

거부처분에 대한 취소재결과 취소판결에 관한 연구*

L'étude sur la décision du recours administratif et la
décision du contentieux administratif sur l'acte du refus de
l'autorité administrative

박재현**
Park, Jae-Hyun

목 차

- | |
|-----------|
| I. 서론 |
| II. 취소재결 |
| III. 취소판결 |
| IV. 결론 |

국문초록

사인이 행정청에게 어떤 처분을 해 줄 것을 요구했지만 행정청의 거부처분이 있을 경우에 행정심판과 행정소송을 제기할 수 있다.

당사자의 신청을 거부하는 경우 처분의 이행을 명하는 의무이행재결이 있으면 처분청의 재처분 의무 또는 위원회의 직접처분 의무가 있다. 위원회가 직접처분을 할 수 있는 근거로 행정심판법 제 50조 제 1항은 다음과 같이 규정하고 있다. “위원회는 피청구인이 제 49조 2항에도 불구하고 처분을 하지

논문접수일 : 2013.06.25

심사완료일 : 2013.07.29

게재확정일 : 2013.07.30

* 이 논문은 2013년도 부산외국어대학교 학술연구조성비에 의해 연구되었음.

** 법학박사·부산외국어대학교 법경찰학부 부교수

아니하는 경우에는 당사자가 신청하면 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간에 이행하지 아니하면 직접처분을 할 수 있다.”

판례의 입장에 의할 때 행정청의 위법 또는 거부처분에 대해 취소심판 또는 의무이행심판을 제기하는 것이 가능하지만 취소심판보다는 의무이행심판을 제기하는 것이 국민의 직접적이고도 효과적인 권리구제에 효과적이라고 생각한다.

대법원 판례의 입장은 행정청의 거부처분을 취소하는 판결이 확정된 경우에는 확정판결에서 적시한 위법한 처분 사유와 다른 처분사유를 들어 재처분을 할 수 있다고 보고 있는데 이러한 재처분은 확정판결의 기속력 또는 기판력에 배치되지 않는다고 보고 있다. 행정청의 거부처분을 취소하는 판결이 확정된 경우 행정청에 부과되는 재처분 의무의 이행을 확보하기 위해서 우리나라의 행정소송법에서는 간접강제 제도를 두고 있다.

그러나 간접강제 규정만으로는 완전한 해결책이 될 수는 없을 것이다. 프랑스의 경우 월권소송 판결의 집행을 위해 행정판사에게 이행명령권한을 부여했는데 이것은 행정에 대한 의무이행소송을 인정한 것과 실질적으로 동일할 것일 것이다. 따라서 이 제도는 국민의 권리구제를 위해 매우 효율적인 제도라고 생각한다.

주제어 : 행정심판, 행정소송, 법규제정행위, 일방적 행정행위, 대세효, 거부

1. 서론

사인이 행정청에게 어떠한 처분을 해 줄 것을 요구했지만 행정청이 거부처분을 하는 경우 이에 대한 구제수단으로 어떠한 것이 있을까? 이 경우에 사인은 행정심판의 재결과 행정소송의 판결을 통한 구제를 받을 수 있다.

행정심판의 재결이라 함은 행정심판청구사건을 해결하기 위하여 행정심판위원회가 행하는 종국적 판단인 의사표시를 의미하는 것으로 재결 자체에 고유한 위법이 있으면 취소소송의 대상이 된다. 왜냐하면 재결도 하나의 처분이

기 때문이다. 행정심판법 제 2조에 의하면 “재결이란 행정심판의 청구에 대하여 행정심판위원회가 행하는 판단을 말한다”고 정의하고 있다 (행정심판법 제2조 제3호). 행정심판위원회가 심판청구를 인용하는 재결을 하면 피청구인과 그 밖의 관계 행정청을 기속하는 효력을 발생한다.

행정소송 중에서도 거부처분에 대한 취소소송을 통해 다룰 수 있는데 취소판결 후에 행정청은 재처분 의무가 있다. 그러나 재처분 의무는 재처분의 구체적 내용까지 기속하는 것은 아니고¹⁾ 취소된 거부처분과 다른 사유를 들거나 거부처분 사유에 있는 위법사유를 보완해서 다시 거부처분을 할 수 있는 것으로 원고의 신청대로 재처분을 한다는 의미는 아니다²⁾. 따라서 사인은 행정청의 거부처분에 의해 권리구제가 충분하지 못할 가능성이 많다.

2013년 3월 20일에 법무부는 국민의 권익구제를 도모하기 위해 행정소송법 개정안을 입법예고하였는데 이 논문은 거부처분에 관한 내용 중 행정소송법 개정안에 문제점은 없는지 그리고 더 좋은 입법방향은 어떠한 것인지를 재숙고해 보는 계기가 될 수 있을 것이다. 거부처분에 대한 취소재결을 하는 경우와 취소판결을 하는 경우에 청구인과 원고의 권리보호가 되는가의 문제를 살펴보고 행정청의 거부처분에 대한 불복방법으로 어떤 것이 있는지 등을 살펴볼 것이다. 또한 우리나라 제도의 문제점을 도출해 보고 독일 제도와 프랑스 제도도 살펴보면서 이 문제를 접근해 보면서 개선방안을 살펴보고자 한다.

II. 취소재결

행정심판의 재결이란 행정심판청구사건에 대해 행정심판위원회가 행하는 종국적 판단을 의미한다. 행정심판 재결의 기속력이란 심판청구를 인용하는 재결이 있으면 피청구인과 그 밖의 관계행정청이 재결의 취지에 따라야 할 실체법상의 의무를 갖는 효력을 의미한다(행정심판법 제 49조 제 1항). 기속력의 내용으로는 소극적 의무인 반복금지의무와 적극적 의무인 재처분 의무

1) 류지태·박종수, 「행정법 신론」, 박영사, 2010.3, 707면.

2) 대판 2009.3.26. 2009두416 참조.

가 있다. 여기에서는 사인이 일정한 처분을 요구했음에도 불구하고 행정청의 거부처분이 있을 경우 이에 대한 불복방법을 살펴보고 행정심판위원회의 재결이 있음에도 불구하고 피청구인이 처분을 하지 아니하는 경우 어떻게 할 것인가? 또한 정보공개청구의 경우 위원회는 직접처분을 할 수 없는 문제가 있는데 이 경우 어떻게 할 것인가 등의 문제를 살펴볼 것이다.

1. 불복방법

(1) 취소심판의 제기 가능성

사인이 행정청에게 일정한 처분의 발급을 신청했음에도 불구하고 행정청이 거부처분을 하는 경우 이에 대한 불복방법으로 어떠한 것이 있을까? 청구인은 의무이행심판을 제기할 수 있는데 취소심판을 제기할 수 있을까?

다수설은 긍정설의 입장으로 그 근거로 드는 것은 행정심판법 제 2조 제 1호와 제 5조 1호이다. 행정심판법 제 2조 제 1호에서 “처분이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부, 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다.”고 규정하고 있다. 행정심판법 제 5조 1호는 “취소심판이란 행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 행정심판”으로 규정하고 있다. 따라서 취소심판은 행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경을 하는 심판으로 취소에는 적극적으로 처분을 취소하는 경우뿐만 아니라 소극적으로 처분을 하는 거부처분의 취소까지 포함하는 것으로 해석한다. 이에 대해 부정설은 행정심판법상 거부처분은 의무이행심판의 대상으로 당사자가 거부처분취소심판을 제기한 경우 행정심판위원회는 의무이행심판으로 변경 청구하도록 하여야 한다는 입장이다³⁾.

대법원은 다음과 같이 판시하고 있다. “당사자의 신청을 거부하는 처분을 취소하는 재결이 있는 경우에는 행정청은 그 재결의 취지에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 하는 것이므로 행정청이 그 재결의 취지에 따른 처

3) 홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2012.2, 830-831면.

분을 하지 아니하고 그 처분과는 양립할 수 없는 다른 처분을 하는 것은 위법한 것이라 할 것이고 이 경우 그 재결의 신청인은 위법한 다른 처분의 취소를 소구할 이익이 있다⁴⁾.” 따라서 대법원은 거부처분에 대한 취소심판의 가능성을 인정하고 있다.

(2) 반복금지의무와 재처분의무

처분청과 관계행정청에 대한 재결의 기속력으로는 소극적 의무로서의 반복금지의무와 적극적 의무로서의 재처분의무가 있다. 먼저 반복금지의무를 살펴보고 재처분의무를 살펴볼 것이다.

청구인용재결이 있으면 행정청은 그 재결에 기속되기 때문에 처분을 취소하는 재결이 있으면 행정청은 재결의 취지에 반하는 처분을 동일한 사정 하에서는 반복해서는 안된다. “행정심판법 제37조가 정하고 있는 재결은 당해 처분에 관하여 재결주문 및 그 전제가 된 요건사실의 인정과 판단에 대하여 처분청을 기속하므로⁵⁾, 당해 처분에 관하여 위법한 것으로 재결에서 판단된 사유와 기본적 사실관계에 있어 동일성이 인정되는 사유를 내세워 다시 동일한 내용의 처분을 하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이다⁶⁾”.

또한, “건축허가권자는 건축허가신청이 건축법, 도시계획법 등 관계 법규에서 정하는 어떠한 제한에 배치되지 않는 이상 당연히 같은 법조에서 정하는 건축허가를 하여야 하고, 중대한 공익상의 필요가 없음에도 불구하고, 요건을 갖춘 자에 대한 허가를 관계 법령에서 정하는 제한 사유 이외의 사유를 들어 거부할 수는 없다⁷⁾”

그러나 “부과처분을 취소하는 재결이 있는 경우 당해 처분청은 재결의 취지에 반하지 아니하는 한, 그 재결에 적시된 위법사유를 시정·보완하여 정당한

4) 대판 1988.12.13. 선고 88누7880 판결.

5) 대판 1983. 8. 23. 선고 82누302 판결, 1998. 2. 27. 선고 96누13972 판결, 2001. 3. 23. 선고 99누5238 판결 등 참조.

6) 대판 2003.4.25. 2002누3201.

7) 대판 1992. 12. 11. 선고 92누3038 판결, 1995. 10. 13. 선고 94누14247 판결, 1995. 12. 12. 선고 95누9051 판결 등 참조.

조세를 산출한 다음 새로이 이를 부과할 수 있는 것이고, 이러한 새로운 부과 처분은 재결의 기속력에 저촉되지 아니한다. 국세심판소가 소득처분에 따른 의제소득에 대한 갑종근로소득세 원천징수처분을 위헌으로 결정된 구 법인세법(1994. 12. 22. 법률 제4804호로 개정되기 전의 것) 제32조 제5항에 근거한 것이라는 이유로 취소하자 과세관청이 현실귀속 소득 등으로 보고 다시 갑종근로소득세 원천징수처분을 한 경우, 그 처분은 국세심판소의 재결의 취지에 따라 그 재결에 적시된 위법사유를 시정·보완하여 한 새로운 부과처분으로 재결의 기속력에 반하지 아니한다⁸⁾”고 한 대법원의 판결이 있다. “행정처분의 적법여부는 그 행정처분이 행하여진 때의 법령과 사실을 기준으로 하여 판단하는 것이므로 거부처분 후에 법령이 개정 시행된 경우에는 개정된 법령 및 허가기준을 새로운 사유로 들어 다시 이전의 신청에 대한 거부처분을 할 수 있다⁹⁾.”

다음은 행정청의 재처분의무를 살펴볼 것이다. 거부처분에 대해 의무이행심판을 제기해서 처분명령재결을 받은 경우에는 행정심판법 제49조 제2항에 재처분의무를 규정하고 있어 문제가 없지만, 거부처부취소심판의 인용재결이 있는 경우 명문으로 재처분의무를 규정하고 있지 않기 때문에 처분청은 재처분의무를 지는가에 대해서는 학설의 대립이 있다.

긍정설의 입장으로는 행정심판법은 재결의 기속력에 대해 일반적 규정을 두고 있으며, 재처분의무는 기속력의 일부를 이루는 것이기 때문에 취소심판에서 거부처분이 취소된 경우에도 처분청은 재결의 취지에 따른 재처분의무를 진다고 본다¹⁰⁾.

부정설의 입장으로는 실정법이 일정한 경우 즉 이행재결, 절차의 하자 또는 부당을 이유로 한 취소재결에 한하여 처분의무를 규정하고 있기 때문에(행정심판법 제49조 제2항, 제3항), 반대해석에 의해 그 이외의 인용재결의 경우에는 처분의무를 인정할 수 없고 행정청에게 적극적인 의무를 인정하기 위해서는 명문의 근거가 필요하다는 입장이다. 즉 행정심판법은 의무이행심판의 이

8) 대판 2001.9.14.99두3324 판결.

9) 대판 2011.10.27.2011두14401.판결: 대판 1998. 1.7.자97두22.

10) 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 2008.3, 643면.

행재결 등의 경우에만 재처분의무를 규정하고 있기 때문에 취소심판의 경우에는 재처분의무가 없다는 입장이다¹¹⁾.

또 다른 학설로는 행정심판법상 거부처분은 의무이행심판의 대상이기 때문에 거부처분에 대해서는 취소심판을 인정할 수 없고 재처분의무가 발생할 수 없다는 입장이다¹²⁾.

생각건대 행정심판법에 규정되어 있는 재결의 기속력은 일반적으로 적용되는 규정으로 재처분의무는 기속력의 일부이고 기속력을 인정하는 것이 국민의 권리구제에도 적합하다고 생각되므로 긍정설이 타당하다고 본다.

(3) 의무이행심판의 필요성

판례의 입장에 의할 때 행정청의 위법 또는 거부처분에 대해 취소심판 또는 의무이행심판을 제기하는 것이 가능하지만 취소심판보다는 의무이행심판을 제기하는 것이 국민의 직접적이고도 효과적인 권리구제에 효과적이라고 생각한다. 왜냐하면 예를 들어 건축허가를 신청했으나 행정청이 허가발령을 거부하거나 상당한 기간 동안 부작위가 있는 경우에 신청인이 건축허가 발령을 구하는 것이 더 합리적이기 때문이다. 이 경우 의무이행심판을 청구하면 행정심판위원회가 처분의 이행을 명하는 재결을 하면 당해 행정청은 지체없이 재결의 취지에 따라 원신청에 대한 처분을 할 의무가 있다 (행정심판법 제 49조 2항). 이처럼 행정심판법은 재결의 기속력에 대해 규정하고 있지만 거부처분의 취소심판의 기속력으로서 처분청의 재처분 의무에 대한 규정이 없다. 따라서 행정심판법에 의할 때 거부처분은 의무이행심판의 대상이 된다. 이것은 행정소송법이 거부처분의 취소판결에 대한 처분청의 재처분 의무를 두고 있는 것과 대조를 이룬다. 행정청의 재처분 의무는 의무이행심판의 인용재결에 한해 규정하고 있다¹³⁾.

당사자의 신청을 거부하는 경우 처분의 이행을 명하는 의무이행재결이 있

11) 박근성, 「행정법강의」, 박영사, 2010.1, 678면.

12) 홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2012.2, 880-881면.

13) 김동희, “거부처분에 대한 행정심판 : 의무이행심판”, 고시연구, 1998.5, 154면.

으면 처분청의 재처분 의무 또는 위원회의 직접처분 의무가 있다. 위원회가 직접처분을 할 수 있는 근거로 행정심판법 제 50조 제 1항은 다음과 같이 규정하고 있다. “위원회는 피청구인이 제 49조 2항에도 불구하고 처분을 하지 아니하는 경우에는 당사자가 신청하면 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간에 이행하지 아니하면 직접처분을 할 수 있다.” 즉 직접처분을 하기 위한 요건으로는 의무이행심판 인용재결이 존재해야 하며 피청구인인 행정청이 재결을 불이행하여야 하고 당사자의 신청과 행정심판위원회의 시정명령에도 불구하고 행정청이 시정명령을 불이행하여야 한다¹⁴⁾.

직접처분의 예는 다음과 같다. 갑의 건축허가신청에 대해서 서대문구청장이 건축허가 거부처분을 한 경우 이 거부처분에 대한 의무이행심판을 청구해서 다툰 경우 서울특별시행정심판위원회가 서대문구청장에게 갑에게 건축허가를 내주라는 재결을 하면, 서대문구청장은 갑에게 건축허가를 내주어야 한다. 이 경우 당해 행정청인 서대문구청장이 처분을 하지 아니하는 경우 즉 건축허가를 내주지 않는 경우에는 서울특별시행정심판위원회가 당사자인 갑의 신청에 의해 기간을 정해서 서면으로 시정을 명하고, 그 기간에 이행을 하지 않는 경우에는 직접처분을 할 수 있다¹⁵⁾.

건축허가를 받기 위해 의무이행심판을 제기해서 재결을 받은 사람은 위원회의 직접처분에 의해 건축허가를 받을 수 있기 때문에 이러한 의무이행심판의 직접처분 제도는 국민의 권리구제에 많은 기여를 할 수 있을 것이다. 왜냐하면 행정소송법에서 인정하고 있는 간접강제 제도에 의할 때에는 건축허가를 받을 수 없기 때문이다.

직접처분의 실제의 예를 들어보겠다.

청구의 장각수가 경기도 성남시 도시공원(서현공원)내에 도시계획사업(골프연습장) 사업시행자지정신청 및 실시계획인가신청을 하였으나 성남시장은 1995.9.20. 이를 반려했다. 위 장각수는 행정심판을 청구하였고, 경기도지사는 1996.3.13. 반려처분을 취소하라는 인용재결을 했다. 인용 재결 후 성남시장은 또다시 불허하였고, 위 장각수는 불허가처분의 취소와 실시계획의 인가처분의

14) 심영섭, “행정심판제도의 문제점 및 기능강화 방안”, 경북대학교 석사논문, 2008, 69면.

15) 홍정선, 「신행정법입문」, 박영사, 2012.1.15, 374면.

이행을 구하는 행정심판을 다시 제기하자, 경기도지사는 불허가처분의 취소와 실시계획의 인가를 이행하라는 인용재결을 하였다. 인용재결후에도 성남시장이 이행을 하지 않자 위 장각수는 경기도지사에게 직접처분신청을 하였고 경기도지사는 2차례에 걸쳐 시정명령을 하였으나 성남시장이 이에 응하지 아니하였다. 이에 경기도지사는 직접처분을 하였다¹⁶⁾.

최근 행정심판위원회가 직접처분을 한 예를 들어보겠다. 울산시행정심판위원회가 북구 진장동에 추진중인 미국계 대형할인점 코스트코에 대해 건축을 허가하는 직접처분을 내렸다. 2010년 북구청에 건축허가를 하도록 시정명령을 했으나 이를 이행해야 할 의무가 있는 북구청이 이를 거부해 시행심위 위원 전원의 합의로 직접처분 결정을 내렸다¹⁷⁾.

그러나 직접처분이 불가능한 경우도 있는데 예를 들어 당해 처분의 성질(예를 들어 당해 행정청만이 보유하고 있는 정보공개청구에 대한 이행재결 등) 기타 불가피한 사유(예를 들어 과도한 예산이 수반되는 이주대책의 수립시행 등)의 경우이다¹⁸⁾. 위원회가 법 제50조제1항 본문에 따라 직접 처분을 할 경우에는 재결의 취지에 따라야 하며, 같은 항 단서에 따라 직접 처분할 수 없는 경우에는 지체 없이 당사자에게 그 사실 및 사유를 알려야 한다(행정심판법 시행령 제33조). 이 시행령에 의할 때 직접처분이 불가능한 경우가 있다는 것을 알 수 있다.

당해 행정청만이 보유하고 있는 정보공개청구에도 불구하고 정보를 공개하지 않으면 어떻게 이 문제를 해결할 수 있을까? 이 경우에는 법원에 소송을 제기해서 법원이 간접강제 결정을 하면 당해 행정청이 판결을 집행하도록 노력할 것이고 판결의 실효성의 보장을 받을 수 있을 것이다.

2. 행정소송의 제기가부

행정소송법 제 19조에 “취소소송은 처분 등을 대상으로 한다. 다만, 재결 취

16) 김기표, “재결의 직접처분과 간접강제”, 법제, 2000.12, 32면 재인용.

17) 경상일보, “행심위, 코스트코 허가 직접처분”, 2011.8.31.

18) 법제처, “행정심판의 이론과 실제”, 2003, 382면.

소소송의 경우에는 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다.”라고 규정해서 취소소송의 대상을 밝히고 있다. 행정소송법 제 2조 제 1항에서는 “처분 등이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용 및 행정심판에 대한 재결을 말한다.”고 규정하고 있다.

행정심판의 인용재결에 불복해서 처분청은 행정소송을 제기할 수 있을까? 대법원 판례에 의하면 행정심판법 제 49조 제 1항에 규정하고 있는 재결의 기속력에 근거해서 처분청은 행정심판의 재결에 불복해서 행정소송을 제기할 수 없다고 한다¹⁹⁾.

행정소송법 제 13조에서는 “취소소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분 등을 행한 행정청을 피고로 한다.”라고 규정하고 있다. 여기에서 행정심판위원회의 재결에 대해 불복하는 경우 청구인은 법원에 행정소송의 일종인 취소소송을 제기할 수 있지만 처분청은 재결의 내용에 불복하는 경우에도 행정소송을 제기할 수 없다. 이것은 행정소송에 있어서 행정청에게 피고적격만을 인정하고 행정소송의 원고적격을 인정하지 않는다는 것을 의미한다. 이것은 헌법상 평등의 원칙이나 재판청구권의 침해로 되지 않는데 그 이유는 입법정책 또는 공권력 주체로부터 국민의 권익을 보호하는 것을 목적으로 하고 있기 때문이다²⁰⁾.

Ⅲ. 취소판결

행정소송법 제 30조에서는 취소판결 등의 기속력에 관해 규정하고 있다.

19) 대판 1998. 5. 8. 선고 97누15432 판결【지하수이용허가처분중부판취소】“행정심판법 제37조 제1항은 “재결은 피청구인인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다”고 규정하였고, 이에 따라 처분행정청은 재결에 기속되어 재결의 취지에 따른 처분의무를 부담하게 되므로 이에 불복하여 행정소송을 제기할 수 없다 할 것이며 그렇다고 하더라도 위 법령의 규정이 지방자치의 내재적 제약의 범위를 일탈하여 헌법상의 지방자치의 제도적 보장을 침해하는 것으로 볼 수는 없다고 할 것이다.”

20) 김재호, “현행 행정심판법의 문제점과 개선방향”, 법학연구, 충남대학교 법학연구소, 제8권 제1호, 1997.12, 125면.

“①처분 등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다. ②판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다. ③제 2항의 규정은 신청에 따른 처분이 절차의 위법을 이유로 취소되는 경우에 준용한다.” 처분등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관해 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속하는바 기속력의 내용으로는 반복금지효와 재처분의무가 있다. 먼저 불복방법을 살펴보고 독일과 프랑스 제도를 살펴보고 우리나라에 주는 시사점은 무엇인지 살펴볼 것이다.

1. 불복방법

원고가 건축허가 신청등과 같은 어떤 처분을 행정청에게 신청했으나 행정청이 거부처분을 하는 경우에 소송상 불복방법으로 어떤 것이 있을까?

행정청의 거부처분에 대한 쟁송방식으로 취소소송을 제기해서 권리구제를 받을 수 있다. 취소소송을 제기해서 승소하는 경우에 처분청은 판결의 취지에 따라 다시 처분을 하여야 한다. “판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다(행정소송법 제 30조 제 2항)”. 그러므로 거부처분이 위법한 경우 법원이 당해 거부처분에 대한 취소판결을 하는 경우에는 처분청은 판결의 취지에 따라 원고의 신청을 인용하는 처분인 당해 허가를 해주어야 한다. 행정청의 거부결정에 대한 법원의 취소결정이 내려지면 원칙적으로 행정청은 이러한 새로운 결정이 내려지는 날짜에 존재하는 법과 행위의 상황에 근거해서 새로운 결정을 해야 한다²¹⁾.

취소소송의 소송물은 당해 처분의 위법성이고, 그 위법 여부를 어느 시점에서 판단을 할 것인가? 이에 관해서는 처분시설과 판결시설이 대립되고 있다.

21) CE Sect. 8 mars 1963, Pradel, AJDA, 1963, 214면, chron. Fourré (J.) et Gentot (M.), 1963, 214면.

처분시절은 처분의 위법성이 있었는지의 판단은 처분시의 법령 및 사실 상태를 기준으로 행해야 한다는 견해로 그 논거는 다음과 같다.

취소소송에서 법원은 처분에 대한 사후 심사를 하는 역할을 하고 법원이 처분시 이후의 법령의 개폐나 사정변경을 고려하여 처분의 적법성 여부를 판단하는 것은 행정청의 제 1차적 판단권을 침해하는 것이 되고 법원이 행정 감독적 기능을 하게 된다는 것이다. 처분시절이 통설²²⁾과 판례의 입장이다.

대법원은 "행정처분의 위법 여부를 판단하는 기준 시점은 처분 시로서 행정처분이 있을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 하여 위법 여부를 판단할 것이며, 처분 후 법령의 개폐나 사실상태의 변동에 영향을 받지 않으므로 이 사건 처분 이후에 생긴 사유로 당초 피고가 내세운 처분사유와 기본적 사실관계가 동일하지 아니하여 이 사건 확정판결의 기속력이 미치지 않고 적정성 여부를 판단 후 다시 거부의 재처분도 할 수 있다. 그것은 취소소송에 있어서 위법판단의 기준시가 변론종결시가 아닌 처분시여서 처분 이후에 생긴 새로운 사유는 고려할 수 없기 때문에 불가피하게 발생하는 현상에 불과하다."라고 판시하고 있다²³⁾.

판결시절은 처분의 위법 여부는 판결시(구두변론종결시)의 사실 및 법률상태를 기준으로 판단해야 한다는 견해로 그 논거로 드는 것은 취소소송의 본질은 처분으로 형성된 위법상태를 배제하는데 있으므로 판결시의 법규를 기준으로 판결을 하여야 한다는 것이다.

처분등을 취소하는 확정판결이 있을 때 행정청은 재처분 의무가 있는데 행정청이 재처분무에서의 판결의 취지에 따른다는 것은 원고가 신청한 대로의 재처분을 해야한다는 것을 의미할까?

행정소송법 제30조 제2항의 규정에 의하면 행정청의 거부처분을 취소하는 판결이 확정된 때에는 그 처분을 행한 행정청이 판결의 취지에 따라 이전의

22) 김동희, 「행정법요론」, 박영사, 2010.3, 564면.

23) 대판 2003. 12. 26. 선고 2002두2199 판결【영업허가신청반려처분취소】.

신청에 대하여 재처분할 의무가 있으나, 이 때 확정판결의 당사자인 처분 행정청은 그 확정판결에서 적시된 위법사유를 보완하여 새로운 처분을 할 수 있다. 행정처분의 적법 여부는 그 행정처분이 행하여진 때의 법령과 사실을 기준으로 하여 판단하는 것이므로 거부처분 후에 법령이 개정·시행된 경우에는 개정된 법령 및 허가기준을 새로운 사유로 들어 다시 이전의 신청에 대한 거부처분을 할 수 있으며 그러한 처분도 행정소송법 제30조 제2항에 규정된 재처분에 해당된다²⁴⁾.

내부 자체의 위법을 이유로 한 취소판결을 하는 경우 행정청이 취소되었던 것과 동일한 결정을 다시 하는 가능성을 반드시 배제하는 것은 아니다²⁵⁾. 특히 외부적 불법을 이유로 취소된 경우에 행정청은 행정청이 알지 못했던 권한 규정, 절차, 그리고 형식에 맞게 하며 똑같은 결정을 다시 취할 수 있을 것이다. 내부적 불법을 이유로 취소된 경우에도 새로운 결정이 취소 사유가 된 것과 다른 사유를 들어 새로운 결정을 하고 법적으로 정당화된다면 취소된 결정을 다시 하는 것이 가능하다²⁶⁾.

대법원 판례의 입장은 행정청의 거부처분을 취소하는 판결이 확정된 경우에는 확정판결에서 적시한 위법한 처분 사유와 다른 처분사유를 들어 재처분을 할 수 있다고 보고 있는데 이러한 재처분은 확정판결의 기속력 또는 기판력에 배치되지 않는다고 보고 있다. 대법원은 2011년에 다음과 같이 판결했다. “행정소송법 제30조 제2항에 의하면, 행정청의 거부처분을 취소하는 판결이 확정된 경우에는 처분을 행한 행정청이 판결의 취지에 따라 이전 신청에 대하여 재처분을 할 의무가 있다. 행정처분의 적법 여부는 행정처분이 행하여진 때의 법령과 사실을 기준으로 판단하는 것이므로 확정판결의 당사자인 처분 행정청은 종전 처분 후에 발생한 새로운 사유를 내세워 다시 거부처분을 할 수 있고, 그러한 처분도 위 조항에 규정된 재처분에 해당한다²⁷⁾.”

24) 대판 1998. 1. 7. 자 97두22 결정.

25) Chapus (R.), "Droit du contentieux administratif", Montchrestien, 2006, 1090면.

26) Chapus (R.), "Droit du contentieux administratif", Montchrestien, 2006, 1078-1079면.

27) 대판 2011. 10. 27. 선고 2011두14401 판결.

행정청이 거부처분의 취소판결에 따른 재처분을 하지 아니하는 경우에는 어떻게 할 것인가?

행정소송법에서는 거부처분의 취소판결에 따른 재처분을 하지 아니하는 경우에 행정청에 부과되는 재처분 의무의 이행을 확보하기 위해서 간접강제 제도를 두고 있다. 행정소송법 제 34조 제 1항에서는 “행정청이 제 30조 제 2항의 규정에 의한 처분을 하지 아니하는 때에는 제 1심 수소법원은 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 상당한 기간을 정하고 행정청이 그 기간 내에 이행하지 아니하는 때에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상을 할 것을 명할 수 있다.”고 규정하고 있다.

2. 독일 제도와 프랑스 제도의 검토

우리나라 제도에 대해 살펴보았는데 독일과 프랑스의 경우는 어떻게 운영되고 있는지를 살펴보겠다.

(1) 독일

독일의 경우 의무이행소송(Verpflichtungsklage)을 인정하고 있는데 이는 국민의 신청이 있었지만 행정청이 이를 거부하거나 응답을 하지 아니하는 행정행위의 발급을 구하는 소송을 의미한다. 그러나 의무이행판결이 행정청에게 신청된 행정처분을 행할 의무를 부담시킬 뿐이고 종래의 거부처분을 취소할 것을 요구하는 것은 아니다(독일의 행정법원법 제113조 제5항).

의무이행소송은 이행소송이고 행정행위의 이행을 요구하는 것으로 행정청으로 하여금 신청된 행정행위를 하도록 명령하는 것이다. 의무이행소송은 법률에 다른 규정이 없는 한 원고가 행정행위를 거부하거나 또는 방치함으로써 자신의 권리를 침해당했다고 주장하는 경우에 한하여 원고적격을 인정한다.

독일의 의무이행소송과 프랑스식의 이행명령제도는 의무이행판결의 형식으로 또는 취소판결에 부수하는 이행명령에 의해 원고가 원하는 목적을 달성할

수 있다는 점에서는 차이가 거의 없지만 독일식의 의무이행소송은 신청이 거부된 경우에 거부된 처분의 취소를 구하지 않고 신청된 처분의 발급에 대한 판결을 직접 구한다는 점에서 프랑스와 차이가 있다. 왜냐하면 프랑스식의 거부처분 취소소송 및 이행명령 제도는 거부처분의 취소를 구하면서 동시에 이행명령을 구하는 방식이기 때문이다²⁸⁾.

법원은 직권탐지주의에 의해 직권으로 사실관계를 조사해서 사건을 선고할 단계에 이르도록 노력을 해야 하나 법원이 행정의 기능을 수행하지는 못한다. 왜냐하면 그렇게 하는 것은 권력분립의 원칙에 반하기 때문이다²⁹⁾. 행정청의 재량권이 인정된다고 법원이 판단을 하게 되면 의무이행판결을 하는 것이 아니라 행정청으로 하여금 법원의 법해석을 존중해서 결정을 내릴 의무를 부과하는 지령판결(Bescheidungsurteil)을 한다.

(2) 프랑스

프랑스의 경우 월권소송 제도가 있는데 월권소송 또는 취소소송은 원칙적으로 위법성을 이유로 일방적 행정행위(acte administratif unilatéral)를 취소할 것을 판사에게 요구하는 소송이다. 원칙적으로 월권소송은 행정청이 행한 일방적 행정행위에 대해서만 소송을 제기할 수 있다. 월권소송에서 취소판결을 하면 처음부터 무효이었음을 선언하는 확인판결을 의미하는 것으로 위법성이 있으므로 원래부터 효력이 없었던 것을 법원이 확인하는 것이다³⁰⁾. 월권소송은 객관소송(un recours objectif)으로 심지어 어떤 규정이 없어도 모든 행정행위에 대해 제기할 수 있다³¹⁾.

프랑스의 월권소송의 위법판단의 기준시는 처분시로 되어 있어 행정청의 거부처분에 대한 취소판결을 할 때 처분시를 기준으로 해서 거부처분의 위법성을 판

28) 법원행정처, “행정소송법 개정자료집 I”, 법원행정처, 2007, 644-645면.

29) 김연태, “의무이행소송과 예방적 금지소송의 쟁점 검토”, 고려법학, 고려대학교 법학연구원, 2007, 298면.

30) 박정훈, “인류의 보편적 지혜로서의 행정소송”, 서울대학교 법학 제42권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2001, 82면.

31) CE, ass., 17 févr. 1950, Min. Agri. c/Dme Lamotte.

단해서 위법한 경우에는 취소판결을 한다³²⁾. 법규제정행위(acte réglementaire)도 월권소송의 대상에 포함시켜 법규명령·조례 등 행정입법에 대해 시행 이후 2개월 이내에 월권소송을 제기할 수 있다. 독일에서는 사실행위로 분류하는 권고, 경고, 공적시설의 설치등도 법적인 의미를 갖고 상대방에게 침익적 영향을 초래하는 것일 때에는 월권소송의 대상으로 하고 있다. 따라서 프랑스에서 월권소송의 대상은 그 범위가 매우 넓다고 할 수 있다³³⁾.

독일의 경우 거부행위에 대한 위법성 판단기준시를 판결시로 하고 있어 행정청의 선결권이 본질적으로 침해된다. 그 이유는 거부행위가 행위시에는 적법했는데 사후의 사정변경으로 위법하게 된 경우에 법원이 사정변경에 대한 행정청의 판단을 대신하게 되기 때문이다³⁴⁾. 프랑스의 제도가 독일식의 의무이행소송보다 장점을 갖는 것은 행정청의 선결권이 완전히 보장된다는 점이다.

프랑스의 경우 취소판결의 실효성을 위해서 1995년 2월 8일 법률에 의해서 거부처분의 취소판결에 이행명령(injonction)을 부가할 수 있다. 1995년 2월 8일 법률은 중요한 변혁을 가져오는 것으로 지방행정법원, 행정항소법원, 그리고 콩세이타따는 간접강제 결정에 따른 배상금 지급판결(astreinte)과 이행명령 판결을 병과할 수 있다³⁵⁾.

여기에서 astreinte(간접강제 결정에 따른 배상금 지급판결)란 행정판사가 정한 기간 내에 채무자가 이행을 하지 아니하는 경우에 채무액을 매일 증가시키겠다고 위협을 해서 의무를 이행하게 하는 재정적 의무이행 확보수단을 의미하는 것으로 1980년 7월 16일 법률에 의해 인정된 것이다. 이 법률에 의하면 오직 콩세이타따만이 공법인에 대해 간접강제 결정에 따른 배상금 지급판결(astreinte)을 할 수 있었다. 1995년에 인정된 이행명령이란 판사가 공법인에게 행위를 하도록 하는 명령을 의미한다³⁶⁾.

이행명령제도는 행정청의 선결권과 판결의 실효성을 적절히 조화시킨 제도

32) 박정훈, "행정소송법의 개정 방향", 서울행정법원 실무연구회 발표문, 2002.1.28, 9면.

33) "행정소송법 개정자료집 II", 법원행정처, 2007.3, 790면.

34) "행정소송법 개정자료집 II", 법원행정처, 2007.3, 816면.

35) Peiser (G.), "Droit administratif", Dalloz, 1998, 218면.

36) Guillein (R.) et Vincent (J.) etc., "Lexique des termes juridiques", Dalloz, 2001, 306면.

로 평가된다. 그 이유는 이행명령제도가 거부처분의 위법성을 확정하는 취소판결에 부수해서 그 효력을 명시하기 위한 제도이기 때문이다. 이 점이 독일의 독립적 의무이행판결과는 다른 점이다³⁷⁾.

일방적 행정행위에 대한 월권소송에서 판사가 취소판결을 하면 문제된 행위가 소급해서 소멸한다. 콩세이데따는 다음과 같이 표현한다. “월권소송으로 취소된 행위는 전혀 행해지지 않은 것으로 여겨진다³⁸⁾.”

월권소송은 행위에서 행해진 절차이고 사람에게 행해진 절차에 관계되지 않는다. 월권소송의 목적은 주관적 권리를 인정하려는 것이 아니라 위법한 행정행위에 의해 침해된 경우 적법성을 실현하려는 것이다. 적법성을 존중하는 월권소송이 그의 역할을 하기 위해서는 매우 많은 사람에게 월권소송을 제기할 수 있는 가능성이 열려있어야 한다.

콩세이데따는 월권소송은 모든 행정행위에 대해 심지어 조문이 없는 경우에도 열려있다는 것을 확인했다³⁹⁾. 월권소송을 이유로 한 취소소송에 있어 소의 이익은 법적이든, 사실적이든, 물질적이든, 정신적이든, 현재의 이익이든 미래의 이익이든지를 가리지 않고 폭넓게 열려 있다⁴⁰⁾. 판사가 행정행위를 취소할 때 판사가 결정한 것은 대세효(effet erga omnes)가 있다. 즉 행위는 법규조상 사라지는 것으로 원고에 대해서 뿐만 아니라 행정기관 그리고 제 3자에게도 효력이 미친다⁴¹⁾. 프랑스의 경우에도 판결을 하면 각각 판결을 존중하고 판결의 결과를 이끌어내야 한다. 도지사는 공익을 위한 경우를 제외하고는 지방자치단체의 재산을 매매 할 수도 있다⁴²⁾.

프랑스의 경우 입법부가 행정판사가 이행명령 권한을 부여한 이후 행정판사가 소극적 판사에서 적극적 판사로 변했다는 점을 눈여겨보아야 할 것이다. 예를 들어 행정계약에 관한 분쟁은 원칙적으로 월권소송의 대상이 되지 않지

37) 박정훈, “행정소송법의 개정 방향”, 서울행정법원 실무연구회 발표문, 2002.1.28, 9면.

38) CE, 26 décembre 1925, Rodière.

39) CE, ass., 17 février 1950, Ministre de l’Agriculture c/Dame Lamotte.

40) “행정소송법 개정자료집Ⅱ”, 이광윤, ‘행정소송법 개정안에 대한 검토’, 법원행정처, 2007.3, 1073면.

41) Rouault (M.-C.), 『Droit administratif』, EJA-Paris, 2007, 524-526면.

42) CE, sect, 18 nov. 2005, Sté fermière de Campoloro.

만 행정계약 체결의 상대방에 대한 결정은 일방적 행정행위(계약에서 분리된 행위)로서 월권소송의 대상이 된다. 실제로 Ville de Lisieux 사건에서 콩세이데따의 판사는 계약을 월권소송의 대상으로 해서 계약을 취소시킨다⁴³⁾. 또한 행정판사가 갖는 이행명령 권한은 외국인의 지위 향상에도 기여를 하는 것으로 평가되는데 그 이유는 M. et Mme Bourezak 사건⁴⁴⁾에서 콩세이데따가 권한있는 기관에게 한 달 내에 M. Bourezak에게 비자를 내주도록 명한 것을 통해 알 수 있다.

(3) 우리나라에의 시사점

행정청의 거부처분을 취소하는 판결이 확정된 경우 행정청에 부과되는 재처분 의무의 이행을 확보하기 위해서 우리나라의 행정소송법에서는 간접강제 제도를 두고 있다. 그러나 간접강제 규정만으로는 해결책이 될 수는 없을 것이다.

위법한 행정행위에 대한 취소판결을 하면 소급적으로 무효가 되지만 건축허가의 거부처분에 대한 취소판결이 신청인에게 건축허가의 자격을 당연히 주는 것은 아니다. 왜냐하면 행정기관과 판사와의 관계에서 존재하는 권력분립의 원칙 때문에 판사는 행정기관의 일을 대신할 수 없으므로 행정기관이 선의를 가지지 않는 한 신청인이 건축허가를 받지 못하는 결과가 생길 수도 있다⁴⁵⁾.

이 문제를 해결하기 위해 독일제도와 프랑스 제도를 살펴보았는데 프랑스 제도가 더 좋아 보인다. 왜냐하면 독일의 의무이행소송은 법률에 다른 규정이 없는 한 원고가 행정행위를 거부하거나 또는 방치함으로써 자신의 권리를 침해당했다고 주장하는 경우에 한하여 원고적격을 인정하나 프랑스의 경우 월권소송을 제기하기 위해서는 당사자능력(capacité d'ester en justice)과 소의 이익(intérêt pour agir)이 있어야 하나 원고의 권리침해를 요구하지 않기 때문이다. 그러므로 독일보다 프랑스 국민의 원고적격의 범위가 넓을 것이다. 또한 독일의 경우 거부행위에 대한 위법성 판단기준시를 판결시로 하고 있어

43) CE 30 octobre 1998 Ville de Lisieux, AJDA 1998, 1041면.

44) CE, 4 juillet 1997, M. et Mme Bourezak, RFDA, 1997, 817면.

45) CE, 18 janvier 1974, Ministre de l'Aménagement du territoire c/Sté foncière Biarritz.

행정청의 선결권이 본질적으로 침해되지만 프랑스의 경우 행정청의 선결권이 완전히 보장되기 때문이다. 우리나라의 경우 프랑스의 이행명령 제도를 받아 들어서 행정청이 재처분 의무를 더 잘 할 수 있도록 해야 할 것이다.

2013년에 정부에 의해 행정소송법 전부개정법률안이 입법 예고되어 있다. 개정법률안에 의하면 국민의 권익구제 확대를 위해 의무이행소송 제도(안 제4조, 제41조 내지 제47조)를 신설하고 있다. 그러나 부작위위법확인소송을 존치시키고 있는 점이 문제라고 생각한다. 왜냐하면 원고가 부작위위법확인소송을 제기해서 승소한다고 해도 행정청이 거부처분을 할 수도 있고 이 경우에는 다시 거부처분에 대한 취소소송을 제기해야 하는 것이다. 또한 원고가 거부처분취소소송에서 승소를 한다고 해도 행정청은 거부처분 이후에 거부처분취소판결 이전의 법 그리고 사실상태의 사정변경을 이유로 해서 다시 거부처분을 할 수 있고 원래의 거부처분사유와 다른 별도의 사유를 들어 다시 거부처분을 할 수도 있기 때문에 행정청으로 하여금 적극적인 행정행위를 하도록 하는 구제수단으로는 불충분하다⁴⁶⁾. 이러한 문제점을 해결하기 위해서는 부작위위법확인소송을 폐지하고 프랑스처럼 행정청의 부작위가 2개월 이상 계속되는 경우에 거부되는 것으로 보는 제도를 두어서 원고의 권리구제에 만전을 기해야 할 것으로 생각한다.

IV. 결론

사인이 행정청에게 어떤 처분을 해 줄 것을 요구했지만 행정청의 거부처분이 있을 경우에 행정심판과 행정소송을 제기할 수 있는데 행정심판의 재결과 행정소송에서 취소판결이 있을 경우에 행정심판법에서는 재결의 기속력에 관한 규정을 두고 있지만, 거부처분의 취소심판의 기속력으로서 처분청의 재처분 의무에 관한 규정이 없다. 그러나 행정소송법의 경우에는 거부처분의 취소판결에 대한 재처분 의무를 규정하고 있다.

46) 박균성, 「행정법강의」, 박영사, 2010.1, 부록2, 9면.

청구인용재결이 있으면 행정청은 그 재결에 기속되기 때문에 처분을 취소하는 재결이 있으면 행정청은 재결의 취지에 반하는 처분을 동일한 사정 하에서는 반복해서는 안된다. 또한 취소소송의 경우에도 청구인용판결이 있으면 행정청은 동일한 사실관계 아래서 동일한 당사자에 대해 동일한 내용의 처분 등을 반복해서는 안된다⁴⁷⁾. 그러나 위법사유를 보완해서 행하는 처분은 재결의 기속력에 반하지 않는다. 또한 행정청의 거부처분을 취소하는 판결이 확정된 때에는 확정판결의 당사자인 처분 행정청은 그 확정판결에서 적시된 위법사유를 보완해서 새로운 처분을 할 수 있다. 이처럼 위법한 처분사유와 다른 처분사유를 들어 재처분을 하는 것은 확정판결의 기속력에 반하지 않는다.

행정소송법 개정시안 제34조 제4항에서는 취소판결의 기속력으로서 위법한 처분 등에 의한 집행결과를 행정청 스스로 제거하도록 하는 의무규정인 결과제거의무규정을 신설했다. 결과제거의무를 신설한 이유는 학설은 대체로 취소판결의 기속력으로서 위법한 상태의 결과제거의무를 인정했으나 명문의 규정이 없었으므로 행정청이 그 의무를 이행하지 않는 경우가 있었기 때문에 원고의 권리 구제에 적합하지 않았기 때문이다. 행정소송법 개정시안에 결과제거의무 규정을 신설한 것은 타당하다고 생각한다.

우리나라의 행정소송법은 행정청이 거부처분의 취소판결에 따른 재처분을 하지 않는 경우에 재처분 의무의 이행을 확보하기 위해 간접강제 제도를 두고 있지만 간접강제 제도만으로는 실효성이 약하다고 생각한다.

판례는 다음과 같이 판시하고 있다. “행정소송법 제 34조 소정의 간접강제 결정에 기한 배상금은 ... 확정판결의 취지에 따른 재처분의 지연에 대한 제재나 손해배상이 아니고 재처분의 이행에 관한 심리적 강제수단에 불과한 것으로 보아야 한다⁴⁸⁾.”

따라서 우리나라의 경우에도 국민의 권리구제에 실효성을 담보하기 위해서 프랑스처럼 이행명령 제도가 필요하다고 말할 수 있을 것이다. 프랑스의 경우 월권소송 판결의 집행을 위해 행정판사에게 이행명령권한을 부여했는데 이것

47) 대판 1989.2.28. 선고 88누6177판결.

48) 대판 2004.1.15. 2002두2444.

은 행정에 대한 의무이행소송을 인정한 것과 실질적으로 동일한 것⁴⁹⁾이라 할 수 있다는 점에서 우리나라의 경우에도 이 이행명령 제도를 도입할 수 있다고 생각한다.

2013년에 정부에 의한 행정소송법 전부개정법률안에 의하면 국민의 권익구제 확대를 위해 의무이행소송 제도(안 제4조, 제41조 내지 제47조)를 신설하고 있다. 그러나 부작위위법확인소송을 존치시키고 있는 점이 문제라고 생각한다. 부작위위법확인소송을 폐지하고 프랑스처럼 행정청의 부작위가 2개월 이상 계속되는 경우에 거부되는 것으로 보는 제도를 두어서 원고의 권리구제에 만전을 기해야 할 것으로 생각한다.

참고문헌

- 경상일보, “행심위, 코스트코 허가 직접처분”, 2011.8.31.
김기표, “재결의 직접처분과 간접강제”, 법제, 2000.12.
김동희, 「행정법요론」, 박영사, 2010.3.
김동희, “거부처분에 대한 행정심판 : 의무이행심판”, 고시연구, 1998.5.
김연태, “의무이행소송과 예방적 금지소송의 쟁점 검토”, 고려법학, 고려대학교 법학연구원, 2007.
김재호, “현행 행정심판법의 문제점과 개선방향”, 법학연구, 충남대학교 법학연구소, 제8권 제1호, 1997.12.
류지태·박종수, 「행정법 신론」, 박영사, 2010.3.
박균성, 「행정법강의」, 박영사, 2010.1.
박정훈, “행정소송법의 개정 방향”, 서울행정법원 실무연구회 발표문, 2002. 1.28.
박정훈, “인류의 보편적 지혜로서의 행정소송”, 서울대학교 법학 제42권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2001.

49) 조춘, “취소소송에 있어서 행정행위의 취소사유에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 박사논문, 2001. 299면.

- 법제처, “행정심판의 이론과 실제”, 2003.
심영섭, “행정심판제도의 문제점 및 기능강화 방안”, 경북대학교 석사논문, 2008.
조춘, “취소소송에 있어서 행정행위의 취소사유에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 박사논문, 2001.
“행정소송법 개정자료집 I”, 법원행정처, 2007.
“행정소송법 개정자료집 II”, 법원행정처, 2007.
홍정선, 「신행정법입문」, 박영사, 2012.1.15.
홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2012.2.
- Chapus (R.), “Droit du contentieux administratif”, Montchrestien, 2006.
Guilleien (R.) et Vincent (J.) etc., “Lexique des termes juridiques”, Dalloz, 2001.
Peiser (G.), “Droit administratif”, Dalloz, 1998.
Rouault (M.-C.), “Droit administratif”, EJA-Paris, 2007.

[Resume]

L'étude sur la décision du recours administratif et la décision du contentieux administratif sur l'acte du refus de l'autorité administrative

Park, Jae-Hyun

Professor of Busan University of Foreign Studies

Si la personne privée demande certaine action à l'autorité administrative mais celle-ci la refuse, celle-là peut tenter le recours administratif et le contentieux administratif.

Dans le recours administratif pour l'exécution, si l'autorité administrative

refuse la demande de la personne privée, le comité du recours administratif prononce une décision. L'autorité administrative est obligée de l'exécuter. Si l'autorité administrative ne l'exécute pas, la personne privée peut demander faire exécuter et le comité du recours administratif peut ordonner de l'exécuter à l'autorité administrative par lettre. S'il n'y a pas de l'exécution par l'administration, le comité peut l'exécuter lui-même.

Selon la jurisprudence coréenne, S'il y a refus illégal de la part de l'administration, la personne privée peut intenter le recours administratif pour annulation ou le recours administratif pour l'exécution. Toutefois je pense que celui-ci est meilleur que celui-là pour la protection du droit de la personne privée.

En Corée, s'il y a la décision de la part de juge administratif pour que l'administration puisse exécuter le jugement, le juge administratif a le pouvoir de l'astreinte. Mais l'astreinte n'est pas résolution complète.

En France, la loi du 8 février 1995 donne le juge administratif le pouvoir d'adresser à l'administration des injonctions avec l'astreinte pour l'exécution de la chose jugée. Le pouvoir du juge administratif français est plus fort que le juge administratif coréen.

Key words : recours administratif, recours contentieux, acte réglementaire, acte administratif unilatéral, effet erga omnes, refus

