

# 越權訴訟論

金 東 熙\*

《차 례》

I. 總 說

II. 越權訴訟의 受理要件

A. 原告適格

1. 原告適格

2. 訴提起形式 및 期間

3. 平行訴訟의 不存在

B. 行爲의 性質

III. 越權訴訟에 있어서의 取消事由

A. 無權限

B. 形式의 瑕疵

C. 權力濫用

D. 法의 侵害

1. 法規의 要件

2. 事實의 要件

① 事實의 內容의 正確性

② 事實의 法의 性質決定

③ 事實의 明白한 誤判

E. 越權訴訟에 있어서의 行政行爲에 대한

統制의 具體的檢討

— 裁量行爲에 대한 統制 —

## I. 總 說

越權訴訟(Recours pour excès de pouvoir)이라 함은 불란서行政法에 있어 原則적으로 行政行爲의 違法을 理由로 그의 取消을 求하는 訴訟을 말한다. 越權訴訟은 이처럼 基本的으로 是 우리나라의 抗告訴訟에 該當하는 것이다. 그러나 매우 例外的인 것이기는 하나 越權訴訟은 또한 無效宣言으로서의 取消을 求하는 訴訟 내지는 無效確認訴訟도 그 內容의 一部로 하고 있다.<sup>(1)</sup> 이러한 越權訴訟은 불란서行政法에 있어서는 대단히 重要的 位置를 차지하고 있

\* 서울大學校 法科大學 助敎授

(1) 불란서의 行政法學者들은 共히 越權訴訟은 違法한 行政行爲(décision étécutoire)의 取消을 求하는 訴訟이라고 定義하고 있다. A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, t.I, 1970, p.473; J. Rivero *Droit administratif*, 1965, pp.208-212; G. Vedel, *Droit administratif*, 1973, p. 547; M. Waline, *Droit administratif*, p.492.

그러나 行政行爲의 不存在(acte inexistant)의 경우에도 그것이 絕對的 不存在(inexistence absolue)가 아닌 경우에는 그에 대해서 越權訴訟形式에 依한 訴提起가 認定되는 바, 이러한 경우에는 訴提起期間의 適用이 없고 또한 裁判官은 이러한 경우에는 同行爲를 取消하는 것이 아니고 그의 無效임을 確認한다는 점에서는 그것은 우리나라의 無效 또는 不存在確認訴訟에 해당한다 할 것이며 따라서 越權訴訟은 原則적으로 是 抗告訴訟이나 制限의 이나마 無效 또는 不存在確認訴訟도

는 다, 그것은 주로 다음의 두가지 理由에서이다.

우선 불판서 行政法은 거의 全적으로 判例法의 所産이라는 점이다. 불판서 行政法의 判例法의 性格은 대단한 것이어서 불판서에 있어서는 一舉에 行政關係 成文法을 廢止해 버리더라도 行政裁判所와 司法裁判所의 分離原則만 維持된다면 行政法은 별다른 지장없이 存續할 수 있을 것이라고 말할 정도이다.

다음에 불판서 行政法에 있어서의 前記한 行政判例는 주로 管轄裁判所(Tribunal des conflits)와 특히 Conseil d'Etat의 判例에 의하여 形成되는 바, 後者에 있어서는 本稿의 考察對象인 越權訴訟과 行政賠償訴訟에 관한 諸判決이 그 基本을 이루고 있는 것이다.

以上에 考察한 바에 의하여 越權訴訟의 불판서 行政法에 있어서의 重要性은 내강 밝힌 것이라고 하겠으나 그 性格 또는 位置를 보다 뚜렷이 하기 위해서 불판서 行政法上의 諸訴訟 形態에 관하여 概括的인 考察을 하여 두고자 한다.

불판서에 있어서의 諸行政訴訟形態는 여러가지 觀點에서 分類될 수 있겠으나 가장 一般的인 것은 裁判官의 權力的 範圍에 依한 것과 提起된 法律問題의 性質에 依한 分類인 것인 바, 여기서는 原則적으로 前者에 따를 것이나 附隨的으로는 後者에 관해서도 약간 言及하고자 한다.

前記한 裁判官의 權力的 範圍의 基準에서는 불판서의 行政訴訟은 完全審理訴訟(Recours de pleine juridiction), 取消訴訟(Recours en annulation), 解釋訴訟(Contentieux de l'interprétation) 및 處罰訴訟(Contentieux de la repression)의 4種으로 區分된다.<sup>(2)</sup> 이 중에서 解釋訴訟은 適法性審查訴訟(Contentieux de l'appréciation de légalité) 및 解釋訴訟(Contentieux de l'interprétation)의 兩者를 그 內容으로 하는 것이나, 이들은 주로 先決問題와의 關聯에서 提起되는 것이며, 다음에 處罰訴訟은 극히 少數의 경우의 公物違警罪(Contravention de voirie)와의 關聯에서 提起되는 것으로 이들 兩訴訟의 重要性이란 그다지 크지 않은 것이다. 結果적으로 불판서에 있어서 行政訴訟으로 實質的 重要性을 가지는 것은 完全審理訴訟과 取消訴訟이라 하겠는데, 兩者는 訴益, 判決의 效力 및 裁判官의 權力的 範圍 등에서 區分될 수 있으나 가장 本質的인 것은 아마도 裁判官의 權力的 範圍에 관한 것이라 할 수 있는 바, 이점에서는 越權訴訟의 경우 法官은 違法한 行政處分을 다만 取消할 수 있는데

그 內容의 一部로 하고 있다고 하지 않을 수 없을 것 같다. 또한 筆者가 아는 限 불판서 行政法上은 우리나라의 行政行爲의 無效에 해당하는 개념은 存在하지 않는 것 같고 前述한 不存在은 相對的 不存在(inexistence relative)인 경우에만 越權訴訟의 提起가 認定된다는 점에서는 이러한 경우는 우리나라와 對比하여 볼 때에는 不存在 權認訴訟이라기 보다는 無效 權認訴訟으로 해석함이 보다 精確하지 않을까 생각하나 여기에는 전혀 의문이 없는 것은 아니다. 불판서 行政法上의 行政行爲의 不存在에 관해서는 參照: Laubadere, op. cit., p.480, Vedel, op. cit., pp. 561-562; Waline, op. cit., pp.446-448.

(2) Rivero, op. cit., pp.186-187; Vedel, op.cit., pp.456-465.

反하여 完全審理訴訟에 있어서는 法院의 權限은 同處分取消에 그치지 아니하고 나아가 그를 變更하거나(réformer) 스스로 그를 代置(remplacer)할 수도 있는 것이다.

그런데 取消訴訟으로서의 例컨대 危險 또는 不潔한 特定の 建物の 許可 및 規制에 관한 道規則의 取消訴訟과 같이 個個의 法律의 明文으로 認定되는 特別한 訴訟도 存在하나 그 一般的인 것으로서는 本稿에서 考察하려는 越權訴訟인 것이다. 다음에 完全審理訴訟은 그 內容이 매우 多樣하여 行政契約訴訟, 賠償訴訟, 公務員의 給與請求訴訟, 選舉訴訟, 直接稅訴訟 등을 包含하나 이들 중 가장 基本的인 것은 아마도 賠償訴訟이라 할 수 있을 것이다.<sup>(3)</sup>

以上の 諸訴訟을 法院에 提起된 法律問題의 觀點에서 보면 取消訴訟과 處罰訴訟은 客觀訴訟이며, 完全審理訴訟에 대해서는 部分的으로는 약간의 異論이 없지도 아니하나,<sup>(4)</sup> 原則적으로 主觀訴訟이며 解釋訴訟은 主觀訴訟인 경우와 客觀訴訟인 경우가 있을 수 있을 것이다.

以上으로 本稿의 行政訴訟形式에 관한 概括的인 검토를 마치기로 하고 다음에 越權訴訟에 관한 本論的考察에 들어 가기로 한다. 다만 既述한 바와같이 越權訴訟制度는 基本的으로 判例法의 所産인 불란서 行政法理論에서는 가장 核心的要素의 하나로서 매우 큰 比重을 차지하고 있는 것이고 한편 同問題에 대한 筆者의 研究도 不足한데다가 參考資料도 극히 制限되어 있는 現在로서는 本稿의 內容은 아무래도 概括的・部分的인性格을 띠기 어려울 것 같다. 이 점을 미리 밝혀 두면서 다음에서는 同訴訟制度를 가장 特長지워 주는 것이라고 볼 수 있는 越權訴訟의 提起要件 또는 受理要件(Conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir) 및 同訴訟에 있어서의 取消事由라는 두가지 문제에 초점을 맞추어 本問題를 檢討하여 가기로 한다.

## II. 越權訴訟의 受理要件(Conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir)

결국 그 內容에 있어서는 同一한 것이나 우리나라의 行政法에서는 訴訟의 提起要件으로 다루는 問題를 불란서 行政法에서는 그의 受理要件이라는 題下에서 考察하고 있는 바, 그것은 아마도 同法이 主로 判例法이라는 데에 基因하는 것인지 모르겠으나, 어쨌거나 本稿에서도 이 問題는 同一한 角度에서 檢討하기로 한다.

越權訴訟의 受理要件은 다음의 네가지 事項과의 관계에서 檢討되는 바, 이 중 一者를 缺

(3) Rivero, op. cit., p.188.

(4) Laubadere, op. cit., p.460. 이는 특히 租稅訴訟(直接稅)과의 關係에서 제기되는 것으로 同教授는 同訴訟은 完全審理訴訟이나 同訴訟에서 提起되는 法律問題는 租稅法規에 대한 租稅賦課處分の 合理性 與否 및 納稅者의 客觀的地位라는 觀點에서 同訴訟은 客觀訴訟으로 보아야 한다고 主張하고 있는 것이다.

한 경우에도 同訴는 不合法한 것으로 却下된다. 그것은 訴의 對象인 行爲의 性質(Nature de l'acte attaqué), 原告適格의 問題(Qualité du requérant), 訴의 提起形式 및 期間(Conditions de formes et de délai) 및 平行訴訟의 不存在 (Absence de recours parallèle)인 바, (5) 이 중 에서 특히 訴의 對象인 行爲의 性質에 관해서는 越權訴訟으로 다를 수 있는 行爲는 우리나라의 抗告訴訟의 경우와는 달리 行政處分뿐만 아니라 法規命令도 그 對象이 된다는 점에서 매우 特異한 것이므로 이에 관해서는 비교적 具體的으로 檢討하여 보고 나머지 세가지 要件에 관해서는 略述하는 정도에 그치고자 하는 바, 먼저 後者에 관하여 보기로 한다.

**A. 原告適格, 訴提起形式 및 期間, 平行訴訟의 不存在**

**1. 原告適格**

原告適格의 問題로서는 當事者適格(Capacité d'ester en justice) 및 訴益問題가 檢討되나 前者에 관한 限, 例컨대 一定한 경우 法人格없는 團體에도 訴提起能力이 認定된다는 정도를 除外하면 餘他訴訟과의 對比에서 特記할 것은 없는 것 같고, 따라서 原告適格의 問題는 주로 訴益과의 관계에서 檢討되는 것이다.

(1) 우선 一般的으로 말하면 越權訴訟에 對한 訴에의 利益은 物質的인 것뿐만 아니라 精神的인 것도 包含하며, (6) 訴益은 原則的으로 個人的(Personnel)인 것이어야 하나 排他的인 必要는 없으며, (7) 또한 그것은 私的인 것뿐만 아니라 公的性의 것도 包含하는 것이다. (8)

(2) 다음에 어느정도 보다 具體的인 것으로 訴益은 어느 程度의 것이어야 하는 것인가의 문제가 있다. 이점에 관해서는 越權訴訟은 原則的으로 行政行爲의 適法性保障을 目的으로 하는 것이고 또한 그것은 人에 對한 訴訟(procès fait à personne)이 아니라 行爲에 對한 訴訟(procès fait à l'acte)으로서의 客觀訴訟이라는 觀點에서는 訴益의 範圍는 可能한 限 넓게 認定하는 것이 바람직하고 또한 그렇게 하는 데에 理論的 問題點도 없다 할 것이다. 그러나 他面에 있어서 訴益의 範圍를 지나치게 擴大하는 경우 越權訴訟은 결국 國民 모두에게 訴提起가 認定되는 民衆訴訟(actio popularis)으로 될 것이며 그 경우 惡意, 政治的動機 등에 基한 訴의 濫發現象을 惹起할 우려가 있는 바 이는 결코 바람직한 것이라고는 할 수 없다. 따라서 Conseil d'Etat는 이러한 두가지 背馳的要素의 折衷策으로서 越權訴訟에서 主張될 수 있는 利益은 「充分히 特徵的인 것(intérêt suffisamment caractérisé)」이어야 한다고 宣言하고 있다. 그러나 이러한 公式은 그 內容이 客觀的으로 劃然的인 것은 아닌 바, 그 內容을 納

(5) Syndicat de Défense des Canaux de la Durance 判決(C.E., 31 Octobre 1969)

(6) 카톨릭 信者들의 그들의 宗教儀式에 對한 利益 : Deliard神父判決(C.E., 8 février 1908)

(7) 市의 納稅者의 違法한 租稅規則의 取消을 求하는 利益 : Casanova氏 判決(C.E., 29 mars 1901)

(8) 市의 利益에 反하는 違法한 監督廳의 決定을 다를 수 있는 市長의 利益 : Nérès-les-Bains市長判決(C.E., 7 juin 1902)

稅者의 訴益과의 關係에서 보면 다음과 같다. 卽市 및 道の 納稅者는 違法한 租稅關係의 處分 또는 法規命令의 取消을 求하는 越權訴訟을 提起할 수 있으나<sup>(9)</sup> 國稅에 대해서는 越權訴訟으로 다룰 수는 없다.<sup>(10)</sup>

既述한 問題外에도 共同訴訟, 一種의 機關訴訟 등에 있어서의 訴益이 重要한 문제로 檢討되고 있으나 이에 관한 考察은 여기서는 省略하기로 한다.

## 2. 訴提起形式 및 期間

(1) 越權訴訟에 있어서는 訴狀의 形式이나 訴提起節次등은 매우 單純化되어 있는 것이 特徵이다. 訴狀의 作成에 있어서는 特定의 形式을 要하지 아니하고 原告는 다만 印紙를 부착한 白紙에 다름의 現象인 行政行爲의 取消事由를 記載하여 同行爲의 寫本一枚를 첨가하여 提出하는 것으로 足하다. 다음에 訴提起節次와의 關係에서 특히 指摘하여야 할 것은 越權訴訟의 경우는 辯護士強制主義가 適用되지 아니한다는 것이다. 이러한 越權訴訟의 特徵이 歷史的으로는 그의 비약적인 발달의 계기가 되었고 오늘날은 同訴訟制度가 國民의 權益의 保障手段으로서 가장 代表的인 救濟手段으로서의 機能遂行에 있어서 基本的인 要素가 되고 있음은 물론이다.

(2) 다음에 越權訴訟의 提起期間은 行政決定이 있는 것을 안 날로부터 2個月이다. 다만 默示의 拒否處分의 경우는 同拒否處分은 申請이 있는 날로부터 4個月이 경과하는 경우에 발생하는 것으로 보기 때문에 同處分에 對한 訴訟은 申請日로부터 4個月이 經過한 날을 起算點으로 하여 2個月內에 提起하여야 하는 것이다.

이러한 2個月의 期間이 經過하면 行政決定이 違法한 경우에도 原則的으로 越權訴訟으로 그의 違法性을 理由로 取消을 求할 수는 없다.<sup>(11)</sup>

그러나 訴提起期間이 經過한 경우에도 先決問題로서 行政決定의 違法性抗辯(Exceptio d'illégalité)은 恒時 提起할 수 있으며 또한 同決定의 過失을 理由로 賠償訴訟을 提起할 수도 있는 것이다.

(9) 市の 경우 : Casanova氏判決(C.E., 29 mars 1901); 道の 경우 : Richmond氏判決(C.E., 27 janvier 1911)

(10) Dufour氏判決 (C.E., 13 février 1930)

(11) 이러한 原則에 對한 一種의 例外로서 다음의 몇가지를 들 수 있다. 먼저 行政決定이 法規命令인 경우에는 期間의 徒過後에 있어서도 그에 基한 行政處分에 대하여는 同命令의 違法을 理由로 同處分의 取消을 越權訴訟으로 求할 수 있다. Denoyer婦人判決 (C.E., 18 février 1949). 다음에 역시 法規命令의 경우에 있어 同命令制定 當時의 事實的 法의事情이 以後에 變更되는 경우는 利害關係者는 그를 理由로 同命令의 取消을 行政權에 要請할 수 있는 바, 그가 拒否되는 경우는 同拒否處分은 越權訴訟의 對象이 된다. Lahure神父判決 (C.E., 3 février 1933) 나아가 法의事情이 變更時는 2個月 以內에 直接 法規命令의 取消을 越權訴訟으로 求할 수 있는 것이다. Despujol氏判決(C.E., 10 janvier 1930)

### 3. 平行訴訟의 不存在

越權訴訟은 平行訴訟이 存在하면 受理될 수 없는 바, 平行訴訟이란 간단히 말하면 越權訴訟과 同價值的인 訴訟手段을 말한다. 보다 具體的으로 설명하면, 特定の 行政決定에 대하여 越權訴訟 以外에도 그를 다룰 수 있는 다른 訴訟手段이 있고 그에 依하는 경우에도 그 實效性에 있어 越權訴訟에 依하는 경우와 同一한 結果를 達成할 수 있는 경우에는 이러한 他訴訟은 越權訴訟과의 關係에서 平行訴訟의 性格을 가지게 되는 것이다. 이치럼 平行訴訟이 存在하는 경우에도 同訴訟手段에 依하지 아니 하고 越權訴訟을 提起하는 경우에는 行政權은 「平行訴訟의 抗辯(Exception du recours parallèle)」을 提起할 수 있으며 이 경우에는 越權訴訟은 平行訴訟의 存在로 却下되게 되는 것이다.

이것이 平行訴訟의 抗辯理論이다. 그런데 特定の 訴訟이 越權訴訟에 대하여 平行訴訟의 地位를 가지기 위해서는 前述한 同價値性이라는 要件 以外에 同訴訟과 越權訴訟이 各各 相異한 裁判所의 管轄에 속하여야 한다는 다른 하나의 要件을 더 充足시켜야 한다.<sup>(12)</sup>

이러한 平行訴訟의 抗辯理論은 Conseil d'Etat의 判例에 依하여 歷史的, 實質的 理由에 基因하여 形成된 것이다. 그것은 1953년의 불란서 行政裁判所制度의 改革 以前에는 越權訴訟은 一審 및 終審의 一般管轄裁判所로서의 Conseil d'Etat의 管轄이었고 平行訴訟의 性格을 가지는 一定數의 訴訟은 餘他的 特別管轄裁判所, 特히 道參事會의 管轄로 되어 있었는데, 前記한 平行訴訟理論이 形成되지 않은 경우에는 平行訴訟에 해당하는 事項은 거의가 越權訴訟의 形式으로 提起될 수 있었을 것이고 그 경우 平行訴訟의 性格의 餘他訴訟의 內容은 事實上 無實해 지고 反對로 Conseil d'Etat의 業務量은 그만큼 증대하였을 것이었다.<sup>(13)</sup> 따라서 平行訴訟의 抗辯理論은 이러한 否定的結果를 防止하기 위한 司法政策的 見地에서 形成된 것이다.

그러나 1953년 以後에 있어서는 Conseil d'Etat가 一般管轄裁判所로서의 一審裁判所로서의 地位는 상실하고 從來의 道參事會가 行政裁判所로 改革되어 從來의 一審裁判所로서의 Conseil d'Etat의 地位를 승계한 現在에 이르러서는 前記한 理論이 如前히 固守되어야 하는가는 상당히 疑問인 것이다.

#### B. 行爲의 性質

1. 特定の 行爲가 越權訴訟의 對象이 될 수 있기 위해서는 다음의 두가지 要件을 갖추어

(12) 이러한 平行訴訟의 例로서는 租稅訴訟(直接稅)을 들 수 있을 것이다. 1953년의 行政裁判所制度의 改革 以前에 있어서는 同訴訟은 特別管轄裁判所로서의 道參事會(Conseil de préfecture)의 管轄이었고 越權訴訟은 原則的으로 Conseil d'Etat의 管轄事項이었는데 直接稅의 賦課處分은 租稅訴訟 또는 越權訴訟 어느 것에 依하여도 同一한 結果 即 同賦課處分의 取消을 求할 수 있었던 것이다.

(13) Laubadère, Traité élémentaire de Droit administratif, t.I., op. cit., p.481; Rivero, Droit administratif, op. cit., pp. 139-140, 213-214; Vedel, Droit administratif, op. cit., pp. 71 et ss.

야 하는 바, 그것은 우선 同行爲는 行政權의 行爲이어야 하며 다음에 同行爲는 一定한 法的 效果를 發生하는 行政決定이어야 하는 것이다. 이러한 定義는 불란서 行政法上 우리나라의 行政行爲에 該當하는 執行決定(Décision exécutoire)과 相應하는 것 같으나 兩者는 반드시 一致하는 것은 아닌 것으로 다음에 그 內容에 관하여 몇가지 具體的인 경우로 나누어 檢討하여 보기로 한다.

(i) 越權訴訟의 對象이 되는 行爲는 行政機關의 行爲이어야 하므로 原則的으로 立法 및 司法機關의 行爲는 同訴訟에서 除外된다. 더 나아가 行政權이 例外的으로 立法機關의 地位에서 行하는 行爲도 또한 同訴訟에서 除外되는 것이다.<sup>(14)</sup> 그러나 이에 對한 하나의 重要한 例外로서 公權力行使의 特權을 부여받아 公役務의 執行任務를 맡고 있는 特定の 私的團體에 의한 一方的行爲는 越權訴訟의 對象이 되고 있다.<sup>(15)</sup>

(ii) 行政契約(Contrat administratif)은 行政權의 單獨行爲는 아니기 때문에 越權訴訟의 對象이 되지 않는 것이다. 다만 이러한 契約의 構成上 單獨行爲의 要素가 包含되어 있고 이들이 全體契約과의 關係에서 어느 정도의 獨自性을 가진 것인 경우에는 可分離行爲의 理論(Théorie de l'acte détachable)에 의하여 이들만이 별도로 越權訴訟의 對象이 되는 경우가 있다.<sup>(16)</sup>

(iii) 特定の 行爲가 越權訴訟의 對象이 될 수 있기 위해서는 既述한 바와 같이 同行爲가 一定한 法的 效果를 發生하는 行政決定이어야 하는 것이나 이러한 行政決定인가 與否의 判斷은 매우 實質的인 基準에 따라 행하여 지는 것이다. 따라서 例컨대 訓令 또는 通牒의 경우에도 그것이 內容的으로 法規命令的 要素를 包含하고 있는 것일 때에는 그 形式에도 不拘하고 越權訴訟의 對象이 되는 것이며<sup>(17)</sup>, 또한 形式上은 單純한 執行措置(Mesures d'exécution)인 경우에도 그것이 어떠한 種類의 것이든 새로운 義務事項을 包含하는 것인 때에는 同措置는 越權訴訟으로 다룰 수 있는 것이다.<sup>(18)</sup>

2. 우리나라의 行政行爲에 該當하는 概念인 執行決定(以下는 편의상 그냥 行政行爲로 稱하기로 한다)은 原則的으로 그 全部가 越權訴訟의 對象이 되는데<sup>(19)</sup> 이러한 佛法上의 行政行爲

(14) Laubadère, Traité élémentaire de Droit administratif, pp.479-480.

그例로서는 第五共和國 憲法 제16조에 基하여 大統領이 發하는 立法事項에 관한 法規命令, 또는 同憲法 제92조에 基한 過渡的措置로서 制定되는 法律命令(Ordonnance)등을 들 수 있을 것이다.

(15) Montpeurt 氏判決(C.E., 31 juillet 1942), Bouguen 氏判決 (C.E., 2 avril 1943),

(16) 例컨대 行政契約의 締結을 爲한 市 또는 道議會의 議決: Martin 氏判決(C.E., 4 août 1905 또는 行政契約締結에 對한 中央監督廳의 認可行爲: Ousse-Susan 市判決 (avril 1911)등을 들 수 있다.

(17) Laubadère, Traité élémentaire de droit administratif, op. cit., pp.275-276, 482.

(18) Lehideux 夫妻判決 (C.E., 16 janvier 1914), Nouvelles Galeries de Tours 會社判決 (C.E., 29 juin 1945).

(19) 다만 一定한 行政機關의 內部事項(mesures d'ordre interieur)은 原則的으로 行政行爲로 看做됨에도 不拘하고 越權訴訟의 對象에서 除外되고 있으며 또한 統治行爲(Actes de gouvernement)도 行政行爲로 보는 見解에서는 同行爲는 越權訴訟對象에 對한 主要한 例外를 구성하는 것이라고 할 것이다.

의 概念은 原則的으로 形式的概念으로 行政權에 依한 一方의 行爲는 그것이 個別處分이든 法規命令이든 區分하지 아니하고 共히 行政行爲의 개념에 包含되는 것이다. 따라서 불판서 行政法上的 越權訴訟에 있어서는 우리나라의 경우와는 달리 法規命令도 行政行爲의 一種으로서 當然히 同訴訟의 對象이 되는 것이며 具體的規範統制權과 抽象的規範統制權과 같은 區別은 存在하지 아니 하는 것이다.

法規命令으로서는 물론 國家行政權에 依한 것과 市·道에서 制定되는 것이 있으나 後者의 경우는 內容的으로 市長의 警察規則이 그 主要한 部分을 차지하는 것이므로 더 以上 檢討하지 아니하고 다음에는 國家行政權에 依하여 制定되는 法規命令에 관하여 比較的 자세히 보기로 하는 바, 이러한 法規命令은 그 制定에 있어 行政權의 權限의 範圍를 基準으로 하면 내강 다음과 같이 區分할 수 있을 것이다. 우선 우리나라의 執行命令과 委任命令에 該當하는 것으로 行政命令(Règlement)과 公行政命令(Règlement d'Administration Publique)이 있다. 그런데 後者에 관한 限 今世紀 初頭까지는 同命令은 一種의 法律로서 越權訴訟의 對象이 될 수 없다는 것이 Conseil d'Etat의 判例이었으나 1907년에 同判例은 번복되어 公行政命令도 單純行政命令과 함께 越權訴訟의 對象이 되었던 것이다.<sup>(20)</sup>

다음에 第五共和國 憲法 제34조의 規定에 따라 法律로는 基本原則만을 規定하도록 되어 있는 事項에 對해서는 行政權은 行政命令에 依하여 그 補充事項을 規定하는 補充命令이 있다.

다음에 現憲法에 依하면 立法事項은 제34조에 의하여 列記事項으로 되어 있고 同條에 列擧되어 있지 아니한 事項은 行政命令으로 制定되는 바(제37조) 그에 따라 制定되는 것이 獨立命令인 것이다. 이러한 獨立命令도 行政行爲의 一種으로서 경우에 따라서는 越權訴訟에 의하여 取消될 수 있는 것이다.<sup>(21)</sup> 다음에 立法事項인 경우에도 議會의 授權法(Loi d'habilitation)에 의거하여 行政權은 一定期間, 一定事項에 對해서는 同事項에 관해서도 行政命令을 制定할 수 있는 바, 이것이 法律命令(Ordonnance)인 것이다. 同法規命令은 公布되면 곧 效力을 發生하나 議會의 批准(Ratification)이 있기 전까지는 行政命令으로서 越權訴訟의 대상이 되는 것이다. 이러한 法律命令은 그 授權法이 國民投票에서 통과된 것인 경우에도 여전히 越權訴訟의 대상이 되는 것이다. 끝으로 現憲法 제16조에 基하여 發하는 行政命令도 그것이 憲法上的 行政命令事項에 관한 것인 때에는 原則的으로 越權訴訟의 對象이 될 수 있는 것이다.<sup>(22)</sup>

(20) 東部鐵道會社判決(C.E., 6 décembre 1907)  
 (21) 이러한 原則을 最初로 수립한 判決이 Syndicat général des ingénieurs-conseils判決(C.E., 26 juin 1959)인 것이다.  
 (22) Rubin de Servens氏判決(C.E., 2 mars 1962)



### Ⅲ. 越權訴訟에 있어서의 取消事由 (Les ouvertures au recours pour excès de pouvoir)

既述한 바와 같이 越權訴訟은 原則적으로 行政行爲(Décisions exécutoires)의 違法을 理由로 그의 取消을 求하는 訴訟이므로 同訴訟에 있어서의 取消事由는 모든 形態의 違法이라 할 것이며 이를 몇가지 경우로 區分할 理由는 없다 하겠으나 實際 同訴訟에 있어서는 그 歷史的 發達過程과의 關聯에서 取消事由는 無權限, 形式의 瑕疵, 法の 侵害 및 權力濫用의 네가지 경우로 區分된다. 그것은 越權訴訟의 形成過程에 있어 그 初期에는 無權限만이 取消事由로 認定되었던 것이나 以後 곧 形式의 瑕疵가 一種의 無權限으로서 다른 하나의 取消事由로 되었으며 다음에 權力濫用 및 法の 侵害가 또한 取消事由로 追加되어 오늘날과 같은 네가지 取消事由가 完成되게 된 것이다. 이중에서 法の 侵害는 初期에는 法 및 既得權侵害(Violation de la loi et des droits acquis)로서 그 要件이 보다 嚴格한 것이었으나 以後 앞의 세가지 取消事由와의 均衡關係로 既得權侵害라는 要件은 삭제되었던 것이다.<sup>(23)</sup> 이처럼 越權訴訟에 있어 取消事由를 區分하는 것은 理論的必然性에서가 아니라 歷史的 理由에 基因하는 것이므로 오늘날 學者들 사이에는 이를 그대로 維持할 필요가 있는가에 관해서는 많은 論難이 있으나 例컨대 Vedel教授처럼 앞의 二個取消事由는 形式的統制로, 뒤의 二個事由는 內容的統制로 區分하여 考察하는 程度에 그치고 그 基本的構造는 그대로 유지하고 있는 것이 一般이다.<sup>(24)</sup> 따라서 本稿에서도 傳統的方法에 따라 네가지 取消事由를 分說하여 가기로 한다.

#### A. 無權限(Incompétence)

越權訴訟上 最初로 認定된 取消事由로 他事由와 달리 이는 取權審理(Ordre public)事項인 것이다.<sup>(25)</sup> 그런데 無權限은 그 內容上 다음의 두가지 形態로 區分된다.

1. 그 하나는 權限의 篡奪(Usurpation de pouvoir)로서 例컨대 私人的 行政行爲, 行政權의 司法權 또는 立法權에 대한 侵害行爲 등이 그에 該當한다. 後者の 具體的인 例로서는 道知事에 依한 司法裁判所 判決의 停止處分을 들 수 있다.<sup>(26)</sup> 이러한 權限篡奪의 實例는 극히 드문 것이나, 그러한 경우에는 그 違法性的 重大性으로 Conseil d'Etat는 判例上 同行爲를 不存在(Acte inexistant)로 규정하고 그 取消가 아니라 無效 또는 不存在確認을 하고 또한 節次上으로는 同行爲에 對해서는 出訴期間의 適用을 받지 않는 것으로 하고 있다.

2. 無權限의 一般的인 形態는 말하자면 單純無權限의 것으로 그것은 相異한 行政官廳 相

(23) Vedel, Droit administratif, op. cit., pp.548-549.

(24) Vedel, op. cit., pp. 577-579.

F. Gazier Essai de Présentation nouvelle des ouvertures au recours pour excès de pouvoir, Etudes et Documents du Conseil d'Etat, 1951.

(25) 不動產株式會社判決(C.E., 19 avril 1968)

(26) Topin氏判決(C.E., 6 juillet 1945)

互間の 關係와 同一行政官廳의 內部關係에서 發生하는 것으로 이를 概括적으로 살펴 보면 다음과 같다.

① 法的性格이 相異한 行政主體 相互間의 關係에서의 權限侵害行爲로서 例컨대 市長이 市議會의 固有한 權限을 行使하는 경우 또는 그 反對의 경우이다.

② 同一한 性格을 띄우고 또한 同等한 地位에 있는 行政官廳 相互間의 關係로서 例컨대 道知事 또는 各部長官 相互間의 關係에서의 權限侵害行爲로서 이는 事項的(ratione materiae), 地域的(ratione loci) 및 時間的(ratione temporis) 權限侵害의 세가지 形態로 區分할 수 있을 것인데 第三의 形式의 權限侵害의 例로서는 辭職內閣이 後繼內閣이 構成되기 까지의 過渡期間에 있어 日常的業務(Affaires courantes)만을 處理하지 아니하고 憲法慣行에 反하는 重要한 새로운 決定을 行하는 경우를 들 수 있다.<sup>(27)</sup>

③ 同一行政官廳의 內部關係에서 下級機關이 上級機關의 權限을 行使하거나 또는 그 反對로 上級機關이 下級機關의 固有한 權限을 그에 代身하여 行使하는 경우이다.

④ 끝으로 無權限의 特殊한 形態로 實際 特定事項에 對한 許可與否는 裁量事項인데도 行政廳이 同事項에 對해서는 權限이 없는 것으로 판단하여 行한 拒否處分도 取消事由가 되는 것이다. 이러한 無權限의 取消事由는 또한 위에서 檢討하는 法的 侵害의 一形態로서의 法的 錯誤(Erreur de droit)에 依한 取消事由에도 해당하는 것이다.

### B. 形式의 瑕疵(Vice de forme)

1. 形式의 瑕疵란 行政行爲의 成立에 있어 法的으로 必要한 一定한 節次 또는 形式을 缺한 경우를 말한다. 그런데 이러한 形式의 瑕疵에 있어서는 Conseil d'Etat는 必要한 形式을 單純形式과 實質的形式으로 區分하여 後者の 경우만을 取消事由로 하고 있는 것이다. 그러나 同裁判所의 判例上 定立된 兩者의 區分은 本質적으로 經驗的인 것이어서 이러한 具體的인 基準에 따라 定義할 수 없으나, 一般的으로 말하면 그 形式 또는 節次의 欠缺이 「以後의 決定에 影響을 미칠 수 있는 것」인 때에는 그것은 實質的인 性格의 것으로 보아야 하는 것이다.<sup>(28)</sup> Conseil d'Etat가 이처럼 形式을 內容上 兩者로 區分하는 것은 주로 다음의 理由에 기한 것이다. 그것은 一面 行政行爲에 있어서의 形式의 要件은 一般的으로는 國民의 權益保護를 위한 것이라고 할 수 있으나, 他面에 모든 形式의 瑕疵를 一律적으로 取消事由로 함은 過度한 形式主義로 흐르기 쉽다는 것이다.

2. 形式의 瑕疵에 관해서 또 한가지 特記할 것은 形式要件이 法的 明文上으로는 규정되어 있지 아니한 경우에도 Conseil d'Etat의 判例法의 所産인 法的 一般原則(Principes généraux du droit)에 依하여 一定한 形式要件이 賦課되는 경우가 있는 바, 그의 違反은 필

(27) Syndicat régional des quotidiens d'Algérie (C.E., 4 avril 1952)

(28) Waline, Droit administratif, op. cit., p'139.

히 取消事由가 되는 것으로, 例컨대 不利益處分에 있어서의 辯明機會의 賦與義務가 그것이다. 法の 一般原則에 관해서는 뒤에서 다시 부연하기로 한다.

### C. 權力濫用(Détournement de pouvoir)

1. 權力濫用이라 함은 行政行爲를 함에 있어서 根據法에서 規定하고 있는 特定の 目的과는 다른 目的을 追求한 경우를 말한다. 그런데 實際 法에서 具體的 目的을 明示하지 않은 경우도 적지 아니한 바, 이러한 경우를 裁判所가 스스로 關係法의 精神에 비추어 具體的 目的을 定하고 그와의 關係에서 權力濫用 與否를 심사하게 되는 것이다.

그런데 이러한 權力濫用의 取消事由는 外部에 表示되지 아니한 行爲者의 主觀的 意圖에 관한 統制手段이므로 實際 그러한 意圖의 立證이나 判斷은 극히 어려운 것이다. 이러한 統制手段은 越權訴訟의 發達過程에 있어서 後述하는 法の 侵害((Violation de la loi)라는 取消事由에 있어서 要件事實에 對해서는 裁判的 統制가 認定되지 아니 하던 때에 있어서는 매우 重要한 것이었다. 그러나 Conseil d'Etat의 判例의 發展에 따라 前記한 要件事實에 對해서도 裁判統制가 確立된 以後에 있어서는 主觀的 意圖의 統制手段인 權力濫用의 取消事由는 客觀的 事實의 正確性, 同事實의 法的 性格 및 同事實과 如分과 의 比例性의 統制를 內容으로 하는 要件事實의 統制에 依하여 代替될 수 있는 것이고 또한 부연할 필요도 없이 後者의 立證이나 判斷이 보다 용이한 것이어서 大部分의 경우에는 前者는 後者에 依하여 代替되고 있는 것이 현실이다. 이러한 意味에서는 오늘날 權力濫用의 取消事由는 비교적 되조를 보이고 있다고 할 것이다. 그런데 前述한 세가지 要素를 內容으로 하는 要件事實의 統制는 모든 行政行爲에 對하여 劃一的으로 認定되는 것은 아니고 行爲의 性質에 따라서는 事實의 法的 性質의 判斷에 對한 統制는 認定되지 아니하는 경우가 있으며 또한 比例性統制는 原則上 最小限의 統制手段의 一部를 이루고 있으나 實際로 同手段에 依據하여 行政處分이 取消된 事例은 아주 드문 편이다.<sup>(29)</sup> 그런데 權力濫用의 統制는 最小限의 統制手段으로서 앞의 두가지 경우에 있어서는 權力濫用의 事實이 立證되면 關聯處分의 取消가 可能한 것이다. 이러한 의미에서는 權力濫用은 法の 侵害의 取消事由와의 關係에서는 二次的, 補充的 性格을 가지는 것이라고 할 수 있을 것이다.

2. 權力濫用은 內容上 다음의 두가지 形態로 區分할 수 있다.

① 먼저 行政權이 公益과는 전혀 無關한 것을 目的으로 하는 경우로서 例컨대 市長이 私益, 政治的 動機 또는 反宗教的 感情에 基하여 處分을 하는 경우를 들 수 있다. 具體的으로는 政治的 敵對感에 基한 市職員의 罷免處分, 「호텔」의 主人인 市長이 他「호텔」業主의 경쟁을

(29) Malanseine市判決(C.E., 13 mars 1968).

배제하기 위한 目的으로 행한 舞蹈會의 禁止措置등을 들 수 있다. (30)

② 다음에 行政權이 追求하는 目的이 公益의이기는 하나 그것이 根據法에 규정하고 있는 具體的目的과는 다른 경우로, 그 典型的인 例로서는 市長이 自己의 管轄海邊에 있어 市營脫衣場 以外에서의 脫衣行爲를 禁止한 處分을 들 수 있는 바, 同事件에서 前記한 市長의 處分은 海邊에서의 秩序維持를 理由로 한 것이나 實際 市營脫衣場 以外에서 脫衣를 한다하여도 秩序紊亂의 우려는 별로 없었는데도 同處分을 한 實質的目的은 市の 歲入增大라는 다른 公益目的을 爲한 것이었음이 判明되었고 따라서 後者の 目的을 爲해서는 市長의 警察權이 行될 수는 없다는 論據下에서 同處分은 取消되었던 것이다. (31)

이러한 權力濫用의 하나의 變形으로서 節次의 濫用(Détournement de procédure)이 있는 바 그것은 一定한 行政目的을 達成하기 위하여 그와는 相異한 目的을 위하여 規定되어 있는 보다 간단하거나 혹은 實效的인 節次를 代用하는 경우를 말한다. 例컨대 不穩新聞의 配布를 막기 위해서는 다른 行政手段에 依據하여야 하는데도 不拘하고 道知事가 同新聞에 대한 押收處分을 한 경우가 그것이다. (32)

#### D. 法の 侵害(Violation de la loi)

越權訴訟制度의 形成過程上 제일 마지막으로 成立된 것으로 法の 侵害 또는 違反이라는 概念은 越權訴訟에 있어서는 그 名稱에도 不拘하고 實際로는 앞에서 檢討한 세가지 事由를 控除한 餘他の 一切의 行政行爲의 違法事由를 그 內容으로 하는 것이다. 이러한 法の 侵害라는 裁判統制手段은 越權訴訟制度上 가장 큰 比重을 차지하고 있는 바, 그것은 특히 今世紀에 있어서의 Conseil d'Etat에 依한 行政行爲에 대한 裁判統制範圍의 漸次的인 擴大는 주로 同手段에 의한 것이었기 때문이다. 法の 侵害의 取消事由는 內容上 法規的要件과 事實的要件의 違反으로 區分된다.

##### 1. 法規的要件(Motifs de droit)

法規的要件의 違反의 가장 單純한 形態는 行政權이 法規에서 禁止하고 있는 行爲를 하거나 反對로 法上 規定되어 있는 行爲를 拒否하는 것과 같은 法の 直接的違反인 것이다. (33) 이에 대해서는 여기서는 달리 부연할 것은 없으나 다만 行政規則의 形式을 取하는 訓令·通牒의 경우에도 그것이 內容上 法規的性質을 가지는 것인 때에는 그의 違反은 取消事由가 된다는 점은 留意해야 할 것이다. (34)

(30) Rault氏判決 (C.E., 14 mars 1934)

(31) Beaugé判決 (C.E., 4 juillet 1924)

(32) Frampar株式會社判決(C.E., 24 juin 1960)

(33) Clausi氏判決(C.E., 22 mars 1957),

Bernard氏判決(C.E., 11 juillet 1956)

(34) Hublin氏判決 (C.E., 14 mars 1956)

法規的要件的 違反의 第2의 形態는 關係法令의 解釋을 그르친 경우이다. 具體的인 事例로서 例컨대 特定の 許可申請에 있어서 그의 許可與否는 法令上 行政廳의 裁量權에 속하는 事項임에도 不拘하고 行政廳이 許可權이 없는 것으로 잘못 判斷하여 拒否處分을 한 경우에 同處分은 違法한 것으로 取消될 수 있는 것이다.<sup>(35)</sup> 그것은 裁判所의 審査對象은 處分 그 自體뿐만 아니라 그에 따르는 處分理由에까지 미치는 것이기 때문이다. 다만 뒤의 事由로 特定の 處分이 取消된 경우에는 行政廳은 以後에 올바른 理由를 附加하여 原處分을 다시 할 수 있는 것이다.

## 2. 事實的要件(Motifs de fait)

法令上 特定の 事實의 存在가 行爲의 前提要件으로 되어 있는 경우에는 그러한 事實은 同行爲의 合法性의 一部를 이루는 것이며 따라서 行政行爲의 合法性의 統制手段인 越權訴訟에 있어 裁判所가 同事實에 대한 審査를 할 수 있음은 당연한 것이라 할 것이다. 그런데도 比較的의 長期間 이러한 要件事實은 越權訴訟上の 審査의 對象에서 除外되어 왔던 바, 事實의 誤判은 法の 違反으로는 볼 수 없는 것이라든가 또는 越權訴訟은 破毀訴訟과 같은 것이므로 事實判斷문제는 그 審査對象이 되지 아니한다는 등의 論據에 基한 것이었으나<sup>(36)</sup> 이러한 論據가 잘못된 것임은 부인할 필요가 없을 것이다. 따라서 今世紀에 접어들면서 Conseil d'Etat는 自體의 判例를 번복하여 要件事實에 대한 裁判統制를 認定하게 되었던 것이다. 이러한 要件事實의 統制는 內容上 다음의 세 가지로 區分된다.

### ① 事實의 內容의 正確性(Exactitude matérielle des faits)

要件事實의 違反의 가장 單純한 形態로 實際事實과는 다른 根據에 基하여 行政處分이 행하여 지는 경우이다. 例컨대 實際 그러한 事實이 없었음에도 不拘하고 「本人의 要請에 따라서」 행한 道知事의 免職處分이 그 典型的인 것이다. 이러한 要件事實의 正確性에 대한 裁判統制는 特定の 事實的要件이 明文으로 規定되어 있는 경우는 물론이고 그러하지 아니한 경우에도 處分理由로 特定事實을 摘示한 경우에 그것이 實際 無根據한 때에는 또한 行使될 수 있는 것이다.<sup>(37)</sup>

### ② 事實의 法的性質決定(Qualification juridique des faits)

法令에서 규정하는 一定事實이 客觀적으로 一應 存在하는 경우에 있어서 二次적으로 同事實이 要件事實로서의 法的性質을 가지는 것인가의 與否에 對한 裁判統制이다. 다음에 이를 確立한 Gomel氏 判決(C.E., 4 avril 1914)을 例로서 그 內容을 좀더 檢討하기로 한다. 同判決의 事案으로서는 어느 道の 知事가 古蹟의 觀望을 保護하기위한 目的上 그 周邊의 一定地域

(35) Legros氏判決 (C.E., 20 juin 1952)

(36) Vedel, Droit administratif, op. cit., pp.592-596.

(37) Trépont氏判決 (C.E., 20 janvier 1922)

에 대하여는 建築을 制限할 수 있는 關係法上의 權限에 基하여 「보보」廣場에 있어서의 Gomel氏의 建築許可申請을 不許하였던 것이다. 이에 대하여 Conseil d'Etat는 「보보」廣場은 古蹟의 觀望을 保護하여야 하는 地域에 包含되지 아니한다고 判定하여 同拒否處分을 取消하였던 것이다. 그런데 同事件에서는 「보보」廣場의 客觀的存在에 관하여는 다툼이 없었고 다만 그 法的性格만이 문제되었다는 점을 특히 留意하여야 할 것이다.

### ③ 事實의 明白한 誤判(Erreur manifeste d'appréciation)

위에서 檢討한 事實의要件에 대한 越權訴訟上의 裁判統制는 事實의 內容의 正確性의 統制에 관한 한 약간의 例外가 있기는 하나, 原則적으로는 法令上 特定の 事實이 行爲의 前提要件으로 規定되어 있는 경우에 行使될 수 있는 것이었다. 그런데 특히 經濟·社會分野에 있어 漸增하고 있는 現狀이나 關係法令에서 事實的要件에 관하여는 전혀 規定하고 있지 아니하거나 또는 不確定概念만을 두고 있는 경우에 있어서도 裁判所에 의한 어떠한 事實的統制가 可能한 것인가의 문제가 제기되게 되었던 것이다. 이에 대하여 Conseil d'Etat는 최근에 와서 그러한 경우에 있어서도 行政廳에 의한 事實判斷이 명백히 그릇된 것인 때에는 그것은 이미 行政權의 裁量事項인 合目的性(Opportunité)의 문제가 아니라 違法한 處分으로서 取消될 수 있다는 原則을 判例上 確立하였던 것이다.<sup>(38)</sup> 그런데 이러한 事實의 明白한 誤判의 裁判統制는 處分과 事實과의 均衡이 이루어지고 있는가(Adaptation de la mesure à la gravité des motifs de fais)의 與否를 그 內容으로 하는 것이므로 그러한 점에서는 이들 事實과 處分間의 均衡 또는 比例性의 統制라고 할 수 있을 것이다. 이러한 裁判統制는 如何한 行政行爲에도 미칠 수 있다는 意味에서 이를 最小限의 統制라고 할 수 있을 것이다.

다만 이러한 裁判統制는 合法性과 合目的性이 가장 密着한 分野의 것이므로 Conseil d'Etat도 이에 관해서는 극히 신중한 태도를 보이고 있어서 實際 同事由로 取消된 事例는 아주 드문 편이다.<sup>(39)</sup>

以上으로 越權訴訟에 있어서의 取消事由와 特別 法の 侵害에 관하여는 비교적 자세히 考察하였거니와 여기서 法의 概念은 形式的法律에 그치지 아니하고 行政法의 法源全體에 相應하는 概念임은 물론이다. 이와 관련하여 한가지 敷衍할 것은 앞에서 잠간 言及한 바 있는 法의 一般原則(Principes généraux du droit)의 概念이다. 法의 一般原則이라 함은 불란서 行政法上의 不文法源으로서 既述한 바와같이 주로 Conseil d'Etat의 判例에 의하여 定立된 것이다. 이에 대하여 Conseil d'Etat는 同原則은 1789년의 人權宣言 및 第四共和國憲法 前文이 基本內容을 이루고 있고 그외에도 現行憲法 前文, 불란서의 共和國의 傳統 및 오늘날의

(38) Denizet氏 判決 (C.E., 13 novembre 1953), Lagrange判決 (C.E., 15 février 1966), 農林部長官判決(9 novembre 1966),

(39) 例컨대 최근 3年間 同事由로 取消된 事例는 다만 13件에 不過하다는 것이다. Vedel, Droit administratif, op. cit., p.600.

政治・社會・文化的 諸分野에 있어서의 基本觀念에서 導出되는 것이고 同裁判所의 役割은 다만 이를 發見 또는 確認함에 不過한 것이라고 하고 있다. 그러나 이는 다만 表現上의 문제이고 결국 同原則이 Conseil d'Etat의 判例法의 所産임을 否定할 수는 없을 것이다. (40)

Conseil d'Etat는 法의 一般原則에 대하여 法律的 乃至는 憲法的 効力を 부여하고 있는 바, 同裁判所의 判例에 의한 이러한 法의 一般原則의 「發見」으로 例컨대 法令上의 空白規定이 補完되거나 一見 裁量行爲가 羈束行爲로서의 性格을 가지게 되는 경우도 있고 또는 國民의 自由・權利의 保障과의 關係에서는 法規上 規定되지 아니한 새로운 義務가 行政權에 賦課되기도 한다.

이러한 法의 一般原則은 매우 多樣한 것이어서 이를 전부 羅列할 수는 없으나 다만 몇가지 代表的인 것으로서 公共負擔의 平等原則, 公役務의 平等原則, 職務上 平等原則, 商工業의 自由, 防禦權의 尊重原則 등을 들 수 있을 것이다. (41)

#### E. 越權訴訟에 있어서의 行政行爲에 대한 統制의 具體的檢討

##### — 裁量行爲에 대한 統制 —

앞에서 越權訴訟에서의 諸取消事由에 대하여 檢討하였거니와 다음에는 이를 背景으로 하여 보다 具體的인 事例로서 裁量行爲에 對한 統制問題를 檢討함으로써 本問題에 대한 考察을 마치고자 한다. 다만 本論에 들어가기 전에 한가지 미리 밝혀 둘 것은 불란서 行政法에 있어서는 裁量行爲(Acte discrétionnaire)라는 概念은 認定되지 아니하고 다만 裁量權(Pouvoir discrétionnaire)이라는 概念만이 認定된다는 점이다. 그것은 裁量權은 合目的性의 문제로서 合法性의 統制手段인 越權訴訟에서는 除外되는 것인데 불란서 行政法上 裁量行爲란 全적으로 行政權의 合目的性의 判斷에 委任된 行爲로서 전혀 裁判의 統制를 받지 아니하는 行爲를 指稱하는 것으로 이러한 意味의 裁量行爲는 半世紀 以來 判例法上 容認되지 아니하는 것이기 때문이다. (42) 그러나 여기서는 편의상 裁量權있는 行政行爲라는 意味로 裁量行爲라는 用語를 使用하기로 한다.

이러한 行政法上의 裁量行爲에 대한 越權訴訟上의 裁判統制는 羈束行爲에 비하면 물론 그 範圍는 축소되는 것이다. 그러나 아무리 裁量權이 널리 認定되는 行爲라 하더라도 裁判所는 形式上의 統制로서의 無權限 및 形式의 瑕疵與否에 관한 審査는 물론이고 內容上의 統制에 있어서도 最小限의 統制는 賦課할 수 있는 것이다. 여기서 最小限의 統制(Contrôle

(40) Vedel, op. cit., pp. 278-283.

(41) 法의 一般原則에 관해서는 參照 : J. Rivero, Le juge administratif français: un juge qui gouverne? Dalloz chronique, 1951, p.27.

Letourneur, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, Etudes et Documents du Conseil d'Etat, 1959 B. Jeanneau, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, Sirey, 1954.

(42) Vedel, Droit administratif op. cit., p.319.

minimum)란 法規要件의 違反(Erreur de droit), 事實의 內容的 不正確性(Mexactitude matérielle), 事實의 明白한 誤判(Erreur Manifeste d'appréciation) 및 權力濫用(Détournement de pouvoir)의 違法事由에 대한 統制를 그 內容으로 하는 것이다. 이를 어느 정도 敷衍하면 行政權에 의한 裁量權의 行使에 있어서도 그것이 法令의 直接的違反 또는 그의 그릇된 解釋이나 不正確한 事實 또는 特定事實에 대한 明白히 그릇된 判斷에 基한 것이나 또는 關係法令上의 具體的目的이 아닌 다른 目的을 追求한 것일 때에는 그것은 이미 合目的性 또는 當不當의 問題가 아니라 違法의 問題로 따라서 行政行爲의 合法性의 統制手段인 越權訴訟의 對象이 된다는 것이다.

그런데 裁量行爲의 경우는 一般的으로 處分理由를 附할 義務는 없다는 점과 越權訴訟上 立證責任은 原則적으로 原告에게 있다는 事實을 勘案하면 實際에 있어 前述한 諸統制手段이 과연 어느 정도 實効性이 있는 것인가의 문제가 제기될 수 있을 것이다. 그러나 이러한 問題點은 同訴訟의 職權審理主義의 性格(Characterè inquisitoire)에 의하여 完全히 解消되지는 아니한다 하더라도 대단히 緩和되어 있는 것은 사실이다. 그것은 實際에 있어 原告의 立證責任은 處分の 違法性의 相當의 推定(Présomption sérieuse)乃至는 立證의 初端(Commencement de preuves)을 提示하는 정도에 그치는 것이며, 이 程度의 立證이 있으면 裁判所는 職權으로 行政廳에 대하여 모든 關聯書類 또는 處分事由를 提出하도록 要求할 수 있다. 이때에 一定期間內에 行政廳이 前記한 裁判所의 要求에 不應하거나 또는 그에 따라 提出된 書類 또는 處分事由가 不充分하거나 不分明한 것으로 判斷될 때에는 裁判所는 原告의 主張을 妥當한 것으로 認容하여 關聯處分은 取消할 수 있는 것이다.<sup>(43)</sup>

以上으로 越權訴訟에 대한 考察을 전부 마치는 것으로 한다. 原則적으로 우리나라 行政訴訟上의 抗告訴訟에 該當하는 同訴訟制度에 있어서 個別的行政處分뿐만 아니라 執行命令, 委任命令乃至는 獨立命令까지도 包含하는 法規命令도 그 對象이 된다는 점, 客觀訴訟으로서의 同訴訟에 있어서는 訴益의 範圍가 매우 넓게 認定된다는 점 그리고 違法性統制事由가 매우 具體化되어 있고 또한 점차로 擴大되고 있다는 점 등의 몇가지 特徵의인 事實만 보아도 同制度가 行政의 適法性統制 및 國民의 權益의 保障手段으로서 얼마나 實効的인 것인가는 어느 정도 짐작할 수 있으리라 생각한다. 다만 既述한 바와같이 越權訴訟理論은 基本的으로 判例法으로 形成되어 있는 불란서 行政法에 있어 核心的部分을 차지하고 있다는 事實을 勘案하면 本稿의 內容은 너무 概括的이고 皮相的인 것이 아닌가 하는 기분을 억제하기 어렵다. 그러나 아직 불란서 行政法理論이 별로 알려지지않은 현실에서는 本稿는 다만 단순한 하나의 紹介의 役割을 하는 정도에 그치는 것으로 하고 同訴訟制度에 對한 보다 充實한 檢討는

(43) Bareil氏判決 (C.E., 28 mai 1954)

Maison Génestal會社判決 (26 janvier 1968)



不遠聞 다시 한번 더 試圖할 것을 期約하여 둔다.

끝으로 本稿에 있어 越權訴訟上の 取消事由에 관한 部分은 筆者가 公法學會誌에 發表한 Conseil d'Etat라는 論文에서 取扱한 것을 어느정도 修正하고 補完한 것임을 밝혀 둔다.

## Résumé

# Etude sur le recours pour excès de pouvoir

Dong Hi Kim\*

Le recours pour excès de pouvoir est un recours tendant à obtenir l'annulation des décisions exécutoires de l'administration.

Ce recours a une importance capitale à côté de recours en responsabilité en droit administratif français, qui est formé essentiellement de la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits.

En raison de son importance et de sa dimension, il nous était guère possible de le traiter dans son ensemble dans une revue; par conséquent, nous nous sommes bornés à traiter deux aspects importants de ce recours, c'est à dire, les conditions de recevabilité du recours et les quatre cas d'ouvertures.

En ce qui concerne les conditions de recevabilité, nous avons examiné particulièrement la capacité d'ester en justice et la nature des actes attaqués. S'agissant des cas d'ouverture de recours, nous avons examiné l'incompétence, le vice de forme, le détournement de pouvoir et la violation de la loi et nous avons mis un accent particulier sur ce dernier cas d'ouverture du recours.

Sur la base de ces de ces examens précédents, nous avons enfin examiné un cas concret de contrôle des actes administratifs par le moyen de ce recours en qui concerne un aspect particulier de ces actes, qui est le pouvoir discrétionnaire de l'administration.

---

\* Assistant Professor, Seoul National University Law School