

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 이용허락조건 을 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 🖃





법학석사 학위논문

영국 행정법상 '사법심사 배제 조항' (ouster clause)에 관한 연구

2023년 2월

서울대학교 대학원 법학과 행정법전공 도 은 정

영국 행정법상 '사법심사 배제 조항' (ouster clause)에 관한 연구

지도교수 朴 正 勳

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함 2022년 11월

> 서울대학교 대학원 법학과 행정법전공 도 은 정

도은정의 석사 학위논문을 인준함 2023년 1월

위 원 장 <u>김 종 보</u> (인)

부위원장 ____최계영 (인)

위 원 <u>박정훈 (인)</u>

국문초록

영국에는 행정기관의 행정작용에 대하여 불복할 수 없도록 하는 '사법심사배제 조항'(ouster clause)이 존재한다. 장관의 결정 또는 행정심판소의 재결 등에 대하여 법원에 소를 제기할 수 없도록 하는 것이다. 의회는 의회주권에 의하여 사법심사 배제 조항을 규정함으로써 정부의 정책수행이 법원에 의해 번복되는 것을 방지하고자 하였다. 그러나 법원은 이러한 규정을 제한적으로 해석하여 행정작용의 적법성을 통제함으로써 법의 지배를 구현하고자 하였다.

영국법상 사법심사 배제 조항은 의회주권과 법원의 감독권이 충돌하는 문제이다. 법원은 부분적으로 사법심사를 제한하는 제소기간 규정은 수용하였으나, 전면적으로 사법심사 기회를 배제하는 조항에 대하여는 강한 반감이있었다. 사법심사 배제 조항은 법률규정상 용어에 따라 최종성 조항, 불복금지 조항, 결정적 증거 조항 등으로 분류된다. 법원은 결정적 증거 조항을 제외하고는 행정기관의 권한유월 결정에 대하여 사법심사가 가능하다고 보았다. 다만, 법률이 개별법상 구제수단을 마련하고 있는 영역에서는 그러한수단의 배타적 관할을 인정하여 사법심사가 허용되지 않았다. 그 후 인권법이 도입되고 법원접근권이 대두됨으로써 법원은 계속하여 사법심사 배제 조항의 효력을 제한하는 해석을 하였다.

법원은 권한유월의 결정은 무효여서 사법심사가 가능하다고 하거나, 입법 자의 진정한 의도는 권한을 초과하는 결정까지 법원의 감독권을 배제하는 것이 아닐 것이라고 해석하였다. 이러한 경우 법원이 약한 심사강도에 따라 심사하더라도 행정작용의 무효가 전제되어 있으므로 해당 결정은 파기의 가 능성이 높았다. 이에 대응하여 의회는 행정심판 제도에 관한 입법을 통해 법 원의 사법심사를 배제하고자 하였다. 특히 사안이 공익을 전문적으로 고려해 야 하는 특수성이 있거나 사건 수가 많은 분야에서 행정심판을 활용하고자 하였다.

이렇듯 영국 법원은 법의 지배의 구현 및 행정작용의 적법성 통제를 위하여 사법심사 배제 조항을 제한적으로 해석하였다. 우리나라는 헌법상 국민의 재판청구권이 보장되므로 사법심사를 배제하는 규정을 찾아보기 어려우나, 행정심판의 인용재결에 대하여 행정청의 불복을 금지하는 것에 대하여 법치 행정의 관점에서 비판이 가능하다. 국민의 권리구제도 법치국가 원리에 따른 법치행정의 테두리 내에서 이루어져야 하므로, 행정청도 행정심판의 재결에 위법한 하자가 있는 경우 이를 다툴 수 있는 방안을 마련할 필요가 있을 것이다.

주요어: 사법심사 배제 조항, 권한유월, 사법심사, 영국 행정심판 제도, 행정심판 전치주의, 의회주권, 법의 지배

학 번: 2021-29939

목 차

국문초록 i
연구의 목적1
연구의 방법 및 범위
제1장 예비적 고찰5
제1절 영국의 행정쟁송 제도
I. 통상적 구제와 대권적 구제6
1. 통상적 구제6
2. 대권적 구제 7
3. 국왕의 법률상 권한에 대한 통상적 구제의 허용9
Ⅱ. 행정심판 제도10
1. 새로운 행정쟁송 수단의 등장10
2. 1958년「행정심판소 및 청문조사에 관한 법률」의 행정심판
불복방법12
3. 2007년「행정심판소, 법원 및 집행에 관한 법률」의 행정심판
물복방법13
Ⅲ. 사법심사 청구소송15
1. 행정소송 절차의 일원화15
2. 행정심판과의 관계16
제2절 영국 의회와 사법심사의 관계17
I. 의회주권과 법의 지배······17
Ⅱ. 사법심사 배제 조항에 대한 해석 20

제2장 사법심사 배제 조항의 의의 및 내용	22
제1절 개념	22
제2절 유형	24
I. 법률규정상 용어에 따른 구분	24
1. 최종성 조항	24
2. 불복 금지 조항	26
3. 취소명령 금지 조항	29
4. 소송금지 조항	31
5. 심사금지 조항	32
6. 결정적 증거 조항	33
Ⅱ. 대안적 구제수단에 따른 구분	34
1. 개별법상 구제수단	34
2. 배타적 커먼로 구제수단	36
Ⅲ. 인권법의 영향	37
제3절 사법심사 배제 조항에도 불구하고 행정에 대하여 불복한	
주요 사례	38
Ⅰ. 행정기관의 집행 기능에 대한 불복	39
1. 아니스미닉 판결	39
2. 모하메드 알 파예드 판결	43
3. 인도중앙은행 판결	44
Ⅱ. 행정심판소의 사법 기능에 대한 불복	46
1. 카트 판결	46
2. 정보기관 국장의 출판허가 거부 판결	49
3. 프라이버시 인터내셔널 판결	52
Ⅲ. 소결····································	55
제3장 사법심사 배제 조항의 효력	58
제1절 사법심사 배제 조항의 한계	58
I 권하우위 이로	58

61
64
65
66
68
69
73
74
74
74
76
78
79
· 79 · 79
79
79
· 79 · 81
79 81 83
· 79 · 81 · 83 · 83
• 79 • 81 • 83 • 83
• 79 • 81 • 83 • 84 • 84
• 79 • 81 • 83 • 84 • 84
• 79 • 81 • 83 • 84 • 84 • 85 • 88
• 79 • 81 • 83 • 84 • 84 • 85 • 88 89

제5장 요약 및 결어	93
제1절 요약	93
제2절 결어	95
참고문헌	97
Abstract ·····	104

연구의 목적

영국 의회는 의회주권에 의하여 당사자가 행정기관의 행정작용에 대하여 불복할 수 없도록 하는 '사법심사 배제 조항'(ouster clause)을 규정하였다. 정부의 정책 수행이 법원에 의해 번복되는 것을 방지하고, 전문성을 가진 행정부가 내린 결정을 최종적인 것으로 삼고자 한 취지였다. 그러나 영국 법원은이러한 규정을 제한적으로 해석하여 행정기관에 대한 감독권을 행사하고자하였다. 행정작용의 적법성을 통제하는 것이 법원의 역할이고, 이를 통해 법의 지배를 구현하여야 한다고 본 것이다.

의회와 법원이 사법심사 배제 조항을 놓고 긴장관계에 놓이게 된 배경은 영국 행정소송의 역사적 발전과 관련이 있다. 종래 영국 법원은 행정기관이 권한을 넘는 행위를 한 경우에만 사법심사를 하여 그 범위가 좁게 인정되었 으나, 점차 권한 내의 법적 오류 등에 대하여도 권한유월로 판단함으로써 사 법심사의 범위가 확대되었다. 특히 사법심사 배제 조항이 존재하는 경우에도 권한유월의 법리를 적용하여 무효인 결정에 대한 사법심사를 하였다.

한편, 영국은 다이시의 법의 지배에 의하여 행정쟁송 수단이 미비하였는바, 일반 행정기관에 대한 통상적 구제수단과 국왕 행정기관에 대한 특별한 구 제수단인 대권적 구제수단이 존재하였다. 19세기 후반 이래로 복지행정이 증 가하면서 이에 관한 분쟁을 다루기 위한 행정심판소가 설치되었고, 통상적 구제수단과 대권적 구제수단이 일원화되어 사법심사 청구소송 제도가 신설 되면서 별도의 행정구제 수단을 완비하게 되었다. 이와 같이 행정구제 수단 이 발전하는 과정에서 의회는 행정심판 불복소송을 금지하는 규정을 두거나, 장관 등 행정기관의 행정작용 자체에 대한 불복 금지 규정을 입법하는 경우 가 발생하였다.

사법심사 배제 조항의 대표적인 사례인 1969년 아니스미닉(Anisminic) 판결부터 2019년 프라이버시 인터내셔널(Privacy International) 판결에 이르기

까지 의회와 법원은 사법심사 배제 조항의 효력에 관하여 지속적인 논쟁을 하고 있다. 의회는 의회주권을 근거로 법률규정에서 해당 결정이 '최종적'이 라는 취지의 문구를 삽입하는 방식으로 사법심사 배제 조항을 규정하였다. 또한 배타적 관할이 인정되는 대안적 구제수단도 별도로 신설하였다.

반면, 법원은 불복 금지 조항이 존재하는 경우에도 행정기관의 결정이 권한유월로 무효인 경우에는 사법심사 배제 조항을 제한적으로 해석함으로써 사법심사가 가능하다고 판단하였다. 법원은 권력분립 원칙에 의하여 행정작용에 대한 적법성을 감독하고, 법의 지배를 구현하여야 한다는 입장이다. 또한 「유럽인권협약」(European Convention on Human Rights)을 반영한 1998년 「인권법」(Human Rights Act, 1998)의 제정으로 국민의 법원접근권이 대두되는 점은 법원이 사법심사를 적극적으로 할 수 있는 근거로 자리 잡고 있다. 구체적 사안에서 사법심사 배제 조항의 효력이 어떻게 해석되는지를 확인함으로써 영국 법원의 행정에 대한 적법성 통제에 관한 논의를 살펴볼 수 있다.

영국의 법의 지배와 상응하여 우리나라는 법치국가 원리가 존재한다. 이에 따라 모든 국가작용은 합헌적·합법적 범위 내에서 수행되어야 한다는 법치행정의 원칙이 도출된다. 우리나라는 헌법상 명문의 규정으로 재판청구권이보장되어 정식재판의 기회를 배제하는 입법은 위헌의 소지가 있고 찾아보기어렵다. 그러나 행정심판의 인용재결에 대하여 행정청의 불복을 금지하고 있는 점은 법치행정의 관점에서 비판이 가능하다. 영국의 사법심사 배제 조항에 관한 논의는 행정심판에 대한 행정청의 불복 제한에 관하여 시사점을 제시해 줄 수 있을 것이다. 또한 「행정기본법」상 재심사제도의 처분유지 결정이 있는 경우 이에 대한 일체의 행정쟁송을 금지하고 있는 것에 대하여 이러한 불복 금지 규정이 사법심사 배제 조항인지에 관하여 살펴볼 필요가 있다. 이러한 검토를 통해 우리나라의 법치행정의 발전을 위한 고찰을 하고자 한다.

연구의 방법 및 범위

본 연구에서는 영국 행정법상 '사법심사 배제 조항'(ouster clause)의 유형, 주요 사례 및 관련 이론을 중심으로 살펴보고자 한다. 먼저 영국 행정쟁송 제도의 역사적 발전과정을 살펴보고, 이 과정에서 대두된 사법심사 배제 조항에 관한 의회와 법원의 대립을 검토한다. 또한 의회가 사법심사 배제 조항을 입법하는 방식, 구체적 사안에서 법원의 판결 및 사법심사 배제 조항의 한계에 관한 이론적 근거를 살펴보고자 한다. 이를 통하여 우리의 사법심사 제한에 관한 논의를 검토하고, 특히 행정심판의 인용재결에 대한 행정청의 불복 금지에 대하여 법치행정의 관점에서 비판적 검토를 함으로써 우리의 사법심사 발전을 위한 방안을 모색하고자 한다.

논의의 개략적인 내용은 다음과 같다. 제1장에서는 우선 영국 행정쟁송 제도의 역사적 배경을 살펴볼 것이다. 종래 영국은 다이시의 법의 지배에 의하여 별도의 행정구제 수단이 마련되어 있지 않았으나, 19세기 이래로 행정심판 제도와 사법심사 청구소송 제도가 발전하였다. 영국의 행정쟁송 제도의발전과정에서 의회는 사법심사 배제 조항을 규정하였고, 법원은 행정에 대한감독기능을 행사하기 위해 명시적 규정에 반하는 해석을 하였는바, 의회와법원의 갈등에서 사법심사 배제 조항에 관한 논의가 대두된 점을 살펴본다.

제2장에서는 사법심사 배제 조항의 의의 및 내용을 살펴보고자 한다. 사법심사 배제 조항의 개념 및 유형을 살펴보고, 특히 그 유형을 법령상 규정에따른 분류, 대안적 구제수단에 따른 분류로 나누어서 살펴볼 것이다. 또한사법심사 배제 조항이 구체적인 사안에서 어떻게 문제되었는지를 살펴보기위하여 대표적인 판례를 살펴본다. 주요 판례를 당사자가 행정기관의 집행기능에 대하여 불복한 사례와 행정심판소의 사법 기능에 대하여 불복한 사례로 나누어 각 사실관계, 쟁점 및 판시 요지를 검토하고자 한다.

다음으로 제3장에서는 사법심사 배제 조항의 한계 및 영향을 검토한다. 사

법심사 배제 조항의 효력을 제한적으로 해석하는 이론으로 권한유월 이론 및 입법의도 해석 이론을 검토하고 각 이론에 따른 차이점을 살펴본다. 또한 사법심사 배제 조항이 존재함에도 불구하고 사법심사의 대상이 되는 경우약한 심사강도에 의하더라도 결정이 파기되었는지를 살펴보고, 의회가 행정 작용의 성격과 사건 수를 고려하여 행정심판 제도를 적극 활용함으로써 법원의 사법심사를 제한하고자 한 점을 살펴볼 것이다.

제4장에서는 영국의 사법심사 배제 조항에 관한 논의를 참고하여 우리의 사법심사 제한에 관한 논의를 고찰할 것이다. 우리나라는 헌법상 재판청구권 이 명시적으로 보장되므로, 정식재판의 기회를 배제하는 사법심사 배제 조항 은 위헌의 소지가 있고, 그 예를 찾아보기 어렵다. 그러나 사법통제의 관점 에서 행정심판의 인용재결에 대한 피청구인인 행정청의 불복 금지를 비판적 으로 검토할 수 있다. 또한 「행정기본법」상 재심사제도의 처분유지 결정에 대한 불복 금지 규정에 따라 그 결정을 행정심판, 행정소송 및 그 밖의 쟁송 수단을 통하여 다툴 수 없는 것이 사법심사 배제 조항인지에 관하여 살펴보 고자 한다.

마지막으로 제5장에서는 지금까지의 논의를 정리하고, 영국의 사법심사 배제 조항에 관한 논의가 법원의 행정에 대한 감독권 행사 및 법의 지배 구현을 위한 것임을 살펴본다. 또한 우리의 법치행정의 관점에서 행정의 적법성통제를 위한 행정구제 수단의 개선방안을 도출한다.

제1장 예비적 고찰

제1절 영국의 행정쟁송 제도

다이시(A. V. Dicey)는 영국의 공적 영역을 규율하기 위하여 커먼로 (common law)와 분리되는 행정법이 필요하지 않다고 하였고,1) 행정사건의 관할이 별도의 행정법원에 인정되는 프랑스의 '행정법'(le droit administratif) 체계에 반대하는 입장이었다.2) 그러나 역설적으로 다이시의 헌법적 사상인 의회주권(sovereignty of parliament)과 법의 지배(rule of law)는 영국 행정법의 발전에 큰 영향을 미치게 되었다.3) 종래 영국은 법의 지배의 '법 앞의 평등'(equality before the law)에 따라 공무원의 불법행위에도 일반법(ordinary law)을 적용하였고, 이를 일반법원(ordinary court)이 관할하여 행정사건을 통상적 구제수단으로 다루었다.4) 즉, 모든 사람은 그의 지위를 불문하고 일반법을 적용받는 것이다.5) 한편, 영국 국왕 또는 그 소속 행정기관이은 보통법

¹⁾ Harlow · Rawlings, Law and Administration, 4.ed., 2022, 18-20면; 김종철, 영국 입헌주의의 본질과 특색, 공법연구, 제30권 제1호, 2001, 111면 참조.

²⁾ Harlow · Rawlings, 전게서, 18-20면 참조.

³⁾ Harlow · Rawlings, 전게서, 11-12면 참조.

⁴⁾ 법의 지배는 자의적인 행정작용이 아니라 명백한 법률 위반에 의하여만 처벌이 가능하고(정규법의 절대적 우위), 모든 사람은 그의 지위를 불문하고 일반법을 적용받으며(법 앞의 평등), 헌법의 일반 원칙은 법원에 제소된 특정 사건에서 개인의 권리에 관한 사항을 결정한 결과(일반법의 결과로서의 헌법)라는 것이다. 이에 관하여 A. V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, with Introduction by E. C. S. Wade, 10.ed., 1959, 187-196면(Harlow · Rawlings, 전게서, 15면에서 재인용); 김종철, 전게논문, 108-112면; 윤세창, 영국행정법의 특수성, 법학행정논집, 제19권, 1981, 85-92면 참조.

⁵⁾ Harlow · Rawlings, 전게서, 15면 참조.

⁶⁾ 영국의 국왕행정기관은 大臣 기타 국왕의 직속관료인 국왕직속기관(이하 국왕 직속기관)과 국왕대권(royal prerogative)에 의해 설치·운영되는 독립행정기관 (agency)인 국왕대권기관(이하 국왕대권기관)으로 나눌 수 있다. 이에 관하여 박

원의 민사소송 절차로부터 면제되는 특권을 누렸으나, 국왕이 대신을 탄핵하는 형태의 대권적 구제수단이 특별한 권리구제 절차로 마련되었다.7)

이처럼 종래 영국은 행정기관의 공권력 작용을 당사자가 다투는 개별 행정 쟁송 절차가 미흡하였다. 그러나 2차 세계대전 이후 복지행정 등에 관한 법률이 폭발적으로 증가하면서 이에 대한 개별 행정심판소를 마련하였고, 2007년 「행정심판소, 법원 및 집행에 관한 법률」(Tribunals, Courts and Enforcement Act, 2007)에서 각 행정심판소를 통합하여 1심 행정심판소와 상급 행정심판소로 정비하기에 이르렀다.8) 또한 통상적 구제수단과 대권적 구제수단을 통합하여 사법심사 청구 제도로 행정소송을 일원화하였다.9) 이로써 영국은 개별적인 행정쟁송 절차를 구비하였는바, 이에 관한 내용을 살펴본다.

Ⅰ. 통상적 구제와 대권적 구제

통상적 구제

통상적 구제수단(ordinary remedy)이란 일반 행정기관의 공무원이 법률상 권한의 범위를 넘어 권한을 행사하는 권한유월(ultra vires)의 경우에 그 공무 원이 행정기관으로서 지위를 상실하고 私人과 동일한 지위가 된다는 관념에 따라 일반법원의 민사소송으로 분쟁을 해결하는 것이다.10) 다이시는 법 앞의 평등에 의하여 공무원이 불법행위에 대해 국민과 동일하게 일반법에 따라 일반법원(ordinary court)에서 개인적으로 책임을 부담한다고 보았다.11) 따라

정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 644면, 각주2 참조.

⁷⁾ Harlow · Rawlings, Law and Administration, 4.ed., 2022, 22면 참조.

⁸⁾ Wade · Forsyth, Administrative Law, 11.ed., 2014, 770-771면; 박정훈, 행정심판 제도의 발전방향 - '사법절차의 준용'의 강화 -, 행정법학, 제2호, 2012, 15면 참조.

⁹⁾ P. Craig, Administrative Law, 9.ed., 2021, 27-002, 836-837면; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 650-651면; 박성용, 영국 정부의 사법심사 청구 제도 개혁안에 대한 소고, 입법학연구, 제12집 제1호, 2015, 115면 참조.

¹⁰⁾ Wade · Forsyth, 전게서, 477-478면; 박정훈, 전게서, 644면 참조.

서 특별한 법률상 권한(statutory power)에 의하여 공무원을 면책하는 조항, 법원의 관할을 제거하는 사법심사 배제 조항(ouster clause) 등이 제정되는 것 을 우려하였다.¹²⁾ 행정부를 특별하게 취급하는 것은 커먼로를 벗어나고 이는 법의 지배에 위배될 수 있다고 보았기 때문이다.

통상적 구제수단의 종류로는 명령판결(injunction), 선언판결(declaration) 및 손해배상(damage)이 있다. 명령판결은 불법행위 또는 계약위반과 같은 위법행위를 방지하는 기본적인 사법상 구제수단으로 금지적 명령판결 또는 이행적 명령판결이 가능하다.[3] 선언판결은 당사자의 권리 또는 법적 지위를 명시하는 것으로, 즉각적인 강제력은 없어 덜 효과적이지만, 유연성과 편리성으로 인하여 정부와의 분쟁을 해결하는 데 적합한 방법으로 활용되었다.[4] 즉각적인 요청이나 위협이 없어 권리가 침해되기 전에도 분쟁을 해결할 수 있는 구제수단이다.[5] 손해배상은 사법상 구제수단이었던 것이 공법상 구제수단으로 확대된 명령판결이나 선언판결과 달리 순수한 사법상 구제수단으로서, 공권력의 불법행위나 계약위반과 같은 사법상 의무 위반을 입증하여야한다.[6][7]

2. 대권적 구제

종래 영국은 권력분립(separation of power) 이론보다는 국왕(Crown)을 중심으로 국가권력이 이어져 있었는바, 법률은 의회에서 제정되어 왕실의 동의가 필요하고, 국왕의 각료가 정부를 구성하며, 판사는 국왕의 판사여서 국왕

¹¹⁾ Harlow · Rawlings, Law and Administration, 4.ed., 2022, 20면 참조.

¹²⁾ Harlow · Rawlings, 전게서, 21면 참조.

¹³⁾ Wade · Forsyth, Administrative Law, 11.ed., 2014, 278면 참조.

¹⁴⁾ Wade · Forsyth, 전게서, 483-486면 참조.

¹⁵⁾ Wade · Forsyth, 전게서, 485면 참조.

¹⁶⁾ 안동인, 영국법상의 공·사법 이원체계에 관한 연구 : 사법심사 청구 제도와 관련하여, 서울대학교 박사학위논문, 2009, 57면 참조.

¹⁷⁾ Wade · Forsyth, 전게서, 498면 참조.

(Crown)에게 충성을 맹세하였다. 18) 국왕은 이러한 지위에 있었으므로, '국왕은 잘못을 행할 수 없다'(The King cannot do wrong)라고 하여, 불법행위를 범하거나 불법행위를 수권할 수 없는 것으로 이해되었다. 19) 즉, 면책특권이인정되었고, '국왕은 소추되지 않는다'(The King is immense from suit)는 원칙에 의해 일반법원의 민사소송 절차로부터 면제되었다. 20) 이는 다이시의 법앞의 평등을 약화시켰다. 21)

국왕직속기관은 국왕대권에 의한 대권적 권한(prerogative power) 및 의회 제정법률에 의한 법률상 권한(statutory power)을 행사하였다.22) 그 중 법률상 권한 행사에 대하여는 대권적 구제(prerogative remedy)라는 특수한 구제방법이 인정되었다.23) 모든 하급 법원과 행정기관은 제한된 관할 또는 권한을 가지고, 그것은 법적 범위 내에서 유지되어야 하므로,24) 국왕은 합법적인 정부를 보장하기 위해 국민에게 이러한 권한 행사를 다툴 수 있는 법적 특권 (legal prerogative)을 부여하였다.25) 이는 행정구제 수단으로서 중요한 기능을 담당하였다.26) 중앙법원(High Court)27)의 국왕재판부(Divisional Court)는 대

¹⁸⁾ Harlow · Rawlings, Law and Administration, 4.ed., 2022, 22면 참조.

¹⁹⁾ 백종인, 성제 김학수박사 화갑기념호: 영국의 행정구제 제도 - 대권적 구제제도 를 중심으로 -, 법학연구, 제12호, 1985, 158면 참조.

²⁰⁾ Harlow · Rawlings, 전게서, 22면 참조.

²¹⁾ Harlow · Rawlings, 전게서, 22면 참조.

²²⁾ 국왕직속기관의 대권적 권한에 기한 행위와 국왕의 대권(royal prerogative)에 기한 국가작용인 국왕대권기관의 행위에 대하여 다이시는 이를 특별하게 취급하기보다는 역사적으로나 사실적으로 국왕(Crown)에게 남아있는 재량적 또는 자의적 권한의 잔재에 지나지 않는다고 하였다. 통치행위, 특별권력관계 등 대권적권한은 전통적으로 통상적 구제(선언판결)는 물론 대권적 구제도 인정되지 않았으나, 후에 사법심사의 대상이 되었다. 이에 관하여 Harlow·Rawlings, 전게서, 23면 이하; Endicott, Administrative Law, 5.ed., 2021, 425면; 박정훈, 행정소송의구조와 기능, 2006, 656면 참조.

²³⁾ Harlow · Rawlings, 전게서, 22면 이하; Endicott, 전게서, 425면; 박정훈, 전게서, 645-646면 참조.

²⁴⁾ Wade · Forsyth, Administrative Law, 11.ed., 2014, 509면 참조.

²⁵⁾ Wade · Forsyth, 전게서, 500면 참조.

²⁶⁾ Wade · Forsyth, 전게서, 500면; 백종인, 성제 김학수박사 화갑기념호: 영국의 행

권 영장(prerogative writ)의 형태로 취소명령(certiorari), 금지명령(prohibition), 직무집행명령(mandamus), 인신보호명령(habeas corpus)²⁸⁾을 발부하였다. 취소명령 및 금지명령은 하급 법원 또는 행정기관의 권한 남용을 방지하기 위하여 고안된 것이었다.²⁹⁾ 해당 결정이 권한유월(ultra vires)이어서 무효인 경우취소명령은 결정을 소급적으로 취소하였으며, 금지명령은 장래효로 예방적금지를 명하였다.³⁰⁾ 취소명령과 금지명령이 위법한 작위의 행정작용에 대한 것이라면, 직무집행명령은 위법한 부작위의 행정작용에 대한 것으로,³¹⁾ 행정기관의 공적의무를 강제하기 위한 수단이었다.³²⁾

3. 국왕의 법률상 권한에 대한 통상적 구제의 허용

1911년 Dyson v. Attorney-General 판결은 통상적 구제수단인 선언판결이 국왕직속 행정기관의 행정작용에 대하여도 적용될 수 있음을 밝혔다.33) Dyson은 국세청으로부터 특정 세부사항을 제공하고 벌금을 납부해야 한다는 통지를 받았고, 이에 대하여 불복하면서 해당 통지는 조세법의 권한을 넘는

정구제 제도 - 대권적 구제제도를 중심으로 -, 법학연구, 제12호, 1985, 160면 참조.

²⁷⁾ High Court가 고등법원으로 번역되는 경우가 있으나, 항소심인 우리의 고등법원 과는 달라 오해의 소지가 있다. High Court는 카운티법원(County Court)과 대비되는 런던 소재 중앙법원이다. 이하의 본 논문에서는 High Court를 중앙법원이라고 번역한다. 이에 관하여 박성용, 영국 정부의 사법심사 청구 제도 개혁안에대한 소고, 입법학연구, 제12집 제1호, 2015, 114면; 영국 사법부 홈페이지(https://www.judiciary.uk/structure-of-courts-and-tribunals-system) 참조.

²⁸⁾ 인신보호명령은 구금의 합법성을 다투는 절차이다. Wade · Forsyth, Administrative Law, 11.ed., 2014, 501면 이하 참조.

²⁹⁾ Wade · Forsyth, 전게서, 500면 참조.

³⁰⁾ Wade · Forsyth, 전게서, 509면 참조.

³¹⁾ Wade · Forsyth, 전게서, 520면 참조.

³²⁾ 안동인, 영국법상의 공·사법 이원체계에 관한 연구 : 사법심사 청구 제도와 관련하여, 서울대학교 박사학위논문, 2009, 62면 참조.

³³⁾ Dyson v Attorney-General [1911] 1 K.B. 410 CA, 이에 관하여 P. Craig, Administrative Law, 9.ed., 2021, 819면, 26-017 참조.

행위라고 주장하였다.34) 항소법원은 그의 소제기가 적법하고, 정부 행정작용의 합법성을 심사하는 편리하고 유익한 방법이라고 간주하였다.35) 따라서 국왕의 법률상 권한에 대하여 통상적 구제로 권한유월을 확인하는 선언판결 (declaration)을 선고할 수 있음을 확인하였다.36)

선언판결은 집행력이 없으나, 그 판결에 반하는 행위를 하면 불법행위 책임이 성립할 수 있고 정치적·사회적 압력을 받게 되므로, 국왕직속 행정기관에 대하여 사법심사 청구소송 제도가 도입되기 전까지 상당히 실효적인구제수단이었다.37) 그후 1947년 「국왕소추법」(Crown Proceedings Act, 1947)이 제정되었고, 국왕이나 국왕의 모든 관료 또는 대리인(servant or agent)의행위에 대하여 불법행위 책임 또는 계약책임을 민사소송에서 다툴 수 있게되었다.38) 다만, 오늘날에도 국왕의 면책특권은 일부가 남아있어, 동법 제21조에 따라 국왕에 대한 명령판결은 허용되지 않는다.39)

Ⅱ. 행정심판 제도

1. 새로운 행정쟁송 수단의 등장

영국은 19세기 후반 이래 사회가 급격하게 변하였고, 수많은 복지행정과 규제행정이 등장하였다.40) 새롭고 기술적인 행정규제에 관한 전문지식의 필

³⁴⁾ P. Craig, Administrative Law, 9.ed., 2021, 819면, 26-017 참조.

³⁵⁾ P. Craig, 전게서, 819면, 26-017 참조.

³⁶⁾ P. Craig, 전게서, 819면, 26-017; Wade·Forsyth, Administrative Law, 11.ed., 2014, 486면; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 647-648면 참조.

³⁷⁾ 민사소송에서 국왕직속기관의 행위에 대해 권한유월을 확인하는 선언판결이 선고되면 국왕직속기관이 그 행위를 직권으로 취소하는 관행이 성립됨으로써 사실상 취소판결의 기능을 수행하였다. 박정훈, 전게서, 647-648면 참조.

³⁸⁾ P. Craig, 전게서, 907-908면, 29-013; Wade · Forsyth, 전게서, 481면 참조.

³⁹⁾ P. Craig, 전게서, 907-908면, 29-013; Wade · Forsyth, 전게서, 481면 참조.

^{40) 1908}년 「아동법」(Children Act), 1911년 「국민보험법」(National Insurance Act)과 같은 의회의 특별입법이 증가하기 시작하였다. 이에 관하여 안동인, 영국법상의

요성, 분쟁의 신속한 해결 요청, 수많은 소규모 사건 제기 등을 배경으로 커먼로 구제수단과는 다른 구제수단이 필요하게 되었다.41) 일반법원은 권위와독립성, 검증된 절차라는 장점이 있었으나, 판사들은 필요한 기술적 지식을 가지고 있지 않았고, 소송 진행이 느렸으며, 법원은 많은 수의 소규모 소송을 처리하는 데 적합하지 않았기 때문이다.42)

새롭게 등장한 행정영역에 관하여 제정된 개별법률은 각각 전문 행정심판소(tribunal)를 설치하였다.43) 그러나 이러한 행정심판소들은 법원과 같은 운영절차를 구비하지 못하였고, 설치근거가 되는 모법의 규정에 따라 불확실하게 운영되었다.44) 예컨대, 행정심판에 대한 불복은 장관 또는 법원에게 하거나 전혀 불복을 규정하고 있지 않은 모법도 존재하는 등 일관되지 못하였다.45) 초기에는 행정심판을 법원 재판과는 다른 성격으로 취급하여 상당수는 불복방법을 마련하지 않았고, 결과적으로 행정심판이 최종적인 결정이 되는 결과를 초래하였다.46)

이러한 행정심판 제도에 대하여 법의 지배 원칙에 반하는 것이라는 비판과이에 대한 논쟁이 제기되었다.47) 휴워트(Hewart) 경은 다이시의 시각에 따라 공법과 사법의 구별을 부정하는 법의 지배의 입장에서 행정심판소의 폐지를 주장하였고,48) 반면에 롭슨(Robson)은 통상법원의 부적절함에 따라 행정심판

공·사법 이원체계에 관한 연구: 사법심사 청구 제도와 관련하여, 서울대학교 박사학위논문, 2009, 51면, 각주 122; Harlow·Rawlings, Law and Administration, 4.ed., 2022, 22-23면; P. Craig, Administrative Law, 9.ed., 2021, 903면, 29-008; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 647-649면 참조.

⁴¹⁾ Harlow · Rawlings, 전게서, 4면; 안동인, 전게논문, 39면 참조.

⁴²⁾ Harlow · Rawlings, 전게서, 4면 참조.

⁴³⁾ P. Craig, 전게서, 239-240면, 9-002; 박정훈, 전게서, 649면 참조; 안동인, 전게논 문, 39면 참조.

⁴⁴⁾ P. Craig, 전게서, 2021, 241면, 9-004면 참조.

⁴⁵⁾ 김광수, 영국 행정심판 제도의 운영현황, 공법연구, 제38집 제4호, 2010, 164면 참조.

⁴⁶⁾ 김광수, 전게논문, 164면 참조.

⁴⁷⁾ 안동인, 영국법상의 공·사법 이원체계에 관한 연구 : 사법심사 청구 제도와 관련하여, 서울대학교 박사학위논문, 2009, 39면 참조.

소가 불가피하게 필요하다고 주장하였다.49) 한편, 데닝(Denning) 경은 행정심 판소의 독립성을 보장할 필요가 있고, 법률상 쟁점에 대하여는 통상법원을 항소심 관할로 하여야 한다고 주장하였다.50) 이러한 논쟁은 행정심판소의 전문성은 인정하면서도, 다이시의 법의 지배에 따라 새로운 행정구제 수단의 창설은 어렵다고 보는 도너모어(Donoughmore) 보고서로 이어졌다.51)

2. 1958년 「행정심판소 및 청문조사에 관한 법률」의 행정심판 불복방법

행정심판 제도의 개혁방안을 담은 「프랭크스(Franks)보고서」가 1957년 제출되었다.52) 개선방안 중 행정심판의 불복방법에 관하여는 사실, 법률 및 사안의 전체에 대하여 1심 행정심판소에서 항소 행정심판소로 항소가 가능하여야 한다고 권고하였다.53) 또한 법률 쟁점에 관하여는 통상법원의 항소심관할에 따라 불복이 가능하여야 한다고 제안하였다.54) 이로써 행정심판소의

⁴⁸⁾ Hewart of Bury, The New Despotism, 1929, 37-42면; 안동인, 영국의 행정심판 제도 개혁에 관한 소고, 공법연구, 제38집 제1호 제2권, 2009, 242면 참조.

⁴⁹⁾ W. A. Robson, Justice and Administrative Law: A Study of the British Constitution, 3.ed., 1951, 89-316면, 557-620면(안동인, 전게논문, 242면 각주12 에서 재인용) 참조.

⁵⁰⁾ A. Denning, Freedom under the Law, 1949, 76-96면(안동인, 전게논문, 242면에 서 재인용) 참조.

⁵¹⁾ 안동인, 전게논문, 243면 참조.

⁵²⁾ 프랭크스보고서는 행정심판절차의 목표로 공개성(openness), 공정성(fairness), 중립성(impartiality)을 제시하였는데, 공개성은 가능한 심리과정을 공개하고 결정의 이유를 알려주는 것이고, 공정성은 당사자가 자신의 의견을 충분히 주장할 수 있는 명확한 절차를 채택하는 것이며, 독립성은 행정심판소가 관계 행정기관으로부터 영향을 받지 않아야 한다는 것이다. 이에 관하여 Wade·Forsyth, Administrative Law, 11.ed., 2014, 763-765면; 박정훈, 행정심판 제도의 발전방향 - '사법절차의 준용'의 강화 -, 행정법학, 제2호, 2012, 13-15면; 안동인, 전게논문, 243면; 이일세, 영국 행정심판 제도의 변혁에 관한 고찰, 공법연구, 제39집 제3호, 2011, 506면 참조.

⁵³⁾ Wade · Forsyth, 전게서, 763-765면 참조.

⁵⁴⁾ 안동인, 영국법상의 공·사법 이원체계에 관한 연구 : 사법심사 청구 제도와 관련하여, 서울대학교 박사학위논문, 2009, 40면 참조.

재결을 항소를 통해 다툴 수 있도록 하고, 법원이 감독권을 행사할 수 있는 방안을 마련하고자 하였다.

「프랭크스보고서」에서 제시한 권고사항은 1958년「행정심판소 및 청문조사에 관한 법률」(Tribunals and Inquiries Act 1958)55)에 반영되었다.56) 재결의 법률상 쟁점에 대하여 중앙법원에 항소할 수 있다고 규정하고,57) 취소명령 및 직무집행명령을 보장하였다.58) 그러나 각 정부 부처에 획일적 절차규정을 강제할 권한이 없다는 한계가 있었고,59) 통일적인 절차 규정을 마련하지 못한 채 행정심판소의 각각의 근거법률에 따른 불복절차가 운영되었다.60) 예컨대, 1심 행정심판소로부터 항소 행정심판소로 불복하는 경우, 법률문제에 한하여 중앙법원에 불복하는 경우, 항소 행정심판소를 거쳐 중앙법원 또는 항소법원에 불복하는 경우 등이 혼재되어 있었다.61)

3. 2007년「행정심판소, 법원 및 집행에 관한 법률」의 행정심판 불복방법

1958년「행정심판소 및 청문조사에 관한 법률」의 시행 이후에도 각 행정

⁵⁵⁾ 이후 1971년 동법과 1992년 동법으로 대체되었다. 이에 관하여 안동인, 영국의 행정심판 제도 개혁에 관한 소고, 공법연구, 제38집 제1호 제2권, 2009, 243면 각주 18; 이일세, 영국 행정심판 제도의 변혁에 관한 고찰, 공법연구, 제39집 제 3호, 2011, 508면 각주 36 참조.

⁵⁶⁾ Wade·Forsyth, Administrative Law, 11.ed., 2014, 763-765면; 안동인, 영국법상의 공·사법 이원체계에 관한 연구: 사법심사 청구 제도와 관련하여, 서울대학교 박사학위논문, 2009, 40면; 이일세, 전게논문, 510면 참조.

^{57) 1992}년 동법 제11조, 사회보장심판소, 토지심판소, 교통심판소 등의 재결에 대해서는 항소법원에 바로 항소가 가능하다. 이에 관하여 김광수, 영국 행정심판 제도의 운영현황, 공법연구, 제38집 제4호, 2010, 165면; 안동인, 영국의 행정심판제도 개혁에 관한 소고, 공법연구, 제38집 제1호 제2권, 2009, 244면 참조.

^{58) 1992}년 행정심판소 및 청문조사에 관한 법률 제12조, 이에 관하여 안동인, 전게 논문, 244면 참조.

⁵⁹⁾ 안동인, 전게논문, 244면 참조.

⁶⁰⁾ 박정훈, 행정심판 제도의 발전방향 - '사법절차의 준용'의 강화 -, 행정법학, 제2 호, 2012, 15면; 이일세, 전게논문, 510면 참조.

⁶¹⁾ 이일세, 전게논문, 510면 참조.

심판소는 일관된 시스템을 갖추지는 못하여 행정심판소마다 절차 및 불복방법이 상이하다는 등의 문제점이 있었다.62) 이에 2000년 레가트 위원회가 출범하였고, 2001년 「레가트(Leggatt)보고서」가 제출되었다. 기존 행정심판소는 각 근거법률에 의하여 일관성 없이 운영되고 있었으므로, 이를 개선하기 위하여 통합된 하나의 시스템 안에서 계층적인 구조를 지닌 행정심판 제도를 추구하였다.63) 재결의 불복에 관하여는 법률상 쟁점에 대하여 1심 행정심판소로부터 2심 행정심판소로 허가를 얻어 가능하고, 2심 행정심판소로부터 항소법원에 대한 항소권이 보장되어야 한다고 밝혔다.64) 또한 2심 행정심판소의 재결은 중앙법원의 감독의 대상이 아니라고 권고하였다.65)

이러한 권고내용은 2007년 「행정심판소, 법원 및 집행에 관한 법률」 (Tribunals, Courts and Enforcement Act, 2007)에 반영되었다. 우선 기존에 난립하였던 행정심판소를 통합하여 1심 행정심판소(First-tier Tribunal), 상급 행정심판소(Upper Tribunal)를 설립하였다.66) 또한 행정심판 제도에 대한 권리구제 방안이 정비되었다. 먼저 각급 행정심판소가 자체적으로 자신의 재결을다시 심사(review)하여 재결의 오류수정, 이유변경, 취소가 가능하다. 다음으로 항소(appeal)의 경우 1심 행정심판소 및 상급 행정심판소의 결정에 법적문제가 있는 경우 허가를 얻어 제1심 행정심판소의 결정에 대하여는 상급행정심판소에, 상급 행정심판소의 결정에 대하여는 항소법원에 항소를 할 수있다.67) 상급 행정심판소가 1심 행정심판소의 재결에 법적 오류가 있다고 인

⁶²⁾ P. Craig, Administrative Law, 9.ed., 2021, 243면, 9-009; 박정훈, 행정심판 제도 의 발전방향 - '사법절차의 준용'의 강화 -, 행정법학, 제2호, 2012, 15면 참조.

⁶³⁾ Wade·Forsyth, Administrative Law, 11.ed., 2014, 768-770면; 박정훈, 전게논문, 15-16면; 안동인, 영국의 행정심판 제도 개혁에 관한 소고, 공법연구, 제38집 제 1호 제2권, 2009, 246-248면 참조.

⁶⁴⁾ Wade · Forsyth, 전게서, 768-770면; 안동인, 전게논문, 247면 참조.

⁶⁵⁾ 안동인, 전게논문, 247면 각주 51 참조.

⁶⁶⁾ Wade · Forsyth, Administrative Law, 11.ed., 2014, 770-771면; 박정훈, 행정심판 제도의 발전방향 - '사법절차의 준용'의 강화 -, 행정법학, 제2호, 2012, 15면 참조.

⁶⁷⁾ 안동인, 영국의 행정심판 제도 개혁에 관한 소고, 공법연구, 제38집 제1호 제2 권, 2009, 250-251면 참조.

정하는 경우 파기하고 직접 재결하거나 1심 행정심판소로 파기 취지로 환송할 수 있으며, 항소법원도 상급 행정심판소의 재결에 대하여 동일하게 결정할 수 있다.68)

Ⅲ. 사법심사 청구소송

1. 행정소송 절차의 일원화

영국의 행정소송은 일반 행정기관에 대한 통상적 구제와 국왕직속기관의법률상 권한 행사에 대한 대권적 구제로 나뉘어 있었다.69) 오늘날의 일원화된사법심사 청구소송(application for judicial review)은 1977년 「최고법원규칙」제53편(Rules of Supreme Court Order 53), 1981년 「최고법원법」(Supreme Court Act, 1981)이 제정되면서 등장하였다.70) 대권적 구제수단인 취소명령, 금지명령, 직무집행명령과 통상적 구제수단인 선언판결, 명령판결, 손해배상을 모두 허용하였다.71) 그 후 2000년 10월 「민사소송규칙」(Civil Procedure Rules) 제54부가 제정되어 명칭이 'claim' for judicial review로 변경되었고,중앙법원의 사법심사 청구소송의 전담재판부가 '행정재판부'(Administrative Court)로 명칭이 변경되었다.72) 항소심은 항소법원(Court of Appeal)이, 상고

⁶⁸⁾ 한편, 상급 행정심판소는 일정한 요건 하에 1심 행정심판소의 재결 자체에 대해 취소명령, 금지명령, 직무집행명령 등 사법심사를 할 수 있는 권한이 있다. 이에 관하여 안동인, 영국의 행정심판 제도 개혁에 관한 소고, 공법연구, 제38집 제1호 제2권, 2009, 250-251면 참조.

⁶⁹⁾ 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 650-651면 참조.

⁷⁰⁾ P. Craig, Administrative Law, 9.ed., 2021, 27-002, 836-837면; 박정훈, 전게서, 650-651면; 박성용, 영국 정부의 사법심사 청구 제도 개혁안에 대한 소고, 입법학연구, 제12집 제1호, 2015, 115면 참조.

^{71) 3}개월의 제소기간이 준수되어야 하고, 소송개시에 허가가 필요하며, 중앙법원 국왕재판부의 국왕사무전담법관(Crown Office List)의 전속관할이 인정되는 점은 대권적 구제의 성격을 계승하였다. 한편, 문서제출명령과 증인심문을 인정하고, 가구제를 허용한 점은 통상적 구제를 계승하였다. 이에 관하여 박정훈, 전게서, 650-651면 참조.

심은 대법원(구 House of Lords, 현 UK Supreme Court)이 관할하는바,73) 이는 일반법원 내에 1심 행정법원을 두고 있는 우리나라와 유사한 일원론적체계라고 볼 수 있다.

1977년 이전에는 일반 민사절차에 따라 공권력에 대한 선언판결을 구할수 있었으나, 1977/1981년 이후로는 공공기관의 행정작용에 대하여 사법심사청구를 활용해야 했다. 74) 사법심사 청구소송과 민사소송의 관계에 대하여 1983년 O'Reilly b. Mackman 판결75)은 사법심사 청구소송이 종래의 대권적구제에 비하여 소송절차 상의 제한이 폐지되는 등 근본적으로 개선되었으므로, 공법적 기관(public law body)에 대한 공법적 문제(public law issue)에 대하여는 사법심사 청구소송에 의하여야 한다고 판시하였다. 즉, 민사소송으로써 명령판결이나 선언판결을 구하는 것은 '소송절차의 남용'(abuse of court's process)에 해당하여 각하되어야 한다는 것이다. 76) 이로써 공법적 문제에 관한 사법심사 청구소송의 '절차적 배타성'(procedual exclusivity)이 인정되었다.

2. 행정심판과의 관계

상급 행정심판소의 재결에 법적 오류가 있는 경우 이에 대한 행정심판 불 복소송을 중앙법원 또는 사안에 따라 항소법원에 제기할 수 있다.⁷⁷⁾ 중앙법 원 또는 항소법원은 재결에 법적 오류가 인정되는 경우 이를 파기하고 행정

⁷²⁾ P. Craig, Administrative Law, 9.ed., 2021, 27-002, 836-837면; 박정훈, 행정소송 의 구조와 기능, 2006, 651면 참조.

⁷³⁾ 박정훈, 전게서, 652면 참조.

⁷⁴⁾ Wade · Forsyth, Administrative Law, 11.ed., 2014, 491면 참조.

^{75) [1983] 2} AC 237, 이에 관하여 P. Craig, 전게서, 839면, 27-005; 박정훈, 전게서, 652면 참조.

⁷⁶⁾ P. Craig, 전게서, 839면, 27-005; 박정훈, 전게서, 652면 참조.

⁷⁷⁾ 안동인, 영국의 행정심판 제도 개혁에 관한 소고, 공법연구, 제38집 제1호 제2 권, 2009, 250-251면 참조.

심판소로 환송한다.78) 행정심판이 규정된 경우에는 행정심판을 제기한 후 재결에 대한 행정심판 불복소송을 제기하여야 하고, 사법심사 청구소송을 제기할 수 없다.79)

즉, 공법 사건에 대하여 행정심판 규정이 있는 경우에는 행정심판부터 청구하여야 하고, 행정심판 규정이 없는 경우에는 사법심사 청구소송을 제기하여야 하며, 일반 민사소송을 제기할 수 없는 것이다. 행정심판과 사법심사청구소송의 관계에서 전자가 우선한다는 의미에서 후자는 '보충적 구제수단'(residual remedies)으로 분류되나, 행정심판으로 다툴 수 없는 행정입법 등분야에 대하여는 여전히 중요성이 인정된다.80) 다만, 의회는 행정심판에 관한 법률에서 재결에 대한 행정심판 불복소송을 불허하는 규정을 두거나, 행정기관의 행정작용에 대한 일체의 불복 금지 규정을 두는 경우가 있는바, 이하에서는 이러한 사법심사 배제 조항을 살펴보고자 한다.

제2절 영국 의회와 사법심사의 관계

Ⅰ. 의회주권과 법의 지배

다이시는 의회주권과 법의 지배 원칙 사이에 문제를 발견하였는데, 의회가 주권이 있다면 필연적으로 법의 지배는 의회의 지배를 받는다는 의미가 된다는 것이다.⁸¹⁾ 의회주권의 원칙은 의회가 국민의 자유와 권리를 침해하는 입법을 하는 경우 다음 선거에서 선택받지 못할 것이므로 국민의 대표는 국민의 이익에 가장 부합하는 입법을 할 것이라는 사고를 전제로 하고 있다.⁸²⁾

⁷⁸⁾ 안동인, 영국의 행정심판 제도 개혁에 관한 소고, 공법연구, 제38집 제1호 제2 권, 2009, 250-251면 참조.

⁷⁹⁾ 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 667면 참조.

⁸⁰⁾ 박정훈, 전게서, 667면 참조.

⁸¹⁾ Harlow · Rawlings, Law and Administration, 4.ed., 2022, 13면 참조.

그러나 '입법전능'(legislative omnicompetence)⁸³⁾에 의하여 의회가 법률 제정에 대한 무제한의 권한을 가진다고 보면, 의회가 제정한 법률이 국민의 이익에 반하는 내용으로 제정되더라도 그 내용을 다툴 수 없다는 문제가 발생한다.⁸⁴⁾ 다이시는 의회가 법안을 통과시킬 수 있는 법적 권한이 있음에도 정치적으로 불가능한 내용이 있다고 주장하여, 의회 입법권의 정치적 한계가 있다고 보았다.⁸⁵⁾

한편, 법원과 의회의 관계에서는 의회주권에 의하여 의회 외의 그 어떤 기관도 입법권을 가지거나 입법의 효력을 제한할 수 없으므로, 법원이 의회의입법을 무효로 할 수 없다.86) 그러나 법원은 법해석권과 법의 지배의 원칙을 통해 사실상 의회의 법률에 대해 통제가 가능한 부분이 있다.87) 이러한 의회주권과 법의 지배의 내재적 긴장감은 법과 민주주의 논쟁에서 나타나는 법률가 사이의 주된 논쟁일 뿐만 아니라 법관과 정치인 사이에서도 중요한 문제였다.88) 즉, 선출직인 의회와 비선출직인 법원 사이의 갈등이 존재하였다.

영국 의회는 행정기관의 행정작용에 대해 보통법원의 사법심사를 배제하는 '사법심사 배제 조항'(ouster clause)를 규정하기에 이르렀다.89) 다시 말해, 의회는 전문성이 있는 행정부가 신속한 결정을 내리는 방식을 선호하였고,

⁸²⁾ 김종철, 영국 입헌주의의 본질과 특색, 공법연구, 제30권 제1호, 2001, 106-108 면 참조.

⁸³⁾ P. Craig, Public law and democracy in the United Kingdom and the United States of America, 1990, 13-14면(한성민, 영국 인권법이 사법심사 청구소송에 미친 영향에 대한 연구, 서울대학교 석사학위논문, 2018, 8면에서 재인용); 김종철, 전게논문, 107면 참조.

⁸⁴⁾ 김종철, 전게논문, 106-108면 참조.

⁸⁵⁾ A. V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, with Introduction by E.C.S.Wade, 10.ed., 1959, 81면(Harlow Rawlings, Law and Administration, 4.ed., 2022, 13면에서 재인용) 참조.

⁸⁶⁾ 의회주권의 소극적 개념(negative limb), 이에 관하여 김종철, 전게논문, 107면 참조.

⁸⁷⁾ 김종철, 전게논문, 107면 각주40 참조.

⁸⁸⁾ Harlow · Rawlings, 전게서, 13면 참조.

⁸⁹⁾ P. Craig, Administrative Law, 9.ed., 2021, 28-001 이하, 887면 이하 참조.

빈번한 사법심사 청구로 인하여 정책수행이 지연되는 것을 방지하고자 한 것이다.90) 이에 대하여 영국 법원은 전통적으로 그들의 관할을 배제하는 조항에 대해 강한 반감이 있었다.91) 그 예로 1759년 R v. Derbyshire Justices 판결에서 케년(Kenyon) 경은 "행정심판소가 어떠한 견제 없이 그들의 관할 권을 자유롭게 벗어날 수 있다면, 법의 지배는 끝일 것이다."라고 하여 '취소명령 금지 조항'(no certiorari clause)을 적용하지 않았다.92)

법원의 사법심사를 제한하는 입법은 법의 지배(rule of law)와 법원접근권 (access to court)을 유지하려는 법원의 헌법적 자아상을 뒤흔들었고, 의회주권 원칙의 한계를 테스트하는 계기가 되었다.93) 구체적인 예로, 프라이버시인터내셔널(Privacy International) 판결94)에서 문제된 특별행정심판소의 재결에 대하여 법원으로의 불복을 배제하는 규정, UNISON 판결95)에서 문제된법원접근권을 제한하는 법률 규정을 들 수 있다.96) 법원은 행정기관의 결정이 권한유월이어서 무효인 경우에는 사법심사가 가능하고, 입법자의 객관적인 의사는 이러한 위법한 결정인 경우까지 사법심사를 제거하는 것이 아니라고 해석하여 법의 지배를 구현하고자 하였다.97) 이와 같이 의회와 법원은

⁹⁰⁾ P. Craig, Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review, Forsyth(ed.), Judicial review and the Constitution, 2000, 52면 참조.

⁹¹⁾ De Smith, Judicial Review in Administrative Law: The Ever-Open Door, The Cambridge Law Journal, 27(2), 1969, 161-166면 참조.

⁹²⁾ R. v. The Justices of Peace of Derbyshire, 2 Keny. 299, 96 Eng. Rep. 1189 (K.B. 1759), 이에 관하여 De Smith, 전게논문, 161-166면 참조.

⁹³⁾ Fordham, Judicial Review Handbook, 4.ed., 2004, 575면 참조.

⁹⁴⁾ R (Privacy International) v Investigatory Powers Tribunal [2019] UKSC 22, 이에 관하여 Harlow·Rawlings, Law and Administration, 4.ed., 2022, 155-156면; Endicott, Administrative Law, 5.ed., 2021, 71-73면 참조.

⁹⁵⁾ R (Unison) v Lord Chancellor [2017] UKSC 51, 이에 관하여 Elliott, Through the Looking-Glass? Ouster Clauses, Statutory Interpretation and the British Constitution, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper, 4, 2018, 5면 참조.

⁹⁶⁾ Harlow · Rawlings, 전게서, 13면 참조.

⁹⁷⁾ Wade · Forsyth, Administrative Law, 11.ed., 2014, 614면; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 665면 참조.

사법심사 배제 조항을 사이에 두고 행정구제 제도의 운영에 대하여 대립하였다.

Ⅱ. 사법심사 배제 조항에 대한 해석

사법심사 배제 조항의 적용에 관한 견해를 간략히 살펴보고자 한다. 대표적으로 웨이드(Wade) 경과 로버트 크레이그(R. Craig) 교수는 법원이 일정한 요건 하에 사법심사를 할 수 있다고 보는 입장이다. 웨이드 경의 견해는 권한유월의 결정에 대하여 법원의 통제가 필요하다는 권한유월 이론에 근거하고,98) 크레이그 교수의 견해는 권력분립의 원칙을 고려하여 입법자의 진정한의사를 판단하는 것에 기반한다.99) 특히 웨이드 경은 공적 기능을 수행하는행정기관의 행위 및 결정의 적법성을 결정하고 국민의 권리를 보호하는 사법부의 기능은 매우 중요하고, 이를 박탈하는 것은 법의 지배의 원칙에 반한다는 입장이다.100) 즉, 국민의 행정구제에 대한 접근을 차단하는 법률은 행정작용의 적법성을 통제하여 국민의 권리를 보호하고 법치를 구현하는 법원의헌법상 역할을 가로막는다는 것이다.101)

반면, 엔디콧(Endicott) 교수는 명시적인 규정에 따라 행정기관의 행정작용이 타당한지 여부를 법원이 결정할 관할이 없다고 주장한다. 102) 법의 지배의

⁹⁸⁾ Williams, Sir William Wade QC, Forsyth · Hare(eds.), The Golden Metwand and the Crooked Cord - Essays on the Public Law in Honour of Sir William Wade QC, 1998, 5면; Wade · Forsyth, Administrative Law, 11.ed., 2014, 614면 참조.

⁹⁹⁾ Robert Craig, Ouster clauses, separation of powers and the intention of Parliament : from anisminic to privacy international, Public law, 4, 2018 참조.

¹⁰⁰⁾ Allan, Fairness, Equality, Rationality: Constitutional Theory and Judicial Review, Forsyth·Hare(eds.), The Golden Metwand and the Crooked Cord - Essays on the Public Law in Honour of Sir William Wade QC, 1998, 19면, 23면; Wade·Forsyth, 전게서, 614면 참조.

¹⁰¹⁾ Allan, Fairness, Equality, Rationality: Constitutional Theory and Judicial Review, Forsyth · Hare(eds.), The Golden Metwand and the Crooked Cord - Essays on the Public Law in Honour of Sir William Wade QC, 1998, 35면 참조.

구현을 위해 사법심사를 할 수 있다고 해석하는 디플락(Diplock) 경의 견해는 법원이 명시적인 규정에 반하는 해석을 하는 것이어서 법원의 의회 불복 중에 해당한다는 것이다.103) 즉, 의회주권에 따라 사법심사 배제 조항에 대한 예외가 인정될 수 없고, 법원은 이를 따라야 한다는 입장이다. 심지어 판사의 결정이 전문적인 행정부의 결정보다 낫다고 볼 수 있는가에 관한 의문을 제기하기도 하였다.104)

아니스미닉(Anisminic) 판결 이후 상원(House of Lord)은 법원의 권한유월 인정 범위가 넓어진 만큼 사법심사 배제 조항을 더욱 증가시켰다.105) 이러한 규정은 의회와 법원의 관계에서 의회 입법이 '법원접근권'(access to court)을 제한할 수 있는 정도, 법원과 행정부의 관계에서 법원이 행정부의 사실적 또는 법적 오류를 시정할 수 있는 범위에 대한 문제를 불러일으켰다.106) 또한 법원의 권한에 관하여는 의회주권에 근거한 사법심사 배제 조항에도 불구하고, 법원이 어느 정도까지 행정행위의 합법성을 심사할 내재적 권한을 가지고 있는가에 관한 논의가 불거졌다.107) 즉, 사법심사 배제 조항은 헌법기관사이의 권력분립의 원칙에 대한 논의로 이어졌다.108)

-

¹⁰²⁾ Endicott, Administrative Law, 5.ed., 2021, 341면 참조.

¹⁰³⁾ Endicott, 전게서, 341면 참조.

¹⁰⁴⁾ Endicott, 전게서, 343면 참조.

¹⁰⁵⁾ Wade · Forsyth, Administrative Law, 11.ed., 2014, 612면 참조.

¹⁰⁶⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 206-7 면, 4-005 참조.

¹⁰⁷⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 206-7면, 4-005 참조.

¹⁰⁸⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 206-7면, 4-005 참조.

제2장 사법심사 배제 조항의 의의 및 내용

제1절 개념

사법심사 배제 조항은 행정부의 장관 또는 소속 공무원, 특수한 목적으로 설치된 특수행정기관, 행정심판소(tribunal)의 재결 등에 대하여 법원의 사법심사를 제한하는 규정이다.109) 즉, 법원이 사안에 대한 법률적 판단을 하는 것을 배제하는 것이다. 의회는 의회주권에 의하여 이러한 내용이 포함된 '사법심사 배제 조항'(ouster clause)을 규정하였다.110) 해당 분야에 전문성이 있는 행정기관의 결정이 최종적인 것이 되도록 하고, 법원이 이를 번복하여 정책수행이 지연되는 것을 방지하고자 하는 취지였다.111)

사법심사 배제 조항과 유사한 개념으로 '입법간주 조항'(as if enacted)이 있다.112) 즉, 장관의 확약(confirmation)이 법률의 권한 내에서 내려진 명령 (order)인 경우 이러한 법률상 명령(statutory order)은 법률로 제정된 것과 같은 효력을 발생시킨다는 것이다.113) 이러한 입법간주 조항은 19세기에 사용되었는데, 법원은 절차적 또는 다른 법적 오류를 근거로 명령을 심사할 수 있었으므로, 해당 조항은 사실상 의미가 없어졌다.114) 즉, 장관의 법률상 명령은 법적 요건을 준수하였다는 '결정적인 증거'(conclusive evidence)로 간주되는 효력이 발생하나,115) 상원은 'as if' 공식이 법률을 준수하는 명령에만

¹⁰⁹⁾ Mark Elliott, Through the Looking-Glass? Ouster Clauses, Statutory Interpretation and the British Constitution, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper, 4, 2018, 3-7면 참조.

¹¹⁰⁾ Endicott, Administrative Law, 5.ed., 2021, 341면 참조.

¹¹¹⁾ P. Craig, Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review, Forsyth(ed.), Judicial review and the Constitution, 2000, 52면 참조.

¹¹²⁾ Wade · Forsyth, Administrative Law, 11.ed., 2014, 611-612면 참조.

¹¹³⁾ Wade · Forsyth, 전게서, 611-612면 참조.

¹¹⁴⁾ Wade · Forsyth, 전게서, 611-612면 참조.

적용되고, 해당 명령에 권한유월 사유가 명백히 있는 경우에는 사법심사가 가능하다고 판시하였다.116) 법률상 명령에 법률상 효력을 발생시킴으로써 사법심사를 차단하는 효과가 있으므로 사법심사 배제 조항과 유사하다고 볼수 있다. 그러나 의회는 법정 명령에 곧바로 법률상 효과를 부여하기 보다는 행정작용에 대하여 '사법적 구제수단'(judicial remedy)을 사용하지 못하게 함으로써 그러한 행정작용을 보호하는 방법을 택하였다.117) 이처럼 행정작용에 대하여 사법적 구제수단을 배제하는 조항을 중심으로 살펴보고자 한다.

사법심사 배제 조항의 종류는 크게 전면적 배제조항(total ouster clause)과 부분적 배제조항(partial ouster clause)으로 나뉜다.118) 먼저 전면적 배제조항은 일반법원의 사법심사 관할을 제거하는 것이다.119) 법원은 정부를 법적 통제의 대상으로 보아 전면적 배제조항을 제한적으로 해석하였으므로, 이러한유형은 대부분 목적을 달성하지 못하였다.120) 다음으로 부분적 배제조항은법원접근권의 행사에 제한을 가하는 것으로, 제소기간 규정이 대표적인 예이다.121) 특히 주택, 도시계획 및 강제수용 분야에서 제소기간을 두어 그 기간외에는 결정의 유효성에 이의를 제기하는 것을 배제한다.122) 사법심사 권한

¹¹⁵⁾ Wade · Forsyth, Administrative Law, 11.ed., 2014, 611-612면 참조.

¹¹⁶⁾ Minister of Health v. R ex p Yaffe [1931] AC 494, 이에 관하여 Wade·Forsyth, 전게서, 611-612면 참조.

¹¹⁷⁾ 또한 입법간주 조항과 관련하여 모법과 충돌하는 2차 입법은 보호하지 않게 되었다. 이에 관하여 Wade·Forsyth, 전게서, 611-612면 참조.

¹¹⁸⁾ Leyland · Anthony, Administrative Law, 7.ed., Oxford University Press, 2013, 238면 이하; Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 211-212면, 216-217면, 4-016~4-017, 4-027~4-031; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 666면 참조.

¹¹⁹⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 211-212면, 217면, 4-016~4-017, 4-031; 박정훈, 전게서, 666면 참조.

¹²⁰⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 211-212면, 4-016~4-017; 박정훈, 전게서, 666면 참조.

¹²¹⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 216-217면, 4-027~4-029; 박정훈, 전게서, 666면 참조.

¹²²⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 216면, 4-027 참조.

을 완전히 박탈하는 것이 아닌 제소기간 규정은 법원이 수용하게 되었다. [123] 본 논문에서는 전자의 전면적 배제조항에 대한 논의를 살펴보고자 한다.

제2절 유형

Ⅰ. 법률규정상 용어에 따른 구분

1. 최종성 조항

'최종성 조항'(finality clause)은 특정 행정기관의 결정이 최종적인 효력을 가지므로, 이에 대하여 이의를 제기하여 결정을 변경할 수 없도록 하는 규정이다.124) 해당 법령에 '최종적'(shall be final)이라는 의미의 문구가 기재되는 것이 특징이다.125) 이에 관한 사례인 R v Medical Appeal Tribunal, ex p Gilmore 판결126)에서 문제된 1946년 「국민보험(산업재해)법」[National Insurance(Industrial Injuries) Act, 1946] 제36조 제3항에서는 "(…) 전술한 규정에 의한 청구(claim) 또는 이의 제기(question)에 대한 모든 결정은 최종적이다."라고 규정하였다. 해당 사건에서 대닝(Denning) 경은 가장 명확한 규정에 의해서만 사법심사 배제가 가능하므로, 최종성 조항이 존재한다고 하더라도 그 의미가 명확하지 않은 경우에는 결정에 대하여 불복이 가능하다고 하였다.127)

최종적이라는 문구가 기재되어 있음에도 명확하지 않다고 한 것은 적법한

¹²³⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 216-217면, 4-027~4-029; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 666면 참조.

¹²⁴⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 213-214면, 4-020~4-023; Wade · Forsyth, Administrative Law, 11.ed., 2014, 609-610면 참조.

¹²⁵⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 213면, 4-020 참조.

^{126) [1957] 1} QB 574, 이에 관하여 Fordham, Judicial Review Handbook, 4.ed., 2004, 577면 참조.

¹²⁷⁾ Wade · Forsyth, Administrative Law, 11.ed., 2014, 609면 참조.

결정을 최종적인 결정으로 삼고자 하는 것이 의회의 의도임은 명확하나, 법적 오류가 있는 결정에 대하여도 이의 제기를 할 수 없다는 것이 의회의 의도인지가 명확하지 않다는 의미로 해석된다. 128) 이에 따라 결정이 최종적이라는 규정의 의미는 하급심의 사실판단에 대하여 항소(appeal)를 하지 못한다는 의미로 해석되었고, 법적 판단에 대한 사법심사는 가능하다고 보았다. 129)즉, 최종성 조항은 하급심의 사실에 근거한 결정에만 적용되고, '권한 흠결'(jurisdictional defect) 또는 '기록상 명백한 법적 오류'(error of law on the face of the record)에 대하여는 적용되지 않는다는 한계가 존재한 것이다. 130)

Westminster City Council v O'Reilly 판결¹³¹⁾에서 문제된 1981년 「최고법 원법」(Supreme Court Act, 1981) 제18조 제1항은 항소법원(Court of Appeal)에 항소할 수 없는 경우를 규정하고 있는바, 제c호에서 "동법 또는 다른 법률의 규정에 의해 최종적인 중앙법원 또는 기타 법원, 행정심판소의 명령, 판결, 결정"이라고 규정하였다. 치안판사의 결정에 항소하여 중앙법원이 내린 결정이 최종적이므로, 항소법원으로 항소를 할 수 없으나, 울프(Woolf) 경은 사법심사에 대한 여지를 남겨두었고, 항소법원에 대한 항소 가능성이 유지되었다. 132) 이후 최종성 조항이 이의 제기를 제한하는 효과는 거의 사라졌고, 항소법원은 최종성 조항이 존재하더라도 취소판결 또는 선언판결이 가능하다고 판시하였다. 133)

1979년 Pearlman v Keepers and Governors of Harrow School 판결¹³⁴⁾에서

¹²⁸⁾ Woolf·Jowell·Donnelly·Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 213 면, 4-020 각주47 참조.

¹²⁹⁾ Fordham, Judicial Review Handbook, 4.ed., 2004, 577면; Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 213면, 4-020 참조.

¹³⁰⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 213-214면, 4-020~4-023 참조.

^{131) [2003]} EWCA Civ 1007 [2004] 1 WLR 195, 이에 관하여 Fordham, Judicial Review Handbook, 4.ed., 2004, 577면 참조.

¹³²⁾ Fordham, 전게서, 577면 참조.

¹³³⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 213-214면, 4-022 참조.

^{134) [1979]} Q.B. 56., 이에 관하여 Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 219-220

는 1974년 「주택법」(Housing Act, 1974) 별표8이 주택의 평가 가치에 대한 카운티 법원 판사(county court judge)의 결정이 '최종적이고 결정적'(final and conclusive)이라고 규정하였다. 그럼에도 불구하고, 항소법원(Court of Appeal)의 다수의견은 새로운 중앙난방 시스템이 주택에 대한 구조적 변경 또는 추가가 아니라고 판단하면서, 카운티 법원의 판결을 번복하였다.135) 카운티 법원 판사가 관련 규정을 잘못 해석한 것은 그의 권한(jurisdiction)에 속하는 법적 오류(error of law)로 간주되었다.136) 데닝(Denning) 경은 어떤 하급법원이나 행정심판소도 사건의 결과에 영향을 미치는 법적 오류를 범할 권한이 없다고 판시하였다.137) 즉, 행정기관의 결정에 법적 오류가 있는 경우에는 권한유월이고, 법원의 감독권을 행사해야 한다는 것이다.

2. 불복 금지 조항

'불복 금지 조항'¹³⁸⁾은 행정기관의 명령(order) 또는 결정(determination)에 대하여 법원의 재판관할을 전면적으로 제거하는 입법이다. 해당 법령에 어떠한 법적 절차에서도 '이의가 제기되지 않아야 한다'(shall not be questioned)라는 의미의 문구가 기재되는 것이 특징이다.¹³⁹⁾ 이에 관한 사례인 Anisminic

면, 4-034~4-035 참조.

¹³⁵⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 219-220면, 4-034~4-035 참조.

¹³⁶⁾ Pearlman v Keepers and Governors of Harrow School [1979] Q.B. 56., 이에 관하여 Woolf·Jowell·Donnelly·Hare, 전게서, 219-220면, 4-034~4-035 참조.

¹³⁷⁾ 권한(jurisdictional) 오류와 비권한(non-jurisdictional) 오류의 차이가 논리적으로 유지될 수 없다는 점을 분명히 하였다. 이에 관하여 Woolf·Jowell·Donnelly· Hare, 전게서, 219면 참조.

¹³⁸⁾ 본 논문에서는 최종성 조항과 불복 금지 조항은 문구의 차이가 있어 유형을 나누어 기술하였으나, 결정이 변경될 수 없다는 취지는 유사하므로 같은 범주로 설명하는 예도 있다. 이에 관하여 Fordham, Judicial Review Handbook, 4.ed., 2004, 577면; Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 213면 참조.

¹³⁹⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전계서, 217면, 4-030~4-031; Fordham, Judicial Review Handbook, 4.ed., 2004, 577면; Wade · Forsyth, Administrative Law,

Ltd. v. Foreign Compensation Commission 판결¹⁴⁰⁾에서 문제된 1950년「해외보상법」(Foreign Compensation Act, 1950) 제4조 제4항은 "동법에 의한 신청에 따른 위원회의 결정은 어떠한 법원에도 이의 제기를 할 수 없다."라고 규정한다. 상원은 위 조항이 해외보상위원회(Foreign Compensation Commission)의 권한 내 결정만을 보호하고, 그 결정이 권한유월(ultra vires)인 경우에는 '결정'(real determination)에 해당하지조차 않는다고 판시하였다. ¹⁴¹⁾ 즉, 해당결정에는 법적 오류가 존재하여 권한유월로서 무효이고, 불복 금지 규정의적용 대상이 아니라는 것이다. ¹⁴²⁾ 따라서 해외보상위원회의 결정에 대하여불복 금지 조항이 적용되지 않고, 사법심사가 가능하다고 판시하였다. 이는사법심사의 정점에 달하는 판결이었고, 이후의 법관들에게는 명백한 딜레마가 되는 판결이 되었다. ¹⁴³⁾

또한 최근 R (Privacy International) v Investigatory Powers Tribunal 판결¹⁴⁴⁾에서는 2000년 「정보조사 권한 규제법」(Regulation of Investigatory Powers Act, 2000) 제67조 제8항이 문제되었는데, "(…) 행정심판소의 결정, 판정, 명령 및 기타 결정(권한이 있는지 여부에 대한 결정을 포함)은 항소의 대상이 되지 않고, 어떠한 법원에도 이의를 제기할 수 없다."라고 규정하였다. 프라이버시 인터내셔널의 상고에 대하여 대법원은 4:3으로 인용판결을 하였다.145) 다수의견은「정보조사 권한 규제법」제67조 제8항이 권한과 관련

^{11.}ed., 2014, 612면 참조.

^{140) [1969] 2} AC 147, 이에 관하여 Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 217-219면, 4-030~4-033; Fordham, Judicial Review Handbook, 4.ed., 2004, 577면 참조.

¹⁴¹⁾ Perroud, Constitutional Structure and Basic Characteristics of the Legal Systems Examined(Concerning Judicial Review), Backes · Eliantonio(eds.), Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action, 2019, 125-127면; Endicott, Administrative Law, 5.ed., 2021, 72면 참조.

¹⁴²⁾ 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 665면; 최계영, 행정소송의 제소기간에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2008, 42면 참조.

¹⁴³⁾ Wade · Forsyth, Administrative Law, 11.ed., 2014, 612면 참조.

^{144) [2019]} UKSC 22. 이에 관하여 Harlow · Rawlings, Law and Administration, 4.ed., 2022, 155-156면; Endicott, 전게서, 71-73면 참조.

하여 법적으로 유효한 결정(valid decision)에만 적용되고, 법적 오류로 무효화된 결정은 권한에 관한 것인지 여부에 관계없이 결정이 아니라고 판시하였다. 146) 이는 Anisminic 판결의 취지를 승계하였다고 볼 수 있다. 147) 중앙법원의 행정기관에 대한 감독 권한은 명시적인 규정에 의해서만 배제될 수 있고, 해당 규정은 가장 명확하고 명백한 배제조항에 해당하지 않는다는 것이다. 148) 즉, 무효인 결정에 대하여도 법원에 이의를 제기할 수 없다는 명시적인 규정이 없는 한 무효인 결정에 대하여는 사법심사를 하겠다는 취지이다.

Racal 판결¹⁴⁹⁾에서는 1948년 「회사법」(The Company Act, 1948) 제441조 제3항의 "동법의 신청에 따른 중앙법원 판사의 결정은 항소할 수 없다."라는 내용이 문제 되었다. 검사가 특정 회사의 서류를 조사할 수 있도록 중앙법원 판사에게 법률상 권한(statutory jurisdiction)을 행사해 줄 것을 신청하였는데, 판사는 그 신청을 거부하였다. 이에 항소하였는데, 항소법원은 중앙법원 판사의 결정을 번복하는 명령을 내렸다.150) 동법에 따라 중앙법원 판사의 결정에 대하여는 항소할 수 없으므로, 항소법원의 결정은 항소에 따른 것이 아닌 새로운 결정으로 보았고, 사법심사 배제 조항을 회피한 것이다.151) 이러한 판결에 따라 Anisminic의 법리가 행정기관뿐만 아니라 중앙법원을 포함한 하급법원의 결정에도 확장되어 상원이 하급법원의 결정에 개입하는 것이 정당한 것인가가 문제되었다.152)

¹⁴⁵⁾ Harlow · Rawlings, Law and Administration, 4.ed., 2022, 155-156면 참조.

¹⁴⁶⁾ R (Privacy International) v Investigatory Powers Tribunal [2019] UKSC 22. 이 에 관하여 Harlow·Rawlings, 전게서, 155-156면; Endicott, Administrative Law, 5.ed., 2021, 71-73면 참조.

¹⁴⁷⁾ Harlow · Rawlings, 전게서, 155면 참조.

¹⁴⁸⁾ Harlow · Rawlings, 전게서, 155-156면 참조.

¹⁴⁹⁾ In re Racal Communications Ltd [1981] AC 374, 384, 이에 관하여 Woolf· Jowell·Donnelly·Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 219-220면, 4-035~4-036; R. Craig, Ouster clauses, separation of powers and the intention of Parliament: from anisminic to privacy international, Public law, 4, 2018, 4면 참조.

¹⁵⁰⁾ R. Craig, 전게논문, 4면 참조.

¹⁵¹⁾ R. Craig, 전게논문, 4면 참조.

3. 취소명령 금지 조항

'취소명령 금지 조항'(no certiorari cluase)은 행정법원이 구제수단으로 명령할 수 있는 대권적 구제수단인 취소명령, 금지명령, 직무집행명령을 제한하는 것이다.153) 해당 법령에는 '행정기관의 명령이 취소명령에 의해 제거되지않는다'(no order was to be removed by certiorari)는 표현이 있는 것이 특징이다.154) 취소명령 금지 조항에 대하여는 1992년 「행정심판소 및 청문조사에관한 법률」(Tribunals and Inquiries Act, 1992) 제12조 제1항155)에 의하여1958년 8월 1일 이전에 통과된 상급법원의 감독을 배제하는 법률조항, 즉 취소명령 금지 조항은 폐지되고, 상급법원의 감독을 배제하는 법률조항, 즉 취소명령 금지 조항은 폐지되고, 상급법원의 감독 권한이 발생하였다.156) 즉, 사실상 취소로 이어지는 기록이송명령(certiorari)에 의해 소송이 중앙법원으로 이송되는 것을 제한하거나,157) 직무집행명령을 발부할 수 있는 중앙법원의 권한을 제한하는 효과가 없다는 것이다. 다시 말해, 1958년 8월 1일 이전에 시행된 법률에 존재하는 명령이나 결정에 대하여 법원에 이의 제기를 할수 없다는 조항 또는 유사한 문구에 의해 중앙법원의 권한을 배제하는 조항은 그 효력이 폐지되었다. 이에 대한 법원의 취소명령 등이 가능하게 되었다.158)

¹⁵²⁾ R. Craig, Ouster clauses, separation of powers and the intention of Parliament: from anisminic to privacy international, Public law, 4, 2018, 4면 참조.

¹⁵³⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 214-215면, 4-024~4-025 참조.

¹⁵⁴⁾ R. v Cheltenham Commissioners (1841) 1 Q.B. 467, 이에 관하여 Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 215면, 4-025 각주65; P. Craig, Administrative Law, 9.ed., 2021, 888면, 28-003 참조.

¹⁵⁵⁾ 구 1971년 동법 제14조, 구 1958년 동법 제11조.

¹⁵⁶⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 214면, 4-023; Wade · Forsyth, Administrative Law, 11.ed., 2014, 617면 참조

¹⁵⁷⁾ 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 645면 각주5 참조.

¹⁵⁸⁾ 단, 동조 제3항에서는 예외적으로 법원(court of law)의 명령이나 결정 또는 특별한 규정에 의해 제한된 기간 내에 중앙법원 또는 회기법원(Court of Session)에 신청권이 있는 사안에는 상급법원의 감독권이 배제된다고 규정한다. 이에 관

한편, R v. Cheltenham Commissioners 판결¹⁵⁹⁾에서 「지방 포장법」(Local Paving Act)은 챌트넘의 위원들에게 세금부가율을 정할 수 있는 권한을 부여하였고, 불복하는 당사자들에게 '분기법원'(quarter sessions)¹⁶⁰⁾에 항소 기회를 제공하였다. 다만, 항소에 따른 명령이나 세금부가율은 취소명령에 의해제거되지 않는다고 규정하였다. 문제는 세금부가율에 대한 항소에서 증거인정에 관하여 치안판사(magistrates)의 찬반비율이 11:8로 증거가 인정되었는데, 찬성한 11명 중 3명이 소송 대상인 부지에 이해관계가 있었으므로, 재판부 구성이 부적절하였다는 것이다.¹⁶¹⁾ 국왕재판부(Court of Queen's Bench)는 취소명령 금지조항이 적용되지 않는다고 하여, 분기법원의 결정을 취소하였다.¹⁶²⁾ 덴만(Denman) 경은 취소명령 금지 조항이 적법한 행정을 위한 법원의 감독권 행사를 방해하지 않는다고 판시하였다.¹⁶³⁾

이처럼 법원은 취소명령 청구권이 법령에 의해 명시적으로 배제된 경우에도 해당 규정을 문자 그대로 해석하는 것을 지속적으로 거부하였다.164) 즉, 의회의 의도는 행정심판소가 그 권한을 초과하더라도 상급법원(superior court)에 의해 감독을 받지 않는 것을 허용하는 것이 아니라고 해석한 것이다.165)법원은 취소명령 신청권을 배제하는 규정이 존재하는 경우에도 ① 심판관의부적절한 이해관계 등으로 하급 행정심판소의 구성이 부적절하거나,166) ②

하여 Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 214면, 4-023; Wade · Forsyth, Administrative Law, 11.ed., 2014, 617면 참조.

^{159) (1841) 1} Q.B. 467, 이에 관하여 Woolf·Jowell·Donnelly·Hare, 전게서, 215 면, 4-025 각주65 참조.

¹⁶⁰⁾ 과거 잉글랜드에서 분기별로 열려 가벼운 사건들을 다루던 법정, Black's Law Dictionary 참조.

¹⁶¹⁾ R v Cheltenham Commissioners [1835-42] All ER Rep 301 at 304 참조.

¹⁶²⁾ R v Cheltenham Commissioners [1835-42] All ER Rep 301, 이에 관하여 Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 215면, 4-025 각주65 참조.

¹⁶³⁾ R v Cheltenham Commissioners [1835-42] All ER Rep 301 at 304, 이에 관하여 Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 215면, 4-025 참조.

¹⁶⁴⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 215면, 4-025 참조.

¹⁶⁵⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 215면, 4-025 참조.

¹⁶⁶⁾ R. v Cheltenham Commissioners (1841) 1 Q.B. 467, 이에 관하여 Woolf ·

소송대상의 성격 또는 필수적 예비절차(preliminary)를 준수하지 않음으로 인한 관할의 흠결이 있거나,167) ③ 유죄선고(conviction) 또는 명령이 사기 또는 통모에 의한 경우168)에는 사법심사가 가능하다고 보았다. 또한 자연적 정의 (natural justice) 규칙 위반의 경우에도 선언판결(declaration) 또는 취소판결 (certiorari)이 가능하였다.169)

4. 소송금지 조항

'소송금지 조항'(no proceding clause)은 민사소송 또는 형사소송을 배제하는 내용이 법률에 규정된 것이다.170) 해당 법령에 '민사상 또는 형사상 어떠한 소송도 금지된다'(no proceedings, whether civil or criminal)라는 의미의문구가 기재되는 것이 특징이다.171) 대표적으로 Sikander Ali 판결172)에서는 1976년 「인종관계법」(Race Relations Act, 1976) 제53조 제1항의 "동법에 규정된 경우를 제외하고, 해당 행위가 불법이라는 이유로 민사소송 또는 형사소송을 제기할 수 없다."라는 규정이 문제되었다. 국왕재판부(Queen's Bench Division)는 인종차별 가능성에 대하여 민사소송 또는 형사소송을 제외하는 규정에도 불구하고 사법심사는 가능하다고 판시하였다.173) 사법심사는 형사소송 물론이고 민사소송의 범주에 포함되지 않기 때문이다.174) 즉, 사법심사

Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 215면, 4-025, 각주65 참조.

¹⁶⁷⁾ R. v Wood (1885) 3 E. & B. 49, 이에 관하여 Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 215면, 4-025, 각주66 참조.

¹⁶⁸⁾ R. v Gillyard (1848) 12 Q.B. 527, 이에 관하여 Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 215면, 4-025, 각주67 참조.

¹⁶⁹⁾ Ridge v Baldwin [1964] A.C. 40 at 120-121, 이에 관하여 Woolf·Jowell·Donnelly·Hare, 전게서, 214-215면, 4-025 참조.

¹⁷⁰⁾ Fordham, Judicial Review Handbook, 4.ed., 2004, 577면 참조.

¹⁷¹⁾ Fordham, 전게서, 577면 참조.

¹⁷²⁾ R v Bradford Metropolitan Borough Council, ex p Sikander Ali [1994] ELR 299, 이에 관하여 Fordham, 전게서, 577면 참조.

¹⁷³⁾ Fordham, 전게서, 577면 참조.

는 일반법원의 일반소송 절차와는 달리 행정기관에 대한 법적 통제 및 감독이라는 특수성이 인정된다.

5. 심사금지 조항

'심사금지 조항'(no review clause)은 행정기관의 결정에 대하여 당사자가 항소를 제기하거나 사법심사를 청구하는 것을 제한하는 규정이다.175) 해당 법령에는 '어떠한 법원에서도 항소 또는 심사의 대상이 될 수 없다'(shall not be subject to appeal or review in any court)라는 의미의 문구가 기재되는 것이 특징이다.176) 대표적으로 R v Secretary of State for the Home Department, ex p Fayed 판결177)에서는 1981년 「영국 국적법」(British Nationality Act, 1981) 제44조 제2항의 "(…) 그러한 신청에 대한 국무장관 등의 결정은 법원에 항소하거나 법원에서 심사할 수 없다."라는 규정이 문제 되었다. 항소법원은 심사금지 조항이 있는 경우에도 자연적 정의(natural justice) 위반과 같이 사법심사 청구가 가능한 사유가 있는 결정은 법원이 심사할 수 있다고 판시하였다.178) 즉, 행정기관의 결정이 법적 원칙을 위반한 경우에는 법원이 감독권을 행사할 수 있다는 것이다.

또한 Attorney-General v Ryan 판결¹⁷⁹)에서는 1973년 「바하마 국적법」 (Bahamas Nationality Act, 1973) 제16조의 "(…) 장관의 결정은 (…) 어떠한 법원에도 항소 또는 심사의 대상이 되지 아니한다."라는 규정이 문제 되었다. 추밀원은 심사금지 조항에 의하여 항소 또는 심사가 금지되나, 결정은 의사결정 권한 범위 내여야 하고, 권한을 초과하는 결정은 권한유월이어서 동법

¹⁷⁴⁾ Fordham, Judicial Review Handbook, 4.ed., 2004, 577면 참조.

¹⁷⁵⁾ Fordham, 전게서, 577면 참조.

¹⁷⁶⁾ Fordham, 전게서, 577면 참조.

^{177) [1998] 1} WLR 763, 이에 관하여 Fordham, 전게서, 577면 참조.

¹⁷⁸⁾ Fordham, 전게서, 577면 참조.

^{179) [1980]} AC 718, 이에 관하여 Fordham, 전게서, 577면 참조.

의 결정에 해당하지 않는다고 판시하였다. 180) 전술한 Fayed 판결과 유사한 「 국적법」관련 사안으로 권한유월인 결정은 외관상 결정이 존재하는 것으로 보이나 법적으로는 결정이 부존재한다는 법리를 적용하였다.

6. 결정적 증거 조항

'결정적 증거 조항'(conclusive evidence clause)은 행정기관의 결정이 법률상 요건을 충족한 경우 법률상 권한 내에서 이루어진 것으로 간주하는 것이다. [81] 취소명령 청구가 있는 경우 권한에 대한 심리를 배제하기 위해 규정되었다. [82] 해당 법령에는 '취소명령청구'(application for certiorari)를 박탈한다는 명시적인 문구가 없는 것이 특징이다. [83)[84)

대표적으로 R v Registrar of Companies, ex p Central Bank of India 판 결¹⁸⁵⁾에서 1948년 「회사법」(Companies Act, 1948) 제98조 제2항의 "등록업

¹⁸⁰⁾ Fordham, Judicial Review Handbook, 4.ed., 2004, 577면 참조.

¹⁸¹⁾ 법률상 요건을 충족하는 경우 적법한 행정작용으로 간주한다는 점에서 장관의 법정 명령을 법률상 효력이 있는 것으로 간주하는 입법간주 조항과는 차이가 있다. 이에 관하여 Wade·Forsyth, Administrative Law, 11.ed., 2014, 609-612면; Woolf·Jowell·Donnelly·Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 215-216면, 4-026 참조.

¹⁸²⁾ Wade · Forsyth, 전게서, 609-610면; Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 215면, 4-026 참조.

¹⁸³⁾ Wade · Forsyth, 전게서, 609-610면; Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 215면, 4-026 참조.

¹⁸⁴⁾ R. v Agricultural Land Tribunal (South Eastern Area) Ex p. Hooker [1952] 1 K.B. 1 (행정기관이 결정을 취소하거나 변경하는 것을 방지); R. (on the application of HRH Sultan of Pahang) v Secretary of State for the Home Department [2011] EWCA Civ 616 [정부나 국가의 수반이 아닌 국무장관이 작성한 증명서에 대하여 1978년 「국가면책법」(State Immunity Act 1978) 제21조에 의해 사법심사를 방지], 이에 관하여 Woolf·Jowell·Donnelly·Hare, 전게서, 216면, 4-026참조.

^{185) [1986]} QB 1114, 이에 관하여 Woolf·Jowell·Donnelly·Hare, 전게서, 216면, 4-026; Fordham, 전게서, 577면 참조.

무 담당 공무원(registrar)은 동법에 따라 등록된 담보권(charge)의 등록증명서에 금액을 명시하여 발급하여야 하고, 해당 증명서는 동법의 등록에 관한 요건이 충족되었다는 결정적 증거가 된다."라는 규정이 문제 되었다. 항소법원은 결정적 증거 조항에 의하여 등록증명서의 효력을 번복할 수 없다고 판시하였다.¹⁸⁶⁾ 1971년「행정심판소 및 행정조사에 관한 법률」제14조에서 1958년 이전의 법령에 존재하던 '취소명령 금지 조항'(no certiorari cluase)을 폐지하였으나, 1948년「회사법」은 명시적으로 법원의 관할을 제한하는 규정이 아니어서 사법심사가 여전히 배제된 것으로 판단한 것이다.¹⁸⁷⁾

Ⅱ. 대안적 구제수단에 따른 구분

1. 개별법상 구제수단

개별법상 구제수단(statutory remedy)은 법률에서 행정구제 수단으로 사법심사 청구소송이 아닌 별도의 불복절차를 거치도록 규정하는 것이다.188) 원고가 먼저 개별법상 행정심판을 제기한 후 이에 불복할 경우 행정심판 불복소송을 제기하거나,189) 개별법상 구제수단을 배타적인 것으로 규정하기도 한다. 후자의 대표적인 예로 A v B(Investigatory Powers Tribunal) 판례가 있다.190) 2000년 「정보조사 권한 규제법」(Regulation of Investigatory Powers Act,

¹⁸⁶⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 216 면, 4-026; Fordham, Judicial Review Handbook, 4.ed., 2004, 577면 참조.

¹⁸⁷⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 216면, 4-026 각주76 참조.

¹⁸⁸⁾ Fordham, Judicial Review Handbook, 4.ed., 2004, 701면; Perroud, Constitutional Structure and Basic Characteristics of the Legal Systems Examined(Concerning Judicial Review), Backes · Eliantonio(eds.), Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action, 2019, 128-130면; 최계영, 행정소송의 제소기간 에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2008, 41-42면; 최명지, 공법상 공익소송의 원고적격에 관한 연구 - 영국과 미국을 중심으로 -, 서울대학교 박사학위 논문, 2021, 22-23면 참조.

¹⁸⁹⁾ 최명지, 전게논문, 22면 참조.

2000) 제65조 제2항은 '정보조사 행정심판소'(Investigatory Powers Tribunal)가 정보기관의 행위에 대한 관할이 있는 유일한 행정심판소라고 규정하였다. 대법원은 해당 조항이 대안적 구제수단을 제공하는 것이고, 사법심사가 특별 행정심판소에 할당된 것이라고 판시하였다.[91] 즉, 정보기관의 행위에 대하여 사법심사를 배제한 것이 아니라 정보조사 행정심판소의 결정에 대한 사법적 감독을 배제하는 것이라고 보았다.

Barraclough v Brown 판결¹⁹²⁾에서는 1889년 「아이레(Aire) 강과 칼더 (Calder) 강 사이의 수로 항만에 관한 법률」(Aire and Calder Navigation Act, 1889) 제47조에서 침몰한 선박의 제거 비용을 지출한 법률상 책임자가 해당 선박 소유자에게 그 비용을 청구할 수 있는 권리에 관한 분쟁은 즉결재판소 (summary court)에 '배타적 관할권'(exclusive jurisdiction)을 인정한다는 내용이 문제되었다. 상원은 의회의 법률로써 중앙법원의 관할권이 배제되었으므로, 관할권이 없는 법원이 관여할 수 없다고 판시하였다. 193) 즉, 즉결재판소가 일반법원의 대안적 구제수단으로 기능한다는 것이다. 이처럼 법원은 유효한 사법적 통제가 이루어지는 효과적인 대안적 구제수단이 존재한다고 볼수 있는 경우에는 일반법원의 재판관할을 배제하는 것이 적법하다고 보았다. 194)

^{190) [2009]} UKSC 12, 이에 관하여 Perroud, Constitutional Structure and Basic Characteristics of the Legal Systems Examined(Concerning Judicial Review), Backes · Eliantonio(eds.), Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action, 2019, 128-130면 참조.

¹⁹¹⁾ Perroud, 전게서, 128-130면; R. Craig, Ouster clauses, separation of powers and the intention of Parliament: from anisminic to privacy international, Public law, 4, 2018, 5면 참조.

^{192) [1897]} AC 615, 이에 관하여 Fordham, Judicial Review Handbook, 4.ed., 2004, 701면; Perroud, 전게서, 128-130면 참조.

¹⁹³⁾ Fordham, Judicial Review Handbook, 4.ed., 2004, 701면; Perroud, 전게서, 128-130면 참조.

¹⁹⁴⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 211-212면, 4-017~4-018 참조.

2. 배타적 커먼로 구제수단

'커먼로 구제수단'(common law remedy)이 배타적으로 적용되는 경우에는 이에 대한 상급법원의 감독권 행사가 배제된다. 대표적인 예로 R. v Hull University Visitor Ex p. Page 판결에서는 정리해고로 인해 고용계약이 종료된 대학 강사가 사법적 기능을 보유한 대학감찰관(university visitor)에게 해고가 불법이라는 선언을 내려줄 것을 청구하였으나 받아들여지지 않았다.195)이에 불복하여 사법심사 청구소송을 제기하였으나, 상원은 대학감찰관이 커먼로에 따라 분쟁을 해결할 '전속권한'(exclusive jurisdiction)을 가지므로, 대학감찰관의 결정은 사법심사의 대상이 아니라고 판시하였다.196)

대학감찰관은 약 300년 동안 사실과 법률 문제에 대하여 최종적인 결정을할 수 있는 단독 중재자였고, 그 결정은 최종적이고 결정적이었다.197) 권한 내에서 범한 법적 오류에 대하여는 사법심사의 대상이 된다고 볼 수 없고, 다만, 대학 감찰관이 그 권한을 초과하는 결정을 하거나, 권한을 남용하거나 또는 자연적 정의의 규칙을 위반한 경우에만 예외적으로 사법심사가 가능하다고 보았다.198) 즉, 오랜 기간 커먼로 구제수단에 전속권한이 인정되는 경우에는, 모든 법적 오류가 권한유월에 해당하여 사법심사가 가능하다고 본 아니스미닉의 법리는 적용되지 않았다.199)

^{195) [1993]} AC 682, 이에 관하여 Fordham, Judicial Review Handbook, 4.ed., 2004, 702면; R. Craig, Ouster clauses, separation of powers and the intention of Parliament: from anisminic to privacy international, Public law, 4, 2018, 5-6면 참조.

¹⁹⁶⁾ R. Craig, 전게논문, 5면 참조.

¹⁹⁷⁾ Fordham, 전게서, 702면 참조.

¹⁹⁸⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 221 면, 4-039 참조.

¹⁹⁹⁾ 유사한 사례로 Thomas v University of Bradford [1987] AC 795, Joseph v Board of Examiners of the Council of Legal Education [1994] ELR 407 등에 관하여 Fordham, 전게서, 702면 참조.

Ⅲ. 인권법의 영향

「유럽인권협약」(European Convention on Human Rights) 제6조는 모든 사람은 '시민의 권리와 의무'(civil right and obligation)에 대하여 독립적 (independent)이고 공평(impartial)한 재판소(tribunal)에 의해 공정(fair)하고 공개(public)된 심리(hearing)를 받을 권리가 있다고 규정한다.200) 이는 1998년 「인권법」(Human Rights Act, 1998)에 반영되었다.201) 전면적 또는 부분적으로 법원의 사법심사를 배제하는 조항은 사법적 구제수단을 차단하므로, 「유럽인권협약」및「인권법」과 충돌할 우려가 있다.202) 누버거(Neuberger) 판사는 제소기간 규정이「유럽인권협약」제6조와 충돌할 소지가 있다고 지적하였다.203) 부분적으로 사법심사를 제한하는 제소기간 규정도 인권법을 위반할여지가 있다면, 전면적 사법심사 배제 조항은 위반의 소지가 더 크다고 볼수 있다.

이와 관련하여 북아일랜드에서 발전소 근무자를 선정하는 입찰에 참가한 자들이 로마 카톨릭 신자라는 이유로 입찰에서 거부당한 사건이 있었다.204) 참가자들은 입찰 거부가 위법이라고 이의를 제기하였고, 국무장관은 국가안보(national security) 또는 공공의 안전(public safety)을 근거로 거부한다는 '법적 증명서'(statutory certificate)를 발행하였다. 위 증명서가 결정적 증거 (conclusive evidence)로 기능하여 원고는 중앙법원에서 결국 패소하였다.205)

그러나 유럽인권법원(European Court of Human Rights)에서는 국무장관의 '독단적인 주장'(ipse dixit)에 의해 종교적 차별이 사법적으로 강제되어 재판받을 권리가 부적절하게 제한되었으므로 협약 제6조 위반이라고 판결하였

²⁰⁰⁾ Wade · Forsyth, Administrative Law, 11.ed., 2014, 618면 참조.

²⁰¹⁾ Wade · Forsyth. 전게서, 618면 참조.

²⁰²⁾ Wade · Forsyth, 전게서, 618면 참조.

²⁰³⁾ P. Craig, Administrative Law, 9.ed., 2021, 895면, 28-010 참조.

²⁰⁴⁾ Tinnelly & Sons Ltd v. UK(1999) 27 EHRR 249, 이에 관하여 Wade · Forsyth, 전게서, 618면 참조.

²⁰⁵⁾ Wade · Forsyth, 전게서, 618면 참조.

다.206) 국가안보보장에 관한 사안에서도 공정한 절차가 제공되어야 한다는 것이다.207) 이로써 인권법은 판사들이 사법심사에 대한 부당한 장애물을 제 거하는 강력한 도구로 활용될 수 있게 되었다.208)

제3절 사법심사 배제 조항에도 불구하고 행정에 대하여 불복한 주요 사례

의회가 입법한 사법심사 배제 조항이 어떻게 적용되었는지를 살펴보려면, 개별사건에서 법원이 어떻게 판단하였는지를 파악하는 것이 중요하다.209) 각 사건에서 법원은 행정기관의 권한 남용이 있는 경우 국민의 권리를 보호하 기 위하여 그들의 권한을 배제하는 조항에 대하여 면밀한 검토를 하였다.210) 이하에서는 사법심사 배제 조항에 관하여 공통적으로 서술되는 주요 사례를 상세히 살펴보고자 한다. 이를 위하여 사법심사 배제 조항이 존재함에도 불 구하고 법원이 행정에 대한 통제를 시도한 사례를 행정기관의 집행적 기능 에 대한 불복 사례와 행정심판소의 사법적 기능에 대한 불복 사례로 나누어 고찰하고자 한다.211)

²⁰⁶⁾ Wade · Forsyth, Administrative Law, 11.ed., 2014, 618면 참조.

²⁰⁷⁾ Wade · Forsyth, 전게서, 618면, 각주 289 참조.

²⁰⁸⁾ Wade · Forsyth, 전게서, 619면 참조.

²⁰⁹⁾ Woolf·Jowell·Donnelly·Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 207 면, 4-008 참조.

²¹⁰⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 207면, 4-008 참조.

²¹¹⁾ 사례의 유형 분류에 관하여 R. Craig, Ouster clauses, separation of powers and the intention of Parliament : from anisminic to privacy international, Public law, 4, 2018 참조.

Ⅰ. 행정기관의 집행 기능에 대한 불복

1. 아니스미닉 판결

1969년 Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission 판결은 행정기관이 법적 오류가 있는 결정을 할 권한이 없다고 판시하여 사법심사의 범위를 비약적으로 확장시켰다. 212) 아니스미닉(Anisminic)은 1956년 이전에 이집트에서 부동산을 소유한 영국 국적의 광산 회사였다. 1956년 11월 수에즈 운하 사건으로 이집트 당국에 의해 부동산이 압류되었고, 1957년 4월 TEDO라는 이집트 기관에게 부동산이 매각되었으며, 같은 해 11월 TEDO에게 500,000 파운드에 광산 사업을 매각하는 합의가 이루어졌다. 1959년 2월 영국과 아랍연합 공화국(United Arab Republic) 사이에 조약(Treaty)이 체결되었는데, 1956년 10월부터 1958년 8월 사이에 매각된 재산을 제외하고 압류된 재산을 반환하였다. 반환되지 않은 재산에 대하여는 아랍연합 공화국이최종적 해결책으로 총 27,500,000파운드의 보상금을 지불하여 기금이 조성되었다. 아니스미닉은 해외보상위원회(Foreign Compensation Commission)에 보상을 청구하였다.

아니스미닉의 청구에 대하여 해외보상위원회는 청구를 기각하였다.213)

^{212) [1969] 2} AC 147, 이에 관하여 Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 218-219면, 4-032~4-033; Wade · Forsyth, Administrative Law, 11.ed., 2014, 612-613면; Harlow · Rawlings, Law and Administration, 4.ed., 2022, 152-154면; P. Craig, Administrative Law, 9.ed., 2021, 496-498면, 889-890면, 16-021~16-022, 28-004; Endicott, Administrative, 5.ed., 2021, 71-72면; Fordham, Judicial Review Handbook, 4.ed., 2004, 577면; Perroud, Constitutional Structure and Basic Characteristics of the Legal Systems Examined(Concerning Judicial Review), Backes · Eliantonio(eds.), Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action, 2019, 125-127면; R. Craig, Ouster clauses, separation of powers and the intention of Parliament : from anisminic to privacy international, Public law, 4, 2018, 1-2면 참조.

²¹³⁾ Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission [1969] 2 AC 147, 이에 관하여 P. Craig, 전게서, 496-497면, 16-021 참조.

1950년 「해외보상법」(Foreign Compensation Act, 1950) 제4조 제1항 제b호 제ii 목에서 1956년 10월 31일과 1959년 2월 28일 사이에 청구인과 소유권 승계인이 모두 영국 국적이어야 한다고 규정하므로, 위 기간에 재산을 승계한 TEDO는 영국 국적이 아니어서 아니스미닉이 보상을 받을 수 없다고 결정하였다.²¹⁴) 이에 아니스미닉은 소유권 승계인의 국적은 청구인이 원소유자인 경우에는 관련이 없다고 주장하여 해외보상위원회 결정의 무효 선언을 구하는 사법심사를 청구하였다.²¹⁵)

문제는 동법 제4조 제4항에서 "이 법에 따른 위원회의 결정(determination) 은 어떤 법원에도 이의를 제기할 수 없다."라고 규정하여, 보상금액을 해외보상위원회가 최종적으로 결정하도록 한 것이다.216)217) 의회의 입법취지는외국 정부가 영국 정부에 지급한 몰수에 대한 보상금을 전문성이 있는 해외보상위원회가 적정하게 분배하고, 법원에 대한 불복을 금지하여 보상금 분배의 지연을 방지하는 것이었다.218) 즉, 보상금을 산정하여 배분하는 것은 해외보상위원회의 재량에 따라 결정되도록 하고, 보상금의 분배에 관한 계산을법원에서 뒤집는 것이 바람직하지 않다고 보았다.219) 또한 사법절차의 개시는 보상금 분배를 심각하게 지연시킬 우려가 있었다.220)

²¹⁴⁾ P. Craig, Administrative Law, 9.ed., 2021, 496-498면, 16-021~16-022 참조.

²¹⁵⁾ P. Craig, 전게서, 496-498면, 16-021~16-022 참조.

²¹⁶⁾ Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission [1969] 2 AC 147, 이에 관하여 Woolf·Jowell·Donnelly·Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 218면, 4-032; Endicott, Administrative, 5.ed., 2021, 71면; Perroud, Constitutional Structure and Basic Characteristics of the Legal Systems Examined(Concerning Judicial Review), Backes·Eliantonio(eds.), Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action, 2019, 125-127면 참조.

²¹⁷⁾ 해외보상위원회는 1958년 「행정심판소와 청문조사에 관한 법률」(Tribunals and Inquiries Act, 1958) 제11조 제3항의 적용 범위에서 제외되었다. 이에 관하여 Woolf·Jowell·Donnelly·Hare, 전게서, 218면, 4-032 각주84 참조.

²¹⁸⁾ P. Craig, 전게서, 496-498면, 16-021~16-022 참조.

²¹⁹⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 217면, 4-030 이하; R. Craig, Ouster clauses, separation of powers and the intention of Parliament : from anisminic to privacy international, Public law, 4, 2018, 4면 참조.

동 위원회는 「해외보상법」 제4조 제4항의 결정에 대한 제소금지 부분을 강조하여 다른 해석의 여지가 없다고 주장하였다.221) 아니스미닉은 해당 조항에서 말하는 결정이란 '진정한 결정'(real determination)만을 의미하며 법적으로 무효 또는 무효라고 주장되는 결정은 이에 포함되지 않는다고 주장하였다.222) 항소법원은 위 제4조 제4항의 배제조항에 따라 사법심사가 금지되었다고 판결하였고, 아니스미닉은 이에 대해 상원에 상고하였다.223)

사안의 쟁점은 해외보상위원회의 보상금 지급 거부결정이 법적 오류에 해당하는지 여부 및 이에 대한 사법심사가 가능한지 여부이다.224) 상원은 해외보상위원회의 결정은 법적 오류(error of law)가 있어 권한유월(ultra vires)로무효이므로, 유효한 결정이 없어 사법심사가 가능하다고 판단하였다.225) 즉, 위원회는 무효인 '가장된 결정'(purported determination)을 할 권한(jurisdiction)이 없고, 무효인 결정에는 사법심사 배제조항이 적용되지 않으므로, 사법심사 배제 조항은 유효한 결정만 보호하는 효과가 있다고 하였다.226)

²²⁰⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 217-219면, 4-030~4-033 참조.

²²¹⁾ Perroud, Constitutional Structure and Basic Characteristics of the Legal Systems Examined(Concerning Judicial Review), Backes · Eliantonio(eds.), Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action, 2019, 125-127면 참조.

²²²⁾ Perroud, Administrative Law, 9.ed., 2021, 125-127면 참조.

²²³⁾ Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission [1969] 2 AC 147, 이에 관하여 P. Craig, 전게서, 496-498면, 16-021~16-022 참조.

²²⁴⁾ Perroud, 전게서, 125-127면 참조.

²²⁵⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 218면, 4-032; Endicott, Administrative, 5.ed., 2021, 218-219면, 4-032~4-033; Wade · Forsyth, Administrative Law, 11.ed., 2014, 612-613면; Harlow · Rawlings, Law and Administration, 4.ed., 2022, 152-154면; P. Craig, 전게서, 496-498면, 889-890면, 16-021~16-022, 28-004; R. Craig, Ouster clauses, separation of powers and the intention of Parliament : from anisminic to privacy international, Public law, 4, 2018, 1-2면; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 665면; 최계영, 행정소송의 제소기간에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2008, 42면 참조.

²²⁶⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 218면, 4-032; Wade · Forsyth, Administrative Law, 11.ed., 2014, 614면; Harlow · Rawlings, Law and Administration, 4.ed., 2022, 153면 참조.

다수의견은 권한유월 결정의 효력에 관하여, ① 1950년 「해외보상법」제4조 제4항의 결정에 대한 불복 금지 조항에서 결정은 '진정한 결정'(real determination)만을 의미하므로, 법적으로 무효 또는 무효라고 주장되는 결정은 결정조차 아닌 점, ② 법원의 일반 관할권을 박탈하는 조항은 엄격하게 해석되어야 한다는 것이 확립된 원칙인데, 그러한 조항이 합리적으로 두 가지 의미를 가질 수 있는 경우에는 일반법원의 관할권을 행사할 수 있는 것으로 간주해야 하는 점, ③ 무효인 결정을 진정한 결정으로 구성하는 것은 필요하거나 합리적이지 않은 점에서 사법심사 배제 조항을 제한적으로 해석하였다.227)

특히 레이드(Reid) 경은 좁은 의미에서 권한은 위원회가 결정을 할 자격이 있어야 한다는 것을 의미하나, 위원회가 결정을 하는 과정에서 법령 해석을 잘못하거나 관련 사항을 심리하지 않은 경우에는 그 결정을 무효로 만들 수 있고, 사안의 경우 해외보상위원회의 결정은 법적 오류가 있어 무효라고 판단하였다.228) 권한 내 법적 오류가 있음에도 사법심사를 가능하게 한 레이드경의 판단은 권한 오류와 그 밖의 법적 오류 사이의 구분을 희미하게 하였으며, 이후 법원의 사법심사 범위를 크게 확장하였다.229) 즉, 권한 내 법적 오류가 있는 경우에도 권한을 초과하는 오류와 같이 사법심사가 가능하다고함으로써 두 개념을 구분할 필요성이 적어진 것이다.

피어스(Pearce) 경은 행정기관의 권한이 제한적이므로 그 권한과 관련한 법령 해석을 통해 행정기관을 감독하는 것이 법원의 역할이라고 하였다.230)

²²⁷⁾ Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission [1969] 2 AC 147, p.171, 이에 관하여 Perroud, Constitutional Structure and Basic Characteristics of the Legal Systems Examined(Concerning Judicial Review), Backes · Eliantonio(eds.), Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action, 2019, 125-127면 참조.

²²⁸⁾ Perroud, 전게서, 125-127면 참조.

²²⁹⁾ Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission [1969] 2 AC 147, 이에 관하여 P. Craig, Administrative Law, 9.ed., 2021, 496-498면, 16-021~16-022 참조.

²³⁰⁾ [1969] 2 AC 147, p.195, p.208, 이에 관하여 Perroud, Constitutional Structure and Basic Characteristics of the Legal Systems Examined(Concerning Judicial

윌버포스(Wilberforce) 경도 같은 판시를 하였다.²³¹⁾ 반면, 모리스 경은 반대 의견으로 명시적 규정에 따라 사법심사가 배제된다고 판시하였다.²³²⁾

2. 모하메드 알 파예드 판결

알 파예드 판결은 국무장관의 귀화신청 거부결정에 대한 불복 금지 조항이 문제되었다.233) 이집트 국적인 모하메드 알 파예드(Mohammed Al Fayed)와 알리 파예드(Ali Fayed) 형제는 국무장관에게 영국 시민권 신청을 하였으나, 국무장관은 '좋은 성품'(good character)234)이 아니라고 판단하여 신청을 거부 하였다. 그들은 이집트에서 태어났으나 영국에서 약 30년 동안 거주하였고, '무기한 체류 허가'(indefinite leave to remain)를 받았다. 또한 두 신청자 모 두 영국에서 상당한 사업을 영위하였고, 신청자 중 한 명은 영국 시민과 결 혼하였으며, 그들의 자녀는 영국 시민이었다. 모하메드 알 파예드는 결정이 과도하게 비합리적이라는 사유를 주장하여 거부처분 취소명령을 신청하였으 나 기각되었고, 국무장관의 결정에 대하여 사법심사를 청구하였다.

문제가 된 법률규정은 1981년 「영국 국적법」(British Nationality Act, 1981) 제44조 제2항이다. 국무장관의 귀화신청 허가 여부는 재량이고, 귀화신청을 허가하거나 거절할 이유를 제시할 필요가 없었으며, 그 결정에 대하여 법원에 항소하거나(appeal) 사법심사(review)를 청구할 수 없다고 규정하였다. 즉, 귀화허가는 국무장관의 재량적 판단사항이고, 이에 대하여 신청인이 행정구

Review), Backes · Eliantonio(eds.), Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action, 2019, 125-127면 참조.

²³¹⁾ [1969] 2 AC 147, p.208, 이에 관하여 Perroud, 전게서, 125-127면 참조.

²³²⁾ [1969] 2 AC 147, p.178, 이에 관하여 Perroud, 전게서, 125-127면 참조.

²³³⁾ R v Secretary of State For The Home Department, Ex parte. Fayed [1998] 1 WLR 763, 이에 관하여 Fordham, Judicial Review Handbook, 4.ed., 2004, 577면; P. Craig, Administrative Law, 9.ed., 2021, 389면, 12-039 참조.

^{234) 1981}년 「영국 국적법」(British Nationality Act, 1981) 제6조 제1항 및 별표1 1(1)(b) that he is of good character.

제 절차를 통하여 불복할 수 없도록 함으로써 국적에 관한 법률관계의 확정을 지연시키지 않겠다는 것이다.

법원은 알 파예드의 청구를 인용하였고, 국무장관의 거부결정은 취소되었다. 235) 쟁점은 귀화신청의 거부결정에 대한 사법심사를 청구하는 경우 사법심사 배제 조항에도 불구하고 법원이 사법심사를 할 수 있는지 여부이다. 1981년 「영국 국적법」 제44조 제2항에 따라 국무장관이 시민권 신청을 허가하는 것은 재량이고, 국무장관이 신청을 거부하더라도 이유제시를 할 의무는없다. 다만, 법원은 최종 결정을 함에 있어 신청자에게 시민권 부여를 거절하는 근거의 본질적 내용을 신청인에게 알려야 했다고 판시하였다236).

해당 규정에서 국무장관의 결정이 항소 또는 사법심사의 대상이 아니라고 규정했다고 하더라도, 국무장관이 공정해야 할 의무를 면제하거나 법원이 행정기관의 공정한 결정을 감독할 권한을 박탈하지 않는다는 것이다. 237) 즉, 귀화허가 신청인은 귀화를 결정하는 과정에서 반려사유인 '좋은 성품' 등에 대하여 소명할 수 있는 기회를 가져야 했다. 법원은 신청인이 이러한 기회를 갖지 못한 경우 귀화신청에 따른 결정은 불공정한 절차의 하자가 있다고 판시였다. 238)

3. 인도중앙은행 판결

인도중앙은행(Central Bank of India) 판결은 회사등록업무 담당 공무원이

²³⁵⁾ R v Secretary of State For The Home Department, Ex parte. Fayed [1998] 1 WLR 763, 이에 관하여 P. Craig, Administrative Law, 9.ed., 2021, 389면, 12-039 참조.

²³⁶⁾ P. Craig, Administrative Law, 9.ed., 2021, 389면, 12-039; Fordham, Judicial Review Handbook, 4.ed., 2004, 577면 참조.

²³⁷⁾ P. Craig, 전게서, 389면, 12-039; Fordham, 전게서, 577면 참조.

²³⁸⁾ R v Secretary of State For The Home Department, Ex parte. Fayed [1998] 1 WLR 763, 이에 관하여 P. Craig, Administrative Law, 9.ed., 2021, 389면, 12-039 참조.

발급한 증명서에 결정적 증거효가 인정되어 이를 다툴 수 없는지 여부가 문제되었다.239) 인도중앙은행은 파산이 진행 중인 회사의 무담보채권자였는데, 회사등록업무 담당 공무원(registrar)이 다른 채권자가 사본을 제출하였음에도이에 대한 담보권 등록증명서를 발급하였다. 인도중앙은행은 1948년 「회사법」(Companys Act, 1948) 제95조 제1항의 '법률문서'(instrument)란 사본이 아닌원본이므로, 문서의 사본을 등록 담당자에게 제출하여 등록증명서가 발급된것에는 법적 오류가 있다고 주장하였다. 중앙법원은 담보권 등록을 취소하였고, 이에 회사등록업무 담당 공무원이 항소하였다.

문제가 된 법률규정은 1948년「회사법」제98조 제2항이다. 회사등록업무 담당공무원이 발급한 등록증명서는 등록에 관한 법률상 요건이 준수되었다는 결정적 증거(conclusive evidence)라고 규정하였다. 생각건대 다량의 반복적인 등록업무의 특성상 등록증명서를 결정적인 증거가 되어야 한다고 규정한 것으로 보인다.240) 항소법원은 회사등록업무 담당 공무원의 항소를 인용하여 담보권의 장부 등록이 적법하다고 판결하였다.241) 1948년「회사법」제98조 제2항에 따라 장부 등록은 결정적 증거이며, 사법심사의 대상이 아니라고 보았다.242)

쟁점은 증명서가 결정적 증거임에도 불구하고, 사법심사를 통해 등록증명 서의 효력을 다툴 수 있는지 여부이다. 슬레이드(Slade) 판사는 아니스미닉 판결이 행정당국의 법적 기능 수행에 법적 오류가 있는 경우 그 결정에 대하 여 사법심사를 통해 이의를 제기할 수 있다는 절대적이고 무조건적인 규칙

²³⁹⁾ R v Registrar of Companies, Ex parte Central Bank of India [1986] QB 1114. 이에 관하여 Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 215-216면, 4-026; P. Craig, Administrative Law, 9.ed., 2021, 891-892면, 28-006; Fordham, Judicial Review Handbook, 4.ed., 2004, 577면 참조.

²⁴⁰⁾ 결정적 증거 조항은 해당 사건 당시 약 300여 개가 존재하였다. 이에 관하여 Woolf·Jowell·Donnelly·Hare, 전게서, 216면 참조.

²⁴¹⁾ R v Registrar of Companies, Ex parte Central Bank of India [1986] QB 1114. 이에 관하여 Woolf·Jowell·Donnelly·Hare, 전게서, 215-216면, 4-026; P. Craig, 전게서, 891-892면, 28-006; Fordham, 전게서, 577면 참조.

²⁴²⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 215-216면, 4-026 참조.

을 제시한 것은 아니라고 판시하였다.²⁴³⁾ 즉, 행정기관의 결정에 사실적 또는 법적 오류가 있다고 하더라도 결정적 증거 조항의 효력에 따라 법원이 사법 심사를 할 수 없다는 것이다.²⁴⁴⁾

유의할 점은 1971년 「행정심판소와 청문조사에 관한 법률」(Tribunals and Inquiries Act, 1971) 제14조 제1항에서 1958년 8월 1일 이전의 법령에서 법원의 관할권을 제거하는 조항을 사실상 무효화한 것이다. 1948년 「회사법」 제98조 제2항은 1958년 8월 1일 이전에 시행된 법률이므로, 법원의 관할권을 제거하는 조항이 있었다면 효력이 발생하지 않고, 사법심사가 가능하였을 것이다. 그러나 본 사안은 '결정적 증거 조항'의 효력을 인정하여 사법심사를 배제하였다. 245) 결정적 증거 조항은 법원의 관할권을 제거하는 조항에 포섭되지 않은 것으로 판단된 것이다.

Ⅱ. 행정심판소의 사법 기능에 대한 불복

1. 카트 판결

카트(Cart) 판결은 상급 행정심판소의 항고거부결정에 대하여 항소법원으로의 불복이 금지되어 있음에도 불구하고 법원으로의 사법심사청구가 가능한지 여부가 문제되었다.246) 카트(Cart)는 전처와의 사이에 양육비지급 대상

²⁴³⁾ R v Registrar of Companies, Ex parte Central Bank of India [1986] QB 1114, p.1176, 이에 관하여 Woolf·Jowell·Donnelly·Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 215-216면, 4-026; P. Craig, Administrative Law, 9.ed., 2021, 891-892면, 28-006; Fordham, Judicial Review Handbook, 4.ed., 2004, 577 면 참조.

²⁴⁴⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 216면, 4-026 참조.

²⁴⁵⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 214면, 4-024 각주 75 참조.

²⁴⁶⁾ R (Cart) v The Upper Tribunal [2011] UKSC 28, [2012] 1 AC 663, 이에 관하여 Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 223-224면, 4-043; P. Craig, 전게서, 502면, 16-028; Scott, P. F., Ouster clauses and national security: judicial review of the investigatory powers tribunal. Public Law, 3, 2017, 5면 이하; R. Craig,

인 자녀가 「자녀양육비법」제3조의 요전에 해당하는 유일한 적격 자녀인 1명인지 또는 전처와 동거하는 자녀 총수인 3명인지에 관한 분쟁이 있었다. 국무장관이 전처의 3명에 대한 양육비 지급신청서에 대한 통지를 카트에게하지 않은 상황에서 3명에 대한 양육비 지급의무가 발생하였고, 이에 대하여정을 신청하였으나 거부되었다. 카트는 1심 행정심판소에 행정심판을 청구하였으나 기각되었고, 항고허가 신청247)을 하였으나 일부만 허가되었으며, 국무장관이 변경신청 통지를 누락한 본 사안에 대하여는 허가가 전부 거부되었다. 상급 행정심판소도 후자에 대한 항고신청을 거부하였고, 청구인은이에 불복하여 사법심사를 청구하였다.

문제는 2007년 「행정심판소, 법원 및 집행에 관한 법률」(Tribunals, Courts and Enforcement Act, 2007) 제13조 제8항 제c호에서 당사자가 1심 행정심판소의 재결에 대해 상급 행정심판소에 항고신청을 한 것을 상급 행정심판소가 거부한 경우 이러한 항고 거부결정은 항소법원 등에 '항소할 수 없는 결정'(excluded decision)이라고 규정한 것이다. 248) 즉, 상급 행정심판소의 항고 거부결정에 대하여는 행정심판 불복소송을 제기할 수 없도록 규정한 것이다. 이러한 규정에도 불구하고 상급 행정심판소의 항고 거부결정이 별도의 사법 심사의 대상이 될 수 있는지가 문제되었다. 249)

Ouster clauses, separation of powers and the intention of Parliament : from anisminic to privacy international, Public law, 4, 2018, 7-8면; Elliott, Through the Looking-Glass? Ouster Clauses, Statutory Interpretation and the British Constitution, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper, 4, 2018, 10-11면 참조.

²⁴⁷⁾ 상급 행정심판소의 제2차 행정심판에 대한 허가를 신청하는 것이다. 이에 관하여 박정훈, 행정심판제도의 발전방향 - '사법절차의 준용'의 강화 -, 행정법학, 제2호, 2012, 16면 참조.

²⁴⁸⁾ R (Cart) v The Upper Tribunal [2011] UKSC 28, [2012] 1 AC 663 [27], 이에 관하여 P. Craig, Administrative Law, 9.ed., 2021, 502면, 16-028 참조.

²⁴⁹⁾ R. Craig, Ouster clauses, separation of powers and the intention of Parliament: from anisminic to privacy international, Public law, 4, 2018, 7면; Elliott, Through the Looking-Glass? Ouster Clauses, Statutory Interpretation and the British Constitution, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper, 4,

원심은 상급 행정심판소가 중앙법원의 대체재여서 중앙법원과 동일한 위상이고, 상급 행정심판소의 결정이 법정 권한을 분명히 벗어났거나 공정한절차가 완전히 붕괴된 경우에 한하여 법원의 심사가 가능하다고 판시하였다.250) 반면, 대법원은 2007년 「행정심판소, 법원 및 집행에 관한 법률」(Tribunals, Court and Enactment Act, 2007)에는 상급 행정심판소의 항고 거부결정에 대하여 사법심사를 배제하는 내용이 없다고 판시하였다.251) 의회가상급 행정심판소를 상급 기록 법원(superior court of record)으로 지정하였다고 볼 수 있으므로 사법심사를 할 수 없다는 주장은 가장 명확하고 명시적인단어에 의해서만 사법심사를 배제할 수 있다는 Gilmore 판결의 법리에 따라받아들여지지 않았다.252)

다만, 헤일(Hale) 대법관은 상급 행정심판소의 항고 거부결정에 대한 사법심사는 제2차 행정심판 불복에 관한 허가를 받을 수 있는 사유로 제한되어야 한다고 판시하였다.253) 즉, 2007년 「행정심판소, 법원 및 집행에 관한 법률」(Tribunals, Courts and Enforcement Act, 2007) 제13조 제6항에 따른 제2차 행정심판의 불복사유인 (a) 원칙적 또는 소송 실무적(principle or practice)으로 중요한 사항에 해당하거나 (b) 관련 불복 법원(appellate court)이 사안을

^{2018, 10}면 참조.

²⁵⁰⁾ R (Cart) v The Upper Tribunal [2010] EWCA Civ 859, 이에 관하여 Elliott, 전 게논문, 10-11면 참조.

²⁵¹⁾ R (Cart) v The Upper Tribunal [2011] UKSC 28 para.[37], 이에 관하여 P. Craig, Administrative Law, 9.ed., 2021, 502면, 16-028 참조.

²⁵²⁾ Elliott, 전게논문, 10-11면; Elliott, Tribunal Justice and Proportionate Dispute Resolution, The Cambridge Law Journal, 71, 2012, 304면 참조.

²⁵³⁾ R (Cart) v The Upper Tribunal [2011] UKSC 28 para.[38], 이에 관하여 P. Craig, 전게서, 502면, 16-028; Elliott, Through the Looking-Glass? Ouster Clauses, Statutory Interpretation and the British Constitution, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper, 4, 2018, 9면, 11면; Scott, P. F., Ouster clauses and national security: judicial review of the investigatory powers tribunal. Public Law, 3, 2017, 6면; R. Craig, Ouster clauses, separation of powers and the intention of Parliament: from anisminic to privacy international, Public law, 4, 2018, 7-8면 참조.

심리해야 하는 설득력 있는 이유가 존재하는 경우에 한하여 사법심사가 가능하다는 것이다.254) 이는 상급 행정심판소의 항고허가 거부결정에 대한 사법심사에 대하여 합리적이고 비례적인 제한이 될 것이라고 판시하였다.255)

사안의 경우 행정심판소는 국무장관이 전처의 양육비 지급신청서에 대한 통지를 카트에게 하지 않은 것에 대해 국무장관이 카트에게 손해를 가할 의사를 가졌는지 여부를 매우 신중하게 고려하였다. 256) 국무장관의 악의가 없는 것이 분명했기 때문에 제2차 행정심판의 불복사유인 원칙적 또는 소송실무적으로 중요한 사항에 해당하거나, 법원이 사법심사를 해야하는 강력한이유가 존재하지 아니하였다. 이에 따라 상고는 기각되었다. 257)

2. 정보기관 국장의 출판허가 거부 판결

전직 정보기관 요원은 자신의 업무에 관한 책을 출판하기 위하여 정보기관 국장의 허가가 필요하였으나, 국장이 허가를 거부하여 이에 대한 사법심사를 청구한 사안이다.258) 원고는 국장의 허가거부가 「유럽인권협약」제10조의 표 현의 자유를 침해한 것이라고 주장하였다. 즉, 유럽인권협약 위반을 근거로

²⁵⁴⁾ R (Cart) v The Upper Tribunal [2011] UKSC 28 para.[38], 이에 관하여 P. Craig, Administrative Law, 9.ed., 2021, 502면, 16-028 참조.

²⁵⁵⁾ [2011] UKSC 28 para.[57], 이에 관하여 Elliott, Tribunal Justice and Proportionate Dispute Resolution, The Cambridge Law Journal, 71, 2012, 308면 참조.

²⁵⁶⁾ [2011] UKSC 28 para.[59] 참조.

²⁵⁷⁾ [2011] UKSC 28 para.[59], 이에 관하여 P. Craig, 전게서, 502면, 16-028 참조.

²⁵⁸⁾ R(A) v Director of Establishments of the Security Service [2009] UKSC 12, [2010] 2 AC 1, 이에 관하여 Perroud, Constitutional Structure and Basic Characteristics of the Legal Systems Examined(Concerning Judicial Review), Backes · Eliantonio(eds.), Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action, 2019, 128-130면; Wade · Forsyth, Administrative Law, 11.ed., 2014, 608면; R. Craig, Ouster clauses, separation of powers and the intention of Parliament : from anisminic to privacy international, Public law, 4, 2018, 5면; Scott, P. F., Ouster clauses and national security: judicial review of the investigatory powers tribunal. Public Law, 3, 2017, 5면 참조.

해당 거부결정에 대한 사법심사를 요청한 것이다.259)

2000년 「정보조사 권한 규제법」(Regulation of Investigatory Powers Act, 2000) 제65조는 정보조사 행정심판소(Investigatory Powers Tribunal)의 구성 및 관할 범위 등을 규정하였다. 260) 정보조사 행정심판소는 영국 정보기관261)인보안부(Security Service, 이른바 MI5), 비밀정보부(Secret Intelligence Service, 이른바 MI6), 정보통신본부(Government Communications Headquarters, GCHQ)에 의한 감시 및 감청 등에 대한 이의 제기를 위하여 2000년 「정보조사 권한 규제법」에 따라 설립된 독립적인 특별 행정심판소이다. 정보조사 행정심판소의 심리는 일반적으로 비공개로 진행된다. 262)

사안의 쟁점은 정보기관의 결정을 일반법원에서 다툴 수 있는지 여부였다. 동법 제65조의 해석에 대하여 원심은 정보조사 행정심판소에 배타적 관할권을 부여하여 일반법원의 관할권을 배제하는 것은 사법심사 배제 조항에 해당하고, 아니스미닉 판결과 같이 사법심사 배제 조항을 제한적으로 해석하여야 한다고 판시하였다. 263) 그러나 대법원은 ① 항소법원의 다수가 지적한 바와 같이 「정보조사 권한 규제법」, 「인권법」, 「민사소송규칙」이 일괄 개정 시행되면서 정보기관 관련 사건의 관할권이 조정되었고, ② 원고는 1960년 Pvx

²⁵⁹⁾ Perroud, Constitutional Structure and Basic Characteristics of the Legal Systems Examined(Concerning Judicial Review), Backes · Eliantonio(eds.), Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action, 2019, 128-130면 참조.

²⁶⁰⁾ Perroud, 전게서, 128-130면 참조.

²⁶¹⁾ 영국 정보기관 중 정보통신본부(Government Communications Headquarters, GCHQ)는 통신을 통해 정보를 얻는 데 특화되어 있고, 보안부(Security Service, 이른바 MI5)와 비밀정보부(Secret Intelligence Service, 이른바 MI6)는 사람을 통해 얻는 정보를 다룬다는 점에서 구별된다. MI5는 영국 내에서의 정보를, MI6는 외국에서의 정보 수집에 중점을 둔다. 이에 관하여 영국 정보통신본부 홈페이지(https://www.gchq.gov.uk) 참조.

²⁶²⁾ Scott, P. F., Ouster clauses and national security: judicial review of the investigatory powers tribunal. Public Law, 3, 2017, 1-2면; Perroud, 전게서, 128-130면 참조.

²⁶³⁾ R(A) v Director of Establishments of the Security Service [2009] EWCA Civ 24, 이에 관하여 Perroud, 전게서, 128-130면 참조.

Granite Co Ltd v Ministry of Housing and Local Government 판결²⁶⁴⁾에서 법원의 재판을 받을 권리는 명백한 예외가 없는 한 배제할 수 없다는 원칙을 주장하였으나, 위 판결은 해당 법령에서 법원의 재판을 받을 권리를 배제한 다고 볼 수 있는 내용이 명확하지 않아 항소가 인용된 사안이며, ③ 대법원은 본 사안이 배타적 관할권을 명백히 규정한 1897년 Barraclough v Brown 판결과 유사하고,²⁶⁵⁾ ④ 위 제65조는 불가양의 구제수단(inalienable remedy)인 재판받을 권리를 배제한 것이 아니라 대안적 구제수단을 제공한 것이라고 판시하였다.²⁶⁶⁾ 즉, 정보기관의 결정에 대하여 개별법상 구제수단을 마련하였으므로, 이에 대한 불복은 정보조사 행정심판소의 전속관할이고, 일반법원에 소를 제기하여 다툴 수 없다는 것이다.

대법원은 의회가 정보기관의 행위에 대한 사법심사를 배제한 것이 아니라 정보조사 행정심판소에 할당한 것이라고 하였다. 267) 즉, 적합한 특별절차에 따라 사법심사가 이루어지고 있으므로, 아니스미닉과는 다른 사안이라는 것 이다. 268) 사법심사 배제 조항에 대한 해석은 엄격한 접근이 필요하나, 이의를

^{264) [1960]} AC 260, 이에 관하여 Perroud, Constitutional Structure and Basic Characteristics of the Legal Systems Examined(Concerning Judicial Review), Backes · Eliantonio(eds.), Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action, 2019, 128-130면; Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 213-214면, 4-022 참조.

^{265) [1897]} AC 615, 침몰한 선박의 제거 비용을 지출한 법적 책임자가 해당 선박소유자에게 그 비용을 청구할 수 있는 권리에 관한 분쟁은 즉결재판소에 배타적 관할권을 인정한 사안이다. 이에 관하여 Perroud, 전게서, 128-130면 참조.

²⁶⁶⁾ R(A) v Director of Establishments of the Security Service [2009] UKSC 12, [2010] 2 AC 1, 이에 관하여 Perroud, 전게서, 128-130면; Wade·Forsyth, Administrative Law, 11.ed., 2014, 608면; R. Craig, Ouster clauses, separation of powers and the intention of Parliament: from anisminic to privacy international, Public law, 4, 2018, 5면; Scott, P. F., Ouster clauses and national security: judicial review of the investigatory powers tribunal. Public Law, 3, 2017, 5면 참조.

²⁶⁷⁾ R(A) v Director of Establishments of the Security Service [2009] UKSC 12, [2010] 2 AC 1, 이에 관하여 Perroud, 전게서, 128-130면; Wade·Forsyth, Administrative Law, 11.ed., 2014, 608면; R. Craig, 전게논문, 5면; Scott, P. F., 전게논문, 1면 참조.

제기하는 다른 효과적인 수단이 제공되는 경우에는 엄격한 해석이 필요하지 않다고 하였다.269) 다시 말해, 개별법상 구제수단을 특별법에서 마련하여 특별 행정심판소에 사법심사 기능을 부여하는 것은 가능하다는 것이다.

3. 프라이버시 인터내셔널 판결

Privacy International(영국 프라이버시 권리 보호 시민단체)이 정보조사 행정심판소의 재결에 대하여 사법심사를 청구한 사안이다.270) 존 스노든이 영국 정보기관이 국민의 개인정보를 감시하고 있다고 폭로한 것과 관련하여, 프라이버시 인터내셔널은 국무장관이 개별 감시행위마다 영장을 발부한 것이 아니라 이른바 일반영장에 의하여 국민의 개인정보를 감시한 행위는 위법이라고 주장하였다. 프라이버시 인터내셔널은 정보조사 행정심판소에 그행위의 위법성 판단을 구하는 행정심판을 청구하였으나 기각되었다.271)

문제는 2000년 「정보조사 권한 규제법」제67조 제8항이 "국무장관이 명령에 의해 달리 제공하는 경우를 제외하고, 정보조사 행정심판소의 결정, 보상,

²⁶⁸⁾ Perroud, Constitutional Structure and Basic Characteristics of the Legal Systems Examined(Concerning Judicial Review), Backes · Eliantonio(eds.), Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action, 2019, 128-130면 참조.

²⁶⁹⁾ Perroud, 전게서, 128-130면 참조.

²⁷⁰⁾ R (Privacy International) v Investigatory Powers Tribunal [2019] UKSC 22, 이 에 관하여 Harlow · Rawlings, Law and Administration, 4.ed., 2022, 155-157면; P. Craig, Administrative Law, 9.ed., 2021, 889-891면, 28-004~28-005; Endicott, Administrative Law, 5.ed., 2021, 71-73면, 341-343면; Joe Tomlinson, Beyond the end of ouster clause history?, SSRN 3450114, 2019, 3-6면; R. Craig, 전게논문, 9면 이하; Scott, P. F., Ouster clauses and national security: judicial review of the investigatory powers tribunal. Public Law, 3, 2017, 7면 이하 참조.

²⁷¹⁾ 원고는 1994년 정보서비스법(Intelligence Services Act, 1994)에서 국무장관이 특정 재산 또는 무선전신과 관련하여 주제별(thematic) 영장을 발부하는 것이 허용되지만, 영장은 적용되는 재산에 대하여 가능한 구체성, 합법성, 필요성 및 비례성을 충족하여야 하고, 집행자가 대상 재산을 객관적으로 확인할 수 있도록기재되어야 한다고 주장하였다. 이에 관하여 Scott, P. F., 전게논문, 2-3면; Harlow·Rawlings, 전게서, 156면 참조.

명령 및 기타 결정(관할권이 있는지 여부에 대한 결정 포함)은 항소의 대상이 되거나 법원에서 심사를 받을 책임이 없다."라고 규정한 것이다. 정보조사 행정심판소의 모든 결정에 대한 법원의 사법심사를 배제하는 것이다. 문언상으로, 해당 행정심판소의 관할에 해당하는지를 결정하는 문제부터 일체의 결정에 대하여 이의 제기나 사법심사를 청구하는 것을 금지하고 있다.

그럼에도 불구하고 프라이버시 인터내셔널은 정보조사 행정심판소의 재결에 대하여 사법심사를 청구하였다. 원고는 사법심사 배제 조항이 중앙법원 (High Court)의 관할을 제외하는 것으로 해석될 수 없고, 만일 해당 조항이법원의 관할을 제거하는 것으로 해석되는 경우 의회는 법원의 소송심리를 배제할 권한이 없으므로 그 조항은 무효라고 주장하였다. 272) 그러나 중앙법원은 「정보조사 권한 규제법」 제67조 제8항의 배제조항에 따라 사법심사 청구를 심리할 관할권이 없다고 판단하였고, 273) 항소법원(Court of Appeal)은 정보조사 행정심판소가 해당 사안에 상당한 전문성을 갖춘 기관이라는 점등을 근거로 불복 금지 조항에 따라 기각판결을 하였다. 274) 이에 프라이버시인터내셔널은 불복하여 대법원에 상고하였고, 대법원은 4:3으로 인용판결을하였다. 275)

대법원 다수의견은 칸워스(Carnwath) 경, 커(Kerr) 경, 로이드(Lloyd) 경, 헤일(Hale) 대법관 4인으로 동법 제67조 제8항은 '법적으로 유효한 결정'(legally valid decision)에만 적용되고, 법적 오류로 무효화된 결정은 결정이 아니어서 적용되지 않는고 판시하였다.276) 즉, 무효인 결정은 결정조차 아니라고 판시

²⁷²⁾ Endicott, Administrative Law, 5.ed., 2021, 71면 참조.

²⁷³⁾ R. (Privacy International) v Investigatory Powers Tribunal [2017] EWHC 114 (Admin), 이에 관하여 Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 224면, 4-044 참조.

²⁷⁴⁾ R. (Privacy International) v Investigatory Powers Tribunal [2017] EWCA Civ 1868, 이에 관하여 Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 224면, 4-044 참조.

²⁷⁵⁾ R (Privacy International) v Investigatory Powers Tribunal [2019] UKSC 22, 이 에 관하여 Harlow · Rawlings, Law and Administration, 4.ed., 2022, 155-156면 참조.

²⁷⁶⁾ R (Privacy International) v Investigatory Powers Tribunal [2019] UKSC 22,

함으로써 아니스미닉 법리와 같이 결정에 대한 사법심사 배제 조항이 적용되지 않는다고 본 것이다.277) 또한 의회가 법률에 의해 중앙법원의 감독권을 배제할 수 있는가에 관하여 중앙법원의 행정기관에 대한 감독 권한은 명시적 규정에 의해서만 배제될 수 있으나, 제67조 제8항은 가장 명확하고 명백한 배제조항에 해당하지 않는다고 하였다.278) 결론적으로 정보조사 행정심판소의 재결이 법적 오류로 무효인 경우에는 법원의 사법심사가 가능하다는 것이다.

특히 칸워스 경은 해당 조항에서 말하는 결정은 법적으로 유효한 결정이어야 하는데, 법적 오류가 있는 결정은 무효여서 결정이 아닌 것으로 취급하여야 한다고 판시하였다.279) 사법심사는 가장 명확한 단어에 의해서만 제외될수 있고, 최종적으로는 입법부가 아니라 법원이 해당 조항의 목적과 법적 맥락, 법적 문제의 성격과 중요성 등을 고려하여 사법심사를 배제할 권한 및 법의 지배의 한계를 결정하여야 한다고 판시하였다.280) 다시 말해, 무효인 결정이라고 하더라도 사법심사를 배제하겠다는 취지가 명확하게 규정되지 않았으므로, 해당 규정은 유효인 결정에 한하여 적용된다는 것이다. 또한 사법심사 배제의 명확한 규정이 있는지 여부는 법원의 법률해석을 통해 결정된다.

심지어 다수의견 4인 중 칸워스 경, 헤일 대법관, 커 경 3인은 의회가 어떤 사건에서도 중앙법원(High Court)의 관할을 제거할 권한 자체가 없다고 하였

para.[105], 이에 관하여 Harlow · Rawlings, Law and Administration, 4.ed., 2022, 155-157면; P. Craig, Administrative Law, 9.ed., 2021, 889-891면, 28-004 ~28-005; Endicott, Administrative Law, 5.ed., 2021, 71-73면, 341-343면; Joe Tomlinson, Beyond the end of ouster clause history?, SSRN 3450114, 2019, 3-6면, 14면 참조.

²⁷⁷⁾ Harlow · Rawlings, 전게서, 155면 참조.

²⁷⁸⁾ R (Privacy International) v Investigatory Powers Tribunal [2019] UKSC 22, para.[111], 이에 관하여 Harlow · Rawlings, 전게서, 155-157면; Joe Tomlinson, 전게논문, 3-6면, 14면 참조.

²⁷⁹⁾ R (Privacy International) v Investigatory Powers Tribunal [2019] UKSC 22, para.[111], 이에 관하여 Harlow·Rawlings, 전게서, 156면 참조.

²⁸⁰⁾ Harlow · Rawlings, 전게서, 156면 참조.

다.²⁸¹⁾ 이에 따르면, 의회는 명시적 규정에 의하여도 행정심판소에 대한 중앙 법원의 감독 권한을 제거하는 규정을 마련할 수 없다. 즉, 의회가 사법심사 배제 조항을 규정할 수 없다는 것으로 의회주권에 대한 한계를 설정하는 것 이다.²⁸²⁾

한편, 반대의견은 섬션(Sumption) 경, 리드(Reed) 경, 윌슨(Wilson) 경 3인으로, 사법심사의 목적은 법의 지배를 유지하는 것이며, 행정심판소의 사법적 성격에 의해 법의 지배가 구현되고 있다고 판시하였다. 283) 따라서 정보조사 행정심판소의 재결에 대한 항소는 불필요하다고 판단하였다. 「정보조사권한 규제법」제67조 제8항은 헌법상 중앙법원이 갖추어야 할 사법권을 배제하는 것이 아니며, 정보조사 행정심판소 재결의 불복 금지에 대한 한계가필요하다면 의회가 이를 법률에 명시하였어야 한다는 것이다. 284) 특히 윌슨(Wilson) 경은 2009년 정보기관 국장의 출판허가 거부 판결에서 문제된 동법제65조 제2항을 언급하며, 정보기관 관련 사건에 대한 관할은 정보조사 행정심판소에 할당되어 있고, 사법심사를 배제한 것이 아니므로 헌법상 문제가없다고 판시하였다. 285) 즉, 의회주권에 따라 사법심사의 기능을 법원이 아닌다른 기관에 할당할 수 있고, 이러한 법률을 제정할 수 있다는 것이다.

Ⅲ. 소결

행정기관의 행정작용에 대한 사법심사 배제 조항이 존재함에도 사법심사

²⁸¹⁾ Endicott, Administrative Law, 5.ed., 2021, 71면 참조.

²⁸²⁾ Endicott, 전게서, 71면 참조.

²⁸³⁾ R (Privacy International) v Investigatory Powers Tribunal [2019] UKSC 22, para.[172], 이에 관하여 Harlow·Rawlings, Law and Administration, 4.ed., 2022, 156면 참조.

²⁸⁴⁾ R (Privacy International) v Investigatory Powers Tribunal [2019] UKSC 22, 이 에 관하여 Harlow · Rawlings, 전게서, 156-157면 참조.

²⁸⁵⁾ R (Privacy International) v Investigatory Powers Tribunal [2019] UKSC 22, para.[239], 이에 관하여 Harlow·Rawlings, 전게서, 156-157면 참조.

가 이루어진 경우를 행정기관의 집행 기능이 문제된 사안과 행정심판소의 사법 기능이 문제된 사안으로 나누어 주요 사례를 살펴보았다. 전자의 사례 로는 아니스미닉 판결의 해외보상위원회의 결정에 대한 불복 금지 조항, 알 파예드 판결의 장관의 결정에 대한 불복 금지 조항, 인도중앙은행 판결의 등 록증명서에 대한 결정적 증거 조항이 있다. 인도중앙은행 판결에서는 등록증 명서 발급의 근거 서류로 사본이 제출되어「회사법」규정을 위반하여 등록 증명서가 발급되었다고 하더라도 등록증명서가 발급된 이상 그 하자를 다툴 수 없다고 하였다. 앞의 두 가지 사안에서는 법적 오류가 있는 권한유월 결 정에 대하여 사법심사가 가능하다고 법원이 판단하였다.

한편, 후자의 사례로는 카트 판결에서 상급 행정심판소의 항고 거부결정에 대한 불복 금지 조항, 정보기관 국장의 출판허가 거부 판결의 전속관할 규정, 프라이버시 인터내셔널 판결의 불복 금지 조항이 있다. 이 가운데 정보기관 국장의 출판허가 거부 판결에서는 의회가 사법심사의 기능을 정보조사 행정심판소에 할당한 것이어서 행정심판을 청구하여야 한다고 판시하였다. 나머지 두 사안에서는 일반법원의 행정심판소에 대한 감독권 행사가 인정될 수 있다고 판시하여, 사법심사가 가능하다고 하였다.

이렇듯 주요 사례를 살펴보면, 법원은 명시적인 사법심사 배제 조항이 존재하더라도 행정기관의 결정에 법적 오류가 존재하여 법정 권한의 범위를 넘는 권한유월이 있는 경우에는 그 결정이 무효이므로, 사법심사 배제 조항의 효력을 제한적으로 해석하여 사법심사를 할 수 있다고 판단하였다. 사법심사가 불가하다고 본 개별법상 구제수단 유형의 경우 정보기관 국장의 출판허가 거부 판결은 특별 행정심판소가 전속관할이므로, 처음에는 전속관할인 특별 행정심판소를 통해 불복하라는 의미이다. 프라이버시 인터내셔널 판결의 결과를 고려하였을 때 정보조사 행정심판소의 재결에 권한유월의 하자가 존재하는 경우에는 사법심사 청구가 가능할 여지가 있다.

<사법심사 배제 조항 관련 주요판결 비교>

판결 분류		관련 법률	사법심사 배제	법원의
			조항의 종류	판단
행정기관의 집행 기능	아니스미닉	1950 FCA 제4조	불복 금지 조항	사법심사
		제4항		가능
		1981 「영국	불복 금지 조항	사법심사
	알 파예드	국적법」제44조		가능
		제2항		778
	인도중앙	1948「회사법」	결정적 증거 조항	사법심사
	은행	제98조 제2항		불가
행정심판소의 사법 기능		2007	상급 행정심판소의	사법심사
	카트	TCE Act 제13조	항고 거부결정 불복	가능
		8항 제c호	금지 조항	/18
	정보기관	2000 RIPA 제65조	개별법상 불복절차	사법심사
	국장	2000 KIFA /11035		불가
	프라이버시	2000 RIPA 제67조	불복 금지 조항	사법심사
	인터내셔널	제8항		가능

- * 1950 FCA: 1950년 「해외보상법」(Foreign Compensation Act, 1950)
- * 2007 TCE Act: 2007년 「행정심판소, 법원 및 집행에 관한 법률」(Tribunals, Courts and Enforcement Act, 2007)
- * 2000 RIPA: 2000년 「정보조사 권한 규제법」(Regulation of Investigatory Powers Act, 2000)

제3장 사법심사 배제 조항의 효력

제1절 사법심사 배제 조항의 한계

'전면적 사법심사 배제 조항'(total ouster clause)이 존재하는 경우 명시적 규정에 따르면 행정기관의 결정에 대한 법원의 사법심사는 허용되지 않는다. 286) '부분적 사법심사 배제 조항'(partial ouster clause)인 제소기간 조항의경우 법원의 사법심사가 보장되나 그 기간의 제한만 있는 것과는 차이가 있다. 287) 엔디콧(Endicott) 교수 등은 의회가 전면적 사법심사 배제 조항을 규정한 경우 법원은 이에 따라야 하며, 사법심사를 하는 경우 의회 불복종에해당할 수 있다고 비판하였다. 288) 이에 반하여 전면적 사법심사 배제 조항의효력을 제한적으로 해석하여 사법심사가 가능하다고 판단하는 법원의 판결이 상당수 존재하는바, 이를 뒷받침하는 관련 이론으로 권한유월 이론 및 입법의도 해석 이론을 비교하여 살펴본다.

Ⅰ. 권한유월 이론

1. 권한유월 이론의 발전

'관할 내지 권한'(jurisdiction)이란 행정청이 당해 결정을 내릴 수 있는 추 상적 권한 내지 관할권이다.289) 전통적으로 행정기관은 '기록상 명백한 오

²⁸⁶⁾ Leyland · Anthony, Administrative Law, 7.ed., Oxford University Press, 2013, 238면 이하 참조.

²⁸⁷⁾ Leyland · Anthony, 전게서, 244면 이하 참조.

²⁸⁸⁾ Endicott, Administrative Law, 5.ed., 2021, 341면 이하 참조.

²⁸⁹⁾ 본 논문에서는 행정청의 행정작용과 관련하여 권한이라 하고, 법원 또는 행정 심판소의 결정과 관련하여 관할이라 부르기로 한다. 이에 관하여 Woolf·Jowell-

류'(on the face of the record)가 아닌 한, 법률상 수여된 권한의 범위 내에서는 잘못된 의사결정을 하더라도 사법심사를 받지 않았다.290) 즉, 종래 추상적권한을 초과하는 오류(jurisdictional error)인 경우에만 사법심사가 가능하였다.

그러나 아니스미닉 판결 이후 권한 내 법적 오류 등의 경우에도 '권한유월'(ultra vires)로써 사법심사가 가능하게 됨으로써, 사법심사의 대상이 확대되었다.291) 모든 법적 오류가 사법심사의 대상이 됨에 따라 실무에서 권한오류와 권한 내 법적 오류의 구분은 희미해졌고, 학술적인 논의만 남아있게되었다.292) 다시 말해, 법원은 행정기관의 권한초과 또는 권한유월에 대하여사법심사를 수행하고,293) 행정기관이 권한 없이 공적 기능을 수행한 경우 그에 관한 결정을 취소(quash)할 수 있다.294)

정리하면, 행정기관은 법률 등에 의해 허용된 권한 범위를 가지고 있고, 이 러한 권한의 범위를 초과할 수 없다는 것이 권한유월 원칙이다. 처음에는 '추상적 권한 오류'(jurisdictional error)와 '권한유월'(ultra vires)이 동의어였 으나, 나중에는 후자가 전자를 포함하는 넓은 개념이 되었다.295)296) 법원은 이러한 권한유월이 있는지 여부에 대한 감독기능을 수행한다.297) 법원이 행

[·] Donnelly · Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 209-210면, 4-012~4-013; 박정훈, 불확정개념과 판단여지, 행정작용법(中凡 김동희 교수 정년기념논문집), 2005, 260면 각주18 참조.

²⁹⁰⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 206면, 4-002 참조.

²⁹¹⁾ 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 648면; P. Craig, Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review, Christopher Forsyth(ed.), Judicial review and the Constitution, 2000, 56면 참조.

²⁹²⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 206면, 4-002 참조.

²⁹³⁾ D. Oliver, Is the Ultra Vires Rule the Basis of Judicial Review?, Christopher Forsyth(ed.), Judicial review and the Constitution, 2000, 3-5면 참조.

²⁹⁴⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 210면, 4-013 참조.

²⁹⁵⁾ 박정훈, 전게서, 648면 참조.

²⁹⁶⁾ 한편, 행정청의 권한에 관한 사실(jurisdictional facts)의 범위에 관하여는 견해의 대립이 있다. 이에 관하여 박정훈, 불확정개념과 판단여지, 행정작용법(中凡 김 동희 교수 정년기념논문집), 2005, 260면 각주18 참조.

정기관의 권한 범위를 판단할 때에는 그 권한을 부여한 수권 입법의 내용을 고려하여야 한다.298)

이러한 권한유월의 사유는 점차 확대되었다. 1948년 Wednesbury 판결299)에서는 1932년 「일요일여가법」(Sunday Entertainments Act, 1932)제1조 제1항에서 당국이 적합하다고 판단하는 경우에 허가를 부여한다고 규정하였는데, 당국이 허가의 조건으로 15세 미만 어린이는 성인 동반 여부에 관계없이 모든 영화관에 입장할 수 없다는 점을 부가한 것이 문제 되었다. 이에 영화관소유주는 이러한 부가조건이 권한유월(ultra vires)이고 불합리(unreasonable)하다고 주장하며 선언판결을 청구하였다. 항소법원은 당국이 어린이의 신체적·도덕적 건강을 적절하게 고려할 수 있으므로, 부가조건은 당국의 관할 내에서 적절한 권한에 따라 합리적으로 부여되었으므로 청구를 기각하였다.300

한편, 1964년 Baldwin 판결³⁰¹⁾에서는 1882년 「지방자치단체법」(Municipal Corporations Act, 1882) 제191조 제4항에 따라 감사위원회(watch committee) 가 경찰청장의 태만 또는 부적합성을 근거로 해고하는 권한을 행사할 수 있는 것이 문제 되었다. 자치구 경찰서장인 항소인은 재판을 방해한 혐의로 기소되었으나 무죄선고를 받았는데, 판사는 그의 성격이 직책에 부적합하다는 취지로 판시하였다. 이에 감시위원회는 해당 규정에 따라 항소인을 해고하였

²⁹⁷⁾ D. Oliver, Is the Ultra Vires Rule the Basis of Judicial Review?, Christopher Forsyth(ed.), Judicial review and the Constitution, 2000, 3-5면 참조.

²⁹⁸⁾ P. Craig, Administrative Law, 9.ed., 2021, 2면, 1-002; Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 206면, 4-002 참조.

²⁹⁹⁾ Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation [1948] 1 KB 223 (CA), 이에 관하여 Endicott, Administrative Law, 5.ed., 2021, 49-50면; Fordham, Judicial Review Handbook, 4.ed., 2004, 1437면; Harlow·Rawlings, Law and Administration, 4.ed., 2022, 145-147면; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 648면; 안동인, 영국법상의 공·사법 이원체계에 관한 연구: 사법심사 청구 제도와 관련하여, 서울대학교 박사학위논문, 2009, 134-139면 참조.

³⁰⁰⁾ Endicott, 전게서, 24면, 50면; Fordham, 전게서, 1437면; 박정훈, 전게서, 648면 참조.

³⁰¹⁾ Ridge v Baldwin [1964] AC 40, 이에 관하여 Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 214-215면, 4-025 참조.

는데, 항소법원은 해고결정이 사전통지 및 청문절차 등이 결여되어 자연적 정의를 위반하는 결정이라고 판단하였다.302) 즉, 절차적 공정성이 권한유월 의 기준으로 제시된 것이다.

또한 1969년 Anisminic 판결에서는 보상금 신청에 대하여 그 자격을 잘못 판단한 거부결정에 대하여 법적 오류가 존재하고 권한유월에 해당한다고 판시하였다.303) 1993년 Page 판결에서는 실체적 위법성, 절차적 하자, 불합리성 및 재량 남용 등 모든 법적 오류가 권한유월로서 사법심사의 본안이유에 해당한다고 판시하였다.304) 이로써 권한유월이 사법심사의 기초가 되었고, 권한유월로 인한 사법심사의 범위가 점차 확대되었다.305)

2. 사법심사 배제 조항과 권한유월 이론

의회가 입법으로 행정기관의 결정에 대한 사법심사 배제 조항을 규정한 경우 행정기관의 결정에 권한 오류³⁰⁶⁾가 있는 경우에도 법원의 사법심사를 배제할 의도인지가 문제되었고, 이는 사법심사 배제 조항의 해석에 관한 논의로 이어졌다.³⁰⁷⁾ 포시스(Forsyth) 교수는 아니스미닉 판결에서 사법심사를 할수 있는 논거로 권한유월 이론을 주장하였다. 남아프리카 공화국의 UDF

³⁰²⁾ Endicott, Administrative Law, 5.ed., 2021, 134-137면; Woolf·Jowell·Donnelly·Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 251면, 각주68; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 648면 참조.

³⁰³⁾ Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission [1969] 2 AC 147, 이에 관하여 Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, 전게서, 218-219면, 4-032~4-033 참조.

³⁰⁴⁾ R. v Hull University Visitor Ex p. Page [1993] AC 682, 이에 관하여 R. Craig, Ouster clauses, separation of powers and the intention of Parliament: from anisminic to privacy international, Public law, 4, 2018, 5-6면 참조.

³⁰⁵⁾ 박정훈, 전게서, 643-667면 참조.

³⁰⁶⁾ 권한초과(excess of jurisdiction) 또는 권한유월(ultra vires).

³⁰⁷⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 206 면, 4-004; D. Oliver, Is the Ultra Vires Rule the Basis of Judicial Review?, Forsyth(ed.), Judicial review and the Constitution, 2000, 3-5면 참조.

(United Democratic Front) 판결³⁰⁸⁾을 소개하였는데, 장관이 불분명한 규정으로 언론, 출판, 집회, 결사의 자유 등 국민의 기본권을 제한하는 행정행위를 발하였고, 근거법률에 이에 대한 사법심사 배제 조항이 존재하였다. 장관의 기본권 제한 행위가 권한유월에 해당하는 결정인 경우에는 배제 조항이 적용되지 않는다고 판단한 사안이다.³⁰⁹⁾

포시스 교수는 사법심사 배제 조항이 존재하는 경우에도 자연적 정의를 위반하는 등 무효인 결정에 대하여는 권한유월 이론에 의해 사법심사가 가능해야 한다고 주장하였으며, 권한유월 이론의 폐기는 사법부의 가장 강력한무기를 버리는 것이라고 하였다. 310) 또한 권한유월 이론은 헌법상 선출직과비선출직 사이의 적절한 힘의 균형을 유지한다고 보았다. 311) 사법부와 의회간 적절한 힘의 균형 유지하게 하는 것이다. 312)

한편, 권한유월 이론에 대하여 로스(Laws) 경은 Datafin 판결³¹³⁾과 같이 공적 기능을 수행하는 기관의 권한이 법률에서 유래한 것이 아닌 경우 권한유월의 적용이 어렵다고 비판하였다.³¹⁴⁾ 즉, 오늘날 수가 증가하고 있는 '자율적 규제 기구'(self-regulatory body)의 경우 그 권한이 특정 법률 규정에서 유래하는 것이 아니어서 공백이 존재한다는 것으로 풀이된다.³¹⁵⁾ 또한 로스 경

³⁰⁸⁾ Staatspresident v. United Democratic Front 1998(4) SA 830(A), 이에 관하여 Laws, An Extract from : Illegality: The Problem of Jurisdiction, Forsyth(ed.), Judicial review and the Constitution, 2000, 75면 이하 참조.

³⁰⁹⁾ Forsyth, Of Fig Leaves and Fairy Tales : The Ultra Vires Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review, Forsyth(ed.), 전게서, 35-39면 이 하 참조.

³¹⁰⁾ Forsyth, 전게서, 35-39면 이하 참조.

³¹¹⁾ Forsyth, 전게서, 42면 참조.

³¹²⁾ Forsyth, 전게서, 58면 참조.

³¹³⁾ R. v. Panel on Take-overs and Mergers ex p. Datafin Plc [1987] Q.B. 815. 이 에 관하여 안동인, 영국법상의 공·사법 이원체계에 관한 연구 : 사법심사 청구 제도와 관련하여, 서울대학교 박사학위논문, 2009, 96-99면 참조.

³¹⁴⁾ Laws, An Extract from: Illegality: The Problem of Jurisdiction, Forsyth(ed.), Judicial review and the Constitution, 2000, 74-77면 참조.

³¹⁵⁾ 명시적 법률에 근거하지 않은 행정기능 수행에 대하여 사법심사의 근거가 더

은 적어도 법원의 공식적인 입장이 의회 불복종을 나타내는 것은 피해야 한다고 말하였다.316) 의회가 제정한 사법심사 배제 조항이 존재함에도 명시적규정에 반하는 해석을 하여 의회주권에 반하는 태도를 취해서는 아니된다는 것이다.

이에 대하여 포시스 교수는 특정 법률로부터 권한이 유래되지 않은 자율적 규제기구 등의 경우에도 커먼로(common law)가 사실상 권한을 부여한 것으로 보았다.317) 즉, 비록 명시적 법정 권한에 의한 행정작용에는 해당하지 않으나, 커먼로에 근거하여 적정한 권한 범위를 판단할 수 있다는 것이다.318) 또한 아니스미닉 판결과 같이 배제조항이 있는 경우 사법심사가 불가하다고보는 것은 남아프리카 공화국의 UDF 판결과 같은 사례가 영국에서도 나타날 수 있다고 경고하였다.319) 즉, 자연적 정의 위반 또는 법적 오류가 있는 행정작용에 대하여 적법성을 법원이 통제할 수 있는 수단이 존재해야 한다는 것이다. 사법심사 배제 조항으로부터 비합리성, 부적절한 절차, 권한 남용결정이 보호되지 않도록 권한유월 이론에 의해 사법심사가 가능해야 한다고 주장하였다.320)

또한 포시스 교수는 울프(Woolf) 경의 주장을 인용하였는데, 의회의 우월 성에는 한계가 있고, 그 한계는 법의 지배에서 받아들일 수 있는지 여부에 따라 결정되어야 한다는 것이다.321) 법원은 법의 지배를 확인하고 유지할 불 가양의 책임이 있다고 보았다.322) 의회주권에 따라 사법심사 배제 조항과 같

이상 권한유월이라고 할 수 없으므로, 적법행정(lawful administration)의 원칙에 따라 판단해야 한다는 견해에 관하여 Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 226-227면, 4-050 참조.

³¹⁶⁾ Laws, An Extract from: Illegality: The Problem of Jurisdiction, Forsyth(ed.), Judicial review and the Constitution, 2000, 74-77면 참조.

³¹⁷⁾ Laws, 전게서, 74-77면 참조.

³¹⁸⁾ Laws, 전게서, 74-77면 참조.

³¹⁹⁾ Laws, 전게서, 74-77면 참조.

³²⁰⁾ Laws, 전게서, 74-77면 참조.

³²¹⁾ Laws, 전게서, 75면 참조.

³²²⁾ Laws, 전게서, 75면 참조.

은 규정이 마련된다고 하더라도 그 규정의 집행이 법의 지배를 벗어날 수 없으며, 이를 판단하는 것은 법원의 몫이라는 것이다.323)

3. 수정된 권한유월 이론

수정된 권한유월 이론은 국민의 '법원접근권'(acces to court)을 보장하는 내용이 포함된 것이다.324) 아니스미닉 판결을 계기로 권한유월 이론은 법적 오류를 그 사유로 받아들이면서 영역이 확장되었다.325) 법원이 사법심사 배제 조항을 적용하지 않고, 해외보상위원회의 결정에 대하여 적법성 심사를 하였기 때문이다.326) 이를 계기로 법원접근권이 헌법상 기본권으로 대두되어 사법심사의 근거가 되었다.327)

법원의 명시적 규정에 반하는 해석은 일응 의회 불복종처럼 보일 수 있으나, 법원은 의회의 진정한 의도가 법원접근권의 배제는 아닐 것이라고 판단하였다.328) 즉, 모든 법률해석에서 의회는 국민의 법원접근권을 제한할 의도가 없다고 해석하였고, 의회는 이를 부정하기 어려웠다.329) 다시 말해, 국민의 법원접근권을 배제하면서까지 행정기관의 결정을 최종적으로 삼아야 한

³²³⁾ Laws, An Extract from: Illegality: The Problem of Jurisdiction, Forsyth(ed.), Judicial review and the Constitution, 2000, 75면 참조.

³²⁴⁾ Elliott, Legislative Intention Versus Judicial Creativity? Administrative Law as a Cooperative Endeavour, Christopher Forsyth(ed.), Judicial review and the Constitution, 2000, 359면 참조.

³²⁵⁾ 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 648면 참조.

³²⁶⁾ Wade, Constitutional Fundamentals (Stevens & Sons), London, 1980, 87면 [Elliott, Fundamental Rights as Interpretative Constructs: The Constitutional Logic of the Human Rights Act 1998, Forsyth(ed.), Judicial review and the Constitution, 2000, 281-282면에서 재인용] 참조.

³²⁷⁾ Elliott, 전게서, 281-282면 참조.

³²⁸⁾ Elliott, Legislative Intention Versus Judicial Creativity? Administrative Law as a Cooperative Endeavour, Christopher Forsyth(ed.), Judicial review and the Constitution, 2000, 358면 참조.

³²⁹⁾ Elliott, 전게서, 358면 참조.

다는 주장을 지속하기 어려운 것이다. 영국의 불문헌법은 '사법심사 절차 접 근권'(access to judicial review proceedings)을 보장하고 있지 않으나,330) 법원은 사법심사 배제 조항을 제한적으로 해석하여 결과적으로 재판청구권을 보장하도록 하였다고 볼 수 있다. 이러한 수정된 권한유월 이론이 모든 법률해석 접근의 기반이 되었다.331)

Ⅱ. 입법의도 해석 이론

로버트 크레이그(R. Craig) 교수332)는 사법심사 배제 조항에 대하여 의회의 진정한 의도를 살펴야 한다고 주장하였다.333) 권한유월 이론보다는 입법자의 의사를 해석하여 입법자가 법원의 감독권을 배제할 의도였는지를 파악해야 한다는 것이다. 즉, 법원이 행정기관의 행정작용이 그 권한을 벗어난 것인지를 판단하는 것이 아니라, 의회의 입법 의도가 법원의 감독권 행사를 배제하는 것이었는지를 판단해야 한다는 것이다.334) 이를 파악함에 있어 행정의 집행적 기능과 사법적 기능을 구분하여 달리 판단하고 있는바, 이에 대하여 살펴본다.

³³⁰⁾ Perroud, Constitutional Structure and Basic Characteristics of the Legal Systems Examined(Concerning Judicial Review), Backes · Eliantonio(eds.), Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action, 2019, 128-130면; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 665면 참조.

³³¹⁾ Elliott, Legislative Intention Versus Judicial Creativity? Administrative Law as a Cooperative Endeavour, Christopher Forsyth(ed.), Judicial review and the Constitution, 2000, 359면 참조.

³³²⁾ R. Craig, 브리스톨대학교 로스쿨 교수(Lecturer in Law, University of Bristol Law School).

³³³⁾ R. Craig, Ouster clauses, separation of powers and the intention of Parliament: from anisminic to privacy international, Public law, 4, 2018, 1면 참조.

P. Craig, Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review, Forsyth(ed.), Judicial review and the Constitution, 2000, 52-56면; Elliott, The Ultra Vires Doctrine in a Constitutional Setting: Still the Central Principle of Administrative Law, Forsyth(ed.), Judicial review and the Constitution, 2000, 102-105면 참조.

1. 행정기능의 구분

크레이그(R. Craig) 교수는 중앙법원의 감독권을 배제하려는 의회의 배제조항 입법에 대하여 법원의 대응방식이 두 가지로 나뉠 수 있다고 설명한다.335) 행정의 기능은 집행 기능과 사법 기능으로 나뉘는데, 후자에 대한 의회의 배제조항에 관하여는 의회의 입법의도를 존중해야 한다고 말한다.336) 즉, 행정심판소 등이 사법심사를 수행하고 이에 대하여 법원에 불복을 금지하는 조항이 있는 경우에는 입법자의 의사에 따라 상급법원이 감독권을 행사할 수 없다고 보는 것이다. 반대로 행정의 집행 기능에 대하여는 배제조항이 존재한다고 하더라도 행정의 집행에서 법적 오류가 있는지를 판단하기위하여 법원의 감독권 행사가 필요하다고 말한다.337) 이는 사법심사 배제 조항의 해석에서 헌법상 권력분립(separation of powers) 원칙에 주목하여, 행정의 집행이 적법한 범위 내에서 이루어지는지를 법원이 감독하여야 한다는 것에 기반한다.338)

이는 디플락(Diplock) 경의 견해를 참고한 것으로, 디플락 경은 행정심판소 (tribunal) 또는 행정기관(authority)이 법적 오류를 범한 경우와 법원(court of law)이 오류를 범한 경우를 구분하였다.339) 전자의 경우 의회가 행정기관이 법적 문제(questions of law)의 최종 결정자(final arbiter)가 될 것을 의도하지 않았다고 추정하여 사법심사를 인정하는 반면, 후자에 대하여는 그러한 추정이 없어 사법심사를 할 수 없다는 것이다.340) 즉, 행정기관이 법적 오류를 범한 경우에는 일반법원의 감독이 반드시 필요하지만, 사법적 기능을 수행하는

³³⁵⁾ R. Craig, Ouster clauses, separation of powers and the intention of Parliament: from anisminic to privacy international, Public law, 4, 2018, 2면 이하 참조.

³³⁶⁾ R. Craig, 전게논문, 2-3면 참조.

³³⁷⁾ R. Craig, 전게논문, 3-4면 참조.

³³⁸⁾ R. Craig, 전게논문, 2-4면 참조.

³³⁹⁾ R. Craig, 전게논문, 4면 참조.

³⁴⁰⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 219-220면, 4-034~4-038 참조.

하급법원의 결정에 대해서는 반드시 그렇지 않다는 것이다. 이는 하급법원이 법률 및 사실의 판단을 할 수 있는 최종적 관할을 가진다고 보아 그 관할 범위에 속하는 법적 오류를 범한 경우에는 사법심사를 할 수 없다고 보는 것이다. 341) 행정기관에 대하여는 권한 내 법적 오류와 권한 오류 사이의 구분을실무상 폐지하여 모두 사법심사의 대상으로 보면서도, 하급법원에 대하여는 아니스미닉 이전과 같이 양자 사이의 미묘한 구분을 존속시키는 것이라고볼 수 있다. 342)

크레이그 교수는 디플락 경의 견해를 참고하여 행정기관과 하급법원의 결정을 나누면서, 행정기관 중 행정심판소가 사법심사 기능을 수행하는 경우에는 이를 분리하였다. 즉, 집행적 기능을 행사하는 행정기관과 사법적 기능을 수행하는 행정심판소를 구분하여, 전자의 적법성에 대하여만 법원의 감독이이루어져야 한다는 것이다. 다시 말해, 집행 기능을 행사하는 행정기관과 사법심사 기능을 수행하는 행정심판소 및 하급법원으로 재분류한 것이다.

참고로 엘리엇(Elliott) 교수는 의회가 사법심사를 제한하는 조항을 규정하는 경우 법원이 이를 어떻게 해석하는지를 이해하려면 의회, 행정부, 법원이어떻게 상호 관련되어 있는지를 파악해야 한다고 하였다. 343) 즉, 의회가 법원의 사법심사를 배제할 수 있는 범위, 법원이 사법심사 권한을 행사해야 하는 영역, 법원이 행정부의 행정작용에 개입할 수 있는 한계 등이 상호 연관되어

³⁴¹⁾ Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 4-036~4-038 참조.

³⁴²⁾ 다만, 디플락 경은 O'Reilly v Mackman [1983] 2 AC 237, 279 판결에서 명확한 구분을 하지 않는 쪽으로 입장을 변경한 것으로 보인다. 아니스미닉 판결에 대하여 하급법원과 법정 행정심판소의 결정에 관하여 법정 권한 내의 결정임에 도 법적 오류가 있는 경우 무효라고 하여 사법심사를 한 것은 법원이 스스로의 속박에서 해방된 획기적인 결정이라고 하였는데, 하급법원과 법정 행정심판소를 묶어서 설명하였다. 이에 관하여 Woolf·Jowell·Donnelly·Hare, 전게서, 220면; R. Craig, Ouster clauses, separation of powers and the intention of Parliament: from anisminic to privacy international, Public law, 4, 2018, 4-5면 참조.

³⁴³⁾ Elliott, Through the Looking-Glass? Ouster Clauses, Statutory Interpretation and the British Constitution, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper, 4, 2018, 4-5면, 15면 참조.

있다는 것이다.344) 이로써 사법심사 배제 조항을 다루는 것은 주요 헌법기관들 간의 관계와 권한의 한계를 시험하는 장이 되고, 헌법 작용을 파악할 수있는 도구가 된다고 말한다.345) 또한 사법심사 배제 조항은 의회주권에 따라의회의 법률을 준수할 의무와 국민이 법의 지배에 따라 행정작용을 법원에서 다툴 수 있어야 한다는 법원접근권이 충돌하는 사안으로 보고 있다.346)즉, 의회가 제정한 법률에 복종할 의무와 행정작용의 적법성을 통제하여 법의 지배에 따라 적법행정을 구현할 수 있도록 재판청구권을 행사하여 행정작용을 다툴 수 있어야 한다는 요구가 서로 충돌하는 것이다.347)

2. 행정기관의 집행 기능

크레이그(R. Craig) 교수는 아니스미닉 사안에서 해외보상위원회는 해외 몰수 재산에 대한 보상금을 산정하는 행정기관이므로, 권력분립의 관점에서 볼 때 집행능력(executive capacity)을 행사하였다고 보았다. 348) 즉, 적정한 보 상금액을 계산하여 배분하는 업무를 담당하였으므로, 해외보상위원회는 법적 질서를 판단하는 것이 아니라 보상금을 계산하는 행정업무를 수행하는 기관 이라고 본 것이다. 349) 법원은 사법적이지 않은 문제에 대하여는 개입하는 것 을 꺼렸으나, 행정기관이 명확한 법적 권한 없이 집행하는 것에 대하여는 감 독권을 행사하는 것이 입법자의 의도에 부합한다고 말하였다. 350)

즉, 의회는 법원이 행정작용의 적법성을 감독하는 것을 제한할 의도가 없

³⁴⁴⁾ Elliott, Through the Looking-Glass? Ouster Clauses, Statutory Interpretation and the British Constitution, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper, 4, 2018, 4-5면, 15면 참조.

³⁴⁵⁾ Elliott, 전게논문, 4-5면, 15면 참조.

³⁴⁶⁾ Elliott, 전게논문, 4-5면, 15면 참조.

³⁴⁷⁾ Elliott, 전게논문, 4-5면, 15면 참조.

³⁴⁸⁾ R. Craig, Ouster clauses, separation of powers and the intention of Parliament: from anisminic to privacy international, Public law, 4, 2018, 1-2면 참조.

³⁴⁹⁾ R. Craig, 전게논문, 1-2면 참조.

³⁵⁰⁾ R. Craig, 전게논문, 1-2면 참조.

었다고 해석하였다.351) 집행 기능에 대하여는 법원의 감독기능을 유지하는 것이 권력분립 원칙에 부합하고, 행정부의 권한행사를 사법부가 통제하여야 한다는 것이다.352) 따라서 행정기관의 집행 기능에 관한 사항이라고 하더라 도 행정작용이 권한을 초과하는 경우에는 법원의 적법성 통제가 필요하다고 보았다. 행정의 적법성을 판단하는 것은 행정부가 스스로 할 수 없고, 행정 부가 아닌 사법부여야 한다는 것이다.353)

상원은 해외보상위원회의 결정에 법적 오류가 존재하여 권한유월로서 결정이 무효이므로, 결정에 해당하지조차 않는다고 하였다. 354) 크레이그 교수는 상원이 법적 오류가 있는 결정을 권한유월에 해당하여 무효라고 봄으로써 배제조항의 적용 문제를 깔끔하게 우회하였다고 설명한다. 355) 즉, 행정기관의 결정에 해당하지조차 않으므로, 결정에 대한 사법심사를 할 수 있느냐의 문제를 회피한 것이다. 일응 외관상 결정이라고 주장되지만 실제로는 무효인 결정만 존재하므로, 실질적으로 결정이 부존재하고, 권한유월의 행정작용만 존재한다고 본 것이다.

3. 행정심판소의 사법 기능

행정의 사법적 결정, 예컨대 행정심판소의 재결에 대한 불복소송 제기는 상급법원에 대한 항소를 통하여 가능하나, 사법심사 배제 조항이 있는 경우 에는 항소가 제한된다.356) 크레이그 교수는 사법적 기능을 수행하는 기관에 대한 사법심사 배제 조항은 집행적 기능을 수행하는 기관에 대한 것과 구별 되어야 한다고 주장한다.357) 즉, 행정부의 집행 기능에 대하여는 권력분립 원

³⁵¹⁾ R. Craig, Ouster clauses, separation of powers and the intention of Parliament: from anisminic to privacy international, Public law, 4, 2018, 1-2면 참조.

³⁵²⁾ R. Craig, 전게논문, 1-2면 참조.

³⁵³⁾ R. Craig, 전게논문, 3면 참조.

³⁵⁴⁾ Anisminic v Foreign Compensation Commission [1969] 2 AC 147.

³⁵⁵⁾ R. Craig, 전게논문, 2면 참조.

³⁵⁶⁾ R. Craig, 전게논문, 3면 참조.

칙에 의하여 법원의 적법성 통제의 필요성이 크지만, 사법적 기능을 수행하는 행정심판소 등에 대하여는 법원이 이를 존중하여야 한다는 것이다. 의회는 법원의 관할권을 변경하거나 재할당할 수 있는 권한이 있으므로, 사법적기능을 독립된 행정심판소에 부과하더라도 권력분립 원칙에 위반되지 않는다고 주장한다.358) 즉, 사법적 기능을 수행하는 행정기관에 대하여 법원의 감독권을 제한하는 것은 가능하고, 법원은 이를 존중하더라도 권력분립의 원칙에 위배되지 않는다는 것이다.

이와 관련하여 행정심판소의 재결에 대한 사안은 아니지만, 하급법원의 결정에 대한 상급법원의 감독을 배제하는 항소 배제 조항의 예를 살펴본다. Racal 판결359)에서 디플락(Diplock) 경의 견해에 따르면, 해당 사건에서 문제된 「회사법」제441조 제3항에 따라 중앙법원(High Court) 판사의 결정에 대하여는 항소할 수 없으므로, 항소에 대한 항소법원의 심리는 항소법원의 관할을 초과한다고 보았다.360) 즉, 중앙법원의 결정에 대하여 항소할 수 없다는 규정에 따라 중앙법원의 결정을 존중하여야 한다는 것이다. 디플락 경은 아니스미닉 판결의 해외보상위원회의 경우 행정의 집행적 기능을 수행하는 것이어서 사법적 기능을 수행하는 하급법원과 구별된다고 보았고, 크레이그 교수는 이러한 구별이 권력분립의 측면에서 옳다고 보았다.

행정의 집행 기능과 사법 기능을 구분하는 예로 정보기관 국장의 출판허가 거부 판결³⁶¹)을 들 수 있다. 브라운(Brown) 경은 「정보조사 권한 규제법」의 내용이 정보기관의 결정에 대한 사법심사를 배제한 것이 아니라, 정보조사

³⁵⁷⁾ R. Craig, Ouster clauses, separation of powers and the intention of Parliament: from anisminic to privacy international, Public law, 4, 2018, 2면 참조.

³⁵⁸⁾ R. Craig, 전게논문, 3면 참조.

³⁵⁹⁾ Re Racal Communications Ltd [1981] AC 374, 384, 이에 관하여 Woolf· Jowell·Donnelly·Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 219-220면, 4-035~4-036; R. Craig, 전게논문, 4면 참조.

³⁶⁰⁾ R. Craig, 전게논문, 4면 참조.

³⁶¹⁾ R(A) v Director of Establishments of the Security Service [2009] UKSC 12, [2010] 2 AC 1.

행정심판소에 사법심사 기능을 할당한 것이라고 판시하였다.362) 또한 세일즈 (Sales) 법관은 이러한 해석이 동법 및 정보조사 행정심판소 제도에 대한 타당한 분석이라고 지지하였다.363) 즉, 정보기관의 행위라는 특수한 영역을 사법심사할 수 있도록 비공개 심리 등 특별한 절차를 규정하고, 이를 전문적으로 심사할 수 있는 특별 행정심판소가 필요하다는 것이다. 이러한 판결은 정보조사 행정심판소에게 사법심사의 전속관할을 인정하는 입법자의 결단을 존중하는 것으로, 크레이그 교수의 견해에 따르면 정보조사 행정심판소의 판단에 법원이 개입할 수 없다.

또한 카트 판결364)에서는 상급 행정심판소의 항고 거부결정이 사법심사의 대상이 될 수 있는지 여부가 문제되었다. 국왕재판부(Divisional Court)의 로스(Laws) 판사는 의회가 상급 행정심판소에 법적 오류를 심사할 수 있는 관할을 부여하였다고 하였고, 시들리(Sedley) 판사는 상급법원이 상급 행정심판소 결정의 법적 오류를 심리할 수 없다고 하여 크레이그 교수의 견해와 유사하다.365) 즉, 사법적 기능을 수행하는 상급 행정심판소의 결정에 대하여 항소배제 조항이 존재하는 경우에는 상급법원이 이를 심사할 수 없다는 것이다. 그러나 대법원은 시들리 판사의 견해와 달리 상급 행정심판소의 결정에 중대한 사유가 있는 경우에는 사법심사가 가능하다고 판시하였는데, 크레이그교수는 이를 비판하는 입장이다.366) 사법적 기능을 행사한 행정심판소의 결정을 존중하여야 한다는 것이다.

크레이그 교수는 프라이버시 인터내셔널 판결367)에 대하여 정보조사 행정

³⁶²⁾ R. Craig, Ouster clauses, separation of powers and the intention of Parliament: from anisminic to privacy international, Public law, 4, 2018, 5면 참조.

³⁶³⁾ R. Craig, 전게논문, 5면 참조.

³⁶⁴⁾ R (Cart) v The Upper Tribunal [2011] UKSC 28, [2012] 1 AC 663.

³⁶⁵⁾ R (Cart) v Upper Tribunal [2009] EWHC 3052 (Admin), [2010] PTSR 824, 이 에 관하여 R. Craig, 전게논문, 7면 참조.

³⁶⁶⁾ R. Craig, 전게논문, 8면 참조.

³⁶⁷⁾ Privacy International v Investigatory Powers Tribunal [2017] EWHC 114 (Admin).

심판소가 사법적 기능(judicial function)을 수행한다고 보았다.368) 정보조사 행정심판소는 「정보조사 권한 규제법」에 의해 정보기관의 행위의 합법성을 독립적으로 판단하도록 설립되었고, 정보기관의 실질적 결정이 아니라 법적 문제만 다루었다는 것이다.369) 또한 1998년 「인권법」 제7조에 따라 정보기관의 행위를 다툴 수 있는 유일한 기관이므로, 행정심판소로 분류되지만, 실질적으로 법원의 역할을 한다고 보았다.370) 즉, 행정의 집행 기능과 사법 기능을 분류할 때 형식이 아닌 실질적 기능을 중요하게 고려하여야 한다는 것이다.371)

따라서 아니스미닉과 유사한 내용의 불복 금지 조항이 문제되지만,372) 아 니스미닉의 해외보상위원회는 집행 기능을 수행하는 기관이므로 법원의 감 독이 더 필요한 반면, 정보조사 행정심판소는 사법 기능을 수행하는 기관이 므로 명시적 규정에 따라 법원이 사법심사를 하여서는 아니된다고 주장하였 다.373) 행정심판소와 같이 사법적 기능을 수행하는 기관의 결정에 대하여 항 소를 할 수 없는 것이 법의 지배에 대한 근본적인 위반이 발생할 정도로 사 법적 판단을 받을 권리를 침해하지 않는다고 보았다.374) 실질적으로 사법심 사를 수행하는 정보조사 행정심판소에 대한 접근이 보장된다는 측면에서 아 니스미닉 판결과는 다르다는 것이다.375) 즉, 실질적 기능 측면에서 정보조사

³⁶⁸⁾ R. Craig, Craig, Ouster clauses, separation of powers and the intention of Parliament : from anisminic to privacy international, Public law, 4, 2018, 2면 참 조.

³⁶⁹⁾ R. Craig, 전게논문, 8면 참조.

³⁷⁰⁾ R. Craig, 전게논문, 8면 참조.

³⁷¹⁾ R. Craig, 전게논문, 8면 참조.

^{372) 「}정보조사 권한 규제법」 제67조 제8항은 정보조사 행정심판소의 결정, 판정, 명령 및 기타 결정(관할권 존부에 관한 결정 포함)이 항소 대상이 되지 않고, 어떠한 법원에서도 이의 제기가 되지 않는다고 규정하여, 「해외보상법」 제4조 제4항보다 더 광범위한 사법심사 배제 문구를 규정하고 있다. 이에 관하여 R. Craig, 전게논문, 8면 참조.

³⁷³⁾ R. Craig, 전게논문, 8면 참조.

³⁷⁴⁾ R. Craig, 전게논문, 9면 참조.

³⁷⁵⁾ R. Craig, 전게논문, 9면 참조.

행정심판소에 의한 사법심사가 이루어지고 있으므로, 법원접근권이 제한되지 않는다는 것이다.

또한 크레이그 교수는 정보조사 행정심판소의 재결에 대하여 사법심사를 허용하는 것은 「정보조사 권한 규제법」의 명시적 규정에 반하는 해석으로써 의회가 정보조사 행정심판소에게 최종적인 관할을 두고자 한 취지를 위반한 다고 주장한다.376) 의회의 의도는 정보기관 업무의 기밀성을 고려하여 심리를 비공개로 진행할 수 있는 등 특별한 사법적 기관(judicial body)을 마련하는 것이라고 보았다.377) 즉, 정보기관의 행위라는 특수한 영역에 대한 사법심사 관할을 정보조사 행정심판소에 할당하는 것이 입법자의 결단이라는 것이다.

Ⅲ. 소결

사법심사 배제 조항의 해석에 관하여 포시스 교수의 권한유월 이론에 따르면, 행정작용의 성격이 집행 기능 또는 사법 기능인지 여부에 따라 결론이달라지지 않는다. 즉, 아니스미닉 판결의 해외보상위원회가 집행 기능을 수행하고, 프라이버시 인터내셔널 판결의 정보조사 행정심판소가 사법 기능을수행하는 점이 다르게 취급되지 않는 것이다. 두 사안 모두 권한유월 결정을한 경우 사법심사의 대상이 된다는 점에서 결론이 같다.

반면, 크레이그(R. Craig) 교수의 입법의도 해석 이론에 따르면, 의회가 사법적 기능을 특별법에 의해 특별 행정심판소에 할당한 경우 해당 행정심판소의 결정을 법원이 번복하는 것은 입법자의 의사에 반하여 허용될 수 없다. 다시 말해, 아니스미닉 판결의 해외보상위원회는 집행 기능을 수행하는 행정기관이므로 그 결정이 권한유월인 경우 사법심사 배제 조항에도 불구하고권력분립 원칙에 의한 행정통제의 일환으로 사법심사를 할 수 있다. 그러나

³⁷⁶⁾ R. Craig, Ouster clauses, separation of powers and the intention of Parliament : from anisminic to privacy international, Public law, 4, 2018, 9면 참조.

³⁷⁷⁾ R. Craig, 전게논문, 9면 참조.

프라이버시 인터내셔널 판결의 정보조사 행정심판소는 사법 기능을 수행하는 행정기관이므로 의회의 관할 배분을 수용하여야 하고, 그 결정에 대한 사법심사를 할 수 없다고 보는 것이다. 두 이론은 모두 사법심사 배제 조항을 제한할 수 있는 기준을 제시하였으나, 구체적 사안에서 행정기관의 기능에 따라 결론이 달라질 수 있다.

제2절 사법심사 배제 조항의 영향

Ⅰ. 법원의 심사강도 약화

1. 합리성 심사

영국 법원은 행정기관의 재량통제에 대하여 원칙적으로 불합리성(unreasonableness) 기준에 따른다.378) 의회가 부여한 행정기관의 재량행사에 대하여는 제한된 범위 내에서만 소 제기가 허용되었고,379) 단순히 행정기관이 더 적절한 결정을 할 수 있었다는 이유로 법원이 개입할 수 없다.380) 따라서 행정기관의 재량권 행사에 특별한 결함이 있는 경우에 법원이 그 결정이 부적절하다고 말할 수 있는데, 이러한 재량권 행사를 일컬어 비합리적(unreasonable)인 재량권 행사라고 하였다.381)

대표적으로 Wednesbury 판결은 불합리성(unreasonableness) 기준을 명확히

³⁷⁸⁾ Endicott, Administrative Law, 5.ed., 2021, 44-48면; Harlow·Rawlings, Law andAdministration, 4.ed., 2022, 145-147면; Wade·Forsyth, Administrative Law,11.ed., 2014, 305-306면; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 663면; 안동인,영국법상의 공·사법 이원체계에 관한 연구: 사법심사 청구 제도와 관련하여,서울대학교 박사학위논문, 2009, 134-139면 참조.

³⁷⁹⁾ Harlow · Rawlings, 전게서, 145면 참조.

³⁸⁰⁾ Endicott, 전게서, 44면 참조.

³⁸¹⁾ Endicott, 전게서, 45면 참조.

제시하였다는 점에서 의의가 있다.382) 기존의 합리성 심사기준은 행정기관의 결정이 악의적이거나 무관한 사항을 고려하였을 것 등을 그 기준으로 검토하였다.383) Wednesbury 불합리성 기준은 합리적인 의사결정권자라면 그러한 결정을 내릴 수 없을 정도로 결정이 매우 비합리적인 경우여야 한다는 기준을 제시하였다.384) 또한 이러한 비합리적인 결정은 권한유월에 해당한다고 판시하였다.385)

행정기관의 의사결정이 매우 비합리적인 경우에는 그 권한의 범위를 벗어나므로 법원이 사법심사를 할 수 있으나, 그렇지 않은 한 권한이 존재하므로, 단순히 다른 합리적인 방법이 있을 수 있다는 이유로 법원이 해당 결정을 번복할 수 없다.386) 즉, 법원은 가장 적절한 결정을 내리는 것이 아니라 행정기관의 결정이 권한유월인 경우에만 개입할 수 있다고 보는 것이다.387) 이는 의사결정의 권한이 의회 또는 행정기관으로부터 법원으로 재분배되는 것을 방지하고자 하는 의도가 있다.388)

영국 법원의 심사강도가 약한 것에는 법관은 행정기관이 스스로 행정체계를 해석하는 것보다 더 전문적일 수 없으므로,389) 행정기관이 사안에 따라 결정한 내용을 존중하여야 한다는 행정존중의 의미도 내포되어 있다.390) 이

³⁸²⁾ Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation [1948] 1 KB 223 (CA), 이에 관하여 Endicott, Administrative Law, 5.ed., 2021, 44-48면; Fordham, Judicial Review Handbook, 4.ed., 2004, 1437면; Harlow·Rawlings, Law and Administration, 4.ed., 2022, 145-147면; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 648면; 안동인, 영국법상의 공·사법 이원체계에 관한 연구: 사법심사 청구 제도와 관련하여, 서울대학교 박사학위논문, 2009, 134-139면 참조.

³⁸³⁾ Endicott, 전게서, 45면 참조.

³⁸⁴⁾ Endicott, 전게서, 45면; 박정훈, 전게서, 648면 참조.

³⁸⁵⁾ Endicott, 전게서, 47면; 박정훈, 전게서, 648면 참조.

³⁸⁶⁾ Endicott, 전게서, 44면; Fordham, 전게서, 1437면 참조.

³⁸⁷⁾ Wade · Forsyth, Administrative Law, 11.ed., 2014, 305-306면 참조.

³⁸⁸⁾ Wade · Forsyth, 전게서, 305-306면 참조.

³⁸⁹⁾ Endicott, 전게서, 344면 참조.

³⁹⁰⁾ Endicott, 전게서, 343면 참조.

와 같이 영국 법원은 사법심사 배제 조항이 존재하지 않는 일반적인 경우에도 합리성 심사기준에 따라 판단하였다. 따라서 사법심사 배제 조항이 존재함에도 불구하고 명시적 문언에 반하여 사법심사를 하는 경우에는 그 심사강도(intensity of review)는 약할 수 밖에 없었다.391)

2. 사법심사 배제 조항 사안의 심사강도

전술한 사법심사 배제 조항에 관한 주요 사례 중 법원이 사법심사를 한 판례에서 심사강도가 어떠하였는지를 살펴보고자 한다. 먼저 아니스미닉 판결392)에서 상원은 해외보상위원회가 영국 국적 회사인 아니스미닉의 승계인인 TEDO가 영국 국적이 아니므로 보상청구를 거부한 것은 법적 오류가 있는 결정으로 권한유월이어서 무효라고 판시하였다.393) 보상청구의 요건으로이집트에 있는 재산의 소유자임을 요하면서, 소유자의 승계인도 영국 국적이어야한다고 해석하는 것은 불합리한 문제가 발생할 수 있다.394) 예를 들어, 소유자가 사망한 경우와 같이 기존 소유자가 존재하지 않고 승계인으로 대체된 경우에는 그 승계인의 국적이 영국임을 확인하고 보상하는 것이 합리적인 이유가 있다.395) 그러나 이집트로부터 몰수된 재산이 이집트 국적 회사에게 승계된 경우와 같이 원소유자와 승계인이 병존하는 경우에는 원소유자가 영국 국적 회사였음에도 승계인이 영국 국적 회사가 아니라는 이유로 원소유자가 보상청구를 할 수 없다는 불합리한 결과를 초래한다.396) 당해 사안에서는 Wednesbury 불합리성 기준을 명시하지는 않았으나, 해외보상위원회

³⁹¹⁾ 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 665-666면 참조.

³⁹²⁾ Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission [1969] 2 AC 147. 이에 관하여 Woolf·Jowell·Donnelly·Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 218-219면, 4-032~4-033 참조.

³⁹³⁾ Leyland · Anthony, Administrative Law, 7.ed., 2013, 239-241면 참조.

³⁹⁴⁾ Leyland · Anthony, 전게서, 239-241면 참조.

³⁹⁵⁾ Leyland · Anthony, 전게서, 240면 참조.

³⁹⁶⁾ Leyland · Anthony, 전게서, 239-241면 참조.

의 해석에 법적 오류가 있음이 명백하여 그 결정이 권한유월로써 무효라고 판단하였으므로, 권한이 없이 이루어진 불합리한 결정이라고 볼 수 있을 것 이다.

다음으로 카트 판결397)에서는 2007년 「행정심판소, 법원 및 집행에 관한 법률」(Tribunals, Courts and Enforcement Act, 2007) 제13조에 의하여 상급 행정심판소의 항고 거부결정에 대하여는 항소법원에 불복이 원칙적으로 불가하다. 대법원은 이에 대하여 항고 거부결정에 대한 사법심사를 배제하는 규정이 아니어서 사법심사청구는 가능하다고 판시하였다.398) 다만, 제2차 행정심판 불복사유인 원칙상 또는 소송 실무상 중요한 사항에 해당하거나 법원이 심리를 해야 하는 설득력 있는 이유에 해당하지 않았다.399) 대법원은 국무장관이 전처의 양육비 지급신청에 대한 통지를 카트에게 하지 않고 양육비 지급의무가 발생한 것에 대하여, 행정심판소에서 국무장관이 카트에게 손해를 가할 목적이 있거나 손해를 가하는 악의적인 행동을 하지 않은 것을 고려한 점을 확인하였다.400)

살피건대, 법원은 국무장관의 행위가 목적의 악의 또는 행동의 악의가 없고, 합리적인 사람이라면 도저히 하지 않을 것으로 예상되는 매우 비합리적인 행위라고 볼 만한 사정이 인정되지 않는다고 판단한 것으로 보인다. 주목할 점은 상급 행정심판소의 제2차 행정심판 허가 거부결정에 대한 사법심사는 가능하다고 하였으나, 그 심사기준을 제한적으로 해석한 것이다.401) 대법

³⁹⁷⁾ R (Cart) v The Upper Tribunal [2011] UKSC 28 [2012] 1 AC 663.

³⁹⁸⁾ R (Cart) v The Upper Tribunal [2011] UKSC 28 [2012] 1 AC 663 [37], 이에 관하여 Scott, P. F., Ouster clauses and national security: judicial review of the investigatory powers tribunal. Public Law, 3, 2017, 6면 이하; Elliott, Through the Looking-Glass? Ouster Clauses, Statutory Interpretation and the British Constitution, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper, 4, 2018, 11면 참조.

³⁹⁹⁾ R (Cart) v The Upper Tribunal [2011] UKSC 28, [2012] 1 AC 663, 이에 관하여 Scott, P. F., 전게논문, 6면 이하; Elliott, 전게논문, 11면 참조.

⁴⁰⁰⁾ R (Cart) v The Upper Tribunal [2011] UKSC 28 [2012] 1 AC 663. [59], 이에 관하여 Scott, P. F., 전게논문 6면 이하; Elliott, 전게논문, 11면 참조.

원의 이러한 해석은 상급 행정심판소의 결정에 대한 사법심사를 배제하지는 않으나, 불복 범위를 좁게 판단하여 특별한 사정이 없는 한 그 결정을 존중 하는 취지로 판단된다.

한편, 알 파예드 판결에서는 귀화신청을 장관이 거부하기 전 자연적 정의의 원칙에 따라 자신의 신청을 소명할 합리적인 기회를 제공받아야 한다고 판시하였다. 402) 귀화에 대하여 국무장관은 재량권이 있고, 1981년 영국「국적법」제44조 제2항에 따라 장관은 신청을 거부하는 경우 이유제시 의무가 없었다. 그러나 국무장관이 자신의 재량권을 행사하여 내린 결정과 관련하여 절차의 공정성을 준수하여야 하므로, 거부결정을 하기 전 신청인에게 이를 소명할 기회를 제공해야 한다는 것이다. 당해 사안은 결정의 내용이 매우 비합리적인지 여부를 다툰 것이 아니라, 절차의 공정성을 문제 삼았다는 점에서 합리성 심사와는 차이가 있다. 다만, 동법 제44조 제2항에 따라 귀화신청결과에 대하여는 법원에 항소하거나 사법심사 청구를 할 수 없으나, 자연적정의를 명백히 위반한 경우에는 사법심사를 허용하였고, 해당 결정을 번복하였음을 알 수 있다.

3. 소결

요컨대, 사법심사 배제 조항이 존재함에도 불구하고 행정기관의 결정이 권 한유월이어서 법원이 사법심사를 하는 경우에는 약한 심사강도에 의하더라 도 청구의 인용될 가능성이 높다. 즉, 사법심사 배제 조항이라는 관문을 통

⁴⁰¹⁾ R (Cart) v The Upper Tribunal [2011] UKSC 28, [2012] 1 AC 663, 이에 관하역 Scott, P. F., Ouster clauses and national security: judicial review of the investigatory powers tribunal. Public Law, 3, 2017, 6면 이하; Elliott, Through the Looking-Glass? Ouster Clauses, Statutory Interpretation and the British Constitution, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper, 4, 2018, 11면 참조.

⁴⁰²⁾ Regina v. Secretary Of State For The Home Department, Ex parte Fayed [1998] 1 WLR 763 at 764, 이에 관하여 Fordham, Judicial Review Handbook, 4.ed., 2004, 577면; P. Craig, Administrative Law, 9.ed., 2021, 389면, 12-039 참조.

과하였다는 것 자체로 행정기관의 결정이 권한유월로서 무효라는 의미가 내 포되어 있으므로, 법원이 사법심사에 들어가면 그 결정이 파기될 가능성이 큰 것이다. 다만, 카트 판결에서는 국무장관의 행위 자체는 불합리성 기준에 충족되지 않았고, 이에 대한 상급 행정심판소의 허가 거부결정은 제2차 행정 심판 불복기준을 통과하지 못하였다. 사법심사 배제 조항이 존재함에도 법원 의 감독권 행사가 인정되는 경우에는 대부분 해당 결정이 권한유월로 무효 가 될 가능성이 높지만, 감독권 행사는 허용하되 결정은 취소되지 않는 경우 도 있을 수 있다.

Ⅱ. 의회의 행정심판 제도 활용

법원은 사법심사 배제 조항을 제한적으로 해석하였으므로, 의회는 사법심사를 전면적으로 제한하기보다는 부분적 또는 절차적으로 제한하고자 하였다.403) 사법심사를 청구할 수 있는 기한을 제한하는 제소기간을 규정하거나, 일반법원의 소송절차와는 구별되는 행정심판 제도를 더욱 발전시킨 것이다.404) 특히 행정심판 제도는 사법심사의 범위를 둘러싼 의회, 정부 및 법원의 공방전에서 타협의 산물로 발전한 것이라고 볼 수 있다.405)

1. 결정의 성격을 고려하는 견해

행정심판소가 다루는 결정의 성격이 공공의 이익을 고려한 것인지 또는 개인의 권리에 관한 것인지에 따라 차이가 존재한다는 견해가 있다.406) 즉, 개

⁴⁰³⁾ Leyland · Anthony, Administrative Law, 7.ed., Oxford University Press, 2013, 238면 이하; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 666면 참조.

⁴⁰⁴⁾ Paul Craig, Administrative Law, 9.ed., 2021, 895면, 28-011 각주45; 박정훈, 전 게서 666면 참조.

⁴⁰⁵⁾ 박정훈, 전게서, 666면 참조.

⁴⁰⁶⁾ Scott, P. F., Ouster clauses and national security: judicial review of the investigatory powers tribunal. Public Law, 3, 2017, 7면 이하; Elliott, Through the

인의 권리에 대한 주장을 하는 것이 아니라 정보기관의 행위와 같이 공공의 이익과 관련된 사항을 다투는 것은 사건의 특수성에 비추어 특별 사법심사기관이 더욱 필요하다는 것이다. 행정심판소가 공공의 이익에 관한 결정을 통제하는 기능과 개인의 권리에 대한 청구를 다루는 기능은 차이가 있다는 것이다.407)

이러한 견해는 정보조사 행정심판소의 전속관할의 필요성을 인정한다.408) 즉, 사안의 기밀성과 공공의 이익을 고려하여야 하므로, 중앙법원이 일반적인 절차에 따라 판단하기보다는 특별 행정심판소에 그 기능을 할당하는 것이 타당하다는 것이다. 의회의 의도는 정보조사 행정심판소가 특별한 절차에따라 공개가 민감한 기밀정보에 관한 사항을 제한된 조건 하에서 심사할 수있는 행정심판소를 설립하는 것으로 보았다.409) 즉, 결정의 성격이 공공의 이익과 관련된 경우 이에 대한 사법심사는 특별 행정심판소에서 이루어져야할 필요성이 크다는 것이다.

위의 견해에 따르면, 아니스미닉 판결의 해외보상위원회 및 카트 판결의 상급 행정심판소는 정보조사 행정심판소와 다르게 취급된다. 앞의 두 기관은 개인의 권리에 관한 청구에 대하여 결정을 내리는 기관이고, 후자는 공권력에 대한 감독기능을 수행하는 기관이기 때문이다. 410) 즉, 아니스미닉 판결의해외보상위원회는 해외에서 재산이 몰수된 자의 보상금 지급 청구에 대하여보상금액을 결정하는 기관이고, 카트 판결의 상급 행정심판소는 카트가 양육비지급의무자로서 국무장관의 양육비지급통지의 해태를 다투는 것을 다루고 있다. 이러한 개인의 권리에 관한 청구와 달리 공공의 이익에 관한 사법심사 기관에서 수행해야 한다는 주장이다. 411)

LookingGlass? Ouster Clauses, Statutory Interpretation and the British Constitution, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper, 4, 2018, 12면 참조.

⁴⁰⁷⁾ Scott, P. F., 전게논문, 7면 이하; Elliott, 전게논문, 12면 참조.

⁴⁰⁸⁾ Scott, P. F., 전게논문, 6면; Elliott, 전게논문, 12면 참조.

⁴⁰⁹⁾ Scott, P. F., 전게논문, 6면; Elliott, 전게논문, 12면 참조.

⁴¹⁰⁾ Scott, P. F., 전게논문, 6면; Elliott, 전게논문, 12면 참조.

다만, 이러한 논의는 공공의 이익과 관련한 결정을 다루는 특별 행정심판소의 필요성을 강조하는 측면에서 살펴야 한다. 「정보조사 권한 규제법」에 의하면 정보조사 행정심판소는 정보기관의 결정에 관한 사법심사의 전속관할이 인정되고,412) 대법원에서도 최종적 관할인지에 관하여 견해의 대립이치열하므로,413) 우리나라의 행정심판소와는 다른 특수성이 있다고 판단된다. 종국적으로는 입법자의 정책적 판단이 필요한 영역이다.

2. 사건 수를 고려하는 견해

사건 수도 행정심판 활용의 고려요소가 될 수 있다. 의회는 2004년 「망명이민법」(Asylum and Immigration Bill) 제11조에서 사법심사 배제 조항을 포함시켰다가 철회한 바 있다.414) 해당 조항에서는 망명이민 행정심판소의 결정이 관할 흠결, 법적 오류, 자연적 정의 위반 등을 원인으로 하는 '가장된결정'(purported determination)인 경우에도 소송절차 이용을 금지하는 것을 명확히 규정하여 큰 반대에 부딪혔다.415) 아니스미닉 판결에서 문제된 「해외보상법」 규정보다 더 명확하게 가장된 결정에 대하여도 사법심사를 배제하겠다는 의도를 나타낸 것이다.416) 의회가 반대의견에도 불구하고 명백한 사법심사 배제 조항을 입법하려고 했던 이유는 망명 및 이민에 관한 사법심사 청구 건수가 매우 많았기 때문이다.417) 그렇다고 하더라도 일률적으로 무효

⁴¹¹⁾ Scott, P. F., Ouster clauses and national security: judicial review of the investigatory powers tribunal. Public Law, 3, 2017, 6면; Elliott, Through the Looking-Glass? Ouster Clauses, Statutory Interpretation and the British Constitution, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper, 4, 2018, 12면 참조.

⁴¹²⁾ Perroud, Constitutional Structure and Basic Characteristics of the Legal Systems Examined(Concerning Judicial Review), Backes · Eliantonio(eds.), Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action, 2019, 128-130면 참조.

⁴¹³⁾ Harlow · Rawlings, Law and Administration, 4.ed., 2022, 155-6면 참조.

⁴¹⁴⁾ Elliott, 전게논문, 17면 참조.

⁴¹⁵⁾ Scott, P. F., 전게논문, 5면 참조.

⁴¹⁶⁾ Scott, P. F., 전게논문, 5면 참조.

인 재결에 대한 불복을 금지하는 규정은 법원접근권을 침해하고, 법의 지배에 위반될 소지가 있다고 판단된다.

한편, 전술한 정보조사 행정심판소의 경우에는 비교적 사건 수가 많지 않다.418) 따라서 사건 수 측면에서 보면 특별 행정심판소가 반드시 필요하다고보기는 어렵다.419) 일반법원에서 사법심사를 하더라도 법원에 큰 부담이 되지 않기 때문이다. 다만, 정보조사 행정심판소는 사안의 특수성에 따라 특별행정심판절차의 필요성이 인정되어 사건 수와 관계 없이 전속관할로 설치되었다고 볼 수 있다.

⁴¹⁷⁾ 망명 관련 청구의 연간 신규 사건 수는 2011년 기준 약 1,000건이다. 이에 관하여 Elliott, Through the LookingGlass? Ouster Clauses, Statutory Interpretation and the British Constitution, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper, 4, 2018, 7면 참조.

⁴¹⁸⁾ Scott, P. F., Ouster clauses and national security: judicial review of the investigatory powers tribunal. Public Law, 3, 2017, 7면 참조.

⁴¹⁹⁾ Scott, P. F., 전게논문, 7면 참조.

제4장 시사점

제1절 서론

커먼로 국기420)인 영국에는 사법심사 배제 조항이 존재하고 이에 관한 학계 및 실무의 논의가 있는 반면, 헌법에서 명문으로 재판청구권을 보장하는 대륙법 체계인 우리나라에서는 사법심사 배제 조항이 존재하기 어렵다.421) 그러나 사법통제의 관점에서 행정청의 행정심판 인용재결에 대한 불복 금지에 관한 논의를 검토할 수 있다.422) 또한「행정기본법」의 재심사제도에서 처분유지 결정이 있는 경우 이에 대한 일체의 행정쟁송을 금지하고 있는바, 이러한 불복 금지 규정이 사법심사 배제 조항인지에 관하여 살펴볼 필요가 있다.

우리나라에서 사법심사를 하지 않는 사례로 통치행위를 생각해 볼 수 있다. 그러나 통치행위는 고도의 정치적인 국가행위에 대하여 정치적 책임을 지지 않는 법원이 정치적 정당성 등을 배제한 채 합법성 심사를 강행하여 정책결정을 좌우하지 않겠다는 취지에서 법원 스스로 사법심사를 억제하는 것이다.423) 사법심사를 배제하는 명문의 규정에 의한 것이 아니다. 즉, 남북정상회담 개최,424) 대통령의 긴급재정경제명령425) 등 국가작용의 특수성을 고

⁴²⁰⁾ 영국뿐만 아니라 캐나다, 뉴질랜드, 인도, 싱가포르 등 다수의 커먼로 국가에는 사법심사 배제 조항에 관한 논의가 존재한다. Woolf · Jowell · Donnelly · Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., 2018, 237면 이하, 4-075 이하 참조.

⁴²¹⁾ 헌재 2006. 2. 23. 2005헌가7, 교원징계재심위원회의 재심결정에 대하여 사립학 교법인의 행정소송 제기를 제한하는 교원지위향상을 위한 특별법 제10조 제3항에 대한 위헌판결 등에 대하여 성낙인, 헌법학, 제22판, 2022, 1659면 참조.

⁴²²⁾ 조성규, 행정심판 재결의 기속력과 피청구인인 행정청의 불복가능성, 행정법연구, 제54호, 2018 참조.

⁴²³⁾ 홍정선, 행정법원론(상), 제30판, 2022, 17면 참조.

⁴²⁴⁾ 대법원 2004 3. 26. 선고 2003도7878 판결.

⁴²⁵⁾ 헌법재판소 1996. 2. 29. 93헌마186 결정.

려하여 그 행위가 고도의 정치적인 행위인 경우 사법부가 '통치행위'라는 이론에 근거하여 심사를 자제하는 것이다.426) 행정행위의 내용을 판단하기 전에 사법심사 배제 조항에 의하여 법률로써 정식재판을 받을 권리를 배제하는 것과는 차이가 있다.

제2절 행정심판 피청구인의 인용재결에 대한 불복 금지

Ⅰ. 행정심판의 기능

행정소송은 민사소송과는 달리 재판의 전심절차로 행정심판을 두고 있다. 행정소송은 법원이 행정법상 분쟁에 대하여 심리하는 절차인 것에 반하여, 행정심판은 행정기관이 분쟁을 판단하는 절차이다.427) 행정심판은 헌법 제 107조 제3항에 의하여 재판의 전심절차로써 활용할 수 있고, 필요적 전치의 경우에는 사법절차가 반드시 준용되어야 한다.428)

행정심판은 자기통제와 국민의 권리구제 두 가지 기능이 있다.429) 대법원은 행정소송에서 행정심판을 먼저 거치도록 한 것은 행정관청이 다시 해당처분을 검토하여 시정할 수 있는 기회를 부여함으로써 행정권의 자주성을 존중하고, 아울러 소송사건의 폭주를 피하여 법원의 부담을 줄이고자 하는취지가 있다고 판시한 바 있다.430) 행정처분에 대한 내부적 통제와 법원의

⁴²⁶⁾ 다만, 남북정상회담 개최과정에서 재정경제부장관에게 신고하지 않거나 통일부 장관의 협력사업 승인 없이 대북송금을 한 행위는 헌법상 법치국가의 원리와 법 앞에 평등원칙 등에 비추어 사법심사의 대상이 된다고 판시하였다(대법원 2004 3. 26. 선고 2003도7878 판결), 이에 관하여 홍정선, 행정법원론(상), 제30 판, 2022, 17면 참조.

⁴²⁷⁾ 김동희·최계영, 행정법1, 제26판, 2021, 650면 참조.

⁴²⁸⁾ 최진수, 행정심판 제도의 구조에 관한 고찰, 공법연구, 제43집 제2호, 2014, 188 면 참조.

⁴²⁹⁾ 홍정선, 전게서, 951면 참조.

소송부담 경감을 나타낸 것이다. 또한「행정심판법」제1조에 따르면, 행정심 판은 행정청의 위법 또는 부당한 처분이나 부작위로 침해된 국민의 권리 또 는 이익을 구제하는 것이 목적이므로, 권리구제기능이 있다. 우리나라의 행 정심판은 헌법 제107조 제3항에 따라 사법절차를 준용하여 중립적인 쟁송절 차의 성격을 띄는바, 자기통제보다는 권리구제 기능이 더 강하다고 볼 수 있 다.431)

Ⅱ. 행정심판의 인용재결에 대한 행정청의 불복금지

「행정심판법」제49조는 인용재결이 피청구인과 그 밖의 관계 행정청을 기속한다고 규정한다. 이에 따라 행정심판 인용재결의 기속력에 의하여 피청구인인 행정청이 이를 항고소송 등으로 다툴 수 없다는 것이 통설과 판례의 입장이다.432)433) 기속력 규정이 사실상 인용재결에 대한 행정청의 불복을 금지하고 있는 것이다. 대법원은 행정심판의 내부적 통제기능 및 국민의 신속한권리구제 기능을 언급하면서, 행정청이 행정심판 재결에 대한 항고소송을 제기하는 것은 내부통제를 파괴하는 것이고, 국민의 신속한권리구제를 지연시킨다고 하였다.434) 또한 행정심판법상 기속력 규정에 따라 재결은 피청구인인 행정청을 기속하므로, 이에 따라 처분행정청은 재결의 취지에 따른 처분의무를 부담하게 되고, 이에 불복하여 행정소송을 제기할 수 없다고 판시하

⁴³⁰⁾ 대판 1988. 2. 23. 87누704, 이에 관하여 김동희·최계영, 행정법1, 제26판, 2021, 654면 참조.

⁴³¹⁾ 박정훈, 행정심판 제도의 발전방향 - '사법절차의 준용'의 강화 -, 행정법학, 제 2호, 2012, 8면 참조.

⁴³²⁾ 최진수, 행정심판 제도의 구조에 관한 고찰, 공법연구, 제43집 제2호, 2014, 202 면 각주35 참조.

⁴³³⁾ 기각재결에 대하여는 청구인이 항고소송을 제기할 수 있고, 피청구인인 행정청 이 원처분의 적법성을 인정한 기각재결을 다투는 경우는 상정하기 어려우므로 논의의 대상에서 제외한다.

⁴³⁴⁾ 대법원 1998. 5. 8. 97누15432 판결, 이에 관하여 홍정선, 행정법원론(상), 제30 판, 2022, 1103면 참조.

였다.435)

그러나 이에 대하여 비판적인 견해가 존재한다. 행정심판의 피청구인과 행정심판을 하는 자가 각각 별개의 법주체인 경우 재결은 행정의 자기통제가 아니라 타자통제에 해당한다.436) 또한 행정심판의 준사법절차화로 행정청이 당사자의 지위가 되었음에도 인용재결에 대하여 다툴 수 없는 것은 행정심판을 전심절차로 규정한 헌법 제107조 제3항에 위반될 소지가 있다.437) 행정심판은 행정쟁송 제도로서 국민의 권리구제를 위한 제도이나, 행정심판의 당사자인 행정청의 불복 가능성을 차단하고, 판결에 준하는 종국적인 효력을 인정하는 근거도 불분명하다고 판단된다.438) 즉, 행정심판이 전심절차임에도 인용재결을 피청구인인 행정청이 다투지 못하게 함으로써 종국적인 효력이 발생하고, 인용재결에 고유한 하자가 존재하는 경우에도 이를 행정청이 다툴수 없는 것이다. 이는 법치행정의 관점에서 타당하지 않다. 법치국가에서는 어떠한 국가행위도 헌법과 법률에 근거하여야 하고, 합헌성 및 합법성의 판단은 본질적으로 사법의 권능에 속한다.439) 행정심판의 인용재결에 대하여 행정청도 법원의 최종적 판단을 받을 수 있어야 한다.440)441)

⁴³⁵⁾ 홍정선, 행정법원론(상), 제30판, 2022, 1103면; 홍정선, 행정심판의 피청구인으로서 지방자치단체의 원고적격, 지방자치법연구, 제7권 제1호, 5면 이하 참조.

^{436) 2008}년 「행정심판법」의 개정으로 법제처 주관의 국무총리행정심판위원회가 기능상 독립된 국민권익위원회에 소속되어 행정심판이 '타자통제'에 의한 쟁송절차로 변화하기 시작하였고, 재결청 제도가 폐지되어 중앙행정기관은 그 쟁송절차의 당사자의 지위로 변경되었다. 이에 관하여 박정훈, 행정심판제도의 발전방향 - '사법절차의 준용'의 강화 -, 행정법학, 제2호, 2012, 11면; 홍정선, 전게논문, 17면; 조성규, 행정심판 재결의 기속력과 피청구인인 행정청의 불복가능성, 행정법연구, 제54호, 2018, 153면 참조.

⁴³⁷⁾ 박정훈, 전게논문, 19면 참조.

⁴³⁸⁾ 조성규, 전게논문, 145면 참조.

⁴³⁹⁾ 대법원 2010. 12. 16, 2010도5986 전원합의체 판결.

⁴⁴⁰⁾ 행정청에게 일종의 재판청구권을 인정하는 논의가 필요하다는 견해로 조성규, 전게논문, 148면 참조.

⁴⁴¹⁾ 지방자치단체는 주민, 타 지방자치단체 및 국가와의 관계에서 어느 정도 사인 유사의 독자적·주관적인 지위를 갖는다고 보아 그러한 지위는 법적으로 보호받아야 할 가치가 있다고 보는 견해로 홍정선, 행정심판의 피청구인으로서 지방자

「행정심판법」은 1981년 제5공화국헌법에서 행정심판의 헌법적 근거가 마련되면서 사법절차의 준용이 규정되었고, 국민의 권리구제가 주된 기능으로 떠오르면서 준사법화의 경향이 강화되었다.442) 이러한 과정에서 재결의 기속력 문제가 등장한 것으로 보인다.443) 즉, 재결의 실효성 확보를 위하여 판결의 기판력과 유사한 특수한 효력으로 기속력이 인정된 것이다.444) 재결의 기속력이 인정되는 것과 피청구인인 행정청이 인용재결을 불복할 수 없다는 것은 반드시 연결되어야 하는 것은 아니다.445) 행정청도 위법한 인용재결은 불복할 수 있어야 재결의 합법성을 법원이 통제할 수 있고, 법치행정의 원리에따라 적법한 행정의 테두리 내에서 국민의 권리구제가 이루어져야 한다.446)

한편, 지방자치단체의 고유사무에 대한 인용재결에 따른 직접처분에 대하여 지방자치단체가 권한쟁의심판을 청구하여 불복할 수 있다고 판단한 헌법 재판소 판례가 존재한다.447) 헌법재판소는 지방자치단체의 고유사무에 대한 인용재결에 근거하여 재결청이 한 직접처분이 지방자치단체의 권한을 침해하는지 여부가 문제된 권한쟁의심판 사안에서 지방자치단체의 청구를 허용하고, 직접처분이 인용재결의 범위를 넘어 지방자치단체의 권한을 침해한 것

치단체의 원고적격, 지방자치법연구, 제7권 제1호, 19면 참조.

⁴⁴²⁾ 박정훈, 행정심판제도의 발전방향 - '사법절차의 준용'의 강화 -, 행정법학, 제2 호, 2012, 9면 참조.

⁴⁴³⁾ 조성규, 행정심판 재결의 기속력과 피청구인인 행정청의 불복가능성, 행정법연구, 제54호, 2018, 146면 참조.

⁴⁴⁴⁾ 조성규, 전게논문, 150-151면 참조.

⁴⁴⁵⁾ 조성규, 전게논문, 150-151면 참조.

⁴⁴⁶⁾ 또한, 행정소송법은 행정심판 임의적 전치주의를 채택하고 있는바, 처분의 당사자가 행정심판을 청구한 경우에는 인용재결에 대하여 행정청이 불복할 수 없고, 처음부터 행정소송을 제기한 경우에는 인용판결에 대하여 상소할 수 있다. 이는 처분의 당사자가 어떤 쟁송절차를 선택하였느냐는 우연한 사정에 의하여 불복가능성이 달라지는 결과를 초래하여 불합리하다. 이에 관하여 조성규, 전게논문, 150면 참조.

⁴⁴⁷⁾ 헌법재판소 1999. 7. 22. 선고 98헌라4. 이에 관하여 박정훈, 지방자치단체의 자치권을 보장하기 위한 행정소송, 지방자치법연구, 제1권 제2호, 2001, 21-22면; 박정훈, 행정심판법의 구조와 기능, 행정법연구, 제12호, 2004, 267-269면 참조.

이어서 무효임을 확인하였다. 이는 재결의 부수적 조치인 직접처분에 대하여 재결의 기속력에도 불구하고 지방자치단체가 이에 불복할 수 있음을 전제하 는 것으로 볼 수 있다.448)

Ⅲ. 인용재결 불복 금지에 대한 개선방안

영국은 1심 행정심판소의 재결에 대하여 상급 행정심판소에 의한 제2차행정심판과 행정심판 불복소송 제도를 규정하여 재결에 대한 불복을 인정하고 있다.449) 그러나 정보조사 행정심판소와 같은 특별 행정심판소의 경우 전속관할로서, 법원에 불복할 수 없도록 하는 사법심사 배제 조항을 규정하는 사례가 존재한다.450) 영국 법원은 이에 대하여 재결에 법적 오류가 존재하여권한유월인 경우에는 위 규정에도 불구하고 사법심사가 가능하다고 판시한바 있다.451) 명시적인 불복 금지 규정이 있는 경우에도 법의 지배의 구현을위하여 필요한 경우 예외적으로 사법심사가 가능하다고 판결한 것이다.

불복가능성은 사법절차의 필수적 요소이며,452) 행정쟁송은 권리구제뿐만 아니라 행정의 적법성 통제도 중요한 목적이다.453) 법치행정을 구현하기 위 하여는 행정심판의 인용재결에 위법한 하자가 존재하는 경우 이에 대한 행

⁴⁴⁸⁾ 박정훈, 지방자치단체의 자치권을 보장하기 위한 행정소송, 지방자치법연구, 제 1권 제2호, 2001, 21-22면; 박정훈, 행정심판법의 구조와 기능, 행정법연구, 제12호, 2004, 267-269면 참조.

⁴⁴⁹⁾ 박정훈, 행정심판제도의 발전방향 - '사법절차의 준용'의 강화 -, 행정법학, 제2 호, 2012, 14-16면; 김광수, 영국 행정심판 제도의 운영현황, 공법연구, 제38집 제4호, 2010, 176면 참조

⁴⁵⁰⁾ R (Privacy International) v Investigatory Powers Tribunal [2019] UKSC 22. 이 에 관하여 Harlow · Rawlings, Law and Administration, 4.ed., 2022, 155-156면; Endicott, Administrative Law, 5.ed., 2021, 71-73면 참조.

⁴⁵¹⁾ Harlow · Rawlings, 전게서, 155-156면; Endicott, 전게서, 71-73면 참조.

⁴⁵²⁾ 박정훈, 전게논문, 19면 참조.

⁴⁵³⁾ 조성규, 행정심판 재결의 기속력과 피청구인인 행정청의 불복가능성, 행정법연구, 제54호, 2018, 154면 참조.

정청의 불복이 가능하여야 한다. 통설 및 판례가 행정심판의 기속력 규정에 근거하여 피청구인의 인용재결에 대한 불복을 금지하고 있으므로, 이를 해결하기 위하여 「행정심판법」을 개정하여 명시적으로 행정청의 불복을 허용하는 방법이 가능하다.454) 항고소송이 사인에게 한정된다고 하여 처분청에게 항고소송의 원고적격이 인정되지 않고, 권한쟁의심판을 청구하여야 한다는 헌법학계의 견해가 있으나, 항고소송의 원고적격은 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자로서 이를 사인에 한정하지 않으므로, 국가와 공공단체도 항고소송의 원고적격이 인정된다고 볼 수 있다.455) 또는 행정심판을 심급화하여, 중앙행정심판위원회에 항고심판부를 설치하여 행정청이 불복할 수 있는 상소절차를 마련할 수 있다.456) 행정심판 제도 내에서 인용재결의 위법성을 다툴 수 있는 기회를 부여함으로써 소송보다 신속하게 결론을 내릴 수 있는 장점이 있다.

제3절「행정기본법」상 재심사제도의 처분유지 결정에 대한 불복 금지

Ⅰ. 재심사제도의 처분유지 결정에 대한 불복 금지 규정

'처분의 재심사'란 처분을 행정심판, 행정소송 및 그 밖의 쟁송을 통하여 다툴 수 없게 된 경우라도 일정한 사유가 있는 경우 해당 처분을 한 행정청

⁴⁵⁴⁾ 조성규, 행정심판 재결의 기속력과 피청구인인 행정청의 불복가능성, 행정법연구, 제54호, 2018, 161면; 홍정선, 행정심판의 피청구인으로서 지방자치단체의 원고적격, 지방자치법연구, 제7권 제1호, 2007, 18면 참조.

⁴⁵⁵⁾ 박정훈, 지방자치단체의 자치권을 보장하기 위한 행정소송, 지방자치법연구, 제 1권 제2호, 2001, 지방자치법연구, 제1권 제2호, 2001, 22면, 각주25; 박정훈, 행정심판법의 구조와 기능, 행정법연구, 제12호, 2004, 267-269면 참조.

⁴⁵⁶⁾ 박정훈, 행정심판 제도의 발전방향 - '사법절차의 준용'의 강화 -, 행정법학, 제 2호, 2012, 19면; 조성규, 전게논문, 143면 이하 참조.

에 처분을 취소·철회하거나 변경하여 줄 것을 신청하는 제도이다.457)「행정기본법」은 불가쟁력이 발생한 처분에 대하여도 국민의 권리구제를 도모하기위해 재심사제도를 도입하였다.458) 재심사 신청의 대상은 제한적으로 인정되는바, 제재처분 및 행정상 강제 등은 포함되지 않는다. 재심사 신청의 사유는 처분의 근거가 된 사실관계 또는 법률관계가 추후에 당사자에게 유리하게 바뀐 경우, 당사자에게 유리한 결정을 가져다주었을 새로운 증거가 있는 경우, 민사소송법 제451조 재심사유에 준하는 사유가 발생한 경우 등 대통령령으로 정한 사유가 있는 경우에만 가능하다.

「행정기본법」상 재심사제도에는 처분의 유지결정이 있는 경우 일체의 행정쟁송을 금지하는 규정이 존재한다. 「행정기본법」 제37조 제5항은 "제4항에 따른 처분의 재심사 결과 중 처분을 유지하는 결과에 대해서는 행정심판, 행정소송 및 그 밖의 쟁송수단을 통하여 불복할 수 없다."라고 규정하여, 재심사신청이 기각된 경우에는 그 결과를 더는 다툴 수 없도록 규정하였다. 행정기본법안 제정이유서에 따르면, 불필요한 쟁송을 방지하고, 처분유지결정의행정쟁송청구로 인한 행정청의 부담을 완화하는 것이 그 입법 취지이다.459)행정기본법 조문별 해설에 따르면, ① 원처분 유지 결정은 국민의 권리 및의무에 아무런 변동이 없고, ② 처분의 재심사제도는 원처분을 다툴 수 없는경우 예외적으로 재심사를 허용하는 것이므로, 그 불복을 제한한다고 하더라도 더 불리한 결과를 초래하지 않는다는 입법정책적 고려가 있었다.460)

^{457) 「}행정기본법」제37조 제1항, 이에 관하여 홍정선, 행정법원론(상), 제30판, 2022, 958면 참조.

⁴⁵⁸⁾ 김동균, 행정기본법상 재심사제도의 입법적 과제, 공법연구, 제49집 제4호, 2021, 141면 이하 참조.

⁴⁵⁹⁾ 법제처, 행정기본법안 조문별 제정이유서, 2020, 112면; 이은상, 처분 재심사 제도의 적정한 운영과 개선 방향, 사법, 제1호 제58권, 2021, 30면 참조.

⁴⁶⁰⁾ 법제처 행정법제 혁신 추진단, 행정기본법 조문별 해설, 2021, 167-168면; 이은 상, 전게논문, 31면 참조.

Ⅱ. 불복 금지 규정이 재판청구권을 침해하는지 여부

처분의 재심사에서 처분유지 결정이 내려진 경우 일체의 불복을 금지한 규정은 일응 사법심사 배제 조항으로 보인다. 이에 대하여 재판청구권을 침해하는지 여부가 문제된다. 재심사 결정에 대한 행정쟁송 허용 규정을 마련하는 입법론은 별론으로 하고,461) 현행 법령 하에서 사법심사가 가능한지 여부를 살펴본다.

동법 제37조 제5항은 재심사에서 처분을 유지하는 결정이 내려진 경우 행정심판, 행정소송 및 그 밖의 쟁송수단을 통하여 불복할 수 없다고 규정하고 있다. 처분유지 결정에 대하여 행정쟁송 등 일체의 불복을 허용하지 않는 경우 재판청구권 침해 등으로 위헌의 소지가 있다.462) 이에 대하여 사정변경으로 인한 처분취소 신청의 거부처분이 있는 경우 취소신청 거부처분 취소소송으로 다투는 방안을 병행할 수 있고,463) 동법 제37조 제6항은 행정청의 직권취소와 철회는 처분의 재심사에 의해 영향을 받지 않는다고 규정하므로, 엄밀하게 완전한 사법심사 배제 조항이라고 보기는 어렵다고 판단된다. 즉, 재심사제도의 처분유지 결정에 대한 불복 금지 규정은 정식재판 기회를 배제하여 재판청구권을 실질적으로 침해하는 규정으로 볼 수 없다.

⁴⁶¹⁾ 재심사의 처분유지 결정에 법적 오류가 존재하는 경우에 대하여 행정쟁송으로 다툴 수 없는 점은 재심사 결정에 대한 행정쟁송을 직접 허용하는 입법으로 해결이 필요하다.

⁴⁶²⁾ 박정훈, 「행정기본법」과 행정법학의 과제 - 인식·운용·혁신, 행정법이론실무학회 제260회 정기학술발표회 자료집, 2021, 11면; 김유환, 행정기본법 제정 및행정절차법 개정에 대한 평론 - 행정법이론체계에 대한 함의와 입법적 과제 -, 행정법연구, 제68호, 2022, 25면 참조.

⁴⁶³⁾ 조리상 신청권의 범위를 확대하고, 행정청의 재량이 0으로 수축하거나 취소 또는 철회의 거부가 재량권남용이 되는 경우에는 거부처분 취소소송을 인용할 필요가 있다. 이에 관하여 박정훈, 전게논문, 11-12면 참조.

제4절 소결

우리나라는 헌법상 재판청구권을 보장하므로, 영국과 같이 재판청구권을 전면적으로 배제하는 사법심사 배제 조항은 찾아보기 어렵다. 다만, 행정심 판 인용재결에 대한 피청구인인 행정청의 불복청구에 대하여는 통설과 판례 가 기속력 규정에 의하여 금지하고 있다. 법치행정의 관점에서 인용재결에 위법한 하자가 있는 경우에는 피청구인이 이를 불복하는 항고소송을 제기할 수 있다고 보아야 한다. 행정심판 재결의 실효성을 확보하기 위한 기속력 조 항에 의하여 행정청이 항고소송을 제기할 권리를 박탈하는 것이 당연하다고 보기 어렵다.464)

영국은 의회주권에 의하여 행정심판소의 재결에 대한 불복 금지 조항 등 사법심사 배제 조항을 입법하였다. 그럼에도 불구하고 영국 법원은 그 재결 에 권한유월의 하자가 있는 경우 법의 지배를 구현하기 위하여 사법심사가 가능하다고 판시하였다. 우리의 행정쟁송 체계에서도 피청구인인 행정청이 인용재결을 불복할 수 있도록 적극적인 해석 또는 입법적 해결이 요구된다 고 생각한다.

⁴⁶⁴⁾ 조성규, 행정심판 재결의 기속력과 피청구인인 행정청의 불복가능성, 행정법연구, 제54호, 2018, 150면 참조.

제5장 요약 및 결어

제1절 요약

본 연구는 영국법상 사법심사 배제 조항의 유형, 주요 사례 및 관련 이론을 중심으로 검토한 것이다. 이를 통해 우리의 사법심사 제한에 관한 논의를살펴보고, 특히 행정심판 인용재결에 대한 행정청의 불복 금지에 대한 비판점을 법치행정의 관점에서 검토하여 시사점을 찾아보고자 하였다.

종래 영국은 다이시의 법의 지배에 의하여 행정쟁송 수단이 미비하였다. 일반 행정기관의 공무원의 권한유월에 대하여는 통상적 구제수단인 민사소 송 절차를 따랐고, 국왕 및 그 소속 행정기관에 대하여는 중앙법원의 대권적 구제수단이 인정되었다. 19세기 후반 이후 복지행정 등이 증가하면서 행정심 판소가 설치되고, 국왕의 행정기관에 대한 대권적 구제수단과 일반 행정기관 에 대한 통상적 구제수단이 일원화된 사법심사 청구소송 제도가 신설되면서 국민이 행정기관의 행위를 다툴 수 있는 별도의 행정구제 수단이 등장하였 다.

행정심판이 법률상 규정된 경우에는 행정심판부터 청구하여야 하고, 재결에 대한 불복은 행정심판 불복소송을 제기하여야 한다. 행정심판 규정이 없는 경우에는 사법심사 청구소송을 제기할 수 있었다. 이 과정에서 의회는 행정심판에 관한 법률에서 재결에 대한 행정심판 불복소송을 금지하는 규정을 두거나, 행정기관의 행정작용 자체에 대한 불복 금지 규정을 두는 경우가 발생하였다. 영국 의회는 의회주권에 따라 사법심사를 배제하는 조항을 입법하였고, 법원은 법의 지배를 구현하기 위하여 이를 제한적으로 해석하여 행정의 적법성을 통제하였다. 이러한 의회와 법원 사이의 갈등에서 사법심사 배제 조항에 관한 논의가 대두되었다.

사법심사 배제 조항은 행정기관의 결정, 행정심판소의 재결 등 행정작용에

대하여 법원의 사법심사를 제한하는 규정이다. 의회는 법원의 감독권을 제한하여 행정기관의 결정이 번복되지 않고 최종적 효력을 가지도록 의도하였다. 이러한 사법심사 배제 조항의 유형으로는 먼저 법률규정상 용어에 따른 구분으로는 최종성 조항, 불복 금지 조항, 취소명령 금지 조항, 소송금지 조항, 심사금지 조항, 결정적 증거 조항이 있다. 법률상 명시적으로 행정기관의 결정이 불변이라는 의미의 문구가 포함되어 있는 것이 특징이다. 다음으로 대안적 구제수단에 따른 구분으로는 개별법상 구제수단이 있는 경우, 배타적 커먼로 구제수단을 적용해야 하는 경우가 있다. 별도의 사법심사 수단이 마련된 것이어서 이러한 유형에서는 법원의 사법심사가 허용되지 않는다. 끝으로 인권법의 영향으로 '재판받을 권리'가 대두되어 사법심사 배제 조항이 제한적으로 해석될 수 있다.

사법심사 배제 조항이 존재함에도 불구하고 행정에 대하여 불복한 사례는 행정기관의 집행적 기능에 대하여 불복한 사안과 행정심판소의 사법적 기능에 대하여 불복한 사안으로 나누어 볼 수 있다. 법원은 결정적 증거 조항이 규정된 경우와 대안적 구제수단이 마련된 경우를 제외하고는 대부분 사법심사가 가능하다고 판시하였다. 즉, 대부분의 주요 사례에서 법원은 행정기관의 결정이 권한유월인 경우에는 무효이고 사법심사가 가능하다고 판시하여법의 지배를 구현하고자 하였다.

이처럼 사법심사 배제 조항은 대부분 그 효력에 한계가 인정되었다. 이에 관하여 포시스 교수의 권한유월 이론은 행정기관의 결정에 법적 오류 등이 존재하여 권한유월인 경우에는 그 결정은 무효이므로 결정에 대한 사법심사를 배제하는 조항은 적용되지 않는다고 하였다. 이에 법원접근권을 보장하는 내용이 결부되어 수정된 권한유월 이론이 나타났다. 로버트 크레이그 교수는 입법자의 의도를 파악해야 한다는 입법의도 해석 이론을 주장하였다. 행정기관의 기능은 집행 기능과 사법 기능으로 나뉘는데, 입법자는 권력분립 원칙에 의하여 전자에 대한 법원의 감독은 허용하나, 후자에 대하여는 법원이 개입하지 않아야 한다는 것이 입법자의 의도라는 것이다. 포시스 교수에 의하면 행정기관의 기능에 관계없이 권한유월이 인정되는 경우 모두 법원의 사

법심사가 가능하나, 로버트 크레이그 교수에 의하면 행정기관의 기능이 집행적 기능인 경우에만 사법심사가 가능하다는 점에서 차이가 있다.

한편, 법원이 명시적 사법심사 배제 조항이 존재함에도 사법심사를 하는 경우 결정이 권한유월이어서 무효임이 전제되어 있으므로, 심사강도가 약한합리성 심사기준에 의하여 판단하더라도 결정은 무효가 될 가능성이 높다. 또한 의회는 사법심사를 제한하기 위한 방안으로 행정심판 제도를 활용하였다. 행정기관의 결정의 성격을 고려하여 공익을 고려하는 결정의 경우 정보조사 행정심판소와 같이 특별한 행정심판소가 필요함을 강조하는 견해가 있고, 사건 수를 고려하여 그 수가 많은 영역에서는 행정심판소를 활용할 필요가 있다고 주장하는 견해가 있다.

시사점으로는 우리의 사법심사 제한에 관한 논의를 살펴보았다. 커먼로 국가인 영국과 달리 대륙법계인 우리나라는 헌법상 재판청구권이 보장되어 정식재판의 기회를 배제하는 사법심사 배제 조항은 찾아보기 어려우나, 행정심판 인용재결에 대한 피청구인인 행정청의 불복 금지에 대하여 법치행정의관점에서 불복을 허용할 필요가 있다. 한편, 「행정기본법」상 재심사제도의처분유지 결정에 대한 불복 금지 규정에 대하여는 처분의 직권취소를 신청하고 이를 거부하는 경우 거부처분 취소소송으로 다툴 수 있는 방법이 병행가능하다는 점에서 실질적으로 재판청구권을 침해하는 규정은 아니라고 판단된다.

제2절 결어

영국에서는 사법심사 배제 조항의 해석을 둘러싸고 의회와 법원의 갈등이 있었다. 법원은 법의 지배 구현을 위하여 위법한 행정작용을 통제하고, 국민의 법원접근권을 보장한다는 것을 근거로 사법심사 배제 조항의 효력을 제한적으로 해석하였다. 법원은 이러한 사법심사를 수행하면서 행정기관에 대

한 감독권을 확보할 수 있었다. 한편, 의회는 정부를 통해 정책을 추진함에 있어 법원에 의해 결정이 번복되는 것을 피하고자 하였고, 전문성을 갖춘 행정심판소를 활용하여 법원의 사법심사를 배제하고자 하였다. 심지어 무효인결정에 대하여도 명시적으로 사법심사를 배제하려는 입법을 시도하였으나, 거센 반발로 인하여 철회하였다.

국민으로서는 행정기관의 행정작용을 대상으로 한 행정심판청구가 기각되면, 행정 내부의 통제보다는 법원 등 다른 기관의 판단을 받고자 하므로, 이러한 불복을 방해받는 경우 재판청구권의 침해도 주장하게 되었다. 최근 영국 대법원은 프라이버시 인터내셔널 판결에서는 4:3으로 불복 금지 조항에도불구하고 행정심판소의 권한유월 결정에 대한 사법심사가 가능하다는 판결을 선고하였다. 의회주권과 법의 지배를 내세운 법원 감독권 사이의 다툼이계속되는 과정에서 중요한 점은 해당 결정의 적법성이 통제되어 합법적인질서 내에서 행정작용이 이루어지도록 하는 것이다.

우리나라는 커먼로 국가인 영국과 달리 헌법상 명시적으로 재판청구권이 보장되므로, 의회가 정식재판 기회를 배제하는 입법을 하는 경우 위헌이 될 소지가 크고, 사법심사 배제 조항을 규정하는 예는 찾아보기 어렵다. 그러나 사법통제의 관점에서 행정심판 인용재결에 대한 행정청의 불복을 금지하는 것에 대하여 비판적인 검토가 가능하다. 즉, 영국의 법의 지배 원리에 상응 하는 우리의 법치국가 원리에서 행정청이 위법한 인용재결을 다툴 수 있는 방안을 모색할 필요가 있다. 이로써 모든 국가행위가 합헌적이고 합법적인 범위 내에서 이루어질 수 있고, 법치행정을 실현할 수 있을 것이다.

참고문헌

I. 국내문헌

1. 단행본

김동희·최계영, 행정법1, 제26판, 박영사, 2021.

김유환, 현대 행정법, 제7판, 박영사, 2022.

김종보, 행정법 입문, 피데스, 2022.

김철용, 행정절차와 행정소송, 피앤씨미디어, 2017.

박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005.

, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2006.

성낙인, 헌법학, 제22판, 법문사, 2022.

하명호, 행정법, 제4판, 박영사, 2022.

홍정선, 행정법원론(상), 제30판, 박영사, 2022.

2. 논문

- 김광수, 영국 행정심판 제도의 운영현황, 공법연구, 제38집 제4호, 2010, 159-181면.
- _____, 행정심판 제도의 현황과 발전방향, 행정법연구, 제43호, 2015, 111--137면.
- 김광수·박정훈, 행정심판·행정소송·행정절차 제도의 조화방안 연구, 국민 권익위원회 최종보고서, 2012.
- 김대인, 행정심판제도의 일원화에 대한 고찰 중앙행정심판위원회와 시· 도행정심판위원회간 관계를 중심으로 -, 공법학연구, 제19권 제1호, 2018, 39-368면.
- 김동균, 행정기본법상 재심사제도의 입법적 과제, 공법연구, 제49집 제4호,

- 2021, 139-165면.
- 김민호·김현경, 특허심판 전치의 필요성과 제도개선에 관한 연구, 성균관법 학, 제29권 제4호, 2017, 31-62면.
- 김선욱, 영국행정심판 제도에 관한 연구, 서울대학교 석사학위논문, 2012.
- 김유환, 행정기본법 제정 및 행정절차법 개정에 대한 평론 행정법이론체계 에 대한 함의와 입법적 과제 -, 행정법연구, 제68호, 2022, 1-46면.
- _____, 행정법 해석의 원리와 해석상의 제문제, 법철학연구, 제6권 제1호, 2003, 237-260면.
- 김일환, 필요적 전심절차로서 특허심판제도의 법제정비방안에 관한 연구, 성 균관법학, 제30권 제2호, 2018, 1-38면.
- 김재선, 영국 행정심판 통합사례에 관한 연구, 공법학연구, 제19권 제1호, 2018, 491-512면.
- 김종보, 무효인 행정행위의 법적 효과, 행정법연구, 제62호, 2020, 1-25면.
- ______, 행정법학의 개념과 그 외연(外延) 제도중심의 공법학방법론을 위한 시론(試論)-, 행정법연구, 제21호, 2008, 1-22면.
- 김종철, 다이시의 법사상과 정치사상 그 상호관련성에 주목하여, 법철학연구, 제7권 제2호, 2004, 39-62면.
- _____, 영국 입헌주의의 본질과 특색, 공법연구, 제30집 제1호, 2001, 97-114면
- _____, 전환기의 영국 헌법과 민주주의, 공법연구, 제28집 제3호, 2000, 199-219면.
- 김현주, 실효적이고 공백 없는 권리보호의 행정소송, 법조, 제69권 제1호, 2020, 34-63면.
- 박성용, 영국 정부의 사법심사 청구 제도 개혁안에 대한 소고, 입법학연구, 제12집 제1호, 2015, 109-142면.
- 박재윤, 행정기본법 제정의 성과와 과제 처분관련 규정들을 중심으로 -, 행정법연구, 제65호, 2021, 1-31면.
- 박정훈, 거부처분과 행정소송 도그마틱의 분별력·체계성과 다원적 비교법의 돌파력 -, 행정법연구, 제63호, 2020, 1-34면.
- _____, 불확정개념과 판단여지, 행정작용법(中凡 김동희 교수 정년기념논문 집), 박영사, 2005, 250-270면.

- , 지방자치단체의 자치권을 보장하기 위한 행정소송, 지방자치법연구. 제1권 제2호, 2001, 1-26면. 「행정기본법」과 행정법학의 과제 - 인식·운용·혁신 - 행정법이론 실무학회, 제260회 정기학술발표회 자료집, 2021, 1-16면. , 행정심판법의 구조와 기능, 행정법연구, 제12호, 2004, 241-272면. , 행정심판 제도의 발전방향 - '사법절차의 준용'의 강화 -, 행정법학, 제2호, 2012, 5-28면. 백종인, 성제 김학수박사 화갑기념호 : 영국의 행정구제 제도 - 대권적 구제 제도를 중심으로 -, 법학연구, 제12호, 1985, 155-180면. 서보국, 행정심판 제도의 기능과 책임성 강화에 대한 고찰, 법학연구, 제28 권 제3호, 2020, 101-124면. 손태호, 행정소송상 법해석의 행정존중에 관하여 - 영미법상 논의를 중심으 로 -, 서울대학교 석사학위논문, 2015. 안동인, 영국법상의 공·사법 이워체계에 관한 연구 : 사법심사 청구 제도와 관련하여, 서울대학교 박사학위논문, 2009. _____, 영국법상 신뢰보호원칙에 대한 연구 - 다원적 법비교를 통한 우리나 라 판례의 비판적 검토 -, 서울대학교 석사학위논문, 2004. , 영국의 행정심판 제도 개혁에 관한 소고, 공법연구, 제38집 제1호 제2권, 2009, 237-263면. 유진식, 헌법 제107조 제3항이 규정하고 있는 '준사법절차'의 의미 - 헌재
- 유진식, 헌법 제107조 제3항이 규정하고 있는 '준사법절차'의 의미 헌재 2000.6.1, 98헌바8, 헌재2001.6.28. 2000헌바30 결정을 소재로 하여 -, 공법학연구, 제13권 제4호, 2012, 393-422면.
- 윤세창, 영국행정법의 특수성, 법학행정논집, 제19권, 1981, 81-122면.
- 이상학, 행정기본법 제정안의 평가와 주요쟁점 검토, 공법학연구, 제21권 제4호, 2020, 179-221면.
- 이원우, 21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제, 행정법연구, 제48호, 2017, 83-112면.
- 이은상, 처분 재심사 제도의 적정한 운영과 개선 방향, 사법, 제1호 제58권, 2021, 3-37면.
- 이일세, 영국 행정심판 제도의 변혁에 관한 고찰, 공법연구, 제39집 제3호, 2011, 499-530면.
- _____, 행정심판의 재결에 대한 행정소송 원처분주의를 중심으로-, 강원

- 법학, 제44호, 2015, 563-607면.
- 조성규, 행정기본법상 '처분의 재심사' 규정의 법적 쟁점, 행정법학, 제21호, 2021, 65-101면.
- _____, 행정심판 재결의 기속력과 피청구인인 행정청의 불복가능성, 행정법 연구, 제54호, 2018, 143-169면.
- 최계영, 행정소송의 제소기간에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2008.
- 최명지, 공법상 공익소송의 원고적격에 관한 연구-영국과 미국을 중심으로-, 서울대학교 박사학위논문, 2021.
- 최선웅, 행정소송에서의 재량행위에 대한 사법심사사유, 행정법연구, 제59호, 2019, 17-61면.
- _____, 행정심판의 기능, 행정법연구, 제38호, 2014, 113-136면.
- ______, 행정심판의 헌법상 근거 헌법 제107조 제3항의 해석을 중심으로 -, 행정법연구, 제44호, 2016, 43-69면.
- 최영규, 행정심판의 기능과 심판기관의 구성 '행정심판의 사법화'에 대한 이론 -, 행정법연구, 제42호, 2015, 49-77면.
- 최유신, 행정행위 재심사제도 연구 독일연방행정절차법 제51조를 중심으로 -, 서울대학교 석사학위논문, 2006.
- 최지현 외 5인, 헌법상 재판청구권의 보장을 위한 행정구제 법제의 설계 -심급제와 행정심판 전치를 중심으로 -, 법조, 제69권 제6호, 2020, 40-83면.
- 최진수, 행정심판 제도의 구조에 관한 고찰, 공법연구, 제43집 제2호, 2014, 181-210면.
- 한성민, 영국 인권법이 사법심사 청구소송에 미친 영향에 대한 연구, 서울대학교 석사학위논문, 2018.
- 허이훈, 영국법상 행정재량의 사법통제에 관한 연구, 서울대학교 석사학위논 문, 2019.
- 홍정선, 행정심판의 피청구인으로서 지방자치단체의 원고적격, 지방자치법연구, 제7권 제1호, 2007, 3-27면.

3. 기타자료

- 법제처, 행정기본법안 조문별 제정이유서, 2020.
- 법제처 한국법제연구원, 법치행정의 완성과 국민 권리보호를 위한 행정기본 법 제정안 공청회 자료집, 2020.

법제처 행정법제 혁신 추진단, 행정기본법 조문별 해설, 2021.

Ⅱ. 국외문헌

1. 단행본

- A. Denning, Freedom under the Law, Stevens, 1949.
- A. V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, with Introduction by E.C.S. Wade, 10.ed., Macmillan, 1959.
- Carol Harlow Richard Rawlings, Law and Administration, 4.ed., Cambridge, 2022
- Chris Backes Mariolina Eliantonio(eds.), Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action, Hart Publishing, 2019.
- Christopher Forsyth(ed.), Judicial review and the Constitution, Oregon, Hart Publishing Oxford and Portland, 2000.
- Christopher Forsyth · Ivan Hare(eds.), The Golden Metwand and the Crooked Cord Essays on the Public Law in Honour of Sir William Wade QC, Oxford University Press, 1998.
- Harry Woolf · Jeffery Jowell · Catherine Donnelly · Ivan Hare, De Smith's Judicial Review, 8.ed., Sweet&Maxwell, 2018.
- Hewart of Bury, The New Despotism, London, Ernest Benn Limited, 1929.
- Jean-Bernard Auby, Public/Private, Peter Cane · Herwig C. H. Hofmann · Eric C. IP · Peter L. Lindseth(eds.), The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law, Oxford University Press, 2021.
- Joanna Bell, The Anatomy of Administrative Law, Hart Publishing, 2020.

- Linda Pearson · Carol Harlow · Michael Taggart, Administrative Law in a Changing State(Essays in Honour of Mark Aronson), Oregon, Hart Publishing Oxford and Portland, 2008.
- Michael Fordham, Judicial Review Handbook, 4.ed., Hart Publishing, 2004.
- Paul Craig, Administrative Law, 9.ed., Sweet&Maxwell, 2021.
- _______, Public law and democracy in th United Kingdom and the United States of America, Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1990.
- Paul Daly, Understanding Administrative Law In The Common Law World, Oxford, 2021.
- Peter Leyland · Gordon Anthony, Administrative Law, 7.ed., Oxford University Press, 2013.
- Timothy Endicott, Administrative Law, 5.ed., Oxford, 2021.
- W. A. Robson, Justice and Administrative Law: A Study of the British Constitution, 3.ed., Stevens, 1951.
- William Wade, Constitutional Fundamentals, Stevens & Sons, London, 1980.
- William Wade · Christopher Forsyth, Administrative Law, 11.ed., Oxford University Press, 2014.

2. 논문

- De Smith. S. A., Judicial Review in Administrative Law: The Ever-Open Door. The Cambridge Law Journal, 27(2), 1969, pp. 161-166.
- Joanna Bell, Rethinking the Story of Cart v Upper Tribunal and Its Implications for Administrative Law, Oxford Journal of Legal Studies, 39(1): 74, 2019, pp. 74-99.
- Joe Tomlinson, Beyond the end of ouster clause history?, SSRN 3450114, 2019, pp. 1-19.
- Mark Elliott, Through the Looking-Glass? Ouster Clauses, Statutory Interpretation and the British Constitution, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper, 4, 2018, pp. 1-21.

- ______, Tribunal Justice and Proportionate Dispute Resolution, The Cambridge Law Journal, 71, 2012, pp. 297-324.
- Robert Craig, Ouster clauses, separation of powers and the intention of Parliament: from anisminic to privacy international, Public law, 4, 2018, pp. 570-584.
- Scott, P. F., Ouster clauses and national security: judicial review of the investigatory powers tribunal. Public Law, 3, 2017, pp. 355-362.

3. 기타자료

영국 사법부 홈페이지, 법원 및 행정심판소의 체계, https://www.judiciary.uk 영국 정보통신본부 홈페이지, 정보기관 안내, https://www.gchq.gov.uk

Abstract

A Study on the Ouster Clause in the UK

DO EUN-JUNG
School of Law, Administrative Law
The Graduate School
Seoul National University

The ouster clause in the United Kingdom has ousted the power of the courts to review decisions of the public body based on parliamentary sovereignty. The legislature has precluded appealing against decisions of public authority or the administrative tribunal. Nevertheless, the courts have resisted the ouster clause and reviewed decisions to preserve the rule of law.

The ouster clause is an issue conflicting between parliamentary sovereignty and the supervision power of the courts. The courts have accepted the provision of the time-limited clause that partially restricted judicial review but strongly resisted the provision that totally excluded the judicial review. The ouster clause includes a finality clause, no certiorari clause, conclusive evidence clause, etc. according to the terminology in the Act. The courts have carried out a judicial review on grounds of ultra vires, except the conclusive evidence clause. On the other hand, judicial review has not been conducted where statutory remedies were provided. After that with the

enactment of the Human Rights Act and the emergence of access to court,

the courts have interpreted to limit the effect of the ouster clause.

The courts have held that the courts could conduct a judicial review if the

public body commits ultra vires in during the course of the decision. Also,

the courts have construed that intention of Parliament was not to preclude

judicial review in case of the decision of the public authority was in excess

of jurisdiction. Notwithstanding the weak intensity of review, the ouster

clause cases have been highly likely to be quashed if the decisions are void

on account of ultra vires. Accordingly, Parliament has sought to preclude

judicial review by the courts through legislation on the Administrative

Tribunal System. In particular, the judicial tribunal has been intended to be

used in areas where the public interest had to be professionally considered, or

where there were a large number of cases.

In the case of Korea, it is difficult to find the ouster clause because access

to justice is a fundamental right guaranteed by constitutional law. But it may

be examined that the public authority could appeal to the decisions of the

administrative tribunals in the light of rule of law despite case law. Since the

remedies must be applied within the principle of rule of law. It is required

that the public body could appeal the defect in the decisions of tribunals in

relation to the legality of administration.

Keywords: ouster clause, ultra vires, judicial review, the Administrative Tribunal

System in the UK, administrative appeals prior to a judicial trial,

parliamentary sovereignty, rule of law

Student number: 2021-29939

- 105 -