

行政決定過程에 대한 司法的統制

徐 元 宇

(서울대학교 法科大學教授)

1. 序 言

現代의 行政活動의 특징은 그것이 반드시 언제나 단순한 法の 具體化·執行의 형태로 행해지는 것이 아니라는 데 있다. 현대의 社會國家에 있어서의 社會形成行政의 많은 部分은 이미 단순한 法の 執行을 위한 行政府의 意思表示라는 형태로 행해지는 것이 아니라 行政組織내부에 있어서 目標設定→政策決定→調査→審議會의 諮問→計劃策定→內部基準의 設定→利害關係人의 聽聞→稟議→決定案의 作成→決裁→具體的인 行政決定(規則 또는 行政處分)이라고 하는 복잡한 段階的인 過程을 거쳐 終局判斷이 漸進的으로 形成되어가는 짜임새로 되어있는 경우가 많다. 그리하여 이러한 行政의 實體를 反映하여 現代의 行政訴訟에 있어서는 단지 單體的인 行政行爲가 法律의 要件에 適合한가 어떤가라고 하는 단순한 法律問題만이 爭點이 되는 것이 아니라 오히려 이상과 같은 복잡한 複合的인 行政過程자체가 包括的인 형태로 審理의 대상이 되어 그 適否가 訴訟에서 다루어지는 경우가 많아져 가고 있다.

그러나 한편 돌이켜 생각해 볼 것 같으면 이러한 行政過程은 본래 法이 豫定하는 法 內容의 忠實한 具體化하기 보다는 오히려 公益實現을 위한 積極的인 政策創造의 過程이라 할 수 있는 것이다. 現代의 法律이 往往 이러한 行政過程에 地域住民이나 職能의 利害關係人의 參加를 요구하고 있는 것은 바로 이러한 過程이 行政의 政策의 判斷形成過程임에 착안하여 그 民主化를 도모하고 전통적인 議會制民主主義의 空洞化를 地域의 住民自治라든가 職能民主主義에 의해 補正시키려는 의미를 가지는 것으로 이해하여야 할 것이다. 이러한 점에서 現代의 行政過程은 機能的으로 보는 限, 이미 순수한 法の 執行作用이 아니라 法の 實現과 住民 기타 利害關係者의 參加에 의한 自律的創造의 混合過程으로서의 性格을 지니는 것이라 할 수 있다.

한편, 現代의 行政은 行政行爲이외에 行政計劃, 行政指導, 私法의 形態에 의한 經濟介入, 公共事業이나 公共施設의 設置등 多種多樣한 形式으로 行政活動을 展開하고 있으며, 國民

生活나 구석구석에 까지 크게 浸透하고 있다. 또한, 事實上으로도나 法律上으로도 복잡하게 얽혀서있는 現代社會에 있어서는 하나의 行政措置는 직접적인 當事者외에 第三者의 生活에도 널리 그리고 복잡하게 심각한 영향을 미치는 경우가 적지 않다. 이와 같이 行政構造가 變化한 現代社會에 있어서는 權利意識에 눈을 뜬 국민이 자기의 生活에 중대한 관련이 있는 行政活動의 適否에 대해서 多大한 관심을 가지게 되며, 그것을 行政廳의 獨自의인 公益判斷에만 내어맡길 수 없는 것으로 意識함은 오히려 당연한 일이라 할 수 있다. 抽象的인 公益問題는 行政廳의 專決的判斷事項이며 行政組織의 內部的인 事項이라고하는 在來의 思考方式은 再檢討되지 않으면 아니되는 것이다. 現代社會에 있어서는 行政訴訟은 國民生活을 違法한 行政活動으로부터 지키기 위한 制度로서 국민들의 期待에 부응하기 위해서는 行政活動에 의하여 權利侵害 내지 法的利益이 侵害되었다고 주장하는 直接相對方뿐만 아니라, 事實上的 利益까지도 포함하여 “法的으로 保護할만한 價値가 있는 利益”의 保護를 구하는 제 3자에게도 널리 抗告訴訟의 제기가 인정되지 않으면 아니된다는 것이 최근의 法制動向이라 할 수 있다.⁽¹⁾ 즉, 그것이 순수한 個人에 관련된 利益이건, 多數人에 共通되는 이른바 集團의 利益이건 가릴 필요는 없는 것이라 할 것이다. 만일 個人的權利侵害를 가져오는 行政行爲의 예로서 抗告訴訟에서 다룰 수 없다고 한다면 오늘날 國民生活을 좌우하는 중대한 行政活動의 대부분은 裁判의 對象조차 될 수 없게 되어 司法審査의 範圍밖으로 放置되어 버리는 결과를 가져올 것이다.

그러나 이상과 같이 多種多樣한 問題에 대한 國民의 不平不滿이 行政訴訟의 형식으로 法院에로 제기되게 되면 다음의 중요한 課題는 이러한 새로운 狀況에 대하여 法院은 어떻게 對應해야 할 것인가의 문제라 할 것이며, 보다 일반적으로는 現代國家에 있어서의 行政權과 司法權의 關係에 대한 行政法學의 새로운 視角이 크로즈업하게 되는 것이다.⁽²⁾

本稿는 이상과 같은 問題意識에 입각하여 現實的으로 발생하는 多種多樣한 行政處分——특히 行政過程에 대한 行政訴訟에 있어서 法院은 어떠한 視角에서 그 本案을 審理하는 것이 合理的인가——구체적으로 말하자면 法院은 각 爭點에 대하여 始審的인 實體形成方式에 의한 審理를 할 것인가, 혹은 事後審的인 監視方法을 堅持할 것인가——에 관하여 고찰함으로써 行政過程이라는 觀念으로 特徵지워지는 現代國家에 있어서의 行政機能擴大에 對應할

(1) 西獨에서는 抗告訴訟에 있어서의 訴의 利益의 問題는 일반적으로 公權論의 一部로서 論議되고 있거니와 최근에 와서는 客觀法違反과 主觀法(公權) 侵害와의 區別그자체가 의문스럽다는 見解가 나타나고 있다. 그리고, 최근의 公權論의 研究者 Henke가 違法한 行政過程이 市民의 利害事項에 관련되는 경우에는 市民에게 違法한 行政의 除去를 청구할 公權이 발생한다고 주장하는 것은 결국, 違法行爲에 의한 事實上的 不利益을 重視하는 것으로 이해할 수 있으며, 결과적으로는 本文의 立場과 一致하는 주장이라 할 수 있다. Henke, Das Subjektive öffentliche Recht, S. 54.; Brohm, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VStRL, Heft. 30, S. 272, Anm.72.

(2) Brohm, a.a. O.S. 299~301.

現代行政法의 새로운 問題領域⁽³⁾⁽⁴⁾을 제시하는데 그 目的이 있다.

2. 裁量事項과 司法審査의 關係

(1) 傳統的인 行政行爲論에 의하면, 行政行爲는 法의 趣旨를 실현하는 것으로 행해지는 羈束行爲 내지 羈束(法規)裁量行爲와 行政廳의 政策的判斷에 의해 실시되는 自由(便宜)裁量行爲로 구별되어 전자에 속하는 행위에 관하여 行政廳이 판단을 그릇치면 그 行政行爲는 違法이 되어 取消의 대상이 되는데 반하여, 行政廳의 自由裁量에 속하는 행위는 비록 行政廳이 裁量判斷을 그릇치더라도 원칙적으로 當·不當의 문제가 되는데 그치고 違法이라 할 수 없기 때문에 단지 行政廳이 裁量權의 限界를 넘어선 경우에 한해서만 예외적으로 違理事由에 해당되는 것으로 해석되고 있다. 다시 말해서 羈束(裁量)行爲와 自由裁量行爲는 그 實體法的性格에 있어서 異質인 것으로 생각되었었다. 그리하여 이러한 實體法的性質의 차이로 말미암아 法院에 의한 實體審理에 있어서도 당연히 별개의 취급을 받는 것으로 이해되었었다. 즉, 羈束行爲의 審査에 있어서는 全面再審査를 원칙으로 하여 行政行爲의 기초가 된 事實認定 및 法의 解釋·適用 등 모든 점에 관해 當事者가 그것을 다투는 이상 法院은 독자적인 심리를 진행시켜 스스로의 心證形成에 따라 독자적인 實體判斷을 형성함으로써 當事者의 權利義務를 결정하는 審理方式을 취했었다. 그리하여 이와같이하여 法院이 도달하게 된 結論的判斷이 行政行爲로서 나타낸 行政廳의 行政判斷과 조금이라도 차이가 나면 法院의 判斷을 당연히 行政廳의 判斷에 우선하는 것으로 보고 行政行爲를 違法이라하여 取消하는 것이 羈束行爲에 대한 通常인 審理方式이었다. 羈束行爲에 속하는 사항은 이와같

(3) 現代行政法의 새로운 問題領域의 하나로서 行政過程論이 西獨이나 日本의 一部新進學者들 間에 關心의 대상이 되어있거니와 특히 Brohm에 의하면, “行政의 決定이 비교적 복잡하지 아니했던 執行活動에 限定되는 限度內에 있어서는 그것(決定形成過程—引用者註)은 특별한 關心을 끌지 아니하였다. 그러나 諸事情의 복잡화와 함께 長期的이며 分岐的인 決定過程이 필요하게 된다. 技術的 調査 資料蒐集, 選擇의 節次的檢討의 段階에서 最終決定은 상당한 部分 미리 形成되어져 있다. 따라서 과연 體制(System)의 어느 段階에서 決定이 이루어지고있는가를 限局化할수 없는 경우가 적지 않다”(S.289~290)고 하면서 決定過程 자체를 말하자면 尤리를 통해 들여다 볼수 있게 透明化함으로써 統制可能한 것으로 할 필요가 있으며, 그 手段으로서 節次的 段階에 대하여 法的으로 파악할 수 있도록 해야된다고 주장하고 있다. 다시 말하자면, 決定의 最終段階만을 파악하는 것이 아니라 각 段階의 節次를 각각 部分決定(Teilentscheidung)으로 파악함으로써 그에 대한 不服審査의 길을 法的으로 保障하여야 한다고 주장한다(S.290): 徐元宇, “委任立法論의 最近動向,” 行政論叢, 13卷 2號, p.135 脚註 45참조.

(4) 종래 行政學에서 주된 關心의 대상이 行政管理問題와 관련된 現代行政의 機能擴大에 따른 行政組織 및 作用의 內部的合理化問題이었던 것이 최근 行政責任問題와 관련하여 對外的連繫(external linkage)問題가 重視되는 경향이 있는데 對比하여 종래의 行政法學에서 주된 關心이 行政權擴大를 억제하기 위한 주로 行政作用의 外部的統制問題이었던 것이 최근 行政組織에 대한 法的統制를 비롯하여 本稿에서 다루고자하는 行政過程이라는 行政內部에 대한 法的(주로 節次法的)統制問題가 重視됨으로써 行政學과 行政法學이 現代行政의 特質과의 관련하여 그 問題定向에 있어서 接近傾向을 보이고있는것은 注目할만한 일이라 할 것이다.

이 完結하고도 全面的으로 法院의 독자적인 심사에 따라야 할 사항으로 생각되었던 것이다. 이에 반하여 自由裁量行爲의 심사에 있어서는 그것이 自由裁量의 범위에서 벗어나지 않는 한, 애초 法律問題를 구성하지 않는 것이므로 法院은 審理權을 행사할 수 없는 것으로 생각되었었다. 단지 原告측이 구체적인 사실을 들어 行政廳의 裁量權의 限界踰越이나 裁量濫用을 나타내는 특별한 事由를 主張, 立證하는 경우에만 法院은 예외적으로 그 점에 관하여 심사하는데 그쳤다. 다시 말해서, 自由裁量事項은 원칙적으로 裁量不審理의 原則下에 놓여 있었기 때문에 특수한 경우에 한해서만 限定的으로 外部(法院)로부터의 審理에 따르는 것으로 이해되었던 것이다.

(2) 그런데, 국민의 權利意識이 높아지고 福祉行政의 展開에 따른 국민생활의 行政依存度가 높아짐에 따라 위법부당한 行政作用으로부터의 國民生活의 守護를 위한 試圖가 行政作用 자체의 合理化를 위한 改善과 아울러 行政作用에 대한 外部的統制의 한 手段으로서의 司法敎育에의 期待도 증대됨에 이르렀고, 이렇게 되면 司法審査의 制限理論으로서 전통적인 自由裁量論은 이미 그대로의 형식으로는 유지되기 어렵게 되었다.

그리하여 그 하나의 새로운 경향으로서는 종래 自由裁量으로 해석되던 사항을 적극적으로 法規裁量속에 編入시켜 司法審査의 대상이 되는 法規裁量의 범위를 확대시키려는 움직임을 엿볼 수 있다.⁽⁵⁾ 그리고, 둘째의 경향은 自由裁量과 法規裁量의 내용 그 자체의 接近을 들 수 있다. 즉, 自由裁量에 대해서는 法院은 종래의 裁量不審理原則을 버리는 裁量權의 踰越濫用의 法理를 근거로하여 裁量統制를 넓혀가는 경향을 엿볼 수 있다. 예컨대, 옛날에는 裁量權의 踰越 또는 濫用을 이유로하여 行政廳의 裁量處分이 違法이 되는 것은 위處分이 「진혀 事實上의 根據에 基하지 않는 것으로 인정되는」 경우라든가 「明白히 不正한 動機나 任意獨斷 내지 他事考慮에 基하는」 경우, 「明白히 平等原則 또는 比例原則에 위반하여 현저히 公正을 잃은」 경우등에 한정되어 있었다.⁽⁶⁾ 그러나 法院은 점차 「社會的妥當性」

(5) 우리나라에서는 아직도 判例의 입장이 一般的으로 自由裁量行爲라는 개념을 전제로 하고 그것이 문제된 具體的 事案에 있어서 裁量權의 범위를 벗어났거나, 裁量權이 濫用되었기 때문에 取消의 대상이 되는 것으로 判示하고 있으나(金道利著, 行政法論(上), pp.240-250 脚註에 소개된 一連의 判例 참조), 일본 最高裁判所의 주목할만한 한 判決에 의하면, 「外務大臣이 旅券法13條12項5號의 規定에 의하여 旅券發給拒否處分을 한 경우에 法院은 그 處分當時의 旅券發給申請者의 地位, 經歷, 人品, 旅行의 目的, 渡船先인 特定國의 情勢 및 外交方針, 外務大臣의 認定判斷의 過程, 기타 이에 관한 모든 事實을 查考한뒤에, 外務大臣의 위 處分이 同號의 規定에 의거하여 外務大臣에게 주어진 權限을 그 法規의 目的에 따라 適法하게 행사했는가의 여부를 판단하여야 할 것이며, 그 判斷은 단순히 위 處分이 外務大臣의 恣意에 의할수 있는가의 여부, 그 判斷의 전제가 된 事實의 인식에 있어서 明白한 잘못이 있는가의 여부, 또는 그 結論에 이르게 된 推理에 있어서 현저한 不合理點이 있는가의 여부등에 限定되는 것이 아니라 할 것이다」(最判 1969年 7月 11日 民集 23卷 8號 1470面)라고 하면서 旅券發給處分에 관하여 外務大臣의 自由裁量性을 부인하고 法規裁量化함으로써 裁量問題에 대하여 종래의 限定審理로부터 完全審理에로 그 接近方法을 轉換시키고 있다.

(6) 62누42(1962. 8. 30大判) 「……이 재량이 公安秩序維持의 目的을 현저하게 벗어나고, 社會道理上 도저히 용인할 수 없는 중대한 잘못을 저지른 경우가 아니라면 이 裁量處分이 대하여서는 法院은 그 適否의 판단을 할 수 없는 것이라 할 것인바……」

이라든가「條理」에 基하는 客觀的標準」등을 근거로하여 行政廳의 裁量의 判斷의 當否에 介入하여 심사하는 方向을 나타내기 시작하였다.⁽⁷⁾⁽⁸⁾ 이와같이하여 종래 自由裁量에 속하는 사항도 어떤 것은 法規裁量으로 轉化되고 또 어떤 것은 法院의 審理權의 浸透에 의하여 羈束裁量과의 차이가 크게 줄어들고 있다.

그런데, 다른 한편으로는, 羈束裁量측에도 본질적인 변화가 나타나게 되어 점차 自由裁量의 要素를 加味하게 되었다.

일본의 最高裁判所의 判決에 의하면, 「運轉免許의 取消事由에 해당되는가의 여부에 관한 判斷을 公安委員會의 純然한 自由裁量에 맡겨질 성질의 것이 아니라 위 規定의 趣旨에 따른 일정한 客觀的標準에 비추어 결정되어야 할 이른바 法規裁量에 속하는 것이지만, 이러한 處分은 원래 道路에 있어서의 危險을 방지하고 기타 交通의 安全과 圓滑을 도모함을 목적으로 하는 行政行爲이기 때문에 그것을 행함에 있어 公安委員會는 무엇이 위 規定의 趣旨에 適合한가를 각 事案마다 그 具體的事實關係에 비추어 판단함을 요하며 그 한도내에 있어서 公安委員會에는 裁量權이 인정되어 있는 것으로 해석하는 것이 相當하다」⁽⁹⁾는 것이다.

(7) 94行上 15(1962.4.26大判)「自由裁量에 있어서도 無制限의 裁量權은 인정할 수 없고 그 範圍의 넓고 좁은 차이는 있다 하더라도 일정한 範圍의 限度가 있어야 할 것이며 그 限度는 法的 規定 뿐 아니라 慣習法 또는 一般的條理에 의하여 책정하여야 할 것이다」; 67능 139(1967.11.18大判)「戒告處分을 발할 수 있는 要件에 대한 판단은 行政廳의 公益裁量에 속하나 그것이 심히 不當할 경우에는 法院은 이를 審査할 수 있다.」; 65능161(1966.10.25大判)「懲戒權者의 懲戒에 관한 裁量權은 行政目的上 자율적으로 운행할 때가 많으므로 광범한 권한을 인정하여야 할 성질의 것이기」; 하나 그 處分이 社會通念上 심히 裁量權의 범위를 넘어 부당할 것일 때에는 그 處分의 違法를 주장할 수 있는 것이다」

(8) 西獨에 있어서는 旅客運送營業法이 정하는 營業許可의 要件認定과 관련하여 同法이 규정하는 公共의 交通의 利益에 反하지 않을 경우」의 認定을 그 전까지의 많은 高等行政裁判所의 判決의 태도와²⁾ 달리 明確히「裁量概念」으로 보고 行政廳의 判斷에 대한 司法審査를 거부하였고, 또한 入學의 合否, 進級の 合否, 資格試驗成績의 判定等 教育法, 學校法의 領域과 公務員法과 같은 이른바 特別權力關係理論이 크게 영향을 주고있는 領域에서도 광범한 裁量概念을 인정하여 司法審査: 全的으로 거부해오다가 최근에와서는 이른바 判斷餘地說에 의거하여 「行政廳側의 判斷이 法院의 그것에 代替할 만한(Vertretbar)것이라고 法院이 判斷할 경우에 限해서」行政廳側의 裁量을 인정한다는 司法審査의 範圍를 약간 擴大시켜오다가(현재의 學說·判例의 支配的인 立場인)보다 近年의 判例에서는 이상과 같은 判斷餘地論이 결과적으로는 行政裁量의 餘地를 過大하게 承認하는 理論이라는 批判과 함께 判斷餘地를 점차 엄격하게 해석하는 경향이 있으며, 심지어 「公共의 交通의 利益」에 대해서도 그것을 「價値判斷에 관한 문제가 아니라 科學的인 經驗에 의거하며, 國民生活를 顧慮함으로써 決定할 수 있는 解決에 관한것」이라 하여 그에 대한 法院의 全面的인 司法審査를 인정하고있고(BVerwG 28.5, 1963, BVerw GE Bd 16, Nr. 27, S.116ff) 또한 養育法·學校法 등 教育學問의 領域에서도 古典的인 「裁量」의 取扱은 거의 자취를 감추고 制限된 범위내에서 「判斷餘地」를 인정하는데 지나지 않으며, 예컨대 音樂會·映畫등의 「藝術性」의 評價에 대해서도 「……裁判官이 스스로, 혹은 다른 專門的知識을 導入함으로써 映畫의 性格에 관해 一定한 觀念을 얻을 수 있으며, 또한 필요한 경우에는 다른 映畫와 비교함으로써 當該映畫에 대한 評價附與에 있어 여하한 藝術的基準이 確立되어져야 할 것인가를 明確히 할 수 있다」(BVerwG 28, L.1966, JZ 1966, S.611)고 하면서 그 裁量性을 明確히 否定하고 있다. 그리고 判斷餘地說에 관한 자세한 것은 田村悅一著, 自由裁量とその 限界, 東京, 有斐閣, 1967, pp. 102~110 참조.

(9) 最判 1964年 6月 4日 民集 18卷 5號 745面.

이 判決文은 法規裁量에도 裁量判斷의 餘地가 있는 것으로 보기 때문에 傳統的인 法規裁量과 自由裁量の 峻別論의 觀點에서 보면 概念上의 矛盾을 범한 것처럼 생각된다. 그러나, 이 判決의 眞意는 運轉免許處分을 法規裁量으로 보고 일응 그에 대한 法院의 全面的審理를 留保함과 동시에, 다른 한편으로는 일정한 범위 안에서 行政廳의 判斷의 自由領域을 인정하려는데 있는 것이라 할 수 있다. 다시 말하자면 法院은 運轉免許의 取消를 羈束裁量事項으로서 存否에 관해 일응 자기의 판단을 형성하는 것이기는 하지만, 그것이 行政判斷과 실사 틀리는 경우라 하더라도 당장 그 行政判斷을 違法이라하여 破棄한다고 하는 傳統的인 審理方式을 피하고 그 차이점이 일정한 許容될 수 있는 범위내에 그칠 경우에는 오히려 그 行政判斷을 존중해 가려는 입장이라 할 수 있다. 이러한 의미에서 이 判決은 西獨의 이른바 不確定概念의 認定에 있어서 주장되고 있는 「判斷餘地說」(Beurteilungsspielraumtheorie) 내지 「代替可能說」(Vertretungstheorie)⁽¹⁰⁾과 비슷한 생각에 입각하고 있다.

이상과 같은 최근의 動向에서 생각할 때 종래와 같은 裁量行爲의 質的, 概念的二分論은 이미 그 實質的根據를 잃고 있으며, 法規裁量과 自由裁量은 서로 接近하여 相對的區別로 化하고 있으며, 兩者의 區分은 羈束行爲와의 관계에 있어서는 단지 許容된 裁量範圍의 量的 廣狹의 문제로 解消되어 버린다 할 것이다.⁽¹¹⁾

(3) 法規裁量과 自由裁量과의 이상과 같은 相對化現象은 당연히 法院의 實體審理의 方向에도 영향을 미치지 않을 수 없게 된다. 즉, 종래에는 法規裁量事項에 대해서는 法院은 全面的인 再審理라는 입장에서 독자적으로 자기의 認定判斷을 하여 자기의 結論에 의거하여 行政判斷에 代置하는 이른바 「判斷代置方式」을 취했으며, 이와 반대로, 自由裁量事項에 대해서는 裁量과 審理를 원칙으로 단지 裁量權行政의 踰越·濫用事由가 주장·입증되는 경우에 한해서만 그때 그때 個別的으로 審査하는 方式을 취해왔었다. 이와같이 法規裁量과 自由裁量과의 質的區分에 따라 法院의 實體審理의 方法도 理念的으로 異質的인 것이어야 한다는 것이 종래의 입장이었던 것이다.

그런데, 裁量二分論이 解消되게 되면 法院은 法規裁量事項이건 自由裁量事項이건 가리지 않고 일응 全面的으로 그 審理의 대상으로 삼아 자기의 實體判斷을 형성하면서도, 다른 한편으로는 行政廳의 專門的判斷을 존중하여 어느정도의 判斷自由의 여지를 승인함으로써 行政處分을 뒤엎는 것은 자기의 實體判斷과 行政判斷이 일정한 許容限度를 넘어서서 大幅으로 차이가 생겨났을 경우에 限定하는 것으로 하는 것이 타당하다 할 것이다. 우리나라 實定法에는 明文의 規定이 없으나 일본의 行政事件訴訟法 30條가 「行政廳의 裁量處분에 관해

(10) Ule, Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht (Gedächtnisschrift für W. Jellinek) S.326; 田村悅一, “自由裁量と裁判權,” 公法研究, 24號, 1962, p.164 以下.

(11) 徐元宇, “自由裁量概念의 再檢討 I, II,” 法政, 1964년 5월호, 6월호(韓國司法行政學會發行, 例解行政法 所收, pp.145~155), 徐元宇, 崔松和共著 行政法 I (서울大附設韓國放送通信大學敎材), pp.58-63 참조.

서는 裁量權의 範圍를 넘어서거나 그 濫用이 있는 경우에 한해서 裁判所는 이를 取消할 수 있다」고 規定하고, 또한 西獨의 聯邦行政裁判所法 15조2항이 「裁量이 限界를 逸脫하거나 濫用되었음을 主張하는 경우에 한해서 裁量處分の 取消을 訴求할 수 있다」고 규정한 立法例들은 바로 裁量處分을 取消하는 경우의 이상과 같은 司法判斷과 行政判斷간의 制限關係를 뜻하는 것으로 이해할 수 있을 것이다. 요컨대, 오늘날에 와서는 自由裁量에 대한 不審理原則은 止揚되어야 하며, 裁量事項은 法規裁量이건 自由裁量이건 大差없이 일응 모두 司法審査의 대상이 되는 것으로 보아야 할 것이다. 그러나 문제는 이에 그치지 않는다. 왜냐하면 이상과 같이 實體面에 있어서 裁量事項에 대한 司法審査를 一律적으로 強化함으로써 야기될 法院의 負擔加重에 相應할만한 司法救濟의 實效性이 확보될 수 있을가의 문제는 충분한 檢討를 요하는 별개의 문제로서 그대로 남게 되기 때문이다.

3. 裁量事項에 대한 司法審査의 限界

(1) 法院이 全面審理方式에 의하여 行政處分에 대하여 行政判斷을 代置하게 되면 그 결과는 과연 어떻게 될 것인가?

결론적으로 말해서 그것은 반드시 바람직한 것이 못되는 것 같다. 이에 관련하여 흔히 引用되는 일본의 유명한 俗稱 「群馬中央버스事件」에서 法院은 道路運送法 6條에 의한 一般旅客自動車運送事業의 免許는 公企業特許의 性質을 가지지만 營業의 免許處分은 運輸大臣의 羈束裁量이며 運輸大臣이 그 裁量을 그릇칠 때에는 司法審査의 대상이 된다는 이유로 積極적으로 免許申請却下處分の 實體의 適否에 관한 審理를 한 바 있다. 즉 法院은 當該申請에 관한 버스事業計劃에 대해서 所有時間, 運賃, 道路狀況, 輸送需要, 他交通機關과의 關聯 등에 관하여 면밀하게 심사함으로써 免許의 適否에 대해 독자적인 心證을 형성했다. 그리하여 결론적으로 「위에서 인정한 事實에 의할 것 같으면 本件免許申請에 관한 事業開始가 輸送需要에 대하여 適切한 것이라 할 수 없으므로 控訴人(運輸大臣)이 위 免許申請은 道路運送法 6條 1項 1號에서 정하는 免許基準에 適合하지 않는다는 判斷은 相當한 것으로 인정된다」⁽¹²⁾고 判定했다. 本事件에 있어서 法院은 判斷代置方式에 의하여 全面的인 實體審理를 했으나 결과적으로는 行政判斷을 시인하는 結論에 이르고 있다. 이러한 事例에 있어서는 法院의 判斷代置方式에 의한 行政處分の 全面審理는 功보다 過가 더 큰 것과 같은 인상이 강하게 풍긴다.

즉, 첫째로 法院이 訴訟에서 認定資料에 의거하여 독자적인 心證形成을 할려면 많은 勞力과 時間이 지킬 것이다. 그것이 行政의 專門的判斷이나 政策判斷에 관한 사항이고 各人

(12) 東京高判(1967年 7月 25日)行裁例集 18卷 7號 1014面.

의 判斷 | 다양하게 갈라져 있는 경우에는 法院이 唯一한 實體判斷을 형성하기 위해서는 많은 專門家나 각종 利害關係者의 鑑定意見을 구하지 않으면 아니되며 그 때문에 審理는 더욱 복잡하게 되지 않을 수 없고 訴訟이 長期化할 우려가 있다.

둘째로, 法院이 막대한 정력을 기울여 모처럼 獨自的인 實體判斷에 이르렀다 하더라도 그에 대하여 法院이 충분한 確信을 가질 수 없는 경우에는 法院은 자연 자기의 判斷과 차이가 나는 行政廳의 判斷을 뒤엎기를 주저하게 되어 자기의 판단과는 상당한 거리가 있음에도 불구하고 쉽사리 “行政에게 許容된 判斷餘地의 테두리” 안의 것으로서 받아들여버릴 경향으로 흐르지 않을 수 없다. 그러나 法院이 너무 지나치게 行政判斷에 寬容의으로 대하게 되면 막대한 勞力과 時間을 들여 法院이 일부러 독자적인 實體判斷을 형성하게 된 의미가 죽어버린 뿐 아니라 개인의 權利自由에 대한 중대한 侵害行爲까지도 安易하게 追認하는 것이 되어 국민들에게 法院이 行政追從主義에 빠져있다는 疑惑을 야기케 하고 도리어 司法權의 威信과 信用을 손상케 하는 결과를 가져 올 것이다.

셋째로 行政節次와의 관계에서 문제가 있다. 아직 우리 나라에서 크게 그 問題意識이 부각되고 있지 않지만, 최근의 새로운 行政法理論은 行政判斷의 形成過程에 있어서 行政節次를 중시하여 公正한 行政決定은 適正한 行政節次에 의해서만 擔保되어진다는 觀念이 도입되고 있다.⁽¹³⁾ 따라서, 行政節次에 의거하여 발동된 行政處分의 司法審查에 있어서는 法院은 處分의 成立過程에서 適正한 節次가 거처졌는가의 여부를 먼저 審查하고 節次에 흠이 있는 경우에는 그 處分의 公正성이 의심되는 것으로 보아 일단 處分을 取消해야 하는 것으로 해석되고 있다. 그런데 法院이 이러한 處分에 대해서도 완전한 判斷代置方式에 의한 實體法的審理를 先行시켜 積極的으로 處분이 內容의으로 보아 適法하다느니 違法하다느니하는 判斷을 明示한다면 節次의 瑕疵의 문제는 그 자체 별로 論議할만 한 實益이 없어진다. 왜냐하면 屢次違背를 이유로 處分을 취소하더라도 새로운 處分의 내용이 이미 判決에서 거의 確定되어 있을 경우에는 대개 그 뒤의 節次는 공연한 節次의 되풀이가 되고 말기 때문이다.

(2) 이상과 같이 보아올 때 行政處分에 대한 司法審查에 있어서 法院이 實體的인 判斷代置方式에 의하여 行政廳의 裁量을 實體面에서 엄격하게 줄라대는 判斷을 내리려는 방식은 事實이 爭點에 따라서는 도리어 適切한 效果를 거둘 수 없음을 알 수 있다. 본래 法院의 判斷이 行政判斷에 우월한 것으로 해석되는 까닭은 裁判에 있어서는 보통의 行政判斷과는 달리 裁判官이 利害가 相反하는 兩當事者로부터 제출된 주장이나 증거를 충분히 참작한 뒤 不偏不黨한 입장에서 자기의 判斷을 형성하는데 있는 것이다. 따라서 心證形成이 通常人의 經驗의 條理에 따라 쉽사리 이루어질 수 있을만한 論點의 認定에 있어서는 거의 無條件 訴訟節次의 優位가 용납될 수 있을 것이다. 따라서, 行政事件에 있어서도 事實에다가 法을 기

(13) 徐元宇, “行政節次의 法的規制에 관한 研究,” 行政論叢, 第9卷1號, 1971; 金伊烈著 行政節次法論, 一潮閣, 1975 참조.

계적으로 적용하여 結論을 도출해내는 것과 같은 단순한 事件에서는 法院의 判斷代置方式에 의한 結論이 行政判斷에 優先하는 客觀性을 가질 蓄然性이 극히 높다할 것이다. 예컨대 羈束處分の 대표적인 것으로 흔히 들고 있는 租稅賦課處分이라든가 警察的營業免許에 관한 事件은 대체로 이러한 實體的으로나 節次的으로도 단순한 論點에 의해 성립되고 있는 것으로 볼 수 있다. 이에 반하여 복잡다기화한 現代의 行政에 있어서는 行政廳이 기계적으로 法規를 적용하여 個別法을 선언하는 것과 같은 단순한 構造를 가진 行政處分은 오히려 줄어들고 있다. 現代의 行政作用중에는 認定된 事實에 法을 적용하여 一義的으로 結論을 도출해낼 수 있는 것이 아니라 法目的의 實現을 指向하면서도 行政廳이 포괄적인 法の 授權下에서 政策的의 支術的判斷을 主體的創造的으로 가미시키면서 個別的인 行政決定 내지 行政處分으로 도달하는 일련의 判斷過程을 거치는 경우가 적지 않다. 이러한 行政過程을 行政學에서 처럼 ① 目標設定・政策樹立・計劃・組織化・動作化・強制・還流 등으로 細分하는 것⁽¹⁴⁾은 고치하고라도 法律과 具體的인 行政處分과의 사이에는 行政命令의 定立이라든가 基準의 設定, 地域의 指定 혹은 行政計劃의 策定 등과 같은 여러가지 中間過程이 설정되어 있음을 알 수 있고, 그 뿐 아니라, 이들 中間過程에 있어서도 行政判斷의 公正性을 期하고 審議會의 諮問이라든가 公聽會의 開催 등과 같은 복잡한 行政節次가 法律上 요구되어 있는 경우가 적지 않다. 따라서, 現代의 行政訴訟에 있어서는 단지 個別的인 行政行爲가 法律의 要件에 적합한가 어떤가라고 하는 단순한 法律問題가 重點이 되는데 그치지 않고 오히려 복잡한 段階的인 行政過程 전체의 適法性이 포괄적인 형태로 訴訟場에서 다투어지는 경우가 많아지게 되는 것이다.

그러나, 돌이켜 생각해 보면, 이러한 行政過程은 形式的理念的으로는 法 아래에 있고 法目的의 實現에 이바지하고 있기는 하지만 實質的으로 보면 이過程은 法이 사전에 豫定하고 있는 法的內涵의 實現作用이라 할 수 없고 오히려 公益實現을 志向하는 政策創造의 過程이라 할 수 있는 것이다. 광양 法律이 이러한 行政過程에 地域的 내지 職能的利害關係人の 참가를 요구하고 있는 경우가 있는데 이것은 다름아닌 行政廳의 政治的判斷形成의 民主化를 도모하고 議會의 民主主義를 地域的住民自治라든가 職能的民主制에 의하여 補完하는 의미를 가지는 것이라 할 수 있다. 이러한 의미에서 現代의 行政過程은 法の 實現과 住民 기타 關係人の 參加에 의한 自律的創造와의 混合過程으로 이루어진다고 볼 수 있을 것이다.

따라서, 法院이 여러 行政機關이나 利害關係인이 이상과 같은 過程을 거쳐 決定한 判斷의 內容을 法이라는 이름으로 비판하고, 자기의 實體判斷을 가지고 그것에 代置하는 것은 사실상으로도 불가능할 뿐 아니라 民主制의 原理로 보더라도 타당하지 못하며, 바람직하지도 아니할 것이다. 따라서, 적어도 複合的인 行政過程을 거쳐 形成되는 行政判斷의 審理에 있

(14) 朴東緒 著, 韓國行政論, 法文社, 1972, pp.38-40.

어서는 法院은 공연한 實體判斷의 代置方式을 오히려 回避하고, 주로 行政過程全體가 公正하며 客觀的인 節次에 따라 실시되었는가 어떤가, 그리고, 行政判斷의 過程이 民主的의 雰圍氣에 의해 지배되었는가 어떤가를 광범하게 事後的으로 감시통제하는 姿勢로 審理하는 것이 바람직할 것이다.⁽¹⁵⁾

4. 行政過程에 대한 節次的統制

(1) 行政處分の 實體法의 內容의 當否를 묻는 것이 아니고 節次法의 側面에서 公正節次的 遵守與否를 심사한다고 하는 節次本位의 接近法은 또한 종래 行政廳의 裁量에 맡겨져 있었던 行政節次上의 具體的措置에 대해서도 介入하여 審理함으로써 그 節次가 있어야 할 內容을 判例法上 창조적으로 規律함을 의미하고, 또한 節次法的인 行政統制의 方式을 확립함으로써 行政廳의 自由裁量事項에의 司法的干涉의 나아가야 할 方向을 시사한다는 의미에서 높이 평가되어야 하거나 앞으로의 行政裁量事項의 司法的統制에 있어서는 모름직이 이와같이 節次法的 審查에로 醇化하는 것이 요청되며 法院은 實體面보다 節次面으로부터 그 公正性客觀性을 엄격히 追求하는 것이 바람직할 것이다.⁽¹⁶⁾

(15) 裁量處分에 있어서의 公正節次的 要請을 判例法的으로 形成한 代表的인 事件으로 흔히 學論되는 判例로 일본의 「個人택시 免許拒否處分の 取消請求事件」의 第1審判決이 있다. 本件에 있어서 東京地方裁判所는 「……道路運送法은 免許申請의 許否를 결정하는 節次에 관해서는 特定한 場合に 聽聞節次를 실시할 것을 요구하고 있는 (第122條의2) 이외에는 아무런 規定을 두고있지 않기 때문에 위 特定的의 경우 이외에는 어떤 節次를 채용할 것인가를 일용 行政廳의 裁量에 맡기고 있는 것으로 해석하지 않을 수 없다. 그러나 이것은 어떤 方法, 節次를 取할것 인가에 관한 行政廳의 裁量權이 아무런 限界 내지 制限이 없음을 의미하는 것은 아니다. 오히려 극히 抽象的인 表現으로 免許의 要件을 규정한 同法第6條下에서 具體的, 個別의 事實認定에 基하는 特定한 許諾者를 選定함에 있어서는 行政廳은 不公正한 事實認定에 있어 行政廳의 獨斷을 의문시하는 것이 客觀的으로도 인정될만한 節次를 채택할 裁量의 自由를 가지는 것이 아니라, 그 節次는 公正하고도 事實의 認定에 있어 行政廳의 獨斷을 의문시하는 것이 아무런 疑念이 없는 것으로 인정될만한 것이 아니라 인정된다고 해석하여야 할 것이다. ……그 節次가 모든 申請人에게 一律, 公平하게 適用되는 公正한 것이 아니라 인정된다는 것은 法앞에 平等의 原則을 정한 憲法第14條의 趣旨로 보아도 當然하다. 더구나 國民의 權利, 自由의 保障은 그것을 주장하고 옹호하는 節次의 保障이 相伴될 때 비로소 完全, 實質的인 것이 될 수 있는 것이며, 憲法第13條, 第31條는 國民의 權利, 自由가 實體的으로 뿐만 아니라 節次的으로도 존중되어야 함을 要請하는 趣旨를 포함하는 것으로 해석해야 할 뿐 아니라, 본래, 行政의 作用은 國民의 政府에 대한 信託에 의하는 것으로서 (憲法前文참조) 行政을 담당하는 公務員은 全體의 奉仕者로서 誠實하게 그 事務를 處理해야 할 義務가 있음(憲法第15條)을 생각하더라도 多數의 申請人 가운데서 具體的 事實의 認定에 基하여 特定의 適格者를 選定함에 있어서는 行政節次的의 性質上, 司法節次와 同一한 嚴格性, 鄭重性을 요구할 수는 없을지라도, 될 수 있는 대로 事實의 認定에 있어서 恣意, 獨斷을 의심받지 않도록 配慮해야 함은 當然하며, 行政廳은 누구나 事實의 認定에 있어 行政廳의 恣意, 獨斷을 의심받는 것이 당연한 것으로 인정될만한 節次에 의한 判定의 結果를 裁量權行使라는 이름으로 國民에게 強要하는 裁量의 自由를 가진다고 해석할 아무런 根據가 없다……」고 判示함으로써 節次本位의 司法審查方式에 관한 劃期的인 判決을 내리고 있다.

(16) 司旨. 徐元宇, “委任立法理論의 最近動向,” 行政論叢. 第14卷 1號, 1975.

그리고, 이러한 節次本位の 行政統制方式의 採用은 종래 거의 論議의 대상이 되지 못했던 司法節次와 行政節次와의 關聯을 명확히함과 동시에 兩節次간의 機能分擔에 相應한 司法審査의 方式을 제시해 준다는데도 큰 의의가 있는 것이다. 즉, 미국등 行政節次가 발달한 나라에 있어서는 法院은 行政委員會의 行政審判에 대한 司法審査에 있어서 司法統制를 극도로 自制하고, 行政委員會의 事實認定을 존중하여 行政委員會가 公正한 節次에 따라 收集한 證據에 각기하여 일응 合理的인 推論에 이르렀음을 인정할 수 있을 때에는 法院은 원칙적으로 독자적인 認定을 회피하고 行政廳의 事實認定을 그대로 승인한다는 원칙을 형성하고 있다. 이른바 實質的證據의 原則(The Substantial Evidence Rule)이 그것이다. 이러한 實質的證據의 原則은 行政節次와 司法節次의 機能分擔이라는 觀點에서 行政節次가 完備된 行政領域에 널리 適用되고 있음은 周知의 일이라 할 것이다.⁽¹⁷⁾ 이에 대하여 우리나라에서는 아직 實定法制度로서나 法院의 判例로 이 原則이 채택되고 있는 예를 찾아볼 수 없다⁽¹⁸⁾. 그러나 理致的으로 생각한다면 行政節次가 잘 整備되면 될 수록 그 節次의 精密의 程度나 行政判斷의 性質과 內容등에 따라 司法權의 全面審理權限은 적절히 後退하여야 할 것이며, 그만큼 司法權은 制約되지 않으면 아니될 것이다. 그리하여 極端的으로는 行政審判節次가 完備되어 있을 경우에는 法の 明文有無를 가릴 것 없이 實質的證據의 原則의 完全한 適用이 인정되어지는 것이라 할 수 있다.⁽¹⁹⁾

(2) 이상과 같이 抗告訴訟 특히 行政行爲의 事後審査(구체적으로는 取消訴訟 내지 無效確認訴訟)에 있어서는 반드시 完全審理方式 내지 判斷代置方式이 最適인 것이라 할수 없으며, 審査對象이 된 行政過程의 성질이나 내용에 따라서는 오히려 節次的統制方式에 의하여 審理하는 것이 보다 바람직함을 알 수 있다. 行政이 特殊化하고 專門的으로 分化될 뿐 아니라 그것이 複合的으로 얽히어서 行政過程을 形成할 경우——現代行政에서는 이런 경우가 점점 많아져가고 있다——에는 위와 같은 節次的의 어프러치가 더욱더 重要性을 지니게 될 것이다.

다만, 이런 경우, 문제가 되는것은 이상과같은 節次的의 어프러치를 취할 경우, 法院은 行政判斷의 實質的當否에 대한 考慮를 일체 포기해도 괜찮을 것인가의 문제이다. 우리들의 日常經驗에 비추어 볼 때, 行政節次가 언제나 그 本來의 目的인 人權保障을 위해 運用되는

(17) Consolidated Edison Co. v. National Labor Relations Board, 305 U.S. 197(1938), Universal Camera Corp. v. National Labor Relations Board, 340 U.S. 474(1951)

(18) 일본에서는 例外的이기는 하지만 몇몇 實定法이 이 原則을 채택하고 있다. 電波法99조, 獨占禁止法80조, 土地調整委員會設置法52조등.

(19) 李尙圭 長은 「이러한 法則을 채택할 것인지의 여부는 立法政策 내지 法院의 태도(自己制限의 慣例)에 관한 문제」이라고 보고있으나, 이것은 行政過程의 高度의 專門性과 節次的의 規制의 程度 등과 관련시켜 생각하면 거의 必然的인 趨勢가 아닌가 생각된다. 다만 行政過程의 節次的의 規制가 거의 原始的的階段를 벗어나고 있지 못한 우리나라의 現實에 있어서는 이러한 實質的證據의 原則의 全面的探擇은 많은 문제점을 지니는 것으로 생각된다. 李尙圭著, 新行政法論(上), 法文社 1976, 424.

것이 아니라, 오히려 거꾸로 節次形式의 엄격한 遵守에 의하여 人權保護를 위한 것같은 外觀을 나타내지만 실질적으로는 國家統治의 手段 내지 行政의 避身具로 活用되는 경우가 적지 않음을 알 수 있다. 따라서, 이러한 우리나라의 行政體質을 생각할 것 같으면 法院이 行政過程의 節次的規制에 중점을 두는 경우에 있어서도 단순히 節次遵守의 形式面에 구애될 것이 아니라, 과연 行政節次가 實質的正當性을 충분히 발휘할 수 있도록 運用되었는가 어떤가를 審理하여, “適正節次的 假面을 쓴 官僚獨善”이 橫行할 수 없도록 신중한 配慮가 요망된다 할 것이다. 그러기 위해서는 法院은 行政過程의 事後審查에 있어 司法的懷疑心(judicial skepticism)을 유감없이 발휘하여 恣意的 내지 非民主的인 의심이 나는 行政當局의 政策形成過程을 審査하는 것이 바람직 할 것이다.

즉, 法院은 行政政策의 內容의當否를 직접 審理하거나 批判하는 것은 허용되지 않으나 行政判斷의 形成에 不公正 내지 非民主的要素가 있음이 當事者로부터 어느정도 具體的事實에 의하여 지적되었을 경우에는 積極적으로 그 正當性에 관한 立證을 行政廳에게 요구하고 行政廳이 一般人이 납득할만한 合理性 있는 立證을 하지 못했을 경우에는 行政廳의 決定은 根據를 缺하는 것으로 보아 그것을 取消하여 行政廳으로 하여금 再考케 하여 보다 確실한 根據에 의거한 決定을 새로 하도록 하여야 할 것이다.

이러한 法院의 積極적인 審理態度가 있어야 비로소 국민은 法院을 통하여 힘의 關係에 있어서 일반적으로 優位에 서는 行政廳에 대하여 그 裁量統制를 適切히 확보할 수 있게 되는 것이다.

다른 한편으로 行政廳측에 있어서도 裁量判斷에 있어서 항상 자기의 活動을 正當化시키는 資料와 證據를 유지할 필요가 있게 되고 진정한 의미에서의 公益保持者로서의 役割을 다할 수 있게 되는 것이다. 그리고, 이렇게 되면 行政訴訟은 行政廳의 협의있는 決定의 理由公開의 地로서 이용될 것이기 때문에 理由다운 理由에 의해 뒷받침되지 못한 行政決定이 法院에 의해 뒤엎어지게 되면 그것을 계기로 그때까지 組織化되지 못했고 散漫했던 國民의 輿論도 統合되어 當該事項에 관한 行政廳의 再決定에는 民意가 명확하게 反映되게 될 수도 있을 것이다. 이러한 의미에서 法院이 積極적으로 行政廳에 대하여 裁量判斷의 理由開陳을 요구하게 하는 것은 行政裁量の 統制를 위해 극히 有用할 뿐 아니라 行政過程의 民主化에도 기여하는 바가 크다 할 것이다. 종래 우리나라에서는 行政裁量이라고 하면 行政의 專斷的判斷事項이며 行政이 內密的으로 결정할 수 있는 것으로 흔히 생각되어 왔다. 行政裁量行使의 內容의當否는 확실히 司法的判斷에 의해 비판되거나 代置되어서는 아니되었지만 裁量權의 行使에는 그에 相應하는 合理的根據가 있지 않으면 아니되며, 그것은 原則적으로 公開되고, 國民의 批判의 대상이 되지 않으면 아니된다. 이를 위해 法院이 行政裁量の 行使에 대하여 間接적으로 干涉하고 行政廳에 疑義를 解消시키기에 충분한 資料등을 제출케 하는 것이 허용되어야 할 것이고, 최근 서독이나 일본에서 주목을 끌고있는 이른바 「無瑕疵裁量行使請

求權」⁽²⁰⁾의 觀念도 바로 이상과 같은 問題意識과 直結되는 觀念이라 할 수 있다.

(3) 行政過程에 대한 司法審査가 이상과같이 形式的인 節次遵守에 관한 審理를 중심으로 하여 실시되고, 또한 이러한 節次가 適切히 行政廳에 대한 行政의 公正性·民主性의 立證要求에 의해 뒷받침되게 되면 法院이 爭點 하나하나에 대하여 스스로 實體判斷을 형성하던 종전과 같은 一般的審理方式에 비할 때 그 審理는 훨씬 迅速하고 効率的으로 실시할 수 있을 뿐 아니라· 또한 行政의 裁量事項에 대한 司法權에 의한 지나친 內容의干涉도 피할 수 있게 될 것이다.

그리고 이러한 節次中心의 事後審理方式은 결코 司法審理의 實効性을 弱화시키는 것이 아니라, 事案이 따라서는 도리어 國民을 위해 密度깊은 救濟의 길을 보장하게 되는것임을 留意하지 않으면 아니될 것이다.

즉, 첫째로, 節次型의 事後審理에 의하는 쪽이 救濟의 대상이 되는 法律上의 爭訟의 範圍를 더 넓히는 경우가 있을 수 있고, 둘째로 判斷代置方式에 의한 경우에는 理由가 뚜렷하지 아니한 行政處分——예컨대, 公務員의 不利益處分の 경우와 같은——도 訴訟階段에서 處分理由의 追加 또는 變更에 의해 違法이 되지않고 그대로 維持되어지는 경우가 일어날 수 있다. 그러나 法院이 節次的觀點에 입각한 事後的審理에 충실한 姿勢로 不利益處分の 審理에 臨하게 되면, 正當한 理由에 의하지 아니한 處分은 當然違法으로서 取消될 것이기 때문에 理由의 變更과 같은 現象은 애당초 일어날 수 없는 것이다. 處分理由의 變更은 實體法中心의 傳統的인 思考理念下에서만 허용되는 것이며, 節次法尊重의 精神에는 위반된다고 할 것이다. 셋째로, 節次中心의 事後審理方式이 行政廳의 裁量行使에 관한 理由開陳에 의하여 適當하게 補強되던 行政廳의 裁量行使에 있어서 獨善性·非民主性이라는 혐의가 가해졌을 경우 行政廳에 그러한 혐의를 벗기위한 立證負擔을 지게 되므로 訴訟의 運用如何에 따라서는 비록 間接적이기는 하나 종래보다 훨씬 더 裁量統制의 實質이 深化될 가능성을 지니게 되는 것이다.

일반적으로 말해서 行政訴訟은 民事訴訟의 경우와 마찬가지로 當事者간의 紛爭을 終局的으로 해결하여 當事者의 權利義務를 確定的으로 결정할 任務가 기대되는 것이 보통이다. 純個人的인 權利의 保護를 目的으로하는 訴訟인 이른바 Private action은 대체로 위와같은 目的을 위한 것이라 할 수 있다. 그러나 한편으로는, 現代의 行政訴訟가운데는 當事者의 權利義務의 終局的確定을 目的으로 하는것이 아니라 非民主的인 過程에서 성립된 行政決定을 일단 取消하여 이것을 본래적인 民主的인 軌道위에 놓이게 함을 보다 중요한 目的으로 하

(20) 「瑕疵 없는 裁量行使를 요구하는 權利」(Anspruch auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens)에 관해서는 徐元宇, “裁量權濫用에 대한 法的統制,” 行政論叢, 第7卷2號, 1969, pp.266 以下참조, 金南辰, “瑕疵 없는 裁量行使請求權의 法理,” 考試界, 1976年 5月號 참조, 手島孝著, 現代行政國家論, 東京, 勁草書房, 1969, pp.225-280, 小早川光郎, “無瑕疵裁量行使請求權,” 法學教室, 第4卷, 1p.138-139등 참조.

는 것이 있음을看過할 수 없다. 최근 公衆의 利益과 관련된 訴訟인 이른바 Public action 내지 集團의 訴訟의 형태를 취하는 訴訟에 있어서는 그것이 終局的事態解決을 위한다기보다는 民主的事態解決을 위한 契機로서 제기되는 경우가 적지 않음을 看取할 수 있다. 그리하여 後者和 같은 訴訟의 審理에 있어서는 判斷代置方式보다 節次法的事後審理가 보다 바람직하다는 것은 새삼스레 지적할 필요도 없을 것이다.

5. 結 言

오늘날 出訴事項에 있어서 列記主義가 廢止되고 概括主義가 導入됨에 따라 行政訴訟은 違法한 行政廳의 公權力行使로부터 國民의 權利利益을 지키기 위한 包括的인 救濟手段으로 발전하고 있다.

그러나 종래 우리나라에 있어서는 과거의 日政時代의 傳統의 영향에서 완전히 벗어나지 못하고 行政訴訟은 如前히 取消(抗告)訴訟이 그 中心이 되어있었으며, 그를 제기하기 위해서는 權利侵害가 있어야 하며 이 權利의 觀念은 좁게 限定的으로 理解하는 경향이 없지 않았다. 그리하여 당초에 있어서는 個人的 權利를 제한하거나 義務를 과하는 對個人的인 不利益處分の 取消을 求함으로써 權利를 侵害당한 자가 그 權利의 回復을 얻기위하여 제기하는 純個人的인 取消訴訟만이 行政訴訟으로 意識되는데 지나지 아니하였다. 그러나 現行民主憲法下에서의 國民의 權利意識의 高揚과 福祉行政의 展開에 의한 國民生活의 行政依存度의 增加는 違法한 作用으로부터 國民生活을 지키기 위한 行政訴訟에의 期待를 增大시키고 있다. 오늘날 抗告訴訟의 對象이 되는 行政廳의 處分の 範圍도 緩和・擴大되고 있을 뿐 아니라, (21) 아직 우리나라에서는 별로 그 예를 찾아볼 수 없으나 外國에서는 行政作用에 의하여 事實上의 不利益을 입고있는 隣近住民이 한덩어리가 되어 訴訟을 제기하는 이른바 集團의 訴訟(Verbandsklage)의 形態까지 발달하고 있다. (22) 다시 말하면, 現代의 行政訴訟에는 다같은 抗告訴訟의 節次를 취하면서도 그 對象이나 利益狀況에 있어서 純個人的訴訟과는 현저히 그 性格을 달리하는 多様な 內容의 것이 포함되어 있는 것이다.

그리하여 이러한 多種多様な 訴에 對應하여 迅速하고도 適正하게 事案을 處理하여 妥當한 解決을 얻기 위해서는 本審審理를 맡게될 法院은 그 각각의 訴訟의 實體的差異에 착안

(21) 余元宇, “取消訴訟과 訴의 利益,” 考試界, 1969年 9月號. 徐元宇, “個人的公權論小考,” 社會科學(幹雄吉教授華甲記念特輯) 第二輯, 1970, pp.45-70. 崔松和, “個人的公權과 反射的利益,” 法學, 1971年 등 참조.

(22) 일본에서는 유명한 歩道橋設置反對訴訟(東京地判昭和45年 10月 14日 行裁例集 21卷10號 1187面) 버스運賃引上認可反對訴訟(廣島地判昭和48年 1月 17日 判時 692號30面), 成田新幹線認可反對訴訟(東京地判 昭和47年 12月 23日 判夕 288號 171面)등 그例가 적지 않으며, 美國에서도 公害關係의 行政訴訟事件 가운데 이른바 Class action 내지 Public action의 性質을 가지는 訴訟이 증가하고 있다. L. Jaffe, Standing to sue in Conservation Suits(Law and Environment, pp.123f).

하여 適切한 位置가 취해져야 할 것이다. 現行 民主憲法下에서는 行政廳과 國民은 行政訴訟에 있어서 對稱한 立場에서 서로 맞서는 當事者로서 인식하여야 하기때문에 얼핏 생각하기에는 法院이 民事訴訟의 경우처럼 이른바 始審의인 實體構成方式에 의하여 事案의 內容에 하나하나 과고 들어가 철저히 審理하는 것이 바람직한 것처럼 생각된다. 그러나 本稿에서 여러번 지적한 바와 같이 現代의 抗告訴訟에는 法律에 基하는 行政廳의 單體的法律行爲의 適否를 審査한다고 하는 單純構造를 가지는 것 외에 廣範하고도 複雜한 政策決定過程이나 行政過程全體의 國法性을 包括적으로 審査의 대상으로 하는 경우가 많아지고 있다. 이러한 行政過程의 審理가 있어서는 完全한 判斷代置方式에 의하여 法院이 法의 이름으로써 行政判斷을 獨自의立場에서 완전히 再審査한다는 것은 기술적으로 가능하지도 않거니와 아마도 民主的인 政策形成의 原理에도 위반되는 바람직하지 못한 결과를 가져 올 것이다. 따라서 이러한 複合的인 行政過程을 거쳐 形成되어진 行政判斷의 審理에 있어서는 法院은 實體判斷을 오히려 回避하여야 할 것이고, 行政過程이 關係人의 適正한 參加下에서 公正한 事實調査를 거쳐 民主的으로 展開되어졌는가의 여부를 監視한다는 角度에서 審理에 臨하는 것이 行政과 司法의 適正한 機能分擔에도 適合하다 할 것이다. 다시 말하자면 複合的인 行政過程에 대한 行政訴訟(司法 審査)은 이미 當事者의 權利義務의 終局的確定을 指向하는 것이 아니라 行政過程이 關係人의 그에 相應한 行政參加아래 適正·民主的인 配慮下에서 行해졌는가의 여부라는 觀點에서 行해져야 하는 것이며, 審理를 통하여 行政決定이 不公正·非民主的인 過程에서 行해졌는가 판명되었을 때에는 法院은 當該行政決定을 일단 取消하여 그것을 本來의 民主的인 軌道上으로 되 올려놓는 것을 그 本然의 使命으로 삼아야 할 것이다.