creative commons

COMMONS DEED

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

dCollection

법학박사 학위논문

독일 행정소송의 독자성에 관한 연구

— 행정법원법의 자족성과 민사소송법 준용체계를 중심으로 —

2023년 2월

서울대학교 대학원

법학과 행정법전공

강 지 웅

독일 행정소송의 독자성에 관한 연구

— 행정법원법의 자족성과 민사소송법 준용체계를 중심으로 —

지도교수 朴 正 勳

이 논문을 법학박사 학위논문으로 제출함

2022년 11월

서울대학교 대학원

법학과 행정법전공

강 지 웅

강지웅의 박사 학위논문을 인준함

2023년 1월

위 원 장 김 종 보 (인)

부위원장 최 계 영 (인)

위 원 임 성 훈 (인)

위 원 이 상 덕 (인)

위 원 박 정 훈 (인)

국문초록

본 논문은 독일 행정소송의 독자성을 행정법원법의 자족성과 민사소송법 준용체계를 중심으로 다룬다. 우리나라의 행정소송법은 행정재판절차를 망라하여 규정하고 있지 않고, 제8조 제2항에서 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 포괄적으로 준용함으로써 그 공백을 메운다. 통설은 행정소송의 독자성에 반하지 않는 범위 내에서 행정소송법 제8조 제2항을 통해 민사소송법과 민사집행법이 준용된다고 본다. 그러나 민사소송법 준용의 기준이 되는 행정소송의 독자성에 관한 구체적·체계적인 연구는 아직 부족하다. 이 문제의 해결책을 모색하기 위하여, 상당한 정도의 자족성을 갖추고 있으면서도 세분화된 준용체계를 지닌 독일 행정법원법을 살펴보게 되었다.

독일 행정소송은 19세기 후반에 행정국가 모델과 사법국가 모델의 절충을 통해 민사소송을 모방하여 생성되었다. 재판관할은 사법국가 모델의 영향을 받았지만, 소송관계인의 구조적 불평등과 多極的 소송법관계 그리고 직권탐지주의는 행정국가 모델의 영향을 받은 부분이다. 그러다 제2차 세계대전 이후 독일 행정소송은 주관적 권리구제 중심의 사법국가 모델로 전면 재구성되었다. 현재의 독일 행정소송은 민사소송과 마찬가지로 개인의 권리구제를 최우선 목적으로 삼는 주관소송적 구조를 띠고 있으므로, 민사소송에 대한 독자성을 갖는 데 일정한 한계가 있다. 그러나 행정통제 기능과 법형성 기능 같은 객관적 기능도 행정소송의 또 다른 중요한 기능으로 인정되며, 이것이 행정소송의 독자성을 이루는 요소가 된다.

이러한 독일 행정소송의 기능상 독자성이 소송절차 전반에 미친 영향을 소송제도의 핵심을 이루는 네 개의 기둥을 중심으로 고찰해 보면, 각각의 기둥별로 독자성의 정도가 다름을 확인할 수 있다. 첫 번째 기둥인 소송의 대상과 유형에 관하여 보면, 행정행위 개념을 기준으로 재판관할이 협소하게 형성되어 있는 점에서는 독자성이 약하나, 공법적 행정작용에 관하여 포괄적

권리구제가 보장되고 객관적 통제 기능을 수행하는 소송유형이 있는 점, 행정행위의 특수성이 반영된 소송요건과 가구제 제도가 마련되어 있는 점에서는 독자성이 있다. 두 번째 기둥인 소송의 구조는 '권리침해'가 원고적격과 본안요건을 관통하는 중심축을 이루고 있고 판결의 효력이 상대효를 갖는 등 철저히 주관소송적 구조를 띠고 있어 독자성이 약하다. 세 번째 기둥인 소송법관계의 경우, 원고와 피고 행정청 간의 구조적 불평등을 전제로 소송상 지위와 역할이 부여되고, 계쟁 행정작용을 둘러싼 多極的 이해관계가 형량·조정된다는 점에서 강한 독자성을 띤다. 네 번째 기둥인 심리원칙의 경우, 행정에 대한 법적 구속으로 말미암아 피고 행정청의 소송물에 관한 처분권이 좁게 인정되고, 소송자료의 수집책임에 관하여 직권탐지주의를 채택함으로써 정확한 사실관계에 기초한 효과적인 행정통제를 추구하므로, 이 영역도 독자성이 강하다.

행정국가 모델과 사법국가 모델의 절충은 행정법원법 자체의 형태와 체계에도 반영되어 있다. 한편으로는, 상당한 정도의 자족성을 갖춘 행정법원법이 마련되어 있고 행정소송에 관한 독자적이며 완전한 규율을 목표로 한다. 다른 한편으로는, 세 가지 유형의 준용규정을 두어 민사소송법을 준용하는 범위와 한계를 세밀하게 규율한다. 제1유형인 '유보조건 없는 특별준용규정'은 인용된 준용대상 규정이 가장 구체적이고 명확하며, 그 준용대상 규정을 준용하는 데 있어 별도의 요건이 필요 없다. 제2유형인 '상충하는 규정이 유보된 특별준용규정'은 행정법원법이 독자적인 규율을 추구하는 증거조사와 집행 분야를 그 규율대상으로 삼고 있다. 준용대상 규정의 범위가 제1유형보다 넓은 대신에 구체성은 덜하고, 준용 여부가 행정법원법에 상충하는 규정이 없을 것이라는 소극적 요건에 달려 있다. 제3유형인 '일반준용규정'은 준용대상 규정을 구체적으로 인용하지 않고 법률 전체를 포괄적으로 인용하는 대신, 규율의 공백과 규율대상 간의 유사성이 모두 인정되어야만 준용이 허용된다.

우리나라의 행정소송은 소송의 구조와 소송법관계에 관하여는 독일 행정소송보다 독자성이 강하나, 소송의 대상·유형과 심리원칙에서는 독자성이

약하다. 또한 우리 행정소송법은 자족성이 현저히 떨어지고, 준용규정이 사실상 제8조 제2항 한 개밖에 없으므로, 이를 통해 상당수의 민사소송법 규정을 준용하는 것이 불가피하다. 다만, 위 조항은 일반준용규정이므로, 입법자의 계획에 반하는 불완전성이 있는지, 규율대상 간의 유사성이 인정되는지에 관한 구체적인 검토를 거쳐야 한다. 이때 행정소송의 기능상·절차상 독자성이 판단기준이 될 수 있다. 즉, 독자성이 상대적으로 약하게 나타나는 규율영역에서는 통상의 심사기준에 따라 민사소송법 규정의 준용 여부를 판단하고, 독자성이 강하게 나타나는 영역에서는 엄격한 심사기준에 따라 민사소송법 규정의 준용 여부를 판단해야 한다.

주요어: 행정소송, 독자성, 사법국가 모델, 행정국가 모델, 주관적 권리구제 기능, 객관적 통제 기능, 행정법원법, 준용, 알맞은 적용, 규율의 공백, 유사성

학 번: 2009-30334

대 목 차

국문초록 ····· i
약어표 ····· xiv

연구의 목적 ····· 1
연구의 범위와 방법 ····· 8

제1장 독일 행정소송의 역사적 전개 ····· 13

제1절 행정소송의 성립 이전 ····· 15
제2절 19세기의 행정소송 ····· 24
제3절 바이마르공화국부터 독일연방공화국까지 ····· 42
제4절 소결 - 행정국가 모델과 사법국가 모델의 절충 ····· 52

제2장 독일 행정소송법의 민사소송법 준용체계 ····· 54

제1절 두 가지 모델이 절충된 소송법 ····· 54
제2절 독자성과 자족성 ····· 56
제3절 세분화된 준용체계 ····· 59
제4절 소결 - 행정소송의 독자성에 관한 고찰 필요성 ····· 76

제3장 독일 행정소송의 기능상 독자성 ····· 78

제1절 주관적 권리구제 기능 ····· 79
제2절 객관적 통제 기능 ····· 88
제3절 심판 기능과 분쟁조정 기능 ····· 113
제4절 소결 ····· 120

제4장 독일 행정소송의 절차상 독자성 ····· 123

제1절 소송의 대상과 유형 ····· 124
제2절 소송의 구조 ····· 144
제3절 소송법관계 ····· 157

제4절 심리원칙 ····· 168
제5절 소결 ····· 190

제5장 민사소송법의 준용에 관한 개별적 검토 ····· 192

제1절 가구제 ····· 193
제2절 제3자의 소송참가 ····· 206
제3절 변론주의의 내용과 보완장치 ····· 214
제4절 증거조사 ····· 222
제5절 화해 ····· 246
제6절 소결 ····· 255

제6장 우리나라에의 시사점 ····· 258

제1절 우리 행정소송의 독자성에 관한 비교법적 고찰 ····· 258
제2절 우리 행정소송에서 민사소송법의 준용 문제 ····· 278

제7장 요약 및 결어 ····· 300

제1절 요약 ····· 300
제2절 결어 ····· 306

참고문헌 ····· 308

Zusammenfassung ····· 324

목 차

국문초록 ····· i
약어표 ····· xiv

연구의 목적 ····· 1
연구의 범위와 방법 ····· 8

제1장 독일 행정소송의 역사적 전개 ····· 13
제1절 행정소송의 성립 이전 ····· 15
1. 민사소송법의 생성 및 발전 ····· 15
2. 18세기까지의 행정구제 제도 ····· 21
제2절 19세기의 행정소송 ····· 24
1. 행정사법의 도입과 행정재판의 공백 ····· 24
가. 19세기 초 남독일의 행정사법 ····· 24
나. 외견적 입헌군주제와 행정재판의 공백 ····· 28
2. 행정재판권의 생성 및 전개 양상 ····· 32
가. 재판소 조직 및 재판관할 ····· 32
나. 소송법관계와 심리원칙 ····· 35
다. 민사소송법의 차용 내지 준용 ····· 40
제3절 바이마르공화국부터 독일연방공화국까지 ····· 42
1. 바이마르공화국과 나치 시대 ····· 42
2. 제2차 세계대전 이후 1950년대까지의 행정소송 ····· 45
가. 행정소송의 부활 ····· 45
나. 제2차 세계대전 이후 독일 행정소송의 특징 ····· 46
다. 준용규정 ····· 48
3. 연방행정법원법의 제정 ····· 50
제4절 소결 - 행정국가 모델과 사법국가 모델의 절충 ····· 52

제2장 독일 행정소송법의 민사소송법 준용체계 ····· 54
제1절 두 가지 모델이 절충된 소송법 ····· 54
제2절 독자성과 자족성 ····· 56
1. 행정법원법의 개요 ····· 56
2. 소송의 대상・유형과 구조 ····· 56
3. 소송절차 ····· 58
제3절 세분화된 준용체계 ····· 59
1. 행정법원법에서 준용규정이 갖는 기능 ····· 59
2. 행정법원법상 준용규정의 유형과 체계 ····· 61
가. 준용규정의 3유형 체계 ····· 61
나. 제1유형: 유보조건 없는 특별준용규정 ····· 62
다. 제2유형: 상충하는 규정이 유보된 특별준용규정 ····· 69
라. 제3유형: 일반준용규정 ····· 71
제4절 소결 - 행정소송의 독자성에 관한 고찰 필요성 ····· 76

제3장 독일 행정소송의 기능상 독자성 ····· 78
제1절 주관적 권리구제 기능 ····· 79
1. 독일 행정소송의 주관소송적 성격 ····· 79
가. 헌법상 법치국가 원리와 재판청구권 ····· 79
나. 포괄적・실효적 권리구제의 보장 ····· 82
2. 행정소송에서 주관적 권리구제 기능이 갖는 특수성 ····· 85
제2절 객관적 통제 기능 ····· 88
1. 행정에 대한 통제 기능 ····· 88
가. 주관적 권리구제 기능과 객관적 통제 기능의 관계 ····· 88
나. 객관적 통제 기능의 징표들 ····· 91
다. 행정에 대한 통제 기능의 한계 ····· 97
2. 행정입법에 대한 통제 기능 ····· 99
가. 의의와 종류 ····· 99
나. 행정법원법 제47조의 규범통제절차 ····· 102

다. 행정입법에 대한 그 밖의 사법적 통제 ····· 105
3. 법형성 기능 ····· 108
가. 법형성을 통한 객관적 통제 ····· 108
나. 행정소송에서 법형성이 갖는 특징 ····· 110
제3절 심판 기능과 분쟁조정 기능 ····· 113
1. 심판에 의한 분쟁해결의 강조 ····· 113
2. 행정소송에서 분쟁조정 기능의 한계 ····· 117
제4절 소결 ····· 120

제4장 독일 행정소송의 절차상 독자성 ····· 123
제1절 소송의 대상과 유형 ····· 124
1. 재판관할과 소송유형 ····· 124
가. 재판권과 관할 ····· 124
나. 소송유형 ····· 128
2. 행정행위의 특수성이 반영된 소송요건 ····· 132
가. 전심절차와 제소기간 ····· 132
나. 소송판결의 실질적 효과 ····· 135
3. 가구제 ····· 136
가. 소송의 대상에 따른 이원적 체계 ····· 136
나. 집행정지 ····· 138
다. 가명령 ····· 141
제2절 소송의 구조 ····· 144
1. 원고적격과 권리보호필요성 ····· 145
가. 원고적격 ····· 145
나. 권리보호필요성 ····· 147
2. 본안의 심사척도와 판단기준시 ····· 151
가. 본안의 심사척도 ····· 151
나. 본안판단 기준시 ····· 153
3. 판결의 효력 ····· 154

제3절 소송법관계 ····· 157
1. 법원조직 ····· 157
2. 소송관계인 ····· 160
가. 소송당사자의 지위와 소송상 역할 ····· 160
나. 관계인능력과 소송능력 ····· 162
다. 참가인과 공익대변인 ····· 164
제4절 심리원칙 ····· 168
1. 심리원칙 중심의 고찰 필요성 ····· 168
2. 처분권주의 ····· 170
가. 의의 ····· 170
나. 심판대상의 결정 ····· 171
다. 소의 취하・변경, 소송종료 진술 ····· 173
라. 소송상화해 ····· 175
3. 직권탐지주의 ····· 177
가. 법원의 사실조사의무 ····· 177
나. 소송관계인의 협력의무 ····· 181
다. 주장책임과 증명책임 ····· 184
4. 그 밖의 심리원칙 ····· 187
가. 직권진행주의 ····· 187
나. 구술심리주의 ····· 189
제5절 소결 ····· 190

제5장 민사소송법의 준용에 관한 개별적 검토 ····· 192
제1절 가구제 ····· 193
1. 가명령에 대한 민사소송법상 보전처분 규정의 준용 ····· 194
가. 준용의 범위 ····· 194
나. 준용대상 규정의 수정 필요성 ····· 197
2. 그 밖의 보전처분 규정의 준용 여부 ····· 202
가. 사정변경에 따른 보전처분 취소 규정의 준용 여부 ····· 202

나. 집행정지절차에서 손해배상 규정의 준용 여부 ····· 205
제2절 제3자의 소송참가 ····· 206
1. 보조참가와 소송고지 ····· 206
가. 개설 ····· 206
나. 규율의 공백 측면에서의 검토 ····· 207
다. 유사성 측면에서의 검토 ····· 209
2. 주참가와 채권자소송 ····· 210
제3절 변론주의의 내용과 보완장치 ····· 214
1. 재판상 자백과 자백간주 ····· 214
2. 당사자의 진실의무 ····· 217
3. 실질적 소송지휘 ····· 220
제4절 증거조사 ····· 222
1. 개설 ····· 222
가. 준용의 범위 ····· 222
나. 행정소송의 독자성으로 인한 공통 수정사항 ····· 225
2. 증거조사 총칙 ····· 227
가. 준용 여부에 다툼이 있는 규정 ····· 227
나. 준용할 때 수정이 필요한 규정 ····· 230
3. 검증 및 감정 ····· 233
가. 준용이 배제되는 규정 ····· 233
나. 준용할 때 수정이 필요한 규정 ····· 234
4. 증인신문 ····· 236
가. 선서 포기 및 증인신문 포기에 관한 규정 ····· 236
나. 비용예납을 조건으로 한 증인 출석요구 규정 ····· 237
5. 서증 ····· 238
가. 개설 ····· 238
나. 문서의 증거력과 진정성립에 관한 규정 ····· 239
다. 상대방・제3자가 소지한 문서 제출에 관한 규정 ····· 242
라. 서증의 증명방해에 관한 규정 ····· 244

제5절 화해 ····· 246
1. 소송상화해 ····· 246
가. 행정법원법상 소송상화해의 규율 체계 ····· 246
나. 민사소송법상 소송상화해 규정의 준용 여부 ····· 251
2. 그 밖의 민사소송법상 화해 관련 규정 ····· 252
제6절 소결 ····· 255

제6장 우리나라에의 시사점 ····· 258
제1절 우리 행정소송의 독자성에 관한 비교법적 고찰 ····· 258
1. 소송의 대상과 유형 ····· 259
가. 재판관할과 소송유형 ····· 259
나. 전심절차와 제소기간 ····· 264
다. 가구제 ····· 266
2. 소송의 구조 ····· 267
가. 원고적격과 권리보호필요성 ····· 267
나. 본안의 심사척도, 판단기준시 및 판결의 효력 ····· 269
3. 소송법관계 ····· 271
가. 법원조직 ····· 271
나. 소송관계인 ····· 272
4. 심리 ····· 273
가. 심리원칙과 심리절차 ····· 273
나. 화해 ····· 275
5. 소결 ····· 276
제2절 우리 행정소송에서 민사소송법의 준용 문제 ····· 278
1. 민사소송법의 준용 문제에 관한 2단계 심사기준 ····· 278
2. 엄격한 심사기준의 적용례 ····· 282
가. 소송참가 규정의 준용 문제 ····· 282
나. 심리원칙에 관한 규정의 준용 문제 ····· 286
다. 소송상화해 규정의 준용 문제 ····· 293

3. 통상의 심사기준의 적용례 ····· 296
가. 항고소송에서 민사가처분 규정의 준용 문제 ····· 296
나. 증거조사 규정의 준용 문제 ····· 298

제7장 요약 및 결어 ····· 300
제1절 요약 ····· 300
1. 독일 행정소송의 독자성과 민사소송법 준용체계 ····· 300
2. 우리 행정소송의 독자성과 민사소송법 준용기준 ····· 303
3. 행정소송법의 자족성 및 준용체계에 관한 제언 ····· 305
제2절 결어 ····· 306

참고문헌 ····· 308

Zusammenfassung ····· 324

약어표 (Abkürzungsverzeichnis)

a.a.O.	am angegebenen Ort (전게서 · 전게논문)
Abs.	Absatz (항)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (법학잡지)
AöR	Archiv der öffentlichen Rechts (법학잡지)
Art.	Artikel (조)
Aufl.	Auflage (판)
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter (법학잡지)
Bd.	Band (권)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (민법전)
BGBl.	Bundesgesetzblatt (연방법률관보)
BGH	Bundesgerichtshof (연방일반법원)
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestags (Wahlperiode und Nummer) (연방의회 인쇄물)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (연방헌법재판소)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (연방헌법재판소 판례집)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht (연방행정법원)
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (연방행정법원 판결집)
BVerwGG	Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht (연방행정법원에 관한 법률)
ders.	derselbe (同人, 전게서 · 전게논문과 같은 저자)
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (법학잡지)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (법학잡지)

Einf.	Einführung (서론)
Einl.	Einleitung (서론)
f., ff.	folgende, fortfolgende (다음 면/옆번호, 다음 면/옆번호 이하)
GG	Grundgesetz (연방공화국 기본법)
Hrsg.	Herausgeber (편집자)
JZ	Juristenzeitung (법학잡지)
Kap.	Kapitel (장)
MRVO	Militärregierungsverordnung in der britischen Zone (영국 점령지역의 군정명령)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (법학잡지)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (법학잡지)
NVwZ-RR	Rechtsprechungs-Report der Neuen Zeitschrift für Verwaltungsrecht (법학잡지)
OVG	Oberverwaltungsgericht (고등행정법원)
Rn.	Randnummer (옆번호)
S.	Seite (면, 페이지)
VBlBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg (법학잡지)
VG	Verwaltungsgericht (지방행정법원)
VGG	Verwaltungsgerichtsgesetz (州행정법원법)
VGH	Verwaltungsgerichtshof (州행정재판소)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (독일 국법학자대회 간행물)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung (연방행정법원법)
VwGOÄndG	Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung (연방행정법원법 변경법)
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz (연방행정절차법)

ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung (법학잡지)
ZPO	Zivilprozeßordnung (민사소송법)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess (법학잡지)

연구의 목적

대법원은 2015년에 “행정소송법상 당사자소송을 본안으로 하는 가처분에 대하여는 행정소송법 제8조 제2항에 따라 민사집행법상 가처분에 관한 규정이 준용되어야 한다.”라고 판시한 바 있다(대법원 2015. 8. 21. 자 2015무26 결정). 당사자소송은 그 성질상 민사소송과 유사한 측면이 있고, 당사자소송에는 행정소송법상 집행정지에 관한 규정이 준용되지 않으므로, 민사집행법상의 가처분 규정이 준용되지 않을 이유가 없다(행정소송법 제44조 제1항 참조). 따라서 위 대법원 결정의 결론은 타당하고, 당시는 물론 지금도 이 결정에 반대하는 견해는 찾아보기 어렵다.

그러나 위 대법원 결정이 나오기 전까지 민사가처분에 관한 규정을 당사자소송에 준용하는 것은 실무상 당연한 일이 아니었다. 서울중앙지방법원을 비롯하여 서울을 관할하는 다섯 개 지방법원에는 행정소송법상 당사자소송을 본안으로 하는 가처분 사건이 접수되는 일이 가끔 있다. 서울 이외의 지역을 관할하는 지방법원은 행정사건에 대한 재판관할이 있으므로, 위와 같은 가처분을 민사신청 사건으로 접수하였더라도 같은 법원 내에서 재배당을 실시하여 문제를 해결할 수 있다. 그러나 서울의 경우 행정사건에 대한 재판관할은 서울행정법원에 있으므로, 위와 같은 가처분 사건을 접수한 서울의 각 지방법원은 이송 후 부적법 각하될 것이 명백한 경우를 제외하고는 해당 사건을 서울행정법원에 이송하여야 한다.[1] 그런데 당시 행정소송법 주석서나 교과서에는 행정소송법상 당사자소송에 민사집행법상 가처분 규정을 준용할 수 있다고 되어 있었고,[2] 심지어 법원의 실무편람에도 그렇게 기재되어 있었음에도,[3] 2010년대 초반까지 서울행정법원에서는 당사자소송을 본안으로 하는

---

1) 김동희 · 최계영, 행정법 I(제26판), 박영사, 2021, 753-754면 참조.

2) 대표적으로 김철용 · 최광률(편집대표), 주석 행정소송법, 박영사, 2004, 165면 참조.

3) 서울고등법원, 행정소송실무편람, 2003, 68-69면 참조.

가처분 사건을 처리한 선례를 발견할 수 없었다. 사정이 이렇다 보니, 서울의 각 지방법원 신청합의부에서는 위 가처분 사건을 서울행정법원에 이송해야 할지 아니면 그냥 각하할지가 쟁점이 되었다.

우리나라의 행정소송법은 1951년에 당시 일본의 行政事件訴訟特例法을 본떠 14개조의 극히 간략한 내용으로 제정되어 1970년대까지 시행되다가, 1984년에 전면개정됨으로써 재판관할 · 소송유형 · 소송요건 · 심리절차 등에 관하여 현행법의 골격이 만들어졌고, 다시 1994년에 행정소송 3심제의 도입과 제1심 전문법원인 행정법원의 설치 및 행정심판의 임의절차화를 골자로 하는 일부개정이 이루어져 오늘에 이르고 있다.[4)]

행정소송법은 행정소송에 관한 일반법으로서, 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 행정소송법이 적용된다(행정소송법 제8조 제1항). 그러나 행정소송법은 행정소송에 관한 모든 사항을 규율하고 있는 자기완결적인 법률이 아니다. 1984년에 전면개정을 거치기는 했지만, 여전히 행정소송에 특별히 적용되는 46개조의 규정만을 담고 있다. 민사소송법이 방대한 조문과 체계를 갖추고 있고 오랜 기간 축적된 이론과 판례에 의해 뒷받침되는 것에 비하면 부족한 점이 많다. 그래서 행정소송법 제8조 제2항은 "행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다."라고 규정하고 있다.[5)]

그런데 '준용'이란 어떤 사항에 관한 규정을 그것과 유사하기는 하나 본질이 다른 사항에 관하여 필요에 따라 약간의 수정을 가하여 맞추는 것으로서,[6)] 어떤 규정을 본래의 규율사항에 관하여 수정 없이 맞추는 '적용'과는

---

4) 우리나라 행정소송법의 연혁에 관하여는 김철용 · 최광률(편집대표), 주석 행정소송법, 2004, 14-16면; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2006, 1-2면 참조.

5) 김철용 · 최광률(편집대표), 주석 행정소송법, 2004, 147-148면 참조.

6) 제2장에서 자세히 서술하겠지만, 준용(Verweisung)이란 어떤 사항에 관한 법 규정을 그것과 본질은 다르지만 유사성이 있는 다른 규율사항에 대하여 적용하는 입법기술을 말하고, 알맞게 적용(entsprechende Anwendung)한다는 것은 독일 법령에서 준용을 나타낼 때 사용하는 용어로서, 준용 과정에서 필요에 따라 준용 대상 규정에 일정한 수정을 가할 수 있음을 뜻하는 표현이다.

구별된다.[7] 그러므로 어느 법령의 규정이 특정 사항에 관하여 다른 법령을 포괄적·일반적으로 준용하는 형식을 취하고 있다고 하더라도, 준용규정을 둔 법령이 규율하고자 하는 사항의 성질에 반하지 않는 한도 내에서만 다른 법령의 규정이 준용된다.[8] 따라서 행정소송법 제8조 제2항을 통한 민사소송법과 민사집행법(이하에서 이 두 법률을 통틀어 지칭할 때는 '민사소송법 등'이라 한다) 규정의 준용 여부를 검토할 때는 위 두 법률의 준용을 막는 행정소송의 독자적 성질이 무엇인지를 항상 탐구해야 한다. 즉, 행정소송법에 규정이 없다는 이유로 민사소송법 등을 무분별하게 준용하여서도 아니 되고, 행정소송의 특수성을 강조한 나머지 민사소송법 등의 준용을 덮어놓고 부정하여서도 아니 된다.[9]

행정소송법 제8조 제2항을 통한 민사소송법 등의 준용 범위와 관련하여, 종래의 학설[10]과 판례·실무례[11]는 법관의 제척·기피·회피, 당사자의 확정 및 정정, 당사자능력과 소송능력, 청구의 병합, 소의 변경, 소송비용, 기일 및 기간, 송달, 소송절차의 중단·중지, 변론과 그 준비, 증거조사, 상소 등에 관한 규정은 행정소송에 준용된다고 본다. 반면에 행정소송의 독자적 성질에 반하는 것, 예를 들어 무변론판결에 관한 규정이나 항고소송에서 청구의 포기·인락·화해 및 가처분에 관한 규정은 준용되지 않는 것으로 본다.[12]

---

7) 법제처, 법령 입안·심사 기준, 2021, 784면; 조정찬, 준용에 관한 몇 가지 문제, 법제 제514호, 2000, 27-28면 참조.

8) 대법원 2015. 8. 27. 선고 2015두41371 판결 참조.

9) 김철용·최광률(편집대표), 주석 행정소송법, 2004, 154면 참조.

10) 우리나라 행정소송에서 민사소송법 규정의 준용 여부 및 범위에 관하여 다루고 있는 학술문헌으로(발행연도 순), 단행본은 김철용·최광률(편집대표), 주석 행정소송법, 2004; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 논문은 최선웅, 행정소송에서의 준용규정에 관한 일 고찰, 행정법연구 제12호, 2004, 365-378면; 설계경, 행정소송상 가구제제도에 관한 소고, 법제 제575호, 2005, 21-41면; 하명호, 행정소송에서 가처분 규정의 준용, 행정판례연구 제22집 제2권, 2017, 169-208면 등 참조.

11) 법원의 실무와 관련된 문헌으로는(발행연도 순), 서울고등법원, 행정소송실무편람, 2003; 서울행정법원 실무연구회, 행정소송의 이론과 실무, 2013; 법원행정처, 법원실무제요 행정, 2016 등 참조.

그러나 실무에서 행정소송을 담당하는 법관이 민사소송법 등의 준용 여부를 고민할 때 위와 같은 정도의 해석론이 얼마나 실질적인 도움을 줄 수 있을지는 의문이다. 지금까지의 논의에서는 민사소송법 등의 준용을 배제하는 행정소송의 독자적 성질에 관한 구체적·체계적인 규명이 부족했기 때문이다. 현재의 이론서나 실무서에서 행정소송의 독자적 성질에 관하여 설명하는 내용은 다소 추상적인 수준에 그치고 있어서,[13] 그러한 행정소송의 독자성이 법원조직·재판관할·소송유형·소송법관계·소송요건·변론·증거조사·종국판결·가구제 등의 개별 영역에서 어떻게 구현되는지 구체적으로 알기 어렵다. 이처럼 행정소송의 독자적 성질이 소송제도를 이루는 개별 영역에서 어떻게 구현되는지에 관한 구체적인 규명이 부족하기 때문에, 그러한 독자성 내지 특수성이 개별 규율영역에서 민사소송법 등의 준용 여부와 체계적으로 연결되지 못한다.

2015년 이전에 행정소송법상 당사자소송을 본안으로 하는 가처분이 가능한지 쟁점이 되었던 상황으로 다시 돌아가 본다. 이 쟁점을 놓고 실무처리 방향을 고민하는 법관은 두 가지 의문에 직면하게 된다. 첫째는, 행정소송법 제8조 제2항의 해석기준을 스스로 어떻게 정립해야 하는가 하는 점이다. 당

---

12) 이에 관한 자세한 내용은 법원행정처, 법원실무제요 행정, 2016, 5-6면, 264면, 287면, 314-315면, 368-370면; 서울행정법원 실무연구회, 행정소송의 이론과 실무, 2013, 15-17면; 김철용·최광률(편집대표), 주석 행정소송법, 2004, 155-165면; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 3면 참조.

13) 예컨대, 법원실무제요 행정, 2016, 5-6면은 "다만, 행정소송은 사적 자치의 영역을 다루는 민사소송과는 달리, 공법상 법률관계를 다루어 개인의 권리구제와 함께 행정의 적정한 운영이라는 기능을 아울러 수행하므로, 행정소송법에 민사소송과 다른 특별한 규정이 있는 경우는 물론, 그러한 규정이 없더라도 성질상 민사소송의 관련 규정이 그대로 준용되지 않는 경우가 있다. 우선 민사소송의 지배원리인 처분권주의가 그대로 적용될 수 없고, 실체적 진실발견에 중점을 둔 직권주의적 요소를 더욱 가미할 수밖에 없다."라고 서술하고 있다. 한편, 서울행정법원 실무연구회, 행정소송의 이론과 실무, 2013, 17면은 "행정소송이 개인의 주관적 권익 보호는 물론 다수의 국민에게 영향을 미치는 공법관계의 안정, 행정의 적법성 확보 등의 공익적 기능 달성도 목적으로 삼고 있는 이상 그 절차에도 직권주의적 요소를 가미할 수밖에 없고, 그 범위에서는 민사소송의 지배원칙인 처분권주의와 변론주의를 그대로 준용할 수 없다."라고 서술하고 있다.

사자소송에 민사가처분 규정을 준용하는 문제와 같이 학설상으로 별다른 이견이 없는 쟁점에 관하여도 대법원의 최종 판단이 있거나 하급심에서 상당기간 실무례가 쌓이기 전까지는 해당 규정의 준용에 신중을 기하게 되는데, 하물며 견해의 대립이 있거나 그동안 논의가 이루어지지 않은 민사소송법 규정의 준용 여부가 문제 된다면 어떠한 기준을 가지고 준용 여부를 판단해야 할지 막막할 수 있다.

이러한 막막함은 좀 더 근본적인 의문, 즉 우리나라 행정소송법의 준용규정 자체에 대한 의문으로 이어진다. 현행 행정소송법은 사건의 이송(제7조), 제3자 및 행정청의 소송참가(제16조, 제17조), 거부처분취소판결의 간접강제(제34조)에 관해서만 민사소송법 등의 특정 조문을 준용하고 있을 뿐이고, 나머지 모든 준용 문제는 행정소송법 제8조 제2항으로 해결하고 있다. 그런데 앞서 본 것처럼 자족성이 현저히 떨어지는 행정소송법의 부족한 부분을 위와 같이 포괄적인 준용규정 한 개로 보충하게 하는 상황이 온당한 것인지 의문이다. 포괄적인 준용규정만을 두어 민사소송법 등의 준용 여부를 법관의 법률해석·적용 권한에 맡기게 되면 행정소송 절차를 그 성질에 맞게 독자적으로 형성해 나갈 여지가 커진다는 장점도 있지만, 개별 조문의 준용 여부를 구체적인 법률상의 가이드라인 없이 법관의 재량에만 맡기게 되어 법적 안정성이 저해될 우려도 있다. 따라서 단시일 내에 법 개정을 통한 준용규정의 확충을 기대하기 어렵다면, 포괄적인 준용규정에 대한 해석기준을 어떤 방식으로 구체화하여 법적 안정성을 도모할 것인지가 핵심 과제로 대두된다.

우리나라에서는 당사자소송에 민사가처분 규정을 준용하는 문제와 같이 이론상 견해대립이 거의 없는 쟁점조차 실무상 명확하게 정리되지 못했던 무렵, 독일 법학자인 야콥 놀테(Jakob Nolte)가 2012년 베를린 훔볼트대학교에 『행정재판의 독자성 - 행정소송에 민사소송법을 적용하는 근거와 한계』[14] 라는 제목의 교수자격논문(Habilitation)을 제출하였다. 위 논문은 독일의 행

---

14) Jakob Julius Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes: Grund und Grenzen der Anwendung des Zivilprozessrechts im Verwaltungsprozess, Tübingen 2015.

정소송과 민사소송을 기능, 조직, 절차 면에서 체계적으로 비교·분석한 다음, 독일 행정소송법상의 준용규정을 유형화하고 행정소송의 개별 규율영역별로 민사소송법의 준용 여부를 망라하여 검토한 방대한 양의 논문이다.

위 논문의 내용을 살펴보면, 우리나라 행정소송에서의 민사소송법 준용 문제에 관한 해결의 실마리를 찾기 위해 독일의 행정소송을 연구할 필요성이 크다는 결론에 이르게 되는데, 그 이유는 다음과 같다. 첫째, 우리나라 행정소송법은 제정 당시는 물론이고 1984년의 전면개정 당시에도 독일법을 계수한 일본 행정소송법의 영향을 많이 받았다. 물론 현재 우리나라 행정소송의 실정법상 구조는 원고적격·소송물·본안요건 등 여러 면에서 독일 행정소송의 그것과 차이가 있지만,[15] 위와 같은 연혁적인 이유로 독일의 행정소송 제도를 살펴볼 필요가 있다. 둘째, 독일의 행정소송법인 연방행정법원법(Verwaltungsgerichtsordnung)은 195개조의 규정을 지녀 우리 행정소송법보다 자족성이 훨씬 높은 법률이면서도,[16] 꽤 여러 개의 준용규정을 갖고 있다. 우리 행정소송법 제8조 제2항과 같이 민사소송법과 법원조직법을 포괄적으로 준용하는 규정이 있는 것은 물론이고, 그 밖에 민사소송법과 법원조직법의 특정 조문을 구체적으로 준용하는 규정이 20여 개에 이르며, 개개의 규율영역별로 민사소송법의 준용 문제에 관하여 상당한 수준의 이론과 실무례가 축적되어 있다.

1994년의 일부개정 이후로 우리 행정소송법을 전면개정하려는 노력이 여러 차례 있었으나, 실제로 개정에 이르지는 못하였다.[17] 대법원이 2002년에 행정소송법 개정위원회를 출범한 이래로 행정소송법의 전면개정을 시도한 지 20여 년이 되었지만 여전히 우리의 행정소송법은 자족성이 떨어지고, 그로

---

15) 이에 관한 자세한 내용은 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 159-165면 참조.

16) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 110면 참조.

17) 그동안의 행정소송법 개정 추진경과에 관하여는 김광수, 행정소송법 개정안의 명암, 행정법연구 제37호, 2013, 5-10면; 정남철, 행정소송법 개정안의 내용 및 문제점 - 특히 행정소송의 개혁과 발전을 위한 비판적 고찰을 중심으로, 법제연구 제44호, 2013, 284-286면; 법률신문, 행정소송법 개정 더 이상 미룰 이유 없다, 2015. 6. 11.자 사설 참조.

인한 공백을 메우는 역할을 하는 준용규정도 사실상 제8조 제2항 한 개뿐이다. 그러나 국민의 권리를 구제하고 행정을 법적으로 통제하는 '행정소송'이라는 국가작용은 잠시도 멈출 수 없기 때문에, 부족한 모습으로 정체되어 있는 행정소송법의 빈 공간을 행정소송의 성질에 맞게 채워가려는 노력은 계속되어야 한다.

따라서 본 논문은 독일 행정소송이 갖는 독자성을 연방행정법원법의 자족성과 민사소송법 준용체계를 중심으로 연구하는 것을 목적으로 한다. 주관소송의 성격이 강한 독일 행정소송이 민사소송에 대한 관계에서 어떤 독자적 성질을 띠고 있는지 살펴보면, 그보다 객관소송적 성격을 더 많이 띠고 있는 우리나라 행정소송의 독자성에 관하여 보다 깊이 있는 이해가 가능하게 될 것이고, 비판적 관점에서 현재의 이론과 실무를 살펴볼 수 있는 계기도 마련될 것이다. 또한 행정소송에 민사소송법을 준용하는 문제와 관련된 독일의 이론과 실무례를 고찰함으로써 우리나라의 행정소송법 제8조 제2항에 관한 해석론을 펼치는 데 있어 시사점을 얻을 수 있다.

연구의 범위와 방법

독일의 행정소송 제도 전반과 그 특징에 관해서는 국내 학계에서 상당한 정도의 선행연구가 축적되어 있다.[18] 그동안의 선행연구에는 독일 행정소송의 구조, 기능, 소송요건, 심리원칙 등 민사소송과 구별되는 독자적 성질에 관한 내용도 포함되어 있다. 그러나 독일 행정소송을 민사소송과 전면적으로 대비하면서 그 독자성을 밝히는 것을 주목적으로 하거나, 행정소송의 독자성을 민사소송법의 준용 문제와 연결하는 선행연구는 많지 않다. 그러므로 본 논문은 소송제도의 근간이 되는 네 가지 주제, 즉 ① 소송의 대상과 유형, ② 소송의 구조, ③ 소송법관계, ④ 심리원칙을 중심으로 독일 행정소송이 민사소송에 대한 관계에서 갖는 독자성을 고찰하고, 이를 토대로 하여 민사소송법의 준용 문제에 관한 검토로 나아가고자 한다. 이하에서는 위 네 가지 주제를 독일 행정소송 제도를 떠받치는 '네 개의 기둥'이라고 부를 것이다. 본 논문이 '네 개의 기둥'에 주목하는 이유는, 위 네 가지 주제에 독일 행정소송의 핵심이 담겨 있을 뿐 아니라, 이러한 분류체계가 전체 소송제도 중 상대적으로 독자성이 강한 영역과 약한 영역을 구분하는 데 도움이 되기 때문이다. 나아가 위 네 개의 기둥은 독일의 행정소송 제도와 우리의 행정소송 제도를 비교하는 데에도 유용한 기준이 된다.

---

18) 대표적인 학술문헌으로(발행연도 순), 김철용, 독일의 행정재판제도, 공법연구 제9집, 1981, 105-118면, 강구철, 독일의 행정소송제도, 국민대 법학논총 제6집, 1994, 139-166면; 선정원, 행정소송상 사실해명과 그 한계 - 직권심리주의에 관한 일 고찰, 서울대학교 법학박사논문, 1995; 박정훈, 환경위해시설의 설치·가동허가처분을 다투는 취소소송에서 인근주민의 원고적격 - 독일법의 비판적 검토와 행정소송법 제12조의 해석을 중심으로, 행정법연구 제6호, 2000, 97-118면; 최선웅, 행정소송에서의 변론주의와 직권탐지주의 - 행정소송법 제26조를 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2004; 박정훈, 행정입법에 대한 사법심사 - 독일법제의 개관과 우리법의 해석론 및 입법론을 중심으로, 행정법연구 제11호, 2004, 125-274면; 박정훈, 취소판결의 기판력과 기속력 - 취소소송의 관통개념으로서의 소송물, 행정판례연구 제9집, 2004, 135-235면 참조.

또한 본 논문은 독일 행정소송의 독자성을 다양한 차원에서 입체적으로 고찰하고자 한다. 즉, 이하에서는 독일의 행정소송 제도를 역사적 차원(제1장), 개념적 · 체계적 차원(제2장), 기능적 차원(제3장), 실제적 차원(제4장)에서 조망할 것인데, 각각의 차원은 행정법학의 연구방법론과 관련이 있다.

제1장에서는 독일 행정소송을 역사적 차원에서 고찰한다. 즉, 역사적 방법론을 통해 독일 행정소송의 생성 및 전개 과정을 개관한다. 우선 행정소송 제도의 토대가 되었던 민사소송의 역사와, 18세기까지 맹아 단계에 있던 행정구제 제도를 살펴본다(제1절). 이어서 19세기 후반에 이르러 비로소 행정소송 제도가 생성되는 과정을 고찰한다(제2절). 그 과정에서 행정부에 속한 행정재판소[19]가 행정재판을 담당하고 행정통제 기능에 초점을 맞추는 재판모델과, 행정부와 분리된 일반재판소가 행정재판을 담당하고 권리구제 기능에 초점을 맞추는 재판모델 사이에 대립과 타협이 벌어지는 모습을 확인할 수 있는데, 이것은 본 논문에서 독일 행정소송을 바라보는 핵심 축이 된다. 나아가 바이마르공화국 시대부터 제2차 세계대전을 거쳐 독자적 소송법인 연방행정법원법 제정에까지 이르는 과정을 순서대로 살펴본다(제3절). 이를 통해 행정소송의 대상과 유형, 소송의 구조, 소송법관계, 심리원칙에 관하여 위 두 가지 모델이 어떻게 절충되어 왔는지를 확인한다. 또한 그 과정에

19) 독일의 행정재판기관을 의미하는 'Verwaltungsgericht'는 국내에서 '행정법원'으로 번역되기도 하고 '행정재판소'로 번역되기도 한다. 그런데 '法院'이라는 용어는 강학상 용어이기도 하지만 기본적으로 우리나라의 헌법, 법률 등 실정법에서 대한민국의 사법기관을 가리킬 때 사용되는 용어이므로, 다른 나라인 독일의 소송제도를 연구하면서 그곳의 사법기관을 곧바로 '법원'으로 번역하는 것이 적절한지 다소 의문이 있다. 그러나 독일연방공화국의 소송제도를 소개하는 대부분의 국내문헌에서는 헌법소송을 담당하는 'Bundesverfassungsgericht'를 '연방헌법재판소'로, 그 밖의 민사 · 형사 · 가사, 행정, 재정, 노동, 사회 5개의 재판분야를 관장하는 'Bundesgericht'와 'Gericht der Länder'를 '연방법원'과 '州법원'으로 각 번역하고 있으므로, 이같이 확립된 용례를 무시하기는 어렵다. 또한 본 논문에서는 조직 측면에서 행정과 완전히 분리되지 않았던 제2차 세계대전 이전의 행정재판기관과 조직상으로 행정과 완전히 분리된 제2차 세계대전 이후의 행정재판기관을 구별하여 부를 필요도 있다. 따라서 이하에서는 제2차 세계대전 이전의 행정재판기관은 '행정재판소'로 번역하고, 제2차 세계대전 이후의 행정재판기관은 '행정법원'으로 번역한다.

서 민사소송의 무엇을 모방·참조하였는지, 그리고 나머지 부분에는 어떤 독자적인 것들을 채워 넣었는지를 분석한다.

제2장에서는 위와 같은 역사적 과정의 산물인 연방행정법원법을 개념적·체계적 차원에서 고찰한다. 즉, 위의 두 가지 재판모델이 소송법 자체의 형태와 체계에 어떤 방식으로 절충되어 있는지 살펴본다(제1절). 그 절충의 방식이란, 한편으로는 상당한 정도의 자족성과 독자성을 띤 자체 규정을 두면서(제2절), 다른 한편으로는 세 가지 유형으로 세분화된 다수의 준용규정을 곳곳에 마련해 놓는 것이다(제3절). 그리고 연방행정법원법의 이러한 세분화된 민사소송법 준용체계를 제대로 이해하기 위해서는 행정소송이 민사소송과 어떤 점에서 유사하고 어떤 점에서 다른지 규명할 필요가 있고, 그러려면 독일 행정소송의 독자성에 관한 고찰로 나아갈 수밖에 없음을 밝히도록 하겠다.

제3장에서는 독일 행정소송을 기능적 차원에서 고찰한다. 즉, 독일 행정소송의 기능이 민사소송에 대한 관계에서 어떠한 독자성을 갖는지를 살핀다. 여기서는 민사소송의 기능을 기준점으로 삼고, 행정소송의 기능이 그것과 어떤 점에서 공통되고 어떤 점에서 다른지를 검토하면서 '의회와 법원 사이에 놓인 행정'을 조망하는 국법질서 방법론을 사용하도록 한다. 행정소송의 기능에 먼저 주목하는 이유는, 행정소송의 주된 기능을 행정에 대한 통제에 두느냐 아니면 개인의 권리구제에 두느냐에 따라 소송제도의 많은 부분이 달라진다는 점을 앞서 역사적 고찰을 통해 확인하였기 때문이다. 주관소송의 성격이 강한 독일 행정소송은 개인의 권리구제를 가장 중심적인 기능으로 삼지만(제1절), 객관적 통제 기능, 법형성 기능과 같은 행정소송 특유의 기능도 중요한 의미가 있다(제2절). 한편, 분쟁조정 기능과 같이 행정소송의 독자적 성질로 인하여 뚜렷한 한계가 그어지는 기능도 있다(제3절). 그러한 기능들이 행정소송 제도에 어떠한 모습으로 드러나고 있는지를 검토하도록 한다.

제4장에서는 독일 행정소송을 실제적 차원에서 고찰한다. 즉, 독일 행정소송의 독자성이 소송절차 전반에 어떻게 구현되어 있는지를 법해석 방법론을

통해 확인하고자 한다. 다시 말해, 실정법상의 행정소송 제도를 떠받치는 네 개의 기둥인 소송의 대상과 유형, 소송의 구조, 소송법관계, 심리원칙을 중심으로 개별 규율영역을 민사소송과 비교·대조하면서 그 특징을 검토하고자 한다. 이를 통해 첫 번째 기둥은 독자성이 약한 요소와 강한 요소가 섞여 있고, 두 번째 기둥은 상대적으로 독자성이 약하며, 세 번째와 네 번째 기둥은 상대적으로 독자성이 강하다는 점을 논증하고자 한다. 이는 제3장에서 살펴본 독일 행정소송의 기능과 관련이 있다. 즉, 행정소송이 민사소송과 공통되는 기능을 수행하는 범위에서는 민사소송과 유사하게 절차가 형성되어 있지만, 민사소송과 다른 특유의 기능을 수행하는 범위에서는 민사소송과 다르게 절차가 형성되어 있음을 밝히고자 한다.

제5장에서는 제3장과 제4장의 토대 위에서 개개의 민사소송법 규정이 행정소송에 준용될 수 있는지를 구체적으로 살펴보고자 한다. 다만, 연방행정법원법의 여러 준용규정을 망라하여 고찰하기에는 한계가 있으므로, 그중에서 우리나라의 이론·실무에 시사점을 줄 수 있는 다섯 가지 주제로 한정하여 고찰한다. 독일에서는 행정소송의 핵심을 이루는 네 개의 기둥 중 소송의 구조를 제외한 나머지 세 기둥과 관련하여 민사소송법 규정의 준용 문제가 논의되고 있는데, 첫 번째 기둥인 '소송의 대상·유형'과 관련해서는 민사소송법상 가구제 규정을 살펴보고(제1절), 세 번째 기둥인 '소송법관계'와 관련해서는 제3자의 소송참가 규정을 살펴본다(제2절). 마지막으로 네 번째 기둥인 '심리원칙'과 관련해서는 변론주의의 내용과 보완장치(제3절), 증거조사(제4절), 화해(제5절)와 관련된 규정들을 살펴본다. 이 다섯 가지 주제를 통해 독일 행정소송의 독자성이 개별 민사소송법 규정의 준용 여부에 어떤 영향을 미치는지를 구체적으로 살펴볼 것이다.

제6장에서는 이제까지 고찰한 독일 행정소송의 독자성과 개별 민사소송법 규정의 준용 문제로부터 우리나라에의 시사점을 추출한다. 먼저 독일 행정소송이 민사소송에 대하여 갖는 독자성에 비추어 볼 때 우리나라의 행정소송은 민사소송에 대하여 어느 정도의 독자성을 가지는지를 기능적·절차적 관점에서 고찰하고자 한다. 여기서도 앞서 살펴본 행정소송의 네 가지 기둥을

중심으로 독일 제도와 우리 제도를 비교하도록 한다. 다음으로 우리 행정소송에서 민사소송법 준용 문제를 해결하기 위한 2단계 심사기준을 제시하고, 위 심사기준의 적용례를 개별 규율영역별로 살펴보기로 한다.

제7장에서는 이상의 논의를 요약하는 한편, 전체적인 결론을 내리고자 한다.

본 논문은 독일 행정소송을 바라보는 기본 관점과 연구방법론에서 앞서 소개한 야콥 놀테의 교수자격논문을 여러 모로 참조하였다. 우선 독일의 행정소송 제도를 행정과 분리된 재판소가 재판을 담당하고 권리구제에 초점을 맞추는 재판모델과 행정부에 속하는 재판소가 재판을 담당하고 행정통제에 초점을 맞추는 재판모델의 절충 형태로 파악하는 관점을 기본으로 삼고, 나아가 주관소송의 성격이 강한 독일의 행정소송에서 객관소송의 성격을 최대한 찾아내고 부각하려는 시도를 뒤따라가 보았다. 또한 독일의 행정소송을 기능과 절차 면에서 민사소송과 비교해 나가는 기본 틀도 상당 부분 참조하였다.

다만, 본 논문은 위와 같은 기본 관점 및 독일 행정소송 제도에 관한 이론과 실무례를 외부자의 시선으로 재검증하고, 그로부터 우리나라에의 시사점을 추출하는 데 초점을 맞추었다. 독일의 이론과 실무례 중 어느 것이 더 타당하고 어느 것이 그렇지 않은지를 섣불리 논하거나 개별 규정의 준용 가능성을 망라하여 다루기보다는, 민사소송법 규정의 준용 여부 및 준용할 때의 수정 여부를 판단하는 큰 틀에서의 기준이 무엇인지를 탐구하려고 노력하였다. 또한 독일 행정소송의 독자성을 검토할 때 기준점이 되는 독일 민사소송의 이론과 체계를 충실히 고찰하고자 하였다. 위 교수자격논문에도 곳곳에 독일 민사소송 제도가 소개되어 있긴 하지만, 그 내용이 다소 개괄적으로 서술된 부분도 없지 않다. 그것은 위 논문의 주 독자층이 독일의 법학자와 실무가여서 자국의 민사소송 제도에 대한 기본적 이해가 갖추어져 있음을 전제로 하기 때문으로 보인다. 그러나 독일의 행정소송과 민사소송을 제대로 비교하고 우리나라에의 시사점을 도출하기 위해서는 행정소송만큼이나 민사소송에 대한 정확한 이해가 필요하므로, 이 점에 더욱 주안점을 두었다.

제1장 독일 행정소송의 역사적 전개

독일 행정소송이 민사소송에 대한 관계에서 어떠한 독자성과 특수성을 지니고 있는지, 그리고 독일 민사소송법이 어느 범위에서 어떤 방식으로 행정소송에 준용될 수 있는지를 논하기 위해서는, 먼저 독일 행정소송이 생성되고 전개되어 온 역사적 과정을 살펴볼 필요가 있다. 왜냐하면 독일 행정소송은 19세기에 독일이 처했던 정치·사회적 배경 속에서 군주와 시민계급 간의 타협의 결과로 생성된 것으로서, 많은 부분이 민사소송법에 기대어 만들어진 역사적 산물이기 때문이다.[20)]

그런데 이 당시 군주와 시민계급의 타협은 비단 두 세력 간의 정치적 타협만을 의미하는 것이 아니라, 행정재판을 행정부 스스로 담당하는 이른바 行政國家(Administrativjustiz) 모델과 행정재판을 행정부와 독립된 재판소가 담당하는 소위 司法國家(Justizstaat) 모델 사이에서의 제도적 타협이었다. 이러한 제도적 타협의 배경에는 행정재판을 행정작용의 일부로 볼 것이냐 사법작용의 일부로 볼 것이냐 하는 법이론적 견해 대립이 전제되어 있다. 그리고 이러한 논의를 다시 행정재판에 적용할 소송법의 차원에서 바라보면, 완전히 독자적이고 그 자체로 완결적인 행정소송법을 마련할 것인가 아니면 행정소송과 민사소송에 공통으로 적용되는 단일한 소송법－정확히는 통일적인 민사소송법－을 마련할 것인가 사이에서의 타협으로 파악할 수도 있다.

이러한 두 가지 재판모델 사이에서 제도적 타협의 결과로 19세기 후반에 독일의 행정소송 제도가 생성되었으므로, 당시의 소송제도에는 두 가지 모델의 요소가 절충되어 나타났다. 그러면서 오늘날의 행정소송 제도를 떠받치는 네 개의 기둥인 ① 소송의 대상·유형, ② 소송의 구조, ③ 소송법관계, ④ 심리원칙 중에서 소송의 구조를 제외한 나머지 세 기둥이 이 시기에 이미 세워

---

20) Thomas Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl., München 2011, Rn. 36-47; Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl., München 2016, §2 Rn. 1-16 참조.

졌다. 소송의 대상·유형과 관련해서는 '행정행위'에 대한 취소소송을 중심으로 재판관할과 소송유형이 협소하게 형성되었다. 그러나 소송법관계에서는 원고와 피고 행정청의 소송상 역할이 서로 달랐을 뿐 아니라 제3자의 소송참가 및 공익대변인 제도로 인해 이른바 '多極的 이해관계'가 형량·조정될 수 있는 토대가 마련되었고, 소송자료의 수집책임에 관한 심리원칙으로 변론주의를 거부하고 '직권탐지주의'를 취하였다.

그러다 제2차 세계대전 이후 독일의 행정소송 제도는 나치 시대의 불법국가에 대한 반성 속에서 주관적 권리구제 중심으로 재편되어 사법국가 모델 쪽으로 기울어졌다. 그로 인해 마지막 기둥인 소송의 구조가 세워졌다. 즉, 헌법과 법률에서 취소소송의 원고적격과 본안요건으로 '권리침해'를 요구하는 주관소송적 구조가 확립된 것이다.

이처럼 역사적 관점에서 오늘날의 독일 행정소송법을 살펴보면, 위에서 언급한 두 가지 모델의 '절충'이 그 안에 구현되어 있음을 확인할 수 있다. 즉, 재판관할이 행정행위 개념을 기준으로 협소하게 형성되어 있긴 하지만, 행정행위에 대한 취소소송 자체에는 행정행위의 특수성에 기초한 제도적 장치가 마련되어 있어 어느 정도의 독자성이 있다. 권리침해를 중심축으로 하는 원고적격과 본안요건은 사법국가 모델의 영향을 강하게 받은 것으로서, 독자성이 약하다. 반면에 多極的 이해관계가 형량·조정되는 소송법관계와 직권탐지주의로 대표되는 심리원칙은 행정국가 모델의 영향을 받은 것으로서, 상대적으로 독자성이 강하게 드러나는 부분이다. 이러한 절충점은 독일 행정소송의 기능적·절차적 독자성을 체계적으로 이해하는 밑바탕이 된다.

제1절 행정소송의 성립 이전

1. 민사소송법의 생성 및 발전

독일 행정소송의 역사를 살펴보려면 그 전에 먼저 독일 민사소송의 역사를 살펴볼 필요가 있다. 왜냐하면 독일의 행정소송은 16세기에 그 맹아가 싹텄고 19세기 후반에 이르러서야 본격적인 소송제도가 수립되었지만, 독일의 민사소송은 그보다 훨씬 더 장구한 역사를 지니고 있고 수백 년간 이론적·실무적 결과물을 쌓아 왔으며, 무엇보다도 독일에서 행정소송이 생성될 때 제도적 바탕이자 모방의 대상이 되었기 때문이다.

6세기 동로마제국의 황제 유스티니아누스 시대에 편찬된『학설휘찬』에 의하면, 고대 로마의 법학자 울피아누스(Ulpianus)는 로마법을 公法(ius pubulicum)과 私法(ius privatum)으로 구분하여, 공법은 로마의 국가적 사안에 관한 법이고 사법은 개개인의 이익에 관한 법이라고 하였다.[21] 그러나 이것은 개념상의 구별이었을 뿐 실제적 의미와 기능은 거의 갖지 못했다.[22] 즉, 로마법에는 체계적·제도적 의미의 公法이 없었고 주로 私法만이 발전하였으며, 로마의 소송제도는 청구권과 그 실현 수단이 합쳐진 악치오(actio)라는 개념[23]을 중심으로 하여 당사자의 권리를 보호·실현하는 것을 목적으로 하였다.[24]

---

21) Theodor Mommsen/Paul Krüger, Corpus Iuris Civilis Volumen Primum: Institutiones, Digesta, 22. Aufl., Dublin·Zürich 1973, Digesta S. 29(Ulpianus D.1.1.1.2.); 최병조, 로마법강의, 박영사, 1999, 228면 참조.

22) Heinrich de Wall, Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht, Tübingen 1999, S. 7-8; 김홍규, 로마의 민사재판의 역사, 법조 제38권 제4호, 1989, 44면 참조; 최병조, 로마법강의, 1999, 228-229면에 따르면, 로마의 법률가들은 대체로 公法 영역은 법논리로 규율할 수 없는 정치의 영역이라는 인식 속에서, 상대적으로 법논리가 관철될 수 있는 私法 영역에 집중하였다고 한다.

23) 로마법상 악치오(actio) 개념에 관한 자세한 내용은 Kaser/Hackl, Das römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl., München 1996, S. 34-37; 최병조, 로마법강의, 1999, 525-531면; 호문혁, 19세기 독일에 있어서의 청구권개념의 생성과 변천, 민사소송법연구(I), 법문사, 1998, 104-105면 참조.

한편, 같은 시대의 고대 게르만 지역에는 국가가 존재하지 아니한 관계로 제정법이 존재하지 않았다. 그 대신 부족별로 공동체의 법감정과 법의식 속에 잠재하는 법적 확신이 객관적으로 표현된 민중의 자율적 질서가 법의 역할을 하였다.[25] 게르만법은 단체법·관습법의 성격을 띠었고, 公·私法의 구별을 알지 못했다. 고대 게르만의 재판절차는 법에 따라 인정된 권리를 행사한다는 의미가 약했고, 누군가가 공동체의 법질서나 평화를 깨뜨려 개인이나 단체의 이익을 침해하였을 때 그로 인해 발생한 손해를 보상하게 함으로써 정의와 평화를 회복하기 위한 '화해절차'(Sühneverfahren)의 성격을 띠었다.[26]

이처럼 고대 게르만법에 따라 생활하던 게르만족은 5~6세기에 서방으로 대거 이동하면서 역사상 최초로 로마법을 만나게 된다. 당시 게르만족은 종래의 로마제국 영내에 여러 국가를 건설하였는데, 로마계 주민과 문화적으로 인접해 있었던 관계로 법제도에서 로마법의 영향을 크게 받았다. 특히 북이탈리아 지역에 세워진 랑고바르트 왕국에서는 로마법과 게르만법이 혼합된 민사소송이 형성되었고,[27] 북이탈리아 도시의 사회·경제적 발달로 인해 소송제도가 발전을 거듭하였다.[28] 이와 더불어 12~13세기에 볼로냐 법과대학

---

24) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., München 2018, §4 Rn. 5-10 참조.

25) 현승종·조규창, 게르만법(제3판), 박영사, 2001, 8-9면; 김홍규, 독일민사소송의 역사 - 고대 게르만 및 이태리와 카논의 재판절차에 관하여, 민사법학의 제문제: 소봉 김용한교수 화갑기념논문집, 1990, 157면 참조.

26) Mitteis/Lieberich, Deutsche Rechtsgeschichte, 19. Aufl., München 1992, S. 44-46; 현승종·조규창, 게르만법(제3판), 2001, 506-511면; 김홍규, 독일민사소송의 역사 - 고대 게르만 및 이태리와 카논의 재판절차에 관하여, 민사법학의 제문제: 소봉 김용한교수 화갑기념논문집, 1990, 155-158면 참조.

27) 이를테면 법원의 구성, 상소제도, 결석재판 등은 로마법의 영향을 받았고, 소제기 절차는 게르만법의 영향을 받았으며, 증거법은 양자의 요소가 섞여 있었다고 한다. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §4 Rn. 14; 김홍규, 독일민사소송의 역사 - 고대 게르만 및 이태리와 카논의 재판절차에 관하여, 민사법학의 제문제: 소봉 김용한교수 화갑기념논문집, 1990, 161-164면 참조.

28) 정규상, 독일 상고제도의 역사 - 고대게르만시대에서 1877년 민사소송법제정시까지, 민사소송법의 제문제: 경허 김홍규박사 화갑기념 I, 삼영사, 1992, 150-151면 참조.

을 중심으로 주석학파에 의해 로마법이 재발견되었다.[29] 여기에 로마가톨릭의 집대성된 교회법인 카논법에 따른 교회재판의 영향이 더해지면서,[30] 이탈리아의 로마·카논 민사소송법이 형성되었다.

이같이 발전되어 온 로마·카논 민사소송법은 12세기 이래 봉건시대로 접어들면서 독일 지역에 계수되었다. 8세기 후반부터 200여 년간 이어진 프랑크 왕국의 건설과 분열을 거쳐 독일 국왕인 오토 1세가 962년에 신성로마제국을 창시하였는데, 이후 역대 황제들이 이탈리아 중시 정책을 취하고 독일 내부의 통치는 등한시한 결과 독일 내부에 다수의 제후가 등장하였다. 13~14세기 무렵에는 국가권력이 국왕과 제후 세력에 의해 분할되는 이원주의가 확립되어, 봉건제후는 자신의 영방국(Land)[31] 내에서 이른바 영방고권(Landeshoheit) 즉 독자적인 행정권과 사법권을 갖는 영방군주가 되었다.[32] 그런데 신성로마제국 황제인 독일 국왕이 로마법을 자기 자신의 법률로 거듭 내세우고, 상거래와 교통의 발전에 발맞추어 통일적인 성문법이 요구됨에 따라,

---

29) 헬무트 코잉(정종휴 역), 유럽에 있어서 로마법과 카논법의 계수, 법사학연구 제6집, 한국법사학회, 1981, 337-338면 참조.

30) 카논법의 영향을 받은 요소로는 서면주의, 조서의 작성, 소송대리 등을 예로 들 수 있다. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §4 Rn. 15-16; 김홍규, 독일민사소송의 역사 - 고대 게르만 및 이태리와 카논의 재판절차에 관하여, 민사법학의 제문제: 소봉 김용한교수 화갑기념논문집, 1990, 165-167면 참조.

31) 원래 '영방국'이란 중세 신성로마제국의 외형적 틀에 속해 있지만 각각의 영토 내에서 주권을 가지고 독립성을 띤 제후국을 말하며, 정확한 원어는 'Territorialstaat'이다. 그러나 독일의 법령과 문헌에서는 오래전부터 개개의 영방국을 그 영토에 초점을 맞추어 'Land'라고 지칭하고, Land의 상위 정치체를 이루는 전체 국가를 'Reich'라고 불러왔으며, 이러한 언어관행은 제2차 세계대전 때까지 이어졌다(임중호, 한국에서의 외국법 계수와 법률용어의 형성과정, 외국법의 계수와 법령용어, 한국법제연구원, 2002, 29-30면 참조). 그리고 국내문헌에서는 이러한 독일사의 특수성을 감안하여 Land와 Reich를 별도의 국문용어로 번역하지 않고 그냥 '란트'와 '라이히'로 번역하는 경우도 많다. 따라서 이하에서는 독일 문헌상의 'Land'를 우리말로 풀어쓸 때 '영방국'이라는 단어와 '란트'라는 단어를 적절히 혼용하도록 하겠다.

32) Ulrich Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, 7. Aufl., München 2019, Rn. 29-32; 이민호, 새 독일사, 까치, 2003, 63-64면.

여러 영방군주들은 이탈리아에 유학을 다녀온 법률가들을 심판인단에 포함시켜 자신의 궁정재판소(란트재판소)에 로마·카논 민사소송 제도를 도입하였다.[33] 또한 14~15세기에 독일 지역에 대학이 설립되면서 로마·카논 소송은 이론적으로도 계수·발전되었다.[34]

그러던 중 신성로마제국 황제인 막시밀리안 1세는 중앙권력의 강화를 추진하는 과정에서 1495년에 제후들의 자력구제인 '페데'(Fehde)를 원칙적으로 금지하고 제후들 간의 분쟁을 제국재판소의 재판으로 해결하도록 강제하는 영구 란트평화령(Ewiger Landfriede)을 공포하였다.[35] 이를 통해 제국 차원의 최고 사법기구인 제국최고재판소(Reichskammergericht)가 설립되었는데,[36] 제국최고재판소의 법령은 로마·카논 민사소송을 본격적으로 수용한 실정법으로 평가된다.[37] 그리고 제국최고재판소가 제한적으로나마 각 란트재판소의 판결에 대한 상소사건을 담당하였던 관계로, 제국최고재판소의 민사소송 제도는 란트재판소에도 간접적으로 영향을 미쳐 소송절차의 기준이 되었다.[38]

---

33) Ulrich Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, München 2019, Rn. 215 ff.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §4 Rn. 18; 정규상, 독일 상고제도의 역사, 민사소송법의 제문제: 경허 김홍규박사 화갑기념 I, 1992, 156-159면 참조.

34) Ulrich Eisenhardt, a.a.O., Rn. 213-214 참조.

35) 김종호, 법치주의와 국가의 폭력독점의 한계에 관한 담론, 헌법논총 제28집, 2017, 61면; 박경철, 독일민족의 신성로마제국시대의 제국최고재판소제도에 관한 연구 - 헌법소원제도의 원형과 관련하여, 헌법학연구 제18권 제4호, 2012, 354-355면 참조.

36) 신성로마제국의 최고 사법기구로는 1495년에 제국의회를 통해 설립된 제국최고재판소(Reichskammergericht)와 1501년에 설립된 제국궁정고문회의(Reichshofrat)가 있었다. 전자는 재판소의 구성에 황제와 제후 세력이 함께 관여하고, 소송절차가 법령에 규정되어 있으며, 재판관의 신분이 어느 정도 보장되었다. 반면, 후자는 황제의 궁정에 설치되고, 오직 황제만이 임명권을 행사하며, 재판소와 행정관청의 성격이 혼합된 기관이었다. Ulrich Eisenhardt, a.a.O., Rn. 94-96; 박경철, 독일민족의 신성로마제국시대의 제국최고재판소제도에 관한 연구, 헌법학연구 제18권 제4호, 2012, 356-358면, 374-375면 참조.

37) 현승종·조규창, 게르만법(제3판), 2001, 89-91면; 정규상, 독일 상고제도의 역사, 민사소송법의 제문제: 경허 김홍규박사 화갑기념 I, 1992, 159-161면 참조.

38) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §4 Rn. 19-21 참조.

그런데 대부분의 란트재판소가 이처럼 이탈리아에서 유입된 소송법학의 영향을 받은 것과 달리, 작센 지역에서는 라이프치히, 예나 등 4개의 법과대학을 중심으로 고유의 소송법학을 발전시키면서 로마·카논 민사소송에 대하여 독자성을 주장하였고, 16세기 후반에 이르러서는 게르만법의 특징이 남아 있는 독자적인 소송법령을 마련하였다.[39] 이러한 소송법의 분열 상태를 제국 차원에서 해결하는 과정에서 작센 소송법이 1654년 제국최고재판소에 계수되었고, 독일 민사소송은 비로소 이탈리아의 영향을 벗어나 고유의 소송이론을 적용해 나가기 시작하였다.[40]

이처럼 17세기 중반 이후 작센 소송법학을 독일의 전 대학에서 연구·교육하고 실무에서 적용해 온 결과, 어느 정도의 통일성을 띠고 제국 및 각 영방국의 소송법령에 대하여 보충적 기준이 되는 불문의 法源이 형성되었는데, 이를 '독일 보통민사소송법'(gemeines deutsches Zivilprozessrecht)이라고 한다.[41] 보통민사소송법의 심리원칙으로는 서면주의, 변론주의, 엄격한 순서주의, 동시제출주의 등을 들 수 있는데, 특히 보통민사소송법은 변론주의의 원천으로 평가된다.[42]

---

39) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §4 Rn. 22; 현승종·조규창, 게르만법(제3판), 2001, 561면; 김홍규, 독일민사소송의 역사 - 로마법계의 계수와 독일보통민사소송법, 한국민사법학의 현대적 전개: 연람 배경숙교수 화갑기념논문집, 1991, 840-841면 참조.

40) 작센 소송법이 1654년 제국최종결의록(der jüngste Reichsabschied)을 통해 제국최고재판소에 수용된 경위와 그 의미에 관하여는 김홍규, 독일민사소송의 역사 - 로마법계의 계수와 독일보통민사소송법, 한국민사법학의 현대적 전개: 연람 배경숙교수 화갑기념논문집, 1991, 840-841면; 정규상, 독일 상고제도의 역사, 민사소송법의 제문제: 경허 김홍규박사 화갑기념 I, 1992, 162-164면 참조.

41) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §4 Rn. 24-25; 정규상, 독일 상고제도의 역사, 민사소송법의 제문제: 경허 김홍규박사 화갑기념 I, 1992, 165면 참조.

42) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §4 Rn. 24; Marcel Kaufmann, Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Tübingen 2002, S. 24-26; 김홍규, 독일민사소송의 역사 - 로마법계의 계수와 독일보통민사소송법, 한국민사법학의 현대적 전개: 연람 배경숙교수 화갑기념논문집, 1991, 842-846면 참조.

한편, 프로이센에서는 18세기 초반까지 보통민사소송법이 적용되었으나, 서면주의로 인해 신민(臣民)이 법관을 직접 대면할 수 없었고, 변론주의가 엄격하게 적용되어 법률지식이 없는 신민이 권리구제를 제대로 받지 못하며, 소송이 지연되는 등의 문제점이 드러났다. 그러자 프리드리히 대왕은 사법대신 콕체이(Samuel von Cocceji)[43]를 통해 대대적인 사법개혁을 추진하였다.[44] 개혁의 핵심은 민사소송에 직권탐지주의를 도입하는 것이었다. 이는 계몽주의적인 복지국가관에 입각한 것으로서, 사회적 지위가 낮은 신민이 쉽게 권리구제를 받을 수 있도록 법관에게 강력한 소송상 권한과 책무를 부여하여 실체적 진실을 발견하도록 하려는 것이었다.[45]

그러나 19세기 초의 나폴레옹 전쟁 이후, 자유주의에 기반한 당사자주의 모델로서 구술주의·공개주의를 채용한 프랑스 민사소송법이 독일에 커다란 영향을 미쳤다. 또한 프로이센 민사소송법도 19세기 중반에 이르러서는 계몽주의적인 직권주의에서 서서히 벗어났다. 그리고 이러한 흐름은 당사자주의와 변론주의를 심리원칙으로 삼고 구술주의·공개주의를 채택한 1877년의

---

43) '콕체이' 표기는 위키피디아(https://de.wikipedia.org/wiki/Samuel_von_Cocceji; 최종검색일: 2022. 10. 29.)를 참조하였다.

44) 18세기 중반 이래 프로이센의 사법개혁에 관한 자세한 내용은 정규상, 독일 상고제도의 역사, 민사소송법의 제문제: 경허 김홍규박사 화갑기념 I, 1992, 173-178면; 성중모, 근대 유럽법사에 있어서 이성의 발전 - 자연법으로부터 계몽시대를 거쳐 법전편찬으로, 서울법학 제22권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2014, 248-251면; 박훈민, 독일 행정법상 국고이론에 관한 비판적 연구 - '국가사인설'의 이론사적 고찰을 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2014, 83-87면 참조.

45) 이러한 개혁 방향은 1749년의 통일민사소송법(Codex Fridericianus)부터 1781년의 프리드리히 대전(Corpus Juris Friedericianum)을 거쳐 1793년의 프로이센 일반법원법(Allgemeine Gerichtsordnung: AGO)과 1794년의 프로이센 일반란트법(Allgemeine Landrecht: ALR)에 이르기까지 일관된 흐름이었다고 한다. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §4 Rn. 22; 정규상, 독일 상고제도의 역사, 민사소송법의 제문제: 경허 김홍규박사 화갑기념 I, 1992, 174-176면; 강희원, 민사소송과 정치체제 - 민사소송법이론에 있어서 이데올로기, 민사소송 제11권 제1호, 한국민사소송법학회, 2007, 26-27면; 최선웅, 행정소송에서의 변론주의와 직권탐지주의, 법학박사논문, 2004, 100면 참조.

독일 제국 민사소송법(Civilprozeßordnung: CPO)에까지 이어졌다.[46]

2. 18세기까지의 행정구제 제도

이처럼 독일 민사소송 제도는 14~15세기에 이탈리아의 소송법학을 들여와 수립되었고 17세기 중반 이후로는 자국의 고유한 소송이론과 실무를 발전시켜 왔지만, 행정의 고권적 조치에 대한 법적 통제를 뜻하는 실질적 의미의 '행정구제'(Verwaltungsrechtsschutz)는 중세 후기인 15세기 말에 이르러 처음으로 등장하였다.

우선 신성로마제국 차원에서는, 영방군주의 고권행위가 신민(臣民)이 가진 이른바 자연법상의 기득권(wohlerworbenes Recht)[47]을 침해하는 경우에는, 신민이 일정한 사전절차를 거쳐 영방군주를 상대로 제국최고재판소에 고권행위의 취소를 구하는 소를 제기할 수 있었다.[48] 이처럼 고권행위의 위법성을 다툴 수 있게 하는 자연법상의 기득권은 당시 私權(Privatrecht)으로 불렸지만, 앞서 본 것처럼 이 시대에는 公·私法의 구별이 존재하지 않았으므로, 위 권

---

46) 19세기에 들어와 프랑스 민사소송법이 독일에 미친 영향과 통일적인 독일 민사소송법 제정 경위에 관한 상세한 내용은 Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §4 Rn. 27-30, §5 Rn. 1-5; 강희원, 민사소송과 정치체제, 민사소송 제11권 제1호, 2007, 16-18면, 27-28면 참조.

47) 중세 자연법사상에 기초하여, 당시 전통적으로 인정되어 오던 일정한 신분상의 특권과 재산권 등의 권리를 일컫는 개념이다. 정하중, 수용유사적 그리고 수용적 침해제도, 고시연구 제21권 제3호, 1994, 89-90면 참조; 오토 마이어는 자연법상의 기득권을 '개인의 일반적 자유의 내용에 속하지 않고, 그렇다고 단순히 법질서에 의해 허용되는 이익취득 수단도 아닌, 특정 사실관계 아래에서 객관적인 법질서에 힘입어 신민에게 이미 주어진 특정 내용을 지닌 의사력'이라고 설명한다. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Band I, 3. Aufl., Berlin 1924, S. 31-32 참조; 국내문헌에서는 '기성적인 권리'[박훈민, 독일 행정법상 국고이론에 관한 비판적 연구, 법학박사논문, 2014, 62면] 또는 '정당하게 획득한 권리'[박경철, 독일민족의 신성로마제국시대의 제국최고재판소제도에 관한 연구, 헌법학연구 제18권 제4호, 2012, 364면]라고 번역하기도 한다.

48) Fritz Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht, 6. und 7. Aufl., Tübingen 1922, S. 32-34 참조.

리는 오늘날의 관점에서 보면 公權으로 파악되는 권리이다.[49]

다만, 영방군주는 당시 광범위한 부제소특권을 갖고 있었으므로, 제국최고재판소의 사법심사 범위는 대단히 좁았다. 또한 신민의 私權이 자연법상의 기득권에 해당하는 경우에만 이른바 '재판사안'(Justizsache)이 되어 사법심사의 대상이 되고 그렇지 않은 경우에는 '통치사안'(Regierungssache)이라 하여 사법심사의 대상이 되지 않았는데, 당시 자연법상의 기득권으로 인정되는 권리는 사실상 재산권에 한정되었고, 일반적 자유권에 속하는 권리는 기득권으로 인정되지 않았다.[50] 그러나 이러한 한계에도 불구하고 제국최고재판소의 소송사건에서는 2차적 권리구제[51]인 금전상 손해전보를 넘어 해당 고권행위의 취소(Kassation)까지 구할 수 있었으므로, 이 제도는 신민의 재산권에 대한 존속보호(Bestandsschutz)로서의 의미가 있었다.[52]

한편, 각각의 영방국 차원에서는, 그 형태나 절차가 란트별로 상이하기는 했지만, 17세기부터 시작하여 18세기 말에 이르러서는 대부분의 란트에서 영

---

49) Schmidt-Aßmann/Schenk, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, Loseblatt, München, Stand: Juli 2021 (41. Ergänzungslieferung), Einl. Rn. 71; Wolfgang Rüfner, Verwaltungsrechtsschutz in Preußen von 1794 bis 1842, Bonn 1962, S. 27-29 참조.

50) Martin Sellmann, Der Weg zur neuzeitlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit: Ihre Vorstufen und dogmatischen Grundlagen, in: Külz/Naumann, Staatsbürger und Staatsgewalt, Karlsruhe 1963, S. 44-45 참조.

51) 2차적 권리구제(Sekundärrechtsschutz)란 국가의 공권력 행사로 인한 권리침해 등의 결과를 전보하는 보충적·간접적 권리구제로서, 공권력 행사에 대한 손해배상이나 손실보상을 목표로 하는 권리구제 수단을 말한다. 이에 비하여 1차적 권리구제(Primärrechtsschutz)란 국가의 공권력 행사로부터 개인의 권리 그 자체의 존속을 보호하는 직접적 권리구제로서, 공권력 행사의 취소·중지·예방을 목표로 하는 권리구제 수단을 말한다. Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §3 Rn. 9, 22; 강지은, 독일 공법상 1차권리구제와 2차권리구제 - 전통적 도그마틱의 변화와 그 시사점을 중심으로, 행정법연구 제60호, 2020, 61-64면 참조.

52) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 6; 박경철, 독일민족의 신성로마제국시대의 제국최고재판소제도에 관한 연구, 헌법학연구 제18권 제4호, 2012, 365면 참조.

방군주 및 소속 관료가 행한 고권행위의 위법성을 다투는 소송이 제한적으로나마 가능하였다.[53] 다만, 그중 사적인 권리에 관한 분쟁－국고와 사인 간의 재산권 분쟁－은 일반재판소인 란트재판소가 관할하였고, 나머지 대부분의 행정 관련 분쟁은 행정 내부의 심판기관이 관할하였다.[54] 즉, 당시 영방국 차원의 행정구제 제도는 일반재판소가 담당하는 재판절차와 행정관청이 담당하는 특수한 심사절차로 크게 양분된 구조를 취하고 있었다.

영방국에 마련된 행정구제 제도 중 이후의 독일 행정소송에 중대한 영향을 미친 것으로는 프로이센의 官房司法(Kammerjustiz)을 들 수 있다. 프로이센에서는 18세기부터 영방군주를 최측근에서 보좌하는 기구인 관방(Kammer)에 나름의 독립성을 지닌 관방재판부를 설치하여 행정재판을 담당하게 하였다.[55] 프로이센에서는 전통적으로 행정재판의 목적을 행정에 대한 법적 통제에 두고 행정재판을 행정작용의 연속으로 보는 경향이 있었는데,[56] 당시의 관방사법에는 이러한 프로이센의 전통적 관념이 이미 드러나 있었다. 즉, 관방재판 절차는 일반재판소의 재판절차에 준하는 형태가 아니라 행정절차에 가까웠고, 통상 행정관청에 인정되는 광범위한 사실조사권한이 관방재판부에도 부여되었다.[57]

---

53) Wolfgang Rüfner, Verwaltungsrechtsschutz in Preußen von 1794 bis 1842, Bonn 1962, S. 45-51; Martin Sellmann, Der Weg zur neuzeitlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Külz/Naumann, Staatsbürger und Staatsgewalt, Karlsruhe 1963, S. 35-39 참조.

54) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 7 참조; 18세기 프로이센의 재판체계 및 재판관할에 관한 자세한 내용은 박훈민, 독일 행정법상 국고이론에 관한 비판적 연구, 법학박사논문, 2014, 72-75면, 82면 참조.

55) 프로이센 관방재판부의 재판관할에 관한 자세한 내용은 박훈민, 독일 행정법상 국고이론에 관한 비판적 연구, 법학박사논문, 2014, 87-92면 참조.

56) 최선웅, 행정소송에서의 변론주의와 직권탐지주의, 법학박사논문, 2004, 39-40면; 김연태, 행정소송의 기능 - 취소소송을 중심으로, 고려법학 제38권, 2002, 220면 참조.

57) 이러한 관방사법의 절차원칙은 오늘날 독일 행정소송이 채택하고 있는 심리원칙인 직권탐지주의의 효시로 평가받는다. Marcel Kaufmann, Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Tübingen 2002, S. 70; 최선웅, 행정소송에서의

관방재판에 적용되는 절차법은 아주 초보적인 수준에 머물러 있었고, 란트별로 내용이 달랐다. 또한 프리드리히 대왕 시기인 1749년에 프로이센 통일 민사소송법(Codex Fridericianus)이 완성된 후로는, 중요한 의미를 갖는 관방재판 사건에 민사소송법이 적용되는 경우가 있을 정도로 관방재판의 절차적 독자성은 약했다.[58] 그러나 앞서 본 것처럼 당시 프로이센의 민사소송법은 독일 보통민사소송법과 달리 직권탐지주의를 채택하여 일반재판소가 사실관계를 직권으로 조사하도록 규정하고 있었으므로, 일반재판소의 심리절차와 관방재판부의 심리절차 사이에는 본질적인 차이가 없었다.[59] 또한 영방국 차원의 행정구제 제도는 제국최고재판소의 소송제도와 마찬가지로 금전상 손해전보에 한정되지 않았으며, 오늘날의 기준에서 항고소송이라 평가할 수 있는 1차적 권리구제 수단을 포함하는 것이었다.[60]

제2절 19세기의 행정소송

1. 행정사법의 도입과 행정재판의 공백

가. 19세기 초 남독일의 행정사법

이러한 신성로마제국과 각 영방국의 행정구제 제도는 18세기에서 19세기로 넘어가는 전환기에 커다란 변화를 겪게 된다. 이 시기의 변화 양상을 이해하기 위해서는, 프랑스대혁명과 나폴레옹 전쟁 그리고 빈 체제를 거치면서

변론주의와 직권탐지주의, 법학박사논문, 2004, 99-100면 참조.

58) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 8 참조.

59) Jakob Nolte, a.a.O., S. 8 참조.

60) Jakob Nolte, a.a.O., S. 7; 박훈민, 독일 행정법상 국고이론에 관한 비판적 연구, 법학박사논문, 2014, 73-76면 참조.

형성되어 온 외견적 입헌군주제의 역사적 흐름을 살펴볼 필요가 있다.

1789년 프랑스대혁명이 발발하고 프랑스 제1공화국이 수립될 때까지 몇 년간의 폭력과 혼란 사태를 지켜본 독일의 영방군주들은, 혁명이 표방하는 정당한 목적에도 불구하고 혁명에 두려움을 갖게 되었다. 이는 프로이센과 오스트리아의 계몽절대주의 군주정 하에서 추진되던 위로부터의 개혁 흐름을 반개혁의 조류로 바뀌게 하는 계기가 되었다.[61] 이러한 상황에서 나폴레옹이 등장하여 쿠데타로 정권을 잡고 뒤이어 스스로 프랑스 황제가 되었다. 나폴레옹은 오스트리아 제국과의 전쟁에서 승리한 후 1806년 라인동맹(Rheinbund)을 만들어 뷔르템베르크, 바이에른, 바덴, 작센 등 독일 남서부 지역의 영방국을 라인동맹 안으로 편입시켰다. 한편, 나폴레옹은 같은 해 프로이센과의 전쟁에서도 승리하여 1807년 틸지트 조약을 체결하였는데, 프로이센은 위 조약으로 영토의 절반을 잃고 엄청난 액수의 전쟁배상금과 내정간섭을 감수해야 하는 굴욕을 당했다. 말하자면, 나폴레옹은 프랑스의 안보와 국익에 따라 남독일 지역에서는 보호자로, 프로이센 지역에서는 침략자로 등장하였다.[62]

나폴레옹은 라인동맹에 편입된 독일 남서부 지역에서 행정, 재정, 사법 등 여러 분야에 프랑스식 모델을 도입하여 이른바 혁명을 수출하는 정책을 폈다. 그 과정에서 행정 내부에 행정재판소를 설치하여 행정에 대한 법적 통제를 행한다는 프랑스식의 행정재판 관념이 이 지역에 소개되었다.[63] 나폴레옹이 물러난 뒤 1815년경부터 약 5년간 뷔르템베르크, 바이에른, 바덴 등의 남독일 국가에서 입헌군주제 헌법이 제정되었는데,[64] 이 과정에서 프랑스식의

---

61) Dieter Grimm, Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866: vom Beginn des modernen Verfassungsstaats bis zur Auflösung des Deutschen Bundes, Frankfurt a.M. 1988, S. 52-53; 이민호, 새 독일사, 2003, 125면; 송석윤, 독일초기 입헌주의와 독일연합의정서 제13조, 헌법학연구 제9권 제1호, 2003, 219-220면 참조.

62) 이민호, 새 독일사, 2003, 127-128면 참조.

63) Wolfgang Kohl, Das Reichsverwaltungsgericht, Tübingen 1991, S. 9-11; 이현수, 공법상 당사자소송의 연원과 발전방향, 일감법학 제32호, 2015, 326면 참조.

64) Dieter Grimm, Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866: vom Beginn des modernen Verfassungsstaats bis zur Auflösung des Deutschen Bundes, Frankfurt a.M. 1988, S. 71-75; Ernst Rudolf Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789,

행정재판 모델을 채택할 것인지를 놓고 영방군주·관료 세력과 신분제의회 세력 간에 논쟁과 갈등이 벌어졌다. 논쟁의 핵심은, 행정재판을 사법부에서 담당해야 하는가 아니면 행정부 스스로 담당해야 하는가 하는 점이었다.[65] 이 논쟁은 정치적 논쟁이면서 동시에 법적 논쟁이기도 했다.

행정부에 속한 행정재판소가 행정재판을 담당하는 이른바 行政國家(Administrativjustiz) 모델[66]을 지지하는 견해는, 독립된 사법부가 행정통제 기능을 담당하면 사법부가 행정부보다 우위에 있게 되고 행정부의 활동의 자유가 제한되며, 원래 행정부에 속한 형성임무(Gestaltungsauftrag)가 사법부로 넘어가게 된다고 보았다. 당시 행정부는 봉건군주의 휘하에 있었으므로, 이 견해는 군주정을 지지하는 보수적인 국법학자들과 행정관료들 사이에서 우세한 견해였다.[67] 반면에 행정과 분리된 일반재판소가 행정재판을 담당하는 소위 司法國家(Justizstaat) 모델을 지지하는 견해는 자유주의·법치주의 사상에 근거한 것으로서, 시민의 권리보호를 위해서는 행정재판의 기능적 독립성이 확보되어야 하고, 그러려면 행정으로부터 분리된 재판소가 행정통제 기능을 맡아야 한다고 보았다. 시민계급이 주축이 된 신분제의회 세력이 이 견해를 지

Bd. 1: Reform und Restauration 1789 bis 1830, Stuttgart 1975, S. 319-336, 656-657 참조.

65) 행정국가 모델과 사법국가 모델을 둘러싼 19세기 전반부의 논쟁과 그 역사적 배경에 관하여는 Wolfgang Kohl, Das Reichsverwaltungsgericht, Tübingen 1991, S. 9-14; Johannes Poppitz, Die Anfänge der Verwaltungsgerichtsbarkeit, AöR 1943, S. 191-194 참조.

66) ‘Administrativjustiz’를 우리말로 직역하면 ‘행정사법’이 된다. 그런데 이는 아래에서 살펴볼 19세기 초 남독일의 행정구제 제도인 ‘행정사법’(Administrativjustiz)과 명칭이 같아서 혼란을 일으킬 수 있다. 또한 여기서 ‘Administrativjustiz’란 행정재판의 주된 기능을 행정에 대한 법적 통제에 두고 행정부에 속한 재판소가 행정재판을 담당하는 재판모델을 일컫는 것으로서 ‘사법국가’(Justizstaat) 모델과 대립되는 개념이지, 어떠한 구체적인 제도를 일컫는 용어가 아니다. 따라서 이하에서는 재판모델로서의 ‘Administrativjustiz’를 ‘행정국가’로 번역한다. 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 2005, 32면; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 369면 참조.

67) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 10-11 참조.

지하였다.[68]

흥미로운 점은 양 견해가 비록 방향은 반대이지만 모두 기능적 권력분립 이론에 근거하고 있었다는 점이다.[69] 전자는 행정재판을 사법으로부터 분리하여 행정의 우월성과 독자성을 확보하려는 것이었고, 후자는 행정재판을 행정으로부터 분리하여 사법에 귀속시킴으로써 행정에 대한 법적 구속을 확대하려는 것이었다.[70]

어쨌든 이들 지역에서는 프랑스식 모델을 기본적으로 따르되 일부 사안에서는 일반재판소에 관할권을 주는 타협적 방안이 채택되어, 행정사법(Administrativjustiz)이라 불리는 행정 내부의 사법심사절차가 마련되었다.[71] 이 제도는 일반재판소와 유사하게 조직된 상급관청이 통상의 재판에 준하는 절차에 따라 사법심사를 행하는 것으로서, 프로이센의 관방사법과 마찬가지로 직권탐지주의의 지배를 받는 쟁송절차였다.[72] 다만, 남독일의 행정사법은 프로이센의 관방사법과 달리 통상의 재판에 준하는 절차에 따라야 했으므로, 행정사법 기관이 광범위한 사실조사 권한을 갖기는 하지만 심리절차는 기본적으로 일반재판소의 민사소송과 유사했으며, 바이에른 왕국 같은 경우에는 행정사법 절차에 민사소송법(Codex judiciarius bavaricus)이 적용되었다.[73]

---

68) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 10 참조.

69) Marcel Kaufmann, Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Tübingen 2002, S. 127 ff.; Wolfgang Rüfner, Verwaltungsrechtsschutz im 19. Jahrhundert vor Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1963, S. 719 f. 참조.

70) 독일 행정소송 제도의 수립과 기능적 권력분립에 관한 자세한 내용은 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 40-44면 참조.

71) Jakob Nolte, a.a.O., S. 8-9; 이현수, 공법상 당사자소송의 연원과 발전방향, 일감법학 제32호, 2015, 326-329면 참조.

72) Johannes Poppitz, Die Anfänge der Verwaltungsgerichtsbarkeit, AöR 1943, S. 161; 최선웅, 행정소송에서의 변론주의와 직권탐지주의, 법학박사논문, 2004, 101-102면; 뷔르템베르크, 바이에른, 작센의 구체적인 행정사법 제도에 관하여는 Marcel Kaufmann, Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Tübingen 2002, S. 70-80 참조.

73) Marcel Kaufmann, a.a.O., S. 75-78; Johannes Poppitz, a.a.O., S. 209-210; Martin

나. 외견적 입헌군주제와 행정재판의 공백

나폴레옹 전쟁에서 프랑스가 패배한 후 1815년 빈(Wien) 체제가 들어서면서, 독일은 이른바 외견적 입헌군주제의 길을 걷게 된다. 빈 체제 아래에서의 보수 반동 정책은 시민계급이 주도하는 헌법제정 운동을 약화시켰다. 무엇보다도 빈 체제의 두 주축 국가인 프로이센과 오스트리아는 헌법을 제정하지 않았다. 1818년의 바이에른 헌법을 위시한 남독일 국가들의 헌법도 의회주의가 아닌 군주제원리에 입각하였다. 여전히 군주는 국가권력의 담지자로서 행정권과 군 통수권을 장악하고 여러 강대한 권한을 지녔으며, 반면에 의회의 권한은 매우 약했으므로, 입헌군주제라고 해도 그것은 이름뿐이어서 민주주의 국가라고 할 수 없었다.[74]

이러한 배경 속에서 이전 시기에 존재하던 행정구제 제도는 점차 공백 상태를 맞이하게 된다. 우선 나폴레옹이 라인동맹을 결성함에 따라 1806년 신성로마제국이 붕괴하고 그로 인해 제국최고재판소가 해체되면서, 보충적으로나마 행하여지던 제국 차원의 행정통제가 폐지되었다.[75] 1815년에 독일연합(Deutscher Bund)이 결성되기는 했으나 이는 독립된 주권국가의 느슨한 협의체에 불과하였고,[76] 제한된 범위에서나마 행정통제 기능을 담당하던 제국재판소의 권위와 실권이 사라져버렸다. 이에 따라 영방군주들은 이제 각자의 영토 내에서 독립적인 절대군주가 되어 누구의 간섭이나 제한도 받지 않게 된 것이다.[77]

Sellmann, Der Weg zur neuzeitlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Külz/Naumann, Staatsbürger und Staatsgewalt, Karlsruhe 1963, S. 56 참조.

74) 이 문단의 내용에 관하여는 송석윤, 독일초기 입헌주의와 독일연합의정서 제13조, 헌법학연구 제9권 제1호, 2003, 237-240면 참조.

75) Wolfgang Rüfner, Verwaltungsrechtsschutz im 19. Jahrhundert vor Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1963, S. 719-720; Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 9; 박훈민, 독일 행정법상 국고이론에 관한 비판적 연구, 법학박사논문, 2014, 17-18면 참조.

76) 송석윤, 독일초기 입헌주의와 독일연합의정서 제13조, 헌법학연구 제9권 제1호, 2003, 224-225면 참조.

다음으로, 앞서 살펴본 남독일 지역의 행정사법 제도에도 권리구제의 공백이 발생하였다. 처음에 행정 관련 분쟁 중 일부는 일반재판소에 관할권을 주기로 타협이 이루어졌지만, 실제로는 행정사건에 대한 일반재판소의 관할권이 점차 축소되었다.[78] 한편, 애초에 행정사법을 담당하는 기관은 행정 내부에 설치되기는 하지만 일반 행정작용을 담당하는 기관으로부터 독립될 것을 예정하였으나, 실제 운영 과정에서는 양 기관의 구분이 명확하지 않았다. 또 행정사법 기관의 구성원들은 법관에 준하는 신분보장을 받지 못하였다.[79] 행정사법 기관은 점점 행정상의 위계질서 하에 놓이게 되었고 독립적인 결정권한을 잃었으며, 절차 측면에서도 일반재판소가 견지하는 절차원칙들을 점점 포기하였다.[80]

그 결과 행정사법에 대한 불신을 드러내며 행정상 권리구제의 공백에 불만을 표하는 목소리가 19세기 초·중반에 점점 커졌다. 그뿐 아니라 18세기 후반 이래로 계몽절대주의 복지국가가 '복지정책으로 백성을 돌본다'는 명분 아래 시민사회에 개입하는 일이 늘어남에 따라, 고권행위와 私權 사이의 충돌과 갈등이 더 빈번해졌다.[81] 이러한 배경 속에서, 당시 성장하고 있던 자유주의 시민계급은 행정이 법에 구속되어야 한다고 주장하였을 뿐만 아니라, 그에 상응하는 권리구제 수단의 확충도 요구하였다.[82]

---

77) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Band I, Berlin 1924 S. 38-39; Wolfgang Rüfner, Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Jeserich/Pohl/v. Unruh (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 3: Das Deutsche Reich bis zum Ende der Monarchie, Stuttgart 1984, S. 910 참조.

78) Wolfgang Rüfner, Verwaltungsrechtsschutz im 19. Jahrhundert vor Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1963, S. 723-724; 이현수, 공법상 당사자소송의 연원과 발전방향, 일감법학 제32호, 2015, 328-329면 참조.

79) 이현수, 공법상 당사자소송의 연원과 발전방향, 일감법학 제32호, 2015, 329면 참조.

80) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 9 참조.

81) Jakob Nolte, a.a.O., S. 10 참조.

82) Jakob Nolte, a.a.O., S. 10; 이현수, 공법상 당사자소송의 연원과 발전방향, 일감법학 제32호, 2015, 330면 참조.

이처럼 행정으로부터 독립된 기관이 정식의 사법절차를 통해 행정을 통제하기를 바라는 열망은 1849년의 파울교회 헌법에 담겼다. 1848년 3월혁명으로 설치된 프랑크푸르트 국민의회가 이듬해 3월 선포한 위 헌법 제182조는 "행정사법(Verwaltungsrechtspflege)[83]은 폐지한다. 모든 권리침해에 대하여 법원이 심판한다."라고 규정하였다. 이 헌법은 혁명의 실패로 실제 시행되지는 못하였으나, 행정재판에 관하여 자유주의 사상에 기초한 사법국가(Justizstaat) 모델을 채택하였다고 평가된다.[84] 요컨대, 남독일 지역에서는 프랑스의 영향을 받아 행정사건의 재판권이 행정 내부의 심판기관으로 통합되었으나, 그 심판기관에서 행정에 대한 법적 통제가 불충분하게 이루어지면서 권리구제에 공백이 발생하였고, 일반재판소에 행정재판권을 부여함으로써 공백을 메우려는 시도가 이어졌다.

반면에 북독일의 프로이센 지역에서는, 모든 재판권이 일반재판소로 통합되면서도 정작 일반재판소에 고권행위의 위법성을 다투는 소를 제기하는 것이 금지됨에 따라 권리구제의 공백이 발생하였다. 프로이센에서는 1807년 틸지트 조약 이후 국력 회복과 나폴레옹 타도를 위해 슈타인, 하르덴베르크, 훔볼트 등이 주도한 위로부터의 개혁 운동이 펼쳐졌다.[85] 이러한 프로이센 개혁의 와중에 행정재판권이 일반재판소로 통합되어 갔다. 기존의 관방재판부가 신민의 권리구제에 소극적이고 관방재판부와 일반재판소 간의 재판관할 구분이 모호하다는 이유로, 신민의 재판청구권을 보장한다는 명분 아래 관방재판부를 폐지하고 일반재판소로 재판권을 일원화하는 조치가 행해진 것이다.[86] 다른 한편으로 프로이센의 개혁조치는 기득권층의 강력한 반발에

---

83) 여기서 행정사법(Verwaltungsrechtspflege)이란, 행정조직 내부에서 자기통제 기능을 주된 목적으로 하는 일종의 행정심판을 의미한다고 한다. 이에 관하여는 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 42면 참조.

84) Johannes Poppitz, Die Anfänge der Verwaltungsgerichtsbarkeit, AöR 1943, S. 158 f.; 이현수, 공법상 당사자소송의 연원과 발전방향, 일감법학 제32호, 2015, 330면 참조.

85) 프로이센 개혁(Preussische Reformen)의 경과와 의의에 관한 자세한 내용은 이민호, 새 독일사, 2003, 129-131면 참조.

86) 박훈민, 독일 행정법상 국고이론에 관한 비판적 연구, 법학박사논문, 2014, 95-

부딪혔는데, 기득권세력은 관료가 행한 고권행위에 대하여 일반재판소에 소를 제기하는 방법으로 개혁을 방해하였다. 그러자 군주와 개혁관료들은 개혁에 반발하는 세력을 진압할 목적으로, 고권적 조치의 위법성을 다투며 그 중지를 구하는 소송을 금지하게 되었다.[87]

이후 1815년 빈 체제가 성립되면서 프로이센 개혁은 종식되었고, 권위주의적인 반동 시대가 펼쳐졌다. 1848년 3월혁명이 터지자 프로이센 국왕인 빌헬름 4세는 헌법제정을 요구하는 움직임에 대한 방어 수단으로 헌법을 제정·공포하고 의회 제도를 인정하였으나, 여전히 프로이센에서는 반동적 군주주권주의가 강하게 작용하였다.[88] 그런데 앞서 살펴본 19세기 초의 경향, 즉 재판권을 일반재판소로 일원화하면서도 일반재판소에 고권행위의 중지 등을 구하는 소를 금지하는 흐름은 계속 이어져, 이제는 개혁에 반발하는 기득권세력을 제압한다는 의미는 없어지고, 단지 시민이 국가의 공권력 행사를 다투지 못하게 하는 결과를 낳았다. 당시 시민에게 허용된 것은 '참아라, 그리고 보상받아라'(dulde und liquidiere)라는 언명에서 드러나는 바와 같이, 어느 정도 독립성이 보장되던 일반재판소에 고권행위로 인한 손해배상이나 손실보상을 청구하는 2차적 권리구제 수단뿐이었다.[89]

100면 참조.

87) 이에 관한 구체적인 내용은 Wolfgang Rüfner, Verwaltungsrechtsschutz in Preußen von 1794 bis 1842, Bonn 1962, S. 155 참조.

88) 1848년 3월혁명 이후 프로이센 헌정사에 관하여는 송석윤, 프로이센 헌법갈등 연구, 서울대학교 법학 제45권 제3호, 2004, 353-358면 참조.

89) Wolfgang Rüfner, Verwaltungsrechtsschutz in Preußen von 1794 bis 1842, Bonn 1962, S. 170-171; ders., Verwaltungsrechtsschutz im 19. Jahrhundert vor Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1963, S. 720-721; 박훈민, 독일 행정법상 국고이론에 관한 비판적 연구, 법학박사논문, 2014, 95-103면 참조.

2. 행정재판권의 생성 및 전개 양상

가. 재판소 조직 및 재판관할

이처럼 독일의 외견적 입헌군주제라는 배경 속에서 행정구제에 공백이 발생하고, 이를 타개하려는 시민계급의 사법국가 모델과 그 반대편에 서 있는 군주의 행정국가 모델이 대립과 타협을 거치면서, 1863년 바덴 대공국을 필두로 20세기 초반까지 독일 제국의 여러 란트에서 행정재판소가 설치되었다.[90]

이 당시의 행정재판소는 행정으로부터 독립되면서도 기존의 일반재판소와는 분리된 별도의 재판권으로서, 조직상으로는 행정부에 속하였는데, 이러한 재판소 조직은 사법국가 모델과 행정국가 모델 사이에서의 일종의 타협책이었다.[91] 행정에 대한 법적 구속과 외부적 통제의 필요성을 고려한다면 행정재판소는 행정부로부터 독립되어야 하지만, 다른 한편으로 일반재판소의 전통적인 소송원칙에 따라 운영되는 재판의 영향력으로부터 행정의 자율성을 보호할 필요도 있었던 것이다.[92] 또 당시 확립되어 가던 도그마틱인 公·私法 구별론도 점차 특별한 행정재판권의 필요성을 뒷받침하였다. 당시 바덴이나 바이에른의 행정재판소 설립이유서나 관련 주석서를 살펴보면, 일반재판소가 행정재판을 담당하면 행정사건을 민사적으로 다루게 될 소지가 크고, 그렇게 되면 공법질서나 공적인 가치가 제대로 존중되지 못하여 행정작용이

---

90) 19세기 후반부터 20세기 초반까지 독일 제국의 각 란트에서 행정재판소가 설치된 현황에 관하여는 Wolfgang Kohl, Das Reichsverwaltungsgericht, Tübingen 1991, S. 25-28 참조. 다만, 독일 제국(1871-1918) 시기에는 란트 차원에서만 행정소송 제도가 수립되었고, 제국 차원에서는 오히려 예전 남독일의 행정사법과 유사한 행정 내부의 행정심판 제도만이 존재하였다고 한다. Wolfgang Rüfner, Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Jeserich/Pohl/v. Unruh, Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 3, Stuttgart 1984, S. 913-914 참조.

91) Wolfgang Rüfner, a.a.O., S. 910-911; Wolfgang Kohl, a.a.O., S. 14-16 참조.

92) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 11-13 참조.

마비될 수 있다는 입법자의 우려를 확인할 수 있다.[93]

당시 각 란트의 행정재판소 조직은 심급 등 세부 사항에서 차이가 있기는 했으나, 최고심급에서만 행정관청과 행정재판소가 분리된다는 공통점이 있었다. 즉, 일반재판소 조직과 구별되고 배타적 행정재판권을 갖는 재판소는 최고심급에 한하여 존재하였고,[94] 최고심급의 사법심사 범위는 법문제(Rechtsfrage)로 국한되었으며, 하급심에서 행정재판권을 부여받은 관청은 보통의 경우에는 행정관청이다가 재판임무를 수행할 때만 특별절차규정에 따라 행정재판을 하였다.[95] 이런 관계로 대부분의 란트에서 행정재판은 행정절차의 '속행'(Fortsetzung)으로서의 성격을 어느 정도 띨 수밖에 없었다.[96]

다음으로 재판관할 문제와 관련하여, 행정재판소를 설립한 각 란트는 행정재판소가 행정작용에 대해 어느 범위까지 사법심사를 해야 하는가 하는 근본질문에 대한 저마다의 대답을 마련해 나갔다. 이행소송 · 확인소송 · 형성소송으로 소송유형이 나뉘는 민사소송과 달리, 행정소송에서 핵심적인 소송유형은 지배복종관계에서의 국가의 공권력 조치를 다투는 취소소송(Anfechtungsklage)이었다. 물론 당시 뷔르템베르크와 작센을 비롯한 몇몇 남독일 란트의 행정소송법은 취소소송 이외에도, 대등한 지위에 있는 사인과 공법인 간, 사인 상호 간 또는 공법인 상호 간의 분쟁을 다루는 당사자분쟁(Parteistreitigkeit)[97]이라는 소송유형을 두었다.[98] 그러나 외견적 입헌군주제 아래에서 행

---

93) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 13-14 참조.

94) 프로이센 고등행정재판소를 비롯한 각 란트의 고등행정재판소가 바로 그것이다. 고등행정재판소의 재판관은 조직 · 인사적인 측면에서 일반재판소의 법관과 동일한 독립성을 갖고 있었다고 한다. 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 43면 참조.

95) Otto von Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, Tübingen 1880, S. 695 참조.

96) Jakob Nolte, a.a.O., S. 13-14 참조.

97) Otto von Sarwey, a.a.O., S. 113-115, 701-702 참조.

98) 이 소송유형이 바로 일본을 통해 우리나라에 전하여진 '당사자소송'이라는 용어의 기원이다. 뷔르템베르크와 작센의 당사자분쟁에 관한 자세한 내용은 이현수,

정재판권은 일시에 전면적으로 일반재판권으로부터 분리되지 못했고, 특히 공법상 분쟁 중 행정상 손해배상과 손실보상 등의 재산적 분쟁을 일반재판소의 관할로 하였던 19세기 프로이센 국고이론의 영향이 합쳐지면서, 당사자 분쟁은 충분히 활성화되지 못했다. 그리하여 당시의 행정소송은 취소소송을 중심으로 발전하게 되었다.[99]

취소소송의 대상은 일반조항을 두어 규율할 수도 있고(개괄주의), 법에서 심판대상을 한정적으로 열거함으로써 규율할 수도 있었다(열기주의). 뷔르템베르크와 작센은 취소소송에 관하여 일반조항을 두되, 자유재량 사건을 관할대상에서 배제하는 이른바 유보적 개괄주의를 선택하였다.[100] 반면에 바이에른에서는 관할대상을 엄격하게 열거적으로 규정하였다.[101] 한편 프로이센, 바덴, 튀링엔 등과 같이 열기주의를 취하되 경찰사건에 관하여는 일반조항을 둔 란트도 있었다.[102] 재량문제(Ermessensfrage)에 관한 사법심사 가능성도 란트별로 상이하게 규율되었다. 남독일 란트인 바덴, 뷔르템베르크, 바이에른에서는 재량결정에 대한 재판상 통제를 거부하고, 사법심사 범위를 오직 법문제, 즉 법률상 한계의 유월 여부로 제한하였다. 반면에 프로이센과 작센에서는 재판상 통제가 법문제로 제한되지 않았고, 하급심에서는 행정결정의 합목적성까지 심사하였다.[103]

공법상 당사자소송의 연원과 발전방향, 일감법학 제32호, 2015, 331-332면; 박정훈, 항고소송과 당사자소송의 관계 - 비교법적 연혁과 우리법의 해석을 중심으로, 특별법연구 제9권, 사법발전재단, 2011, 137-138면 참조.

99) 이현수, 공법상 당사자소송의 연원과 발전방향, 일감법학 제32호, 2015, 333-336면; 박정훈, 항고소송과 당사자소송의 관계, 특별법연구 제9권, 2011, 137면 참조.

100) Wolfgang Rüfner, Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Jeserich/Pohl/v. Unruh, Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 3, Stuttgart 1984, S. 917-918, 920-921; 이은상, 독일 재량행위 이론의 형성에 관한 연구 - 요건재량이론에서 효과재량이론으로의 변천을 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2014, 12면 참조.

101) Wolfgang Rüfner, a.a.O., S. 918 참조.

102) Wolfgang Rüfner, a.a.O., S. 915-916, 922-924; Wolfgang Kohl, Das Reichsverwaltungsgericht, Tübingen 1991, S. 32-33 참조.

103) Wolfgang Rüfner, a.a.O., S. 921, 924-926; 이은상, 독일 재량행위 이론의 형성

이로써 독일의 행정소송 제도를 떠받치는 첫 번째 기둥인 '소송의 대상과 유형'이 세워졌다. 즉, 재판관할과 소송유형이 권력적 행정작용에 대한 취소소송을 중심으로 협소하게 형성되었고, 그마저도 열기주의를 취하거나 재량결정을 소송의 대상에서 제외하는 등 사법심사 범위가 제한되었으므로, 이 부분에 관한 행정소송의 독자성은 상대적으로 약한 편이었다.[104]

나. 소송법관계와 심리원칙

19세기 후반 행정소송 제도의 수립에서 독립된 재판소 조직을 갖추는 것만큼이나 중요했던 것은 행정재판 특유의 소송절차를 마련하는 것이었다. 이것은 행정재판의 주된 목적 내지 기능을 어디에 두는가와 깊은 관련이 있다.

19세기 후반 독일에서는 앞서 본 것처럼 1848년 3월혁명이 실패한 후 외견적 입헌군주제 아래에서 민주주의와 법치주의가 결합하지 못하였다. 여기에 당시 법학계를 지배하던 법실증주의의 영향이 더해지면서 독일의 법치주의는 형식적 법치주의로 흐르게 되었다.[105] 형식적 법치주의 하에서 법치국가성은 곧 법원의 재판에 의한 권리구제를 통해 확보되는 '합법성'으로 이해되었다. 즉, 국가권력을 민주적으로 통제하기보다는 법원에서 국가권력에 대하여 시민의 주관적 공권을 주장하는 것을 법치주의로 이해하였던 것이다.[106] 이러한 맥락에서 오토 배어(Otto Bähr)는 1864년 자신의 저서에서 시민의 공권을 司法的으로 구제하는 것을 법치국가의 본질적 조건으로 보았으며, 나아가 국가를 사회의 조합체적 조직으로 파악하는, 이른바 '국가와 사회의 동일성' 사상에 입각하여 행정재판도 일반재판소에서 담당해야 한다고 주장하였다.[107]

에 관한 연구, 법학박사논문, 2014, 13-15면 참조.

104) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 110-111면 참조.

105) 장영수, 규범통제의 본질에 비추어 본 대법원과 헌법재판소의 역할, 고려법학 제55호, 2009, 44-45면 참조.

106) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 560면 참조.

그러나 위와 같은 배경에도 불구하고, 행정소송 제도가 수립된 19세기 후반에는 주관적 권리구제 기능이 행정재판의 다른 기능에 비해 우위를 차지한다고 보기 어려운 상황이었다. 오히려 루돌프 폰 그나이스트(Rudolf von Gneist)는 1875년 제12차 독일법률가대회에서, 행정재판의 목적은 행정의 공무집행을 가능한 한 효과적으로 통제하는 데 있다고 주장하였다. 폰 그나이스트는 당시 '행정재판권의 법적 성격, 관할 및 심리형태'라는 제목의 주제발표에서 행정재판을 일반재판소에 맡겨서는 안 되고 별도의 재판권이 필요하다고 역설하였는데,[108] 그 핵심 논거는 대립당사자 구조를 띠고 변론주의의 지배를 받는 민사소송절차는 행정에 대한 법적 통제와 조화될 수 없다는 것이었다. 행정은 시민과 대립하는 고유의 이익을 추구하는 존재가 아니라 공익을 추구해야 하는 존재이므로, 행정소송에서 민사소송을 본떠 대립당사자 구조를 채택하더라도 이는 효과적인 소송진행을 위한 형식적인 것일 뿐, 민사소송과 같은 실질적 대립당사자 구조를 띨 수 없다고 하였다. 또한 변론주의는 공무집행에 대한 효과적인 통제라는 행정재판의 목적과 상치되므로, 행정재판은 직권주의에 기반해야 한다고 보았다.[109]

폰 그나이스트의 견해는 앞서 살펴본 프로이센의 전통적 관념, 즉 행정재판의 목적을 행정에 대한 법적 통제에 두고 행정재판을 행정작용의 속행으로 보는 경향과 맞닿아 있다. 그는 주관적 권리구제는 2차적 기능에 불과한 것으로 보았고, 행정재판의 중심을 이루는 것은 공무집행에 대한 효과적인

---

107) Wolfgang Kohl, Das Reichsverwaltungsgericht, Tübingen 1991, S. 17-19; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 42면; 장영수, 규범통제의 본질에 비추어 본 대법원과 헌법재판소의 역할, 고려법학 제55호, 2009, 45면 참조.

108) Rudolf von Gneist, Über die rechtliche Natur, die Zuständigkeit und die Verhandlungsform der Verwaltungsjurisdiction, in: Verhandlungen des zwölften deutschen Juristentages, Berlin 1875, S. 221-241(https://opacplus.bsb-muenchen.de/title/14506231); 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 42면 참조.

109) Rudolf von Gneist, Über die rechtliche Natur, die Zuständigkeit und die Verhandlungsform der Verwaltungsjurisdiction, Berlin 1875, S. 221-232, 239; Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 15-16 참조.

통제라고 하였으며, 시민이 행정소송을 제기하는 것은 행정에 대한 법적 통제를 위한 하나의 단초일 뿐이라고 보았다.[110] 폰 그나이스트의 위와 같은 견해는 위 법률가대회의 공식 건의의견으로 채택되어, 프로이센을 비롯한 여러 란트의 고등행정재판소의 절차 정립에 영향을 미쳤다.[111]

이러한 이론적 기초 위에서 19세기의 독일 행정소송은 대략 두 가지 측면에서 민사소송과 차별화되는 절차적 독자성을 띠고 발전하였다. 우선 소송당사자의 소송상 지위와 역할이 민사소송의 그것과 달랐다. 행정소송의 중심은 앞서 살펴본 것처럼 국가의 공권력 조치에 대한 취소소송이었는데, 공권력의 행사자인 국가(절대군주)는 법과 재판에 복종하지 않는다는 당시의 관념에 따라 취소소송의 피고는 국가가 아니라 행정청이 되었고,[112] 취소소송은 실질적으로 행정처분에 의해 권리를 침해당하였다고 주장하는 시민이라는 하나의 당사자만 존재하는 소송으로 이해되었다.[113] 따라서 양 당사자 간의 실체법상 이익 대립으로부터 그들의 소송상 역할이 당연히 도출되는 민사소송과 달리, 행정소송은 원고로서 행정처분의 위법성을 다투는 시민과 피고로서 공익을 대변하는 행정청 간에 소송상 역할이 다름을 전제로 절차가 발전되어 나갔다.

제3자의 소송참가 제도도 민사소송의 그것과 모습을 달리했다.[114] 당시 바덴과 프로이센의 행정소송법에는, 제3자의 참가 여부가 법원의 재량에 달려 있고 참가인이 독립적인 지위를 갖는 별도의 소송참가 제도가 마련되어 있었다. 또한 프로이센 고등행정재판소는 필수적 참가를 인정하는 판례 등을 통해 행정소송상 참가인의 법적 지위를 독자적으로 구체화하였다.[115] 한편,

---

110) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 26 참조.

111) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 42-43면 참조.

112) Fritz Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht, Tübingen 1922, S. 36-38, 251 참조.

113) Jakob Nolte, a.a.O., S. 17-18; 이현수, 공법상 당사자소송의 연원과 발전방향, 일감법학 제32호, 2015, 335면 참조.

114) Bier/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO §65 Rn. 1 참조.

당시부터 상당수 란트에서는 피고 행정청 외에 별도의 소송관계인으로 오늘날에도 존재하는 공익대변인(Vertreter des öffentlichen Interesses)을 둘 수 있도록 하였다. 이처럼 공익에 관한 의견을 제시하는 소송관계인이 따로 있는 것도 민사소송과 다른 부분이었다.[116]

이로써 독일 행정소송 제도를 떠받치는 또 다른 기둥인 '소송법관계'(Prozessrechtsverhältnis)[117]가 세워졌다. 즉, 원고와 피고 행정청의 소송상 지위와 역할이 서로 달랐고, 소송참가 및 공익대변인 제도를 통해 계쟁 행정작용을 둘러싼 다양한 사익과 공익이 형량·조정될 수 있는 토대가 마련되었으므로, 이 부분에 관한 행정소송의 독자성은 상대적으로 강하였다.

행정소송 절차가 민사소송과 결정적으로 다른 두 번째 점은 소송자료의 수집책임에 관한 심리원칙으로 변론주의를 거부하였다는 점이다. 주지하다시피 변론주의는 민법상 사적 자치의 원칙과 자유주의 사상에 기초한 절차원칙이다. 시민 간의 私法상 법률관계에는 사적 자치의 원칙이 적용되므로 거기에서 발생한 분쟁을 소송으로 해결할 때도 당사자에게 주도권이 인정되어야 하고, 자유주의 국가사상에서 국가의 관심은 시민 간의 분쟁을 해결하고 이익을 조정하는 '정돈된 절차'(geordnetes Verfahren)를 제공하는 데 한정되기 때문이다.[118] 그러나 19세기 후반의 독일 행정법학은 행정에 대한 적법성 통제를 개인의 권리구제에 버금가는 행정소송의 기능으로 평가하는 분위기였고, 이를 위해서는 행정소송 절차에서 정확한 사실관계에 기초한 객관적으로

---

115) Czybulka/Kluckert, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung Großkommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2018, VwGO §65 Rn. 3-4 참조.

116) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 18-19 참조.

117) 소송법관계란, 소송의 목적을 효과적으로 달성하기 위해 소송의 주체인 원·피고, 법원, 제3의 소송참가자에게 권리와 의무, 책임이 적절히 배분되어 맺어진 법적 관계의 총체를 말한다. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §2 Rn. 1-2; Schmidt-Aßmann/Schenk, in: Schoch/Schneider, Einl. Rn. 155 참조; 소송법관계에 관한 상세한 내용은 아래 제4장 제3절 참조.

118) Marcel Kaufmann, Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Tübingen 2002, S. 42-44, 54-56 참조.

올바른 재판이라는 공익을 추구해야 하므로, 사실규명과 증거조사를 당사자에게만 맡겨 두어서는 안 된다고 보았다.

이에 따라 행정소송의 심리원칙으로 당사자주의와 직권주의를 혼합하는 경향이 나타났다. 여기서 혼합이라 함은 소송의 개시와 종결, 심판대상의 결정은 소송당사자의 처분에 맡기는 '처분권주의'를 취하되, 소송자료의 수집책임은 법관에 맡기는 '직권탐지주의'를 취하는 것을 말한다.[119] 주관적 권리구제를 행정소송의 중심 기능으로 파악하였던 오토 폰 자르바이(Otto von Sarwey)도 1880년 자신의 저서에서 행정소송은 당사자의 신청에 의해서만 개시된다고 하면서도, 사실관계에 관한 조사는 직권으로 이루어져야 한다고 주장하였다.[120]

이처럼 당사자주의와 직권주의를 혼합하는 경향은 각 란트의 행정소송 절차에 반영되었다. 예컨대, 당시 뷔르템베르크의 '행정재판에 관한 법률'(Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege) 제17조에 따르면, 행정재판소는 소송관계인의 신청에 의하여 절차를 개시하고 종국재판을 할 때 당사자가 청구한 사항을 넘어서는 안 되지만, 다른 한편으로 같은 법 제37조에 따라 행정재판소는 종국재판을 위해 필요한 사실을 탐지하고 증거를 조사하는 과정에서 당사자의 신청에 구속되지 않았다.[121]

이로써 독일의 행정소송 제도를 떠받치는 또 다른 기둥인 '심리원칙'[122]이 정립되었다. 즉, 소송의 대상에 관한 처분권과 관련된 심리원칙으로는 처분권주의를 취하면서도 소송자료의 수집책임에 관한 심리원칙으로는 직권탐지주의를 취함으로써 사법국가 모델과 행정국가 모델을 절충하였으므로, 이 부분도 행정소송의 독자성이 강하게 드러나는 영역이다.

---

119) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 19 참조.

120) Otto von Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, Tübingen 1880, S. 725-728 참조.

121) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 20 참조.

122) 행정소송의 심리원칙에 관한 상세한 내용은 아래 제4장 제4절 참조.

다. 민사소송법의 차용 내지 준용

19세기 후반 독일 행정소송은 앞서 본 바와 같이 소송법관계와 심리원칙을 중심으로 독자성을 띠면서 서서히 발전해 나가기 시작했지만, 그럼에도 당시의 행정소송법은 여전히 많은 부분을 민사소송법에 의존하고 있었다. 그 당시 행정소송법이 민사소송법을 모방하는 방식은, 민사소송법 규정의 내용을 차용하여 그에 대응되는 규정을 행정소송법에 만드는 방식과, 민사소송법을 준용하는 규정을 두는 방식의 두 가지로 크게 나누어 볼 수 있다.

각 란트의 행정소송법은 성문화의 범위가 달라서 규정 내용이 서로 달랐지만, 대체로 남독일 란트인 바이에른, 뷔르템베르크, 작센의 행정소송법에 민사소송법 규정을 차용하여 만든 규정이 많았다.[123] 바이에른의 '행정재판소의 설치 및 행정사건 절차에 관한 법률'(Gesetz betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofs und das Verfahren in Verwaltungsrechtssachen)의 제정이유서에는 아예 "행정소송 절차에 관한 규정을 만들 때 독일 제국 민사소송법(CPO)에 있는 유사한 규정을 최대한 고려하라"라고 되어 있었다고 한다.[124] 예컨대, 소송대리에 관한 규정은 민사소송법을 모방하는 것이 일반적이었고, 그 밖에 준비서면의 교환, 기간의 불준수, 가집행 등에 관하여도 민사소송법 규정을 차용하여 행정소송법 조항을 만들었다.[125] 특기할 것은 모든 란트의 행정소송법이 민사소송의 구술주의와 공개주의를 일반적인 심리원칙으로 차용함으로써, 통상 비공개 서면심리에 의하는 행정절차 또는 이전 시기의 행정사법 절차와 결별하였다는 점이다.[126]

---

123) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 21 참조.

124) Gustav Kahr, Das bayerische Gesetz über die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofs und das Verfahren in Verwaltungsrechtssachen vom 8. August 1878, Nördlingen 1879, S. 179에서 재인용.

125) Jakob Nolte, a.a.O., S. 22 참조.

126) Jakob Nolte, a.a.O., S. 22-23 참조; 다만, 직권탐지주의 하에서의 구술주의 원칙은 민사소송의 그것과 완전히 같을 수 없었고, 재판소 조직이 분리되지 않은 하급심에서는 여전히 사전 서면심리가 행해졌으며, 그 결과 소가 명백히 부적법하

이처럼 민사소송법을 차용하여 만든 행정소송법 규정 이외에 민사소송법을 명시적으로 준용하는 규정도 많았다. 이러한 준용규정은 개별적·독립적 영역이어서 본류의 절차 진행 자체에는 영향을 미치지 않는 사항을 규율할 때 주로 활용되었다. 예컨대, 법관 및 직원의 제척·기피, 법정의 질서유지, 조서의 작성, 판결의 형식, 기간, 소송비용에 관한 규정 등이 준용의 대상이 되었다.[127]

이처럼 민사소송법을 차용하여 독자적인 규정을 만들거나 민사소송법을 준용하는 규정을 두었음에도, 당시 각 란트의 행정소송법은 여전히 자족성이 떨어졌다. 어떤 행정소송법도 행정소송 절차를 민사소송법이나 형사소송법처럼 망라하여 규정하지 못했다. 이러한 불완전한 행정소송법의 공백을 어떻게 보충할 것인가를 놓고 견해가 나뉘었다. 가령 오토 폰 자르바이는 성질상 준용이 허용되는 한 민사소송법에 의해 그 공백을 보충해야 하는 것은 자명하다고 주장하였다.[128] 주관적 권리구제 기능을 행정소송의 중심에 놓고 민사소송의 절차원칙을 행정소송에 광범위하게 차용하는 것을 긍정하였던 그의 입장에서는 당연한 귀결로 보인다. 실제로 뷔르템베르크는 이 견해에 따라 행정소송에 민사소송법이 보충적으로 적용됨을 선언하는 이른바 일반준용규정(Generalverweis)을 두었다.[129]

반면에 행정소송의 독자성을 강조하는 견지에서 민사소송법을 행정소송법의 보충적 소송법으로 쓸 수 없다고 주장하는 견해도 있었다. 민사소송은 당사자주의 소송이고 행정소송은 직권주의 소송이므로, 성질에 반하지 않는 한

거나 청구가 명백히 이유 없는 때에는 변론 없이 각하·기각을 할 수 있었다.

127) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 23 참조.

128) Otto von Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, Tübingen 1880, S. 719 참조.

129) 뷔르템베르크 '행정재판에 관한 법률' 제72조는 '민사소송법의 보충적인 적용'이라는 표제 하에 "기존 민사소송법의 개별 조항들은, 이 법의 규정과 어긋나지 않는 한, 비록 이 법이 그것을 적용할 수 있다고 명시적으로 밝히고 있지 않더라도 행정재판 절차에 준용된다."라고 규정하였다.

도 내에서 민사소송의 특정 조항을 준용하는 규정은 가능하지만 이를 넘어서 일반준용규정을 둘 수는 없다는 것이다.[130] 작센, 바이에른, 프로이센은 이 견해에 따라 일부러 일반준용규정을 두지 않았다.[131]

제3절 바이마르공화국부터 독일연방공화국까지

1. 바이마르공화국과 나치 시대

1918년 11월의 혁명으로 독일 제국이 붕괴하고 제1차 세계대전이 막을 내렸다. 이듬해 8월에 독일의 첫 의회민주주의 헌법인 바이마르헌법이 제정되었다.[132] 바이마르헌법 제107조는 "행정청의 명령과 처분으로부터 개인을 보호하기 위해 국가 및 각 州에 법률이 정한 바에 따라 행정재판소가 존재해야 한다."라고 규정함으로써 행정재판권을 헌법적으로 보장하였다. 그러나 이러한 헌법적 보장에도 불구하고 그 당시의 재판소 조직이나 소송절차는 독일 제국 시절과 크게 달라진 것이 없었다고 한다.[133] 공화국 전체에 적용되는 행정재판관할에 관한 일반규정도 도입되지 않았고, 연방 차원의 제국행정재판소(Reichsverwaltungsgericht)[134]를 설립하려는 노력도 결실을 보지 못하였다.[135]

---

130) Gustav Kahr, Das bayerische Gesetz über die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofs und das Verfahren in Verwaltungsrechtssachen vom 8. August 1878, Nördlingen 1879, S. 179 참조.

131) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 24-25 참조.

132) 이민호, 새 독일사, 2003, 240-242면 참조.

133) Wolfgang Rüfner, Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Jeserich/Pohl/v. Unruh(Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 4: Das Reich als Republik und in der Zeit des Nationalsozialismus, Stuttgart 1985, S. 640 참조.

134) 앞서 본 바와 같이 'Reich'는 'Land'의 상위 정치체를 이루는 전체 국가, 즉 연방을 지칭하는 용어이다. 따라서 'Reichsverwaltungsgericht'를 국문으로 옮길 때 이러한 Reich의 의미를 담아 '제국(諸國)행정재판소'라고 번역한 것이다.

바이마르공화국 시기에 관하여 특기할 점은, 그 이전까지 독자적인 행정소송 제도를 수립하지 않았던 함부르크, 브레멘 등이 바이마르헌법 제107조의 영향으로 행정소송을 도입하였으며, 그곳의 행정소송 제도가 이른바 사법국가 모델에 가까웠다는 점이다. 함부르크와 브레멘에서 1920년대가 되어서야 행정소송 제도가 수립된 것은 그동안 그곳의 일반재판소가 행정사건을 담당하고 있었던 데에서 원인을 찾을 수 있다. 즉, 함부르크와 브레멘에서는 행정소송이 도입되기 전에도 민사소송법에 따른 재판상 행정구제가 어느 정도 작동하고 있었던 것이다.[136] 발터 옐리네크(Walter Jellinek)는 1925년 독일국법학자대회에서 법관의 독립이나 행정과의 조직분리가 잘 보장되었던 한자동맹 고등재판소의 판결을 인용하면서, 이러한 사법국가 모델은 바이마르헌법 제107조에 위반되지 않고, 행정에 대한 통제라는 법치국가적 요청에도 부합될 수 있는 모델이라고 하였다.[137]

이러한 배경 속에서 함부르크와 브레멘에 설치된 행정재판소는 다른 란트의 행정재판소와 달리 조직상으로 행정과 명확하게 분리되었고, 일반재판소와 매우 유사하게 구성되었다.[138] 소송절차에 관하여는 변론주의를 직권탐지주의로 대체하기는 하였으나, 전반적으로 볼 때 행정소송 절차에 민사소송의 절차원칙을 적용하는 것을 거부하는 경향은 발견되지 않았다.[139] 행정소송법에 마련된 민사소송법의 준용규정은 다른 란트의 행정소송법에 있던 준용규정과 비슷하였으나, 준용대상 규정을 구체적·명시적으로 인용하는 등 전체적으로 더 세분화되고 정밀해졌다.[140]

---

135) Wolfgang Rüfner, Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Jeserich/Pohl/v. Unruh, Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 4, Stuttgart 1985, S. 643-646 참조.

136) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 28 참조.

137) Walter Jellinek, Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte (Fortschritte, Rückschritte und Entwicklungstendenzen seit der Revolution), VVDStRL 2, 1925, S. 8-30 참조.

138) Wolfgang Rüfner, a.a.O., S. 646 f. 참조.

139) Jakob Nolte, a.a.O., S. 28 참조.

그러나 1933년에 국가사회주의자들이 정권을 잡게 되자, 자유주의와 법치주의에 기반한 행정소송 제도는 빠른 속도로 변질되었다. 영도자의 의사와 민족주의적 질서의 실현을 목적으로 하는 국가행정을 법적으로 통제한다는 것은 국가사회주의 체제와 완전히 상치되는 것이었고, 특히 영도자의 독점적이고 자유로운 결정권과 모순되는 것이었기 때문이다.[141] 따라서 행정재판의 새로운 임무는 개인의 권리구제가 아니라, 행정을 통해 민족주의적 질서가 실현되고 있는지 심사하는 것이었다.[142] 나치 정권의 강력한 중앙집권화 방침에 따라 1941년에 영도자명령(Führererlass)으로 중앙 단위의 단일한 최종심인 제국행정재판소(Reichsverwaltungsgericht)가 설치되었으나, 이 재판소는 실제로는 각 란트의 행정재판소를 통제하기 위한 수단에 불과했다.[143]

이에 따라 행정소송은 제도적으로 유지되기는 했지만, 시민의 권리를 보호하고 행정을 통제하는 행정재판권으로서의 기능과 의미는 몰각되었다. 행정재판소의 명예법관(Laienrichter)은 나치 이데올로기에 충실한 국가사회주의자들로 채워졌다. 행정재판소에서의 권리구제는 법률에 의하여 점점 제한되었고, 중앙감독관청의 명령에 대한 소송은 허용되지 않았으며, 주관적 공권 개념은 사실상 폐기되었다.[144]

---

140) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 28-29 참조.

141) Wolfgang Rüfner, Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Jeserich/Pohl/v. Unruh, Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 4, Stuttgart 1985, S. 1100 f.; Wolfgang Kohl, Das Reichsverwaltungs gericht, Tübingen 1991, S. 406 f. 참조.

142) Wolfgang Rüfner, a.a.O., S. 1100 f.; Wolfgang Kohl, a.a.O., S. 407 f. 참조.

143) Wolfgang Rüfner, a.a.O., S. 1111 ff. 참조.

144) 이 문단의 내용에 관하여는 Jakob Nolte, a.a.O., S. 31 참조.

2. 제2차 세계대전 이후 1950년대까지의 행정소송

가. 행정소송의 부활

1945년 5월 나치 독일의 항복으로 제2차 세계대전이 종식되자, 독일은 연합국의 통치를 받기 시작했다. 미국, 영국, 프랑스, 소련 4개국은 패전국인 독일의 무정부 상태를 막기 위해 1945년 6월 5일부터 독일 영토를 분할 통치하고, 수도인 베를린을 분할 관리했다.[145] 훗날 독일민주공화국(동독)이 된 튀링엔, 작센 등 동쪽 지역은 소련이, 함부르크, 니더작센 등 북서쪽 지역은 영국이 통치하였고, 남쪽의 헤센, 뷔르템베르크-바덴, 바이에른은 미국이, 남서쪽의 남부바덴과 뷔르템베르크-호엔촐레른은 프랑스가 통치하였다.

연합군 군정기에 미국, 영국, 프랑스의 점령지역에 행정법원이 설치되어 행정소송이 재개되었다. 프랑스 점령지역에서는 옛 행정소송법이 다시 적용되었다. 미국 점령지역인 바이에른, 브레멘, 헤센, 뷔르템베르크-바덴에서는 1946년부터 1947년까지 각각 州법으로 행정법원법(Verwaltungsgerichtsgesetz: VGG)이 제정되었는데, 이 州행정법원법들은 내용이 거의 동일하였으므로 사실상 한 개의 법으로 보아도 무방했다. 한편, 영국 점령지역에서는 1948년에 군정명령 제165호(MRVO Nr. 165)로 새로운 행정소송규정이 공포되었다. 미국 점령지역의 州행정법원법과 영국 점령지역의 군정명령 제165호는 행정소송 절차에 관한 방대한 양의 독자적인 규율내용을 담고 있었다.[146]

1949년 5월 미국, 영국, 프랑스 점령지역에서 기본법(Grundgesetz)이 공포되어 독일연방공화국(서독)이 출범하였다. 행정재판권은 독일연방공화국 기본법 제95조[147]에 따라 일반재판권과 동등한 독자적인 재판권으로 인정되었

---

145) 이민호, 새 독일사, 2003, 319-321면 참조.

146) 이 문단의 내용에 관하여는 Schmidt-Aßmann/Schenk, in: Schoch/Schneider, Einl. Rn. 83-84; Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 31 참조.

147) 기본법 제95조 제1항은 "연방은 일반재판권, 행정재판권, 재정재판권, 노동재판권 및 사회재판권 분야에 관하여 최고법원으로서 연방일반법원, 연방행정법원,

다. 1952년에 드디어 독일의 행정재판권 분야에 관한 최고법원인 연방행정법원(Bundesverwaltungsgericht)이 설치되었다. 그런데 연방의회는 처음에 연방과 각 州를 아우르는 단일한 행정소송법을 제정하지 않고, 임시로 연방행정법원의 절차만을 규율하는 '연방행정법원에 관한 법률'(Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht: BVerwGG)을 제정하였다. 이처럼 연방이 전국을 아우르는 행정재판 절차에 관한 입법권한을 행사하지 아니한 관계로, 1950년대에 라인란트-팔츠, 베를린, 바덴-뷔르템베르크 등 몇몇 州에서 州행정법원법을 제정하였다.[148]

나. 제2차 세계대전 이후 독일 행정소송의 특징

제2차 세계대전 이후 독일 행정소송은, 바이마르공화국 시대까지 행정통제 기능을 주된 기조로 삼던 북독일 행정소송 제도를 포기하고, 개인의 권리구제 기능을 중심으로 하는 남독일 행정소송 제도를 전면적으로 채택하였다는 특징을 지닌다.[149] 즉, 독일연방공화국의 행정소송 제도는 행정국가 모델과 사법국가 모델 사이에서 이전 시기보다 훨씬 더 사법국가 모델 쪽으로 기울어졌다고 평가할 수 있다.

우선 각 州의 행정법원에서부터 연방행정법원에 이르기까지 전 심급에서 법원조직이 행정으로부터 완전히 분리되었다.[150] 이로써 행정절차와 행정소송의 단일성은 종국적으로 철폐되었다. 재판관할의 측면에서는 기본법 제19조 제4항 1문이 "공권력에 의해 자신의 권리를 침해당한 사람에게는 재판상 구제가 허용된다."라고 규정함으로써 지난 시기의 열기주의를 폐기하고 포괄

연방재정법원, 연방노동법원 및 연방사회법원을 설치한다."라고 규정한다.

148) Marcel Kaufmann, Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Tübingen 2002, S. 107 f. 참조.

149) Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 14. Aufl., Heidelberg 2014, Rn. 8; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 186-187면 참조.

150) Martin Sellmann, Der Weg zur neuzeitlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Külz/Naumann, Staatsbürger und Staatsgewalt, Karlsruhe 1963, S. 26 참조.

적·실효적 권리구제를 보장하되, '권리침해'를 행정소송의 원고적격 및 본안요건으로 헌법에 규정함으로써 주관적 권리구제에 초점을 맞추었다.[151] 이로써 오늘날 독일 행정소송 제도를 떠받치는 네 개의 기둥 중 하나인 '소송의 구조'가 권리침해를 중심축으로 하는 주관소송적 구조로 정립되었다.

한편, 소송의 대상과 유형 측면에서는 독자성이 다소 강화되었다. 미국 점령지역의 州행정법원법은 취소소송과 당사자분쟁을 구별하고 양 소송의 절차를 서로 다르게 규정하였다.[152] 라인란트-팔츠 州행정법원법은 취소소송과 당사자분쟁을 개념적으로 구별하기는 하였으나, 그에 대응하는 두 개의 소송절차를 따로 마련해 두지는 않았다. 반면, 영국 점령지역의 군정명령 제165호는 취소소송과 당사자분쟁의 구별을 포기하고 소송유형으로 취소소송, 확인소송, 계속확인소송 등을 두었으며, 취소소송의 특별소송요건인 '전심절차'와 취소소송의 제기에 따른 '정지효'를 규정하였다.[153] 즉, 재판관할이 협소하게 형성되어 있는 것은 지난 시기와 다르지 않았으나, 행정행위라는 작용형식의 특수성을 반영한 제도적 수단과 장치가 점차 생겨났다.

소송절차 측면에서, 미국 점령지역의 州행정법원법과 영국 점령지역의 군정명령 제165호는 모두 제2차 세계대전 이전보다 더 많이 민사소송법 규정에 의존하였다. 물론 행정소송의 독자성과 특수성을 감안하여 절차 진행에 관하여는 대체로 직권진행주의를 채택하였고, 소송자료의 수집책임에 관하여도 미국 점령지역의 州행정법원법, 영국 점령지역의 군정명령 제165호, 연방행정법원에 관한 법률과 라인란트-팔츠 州행정법원법 모두 직권탐지주의를 명문화하였다. 다만, 종래 직권탐지주의는 행정재판의 주된 기능을 행정에 대한 법적 통제에 두고 '정확한 사실관계'에 기초한 '올바른 재판'을 지향하는 프로이센의 전통에서 유래하였지만, 제2차 세계대전 이후로는 직권탐지주

---

151) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 33; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 186-187면 참조.

152) Pietzcker/Marsch, in: Schoch/Schneider, VwGO Vorb. §42 Abs. 1 Rn. 9-10 참조.

153) Pietzcker/Marsch, in: Schoch/Schneider, VwGO Vorb. §42 Abs. 1 Rn. 10; Jakob Nolte, a.a.O., S. 34 참조.

의가 행정에 대한 통제보다는 주관적 권리구제의 보장과 연결되어, 주로 시민과 행정 사이의 구조적 불평등을 해소하는 수단으로 이해되었다. 즉, 피고 행정청에 비해 소송자료의 수집·제출이 용이하지 않은 원고의 권리구제를 위해 법원이 주도적으로 사실관계를 규명해야 한다고 본 것이다.[154]

이처럼 현대 독일의 행정소송이 주관적 권리구제 중심으로 재편된 데에는 대략 세 가지의 역사적 요인이 있다. 첫째, 주관적 권리구제를 중시하는 사법국가 모델은 앞서 살펴본 바와 같이 19세기의 외견적 입헌군주제 아래에서 자유주의 시민계급이 군주와 대립하면서도 동시에 타협하는 과정에서 주장된 것이다.[155] 둘째, 이러한 권리 중심의 소송 모델은 당사자의 권리실현을 목적으로 하는 로마법을 계수한 독일 민사소송법의 영향을 받은 것이다. 셋째, 이러한 배경 속에서도 19세기 후반의 독일 행정소송이론은 프로이센 행정재판제도의 영향을 받아 주관적 권리구제만큼이나 행정에 대한 통제를 중시하는 경향을 보였으나, 이후 나치 시대의 불법을 경험한 독일은 그 반작용으로 개인의 권리보호에 초점을 맞출 수밖에 없었다.[156]

다. 준용규정

제2차 세계대전 이후 1950년대까지 독일의 연방과 각 州에서 적용되었던 행정소송법에는 이전 시기의 행정소송법령과 마찬가지로 민사소송법 등을 준용하는 규정이 상당수 존재했다. 당시 여러 법률에 공통으로 마련된 준용규정으로는 법관 및 법원직원의 제척·기피, 기간의 계산, 증거조사 및 증거방법, 재심에 관한 규정을 들 수 있다.[157] 일부 법률에서는 기록열람권, 판결

---

154) 이 문단의 내용에 관하여는 Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 33 참조.

155) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 190-191면 참조.

156) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 207-208면; 김중권, 유럽화된 독일 행정절차법에 관한 연구, 한국법제연구원, 2008, 74면 참조.

157) 연방행정법원에 관한 법률, 영국 점령지역의 군정명령 제165호, 미국 점령지역의 州행정법원법, 라인란트-팔츠 州행정법원법에 모두 위 사항들에 관한 준용규

경정, 다수당사자의 소송비용 부담관계, 소송구조, 기판력, 판결의 형식에 관하여도 민사소송법을 준용하였다. 그 밖에 법관의 법적 지위와 법정질서에 관하여는 법원조직법을 준용하는 규정이 공통으로 존재했다.[158]

하지만 이 시기의 행정소송법은 제2차 세계대전 이전에 비해 자족성이 좀 더 강화되었다. 예컨대, 소송대리와 소송행위의 추후보완은 예전에는 준용규정을 통해 규율되었으나, 이 시기에 이르러서는 행정소송법에 독자적인 규정을 두었다. 또한 연방행정법원에 관한 법률은 행정재판 절차의 특징을 드러내는 몇몇 규정을 두었는데, 이를테면, 모든 연방행정청에 불복절차 고지의무를 부과하는 규정이라든가 행정청의 문서제출의무에 관한 규정, 그리고 소송관계인의 폭넓은 기록열람권에 관한 규정을 들 수 있다.[159]

행정소송법에 일반준용규정을 둘 것인지에 관해서는 19세기 후반과 마찬가지로 서로 반대되는 두 가지 입법례가 존재하였다. 다만, 19세기 후반에는 민사소송에 대한 관계에서 행정소송의 독자성을 어느 정도 강조할 것인지를 놓고 견해가 대립하였다면, 이 시기에는 법관의 절차형성 재량을 어느 정도 인정할 것인지의 문제로 쟁점이 전화되어 나타났다. 즉, 행정소송법의 공백을 민사소송법에 기대어 메울 것인가 아니면 법관으로 하여금 행정소송의 특수성을 고려하여 절차형성 재량을 발휘하게 할 것인가 하는 차원에서 논의가 이루어진 것이다.[160]

미국 점령지역의 州행정법원법, 라인란트-팔츠 州행정법원법 및 연방행정법원에 관한 법률은, 행정소송법의 공백을 메울 때 민사소송법을 준용하는 것이 법관의 절차형성 재량에 우선한다는 입장에서 일반준용규정을 두었다.[161]

정이 있었다.

158) 이 문단의 내용에 관하여는 Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 34-35 참조.

159) Jakob Nolte, a.a.O., S. 35 참조.

160) Jakob Nolte, a.a.O., S. 35-37; Meissner/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO §173 Rn. 6 ff. 참조.

161) 예컨대, 미국 점령지역의 州행정법원법 제34조는 “이 법에 어떤 절차에 관한 규정이 없고 그 절차의 형성을 법관의 의무합치적 재량에 맡겨야 한다고 인정

다만, 미국 점령지역의 州행정법원법과 라인란트-팔츠 州행정법원법의 일반준용규정은 민사소송법만을 준용의 대상으로 삼았고 “양 소송절차의 근본적인 차이에도 불구하고 허용되는 범위에서”(soweit die grundsätzlichen Unterschiede der beiden Verfahrensarten es zulassen)라는 제한문구가 있었던 반면에, 연방행정법원에 관한 법률의 일반준용규정은 위와 같은 제한문구 없이 민사소송법과 법원조직법을 “알맞게 적용”(entsprechende Anwendung)한다고 규정하였다.[162]

반면에 영국 점령지역의 군정명령 제165호에는 위와 같은 일반준용규정이 없었다.[163] 당시 다수 학자들은 이를 근거로 하여 영국 점령지역의 행정소송절차에 민사소송법을 적용하려면 구체적이고 명시적인 준용규정이 있어야 한다고 주장하였으나, 위 지역의 행정법원은 민사소송법상의 일반적인 소송법 원칙이 행정소송 고유의 성질과 모순되지만 않는다면 일반준용규정이 없어도 이를 원용할 수 있다는 입장을 취하였다.[164] 어쨌든 이 지역에서 행정소송법의 공백을 메우는 것은 결국 법관의 절차형성 재량에 맡겨졌다.

3. 연방행정법원법의 제정

1952년 연방행정법원에 관한 법률이 제정된 이후 8년여의 논의를 거친 끝에, 연방과 각 州를 아우르는 단일한 행정소송법인 연방행정법원법(Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO, 이하 ‘행정법원법’이라 한다)이 1960년에 제정되었다.[165] 19세기 후반 시작된 독자적인 행정재판권의 발전은, 독자적인 소

되지 아니하는 때에는, 양 소송절차의 근본적인 차이에도 불구하고 허용되는 범위에서, 민사소송법의 조항들을 보충적으로 원용할 수 있다.”라고 규정하였다. Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 36에서 재인용.

162) Meissner/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO §173 Rn. 6 f. 참조.

163) Meissner/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO §173 Rn. 6 참조.

164) Jakob Nolte, a.a.O., S. 36-37 참조.

165) Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960 (BGBl. I S. 17).

송법인 행정법원법이 제정됨으로써 완결되었다. 그리고 행정법원법을 통해 독일 전 지역의 행정소송 절차가 통일되었다.[166]

행정법원법이 제정되면서 이전 시기와 달라진 주요 사항은 다음과 같다. ① 우선 2심제의 州재판권에 이어서 연방행정법원이 최종심으로 자리매김함으로써 행정소송의 3심제가 확립되었다(행정법원법 제132조 이하). ② 행정행위의 거부 또는 부작위에 대한 항고소송으로 의무이행소송(Verpflichtungsklage)이 도입되었고(행정법원법 제42조 제1항 후단), 취소소송과 의무이행소송의 전심절차로 단일한 행정심판절차(Widerspruchsverfahren)가 마련되었다(행정법원법 제68조 이하). ③ 당사자분쟁이라는 소송유형을 종국적으로 포기하고, 그 대신에 확인소송(Feststellungsklage)이 명문화되었으며(행정법원법 제43조), 일반이행소송(allgemeine Leistungsklage)이 해석상으로 인정되었다.[167]

이전 시기의 행정소송법령과 마찬가지로 행정법원법도 민사소송법이나 법원조직법을 준용하는 규정을 법률 곳곳에 두었다. 마지막까지 논쟁이 벌어졌던 것은, 개개의 준용규정 이외에 일반준용규정을 따로 둘 것인가 하는 점이었다. 이 논쟁은 제2차 세계대전 이후 1950년대까지 일반준용규정의 필요성 유무를 두고 벌어졌던 견해 대립과 궤를 같이한다. 자유롭고 독립적인 법관이 행정재판절차의 특수성을 고려하여 절차형성 재량을 행사하는 것이 바람직하다고 보는 입장에서는 일반준용규정이 필요하지 않다고 보았고, 민사소송법에 보다 밀접하게 의존하는 것이 중요하다고 보는 견해에서는 일반준용규정이 필요하다고 주장하였다.[168] 결국 연방행정법원법 제173조에 일반준용규정을 두는 것으로 정리되었는데, 여기에 결정적인 영향을 미친 논거는 바로 법치국가 원리였다. 일반준용규정을 두는 것이 절차형성을 법원의 재량에

---

166) Georg-Christoph von Unruh, Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Jeserich/Pohl/v. Unruh (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 5: Die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1987, S. 1189 참조.

167) 이 문단의 내용에 관하여는 Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 38; 박정훈, 항고소송과 당사자소송의 관계, 특별법연구 제9권, 2011, 139면 참조.

168) Jakob Nolte, a.a.O., S. 38 참조.

맡기는 것보다 법적 안정성을 더욱 보장하는 방안이라는 것이다.[169]

제4절 소결 - 행정국가 모델과 사법국가 모델의 절충

이상과 같이 독일 행정소송의 역사적 전개 과정을 살펴보면, 애초 독일 행정소송은 행정에 대한 통제를 목적으로 그 맹아가 싹텄음을 알 수 있다. 제국최고재판소의 소송제도는 영방군주의 고권행위를 제국 차원에서 통제하는데 주된 목적이 있었고, 프로이센의 관방사법도 행정작용의 연속으로서의 성질을 갖는 행정 내부의 통제제도였던 것이다. 그러나 이러한 맹아 단계의 행정구제 제도는 독자적인 소송법을 갖추지 못했음은 물론, 민사소송과 달리 긴 시간 동안 기초이론을 연구하고 이를 실무에서 검증할 기회를 갖지 못했다. 따라서 처음부터 행정재판이 민사소송법에 많은 부분을 의존했던 것은 어찌 보면 불가피한 면이 있었다.

그러다가 19세기 초·중반에 야기된 행정재판의 공백을 거쳐, 자유주의 시민계급의 사법국가(Justizstaat) 모델과 그 대척점에 있는 군주 및 관료집단의 행정국가(Administrativjustiz) 모델 간의 제도적 타협을 통해, 19세기 후반부터 바이마르공화국 시기에 이르기까지 여러 란트에서 행정소송 제도가 생겨났다. 독일의 행정소송 제도는 위 두 모델의 타협의 결과물인 만큼, 개별 규율영역에 두 모델의 요소가 절충되어 나타났다. 그러나 이때까지만 하더라도 행정국가 모델의 영향이 뚜렷하게 남아 있었고, 행정통제 기능이라든가 소송절차의 독자성이 중시되었다. 즉, '소송의 대상과 유형' 측면에서는 행정행위에 대한 취소소송을 중심으로 재판관할이 협소하게 형성되었으나, '소송법관계'가 多極的 이해관계를 형량·조정할 수 있도록 설계되었고, '심리원칙'에 관하여는 직권탐지주의가 채택되었다. 그리고 당시의 행정소송법령에는 민사

---

169) Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung BT-Drs. 3/55, S. 26; Meissner/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO §173 Rn. 8, 18 참조.

소송법의 규정내용을 차용하여 만든 규정과 민사소송법을 준용하는 규정이 광범위하게 자리하였는데, 개별 란트의 행정소송 제도가 사법국가 모델과 행정국가 모델 중 어느 쪽에 가까운지에 따라 준용규정의 양과 폭이 달라졌다.

이후 나치 시대의 불법국가를 거친 독일 행정소송은 제2차 세계대전 이후 '소송의 구조'가 개인의 권리구제에 초점을 맞추는 주관소송적 구조로 확립되면서 사법국가 모델 쪽으로 기울어지게 된다. 그러나 행정소송 제도의 설계 및 운영에서 행정국가 모델과 사법국가 모델을 어떻게 절충할 것인가 하는 문제는 여전히 논란거리였고 미국·프랑스 점령지역의 행정소송법과 영국 점령지역의 행정소송법 사이에 온도 차가 있었으며, 그 대표적인 예로 일반준용규정의 존재 여부에 관한 상이한 입법례를 들 수 있다. 이러한 과정을 거쳐 두 가지 모델의 최종 절충점으로 행정법원법이 탄생한 것이다.

제2장 독일 행정소송법의 민사소송법 준용체계

제1절 두 가지 모델이 절충된 소송법

제1장에서는 독일의 행정소송 제도 및 행정소송법이 행정국가 모델과 사법국가 모델의 절충 속에서 기본적으로는 민사소송을 모방·참조하되 점차 독자성을 띠면서 발전되어 왔음을 확인할 수 있었다. 이러한 역사적 과정의 결과물인 행정법원법[170]은 19세기 후반의 행정소송법령보다 사법국가 모델에 더 기울어져 있기는 하나, 여전히 그 안에는 두 모델 사이의 절충이 구현되어 있다. 예컨대, 행정법원법 제42조 제2항과 제113조 제1항이 원고적격과 본안요건에서 모두 '권리침해'를 요구하는 것은 개인의 권리구제에 초점을 맞추는 것으로 사법국가 모델의 징표이나,[171] 다른 한편으로 규범통제절차(제47조)나 집단소송절차(제56a조, 제65조 제3항, 제67a조, 제93a조)는 객관적 통제 기능을 위한 것으로 행정국가 모델의 징표이다.[172]

또한 제2차 세계대전 이후 독일 행정법원의 조직은 행정과 완전히 분리되었으나, 행정법원법 제68조 이하에 규정된 행정심판은 필수적 전심절차로서 여전히 행정의 자기통제 내지 행정절차의 성격을 띠고 있다.[173] 심리원칙 측면에서도 독일 행정소송은 소송의 대상에 관해서는 처분권주의가 적용되나(제81조, 제82조, 제88조 등), 소송자료의 수집책임에 관해서는 직권탐지주의가 적용된다(제86조).

---

170) 이하 제2장에서부터 제5장에 이르기까지 법령명과 조문번호를 기술할 때 별도의 언급이 없으면 독일의 법령을 가리킨다.

171) 아래 제3장 제1절 1. 나. 참조.

172) 아래 제3장 제2절 1. 나. 참조.

173) 아래 제4장 제1절 2. 가. 참조.

<표> 행정국가 모델과 사법국가 모델 비교

구분	행정국가 모델	사법국가 모델
행정소송의 주된 기능	행정에 대한 법적 통제	개인의 권리구제
행정소송의 본질	행정작용의 속행	사법작용의 일부
행정법원의 조직	행정부에 속함 (행정 내부의 독립조직)	사법부에 속함 (일반법원)
심리원칙	직권주의	당사자주의
행정소송법의 형태	독자적인 행정소송법 일반준용규정 배제	민사소송법에 의존 일반준용규정 마련

그러나 위와 같은 요소들은 행정법원법에 담긴 '소송제도의 내용'에 관하여 절충이 이루어진 모습이고, 이 장에서 초점을 맞추려는 것은 '소송법 자체의 형태와 체계'에 두 모델이 어떻게 절충되어 있는가 하는 점이다. 소송법은 소송제도를 담는 그릇이므로, 민사소송과 구별되는 독자적인 행정소송 제도가 발전하려면 별도의 소송법이 꼭 필요하다. 하지만 행정소송 제도 중 민사소송을 모방한 부분에 관하여는 관련 민사소송법 규정에 의존하도록 하는 형식이나 기술도 필요하다. 따라서 행정소송만의 독자적인 행정소송법을 마련할 것인가 아니면 모든 소송법의 원천인 민사소송법에 광범위하게 의존할 것인가 사이에서 행정법원법이 어떤 절충 방식을 취하고 있는지를 살펴볼 필요가 있다.

이러한 관점에서 볼 때, 독일의 입법자는 크게 두 가지 방향으로 절충점을 잡고 행정법원법을 제정하였다. 하나는 행정법원법에 행정소송 제도에 관한 독자적인 규율내용을 가능한 한 충분히 마련하여 이전 시기보다 법의 자족성을 높이는 것이었고, 다른 하나는 민사소송법을 준용하는 규정을 세분화하는 것이었다.

제2절 독자성과 자족성

1. 행정법원법의 개요

행정법원법은 행정재판권의 법원조직과 소송절차를 독자적으로 완전하게 규정하는 것을 목적으로 한다.[174] 앞서 살펴본 것처럼, 제2차 세계대전 이후 미국 점령지역의 州행정법원법이나 영국 점령지역의 군정명령 제165호는 이미 독일 제국 시기의 행정소송법령에 비해 독자적인 규율내용을 많이 담고 있었다. 행정법원법은 이러한 선행 법률의 규정을 종합하여 자족성을 높였다.

현행 행정법원법은 총 5편 195개 조문으로 이루어진 상당한 정도의 규모를 갖춘 법률이다. 제1편(제1～53조)은 법원의 조직에 관하여, 제2편(제54～123조)은 소송절차에 관하여, 제3편(제124～153조)은 상소 및 재심에 관하여, 제4편(제154～172조)은 소송비용과 집행에 관하여 각 규정하고 있고, 마지막으로 제5편(제173～195조)에는 종결규정 및 경과규정이 마련되어 있다.

2. 소송의 대상・유형과 구조

제1편은 '법원의 조직'(Gerichtsverfassung)이라는 표제 하에 제1장부터 제5장까지 법원, 법관, 명예법관, 공익대변인, 법원행정을 순서대로 규정하고 있다. 제1장 '법원'의 경우, 법관사무분담과 이를 정하는 기구인 법관사무분담위원회에 관하여 법원조직법을 준용하는 것(행정법원법 제4조)을 제외하고는 대체로 행정법원의 조직 및 구성에 관한 사항을 독자적으로 규율하고 있다. 제2장 '법관'에서도 전임법관(정년직법관), 임기제법관, 수습법관, 수임법관,

---

174) Meissner/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO §173 Rn. 1; von Nicolai, in: Redeker/von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 17. Aufl., Stuttgart 2022, VwGO §173 Rn. 1; Kraft, in: Eyermann(Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 16. Aufl., München 2022, VwGO §173 Rn. 1 참조.

겸임법관 등 행정법원에서 임용할 수 있는 법관의 종류와 임용자격을 별도로 규정해 놓았다.[175] 특히 제3장의 '명예법관'과 제4장의 '공익대변인'은 소송법관계에 관하여 행정소송의 독자성이 반영된 것으로서 민사소송에는 존재하지 않는 제도이다.

이어서 제1편의 중핵이라 할 수 있는 제6장 '행정소송의 종류 및 관할'에는 독일의 행정소송 제도를 떠받치는 첫 번째 기둥인 '소송의 대상 · 유형'과 두 번째 기둥인 '소송의 구조'에 관한 규정들이 담겨 있다. 먼저 제40조에서 '헌법적 성격의 쟁송을 제외한 모든 공법상 쟁송'에 대하여 행정소송을 제기할 수 있음을 선언하는 한편(제1항),[176] 행정상 손실보상청구권, 공법상 임치로 인한 재산상 청구권, 행정상 손해배상청구권에 관하여는 일반법원에 관할이 있다고 규정한다(제2항).[177] 이어서 행정소송의 종류로 취소소송과 의무이행소송(제42조), 확인소송(제43조), 규범통제절차(제47조)를 차례로 규정하고, 각각의 조문에서 소의 종류별로 소송요건을 규정하고 있는데, 특히 제42조 제2항에 규정된 원고적격에는 권리침해를 중심으로 하는 주관소송적 구조가 반영되어 있다.[178] 뒤이어 제48조 내지 제53조에서는 행정소송 특유의 사물관할, 심급관할, 토지관할을 규정하고 있다.

---

175) 행정법원법에 규정된 법관의 종류에 관하여는 김봉철, 독일 법관법에 관한 연구 - 직업법관의 신분과 법적 지위를 중심으로, 사법정책연구원, 2020, 17-18면의 내용을 기초로 하였다. 단, 행정법원법은 독일법관법과 달리 정년직법관(Richter auf Lebenszeit)이라는 용어 대신 전임법관(hauptamtlicher Richter)이라는 용어를 사용하고 있고, 직업법관에 속하지 않는 겸임법관 제도(제16조)도 마련해 놓고 있다.

176) 기본법 제19조 제4항과 행정법원법 제40조 제1항의 관계에 관한 상세한 내용은 박정훈, 헌법과 행정법 - 행정소송과 헌법소송의 관계, 서울대학교 법학 제39권 제4호, 1999, 90-92면 참조.

177) 독일에서 행정상 손해배상청구와 행정상 손실보상청구가 일반법원의 관할로 되어 있는 역사적 맥락에 관하여는 아래 제4장 제1절 2. 가. 참조.

178) 이에 관하여는 아래 제4장 제2절 1. 가. 부분에서 자세히 다루기로 한다.

3. 소송절차

다음으로 제2편은 '소송절차'(Verfahren)라는 표제 하에 제7장부터 제11장까지 다섯 개의 장으로 이루어져 있다. 제7장은 '일반적 절차규정'으로서 법관 및 법원직원의 제척·기피, 송달, 기간, 불복절차의 고지, 소송행위의 추후보완, 관계인능력, 소송능력, 공동소송, 소송참가, 소송대리 등에 관한 규정이 담겨 있다. 이 장에는 행정소송 제도를 떠받치는 세 번째 기둥인 '소송법관계'와 관련하여 독자성이 나타나는 조항이 들어 있는데, 제3자의 소송참가(제65조, 제66조)와 집단소송절차(제56a조, 제65조 제3항, 제67a조)에 관한 규정이 그것이다.

반면에 제8장은 '취소소송·의무이행소송에 관한 특별규정'으로서, 전심절차(행정심판), 제소기간, 소송의 피고와 대상, 정지효 및 집행정지 제도와 같이 행정행위라는 작용형식의 특수성이 반영된 조항들이 자리해 있다.

제9장은 '제1심의 소송절차'에 관한 장으로, 소의 제기에서부터 변론에 이르기까지 전반적인 절차 관련 사항이 규정되어 있다. 이 중에서 행정소송 제도를 떠받치는 네 번째 기둥인 '심리원칙'과 관련하여 절차적 독자성이 담긴 조항으로는 직권탐지주의와 협력의무(제86조), 행정청의 자료제출의무 및 정보제공의무(제99조), 소송관계인의 기록열람권(제100조) 등을 들 수 있다.

제10장은 판결 및 기타 재판에 관한 장인데, 민사소송법만큼은 아니라 하더라도 판결의 종류, 형식과 내용, 선고 및 송달, 판결의 경정 및 보충, 기판력 등 이전 시기에는 주로 준용규정을 통해 규율되던 사항들에 관하여 상세한 규정이 마련되어 있다. 특히 제113조에는 행정소송의 본안요건이, 제114조에는 재량결정에 대한 사법심사기준이 규정되어 있다. 제11장은 단일조문(제123조)으로 이루어진 장으로, 민사가처분을 모델로 하는 가구제수단인 가명령이 규정되어 있다.

제3편은 '상소 및 재심'(Rechtsmittel und Wiederaufnahme des Verfahrens)이라는 표제 하에 제12장부터 제15장까지 네 개의 장으로 이루어져 있다. 상

소제도(제12장～제14장)에 관하여는 독자적인 규정이 마련되어 있지만, 재심제도(제15장)에 관하여는 민사소송법을 광범위하게 준용하도록 규정되어 있다. 제4편 역시 소송비용과 집행에 관한 규정이 비교적 세세하게 마련되어 있을 뿐 아니라, 공공주체에 대한 집행, 행정청에 대한 이행강제금과 같은 행정소송 특유의 집행 관련 사항도 규정되어 있다.

제3절 세분화된 준용체계

1. 행정법원법에서 준용규정이 갖는 기능

이처럼 행정법원법은 행정소송에 관한 독자적이고 완전한 규율을 목표로 하고 있고 실제로 과거의 선행 법률보다 자족성이 강화되었지만, 그렇다고 모든 사항을 스스로 규정하지는 않는다. 이전 시기의 행정소송법령이 그러했듯이 행정법원법도 여러 곳에 준용규정을 두고 있다. 준용규정의 존재 이유로 가장 흔히 언급되는 것은 '입법경제'(Gesetzesökonomie)이다. 입법자는 준용이라는 입법기술을 통해 법 규정의 반복을 피할 수 있고, 그럼으로써 법률문언이 간략해지며 관보의 부피가 줄어들게 된다는 것이다.[179]

그러나 행정법원법이 민사소송법과 법원조직법을 준용하는 이유가 입법경제만으로 다 설명되지는 않는다. 입법상의 경제성은 입법자가 어떤 사항은 독자적인 규정을 두어 규율하고 어떤 사항은 준용규정을 통해 규율하는지에 관한 판단기준을 제공하지 않기 때문이다. 오히려 행정법원법의 준용규정은, 독일 행정소송이 행정국가 모델과 사법국가 모델 사이에서 절충점을 잡아

---

179) Wolf-Rüdiger Schenke, Die Verfassungsrechtliche Problematik dynamischer Verweisungen, NJW 1980, S. 743; Annette Guckelberger, Die Gesetzgebungstechnik der Verweisung unter besonderer Berücksichtigung ihrer verfassungs- und gemeinschaftsrechtlichen Probleme, ZG 2004, S. 66; Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung BT-Drucksache 3/55, S. 26 참조.

나가는 하나의 도구이자 장치로 이해할 필요가 있다.

'준용'(Verweisung)이란 어떤 사항에 관한 법 규정을 그것과 본질은 다르지만 유사성이 있는 다른 규율사항에 관하여 필요에 따라 약간의 수정을 가하여 적용하는 것을 말한다.[180] 고유한 의미의 준용은, 준용대상 규정(Verweisungsobjekt)의 내용이 준용규범(Verweisungsnorm)으로 창설적으로 편입되는 것을 의미한다. 이같이 편입된 준용대상 규정의 내용은 준용규범의 구성부분이 되어 동일한 효력과 위계를 누리게 된다.[181] 따라서 준용은 준용대상 규정과 준용규범 사이의 공통점이나 결속 관계를 잘 드러내고 양자 간에 목적론적 관련성이 있음을 보여주는데, 이를 준용의 '체계화 기능'(Systematisierungsfunktion)이라고 한다.[182]

그러면 위와 같은 준용의 체계화 기능이 행정법원법에서 갖는 의미는 무엇일까? 그것은 바로 입법자가 행정소송을 디자인할 때 사법국가 모델의 영향 아래서 민사소송법과 법원조직법을 행정재판권의 법원조직 및 소송절차에 준용함으로써 '재판절차의 통일성'을 기하였다는 데 있다. 사법국가 모델에 따르면 행정소송은 사법작용의 일부로서 일반법원이 담당하는 것이 전제되어 있다. 또한 사법국가 모델은 재판의 형식을 띤 모든 사법작용은 원칙적으로 유사하다는 입장을 취하므로, 이에 따르면 모든 재판분야(Gerichtszweig)[183]를 아우르는 일반적인 소송이론이 발전될 수 있고 큰 틀에서 소송법의 단일

---

180) 조정찬, 준용에 관한 몇 가지 문제, 법제 제514호, 2000, 27면; 김중권, 다른 법규범의 적용·준용(지시)의 공법적 문제점에 관한 소고, 법제연구 제20호, 2001, 140면 참조.

181) Annette Guckelberger, Die Gesetzgebungstechnik der Verweisung unter besonderer Berücksichtigung ihrer verfassungs- und gemeinschaftsrechtlichen Probleme, ZG 2004, S. 62-63; 김중권, 다른 법규범의 적용·준용(지시)의 공법적 문제점에 관한 소고, 법제연구 제20호, 2001, 141-143면; 이현수, 위임과 준용, 토지공법연구 제43집 제3호, 2009, 760면 참조.

182) Wolf-Rüdiger Schenke, Die Verfassungsrechtliche Problematik dynamischer Verweisungen, NJW 1980, S. 743 참조.

183) 일반법원(민사·형사·가사), 행정법원, 재정법원, 노동법원, 사회법원의 다섯 개로 나누어진 각각의 재판관할권을 '재판분야'(Gerichtszweig)라고 한다. 이에 관한 자세한 내용은 아래 제4장 제1절 1. 가. 참조.

화도 가능하다.[184] 결국 행정법원법은 준용규정을 통해 민사소송법 규정을 행정법원법으로 편입시킴으로써 행정소송 절차와 민사소송 절차가 통일성을 띠게 하는 역할을 한다.

그러나 행정법원법이 민사소송법을 무제한으로 준용할 수는 없다. 비록 사법국가 모델만큼은 아니라 하더라도, 행정국가 모델은 오늘날의 행정법원법에 분명한 영향을 미쳤다. 행정소송은 민사소송과 다른 임무를 수행하고, 민사소송과 구별되는 독자적 성질을 지니고 있으며, 그러한 특성이 행정법원법에 담겨 있다. 준용이라는 입법기술은 법 규정을 본래의 규율대상과 유사한 다른 대상에 적용하는 것이므로, 행정소송의 독자성이 뚜렷하게 드러나는 영역은 이러한 유사성이 결여되어 민사소송법을 준용할 수 없을 것이다.[185] 또한 민사소송법을 준용하는 경우라 하더라도, 준용이 행해지는 영역의 성격에 따라 준용대상 규정을 아무런 유보나 수정 없이 그대로 적용할 수도 있고, 행정소송 절차의 특성에 맞게 일정한 수정을 거쳐 적용할 수도 있다.[186] 행정법원법은 이러한 준용의 범위와 한계를 세밀하게 규율하기 위하여 아래와 같이 여러 유형의 준용규정을 두고 있다.

2. 행정법원법상 준용규정의 유형과 체계

가. 준용규정의 3유형 체계

대다수의 행정법원법 주석서는 행정법원법의 준용규정을 크게 특별준용규정(Spezialverweis)과 일반준용규정(Generalverweis)의 두 가지 유형으로 나눈다.[187] 특별준용규정이란 준용규정 안에 준용의 대상이 되는 개개의 규정을

---

184) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 1-2 참조.

185) Meissner/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO §173 Rn. 25 참조.

186) Meissner/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO §173 Rn. 26 참조.

187) Meissner/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO §173 Rn. 26, 30-53

구체적으로 인용하여 준용하는 규정을 말하고, 일반준용규정이란 구체적인 조항을 인용함이 없이 어느 법률 전체를 준용하는 규정을 말한다. 이런 점에서 특별준용규정은 다른 말로 구체적 준용규정(konkreter Verweis)이라 불리고, 일반준용규정은 일괄준용규정(Pauschalverweis)이라 불리기도 한다.[188]

그런데 야콥 놀테는 자신의 논문에서 특별준용규정을 다시 두 개의 유형으로 나누어, 행정법원법의 준용규정을 전통적인 2유형이 아니라 3유형 체계로 정리하였다.[189] 즉, 행정법원법의 여러 특별준용규정 중에서 ① 증거조사에 관하여 민사소송법의 관계 규정을 묶어서 준용하는 제98조와 ② 집행에 관하여 민사소송법 제8편(강제집행)을 통째로 준용하는 제167조 제1항을 별도의 유형으로 분리해 내어 '상충하는 규정이 유보된 특별준용규정'이라 하고, 나머지 특별준용규정은 '유보조건 없는 특별준용규정'으로 유형화한 것이다. 이에 따르면 행정법원법의 준용규정은 두 종류의 특별준용규정과 일반준용규정까지 총 세 가지 유형으로 나뉜다. 이러한 유형화는, 민사소송법을 준용함에 있어 준용대상 규정의 범위와 준용요건의 유무 및 강도 사이에 단계적 상관관계가 있음을 보여주는 방법론으로서 의미가 있다.

나. 제1유형: 유보조건 없는 특별준용규정

1) 의의

'유보조건 없는 특별준용규정'(Spezialverweis ohne Voraussetzungen)이란, 준용규정에 민사소송법이나 법원조직법의 특정 규정을 인용하고, 그 규정이

(다만 Rn. 26을 보면, 아래에서 설명할 제2유형의 준용규정에 속하는 행정법원법 제98조와 제167조가 여타의 특별준용규정과 성질상 차이가 있다는 뉘앙스의 언급이 있기는 하다); von Nicolai, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §173 Rn. 1-2; Braun Binder, in: Sodan/Ziekow, VwGO §173 Rn. 8, 13 참조.

188) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 203 참조.

189) Jakob Nolte, a.a.O., S. 203-207 참조.

별다른 유보조건 없이 행정소송의 해당 규율사항에 적용될 수 있음을 선언하는 규정을 말한다. 예컨대, 행정법원법 제57조 제2항은 “기간에 관하여는 민사소송법 제222조, 제224조 제2항, 제3항, 제225조 및 제226조의 규정을 적용한다.”라고 규정하고 있다. 위 조항에 따르면 기간의 계산, 기간의 단축·연장 등에 관한 민사소송법 규정들은 별도의 요건을 충족할 필요 없이 곧바로 행정소송의 기간 관련 사항에 적용되는 것이다.

유보조건 없는 특별준용규정은 해당 준용대상 규정을 행정소송에 적용할 것인지에 관하여 입법자가 이미 판단을 마친 경우이다. 따라서 법을 해석·적용하는 기관은 준용 여부를 다시 판단할 권한도 없고 그럴 필요도 없다.[190] 입법자가 그러한 판단을 내린 이유는 여러 가지가 있을 수 있다. 법관 및 법원직원의 제척·기피에 관한 규정(민사소송법 제41조~제49조)과 같이 규율대상이 민사소송과 행정소송에서 동일한 성질을 가지기 때문에 준용하는 경우도 있다.[191] 또한 특정 서류에 송달 사항이 기록되어 있으면 송달이 증명된 것으로 간주하는 민사소송법 규정(민사소송법 제174조, 제175조, 제182조)과 같이 원래는 행정소송에 잘 들어맞지 않지만 입법자가 원활한 절차 진행을 위해 해당 규율사항에 관하여 행정소송을 민사소송과 동질화시키려고 준용규정을 둔 경우도 있다.[192]

행정법원법에는 제1유형의 준용규정이 가장 많다. 법관 및 법원직원의 제척·기피(제54조 제1항), 재판공개, 법정경찰, 법정언어, 합의, 표결(제55조, 제149조 제2항), 송달(제56조 제2항), 기간(제57조 제2항), 소송능력(제62조 제4항), 공동소송(제64조), 조서(제105조), 가구제(제123조 제3항), 재심(제153조 제1항), 소송구조(제166조) 등에 관하여 민사소송법과 법원조직법을 준용하는 규정이 이에 해당한다. 그런데 위 규정들을 살펴보면, 행정소송 제도를 떠받치는 네 개의 기둥인 소송의 대상과 유형, 소송의 구조, 소송법관계, 심

190) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 209-210 참조.

191) Meissner/Schenk, in: Schoch/Schneider, VwGO §54 Rn. 1 참조.

192) Jakob Nolte, a.a.O., S. 208 참조.

리원칙과 관련된 규정은 많지 않음을 알 수 있다.[193] 즉, 행정소송의 뼈대를 이루는 영역이 아니고 본류의 절차 진행에도 영향을 미치지 않는 사항을 규율하기 위한 준용규정이 대부분이다.

2) '알맞게 적용한다'는 것의 의미

제1유형에 해당하는 특별준용규정들의 문언을 보면, 대부분 준용대상 규정이 알맞게 적용된다(gelten entsprechend)고 규정하여 '알맞게'(entsprechend)라는 부가 문구를 사용하고 있다.[194] 이것은 준용대상 규정을 행정법원법에 편입시키는 과정에서 필요할 경우 준용대상 규정에 일정한 수정(Modifikation)을 가할 수 있다는 의미이다.[195]

예를 들어, 행정법원법 제4조에 의해 준용되는 법원조직법 제21b조[196] 제6항은 법관사무분담위원회 위원선거에 대한 이의신청절차에 관하여 규정하고

---

193) 다만, 소송능력과 공동소송에 관한 준용규정은 소송법관계와 관련이 있고, 가구제에 관한 준용규정은 본안소송의 대상 · 유형과 관련이 있다.

194) 국내문헌에서는 'entsprechend'를 '알맞게'라고 번역하기도 하고[김중권, 다른 법규범의 적용 · 준용(지시)의 공법적 문제점에 관한 소고, 법제연구 제20호, 2001, 146면], '적절하게'라고 번역하기도 하며[이현수, 위임과 준용, 토지공법연구 제43집 제3호, 2009, 761면], '상응되게'라고 번역하기도 한다(장준혁, 준거법에 관한 국제사법의 2001년 개정과 후속 판례의 회고, 국제사법연구 제20권 제1호, 2014, 99면).

195) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 210-211 참조.

196) 독일 법령상 가지번호 방식으로 신설된 조문[예를 들어 여기서 언급되는 Gerichtsverfassungsgesetz(GVG) §21b]을 국문으로 번역할 때 우리나라 실정법상의 가지번호 방식을 그대로 적용한다면 '제21조의b'로 번역해야 할 것이다(법제처, 법령 입안 · 심사 기준, 2021, 746-747면 참조. 실제로 양창수, 독일민법전: 총칙 · 채권 · 물권, 박영사, 2015는 독일 민법전의 조문 표제를 위와 같은 방식으로 번역한다). 그러나 이것은 독일 법령을 우리의 가지번호 방식에 끼워 맞추는 것이어서 조심스러운 측면이 있을 뿐 아니라, 위와 같이 번역할 경우 '21'과 'b' 사이에 '조의'라는 문구가 들어가게 되어 가독성이 떨어질 우려가 있다. 따라서 이하에서 독일 법령상 가지번호 방식으로 된 조문은 '제21b조'와 같은 방식으로 번역한다.

있다.[197] 제21b조 제6항 2문에 의하면, 위 이의신청의 관할법원은 일반법원인 고등법원(Oberlandesgericht)과 연방일반법원(Bundesgerichtshof)이다. 그런데 위 조항에서 행정재판권에 편입시켜야 하는 주된 규율내용은 법관사무분담위원회 위원선거에 대한 이의신청이라는 불복수단이고, 고등법원과 연방일반법원에 관할이 있다는 부분은 부수적인 내용일 뿐만 아니라 [지방행정법원－고등행정법원－연방행정법원]으로 이어지는 행정재판권의 법원조직 및 심급제도에 들어맞지도 않는다. 결국 '알맞게 적용한다'는 것은 준용대상 규정인 민사소송법이나 법원조직법 규정의 주된 규율내용은 그대로 가져가 적용하되, 행정소송에 맞지 않는 부수적인 규율내용은 제거하거나 적절히 수정하는 것을 말한다. 즉, 위 사례에서는 '고등법원'을 '고등행정법원'으로, '연방일반법원'을 '연방행정법원'으로 수정하여 적용해야 한다.[198]

그렇다면 이처럼 행정소송에 맞지 않는 부수적인 규율내용은 어떤 경우에 발생하는 것일까? 야콥 놀테는 자신의 논문에서 두 가지 경우를 제시하는데, 하나는 '의미의 왜곡'(Sinnentstellung)이 생기는 경우이고 다른 하나는 '해소할 수 없는 모순'(unauflösbarer Widerspruch)이 생기는 경우이다.[199]

'의미의 왜곡'은 법률용어가 양 소송절차에서 다른 의미로 사용되거나, 기관 등의 명칭이 서로 다른 경우에 생겨난다. 앞에서 살펴본 제21b조 제6항 2문의 사례는 민사재판권을 담당하는 법원과 행정재판권을 담당하는 법원의 명칭이 서로 달라서 의미의 왜곡이 생겨나는 경우라고 할 수 있다. 또 다른

---

197) **법원조직법 제21b조(법관사무분담위원회 선거)**

(6) [1]위원선거가 법률에 위반된 경우, 제1항 1문에 규정된 법관은 선거에 대하여 이의를 신청할 수 있다. [2]선거이의신청에 대하여는 관할 고등법원의 합의부가 재판하되, 연방일반법원의 선거이의신청에 대하여는 연방일반법원의 합의부가 재판한다. [3]이의신청이 이유 있어 인용된 경우, 법관사무분담위원회가 이로 인해 적법하게 구성되지 않았음을 이유로 하여 법원의 재판에 대해 상소하지 못한다. [4]그 밖의 절차에 관하여는 '가사사건 및 비송사건 절차법'의 규정을 준용한다.

198) Clausing, in: Schoch/Schneider, VwGO §4 Rn. 27 참조.

199) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 212 참조.

사례로는 행정법원법 제105조에 의해 준용되는 민사소송법[200] 제162조 제1항[201]을 들 수 있다. 위 조항은 일정한 경우에 변론조서를 관계인(Beteiligte)에게 읽어주거나 보여주도록 규정하고 있는데, 여기서 관계인은 당사자 · 법정대리인 · 소송대리인 · 보조참가인은 물론이고 그 진술 부분에 관한 한 증인 · 감정인 등도 포함하는 넓은 개념이다.[202] 그런데 행정법원법 제63조[203]도 행정소송의 주체를 지칭하기 위해 관계인(Beteiligte)이라는 용어를 사용하고 있는바,[204] 여기서 관계인은 원고, 피고, 참가인, 공익대변인으로 한정된다.

---

200) 이하에서 구체적으로 제시하는 독일 민사소송법 조문의 국문 번역은 문영화 역, 민사소송법 번역집(독일), 법무부, 2019를 기본으로 참조하되, 법원도서관, 독일 민사소송법 번역자료(library.scourt.go.kr/SCLIB_data/out_law/독일민사소송법번역문.pdf)도 비교하여 참조하고, 원문과 뜻이 맞지 않는 경우에는 독일 민사소송법 주석서(대표적으로 Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle, Zivilprozessordnung mit GVG und anderen Nebengesetzen, 79. Aufl., München 2021)를 참고하여 수정 · 보완하였다.

201) **민사소송법 제162조(조서의 승인)**

(1) [1]조서에 제160조 제3항 제1호, 제3호, 제4호, 제5호, 제8호, 제9호에 따라 분명히 해야 할 사항 또는 조서로 진술한 신청이 기재된 경우에는, 이를 관계인에게 읽어주거나 열람을 위해 제시하여야 한다. [2]조서 내용이 임시로 기록되었을 뿐인 경우에는 그 기록을 읽어주거나 재생하여 주는 것으로 족하다. [3]조서에는 위와 같은 절차가 행해졌고 승인이 있었다거나 어떠한 이의가 제기되었는지를 적어야 한다.

202) Bünnigmann, in: Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle, ZPO §162 Rn. 3-5 참조.

203) **행정법원법 제63조(관계인)**

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람이 소송의 관계인이다.

1. 원고
2. 피고
3. 참가인(제65조)
4. 연방행정법원의 연방이익대변인 또는 공익대변인(이들이 소송관여권을 행사하는 경우에 한한다)

204) 뒤에서 자세히 다루겠지만, 행정법원법이 고유의 절차권을 가지고 소송에 관여하는 주체를 민사소송법에서처럼 당사자(Partei)라 하지 않고 관계인(Beteiligte)이라고 지칭하는 것은 행정소송이 전형적인 양 당사자 대심구조가 아니라는 관념에 따른 것이다. Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, München 2016, §12 Rn. 1 참조.

이처럼 민사소송법상 관계인의 범위가 행정법원법상 관계인의 범위보다 넓으므로, 민사소송법 제162조 제1항을 행정소송에 준용할 때는 거기에 규정된 '관계인'을 원래 민사소송법이 예정한 바대로 넓게 이해할 것인지 아니면 행정법원법의 그것과 같은 개념으로 새길지를 따져보아야 한다. 이 경우에는 위 '관계인' 개념을 민사소송법이 예정한 바대로 새겨야 한다는 것이 다수설인데,[205] 민사소송법 제162조 제1항을 행정소송에 준용하면서 위 조항의 관계인 개념을 행정법원법의 그것과 같은 의미로 이해하면 관계인의 범위가 부당하게 축소되어 의미의 왜곡이 발생한다는 점을 그 근거로 든다.[206]

다음으로 '해소할 수 없는 모순'이란, 준용대상 규정의 규율내용 중 일부가 기존의 행정법원법 규정과 서로 충돌하고, 두 규정을 모두 유지하면서 충돌을 해결할 합리적인 방안이 존재하지 않는 경우를 말한다. 그 대표적인 사례로 준용대상 규정인 민사소송법이나 법원조직법 규정에 항고(Beschwerde)와 관련된 내용이 담겨 있는 경우를 들 수 있다. 예컨대, 행정법원법 제55조에 의해 준용되는 법원조직법 제178조[207]는 법정모욕 행위를 한 당사자 등에 대하여 재판장 또는 법원이 과태료, 감치 등의 질서유지처분을 할 수 있다고 규정하고 있고, 같은 법 제181조 제1항[208]은 위 질서유지처분에 대하여 고지일로부터 1주 이내에 항고할 수 있다고 규정하고 있다.[209] 그런데 행정법원

---

205) Riese, in: Schoch/Schneider, VwGO §105 Rn. 21; Dolderer, in: Sodan/Ziekow, VwGO §105 Rn. 26 참조.

206) 이 문단의 내용에 관하여는 Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 212 참조.

207) **법원조직법 제178조(법정모욕을 이유로 한 질서유지처분)**
(1) [1]당사자, 피의자, 증인, 감정인 또는 변론에 참여하지 않는 사람의 법정모욕 책임에 대하여, 형사소추와는 별개로 1,000유로 이하의 과태료 또는 1주일 이하의 감치를 정할 수 있고, 이것들을 즉시 집행할 수 있다. [2]과태료를 정함에 있어 그 징수가 불가능한 경우에 이를 대체하는 감치의 범위를 정할 수 있다.

208) **법원조직법 제181조(질서유지처분에 대한 항고)**
(1) 제178조, 제180조의 경우에 질서유지처분이 정해지면 결정을 고지받은 때로부터 1주 이내에 그 결정에 대하여 항고할 수 있되, 연방일반법원 또는 고등법원이 한 결정에 대하여는 그러하지 아니하다.

209) 독일 법원조직법상 법정모욕에 대한 제재 처분에 관한 자세한 내용은 하민경 ·

법은 제146조 이하에서 판결(Urteil) 또는 간이결정(Gerichtsbescheid) 이외의 재판에 대한 일원화된 불복수단으로 항고를 규정하고 있고, 같은 법 제147조 제1항[210]에 따르면 항고기간은 해당 재판의 고지일로부터 2주이다. 따라서 법원조직법 제181조 제1항을 행정소송에 준용하는 경우 거기에 규정된 1주일의 항고기간과 행정법원법 제147조에 규정된 2주일의 항고기간은 서로 충돌하고, 양 규정을 유지하면서 위 충돌을 해결할 방법은 없다. 이런 사안에서 위 민사소송법 규정을 행정소송에 알맞게 적용하려면, 행정소송에 들어맞지 않는 부수적 규율내용인 항고기간 부분을 수정해야 한다. 즉, 행정법원의 질서유지처분에 대하여도 항고할 수 있으나, 행정법원법 제147조 제1항이 법원조직법 제181조 제1항에 우선하므로 항고기간은 2주일로 수정해야 한다는 것이 다수 견해[211]이다.[212]

결국 준용대상 규정의 준용 여부에 유보조건이 붙어 있지 않다고 하더라도, 실제 준용 과정에서 그 규정을 행정소송에 '알맞게' 적용하기 위해서는 해당 영역에 민사소송과 구별되는 행정소송의 독자적인 규율사항이 있는지 따져볼 필요가 있다.

양시훈 · 계인국 · 안문희, 각국 법원모욕의 제재 방식에 관한 연구, 사법정책연구원, 2015, 79-87면 참조.

210) **행정법원법 제147조(형식; 기간)**

(1) [1]항고는 불복신청된 재판을 한 법원에 그 재판이 고지된 때로부터 2주 이내에 서면으로 또는 재판사무과의 서기직공무원으로 하여금 조서에 기재하게 하는 방법으로 제기하여야 한다. [2]제67조 제4항은 영향을 받지 아니한다.

211) von Albedyll, in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 6. Aufl., Heidelberg 2014, VwGO §55 Rn. 25; Redeker, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §55 Rn. 14, §147 Rn. 4; VGH-München, Beschluss vom 07.02.2003 - 19 C 02.31770, NVwZ 2003, S. 884 참조.

212) 이 문단의 내용에 관하여는 Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 212-213 참조.

다. 제2유형: 상충하는 규정이 유보된 특별준용규정

1) 의의

‘상충하는 규정이 유보된 특별준용규정’(Spezialverweis mit Abweichungsvorbehalt)이란, 민사소송법의 특정 규정을 인용하고 그 규정을 준용할 수 있다고 선언하기는 하지만, “이 법에 상충하는 규정이 없는 한”(soweit dieses Gesetz nicht abweichende Vorschriften enthält)(제98조) 또는 “이 법에서 달리 정하지 아니하는 한”(soweit sich aus diesem Gesetz nichts anderes ergibt)(제167조 제1항)이라는 전제가 붙은 준용규정을 말한다. 즉, 행정법원법 제98조 및 제167조 제1항에 인용된 민사소송법 규정은 원칙적으로 행정소송의 해당 규율영역에 준용되지만, 만약 행정법원법에 개개의 민사소송법 규정과 상충하는 규정이 있는 경우에는 적용이 배제된다.[213] 준용대상 규정과 상충하는 행정법원법 규정이 존재하지 아니하여 준용이 이루어지면, 그 과정에서 필요에 따라 수정이 이루어지는 것은 제1유형의 특별준용규정과 같다.

위 두 준용규정은 어느 정도 규모가 있는 일군의 규정을 인용한다는 특징이 있다. 행정법원법 제98조는 증거조사에 관한 준용대상 규정으로 민사소송법 제358조 내지 제444조와 제450조 내지 제494조를 인용한다. 행정법원법 제167조 제1항은 집행에 관한 준용대상 규정으로 강제집행에 관한 민사소송법 제8편 전체를 인용한다. 이처럼 준용대상 규정의 범위가 넓기 때문에, 거기에 속한 개개의 규정이 행정소송에 들어맞지 않을 가능성에 대비하기 위해 위와 같은 소극적 준용요건을 둔 것이다.

위 두 준용규정이 가진 또 다른 특징은, 행정법원법이 일정 부분 독자적인 규율을 추구하는 영역을 그 규율대상으로 삼는다는 점이다. 특히 증거조사는 행정소송 제도를 떠받치는 네 개의 기둥 중 ‘심리원칙’과 관련이 있다. 즉, 행정소송에서는 법원이 소송자료의 수집책임을 지는 직권탐지주의가 적용되

---

213) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 216 참조.

므로, 민사소송법상 증거조사에 관한 규정을 준용할 때는 적절한 증거조사 방법을 선택할 책임이 원칙적으로 법원에 있음을 고려해야 한다. 그리고 집행과 관련하여서도 공공주체에 대한 집행, 행정청에 대한 이행강제금과 같은 행정소송 특유의 규정이 행정법원법에 마련되어 있으므로, 이러한 규정이 민사소송법상의 강제집행 규정보다 우선하여 적용되어야 한다. 그렇기 때문에 행정법원법은 증거조사 및 집행에 관한 민사소송법 규정을 대체로 준용하면서도 '상충하는 규정이 없을 것'이라는 준용요건을 둔 것이다. 즉, 이 준용요건은 행정법원법의 독자적인 규율내용을 지키는 역할을 한다.[214]

2) '상충하는 규정'의 의미

그렇다면 여기서 말하는 '상충하는 규정'(abweichende Vorschrift)이란 무엇을 말하는가? 우선, 행정법원법이 해당 규율사항에 관하여 명시적으로 독자적인 규정을 둔 경우에는 일응 상충하는 규정이 있는 것으로 볼 여지가 크다. 예컨대, 행정법원법 제97조 2문과 3문은 증인과 감정인에 대한 소송관계인의 직접적인 질문권을 규정하고 있다.[215] 이에 반하여 민사소송법 제397조 제1항은 당사자는 법원을 통해서 증인에게 질문할 권리가 있을 뿐이라고 규정하고 있고, 같은 조 제2항에 따르면 당사자는 변호사가 대리할 때만 직접 질문할 권리를 가지며, 그렇지 않은 때에는 직접 질문의 허용 여부가 법원의 재량에 달려 있다.[216] 그러므로 행정법원법 제97조는 질문권에 관한 독자적이

---

214) 이 문단의 내용에 관하여는 Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 214 참조.

215) **행정법원법 제97조(증거조사기일)**
[1]관계인은 모든 증거조사기일에 대하여 통지받으며 증거조사에 참석할 수 있다. [2]관계인은 증인 및 감정인에게 실질적으로 유용한 질문을 할 수 있다. [3]질문에 대하여 이의가 있는 경우에는 법원이 재판한다.

216) **민사소송법 제397조(당사자의 질문권)**
(1) 당사자들은 (법원으로 하여금) 증인에게, 사건 또는 증인과의 관계를 규명하기 위해 유용하다고 인정되는 질문을 하게 할 권리를 가진다.
(2) 재판장은 당사자가 증인에 대하여 직접 질문하는 것을 허가할 수 있고, 그

고 완결적인 규정으로 볼 수 있고, 민사소송법 제397조 제1, 2항은 위 제97조를 보충하는 의미가 없을 뿐 아니라 오히려 위 조항과 모순된다. 따라서 행정법원법 제98조에 민사소송법 제397조가 준용대상 규정으로 인용되어 있긴 하지만 위 조항은 행정소송에 적용할 수 없다는 것이 독일의 다수 견해이다.[217]

그러나 행정법원법에 독자적인 규정이 있다 하더라도, 그 내용이 민사소송법의 규정보다 상세하지 못하거나 양 규정에 담긴 세부 내용이 일부는 같고 일부는 다른 경우에는 그 행정법원법 규정을 반드시 상충하는 규정이라 할 수 없으며, 이런 경우에는 양 소송법에 있는 규정이 병행 적용될 수 있다.[218]

라. 제3유형: 일반준용규정

1) 의의

마지막으로 제3유형은 행정법원법 제173조에 규정된 이른바 '일반준용규정'(Generalverweis)이다. 제173조 1문은 "이 법에 소송절차에 관한 규정이 없는 경우, 양 소송절차의 근본적인 차이로 인하여 그 적용이 배제되지 않는

의 소송대리인에게는 신청이 있는 경우 이를 허가하여야 한다.
(3) 질문을 허용할 것인지 의문이 있는 때에는 법원이 판단한다.

217) Rudisile, in: Schoch/Schneider, VwGO §98 Rn. 95; Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO §97 Rn. 8, §98 Rn. 17 참조.

218) 예컨대, 행정법원법 제96조 제2항은 "적당한 경우에" 수명법관 또는 수탁판사가 증거를 수집할 수 있다고 규정하여, 수명법관 또는 수탁판사에 의한 증거조사가 허용되기 위한 요건을 세부적으로 규정하고 있지 않다. 반면에 민사소송법 제375조 제1항과 제1a항은 수명법관 또는 수탁판사에 의한 증인신문이 허용되기 위한 요건을 상세하게 규정하고 있으므로, 양 규정을 병행 적용할 수 있는지가 문제 된다. 통설은 병행 적용이 불가하다는 입장이나(Rudisile, in: Schoch/Schneider, VwGO §96 Rn. 32 참조), 병행 적용이 가능하다고 보거나, 행정법원법 제96조 제2항의 '적당한 경우'에 해당하는지를 판단할 때 민사소송법 제375조의 규정을 판단기준으로 원용할 수 있다고 보는 견해가 있다(Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO §96 Rn. 13; Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 217 참조).

한, 법원조직법과 민사소송법(제278조 제5항 및 제278a조 포함)을 준용해야 한다."라고 규정하고 있다. 위 조항은 이처럼 특정 규정을 인용하는 것이 아니라 법원조직법과 민사소송법 전체를 인용한다. 하지만 위 규정은 두 가지 준용요건을 두고 있는데, 첫째로 행정법원법에 해당 사항에 관한 규정이 없어야 하고, 둘째로 행정소송 절차와 민사소송 절차의 근본적인 차이로 인해 그 적용이 배제되지 않아야 한다.

행정법원법 제173조에 규정된 요건은 '법률유추'(Gesetzesanalogie)의 요건과 거의 같다. 법률유추는 유추(Analogie)의 한 종류로서, 어떤 개별 규범이 어떤 사항에 관하여 행한 규율을, 그 사항과 유사하면서 아직 법적으로 규율되지 아니한 사항에 전용하는 것을 말한다.[219] 일반적으로 법률유추의 요건은 두 가지로 설명되는데, ① 법률상 규율이 이루어지지 않은 영역이 있음을 의미하는 규율의 공백(Regelungslücke),[220] 그리고 ② 위와 같이 규율의 공백

---

219) Meissner/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO §173 Rn. 54; 이에 비하여 유추의 또 다른 종류인 법유추(Rechtsanalogie)는 다수의 개별 규범으로부터 귀납추론을 통해 도출된 일반원칙을 아직 법적으로 규율되지 아니한 사항에 적용하는 것을 말한다. 법률유추를 '개별유추'로, 법유추를 '전체유추'로 칭하기도 한다. Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin · Heidelberg 1995, S. 202-210 참조.

220) 대다수의 국내문헌에서 법률유추의 전제가 되는 'Gesetzeslücke'는 '법률의 흠결'로 번역되고, 그 하위개념인 'Regelungslücke'는 '규율흠결' 또는 '규정흠결'로 번역된다. 대표적으로 양창수, 법해석의 다양한 양상 또는 실정법학자의 법학방법론 - 크라머의『법학방법론』을 읽고, 서울대학교 법학 제41권 제3호, 2000, 190면 이하; 라렌츠/카나리스(허일태 역), 법학방법론, 세종출판사, 2000, 250면 이하; 김영환, 법학방법론의 관점에서 본 유추와 목적론적 축소, 법철학연구 제12권 제2호, 2009, 11-13면; '법률의 흠결' 대신에 '법률의 흠'이라는 용어를, '규율흠결' 대신에 '일련규율의 흠'이라는 용어를 제안하는 견해로는 최봉경, 법률의 흠, 연세법학연구 제10집 제1권, 2003, 27-36면. 그러나 김영환, 앞의 논문, 11-13면과 최봉경, 앞의 논문, 36면이 적절히 설명하고 있다시피 'Regelungslücke'는 개별 법조문이 불완전한 경우가 아니라 일정한 문제영역이 전체적으로 규율대상에서 누락되어 그 부분이 '법적으로 공허한 영역'이 된 경우를 의미하는 용어이므로, 본 논문에서는 이러한 뉘앙스를 보다 명확하게 드러내기 위해 이를 '규율의 공백'이라고 번역한다(참고로, 대법원 2019. 6. 20. 선고 2013다318156 전원합의체 판결의 다수의견에 대한 대법관 김재형의 보충의견에서도 '규율의 공백'이라는 용어를 사용하고 있다).

이 있는 사항과 어떤 규범이 규율하고 있는 사항 사이의 유사성(Vergleichbarkeit)이 그것이다.[221] 행정법원법 제173조 1문의 첫 번째 요건인 '행정법원법에 해당 사항에 관한 규정이 없을 것'은 법률유추의 첫 번째 요건인 '규율의 공백'에 대응되고, 두 번째 요건인 '양 소송절차의 근본적인 차이로 인하여 그 적용이 배제되지 않을 것'은 법률유추의 두 번째 요건인 '규율되고 있지 않은 사항과 규율되고 있는 사항 간의 유사성'에 대응된다. 결국 행정법원법 제173조 1문은 법형성의 방법론인 법률유추를 실정법에 편입시킨 것으로, 규율의 공백이 있을 때 유추를 통해 공백을 메우는 조문이다.[222] 이러한 준용을 다른 말로 '준용유추'(Verweisungsanalogie)라 한다.[223] 즉, 법률유추는 입법자의 명령에 따른 것이 아니라 법관이 규율의 공백을 메우기 위해 스스로 개별 사건에 적용할 법을 만드는 법형성 작용인 데 비하여, 준용유추는 입법자가 법관에게 법률유추를 통해 공백을 메울 것을 명령한 것이라는 점에서 차이가 있다.

이같이 준용유추를 명하는 일반준용규정을 둔 이유는 크게 두 가지이다. 첫째로, 민사소송법을 유추하여 행정소송 절차를 형성해 나가는 것이 원칙적으로 허용된다는 점을 명확히 한 것이다. 이것은 제2차 세계대전 이후 1950년대까지 일반준용규정을 둘 것인지를 놓고 입법례가 갈렸던 점을 배경 삼으면 그 의미를 이해할 수 있다. 둘째로, 규율의 공백과 유사성 요건이 충족되면 민사소송법을 의무적으로 준용하도록 함으로써, 법원의 절차형성 재량에 한계를 지우고 법적 안정성을 확보한 것이다.[224] 결국 입법자는 행정법원법에 일반준용규정을 둠으로써 19세기 후반부터 이어져 온 논쟁에 종지부를

---

221) Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin · Heidelberg 1995, S. 202-203 참조.

222) Stefan Auer, Inhalt, Reichweite und Grenzen der Verweisung in §173 Verwaltungsgerichtsordnung, München 1993, S. 8-10 참조.

223) 결국 '준용유추'란, 실정법상의 준용규정을 통해 법률유추를 행하는 것을 의미한다. Meissner/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO §173 Rn. 61 참조.

224) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 222 참조.

찍고, 행정소송 제도를 사법국가 모델에 가깝게 위치시켰다.

2) '규율의 공백'과 '유사성'의 의미

그런데 행정법원법 제173조 1문에서 말하는 규율의 공백이 행정법원법에서 규율하지 않는 모든 사항을 의미하는 것은 아니다. 행정법원법이 어떤 사항을 규율하지 않은 것이 입법자의 의도적인 침묵 때문일 수도 있기 때문이다. 따라서 법률유추가 정당화되려면, 그 공백은 입법자의 '계획에 반하는 불완전성'(planwidrige Unvollständigkeit)일 것을 요한다.[225] '계획에 반한다'는 것은, 입법자가 어떤 문제영역을 고려하지 아니하여 그에 관한 규율을 하지 않았으나, 만약 그 영역을 고려하였더라면 그에 관하여 규율을 하였을 것으로 인정되는 경우를 말한다. 다시 말해, 만약 행정법원법 제173조 1문의 일반준용규정이 없었다면 입법자가 그 사항에 관하여 행정법원법에 추가적인 규율을 하였을 것인가 하는 가정적인 질문에 '그렇다'라고 답할 수 있다면, 계획에 반하는 규율의 공백이 존재하는 것이다.[226]

위와 같은 가정적인 질문에 대한 답을 얻으려면, 행정법원법의 연혁 또는 입법자료 등을 고찰하거나 행정소송과 민사소송의 기능을 서로 비교하는 작업을 통해 행정법원법을 역사적·목적론적으로 해석함으로써, 그 규율의 공백이 행정소송의 독자적 성질에 기인한 것인지 검토하여야 한다.[227] 예컨대, 민사소송법은 제330조 이하에서 결석판결(Versäumnisurteil)에 관한 규정을 두고 있다. 일방 당사자가 정해진 기한을 준수하지 않거나 기일에 출석하지

---

225) Meissner/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO §173 Rn. 54-56, 63; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin · Heidelberg 1995, S. 194-196 참조.

226) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 224; 김영환, 법학방법론의 관점에서 본 유추와 목적론적 축소, 법철학연구 제12권 제2호, 2009, 11-12면 참조.

227) Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin · Heidelberg 1995, S. 194 참조.

않은 경우 상대방 당사자만 출석한 가운데 실질변론 없이 행하는 판결을 결석판결이라 한다.[228] 결석판결은 민사소송에서의 사실관계 규명에서 법원이 수동적 지위에 있는 것에 대한 일종의 반작용 성격을 띠는 제도이므로,[229] 변론주의를 전제로 하는 것이다.[230] 한편, 행정법원법에는 결석판결에 관한 규정이 없다. 그러나 행정소송은 직권탐지주의가 적용되는 까닭에 법원이 직권으로 사실관계를 조사해야 하므로(행정법원법 제86조 제1항), 소송관계인의 일방이 출석하지 않은 경우에도 변론을 진행하고 재판할 수 있으며 또 그래야만 한다.[231] 이런 점에 비추어 보면 결석재판은 행정소송의 심리원칙상의 독자성과 어울리지 않으므로, 이는 입법자의 계획에 반하는 규율의 공백이라고 할 수 없다.[232]

한편, 행정법원법 제173조 1문의 또 다른 준용요건인, 행정법원법에서 규율되고 있지 않은 사항과 민사소송법이 규율하고 있는 사항 간의 유사성을 심사할 때도 행정소송 제도와 민사소송 제도를 비교하는 작업이 꼭 필요하다. 법률유추에 있어서 '유사하다'는 것은, 어떤 하나의 사안에 관한 규율의 배후에 있는 '법적 가치평가'(rechtliche Bewertung)를 아직 규율되고 있지 않은 사안에도 동일하게 적용할 수 있음을 의미한다.[233] 즉, 어떤 사안에 관한 민사소송법의 규율을 행정법원법으로 옮겨 온다고 가정할 때, 그 옮겨 온 규율에 관하여 민사소송에서와 동일한 법적 가치평가가 가능해야만 유사성이

---

228) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §106 Rn. 1-6 참조.

229) 예컨대, 피고에 대한 결석판결은 자백간주 판결이고(민사소송법 제331조 제1항), 원고에 대한 결석판결은 청구기각 판결이다(민사소송법 제330조).

230) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 171 참조.

231) **행정법원법 제102조(기일통지; 법원 밖에서의 개정)**
(2) 기일통지를 할 때는 소송관계인의 일방이 출석하지 아니한 경우에도 변론하고 재판할 수 있다는 점을 알려야 한다.

232) Meissner/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO §173 Rn. 87 참조.

233) Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin · Heidelberg 1995, S. 202-203; 김영환, 법학방법론의 관점에서 본 유추와 목적론적 축소, 법철학연구 제12권 제2호, 2009, 15-16면 참조.

있는 것이다.[234] 예를 들어 민사소송법 제296a조는 변론이 종결된 후에는 공격방어방법을 제출할 수 없다고 규정하고 있으나, 행정소송에서 이러한 실권효를 인정하게 되면 법원의 사실조사의무를 제한할 소지가 있어 직권탐지주의와 어울리지 않는다. 그렇다면 위 조항을 행정법원법으로 옮겨 온다고 하여도 민사소송에서와 동일한 법적 가치평가를 내릴 수 없으므로, 법률유추를 위한 유사성 요건이 충족되지 않는다.[235] 결국 유사성 여부를 판단하기 위해서는, 하나의 규율에 관하여 서로 다른 법적 가치평가를 야기하는 양 소송절차의 차이점이 무엇인지를 규명해야 한다.[236]

제4절 소결 - 행정소송의 독자성에 관한 고찰 필요성

위에서 살펴본 바와 같이, 행정법원법은 민사소송법을 준용하는 세분화된 체계를 가지고 있다. 제1유형의 특별준용규정은 인용된 준용대상 규정이 가장 구체적이고 명확하며, 그 준용대상 규정을 준용하는 데 별도의 요건이 필요 없다. 제2유형의 특별준용규정은 행정법원법이 독자적인 규율을 추구하는 영역을 그 규율대상으로 삼고 있고, 준용대상 규정의 범위가 제1유형보다 넓은 대신 구체성은 덜하며, 준용 여부가 '행정법원법에 상충하는 규정이 없을 것'이라는 소극적 요건에 달려 있으나 '유사성'은 그 요건이 아니다. 제3유형인 일반준용규정은 준용대상 규정을 구체적으로 인용하지 않고 법률 전체를 포괄적으로 인용하는 대신, '입법자의 계획에 반하는 규율의 공백'과 '규율대상 간의 유사성'이 모두 인정되어야만 준용이 허용된다. 결국 준용대상 규정의 구체성이 떨어지고 범위가 넓어질수록 준용요건의 강도가 세어진다. 독일 행정소송은 이와 같은 세분화된 준용체계를 통해 행정국가 모델과 사법국가

---

234) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 229 참조.

235) Meissner/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO §173 Rn. 222 참조.

236) Jakob Nolte, a.a.O., S. 229-230 참조.

모델 사이에서 세밀하게 절충점을 잡아 나갈 수 있다.

그런데 이러한 준용체계를 깊이 있게 이해하려면 독일 행정소송 제도의 독자적 성질에 관한 고찰이 반드시 필요하다. 일단 어떤 유형의 준용규정이든 준용대상 규정을 행정소송에 '알맞게' 적용하려면 해당 영역에 행정소송의 독자적인 규율사항이 있는지 살펴야 한다. 또한 제2유형의 특별준용규정에 인용된 준용대상 규정의 준용 가능성을 따져보기 위해서는 행정법원법에 해당 준용대상 규정과 상충하는 규정이 있는지 검토해야 한다. 무엇보다도 제3유형인 일반준용규정의 준용요건 충족 여부를 판단하기 위해 양 소송절차의 차이점을 규명할 필요가 가장 크다.

그러므로 제3장에서는 우선 행정소송과 민사소송의 차이를 야기하는 근본원인인 행정소송의 기능상의 독자성을 고찰하고, 이를 토대로 하여 제4장에서는 행정소송 절차가 실제로 민사소송 절차와 어떤 면에서 독자적 성질을 가지는지를 고찰하기로 한다.

제3장 독일 행정소송의 기능상 독자성

제2장에서 살펴본 바와 같이, 행정법원법의 세분화된 준용체계를 제대로 이해하기 위해서는 행정소송과 민사소송의 유사성과 차이점을 규명해야 한다. 그런데 우리는 제1장에서 독일 행정소송의 역사적 전개 과정을 살펴봄으로써, 행정소송의 주된 기능을 행정통제에 두느냐 아니면 권리구제에 두느냐에 따라 소송의 대상과 유형, 소송의 구조, 소송법관계, 심리원칙 등 소송제도의 여러 측면이 달라진다는 점을 확인할 수 있었고, 제2장에서는 위 두 가지 기능의 절충이 행정소송법의 형태와 체계에 영향을 미치는 것도 확인할 수 있었다. 그러므로 제3장에서는 독일 행정소송의 독자성을 고찰하는 첫 단계로 독일 행정소송이 어떠한 기능을 갖는지, 그리고 독일 행정소송의 기능이 민사소송에 대한 관계에서 어떠한 독자성을 갖는지를 논하도록 한다.

어떤 법제도의 '기능'(Funktion)을 고찰한다는 것은, 그 법제도를 이루는 규정들을 전체적으로 조망함으로써 해당 법제도가 어떤 목적을 갖는지 밝히고, 나아가 그 목적을 달성하기 위한 법제도의 조직, 임무, 성과를 서로 연관 지어 하나의 체계로 이해하면서 그 운동법칙을 분석하는 과정이다.[237] 그리고 이와 같은 방식으로 파악된 기능은 그 법제도의 구체적인 규정을 해석할 때 체계적·목적론적 해석의 한 요소로 활용될 수 있다.[238] 이런 점에서 독일 행정소송의 기능을 살펴보는 것은 행정소송 제도 전반에 걸친 독자성을 규명하고 행정소송법 규정을 그러한 독자성에 부합되게 해석·적용하는 첫걸음이 된다.

---

237) Eberhard Schmidt-Aßmann, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Erichsen/Hoppe/v. Mutius(Hrsg.), System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes: Festschrift für Christian-Friedich Menger zum 70. Geburtstag, Köln u.a. 1985, S. 107 참조.

238) Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., Bielefeld 1974, S. 1 참조.

독일 문헌에서 행정소송의 기능을 분류하는 방식은 여러 가지가 있다. 예컨대, 주관적 권리구제 기능을 최우선으로 놓고 부수적으로 행정작용의 적법성 심사 기능, 헌법을 하위규범에 관철시키는 기능, 분쟁조정 기능 등을 제시하는 방식이 있고,[239] 권리구제 기능, 행정통제 기능, 법형성 기능, 법적 평화 확보 기능, 소송경제 기능의 다섯 가지로 분류하는 방식도 있다.[240] 한편, 행정소송의 기능을 크게 도그마틱적 기능과 실제적 기능으로 나누고, 도그마틱적 기능을 다시 개인의 권리구제 기능과 그에 부수되는 지방자치단체의 권한 보호 기능, 규범통제 기능 등으로 나누며, 실제적 기능으로 설득 기능, 통제 기능, 안정성 확보 기능, 법형성 기능을 제시하는 견해도 있다.[241]

그런데 이런 다양한 분류방식에서 나름의 공통점을 추출해 보면, ① 개인의 권리구제가 가장 중심적인 기능으로 제시된다는 점, ② 행정소송의 독자적인 기능으로 행정의 적법성 통제가 소개되긴 하지만 이는 주로 권리구제 기능과의 연관성 속에서 설명되곤 한다는 점, ③ 법형성 기능이 강조된다는 점, ④ 분쟁조정 기능에 관하여 설명하되 그 한계도 함께 설명한다는 점 등을 들 수 있다.

제1절 주관적 권리구제 기능

1. 독일 행정소송의 주관소송적 성격

가. 헌법상 법치국가 원리와 재판청구권

독일의 행정소송과 민사소송이 모두 개인의 권리구제를 최우선 기능으로

239) Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, Heidelberg 2014, Rn. 8-12b 참조.
240) Thomas Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, München 2011, Rn. 2-11a 참조.
241) Schmidt-Aßmann/Schenk, in: Schoch/Schneider, Einl. Rn. 164-177 참조.

삼는 것은, 1차적으로 독일 헌법상 법치국가 원리와 재판청구권에서 도출된다. 독일 공법학에서는 폭력독점(Gewaltmonopol)[242] 개념을 통해 법치국가 원리와 재판청구권을 연결 짓는다.[243] 독일에서 통일된 근대국가가 등장하기 전에는 영방군주를 비롯하여 다양한 지배자 또는 지배단체가 스스로의 권리를 실현하기 위해 사적 폭력을 행사하였다. 그러나 19세기에 이르러 뒤늦게 형성된 근대적 법치국가(Rechtsstaat)[244]는 사적 폭력이 행해지는, 만인의 만인에 대한 투쟁 상태를 해소하고 대내적 평화를 실현하기 위해 경찰, 군대 등 물리적 폭력수단을 독점하고 개인의 자력구제를 원칙적으로 금지하였으며, 이로 인해 시민은 평화의무(Friedenspflicht)를 지게 되었다.[245] 그러나 법치국가는 이같이 독점한 물리적 폭력수단을 자의적으로 행사하여서는 안 되므로, 공권력이 정당성을 가지려면 공공복리를 목적으로 삼아야 하고, 의회가 제정한 법률에 의해 행사되어야 한다.[246]

한편, 근대적 법치국가는 물리적 폭력수단을 독점하는 대신에 시민의 기본권을 보호하고 실효적 권리구제 제도를 마련할 의무를 진다. 즉, 국가는 시민으로부터 폭력수단을 넘겨받은 것에 대한 보상으로 권리구제를 위한 재판제도를 제공해야 한다.[247] 그러므로 시민이 법원의 재판을 통해 권리를 보호

---

242) 폭력독점(Gewaltmonopol)은 막스 베버(Max Weber)가 자신의 국가론을 전개하면서 사용한 개념으로, 그에 따르면 근대국가란 특정한 영토 내에서 정당한 물리적 폭력의 독점을 성공적으로 관철시킨 유일한 인간 공동체를 말한다. 막스 베버(박상훈 역), 소명으로서의 정치, 후마니타스, 2021, 13면 참조.

243) 법치국가와 폭력독점 그리고 재판청구권의 관계에 관한 상세한 내용은 Schmidt-Aßmann, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz Kommentar, Titelblatt, München, Stand: Juli 2021 (95. Ergänzungslieferung), GG §19 Abs. 4 Rn. 16-17; Schmidt-Aßmann/Schenk, in: Schoch/Schneider, Einl. Rn. 51; 김종호, 법치주의와 국가의 폭력독점의 한계에 관한 담론, 헌법논총 제28집, 2017, 34면, 58-62면, 67-69면 참조.

244) 독일의 법치국가 개념의 태동과 변천사에 관하여는 김상겸, 법치국가실현을 위한 국가의 적극적 의무, 공법연구 제38집 제1호, 2009, 302-307면 참조.

245) Josef Isensee, Staat und Verfassung, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2: Verfassungsstaat, Heidelberg 2004, §15 Rn. 83-93 참조.

246) Josef Isensee, a.a.O., §15 Rn. 93; 김종호, 법치주의와 국가의 폭력독점의 한계에 관한 담론, 헌법논총 제28집, 2017, 16-20면, 61-62면 참조.

받는 것은 독일의 법치주의가 형식적 법치주의로 흐르던 시절에도 법치국가의 중요한 요소로 간주되었다.[248] 그러다 제2차 세계대전 이후 독일 기본법은 국가권력이 기본권에 구속되고(제1조 제3항), 입법은 헌법질서에 구속되며 행정·사법은 법률과 법에 구속된다고(제20조 제3항) 규정함으로써 실질적 법치국가를 천명하였고, 이에 따라 시민이 국가를 상대로 법원에의 접근 보장과 재판상 권리구제 수단의 마련을 청구할 수 있는 권리가 사법보장청구권(Justizgewährungsanspruch)[249]이라는 기본권으로 인정되기에 이르렀다.

이러한 독일 공법학의 '자력구제 금지와 그 대가로서의 재판'이라는 논리는 독일 민사소송의 소권 논쟁[250]에 영향을 미쳤다. 소권 논쟁이란, 私人이 법원에 소를 제기하여 판결을 구하는 권리를 지칭하는 소권(Klagerecht)의 성격을 어떻게 볼 것인지를 두고 19세기부터 전개된 논쟁이다. 크게 사법적 소권설과 공법적 소권설로 나뉘는데, 사법적 소권설은 소권을 사법상 권리에 내재하는 권능으로 보아 권리의 상대방에 대한 권리로 파악하는 견해이고, 공법적 소권설은 소권을 사법상 권리와는 별개의 것으로 보면서 국가기관인 법원을 통해 행사되어야 하는 국가에 대한 권리로 파악하는 견해이다. 그런데 앞서 본 국가의 폭력독점 이론은 시민의 국가에 대한 재판제도 마련 청구

---

247) Schmidt-Aßmann, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG §19 Abs. 4 Rn. 16 참조.

248) 김상겸, 법치국가실현을 위한 국가의 적극적 의무, 공법연구 제38집 제1호, 2009, 303-304면 참조.

249) 일반적으로 사법보장청구권은 독일 기본법 제2조 제1항(일반적 인격권), 제20조 제3항(사법의 법률과 법에의 구속), 제92조(사법권의 귀속과 행사)와 유럽인권협약 제6조(공정한 재판을 받을 권리의 보장)에서 도출되는 것으로 설명된다. Hillgruber, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 92 Rn. 11; Schmidt-Aßmann/Schenk, in: Schoch/Schneider, Einl. Rn. 132; Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 7; 호문혁, 민사소송법상 소송법률관계에 관한 고찰, 서울대학교 법학 제54권 제2호, 2013, 141-142면 참조.

250) 이에 관한 상세한 내용은 Peter Mes, Der Rechtsschutzanspruch, Köln u.a. 1970, S. 27-36; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §3 Rn. 1-9; 이시윤, 신민사소송법(제15판), 박영사, 2021, 219-221면, 호문혁, 19세기 독일에 있어서의 청구권개념의 생성과 변천, 민사소송법연구(I), 1998, 104-116면 참조.

권으로 이어지므로, 공법적 소권설[251]이 통설적 지위를 차지하는 데 이론적 기반을 제공하였다.[252] 그 결과 독일 민사소송법학에서는 민사소송의 목적과 기능이 폭력독점에 대한 반대급부, 즉 개인의 권리를 구제하고 실현하는 데 있다고 보는 것이 일반적인 견해이다.[253]

나. 포괄적·실효적 권리구제의 보장

그런데 행정소송의 경우에는 이러한 일반적 사법보장청구권 이외에도 개인의 권리구제가 행정소송의 최우선 기능임을 정면으로 규정한 헌법 조항이 따로 있으니, 바로 포괄적·실효적 권리구제를 규정한 기본법 제19조 제4항이다.[254] 기본법 제19조 제4항 1문은 행정의 공권력 작용에 대하여 빠짐없는 권리구제를 보장한다.[255] 여기서 보장되는 권리구제는 독립성이 보장되고 헌법과 법률에 따라 심판하는 법관에 의한 권리구제를 말한다.[256] 나아가 위 조항은 권리구제의 요건으로 '개인의 권리침해'를 규정함으로써, 개인의 권리를 실효적으로 구제하는 것이 행정소송의 핵심 기능임을 드러낸다.[257] 이로

---

251) 공법적 소권설은 다시 추상적 소권설, 권리보호청구권설, 사법보장청구권설(통설), 신권리보호청구권설 등으로 분화되었으나, 여기서는 더 자세히 다루지 않는다.

252) Peter Mes, Der Rechtsschutzanspruch, Köln u.a. 1970, S. 34-35, 86-89; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §3 Rn. 1-4; 김종호, 법치주의와 국가의 폭력독점의 한계에 관한 담론, 헌법논총 제28집, 2017, 63-65면 참조.

253) Vollkommer, in: Zöller, Zivilprozessordnung Kommentar, 31. Aufl., Köln 2016, Einl. Rn. 39; Musielak, in: Musielak/Voit, Zivilprozessordnung Kommentar, 19. Aufl., München 2022, Einl. Rn. 5-6 참조.

254) **독일연방공화국 기본법 제19조(기본권의 제한; 기본권주체; 권리구제)**
(4) [1]공권력에 의해 자신의 권리를 침해당한 사람에게는 재판상 구제가 허용된다. [2]다른 재판관할이 인정되지 않으면 일반법원에서 권리구제를 담당한다. [3]제10조 제2항 2문은 영향을 받지 아니한다.

255) Schmidt-Aßmann/Schenk, in: Schoch/Schneider, Einl. Rn. 4-6 참조.

256) Schmidt-Aßmann/Schenk, in: Schoch/Schneider, Einl. Rn. 24; Schulze-Fielitz, in: H. Dreier(Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 2013, GG Art. 19 Ⅳ Rn. 90 참조.

써 독일은 행정소송에 관하여 헌법상으로 사법국가 모델, 즉 행정과 분리된 법원이 행정재판을 담당하고 개인의 권리구제를 최우선 목적으로 하는 재판 모델을 채택하였다고 할 수 있다.

다만, 기본법 제19조 제4항은 구체적으로 어떤 재판관할권이 행정작용에 대한 권리구제를 담당할지는 규정하지 않고 입법자에 의한 형성의 여지를 남겨 두었으며, 단지 2문에서 일반법원의 보충적 관할권만을 규정하고 있다.[258] 즉, 기본법은 행정작용에 대한 개인의 권리구제를 행정재판권이 독점적으로 맡는 것을 전제하고 있지 않다.[259] 실제로 독일에서는 행정상 손해배상과 손실보상 사건을 일반법원이 담당한다.[260] 반대로 기본법 제19조 제4항이 행정소송에 개인의 권리구제를 제1의 임무로 부여했다고 해서 객관적 통제 기능을 비롯한 행정소송의 다른 기능을 부인하는 것도 아니다.[261] 즉, 행정법원은 규범통제절차나 지방자치단체의 자치권에 근거한 행정소송과 같이 개인의 권리구제 기능을 수행하지 않는 소송도 담당한다.[262] 그러나 어쨌든 행정법원이 관할하는 대부분의 소송유형은 기본법 제19조 제4항의 적용범위 안에 있고, 기본법 제19조 제4항에 따른 행정상 권리구제의 대부분은 행정법원을 통해 보장된다.[263]

---

257) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34, 1976, S. 234-237 참조.

258) Schulze-Fielitz, in: H. Dreier, Bd. I, GG Art. 19 Ⅳ Rn. 91 ff.; Eberhard Schmidt-Aßmann, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: FS-Menger, 1985, S. 108 참조.

259) Schmidt-Aßmann/Schenk, in: Schoch/Schneider, Einl. Rn. 27; Dieter Lorenz, Die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 19 Abs. 4 GG für das Verwaltungsprozeßrecht, in: FS-Menger, 1985, S. 146 참조.

260) Eberhard Schmidt-Aßmann, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: FS-Menger, 1985, S. 108 참조.

261) Schmidt-Aßmann/Schenk, in: Schoch/Schneider, Einl. Rn. 170; Walter Krebs, Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle, in: FS-Menger, 1985, S. 197 참조.

262) Eberhard Schmidt-Aßmann, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: FS-Menger, 1985, S. 108 참조.

기본법 제19조 제4항이 개인의 권리침해를 행정의 공권력 작용에 대한 권리구제의 요건으로 삼는 것은, 행정법원법에 규정된 취소소송 및 의무이행소송의 원고적격과 본안요건에서 구체화된다. 먼저 행정법원법 제42조 제2항은 원고적격에 관하여 "법률에 달리 정함이 없는 한, 원고가 행정행위 또는 행정행위의 거부나 부작위로 인하여 자신의 권리가 침해되었음을 주장하는 경우에 한하여 취소소송과 의무이행소송이 허용된다."라고 규정하고 있는데, 뒤에서 다시 다루겠지만 여기서 '자신의 권리가 침해되었다는 주장'이란 단순한 주장이 아니라 권리침해의 '가능성'(Möglichkeit)을 의미한다는 것이 독일의 판례·통설이다.[264] 즉, 권리가 침해되었을 가능성이 있는 사람이 재판상 구제를 받을 수 있다고 소송법에 명시함으로써 기본법 제19조 제4항에 따른 주관적 권리구제 기능을 구체화하고 있고, 이른바 민중소송은 배제한다.[265]

다음으로 행정법원법 제113조 제1항 1문과 같은 조 제5항 1문[266]은 취소소송 및 의무이행소송의 본안요건으로 소송의 대상이 된 행정행위 또는 그 거부·부작위가 위법하고 그로 인해 원고의 권리가 침해되었을 것을 요구한다. 여기서 계쟁 행정행위 또는 그 거부·부작위의 위법성은 소위 보호규범이론(Schutznormtheorie)을 통해 권리침해와 연결된다. 즉, 행정에 일정한 의

---

263) Eberhard Schmidt-Aßmann, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: FS-Menger, 1985, S. 109 참조.

264) Wahl/Schütz, in: Schoch/Schneider, VwGO §42 Abs. 2 Rn. 64-67; Sodan, in: Sodan/Ziekow, VwGO §42 Rn. 379-381 참조.

265) Thomas Groß, Die Klagebefugnis als gesetzliches Regulativ des Kontrollzugangs, Die Verwaltung 2010, S. 369 f.; Dieter Lorenz, Die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 19 Abs. 4 GG für das Verwaltungsprozeßrecht, in: FS-Menger, 1985, S. 148; Rupert Scholz, Verwaltungsverantwortung und -gerichtsbarkeit, VVDStRL 34, 1976, S. 154 참조.

266) **행정법원법 제113조(판결주문)**

(1) [1]행정행위가 위법하고 이로 인해 원고 자신의 권리가 침해된 때에는 법원은 당해 행정행위와 존재하는 재결을 취소한다. …(2문 내지 4문 생략)

(5) [1]행정행위의 거부 또는 부작위가 위법하고 그로 인해 원고의 권리가 침해된 경우, 사안이 특정 행위를 명하는 판결을 내리기에 성숙하였다면 법원은 행정청에 신청된 직무행위를 행할 것을 명한다. [2]그렇지 않은 경우에는 법원의 법적 견해를 존중하여 원고에게 재결정을 할 것을 명한다.

무를 부과하는 개개의 법규가 개인의 사익도 보호하는 이른바 보호규범인 경우에 개인에게 그 의무에 상응하는 권리가 인정되고, 계쟁 행정행위 또는 그 거부·부작위가 원고의 권리를 침해한다는 것은 그 권리의 근거가 되는 보호규범을 위반하였음을 의미한다는 것이다.[267] 다시 말해, 계쟁 행정행위 또는 그 거부·부작위의 객관적 위법성이 본안요건의 하나인 것은 분명하나, 기본법 제19조 제4항에 따라 개인의 권리구제가 중심을 이루는 주관소송적 구조에서 행정작용에 대한 적법성 통제는 '부수적 결과'(Nebenfolge)에 불과하다고 본다.[268] 이런 점에서 독일 행정소송은 기본적으로 개인의 권리구제와 결부하여 행정을 통제한다고 할 수 있다.[269]

2. 행정소송에서 주관적 권리구제 기능이 갖는 특수성

독일에서 주관적 권리구제 기능은 민사소송의 핵심 기능이기도 하면서 행정소송의 주된 기능이기도 하다. 그러나 행정소송에서의 권리구제 기능은 민사소송에 비하여 두 가지 특수성을 갖는다.

첫째, 소송관계인 사이의 법적 관계와 이익 상황이 민사소송의 그것과 서로 다르다. 제1장에서 살펴본 바와 같이, 독일 행정소송은 19세기 외견적 입헌군주제 하에서 우월적 국가권력과 대립함과 동시에 타협하는 시민계급의 자유주의적 요구를 반영하여 형성되었다. 그 결과 재판관할이 시민과 행정 간의 지배복종관계라는 형식적 징표를 기준으로 매우 좁게 형성되어 있고,

---

267) 이처럼 권리침해가 항상 위법성과 관련성을 갖는 것을 권리침해의 위법성 견련성(Rechtswidrigkeitszusammenhang)이라 한다. Schmidt-Aßmann/Schenk, in: Schoch/Schneider, Einl. Rn. 168; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 218-221면 참조.

268) Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, München 2016, §1 Rn. 21-22; Eberhard Schmidt-Aßmann, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: FS-Menger, 1985, S. 109 참조.

269) Rupert Scholz, Verwaltungsverantwortung und -gerichtsbarkeit, VVDStRL 34, 1976, S. 154; Veith Mehde, Verwaltungskontrolle als Daueraufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Die Verwaltung 2010, S. 379-381 참조.

20세기에 나치 불법국가를 경험한 이후 행정소송이 행정의 우월적 지위를 삭감·제거하는 데 초점을 맞추면서 이러한 경향이 계속 이어졌다.[270] 기본법 제19조 제4항이 '권리침해'를 행정소송의 요건으로 명시한 것은 시민이 국가의 공권력 행사에 노출된 위험한 상태에 있음을 전제로 한 것으로서, 오늘날의 독일 행정소송이 여전히 지배복종관계에 초점을 맞추는 헌법적 근거가 된다.[271] 즉, 행정소송의 주관적 권리구제 기능은 행정보다 열위에 있고 행정의 일방적인 공권력 조치를 받는 시민을 위해 법원이 권리구제 수단을 제공한다는 사고[272]에서 나온 것이다.[273] 이처럼 법원이 우월한 힘을 가진 행정으로부터 시민을 보호한다는 사고는 서로 이해관계가 대립하는 '대등한 당사자'를 전제로 하는 민사소송에는 들어맞지 않는다. 요컨대, 행정소송의 주된 관계인인 시민과 행정 간의 '구조적 불평등'(strukturelle Ungleichheit)은 민사소송과 구별되는 행정소송만의 특징인데,[274] 이러한 특징은 뒤에서 보는 바와 같이 소송법관계에서 행정소송의 절차적 독자성으로 드러난다.

둘째, 행정소송에서 권리를 종국적으로 실현하는 방식이 민사소송과 다르다. 헌법상 법치국가 원리에 근거한 일반적 사법보장청구권은 권리의 종국적인 실현을 보장하는 것까지 포함한다. 오늘날의 법치국가가 폭력독점의 대가로 시민에게 실효적 권리구제 제도를 마련할 의무를 진다면, 법원의 재판으로 권리의 존재를 확인하고 의무의 이행을 명하는 데 그칠 것이 아니라 그 권리를 종국적으로 실현할 집행수단까지 제공하여야만 국가의 의무를 다했

---

270) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 110-111면, 190-191면 참조.

271) Schmidt-Aßmann, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG §19 Abs. 4 Rn. 45 참조.

272) 우리나라 행정소송법상 행정소송의 한 종류를 가리키는 '항고소송'이라는 용어는 일본에서 전해진 것인데, 이는 독일의 'Anfechtungsklage'를 번역한 것으로서, 우월적 지위를 갖는 행정청의 처분에 대하여 그 처분상대방이 이를 시정해 달라고 편면적 당사자가 되어 청구하는 소송을 일컫는다. 서울행정법원, 행정재판 실무편람(Ⅳ): 자료집, 2003, 146면 참조.

273) Winfried Brohm, Zum Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit, NJW 1984, S. 10 참조.

274) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 50 참조.

다고 말할 수 있다.[275] 이런 관점에서 볼 때 민사소송에서 권리자의 궁극적 목표는 집행절차를 통해 청구권을 강제로 실현하는 것이고, 이를 위해서는 소송절차를 통해 그 청구권에 집행력을 부여하는 집행권원을 확보하는 것이 당면 과제가 되므로,[276] 결국 집행(Vollstreckung)은 민사소송법의 핵심 기능이자 기초적인 구성요소가 된다.[277]

반면에 행정소송에서는 집행이 민사소송에서만큼의 의미를 갖지 못한다. 물론 기본법 제19조 제4항도 법원의 재판이 실질적 강제력을 가질 것을 요구하고 있고, 그 때문에 행정법원법 제167조 이하에서 판결의 집행에 관하여 규정하고 있기는 하다.[278] 그러나 시민과 행정 간의 지배복종관계에서 행정은 행정행위를 발함으로써 스스로 집행권원을 만들어 낼 수 있고, 행정집행법에 따라 이를 실현할 수 있다. 반면에 시민이 행정을 상대로 제기한 취소소송에서 계쟁 행정행위가 위법하고 원고의 권리를 침해하는 것으로 인정되면, 그 행정행위는 형성판결에 의해 취소되고 집행의 문제가 남지 않는다.[279] 행정행위의 발급을 명하는 판결이나 그 밖의 이행판결이 내려진 경우에도 행정에 대한 강제집행은 잘 행해지지 않는다. 독일에서는 통상 행정법원법 제121조에 의한 확정판결의 기판력이 사실상의 집행기능을 수행한다. 이처럼 행정소송이 판결의 집행에 초점을 덜 맞추는 것은, 행정부가 종국에는 사법부의 판결을 자발적으로 존중할 것이라는 확신에 근거한 것이라고 한다.[280]

---

275) Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl., München 2014, Einf. Rn. 1; Schuschke, in: Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz Kommentar, 6. Aufl., Köln 2016, Einf. Buch 8, Rn. 5 참조.

276) Pietzner/Möller, in: Schoch/Schneider, VwGO Vorb. §167 Rn. 3-4 참조.

277) BVerfG, Beschluss vom 19.10.1982 - 1 BvL 34/80, BVerfGE 61, 126/136 참조.

278) BVerfG, Beschluss vom 09.08.1999 - 1 BvR 2245/98, NVwZ 1999, S. 1330 f.; Pietzner/Möller, in: Schoch/Schneider, VwGO Vorb. §167 Rn. 9 참조.

279) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 51 참조.

280) Dieter Lorenz, Die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 19 Abs. 4 GG für das Verwaltungsprozeßrecht, in: FS-Menger, 1985, S. 156 참조.

제2절 객관적 통제 기능

1. 행정에 대한 통제 기능

가. 주관적 권리구제 기능과 객관적 통제 기능의 관계

행정소송이 민사소송과 뚜렷하게 구별되는 대표적인 기능을 꼽자면 '행정에 대한 통제 기능'을 들 수 있다. 행정에 대한 통제 기능이란, 행정작용을 그것과 관련된 개인적 이익 여하와 관계없이 통제함으로써 객관적 법질서를 수호하는 것을 말한다.[281] 독일에서는 행정소송 제도가 수립될 때부터 행정법원법이 제정될 때까지 행정소송의 주된 기능을 개인의 권리구제로 보느냐 아니면 행정에 대한 법적 통제로 보느냐를 놓고 오랜 기간 논쟁이 이어져 왔다. 그러나 오늘날 행정소송이 어떤 형태로든 행정에 대한 통제 기능을 수행한다는 점에는 의문의 여지가 없다.[282] 행정통제 기능은 독일 헌법상 법치국가 원리와 권력분립 원리로부터 도출된다. 즉, 행정은 '법률과 법'(Gesetz und Recht)[283]에 구속되고(기본법 제20조 제3항), 사법권은 행정의 법 준수 여부를 심사해야 하며(제20조 제2항, 제92조 이하), 행정에 대한 재판상 통제가 행정의 자기통제보다 우위에 있다(제19조 제4항).[284]

---

281) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 51 참조.

282) Schmidt-Aßmann/Schenk, in: Schoch/Schneider, Einl. Rn. 170: Veith Mehde, Verwaltungskontrolle als Daueraufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Die Verwaltung 2010, S. 379-380 참조.

283) 여기서 법(Recht)이라 함은 기본권의 객관적 규범력, 이성법(Vernunftrecht)에 근거한 정의의 원리와 그 밖의 여러 일반적인 헌법원리를 아우르는 헌법합치적 법질서(verfassungsgemäße Rechtsordnung)를 의미한다. Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG §20 Ⅵ Rn. 64-67; Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, Heidelberg 2004, §26 Rn. 41-45 참조.

284) Winfried Brohm, Zum Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit, NJW 1984, S. 8; Veith Mehde, a.a.O., S. 379 f.; Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht,

행정에 대한 통제 기능은 대개 주관적 권리구제 기능과 상충하지 않고, 오히려 서로 의존하며 보완하는 관계에 있다.[285] 행정작용에 대한 적법성 통제는 결국 그 행정작용과 관계된 개인적 이익의 보호에도 도움이 되고, 반대로 개인의 권리구제 기능을 수행하다 보면 소위 '부수적 결과'(Nebenfolge)에 불과하더라도 행정통제 기능도 함께 수행하게 된다.[286] 다시 말해, 주관적 권리구제와 객관적인 적법성 통제는 원칙적으로 대립 관계에 있지 않고 서로 연결되어 있다.[287]

그러나 권리구제 기능과 행정통제 기능을 함께 수행하는 재판시스템은 순수하게 권리구제 기능만 수행하는 재판시스템과는 다른 형태를 띨 수밖에 없다.[288] 왜냐하면 행정통제 기능은 전체 법질서를 수호하기 위한 것으로서, 관계인의 개인적 이익보다는 공익(öffentliches Interesse)에 최우선으로 초점을 맞추기 때문이다. 따라서 행정소송이 이러한 객관적 통제 기능을 온전히 수행하기 위해서는 재판상 권리구제를 청구하는 원고 개인의 영향력과 이익지배를 제한할 필요가 있다.[289] 예를 들어, 위법한 행정행위에 대하여 취소소송을 제기한 원고 입장에서는 행정청과 적정선에서 타협이 이루어진다면 굳이 취소판결을 받을 것 없이 중도에 소를 취하하는 것이 더 유리할 수 있다. 그러나 전체 법질서의 수호 측면에서는 이러한 원고의 개인적 이익과 관계없이 계쟁 행정행위를 취소하는 데까지 나아감으로써 공익을 도모하는 것이

München 2016, §1 Rn. 22 f. 참조.

285) Veith Mehde, Verwaltungskontrolle als Daueraufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Die Verwaltung 2010, S. 380-381; Schmidt-Aßmann, in: Schoch/Schneider, Einl. Rn. 170 참조.

286) Walter Krebs, Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle, in: FS-Menger, 1985, S. 191-194; Eberhard Schmidt-Aßmann, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: FS-Menger, 1985, S. 109-110 참조.

287) Veith Mehde, a.a.O., S. 380-381; Michael Ronellenfitsch, Entstaatlichung des Rechtsschutzes?, DÖV 2010, S. 375-376 참조.

288) Walter Krebs, Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle, in: FS-Menger, 1985, S. 192-193 참조.

289) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 52 참조.

바람직하므로, 객관적 통제 기능을 강조하다 보면 소송물에 관한 당사자의 처분권을 가능한 한 제한하게 된다.[290]

또한 행정에 대한 통제 기능의 최종 목표는 전체 법질서를 수호하는 것이므로, 행정소송의 객관적 통제 기능이 강조되면 될수록 주관적 권리구제 기능만을 수행할 때보다 사법심사의 범위가 더 넓어진다. 즉, 행정의 적법성을 통제하는 차원에서는 사법심사 척도가 원고의 사익도 함께 보호하는 이른바 보호규범(Schutznorm)에 한정될 이유가 없으며, 계쟁 행정작용과 관련된 모든 규범이 심사척도가 될 수 있다.[291] 뿐만 아니라 행정소송 중 객관적 통제 기능을 수행하는 소송유형은 그 특성상 전체 법질서 내지 공익과 연결되어 있으므로, 종국재판의 효력이 미치는 범위도 넓다.[292] 예컨대, 아래에서 살펴볼 규범통제절차에서 계쟁 법규정의 무효를 선언하는 재판은 일반적 구속력을 갖는다(행정법원법 제47조 제6항 2문).

반면에 민사소송에서는 주관적 권리구제 기능이 항상 압도적으로 우세한 위치를 차지한다. 아돌프 바흐(Adolf Wach)의 표현에 따르면, 독일 민사소송은 오래전부터 "국가는 소송사건에 대하여 이해관계를 갖지 않는다."라는 원칙의 지배를 받아왔다.[293] 민사소송에서 국가는 기본적으로 소송물과 이해관계가 없으며, 당사자에게 적절한 권리구제 수단을 제공하는 데 초점을 맞출 뿐이다.[294] 물론 오늘날 민사소송 영역에도 소비자 단체소송과 같이 객관적

---

290) Walter Krebs, Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle, in: FS-Menger, 1985, S. 193 참조.

291) Walter Krebs, Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle, in: FS-Menger, 1985, S. 192: Michael Ronellenfitsch, Entstaatlichung des Rechtsschutzes?, DÖV 2010, S. 376 참조.

292) Walter Krebs, Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle, in: FS-Menger, 1985, S. 193 참조.

293) Hans Friedhelm Gaul, Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP 1968, S. 46-47; Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 54 참조.

294) Becker, in: Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle, Einl. III Rn. 10; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §1 Rn. 5 f., 9 f. 참조.

인 적법성 통제 기능을 수행하는 소송유형이 존재하기는 한다.[295] 그러나 민사소송법은 어디까지나 개인의 권리를 실효적으로 보호하고 실현하는 것을 최우선 목적으로 삼으며,[296] 민사소송에서 객관적 법수호 기능은 주관적 권리구제 기능에 버금가는 독자적 가치가 인정되지 않는다.[297]

그러므로 민사소송에서는 소송물에 대한 처분과 절차진행에 관하여 당사자에게 최대한의 처분의 자유를 보장하고, 그 자유로운 처분 결과에 대하여는 엄격한 자기책임 원칙이 적용된다.[298] 또한 민사소송에서 법질서의 수호는 주관적 권리구제를 통해 간접적으로만 추구되므로, 실체적 진실발견은 원칙적으로 민사소송의 목적이 될 수 없으며, 법원은 사실인정에서 당사자의 주장에 구속된다.[299]

나. 객관적 통제 기능의 징표들

독일 행정소송에 나타나 있는 객관적 통제 기능의 징표로는 크게 네 가지를 들 수 있는데, ① 행정의 권한 보호를 목적으로 하는 행정소송을 인정하는 점, ② 주관적 권리침해와 상관없이 원고적격을 인정하는 법률상 예외가

---

295) 독일의 소비자 단체소송은 ① 소비자단체가 금지소송법(UKlaG)에 따라 위법한 보통거래약관 사용행위나 소비자보호법규 위반행위의 금지를 청구하는 단체소송과 ② 부정경쟁방지법(UWG) 제8조에 따라 부정경쟁방지법 위반행위의 금지 또는 그로 인한 이익환수를 구하는 단체소송으로 대별할 수 있다. 이에 관한 자세한 내용은 Lindacher/Hau, in: Rauscher/Krüger, Münchener Kommentar zur ZPO mit GVG und Nebengesetzen, Bd. I, 6. Aufl., München 2020, ZPO Vorb. §50 Rn. 87-89 참조.

296) Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1974, S. 5-6; Musielak, in: Musielak/Voit, Einl. Rn. 5; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §1 Rn. 9, 12 참조.

297) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 55 참조.

298) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §1 Rn. 13 참조.

299) Hans Friedhelm Gaul, Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP 1968, S. 49-50; Wolfgang Grunsky, a.a.O., S. 4 참조.

존재하는 점, ③ 집단적 분쟁해결 절차가 마련되어 있는 점, ④ 법규정의 상위규범 위반 여부를 직접적으로 심사하는 규범통제절차가 마련되어 있는 점이 바로 그것이다.[300]

첫째, 행정주체의 내부기관이나 지방자치단체의 권한 보호를 목적으로 하는 행정소송이 인정된다. 종래 독일에서는 법률관계는 권리주체 상호 간의 문제라는 전제 하에서 사단이나 법인 내부에서는 법적 분쟁이 성립할 수 없다고 보았으므로, 행정주체의 내부기관 사이의 소송은 '행정의 단일성'(Einheit der Verwaltung)을 해치는 소위 자기소송(Insichprozess)이라고 하여 인정되지 않았다.[301] 1960년 행정법원법이 제정될 때도 이러한 '국가법인격 불침투성 이론'(Impermeabilitätslehre)의 영향이 남아 있었던 관계로, 내부기관 분쟁에 관한 독자적인 소송유형을 두지 않았다.[302] 그러나 제2차 세계대전 이후 이러한 전통적인 관념이 무너지고 행정조직법에 대하여도 헌법이 관철됨에 따라, 국가 및 공법인의 내부기관 상호 간의 관계나 권한배분도 법에 의해 규율되어야 한다는 관념이 널리 인정되기에 이르렀다.[303]

이에 따라 독일에서는 1950년대부터 지방자치단체의 내부기관 상호 간의 분쟁을 중심으로 하여 기관의 권한 보호를 목적으로 하는 소송이 판례에 의해 인정되기 시작하였다.[304] 오늘날 판례·통설은 기관소송이 행정법원법 제40조 제1항 1문의 "헌법적 성격을 갖지 않는 모든 공법상 쟁송"에 해당한다고 보아 그 허용성을 긍정하면서도,[305] 독일 행정소송의 특징인 '외부법관계를 전제로 하는 주관소송'의 구조 속에서 기관소송을 파악하려고 한다. 이

---

300) Schmidt-Aßmann/Schenk, in: Schoch/Schneider, Einl. Rn. 170-173 참조.

301) Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, München 2016, §21 Rn. 1 참조.

302) Hans-Uwe Erichsen, Der Innenrechtsstreit, in: FS-Menger, 1985, S. 212 f. 참조.

303) Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl., München 2010, §79 Rn. 65, 79; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §25 Rn. 5 참조.

304) Thomas Groß, Die Klagebefugnis als gesetzliches Regulativ des Kontrollzugangs, Die Verwaltung 2010, S. 362; Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, München 2016, §1 Rn. 33, §21 Rn. 1 참조.

305) Hans-Uwe Erichsen, Der Innenrechtsstreit, in: FS-Menger, 1985, S. 219 ff. 참조.

때문에 권리능력이 없는 내부기관도 일정한 요건 하에서 관계인능력과 원고적격을 갖는 것으로 구성하고, 기관소송에 적합한 소송유형으로 일반이행소송 또는 확인소송을 제시하는 등의 이론적 노력이 계속되었다.[306] 그러나 기관소송은 행정주체 내부의 의사결정과정을 발전시키고 공직질서를 안정시키는 것을 목적으로 하는 소송으로서, 그 실질상 객관소송의 성격이 강하다.[307]

또 독일의 판례와 학설은 기관소송과 비슷한 맥락에서, 지방자치단체의 자치행정권 내지 계획고권을 기본법 제28조 제2항[308]에 근거한 주관적 권리로 강화하고, 이를 행정법원법 제42조 제2항에서 말하는 '권리'에 속하는 것으로 파악하였다.[309] 그 결과 지방자치단체는 자치권에 터 잡아 상급감독관청의 감독처분이나 다른 지방자치단체의 행정작용에 대하여 행정소송을 제기할 수 있게 되었다.[310] 이러한 소송 역시 주관소송의 틀에 맞추기 위하여 행정법원법 제42조 제2항을 통해 지방자치단체의 원고적격이 인정되는 것으로 이론구성을 하긴 하지만, 실질적으로는 지방자치제도의 보장을 위해 행정작용의 적법성 통제 기능을 수행하는 객관소송의 성격을 갖는다.[311]

---

306) 이에 관한 상세한 내용은 Hans-Uwe Erichsen, Der Innenrechtsstreit, in: FS-Menger, 1985, S. 221-233; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §25 Rn. 9-25; Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, München 2016, §1 Rn. 33, §21 Rn. 3-24 참조.

307) Schmidt-Aßmann/Schenk, in: Schoch/Schneider, Einl. Rn. 171 참조.

308) **독일연방공화국 기본법 제28조(州헌법)**
(2) 게마인데에는, 법률의 범위 내에서 지역공동체의 모든 사무를 자신의 책임으로 규율할 권리가 보장되어야 한다. 게마인데연합도 법률상의 임무영역 범위 내에서 법률이 정하는 바에 따라 자치행정권을 갖는다. 자치행정의 보장에는 재정적인 자기책임의 기초도 포함된다; 이러한 기초로는 세율권이 있는 게마인데에 속하는 경제력 관련 세원을 들 수 있다.

309) Thomas Groß, Die Klagebefugnis als gesetzliches Regulativ des Kontrollzugangs, Die Verwaltung 2010, S. 360-361; Schmidt-Aßmann/Schenk, in: Schoch/Schneider, Einl. Rn. 171; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §18 Rn. 73-77 참조.

310) 이에 관한 상세한 내용은 Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, München 2016, §14 Rn. 94-107; Wahl/Schütz, in: Schoch/Schneider, VwGO §42 Abs. 2 Rn. 104-106; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 335면 참조.

둘째, 행정법원법 제42조 제2항 전단의 유보조항에 터 잡아 예외적으로 주관적 권리침해와 상관없이 원고적격이 인정되는 경우가 있다. 행정법원법 제42조 제2항은 앞서 본 바와 같이 '권리침해의 가능성'을 원고적격의 인정요건으로 명시하면서도 "법률에 달리 정함이 없는 한"이라는 유보문구를 두어, 연방법 또는 州법으로 특별규정을 두는 경우에는 권리침해의 가능성이 없는 기관이나 단체에 원고적격이 인정될 여지를 열어 놓았다.[312] 이것은 행정작용의 적법성을 통제할 필요가 있는 특정 영역에 관하여 그 영역과 밀접한 관련성이 있고 공익의 수호자 역할을 할 수 있는 관청이나 단체에 원고적격을 인정하려는 취지이다.[313]

우선 개별법상 공공단체 내지 행정청에 원고적격이 인정되는 경우가 있는데, 그러한 예로 독립적인 위원회의 행정심판재결에 대하여 관련 행정청이 행정소송을 제기할 수 있도록 규정한 경우,[314] 또는 행정청이 특정 개인 또는 법인을 수공업명부에 등록하는 결정에 대하여 공법인인 상공회의소(Industrie- und Handelskammer)와 수공업회의소(Handwerkskammer)가 취소소송을 제기할 수 있도록 규정한 경우[315]를 들 수 있다. 다음으로 단체소송, 그중에서도 환경보호나 문화재보전 같은 공익을 추구하는 단체가 그 공익을 보호하는

311) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 53 참조.

312) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §18 Rn. 84; Thomas Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, München 2011, Rn. 296 참조.

313) Wahl/Schütz, in: Schoch/Schneider, VwGO §42 Abs. 2 Rn. 37-38; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §18 Rn. 84-85; Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, Heidelberg 2014, Rn. 532 참조.

314) 독일 문헌에서는 주로 구 병역거부법상의 병역거부심사위원회 결정에 대한 병무청의 원고적격, 구 비호절차법상의 연방이민난민청 결정에 대한 연방난민업무수탁자의 원고적격 등을 예로 들고 있으나, 이 제도들은 현재 폐지된 상태이다. Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §18 Rn. 86; Wahl/Schütz, in: Schoch/Schneider, VwGO §42 Abs. 2 Rn. 40-41; Thomas Groß, Die Klagebefugnis als gesetzliches Regulativ des Kontrollzugangs, Die Verwaltung 2010, S. 365-366 참조.

315) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §18 Rn. 86; Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, Heidelberg 2014, Rn. 533 참조.

법규범에 위반되는 행정작용의 취소를 구하는 이른바 이타적 단체소송(altruistische Verbandsklage)[316]이 법률상 인정되는 경우가 있다. 예컨대, 자연보호를 위한 명령·금지를 해제하는 결정이나 자연경관을 해치는 계획확정결정에 대하여 연방자연보호법(BNatSchG)에 따라 제기하는 단체소송 제도가 마련되어 있고, 또 환경구제법(UmwRG)에 열거된 일정한 행위[317]에 대하여 제기하는 단체소송도 있다.[318] 이러한 소송은 특정 관청이나 단체에 객관적인 적법성 통제를 위한 소송상 권한을 부여함으로써 행정의 적법성을 회복하기 위한 제도라고 평가할 수 있다.

셋째, 독일 행정소송법에는 집단적 분쟁해결 절차가 마련되어 있다. 현대사회에는 이해관계인의 수가 많고 개개인에게 귀속될 수 없는 다양한 공익이 얽혀 있는 복잡한 행정결정이 점점 늘어나고 있다. 이에 따라 독일에서는 1990년에 행정법원법을 개정하여 이른바 '집단소송'(Massenverfahren)에 관한 특별규정(제56a조, 제65조 제3항, 제67a조, 제93a조)을 도입하였다.[319]

그 주요내용을 보면, 법원은 50인을 초과하는 소송관계인에게 동일한 내용의 통지를 해야 하는 경우 공고의 방법에 의할 수 있고(제56a조), 50인을 초과하는 사람의 소송참가가 예상되는 경우 사전공고를 거쳐 일정 기간 내에 참가신청을 한 사람에게만 소송참가를 허용할 수 있다(제65조 제3항). 또한

---

316) 독일법상 단체소송은, 단체가 그 구성원의 권리구제나 집단적 이익을 위하여 제기하는 이기적 단체소송(egoistische Verbandklage)과 단체 구성원의 이익과 관계없이 공익의 실현을 위하여 제기하는 이타적 단체소송(altruistische Verbandsklage)으로 나뉜다. Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §18 Rn. 87 참조.

317) 환경구제법(UmwRG) 제1조에 열거된 행위 중 대표적인 것으로, 관련 법규에 따라 환경영향평가 실시의무가 있는 사업계획의 허가 여부에 관한 결정이 있다.

318) Wahl/Schütz, in: Schoch/Schneider, VwGO §42 Abs. 2 Rn. 228-249; Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, Heidelberg 2014, Rn. 525-527b; Thomas Groß, Die Klagebefugnis als gesetzliches Regulativ des Kontrollzugangs, Die Verwaltung 2010, S. 363-365 참조.

319) 집단소송절차(Massenverfahren)에 관한 특별규정의 도입배경과 연혁, 체계에 관한 상세한 내용은 Meissner/Schenk, in: Schoch/Schneider, VwGO §56a Rn. 1-11; Czybulka/Kluckert, in: Sodan/Ziekow, VwGO §56a Rn. 1-4 참조.

법원은 동일한 이해관계를 갖는 20인을 초과하는 소송관계인들이 공동소송대리인을 선임하지 않은 관계로 원활한 소송 진행이 어렵다고 판단되면, 적절한 기간을 정하여 공동소송대리인의 선임을 요구한 후에 직권으로 공동소송대리인을 선임할 수 있다(제67a조). 마지막으로 제93a조는 이른바 '표본소송'(Musterverfahren)에 관하여 규정하고 있는데, 이에 따르면 하나의 행정처분의 적법성을 다투는 소송사건이 20건을 초과하는 경우 법원은 그중에서 적당한 사건을 한 개 또는 몇 개 추려내어 이를 표본으로 삼아 우선 심리하고 다른 사건은 중지할 수 있으며, 표본사건의 판결이 확정된 경우 그동안 중지된 다른 사건에 별다른 특수성이 없고 사실관계가 명백하다고 판단되면 법원은 소송관계인의 의견을 들어 중지된 사건에 관하여 결정으로 재판할 수 있다.[320]

이러한 특별규정들은 1차적으로는 집단적 분쟁에서 절차신속성과 소송경제를 도모하는 것을 목적으로 하지만, 개개 소송관계인의 절차적 권리와 권리구제 기회를 어느 정도 제한하는 대신 계쟁 행정작용의 위법성을 효율적으로 심사함으로써 집단적 분쟁을 일거에 해결하고 공공복리를 실현한다는 점에서, 객관적인 적법성 통제 기능을 수행하는 데에도 이바지한다.[321]

넷째, 행정법원법에는 일정한 법규정의 상위규범 위반 여부를 직접적으로 심사하는 규범통제절차가 마련되어 있는데, 이 제도는 행정에 대한 통제 기능의 하위범주인 '행정입법에 대한 통제 기능'의 틀 속에서 검토하는 것이 체계적 이해에 도움이 되므로, 아래 제2항에서 따로 살펴보기로 한다.

---

320) 당초 행정법원법 제67a조 제1항은 공동소송대리인 선임의 요건으로 '50인을 초과하는 사람'을 규정하고 있었고, 제93a조 제1항도 표본소송의 요건으로 '50건을 초과하는 사건'을 규정하고 있었다. 그러나 1996년 법 개정을 통해 각각 '20인 초과'와 '20건 초과'로 요건이 완화되었다. Meissner/Schenk, in: Schoch/Schneider, VwGO §67a Rn. 1; Rudisile, in: Schoch/Schneider, VwGO §93a Rn. 6 참조.

321) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 53, 107, 201 참조.

다. 행정에 대한 통제 기능의 한계

이처럼 행정에 대한 통제 기능은 민사소송에는 없는, 행정소송 특유의 객관적 기능이지만, 이 기능에는 행정재판권이 행정을 통제할 때는 행정의 자율성과 책임영역을 존중해야 한다는 헌법상의 한계가 있다.[322] 이러한 기능상 한계는 주로 행정소송의 심사강도와 관련하여 논의되어 왔는데, 이 논의의 헌법상 근거로는 기본법 제19조 제4항, 그리고 권력분립 원리와 민주주의 원리를 들 수 있다.[323]

제2차 세계대전 이후 독일 행정법은 과거에 대한 철저한 반성 속에서 재량하자 이론의 발전, 판단여지의 제한, 행정계획에 대한 통제강화 등을 통해 행정에 대한 법적 구속을 확대해 왔다.[324] 그러한 맥락에서 기본법 제19조 제4항은 행정의 공권력 작용에 대하여 사실적·법적 측면에서 완전한 적법성 통제를 요구하고 있으며,[325] 이는 독일 행정소송의 강력한 심사강도로 귀결된다.

그러나 이처럼 행정소송의 심사강도가 강한 독일에서도, 사법권이 행정작용에 대한 무제한의 심사권한을 갖는 것은 아니다. 실질적 법치주의가 구현된 오늘날 행정권은 공익 실현을 위해 독자적인 형성임무를 부여받은 헌법상 국가권력의 일부이고, 그러한 형성임무를 수행할 수 있는 민주적 정당성도 갖고 있다.[326] 반면에 사법권이 기본법 제19조 제4항에 따라 수행하는 기

---

322) Winfried Brohm, Die staatliche Verwaltung als eigenständige Gewalt und die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1986, S. 323-325; Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 83 참조.

323) Eberhard Schmidt-Aßmann, Die Kontrolldichte der Verwaltungsgerichte: Verfassungsgerichtliche Vorgaben und Perspektiven, DVBl. 1997, S. 282-283 참조.

324) Jakob Nolte, a.a.O., S. 83-84 참조.

325) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin · Heidelberg 2006, Kap. 4 Abs. 62-64 참조.

326) Winfried Brohm, Zum Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit, NJW 1984, S. 12; ders., Die staatliche Verwaltung als eigenständige Gewalt und die Grenzen

능은 이미 존재하는 행정결정의 적법성을 사후적으로 심사하는 것으로 한정된다.[327] 행정은 당해 행정작용이 최종적인 결정이 될 것을 의욕하면서 여러 관련 요소를 형량하고 그것들의 우선순위와 위험인자까지 평가한 뒤, 행위 여부와 행위의 종류·정도·방법을 결정하고, 그 결정에 대한 책임을 진다. 사법부가 이러한 행정의 책임을 대신 지거나 경감시켜줄 수는 없다.[328]

또한 사법권은 독립성이 보장되는 관계로 다른 통제 하에 놓이지 않지만, 행정권은 의회의 통제를 받는다. 즉, 입법자는 행정부에 불확정개념에 관한 판단권한이나 재량행위, 계획결정 또는 예측결정을 할 수 있는 권한을 부여하는 방식으로 '형성여지'(Gestaltungsspielraum)의 범위를 정한다.[329] 그리고 이같이 부여된 형성여지를 나름의 형량과 가치평가로 채우는 것은 행정의 임무이다.[330] 그러므로 사법권은 입법자에 의해 행정의 형성여지가 인정되는 곳에서는 이를 존중해야 한다.[331] 그러지 않고 법원이 행정을 대신하여 결정을 내리게 되면, 이는 행정에 대한 의회의 통제를 무의미하게 만드는 것으로

---

der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1986, S. 329-331 참조.

327) Eberhard Schmidt-Aßmann, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: FS-Menger, 1985, S. 122 참조.

328) Manfred Aschke, Gewaltenteilung und verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte, in: Aschke/Hase/Schmidt-De Caluwe(Hrsg.), Selbstbestimmung und Gemeinwohl: Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Friedrich von Zezschwitz, Baden-Baden 2005, S. 121 참조.

329) BVerfG, Beschluss vom 31.05.2011 - 1 BvR 857/07, NVwZ 2011, S. 1062 ff.; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §5 Rn. 20-43; Eberhard Schmidt-Aßmann, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: FS-Menger, 1985, S. 114 ff.; ders., Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Berlin·Heidelberg 2006. Kap. 4 Abs. 65-68 참조.

330) Ferdinand Kopp, Individueller Rechtsschutz und öffentliches Interesse in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, BayVBl. 1980, S. 265-267 참조.

331) Manfred Aschke, Gewaltenteilung und verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte, in: FS-Zezschwitz, 2005, S. 119-121; Winfried Brohm, Die staatliche Verwaltung als eigenständige Gewalt und die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1986, S. 330 f.; Eberhard Schmidt-Aßmann, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: FS-Menger, 1985, S. 112 ff.; Ferdinand Kopp, a.a.O., S. 265 참조.

서, 권력분립 원리와 민주주의 원리에 반한다.[332]

결국 행정과 행정소송은 준별되어야 하고, 법원의 재판권이 행정에 유보된 판단권한이나 결정권한을 대체하여서는 안 된다. 행정의 자율성은 보장되어야 하고, 행정결정에 대한 책임은 행정이 스스로 지도록 하여야 한다.[333] 즉, 행정의 행위관점(Handlungsperspektive)과 법원의 통제관점(Kontrollperspektive)이 각각 따로 유지되어야 한다.[334]

2. 행정입법에 대한 통제 기능

가. 의의와 종류

일반적으로 '규범통제'(Normenkontrolle)란, 어떤 법규범이 상위법에 합치되는지를 심사하여 그 법규범의 효력 유무 또는 개별 사건에의 적용 여부를 가리는 것을 말한다.[335] 독일에서 광의의 규범통제는 의회가 제정한 법률에 대한 규범통제와 행정부가 제정한 법률 하위의 법규범(행정입법)에 대한 규범통제를 포괄하지만, 이하에서는 행정에 대한 통제 기능이라는 측면에서 행정입법에 대한 규범통제로 범위를 한정하여 살핀다.

규범통제의 이론적 근거로는 한스 켈젠(Hans Kelsen)과 아돌프 메르클(Adolf Merkl)의 이른바 '법질서 단계구조 이론'(Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung)[336]을 들 수 있다. 이 이론의 요지는, 모든 법규범은 상위규범으로부터 효력을 부여받고, 법질서는 근본규범을 정점으로 한 수권관계를 통해 단계구

---

332) Ferdinand Kopp, Individueller Rechtsschutz und öffentliches Interesse in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, BayVBl. 1980, S. 266-267 참조.

333) Eberhard Schmidt-Aßmann, Die Kontrolldichte der Verwaltungsgerichte: Verfassungsgerichtliche Vorgaben und Perspektiven, DVBl. 1997, S. 287-288 참조.

334) Schmidt-Aßmann/Schenk, in: Schoch/Schneider, Einl. Rn. 196 참조.

335) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §26 Rn. 2 참조.

336) Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie: und Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2022, Rn. 272 f. 참조.

조를 구성하므로, 상위규범에 위반되는 하위규범은 논리적으로 모순되는 것이어서 당연히 무효라는 것이다.

이러한 이론적 근거는 법률의 법규창조력, 법률유보와 법률우위를 그 구성요소로 하는 법치국가 원리에 의해 뒷받침된다. 즉, 법원은 상위법에 근거를 둔 적법한 법규범에만 구속되고 헌법이나 법률에 위반되는 법규범에는 구속되지 아니하므로(기본법 제20조 제3항, 제97조 제1항),[337] 법규범이 상위법에 합치되는지를 심사하고 상위법이 하위규범에 관철될 수 있도록 하는 것은 모든 법원의 임무이고, 이는 객관적인 적법성 통제의 한 측면으로 볼 수 있다. 따라서 민사법원이 법률에 근거하여 제정된 명령[338]을 구체적인 민사사건에 적용하기 전에 그 위헌·위법 여부를 심사하는 것과, 행정법원이 구체적인 행정사건에서 행정입법의 위헌·위법 여부를 심사하는 것은 구조적으로 차이가 없다.[339]

그러나 행정소송에서 규범통제가 갖는 비중은 민사소송의 그것보다 훨씬 크다. 실질적 법치주의가 확립된 독일의 현행 헌법질서 하에서는 기본권 및 헌법원리가 실질적 규범력을 가지므로(기본법 제1조 제3항, 제20조 제3항), 헌법이 국가의 통치구조를 규율하는 데 그치지 않고 국가 공권력 행사의 내용도 규율한다. 뿐만 아니라 기본법 제19조 제4항은 행정의 공권력 작용에 대한 포괄적·실효적 권리구제를 규정하고 있고, 행정법원법 제40조 제1항은 헌법쟁송을 제외한 모든 공법상 쟁송을 행정소송의 대상으로 규정하고 있으므로, 행정에 대한 법적 규율의 주된 실현 장소는 행정소송이라고 할 수 있다. 이러한 '행정에 대한 법적 구속'이라는 헌법적 관점으로 말미암아 헌법의 행정법에 대한 규율 밀도는 私法에 대한 그것보다 훨씬 높으므로, 행정소송에서의 규범통제 필요성도 여타 소송에 비해 크다.[340]

---

337) Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG §20 Rn. 146-148; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §26 Rn. 3 참조.

338) 민법전시행법(EGBGB) 제238조 내지 제245조에 포함된 권한위임 규정에 근거하여 연방정부가 소비자 보호를 위해 제정하는 명령을 예로 들 수 있다.

339) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 55-56 참조.

또한 복잡다기한 현대 행정에서 행정입법이 행정목적을 달성하는 주된 수단으로 이용되고 있음을 감안하면, 행정입법에 대한 사법심사는 법적 안정성과 명확성을 제고하고 행정작용의 효과성(Effektivität)과 균질성(Gleichmäßigkeit)을 뒷받침한다. 특히 직접적 규범통제의 경우 수많은 개별처분에 대한 소송을 예방한다는 측면에서 소송경제에도 기여한다.[341] 이러한 점들을 종합해 보면, 행정입법에 대한 법적 통제는 행정소송의 객관적 기능으로서 특별한 의미가 있다.

규범통제는 이론적으로 두 가지 기준에 의해 분류할 수 있다. 우선 법규범에 대한 사법심사가 독립화되어 고유한 소송의 대상이 되는지를 기준으로 하여, 대상규범의 적법·유효성이 직접 소송물이 되어 그 심사결과가 재판서의 주문에 표시되는 것을 '직접적 규범통제'(prinzipale Normenkontrolle)[342]라 하고, 대상규범의 적법·유효성이 별도의 소송물을 심리·판단하기 위한 선결문제가 되어 그 규범의 계쟁 사건에의 적용 여부가 재판서의 이유에 설시되는 것을 '부수적 규범통제'(inzidente Normenkontrolle)라 한다. 다음으로 규범통제가 행해지는 절차적 계기가 무엇인가를 기준으로 하여, 구체적 소송사건에서 대상규범의 적법·유효성이 선결문제가 되어 그에 관한 사법심사가 행하여지는 것을 '구체적 규범통제'(konkrete Normenkontrolle)라 하고, 구체적 사건과 관계없이 대상규범의 적법·유효성에 대한 사법심사가 곧바로 개시되는 것을 '추상적 규범통제'(abstrakte Normenkontrolle)라 한다.[343][344]

---

340) 이 문단의 내용에 관하여는 박정훈, 헌법과 행정법 - 행정소송과 헌법소송의 관계, 서울대학교 법학 제39권 제4호, 1999, 88-94면; Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 56 참조.

341) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §26 Rn. 7; Panzer, in: Schoch/Schneider, VwGO §47 Rn. 3 참조.

342) 직역하면 '본안적 규범통제'가 된다. 국내문헌에서는 본안적/본원적/직접적 통제라는 표현이 혼용되고 있으나, 직접 소송의 대상이 된다는 점을 부각하는 차원에서는 '직접적 규범통제'로 번역하는 것이 가장 적합하다. 박정훈, 행정입법에 대한 사법심사, 행정법연구 제11호, 2004, 127면 참조.

343) 직접적 규범통제에는 구체적 통제와 추상적 통제가 있을 수 있으나, 부수적 규범통제는 본질상 항상 구체적 통제일 수밖에 없다.

독일 행정소송에서 법관이 구체적 소송사건의 선결문제로 행정입법의 적법·유효성을 심사하여 당해 사건에의 적용 여부를 판단하는 부수적·구체적 규범통제는, 비록 명문의 규정은 없지만 앞서 본 기본법 제20조 제3항과 포괄적·실효적 권리구제를 규정한 기본법 제19조 제4항[345]에 의해 헌법적으로 뒷받침된다. 역사적으로도 법률과 그 하위의 행정입법에 대한 법원의 부수적 규범통제는 바이마르공화국 시대부터 일반적으로 인정되어 왔다.[346] 그러나 이를 넘어 행정입법에 대한 직접적인 통제를 가능케 하는 입법과 해석론의 전개는 제2차 세계대전 이후부터 이루어졌다.

나. 행정법원법 제47조의 규범통제절차

행정법원법 제47조의 '규범통제절차'(Normenkontrollverfahren)는, 같은 조 제1항 각 호에 규정된 일정 범위의 행정입법에 대하여 원고적격을 갖는 자연인·법인 또는 행정청의 청구가 있는 경우 고등행정법원이 계쟁 법규정의 유효성을 심사하는 소송절차를 말한다.

종래 미국 점령지역의 州행정법원법(VGG)에는 행정입법에 대한 규범통제절차가 규정되어 있었으나, 다른 州법에는 그러한 소송유형이 없었다. 1960년에 행정법원법이 제정되면서 규범통제절차의 근거규정을 마련하되 제도 도입 여부는 각 州의 선택에 맡겼으나, 1976년에 이르러 구속적 건설계획(Bebauungsplan) 등에 대한 직접적 규범통제를 연방 차원에서 통일적으로 규율하기 위해 법이 개정되었다.[347]

---

344) 이 문단의 내용에 관하여는 Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §26 Rn. 5-6; Panzer, in: Schoch/Schneider, VwGO §47 Rn. 8-9 참조.

345) 원고가 구체적 행정사건에서 헌법과 법률에 위반되는 행정입법의 적용으로부터 벗어나는 것이 실효적 권리구제의 출발점이기 때문이다. Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, Heidelberg 2014, Rn. 1064 참조.

346) Dederer, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG §100 Rn. 3; 박정훈, 행정입법에 대한 사법심사, 행정법연구 제11호, 2004, 127면 참조.

규범통제절차는 행정입법의 적법·유효성 자체를 소송물로 한다는 점에서 직접적 규범통제에 해당하고, 구체적 사건과 관계없이 원고의 소제기로 사법심사가 곧바로 개시된다는 점에서 추상적 규범통제에 해당한다. 또 행정법원법 제47조 제2항이 일정한 원고적격을 요구하는 점에서는 주관소송의 성격을 일부 가지고 있으나, 행정청도 원고가 될 수 있는 점, 본안판단의 대상이 계쟁 법규정의 적법·유효성에 한정되는 점, 심사척도가 원고의 사익을 보호하는 보호규범에 한정되지 않는 점에서 객관소송의 성격을 강하게 띠고 있다.[348] 즉, 규범통제절차는 계쟁 법규정의 영향을 받는 개인의 권리구제를 넘어 법적 안정성을 확보하고 규범적용의 통일성을 높이는 역할을 한다.[349]

행정법원법 제47조 제1항 제1호는 규범통제절차의 대상규범으로 "건설법전(Baugesetzbuch)의 규정에 따라 제정된 조례 및 건설법전 제246조 제2항에 근거한 법규명령"[350]을 규정하고 있는데, 여기에 속하는 것으로는 구속적 건설계획(건설법전 제10조), 형상변경금지 조례(같은 법 제16조), 우선매수권 창설에 관한 조례(같은 법 제25조), 개발부담금 조례(같은 법 제132조) 등이 있다.[351] 다음으로 행정법원법 제47조 제1항 제2호는 규범통제절차의 또 다른 대상규범으로 "州법률의 하위 법규정"을 규정하고 있는데, 다만 州법이 그 법규정을 규범통제의 대상으로 규정하고 있는 경우에 한한다.

규범통제절차의 원고적격에 관하여 행정법원법 제47조 제2항 1문은 "법규

---

347) Ziekow, in: Sodan/Ziekow, VwGO §47 Rn. 1-3; Panzer, in: Schoch/Schneider, VwGO §47 Rn. 1 참조.

348) Ziekow, in: Sodan/Ziekow, VwGO §47 Rn. 34-38; W.-R. Schenke/R. P. Schenke, in: Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 28. Aufl., München 2022, VwGO §47 Rn. 3; 이상덕, 독일 행정법원법에서의 법규명령에 대한 추상적 규범통제, 외국사법연수논집(31), 법원도서관, 2012, 331-333면 참조.

349) Schmidt-Aßmann/Schenk, in: Schoch/Schneider, Einl. Rn. 173 참조.

350) 베를린, 함부르크, 브레멘과 같은 도시州는 건설법전 제246조 제2항에 따라 법규명령에 의해 도시계획을 정할 수 있으므로, 행정법원법 제47조 제1항 제1호 전단과 후단은 실질적으로 대등하다. Ziekow, in: Sodan/Ziekow, VwGO §47 Rn. 80; 이상덕, 앞의 논문, 337면 참조.

351) Ziekow, in: Sodan/Ziekow, VwGO §47 Rn. 75-84; W.-R. Schenke/R. P. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO §47 Rn. 21 참조.

정에 의하여 또는 그 적용에 의하여 자신의 권리가 침해되었거나 가까운 장래에 침해될 것이라고 주장하는 모든 자연인 또는 법인, 그리고 모든 행정청"을 규정하고 있다. 이에 따라 여타의 행정소송과 마찬가지로, 계쟁 법규정으로 인해 권리가 침해되었거나 조만간 침해될 가능성이 있음을 주장하는 자연인·법인에게 원고적격이 인정된다.[352] 한편, 행정청의 경우 자연인·법인과 달리 법문언상 별다른 제한문구가 없고 단순히 "모든 행정청"이라고만 되어 있다. 그러나 행정청을 규범통제절차의 원고로 포함시킨 취지는 행정청이 공익적 견지에서 이해관계 있는 시민보다 원고의 역할을 더 잘 수행할 수 있다는 데 있으므로,[353] 계쟁 법규정의 시행과 관련성이 있거나 업무를 처리함에 있어 그 법규정을 준수해야 하는 행정청만 원고가 될 수 있다는 것이 판례·통설이다.[354]

본안판단의 대상과 심사척도는 규범통제절차의 객관적 통제 기능이 가장 뚜렷하게 드러나는 부분이다. 우선 규범통제절차의 소송물은 계쟁 법규정의 적법·유효성에 한정되고, 원고의 권리침해와 결부되지 않는다. 원고의 권리침해 가능성은 본안 전 단계에서만 판단될 뿐이다.[355] 또한 본안판단의 심사척도는 원고의 사익을 보호하는 이른바 보호규범에 한정되지 않으며, 고등행정법원은 원칙적으로 계쟁 법규정보다 상위에 있는 모든 법규범을 심사척도로 삼아 위법 여부를 판단할 수 있다. 여기에는 연방헌법, 연방법률, 州헌법, 州법률, 州법규명령이 포함되며,[356] 유럽법도 심사척도가 될 수 있다.[357]

---

352) Redeker, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §47 Rn. 28-32; W.-R. Schenke/R. P. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO §47 Rn. 43-82a 참조.

353) Ziekow, in: Sodan/Ziekow, VwGO §47 Rn. 264 참조.

354) 다만, 행정청과 계쟁 법규정 간에 요구되는 이런 특별한 관계를 행정청의 원고적격 문제로 접근하는 견해도 있고, 원고적격은 모든 행정청에 인정하되 권리보호필요성의 문제로 논하는 견해도 있다. 전자의 견해는 Panzer, in: Schoch/Schneider, VwGO §47 Rn. 78; Redeker, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §47 Rn. 34 참조; 후자의 견해는 W.-R. Schenke/R. P. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO §47 Rn. 82, 94; Ziekow, in: Sodan/Ziekow, VwGO §47 Rn. 264-271 참조.

355) Panzer, in: Schoch/Schneider, VwGO §47 Rn. 88 참조.

356) von Albedyll, in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, VwGO §47 Rn. 110

고등행정법원은 변론을 거친 경우에는 판결의 형식으로, 변론을 거치지 않은 경우에는 결정의 형식으로 재판한다(행정법원법 제47조 제5항 1문). 심리 결과 계쟁 법규정이 상위규범에 위반된다고 판단되면 그 법규정의 '무효'를 선언하는데, 무효선언판결은 일반적 구속력, 즉 대세효를 가지며 원칙적으로 소급효를 갖는다(같은 항 2문, 3문). 이처럼 무효선언판결에 대세효가 인정되는 것 역시 규범통제절차의 객관소송적 성격이 드러나는 부분이다. 다만, 유럽법은 이에 위반되는 회원국의 법규정을 무효화하는 것이 아니라 단지 개별 사건에서 우선적으로 적용되는 효력이 있을 뿐이므로, 계쟁 법규정이 유럽법에 위반되는 경우에는 주문에서 '적용불가능'만을 선언한다.[358]

다. 행정입법에 대한 그 밖의 사법적 통제

행정입법에 대한 직접적 통제로서 행정법원법 제47조의 규범통제절차가 마련되어 있긴 하지만, 앞서 본 바와 같이 이 제도의 대상규범은 그 범위가 아주 좁다. 연방의 행정입법은 대상에 포함되지 않고, 각 州의 행정입법도 규범통제 인정 범위가 州별로 상이할 뿐 아니라, 행정법원법 제47조 제1항 제2호에 따른 규범통제 가능성을 전혀 활용하지 않는 州도 있다.[359] 그래서 독일의 판례와 학설은 포괄적 권리구제의 요청을 규정한 기본법 제19조 제4항 또는 행정소송의 대상에 관한 포괄조항인 행정법원법 제40조 제1항을 근거로, 법률상 규범통제절차의 대상이 되지 않는 행정입법에 대한 사법심사 방안을 모색해 왔다.[360]

참조.

357) Redeker, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §47 Rn. 20; Ziekow, in: Sodan/Ziekow, VwGO §47 Rn. 353a 참조.

358) BVerwG, Urteil vom 11.04.2002 - 7 CN 1/02, DVBl. 2002, S. 1127 ff.; Ziekow, in: Sodan/Ziekow, VwGO §47 Rn. 357; Redeker, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §47 Rn. 20 참조.

359) Panzer, in: Schoch/Schneider, VwGO §47 Rn. 15, 20-22; Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, Heidelberg 2014, Rn. 1062 참조.

360) 이에 관한 상세한 내용은 Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, Hei-

규범통제절차의 대상이 되지 않는 행정입법에 대한 사법심사수단으로 그 동안 대략 세 가지가 주장되어 왔다. 즉, ① 규범통제절차의 권리구제 기능에 주목하면서, 기본법 제19조 제4항에 규정된 포괄적 권리구제의 요청에 합치되게 행정법원법 제47조 제1항의 적용범위를 확대해석하여 명문상 규정되지 않은 행정입법도 그 대상으로 포함해야 한다는 견해,[361] ② 행정입법에 대한 규범통제는 실질적으로 헌법쟁송에 해당한다는 이유로 기본법 제93조 제1항 제4a호에 따른 이른바 법규헌법소원에 의하여야 한다는 견해,[362] ③ 집행행위의 매개 없이 직접 시민의 권리를 직접 침해하는 이른바 자기집행적 행정입법에 대하여는 행정법원법 제43조의 확인소송을 제기하여 그 선결문제로서 구체적 규범통제를 받는 방법에 의하여야 한다는 견해[363]가 그것이다.

학계의 다수와 판례[364]는 세 번째 견해를 지지하면서, 위 ①의 견해에 대하여는 행정법원법 제47조 제1항의 명문에 어긋나게 적용범위를 확대하는 것은 해석의 한계를 넘는다는 이유로,[365] 위 ②의 견해에 대하여는 자기집행적 행정입법에 대하여 확인소송을 제기하여 그 선결문제로 구체적 규범통제

---

delberg 2014, Rn. 1063-1097; Gerhardt, in: Schoch/Schneider, VwGO §47 Rn. 12; Pietzcker, in: Schoch/Schneider, VwGO §43 Rn. 25-25a; 박정훈, 행정입법에 대한 사법심사, 행정법연구 제11호, 2004, 140-141면 참조.

361) Olaf-Roman B. von Engelhardt, Der Rechtsschutz gegen Rechtsnormen: Eine konkurrenzdogmatische Untersuchung aus der Sicht des Verhältnisses von Anfechtungsklage (§§ 42, 113 VwGO) und verwaltungsgerichtlicher prinzipaler Normenkontrolle (§ 47 VwGO), Berlin 1971, S. 244-262; Walter Frenz, Der Rechtsschutz gegen unmittelbar beeinträchtigende Normen, BayVBl. 1993, S. 483-492 참조.

362) Ziekow, in: Sodan/Ziekow, VwGO §47 Rn. 8-10, 20; Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, Heidelberg 2014, Rn. 131, 1063 참조.

363) Thomas Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, München 2011, Rn. 440; Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, München 2016, §18 Rn. 8; Pietzcker, in: Schoch/Schneider, VwGO §43 Rn. 25; Wilfried Peters, Zur Zulassigkeit der Feststellungsklage (§ 43 VwGO) bei untergesetzlichen Normen, NVwZ 1999, S. 506-507 참조.

364) BVerwG, Urteil vom 08.09.1972 - IV C 17/71, BVerwGE 40, 323; BVerfG, Beschluss vom 24.02.1999 - 1 BvR 167－99, NJW 1999, 2031 참조.

365) Panzer, in: Schoch/Schneider, VwGO §47 Rn. 15 참조.

를 받는 경우 헌법소원의 보충성(연방헌법재판소법 제90조 제2항)으로 말미암아 헌법소원이 허용되지 않는다는 이유로[366] 각각 비판을 가한다. 통설·판례에 의하면, 예를 들어 어떤 구체적인 행위를 금지·제한하는 행정입법이 있는 경우 원고는 그 행위를 하지 아니할 의무의 부존재 확인을 구하는 소를 제기하면서 선결문제로 계쟁 행정입법의 무효를 주장할 수 있다. 다만, 확인소송에 의할 경우 행정법원법 제47조의 규범통제절차와 달리 계쟁 행정입법의 위법성에 관한 판단이 대세적 효력을 갖지 못한다는 한계가 있다.[367]

한편, 판례와 학설은 행정행위의 거부 및 부작위에 대한 재판상 구제수단으로 의무이행소송이 마련되어 있는 것에 대응하여, 기본법 제19조 제4항의 포괄적 권리구제 요청을 구현하는 차원에서 행정입법 부작위에 대한 재판상 구제수단도 모색해 왔다.[368]

오늘날 독일 학계의 대다수는 명문의 규정이 없다 하더라도 행정입법의 제정을 구하는 소송이 가능하다고 본다.[369] 다만, 그 구체적인 방법론은 여러 가지 견해로 나뉘는데, ① 새로운 행정입법의 제정을 구하기 위한 소송수단은 행정법원법에 마련되어 있지 않고, 다만 불완전한 행정입법의 보완을 구하는 소송은 행정법원법 제47조를 유추적용하여 규범통제절차에 의하여야 한다는 견해,[370] ② 행정행위 이외의 행정작용에 대한 소송유형 중 행정행위의 부작위에 대한 의무이행소송에 대응되는 유형이 일반이행소송이므로, 행

---

366) Wilfried Peters, Zur Zulassigkeit der Feststellungsklage (§ 43 VwGO) bei untergesetzlichen Normen, NVwZ 1999, S. 506-507; Thomas Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, München 2011, Rn. 440 참조.

367) Panzer, in: Schoch/Schneider, VwGO §47 Rn. 12; Pietzcker, in: Schoch/Schneider, VwGO §43 Rn. 25 참조.

368) 이른바 행정입법제정소송에 관한 상세한 내용은 Thomas Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, München 2011, Rn. 690-713; Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, München 2016, §20 Rn. 1-11; 박정훈, 행정입법에 대한 사법심사, 행정법연구 제11호, 2004, 141-147면 참조.

369) Thomas Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, München 2011, Rn. 696 f.; Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, München 2016, §20 Rn. 2-3 참조.

370) Angelika Hartmann, Zum Anspruch auf Erlaß untergesetzlicher Normen im öffentlichen Recht, DÖV 1991, S. 62-67 참조.

정입법 부작위에 대한 재판상 구제도 일반이행소송에 의하여야 한다는 견해,[371] ③ 권력분립 원리상 행정의 입법재량에 대한 개입은 필요최소한에 그쳐야 하므로, 일반이행소송이 아니라 확인소송에 의하여야 한다는 견해,[372] ④ 일반이행소송의 형태와 확인소송의 형태를 모두 허용해야 한다는 견해[373] 등으로 대별할 수 있다. 연방행정법원은 확인소송의 형태로 행정입법의 제정을 구하는 소송을 허용하였다.[374]

3. 법형성 기능

가. 법형성을 통한 객관적 통제

고전적인 법학방법론에 따르면, 법관의 법획득(Rechtsgewinnung)은 법발견(Rechtsfindung)과 법형성(Rechtsfortbildung)이라는 두 가지 방법에 의해 이루어진다. '법발견'이란 법관이 법규범을 문언의 가능한 의미에 충실하게 해석함으로써 구체적인 개별 사건에 적용할 법을 찾아내는 것을 말하고, '법형성'이란 법규범에 흠결이나 공백이 있어 개별 사건에 적용할 법이 법률문언의 가능한 의미 속에 존재하지 않는 경우 '법으로 인식되어야 하는 것', 다시 말해 법관이 '있어야 한다'고 판단하는 법을 헌법이나 다른 법규범을 매개로 만들어 내는 것을 말한다.[375]

---

371) Pietzcker/Marsch, in: Schoch/Schneider, VwGO §42 Abs. 1 Rn. 160; Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, München 2016, §20 Rn. 6-9 참조.

372) Thomas Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, München 2011, Rn. 704 f. 참조.

373) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §26 Rn. 31 참조.

374) BVerwG, Urteil vom 03.11.1988 - 7 C 115/86, BVerwGE 80, 355; BVerwG, Urteil vom 07.09.1989 - 7 C 4/89, NVwZ 1990, 162 참조.

375) 이 문단의 내용에 관하여는 Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin · Heidelberg 1995, S. 143-145, 187-188; Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl., Stuttgart 2018, S. 245-248; 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 2005, 116-117면, 127-128면; 김영환, 한국에서의 법학방법론의 문제점 - 법발견과 법형성: 확장해석과 유추, 축소해석과 목적론적 축소 간의 관계를

독일 헌법상 사법권은 법관에게 맡겨져 있고(기본법 제92조), 사법은 '법률과 법'(Gesetz und Recht)에 구속된다(기본법 제20조 제3항). 그러므로 법관은 법규범에 공백이 있다 하더라도 재판을 거부할 수 없고, 재판의 실질적 합리성을 보장하기 위하여 법형성을 통해 규율의 공백을 메워야 한다.[376] 따라서 법형성은 사법의 정당한 권한이자 임무이고, 민사법원과 행정법원에 공통으로 인정되는 기능이다.[377]

법관의 법형성은 기본적으로 개별 사건에 적용할 법을 만드는 것이고, 법관이 이를 넘어서 일반적 구속력을 갖는 새로운 법규범을 만들어 낼 권한은 없다.[378] 그러나 법관이 개별 사건에서 재판이유의 합리성을 담보하기 위해 정립하는 법명제(Rechtssatz)는 다른 동종 사건에도 적용될 수 있는 이른바 보편화능력(Verallgemeinerungsfähigkeit)을 지닌다.[379] 법명제가 논리적 힘을 가지려면 하나의 특수한 사안에만 적용 가능한 것이 아니라 유사한 다른 사안에도 적용될 수 있는 것이어야 하기 때문이다. 이처럼 법관이 법형성을 통해 만든 보편화능력을 지닌 법명제가 판례로 축적된 것을 '법관법'(Richterrecht)이라 하는데, 독일에서는 판례의 법적 구속성이 인정되지 않으므로 법관법이 법의 효력근거가 될 수는 없지만, 법관이 '있어야 한다'고 판단한 법, 즉 '법의 규범적 인식근거'라는 차원에서는 法源으로 승인되고,[380] 객관적 법질서

중심으로, 법철학연구 제18권 제2호, 2015, 137-138면 참조.

376) Paul Kirchhof, Richterliche Rechtsfindung, gebunden an „Gesetz und Recht", NJW 1986, S. 2275-2277; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin · Heidelberg 1995, S. 189 f.; Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, Stuttgart 2018, S. 243, 247-248 참조.

377) Werner Hoppe, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1975, S. 686-687; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §1 Rn. 16, §7 Rn. 16; Eberhard Schmidt-Aßmann, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: FS-Menger, 1985, S. 118-119 참조.

378) Claus Dieter Classen, Funktional ausdifferenzierte Rechtsprechungskompetenzen?, JZ 2007, S. 53 참조.

379) Larenz/Canaris, a.a.O., S. 71 참조.

380) '법의 규범적 인식근거'의 의미와 3단계의 판례법에 관한 상세한 내용은 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 2005, 113-117면, 127-129면 참조.

의 일부가 된다.[381]

특히 행정사건 판결에서는 법명제의 정립에 영향을 미친 모든 형량요소와 관점들이 서술되고 법형성 과정에서 행하여진 가치형량 및 이익형량의 타당성이 논증되는데,[382] 소송상 피고로서 행정사건에 관여하는 행정은 이러한 법형성의 결과물을 반복적으로 접하게 되므로, 행정판례는 행정에 대하여 이른바 '교육 기능'(edukatorische Funktion)을 갖는다.[383] 이런 점에서 법관의 법형성 기능은 행정에 대한 객관적 통제 기능의 하나로서 의미를 지닌다.

나. 행정소송에서 법형성이 갖는 특징

법형성 기능은 모든 재판분야에 걸쳐 인정되는 것이지만, 특히 행정소송에서 다음과 같은 고유한 특징을 갖는다.

첫째, 행정소송에서의 법형성은 그동안 행정법 발전의 견인차 역할을 해왔다. 역사적으로 볼 때 연방행정절차법(이하 '행정절차법'이라 한다) 제정 이전의 일반행정법, 경찰행정법 등 독일 행정법의 거의 모든 개념과 이론들이 판례에 의해 정립되었다.[384] 제2차 세계대전 이후 행정법을 새로운 헌법질서에 맞게 재구성하고 수정하는 것도 행정소송의 임무였다.[385] 오늘날 행

---

381) Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., Berlin 2016, §2 Rn. 14 ff.; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin · Heidelberg 1995, S. 252-261; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie: und Juristische Methodenlehre, München 2022, Rn. 235-242, 822 참조.

382) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 70; 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 2005, 129-130면 참조.

383) Werner Hoppe, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1975, S. 686 f.; Veith Mehde, Verwaltungskontrolle als Daueraufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Die Verwaltung 2010, S. 381 f.; Eberhard Schmidt-Aßmann, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: FS-Menger, 1985, S. 114 참조.

384) Thomas Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, München 2011, Rn. 8; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie: und Juristische Methodenlehre, München 2022, Rn. 835; Schmidt-Aßmann/Schenk, in: Schoch/Schneider, Einl. Rn. 175; 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 2005, 126-127면 참조.

정법의 성문화가 상당한 수준에 다다른 후에는 이러한 역할이 줄어들었으나, 환경행정법과 같이 아직 생성 중인 특별행정법 영역이나 민영화, 비공식적 행정작용 등과 같이 근래에 대두된 현상에 관하여는 여전히 법형성을 통한 법명제의 정립이 요구된다.[386] 요컨대, 행정소송의 법형성 기능은 행정법을 사회변화에 발맞추게 하고 법질서에 생동력을 불어넣는 역할을 한다.[387]

둘째, 법형성 기능은 조화로운 행정법 체계를 추구한다. 행정법은 기본적으로 통일성 있고 완결적이며 조화로운 하나의 체계를 지향한다.[388] 그런데 유럽법, 연방법, 州법에 이르기까지 다양한 층위의 입법자들이 개별 분야에서 입법활동을 함에 따라 개개의 규범이 서로 모순·충돌하거나 일관성을 잃게 될 위험이 있다. 그러므로 행정소송은 법형성을 통해 개개의 행정법규를 일관성 있게 적용하고 그것들이 전체 법체계 내에서 조화를 이루게 함으로써 행정법질서를 수호한다.[389]

---

385) Reinhard Mußgnug, Das allgemeine Verwaltungsrecht zwischen Richterrecht und Gesetzesrecht, in: Richterliche Rechtsfortbildung: Erscheinungsformen, Auftrage und Grenzen, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, hrsg. von den Hochschullehrern der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, S. 210 f.; Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Beitrag der Gerichte zur verwaltungsrechtlichen Systembildung, VBlBW 1988, S. 384-385 참조.

386) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 66 참조.

387) Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Beitrag der Gerichte zur verwaltungsrechtlichen Systembildung, VBlBW 1988, S. 384-386; Schmidt-Aßmann/Schenk, in: Schoch/Schneider, Einl. Rn. 175; Thomas Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, München 2011, Rn. 7 참조.

388) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Berlin·Heidelberg 2006, Kap. 1 Abs. 7; ders., Der Beitrag der Gerichte zur verwaltungsrechtlichen Systembildung, VBlBW 1988, S. 381-382, 385-386; Jakob Nolte, a.a.O., S. 67 참조.

389) Winfried Brohm, Zum Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit, NJW 1984, S. 10; Eberhard Schmidt-Aßmann, Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht, DVBl. 1993, S. 924-928; Schmidt-Aßmann/Schenk, in: Schoch/Schneider, Einl. Rn. 175 참조.

셋째, 행정재판권의 법형성 권한은 앞서 행정통제 기능 전반에 관하여 본 것과 마찬가지로 권력분립 원리와 민주주의 원리에 따른 한계가 있다. 우선 사법에 대한 법률과 법의 우위(기본법 제20조 제3항) 및 기본권의 법률유보로 말미암아 입법부와의 관계에서 한계가 그어진다. 즉, 행정에 대한 법적 구속의 내용을 정하는 입법권은 직접적인 민주적 정당성을 갖는 의회에 있고,[390] 입법자의 의도에 반하거나 법률 내용을 수정하는 법관의 법형성은 허용되지 않는다.[391]

그런데 행정재판권의 경우 행정부와의 관계에서 또 하나의 한계가 그어진다. 행정소송은 제2권력인 행정부가 행한 행정작용의 적법성과 한계를 심판대상으로 하므로, 권력분립 원리상 행정부의 1차적 판단권을 존중하여야 한다.[392] 그런데 입법부가 제정한 행정법 규범에 흠결이나 공백이 있을 때 그 공백을 1차로 메우는 것은 당해 규범을 적용하여 행정작용을 하는 행정부의 임무이고, 이를 위해 행정부는 기본법 제80조 제1항에 따라 법규명령 제정권을 위임받을 수 있다. 또 법규명령 제정권을 수권받은 연방정부 또는 州정부는 직·간접적으로 민주적 정당성을 부여받는다.[393] 결국 행정법원은 입법부의 입법권뿐 아니라 행정부의 1차적 법형성 권한도 존중해야 하므로, 경우에 따라서는 민사법원보다 법형성 권한 범위가 좁을 수 있다.[394]

---

390) Jörn Ipsen, Verfassungsrechtliche Schranken des Richterrechts, DVBl. 1984, S. 1105-1106; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §5 Rn. 16-17; Gerd Roellecke, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Grenzbereich zur Gesetzgebung, NJW 1978, S. 1777-1779 참조.

391) Jörn Ipsen, a.a.O., S. 1104-1105 참조.

392) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §5 Rn. 5 참조.

393) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34, 1976, S. 229-231; Winfried Brohm, Zum Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit, NJW 1984, S. 12 참조.

394) Jörn Ipsen, a.a.O., S. 1105 f.; Gerd Roellecke, a.a.O., S. 1780; Christian Starck, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, VVDStRL 34, 1976, S. 81-83; Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 69-70 참조.

제3절 심판 기능과 분쟁조정 기능

1. 심판에 의한 분쟁해결의 강조

구체적인 법적 분쟁이 발생한 경우에 당사자가 쟁송을 제기하면, 독립적 지위를 가진 재판기관이 중립적 입장에서 법을 적용하여 그 분쟁을 해결하는 작용을 실질적 의미의 '司法'(Rechtsprechung)이라 한다.[395] 즉, 당사자의 분쟁이 원인이 되어 독립된 제3의 기관이 주재하는 재판이 시작되고, 재판절차를 거쳐 구속력 있는 결정이 내려지면 분쟁이 해결되어 법적 평화가 달성되는데, 이를 소송의 '분쟁해결 기능'(Konfliktlösungsfunktion) 또는 '평화회복 기능'(Befriedungsfunktion)이라고 한다.[396]

재판절차에서는 당사자의 권리를 보호하고 객관적 법질서를 수호하는 것만큼이나 갈등을 해소하고 법적 평화를 회복하는 것도 중요하며, 그것 자체가 소송의 목적 중 하나로 인정된다.[397] 독일의 행정소송이 갖는 주관적 권리구제 기능이나 객관적 통제 기능은 헌법(기본법 제19조 제4항, 제20조 제3항)이나 법률(행정법원법 제42조 제2항, 제113조 제1항 1문)에서 실정법적 근거를 찾을 수 있지만, 분쟁해결 기능은 '사회적 법치국가'라는 일반 헌법원리에서 도출되는 것으로 설명된다.[398] 분쟁해결 기능도 국가의 폭력독점에 따른 결과의 하나라고 할 수 있다. 분쟁을 개인의 자력구제로 해결하는 것이

---

395) Schulze-Fielitz, in: H. Dreier(Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. III, 3. Aufl., Tübingen 2018, GG Art. 92 Rn. 25-29; Hillgruber, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG §92 Rn. 45-49 참조. '사법'의 개념 정의를 둘러싼 각종 쟁점과 다양한 층위의 논의에 관하여는 Andreas Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter: zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG, München 1993, S. 69-86 참조.

396) Thomas Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, München 2011, Rn. 9; Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1974, S. 3-4 참조.

397) Schmidt-Aßmann/Schenk, in: Schoch/Schneider, Einl. Rn. 165; Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1974, S. 3-4 참조.

398) Thomas Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, München 2011, Rn. 9 참조.

금지되는 것에 대한 반대급부로 국가가 분쟁해결수단을 제공해야 하기 때문이다.[399]

그런데 앞서 본 실질적 의미의 司法 개념 중 주목해야 할 점은 '법을 적용하여' 분쟁을 해결한다는 것이다. 여기서 법을 적용한다는 것은 구체적인 법적 분쟁에 적용되어야 할 법을 발견하고 선언함으로써 구속력 있는 결정을 내리는 것을 의미하는데, 이를 다른 말로 '법적 쟁송에 대한 심판'(Rechtsstreitentscheidung)이라 한다.[400] 이것이 바로 사법을 여타의 분쟁해결수단과 구별 짓는 개념적 징표다. 즉, 사법은 독립된 재판기관이 권위를 가지고 개별 사건에서 무엇이 법적으로 올바른 것인지를 확인하는 결정이라고 할 수 있다.[401] 이러한 사법의 심판 기능을 보장하기 위해 기본법 제97조 제1항과 법원조직법 제1조는 법관의 독립성 일반을 보장하고 있고, 행정법원법 제1조는 특히 행정재판권과 관련하여 행정에 대한 법관의 독립성을 보장하고 있다. 또 기본법 제97조 제1항과 법원조직법 제1조에서 법관이 오로지 법률에만 구속된다고 규정하고 있는 것은, 사법의 분쟁해결이 원칙적으로 법의 적용을 통해 이루어져야 함을 나타내는 것이다.[402]

법적 쟁송을 심판하는 것이 사법의 본질적 특징이라는 점은 민사소송이나 행정소송이나 차이가 없다. 이것은 양 소송의 관할조항을 보아도 알 수 있다. 예를 들어, 법원조직법 제13조는 "민사법상의 쟁송(bürgerliche Rechtsstreitigkeiten), 가사사건, 비송사건 및 형사사건"은 원칙적으로 일반법원에 관할이 있다고 규정하고 있고, 행정법원법 제40조 제1항은 앞서 본 것처럼 "헌법적

---

399) Hans Friedhelm Gaul, Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP 1968, S. 59; Hillgruber, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG §92 Rn. 11 참조.

400) Schmidt-Aßmann/Schenk, in: Schoch/Schneider, Einl. Rn. 34; Schulze-Fielitz, in: H. Dreier, Bd. III, GG Art. 92 Rn. 26 참조.

401) Norbert Achterberg, Der Begriff „Rechtsprechung im materiellen Sinne", in: FS-Menger, 1985, S. 130 ff.; Werner Hoppe, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1975, S. 686; Christian Starck, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, VVDStRL 34, 1976, S. 65-67 참조.

402) Christian Starck, a.a.O., S. 65-66; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §5 Rn. 2-3 참조.

성격을 갖지 않는 모든 공법상 쟁송(öffentlich-rechtliche Streitigkeiten)"에 관하여 행정법원이 원칙적으로 관할을 갖는다고 규정하고 있다. 즉, 법원이 대립당사자 사이에서 구체적인 법적 분쟁을 심리·판단한다는 점이 공통으로 전제되어 있다.[403] 다만, 양 소송을 비교해 보면, 행정소송에서 심판에 의한 분쟁해결이 상대적으로 더 강조되는데, 이는 민사소송과 행정소송의 목적과 절차적 성격이 다르기 때문이다.

민사소송의 최우선 목적은 재판을 통한 개인의 권리구제이지만, 그에 못지않게 '화해를 통한 분쟁해결'(gütliche Streitbeilegung)도 중요한 소송원칙으로 강조된다. 독일의 판례와 통설이 이해하는 재판청구권(Justizanspruch)이란, 법원에 대하여 당사자의 소제기를 거부하지 아니하고 법률이 정한 절차에 따라 사건을 충실히 심리한 후 그 내용이 무엇이든 간에 신속하게 판결하여 줄 것을 요구할 권리이지, 반드시 자기에게 유리한 판결 또는 본안판결을 요구할 권리가 아니다.[404] 이런 점에서 민사소송의 목적을 "법관이 탐구하고 구체화한 실체법에 근거하여 시민사회의 각종 분쟁을 중재하는 것"으로 파악하기도 한다.[405] 또 일도양단의 결론을 내리기보다는 분쟁당사자가 상호 양보하여 타협책을 마련하는 것이 서로의 권익에도 더 도움이 될 수 있고, 화해를 통한 분쟁해결은 당사자의 수용성을 높여 진정한 법적 평화가 달성되도록 한다.[406]

이런 이유로 민사소송에는 과거 또는 현재의 법률관계에 대한 심판이 아니라 장래를 향하여 이해관계를 조정하거나 법률관계를 형성하기 위한 절차가

---

403) Norbert Achterberg, Der Begriff „Rechtsprechung im materiellen Sinne", in: FS-Menger, 1985, S. 136 참조.

404) Rauscher, in: MüKo ZPO, Bd. I, München 2020, Einl. Rn. 18-19; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §3 Rn. 1-9 참조.

405) Eike Schmidt, Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomik, Frankfurt a.M. 1973, S. 34 참조.

406) Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, 30. Aufl., München 2011, §1 Rn. 12 f.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §1 Rn. 18 f.; Rauscher, in: MüKo ZPO, Bd. I, München 2020, Einl. Rn. 9; Prütting, in: MüKo ZPO, Bd. I, München 2020, §278 Rn. 1-5 참조.

마련되어 있다. 예컨대, 민사소송법 제278조 제1항은 화해를 통한 분쟁해결이 민사소송의 일반원칙임을 선언하고 있고, 수소법원의 화해변론(민사소송법 제278조 제2항 내지 제4항)이나 화해전담판사에 의한 법원 내 조정(같은 법 제278조 제5항)과 같은 조정·화해 제도가 마련되어 있다.[407] 또 비송사건과 같이 법원이 합목적적 재량에 의하여 법률관계나 권리·의무를 적극적으로 형성해 나가는 절차도 있다.

반면에 행정소송에서는 개인의 권리구제 이외에 행정에 대한 객관적 통제에 방점이 찍힌다. 독일 행정소송이 기본적으로 주관소송적 구조를 띠고 있기는 하나, 원고적격의 확대, 집단적 분쟁해결 절차의 마련, 행정입법에 대한 규범통제 등에 있어 객관소송적 요소를 지니고 있다는 점은 상술한 바와 같다. 이처럼 행정의 적법성을 통제함으로써 객관적 법질서를 수호하고 공익을 실현하는 것이 행정소송의 중요한 기능인데, 이 기능을 수행하기 위해서는 행정으로부터 독립된 법원이 권위를 가지고 계쟁 행정작용이 법에 어긋나는지 그렇지 않은지를 심사하여 구속력 있는 결정을 내리는 것이 필요하다.

행정소송의 절차적 성격도 심판에 의한 분쟁해결을 더 강조케 하는 요인이다. 행정소송은 행정작용을 그 대상으로 삼는다. 그런데 모든 행정작용은 행정절차를 거쳐 성립되어 상대방에게 통지되거나 계약의 형식으로 체결되면 그로써 효력을 발생한다. 특히 행정행위는 행정법의 해석·적용에 관한 권위있는 결정으로서, 법적 안정성의 관점에서 그에 대한 상대방이나 이해관계인의 신뢰를 보호할 필요가 있으므로, 설령 행정행위에 하자가 있더라도 그것이 무효에 이를 만한 것이 아닌 한 취소·철회·실효되기 전까지는 효력이 유지된다(행정절차법 제43조).[408] 행정소송은 이처럼 이미 존재하며 효력을 갖고 있고 쟁송의 제기가 없다면 최종 결정으로 자리매김하였을 행정작용에

---

407) Engers, in: Hannich/Meyer-Seitz, ZPO-Reform 2002 mit Zustellungsreformgesetz, München 2002, ZPO §§ 278, 279 Rn. 3-58 참조.

408) 이것이 바로 우리나라에서 이른바 '공정력'이라고 부르는, 단순위법의 하자에도 불구하고 발생하는 잠정적 통용력이다. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 13. Aufl., München 2017, §48 Rn. 37 참조.

대한 사법심사 절차이다. 즉, 행정소송은 행정작용의 연장이 아니라, 행정작용의 적법성에 대한 다툼이 있을 때 이를 '사후적 · 억제적으로'(nachträglich und repressiv) 통제하고 교정하는 역할을 한다.[409] 이러한 절차적 성격 때문에, 행정소송에는 민사소송과 달리 장래를 향하여 법률관계나 권리 · 의무를 적극적으로 형성해 나가는 절차가 없거나 극히 드물다.[410]

결국 위와 같은 행정소송의 목적과 절차적 성격에 비추어 보면, 심판에 의하지 않는 화해적 분쟁해결이 행정소송에서 통상적으로 추구해야 할 방안이라 하기는 어렵다. 오히려 행정소송의 본질에 충실한 분쟁해결 방안은 법을 적용하여 쟁송을 심판하는 것이다. 따라서 행정소송에서 화해를 통한 분쟁해결은 근거규정이 있는 경우에 한하여 그 규정이 정한 바에 따라서만 가능하며, 심판에 의한 분쟁해결을 대체할 수 없다.[411]

2. 행정소송에서 분쟁조정 기능의 한계

독일 행정소송에서 심판에 의한 분쟁해결이 중심을 이룬다고 해서, 화해를 통한 분쟁해결이나 분쟁조정 기능이 도외시되는 것은 아니다. 오히려 행정법원법 제106조는 행정소송에서 일정한 요건과 절차에 따라 재판상화해를 할 수 있다고 명문으로 규정하고 있다. 독일의 행정소송은 기본적으로 개인의 권리구제를 최우선 목적으로 하는 주관소송적 성격을 띠므로, 원고가 자신의 권리를 일부 양보하여 재판상화해를 성립시키는 것도 논리적으로 당연히 가능하다.[412] 특히 오늘날 대규모 사업계획이나 도시계획과 같이 다수의 이해관계인이 존재하는 복잡한 행정작용에서는 전통적인 시민과 행정의 대립구

---

409) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §5 Rn. 6 참조.

410) Norbert Achterberg, Der Begriff „Rechtsprechung im materiellen Sinne“, in: FS-Menger, 1985, S. 137-141 참조.

411) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 73-74 참조.

412) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §30 Rn. 2, §36 Rn. 17 참조.

도를 넘어 여러 개인과 집단의 사익이 서로 대립·충돌하는 양상이 벌어지고 있고, 이러한 상황에서 행정소송의 분쟁조정 기능이 더욱 주목받고 있다.[413]

그런데 이러한 분쟁조정 기능은 자칫 행정소송의 다른 기능 및 법원칙과 충돌할 소지가 있다. 우선 소송관계인들 간의 이해관계를 조정하여 화해가 성립되면 계쟁 행정작용의 위법성에 관한 판단이 이루어질 여지가 없으므로, 객관적인 적법성 통제는 더 이상 수행될 수 없다.[414] 또한 행정작용에 위법 소지가 있음에도 행정소송 단계에서 시민과 행정의 타협을 통해 분쟁이 해결될 경우, 행정작용을 발하는 단계에서 행정에 대한 법적 구속이 약해질 우려가 있다.[415]

그리고 관점에 따라서는 화해를 통한 분쟁해결이 개인의 권리구제 기능과 충돌할 여지도 있다. 원고가 화해에 만족하고 더 이상의 소송 진행을 단념하였다는 측면에서 보면 권리구제가 달성되었다고 할 수도 있으나, 원고가 계쟁 행정작용의 위법 여부에 관한 법원의 종국판단을 받지 못하는 점, 행정보다 열세에 있는 시민의 입장에서 소송상 리스크를 고려하여 화해에 응하는 것일 수도 있는 점 등을 감안하면, 권리구제에 미흡한 측면이 있다고 볼 수도 있다.[416]

또한 행정이 계쟁 행정작용에 이르기까지 밟아나가는 의사결정 과정이 행정소송상 화해의 와중에 재판절차로 사실상 이전되는 효과가 나타날 수 있는데, 이러한 현상은 다른 헌법원리와 충돌할 여지가 있다. 원래 행정은 행정절차를 통해 관계인들의 의견을 청취하고 여러 요소를 형량·평가하는 과

---

413) Winfried Brohm, Zum Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit, NJW 1984, S. 13 f.; Eberhard Schmidt-Aßmann, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: FS-Menger, 1985, S. 120 f.; Schmidt-Aßmann/Schenk, in: Schoch/Schneider, Einl. Rn. 176 참조.

414) Winfried Brohm, Die staatliche Verwaltung als eigenständige Gewalt und die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1986, S. 328-329 참조.

415) Thomas Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, München 2011, Rn. 10 참조.

416) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 74 참조.

정을 거쳐 행정작용을 발하게 된다. 그런데 행정소송에서 피고 행정청이 법원의 주재 아래 원고 또는 참가인과 머리를 맞대고 화해를 위한 교섭을 하다 보면, 행정작용 전에 거쳤던 위와 같은 과정이 되풀이될 수 있고, 이는 행정소송의 행정통제 기능에 한계가 그어지는 것과 같은 맥락에서 권력분립 원리와 민주주의 원리에 반할 소지가 있다.[417]

즉, 행정부는 입법부가 정해놓은 대략적인 형성여지 속에서 행정결정을 발할 권한을 갖는다. 그리고 의원내각제 국가인 독일에서 행정부는 민주적 정당성을 지닌 의회와의 인적 연결고리, 내각의 의회에 대한 책임 등을 통해 간접적인 민주적 정당성을 가지며, 이를 기반으로 형성임무를 수행한다.[418] 반면에 행정법원은 독립성이 보장되고 오로지 법률에만 구속되지만,[419] 법형성을 할 수 있는 범위가 좁을 뿐만 아니라 입법부를 대신하여 규범을 제정할 권한이 없고, 행정을 대신하여 정치적 행위를 하거나 타협적인 결정을 내릴 권한도 없다.[420] 따라서 행정소송은 제2의 행정절차가 되어서는 안 되고, 행정소송에서의 화해를 통한 분쟁해결이 행정의 의사결정 과정을 보조하거나 대체하여서는 아니 된다.[421]

---

417) Rupert Scholz, Verwaltungsverantwortung und -gerichtsbarkeit, VVDStRL 34, 1976, S. 160 f. 참조.

418) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34, 1976, S. 229-231; Winfried Brohm, Zum Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit, NJW 1984, S. 12; ders., Die staatliche Verwaltung als eigenständige Gewalt und die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1986, S. 329-331 참조.

419) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34, 1976, S. 233-237 참조.

420) Schmidt-Aßmann/Schenk, in: Schoch/Schneider, Einl. Rn. 177; Ferdinand Kopp, Individueller Rechtsschutz und öffentliches Interesse in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, BayVBl. 1980, S. 265 ff.; Eberhard Schmidt-Aßmann, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: FS-Menger, 1985, S. 121 f. 참조.

421) Fritz Ossenbühl, Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung, DÖV 1980, S. 552; Eberhard Schmidt-Aßmann, Aufgaben- und Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit vor dem Hintergrund der Verwaltungsrechtsentwicklung, VBlBW 2000, S. 51-52; Wolf-Rüdiger Schenke, „Reform“ ohne Ende: Das Sechste Gesetz zur

이처럼 행정소송의 분쟁조정 기능은 법치국가 원리, 권력분립 원칙 및 민주주의 원리로 인한 한계가 있으며, 이는 행정법원법에 규정된 재판상화해의 요건과 한계를 논하거나 민사소송법의 소송상화해 규정의 준용 여부를 검토할 때 중요한 기준이 된다.

제4절 소결

독일 행정소송은 행정의 공권력 작용에 대한 포괄적·실효적 권리구제를 천명한 기본법 제19조 제4항으로 말미암아 민사소송과 마찬가지로 개인의 권리구제를 최우선 목적으로 삼고 있다. 행정법원법이 취소소송의 원고적격과 본안요건에서 모두 '권리침해'를 요구하는 것은 주관적 권리구제 기능을 핵심에 놓고 있음을 드러내는 것이다.

그러나 행정소송은 민사소송과 달리 또 하나의 중요한 기능을 수행하는데, 바로 행정에 대한 통제 기능이다. 비록 객관적인 적법성 통제가 주관적 권리구제의 부수적 결과에 불과하다는 것이 독일 행정법학의 기본적 시각이기는 하지만, 그럼에도 객관적 통제 기능이 행정소송의 주된 기능이라는 데에는 이론이 없다. 오히려 다양한 공익과 사익이 얽혀있는 복잡다기한 현대 행정에서는 객관적 통제 기능의 중요성이 더욱 커지고 있는데, 공익 수호를 위한 원고적격의 확대, 집단적 분쟁해결 절차, 직접적 규범통제절차 등에서 이를 확인할 수 있다.

또한 행정소송에서 법관의 법형성은 행정에 대한 일종의 교육 기능을 수행하고 조화로운 행정법 체계가 구축되도록 하는데, 이러한 기능도 큰 틀에서 객관적 통제 기능에 속한다. 아울러 법을 해석·적용하여 쟁송을 종국적으로 심판하는 것은 사법권의 공통된 특성이지만, 행정에 대한 사후적·법적 통제

Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze (6. VwGOÄndG), NJW 1997, S. 86 참조.

를 본질로 하는 행정소송에서는 이러한 심판 기능의 중요성이 더욱 강조된다. 한편, 행정소송도 분쟁조정 기능을 수행하기는 하지만, 법치국가 원리, 권력분립 원리 및 민주주의 원리로 인하여 민사소송과 달리 뚜렷한 한계가 그어진다.

행정소송의 이러한 기능상 독자성은 행정실체법과의 기능적 연관성 속에서 도출되는 것이다. 소송법은 실체법이 제대로 실현될 수 있도록 설계되며, 주관적으로는 실체법에 규정된 권리가 실현되도록 돕고, 객관적으로는 실체법에 합치되는 올바르고 공정한 재판이 이루어지도록 돕는다.[422] 소송법의 이 같은 '봉사적 기능'(dienende Funktion)으로 말미암아 행정실체법의 특징이 행정소송법에 반영된다.[423]

그런데 본래 행정실체법은 국가공동체의 운영을 맡은 행정에게 특별한 권한을 부여하면서도, 동시에 특별한 제한과 통제를 가하는 것을 본질적 내용으로 한다.[424] 이처럼 행정을 법적으로 구속하여 개인의 권리를 보호하면서도 다른 한편으로 행정작용의 실효성을 보장하는 행정법의 이중적 임무는, 행정소송이 개인의 권리구제 기능과 행정에 대한 통제 기능을 병행하여 수행하는 것으로 이어진다.[425] 특히 독일의 행정실체법은 생성 당시 외견적 입헌군주제 하에서 私法과 전면적으로 독립된 법체계를 구축하지 못하였고, 여기에 19세기 프로이센 국고이론의 영향이 더해지면서 그 개념 자체가 지배복종관계라는 형식적 징표를 기준으로 좁게 형성되어 있다.[426]

---

422) Heike Jochum, Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsprozeßrecht: Die normative Konnexität von Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozeßrecht und die Steuerungsleistung des materiellen Verwaltungsrechts, Tübingen 2004, S. 98; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §1 Rn. 3; Hans-Martin Pawlowski, Aufgabe des Zivilprozesses, ZZP 1967, S. 347-349 참조.

423) 행정실체법이 행정소송의 허용성, 소송유형 및 원고적격에 미치는 영향에 관한 상세한 내용은 Heike Jochum, a.a.O., S. 99-103 참조.

424) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 101-104면 참조.

425) Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Beitrag der Gerichte zur verwaltungsrechtlichen Systembildung, VBlBW 1988, S. 383; Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 81-82 참조.

이러한 행정실체법의 특성으로 말미암아, 독일의 행정소송은 지배복종관계에 있는 시민과 행정 사이에 구조적 불평등이 존재함을 전제로 소송절차가 설계되어 있으며, 피고 행정청은 행정에 대한 법적 구속으로 인해 소송물에 관한 처분권이 매우 좁게 인정된다.[427] 또한 객관적 통제 기능, 법형성 기능과 같은 행정소송 특유의 기능은 행정법원과 행정부 사이의 특별한 관계 속에서 그 내용과 한계가 정해진다. 그러므로 소송물에 관한 당사자의 처분권을 인정하고 소송당사자가 구조적으로 동등함을 전제로 하는 민사소송법 규정이나, 행정소송의 객관적 기능에 배치되며 일방적으로 주관적 권리구제 기능에만 초점을 맞추는 민사소송법 규정은 행정소송에 적용되기 어렵다.

---

426) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 110-111면 참조.

427) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 79-82 참조.

제4장 독일 행정소송의 절차상 독자성

제3장에서는 독일 행정소송에서 나타나는 행정국가 모델과 사법국가 모델의 절충이 행정소송의 기능과 밀접한 관련이 있음을 살펴보았다. 즉, 행정소송의 여러 기능 중 개인의 권리구제가 강조되는 부분에서는 사법국가 모델이 영향을 미쳐 독자성이 상대적으로 약하고, 행정에 대한 적법성 통제가 강조되는 부분에서는 행정국가 모델이 영향을 미쳐 독자성이 상대적으로 강함을 논증하였다.

제4장에서는 이러한 행정소송의 기능과 독자성 간의 상관관계가 소송절차 전반에 어떠한 영향을 미쳤는지 확인하고자 한다. 즉, 실정법상의 행정소송 제도를 떠받치는 네 개의 기둥을 중심으로 개별 규율영역을 민사소송과 비교·대조하면서 그 특징을 검토하고자 한다.

첫 번째 기둥인 소송의 대상·유형은 '행정행위' 개념을 기준으로 하는 재판관할과 소송유형, 그리고 행정행위의 특수성이 반영된 소송요건과 가구제 수단을 특징으로 한다. 두 번째 기둥인 소송의 구조는 '권리침해'를 중심축으로 하는 원고적격과 본안요건이 특징이다. 세 번째 기둥인 소송법관계의 특징은 원·피고의 소송상 지위와 역할이 서로 다르고 '多極的 이해관계'가 형량·조정될 수 있도록 형성되어 있다는 점이다. 네 번째 기둥인 심리원칙은 처분권주의와 직권탐지주의가 혼합된 형태라는 점이 특징인데, 특히 소송자료의 수집책임에 관하여 '직권탐지주의'를 채택하였다는 점이 핵심이다.

그런데 이같이 소송제도를 떠받치는 네 개의 기둥을 중심으로 독일의 행정소송을 고찰해 보면, 각각의 기둥별로 독자성의 정도가 다르다는 점을 확인할 수 있다. 그러한 독자성의 차이는 민사소송법 규정의 준용 문제에서 중요한 판단기준이 된다.

제1절 소송의 대상과 유형

행정소송의 대상과 유형이 어느 정도의 독자성을 갖는지를 고찰할 때는 세 가지 측면에서 살펴볼 필요가 있다. 첫째, 어떤 기준에 따라 행정소송의 대상이 정해지는지, 재판관할의 범위는 어느 정도인지 고찰해야 한다. 이것은 행정실체법에서 公法과 私法을 구별하는 기준과 관련이 있다. 둘째, 행정소송의 대상이 되는 행정작용의 종류와 특성에 알맞은 소송유형이 갖추어져 있는지 살펴보아야 한다. 특히 독일 행정소송의 중심은 행정행위에 대한 취소소송이므로, 소송요건이나 가구제 등에 행정행위의 특수성이 반영되어 있는지 검토해야 한다. 셋째, 행정소송 특유의 객관적 통제 기능을 수행하는 소송유형이 마련되어 있는지 살펴보아야 한다.[428] 그런데 위 세 번째 측면에 관하여는 앞서 제3장 제2절에서 살펴보았으므로, 이하에서는 첫 번째와 두 번째 측면을 중심으로 고찰하도록 한다.

1. 재판관할과 소송유형

가. 재판권과 관할

독일의 사법권은 영미법계처럼 단일한 최고법원을 정점으로 일원적으로 구성된 것이 아니라 다원적 구조를 갖는다.[429] 독일은 헌법재판을 제외한 나머지 소송사건의 재판관할권이 일반법원(민사 · 형사 · 가사), 행정법원, 재정법원, 노동법원, 사회법원의 다섯 개로 나뉘어 있다. 이러한 구분에 따라 상고심을 관할하는 다섯 개의 연방최고법원이 설립되어 있고(기본법 제95조 제1항), 제1 · 2심을 관할하는 각 州의 지방법원과 고등법원도 다섯 개의 재판

428) 행정주체나 내부기관의 권한 보호를 위한 소송, 환경상 이익과 같은 공익을 수호하기 위한 소송, 행정입법의 적법 · 유효성을 심사하는 소송 등이 그러한 예이다.

429) Ferdinand Kopp, Entwicklungstendenzen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, BayVBl. 1977, S. 516 참조.

관할권 구분에 따라 각각 나뉘어 설립되어 있다.[430] 그러므로 독일에서 넓은 의미의 관할권 유무를 심사할 때는 사물관할·토지관할 등을 논하기에 앞서, 해당 쟁송에 관하여 재판권을 가진 법원에 소를 제기하였는지를 먼저 따져 보아야 하는데, 이를 '재판관할권'(Rechtswegzuständigkeit)[431]이라 한다.

재판권(Gerichtsbarkeit)은 원칙적으로 소송물에 관한 실체법상의 분류에 따라 정해지는데, 일반재판권과 행정재판권의 재판관할을 나누는 기준은 公法과 私法의 구별이다.[432] 그런데 독일에서는 전통적으로 권력성을 기준으로 公·私法을 구별하면서 행정작용의 많은 부분을 私法 영역으로 파악하였는바, 그 대표적인 예가 행정상 손해배상과 행정상 손실보상 사건을 일반법원의 관할로 정한 것이다. 제1장에서 본 바와 같이, 19세기 프로이센의 반동적 군주주권주의 하에서 국가의 공권력 행사를 직접 다투는 소송은 봉쇄되었고, 권리구제 수단으로 가능했던 것은 그나마 독립성이 보장되던 일반재판소에서 금전적 보상을 받는 것뿐이었다. 여기에 이론적 근거가 되었던 것이 바로 19세기 전반기의 국고이론(Fiskustheorie)인데, 이 이론의 요지는 '재산권주체(국고)로서의 국가'와 '권력주체로서의 국가'는 별개의 법인격이고,[433] 재산권주체로서의 국가는 사인과 대등한 지위에 있으며 일반재판소의 민사재판권에 복종한다는 것이다.[434]

---

430) 이렇게 나뉜 각각의 재판관할권을 '재판분야'(Gerichtszweig)라 한다. Jachmann-Michel, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG §95 Rn. 2-4; Schulze-Fielitz, in: H. Dreier, Bd. III, GG Art. 95 Rn. 21-23; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 109-110면 참조.

431) 'Rechtsweg'을 직역하면 '재판의 경로'라고 할 수 있는데, 기본법 제19조 제4항에서는 '재판상 구제' 내지 '소송'이라는 뜻으로 사용되지만, 재판분야와 관련하여서는 다섯 개로 나누어진 각각의 재판권을 뜻하기도 한다.

432) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §6 Rn. 3, §11 Rn. 7-22 참조.

433) 다만, '국고로서의 국가'와 '권력주체로서의 국가'를 별개의 법인격으로 파악하는 관념은 19세기 후반에 이르러 국가법인격의 단일성 관념이 정착되고 국가의 공권력 행사에 대한 1차적 권리구제가 보장됨에 따라 극복되었다. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Band I, Berlin 1924, S. 120-121; Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin 2016, §3 Rn. 80 참조.

이후 19세기 후반에 독일의 각 란트에서 행정소송 제도가 수립되었으나, 행정재판소의 재판관할은 권력적 행정작용에 대한 취소소송을 중심으로 협소하게 형성되었고, 취소소송의 대상도 대부분 열기주의에 의해 제한되었다. 재판소 조직도 행정과 완전히 분리되지 못했으며, 소송절차의 독자적인 발전이 더뎠다. 이런 상황에서 행정상 손해배상청구와 행정상 손실보상청구 그리고 행정조달계약에 기한 이행청구 등은 여전히 일반재판소의 재판관할 아래에 남게 되었고, 결국 제2차 세계대전 이후 헌법과 법률 차원에서 행정상 손해배상과 행정상 손실보상 사건의 재판관할권이 일반법원에 명시적으로 주어졌다(기본법 제34조 및 제14조 제3항, 행정법원법 제40조 제2항 1문).[435]

이처럼 행정상 손해배상과 행정상 손실보상 사건을 일반법원의 관할로 정한 것에 대해서는, 1차적 권리구제(행정법원)와 2차적 권리구제(일반법원)의 재판관할이 나뉘게 되어 개인의 권리구제에 불편과 공백이 초래될 우려가 있다는 비판이 가해진다.[436] 물론 독일에서는 원래 그 법원의 재판관할권에 속하지 않는 사항도 '선결문제'로는 심사할 수 있으므로(법원조직법 제17조 제2항 1문),[437] 권리구제를 소구하는 사람은 하나의 청구를 위해 여러 재판분야의 법원에 소를 제기해야 하는 부담에서 벗어날 수 있다.[438] 또한 법원

---

434) Fritz Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht, Tübingen 1922, S. 33-38; Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Band I, Berlin 1924, S. 49-54; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, München 2017, §22 Rn. 2-3 참조.

435) 박정훈, 공·사법 구별의 방법론적 의의와 한계 - 프랑스와 독일에서의 발전과정을 참고하여, 공법연구 제37집 제3호, 2009, 90-91면 참조.

436) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 120; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §11 Rn. 59; Klaus Ferdinand Gärditz, Die Rechtswegspaltung in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art, Die Verwaltung 2010, S. 316 f. 참조.

437) 예컨대, 행정상 손해배상 사건에서 일반법원은 행정행위의 위법성을 선결문제로 판단해야 한다.

438) 다만, 연방헌법재판소의 위헌법률심판절차(기본법 제100조 제1항)나 유럽법원의 선결문제심판절차(Vorabentscheidungsverfahren)(유럽연합기능조약 제267조)와 같이 심사권한이 특정 법원에 배타적으로 유보되어 있는 사항은 다른 법원이 선결문제로 심사할 수 없다. Jakob Nolte, a.a.O., S. 121-122 참조.

조직법 제17a조는 재판관할권 문제를 법원의 관할준수선언결정 또는 이송결정으로 조정하도록 규정하고 있는데,[439] 이 역시 재판관할권의 구분이 국민의 소제기 위험부담으로 이어지지 않게 하는 제도적 장치이다.[440]

그러나 이러한 제도적 장치에도 불구하고, 행정상 손해배상과 행정상 손실보상 사건 및 행정조달계약 관련 사건 등에 관한 재판관할권이 일반법원에 귀속됨으로 인한 행정소송의 독자성 한계는 명확하다. 공익 실현을 목적으로 하는 행정작용과 관련된 사건임에도 2차적 권리구제 수단이라거나 私法 형식의 행정작용이라는 이유로 일반법원이 재판을 맡게 되면, 행정법원의 전문적 법률지식과 재판방법론이 활용될 수 없을 뿐만 아니라, 행정법관계에서 반드시 고려되어야 할 공법적 관점이 간과될 우려가 있기 때문이다.[441]

한편, 앞서 살펴본 5개의 재판분야 중 어느 곳에 재판관할이 있는지가 정해지면, 그 다음으로 재판관할권이 있는 법원 중 어느 법원이 구체적인 사건을 심판해야 하는가의 문제로 넘어가는데, 이것이 바로 '관할'(Zuständigkeit)이다. 민사소송의 관할은 공익상 필요에 의해 특정 법원에 배타적 관할권을 부여하고 당사자 간의 합의나 응소에 의해 바꾸지 못하도록 하는 전속관할과, 당사자의 편의 등 사익을 위해 관할권이 배분되고 당사자 간의 합의나 응소에 의해 바꿀 수 있는 임의관할로 나뉜다.[442] 반면에 행정소송에서는 포

---

439) 법원은 제기된 소가 재판관할을 준수한 경우에는 이를 선언하는 재판을 할 수 있고(제17a조 제1항, 제3항), 제기된 소가 재판관할을 위반한 경우에는 당사자의 의견을 청취한 후 직권으로 관할위반을 선언하고 동시에 그 사건을 재판관할권 있는 법원에 이송한다(같은 조 제2항). 양 결정에 대하여는 모두 즉시항고가 가능하나(같은 조 제4항), 그 결정들이 확정되면 이송받은 법원 또는 다른 법원에 대하여 구속력이 있다(같은 조 제1항, 제2항). 그리고 제1심 법원의 관할준수선언결정 또는 이송결정은 중대한 절차위반이 없는 한 상소심을 구속한다(같은 조 제5항). Pabst, in: Rauscher/Krüger, Münchener Kommentar zur ZPO mit GVG und Nebengesetzen, Bd. III, 6. Aufl., München 2022, GVG §17a Rn. 24-28 참조.

440) Pabst, in: MüKo ZPO, Bd. III, München 2022, GVG §17a Rn. 2 참조.

441) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 89-90, 121-122; 박정훈, 공·사법 구별의 방법론적 의의와 한계 - 프랑스와 독일에서의 발전과정을 참고하여, 공법연구 제37집 제3호, 2009, 91-103면 참조.

괄적·실효적 권리구제를 보장하는 한편 행정통제 기능과 같은 객관적 기능을 수행하기 위해 적절한 법원으로 하여금 재판을 담당하게 할 공익상 필요가 크므로,[443] 민사소송과 달리 관할을 정함에 있어 당사자의 지배권이 완전히 배제되어 있고 모든 관할이 전속관할이다.[444]

요컨대, 재판관할이 권력적 행정작용에 대한 취소소송을 중심으로 협소하게 형성되어 있는 점은 독자성이 약한 부분이지만, 행정재판권 내에서 사물관할·토지관할 등 모든 관할이 전속관할로 되어 있는 것은 독자성을 띠는 부분이다.

나. 소송유형

독일의 행정소송은 소송의 대상과 소송상 청구에 따라 통상 몇 가지 소송유형으로 나뉜다. 중요한 것은, 독일 행정소송의 체계는 한정된 몇 가지 소송유형만 인정되는 닫힌 체계가 아니라는 점이다.[445] 앞서 본 바와 같이, 제2차 세계대전 이후 기본법 제19조 제4항에서 포괄적 권리구제를 선언함에 따라 열기주의를 폐기하였고, 1960년 행정법원법이 제정되면서 행정소송을 취소소송과 당사자분쟁의 2유형으로 구분하지 않고 다른 소송유형들을 마련하였다. 아울러 행정법원법 제40조 제1항에 따라 헌법적 성격을 갖지 않는 모든 공법상 쟁송에 대해 행정소송을 제기할 수 있으므로, 오늘날 독일에서는 모든 公法적 행정작용[446]에 대하여 행정소송을 제기할 수 있다.[447] 즉, 비록

---

442) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §29 Rn. 14-18 참조. 예컨대, 직분관할이나 법률에 전속적 관할로 명문화된 사물관할·토지관할은 전속관할이지만, 비전속적 사물관할·토지관할은 임의관할에 해당한다.

443) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §12 Rn. 1 참조.

444) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 120 참조.

445) Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, München 2016, §13 Rn. 4 참조.

446) 여기서 '公法적 행정작용'이란 국고작용 등 私法 형식에 의해 이루어지는 행정활동을 제외한 행정작용을 의미한다. 이하에서 독일 행정소송의 대상과 유형에 관하여 서술할 때는 단순히 '행정작용'이라고만 지칭한다. Wöckel, in: Eyermann,

공법의 범위가 협소하기는 하지만, 적어도 공법에 속하는 행정작용에 대하여는 실정법상 어떤 소송유형이 마련되어 있는지에 관계없이 권리구제가 보장되며, 오히려 포괄적 권리구제를 위해 계쟁 행정작용에 알맞은 소송유형을 찾아내야 하는 것이다.[448]

행정법원법 제정 이후의 행정소송은 민사소송과 마찬가지로 이행의 소, 확인의 소, 형성의 소의 세 가지 범주로 대별된다. 다만, 민사소송에서는 실체법상 이행청구권의 실현을 목적으로 하는 이행의 소가 가장 기본이 되는 소송유형인 반면에,[449] 행정소송에서는 고권적 · 일방적으로 행하여지고 잠정적 통용력과 집행력을 지닌 행정행위[450]를 막아 내기 위해 형성의 소가 기본형이 된다.[451]

형성의 소는 실체적 법상태의 직접적인 변동을 목적으로 하며 원칙적으로 대세적 효력을 갖는 소이다. 행정소송에서 형성의 소는 민사소송과 마찬가지로 명문의 근거규정이 있는 경우에만 허용된다.[452] 행정행위에 대한 '취소소송'(Anfechtungsklage)(행정법원법 제42조 제1항 전단)은 대표적인 형성의 소로서, 행정소송의 중심을 이룬다.[453]

VwGO §40 Rn. 31-98; 박정훈, 헌법과 행정법 - 행정소송과 헌법소송의 관계, 서울대학교 법학 제39권 제4호, 1999, 91-92면 참조.

447) Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, München 2016, §13 Rn. 1-2 참조.

448) Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, Heidelberg 2014, Rn. 171 ff. 참조.

449) Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1974, S. 366-368 참조.

450) 행정행위의 개념은 행정절차법 제35조 1문이 규정하고 있다. 이에 따르면, 행정행위는 "공법 영역에서 개별사안의 규율을 위해 행정청에 의해 내려지는, 외부에 대한 직접적 법적 효과의 발생을 목적으로 하는 모든 처분, 결정 또는 기타의 조치"이다. 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 146-147면 참조.

451) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §14 Rn. 6, §15 Rn. 1 참조.

452) Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1974, S. 374-378 참조.

453) 그 밖에 또 다른 형성의 소로는 일반이행판결 등의 집행권원에 대한 '청구이의의 소'[행정법원법 제167조 제1항 1문을 통해 민사소송법 제767조(청구이의의

이행의 소로는 행정행위의 거부·부작위에 대하여 행정행위의 발급을 구하는 '의무이행소송'(Verpflichtungsklage)(행정법원법 제42조 제1항 후단)과, 행정행위에 해당하지 않는 나머지 행정작용의 작위·수인·부작위를 구하는 '일반이행소송'(allgemeine Leistungsklage)[454]이 있다. 일반이행소송은 행정법원법에 명시적인 근거규정이 없으나, 연방행정법원은 1960년대 후반에 기본법 제19조 제4항의 포괄적 권리구제 요청, 행정법원법 제43조 제2항(확인소송의 보충성)과 제111조(중간판결)에서 "이행소송"을 언급하고 있는 점, 제113조 제4항에서 "급부를 명하는 판결"의 가능성을 열어놓고 있는 점 등을 근거로 법형성을 통해 위와 같은 소송유형을 인정하였다.[455] 또한 일반이행소송의 하위유형으로 행정행위가 아닌 행정작용의 부작위를 구하는 금지소송(Unterlassungsklage)이 인정되고, 나아가 위법한 행정작용이 임박하여 권리침해가 우려될 때 미리 부작위를 구하는 이른바 예방적 금지소송(vorbeugende Unterlassungsklage)도 인정된다.[456]

확인의 소에는 법률관계의 존재·부존재 확인 또는 행정행위의 무효 확인을 구하는 '확인소송'(Feststellungsklage)(행정법원법 제43조 제1항)이 있고,

---

소)가 준용된다]와, 일반이행판결 중 정기금판결에 대한 '변경의 소'[행정법원법 제173조 1문을 통해 민사소송법 제323조(판결변경의 소)가 준용된다는 것이 판례·통설이다]가 있다. Kraft, in: Eyermann, VwGO §167 Rn. 16-19; Meissner/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO §173 Rn. 245 참조.

454) 예컨대, 공법상 계약에서 계약상 급부가 사실행위인 경우 그 이행을 구하는 소송, 개인정보의 폐기·삭제를 구하는 소송, 공법상 결과제거청구소송, 집회금지처분처럼 단기간에 종료되는 행정행위의 예방적 금지를 구하는 소송 등이 있다. Thomas Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, München 2011, Rn. 376-386, 489-493 참조.

455) BVerwG, Urteil vom 25.02.1969 - I C 65/67, BVerwGE 31, 301; BVerwG, Urteil vom 18.07.1969 - VII C 56.68, BVerwGE 32, 333 참조.

456) 그런데 본래 일반이행소송의 대상은 행정행위 이외의 행정작용임에도, 판례·통설은 행정행위나 규범제정이 임박한 경우에도 예방적 금지소송의 대상이 되는 것으로 본다. Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, München 2016, §16 Rn. 9-10; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §23 Rn. 24-26, §24 Rn. 13, 14, 19; 이현수, 행정소송상 예방적 구제, 경인문화사, 2006, 95-113면 참조.

그 밖에 행정행위가 종료된 이후에도 권리보호필요성이 있어 그 위법성의 확인을 구하는 이른바 '계속확인소송'(Fortsetzungsfeststellungsklage)(행정법원법 제113조 제1항 4문)[457]이 있다. 확인의 소는 대개 이행의 소나 형성의 소에 비해 권리구제의 강도가 약하고, 특히 행정소송에서는 확인의 소를 통해 취소소송 또는 의무이행소송의 특수한 소송요건을 회피하려는 시도를 방지할 필요도 있으므로, 확인의 소가 이행의 소 및 형성의 소에 대하여 보충적 지위에 있는 것이 원칙이다(행정법원법 제43조 제2항 1문).[458] 앞서 살펴본 규범통제절차(행정법원법 제47조)도 행정입법의 무효 확인을 구한다는 점에서 확인소송의 일종으로 볼 수 있다.[459]

이처럼 독일의 행정소송은 종래의 취소소송/당사자분쟁 2분론을 폐지하고 형성의 소, 이행의 소, 확인의 소의 3유형으로 정비되었으며, 모든 종류의 행정작용에 대해 빠짐없이 소송유형을 구비하였다. 그뿐만 아니라 종래 행정소송의 대상으로 포착되지 않던 행정작용, 즉 행정주체의 내부기관이나 지방자치단체 상호 간의 조치 또는 자기집행적 행정입법이나 행정입법 부작위를 더러는 취소소송의 대상으로, 더러는 확인소송의 대상으로 삼게 되었다.[460]

그러나 행정소송을 '행정행위와 관련된 소'와 '그 밖의 소'로 분류하는 방법론은 오늘날에도 여전히 중요한 의미가 있다. 앞서 본 것처럼 이행의 소에서도 행정행위 개념은 의무이행소송과 일반이행소송을 나누는 중요한 기준이 된다. 또 확인의 소 중에도 행정행위의 무효확인소송과 계속확인소송처럼 행정행위와 관련된 소송유형이 존재한다. 또한 행정법원법은 제7장에 일반적

---

457) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §22 Rn. 54; Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, München 2016, §18 Rn. 36-37 참조.

458) 다만, 행정행위의 위법성이 단순위법에 그치는지 당연무효 사유에 해당하는지 구별하기 어려운 점을 감안하여, 행정법원법은 행정행위의 무효확인소송은 취소소송에 대하여 보충적 지위에 있지 않다고 규정함으로써 양자 사이의 선택을 허용한다(제43조 제2항 2문). Pietzcker, in: Schoch/Schneider, VwGO §43 Rn. 48 참조.

459) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §14 Rn. 13 참조.

460) 위 제3장 제2절의 1. 나. 및 2. 다. 참조.

절차규정을 두고 제8장에는 취소소송·의무이행소송에 관한 특별규정을 두고 있는데, 제8장에는 아래에서 살펴볼 행정심판, 제소기간, 정지효와 같이 행정행위의 특수성에 기인한 규정들이 담겨 있다. 이러한 특별규정의 존재로 인하여, 어떤 민사소송법 규정의 준용 여부를 검토할 때 일반이행소송과 확인소송에서는 유사성 요건이 충족되어 준용 가능성이 인정되는 반면, 취소소송과 의무이행소송에서는 유사성이 부정되어 준용이 허용되지 않는 결과가 초래될 수 있다.[461)]

2. 행정행위의 특수성이 반영된 소송요건

독일 행정소송의 대상과 유형이 '행정행위' 개념을 기준으로 형성되어 있는 것은 양면적 의미가 있다. 시민과 행정의 지배복종관계를 중심으로 재판관할이 협소하게 정해진 점에서는 행정소송의 독자성이 약하다고 볼 수 있지만, 그와 같이 정해진 재판관할 내에서는 민사소송에서 찾아볼 수 없는 행정행위라는 작용형식의 특수성이 소송요건과 소송판결의 효과에 영향을 미친다는 점에서 독자성을 띤다.

가. 전심절차와 제소기간

1) 전심절차

전심절차(Vorverfahren)는 취소소송과 의무이행소송의 특유한 소송요건 중 하나이다. 행정법원법 제68조 내지 제73조는 원칙적인 필수적 전심절차로 행정심판절차(Widerspruchsverfahren)를 규정하고 있다. 행정심판은 처분청의 행정행위 또는 그 거부에 대하여 취소소송이나 의무이행소송을 제기하기 전에 상급관청이 이를 재심사하는 제도이다.

---

461) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 125-126 참조.

전심절차는 취소소송과 의무이행소송이 행정행위 또는 그 거부·부작위에 대한 불복절차의 성격을 갖고 있음을 나타내는 징표로서, 행정행위의 특수성에 기초한 제도이다.[462] 즉, 행정행위는 행정청이 행정절차를 거쳐 일방적·고권적으로 발한 것으로, 당연무효가 아닌 한 잠정적 통용력과 자기집행력을 갖는다. 이에 대하여 시민은 행정행위로부터 자신을 방어하기 위해 법원에 취소소송을 제기한다. 그런데 행정법원법은 법원에 의한 외부적 통제를 받기 전에 행정 스스로 자기통제를 할 수 있는 특수한 행정절차인 행정심판을 마련해 놓고, 그 절차를 거치는 것을 취소소송과 의무이행소송의 소송요건으로 삼았다. 따라서 전심절차는 권력분립 원리의 징표일 뿐만 아니라, 행정절차와 행정소송 사이에서 한편으로는 양 절차를 연결하고 다른 한편으로는 양 절차의 기능상 경계를 뚜렷하게 하므로, 민사소송에서는 찾아볼 수 없는 행정쟁송 특유의 절차이다.[463]

2) 제소기간

제소기간(Klagefrist)도 취소소송과 의무이행소송의 특유한 소송요건이다. 행정행위 또는 그 거부에 대한 취소소송이나 의무이행소송은 행정심판재결이 송달된 때로부터 1개월 내에 제기하여야 하며, 예외적으로 행정심판을 거치지 않아도 되는 경우에는 행정행위가 통지된 때로부터 1개월 내에 소를 제기하여야 한다(행정법원법 제74조 제1항). 또한 행정법원법 제47조의 규범통제청구는 법규범이 공포된 때로부터 1년 내에 제기해야 한다(같은 법 제47조 제2항 1문).[464]

제소기간은 행정행위를 둘러싼 법률관계를 조속히 확정함으로써 법적 안

---

462) Gerhard Wacke, Gegenstand und Rechtskraft bei der verwaltungsgerichtlichen Klage, AöR 1953, S. 163-170; Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 106 참조.

463) Jakob Nolte, a.a.O., S. 134-136 참조.

464) 제소기간은 기간의 신축이 불가능한 불변기간이다. Meissner/Schenk, in: Schoch/Schneider, VwGO §74 Rn. 34 참조.

정성을 확보하려는 데에 그 취지가 있다.[465] 물론 법률관계를 조속히 확정함으로써 법적 안정성을 기하려는 취지의 불변기간은 어느 재판분야에나 존재한다.[466] 그러나 행정행위에 대한 취소소송에서 제소기간은 여느 불변기간과는 다른 특별한 의미가 있다. 그것은 앞서 살펴본 행정행위의 특수성에 기인한다. 즉, 법률관계를 조속히 안정시키고 이해관계인의 신뢰를 보호하기 위해 행정행위는 발령 후 일정한 기간이 지나면 더 이상 취소될 수 없게 하는 힘을 부여받는데, 이를 형식적 존속력(formelle Bestandskraft) 또는 불가쟁력이라 한다.[467] 따라서 행정법원법 제74조의 제소기간은 취소소송과 의무이행소송의 소송요건이지만, 다른 한편으로 행정행위가 형식적 존속력을 갖기까지 소요되는 기간으로 볼 수도 있다.

또한 제소기간 내에 취소소송이 제기되었으나 계쟁 행정행위가 위법하지 않다고 판단되어 기각판결이 선고·확정되면, 그 판결은 더 이상 상급법원에 의해 취소될 수 없도록 하는 형식적 확정력(formelle Rechtskraft)을 부여받는데,[468] 형식적 확정력은 계쟁 행정행위에 대하여 취소소송이 없었으면 발생하였을 형식적 존속력이 행정소송에까지 연장된 것으로 볼 수 있다.[469] 즉, 행정법관계를 조기에 안정시키려는 공익적 차원에서 주어지는 효력이 제소기간 경과 전까지는 행정행위의 형식적 존속력으로 나타나고, 그 후에는 행정판결의 형식적 확정력으로 나타난다.

또한 행정심판청구기간, 제소기간 등 행정법원법상의 불복신청기간은 일반적인 불복신청기간과 달리 불복신청의 대상이 송달, 공고 또는 고지되는 것

---

465) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §20 Rn. 1-7 참조.

466) 민사소송법에도 드물게나마 재심의 소(제586조 제1, 2항) 및 중재판정에 대한 취소신청(제1059조 제3항)과 관련하여 행정법원법상의 제소기간과 유사한 불변기간이 있다. Meissner/Schenk, in: Schoch/Schneider, VwGO §74 Rn. 2 참조.

467) Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin 2016, §22 Rn. 24 참조.

468) 형식적 확정력과 실질적 확정력의 의미와 관계에 관하여는 아래 제4장 제2절 3. 참조.

469) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 136, 194 참조.

이외에 특유의 요건이 하나 더 충족되어야만 진행하는데, 행정법원법 제58조에 규정된 '불복절차의 고지'(Rechtsbehelfsbelehrung)[470]가 바로 그것이다.[471] 행정심판청구기간이나 제소기간의 진행이 불복절차 고지 여부에 좌우되도록 한 것은 행정소송에 나타나는 시민과 행정 간의 구조적 불평등에 기인한다. 즉, 시민은 자신에게 가하여진 일방적·고권적 결정에 어떻게 대항해야 하는지를 고지받지 않은 상태에서 일방적 형성권력에 노출되어서는 안 된다는 사고가 반영된 것이다.[472] 따라서 불복절차의 고지가 행해지지 않거나 잘못 행해진 때에는, 권리구제의 기회를 실질적으로 보장하기 위해 불복신청기간이 사실상 1년으로 연장되는 것이 원칙이다(행정법원법 제58조 제2항).[473]

나. 소송판결의 실질적 효과

취소소송에서 소송판결(Prozessurteil), 즉 소각하 판결의 실질적 효과는 민사소송과 결정적인 차이가 있는데, 이 역시 행정행위의 특수성에 기인한 것이다. 민사소송에서 소송판결의 기판력은 '특정 소송요건이 흠결되어 소가 부적법하다'는 점에 관하여 미치므로, 소송판결은 실체법적 권리관계에 아무런 영향을 미치지 않는다. 따라서 원고는 소멸시효 완성이나 제척기간의 경

---

470) 불복절차를 고지한다는 것은 불복수단의 종류, 불복을 신청할 행정관청이나 법원 및 그 소재지, 불복신청 시 준수하여야 하는 기간을 완전하고 올바르게 고지하는 것을 말한다. Meissner/Schenk, in: Schoch/Schneider, VwGO §58 Rn. 28-52 참조.

471) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §20 Rn. 8-9 참조.

472) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §20 Rn. 13-14; Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 136 참조.

473) Hoppe, in: Eyermann, VwGO §58 Rn. 28-33 참조; 다만, 잘못 고지된 사항이 불복신청기간인 경우, 고지된 불복신청기간이 법정기간보다 짧은 때에는 불복신청기간이 사실상 1년으로 연장되지만, 고지된 불복신청기간이 법정기간보다 긴 때에는 행정법원법 제58조 제2항이 적용되지 않으므로 고지된 대로의 불복신청기간이 적용된다. Meissner/Schenk, in: Schoch/Schneider, VwGO §58 Rn. 42 참조.

과로 권리가 소멸하거나 그 행사가 영구히 거절되지 않는 한, 전소에서 문제된 소송요건의 흠결을 제거한 후에 후소로써 동일한 청구를 할 수 있다.[474]

행정소송에서도 소송판결이 갖는 기판력의 객관적 범위는 민사소송의 그것과 같다.[475] 다만, 소의 대상이 행정행위인 경우에는 행정행위의 형식적 존속력이 고려되어야 한다. 즉, 행정행위에 대한 취소소송에서 특정 소송요건이 흠결되어 소송판결이 선고된 때에는 이미 제소기간이 도과하여 버린 경우가 대부분일 것이므로, 전소에서 문제 된 소송요건의 흠결을 제거하더라도 다시 소를 제기하여 그 행정행위를 다툴 수 없게 된다. 따라서 취소소송에서는 소송판결이 원고의 재판상 구제를 실질적으로 차단하는 효과를 낳는다.[476]

3. 가구제

가. 소송의 대상에 따른 이원적 체계

가구제(einstweiliger Rechtsschutz)는 일반적 사법보장청구권과 기본법 제19조 제4항에 규정된 포괄적·실효적 권리구제의 요청을 그 헌법적 기초로 삼는다.[477] 즉, 본안재판 전에 회복할 수 없는 손해가 발생하여 본안판결이 실효성을 잃지 않으려면 적시에 잠정조치가 이루어져야 한다.[478] 특히 행정소송의 경우 객관적 통제 기능을 효과적으로 수행하려면, 더 이상 위법성을 교정할 수 없는 상태에 이르기 전에 계쟁 행정작용의 집행을 정지하는 등의 잠

---

474) Musielak, in: Musielak/Voit, ZPO §322 Rn. 44-46 참조.

475) Clausing/Kimmel, in: Schoch/Schneider, VwGO §121 Rn. 91 참조.

476) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 119 참조.

477) Walker, in: Schuschke/Walker, ZPO Vor §§ 916-945b, Rn. 2; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §27 Rn. 2; 이진형, 독일 행정소송에서의 가구제에 관한 연구, 서울대학교 법학박사논문, 2021, 11면 참조.

478) Schoch, in: Schoch/Schneider, VwGO §80 Rn. 11, §123 Rn. 10-12; Walker, in: Schuschke/Walker, ZPO Vor §§ 916-945b, Rn. 3-5 참조.

정조치가 필요하다.[479]

그런데 한쪽 당사자를 위해 잠정적인 규율을 하는 것은 대개 상대방 당사자의 희생을 전제로 하므로, 민사소송상 가구제와 행정소송상 가구제는 기본적으로 '권리손실의 위험'(Risiko des Rechtsverlusts)을 정당하게 배분하는 절차라는 공통점이 있다.[480] 따라서 권리손실의 위험을 배분할 때에는 가구제가 이루어질 경우 나타날 효과와 가구제가 이루어지지 않을 경우 나타날 효과를 형량해야 한다.[481] 또한 권리손실의 위험은 본안의 승소가능성과 밀접한 관련이 있으므로, 위와 같은 효과형량을 할 때 본안의 승소가능성이 하나의 고려요소가 되는 것도 공통점이다.[482]

다만, 민사소송법상 가구제는 금전채권의 집행보전을 목적으로 하는 '가압류'와 다툼의 대상의 현상보전 또는 다툼이 있는 권리관계의 잠정적 규율을 목적으로 하는 '가처분'으로 나뉘는 데 비하여,[483] 행정법원법상 가구제는 침익적 행정행위 등에 대한 '집행정지'(Aussetzung der Vollziehung)와 나머지 행정작용에 대한 '가명령'(einstweilige Anordnung)의 이원적 체계로 되어 있다.[484] 즉, 민사소송상 가구제는 피보전권리의 종류가 구별기준이 되나, 행정소송상 가구제는 소송의 대상인 행정작용의 종류가 구별기준이 된다는 점에서 차이가 있다.

먼저 침익적 행정행위 등 취소쟁송을 통해 자동으로 정지효가 생기는 행정행위에 대하여는, 정지효를 없애거나 회복시키기 위한 집행정지 제도가 마련

---

479) Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, München 2016, §31 Rn. 1-2; Schoch, in: Schoch/Schneider, VwGO Vorb. §80 Rn. 9 참조.

480) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 141 참조.

481) Walker, in: Schuschke/Walker, ZPO Vor §§ 916-945b, Rn. 46; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §27 Rn. 6-7 참조.

482) Walker, in: Schuschke/Walker, ZPO Vor §§ 916-945b, Rn. 43-45; Schoch, in: Schoch/Schneider, VwGO Vorb. §80 Rn. 36-38, §123 Rn. 77-78, 81 참조.

483) Vollkommer, in: Zöller, ZPO Vor §916 Rn. 1 참조.

484) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §27 Rn. 9-13 참조.

되어 있다(행정법원법 제80조 내지 제80b조). 다음으로 취소쟁송을 통해 정지효가 발생하는 행정행위를 제외한 나머지 행정작용에 대하여는 포괄적인 가구제수단인 가명령 제도가 마련되어 있고(같은 법 제123조), 다만 본안소송이 규범통제절차인 경우에는 특별한 가명령이 규정되어 있다(같은 법 제47조 제6항).[485] 이처럼 행정소송상 가구제의 유형이 계쟁 행정작용의 종류에 따라 나뉘는 것은 아래에서 보는 바와 같이 행정행위의 특수성에 기인한 것이다.

나. 집행정지

불이익한 공권력 조치를 다투고자 하는 사람이 그 조치에 대하여 행정심판을 청구하거나 행정소송을 제기한 경우, 행정심판 청구나 행정소송의 제기 자체만으로 계쟁 공권력 조치의 효력에 영향을 미치도록 할 것인가에 관해서는 집행부정지 원칙[486]과 집행정지 원칙[487]의 두 가지 입법례가 있다.[488] 이 중 후자의 입법례를 택한 대표적인 나라가 독일이다. 즉, 침익적 행정행위[489]에 대하여 취소심판을 청구하거나 취소소송을 제기하면, 자동으로 '정

485) 집행정지와 가명령의 이원적 체계에 관한 상세한 내용은 Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, München 2016, §31 Rn. 7-11; 이진형, 독일 행정소송에서의 가구제에 관한 연구, 법학박사논문, 2021, 16-28면 참조.

486) 행정목적을 원활히 실현하고 남소를 방지하는 데 중점을 두는 입법례이다. 프랑스, 일본, 우리나라의 경우가 그러하다. 다만, 이러한 입법례에서는 일정한 요건을 갖춘 경우에 법원이 계쟁 행정처분의 집행을 정지할 수 있는 제도를 함께 마련해 두고 있다.

487) 계쟁 행정처분을 다투는 사람의 실효적 권리구제를 보장하는 데 중점을 두는 입법례이다.

488) 김철용 · 최광률(편집대표), 주석 행정소송법, 2004, 658-663면 참조.

489) 행정법원법 제80조 제1항 1문은 어떤 행정행위에 대하여 정지효가 발생하는지 규정하고 있지 않으나, 통설은 여기에서 행정행위는 원칙적으로 침익적 행정행위(belastender Verwaltungsakt)에 한정되는 것으로 본다. 결국 행정법원법 제80조 제1항에 따라 정지효가 발생하는 대상은 침익적 · 형성적 · 확인적 행정행위와 이중효과적 행정행위이다. Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 7. Aufl., München 2017, Rn. 632-636 참조.

지효'(aufschiebende Wirkung)가 발생한다(행정법원법 제80조 제1항 1문).[490]

이처럼 취소쟁송의 제기로써 자동으로 정지효가 발생하도록 한 이유, 더 나아가 근대 이후 선진 각국의 행정소송 제도가 집행부정지 원칙과 집행정지 원칙의 두 가지 입법례로 갈라지는 근본 이유는 바로 고권적·일방적 행정작용이 갖는 특수성에 있다. 나라마다 개념이 조금씩 다르기는 하지만, 행정이 우월적 지위에서 상대방에게 일방적으로 법적 효과를 발생시키고 자기집행력을 갖는 행정작용이 공통으로 존재한다.[491] 독일에서는 행정행위가 그러하다. 이러한 성격의 행정작용에 대하여 취소쟁송이 제기된 때에는 계쟁 행정작용의 위법 여부가 최종적으로 판명될 때까지 그 효력 내지 집행을 잠정적으로 정지하는 법적 장치가 있어야만 권리구제의 실효성을 달성할 수 있다. 따라서 소를 제기하면 자동으로 발생하는 정지효는 행정소송 특유의 가구제 제도로서, '자기집행력을 갖춘 고권적·일방적 작용'을 소의 대상으로 상정하기 어려운 민사소송에서는 찾아볼 수 없다.[492]

본안쟁송이 행정행위에 대한 취소쟁송인 경우에는 이처럼 정지효를 기본으로 하되, 행정행위를 즉시 집행해야 할 특별한 공익이나 이해관계인의 우월한 이익이 있는 때에는, 법률의 규정에 의해 정지효가 배제되거나 행정청의 즉시집행명령에 의해 정지효가 소멸한다(행정법원법 제80조 제2항). 특히 독일은 집행정지 원칙을 택한 반면에 유럽연합의 대다수 회원국과 유럽법원은 집행부정지 원칙을 택하고 있어 유럽법의 즉시 실현이라는 목적과 독일 행정소송상 가구제 사이에 충돌이 발생하는데, 독일의 행정청은 유럽법과 관련된 사안에서 유럽법의 실효성 보장을 위해 즉시집행명령을 폭넓게 활용함

---

490) '정지효'의 내용에 관하여는 행정행위의 효력을 잠정적으로 정지하는 것으로 보는 이른바 효력정지설과 행정행위의 효력이 아닌 집행만을 정지하는 것으로 보는 집행정지설이 대립하나, 실무상 두 견해가 큰 차이를 야기하지는 않는다. Schoch, in: Schoch/Schneider, VwGO §80 Rn. 92; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §28 Rn. 8-11 참조.

491) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 116-132면 참조.

492) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §27 Rn. 2-3, 10; Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 142 참조.

으로써 행정법원법을 유럽법에 합치되게 해석·적용하고 있다.[493]

다만, 이같이 정지효가 배제되거나 소멸하는 경우에도 행정행위를 다투는 사람에게 '법원에 의한 가구제'의 기회를 보장하기 위하여,[494] 법원의 결정으로 법 규정에 의해 배제된 정지효를 발생시키거나 행정청의 즉시집행명령에 의해 소멸된 정지효를 회복시키는 집행정지절차가 마련되어 있다(행정법원법 제80조 제5항). 법원의 집행정지절차에서는 본안의 승소가능성에 대한 고려 속에서, 집행정지로 인해 신청인이 얻게 되는 이익과 즉시집행을 통해 얻어질 공익을 비교 형량하여 집행정지신청의 인용 여부를 판단한다.[495]

한편, 행정법원법 제80a조는 이중효과적 행정행위, 즉 행정행위의 상대방에게 수익적이지만 제3자에게는 침익적인 행정행위(제1항)와 행정행위의 상대방에게 침익적이지만 제3자에게는 수익적인 행정행위(제2항)에 대한 집행정지절차를 별도로 규정하고 있다. 이중효과적 행정행위에 대한 집행정지절차에서는 행정과 시민 사이의 대립뿐만 아니라 행정행위의 상대방과 제3자 사이의 이익대립을 형량·조정하는 것도 중요하므로, 여기서는 수익자의 권리구제 가능성을 보장하기 위해 법원도 즉시집행명령을 할 수 있도록 규정하고 있다(제3항 1문).[496]

요컨대, 집행정지는 침익적 행정행위에 대한 행정쟁송의 제기로써 발생하는 정지효가 법 규정 또는 행정청에 의해 배제·소멸되거나 법원의 결정으로 발생·회복되는 것을 요체로 하는 제도이다. 침익적 행정행위의 특수성에 기

---

493) 이에 관한 상세한 내용은 Schoch, in: Schoch/Schneider, VwGO §80 Rn. 70-72; Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO §80 Rn. 13-15; 임성훈, 유럽법 영향하에서의 독일의 정지효에 대한 고찰 - 우리법에 집행정지원칙을 도입할지 여부와 관련하여, 행정법연구 제10호, 2003, 316-320면; 이진형, 독일 행정소송에서의 가구제에 관한 연구, 법학박사논문, 2021, 30-31면 참조.

494) Schoch, in: Schoch/Schneider, VwGO §80 Rn. 328 참조.

495) 집행정지절차의 실체적 심사기준 및 심사강도에 관한 상세한 내용은 Hoppe, in: Eyermann, VwGO §80 Rn. 89-104; 이진형, 독일 행정소송에서의 가구제에 관한 연구, 법학박사논문, 2021, 77-88면 참조.

496) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §28 Rn. 66, 71-73; Schoch, in: Schoch/Schneider, VwGO §80a Rn. 47-48 참조.

초한 제도인 점, 계쟁 행정행위를 둘러싼 공익과 사익 전부를 형량·조정하는 점에서 강한 독자성을 띤다.

다. 가명령

1) 행정법원법 제123조의 가명령

집행정지 제도의 대상이 되는 침익적 행정행위 등을 제외한 나머지 행정작용에 대하여는, 별도의 가구제수단으로 행정법원법 제123조의 가명령이 마련되어 있다.[497] 행정법원법 제123조의 가명령은 민사소송법상의 가처분을 모델로 하여 만들어진 가구제절차이다.[498] 행정법원법 제123조 제1항 1문의 '보전명령'은 민사소송법 제935조에 규정된 '다툼의 대상에 관한 가처분'에 대응되고, 행정법원법 제123조 제1항 2문의 '규율명령'은 민사소송법 제940조에 규정된 '임시의 지위를 정하기 위한 가처분'에 대응된다. 가명령의 실체적 요건이 피보전권리(Anordnungsanspruch)와 가명령이유(Anordnungsgrund)로 되어 있는 점도 민사가처분과 동일하다.[499]

그러나 행정법원법 제123조의 가명령은 비록 민사가처분을 모델로 삼기는 했지만 어디까지나 행정소송상 가구제 제도이므로, 민사가처분과 차이점이 있다.[500] 예컨대, 행정법원법에는 가압류 같이 금전채권의 집행보전을 목적으

---

497) 행정법원법 제123조 제5항은 "제1항 내지 제3항의 규정은 제80조 및 제80a조의 경우에 적용하지 아니한다."라고 규정하고 있으므로, 가명령은 집행정지에 대하여 보충성을 가진다. 즉, 행정법원법 제123조의 가명령은 집행정지 및 규범통제절차에서의 가명령의 대상이 되지 않는 나머지 경우에 적용되는 포괄적인 가구제수단이다. Redeker, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §123 Rn. 1-2 참조.

498) Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, München 2017, Rn. 19-20; Schoch, in: Schoch/Schneider, VwGO §123 Rn. 5 참조.

499) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §29 Rn. 20-28; Schoch, in: Schoch/Schneider, VwGO §123 Rn. 59-61 참조.

500) 이는 제123조의 입법과정에서 가처분(einstweiliger Verfügung)이라는 용어 대신

로 하는 가구제수단이 따로 마련되어 있지 않으므로,[501] 민사가처분과는 달리 금전채권의 보전을 위해서도 가명령이 허용될 필요가 있는 경우가 드물게 있다.[502] 또 본안의 법원이 가명령의 관할법원이 되는 것은 민사가처분과 동일하지만(행정법원법 제123조 제2항 1문), 가명령에는 민사소송법 제942조에 규정된 '다툼의 대상이 있는 곳을 관할하는 간이법원'과 같이 급박한 경우에 활용할 수 있는 대체적 관할이 존재하지 않는다.[503]

또한 1978년에 가명령의 불복절차에 관한 행정법원법 규정이 개정됨으로써,[504] 가명령과 민사가처분의 차이가 더 뚜렷해졌다. 구법 제123조 제4항은 가명령에 대하여 변론을 신청할 수 있다고 규정하면서, 민사보전처분의 이의신청 제도에 관한 민사소송법 제924조와 제925조를 준용하도록 하였다. 즉, 가명령신청의 인용결정에 대한 불복은 변론을 열어 재심사한 후 종국판결로 재판하는 '변론신청'에 의하고, 각하·기각결정에 대한 불복은 행정법원법상의 '항고'에 의하도록 되어 있었다. 이로 인해 가명령신청의 인용 여부에 따라 불복방법이 달라져 혼선을 빚을 소지가 있었고, 가명령신청 단계에서 임의적으로 변론을 열어 심리한 경우에는 결정으로 재판해야 하는지 판결로 재판해야 하는지를 놓고 실무례가 갈렸다. 또 변론신청은 불복신청기간의 제한이 없는 대신 집행정지효가 없어 소송경제나 절차신속화 요청에 반하는 문제도 있었다.[505] 따라서 위 개정으로 가명령신청에 대한 재판형식은 결정으

에 가명령(einstweilige Anordnung)이라는 용어를 의도적으로 사용한 점에서도 드러난다. Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung BT-Drs. 3/55, S. 44 참조.

501) 독일에서는 행정상 손해배상과 손실보상 등 대부분의 금전청구 사건이 일반법원의 관할로 되어 있고, 공공주체에 대한 금전채권이 집행불능에 빠지는 것은 거의 상정할 수 없어 보전의 필요성이 없기 때문이다.

502) Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, München 2017, Rn. 156 참조.

503) Redeker, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §123 Rn. 26 참조.

504) Art. 2 §3 Abs. 1, VGFGEntlG(Gesetz vom 31.3.1978, BGBl I S. 446) 참조.

505) Bernd Bender, Die einstweilige Anordnung (§123 VwGO), in: FS-Menger, 1985, S. 669-671; Friedrich Schoch, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, Heidelberg 1988, S. 1689-1691 참조.

로 못 박는 한편, 변론신청 제도를 없애고 가명령에 대한 불복방법을 행정법원법 제146조 이하의 항고로 일원화하였다.[506] 이로써 가명령에 대한 불복은 행정법원법 고유의 불복절차에 의하게 되어 가명령의 독자성이 강화되었다.

2) 규범통제절차에서의 가명령

행정법원법 제47조의 규범통제절차는 앞서 본 것처럼 원고의 권리침해 여부와 관계없이 계쟁 법규정이 헌법, 법률 등 상위규범에 위반되는지만을 심사한다는 점에서 객관소송의 성격을 띤다. 또한 규범통제절차는 행정행위에 대한 취소쟁송이 아니므로, 그로 인해 정지효가 발생하지도 않는다. 이러한 특수성 때문에, 행정법원법 제47조 제6항에 규범통제절차 특유의 가구제수단이 따로 마련되어 있다.[507]

규범통제절차에서의 가명령 조항은 연방헌법재판소의 가명령절차에 관한 연방헌법재판소법 제32조 제1항을 모델로 삼았다. 따라서 독일의 판례와 다수설은 규범통제절차에서의 가명령의 실체적 요건을 판단할 때도 연방헌법재판소의 심사모델을 따른다.[508] 즉, 본안의 승소가능성은 본안이 명백하게 부적법하거나, 명백히 이유 없거나 또는 명백히 이유 있다고 예측될 때에만 고려하고, 그렇지 않은 경우에는 가명령의 발령 없이 규범통제청구가 본안에서 인용되었을 때 발생할 결과와 가명령을 발령하였는데 본안청구가 기각되었을 때 발생할 결과를 형량하여 가명령의 발령 여부를 결정한다.[509] 아울러 법규범의 집행정지는 개별 행정작용에 대한 가명령보다 광범위한 결과를 가

---

506) Schoch, in: Schoch/Schneider, VwGO §123 Rn. 6 참조.

507) 행정법원법 제47조 제6항은 “법원은 중대한 불이익을 방지하기 위하여 또는 다른 중대한 사유로 인하여 긴급하게 필요한 경우에는 신청에 의하여 가명령을 발할 수 있다.”라고 규정한다.

508) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §26 Rn. 81-83 참조.

509) Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, Heidelberg 2014, Rn. 1045; Redeker, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §47 Rn. 49-49a 참조.

져오고 법적 안정성을 해칠 우려가 있다는 이유로, 결과형량을 할 때는 행정법원법 제123조의 가명령보다 엄격한 기준에 의한다.[510][511]

또한 가명령의 효력범위와 관련하여 독일의 다수설은, 규범통제절차의 객관소송적 성격과 규범통제청구 인용판결의 대세적 효력을 감안할 때 가명령 역시 법규범의 적용을 일반적으로 정지하는 것만 가능할 뿐, 신청인에 대한 적용만 정지하는 식의 개별적 적용정지는 불가능하다고 본다.[512]

제2절 소송의 구조

행정소송의 구조는 개인의 권리구제를 목표로 하는 주관소송적 구조와 행정의 적법성 통제를 목표로 하는 객관소송적 구조로 크게 나눌 수 있다. 행정소송의 구조가 주관소송적 구조인지 객관소송적 구조인지를 판단하는 기준은 통상 세 가지이다. 첫 번째 기준은 원고적격으로, 원고적격의 기준과 범위가 어떻게 되는지 문제 된다. 두 번째 기준은 본안요건으로, 본안판단 단계에서 원고의 권리침해 여부가 심사되는지, 본안의 심사척도는 어떻게 정해지는지가 문제 된다. 세 번째 기준은 판결의 효력으로, 특히 인용판결의 효력이 어느 범위까지 미치는지가 관건이다.[513]

---

510) BVerwG, Beschluss vom 18.05.1998 - 4 VR 2/98, 4 CN 1/98, NVwZ 1998, S. 1065; Redeker, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §47 Rn. 49b-49c 참조.

511) 이 같은 엄격한 기준에 의한 결과형량의 심사방식에 대해서는 본안의 승소가능성을 지나치게 과소평가한다는 등의 비판이 있다고 한다. Schoch, in: Schoch/Schneider, VwGO §47 Rn. 155-158; 이진형, 독일 행정소송에서의 가구제에 관한 연구, 법학박사논문, 2021, 194-195면 참조.

512) Schoch, in: Schoch/Schneider, VwGO §47 Rn. 182; Ziekow, in: Sodan/Ziekow, VwGO §47 Rn. 404; 반면, 일반적 적용정지와 함께 개별적 적용정지도 가능하다는 견해로는 Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, Heidelberg 2014, Rn. 1049 참조.

513) 이 문단의 내용에 관하여는 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 218-225면; 최계영, 항고소송에서 본안판단의 범위 - 원고의 권리침해가 포함되는지 또는 원

이하에서는 위 세 가지 기준을 순서대로 살펴봄으로써 독일 행정소송이 어떤 구조를 띠고 있는지 고찰하고, 소송의 구조 측면에서 어느 정도로 독자성이 나타나는지 검토하도록 하겠다.

1. 원고적격과 권리보호필요성

가. 원고적격

주관소송적 구조와 객관소송적 구조를 구별하는 첫 번째 기준은 원고적격(Klagebefugnis)이다. 주관소송에서는 원고의 권리구제를 목적으로 하므로, 계쟁 행정작용으로 권리가 침해되었음을 주장하거나 권리침해의 가능성이 있는 사람에게만 원고적격이 인정된다. 반면에 객관소송에서 원고의 소제기는 행정의 적법성 통제를 위한 단초에 불과하고, 다만 남소를 방지하기 위해 원고의 개인적 이익 상황을 기준으로 일정 범위에서 원고적격을 정할 뿐이다.

독일의 행정소송, 그중에서도 중심을 이루는 취소소송에서는 법률의 문언상 "권리가 침해되었다는 주장"이 원고적격의 요건이지만(행정법원법 제42조 제2항), 판례와 학설은 민사소송과 달리 원고의 권리가 침해되었다는 단순한 주장만으로는 부족하다고 본다.[514] 그러면 여기에 무엇을 더 요구할 것인가를 놓고 주장 내용의 논리적 설득력을 요구하는 '논리정연성 이론'(Schlüssigkeitstheorie)과 권리가 침해되었을 가능성 내지 개연성을 요구하는 '가능성 이론'(Möglichkeitstheorie)이 종래 대립하였으나, 오늘날에는 가능성 이론이 확립된 판례이자 통설이다.[515]

고의 법률상 이익과 관계없는 사유의 주장이 제한되는지의 문제를 중심으로, 행정법연구 제42호, 2015, 110-120면, 이상덕, 항고소송과 헌법소원의 관계 재정립 - 실무의 상황과 나아갈 방향, 공법연구 제44집 제1호, 2015, 232-233면 참조.

514) 이는 민중소송을 배제하고 이해관계인만이 권리구제를 받을 수 있게 하기 위함이다. Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, Heidelberg 2014, Rn. 493-494 참조.

515) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §18 Rn. 9-12;

여기서 독일 판례는 '불가능성'이 무엇인지를 설명함으로써 가능성의 의미를 밝힌다. 즉, 원고에 의해 주장된 권리가 '어떠한 고찰에 의하여도 명확하고 명백하게 존재하지 않거나 원고에게 귀속되지 않는 경우에만' 권리침해가 불가능하다고 한다.[516] 이러한 권리침해의 가능성은 두 가지 요소로 이루어지는데, 첫째는 계쟁 행정작용이 사인의 주관적 권리도 보호하는 규범(이른바 보호규범)을 위반하였을 가능성이고, 둘째는 그 규범이 보호하는 권리가 원고에게 귀속될 가능성이다.[517] 따라서 원고가 권리침해의 가능성을 인정받으려면, 침해되었다는 자신의 권리와 그 법률상 근거를 적시해야 한다. 그리고 취소소송·의무이행소송의 원고적격을 규정한 행정법원법 제42조 제2항은 다른 유형의 행정소송에도 유추적용된다는 것이 판례·통설이므로,[518] '권리침해의 가능성'은 독일 행정소송의 일반적인 소송요건으로 확장되어 주관적 권리구제 기능의 징표가 된다.[519]

다만, 앞서 제3장 제2절에서 살펴본 바와 같이 행정소송에는 행정주체의 내부기관이나 지방자치단체의 권한을 '권리'로 파악하여 원고적격을 인정하는 경우가 있고, 행정법원법 제42조 제2항의 전단의 유보조항에 터 잡아 주관적 권리침해와 상관없이 원고적격을 인정하는 경우도 있다. 이는 객관적 통제 기능의 징표로서, 민사소송에서는 찾아볼 수 없는 것들이다.

또한 근래에는 유럽연합 하에서 유럽법이 규범력을 가짐에 따라, 독일 행정소송의 원고적격 이론이 힘을 잃어가는 측면도 있다.[520] 즉, 유럽법에서는

Wahl/Schütz, in: Schoch/Schneider, VwGO §42 Abs. 2 Rn. 64-67; Sodan, in: Sodan/Ziekow, VwGO §42 Rn. 379-381 참조.

516) BVerwG, Urteil vom 30.10.1963 - V C 219/62, VerwRspr 1964, 762 참조.

517) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §18 Rn. 10 참조.

518) BVerwG, Urteil vom 28.10.1970 - VI C 48.68, BVerwGE 36, 192; Thomas Groß, Die Klagebefugnis als gesetzliches Regulativ des Kontrollzugangs, Die Verwaltung 2010, S. 368-369 참조.

519) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 131 참조.

520) 유럽연합 회원국의 행정소송이 유럽화되는 방식과 그 한계에 관한 상세한 내용은 임성훈, 유럽법 영향하에서의 독일의 정지효에 대한 고찰, 행정법연구 제10호,

프랑스의 영향으로 '개인적이고 직접적인 이익'(intérêt personnel et direct) 또는 '충분한 이익'(sufficient interest)의 유무에 따라 원고적격을 정하므로 그 인정범위가 독일 행정소송보다 넓을 뿐 아니라, 원고적격을 넓게 인정하는 것을 유럽법의 실현을 위한 하나의 수단으로 이해한다.[521] 따라서 유럽법원은 특정 사항에 관하여 개인이나 단체의 원고적격을 넓게 인정하는 유럽 지침(Lichtlinie)이 예외적으로 회원국에 대하여 직접효를 갖는 경우에는, 원고적격으로 개인의 권리침해 가능성을 요구하는 독일법은 유럽법에 합치되지 않는다고 본다.[522] 즉, 이같이 유럽법의 실효적 집행을 위해 필요한 경우에는 독일법상의 원고적격 제한에도 불구하고 유럽법상의 원고적격에 터 잡아 독일 법원에 독일 소송법에 따른 행정소송을 제기하는 것이 허용된다.[523]

나. 권리보호필요성

'권리보호필요성'(Rechtsschutzbedürfnis)이란 원고가 법원에 대하여 소송상 청구로써 권리구제를 요구할 수 있는 이익을 말한다.[524] 프랑스에서는 월권소송[525]의 원고적격과 소의 필요성이 '소의 이익'(intérêt à agir) 개념을 통해

2003, 311-316면 참조.

521) Claus Dieter Classen, Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit: Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen, französischen und europäischen Verwaltungsprozeßrecht, Tübingen 1996, S. 33 f.; Wahl/Schütz, in: Schoch/Schneider, VwGO Vorb. §42 Abs. 2 Rn. 121-126; 김지희, 독일법의 유럽화에 따른 권리구제의 확대 - 특히 환경단체소송과 관련하여, 유럽헌법연구 제24호, 2017, 62-63면, 65-68면 참조.

522) 이에 관한 유럽법원의 대표적 판결인 Trianel 판결에 관하여는 Tobias Leidinger, Europäisiertes Verbandsklagerecht und deutscher Individualrechtsschutz: Das Trianel-Urteil des EuGH und seine Folgen für das deutsche Verwaltungsrechtssystem, NVwZ 2011, S. 1345-1347; 김지희, 앞의 논문, 71-77면 참조.

523) Volker Röben, Die Einwirkung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auf das Mitgliedstaatliche Verfahren in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten, Berlin · Heidelberg 1998, S. 235-246, 253-254; Wahl/Schütz, in: Schoch/Schneider, VwGO §42 Abs. 2 Rn. 215-216 참조.

524) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §13 Rn. 1 참조.

한꺼번에 판단되지만, 독일에서는 취소소송의 원고적격과 권리보호필요성이 따로 판단된다.[526] 즉, 원고적격 단계에서는 '권리침해의 가능성'이라는 기준에 한정하여 소를 제기할 자격이 있는지를 판단하고, 다음 단계에서 그 권리를 보호할 '이익'이 있는지를 검토하는 것이다. 다시 말해, 취소소송의 원고적격을 엄격히 제한하고 권리보호의 이익은 따로 판단하되, 전자가 충족되면 후자는 가급적 적극적으로 인정하겠다는 것이 독일 행정소송의 기본입장이라고 할 수 있다.[527]

이러한 기본입장에 따라 독일 행정소송의 '일반적 권리보호필요성'은 원고적격이 인정되는 한 충족된 것으로 추정되고, 피고 행정청이 그 부존재·소멸에 관한 증명책임을 진다. 반면에 확인소송(행정법원법 제43조) 또는 계속확인소송(같은 법 제113조)에서 정당한 확인의 이익을 요구하는 것과 같이 명문의 규정상 특별히 요구되는 '특수한 권리보호필요성'은 원고가 그 존재에 관한 증명책임을 진다.[528]

일반적 권리보호필요성은 위와 같은 법적 성격으로 인하여 그것이 결여되거나 인정 여부가 다투어지는 경우를 중심으로 논의되는 것이 보통인데, 일반적 권리보호필요성이 결여된 것으로 인정되는 사례군은 대략 네 가지로 나뉜다. 첫째, 행정소송이 무익한 경우로서, 행정행위가 직권취소 등으로 종료되어 불이익(Belastung)이 없어지거나, 거부된 행정행위가 다른 법적 이유로 명백히 불가능하게 된 경우 등을 말한다.[529] 둘째, 당해 소송이 비효율적

---

525) 월권소송(recours pour excès de pouvoir)이란 프랑스 행정소송의 유형 중 하나로서, 행정입법과 개별 행정결정을 아우르는 '일방적 행정행위'(acte administratif unilatéral)의 위법성을 이유로 그 취소를 구하는 소송을 말한다. 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 120면 참조.

526) Nikolaus Marsch, Frankreich, in: Jens-Peter Schneider (Hg.), Verwaltungsrecht in Europa, Bd. 2: Frankreich, Polen und Tschechien, Göttingen 2009, S. 170-173; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 290-291면 참조.

527) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 291-292면 참조.

528) Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, Heidelberg 2014, Rn. 560-561, 571, 587; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §13 Rn. 2-3 참조.

인 경우로서, 재판 이외의 수단으로 권리구제가 가능하거나, 보다 더 쉽게 목표를 달성할 수 있는 재판절차 내지 소송유형이 존재하는 경우가 이에 속한다.[530] 셋째, 소제기가 권리남용에 해당하는 경우로, 사전에 소제기를 포기하였거나 오랫동안 소를 제기하지 아니하여 소송상 권리가 실효된 경우,[531] 부당한 목적을 추구하기 위해 소를 제기하는 경우가 이에 속한다.[532] 넷째 사례군은 예방적 금지소송이다. 즉, 법원의 행정통제는 이미 존재하는 행정작용에 대한 사후적 통제가 원칙이므로, 임박한 행정작용이 발하여질 경우 회복할 수 없는 손해가 발생하고 사후적 구제나 가구제로는 권리구제를 기대할 수 없는 예외적인 경우에만 권리보호필요성이 인정된다.[533]

위 네 가지의 사례군 중 뒤의 세 가지는 민사소송에서도 논의되는 것들이지만, 첫 번째 사례군, 그중에서도 행정행위가 종료되어 처분상대방 또는 침익적 효과를 받는 제3자에게 불이익이 없어진 경우는 외부에 대한 직접적인 법적 효과를 발생시키는 행정행위의 특수성에 기인한 것으로서, 민사소송에

---

529) Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, Heidelberg 2014, Rn. 588-589, 591; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §13 Rn. 5-7; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 300-301면 참조.

530) 예컨대, 행정절차법 제61조에 따라 공법상 계약에 기초하여 즉시집행이 가능한 경우에는 별도의 재판이 불필요하고, 이행의 소나 형성의 소를 통해 권리구제가 가능한 경우에는 확인의 소가 허용되지 않는다(행정법원법 제43조 제2항). Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, Heidelberg 2014, Rn. 591a-594a; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 296-300면 참조.

531) 소송상 권리가 실효되는 대표적인 경우로 이중효과적 행정행위로 인해 침익적 효과를 받는 제3자를 들 수 있다. 즉, 이중효과적 행정행위로 인해 침익적 효과를 받는 제3자가 당해 행정행위의 존재를 알게 되었거나 알았음이 명백한데도 그로부터 1년 이내에 취소소송을 제기하지 않으면, 행정법원법 제58조 제2항을 유추적용하여 소송상 권리가 실효되는 것으로 본다. Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, München 2016, §23 Rn. 17; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 302면 참조.

532) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §13 Rn. 19-20 참조.

533) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §24 Rn. 4-8; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 301-302면 참조.

서는 논의되지 않는다.[534] 즉, 독일의 취소소송은 이른바 '공정력'이라 불리는 행정행위의 잠정적 통용력을 소멸시키는 형성소송이므로, 행정행위가 종료되어 처분상대방 또는 제3자에게 불이익을 지우는 효력이 상실되면 원칙적으로 취소소송의 권리보호필요성은 결여된다.[535]

그런데 위 사례군은 독일 행정소송에서 특수한 권리보호필요성이 요구되는 대표적인 사례인 계속확인소송(Fortsetzungsfeststellungsklage)과 연결된다. 위에서 본 것처럼 취소소송 계속 중에 행정행위가 종료되면,[536] 행정법원법 제161조에 따라 당사자 쌍방 또는 일방의 의사표시에 의해 소송이 종결되거나, 권리보호필요성이 결여되어 소가 각하되는 것이 원칙이다. 그러나 원고에게 당해 행정행위의 위법성 확인을 구할 정당한 이익이 있다고 인정되면, 법원은 행정법원법 제113조 제1항 4문에 따라[537] 원고의 신청으로 당해 소송을 소변경 없이 확인소송으로 계속 진행하는데, 이를 '계속확인소송'이라 한다.[538]

계속확인소송에서 요구되는 '정당한 이익'은 일반적으로 반복방지의 이익, 선결문제 확정의 이익, 인격권 회복의 이익, 중대한 기본권침해로 분류된다.[539] 반복방지의 이익이란 앞으로 동일한 상황에서 위법한 행정행위가 반

---

534) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 140 참조.

535) Riese, in: Schoch/Schneider, VwGO §113 Rn. 96; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 300, 303-304면 참조.

536) 다만, 판례·통설은 소제기 전에 이미 행정행위가 종료된 경우에도 행정법원법 제113조 제1항 4문을 유추적용하여 계속확인소송을 허용한다. BVerwG, Urteil vom 14.07.1999 - 6 C 7/98, BVerwGE 109, 203; Riese, in: Schoch/Schneider, VwGO §113 Rn. 97-100 참조.

537) **행정법원법 제113조(판결주문)**

(1) (전략…) [4]행정행위가 판결선고 이전에 직권취소 또는 다른 방법으로 종료된 경우에, 원고에게 행정행위의 위법 확인을 구할 정당한 이익이 있다면, 법원은 신청에 의하여 판결로써 그 행정행위가 위법함을 선언할 수 있다.

538) Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO §113 Rn. 85-126 참조.

539) Redeker, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §113 Rn. 45-49; Riese, in: Schoch/Schneider, VwGO §113 Rn. 121-144 참조.

복되지 않게 하는 이익을 말하고, 선결문제 확정의 이익이란 국가배상소송 등을 통한 손해전보를 위해 행정행위의 위법성을 선결문제로 확인받을 이익을 말한다. 인격권 회복의 이익은 차별적 효과를 갖는 행정행위로 인해 야기된 인격권침해를 회복함으로써 얻게 되는 이익을 말하고, 중대한 기본권침해란 통상 단기간에 종료되는 위법한 행정행위로 인해 중대한 기본권침해가 있는 경우[540]를 말한다. 그런데 이 중에서 반복방지의 이익은 법치국가 원리에 기초한 법적 안정성의 요청으로부터 도출되는 것으로서, 계속확인소송이 객관적 통제 기능도 함께 수행함을 나타내는 징표이다.[541]

결국 권리보호필요성은 주관소송적 구조를 띤 독일 행정소송에서 원고적격을 엄격히 제한함에 따라 별도의 소송요건으로 다루어지는 것이고, 권리보호필요성의 인정 여부가 문제 되는 사례군도 민사소송과 대동소이하므로, 전반적으로 독자성이 약하다. 다만, 계속확인소송에서 정당한 이익 중 하나로 인정되는 '반복방지의 이익'은 행정소송의 객관적 통제 기능에 따른 것으로 독자성이 인정된다.

2. 본안의 심사척도와 판단기준시

가. 본안의 심사척도

주관소송적 구조와 객관소송적 구조를 구별하는 두 번째 기준은 본안요건이다. 주관소송에서는 본안판단 단계에서 원고의 권리침해 여부가 심사되고, 원고의 주관적 권리를 매개할 수 있는 규범만이 본안의 심사척도가 된다. 반면에 객관소송에서는 본안판단 단계에서 계쟁 행정작용의 위법성만이 심사

---

540) 다만, 기본권에 대한 '중대한' 침해를 추가 요건으로 삼을 것인지에 관하여는 견해의 대립이 있다. Riese, in: Schoch/Schneider, VwGO §113 Rn. 141-144; Redeker, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §113 Rn. 49 참조.

541) Veith Mehde, Verwaltungskontrolle als Daueraufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Die Verwaltung 2010, S. 393-396 참조.

되고, 관계된 모든 규범을 포괄적인 심사척도로 삼을 수 있다.[542]

독일의 행정소송은 개인의 권리구제를 최우선 기능으로 삼는다. 그러므로 취소소송과 의무이행소송에서 본안요건으로 행정행위의 위법성 이외에 원고의 권리침해가 요구되고(행정법원법 제113조 제1항, 제5항), 심사척도는 원칙적으로 보호규범, 즉 원고의 주관적 권리를 매개할 수 있는 규범으로 한정된다.[543] 즉, 본안의 심사척도 측면에서 철저한 주관소송적 구조를 띤다. 그러나 근래에는 객관적 통제 기능의 영향으로 보호규범의 범위가 확장되는 경향이 있고, 그로 인해 주관적 공권도 확대되고 있다. 예컨대, 침익적 행정행위의 상대방이 제기한 취소소송에서는, 기본법 제2조 제1항에 규정된 일반적 행동자유권의 방어권적 기능에 터 잡아 그 상대방에게 곧바로 원고적격이 인정된다는 이른바 직접상대방이론(Adressatentheorie)이 판례 · 통설이다.[544] 따라서 이러한 유형의 취소소송은 본안판단에서도 보호규범에 얽매이지 않고 행정행위의 위법성에 대한 포괄적 사법심사가 행해진다.[545] 한편, 행정행위에 이해관계가 있는 제3자가 제기한 취소소송에서도 앞서 제3장 제2절에서 살펴본 것처럼 주관적 권리의 범위를 확장하거나 권리침해와 관계없이 원고적격을 인정함에 따라 본안의 심사척도 역시 확대되고 있다.

다만, 의무이행소송에 관하여 특기할 점은, 행정행위의 거부에 대한 의무이행소송의 경우 행정행위의 발급청구 외에 거부처분의 취소청구도 본안신청에 포함되어 있다는 점이다.[546] 따라서 거부처분이 위법하고 특정 행정행위의 발급청구권이 인정되는 경우에는, 그 거부처분을 취소하고 특정 행정행

---

542) Veith Mehde, Verwaltungskontrolle als Daueraufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Die Verwaltung 2010, S. 387-390; Michael Ronellenfitsch, Entstaatlichung des Rechtsschutzes?, DÖV 2010, S. 376 참조.

543) Walter Krebs, Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle, in: FS-Menger, 1985, S. 193-194, 200 참조.

544) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §18 Rn. 36-38 참조.

545) Veith Mehde, a.a.O., S. 391 참조.

546) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §16 Rn. 6 참조.

위의 발급을 명한다. 반면에 거부처분이 위법하긴 하지만 특정 행정행위의 발급청구권이 인정되지 않는 경우에는, 거부처분을 취소하고 법원의 법적 견해를 존중하여 재결정을 할 것을 명한다(행정법원법 제113조 제5항).[547]

나. 본안판단 기준시

개인의 권리구제를 최우선 기능으로 하는 민사소송에서는, 재판 시점을 기준으로 하여 권리구제를 소구하는 사람에게 권리가 있는지를 판단하게 된다. 따라서 민사소송에서 본안판단의 기준시점은 당연히 재판 시점(사실심 변론 종결시)이 된다.[548]

반면에 주관적 권리구제 기능과 더불어 행정에 대한 통제 기능까지 수행하는 행정소송에서는, 통제의 대상이 되는 행정작용이 행해진 시점을 기준으로 위법성을 판단해야 한다.[549] 그러므로 행정소송의 중심을 이루는 취소소송의 본안판단 기준시는 원칙적으로 최종적인 행정결정(행정행위 또는 행정심판재결)이 발하여진 시점이 된다.[550] 그러나 한편, 독일의 판례는 실체법상의 이유로 취소소송에서도 판결 시점을 본안판단 기준시로 보는 사례군을 적지 않게 만들었다.[551] 예컨대, 지속적 효력을 갖는 행정행위(Dauerverwaltungsakt)는 그 효력이 계속 현행화되며 바뀌므로, 권리구제를 위해서는 나중에 사실적·법적 상태가 변경된 것도 고려되어야 한다고 본다.[552] 또한 아직 집행되

---

547) Riese, in: Schoch/Schneider, VwGO §113 Rn. 213, 226 참조.

548) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 187 참조.

549) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §34 Rn. 48 참조.

550) Thomas Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, München 2011, Rn. 613 참조.

551) 특히 건축법과 외국인법에 그런 사례가 많다고 한다. Thomas Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, München 2011, Rn. 614 참조.

552) BVerwG, Urteil vom 27.01.1993 - 11 C 35/92, BVerwGE 92, 32; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §34 Rn. 55-59 참조; 반대 견해로는 Thomas Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, München 2011, Rn. 613 참조.

지 않은 행정행위의 경우에는 상대방에게 유리하도록 판결 시점을 본안판단 기준시로 삼아야 한다는 것이 판례·통설이다.[553]

한편, 의무이행소송은 성질상 이행소송이므로, 민사소송과 마찬가지로 청구권(행정행위의 발급청구권)의 존부 판단의 기준시점인 재판 시점을 기준으로 본안판단을 하는 것이 원칙이다.[554] 또 확인소송의 경우에는 원고가 확인을 구하는 권리관계가 무엇이냐에 따라 본안판단 기준시가 달라진다.[555] 특별히 계속확인소송의 경우에는 행정행위가 종료된 시점이 위법판단 기준시가 된다.[556]

결국 독일 행정소송이 재판 시점을 본안판단 기준시로 삼는 경우가 많은 것은 권리침해를 중심으로 하는 주관소송적 구조를 띠고 있는 데에서 기인한 것이므로, 이 부분 역시 독자성이 약하다.

3. 판결의 효력

주관소송적 구조와 객관소송적 구조를 구별하는 세 번째 기준은 판결의 효력이다. 그중에서도 기판력의 주관적 범위가 관건이 된다. 객관소송에서는 통상 인용판결의 기판력이 대세효를 갖는 반면에,[557] 주관소송에서는 판결의 종류와 관계없이 기판력이 상대효를 갖는다.

---

553) 예컨대, 아직 집행되지 않은 건축법상의 철거명령의 경우, 대상 건축물이 사후적으로 실체법상의 정당성 요건을 충족하게 되었거나 장차 그럴 가능성이 있다면, 판결 시점을 기준으로 할 때 계쟁 철거명령은 위법하게 된 것이므로 취소되어야 한다. BVerwG, Urteil vom 06.12.1985 - 4 C 23 u. 24/83, NJW 1986, 1186; Kothe, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §108 Rn. 18 참조.

554) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §34 Rn. 61 참조.

555) Thomas Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, München 2011, Rn. 616 참조.

556) Redeker, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §113 Rn. 64 참조.

557) 예컨대, 객관소송적 구조를 띠는 프랑스의 행정소송에서 월권소송의 인용판결인 취소판결은 절대적 기판력(autorité absolue de la chose jugée), 즉 대세효를 가지고, 기각판결은 원칙으로 돌아가 당사자의 동일성 범위 내에서 상대효를 갖는다. 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 442-443면 참조.

기판력(旣判力)은 실질적 확정력(materielle Rechtskraft)의 또 다른 명칭이다.[558] 실질적 확정력이란, 형식적으로 확정된 종국판결이 법원 및 당사자에 대하여 가지는 내용상의 구속력을 말한다.[559] 즉, 확정판결의 존재로 인해 당사자는 동일한 사항에 관하여 그 내용에 어긋나게 재차 다투는 소송을 할 수 없고, 법원도 이를 재심사하여 모순·저촉되는 판단을 할 수 없다(민사소송법 제322조, 제325조; 행정법원법 제121조).[560]

본질적으로 주관소송인 독일의 민사소송에서 기판력은 당해 소송에 대한 주도권을 가지고 주장·증명활동을 통해 판결의 내용에 영향을 미칠 수 있었던 '소송당사자 및 소송계속 후의 승계인' 사이에서만 미친다(민사소송법 제325조).[561] 마찬가지로 주관소송적 구조를 띠는 독일의 행정소송에서 기판력은 '소송관계인과 그 승계인' 사이에서 미치는 것이 원칙이다(행정법원법 제121조 제1호).[562] 다만, 형성소송에서의 인용판결은 기판력과 더불어 – 명문의

---

558) 기판력(旣判力)이란 용어는 일본에서 'materielle Rechtskraft'라는 독일 법률용어를 번역할 때 위 용어 중 'Rechtskraft'를 '旣判力'이라 번역한 것이 의용 민사소송법을 통해 우리나라에 전해진 것이다. 방순원, 기판력에 관한 연구, 서울대학교 법학 제4권 제1/2호, 1962, 166-170면 참조.

559) 실질적 확정력은 판결의 효력 중 핵심을 이루는 확정력(Rechtskraft)의 일부분이다. 확정력이란 종국판결이 확정됨으로써 법원 및 당사자에 대하여 생기는 효력을 말하는데, 이는 형식적 확정력과 실질적 확정력으로 나눌 수 있다. 형식적 확정력(formelle Rechtskraft)이란, 종국판결에 대하여 불복신청을 할 수 없게 되어 그 종국판결이 상급법원에 의해 취소될 가능성이 없게 하는 효력을 말하는 것으로, 실질적 확정력의 전제이다. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §150 Rn. 1-3; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §35 Rn. 1 참조.

560) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, § §35 Rn. 2, 7-15; Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, München 2011, §62 Rn. 1-2 참조.

561) 기판력의 주관적 범위가 소송당사자와 그 승계인으로 한정되는 주된 헌법적 근거는 기본법 제103조의 법적 청문 청구권이다. 즉, 법원에서 진술할 기회나 정보를 제공받을 권리를 보장받은 사람에게만 판결의 효력이 미치는 것이 합당하다는 것이다. Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1974, S. 535-538 참조.

562) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §35 Rn. 22-25 참조.

규정은 없지만－실체적 법상태에 변경을 가하는 형성력(Gestaltungswirkung)을 갖는데, 독일의 민사소송법학과 행정소송법학의 통설은 모두 형성력은 그 성질상 대세효가 있는 것으로 파악한다.[563] 따라서 행정행위 취소판결의 기본적 효력은 상대효를 갖는 기판력이고, 대세효를 갖는 형성력은 특별히 추가된 것이다.[564] 요컨대, 독일 행정소송에서는 판결의 효력이 상대효를 갖는다는 점이 명문으로 규정되어 있으므로, 기본적으로 민사소송에 대한 독자성이 약하다.

다만, 행정소송에서 기판력의 주관적 범위는 객관적 통제 기능과 관련하여 두 가지 특기할 점이 있다. 첫째, 집단소송절차에서는 사전공고를 거쳐 일정 기간 내에 참가신청을 한 사람에게만 소송참가를 허용할 수 있는데(행정법원법 제65조 제3항), 이때는 당해 소송에 참가신청을 하지 않았거나 기간 내에 신청을 하지 않은 사람들에게도 기판력이 미친다(행정법원법 제121조 제2호). 즉, 당해 소송에서 아무런 절차적 권리를 보장받지 못한 사람에게도 판결의 효력이 미치게 하여 개인의 권리구제를 희생하고 법적 청문권을 제한하는 대신, 계쟁 행정작용의 위법성을 일거에 효율적으로 심사함으로써 객관적인 통제 기능을 수행하는 것이다. 둘째, 행정법원법 제47조의 규범통제절차에서의 인용판결은 앞서 본 바와 같이 위 소송의 객관소송적 성격으로 말미암아 대세효를 갖는다.

---

563) Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, München 2011, §65 Rn. 1-7; Clausing/Kimmel, in: Schoch/Schneider, VwGO §121 Rn. 37 참조.

564) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 440-441면 참조.

제3절 소송법관계

소송법관계(Prozessrechtsverhältnis)는 민사소송법학에서 연원한 개념으로서, 소송의 주체들 즉 원고와 피고, 법원 사이에 맺어진 여러 가지 법적 관계의 총체를 말한다.[565] 소송법관계의 한 축을 이루는 법원의 조직과 구성에 관하여는 민사소송과 행정소송 간에 공통점이 많으나, 나머지 두 축인 소송당사자의 법적 지위와 소송상 역할은 양 소송의 구조상·기능상 차이로 말미암아 서로 다르게 형성되어 있다.

1. 법원조직

독일의 재판권은 앞서 제4장 제1절에서 본 바와 같이 다섯 개의 재판분야로 분할되어 있다. 그러나 각 재판권은 司法의 본질적인 기능, 즉 쟁송을 심판하여 분쟁을 해결하는 기능을 수행한다는 점에서는 공통되므로,[566] 독일의 민사소송과 행정소송은 법원조직 측면에서 공통점이 많다. 우선 양 소송 모두 재판의 독립과 이를 위한 법관의 독립을 보장하는 한편,[567] 司法의 공정성과 객관성을 확보하기 위하여 법관에게 중립성을 요구한다.[568]

---

565) 오늘날에는 민사소송과 행정소송을 막론하고 원고와 피고, 법원 사이에 3각으로 소송법관계가 성립한다는 것이 통설이다. Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, München 2011, §32 Rn. 4; Schmidt-Aßmann/Schenk, in: Schoch/Schneider, Einl. Rn. 156 참조.

566) Stelkens/Panzer, in: Schoch/Schneider, VwGO §1 Rn. 13 참조.

567) 독일 헌법상 사법권은 법관에게 귀속되고 각급 법원에 의해 행사되며(기본법 제92조), 법관은 독립성이 보장되고 오직 법률에만 구속된다(기본법 제97조 제1항). 독일 연방헌법재판소는, 기본법 제101조 제1항 2문에 규정된 '법률로 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리'에는 독립된 법관에 의한 재판을 받을 권리도 포함되는 것으로 본다. BVerfG, Beschluss vom 24.03.1982 - 2 BvH 1/82, 2 BvH 2/82, 2 BvR 233/82, NJW 1982, S. 1583 참조.

568) 법관의 중립성은 독일법관법 제4조에 규정된 법관의 겸직금지의무나, 민사소송법 제41조 이하에 규정된 제척·기피 제도를 통해 보장된다(행정법원법 제54조 제1항). Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §7 Rn.

심급구조도 공통점이 많다. 민사소송을 담당하는 일반법원으로는 州법원인 간이법원(Amtsgericht: AG),[569] 지방법원(Landgericht: LG), 고등법원(Oberlandesgericht: OLG)과 연방법원인 연방일반법원(Bundesgerichtshof: BGH)이 있는데, 민사소송은 사안의 경중에 따라 [간이법원 단독판사－지방법원 합의부－연방일반법원] 또는 [지방법원 합의부－고등법원－연방일반법원]의 3심제 구조를 취하고 있다.[570] 한편, 행정소송은 州법원인 지방행정법원(Verwaltungsgericht: VG)과 고등행정법원(Oberverwaltungsgericht: OVG)[571]이 제1심과 항소심을 각각 담당하고, 이어서 연방법원인 연방행정법원(Bundesverwaltungsgericht: BVerwG)이 상고심을 담당하는 3심제 구조가 원칙이다.[572] 다만, 규범통제절차나 대규모 사업계획 관련 사건 등은 고등행정법원이 제1심을 담당하는 2심제 구조이고, 연방과 州 사이 또는 州 상호 간의 쟁송이나 철도, 고속도로 등 중요 공공시설에 관한 계획확정절차와 관련된 쟁송은 연방행정법원이 단심으로 재판한다.[573]

재판부 구성 측면에서도, 민사소송과 행정소송 모두 합의부재판과 단독재판의 구별이 상대화되어, 둘 중 어느 쪽에 의할지를 사건의 난이도 등 제반

4, 35-48 참조.

569) 'Amtsgericht'는 국내문헌에서 '區법원'으로 번역하는 경우가 많으나, 區별로 설치되어 있는 법원이 아니다. 지방법원보다 개수가 좀 더 많고 이곳저곳에 산재해 있기는 하나, 지역적 의미보다는 단독재판을 원칙으로 하고 상대적으로 소액 또는 경미 사건을 관할한다는 점에 의미가 있다. 이런 점을 감안하여 본 논문에서는 '간이법원'으로 번역한다.

570) 법원조직법 제23조(간이법원), 제71조(지방법원 제1심), 제72조(지방법원 항소심), 제119조(고등법원), 제133조(연방일반법원) 참조.

571) 고등행정법원은 州마다 1개씩 설치되는데, 바덴-뷔르템베르크, 바이에른, 헤센州에서는 오랜 전통 때문에 고등행정법원을 'Verwaltungsgerichtshof'라고 명명한다(행정법원법 제184조). Thomas Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, München 2011, Rn. 92 참조.

572) 행정법원법 제2조(행정재판의 법원과 심급), 제45조(사물관할), 제46조(고등행정법원의 심급관할), 제49조(연방행정법원의 심급관할) 참조.

573) 행정법원법 제47조(규범통제에서 고등행정법원의 사물관할), 제48조(고등행정법원의 그 밖의 사물관할), 제50조(연방행정법원의 사물관할) 참조.

사정에 따라 탄력적으로 정할 수 있다. 민사소송법은 일정한 경우에 지방법원과 고등법원의 합의부가 그 구성원 중 1인으로 하여금 단독으로 재판할 수 있게 하는 길을 열어놓고 있고,[574] 실제로 지방법원 합의부가 제1심으로 관할하는 민사사건 중 많은 수가 단독재판으로 처리된다.[575] 행정소송은 과거 합의부재판의 원칙이 민사소송보다 더 확고하였지만,[576] 1993년에 행정법원법이 개정되어 제6조에 '단독판사에 대한 원칙적 위임' 규정이 신설됨으로써 이 원칙이 완화되었다.[577]

물론 법원조직에서 행정소송의 독자성이 드러나는 부분도 있다. 우선 재판권이 분야별로 분할되어 있다는 것 자체가 행정소송의 독자적 발전의 토대가 된다. 재판권 분할이 갖는 의미는 비단 전문성 제고에 그치지 않는다.[578] 무릇 조직형태는 그 조직이 수행하여야 하는 기능에 맞추어 정해지는데,[579] 이는 법원조직의 경우에도 마찬가지이다. 즉, 재판권을 나누는 것은 각각의 분야별로 법원이 수행해야 하는 기능에 맞게 고유한 조직형태와 작동원리 그리고 재판문화를 발전시키려는 취지이다.[580]

또한 행정법원은 행정부로부터 독립될 것이 특히 강조된다. 즉, 행정법원

---

574) 민사소송법 제348조(고유단독판사), 제348a조(재정단독판사), 제526조(재판담당단독판사), 제527조(준비담당단독판사) 참조.

575) 예컨대, 2021년에 독일 전국의 지방법원에서 처리한 제1심 민사사건 총 319,428건 중 합의부 구성원 1인이 단독판사로 처리한 사건은 80.1%인 256,078건에 달한다. Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1, 2021, S. 60 참조.

576) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §7 Rn. 11; Thomas Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, München 2011, Rn. 101 참조.

577) 2021년에 독일 전국의 지방행정법원에서 처리한 제1심 행정사건 총 171,777건 중 합의부 구성원 1인이 단독판사로 처리한 사건은 무려 87.3%인 149,987건에 달한다. Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.4, 2021, S. 29 참조.

578) Ferdinand Kopp, Entwicklungstendenzen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, BayVBl. 1977, S. 516 참조.

579) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Berlin · Heidelberg 2006, Kap. 5 Abs. 9-11, 15-17 참조.

580) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §3 Rn. 7; Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 88-90 참조.

법 제1조는 “행정재판권은 행정관청으로부터 분리된 독립적인 법원에 의하여 행사된다.”라고 규정함으로써 행정부로부터의 인적·물적 독립을 선언하고 있고,[581] 같은 법 제54조 제2, 3항[582]은 행정소송 특유의 제척·기피 이유를 규정하고 있다.[583] 또한 명예법관(ehrenamtlicher Richter) 제도[584]가 마련되어 있는 점도 특징적인 부분이다. 즉, 행정소송은 국가기관인 행정부의 작용을 또 다른 국가기관인 사법부가 통제하는 제도인 점, 특히 독일의 행정소송은 조직·절차 면에서 행정으로부터 분리되는 과정이 더뎠던 점 등을 배경으로 하여, 법원의 독립성을 담보하고 공평무사한 재판에 대한 신뢰를 증진한다는 취지로 일반시민이 재판에 관여하는 제도가 도입된 것이다.[585]

2. 소송관계인

가. 소송당사자의 지위와 소송상 역할

소송법관계 중 당해 소송절차의 성격을 규정짓는 핵심 요소는, 법원을 제외한 양 소송당사자의 법적 지위와 소송상 역할이 어떻게 설정되어 있는가

---

581) Kment, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, München 2020, §97 Rn. 3-5; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §7 Rn. 3 참조.

582) **행정법원법 제54조(법원근무자의 제척 및 기피)**
(2) 선행된 행정절차에 관여한 법관 또는 명예법관은 직무집행에서 제척된다.
(3) 법관 또는 명예법관이 소송절차에 의하여 이해관계에 영향을 받는 단체의 대표기관에 속한다면, 민사소송법 제42조에 따른 불공정의 염려가 항상 인정된다.

583) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §7 Rn. 41-44 참조.

584) 민사소송과 달리 행정소송에는 비법률가가 재판에 관여한다. 즉, 지방행정법원 합의부는 3명의 직업법관과 2명의 명예법관으로 구성되는 것이 원칙이고(행정법원법 제5조 제3항), 명예법관은 심리와 평의에서 직업법관과 동등한 자격을 갖는다(같은 법 제19조).

585) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §7 Rn. 27-29 참조.

이다. 민사소송이든 행정소송이든 소송의 주된 참여자는 원고와 피고이다. 그러나 행정법원법은 민사소송법과 달리 원고와 피고를 일컫는 '당사자'(Partei)라는 용어를 사용하지 않고, 그 대신 원고, 피고, 참가인, 공익대변인을 통틀어 '소송관계인'(Beteiligte)이라는 용어를 사용한다(행정법원법 제65조).

이러한 용어사용은 행정소송이 전형적인 대립당사자 구조가 아니라는 관념에 따른 것이다.[586] 즉, 역사적으로 공법 개념이 시민과 행정 간의 지배복종관계를 중심으로 매우 좁게 형성된 독일 행정법에서, 행정은 공익을 위해 고권적 권한을 행사하여 행정행위를 발하는 주체이다. 행정행위는 하자가 있어도 당연무효가 아닌 한 취소·철회·실효되기 전까지는 효력이 있고, 자기집행력도 있다. 행정행위가 발하여질 때까지 그리고 행정행위에 대한 1차적 불복절차인 행정심판까지도 행정이 절차를 주도한다. 이에 반해 시민은 행정행위의 상대방으로서, 자신에게 가해진 고권적 행위로부터 자기 자신을 방어하기 위해 행정소송을 제기하는 주체이다.[587] 행정소송부터는 시민의 소제기를 통해 절차가 개시되고 소송의 대상도 정해진다. 이런 점에서 독일의 취소소송과 의무이행소송은 행정행위 또는 그 거부·부작위에 대한 불복절차의 성격을 갖고 있다.[588]

따라서 행정소송이 대립당사자 구조를 띠고 있는 것은 민사소송의 영향을 받은 것으로서, 정돈된 소송절차를 마련하고 주관적 권리구제 기능을 효과적으로 수행하기 위하여 시민과 행정에게 각각 '원고'와 '피고'라는 당사자 역할을 형식적으로 배정한 것에 불과하다.[589] 시민은 행정소송의 제기 전까지는 행정보다 열위에 있고 일방적 조치의 상대방이었으나, 행정소송에서는 이에 대한 반작용으로 원고가 되어 행정행위를 공격하고, 반대로 행정은 행정소송에서 피고가 되어 행정행위를 방어한다. 여기에 더해 행정소송은 행정통

---

586) Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, München 2016, §12 Rn. 1 참조.

587) Meissner/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO §173 Rn. 94 참조.

588) Gerhard Wacke, Gegenstand und Rechtskraft bei der verwaltungsgerichtlichen Klage, AöR 1953, S. 163-170 참조.

589) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 104 참조.

제 기능, 법형성 기능과 같은 객관적 기능도 함께 수행하며, 이중효과적 행정행위에 대한 취소소송에서 보듯이 공익과 사익뿐만 아니라 사익과 사익 상호 간을 형량·조정하는 역할을 맡기도 한다. 따라서 원고와 피고 이외에 참가인과 공익대변인이 갖는 비중이 작지 않으므로, 민사소송에 비해 대립당사자 구조가 뚜렷하지 않다.[590] 반면에 민사소송에서 원고와 피고는 서로 대립하는 고유의 이익을 가진 사적 주체이고, 그 둘 사이의 분쟁을 해결하는 것이 민사소송의 본질이다. 따라서 민사소송에서 양 당사자의 소송상 역할은 같으며, 상황에 따라 원고가 될 수도 있고 피고가 될 수도 있다.[591]

나. 관계인능력과 소송능력

관계인능력(Beteiligtenfähigkeit)이란 행정소송에서 소송관계인이 될 수 있는 소송법상의 능력으로, 민사소송의 당사자능력(Parteifähigkeit)에 대응되는 것이다. 관계인능력과 당사자능력의 공통된 원칙은, 실체법적으로 권리능력이 있는 주체가 자신의 권리를 소송상으로 행사할 능력을 부여받는다는 것이다.[592] 따라서 관계인능력 내지 당사자능력이 우선으로 인정되는 주체는 권리능력이 있는 자연인과 법인이다(민사소송법 제50조 제1항; 행정법원법 제61조 제1호).

다만, 행정소송의 관계인능력은 몇 가지 측면에서 특수성을 갖는다. 첫째, 권리능력 없는 사단의 관계인능력을 인정하는 취지가 다르다(행정법원법 제61조 제2호). 민사소송에서는 권리능력 없는 사단과 거래한 채권자를 보호하려는 데 주된 목적이 있으나,[593] 행정소송에서는 권리능력 없는 사단이 일정

590) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 105 참조.

591) Jakob Nolte, a.a.O., S. 104 참조.

592) Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1974, S. 246; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §9 Rn. 3 참조.

593) Wolfram Henckel, Prozessrecht und materielles Recht, Göttingen 1970, S. 66 f. 참조.

한 경우에 향유하는 기본권, 즉 의사표현의 자유(기본법 제5조 제1항)나 결사의 자유(기본법 제9조 제1항)와 같은 권리를 보호하기 위해 관계인능력을 인정한다.[594]

둘째, 개인의 권리구제를 위해서가 아니라 객관적인 적법성 통제를 위해서 권리주체가 아닌 '기관'의 관계인능력을 인정하는 경우가 있다. 앞서 제3장 제2절에서 본 바와 같이 행정주체 내부기관의 권한 보호를 목적으로 하는 행정소송이 그러한 경우인데, 객관소송의 성격을 띠는 소송을 별도의 소송유형 신설 없이 주관소송의 틀에 끼워 맞추다 보니, 권리능력이 없는 내부기관의 권한을 권리에 유사한 것으로 보아 관계인능력을 인정하는 이론구성을 하게 되었다.[595] 또 규범통제절차의 경우 객관적 통제 기능을 위해 아예 행정법원법 제47조 제2항에서 권리능력 없는 행정청의 관계인능력을 인정한다.

셋째, 각 州법이 정한 바에 따라 州행정청의 관계인능력이 인정되는 경우가 있다. 독일 행정소송은 권리 중심의 주관소송적 성격을 띠므로, 취소소송의 피고는 원칙적으로 행정행위를 발한 행정청이 아니라 그 행정청이 속한 행정주체이다(행정법원법 제78조 제1항 제1호). 그럼에도 행정법원법이 州법에 규정이 있는 경우 행정청도 소송관계인이 될 수 있게 한 것은(제61조 제3호, 제78조 제1항 제2호), 일상적인 행정실무에서 행정청이 그 배후에 있는 행정주체를 대변하여 외부적 행위를 하는 점을 고려한 것이다.[596] 하지만 행정청은 그 자신이 권리주체가 아니라 권리주체를 대신하여 소송수행권을 부여받는 것이므로, 이는 제3자 소송담당에 관한 특별규정이라 할 수 있다.[597]

소송능력(Prozessfähigkeit)의 경우 민법상의 행위능력 유무에 따라 정해진다는 점에서 민사소송과 행정소송의 기본 틀이 같다.[598] 다만, 행정법원법 제

---

594) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §9 Rn. 11 참조.

595) Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1974, S. 249-250 참조.

596) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §9 Rn. 18-20 참조.

597) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §9 Rn. 21 참조.

598) 민사소송법 제51조 제1항은 소송능력은 민사소송법에서 달리 정하지 않는 한

62조 제1항 제2호는 민법상의 행위능력이 제한된 사람이라 하더라도 “민법 또는 공법 규정에 의해 당해 소송의 대상에 관하여 행위능력이 인정되는 사람”은 소송능력이 있다고 규정한다. 특히 청소년의 의사결정능력은 생활영역별로 다르게 발달하기 때문에, 몇몇 공법 규정은 미성년자가 법정대리인 없이도 자신의 기본권을 향유할 수 있도록 행위능력을 인정한다.[599] 이처럼 공법 규정에 의해 특정 법영역에서 행위능력이 인정되는 미성년자는 그 영역과 관련된 행정소송에서 독자적인 소송능력이 있다.

다. 참가인과 공익대변인

민사소송과 행정소송은 모두 원고와 피고 이외의 제3자를 소송에 편입시킬 수단을 갖고 있다. 제3자를 소송에 편입시키는 것은, 소송당사자 중 1인과 제3자 사이의 또 다른 소송을 방지함으로써 소송경제를 도모하고, 제3자의 권리보호이익을 보장하며, 추후 다른 사건에서 당해 사건의 결론과 모순된 결론이 나오지 않도록 하여 법적 안정성을 높이기 위함이다.[600] 다만, 민사소송과 행정소송은 제3자를 어떻게 소송에 편입시키고 그 제3자에게 어떠한 지위와 권한을 부여할 것인지에 관하여 큰 차이를 보인다.

민사소송에는 보조참가(Nebenintervention)와 소송고지(Streitverkündung)라는 수단이 존재한다. 소송결과에 대하여 법적 이해관계가 있는 사람은 일방 당

민법의 규정에 따라 정한다고 규정하고 있고, 행정법원법 제62조 제1항 제1호는 민법상의 행위능력자에게 소송능력이 있다고 규정하고 있다. Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1974, S. 251-252 참조.

599) 예컨대, 자녀의 종교교육에 관한 법률(RelKErzG) 제5조에 따르면 만 14세부터 어떤 종교를 가질 것인지 결정할 수 있고, 운전면허법(FeV) 제10조 제1항에 열거된 다양한 종류의 운전면허 중에는 성년에 이르기 전인 만 15세 내지 17세에도 취득할 수 있는 면허가 몇 가지 있다. Bier/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO §62 Rn. 10; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §9 Rn. 29-30 참조.

600) Schultes, in: MüKo ZPO, Bd. I, München 2020, §66 Rn. 1; Thomas Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, München 2011, Rn. 222-223 참조.

사자를 돕기 위하여 소송에 참가할 수 있다(민사소송법 제66조 제1항). 법원은 보조참가의 요건 충족 여부를 직권으로 심사하지 않고, 어느 당사자가 보조참가에 대하여 이의신청을 한 경우에만 심사한다(같은 법 제71조). 한편, 제3자를 소송에 참가시키기 위해 소송당사자가 그 제3자에게 소송고지를 할 수도 있다(같은 법 제72조). 이때도 법원은 일방당사자의 신청대로 소송고지를 해줄 뿐, 소송고지의 요건을 갖추었는지 심사하지 않는다. 또한 보조참가인은 독립적인 소송관계인이 아니라 주된 당사자의 보조자로 소송에 참가하는 것이다. 따라서 보조참가인은 주된 당사자의 소송행위와 모순되는 소송행위를 하여서는 아니 된다(같은 법 제67조). 소송수행의 주도권은 주된 당사자에게 있으며, 보조참가인의 소송전략과 소송행위는 주된 당사자에게 종속된다.[601]

반면에 행정소송에는 참가(Beiladung)라는 수단이 있다. 행정소송의 참가도 소송결과에 대하여 '법적 이해관계'가 있을 것을 참가이유로 요구하는 점에서 민사소송과 같다(행정법원법 제65조 제1항). 다만, 여기에서 참가는 민사소송과 달리 법원이 직권으로 또는 신청에 따라 제3자를 소송에 참가시키는 방식에 의한다. 즉, 당사자나 제3자가 신청을 하더라도 법원이 허가를 하여야만 참가가 이루어지며, 법원은 참가 요건의 충족 여부 및 허가 여부를 항상 심사하여 결정한다.[602] 그러므로 행정소송에서의 참가는 법원의 지배 아래 있다. 또 행정소송에는 제3자가 계쟁 법률관계에 관여되어 있어 합일확정의 필요가 있는 경우에 그를 당해 소송에 반드시 참가시키도록 하는 '필수적 참가' 제도가 있는데(같은 법 제65조 제2항), 이 제도는 특히 이중효과적 행정행위에 대한 취소소송 또는 경쟁자소송(Konkurrentenklage)과 관련이 있다.[603]

---

601) Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1974, S. 301-302 참조.

602) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §8 Rn. 18-20; Hoppe, in: Eyermann, VwGO §65 Rn. 26-28 참조.

603) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §8 Rn. 28-33; Thomas Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, München 2011, Rn. 226 f. 참조.

행정소송의 참가인은 민사소송의 보조참가인과 달리 일방 당사자를 보조하기 위해서뿐만 아니라 자기 자신의 이익을 직접 추구하려는 목적도 가지고 소송에 참가한다.[604] 행정소송의 참가인은 행정법원법 제63조 제3호에 규정된 정식의 소송관계인이므로, 주된 소송관계인의 본안신청 범위 내에서 독립적으로 공격방어방법을 주장하고 모든 소송행위를 독자적으로 유효하게 할 수 있다(행정법원법 제66조 1문).[605] 심지어 주된 소송관계인의 소송행위와 어긋나는 소송행위를 할 수도 있다.[606] 이러한 독자적 권한이 주어지는 만큼, 참가인은 소송촉진의무나 사실규명에서의 협력의무(같은 법 제86조 제1항 제2문)와 같은 소송관계인으로서의 의무도 부담한다.[607]

이처럼 행정소송에서는 제3자가 자신의 이익을 위해 고유한 소송수행권을 가지고 참가하므로, 민사소송과 같은 양 당사자 대립구조가 아니라 여러 이해관계인의 이익이 대립하는 多極的 소송법관계가 전개된다.[608] 그리고 이같이 여러 주관적 이익이 누적되면 될수록 각 소송관계인의 절차주도권은 오히려 약해지고 법원의 절차주도권이 강해지며, 개개인의 권리구제보다는 모든 관계 이익의 한가운데에 있는 계쟁 행정작용에 대한 통제로 비중이 옮겨가게 되면서 그 소송절차가 객관화된다. 이런 점에서 행정소송상 참가 제도는 행정소송의 객관적 기능을 반영한 것이라고 할 수 있다.[609]

행정소송상 참가 제도가 행정소송의 객관소송적 성격의 반영이라는 점은 참가인에 대한 판결의 구속력을 살펴보아도 알 수 있다. 민사소송에서 전소 확정판결의 참가적 효력[610]은 참가인과 피참가인 사이에서만 구속력이 있

---

604) Redeker, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §66 Rn. 1 참조.

605) 필수적 참가인은 나아가 주된 소송관계인인 원고·피고의 본안신청과 다른 별도의 본안신청을 할 수도 있다(행정법원법 제66조 2문).

606) Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1974, S. 290 참조.

607) Schmidt-Aßmann/Schenk, in: Schoch/Schneider, Einl. Rn. 156 참조.

608) Schmidt-Aßmann/Schenk, in: Schoch/Schneider, Einl. Rn. 192-193 참조.

609) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 115-116 참조.

610) 민사소송에서 참가적 효력이란, 보조참가인이 피참가인을 보조하여 소송을 수행

고,[611] 전소에서 보조참가인이 피참가인에 대한 종속적 지위로 말미암아 자기 자신의 공격방어방법을 주장하지 못했던 경우에는 예외적으로 참가적 효력이 미치지 않는다(민사소송법 제68조 후단). 반면에 행정소송에서는 참가인이 정식의 소송관계인이므로 당연히 참가인에게도 해당 판결의 기판력이 예외 없이 미친다(행정법원법 제121조 제1호). 이런 점에서 행정소송에서의 참가의 효과가 민사소송에서의 보조참가의 효과보다 더 일반적인 구속력을 갖는다고 볼 수 있다.[612]

또한 행정소송에는 제4의 소송관계인으로 '공익대변인'(Vertreter des öffentlichen Interesses)이 있다. 공익대변인은 행정소송에 관여하여 공익의 관점에서 소송행위를 하고 의견을 진술하는, 변호사자격 있는 공무원을 말한다.[613] 연방행정법원의 재판에 관하여는 연방내무부에 고등연방변호사(Oberbundesanwalt)를 두어 이 역할을 맡게 하고, 고등행정법원과 지방행정법원의 재판에 관하여는 바덴-뷔르템베르크, 바이에른과 같이 州법에 근거가 있는 州에서만 공익대변인이 활동한다(행정법원법 제35, 36조).[614] 행정사건에서 자신의 권리를 소구하는 원고가 공익까지 고려하길 기대할 수는 없고, 공익 실현 책무가 있는 행정청도 소송에서 피고 역할을 맡다 보면 구조적으로 객관성을 잃게 된다. 따라서 공익대변인은 중립적 지위에서 법원에 사건에 관한 배경지식을 제공하고 공익에 입각한 의견을 제시함으로써 공공복리가 충분히 고려

하였으나 피참가인이 그 소송에 패소한 경우, 보조참가인이 피참가인에 대한 관계에서 그 패소판결이 부당하다고 주장할 수 없도록 구속하는 효력을 말한다(민사소송법 제68조). Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §50 Rn. 53-56 참조.

611) Bünnigmann, in: Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle, ZPO §68 Rn. 1, 6 참조.

612) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 116 참조.

613) Thomas Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, München 2011, Rn. 119 참조. 행정법원법 제37조는 공익대변인으로 임명되려면 독일법관법에 따른 법관자격(우리나라에서 말하는 변호사자격)이 있을 것을 요구한다.

614) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §8 Rn. 54-57 참조.

되도록 한다.[615] 이런 점에서 공익대변인 제도는 실무상 활용도가 높진 않지만, 객관적 통제 기능의 징표 중 하나이다.[616]

요컨대, 독일 행정소송의 소송법관계는 법원조직의 측면에서는 민사소송과 대동소이하여 독자성이 약하나, 원고와 피고 행정청의 소송상 지위와 역할이 서로 다른 점, 관계인능력과 소송능력에서 기본권 보호 또는 행정의 적법성 통제와 관련된 특수성이 나타나는 점, 무엇보다 객관적 통제 기능의 징표인 제3자의 소송참가 및 공익대변인 제도가 독자적으로 마련되어 있는 점에서 독자성을 강하게 띤다.

제4절 심리원칙

1. 심리원칙 중심의 고찰 필요성

소가 제기되면 법원에 의한 심리(審理)가 진행된다. 심리란 법원이 소송사건에서 판결의 기초가 되는 소송자료를 수집하는 일련의 과정을 말하는 것으로, 소송절차에서 중심적인 위치를 차지한다.[617] 심리의 방법은 말에 의하는 구술심리와 서류에 의하는 서면심리로 나눌 수 있지만, 독일의 민사소송과 행정소송은 모두 원칙적으로 말에 의한 '변론'(mündliche Verhandlung)을 통해 심리하도록 되어 있다(민사소송법 제128조; 행정법원법 제101조).[618]

---

615) Stefan Auer, Inhalt, Reichweite und Grenzen der Verweisung in §173 VwGO, München 1993, S. 55-56; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §8 Rn. 50-52 참조.

616) Ferdinand Kopp, Individueller Rechtsschutz und öffentliches Interesse in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, BayVBl. 1980, S. 270-271 참조.

617) Fritsche, in: MüKo ZPO, Bd. I, München 2020, §128 Rn. 10-11 참조.

618) '변론'은 보통 두 가지 의미로 사용된다. 넓은 의미의 변론은 기일에 수소법원의 공개법정에서 당사자 및 법원이 말로 하는 일체의 소송행위를 가리키는 개념이다. 여기에는 당사자가 법원에 소송자료 – 사실과 증거 – 를 제출하는 행위는

민사소송법과 행정법원법은 모두 소송의 심리에 관한 여러 가지 규정을 두고 있다. 그러나 여기서는 각각의 규정과 그에 따른 절차를 비교하기보다는, 그 배후에 있는 심리원칙(Verfahrensgrundsatz)[619]을 중심으로 양 소송을 비교하고자 한다. 심리원칙이란, 소송을 관통하는 몇 가지 기본사상을 분류하고 이론적으로 정교하게 다듬어 정립한 소송의 지도원리를 말한다.[620] 심리원칙에는 소송의 목적과 기능, 소송에 깃들어 있는 국가와 사회에 대한 관점, 절차구조와 소송법의 발전양상 등이 반영되어 있다. 그러므로 심리원칙은 소송제도의 기본적 성격을 결정하고, 소송법을 해석하는 데에 지침의 역할을 한다.[621] 따라서 민사소송과 행정소송의 심리원칙을 비교하여 보면, 소송의 심리에 관하여 행정소송이 갖는 독자적 성격이 드러난다.

대개의 독일 행정소송법 교과서에서는 행정소송의 심리원칙으로 처분권주의, 직권탐지주의, 자유심증주의, 직권진행주의, 집중심리주의, 법적 청문 청구권, 공개주의, 구술주의, 직접주의 등을 든다.[622] 그러나 결국 소송의 성격

물론이고, 법원의 행위인 증거조사와 재판도 포함된다. 이에 비해 좁은 의미의 변론은, 넓은 의미의 변론 중 당사자의 소송행위, 즉 판결사항의 신청(Klagebegehren)과 이를 이유 있게 하는 일체의 사실적 · 법적 진술을 의미한다. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §79 Rn. 20-21 참조.

619) 독일 민사소송법과 행정소송법 교과서에서 사용하는 용어인 'Verfahrensgrundsatz'를 우리말로 직역하면 '절차원칙'이 된다. 그러나 우리나라 교과서에서는 이를 '심리에 관한 제원칙'[이시윤, 신민사소송법(제15판), 2021, 310면] 내지 '행정소송의 심리원칙'[김철용 · 최광률(편집대표), 주석 행정소송법, 2004, 712면]이라 부르고 있고, 소제기 이후부터 재판 이전까지의 일련의 절차를 통틀어 심리절차라고 볼 수도 있으므로, 본 논문에서는 '심리원칙'이라는 용어를 사용하기로 한다.

620) Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1974, S. 16 참조.

621) Michael Nierhaus, Beweismaß und Beweislast: Untersuchungsgrundsatz und Beteiligtenmitwirkung im Verwaltungsprozeß, München 1989, S. 270-275; Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1974, S. 17; Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 143 f. 참조.

622) Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, Heidelberg 2014, Rn. 18; Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, München 2016, §35 Rn. 1; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §30 Rn. 1 참조.

을 결정하는 주된 요소는 ① 누가 소송의 대상에 관하여 처분권을 갖는지, ② 누가 소송자료를 수집할 책임을 지는지, ③ 누가 개개의 절차단계를 진행하는지의 세 가지이다. 이하에서는 이러한 주된 요소를 중심으로 행정소송의 심리원칙을 민사소송과 비교하면서 살피고자 한다.

2. 처분권주의

가. 의의

누가 소송의 대상에 대하여 총체적으로 처분권을 갖는지에 관하여는 처분권주의(Dispositionsmaxime)와 직권주의(Offizialmaxime)의 두 가지 심리원칙이 있다.[623] 민사소송과 행정소송은 모두 처분권주의의 지배를 받는다. 즉, 두 소송 모두 소송의 대상에 관한 처분권이 총체적으로 소송당사자에게 있다. 다시 말해, 당사자가 소송의 개시, 대상, 종료를 결정한다. 처분권주의는 소송의 주관적 권리구제 기능으로부터 도출된다.[624] 두 소송 모두 개인의 권리구제가 최우선 목적이므로, 권리구제의 신청 여부 및 범위는 원고에게 달려 있다. 또 권리구제를 소구하는 사람은 언제라도 자신의 권리를 포기하거나 소송을 종료시킬 수 있도록 절차주도권을 가져야 한다.[625] 한편, 처분권주의는 소송의 분쟁해결 기능과도 부합된다. 분쟁이 발생하고 분쟁의 당사자가 국가의 도움을 구할 때만 그 분쟁에 관한 재판이 행해질 수 있다. 따라서 당사자가 해결을 요청한 분쟁이 아닌 다른 사항에 관하여 재판을 하여서는 안된다.[626] 결국 처분권주의 하에서 법원은 소송을 개시하고 소송의 대상을 결

---

623) Renate Köhler-Rott, Der Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsprozess und die Mitwirkungslast der Beteiligten, München 1997, S. 6 참조.

624) Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1974, S. 18-19; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §30 Rn. 2 참조.

625) Eberhard Schmidt-Aßmann, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: FS-Menger, 1985, S. 109-110 참조.

626) Renate Köhler-Rott, Der Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsprozess und die

정하는 데 있어 수동적 지위에 있다.

다만, 민사소송에서는 원고와 피고가 갖는 소송상 처분권이 동일한 반면에, 행정소송에서는 원고와 피고 행정청이 갖는 소송상 처분권의 크기와 범위가 다르다는 결정적 차이가 있다. 행정은 포괄적으로 법에 구속되므로(기본법 제20조 제3항), 피고 행정청이 행정소송에서 갖는 소송상 처분권은 민사소송의 당사자가 갖는 그것보다 훨씬 제한적이다.[627] 기본법 제19조 제4항의 포괄적·실효적 권리구제 요청은 피고 행정청에는 해당이 없다. 따라서 민사소송과 유사한 정도의 소송상 처분권은 원칙적으로 원고에게만 주어진다.[628]

나. 심판대상의 결정

민사소송에서든 행정소송에서든 법원은 당사자가 행한 '소송상 청구'(Klagebegehren)에 구속된다.[629] 소송상 청구는 결국 소송물(Streitgegenstand)을 일컫는 것이고,[630] 이는 소장의 청구취지와 청구원인에 의해 특정된다(민사소송법 제253조 제2항 제2호; 행정법원법 제82조 제1항). 이렇게 소송상 청구가 특정되면 법원은 그것에 관해서만 재판할 수 있고(민사소송법 제308조 제1항), 소송상 청구의 범위를 넘어서는 아니 된다(행정법원법 제88조).

다만, 행정소송은 소송상 청구, 즉 소송물의 구성요소가 민사소송의 그것

Mitwirkungslast der Beteiligten, München 1997, S. 6-7; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §30 Rn. 5 참조.

627) Stefan Auer, Inhalt, Reichweite und Grenzen der Verweisung in §173 VwGO, München 1993, S. 37, 62-65 참조; 피고 행정청의 소송상 처분권의 범위가 소송상화해의 요건에 미치는 영향에 관하여는 아래 제5장 제5절 참조.

628) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 146 참조.

629) 소송상 청구는 다른 말로 '본안신청' 또는 '판결사항의 신청'이라고 하는데, 당사자가 소 또는 상소로써 종국판결에 의한 재판을 받을 사항에 관하여 하는 신청을 말한다. Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §30 Rn. 5-6; 법원행정처, 법원실무제요 민사소송[II], 2017, 935면 참조.

630) Clausing/Kimmel, in: Schoch/Schneider, VwGO §121 Rn. 55 참조.

과 다르다. 독일 민사소송의 소송물이론에서는 이른바 '소송물 이분지설'이 통설을 차지하고 있다. 즉, 소송물은 청구취지와 그것의 기초가 되는 생활사실관계에 의해 정해진다.[631] 독일 행정소송에서도 일반론으로는 소송물 이분지설이 통설이다.[632] 그러므로 일반이행소송이나 확인소송에서는 '동일한 사실관계에 기초하여 특정 사항의 이행 또는 확인을 구하는 소송상 청구권'이 소송물이 된다.[633]

그러나 독일 행정소송의 중심을 이루는 취소소송과 의무이행소송에서는 상황이 다르다. 소송물 이분지설에 따른다면, 취소소송의 소송물은 '동일한 사실관계에 기초한 특정 행정행위의 취소를 구하는 소송상 청구권'이 될 것이다.[634] 그러나 독일의 지배적인 견해는, 취소소송의 관심사는 원고의 권리구제에만 있는 것이 아니라 공익을 위해 행정의 적법성을 통제하는 데에도 미치므로, 계쟁 행정행위의 위법성이 소송물의 구성요소에 포함되어야 한다고 본다. 그리하여 판례·통설은 주관적 권리구제 기능과 객관적 통제 기능을 절충하는 견지에서, 취소소송의 소송물을 '계쟁 행정행위가 위법하고 그로 인해 자신의 권리가 침해되었다는 원고의 (법적) 주장'으로 파악한다.[635] 같은 맥락에서 의무이행소송의 소송물은 '원고가 행정청을 상대로 특정 행정행위의 발급 또는 재결정을 구할 청구권을 가진다는 원고의 주장'이 되고, 본질상 취소소송에 속하는 계속확인소송의 소송물은 '종료된 행정행위가 위법하다는 원고의 주장'이 된다.[636]

---

631) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §93 Rn. 10-18 참조.

632) W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, § 90 Rn. 7; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §35 Rn. 27 참조.

633) Clausing/Kimmel, in: Schoch/Schneider, VwGO §121 Rn. 66-67 참조.

634) Steffen Detterbeck, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht: Grundlagen des Verfahrens vor den allgemeinen Verwaltungsgerichten und vor dem Bundesverfassungsgericht, Tübingen 1995, S. 153-165 참조.

635) Thomas Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, München 2011, Rn. 246; Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, München 2016, §10 Rn. 6-9; Clausing/Kimmel, in: Schoch/Schneider, VwGO §121 Rn. 61 참조.

636) Clausing/Kimmel, in: Schoch/Schneider, VwGO §121 Rn. 63, 64, 67 참조.

취소소송과 의무이행소송의 소송물을 위와 같이 파악하면, 청구취지에 명시된 행정행위 또는 그 거부만으로 소송물이 명확하게 특정된다. 그리고 행정행위의 기초가 된 사실관계는 소송물이 아니라 처분사유 내지 공격방어방법으로서 추가·변경이 가능하다.[637] 아울러 취소소송에서는 위와 같이 심판대상이 어렵지 않게 특정될 뿐만 아니라 인용판결 후에 집행의 문제가 남지 않으므로, 소송상 청구의 특정이 민사소송만큼 크게 문제 되지는 않는다.[638]

다. 소의 취하·변경, 소송종료 진술

소의 취하·변경, 소송종료 진술도 처분권주의의 징표가 되는 수단들이다. 우선 소의 취하는 당사자가 소송을 종료시키는 대표적인 수단이다. 원고가 소를 취하하려면 민사소송과 행정소송 모두 피고의 동의를 얻어야 하나, 피고가 본안에 관한 변론을 개시하기 전이나(민사소송법 제269조 제1항) 변론에서 본안신청을 진술하기 전에는(행정법원법 제92조 제1항) 피고의 동의 없이 취하할 수 있다. 상소의 취하는 두 소송 간에 요건 차이가 있다. 행정소송의 경우 소의 취하와 동일한 요건 하에서 상소의 취하가 가능하나(행정법원법 제126조 제1항, 제140조 제1항), 민사소송의 경우 2002년에 민사소송법이 개정되어 피항소인 내지 피상고인의 동의 없이도 상소의 취하가 가능하게 되었다(민사소송법 제516조 제1항, 제565조).[639] 소의 취하 및 상소의 취하와

---

637) 예컨대, 피고 행정청은 재량결정에 대한 취소소송 절차 중에도 계쟁 행정행위에 관한 재량고려사유를 보완할 수 있는데(행정법원법 제114조 2문), 판례와 다수설은 여러 비판에도 불구하고 이를 처분사유의 추가·변경으로 보고 있다. Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 148; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 502-509면 참조.

638) Jakob Nolte, a.a.O., S. 147 참조.

639) 종래 상소의 취하에 피항소인 내지 피상고인의 동의를 요한 것은 부대상소를 할 수 있는 이익을 보호하기 위함인데, 입법자는 원심판결의 잘못을 통제·제거하는 상소심의 성격상 그러한 이익까지 보호해줄 필요는 없다고 본 것이다. Meyer-Seitz, in: Hannich/Meyer-Seitz, ZPO-Reform 2002 mit Zustellungsreformgesetz, München 2002, ZPO §516 Rn. 1, 6 참조.

관련하여 행정소송이 갖는 특수성은, 공익대변인이 변론에 참여한 경우 그의 동의도 얻어야 한다는 점이다(행정법원법 제92조 제1항 2문, 제126조 제1항 2문).

소의 변경과 관련하여, 법원이 사건의 해명에 유용하다고 인정하는 경우 다른 소송주체의 동의 없이도 소의 변경이 가능하다는 점에서는 양 소송이 같다(민사소송법 제263조 후단; 행정법원법 제91조 제1항 후단). 다만, 민사소송의 경우 소 변경의 또 다른 요건으로 '피고'의 동의를 규정하고 있는 반면에(민사소송법 제263조 전단), 행정소송의 경우 '다른 소송관계인'의 동의를 요구하는 점이 다르다(행정법원법 제91조 제1항 전단). 예를 들어, 민사소송에서는 참가인의 동의가 없어도 피고의 동의만 있으면 소의 변경이 가능하나, 행정소송에서는 참가인의 동의도 필요하다. 이는 앞서 살펴본 행정소송의 多極的 소송법관계에 기인한 것이다.[640]

'소송종료 진술'(Erledigungserklärung)은 민사소송법과 행정법원법에 이를 정면으로 규정한 조항은 없으나, 소송비용의 부담에 관한 조항에서 간접적으로 언급된다(민사소송법 제91a조 제1항; 행정법원법 제161조 제2항). 소송종료 진술은 민사소송과 행정소송에서 모두 인정되는 소송종료 수단이다. 양 소송법이 원래 예정한 소송종료 진술이란, 원고가 당초에는 적법하고 이유 있는 소를 제기하였으나 이후 자신의 책임영역 바깥에서 벌어진 사정으로 인해 소가 부적법하거나 이유 없게 된 경우에,[641] 원고와 피고 쌍방이 일치하여 법원에 대하여 소송을 종료하겠다는 의사를 표시하는 것을 말한다.[642]

---

640) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 149 참조.

641) 이른바 본안을 종료시키는 사정에 해당하는 사례로, 민사소송에서는 청구된 금원을 피고 또는 제3자가 변제한 경우, 사원권에 기한 유한회사의 회계서류 열람 청구사건에서 사원총회 결의로 원고의 지분이 소각되어 사원 지위를 상실한 경우 등을 들 수 있고, 행정소송에서는 취소소송 계속 중 행정청이 계쟁 행정행위를 취소·철회한 경우, 계쟁 행정행위가 소급적으로 관계규정에 합치되는 법적 근거를 갖게 된 경우 등을 들 수 있다. Schulz, in: MüKo ZPO, Bd. I, München 2020, §91a Rn. 6-8; Clausing, in: Schoch/Schneider, VwGO §161 Rn. 10 f. 참조.

642) 소송종료 진술의 제도적 의의는, 소제기 후 원고의 책임 없이 승소가능성이 없

처분권주의 하에서는 소송의 계속 여부를 당사자들이 결정할 수 있으므로, 당사자들이 일치하여 실체적 법상태에 변경을 가하지 않은 채 소송을 그만 하겠다고 진술하는 것도 당연히 가능하다.[643]

라. 소송상화해

민사소송법과 행정법원법은 모두 당사자의 행위에 의한 소송종료 수단으로 소송상화해(Prozessvergleich)[644]를 규정하고 있다.[645] 또한 소송상화해는 집행권원이 된다(민사소송법 제794조 제1항 제1호; 행정법원법 제106조, 제

어졌을 때 원고의 소송비용 부담 위험을 낮추는 점에 있다. 즉, 원고가 패소하거나 소를 취하하면 소송비용을 전부 부담해야 하는 반면(민사소송법 제91조 제1항, 제269조 제3항 2문; 행정법원법 제154조 제1항, 제155조 제2항), 쌍방의 소송종료 진술로써 소송이 종료되면 법원이 그때까지의 사실관계 및 쟁점을 고려하여 공평한 재량에 따라 결정으로 소송비용 부담에 관한 재판을 한다. Schulz, in: MüKo ZPO, Bd. I, München 2020, §91a Rn. 1; Clausing, in: Schoch/Schneider, VwGO §161 Rn. 22-25 참조.

643) 다만, 민사소송과 행정소송 모두 원래 소송법이 예정한 쌍방의 소송종료 진술이 아니라 일방의 소송종료 진술이 있을 때 그 효과와 처리방안에 관하여 상당한 논의가 있다. 이에 관한 상세한 내용은 Schulz, in: MüKo ZPO, Bd. I, München 2020, §91a Rn. 76-100; Clausing, in: Schoch/Schneider, VwGO §161 Rn. 27-35 참조.

644) 행정법원법 제106조는 소송상화해(Prozessvergleich)가 아니라 재판상화해(Gerichtlicher Vergleich)라는 용어를 사용하고 있다. 행정법원법 제106조의 재판상화해는 본안소송뿐만 아니라 부수적 재판절차인 가구제절차에서도 가능하고, 본안소송의 소송물 이외의 법률관계도 화해의 대상으로 삼을 수 있으므로(W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO §106 Rn. 1-2 참조), 엄밀하게 보면 '본안소송에서의 화해'를 의미하는 소송상화해와 동일한 개념으로 볼 수 없다. 그러나 독일 문헌에서도 두 용어를 엄격하게 구별하여 사용하지는 않는 것으로 보이고(예컨대, Reinhard Franke, Der gerichtliche Vergleich im Verwaltungsprozeß, Frankfurt a.M. 1996, S. 23 참조), 본 논문에서 초점을 맞추고자 하는 것은 본안소송의 소송물에 관한 화해에 있어 행정소송과 민사소송이 어떤 점에서 같고 어떤 점에서 다른가 하는 점이므로, 이하에서는 논의의 대상을 '소송상화해'에 한정하도록 한다.

645) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §131 Rn. 3-20; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §36 Rn. 18-20 참조.

168조 제1항 제3호). 소송상화해의 성질에 관하여 민사소송법학과 행정소송법학의 통설은 일치하여 이른바 양행위경합설(Doppelnatur)을 취한다.[646] 이에 따르면 소송상화해는 1개의 행위로서, 실체법상의 화해계약(민법전 779조; 행정절차법 제55조)임과 동시에 소송행위인 이중적 성격을 갖는다. 즉, 소송상화해는 당사자가 합의 하에 한편으로는 실체적 법상태에 변경을 가하면서 다른 한편으로 소송을 종료시키는 것이므로, 처분권주의의 징표가 된다.[647]

소송상화해가 다른 소송종료 수단과 다른 점은 실체적 법상태에 변경을 가한다는 점이다. 즉, 소송상화해는 상호 양보를 통해 다툼이 있는 법률관계를 확정함으로써 분쟁을 평화적으로 해결하고, 법원의 부담을 덜어주는 역할을 한다.[648] 그래서 민사소송법에는 소송상화해에 관한 규정 이외에도, 화해변론과 화해전담판사를 규정한 제278조와 같이 소송상화해를 활성화하려는 목적의 규정이 있다.[649]

그러나 앞서 제3장 제3절에서 살펴본 바와 같이, 행정소송에서의 소송상화해는 객관적 통제 기능은 물론 주관적 권리구제 기능과도 충돌할 소지가 있고, 법원의 주도하에 소송상화해에까지 이르는 과정이 자칫 제2의 행정절차로 변질되어 권력분립 원리 및 민주주의 원리에 반할 소지도 있다. 이런 점 때문에 행정법원법 제106조 1문은 "화해의 대상에 관하여 처분권이 있는 경우에 한하여" 소송상화해가 가능함을 명시하고 있다. 그런데 행정은 법치국

646) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §131 Rn. 33-37; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §36 Rn. 21-24 참조.

647) Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1974, S. 90-92; W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO §106 Rn. 1; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 620-622면 참조.

648) Michael Dolderer, Der Vergleich vor dem Verwaltungsgericht, in: Geis/Lorenz (Hrsg.), Staat, Kirche, Verwaltung: Festschrift fur Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 609-610 참조.

649) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §131 Rn. 21-22 참조.

가 원리상 법률과 법에 구속됨으로 말미암아 시민과 동일한 정도의 처분권을 갖지 못하므로, 행정소송에서 소송상화해가 가능한 범위는 민사소송의 그것보다 좁은데,[650] 이에 관하여는 제5장 제5절에서 후술하기로 한다.

3. 직권탐지주의

가. 법원의 사실조사의무

처분권주의와 직권주의가 소송의 대상에 관한 심리원칙인 반면, 변론주의(Verhandlungsgrundsatz)와 직권탐지주의(Untersuchungsgrundsatz)는 재판에 영향을 미치는 사실관계의 확정에 관한 심리원칙이다. 변론주의는 소송자료 즉 사실과 증거의 수집책임을 당사자에게 맡기는 것이고, 직권탐지주의는 소송자료의 수집책임을 법원이 맡는 것이다.[651]

민사소송에는 변론주의가 적용되므로, 당사자가 주요사실을 주장하고 증거를 제출할 책임을 진다. 민사법원은 당사자의 사실주장과 증거신청에 구속되며, 당사자 사이에 다툼이 없는 사실은 독자적으로 증거조사를 할 필요 없이 그대로 판결의 기초로 삼아야 한다.[652] 결국 사실관계의 정확성에 관한 최종 책임은 당사자에게 있다. 법원은 사실관계의 규명에서 수동적 역할을 하는데 그치고,[653] 오히려 사실관계를 두고 다투는 양 당사자 사이에서 독립적·중립적 지위를 지킬 것을 요구받는다.[654] 이러한 가운데 법원은 당사자 사이

650) Ferdinand Kopp, Individueller Rechtsschutz und öffentliches Interesse in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, BayVBl. 1980, S. 271; Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 151-152 참조.

651) Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1974, S. 163 참조.

652) Renate Köhler-Rott, Der Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsprozess und die Mitwirkungslast der Beteiligten, München 1997, S. 69-74, 80-90; Anders, in: Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle, ZPO Vor §128 Rn. 22-23 참조.

653) Renate Köhler-Rott, a.a.O., S. 56-59 참조.

654) Marcel Kaufmann, Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Tübingen 2002, S. 233 f. 참조.

에 다툼이 있는 부분에 초점을 맞추어 심리를 진행하게 된다.

민사소송에 변론주의가 적용되는 핵심 이유는, 민사소송이 사익을 추구하기 위한 수단이기 때문이다. 민사소송에서는 사익을 두고 다툼이 벌어지고, 그 사익에 관한 실체법상·소송법상 처분권은 당사자에게 있다.[655] 그리고 민사소송을 통해 사익을 추구할 때는 그보다 우선되는 공익이 원칙적으로 존재하지 않으므로, 실체적 진실을 발견해야 할 공익도 존재하지 않는다.[656] 결국 변론주의는 민법의 대원칙인 사적 자치와 계약의 자유에 대응되는 소송법상의 상관개념(Korrelat)이다.[657]

반면에 행정소송에는 직권탐지주의가 적용되므로, 판결의 기초가 되는 사실관계를 확정하는 것은 법원의 임무이다. 행정법원은 직권으로 사실관계를 조사하고(행정법원법 제86조 제1항 1문 전단), 당사자의 사실주장과 증거신청에 구속되지 않는다(같은 항 2문). 법원이 조사해야 하는 사실관계의 범위는 원칙적으로 당해 소송물에 관한 것으로 한정되나,[658] 아래에서 보는 것처럼 일방 소송관계인이 다른 소송관계인의 사실진술에 관하여 의문을 제기하거나 증거신청을 함으로써 추가적인 사실규명이 필요하다는 단서를 제공하는 때에는 사실조사의무의 범위가 넓어질 수 있다.[659] 그러나 어쨌든 사실관계의 정확성에 관한 최종책임은 법원에 있다.[660]

행정소송의 대상은 행정작용이다. 행정작용은 공익의 실현을 위한 것이다.

---

655) Renate Köhler-Rott, Der Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsprozess und die Mitwirkungslast der Beteiligten, München 1997, S. 46-50 참조.

656) Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1974, S. 20 f.; Wolfram Henckel, Prozessrecht und materielles Recht, Göttingen 1970, S. 144 참조.

657) Carl Hermann Ule, Zum Verhältnis von Zivilprozeß und Verwaltungsprozeß, DVBl. 1954, S. 139 참조.

658) Dawin/Panzer, in: Schoch/Schneider, VwGO §86 Rn. 48 참조.

659) Marcel Kaufmann, Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Tübingen 2002, S. 348-353; Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 163-164 참조.

660) Renate Köhler-Rott, a.a.O., S. 18-20 참조.

따라서 행정소송을 통해 행정작용의 위법성을 제거하고 적법성을 회복시키는 것은 공익 실현에 기여하는 것이며, 이 과정에서 계쟁 행정작용의 근거가 되었던 사실관계를 탐구하는 것 역시 공익과 관련되어 있다.[661] 같은 맥락에서 행정소송의 객관적 통제 기능도 직권탐지주의가 적용되는 중요한 근거이다.[662] 앞서 제1장에서 살펴본 바와 같이, 정확한 사실관계에 기초한 재판만이 행정을 객관적으로 통제할 수 있다는 사고는 프로이센 시대부터 내려온 관념이다.[663] 법관이 주도적으로 실체적 진실을 발견하고, 통제의 대상인 행정작용과 관련하여 행정이 사실관계를 호도하지 못하게 하여야만 제대로 된 적법성 통제가 가능하다는 것이다.[664]

또한 직권탐지주의는 행정소송에서 시민과 행정 간의 구조적 불평등을 해소하는 역할을 함으로써 주관적 권리구제 기능도 뒷받침한다. 행정청은 행정절차의 주재자로서, 행정작용의 발령에까지 나아가는 과정에서 여러 관계 이익을 고려하기 위해 포괄적으로 정보를 수집한다. 반면에 시민은 행정이 주도하는 행정절차에서 정보를 수집할 수 있는 여지가 적다. 따라서 행정소송에서 이러한 정보 기반 차이를 도외시하고 행정이 계쟁 행정작용을 정당화하기 위해 주장하는 사실관계만을 기초로 삼는 것은 효과적이지 않다.[665]

물론 민사소송에도 의료소송·환경소송과 같이 증거의 구조적 편재가 문제되는 경우가 있고, 당사자의 진실의무(민사소송법 제138조 제1항)[666]나 법관의 지적의무(같은 법 제139조) 또는 증명책임의 완화·전환 등을 통해 당사자 간의 불평등을 해소하고자 한다.[667] 그리고 이러한 불평등 해소 수단은

---

661) Marcel Kaufmann, Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Tübingen 2002, S. 287-296; Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 160 참조.

662) Marcel Kaufmann, a.a.O., S. 184 참조.

663) Marcel Kaufmann, a.a.O., S. 70 참조.

664) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §30 Rn. 12 참조.

665) Jakob Nolte, a.a.O., S. 162 참조.

666) 이에 관한 상세한 내용은 아래 제5장 제3절 2. 참조.

667) Wolfram Henckel, Prozessrecht und materielles Recht, Göttingen 1970, S. 144 ff.;

변론주의와 부합되지 않는 측면이 있으므로, 그 의의 및 한계에 관하여 많은 논의가 있다.[668] 그러나 행정소송은 그 구조 자체에서 불평등이 전제되어 있으므로, 법원이 소송관계인의 사실주장에 구속됨이 없이 스스로 사실관계를 규명함으로써 소송 전 단계의 무기불평등을 완화할 필요가 있다.[669][670]

행정법원이 직권으로 사실조사 임무를 수행하는 데 있어 주된 수단으로 활용되는 것이 행정청의 자료제출의무 및 정보제공의무이다. 왜냐하면 행정법원이 재판의 기초가 되는 사실관계를 조사하기 위해 가장 많이 활용하는 자료는 계쟁 행정작용과 관련하여 행정청이 보유한 자료이기 때문이다.[671] 행정법원법 제99조 제1항은 행정청의 포괄적 자료제출의무와 정보제공의무를 규정하는 한편, 일정한 비밀유지 사유가 있으면 관할 최상급 감독청이 자료제출을 거부할 수 있도록 규정하고 있다. 또한 같은 조 제2항에서는 행정청의 자료제출 거부결정의 적법성을 심사하는 비공개 심리절차를 규정함으로써, 행정소송에서 실체적 진실발견이라는 공익과 국가의 비밀유지라는 또 다른 공익을 조화할 수 있는 수단을 마련해 놓고 있다.[672]

Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, München 2011, §50 Rn. 19-40 참조.

668) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §77 Rn. 17-35 참조.

669) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 161-162 참조.

670) 이러한 맥락에서 행정법원의 지적의무(행정법원법 제86조 제3항)는 사실관계의 규명에서는 민사소송만큼 의미가 크지 않다. 그보다는 오히려 형식적 하자를 제거하거나, 당사자로 하여금 사안의 해결에 유용한 청구를 제기하게 하거나, 그 밖의 법적 쟁점을 지적할 때 더 의미가 있다. Stefan Auer, Inhalt, Reichweite und Grenzen der Verweisung in §173 VwGO, München 1993, S. 51; Jakob Nolte, a.a.O., S. 164-165 참조.

671) 특히 취소소송과 의무이행소송의 경우 소제기 전에 행정절차와 행정심판을 거치면서 사실관계 파악에 필요한 자료가 행정청에 축적된다. Jakob Nolte, a.a.O., S. 180; 최계영, 법치주의 구현을 위한 행정소송 심리절차의 강화 - 자료제출요구 제도의 도입 논의 및 독일의 자료제출의무 제도를 중심으로, 서울대학교 법학 제54권 제4호, 2013, 34면 참조.

672) 이 제도에 관한 상세한 내용은 Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO §99 Rn. 6-37; 최계영, 법치주의 구현을 위한 행정소송 심리절차의 강화, 서울대학교 법학 제54권 제4호, 2013, 30-45면 참조.

나. 소송관계인의 협력의무

행정소송에 직권탐지주의가 적용됨으로 인해 법원이 사실관계를 조사할 의무를 부담한다고 해서, 소송관계인들이 사실관계 규명에 손 놓고 방관만 하는 것은 아니다. 오히려 법원은 사실조사에 소송관계인을 관여시켜야 한다(행정법원법 제86조 제1항 1문 후단). 행정법원법에 명문의 규정은 없지만, 판례와 학설은 소장의 필수적 기재사항에 관한 규정(제82조 제1항), 증거신청 및 준비서면 제출에 관한 규정(제86조 제2, 4항), 실기한 공격방어방법의 각하에 관한 규정(제87b조), 소송관계인 본인의 출석에 관한 규정(제95조), 행정청의 자료제출의무 및 정보제공의무에 관한 규정(제99조) 등을 근거로 하여, 직권탐지주의가 적용되는 행정소송에서도 소송관계인은 법원이 사실관계를 조사하는 데 협력할 의무 내지 책임을 진다고 한다.[673]

행정소송에서 소송관계인의 협력의무는 민사소송에서 당사자가 부담하는 주장책임 및 증명책임과는 다른 것이다. 변론주의 하에서 당사자는 자신에게 유리한 법률효과를 발생시키는 요건사실을 주장하지 않거나(이른바 주장책임),[674] 요건사실의 존재 여부에 관하여 다툼이 있을 때 이를 증명할 증거를 제출하지 못하면(이른바 주관적·형식적 증명책임),[675] 그 사실이 존재하지 않는 것으로 취급되어 불이익을 받는다. 그러나 직권탐지주의 하에서 소송관계인은 그러한 소송상 책임을 지지 않으므로, 행정법원은 소송관계인의 주장이나 증거제출이 없다고 하더라도 사실조사의무를 면할 수 없는 것이 원칙이다.[676]

그러나 행정법원은 분쟁의 당사자가 아니어서 당해 분쟁에 관한 사실관계

---

673) Marcel Kaufmann, Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Tübingen 2002, S. 353-356 참조.

674) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §116 Rn. 37-38 참조.

675) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §116 Rn. 1-2, 4 참조.

676) Dawin/Panzer, in: Schoch/Schneider, VwGO §86 Rn. 70 참조.

를 먼저 인지할 수 없으므로, 사실규명 활동의 상당 부분을 소송관계인에게 의존할 수밖에 없다.[677] 소송관계인들이 아무런 진술도 하지 않고 아무런 자료도 제출하지 않는데 법원이 밑도 끝도 없이 모든 방향으로 사실관계를 조사할 수는 없는 노릇이다.[678] 그러므로 행정법원은 사실조사 과정에서 소송관계인을 상대로 수인 가능한 범위 내에서 소송자료를 제출할 것을 독려해야 하고, 소송관계인은 최소한 법원으로 하여금 어떤 사실관계를 직권으로 규명할 필요가 있음을 자각하게 하거나 그러한 암시를 주는 소송행위를 해야 한다. 이것이 직권탐지주의에서 말하는 소송관계인의 협력의무이다.[679]

소송관계인의 협력의무 불이행의 효과는 기본적으로 법원의 사실조사의무가 축소·면제되는 것으로 나타난다. 그런데 종래 연방행정법원은 이를 단순한 사실상의 효과가 아니라 법원의 사실조사의무의 내용과 범위에 관한 법률상 효과로 이해하였는데, 이것이 바로 1960년대에 정립된 이른바 "개시-종료-공식"(Anfang-Ende-Satz)이다.[680] 이 공식은 "소송관계인의 협력의무가 시작되는 곳에서 법원의 사실규명의무가 끝난다."는 것으로, 다시 말해, 소송관계인이 자신의 협력의무를 이행하지 않으면 법원도 사실관계를 조사할 의무가 없다는 것이다.[681]

그러나 이 공식은 법원과 소송관계인의 책임 영역이 어떻게 나뉘는지를 해명하지 못할 뿐 아니라, 아무런 유보조건 없이 법원에 사실조사의무가 있음을 규정한 행정법원법 제86조 제1항을 몰각시킬 우려가 있다는 비판을 받아왔다. 그 결과 오늘날의 다수 학설은 기존 판례보다 완화되고 더 실질적인

---

677) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 166 참조.

678) Kothe, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §86 Rn. 17 참조.

679) W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO §86 Rn. 7, 11-12; Kothe, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §86 Rn. 13-18 참조.

680) Marcel Kaufmann, Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Tübingen 2002, S. 361; Renate Köhler-Rott, Der Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsprozess und die Mitwirkungslast der Beteiligten, München 1997, S. 36-38 참조.

681) BVerwG, Beschluss vom 17.03.1961 - IV B 339.60, BeckRS 1961, 31316243; BVerwG, Beschluss vom 06.12.1963 - BVerwG Ⅷ B 29/63, NJW 1964, 786 참조.

공식을 제시한다. 즉, “법원이 주의 깊게 사실관계를 조사하였음에도 알아내지 못한 주요사실을 소송관계인이 알고 있음에도 협력을 거부하거나 게을리하고, 그로 인해 법원이 그 사실을 조사하는 것이 현저히 어려워졌다면”, 법원은 그 사실에 관하여 조사의무를 면한다. 이러한 수정된 공식에 따르면, 소송관계인의 협력의무는 법률상 책임이 아니라 사실상 책임이 된다.[682]

소송관계인이 어느 범위까지 협력의무를 부담하는지는 개별 사안마다 다르고, 그 범위에 관하여 상당한 논쟁이 있다.[683] 그러나 적어도 소송관계인들의 생활영역 내에서 벌어진 일로서 소송관계인들만이 알고 있는 사실관계에 대하여는 협력의무를 부담한다는 것이 대체적인 견해이다.[684] 예컨대, 비호신청인(Asylbewerber)은 본국으로 귀국할 경우 급박한 정치적 박해의 위험이 있음을 뒷받침하는 개인적 인식과 체험을 구체적으로 진술하여야 하고,[685] 종교단체가 종교행사의 일환으로 행한 외부 광고 활동이 영업법상의 영업으로 분류되는 것을 막으려면, 그 광고 활동의 경제적 손익에 관한 수치를 밝혀야 한다.[686] 또한 州 관할구역 내에서 연방이 관리하는 시설과 관련하여 州가 연방을 상대로 추가 안전조치를 요구하려면, 그 시설의 현황과 과거에 발생한 안전사고에 관한 자료를 제출하여야 한다.[687]

---

682) 이 문단의 내용은 Michael Nierhaus, Beweismaß und Beweislast, München 1989, S. 341; Marcel Kaufmann, Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Tübingen 2002, S. 361 f.; Rixen, in: Sodan/Ziekow, VwGO §86 Rn. 66-77 참조.

683) Marcel Kaufmann, a.a.O., S. 363 f.; Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO §86 Rn. 45-48; Renate Köhler-Rott, Der Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsprozess und die Mitwirkungslast der Beteiligten, München 1997, S. 18-19, 33-44 참조.

684) 원고는 자신의 생활영역 내에서 발생한 분쟁에 관한 사실관계를 누구보다 잘 알고 있을 것이고, 피고 행정청 역시 계쟁 행정작용에 관한 정보를 충분히 보유하고 있기 때문이다. Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §30 Rn. 19; W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO §86 Rn. 12 참조.

685) BVerwG, Urteil vom 23.11.1982 - 9 C 74.81, BVerwGE 66, 237 참조.

686) BVerwG, Beschluss vom 16.02.1995 - 1 B 205/93, NVwZ 1995, 473 참조.

687) BVerwG, Urteil vom 30.07.1976 - IV A 1/75, NJW 1977, 163 참조.

다. 주장책임과 증명책임

앞서 본 바와 같이, 직권탐지주의에 관한 전통적 견해에 따르면 민사소송에서와 같은 소송관계인의 주장책임이 인정되지 않는다. 그러나 소장의 필수적 기재사항을 규정한 행정법원법 제82조 제1항[688]을 근거 삼아 원고에게 부분적으로나마 주장책임이 있다고 보는 주장이 있다. 즉, 행정소송에서 원고적격을 갖추려면 위법한 행정작용으로 말미암아 원고의 권리가 침해되었을 가능성이 있어야 하고,[689] 이를 위해서는 원고가 소장에서 소송상 청구(소송물)를 명확히 밝혀야 한다(행정법원법 제82조 제1항 1문). 그뿐만 아니라 원고는 소장에서 소송상 청구를 뒷받침하는 사실과 증거방법도 제시하여야 한다(같은 조 제1항 3문). 그렇다면 결국 원고는 해당 소송물을 구성하는 사실관계에 관하여 주장책임을 지는 것으로 볼 수 있다는 것이다.[690]

이에 대하여 통설은, 행정법원법 제82조 제1항 1문이 원고로 하여금 소송물을 밝히도록 한 것은 처분권주의의 발로일 뿐 소송자료의 수집에 관한 것이 아니어서 논의의 평면이 다르고, 원고가 그 의무를 이행하지 않으면 주장사실이 인정되지 않아 청구가 기각되는 것이 아니라 소가 부적법 각하되는 것이므로, 이것을 두고 주장책임이라 할 수는 없다고 한다.[691] 또한 행정법원법 제82조 제1항 3문의 사실 및 증거방법 제시의무도 원고의 협력의무의 하

---

688) **행정법원법 제82조(소장의 내용)**
(1) [1]소장에는 원고, 피고 및 소송상 청구의 대상을 표시하여야 한다. [2]소장에는 특정된 본안신청이 담겨있어야 한다. [3]청구를 뒷받침하는 사실과 증거방법을 제시하여야 하며, 취소 청구된 처분 및 행정심판재결의 사본을 첨부하여야 한다.

689) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §18 Rn. 11-12 참조.

690) Fritz Baur, Einige Bemerkungen zur Beweislastverteilung im Verwaltungsprozeß, in: Günter Püttner(Hrsg.), Festschrift für Otto Bachof zum 70. Geburtstag, München 1984, S. 286-288; Marcel Kaufmann, Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Tübingen 2002, S. 346-348, 377-385, 420-430; Renate Köhler-Rott, Der Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsprozess und die Mitwirkungslast der Beteiligten, München 1997, S. 148-150 참조.

691) Michael Nierhaus, Beweismaß und Beweislast, München 1989, S. 283-284 참조.

나로 이해하여야지, 그로 인해 법원의 사실조사의무가 제한되는 것은 아니라고 본다.[692] 그러나 통설에 의하더라도, 법원의 사실규명 활동이 시작되는 데 필요한 최소한의 사실주장을 할 책임이 원고에게 있다는 점은 분명하다.

다음으로 증명책임과 관련하여서도 형식적·주관적 증명책임과 실체적·객관적 증명책임을 나누어 볼 필요가 있다. 형식적·주관적 증명책임이란 일방 당사자가 자신에게 유리한 법규의 요건사실에 대하여 증거를 대야 하는 이른바 증거제출책임을 말한다.[693] 그런데 직권탐지주의가 적용되는 행정소송에서는 사실관계에 불명확한 부분이 있으면 법원이 이를 규명할 의무를 지므로, 앞서 본 것처럼 소송관계인에게 형식적·주관적 증명책임이 존재하지 않는다.[694]

그러나 행정법원이 소송관계인의 협력을 얻어 사실관계를 조사하더라도 요증사실이 증명되지 않는 경우가 있다.[695] 이같이 특정 사실의 존부가 불명확한 채로 남아 있는 이른바 '진위불명'(non liquet) 상태에서도, 법원은 일반적 사법보장청구권 및 기본법 제19조 제4항에 따른 실효적 권리구제 요청으로 말미암아 재판을 거부할 수 없다.[696] 따라서 심리의 최종단계에 이르러도 특정 사실의 존부가 규명되지 않을 때 법원이 종국재판을 하려면 그 사실이 증명되지 못함으로 인한 불이익을 누군가가 부담해야 하는데, 이것을 실체적·객관적 증명책임이라 한다.[697] 이러한 진위불명의 결과책임은 어느 소송을 막론하고 문제 되는 것이므로, 직권탐지주의가 적용되는 행정소송에서도 실체적·객관적 증명책임은 중요한 의미가 있다.[698]

---

692) W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO §82 Rn. 11; Aulehner, in: Sodan/Ziekow, VwGO §82 Rn. 52-54 참조.

693) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §116 Rn. 4-6 참조.

694) Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1974, S. 422 참조.

695) Michael Nierhaus, Beweismaß und Beweislast, München 1989, S. 33-35 참조.

696) Michael Nierhaus, Beweismaß und Beweislast, München 1989, S. 35 ff., 235 ff. 참조.

697) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §30 Rn. 23; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §116 Rn. 1-3 참조.

독일 행정소송에서 실체적·객관적 증명책임의 분배에 관하여 통설·판례는 민사소송과 마찬가지로 법률요건분류설(Normentheorie)을 따른다.[699] 이 법리의 요지는, 당사자는 자신에게 유리한 법률효과를 발생하게 하는 사실의 증명 불능으로 인한 불이익을 부담해야 한다는 것이다.[700] 다시 말해, 행정소송에서의 증명책임도 원칙적으로 실체법상의 법률요건과 법률효과의 문제가 된다.[701]

예컨대, 침익적 행정행위에 대한 취소소송에서 권한행사의 근거사실에 관한 증명책임은 피고 행정청이 부담하고, 행정행위의 위법성을 뒷받침하는 예외적 사정－여기에는 재량하자도 포함된다－에 관한 증명책임은 원고가 부담한다.[702] 또한 수익적 행정행위의 직권취소결정에 대한 취소소송에서 피고 행정청은 직권취소 사유, 즉 수익적 행정행위의 발급요건이 충족되지 않아 그 행정행위가 위법하다는 점에 관한 증명책임을 부담하지만,[703] 원고의 신뢰가 보호가치 없음을 뒷받침하는 사실[704]이 증명된 경우에는 반대로 원고가 수익적 행정행위의 발급요건 충족 사실을 증명해야 한다.[705] 한편, 의무이행소송에서 청구권의 존재를 뒷받침하는 사실－가령, 공무상 재해보상청구소송에서 공무와 재해 사이의 인과관계－에 관한 증명책임은 원고가 부담하는 반면, 원고의 청구에 응할 수 없는 예외적 사정－예컨대, 운전면허 발급청구소

---

698) Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1974, S. 424 f. 참조.

699) Kothe, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §108 Rn. 12 참조.

700) W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO §108 Rn. 12 f.; BVerwG, Urteil vom 23.05.1962 - VI C 39.60, BVerwGE 14, 181 참조.

701) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §30 Rn. 24 참조.

702) Kothe, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §108 Rn. 13 참조.

703) BVerwG, Urteil vom 25.03.1964 - VI C 150/62, BVerwGE 18, 168 참조.

704) 원고가 부당한 방법을 동원하여 수익적 행정행위를 발급받았다거나, 수익적 행정행위의 발급신청 당시 원고가 거짓 내용을 진술한 경우 등 행정절차법 제48조 제2항 3문 각호에 해당하는 사실을 말한다. Kothe, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §108 Rn. 13 참조.

705) BVerwG, Urteil vom 26.11.1969 - VI C 121/65, BVerwGE 34, 225 참조.

송에서 운전면허 발급을 위해 요구되는 운전적성을 갖추지 못했다는 사실-에 관한 증명책임은 피고 행정청이 부담한다.[706]

그 밖에 독일의 행정소송에서는 일응의 추정(Prima-facie-Beweis)과 같이 민사소송에서 발달한 증명책임의 완화 법리가 활용되고,[707] 일정한 경우에는 증명책임의 전환도 인정된다.[708] 다만, 이러한 증명책임의 완화·전환의 배후에는 법치국가 원리나 기본법 제19조 제4항에 따른 실효적 권리구제 요청과 같은 행정소송 특유의 헌법원리가 자리하고 있다. 즉, 사실이 규명되지 못했을 때 원고가 증명책임을 지는 것은 결국 권리구제의 제한을 가져오므로, 수인한도를 넘는 증명책임을 부담케 하는 것은 실효적 권리구제 요청에 위반된다고 할 수 있다.[709]

4. 그 밖의 심리원칙

가. 직권진행주의

누가 개개의 절차단계를 진행하고 정리할 것인가에 관하여는 직권진행주

---

706) Kothe, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §108 Rn. 13a 참조.

707) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §30 Rn. 29, §33 Rn. 14-15 참조.

708) 예컨대, 사실관계의 규명 불능으로 인한 위험을 일방 당사자가 부담하는 것이 수인한도를 넘는 경우, 상대방 당사자가 행정법원법 제86조 제1항 1문 후단에 따른 협력의무를 이행하지 않는 경우, 명문의 근거규정이 있는 경우에 증명책임의 전환이 인정된다. Dieter Lorenz, a.a.O., §30 Rn. 28 참조.

709) 예컨대, 사법시험에서 응시자가 제출한 과제 및 답안에 대한 심사관의 평가착오와 심사결과 사이의 인과관계에 관하여 응시자에게 증명책임을 지우는 것은 법치국가 원리와 실효적 권리구제 요청에 반한다(BVerwG, Urteil vom 20.09.1984 - 7 C 57/83, BVerwGE 70, 143). 또한 범죄인 인도절차에서 난민 지위를 주장하는 사람이 사실관계의 규명 과정에서 가능한 한 충실히 협력의무를 이행하였다면, 그 사람은 정치적 박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포에 관하여 증명책임을 부담하지 않는다(BVerfG, Beschluss vom 14.11.1979 - 1 BvR 654/79, BVerfGE 52, 391).

의(Amtsbetrieb)와 당사자진행주의(Parteibetrieb)라는 대립항이 있다. 직권진행주의는 소송절차의 진행과 정리를 법원이 주도하는 것을 말하고, 당사자진행주의는 이를 당사자에게 맡기는 것이다.[710] 행정소송은 소송자료의 수집에 관하여 직권탐지주의가 적용되는 것과 같은 맥락에서 직권진행주의가 전면적으로 적용된다.[711] 민사소송에서도 소송절차의 진행을 당사자에게 맡기면 소송의 지연 등 여러 폐단이 있다는 인식에 따라 20세기에 들어와 점차 직권진행주의가 원칙으로 자리를 잡았다.[712] 다만, 보전처분과 강제집행의 경우에는 여전히 당사자진행주의의 요소가 남아 있다.[713]

직권진행주의 하에서 법원은 원칙적으로 송달을 직권으로 실시한다(민사소송법 제166조 내지 168조; 행정법원법 제56조 제2항, 제85조 1문). 또 법원은 직권으로 변론기일을 지정하고 소송관계인들에게 기일통지를 하며(민사소송법 제214조, 제216조, 제274조; 행정법원법 제102조), 변론을 준비하기 위해 석명준비명령이나 제출명령 같은 여러 조치를 취할 수 있다(민사소송법 제273조; 행정법원법 제87조). 법원은 판결도 직권으로 송달한다(민사소송법 제166조 제2항, 제317조; 행정법원법 제116조 제1항 2문).[714] 다만, 민사소송에는 법원이 당사자의 신청에 의해서만 할 수 있는 소송행위가 종종 존재하지만, 행정소송에는 그런 소송행위가 거의 존재하지 않는다. 예컨대, 행정소송

---

710) Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, München 2011, §77 Rn. 3 참조.

711) Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, Heidelberg 2014, Rn. 26 참조.

712) Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, München 2011, §77 Rn. 3; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §78 Rn. 6-9 참조.

713) 예를 들어, 보전처분 인용결정은 그 결정을 얻은 당사자가 송달되게 하여야 한다(민사소송법 제922조 제2항, 제936조). 또한 확정된 지급명령에 기초한 집행명령은 채권자의 신청이 있으면 채권자로 하여금 이를 상대방에게 송달하게 하고 법원은 송달에 관여하지 않는다(민사소송법 제699조 제4항 2문). 또 확정판결에 기초한 강제집행을 위해서는 집행권원을 집행개시 전 또는 늦어도 집행개시와 동시에 채무자에게 송달해야 하는데, 그 송달은 채권자도 할 수 있다(민사소송법 제750조 제1항 2문). Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §78 Rn. 8 참조.

714) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §78 Rn. 8; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §30 Rn. 7 참조.

상 참가는 직권으로 또는 신청에 의하여 가능하지만, 민사소송상 보조참가와 소송고지는 참가인 또는 당사자의 신청에 의해서만 할 수 있다. 이러한 점을 보면, 행정법원이 소송절차의 진행에 있어 민사법원보다 더 큰 책임을 지는 경향이 있음을 알 수 있다.[715]

나. 구술심리주의

민사소송과 행정소송은 모두 구술심리주의(Mündlichkeit)를 원칙으로 채택하고 있다.[716] 그러나 구술심리주의가 양 소송에서 갖는 의미와 중요성은 차이가 난다. 민사소송에서의 구술심리를 선언하는 민사소송법 제128조 제1항은 "당사자는 소송에 관하여 수소법원에서 말로 변론한다."(강조점은 역자, 이하 같다)라고 규정하여 법문 자체가 당사자에게 초점을 맞추고 있다. 즉, 변론주의가 적용되는 민사소송의 변론에서는 당사자에게 적극적 역할이 부여되고, 당사자들이 말로 행한 주장과 반박을 통해 사실관계가 구성된다. 그러나 행정소송에서의 구술심리에 관한 행정법원법 제101조 제1항은 "법원은 다른 규정이 없는 한 구술변론에 근거하여 재판한다."라고 규정하여, 법문 자체로도 소송관계인의 적극적 역할이 강조되지 않는다. 즉, 직권탐지주의가 적용되는 행정소송에서는 법원이 변론에서 말로 확인한 것만을 재판의 기초로 삼을 수 있다는 점이 강조될 뿐, 소송관계인들이 말로 행한 주장과 반박을 통해 사실관계가 구성되는 것은 아니다.[717]

실무상으로도 행정소송에서는 민사소송보다 구술심리의 중요성이 덜하다. 왜냐하면 행정법원이 사실관계를 규명할 때는 행정청에 대한 포괄적인 자료

---

715) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 182 참조.

716) Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1974, S. 213-214; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §32 Rn. 7 참조.

717) Renate Köhler-Rott, Der Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsprozess und die Mitwirkungslast der Beteiligten, München 1997, S. 53; Jakob Nolte, a.a.O., S. 180-181 참조.

제출요구(행정법원법 제99조)를 통해 확보한 자료가 가장 중요한 인식의 원천이 되기 때문이다.[718] 이런 관계로 행정소송은 구술심리의 예외 사유가 민사소송보다 더 많다. 즉, 행정법원법은 간이결정(Gerichtsbescheid)으로 재판할 때(제84조), 소송관계인 전원의 동의가 있을 때(제101조 제2항),[719] 그리고 결정으로 재판할 때(제101조 제3항 및 제130a조) 변론을 요하지 않는다고 규정한다.

제5절 소결

이상과 같이 독일의 행정소송 제도를 떠받치는 네 개의 기둥을 중심으로 소송절차 전반을 고찰해 보면, 각각의 기둥별로 독자성의 정도가 다르다는 점을 확인할 수 있다.

첫 번째 기둥인 소송의 대상·유형을 살펴보면, '행정행위' 개념을 기준으로 재판관할이 협소하게 형성되어 있는 점에서는 독자성이 약하다. 그러나 모든 관할이 전속관할로 되어 있는 점, 공법적 행정작용에 관하여 빠짐없는 권리구제가 보장되고 비교적 다양한 소송유형이 마련되어 있으며, 규범통제절차와 같이 객관적 통제 기능을 수행하는 소송유형도 있는 점, 행정행위의 특수성이 반영된 소송요건이 마련되어 있는 점, 가구제 제도가 소송의 대상에 따라 이원적 체계로 되어 있는 점 등에서는 독자성이 있다. 따라서 첫 번째 기둥은 독자성이 약한 부분과 강한 부분이 섞여 있다고 평가할 수 있다.

두 번째 기둥인 소송의 구조를 살펴보면, 독일의 행정소송은 원고적격으로 '권리침해'의 가능성을 요구하고, 원고적격의 근거가 되는 보호규범만을 본안의 심사척도로 삼으며, 본안요건으로 '권리침해'의 실재를 요구한다. 재판

---

718) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 180 참조.

719) Kothe, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §101 Rn. 3 참조.

시점을 본안판단 기준시로 삼는 경우가 많고, 판결의 효력은 상대효를 갖는다. 결국 모든 면에서 민사소송과 마찬가지로 주관소송적 구조를 띠고 있으므로, 두 번째 기둥의 독자성은 약하다.

세 번째 기둥인 소송법관계와 관련하여, 행정법원의 조직은 일반법원과 공통점이 많으나, 원고와 피고 행정청의 소송상 지위와 역할이 서로 다르고, 관계인능력과 소송능력에서 기본권 보호 또는 행정의 적법성 통제와 관련된 특수성이 나타난다. 무엇보다 객관적 통제 기능의 징표인 제3자의 소송참가 제도 및 공익대변인 제도가 독자적으로 마련되어 있고, 이를 통해 多極的 소송법관계가 펼쳐진다. 그러므로 세 번째 기둥은 독자성을 강하게 띤다.

네 번째 기둥인 심리원칙을 살펴보면, 소송물에 관한 처분권과 관련하여 처분권주의를 취하기는 하나, 행정에 대한 법적 구속으로 말미암아 피고 행정청의 소송물에 관한 처분권은 범위가 제한된다. 무엇보다 소송자료의 수집책임에 관하여 '직권탐지주의'를 채택함으로써 정확한 사실관계에 기초한 효과적인 행정통제를 추구하므로, 네 번째 기둥도 독자성이 강하다.

이렇게 소송제도를 떠받치는 네 개의 기둥이 저마다 다른 정도의 독자성을 띠고 있는 것은, 행정소송의 '기능'과 '독자성' 간에 상관관계가 있음을 드러내는 징표이다. 즉, 두 번째 기둥과 같이 민사소송과 공통된 기능인 주관적 권리구제 기능을 수행하는 영역에서는 소송절차가 민사소송과 유사하게 형성되어 있다. 반면에 세 번째와 네 번째 기둥과 같이 객관적 통제 기능과 밀접한 관련이 있는 영역에서는 독자적인 절차형태를 갖는다. 바로 이 점이 개별 민사소송법 규정의 준용 여부를 판단하는 기준이 된다. 이렇게 제3장과 제4장에서 행정소송의 기능상·절차상 독자성을 고찰함으로써, 행정법원법의 세분화된 민사소송법 준용체계를 이해하기 위한 총론적 토대가 마련되었다.

제5장 민사소송법의 준용에 관한 개별적 검토

제4장에서는 독일의 행정소송 제도를 떠받치는 네 개의 기둥이 서로 다른 정도의 독자성을 띠고 있음을 고찰하였다. 그런데 행정법원법의 여러 특별준용규정들과 제173조 1문의 일반준용규정에 관한 논의상황을 살펴보면, 개별 규율영역의 독자성이 약하다고 해서 곧바로 그 영역에 민사소송법이 준용되는 것은 아니며, 특별준용규정이 존재하거나 일반준용규정의 요건 중 하나인 규율의 공백이 있어야 한다.

예컨대, 위 네 개의 기둥 중 가장 독자성이 약한 부분은 '소송의 구조'이지만, 정작 소송의 구조를 이루는 원고적격, 본안요건 및 판결의 효력에 관해서는 행정법원법에 특별준용규정이 없고, 일반준용규정을 통한 준용 논의도 활발하지 않다.[720] 그 이유로는 두 가지를 생각해 볼 수 있다. 첫째, 독일 행정소송의 구조는 민사소송과 마찬가지로 주관소송적 구조를 띤다는 점에서 독자성이 약할 뿐이다. 오히려 그 구성요소인 원고적격과 본안요건 자체는 소송제도의 골격을 이루는 것으로서, 행정소송의 기능상 독자성과 소송물의 특수성으로 인해 민사소송과 차이가 있다. 둘째, 그러한 차이 때문에 행정법원법은 앞서 제2장 제2절에서 본 바와 같이 원고적격, 본안요건 및 판결의 효력에 관하여 독자적인 규정을 자체적으로 마련해 두고 있다.

결국 독일 행정소송에서 민사소송법의 준용 문제는 소송제도를 떠받치는 네 개의 기둥 중 소송의 구조를 제외한 나머지 세 기둥에 속하는 규율영역 또는 위 네 개의 기둥 중 어디에도 속하지 않는 규율영역과 관련하여 논의되

720) 원고적격과 본안요건에 관하여는 일반준용규정을 통한 민사소송법 규정의 준용 논의를 찾아보기 어렵고, 판결의 효력에 관하여는 자기구속력 및 판결경정에 관한 규정(민사소송법 제318조 내지 제321조)과 기판력의 객관적·시적·주관적 범위에 관한 규정(같은 법 제322조 내지 제327조)이 일반준용규정을 통해 준용될 수 있는지가 논의된다. Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 607-616 참조.

고 있다.[721] 따라서 제5장에서는 개개의 민사소송법 규정이 행정소송에 준용될 수 있는지를 구체적으로 살펴보되, 행정법원법의 여러 준용규정을 망라하여 고찰하기에는 한계가 있으므로, 소송의 구조를 제외한 나머지 세 기둥인 소송의 대상·유형, 소송법관계, 심리원칙과 관련이 있고 우리나라의 이론·실무에도 시사점을 줄 수 있는 다섯 가지 주제로 한정하여 고찰하고자 한다.

① 우선 제1절에서는 '소송의 대상·유형'과 관련하여 민사소송법상 가구제 규정의 준용 관계를 살펴보고, ② 제2절에서는 '소송법관계'와 관련하여 제3자의 소송참가에 관한 민사소송법 규정의 준용 문제를 살펴본다. ③ 제3절 내지 제5절에서는 '심리원칙'과 관련된 민사소송법 규정의 준용 문제를 살펴보되, 제3절에서는 변론주의의 내용과 보완장치에 관한 규정을, 제4절에서는 증거조사에 관한 규정을, 제5절에서는 소송상화해와 관련된 규정을 각각 살펴보도록 한다.

제1절 가구제

독일 행정소송상 가구제는 앞서 제4장 제1절 3. 가.에서 본 바와 같이 집행정지와 가명령의 이원적 체계로 되어 있는데, 이 중 가명령에 관해서만 민사소송법의 준용규정이 마련되어 있다. 이는 두 제도의 독자성 차이에 기인한다. 즉, 집행정지는 침익적 행정행위의 특수성에 기초한 제도로서 독자성이 강하지만, 가명령은 민사가처분을 모델 삼아 만들어진 제도로서 독자성이 약하기 때문이다.

---

721) 예컨대, 앞서 제2장 제3절에서 살펴본 것처럼 유보조건 없는 특별준용규정(제1유형) 중에는 위 네 개의 기둥과 관련된 규정이 거의 없고, 상충하는 규정이 유보된 특별준용규정(제2유형) 중 증거조사 규정은 네 번째 기둥인 심리원칙과 관련이 있다.

1. 가명령에 대한 민사소송법상 보전처분 규정의 준용

가. 준용의 범위

행정법원법 제123조(가명령의 발령)
(3) 가명령의 발령에 관하여는 민사소송법 제920조, 제921조, 제923조, 제926조, 제928조 내지 제932조, 제938조, 제939조, 제941조 및 제945조의 규정을 준용한다.

행정법원법 제123조 제3항은 독일 행정소송의 가구제수단 중 하나인 '가명령'에 대하여 민사소송법을 준용하는 규정이다. 제123조 제3항은 앞서 제2장에서 살펴본 준용규정의 세 가지 유형 중 제1유형인 '유보조건 없는 특별준용규정'에 해당한다. 즉, 행정법원법 제123조 제3항은 보전처분에 관한 민사소송법의 개별 조항들을 구체적으로 인용하고, 그 조항들이 별다른 유보조건 없이 곧바로 행정소송에 준용될 수 있음을 선언한다는 특징이 있다.

1960년 행정법원법을 제정할 때 민사가처분을 모델로 하는 가명령을 도입하고 민사보전처분에 관한 규정을 명시적으로 준용함으로써, 과거 분열되어 있던 입법례가 통일되었다.[722] 당시 입법자는 민사소송법 제8편 제5장 '가압류 및 가처분'의 규정 중 어떤 규정을 준용하고 어떤 규정을 준용하지 않을 것인지를 상세히 검토하였고, 그 결과물이 바로 제123조 제3항이다.[723] 즉, 여기에 열거된 준용대상 규정은 입법 단계에서 이미 준용 여부에 관한 판단이 완료된 것들이다.

제123조 제3항에 인용된 민사소송법 규정은 다음과 같다. (1) 먼저 가압류 관련 규정으로는 ㉠ 가압류신청의 절차적 요건과 증명도(Beweismaß)에 관한

722) Schoch, in: Schoch/Schneider, VwGO §123 Rn. 4; Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung BT-Drs. 3/55, S. 44 참조.

723) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 279 참조.

규정(제920조), ㉡ 담보부 가압류에 관한 규정(제921조), ㉢ 해방금액의 공탁에 의한 가압류집행취소에 관한 규정(제923조), ㉣ 본안의 제소명령에 관한 규정(제926조), ㉤ 물적 가압류의 집행에 관한 규정(제928조 내지 제932조)이 인용되어 있다. (2) 다음으로 가처분 관련 규정으로는 ㉠ 가처분의 내용에 관한 규정(제938조), ㉡ 담보제공에 의한 가처분의 취소에 관한 규정(제939조), ㉢ 법원의 가처분등기 촉탁 권한에 관한 규정(제941조), ㉣ 부당한 보전처분에 대한 손해배상책임 규정(제945조)이 인용되어 있다.

이상의 규정을 살펴보면, 대체로 보전처분의 신청, 재판 및 집행에 관한 절차규정과 채무자의 구제수단에 관한 규정 등 절차의 얼개를 이루면서 행정소송과 배치될 여지가 없는 규정을 인용하고 있음을 알 수 있다. 반면에 민사소송법 제8편 제5장의 규정 중 제123조 제3항에 인용되지 않은 조항들을 살펴보면, 행정소송의 성질과 부합되지 않거나 행정법원법이 자체적으로 규정하고 있는 내용을 담고 있음을 알 수 있다.

예컨대, ① 앞서 본 것처럼 가명령은 원칙적으로 다툼의 대상의 현상보전 또는 다툼이 있는 권리관계의 잠정적 규율을 목적으로 하는 데 비하여 민사가압류는 금전채권의 집행보전을 목적으로 하므로, 실체적 요건이 서로 다르다. 따라서 가압류의 피보전채권과 보전의 필요성에 관한 규정(제916조 내지 제918조)은 준용할 이유가 없다. ② 가압류의 목적물 내지 다툼의 대상이 있는 곳을 관할하는 간이법원이 보전처분의 관할법원이 된다는 규정(제919조, 제942조)도 행정소송과 어울리지 않는다. 행정재판권을 갖는 법원 중에 간이법원과 같은 법원이 존재하지 않을 뿐 아니라, 가명령에 관하여는 본안의 관할법원 이외에 다른 대체적 관할이 인정되지 않기 때문이다.[724]

③ 또한 민사보전처분은 변론을 거친 경우에는 판결로, 그 밖의 경우에는 결정으로 재판하는 것과 달리(민사소송법 제922조 제1항, 제936조), 가명령은 항상 결정으로 재판하므로 변론이 필수적이지 않다(행정법원법 제123조 제4항, 제101조 제3항). 따라서 민사가처분에서 변론을 거치지 않고 재판할 수

724) Redeker, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §123 Rn. 26 참조.

있는 예외사유에 관한 규정(민사소송법 제937조 제2항)은 가명령에 준용할 필요가 없다.[725] ④ 그리고 민사보전처분은 당사자진행주의의 요소가 남아 있어 인용결정의 송달은 그 결정을 얻은 당사자가 하여야 하나(민사소송법 제922조 제2항, 제936조), 가명령의 경우 법원이 결정을 직권으로 고지 또는 송달하므로(행정법원법 제56조 제1, 2항, 제147조 제1항), 위와 같은 민사보전처분의 송달 규정은 행정소송에 부합되지 않는다. ⑤ 또한 가명령에 대한 불복수단과 관련하여서는 앞서 제4장 제1절 3. 다.에서 본 바와 같이 변론신청 제도가 폐지되고 불복수단이 항고로 일원화되었으므로, 이의신청에 관한 규정(제924조, 제925조)도 준용할 여지가 없다.

이처럼 행정법원법 제123조 제3항에 인용되지 않은 민사소송법 규정은 입법 단계에서 논의를 거쳐 가명령에 준용하지 않기로 결정된 조항들이므로, 여기에 인용되지 않은 조항은 행정법원법 제173조 1문의 일반준용규정을 통해 준용하는 것도 불가능하다.[726] 결국 행정법원법 제123조의 가명령은 행정법원법의 자체 규정과 위와 같이 명시적으로 준용되는 민사소송법 규정이 서로 맞물려 규율하고 있는 셈인데, 제123조 제3항에 인용된 민사소송법 규정 중에는 별다른 수정 없이 가명령에 그대로 적용할 수 있는 것도 있고, 가명령과 민사가처분 간의 차이로 인하여 이른바 '알맞은 적용'(entsprechende Anwendung)을 위해 수정이 필요한 것도 있다.[727]

---

725) Happ, in: Eyermann, VwGO §123 Rn. 55b 참조.

726) Meissner/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO §173 Rn. 41, 314 참조. 다만, 아래에서 보는 바와 같이 민사소송법 제927조(사정변경에 따른 보전처분 취소)는 행정법원법 제123조 제3항에 인용되어 있지 않음에도, 행정법원법 제173조 1문을 통한 준용 가능성에 관하여 견해의 대립이 있다.

727) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 280 참조.

나. 준용대상 규정의 수정 필요성

1) 가압류신청

민사소송법 제920조(가압류신청)
(1) 가압류신청에는 금액이나 금전으로 환산한 가액을 부기한 청구채권의 표시 및 가압류이유의 표시가 포함되어야 한다. (2) 청구채권 및 가압류이유는 소명하여야 한다. (3) 가압류신청은 재판사무과에서 구술하여 조서에 기재되게 할 수 있다.

민사소송법 제920조는 가압류신청의 절차적 요건과 증명도에 관한 규정인데, 이 규정을 행정법원법 제123조의 가명령에 준용할 때는 '가압류'라는 명칭을 '가명령'으로 새겨야 한다. 이것은 앞서 제2장 제3절 2. 나.에서 살펴본 것처럼 양 소송의 명칭이 서로 달라 생겨나는 이른바 '의미의 왜곡'으로 인해 수정이 필요한 경우이다.

그러나 이같이 명칭만 바꾸는 간단한 수정 이외에 더 이상의 수정은 필요하지 않다. 특히 민사소송법 제920조 제1항은 채권자의 주장책임을, 같은 조 제2항은 채권자의 증명책임을 각 규정하고 있는 것처럼 볼 여지도 있으나, 위 조항들은 아래와 같은 이유로 행정소송의 직권탐지주의와 배치되지 않으므로, 수정을 필요로 하는 '해결할 수 없는 모순'은 존재하지 않는다.[728]

첫째, 민사소송법 제920조 제1항에 따라 가명령신청서에 피보전권리와 가명령이유를 표시하는 것은 행정법원법 제82조 제1항 1문에 따라 소장에 소송상 청구를 표시하는 것에 대응되는데, 앞서 제4장 제4절 3. 다.에서 본 것처럼 이는 처분권주의의 발로일 뿐 직권탐지주의와 배치되지 않는다는 것이 통설의 입장이다.[729] 둘째, 민사소송법 제920조 제2항이 "…소명하여야 한

---

728) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 281 참조.

729) Michael Nierhaus, Beweismaß und Beweislast, München 1989, S. 283 f. 참조.

다.”라고 규정하여 마치 채권자에게 형식적·주관적 증명책임이 있는 것처럼 보일 수 있으나, 이 조항은 가구제절차에서 사실인정을 ‘증명’보다는 낮은 정도의 개연성을 의미하는 ‘소명’에 의하도록 하여 증명도를 하향시키는 규정일 뿐이다.[730] 그러므로 통설은, 가명령에 위 제920조 제2항이 준용된다 하더라도 채권자는 주장책임·증명책임을 부담하는 것이 아니라 소송관계인으로서 협력의무를 부담할 뿐이라고 본다.[731] 물론 가명령에서도 실체적·객관적 증명책임은 존재하고, 특히 가명령절차는 그 성질상 심리 및 재판이 빠른 시일 내에 이루어지므로, 이는 통상 실체적 증명책임을 부담하는 채권자에게 사실상의 압박으로 다가올 것이다.[732]

2) 담보제공에 의한 보전처분 취소

민사소송법 제923조(회피권)
가압류명령에는 가압류의 집행을 정지시키고 채무자로 하여금 집행된 가압류의 취소를 신청할 수 있게 하기 위해 공탁할 금액을 적어야 한다.
민사소송법 제939조(담보제공에 의한 가처분의 취소)
특별한 사정이 있는 때에 한하여 담보를 제공하게 하고 가처분을 취소할 수 있다.

민사소송법 제923조와 제939조는 채무자로 하여금 담보제공을 통해 보전처분을 회피할 수 있도록 하는 규정들이다. 다만, 가압류는 금전채권의 보전을 목적으로 하므로 담보제공을 통해 금전채권이 충분히 보전되고, 따라서 담보제공만으로 가압류를 취소할 수 있도록 한다(제923조).[733] 반면에 가처

730) Nober, in: Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle, ZPO §286 Rn. 16-17, §294 Rn. 1-2; Happ, in: Eyermann, VwGO §123 Rn. 51, 56 참조.

731) Happ, in: Eyermann, VwGO §123 Rn. 56; W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO §123 Rn. 24, 32 참조.

732) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 282 참조.

분은 일정한 법적 지위의 보전을 목적으로 하는데 이것은 금전적 가치로 환산되지 않으므로, 가처분을 취소하려면 담보제공에 더하여 채무자가 수인한도를 넘는 손해를 입을 우려가 있다거나 채권자가 금전담보만으로도 가처분의 목적을 달성할 수 있다는 등의 특별한 사정이 필요하다(제939조).[734]

행정법원법 제123조 제3항이 가명령에 대하여 민사소송법 제939조뿐만 아니라 제923조까지 준용하는 것은, 앞서 본 바와 같이 가명령이 간혹 금전청구권의 보전을 위해서도 발령되는 상황을 반영한 것이다. 즉, 금전청구권의 보전을 목적으로 하는 가명령에 대하여는 민사소송법 제923조가, 그렇지 않은 가명령에 대하여는 민사소송법 제939조가 준용된다.[735] 그 밖에는 별달리 수정이 필요한 사항이 없다.

3) 본안의 제소명령

민사소송법 제926조(제소명령)
(1) 본안이 계속되지 않은 경우, 가압류법원은 신청에 따라 변론 없이, 가압류 명령을 얻은 당사자에게 일정한 기간 내에 소를 제기할 것을 명하여야 한다. (2) 이 명령에 응하지 않는 때에는 신청에 따라 종국판결로 가압류의 취소를 선고하여야 한다.

본안의 제소명령 제도는 보전처분의 채무자가 불필요하게 오랫동안 보전처분에 구속되지 않도록 보호하는 한편, 보전처분의 수혜자인 채권자로 하여금 본안에서의 권리추구를 지연하지 못하도록 하려는 데에 그 취지가 있다.[736] 법원은 의무합치적 재량에 따라 제소기간을 정하는데, 민사보전처분

---

733) Walker, in: Schuschke/Walker, ZPO §923 Rn. 1, 7-8 참조.

734) Walker, in: Schuschke/Walker, ZPO §939 Rn. 1-4 참조.

735) Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, München 2017, Rn. 225, 484 참조.

736) Walker, in: Schuschke/Walker, ZPO §926 Rn. 1 참조.

에서 제소기간은 본안소송의 피고에게 주어지는 2주간의 답변서 제출기간(민사소송법 제276조 제1항 2문, 제277조 제3항)을 유추적용하여 적어도 2주 이상이어야 하고, 아무리 길어도 1개월이면 충분하다는 것이 통설이다.[737]

그런데 제926조 제1항이 가명령에 준용될 때는 행정소송의 전심절차로 인해 의미의 왜곡이 일어난다. 예컨대, 채권자가 본안소송을 제기하지 않은 상태에서 특정 행정행위의 발급청구권을 피보전권리로 하여 가명령을 발령받은 경우, 채권자가 본안소송인 의무이행소송을 적법하게 제기하려면 행정청에 대한 행정행위의 발급신청 및 거부처분에 대한 행정심판을 거쳐야만 한다. 따라서 채권자로 하여금 1개월 내에 위와 같은 모든 절차를 거쳐 본안소송을 제기하라고 하는 것은 불합리한 결과를 초래할 수 있다. 따라서 행정소송법학의 다수설은 이러한 경우 민사소송법 제926조 제1항을 수정하여, 가명령법원은 채권자에게 행정청에 행정행위의 발급신청을 할 기간 또는 거부처분에 대하여 행정심판을 제기할 기간을 설정해야 한다고 본다.[738]

4) 부당한 보전처분으로 인한 손해배상

민사소송법 제945조(손해배상의무)

가압류명령 또는 가처분명령이 처음부터 부당한 것이었음이 증명되거나, 보전처분이 제926조 제2항 또는 제942조 제3항에 규정된 사유로 취소된 때에는, 채권자는 보전처분의 집행으로 인하여 상대방이 입은 손해 또는 상대방이 집

---

737) Drescher, in: Rauscher/Krüger, Münchener Kommentar zur ZPO mit GVG und Nebengesetzen, Bd. II, 6. Aufl., München 2020, ZPO §926 Rn. 10; Walker, in: Schuschke/Walker, ZPO §926 Rn. 15 참조.

738) Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, München 2017, Rn. 478; W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO §123 Rn. 38; Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO §123 Rn. 140; 다만, 관할 행정청에 행정행위의 발급신청도 하지 않은 채 가명령신청을 하면 그 신청이 인용될 리 만무하므로, 가명령법원은 행정심판을 제기할 기간만 설정할 수 있다고 보는 견해로는 Schoch, in: Schoch/Schneider, VwGO §123 Rn. 187 참조.

행을 면하거나 보전처분을 취소시킬 목적으로 담보를 제공함으로 인하여 발생한 손해를 상대방에게 배상할 의무를 진다.

민사소송법 제945조는 기존의 보전처분이 부당한 것으로 증명된 때에는 채권자가 손해배상의무를 진다고 규정한다. 채권자는 증명도가 낮은 소명만으로 보전처분을 이용하였으므로, 부당한 보전처분임이 증명되었을 때의 위험은 채권자가 부담해야 한다는 것이다.[739] 이러한 위험배분 원칙으로 인해, 민사가처분이든 가명령이든 손해배상의무의 부담주체는 가구제절차에서 인용결정을 받은 채권자이고,[740] 그 책임의 성질은 무과실책임이라는 것이 통설·판례이다.[741]

다만, 민사소송법 제945조는 보전처분의 '상대방'(Gegner)을 손해배상청구권자로 규정하고 있는데,[742] 이 '상대방'의 의미가 가명령에서는 어떻게 되는지를 놓고 견해가 나뉜다. 예컨대, 인근주민이 행정청을 상대로 어떤 건축주의 건축행위(사실행위)를 금지하는 조치를 구하는 가명령을 신청하였고, 그 건축주가 위 가명령 사건에 참가하였는데 그 사건에서 내려진 인용결정이 나중에 부당한 것으로 증명된 경우, 가명령에 따른 행정청의 조치로 건축행위를 금지당한 건축주가 가명령채권자를 상대로 손해배상청구권을 갖는지가 문제 된다.[743]

---

739) Becker, in: Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle, ZPO §945 Rn. 1-2 참조.

740) Walker, in: Schuschke/Walker, ZPO §945 Rn. 1-4; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §27 Rn. 24 참조.

741) BGH, Urteil vom 23.05.1985 - IX ZR 132/84, NJW 1985, S. 1959; Drescher, in: MüKo ZPO, Bd. II, München 2020, §945 Rn. 3; Redeker, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §123 Rn. 53 참조.

742) 부당 가명령의 경우 손해배상청구권자는 통상 가명령의 채무자인 관할 행정청 또는 행정주체가 된다. 그런데 가명령이 발령되더라도 행정청이 손해를 입는 경우는 거의 없기 때문에, 가명령에서는 민사소송법 제945조에 따른 손해배상청구권의 실무상 중요성이 크지 않다. Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO §123 Rn. 149 참조.

743) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen

이 문제에 관하여 긍정설은, 민사소송법 제945조의 '상대방'을 수정하여 위와 같은 제3자인 건축주도 포함해야 한다고 주장한다. 행정소송에 참가인이 존재하는 경우 민사소송과 달리 多極的인 소송법관계가 전개되므로, 가명령의 발령으로 참가인이 직접적인 손해를 입었다면 그에게도 손해배상청구권을 인정해주는 것이 타당하다는 것이다.[744] 그러나 통설인 부정설은, 행정법원법 제80a조와의 균형을 주된 근거로 하여 가명령에서도 민사소송법 제945조의 '상대방'은 가명령절차의 채무자로 한정되어야 한다고 본다.[745]

2. 그 밖의 보전처분 규정의 준용 여부

가. 사정변경에 따른 보전처분 취소 규정의 준용 여부

민사소송법 제927조(사정변경에 따른 취소)
(1) 가압류 인가 후에도 사정변경을 이유로, 특히 가압류이유가 소멸되었거나 담보가 제공되었음을 이유로 가압류의 취소를 신청할 수 있다. (2) 전항의 신청에 대한 재판은 종국판결로 한다; 이 재판은 가압류를 명한 법원이 하며, 본안이 계속 중인 때에는 본안의 법원이 한다.

2015, S. 286 참조.

744) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §27 Rn. 25; Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 286 참조.

745) 즉, 인근주민이 행정청의 건축허가(수익적 행정행위)에 대하여 취소소송을 제기하였고 법원이 건축허가에 대한 집행정지결정(행정법원법 제80a조 제3항)을 하였는데 나중에 취소소송에서 인근주민이 패소한 경우, 아래 2. 나.에서 보는 바와 같이 통설 · 판례는 건축주가 민사소송법 제945조를 준용 또는 유추적용하여 인근주민을 상대로 손해배상을 청구하는 것은 불가하다고 본다. 그런데 만약 사실행위인 건축행위의 금지를 명하는 가명령이 부당한 것으로 밝혀졌다는 이유로 건축주에게 손해배상청구권을 인정한다면, 행정법원법 제80a조와 평가모순이 발생한다는 것이다. Happ, in: Eyermann, VwGO §123 Rn. 85; W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO §123 Rn. 44; Schoch, in: Schoch/Schneider, VwGO §123 Rn. 200-201 참조.

행정법원법 제80조(정지효)
(7) [1]본안의 법원은 제5항에 의한 신청에 대한 결정을 언제든지 변경 또는 취소할 수 있다. [2]모든 소송관계인은 사정변경 또는 당초의 신청절차에서 과실 없이 주장하지 못한 사정을 이유로 하여 변경 또는 취소를 신청할 수 있다.

민사보전처분은 잠정적 권리구제 절차이므로, 보전처분 발령 후에 발령 당시의 사정이 변경되거나 보전처분의 존속을 부당하게 만드는 사정이 생기는 것은 불가피한 일이다. 그런데 이러한 사정변경에도 불구하고 채무자를 보전처분에 구속하는 것은 부당하므로, 민사소송법 제927조는 채무자의 신청에 따라 사정변경을 이유로 보전처분을 취소·변경할 수 있는 제도를 규정하고 있다.[746)]

한편, 행정법원법 제123조 제3항은 민사소송법 제927조를 준용대상 규정으로 인용하지 않았고, 앞서 본 것처럼 행정법원법 제123조 제3항은 한정적 열거조항이므로, 여기에 인용되지 않은 조항은 행정법원법 제173조 1문의 일반 준용규정을 통해 준용하는 것도 불가능하다. 이렇게 보면 민사소송법 제927조는 가명령에 준용할 수 없음이 비교적 명백한데도, 독일의 하급심에서는 그동안 위 제927조를 준용하거나 유추적용하여 사정변경을 이유로 가명령을 취소·변경한 결정례가 수차례 나왔다.[747)] 이는 사정변경을 이유로 가명령을 취소·변경해야 할 현실적 필요성이 있음에도, 행정법원법이 이에 관하여 자체적인 규정을 두지도 않고 민사소송법 제927조를 준용하지도 않았기 때문이다. 그 밖에 행정법원법 제80조 제7항(사정변경에 따른 집행정지결정의 취소에 관한 규정이다)과 민사소송법 제927조를 나란히 언급하면서 사정변경에 따른 가명령의 취소·변경을 인정한 결정례도 있고,[748)] 위 두 규정에

746) Drescher, in: MüKo ZPO, Bd. II, München 2020, §927 Rn. 1 참조.

747) 대표적으로 VGH Kassel, Beschluss vom 18.08.1992 - 1 TG 1074/92, NVwZ 1993, S. 284(행정법원법 제173조 1문을 통해 민사소송법 제927조가 가명령에 준용된다고 본 결정례); OVG Koblenz, Beschluss vom 19.12.1990 - 1 D 12325/90, NVwZ-RR 1991, S. 390(민사소송법 제927조를 가명령에 유추적용한 결정례) 참조.

공통으로 담긴 일반적 법사상(allgemeiner Rechtsgedanke)을 차용해야 한다고 본 결정례도 있다.[749]

이에 반하여 통설과 최근의 다수 결정례는 행정법원법 제80조 제7항을 유추적용하여 규율의 공백을 메워야 한다고 본다.[750] 통설인 행정법원법 제80조 제7항 유추적용설에는 행정법원법 제123조 제3항을 한정적 열거규정으로 보는 것 이외에도 몇 가지 실질적인 논거가 더 있다. 첫째, 민사소송법 제927조를 준용하면 본안이 계속 중일 때에는 본안의 법원이, 그렇지 않은 경우에는 가명령을 한 법원이 관할법원이 되는 것에 비하여, 행정법원법 제80조 제7항을 유추적용하면 항상 본안의 법원이 관할법원이 되므로, 가구제의 대체적 관할을 인정하지 않는 행정법원법 체계에 더 부합된다. 둘째, 민사소송법 제927조를 준용하면 당사자의 신청에 의해서만 가명령의 취소·변경이 가능하고 가명령의 상대방만 신청권을 갖지만, 행정법원법 제80조 제7항을 유추적용하면 법원의 직권으로도 가명령을 취소·변경할 수 있고 모든 소송관계인이 신청권을 가지므로, 행정소송의 직권주의적 성격과 특유의 소송관계인 체제에 더 잘 어울린다.[751]

---

748) OVG Schleswig, Beschluss vom 23.05.2003 - 1 MR 10/03, NVwZ-RR 2003, S. 774; VG Berlin, Beschluss vom 11.02.1997 - 27 A 876/96, NVwZ 1997, S. 514 참조.

749) 대표적으로 OVG Münster, Beschluss vom 23.12.1988 - 7 D 69/88, NVwZ-RR 1989, S. 589 f. 참조.

750) Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, München 2016, §33 Rn. 22; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §29 Rn. 32; W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO §123 Rn. 35; OVG Berlin, Beschluss vom 01.04.1998 - 2 SN 10/98, NVwZ 1998, S. 1093; VGH Mannheim, Beschluss vom 06.12.2001 - 13 S 1824/01 NVwZ-RR 2002, S. 908 ff. 참조.

751) Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, München 2017, Rn. 491; Schoch, in: Schoch/Schneider, VwGO §123 Rn. 177a 참조.

나. 집행정지절차에서 손해배상 규정의 준용 여부

부당 가명령과 관련하여서는 행정법원법 제123조 제3항을 통해 준용되는 민사소송법 제945조에 따라 가명령채권자에게 무과실의 손해배상책임이 인정되는 데 비하여, 행정법원법 제80조 제5항, 제80a조에 규정된 집행정지절차에 관하여는 손해배상 규정이 마련되어 있지 않다. 그래서 민사소송법 제945조가 행정법원법 제173조 1문의 일반준용규정을 통해 집행정지절차에 준용될 수 있는지 문제 된다. 예컨대, 법원의 부당한 집행정지결정으로 말미암아 행정청이나 제3자에게 손해가 발생한 경우 또는 이중효과적 행정행위에서 법원의 부당한 즉시집행명령으로 인해 제3자가 손해를 입는 경우를 생각해볼 수 있다.

그러나 통설과 판례는 민사소송법 제945조를 집행정지절차에 준용하거나 유추적용하는 것은 다음과 같은 이유로 불가능하다는 입장이다.[752] 첫째로 행정법원법 제123조 제5항은 제123조 제3항의 준용규정이 행정법원법 제80조, 제80a조의 경우에 적용되지 않는다고 규정하고 있으므로, 준용 내지 유추적용을 위한 규율의 공백이 있다고 볼 수 없다. 또한 민사보전처분은 채권자의 위험부담 하에서 본안판결의 확정 이전에 잠정적으로 권리를 실현하는 것을 목적으로 하지만,[753] 행정소송에서의 집행정지절차는 행정청의 고권적 권한행사의 산물인 행정행위의 위법성이 본안에서 판명될 때까지 급박한 침해를 지연시켜 공권력에 대한 실효적 권리구제를 담보하는 것을 목적으로 하므로, 절차의 성격과 이익 상황이 서로 다르다.[754] 마지막으로 즉시집행명

---

752) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §27 Rn. 28-29; Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, Heidelberg 2014, §25 Rn. 1014a; Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, München 2016 §32 Rn. 43; BVerwG, Beschluss vom 09.08.1990 - 1 B 94/90, NVwZ 1991, S. 270 참조; 이에 대한 비판으로는 Ludwig Renck, Zum Schadensersatz bei Vollstreckung eines zu Unrecht sofort vollziehbaren Verwaltungsakts, NVwZ 1994, S. 1177 f. 참조.

753) Schoch, in: Schoch/Schneider, VwGO §80 Rn. 596 f.; Becker, in: Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle, ZPO §945 Rn. 2 참조.

754) Wolf-Rüdiger Schenke, a.a.O., §25 Rn. 1014a 참조.

령이나 집행정지결정이 위법한 것으로 밝혀지면 일정한 범위 내에서 공법상 결과제거청구, 부당이득반환청구 또는 행정상 손해배상청구가 가능하므로, 이에 더하여 무과실의 손해배상책임을 별도로 인정할 필요가 없다.[755]

제2절 제3자의 소송참가

1. 보조참가와 소송고지

가. 개설

민사소송법 제66조(보조참가) (1) 다른 사람들 사이에서 계속 중인 소송에서 당사자 일방이 승소하는 데에 법적 이해관계가 있는 사람은 그 당사자를 보조하기 위하여 소송에 참가할 수 있다. (2) 보조참가는 판결이 확정될 때까지 소송의 모든 진행단계에서 신청할 수 있고, 상소의 제기와 함께 신청할 수도 있다. **민사소송법 제67조(보조참가인의 법적 지위)** 보조참가인은 참가 당시의 소송 진행상황을 받아들여야 한다; 보조참가인은 공격·방어방법을 주장하고 모든 소송행위를 유효하게 할 수 있되, 자신의 진술과 행위가 주된 당사자의 진술과 행위에 어긋나는 경우에는 그러하지 아니하다.
민사소송법 제72조(소송고지의 허용성) (1) 소송결과가 자기에게 불리할 경우 제3자에 대하여 담보책임 또는 배상을 청구할 수 있다고 생각하거나 제3자의 청구를 염려하는 당사자는, 소송에 관한 재판이 확정될 때까지 제3자에게 법원을 통한 소송고지를 할 수 있다.

755) Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, München 2017, Rn. 1122-1132 참조.

앞서 제4장 제3절 2. 다.에서는, 행정소송이 민사소송과 달리 전형적인 대립당사자 구조를 띠고 있지 않다는 점의 주된 징표로서, 행정소송상 참가 제도와 민사소송상 보조참가 및 소송고지 제도 간의 차이점을 살펴보았다. 즉, 행정소송상 참가인은 민사소송과 달리 자신의 고유한 이익을 위해 독립적인 소송수행권을 가지므로, 참가인의 존재로 인해 多極的 소송법관계가 펼쳐진다. 이러한 전제 하에서 독일의 판례와 통설은, 보조참가에 관한 민사소송법 제66조 내지 제71조와 소송고지에 관한 민사소송법 제72조 내지 제74조는 행정소송에 준용되지 않는 것으로 본다.[756] 다만, 그 이유는 견해마다 조금씩 다르게 설명하고 있는데, 이를 '규율의 공백'과 '유사성'의 측면에서 나누어 살펴보도록 한다.

나. 규율의 공백 측면에서의 검토

먼저 규율의 공백과 관련하여, 행정법원법 제65조가 행정소송상 참가 제도를 완결적으로 규율하고 있다는 점은 연혁적 고찰을 통해 드러난다. 앞서 제1장 제2절 2. 나.에서 살펴본 바와 같이, 행정소송상 참가 제도는 19세기에 행정소송 제도가 성립될 때부터 제3자의 참가 여부가 법원의 재량에 달려 있고 참가인이 독립적인 지위를 갖는 독자적인 형태를 띠고 있었다. 이에 따라 제2차 세계대전 이후 행정법원법 제정 이전까지 시행된 대다수의 행정소송법령에는 독자적인 소송참가 규정이 마련되어 있었다.[757] 그리하여 적어도 시민과 행정의 지배복종관계를 징표로 하는 취소소송에 대하여는 민사소송

---

756) BVerwG, Beschluss vom 22.12.2005 - 8 C 2.05, BeckRS 2006, 20302; BVerwG, Beschluss vom 10.02.2009 - 8 B 21/09, BeckRS 2009, 31859; Hoppe, in: Eyermann, VwGO §65 Rn. 1; Meissner/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO §173 Rn. 122; Redeker, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §64 Rn. 1; W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO §65 Rn. 2 참조.

757) 연방행정법원에 관한 법률 제34조, 영국 점령지역의 군정명령 제165조 제41조, 미국 점령지역의 州행정법원법 제60조, 라인란트-팔츠 州행정법원법 제48조를 예로 들 수 있다. Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 408 참조.

법상 보조참가 및 소송고지에 관한 규정이 적용되지 않는다고 보는 것이 대체적인 경향이었다.[758]

다만, 미국 점령지역의 州행정법원법은 앞서 제1장 제3절 2. 나.에서 본 것처럼 취소소송과 당사자분쟁을 구별하고 양 소송의 절차를 다르게 규정하였으며, 제60조에서 취소소송에서의 소송참가를 규정하는 한편, 제91조에는 당사자분쟁에서의 보조참가 및 소송고지에 관한 규정을 두었다.[759] 그러나 이후 행정법원법을 제정하면서 입법자는 당사자분쟁이라는 소송유형을 종국적으로 포기하였고, 모든 소송유형에 적용되는 소송참가 규정인 제65조를 둠으로써 민사소송법상 보조참가와 소송고지에 관한 규정의 준용을 거부한 것으로 평가된다.[760]

행정법원법 제63조가 소송관계인을 ① 원고, ② 피고, ③ 제65조의 참가인, ④ 연방이익대변인 또는 공익대변인으로 한정하여 열거하고 있는 점[761]도 보조참가 및 소송고지에 관한 민사소송법 규정의 준용을 부정하는 하나의 근거가 된다. 즉, 위 조문이 한정적 열거조항인 만큼, 행정소송에서는 참가인과 공익대변인 이외에 소송에 관여하는 제3자를 상정할 수 없다는 것이다.

무엇보다 중요한 논거는, 행정소송상 참가인의 법적 지위와 참가인에게 미치는 판결의 효력이 민사소송의 그것과 다르다는 점이다. 상술한 바와 같이 행정소송상 참가인은 독립적으로 공격방어방법을 주장하고 모든 소송행위를 독자적으로 유효하게 할 수 있다(행정법원법 제66조 1문). 유일한 제한은 주된 소송관계인의 본안신청과 다른 본안신청을 할 수 없다는 점인데, 필수적

---

758) Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsgesetz für Bayern, Bremen, Hessen und Württemberg-Baden. Kommentar, München 1950, §60 S. 198-199; Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 408 참조.

759) Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsgesetz für Bayern, Bremen, Hessen und Württemberg-Baden. Kommentar, München 1950, §91 S. 267; Jakob Nolte, a.a.O., S. 408 참조.

760) Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung BT-Drs. 3/55, S. 37 참조.

761) W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO §63 Rn. 1; Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, München 2016, §12 Rn. 1 참조.

참가인은 그러한 제한도 받지 않는다(같은 법 제66조 2문). 또한 참가인에게는 직접적으로 기판력이 미친다(같은 법 제121조). 반면에 민사소송상 보조참가인의 법적 지위는 피참가인에 대한 종속적 지위에 그치고, 보조참가인은 피참가인과의 관계에서 참가적 효력을 받을 뿐이다. 따라서 보조참가와 소송고지에 관한 민사소송법 규정을 준용하여 행정소송상 참가 제도를 보충하거나 수정할 여지는 존재하지 않는다.[762]

다. 유사성 측면에서의 검토

사실 행정소송상 참가와 민사소송상 보조참가는 제도의 목적 면에서 유사점이 없지 않다. 두 제도는 모두 당해 소송에 법적 이해관계가 있는 제3자의 이익과 의견진술권을 보장하고, 후속 소송에서 당해 사건과 다른 결론이 나오지 않게 함으로써 법적 안정성을 높이고 소송경제를 달성하려는 목적을 지니고 있다.[763]

그러나 행정소송상 참가 제도의 취지를 좀 더 깊이 들여다보면, 민사소송이 예정하고 있지 않은 다른 목적을 구현하려 한다는 것을 알 수 있다. 우선 행정소송상 참가인에게 독립적 지위를 주는 것은, 행정소송에서 多極的 소송법관계가 성립케 함으로써 계쟁 행정작용을 둘러싼 제반 이해관계에 관하여 포괄적 심사의 토대를 마련하려는 것이다.[764] 당해 사건에 관하여 법적 이해관계가 있는 제3자가 소송에 들어와 독자적으로 소송자료와 증거자료를 제출하면, 법원이 해당 사안에 관하여 포괄적으로 사실관계를 규명하는 데 도움이 되므로, 행정소송상 참가 제도는 직권탐지주의와 관련이 있을 뿐 아니라 공익에도 부합된다. 또 계쟁 행정작용과 관계된 여러 공적·사적 이익이

---

762) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 409 참조.

763) Schultes, in: MüKo ZPO, Bd. I, München 2020, §66 Rn. 1; Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1974, S. 287-296 참조.

764) Hoppe, in: Eyermann, VwGO §65 Rn. 1 참조.

숨김없이 드러남에 따라 법원이 그것들을 효과적으로 형량·조정할 수 있게 된다.[765]

또한 참가 여부를 법원의 지배 아래 두는 것은, 민사소송에는 없는 행정통제 기능을 수행하기 위해 법원의 절차주도권을 강화하고, 특히 임의적 참가의 경우 사실관계의 규명에 기여하고자 하는 제3자를 소송에 편입시킬 것인지에 관한 판단책임을 법원에 맡기기 위함이다.[766] 법원은 제3자의 참가신청을 받아들일 것인지를 심사할 때 제3자가 별도로 소를 제기하거나 제기할 수 있었는지 여부, 승소가능성, 소송경제, 정보보호 문제 등 여러 사정을 고려할 수 있다.[767]

이러한 참가인의 독립성과 법원의 책임 그리고 그 인정배경은 민사소송에는 존재하지 않는 것이므로, 결국 양자는 유사성이 있다고 볼 수 없다.

2. 주참가와 채권자소송

민사소송법 제64조(주참가) 다른 사람들 사이에서 계속 중인 소송의 목적인 물건이나 권리의 전부 또는 일부를 자기를 위하여 청구하는 사람은, 그 소송에 관한 재판이 확정될 때까지 그 소송의 제1심 법원에 양 당사자를 상대로 소를 제기함으로써 자신의 청구권을 주장할 수 있다.
민사소송법 제75조(채권자소송) [1]피고가 된 채무자가 소송의 목적인 채권이 자기의 것이라고 주장하는 제3자에게 소송고지를 하여 그 제3자가 소송에 참가한 경우에, 피고가 채권의 귀속을 다투는 채권자들을 위하여 회수청구권의 유보 없이 채권액을 공탁한 때에는, 그의 신청에 따라 그의 이유 없는 이의로 인해 발생한 소송비용을 상환하

765) Bier/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO §65 Rn. 4-5 참조.

766) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 410 참조.

767) Bier/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO §65 Rn. 31 참조.

라는 판결을 받고 당해 소송으로부터 탈퇴하고, 소송은 채권의 귀속을 다투는 채권자들 사이에서만 속행된다. [2]승소자에게는 공탁된 금액의 귀속을 명하고, 패소자에게는 공탁비용을 포함하여 피고의 이유 없는 이의로 인해 발생한 소송비용 이외의 소송비용을 부담하도록 명한다.

독일 민사소송법은 보조참가와 소송고지 외에 제3자를 소송에 편입시키는 제도로 주참가(Hauptintervention)와 채권자소송(Gläubigerstreit)을 규정하고 있다.[768] 주참가는 우리 민사소송법의 독립당사자참가 제도 중 권리주장참가의 연원이 된 제도로서,[769] 타인 간에 계속 중인 소송의 목적물에 관하여 자신의 권리를 주장하는 제3자가 양 당사자를 상대로 독립된 소를 제기함으로써 소송에 참가하는 것을 말한다.[770] 한편 채권자소송은, 어떤 채권에 관하여 채권자와 채무자가 소송 계속 중인데 그 채권의 보유자임을 주장하는 제3자가 있는 경우, 채무자가 그 제3자에게 소송고지를 하여 소송에 참가하도록 한 뒤 자신은 채권액을 공탁하고 소송에서 탈퇴하며, 이후 소송에서는 종래의 원고와 참가인이 채권의 귀속관계를 놓고 다투는 제도이다.[771]

주참가와 채권자소송에 관한 민사소송법 규정을 행정법원법 제173조를 통해 행정소송에 준용할 수 있는지에 관하여는 견해의 대립이 있다. 준용 긍정설은 주참가와 채권자소송이 독립된 소송절차임을 강조한다. 즉, 주참가와

768) 독일 민사소송법에는 그 밖에도 점유 및 소유권침해와 관련된 주채무자지명참가(Urheberbenennung) 제도(제76조, 제77조)가 있는데, 본 논문에서는 따로 고찰하지 않는다.

769) 윤경, 사해방지참가의 요건과 인정기준, 인권과 정의 제306호, 대한변호사협회, 2002, 107-108면 참조.

770) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §52 Rn. 1-3 참조.

771) 채무자는 그 밖에도 민사소송법 제72조에 따른 소송고지를 하여 제3자를 자신의 보조참가인으로 참가하게 할 수 있고, 그 제3자도 채권자와 채무자 간 소송에 곧바로 민사소송법 제64조에 따른 주참가를 할 수 있으므로, 채권자소송은 독일에서 많이 활용되고 있는 제도는 아니다. Schultes, in: MüKo ZPO, Bd. I, München 2020, §75 Rn. 1-2; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §42 Rn. 8 참조.

채권자소송은 타인 간에 계속 중인 소송을 계기로 하여 또 하나의 '당사자'로서 소송에 편입되는 제도이므로 엄밀한 의미에서 '제3자'의 소송참가라고 할 수 없고, 따라서 소송관계인의 종류를 한정적으로 열거하는 행정법원법 제63조나 행정소송상 참가에 관한 규정인 행정법원법 제65조와 충돌하지 않는다는 것이다. 그러므로 주참가와 채권자소송에 관한 민사소송법의 준용이 필요한 경우가 있다면 이를 막을 이유는 없다고 본다.[772] 반면에 다수설인 준용 부정설은, 행정법원법 제65조를 행정소송상 참가에 관한 포괄적인 규정으로 이해한다. 즉, 위 제65조에 따른 참가 제도는 민사소송법에 있는 각종 소송참가 제도가 맡는 임무를 모두 포괄하는 제도이므로, 주참가와 채권자소송에 관한 민사소송법 규정을 준용할 여지도 없다는 것이다.[773]

다수설의 위와 같은 견해는 '규율의 공백' 측면에서 다시 음미할 필요가 있다. 주참가와 채권자소송은 대개 원고와 피고 사이에 소송이 계속 중인 상태에서 제3자가 소송의 목적물에 관하여 자신에게 권리가 있다고 주장하는 사안, 즉 권리의 귀속에 관하여 다툼이 있는 경우에 작동하는 제도이다. 그러나 행정행위와 관련된 소, 즉 취소소송과 의무이행소송에서는 그런 경우를 거의 생각할 수 없다. 취소소송과 의무이행소송에서는 행정행위를 발하거나 거부한 행정청이 속한 행정주체가 피고로 정해져 있다. 그리고 행정절차를 통해 처분상대방도 특정된다. 계쟁 행정행위로 인해 권리침해의 가능성이 있는 제3자도 취소소송을 제기할 수 있으나, 그 제3자는 고유의 원고적격이 있다.

다만, 원고와 피고 행정청 사이에 취소소송 계속 중 제3자가 원고로부터 권리를 승계하였다고 주장하는 경우를 이론상 상정할 수는 있다. 그러나 행정소송에는 직권탐지주의가 적용되므로, 이 경우에도 법원은 원고적격 심사

---

772) Meissner/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO §173 Rn. 122; Czybulka/Kluckert, in: Sodan/Ziekow, VwGO §65 Rn. 35 참조. 다만, 준용 긍정설도 실제로는 행정소송에서 주참가의 사례를 상정하기 어렵다고 하거나, 적어도 행정행위와 관련된 소인 취소소송과 의무이행소송에서는 실제적인 준용이 어렵다고 보고 있다.

773) W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO §65 Rn. 2; Redeker, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §64 Rn. 1; Hoppe, in: Eyermann, VwGO §65 Rn. 1 참조.

또는 본안판단 단계에서 혹시 있을 수 있는 권리승계 여부를 검토할 임무가 있다. 그리고 이를 위해서는 권리를 승계하였다고 주장하는 제3자를 행정법원법에 따라 참가시키면 된다. 이때 원래의 원고와 승계인을 자처하는 사람이 대립당사자 관계에 있는 별도의 소가 필요하지는 않다. 또한 행정주체는 계쟁 행정행위의 적법성에 관한 포괄적인 책임을 지므로, 민사소송법상의 채권자소송에서처럼 원고와 승계인을 자처하는 사람 간에 권리 귀속관계를 다투라고 하면서 소송에서 탈퇴하는 경우는 상정할 수 없다.[774]

그렇다면 일반이행소송이나 확인소송과 같이 행정행위와 관련되지 않은 소송유형에서는 주참가와 채권자소송에 관한 민사소송법 규정을 준용할 실익이 있을까? 이 경우에도 취소소송·의무이행소송과 비교했을 때 눈에 띄는 차이는 존재하지 않는다. 위와 같은 유형의 소송에서는 당사자적격이 누구에게 있는지가 취소소송·의무이행소송에서만큼 명확하지 않으므로, 원고적격 없는 주체가 소를 제기하거나 피고적격이 없는 주체를 상대로 소를 제기할 여지는 있다. 그러나 취소소송의 원고적격은 모든 유형의 행정소송에 확대 적용되므로, 위와 같은 유형의 소송에서도 주장된 권리를 보유한 사람만이 원고적격을 갖는다. 또한 직권탐지주의는 행정소송의 유형과 관계없이 적용되므로, 법원이 직권으로 원고적격과 피고적격의 유무를 조사해야 한다. 다수설은 이러한 맥락에서 행정소송의 유형을 막론하고 주참가와 채권자소송에 관한 민사소송법 규정을 준용하기 위한 규율의 공백은 없는 것으로 보고 있다.[775]

---

774) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 411-412 참조.

775) Jakob Nolte, a.a.O., S. 412-413 참조.

제3절 변론주의의 내용과 보완장치

1. 재판상 자백과 자백간주

민사소송법 제138조(사실에 관한 의견진술의무; 진실의무) (1) 당사자는 사실관계에 관하여 완전하고 진실하게 진술하여야 한다. (2) 모든 당사자는 상대방이 주장한 사실에 관하여 의견을 진술하여야 한다. (3) 명백히 다투어지고 있지 아니한 사실은, 당사자의 다른 진술로 보아 이를 다투려는 의도가 드러나지 않는 한, 이를 자백한 것으로 본다. (4) 부지의 진술은, 당사자 자신의 행위가 아니고 또한 스스로 인지한 것도 아닌 사실에 관해서만 허용된다.
민사소송법 제288조(재판상 자백) (1) 당사자의 일방이 주장한 사실에 대하여, 상대방이 소송의 진행 중 변론에서 또는 수명법관이나 수탁판사의 조서로써 자백한 경우, 그 사실은 증명을 요하지 아니한다. (2) 재판상 자백은 그에 대한 승인 없이 효력이 발생한다.

민사소송법 제138조와 제288조 내지 제290조는 민사소송의 심리원칙인 변론주의의 핵심 내용이 담긴 규정들이다.[776] 우선 제138조 제2항은 상대방의 주장사실에 관한 당사자의 의견진술의무[777]를 규정하고 있다. 만약 이 의무를 이행하지 않으면, 같은 조 제3항에 따라 소송상대방의 주장사실을 자백한

776) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 507 참조.

777) 제138조의 문언상으로는 의견진술의무(Erklärungspflicht)로 되어 있다. 그러나 민사소송법은 당사자의 의견진술이라는 결과를 반드시 달성하려 하기보다는 당사자에게 의견진술을 할 것인지를 스스로 정할 수 있도록 허용하고, 다만 의견진술을 제대로 하지 않으면 상대방의 주장사실이 재판의 기초가 되는 불이익을 받을 뿐이다. 이런 점에서 의견진술의무는 실질적으로 소송상 책임에 해당한다. 호문혁, 민사소송법상 소송법률관계에 관한 고찰, 서울대학교 법학 제54권 제2호, 2013, 158-159면 참조.

것으로 간주된다. 그 결과 상대방의 주장사실은 법원의 증거조사 없이 재판의 기초가 된다.[778] 다음으로 제288조 내지 제290조는 재판상 자백의 요건, 효과 및 철회에 관한 규정이다. 상대방의 주장사실에 관한 자백(Geständnis)이 성립하면 그 주장사실은 제288조에 따라 불요증사실이 되므로, 법원은 자백간주와 마찬가지로 그 사실을 재판의 기초로 삼아야 하는 구속력을 받는다.[779] 결국 위 조항들을 종합해 보면, 민사소송에서 재판의 기초가 되는 사실관계는 당사자의 주장과 반대주장을 통해 정해진다. 당사자들의 사실주장이 서로 일치하면, 법원은 증거조사를 할 여지가 없다. 당사자들의 사실주장이 상충할 때에야 비로소 법원은 누구의 주장이 증거에 의해 뒷받침되는지 조사한다. 이때에도 법원은 원칙적으로 당사자가 제출한 증거에 대해서만 조사하여야 하고, 직권 증거조사는 예외적·보충적으로만 가능하다.[780]

행정소송에서도 한쪽 소송관계인이 주장한 사실을 다른 쪽 소송관계인이 명백히 다투지 않거나 오히려 자백하는 경우가 있을 수 있다. 그런데 행정법원법에는 자백 및 자백간주에 관한 독자적 규정이 존재하지 않음에도, 통설은 제173조 1문의 일반준용규정을 통해 민사소송법의 위 규정들을 행정소송에 준용하는 것은 불가하다는 입장이다.[781] 이러한 통설의 결론은 앞서 제2장 제3절 2. 라.에서 본 바와 같이 '계획에 반하는' 규율의 공백이 있는지와 '유사성'이 있는지의 두 가지 측면에서 검토할 수 있다.

규율의 공백 유무와 관련하여, 우선 사실관계 확정에 관한 행정소송의 독자적인 규율시스템을 연혁적으로 살펴볼 필요가 있다. 행정소송의 목적을 행정통제에 두고 정확한 사실관계에 기초한 객관적으로 올바른 재판을 추구하는 전통은 18세기 프로이센 때부터 내려온 것이다. 19세기 후반의 독일 행정소송도 변론주의를 거부하였다. 소송관계인들의 사실주장은 법원의 사실조사

---

778) Stadler, in: Musielak/Voit, ZPO §138 Rn. 9 참조.

779) Prütting, in: MüKo ZPO, Bd. I, München 2020, §288 Rn. 1-2, 32-34 참조.

780) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §77 Rn. 14-16 참조.

781) Meissner/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO §173 Rn. 86, 152; Kraft, in: Eyermann, VwGO §173 Rn. 7 참조.

활동을 보조하는 역할에 머물렀고, 소송관계인들의 일치된 사실주장이 법원에 구속력을 갖는 일은 있을 수 없었다. 특히 통제의 대상인 행정이 사실규명과 증거조사에 대한 주도권을 갖는 것은 받아들일 수 없는 것이었다. 그 결과 소송물에 관한 처분권과 관련해서는 처분권주의를 취하면서 소송자료의 수집책임에 관하여는 직권탐지주의를 택하는 경향이 나타났다. 이러한 경향은 제2차 세계대전 이후 영국 점령지역의 군정명령 제165호, 미국 점령지역의 州행정법원법, 라인란트-팔츠 州행정법원법을 거쳐 현행 행정법원법에까지 이어졌다.[782]

다음으로 사실관계 확정에 관한 민사소송의 규율시스템과 행정소송의 규율시스템을 체계적으로 비교할 필요가 있다. 민사소송법 제138조 제2항에 따른 의견진술의무의 범위는 상대방의 사실주장에 따라 정해진다. 즉, 상대방의 주장이 추상적 · 개략적 수준에 머물러 있으면 그에 대한 반대주장도 단순부인으로 충분하다. 그러나 상대방의 주장이 요건사실을 구체적으로 담고 있으면, 그에 대한 반대주장도 요건사실을 구체적으로 담고 있어야만 상대방의 주장사실이 재판의 기초가 되지 않게 할 수 있다.[783] 또한 상대방에 대한 관계에서 지식의 우위가 클수록 의견진술의무의 강도도 높아진다. 예컨대, 상대방의 주장에 대한 부지의 진술은, 당사자 자신의 행위가 아니고 스스로 인지한 대상도 아닌 사실에 관해서만 허용된다(민사소송법 제138조 제4항).[784] 이렇게 민사소송에서 사실관계의 확정은 당사자 간의 공방 속에서 이루어지며, 그렇게 확정된 사실이 실체적 진실일 것을 전제로 하지 않는다.[785]

그러나 행정소송에서는 법원이 사실관계 확정에 관한 최종책임을 지고, 소송관계인도 협력의무를 통해 공동책임을 진다.[786] 그러므로 행정소송에서는

---

782) 이 문단에 관한 내용은 Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 510-511 참조.

783) Fritsche, in: MüKo ZPO, Bd. I, München 2020, §138 Rn. 18-21 참조.

784) Fritsche, in: MüKo ZPO, Bd. I, München 2020, §138 Rn. 30-31 참조.

785) Stefan Auer, Inhalt, Reichweite und Grenzen der Verweisung in §173 VwGO, München 1993, S. 113; Anders, in: Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle, ZPO §138 Rn. 30-30b 참조.

소송관계인 간의 공방이 중요한 것이 아니라 법원과 소송관계인 간의 상호작용이 중요하다. 이를 드러내는 대표적인 규정이 행정법원법 제104조 제1항인데, 위 조항은 "재판장은 소송관계인과 소송사건에 관하여 사실적·법적 측면에서 토론하여야 한다."라고 규정한다. 즉, 행정법원은 변론에서 소송관계인과 토론하며 사실관계를 확정해 나가는 주도적 역할을 한다.[787] 따라서 행정소송에서 소송관계인의 협력의무의 범위는 법원의 사실규명의무와의 관계 속에서 정해진다. 즉, 법원이 어렵지 않게 증거자료를 수집할 수 있는 경우에는 협력의무의 범위가 좁지만, 소송관계인들의 생활영역 내에서 벌어진 일이어서 소송관계인이 소송자료나 증거자료를 제출하지 않으면 법원이 파악하기 어려운 사실관계에 관해서는 협력의무의 범위가 넓어진다.[788]

이 같은 연혁적·체계적 고찰에 의하면, 행정법원법에 자백 및 자백간주에 관한 규정이 없는 것은 사실관계 확정에 관한 행정소송의 독자적 규율시스템에 따른 것으로, '계획에 반하는' 규율의 공백으로 볼 수 없다. 또한 민사소송법의 자백 및 자백간주에 관한 규정은 당사자 간의 상호작용 및 사실관계의 공동 재구성에 맞게 만들어진 조항으로서, 법원이 소송관계인들의 협력하에서 사실관계를 주도적으로 규명하는 행정소송의 규율시스템과 유사성도 인정되지 않는다.[789]

2. 당사자의 진실의무

반면, 당사자의 진실의무(Wahrheitspflicht)에 관하여 규정하고 있는 민사소

---

786) Renate Köhler-Rott, Der Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsprozess und die Mitwirkungslast der Beteiligten, München 1997, S. 18-21, 112-114 참조.

787) Ortloff, in: Schoch/Schneider, VwGO §104 Rn. 3, 60-61 참조.

788) Renate Köhler-Rott, a.a.O., S. 188-190; Michael Nierhaus, Beweismaß und Beweislast, München 1989, S. 293-295 참조.

789) Stefan Auer, Inhalt, Reichweite und Grenzen der Verweisung in §173 VwGO, München 1993, S. 113 ff.; Renate Köhler-Rott, a.a.O., S. 70; Meissner/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO §173 Rn. 86, 152 참조.

송법 제138조 제1항은, 연방행정법원이 소송관계인의 협력의무와 법원의 사실규명의무 사이에서 '개시-종료-공식'을 정립할 때부터 행정소송에 준용되어 왔고,[790] 통설도 같은 입장이다.[791] 이것도 규율의 공백과 유사성의 두 가지 측면에서 검토할 수 있다.

민사소송법 제138조 제1항에 따른 진실의무는 변론주의의 틀 속에서 정직하고 공정한 소송을 보장하고 정돈된 사법이 제공되는 데 기여하지만,[792] 일견 변론주의와 체계상 모순되는 것처럼 보인다. 실체적 진실은 한 개일 수밖에 없는데 모든 당사자들이 진실의무를 이행하면, 당사자 사이에 사실관계를 둘러싼 갑론을박이 존재할 수 없고, 당사자 간의 공방 속에서 사실관계를 확정해 나갈 여지도 없기 때문이다.[793] 그러므로 민사소송법학의 통설은 제138조 제1항의 진실의무를 객관적·절대적 진실의무로 이해하지 않고, 주관적인 생각에 합치되게 진술할 의무, 즉 적극적으로 거짓 진술을 하거나 의도적으로 마구잡이 주장을 하지 아니할 의무로 이해한다.[794] 따라서 당사자는 자신의 법적 지위를 강화하는 데 도움이 되지 않는 사실까지 진술해야 할 의무는 없다.[795] 완전하게 진술할 의무도 상대방의 주장에 대하여 침묵해서는 안 된다는 의미가 아니라, 어떤 사실주장을 할 때 세부 사항을 누락함으로써 사건의 전체적인 경과가 다르게 보이도록 왜곡하여서는 안 된다는 의미이다.[796]

반면에 행정법원법은 소송관계인에게 진실한 진술을 강제하는 규정을 두고 있지 않다. 물론 행정청의 진실의무는 행정법원법 제99조에 따른 자료제

---

790) BVerwG, Beschluss vom 06.12.1963 - BVerwG Ⅷ B 29/63, NJW 1964, S. 786 참조.

791) Kraft, in: Eyermann, VwGO §173 Rn. 5; Meissner/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO §173 Rn. 151 참조.

792) Fritsche, in: MüKo ZPO, Bd. I, München 2020, §138 Rn. 1 참조.

793) Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1974, S. 181-182 참조.

794) Anders, in: Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle, ZPO §138 Rn. 15-17 참조.

795) Wolfgang Grunsky, a.a.O., S. 182-184 참조.

796) Fritsche, in: MüKo ZPO, Bd. I, München 2020, §138 Rn. 5 참조.

출의무 및 정보제공의무와 행정의 법률적합성 원칙으로부터 도출될 수 있지만, 행정청이 아닌 소송관계인에 대하여는 진실의무에 관한 어떠한 규정도 없다.[797] 그러나 입법자가 이 부분에 관해 침묵하고 있는 것이 "행정청이 아닌 소송관계인은 사실조사 과정에서 협력의무를 이행할 때 진실하게 임할 의무가 없다"는 취지라고 볼 만한 단서는 없다. 따라서 계획에 반하는 규율의 공백이 존재한다고 볼 수 있다.[798]

다음으로 유사성과 관련하여, 민사소송법 제138조 제1항의 진실의무는 행정소송에서는 소송관계인의 협력의무의 한 내용을 이루는 것으로 이해할 수 있고, 이러한 측면에서 진실의무와 협력의무 사이에는 유사성이 있다. 앞서 본 것처럼 민사소송법상의 진실의무에서 진실이란 주관적 진실을 말한다. 즉, 진실의무는 소송자료의 제출 과정에서 자의를 방지하기 위한 것으로, 객관적인 진실보다는 주장의 진실성을 확보하는 데 초점이 맞추어지며, 실체적 진실발견을 직접적으로 담보하는 것은 아니다.[799] 이러한 의미에서 이 조항은 행정소송에도 적용될 수 있다. 행정소송에서 사실관계를 규명하는 것은 법원에 최종책임이 있지만, 소송관계인이 그 과정에서 협력의무를 이행할 때 최선의 지식과 양심에 따르도록(nach bestem Wissen und Gewissen) 강제하는 것은 직권탐지주의와 모순되지 않으며, 오히려 법원이 사실관계를 규명하는 데 도움이 된다.[800] 또한 민사소송법이 진실의무 위반에 대한 직접적인 제재 규정을 두고 있지 않은 것도[801] 위와 같은 유사성 요건을 충족하는 데에 긍정적인 요인이 된다.

---

797) Meissner/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO §173 Rn. 151; Stefan Auer, Inhalt, Reichweite und Grenzen der Verweisung in §173 VwGO, München 1993, S. 116 참조.

798) Stefan Auer, a.a.O., S. 116-117 참조.

799) Anders, in: Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle, ZPO §138 Rn. 3-4 참조.

800) Stefan Auer, a.a.O., S. 117-119 참조.

801) 민사소송에서 진실의무 위반에 대한 제재로는 변론 전체의 취지에 따른 불리한 영향(민사소송법 제286조), 소송사기죄(형법 제263조), 재심(민사소송법 제580조 제4호), 손해배상책임(민법전 제823조 제2항, 제826조)과 같은 간접적인 수단만이 논의된다. Fritsche, in: MüKo ZPO, Bd. I, München 2020, §138 Rn. 15 참조.

3. 실질적 소송지휘

민사소송법 제139조(실질적 소송지휘)
(1) [1]법원은 필요한 경우 사실관계와 분쟁관계를 사실적·법적 측면에서 당사자와 토론하고 질문해야 한다. [2]법원은 당사자로 하여금 모든 중요한 사실에 관하여 적시에 그리고 완전하게 의견진술을 하게 하고, 특히 주장된 사실에 관한 불충분한 진술을 보충하도록 하며, 증거방법을 적시하게 하고, (사건의 해결에) 적합한 청구를 하도록 해야 한다. (2) [1]당사자가 명백히 간과하였거나 중요하지 않다고 여긴 관점은, 그것이 부수적 청구하고만 관련된 것이 아닌 한, 법원이 그에 관하여 지적하고 의견진술의 기회를 준 경우에만 재판의 근거로 삼을 수 있다. [2]법원이 양 당사자와 달리 판단하는 관점에 관하여도 같다. (3) 법원은 직권으로 참작하여야 하는 사항에 대하여 가지고 있는 의문에 관하여 주의를 환기시켜야 한다. (4) [1]본조에 따른 지적은 가능한 한 조기에 해야 하고, 기록에 기재하여야 한다. [2]지적하였다는 것은 기록의 내용에 의해서만 증명할 수 있다. [3]기록의 내용에 대하여는 위조의 증명만이 허용된다. (5) 일방 당사자가 법원의 지적사항에 대하여 즉시 의견진술을 할 수 없는 때에 법원은 신청에 따라 의견진술을 서면으로 제출할 수 있는 기간을 원칙적으로 정하여야 한다.

법원의 실질적 소송지휘(materielle Prozessleitung)에 관하여 규정하는 민사소송법 제139조는, 법원의 석명의무를 강화하기 위해 2001년 개정 당시 종래 두 군데에 나뉘어 있던 관련 규정을 모아 마련된 조항이다.[802] 이 조항은 법원의 일반적인 석명의무(제1항), 사실적·법적 측면 모두에 관한 지적의무와 기습적 재판의 금지(제2항) 및 질문의무(제3항)에 관하여 규정하면서, 가능한 한 조기에 실질적 소송지휘 권한을 행사하고 이를 조서 등에 기재되도록 하

802) Fritsche, in: MüKo ZPO, Bd. I, München 2020, §139 Rn. 1 참조.

는 한편, 당사자에게 서면 의견진술 기회를 보장한다(제4, 5항).[803] 즉, 변론주의에 저촉되지 않는 범위 내에서 민사법원이 소송을 수행하는 당사자에게 도움을 주도록 함으로써 변론주의의 결함을 보완하고 실질적인 당사자평등을 보장하려는 것이다.[804]

그런데 행정법원법은 이미 실질적 소송지휘에 관한 고유의 규정들을 갖고 있다. 우선 행정법원은 사실관계 및 쟁점에 관하여 소송관계인들과 토론하여야 하고(제104조 제1항), 소송관계인들이 사건의 해결에 적합한 소송수행을 할 수 있도록 노력해야 한다(제86조 제3항). 또한 재판장 또는 주심판사는 준비절차에서 소송관계인들에게 주장이나 진술을 보충할 것을 요구할 수 있고(제87조 제1항), 이를 위한 기간을 설정할 수도 있다(제87b조 제1항). 결국 행정법원은 민사소송법 제139조 제1항의 일반적 석명의무를 포괄하는 석명권한과 의무를 갖고 있고, 이는 직권탐지주의에 따른 법원의 사실규명의무를 구체화한 것이다.[805] 또한 민사소송법 제139조 제2항에 따른 법원의 지적의무와 기습적 재판의 금지는 앞서 본 행정법원법 제86조 제3항, 제104조 제1항과 제108조 제2항[806]에 의해 도출된다.[807]

이렇게 실질적 소송지휘에 관한 양 소송법의 규정은 규정 형식과 체계만 다를 뿐 내용은 대동소이하고, 법원이 소송상의 사실인정을 실체적 진실에 근접시키려는 노력의 일환이라는 점에서 공통되는 측면이 있다.[808] 그러나 두 규정은 사실인정과 심증형성에 이르는 원리 면에서 실질적으로 다른 의

---

803) Stadler, in: Musielak/Voit, ZPO §139 Rn. 8-30 참조.

804) Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1974, S. 178-180; Anders, in: Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle, ZPO §139 Rn. 1-2 참조.

805) Kothe, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §86 Rn. 12 참조.

806) **행정법원법 제108조(판결의 기초; 자유심증주의; 법적 청문)**
(2) 판결은 소송관계인이 의견을 진술할 수 있었던 사실 및 증거조사 결과만을 기초로 삼을 수 있다.

807) BVerwG, Beschluss vom 16.06.2003. - 7 B 106/02, NVwZ 2003, S. 1133; Dawin/Panzer, in: Schoch/Schneider, VwGO §86 Rn. 131; Dawin, in: Schoch/Schneider, VwGO §108 Rn. 129-130 참조.

808) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §30 Rn. 13 참조.

미를 갖는다. 민사소송법 규정은 변론주의의 틀 속에서 그 결함을 보완하려는 것이지만, 행정법원법 규정은 직권탐지주의를 규범화한 것이다.[809] 민사법원에도 사실관계 규명에 특별히 적극적인 법관이 있을 수 있고, 법원이 당사자 보호를 위해 소송수행에 개입하고 지적할 수 있다. 그러나 민사법원의 개입수단은 당사자들의 주장을 의미 있는 방향으로 유도함으로써 그들을 보조하는 데 목적이 있고, 법원의 지적을 어느 범위까지 받아들일지는 결국 당사자들이 정할 일이다.[810] 이것은 행정법원이 전반적인 사실관계를 규명해야 하고 그에 대하여 최종책임을 지는 것과는 분명히 다른 것이다.[811]

결국 행정법원법은 법원의 실질적 소송지휘에 관한 독자적인 규율시스템을 담고 있으므로, 규율의 공백 자체가 없어 민사소송법 규정의 준용이 배제된다.[812]

제4절 증거조사

1. 개설

가. 준용의 범위

행정법원법 제98조(증거조사)
이 법에서 달리 규정하지 않는 한, 증거조사에 대하여는 민사소송법 제358조 내지 제444조와 제450조 내지 제494조를 준용한다.

809) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 522 참조.

810) Renate Köhler-Rott, Der Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsprozess und die Mitwirkungslast der Beteiligten, München 1997, S. 97 참조.

811) Renate Köhler-Rott, a.a.O., S. 107-108 참조.

812) Meissner/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO §173 Rn. 153 참조.

행정법원법 제98조는 '증거조사'에 관하여 민사소송법 제358조 내지 제444조와 제450조 내지 제494조를 준용한다. 독일 민사소송법의 증거 규정은 제2편 제1장 '지방법원의 소송절차' 중 제5절 '증거조사 총칙'(제358조 내지 제370조)부터 제12절 '독립적 증거절차'(제485조 내지 제494a조)까지를 말한다. 행정법원법 제98조는 위 증거 규정 중 당사자신문에 관한 일부 조문(제445조 내지 제449조)[813]을 제외한 전부를 준용하고 있다.

행정법원법 제98조는, 앞서 제2장에서 살펴본 준용규정의 세 가지 유형 중 제2유형인 '상충하는 규정이 유보된 특별준용규정'에 해당한다. 행정법원법은 증거조사에 관한 고유의 규정을 거의 두지 않고, 민사소송법의 증거 규정을 광범위하게 준용한다. 이는 세부적인 부분까지 완비된 민사소송법의 증거 규정을 거의 통째로 차용하여 준용 범위에 관한 불명확성을 제거하고,[814] 증거조사 영역에서 양 소송절차의 통일성을 기하려는 입법자의 의도에 기인한 것이다.[815] 그러나 다른 한편으로 행정법원법 제98조가 '상충하는 규정'이 없을 것이라는 소극적 준용요건을 둔 것은, 행정소송에서의 증거조사가 민사소송과는 다른 구조와 원리 속에서 행해지는 측면이 있기 때문이다.

변론주의가 적용되는 민사소송에서는 소송자료의 수집·제출에 관한 주도권과 책임이 당사자에게 있으므로, 판결의 기초가 되는 사실의 증명은 법률이 정한 증거방법과 절차에 따라 행하는 엄격한 증명(Strengbeweis)에 의하는 것이 원칙이다.[816] 그러나 직권탐지주의가 적용되는 행정소송에서는 판결의

---

813) 민사소송법 제445조 내지 제449조는 당사자신문이 허용되는 요건과 범위(제445조, 제447조 내지 제449조) 및 상대방이 당사자신문을 거부할 때의 효과(제446조)에 관한 규정들이다. 그런데 행정법원법 제96조 제1항은 민사소송의 당사자신문에 대응되는 '관계인신문'(Beteiligtenvernehmung)을 고유의 증거방법으로 규정하고 있고, 그 허용 요건과 범위는 행정법원법에 따라 독자적으로 판단되므로, 위 규정들은 준용대상 규정에서 제외되었다. Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO §98 Rn. 54; Kothe, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §98 Rn. 16; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §33 Rn. 30 참조.

814) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 312 참조.

815) Rudisile, in: Schoch/Schneider, VwGO §98 Rn. 3 참조.

기초가 되는 사실을 조사할 의무가 법원에 있고, 적정하고 효율적인 사실조사 방법을 선택할 권한과 책무도 원칙적으로 법원에 있다.[817] 따라서 행정소송에서는 원칙적으로 법률이 정한 증거유형에 구속됨이 없이 어떠한 종류와 방식의 증거조사이든 할 수 있으므로, 엄격한 증명과 자유로운 증명의 구별이 의미를 갖지 못한다.[818] 다만, 당해 증거방법이 민사소송법에 규정되어 있는 유형의 증거이고 그 증거방법에 관한 민사소송법 규정이 행정법원법 제98조의 준용대상 규정에 포함되어 있을 때에 한하여, 해당 규정을 통해 민사소송법상의 증거조사 방식에 구속될 뿐이다.[819]

결국 행정법원법 제98조에 의한 민사소송법의 준용 범위에서 관건이 되는 것은 당해 민사소송법 규정과 '상충하는 규정', 즉 행정소송 고유의 구조와 원리에 따라 증거조사를 하게끔 하는 규정이 행정법원법에 있는지 여부이고, 여기서 '상충하는 규정'은 반드시 협의의 증거 규정에 한정되지 않는다.[820] 예컨대, 직권탐지주의에 관하여 규정하는 행정법원법 제86조 제1항은 엄밀히 말해 증거 규정이라고 할 수는 없지만, 가장 대표적인 '상충하는 규정'이다.

---

816) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §111 7-11; Greger, in: Zöller, ZPO Vorb. §284 Rn. 1-2c, Vorb. §§ 355-370 Rn. 2 참조.

817) Renate Köhler-Rott, Der Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsprozess und die Mitwirkungslast der Beteiligten, München 1997, S. 24-25 참조.

818) 행정법원법 제96조 제1항 2문은 "법원은 특히 검증을 실시하고, 증인 · 감정인 · 소송관계인을 신문하며, 문서를 제출하게 할 수 있다."라고 규정한다. 여기서 '특히'라는 문구를 사용하고 있는 점에 비추어 보아도, 행정법원이 법률에 열거된 증거유형에 구속되지 않고 다른 증거도 사용할 수 있음을 알 수 있다. 가장 대표적인 것으로 행정법원법 제99조에 따라 행정청으로부터 제공받는 자료와 정보를 들 수 있다. Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §33 Rn. 16, 42 참조.

819) Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1974, S. 444 f.; Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000, §33 Rn. 18-33 참조.

820) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 314 참조.

나. 행정소송의 독자성으로 인한 공통 수정사항

민사소송법의 증거 규정에서 사용되는 개념이나 용어 중에는 절차구조 또는 심리원칙상의 차이로 말미암아 행정소송에 그대로 적용할 수 없는 것들이 있다. 이러한 개념이나 용어는 해당 규정을 행정소송에 '알맞게 적용'하는 과정에서 적절히 수정될 필요가 있는데, 그중에서 각각의 증거방법에 공통되는 사항을 먼저 살펴보도록 한다.

첫째, 민사소송법의 당사자(Partei)와 상대방(Gegner)이라는 용어는 원칙적으로 소송관계인(Beteiligte)으로 수정해야 한다.[821] 행정법원법은 '당사자'나 '상대방'이라는 용어를 거의 사용하지 않는 대신에[822] 제63조에서 소송의 주체로 '소송관계인'을 규정하고 있는데, 여기에는 원고와 피고뿐 아니라 참가인과 공익대변인도 포함된다. 특히 행정소송의 참가인은 앞서 제4장 제3절 2. 다.에서 살펴본 것처럼 주된 소송관계인에 준하는 독자적 소송상 권리를 가진다. 이에 따라 행정법원법의 증거 규정은 '소송관계인'이라는 용어를 사용하고 있다(제86조 제1항 2문, 제96조 제1항 2문, 제97조). 이는 사실조사에 관여할 기회, 특히 증거신청을 할 기회가 모든 소송관계인의 권리이자 협력의무의 한 내용이기 때문이다.[823]

둘째, 민사소송법의 증거신청(Beweisantritt)이라는 용어도 수정이 필요하다. 독일 법률용어인 'Beweisantrag'과 'Beweisantritt'는 모두 '증거신청'으로 번역

---

821) 예컨대, 당사자신문에 관한 민사소송법 규정에서 '당사자'는 '소송관계인'으로 새기고, '상대방'은 '반대되는 소송상 이익을 가진 다른 소송관계인'으로 새겨야 한다. Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO §98 Rn. 54; Rudisile, in: Schoch/Schneider, VwGO §98 Rn. 241-242 참조.

822) 소송비용 상환에 관한 규정인 제162조 제3항이나 상소에 관한 경과규정인 제194조에 예외적으로 당사자(Partei)라는 용어가 사용되고, 준비서면의 첨부서류에 관한 규정인 제86조 제5항에서 예외적으로 상대방(Gegner)이라는 용어가 사용될 뿐이다.

823) 다만, 앞서 제2장 제3절 2. 나.에서 살펴본 바와 같이, 민사소송법에서 사용되는 소송관계인(Beteiligte)이라는 용어를 그대로 행정법원법 제63조의 그것과 등치시킬 경우 오히려 의미의 왜곡이 발생할 수도 있다.

되지만, ‘Beweisantritt’는 주관적 증명책임을 지는 당사자가 행하는 증거신청을 의미한다.[824] 그러나 직권탐지주의가 적용되는 행정소송에서 소송관계인은 주관적 증명책임을 지지 않으므로, 주관적 증명책임 해태에 따른 불이익을 면하기 위해 하는 증거신청도 존재하지 않는다. 행정법원법에도 소송관계인이 증거조사에 관여하는 방법으로 증거신청(Beweisantrag)이라는 수단이 있기는 하나, 이는 소송관계인의 소송상 책임에 기인한 소송행위가 아닐뿐더러 법원에 대하여 구속력을 갖지도 않는다(행정법원법 제86조 제1항 2문).[825]

다만, 민사소송법의 ‘Beweisantritt’라는 용어를 행정소송에서 어떻게 수정할지는 증거방법마다 다르다. 검증(제371조), 증인(제373조), 감정(제403조)의 경우에는 각 조항에 규정된 증거신청 방식을 행정소송에 가져올 필요가 있기 때문에 ‘Beweisantritt’를 ‘Beweisantrag’으로 수정하여 그 규정을 적용할 수 있다고 보지만,[826] 서증(제420조, 제421조, 제424조, 제428조, 제432조 제1항)은 민사소송처럼 각 문서의 소지인이 제출하는 방식을 취하지 않더라도 행정법원은 직권으로 그 문서를 확보하여 조사할 권한과 책무가 있으므로, 위 규정들은 행정소송에 적용될 수 없다고 보는 것이 대체적인 견해이다.[827]

셋째, 증거신청인(Beweisführer)이라는 용어도 수정이 필요하다. 민사소송법상 ‘Beweisführer’는 주관적 증명책임, 즉 증거제출책임을 지는 증거신청인을 의미하므로, ‘Beweisantritt’와 같은 맥락에서 직권탐지주의가 적용되는 행정소송에는 어울리지 않는다. 따라서 이 용어는, 스스로 증거신청(Beweisantrag)을 하거나 다른 소송관계인이 신청·제출한 증거를 원용하는 소송관계인으로 대체되어야 한다.[828]

---

824) Greger, in: Zöller, ZPO Vorb. §284 Rn. 2. 참조.

825) Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1974, S. 441-442 참조.

826) Rudisile, in: Schoch/Schneider, VwGO §98 Rn. 32, 52, 117; Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO §98 Rn. 6, 9, 22 참조.

827) W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO §98 Rn. 1; Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO §98 Rn. 50; Kothe, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §98 Rn. 13 f.; Rudisile, in: Schoch/Schneider, VwGO §98 Rn. 214-215, 218, 222, 226 참조.

2. 증거조사 총칙

가. 준용 여부에 다툼이 있는 규정

1) 변론 전의 증거결정 및 증거조사

민사소송법 제358a조(변론 전의 증거결정 및 증거조사)
[1]법원은 변론 전에 증거결정을 할 수 있다. [2]다음 각 호의 사항을 명하는 때에 한하여 변론 전에 증거결정을 할 수 있다. 1. 수명법관 또는 수탁판사에 의한 증거조사 2. 공적 조회 3. 제377조 제3항에 따른 증언사항에 대한 서면회답 4. 감정인에 의한 감정 5. 검증의 실시

민사소송법 제358a조는 민사법원이 일정한 사항에 관하여 변론 전에도 증거결정을 하고 증거조사를 할 수 있다고 규정한다. 그런데 행정법원법은 변론 전의 증거조사에 관하여 제87조 제3항과 제96조 제2항에 고유의 규정을 두고 있다. 즉, 합의부의 재판장 또는 주심판사는 변론을 간소화하는 데 유용하고 법원이 그 증거를 증거조사의 경과에 관한 직접적인 인상 없이도 적절하게 평가할 수 있다는 점이 인정되는 경우에는, 변론 전에도 개개의 증거를 수집할 수 있다(제87조 제3항). 나아가 법원은 변론 전에 당해 재판부의 구성원 중 1인에게 증거조사를 위임하거나 다른 법원에 증거조사를 촉탁할 수 있다(제96조 제1항). 이러한 행정법원법 규정이 민사소송법 제358a조와 '상충하는 규정'인지에 관하여 견해의 대립이 있다.

민사소송법 제358a조의 준용을 긍정하는 견해는, 행정법원법 제87조 제3항

828) Rudisile, in: Schoch/Schneider, VwGO §98 Rn. 221 참조.

과 제96조 제2항이 '전체 재판부'의 변론 전 증거조사에 관하여는 규정하고 있지 않고, 위 두 조항의 해석상 행정소송에서 전체 재판부의 변론 전 증거조사가 금지되는 것으로 보이지도 않으므로, 그 한도 내에서는 민사소송법 제358a조가 준용될 수 있다고 본다.[829]

반면에 민사소송법 제358a조의 준용을 부정하는 다수설은 민사법원과 행정법원의 재판부 구성 차이를 근거로 든다. 민사소송과 달리 행정소송에는 명예법관 제도가 존재한다. 행정소송의 제1심은 3명의 직업법관과 2명의 명예법관으로 구성된 합의부에서 재판하는 것이 원칙인데, 명예법관은 변론에 의하지 아니하는 결정에는 관여하지 않는다(행정법원법 제5조 제3항 2문). 그런데 민사소송법 제358a조를 행정소송에 준용할 경우 합의부의 구성원인 명예법관도－변론에 의하지 아니하는 결정인－변론 전의 증거결정에 관여하게 되어, 행정법원법 제5조 제3항 2문의 내용과 상충한다는 것이다.[830] 결국 행정법원법 제87조 제3항과 제96조 제2항은 행정법원 고유의 재판부 구성을 반영한 조항이므로, 민사소송법 제358a조에 대한 관계에서 '상충하는 규정'에 해당한다고 본다.[831]

2) 증거결정의 변경

민사소송법 제360조(증거결정의 변경)

[1]증거결정의 종결 전에 어떠한 당사자도 종전의 변론에 기초하여 그 변경을 신청할 수 없다. [2]다만, 상대방의 동의가 있거나 증거결정에 표시된 요증사실의 정정 또는 보충에 관한 것이거나 증거결정에 표시된 증인 또는 감정인 이

829) Rudisile, in: Schoch/Schneider, VwGO §98 Rn. 12-14; W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO §98 Rn. 6 참조.

830) 즉 이 견해는, 행정소송에서 변론 전 증거조사는 전체 재판부가 아니라 재판장, 주심판사, 수명법관 등 직업법관이 담당하는 업무로 본다. Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 317 참조.

831) Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO §98 Rn. 3; Kothe, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §98 Rn. 2; Lang, in: Sodan/Ziekow, VwGO §98 Rn. 12 참조.

외의 자에 대한 신문에 관한 것일 때에는, 법원은 당사자의 신청에 따라 또는 직권으로 새로운 변론 없이 증거결정을 변경할 수 있다. [3]수명법관 또는 수탁판사도 같은 권한을 가진다. [4]가능한 한 사전에 당사자의 의견을 들어야 하고, 어떠한 경우에도 당사자에게 지체 없이 증거결정의 변경을 통지해야 한다.

민사법원이 기존 증거결정(Beweisbeschluss, 증거신청을 채택하는 결정)을 취소하는 것은 새로운 변론 없이 가능하지만, 기존 증거결정을 변경할 때는 원칙적으로 새로운 변론을 거쳐야 한다. 다만, 민사소송법 제360조 2문은 ① 상대방의 동의가 있는 경우, ② 증거결정에 표시된 요증사실을 정정 또는 보충하는 데 불과한 경우, ③ 증거결정에 표시된 증인 또는 감정인 이외의 사람을 신문할 경우에는, 새로운 변론 없이 증거결정을 변경할 수 있다고 규정하고 있다. 행정법원 판례와 행정법학의 다수설은, 새로운 변론 없이 증거결정을 변경할 수 있는 위 세 가지 예외사유 중 적어도 "상대방의 동의가 있는 경우"는 행정소송에 준용되지 않는다고 본다.[832] 직권탐지주의가 적용되는 행정소송에서 증거결정의 변경 여부를 당사자들의 합의에 맡길 수는 없으므로, 소송관계인들에게 의견진술권(Anhörungsrecht)을 부여하는 것으로 족하다는 것이다.

이에 대하여 민사소송법 제360조가 제한 없이 행정소송에 적용된다고 보는 소수설도 있다.[833] 이 견해는 행정법원법에 민사소송법 제360조의 준용을 배제하는 고유한 규정이 없는 점, 증거결정을 변경하기 위해 소송관계인들의 동의를 얻도록 함으로써 그들을 불의타로부터 보호할 수 있는 점을 근거로

---

832) BVerwG, Urteil vom 22.11.1963 - IV C 125/63, BVerwGE 17, 172; 행정법원은 언제나 증거결정을 변경할 수 있다고 하면서 민사소송법 제360조의 준용을 전체적으로 부정하는 견해는 Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO §98 Rn. 4; Lang, in: Sodan/Ziekow, VwGO §98 Rn. 15; W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO §98 Rn. 1; "상대방의 동의가 있는 경우" 부분만 준용되지 않는다는 견해는 Rudisile, in: Schoch/Schneider, VwGO §98 Rn. 16 참조.

833) Kothe, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §96 Rn. 6, §98 Rn. 2; Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 317 f. 참조.

들면서, 다수설이 소송관계인의 절차권 보호책으로 드는 의견진술권은 법률상 근거가 없다고 비판한다.

나. 준용할 때 수정이 필요한 규정

1) 증거결정의 필수적 기재사항

민사소송법 제359조(증거결정의 내용)
증거결정에는 다음의 사항이 담겨야 한다. 1. 증명해야 할 다툼 있는 사실의 표시 2. 신문할 증인 및 감정인 또는 신문할 당사자를 지정한 증거방법의 표시 3. 그 증거방법을 원용한 당사자의 표시

민사소송법 제359조는 증거결정의 필수적 기재사항에 관하여 규정하고 있다. 행정법원법에는 증거결정의 내용에 관한 고유의 규정 즉 '상충하는 규정'이 없으므로, 민사소송법 제359조가 행정소송에 준용된다는 점에는 의문이 없다. 하지만 민사소송법 제359조 각호에 열거된 사항 중 일부는 변론주의에 기반한 것이어서 직권탐지주의가 적용되는 행정소송과 해결할 수 없는 모순을 발생시키므로, 일정한 수정이 필요하다.

예컨대, 제1호는 증명해야 할 '다툼 있는' 사실을 필수적 기재사항으로 들고 있다. 변론주의 아래에서 일방 당사자가 주장하지 않은 사실 또는 당사자 사이에 다툼이 없는 사실은 이른바 불요증사실로서 법원을 구속하고, 법원은 다툼 있는 사실에 관하여만 증거조사를 하기 때문이다. 그러나 직권탐지주의가 적용되는 행정소송에서 법원은 소송관계인의 주장이나 증거신청에 구속됨이 없이 증명의 대상과 증거조사의 방법을 재량껏 정할 수 있다. 그러므로 증명의 대상은 반드시 다툼 있는 사실일 필요는 없고, 법원이 판결의 기초로 삼고자 하나 아직 충분한 확신에 이르지 못한 사실이면 족하다.[834] 또한 증

거결정에는 법원이 증거조사가 필요하다고 판단한 이유를 표시하면 충분하고, 구체적인 사실을 일일이 특정할 필요는 없다.[835]

2) 당사자가 증거조사기일에 불출석한 경우

민사소송법 제367조(당사자의 불출석)
(1) 당사자 일방 또는 쌍방이 증거조사기일에 출석하지 않은 경우에도, 사건의 상태에 따라 가능한 한도에서는 증거조사를 하여야 한다. (2) 법원은 판결의 기초가 되는 변론의 종결 시까지 신청에 따라 추가 증거조사 또는 증거조사의 보완을 명하여야 하되, 그로 인해 소송절차가 지연되지 않는 경우이거나, 당사자가 귀책사유 없이 종전 기일에 출석하지 못하였음을 소명한 경우이어야 하고, 또한 증거조사의 보완을 신청하는 때에는 당사자의 불출석으로 인하여 증거조사가 현저히 불완전하게 되었다는 것을 소명해야 한다.

민사소송법 제367조 제1항은, 당사자의 일방 또는 쌍방이 출석하지 않은 경우에도 일정한 한도 내에서는 증거조사를 할 수 있고 또 해야 한다고 규정한다. 다만, 증거조사기일에 출석하지 않은 당사자는 같은 조 제2항에 따라 추가 증거조사 또는 증거조사의 보완을 신청할 수 있는데, 그 신청이 받아들여지려면 ① 증거조사의 추가·보완으로 인해 소송절차가 지연되지 않는 경우이거나,[836] ② 당사자가 귀책사유 없이 종전 기일에 출석하지 못하였음을

834) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 319 참조.

835) Kothe, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §98 Rn. 2; Rudisile, in: Schoch/Schneider, VwGO §98 Rn. 15; Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO §98 Rn. 4 참조. 다만, 수탁판사에게 증거조사를 촉탁할 때는 행정법원법 제96조 제2항에 따라 개개의 증명사항을 표시하여야 하므로, 이때는 구체적인 요증사실을 증거결정에 표시해야 한다.

836) 추가 증거조사 또는 증거조사의 보완이 없다면 열리지 않을 별도의 기일을 증거조사의 추가·보완을 위해 추가로 잡아야 한다면, 소송절차가 지연되는 것으로 본다. 따라서 통상의 경우 이 요건을 충족하여 증거조사의 추가·보완 명령을

소명해야 하는데, 특히 증거조사의 보완을 신청할 때는 당사자의 불출석에 귀책사유가 없다는 점뿐만 아니라 기존 증거조사가 당사자의 불출석으로 인해 현저히 불완전하게 되었다는 점까지 소명해야 한다.[837]

한편, 행정법원법 제97조 1문은 "소송관계인은 모든 증거조사기일에 대하여 통지받으며 증거조사에 참석할 수 있다."라고 규정하므로, 소송관계인들은 증거조사에 참여할 권리를 갖는다. 하지만 행정소송에서는 소송관계인 전원이 변론기일에 출석하지 않더라도 변론을 진행할 수 있으므로(행정법원법 제102조 제2항), 증거조사기일에 관하여 민사소송법 제367조 제1항이 준용되는 것은 상충하는 규정이 없어 쉽게 인정된다. 다만 통설은, 제367조 제2항은 직권탐지주의에 관한 규정인 행정법원법 제86조 제1항과 상충하므로 그 적용이 배제된다고 본다.[838] 직권탐지주의 하에서 법원은 사실관계에 관하여 충분한 확신을 얻지 못했을 경우 변론이 종결될 때까지 항상 증거조사를 추가·보완할 수 있고 또 그래야 하는데, 민사소송법 제367조 제2항은 일정한 요건을 충족한 경우에만 증거조사의 추가·보완이 가능하도록 제한하는 규정이므로 직권탐지주의와 충돌한다는 것이다.[839]

그러나 민사소송법 제367조 제2항에 일정한 수정을 가하여 행정소송에 준용할 수 있다고 보는 견해도 있다.[840] 즉, 위 제367조 제2항은 기존 증거조사기일에 불출석한 당사자에게 증거조사 참여권을 사후적으로라도 보장하기 위한 것으로서, 민사법원이 어떤 경우에 증거조사를 추가·보완할 '의무'를 지는지를 정한 규정이고, 이와 별도로 법원은 다른 법적 근거에 기대어 제한

받아내기는 어렵다. Heinrich, in: MüKo ZPO, Bd. II, München 2020, §367 Rn. 5 참조.

837) Heinrich, in: MüKo ZPO, Bd. II, München 2020, §367 Rn. 5 참조.

838) Kothe, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §98 Rn. 2; Rudisile, in: Schoch/Schneider, VwGO §98 Rn. 24; Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO §98 Rn. 4; Lang, in: Sodan/Ziekow, VwGO §98 Rn. 16 참조.

839) Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO §98 Rn. 4; Kothe, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §98 Rn. 2 참조.

840) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 321-322 참조.

된 범위 내에서 증거조사를 다시 할 권한이 있다.[841] 이러한 법원의 증거 재수집 권한은 직권탐지주의가 적용되는 행정소송에서는 전면적으로 인정되므로, 민사소송법 제367조 제2항이 행정법원의 증거 재수집 권한에 영향을 미치지 않는 한도에서는 행정소송에 준용될 수 있다는 것이다.[842]

3. 검증 및 감정

가. 준용이 배제되는 규정

민사소송법 제404조(감정인의 선정) (1) [1]관여할 감정인의 선정 및 인원수의 결정은 수소법원이 한다. [2]수소법원은 감정인의 지정을 1인으로 제한할 수 있다. [3]수소법원은 최초로 지정된 감정인을 대신하여 다른 사람을 지정할 수 있다. (2) ~ (4) (생략) (5) 당사자들이 특정한 사람을 감정인으로 지정하는 데 합의한 때에는 법원은 그 합의에 따라야 한다; 다만, 법원은 당사자들이 지정할 인원을 일정한 수로 제한할 수 있다.

민사소송에서 당사자들은 민사소송법 제404조 제5항에 따라 특정인을 감정인으로 지정하는 데 대하여 합의할 수 있고, 법원은 그 합의에 구속된다.

---

841) 예를 들어, 증인신문 및 감정의 경우 민사법원은 민사소송법 제398조, 제402조에 따라 재량으로 증인·감정인에 대한 재신문을 명할 수 있다. Heinrich, in: MüKo ZPO, Bd. II, München 2020, §367 Rn. 7; Stadler, in: Musielak/Voit, ZPO §367 Rn. 6 참조.

842) 그러나 이 견해에 따르더라도, 행정소송에서 소송관계인의 증거조사 추가·보완 신청이 위 제367조 제2항에 규정된 요건을 충족할 경우 법원에 증거조사 의무가 있다고 보게 되면, 법원이 소송관계인의 증거신청에 구속되지 않는다고 규정한 행정법원법 제86조 제1항 2문에 배치될 소지가 있다. 반대로 구속력이 없고 직권발동을 촉구하는 의미밖에 없다고 보게 되면, 위 조항을 행정소송에 준용할 실익이 없어 보인다.

변론주의 하에서 증거방법의 종류와 증거조사의 방법에 관한 주도권은 당사자에게 있기 때문이다.[843]

그러나 행정소송에서 소송관계인들은 민사소송법 제404조 제5항에 따라 특정인을 감정인으로 합의할 수 없다. 법원은 행정법원법 제86조 제1항에 따라 사실관계를 조사할 책임을 지고, 그 과정에서 소송관계인들의 증거신청에 구속되지 않으므로, 사실관계를 규명하는 데 가장 적합해 보이는 감정인을 물색하는 것도 법원의 손에 달려 있다. 그러므로 민사소송법 제404조 제5항은 이와 상충하는 규정인 행정법원법 제86조 제1항이 존재함으로 인해 행정소송에 적용되지 아니한다.[844]

나. 준용할 때 수정이 필요한 규정

민사소송법 제371조(검증)
(3) 일방 당사자가 자신이 수인할 수 있는 검증의 실시를 방해한 경우에는, 목적물의 상태에 관한 상대방의 주장이 증명된 것으로 간주할 수 있다.

민사소송법 제371조 제3항은 검증과 관련된 증명방해 행위에 대한 제재로서, 목적물의 상태에 관한 상대방의 주장이 증명된 것으로 간주할 수 있다고 규정한다. 위 조항을 비롯하여 증명방해 행위자에게 불리한 사실을 인정할 수 있도록 하는 일련의 규정은 변론주의의 적용을 전제로 한다. 왜냐하면 증명방해에 대한 제재는 주관적 증명책임이 있는 당사자의 상대방이 주관적 증명책임을 지는 당사자의 증명을 곤란하게 하거나 불가능하게 만드는 경우 주관적 증명책임이 있는 당사자의 주장을 실체적 진실과는 무관하게 증명된 것으로 간주하는 것이기 때문이다.[845] 이렇게 본다면, 위 조항은 법원이 소송

843) Zimmermann, in: MüKo ZPO, Bd. II, München 2020, §404 Rn. 10 참조.

844) Kothe, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §98 Rn. 9; Rudisile, in: Schoch/Schneider, VwGO §98 Rn. 118; Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO §98 Rn. 22 참조.

관계인의 주장에 구속됨이 없이 실체적 진실을 규명하도록 하는 행정법원법 제86조 제1항과 일견 상충하는 것으로 보인다.

그러나 행정법학의 다수설은, 증명방해에 대한 제재 조항의 의의와 효과를 직권탐지주의에 알맞게 수정하면 준용이 가능한 것으로 보고 있다.[846] 즉, 만약 법원이 잘못인 줄 알면서 또는 사실을 규명할 수 있는 추가 수단이 있음에도 당사자의 주장을 증명된 것으로 간주하여 재판해야 한다면 그것은 행정법원법 제86조 제1항 1문에 반하는 것이다. 하지만 직권탐지주의가 적용되는 행정소송에도 진위불명 상태에서의 재판거부를 막기 위해 실체적 증명책임이 존재하므로, 사실관계 규명 노력이 수포로 돌아가고 더 이상 다른 방법이 없는 경우에 증거조사를 방해한 사람이 실체적 증명책임을 부담하는 것은 행정소송에서도 찾아볼 수 있는 모습이다.[847] 따라서 민사소송법 제371조 제3항과 같은 증명방해에 대한 제재 조항을 소송관계인 일방의 책임 있는 사유로 진위불명 상태에 빠졌을 때의 '실체적 증명책임' 부담에 관한 규정으로 이해한다면, 위 조항을 행정소송에 준용하여도 행정법원법의 다른 규정과 상충하거나 해결할 수 없는 모순이 발생하지 않는다. 오히려 통설은, 입법자가 행정법원법 제98조를 통해 위와 같은 조항을 행정소송에 준용되도록 함으로써 행정법원법 제86조 제1항에 규정된 소송관계인의 협력의무를 구체화한 것으로 본다.[848]

---

845) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §116 Rn. 17-18 참조.

846) Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO §98 Rn. 5-6; Rudisile, in: Schoch/Schneider, VwGO §98 Rn. 32 참조.

847) Renate Köhler-Rott, Der Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsprozess und die Mitwirkungslast der Beteiligten, München 1997, S. 22, 36-41; Marcel Kaufmann, Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Tübingen 2002, S. 361 ff. 참조.

848) W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO §98 Rn. 7; Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO §98 Rn. 5-6 참조.

4. 증인신문

증인신문과 관련하여서는, 상충하는 규정의 존재로 말미암아 준용이 배제되는 몇 가지 규정에 관하여만 살펴보도록 한다.

가. 선서 포기 및 증인신문 포기에 관한 규정

민사소송법 제391조(증인선서) 법원이 진술의 중요성을 참작하여 또는 진실한 진술을 하도록 하기 위하여 필요하다고 인정하고, 당사자들이 선서를 포기하지 않는 경우, 증인은 선서를 하여야 하되, 제393조에 규정된 예외적인 경우에는 그러하지 아니하다.
민사소송법 제399조(증인의 포기) 당사자는 자신이 신청한 증인을 포기할 수 있다; 상대방은 출석한 증인을 신문할 것을 요구할 수 있고, 신문이 이미 시작된 경우에는 계속할 것을 요구할 수 있다.

민사소송법 제391조에 따르면 당사자들이 선서를 포기하는 경우 법원은 증인에게 선서하게 할 수 없고, 나아가 같은 법 제399조에 따르면 당사자는 자신이 신청한 증인에 대한 신문을 포기할 수 있다. 그러나 행정소송에서는 사실관계의 규명이 법원의 책임으로 맡겨져 있고 법원은 소송관계인들의 관여 없이 증거를 수집할 수 있으므로, 법원은 소송관계인들의 관여 없이도 성공적으로 증거조사를 할 수 있는 수단을 가져야 한다.[849] 따라서 행정법원이 진술의 중요성 때문에 또는 증인으로부터 진실한 진술을 끌어내기 위해 증인선서가 필요하다고 판단하는 경우에는, 소송관계인들의 선서 포기에 구속됨이 없이 증인에게 선서하게 할 수 있다.[850] 또한 행정소송에서 증인을 신

---

849) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 327-328 참조.

850) Kothe, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §98 Rn. 8; Rudisile, in: Schoch/Schnei-

청한 소송관계인이 증인신문을 포기하더라도 법원에 대하여 구속력이 없다. 소송관계인의 증인신청으로 법원이 어떤 증인에 대하여 알게 되었고, 그 사람에 대한 증인신문이 사실관계를 규명하는 데 도움이 된다고 판단되면, 법원은 행정법원법 제86조 제1항의 사실조사의무를 근거로 소송관계인의 증인 포기에 구속되지 아니하고 그 증인을 신문하여야 한다.[851]

나. 비용예납을 조건으로 한 증인 출석요구 규정

민사소송법 제379조(비용의 예납)
[1]법원은, 증거신청인이 증인신문으로 인해 국고에 발생할 경비를 담보하기에 충분한 예납금을 지급할 것을 조건으로 하여 증인에 대한 출석요구를 할 수 있다. [2]정해진 기간 안에 예납하지 않는 경우에는 증인에 대한 출석요구를 하지 아니하되, 증인신문을 실시할 수 있을 정도로 적시에 예납금의 지급이 추후 보완되고 법원의 자유로운 심증에 따를 때 출석요구를 하지 않음으로써 소송절차가 지연되는 경우에는 그러하지 아니하다.

민사소송법 제379조는 법원이 증인신청인의 예납금 지급을 조건으로 하여 증인에 대한 출석요구를 할 수 있도록 한다. 민사소송에서 당사자는 형식적 증명책임, 즉 증거제출책임이 있으므로, 증거신청인(Beweisführer)은 자신의 증명활동으로 인한 비용을 부담할 의무가 있기 때문이다.[852] 그러나 행정소송에서는 증거신청을 하는 소송관계인이 증거수집에 관하여 포괄적인 책임을 지지 않는다. 직권탐지주의 하에서 필요한 증거를 수집하는 것은 법원의 책임이다. 실체적 증명책임을 부담하는 소송관계인이 증거신청을 하더라도,

---

der, VwGO §98 Rn. 80; Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO §98 Rn. 15 참조.

851) Kothe, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §98 Rn. 8; Rudisile, in: Schoch/Schneider, VwGO §98 Rn. 98 참조.

852) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 329 참조.

그것이 민사소송법상의 증거제출책임에 기인한 소송행위는 아니다. 따라서 행정법학의 통설은, 법원의 증인신문을 위해 증인의 출석을 요구하는 소송행위에 증거신청인의 비용예납을 조건으로 다는 것은 직권탐지주의를 규정한 행정법원법 제86조 제1항과 상충하므로, 민사소송법 제379조는 행정소송에 준용할 수 없다고 본다.[853]

그러나 행정법원이 증인신문을 신청한 소송관계인에게 비용의 예납을 명하지 못하는 것은 아니다. 법원은 재판비용법(GKG) 제17조에 따라 비용예납을 요구할 수 있고, 다만 비용을 예납하지 않는다는 이유로 증인신문을 거부할 수 없을 뿐이다.[854]

5. 서증

가. 개설

서증(Beweis durch Urkunden)에 관한 규정은 민사소송법 제2편 제1장 제9절(제415조～제444조)에 총 30개 조문이 마련되어 있다. 개개의 증거방법에 관한 증거 규정 중 조문 수가 가장 많다.

제415조 내지 제419조는 문서의 증거력에 관한 규정이다. 제420조부터 제435조까지는 구체적인 증거신청(Beweisantritt) 절차에 관하여 규정하고 있다. 민사소송법상 서증에 대한 증거신청은 그 문서를 제출(Vorlegung)하는 방식에 의하는데, 이를 증거신청인이 문서를 제출하는 경우, 상대방이 문서를 제출하게 하는 경우, 제3자로 하여금 문서를 제출하게 하는 경우로 나누어 규정하고 있다. 다음으로 제436조는 문서 제출 후의 서증 포기에 관한 규정이

---

853) W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO §98 Rn. 1; Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO §98 Rn. 11; Kothe, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §98 Rn. 6; Rudisile, in: Schoch/Schneider, VwGO §98 Rn. 65 참조.

854) Kothe, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §98 Rn. 6; Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO §98 Rn. 11 참조.

다. 제437조 내지 제443조는 문서의 진정성립에 관한 규정이고, 마지막으로 제444조에서는 서증의 증명방해에 대한 제재 효과에 관하여 규정하고 있다.

서증에 관한 민사소송법 규정은 행정법원법 제98조의 문언상으로는 전부 인용되어 있다. 그러나 아래에서 보는 바와 같이 문서의 증거력 및 진정성립에 관한 규정과 증명방해에 관한 규정은 행정법원법에 상충하는 규정이 없어 대체로 준용되는 반면, 구체적인 증거신청 절차에 관한 규정과 서증 포기에 관한 규정은 행정법원법에 상충하는 규정이 있으므로 준용되지 않거나 매우 제한적으로만 준용된다.

나. 문서의 증거력과 진정성립에 관한 규정

민사소송법 제415조(의사표시에 관한 공문서의 증거력) (1) 공공기관이 그 직무권한의 범위 안에서 작성하였거나, 공증할 권한이 있는 사람이 그 업무범위 안에서 규정된 방식으로 작성한 문서(공문서)는, 그 공공기관 또는 문서작성자 앞에서 한 의사표시에 관하여 작성된 때에는 공공기관 또는 그 문서작성자에 의하여 공증된 사항에 관하여 완전한 증거력을 갖는다. (2) 전항의 사항이 잘못 공증되었다는 증명은 허용된다. **민사소송법 제416조(사문서의 증거력)** 사문서는 작성자의 서명이 있거나 공증인에 의하여 공증된 자필표식으로 서명이 된 경우에만, 작성자가 그 사문서에 기재된 의사표시를 하였다는 점에 관하여 완전한 증거력을 갖는다.
민사소송법 제439조(사문서의 진정에 관한 의견진술) (1) 사문서의 진정에 관하여는 증거신청인의 상대방이 제138조의 규정에 따라 의견을 진술하여야 한다. (2) 문서에 서명이 있는 때에는, 서명의 진정에 관하여 의견을 진술하여야 한다. (3) 전항의 진술을 하지 않은 경우에도, 당사자의 다른 진술에 비추어 볼 때 문서의 진정을 다투려는 의도가 있어 보이지 않는 때에는 문서의 진정을 인정

한 것으로 본다.

민사소송법 제440조(사문서의 진정에 관한 증명)

(1) (상대방이) 진정성립을 인정하지 않는 사문서는 그것이 진정한 것임을 증명하여야 한다.

(2) 서명의 진정이 확정된 경우 또는 문서에 있는 자필표식이 공증인에 의하여 공증된 경우, 그 서명 또는 자필표식 위에 적혀진 문언은 진정한 것으로 추정한다.

증거력(Beweiskraft)이란 증거자료가 요증사실의 인정에 실제로 기여하는 정도를 말한다.[855] 문서는 일반적으로 어떤 사실이나 법률관계를 증명하기 위해 작성되므로, 증거력 개념은 여타의 증거보다 특히 서증에서 중요한 의미가 있다.[856] 문서의 증거력은 문서의 진정성립(Echtheit)을 전제로 한다. 문서의 진정성립이란, 증거신청인이 작성자라고 주장하는 사람에 의해 그 문서가 작성되었음을 말한다.[857] 문서의 진정성립이 인정되면, 증거력은 형식적 증거력과 실질적 증거력의 두 단계로 나누어 판단된다. 형식적 증거력이란 문서의 작성명의인이 그 문서에 적힌 내용의 의사표시를 하였음을 인정케 하는 힘을 말하고, 실질적 증거력이란－형식적 증거력이 있음을 전제로－그 문서 내용의 진실성 및 요증사실을 실제로 증명하는 힘을 말한다.[858]

민사소송법은 문서의 진정성립과 형식적 증거력에 관한 평가를 법관의 자유재량에 맡기지 아니하고 일정한 증거법칙을 규정해 놓았다. 이러한 법정 증거법칙은, 증거평가에 있어서 법적 명확성과 안정성을 기하기 위해 자유심증주의를 제한하는 역할을 한다. 즉, 법관이 진정성립이 인정되는 문서의 형

855) Schreiber, in: MüKo ZPO, Bd. II, München 2020, §415 Rn. 26-27; 국내문헌에서는 '증명력' 또는 '증거가치'로도 번역된다. 정선주, 문서의 증거력, 민사소송 제3권, 한국민사소송법학회, 2000, 242면 참조.

856) Schreiber, in: MüKo ZPO, Bd. II, München 2020, §415 Rn. 1 참조.

857) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §120 Rn. 11 참조.

858) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §120 Rn. 20-33; Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, München 2011, §55 Rn. 22-29 참조.

식적 증거력을 배척하는 등 경험칙에 반하는 증거판단을 하지 못하도록 법률상 구속을 가한 것이다.[859]

문서의 증거력과 진정성립에 관한 민사소송법 규정들이 행정소송에 준용될 수 있는지에 관하여는 견해의 대립이 있다. 위 규정들의 준용을 부정하는 견해는, 법관의 증거평가와 심증형성을 구속하는 규정이 행정소송에 준용되면 행정법원의 사실조사 권한 및 의무를 제한하는 결과를 낳아 직권탐지주의와 상충하므로, 위 규정들은 준용할 수 없거나 거기에 담긴 일반적 법사상을 고려하는 데 그쳐야 한다고 본다.[860]

그러나 행정법학의 통설은, 행정소송에서도 증거평가의 법적 안정성을 기하기 위해 문서의 진정성립과 형식적 증거력에 관하여 의문의 여지가 없도록 규율할 필요가 있고, 이를 위해서는 법관의 자유로운 증거평가에 대한 법률상 예외를 마련할 필요가 있으므로, 행정법원법 제98조를 통해 문서의 진정성립과 형식적 증거력에 관한 민사소송법 규정을 준용함으로써 일정한 한도 내에서 법관의 사실조사의무를 제한할 수 있다고 본다.[861] 예컨대, 제415조 제1항이 의사표시에 관한 공문서에 담긴 공증 사항에 대하여 형식적 증거력을 인정하는 것은, 소송자료의 수집책임을 누가 부담할 것인지의 문제와 논의의 평면이 달라 직권탐지주의와 양립할 수 있다고 한다. 다만, 제2항에서 그 공증 사항이 잘못 공증되었다는 증명을 허용하는 것은 형식적 증명책임의 존재를 전제로 하는 반증(Gegenbeweis)을 규정한 것이어서 직권탐지주의에 저촉되는 측면이 있으나, 이는 형식적 증거력에 관한 증거법칙이 제대로 작동하기 위한 제도적 장치이므로, 이 정도로 직권탐지주의를 제한하는 것은 허용된다고 한다.[862]

---

859) Schreiber, in: MüKo ZPO, Bd. II, München 2020, §415 Rn. 1-4; Huber, in: Musielak/Voit, ZPO §416 Rn. 3-4 참조.

860) Kothe, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §98 Rn. 13, 15 참조.

861) Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO §98 Rn. 44, 51; Lang, in: Sodan/Ziekow, VwGO §98 Rn. 214-218; Rudisile, in: Schoch/Schneider, VwGO §98 Rn. 191-233 참조.

862) Rudisile, in: Schoch/Schneider, VwGO §98 Rn. 191 참조.

다만 통설에 의하더라도, 사문서의 진정성립에 관하여 증거신청인의 상대방에게 의견진술 의무를 부여하고 그 불이행 시의 자백간주를 규정한 민사소송법 제439조와, 사문서의 진정성립에 관한 다툼이 있을 때 증거신청인에게 (형식적) 증명책임이 있음을 규정한 제440조 제1항은, 직권탐지주의의 핵심적인 부분과 상충되는 조항이므로 행정소송에 준용될 수 없다고 한다.[863]

다. 상대방·제3자가 소지한 문서 제출에 관한 규정

민사소송법 제422조(민법에 따른 상대방의 제출의무) 증거신청인이 민법의 규정에 따라 문서의 인도 또는 제출을 요구할 수 있는 경우에는 상대방은 문서를 제출할 의무가 있다. **민사소송법 제423조(인용문서에 관한 상대방의 제출의무)** 상대방은 자신이 가지고 있는 문서를 소송에서 증명을 위하여 인용한 때에는 그 문서를 제출할 의무가 있고, 단지 준비서면에서만 인용한 때에도 동일하다. **민사소송법 제424조(상대방에 대한 문서제출신청)** 문서제출신청에는 다음 각호의 사항이 담겨야 한다. 1. 문서의 표시 2. 문서를 통해 증명하고자 하는 사실의 표시 3. 문서의 내용에 관한 가능한 한 완전한 표시 4. 문서를 상대방이 소지하고 있다는 주장을 뒷받침하는 사정에 관한 진술 5. 문서를 제출하여야 하는 의무의 원인에 관한 표시. 그 원인은 소명하여야 한다.
민사소송법 제429조(제3자의 제출의무) [1]제3자는 증거신청인의 상대방과 같은 이유로 문서를 제출할 의무가 있다; 제3자에 대하여는 소를 통해서만 문서 제출을 강제할 수 있다. [2]제142조의 적용은 영향을 받지 아니한다.

863) Rudisile, in: Schoch/Schneider, VwGO §98 Rn. 232 f.; Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO §98 Rn. 51 참조.

민사소송법은 제421조 내지 제433조에서 문서를 소송상대방 또는 제3자가 소지하고 있어 증거신청인이 이를 제출할 수 없는 경우 그 문서가 법원에 제출되도록 하는 절차에 관하여 여러 가지 규정을 두고 있다. 그런데 행정법원법에는 이와 상충하는 고유의 문서제출 규정이 있으므로, 이 규정들은 행정소송에 준용되지 않거나 제한적으로만 준용된다.

문서를 상대방[864]이 소지하고 있는 경우에는, 행정법원법에 이미 완결적인 규정이 있음을 이유로 민사소송법 제422조와 제423조의 준용을 부정하는 것이 통설이다.[865] 예를 들어, 상대방이 문서를 소지하고 있고 그 문서를 준비서면에 인용하였다면 행정법원법 제86조 제5항[866]에 따라 이를 제출할 의무가 있고, 법원은 같은 법 제87조 제1항 2문 제2호[867]에 따라 문서의 제출을 명할 수 있다. 문서를 상대방이 소지하고 있고 준비서면에 인용하지 않은 경우, 그 상대방이 행정청인 때에는 행정법원법 제99조에 따라 자료제출 요구를 할 수 있고, 행정청이 아닌 때에는 같은 법 제87조 제1항 2문 제2호 또는 제4호에 따라 문서제출명령을 할 수 있다.

---

864) 여기서의 '상대방'은 앞서 살펴본 바와 같이, 증거신청을 한 소송관계인과 반대되는 소송상 이익을 가진 다른 소송관계인을 의미한다.

865) Rudisile, in: Schoch/Schneider, VwGO §98 Rn. 216 f.; Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO §98 Rn. 50; Kothe, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §98 Rn. 14 참조.

866) **행정법원법 제86조(직권탐지주의; 석명의무; 준비서면)**

(5) [1]준비서면에는 그 서면에서 인용한 문서 또는 전자문서의 등본이나 초본을 첨부하여야 한다. [2]그 문서 또는 전자문서가 이미 상대방에게 알려져 있거나 아주 방대한 경우에는, 문서를 정확히 표시하고 법원에서 열람할 수 있음을 밝히는 것으로 족하다.

867) **행정법원법 제87조(준비절차)**

(1) [1]재판장 또는 주심판사는 소송을 가능하면 1회의 변론에서 종결하기 위하여 필요한 모든 명령을 변론 이전에 발하여야 한다. [2]재판장 또는 주심판사는 특히 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 할 수 있다.

2. 소송관계인에게 준비서면의 보정 또는 설명을 명하거나, 문서의 제출, 전자문서의 전송 및 그 밖에 법원에 보관시키기에 적합한 물건의 제출을 명하는 것; 특히 설명을 요하는 점에 관하여 설명을 위한 기간을 설정하는 것
4. 문서제출명령 또는 전자문서전송명령

상대방에 대한 문서제출명령을 신청할 때의 필수적 기재사항에 관하여 규정한 민사소송법 제424조도 행정소송에 적용되지 않는다. 문서제출명령의 전제가 되는 상대방의 제출의무에 관한 규정(제422조, 제423조)이 준용되지 않을 뿐 아니라, 행정법원법이 독자적인 문서제출명령 제도를 규정하고 있기 때문이다. 무엇보다도 직권탐지주의가 적용되는 행정소송에서 법원은 증거신청인이 민사소송법 제424조 각호(특히 제4호와 제5호)의 사항을 모두 기재하지 않았더라도 그 문서가 사실관계 규명에 필요하다고 판단되면 제출명령을 할 수 있다고 보아야 한다.[868]

소송관계인이 아닌 제3자가 문서를 소지하고 있는 경우, 그 제3자가 행정청이면 행정법원법 제99조가 적용된다. 그러나 행정청이 아닌 제3자에 대해서는 법원이 행정법원법 제87조 제1항 2문 제4호에 따라 직권으로 문서제출명령을 할 수 있는 것은 별론으로 하고, 증거신청인이 제3자에 대하여 문서제출의 소를 제기할 수 있도록 하는 민사소송법 제429조는 상충하는 규정이 없어 준용이 가능하다.[869]

라. 서증의 증명방해에 관한 규정

민사소송법 제427조(상대방이 문서를 제출하지 아니한 때의 효과)
[1]상대방이 문서제출명령에 따르지 않거나 법원이 제426조의 경우에 상대방이 문서의 소재를 주의 깊게 조사하지 않았다는 심증을 갖게 된 때에는, 증거신청인이 제출한 문서 사본을 진정한 것으로 인정할 수 있다. [2]문서의 사본이 제출되지 아니한 때에는 문서의 성질 및 내용에 관한 증거신청인의 주장이 증명된 것으로 인정할 수 있다.

868) Rudisile, in: Schoch/Schneider, VwGO §98 Rn. 218 참조.

869) Kothe, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §98 Rn. 14; Rudisile, in: Schoch/Schneider, VwGO §98 Rn. 223; Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO §98 Rn. 50 참조.

민사소송법 제444조(문서훼손의 효과)
당사자가 상대방의 사용을 방해할 의도로 문서를 훼손하여 버리거나 이를 사용할 수 없게 한 때에는, 문서의 성질 및 내용에 관한 상대방의 주장은 증명된 것으로 인정할 수 있다.

민사소송법에는 서증에 대한 증명방해의 효과를 규정한 조문이 두 개 있다. 민사소송법 제427조는 상대방이 문서제출명령을 불이행하거나 문서탐색의무를 제대로 이행하지 않은 경우에 대하여 증거법상의 제재를 정한 규정으로서, 종국에는 증거신청인이 주장한 문서의 성질과 내용을 증명된 것으로 인정할 수 있도록 한다. 민사소송법 제444조는 상대방이 문서를 의도적으로 훼손한 경우에 관한 규정으로, 제427조와 동일한 효과를 규정하고 있다.

이 조항들은 행정소송에도 준용된다.[870] 검증 방해의 효과에 관한 제371조 제3항과 마찬가지로, 민사소송법상 증명방해에 대한 제재 조항은 행정소송에서 소송관계인들의 협력의무 불이행에 대한 제재로서 기능한다. 그럼으로써 위 규정들은 법원의 사실조사의무와 소송관계인들의 협력의무 사이의 관계를 구체화한다.[871]

870) Rudisile, in: Schoch/Schneider, VwGO §98 Rn. 221, 237; Kothe, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §98 Rn. 15; W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO §98 Rn. 19 참조.

871) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 337 참조.

제5절 화해

1. 소송상화해

가. 행정법원법상 소송상화해의 규율 체계

행정법원법 제106조(재판상화해)
[1]화해의 대상에 대한 처분권이 있는 한, 소송관계인은 법적 분쟁의 전부 또는 일부를 해결하기 위하여 법원·수명법관·수탁판사의 조서에 기재함으로써 화해를 성립시킬 수 있다. [2]재판상화해는 결정의 형식으로 행해진 법원·재판장·주심판사의 화해안을 소송관계인이 법원에 대하여 서면으로 수용하는 방식에 의하여도 성립시킬 수 있다.

독일의 행정소송상 화해는 앞서 본 것처럼 소송법상의 소송행위임과 동시에 실체법상의 화해계약에 해당한다. 따라서 행정소송상 화해가 효력을 가지려면, 소송행위로서 갖추어야 할 형식적 요건과 공법상 계약으로서 갖추어야 할 실질적 요건을 모두 충족해야 한다.[872] 여기서 소송행위로서의 형식적 요건이란, 행정법원법이 예정한 소송상화해의 두 가지 방식[873] 중 어느 하나를 취하고 그 방식에 따른 절차규정을 준수하며,[874] 관계인능력·소송능력·변론능력과 같은 소송행위의 일반요건을 갖추어야 함을 의미한다.[875]

---

872) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §36 Rn. 23; Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO §106 Rn. 6 참조.

873) 행정법원법상 소송상화해는 소송관계인이 합의한 내용을 재판기일에서 진술하여 조서에 기재되도록 하는 방식(제106조 1문)과, 법원이－우리나라의 화해권고결정과 유사한－화해제안결정을 하고 소송관계인이 서면으로 이를 수용하는 방식(제106조 2문)의 두 가지가 있다.

874) 예컨대, 화해조서를 작성할 때에는 행정법원법 제105조를 통해 준용되는 민사소송법 제159조 이하의 조서 관련 규정을 준수해야 한다. 방식과 관련된 절차요건에 관하여는 Ortloff, in: Schoch/Schneider, VwGO §106 Rn. 30-37 참조.

그러나 행정소송상 화해의 독자성은 공법상 계약으로서의 실질적 요건에서 드러난다. 행정법원법 제106조 1문은 소송상화해의 요건으로 화해의 대상에 관하여 '처분권'이 있을 것을 요구한다. 그런데 통설·판례에 따를 때 피고 행정청에 처분권이 있다는 것은, 피고 행정청이 토지관할·사물관할에 따라 화해의 대상에 관하여 추상적 결정권한을 가질 뿐만 아니라, 행정의 행위형식으로 공법상 계약이 허용되는 경우를 의미한다.[876] 이 법리를 통해 행정소송상 화해의 실질적 요건은 행정절차법 제54조 이하에 규정된 공법상 계약의 허용요건과 연결되는데, 아래에서 보는 바와 같이 공법상 화해계약은 행정에 대한 법적 구속으로 인해 민법상 화해계약보다 허용 범위가 좁다.

행정절차법 제54조(공법상 계약의 허용성) [1]공법 영역에 있어서의 권리관계는, 법규정에 위반되지 아니하는 한, 계약에 의하여 발생·변경·소멸할 수 있다(공법상 계약). [2]특히 행정청은, 행정행위를 발하여야 할 당사자와 행정행위에 갈음하여 공법상 계약을 체결할 수 있다.
행정절차법 제55조(화해계약) 제54조 2문에서 말하는 공법상 계약으로서, 사실관계 또는 법적 상태를 합리적으로 판단하더라도 존재하는 불명확성을 상호 양보를 통해 제거하는 계약(화해)은, 행정청이 의무합치적 재량에 따를 때 화해를 체결하는 것이 불명확성의 제거를 위하여 합목적적이라고 판단할 경우에 체결할 수 있다.
행정절차법 제58조(제3자 및 행정청의 동의) (1) 제3자의 권리를 침해하는 공법상의 계약은, 제3자가 서면으로 이에 동의한 때에 비로소 효력을 발생한다. (2) 법규정에 따라 다른 행정청의 허가·동의·합의를 필요로 하는 행정행위

875) Michael Dolderer, Der Vergleich vor dem Verwaltungsgericht, in: FS-Maurer, 2001, S. 616 f., 619 f.; Kothe, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §106 Rn. 14 참조.

876) Reinhard Franke, Der gerichtliche Vergleich im Verwaltungsprozeß, Frankfurt a.M. 1996, S. 51-74; Kothe, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §106 Rn. 3-4; Michael Dolderer, Der Vergleich vor dem Verwaltungsgericht, in: FS-Maurer, 2001, S. 617-619; Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO §106 Rn. 9-14 참조.

에 갈음하여 공법상 계약을 체결하는 경우에는, 다른 행정청이 법규정에 규정된 형식대로 협력한 이후에야 비로소 효력이 발생한다.
행정절차법 제59조(공법상 계약의 무효) (1) 공법상 계약은 민법전 규정의 준용으로 무효가 되는 경우에는 무효로 한다. (2) 제54조 2문에서 말하는 계약은 다음 각호의 경우에도 무효로 한다. 1. 상응되는 내용의 행정행위가 있다고 가정할 때 그것이 무효인 경우 2. 상응되는 내용의 행정행위가 있다고 가정할 때 그것이 제46조에서 말하는 절차상·형식상 하자를 이유로 하여서만 위법하게 된 것이 아니고, 그런 사정을 계약체결자들이 알고 있었던 경우 3. 화해계약의 체결을 위한 요건이 존재하지 아니하고, 또한 상응되는 내용의 행정행위가 있다고 가정할 때 그것이 제46조에서 말하는 절차상·형식상 하자를 이유로 하여서만 위법하게 된 것이 아닌 경우 4. 행정청이 제56조에 따라 허용되지 아니하는 반대급부를 약속한 경우

우선 행정절차법 제54조는 법규정에 위반되지 않는 한 공법상 법률관계가 계약에 의하여 발생·변경·소멸할 수 있다고 규정하고(1문), 특히 행정행위의 상대방이 되었을 사람과 행정행위를 갈음하는 공법상 계약을 체결할 수 있음을 명시함으로써 권력행정 영역에서 이른바 종속적 계약(subordinations-rechtlicher Vertrag)이 가능함을 선언하고 있다(2문).[877] 그리고 행정절차법 제55조는 종속적 계약의 성격을 띤 화해계약의 요건에 관하여 규정하고 있는데, 행정행위에 대한 취소소송에서 소송상화해가 성립하면 실체법적으로 종속적 계약의 성격을 띤 화해계약에 해당하므로, 결국 행정절차법 제55조에 규정된 화해계약의 요건은 취소소송에서의 소송상화해의 실질적 요건이 된다.[878] 즉, ① 사실관계 또는 법적 상태에 관하여 합리적인 판단에 의하더라도 불명확성이 존재하여야 하고, ② 상호 양보를 통해 불명확성을 제거하는

877) Rozek, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, Loseblatt, München, Stand: Juli 2021 (1. Ergänzungslieferung), VwVfG §54 Rn. 74-82 참조.
878) Rozek, in: Schoch/Schneider, VwVfG §55 Rn. 11 참조.

것을 계약의 내용으로 삼아야 하며, ③ 행정청의 의무합치적 재량에 따를 때 화해계약을 체결하는 것이 합목적적이어야 한다.

행정절차법상 화해계약의 요건은 민법상 화해계약의 요건보다 엄격하다. 민법전 제779조에 따른 화해계약에서 불명확성이란 분쟁당사자를 기준으로 한 주관적 불명확성을 의미하는 데 비하여,[879] 행정절차법 제55조에 따른 화해계약에서는 합리적인 판단에 의하더라도 불명확성이 존재하여야 하므로, 분쟁당사자와 객관적 평균인의 관점을 동시에 고려하는 '객관화된 주관적 기준'에 따른다.[880] 그뿐 아니라 불명확성의 존부 판단에서 행정은 시민보다 더 엄격한 기준을 적용받는다.[881] 따라서 사실관계에 불명확성이 있다고 하려면 불명확한 사실관계를 추가로 규명하는 데 과도한 비용이 든다는 점까지 인정되어야 하고, 법적 상태의 불명확성이 인정되려면 법규정의 해석·적용에 실질적 논란이 있고 최고심법원의 판례가 없어야 한다.[882] 그리고 이러한 요건이 갖추어져도 행정청의 의무합치적 재량에 따를 때 합목적적이라고 판단되는 경우에만 화해계약 체결이 허용되고, 이에 관하여는 행정절차법 제40조의 일반적인 재량하자 이론이 적용된다.[883]

또한 공법상 계약의 효력요건에 관하여 규정하고 있는 행정절차법 제58조 및 제59조와 관련하여, 행정소송상 화해의 실체법상 무효 사유를 여러 가지 상정할 수 있다. ① 먼저 소송상화해가 행정절차법 제55조에 규정된 화해계약의 요건－사실관계 또는 법적 상태의 불명확성－을 충족하지 못하고, 그 소송상화해와 동일한 내용의 행정행위가 있다고 가정할 때 절차상·형식상 하자에 한하지 않는 단순위법이 있는 경우에는, 그 소송상화해는 무효이다(행정절차법 제59조 제2항 제3호). ② 소송상화해와 동일한 내용의 행정행위

---

879) Habersack, in: MüKo BGB, Bd. VII, 8. Aufl., München 2020, §779 Rn. 25 참조.

880) Rozek, in: Schoch/Schneider, VwVfG §55 Rn. 31 참조.

881) Rozek, in: Schoch/Schneider, VwVfG §55 Rn. 33 참조.

882) Michael Dolderer, Der Vergleich vor dem Verwaltungsgericht, in: FS-Maurer, 2001, S. 614; Rozek, in: Schoch/Schneider, VwVfG §55 Rn. 34-37 참조.

883) Rozek, in: Schoch/Schneider, VwVfG §55 Rn. 42-46 참조.

가 있다고 가정할 때 그 행정행위가 중대·명백한 하자로 인하여 당연무효인 경우에는, 그 소송상화해는 무효이다(행정절차법 제59조 제2항 제1호). ③ 소송상화해와 동일한 내용의 행정행위가 있다고 가정할 때 그 행정행위에 절차상·형식상 하자에 한하지 않는 단순위법이 존재하고, 그러한 사실을 화해당사자인 원고와 피고 행정청이 알고 있었던 경우에는, 그 소송상화해는 무효이다(행정절차법 제59조 제2항 제2호).[884]

그뿐 아니라 ④ 민법전 제134조에 따른 법률상 금지규정을 위반하거나 민법전 제138조에 따른 선량한 풍속에 반하는 등 민법전에 따른 무효 사유가 있으면, 소송상화해는 무효이다(행정절차법 제59조 제1항). ⑤ 행정이 계약의 형식으로 행위하는 것이 법령상 금지되는 사항에 관한 소송상화해는 무효이다(행정절차법 제59조 제1항, 민법전 제134조, 행정절차법 제54조 1문).[885] ⑥ 소송상화해의 내용이 제3자의 권리를 침해하는 것이거나, 법령상 다른 행정청의 동의 등을 요하는 행정행위를 갈음하는 것일 때, 그 제3자나 다른 행정청의 동의 등이 없으면 그 소송상화해는 무효이다(행정절차법 제58조).

이처럼 행정소송상 화해의 실질적 요건을 갖추는 것은 민사소송상 화해보다 어렵고, 피고 행정청이 실체법적으로 유효하게 소송상화해를 맺을 수 있는 범위는 협소하다. 이는 피고 행정청이 법률과 법에 구속됨으로 말미암아 원고인 시민과 동일한 정도로 실체법상 처분권을 갖지 못하기 때문이다.[886] 즉, 행정이 소송상화해라는 수단을 통해 법치국가 원리에 따른 구속을 면하도록 해서는 안 된다. 이러한 구속을 유지하는 것이 행정법원법 제106조 1문의 '처분권'이라는 문언을 통해 강조되는 것이다.[887]

---

884) 가령 원고인 시민과 피고 행정청이 결탁하여 고의로 위법한 내용의 소송상화해를 맺는 경우가 있을 수 있다. Wolfgang Meyer-Hesemann, Die Zulässigkeit gesetzesinkongruenter verwaltungsrechtlicher Vergleichsverträge und Prozessvergleiche, DVBl. 1980, S. 872 참조.

885) 예컨대, 공무원의 임명·퇴직이나 국적법상 국적의 취득 또는 이탈에 관한 사항은 계약의 형식으로 할 수 없다. Rozek, in: Schoch/Schneider, VwVfG §54 Rn. 65-69 참조.

886) Reinhard Franke, Der gerichtliche Vergleich im Verwaltungsprozeß, Frankfurt a.M. 1996, S. 52; Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO §106 Rn. 9-13 참조.

이 같은 행정소송상 화해의 형식적 요건과 실질적 요건을 모두 갖추면, 앞서 제4장 제4절 2. 라.에서 본 것처럼 곧바로 실체적 법상태가 변경되면서 소송이 종료되고, 소송상화해는 집행력을 갖는다. 다만, 통설·판례는 소송상화해는 법원의 판단작용이 개재되지 않은 채 소송관계인 사이의 합의에 따라 성립되는 것이라는 이유로 소송상화해에 기판력을 인정하지 않는다.[888]

반면에 행정소송상 화해가 실질적 요건을 갖추지 못하여 공법상 계약으로서의 효력이 없는 것으로 판명되면, 이것이 소송행위로서의 효력에도 영향을 미쳐 소송종료의 효과나 집행권원으로서의 집행력이 상실되고, 소송은 속행된다. 그러나 반대로 실질적 요건을 갖추어 공법상 화해계약으로 유효하게 성립한 때[889]에는, 형식적 요건이 결여되어 소송행위로서는 무효이더라도 그 실체법적인 효력에는 영향이 없다. 따라서 소송종료의 효과는 없다 하더라도 소송외화해로 존속하게 된다.[890]

나. 민사소송법상 소송상화해 규정의 준용 여부

상술한 바와 같이 행정소송상 화해는 행정소송의 객관적 통제 기능과 충돌할 여지가 있고, 법치국가 원리, 권력분립 원리 및 민주주의 원리로 인한 한계를 지닌다. 또한 구체적인 법제도로서의 행정소송상 화해는 위와 같은 한계를 감안하여 엄격한 실질적 요건을 충족해야만 성립할 수 있게 설계되어

---

887) Michael Dolderer, Der Vergleich vor dem Verwaltungsgericht, in: FS-Maurer, 2001, S. 617 ff.; Wolfgang Meyer-Hesemann, Die Zulässigkeit gesetzesinkongruenter verwaltungsrechtlicher Vergleichsverträge und Prozessvergleiche, DVBl. 1980, S. 870 f. 참조.

888) Dieter Lorenz, Verwaltungsprozessrecht, Berlin·Heidelberg 2000, §36 Rn. 31; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, §131 Rn. 30 참조.

889) 다만, 소송상 효과 없이도 그와 같은 내용의 계약을 체결하였으리라는 소송관계인들의 가정적 의사가 인정되어야 한다. Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO §106 Rn. 27 참조.

890) 이 문단의 내용에 관하여는 Ortloff, in: Schoch/Schneider, VwGO §106 Rn. 54-57, 65-67; Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO §106 Rn. 24-27 참조.

있고, 피고 행정청이 실체법적으로 유효하게 소송상화해를 맺을 수 있는 범위는 좁다. 다시 말해 행정법원법은 행정소송상 화해에 관하여 행정소송의 특성에 맞는 독자적 규율시스템을 갖추고 있다.

행정소송상 화해의 독자성은 소송상화해의 당사자 범위에서도 드러난다. 민사소송법 제794조 제1항 제1호는 소송당사자 사이의 화해뿐만 아니라 소송당사자 일방과 제3자 사이의 화해도 집행권원이 될 수 있다고 규정하고 있으므로, 민사소송상 화해에서는 제3자가 화해의 당사자로 포함될 수 있다. 그러나 행정소송상 화해에는 행정법원법 제63조의 소송관계인만 관여할 수 있다. 즉, 참가를 통해 소송관계인이 되지 않은 제3자는 소송상화해에 관여할 수 없고, 소송외의 제3자가 관여하여 소송상화해가 성립되었다 하더라도 실체법상 계약으로서의 효력은 별론으로 하고 집행권원으로서의 효력은 갖지 못한다.[891]

이처럼 행정소송상 화해는 완결적인 규율체계를 갖추고 있으므로, 민사소송법상 소송상화해 규정을 통해 보충하거나 수정할 만한 규율의 공백은 존재하지 않는다.[892]

2. 그 밖의 민사소송법상 화해 관련 규정

민사소송법 제278조(화해를 통한 분쟁해결, 화해변론, 화해)

(1) 법원은 절차의 모든 단계에서 소송 또는 개별 쟁점의 화해적인 해결을 도모하여야 한다.

(2) [1]소송의 화해적 해결을 위하여 화해변론은 변론에 선행하며, 다만 재판외의 화해기관에서 이미 합의가 시도되었거나 화해변론이 명백히 가망 없어 보이는 경우에는 그러하지 아니하다. …(이하 생략)

---

891) Kothe, in: Redeker/von Oertzen, VwGO §106 Rn. 6 참조.

892) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 530-531 참조.

(3) ~ (4) (생략) (5) [1]법원은 화해변론 및 그 밖의 화해시도를 위하여, 그 업무를 담당하되 재판할 권한은 없는 법관(화해전담판사)에게 당사자들을 보낼 수 있다. [2]화해전담판사는 조정을 포함하여 분쟁해결을 위한 모든 수단을 동원할 수 있다. (6) (생략)
민사소송법 제278a조(조정, 재판 외 분쟁해결) (1) 법원은 당사자에게 조정 또는 다른 재판 외 분쟁해결절차를 제안할 수 있다. (2) 당사자가 조정 또는 다른 재판 외 분쟁해결절차를 진행하기로 결정하면, 법원은 소송절차의 정지를 명한다.
행정법원법 제173조(법원조직법 및 민사소송법의 준용) [1]이 법에 소송절차에 관한 규정이 없는 경우, 양 소송절차의 근본적인 차이로 인하여 그 적용이 배제되지 않는 한, 법원조직법과 민사소송법(제278조 제5항 및 제278a조 포함)을 준용해야 한다. …(이하 생략)

독일 민사소송법은 2000년 이후 조정·화해를 활성화하는 방향으로 개정되어 왔다. 먼저 2001년에 민사소송개혁법[893]을 통해 민사소송법이 대폭 개정되면서 민사소송법 제278조에 화해를 통한 분쟁해결에 관한 조항을 신설하였다. 민사소송법 제278조 제1항은 화해를 통한 분쟁해결이 민사소송의 일반원칙임을 선언하고 있다. 같은 조 제2 내지 4항에서는 본안에 관한 변론 전에 선행되어야 하는 화해변론 절차를 구체적으로 규정하고 있는데, 이 절차는 노동법원법을 모델로 삼은 것이다.[894] 이후 2012년에는 이른바 조정활성화법[895]을 통해 민사소송법 제278조 제5항이 개정되어 화해전담판사에 의

893) Gesetz zur Reform des Zivilprozess vom 27.07.2001 (BGBl. I S. 1887, in Kraft seit 01.01.2002).

894) Engers, in: Hannich/Meyer-Seitz, ZPO-Reform 2002 mit Zustellungsreformgesetz, München 2002, ZPO §§ 278, 279 Rn. 3-58 참조.

895) Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vom 21.07.2012 (BGBl. I S. 1577, in Kraft seit 26.07.2012).

한 법원 내 조정제도가 도입되었고, 조정을 비롯한 재판 외 분쟁해결절차에 관하여 규정하는 제278a조가 신설되었다.[896]

한편, 2001년 민사소송법 개정으로 화해를 통한 분쟁해결에 관한 제278조가 신설된 후, 행정소송 실무계와 학계에서는 위 신설조항이 행정법원법 제173조 1문을 통해 행정소송에 준용될 수 있는지를 두고 논란이 일었다. 제173조 1문은 준용 당시에 시행 중인 민사소송법을 준용대상 규정으로 하는 동적 준용규정(dynamische Verweisung)[897]이므로,[898] 민사소송법에 신설조항이 생긴 이상 제173조 1문에서 정한 준용요건을 갖추었다면 준용이 가능하다고 볼 수 있다. 그러나 한편, 민사소송법에 위와 같은 조항을 신설하면서 행정법원법에 유사한 규정을 신설하지 않은 것은, 화해변론 절차가 행정소송에 맞지 않는다는 입법자의 결단으로 보아야 한다는 견해도 있었다.[899]

그런데 입법자는 2012년 조정활성화법을 통해 민사소송법 제278조 제5항을 개정하고 제278a조를 신설하면서, 위 조항들이 행정소송에 준용된다는 점을 명확히 하고자 행정법원법 제173조 1문도 함께 개정하여 "민사소송법"이라는 단어 뒤에 "제278조 제5항 및 제278a조 포함"(einschließlich §278 Absatz 5 und §278a)이라는 문구를 추가하였다.[900] 이러한 입법형식에 대해서는 비판이 있다. 행정법원법 제173조 1문은 민사소송법 전체를 준용대상 규정으로 하되 준용유추의 요건을 갖추어야 준용이 가능하도록 되어 있는 일반준용규정인데, 입법자가 그 조문 안에 민사소송법의 특정 조항을 구체적으로 인용하면서 그 조항이 특별한 유보조건 없이 준용될 것을 의도한다면, 그것은 일

---

896) Ulrici, in: MüKo ZPO, Bd. I, München 2020, §278a Rn. 2 참조.

897) 동적 준용규정(dynamische Verweisung)이란, 준용대상 규정이 장래에 개정·변경될 것까지 예견하여 준용 당시에 통용되는 규정이 준용되도록 하는 규정을 말한다. 이에 반하여 정적 준용규정(statische Verweisung)이란, 어떤 특정 시점을 적시하여 그 당시의 규정이 준용되도록 하는 규정을 말한다. 김중권, 다른 법규범의 적용·준용(지시)의 공법적 문제점에 관한 소고, 법제연구 제20호, 2001, 144-145면 참조.

898) Meissner/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO §173 Rn. 29 참조.

899) Meissner/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO §173 Rn. 29 참조.

900) Braun Binder, in: Sodan/Ziekow, VwGO §173 Rn. 19 참조.

반준용규정의 성격에 맞지 않다는 것이다.[901] 그러나 입법형식에 부적절한 측면이 있다 하더라도 위 개정으로 입법자의 의도는 명확해졌다. 입법자는 민사소송과 행정소송의 절차상 차이가 화해전담판사에 의한 법원 내 조정과 재판 외 분쟁해결절차의 도입을 배제하지는 않는다고 보았고, 행정소송에도 조정·화해의 활성화가 필요하다고 결단하였다. 따라서 통설은 제278조 제5항 및 제278a조의 준용 문제는 위 개정을 통해 입법적으로 해결된 것으로 보고 있다.[902]

반면에 화해를 통한 분쟁해결이 민사소송의 일반원칙임을 선언하는 민사소송법 제278조 제1항 및 구체적인 화해변론 절차를 규정하는 같은 조 제2내지 4항에 대하여는, 행정소송상 화해의 허용 범위가 민사소송보다 좁은 점, 행정법원법이 이미 변론의 준비와 진행에 관한 완결적인 규율시스템을 갖추고 있고(제87조, 제95조, 제103조), 그 속에서 법원이 충분히 화해를 통한 분쟁해결을 시도할 수 있는 점, 입법자가 2012년 개정 당시 민사소송법 제278조 중에서 제5항만을 준용대상 규정으로 삽입한 점 등을 근거로, 행정소송에 준용되지 않는다고 보는 것이 대체적인 견해이다.[903]

제6절 소결

이상의 내용을 종합해 보면, 행정소송 제도를 이루는 개별 규율영역의 독자성과 민사소송법 규정의 준용 여부 사이에는 일정 정도의 상관관계가 있음을 알 수 있다. 그리고 이러한 상관관계는 입법자의 의사와 판례·학설의

---

901) Jakob Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 206-207, 532 참조.

902) Kraft, in: Eyermann, VwGO §173 Rn. 5; W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO §173 Rn. 4a; Braun Binder, in: Sodan/Ziekow, VwGO §173 Rn. 19 참조.

903) Riese, in: Schoch/Schneider, VwGO §87 Rn. 16; Meissner/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO §173 Rn. 210; Jakob Nolte, a.a.O., S. 533 ff. 참조.

해석론을 통해 드러난다.

보전처분에 관한 민사소송법상 규정의 준용 문제는 독일 행정소송의 첫 번째 기둥인 '소송의 대상·유형'과 관련이 있는데, 이 영역은 독자성이 약한 부분과 강한 부분이 섞여 있는 영역이다. 즉, 행정소송상 가구제 중 집행정지는 침익적 행정행위의 특수성에 기초한 제도로서 독자성이 강하므로, 입법자는 행정법원법에 자족적인 규정을 마련함으로써 규율의 공백을 없앴고, 이 부분에 대한 민사소송법 규정의 준용을 긍정하는 해석론도 없다. 반면에 가명령은 민사가처분에 대한 관계에서 독자성이 약하므로, 입법자는 유보조건 없는 특별준용규정을 두어 민사소송법 규정이 준용되도록 하였고, 해석론상으로도 준용 과정에서 수정이 많이 이루어지지 않는다.

반면에 제3자의 소송참가에 관한 민사소송법 규정의 준용 문제는 독일 행정소송의 세 번째 기둥인 '소송법관계'와 관련이 있는데, 이 영역은 상대적으로 강한 독자성을 띠는 영역이다. 즉, 입법자는 계쟁 행정작용을 둘러싼 多極的 이해관계에 관한 포괄적 사법심사가 가능하도록 행정법원법 제65조에 소송참가 제도를 규정하였다. 그러므로 행정소송상 참가 제도의 기능은 민사소송법에 규정된 각종 소송참가 제도가 담당하는 역할을 포괄한다. 판례와 학설도 이러한 입법자의 의사에 발맞추어 민사소송법상 제3자의 소송참가에 관한 규정은 규율의 공백이나 유사성 요건이 충족되지 않아 행정소송상 참가에 준용될 수 없다고 본다.

민사소송법상 변론주의의 내용과 보완장치에 관한 규정 및 증거조사에 관한 규정의 준용 문제는 독일 행정소송의 네 번째 기둥인 '심리원칙' 중에서 직권탐지주의와 관련이 있다. 즉, 재판상 자백 및 자백간주와 같이 변론주의의 핵심 내용에 속하는 규정은 직권탐지주의와 배치되므로 규율의 공백과 유사성이 인정되지 않아 준용이 불가하고, 실질적 소송지휘에 관하여는 입법자가 이미 행정법원법에 자족적인 규정을 두었으므로 규율의 공백이 없어 민사소송법 규정이 준용되지 않는다. 다만, 당사자의 진실의무는 행정법원법에 규율의 공백이 존재할 뿐만 아니라 소송관계인의 협력의무와 유사성이 인정

되며, 행정소송에서 법원이 사실관계를 규명하는 데 도움이 되므로 준용이 허용된다. 증거조사의 경우 입법자는 행정법원법 제98조의 특별준용규정을 통해 민사소송법 규정을 광범위하게 준용하도록 하면서도, 상충하는 규정이 없을 것이라는 소극적 요건을 두었다. 행정법원법의 어느 규정이 상충하는 규정인지에 관한 해석은 판례와 학설에 맡겨져 있는데, 가장 대표적인 상충하는 규정은 직권탐지주의에 관한 규정이다.

민사소송법상 화해 관련 규정은 '심리원칙' 중 처분권주의와 관련이 있다. 독일의 행정소송상 화해는 독자적이고 완결적인 규율체계를 갖추고 있으므로, 민사소송법상 소송상화해 규정을 통해 보충하거나 수정할 만한 규율의 공백이 존재하지 않는다. 한편, 입법자는 화해전담판사에 의한 법원 내 조정과 재판 외 분쟁해결절차가 행정소송에도 필요하다고 보았으므로, 행정법원법 제173조 1문의 일반준용규정을 개정하여 민사소송법 제278조 제5항과 제278a조를 준용대상 규정에 명시적으로 포함하였다.

이로써 제2장에서 살펴본 행정법원법의 세분화된 준용체계와 제3장 및 제4장에서 살펴본 독일 행정소송의 기능상·절차상 독자성 간의 관계가 명확해졌다. 세 가지 유형의 준용규정으로 이루어진 준용체계는 입법자가 개별 규율영역의 독자성 정도에 따라 민사소송법 규정의 준용 여부 및 범위를 정하는 도구이다. 입법자가 그와 같이 정해놓은 준용체계 속에서, 판례와 학설은 개별 규율영역별로 독자성의 의미와 정도를 살펴 개개의 준용규정에 관한 해석론을 펼친다.

제6장 우리나라에의 시사점

제6장에서는 독일 행정소송의 독자성과 구체적인 민사소송법 규정의 준용 문제에 관한 논의를 토대로 하여, 우리나라 행정소송에서 민사소송법의 준용 문제에 관한 시사점을 추출하고자 한다. 먼저 제1절에서는 독일 행정소송에 비추어 볼 때 우리나라 행정소송이 민사소송에 대한 관계에서 어느 정도의 독자성을 띠고 있는지 고찰하도록 한다. 다음으로 제2절에서는 우리나라의 민사소송법 규정을 행정소송에 준용하는 문제와 관련하여 독일 행정법원법의 세분화된 준용체계를 참고삼아, 행정소송법 자체의 독자성과 자족성이 떨어지는 우리 현실에 적용할 수 있는 이른바 2단계 심사기준을 제시하고, 그 심사기준의 적용례를 개개의 주제별로 살펴보도록 하겠다.

제1절 우리 행정소송의 독자성에 관한 비교법적 고찰

제1절에서는 우리나라 행정소송이 민사소송에 대한 관계에서 어느 정도의 기능상·절차상 독자성을 띠고 있는지를 독일 행정소송과의 비교 속에서 고찰하고자 한다. 그런데 앞서 제4장에서는 독일 행정소송의 핵심을 이루는 4개의 기둥, 즉 ① 소송의 대상과 유형, ② 소송의 구조, ③ 소송법관계, ④ 심리원칙을 중심으로 하여 민사소송에 대한 독자성을 살펴보았다. 그리고 이 4개의 기둥은 일본을 거쳐 독일법을 계수한 우리 행정소송의 독자성을 고찰하는 데에도 유용한 기준이 된다. 그러므로 이하에서는 위 네 가지 측면을 중심으로 독일 제도와 우리 제도를 비교하도록 한다.

1. 소송의 대상과 유형

가. 재판관할과 소송유형

1) 재판관할

독일은 사법권이 분야별로 나뉜 다원적 구조를 띠고 있는 관계로, 행정재판권이 민사재판권과 분할되어 있다. 그런데 19세기에 외견적 입헌군주제와 국고이론의 영향으로 행정소송의 독자적 발전이 더디게 진행됨에 따라, 행정법원의 재판관할은 지배복종관계 하에서 발하여지는 '행정행위'에 대한 취소소송을 중심으로 협소하게 형성되어 있다. 반면에 행정상 손해배상·손실보상 사건과 국고행정관계에 관한 사건은 공익 실현을 목적으로 하는 행정작용과 관련된 사건임에도, 2차적 권리구제 수단이라거나 私法 형식의 행정작용이라는 이유로 현행 법령과 판례상 일반법원의 재판관할에 속한다.

우리나라의 행정재판권은 대법원과 각급 법원으로 구성된 사법부에 속한다. 민사소송법과 별도로 행정소송법이 마련되어 있어 행정소송의 절차적 배타성이 인정되고, 뒤에서 보는 바와 같이 제1심 전문법원으로 서울행정법원이 설치되어 있다. 그러나 행정법원은 대법원을 정점으로 하는 일원적인 사법부의 산하 전문법원에 불과하므로, 독일과 달리 사법부 안에서 재판분야가 나뉘어 있지 않다.[904]

행정재판권의 범위도, 일본을 거쳐 계수한 독일법의 영향을 받아 지배복종관계를 중심으로 협소하게 형성되어 있다. 예컨대, 행정상 손해배상청구소송, 공법상 부당이득반환소송, 개별법에 보상금결정의 방법 및 불복절차에 관하여 아무런 규정이 없는 행정상 손실보상금청구소송 등에 관하여, 대다수 학설은 공법상 법률관계에 관한 소송이므로 당사자소송에 의하여야 한다고 보지만,[905] 판례는 지금껏 이러한 유형의 사건을 민사소송으로 처리해 왔다.[906]

---

904) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 114-115면 참조.

905) 김동희·최계영, 행정법 I(제26판), 2021, 136-137면, 549-551면, 628-629면; 이

물론 하천법 부칙에 따른 손실보상청구권을 공법상 권리로 보아 당사자소송에 의하도록 하거나,[907] 부가가치세 환급세액 지급의무를 민사상 부당이득 반환의무가 아니라 부가가치세법령의 규정에 의하여 발생하는 공법상 의무로 보아 당사자소송에 의하도록 하는[908] 등의 변화가 엿보이긴 하지만, 이러한 변화가 전면적으로 나타나고 있지는 않다.[909]

또한 독일법상 국고행정관계로 분류되는 공공조달계약과 관련하여, 판례는 부정당업자 입찰참가자격 제한조치에 대해서는 대체로 처분성을 인정하여 취소소송의 대상이 된다고 보는 데 비하여,[910] 낙찰자결정과 그에 기한 공공조달계약의 효력을 다투는 소송은 민사소송에 의하여야 한다고 본다.[911] 그러나 이러한 판례의 입장을 비판하면서 공공조달계약의 공법적 성격을 인정하고 그와 관련한 분쟁을 행정소송에 의하여야 한다는 견해도 유력하다.[912]

현수, 공법상 당사자소송의 연원과 발전방향, 일감법학 제32호, 2015, 338-342면 참조.

906) 법원행정처, 법원실무제요 행정, 2016, 160-168면 참조.

907) 대법원 2006. 5. 18. 선고 2004다6207 전원합의체 판결 참조.

908) 대법원 2013. 3. 21. 선고 2011다95564 전원합의체 판결 참조.

909) 한편, 2004년 대법원이 마련한 행정소송법개정안, 2007년 법무부가 국회에 제출한 개정안과 2012년 법무부 행정소송법개정위원회가 마련한 개정안은 모두 행정상 손해배상청구, 행정상 손실보상청구, 공법상 부당이득반환청구 등 공법상 법률관계에 관한 소송을 당사자소송의 유형에 포함시켰다. 김중권, 권리구제확대를 위한 획기적인 전환의 마련 - 잠정적 권리구제방도의 확대와 개선 및 당사자소송의 활성화와 관련해서, 행정소송법 개정 공청회 자료집, 법무부, 2012, 58-65면 참조.

910) 대법원은 국가와 지방자치단체의 입찰참가자격 제한조치에 대해서는 오래전부터 처분성을 인정해 왔다(대법원 1979. 10. 30. 선고 79누253 판결 등 참조). 다만, 공공기관과 관련하여서는, 1999. 2. 5. 구 정부투자기관 관리기본법(현행 공공기관의 운영에 관한 법률)이 개정된 뒤로 공기업·준정부기관의 입찰참가자격 제한조치는 처분성을 인정하고, 기타 공공기관의 조치는 처분성을 부인하는 경향이다(대법원 2010. 11. 26. 자 2010무137 결정, 대법원 2013. 9. 12. 선고 2011두10584 판결 등 참조). 이원우, 공기업의 의의와 공법적 통제의 법적 과제, 공법연구 제45집 제3호, 2017, 298-300면 참조.

911) 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604 판결 등 참조.

912) 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 2005, 221-241면; 김대인, 재정행정법과 국제

2) 소송유형

독일의 경우 국고작용 등 私法 형식에 의해 이루어지는 행정작용에 대한 재판권이 일반법원에 있는 관계로 행정재판권의 범위는 좁은 편이지만, 적어도 公法적 행정작용은 종류에 상관없이 행정소송의 대상이 된다. 취소소송과 의무이행소송의 대상이 되는 행정행위(와 그 거부·부작위) 개념은 규율대상의 개별성과 법적 효과의 직접성을 징표로 하여 협소하게 정해져 있지만(행정절차법 제35조 1문),[913] 행정행위에 해당하지 않는 행정작용에 대해서도 법률과 판례를 통해 일반이행소송, 예방적 금지소송, 확인소송 등의 소송유형이 마련되어 있다. 또한 제한된 범위나마 행정입법을 직접 다툴 수 있는 규범통제절차가 마련되어 있고, 규범통제절차의 대상이 되지 않는 행정입법 중에서 자기집행적 행정입법이나 행정입법 부작위에 대하여는 판례에 의해 확인소송이 허용된다. 즉, 계쟁 행정작용이 어떤 종류의 행정작용인가 하는 점은 소송유형을 결정하는 기준이 될 뿐, 행정상 권리구제의 가능성에 영향을 미치지 않는다.[914]

우리나라의 행정소송은 항고소송, 당사자소송, 민중소송과 기관소송의 네 가지 종류로 되어 있다(행정소송법 제3조). 그런데 민중소송과 기관소송은 소송법정주의(행정소송법 제45조)로 말미암아 활용도가 극히 낮다. 당사자소송은 대법원이 행정상 손해배상 사건과 공법상 부당이득 사건 및 상당수의 행정상 손실보상 사건을 민사소송의 대상으로 파악함에 따라 지금껏 충분히 활성화되지 못했다.[915] 결국 행정소송의 중심을 이루는 것은 처분 등과 그 거부·부작위를 다투는 항고소송인데, 이는 다시 취소소송, 무효등확인소송

경제법의 상관관계에서 본 정부조달계약, 행정법연구 제17호, 2007, 147-150면; 이현수, 공법상 당사자소송의 연원과 발전방향, 일감법학 제32호, 2015, 342-344면 참조.

913) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 146-148면 참조.

914) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 148-149면 참조.

915) 이현수, 공법상 당사자소송의 연원과 발전방향, 일감법학 제32호, 2015, 320-321면 참조.

과 부작위위법확인소송으로 구분된다(행정소송법 제4조). 한편, 우리 행정소송법에는 독일의 의무이행소송, 일반이행소송, 예방적 금지소송, 확인소송[916] 및 규범통제절차와 같은 소송유형이 마련되어 있지 않고, 판례·실무상 이러한 법정 외 소송유형이 인정되지도 않는다.[917] 즉, 우리 행정소송은 행정작용에 대한 통제 기능을 수행하기 위한 소송유형이 완비되어 있지 않다.[918]

이러한 상황에서 행정소송의 대상 범위를 넓히기 위한 종래 행정법학의 노력은 대략 두 가지 경향으로 나눌 수 있다.[919] 하나는 우리 행정소송법상 처분 개념을 독일법상 행정행위처럼 협소하게 해석하되, 처분에 해당하지 않는 행정작용에 대하여는 당사자소송의 대상 확대와 같은 개정 입법을 통해 독일의 일반이행소송, 예방적 금지소송, 확인소송과 같은 소송을 인정하여야 한다는 이른바 실체법적 처분 개념설이다.[920] 다른 하나는 우리 행정소송법상 처분 개념이 독일법상 행정행위 개념과 다르다는 점에 주목하면서, 행정의 적법성 통제 및 권리구제의 확대를 위해 처분성 확대를 추구하는 이른바 쟁송법적 처분 개념설이다.[921] 대법원은 그동안 국민의 권리구제 기회 확대를 위해 쟁송법적 처분 개념설의 입장에서 행정의 내부적·중간적 행위, 권력적 사실행위의 처분성을 인정하는 등 항고소송의 대상을 계속 확대해 왔다.[922] 특히 두밀분교 폐지 조례 판결이나 국민건강보험 약가 고시 판결은 행정입법의 처분성을 인정하기 위한 교두보 역할을 하는 판례로 평가되기도

---

916) 우리 행정소송법상 인정되는 확인소송은 항고소송의 하위유형인 무효등확인소송뿐이다(행정소송법 제4조 제2호).

917) 법원행정처, 법원실무제요 행정, 2016, 11-12면 참조.

918) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 132-138면 참조.

919) 이상덕, 항고소송과 헌법소원의 관계 재정립, 공법연구 제44집 제1호, 2015, 231-232면 참조.

920) 대표적으로 정하중, 행정소송법의 개정방향, 공법연구 제31집 제3호, 2003, 13-25면; 김중권, 권리구제확대를 위한 획기적인 전환의 마련, 행정소송법 개정 공청회 자료집, 2012, 63-65면 참조.

921) 대표적으로 김동희·최계영, 행정법 I(제26판), 2021, 708-711면; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 174-180면 참조.

922) 이에 관한 상세한 내용은 이상덕, 앞의 논문, 250-261면 참조.

한다.[923]

그러나 행정소송의 유형을 재정비하지 아니한 채 현행 행정소송법 하에서 처분성을 확대하는 것만으로는 행정소송의 권리구제 기능과 행정통제 기능을 획기적으로 강화하는 데 한계가 있다. 여전히 의무이행소송이나 예방적 금지소송과 같이 행정현실에 꼭 필요한 법정 외 소송유형은 인정되지 않고 있다.[924] 또한 두밀분교 폐지 조례는 조례의 형식을 사용한 개별적·구체적 결정이라는 이유로, 국민건강보험 약가 고시는 규범이라기보다는 일반처분에 가깝다는 이유로, 대법원이 행정입법의 처분성을 인정하였다고 평가하기는 어렵다는 견해도 있다.[925]

결국 독일의 행정소송은 재판관할의 범위는 협소한 대신 소송유형은 행정작용의 종류별로 완비된 편이고, 종래 행정소송의 대상으로 예정하지 않았던 행정작용도 기존의 소송유형을 활용하여 소송의 대상으로 포착하려는 시도가 활발한 편이다. 반면에 우리나라의 행정소송은 재판관할의 범위가 독일처럼 협소한 것은 물론이고 소송유형도 제대로 갖추어져 있지 않으며, 행정현실에 필요한 법정 외 소송유형을 인정하는 데에도 소극적이므로, '소송의 대상과 유형' 측면에서 독일보다 독자성이 약하다.

---

923) 김동희·최계영, 행정법 I(제26판), 2021, 711-712면; 박균성, 법규명령에 대한 항고소송의 제문제, 특별법연구 제9권, 사법발전재단, 2011, 70-71면 참조.

924) 한편, 2004년 대법원이 마련한 행정소송법개정안, 2007년 법무부가 국회에 제출한 개정안과 2012년 법무부 행정소송법개정위원회가 마련한 개정안은 모두 의무이행소송과 예방적 금지소송을 도입하는 내용을 담고 있다. 또한 2004년 대법원안은 협의의 처분뿐만 아니라 권력적 사실행위와 행정입법을 항고소송의 대상에 포함하는 내용도 담고 있다. 이현수, 행정소송상 예방적 구제, 2006, 287-292면; 백윤기, 행정소송법 개정에 관한 소고 - 대법원과 법무부 개정안의 상호비교를 중심으로, 행정법연구 제18호, 2007, 400-403면, 408-410면; 정하중, 행정소송법 개정 논의경과, 행정소송법 개정 공청회 자료집, 2012, 6-7면 참조.

925) 이상덕, 항고소송과 헌법소원의 관계 재정립, 공법연구 제44집 제1호, 2015, 254-255면 참조.

나. 전심절차와 제소기간

독일의 행정소송에는 취소소송과 의무이행소송 특유의 소송요건으로 전심절차와 제소기간이 있는데, 이 두 소송요건은 '행정행위'라는 작용형식의 특수성이 반영된 것으로서 독자성을 지닌다.

행정법원법 제68조 내지 제73조는 취소소송과 의무이행소송에 대한 원칙적인 필수적 전심절차로 행정심판을 규정하고 있다. 행정심판은 일방적·고권적으로 발하여진 행정행위에 대한 재판상 통제 전에 행정 스스로 자기통제를 하는 제도로서, 행정절차와 행정소송을 한편으로는 연결하고 다른 한편으로는 구별 짓는 역할을 하므로, 민사소송에서는 찾아볼 수 없는 행정쟁송 특유의 절차이다.

또한 제소기간은 행정행위를 둘러싼 법률관계를 조속히 확정함으로써 법적 안정성을 확보하려는 취지의 제도이다. 즉, 제소기간이 경과하기 전에 행정소송이 제기되지 않으면 행정행위에 형식적 존속력이 발생한다. 다만, 불복절차의 고지가 행해지지 않거나 잘못 행해진 때에는 권리구제의 기회를 실질적으로 보장하기 위해 제소기간이 사실상 1년으로 연장된다.

우리나라의 행정소송에도 취소소송 특유의 소송요건으로 행정심판과 제소기간이 있으나, 독일 제도와는 여러 면에서 차이가 있다.

행정심판의 경우, 우리 행정소송법은 독일과 달리 1994년 법 개정을 통해 원칙적으로 행정심판을 거치지 않고 곧바로 행정소송을 제기할 수 있게 되었다. 다만, 공무원에 대한 불이익처분, 국세·관세법상의 처분과 같이 개별법률에서 필수적 전치주의를 규정한 경우에는 예외적으로 행정심판의 전치가 소송요건이 된다(행정소송법 제18조 제1항).[926] 그러나 이같이 행정심판의 전치가 소송요건이 되는 경우에도 무의미하거나 불필요한 행정심판을 거치지 않게 하도록 필수적 전치의 완화 규정을 두고 있으므로(같은 법 제18조 제2, 3항),[927] 전체적으로 행정심판의 소송요건으로서의 의미는 독일보다 약

926) 김동희·최계영, 행정법 I(제26판), 2021, 749-751면 참조.

하다.

제소기간의 경우, 독일에서는 행정행위의 통지, 공고 시점이나 행정심판재결의 송달 시점을 기산점으로 삼는 것과 달리, 우리나라에서는 취소소송을 처분 등이 있음을 '안 날'(행정심판을 거친 경우 재결서를 송달받은 날)부터 90일 이내에 제기해야 할 뿐 아니라, 처분 등이 '있은 날'(행정심판을 거친 경우 재결이 있은 날)로부터 1년 이내에 제기해야 하므로, 불변기간인 주관적 제소기간과 정당한 사유가 있으면 연장이 가능한 객관적 제소기간이 중첩적으로 존재한다(행정소송법 제20조).[928] 다만, 불복신청기간의 고지가 행해지지 않거나 잘못 행해진 경우 행정심판에 관해서는 심판청구 기간이 연장되는 등의 구제장치가 마련되어 있지만(행정심판법 제27조 제5항, 제6항, 제3항), 행정소송의 제소기간에 관해서는 행정소송법에 별다른 규정이 없고, 대법원은 위와 같은 행정심판법 규정을 행정소송의 제소기간에 유추적용하는 것도 허용하지 않는다.[929] 이러한 법상황은 실효적 권리구제 보장에 장애가 되고 있다.[930]

927) 김동희 · 최계영, 행정법 I(제26판), 2021, 751면; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 18-19면 참조.

928) 양 법제는 처분상대방의 권리구제 기회 보장 측면에서는 차이가 크지 않으나, 우리나라의 경우 주관적 기산점의 입증 문제가 대두된다는 점에서 차이가 있다. 최계영, 행정소송의 제소기간에 관한 연구, 서울대학교 법학박사논문, 2008, 77-87면 참조.

929) 대법원 2001. 5. 8. 선고 2000두6916 판결; 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007두16875 판결 참조.

930) 한편, 2004년 대법원이 마련한 행정소송법개정안, 2007년 법무부가 국회에 제출한 개정안과 2012년 법무부 행정소송법개정위원회가 마련한 개정안은 모두 행정청이 제소기간을 잘못 고지한 경우 제소기간의 특례를 도입하는 내용을 담고 있다. 최계영, 행정소송의 제소기간에 관한 연구, 법학박사논문, 2008, 171면; 김용섭, 행정소송법 개정 공청회 토론문, 행정소송법 개정 공청회 자료집, 2012, 82면 참조.

다. 가구제

독일 행정소송상 가구제는 침익적 행정행위 및 이중효과적 행정행위에 대한 집행정지 제도와 그 밖의 행정작용에 대한 포괄적인 가구제수단인 가명령 제도의 이원적 체계로 되어 있다.

집행정지는 침익적 행정행위 및 이중효과적 행정행위에 대한 취소쟁송의 제기로써 자동 발생하는 정지효가 공익상 필요에 따라 법률의 규정 또는 행정청의 명령에 의해 배제·소멸되거나, 법원의 결정으로 발생·회복되도록 하는 제도이다. 이 제도는 침익적 행정행위의 특수성에 기초한 제도인 점, 계쟁 행정행위를 둘러싼 공익과 사익 간 또는 사익 상호 간을 형량·조정하는 점에서 독자성이 강하다.

집행정지의 대상이 되는 침익적 행정행위 등을 제외한 나머지 행정작용에 관하여는 가명령 제도가 마련되어 있다. 가명령은 민사가처분을 모델 삼아 만들어진 가구제절차이므로 전반적으로 독자성이 약하나, 피보전권리, 관할, 불복수단 등에서 독자성이 일부 나타난다. 한편, 규범통제절차에서의 가명령 제도는 별도로 마련되어 있는데, 법적 안정성의 요청 때문에 심사기준이 엄격하고, 법규범의 적용을 일반적으로 정지하는 내용의 가명령만 가능하다.

이에 비해 우리나라의 행정소송상 가구제는 여러 면에서 공백이 있다. 우리 행정소송법은 침익적 행정처분에 대한 집행정지만을 명시적으로 인정하고 있다(행정소송법 제23조). 반면에 거부처분·부작위에 대하여 적극적으로 현상을 변경하는 가구제, 위법한 침익적 행정처분이 임박한 경우에 미리 현상을 유지하는 예방적 가구제, 그리고 행정처분 이외의 행정작용에 대한 가구제는 법률상 마련되어 있지 않다.[931] 한편, 판례는 거부처분에 대한 집행정지를 인정하지 않을 뿐 아니라, 민사가처분 규정을 준용하여 행정처분의 금지를 구하는 것도 허용하지 않는다.[932]

---

931) 이진형, 독일 행정소송에서의 가구제에 관한 연구, 법학박사논문, 2021, 203-206면 참조.

932) 대법원 1992. 2. 13. 자 91두47 결정; 대법원 1992. 7. 6. 자 92마54 결정 참조.

가구제의 심사기준에 관하여 행정소송법 제23조 제2항은 “처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있을 것”을 집행정지의 요건으로 규정할 뿐, 처분의 적법성이나 본안의 승소가능성을 고려할 것인지에 관하여는 명시적 언급이 없다. 이와 관련하여 판례는 집행정지절차에서는 행정소송법 제23조 제2항에 규정된 요건의 충족 여부만이 판단대상이고 본안의 승소가능성은 판단대상이 될 수 없다는 입장을 일관되게 유지하면서도, 본안의 승소가능성이 명백하게 없는 경우를 집행정지의 독자적인 소극적 요건으로 보고 있다.[933][934]

2. 소송의 구조

가. 원고적격과 권리보호필요성

사법국가 모델에 기울어져 있는 독일의 행정소송은 개인의 권리구제를 최우선 목적으로 삼으므로, ‘권리침해’가 행정소송의 전제로 헌법상 명시되어 있다(기본법 제19조 제4항). 또한 법률규정과 판례는 계쟁 행정작용으로 인한 ‘권리침해의 가능성’을 행정소송의 원고적격으로 요구하고 있고(행정법원법 제42조 제2항), 그 권리는 이른바 보호규범에서만 도출되는 것이 원칙이다. 따라서 독일에서 원고적격을 확대하려는 노력은 행정주체의 내부기관이나 지방자치단체의 권한을 ‘권리’로 파악하거나, 건축·환경 관련 인근주민

933) 대법원 1994. 10. 11. 자 94두23 결정; 이진형, 독일 행정소송에서의 가구제에 관한 연구, 법학박사논문, 2021, 243-246면 참조.

934) 한편, 2004년 대법원이 마련한 행정소송법개정안, 2007년 법무부가 국회에 제출한 개정안과 2012년 법무부 행정소송법개정위원회가 마련한 개정안은 집행정지의 요건을 완화하거나, 본안의 승소가능성이 명백히 없는 경우를 소극적 요건으로 명시하거나, 담보제공 규정을 신설하는 방향으로 집행정지 제도를 개선하는 한편, 항고소송에서의 가처분에 관한 규정을 신설하는 내용을 담고 있다. 백윤기, 행정소송법 개정에 관한 소고, 행정법연구 제18호, 2007, 403-404면, 406-407면; 김중권, 권리구제확대를 위한 획기적인 전환의 마련, 행정소송법 개정 공청회 자료집, 2012, 47-57면 참조.

소송에서처럼 보호규범의 범위를 넓히는 방식[935]에 의한다.

또한 취소소송의 권리보호필요성은 주관소송적 구조 속에서 원고적격을 엄격히 제한함에 따라 원고의 권리보호 이익을 따로 판단하기 위해 별도의 소송요건으로 다루어지는 것이다. 다만, 행정행위가 실효된 경우에도 계쟁 행정행위의 위법성 확인을 구할 정당한 이익이 있으면 '계속확인소송'으로 소송이 진행될 수 있는데, 계속확인소송에서 정당한 이익 중 하나로 인정되는 '반복방지의 이익'은 행정소송의 객관적 통제 기능에 따른 것으로 독자성이 인정된다.

이에 비해 우리 행정소송법 제12조는 취소소송의 원고적격에 관하여 "처분등의 취소를 구할 법률상 이익"이라고 규정하고 있어 독일 행정법원법 제42조와 같은 '권리'가 아닌 '이익' 개념을 사용하고 있을 뿐 아니라, 현행 해석론상으로도 독일에서와 같은 엄격한 위법성 견련성을 요구하지 않으므로, 독일보다 원고적격의 범위가 더 넓다.[936] 실제로 우리 대법원은 수익적 행정처분에 대한 경업자, 경원자, 인근주민 등 제3자의 원고적격을 지속적으로 확대해 왔다. 특히 1998년 속리산국립공원 판결에서 법률상 이익의 인정근거를 근거법령에서 관계법령으로 넓혔고,[937] 2006년 새만금 판결에서는 환경영향평가 대상지역 밖의 주민도 일정한 요건 하에 자신의 환경상 이익을 법률상 이익으로 인정받을 수 있다고 하는 등 관련 법리를 점차 발전시켜 왔다.[938]

다만, 대법원은 원고적격의 인정근거를 여전히 개별 법률에서 찾으려는 경

935) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 198-206면 참조.

936) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 208-212면 참조.

937) 다만, 판례는 "행정소송법 제12조에서 말하는 '법률상 이익'이란 당해 행정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 의미한다."라는 법리를 여전히 유지하고 있으므로(대법원 2010. 5. 13. 선고 2009두19168 판결 등 참조), 법률상 이익의 인정근거를 근거법령에서 관계법령으로 넓히는 것이 대법원의 보편적인 법리 전환이라고 단정하기는 어렵다는 견해도 있다. 정남철, 행정소송법 개정안의 내용 및 문제점, 법제연구 제44호, 2013, 287-288면 참조.

938) 이상덕, 항고소송과 헌법소원의 관계 재정립, 공법연구 제44집 제1호, 2015, 263-265면 참조.

향을 유지하고 있고, 이로 인해 법률상 이익의 판단근거가 기본권과 헌법원리 등 전체 법질서로 확장되지 못하고 있다.[939] 또한 대법원은 거부처분·부작위와 관련하여서는 '신청권'을 그 개념요소의 하나로 삼음으로써 대상적격의 문제로 접근하고 있는데, 이에 대하여는 우리 행정소송의 객관소송적 성격과 행정소송법상 처분 개념에 충실한 해석 필요성을 근거로 '신청권' 요건은 대상적격과 원고적격 단계에서 모두 불필요하다는 견해가 유력하다.[940]

또한 대법원은 기간만료로 실효된 행정처분에 대한 권리보호필요성과 관련하여, 2006년 전원합의체 판결[941]에서 제재적 행정처분의 가중사유나 전제요건에 관한 규정의 법규명령 해당 여부와 상관없이 권리보호필요성을 인정한 이래로 그 인정범위를 넓혀가고 있다. 특히 대법원은 권리보호필요성의 인정근거 중 하나로 독일 계속확인소송에서 요구되는 정당한 이익과 마찬가지로 '반복방지의 이익'을 내세움으로써 행정소송의 객관적 통제 기능을 강조하는 추세에 있다.[942]

나. 본안의 심사척도, 판단기준시 및 판결의 효력

독일의 취소소송과 의무이행소송에서는 앞서 본 것처럼 원고적격으로 권리침해의 가능성을 요구하고, 본안요건으로는 계쟁 행정행위 또는 거부·부

---

939) 이러한 관점에서 2004년 대법원이 마련한 행정소송법개정안과 2012년 법무부 행정소송법개정위원회가 마련한 개정안은 취소소송의 원고적격을 "법률상 이익"에서 "법적으로 정당한 이익" 내지 "법적 이익"으로 확대하는 내용을 담고 있다. 백윤기, 행정소송법 개정에 관한 소고, 행정법연구 제18호, 2007, 410-411면; 박정훈, 원고적격·의무이행소송·화해권고결정, 행정소송법 개정 공청회 자료집, 2012, 17-18면 참조.

940) 박정훈, 거부처분과 행정소송 - 도그마틱의 분별력·체계성과 다원적 비교법의 돌파력, 행정법연구 제63호, 2020, 17-21면; 이원우, 현대 행정법관계의 구조적 변화와 경쟁자소송의 요건, 경쟁법연구 제7권, 2001, 177-178면 참조.

941) 대법원 2006. 6. 22. 선고 2003두1684 전원합의체 판결 참조.

942) 이상덕, 항고소송과 헌법소원의 관계 재정립, 공법연구 제44집 제1호, 2015, 262-263면 참조.

작위가 위법하고 그로 인해 원고의 권리가 침해되었을 것을 요구한다. 즉, 원고적격 단계에서 권리침해의 가능성을 뒷받침하는 보호규범만이 본안판단 단계에서 위법성의 심사척도가 된다. 다시 말해, 원고적격과 본안요건에 걸쳐 보호규범을 매개로 한 권리 개념이 관통하고 있으며, 위법성은 항상 권리침해와 견련성을 갖는다. 이런 점에서 독일의 취소소송과 의무이행소송은 철저한 주관소송적 구조를 띤다.[943)]

본안판단 기준시에서도 독일 행정소송의 주관소송적 성격이 드러난다. 즉, 독일의 의무이행소송은 그 성질상 재판 시점이 본안판단 기준시가 되고, 취소소송의 경우 원칙적으로는 처분 시점이나, 판례상 취소소송에서도 재판 시점을 본안판단 기준시로 보는 경우가 적지 않게 있다. 또한 독일 행정소송에서는 판결의 효력이 상대효를 갖는다는 점이 명문으로 규정되어 있다. 이같이 본안의 심사척도, 본안판단 기준시와 판결의 효력 범위에서 드러나는 주관소송적 성격은 민사소송에 대한 관계에서 독자성이 약한 부분이다.

반면에 우리나라의 경우 대한민국헌법 제107조 제2항이 "처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부"를 대법원이 최종적으로 심사한다고 규정하고 있는 점에 비추어 보면, 우리 헌법은 취소소송의 소송물이 위법성에 한정된다는 전제에 서 있다고 볼 수 있다. 법률 차원에서도 행정소송법 제4조 제1호는 취소소송을 "행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송"이라고 정의하고 있고, 위법성 이외에 권리침해를 본안요건으로 요구하는 규정은 존재하지 않는다. 즉, 원고의 권리·이익은 원고적격 단계에서만 문제 되고, 본안판단 단계에서는 원고적격의 인정근거가 되는 규범뿐만 아니라 계쟁 행정처분과 관계된 모든 규범과 헌법원리가 위법성의 심사척도가 된다. 또한 우리 판례는 취소소송의 본안판단 기준시를 처분 시점으로 고수하고 있고, 처분사유의 추가·변경을 엄격히 제한하고 있다. 나아가 행정소송법 제29조 제1항에서 취소판결의 대세적 효력을 명시하고 있는 점까지 보태어 보면, 우리나라의 취소소송은 행정에 대한 법적 통제에 초점을 맞추는 객관소송적 구조

943) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 218-221면; 이상덕, 항고소송과 헌법소원의 관계 재정립, 공법연구 제44집 제1호, 2015, 232면 참조.

를 띠고 있다고 봄이 타당하다.[944]

3. 소송법관계

가. 법원조직

독일에서 행정재판권이 민사재판권과 분할되어 있는 것은 행정소송 고유의 조직형태와 작동원리 그리고 재판문화를 발전시킬 수 있는 토대가 된다. 그러나 법원조직 측면에서 행정법원과 일반법원은 공통점이 많다. 즉, 법관의 독립성을 보장하는 동시에 중립성을 요구하는 점, 원칙적으로 3심제의 심급구조로 되어 있는 점, 재판부 구성에서도 합의부재판과 단독재판의 구별이 상대화되어 있는 점에서 유사성이 있으므로, 법원조직에 관한 독일 행정소송의 독자성은 약한 편이다.

우리나라의 경우 1998. 3. 1.부터 종래 2심제로 되어 있던 행정사건의 심급구조가 3심제로 변경되고, 일반법원의 하나로 행정법원을 설치하여 행정사건을 제1심으로 심판하되, 행정법원이 설치되지 아니한 지역에서는 행정법원이 설치될 때까지 해당 지방법원 본원 및 춘천지방법원 강릉지원이 행정사건을 담당하게 되었다.[945] 행정법원은 일원적인 사법부의 산하 전문법원이므로, 위와 같은 제1심 관할의 배타성은 법원 간 업무 분담 문제일 뿐이고, 행정법원 판사의 자격·신분 등은 지방법원 판사의 자격·신분 등과 같다.[946] 현재 행정법원이 설치된 곳은 서울뿐이고, 전국 대부분 지역에서는 지방법원 본원과 고등법원에서 행정사건을 담당하고 있다. 요컨대, 우리 행정소송은 법원조직 측면에서 독일보다도 독자성이 약하다.

---

944) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 159-165면; 최계영, 항고소송에서 본안판단의 범위, 행정법연구 제42호, 2015, 123-130면; 이상덕, 항고소송과 헌법소원의 관계 재정립, 공법연구 제44집 제1호, 2015, 233면 참조.

945) 법원조직법 부칙(1994. 7. 27.) 제2조, 같은 법 부칙(2005. 3. 24.) 제4항 참조.

946) 법원행정처, 법원실무제요 행정, 2016, 28-29면; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 114-115면 참조.

나. 소송관계인

독일 행정소송의 핵심을 이루는 취소소송은 민사소송과 달리 전형적인 대립당사자 구조를 띠고 있지 않다. 소송의 주체를 일컫는 용어 자체도 '당사자' 대신에 '소송관계인'을 사용하고 있다. 피고 행정청은 공익을 위해 행정행위를 발하고, 취소소송에서는 행정행위를 방어한다. 시민은 행정행위로부터 자신을 방어하기 위해 원고로서 취소소송을 제기한다. 따라서 취소소송에서는 원고와 피고 행정청의 역할이 서로 다르며, 원고와 피고 행정청이 각각 고유의 이익을 가지고 대립하는 모습은 나타나지 않는다.

또한 독일 행정소송에서는 참가인과 공익대변인이 정식의 소송관계인 지위를 갖는다. 특히 행정소송상 참가인은 자기 자신의 이익을 직접 추구하려는 목적을 가지고 소송에 참가할 수 있고, 법원이 참가 요건의 충족 여부 및 허가 여부를 심사하여 결정을 하여야만 참가가 이루어진다. 특히 제3자가 계쟁 법률관계에 관여되어 있고 합일확정의 필요가 있는 경우에는 '필수적 참가' 제도가 활용된다. 이러한 행정소송 특유의 제3자 소송참가 제도는 행정법원이 행정통제 기능을 수행하고 계쟁 행정작용을 둘러싼 제반 이익을 형량·조정하는 데 기여한다. 결국 독일의 행정소송은 소송관계인들 간에 형성되는 소송법관계 측면에서 강한 독자성을 띤다.

우리나라의 행정소송도 당사자소송이 활성화되지 못한 관계로 취소소송이 그 중심을 이루고 있는데, 취소소송의 소송법관계는 민사소송의 그것과 다르다. 우리 행정소송법은 민사소송법과 마찬가지로 '당사자'라는 용어를 사용하기는 하지만, 취소소송의 피고가 독일과 달리 행정주체가 아니라 '행정청'이고(제13조), 피고의 경정이 민사소송보다 넓게 허용된다. 이는 행정통제 기능을 효과적으로 수행하고 원고의 소송수행상 편의를 도모하기 위함이다.[947] 또한 취소소송이 양 당사자 대립구조를 기본으로 한다고 보면서도, 민사소송처럼 당사자 사이에 권리·이익에 관한 대립이 있는 것이 아니라 계쟁 행정

---

947) 김철용·최광률(편집대표), 주석 행정소송법, 2004, 424면, 434-435면; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 162면 참조.

처분을 두고 공격과 방어를 하는 관계에 있다고 설명된다.[948]

그뿐만 아니라 우리 행정소송법은 민사소송과 구별되는 독자적인 소송참가 제도를 두고 있다. 즉, 소송의 결과에 따라 권리 또는 이익의 침해를 받을 제3자는 당사자·제3자의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로 소송에 참가할 수 있다(행정소송법 제16조). 행정소송상 제3자의 소송참가는 법원의 직권으로도 가능하다는 점, 참가인은 민사소송법상 공동소송적 보조참가인과 유사한 지위를 가지므로 통상의 보조참가인보다 독립적인 지위가 인정된다는 점(행정소송법 제16조 제4항, 민사소송법 제67조)[949]에서 독자성을 지닌다. 또한 계쟁 행정작용에 관여한 제3의 행정청은 당사자·제3의 행정청의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로 소송에 참가할 수 있다(행정소송법 제17조). 이 제도는 소송의 적정한 해결을 위해 권리능력이 없는 행정청을 소송에 참가할 수 있도록 한 것으로, 행정소송법 제26조의 직권심리와 그 취지와 같다.[950] 요컨대, 우리의 행정소송은 소송법관계 측면에서 독일 못지않게 독자성이 강하다.

4. 심리

가. 심리원칙과 심리절차

독일의 행정소송은 19세기 후반에 생성될 당시부터 행정국가 모델과 사법국가 모델을 절충하는 차원에서, 소송의 대상에 관한 처분권과 관련해서는 처분권주의를 취하면서도 소송자료의 수집책임에 관하여는 직권탐지주의를 취하였다. 그 결과 소송의 개시와 종료, 심판대상의 결정은 원고와 피고 행정청이 주도하지만, 재판의 기초가 되는 사실관계를 확정하는 것은 법원의 임무이다.

---

948) 법원행정처, 법원실무제요 행정, 2016, 48면 참조.

949) 김철용·최광률(편집대표), 주석 행정소송법, 2004, 457-460면 참조.

950) 김철용·최광률(편집대표), 주석 행정소송법, 2004, 466면 참조.

특히 직권탐지주의는 행정소송의 민사소송에 대한 독자성을 나타내는 핵심 징표이다. 행정소송이 직권탐지주의를 취하는 것은 원고와 피고 행정청 간의 정보 불균형을 해소하는 한편, 정확한 사실관계에 기초하여 행정을 통제함으로써 공익을 실현하기 위함이며, 그 과정에서 소송관계인 특히 피고 행정청이 사실관계를 호도하지 못하게 하려는 것이다. 따라서 민사소송과 달리 주장책임과 형식적 증명책임이 존재하지 않고, 법원은 소송관계인의 사실주장과 증거신청에 구속되지 않는다. 또한 행정청의 포괄적인 자료제출의무 및 정보제공의무는 법원이 사실조사 임무를 수행하는 데 중요한 역할을 하는 수단이다.

다만, 분쟁의 당사자가 아닌 법원이 모든 사실관계를 선제적으로 인지할 수는 없으므로, 소송관계인은 사실관계 규명에서 협력의무를 진다. 이에 따라 법원의 사실조사 활동과 소송관계인의 협력 행위가 상호작용을 이루면서 사실관계가 규명된다. 그리고 행정법원법에는 이러한 상호작용을 가능케 하는 여러 규정이 마련되어 있다. 소장의 필수적 기재사항(제82조), 법관의 석명의무와 소송관계인의 준비서면 제출 및 증거신청(제86조), 변론준비를 위한 재판장 및 주심판사의 광범위한 소송지휘 권한(제87조), 실기한 공격방어방법의 각하(제87b조) 등이 그것이다.

우리나라의 행정소송은 소송의 대상에 관한 처분권과 관련해서는 독일과 마찬가지로 처분권주의를 취하고 있다.[951] 다만, 소송자료의 수집·제출과 관련하여 행정소송법 제26조는 "법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다."라고 규정하고 있다. 위 규정의 의미에 관하여 직권탐지주의를 원칙으로 삼은 것으로 해석해야 한다는 견해(직권탐지주의 원칙설)[952]나 변론주의와 직권탐지주의를 적절히 절충할 수 있도록 만들어진 개방적·탄력적 규정이라는 견해(입법정책설)[953]도 있으나, 확립된 판례[954]와 다수설은 행정

951) 법원행정처, 법원실무제요 행정, 2016, 338면 참조.

952) 배병호, 행정소송법상 직권심리주의의 한계 - 대법원 2013. 8. 22. 선고 2011두26589 판결을 중심으로, 공법연구 제43집 제3호, 2015, 343-344면 참조.

소송에서도 변론주의가 원칙이고 필요한 경우에 한하여 보충적으로 직권심리를 할 수 있다고 보는 이른바 '변론주의 보충설'을 취하고 있다.[955] 변론주의 보충설을 취하는 판례에 의하면, 행정소송에서도 주장책임과 형식적 증명책임이 인정된다.[956] 또한 행정소송법 제26조 후단에 따른 직권심리의 범위는 "청구의 범위 내에서 기록상 자료가 나타나 있는 사실"에 한정된다.[957] 나아가 당사자 간 자백의 구속력도 인정된다.[958]

한편, 우리 행정소송법에는 법원이 소송자료를 수집하기 위해 행정청을 상대로 포괄적인 자료제출을 요구할 수 있는 제도가 마련되어 있지 않다. 다만, 행정소송법에 행정심판기록 제출명령 제도를 두고 있으나(제25조 제1항, 제38조 제1, 2항, 제44조 제1항),[959] 우리 행정소송법이 임의적 행정심판 전치주의를 취하는 관계로 그 효용성은 제한적이다.[960] 요컨대, 우리 행정소송은 심리원칙과 심리절차의 측면에서는 독일 행정소송보다 독자성이 떨어진다.

나. 화해

독일의 행정소송에서는 소송상화해가 행정법원법에 의해 명시적으로 인정

---

953) 최선웅, 행정소송에서의 변론주의와 직권탐지주의, 법학박사논문, 2004, 217-223면 참조. 다만, 입법정책설은 주장책임 및 형식적 증명책임의 인정 여부, 자백의 구속력 인정 여부 등 각론에서 변론주의 보충설과 큰 차이를 보이지 않는다.

954) 대법원 2000. 3. 23. 선고 98두2768 판결 등 참조.

955) 김철용 · 최광률(편집대표), 주석 행정소송법, 2004, 723-726면; 법원행정처, 법원실무제요 행정, 2016, 338-339면 참조.

956) 법원행정처, 법원실무제요 행정, 2016, 339-347면 참조.

957) 김철용 · 최광률(편집대표), 주석 행정소송법, 2004, 735-740면 참조.

958) 서울행정법원 실무연구회, 행정소송의 이론과 실무, 2013, 223-224면 참조.

959) 법원행정처, 법원실무제요 행정, 2016, 351-354면 참조.

960) 한편, 2004년 대법원이 마련한 행정소송법개정안, 2007년 법무부가 국회에 제출한 개정안과 2012년 법무부 행정소송법개정위원회가 마련한 개정안은 법원이 행정청에 대하여 사건의 심리에 필요한 자료의 제출을 요구할 수 있는 제도를 신설하는 내용을 담고 있다. 최계영, 법치주의 구현을 위한 행정소송 심리절차의 강화, 서울대학교 법학 제54권 제4호, 2013, 25-30면 참조.

된다. 다만, 행정소송상 화해는 실체법상의 화해계약임과 동시에 소송법상의 소송행위에 해당하는데, 공법상 화해계약은 행정에 대한 법적 구속으로 인해 민법상 화해계약보다 허용 범위가 좁다.

우리나라 행정소송법에는 소송상화해에 관한 명시적인 규정이 없다. 이와 관련하여 당사자소송에서는 행정소송법 제8조 제2항을 통해 민사소송법이 준용되어 소송상화해가 가능하다는 것이 다수 견해이나, 항고소송에서는 공익적 성격에 비추어 소송상화해가 허용되지 않는다는 것이 통설이다.[961] 다만, 실무상으로 제재처분의 기간·정도를 다투는 사건, 산업재해 사건, 과징금 사건 등 일정 유형의 사건에서 법원의 권고에 따라 피고 행정청이 직권취소·변경처분을 하고 원고가 소를 취하하는 이른바 사실상 화해가 빈번하게 행해지고 있다.[962] 또한 행정소송에서도 민사소송법의 준용을 통해 화해권고결정의 형식으로 소송상화해가 가능하다고 보는 유력한 견해도 있다.[963]

5. 소결

이상의 내용을 종합해 보면, 우리 행정소송은 취소소송의 원고적격과 관련하여 '이익' 개념을 사용하고 위법성 견련성을 요구하지 않는 점, 취소소송의 소송물은 처분의 위법성 일반이고, 계쟁 처분과 관련된 모든 규범과 헌법원리가 위법성의 심사척도가 되는 점, 처분 시점이 본안판단 기준시이고 취소판결에 대세효가 인정되는 점 등에 비추어 객관적 통제 기능에 초점을 맞추는 객관소송적 구조를 띠고 있다. 그뿐 아니라 소송법관계에서도 원고와 피고 행정청의 소송상 지위 및 역할이 명확히 구분되고, 행정소송 특유의 소송참가 제도를 두고 있다. 즉, 행정국가 모델과 사법국가 모델의 절충이라는

961) 법원행정처, 법원실무제요 행정, 2016, 351-354면 참조.

962) 법원행정처, 법원실무제요 행정, 2016, 370-372면 참조.

963) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 625-642면 참조. 한편, 2004년 대법원이 마련한 행정소송법개정안과 2012년 법무부 행정소송법개정위원회가 마련한 개정안은 화해권고결정 제도를 신설하는 내용을 담고 있다. 박정훈, 원고적격·의무이행소송·화해권고결정, 행정소송법 개정 공청회 자료집, 2012, 29-37면 참조.

잣대로 우리나라의 행정소송을 살펴보면, 소송제도를 떠받치는 네 개의 기둥 중 두 번째 기둥인 '소송의 구조'와 세 번째 기둥인 '소송법관계'에는 행정국가 모델의 요소가 많이 담겨 있다. 그러므로 우리 행정소송의 구조는 독일의 행정소송에 비해 독자성이 강하고, 소송법관계도 독일만큼의 독자성을 지닌다고 평가할 수 있다.

반면에 우리나라의 행정재판권은 일원적인 사법부에 속하고 그 범위가 협소하다. 다양한 종류의 행정작용을 통제하기 위한 소송유형이 완비되어 있지 못하고, 취소소송의 대상 범위를 해석론으로 넓히는 데도 일정한 한계가 드러나고 있다. 행정소송상 가구제도 여러 면에서 공백이 있다. 무엇보다 심리원칙과 심리절차에서 민사소송과의 차별점이 뚜렷하지 않고, 제도상의 공백이 크다. 또한 소송상화해의 실무상 필요성이 오래전부터 인정되어 사실상 화해가 빈번하게 이루어짐에도, 이를 법적으로 규율하는 제도가 마련되어 있지 않다. 즉, 소송제도를 떠받치는 네 개의 기둥 중 '소송의 대상·유형'과 '심리원칙'은 사법국가 모델의 요소가 강하게 나타나거나 제도 자체가 미비하여 독자성이 약하며, 행정국가 모델에 가까운 우리 행정소송의 구조와 기능을 충분히 구체화하지 못하고 있다.

이처럼 우리 행정소송이 구체적인 제도 측면에서 독자성이 약하다는 것은 무엇보다도 우리 행정소송법 자체의 모습에서 확연히 드러난다. 독일 행정법원법과 비교해 볼 때, 우리 행정소송법은 자족성이 현저히 떨어진다. 앞서 살펴본 제도상의 미비점은 결국 해당 제도를 규율하는 법률 규정이 없음을 뜻한다. 지금까지 수차례에 걸쳐 진행되었던 행정소송법의 개정 시도는 현행 행정소송법의 공백을 역설적으로 드러낸다. 그렇다고 우리 행정소송법이 자체적인 공백을 메우기 위한 준용규정을 충분히 가진 것도 아니다. 사건의 이송(제7조), 제3자 및 행정청의 소송참가(제16조, 제17조), 거부처분취소판결의 간접강제(제34조)에 관해서만 민사소송법 또는 민사집행법의 특정 조문을 준용하고 있을 뿐이다. 결국 민사소송법을 본격적으로 준용하는 규정은 행정소송법 제8조 제2항이 사실상 유일하다.

제2절 우리 행정소송에서 민사소송법의 준용 문제

1. 민사소송법의 준용 문제에 관한 2단계 심사기준

이처럼 소송의 구조와 소송법관계는 독자성을 갖는 데 비해 소송의 대상·유형과 심리원칙 및 심리절차는 독자성이 약한 우리 행정소송에서 민사소송법의 준용이 갖는 의미는 각별하다. 현재 드러나 있는 제도상의 공백이 워낙 크기 때문에, 민사소송법을 준용하지 않고서는 행정소송 제도의 원활한 운영이 불가능한 실정이다. 오히려 민사소송법 규정을 행정소송의 성질에 맞게 적극적으로 준용하는 것이 행정소송 실무를 발전시키는 중요한 수단이 될 수도 있다.

이 대목에서 특히 위 제2장 제3절에서 살펴본 준용의 '체계화 기능'을 음미할 필요가 있다. 즉, 오랜 기간 이론과 실무례가 축적된 민사소송법 규정을 행정소송에 편입시킴으로써 민사소송 절차와 행정소송 절차의 통일성을 기할 수 있다. 그리고 양 절차가 통일성을 띤다는 것은, 행정소송을 민사소송이라는 거울에 비추어 봄으로써 소송제도를 더 잘 이해하고 활용할 수 있게 됨을 의미한다. 다시 말해, 행정소송법에 마련되어 있는 개개의 제도나 소송수단을 접하게 될 때 그것이 민사소송의 어느 제도에 대응되는 것인가, 또는 민사소송법의 어떤 규정을 준용하는 것이 적당한가라는 질문을 던지고 양자를 비교해 봄으로써 행정소송 제도를 더 깊이 이해할 수 있게 된다.

다만, 우리나라의 행정소송은 앞서 본 것처럼 민사소송으로 환원될 수 없는 독자적 성질을 분명히 가지고 있다. 그러므로 민사소송이라는 거울을 통해 행정소송을 바라보는 것은 행정소송 제도를 이해하고 운영하는 데는 1차적으로 도움이 되지만, 자칫 행정소송 제도를 모두 민사소송의 관점으로 이해해 버리거나 행정소송의 독자적 성질을 간과할 우려가 있다. 따라서 민사소송과 행정소송 간의 유사성이 강한 부분은 상대적으로 쉽게 준용을 허용해야 하고, 준용 과정에서도 수정의 폭을 크게 가져갈 필요가 없지만, 행정

소송의 독자성이 강한 부분은 준용 여부를 엄격히 심사해야 하고, 준용을 허용하더라도 수정의 폭이 상대적으로 클 수밖에 없다.

독일에서는 준용규정의 3유형 체계를 통해 이러한 준용의 범위와 한계를 세밀하게 조정한다. 제1유형인 '유보조건 없는 특별준용규정'은 민사소송과 행정소송 간에 유사성이 강한 분야를 규율영역으로 삼으며, 준용대상 규정이 구체적으로 인용되어 있고 준용요건은 별도로 요구되지 않는다. 제2유형인 '상충하는 규정이 유보된 특별준용규정'은 제1유형의 규율영역보다는 행정소송의 독자성을 상대적으로 더 고려해야 하는 분야를 규율영역으로 하며, 준용대상 규정의 범위가 제1유형보다 넓은 대신에 상충하는 규정이 없어야 한다는 소극적 준용요건이 있다. 제3유형인 '일반준용규정'은 준용대상 규정을 구체적으로 인용하지 않으며, 규율의 공백과 유사성이 모두 인정되어야만 준용이 허용된다.

그러나 우리 행정소송법에는 민사소송법 준용의 범위와 한계를 조정하기 위한 세분화된 체계가 마련되어 있지 않다. 즉, 준용을 통해 행정국가 모델과 사법국가 모델을 적절히 절충할 수 있는 유일한 도구는 행정소송법 제8조 제2항뿐이다. 위 조항은 "행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다."라고 규정하고 있는데, 문언만 살펴보면 독일 행정법원법상의 준용규정 제2유형처럼 '상충하는 규정이 없을 것'이라는 소극적 요건만 규정된 것으로 볼 여지도 있다. 그러나 통설은 "이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여 … 준용한다"라는 문구를 ① 행정소송법에 정함이 없는 사항에 관하여 ② 행정소송의 본질에 반하지 않는 범위 내에서 준용한다는 뜻으로 새긴다.[964] 다시 말해, ①의 요건은 독일 행정법원법상 일반준용규정(제173조 1문)의 두 가지 준용요건 중 '규율의 공백'에 대응되고, ②의 요건은 '유사성'에 대응된다. 결국 행정소송법 제8조 제2항은 독일 행정법원법상의 준용규정 제3유형인 '일반준용규정'에 해당한다.

---

964) 김철용 · 최광률(편집대표), 주석 행정소송법, 2004, 154면 참조.

그렇다면 실질적으로 준용규정이 일반준용규정 1개밖에 없는 우리의 현실에서 어떻게 하면 독일처럼 민사소송법 규정을 준용하는 범위와 한계를 세밀하게 조정할 수 있을까? 이를 위해서는 행정소송법 제8조 제2항에 규정된 준용의 요건과 효과를 해석하는 기준을 규율영역별로 나눌 필요가 있다. 즉, 전체 행정소송 제도를 이루는 개개의 규율영역 중 민사소송에 대한 독자성이 약한 영역에서는 '규율의 공백'과 '유사성' 요건을 상대적으로 완화하여 심사하고 준용효과에 관하여도 준용대상 규정을 소폭 수정하는 것으로 족한데, 이것을 편의상 '통상의 심사기준'이라 할 수 있다. 반면에 행정소송의 독자성이 두드러지는 영역에서는 '규율의 공백'과 '유사성' 요건을 상대적으로 엄격하게 심사해야 하고, 불가피하게 준용을 긍정하더라도 준용대상 규정을 큰 폭으로 수정할 수밖에 없다. 이것을 편의상 '엄격한 심사기준'이라 부를 수 있을 것이다.

이렇게 행정소송법 제8조 제2항에 따른 준용 심사기준을 '통상의 심사기준'과 '엄격한 심사기준'으로 나눈다고 할 때 뒤따르는 의문은 구체적으로 어떤 경우에 통상의 심사기준을 적용하고 어떤 경우에 엄격한 심사기준을 적용할 것인가 하는 점이다. 여기서 첫 번째 실마리는 우리 행정소송이 민사소송에 대한 관계에서 독자성을 강하게 띠는 규율영역을 추려내는 것이다. 즉, 소송제도를 떠받치는 네 개의 기둥 중 ① 주관적 권리구제 기능에 못지않게 객관적 통제 기능에 초점을 맞출 수 있도록 설계된 '소송의 구조', ② 계쟁 행정작용을 둘러싼 多極的 이해관계를 전제로 하는 특유의 '소송법관계', ③ '심리원칙' 중 처분권주의와 관련하여 행정에 대한 법적 구속 때문에 피고 행정청의 소송상 처분권을 제한하는 것, ④ 소송자료의 수집·제출과 관련하여 법원이 필요에 따라 일정 범위에서 직권증거조사와 직권판단을 할 수 있게 하는 것 등은 독자성의 핵심을 이루는 요소이며, 이러한 규율영역과 관련된 민사소송법 규정의 준용 여부를 판단할 때는 '엄격한 심사기준'에 의할 필요가 있다.

두 번째 실마리는 독일 행정법원법에 마련되어 있는 제1유형과 제2유형의 특별준용규정들이다. 독일 행정법원법이 그와 같은 특별준용규정을 요소요소

에 마련해 둔 것은 선험적인 분류에 의한 것이 아니라, 행정소송 제도를 이루는 개별 규율영역이 그러한 유형의 준용규정을 두기에 적합한 부분이었기 때문이다. 이것은 독일 행정소송의 역사적 소산이기도 하다. 예컨대, 제1유형인 '유보조건 없는 특별준용규정'은 법관 및 법원직원의 제척·기피, 재판공개·법정경찰, 송달, 기간계산, 소송능력, 변론조서, 가명령, 재심, 소송비용, 소송구조 등의 영역에 존재하는데, 이 중 상당수는 앞서 제1장에서 살펴본 것처럼 19세기 후반의 남독일 행정소송법 시절부터 이미 준용규정이 존재했던 영역이다. 또한 제2유형인 '상충하는 규정이 유보된 특별준용규정'의 핵심을 이루는 증거조사 관련 준용규정은 제2차 세계대전 이후 1950년대까지 적용되었던 여러 행정소송법에 공통으로 존재했다.

즉, 위 두 가지 유형의 특별준용규정이 규율하는 영역은 민사소송과의 유사성 또는 민사소송과 동질화시킬 필요성이 역사적으로 검증된 영역이므로, 우리 행정소송법 제8조 제2항에 대한 해석론으로 '통상의 심사기준'이 적용되는 영역을 분류할 때 중요한 참고가 될 수 있다.[965] 다만, 독일은 위와 같은 역사적 토대 위에서 제1유형과 제2유형의 특별준용규정을 마련함으로써 – 입법을 통해 – 준용 여부에 관한 판단을 내린 경우이므로, 법원은 준용 여부를 다시 판단할 재량이 없거나(제1유형), 그 폭이 좁다(제2유형). 그러나 우리에게는 그런 구체적인 특별준용규정이 없으므로, 법관의 법발견 내지 법형성을 통하여 '인식근거로서의 法源'을 찾아내야 한다. 즉, 우리 실정법에는 비록 제1유형과 제2유형의 특별준용규정이 거의 없지만, 독일 행정법원법에 마련된 두 가지 유형의 특별준용규정들은 규율영역의 성질상 우리 행정소송법에도 그 입법론적 필요성이 인정되므로, 법관은 '통상의 심사기준'에 따라 제8조 제2항을 통해 – 해석론으로써 – 해당 민사소송법 규정을 행정소송에 준

965) 다만, 우리 행정소송법 제8조 제2항의 해석론을 정립하면서 독일 행정법원법상의 준용규정들을 참고할 때 제1유형의 준용규정과 제2유형의 준용규정을 굳이 나누어 검토할 필요는 없을 것으로 보인다. 우리 행정소송법은 유보조건 없는 특별준용규정(제1유형)의 수가 절대적으로 적고, 상충하는 규정이 유보된 특별준용규정(제2유형)은 아예 없으며, 법률의 자기완결성이 낮은 관계로 민사소송법 규정과 '상충하는 규정'이 존재할 여지가 거의 없기 때문이다.

용할 수 있다.

이하에서는, 위와 같이 입론한 2단계의 심사기준을 실제 민사소송법 규정의 준용 문제에 적용해 보도록 하겠다. 먼저 행정소송의 독자성이 강하여 '엄격한 심사기준'이 적용되는 규율영역을 살펴보고, 뒤이어 행정소송의 독자성이 상대적으로 약하여 '통상의 심사기준'이 적용되는 규율영역을 살펴보도록 한다.

2. 엄격한 심사기준의 적용례

가. 소송참가 규정의 준용 문제

1) 보조참가

독일 행정소송에서 보조참가에 관한 민사소송법 규정의 준용 문제는 소송제도를 떠받치는 세 번째 기둥인 '소송법관계'와 관련이 있는데, 이 영역은 상대적으로 강한 독자성을 띠는 영역이다. 이에 관하여는 특별준용규정이 존재하지 않으므로, 행정법원법 제173조 1문의 일반준용규정을 통한 준용 여부가 문제 된다. 그런데 앞서 제5장 제2절 1.에서 살펴본 바와 같이, 행정법원법 제65조에는 독자적인 행정소송상 참가 제도가 규정되어 있고, 이는 계쟁 행정작용을 둘러싼 多極的 이해관계에 관한 포괄적 사법심사를 가능케 하는 제도이다. 이러한 맥락에서 독일의 판례와 통설은 보조참가에 관한 민사소송법 규정은 '규율의 공백'이나 '유사성' 요건이 충족되지 않아 행정소송상 참가에 준용될 수 없다고 본다.

우리나라 행정소송에서 행정소송법 제16조의 소송참가 이외에 민사소송법 제71조를 준용하여 보조참가를 할 수 있는지에 관하여, 다수설[966]과 판례[967]

---

966) 법원행정처, 법원실무제요 행정, 2016, 97-98면; 김철용 · 최광률(편집대표), 주석 행정소송법, 2004, 461-462면; 김성원, 행정소송에서의 제3자의 소송참가, 원광법학 제32권 제3호, 2016, 23-25면 참조.

는 보조참가 규정의 준용을 긍정한다. 그러나 이러한 견해는 민사소송법 제8조 제2항에 따른 준용요건인 규율의 공백과 유사성 측면에서 의문이 있다.

우선 행정소송상 참가 제도는 우리 행정소송법에 자족적인 규정이 마련되어 있는 규율영역이다. 또한 이 제도는 독일과 마찬가지로 계쟁 행정작용을 둘러싼 多極的 이해관계가 형량·조정되는 행정소송 특유의 소송법관계가 반영된 제도로서, 제3자의 참가 여부가 법원의 결정에 달려 있고(행정소송법 제16조 제1항), 참가인에 대하여 필수적 공동소송에 관한 특별규정인 민사소송법 제67조가 준용되어 공동소송적 보조참가인에 준하는 지위가 주어진다(같은 법 제16조 제4항).[968] 결국 우리 행정소송에서도 '소송법관계'는 독일처럼 독자성이 강하게 드러나는 영역이므로, 민사소송법상 보조참가 규정의 준용 여부를 판단할 때는 '엄격한 심사기준'에 의하여야 한다.

엄격한 심사기준에 따르면, 이 영역에 규율의 공백이 있다고 볼 수 있는지 의문스럽다. 다수설은 민사소송법 제71조의 보조참가 요건인 "소송결과에 대한 이해관계"는 참가인의 법적 지위가 판결주문에서 판단되는 권리관계의 존부에 직접적인 영향을 받는 관계를 의미하는 데 비해, 행정소송법 제16조의 참가 요건인 "소송의 결과에 따른 권리 또는 이익의 침해"는 판결의 효력이 직접 미치는 경우만을 의미하여 전자의 범위가 후자보다 넓으므로, 그 범위 차이만큼 규율의 공백이 있다고 본다.[969] 그러나 양자는 문언상 차이가 있다고 보기 어렵고, 판결의 효력은 받지 않으면서 참가적 효력만 받는 제3자를 행정소송법 제16조에 따라 참가할 수 있는 사람의 범위에서 제외해야 할 뚜렷한 근거도 없다.[970]

---

967) 대법원 2002. 9. 24. 선고 99두1519 판결; 대법원 2013. 6. 18. 자 2012무257 결정 참조.

968) 이시윤, 신민사소송법(제15판), 2021, 796-798면 참조.

969) 김성원, 행정소송에서의 제3자의 소송참가, 원광법학 제32권 제3호, 2016, 24면 참조.

970) 독일에서도 행정법원법 제65조 제1항에 규정된 참가 요건과 민사소송법 제66조에 규정된 보조참가 요건은 대동소이한 것으로 본다. Bier/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO §65 Rn. 2 참조.

무엇보다도 다수설과 판례는 행정소송에서 민사소송법 제71조를 준용하여 보조참가를 하더라도, 그 보조참가인은 행정소송의 성질상 판결의 효력을 받고, 따라서 통상의 보조참가인이 아니라 공동소송적 보조참가인에 준하는 지위를 갖는다고 본다.[971] 즉, 행정소송에서 행정소송법 제16조에 따라 참가를 하든 민사소송법 제71조를 준용하여 보조참가를 하든 참가인의 지위는 동일하고, 판결의 효력이 미치는 점도 동일하다는 것이다. 그렇다면, 행정소송에서 행정소송법 제16조에 따른 참가와 민사소송법상의 보조참가 사이의 유일한 차이점은 참가를 위해 법원의 결정이 필요한지 여부 정도일 것이다.[972] 게다가 행정청은 권리능력이 없어 민사소송법에 따른 보조참가를 할 수 없을 뿐 아니라, 행정소송법 제17조에 행정청의 참가 규정이 따로 마련되어 있다.[973]

나아가 행정소송에서 참가 여부를 법원의 지배 아래 두는 것은 행정통제 기능을 수행하기 위해 법원의 절차주도권을 강화하려는 것이고, 참가인에게 독립적 지위를 주는 것은 계쟁 행정작용과 관계된 여러 공적·사적 이익을 숨김없이 규명하기 위함이므로, 행정소송상 참가와 민사소송상 보조참가는 제도의 취지 면에서 유사성이 없다. 결국 보조참가에 관한 민사소송법 제71조 이하의 규정은 행정소송에 준용되지 않는다고 봄이 타당하다.

2) 독립당사자참가 및 공동소송참가

독일 행정법학의 다수설은 주참가 및 채권자소송에 관한 민사소송법 규정의 준용 문제에 관하여도 규율의 공백이 없다는 이유로 부정적으로 본다. 우

971) 법원행정처, 법원실무제요 행정, 2016, 98면; 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011두30069 판결; 대법원 2013. 3. 28. 선고 2011두13729 판결 참조.

972) 현행 실무상 명칭에 있어서도 행정소송법 제16조에 따른 참가인이나 민사소송법상 보조참가인이나 모두 '보조참가인'으로 표시하고 있다. 따라서 판결문만 보아서는 해당 참가인이 둘 중 어느 쪽에 해당하는 경우인지 알기 어렵다. 법원행정처, 법원실무제요 행정, 2016, 91면 참조.

973) 법원행정처, 법원실무제요 행정, 2016, 98면 참조.

선 행정행위에 대한 취소소송과 의무이행소송에서는 원고와 피고 사이에 소송이 계속 중인 상태에서 제3자가 소송의 목적물에 관하여 자신에게 권리가 있다고 주장하는 사안을 상정하기 어렵다고 본다. 한편, 일반이행소송이나 확인소송과 같이 행정행위와 관련되지 않은 소송유형에서는 위와 같은 사안을 상정할 수 있긴 하지만, 직권탐지주의 하에서 법원은 직권으로 원고적격과 피고적격의 유무를 조사해야 하므로, 이러한 소송유형에서도 규율의 공백은 존재하지 않는다고 본다.

우리나라 행정소송에서 독립당사자참가 및 공동소송참가에 관한 민사소송법 규정의 준용 문제에 관하여, 다수설은 위 민사소송법 규정을 행정소송에 준용하지 못할 이론적 이유는 없다고 하면서 준용 긍정설을 취한다. 그러나 준용 긍정설도 지적하고 있다시피, 항고소송에서 독립당사자참가 및 공동소송참가가 가능해지려면 해당 참가인이 원고적격, 제소기간 등 항고소송 특유의 소송요건을 모두 갖추어야 하므로, 항고소송에서 독립당사자참가 및 공동소송참가가 가능한 사례를 상정하기는 어렵다.[974] 독립당사자참가 및 공동소송참가가 가능한 사례를 상정할 수 없다는 것은, 재판현실에서 규율의 공백이 없다는 것이나 다름이 없다. 특히 독립당사자참가는 원고와 피고 사이에 소송이 계속 중인 상태에서 원고가 주장하는 권리의 귀속에 관하여 제3자와 다툼이 있는 경우에 작동하는 제도인데, 항고소송에서는 처분청과 처분상대방이 모두 어렵지 않게 특정되므로 독립당사자참가가 필요한 상황 자체가 발생하지 않는다. 결국 항고소송에서 독립당사자참가 및 공동소송참가에 관한 민사소송법 규정은 규율의 공백이 인정되지 아니하여 준용되지 않는다고 보아야 한다.

다만, 당사자소송에서는 원고와 피고 사이에 소송이 계속 중인 상태에서 원고가 주장하는 권리의 귀속에 관하여 제3자와 다툼이 있는 사안을 상정할 수 있다. 또한 법원은 직권조사사항에 속하는 원고적격과 피고적격의 구비 여부에 관하여 의문이 생기면 당사자의 지적이 없더라도 직권으로 소송요건

974) 법원행정처, 법원실무제요 행정, 2016, 99면; 김성원, 행정소송에서의 제3자의 소송참가, 원광법학 제32권 제3호, 2016, 25-28면 참조.

의 존부에 관한 심사를 개시해야 하지만,[975] 우리 행정소송에서는 소송자료의 수집책임과 관련하여 독일만큼 엄격한 직권탐지주의를 채택하고 있지 않으므로, 법원이 소송요건의 판단자료를 충분히 수집하지 못하여 당사자적격의 흠결을 미처 걸러내지 못한 경우에는 독립당사자참가 등을 통해 권리의 귀속 문제를 포함한 3자 간의 분쟁을 일거에 해결할 필요성이 있다.

따라서 당사자소송에서는 독립당사자참가 및 공동소송참가에 관한 민사소송법 규정이 준용될 수 있다. 더욱이 지금은 당사자소송이 충분히 활성화되어 있지 않지만, 장차 행정소송법이 개정되어 행정상 손해배상과 행정상 손실보상 사건 등이 당사자소송의 대상에 포함된다면 민사소송법상 독립당사자참가 및 공동소송참가 규정이 준용될 필요가 있는 사안이 늘어날 수 있으므로, 이 점에서도 당사자소송에 준용을 허용하는 것은 의미가 있다.

나. 심리원칙에 관한 규정의 준용 문제

1) 자백 및 자백간주 규정

자백 및 자백간주 규정의 준용 여부를 판단할 때는 통상의 심사기준을 취할 것인지 엄격한 심사기준에 의할 것인지를 먼저 정해야 한다. 그리고 이를 위해서는 해당 규율영역, 즉 소송자료의 수집·제출에 관한 우리 행정소송법상의 심리원칙이 행정소송의 독자성이 강한 영역인지 민사소송과의 유사성이 강한 영역인지 규명해야 한다.

여기서 우리나라의 확립된 판례인 변론주의 보충설에 대한 재검토가 필요하다. 물론 우리 행정소송법 제26조는 독일 행정법원법 제86조 제1항만큼 직권탐지주의를 분명하게 선언하는 규정은 아니다. 즉, 행정법원법 제86조 제1항처럼 법원이 직권으로 사실관계를 조사할 의무를 진다거나 당사자의 사실

975) Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1974, S. 321-322; Lindacher/Hau, in: MüKo ZPO, Bd. I, München 2020, §56 Rn. 1; Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, München 2016, §10 Rn. 3 참조.

주장 및 증거신청에 구속되지 않는다고 규정하지 아니하고, 법원이 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 "할 수 있고", 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 "판단할 수 있다"라고 규정하고 있다. 이런 점에서 독일 행정소송의 직권탐지주의보다는 그 뉘앙스가 약하다고 볼 수 있다.[976]

그러나 한편, 행정소송법 제26조가 소송자료의 수집·제출에 관하여 변론주의를 원칙으로 삼았다고 볼 수는 없다. 행정소송법 제26조의 표제는 '직권심리'로 되어 있어 법원이 직권으로 사실관계를 규명한다는 취지가 반영되어 있다. 또한 민사소송법 제292조가 이미 법원의 직권에 의한 증거조사를 규정하고 있는데도 행정소송법 제8조 제2항을 통해 이를 준용하는 데 그치지 않고 행정소송법 제26조 전단에서 직권증거조사를 별도로 규정한 것이나, 같은 조 후단이 변론주의 하에서의 주장책임에 명백히 반하는 내용, 즉 "당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다"라는 내용으로 되어 있는 것에 비추어 보면, 우리 입법자는 민사소송의 심리원칙과 차별화되는 행정소송만의 독자적인 심리원칙을 선언하였다고 봄이 타당하다.[977]

그렇다면, 행정소송의 심리원칙은 어떤 점에서 민사소송의 심리원칙과 차별화되는가? 그것은 독일의 행정소송이 직권탐지주의를 취하는 이유에서 시사점을 찾을 수 있다. 즉, 행정소송이 행정의 적법성을 통제함으로써 공익을 실현한다는 데에 핵심이 있다. 행정을 통제하려면 객관적으로 올바른 사실관계라는 토대가 필요하고, 사실관계를 규명할 때 통제의 대상인 행정이 이를 좌지우지하지 못하도록 해야 한다. 따라서 행정소송에서는 정확한 사실관계를 규명하는 것 자체가 공익적 성격을 갖는다.

이렇게 보면 우리 행정소송법 제26조가 변론주의와 직권탐지주의 사이에서 어떻게 절충점을 잡고 있는지를 좀 더 분명하게 알 수 있다. 통상 변론주의와 직권탐지주의 간에 차이가 드러나는 요소로 다음의 세 가지가 제시된

---

976) 최선웅, 행정소송에서의 변론주의와 직권탐지주의, 법학박사논문, 2004, 219-223면 참조.

977) 최계영, 법치주의 구현을 위한 행정소송 심리절차의 강화, 서울대학교 법학 제54권 제4호, 2013, 48-49면 참조.

다. ① 주장책임, ② 형식적 증명책임(직권증거조사의 원칙적 금지), ③ 자백의 구속력이 그것이다.[978] 그런데 제26조 전단은 형식적 증명책임을 완화하고 직권증거조사의 가능성을 원칙적으로 인정하는 내용이고, 제26조 후단은 주장책임을 완화하는 내용이다. 그리고 이 두 부분에 공통으로 걸리는 "법원이 필요하다고 인정할 때"라는 문구는 행정통제를 위한 공익적 측면에서의 필요성을 의미한다고 보아야 한다.[979] 즉, 우리 행정소송법에도 독일의 행정소송과 마찬가지로 당사자의 소송자료 제출과 법원의 공익적 사실조사 활동이 상호작용을 이루면서 사실관계가 규명된다는 점이 반영되어 있다.

또 한 가지 고려해야 하는 점은, 오늘날 민사소송의 심리원칙과 행정소송의 심리원칙은 점점 상대화되고 있고, 그러한 경향이 두드러지는 부분은 주로 주장책임 및 형식적 증명책임의 영역이라는 점이다. 민사소송에서는 법원의 석명권 또는 석명의무, 소송자료와 증거자료의 준별 완화, 보충적인 직권증거조사, 증명책임의 완화·전환 등을 통해 당사자의 사이의 불평등을 해소하고자 한다.[980] 최근에는 당사자의 진실의무나 소제기 전 증거조사 제도 등을 통해 변론주의를 제한하고 실체적 진실발견을 강조하는 이른바 '한국형 디스커버리' 도입 논의도 활발하다.[981] 행정소송에서도 당사자의 협력의무, 특히 법원의 사실심리를 추동하는 원고의 사실주장 책임을 통해 사실관계 규명에서의 당사자의 역할을 점점 강조하는 추세에 있다.

반면에 자백의 구속력에 관하여는 민사소송에서 상대화 경향이 잘 나타나지 않는다. 다시 말해, 자백의 구속력은 변론주의의 최후방에 위치하는 테제로서, 사실인정의 주도권이 당사자에게 있으므로 당사자가 합의한 사실은 법

---

978) 이시윤, 신민사소송법(제15판), 2021, 328-332면 참조. 이론상 변론주의에서는 위 세 가지를 모두 인정하나, 직권탐지주의에서는 위 세 가지를 모두 부정한다.

979) 최선웅, 행정소송에서의 변론주의와 직권탐지주의, 법학박사논문, 2004, 227-230면 참조.

980) 이시윤, 신민사소송법(제15판), 2021, 333면; 최계영, 법치주의 구현을 위한 행정소송 심리절차의 강화, 서울대학교 법학 제54권 제4호, 2013, 49면 참조.

981) 이에 관한 가장 최근의 논의로는 법원행정처 디스커버리 연구반, 디스커버리 제도 도입 관련 설명자료, 2022, 5-35면 참조.

원도 건드릴 수 없음을 선언하는 것이다. 그러나 반대로 객관소송적 구조와 기능이 뚜렷하게 나타나는 우리 행정소송에서 자백의 구속력은 쉽게 받아들이기 어려운 것이다. 통제의 대상인 피고 행정청이 처분상대방인 원고와 합의한 사실관계에 법원이 구속되어서는 효과적인 적법성 통제를 기대할 수 없기 때문이다.

행정소송에서 자백의 구속력을 인정할 때의 문제점은 법령 위반행위에 대하여 행정처분과 행정형벌이 함께 예정되어 있는 경우에 두드러진다. 즉, 행정형벌의 과벌절차인 형사소송에서는 법원이 주도적으로 사건을 심리하여 피고인의 법령 위반 사실과 형량을 종국적으로 판단하는 반면에,[982] 법령 위반행위를 이유로 한 제재처분에 대한 취소소송에서 원고와 피고 행정청 사이에 법령 위반 사실에 관하여 자백이 성립하여 법원에 이에 구속되면, 동일한 법령 위반행위에 관하여 형사소송과 행정소송의 사실인정과 결론이 달라져 전체 법질서 수호에 지장을 초래하는 부당한 결과가 초래될 수 있다.

따라서 행정소송에서는 민사소송과 같은 정도로 자백의 구속력을 인정해서는 안 된다. 현행 판례와 실무상 자백의 구속력을 완전히 배제하기 어렵다고 하더라도, 우리 대법원이 민사소송에서 '법원에 현저한 사실'[983]에 반하는 자백은 구속력이 없다고 보는 점을 감안하면,[984] 행정소송에서 자백의 구속력은 제한적으로만 인정되어야 한다. 즉, 민사소송에서도 법원에 현저한 사실과 같이 '인식의 객관성'이 담보되는 사실에 반하는 자백은 구속력이 인정되지 않으므로, 민사소송보다 객관적으로 올바른 사실인정의 필요성이 큰 행정소송에서는 그보다 더 강한 제한이 필요하다.

결국 우리 행정소송법 제26조는 독일 행정법원법 제86조 제1항만큼 전면

982) 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 2005, 345면 참조.

983) 법원에 현저한 사실이란, 법관이 그 직무상의 경험을 통해 명백히 알고 있는 사실로서, 명확한 기억이 있거나 기록 등을 조사하여 곧바로 그 내용을 알 수 있는 사실을 말한다. 대법원 1996. 7. 18. 선고 94다20051 판결; 이시윤, 신민사소송법(제15판), 2021, 477면 참조.

984) 대법원 1959. 7. 30. 선고 4291민상551 판결; 이시윤, 신민사소송법(제15판), 2021, 332면 참조.

적인 직권탐지주의를 채택한 규정으로 볼 수는 없지만, 공익적 견지에서 변론주의와 직권탐지주의를 적절히 절충한 규정으로 봄이 타당하다. 그리고 그 절충점은 ① 주장책임의 원칙적 인정 및 공익적 차원에서의 완화, ② 원칙적 직권증거조사의 인정을 통한 형식적 증명책임의 완화, ③ 자백의 구속력의 제한적 인정으로 파악해야 한다.[985] 즉, 직권탐지주의에 관하여 규정하는 독일 행정법원법 제86조 제1항은 변론주의에 기초한 민사소송법 규정이 행정소송에 준용되지 않도록 하는 '방파제' 역할을 하는 데 비하여, 직권심리에 관하여 규정하는 우리 행정소송법 제26조는 변론주의에 기초한 민사소송법 규정의 준용을 어느 정도 인정하되, 그로 말미암아 행정소송의 객관적 통제 기능이 저해되지 않도록 준용대상 규정에 수정·제한을 가하는 '필터' 역할을 한다. 우리 행정소송의 심리원칙을 이렇게 해석한다면, 이 규율영역은 행정소송의 독자성이 강하게 드러나는 영역으로서 '엄격한 심사기준'이 적용되어야 한다.

엄격한 심사기준에 의할 때, 우리 행정소송법 제26조는 법원이 당사자들과의 상호작용 속에서 사실관계를 적극적으로 규명하는 시스템을 전제하는 데 비하여, 재판상 자백에 관한 민사소송법 제288조나 자백간주에 관한 민사소송법 제150조는 당사자와 당사자 간의 상호작용 속에서 사실관계를 규명하는 시스템을 전제로 하는 규정이므로, 민사소송법상 자백 및 자백간주에 관한 규정을 준용하기 위한 규율의 공백과 규율사안의 유사성은 제한적으로만 인정된다. 결국 자백 및 자백간주에 관한 민사소송법 규정을 행정소송에 준용하더라도 큰 폭의 수정이 가해질 수밖에 없다. 따라서 행정소송에서 법원이 '기록에 의하여' 파악한 사실에 '명백히' 반하는 경우에는 자백 및 자백간주의 구속력이 배제된다고 해석함이 타당하다.

---

985) 이런 점에서 볼 때, 행정소송법 제26조에 대한 해석론으로 절충설 내지 입법정책설을 취하면서도 행정소송에서 주장책임, 형식적 증명책임과 자백의 구속력을 모두 그대로 인정하는 견해는 납득하기 어렵다. 오늘날 변론주의와 직권탐지주의가 상대화되는 경향 속에서 위 세 가지를 그대로 인정한다는 것은 사실상 변론주의와 다를 바 없기 때문이다.

2) 당사자의 진실의무 규정

독일 민사소송법은 제138조 제1항에 당사자의 진실의무에 관한 명문의 규정을 두고 있는데, 판례와 통설은 독일 행정법원법에 당사자의 진실의무에 관한 규율의 공백이 있고, 당사자의 진실의무는 소송관계인의 협력의무와 유사성도 인정된다는 이유로, 위 제138조 제1항이 행정소송에 준용되는 것을 인정한다.

그런데 우리 민사소송법은 독일과 달리 당사자의 진실의무에 관한 직접적인 규정을 두고 있지 않다. 물론 통설은 신의에 따른 성실소송 수행의무를 규정한 민사소송법 제1조 제2항과 문서성립의 부인 및 거짓 진술에 대한 제재를 규정한 같은 법 제363조, 제370조를 근거로 하여 당사자의 진실의무를 긍정한다.[986] 그러나 민사소송법에 명문의 규정이 없는 상황에서 간접적인 해석론에 의해 인정되는 당사자의 진실의무를 행정소송에서 섣불리 인정하기는 어렵다.

다만, 앞서 본 바와 같이 우리나라에서도 당사자의 진실의무에 관한 명문의 규정을 마련하자는 논의가 있는데, 만약 독일 민사소송법 제138조 제1항과 같은 정도의 내용을 지니면서 직접적인 제재수단은 마련되어 있지 않은 당사자의 진실의무가 우리 민사소송법에 도입된다면, 그러한 조항은 우리 행정소송에도 준용이 가능할 것으로 예상된다.

3) 실질적 소송지휘 규정

소송자료의 수집·제출에 관한 우리 행정소송의 심리원칙에 대하여 '엄격한 심사기준'을 적용한다고 하더라도, 실질적 소송지휘에 관한 규정, 즉 법원의 석명권 또는 석명의무에 관한 민사소송법 제136조 내지 제140조의 규정과 관련하여서는 우리 행정소송법에 '규율의 공백'이 있다고 보인다. 즉, 앞

986) 이시윤, 신민사소송법(제15판), 2021, 333-334면 참조.

서 본 것처럼 행정법원은 공익적 견지에서 필요하다고 인정될 때 직권으로 사실심리를 할 수 있는데, 우리 행정소송법에는 행정심판기록의 제출명령(제25조) 이외에 법원의 사실심리 수단을 명문화한 규정이 존재하지 않는다. 따라서 법원의 실질적 소송지휘에 관한 상세한 규정이 행정법원법에 독자적으로 마련되어 있는 독일과는 사정이 다르다.

오히려 민사소송법상의 석명권 또는 석명의무에 관한 조항을 적극적으로 활용하는 것이 법원의 주도적인 사실조사 활동과 행정의 적법성 통제에 도움이 된다. 꼭 정식의 문서제출명령을 하거나 민사소송법에 규정된 증거방법을 통해야만 소송자료가 수집되는 것은 아니다. 법원이 변론기일에서 적절히 석명권을 행사하고 당사자에게 설명을 요구하거나 증명을 촉구하는 것만으로도 사실관계를 규명하는 데 도움이 된다. 따라서 이것은 계획에 반하는 불완전성으로 볼 수 있다.

또한 우리 행정소송의 심리원칙이 주장책임과 형식적 증명책임을 부정하는 것이 아니라 이를 원칙적으로 인정하되 공익적 견지에서 완화하는 시스템이라는 점에서, 민사소송의 실질적 소송지휘와 유사성도 인정된다. 물론 민사소송에서의 실질적 소송지휘는 변론주의의 결함을 보완하려는 것인데 비하여 행정소송에서의 실질적 소송지휘는 법원의 직권심리를 위한 수단으로서의 의미를 가지므로 제도적 취지는 같지 않지만, 일정 정도 변론주의가 적용됨을 전제로 법원이 실체적 진실에 다가가려는 노력의 일환이라는 점에서는 공통점이 있기 때문이다.

다만, 민사소송법상의 석명권 또는 석명의무에 관한 조항을 행정소송에 준용할 때는 석명의무의 범위를 민사소송보다 넓게 인정하는 방식으로 수정이 이루어져야 한다. 즉, 변론주의 보충설을 취하는 판례가 제시하는 행정소송에서의 석명권의 한계는 민사소송에서의 기준과 별다른 차이가 없으나,[987]

---

987) 대법원은 "법원의 석명권 행사는 당사자의 주장에 모순된 점이 있거나 불완전·불명료한 점이 있을 때에 이를 지적하여 정정·보충할 수 있는 기회를 주고, 계쟁 사실에 대한 증거의 제출을 촉구하는 것을 그 내용으로 하는 것으로, 당사자가 주장하지도 아니한 법률효과에 관한 요건사실이나 독립된 공격방어방법을

공익적 견지에서 직권심리가 인정되는 행정소송에서는 석명권의 한계가 좀 더 완화될 필요가 있다. 오히려 효과적인 적법성 통제를 위해 필요한 경우에는 민사소송법 제136조 제4항의 지적의무를 준용함으로써 법원의 석명의무를 인정할 필요도 있을 것이다.

다. 소송상화해 규정의 준용 문제

소송상화해에 관한 민사소송법 규정의 준용 문제를 둘러싼 법적 상황은 다소 복잡하다. 왜냐하면 오늘날 소송상화해에 관한 규정을 준용하기 위한 요건으로 '규율의 공백'이 있다는 점은 대체로 인정되나, 또 다른 요건인 '유사성'을 충족하는 것이 난망하기 때문이다.

앞서 제5장 제5절에서 살펴본 바와 같이, 독일 행정법원법이 소송상화해에 관한 독자적인 규율 체계를 가지고 있는 것은 이 영역이 행정소송의 독자성이 강하게 나타나는 영역이기 때문이다. 즉, 행정소송에서는 심판 기능이 강조되고 분쟁조정 기능이 법치국가 원리, 권력분립 원리와 민주주의 원리에 의한 한계를 갖는다. 따라서 피고 행정청이 소송물에 관하여 갖는 처분권의 범위는 민사소송의 당사자가 갖는 처분권의 범위보다 좁다. 그러므로 독일에서는 행정소송상 화해를 소송법상의 소송행위이자 공법상의 화해계약으로 파악함으로써 행정절차법에 규정된 공법상 화해계약의 실질적 요건과 연결하고, 소송상화해에 소송종료효와 집행력은 인정하되 기판력은 인정하지 아니함으로써, 행정소송상 화해로 인해 행정에 대한 법적 구속이 몰각되는 일이 없도록 규율한다.

우리나라의 항고소송에서의 소송상화해의 허용 여부, 즉 항고소송에서 민사소송법상 화해 내지 화해권고결정에 관한 규정을 준용할 수 있는지에 관하여 종래의 통설은 부정설을 취하였는데, 그 논거는 항고소송의 심리에 직

시사하여 그 제출을 권유함과 같은 행위를 하는 것은 변론주의의 원칙에 위배되는 것으로 석명권 행사의 한계를 일탈하는 것이 된다."라는 입장을 취한다(대법원 2001. 1. 16. 선고 99두8107 판결 등 참조).

권탐지주의가 적용된다거나, 행정처분은 공익에 관한 사항을 담고 있으므로 당사자들이 임의로 처분할 수 없다거나, 행정의 법률적합성이 잠탈될 우려가 있다는 것으로서, 결국 행정소송법 제8조 제2항을 통한 준용요건인 '규율의 공백'과 '유사성'이 모두 존재하지 않는다는 취지이다.[988] 그러나 2000년대 이후 출간된 논문들은 주로 항고소송에 민사소송법상 화해에 관한 규정이 준용될 수 있다는 견해를 취하는데,[989] 이는 항고소송에서도 제한된 범위나마 소송상화해가 가능하고 또 필요하다는 문제의식과 더불어, 현행 실무에서 사실상 화해가 빈번하게 이루어지고 있는 것에 대한 현실인식에서 출발한 것이다.[990] 그러므로 준용 긍정설에 따르면 행정소송법 제8조 제2항을 통한 준용요건인 '규율의 공백'은 어렵지 않게 인정되고, 다만 행정소송상 화해와 민사소송상 화해의 차이를 극복하고 '유사성' 요건을 갖추기 위해 민사소송법상 화해권고결정에 관한 제225조 내지 제232조만 준용된다고 하거나, 화해권고결정이 확정되더라도 기판력은 인정되지 않는다고 함으로써 민사소송법의 규율내용에 대폭 수정을 가하는 등의 이론적 노력이 행해진다.[991]

다만, 이러한 이론적 노력에도 불구하고 '유사성' 요건을 충족하기 위해서는 좀 더 해명되어야 할 것들이 있다. 우리 민사소송상 화해의 법적 성질에 관하여 판례는 순수한 소송행위설을 취하는 한편, 화해의 효력으로 무제한의 기판력을 인정하고 있는데,[992] 이는 우리 민사소송법의 독특한 규정내용 때문이다.[993] 그러나 민사소송법학의 다수설은 독일과 마찬가지로 소송상화해

988) 김철용 · 최광률(편집대표), 주석 행정소송법, 2004, 162면, 172면 참조.

989) 대표적으로 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 626-630면 참조.

990) 최계영, 행정소송에서의 조정 - 비교법적 고찰을 중심으로, 행정법연구 제27호, 2010, 198-201면 참조.

991) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 628-629면 참조.

992) 소송행위설에 관하여는 대법원 1962. 5. 31. 선고 4293민재6 판결; 무제한 기판력설에 관하여는 대법원 1962. 2. 15. 선고 4294민상914 전원합의체 판결 참조.

993) 민사소송법 제220조는 화해조서가 확정판결과 같은 효력을 가진다고 규정하고 있고, 1961년에 개정된 민사소송법 제461조(구 제431조)는 화해조서도 준재심의 대상으로 삼고 있기 때문에, 판례는 이러한 법상황에 터 잡아 소송상화해에 무제한의 기판력을 인정하고 있는 것이다. 유병현, 화해권고결정의 기판력이 미치

를 소송행위이자 실체법상의 화해계약으로 보고 있다.[994] 소송상화해는 실체적 법상태에 변경을 가하면서 소송을 종료시키는 것이므로 단순한 소송행위와는 다르고, 소송상화해를 순수한 소송행위로 보게 되면 조건·기한을 붙이거나 실체법상의 하자를 이유로 무효화하는 것이 이론상 불가능하다는 것이다. 소송상화해의 효력과 관련하여서도 다수 견해는 법원의 판단작용이 개재되지 않으므로 기판력을 인정할 수 없다고 하거나,[995] 민사소송법 제461조의 존재 때문에 어쩔 수 없이 기판력을 인정하면서도 그 범위를 실체법상의 하자가 없는 경우로 한정한다.[996]

이러한 민사소송법의 논의 상황은 행정소송상 화해의 허용성 문제에서 한편으로는 호재이고 한편으로는 악재이다. 우리 실정법상 행정처분을 갈음하는 공법상 화해계약을 인정하는 명문의 규정이 없는 점에서는,[997] 우리나라 판례처럼 소송상화해를 순수한 소송행위로 보는 것이 유리하다. 반면에 행정에 대한 법적 구속의 측면에서 행정소송상 화해에는 독일의 예에서 보듯이 여러 가지 실질적 요건을 부과할 필요가 있는데,[998] 순수한 소송행위에 그러한 실질적 요건을 부과하는 것은 법이론상 난점이 있을 뿐만 아니라 실정법상 근거가 빈약하다. 또한 행정소송상 화해에 의하여 계쟁 행정처분의 위법성이나 적법성에 관해 기판력을 인정하는 것은 행정의 법률적합성 원칙상 받아들일 수 없는데,[999] 행정소송상 화해를 소송행위로 파악하는 이상 대법

는 승계인의 범위와 가처분의 효력 - 대구지방법원 2009. 12. 1. 선고 2009나2031 판결을 중심으로, 저스티스 제126호, 2011, 188면 참조.

994) 이시윤, 신민사소송법(제15판), 2021, 591면; 유병현, 앞의 논문, 189면 참조.

995) 기판력 부정설은 민사소송법 제461조를 위헌적인 규정으로 본다. 유병현, 앞의 논문, 189면 참조.

996) 이시윤, 신민사소송법(제15판), 2021, 596면 참조.

997) 2021년에 행정기본법이 제정되면서 제27조에 공법상 계약의 근거규정이 마련되었으나, 여기서의 공법상 계약에는 '행정행위에 갈음하는 공법상 계약'이 포함되지 않으므로, 항고소송의 소송상화해가 공법상 화해계약의 성질을 겸유하는 것으로 보더라도 행정기본법 제27조가 근거규정이 될 수는 없을 것으로 보인다. 법제처, 행정기본법 해설서, 2021, 269면 참조.

998) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 638-640면에 제시된 실질적 요건은 대체로 독일 행정절차법에 규정된 공법상 화해계약의 허용요건을 참고한 것이다.

원은 이에 대해 무제한의 기판력을 인정할 것임이 거의 확실해 보인다.

결국 소송상화해에 관한 민사소송법 규정은, 그 범위를 화해권고결정에 관한 것으로만 한정하더라도 행정소송법 제8조 제2항의 준용요건 중 하나인 '유사성'을 해석론으로만 충족하기가 쉽지 않은 상황으로 판단되며, 추가적인 이론적 노력이 더 필요해 보인다.

3. 통상의 심사기준의 적용례

가. 항고소송에서 민사가처분 규정의 준용 문제

항고소송에서 민사집행법상 가처분에 관한 규정을 준용할 수 있는지에 관한 우리나라의 논의 상황을 보면, 준용 긍정설은 행정소송법 제8조 제2항을 통해 항고소송에 민사가처분 규정을 준용할 수 있다고 보면서, 그 근거로 실효적 권리구제를 위해 거부처분·부작위와 관련한 가구제의 공백을 메울 필요성이 있는 점, 행정소송법상 민사가처분 규정의 준용을 명시적으로 배제하는 규정이 없는 점 등을 든다.[1000] 반면에 준용 부정설은 권력분립 원칙에 따른 한계, 행정소송법상 집행정지에 관한 규정이 민사집행법상 가처분 규정에 대한 특별규정에 해당하는 점, 현행법상 의무이행소송이나 예방적 금지소송 같은 소송유형이 인정되지 않는 점 등을 근거로 든다.[1001] 판례는 앞서 본 것처럼 항고소송에 대한 민사가처분 규정의 준용 가능성을 일관되게 부정한다.

---

999) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 641면 참조.

1000) 박정훈, 거부처분과 행정소송 - 도그마틱의 분별력·체계성과 다원적 비교법의 돌파력, 행정법연구 제63호, 2020, 26면; 정영철, 권리보호의 효율성명령에 근거한 거부처분에 대한 행정소송법상 가구제, 한양대 법학논총 제29권 제4호, 2012, 618면; 하명호, 행정소송에서 가처분 규정의 준용, 행정판례연구 제22집 제2권, 2017, 190-202면 참조.

1001) 대표적으로 강구철, 항고소송에 있어서의 가구제제도의 문제점, 국민대 법학논총 제12집, 2000, 168-169면 참조.

항고소송에서 민사가처분 규정의 준용 문제를 해결하기 위한 실마리는 독일 행정법원법상 침익적 행정행위에 대한 가구제와 행정행위의 거부·부작위에 대한 가구제를 달리 규율하고 있는 점에서 찾을 수 있다. 침익적 행정행위에 대한 취소소송과 행정행위의 거부·부작위에 대한 의무이행소송은 전심절차, 제소기간, 피고적격 등에서 공통점이 많다. 그러나 가구제와 관련하여서는 침익적 행정행위가 집행정지의 대상이 됨에 비하여, 행정행위의 거부·부작위는 가명령의 대상에 속한다. 이것은 입법자가 적어도 가구제에 관하여는 양자 간에 성질상의 차이가 있다고 보았기 때문이다.

즉, 침익적 행정행위는 고권적·일방적 성격을 띨 뿐만 아니라 잠정적 통용력과 자기집행력이 있으므로, 권리구제의 실효성을 도모하기 위해서는 본안판단이 있을 때까지 그 효력 내지 집행을 잠정적으로 정지할 필요가 있고, 또 그것만으로 가구제의 목적을 달성할 수 있다. 그러나 행정행위의 거부·부작위의 경우에는 본안판단이 있을 때까지 그 효력을 정지하는 것만으로는 신청인이 아무런 이익을 얻을 수 없고, 오히려 민사가처분처럼 다툼의 대상의 현상을 동결하거나 적극적으로 임시의 지위를 정하는 잠정조치가 있어야만 권리구제의 실효성을 도모할 수 있다. 이렇게 볼 때, 행정행위의 거부·부작위는 가구제 측면에서는 오히려 사실행위 등 가명령의 대상이 되는 여타 행정작용과 유사성이 있으므로, 입법자는 행정행위의 거부·부작위도 가명령의 대상으로 삼은 것이다.

이러한 독일의 입법례에 비추어 보면, 우리 행정소송법은 제23조, 제24조에 침익적 행정처분에 대한 집행정지 규정만 두고 있을 뿐 거부처분·부작위에 대한 가구제 규정은 없으므로 '규율의 공백'이 존재한다. 즉, 거부처분·부작위에 관하여는 행정소송법상 집행정지 규정을 민사가처분 규정의 특별규정으로 볼 수 없다. 또한 거부처분·부작위는 실효적 권리구제를 위해 요구되는 가구제의 내용과 성격 면에서 민사가처분의 대상이 되는 사안과 '높은 정도의 유사성'이 인정된다. 결국 집행정지의 대상이 되지 않는 거부처분·부작위에 대하여는 통상의 심사기준에 따라 민사집행법상 가처분 규정이 준용된다고 봄이 타당하다.

다만, 거부처분·부작위에 대한 민사가처분 규정의 준용을 긍정하더라도 구체적인 준용 범위나 방법은 아직 명확하지 않다. 통상의 심사기준이 적용되는 관계로 엄격한 심사기준이 적용되는 경우보다는 수정의 폭과 정도가 작겠지만, 행정소송의 특성에 맞게 일정 정도의 수정은 불가피하다. 예컨대, 보전의 필요성을 판단할 때 공익과 사익을 형량·조정하는 기준을 마련하거나 심사강도 자체를 높이는 방법이 있을 수 있고,[1002] 특히 우리나라에서 아직 의무이행소송이나 예방적 금지소송이 인정되지 않는 점을 감안하여 가처분의 내용을 정할 때 본안이 최대한 선취되지 않도록 주의할 필요도 있다.[1003]

나. 증거조사 규정의 준용 문제

민사소송법상 증거조사에 관한 규정은 행정소송에 광범위하게 준용할 수 있다. 직권탐지주의가 확고한 심리원칙으로 정립된 독일에서도 행정법원법 제98조의 '상충하는 규정이 유보된 특별준용규정'을 통해 민사소송법의 증거조사 규정을 대부분 준용하고 있다. 더욱이 독일에서는 주장책임과 형식적 증명책임이 인정되지 아니하는 관계로 증거신청에 관한 규정과 같이 주장책임과 형식적 증명책임의 존재를 전제로 하는 규정의 준용이 부정되나, 우리 행정소송법 제26조는 주장책임과 형식적 증명책임을 원칙적으로 인정하므로, 증거신청 규정의 준용을 위한 '유사성' 요건을 충족하는 데 걸림돌이 없다. 또한 문서의 증거력과 진정성립에 관한 규정(민사소송법 제356조 내지 제363조)이나 서증의 증명방해에 관한 규정(같은 법 제349조, 제350조)도 어려움 없이 준용이 가능하다.

또한 독일 민사소송법의 증거조사 규정 중에는 당사자주의가 반영된 규정,

1002) 이와 관련하여 행정심판법 제31조에 마련되어 있는 '임시조치' 제도를 참조할 필요가 있다. 박정훈, 거부처분과 행정소송 - 도그마틱의 분별력·체계성과 다원적 비교법의 돌파력, 행정법연구 제63호, 2020, 26면 참조.

1003) 하명호, 행정소송에서 가처분 규정의 준용, 행정판례연구 제22집 제2권, 2017, 197-198면 참조.

즉 당사자 간의 합의가 있으면 새로운 변론 없이도 증거결정을 변경할 수 있다거나(제360조), 특정인을 감정인으로 선정하기로 합의하면 법원이 이에 구속된다거나(제404조 제5항), 당사자가 증인선서나 증인신문을 포기할 수 있다거나(제391조, 제399조), 법원이 증거신청인의 비용예납을 조건으로 증인출석요구를 할 수 있다는(제379조) 등의 규정이 상당수 있고, 이러한 규정들은 행정법원법상 직권탐지주의에 관한 규정과 상충하여 준용이 허용되지 않는다. 그러나 우리 민사소송법에는 위와 같은 규정을 찾아보기 어려우므로 독일과 같은 문제 상황이 발생하지 않는다.

다만, 민사소송법상 문서제출명령에 관한 규정을 준용할 때는 그 신청요건을 완화하거나 제출을 명하는 문서의 범위를 넓힐 필요가 있다. 현행 행정소송법상 행정청에 대한 포괄적 자료제출요구의 근거규정이 존재하지 않는 상황에서는 민사소송법상의 문서제출명령을 활용하는 것이 대안이 될 수 있는데, 민사소송법상의 문서제출명령은 문서의 표시, 문서의 취지 및 문서소지인 등을 특정하여 신청해야 하고 문서제출명령이 허용되는 경우가 상당히 제한적이어서 실효성에 한계가 있기 때문이다.[1004)]

이와 관련해서는 독일의 해석론을 참고할 필요가 있다. 즉, 앞서 제5장 제4절 2. 나.에서 살펴본 바와 같이 독일 민사소송법 제359조에 규정된 증거결정의 필수적 기재사항은 행정소송에 제한적으로만 준용된다. 즉, 증거결정에 요증사실, 증거방법, 증거신청인 등을 구체적으로 기재하도록 하는 것은 변론주의에 기반한 것이어서 직권탐지주의가 적용되는 행정소송에서는 해결할 수 없는 모순을 발생시키므로, 일정한 수정을 가하는 것이다. 이런 점에 비추어 보면, 우리나라의 행정소송에서도 문서제출명령의 신청요건을 완화하거나 피고 행정청에 대하여 어느 정도 포괄적인 문서제출명령을 발령하는 식으로 민사소송법 규정을 수정하여 준용함으로써 운용의 묘를 살릴 수 있을 것이다.

1004) 최계영, 법치주의 구현을 위한 행정소송 심리절차의 강화, 서울대학교 법학 제54권 제4호, 2013, 28면 참조.

제7장 요약 및 결어

제1절 요약

1. 독일 행정소송의 독자성과 민사소송법 준용체계

독일 행정소송은 19세기 외견적 입헌군주제 하에서, 행정에 대한 법적 통제를 행정소송의 중심에 놓는 행정국가(Administrativjustiz) 모델과 주관적 권리구제 기능을 중심으로 하는 사법국가(Justizstaat) 모델의 절충을 통해 생성되었다. 즉, 소송의 대상·유형에 관하여는 사법국가 모델의 영향을 받아 재판관할이 행정행위에 대한 취소소송을 중심으로 협소하게 형성되었지만, 소송법관계에 관하여는 행정국가 모델이 영향을 미쳐 원고와 피고 행정청의 소송상 역할이 서로 달랐고, 多極的 이해관계가 형량·조정될 수 있는 토대가 마련되었다. 또한 소송자료의 수집책임에 관한 심리원칙으로 직권탐지주의를 채택한 점도 행정국가 모델의 영향을 받은 부분이다.

그 후 독일 행정소송은 수십 년간 서서히 민사소송으로부터 분리되는 과정을 밟다가,[1005] 나치 시대의 변질을 거쳐 제2차 세계대전 이후 주관적 권리구제 중심의 사법국가 모델로 전면 재구성되었다. 이후 행정법원법 제정을 통해 행정소송의 대상에 관한 포괄조항과 더불어 다양한 소송유형이 마련되었다. 또한 재판실무에서도 공권 및 원고적격의 확대를 통해 시민의 권리구제 기회가 점차 확장되는 한편, 재량하자이론의 발전과 판단여지의 제한 등을 통해 강력한 사법심사강도를 유지하면서 행정의 우월적 지위를 삭감·제거하는 데 초점이 맞추어졌다. 오늘날의 독일 행정소송은 민사소송과 마찬가지로 개인의 권리구제를 최우선 목적으로 삼는 주관소송적 구조를 띠고 있

1005) Wolfgang Meyer-Hesemann, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, Heidelberg 1981, S. 29-30 참조.

는 점, 행정법원이 일반법원과 동일한 사법부에 속하는 점, 행정상 손해배상·손실보상 사건이나 국고행정관계에 관한 사건이 일반법원의 관할로 되어 있는 점, 여전히 민사소송법의 많은 규정이 행정소송에 준용되는 점 등으로 인하여, 민사소송에 대한 관계에서 독자성을 갖는 데 일정한 한계가 있다.

그러나 한편, 독일 행정소송에는 행정국가 모델의 영향을 받은 부분이 여전히 남아 있고, 그것이 행정소송의 독자성을 떠받치는 요소가 된다. 주관적 권리구제가 행정소송의 최우선 기능이긴 하지만, 민사소송에서는 당사자가 서로 대립하는 고유의 이익을 가지고 있고 동일한 소송상 역할을 수행하는 반면에, 행정소송에서는 행정보다 열위에 있는 시민이 원고로서 행정의 일방적인 공권력 조치의 위법성을 다투는 역할을 하고, 행정은 피고로서 공익을 위해 공권력 조치를 방어하는 역할을 맡는다. 또한 행정을 통제하고 행정법 질서를 수호하는 객관적 기능이 행정소송의 또 다른 중요한 기능으로 인정되며, 복잡다기한 현대 행정에서 오히려 그 중요성이 점점 더 커지고 있다. 행정통제는 비단 개별적·구체적 행정작용뿐만 아니라 행정입법도 그 대상으로 한다. 나아가 법형성 기능을 통해 행정을 교육하고 법질서를 수호하는 것, 심판 기능이 분쟁조정 기능에 대하여 우위를 점하고 있고 분쟁조정 기능이 법치국가 원리, 권력분립 원리 및 민주주의 원리에 따른 한계를 갖는 것도 행정소송 특유의 성질이다.

이러한 독일 행정소송의 기능상 독자성이 소송절차 전반에 미친 영향을 소송제도의 핵심을 이루는 네 개의 기둥을 중심으로 고찰해 보면, 각각의 기둥별로 독자성의 정도가 다름을 확인할 수 있다. 우선 첫 번째 기둥인 소송의 대상·유형의 경우, '행정행위' 개념을 기준으로 재판관할이 협소하게 형성되어 있는 점에서는 독자성이 약하나, 공법적 행정작용에 관하여 빠짐없는 권리구제가 보장되고 규범통제절차와 같이 객관적 통제 기능을 수행하는 소송유형도 있는 점, 행정행위의 특수성이 반영된 소송요건과 가구제 제도가 마련되어 있는 점에서는 독자성이 있다. 한편, 두 번째 기둥인 소송의 구조는 '권리침해'가 원고적격과 본안요건을 관통하는 중심축을 이루고 있고 판결의 효력이 상대효를 갖는 등 철저히 주관소송적 구조를 띠고 있어 독자성이 약

하다.

반면에 세 번째 기둥인 소송법관계의 경우, 원고와 피고 행정청 간의 구조적 불평등을 전제로 소송상 지위와 역할이 부여되고, 계쟁 행정작용을 둘러싼 '多極的 이해관계'가 형량·조정된다는 점에서 강한 독자성을 띤다. 네 번째 기둥인 심리원칙의 경우, 행정에 대한 법적 구속으로 말미암아 피고 행정청의 소송물에 관한 처분권이 좁게 인정되고, 소송자료의 수집책임에 관하여 '직권탐지주의'를 채택함으로써 정확한 사실관계에 기초한 효과적인 행정통제를 추구하므로, 이 영역도 독자성이 강하다.

이처럼 독일 행정소송은 주관적 권리구제 기능을 수행하는 범위에서는 민사소송과 유사하게 절차가 형성되어 있는 반면에, 객관적 통제 기능을 비롯한 특유의 기능을 수행하는 국면에서는 독자적인 절차형태를 갖는다. 이것이 바로 행정국가 모델과 사법국가 모델이 절충된 모습이다. 그리고 이러한 절충은 '소송법 자체의 형태와 체계'에도 반영되어 있다. 한편으로는, 상당한 정도의 자족성을 갖춘 행정법원법이 마련되어 있고 행정소송에 관한 독자적이며 완전한 규율을 목표로 한다. 다른 한편으로는, 세 가지 유형의 준용규정을 두어 민사소송법을 준용하는 범위와 한계를 세밀하게 규율한다. 제1유형인 '유보조건 없는 특별준용규정'은 인용된 준용대상 규정이 가장 구체적이고 명확하며, 그 준용대상 규정을 준용하는 데 있어 별도의 요건이 필요없다. 제2유형인 '상충하는 규정이 유보된 특별준용규정'은 행정법원법이 독자적인 규율을 추구하는 증거조사와 집행 분야를 그 규율대상으로 삼고 있다. 준용대상 규정의 범위가 제1유형보다 넓은 대신에 구체성은 덜하고, 준용 여부가 '행정법원법에 상충하는 규정이 없을 것'이라는 소극적 요건에 달려 있으나 '유사성'은 그 요건이 아니다. 제3유형인 '일반준용규정'은 준용대상 규정을 구체적으로 인용하지 않고 법률 전체를 포괄적으로 인용하는 대신, '입법자의 계획에 반하는 규율의 공백'과 '규율대상 간의 유사성'이 모두 인정되어야만 준용이 허용된다.

2. 우리 행정소송의 독자성과 민사소송법 준용기준

우리나라의 행정재판권은 대법원을 정점으로 하는 일원적인 사법부에 속하고, 행정법원은 대법원을 정점으로 하는 일원적인 사법부의 산하 전문법원에 불과하다. 또한 재판관할이 시민과 행정의 지배복종관계를 기준으로 협소하게 형성되어 있다. 우리 행정소송법에는 의무이행소송이나 예방적 금지소송과 같이 행정현실에 꼭 필요한 소송유형이 마련되어 있지 않고, 주로 항고소송, 그중에서도 취소소송을 중심으로 이론과 실무가 발전되어 왔으며, 당사자소송이 충분히 활성화되지 못하였다.

취소소송의 대상 범위는 그동안 학설과 판례에 의해 확대되었으나, 행정입법과 사실행위까지 포괄하지는 못하고 있다. 가구제의 경우 독일과 달리 침익적 행정처분을 대상으로 하는 집행정지 제도만 마련되어 있어 권리구제의 공백이 있다. 결국 우리 행정소송은 소송의 대상과 유형 측면에서는 독자성이 약하다. 장차 당사자소송의 대상 범위를 넓히고, 행정작용의 유형별로 소송유형을 세분화하여 도입하거나 취소소송의 대상 범위를 대폭 확대하는 해석론적·입법론적 노력이 필요하다. 또한 항고소송을 본안으로 하는 가처분 규정을 신설하는 등 가구제 분야에서도 입법을 통한 보완이 필요하다.

반면에 소송의 구조에 관하여 보면, 원고적격과 관련하여 법문상 '권리'가 아닌 '이익' 개념을 사용하고 있을 뿐 아니라, 현행 해석론상으로도 독일에서와 같은 엄격한 위법성 견련성을 요구하지 않으므로, 원고적격의 범위가 독일보다 넓거나 추후 확장될 수 있는 여지가 크다. 또한 취소소송의 소송물은 처분의 위법성 일반으로서, 권리침해를 본안요건으로 삼지 않고 있다. 나아가 취소소송의 위법판단 기준시를 처분시로 고수하고 있고 처분사유의 추가·변경도 엄격히 제한하고 있는 점, 행정소송법 제29조 제1항에서 취소판결의 대세적 효력을 명시하고 있는 점까지 보태어 보면, 우리나라의 행정소송은 독일 행정소송보다 훨씬 더 객관적 통제 기능에 초점을 맞추고 있고 구조상으로도 객관소송적 성격을 많이 띠고 있다고 볼 수 있다.

또한 소송법관계를 보더라도, 항고소송의 피고가 독일처럼 행정주체가 아니라 행정청이고, 공익을 위해 행정처분을 발령한 피고 행정청과 처분으로부터 자신을 방어하기 위해 행정소송을 제기한 시민의 소송상 지위와 역할이 민사소송의 그것과 다르게 형성되어 있다. 또 행정소송 특유의 소송참가 제도가 마련되어 있어 多極的 소송법관계를 예정하고 있으므로, 이 영역은 전반적으로 독자성이 강하다.

마지막으로 심리원칙과 관련하여, 통설·판례는 행정소송법 제26조의 의미를 축소해석하여 이른바 변론주의 보충설을 취하고 있으므로 민사소송에 대한 독자성이 약한데, 이러한 입장은 재검토할 필요가 있다. 즉, 우리 행정소송법 제26조는 공익적 견지에서 변론주의와 직권탐지주의를 적절히 절충한 규정으로서, 변론주의에 기초한 민사소송법 규정의 준용을 어느 정도 인정하되 그로 말미암아 행정소송의 객관적 통제 기능이 저해되지 않도록 준용대상 규정에 수정·제한을 가하는 '필터' 역할을 하는 조항으로 새롭게 자리매김하여야 한다. 또한 우리나라 행정소송법에는 실제적인 필요에도 불구하고 소송상화해에 관한 명시적인 규정이 없으므로, 이 부분에 관한 입법적 해결이 요망된다.

현행 행정소송법은 자족성이 약하므로, 행정소송법 제8조 제2항을 통해 상당수의 민사소송법 규정을 준용하는 것이 불가피하다. 다만, 위 조항은 '일반준용규정'이므로, 입법자의 계획에 반하는 규율의 공백이 있는지, 규율대상 간의 유사성이 인정되는지에 관한 구체적인 검토를 거쳐야 한다. 이때 행정소송의 기능상·절차상 독자성이 판단기준이 될 수 있다. 즉, 독자성이 상대적으로 약하게 나타나는 규율영역에서는 '통상의 심사기준'에 따라 민사소송법 규정의 준용 여부를 판단하고, 독자성이 강하게 나타나는 영역에서는 '엄격한 심사기준'에 따라 민사소송법 규정의 준용 여부를 판단해야 한다.

3. 행정소송법의 자족성 및 준용체계에 관한 제언

우리나라 행정소송에서의 민사소송법 준용 문제에 관하여 지금까지 고찰한 내용은 우리 행정소송법의 자족성이 떨어지고 준용규정이 사실상 일반준용규정 밖에 없는 현실을 전제로 한 것이다. 그러나 앞으로 우리 행정소송이 한 단계 더 도약하기 위해서는 행정소송법의 전면적인 개정이 불가피하다. 현행 행정소송 제도의 모습을 건물에 비유하면, 기초토대와 기둥은 제대로 세워져 있는데 지붕과 벽체가 부실한 형국이다. 건물이 튼튼하게 완성될 수 있도록 여러 가지 측면에서 보완과 개선이 이루어져야 한다.

우선 행정소송법의 자족성 강화 측면에서 보면, 재판관할의 확대와 소송유형의 신설, 가구제 제도의 개선, 원고적격의 확대, 화해권고결정 제도의 신설 등 지난 시기 수차례에 걸쳐 논의되고 시도되었던 행정소송법 개정 노력이 결실을 맺을 필요가 있다. 여기에 한 가지 더 강조하고 싶은 것은, 행정소송의 심리절차에 관한 규정이 대폭 신설·강화될 필요가 있다는 것이다. 기존에 도입 논의가 있었던 행정청에 대한 자료제출요구 제도뿐만 아니라, 법원이 행정소송의 특성에 맞게 주도적으로 사실관계를 규명하고 쟁점을 정리할 수 있는 실질적 소송지휘 수단이 갖추어져야 한다. 독일 행정법원법 제82조 제2항에 규정된 재판장 및 주심판사의 소장심사권, 제86조 제3, 4항에 규정된 재판장의 석명의무와 준비서면 제출요구권, 제87조와 제87a조에 규정된 변론준비절차에서의 다양한 소송지휘 수단은 우리 행정소송법에도 도입될 필요가 있다.

다음으로 민사소송법 규정의 준용체계와 관련해서는, 필요한 범위 내에서 특별준용규정의 신설을 검토할 필요가 있다. 즉, 민사소송법 규정의 준용에 관한 법적 안정성을 높이기 위하여, 독일 행정법원법에 마련된 유보조건 없는 특별준용규정[1006] 중 우리 재판현실에 필요한 규정을 취사선택하여 신설

1006) 법관 및 법원직원의 제척·기피(제54조 제1항), 재판공개, 법정경찰, 법정언어, 합의, 표결(제55조, 제149조 제2항), 송달(제56조 제2항), 기간(제57조 제2항), 소송능력(제62조 제4항), 공동소송(제64조), 조서(제105조), 가구제(제123조 제3항),

을 검토할 필요가 있다. 무엇보다 필요한 것은 증거조사에 관한 특별준용규정이다. 우리도 독일처럼 증거조사에 관한 일군의 민사소송법 규정을 광범위하게 준용하되, 행정소송법에 상충하는 규정이 있는 때에는 해석론을 통해 준용을 배제할 수 있도록 할 필요가 있다.

제2절 결어

본 논문은 독일 행정소송에서 민사소송법 준용 문제에 관한 판단기준이 되는 행정소송의 독자성을 고찰하고, 이를 통해 우리나라에의 시사점을 얻는 것을 목적으로 하였다. 특히, 행정소송의 독자적 성질이 소송제도를 이루는 개별 영역에서 어떻게 구현되는지를 구체적으로 검토하는 데에 힘쓰고자 하였다. 그리하여 본 논문은 행정소송의 역사에서 기능으로, 기능에서 절차로 나아가는 순서로 서술되어 있으나, 실제 고민과 연구는 반대 방향으로 이루어졌다. 즉, 현실에 나타난 행정소송 제도의 개별 영역을 살펴보면서 행정소송 특유의 기능을 도출해 내고, 다시 그 기능의 역사와 기원을 조사하는 방식을 취하였다. 이렇게 거슬러 올라갔을 때 최종적으로 맞닥뜨린 질문은, 인류는 왜 행정소송을 필요로 하는가 하는 점이었다.

인류가 행정소송을 필요로 하는 이유를 단 한 가지만 꼽자면 '행정에 대한 통제'를 들 수 있을 것이다. 그런데 이 통제는 단순히 행정의 권한을 제한하거나 사법이 그 권한을 대신 행사하는 것이 아니라, 국가공동체의 운영 권한을 위임받은 행정에 대한 통제와 자율성 존중을 '조화'하는 데 진정한 의미가 있다.[1007] 또한 헌법상 법치국가 원리와 재판청구권으로 인하여 행정에 대한 통제는 개인의 권리구제와 따로 떨어뜨려 놓고 생각할 수 없지만, 행정통제의 궁극적 목적은 전체 법질서를 수호하고 공익을 실현하는 데 있는 까

재심(제153조 제1항), 소송구조(제166조)에 관한 준용규정을 예로 들 수 있다.

1007) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 101-104면 참조.

닭에 권리구제를 소구하는 개인의 사익과 배치될 여지도 있으므로, 행정통제 기능과 권리구제 기능은 '절충'될 필요가 있다. 이러한 '조화'와 '절충'이 행정소송을 민사소송과 구별 짓는 본질이다. 구체적인 해답을 찾고자 하였지만, 오히려 해답은 본질에 있음을 깨닫게 되었다.

본 논문은 우리나라 행정소송의 독자성을 살펴보기 위하여 독일의 행정소송 제도를 준거자료로 삼았다. 그러나 법비교의 궁극적 목표는, 우리의 실정법 체계와 우리 고유의 사회적·경제적 여건에 대한 진지하고 구체적인 검토를 배경으로 하여 우리 나름의 행정법 이론과 체계를 확립하는 것이다. 이런 점에서 어느 한 나라의 이론이나 법제에 한정된 비교법적 검토는 지양되어야 하며, 다수의 주요 외국의 이론, 법리 또는 판례에 관한 종합적인 검토가 필요하다.[1008] 그러나 하나의 논문에서 그 모든 것을 담아내기는 어려우므로, 본 논문에서는 우리 행정법과 행정소송의 이론체계 형성에 가장 큰 영향을 미친 독일 행정소송 제도에 집중하였다. 본 논문이 행정소송의 독자성에 관한 다원적 법비교의 분업작업에 있어 하나의 기초자료로 활용될 수 있기를 희망한다.

1008) 김동희, 새 천년의 행정법학의 발전방향 및 현안문제, 법조 제49권 제1호, 2000, 225-229면 참조.

참고문헌

1. 국내문헌

[단행본]

김동희 · 최계영, 행정법 I(제26판), 박영사, 2021.

김봉철, 독일 법관법에 관한 연구 - 직업법관의 신분과 법적 지위를 중심으로, 사법정책연구원, 2020.

김중권, 유럽화된 독일 행정절차법에 관한 연구, 한국법제연구원, 2008.

김철용 · 최광률(편집대표), 주석 행정소송법, 박영사, 2004.

라렌츠/카나리스(허일태 역), 법학방법론, 세종출판사, 2000.

박정훈, 행정법의 체계와 방법론[행정법연구 1], 박영사, 2005.

_____, 행정소송의 구조와 기능[행정법연구 2], 박영사, 2006.

법무부, 행정소송법 개정 공청회 자료집, 2012.

법원행정처, 법원실무제요 행정, 2016.

_____, 법원실무제요 민사소송[II], 2017.

법제처, 법령 입안 · 심사 기준, 2021.

_____, 행정기본법 해설서, 2021.

베버, 막스(박상훈 역), 소명으로서의 정치, 후마니타스, 2021.

서울고등법원, 행정소송실무편람, 2003.

서울행정법원, 행정재판실무편람(Ⅳ): 자료집, 2003.

서울행정법원 실무연구회, 행정소송의 이론과 실무, 사법발전재단, 2013.

양창수, 독일민법전: 총칙 · 채권 · 물권, 박영사, 2015.

이민호, 새 독일사, 까치, 2003.

이시윤, 신민사소송법(제15판), 박영사, 2021.

이현수, 행정소송상 예방적 구제, 경인문화사, 2006.

최병조, 로마법강의, 박영사, 1999.

하민경 · 양시훈 · 계인국 · 안문희, 각국 법원모욕의 제재 방식에 관한 연구, 사법정책연구원, 2015.

현승종 · 조규창, 게르만법(제3판), 박영사, 2001.

[논문]

강구철, 독일의 행정소송제도, 법학논총 제6집, 국민대학교, 1994, 139-166면.

강구철, 항고소송에 있어서의 가구제제도의 문제점, 법학논총 제12집, 국민대학교 법학연구소, 2000, 135-173면.

강지은, 독일 공법상 1차권리구제와 2차권리구제 - 전통적 도그마틱의 변화와 그 시사점을 중심으로, 행정법연구 제60호, 행정법이론실무학회, 2020, 53-77면.

강희원, 민사소송과 정치체제 - 민사소송법이론에 있어서 이데올로기, 민사소송 제11권 제1호, 한국민사소송법학회, 2007, 12-58면.

김광수, 행정소송법 개정안의 명암, 행정법연구 제37호, 행정법이론실무학회, 2013, 1-24면.

김대인, 재정행정법과 국제경제법의 상관관계에서 본 정부조달계약, 행정법연구 제17호, 행정법이론실무학회, 2007, 137-162면.

김동희, 새 천년의 행정법학의 발전방향 및 현안문제, 법조 제49권 제1호, 법조협회, 2000, 224-241면.

김상겸, 법치국가실현을 위한 국가의 적극적 의무, 공법연구 제38집 제1호, 한국공법학회, 2009, 299-328면.

김성원, 행정소송에서의 제3자의 소송참가, 원광법학 제32권 제3호, 원광대학교 법학연구소, 2016, 9-34면.

김연태, 행정소송의 기능 - 취소소송을 중심으로, 고려법학 제38권, 고려대학교 법학연구원, 2002, 211-240면.

김영환, 법학방법론의 관점에서 본 유추와 목적론적 축소, 법철학연구 제12권 제2호, 한국법철학회, 2009, 7-34면.

_____, 한국에서의 법학방법론의 문제점 - 법발견과 법형성: 확장해석과 유추, 축소해석과 목적론적 축소 간의 관계를 중심으로, 법철학연구 제18권 제2호, 한국법철학회, 2015, 133-166면.

김종호, 법치주의와 국가의 폭력독점의 한계에 관한 담론, 헌법논총 제28집, 헌법재판소, 2017, 5-109면.

김중권, 다른 법규범의 적용·준용(지시)의 공법적 문제점에 관한 소고, 법제연구 제20호, 한국법제연구원, 2001, 137-170면.

김지희, 독일법의 유럽화에 따른 권리구제의 확대 - 특히 환경단체소송과 관련하여, 유럽헌법연구 제24호, 유럽헌법학회, 2017, 53-97면.

김철용, 독일의 행정재판제도, 공법연구 제9집, 한국공법학회, 1981, 105-118면.

김홍규, 로마의 민사재판의 역사, 법조 제38권 제4호, 법조협회, 1989, 41-64면.

_____, 독일민사소송의 역사 - 고대 게르만 및 이태리와 카논의 재판절차에 관하여, 민사법학의 제문제: 소봉 김용한교수 화갑기념논문집, 소봉 김용한교수 화갑기념논문집 간행위원회, 1990, 153-167면.

_____, 독일민사소송의 역사 - 로마법계의 계수와 독일보통민사소송법, 한국민사법학의 현대적 전개: 연람 배경숙교수 화갑기념논문집, 연람 배경숙교수 화갑기념논문집 편찬위원회, 1991, 835-847면.

박경철, 독일민족의 신성로마제국시대의 제국최고재판소제도에 관한 연구 - 헌법소원제도의 원형과 관련하여, 헌법학연구 제18권 제4호, 한국헌법학회, 2012, 343-388면.

박균성, 법규명령에 대한 항고소송의 제문제, 특별법연구 제9권, 사법발전재단, 2011, 62-88면.

박정훈, 헌법과 행정법 - 행정소송과 헌법소송의 관계, 서울대학교 법학 제39권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 1999, 81-105면.

_____, 환경위해시설의 설치·가동 허가처분을 다투는 취소소송에서 인근주민의 원고적격 - 독일법의 비판적 검토와 행정소송법 제12조의 해석을 중심으로, 행정법연구 제6호, 행정법이론실무학회, 2000, 97-118면.

_____, 행정입법에 대한 사법심사 - 독일법제의 개관과 우리법의 해석론 및 입법론을 중심으로, 행정법연구 제11호, 행정법이론실무학회, 2004, 125-174면.

_____, 취소판결의 기판력과 기속력 - 취소소송의 관통개념으로서의 소송물, 행정판례연구 제9집, 한국행정판례연구회, 2004, 135-235면.

_____, 공·사법 구별의 방법론적 의의와 한계 - 프랑스와 독일에서의 발전과정을 참고하여, 공법연구 제37집 제3호, 한국공법학회, 2009, 83-109면.

_____, 항고소송과 당사자소송의 관계 - 비교법적 연혁과 우리법의 해석을 중심으로, 특별법연구 제9권, 사법발전재단, 2011, 128-153면.

_____, 거부처분과 행정소송 - 도그마틱의 분별력·체계성과 다원적 비교법의 돌파력, 행정법연구 제63호, 행정법이론실무학회, 2020, 1-34면.

박훈민, 독일 행정법상 국고이론에 관한 비판적 연구 - '국가사인설'의 이론사적 고찰을 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2014.

방순원, 기판력에 관한 연구, 서울대학교 법학 제4권 제1/2호, 서울대학교 법학연구소, 1962, 166-186면.

배병호, 행정소송법상 직권심리주의의 한계 - 대법원 2013. 8. 22. 선고 2011두26589 판결을 중심으로, 공법연구 제43집 제3호, 한국공법학회, 2015, 329-352면.

백윤기, 행정소송법 개정에 관한 소고 - 대법원과 법무부 개정안의 상호비교를 중심으로, 행정법연구 제18호, 행정법이론실무학회, 2007, 399-420면.

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

설계경, 행정소송상 가구제제도에 관한 소고, 법제 제575호, 법제처, 2005, 21-41면.

성중모, 근대 유럽법사에 있어서 이성의 발전 - 자연법으로부터 계몽시대를 거쳐 법전편찬으로, 서울법학 제22권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2014, 223-261면.

송석윤, 독일초기 입헌주의와 독일연합의정서 제13조, 헌법학연구 제9권 제1호, 한국헌법학회, 2003, 217-243면.

_____, 프로이센 헌법갈등 연구, 서울대학교 법학 제45권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2004, 352-373면.

양창수, 법해석의 다양한 양상 또는 실정법학자의 법학방법론 - 크라머의『법학방법론』을 읽고, 서울대학교 법학 제41권 제3호, 2000, 서울대학교 법학연구소, 180-198면.

유병현, 화해권고결정의 기판력이 미치는 승계인의 범위와 가처분의 효력 - 대구지방법원 2009. 12. 1. 선고 2009나2031 판결을 중심으로, 저스티스 제126호, 한국법학원, 177-205면.

윤 경, 사해방지참가의 요건과 인정기준, 인권과 정의 제306호, 대한변호사

협회, 2002, 104-125면.

이상덕, 독일 행정법원법에서의 법규명령에 대한 추상적 규범통제, 외국사법연수논집(31), 법원도서관, 2012, 319-394면.

_____, 항고소송과 헌법소원의 관계 재정립 - 실무의 상황과 나아갈 방향, 공법연구 제44집 제1호, 한국공법학회, 2015, 227-274면.

이원우, 현대 행정법관계의 구조적 변화와 경쟁자소송의 요건, 경쟁법연구 제7권, 한국경쟁법학회, 2001, 139-186면.

_____, 공기업의 의의와 공법적 통제의 법적 과제, 공법연구 제45집 제3호, 한국공법학회, 2017, 277-310면.

이은상, 독일 재량행위 이론의 형성에 관한 연구 - 요건재량이론에서 효과재량이론으로의 변천을 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2014.

이진형, 독일 행정소송에서의 가구제에 관한 연구, 서울대학교 법학박사논문, 2021.

이현수, 위임과 준용, 토지공법연구 제43집 제3호, 한국토지공법학회, 2009, 753-770면.

_____, 공법상 당사자소송의 연원과 발전방향, 일감법학 제32호, 건국대학교 법학연구소, 2015, 319-352면.

임성훈, 유럽법 영향하에서의 독일의 정지효에 대한 고찰 - 우리법에 집행정지원칙을 도입할지 여부와 관련하여, 행정법연구 제10호, 행정법이론실무학회, 2003, 305-324면.

임중호, 한국에서의 외국법 계수와 법률용어의 형성과정, 외국법의 계수와 법령용어, 한국법제연구원, 2002, 23-66면.

장영수, 규범통제의 본질에 비추어 본 대법원과 헌법재판소의 역할, 고려법학 제55호, 고려대학교 법학연구원, 2009, 39-72면.

장준혁, 준거법에 관한 국제사법의 2001년 개정과 후속 판례의 회고, 국제사법연구 제20권 제1호, 한국국제사법학회, 2014, 79-180면.

정규상, 독일 상고제도의 역사 - 고대게르만시대에서 1877년 민사소송법제정시까지, 민사소송법의 제문제: 경허 김홍규박사 화갑기념 I, 삼영사, 1992, 129-188면.

정남철, 행정소송법 개정안의 내용 및 문제점 - 특히 행정소송의 개혁과 발전을 위한 비판적 고찰을 중심으로, 법제연구 제44호, 한국법제연구원, 2013, 283-314면.

정선주, 문서의 증거력, 민사소송 제3권, 한국민사소송법학회, 2000, 239-285면.

정영철, 권리보호의 효율성명령에 근거한 거부처분에 대한 행정소송법상 가구제, 법학논총 제29권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2012, 601-624면.

정하중, 수용유사적 그리고 수용적 침해제도, 고시연구 제21권 제3호, 고시연구사, 1994, 88-111면.

_____, 행정소송법의 개정방향, 공법연구 제31집 제3호, 2003, 한국공법학회, 11-40면.

조정찬, 준용에 관한 몇 가지 문제, 법제 제514호, 법제처, 2000, 27-35면.

최계영, 행정소송의 제소기간에 관한 연구, 서울대학교 법학박사논문, 2008.

_____, 행정소송에서의 조정 - 비교법적 고찰을 중심으로, 행정법연구 제27호, 행정법이론실무학회, 2010, 197-223면.

_____, 법치주의 구현을 위한 행정소송 심리절차의 강화 - 자료제출요구 제도의 도입 논의 및 독일의 자료제출의무 제도를 중심으로, 서울대학교 법학 제54권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2013, 25-60면.

_____, 항고소송에서 본안판단의 범위 - 원고의 권리침해가 포함되는지 또는 원고의 법률상 이익과 관계없는 사유의 주장이 제한되는지의 문제를 중심으로, 행정법연구 제42호, 행정법이론실무학회, 2015, 107-134면.

최봉경, 법률의 흠, 연세법학연구 제10집 제1권, 연세법학회, 2003, 25-62면.

최선웅, 행정소송에서의 변론주의와 직권탐지주의 - 행정소송법 제26조를 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2004.

_____, 행정소송에서의 준용규정에 관한 일 고찰, 행정법연구 제12호, 행정법이론실무학회, 2004, 365-380면.

코잉, 헬무트(정종휴 역), 유럽에 있어서 로마법과 카논법의 계수, 법사학연구 제6집, 한국법사학회, 1981, 331-350면.

하명호, 행정소송에서 가처분 규정의 준용, 행정판례연구 제22집 제2권, 한국행정판례연구회, 2017, 169-208면.

호문혁, 19세기 독일에 있어서의 청구권개념의 생성과 변천, 민사소송법연구(I), 법문사, 1998, 103-121면.

_____, 민사소송법상 소송법률관계에 관한 고찰, 서울대학교 법학 제54권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2013, 135-164면.

[자료]

법률신문, 행정소송법 개정 더 이상 미룰 이유 없다, 2015. 6. 11.자 사설.

법원행정처 디스커버리 연구반, 디스커버리 제도 도입 관련 설명자료, 2022.

2. 외국문헌

[단행본]

von Arnauld, Andrea, Rechtssicherheit: Perspektivische Annäherungen an eine *idée directrice* des Rechts, Tübingen 2006.

Auer, Stefan, Inhalt, Reichweite und Grenzen der Verweisung in §173 Verwaltungsgerichtsordnung, München 1993.

Bader, Johann/Funke-Kaiser, Michael/Stuhlfauth, Thomas/von Albedyll, Jörg, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 6. Aufl., Heidelberg 2014.

Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Hartmann, Peter/Anders, Monika/Gehle, Burkhard, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 79. Aufl., München 2021.

Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl., München 2014.

Brück, Michael, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof als Bestandteil des deutschen Zivilprozesses, Frankfurt a.M. 2001.

Classen, Claus Dieter, Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit: Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen, französischen und europäischen Verwaltungsprozeßrecht, Tübingen 1996.

Detterbeck, Steffen, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht: Grundlagen des Verfahrens vor den allgemeinen Verwaltungsgerichten und vor dem Bundesverfassungsgericht, Tübingen 1995.

Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I: Art. 1-19, 3. Aufl., Tübingen 2013.

_____, Grundgesetz-Kommentar, Bd. III: Art. 83-146, 3. Aufl., Tübingen 2018.

Dürig, Günther/Herzog, Roman/Scholz, Rupert, Grundgesetz Kommentar, Titelblatt, München, Stand: Juli 2021 (95. Ergänzungslieferung).

Ehlers, Dirk/Pünder, Hermann (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., Berlin · Boston 2016.

Eisenhardt, Ulrich, Deutsche Rechtsgeschichte, 7. Aufl., München 2019.

von Engelhardt, Olaf-Roman B., Der Rechtsschutz gegen Rechtsnormen: Eine konkurrenzdogmatische Untersuchung aus der Sicht des Verhältnisses von Anfechtungsklage (§§ 42, 113 VwGO) und verwaltungsgerichtlicher prinzipaler Normenkontrolle (§47 VwGO), Berlin 1971.

Engisch, Karl, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl., Stuttgart 2018.

Eyermann, Erich (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO Kommentar, 16. Aufl., München 2022.

Eyermann, Erich/Fröhler, Ludwig, Verwaltungsgerichtsgesetz für Bayern, Bremen, Hessen und Württemberg-Baden. Kommentar, München 1950.

Finkelnburg, Klaus/Dombert, Matthias/Külpmann, Christoph, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 7. Aufl., München 2017.

Fleiner, Fritz, Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht, 6. und 7. Aufl., Tübingen 1922.

Franke, Reinhard, Der gerichtliche Vergleich im Verwaltungsprozeß: auch ein Beitrag zum verwaltungsrechtlichen Vertrag, Frankfurt a.M. 1996.

von Gneist, Rudolf, Über die rechtliche Natur, die Zuständigkeit und die Verhandlungsform der Verwaltungsjurisdiction, in: Verhandlungen des zwölften deutschen Juristentages, Berlin 1875.

Grimm, Dieter, Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866: vom Beginn des modernen Verfassungsstaats bis zur Auflösung des Deutschen Bundes, Frankfurt a.M. 1988.

Grunsky, Wolfgang, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., Bielefeld 1974.

Hannich, Rolf/Meyer-Seitz, Christian, ZPO-Reform 2002 mit Zustellungsreformgesetz, München 2002.

Henckel, Wolfram, Prozessrecht und materielles Recht, Göttingen 1970.

Huber, Ernst Rudolf, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 1: Reform und Restauration 1789 bis 1830, Stuttgart 1975.

Hufen, Friedhelm, Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl., München 2016.

Jarass, Hans/Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG Kommentar, München 2020.

Jauernig, Othmar/Hess, Burkhard, Zivilprozessrecht, 30. Aufl., München 2011.

Jochum, Heike, Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsprozeßrecht: Die normative Konnexität von Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozeßrecht und die Steuerungsleistung des materiellen Verwaltungsrechts, Tübingen 2004.

Kahr, Gustav, Das bayerische Gesetz über die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofs und das Verfahren in Verwaltungsrechtssachen vom 8. August 1878, nebst dem Einführungsgesetz vom 10. März 1879 und den Vollzugsvorschriften, Nördlingen 1879.

Kaser, Max/Hackl, Karl, Das römische Zivilprozessrecht, 2., vollst. überarb. und erw. Aufl., München 1996.

Kaufmann, Marcel, Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Tübingen 2002.

Kohl, Wolfgang, Das Reichsverwaltungsgericht, Tübingen 1991.

Köhler-Rott, Renate, Der Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsprozess und die Mitwirkungslast der Beteiligten, München 1997.

Kopp, Ferdinand/Schenke, Wolf-Rüdiger, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 28. Aufl., München 2022.

Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas, Münchener Kommentar zur ZPO mit GVG und Nebengesetzen, Bd. I, 5. Aufl., München 2016.

_____, Münchener Kommentar zur ZPO mit GVG und Nebengesetzen, Bd. I, 6. Aufl., München 2020.

_____, Münchener Kommentar zur ZPO mit GVG und Nebengesetzen, Bd. II, 6. Aufl., München 2020.

_____, Münchener Kommentar zur ZPO mit GVG und Nebengesetzen, Bd. III, 6. Aufl., München 2022.

Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin · Heidelberg 1995.

Lorenz, Dieter, Verwaltungsprozessrecht, Berlin · Heidelberg 2000.

Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, Band I, 3. Aufl., Berlin 1924.

Mes, Peter, Der Rechtsschutzanspruch, Köln u.a. 1970.

Meyer-Hesemann, Wolfgang, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, Heidelberg 1981.

Mitteis, Heinrich/Lieberich, Heinz, Deutsche Rechtsgeschichte, 19. Aufl., München 1992.

Mommsen, Theodor/Krüger, Paul, Corpus Iuris Civilis Volumen Primum - Institutiones, Digesta, 22. Aufl., Dublin · Zürich: Weidmann 1973.

Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang, Zivilprozessordnung: ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar, 19. Aufl., München 2022.

Nierhaus, Michael, Beweismaß und Beweislast: Untersuchungsgrundsatz und Beteiligtenmitwirkung im Verwaltungsprozeß, München 1989.

Nolte, Jakob Julius, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes: Grund und Grenzen der Anwendung des Zivilprozessrechts im Verwaltungsprozess, Tübingen 2015.

Redeker, Konrad/von Oertzen, Hans-Joachim, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 17. Aufl., Stuttgart 2022.

Röben, Volker, Die Einwirkung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auf das Mitgliedstaatliche Verfahren in öffentlichrechtlichen Streitigkeiten, Berlin · Heidelberg 1998.

Rosenberg, Leo/Schwab, Karl-Heinz/Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., München 2018.

Rüfner, Wolfgang, Verwaltungsrechtsschutz in Preußen von 1794 bis 1842, Bonn 1962.

Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel, Rechtstheorie: und Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2022.

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. I, 9. Aufl., München 2021.

von Sarwey, Otto, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, Tübingen 1880.

Schenke, Wolf-Rüdiger, Verwaltungsprozessrecht, 14. Aufl., Heidelberg 2014.

Schmidt, Eike, Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomik, Frankfurt

a.M. 1973.

Schmidt-Aßmann, Eberhard, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin · Heidelberg 2006.

Schneider, Jens-Peter (Hg.), Verwaltungsrecht in Europa, Bd. 2: Frankreich, Polen und Tschechien, Göttingen 2009.

Schoch, Friedrich, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, Heidelberg 1988.

Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, Loseblatt, München, Stand: Juli 2021 (41. Ergänzungslieferung).

_____, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, Loseblatt, München, Stand: Juli 2021 (1. Ergänzungslieferung).

Schuschke, Winfried/Walker, Wolf-Dietrich, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz Kommentar, 6. Aufl., Köln 2016.

Sodan, Helge/Ziekow, Jan, Verwaltungsgerichtsordnung Großkommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2018.

Voßkuhle, Andreas, Rechtsschutz gegen den Richter: zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG, München 1993.

de Wall, Heinrich, Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht, Tübingen 1999.

Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf/Kluth, Winfried, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl., München 2010.

_____, Verwaltungsrecht I, 13. Aufl., München 2017.

Würtenberger, Thomas, Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl., München 2011.

Zöller, Richard, Zivilprozessordnung Kommentar, 31. Aufl., Köln 2016.

[논문]

Achterberg, Norbert, Der Begriff „Rechtsprechung im materiellen Sinne“, in: Erichsen, Hans-Uwe/Hoppe, Werner/von Mutius, Albert (Hrsg.), System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes: Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, Köln · Berlin · Bonn · Mün-

chen 1985, S. 125-141.

Aschke, Manfred, Gewaltenteilung und verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte, in: Aschke, Manfred/Hase, Friedhelm/Schmidt-De Caluwe, Reimund (Hrsg.), Selbstbestimmung und Gemeinwohl: Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Friedrich von Zezschwitz, Baden-Baden 2005, S. 109-129.

Baur, Fritz, Einige Bemerkungen zur Beweislastverteilung im Verwaltungsprozeß, in: Günter Püttner (Hrsg.), Festschrift für Otto Bachof zum 70. Geburtstag, München 1984, S. 285-292.

Bender, Bernd, Die einstweilige Anordnung (§123 VwGO), in: Erichsen, Hans-Uwe/Hoppe, Werner/von Mutius, Albert (Hrsg.), System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes: Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, Köln · Berlin · Bonn · München 1985, S. 657-678.

Brohm, Winfried, Zum Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit, NJW 1984, S. 8-14.

_____, Die staatliche Verwaltung als eigenständige Gewalt und die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1986, S. 321-331.

Classen, Claus Dieter, Funktional ausdifferenzierte Rechtsprechungskompetenzen?: Zur Freiheit im Umgang mit dem Recht, JZ 2007, S. 53-61.

Dolderer, Michael, Der Vergleich vor dem Verwaltungsgericht, in: Geis Max-Emanuel/Lorenz, Dieter (Hrsg.), Staat, Kirche, Verwaltung: Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 609-624.

Erichsen, Hans-Uwe, Der Innenrechtsstreit, in: Erichsen, Hans-Uwe/Hoppe, Werner/von Mutius, Albert (Hrsg.), System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes: Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, Köln · Berlin · Bonn · München 1985, S. 211-234.

Frenz, Walter, Der Rechtsschutz gegen unmittelbar beeinträchtigende Normen, BayVBl. 1993, S. 483-493.

Gärditz, Klaus Ferdinand, Die Rechtswegspaltung in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art, Die Verwaltung 2010, S. 309-347.

Gaul, Hans Friedhelm, Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP 1968, S. 27-62.

Groß, Thomas, Die Klagebefugnis als gesetzliches Regulativ des Kontrollzugangs, Die Verwaltung 2010, S. 349-377.

Guckelberger, Annette, Die Gesetzgebungstechnik der Verweisung unter besonderer Berücksichtigung ihrer verfassungs- und gemeinschaftsrechtlichen Probleme, ZG 2004, S. 62-88.

Hartmann, Angelika, Zum Anspruch auf Erlaß untergesetzlicher Normen im öffentlichen Recht, DÖV 1991, S. 62-67.

Hoppe, Werner, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1975, S. 684-695.

van Husen, Paulus, Die Vorarbeiten für eine bundesrechtliche Verwaltungsgerichtsordnung, DVBl. 1950, S. 546-551.

Ipsen, Jörn, Verfassungsrechtliche Schranken des Richterrechts, DVBl. 1984, S. 1102-1107.

Isensee, Josef, §15 Staat und Verfassung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2: Verfassungsstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2004, S. 3-105.

Jellinek, Walter, Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte (Fortschritte, Rückschritte und Entwicklungstendenzen seit der Revolution), VVDStRL 2, 1925, S. 8-80.

Kirchhof, Paul, Richterliche Rechtsfindung, gebunden an „Gesetz und Recht“, NJW 1986, S. 2275-2280.

Kopp, Ferdinand, Entwicklungstendenzen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, BayVBl. 1977, S. 513-526.

_____, Individueller Rechtsschutz und öffentliches Interesse in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, BayVBl. 1980, S. 263-272.

Krebs, Walter, Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle, in: Erichsen, Hans-Uwe/Hoppe, Werner/von Mutius, Albert (Hrsg.), System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes: Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, Köln · Berlin · Bonn · München 1985, S. 191-210.

Leidinger, Tobias, Europäisiertes Verbandsklagerecht und deutscher Individualrechtsschutz: Das Trianel-Urteil des EuGH und seine Folgen für das deutsche Verwaltungsrechtssystem, NVwZ 2011, S. 1345-1351.

Lorenz, Dieter, Die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 19 Abs. 4 GG für das Verwaltungsprozeßrecht, in: Erichsen, Hans-Uwe/Hoppe, Werner/von Mutius, Albert (Hrsg.), System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes: Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, Köln · Berlin · Bonn · München 1985, S. 143-159.

Mehde, Veith, Verwaltungskontrolle als Daueraufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Die Verwaltung 2010, S. 379-404.

Meyer-Hesemann, Wolfgang, Die Zulässigkeit gesetzesinkongruenter verwaltungsrechtlicher Vergleichsverträge und Prozessvergleiche, DVBl. 1980, S. 869-873.

Mußgnug, Reinhard, Das allgemeine Verwaltungsrecht zwischen Richterrecht und Gesetzesrecht, in: Richterliche Rechtsfortbildung: Erscheinungsformen, Auftrage und Grenzen, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, hrsg. von den Hochschullehrern der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, S. 203-229.

Ossenbühl, Fritz, Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung, DÖV 1980, S. 545-553.

Pawlowski, Hans-Martin, Aufgabe des Zivilprozesses, ZZP 1967, S. 345-391.

Peters, Wilfried, Zur Zulässigkeit der Feststellungsklage (§43 VwGO) bei untergesetzlichen Normen, NVwZ 1999, S. 506-507.

Poppitz, Johannes, Die Anfänge der Verwaltungsgerichtsbarkeit, AöR 1943, S. 158-221.

Renck, Ludwig, Zum Schadensersatz bei Vollstreckung eines zu Unrecht sofort vollziehbaren Verwaltungsakts, NVwZ 1994, S. 1177-1178.

Roellecke, Gerd, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Grenzbereich zur Gesetzgebung, NJW 1978, S. 1776-1781.

Ronellenfitsch, Michael, Entstaatlichung des Rechtsschutzes?: Mediation vor der Garantie staatlicher Rechtsschutzgewährleistung, DÖV 2010, S. 373-378.

Rüfner, Wolfgang, Verwaltungsrechtsschutz im 19. Jahrhundert vor Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1963, S. 719-726.

_____, Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Jeserich, Kurt G.A./Pohl, Hans/von Unruh, Georg-Christoph (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 3: Das Deutsche Reich bis zum Ende der Monarchie, Stuttgart 1984, S. 909-930.

_____, Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Jeserich, Kurt G.A./Pohl, Hans/von Unruh, Georg-Christoph (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 4: Das Reich als Republik und in der Zeit des Nationalsozialismus, Stuttgart 1985, S. 639-650 und S. 1100-1112.

Schenke, Wolf-Rüdiger, Die Verfassungsrechtliche Problematik dynamischer Verweisungen, NJW 1980, S. 743-749.

_____, „Reform“ ohne Ende: Das Sechste Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze (6. VwGOÄndG), NJW 1997, S. 81-93.

Schmidt-Aßmann, Eberhard, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34, 1976, S. 221-274.

_____, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Erichsen, Hans-Uwe/ Hoppe, Werner/von Mutius, Albert (Hrsg.), System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes: Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, Köln · Berlin · Bonn · München 1985, S. 107-123.

_____, Der Beitrag der Gerichte zur verwaltungsrechtlichen Systembildung, VBlBW 1988, S. 381-387.

_____, Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht: Wechselseitige Einwirkungen, DVBl. 1993, S. 924-936.

_____, Die Kontrolldichte der Verwaltungsgerichte: Verfassungsgerichtliche Vorgaben und Perspektiven, DVBl. 1997, S. 281-289.

_____, Aufgaben- und Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit vor dem Hintergrund der Verwaltungsrechtsentwicklung, VBlBW 2000, S. 45-53.

_____, §26 Der Rechtsstaat, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2: Verfassungsstaat, Heidelberg 2004, S. 541-612.

Scholz, Rupert, Verwaltungsverantwortung und -gerichtsbarkeit, VVDStRL 34, 1976, S. 145-220.

Sellmann, Martin, Der Weg zur neuzeitlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit: Ihre Vorstufen und dogmatischen Grundlagen, in: Külz, Helmut R./ Naumann, Richard (Hrsg.), Staatsbürger und Staatsgewalt: Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart, Karlsruhe 1963, S. 25-86.

Starck, Christian, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, VVDStRL 34, 1976, S. 43-93.

Ule, Carl Hermann, Zum Verhältnis von Zivilprozeß und Verwaltungsprozeß, DVBl. 1954, S. 137-147.

von Unruh, Georg-Christoph, Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Jeserich, Kurt G.A./Pohl, Hans/von Unruh, Georg-Christoph (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 5: Die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1987, S. 1178-1196.

Wacke, Gerhard, Gegenstand und Rechtskraft bei der verwaltungsgerichtlichen Klage, AöR 1953, S. 158-184.

[자료]

Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung BT-Drs. 3/55.

Zusammenfassung

Eine Studie über die Eigenständigkeit des Verwaltungsprozesses im deutschen Recht

Kang, Jee Woong
Seoul Nationale Universität

In der vorliegenden Arbeit geht es um die Eigenständigkeit des deutschen Verwaltungsprozesses bezüglich der eigenständigen und abschließenden Regelung und des Verweisungssystems der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Hinsichtlich des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ist die koreanische Verwaltungsprozessordnung (K-VwPO) lückenhaft, daher verweist der Generalverweis in §8 Abs. 2 K-VwPO bei der Lückenfüllung allgemein auf das gesamte koreanische Gerichtsverfassungsgesetz, die Zivilprozessordnung (K-ZPO) und die Zivilvollstreckungsordnung (K-ZVO). Nach der herrschenden Meinung im koreanischen Recht sind die K-ZPO und K-ZVO entsprechend anzuwenden, wenn die Eigenart des Verwaltungsprozesses dies nicht ausschließen. Es fehlt aber an konkreter und systematischer Forschung zur Eigenart des Verwaltungsprozesses, die der Verweisung auf die K-ZPO und K-ZVO im Verwaltungsprozess Grenzen setzt. Zur Lösung dieses Problems ist die VwGO zu erforschen, die verschiedenen eigenständigen und abschließenden Regelungen und ein differenziertes System der abgestuften Übertragung von Zivilprozessrecht in das verwaltungsgerichtliche Verfahren enthält.

Die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit entstand in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts als Kompromiss zwischen dem justizstaatlichen Modell und dem Modell der Administrativjustiz in Anlehnung an den Zivilprozess. Während die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter Einfluss des justizstaatlichen Modells eng begrenzt war, wurde die strukturelle Ungleichheit der Beteiligten, das multipolare Prozessverhältnis und der Untersuchungsgrundsatz unter Einfluss des Modells der Administrativjustiz eingeführt. Nach dem Zweiten Weltkrieg wurde dann die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit vollständig zum justizstaatlichen Modell umgebaut, das auf den subjektiven Rechtsschutz zentriert war. Das heutige deutsche Verwaltungsprozess bezweckt in erster Linie den Individualrechtsschutz, auf die die Struktur des Gerichtsverfahrens ausgerichtet ist, dadurch mangelt es an Eigenständigkeit gegenüber dem Zivilprozess. Die objektive Funktionen wie Kontrollfunktion und Rechtsfortbildungsfunktion werden jedoch auch als weitere wichtige Funktionen des Verwaltungsprozesses anerkannt, und diese Funktionen prägen die Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Die Funktionen des Verwaltungsprozesses wirken sich auf das gesamte Gerichtsverfahren aus. Bezüglich der Rechtswegzuständigkeit steht die verwaltungsaktbezogenen Klagearten im Zentrum des Verwaltungsprozesses und sind manch öffentlich-rechtliche Streitigkeiten wie etwa Amtshaftung und die Höhe der Entschädigung wegen Enteignung an den ordentlichen Rechtsweg zugewiesen. Der umfassende Rechtsschutz gegen die öffentliche Gewalt wird aber einerseits gem. Art. 19 Abs. 4 GG gewährt, andererseits gibt es Klagearten, die nur objektive Funktionen erfüllen, wie das Normenkontrollverfahren in §47 VwGO. Darüber hinaus spiegeln sich die Besonderheit des Verwaltungsakts im Vorverfahren, in der Klagefrist und im einstweiligen Rechtsschutz wider. Hinsichtlich der Struktur des Gerichtsverfahrens ist die mögliche individuelle Rechtsverletzung Voraussetzung der gerichtlichen Kontrolle (§42 Abs. 2 VwGO) und sind

die bereits erfolgte Rechtsverletzungen durch die Behörde in der Regel Gegenstand der Überprüfung (§113 Abs. 1 und Abs. 5 VwGO). §42 Abs. 2 VwGO und §113 Abs. 1 S. 1 und Abs. 5 VwGO binden also den Rechtsschutz an die Verletzung von subjektiven Rechten. Außerdem ist die Beschränkung der Wirkung eines Urteils auf die Beteiligten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens Ausdruck eines dem Individualrechtsschutz dienenden Prozessrechts. Hinsichtlich des Prozessverhältnises verteilen sich die Parteirollen formell, um ein geordnetes kontradiktorisches Verfahren zu ermöglichen. Diese festgelegten Prozessrollen sind Ausdruck der Ungleichheit der Parteien im Verwaltungsprozess. Außerdem ist die Beteiligung eines Dritten zur Verfolgung eigener Interessen Ausdruck des multipolaren Rechtsschutzverfahrens. Hinsichtlich der Verfahrensgrundsätze macht sich die Eigenart des Verwaltungsprozesses bemerkbar. Wegen der umfassenden Rechtsbindung der Verwaltung, ist die Verfügungsbefugnis der Behörde über den Streitgegenstand im verwaltungsgerichtlichen Verfahren erheblich eingeschränkter als im Zivilprozess. Außerdem stellt der Untersuchungsgrundsatz sicher, dass die Kontrolle der Verwaltung nicht durch eine Verfälschung der Tatsachengrundlage versagt. Dadurch gewährleistet der Untersuchungsgrundsatz die Kontrollfunktion und die Verfolgung des öffentlichen Interesses bei der jeweiligen Verwaltungsentscheidung.

Der Kompromiss zwischen dem justizstaatlichen Modell und dem Modell der Administrativjustiz spiegelt sich auch in der Form und Systematik der VwGO selbst wider. Die VwGO enthält einerseits eine Reihe von eigenständigen und abschließenden Regelungen und verfolgt den Anspruch einer vollständigen Kodifikation. Andererseits regelt die VwGO nicht das gesamte Gerichtsverfahren im Detail in eigenständigen Regelungen, vielmehr bedient sie sich eines differenzierten Systems der drei Arten von Verweisungen auf die ZPO. Spezialverweis ohne Voraussetzungen verweist auf bestimmte Regelungen der ZPO und stellt die Anwendbarkeit der in Bezug genommenen Regelungen

außer Frage. Spezialverweis mit Abweichungsvorbehalt verweist auf beide ein relativ großes Normintervall (Beweisaufnahme und Vollstreckung) und stellt die Anwendung der konkret in Bezug genommenen ZPO-Regelungen unter die negative Voraussetzung, dass die VwGO keine Abweichungen enthält. Dagegen erlaubt der Generalverweis die Anwendung der ZPO nur, wenn eine Regelungslücke und die Vergleichbarkeit der zu regelnden Sachverhalte vorliegen.

Der koreanische Verwaltungsprozess ist im Hinblick auf die Struktur des Gerichtsverfahrens und das Prozessverhältnis eigenständiger als der deutsche Verwaltungsprozess, jedoch weniger eigenständig in Bezug auf den Klagegegenstand, die Klagearten und Verfahrensgrundsätze. Der Generalverweis in §8 Abs. 2 ist tatsächlich die einzige Verweisung in der K-VwPO, so dass es unvermeidlich ist, dass eine beträchtliche Anzahl von Regelungen der K-ZPO und K-ZVO hierdurch entsprechend anzuwenden sind. Es bedarf jedoch einer eingehenden Prüfung, ob eine planwidrige Unvollständigkeit und die Vergleichbarkeit der zu regelnden Sachverhalte vorliegen. Dabei kann die funktionale und prozessuale Eigenständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit das Beurteilungskriterium sein. Während im Regelungsbereich mit relativ schwacher Eigenständigkeit sich die Anwendbarkeit der K-ZPO-Regelung nach den üblichen Prüfungsmaßstab zu klären hat, ist sie im Regelungsbereich mit relativ starker Eigenständigkeit nach den strengen Prüfungsmaßstab zu klären.

Schlüsselwörter: Verwaltungsprozess, Eigenständigkeit, justizstaatliches Modell, Modell der Administrativjustiz, subjektive Rechtsschutzfunktion, objektive Kontrollfunktion, Verwaltungsgerichtsordnung, Verweisung, entsprechende Anwendung, Regelungslücke, Vergleichbarkeit

Student Nummer: **2009-30334**