적으로 그 행정행위가 적법해질 수 있다면 행정청에게 사실조사를 다시 할 기회를 주지 않아도 되고 법원이 스스로 사실조사를 수행하여 이를 취소하지 말아야 된다는 것이다.

이는 의무이행소송에서도 마찬가지이다. 제113조 제5항에 따라서 행정행위의 거부나 부작위가 위법하고 원고가 이로 인하여 자신의 권리가 침해되는 경우, 법원은 사건이 성숙할 때 행정청에게 신청된 직무행위의 이행을 할 것을 선고하여야 한다. 이 경우에도 역시 행정행위의 거부가 ‘위법’한지 여부를 법원이 어떻게 판단해야 하는지 문제된다. 통설의 입장에 의한다면 법원은 행정청이 행정행위를 거부하

---

34) BVerWGE 64, 356 (357 f.).

면서 제시한 거부사유에 흠결이 있다는 것만으로 행정행위의 거부  
위법하다고 판단해서는 안 된다. 법원은 행정행위의 거부  
사유로도 결과적으로 정당화될 수 없는지를 조사하고 판단할 의무  
를 갖는다. 그리고 이에 따라 원고가 주장하는 행정행위를 발급해야  
하는지 여부를 판단하게 된다. 이와 같이 통설에 의하면, 법원의 행정  
에 대한 통제는 ‘행위통제’(Verhaltenskontrolle)가 아니라 ‘결과통  
제’(Ergebniskontrolle)로서 다가오게 된다.

### III. 국민의 권리보호와 소송경제의 필요성

법원의 판결성숙성 성취의무를 지지하는 논거로 분쟁의 일회적 해  
결 및 이에 따른 국민의 권리보호와 소송경제<sup>35)</sup>를 들 수 있다. 연방  
행정재판소는 행정청에 다시 사안을 돌려 보내어 다시 조사를 하게  
하는 것은 당사자의 권리를 보호하지 못할 뿐 아니라 법적 안정성과  
도 맞지 않는다고 본다.

행정청이 제시한 거부사유가 존재하지 않거나 흠결이 있다는 이  
유로 법원이 행정행위를 취소하면 행정청은 다시 사실관계를 조사하  
여 행정행위를 발급하게 되는데, 이때 행정청이 다른 처분사유를 들  
어 원고에게 원행정행위와 같은 내용의 행정행위를 발급한다고 가정

---

35) ‘소송경제’(Prozeßökonomie) 사상을 ‘절차촉진’(Verfahrenbeschleunigung)이라고  
표현하기도 한다.



해 보자. 원고가 이를 다투기 위해서는 새롭게 발급된 행정행위를 대상으로 하여 다시 법원에 소송을 제기하여야 할 것이다. 이 경우 원고는 첫 번째 소송에서 분쟁이 해결되는 것에 비하여 소송비용과 시간, 노력을 몇 배로 부담하게 된다. 이는 행정청이 새로운 행정행위를 발급하면서 원고에게 제시한 처분사유가 원행정행위의 발급 당시에 존재했던 사실관계를 기초로 하였던 것이라면 더욱 문제가 된다. 결국 연방행정재판소는 위와 같이 법원이 나머지 요건들이나 처분사유들에 대하여 더 이상 조사하지 않고 행정청에 대하여 재결정명령판결을 하는 경우 단지 분쟁을 뒤로 미루기만 할 뿐 분쟁의 종국적인 해결을 하지 못한다는 이유에서 이와 같은 태도를 취하는 것으로 보인다.

또한 연방행정재판소는 행정청이 이제까지 제시하지 않았던 요건이나 사실관계를 법원이 스스로 조사하여 결과적으로 그 행정행위가 적법한지 여부를 살피는 것에서 더 나아가, 관할이 없는 행정청이 행정행위를 발급하고 이후 그 행정청에 관할이 있게 되는 사안에서도 법원의 적극적인 판결성숙성 성취의무의 필요성이 있다고 한다. 특히 관할이 없는 법무부가 관할이 있는 내무부 대신 보상신청을 거부한 사안의 경우 위 거부처분 이후에 법무부에게 관할이 생기는 것이 아님에도 불구하고 원심 법원에게 충분한 사실조사를 하여 위와 같은 법무부의 행위가 결과적으로 적법한지 밝혀야 한다고 하는데, 이는 보상절차를 신속하게 이행해야 할 필요성, 즉 소송경제의 필요성 때문이라는 것이다.<sup>36)</sup>

이러한 연방행정재판소의 태도를 지지하는 견해는 소송경제 및 권

---

36) BVerwG DVBl, 1963, 104 (105)(이에 관하여 Marx, a.a.O., S, 85에서 재인용)

리보호의 관점에서 재량사안의 경우에도 법원이 이를 완전하게 심리하여야 한다고 한다. 당사자들이 동일한 행정행위에 대하여 단지 근거로 제시된 처분사유나 사실관계가 달라진다는 이유만으로 다시 소송을 진행하는 것은 소송경제의 필요성에 반할 뿐 아니라 법적 평등을 깨뜨리는 일이라고 한다.<sup>37)</sup>

#### IV. 행정절차법상 논의

법원의 판결성숙성 성취의무에 관한 논거 중 하나로 ‘곧 돌려줘야 하는 것을 요구하는 자는 악의로 행위한다’(dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est)라는 법언이 있다. 이는 민사법 영역에 속하는 법원칙으로서, 목적물의 이전을 구하는 채권자의 청구 또는 권리행사가 상대방에게 불필요한 불이익만을 주는 무의미한 것인 경우 그 권리행사를 제한한다는 것이다. 목적물이 부당이득반환이나 상계 등의 대상이 되는 경우 결국 채권자로서는 다른 원인에 기하여 다시 채무자에게 그 목적물을 반환하여야 할 것인데, 그럼에도 불구하고 채권자가 목적물의 일시적인 이전을 구한다면 그로 인해 얻는 채권자의 이득이 그리 크지 않은 반면 상대방에게는 불이익을 가져오기 때문에 이러한 급부의 청구는 신의칙상 허용되지 않는다.

---

37) Groschupf, Wie entscheidet das Verwaltungsgericht, wenn das Verwaltungsverfahren fehlerhaft war?, DVBl. 1962, 262(S. 627)(이에 관하여 Marx, a.a.O., §4, S. 87에서 재인용)

법원의 판결성숙성 성취의무를 지지하는 견해는 위 원칙에서 실제적 사유의 추가변경의 문제를 도출하고 이를 행정소송에서도 적용할 수 있다고 본다. 즉, 행정청이 부적절한 사유를 들어 행정행위를 발급한 경우 원칙적으로 그 행정행위는 위법하다고 보아 취소하여야 할 것으로 보이지만, 행정청이 다른 적정한 사유를 들어 동일한 행정행위를 발급할 수 있는 경우에는 처음 발급한 행정행위를 취소하는 것이 무의미하게 되기 때문에, 다시 말해, 어차피 원고로서는 행정청으로부터 동일한 행정행위를 발급받을 것이기 때문에, 법원은 그 행정행위를 취소하지 않는다는 것이다.<sup>38)</sup>

이러한 견해는 독일 행정절차법 46조와 제45조의 유추적용을 판결성숙성 성취의무의 근거로 삼는다. 행정절차법 제46조에 의하면, 동법 제44조에 의하여 무효로 되지 아니하는 행정행위의 취소는 그 위반이 실제적 결정에 영향을 미치지 않았음이 명백한 경우, 절차, 형식 또는 토지관할에 관한 규정을 위반하여 성립되었다는 이유만으로 청구될 수 없다. 또한 행정절차법 제45조는 절차나 형식규정 하자의 사후 보완가능성을 규정하고 있는데, 절차나 형식규정의 하자가 무효가 아닌 한 사법절차의 최종 사실심 종결시까지 보완되면 된다는 것이다.

법원이 이제까지 행정청이 고려하지 않은 처분사유를 사후에 조사하여 보완하는 것은 행정절차법 제45조의 절차적 처분사유에 추가변경이 아닌 '실체적' 처분사유에 추가변경으로 볼 수 있다. 원래 행정절차법 제45조는 행정청에게 시적 제한을 두어 적시에 처분사유를 제시할 수 있도록 하는 것으로 행정의 자기통제를 보장하기 위한 목

---

38) Rupp, Nachsieben von Gründen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, Karlsruhe, 1987, S. 111 ff.

적이다. 그런데 실체적 처분사유의 추가변경은 법원에 의하여 소송단계에서 이루어지는 것이므로 행정절차법 제45조 본래의 목적과는 구별된다. 어쨌거나 행정청이 하자 있는 행정행위를 발급하였다고 하더라도 행정절차법 제46조와 제45조의 유추적용에 따라 법원의 사실조사 및 사안해명 등을 통하여 그 하자가 결과적으로는 아무런 영향을 주지 못한다는 것이 밝혀진 경우, 즉 결과적으로 적법한 경우에는 법원이 행정행위를 취소하면 안된다고 한다. 여기에서 법원이 행정행위의 결과적 적법 여부를 밝혀내고 판단할 의무, 즉 판결성숙성을 성취할 의무가 도출된다는 것이다.

## 제2절 행정의 선결권 존중의무

### I. 직권조사원칙의 의미에 관한 재검토

#### 1. 문제의 소재

앞서 살펴 본 바와 같이 독일의 통설은 행정절차법 제86조 제1항의 직권조사원칙으로부터 법원이 판결성숙성을 스스로 만들어야 할

의무가 나온다고 한다. 소송관계인의 주장 및 증거신청에 구속되지 않고 직권으로 사실관계를 조사하여야 한다는 직권조사원칙에 따라 법원에게 행정청이 제시하지 않은 사유 혹은 처분의 기초로 하지 않은 사실관계까지 모두 조사하고 판단할 의무가 있다는 것이다.

그런데 법원의 판결성숙성 성취의무에 대한 반대입장에서는 직권조사원칙에 대한 통설의 입장에 의문을 제기한다. 법원이 직권으로 사실관계를 조사하여야 한다는 원칙에 의한다면 과연 어떠한 사실관계를 어느 정도까지 조사할 수 있는지, 직권조사원칙으로부터 바로 법원의 판결성숙성 성취의무가 도출될 수 있는지의 문제가 바로 그것이다.

Marx 역시 이러한 의문을 제기하면서 다음의 사안을 예로 들고 있다<sup>39)</sup>. 행정청이 마약중독자라는 이유로 원고의 운전면허를 취소하였고 이에 원고가 법원에 위 취소처분에 관하여 취소소송을 제기한 사안에서, 법원은 사실조사를 통하여 원고가 마약중독자가 아니라는 사실은 밝혔으나, 소송심리 중 원고가 청각장애를 가지고 있음을 알게 된다. 이러한 경우 법원이 직권조사원칙에 따라 운전면허의 취소사유를 ‘마약중독자’에서 ‘청각장애자’로 변경한다면 운전면허 취소처분은 결과적으로 적법하기 때문에 원고의 취소소송을 기각하게 될 것이다. 여기에서 마약중독이나 청각장애는 모두 건강상의 사유로 이로 인해 당사자가 차량을 운행하기 부적절하다는 점에서 유사하기 때문에, 원고의 청각장애가 애초에 행정절차의 대상이 아니었더라도 사후에 법원의 조사 대상이 되는 것은 큰 문제가 되지 않을 수도 있다.

그러나 법원이 조사한 사실관계가 행정청이 조사한 사실관계와 본

---

39) 이하 Marx, a.a.O., S. 109 f.

질적으로 다른 경우는 어떠한가. Marx는 이와 관련한 예로 음식점 주인이 행정청의 주류소매면허 취소처분에 관하여 법원에 취소소송을 제기한 사안을 들고 있다.<sup>40)</sup> 행정청이 음식점 주인에게 약물남용을 했다는 이유로 주류소매면허를 취소하였고, 이에 음식점 주인이 법원에 취소소송을 제기하였는데, 법원이 음식점 주인의 약물남용 사실이 없음을 밝혔다고 하자. 그런데 그 후 법원은 심리과정에서 더 나아가 음식점 주인이 자신의 직원을 학대하였다는 사실을 밝혀내었고, 결국 주류소매면허 취소처분이 결과적으로 적법하다고 판단하면서 음식점 주인이 제기한 취소소송을 기각할 수 있는지가 문제된다. 이 사안은 위에서 언급한 사안과는 달리 행정청에 의하여 제시된 처분사유와 법원에 의하여 밝혀진 처분사유가 서로 본질적으로 다른 경우이다. Marx는 법원이 마찬가지로 직권조사원칙에 의하여 주류소매면허 취소처분과 관련한 모든 사정들을 조사하여야 하는지, 아니면 법원의 석명의무가 행정청이 고려했어야 하거나 행정청에 의하여 고려된 사유에 제한되는지에 관한 문제를 제기하는데, 이러한 문제는 의무이행소송에 있어서도 제기된다.

## 2. 직권조사원칙의 한계 및 새로운 의미

직권조사원칙은 소송에서 원고가 구하는 판결형식에 따라 요구되는 범위가 달라진다. 원고가 행정청의 거부결정에 관하여 취소소송을 구하는 경우에, 법원은 아무리 의무이행소송을 위한 요건들이 구비되

---

40) 이하 Marx, a.a.O., S. 110.

어 있다고 하더라도 그 요건들에 관하여 더 나아가 조사하지 않고 거부결정의 취소요건에 관하여만 조사하여야 한다. 연방행정재판소는 이러한 경우 법원이 더 나아가 조사하지 않더라도 직권조사원칙이 침해되는 것은 아니라고 한다.<sup>41)</sup> 판결형식에 따라 직권조사원칙의 범위가 좌우되는 것일 뿐 직권조사원칙에 따라 판결형식이 달라지는 것은 아니다.

통설은 법원이 판결성숙성을 직접 성취할 의무가 있다고 하면서 그 논거 중 하나로 직권조사원칙을 들고 있으나, 직권조사원칙의 의미를 통설과 달리 보는 입장에서는 직권조사원칙을 다음과 같이 이해하려고 한다. 즉, 취소소송에서는 법원이 행정에 의하여 제시된 사유가 실제로 존재하는지를 당사자의 주장이나 형식적인 입증책임 규정에 구속되지 않고 직권으로 조사하여야 하는 것을 의미한다. 그리고 의무이행소송에서는 행정청이 적절한 사실기초에 따라 거부결정을 발급하였는지를 직권으로 조사하는 것이다. 이에 따르면 직권조사원칙은 법원에게 사안의 성숙성을 성취할 것을 요구하는 것이 아니라, 단지 이미 행정의 조사 대상이 되었던 사실을 당사자의 주장에 구애됨이 없이 독립적으로 조사하는 것을 의미한다고 한다. 이때 행정의 사실조사에 흠결이 있다며 이를 보완하고 치유하는 데에 한정되고 그 사실조사를 완전히 다른 것으로 대체하는 것까지 의미하는 것은 아니라는 것이다.<sup>42)</sup>

이러한 반대입장의 견해에 따르면, 직권조사원칙이 법원에게 계쟁 행정행위와 관련된 모든 사실관계들을 완전하게, 빠짐없이 조사할 것을 요구한다고 볼 수는 없다. 행정법원법 제86조 제1항의 법원의

---

41) BVerGE 4, 20 (22).

42) Marx, a.a.O., S. 118.

사실조사가 소송관계인의 주장 및 증거신청에 구속되지 않는다는 내용은 소송관계인이 전혀 고려하지 않았던 사실까지도 모두 평가하고 조사하라는 것이 아니다. 이는 후술할 소송물과 직권주의와의 관계와도 관련된다. 법원은 행정청이 고려하였던 사실관계를 기초로 하여 조사하되, 당사자가 제출한 자료나 증거에 구속되지 않고 직권으로 조사할 수 있다. 직권주의원칙을 이와 같은 의미로 받아들인다면, 직권주의원칙에서 법원의 판결성숙성 성취의무가 당연하게 도출된다고 볼 수 없다.

## II. 소송물에 의한 한계

행정소송에서도 당사자의 처분권은 존중된다. 독일의 행정소송제도는 행정법원법 제86조에 의한 직권조사원칙, 즉 직권탐지주의가 지배하고 있으나 처분권주의가 적용되는 범위 내에서는 법원의 판결성숙성 성취의무 역시 일정한 제한을 받을 수밖에 없다. 처분권주의에 의하여 법원은 당사자의 신청에 기속되고 이를 넘어선 판결을 할 수 없다. 원고는 소송절차의 시작과 끝을 결정할 수 있고 당사자만이 소송법관계의 존속, 내용, 변경을 결정할 수 있다. 특히 독일의 경우 원고의 주장 자체를 소송물로 보기 때문에 이에 의하여 법원의 사안규명을 위한 조사의무가 제한된다.

여기에서 소송물의 범위를 어떻게 볼 것인지에 따라 법원의 판결성숙성 성취의 범위가 결정된다. 법원의 판결성숙성 성취의무에 반대



하는 입장에서는 취소소송과 의무이행소송의 경우 소송물은 청구취지 뿐만 아니라 행정청의 결정을 위한 결정적인 사유에 의하여 정해진다고 한다.<sup>43)</sup> 소송물은 행정청에 의해 고려된 사유, 즉 행정청이 조사한 사정에 국한된다는 것이다. 이에 의하면 취소소송의 경우 행정청이 제시한 사유에 의해서는 계쟁 행정행위가 발급될 수 없다는 것이 밝혀진다면, 법원으로서 그 계쟁 행정행위에 관하여 더 나아가 조사하지 않고 취소하여야 한다. 또한 의무이행소송의 경우 행정청이 제시한 사유로는 행정청의 거부결정이 뒷받침되지 못하고 다른 거부사유가 존재하는지가 충분하게 조사되지 않았다면, 법원은 재결정명령판결을 선고하여야 한다.

한편, 연방행정재판소 역시 소송물개념에 의거하여 법원의 직권조사 의무를 제한하고 있다. 전쟁장해연금의 급부를 거절한 행정행위를 다투는 사안에서, ‘법원이 직권으로 사실관계를 해명하지 않으면 안 된다는 원칙은 쟁송에 대한 판결이 요구되는 범위 내에서만 타당한데, 이 사건 소는 단지 전쟁장해연금을 거절한 행정결정의 취소를 구하는 것이기 때문에 법원이 이를 넘어서서 전쟁에 의한 주거, 가구, 토지 등에 대한 물적 손해까지 해명할 필요가 없다’는 취지로 판시하면서 당사자가 확정된 소송물에 따라 직권조사원칙의 적용을 제한하였다.<sup>44)</sup> 연방행정재판소가 위와 같은 판결을 통하여 소송물의 범위에 관하여 반대 입장과 같은 태도를 취하면서 법원의 판결성숙성 성취 의무를 부정하고 있다고 볼 수는 없다. 그러나 연방행정재판소가 소송물의 범위에 따른 법원의 직권조사 의무의 제한을 인정하였다는 점

---

43) Wittmann, Das Nachschieben von Gründen im Verwaltungsprozeß, 1970, S. 110 ff.

44) Beschluss des BVerwG vom 4.7.1956 E.4 S. 20.

에서 의미가 있다고 생각된다.

### III. 권리보호원칙

#### 1. 독일 기본법 제19조 제4항의 의미

독일 기본법 제19조 제4항은 공권력으로부터 권리가 침해된 자에 대한 재판청구권, 즉 권리구제수단을 규정하고 있다. 행정청에 의하여 권리가 침해된 국민에 대한 권리보호와 동시에 행정청에 대한 법원의 통제를 보장하기 위한 것으로, 이러한 기본법 제19조 제4항의 의미는 공권력으로부터 권리가 침해된 자에게 단지 법원에 소송을 제기할 수 있는 길을 열어준다는 것에 국한되는 것이 아니라 국민에게 효과적인 권리보호를 보장하기 위한 수단을 만들어 주어야 한다는 것에 있다.

통설의 경우 국민에게 효과적인 권리보호를 보장하기 위해서는 더욱 더 법원이 스스로 판결성숙성을 성취할 의무가 있다고 본다는 것은 앞서 살펴 본 바와 같다. 의무이행소송에서 행정청이 처분의 기초로 삼은 사실관계가 잘못 조사되었다는 이유로 법원이 원고가 구하는 행정행위를 발급하기 위하여 필요한 모든 요건들을 조사하지 않고 그 사안을 행정청에게 돌려보낸다면, 원고로서는 다시 행정청의

재조사를 기다려야 되고 다시 소송을 제기할 가능성까지 고려해야 될 부담을 안게 될 수 있다.<sup>45)</sup> 이 점이 바로 통설이 기본법 제19조 제4항을 판결성숙성 성취의무의 근거로 삼는 이유이다.

그러나 이를 반대하는 입장에서는 법원의 판결성숙성 성취로 인하여 기본법 제19조 제4항의 헌법적 보장이 침해될 수 있다고 한다. 통설과는 달리 법원의 철저한 심리판단으로 인해 ‘효과적인’ 권리보호가 보장되는 것은 아니며 오히려 국민의 본질적인 권리보호청구권이 침해될 수 있다는 것이다.<sup>46)</sup>

그렇다면 효과적인 권리보호는 어떠한 경우에 보장될 수 있는 것인가? 법원에 의하여 판결성숙성이 성취되면 효과적인 권리보호의 보장에 어떠한 영향을 끼치게 되는 것인가? 다음에서는 법원의 판결성숙성 성취의무를 반대하는 견해가 그 논거를 기본법 제19조 제4항에서 어떻게 발견하고 있는지를 살펴보기로 한다.

## 2. 신속한 권리구제와 효과적인 권리보호와의 관계

독일의 통설과 연방행정재판소의 주류적인 판례는 법원의 판결성숙

---

45) 취소소송의 경우에는 사정이 달라진다. 즉 통설에 의하면 법원은 행정청이 제시하지 않은 사유까지 모두 조사하여 행정청이 발급한 행정행위가 “결과적으로 적법한지” 여부를 판단하게 되는데, 그러한 경우 아무리 행정청이 처음에 잘못된 근거로 행정행위를 발급하였다고 하더라도 법원으로서 행정행위가 결과적으로 적법하다면 원고의 취소소송을 기각할 수밖에 없어 원고는 결국 원하던 결과를 얻지 못하게 된다.

46) Marx, a.a.O., S. 136 f.

성 성취의무에 대한 논거로 국민의 신속한 권리보호를 들고 있다. 그러나 이에 대하여 반대하는 입장에서는 기본법 제19조 제4항이 신속한 권리보호를 위하여 규정된 것이 아니라 어떻게 하면 더욱 국민의 권리보호에 효과적일 수 있는지를 요구하는 것이라고 주장한다.<sup>47)</sup>

반대 입장의 이러한 논거를 뒷받침하는 예로 망명신청자의 사안을 들 수 있다. 망명신청자의 망명신청이 거부된 경우 망명신청자로서는 자신의 사건이 신속하게 종결되는 것보다 시간이 좀 더 걸리더라도 행정청이 절차를 보완하고 자신의 망명신청을 세세하게 조사 및 판단하는 과정을 거쳐 결국 망명신청이 승인된다면 자신에게 더 유리한 결과를 가져오게 되므로, 행정청이 이러한 과정을 거치기를 원할 것이다.<sup>48)</sup> 이러한 사안은 분쟁의 신속한 해결보다 권리보호의 효과적인 보장이 더 중요하다는 것을 시사한다. 또한 반대론자들은 법원이 스스로 판결성숙성을 만들어내어 사안을 종결시킨다고 하여 행정에게 사안을 다시 돌려보내는 것보다 더욱 신속한 절차촉진을 보장하는 것은 아니라고 본다. 그 예로 영업을 확장하려는 자가 임시시온방지법상 허가를 받지 못하여 그 거부결정에 대해 취소소송을 제기한 경우, 법원이 임시시온방지법상 사안에 대한 조사를 하는 것보다는 해당관청이 그 사안의 조사를 하는 것이 더 신속하게 처리할 수 있다고 한다. 즉 법원이 직접 판결성숙성을 만들어내는 것보다 사안을 행정에 돌려보내는 것이 절차촉진 측면에서도 원고에게 유리할 수 있다는 것이다.<sup>49)</sup>

---

47) Schlink/Wieland, Klagebegehren und Spuchreife im Asylverfahren, DÖV 1982, S 433.

48) 물론 이는 행정청의 조사능력이 법원의 그것보다 더 낫다는 전제하에서 가능할 것이다.

49) Schlink/Wieland, a.a.O., S 426.

결국 반대 견해에 따르면, 효과적인 권리보호는 소송에서 관련 사실관계가 확실하게 해명될 것이 전제로 되어야 하고, 판결의 적법성은 사실규명의 신속함이 아니라 사실규명의 질, 즉 행정에 의한 더 나은 사실조사로부터 나온다고 한다.<sup>50)</sup> 이는 다음에서 살펴보는 행정의 전문성과도 관련된다.

### 3. 행정의 전문성에 따른 효과적인 권리보호의 보장

현대 행정법이 점점 더 복잡해지고 전문적인 영역을 규율하게 되면서 각 개별영역에서의 전문성이 필요하게 되었다. 법원으로서의 사안의 판결성숙성을 스스로 만들어 낼 의무가 있다고 하더라도 전문적이거나 기술적인 문제에 있어서 행정청의 협력이 없다면 이러한 의무를 사실상 수행하기 불가능할 것이다. 따라서 전문적인 영역에 있어서는 해당 행정청이 사실조사를 하는 것이 법원이 사실조사를 하는 것보다 더 적절할 수 있다.<sup>51)</sup>

반대 견해는 이러한 관점에서, 일반적으로 법원보다 행정청의 조사

---

50) Marx, a.a.O., S. 144.

51) 미국의 경우 복지국가에 대한 요청으로 인하여 특히 경제규제행정의 분야를 중심으로 행정청의 전문적인 판단을 존중하게 되었다. 법원의 판결이 대상이 되는 행정기관의 결정에는 전문성과 경험이 뒷받침되기 때문에 사건의 쟁점이 전문적이고 기술적이며 복잡한 경우 행정청의 판단능력을 법원의 그것보다 우위에 둔다. 이에 따라 법원은 실질적 증거심사에 따라 법원의 행정행위에 대한 사실심리를 행정청의 사실판단에 관한 합리성 심사로 제한한다. 김은주, 미국행정법에 있어서 Chevron 판결의 현대적 의의, 공법연구 제37집 제3호, 2009, 322면 참조.

능력이 더 뛰어나기 때문에 행정청에게 먼저 사실관계에 대한 조사를 맡기는 것이 국민의 권리보호에 더 효과적이라고 주장한다.<sup>52)</sup> 사실을 조사하는 능력은 좀 더 많은 법률지식을 갖고 있다고 하여 주어지는 것이 아니다. 관할 행정청은 법원보다 더 당해 사안에 폭넓은 이해를 갖고 있을 뿐 아니라 여러 분야의 전문가들을 상호 협력하도록 하는 작용을 통하여 업무를 수행할 수 있다. 또한 전문적인 분야 뿐만 아니라 정책적인 판단이 필요한 분야에 있어서도 여론 수집 및 공청회 등을 통하여 좀 더 융통성 있게 공익과 사익을 조절할 수 있다. 이러한 이유로 반대 견해에서는 소송경제의 사상을 앞세워 법원이 판결성숙성을 스스로 성취하고 사안을 종결시켜야 한다는 통설이 이러한 현실을 간과하였다고 보는 것이다. 따라서 반대 견해와 입장을 같이 한다면, 전문성을 가진 행정청이 법원보다 사실조사를 더욱 신속하게 끝낼 수 있을 뿐 아니라 그동안 축적된 경험으로 인하여 불필요한 비용이나 노력의 소모 없이 조사를 할 수 있다는 결론에 도달할 수 있다.

이처럼 반대 견해는 행정청에게 사실관계에 대한 선조사권 또는 선결권을 부여하는 것은 오히려 시간의 단축과 질 좋은 사안규명을 가능하게 함으로써 국민의 권리보호를 더욱 효과적으로 보장한다고 한다. 행정청에게 선조사권 혹은 선결권을 부여하는 것이 바로 법원의 권한을 제한하는 것은 아니다. 어쨌든 기속적 행정결정의 경우 최종결정권한은 법원에게 있기 때문이다. 법원이 전문적이고 복잡한 사안의 조사를 스스로 행하지 않고 행정청에게 넘기게 되면, 법원의 부담은 경감되고 행정청에 대한 실질적인 통제가 가능해지면서 오히려

---

52) Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, München, 1971, S. 130(이에 관하여 Marx, a.a.O., S. 146에서 재인용)

국민의 권리보호를 더욱 신속하고 효과적으로 보장할 수 있을 것이라고 한다.

#### IV. 권력분립의 원칙

법원의 판결성숙성 성취의무에 대하여 반대하는 논거로 권력분립의 원칙 또한 제기된다. 법원이 직접 사안을 성숙하게 만들어 종결시키는 경우, 법원이 자신에게 주어진 임무의 범위를 넘어서서 행정의 집행권 영역을 침범하게 되는지, 즉 권력분립의 원칙을 침해하게 되는지 문제된다. 그리고 이러한 문제 제기는 행정과 행정재판권의 관계를 살펴보는 데에서 시작된다.

Marx는 권력분립의 원칙만으로는 행정과 행정재판권의 관계 또는 행정부와 사법부라는 두 국가권력의 관할영역 확정 문제를 해결할 수 없고 앞서 살펴 본 기본법 제19조 제4항에 의하여 결정해야 된다고 한다. 기본법 제19조 제4항은 국민의 권리를 보호하기 위하여 법원의 행정에 대한 통제를 규정하는데, 여기에서 법원의 행정에 대한 통제를 어떠한 방식으로 할 수 있는지가 문제된다. 만일 법원의 과제로서 객관적인 행정통제를 중점으로 둔다면 법원은 행정결정이 위법한지 여부에 관한 모든 사실관계를 조사하여야 하고 이에 따라 법원의 사실조사의무는 확대될 것이다. 그러나 반대로 법원의 과제를 좀더 국민의 권리보호에 치중한다면, 법원은 소송을 제기한 원고의 권

리침해가능성과 관련된 부분에 제한하여 심리판단을 하면 된다. 그리고 후자의 경우 법원은 원고의 주관적인 권리를 침해하는 행정결정을 사후적으로 통제하는 데에 그치게 된다고 한다.<sup>53)</sup>

또한 Marx는 행정과 행정재판권의 관계가 권력분립의 원칙에 의해서가 아니라 오히려 ‘권력교차의 원칙’(Prinzip der Gewaltenschränkung)에 의하여 결정된다고 한다. 권력분립은 각 권력의 주체가 독립적으로 존재하고 자신들의 과제를 수행하는 반면, 권력교차는 한 권력이 다른 한 권력에게 영향을 주는 것이다. 행정과 행정재판권의 관계는 양 권력의 기능으로부터 결정될 수 있는데, 행정은 법의 집행, 행정재판권은 행정의 통제와 감독을 그 기능으로 한다. 행정이 법원의 판례에 직접적인 영향을 받는 것은 아니지만, 어쨌든 행정은 행정재판권에 의하여 통제를 받게 된다. 그런데 행정을 통제할 의무가 있는 법원이 행정의 기능을 대신 수행한다면 본질적이고 실질적인 통제가 이루어지지 않게 된다. 즉, 본래 행정청이 사실관계를 먼저 조사하고 판단하여 이에 기초한 행정결정을 하면 법원이 그 행정결정이 위법한지, 원고의 권리를 침해하는지 여부를 판단하여 행정을 통제하여야 하는데, 법원이 행정청의 선결권을 무시하고 행정결정의 기초가 되는 관련 사실관계를 모두 조사하는 등 행정의 영역을 침범한다면 본래 행정의 행위에 대한 통제를 목적으로 하는 행정재판권의 기능은 그 의미를 상실하게 된다는 것이다.<sup>54)</sup>

법원이 행정의 영역을 침범하게 되면 또 다른 문제가 발생한다. 사건에 의하면, 행정청이 아무리 부적절한 사실관계에 기초하여 행정행위를 발급하거나 거부하였다고 하더라도 소송절차에서 법원이 발급

---

53) 이하 Marx, a.a.O., S. 151.

54) Marx, a.a.O., S. 154.



된 행정행위나 거부결정과 관련된 모든 사실관계와 사유를 조사하여 결국 행정청의 결정이 결과적으로 적법하다는 취지의 판결을 한다면, 행정청으로서 법원에 의하여 사후에 치유가능성이 있다는 것을 믿고 충분하지 않은 사실조사에 근거하여 행정결정을 하게 되는 등 자신의 고유한 기능을 제대로 발휘하지 못하고 소홀하게 될 것으로 보인다. 이로써 행정청의 결정, 행정절차는 고유한 가치를 잃게 되고 원고로서도 법원의 소송으로 가기 전에 잠시 거치는 절차 정도로 인식할 수 있으며 법원 역시 모든 사안에 관한 사실해명을 해야 된다는 부담으로 법원 고유의 통제기능을 제대로 수행할 수 없을 것이다.

결국 행정권과 행정재판권은 기본법 제19조 제4항의 권리보호원칙에 기속되는데, 양 권력의 기능영역을 결정하기 위하여 권력분립원칙에 관한 기본법 제20조 제2항 제2문 역시 고려되어야 한다. 법원에 의하여 판결성숙성이 성취된다면, 법원은 기본법 제19조 제4항에 의한 행정의 통제라는 기능영역에서 벗어나게 되고 이에 따라 권력분립원칙으로 정해진 행정의 기능영역을 침해하게 되는 것이다.

## V. 연방행정재판소의 예외적인 ‘행정의 선조사권’ 존중

연방행정재판소는 앞서 본 바와 같이 원칙적으로 법원이 판결성숙성을 스스로 만들어야 한다는 태도를 취하고 있다. 그러나 몇몇 예외적인 사안에서는 해당 행정청의 선조사권, 즉 행정청이 사실관계에

관하여 법원보다 먼저 조사하거나 판단할 권한을 인정하면서 법원의 판결성숙성 성취의무를 제한하고 있다. 특히 1970년대 들어 대규모 산업시설들이 등장하게 되면서 환경법, 원자력법 분야를 중심으로 불확정개념의 해석 및 적용에 대한 행정청의 판단여지를 인정하기 시작하였는데, 연방행정재판소 역시 전문적·기술적인 분야에서 예외적으로 법원의 심리를 완화하여야 한다고 보고 있다. 이에 따라 전문적인 분야의 경우 법원은 모든 사실관계를 스스로 조사하여 밝혀내려고 하는 것이 아니라, 행정청의 기준이 있다면 그 기준에 따르고, 또는 행정청에게 사안을 돌려보내어 행정청이 직접 조사를 하도록 하는 것이다. 여기에서는 그러한 예외 사안 중 대표적인 사안인 TA-Luft 판결과 WhyI 판결에 대하여 살펴보기로 한다.

## 1. TA-Luft 판결

Ta-Luft 판결<sup>55)</sup>은 기술적인 행정규칙이 존재하는 경우 법원이 여기에 구속되어야 하는지에 관한 판결이다. 위 판결을 시작으로 행정의 판단 존중과 이에 대한 사법적 통제의 한계에 관한 활발한 논의가 이루어지게 되었다.

연방임미시온방지법 제48조에 따라 TA-Luft라는 대기오염기준에 관한 행정규칙이 제정되었는데, 동 규칙에 의하면, 시설허가권을 가진 행정청은 신청시설의 건설 예정지가 속한 지역에서 유해물질이 일정 기준을 초과하거나 신청시설이 조업을 하게 되면서 위 기준을 초과

---

55) BVerwGE 55, 250.

할 것이 예상되는지를 판단하여야 한다.

원고는 원자력발전소에 대한 사전절차로 이루어진 부분허가의 적법성을 다투었고 여기에서의 쟁점은 TA-Luft가 정한 기준이 법률의 취지에 적합한지 여부였다. 원심 법원은 위 규칙에 근거한 허가나 결정은 임미시온방지법의 규정에 위반하였다고 판시하였으나, 연방행정재판소는 위 규칙이 정한 기준은 유효한 판단근거가 되며 법원은 위 규칙이 정한 기준을 ‘선취된 전문가 감정’(antizipierte Sachverständigen-gutachten)으로 존중하여야 하고 이에 구속된다고 판시하였다.

위 판결에 따르면 법원은 기술적 행정규칙에서 구체화된 전문지식에 구속되고 그 규칙과는 다르게 사실관계를 자신의 책임 하에 조사하는 것이 제한된다. 다시 말해, 법원은 행정청의 판단여지가 인정되는 범위 내에서는 행정청의 판단우위를 인정하여 이를 존중해야 한다는 것이다. 그동안 연방행정재판소는 원자력법상 시설설치의 허가요건과 관련하여 행정청의 판단에 대한 사법적 통제가 가능하다는 입장을 고수하여 왔으나, 위 판결을 시작으로 기술적이고 전문적인 분야의 경우 행정청의 판단에 대한 전문성을 존중하는 입장으로 방향을 선회하였고, 이는 이후 행정의 판단과 사법적 통제 문제의 논의가 활발하게 이루어지게 하는 시초가 되었다.<sup>56)</sup>

## 2. Why1 판결

---

56) 강재규, 과학적 불확실성과 사법의 역할, 공법연구 제27집 제3호, 1999, 227면 이하 참조.

Why1 판결<sup>57)</sup>은 개별 실체법이 행정청에게 사실의 조사와 평가에 대한 의무를 부과하고 그 기준까지 규정한 경우에 법원의 판결성숙성 성취의무가 제한될 수 있는지에 관한 사안이다. 원고는 란트 행정청이 한 Why1 원자력발전소의 제1차 부분허가에 대하여 취소소송을 제기하였는데, 그 이유는 행정청이 방사선노출 한계치의 준수 여부를 제대로 확인하지 않고 원자력시설에 대한 허가를 하였다는 것이다. 원자력법 제7조 제2항은 원자력발전소 건설과 관련하여 행정청에게 위험의 탐지와 위험의 평가에 대하여 책임이 있다고 규정하고 있고 이에 따라 방사선노출 한계치의 준수 여부를 판단할 수 있는 내부규칙이 제정되어 있었다. 제1심 법원은 원고가 승소하였으나 제2심 법원은 소송진행 과정에서 스스로 전문가의 감정을 받아 원자력시설의 위험성에 대하여 조사하고 평가한 후 행정청이 설정한 안전기준이 타당하다고 하면서 원고의 청구를 기각하였다.

이에 대하여 연방행정재판소는 원자력시설에 관한 위험성의 산정 및 평가는 행정청의 책임영역에 있다고 하면서 원고의 상고를 기각하였다. 연방행정재판소는 이 사안과 같이 내부규칙으로 위험조사와 평가에 대한 기준이 설정되어 있는 경우, 위 내부규칙이 규범을 구체화하는 기능을 갖고 규범에 의하여 설정된 한계 내에서 법원을 구속한다고 하면서 이에 대한 법원의 심리는 행정청이 이와 같은 내부기준을 충족시킬 정도의 사실조사를 하였는가에 한정된다고 한다.

Why1 판결은 연방행정재판소가 종래의 입장을 바꾸어 원자력 시설의 안정성에 대한 행정청의 판단에 우위를 인정하는 것으로, 행정청의 사실조사에 관한 기준이 특별히 규정되어 있는 경우 행정청의 결

---

57) BVerwGE 72, 300.

정에 형성여지 또는 판단여지를 인정하여 그 판단을 존중하여 주고 이를 위하여 법원의 실체심리를 완화하였다는 점에서 의의가 있다.<sup>58)</sup>

### 제3절 평가

독일 행정법원법은 제86조 제1항에 명문으로 직권탐지주의를 규정함으로써 법원의 직권에 의한 증거조사를 원칙으로 하고 있다. 즉, 법원이 당사자의 주장이나 증거신청에 구속되지 않고 직권으로 사실관계를 조사할 수 있도록 함으로써 상대적으로 공익이 우월한 행정소송의 경우 민사소송과 달리 직권탐지주의를 채택한 것이다. 이에 따라 독일의 통설과 판례는 제86조 제1항의 규정을 주된 근거로 하여 의무이행소송의 경우에 있어서도 법원이 직권으로 사실관계를 조사할 의무, 더 나아가 계쟁 처분이 기속행위인 경우 사건의 성숙성이 없다면 법원이 스스로 판결성숙성을 만들어야 할 의무가 있다고 본

---

58) 위와 같은 TA-Luft 판결이나 Why1 판결이 나오게 된 것은 전문지식이 필요한 영역이 많아지면서 행정청의 전문성을 중시하고 그 판단을 존중하게 되는 흐름에 의한 것으로 볼 수도 있으나, 당시 독일 행정재판소에 제기된 소송건수가 증가하였고 이에 따라 업무부담이 가중되면서 심리가 지연되고 효과적인 권리구제에 지장이 초래된다는 지적이 제기됨에 따라 법원의 업무감경과 신속한 사건 종결을 위하여 특히 원자력법 영역에서 이와 같은 판결의 동향이 나오게 되었다고 볼 수 있다. 강재규, 과학적 불확실성과 사법의 역할, 공법연구 제27집 제3호, 한국공법학회, 1999, 230면 이하 참조.

다. 그러나 Marx를 비롯한 반대 입장에서는 직권탐지주의를 규정한 제86조 제1항의 규정으로부터 법원의 판결성숙성 성취의무는 당연히 도출되는 것이 아니라고 본다. 법원이 당사자의 주장과 증거신청에 구속되지 않고 직권으로 증거를 조사할 수 있다는 원칙과 법원이 행정의 선결권의 영역을 침범할 수 있느냐의 문제는 별개라는 것이다.

법원의 판결성숙성 성취의무에 대한 반대 입장이 그 논거로 직권 조사원칙의 의미에 대한 재검토, 국민의 효과적인 권리보호, 행정의 전문성 및 권력분립의 원칙을 들고 있으나, 사건에 의하면 이는 결국 행정의 선결권 존중으로 귀결된다고 해도 과언이 아닐 것으로 보인다. 행정의 전문성에 기하여 조사의 효율성을 추구하고, 이에 따라 당해 행정사안에 관하여 비전문적인 법원의 조사에 비해 오히려 더 신속하고 효과적인 국민의 권리보호의 보장의 가능하다는 점, 궁극적으로는 행정과 행정재판권과의 관계에 있어 서로 각자의 역할을 수행하면서 법원이 행정청의 임무와 그 결과를 실질적으로 감독하고 통제할 수 있다는 데에서 행정의 선결권 존중이 그 논거의 핵심이 된다. 연방행정재판소 역시 몇몇 예외사안의 경우 행정의 선조사권, 즉 선결권을 우선시함으로써 이러한 견해를 일부나마 받아들이고 있는 것으로 보인다.

결국 의무이행소송에 있어 법원의 판결성숙성 성취의무에 관한 독일에서의 논의는 행정의 선결권을 어느 정도까지 보장해 줄 것인가의 문제라고 할 것이다. 이는 특히 직권탐지주의를 원칙으로 하는 독일 행정소송의 특성상 헌법적인 관점에서 법원의 역할에 대한 한계를 설정하는 문제뿐만 아니라 법원의 부담경감이라는 현실적인 문제와도 맞닿아 있다.

## 제4장 우리나라에서의 시사점

### 제1절 우리나라 행정소송법 개정안에서의 의무이행소송

#### I. 개정 논의의 배경

현행 행정소송법은 의무이행소송을 규정하지 않고 있는 대신에 거부처분에 대한 취소소송과 부작위위법확인소송을 통하여 간접적이고 우회적인 방법으로 국민이 원하는 행정행위를 발급받을 수 있게 하였고 이에 관한 구속력을 담보하기 위하여 거부처분 취소판결의 기속력과 간접강제를 명시하였다.

그러나 이러한 규정들만으로는 국민의 권리구제를 실효적으로 보장하기 어렵고 소송경제 및 분쟁의 종국적인 해결의 필요성에 대한 목소리가 높아지면서 국민의 권리구제를 위한 근본적인 해결책으로서 의무이행소송을 도입하자는 논의가 활발하게 이루어지게 되었다. 이에 따라 대법원과 법무부가 각각 의무이행소송을 도입하는 내용의 개정시안을 제출하는 과정을 거치면서 결국 현재의 행정소송법 개정안에 의하여 의무이행소송 제도가 구체화되게 되었다.

## II. 행정소송법 개정안의 주요 내용

### 1. 의무이행소송의 개념

우리나라 행정소송법 개정안은 의무이행소송 제도를 도입하면서 제4조 제3호에 의무이행소송을 항고소송의 종류 중 하나로 규정하였다. 개정안의 의무이행소송은 “행정청의 위법한 거부처분 또는 부작위에 대하여 처분을 하도록 하는 소송”으로 그 개념이 정의된다.<sup>59)</sup>

### 2. 원고적격과 대상적격

의무이행소송은 개정안 제41조에 의하여 처분을 신청한 자로서 행정청의 거부처분이나 부작위에 대하여 처분을 할 것을 구할 법적 이익이 있는 자가 제기할 수 있고, 여기에서 “처분”은 개정안 제2조 정의규정에 따라 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말하고, “부작위”는 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내

---

59) 2007년 및 2012년 법무부 개정시안에서와 달리 ‘당사자의 신청에 대한’이라는 표현을 삭제하였다.



에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것<sup>60)</sup>을 말한다.

### 3. 제소기간

개정안 제42조는 행정청의 거부처분에 대한 의무이행소송에 대하여는 개정안 제21조의 규정을 준용하여 거부처분이 있음을 안 날로부터 90일 이내에 제기하여야 하고 행정청의 부작위에 대한 의무이행소송은 법령상 처분기간이 정해져 있는 경우에는 그 기간이 지나기 전에는 제기할 수 없으며 법령상 처분기간이 정해져 있지 아니한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 처분을 신청한 날부터 90일이 지나기 전에는 제기할 수 없다고 규정하고 있다.

### 4. 의무이행판결의 분류

---

60) ‘부작위’의 정의에 대하여 ‘행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하지 아니하는 것을 말한다’고 규정했던 2012년 개정시안의 문구를 변경한 것이다. 이에 관하여, 개정안의 ‘일정한 처분을 하여야 할 법률상의 의무가 있음에도 불구하고’라는 표현은 신청권을 전제로 하는 개념으로서, 신청권을 가진 자에 한하는 것으로 이해한다면 그 구제의 폭이 좁아지는 결과가 되어 타당하지 않다는 견해로 박웅광, 일본 행정사건 소송법상 의무이행소송 : 우리나라 개정안과의 비교연구를 중심으로, 영남대학교 대학원, 2013, 제149면 참조.

개정안의 의무이행판결은 ‘특정처분명령판결’과 ‘재결정명령판결’로 나누어지는데, 전자는 독일 행정법원법 제113조 제5항 제1문의 특정 행위명령판결에, 후자는 제2문의 재결정명령판결에 상응하는 것으로 볼 수 있다.

특정처분명령판결은 당사자의 신청에 다른 처분을 할 의무가 있음이 명백하고 그 의무를 이행하도록 하는 것이 상당하다고 인정하는 경우에 개정안 제44조 제1호에 따라 선고된다. 재결정명령판결은 행정청이 그 처분을 하지 않는 것이 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있다고 인정하는 경우에 행정청에게 판결의 취지를 존중하여 처분을 이행하도록 선고하는 것으로 개정안 제44조 제2호가 규정하고 있다.

여기에서 문제되는 것은 개정안 제44조 제2호의 ‘행정청이 그 처분을 하지 않는 것이 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있다고 인정하는 경우’라는 문구이다. 2007년 개정시안 및 2012년 법무부 개정시안에서는 ‘그 밖의 경우에는 행정청이 당사자의 신청에 대하여 판결의 취지에 따라 처분을 하도록 선고한다’라고 규정하여 제1호 판결이외의 경우에는 모두 제2호 판결을 할 수 있도록 한 것에 비하여 2013년 개정안에는 위와 같은 문구를 넣음으로써 마치 재량행위의 경우에만 제2호 판결을 할 수 있는 것처럼 규정하고 있다. 이를 문언 그대로 받아들인다면, 결국 기속행위의 경우에는 행정청이 특정한 처분을 해야 할 의무가 명백한지를 법원이 모든 법령상의 요건을 심리하여 밝혀야 한다는 결론이 도출되는 문제가 발생한다.<sup>61)</sup> 이에 관하여는 의무이행소송에서의 심리범위에 대한 논의와 함께 뒤에서 다시

---

61) 김연태, 앞의 논문, 477면 참조.

살펴보기로 한다.

## 5. 거부처분 취소판결의 동시선고 규정

개정안 제44조는 의무이행판결의 선고시 거부처분 취소판결을 함께 선고하도록 규정하고 있다. 위 조항에 관하여는 의무이행소송의 구조와 판단기준시에 대한 학설의 입장에 따라 그 해석이 달라지게 된다. 의무이행소송은 이행소송으로서 거부처분 또는 부작위의 위법성이 의무이행소송의 전제 내지 선결문제에 불과하고 위법성의 판단 기준시도 판결시점이라고 보는 견해에서는 의무이행판결에 당연히 거부처분의 취소가 포함되기 때문에 위 문언은 실무상 거부처분이 취소되었다는 점을 분명히 하기 위한 주의적인 조치로 파악하게 된다. 반면, 의무이행소송의 본질을 행정청의 조치에 대한 탄핵을 핵심으로 하되, 원고의 권리구제의 편의와 행정청의 의무에 대한 명시를 위하여 의무이행판결을 선고하는 것으로 보는 견해에서는 의무이행소송에 당연히 거부처분 취소소송이 결합된 것으로 보고, 거부처분의 경우 처분시점을, 의무이행판결의 경우 판결시점을 기준으로 판단하여야 한다고 주장하는데, 이러한 견해에 있어서 위 문언은 의무이행소송에 거부처분 취소소송이 당연히 결합되어 있다는 것을 의미하는 것으로 해석하게 될 것이다.<sup>62)</sup>

---

62) 박정훈, 원고적격·의무이행소송·화해권고결정, 행정소송법 개정 공청회 자료집, 2012, 23 ~ 25면 참조. 2007년 법무부 개정안에는 행정청의 거부처분에 대하여 의무이행소송을 제기하는 경우 거부처분의 취소 또는 무효 등 확인을 구하는 소송을 병합하여 제기하도록 하는 규정을 두었으나 삭

## 6. 기속력과 간접강제

행정청에게 당사자의 신청에 따른 처분을 하도록 선고하거나 판결의 취지에 따라 처분을 하도록 선고한 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다(개정안 제45조). 만일 행정청이 제47조의 확정판결에 의한 처분을 하지 않는 경우 제1심 주소법원은 당사자의 신청에 의하여 결정으로서 상당한 기간을 정하고 행정청이 그 기간 내에 처분을 하지 아니하는 때에는 지연기간에 따라 일정한 배상을 하도록 명하거나 즉시 배상할 것을 명할 수 있다(개정안 제46조 제1항)

## 제2절 의무이행소송의 심리범위에 관한 논의

### I. 서설

---

제되었다.

개정안은 의무이행소송의 심리범위에 관하여 직접적으로 명시하고 있지는 않으나 개정안 제47조에서 취소소송의 직권심리에 대한 제28조의 규정을 준용하고 있는데, 이에 따르면 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대해서도 판단할 수 있다.

이는 행정소송의 일반적인 심리방식에 관한 규정으로서 현행 행정소송법 제26조의 내용을 그대로 옮긴 것이다. 위 규정 취지에 관하여는 이미 학계에서 논의가 활발하게 이루어졌고 이러한 논의는 일견 의무이행소송의 심리범위에도 그대로 적용할 수 있을 것으로 보인다. 그러나 현행 행정소송법 제26조에 관한 논의는 주로 취소소송에서의 심리범위와 관련하여 전개되어 온 것으로, 취소소송의 심리범위의 경우 청구의 범위 내에서 당사자가 주장하지 않은 사실까지 법원이 조사할 수 있는지에 관하여 논의가 집중되어 있다면, 의무이행소송의 심리범위는 당사자인 행정청이 전혀 고려하지 않은 발급요건까지 직접 조사를 해야 하는지, 즉 법원이 스스로 성숙성을 만들어 내야 하는지를 중심으로 그 고유의 논의가 진행되어야 한다. 또한 앞서 독일의 경우에서 살펴본 것과 같이 의무이행소송은 법원의 직권심리의 범위를 확대하는 경우 행정청의 선결권을 자칫 침해할 우려가 있고, 직권심리의 범위를 너무 좁게 해석할 경우 원고의 권리를 신속하고 효율적으로 구제하기 위한 의무이행소송의 도입 취지에 반할 수 있다는 점에서 취소소송과는 다른 측면에서 바라보아야 한다.

이러한 이유로 기존의 현행 행정소송법 제26조에 관한 논의를 의무이행소송에서의 심리범위에 관한 논의로 바로 옮겨올 수는 없다. 그러나 기존의 논의 역시 결국 법원의 역할을 어느 정도까지 허용하

는지에 관한 것이고 의무이행소송의 경우에도 취소소송의 심리범위에 관한 제26조를 준용하고 있기 때문에, 의무이행소송의 심리범위를 정하기 위하여 기존의 논의를 살펴보는 것이 도움이 될 것으로 보인다. 따라서 우선 현행 행정소송법 제26조의 취지에 관한 기존의 논의에 관하여 짚어 본 후 의무이행소송에서의 심리범위에 관한 새로운 논의에 관하여 살펴보고 이에 대하여 검토해 보기로 한다.

## II. 직권심리주의에 관한 기존의 논의

행정소송법 제26조의 해석에 관하여는 우리나라 행정소송에서의 소송자료 수집·제출에 관한 심리원칙으로 변론주의가 채택되었는지 아니면 직권탐지주의가 채택되었는지가 논의된다. 현행 행정소송법 제8조 제2항은 이 법에 특별한 규정이 없는 한 민사소송법의 규정을 준용하도록 되어 있는데, 이에 따라 민사소송법 제292조에서 규정된 보충적 직권증거조사의 규정이 준용될 수 있다. 그럼에도 이와 별도로 행정소송법에 직권심리에 관한 제26조의 규정을 가지고 있다는 점이 위 규정의 해석에 관한 문제가 발생하는 단초가 되는 것이다. 행정소송의 경우 민사소송과 형사소송에 비하여 상대적으로 사익과 공익의 충돌을 그 본질로 하고 있기 때문에 변론주의와 직권탐지주의를 절충할 필요성이 다른 소송보다 크다고 할 수 있다. 따라서 행정소송법 제26조의 해석에 관한 논의 역시 양 원칙을 절충하는 정도

에 관한 견해의 대립이라고도 할 수 있다.<sup>63)</sup> 여기에서는 행정소송법 제26조의 취지 및 해석에 관한 기존의 논의 및 학설에 관하여 살펴 보기로 한다.<sup>64)</sup>

## 1. 학설

### (1) 변론주의 보충설

행정소송법 제26조의 ‘당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다’라는 문언만으로 우리 행정소송이 직권탐지주의를 원칙으로 하고 있다고 볼 수 없고 행정소송절차 역시 변론주의를 원칙으로 하면서 다만 행정소송의 특수성에 따라 직권주의가 보충된 것

---

63) 독일 행정법원법의 경우 제86조 제1항에서 명문으로 직권탐지주의를 원칙으로 택하고 있고 우리나라와 같이 포괄적으로 민사소송을 준용하는 형식이 아닌 개별사항에 한해서만 민사소송법을 준용하고 있다. 따라서 우리나라에서 행정소송의 직권심리에 관한 논의는 독일 행정소송에서와 같이 현실적으로 법원의 부담 경감을 위하여 직권탐지주의를 완화하는 것이 아니라, 그 역으로 변론주의를 완화하여 직권탐지주의를 보충 내지 가미하여 법원의 의무를 인정한다는 점에서 법원의 부담을 가중시키는 것이 바람직한지가 문제된다고 한다. 이에 대한 자세한 논의에 관하여는 최선웅, 행정소송법 제26조의 해석에 관한 일고찰 - 우리나라 행정소송의 독자성을 모색하며 -, 행정법 연구 제10호, 2003, 208면 참조.

64) 행정소송법 제26조에 관한 논의에 대하여는 학자에 따라 학설의 명칭이나 구분이 각각 다르고 그 의미하는 바도 상호 일치하지 않는 것으로 보인다. 여기에서는 변론주의보충설, 직권탐지주의 가미설, 직권탐지주의 원칙설로 학설을 나누어 설명하기로 한다(최선웅, 앞의 논문, 229면 이하 참조).

에 불과한 것으로 보는 견해이다.<sup>65)</sup> 그 실질적인 내용을 민사소송법 제292조의 보충적 직권증거조사의 의미와 거의 동일하게 파악하는 입장으로 당사자가 주장하는 사실에 대한 입증활동이 충분하지 않은 경우에 법관이 직권으로 증거조사를 할 수 있다고 본다.

이 견해에 따르면, 행정소송의 목적은 행정법의 적법성 보장과 국민의 권익보호 실현에 있으나 그 기본적인 성격은 민사소송과 다름 없고 변론주의에 따라 소송자료의 수집과 제출을 당사자에게 맡기는 것이 진실발견에 합리적인 수단이 될 뿐 아니라 분쟁의 해결, 불의타방지 등에도 도움이 된다고 한다. 비록 행정처분이 공익실현을 목적으로 한다고 하더라도 이로 인하여 권리를 침해받은 원고의 입장에서 자신의 사익을 위하여, 행정청의 입장에서는 공익을 위하여 각자 자신의 주장을 뒷받침하기 위한 모든 자료를 제출할 것이므로 소송자료의 수집이 충분하지 않을 염려는 거의 없다고 한다.

또한 이 견해는 행정소송법 제26조의 ‘당사자가 주장하지 아니한 사실’이라는 문언에도 불구하고 ‘당사자가 주장하는 사실’에 한하여 당사자의 입증활동이 불충분한 경우 당사자의 증거신청에 의하지 않고 직권으로 증거조사를 할 수 있는 것으로 본다. 따라서 결국 이 견해에 의하면 행정소송에서는 원칙적으로 변론주의가 적용되어 주장책임과 입증책임의 문제도 민사소송의 일반원칙에 의하게 된다.

## (2) 직권탐지주의 가미설

---

65) 이하 변론주의 보충설을 취하는 견해로 이상규, 신행정법론(상), 법문사, 1993, 459면; 이혁우, 행정소송에서의 직권심리주의의 범위, 법조 제45권 제11호, 1996, 104면



행정소송에서 변론주의가 인정된다는 전제 하에 행정소송법 제26조의 취지에 관하여, 당사자가 주장한 사실에 대하여 법원이 보충적으로 증거를 조사할 수 있을 뿐만 아니라 더 나아가서 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 직권으로 이를 탐지하여 재판의 자료로 삼을 수 있다는 의미로 이해하는 견해이다.<sup>66)</sup> 즉, 행정소송법 제26조는 변론주의에 직권탐지주의가 보충 또는 가미된다는 입장이다.

이 견해는 행정소송의 목적이 행정의 적법성 보장과 국민의 권리 보호를 실현하는 데 있으며, 행정소송의 결과는 곧바로 국가와 국민의 이해에 관계되어 공공복리에 영향을 미친다는 점을 논거로 들고 있다. 따라서 행정법관계에서는 민사법과 달리 사적자치의 원칙이 적용되지 않고 그 규정들은 거의 강행법규로서 사익 상호간의 충돌을 조정하기보다는 행정권과 국민의 관계를 규율하고 있으며, 법원은 민사소송처럼 당사자에게만 소송의 운명을 맡길 것이 아니라 필요성이 인정되는 경우에는 적극적으로 소송에 개입하여 재판의 적정성을 도모하여야 한다고 한다.

결국 이 견해에 따르면, 행정소송법 제26조의 의미는 입법자가 행정소송의 공익소송으로서의 성격을 감안하여 법원에 대하여 소송자료의 수집·제출 책임을 적극적으로 부여한 것이다. 따라서 법원은 당사자 주장과 관계없이 증거자료에 의하여 인정되는 사실을 당연히

---

66) 이하 직권탐지주의 가미설을 취하는 견해로 윤일영, 행정소송과 직권주의, 대한변호사협회지 제10호, 1975, 37면 이하; 김남진/김연태, 행정법 I, 2014, 843면; 홍준형, 행정법원론(상), 2015, 1063면; 정하중, 행정소송에 있어서 직권탐지주의와 입증책임, 고려법학 제64호, 2012, 205면 참조.

재판의 기초로 할 수 있는 것이고 그 한도에서 주장책임이 발생되지 않으며 자백의 구속력이 배제된다고 한다.

### (3) 직권탐지주의 원칙설

행정소송법은 원칙적으로 직권탐지주의가 적용되는 절차로 보고 행정소송에서의 주장책임과 주관적 입증책임을 부인하는 견해이다.<sup>67)</sup> 우리나라 행정소송법 제26조를 독일의 행정법원법 제86조 제1항의 규정과 유사하게 보아 우리나라 행정소송에서 원칙적인 직권탐지주의를 선언하여 인정한 규정이라고 한다. 즉, 행정소송법 제26조 후단은 명백히 변론주의와 배치되는 규정으로 위 규정의 취지를 변론주의를 보충하는 것으로 해석하는 것은 극히 자의적인 해석이라고 한다.

## 2. 판례의 입장

대법원은 기본적으로 행정소송에 있어서 변론주의가 원칙이라는 입장으로, 이에 따라 행정소송법 제26조의 의미에 대하여 제한된 해석을 하고 있다. 즉, 행정소송법 제26조는 법원이 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한

---

67) 강영호, 행정소송법 제26조[직권심리]에 대한 검토, 행정재판실무편람 III, 서울행정법원, 2003, 125면 이하 참조.

사실에 대하여도 판단할 수 있다고 규정하고 있으나, 이는 행정소송의 특수성에 연유하는 당사자주의, 변론주의에 대한 일부 예외 규정일 뿐 법원이 아무런 제한 없이 당사자가 주장하지 아니한 사실을 판단할 수 있는 것은 아니라고 하면서 일건 기록에 현출되어 있는 사항에 관하여서만 직권으로 증거조사를 하고 이를 기초로 하여 판단할 수 있을 따름이고, 그것도 법원이 필요하다고 인정할 때에 한하여 청구의 범위 내에서 증거조사를 하고 판단할 수 있을 뿐이라고 한다.<sup>68)</sup> 또한 당사자가 제출한 소송자료에 의하여 법원이 처분의 위법 여부에 관한 합리적인 의심을 품을 수 있음에도 불구하고 단지 구체적 사실에 관한 주장을 하지 아니하였다는 이유만으로 당사자에게 석명을 하거나 직권으로 심리판단하지 아니함으로써 구체적 타당성이 없는 판결을 하는 것은 행정소송법 제26조의 규정과 행정소송의 특수성에 반하므로 허용될 수 없다고 한다.<sup>69)</sup>

이러한 판례의 태도가 변론주의 보충설을 취하고 있는지 직권탐지주의 가미설을 취하고 있는지는 명확하지 않다. 변론주의 보충설을 따르는 입장에서는 아무런 제한 없이 당사자가 주장하지 아니한 사실을 판단할 수 있는 것이 아니라 ‘일건 기록에 현출되어 있는 사항에 관하여서만’ 직권으로 증거조사를 하여 판단할 수 있다는 부분에 중점을 두어 판례가 자신의 학설을 따르고 있다고 평가하고,<sup>70)</sup> 직권탐지주의 가미설을 따르는 입장에서는 판례가 ‘당사자가 주장하지 아니한 사실’에 대하여도 직권 증거조사와 판단의 가능성을 두고 있다

68) 대법원 1994. 10. 11. 선고 94누4820 판결, 1999. 5. 25. 선고 99두1052 판결 등 참조.

69) 대법원 1992. 2. 28. 선고 91누6597 판결, 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009두18035 판결 등 참조.

70) 김철용, 행정법, 고시계사, 2015, 604면 참조.

는 점에서 판례가 자신의 학설을 따른다고 평가한다.<sup>71)</sup>

### III. 의무이행소송의 심리범위에 관한 새로운 논의

의무이행소송제도의 도입을 목전에 둔 현 상황에서도 의무이행소송의 심리범위에 관한 논의는 아직 활발하게 이루어지지 않고 있다. 대부분의 학자들이 행정소송법 제26조의 직권심리에 관한 논의를 의무이행소송에 그대로 가져오거나, 위의 논의와 근거를 의무이행소송의 경우에도 연결시켜 전개하고 있다. 그러나 앞서 언급하였듯이 의무이행소송은 취소소송과 달리 심리범위에 관한 고유의 논의, 특히 법원이 스스로 성숙성을 만들어 내야 할 필요성이 있는지에 관한 논의가 필요하다. 개정안의 문구에 따른다면 법원이 ‘명백성’과 ‘상당성’ 요건을 스스로 충족시켜야 하는지에 관한 논의일 것이다. 여기에서는 앞서 살펴 본 독일에서의 논의를 참조하여 의무이행소송의 심리범위에 관한 논의를 전면적 심사설, 제한적 심사설, 절충설로 구분하여 살펴보기로 한다.<sup>72)</sup>

#### 1. 전면적 심사설

---

71) 홍준형, 앞의 책, 1063면 참조.

72) 앞서 언급하였듯이 행정소송법 개정안 제44조 제2호의 문구만 본다면 재량행위의 경우에만 재결정명령판결을 선고할 수 있는 것처럼 보이나, 여기에서는 기속행위의 경우에도 재결정명령판결을 선고할 수 있다는 전제에서 의무이행소송의 심리범위에 관한 논의를 살펴보고 검토하기로 한다.

당해 계쟁처분이 기속행위인 경우 법원이 당사자가 제출한 자료만으로는 관련 사실관계를 확정할 수 없거나 당사자가 주장·제출하지 않은 부분의 요건 충족여부가 문제되는 경우 법원은 직권탐지주의를 발동하여 나머지 요건에 대해 주장 및 증거를 제출하게 하고 모두 심리하여 사건을 성숙시켜야 한다는 입장이다.<sup>73)</sup> 법원이 부분적인 판단만을 한 채 재결정명령판결을 선고함으로써 나머지 요건의 판단을 행정청에게 미루고 소송을 종결시키는 것은 분쟁의 발본적이고 일회적인 해결을 꾀하고 수익적 행정행위 발급에 관련된 원고의 권익 향상을 도모하려는 의무이행소송의 취지를 몰각하는 것이라고 한다.

따라서 이 견해에 따르면 사건이 성숙하지 않은 경우 직권심리에 관한 개정안 제28조를 활용하여 일단 당사자가 주장하고 제출한 자료에 따라 판단하고 그럼에도 사건이 성숙되지 않았다면 기록에 나타난 자료를 토대로 당사자가 주장하지 않은 사실에 대하여도 판단하게 된다. 나아가 기록이나 변론의 전 취지 등에 비추어 새로운 주장을 하거나 새로운 증거자료를 제출하는 것이 필요하다고 인정되는 경우 석명권을 행사하거나 자료제출요구로써 성숙성을 확보하면 된다고 한다.<sup>74)</sup>

---

73) 오에스더·하명호, 의무이행소송의 도입과 그 방향, 안암법학 제38호, 2012, 121면 이하 참조.

74) 김연태, 의무이행소송과 예방적 금지소송의 쟁점 검토, - 법무부 행정소송법 개정시안을 중심으로 -, 고려법학, 2007, 310면 참조. 그러나 2013년 개정안에서는 2007년 법무부 개정시안의 자료제출요구에 관한 규정이 채택되지 않아 사건의 성숙성 획득을 위한 법원의 노력이 한계에 부딪히는 경우가 있을 것이라고 한다. 이에 관하여는 김연태, 의무이행소송의 쟁점에 대한 고찰 - 독일에서의 소송상 쟁점을 중심으로 -, 고려법학, 2014, 478면

다만 이러한 견해에 따르더라도 사실관계가 매우 복잡하고 고도의 전문적 지식을 요하는 경우에는 예외적으로 재결정명령판결을 통하여 행정청이 최종적인 판단을 내릴 수 있게 해야 한다고 한다.

## 2. 제한적 심사설

행정청의 선결권을 존중하여 일단 행정청이 이미 조사하고 심사한 사유만을 심리하되, 그 밖의 사유가 문제되는 경우 법원이 이를 직접 심사하지 않고 행정청이 이를 먼저 조사할 기회를 주어야 한다는 입장이다. 이러한 견해에 따르면, 행정청이 제시한 처분사유가 존재하지 않거나 불충분하게 조사된 것으로 밝혀진 경우에 법원은 행정행위 발급에 필요한 다른 요건들을 조사하지 않고 다시 사안을 행정청에게 보내는 재결정명령판결을 하게 된다. 우리나라에서는 아직 위 학설을 주장하는 학자는 없는 것으로 보인다.

## 3. 절충설

행정의 선결권 존중 및 국민의 신속한 권리구제라는 두 가지 측면을 모두 고려하려는 견해로, 최대한 행정의 선결권을 존중하는 것을 원칙으로 한다. 그러나 소송 진행 중에 행정청이 적극적으로 처분사

---

참조.

유를 추가·변경하는 경우에는 행정청이 스스로 선결권을 명시적으로 포기한 것이므로 법원은 그 추가·변경된 처분사유들을 모두 심리하여야 하고, 그렇지 않은 경우에도 직권심리원칙에 의거하여 운전면허, 영업허가, 소규모의 건축허가 등 심리가 비교적 간명하게 이루어질 수 있는 사안에서는 모든 발급요건들을 심리하여 분쟁의 일회적 해결을 기하여야 한다고 한다.<sup>75)</sup>

이러한 견해는 원칙적으로 법원이 행정청이 고려하지 않은 사유들까지 직권으로 조사하면서 사건의 성숙성을 만들어 낼 의무는 없으나, 위와 같이 행정청 스스로 선결권을 포기한 경우, 심리가 간명한 사안 등 예외적인 경우에는 법원이 행정청이 조사하지 않았던 다른 발급요건들까지 심리하여 조사할 수 있다고 함으로써, 원칙적으로는 법원이 사건의 성숙성을 만들어 낼 의무가 있으나 예외적인 사안에서는 재결정명령을 할 수 있다고 보는 전면적 심사설과 구별된다.

#### IV. 소결

앞서 살펴본 대로 행정소송법 제26조의 해석에 관하여는 변론주의와 직권탐지주의 양 원칙을 어느 정도로 절충시켜야 하는가에 따라 논의가 달라진다. 변론주의를 원칙으로 하되 직권탐지주의라는 요소를 약하게 적용하는 입장이 변론주의 보충설이고, 직권탐지주의를 좀더 강하게 적용하는 입장이 직권탐지주의 가미설이다. 그리고 직권탐

---

75) 박정훈, 원고적격·의무이행소송·화해권고결정, 행정소송법 개정 공청회 자료집, 2012, 26면 참조.

지주의설의 경우 직권탐지주의를 원칙으로 한다는 점에서 위 두 학설과는 차이가 있다.

행정소송은 민사소송과는 다르게 사익과 공익의 충돌이 문제되고 그 공익적인 목적이 더 중시된다는 점에서 행정소송의 심리원칙을 민사소송의 그것과 동일시하여서는 안 될 것이다. 따라서 행정소송의 경우 법원은 민사소송에서와 같은 보충적인 증거조사에서 더 나아가 당사자가 주장하지 않은 사실에 관하여도 석명권을 행사하거나 직권으로 증거를 수집하고 제출하여야 한다는 것이 사견이다.

보통 직권심리원칙에 관한 논의를 의무이행소송의 심리범위와 연결시키는 경향이 있으나 이러한 원칙이 바로 의무이행소송에서 법원이 스스로 성숙성을 만들어야 될 의무가 있다는 결론으로 귀결되는 것이 아니라는 것은 앞서 서술하였다. 의무이행소송에서의 심리범위는 행정청이 아직 손을 대지도 않은, 즉 행정청 스스로 조사를 해 보거나 처분사유로 판단하지도 않은 사실에 관하여 법원이 적극적으로 나서서 조사할 의무가 있는지에 관한 것이다. 여기에서 행정의 선결권 존중 문제가 등장하게 된다. 사건으로는 원칙적으로 행정에게 먼저 사실관계에 관한 조사를 할 기회를 주고 이에 대하여 판단하게 한 후에 법원이 이에 관하여 심사를 하고 통제를 하는 것이 옳다고 생각된다. 법원의 역할은 행정의 활동 또는 행위에 대한 사후적인 심사에 그쳐야지 행정의 영역 안으로 들어가서 행정의 역할을 대신하면 안 된다. 만일 법원이 행정의 역할을 대신하게 된다면 행정으로서 법원의 전지전능한 역할에 기대어 행정단계에서의 충분한 조사 및 법의 집행이라는 자신의 임무를 소홀하게 되고 행정절차는 형해화될 것이다. 뿐만 아니라 법에 관한 전문성만을 키워온 법관들이 종국적인 분쟁 해결만을 위해 행정의 미처 조사하거나 판단하지 못한



부분까지 직접 판단을 하고 행정에게 특정처분을 할 것을 판결로써 명령한다고 하여 과연 국민의 권리구제가 더 실효성을 갖게 될지도 의문이다.<sup>76)77)</sup> 다만 국민의 신속한 권리구제 및 분쟁의 일회적 해결이라는 의무이행소송제도의 도입 취지를 고려하여 처분의 발급요건에 관하여 그 사실심리가 간단한 경우까지 모두 행정에게 돌려보내어 절차의 불필요한 반복을 초래하여서는 안 된다는 점에서 의무이행소송의 심리범위에 관한 절충설의 입장을 지지한다.

한편, 행정소송법 개정안 제44조 제1호의 특정처분명령판결은 계쟁 행정처분의 ‘명백성’뿐만 아니라 ‘상당성’을 그 요건으로 하고 있는데, 이는 행정의 선결권 침해를 예방하기 위한 것으로 보인다. 이처럼 개정안이 특정처분명령판결의 요건으로 ‘상당성’을 들고 있는 것은 법치 행정의 실현 및 국민의 권리구제라는 관점에서 과도하다는 견해도 있으나,<sup>78)</sup> 법원의 역할에 행정의 선결권 존중에 따른 제한을 명시할

---

76) 좀 더 자유롭고 개방적인 의사결정이 가능한 행정의 특성상 그 결정과정에서 각계 각층으로부터 다양한 의견 수렴이 가능하고 전문영역에 더 능통하여 효율적인 판단이 가능하기에, 행정에게 선결정권 또는 선판단권을 존중하여 준다면 행정이 보다 책임 있는 결정을 하게 하여 분쟁을 사전에 예방할 수 있고 국민의 권리구제에도 더욱 효과적일 수 있다.

77) 그 밖에 부차적으로는 법원의 업무부담 경감이라는 차원에서도 행정의 선결권을 존중하여야 한다고 본다. 독일보다 법관의 수가 현저히 적은 우리나라에서는 법관이 모든 사항에 관하여 스스로 조사하여야 하는 직권탐지주의를 실현시키는 것이 현실적으로 어려운 실정이다. 따라서 좀 더 전문성을 지녔을 뿐 아니라 사실조사에 더 효율적인 조직과 인적구성을 가진 행정청에게 먼저 조사를 하도록 하고 법원은 이를 통제하는 방향으로 나아가야 할 것이다. 독일 역시 법원의 부담 경감을 위하여 직권탐지주의를 완화하는 방안을 모색하고 있다는 점에 관하여는 최선웅, 앞의 논문, 213면 참조.

78) 박균성, 의무이행소송·예방적금지소송에 대한 지정토론편, 행정소송법 개정 공청회자료집, 2007, 61면 참조.

필요가 있다는 점에서 적절하다고 생각된다. 여기에서의 ‘상당성’은 ‘사건의 성숙성’과 ‘행정의 선결권 존중’을 모두 포함하는 의미로 보인다. 앞으로 수많은 사례의 집적을 통하여 어떤 경우에 사안이 명백하고 상당한지를 밝혀내야 할 것이고 이에 대한 법원의 판단 기준을 명확히 해야 할 것이다.

또한 계속 언급한 바와 같이 행정소송법 개정안 제44조 제2호는 마치 계쟁처분이 재량행위인 경우에만 재결정명령판결을 할 수 있는 것처럼 규정하고 있는데, 의문이 드는 부분이다. 의무이행소송의 심리범위에 관한 절충설을 따르는 입장에서 보면, 계쟁처분이 기속행위라고 할지라도 사안이 성숙하지 않고 행정의 선결권을 존중할 필요가 있는 경우, 즉 상당성이 결여된 경우에는 제2호의 재결정명령판결을 할 수 있어야 한다. 만일 계쟁처분이 재량행위인 경우에만 제2호 판결을 할 수 있다고 한다면 제1호 판결의 상당성 요건을 결여한 경우 법원으로서 기각판결을 선고할 수밖에 없을 것이다. 이는 일반적으로 특정처분의 발급을 구하는 청구는 재결정을 구하는 청구를 포함한다고 보는 것과는 모순된다. 입법적인 수정이 불가피할 것으로 보인다.<sup>79)</sup>

---

79) 이는 의무이행소송의 심리범위에 관한 전면적 심사설에 따른다고 하더라도 마찬가지이다. 전면적 심사설을 주장하는 견해 역시 계쟁처분이 기속행위라고 하더라도 사실관계가 매우 복잡하고 고도의 전문적 지식을 요하는 경우에는 예외적으로 재결정명령판결을 해야 한다고 보기 때문이다.

## 제5장 요약 및 결론

### 제1절 요약

이상으로 독일의 의무이행소송에 있어 법원의 ‘판결성숙성’ 성취의 무에 관한 논의가 어떻게 전개되어 왔으며 이러한 논의가 의무이행소송의 도입을 눈앞에 둔 우리나라의 경우 어떠한 시사점을 주고 있는지를 살펴보았다.

독일의 의무이행소송은 그 판결형식에 따라 특정행위명령판결과 재결정명령판결로 구분할 수 있는데, 이러한 구분은 사건이 성숙한지, 즉 판결성숙성이 있는지 여부를 기준으로 한다. 이러한 기준에 따라 법원은 판결성숙성이 있다면 특정행위명령판결을 선고하고, 판결성숙성이 흠결된 경우에는 재결정명령판결을 선고하게 된다. 이러한 과정에서 문제되는 것은 과연 법원이 스스로 판결성숙성을 만들어낼 의무가 있는가 하는 것이다. 다시 말해, 의무이행소송에 있어서 법원의 역할이 어느 정도까지 허용이 되는지의 문제인 것이다.

판결성숙성은 법원이 종국판결을 할 수 있을 정도로 사건이 성숙하였다는 의미의 종국판결 성숙성과는 다르게 취급되어야 한다. 본 논문에서 말하고자 하는 판결성숙성은 법원이 특정행위명령판결을 선고할 수 있을 정도로 사건이 성숙하였는지에 관한 개념이다. 이러한 의무이행소송에서의 판결성숙성 성취의 문제는 취소소송이나 행정절차와는 다른 양상을 보인다.

한편, 계쟁처분이 재량행위인지 기속행위인지에 따라 법원의 판결 성숙성 성취의무가 필요한지 여부가 달라지는데, 계쟁처분이 재량행위인 경우 법원의 심리는 행정청의 재량권 행사에 하자가 있는지, 재량권 행사의 한계를 일탈하지 않았는지 여부에 국한되기 때문에 법원이 판결성숙성을 성취할 의무가 원칙적으로는 인정되지 않는다. 따라서 법원의 판결성숙성 성취와 관련하여 문제가 되는 영역은 주로 계쟁처분이 기속행위인 경우이다. 법률에 그 발급요건이 일의적으로 규정된 경우라도 하더라도 행정청이 먼저 고려하였거나 조사하지 않은 사유에 관하여도 법원이 이를 찾아내어 적극적으로 조사할 수 있는지가 문제되는 것이다.

이와 관련하여 독일에서는 계쟁처분이 기속행위인 경우 법원의 판결성숙성 성취의무를 인정해야 한다는 견해와 이에 반대하는 견해가 대립되고 있다. 전자는 독일의 통설과 판례의 태도로서, 그 논거로 행정법원법 제86조 제1항의 직권조사원칙과 법규정의 문언, 국민의 권리보호 및 소송경제의 필요성, 행정절차법상 논의를 들고 있다. 그러나 이에 반대하는 견해에서는 직권조사원칙에 관한 재검토, 소송물에 의한 한계 및 헌법적 관점에 권리보호원칙, 권력분립의 원칙을 그 논거로 들고 있다. 그리고 이러한 반대 견해의 논거는 결국 행정의 선결권 존중으로 귀결된다고 할 것이다.

아직 우리나라에서는 의무이행소송의 심리범위, 심리방식에 관한 논의가 활발하게 이루어지지 않고 있는 실정이다. 다만 현행 행정소송법 제26조의 직권심리에 관한 기존의 논의가 전개되어 왔는데, 의무이행소송에서 이와 같은 직권심리 규정을 준용함으로써 그에 관한 논의를 의무이행소송에서의 심리범위에 관한 논의로 대체할 수 있을

것으로 보이기도 하나, 국민의 신속한 권리구제의 필요성과 더불어 행정의 선결권 존중이 함께 요구되는 의무이행소송의 특성상 의무이행소송 고유의 심리범위에 관한 논의가 필요하다. 그리고 앞서 살펴본 독일에서의 논의가 이를 전개하는 데에 많은 시사점을 줄 것으로 보인다.

## 제2절 결론

독일은 우리나라보다 먼저 의무이행소송을 도입하여 이미 오래 전부터 이에 관한 실무와 판례가 축적되었고 쟁점에 관한 논의가 활발하게 이루어졌다. 따라서 의무이행소송에서의 법원의 역할에 관한 독일의 논의 역시 우리에게 많은 도움과 시사점을 줄 것으로 보인다.

그러나 독일의 행정소송은 우리나라의 행정소송과 법체계가 다르고 법원의 실무나 조직, 인력의 운용, 행정과 법원의 관계에서 차이가 있다. 무엇보다 독일의 행정소송은 직권탐지주의를 원칙으로 하여 법원이 소송과정에서 수행하는 역할의 범위를 더 넓게 허용하고 이로써 행정의 적법성을 통제하고 국민의 권리구제를 보장하려는 측면이 강하다. 변론주의를 원칙으로, 또는 변론주의를 전제로 하여 법원의 역할을 보충적으로 인정하려는 우리나라의 행정소송과는 그 출발점을 달리하는 것이다. 따라서 독일의 실무나 학설을 무조건 따라가려고 해서는 안 되고 우리나라 행정소송법의 체계와 구조 내에서 비교

법적인 연구, 입법적 연구 등을 통하여 우리나라 행정소송에 적합한 방안이 제시되어야 한다.

행정법학은 법원이 행정의 적법성을 통제하고 모든 분쟁해결을 스스로 해결하려는 방향, 즉 법원 중심 또는 소송 중심의 법학으로 나아가서는 안 된다.<sup>80)</sup> 특히 오늘날은 사회의 빠른 변화와 함께 행정 각 영역의 전문화, 기술화로 인하여 행정의 역할이 증대되고 행정기관의 결정 자체가 더욱 중시되는데, 단지 신속한 권리구제와 소송경제만을 중시하여 법원의 역할을 증대시키고 법원이 행정의 영역을 침범하게 된다면, 행정은 수동적인 역할만 수행하게 되어 행정활동의 위축을 가져올 뿐 아니라 행정절차가 경시되는 결과를 초래할 위험이 있다. 또한 당해 행정사안에 관하여 비전문가인 법관들이 직접 사실관계를 조사한다고 하여 국민의 권리가 더욱 신속하고 효과적으로 보장된다고 할 수도 없다. 이러한 이유로 독일의 판결성숙성 성취의 무에 대한 반대 견해의 논거들은 우리에게 시사하는 바가 크다.

앞으로 의무이행소송의 도입과 함께 국민의 권리구제와 행정의 선결권 존중을 두고 학계와 실무에서 많은 고민이 필요할 것으로 보인다. 우리나라 행정소송 체계의 특수성, 행정과 사법의 관계, 의무이행소송 도입의 취지 등을 고려한 학설과 실무, 판례의 집적을 통하여 국민의 신속하고 중국적인 권리구제와 행정의 선결권 존중의 상호 조화를 위한 방안을 모색하여야 할 것이다.

---

80) 행정법은 그 발전의 제1단계인 국가주의 행정법과 제2단계인 자유주의 행정법을 넘어 사익과 공익의 조화 및 형량을 주안점으로 하는, 따라서 행정의 자율성과 책임을 존중하는 제3단계인 공동체주의 행정법으로 발전하여야 한다. 박정훈, 행정소송법개혁의 과제, 법학 제45권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2004, 378면 참조.

# 참 고 문 헌

## I. 국내문헌

### 1. 단행본

김남진/김연태 행정법 I, 법문사, 2014.

김동희, 행정법 I, 박영사, 2015.

김철용, 행정법, 고시계사, 2015.

박균성, 행정법론, 박영사, 2015.

류지태·박종수, 행정법신론, 박영사, 2011.

박윤훈, 최신 행정법강의(상), 박영사, 2004.

박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005.

\_\_\_\_\_, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2006.

선정원, 행정소송상 사실해명과 그 한계 - 직권심리주의에 관한 일 고찰 -, 서울대학교, 1995.

이상규, 신행정법(상), 법문사, 1997.

정하중, 행정법개론, 법문사, 2014.

홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2015.

대법원, 행정소송법 개정안 공청회, 2004.

법무부, 행정소송법 개정 공청회, 2007.

\_\_\_\_\_, 행정소송법 개정 공청회, 2012.

법원행정처, 행정소송법 개정자료집(Ⅰ,Ⅱ,Ⅲ), 2007.

## 2. 논문

강재규, 과학적 불확실성과 사법의 역할, 공법연구 제27집 제3호, 한국 공법학회, 1999.

길준규, 행정소송법상 직권탐지주의에 대한 이해 - 독일 행정소송법상 조사원칙을 중심으로, 토지공법연구 44, 2009.

김연태, 의무이행소송의 쟁점에 대한 고찰 - 독일에서의 소송상 쟁점을 중심으로 -, 고려법학, 2014.

\_\_\_\_\_, 의무이행소송과 예방적 금지소송의 쟁점 검토 - 법무부 행정소송법 개정시안을 중심으로 -, 고려법학, 2007

김창석, 의무이행소송 도입의 행정소송에 대한 영향, 저스티스 75, 2003.

김춘환, 행정행위의 발급을 구하는 소송제도, 법학논총, 조선대, 1995.

\_\_\_\_\_, 의무이행소송의 허용성, 법학논고 2, 조선대 법학연구소, 1996.

김현준, 신청권과 무하자재량행사청구권·행정개입청구권, 행정법연구 28, 2010.

\_\_\_\_\_, 의무이행소송과 거부처분취소소송의 관계, 토지공법연구 58, 2012.

문병효, 행정소송의 패러다임과 제도개혁, 공법연구 40-3, 2012.



- 박정훈, 행정소송법 개정의 주요쟁점, 공법연구 31-3, 2003.
- \_\_\_\_\_, 행정소송법개혁의 과제, 법학 45-3, 서울대학교 법학연구소, 2004.
- \_\_\_\_\_, 원고적격·의무이행소송·화해권고결정, 행정소송법 개정 공청회 자료집, 2012.
- 박용광, 일본 행정사건 소송법상 의무이행소송 : 우리나라 개정안과의 비교연구를 중심으로, 영남대학교 대학원, 2013.
- 박효근, 행정개입청구권의 요건으로서의 재량수축에 관한 비교법적 고찰, 법과 정책연구 12-1, 2012.
- 서보국, 행정소송법 개정의 주요쟁점에 대한 비교법적 고찰, 공법학연구 13-2, 2012.
- 송동수, 의무이행소송의 도입과 권리구제의 확대 - 독일 의무이행소송의 쟁점과 시사점을 중심으로 -, 토지공법연구 68, 2015.
- 오에스더·하명호, 의무이행소송의 도입과 그 방향, 안암법학 38, 2012.
- 윤가영, 행정개입청구권의 실현관점에서 바라본 의무이행소송, 그 도입의 전망과 문제점, 법학연구 45-1, 부산대 법학연구소, 2004.
- 이원우, 현대적 민주법치국가에 있어서 행정통제의 구조적 특징과 쟁점, 행정법연구 29, 2011.
- 임수연, 행정행위의 전환에 관한 연구, 서울대학교 대학원, 2009.
- 정하중, 행정소송에 있어서 직권탐지주의와 입증책임, 고려법학 64, 2012.
- \_\_\_\_\_, 이유제시하자의 치유와 처분사유의 추가·변경 : 독일법과의 비교연구, 인권과 정의 364, 2006.
- 최계영, 헌법소원에 의한 행정작용의 통제, 공법연구 37-2, 2008.
- \_\_\_\_\_, 법치주의 구현을 위한 행정소송 심리절차의 강화 - 자료제출요구 제도의 도입 논의 및 독일의 자료제출의무 제도를 중심으로 -, 법학, 54-4, 서울대학교 법학연구소, 2013.

최선웅, 행정소송에서의 석명 의무의 인정 근거 - 우리나라 행정소송의 독자성을 모색하며, 행정법연구 제9호, 2003.

\_\_\_\_\_, 행정소송법 제26조의 해석에 관한 일 고찰 - 우리나라 행정소송의 독자성을 모색하며, 행정법연구 제10호, 2003.

최은정, 의무이행소송에 관한 연구 : 독일 행정법원과 우리나라 행정소송법 개정안에 대한 검토를 중심으로, 서울대학교 대학원, 2005.

홍준형, 행정청의 의무이행을 관철시키기 위한 소송 -전후 독일의 행정법 발전에 있어서 소송법과 실체법의 상호작용-, 공법연구 21, 1993.

## II. 외국문헌

Eyermann, Erich: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 11. Aufl., Munchen, 2002.

Haueisen, Fritz: Die Verpflichtungsklage und ihre Bedeutung für Streitigkeiten aus dem Bereich der Leistungsverwaltung, NJW 1957, S. 1657.

Hufen, Friedhelm: Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl., C.H.Beck, 2008.

Marx, Gregor: Das Herbeiführen der Spruchreife im Verwaltungsprozeß, Peter Lang GmbH, 1996.

Kopp, Ferdinand: Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht, München, 1971.

Kopp, Ferdinand/Schenke, Wolf-Rüdiger: Verwaltungsgerichtsordnung, 17. Aufl., 2011.

Rupp, Hans Heinrich: Nachschieben von Gründen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, Karlsruhe, 1987

Schlink, Bernhard/Wieland, Joachim: Klagebegehren und Spuchreife im Asylverfahren, DÖV 1982

Schenke, Wolf-Rüdiger: Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl., Heidelberg, 2004.

Wittmann, Joachim: Das Nachschieben von Gründen im Verwaltungsprozeß, 1970.

# Zusammenfassung

## Eine Studie über Spruchreife beim Verpflichtungsklage in Deutschland

Ko So-young

In dieser Arbeit wurde versucht, die Diskussion zu betrachten, wie weit die Rolle des Gerichts in der Verpflichtungsklage in Deutschland erlaubt wird. In der Verwaltungsgerichtsordnung ist so vorgesehen: Wenn eine Verpflichtungsklage eingeleitet wird, wird nach der Verhandlung des Fall ein Verpflichtungsurteil ausgesprochen, wenn die Ablehnung oder Unterlassung der Verwaltungsakts rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist und die Sache spruchreif ist, andernfalls wird ein Bescheidungsurteil ausgesprochen. Hier wird eine Frage gestellt, ob das Gericht selbst die Gründe, die Verwaltung zum Zeitpunkt der Ablehnung oder Unterlassung nicht berücksichtigt hat, ermitteln und verhandeln und ferner das spruchreif machen soll, d. h. ob das Gericht verpflichtet ist, Spruchreife zu herbeizuführen.

In dem Punkt, dass sie als eine notwendige Voraussetzung des Verpflichtungsurteils wirkt, ist die Spruchreife ein von der

Entscheidungsreife verschiedener Begriff und unterscheidet sich von anderen ähnlichen Begriffen wie Nachschieben von Gründen usw. Und die Frage des Herbeiführens der Spruchreife wird je nach dem Typ der Klage oder des angegriffenen Verwaltungsakts anders gestellt, und im Zusammenhang mit der Pflicht des Gerichts zum Herbeiführen der Spruchreife ist die Diskussion gerade in dem Fall am gegensätzlichsten, dass in der Verpflichtungsklage ein angegriffener Verwaltungsakt eine gebundene Verwaltungsentscheidung ist.

In Deutschland, wo die Verpflichtungsklage früh eingeleitet wurde, ist über die Pflicht des Gerichts zum Herbeiführen der Spruchreife aktiv diskutiert worden und auch die Entscheidungen des deutschen Bundesverwaltungsgerichts sind lange angehäuft worden. Von Standpunkt der Zustimmung zu der Pflicht des Gerichts zum Herbeiführen der Spruchreife aus werden als Begründung Untersuchungsgrundsatz, Text des rechtlichen Vorschriften, Rechtsschutz des Volks, Notwendigkeit der Prozessökonomie und verwaltungsverfahrensgesetzliche Diskussion des Artikels 86, Abs. 1 der Verwaltungsgerichtsordnung angegeben, und von Standpunkt der Einwendung dagegen aus werden als Begründung Nachprüfung des Untersuchungsgrundsatzes und Grenz durch das Rechtsfall sowie der Grundsatz des Rechtsschutzes und der Gewaltenteilung vorgelegt.

Die Frage der Anerkennung der Pflicht des Gerichts zum Herbeiführen der Spruchreife hängt schließlich davon ab, welche Ebene zwischen dem Rechtsschutz des Bürger und der Prozessökonomie sowie der Respektierung der Entscheidungs-

kompetenz in der Verpflichtungsklage für wichtiger gehalten werden soll. Deutsche Diskussion darüber wird voraussichtlich dem Verwaltungsgesetz Koreas, wo gründliche Änderung der Verwaltungsprozessordnung bevorsteht, dabei viel helfen, das System der Verpflichtungsklage festzustellen. Da allerdings der Verwaltungsprozess Deutschlands, sowohl im Rechtssystem als auch in der praktischen Anwendung und dem Umfang, von dem Verwaltungsprozess Koreas verschieden ist, können die deutsche Theorie oder Praxis über die Verpflichtungsklage nicht direkt befolgt werden.

Besonders herrscht im Verwaltungsprozess Koreas, anders als in dem Fall Deutschlands, grundsätzlich keine Untersuchungsmaximie und das Verpflichtungsurteil des Artikels 44, Abs. 1 der koreanischen Verwaltungsprozessordnung in der geänderten Fassung, der dem deutschen Verpflichtungsurteil entspricht, hat, anders als in dem Fall Deutschlands, Klarheit und Verhältnismässigkeit als notwendige Voraussetzung. Geführt werden soll daher eine Diskussion, die innerhalb des Systems und der Struktur der koreanischen Verwaltungsprozessordnung der koreanischen Praxis entspricht. Und solche Diskussion soll sich letztlich danach richten, die beiden Ebenen wie Rechtsschutz des Bürger und Prozessökonomie sowie Respektierung der Entscheidungskompetenz des Verwaltung angemessen zu harmonisieren.

Schlüsselwörter : Verpflichtungsklage, Herbeiführen der Spruchreife,

Entscheidungskompetenz des Verwaltung, Gewährleistung effektiven  
Rechtsschutzes, Prozessökonomie

Studentennummer : 2006-21584