



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](#)

행정학 석사학위 논문

지방자치단체 행정소송에 대한 국가관여에
있어서 무의사결정에 관한 연구

2019년 2월

서울대학교 행정대학원
행정학과 행정학 전공

이 선 봉

지방자치단체 행정소송에 대한 국가관여에
있어서 무의사결정에 관한 연구

지도교수 김 순 은

이 논문을 행정학 석사학위 논문으로 제출함

2018년 9월

서울대학교 행정대학원

행정학과 행정학 전공

이 선 봉

이선봉의 행정학 석사학위 논문을 인준함

2018년 12월

위원장 김 병 섭 (인)

부위원장 이 수 영 (인)

위 원 김 순 은 (인)

국문초록

지방자치제가 실시된 이래 모든 지방자치단체는 행정수요가 폭증하고 주민의 권리의식이 향상됨에 따라 수많은 유형의 행정소송사건이 발생하고 있다. 이에 지방자치단체는 자신의 권한과 책임하에 고문변호사와 소송수행공무원을 두고 각종 소송에 대응해 오면서 소송역량을 괄목할 만큼 강화해왔다.

국가는 지방자치단체와 서로 이해관계가 대립되거나 전국적인 조정이 필요할 때 지방자치단체 사무에 관여하는 경우가 많다. 이러한 관여가 조언, 권고 등 비권력적 통제가 아니라 감사, 지휘, 감독 등 권력적 통제의 형태를 취하게 되면 심각한 문제가 발생될 수 있다. 지방자치단체들은 주어진 자치권이나 각종 행정적·재정적 권한에도 불구하고 국가로부터 위임사무는 물론 자치사무와 관련된 행정소송을 수행할 때도 국가 즉 지방검찰청으로부터 권력적 통제로써 포괄적인 관여를 받고 있다.

지방자치단체는 소송제기 보고부터 소송종결까지 모든 행정소송 절차에 대해 전부 검찰에 보고하지만, 소송 대응 논리에 대한 검찰의 지원이 없는 상황에서 지휘 즉 상급심으로의 상소여부 승인을 받고 있어 지방자치단체에 아무 도움도 되지 않는 실정이다. 이러한 행정소송 관여에 따른 문제가 정책의제로 채택되어 국가관여의 근거가 되는 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」을 개정시켜 지방자치단체의 자율성을 증대함으로써 지방자치제가 활성화 될 수 있음에도 불구하고, 오랫동안 어떤 의사결정논리 또는 표면적으로 드러나지 않는 “무의사결정”(non-decision making) 논리에 따라 정책으로 채택되지 못하도록 중앙권력엘리트 집단이 영향력을 행사한 것으로 보고 그것을 규명해 보았다. 무의사결정은 현존의 가치나 질서유지에 의해 혜택을 보는 자가 피해를 보는 측으로부터 그 가치나 질서에 대한 변화를 요구받거나 받을 가능성이 있을 때 그것을 좌절시키거나 변화의 범위를 수혜자에게 안전한 범위에 한정시킨다는 것이다.

연구방법은 먼저 본 연구주제와 관련된 선행연구를 검토한 뒤 이론적 논의로써 지방자치단체 행정소송에 대한 국가관여 실태와 무의사결정 일반이론을 살펴보고, 다음으로 울산시에서 수행된 행정소송 사건 중 울산시와 검찰

간 소송방향을 놓고 서로 의견이 상충된 두 가지 행정소송 사건을 실증적으로 분석하였다. 연구자가 울산시 행정소송책임자로서 당시에 참여 관찰한 경험을 토대로 타 시도와 울산시 행정소송에 대한 검찰의 지휘·감독에 있어서 무의사결정이 작용하였는지를 경험적으로 검증하기 위한 분석틀로써 Frey (1971)의 견해에 따라 무의사결정의 존재를 경험적으로 입증하려고 시도했다. 즉 첫째 중요한 문제(Key issue)를 선정하고, 둘째 그 이슈와 관련된 개인 또는 집단의 영향력 행사시도의 기대(Expectation of influences)가 가능한가, 셋째 그러한 영향력행사의 시도가 좌절된 것이 방지권력 메카니즘(Preventive power mechanism)에 의한 것이라는 사실을 사용하여 검증하였다. 또한 이슈가 중요한지에 대한 평가기준으로써 Polsby의 접근방법을 보충적으로 적용하였다.

행정소송지휘에 대한 반발에도 불구하고 검찰이 이에 집착하는 이유는 검찰특유의 엘리트의식과 지방자치단체에 대한 불신이외에 중앙정부와 지방정부 업무의 성격에 따른 특성 차이에서도 기인한다고 보인다. 구체적으로 첫째, 법률해석 및 법집행의 통일성 도모, 둘째 전문적인 법률지식을 보유하고 있는 국가기관으로 하여금 행정청의 송무수행에 후견인적 지원을 하여 소송사무를 효율적으로 수행토록 하는 것을 소송지휘 이유로 들고 있다. 그러나 검찰의 행정소송지휘에 따른 문제점은 이미 독자적인 소송역량이 향상된 지방자치단체의 소송수행에 전혀 도움이 안되고, 자치권 침해, 비효율성은 물론 특히 검찰이 원고측에 포획(capture)된다면 그 폐해는 심각해지므로 그에 대한 개선방안을 제시하고 있다.

무의사결정론의 등장배경은 엘리트론과 다원론의 대립인데, 엘리트이론을 비판하고 나선 다원론이 각광을 받아 1962년 Bachrach와 Baratz는 다원론을 비판하면서 신엘리트론적 관점에서 무의사결정론을 주장하고 나섰다.

행정소송지휘에 있어 무의사결정이 그 배경임을 분석하기 위해 울산시의 「산업단지개발사업 관련 소송」 지휘사례와 「샘물개발허가신청 관련 소송」 지휘사례를 들고 있다. 전자의 경우 2심으로 항소지휘를 내려달라는 울산시의 요청과 반대로 검찰이 항소포기지휘방침을 내리려는 것을 각고의 노력으로 철회시켜 2심에서 울산시가 원하는 수준과 비슷하게 법원의 화해권고결정을 끌어내어 사실상 승소한 사례이고, 후자는 검찰이 울산시의 상고지

취요청을 묵살하고 대법원 상고포기지휘를 내림으로써 소송도 해보지 못하고 패소한 사례이다. 이러한 사례에 Frey의 무의사결정의 경험적 연구방법을 적용한 결과 위의 울산시 등 지방자치단체 행정소송사례에서 검찰에 의한 행정소송지휘의 배경 내지 원인 등에서 무의사결정 현상이 존재하였음이 확인되었다. 기존의 연구가 정부엘리트와 체제밖의 세력간 대립구도를 배경으로 무의사결정을 분석했는데, 본 연구의 시사점은 체제내부의 갈등관계 즉 행정소송지휘를 놓고 의사결정의 행위자(주체)로써 중앙정부엘리트와 대상자로서 참여자인 지방정부엘리트간 갈등관계에 있어서 그 배경으로 작용한 무의사결정 분석을 최초로 시도하였다는 것이다. 또한 중앙정부기관과 지방정부기관 사이는 물론 정부기관 간에서도 권한과 정보, 지지하는 이익단체, 권력엘리트의 지배적 가치나 신념 등에서 격차가 존재하여 당사자가 각각 주도자와 형식적인 참여자로서 입장이 다른 경우 무의사결정이 발생할 수 있으므로 기관간 소위 '갑을 관계'의 원천 내지 배경 분석의 틀로써도 기능할 수 있을 것이다.

국가통치엘리트에 의한 무의사결정으로 지역 민의를 대변하는 지방정부의 행정소송에 대한 의사결정권을 억누를 것이 아니라 국가소송법 등 관련 법규를 개정하여 지방자치권의 핵심요소중의 하나인 자치소송수행권을 온전히 지방정부에 돌려주어 지방분권이 이루어질 때 진정으로 지방자치체가 확립되어 민주주의의 기반이 다져질 것이다.

주요어 : 지방자치단체 행정소송, 무의사결정, 국가관여,
행정소송지휘, 검찰의 행정소송 지휘, 자치소송권,
국가소송법, 지방자치

학번 : 2013-21929

[제목 차례]

제 1 장 서론	1
제 1 절 연구의 배경 및 목적	1
제 2 절 연구의 대상과 방법	8
1. 연구의 대상과 범위	8
2. 연구문제 및 연구의 방법	9
제 2 장 선행연구 검토	12
제1절 지방자치발전 관련 선행연구	12
제2절 지방자치단체의 행정소송 및 국가관여 관련 선행연구	14
제3절 무의사결정 관련 선행연구	14
제 3 장 이론적 논의	19
제1절 지방자치단체 행정소송에 대한 국가관여	19
1. 지방자치단체의 행정소송수행 실태	19
2. 지방자치단체의 행정소송수행에 대한 국가의 관여	23
제2절 무의사 결정이론	34
1. 무의사결정의 등장배경과 개념	34
가. 엘리트론과 다원론의 논쟁	34
나. 무의사결정론의 등장 및 개념	36
2. 무의사결정의 발생원인과 수단	37
가. 발생원인	37
나. 무의사결정의 수단	38
3. 무의사결정의 유형	40
4. 무의사결정의 경험적 연구방법 및 분석모형의 설정	43

가. 배경 및 의의	44
나. 무의사결정의 경험적 연구를 위한 분석모형의 설정	45
제 4 장 행정소송지휘 사례 검토 및 분석모델 적용	50
제1절 행정소송지휘 및 시행과정(울산시 사례중심)	50
1. 울산광역시 연도별 소송사건 처리현황	50
2. 산업단지개발사업실시계획승인신청 반려처분취소소송 지휘 사례	57
가. 울산지방법원 판결(울산시 패소)	57
나. 검찰의 항소포기 지휘 방침 철회과정	63
다. 부산고등법원의 결정 및 소송종결	64
3. 샘플개발허가신청 불허가처분취소소송 지휘사례	65
가. 울산지방법원 판결(울산시 승소)	65
나. 부산고등법원 판결(울산시 패소)	73
다. 검찰의 상고포기 지휘	75
라. 상고포기지휘에 대한 울산시의 재의요청 및 결과	76
4. 문제점과 개선방안	79
제2절 분석모델로써 무의사결정의 경험적 연구방법 적용	89
1. Key issue 여부(이슈의 선정)	91
2. 영향력의 기대(영향력 행사에 대한 기대의 정당화)	94
3. 방지권력 메카니즘의 입증	96
4. 결어	99
제 5 장 시사점과 한계	100
제 6 장 결론	104

참고문헌	109
Abstract	113

[표 차례]

<표 1> 지방자치단체 행정소송 수행현황	20
<표 2> 지방자치단체의 행정소송에 대한 국가관여의 법적근거 ...	23
<표 3> 중앙정부엘리트와 지방정부엘리트 특성 차이	31
<표 4> 소송물가액과 승인권자(국가소송법 시행규칙 제11조 관련)	31
<표 5> 검찰청 보고기한(국가소송법 시행규칙 별지 제31호 관련 소송수행자 지시사항)	32
<표 6> 행정소송 상소시, 지자체 요청사항과 다른 검찰의 지휘 사례	33
<표 7> 무의사결정이 초래하는 상태의 유형	41
<표 8> 연도별 소송사건 처리 현황	51
<표 9> 2015년도 울산광역시 행정소송 현황	52

[그림 차례]

<그림1> 무의사결정의 경험적연구를 위한 분석틀	48
----------------------------------	----

제 1 장 서론

제 1 절 연구의 배경 및 목적

1948년에 제정된 제헌헌법은 지방자치를 제도적으로 보장했다.

우리나라는 1949년 7월 4일 지방자치법이 처음 공포되어 지방자치제를 시작하였으나 이승만 정부는 선거실시를 연기하였다. 1952년 4월 25일 지방의원 총선거를 실시하여 지방의회가 처음으로 구성되면서 지방자치 활동을 시작하였다.

1960년 4.19혁명 이후 민주당 정부가 들어서고 같은 해 11월 지방자치법이 개정되면서 지방의회와 단체장을 직선제로 하는 완전한 민선 지방자치제도가 마련됐다. 그러나 1961년 9월 1일 박정희 정권의 쿠데타에 의해 지방의회가 강제로 해산되면서 지방자치제도가 사라지게 되었다.

그 후 1991년 3월 26일 단체장 선거를 제외한 지방의회 의원선거를 실시함으로써 지방자치제도가 다시 부활 되었다.

이어서 1995년 6월 27일 제 1회 전국동시 지방선거에서 지방의회 선거와 자치단체장의 직선제 선출이 동시에 이루어졌는데, 이때부터 지방자치제도가 실질적으로 시행되었다고 볼 수 있다.

지방자치단체는 헌법적으로 보장되고 있는데(헌법 제117조) 헌법재판소에 의하면 “지방자치단체의 헌법적 보장은 한마디로 국민주권의 기본원리에서 출발하여 주권의 지역적 주체로서의 주민에 의한 자기통치의 실현으로 요약할 수 있고, 이러한 지방자치의 본질적 내용인 핵심영역은 어떠한 경우라도 입법 기타 중앙정부의 침해로부터 보호되어야 한다는 것을 의미한다” 라고 하였다(1998. 4. 30. 96헌바 62).

지방자치권의 성격에 관하여 고유권설과 제도적 보장설이 대립하지만 제도적 보장설이 다수설이고, 헌법재판소도 같은 견해로써 “지방자치제도는 제도적 보장의 하나로써 제도적 보장은 기본권 보장의 경우와 달리 그 본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위에서 입법자에게 제도의 구체적인 내용과 형태의 형성권을 폭넓게 인정한다는 의미에서 최소한 보장의 원칙이 적용된다”고 하였다(2006. 6. 23. 2005헌마403). 제도적 보장으로써 지방자치는 자치

단체보장, 자치사무보장, 자치기능보장의 세 가지를 그 본질적 내용으로 하고, 또한 자치사무를 법이 정하는 바에 따라 독자적인 책임하에 처리하도록 자치재정권·자치입법권·자치행정권·자치조직권 등과 같은 자치권한을 부여하지 아니할 경우에는 ‘자치기능보장’을 침해하는 것이 된다¹⁾.

자치권은 지방자치단체의 사무수행에 있어서 전권한성과 자기책임성의 원칙을 핵심요소로 한다.²⁾ 전권한성이란 상위법에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고, 지방이 그 지역내에서 주민의 복리와 관련된 모든 사무를 자치입법을 통해 집행할 수 있는 힘이라 할 수 있다.

구체적으로 지방자치단체가 그 사무수행과 관련하여 조직고권, 인사고권, 재정고권, 행정고권, 계획고권 등을 지니고 있다는 것이 그 기본내용을 이룬다.³⁾ 자기책임성이란 ‘활동영역의 보장 내지 다른 행정주체 특히 국가에 의한 합목적성의 지시로부터 자유’를 의미한다.⁴⁾

오늘날 지방자치단체는 크게 보면 세계화, 민주화, 정보화 등 환경변화에 대처하고 각 지역의 특성과 상황에 맞도록 독자적인 개발계획을 수립하고 그에 따라 균형 있는 도시발전을 위해 추진하는 중요한 사업이 많은데, 이러한 추진과정에서 분쟁이나 민원발생 등 장애요인이 민사소송이나 행정소송의 형태로 제기되는 경우가 증가하고 있다. 국가는 지방정부와 협력적 관계도 있지만 서로 이해관계가 대립되거나 전국적인 조정이 필요할 경우 지방자치단체 사무에 관여하는 경우가 많다. 이러한 관여가 조언, 권고, 재정지원 등 비권력적 통제의 형태로 제기되기 보다는 감사, 조사, 취소, 지휘, 감독 등 권력적 통제의 형태를 취하게 되면 심각한 문제가 발생될 수 있다.

이 때 지방자치단체가 추구하는 정책방향과 다르게 국가기관이 관여할 경우 결과적으로 도움이 되는 경우도 있겠지만 오히려 추진사업이 좌절되어 장기간 표류하거나 정책방향을 근본적으로 수정해야 하는 경우도 종종 발생하고 있다.

지방자치제가 실시된 이래 모든 지방자치단체는 행정수요가 폭증하면서 그

1) 김유향, 기본강의헌법, 도서출판 일비스(2017), p. 1077.

2) 이기우·하승수, 지방자치법(2007), p. 48 이하

3) 강기홍, 지방자치단체의 행정소송 수행권, 한국공법학회 공법연구 제39집 제4호, 2011. 6

4) 홍정선, 신지방자치법(2009), p. 50

수행사무의 복잡성과 다양성이 증대되고, 사회가 민주화·정보화 되면서 주민의 권리의식이 향상됨에 따라 행정처분의 위법을 이유로 수많은 유형의 행정소송사건이 발생하여 점차 증가하고 있는 추세에 있다.

이에 대처하기 위해 전국의 모든 지방자치단체는 자신의 권한과 책임하에 복수의 고문변호사와 소송수행공무원을 두고 지방자치단체를 당사자 일방으로 하는 각종 민사소송, 행정소송 등에 대응해 왔다.

지방자치단체장은 당해 지방자치단체를 대표하고 그 사무를 총괄할 권한이 있는데, 헌법과 지방자치법이 보장하는 바에 따라 정당화 되는 것이다.

그러나 지방자치단체들은 자신에게 주어진 자치권이나 각종 행정적·재정적 권한에도 불구하고 국가로부터 위임사무는 물론 자치사무와 관련된 행정소송을 수행할 때도 국가 즉 법무부장관의 위임에 따라 해당 지방검찰청(이하에서는 ‘검찰’로 함)으로부터 포괄적인 관여를 받고 있는 실정에 처해있다.

우리나라는 1960년대 초반부터 경제개발5개년 계획이 정부주도로 시작되면서 수출이 증가하고 공업단지 및 택지개발에 따른 보상문제가 심화되고, 개인과 기업간은 물론 개인 또는 집단과 행정기관간 분쟁이 증대하자 그 해결책으로써 행정권이 강화됨은 물론 사법부역할이 증대되는 것 이상으로 검찰의 권한과 역할도 강화되어 기소권과 수사권 독점이라는 거대한 권력을 갖고 사회 각 분야에 대한 개입이 증대되었다.

국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 및 동법시행령, 시행규칙에 따르면 지방자치단체가 행정소송과 관련하여 지방검찰청으로부터 받는 관여 즉 지휘·감독은 광범위하게 운용되고 있는데, 구체적으로 지방자치단체가 1심 또는 2심에서 패소하여 상소를 제기하거나, 포기하여 신속히 재판결과를 받아들이려 할 경우 그에 대한 검찰의 승인여부가 가장 강력한 관여가 될 것이다. 그 외에도 소의 접수, 화해·조정, 청구의 포기·인락, 청구의 변경, 소송대리인 선임·해임, 가처분·가압류의 신청, 이송 신청, 소송참가 및 탈퇴, 판결문 송달보고 등 매우 포괄적인 지시·감독을 받는다. 문제는 행정소송이 제기된 경우 소송제기 보고부터 답변서 제출을 거쳐 소송종결까지 사사건건 모든 행정소송 절차에 대해 전부 검찰에 보고하고 지휘를 받아야하나, 소송 대응 논리에 대한 검찰의 실질적인 지원이 없는 상황에서 지휘를 받고 있어

지방자치단체에 아무런 도움도 되지 않고 오히려 행정력의 낭비만 초래하는 심각한 실정에 처해 있다는 것이다. 즉 검찰청법상 검사의 직무나 직제 및 실무 그리고 퇴직 후 변호사 전문분야를 살펴볼 때 검찰은 업무의 특성상 형사소송에는 밝으나 행정소송의 전문성은 상대적으로 떨어진다고 생각된다. 그것도 실무적 숙련도가 아직 성숙하지 못한 공익법무관이 실질적으로 지방자치단체의 행정소송 심사 및 지휘·감독업무를 담당하고 있는데, 별다른 논리 개발이나 뚜렷한 근거없이 원심판결문에 기재된 판결사유(패소 근거 등)를 거의 그대로 인용하여 지방자치단체의 행정소송을 지휘 즉 상소여부를 결정하여 통보하고 있는 실정이다.

지방자치제 실시이후 전국 지방자치단체는 중요한 사업을 추진하기 전 공청회나 이해관계자 간담회 등을 통하여 법적분쟁을 최대한 예방하고자 노력해 왔고, 규제적 행정처분을 할 때에는 행정절차법에서 정한 청문을 실시해 왔으나 주민의 법률정보가 풍부해지고 권리의식이 신장됨에 따라 행정소송은 증가하는 추세에 있어 지방자치단체는 그에 대한 대비책을 마련해 왔다.

이에 따라 지방자치단체는 실무경험이 풍부한 변호사를 고문변호사로 두고 있고 별도로 변호사를 직원으로 채용하여 활용하고 있으며 소송전담 공무원을 육성하고 있다. 이에 더하여 일부 지방자치단체는 법학전문교수나 법조인 등으로 법률고문을 구성하여 활용함으로써 법률적 전문성을 강화하여 소송에 대응해 왔다.⁵⁾

오늘날 지방자치단체는 교통과 통신 등 각종 정보화기기의 발달로 인터넷을 통한 최신 판례 등 각종 정보를 제공받아 법률지식이 축적되고 이를 바탕으로 지역주민을 위한 무료법률상담실 운영을 활성화 하고 있으며, 지방자치단체의 전자법률정보 사이트(LAWnB 등)운영으로 지방자치단체의 소송역량이 과거에 비해 크게 강화되었다(<표 1> 지방자치단체 행정소송 수행현황 참조).

특히 중대하고 어려운 소송의 경우 많은 수입료를 주고서라도 정부법무공단이나 외부의 로펌소속 전문변호사를 고용하여 독자적으로 소송에 대처해 왔으므로 외부기관의 관여나 법무부장관의 소송지휘 필요성이 거의 없어졌다.

5) <표 1> 지방자치단체 행정소송 수행현황 참조(p. 19)

헌법이 보장한 지방자치제도와 지방자치법에서 규정한 지방자치권의 내용으로 학자들은 기본적으로 자치입법권, 자치조직권, 자치행정권, 자치재정권 등을 들고 있는데⁶⁾, 이들 내용 중에 행정소송수행에 대한 국가관여와 관련있는 것은 자치행정권이라 할 수 있고, 자치행정권을 “법령의 범위안에서 자치사무 또는 단체위임사무와 관련하여 법규의 시행을 위하여 필요한 개별적인 결정을 행하고 집행하는 권능”⁷⁾ 이라고 파악할 때 국가(검찰청)가 고유사무에 대하여도 행정소송 수행시 이를 지휘·감독하고자 하는 것은 결국 자치행정권을 침해한다고 보지 않을 수 없는 것이다.⁸⁾

지방자치제가 정착되기 전에는 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」에 근거하여 행정처분의 적법성을 방어하고 행정재산보전과 통일적인 법적용을 위해 전문성과 소송대응능력이 부족한 지방자치단체를 대신해 국가(검찰청)에서 지방자치단체의 행정소송을 지휘·감독하는 것이 이해될 수 있겠지만, 지방자치제가 뿌리를 내린 이후에도 계속 지방자치단체의 행정소송수행 전반에 대해 사사건건 관여한다는 것은 헌법상 보장된 자치권 내지 고권을 침해하여 정책문제로써 논란이 될 법한데도 불구하고 그 것이 정책의제화 하지 않고 지속된다는 것은 특정 엘리트 내부의 지배적 가치에 따른 은밀한 의사결정논리가 작용하는 것으로 보여 이를 분석해 볼 필요성이 제기된다.

즉 본 연구논문은 지방자치단체의 행정소송 수행에 있어서 검찰의 관여 배경 내지 숨은 논리를 밝히고 이것이 자치권을 침해할 소지가 높음은 물론 여러 가지 비효율적이고 불합리한 문제점이 있어 이를 분석하고 개선방안을 모색해 봄으로써 지방자치발전에 기여하고자 하는데 목적이 있다. 나아가 이러한 행정소송 관여에 따른 문제가 정책의제로 채택되어 국가관여의 근거가 되는 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」을 개정시켜 지방자치단체의 자율성을 증대함으로써 지방자치제가 활성화 될 수 있음에도 불구하고, 오랫동안 어떤 의사결정논리 또는 표면적으로 드러나지 않는 “무의사결정”(non-decision making) 논리에 따라 정책으로 채택되지 못하도록 중앙권력 엘리트 집단이 영향력을 행사한 것으로 보고 그것을 규명해 보고자 한다.

6) 이기우·하승수, 지방자치법, 2007. p. 66 : 박군성, 행정법강의, 박영사, pp. 1002-1003.

7) 홍정선, 신지방자치법, 2009. p. 62

8) 강기홍, 전개논문, p. 31.

지금까지 우리사회에는 실업문제, 계층·지역·세대·이념 갈등문제 등 여러 가지 사회문제가 해결되지 않고 지속되고 있으나, 대중의 오랜 관심을 받는 문제는 정책문제로써 비교적 쉽게 정부의제화 되어 결국 해결되었거나, 그렇지 못했더라도 지속적인 갈등과정을 겪으면서 그 대안마련을 위한 논의가 꾸준히 계속 되어왔다.

그러나 직접적으로 대중의 요구가 표출되기 어려운 중앙정부기관과 지방정부간의 갈등관계에서도 무의사결정이 발생한다고 본다. 왜냐하면 행정소송수행 방침결정에 있어서 무엇보다 통치엘리트로써 의사결정 주체인 검찰과 권한없는 참여자의 지위에 불과한 비통치엘리트인 지방자치단체라는 차이가 존재하기 때문이고, 나아가 양 기관의 역할 내지 목표가 서로 차이가 날 뿐만 아니라 소속 기관 관료의 지배이념과 문화, 옹호하는 기득권, 지지집단이 서로 다르기 때문이다. 파레토(Vilfredo Pareto)에 의하면 엘리트를 권력과 연관시켜 의사결정에 직접 참여하는 통치엘리트(governing elite)와 관여하지 않는 비통치엘리트(non-governing elite)로 구분하고 있는데,⁹⁾ 엘리트 내부에도 이상과 같은 여러 격차가 존재하는 경우 엘리트간에도 무의사결정이 발생할 수 있기 때문이다.

다만 그러한 기관간에 발생한 무의사결정이 외부로 쉽게 표출되지는 않으나 갈등이 해소되지 않는 한 언젠가는 직접·간접적으로 드러날 수 밖에 없다. 왜냐하면 언론이나 의회 등의 외부 감시자의 영향도 있지만, 정부엘리트가 소속기관의 이념이나 기득권 유지에만 충실할 수는 없고 그 기관별로 직접 대변하고 있는 이해관계집단의 요구를 반영해야하고 나아가 중국에는 국민전체의 이익에 상충되지 않도록 정책을 결정하고 집행해야 하기 때문에 언제까지 그 의사결정이 베일속에 가려져 있을 수만은 없고 기관간 이해관계나 권력작용이 결국 드러나기 마련이기 때문이다.

지방자치제가 실시된 이후 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」(이하에서는 ‘국가소송법’이라 함)이 여러 차례 개정되어 왔으나, 지방자치단체 행정소송에 대한 국가의 관여조항은 전혀 개정되지 않다가 우여곡절 끝에

9) 정정길·최종원·이시원·정준금, 정책학원론, 대명출판사, 2008, p. 220.

새로운 법안제정을 통해 이를 개선하기 위해 2010년 일부의원들이 「지방자치단체를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」을 발의하였으나 결국 법안이 국회본회의를 통과하지 못하고 좌절된 적이 있다. 따라서 이러한 현상이 왜 공론화 되지 않고 오랫동안 지속되어 왔는지 그 배경과 이유를 국내에서도 논의되었던 무의사결정이론을 통해 분석해보고 아울러 그에 따라 야기된 문제점과 개선방안을 검토해 보고자 한다.

무의사결정은 현존의 가치나 질서유지에 의해 혜택을 보는 자가 직접적이든 간접적이든 피해를 보는 측으로부터 그 가치나 질서에 대한 변화를 요구받거나 받을 가능성이 있을 때 그것을 좌절시키거나 변화의 범위를 수혜자에게 안전한 범위에 한정시킨다는 것이다.

지방분권의 궁극적 목적은 지방자치의 활성화를 통한 지역의 발전잠재력을 극대화하여 지역발전은 물론 나아가 국가의 발전을 도모하는 것이므로 지역발전가능성을 극대화하기 위해서는 지역 성장기반을 구축해야 하는데 그에 필요한 중앙의 권한과 재원을 지방에 이양하는 것이 타당하다. 그런데 우리나라의 지방분권은 이명박 정부하에서 지방소비세의 도입 등으로 어느 정도 재원이전이 성과를 거두기는 하였으나 중앙행정권한의 지방이양이 주를 이루고 있는 행정분권에 초점을 두고 있기 때문에 지역에서 요구하는 지방분권의 수준에는 크게 미달하고 있다(김순은, 2010).

최근 행정안전부는 기존 지역 일자리 창출 및 지역활력 제고와 관련된 권한뿐만 아니라, 자치사무임에도 불구하고 중앙정부로부터 사전 승인·협의·동의를 받도록 하거나, 자치사무에 대한 단체장의 명령·처분을 중앙정부가 일방적으로 취소·변경하는 등의 과도한 지도·감독 권한을 발굴해 지방으로 이양하겠다고 밝혔다. .

따라서 지방자치단체의 행정소송수행 사무에 대한 검찰의 지휘·감독의 문제는 중앙정부의 합리적인 권한이양 도모 차원에서도 공론화하여 현실적으로 문제점을 검토하여 개선방안을 도출하는 것이 필요할 것이다.

나아가 본 연구를 통해 서로 다른 정부권력엘리트간에 권한과 정보, 자원, 지지집단 등의 격차로 인해 의사결정의 범위나 권한이 차이가 나는 경우

정책방향에 대한 갈등을 놓고 무의사결정이 발생함을 검증한다면 향후 중앙 정부의 지방정부에 대한 사무와 권한 이양에 있어서 알맹이 없는 형식적 이양의 배경을 분석하는 모델 또는 정부기관간 소위 ‘갑을 관계’ 분석 모델로도 기능할 수 있을 것으로 기대해 본다.

제 2 절 연구의 대상과 방법

1. 연구의 대상과 범위

무의사결정은 기존의 가치배분에 대해 현상유지를 원하는 집단이 자기이익이나 특권에 대해 변화를 요구하거나 위협이 되는 요구를 직·간접적으로 억압하게 되는 결정을 말하므로 권력엘리트로써 무의사결정자는 외부의 시민단체 등 이해관계인과 직접적인 충돌이 없는 경우 또는 오랜 관행에 따라 루틴(routine)한 업무를 처리해왔거나 국가기관 내부 또는 국가기관과 지방행정기관간의 관계에서는 지배적인 가치나 권한배분을 놓고 심한 충돌이 발생할 여지가 적다. 따라서 권력엘리트로써는 무의사결정을 의식적으로 행사한다는 자각 내지 그러한 자신의 이해관계를 심각하게 인식하지 못하고 있을 가능성도 높다.

검찰로써는 현행 법과 제도에 따라 오랫동안 관행처럼 흘러온 행정소송지휘에 대해 지방자치단체의 큰 저항을 조직적으로 받은 사실이 거의 없었으므로 기존의 지배적 가치를 옹호하기 위한 무의사결정 또는 적극적 의사결정 조치를 취할 필요성을 크게 느끼지 못했을 수도 있을 것이고, 조직자체의 은밀성과 권력성이 지대하므로 시민 등 일반적인 외부자으로써는 검찰조직내부에 작용하는 의사결정흐름을 포착하기 어려운 한계도 있다. 그러나 연구자의 참여경험과 기존의 연구성과 활용 및 검찰과 경찰간의 수사지휘권 갈등 등 유사사례를 유추적용하면 상당부분 분석이 가능할 것이다.

본 연구는 지방자치단체의 행정소송수행에 대한 국가의 관여 문제와 관련된 무의사결정 분석을 하되 울산시 사례를 중심 연구대상으로 하고, 시간적 범위는 2009년부터 2015년까지 7년간으로 전국 지방자치단체의 주요 행정소송에 대해 종단면적 연구를 하였다.

울산광역시 사례를 주로 연구하는 목적은 연구자가 당시 울산광역시 소송 실무책임자로 참여한 관찰자였고, 전국 지방자치단체는 모두 국가소송법의 규율을 받아 행정소송사무를 처리하고 있고, 도시계획, 토지수용과 보상, 영업정지, 산업단지 관련 소송 등 직면하는 소송사건도 대동소이하므로 서로 아주 유사한 상황에 처해 있어 대표성이 있기 때문이다. 다만 무의사결정 입증요건중의 하나인 피해집단에 의한 ‘영향력 행사의 기대(expectation of influence)’¹⁰⁾」에 있어서 울산시는 소극적인 타 지방자치단체보다 울산시의 소송 방침(요청)과 다르게 검찰에서 내려온 행정소송지휘에 대해 공문과 방문 등을 통해 적극 이의제기를 하는 등 강력하게 영향력을 행사하였다. 즉 지방자치단체의 행정소송 수행상황이 영향력 행사의 경중(輕重) 정도만 차이 나고 나머지 환경은 비슷하기 때문에 울산시의 사례는 표본사례로써 비교적 대표성을 가졌다고 보기 때문이고 보충적으로 다른 자치단체 사례도 참고하여 분석하였다.

구체적으로 전국 지방자치단체와 울산광역시에서 지난 2009년부터 2015년까지 진행된 행정소송중 지방자치단체의 방침과 달리 검찰에서 지휘한 소송 결과를 참고하였다(<표 6> 행정소송 상소시, 지자체 요청사항과 다른 검찰의 지휘 사례 참조). 특히 울산광역시에서 진행된 2건의 행정소송을 실증적으로 분석하여 국가의 관여의 한계를 넘은 경우 미치는 영향 및 그에 대한 문제점과 개선방안을 제시하고 아울러 이러한 과정에 작용한 무의사결정 측면을 검토하였다.

2. 연구문제 및 연구의 방법

본 연구논문에서 연구문제(연구가설)는 다음과 같다.

첫째, 지방자치단체의 행정소송수행에 대한 국가의 관여가 타당할 것인가 그렇다면 그 범위는 어디까지이고 관여의 한계 또는 문제점은 무엇인가

둘째, 그 관여의 배경이 국가의 권력엘리트 또는 그와 연관된 집단(행정소송의 원고 등 이해관계집단) 등에 의한 무의사결정적 측면에 의한 것인가

셋째, 그 관여의 근거가 되는 국가소송법, 검찰청법의 대두 배경이 되는 법

10) 현존의 가치배분이나 질서에 대해 피해자 집단이 이를 변화시키려고 영향력을 행사할 것이라고 기대할만한 근거가 있어야 한다는 것이다.

규와 그에 따른 문제점은 무엇인가이다.

위의 연구문제를 해결하기 위한 연구방법은 먼저 본 연구주제와 관련된 선행연구를 검토한 뒤 이론적 논의로써 지방자치단체 행정소송에 대한 국가관여 실태와 무의사결정 일반이론을 살펴보고, 다음으로 울산시 소송사례를 분석하기 위해 2009년부터 2015년까지 수행된 행정소송 사건 중 울산시와 검찰간 소송방향을 놓고 서로 의견이 상충된 두 가지 행정소송 사건을 실증적으로 분석하되 분석모델로써 무의사결정의 실증적 모형을 검토하고자 한다. 즉 행정소송의 근원, 즉 행정처분의 기초가 되는 법규가 위임사무인지, 지방자치단체의 자치사무인지 등을 분석하여 국가 관여(지휘·감독)의 한계를 넘은 경우 이에 작용한 의사결정과정을 검토하였다. 그리고 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 등 중앙정부의 지방자치단체에 대한 권한과 사무의 배분 필요성과 원칙 등에 입각하여 현재의 지방자치단체 행정소송수행에 대한 중앙정부(검찰청)의 지휘·감독이 적법 타당한지를 살펴보고 합리적 개선방향을 제시한다. 예컨대 지방자치단체 행정소송의 유형별 특성을 분석하여 항고소송이외에 당사자 소송까지 지자체의 행정소송에 대한 검찰의 관여가 가능(적법·타당)한가 등을 살펴본다.

이를 바탕으로 타 시도와 울산시 행정소송에 대한 검찰의 지휘·감독에 있어서 무의사결정이 작용하였는지를 경험적으로 검증하기 위한 분석모델을 적용하고자 하는데, 분석틀로써 Frey(1971)의 견해¹¹⁾에 따라 무의사결정의 존재를 경험적으로 입증하기 위하여 첫째 중요한 문제 내지 핵심이슈(Key issue)를 선정하는데 이 과정에 Polsby(1963)의 접근방법¹²⁾을 보충하고, 둘째 그 이슈와 관련된 개인 또는 집단의 영향력 행사시도의 기대(Expectation of influences), 셋째 그러한 영향력행사의 시도가 좌절된 것이 방지권력 메카니즘(Preventive power mechanism)에 의한 것이라는 사실을 활용하고자 한다.

다만 본 연구에서는 검찰의 행정소송지휘가 사실상 을의 관계에 있는 지방자치단체를 대상으로 한다는 점에서 지방자치단체가 현존 가치배분을 변화시키고자 검찰이라는 중앙권력엘리트에 대해 직접적이고 명시적인 영향력 행사를 시도하는 것이 명백하게 과학적으로 입증되기 어렵다는 점에서 한계

11) Fredrick W. Frey, "Comment : On Issue and Nonissues in the Study of Power," *APSR*, Vol. 65 (December 1971), p. 1097.

12) Nelson, W. Polsby, *community Power and Political Theory* (New York, Yale Universitu press, 1963.) P. 96.

가 있으므로 주관적인 판단이 개입될 수도 있을 것이다.

그러나 연구자는 당시 연구사례의 실무책임자로서 실제 소송수행과정에 참여하여 관찰한 경험이 있으므로 위에서 언급한 한계를 상당부분 극복 가능한 바, 기본적으로 연구자는 Frey의 견해에 따라 중앙정부엘리트로서 검찰의 무의사결정 배경이 되는 문화 내지 지배적 가치를 분석하고, 행정소송이라는 사건을 놓고 그 수행지휘와 관련된 이슈의 중요성 여부를 확인하고, 울산시 등 관련 지방자치단체가 대립되는 지배적 가치를 변화시키고자 영향력을 직·간접적으로 행사한 것을 확인하고, 권력이나 폭력, 편견의 동원과 강화 등 방지권력메카니즘이 각 과정에서 어떤 식으로 행사되었는지를 검토하여 분석하는 과정을 추진한다.

무의사결정은 Peter Barach와 Morton Baratz의 권력의 양면성(Two faces of power) 개념에서 명확히 나타나는데, 그에 의하면 권력은 의사결정과정에서만 작용하는 것이 아니라 어떤 문제가 의사결정 단계에 이르지 못하도록 작용하는 것으로 파악하였다. 따라서 무의사결정은 주로 권력행사가 실제로 정책결정에 참여하는 사람들 간의 관계에서 은밀하게 드러나지 않는 비가시적 영역에서 일어나므로 정확하게 사실을 파악하기 어려워서 검증하기 곤란하다고 한다. 따라서 정책결정 대상집단에 직접 참여하여 관찰하는 것이 가장 효과적인 방법이라고 한다. 지금까지 대부분의 무의사결정 관련 선행연구는 참여관찰한 경험이 없기 때문에 각종 출판물, 신문, 통계자료 등 간접적 자료에 의존하여 행하여졌다는 한계가 있었다.

그러나 본 논문의 연구자는 2009년 이후 3년간 지방자치단체에서 법무업무의 실무책임자¹³⁾로써 직접 각종 행정소송과 행정심판 및 민사소송업무를 처리하였는데, 행정소송수행과정에서 행정소송 지휘방향을 놓고 때로는 서로 의견이 상충되어 검찰과 갈등을 겪으면서 협의 하고 소송을 추진하는 과정에서 무의사결정논리(無意思決定論理)로 판단할만한 의사결정 현상을 관찰하였으므로 완전하지는 않으나 검증문제는 어느 정도 해결되었다고 생각된다.

13) 연구자는 2009년1월부터 2011년8월까지 울산광역시 법무담당관실에서 송무담당사무관으로써 행정심판, 민사소송, 행정소송, 무료생활법률상담실 운영, 고문변호사 관리 등 법무관련 업무를 담당하여 재판절차 참여는 물론 검찰, 법제처, 국민권익위 등 중앙부처 관련 협의업무도 처리하였고, 2011년 9월부터 2012년 7월까지 담당과장으로써 이상의 업무이외에 규제혁신, 조례규칙 등의 업무까지 관장하였다.

어떤 정책을 구체화하기 위해 여러 수단을 활용할 수 있는데, 강한 집행력을 확보하기 위한 수단으로 법률을 제정하여 추진하는 경우가 많다. 따라서 법률의 제정·개정 이유와 본문의 목적 그리고 연혁별 제정과정을 살펴보면 그 정책의 목표와 추진방향을 알 수 있을 것이다.

지방자치단체의 행정소송에 있어 먼저 국가(검찰청)의 관여의 범위를 정하고 그 다음 관여의 배경에 국가의 권력엘리트 또는 그와 연관된 집단(원고) 등에 의한 무의사결정이 존재하였는지를 살펴보기 위해, 구체적으로 그 근거가 되는 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」과 「동법 시행령」 및 「검찰청법」을 검토하되(<표 2> 지방자치단체의 행정소송에 대한 법무부(검찰)의 관여 근거 참조) 특히 국가소송법의 제정 및 개정과정을 검토하였고, 핵심 쟁점(Key issue)과 지자체의 행정소송에 대한 관여에 있어서 작용한 무의사결정적 측면을 울산시의 행정소송사례를 중심으로 하되 타시도의 사례와 정무간행물, 전문서적, 연구논문, 일간지 등 관련 문헌을 분석하였다.

또한 정부기관엘리트이자 통치엘리트인 검찰이, 다른 정부기관엘리트이자 비통치엘리트인 경찰에 대하여 수사권 지휘와 조정을 놓고 오랫동안 대립해 오다가 정부의제가 된 사례가 본 연구에서 유사한 사례로써 참고할 부분이 많으므로 이를 유추해서 적용하고, 아울러 필요시 지방자치단체 및 중앙부처 관계공무원, 대학교수 등을 면접하여 이를 보완하고자 한다.

제 2 장 선행연구 검토

제1절 지방자치발전 관련 선행연구

본 연구논문의 배경 내지 목적의 하나로써 지방자치발전과 관련된 선행연구는 김순은[지방행정연구, 제26권 제1호(2012. 3)]의 “주민주권론과 지방자치의 발전”이 있다. 이 연구는 그 동안에 친숙하였던 국민주권 개념에 대비되는 지역주권 내지 주민주권 개념을 도입·활용하면 지방자치가 실질적으로 주민들의 생활속에 자리잡게 된다고 한다. 일본처럼 단체자치에 기반한 우리나라의 경우에도 지속가능발전의 중요성과 지방분권의 실망감을 넘어서기

위해 주민의 실질적 참여를 전제로 주민 스스로의 책임하에 지역의 문제를 결정하는 주민자치의 체제가 필요하게 되었다. 즉 지방정부의 레벨에서 실질적인 주민의, 주민에 의한, 주민을 위한 지방정부의 구현을 위한 사상적 토대가 주민주권론이고 이것이 활성화 된다면 지방자치의 발전에 크게 기여한다는 것이다.

이승종[지방자치론, 박영사, 2011]은 ‘지방자치는 지역주민의 복지증진을 궁극적 목표로 하며, 그 목적을 달성하기 위해 분권, 참여, 그리고 지방정부의 정책중립성을 중요요소로 포함하여야 한다. 특히 자치발전을 위한 과제으로써 제도개선으로부터 의식개선까지, 거시적 사회변화로부터 미시적인 차원의 개인행태 변화에 이르기까지 여러 가지 제시될 수 있을 것이나 중앙과 지방관계의 중요성은 중앙과 지방관계의 정립을 통한 적절한 지방의 자율권의 보장없이 자치란 원천적으로 불가능할 것이라는 점에서 확인된다고 한다. 또한 국정의 통합성 확보를 위해 지방에 대한 중앙의 통제권이 적절히 확보되어야 한다’고 주장한다.

이기우·하승수[지방자치법, 대영문화사, 2007]는 ‘지방자치단체에는 자치권을 본질적 요소로 하지만 통일적인 국가질서의 일부를 이룬다. 따라서 지방자치단체는 국가질서의 구속 아래에 있다. 따라서 국가는 법의 제정을 통해 지방자치제도를 구체화하고 감독활동을 하고, 지방자치의 원활한 수행을 보장할 필요가 있다. 한편 지방자치의 원리는 지방자치단체의 국가로부터 독립성과 자율성을 보장해 획일적인 국가질서 대신에 다원적이고 다양한 질서를 형성하고자 하는 것이 지방자치를 보장하는 목적이라고 볼 수 있다. 국가의 감독이 자치권의 본질적 내용까지 침해한다면 그것은 지방자치의 근본을 위협할 수 있다. 헌법 제117조가 지방자치단체의 자치권을 부여한 것은 이러한 국가개입에 대한 한계를 설정한 것이다. 결국 국가와 지방자치단체는 지속적인 긴장관계속에 있을 수 밖에 없다’고 한다.

제2절 지방자치단체의 행정소송 및 국가관여 관련 선행연구

본 연구논문과 관련이 있는 선행연구는 이상이[한국지방자치학회보, 제22권 제3호(2010)]의 “서울특별시 행정소송 사무의 개선방안 연구”가 있으나, 이 논문은 본 연구자의 연구목적과 달리 행정소송 각 과정을 사전예방적, 과정적, 사후조치적 측면으로 나눈다음 단계별로 사실관계를 검토하고, 지방자치단체에 대한 국가의 소송사무 지휘체계에 대한 현황, 문제점, 개선방안을 행정학적으로 분석하고 있다는 점에서 연구방법이 상이하다.

강기홍[한국공법학회 공법연구 제39집 제4호(2011)]의 “지방자치단체 행정소송 수행권”이 본 논문의 연구목적과 일부 관련이 있다. 이 논문은 지방자치단체의 행정소송사무수행에 대하여 국가관여의 내부적 배경 즉 무의사결정적 측면에서 분석한 것은 전혀 없고, 국가의 관여범위, 한계를 주로 지방자치법을 기준으로 법적으로 검토하면서 구체적 행정소송에 있어서 처분의 근거가 되는 법률 등을 분석하여 위임사무인지 자치사무인지를 구별한 다음 자치사무에 대한 국가의 관여 즉 검찰의 행정소송지휘가 헌법상 보장된 지방자치제도의 취지에 어긋난다고 하며 그 문제점과 개선방안을 제시하고 있다.

본 연구자는 검찰의 지방자치단체에 대한 행정소송지휘사례의 근거나 배경, 문제점과 개선방안을 분석하고, 나아가 국가가 지방자치단체의 행정소송수행을 지휘·감독하게 된 배경 즉 중앙정부 권력엘리트들의 지배가치인 행정의 통일적 처리와 일사분란한 효율성, 지방자치단체의 능력불신 등을 명분으로 한 뿌리 깊은 중앙집권적 통치이념에 따른 무의사결정 측면을 분석모형을 통해 다루고 있다는 점에서 구분된다.

제3절 무의사결정 관련 선행연구

무의사결정론은 정치체제의 실질적 지배자가 누구인가에 대하여 엘리트론자와 다원론자간의 논쟁의 결과 대두된 이론이다.

Dahl 등 다원론자들은 정치적 힘이 사회의 각 계층에 분산되어 있으므로 엘리트에 의해 정책과정이 지배되지 않는다고 주장한다. 그러나 Barach와

Baratz는 권력의 양면성(Two faces of power) 개념을 도입하여 Dahl의 주장을 반박한다. 즉 권력은 의사결정과정에서만 작용하는 것이 아니라 어떤 문체가 의사결정 단계에 이르지 못하도록 작용하는 것을 권력으로 파악하였다.

무의사결정(Non-decision making)이란 의사결정자의 가치 또는 이해에 대한 명시적 또는 잠재적인 도전을 억압하기로 하는 결정이다. 모든 정치체제는 그 지배적인 가치, 신념, 의식, 제도적 절차 등으로 구성되어 있는 일련의 편견을 가지고 있다. 이러한 편견을 유지할 수 있게 해주는 방법 중의 하나가 무의사결정이다.

무의사결정에 관한 선행연구는 남인식의 “공해문제의 정책의제 채택에 관한 연구 : 무의사결정론을 중심으로[서울대학교행정대학원(1984. 2)]”, 조탁의 “무의사결정론 연구 : 독점규제 및 공정거래제도 분석[서울대학교 행정대학원(1984. 7)]”, 박홍식의 “무의사결정에 관한 사례연구: 부동산 투기억제정책을 중심으로[서울대학교행정대학원(1985. 2)]”, 김선덕의 무의사결정론적 시각에서 본 최저임금제[서울대학교행정대학원(1989. 2)]”, 박양제의 “무의사결정에 관한 연구 : 금융실명제사례를 중심으로[계명대학교대학원(1992. 8)]”, 김상해, 공공정책의 무의사결정논리, [한국토지행정학보 제5집(1993)]”, 이상보의 “정책과정에 있어서 무의사결정에 관한 연구 : 농수산물 유통 및 가격안정에 관한 법률을 중심으로[부산대학교 행정대학원(1996. 2)]”, 권병태의 “울산시 환경정책과정의 무의사결정 연구[서울대학교 행정대학원(1997.2)]”와 남준호의 “무의사결정론적 시각에서 본 방사성폐기물처분장 부지선정 정책 : 울진군 기성면 사례를 중심으로[안동대학교대학원(1998. 2)]”, 손호중·채원호 “방사능 폐기물처리장 입지선정의 정책결정과정 연구: 무의사결정론의 수정적용과 시민사회의 실패 가능성[한국지방정부학회(2003)]”의 논문 등이 있다.

2003년 이후로는 논문으로써 무의사결정 연구는 찾아보기 어렵고 국내학술 기사로써 김정화·이경원[경제와 사회, 한울(2009년 여름)]의 “권력의 두얼굴 : 이명박 정부의 영리병원 허용 논쟁을 중심으로”와 민효상·양재진[現代社會와 行政, 한국국정관리학회(2012년 4월)]의 “무의사결정론의 재등장? : 2009년 한국 공무원연금개혁과정을 중심으로”가 있다.

조탁(1984)은 독점규제 및 공정거래제도와 관련하여 선구적으로 무의사결

정 현상을 분석하였다. 무의사결정과정의 은밀한 권력관계, 상호작용 등이 명확히 파악되기 어렵고 왜곡될 가능성이 있어 이를 정확히 파악하기 위해서는 직접 참여관찰이 가장 효과적이거나 그렇게 하지 못하고 문헌연구를 중심으로 하는 한계를 인정하면서도 국내외 자료를 깊이 분석하고 있다. 무의사결정론의 중요성에 비추어 당시까지 거의 소개되지 않은 무의사결정론에 대한 하나의 서설적 연구로써 후속연구에 대한 길잡이가 되고 있다.

박홍식(1984)은 부동산투기에 대하여 정부가 항시 사후적이고 일시적 대책으로 일관한 이유를 분석하기 위해 무의사결정이론을 사용하고 있는데, 구체적으로 Bachrach 와 Baratz의 반빈곤정책(Anti-poverty policy)의 분석모형을 1962년부터 1984년까지 4개의 기간으로 나누고 각 대상기간마다 적용하여 부동산투기문제가 정책의제화하는데 작용했던 장애메카니즘들을 확인·평가하고 있다.

남인식(1985)은 공해문제 즉 대기오염문제가 1962년이후 정부의제로 다루어지지 않고 억압·회피된 것은 경제발전이데올로기를 바탕으로 무의사결정논리가 적용되었기 때문이라 보고 정부행동상 나타난 무의사결정을 법제면, 기구면, 예산면, 피해구제제도면, 교육면을 구분하여 분석하고 있다.

김선덕(1989)은 우리나라 최저임금제가 1953년 근로기준법에 명시된 후 노동계의 끊임없는 실시주장에도 불구하고 정부의 미온적 태도와 경제계 반대에 부딪쳐 30여년간 최저임금법의 제정이 지연되어 온 것을 무의사결정이론의 경험적 연구방법으로 분석하고 있다. 그러나 은밀하게 드러나지 않는 무의사결정현상을 직접참여하지 않고 간접적인 자료만에 의존하여 연구했다는 점에서 한계가 있다.

김상해(1993)는 무의사결정의 일반이론에 입각하여, 공공정책의 최종목표는 인간사회의 존엄성을 실현하는데 있으므로 공공정책의 윤리성과 처방성이 강조되어야 함에도 특정한 문제는 정책의제화에 진입조차 못하고 기존 권력자에게 도전으로 간주되어 무의사결정의 은밀한 수단을 통해 질식시켜 버린

다고 한다. 따라서 작금의 정의롭지 못한 공공정책의 방향을 주도해 왔던 무의사결정논리를 배제하기 위해서는 공공정책의 전반적인 재조망과 가치배분체계의 낡은 틀을 재조정해야 한다고 주장한다. 이 논문은 특정한 법률이나 사례를 경험적인 연구방법을 적용하여 분석하는 것이 아니라 전통적인 무의사결정이론을 소개하고 있다.

이상보(1996)는 농수산물유통체계가 농민과 소비자에게 상당한 피해를 가져오는 문제점이 있음에도 오랫동안 「농수산물유통 및 가격안정에 관한 법률」이 개정되지 않은 이유를 핵심 관계자들의 영향력행사에 의한 무의사결정이론으로 분석하고 있다. 무의사결정의 원인으로 농수산부의 부처이기주의와 관행이라는 가치조작, 중매인의 이익·현실론이라는 편견의 동원, 지배엘리트에게 불리한 문제가 처음부터 제기조차 못하도록 요구를 억압하는 권력의 양면성과 특히 농수산부가 개정 농안법이 그들의 고객집단인 중매인들이 원하지 않을 것이라는 과잉동조 등을 들고 있다.

손호중·채원호(2003)는 전통적 무의사결정론의 논리구조를 다소 수정하여 1984년부터 방사능폐기물처리장의 입지선정 정책에 대해 살펴보고 시민사회의 실패가능성에 대하여 언급했다. 즉 시민단체는 정부정책에 대해 수동적 객체가 아니라 자신들의 의지와 가치지향을 실현시킬 수 있는 권력을 가진 사회엘리트로 성장하여 무의사결정을 시도할 수 있는 새로운 축으로 등장했다고 한다. 정부와 시민단체는 뿌리깊은 불신구조로 힘의 대결을 버리고 전향적인 자세로써 참여를 유인하고 또는 참여를 통하여 문제를 해결해야 함을 강조하고 있다. 이 논문은 전통적인 무의사결정론을 다소 확대·수정하여 행위자로서 기존의 정부엘리트이외에 시민사회엘리트가 참여자를 넘어서 정치체제에 실질적인 영향력을 미치는 행위자로서 참여하게 된 과정과 효과 등을 분석하고 있다.

그러나 위의 논의들은 대체로 전통적 무의사결정론 즉 기존의 가치배분의 변화를 요구하는 세력들로부터 제기된 이슈가 정부의제화 되지못하도록 권력엘리트에 의해 은밀하게 비가시적으로 좌절되는 과정¹⁴⁾에 초점을 맞춘

미국의 「60년대 초기 무의사결정론」에 입각한 것이라기보다는, 최저임금·공해문제·독점규제 등 대립구도가 뚜렷하게 형성되는 문제를 놓고 현상유지를 바라는 기득권세력과 이해관계를 같이하는 정부권력엘리트를 상대로 오랜 세월 여러 단계의 정책과정에서 강력하게 투쟁하는 시민사회세력간의 갈등 관계를 주로 다루고 있다는 점 즉 이미 사회문제가 언론의 주목을 받으면서 공중의제화 된 이슈를 다루고 있다는 점, 주로 정책결정, 정책집행단계에서 폭력이나 권력의 행사같은 가시적으로 드러난 무의사결정 수단을 기초로 분석하되, 정책의제설정에 이르는 과정은 그 은밀성 때문에 추론에 의해 분석하고 있는바, 기본적으로 「70년대 수정된 무의사결정론」에 입각해 있다는 점에서 다음에서 살펴보게 되는 본 연구와 차이가 난다.

위의 선행연구들은 전통적 무의사결정론에 입각하여 특정 법률이나 제도의 제·개정 과정을 중심으로 통치엘리트와 그 지지집단의 연합체 대 시민단체 등 비통치 엘리트간의 대결구도를 설정하여 통치엘리트의 지배적 가치에 변동을 초래할 수 있는 중요한 문제(Key issue)에 대해 은밀한 영향력을 행사하여 정책의제화하지 못하게 억압하고, 이 단계에서 좌절시키지 못하면 다음 정책과정에서 권력·폭력의 행사·편견의 동원 등 보다 노골적인 무의사결정수단을 행사하는 과정을 분석하고 있다. 또한 정부엘리트 내부에 은밀하게 드러나기 어려운 무의사결정 과정을 직접 참여하여 관찰한 것이 아니라 간접적인 자료만에 의존하여 연구했다는 점에서 한계가 있다.

본 연구논문은 위의 기존 연구와는 달리 중앙정부엘리트와 지방정부엘리트 간에 작용하는 무의사결정과정을 연구자가 직접 참여하여 관찰한 사례를 토대로 분석하고 있다는 점에서 미흡하나마 최초의 시도라 볼 수 있다. 다만 의사결정과정의 참여자이긴 하나 지방정부공무원이 거대한 권력을 가진 중앙정부엘리트(검찰)를 상대로 현존질서의 변화를 위해 기존 자원의 변동을 간헐적으로 요청은 가능하지만, 지속적·가시적으로 강력하게 요구하기 어렵다는 특성이 있어 무의사결정의 증표로써 “영향력 행사 기대의 정당화”라든가 “방지권력메카니즘”이 명확하게 공론화되기 어렵다는 측면도 있다.

14) 이슈를 억압하기 위한 은밀한 권력작용을 강조하는 초기의 전통적 무의사결정론에서는 이슈가 정부의제화하기까지는 가시적인 ‘폭력’ 같은 무의사결정수단이 사용되는 일은 드물 것이므로 외부자의 관찰이 어려울 것이다.

그러나 이러한 중앙정부엘리트(검찰)에 의한 무의사결정의 직접적 근거가 될 수 있는 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」의 문제점을 개선하여 무의사결정의 근거를 차단하고자 「지방자치단체를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」이 국회상임위에 제안된바 있으나, 결국 입법화되지 못하고 폐기된 사례를 볼 때 본 연구에서 다루는 무의사결정의 경험적 연구방법의 중요한 증표가 될 것이다. 행정청의 행정소송수행을 지휘하는 검찰권력엘리트 입장에서는 기존의 가치나 권력배분의 변동 가능성(요구)을 억압할 수단이 각종 법규에 충분히 마련되어 있으므로 기존의 지배적 가치를 옹호하기 위한 은밀한 조치 내지 방지권력 메카니즘의 행사로써 권력이나, 폭력행사 등 노골적인 무의사결정 수단을 발휘 할 필요성이 적어서 행정소송 지휘문제가 중요한 문제(Key issue)로 대두되어 대중의 관심을 받거나 정부의제화되기 어려울 것이다.

제 3 장 이론적 논의

제1절 지방자치단체 행정소송에 대한 국가관여

1. 지방자치단체의 행정소송수행 실태

행정소송의 종류는 행정청의 처분등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송인 항고소송, 행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로써 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송인 당사자소송, 국가 또는 공공단체의 기관이 법률에 위반되는 행위를 한 때에 직접 자기의 법률상 이익과 관계없이 그 시정을 구하기 위하여 제기하는 소송인 민중소송, 국가 또는 공공단체의 기관상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송인 기관소송으로 나뉜다.

서울, 경기, 부산, 충남, 충북, 경남, 경북, 전남 등 지방자치단체는 다음

<표 1> 과 같은 직제와 인원으로 소송을 수행하고 있다. 이를 볼 때 행정소송 담당사무관을 포함한 전담직원과 고문변호사를 두고 있고, 지역 주민을 위한 무료법률상담실을 운영하고 있으며, 민사사건과 행정사건을 통틀어 일부 사건의 경우 법정소송대리인 즉 변호사를 사용하지 않고 공무원이 직접 답변서나 준비서면을 작성하여 법정에서 변론을 하고 있으며 승소율도 비교적 높은 편이다. 물론 이 경우 전형적인 손실보상청구나 구상금 청구, 영업정치 처분취소소송 등 비교적 법리가 난해하지 않고 소송기술이 복잡하지 않은 소송인 경우 공무원이 직접 소송을 수행하는 경우가 많지만 지방자치단체 소송담당공무원의 법률 전문지식수준이 상당한 것을 알 수 있다.

<표 1> 지방자치단체 행정소송 수행현황

	행정 소송 담당	고문 변호 사	무료법률 상담실 운영	2년간 행정소송 수행결과(건수,승패) ※단, 취하,화해 등 제외	3년간 법정대리인 없이 공무원이 직접 민사 및 행정소송수행 현황(승소율)
서울	11명	44명	주5회	○ 2016 : 총382건(승소110. 패소30, 계류242) ○ 2017 : 총442건(승소134. 패소35, 계류273)	○ 2015 : 301건(83.9% 승소) ○ 2016 : 251건(74% 승소) ○ 2017 : 271건(77.8% 승소)
부산	6명	9명	주1회	○ 2016 : 총101건(승소42. 패소5, 계류54) ○ 2017 : 총86건(승소28. 패소6, 계류52)	○ 2015 : 18건(100% 승소) ○ 2016 : 11건(100% 승소) ○ 2017 : 21건(90% 승소)
경기	6명	48명	주5회	○ 2016 : 총90건(승소47, 패소6, 계류37) ○ 2017 : 총68건(승소51, 패소4, 계류13)	○ 2015 : 117건(66.7% 승소) ○ 2016 : 139건(59% 승소) ○ 2017 : 141건(67.4% 승소)
경남	3명	5명	○도청 : 예약제로 수시 ○서·동부 권 : 월2회	○ 2016 : 총80건(승소32, 패소6, 계류42) ○ 2017 : 총78건(승소29, 패소9, 계류40)	○ 2015 : 122건(94.8% 승소) ○ 2016 : 110건(87.5% 승소) ○ 2017 : 101건(87.5% 승소)
경북	3명	15명	월 1 ~ 2회	○ 2016 : 총38건(승소16, 패소1, 계류21) ○ 2017 : 총51건(승소21, 패소4, 계류26)	○ 2015 : 69건(87.2% 승소) ○ 2016 : 64건(96% 승소) ○ 2017 : 68건(85.2% 승소)
전남	2명	5명	사이버무료 법률상담실	○ 2016 : 총62건(승소23, 패소5, 계류34)	○ 2015 : 39건(94.8% 승소) ○ 2016 : 30건(90% 승소)

			상시운영	○ 2017 : 총54건(승소20, 패소5, 계류29)	○ 2017 : 28건(96.4% 승소)
충남	2명	5명	마을변호사 제도 운영	○ 2016 : 총50건(승소27, 패소6, 계류17) ○ 2017 : 총46건(승소21, 패소3, 계류22)	○ 2015 : 21건(76.2% 승소) ○ 2016 : 18건(72.2% 승소) ○ 2017 : 17건(41.2% 승소)
충북	1명	5명	사이버무료 법률상담실 상시운영	○ 2016 : 총28건(승소6, 패소2, 계류20) ○ 2017 : 총24건(승소7, 패소1, 계류16)	○ 2015 : 33건(93.3% 승소) ○ 2016 : 35건(94.1% 승소) ○ 2017 : 37건(95% 승소)
전북	3명	7명	주1회	○ 2016 : 총61건(승소25, 패소1, 계류35) ○ 2017 : 총50건(승소15, 패소5, 계류30)	○ 2015 : 15건(93% 승소) ○ 2016 : 18건(100% 승소) ○ 2017 : 17건(88% 승소)
강원	3명	2명	없음	○ 2016 : 총48건(승소15, 패소6, 계류27) ○ 2017 : 총52건(승소10, 패소2, 계류40)	○ 2015 : 54건 ○ 2016 : 41건 ○ 2017 : 28건

※ 출처 : 2018. 10. 해당 지방자치단체에 대한 정보공개 청구 결과임

오늘날 지방자치단체는 교통과 통신의 발달 및 지방화·국제화·민주화 추세에 따라 각종 행정법령이 제·개정되고 주민의 권리의식이 향상됨에 따라 복잡하고 다양한 소송에 직면하고 있다. 이에 따라 전국의 지방자치단체는 법학전문교수나 전직 판사·검사 등 법조인으로 구성된 다수의 법률고문을 운영하고 있고, 분야별로 전문 변호사를 채용하여 소송에 대응하고 있으며, 각종 전문 법률정보사이트 도입이나 모바일 등 정보화기기의 발달로 최신 판례, 소송기술 등 각종 정보를 제공받아 법률지식과 정보를 축적하고 이를 바탕으로 지역주민을 위한 무료법률상담실 운영을 활성화 하고 있으므로 지방자치단체의 소송역량이 과거에 비해 크게 강화되었다.

특히 소송담당 공무원은 소송결과에 따라 승진이나 전보 등 인사에 반영되므로 평소 법률전문지식 습득에 열중함은 물론 소송을 추진할 때 법정소송 대리인과 함께 재판에 유리하게 작용할 입증자료 확보에 만전을 기하고 있다.

부산, 경기, 경남, 경북, 전남, 충남, 울산 등 많은 지방자치단체에서는 영조물의 설치·관리의 하자과 관련된 자동차보험금 구상권청구소송, 토지보상소송 등 비교적 간단하고 반복적인 소송의 경우 변호사에게 의뢰하지 않고 공무원이 자체적으로 직접 답변서나 준비서면 등 소송서류를 작성·제출하거나

변론을 추진하면서 소송역량을 강화하고 있다.

또한 집단민원과 관련되거나 산업단지, 도시계획 등 정책방향과 관련된 중대하고 어려운 소송의 경우 지방자치단체 소속의 고문변호사 외에 고액의 수입료를 지불하면서 정부법무공단이나 외부의 로펌소속 전문변호사를 고용하여 독자적으로 소송에 대처해 왔으므로 외부기관의 관여나 법무부장관의 소송지휘 필요성이 거의 없어졌다.

그러나 지방자치단체에서는 수사권과 기소권을 독점하고 있는 등 막강한 권력을 쥐고 있는 검찰에 대해 오랫동안 행정소송수행 지휘에 있어 수동적이고 위축되어 있으므로 소송관여와 관련하여 노골적으로 현상변경을 요구하기 어려운 상태에 처해있었다.

지방자치단체가 민의의 대변자로서 지역개발이나 도시계획 등 일정한 정책방향을 정하고 그 추진과정에서 이해관계자로 부터 행정소송이 제기된 경우 소송승패에 따라 정책방향이 흔들리고 많은 시간적·재정적 손실을 초래할 수 있게 되는데, 이 때 검찰에서 지방자치단체가 추구하는 소송방침과 다른 방향으로 소송지휘하는 경우 여러 가지 심각한 문제를 초래할 수 있다.

따라서 시간과 비용이 많이 소요되는 행정소송 대신에 검찰개입 없이 신속하고 간편하게 해결할 수 있는 행정심판 제도를 활성화시킬 필요성이 제기된다. 다만 우리나라의 행정심판제도는 세계 어느 나라 못지않게 발달하여 우수한 편이라고 하나, 공익이란 미명하에 행정청에 일방적으로 유리한 사정재결(事情裁決)¹⁵⁾ 같은 행정심판법 조항(제44조)이 있는 반면, 청구인인 국민에게는 행정심판위원회의 재결에 의해 영업정지나 과징금처분 등에 대해 감경시켜 줄 수 있는 제도가 있긴 하나 만족스런 구제수단이 되지 못한다. 그러므로 보다 실효성있는 권익구제수단으로써 행정처분 자체를 일정한 요건하에 소멸시켜 줄 수 있는 ‘집행유예재결(執行猶豫裁決)’¹⁶⁾이 국내외에 아직 도입된 적이 없으므로 적극적 도입검토가 필요하다.

15) 사정재결이란 행정심판위원회는 심판청구가 이유가 있다고 인정하는 경우에도 이를 인용(認容)하는 것이 공공복리에 크게 위배된다고 인정하면 그 심판청구를 기각하는 재결을 할 수 있고, 재결의 주문(主文)에서 그 처분 또는 부작위가 위법·부당하다는 것을 밝혀야 한다. 이 경우 위원회는 청구인에 대하여 상당한 구제방법을 취하거나 그 것을 취할 것을 피청구인에게 명할 수 있다(행정심판법 제44조)

16) 행정처분 집행유예재결(ruling of the suspension of execution in the administrative disposition)이란 행정심판위원회가 처분의 적법 및 효력을 인정하되 일정기간까지 처분의 집행을 유예하고 그 유예기간의 경과시 당해 처분은 효력을 잃는 것이다(상세한 것은 拙稿, 행정처분 집행유예재결의 도입 필요성과 지방자치단체의 과제, 지방자치법연구(2011. 9) 참조).

2. 지방자치단체의 행정소송수행에 대한 국가의 관여

가. 법적 근거

지방자치단체가 수행하는 행정소송에 대한 국가(법무부)의 관여 근거는 다음 <표 2>와 같이 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」 제6조 (행정청의 장에 대한 법무부장관의 지휘 등) 등과 「검찰청법」 제4조 5호에서 찾을 수 있다. 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」(이하에서는 ‘국가소송법’이라 함)과 「검찰청법」의 취지 및 동법시행령을 볼 때 국가의 관여는 행정청의 행정소송사무 전반에 대해 보고를 받고 행정소송수행에 대해 논리제공, 항소제기나 항소포기·상고여부 등을 지휘하여 소송방향을 결정하는 것이라 할 것이다.

<표 2> 지방자치단체의 행정소송에 대한 국가관여의 법적근거

국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률	국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률시행령	국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률시행규칙
제2조의2 (행정청의 범위) 이 법의 적용을 받는 행정청에는 법령에 따라 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체, 그 기관 또는 사인(私人)이 포함된다	제6조(행정소송의 수행) ①행정소송사건중 다음 각호에 해당하는 사건(이하 "공동수행사건"이라 한다)은 검사 또는 공익법무관과 소관 행정청의 소송수행자가 공동으로 소송을 수행한다	제14조(행정소송수행자의 지정등)영 제6조 제3항 또는 제4항의 규정에 의한 소송수행자의 지정은 별지 제31호서식, 행정소송의 접수통보 또는 보고는 별지 제32호서식에 의한다.
제6조 (행정청의 장에 대한 법무부장관의 지휘 등) ① 행정소송을 수행할 때 행정청의 장은 법무부장관의 지휘를 받아야 한다. ② 법무부장관은 행정소	①행정소송사건중 다음 각호에 해당하는 사건(이하 "공동수행사건"이라 한다)은 검사 또는 공익법무관과 소관 행정청의 소송수행자가 공동으로 소송을 수행한다.	제18조(재판결과 보고)영 제10조의 규정에 의한 행정소송의 결과통보 또는 보고는 별지 제32호서식에 의한다. 제20조(행정소송사건의 상소절차와 기록의 송부)

<p>송에 관하여 필요하다고 인정되면 법무부의 직원, 검사 또는 공익법무관을 지정하여 그 소송을 수행하게 할 수 있으며, 제5조제1항 또는 제2항에 따라 행정청의 장이 지정하거나 선임한 사람을 해임하게 할 수 있다</p> <p>제13조 (권한의 위임) 법무부장관은 대통령령으로 정하는 바에 따라 제3조, 제6조 및 제8조제2항에 따른 권한의 일부를 검찰총장, 고등검찰청검사장 또는 지방검찰청검사장에게 위임할 수 있다</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 부과조세액이 법무부령이 정하는 금액이상인 조세부과처분에 관한 사건 2. 일반직 3급 이상의 국가공무원(고위공무원단에 속하는 일반직공무원을 포함한다) 또는 지방공무원 및 이에 준하는 공무원의 신분관계에 관한 사건으로써 법무부장관이 공동수행사건으로 함이 상당하다고 인정하는 사건 3. 감사원의 시정 또는 징계요구에 의한 처분 및 변상판정에 관한 사건 4. 정부시책에 중대한 영향을 미칠 우려가 있거나 사회의 이목을 끌만한 사건으로써 법무부장관이 공동수행사건으로 함이 상당하다고 인정하는 사건 <p>②제1항 각호외의 행정소송사건(이하 "지휘사건"이라 한다)은 소관행정청의 소송수행자가 그 법원에 대응하는 검찰청(이하 "해당검찰청"이라 한다)의 장의 지휘를 받아 그 소송을 수행한다.</p> <p>③행정청의 장은 관할</p>	<p>①행정청의 장은 행정소송사건의 판결·결정 또는 명령에 불복하여 상소·항고 또는 재항고를 제기할 경우에는 별지 제32호 서식에 의한 소송사무보고(통보)서에 상소장·항고장 또는 재항고장의 사본과 불복이유서 또는 상소이유서의 사본을 첨부하여 지체없이 이를 해당 지방검찰청 검사장 또는 고등검찰청 검사장에게 통보 또는 보고하여야 한다</p>
--	---	---

	<p>특허법원·행정법원 또는 지방법원으로부터 행정소송사건에 관한 소장을 송달받은 때에는 지체없이 소송수행자를 지정하거나 소송대리인을 선임하고 제1심 해당 고등검찰청 또는 지방검찰청 검사장에게 이를 통보 또는 보고하여야 한다.</p> <p>④제3항의 규정에 의한 소 제기의 통보 또는 보고를 받은 제1심 해당 고등검찰청 또는 지방검찰청 검사장은 공동수행사건에 관하여는 검사 또는 공익법무관을 소송수행자로 지정하여 소관행정청의 소송수행자와 공동으로 소송을 수행하게 하고, 지휘사건에 관하여는 검사 또는 공익법무관으로 하여금 소관행정청의 소송수행자를 지휘하게 하여야 한다</p>	
--	--	--

검찰청법	
제4조(검사의 직무) ①	검사는 공익의 대표자로서 다음 각 호의 직무와 권한이 있다. 5. 국가를 당사자 또는 참가인으로 하는 소송과 행정소송 수행 또는 그 수행에 관한 지휘·감독

나. 근거에 대한 연혁적 고찰(국가소송법의 변천과정)

국가소송법에 행정소송지휘권이 명시된 배경으로 검찰의 경찰공무원 등 사법경찰관리에 대한 수사지휘권에서 비롯된 것으로 보이므로 먼저 역사적으로 그 근거법령을 살펴볼 필요가 있겠다.

형사소송법은 1953년 9월18일 제정되었으나, 검·경의 상명하복관계는 일제 강점기에서부터 시작되었다. 한일합방 후인 1912년 조선형사령에 의해 일본 형사소송법이 우리에게 본격적으로 적용되었다. 조선형사령 제5조는 일본의 법제와 마찬가지로 사법경찰관이 검사의 보좌로써 검사의 지휘를 받아 범죄를 수사하고 검사의 직무상 명령에 복종하도록 되어 있었다.¹⁷⁾

구 형사소송법 [법률 제341호, 1954. 9. 23.제정] 제196조는 “①수사관, 경무관, 총경, 경감, 경위는 사법경찰관으로써 검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 한다. ②경사, 순경은 사법경찰관으로써 검사 또는 사법경찰관의 지휘를 받아 수사의 보조를 하여야 한다. ③전2항에 규정한 자 이외에 법률로써 사법경찰관리를 정할 수 있다” 라고 규정되어 있고, 같은 법 제197조 (특별사법경찰관리)는 “삼림, 해사, 전매, 세무, 군수사기관 기타 특별한 사항에 관하여 사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무의 범위는 법률로써 정한다.”라고 규정되어 있다.

이에 근거하여 법률 제380호로 1956년 1월 12일 제정·시행된 「사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」(약칭: 사법경찰직무법) 제5조 (검사장의 지명에 의한 사법경찰관리)는 “좌에 계기한 자¹⁸⁾로써 그 소속관서의 장의 제청에 의하여 그 근무지를 관할하는 지방검찰청검사장이 지

17) 문준영, 한국검찰제도의 역사적 형성에 관한 연구, 서울대학교박사논문, 2004, p. 154. : 이완규, 검찰제도와 검사의 지위, 2005, p. 4.

18) 1956년 1월에 제정·시행된 사법경찰직무법 제5조에 따른 사법경찰관리는 다음과 같다.

1. 형무소 또는 그 지소의장이 아닌 전옥보, 간수장, 간수
2. 소년원 또는 그 분원의장이 아닌 3급 내지 5급국가공무원
3. 영림서에 근무하며 국유임야의 보호경영사무에 종사하는 3급 내지 5급국가공무원
4. 중앙임업시험장, 그 지장과 출장소에 근무하며 시험림보호사무에 종사하는 4급, 5급국가공무원
5. 농림부산림국에 근무하며 산림보호사무에 종사하는 3급 내지 5급국가공무원
6. 특별시(特別市有林事業所를 包含한다), 도(道有林事業所, 道砂防管理所, 道林業試驗場을 包含한다)에 근무하며 산림보호와 국유임야경영사무에 종사하는 3급 내지 5급국가공무원과 3급, 4급지방공무원
7. 시, 군에 근무하며 산림보호사무에 종사하는 4급, 5급국가공무원과 3급, 4급지방공무원
8. 지방전매청, 그 지청, 전매서에 근무하며 전매단속사무에 종사하는 3급 내지 5급국가공무원
9. 보건사회부, 특별시, 도, 군에 근무하며 마약 또는 아편단속사무에 종사하는 3급 내지 5급국가공무원과 3급, 4급지방공무원
10. 등대에서 근무하며 등대사무에 종사하는 4급, 5급국가공무원

명한 자중 4급이상의 국가공무원과 3급이상의 지방공무원은 사법경찰관의 직무를, 5급국가공무원과 4급지방공무원은 사법경찰리의 직무를 행한다.”라고 규정되어 있어 초기에는 간수, 국유림보호, 전매단속, 등대사무 등 제한된 업무에 한정하여 행정기관에 근무하는 공무원이 검찰의 지휘를 받아 특별사법경찰관리로써 단속과 수사업무를 추진하다가, 사법경찰직무법이 2018년 1월까지 100번째 개정되기까지 환경, 공중위생, 식품, 원산지, 산림 등에 대한 단속·수사 등 기본적인 특별사법경찰업무가 추가되었고, 오늘날 긴급안전점검업무까지 추가되어 특별사법경찰이 담당하게 되면서 검찰이 행정기관의 공무원에게 수사지휘하는 범위가 광범위하게 확대되었다.

이러한 규정을 볼 때 검사만이 수사의 주체이며 경찰 등 사법경찰관리는 검사의 지휘가 있어야만 수사 할 수 있도록 하고 있다. 이를 담보하기 위하여 구 검찰청법 [법률 제81호, 1949.12.20. 제정] 제5조에서 검사의 직무와 권한으로 범죄수사, 공소제기와 그 유지에 필요한 행위 그리고 범죄수사에 관한 사법경찰관리의 지휘감독을 규정하고 있고, 동법 제35조는 “사법경찰관리는 범죄수사에 있어 소관검사의 직무상 발한 명령에 복종하여야 한다”. 제36조는 “사법경찰관리로써 서장 아닌 경감이하가 직무집행에 관하여 부당한 행위가 있을 때에는 지방검찰청검사장은 당해사건의 수사중지를 명하며 또는 임면권자에게 그 체임(遞任)을 요구할 수 있다. 전항의 요구가 있는 경우에는 임면권자는 정당한 이유를 제시치 않는 한 체임의 요구에 응하여야 한다”고 규정하고 있다. 이와 같이 검찰이 경찰을 수직적인 상명하복관계에서 지휘하고 있다.

구 형사소송법제312조는 “검사 또는 사법경찰관의 피의자 또는 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서, 검증 또는 감정의 결과를 기재한 조서와 압수한 서류 또는 물건은 공판준비 또는 공판기일에 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다. 단, 검사 이외의 수사기관에서 작성한 피의자의 신문조서는 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 공판정에서 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다”고 규정하여 검사가 작성한 피의자신문조서는 그 증거능력이 인정되어 공판정에서 통용되지만, 사법경찰관이 작성한 피의자 신문조서는 공판

정에서 피의자가 인정하지 않으면 그 증거능력을 상실하기 때문에, 검찰은 공판정에서의 증명력 확보를 위해 사법경찰관 작성 조서를 다시 검토했다. 이러한 관행은 당시 입법자는 물론 검찰의 사법경찰관에 대한 불신을 바탕으로 깔고 있는 것인데, 이것이 국가소송법에 반영되어 검찰은 지금까지 행정소송에 있어서 행정청의 소송수행을 지휘·감독하고 있는 것으로 보인다.

1951년 10월 26일 법률 제223호로 제정되어 시행된 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」의 제정이유는 소원법·행정소송법·국가배상법등의 규정에 맞추어 국가를 당사자로 하는 제반소송이 제기될 경우에 대비하여 법무부장관으로 하여금 모든 국가상대의 소송에 대하여 국가를 대표토록 함으로써 국가의 법률상 견해에 통일을 기하고 소송수행에 능률화를 도모하려는 것으로 규정되어 있다. 동법 제5조와 제6조에서 “행정청의 장은 그 직원중에서 그가 지정하는 자에게 행정청을 당사자 또는 참가인으로 하는 소송을 수행시킬 수 있고, 행정소송에 관하여서는 그 행정청은 법무부장관의 지휘를 받아야 한다”고 규정하고 있다.

그 후 국가소송법은 1970년 제1차 개정 [법률 제2256호, 1970. 12. 31개정·시행]에서 제8조의2를 신설하여 “법무부장관은 대통령령이 정하는 바에 의하여 제2조·제3조 및 제6조의 규정에 의한 그의 권한의 일부를 검찰총장·고등검찰청검사장 및 지방검찰청검사장에게 위임할 수 있다”고 규정 하여 법무부장관의 권한위임근거를 마련하여 현재까지 이어져 오고 있다.

다만, 이 때까지는 아직 지방자치체가 본격적으로 실시되기 오래전¹⁹⁾이라 행정청의 범위에 지방자치단체장이 명확하게 포함된다는 규정이 없어 법무부장관이 지방자치단체의 행정소송을 지휘한다는 것에 대한 직접적인 근거규정이 없었다.

그 후 제7차 개정[1997.12.13.법률 제5427호로 일부 개정, 1997. 12. 13.부터 시행]에서 국가소송을 효율적으로 수행하기 위하여 행정권한을 위임 또는 위탁받은 행정기관·공공단체등을 소송수행자로 지정하여야 할 필요성이 크므로 그 근거규정을 마련하고, 국가를 당사자로 하는 중재사건의 경우에도 기본적

19) 지방의회 선거와 자치단체장의 직선제 선출이 1995년 6월 27일 제 1회 전국동시 지방선거에서 이루어졌고, 이때부터 지방자치제도가 실질적으로 시행되었다고 볼 수 있다.

으로 소송절차와 같은 방식으로 진행되고 그 판정의 효력도 판결과 다르지 아니한 점을 감안하여 이 법의 규정을 준용하도록 하려는 것임을 개정이유로 하고, 제2조의 2 (행정청의 범위)를 신설하여 “이 법을 적용함에 있어서 행정청에는 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관·공공단체, 그 기관 또는 사인이 포함된다.” 라고 규정하여 지방자치단체장에 대한 법무부장관의 소송지휘 근거를 명백히 마련하였다.

다. 국가(법무부)의 행정소송 지휘관련 직제 및 역할

국가소송법 제2조의 2에 의하면 행정청의 범위에는 지방자치단체도 포함되고, 국가소송법 제6조 제1항에 따르면 “행정소송을 수행할 때 행정청의 장은 법무부장관의 지휘를 받아야 한다”고 규정하고 있으므로 지방자치단체의 행정소송에 대한 최고의 지휘권은 법무부장관이 가지고 있음을 알 수 있는데, 구체적으로 법무부 국가송무과에 이 업무가 분장되어 있다.

법무부 국가송무과는 행정소송의 지휘·감독, 법무부장관을 피고로 하는 행정소송의 직접 수행 같은 행정소송업무 이외에도 국가소송업무, 행정심판업무, 국가배상업무, 헌법재판업무도 병행하고 있다. 2018년 6월 현재 법무부 국가송무과에는 검사3명, 4급1명, 5급2명, 6급3명, 7급2명, 기능직1명 등 총 정원이 12명이고 정원의 공익법무관 9명이 근무중이다.

정부조직법 제32조는 “검사에 관한 사무를 관장하기 위하여 법무부장관 소속으로 검찰청을 둔다”로 규정하고 있고, 국가소송법 제13조에 따라 법무부장관은 행정소송 지휘 권한의 일부를 검찰총장, 고등검찰청검사장 또는 지방검찰청검사장에게 위임하고 있으므로 지방자치단체에 대한 행정소송수행의 지휘·감독은 지방검찰청에서 담당하고 있다. 검찰청법에 따르면 대검찰청은 대법원에, 고등검찰청은 고등법원에, 지방검찰청은 지방법원과 가정법원에 대응하여 각각 설치한다. 검사의 직무는 행정소송 수행 또는 그 수행에 관한 지휘·감독과 국가를 당사자 또는 참가인으로 하는 소송이외에 범죄수사, 공소의 제기 및 그 유지에 필요한 사항, 범죄수사에 관한 사법경찰관리 지휘·감독, 법원에 대한 법령의 정당한 적용 청구, 재판 집행 지휘·감독 등 인데 업무부담이 많아 행정청의 소송지휘 실무는 사실상 공익법무관²⁰⁾이 전담하

20) 공익법무관은 병역법 제34조의 6에 근거하여 보충역으로 편입된 자로써 공익법무관법에 따라 법률구조업무, 국가소송, 행정소송 등의 사무에 종사하고 있다.

여 상급자 결재를 받아 추진하고 있는 실정이다.

라. 지방자치단체에 대한 행정소송 관여(지휘·감독)

법무부장관(검찰)의 소송지휘 이유는²¹⁾ 행정청의 법률지식 및 소송기술 부족을 보완하기 위한 것으로 보이므로 기본적으로 행정청에 대한 불신을 바탕으로 깔고 있다. 오랫동안 각종 여론조사²²⁾나 정치적·경제적으로 중요한 사건 수사과정에서 나타난 권력엘리트인 검찰의 행태²³⁾를 보면 사회악 척결로 정의구현, 피해자 인권보호, 고용창출과 수출 등 국가경제발전의 견인차 역할을 한다고 믿는 기업을 상대로 인·허가 및 취소권을 쥐고 있는 행정기관을 견제하여 큰 문제가 없는 한 행정소송의 원고인 기업을 보호해야 한다는 사명의식, 사회질서유지와 체제를 수호한다는 보안관적 사고, 엘리트의식, 지방자치단체와 경찰 등에 대한 불신으로 나타나고 있다.

지방자치단체 공무원도 중앙정부엘리트와 같이 모두 궁극적으로는 공익을 추구한다는 공통점이 있으나 다음 <표 3>과 같은 특성 차이가 있다. 검찰이 행정소송지휘에 대한 업무부담과 그 개선 요구에도 불구하고 집착하는 이유는 이상에서 본 검찰특유의 의식과 지방자치단체에 대한 불신이외에 중앙정부공무원과 지방정부공무원으로써 업무의 성격에 따른 특성 차이에서도 기인한다고 보인다.

21) 검찰은 “지방자치단체의 업무중에는 국가위임사무가 상당수 포함되어 있으며, 국가위임사무가 아니라 하더라도 통일적인 법 적용 등 공공적 필요성이 요청되는 것이다. 따라서 법무장관의 행정소송에 대한 소송관여권을 배제하려는 시도는 그 타당성이 없다고 생각한다”는 반응을 보였다[정구환, 국가소송과 행정소송에 관한 법무부장관의 지위와 권한, 저스티스 제30권 제3호(1997), p.109].

22) 국회 법제사법위원회 소속 민주당 우윤근 의원이 20일 대검찰청 국정감사를 앞두고 여론조사 전문기관인 오픈엑세스에 의뢰해 전국 19세 이상 성인 남녀 1000명을 상대로 지난 15일 실시한 '검찰권 행사 이미지'에 대한 여론조사(신뢰도 95%, 오차 ±3.1) 결과에 따르면, 검찰의 이미지에 대해 '친근하거나'(1.9%) '민주적이다'(5.7%)라는 긍정적인 이미지는 7.6%에 그친 반면 '권위적'(69.4%)이고 '엄격하다'(13.2%)는 부정적 이미지가 무려 82.6%에 달하는 것으로 나타났다. 검찰권의 행사에 대해서도 '공정하고 중립적'(매우 공정하고 중립적 + 공정하고 중립적인 편)이라는 견해는 28.4%에 그친 반면, '공정하지 않고 중립적이지 않다'는 견해가 71.6%를 차지했다 [2008. 10. 21. 경북신문].

23) 오랫동안 검찰의 문제점으로 여러 연구결과나 여론조사에서 지적되어온 불공정성, 권력지향, 독선주의 등은 지나치게 권력이 집중된 시스템에서 비롯된 것인데 그 바탕에는 Hunter와 Mills 등의 엘리트론에 해당하는 성향을 갖고 있다고 보인다. 즉 소수엘리트가 가치를 배분하며 대중은 정책을 결정하지 않는다. 엘리트들은 체제유지, 기본적 가치에 대해서는 대체로 합의가 이루어지므로 이들은 보수성을 띠고 있다는 것이다. 따라서 비엘리트인 상대방의 능력에 대해서는 불신하기 쉽다.

<표 3> 중앙정부엘리트와 지방정부엘리트 특성 차이

	중앙정부 엘리트	지방정부 엘리트
권한의 소재	중앙집권적 사고	지방분권적 사고
정책추진방법	정책결정 및 집행의 통일성	지역별 상황융통성 및 개별성
우선이익	국민전체의 이익	지역적(주민) 이익
행정청의 불이익처분과 기업보호	행정청의 불이익처분의 엄격한 통제(규제완화)를 통한 기업이익보호	불이익처분(규제)을 통한 적법성확보(허가거부처분, 인허가 취소 등)
우선하는 행정이념	합법성	합목적성

구체적으로 소송지휘 목적은 첫째, 국가의 법률해석 및 법집행의 통일성 도모, 둘째 전문적인 법률지식을 보유하고 있는 국가기관으로 하여금 행정청의 송무수행에 후견인적 지원 및 조력을 하게하여 소송사무를 효율적으로 수행하는 것이다.²⁴⁾ 한편 각급 검찰청의 장은 소송물가액에 따라 심급별 검찰청의 장의 사전승인을 받도록 되어 있다(표4 참조).

검찰의 행정소송 지휘대상은 국가를 당사자 또는 참가인으로 하는 국가소송 및 행정소송이고, 지휘 범위 및 관리사항은 국가소송법시행규칙 별지 제 31호에 따르면 사실상 행정소송 전반에 대한 것으로 광범위하다. 답변서, 준비서면, 구두변론 결과, 제3자의 소송참가, 판결·결정·명령 접수, 즉시항고, 상소장·상소이유서 송달, 판결·결정·명령 확정 결과, 조정권고 및 화해권고 수용여부, 패소사건 상소여부 등이 모두 보고사항으로 기한까지 엄격히 지정되어 있다(표5 참조).

<표 4> 소송물가액과 승인권자(국가소송법 시행규칙 제11조 관련)

소송물가액	승인권자
2억원 이상 5억원 미만 사건	고등검찰청 검사장
5억원 이상 10억원 미만 사건	검찰총장
10억원 이상 사건	법무부장관

24) 정구환, 국가소송과 행정소송에 관한 법무부장관의 지위와 권한, 저스티스 제30권 제3호(1997), p. 93, 108. 이는 전국 어느 검찰청, 검사에 의한 소송지휘권 행사라도 동일한 기준에 의하여 이루어지도록 하자는 '검사동일체 원칙'과 중앙집권적 사고 및 중앙권력엘리트의 지방능력 불신에서 비롯된 것으로 보인다.

<표 5> 검찰청 보고기한(국가소송법 시행규칙 별지 제31호 관련 소송수행자 지시사항)

기 간	종 류
지체없이 보고	그 밖에 소송과 관련하여 중요한 사실이 있는 때 또는 의문이 있을 때에는 지체 없이 보고하여 지휘를 받아야 함
3일 이내	답변서, 준비서면, 구두변론 결과, 제3자의 소송참가, 판결·결정·명령 접수, 즉시항고, 상소장·상소이유서 송달
5일 이내	판결·결정·명령 확정결과
14일 이내	패소사건 상소여부

이외에도 검찰에서는 경찰에 대해 수사지휘를 하듯 다음과 같이 국가소송법에 따라 행정청에 자료를 요청하거나 재판결과를 보고 받고, 담당공무원이 소송수행을 해태하였다고 판단할 때는 징계를 요구할 수 있고, 소송관련 교육 실시 등 전반적인 소송수행업무를 지휘·감독할 수 있다.

첫째, 국가소송 또는 행정소송을 수행하는 검사·공익법무관 또는 행정청의 직원은 소속검찰청의 장 또는 행정청의 장을 통하여 관계 행정청의 장에게 소송수행에 필요한 자료를 요청할 수 있다(법 제9조).

둘째, 행정청의 장은 행정소송사건에 관한 판결문을 송달받은 때에는 지체 없이 해당 검찰청의 장에게 이를 통보 또는 보고하여야 한다(법 제10조).

셋째, 각급 검찰청의 장은 그가 지정한 소송수행자 또는 그가 지휘하는 사건의 소송수행자가 소송해태행위를 한 때에는 지체 없이 법무부장관에게 보고하고, 소송총괄관에게 통보하여야 한다. 소송총괄관은 제1항의 규정에 의한 통보를 받은 때에는 소속행정청의 장에게 당해 소송수행자의 징계를 건의할 수 있다(법 제14조). 넷째, 법무부장관 및 각급 검찰청의 장은 행정청에 대하여 국가소송 및 행정소송 등의 수행에 관련된 업무처리실태를 확인하고, 필요한 사항을 지도·교육할 수 있다(법 제15조).

그 외에도 지방자치단체에서는 원심소송의 승패와 상관없이 모두 상급심에 상소여부를 검찰에 품의하여 검찰의 결정에 따라야 하는데, 문제는 지방자치단체의 상소여부 요청 방향과 검찰의 지휘방향이 다른 경우이다. 아래 <표 6>에서 보면 부산시가 제1심에서 패소하고 2심 승소를 목적으로 항소제기 지휘를 요청했으나 이와 반대로 검찰에서 항소포기 지휘를 내린 경우와, 광주시의 경우 제1심(광주지법)에서 패하고 더 이상 승산이 없다고 보아 신속히 소송절차를 확정하려고 제2심(광주고법) 항소포기 지휘를 요청했으나 검

찰에서 항소제기 지휘를 내린 경우 및 제2심에서 패소한 후 대법원 상고를 요청했으나 이와 반대로 검찰에서 상고포기 지휘를 결정한 사례를 볼 수 있다.

<표 6> 행정소송 상소시, 지자체 요청사항과 다른 검찰의 지휘사례

사건번호(사건명)	소송개요	상소요청에 대한 지휘 결과	비고
부산지법 2016구합3995 (주택관리사자격정지 처분취소)	원고가 아파트 관리소장 으로 근무하는 중에 회계 처리 및 사업자 선정 지 침을 위반하였다는 이유 로 6개월의 자격정지 처 분을 받음	지자체의 항소제기 요청 ⇒ 항소 포기 지휘 - 사유 : 원고가 관련 형사사 건에서 불기소처분을 받아서 승소가능성 낮음	부산
부산지법 2016구합24756 (손실보상금)	중앙토지수용위원회의 수용 재결, 이의재결의 손실 보 상금이 시세에 미치는 못하 는 금액 이라며 소제기	지자체의 항소제기 요청 ⇒ 항소 포기 지휘 - 사유 : 법원감정이 중앙토지 수용위원회의 재결 감정에 비 하여 위법한 점이 없음	부산
광주지방법원 2015구합11813 (정직처분취소)	원고는 성실의무, 복종의 무, 직장이탈금지 의무 위 반으로 정직 3개월 처분 을 받자 징계사유의 부존 재 및 재량권 일탈 남용 을 주장하며 이를 취소 청구함	지자체의 항소포기 요청 ⇒ 항소 제기 지휘 - 사유 : 과중한 징계처분이 아니고, 비례 원칙을 위반한 것이 아니며, 행정청의 정당한 주장을 관철할 필요가 있음	전남
광주지방법원 2015구합10766 (비례대표지방의회의 원 퇴직처분 취소)	헌법재판소의 통합진보당 해산 결정 이후 원고로부 터 피고의 비례대표 지방 의회의원으로써의 지위를 부정당하고 있으므로 의 원 지위에 있음을 확인 청구함	지자체의 항소포기 요청 ⇒ 항소 제기 지휘 - 사유 : 전라북도를 당사자로 하는 동일 사건에서 광주고등 법원은 전라북도의 항소를 기 각하였으므로 항소의 실익이 없다고 판단하여 항소 포기 의견을 제출하였으나 항소 제 기를 지휘함	전남
광주고등법원 2017누3143 (해임처분취소)	원고는 수업시간표 임의 변경, 수업시간 미준수, 교재 강매, 부적절 발언, 성적입력기간 미준수 등 을 이유로 해임처분을 받 자 절차적 하자과 징계사 유의 부존재를 주장하며 이를 취소 청구함	지자체의 상고제기 요청 ⇒ 상고 포기 지휘 - 사유 : 증거법칙 위배, 사실 관계 오인을 이유로 상고할 실익이 있다고 판단하여 상소 제기 의견을 제출하였으나 상 고 포기를 지휘함	전남

제2절 무의사 결정이론

1. 무의사결정의 등장배경과 개념

가. 엘리트론과 다원론의 논쟁

개인의 능력 발휘 및 사회적 책임의식 고취, 정책결정과정에서의 참여 등을 핵심으로 하는 고전적 민주주의²⁵⁾는 20세기 이후 나찌즘의 등장 이후 무너지기 시작했으며, 2차대전 이후 여러 연구결과 많은 사람들은 공공문제에 무관심해지고 적극 참여하지 않는다는 것이 밝혀지게 되었다²⁶⁾.

이에 따라 고전적 민주주의를 현실에 맞게 재구성할 필요성이 제기되어 50년대 이후 미국 정치학계의 치열한 논쟁대상이 되었고, 가장 먼저 등장한 이론이 Floyd Hunter 와 C. Wright Mills에 의해 대표되는 엘리트이론(Elitism)이고, 이 엘리트이론을 반박한 것이 60년대 Robert A. Dahl과 Nelson W. Polsby, Raymond E. Wolfinger 등이 주장한 다원론(Pluralism)이다²⁷⁾. 먼저 Hunter 와 Mills 그리고 Matthew A. Crenson, Theodore J. Lowi, Jack L. Walker 등이 주장하는 엘리트이론을 요약하면 다음과 같다²⁸⁾.

① 사회는 권력을 가진 소수와 그렇지 않은 다수로 구성되고, 소수엘리트가 가치를 배분하며 대중은 정책을 결정하지 않는다.

② 권력은 사회·경제적 체제 속에 있는 지위와 역할로 부터 나오며 구조 지위인 것으로 권력관계는 지속되는 경향이 있다.

③ 산업계와 금융계 지도자들이 엘리트를 주로 구성하며, 비엘리트들은 사회제도적 구조속에서 높은 자리를 차지해야만 엘리트층에 들어갈 수 있다.

④ 엘리트들은 세부적인 사항에 대해서는 의견이 다를 수도 있지만 체제 유지, 기본적 가치에 대해서는 대체로 합의가 이루어지므로 이들은 보수성을

25) Jack L. Walker, "A Critique of the Elitist Theory of Democracy", in Peter Bachrach(ed.), Political Elites in a Democracy (New York: Atherton Press, 1971), p. 90.

26) R. W. Cobb and C.D. Elder, Participation in American Politics (Boston: Allyn and Bacon Inc., 1972), p. 2.

27) 조탁, 무의사결정론 연구, 서울대학교행정대학원 석사논문, 1984, p. 7

28) Thomas R. Dye, Understanding public Policy, 4th ed. (Englewood Cliffs, N.J. : Prentice-Hall Inc., 1981), pp. 29-31 : Thomas R. Dye and Harmon Zeigler, The Irony of Democracy, 5th ed. (Belmont, California : Wadsworth, 1981), pp. 1-10.

띠고 체제가 위협받으면 결속한다.

⑤ 정책은 대중의 요구를 반영한 것이 아니라 엘리트의 지배적인 가치관·선호를 반영한 것이다. 따라서 정책변화는 혁명적이라기 보다는 점증적이다.

⑥ 엘리트는 대중의 영향을 거의 받지 않고, 엘리트가 대중의 여론을 실질적으로 형성한다.

엘리트이론을 반박하면서 전개된 다원론은 먼저 Dahl의 주장을 중심으로 살펴보면 다음과 같다²⁹⁾. Dahl 에 의하면 권력은 엘리트론자들이 주장하는 것처럼 쪼갤 수 없는 덩어리 같은 실체적 개념이 아니라 관계적 개념으로써 권력을 비교하기 위해서는 권력의 기반상의 차이, 권력의 영역상의 차이, 권력발휘수단상의 차이, 반응의 정도상에 있어서의 차이, 시간지체상의 차이를 비교해야 하는데³⁰⁾, 엘리트론자들은 이렇게 권력개념을 이해하지 못해서 그들 이론은 무의미하다고 주장한다.

또한 Polsby도 다음처럼 엘리트이론을 반박하고 있다³¹⁾.

첫째, Dahl과 같은 시각에서 엘리트론자의 권력개념을 비판한다.

둘째, 모든 조직이나 제도에는 질서있는 권력구조가 존재하며 엘리트론자들은 특정집단이 필연적으로 지배하게 된다고 주장하지만 이런 절대적 가정은 잘못이고, 둘째, 권력구조는 엘리트론자의 주장처럼 안정적, 지속적인 것이 아니라 어떤 문제와 연관하여 특수하게 나타나는 것이고, 각 문제에 따라 개인과 집단의 연합체가 달라지므로 권력구조는 안정적인 것이 아니라고 한다.

이상의 비판논리를 토대로 한 다원론의 내용은 다음과 같다³²⁾.

① 권력이란 의사결정과정에서 개인들이 타인들과 갖는 관계속에서 갖게 되는 속성이다.

② 권력관계는 반드시 계속 유지되는 것이 아니라 다른 결정을 내리는 상황에서 바뀔 수 있다.

29) Robert A. Dahl, " A Critique of the Ruling Elite Model," APSR, Vol. 52(June 1958), P. 463.

30) Robert A. Dahl, " The Concept of Power," in Roderick Bell et. al(eds.), Political Power (New York: The Free Press, 1969), pp. 80-87.

31) Nelson W. Polsby, " How To Study Community Power ", Journal of Politics, Vol.22(August 1960), pp.474-484.

32) Thomas R. Dye and Harmon zeigler, The Irony of Democracy, pp. 10-11.

③ 엘리트와 대중의 경계는 명확한 것이 아니라 개인은 일의 성격에 따라서는 비교적 쉽게 의사결정자의 지위에 설 수 있다.

④ 사회에는 여러 종류의 엘리트가 있고 정책이란 이런 경쟁엘리트집단간의 타협과 협상의 결과로 나타난다는 것이다.

⑤ 대중은 선거와 조직적 참여를 통해서 엘리트에 대해 상당한 영향을 미칠 수 있고, 엘리트간의 경쟁을 이용해서 대중은 엘리트의 결정에 책임을 물을 수 있다.

나. 무의사결정론의 등장 및 개념

엘리트이론을 비판하고 나선 다원론이 현대민주주의이론에서 각광을 받자 Bachrach와 Baratz는 다원론을 비판하면서 신엘리트론적 관점에서 무의사결정론을 주장하고 나섰다.

무의사결정(non-decision making)이란 개념은 1962년 Bachrach와 Baratz의 「권력의 두얼굴(Two Faces of Power)」이란 논문에 그 기초를 두고 있으나 명백한 개념정의 대신에 사례와 용법을 통해 지적하였고³³⁾, 그 후 「결정과 무의사결정(Decisions and Nondecisions)」이란 두번째 논문에서 무의사결정을 ‘지배적인 사회가치, 신화 그리고 정치적 제도와 절차들을 조작함으로써 안전한 이슈에 실제 의사결정의 범위를 제한하는 것’³⁴⁾이라 했다.

즉 60년대 초기의 전통적 무의사결정론은 변화를 요구하는 이슈에 대해 채택되지 못하도록 은밀한 권력을 행사하거나 규범과 절차들을 조작하여 정책의제설정과정에 한정하여 안전한 이슈만 채택되도록 권력을 행사하는 과정을 다루고 있다.

그 후 그들은 1970년에 발간된 「권력과 빈곤(Power and Poverty)」에서 무의사결정을 ‘의사결정자의 가치 또는 이익에 대한 잠재적 또는 명백한 도전의 억압 또는 방해라는 결과를 가져오는 결정’이라고 하면서 ‘ 기존의 이익, 특권의 배분에 대한 변화의 요구가 표명되기 전에 억압하거나 의사결정의 단계에 이르지 못하도록 질식시켜 버리거나 의사결정의 장에 도달하기 전에 죽여버리든지, 이 방법이 성공하지 못하면 정책결정이나 집행단계에서

33) Peter Bachrach and Morton S. Baratz, "Two Faces of Power", APSR, Vol. 56 (December 1962), pp. 947-952.

34) Peter Bachrach and Morton S. Baratz. "Decisions and Non-decisions : Analytical Frame-work," APSR, Vol.57(1963), p.632.

이를 파괴, 좌절시키는 수단이 되는 것이 무의사결정이다'라고 하여 70년대 후기의 수정된 무의사결정론은 초기의 정책의제설정단계를 넘어 정책결정과 정책집행단계에서도 발생함을 주장하고 있다³⁵⁾.

Bachrach와 Baratz는 다원론자들에게 권력이란 '의사결정에의 참여'³⁶⁾를 의미하므로 어떤 표면화된 갈등에 대한 정부부문에서의 실제적인 결정에 대한 분석을 강조한다³⁷⁾. 그러나 권력이란 구체적인 결정에도 반영되지만 종종 의사결정의 범위를 상대적으로 '안전한(safe)' 문제에만 국한시키도록 작용하기도 한다는 것을 무시한 이론이 다원론이다 라고 반박하고 있다.

즉 Bachrach와 Baratz는 Dahl의 연구방법론이 권력의 양면성을 이해하지 못했다는 것인데, Dahl의 말처럼 권력이란 표면적으로 나타난 갈등수준에도 작용하지만 사전에 갈등을 억압하고 의사결정에의 진입을 억압하는 측면에서도 작용하며, 체제의 현상을 흔드는 위험한 문제는 진입 못하게 하고 현상의 근본적 변화가 없는 일상적이고 안전한 문제에 결정범위를 제한한다는 것이다.

2. 무의사결정의 발생원인과 수단

가. 발생원인

Dye의 견해³⁸⁾에 따라 무의사결정이 발생하는 원인을 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 관료, 선거입후보자 들은 엘리트들이 어떤 특정 계획을 바라지 않을 것이라고 예상하여 그러한 계획을 포기하거나 기각시켜 버릴 때 무의사결정이 일어날 수 있다. 우리나라처럼 권력과 자원이 불평등하게 배분되어 있거나 조직내 계서적 문화가 강한 경우 하급자들이 상급자의 이익을 저해하거나 심기를 불편하게 할 것이라고 판단되는 대안을 미리 저지하는 과잉충성 내지 소위 '알아서 기는' 경우에 무의사결정이 발생할 수 있음을 말한다.

35) Peter Bachrach and Morton S. Baratz. Power and Poverty, (New York: Oxford Univ. press, 1970), P. 44. : 이상보, 정책과정에 있어서 무의사결정에 관한 연구, 부산대학교행정대학원 석사학위논문, p. 15.

36) Harold D.Lasswell and Abraham Kaplan, Power and Society (New Haven : Yale University Press, 1950), p. 75.

37) Merelman, op. cit., P. 452.

38) Thomas R. Dye, Understanding in Public Policy, 4th ed. (Englewood Cliffs : Prentice Hall, 1984), PP. 326-327

둘째, 지배엘리트들이 어떤 이슈에 대중들의 주의가 집중된 결과 발생하게 될 사실이 두렵거나 그 결과가 엘리트의 이익을 해칠 것이라고 걱정이 될 때 공공연히 또는 은연중에 그런 이슈를 억압하는 경우에 무의사결정이 일어난다.

셋째, 모든 정치체제는 어떤 종류의 문제는 해결을 원하고, 다른 종류의 문제는 해결보다는 방해하기 위한 식으로 구조화되어 있기 때문에 무의사결정이 일어난다는 것이다. 즉 모든 정치체제는 체제유지를 위한 지배적 가치, 신념, 관례 같은 편견을 가지고 있는데, 이러한 편견에 맞지 않는 문제는 발생되지 않도록 하고 발생하더라도 확산을 저지시킨다는 것이다.

넷째, 정치지도자와 국민들의 정치문화 즉 지배적인 가치관, 신념, 태도 등의 영향으로 어떤 이슈나 정책대안이 정책의제로써 취급되지 못하도록 작용할 때 무의사결정이 일어난다는 것이다³⁹⁾.

다섯째, 오늘날 정보화시대의 입장에서 볼 때 정보를 가진 자가 권력을 휘둘 수 있으므로 정보의 비대칭성이 무의사결정의 발생원인이라 할 수 있다. 정보를 독점한 정부엘리트는 그에 따라 권력과 명예 또는 부를 획득·유지할 수 있으므로 대중들의 정책을 둘러싼 정보에의 접근 자체를 차단할 유인을 가지게 된다.

나. 무의사결정의 수단

어떤 정치체제의 의사결정자가 자신의 지배가치나 기득권을 침해하려는 다른 행위자의 시도에 대해 무의사결정을 통하여 좌절시키고, 현재의 상태를 보호하기 위한 수단 즉 방지권력메카니즘(preventive power mechanism)⁴⁰⁾은 다음과 같다.

(1) 폭력(force)의 사용

폭력의 사용이란 강제력에 의해 기존의 질서를 변화시키려는 의제들이 정책의제화하지 못하도록 막는 방법을 말한다.

폭력은 권력과 구별되어야 하는데 Bachrach와 Baratz는 폭력과 권력의 본

39) 이상보, 전개논문, p. 17.

40) Fredrick W. Frey, "Comment : On Issue and Nonissues in the Study of Power," *APSR*, Vol. 65 (December 1971), p. 1097

질적 차이로써 다음 두 가지를 들고 있다⁴¹⁾.

첫째, 폭력은 비관계적 속성을 갖는다는 것이다.

둘째, 권력관계에서는 일방이 타방의 복종을 획득할 수 있으나 폭력을 수반하는 관계에서는 일방이 타방의 불복종에도 불구하고 자기 목적을 달성한다는 것이다.

폭력은 권위주의 국가에서 흔히 사용할 수 있는 무의사결정 수단인데 우리나라의 경우 80년대 헌법이나 노동관계법 개정을 요구하는 국민의 집회·시위에 경찰력을 동원하여 주동자를 구속하거나 강제해산한 사례를 들 수 있겠다. 그러나 오늘날 자유민주주의 체제하에서는 폭력의 사용은 최후의 수단으로써 매우 신중하게 사용될 수 밖에 없다. 무의사결정수단으로써 폭력의 사용은 단기적으로 효과를 발휘할 수 있을지 몰라도 기존 질서의 변화를 요구하는 세력들의 저항을 확산시키고 잠재적 동조세력의 규합과 확산을 초래할 수 있으며, 비참여자인 대중들에게 무의사결정의 실체를 드러내게 하여 그 정당성과 실효성에 대해 의문을 품게 만들 수 있다. 따라서 향후 유사한 사례에 직면하면 보다 증가한 저항세력에 직면해야 하므로 그만큼 폭력의 효력이 현저히 떨어지기 때문이다.

(2) 권력의 행사(exercise of power)

일반적으로 권력이란 “ 타인이 소유하거나 추구하는 가치를 빼앗겠다고 위협함으로써 타인의 행동양식을 통제할 수 있는 능력”⁴²⁾이라고 정의하지만 무의사결정의 수단으로 사용되는 권력은 가치박탈을 위협하는 소극적인 것부터 적응적 흡수⁴³⁾에 이르는 적극적인 것도 있다. 적응적 흡수의 유력한 형태는 참여민주주의이다⁴⁴⁾. 즉 무의사결정 수단으로써 권력행사는 지배엘리트가 현상의 변화를 요구하는 이슈에 대해 물리적 강제력을 행사하지 않고도 가치박탈 위협 등 다양한 수단으로 정부의제화 하지 않도록 좌절시키는 것이다.

41) Peter Bachrach and Morton S. Baratz. op.cit., pp. 27-30. : 조탁, 전계논문, p. 29

42) 이극찬, 정치학, 법문사(1986), p. 152.

43) 적응적 흡수란 조직이 외부의 영향력 있는 유력인사를 조직의 지도층이나 의사결정기구에 영입시켜 위험요소를 제거하거나 지지기반을 확대하는 것으로써 환경을 변화시키는 적극적 전략이다.

44) Peter Bachrach and Morton S. Baratz. op.cit., pp. 44-45 : 조탁, 전계논문, p. 32.

(3) 지배적인 가치나 규범 및 신념 이용

정치체제내의 지배적 규범이나 절차를 강조하여 변화요구를 비민주적·비애국적이라든가 확립된 절차나 규칙을 침해한다는 이유로 좌절시켜버리는 방법이다. Barach 와 Baratz는 이것을 편견의 동원이라 불렀다.

이것은 대중의 선호 자체를 형성·변화시키는 것으로 사람들 스스로가 원하는 것을 기존세력의 가치에 침해가 없는 범위에 한정시키는 방법⁴⁵⁾이다.

우리나라의 경우 오랫동안 선성장(先成長) 후분배(後分配) 즉 분배보다 성장을 강조하여 최저임금 인상정책이 자영업자의 인건비 부담은 물론 중소기업의 경쟁력 약화로 경기침체를 일으키고 경제성장을 저해한다고 하여 국민들에게 시기상조라고 믿도록 하는 것을 예로 들 수 있다.

(4) 편견의 강화·수정

이것은 기존 체제에 대한 변화의 요구를 정치체제의 규범이나 지배적 가치에 어긋난다거나 새로운 규범·절차 등을 수정·보완하여 장애를 구축함으로써 의제화 되지 못하게 좌절시키는 것을 말한다. 이는 70년대 수정된 무의사결정이론 즉 이미 정책의제설정단계를 벗어난 정책결정이나 정책집행단계에서 주로 사용되는 무의사결정 수단으로 보아야 할 것이다. 우리나라의 경우 양심적 병역거부에 대해 병역기피를 넘어 국가안보 저해 또는 사회주의적 발상이라고 위협시하거나, 무상급식의 전면적 확대요구에 대해 필요성은 인정하지만 조세부담 및 예산조달의 곤란을 명분으로 소득수준에 따른 선별적 처리가 효율적이라고 하면서 부분적인 반영만 하는 것을 예로 들 수 있겠다.

3. 무의사결정의 유형

Wolfinger는 무의사결정이 초래하는 상태의 유형⁴⁶⁾에 대하여 포기(renunciation), 자제(abstention), 비참여(nonparticipation)의 3가지를 들고 있으나, Frey는 이를 좀 더 세분화하여 체계화시키고 있다⁴⁷⁾

Frey는 Wolfinger의 3가지 유형이 다음과 같은 3가지 차원에서 파악된 것

45) 최봉기, 정책의제형성론, 서울 일신사(1988), p. 83.

46) Raymond E. Wolfinger, " Nondecision and the Study of Local Politics, " *APSR*, Vol.65 (December 1971), PP. 1065-1077. : 조탁, 전계논문, p. 33.

47) Frederick W. Frey, op.cit. pp. 1093~1094. : 조탁, 전계논문, p. 34

이라고 한다.

첫째, 잠재적인 영향력 행사에 대한 제한의 정도(degree of restriction) - 영향력의 행사를 완전히 포기하느냐 아니면 일부만을 포기하느냐?

둘째, 무의사결정에 의해 영향력을 제한당하고 있는 사람이 자기의 이해관계에 관하여 의식하고 있는 정도 - 자발적으로 영향력의 행사를 제한하고 있는가 아님 무의식적으로 제한하고 있는가?

셋째, 영향력을 행사하려는 시도를 제한하는 방지메카니즘(preventive mechanism) - 예견되는 부정적 반작용(anticipated negative reaction)인가, 아니면 그 외의 다른 이유 때문인가?

Wolfinger는 위의 3차원으로부터 포기, 자제, 비참여의 3형태만 논하고 있으나, Frey는 위 3차원으로부터 논리적으로 다음 표와 같이 8가지 형태를 도출할 수 있다고 한다.

<표 7> 무의사결정이 초래하는 상태의 유형

		영향력 행사의 제한정도	
		부분적 제한	완전 제한
방지 메카니즘	부정적 반작용	Type I (포기)	Type II (자제)
	다른 이유	Type III	Type IV

[무의사결정에 의해 영향력의 행사를 제한당하고 있는 사람들이 자기의 이해관계에 대해 의식하고 있는 경우]

		영향력 행사의 제한정도	
		부분적 제한	완전 제한
방지 메카니즘	부정적 반작용	Type V	Type VI
	다른 이유	Type VII	Type VIII(비참여)

[무의사결정에 의해 영향력의 행사를 제한당하고 있는 사람들이 자기의 이해관계에 대해 의식하지 못하고 있는 경우]

가. Type I

무의사결정에 의해 피해를 보고 있는 사람들이 자신의 이해관계를 의식하고 있지만 부정적 반작용을 예견하고 있기 때문에 자신들의 영향력 행사를 부분적으로 제한하고 있는 경우이다.

이는 Wolfinger의 포기에 해당된다. 즉 이미 정책결정과정에서 참여하고 있는 정치적행위자가 어떤 대안이 다른 집단이나 개인에게 수용되지 않을 것이라고 판단하여 그 대안을 폐기하거나 참가하는 경우를 말한다.⁴⁸⁾

나. Type II

무의사결정에 의해 피해를 보고 있는 사람들이 자신의 이해관계를 의식하고 있지만 부정적 반작용을 예견하고 있기때문에 자신들의 영향력 행사를 완전히 제한하고 있는 경우이다. 이는 Wolfinger의 자제에 해당되는 것인데, 어떤 정치적 거래에 전혀 개입하지 않거나 자원을 전혀 소비하지 않는 경우로써 정치적 행위자에 의해 어떤 대안들이 단념되는 경우인 Type I 즉 포기와 비슷하다. 그러나 양자의 차이점은 자제는 이미 정책결정에 참가하고 있는 개인 또는 집단에 의해 어떤 가능한 정책대안이 옹호 또는 부정되는 것이 아니라 정치적 행동에 의해 충족되어질 수 있는 목적·불만을 가진 사람들이 어떤 문제에 전혀 참가하지 않는 상태라는 것이다.⁴⁹⁾

다. Type III

무의사결정에 의해 피해를 보고 있는 개인 또는 집단이 자신의 이해관계에 대해 의식하고 있으나 예견되는 부정적반작용이 아닌 다른 이유, 예컨대 언제, 어디서, 어떻게 그들의 영향력을 발휘해야 되는지를 몰라서 자신들의 영향력 행사를 부분적으로 제한하고 있는 경우이다.

라. Type IV

무의사결정에 의해 피해를 보고 있는 개인 또는 집단이 자신의 이해관계에 대해 의식하고 있으나 예견되는 부정적반작용이 아닌 다른 이유때문에 그들의 영향력 행사를 완전히 제한하고 있는 경우이다.

Type III과 Type IV는 방지메카니즘에 대해서 더욱 연구할 필요성이 있음을 보여준다. 방지메카니즘은 예견되는 부정적 반작용 또는 가치의 주입, 잘

48) 이 경우 연구조사상 예견되는 부정적 반작용을 확인가능한가와, 합리적, 포괄적인 정책결정이 불가능하므로 무의사결정의 상태인 포기와 대안의 제한을 식별하는 것이 어렵다.

49) 이 경우도 무의사결정의 존재여부확인이 곤란하다. 전술한 부정적 반작용의 확인문제외에 '포기'에서는 이미 정책결정에 참여중인 개인에 의한 행위이므로 무의사결정에 의한 포기와 정치외의 다른 활동을 선호함에 따른 포기와 식별문제가 대두되지 않으나, '자제'에서는 구별이 어렵다. 즉 정치적무관심, 정치적비관주의 등 때문에 참여하지 않는 것과 '자제'를 어떻게 구별하느냐가 매우 어려운 문제이다.

못된 동의⁵⁰⁾ 등에 그치는 것이 아니라 더욱 다양하고 복잡한 것이다. 정치적 사회화의 여러 영역, 특히 반복적으로 주입되는 정통성, 학습된 선호, 권력구조와 과정에 대한 혼동된 인식 등이 연구되어야 할 것이다. 이러한 것들은 예견된 반작용보다 덜 명료한 것들이기는 하나 영향력의 행사를 제한하는데 있어서 덜 효과적이라고 할 수는 없는 것이다.

마. Type V, Type VI

이 두 유형은 무의사결정에 의해 피해를 보고 있는 개인 또는 집단이 자신의 이해관계에 대해 의식 못하고 있으면서 예견되는 부정적 반작용때문에 그들의 영향력 행사를 부분적 또는 완전히 제한하고 있는 경우이다.

그러나 자신들의 이해관계를 의식하지 못하면서 자기들이 이익을 추구하려 할 경우에 예견되는 부정적 반작용 때문에 자신들의 영향력 행사를 제한한다는 것은 생각할 수 없으므로 이 두 유형은 현실적으로 의미가 없다.

바. Type VII

무의사결정에 의해 피해를 보고 있는 개인 또는 집단이 자신의 이해관계에 대해 의식 못하고 있으면서 다른 이유 때문에 그들의 영향력 행사를 부분적으로 제한하고 있는 경우이다. 이때의 방지메카니즘은 예견되는 부정적 반작용이 아니라 정치적 편견, 오도된 가치관, 교육적 박탈 등이다.

사. Type VIII

무의사결정에 의해 피해를 보고 있는 개인 또는 집단이 자신의 이해관계에 대해 의식 못하고 있으면서 다른 이유 때문에 그들의 영향력 행사를 완전히 제한하고 있는 경우이다. 이 때의 방지메카니즘 역시 Type VII의 경우와 같다. 이는 Wolfinger의 비참여에 해당된다.

4. 무의사결정의 경험적 연구방법 및 분석모형의 설정

가. 배경 및 의의

50) Dahl, "A Critique of the Ruling Elite Model," pp. 463-469.

Bachrach와 Baratz가 무의사결정론을 갖고 다원론자의 연구방법론을 비판하자 다원론자들이 이에 반박하면서 무의사결정을 어떻게 객관적으로 검증하여 연구의 대상으로 할 수 있는지 의문을 제기했다. 즉 도대체 제기조차 되지 않은 이슈나 표면화되지 않은 갈등을 어떻게 조사연구할 수 있느냐하는 것이다⁵¹⁾.

구체적으로 다원론자들의 비판은 첫째 무의사결정은 개인의 주관적인 이념, 가치, 신념 등에 좌우되는 것이므로 이를 확인해야 하는 것은 객관적으로 검증불가능하고 측정될 수도 없다는 것이고, 둘째 무의사결정의 연구범위가 너무 넓어 비현실적이라는 것이다. ⁵²⁾

이러한 비판에 대해 Bachrach와 Baratz는 다시 ‘연구하게 될 중요한 이슈에 관련된 실제적 결정에 대한 자세한 연구는 의사결정제도속에서 작용하는 게임의 규칙이나 관례에 반영되어 있는 편견의 지배적 가치에 대한 단서를 줄 것이다’고 하며 ‘연구자는 어떤 개인이나 집단이 편견의 동원의 결과로 냉대받게 되었는지 그리고 그들의 관심이 정치체제속에서 표현되었는지와 그 정도에 대한 이해를 하게 될 것이다⁵³⁾’ 라고 하며 무의사결정에 대한 경험적 연구방법을 설명하려 노력하나 Frey는 위의 제안에 만족할 수 없다고 하면서 경험적 연구절차를 다음과 같이 제시하고 있다.⁵⁴⁾

첫째, 핵심 이슈(Key issue) 즉 중요한 문제를 선정하고

둘째, 그 이슈에서의 현존의 가치배분에 대한 도전 즉 피해를 보고있는 집단에서 영향력을 행사하려고 시도할 것이라고 기대할만한 정당한 근거가 있어야 한다. 즉 영향력의 기대(expectation of influence)에 대한 정당화가 있어야 한다.⁵⁵⁾

셋째, 이렇게 영향력을 행사하려는 시도가 자연적 과정이 아니라 타인의 권력행사에 의해서 실패한 것을 증명해야 한다. 즉 방지권력 메카니즘(preventive mechanism)을 밝혀야 한다.⁵⁶⁾

51) 유훈, 정책학원론, 법문사(1986), p. 100.

52) F. W. Frey. op. cit. p. 1099. : 김선덕, 무의사결정론의 시각에서 본 최저임금제분석, 서울대학교 행정대학원 석사학위논문, 1988, P. 19.

53) P. Bachrach and M. Baratz, op. cit. p. 947.

54) F. W. Frey. op. cit. pp. 1081-1099.

55) F. W. Frey. op. cit. pp. 1095-1097.

56) Ibid., pp. 1097-1099.

나. 무의사결정의 경험적 연구를 위한 분석모형의 설정

위에서 무의사결정의 경험적 연구방법에 관하여 Bachrach와 Baratz, Frey 사이의 논쟁을 살펴보았는데, Frey 등 다윈론자들이 Bachrach와 Baratz의 무의사결정론이 객관적 측정가능성 내지 과학성이 부족하기 때문에 의미가 없다고 주장하지만 후기행태주의 입장에서 볼 때 주관적 판단을 배제한 엄밀한 과학성과 측정가능성에 치중하여 극히 중요한 실제 현상을 연구대상에서 제외해 버리는 것도 바람직하지 않다고 생각된다. 따라서 보충적인 방법으로 본 연구의 사례에 적용할 분석모형은 대표성과 중요성을 함께 고려해 볼 때 현실적으로 Frey의 경험적 연구방법이 가장 적합할 것 같다.

이에 따라 먼저 일상적인 문제(issue)가 아니라 중요한 문제로써 핵심쟁점(Key issue)의 선정이 있어야 한다. 즉 핵심쟁점은 현존 가치의 배분을 변화시키고자 하는 성격을 갖는다. 다음으로 그러한 이슈와 관련된 개인이나 집단으로부터 영향력 행사를 시도할 것이라고 기대할만한 근거가 있어야 하고, 이러한 영향력 행사가 방지권력 메카니즘에 의해서 좌절되었다는 것을 입증하여야 무의사결정이 있었다고 할 수 있다. 본 연구에서는 위의 경험적 연구방법에 입각하여 실제 사례에 적용시킬 분석모형을 설정하기로 한다.

(1) Key issue의 선정방법

Bachrach와 Baratz는 중요한 이슈 또는 핵심이슈(Key issue)란 정해진 게임의 규칙 또는 지배적 가치, 권력, 권위 등 현존 가치배분에 대해 도전하게 되는 이슈라고 하고, 그 밖의 이슈는 중요하지 않다고 한다.⁵⁷⁾ 그러나 중요한 이슈와 그렇지 않은 이슈는 개념적으로는 가능하지만 실제 구별은 어렵다. 따라서 Key issue의 선정에 있어 어느 정도 가치판단이 필요할 수 밖에 없다. 무의사결정을 경험적으로 연구하기 위해서는 선정된 사례에 대한 정당화가 필요하다. 정당화의 방법에는 대표성을 통한 정당화 방법과 중요성을 통한 정당화 방법이다. 대표성을 통한 정당화 방법은 대표성 있는 이슈가 표본으로 선정되어 연구되어야 한다는 것인데, 후술하는 사례의 경우 전국의 지방자치단체가 아주 유사한 상황에 처해있어 울산시의 사례를 중심으로 연구하고 타시도의 사례를 보충하더라도 어느 정도 대표성은 있다고 주장할

57) Bachrach and Baratz, Power and Poverty, pp. 47-49.

수 있으나 그래도 그 객관성에 의문을 제기할 수 있어 중요성을 통한 선정 방법을 병용하여 적용하고자 한다.⁵⁸⁾

중요성의 선정기준은 먼저 어떤 이슈에 실제로 관여된 사람들이 중요하다고 실제로 느끼는 것을 선정하는 방법이 있는데, 이 방법은 참여자의 의견조사와 관련하여 주관성을 내포하고 있으므로 문제가 있다. 다음으로 그 이슈에 대한 자료를 관찰하여 결정하는 방법이 있다. 이 방법은 Polsby(1963)에 의해 제시된 이슈의 중요성 평가기준으로써 가장 명료하므로 본 연구에서는 이 것을 사용한다.⁵⁹⁾

- ① 얼마나 많은 사람이 그 산출에 의해 영향을 받는가
- ② 얼마나 많은 종류의 자원이 그 산출에 의해 분배되는가
- ③ 얼마나 많은 량의 자원이 그 산출에 의해 분배되는가
- ④ 그 산출에 의한 현존의 자원배분이 얼마나 변경되는가

(2) 영향력 기대의 정당화

무의사결정을 입증하기 위해서 Key issue에 대한 현존의 지배질서나 가치 배분에 의해서 피해를 받는 집단이 그 것을 변경하려고 영향력행사를 시도할 것이라는 기대할만한 정당한 근거가 필요하다. 이러한 기대를 확인하는 방법은 첫째, 여러 행위자들에 의한 영향력행사시도에 대한 기대를 결정해 줄 수 있는 이론(Theory)에 의한 방법이 있다.⁶⁰⁾ 둘째 경험적 비교에 의해 영향력행사의 시도에 대한 기대를 확인하는 방법이 있다.⁶¹⁾ 첫째와 둘째 방법은 연구범위가 너무 넓어져서 본 연구자의 능력범위를 벗어나므로 채택하지 않는다. 셋째로 Bachrach와 Baratz 가 제시한 방법인데 현존의 편견에 의해 이익을 얻는 개인·집단과 피해를 보는 개인·집단을 연구하는 방법이다.⁶²⁾

피해를 보는 집단에서는 이를 개선하기 위해 영향력행사를 시도할 것이라고 추정할 수 있기 때문에 본 연구에서는 이 방법을 사용하고자 한다.

58) 무의사결정에 관한 대부분의 연구는 대표성을 통한 Key issue 선정방법을 포기하고 중요성을 통한 선정방법을 사용한다. 본 연구에서는 두 가지 방법을 병용하고자 한다.

59) Nelson, W. Polsby, community Power and Political Theory (New York, Yale University press, 1963.) P. 96 : 김선덕, 무의사결정론의 시각에서본 최저임금제 분석, 서울대학교 석사논문, 1988. p. 23.

60) H.D. Lasswell 의 Power and Personality 와 Psychopathology and Politics가 대표적 서적임

61) Frey. op. cit. p. 1095.

62) Bachrach와 Baratz, op. cit., pp. 53-58.

(3) 방지권력 메카니즘

Key issue에 대해 피해를 받는 개인이나 집단이 이를 개선하기위해 영향력행사를 시도할 것이라고 기대하지만, 이러한 시도가 좌절된 것이 자연적 현상에 의한 것이 아니라 특정한 행위자의 권력행사나 편견의 동원에 의한 결과라는 것을 밝혀내는 것이 방지권력 메카니즘이 작동한 것이다.⁶³⁾ 방지권력 메카니즘을 발견하는 방법은 재구성적 의사결정분석(reconstructive decisional analysis), 직접관찰(direct observation)등의 방법이 있는데, 전술한 바와 같이 본 연구자는 2009년부터 3년 여간 울산광역시 행정소송의 실무책임자로서 직접 행정소송수행과정에 참여하여 국가기관인 검찰의 무의사결정현상이라고 볼 수 있는 소송지휘사례를 관찰하였으므로 직접관찰에 의한 방법으로 방지권력 메카니즘을 설명하고자 한다. 방지권력 메카니즘은 폭력, 권력의 행사, 편견의 동원·강화 등 여러 가지 형태를 띤다. Bachrach와 Baratz에 따르면 방지권력 메카니즘은 몇 가지 장애(Barrier)의 형태로도 나타나는데, 장애 I은 현존의 지배적 가치, 신념, 신화 등으로 구성되는데, 이것에 배치되는 요구는 이 장애에 의해 억압된다. 장애II는 어떤 이슈가 공식적 정책무대로 진입하지 못하게 막는 절차, 관습, 조직적 장치 등이다.

방지권력 메카니즘은 억압하는 측과 억압받는 측의 인식(recognition)에 따라 다음과 같이 구별된다.⁶⁴⁾

첫째, 양자가 모두 인식하는 경우

둘째, 양자 중에서 어느 한 쪽만 인식하는 경우

셋째는 양자 모두 인식하지 못하는 경우인데 이 경우는 권력관계가 철저히 문화적으로 침투해 있어서 당사자들이 당연한 것으로 여기는 경우로써 방지권력메카니즘을 발견하기가 어렵다.

과거 지방자치제가 활성화되기 전에는 위의 셋째 경우처럼 양자 모두에게 정치문화적으로 지배·복종관계가 내면화되어 권력관계를 당사자들이 인식하지 못하는 경우가 일반적이었을 것이다. 그러나 오늘날 지방자치단체장이 선출되고 자치제가 어느 정도 정착되어 지방정부에서도 중앙정부에 강한 요구

63) Frey, op. cit. p. 1097.

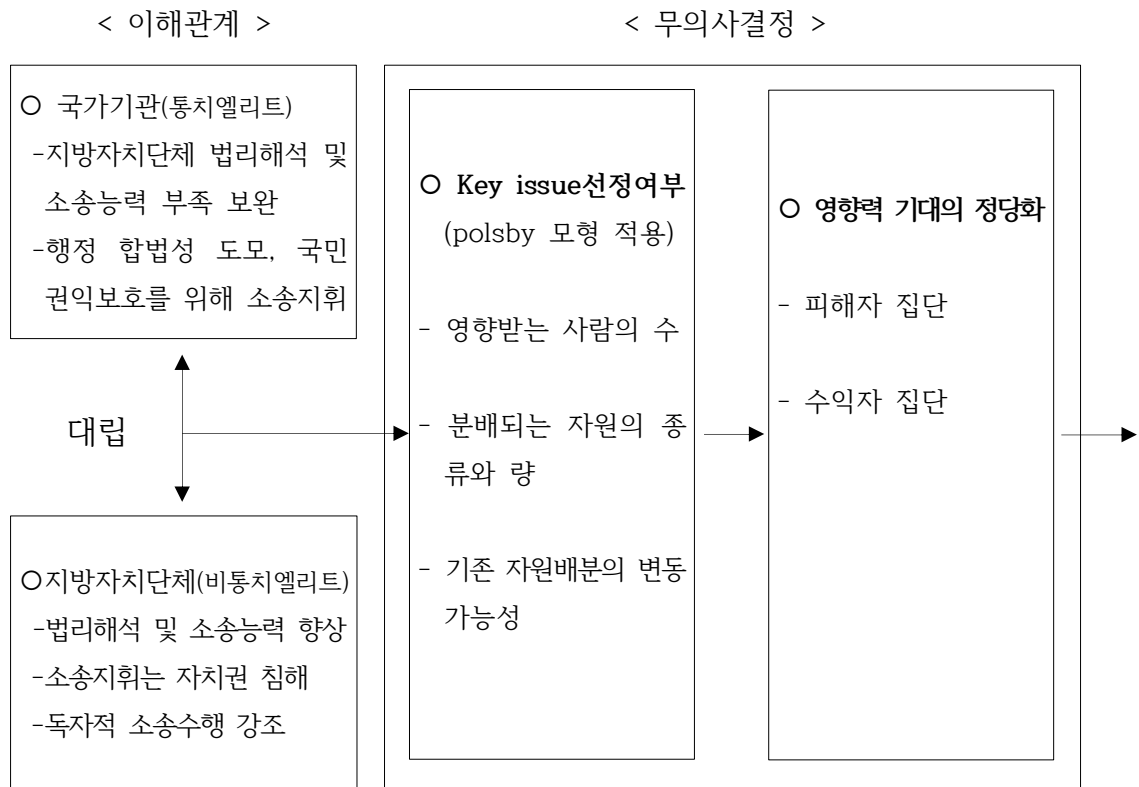
64) Ibid

를 하는 시대가 되었다고 보기 때문에 본 연구자는 억압을 받는 집단(지방자치단체)이 억압을 하는 집단(국가기관)에 대해 현존 가치배분에 대한 변동을 위해 영향력을 행사하였으나 제도적으로 확립된 지배·복종관계에서 이를 억압하기 위한 권력이 행사된 것을 관찰하였으므로 양자가 모두 권력관계를 인식하고 있다고 보고 연구를 진행하고자 한다.

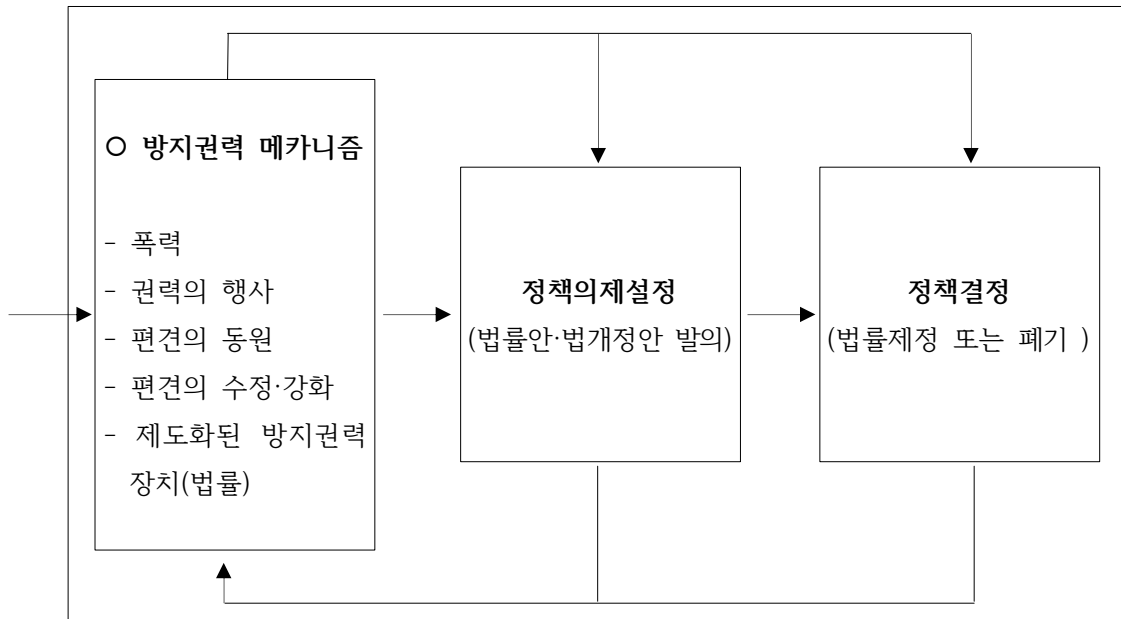
다만 여기에서 울산시 사례를 중심으로 지방자치단체의 상황을 분석할 것인데, 2009년 12월 지방자치단체의 견해를 대변하여 「지방자치단체를 당사자로 하는 소송에 관한 법률안」이 국회 상임위에 발의되어 정책의제설정과정에 진입하였으나 언론 등에 드러나지 않은 어떤 이유로 본회의를 통과하지 못함으로써 정책결정에 이르지 못하였다.

이상에서 언급한 분석방법을 Frey의 경험적 연구방법을 응용하여 분석틀로써 그림으로 나타내면 아래의 <그림1>과 같다.

<그림1> 무의사결정의 경험적연구를 위한 분석틀



<무의사결정>



연구의 분석틀로써 위 <그림1>의 설명은 다음과 같다.

먼저 대립되는 이해관계를 가진 두 기관 즉 행정소송관련 지자체가 가진 법리해석이나 소송수행능력에 대하여 국가기관인 통치엘리트로서 검찰과 비통치엘리트인 지방자치단체가 서로 대립되는 견해를 갖고 있는데, 지방자치단체는 검찰의 행정소송지휘권이 개선 또는 폐지되어야 한다고 요구하고 있으나 검찰은 유지되어야 한다고 보고 있다. 다음으로 이러한 요구를 억압하기 위해 검찰은 무의사결정을 할 수 있는데, 무의사결정의 성립요건은 Frey의 3가지 분석틀인 Key issue 선정여부, 영향력 기대의 정당화, 방지권력메카니즘의 작동 여부 입증을 통해 분석할 수 있고 중요한 문제의 선정에는 Polsby 접근방법을 보충적으로 적용한다. 무의사결정이 정책의제설정 단계에서 실패하면 다음 단계인 정책결정에서 좌절시키거나 피해자집단이 요구하는 실질적인 효과가 발휘되지 않도록 편견의 강화·수정을 통해 의사결정을 수익자집단이 원하는 안전한 범위에 국한되도록 하여 알맹이 없는 결정이 되도록 은밀하게 권력이나 편견의 동원·강화를 추진하고 이는 환류된다.

위의 <그림 1>와 같은 분석방법을 통해 어떤 중요한 문제(Key issue)와 관련된 현존의 가치배분이나 질서유지에 대해 피해를 입는 집단이 그 변화를 위해 영향력을 행사하려고 도전할 때, 이익을 입는 집단이 그들의 기득권

을 보호하려고 지배적 가치나 신념, 관습 등을 이용해 좌절시켜 의사결정과정
에 진입하지 못하게 하는 현상이 확인되면 무의사결정이 존재한다고 결론
지을 수 있을 것이다.

제 4 장 행정소송지휘 사례 검토 및 분석모델 적용

제1절 행정소송지휘 및 시행과정(울산시 사례중심)

1. 울산광역시 연도별 소송사건 처리현황

울산광역시에서는 일상생활에서 비롯되는 각종 법률문제에 있어 시민의 권
리를 보호하고 법률적 도움을 제공하고자 2012년 1월부터 무료생활법률상담
실을 설치·운영하고 있으며, 상담을 희망하는 시민과 공무원을 대상으로 매
주 월·화요일 오후 3시부터 6시까지 사전예약제로 변호사를 통해 무료법률상
담을 지원하고 있다. 상담분야는 가장 많은 비중을 차지하는 금전·부동산·손
해배상·임대차·이혼·상속·호적 등의 순으로 상담이 이루어지고 있고, 2016년
536건, 2017년 462건이 상담 처리 되었다(2018 시정백서. pp. 131~138).

오늘날 시민의 권리의식 수준이 향상되고 당사자간의 이해관계가 복잡해짐
에 따라 분쟁이 확대되고 있고 소송도 증가하고 있다. 이러한 시대적 변화에
맞추어 보다 적극적 대응이 요구되고 있어 행정처분 관련 담당부서와의 긴
밀한 업무협약, 고문변호사 법률자문, 법률전문사이트 운영, 유사 소송사례
전파, 소송실무교육 등을 통해 소송을 적극적으로 수행하고 있다.

한편, 서류없이 전산시스템 상에서 소장, 증거자료, 판결문 등을 주고 받는
전자소송이 2010년 특허사건에 처음 도입된 데 이어 2011년 5월 2일부터 민
사사건에 전자소송이 도입되었고 2013년 1월 21일부터는 행정소송까지 전면
시행되었다. 아래 <표 8>을 보면 2017년 12월말 현재 소송건수는 민사소송
74건, 행정소송70건 등 총144건으로 전년도 154건보다 10건이 감소하였으며,
이 중 62건이 확정 종결되어 승소(소취하 포함)37건, 패소3건, 기타 22건으로
나타났다.

<표 8> 연도별 소송사건 처리 현황

연도	구분	접 수			확 정 종 결					계류중
		소계	이월	신규	소계	승소	패소	소취하	기타	
2013년	계	122	67	55	56	17	6	17	16	66
	민사	75	38	37	31	6	6	10	9	44
	행정	47	29	18	25	11	0	7	7	22
2014년	계	146	66	80	64	18	8	20	18	82
	민사	103	44	59	50	15	6	12	17	53
	행정	43	22	21	14	3	2	8	1	29
2015년	계	164	75	89	84	46	10	18	10	80
	민사	99	46	53	56	27	7	14	8	43
	행정	65	29	36	28	19	3	4	2	37
2016년	계	154	80	74	84	46	8	13	17	70
	민사	82	43	39	48	29	2	10	7	34
	행정	72	37	35	36	17	6	3	10	36
2017년	계	144	70	74	62	25	3	12	22	82
	민사	74	34	40	33	16	0	8	9	41
	행정	70	36	34	29	9	3	4	13	41

지난 3년간 울산광역시에서 접수·처리하는 연평균 행정소송건수는 70건이
고 해마다 행정소송은 집단민원 증가 등 복잡·다양화해지고 있다. 아래
<표 9>를 보면 2015년에는 65건의 행정소송을 처리하였는데, 구체적으로 도
시관리계획입안제안거부처분취소청구, 영업정지처분취소청구 등 항고소송은
물론 토지수용관련 손실보상금 청구⁶⁵⁾, 초과근무수당지급청구 등 당사자소송
도 포함되어 있다.

아래 표에서 ‘자체’라고 표기한 것은 울산시에서 고문변호사나 정부법무공
단(표에서는 ‘법무공단’이라 표기함), 로펌소속 변호사 등 외부변호사를 소송
대리인으로 고용하지 않고 소송담당공무원이 직접 답변서와 준비서면 등 소
송서류를 작성하고 변론을 하는 등 행정소송을 수행하는 것을 말한다. ‘자체·
변호사’로 표기된 것은 지방법원 1심 또는 2심에서는 담당공무원이 변호사

65) 손실보상금청구는 원처분의 위법성을 다투지 않고 지방자치단체를 피고로하여 당사자소송의 형태로
써 보상금만 다투는 경우도 있지만, 지방자치단체장을 피고로 하여 원처분인 토지수용재결처분의 취
소를 구하는 항고소송의 형태로 제기하면서 부수적으로 손실보상금 증액을 청구하는 경우도 있다.

도움없이 자체적으로 소송을 수행하다가 고등법원, 대법원 등 상급심에서는 변호사를 소송대리인으로 고용하여 소송을 수행한 것을 말한다. 이러한 소송 수행과정 전반에서 답변서 또는 준비서면 작성·제출, 변호사 고용, 변론결과, 패소시 항소여부 품의 등 모든 소송사항을 검찰에 보고하여 그 지휘방향에 따라 소송을 수행하지만 대응논리 제공 등 검찰에서의 지원사항은 전혀 없고 패소하더라도 검찰에서는 전혀 책임을 지지 않고 있는 실정이다.

<표 9> 2015년도 울산광역시 행정소송 현황

연번	원고	피고	사건번호	사건명	심급	변호사명	수행방법	결과	종결
1	자동차검사 정비사업 ○○	울산광역시장	2011구합2181 2012누1143 2013두635	조합설립인가거부처 분취소	1심 2심 3심	고문변호사	위임	원고승 항소기각 상고기각	완료
2	주식회사 ○○○산업 개발	울산광역시장	2012구합168 213누2778 2015두493	도시관리계획입안 제안거부처분취소	1심 2심 3심	고문변호사	위임	원고패 항소기각 상고기각	완료
3	심○○외7	울산지토위	2012구합823 2014누526	토지수용재결처분 무효확인등	1심 2심	자체· 변호사	위임	원고일부승 원고일부승	완료
4	선경○○(주)	울산광역시장	2012구합1598 2014누441 2015두752 2015누110	영업정지처분취소등	1심 2심 3심	고문변호사	위임	원고일부승 원피고상 고기각 파기환송 소취하	완료
5	○○에너지 (주)	울산광역시장	2012구합1802 2014누83 2014두11649	교통세등부과처분 취소	1심 2심 3심	자체	자체	원고일부승 원피고항 소기각 원피고상 고기각	완료
6	○○테크외5	울산광역시장	2012구합1970 2013누2259	용암일반산업단지계 획승인신청반려처분 취소	1심 2심	고문변호사	위임	원고승 조정권고	완료
7	○○토건(주)	울산광역시장	2012구합2294 2014누90 2014두15757	사업주체변경처분취 소등	1심 2심 3심	고문변호사	위임	원고패 항소기각 상고기각	완료

8	○○유택	울산광역시장	2012구합2 942 2014누43 4	수질초과배출부과금 부과처분취소	1심 2심	고문변호사	위임	원고패 항소기각	완료
9	김○○	울산광역시장	2013구합1 89	임금	1심	고문변호사	위임	진행	진행
10	채○○	울산광역시	2013구합8 37 2014누20 520 2015두46 352	정보공개거부처분 취소	1심 2심 3심	고문변호· 자체	자체	원고패 항소기각 상고기각	완료
11	조○외 1	울산광역시 (종합건설본 부정미화)	2013구합8 68 2015누20 367	수용재결처분취소	1심 2심	고문변호· 자체	위임	원고일부승 소취하	완료
12	차○○	울산지토위	2013구합1 519 2014누22 311	수용재결취소	1심 2심	자체 등	자체 위임	원고패 진행중	진행
13	그린인더스 ○○(주)	울산광역시장	2013구합1 939	산업단지계획승인신 청반려처분취소	1심	고문변호	위임	소취하	완료
14	김○○	울산광역시장	2013구합1 946 2014누21 042 2015두48 211	원충녹지해제거부처 분취소	1심 2심 3심	고문변호사	위임	원고패 항소기각 상고기각	완료
15	권○○외 2	울산광역시장	2013구합2 499 2014누21 202	개인택시운송사업대 리운전 신고불승인처분취소	1심 2심	고문변호	위임	원고패 항소기각	완료
16	권○○외 1	울산광역시장	2013구합2 826 2014누21 219	개인택시운송사업면허 사업정지처분취소	1심 2심	자체	자체	원고패 항소기각	완료
17	○○종합 건설(주)	울산광역시장	2014구합1 035 2014누22 144	영업정지처분취소	1심 2심	자체· 고문변호	위임	원고패 항소기각	완료
18	○○택시	울산광역시장	2014구합3 39 2014누22 151 2015두40 897	감차명령처분취소	1심 2심 3심	자체· 고문변호	위임	원고패 항소기각 상고기각	완료
19	(주)에스○○ 네트웍스외 1	울산광역시장	2014구합1 394 2015누23 861	압류처분무효 확인	1심 2심	변무(변단)	위임	진행	진행

20	김○○	울산광역시장	2014구합9 19 2014누22 236 2015두48 228	도시계획사업 실시 계획고시처분 취소	1심 2심 3심	근면변회사	위임	원고패 항소기각 상고기각	완료
21	○○정밀(주) 외4	울산광역시장	2013구합2 253 2014누22 687 2015두42 923	하수도 원인자 부담 금 부과처분 취소청 구 및 부당이득금 반환청구의 소	1심 2심 3심	근면변회 · 편마(주)단	위임	원고패 항소기각 상고기각	완료
22	○○산업개 발(주)	울산광역시장	2014구합8 89 2015누23 601	상수도시설물 손괴 자부담금 부과처분 취소	1심	자체	자체	원고패 진행중	진행
23	안○○	울산광역시장	2014구합1 837 2015누22 059	손실보상금	1심 2심	자체 · 변회사	위임	원고일부승 원고항소 기각	진행
24	김○○	울산광역시장	2014구합1 943	수용재결처분취소	1심	자체	자체	진행	진행
25	김○○외 1	울산광역시장	2014구합5 327	손실보상금	1심	근면변회	위임	진행	진행
26	○○여객자 동차(주)	울산광역시장	2014구합2 151	사업일부정지처분취 소	1심	근면변회	위임	원고승	완료
27	손○○외 2	울산광역시장	2014구합5 365	손실보상금	1심	근면변회	위임	진행	진행
28	박○○	울산광역시장	2014구합2 298	보상금 청구	1 심	근면변회	위임	원고패	완료
29	한국○○주 택공사	울산광역시장	2014구합5 877 2015누23 960	무상귀속대상확인	1심 2심	근면변회	위임	원고패 진행중	진행
30	이○○	울산광역시	2014가소1 58780 2015구합5 386	손실보상금	1심	자체	자체	진행	진행
31	(주)○○씨엔 시	울산광역시장	2014구합5 976 2015누24 406	용역일반산업단지계 획승인신청반려처분 취소	1심 2심	근면변회 · 편마(주)단	위임	원고승 진행중	진행
32	한국○○주 식회사	울산광역시장	2015구합2 2	채석허가 신청불허가 처분주소	1심	근면변회	위임	원고패	완료

33	㈜○○에이 시스템	울산광역시장	2015구합5 003 2015누24 406	부정당업자 제재처분취소	1심	자체	자체	원고승 진행중	진행
34	○○운수	울산광역시장	2015구합5 010 2015누23 571	감차명령등처분취소	1심 2심	자체·고 민변호사	위임	원고패 진행중	진행
35	남○○외41 1명	울산광역시외 6	2010가합6 686 2012나26 99 2012누40 36	수당등 (우리시소방공무원 초과근무수당미지급 분청구)	1심 2심	고민변호사	위임	원고일부 승	진행
36	박○○외14 90명(시 7명)	울산광역시외 11	대구지법 2009가합1 4115 091126 2012나1215 2013누575	수당등 (경북전출소방공무 원초과근무수당 미지급분 청구)	1심 2심	법무공단	위임	원고일부 승	진행
37	이○○외 90명(시 1명)	울산광역시외 6	대구지법 2009가합1 4368 091130 2012나28 12 2013누59 9	수당등 (대구전출소방공무 원초과근무수당미지 급분청구)	1심 2심	법무공단	위임	원고일부 승	진행
38	이○○외23 1명 김○○외40 (시1명)	울산광역시외 7	목포지원 2009가합2 946 091201 2012나57 58 광주지법 2013구합2 013 2015누65	임금 (전남전출소방공무 원초과근무수미지급분 청구)	1심 2심	법무공단	위임	원고일부 승	진행
39	정○○외30 명 (시1명)	울산광역시외 6	수원지법 2011가합9 597 110517 2012나77 701 서울고법 2013누81 81 2014두30 37	수당등 (경기전출소방공무 원초과근무수당미지 급분청구),시4,956, 150원	1 심 2 심 3 심	법무공단	위임	원고일부 승	진행
40	홍○○외4명	울산광역시	2011가합2 643 20110421 2012나25 45 2012누40 29	초과근무수당지급청 구 (우리시소방공무원 초과근무수당미지급 분청구)	1심 2심	고민변호사	위임	원고일부 승	진행
41	○○운수(주)	울산광역시장	2015구합3 43	감차명령처분취소	1심	자체	자체	조정권고	완료
42	장○○	울산광역시장	2015구합5 10	손실보상금	1심	자체	자체	진행	진행

43	김○○	울산광역시	2015구합5 270	견책처분취소소송	1심	고문변호	위임	원고패	완료
44	고○○	울산광역시	2015구합5 355	해촉처분무효확인소 송	1심	고문변호	위임	진행	진행
45	이○○	울산광역시	2015구합6 02	토지수용보상금 증액 청구	1심	고문변호	위임	진행	진행
46	박○○외 4	울산광역시	2015구합5 454	조합설립인가무효확 인등	1심	고문변호	자체	진행	진행
47	○○환경기 술(주)	울산광역시	2015구합5 546 2015누23 977	산업단지개발계획변 경 신청거부처분취소	1심 2심	고문변호	위임	원고패 진행중	진행
48	○○엔세브 건설	울산광역시	2015구합5 560 2015누24 413	주택건설사업계획 승인처분취소	1심 2심	고문변호	위임	원고패 진행중	진행
49	장○○	울산광역시	2015구합5 577 2015누24 369	토지수용재결처분취 소	1심 2심	고문변호사	위임	원고패 진행중	진행
50	권○○	울산광역시	2015구합8 55 2015누24 291	도시관리계획결정처 분 무효확인	1심 2심	고문변호	위임	원고패 진행중	진행
51	(주)○○	울산광역시	2015구합5 812	조업정지처분취소	1심	자체	자체	소취하	완료
52	(주)○○환경 연구소	울산광역시	2015구합5 850	보조금환수처분취소	1심	고문변호	위임	진행	진행
53	김○○외 4	울산광역시	2015구합5 829	도시관리계획결정 취소	1심	고문변호	자체	진행	진행
54	황○○	울산광역시	2015구합1 087	손실보상금	1심	자체	자체	원고패	완료
55	강○○외 1	울산광역시	2015구합1 155	보상금 증액	1심	자체	자체	소취하	완료
56	황○○외 6	울산광역시	2015구합 5997	보상금 증액	1심	고문변호	위임	진행	진행
57	한국○○주 택공사	울산광역시	2015구합 73187	무효확인등	1심	고문변호	위임	진행	진행
58	김○○외 1	울산광역시	2015구합 6242	손실보상금	1심	자체	자체	진행	진행
59	윤○○외 1	울산광역시	2015구합 6266	손실보상금	1심	자체	자체	진행	진행

60	○○통운(주)	울산광역시장	2015구합 1421	자동차저당권말소 등록신청거부 처분 취소	1심	자체	자체	진행	진행
61	○○종합건설(주)	울산광역시장	2015구합 6426	건설업등록말소처 부취소	1심	고민변위에 고민변위에	위임	진행	진행
62	○○엔지니어링(주)	상수도사업본부 부동부사업소	2015구합 6587	급수공사비 부과처 분취소	1심	고민변위에 고민변위에	위임	진행	진행
63	김○○	울산광역시장 외1	2015구합 1650	토지수용재결 처분 취소	1심	고민변위에 고민변위에	위임	진행	진행
64	장○○	울산광역시	2015구합 6648	손실보상금	1심	고민변위에 고민변위에	위임	진행	진행
65	이○○	울산광역시장	2015구합 1674	의무보험미가입기 간중유가보조금수급에 따른 행정처분취소	1심	자체	자체	진행	진행

2. 산업단지개발사업실시계획승인신청 반려처분취소소송 지휘사례

가. 울산지방법원 판결(울산시 패소)

1) 처분의 경위

피고(울산광역시)는 2007. 4. 원고 케이에스중공업 주식회사(이하 ‘케이에스중공업’ 이라 함) 울산 남구 남화동과 공유수면을 매립한 사업부지에 공장부지와 도로를 조성하는 산업단지개발 사업시행자로 지정하였고, 원고 아이피중공업 주식회사(이하 ‘아이피중공업’ 이라 함)를 울산 남구 용연동과 공유수면을 매립한 사업부지(이하 원고 케이에스사업부지와 원고 아이피중공업 사업부지를 합하여 ‘이사건 사업부지’라 함)에 공장부지와 도로를 조성하는 산업단지개발 사업시행자로 지정하였음.

원고들은 2008. 7. 피고에게 이사건 사업부지에 관하여 조선기자재 생산을 위한 부지조성사업을 목적으로 하는 산업단지개발사업실시계획 승인신청을 하였음.

이 승인신청에 대해 피고는, 원고들과 이 사건 사업부지내 이해관계사들과 협약에 의하면 산업단지개발사업 실시계획승인이 되더라도 토지보상, 지장물

철거 및 보상 등을 할 수 있을 뿐 공유수면 매립공사에 착공할 수 없다는 이유로 원고들에게 우선 육지부와 빈지에 대해서만 실시계획승인신청을 하고 해면부에 대해서는 추후 이해관계사들의 완전한 동의를 얻어 다시 실시계획승인신청을 할 것을 요구하고, 원고들이 이를 거부하자 2009. 9. 원고들의 산업단지개발사업 실시계획승인신청을 반려하는 처분(이하 ‘이 사건 반려 처분’ 이라 함)을 하였음.

2) 원고들의 주장

피고는 2007. 4. 원고들을 산업단지개발사업시행자로 지정하면서 원고들에게 이 사건 사업부지 내의 공유수면을 매립하면서 위 공유수면에 송유관, 원유하역시설, 발전소, 배수구 등을 설치·운영하고 있는 에스케이·한주·한국동서발전 주식회사(이하 ‘이 사건 이해관계사’라 함)가 입게될 피해에 관한 대책을 수립하여 위 이해관계사들과 합의한 다음 그 합의를 사업신청시에 제출할 것을 요구하였고, 이에 원고들은 이 사건 이해관계사들과 이 사건 산업단지개발사업실시계획 승인에 동의하되 공유수면매립 공사시기만을 이해관계사들의 수중시설물이 이설된 이후로 하기로 하는 내용의 제소전화해를 하고 위 화해조서를 첨부하여 이 사건 산업단지개발사업 실시계획승인신청을 하였는바, 위 승인신청 경위, 산업단지개발사업은 그 기간이 최소 25개월에 달하고, 위 사업의 성공적 수행을 위해 지장물 철거 및 보상 등에 소요되는 자금확보가 시급한 과제인 점, 원고들이 사업시행자로 지정된후 20억원 이상 사업비용을 투자하고 500만불 상당의 외자유치를 진행했고, 사업관련 국토해양부 요청사항 등을 이행한 점을 종합하면, 이 사건 처분은 원고들의 이익은 물론 공장용지 공급을 통한 산업단지 확충이라는 공익을 현저히 침해하여 위법함.

3) 피고의 주장

산업단지개발사업 실시계획승인은, 실시계획에서 정한 사업추진 장애요인이 없거나 장애요인에 대한 제거시기가 명확해야 하는데, 원고들과 이해관계사들 사이에 화해조서에 의하면, 이 사건 사업부지 내에 있는 이해관계사들 소유의 시설물을 이전하고 이해관계사들의 완전한 동의를 받을 때까지 산업

단지개발사업을 시행할 수 없는 결과가 되어 실시계획의 이행여부가 불확실하므로, 원고들의 산업단지 개발사업 승인신청을 반려한 이 사건 처분은 적법함.

4) 관계법령

■ 산업입지 및 개발에 관한 법률

제13조 (산업단지 지정의 해제) ①산업단지로 지정·고시된 날부터 대통령령이 정하는 기간이내에 그 산업단지의 일부 또는 전부에 대하여 제17조 내지 제19조의 규정에 의한 산업단지개발실시계획의 승인을 신청하지 아니한 경우에는 그 기간이 경과한 다음날 당해 산업단지의 지정이 해제된 것으로 본다.

제16조 (산업단지개발사업의 시행자) ①산업단지개발사업은 다음 각 호의 자중에서 산업단지지정권자의 지정에 의하여 개발계획에서 정하는 자가 이를 시행한다.

1. 국가·지방자치단체·정부투자기관·지방공기업 또는 다른 법률에 의하여 산업단지개발사업을 시행할 수 있는 자
2. 「중소기업진흥 및 제품구매촉진에 관한 법률」에 의한 중소기업진흥공단 또는 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」 제45조의3의 규정에 의하여 설립된 한국산업단지공단
3. 당해 개발계획에 적합한 시설을 설치하여 입주하고자 하는 자 또는 당해 개발계획에서 적합하게 산업단지를 개발할 능력이 있다고 인정되는 자로써 대통령령이 정하는 요건에 해당하는 자
4. 제1호 내지 제3호에 해당하는 자가 산업단지의 개발을 목적으로 출자에 참여하여 설립한 법인으로써 대통령령이 정하는 요건에 해당하는 법인
5. 제3호에 해당하는 사업시행자와 제20조의2의 규정에 의하여 산업단지개발에 관한 신탁계약을 체결한 부동산신탁업자
6. 산업단지안의 토지의 소유자 또는 그들이 산업단지개발을 위하여 설립한 조합

②산업단지지정권자는 사업시행자가 제17조 내지 제19조의 규정에 의하여 실시계획승인을 얻은 후 2년이내에 산업단지개발사업에 착수하지 아니하거나 실시계획에 정하여진 기간내에 산업단지개발사업을 완료하지 아니하거나 완료할 가능성이 없는 경우로써 대통령령이 정하는 경우에는 다른 사업시행자를 지정하여 당해 산업단지개발사업을 시행하게 할 수 있다

■ 산업입지 및 개발에 관한 법률시행령

제19조 (사업시행자) ②법 제16조제1항제3호에서 "대통령령이 정하는 요건에 해당하는 자"라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 자를 말한다. 1. 산업단지개발계획에 적합한 시설을 설치하여 입주하고자 하는 자로써 다음 각목의 1의 경우에 해당하는 자 가. 법 제2조제6호 각 목의 시설용지를 직접 개발하고자 하는 경우 나. 산업단지를 개발하여 법 제2조제6호 가목에 해당하는 시설용지(이하 "산업시설용지"라 한다)의 100분의 30 이상을 실수요 산업시설용지로 사용하고, 잔여면적을 입주를 희망하는 자에게 공급하고자 하는 경우 2. 산업단지개발계획에 적합하게 산업단지를 개발할 능력이 있다고 인정되는 자로써 다음 각목의 1에 해당하는 자 가. 「건설산업기본법」에 의하여 일반건설업(토목공사업 및 토목건축공사업에 한한다)등록을 한 자로써 공시된 당해 연도의 시공능력평가액이 산업단지개발계획에서 정한 연평균 사업비(보상비를 제외한다)이상인 자 나. 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」에 의하여 아파트형공장을 설립할 수 있는 자로써 산업단지안에서 아파트형공장의 설립에 필요한 용지를 직접 개발하고자 하는 자 ③법 제16조제1항제4호에서 "대통령령이 정하는 요건에 해당하는 법인"이라 함은 법 제16조제1항제1호, 제2호 또는 이 조 제2항제2호가목에 해당하는 자의 출자비율의 합이 100분의 20이상인 법인을 말한다. ④법 제16조제1항의 규정에 의하여 산업단지개발사업을 시행하고자 하는 자는 다음 각호의 사항을 기재한 사업시행자지정신청서를 산업단지지정권자에게 제출하여야 한다. 1. 사업을 시행하고자 하는 자의 성명(법인인 경우에는 법인의 명칭 및 대표자의 성명)·주소 2. 사업을 시행하고자 하는 산업단지의 명칭·위치 및 사업시행면적 3. 사업시행계획의 개요 가. 사업의 명칭

나. 사업의 시행목적 다. 사업의 종류 및 개요 라. 사업의 시행기간
 마. 사업의 시행방법 ⑤제4항의 규정에 의한 사업시행자지정신청서에는 다음 각호의 서류 및 도면을 첨부하여야 한다. 1. 위치도 2. 사업계획서 3. 자금조달계획서 ⑥제2항 내지 제5항외에 사업시행자의 지정등에 관하여 필요한 사항은 국토해양부령으로 정한다. ⑦ 법 제16조제2항에서 "대통령령이 정하는 경우"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다. 1. 실시계획승인을 고시한 날부터 2년이 경과한 날까지 실시계획의 승인을 받은 사업시행토지면적(매립면적은 제외한다)의 100분의 30 이상의 토지에 대한 소유권을 확보하지 못한 경우 2. 최초로 승인된 실시계획에서 정한 사업기간(사업시행자가 부득이한 사유로 토지소유권을 확보하지 못하여 기간 연장을 요청하여 실시계획승인권자가 이를 인정하는 경우에는 6개월의 범위 내에서 1회에 한하여 기간을 연장할 수 있다) 내에 실시계획승인을 받은 사업시행 토지 중 소유권을 확보하지 못한 토지가 있는 경우 3. 제2항제1호의 사업시행자가 최초 승인된 실시계획에서 정한 사업기간을 1회 연장한 경우로서 그 연장된 사업기간내에 사업을 완료하지 아니한 경우

제21조 (국가산업단지개발실시계획) ①국가산업단지의 사업시행자는 법 제17조제1항의 규정에 의한 국가산업단지개발실시계획의 승인을 신청하고자 하는 경우에는 국가산업단지의 사업시행자로 지정된 날부터 1년 6월이내에 다음 각 호의 사항을 기재한 국가산업단지개발실시계획승인신청서를 국토해양부장관에게 제출하여야 한다. 1. 사업시행자의 성명(법인인 경우에는 법인의 명칭 및 대표자의 성명)·주소 2. 사업의 명칭 3. 사업의 목적 4. 사업을 시행하고자 하는 위치 및 면적 5. 사업의 시행방법 및 시행기간 6. 사업시행지역의 토지이용현황 7. 토지이용계획 및 기반시설계획 ②제1항의 규정에 의한 국가산업단지개발실시계획승인신청서에는 다음 각 호의 서류 및 도면을 첨부하여야 한다. 1. 위치도 2. 지적도등본 3. 계획평면도 및 실시시설계도서(공유수면의 매립이 포함되는 경우에는 국토해양부령이 정하는 매립공사설명서를 포함한다) 4. 사업비 및 자금조달계획서(연차별투자계획을 포함한다) 5. 개발되는 토지 또는 시설물의 관리처분에 관한 계획서 6. 사업시행지역안에 존치하고자 하는 기존공장이나 건축물등의 명세서 7. 사

업시행지역의 토지·건물 또는 권리등의 매수·보상 및 주민이주대책에 관한 서류 8. 공공시설물 및 토지등의 무상귀속과 대체에 관한 계획서 9. 국가 또는 지방자치단체에 귀속될 공공시설의 설치비용산출내역서 및 사업시행자에게 귀속·양도될 기존 공공시설의 평가서 10. 산업단지개발사업대행계획서(당해 계획이 있는 경우에 한한다) 11. 도시관리계획결정(지구단위계획을 포함한다)에 필요한 관계서류 및 도면 12. 종전 토지소유자에 대한 환지계획서(환지계획이 있는 경우에 한한다) 13. 문화재의 보존에 미치는 영향에 관한 서류 14. 피해영향조사서(공유수면매립의 경우에 한한다) ③국토해양부장관은 사업시행자가 부득이한 이유로 인하여 제1항의 규정에 의한 승인신청기간의 연장을 요청하는 경우에는 6월의 범위안에서 이를 연장할 수 있다. ④법 제17조제2항 단서에서 "대통령령이 정하는 경미한 사항의 변경"이라 함은 다음 각호의 변경을 말한다. 1. 사업시행자의 주소변경 2. 법인인 사업시행자의 대표자 변경 3. 사업시행지역의 변동이 없는 범위안에서의 착오 등에 의한 시행면적의 정정 4. 사업시행면적을 초과하지 아니하는 범위안에서 사업을 분할하여 시행하는 경우의 면적변경

5) 판단 및 결론(제1심)

산업입지 및 개발에 관한 법률(이하 '법' 이라 함) 제13조 제1항, 같은 법시행령 제21조 제1항에 의하면, 산업단지개발사업시행자는 사업시행자로 지정된 날로부터 1년 6개월 이내에 산업단지개발실시계획 승인신청을 해야 하고, 산업단지로 지정·고시된 날로부터 2년 내지 5년 이내에 산업단지개발실시계획 승인신청을 하지 않은 경우에는 산업단지의 지정이 해제되는 것으로 간주되는 것으로 규정되어 있고, 법 제16조 제2항, 법시행령 제19조 제7항에 의하면, 시행자가 산업단지개발 실시계획 승인을 얻은후 2년 이내에 산업단지개발사업에 착수하지 않거나 사업시행 토지소유권을 확보하지 못하는 등 산업단지개발사업을 완료할 가능성이 없는 경우에는 산업단지지정권자가 시행자를 변경할 수 있다고 규정되어 있는바, 위 법규정을 종합하면 산업단지개발사업 시행자의 지정 및 그 시행자가 신청하는 산업단지개발실시계획의 승인은 일련의 행위로써, 처분청은 산업단지개발사업 시행자를 지정한 이상 그 시행자가 신청하는 산업단지개발실시계획을 승인해야 함이 원칙이고, 시

행자가 산업단지개발사업의 시행을 해태하거나 사정변경으로 사업시행이 불가능해진 경우에는 시행자 지정을 취소하는 방법으로 시행자를 감독할 수 있다 할 것임.

법시행령 제19조 제7항에 의하면 사업시행자가 최초로 승인된 실시계획에 서 정한 사업기간내에 사업을 완수하지 못한 경우 그 기간을 1회 연장할 수 있음을 규정하고 있는 점을 보면, 원고들이 산업단지개발사업 실시계획 승인을 받더라도 산업단지개발사업을 시행할 수 없는 결과가 되어 사업기간내에 실시계획의 이행 여부가 불확실하다고 속단할 수 없고, 실시계획 인가 후 이해관계사들과의 합의사항을 이행할 수 없어 사업시행이 불가능해질 경우 위에서 본 바와 같이 시행자를 변경하거나 실시계획인가처분을 취소할 수 있을 뿐임.

따라서 원고들을 산업단지개발사업 시행자로 지정한 채로 원고들의 산업단지개발사업실시계획 승인신청을 반려한 이 사건 처분은 위법하여 원고들의 청구는 이유 있으므로 이를 인용함.

나. 검찰의 항소포기 지휘 방침 철회과정

피고 울산시는 제1심 판결(울산지방법원)에서 패소했으나, 산업단지개발사업은 여러 이해관계사업자와 연계되어 있고 경제활성화를 위한 중추기지로써 경제정책의 핵심을 이루는 사업이므로 당해 소송의 승소를 위해 다음과 같은 논리로 검찰(울산지방검찰청)에 항소제기 지휘요청을 올렸음.

첫째 산업단지개발 사업시행자지정과 산업단지개발사업 실시계획승인은 별개의 처분임에도, 사업시행자지정을 했으면 실시계획승인을 해주어야 한다고 판결한 것은 논리의 비약임.

둘째 사업이 불가능한 경우에도 실시계획승인을 해주라는 것은 행정상 용인될 수 없음에도, 실시계획승인을 해주고 나서 향후 사업이 불가능해질 때 사업자지정 및 실시계획승인을 취소하라고 판결한 것은 잘못임.

셋째 원고는 이해관계가 있는 3개사의 협의를 조건으로 사업자지정이 된 자로써 현재 사업자지정의 조건도 충족하지 못하고 있음.

그러나 울산지방검찰청에서는 1심판결의 타당성을 이유로 항소포기지휘를 내부적으로 결정하였고, 이러한 동향을 파악한 울산시에서는 2009. 2. 24. 실무책임자 및 담당국장 등이 검찰을 방문하여 항소제기의 필요성을 설득하였으나 실패하였고, 다시 부시장 등 고위공무원들이 수차례 검찰을 방문하여 1심판결의 잘못과 부산고등법원에 항소제기의 타당성을 적극 설명하여 겨우 항소제기 지휘를 받아내어 2심법원에 항소를 제기하게 되었다.

다. 부산고등법원의 결정 및 소송종결

2010. 6. 부산고등법원 재판부에서는 분쟁의 신속하고 원만한 해결을 통하여 이 사건 분쟁을 종결하기위해 아래와 같은 내용으로 조정을 권고하였다.

조정권고안

- ① 산업단지개발사업실시계획승인은 이 사건 사업구역 중 육지부 및 빈지에 대하여 우선 실시계획을 승인한다.
- ② 사업구역 중 해면부에 대하여는 이해관계자와 협의가 되어 공사가 가능한 시점에 실시계획을 승인한다.
- ③ 피고가 원고에게 2007. 4. 27. 교부한 산업단지개발사업 시행자지정서에 기재된 사업면적은 그대로 유지한다. 다만 추후 해면부에 대한 실시계획 승인서 사업시행자지정 면적의 증감은 발생될 수 있다.
- ④ 육지부 및 빈지에 대한 실시계획 승인은 별도의 승인신청을 받아 절차를 거쳐 승인한다. 단, 추후 해면부에 대한 실시계획 승인은 당초 육지부와 빈지에 대한 실시계획에 해면부를 포함하는 실시계획변경승인 절차로 진행한다.
- ⑤ 원고는 소를 취하하고, 이에 대하여 피고는 육지부 및 빈지에 대한 실시계획을 승인한다.
- ⑥ 소송비용은 각자 부담한다.

이에 피고 울산시는 ‘조정권고안의 내용이 피고가 소송진행 중에 일관되게 주장했던 내용 즉 육지부와 빈지에 대하여만 우선 실시계획승인을 해주겠다

는 것으로 사실상 피고 울산시의 주요 주장을 그대로 받아들인 조정권고안으로써 수용함이 타당할 것'으로 검찰에 소송지휘를 요청·승인을 받고 원고도 소취하를 함으로써 소송을 종결시켰다. 이는 사실상 울산시가 승소한 결정인데, 만약 울산시가 검찰의 당초 2심항소포기 지휘방침에 굴복하였다면 1심패소에서 소송 종결되어 정책방향에 큰 차질을 초래하였을 것이다.

3. 샘플개발허가신청 불허가처분취소소송 지휘사례

가. 울산지방법원 판결(울산시 승소)⁶⁶⁾

1) 처분의 경위

원고(주식회사 천년생수)는 울산시 울주군 두서면 내와리 일대에 양수정을 개발하여 1일 1000톤의 샘물을 채취하고자, 2009. 11. 2 피고(울산광역시)에게 소외 환경영향평가회사(이하 '소외 회사'라 함) 작성의 환경영향조사서를 첨부하여 샘물개발허가신청(이하 '이 사건 신청'이라 함)을 하였다.

피고는 2010. 9. 14 원고에게 '①이 사건 신청지는 상수원보호구역으로부터 상류방향으로 10km 이내인 지역으로 "산업입지의 개발에 관한 통합지침"(이하 '이 사건 통합지침'이라 함) 제36조 제1, 2항에 따라 개별공장입지(먹는 샘물 제조시설)가 불가하며, ② 먹는물 관리법 제11조 제1항은 환경영향심사결과 다른 공공의 지하수 개발 또는 지표수의 수질 등에 영향을 미칠 우려가 있다고 인정하면 샘물개발허가를 하지 않을 수 있다고 규정하고 있는데, 태화강 발원지(탑골샘) 인근에 있는 이 사건 신청지에서의 샘물개발로 인하여 태화강 수계에 미치는 영향 및 이 사건 신청지가 지하수의 최초 함양지역인 점을 감안할 때 개발보다는 보전해야 할 가치가 클 것으로 판단된다'는 이유로 위 개발허가 신청을 불허가하는 이 사건 처분을 하였다.

66) 이 사례는 판결문을 깊이 이해해야 되는데 울산시는 울산지법소송에서 승소하고 부산고법소송에서 패소했으나 대법원 상고제기를 검찰에 지휘요청했으나, 검찰에서는 고등법원 판결문의 패소논리 그대로를 근거로 인용하여 울산시에 상고포기지휘를 내렸고, 그에 반발해 울산시는 '상고제기의견서'를 통해 조목조목 반박하였지만 별다른 토의조차 없이 묵살되었는데 이것이 각각 무의사결정의 요건인 '영향력 행사'와 '방지권력메카니즘'에 해당되는지 살펴보고, 대립되는 집단간의 견해차이를 이해할 수 있도록 연구자는 판결문을 꼭 불필요한 부분만 생략하되 자의적으로 요약하지 않고 가급적 판결문 원문을 실었다.

2) 이 사건 처분의 위법여부

(가) 관련 법령

■ 산업입지 및 개발에 관한 법률

제40조(입지지정 및 개발에 관한 기준) ①국토해양부장관은 산업단지외의 지역에서의 공장설립을 위한 입지지정과 지정승인된 입지의 개발에 관한 기준을 작성·고시할 수 있다.

■ 먹는 물 관리법(2010. 3. 22. 법률 제10154호로 개정되기 전의 것)

제9조(샘물 또는 염지하수의 개발허가 등)

①대통령령으로 정하는 규모 이상의 샘물 또는 염지하수(이하 "샘물등"이라 한다)를 개발하려는 자는 환경부령으로 정하는 바에 따라 시·도지사의 허가를 받아야 한다.

제10조(샘물등의 개발의 가허가)

①시·도지사는 제9조에 따라 샘물등의 개발을 허가하기 전에 제13조제1항에 따른 환경영향조사의 대상이 되는 샘물등을 개발하려는 자에게는 환경영향조사를 실시하고, 그에 관한 서류(이하 "조사서"라 한다)를 환경부령으로 정하는 기간에 제출할 것을 조건으로 샘물등의 개발을 가허가(假許可)할 수 있다.

제11조(샘물등의 개발허가의 제한 등)

①시·도지사는 제18조에 따른 환경영향심사 결과 다른 공공의 지하수 자원 개발 또는 지표수의 수질 등에 영향을 미칠 우려가 있다고 인정하면 제9조의 샘물등의 개발허가를 하지 아니할 수 있다.

제13조 (환경영향조사)

①제9조에 따라 샘물 개발허가를 받으려는 자 중 먹는샘물 제조업자와 그 밖에 1일 취수능력이 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 규모의 샘물을 개발하려는 자는 샘물 개발로 주변 환경에 미치는 영향과 주변 환경으로부터 발생하는 해로운 영향을 예측·분석하여 이를 줄일 수 있는 방안에 관한 환경영향조사를 실시하여야 하며, 조사서를 작성하여 제9조에 따라 허가를 신청할 때에 시·도지사에게 제출하여야 한다.

제18조(환경영향심사)

①시·도지사는 제13조제1항에 따라 제출된 조사서를 환경부장관에게 보내 기술적 심사를 받아야 한다.

■ 산업입지의 개발에 관한 통합지침

제36조(개별공장입지의 선정기준)

① 시장·군수는 다음 각 호의 1에 해당하는 지역에 대하여는 개별공장입지의 승인을 하여서는 아니된다.

7. 광역상수도는 「수도법」에 의한 상수원보호구역으로부터 수계상 상류방향으로 유하거리(상수원관리규칙 제2조제1호에 따른 “유하거리”를 말한다. 이하 같다) 20킬로미터 이내인 지역

(나) 인정사실

(1) 이 사건 신청지는 태화강의 최장거리 발원지인 탐골샘으로부터 직선으로 약 2.86km 지점에 위치해 있고, 인근 계곡물은 위 신청지에서 약 2km 지점의 복안저수지를 지나 대곡천을 따라 흐르고, 상수원보호구역인 대곡댐, 사연댐에 저장되어 울산시민의 생활용수로 공급되는데, 위 신청지로부터 대곡댐까지의 유하거리는 약 7.38km이다.

(2) 원고는 2008. 1. 14. 울주군수로부터 이 사건 신청지에 샘물공장을 건축하여 생수생산을 하겠다는 사업계획승인을 받았고, 2008. 1. 11. 울주군수로부터 샘물공장 건축허가를 받아 공장을 신축하기 시작하였다.

(3) 원고는 2008. 11. 14. 피고(울산광역시)에게 이 사건 신청지 지상에서 샘물개발 가허가 신청을 하였고, 2008. 12. 2. 피고로부터 2년 이내에 환경영향조사서를 제출하는 것을 조건으로 하는 샘물개발 가허가를 받았는데, 원고가 받은 샘물개발가허가증에는 “먹는물관리법 제11조 제1항 규정에 의거하여 개발로 공공의 지하수 등의 수질에 영향을 미칠 경우 샘물개발허가가 취소됨” 이라고 기재되어 있었다.

(4) 원고는 샘물공장을 완공하여 2009. 4. 24. 울주군수로부터 사용승인을 받았다.

(5) 원고는 2009. 11. 2. 피고에게 소외 회사가 작성한 환경영향조

사서를 첨부하여 이 사건 신청지에서 1일 1,000m²의 샘플을 취수하겠다는 취지의 샘플 개발허가 신청을 하였고, 피고는 2009. 11. 9. 낙동강 유역환경청장에게 소외 회사가 작성한 환경영향조사서에 대한 기술적 심사를 요청하였다. 낙동강유역환경청장은 피고에게 3차에 걸쳐 위 환경영향조사서의 보완사항을 통보하였는데, 피고는 2009. 12. 11, 2010. 3. 15. 및 같은 해 7. 8. 위와 같이 통보받은 보완사항을 원고에게 전달하였고, 원고는 2010. 2.경, 같은 해 6.경 및 같은 해 7.경 피고에게 위 각 보완사항에 대한 보완보고서를 제출하였다.

(6) 낙동강유역환경청장은 2010. 9. 2. 피고에게 다음과 같은 내용의 환경영향심사 결과를 통보하였다.

	심사대상	심사결과
		1일 취수 한도량
심사 결과	지하수위 강하, 지반침하, 수자원의 고갈 등 심각한 환경상 피해 예상 여부	심각한 환경상 피해는 없을 것으로 판단되나, 장기적으로 인근 지역 수자원에 미치는 영향에 대한 모니터링 필요
	공공의 지하수 자원 및 지표수 수질에 미치는 영향	공공의 지하수 자원 및 지표수 수질에 미치는 영향은 없을 것으로 판단되나 지속적인 모니터링 필요
	원수 수질의 적정성	기준 이내로 적합
	사업시행으로 인한 환경상 악영향	환경상 악영향은 없을 것으로 판단됨
종합 의견	<ul style="list-style-type: none"> • 모델링 결과, 취수시 탐골지류에 대한 영향은 없으나 지역 여건상 탐골샘 및 복안저수지 등 인근지역에 미치는 영향을 모니터링 할 필요성이 있는 지역이므로 취수로 인한 탐골지류에 미치는 영향을 지속적으로 모니터링 하고 피해가 예상되는 경우에는 취수량 감소 등 이에 대한 대책을 강구·시행하여야 함 • 탐골샘은 태화강의 발원지로 개발에 대한 민원이 많은 지역이므로 지역 민원 해소에 중점을 둘 것. 	

3) 판단

(1) 처분사유 ①에 대한 주장에 관하여

(가) 먼저 이 사건 통합지침 제 36조 제 1항이 이 사건 처분의 근거가 될 수 있는지에 관하여 보건대, 산업입지 및 개발에 관한 법률 제40조 제 1항은 “국토해양부장관은 산업단지외의 지역에서의 공장설립을 위한 입지지정과 지정승인된 입지의 개발에 관한 기준을 작성·고시할 수 있다”고 규정하고 있고, 위 규정에 따라 개별공장입지의 선정기준을 구체적으로 정한 것으로 위 규정과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로써 효력을 가지는(대법원 2003. 9. 26. 선고 2003두2274 판결, 대법원 2007. 6. 1 선고 2005두11500 판결 등 참조) 이 사건 통합지침 제 36조 제 1항 제 7호는 “시장·군수는 수도법에 의한 광역상수도 상수원보호구역으로부터 수계상 상류방향으로 유하거리 20km 이내인 지역에 대하여는 개별공장입지의 지정승인을 하여서는 아니 된다”고 규정하고 있는데, 이 사건 신청지에서부터 광역상수도 상수원보호구역인 대곡댐까지의 유하거리가 약 7.38km인 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 원고의 샘물공장이 이 사건 신청지에 입지하는 것은 허용될 수 없고, 위 샘물공장이 입지할 수 없는 이상 원고는 위 신청지에서 샘물을 개발할 수 없다고 할 것인바, 피고는 광역상수도 상수원보호구역의 수질을 보전하기 위해 이 사건 통합지침 제 36조 제1항 제7호를 이유로 이 사건 처분을 할 수 있다고 할 것이다.

(나) 다음 피고가 이 사건 통합지침 제36조 제1항 제7호를 이유로 이 사건 처분을 하는 것이 신뢰보호의 원칙에 반하는 것인지에 관하여 보건대, 행정청의 행위에 대하여 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위하여는, 우선 행정청이 개인에 대하여 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 하여야 하고(대법원 1999. 3. 9. 선고 98두19070 판결, 대법원 2006. 6. 9. 선고 2004두46 판결 등 참조) 행정청의 공적 견해표명이 있었는지의 여부를 판단함에 있어서는 담당자의 조직상의 지위와 임무, 당해 언동을 하게 된 구체적인 경위 및 그에 대한 상대방의 신뢰가능성에 비추어 실질에 의하여 판단하여야 할 것인데(대법원 1997. 9. 12. 선고 96누18380 판결 등 참조), 앞서 본 바와 같이 이 사건 신청지에서 생수생산을 하겠다는 원고의 사업계획을 승인하고, 위 신청지 지상의 샘물공장 신축에 관한 건축허가 및 샘물공장에 관한 사용승인을 한 행정청은 울주군수이지 피고가 아니므로, 피고가 원고에게 신뢰의

대상이 되는 공적인 견해표명을 하였다고 보기 어려우므로, 원고의 위 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

(다) 마지막으로 울주군수가 위와 같이 사업계획승인, 건축허가 및 사용승인을 하였음에도 피고가 샘플 개발을 불허가하는 것이 행정의 일관성·안전성에 반하는지에 관하여 보건대, 피고는 울주군수와 별개의 행정청으로 울주군수의 위와 같은 처분에 구속된다고 볼 근거가 없고, 위와 같은 울주군수의 처분에 의해 샘플 개발허가가 의제되는 것도 아니므로, 원고의 위 주장 역시 이유 없다.

(2) 처분사유 ②에 대한 주장에 관하여

(가) 신뢰보호의 원칙 위반 주장에 관하여

행정청의 행위에 대하여 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위하여는, ㉠ 행정청이 개인에 대하여 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 하여야 하고, ㉡ 행정청의 견해표명이 정당하다고 신뢰한 데에 대하여 그 개인에게 귀책사유가 없어야 하며, ㉢ 그 개인이 그 견해표명을 신뢰하고 이에 기초하여 어떠한 행위를 하였어야 하고, ㉣ 행정청이 위 견해표명에 반하는 처분을 함으로써 그 견해표명을 신뢰한 개인의 이익이 침해되는 결과가 초래되어야 할 것이다(대법원 1999. 3. 9. 선고 98두19070 판결, 대법원 2006. 6. 9. 선고 2004두46 판결 등 참조).

이 사건에서 보건대, 앞서 본 바와 같이 피고는 환경영향조사서를 제출할 것을 조건으로 원고에게 샘플 개발 가허가를 하였고, 당시 원고에게 “먹는물관리법 제11조 제1항 규정에 의거하여 개발로 공공의 지하수 등의 수질에 영향을 미칠 경우 샘플개발 허가가 취소됨”이라고 기재한 샘플개발가허가증을 교부하였으므로, 환경영향심사 결과 샘플 개발로 인하여 환경에 악영향을 미칠 우려가 있다고 인정되면 샘플 개발 허가를 불허할 수 있다고 할 것이고, 따라서 ㉠ 위 가허가 만으로 피고가 원고에게 확정적이고 중대한 샘플 개발 허가를 해주겠다는 취지의 공적인 견해를 표명하였다거나 ㉣ 이 사건 처분이 종래의 가허가에 반하는 것으로 보기는 어렵다. 또한 원고는 2007. 12. 18. 이 사건 신청지 지상에 샘플공장을 건축하여 생수생산을 하겠다는 취지의 사업계획승인을 신청하여 2008. 1. 4. 이를 승인받았고, 2008. 1. 11.에

샘물공장에 관한 건축허가를 받고 샘물공장을 신축하여 사용승인을 받았고 원고의 의뢰를 받은 소외 회사는 2008. 3. 25., 같은 해 4. 3., 같은 달 11.에 울주군수로부터 지하수 영향조사를 위한 굴착행위신고증을 교부받아 굴착을 마치는 등 이 사건 신청지 지상에서 생수생산을 하기 위한 준비행위를 한 사실도 앞서 본 바와 같으나, 위와 같은 준비행위의 대부분은 피고가 원고에게 샘물 개발 가허가를 한 2008. 12. 2. 이전에 이루어졌으므로, ㉔ 원고가 피고의 가허가를 신뢰하고 이에 기초하여 위와 같은 행위를 하였다고 보기도 어렵다. 따라서 원고의 위 주장은 이유 없다.

(나) 비례의 원칙 위반 주장에 관하여

먹는물 개발법에 의한 샘물 개발허가는 특정인에게 권리나 이익을 부여하는 행정행위로서 법령에 특별한 규정이 없는 한 재량행위이고, 행정청의 판단이 객관적으로 합리적이 아니라거나 타당하지 않다고 볼 만한 다른 특별한 사정이 없는 이상 행정청의 의사는 가능한 한 존중되어야 한다(대법원 1996. 10. 11. 선고 96누6172 판결 등 참조).

이 사건에서 보건대, 앞서 본 사실, 을 제10호증의 3, 을 제13호증의 1, 2, 을 제17호증의 가 기재, 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실, 즉 이 사건 신청지 인근에는 태화강의 최장거리 발원지인 탑골샘이 있고, 위 신청지 인근 계곡을 흐르는 물은 탑골샘물과 합류하여 상수원보호구역(광역상수도)인 대곡댐, 사연댐에 저장되어 울산 시민들의 생활용수로 공급되므로, 이 사건 신청지 인근의 샘물을 보존할 가치 및 필요성이 높은 것으로 보이는 점, 낙동강유역환경청의 환경영향심사 결과는 ‘지하수위 강하, 지반침하, 수자원의 고갈 등 심각한 환경상 피해 및 공공의 지하수 자원 및 지표수 수질에 미치는 영향은 없을 것으로 판단되나 이에 대한 지속적인 모니터링이 필요하다’는 것으로 샘물 개발로 인하여 환경상 피해 등이 발생할 가능성을 배제하지 않고 있는 점, 위 환경영향심사에 참여한 일부 심사위원들의 심사의견은 “이 사건 신청지의 지질 구조상 지하수 함양량이 극히 제한적이고, 위 신청지 인근의 지하수 함양 가능량보다 과도하게 취수시 주변 지하수 고갈 등 심각한 환경상의 문제가 발생할 수 있다”, “취수정 인근에 위치한 탑골샘에 미치는 영향이 클 것으로 판단되므로 취수한도량을 최소화

으로 하여야 한다”는 것이고 지하수위 강하, 지반침하, 수자원의 고갈 등 환경상 피해는 샘물의 취수한도량과 직접 관련이 있으므로 샘물의 취수한도량을 정하는 것은 샘물 개발허가에 있어서 매우 중요한 부분이라 할 수 있는데, 이에 대하여 위 환경영향심사에 참여한 1인의 심사위원은 “소외 회사가 작성한 환경영향조사 3차 보완보고서에 기재된 지하수 개발 가능량의 산정에는 오류가 있다”는 심사의견을 표명하였고, 1인의 심사의원은 위 환경영향심사 후에 ‘이 사건 신청지는 태화강 수계의 상류에 위치한다. 즉 지하수 개발보다는 보존이 필요한 지역이고 과도한 개발이나 오염이 되는 경우 하루 지역에 광범위한 오염이나 지하수 고갈 등 심각한 문제를 초래할 수 있다 무엇보다도 위 신청지는 안산암질의 경암지역으로 단기적인 강우에 의한 지하수 함양은 거의 불가능한 지역이므로 대규모 지하수 개발을 할 수 없는 지역이다. 따라서 원고가 제시하고 있는 굴착정과 시험정에 의해 채수되는 지하수는 과거 오랜기간을 통해 형성된 것이므로 원고가 추진하고 있는 수량의 지하수를 개발하는 경우 해당 지역 일대에 지하수 고갈을 초래할 가능성이 매우 크다.

소외 회사가 작성한 환경영향조사 3차 보완보고서에 기재된 집수면적은 대폭 축소되어야 하고, 지하수 개발 가능량도 재산정되어야 한다. 궁극적으로 위 신청지에 대하여 하루 30m³ 이상의 과도한 개발은 엄격히 제한되어야 한다’는 취지의 의견을 표명하여, 과연 환경영향심사에서 1일 취수한도량으로 산정한 550톤이 적정하게 산정된 것인지 의문이 드는 점, 취수한도량이 적정하게 산정되지 않은 상태에서 샘물 개발허가를 하는 경우 자연환경에 막대한 피해를 입힐 가능성이 높는데, 그 피해가 발생한 후에 취수한도량을 줄인다고 하여 피해가 회복될 수 있는지, 어느 정도의 기간 안에 회복될 수 있는지 불명한 점, 이러한 사항에 대한 확인 없이 샘물 개발허가를 하는 것은 일종의 모험과 같은 것으로써, 헌법의 환경기본권 보장 취지와 환경 관련 법령에서 요구하는 사전배려의 원칙, 사전예방의 원칙 등에 비추어 볼 때 허용되기 어려운 점, 샘물공장 부지의 소유, 샘물공장의 건축, 샘물 제조시설을 갖추는 것 등은 샘물 개발허가의 전제조건이 아닐 뿐만 아니라 피고는 원고에게 샘물 개발허가에 관한 보호가치 있는 신뢰를 부여한 바도 없으므로, 원고가 샘물 개발허가를 받기 전에 스스로의 판단에 의해 위와 같은 행위를 하

는 과정에서 약 80억 원 이상의 비용을 소모했다고 하더라도 이는 원고가 감수하여야 할 손해로 보이는 점, 달리 원고가 이 사건 신청지에서 샘물을 개발하는 것이 반드시 필요하다고 인정할 만한 사정은 없는 것으로 보이는 점 등을 종합해 보면, 피고가 처분사유 ②를 이유로 이 사건 처분을 한 것이 객관적으로 합리적이 아니라거나 타당하지 않아 비례의 원칙을 위반하여 재량권을 남용한 것이라 볼 수 없다. 따라서 원고의 위 주장 역시 이유 없다.

3) 결론

그렇다면, 원고의 이 사건 청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

나. 부산고등법원 판결(울산시 패소)

처분사유에 대한 원고와 피고의 주장은 제1심에서 제기되었던 사항과 대동소이하므로 생략하고 부산고등법원의 판단을 살펴보기로 한다.

(1) 판단

(가) 먼저 이 사건 처분사유 ①에 관하여 본다.

앞서 본 바와 같이 이 사건 공장은 광역상수도 상수원보호구역인 대곡댐 으로부터 상류방향으로 유하거리 7.38km, 농업용저수지인 복안저수지의 만수 위로부터 상류방향으로 유하거리 2.07km 떨어진 지점에 위치하고 있으므로, 피고 주장과 같이 대외적으로 구속력 있는 법규명령으로써의 효력을 가지는 이 사건 통합지침(그 법적성격은 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두23822 판결 참조)에 의하여 공장설립이 제한되는 장소에 입지하고 있기는 하다

그러나 피고가 감독청으로써 울주군수가 한 이 사건 공장에 대한 설립승인 처분이 관계법령에 위배되는 근거로 지방자치법 등 관계법령이 정한 절차를 거쳐 울주군수에게 시정명령을 하거나 직권으로 공장설립승인처분을 취소하는 것은 별론으로 하고(설립승인을 받아서 신축이 완료된 이 사건 공장에 대하여 설립승인을 취소하려면 신뢰보호의 원칙, 비례의 원칙의 제한을 받게 될 것이다), 샘물개발허가를 받고 환경영향심사를 거친 이 사건 사업에 대한 샘물개발허가 여부를 결정함에 있어서는 먹는물 관리법 제11조에 따라 ‘이

사건 사업이 환경영향심사결과 다른 공공의 지하수 자원개발 또는 지표수의 수질 등에 영향을 미칠 우려가 있다고 인정하는 경우'에 해당하는지에 의하여 판단하여야 하고, 이 사건 공장에 대한 설립승인 처분이 관계법령을 준수하였는지 여부는 샘플개발허가와는 그 제도의 취지와 성격을 달리하는 것이므로 이 사건 처분의 처분사유로 삼을 수 없다.

만약 피고가 주장하는 바와 같이 이를 이 사건 처분의 처분사유로 할 수 있다고 본다면, 이는 먹는물 관리법 제11조 규정에 부합하지 않을 뿐 아니라 공적인 견해표명에서 더 나아가 이미 행해진 수익적 행정처분을 믿고 80억 원을 투자하여 공장 및 그 부속시설을 설치한 원고의 신뢰를 아무런 보호조치없이 실질적으로 침해하는 결과를 초래하게 된다.

따라서 이 사건 처분사유 ①은 법률에 부합하지 않는다.

(나) 다음으로 이 사건 처분사유 ②에 관하여 본다.

행정청은 취수계획이 수반할 수 있는 수질의 오염, 지하수의 고갈 등 환경보전 측면에서 중대한 공익상 필요가 있다고 인정할 때는 먹는물 관리법에 정한 샘플개발허가를 거부할 수 있고, 이는 환경영향심사결과 사업계획의 내용, 규모, 방법과 그 것이 환경에 미치는 영향 등 제반사정을 종합하여 사회관념상 공익침해의 우려가 현저한지 여부에 의하여 판단하여야 한다.

그런데 위 인정사실에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사정들 즉, ① 피고로부터 이 사건 조사서의 기술적 심사를 의뢰받은 낙동강유역환경청장은 '취수한도량을 1일 550톤으로 정하는 경우, 이 사건 사업으로 인하여 수자원 고갈 또는 지하수 및 지표수 수질에 미치는 영향이 거의 없어 환경상 미치는 악영향이 없을 것으로 판단되고, 취수시 탐골지류에 대한 영향은 없을 것으로 판단되고, 취수시 탐골지류에 대한 영향은 없다'라는 취지로 최종심사결과 및 종합의견을 통보한 점, ② 이 사건 신청지로부터 직선거리 2.86km 떨어진 곳에 태화강 발원지인 탐골샘이 있기는 하지만 1일 1,000m³로 양수하더라도 영향범위가 취수정을 중심으로 최대 400m에 불과하여 이 사건 사업으로 인해 탐골샘에 미치는 영향은 전혀 없는 점, ③ 이 사건 신청지 인근에는 유수량이 매우 적은 실개천이 태화강 수계를 따라 복안저수지로 유입되는데 그 대부분이 복안저수지에서 양수·배출되어 농업용수로 이용되고 있으

므로, 이 사건 사업으로 인해 태화강 수계의 수질에 미치는 영향은 거의 없을 것으로 보이는 점, ④ 샘물개발을 목적으로 한 이 사건 사업으로 인해 배출되는 폐수는 수질오염물질이 배출허용기준 이하로 배출될 뿐만 아니라 그 대부분이 복안저수지에서 농업용수로 사용되므로 상수원 수질에 악영향을 미친다고 볼 수 없는 점, ⑤ 이 사건 사업으로 인하여 주변지역에 미치는 영향을 최소화하기 위해, 이 사건 조사서에 대한 기술적 심사과정에서 접수지역이 축소되었고, 취수한도량 역시 가장 적게 산출된 지하수 함양율을 적용한 양보다 적은 양으로 결정되었으며, 이 사건 사업으로 인해 공장인근 지류의 유출량이 하루에 불과 3m³ 감소하는 것으로 분석된 점, ⑥ 결국 환경영향심사결과에 의하면 이 사건 사업으로 인하여 지하수 자원이나 지표수 수질 등 환경에 악영향을 미치는 것으로 판단할 아무런 자료가 없고, 단지 이 사건 신청지가 태화강의 상류 지역에 위치하고 있어 장기적으로 인그 지류에 미치는 영향을 감독할 필요성이 있다는 정도에 불과한 점, ⑦ 이 사건 샘물개발허가신청에 이르기까지의 제반과정, 이 사건 처분으로 인하여 원고가 입게되는 불이익의 정도, 인근 주민들의 태도 등을 종합하면, 환경영향심사결과 이 사건 사업으로 인하여 지하수 자원개발 또는 지표수의 수질 등 환경상 악영향은 없을 것으로 판단되었는데, 단지 이 사건 신청지가 태화강 발원지 인근이므로 개발보다 보존해야 할 가치가 큰 곳이라는 추상적인 이유를 처분사유로 삼아서 원고의 샘물개발허가신청을 거부한 이 사건 처분은 환경보호의 특수성 및 필요성을 감안하더라도 비례의 원칙에 위반하여 재량권을 일탈·남용하였다고 볼 것이다. 따라서 이 사건 처분은 위법하다.

(2) 결론

그렇다면 이 사건 처분의 취소를 구하는 원고의 청구는 이유있어 인용하여야 할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론을 달리하므로 이를 취소하고 원고의 청구를 받아들이기로 하여 주문⁶⁷⁾과 같이 판결한다.

다. 검찰의 상고포기 지휘

피고 울산광역시는 제1심에서 승소하였으나 제2심인 위 「부산고등법원

67) 부산고등법원 판결주문은 “1. 제1심판결을 취소한다. 2. 피고가 2010. 9. 14. 원고에 대하여 한 샘물개발불허가처분을 취소한다. 3. 소송총비용은 피고가 부담한다.”로 하고 있다.

2011누 1191 「샘물개발신청불허가처분취소」 사건이 부산고등법원에서 패소하자 부산고등검찰청에 상고제기를 할 수 있도록 해달라는 지휘품신을 올렸으나, 부산고등검찰청은 울산광역시와 전혀 사전협의조차 없이 2011년 10월 다음과 같이 판결문에 명시된 논리(패소사유)를 근거로 상고포기 지휘(의견)를 공익법무관을 실무책임자로하고 차장검사 전결로 시달하였다.

상고포기 의견

○ 원고가 울주군수로부터 샘물공장 신축허가를 위한 공장창업 사업계획승인을 받았고, 이러한 신축허가를 받는 과정에서 울주군수는 법제처의 유권해석을 신뢰하고 공장신축허가 등을 한 점 및 이에 따라 원고는 약 80억원의 자본을 투하하여 위 공장건물 등을 신축한 점

○ 이 사건 샘물개발허가로 인하여 초래되는 영향은 낙동강유역환경청이 작성한 환경영향평가 심사결과서로 판단하는 것이 상당한 바, 그 의견을 보면 “모델링 결과 탐골지류에 영향 없으나 인근 지역에 미치는 영향에 관하여 지속적인 모니터링 필요성이 있다”는 것으로 결론적으로 환경상 피해가 없다고 명시되어 있어 다른 공공의 지하수 개발이나 지표수의 수질에 영향을 미칠 우려가 있다고 판단되지 아니하는 점

○ 신뢰보호의 원칙, 비례의 원칙에 위와 같은 사정과 환경영향심사결과서 등 제반사정을 종합할 때 현출된 증거만으로는 법률심인 대법원에서 원심의 판결이 번복될 가능성이 희박하다고 판단됨

○ 따라서, 상고포기함이 상당하다고 사료됨.

2011. 10. 14

공익법무관 ○ ○ ○

라. 상고포기지휘에 대한 울산시의 재의요청 및 결과

이상과 같이 피고 울산시가 제2심에서 패소함에도 불구하고 대법원에 상고하게 해달라는 소송지휘를 요청하였으나 검찰은 패소판결사유와 같은 논리

로 상고포기지휘를 하자, 울산시는 소송대리인인 정부법무공단의 의견대로 다음과 같이 적극적으로 '상고제기의견서'를 검찰에 제출하였으나 결국 받아들여지지 않아 대법원판결도 받아보지 못한 채 상고포기로 패소하고 종결처리 되었다.

[상고제기 의견서]

① 원심의 「샘물개발허가」 판단기준에 오류

원 심	상고이유
<ul style="list-style-type: none"> ▶ 먹는물 관리법(제11조) 적용 - 환경영향심사결과 다른 공공의 지하수 자원개발 또는 지표수의 수질등에 영향을 미칠 우려가 없어 타당 	<ul style="list-style-type: none"> ▶ 산업입지의개발에 관한통합지침(법규명령), 농어촌정비법 적용 - 폐수 등이 농업용수나 상수원 수질오염으로 직결되기 때문에 농업용저수지 및 상수원보호구역 상류에 원천적으로 공장설립 불가 (수질보전 공익 충분) - 관계 법령상 제한사유가 없는 경우에도 환경보전 등 공익상 필요를 이유로 불허가할 수 있음 <p>(대법원 2005두 13315판결)</p>

② 공장설립 승인조건위반에 대한 판단미흡

원 심	상고이유
<ul style="list-style-type: none"> ▶ 공장에 대한 설립승인처분과 샘물개발허가와는 그 제도의 취지와 성격을 달리하는 것으로 공장설립 조건위반을 불허가처분사유로 삼을 수 없음 	<ul style="list-style-type: none"> ▶ 울주군 공장창업사업계획 승인시 조건부여 <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 5px 0;"> <p>개별법에 의하여 인·허가 받아야 할 사항에 대하여 별도의 인·허가를 득한후 사업을 시행하여야 합니다</p> </div> <ul style="list-style-type: none"> - 공장설립승인과 샘물개발허가는 밀접한 관련이 있음 - 샘물개발허가 이전에 산지전용, 농지전용, 건축물신축, 지하수 굴착 등 대부분의 사업을 완료한 것은 조건위반임

③ 복안저수지 물이 대부분 형산강 수계인 복안리 지역으로 양수·배출된다고 단정하여 사실오인(논리의 비약)

원 심	상고이유
▶ 복안저수지에 유입된 물은 수위가 만수 정도에 이르지 않는 이상 태화강으로 유출되지 않고, 대부분 농업용수로 복안리 지역으로 양수·배출되어 태화강 수계에 악영향을 미치지 않는다고 판단	▶ 한국농어촌공사(저수지관리)의 ‘복안 저수지 유입량 및 유출량 분석자료’ - 태화강 수계(미호리 지역) : 80%유출 - 형산강 수계(복안리 지역) : 20%유출 ▶ 만수위에 이르지 않더라도 태화강 수계인 미호리 지역으로 농업용수 및 하천유지용수로 방류되고 있음(입증)

④ 토지매입, 공장신축비용 등 원고의 불이익만 지나치게 신뢰

원 심	상고이유
▶ 이미 행해진 수익적 행정처분을 받고 80억원을 투자하여 공장 및 부속시설을 설치한 원고의 신뢰를 침해	▶ 부지매입비용(16억원), 건축비용 등 약 80억원(전재산)을 투자했다는 사실만 인정되었고 관련 근거자료 없음(일방 주장) ▶ 이는 생물개발허가를 신뢰하여 투자한 것이 아니라 울주군의 공장설립승인을 신뢰하여 투자한 것임 ▶ 생물개발허가도 받기전에 투입한 비용은 원고의 경솔한 판단으로 보호 가치 없음 - 복수의 허가사항에 하나만 허가받고 투자 ▶ 신청지가 임야에서 공장용지로 지목 변경되어 가치 상승

⑤ 비례원칙의 법리 오해

원 심	상 고 이 유
<p>▶ 신청지가 태화강 발원지 인근이므로 개발보다는 보존해야 할 가치가 큰 곳이라는 추상적인 이유를 불허가 처분사유로 삼은 것은 비례의 원칙 위반</p>	<p>▶ 수질오염 정도에 대해 반드시 수치에 근거한 기준을 정해놓고 허가여부를 결정하여야 하는 것은 아님</p> <p>- 상수원 오염 우려가 크다는 사유만으로 불허가할 충분한 사유인정 (대법원1998. 9. 25. 선고 97누19564판결)</p> <p>▶ 폐수배출허용기준 이내인 경우에는 농업저수지나 상수원 오염 가능성 없다고 단정하는 것은 채증·경험법칙 위반</p> <p>▶ 낙동강유역관리청의 환경영향결과만 신뢰했고 내용(적정 취수량 등)에 대한 검토가 없음</p>

⑥ 기타 샘플개발허가 여부는 행정청의 재량행위

특정인에게 권리나 이익을 부여하는 수익적 행정행위로서 법령에 특별한 규정이 없는 한 행정청의 재량행위로서 행정청의 의사는 존중
(대법원 2000. 10. 27. 선고 99두7579판결)

4. 문제점과 개선방안

가. 현황 및 문제점

1) 항고소송은 물론 당사자소송까지 검찰에서 지휘

국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률(이하 “국가소송법”이라함)이 지방자치단체의 행정소송수행에 적용되는가 하는 문제가 제기된다. 국가(검찰)에서는 국가소송법이 중앙행정기관은 물론 지방자치단체에도 당연히 적용되어 항고소송이든 당사자소송이든 지방자치단체의 모든 행정소송을 지휘·감독할 수 있다고 본다.

강기홍(2011)은 “동법 제2조의 2 68)와 관련하여 지방자치단체도 동법률의

68) 국가소송법 제2조의 2(행정청의 범위): 이 법의 적용을 받은 행정청에는 법령에 따라 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체, 그 기관 또는 사인이 포함된다

적용대상이 되는 경우가 있는 바, 지방자치단체가 ‘법령에 따라 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관’에 해당될 때가 여기에 해당된다”. 라고 하고 있고, 김시목(2006)은 “법령에 의하여 행정권한을 위임·위탁받은 공공단체 등은 국가소송법상 행정청에 포함되므로(제2조의 2), 개별법령에 의하여 행정권한을 위임·위탁받은 지방자치단체는 이와 관련된 당사자소송에서 국가소송법상의 행정청에 해당한다고 볼 것이다” 라고 하는바, 아래에 있는 대법원 판례와 달리 지방자치단체의 행정소송 유형중 항고소송은 물론 당사자소송도 국가소송법 제5조, 제6조 및 동법시행령 제6조의 적용을 받아 검찰의 소송지휘 대상이 된다고 주장하는 것으로 해석된다.

그러나 생각컨대 법리만 일견 형식적으로 본다면 검찰에서 당사자소송까지 지휘할 수 있다고 볼 수 있으나, 행정소송법 제39조에 당사자소송은 국가·공공단체 그 밖의 권리주체를 피고로 한다고 규정하고 있다.

항고소송은 국가소송법에 의한 검찰의 소송지휘 대상이 되지만, 당사자소송은 행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송으로써, 공공단체 그 밖의 권리주체 즉 법인으로써 지방자치단체는 국가소송법 제6조 제1항 소정의 ‘행정청의 장’에 해당되지 않으며⁶⁹⁾, 지방자치단체의 기관으로써 행정청의 장인 지방자치단체장과 구별⁷⁰⁾될 뿐만 아니라, 당사자소송은 공법상 법률관계에 관한 대등한 소송당사자간의 다툼으로써 사실상 민사소송의 성격을 가지므로 당사자 소송은 국가소송법에 의한 검찰의 지휘대상이 아니라고 본다.

판례도(대법원 2006. 3. 9 선고 2005다72041 판결) 같은 취지인바, “지방자치단체는 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률의 적용대상이 아니어서 같은 법 제3조, 제7조에서 정한 바와 같은 소송수행자의 지정을 할 수 없다. 또한 단독판사의 사물관할에 속하는 일정한 사건에 관하여는 민사소송법 제88조가 정하는 제한된 범위 안에서 변호사 아닌 사람에 의한 소송대리가 허용되지만, 그 항소심에서는 합의부가 심판하므로 당연히 민사소송법 제87조가 정하는 변호사대리의 원칙에 따라 변호사 아닌 사람의 소송대리는 허용되지 않는다. 따라서 원심에서 변호사 아닌 담당

69) 국가소송법 제6조 제1항은 ‘ 행정소송을 수행할 때 행정청의 장은 법무부장관의 지휘를 받아야 한다’ 고 규정하고 있다.

70) 법원의 재판절차에서도 항고소송의 피고로써 지방자치단체장(예 : 울산광역시장)과 당사자소송의 피고로써 지방자치단체(예: 울산광역시)를 엄격히 구분하고 있다. 이는 단체위임사무와 기관위임사무 구분논리와 유사한 맥락이다. 기관위임사무는 사무를 공법상의 법인인 지방자치단체에게 위임하는 것이 아니라 그의 기관(시·도지사, 구청장 등 지방자치단체장)에게 위임하는 것이라는 점에서 구별된다.(이 기우·하승수, 전게서, P. 156)

공무원으로 하여금 소송수행자로서 소송대리를 하도록 한 것은 민사소송법 제424조 제1항 제4호가 규정하는 ‘소송대리권의 수여에 흠이 있는 경우’에 해당하는 위법이 있다” 라고 하였다.

2) 소송에 대한 실질적인 지원 없는 형식적 지휘

대부분의 지방자치단체와 마찬가지로 울산지방검찰청의 울산시 행정소송에 대한 지휘는 공익법무관 1명이 모든 행정소송을 검토하므로 너무 많은 사건을 지휘함으로써 심도있는 검토가 불가능하다. 소송에 대응하기 위한 법적논리의 지원이 전혀 없고 지휘내용은 원심판결문에 적힌 판시내용과 거의 일치한다. 앞의 <표 4>에서 보는 바와 같이 소송물가액이 높은 사건의 경우 검찰청 내부에서 단기간에 여러 지휘단계를 거쳐 법무부 장관의 지휘를 받아야 하므로 시간적으로도 사실상 심층적인 검토나 분석이 어려운 실정이다. 따라서 실무상 상소여부 검토의 경우 행정청에 7일, 검찰에 7일 정도의 검토기간이 주어져 이 기간내에 모든 것이 촉박하게 이루어져야 하는데, 기관간 공문왕래시간 및 상소장 제출일 등을 감안하면 심도있는 내용검토와 그에 따른 소송지휘가 사실상 불가능하다.

3) 행정청과 검찰의 업무부담 과중으로 인한 비효율적 소송수행

행정청(지방자치단체)에서는 행정소송과 관련된 소장접수 등 모든 접수문서와 답변서 제출, 변론결과 등 진행상황을 전부 검찰에 보고해야할 대상이 되므로 보고절차에 소요되는 시간과 인력이 과다하여 행정력이 낭비되고 있다. 아울러 검찰청에서도 본연의 업무인 수사나 공소유지이외에 부차적인 행정소송지휘 부담까지 형식적이거나 받게 되므로 비경제적으로 업무를 처리할 수 밖에 없게 된다.

현재 대부분의 지방자치단체는 중요한 행정소송사건의 경우 2007년 12월 법무부(국가송무과) 산하기관으로 설립된 정부법무공단소속의 행정전문변호사를 소송대리인으로 활용하고 있다. 정부법무공단법은 정부법무공단을 설립하여 국가 등의 소송 그 밖의 법률사무를 지원하는 사업을 수행하게 함으로써 국가의 정당한 이익을 보호하고 행정의 합법성을 확보하여 국민을 위한 법치행정의 구현에 이바지함을 목적으로 하고(법 제1조) 소송수행·법률자문

등의 업무를 효율적으로 수행하기 위하여 공단에 60명 이내의 변호사를 두며(법 제13조), 법무공단은 국가·지방자치단체·행정기관 및 그 밖에 대통령령이 정하는 공공단체로부터 위임받은 국가소송(국가를 당사자 또는 참가인으로 하는 소송을 말한다)·행정소송(행정청을 참가인으로 하는 경우를 포함한다)·민사소송, 조정·중재·비송 사건 및 헌법재판사건의 수행을 담당한다(법 제16조). 또한 정부법무공단법 제28조(교류근무)에 의거 법무공단에 검사가 파견되어 업무를 조율하고 있다. 이와 같이 정부법무공단 변호사를 소송대리인으로 선임하는 경우 사실상 법무부의 소송지휘를 받는 것이나 마찬가지로 지역 검찰의 소송지휘를 또 중복적으로 받고 있는 실정이다.

검찰은 업무의⁷¹⁾ 특성상 형사소송전문가이나, 중앙정부나 지방자치단체 관련 행정실무는 다루지 않으며 직접 독자적으로 취급하는 업무분야가 행정소송이 아니므로 행정소송에는 그다지 밝지 못하다. 그럼에도 불구하고 위의 샘플개발허가처분취소소송에서 검찰은 울산시의 소송대리인인 정부법무공단의 상고제기 의견과 다른 상고포기 지휘를 내려 대법원의 최종판단도 받아 보지 못한 채 소송 중도포기를 한 사례를 남겼다.

4) 자치사무에 대한 지휘와 자치권 침해

강기홍(2011)은 “사무판정의 가장 중요한 근거는 해당처분의 근거가 되는 법령이기 때문에, 사무의 판정은 해당 법규에 대한 중앙과 지방의 행정조직 체계 및 그 작동메카니즘, 헌법 및 행정법상의 행정사무집행원리·기준, 나아가 법원의 관례와 헌법재판소의 결정 등이 종합적으로 판단의 기준으로 작용함은 주지의 사실이다” 라고 하였다.

관례(대법원 2001. 11. 27 선고 2001추57 판결)도 “법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 규정하고 있는 사무가 자치사무인지 기관위임사무에 해당 하는지 여부를 판단함에 있어서는 그에 관한 법령의 규정 형식과 취지를 우선 고려하여야 할 것이지만 그 외에도 그 사무의 성질이 전국적으로 통일적

71) 검찰청법 제4조는 검사의 직무에 ‘행정소송수행 또는 그 수행에 관한 지휘·감독’이 분장되어 있으나 주된 업무는 ‘범죄수사, 공소의 제기 및 그 유지에 필요한 사항으로써 형사소송에 치중하고 있고, 행정소송수행의 지휘·감독은 공익법무관이 실무자이자 실질적 책임자로서 부장검사 등의 결재를 거쳐 수행하고 있다. 행정소송은 업무의 숙련도와 신중성이 필요하여 법원에서도 단독판사가 아닌 합의부 부장판사가 주관하고 있다.

인 처리가 요구되는 사무인지 여부나 그에 관한 경비부담과 최종적인 책임 귀속의 주체 등도 아울러 고려하여 판단하여야 한다“고 하였다.

이와 같은 종합적인 판단에 의하여 기관위임사무와 자치사무를 구별한 것은 자치사무에 대한 국가의 관여를 제한하기 위한 것이다.

국가소송법 제6조에는 행정소송을 수행할 때 행정청의 장은 법무부 장관 즉 지방검찰청의 지휘를 받도록 하고 있고, 국가소송법 제2조의 2(행정청의 범위)에는 ‘이법의 적용을 받는 행정청에는 법령에 따라 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체, 그 기관 또는 사인이 포함된다’고 규정되어 자치사무⁷²⁾에 대한 소송지휘가 배제된다고 해석되는데, 그러나 실제로 소송지휘가 이루어지고 있어 문제가 된다.

소송대상이 되는 사무를 국가사무, 위임사무, 자치사무로 구분하기 위해서는 행정처분의 근거가 되는 법규, 판례, 비용부담 주체, 권한의 주체, 구체적 상황 등을 종합적으로 검토해야 될 것이나, 지역개발사업, 지방 토목·건설사업의 시행, 도시계획사업의 시행은 지방자치법상 [제9조(지방자치단체의 사무 범위)]지역개발과 주민의 생활환경시설의 설치·관리에 관한 사무로써 기본적으로 자치사무의 성격을 띤다. 이러한 사무와 관련된 행정소송의 경우에 검찰이 지휘권을 발동하여 지방자치단체의 소송추진방향과 서로 의견이 다를 경우 헌법이 보장한 자치권을 침해할 소지가 높다.

위 산업단지개발사업실시계획승인신청 반려처분취소소송 지휘사례의 경우 산업단지개발사업실시계획 승인권 및 반려권한은 그 근거법인 「산업입지 및 개발에 관한 법률」 등을 볼 때 지방자치단체장(울산시장)에 있고, 그 비용부담도 지방자치단체장에게 있으며 지방자치법 규정과 그 법규의 취지와 절차 등을 종합적으로 판단할 때 자치사무라 생각된다. 샘물개발허가신청 불허가처분취소소송 지휘사례에서 근거법인 「먹는물 관리법」에 샘물개발허가여부는 지방자치단체장(울산시장)에게 있고, 「산업입지의 개발에 관한 통합 지침」에 의하면 개별공장입지의 선정기준에 따른 승인은 기초지방자치단체장이 결정하도록 정하고 있고 지방자치법상 상하수도 설치·관리업무는 자치사무인데 위 사례는 상수원관리와 관련되므로 자치사무로 보인다. 따라서 검찰의 자치사무에 대한 행정소송지휘는 자치권침해로써 위헌소지가 높다.

72) 지방자치단체가 그의 사무를 수행하면서 국가나 다른 지방자치단체로부터 간섭을 받음이 없이 자기 책임하에 처리하는 사무를 자치사무라 한다.(이기우·하승수, 지방자치법, 2007).

5) 기관 간 소송대응 의견이 다를 경우 정책혼선 및 사업차질 초래

지방자치단체가 중점 추진하는 사업과 관련하여 소송이 제기된 경우 기관 간 소송대응방향이나 의견이 서로 다를 경우 지방자치단체가 추구하는 정책 방향에 어긋나거나 도시개발 계획에 차질을 초래할 수 있게 된다. 두 기관이 소송추진방향이 서로 다를 경우는 첫째 지방자치단체의 상소제기 의견에 대해 검찰이 상소포기 지휘를 할 경우 지방자치단체 법률고문이나 고문변호사 등 법률전문인 내지 실무공무원이자 행정전문가의 판단을 가로막아 행정처분의 적법성 확보를 통해 정책의 일관성이나 공익실현을 저해하기 쉽다. 둘째 지방자치단체의 상소포기 의견에 대해 검찰이 상소 지휘를 하게 되는 경우 분쟁해결이 불필요하게 지연되고 소송비용부담이 증가하게 되어 시간적·경제적인 손실을 입게 될 가능성이 높아지게 된다. 특히 이 경우 검찰의 상소제기 지휘결과 최종심에서 승소하게 된다면 그나마 문제가 덜 심각해지지만 패소하게 된다면 당해 지방자치단체만 책임을 지게 되어 시간·비용·사업지연·행정불신 등 심각한 비용을 지불하게 되더라도 검찰측에서는 아무런 책임도 지지 않게 됨으로써 문제가 심각하게 된다.

6) 행정청의 재량행위에 대한 통제 문제

법규의 해석상 행정청의 전문성이 필요하거나 선택의 여지가 있는 분야 또는 구체적 결정을 상황에 따라 달리해야할 성질을 가진 행정행위에는 행정청의 독자적 영역으로써 재량행위가 인정된다. 즉 민의를 대변하는 지방자치단체는 경우에 따라 개인이나 기업을 규제함으로써 다수의 주민을 보호하거나 공익을 도모해야하기 때문에 이익형량(利益衡量)을 해야 하거나 행정청의 독자적 판단영역을 인정해야할 경우 행정청의 판단을 존중하고 타기관의 간섭이 최대한 제한되어야 한다. 물론 그로 인해 피해를 입었다고 생각되는 개인이나 기업은 원고의 지위에서 행정청을 피고로 하여 행정소송을 제기함으로써 재량행위의 남용에 대한 구제를 받을 수 있게 된다.

지방자치단체의 행정소송에 있어서 행정행위의 위법여부는 그 행정행위가 정면으로 실정법을 위반하여 문제되는 경우는 거의 없고 대체로 법규에 근거한 재량행위의 일탈·남용에 따른 것인데, 행정행위는 권한 있는 기관에

의해 취소되기 전까지는 상대방 및 이해관계인 뿐만 아니라 다른 행정청(국
 가기관 포함) 및 법원에 대하여도 일단 유효한 것으로 통용⁷³⁾된다고 하는 것
 이 다수 학자들의 전통적 견해이다. 행정행위의 위법 여부 특히 재량행위의
 일탈·남용 여부는 국가기관인 검찰이 심사·판단하는 것이 아니라 수소법원의
 최종 판단에 의하여 확정되는 것이다. 따라서 검찰이 행정청으로 하여금 행
 정소송의 원심에서 패소판결을 받았다고 하여 그 판결 논리에 따라 상급심
 에 상소를 포기하도록 지휘하여 행정청의 소송수행권을 박탈해 버리면 소송
 비용은 절감할 수 있을지언정 검찰의 예단에 따라 행정청의 재량행위를 위
 법한 것으로 최종판단한 결과가 되어버리므로 문제가 된다. 한편 원심 패소
 판결을 지방자치단체가 수용하여 상급심에 상소를 하지 않고 소송종결처리
 하기로 방침을 정한 경우 그 의견과 달리 검찰에서 행정청으로 하여금 상소
 하도록 지휘하는 것은 행정청의 재량행위를 적법한 것으로 예단하는 것이
 되므로 이 역시 문제된다.

7) 검찰공무원이 원고측에 포획될 가능성

포획(capture)이란 정책과 규제를 만드는 정치인과 관료가 고도의 전문지
 식과 로비능력을 바탕으로 조직화된 이익집단에 휘둘리는 것으로, 공익목적
 을 위해 존재하는 규제집단이 본래의 의도와 다르게 소수 피규제집단의 이
 해에 봉사하거나 피규제집단의 선호와 일치하는 입장에서 규제정책을 펴는
 것을 말한다.⁷⁴⁾

1960년대 이후 정부는 경제발전을 주도하면서 기업과 밀접한 협력관계를
 유지해 왔다. 이런 현상은 수출제일주의, 기업육성을 통한 경제성장이라는
 지배적 가치를 형성하였고, 보조금 지원이나 규제완화는 물론 청원이든 소송
 이든 기업의 민원은 우선적으로 해결해 주었고 기업활동에 방해가 되는 이
 슈는 적대시 되었다. 기업은 오랫동안 한편으로는 정부와 밀월관계를 유지하
 면서 재정력과 전문성을 무기로 정부에 영향력을 행사하여 관료에 대한 포
 획현상이 두드러져 왔다. 이 점은 오늘날 그 위상과 능력이 꾸준히 증대해온

73) 이를 다수 학자들은 '공정력'이라 부른다. 다만 효력의 상대방의 차이에 따라 공정력과 구성요건적
 효력을 구분하여, 공정력은 행정행위의 상대방 또는 이해관계인에 대한 구속력이고 구성요건적 효력
 은 제3의 국가기관에 대한 구속력이라고 보는 견해도 있다.

74) 사공영호, 가부장적 행정문화와 규제관료의 포획에 관한 연구, 서울대학교대학원, 1997. pp. 1-5 :
 김대순, 이익집단이 복지정책결정에 미치는 영향에 관한 연구, 정책과학연구 제19권 2호, p. 112

이익집단과 정부와의 밀접한 관계에서도 드러나는 것과 마찬가지로이다.⁷⁵⁾

만약 원고인 기업이 1심에서 패소하고 2심에서 승소했다면, 피고인 행정청은 당연히 3심에 상고하려 할 것이나 원고측에서 검찰만 설득(로비)하여 행정청에게 상고심포기지휘를 내려버리면 상급법원에 갈 것도 없이 소송에 이기기 때문에 검찰은 로비에 취약하게 된다. 한편 검찰의 소송지휘권이 원고(기업, 이익집단 등)를 길들이기 위한 카드로 활용되면 공정성을 저해하게 될 것이고 결국 원고측과 검은 거래의 온상이 될 수 있을 것이다.⁷⁶⁾

8) 지방자치단체장에 대한 민주적 정당성의 침해가능성⁷⁷⁾

지방자치법 제101조에는 ‘지방자치단체의 장은 지방자치단체를 대표하고, 그 사무를 총괄한다’라고 규정되어 있어 지방자치단체장에게 해당 자치단체에 대한 통할대표권을 규정하고 있는바, 이는 입법자의 단체장에 대한 민주적 정당성의 표현이라 볼 수 있다. 여기에 근거하여 단체장은 지방자치단체를 대표하고, 그 사무를 총괄할 권한이 정당화 되는 것이다. 지방자치단체는 독자적인 개발계획에 따라 균형 있는 도시발전을 위해 추진하는 중요한 사업이 많은데, 이러한 추진과정에서 장애요인이 행정소송의 형태로 제기되는 경우가 많다. 이 때 지방자치단체가 추구하는 방향과 다르게 검찰청이 관여할 경우 사업이 좌절되어 자치단체장이 지닌 민주적 정당성에 대한 침해를 초래할 수 있다.

나. 개선방안

1) 단기적 방안

75) 검찰이 감사원 이문옥 감사관이나 평민당 이상옥 의원 등은 ‘공무원 기밀누설 엄단’, 또는 ‘공직자 비리수사’ 등의 정부발표에 때맞춰 수사착수 며칠 또는 1개월여 만에 전격 구속하는 반면, 이미 문제가 된 재벌기업과 권력기관의 비리 등은 적극 수사를 벌이지 않아 형평을 잃은 처사라는 비난을 받고 있다. 법조계에서는 검찰의 이같은 태도가 검찰수사에 대한 불신을 초래하는 중요한 원인이 되고 있다면서 문제의 재벌기업과 권력기관에 대해서도 엄격한 수사를 해줄것을 촉구하고 있다. 서울지검공안부는 지난 1월11일 발생한 삼성그룹 이근희 회장의 거액밀반출 사건발생 4개월이 지나도록 종결하지 않고 있다(검찰 수사형평 잃고 있다. 한겨레, 1990. 5. 30).

76) ‘스폰서 검사’파문으로 물의를 일으킨 박○○지검장이 사의를 표명한 것으로 23일 확인됐다. 앞서 채동욱 진상조사단장과 소속 검사 2명은 22일 부산으로 내려가 스폰서 검사 의혹을 제기한 건설업자 정모씨 주장의 신빙성과 동기 등을 살펴보기 위해 정씨의 사건기록과 진정서 등을 검토했다. MBC PD수첩은 최근 방송한 ‘검사와 스폰서’ 편에서 ‘박○○지검장과 검사 57명이 ‘향응과 촌지’ 등을 받았으며 실명을 밝힌 바 있다. 한편 참여연대는 22일 박○○검사장을 포함해 의혹 대상자인 전현직 검사 57명을 뇌물 혐의로 검찰에 고발했다(노컷뉴스, 2010. 4. 23).

77) 강기홍, 지방자치단체의 행정소송수행권, 한국공법학회 공법연구 제39집4호, 2011. 6, p. 29.

(1) 항고소송만 소송지휘를 인정하고 당사자 소송은 지휘 폐지

「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」 제6조에는 행정소송을 수행할 때 행정청의 장은 법무부 장관 즉 지방검찰청의 지휘를 받도록 하고 있고, 국가소송법 제2조의 2(행정청의 범위)에는 ‘이 법의 적용을 받는 행정청에는 법령에 따라 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체, 그 기관 또는 사인이 포함된다’고 하여 행정청의 범위를 아주 광범위하게 규정하고 있다. 따라서 이를 근거로 법무부장관은 지방자치단체의 행정소송을 지휘할 수 있다고 볼 수도 있으나, 행정소송법 제13조 및 제38조에서는 취소소송 등 항고소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분 등을 행한 행정청을 피고로 한다고 규정하고 있다. 행정소송법 제39조는 당사자소송은 국가·공공단체 그 밖의 권리주체를 피고로 한다고 규정하고 있다.

그런데 앞의 문제점 분석에서 보았듯이 국가소송법 제2조의 2(행정청의 범위)를 행정소송법 제13조 및 제38조, 제39조와 관련시켜 해석할 때 당사자소송의 피고는 ‘공공단체 그 밖의 권리주체’ 즉 법인으로써 지방자치단체로 보이므로 항고소송의 피고로써 행정청의 장인 지방자치단체장과 구별⁷⁸⁾ 된다. 따라서 국가소송법 제6조에 따라 ‘지방자치단체’가 아닌 ‘행정청의 장’이 행정소송을 수행할 때 즉 항고소송의 피고인 행정청의 장의 지위일 때만 검찰지휘를 받게되는 것이지 당사자소송의 피고인 지방자치단체는 검찰지휘의 대상이 아니라고 볼 것이다.

당사자소송은 공법상 법률관계에 관한 대등한 소송당사자간의 다툼이므로 사실상 민사소송의 성격을 가지므로 국가소송법에 의한 검찰의 지휘대상이 아니라고 본다. 따라서 검찰의 지휘대상은 항고소송에만 국한되어야 할 것이다.

(2) 중앙의 지방통제 적정화

중앙정부와 지방정부간 관계정립을 위한 과제으로써 흔히 국가사무의 지방이양 강화를 통한 지방사무의 확대, 국세의 지방세 이양과 지방간 재정력 격차 완화 등을 통한 지방재정력 강화 등을 들고 있으나, 중앙의 지방통제 적정화도 중요하다. 국가는 「중앙행정권한의 지방이양촉진등에 관한 법률」과 「수도권정비계획법」, 「지방자치분권 및 지방행정체제개편에 관한 특별법」

78) 법원의 재판절차에서도 항고소송의 피고로써 지방자치단체장(예 : 울산광역시장)과 당사자소송의 피고로써 지방자치단체(예: 울산광역시)를 엄격히 구분하고 있다.

등에 근거하여 합리적 권한이양과 적절한 통제수단을 통해 지역균형발전과 지방의 재정력 격차 해소, 지방분권 등을 추진하고 있다.

앞에서 살펴본 바와 같이 오늘날 지방자치단체는 독자적으로 행정소송을 충분히 수행할 수 있을 만큼 소송능력이 향상되었고, 국제화·지방화시대에서는 기존의 권력적 지방통제수단인 감사, 조사, 승인, 취소 등에 대한 저항은 물론이며 법률지식 보완 내지 소송기술 지원명목으로 중앙정부에서 지방정부의 행정소송을 지휘·감독하는 권력적 통제수단에만 의지할 경우 중앙통제의 효율성은 크게 저하될 것이다. 그러므로 향후 중앙정부는 과거의 권력적 통제위주의 관행을 탈피하여 조언, 지원, 이전재원의 운용을 통한 재정통제 등의 비권력적 통제수단을 적극 활용하는 방향으로 방향을 전환하여야 할 것이다.⁷⁹⁾

(3) 자치사무에 대한 검찰지휘 폐지

검찰의 소송지휘가 지방자치단체의 자치사무를 대상으로 하는 경우 국가소송법 제2조의 2(행정청의 범위)해석상 위법소지가 높고, 헌법이 보장한 자치권을 침해할 소지가 높다. 또한 지방자치단체는 전권능성의 원칙에 따라 지방에 고유한 사무를 임의로 처리하고 규율하는 권한을 가지며, 자기책임성의 원칙상 지방사무를 처리함에 있어 국가의 후견적 감독없이 자기의 책임하에 자율적으로 처리할 수 있어야 할 것이다.⁸⁰⁾

(4) 항고소송 중 집단소송 및 행정적·재정적으로 중요한 사건만 지휘

국가소송법을 합리적으로 해석하여 소송수행청의 요청이 있는 사건으로써 원고가 다수이거나 그 효과가 다수민원과 관련된 사건 또는 지방자치단체가 국가나 타 지방자치단체와 관련되어 국가의 지원이나 개입이 필요한 사건 등 중요한 사건에 제한적으로만 소송지휘가 허용되도록 할 것이고 예시하면 다음과 같다.

- 첫째, 집단소송 및 다수민원 관련사건으로써 국가적으로 의미가 큰 사건
- 둘째, 소송결과 선례적 의미를 남길 수 있거나 범죄와 관련된 사건
- 셋째, 검사 등 국가의 지원이나 개입없이 소송수행이 곤란한 사건

79) 이승종, 지방자치론(제2판), 박영사(2011), p.341.

80) 박균성, 전거서, p.1002.

내째, 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」 시행령 제6조에 의하여
검사 및 공익법무관과 행정청이 공동으로 수행하는 사건

2) 장기적 개선방안

검찰이 지방자치단체 행정소송을 지휘하는 주된 이유는 국가의 법률해석
및 법집행의 통일성 도모를 내세우는데, 사실 지방자치단체가 추진하는 행정
소송은 각 지역의 특수성과 추진하는 개발방향이나 도시계획 등 여건에 따
라 서로 다르기 때문에 전국적으로 법률해석의 통일성을 도모하기가 어려울
뿐만 아니라, 획일적으로 법을 해석하거나 법집행을 통일하면 오히려 탄력적
인 대응이 어려워 질 수도 있다. 따라서 「국가를 당사자로 하는 소송에 관
한 법률」을 개정하여 지방자치단체에 대한 행정소송을 검찰의 지휘대상에
서 제외해야 할 것이다.

오늘날 교통·통신의 발전에 따라 국민의 권리의식이 향상되고 행정수요의
확대 등에 따라 소송유형의 복잡 다양화·대량화 추세로 가고 있어 송무업무
전반에 있어서 지방특성에 맞는 전문화가 필요한 시점을 맞이하고 있다. 따
라서 가칭 「지방자치단체를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」을 제정하여,
원칙적으로 지방에서 독립적으로 소송을 추진하되 검찰의 지휘범위를 이상
에서 살펴본 바와 같이 먼저 지방자치단체의 요청에 의한 경우로써 행정적·
재정적으로 중요한 사건에 한하여 지휘하도록 제한해야 할 것이다.

제2절 분석모델로써 무의사결정의 경험적 연구방법 적용

1951년 12월 국가소송법이 제정된 이래 행정소송에 대해 법무부장관이 행
정청의 장을 지휘하도록 한 것이 그 문제점에도 불구하고 2009년 1월까지
동법이 8번 개정되도록 그 것을 폐지 또는 제한적으로만 인정하자는 공식적
논의가 없다가, 2009년 12월 일부 국회의원 등이 “지방자치단체를 당사자로
하는 소송 등에 관한 법률안”⁸¹⁾을 공동발의하여 국회법제사법위원회에 동년

81) 동법률안 주요내용에는 가. 이 법은 지방자치단체를 당사자 또는 참가인으로 하는 소송 및 지방자치
단체의 관할구역의 자치사무에 관한 행정소송의 수행에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 소송의
효율적인 수행과 소송사무의 적정한 관리를 도모함을 목적으로 함(안 제1조). 라. 지방자치단체의 장
은 해당 관할구역의 자치사무에 관한 행정소송을 수행함에 있어 필요한 경우 법무부장관에게 지휘를
요청할 수 있고, 이러한 경우 법무부장관은 특별한 사유가 없는 한 이를 거부할 수 없도록 함(안 제4
조).

12월 회부하였으나, 본회의 심의도 받지 못하고 2012년 5월 결국 폐기된 것과 위에서 본 울산시의 「샘물개발허가신청 불허가처분취소소송」 지휘사례, 「산업단지개발사업실시계획승인신청 반려처분취소소송」 지휘사례 등 검찰의 행정소송 지휘사례가 무의사결정(Non-decision making) 때문이라는 것을 입증하기 위해, Frey의 경험적 연구방법을 적용하여 먼저 일상적인 문제인지 아니면 중요한 문제인지를 결정할 Key issue 여부를 밝히고, 둘째로 피해자 집단으로부터 현상을 변경하고자 하는 영향력 행사에 대한 기대의 정당화가 있었는지를 확인하고, 셋째로 그럼에도 불구하고 수익자집단으로부터 권력방지메카니즘의 작용으로 그러한 시도가 좌절된 것을 전국의 현황을 비교하되 울산시 행정소송 지휘사례를 중심으로 하여 밝히고자 한다.

먼저 행정소송수행과 관련하여 서로 대립되는 이해관계가 있는지에 대해 살펴보면 울산시 및 다른 지방자치단체의 지배적 가치와 신념체계는 앞의 <표 3>에서 제시하였듯이 국가기관으로써 검찰의 지배가치 및 신념체계와 명백히 차이가 나므로 서로 이해관계가 다르다. 지방자치단체는 스스로의 책임하에 자율성을 갖기를 원하므로 독자적인 소송수행을 원하고 있으나 국가 소송법에 규정된 보고 및 지휘요청 의무, 소송해태(訴訟懈怠)시 징계 등의 규정에 의해 검찰과 경찰의 수사지휘 관계처럼 사실상 지배·복종관계에 놓여 있어, 그 제도개선을 하기 위하여 언론홍보 등을 통해 외부에 이슈가 될 정도로 강력하게 영향력을 발휘하지 않고 내부적으로 기관간 공문이나 회의, 방문 등을 통해 이의를 제기해 왔을 뿐인 것이다.

울산시와 부산, 전남 등 지방자치단체의 행정소송에 대한 검찰의 관여에 대하여 Frey가 제시하는 ‘무의사결정이 초래하는 상태의 유형’ 즉 무의사결정에 따라 피해자집단이 반응하는 영향력 행사의 유형을 살펴보면, 지방자치단체의 소송추진방침과 다른 검찰의 소송지휘에 대하여 언론 등 외부에 알리지는 않고 내부적으로 재의를 공식 요구하였으므로 Type I 즉 검찰의 무의사결정에 의해 피해를 보고 있는 사람들이 자신의 이해관계를 의식하고 있지만 징계나 조사 등 막강한 권력집단으로부터 보복적으로 되돌아올 부정적 반작용을 예견하고 있기 때문에 자신들의 영향력 행사를 부분적으로 제한하고 있는 경우로 보인다.

Wolfinger는 무의사결정이 초래하는 상태의 유형⁸²⁾에 대하여 포기(renunciation), 자제(abstention), 비참여(nonparticipation)의 3가지 유형으로 구분하였는데, 위의 울산시와 부산시, 전남 등의 무의사결정이 초래하는 상태의 유형은 ‘포기’에 해당된다. 즉 이미 의사결정에 참여하고 있는 행위자가 다른 사람들로 부터 기대된 부정적 반응 때문에 어떤 특정한 영향력 행사 시도를 포기⁸³⁾한 것이다.

한편 앞에서 살펴본 것처럼 울산, 부산, 전남 등 지방자치단체는 검찰의 행정소송지휘방침에 반발하여 재의요청을 기관간에 내부적으로 공식제기하여 Type I에 해당될 것이나, 나머지 일부 시도의 경우 검찰에 대하여 공식적으로 이의를 제기한 증거가 없으므로 Type II에 해당되는 것으로 보인다. 즉 무의사결정에 의해 피해를 보고 있는 사람들이 자신의 이해관계를 의식하고 있지만 부정적 반작용을 예견하고 있기 때문에 자신들의 영향력 행사를 완전히 제한하고 있는 경우이다. 이는 Wolfinger의 ‘자제’에 해당하고 동조과잉에서 비롯된 것으로 보인다. 그 이유는 소송수행자가 소송해태행위를 했다고 판단될 때에는 국가소송법 제14조에 의거 검찰은 소속행정청의 장에게 당해 소송수행자의 징계를 건의할 수 있도록 규정되어 있기 때문이다.

1. Key issue 여부(이슈의 선정)

중요한 이슈가 무엇인지에 대하여 “Bachrach와 Baratz는 지배적 가치 또는 게임의 규칙에 대한 도전은 모두 중요한 이슈이며 그 밖의 것들은 중요하지 않다⁸⁴⁾”고 주장하였으나 중요한 이슈와 상대적으로 그렇지 않은 이슈를 구별하는 것은 경험적으로 매우 어렵다. 따라서 비교적 명확한 기준을 제시하기 위해 다음과 같이 Polsby가 제시한 「이슈의 중요성 평가기준」을 사용하여 검토하고자 한다.

82) Raymond E. Wolfinger, " Nondecision and the Study of Local Politics, " *APSR*, Vol.65 (December 1971), PP. 1065-1077. : 조탁, 전계논문, p. 33.

83) 무의사결정이 초래하는 상태의 유형에 있어서 Frey의 ‘Type I’과 Wolfinger의 ‘포기’는 완전히 일치하지는 않는다. Type I은 영향력행사의 일부제한으로 해석되므로 Wolfinger의 ‘포기’는 영향력행사의 일부 포기로 보아야 할 것이다.

84) Peter Bachrach and Morton S. Baratz, "Two Faces of Power", p. 950.

가. 영향받는 사람의 수

전국 지방자치단체의 행정소송 제기건수는 점차 증가하고 있고⁸⁵⁾, 그 내용은 복잡·다양하고 소가는 고액화하고 있으며 이에 따라 이해관계자의 범위도 증가하여 소송결과에 따라 영향받는 사람도 많게 된다(<표 1>참조).

왜냐하면 민의(民意)의 대변자로서 다양한 이익을 조정하여 공익추구를 목표로 다수와 관련된 정책을 추진하는 지방자치단체(피고)에게 미치는 행정소송수행방식(검찰의 지휘에 따른 상소여부결정)과 소송결과(패소 또는 승소)는 1차적으로는 원고나 피고인 지방자치단체에게 돌아가지만 결국 그 지역 주민에게 돌아가 많은 영향을 미치기 때문이다. 울산시에서 검찰의 소송지휘를 받는 행정소송건수가 연평균 70건이고, 울산시의 핵심사업의 하나인 지역개발이나 도시계획, 복지시설 구축, 산업단지 추진 등과 관련하여 행정소송이 제기된 경우 그 영향을 받는 사람은 지역주민 대다수가 될 것이다. 위의 사례 샘물개발불허가처분취소소송의 경우 불허가처분 사유는 상수원보호구역 상류에 폐수를 방출하는 샘물공장허가를 거부함으로써 하류에 있는 사연댐으로 흘러가는 수원(水源)을 보호하기 위함인데, 1심에서 승소했지만 2심에서 패소한 울산시는 검찰에 상고심 소송지휘의 포기요구 즉 울산시가 상고를 제기하겠다고 보고했음에도, 무의사결정(방지권력 메카니즘)에 기인하여 승소가능성이 없다는 이유로 이를 묵살한 상고포기지휘가 내려짐으로써 이에 따라 울산시 백만 급수인구가 영향을 받게 되었다.

나. 영향받는 자원의 종류와 양[비중]

지방자치단체의 행정소송 자치수행권의 목적·행정소송지휘의 실익에 비추어 공익보호자로서 행정 및 시민에 미치는 영향 등을 분석한다. 검찰의 행정소송수행지휘권이 제한되거나 폐지되면 행정청과 검찰의 업무부담 과중으로 인한 비효율적 소송수행을 줄일 수 있을 것이고, 검찰공무원이 원고측에 포획되어 부정부패의 통로로 악용될 가능성이 획기적으로 줄어들게 되고, 지방자치단체는 지역여건과 정책방향에 맞도록 소송을 관철시켜 지방자치제에 기여할 것이다. 위 사례에서 「샘물개발불허가처분취소소송」의 경우 샘물개발 신청지가 태화강 발원지 인근이므로 개발보다는 보존해야 할 가치가 큰

85) 일단 행정소송을 제기한 후 취하해 버리거나 법원에 의한 조정, 화해 등에 의해 종국판결전에 종결되는 사건도 증가하고 있고, <표 1>은 이러한 소송도중 해결된 사건을 제외한 것이다.

곳이며, 상수원보호구역 상류에 수원(水源)을 고갈시키고 폐수를 방출하는 샘물공장허가를 거부함으로써 하류에 있는 광역상수원인 사연댐으로 흘러가는 소하천을 관리하여 수원을 보호하기 위한 처분인데, 지방하천 및 소하천의 관리와 상수도·하수도의 설치 및 관리에 해당되는 업무이고 비용부담주체도 지방자치단체이므로 지방자치법제9조 제2항에 규정한 자치사무로 보인다. 따라서 자치사무에 대한 행정소송지휘 자체가 문제이고, 지방자치권의 심각한 침해라 할 수 있다. 따라서 영향받는 자원의 종류와 양은 소하천 등 수자원관리를 통한 광역상수원 보호와 자치사무에 대한 침해로써 백만 울산 시민이 행정소송 수행방향에 따라 영향을 받는 것이다. 또한 무의사결정의 결과 백만시민의 상수원인 수자원보호·관리를 위해 대체수자원 개발이나 정수비용 추가부담 초래 등 울산시에 막대한 영향을 미치게 된 것이다.

다. 기존 자원배분의 변경가능성

국가소송법개정을 통해 검찰의 행정소송지휘권이 폐지되거나 제한된다면, 그동안 행정소송지휘를 통해 검찰에서 누려오던 지방자치단체 통제를 더 이상 할 수 없게 되고 지방자치단체는 국가의 간섭없이 스스로의 책임하에 독자적 소송수행권을 갖게 되어 신속한 소송사무처리와 예산절감은 물론 중앙집권적문화가 지방자치제 정착으로 개선 될 것이다. 따라서 기존자원배분의 변경가능성은 높다. 사례의 경우 검찰의 상고포기 지휘가 없었다면, 울산시가 비록 2심에서 패소했으나 1심에서 승소했고, 그것도 실정법규 위반이 아닌 재량권일탈·남용사유로 패소했으므로, 울산시는 승소할 가능성이 충분히 있어 독자적으로 대법원에 상고하여 승소한다면 상수원보호구역상류의 샘물 공장건축이 불허되어 광역상수도인 사연댐의 수질을 보호하였을 것이므로 기존자원배분의 변경가능성이 있다.

라. Key issue(핵심 쟁점) 여부 입증

이상의 사례에 나타난 이슈는 Polsby의 기준에 비춰보면 영향받는 사람의 수, 영향받는 자원의 양과 종류가 많고, 기존자원배분의 변경가능성이 지대하므로 매우 중요한 이슈(Key issue)라 할 것이다. 따라서 무의사결정 현상이라 볼 수 있는 요건 중의 하나가 드러났는데 위에서 논한 이슈에서 연구

하는 것에 대한 타당성이 입증된다고 할 것이다.

2. 영향력의 기대(영향력 행사에 대한 기대의 정당화)

가. 피해를 입는 집단

검찰의 행정소송지휘로 인해 1차적으로 피해를 입는 집단은 당해 소송과 관련되어 자치권(행정소송 수행권)의 침해 받는 전국의 지방자치단체가 될 것이다. 왜냐하면 패소하더라도 검찰은 전혀 그 결과에 책임을 지지 않고 당해 지방자치단체가 고스란히 그 부담을 떠안기 때문이다. 행정청은 민의의 대변자로서 공익추구가 목적이므로 당해 소송과 직·간접적으로 관련된 주민들이 2차 피해집단이 될 것이다. 예를 들면 공해유발업체에 대한 영업정지처분취소소송의 경우 검찰에서 항소포기지휘를 내렸다면 승소가능성이 차단되므로 인근 주민들이 피해집단이 될 것이다.

위의 울산시 사례에 있어서 샘물개발불허가처분은 지방자치법상 자치사무에 해당된다고 보이고, 「구 중앙행정권한의 지방이양촉진 등에 관한 법률」에 따르면 지방하천 및 소하천의 관리와 상수도·하수도의 설치 및 관리 같은 지역개발과 주민의 생활환경시설의 설치·관리에 관한 사무를 지방자치단체에서 가능한 한 독자적으로 처리하도록 할 것이라 규정되어 있음에도 불구하고 검찰의 상고포기지휘 때문에 울산시의 정책방향과 맞지 않음에도 상수원보호구역 상류에 원고의 생수공장건축이 가능하도록 허가를 내주어야 하게 됨으로써 광역상수도 수원관리에 차질을 빚게 되어 울산시가 일차적인 피해집단이 된 것이고, 이러한 상황을 변화시키려고 영향력 행사를 시도할 것이라고 기대할 수 있다.

나. 이익을 보는 집단

행정소송 지휘로 이익을 보는 집단은 1차적으로는 검찰인데 그 이유는 첫째 당해 업무 실무담당자가 공익법무관이므로 공익법무관의 보직(인력배치) 문제 해소, 둘째 검찰이 행정소송 피고인 행정청의 재량행위를 통제하고 원고의 권익구제에 초점을 맞춘다면 원고와 그 이해관계자에게 구제수단 내지 거래카드으로써 유용하게 써먹을 수 있는 수단으로 활용될 수 있는데, 특히

포획이론에서 이 점은 명백해지고, 셋째 이를 통해 손쉬운 지방자치단체 통제수단의 하나로 사용, 넷째 법률지식과 소송기술이 부족하다고 생각하는 행정청을 대신하여 소송을 보완·대리하여 승소하도록 인도하거나, 불리한 소송은 빨리 종결시킴으로써 시간과 비용을 절감함으로써 소송경제를 확보함은 물론 원고의 권익침해를 보호한다고 생각하기 때문이다. 만약 원심에서 패소한 피고 행정청이 상소하고 싶어도 검찰이 상급심에 대한 소송포기지휘를 내렸다면 원고는 더 이상 시간과 비용을 부담하지 않고도 승소하게 되므로 행정소송의 원고도 직접적으로 이익을 보는 집단이 될 것이다. 향후 유사한 사건의 경우 동일한 원리가 적용되어 그 소송의 원고가 2차적으로 이익을 보는 집단이 될 것이다.

사례에서 샘플개발불허가처분취소소송의 원고는 1심에서 패소하고 2심에서는 승소하였으나, 만약 피고 울산시가 상고하였더라면 패소할 수도 있었을 것인데, 검찰이 울산시에 내린 상고포기지휘에 대해 울산시는 위에서 살펴본 것처럼 조목조목 논리적으로 그 불합리함을 반박하며 상고포기지휘를 철회하고 대법원에 상고 제기지휘를 해주도록 요청했으나, 검찰은 법리적 토의조차 없이 이를 묵살하고 상고포기지휘 및 소송종결보고를 하도록 지시를 내림으로써 원고는 더 이상 노력하지 않고도 승소하게 되는 혜택을 입게 된 것이다.

다. 영향력 행사 기대의 정당화 입증

2009년 12월 9일 의안번호180694호로 김우남 국회의원 등 10인이 지방자치단체장이 행정소송수행에 있어 필요한 경우에만 법무부장관의 소송지휘를 요청할 수 있게 하는 것을 골자로 하는 「지방자치단체를 당사자로 하는 소송등에 관한 법률안」⁸⁶⁾을 공동발의하여 국회법제사법위원회에 동년 12월 10일 회부하였으나, 여러가지 장애요인으로 인하여 본회의 심의도 받지 못하고, 2012년 5월29일 제18대 국회 임기만료로 폐기되었다. 이 「지방자치단체를 당사자로 하는 소송에 관한 법률안」(이하에서 ‘지방소송법안’이라 한다)

86) 동법률안 주요내용은 가. 이 법은 지방자치단체를 당사자 또는 참가인으로 하는 소송 및 지방자치단체의 관할구역의 자치사무에 관한 행정소송의 수행에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 소송의 효율적인 수행과 소송사무의 적정한 관리를 도모함을 목적으로 함(안 제1조) 나. 지방자치단체의 장은 해당 관할구역의 자치사무에 관한 행정소송을 수행함에 있어 필요한 경우 법무부장관에게 지휘를 요청할 수 있고, 이러한 경우 법무부장관은 특별한 사유가 없는 한 이를 거부할 수 없도록 함(안 제4조).

은 국가소송법에 따른 국가기관인 검찰의 지방자치단체 행정소송 지휘·감독으로 인하여 자치권 침해, 승소가능 기회박탈 등 여러 가지 피해를 받는 지방자치단체를 대변하여 국가소송법상의 독소조항을 개선하여 행정소송의 주도권을 갖고자 시도한 것은 영향력 행사의 기대가 정당화한 것이다.

위에서 살펴본 바와 같이 피해를 입는 집단과 이익을 입는 집단이 명백히 구분되고 피해자 측에서 과거 지방자치단체장이 직선되기 전에는 불합리하다고 느끼는 현존상태를 개선시키고자하는 영향력 행사가 미미했으나 오늘날 지방자치단체의 자율성과 소송능력이 향상됨에 따라 영향력행사가 강화되었다. 위 소송사례에서 피해를 입게 되는 울산시의 경우 검찰의 상고포기 지휘에 대하여 공문, 방문 등을 통해 그 불합리함을 공식제기함으로써 그 철회를 하도록 영향력을 행사하였고, 현상유지가 더 유리하다고 판단하는 검찰에서는 소송논리에 대한 협의 한번 없이 묵살하는 영향력을 행사하였으며, 타 지방자치단체 역시 정도의 차이는 있으나 마찬가지로 입장이었다. 따라서 위의 행정소송지휘와 관련하여 현재의 상태에서 이익을 얻는 집단에서는 현상유지를 위해 영향력을 행사할 것이고 현존상태에 의해 피해를 입은 경우 피해자 집단에서는 이를 변화시키고자 영향력을 행사하였거나 그 영향력을 행사할 것이라는 것에 대한 기대가 정당화 된다고 할 것이므로 영향력 행사 기대의 정당화가 입증된다.

3. 방지권력 메카니즘의 입증

오랫동안 우리나라는 유교적 전통 아래에서 중앙집권적 정치문화에 익숙해 있었고, 정책의제설정과정도 외부주도형보다는 동원형이나 내부접근형이 우세하였으며 지방보다 중앙에 권한과 인적·물적 자원이 집중되어 있고 지방은 중앙에서 만든 법규나 지침에 따라야 하는 통치구조하에 있었다. 따라서 지방공무원들은 국가가 오랫동안 지방자치단체의 행정소송을 지휘해온 것을 불합리하다고 하여 폐지하고 지방자치단체가 독자적으로 소송을 수행하는 방향으로 변화를 요구하는 것이 중앙권력엘리트의 심기를 거슬러 역효과만 초래할 것이라고 예상하여 기존의 법규, 중앙부처의 지침이나 지시 또는 관

례에 따라 행동하는 과잉동조(overconformity)현상이 만연해 있어 무의사결정이 발생하기 쉬운 여건이 조성되어 있었다.

또한 정치체제의 통치엘리트들은 지방공무원의 법률지식과 소송기술이 부족하고, 종종 행정편의주의적 행정처분을 함으로써 행정소송의 원고의 지위인 개인이나 기업들의 권익을 침해한다고 보아 국가의 통치엘리트가 지방의 행정소송에 관여해야 사회의 안정과 질서유지에 도움이 된다는 논리를 지방공무원에 주입시킬 필요성⁸⁷⁾ 즉 편견의 동원(mobilization of bias)이 필요하다고 생각하고 있었다. 이러한 점은 앞에서 살펴본 1954년 9월 23일 제정된 구 형사소송법에 경찰 등 사법경찰관리가 상명하복관계에서 검사의 수사지휘를 받도록 규정되어 있던 제도가, 국가소송법에 도입되어 지방자치단체장이 행정소송에서 법무부장관의 소송지휘를 받도록 규정된 것으로 보인다.

무의사결정에 대한 변화요구를 억제할 권력수단으로 흔히 폭력 또는 권력의 행사, 편견의 동원 등을 들고 있는데, 행정소송지휘문제는 중앙정부엘리트와 지방정부간 정책의제를 둘러싼 내부적 갈등관계 문제로서 언론 등을 통해 외부에 공개되는 것을 꺼리는 정치행정문화가 존재하고 있고, 일부 언론에서 인식하더라도 헤게모니 싸움 정도로 이해하는 측면이 있었다. 따라서 소송당사자 이외에 일반 주민이나 시민단체가 관심을 가지기 어려우므로 지방자치단체 공무원은 물론 외부의 개인이나 시민단체 등에 의한 강력한 저항이 없어 폭력을 동원할 필요성은 없게 된다.

아울러 방지권력메카니즘으로써 편견의 동원이나 강화를 들 수 있는데 그 구체적 수단으로써 ‘언론 홍보(media play)’를 많이 사용한다. 위 사례의 경우 정부엘리트 내부의 갈등관계를 언론에 공개하기를 꺼리는 정치행정문화가 존재하고 있어 외부에서 이런 현상을 인지하기 어렵다. 오히려 조직법규와 오랜 관행처럼 굳어져온 지휘·복종관계에서 비롯된 지배적 가치나 신념체계 같은 정치문화에 의해 행정소송지휘 문제가 정책의제화되는 것이 거부되는 작용을 한 것으로 보인다.

구체적으로 정책의제설정에 있어서의 장애 즉 방지권력메카니즘을 살펴보면

87) 현재까지 지방자치단체의 소송담당공무원과 특별사법경찰 등은 지역 검사에 의한 직무교육이나, 고등검사가장인 법무연수원에서 법무실무나 소송관련 교육을 받고 있다.

1995년 6월 27일 이전 즉 지방자치단체장 직접선거 실시전의 경우 중앙부처의 지방정부에 대한 상명하달식 행정, 행정의 통일성 강조, 지방행정의 경시 풍조 같은 정치문화와 일반국민 관심의 사각지대를 바탕으로 하여 검찰엘리트에 의해 폭력이나 노골적인 권력의 행사없이도 국가소송법 개정법안이 정책의제설정무대에 대두되는 것을 차단하였다고 보인다. 특히 제도화된 방지 권력장치로써 기존 법률(예 : 국가소송법)을 활용 즉 개혁법률 제정(예 : 지방소송법안) 등을 통한 기존 질서 개혁을 위한 활동을 현행법에 어긋나며 비합리적인 것으로 몰고 가서 좌절시킨다(그림1 참조).

연구자가 위 울산시 샘플개발허가신청불허가처분 취소소송 사례의 경우 소송실무책임자로서 소송지휘방향을 놓고 검찰과 협의할 당시 울산시는 비록 2심에서 패소했으나 1심에서 승소하였고 2심의 판단은 잘못되었음을 정부법무공단변호사와 합심하여 논리적으로 설명하고, 검찰에 대해 상고포기지휘를 철회해 줄 것을 설득하였으나, 검찰은 울산시를 포함한 행정청에 대하여 법리해석의 능력부족, 재량행위의 남용으로 인한 기업활동 위축 초래 등 불신으로 가득했고, 따라서 법률지식과 소송기술이 우월한 검찰이 개입하여야 한다는 논리적 타당성 즉 행정소송 지휘가 계속 유지되어야 한다는 검찰의 지배적 가치 내지 편견(bias)을 확인할 수 있었다.

검찰은 국가소송법에 따라 행정소송과 관련하여 지방자치단체 소송담당공무원에 대한 소송수행 지휘·감독은 물론 평시에도 소송수행 업무처리실태 점검 및 필요한 사항 지도·교육, 소송업무해태에 대한 징계요구를 할 수 있어 사실상 지배·복종관계가 성립하므로 소송처리 관계에 대한 변화를 요구할 수 없도록 권력을 행사하고 있다. 이러한 편견이나 상소제기여부 승인(지휘)이라는 권력행사 등을 통하여 검찰의 지배가치 내지 기득권을 보호하려는 무의사결정을 유지하고 있다고 보인다.

현재의 상태에 대해 피해를 당하고 있거나 불만을 느끼는 세력들은 이러한 상황을 변화시키기 위해 영향력을 행사하려 시도할 것이나, 이를 좌절시키는 세력(지배엘리트 등 정책결정주도자)에 의한 첫 번째 장애에 직면할 것이다. 이러한 장애는 기존 가치를 고수하려는 개인 및 집단들이 현존정책을 지지

하는 일반사회의 가치·신념·신화이다. 구체적으로 중앙행정이 지방행정보다 인적자원이 우수하고 물적자원이 풍부하므로 더욱 존중하고 지방행정을 경시하는 풍조, 행정의 통일성과 효율성 확보라는 논리가 이에 해당될 것이다.

변화요구자가 제기한 이슈가 정당성과 권력·권위·영향력에 뒷받침되는 경우 첫 번째 장애를 돌파하고 정책의제설정무대로 전진할 것이다.

위에서 살펴본 바와 같이 2009년 12월 「지방자치단체를 당사자로하는 소송등에 관한 법률안」⁸⁸⁾ 이 일부 국회의원에 의해 공동발의 되어 국회법제사법위원회에 동년 12월 회부되었으나, 언론에 의한 공론화 부족과 지방자치단체의 지속적이고 적극적 후원(투쟁) 미흡, 언론보도 부족으로 인한 일반국민의 관심부족, 검찰의 압력과 같은 은밀한 작용으로 인하여 본회의 심의도 받지 못하고 폐기되었다.

이것은 일부 지방자치단체의 후원과 소수 지역구 의원들의 주도로 여러가지 장애를 돌파하여 지방소송법안이 정책의제설정 무대에는 올랐으나, 검찰이라는 권력기관과 지자체라는 일반 행정기관간의 힘의 불균형적 관계에 따라 영향력 행사가 직접적·표면적으로 강하게 이슈화 되어 행사되기는 어려운 측면이 있어 검찰엘리트의 은밀한 권력작용에 의해 2012년 5월 지방소송법안이 결국 좌절되어 정책으로 결정되지 못하였고, 아직까지 국가소송법도 개정되지 않은 것은 드러나지 않는 권력행사나 편견의 동원 등 방지권력 메카니즘이 작용하였다고 보인다.

4. 결어

이상에서 Frey의 무의사결정의 경험적 연구방법을 적용한 결과 위의 울산시 등 지방자치단체 행정소송사례에서 검찰에 의한 행정소송지휘의 배경 내지 원인이나 소송수행절차에서 무의사결정 현상이 존재하였음이 확인되었다고 보인다.

88) 지방소송법안 주요내용은 주87을 참조하기 바람. 이외에도 가. 지방자치단체의 장은 소속 직원을 지정하여 지방자치단체를 당사자 또는 참가인으로 하는 소송과 해당 지방자치단체의 관할구역의 자치사무에 관한 행정소송을 수행하도록 함(안 제2조).

나. 지방자치단체의 장이 지정한 사람은 그 소송에 관하여 대리인 선임을 제외한 모든 재판상의 행위를 할 수 있도록 함(안 제3조) 등이 있다.

제 5 장 시사점과 한계

엘리트를 권력과 연관시켜 의사결정에 직접 참여하는 통치엘리트(governing elite)와 관여하지 않는 비통치엘리트(non-governing elite)로 구분하는 파레토의 견해에 따르면 엘리트 사이에서도 자원과 권력의 격차가 존재하면 의사결정의 주체인 정부 통치엘리트가 다른 비통치엘리트에 대하여 무의사결정을 할 수 있다는 것이다. 즉 음양이론(陰陽理論)에서 음양은 고정불변의 것이 아니라 다시 양(陽)속에 음(陰)이 있고 음(陰)속에 양(陽)이 있는 것처럼, 엘리트도 고정불변의 것이 아니라 변화·순환하는 것이고 엘리트 내부에도 다시 상황에 따라 의사결정의 주체로써 엘리트와 그 객체로써 비엘리트로 구분되기 때문이다.

기존의 연구가 정부엘리트와 체제밖의 개인 또는 집단간 대립구도를 배경으로 무의사결정을 분석했는데, 본 연구의 시사점은 체제내부의 갈등관계 즉 행정소송지휘를 놓고 의사결정의 행위자(주체)로써 중앙정부엘리트와 대상자로써 참여자인 지방정부엘리트간 갈등관계를 배경으로 작용한 무의사결정 분석을 최초로 시도하였다는 것이다.

또한 중앙정부기관과 지방정부기관 사이는 물론 정부기관 간에서도 권한과 정보, 지지하는 이익단체, 권력엘리트의 지배적 가치나 신념 등에서 격차가 존재하여 당사자가 각각 주도자와 형식적인 참여자로써 입장이 다른 경우 무의사결정이 발생할 수 있으므로 기관간 소위 ‘갑을 관계’의 원천 내지 배경 분석의 틀로써도 기능할 수 있을 것이다.

한편 과거 권위주의 정권하에서는 기업과 이익집단 등 시민사회에 비해 권력과 정보의 독점이 뚜렷한 정부엘리트에 의한 무의사결정이 빈번하게 발생하였으나, 사회가 민주화되고 시민사회가 성장하면서 압력집단으로 변모한 시민단체가 더 이상 의사결정의 객체 내지 단순한 참여자가 아니라 무의사결정의 행위자로써 지위가 변화되고 있다. 과거에는 정책의제설정과정에서 내부접근형을 중심으로 하여 의사협회, 변호사회, 전경련 등 일부 힘있는 시민단체만 의사결정과정에 참여하여 그 집단의 특혜를 도모함으로써 정경유착

같은 폐해를 초래하였으나, 오늘날 성행하고 있는 외부주도형 의제설정과정에서는 크고 작은 다양한 성격의 시민단체 또는 기업이 공식적 의사결정 과정에 참여함은 물론 무의사결정의 중요한 축(주도자)으로 성장하여 자신에게 불리한 정책은 정책의제화 되지 않도록 영향력을 행사하고 있다. 이 때 시민단체 또는 기업과 중앙정부는 물론 지방자치단체와의 의견충돌이 행정소송으로 비화되는 경우 검찰이 행정소송과정에 개입하여 공정하고 효율적인 지원자 역할을 수행할 수 없게 되면 위의 연구에서 본 바와 같이 심각한 부작용을 초래하게 될 것이라는 것을 알 수 있다.

최근 정권교체 후 통치엘리트의 지배적 가치나 정치문화가 변화하고 있고 북방교류협력의 분위기가 조성되는 한편 국내외 무역분쟁 등 경기침체가 가속되는 상황 속에서 정부엘리트의 무의사결정 행태가 어떻게 진화할 것인지에 대한 관심은 물론 무의사결정의 행위자로서 시민사회의 역할에 대한 보다 심층적인 후속연구가 기대된다.

본 연구에서는 시민사회의 역할은 나타나지 않으나, 이 연구를 통하여 기업이나 언론, 시민단체 등 외부의 참여가 배제된 상황에서 정부엘리트조직 내부에서 발생한 무의사결정은 그 입법화 여부와 상관없이 보다 손쉬운 보안유지를 할 수 있게 됨으로써 체제유지, 신속하고 일사분란한 대응으로 갈등확산 방지 및 전국적 통일성 확보 등 나름대로 합리적인 면도 있겠지만, 그 조직의 기득권 유지에 이용되거나 특정세력에 대한 특혜를 줄 수 있고 공론화 과정 차단을 통해 공익을 저해할 위험성을 초래할 수도 있다는 것을 시사하고 있다.

또한 연구결과 과거와 달리 오늘날 소송역량이 크게 증대한 지방정부의 실정에 맞지 않는 국가의 지방자치단체 행정소송 관여로 말미암아 발생한 문제점과 개선방안을 제시함으로써 지방자치권 확립을 위해 현행 제도개선의 필요성을 강조하였다.

나아가 검찰과 경찰간 수사지휘와 관련된 갈등이 오랫동안 사람들의 주목을 받아 왔기에 수사권조정 등을 통한 검찰개혁 방안으로 구체화되기 시작했지만, 이와 달리 국가소송법은 여러 차례 개정되어 왔으나 검찰의 행정소

송지휘 관련 규정은 전혀 개정되지 않은⁸⁹⁾ 배경에 무의사결정 현상이 숨어 있었고, 지방정부 등 피해자 집단에 의한 개혁 움직임이 있긴 했으나 외부에 거의 공론화된바 없어 언론 등 대중의 관심을 받지 못했기 때문임을 알 수 있었다.

아울러 전통적인 무의사결정이론이 의사결정의 실질적 지배자로서 정부엘리트 대 시민사회의 대립구도라면, 오늘날 본 연구에서 살펴본 바와 같이 중앙정부엘리트와 지방정부엘리트 간 지배적 가치와 관련된 갈등 관계에서도 무의사결정 현상이 나타나고 있어 전통적인 무의사결정 개념이 수정·확대될 필요성이 제기되고 있다. 무의사결정론은 본래 정치체제의 실질적 지배자가 누구인가라는 명제를 놓고 엘리트론자와 다원론자간의 논쟁에서 대두된 이론으로써 비단 정책의제설정문제에 한정된 것이라기보다는 정책과정 전반에 확대되었고, 나아가 집단간의 의사결정문제에서도 대립되는 당사자간 정보나 권력분배 등에서 격차가 존재하여 누가 의사결정의 주체로써 행위자가 되는 가라는 불균형적관계가 존재하는 한 무의사결정이론을 적용할 수 있을 것이다.

다만 Bachrach와 Baratz의 60년대 초기 좁은 의미의 무의사결정론에서는 정책의제설정무대에 오르기까지 통치엘리트체제의 표면에서 작용하는 권력 작용 보다는 이면에서 은밀하게 작용하는 힘 즉 겉으로는 드러나지 않아 의사결정이 없는 것처럼 보이나 실제로 권력엘리트의 지배가치나 기득권을 유지하기 위해 암암리에 작용하는 보이지 않는 의사결정(non-decision making)에 초점을 맞추고 있는데, 이것이 측정이 어려워서 주관적 판단이니 과학적 검증이 안되느니 하는 비판을 받지만 무의사결정론의 묘미(妙味)이므로, 정책결정이나 정책집행과정에서 작용하는 억압작용(폭력, 권력의 행사, 편견의 동원 등 방지권력메카니즘)은 이미 외부에 공론화된 상태로써 저항세력의 감시의 눈길을 벗어나기 어려우므로 결국 노출될 수 밖에 없어 ‘드러난 권력행사’ 내지 ‘노출된 결정’이 될 것이다. 따라서 무의사결정론이 정책과정 전반으로 확대되면(후기 수정확대된 무의사결정론) 본래 의미가 퇴색될 수 밖에 없을 것이라는 문제가 대두된다.

89) 국가소송법을 직접 개정하는 대신에 2009년 12월 지방소송법을 제정하여 국가소송법의 독소조항을 개혁하여 지방정부가 행정소송을 주도적으로 추진하려는 시도가 앞에서 살펴본 바와 같이 좌절되었다.

본 연구의 한계로는 무의사결정론을 좁은 의미로 해석하여 사회문제가 사회적 쟁점이 되고 일반 대중에게 확산되어 정부의제로 채택되는 과정에서 표면에서 행사되거나 이면에서 작용하는 권력현상(two face of power)이라고 본다면, 직접 참여하여 관찰하지 않는 한 무의사결정 현상을 검증하기 어려울 것이라는 한계가 있어 Frey의 경험적 연구방법 등을 통해 간접적으로 입증하는 방법을 여러 학자들은 쓰고 있다.

검찰의 행정소송지휘문제는 자치권침해와 비효율성 등 여러 가지 문제가 있어 개선필요성은 명확하지만, 법규에 명시된 권한행사이며 공익의 탈을 쓰고 있어 합법적이고, 중앙정부엘리트와 지방정부엘리트 사이 즉 기본적으로 서로 다른 정부기관간 갈등문제로서 그 이면에 작용하는 의사결정흐름(무의사결정)은 외부로 드러나지 않아 언론에 거의 알려지지도 않고 사회쟁점화되기 어려운 문제가 있다. 그러나 원래 전통적 무의사결정론은 정치체제의 의사결정과정의 실질적 지배자가 누구인가를 놓고 발전된 이론이므로 정책의제설정과정에 국한되지 않는다. 본 연구가 검찰의 지방자치단체에 대한 행정소송지휘과정에서 무의사결정이 존재한다고 결론 내린 것은 연구자가 직접 참여하여 관찰한 경험을 바탕으로 Frey의 무의사결정 경험적 검증방법을 통하여 검찰의 행정소송수행지휘의 배경에 무의사결정이 존재하였음을 입증하였으나 일부 주관적 판단도 개입될 수 있음을 완전히 배제할 수는 없을 것이다.

다만 이 무의사결정이론에 대하여 다윈론자가 비판하듯이 드러나지 않는 권력작용으로써 의사결정흐름을 파악하기 어려워 과학적 검증이 부족하고 주관적 판단에 따라 확대해석할 오류가 존재할 수 있다. 그러나 사회과학에 있어서 중요한 문제를 분석함에 있어 어느 정도 주관적 가치판단을 배제할 수 없는바, 행태주의에 따른 엄밀한 과학성만 추구하려다 중요한 문제를 놓치는 것보다는 탈행태주의 원리에 따라 다소 주관적 가치판단을 받아들여 오류의 가능성이 존재하더라도 중요한 문제에 대해 위에서 논한 Frey 등의 경험적 접근방법을 통해 무의사결정을 분석·입증 한다면 어느 정도 객관성과 사회통념에 따른 공감대를 확보할 수 있을 것이다.

본 사례의 연구방법으로써 참여관찰의 경우 관찰대상을 가장 자연스런 상태에서 관찰하며 관찰자의 신념·동기 같은 외부로 표시되지 않은 사실도 직접 알아낼 수 있다는 장점이 있어 무의사결정의 주체인 검찰의 드러나지 않은 가치나 동기 등을 어느 정도 파악할 수 있었지만, 한계로는 본 연구에서 나타난 사례를 추진할 당시 참여자 즉 소송실무책임자로서 역할이 강하였지 관찰자로서 객관적인 역할을 수행하는데 한계가 있었다. 즉 참여관찰의 연구자는 자신이 관찰하는 현상을 사회적 상호작용의 과정에서 객관적으로 파악해야 하기 때문에 ‘참여자’와 ‘관찰자’라는 두가지 역할을 구별하여 수행해야 하는데 참여자 역할에 중점이 주어졌던 문제점이 있었다. 다만 참여관찰의 경우 일반적인 단점으로 지적되는 관찰자가 자기 가치관이나 의도를 관찰대상에게 주입하여 자연스런 상태가 변질될 우려가 있다는 것에 대하여는, 관찰대상인 권력집단으로써 검찰에게 지방자치단체 공무원인 참여자가 의견을 개진할 수는 있지만, 현존 상태를 변질시킬만한 영향력이 없기 때문에 관찰대상의 자연스런 현상이나 행태가 변질되지 않았다고 본다.

또한 연구자는 이 사례의 경우 관찰대상·방향·관찰시기·관찰방법이 사전에 분명하게 규정되지 않은 상태에서 관찰한 비구조화관찰(unstructured observation)방법을 사용하였다. 당시 연구자는 연구문제가 아직 명확하게 구체적으로 정의되어 있지 않은 상태에서 참여하여 관찰하다 보니 무엇을 관찰하고 기록할 것인가 하는 것을 미리 구체적으로 준비하지 않고 나중에 정리하다보니 주관적 판단으로 객관성을 저하시킬 오류가 발생할 수 있었다.

제 6 장 결론

이상과 같이 지방자치단체의 행정소송수행과정에 대한 국가의 관여 즉 검찰의 소송지휘의 배경 내지 원인에는 무의사결정이 존재하였음을 다른 지방자치단체의 상황을 비교하면서 울산시의 사례를 중심으로 하여 경험적으로 입증하기 위하여 연구자가 직접 참여 관찰한 경험을 바탕으로 Frey(1971)의 분석틀인 Key issue 의 존재, 영향력 행사의 기대, 방지권력메카니즘을 사용하되 중요한 문제(Key issue)의 결정에 있어서 Polsby(1963)의 방법론을 보

충적으로 사용하여 검증해 보았다.

과거 권위주의 정권 시대에는 통치엘리트에 의한 무의사결정이 많이 발생하였다. 여러 연구결과에 의하면 노동문제, 최저임금제, 독점규제관련 문제 등 대중의 관심을 받아 시급히 해결되어야 할 문제는 공론화되어 사회적 이슈가 되면서 정책과정에서 무의사결정이 있었음이 밝혀졌으나 특히 오랫동안 권력엘리트가 독점해온 이슈 즉 국방, 공안, 외교, 통일 관련 문제는 국익, 안보우선의 지배이념에 따라 그 변혁을 바라는 저항세력에 의한 영향력 행사가 발휘되기 어려웠고 철저히 억압되었으며, 사회적 분위기도 통치이데올로기나 분단상황적 사회문화의 지배를 받아 무의사결정이 성행하였다고 생각된다. 경찰에 대한 수사지휘와 마찬가지로 지방자치단체에 대한 행정소송지휘도 오랫동안 중앙정부엘리트가 독점해온 이슈라고 생각된다.

오늘날 우리사회에는 크고 작은 문제가 끊임없이 발생하고 있으나 대중과 정부의 관심을 받아 적극적으로 해결책을 강구하지 않는 한 문제는 점점 악화되기 마련이다. 특히 전통적으로 지역, 연령, 계층간의 갈등을 넘어 근래에는 이익집단간 갈등 즉 의사협회와 한의사협회간의 갈등, 사설유치원, 사립학교 등 사학집단과 정부와의 갈등 등 새로운 형태의 집단갈등이 고조되고 있다. 이외에도 권한과 예산분배를 놓고 중앙정부와 지방정부간의 분쟁, 나아가 수사권 조정을 놓고 검찰과 경찰간 갈등 등이 두드러지고 있어 그 갈등 당사자의 규모와 형태도 다양해지고 있다. 이 때 분쟁의 해결자로서 법원과 검찰의 역할이 중요해지는데 법원의 경우 외부에서 소송제기가 없으면 스스로 움직이기 어려운 수동적 한계가 있으나, 검찰은 능동적으로 정보를 수집하여 내사하고 형사소송에서 스스로 수사하여 공소를 제기하며 행정소송에서 중앙과 지방정부에 대한 소송을 지휘한다. 검찰은 검사 동일체의 원칙에 따라 일사분란하게 검찰권을 행사하고 있으며, 수사지휘권, 독점적인 기소권 등 형사사법에 있어 독점적인 권한과 지위를 누리면서 사회정의를 구현한다는 사명감을 가지고 정치권과 매우 밀접한 관계를 유지하고 있어서 검찰권의 남용은 언제나 문제를 발생시킬 수 있다. 그러나 이러한 문제를 개선하고자 하는 여러 가지 검찰개혁 움직임은 아직 큰 성과를 달성하지 못하고 있다.

오랫동안 지방자치단체의 독자적인 행정소송수행문제가 정책의제화 되지 않고 있는 것은 이상에서 살펴본 바와 같이 검찰의 무의사결정에 의한 억압과 언론에 공론화되지 않은데 따른 국민들의 무관심 그리고 행정청의 관행적으로 굳어진 복종문화 즉 동조과잉 때문으로 보인다.

지방자치제도가 실시되기 전에는 전문성을 가진 중앙기관이 지방기관에 대해 일관성과 효율성을 기하기 위해 행정소송에 대한 전반적인 보고를 받고 소송방향을 결정·지휘한다는 것이 타당성이 인정될 수 있을 것이나, 지방자치제가 실시된 이후 각 지자체마다 복수의 고문변호사를 두고 소송담당직원이 고문변호사에 의뢰하거나, 사안의 중대성에 따라 외부의 전문변호인에 의뢰하여 소송을 수행하고 있는데, 여전히 검찰에서 패소에 대한 책임도 전혀 지지 않으면서 공익법무관을 통해 지방자치단체의 행정소송 지휘를 하는 것은 지방자치권(자치소송수행권 등)을 심각히 침해하는 것이 된다고 할 것이다.

최근 중요한 사회적 이슈로써 논의 되고 있는 검경 수사권 조정은 경찰의 자율성 증진 목적도 있겠지만 거대한 검찰 권력을 견제하기 위한 대표적인 검찰개혁 방안이다. 즉 검찰이 가지고 있는 일반적 수사권을 경찰이 가져가고 검찰은 기소 및 공소유지에만 전념하도록 하자는 대안이다. 비단 검찰개혁문제가 아니라도 지방자치단체의 참여가 배제된 무의사결정으로 자치권 침해와 비효율성 야기 등 이상에서 본 여러 가지 문제점을 개선하기 위해서라도 지방자치단체에 대한 검찰의 행정소송지휘권은 과감히 폐지 내지 철저히 개혁되어야 할 것이다.

20세기말부터 현재에 이르기까지 선진국은 물론 개발도상국에서조차 지방분권론이 강하게 호응을 받고 있다.⁹⁰⁾ 우리나라는 1999년 이후부터 지방분권이 본격적으로 논의되어 왔음은 주지의 사실이다. 지방분권은 민주성을 앞세운 제도적 분권론과 지방정부의 기능제고를 위한 기능적 분권론으로 나누어 논의될 수 있다. 전자의 예로써 우리나라와 일본의 사례를 들 수 있으며 후자의 예로써 영국과 미국을 들 수 있다. 우리나라와 일본의 경우 지방분권은

90) 김순은, 우리나라 도시 거버넌스의 실태, 도서출판 금정, 2009. 1, P. 54. 여기부터 주91 까지 인용.

정치·행정 패러다임의 전환을 의미한다.

중앙정부가 지방분권개혁으로 지역의 자율성을 신장하고 있지만 그래도 중앙정부는 법적통제력을 유지하려고 한다. 종전 중앙정부의 통제와 규제 및 지시에 의하여 이루어진 지방행정이, 지방분권이 활성화된 지역의 정치에 의하여 자율적으로 수행된다는 것은 획기적인 변화를 의미한다.⁹¹⁾

경제발전이 이루어지고 민주화가 수반되면서 국민의 가치와 이익은 다원화되면서 중앙정부 중심의 집권적인 체제는 더 이상 좋은 행정일 수 없게 되었다. 중앙정부는 ‘지방자치단체’를 ‘지방정부’로 인정하거나 국정의 파트너로 인정하려고 하지 않았으며, 지방정부도 중앙정부와의 유기적인 협력을 보여주지 못했다. 좋은 행정을 구축하지 않고는 만족스러운 주민의 안전과 행복을 기대할 수 없다. 우리나라의 제반상황을 고려할 때 좋은 행정은 집권보다는 분권체제가 적합하다. 다양한 이익을 대변해야하기 때문이다.⁹²⁾

중앙정부와 지방정부간 관계정립을 위한 과제으로써 흔히 국가사무의 지방이양강화를 통한 지방사무의 확대, 국세의 지방세 이양과 지방간 재정력 격차 완화 등을 통한 지방재정력 강화 등을 들고 있으나, 중앙의 지방통제 적정화도 중요하다. 지방자치제하에서는 기존의 권력적 지방통제수단인 감사, 조사, 승인, 취소 등에 대한 저항이 클 것이며 따라서 권력적 통제수단에만 의지할 경우 중앙통제의 효율성은 크게 저하될 것이다. 그러므로 향후 중앙정부는 과거의 권력적 통제위주의 관행을 탈피하여 조언, 지원, 이전재원의 운용을 통한 재정통제 등의 비권력적 통제수단을 적극 활용하는 방향으로 방향을 전환하여야 할 것이다.⁹³⁾

즉 전국적인 사안이나 국가적 통일성을 요하지 않고 지방자치단체에서 처리함이 보다 효율적인 사무는 과감히 이양해야 할 것이고, 지방에서 중앙권한과 사무를 지방에 이양할 때에는 다음과 같은 원칙이 필요할 것이다.

첫째 지방자치단체에서 가능한 한 독자적으로 처리하도록 할 것, 둘째 지방자치단체의 여건 및 능력을 고려하고 지방자치단체의 의사를 존중할 것,

91) 김순은, 전개논문, 2009. 1, P. 54.

92) 김순은, 좋은 행정을 위한 방안, 서울신문[열린세상], 2015. 6. 27. 주91이후부터 주92까지 인용.

93) 이승중, 지방자치론, 박영사, 2011, p. 341.

셋째 지방자치단체가 이양받은 사무를 자주적인 결정과 책임아래 처리할 수 있도록 이양되는 사무와 관련되는 일체의 사무를 가능한 한 동시에 이양할 것이 필요하다(구 중앙행정권한의 지방이양촉진 등에 관한 법률 참조).

지방자치단체의 행정업무가 방대하고 복잡·다양하여 재량행위의 영역이 넓어지고 있지만 위에서 살펴 본 것처럼 국가의 관여없이 독자적으로 행정소송을 수행한다고 해서 행정권이 통제하기 어려울 정도로 비대해져 행정처분의 적법성을 저해하거나 원고가 된 개인이나 기업 등 집단의 권익을 침해할 소지도 증가하는 것이 아니다.

수사과정상 피의자 인권침해를 우려하여 검찰에서 경찰수사를 지휘한다는 명분과는 달리, 행정소송과정에는 행정처분에 대한 집행정지결정을 받아 재판중에도 계속 영업을 할 수 있으며, 인신구급도 없고 사법부의 최종판단이 남아 있으므로 원고의 인권이나 명예를 침해할 소지도 적어 행정소송수행을 지휘할 실익이 없다. 재산권 침해에 대한 구제는 민사소송 영역이므로 국가가 개입하여 소송을 지휘할 근거자체가 없다. 따라서 지방자치체가 정착되기 전 구시대의 유물이었던 국가의 지방자치단체에 대한 행정소송 지휘·감독은 이상에서 살펴본 바와 같이 그 배경에 무의사결정현상이 존재하고 있어 굳이 투명행정을 주창하지 않더라도 그 폐단이 지대하므로 조속히 폐지하거나 꼭 필요한 분야에 국한하여 진정으로 지원하는 역할을 하도록 개선되어야 할 것이다.

요컨대 국가통치엘리트에 의한 무의사결정으로 지역 민의를 대변하는 지방정부의 행정소송에 대한 의사결정권을 억압할 것이 아니라 국가소송법 등 관련 법규를 개정하여 지방자치권의 핵심요소중의 하나인 자치소송수행권을 온전히 지방정부에 돌려주어 지방분권이 이루어질 때 중앙정부와 지방정부가 상생하여 진정으로 지방자치체가 확립되어 민주주의의 초석이 다져질 것이다.

참고문헌

[국내 문헌]

- 강기홍, 지방자치단체의 행정소송수행권, 한국공법학회공법연구제39집 제4호(2011. 6).
- 김순은, 참여정부와 이명박 정부의 지방분권 비교·분석, 한국지방정부학회 추계학술대회발표논문(2010).
- 김순은, 주민주권론과 지방자치의 발전, 지방행정연구 제26권 제1호(2012. 3).
- 김순은, 우리나라 도시 거버넌스의 실태, 도서출판 금정(2009).
- 김순은, 좋은 행정을 위한 방안, 서울신문[열린세상](2015. 6. 27).
- 김시목, 지방자치단체가 소송수행자를 지정할 수 있는지 여부, 법률신문(2006. 7).
- 김유향, 기본강의헌법, 도서출판 월비스(2017).
- 이승중, 지방자치론(제2판), 박영사(2011).
- 이기우·하승수, 지방자치법, 대영문화사(2007).
- 박균성, 행정법론(제10판), 박영사(2011).
- 홍정선, 신지방자치법. 박영사(2009).
- 박균성, 행정법강의, 박영사(2007).
- 정정길·최종원·이시원·정준금, 정책학원론, 대명출판사(2008).
- 정구환, 국가소송과 행정소송에 관한 법무부장관의 지위와 권한, 저스티스 제30권 제3호(1997).
- 이상이, 서울특별시 행정소송 사무의 개선방안 연구, 한국지방자치학회보, 제22권 제3호(2010).
- 남인식, 공해문제의 정책의제 채택에 관한 연구 : 무의사결정론을 중심으로, 서울대학교 행정대학원(1984. 2).
- 조탁, 무의사결정론 연구 : 독점규제 및 공정거래제도 분석, 서울대학교 행정대학원(1984. 7).
- 박홍식, 무의사결정에 관한 사례연구 : 부동산 투기억제정책을 중심으로, 서울대학교 행정대학원(1985. 2).
- 김선덕, 무의사결정론적 시각에서 본 최저임금제, 서울대학교 행정대학원(1989. 2).
- 김상해, 공공정책의 무의사결정논리, 한국토지행정학보 제5집(1993).

이상보, 정책과정에 있어서 무의사결정에 관한 연구 : 농수산물 유통 및 가격안정에 관한 법률을 중심으로, 부산대학교 행정대학원(1996. 2).

권병태, 울산시 환경정책과정의 무의사결정 연구, 서울대학교 행정대학원(1997. 2).

손호중·채원호, 방사능폐기물처리장 입지선정의 정책결정과정 연구: 무의사결정론의 수정적용과 시민사회의 실패 가능성, 한국지방정부학회(2003).

김정화·이경원, 권력의 두얼굴 : 이명박 정부의 영리병원 허용 논쟁을 중심으로, 경제와 사회, 한울(2009년 여름).

민효상·양재진, 무의사결정론의 재등장 : 2009년 한국 공무원연금개혁과정을 중심으로, 現代社會와 行政, 한국국정관리학회(2012년 4월).

이극찬, 정치학, 법문사(1986).

최봉기, 정책의제형성론, 일신사(1988).

유훈, 정책학원론, 법문사(1986).

문준영, 한국검찰제도의 역사적 형성에 관한 연구, 서울대학교박사논문(2004).

이완규, 검찰제도와 감사의 지위(2005).

이선봉, 행정처분 집행유예재결의 도입 필요성과 지방자치단체의 과제, 한국지방자치법학회 「지방자치법연구」 (2011. 9).

울산지방법원(2008구합2334), 산업단지개발사업실시계획승인신청 반려처분취소 판결문.

부산고등법원(2009누1730), 산업단지개발사업실시계획승인신청 반려처분취소 조정권고문.

울산지방법원(2010구합2658), 샘물개발신청 불허가처분취소 판결문.

부산고등법원(2011누1191), 샘물개발신청 불허가처분취소 판결문.

샘물개발신청 불허가처분취소소송(2011누1191) 상고제기 의견서.

샘물개발신청 불허가처분취소(부산고검 2011행나146호) 상고포기지휘 및 소송종결 보고 지시.

[해외문헌]

Jack L. Walker, " A Critique of the Elitist Theory of Democracy, " in Peter Bachrach(ed.), Political Elites in a Democracy (New York: Atherton Press, 1971).

R. W. Cobb and C.D. Elder, Participation in American Politics (Boston: Allyn and Bacon Inc., 1972).

Thomas R. Dye, Understanding public Policy, 4th ed. (Englewood Cliffs, N.J. : Prentice-Hall Inc., 1981) : Thomas R. Dye and Harmon Zeigler, The Irony of Democracy, 5th ed. (Belmont, California : Wadsworth, 1981).

Robert A. Dahl, "A Critique of the Ruling Elite Model", *APSR*, Vol. 52(June 1958).

Robert A. Dahl, "The Concept of Power", in Roderick Bell et. al(eds.), *Political Power* (New York: The Free Press, 1969).

Nelson W. Polsby, "How To Study Community Power", *Journal of Politics*, Vol. 22(August 1960), pp.474-484.

Thomas R. Dye and Harmon zeigler, *The Irony of Democracy, The Irony of Democracy*, pp.10-11.

Peter Bachrach and Morton S. Baratz, " Two Faces of Power, " *APSR*, Vol. 56 (December 1962).

Peter Bachrach and Morton S. Baratz. "Decisions and Non-decisions : Analytical Frame-work," *APSR*, Vol.57(1963).

Peter Bachrach and Morton S. Baratz. *Power and Poverty*, (New York: Oxford Univ. press, 1970).

Harold D.Lasswell and Abraham Kaplan, *Power and Society* (New Haven : Yale University Press, 1950).

Thomas R. Dye, *Understanding in Public Policy*, 4th ed. (Englewood Cliffs : Prentice Hall, 1984).

Fredrick W. Frey, "Comment : On Issue and Nonissues in the Study of Power," *APSR*, Vol. 65 (December 1971).

Raymond E. Wolfinger, " Nondecision and the Study of Local Politics, " *APSR*,

Vol.65 (December 1971).

Nelson, W. Polsby, *community Power and Political Theory* (New York, Yale University press, 1963.).

Raymond E. Wolfinger, " Nondecision and the Study of Local Politics, " *APSR*, Vol.65 (December 1971).

Abstract

**A Study on the Non-Decision
Making in Intervention of
Government about Administrative
Litigation of Local Governments**

Lee, Sun-Bong

The graduate School of public Administration
Master of Public Administration
Seoul National University

Since the implementation of the local self-governing system, the demand for administration has increased in all local governments. And as residents' rights awareness is improved, numerous types of administrative litigation cases are raising. Accordingly, local governments have strengthened their litigation capacity visibly, responding to various lawsuits with consulting lawyer and law enforcement officials under their own authority and responsibility.

The nation often engages in local government affairs when there is conflict of interest with the local government or national coordination is needed. Serious problems can arise if such interventions take the form of power control, such as auditing, direction, or supervision, etc., rather than non-power control, such as counseling advice, etc. Local governments, despite their given autonomy and various administrative or financial powers, when conducting administrative litigation related to the delegated affairs as well as the autonomous affairs from the nation, they are receiving comprehensive intervention as a power control from the nation, in other words, the local prosecutor's office.

Local governments report to the prosecution all administrative proceedings from the filing report of litigation to the close of litigation. However, in the situation that the absence of prosecution support for litigation response logic, it is approved as direction, that is whether to appeal to superior court. Therefore, this is no help to local governments. This problem of administrative litigation intervention was adopted as a policy measure, and the 「Act on Litigation to which the State is a Party」 which is the basis for the state intervention, was amended. Thus, by increasing the autonomy of local governments, local autonomy could be activated. However, I have examined closely that the central power elite group exert their influence so long not to be adopted as a policy in accordance with any decision making logic or a "non-decision making" logic that is superficially undisclosed. And this thesis tried to identify that.

When the person who benefits from the preservation of existing values or order is likely to receive or be expected to receive a change in value or order from the victim, the non-decision making, makes it to frustrate it or to limit the scope of change to the safe range for the beneficiary.

As research methods, first, after reviewing the previous studies related to this topic, and as theoretical discussion, the condition of the nation

intervention about administrative litigation in local governments and general theory of non-decision making will be reviewed. And among the administrative litigation cases conducted in Ulsan, two administrative litigation cases which were conflicted each other about the direction of lawsuit between Ulsan City and the Prosecution, were analyzed empirically. Based on the experience of participating and observing at the time, this researcher, as the in charge of the administrative litigation in Ulsan, tried to empirically verify whether decision-making did work in the presiding and supervision of prosecutors in administrative cases in other cities and Ulsan. And as an analytical framework, following the Frey's view(1971) and attempted to empirically demonstrate the existence of non-decision making. In other words, first, the key issue was selected, second, whether an expectation of influences for an individual or group related to the issue is possible, and third, it was verified by the fact that the reason for the frustration of such an attempt to influence was due to the preventive power mechanism. In addition, Polsby's approach was applied complementally as an evaluation criterion for whether issues are important.

In spite of the opposition to the administrative litigation, the reason that why prosecutors are obsessed with this, is not only the prosecution-specific elite consciousness and distrust about local government, but also the differences in characteristics depending on the nature of the central and local government affairs. Specifically, the purpose of presiding the litigation are as follows : first, promoting the unity of law interpretation and law enforcement, second, let the government agencies that have specialized legal knowledge carry out the litigation work efficiently by the supporting like a status of guardian to litigation of the administrative agency. However, the problem with the directing the administrative litigation, it does not help any litigation of local government that have already improved their own litigation

capability. And infringement of the autonomy rights, the inefficiency, especially, if the prosecution is captured by the plaintiffs, its harm can be serious, thus, it suggests improvement measures.

The background of the appearance of the non-decision making theory is the confrontation between elitism and pluralism. However, Since the pluralism which criticized elite theory was spotlighted. And, in 1962, Bachrach and Baratz criticized pluralism and argued for the non-decision making theory from a new elitist point of view.

In the direction of administrative litigation, in order to analyze that the non-decision making is a background, there are directing example case of Ulsan City 「Industrial complex development project related litigation」, 「Mineral water development license related litigation」. In the case of the former, contrary to the request of Ulsan City that approve the appeal direction to the high court, the prosecution tried to make the direction policy of cancellation of the appeal, but it has been barely withdrawn through the hard work. And in the high court, Ulsan City got the decision to recommend reconciliation from the court what they wanted similarly. As a result, it is an example of winning. And the latter was a case where the prosecution ignored the request of bringing a final appeal from Ulsan City, and determines the directing of appeal renunciation. Thus, they could not make a lawsuit, and it was a case of loss. As a result of applying empirical research method of non-decision making of Frey, it was confirmed that there were non-decision making phenomenon such as in the case of local government administrative litigation cases such as Ulsan City, and background or cause of directing administrative litigation by prosecutors, etc.

Previous research has analyzed the non-decision making based on the opposition composition between government elite and the outside forces. However, the implication of this study is to analyze conflict relationship within the system, that is, based on the directing administrative litigation,

as an actor of decision making, that is, as a central government elite and a subject, in the conflict relationship between local elites, participants, the non-decision making analysis that served as the background was attempted the first time. There is also a gap between central and local government agencies as well as among government agencies in terms of power and information, interest groups, and the dominant values or beliefs of the power elite. So, if the parties are different from each other as the lead and the formal participant, non-decision making can be made. Therefore, it can also serve as a source of 'contractor and subcontractor relationship' between institutions, or as a frame of background analysis.

With the non-decision making by the ruling elite, the right to make decisions about the administrative lawsuits of local governments representing local residents should not be restrained. In addition, by amending the relevant laws and regulations such as 「Act on Litigation to which the State is a Party」, and returning the competence of self-governing litigation, which is one of the key elements of local autonomy, to the local government, when local decentralization is achieved through such methods, local self-governments will be truly established and then democratic foundations will be built.

key words : administrative litigation of the local government, non-decision making, state intervention, direction of administrative litigation, direction of administrative litigation by prosecutor, competence of self-governing litigation, Act on Litigation to which the State is a Party, local autonomy.