

행정심판 직접처분제도 개선방안 연구

2011. 7.

국민권익위원회

# 국민권익위원회 귀하

이 보고서를 「행정심판 직접처분제도 개선 방안 연구」의 최종보고서로 제출합니다.

2011. 7.

부 산 대 학 교  
산 학 협 력 단

## 연 구 진

---

□ 책임연구원

김 남 철 교수(부산대학교 법학전문대학원)

□ 연 구 원

박 규 환 교수(영산대학교 법과대학)

방 동 희 교수(경성대학교 법정대학)

□ 참여연구원

정 주 영 박사과정(부산대학교 법학전문대학원)

전 은 수 박사과정(부산대학교 법학전문대학원)

□ 자 문 위 원

정 태 용 교수(아주대학교 법학전문대학원)

정 준 현 교수(단국대학교 법과대학)

# 차 례

## 제1장 서 론

- 1. 연구의 배경 ..... 1
- 2. 연구의 필요성 ..... 2

## 제2장 행정심판제도 개관 및 일반현황

- 1. 행정심판의 의의 및 본질 ..... 5
- 2. 행정심판의 기능 ..... 5
  - 가. 행정심판의 기능에 관한 논의 ..... 5
  - 나. 재결의 실효성 확보를 통한 행정심판 기능의 강화 ..... 8
- 3. 행정심판 일반현황 ..... 9

## 제3장 직접처분 제도운영과 문제점

- 1. 직접처분제도 개관
  - 가. 직접처분제도의 의의 ..... 12
  - 나. 직접처분제도의 도입·변천 ..... 13
  - 다. 직접처분제도의 요건·효과 ..... 14
- 2. 행정심판위원회 직접처분 적용사례
  - 가. 중앙행정심판위원회 ..... 19
  - 나. 시도행정심판위원회 ..... 26
  - 다. 소결 ..... 46
- 3. 직접처분의 문제점
  - 가. 직접처분의 운영상 문제 ..... 47
  - 나. 직접처분의 현실상 문제 ..... 48

다. 자치사무와의 충돌가능성 문제 .....	51
라. 국민권익보호의 소홀 .....	53

## 제4장 국내의 유사제도 및 사례

### 1. 행정소송법상 간접강제제도

가. 간접강제제도 일반 .....	54
나. 간접강제의 요건 .....	56
다. 간접강제의 신청·심리 .....	57
라. 간접강제의 결정 .....	58
마. 배상금의 추심 .....	59

### 2. 독일의 의무이행소송제도

가. 의무이행소송의 개념 .....	60
나. 의무이행소송의 분류 .....	61
다. 의무이행판결의 집행 .....	65
라. 우리 행정심판제도 개선에의 시사점 .....	67

### 3. 독일의 행정심판제도

가. 독일 행정심판제도의 목적 .....	68
나. 독일행정재판소법상의 독일행정심판제도 .....	69
다. 행정처분등에 대한 개인의 권리구제절차 설계에 대한 비교 .....	69
라. 행정심판에서의 이심효의 응용 .....	70

### 4. 프랑스의 행정심판제도

가. 프랑스 행정심판제도의 목적 .....	73
나. 프랑스 행정심판제도의 구조 .....	73
다. 프랑스 행정심판제도의 특징 .....	74
라. 우리의 행정심판제도 개선에의 시사점 .....	74

### 5. 영국의 행정심판제도

가. 영국행정심판제도의 성립 .....	76
나. 영국행정심판제도의 개혁 .....	79
다. 우리의 행정심판제도 개선에의 시사점 .....	81

## 제5장 직접처분제도 개선방안

### 1. 직접처분제도 시행방안 정립

가. 직접처분제도의 보완 .....	84
나. 직접처분의 소극요건의 해석 .....	85
다. 직접처분제도 시행방안 .....	90

### 2. 간접강제제도 도입 검토

가. 직접처분의 한계와 도입 필요성 .....	95
나. 간접강제제도 도입시 문제점 .....	96
다. 간접강제 제도수립방안 .....	97

### 3. 과태료제도 도입 검토

### 4. 기타 기속력 확보를 위한 방안 모색

제6장 결론 .....	107
--------------	-----

[첨부 1] 직접처분 시행지침(안) .....	109
---------------------------	-----

참고문헌 .....	112
------------	-----

## 제1장 서론

### 1. 연구의 배경

1995년 이른바 지방 4대 선거가 동시에 실시됨으로써 우리나라에 본격적으로 지방자치제도가 시행되었다. 해가 거듭됨에 따라 경험과 지식들이 축적되어 가면서 지방자치제도가 서서히 자리를 잡아가고 있다고 생각된다. 지방자치제도는 지방자치단체에 일정한 자치권을 부여하여 지역문제는 지역 스스로 해결하도록 함으로써 궁극적으로는 정치적 다원주의를 실현하고 이를 통하여 국가 전체의 경쟁력을 더욱 강화할 수 있도록 하고자 하는 것이다.

지방자치는 지방분권을 전제로 하는 정치이념인데, ‘분권’이라는 점에서 많은 오해를 낳기도 한다. 그러나 이 경우의 분권은 ‘행정권의 수직적 분권’만을 의미하는 것이기 때문에 국가의 모든 권력이 지방으로 분산되는 것은 아니다. 아울러 이와 같은 행정권의 분권도 ‘법률의 범위 내에서’ 인정되고 보장되는 것이지 법률로도 아무런 제한을 받지 않는 지방자치권은 생각할 수도 없는 것이다.

그런데 -물론 지방자치단체에 대한 감독이라는 전형적인 감독수단을 어떻게 활용할 것인가 하는 문제이기도 하지만- 최근 들어 민선 자치단체의 장의 행정적 독선과 횡포와 같은 부정적인 문제들이 심심치 않게 언론에 보도되기도 한다. 특히 이와 같은 문제는 행정심판의 실제에서도 발생하고 있다. 예를 들어 시도행정심판위원회에서는 어느 특정 지방자치단체의 처분에 대하여 행정심판 청구가 집중되는 현상이 벌어지기도 하는데, 이 문제는 선거에 의하여 지방자치단체 장이 바뀌면서 전임 장이 진행하여왔던 행정사무를 납득하기 어려운 전혀 다른 기준에 의하여 모두 불인정하여 생긴 결과이기도 하다. 그래도 이 경우는 행정심판을 통하여 행정의 자율적 통제가 가능하지만, 어떤 경우는 행정심판위원회의 재결에도 불구하고 처분청에서 재결의 취지에 따른 처분을 하지 않는 경우도 있다.

행정심판법은 청구인의 권리구제 강화와 재결의 실효성을 확보하기 위하여 처분청이 행정심판위원회의 이행명령재결에 따르지 않는 경우 처분청의 상급기관인

재결청이 해당 처분을 할 수 있도록 하는 직접처분제도를 1996년도에 도입하였다.<sup>1)</sup> 이는 행정심판제도가 국민권익구제와 함께 행정의 적정한 운영을 그 목적으로 하고 있고, 처분청의 처분권한은 상급기관인 재결청의 위임·위탁에 의하여 부여된 것으로 재결청은 처분청에 대한 지휘·감독권과 함께 처분권한을 유보하므로 처분청 대신 처분이 가능하다는 논리에 기초한 것이다.

그런데 2008년 2월 행정심판법의 개정으로 재결청이 폐지되고 행정심판위원회가 재결기능을 수행하게 되어 직접처분권한도 종전의 재결청에서 위원회로 변경되면서, 위원회는 종전의 재결청과 달리 처분청의 상급기관이 아니고 원래부터 처분청과 같은 권한도 없으며 직접처분에 따른 후속조치의 어려움과 처분청의 반발 등으로 위원회가 직접처분을 하기에는 많은 어려움이 존재하는 문제가 발생하게 되었다. 이렇게 되면 처분청의 처분 방치로 인하여 공익이 실현되지 않거나 관계자의 이익이 침해되고 있는 상황이 발생하게 되는 것이다.

이에 따라 본 연구에서는 재결의 실효성을 높이기 위하여 직접처분제도를 보다 원활하게 시행할 수 있는 방안을 마련해 보고자 하는 것이다.

### 2. 연구의 필요성

현 행정심판법 제50조 제1항은 “위원회는 피청구인이 제49조제2항에도 불구하고 처분을 하지 아니하는 경우에는 당사자가 신청하면 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간에 이행하지 아니하면 직접 처분을 할 수 있다”고 정함으로써 처분청의 재결불이행에 따른 직접처분제도를 규정하고 있다. 행정심판 재결의 실효성 확보와 실질적인 권리구제를 위해서는 재결의 기속력에 따른 재처분이 매우 의미 있는 것인데, 직접처분제도는 이와 같은 재결의 기속력을 담보하기 위

1) 행정심판법[1996. 4. 1]

제37조 (재결의 기속력등 <개정 1995.12.6>)

②당사자의 신청을 거부하거나 부각위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있는 경우에는 행정청은 지체없이 그 재결의 취지에 따라 다시 이건의 신청에 대한 처분을 하여야 한다. 이 경우 재결청은 당해 행정청이 처분을 하지 아니하는 때에는 당사자의 신청에 따라 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간내에 이행하지 아니하는 경우에는 당해 처분을 할 수 있다.

한 이행수단이다. 행정소송의 경우 권력분립 원칙상 행정청을 대신한 처분을 할 수 없으므로 처분의 이행을 강제하기 위하여 금전적 부담을 지우는 간접강제제도를 둘 수밖에 없는데 비해 행정심판은 행정부 내의 자기통제제도라는 특성상 처분청을 대신하여 재결청이 직접처분할 수 있도록 한 것이다. 이러한 취지에 따라 도입된 직접처분제도는 그동안 처분청이 재결에 따른 이행을 거부하는 경우가 거의 없어 운용에 별다른 문제점이 없었으나 2000년대 중반 이후 처분청의 재결불이행과 함께 직접처분신청이 증가하면서 제도의 문제점이 나타나고 있다. 직접처분의 문제점은 크게 제도자체의 한계와 운영상의 문제로 구분할 수 있다.

먼저 제도자체의 한계로는 위원회는 종전의 재결청과 달리 원래부터 처분권한이 없어 위원회의 처분에 대하여 처분청이 반발하거나 비협조시 직접처분 이후의 사후관리가 사실상 불가능하다는 점을 들 수 있다. 또한, 처분의 성질상 위원회가 직접처분할 수 없는 처분들이 존재하는데, 예를 들어 정보공개거부처분취소청구에 대한 이행재결, 과도한 예산이 수반되는 이주대책의 수립시행 등과 같은 경우의 인용재결이 있어도 원천적으로 직접처분을 하기가 매우 어렵다.

운영상의 문제점은 위원회와 처분청과의 관계에서 발생하는 것으로 중앙행정심판위원회의 경우에는 주요처분청이 중앙행정기관이나 광역자치단체로서 직접처분에 별 문제가 없으나, 시도행정심판위원회의 경우 지방자치제도의 발전에 따른 광역자치단체의 기초자치단체에 대한 통제력 약화, 광역자치단체장과 기초자치단체장 간 정당과 정책이 다른데 따른 마찰, 지역이기주의의 심화 등으로 시도행정심판위원회가 직접처분을 기피하거나 직접처분 후 후속조치에 많은 어려움을 겪는 사례가 나타나고 있다.

이와 같은 문제에 대응하는 것이 본 연구의 목적이다. 그러나 직접처분의 경우에는 일정한 한계도 있어 보인다. 그렇다면 현재의 법상황에서 재결의 실효성을 높이기 위해서는 직접처분을 어디 까지 그리고 어떤 경우에 할 수 있는지에 대한 구체적인 문제점의 분석과 이에 대한 개선방안을 탐구하는 것이 필요할 것이다. 이와 같은 연구는 행정심판의 본질이나 기능과 무관한 것이 아니다. 따라서 아래에서는 행정심판의 본질과 기능, 직접처분 사례 분석, 외국의 유사제도에 관한 연

구, 행정소송법상의 간접강제제도 등의 연구를 바탕으로 직접처분제도의 문제점, 한계와 개선방안 등을 제시해 보고자 한다.

## 제2장 행정심판제도 개관 및 일반현황

### 1. 행정심판의 의의 및 본질

행정심판은 행정청의 위법 또는 부당한 처분 그 밖에 공권력의 행사·불행사 등으로 인하여 권익을 침해받은 국민이 행정기관에 심판을 제기하는 제도이다. 행정소송과는 달리 행정부 내에 설치된 위원회에 의하여 진행되는 것이므로 형식적으로 보면 일종의 행정작용이지만, 행정소송과 더불어 공권력작용으로 침해된 개인의 권익을 구제하는 점에서 사법작용으로서의 성질도 가지고 있다. 그렇기 때문에 행정심판에는 재판에 준하는 엄격한 절차가 요구된다. 헌법 제107조 제3항도 행정심판의 절차를 법률로 정하도록 하고 있으며 사법절차가 준용되도록 하고 있다.<sup>2)</sup> 결국 행정심판은 행정청에 의한 행정작용이지만, 일종의 준사법적 작용으로서, 행정심판의 재결은 행정행위 중에서도 강한 존속력을 갖는다.<sup>3)</sup>

광의의 행정심판, 협의의 행정심판, 형식적 의미의 행정심판, 실질적 의미의 행정심판, 준사법절차가 준용되는 불복절차만을 행정심판으로 보는 견해 등 행정심판의 개념에 대해서는 다양한 의견이 제시되고 있다. 행정심판법에 따르는 행정심판을 협의의 행정심판으로 보고, 각종 개별법에서 행정심판이라는 용어대신 소청, 이의신청, 심사청구, 심판청구 등의 용어를 사용하는 하는 경우를 포함해서 실질적 의미의 행정심판 혹은 광의의 행정심판으로 설명하기도 한다.

### 2. 행정심판의 기능

#### 가. 행정심판의 기능에 관한 논의

헌법재판소는 행정심판의 기능 및 존재이유로서 행정청에게 먼저 재고와 반성

의 기회를 주어 행정처분의 하자를 자율적으로 시정하도록 하는 자율적 행정통제의 기능, 행정의 전문·기술성이 날로 증대됨에 따라 행정기관의 전문지식을 활용할 수 있도록 함으로써 법원의 전문성 부족을 보완하는 기능, 분쟁을 행정심판단계에서 해결하도록 함으로써 분쟁해결의 시간과 비용을 절약하고 법원의 부담을 경감할 수 있는 기능 등을 제시하고 있다.<sup>4)</sup>

이러한 행정심판의 기능 가운데 대표적인 것은 행정의 자기통제적 기능과 국민의 권리구제적 기능(사법기능의 보완)이라 할 것인데, 양자의 우선순위에 관하여는 일반적으로 동등한 위치에 있다고 보고 있다.<sup>5)</sup> 다만 현실적으로는 종래 권리구제적 기능의 강화에 행정심판법 개정의 초점이 맞추어져 왔고, 이러한 점에서 최근에는 행정심판의 권리구제적 기능과 자기통제적 기능 간의 균형 및 관계의 재정립에 관한 논의가 있었다.

우선 행정심판절차에 대해서 사법절차를 준용하도록 하는 헌법적 요청에 따라서 행정심판의 기능은 국민의 권리구제가 주된 것이 되었고, 이는 현재 행정소송을 보완하는 것을 넘어서 행정소송과 경쟁하는 관계에까지 이르게 되었으나, 행정심판에 있어서 행정의 자기통제적 기능은 결코 포기할 수 없는 가치임을 들어 양자의 기능을 조화시켜야 한다는 견해가 있다.<sup>6)</sup> 또한 종래 행정심판에 관한 모든 논의는 국민의 권익구제 내지 사법기능의 보완 측면에 치중하였고 행정통제제도로서의 기능은 간과되어 왔으며, 다른 한편으로 행정심판의 행정통제기능에 대해서 문제점이 없는 것도 아니나, 행정의 자율적 통제를 반드시 법치와 대비시켜 권익구제와 경쟁하는 관계로 볼 것은 아니므로, 행정심판에 있어서 국민의 권익구제와 행정의 자율통제는 서로 충돌하는 것이 아니라 상호보완하는 기능으로 보아야 한다는 견해도 있다.<sup>7)</sup>

4) 헌재2002. 10. 31. 선고2001헌마40결정.

5) 이에 반하여 행정심판법이 행정의 자율적 통제보다 국민의 권리구제에 우선순위를 두고 있다는 견해로는 박송규, 행정심판법(개정판), 한국법제연구원, 1998, 33면 참조.

6) 박정훈, “행정심판의 기능”, 행정법연구(제15호), 행정법이론실무학회, 2006. 5, 1-2, 9-13면; 박정훈, “행정심판법의 구조와 기능”, 행정법연구(제12호), 행정법이론실무학회, 2004. 10, 256면; 안동인, “영국의 행정심판제도 개혁에 관한 소고”, 공법연구(제38집 제1호 제2권), 한국공법학회, 2009. 10, 247-248면.

7) 최영규, 공법·처분법률상 이익: 행정심판을 통한 권리구제의 확대를 위한 시론, 현대공법의 과제(청담 최송화 교수 화갑기념논문집), 박영사, 2002, 458-459면.

2) 1980년 8차개헌에서 처음 규정되었다.

3) 김성수, 일반행정법, 제5판, 홍문사, 2010, 755면.

그리고 이보다 좀 더 적극적인 견지에서, 행정심판전치주의가 원칙적으로 폐기된 이상 행정심판제도상의 기본구조가 사법유사성을 떨 수는 있으나 반드시 그러해야 하는 것은 아니고, 오히려 행정절차의 부족함을 보충하는 2차적 행정절차로 보아야 하며, 행정심판제도의 권리구제적 기능은 법관에 의한 심사를 대체하는 것이 아니라, 위법한 특히 합목적적이지 않은 행정활동에 대한 구제의 추가적 가능성을 제공할 따름인 것으로 보아야 한다고 파악하면서, 특히 2008년 행정심판법 개정으로 독립된 재결기관으로서의 행정심판위원회가 출범하게 된 이상 행정심판 절차에서 사법적 기능을 지나치게 강조하고 지향하는 것은 스스로 고유한 자신의 존재이유를 반감시킬 수 있다고 하여 행정소송적 프레임을 가능한 투영시키려 하였던 종래의 태도에 대한 재고가 필요함을 강조하기도 한다.<sup>8)</sup>

이상의 논의들을 검토하기 위해서는 지금까지 우리나라 행정심판제도의 변천과정을 이해할 필요가 있다. 과거 재결청과 행정심판전치주의가 모두 존재할 당시에는 청구의 인용률이 매우 저조하다는 것이 문제였다. 결국 행정심판에서의 권리구제를 기대하지 못한다면 행정심판을 재판에 전치하는 것이 오히려 권리구제를 지연시킨다는 문제가 제기되었다. 이와 같은 이유로 행정심판은 원칙적으로 임의적 절차가 되었고, 이러한 과정에서 위원회의 구성도 외부의 전문가들이 많이 참여할 수 있는 방식으로 변경하고, 구술심리를 보장하여 대심구조를 확대하는 등의 자군력을 기울이게 되었고, - 바로 이와 같은 이유에서인지 모르나 - 청구 인용률도 상승하게 되었다. 행정심판은 행정소송에 비하여 시간이 매우 절약되고 또한 무료라는 점, 여기에 자기의 청구를 직접 구두로 주장할 수 있는 구술심리가 보장되었고, 청구 인용률도 높아졌다는 점 등의 이유로 인하여 행정심판 청구 건수가 매년 상당히 증가하고 있다고 판단된다. 그런데 이러한 점들을 두고 행정심판이 상대적으로 권리구제적 측면을 강조하는 데 경도되어 있다고 평가할 수는 없을 것이다. 이와 같은 권리구제적인 측면에서의 절차의 보장이 행정의 자기통제에 대한 포기를 의미하는 것은 아니라고 생각된다.

8) 김중권, “최근의 법률개정에 따른 행정심판제도의 문제점에 관한 소고”, 공법연구(제36집 제4호), 한국공법학회, 2008. 6, 492-496, 509-510면.

이상의 견해들은 행정심판이 가지는 두 가지 기능이 공존하여야 한다는 원칙을 강조한 것이라고 생각된다. 물론 행정심판은 권력분립원칙상 행정부에 의한 심판이라는 점에서 행정의 자기통제기능을 절대 포기할 수는 없을 것이다. 아울러 이와 같은 행정통제가 궁극적으로는 국민의 권익을 보호하는 기능도 수행하고 있다. 위의 논의들도 행정심판이 행정소송과 유사해 지는 것을 경계하여 양 기능의 조화를 강조한 것이지 행정심판의 권리구제적 기능을 부정하거나 향후 이를 현재보다 축소하여야 한다는 의미는 아니라고 생각된다. 요컨대 행정심판의 양 기능은 서로 분리하여 생각할 수 없다.<sup>9)</sup> 혹자는 우리나라 행정소송의 인원·장비의 한계에 비추어 볼 때, 행정심판의 쟁송적 성격은 근본적으로 유지 발전시킴으로써 행정소송과의 임무분담 및 선의의 경쟁을 도모하는 것이 바람직하다고 하고 있으나,<sup>10)</sup> 이는 어디까지나 행정심판이 담당하고 있는 ‘쟁송’으로서의 성격을 강조한 것이지 행정심판이 행정소송을 갈음할 수 있다는 의미는 아닐 것이다. 오히려 행정심판의 권리구제적 기능의 강화는 행정에 대한 자기통제로서의 기능을 더욱 충실하게 한다고 생각한다. 요컨대 행정에 대한 통제와 국민의 권리보호는 같은 방향으로 진행되는 것이지, 어느 한쪽이 다른 한쪽을 약화시키는 대립적인 관계는 아닌 것이다. 행정심판이 가지는 합법성·합목적성에 대한 심사를 견지하고 또한 이러한 관점에서 청구인적격과 대상적격의 범위를 행정소송보다 훨씬 완화하여 인정하게 되면 행정심판의 양 기능이 보다 적극적으로 발휘되면서 행정심판의 발전을 기대할 수 있지 않을까 생각된다.

#### 나. 재결의 실효성 확보를 통한 행정심판 기능의 강화

이상에서 살펴본 행정심판의 기능은 재결의 실효성이라는 측면에서도 매우 중요한 의미를 가진다. 특히 직접처분의 경우 행정심판위원회가 직접처분을 할 수 있음에도 불구하고 행정의 현실에서 사실상의 곤란함이 존재하는 경우가 많은데

9) 안동인 (2009), 256면.

10) 박정훈, “세계 속의 우리나라 행정소송-행정심판-행정절차: 법치행정 3분의 상호관계(실질적 행정소송으로서의 헌법소원심판을 포함하여)”, 저스티스(통권 제92호), 한국법학원, 2006. 7, 336면.



이러한 점이 행정의 자기통제와 국민의 권익구제라는 측면에서 문제를 야기하고 있는 것이다.

예를 들어, 쓰레기소각장·장례식장과 같은 이른바 주민혐오시설 건축불허가에 대한 행정심판에 있어서 인용재결에도 불구하고 기초자치단체장이 후속처분을 하지 않는 경우 청구인은 시도행정심판위원회에 직접 처분을 신청할 수밖에 없는데 시도행정심판위원회 역시 자치단체장 선거나 집단민원을 의식하여 직접처분을 꺼리고, 시도행정심판위원회에서 직접처분을 한 경우에도 직접처분에 따른 후속조치(허가증발급 및 사후관리 등)를 이행하여야 할 기초자치단체장이 이를 거부하는 경우 후속조치를 전제로 청구인이 하고자 하는 법률행위를 할 수 없게 되는 등 직접처분을 통한 권리구제에 장애가 발생하여 재결의 실효성 확보에 많은 어려움이 있다. 이와 같이 직접처분제도는 도입취지와 달리 제도자체의 본질적 한계에 따른 재결의 실효성 확보 곤란, 시도행정심판위원회의 직접처분 및 후속조치의 어려움 등으로 시도행정심판위원회를 비롯한 각계로부터 직접처분제도를 개선하거나 이를 대체할 새로운 의무이행확보수단의 도입이 필요하다는 주장이 제기되고 있는 것이다.

따라서 재결에 따라 일정한 처분을 하여야 할 처분청의 명백한 위법·부당한 거부나 부작위에 대한 엄정한 통제가 있어야 하고, 이를 위해서는 직접처분이 가능하여야 하며, 직접처분이 불가능한 경우에는 간접강제와 같은 방법을 통해서라도 처분을 이끌어냄으로써 처분이 필요한 국민의 권리구제에도 기여하여야 하는 것이다. 이와 같이 재결의 실효성 강화는 행정심판의 기능을 강화하기 위해서도 반드시 요구되는 것이다.

### 3. 행정심판 일반현황

1995년의 행정심판법 개정이유서에는 “행정심판제도는 현행 행정심판법이 1984년에 제정(1985.10.1 시행)되어 10여 년간 시행되어 오고 있는 바, 동법 시

행이후 행정수요가 양적·질적으로 팽창되고 국민의 권리의식 증대로 위법·부당한 행정처분에 대한 행정심판청구사건이 급증하고 있으나 현행제도가 행정편의 위주로 운영되고 있어 국민의 권익구제수단으로서의 기능이 미흡한 실정이므로, 행정심판제도가 진정한 국민의 권리구제수단으로 정착되도록 개선하기 위하여 행정심판기관의 기능 및 운영상 나타난 미비점을 보완하고 행정심판의 민주성 및 공정성을 제고하여 국민의 권익을 최대한 보장하려는 것”임을 밝히고 있다. 이 개정의 유서는 국민의 권리의식 증대가 행정심판기능을 강화시키고 있다는 것을 가늠케 해준다.

중앙행정심판위원회에서 공개한 행정심판의 사건처리 현황은 아래와 같다.<sup>11)</sup>

<표 1> 중앙행정심판위원회 연도별 사건처리 현황

(단위: 건)

구분	접수건수	심리·의결				인용률(%)	취하·이송
		계	인용	기각	각하		
1998	6,847	7,335	2,423	4,656	256	33	0
1999	8,032	8,056	2,066	5,590	400	25.6	67
2000	9,454	8,842	1,899	6,265	678	21.5	123
2001	11,317	12,246	2,889	8,620	737	23.6	110
2002	11,725	9,442	1,884	6,988	570	20	587
2003	13,859	13,164	2,500	10,028	636	19	269
2004	21,148	19,114	3,372	14,945	797	17.6	547
2005	21,345	21,131	3,102	17,157	872	14.7	891
2006	19,541	18,744	2,968	15,160	616	15.8	448
2007	23,330	23,179	3,720	18,818	641	16	555

11) <https://www.simpan.go.kr/claim/index.jsp>(검색일:2011.7.20)

2008	24,194	23,142	3,462	18,840	840	15	1,211
2009	29,574	27,461	4,162	22,358	941	15.2	1,151
2010	31,019	30,472	4,990	24,320	1,162	16.4	1,001
2011.06	13,852	14,530	2,296	11,761	473	15.8	505
합계	245,237	236,858	41,733	185,506	9,619	17.6	7,465

행정심판 통계에서 연도별 사건처리 현황을 살펴보면 매년 꾸준히 증가다가 2004년에는 2만건이 넘었고 2010년에는 3만건이 넘게 되었다. 국민의 권리의식 증대는 행정심판청구의 증가로 이어졌다고 볼 수 있다.

### 제3장 직접처분 제도운영과 문제점

#### 1. 직접처분제도 개관

##### 가. 직접처분제도의 의의

직접처분제도는 행정심판재결의 집행력을 확보함으로써 재결의 실효성을 도모하고 국민의 권익구제라는 행정심판의 목적을 달성하기 위하여 도입된 제도이다. 재결은 피청구인인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다. 따라서 재결이 있으면 피청구인인 행정청을 비롯한 관계행정청은 재결의 내용에 따라 처분을 취소·변경하여야 할 의무를 지게 되며, 당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있는 경우에는 행정청은 지체없이 그 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.

이와 같이 행정심판의 인용재결은 피청구인인 행정청과 그 밖의 관계행정청 모두를 기속하기 때문에 행정청은 인용재결이 있으면 그에 따라야 한다. 그러나 의무행심판청구에 대한 이행재결의 경우는 심판청구가 인용되어도 행정청의 적극적인 작위를 필요로 하기 때문에 비록 재결의 기속력이 있다 하더라도 행정청이 재결의 취지에 따라 적극적인 처분을 하지 아니할 경우에는 청구인의 실질적인 권리보호를 위한 제도적 장치가 없으면 재결의 실효성이 저해된다. 따라서 국민의 권리구제를 보다 확실하게 보장하고, 행정법관계에 관한 분쟁을 행정부 내에서 해결하도록 함으로써 사법부의 업무를 경감시키며, 재결청의 처분에 대한 감독기능을 강화한다는 측면에서 직접처분제도를 두고 있다.

결국 직접처분제도는 처분청이 재결을 이행하지 아니한 사례가 현실적으로 존재하며, 특히 지방자치제의 실시에 따라 행정심판재결의 이행을 거부하는 사례가 발생할 것이 충분히 예상된다는 사실 등을 고려할 때 재결의 집행력 확보를 위한 규정의 미비로 인하여 국민의 권익구제가 미흡하게 되고 결과적으로 행정에 대한

불신 및 행정심판위원회의 위상의 하락 등을 초래하게 되는 것은 타당하지 아니하므로 재결의 기속력을 담보할 수 있는 제도적 장치로서 도입된 것이다.<sup>12)</sup>

#### 나. 직접처분제도의 도입·변천

1984년 제정되어 1985년 10월부터 시행된 행정심판법은 각 재결청마다 행정심판위원회를 설치하여 그 행정심판위원회의 의결에 재결청이 따르도록 규정하였다. 그 후 1995년 제1차 개정 시 각 중앙행정기관의 재결청에 소속된 행정심판위원회를 폐지하고 국무총리행정심판위원회로 통합하였다. 즉 종전대로 각 행정각부의 장관이 행정심판의 재결청이 되지만, 그 각 재결청에 대한 행정심판위원회는 단일한 국무총리행정심판위원회로 통합되었고, 동 행정심판위원회의 의결에 각부 장관이 구속되어 재결을 하게 됨으로써 실질적으로 국무총리행정심판위원회가 중앙행정기관에 대한 행정심판 결정권한을 갖게 되었다. 그러나 재결권한은 각부 장관이 보유하고 있다. 이러한 상황에서 상기 1995년 행정심판법 개정 시 의무이행재결의 집행력을 확보할 목적으로 처분청이 의무이행재결을 이행하지 않는 경우 재결청이 직접 재결에 따른 처분을 할 수 있는 직접처분제도가 도입되게 되었다. 다만 도입당시 규정에는 현 조항과 같이 직접처분의 예외사항은 존재하지 않았다. 형식적으로는 각부 장관이 재결청의 지위에 있었으나 실질적인 행정심판 결정권한은 국무총리행정심판위원회에게 있게 된 것이다. 즉 직접처분은 재결청의 권한이고, 재결청은 심판청구에 관해서만 국무총리행정심판위원회의 의결에 구속되었고, 직접처분에 대하여는 재결청이 행정심판위원회의 의결에 구속된다는 명문의 규정이 없었으므로 행정심판위원회가 재결청에게 직접처분을 제안하는 의결을 하더라도 재결청이 이에 구속되지 아니하였다. 이로 인해 사실상 중앙행정기관의 차원에서는 직접처분이 거의 이뤄지지 못하였다.

2008년 2월 행정심판법 개정을 통하여 국무총리행정심판위원회가 새로운 설치

된 국민권익위원회로 편입됨과 동시에, 종래의 재결청 제도를 폐지하고 행정심판위원회가 재결까지 하는 것으로 변경되었다. 동시에 직접처분에 관한 규정의 개정도 이뤄졌다. 즉 행정심판위원회가 스스로 직접처분을 할 수 있게 됨과 동시에 ‘그 처분의 성질이나 그 밖의 불가피한 사유로 위원회가 직접처분을 할 수 없는 경우에는’ 직접처분을 하지 아니하도록 하는 단서규정이 추가되었다. 이는 현행 제도에서와 같이, 재결청이 폐지되고 행정심판위원회가 직접 행정심판을 담당하게 되면, 행정심판위원회는 처분청의 상급 관청으로서의 성격이 매우 희박해지고 본질적으로 제3자적 쟁송기관으로서의 지위에 서게 되면서, 행정심판위원회가 처분청의 상급 관청으로서의 성격을 본질적으로 상실하게 되면, 처분청을 대신하여 직접처분을 할 수 있는 명분과 책임도 약화되기 때문에, 행정심판위원회가 직접처분을 할 때에 신중을 기하도록 하기 위하여, 특히 처분청의 처분 권한과 책임을 존중하도록 하기 위하여 위와 같은 소극적 요건이 추가된 것으로 판단된다.

#### 다. 직접처분제도의 요건·효과

행정심판법 제50조 및 동법 시행령 제33조, 동법 시행규칙 제4조는 직접처분의 근거와 요건 및 절차를 규정하고 있다.

##### 행정심판법 제50조(위원회의 직접 처분)

- ① 위원회는 피청구인이 제49조제2항에도 불구하고 처분을 하지 아니하는 경우에는 당사자가 신청하면 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간에 이행하지 아니하면 직접 처분을 할 수 있다. 다만, 그 처분의 성질이나 그 밖의 불가피한 사유로 위원회가 직접 처분을 할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 위원회는 제1항 본문에 따라 직접 처분을 하였을 때에는 그 사실을 해당 행정청에 통보하여야 하며, 그 통보를 받은 행정청은 위원회가 한 처분을 자기가 한 처분으로 보아 관계 법령에 따라 관리·감독 등 필요한 조치를 하여야 한다.

12) 이하의 내용은 김기표, 「신행정심판법」, 한국법제연구원, 2003, 599-600면 인용; 박송규, 「행정심판법」, 한국법제연구원, 1998, 348-349면 참조; 장호익, “행정심판법중개정법률 해설”, 「법제」, 1995, 456면 참조.

### 행정심판법 시행령 제33조(재결 불이행에 대한 위원회의 직접 처분 등)

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 시행규칙 제4조(위원회 처분서의 기재사항)

위원회가 법 제50조제1항 본문에 따라 직접 처분을 하는 경우 그 처분서에는 법 제50조제1항 본문에 따라 처분을 한다는 취지와 해당 처분에 관하여 관계 법령에서 정하고 있는 허가증 등 처분증명서에 적혀 있는 사항이 포함되어야 한다.

행정심판법 및 동법 시행령에 규정된 내용에 따라 직접처분의 요건과 효과를 정리하면 다음과 같다.<sup>13)</sup> 행정심판위원회의 직접처분은 당사자의 신청에 대한 거부처분이나 부작위에 대하여 처분의 이행을 명하는 재결에 대하여 이를 이행하지 않는 경우에 하도록 하고 있다. “당사자의 신청에 대한 거부처분이나 부작위에 대하여 처분의 이행을 명하는 재결”이라 함은 의무이행심판을 청구하여 인용재결을 받은 경우를 의미한다. 의무이행심판의 인용재결에는 처분재결과 처분명령재결이 존재한다. 처분재결은 행정심판위원회가 직접 원처분의 이행을 위한 처분을 하는 것이므로 이행의 문제가 발생하지 않는다. 직접처분의 문제가 발생하는 것은 처분명령재결의 경우이다.

피청구인인 행정청은 의무이행심판인용재결의 재결서의 정보를 송달받으면 그 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다. 그럼에도 불구하고 피청구인인 행정청이 청구인에게 재결에 대한 불이행의 의사를 표시한 경우 또는 재결에 대한 이행여부의 의사표시를 상당한 기간이 지나도록 하지 아니하는 경우에는 피청구인인 행정청이 재결에 대한 불이행을 할 것으로 볼 수 있을 것이

다.

상당한 기간이 어느 정도를 의미하는 지는 법령상 명문의 규정은 없으나, 일반적으로 신청에 대한 처분을 다시 하는데 필요한 기간으로 서류보완기간 등 사회통념상 인정되는 기간을 의미한다. 개별 법령이나 훈령에서 편의증진과 사무처리의 촉진을 위하여 신청에 대한 처리기간을 명시하고 있다. 개별 법령에서 처분의 기간을 규정하고 있는 경우, 그 규정이 강행규정으로 해석되는 경우에는 그 기간이 경과하면 부작위가 성립된다고 할 것이다. 「민원사무처리에 관한 법률」 제20조에서는 민원사무의 신속·정확한 처리를 위하여 법령·훈령·예규·고시 등에 규정되어 있는 민원사항의 처리기간·구비서류·처리절차·신청방법 등에 관한 사항을 종합한 민원사무처리기준표를 작성하여 매년 관보에 고시하도록 하고 있고, 이에 따라 민원처리기간 등을 명시한 민원사무처리기준표가 매년 관보에 고시되고 있다. 행정절차법 제19조에서도 처리기간을 공표하도록 하고 있다. 「민원사무처리에 관한 법률」과 행정절차법에 근거하여 고시하거나 공표한 처리기간은 상당한 기간을 관정하는데 중요한 참고기준이 될 수 있을 것이다. 그러나 그 기간을 준수하지 않았다 하더라도 곧 바로 상당한 기간이 경과한 것으로 보기는 어렵다고 할 것이며, 이는 행정절차법상 처리기간을 원칙적으로 주의규정으로 보는 것이 타당하기 때문이다.<sup>14)</sup>

당사자가 피청구인인 행정청의 재결 불이행을 입증하는 자료를 첨부하여 직접 처분을 해 줄 것을 행정심판위원회에 신청하여야 한다. 당사자의 신청이 없이 행정심판위원회가 직권으로 재결불이행이 있다고 판단하여 직접처분을 할 수는 없다. 당사자가 언제까지 행정심판위원회에 직접처분을 신청할 수 있는 지에 관하여는 명문규정이 존재하지 않는다. 재결불이행 상태가 계속되는 한 언제든지 직접처분의 신청을 할 수 있다고 하여야 할 것이다.<sup>15)</sup>

청구인의 직접처분신청을 받은 행정심판위원회는 그 처분의 성질이나 그 밖의 불가피한 사유로 인하여 직접처분을 할 수 없는 경우에는 그 사유를 신청인에게

13) 김기표, (2003), 601-606면 참조; 국무총리행정심판위원회, 「행정심판의 이론과 실제」, 법제처, 1998, 413-416면 참조

14) 김기표 (2003), 603면.

15) 김기표 (2003), 603면.

통보하여 신청인이 행정소송 등 다른 구제수단을 강구할 수 있도록 하여야 한다. 특히 직접처분이 불가능한 경우에 대한 규정은 2008년 2월 행정심판법 개정을 통하여 종래의 재결청 제도를 폐지하고 행정심판위원회가 재결까지 하는 것으로 변경되면서 법률에 명문으로 추가된 것이어서 이에 대한 판단에 신중을 기할 필요가 있다. 이는 행정심판위원회는 처분청의 상급 관청으로서의 성격이 희박해지고 본질적으로 제3자적 쟁송기관으로서의 지위에 서게 되면서, 행정심판위원회가 처분청의 상급 관청으로서의 성격을 본질적으로 상실하게 되어, 처분청을 대신하여 직접처분을 할 수 있는 명분과 책임이 약화되었기 때문이다. 법률상 문구로 추가된 직접처분을 할 수 없는 경우에 대해서는 선례가 부재하고 기준이 불명확하여 향후 보다 명료하게 정리해 나갈 필요가 있다.<sup>16)</sup>

청구인의 직접처분신청을 받은 행정심판위원회는 지체없이 피청구인인 행정청에 대하여 재결 불이행여부를 확인하고, 재결 불이행 사실이 확인 되면 일정한 기간을 정하여 피청구인인 행정청에게 서면으로 시정명령을 하여야 한다. 행정심판위원회는 시정기간을 정하는데 있어서 처분의 내용 기타 객관적인 사정을 참작하여 피청구인인 행정청이 처분의 이행을 하는데 충분한 정도로 하여야 한다. 이 경우 행정심판위원회가 직접 시정명령을 결정하여야 하는지, 아니면 위원장이 시정명령을 하고 직접처분을 결정하는 행정심판위원회에서 추인받으면 되는지는 법률상으로는 불분명하다. 시정명령을 하지 않고 곧바로 기각결정을 하는 경우에는 이와 같은 문제가 생기지 않겠으나, 이와 같은 경우에도 시정명령을 할 것인지의 여부는 직접처분 결정과 관련하여 매우 중요한 의미를 가진다고 볼 것이므로, 행정심판위원회가 직접 결정하는 것이 바람직하다고 하겠다.

피청구인인 행정청이 행정심판위원회가 정한 기간내에 행정심판위원회의 시정명령에 따르지 아니하겠다는 의사를 표시하거나 당해기간이 도과하도록 시정명령을 따르지 아니하여야 한다.

이상의 직접처분 요건이 갖춰진 경우에 행정심판위원회는 피청구인인 행정청의 이행거부나 부작위 상태를 배제하고, 피청구인에 갈음하여 재결의 취지에 따른 처

16) 이에 대한 자세한 내용은 제5장 직접처분제도 개선방안에서 기술하기로 한다.

분을 직접 행할 수 있다. 이 경우 행정심판위원회가 직접처분을 할 수 있는 범위는 재결의 지속력이 미치는 범위내로서 재결의 주문에 기재된 내용에 한정된다. 행정심판위원회는 직접처분요건이 갖춰진 경우에는 직접처분을 해야 할 의무가 있는가에 관하여 법규정상으로는 '직접처분을 할 수 있다'라고 규정하여 직접처분여부에 대하여 재량권을 부여하고 있는 것으로 해석될 수 있다. 그러나 이에 대하여, 행정심판위원회가 재결기능을 갖기 이전의 시기(재결청이 재결권한을 가지고 있었던 시기)에는 재결을 한 기관으로서 그 재결이 이행되지 아니하는 한 재결의 지속력에도 반하고 재결청의 하급관청에 대한 감독기능도 무시된 것이므로, 불가피한 사유가 없는 한, 신청한 취지에 따라 직접처분을 해야 할 의무가 있다고 해석되는 것이 타당하다는 견해가 있었다. 이러한 견해가 2008년 2월 행정심판법 개정을 통하여 종래의 재결청 제도를 폐지하고 행정심판위원회가 재결까지 하는 것으로 변경된 경우에도 그대로 유지되어야 하는지의 여부에 대해서는 보다 신중을 기할 필요가 있다고 생각된다. 왜냐하면 이미 언급한 바와 같이, 법개정으로 행정심판위원회 처분청의 상급 관청으로서의 성격이 매우 희박해지고 본질적으로 제3자적 쟁송기관으로서의 지위에 서게 되어, 처분청을 대신하여 직접처분을 할 수 있는 명분과 책임이 약화되었다고 판단되기 때문이다.<sup>17)</sup> 다음으로 목차를 달리하여 직접처분제도의 실제 적용사례를 살펴보고 제도운용의 과정과 현실상 제기될 수 있는 문제점을 검토하기로 한다.

## 2. 행정심판위원회 직접처분 적용사례

직접처분제도는 상술한 바와 같이 1995년 도입 이래로 2008년 행정심판법 개정으로 재결청이 폐지되기 전까지는 시·도지사의 처분이나 중앙행정기관의 장이 행한 처분에 대한 의무이행심판청구에 대한 인용재결에 대하여 이를 이행하지 않은 사례가 거의 존재하지 않아 중앙행정기관이 재결청으로 직접처분을 한 사례는 거의 없는 것으로 알려지고 있다.<sup>18)</sup> 더불어 2008년 행정심판법 개정 이전에는 행정

17) 동지; 박정훈 (2011), "직접처분에 관한 자문의견", 중앙행정심판위원회 내부자료, 2011년 3월 4일, 4면.

심판 결정권한은 국무총리행정심판위원회에게 있었지만 직접처분은 '재결청'의 권한이었고, 재결청은 '심판청구'에 관해서만 국무총리행정심판위원회의 의결에 구속되었고, 직접처분에 관해서는 재결청이 행정심판위원회의 의결에 구속된다는 명문의 규정이 없었기 때문에, 행정심판위원회가 재결청에게 직접처분을 제안하는 의결을 하더라도 재결청이 이에 구속하지 아니하였고, 이러한 이유로 사실상 중앙행정기관 차원에서는 거의 직접처분이 이루어지지 아니하였던 것이 사실이다.<sup>19)</sup> 그런데 2008년 행정심판법 개정이 이뤄진 이후, 행정심판위원회는 의무이행재결에 대한 시정명령불복을 이유로 하는 직접처분사건을 담당하게 되면서 직접처분과 관련된 문제가 제기되고 있다. 지금까지 중앙행정심판위원회 및 시도행정심판위원회에서 여러 건의 직접처분이 문제된 경우가 있었는데, 이하에서는 대표적으로 중앙행정심판위원회와 시도행정심판위원회의 직접처분과 관련된 몇 가지 사례를 검토해 보기로 한다.

가. 중앙행정심판위원회

이 사례는 의무이행심판 인용재결 이후에 행정청의 처분사무 불이행으로 인하여 시정명령 및 직접처분을 신청한 사건으로 중앙행정심판위원회는 행정심판법 제50조 제1항 단서의 해석상 중앙행정심판위원회가 직접처분을 하기에는 부적합하므로 신청을 기각한 중앙행정심판위원회 결정사건이다. 이하에서는 우선 결정문의 형식과 내용을 인용하여 사건개요, 주문 및 결정이유를 살펴보고, 이어서 사건의 쟁점을 분석하기로 한다.

(1) 결정서

**중앙행정심판위원회**

18) 김기표 (2003), 609면 참조.  
19) 박정훈 (2011), 2면.

**결 정**

사 건 : 직접처분 2011-00001 의무이행심판 인용재결 이행신청  
 신청인 : ○○주식회사(대표이사 ○○○)  
           ○○도 ○○시 ○○읍 ○○리 ○○○-○  
 피신청인 : ○○도지사  
 신청일 : 2010. 9. 29.

**주 문**

신청인의 직접 처분 신청을 기각한다.

**신 청 취 지**

중앙행정심판위원회는 피신청인에 대하여 2010-XXXXX 사업계획 변경승인의 무이행청구사건의 재결취지에 따른 처분을 하도록 기간을 정하여 서머으로 시정명령을 하고, 그 기간내에 피신청인이 이를 이행하지 아니하는 경우 중앙행정심판위원회가 신청인에게 위 재결취지에 따라 직접 사업계획 변경승인처분을 한다.

**이 유**

1. 의무이행심판 인용재결의 존재

가. 신청인이 2008. 12. 8. 피신청인에게 ○○도 ○○시 ○○읍 ○○리 ○○○-○에 있는 ○○골프장의 명칭을 ○○클럽으로 하고 사업의 주체를 ○○주식회사에서 ○○주식회사로 변경하는 내용 등으로 등록체육시설업 사업계획 변경승인신청을 하였으나, 피신청인은 2009. 3. 5. 신청인이 사업계획승인의 승계를 객관적으로 증명할 수 있는 자료를 제출하지 못하였다는 이유로 신청인에게 등록체

육시설업 사업계획 변경승인신청 반려처분(이하 '이 사건 1차 거부처분'이라 한다)을 하였다.

나. 신청인은 2009. 4. 6. 국무총리행정심판위원회에 이 사건 1차 거부처분에 대한 취소심판을 청구하였고, 동 위원회는 2009. 9. 15. 신청인이 ○○주식회사의 영업을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전받은 것과 마찬가지로 볼 수 있다는 이유로 이 사건 1차 거부처분을 취소하는 인용재결(이하 '이 사건 인용재결'이라 한다)을 하였다.

다. 이 사건 인용재결에 따라 신청인이 2009. 9. 21. 피신청인에게 등록체육시설업 사업계획 변경승인신청을 다시하였으나, 피 신청인은 이 사건 인용재결에 대한 법률검토가 필요하다는 등의 이유로 2009. 10. 14. 다시 등록체육시설업 사업계획 변경승인신청 거부처분(이하 '이 사건 2차 거부처분'이라 한다)을 하였고, 신청인은 2009. 12. 23. 국무총리행정심판위원회에 피신청인을 피청구인으로 하여 사업계획 변경승인 의무이행심판을 청구하였으며, 중앙행정심판위원회는 2010. 8. 17. 이 사건 2차 거부처분은 확정된 이 사건 인용재결의 기속력에 정면으로 저촉되는 것이므로 피신청인은 신청인에게 사업계획 변경승인을 할 의무가 있다는 취지의 의무이행재결(이하 '이 사건 의무이행재결'이라 한다)을 하였고, 동 의무이행재결에 따라 피 신청인이 이행하여야 할 사업계획 변경승인의무의 내용은 다음과 같다.

- 다 음 -

당초 승인된 사업계획내용	변경하고자 하는 사업계획 내용
상호 및 명칭 : ○○주식회사 ○○골프장	상호 및 명칭 : ○○주식회사 ○○클럽
대표자 : ○○○	대표자 : ○○○
사업기간 : 1999. 2. 6. - 2002. 12. 31.	사업기간 : 2009. 9. 30. - 2011. 3. 31.

라. 신청인은 피신청인에게 2010. 8. 30. 다시 등록체육시설업 사업계획 변경승인신청을 하였으나, 피신청인은 2010. 9. 24. 신청인에게 이 사건 의무이행재결에 대한 법률 검토 완료시까지 처분이 유보 될 것임을 통지하였다.

## 2. 피신청인의 이행의무 불이행 여부

「행정심판법」 제49조제2항, 제50조제1항에 의하면, 당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있는 경우에는 행정청은 지체없이 그 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 하고, 당해 행정청이 처분을 하지 아니하는 때에는 위원회는 당사자의 신청에 따라 기간을 정하여 서면으로 시정을 명할 수 있도록 되고 있는데, 기록에 의하면 이 사건의 경우 피신청인은 이 사건 의무이행재결의 취지에 따라 지체없이 다시 신청인에게 등록체육시설업 사업계획변경승인처분을 하여야 함에도 불구하고 이를 이행하지 아니한 사실이 인정된다.

## 3. 중앙행정심판위원회의 시정명령

신청인은 2010. 9. 29. 중앙행정심판위원회에 시정명령 및 직접 처분을 신청(이하 '이 사건 직접 처분 신청'이라 한다)하였고, 중앙행정심판위원회는 2010. 12. 7. 피신청인이 시정명령 결정서를 송달받은 날부터 3주일 이내에 신청인에게 이 사건 의무이행재결의 취지에 따라 등록체육시설업 사업계획 변경승인처분을 할 것을 명하는 결정을 하였고, 피신청인은 동 결정서를 2010. 12. 13. 수령하였

으나 수령일로부터 3주일이 되는 2011. 1. 3. 까지 동 시정명령을 이행하지 아니하였다.

#### 4. 결론

##### 1) 관련규정의 요지

「행정심판법」 제50조제1항에 의하면, 당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있음에도 불구하고 당해 행정청이 처분을 하지 아니하는 경우, 당사자가 신청하면 행정심판위원회는 당해 행정청에 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고, 그 기간에 이행하지 아니하면 직접 처분을 할 수 있되, 다만 그 처분의 성질이나 그 밖의 불가피한 사유로 행정심판위원회가 직접 처분을 할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다고 되어 있다.

##### 2) 판단

이 사건 직접 처분 신청에 대한 결정을 하려면 「행정심판법」 제50조의 해석에 따른 판단이 필요하다. 「행정심판법」 제50조제1항본문에 따라 중앙행정심판위원회는 직접 처분을 할 수 있고, 피신청인이 이 사건 의무이행재결 및 시정명령을 이행하지 아니하는 상황에서 직접 처분이 불가피해 보이기도 한다. 다만 「행정심판법」 제50조제1항단서, 즉 처분의 성질상 직접 처분을 할 수 없는 경우인지 및 그 밖의 불가피한 사유에 해당하는지의 여부에 대한 판단이 필요하다.

먼저, 처분의 성질을 살펴보면, 이 사건 사업계획 변경승인의 경우 사업기간의 설정, 부관의 부과 등과 관련하여 처분청인 피신청인에게 재량권의 행사의 여지가 아직도 상존하고 있는 것으로 보이는 점, 사업계획 변경승인처분이 국가사무라기보다는 지방자치단체의 자치사무로 해석될 여지로 인하여 지방자치단체의 권한 행사에 맡겨야 할 측면이 있다는 점 등 고려사항이 많아서 중앙행정심판위원회가 직접 처분을 하기에 부적절한 점이 인정된다.

다음으로 그 밖의 불가피한 사유의 존재 여부를 살펴보면, 이 사건 의무이행재결에 설정된 사업기간의 종기가 임박해 있으나, 사업기간을 일방적으로 변경하

여 재설정하는 것이 곤란하다는 점, 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」 제18조에 의한 회원의 권익보호와 관련한 분쟁 등 체육시설업의 승계와 관련한 민원이 종료되지 아니한 상태에 있다는 점 등 처분청이 아닌 중앙행정심판위원회의 차원에서 명확히 처리하기 어려운 사정 등이 이에 해당한다고 할 수 있다.

위와 같은 사정으로 인하여 이 사건 직접 처분 신청은 「행정심판법」 제50조제1항 단서의 해석상 중앙행정심판위원회가 직접 처분을 하기에는 부적합하다고 판단되므로 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

다만, 본 기각결정은 피신청인인 ○○도지사에게 이 사건 의무이행재결의 기속력을 부인하는 것으로 오해되어서는 아니된다. 본 기각결정의 취지는 「행정심판법」 제50조제1항본문 및 단서의 취지상 중앙행정심판위원회가 직접 처분할 것이 아니라 피신청인이 이 사건 의무이행재결의 기속력을 인정하여 처분하여야 함을 선언하는 것이다.

다시 말해서 중앙행정심판위원회의 이 사건 의무이행재결 및 시정명령의 기속력은 상존하고 있어 피신청인이 지속적으로 의무를 이행하지 아니하고 있는 것은 「행정심판법」 제49조를 위반한 위법상태를 지속시키는 행위이므로 피신청인은 빠른 시일 내에 동 위법상태를 해소할 것을 촉구한다.

2011. 3. 22.

#### 중앙행정심판위원회

##### (2) 결정서에 대한 평가

동 결정의 의의는 2008년 행정심판법 개정으로 재결청이 사라지고, 그 명칭도 국무총리행정심판위원회에서 중앙행정심판위원회로 변경된 이후, 처음으로 직접처분의 가능여부가 문제된 사건이었다는 점이다. 이 사건에서는 2008년 행정심판법 개정 시 추가되었던 행정심판법 제50조 제1항의 '다만 그 처분의 성질이나 그 밖의 불가피한 사유로 위원회가 직접처분을 할 수 없는 경우에는 직접처분을 하지



아니하도록 하는' 단서규정의 해석이 최대쟁점이 되었다. 중앙행정심판위원회는 동조의 해석과 관련하여 "동조 제1항 본문에 따라 중앙행정심판위원회는 직접 처분을 할 수 있고, 피신청인이 이 사건 의무이행재결 및 시정명령을 이행하지 아니하는 상황에서 직접 처분이 불가피해 보이기도 하지만 동조 제1항 단서, 즉 처분의 성질상 직접 처분을 할 수 없는 경우인지 및 그 밖의 불가피한 사유에 해당하는지의 여부에 대한 판단이 필요하다"고 실시하고, 이 사건 사업계획 변경승인의 경우 사업기간의 설정, 부관의 부과 등과 관련하여 재량권의 행사의 여지가 있는 점, 사업계획변경승인처분이 자치사무이므로 지방자치단체의 권한 행사에 맡겨야 하는 점 등의 처분의 성질상 직접 처분을 하기에 부적절한 점과 사업기간을 일방적으로 변경하여 재설정하는 점, 체육시설업의 승계와 관련한 민원이 종료되지 아니한 상황 이라는 점 등 그 밖의 불가피한 사유로 직접 처분을 할 수 없음을 명시하였다. 이와 더불어 중앙행정심판위원회는 본 기각결정이 의무이행재결의 기속력을 부인하는 것으로 오해되어서는 아니된다는 점을 명확히 부각시키면서, 당해 행정청이 이 사건 의무이행재결의 기속력을 인정하여 처분하여야 함을 재차 선언하였다.

결국 2008년 행정심판법 개정이후 첫 직접처분에 관한 사건에서 중앙행정심판위원회는 의무이행재결의 판단기준과 직접 처분의 판단기준이 완전히 일치할 수는 없다는 점을 강조하였다고 볼 수 있다. 즉 직접처분에 대한 판단에 있어서는 당해 행정청의 재량, 자치사무 여부, 행정행위의 부관 등 소위 행정심판법 제50조 제1항 단서에 해당하는 직접처분의 추가적 요건에 대한 검토가 필요하다는 점을 확인하였다. 이는 결국 재결의 실효성을 확보하는 방안으로서의 직접처분제도에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없다는 것을 의미하는 것으로 판단된다. 위 결정에서 중앙행정심판위원회는 직접처분 신청을 기각할 수밖에 없는 사정이 존재하는 것을 인정하여야 하지만 이로 인하여 위원회의 권위나 지위가 실추될 수 있다는 점도 아울러 고려할 수밖에 없었다는 생각이 든다. 이러한 점 때문에 결정문의 말미에는 "피신청인이 지속적으로 의무를 이행하지 아니하고 있는 것은 「행정심판법」 제49조를 위한 위법상태를 지속시키는 행위이므로 피신청인은 빠른 시일

내에 동 위법상태를 해소할 것을 촉구한다."라는 '촉구문'이 추가되었다고 판단된다.

결국 현행 행정심판법 하에서는 재결의 기속력을 확보하는 방안으로서의 직접 처분제도에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없기 때문에, 이 문제는 직접처분의 명확한 용례와 한계 문제, 더불어 직접처분이 불가능한 경우 직접처분의 한계를 보완할 수 있는 기타의 방안은 어떤 것이 있는가를 찾는 문제로 귀결되게 된다.

#### 나. 시도행정심판위원회

##### (1) 서울시 행정심판위원회의 직접처분 사례

이 사례는 서울특별시행정심판위원회에서 의무이행심판 인용재결 이후에 행정청의 처분사무 불이행으로 인하여 시정명령 및 직접처분을 신청한 사건으로 서울특별시행정심판위원회가 행정심판법 제50조 제1항에 따라 직접처분 결정을 한 사건이다. 이하에서는 우선 결정문의 형식과 내용을 인용하여 사건개요, 주문 및 결정이유를 살펴보고, 이어서 사건의 쟁점을 분석하기로 한다.

##### ① 결정서

#### 서울특별시행정심판위원회

#### 결 정

사 건 : 서행심 2009이행01 의무이행심판인용재결이행신청

신 청 인 : ○○ 주식회사(대표이사 ○○○)

서울특별시 ○○구 ○○○동 ○가 ○○○-○○○ ○○빌딩

피신청인 : ○○구청장

신 청 일 : 2009. 11. 11.

## 주 문

신청인이 2009. 6. 26. 제출한 고압가스제조사업(CNG충전소)허가신청에 대하여 별지 첨부 허가증과 같이 허가한다.

## 신 청 취 지

피신청인은 신청인이 2009. 6. 26. 행한 고압가스제조사업(CNG충전소) 허가신청에 따라 상당한 기간 내에 이를 허가하라.

## 이 유

1. 「행정심판법」 제37조제2항에 의하면 ‘당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있는 경우에는 행정청은 지체없이 그 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다. 이 경우 위원회는 당해 행정청이 처분을 하지 아니하는 때에는 당사자의 신청에 따라 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고, 그 기간내에 이행하지 아니하는 경우에는 당해 처분을 할 수 있다’고 규정하고 있다.

2. 신청인이 2009. 6. 26. 제출한 고압가스제조사업허가(CNG충전소)신청에 대하여 피신청인은 2009. 6. 29. 거부처분 하였고, 서울특별시행정심판위원회가 2009. 9. 28. 서행심2009-867호로 고압가스제조사업(CNG충전소)허가를 하라는 취지의 재결을 하였으나, 피신청인은 2009. 11. 5. 다시 거부처분을 하였으며, 이에 신청인이 2009. 11. 11. 이 사건 의무이행심판인용재결이행신청을 하였다.

3. 피신청인에게 2010. 2. 8, 2010. 5. 24. 각 서행심2009-867호 이행재결의

취지에 따라 신청인의 고압가스제조사업(CNG충전소)신청을 허가하는 내용의 시정명령을 하였음에도 불구하고 피신청인이 현재까지 이를 이행하지 않고 있다.

4. 따라서, 신청인이 2009. 6. 26. 제출한 고압가스제조사업(CNG충전소)허가신청에 대하여 서울특별시 맑은환경본부의 “관련시설의 안정성 및 관련법령에 저촉되는 사항이 없어 허가 가능하다”는 의견을 참고하여 「행정심판법」 제37조제2항에 의하여 주문과 같이 결정한다.

2010. 6. 14.

서울특별시행정심판위원회

### ② 결정서에 대한 평가

중앙행정심판위원회와는 다르게 직접처분제도 도입이후로 시장·군수·구청장이 재결에 따른 처분을 이행하지 않았다는 이유로 직접 처분을 한 사례는 있었던 것으로 파악되고 있다.<sup>20)</sup> 상기 서울특별시행정심판위원회의 직접 처분은 2008년 행정심판법 개정으로 시도행정심판위원회가 직접 재결권한을 가지고 처분결정을 내렸다는 점에서 그 의의가 매우 큰 사안이다.

동 결정에서 서울특별시행정심판위원회는 2차례의 시정명령결정을 내린 이후에 최종적으로 직접 처분을 하였으며, 직접 처분은 이유에서 밝힌 바와 같이 피신청인의 상급행정기관인 서울특별시 맑은환경본부의 “관련시설의 안정성 및 관련법령에 저촉되는 사항이 없어 허가 가능하다”는 의견을 참고함으로써 관련 법령이 정하는 요건에 관한 검토를 거친 이후에 직접 처분 결정을 하였다.

20) 김기표 (2003), 609면. 본 서에서는 성남시 도시공원내의 도시계획사업(골프연습장) 사업시행자지정신청 및 실시계획인가신청에 대한 의무이행심판인용재결의 직접처분결정례를 대표사례로 명시하고 있다. 동 결정에 대하여는 인용재결의 기속력이 미치는 범위에 한정하여 직접 처분이 이뤄졌어야 함에도 불구하고 재결의 범위를 초과하여 직접 처분이 이뤄짐으로써 헌법재판소 권한쟁의심판을 통해 재결의 기속력이 미치지 않는 부분에 대해서 직접처분은 무효임이 확인되게 되었다.

중앙행정심판위원회의 사례와 대비하여 다른 점은 '당해 처분의 성질 기타 불가피한 사유로 위원회가 직접 처분할 수 없는 경우'에 대한 검토가 없다는 점이다. 이 점에 대해서는 서울특별시행정심판위원회의 직접 처분 결정 당시의 행정심판법과 동법 시행령의 규정 내용을 고려하여 판단할 필요가 있다. 현행 행정심판법은 직접처분에 관하여 제50조제1항에서 "위원회는 피청구인이 제49조제2항(이행명령재결)에도 불구하고 처분을 하지 아니하는 경우에는 당사자가 신청하면 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간에 이행하지 아니하면 직접 처분을 할 수 있다. 다만, 그 처분의 성질이나 그 밖의 불가피한 사유로 위원회가 직접 처분을 할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다."고 규정하여 직접 처분에 대하여 위원회에 재량권을 부여하고 직접처분의 소극적 요건을 명시하고 있는 반면, 구 행정심판법(2010. 7. 26. 시행 이전의 행정심판법)은 제37조제2항 후단에서 "위원회는 당해 행정청이 처분을 하지 아니하는 때에는 당사자의 신청에 따라 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간내에 이행하지 아니하는 경우에는 당해 처분을 할 수 있다."고 규정하고, 같은 법 시행령 제27조의2제1항에서 "위원회는 피청구인인 행정청의 재결불이행에 대하여 당사자의 이행신청을 받은 때에는 법 제37조제2항 후단의 규정에 의하여 재결의 취지에 따른 처분을 하여야 한다. 다만, 당해 처분의 성질 기타 불가피한 사유로 위원회가 직접 처분할 수 없는 경우에는 지체없이 당사자에게 그 사실 및 사유를 각각 통지하여야 한다."고 규정하여, 원칙적으로는 직접처분을 하여야 하고 예외적인 경우 -즉 처분의 성질 기타 불가피한 사유가 있는 경우- 직접 처분을 할 수 없도록 하고 있다고 해석된다.<sup>21)</sup> 결국 현행 행정심판법 및 시행령에는 삭제된 "위원회는 피청구인인 행정청의 재결불이행에 대하여 당사자의 이행신청을 받은 때에는 법 제37조제2항 후단의 규정에 의하여 재결의 취지에 따른 처분을 하여야 한다."라는 의무적 규정으로 인하여 직접처분의 재량성에 대한 판단이 상이할 수 있음을 확인할 수 있는 대목이다. 서울특별시행정심판위원회의 결정에서 '처분의 성질이나 기타 불가피한 사

21) 이에 대하여 동일한 견해로 박균성교수는 '위원회가 직접처분을 할 수 없는 그 밖의 불가피한 사유가 있는 경우는 예외이며, 따라서 위원회가 직접처분을 할 수 없는 그 밖의 불가피한 사유는 엄격하게 해석하여야 한다.'고 하고 있다. 박균성 (2011), "직접처분에 관한 자문의견", 국민권익위원회 내부자료, 2011년 3월, 1면 참조.

유'에 대한 검토가 전혀 이뤄지지 않았던 점은 신규 행정심판법령 규정의 차이에서 빚어진 결과가 아닌사료된다. 즉 위 결정에서 서울행정심판위원회는 구 행정심판법령의 규정내용을 고려했기 때문이라는 것이다.

신규 행정심판법령 규정의 변화(기속규정의 삭제와 소극적 요건의 상위 법규로의 이동)를 통해서 입법자는 직접처분의 요건 판단에 있어서 '소극적 요건'을 신중하게 고려할 것을 요구하고 있다고 이해된다. 그러나 이와 같은 입법취지의 해석이 곧 직접처분의무가 재량행위로 전환되면서 적극적으로 '소극요건으로 도피할 여지'를 만들어 준 것은 아니라고 판단된다. 다시 말해서 소극요건에 대한 신중한 고려를 지나치게 강조하면 행정심판위원회의 위상은 물론이고 의무이행심판제도의 존재가치도 떨어지게 될 것이다.

이러한 의미에서 서울행정심판위원회가 서울시 관련기관의 유권해석으로 충분하다고 판단하여 적극적으로 직접처분권을 행사한 것은 매우 적절했다고 평가하고 싶다. 다만 아쉬운 점은 '소극요건에 해당하는 사유가 존재하는지'에 대한 판단은 필요했다고 생각한다. 다시 말해서 맑은환경본부가 처분의 안전성을 확인해 준 것 이외에도 처분요건에 대한 구체적인 검토라든가, 처분청의 재량권의 존재 여부, 부관의 필요성 여부, 처분청의 자치권 여부 등에 대한 검토도 필요했다는 것이다. 이와 같은 검토는 행정심판법 개정으로 단서조항이 추가되었기 때문에, 직접처분을 기각하는 결정이든 인용하는 결정이든 결정문의 일정 형식으로 반드시 포함되어야 한다고 생각한다. 추후 결정문의 형식에 대한 지침이나 매뉴얼 등이 작성되어야 한다면, 여기에 '결정문에 단서조항에 대한 판단이 반드시 포함될 것'이 들어가야 한다고 생각한다.

이상과 같은 검토가 이루어지지 않았기 때문에 정확한 평가는 어렵지만, '처분의 성질이나 기타 불가피한 사유'에 대한 검토가 이루어지는 것이 타당하다는 점에서 보면, 결국, 중앙행정심판위원회의 직접 처분 결정에서와 같이, 의무이행재결의 판단기준과 직접처분의 판단기준이 동일할 수 없다는 것으로 귀결된다고 하겠다.

## (2) 부산시 행정심판위원회의 직접처분 기각 사례

부산시 행정심판위원회의 아래 사례는 부산시와 청구인 ○○○무역전시센터가 공동사업자인 경우이다. 행정심판 청구는 ○○○가 하였지만, 부산시가 공동사업자라는 점에서 실질적으로는 청구인의 지위에 있다고 볼 수 있는 사례이다. 아래 사건과 관련된 행정심판이 개최될 때마다 부산시 공무원인 행정심판위원들은 퇴장하였고, 이와 같은 부산시와 이 사건의 관련성 때문에 최종적으로 직접처분이 기각된 사례이다.

### ① 사건의 개요

청구인은 ○○○ 요트컨벤션 시범사업 관련 ○○항 계류장 조성을 위하여 2010. 8. 18. 피청구인에게 부산광역시 ○○○구 ○동 ○○○○번지 지선 공유수면에 대하여 공유수면점·사용허가신청(이하 “이 사건 신청①”이라 한다)을 하였고, 피청구인은 관계기관 협의를 거쳐 2010. 9. 14. 청구인에게 관계기관 협의의견에 대한 조치계획 제출을 요청하여 청구인은 2010. 9. 24. 피청구인에게 협의의견에 대한 조치계획서를 제출하였다. 조치계획서에서 당초 신청위치 및 면적이 변경되어 있다는 이유로 피청구인은 2010. 9. 28. 청구인에게 재신청을 요청하였고 청구인은 2010. 10. 11. 공유수면점·사용허가 변경신청(재신청)(이하 “이 사건 신청②”이라 한다)을 하였다. 피청구인은 변경내용으로 관계기관과 재협의를 거쳐 2010. 11. 3. 청구인에게 안전사고 예방대책 수립 및 인근 관련사업자 등의 의견 수렴·반영을 내용으로 하는 서류보완을 요청하여 청구인은 2010. 11. 26. 선박의 안정성 및 어장에 미치는 영향에 대한 검토의견서 및 보완조치계획서를 제출하였으나, 피청구인은 2010. 12. 8. 청구인에게 「공유수면관리법 시행령」 제11조(권리자등)에 해당하는 민원(○동어촌계, 기존 해양레저사업자등)해소 대책부분 서류보완 미비를 이유로 「민원사무처리에 관한 법률 시행령」 제15조의 규정에 따라

반려처분(이하 “이 사건 처분”이라 한다)하였다. 이에 대하여 부산시 행정심판위원회에서는 2011. 2. 15. 피청구인이 청구인에 대하여 한 공유수면점·사용허가신청 반려처분은 이를 취소하고 청구인의 나머지 청구는 이를 기각하는 재결을 하였다.

그러나 그 이후 청구인의 공유수면점·사용허가신청에 대하여 피청구인은 2011. 3. 4. 청구인에 대하여 ○동어촌계 및 기존 해양레저사업자(부산○○관광개발, ○○섬○○)에 대한 민원해소대책을 제출하도록 하였으나 이를 이행하지 않았다는 사유로 공유수면 점·사용 불허가처분을 하였고, 이에 청구인은 재차 공유수면 점·사용불허가처분 취소 및 허가 이행을 구하는 행정심판을 청구하였다. 이에 대하여 2011. 5. 17. 부산시 행정심판위원회에서는 ①피청구인이 2011. 3. 4. 청구인에 대하여 한 공유수면점·사용불허가처분은 이를 취소하고 ②피청구인은 청구인의 2010. 10. 11.자 공유수면 점·사용허가 신청에 대하여 허가를 이행하라는 인용재결을 하였다.

그 이후 청구인은 2011. 6. 13. 부산시 행정심판위원회에 의무이행심판 인용재결 이행신청(2011. 8. 1. 직접처분요청서 제출)을 하였고, 동 위원회는 2011. 7. 12.과 2011. 8. 9. 두 차례에 걸쳐 피신청인에게 시정명령 결정서를 송달받은 날로부터 각 14일 이내에 행심 2011-○○○호 이행재결의 취지에 따라 신청인에 대한 이 사건 허가를 이행할 것을 명하는 결정을 하여 피신청인은 동 결정서를 각 2011. 7. 14.과 2011. 8. 11. 수령하였으나 기한 내 동 시정명령을 이행하지 아니하였다. 이에 따라 동 위원회는 2011. 9. 6. 직접처분 여부를 심의한 결과 직접처분신청을 기각하는 결정을 하게 되었다.

### ② 결정서

## 부산광역시 행정심판위원회

## 결 정

① 사 건	이행 제2011-01호 공유수면점·사용허가 의무이행심판 인용재결 이행신청		
신 청 인	② 성 명	주식회사 ○○○ 대표이사 ○○○ (대리인:변호사 ○○○)	
	③ 주 소	부산광역시 ○○○구 ○○○로 ○○	
④ 피신청인	부산광역시 ○○○구청장	⑤ 참 가 인	
⑥ 주 문	신청인의 직접 처분 신청을 기각한다.		
⑦ 신청취지	부산광역시행정심판위원회는 피신청인에게 행심 2011-○○○호 이행재결의 취지에 따른 처분을 하도록 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고, 그 기간에 피신청인이 이를 이행하지 않으면 부산광역시행정심판위원회가 직접 공유수면 점·사용 허가처분을 한다.		
⑧ 이 유	별지 기재와 같음		
⑨ 근거법조	「행정심판법」 제50조		
<p>주문과 같이 결정합니다.</p> <p>2011. 9. 6.</p> <p><b>부산광역시 행정심판위원회</b></p>			

이 유

### 1. 의무이행심판 인용재결의 존재

가. 신청인은 요트컨벤션 시범사업 관련 ○○항 계류장 조성을 위하여 2010. 11. 11. 피신청인에게 부산광역시 ○○○구 ○동 ○○○○번지 지선에 대한 공유수면 점·사용허가(이하 “이 사건 허가”라 한다) 신청을 하였고, 피신청인은 민원해소 대책부서 서류보완 미비를 이유로 2010. 12. 8. 반려처분 하였다. 신청인이 2010. 12. 16. 위 반려처분의 취소 및 이 사건 허가 이행을 구하는 행정심판을 청구하여 부산광역시행정심판위원회가 2011. 2. 15. 행심 2010-○○○호로 취소청구에 대한 인용재결 및 이행청구에 대한 기각재결을 하였으나 피신청인은 2011. 3. 4. 위 반려처분과 동일한 사유로 불허가처분을 하였다.

나. 신청인이 2011. 3. 30. 위 불허가처분의 취소 및 이 사건 허가 이행을 구하는 행정심판을 청구하여 동 위원회가 2011. 5. 17. 행심 2011-○○○호로 취소 및 이행청구에 대한 인용재결(이하 “이 사건 의무이행재결”이라 한다)을 하였다.

### 2. 피신청인의 이행의무 불이행 여부

「행정심판법」 제49조제2항에 의하면, 당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있으면 행정청은 지체 없이 이전의 신청에 대하여 재결의 취지에 따라 처분을 하여야 한다고 되어 있는데, 기록에 의하면 피신청인은 이 사건 의무이행재결의 취지에 따라 지체없이 신청인에게 이 사건 허가를 하여야 함에도 불구하고 이를 이행하지 아니한 사실이 인정된다.

### 3. 부산광역시행정심판위원회의 시정명령

가. 「행정심판법」 제50조제1항에 의하면, 위원회는 해당 행정청이 제49조제

2항에도 불구하고 처분을 하지 않는 경우에는 당사자가 신청하면 기간을 정하여 서면으로 시정을 명할 수 있다고 되어 있다.

나. 신청인은 2011. 6. 13. 부산광역시행정심판위원회에 의무이행심판 인용재결 이행신청(2011. 8. 1. 직접처분요청서 제출, 이하 “이 사건 직접 처분 신청”이라 한다)을 하였고, 동 위원회는 2011. 7. 12.과 2011. 8. 9. 두 차례에 걸쳐 피신청인에게 시정명령 결정서를 송달받은 날로부터 각 14일 이내에 행심 2011-○○○호 이행재결의 취지에 따라 신청인에 대한 이 사건 허가를 이행할 것을 명하는 결정을 하여 피신청인은 동 결정서를 각 2011. 7. 14.과 2011. 8. 11. 수령하였으나 기한 내 동 시정명령을 이행하지 아니하였다.

#### 4. 결론

##### 가. 관련규정의 요지

「행정심판법」 제50조제1항에 의하면, 당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있음에도 불구하고 당해 행정청이 처분을 하지 아니하는 경우, 당사자가 신청하면 행정심판위원회는 당해 행정청에 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고, 그 기간에 이행하지 아니하면 직접 처분을 할 수 있되, 다만 그 처분의 성질이나 그 밖의 불가피한 사유로 행정심판위원회가 직접 처분을 할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다고 되어 있다.

##### 나. 판 단

(1) 이 사건 직접 처분 신청에 대한 결정을 하려면 「행정심판법」 제50조의 해석에 따른 판단이 필요하다. 「행정심판법」 제50조제1항 본문에 따라 부산광역시행정심판위원회는 직접 처분을 할 수 있고, 피신청인이 이 사건 의무이행재결 및 시정명령을 이행하지 아니하는 상황에서 직접 처분이 불가피해 보이기도 한다. 다만, 「행정심판법」 제50조제1항 단서, 즉 처분의 성질상 직접 처분을 할

수 없는 경우인지 및 그 밖의 불가피한 사유에 해당하는지의 여부에 대한 판단이 필요하다.

(2) 먼저, 처분의 성질을 살펴보면, 이 사건 허가의 경우 관계법령상 명시적으로 점·사용의 방법 및 관리 등에 관한 부관을 붙일 수 있도록 되어 있어 이와 관련해서는 피신청인에게 재량권 행사의 여지가 아직도 상존하고 있는 것으로 보이는 점, 「행정심판법」 제50조제2항에 따라 직접 처분 이후의 후속관리는 피신청인이 이행하도록 되어 있는데 실제 사업개시를 위해서는 후속 행정절차로서 실시계획의 승인과 준공검사 등 제반절차가 여전히 남아 있어 행정의 일관성 및 원활한 사업수행을 위해서는 첫 행정절차라 할 수 있는 이 사건 허가를 피신청인의 권한 행사에 맡겨야 할 측면이 있다는 점 등 고려사항이 많아서 부산광역시행정심판위원회가 직접 처분을 하기에 부적절한 점이 인정된다.

다음으로, 그 밖의 불가피한 사유의 존재 여부를 살펴보면, 이 사건 요트컨벤션사업의 공동사업자가 부산광역시이고 그로 인해 이 사건 허가의 신청자가 신청인과 부산광역시장으로 되어 있음을 알 수 있고, 이와 관련하여 행심 2010-○○○호 및 행심 2011-○○○호 사건 심리에 있어 위원 중 부산광역시 소속 공무원은 기피신청으로 배제된 사실이 있으며, 이를 볼 때 비록 부산광역시 행정심판위원회의 결정이 법률적으로는 부산광역시와 별개의 것이라 하더라도 시정명령을 넘어 직접 이 사건 허가 처분을 하기에는 내재적 한계가 있다 할 것이다.

위와 같은 사정으로 인하여 이 사건 직접 처분 신청은 「행정심판법」 제50조제1항 단서의 해석상 부산광역시행정심판위원회가 직접 처분을 하기에는 부적합하다고 판단되므로 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

(3) 다만, 본 기각결정은 피신청인인 해운대구청장에 대한 이 사건 의무이행재결의 기속력을 부인하는 것으로 오해되어서는 아니된다. 본 기각결정의 취지

는 「행정심판법」 제50조제1항본문 및 단서의 취지상 부산광역시행정심판위원회가 직접 처분할 것이 아니라 피신청인이 이 사건 의무이행재결의 기속력을 인정하여 처분하여야 함을 선언하는 것이다.

다시 말해서 부산광역시행정심판위원회의 이 사건 의무이행재결 및 시정명령의 기속력은 상존하고 있어 피신청인이 지속적으로 의무를 이행하지 아니하고 있는 것은 「행정심판법」 제49조를 위반한 위법상태를 지속시키는 행위로 피신청인은 빠른 시일 내에 동 위법상태를 해소할 것을 촉구한다.

### ③ 결정서에 대한 평가

부산시 행정심판위원회의 결정문은 위에서 살펴본 중앙행정심판위원회의 결정문과 매우 유사한 구조를 띠고 있다. 즉 결론에서 관련 규정의 요지를 검토한 후, 판단에서 이 사건이 직접처분이 불가피해 보이는 사정이 있다고 하면서, 처분의 성질과 관련하여 처분청의 재량권 행사의 여지가 상존하고, 처분청의 1차적 판단권을 우선적으로 고려해 주어야 할 여지가 충분하며, 이 사건 허가의 공동신청인으로서의 부산시의 사건관련성을 고려할 때 직접처분에 근본적으로 내재적 한계가 있다고 검토하고 있는 점들이 그러하다. 아울러 기각결정을 할 수밖에 없는 사정이긴 하지만, 위법상태를 해소할 것을 촉구하고 있는 것도 동일하다.

부산시행정심판위원회의 이 사건 결정은 이 사건에 부산시가 깊이 관여되어 있다는 점에서도 마땅했다고 판단된다. 주목할 점은, 행정심판법의 직접처분과 관련된 ‘단서조항’의 검토는 의무이행심판에서 청구인용 여부를 결정함에 있어 검토하여야 할 점들과 동일하지만은 않다는 점이다. 아울러 직접처분을 결정할 때에는 먼저 단서조항에 해당되는 사유 또는 사정이 존재하는지에 대한 검토가 필연적으로 선행되어야 하고, 단서조항에 해당되는 사유가 없다고 ‘확정적으로’ 판단되는 경우에만 직접처분이 가능하다고 해석되기도 한다. 실무적으로 볼 때, 행정심판위원회의 입장에서는 이와 같은 해석이 어찌면 당연하다고도 여겨진다.

### (3) 울산시 행정심판위원회 직접처분 사례

#### ① 사건의 개요

청구인은 2004. 5. 20. 한국○○공사로부터 울산광역시 소재 ‘이 사건 신청지’의 토지를 매수하고, 2010. 8. 24. 피청구인에게 ‘판매시설 용도 건축물’의 건축심의신청을 하였으나, 피청구인은 ‘진장유통단지에 대규모점포 입지는 가능하나 현재 ○구 관내 대형마트가 인구 대비 과다하게 입지되었고, 기업형수퍼마켓(SSM)이 다수 입점한 상태에서 대형마트 증가에 따른 부작용이 사회문제로 대두되고 있어 대형마트의 확산으로 인해 소규모점포와 재래시장의 상권이 잠식되고 중소납품업체 경영악화로 중소상인의 생존권 위협 등 지역발전에 문제점이 있으며, 대규모점포에 대한 중소상인과 대형유통기업 등이 상생의 협력관계를 도모하고 중소상인을 보호할 수 있는 제도화 방안이 마련될 때까지 입점을 보류한다는 이유로 2010. 10. 18. 건축심의신청을 반려하였다. 이에 대하여 울산시 행정심판위원회에서는 2010. 12. 1. 취소청구를 인용하는 재결을 하였고 ○○구청 건축위원회에서는 2011. 2. 15. 건축심의를 가결하였다.

그 이후 청구인은 2011. 3. 14. 건축허가 신청을 하였으나 같은 이유로 신청이 반려되어 취소심판을 청구하여 인용(2011. 5. 6.)되었고, 이에 따라 청구인은 2011. 5. 17. 건축허가를 재신청하였으나 같은 이유로 다시 반려되어 의무이행심판을 청구하여 인용(2011. 7. 18.)되었고, 이에 따라 청구인은 2011. 7. 19. 건축허가를 재신청하였으나 또 다시 같은 이유로 반려되자, 2011. 8. 23. 직접처분을 신청하였고, 다음 날인 2011. 8. 24. 행정심판위원회는 시정명령을 하였고, 00구청이 처분사무를 이행하지 않자 행정심판위원회에서 2011. 8. 30. 직접처분을 결정하게 되었다.

이 사건은 2010년 8월부터 2011년 8월까지 5회의 행정심판위원회의 심의·재결을 거쳐 최종허가를 하게 된 경우이다. 이 사건의 추진과정을 요약해 보면 다음

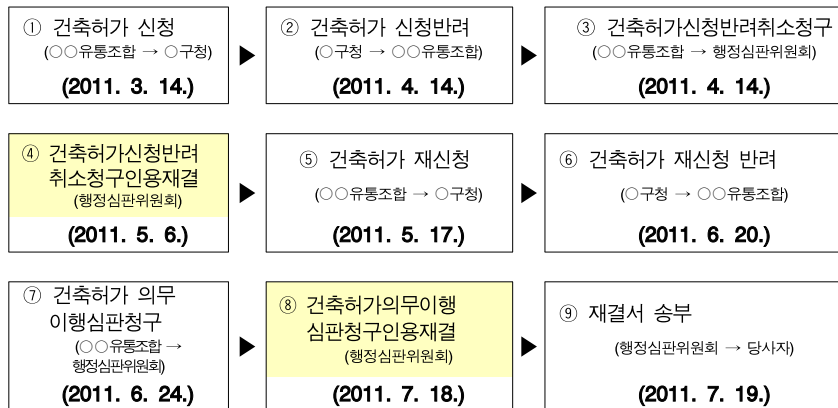
의 표와 같다.

《 건축허가 추진과정 (울산시 행정심판위원회) 》

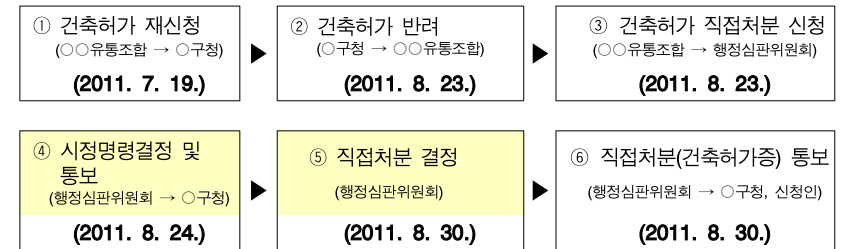
■ 1단계 : 건축심의



■ 2단계 : 건축허가신청



■ 3단계 : 건축허가



② 결정서

1) 시정명령 결정서

울산광역시행정심판위원회

결정서

사 건 울산행심 2011이행1 의무이행심판인용재결이행신청

신 청 인 울산○○유통단지사업협동조합 이사장 ○○○  
(울산광역시 ○구 ○○동 ○○○-○번지)

대 리 인 법무법인 ○○ 담당변호사 ○○○  
(울산광역시 ○구 ○동 ○○○-○○번지, ○○빌딩 ○층)

피신청인 울산광역시 ○구청장

주 문

피신청인은 신청인이 2011. 5. 17. 건축허가 신청한 것을 울산행심2011-○○



호 의무이행재결의 취지에 따라 이 시정명령서를 송달받은 날부터 2011. 8. 29.까지 허가하라.

**신청 취지**

피신청인은 신청인이 2011. 5. 17. 건축허가 신청한 것에 대하여 상당한 기간 내에 이를 허가하라.

**이 유**

1. 「행정심판법」 제49조제2항 및 제50조제1항에 의하면 ‘당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있으면 행정청은 지체 없이 이전의 신청에 대하여 재결의 취지에 따라 처분을 하여야 하며, 위원회는 피청구인이 처분을 하지 아니하는 경우에는 당사자가 신청하면 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간에 이행하지 아니하면 직접 처분을 할 수 있다.’고 규정하고 있다

2. 신청인이 2011. 5. 17. 한 건축허가 신청에 대하여 피신청인은 2011. 6. 20. 반려처분을 하였고, 울산광역시행정심판위원회가 2011. 7. 18. 울산행심2011-○○호로 건축허가의 처분을 이행하라는 취지의 재결을 하였으나, 피신청인은 2011. 8. 23. 다시 반려처분을 하였고, 이에 신청인이 2011. 8. 23. 이 사건 의무이행심판인용재결 이행신청을 하였다.

3. 그렇다면, 신청인이 피신청인을 상대로 반려처분의 시정을 구하는 이 사건 신청은 이유가 있다 할 것이므로, 「행정심판법」 제50조의 규정에 따라 주문과 같이 결정한다.

**2011. 8. 24.**

**울산광역시행정심판위원회**

2) 직접처분 결정서

**울산광역시행정심판위원회**

**결 정 서**

**사 건** 울산행심 2011이행1 의무이행심판인용재결이행신청

**신 청 인** 울산○○유통단지사업협동조합 이사장 ○○○  
(울산광역시 ○구 ○○동 ○○○-○번지)

**대 리 인** 법무법인 ○○ 담당변호사 ○○○  
(울산광역시 ○구 ○동 ○○○-○○번지, ○○빌딩 ○층)

**피신청인** 울산광역시 ○구청장

**주 문**

신청인이 2011. 5. 17. 제출한 건축허가 신청에 대하여 별지 첨부 허가서와 같이 허가한다.

**신청 취지**

피신청인은 신청인이 2011. 5. 17. 건축허가 신청한 것을 상당한 기간 내에 이를 허가하라.

**이 유**

1. 「행정심판법」 제49조제2항 및 제50조제1항에 의하면 “당사자의 신청을 거

부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있으면 행정청은 지체 없이 이전의 신청에 대하여 재결의 취지에 따라 처분을 하여야 하며, 위원회는 피 청구인이 처분을 하지 아니하는 경우에는 당사자가 신청하면 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간에 이행하지 아니하면 직접 처분을 할 수 있다"고 규정하고 있다.

2. 신청인이 2011. 5. 17. 제출한 건축허가 신청에 대하여 피신청인은 2011. 6. 20. 반려처분을 하였고, 울산광역시행정심판위원회가 2011. 7. 18. 울산행심2011-○○호로 건축허가의 처분을 이행하라는 취지의 재결을 하였으나, 피신청인은 재결의 취지에 따른 처분을 하지 않고 2011. 8. 23. 다시 반려처분을 하였으므로, 이에 신청인이 2011. 8. 23. 이 사건 의무이행심판인용재결이행신청을 하였다.

3. 울산광역시행정심판위원회는 피신청인에게 2011. 8. 24. '피신청인은 신청인이 2011. 5. 17. 건축허가 신청한 것을 울산행심2011-○○호 의무이행재결의 취지에 따라 이 시정명령서를 송달받은 날부터 2011. 8. 29.까지 허가하라'는 내용의 시정명령을 하였음에도 불구하고 피신청인이 현재까지 이를 이행하지 않고 있다.

4. 따라서, 신청인이 2011. 5. 17. 제출한 건축허가 신청에 대하여 울산광역시 건축주택과의 '설계도서 검토결과 건축법상 저촉사항은 없는 것으로 사료된다'는 의견을 참고하여 「행정심판법」 제50조에 따라 주문과 같이 결정한다.

5. 피신청인은 건축허가에 따른 행정이행조건 등 필요한 사항이 있으면 관계 법령에 따라 관리·감독 등 필요한 조치를 하여야 한다.

2011. 8. 30.

울산광역시행정심판위원회

3) 직접처분서

■ 건축법 시행규칙 [별지 제2호서식] <개정 2011.4.1>

**건축·대수선·용도변경 허가서**

• 건축물의 용도/규모는 전체 건축물의 개요입니다.

건축구분	신축	허가번호	제2011-1호
건축주	울산○○유통단지조합		
대지위치	울산광역시 ○구 ○○동 ○○○○		
대지면적			23,900㎡
건축물명	울산○○유통단지내대규모점포	주용도	판매시설(대규모점포)
건축면적	14,613.22㎡	건폐율	61.14%
연면적 합계	31,098.6㎡	용적률	64.02%
가설건축물 존치기간			

동고유번호	동명칭 및 번호	연면적(㎡)	동고유번호	동명칭 및 번호	연면적(㎡)
1	○○유통단지 내 대규모점포	31,098.6			

「건축법」 제11조 및 「건축법 시행규칙」 제8조·제12조의2와 「행정심판법」 제50조의 규정에 따라 건축허가신청을 허가합니다.

2011년 8월 30일

울산광역시행정심판위원회

청  
인

### ③ 결정서에 대한 평가

울산시 행정심판위원회의 위 직접처분 결정이 중앙행정심판위원회나 부산행정심판위원회의 경우와 다른 점은 그 대상이 되는 처분이 기속행위인 건축허가라는 점이다.

결정문에는 잘 드러나지 않고 있지만, 이 사건에서 문제가 되고 있는 기업형수퍼마켓(SSM)에 대한 건축허가 신청에서 처분청은 건축허가에 대한 관련 법령상의 법정요건의 구비를 다투고 있는 것이 아니라, 건축허가와 관련된 관례에서 언급하고 있는 바처럼, '중대한 공익상의 필요'에 해당하는 이유를 들고 있는 것이다. 이와 같은 공익상의 필요로 처분청은 '기업형수퍼마켓이 다수 입점한 상태에서 대형마트 증가에 따른 부작용이 사회문제로 대두되고 있어 대형마트의 확산으로 인해 소규모점포와 재래시장의 상권이 잠식되고 중소납품업체 경영악화로 중소기업의 생존권 위협 등 지역발전의 문제점이 있다'는 점을 들고 있으나, 당해 건축물이 들어설 자리 주변에는 중소규모의 점포가 밀집해 있는 지역도 아닐뿐더러 중소기업들의 구체적인 이익이 침해될 것이라는 개연성이 어느 정도라도 입증될만한 사정도 없어 보임에도 불구하고, 건축심의신청반려, 건축허가신청반려, 건축허가재신청반려, 시정명령불이행에서까지 '중소상인과 대형유통기업 등이 상생의 협력관계를 도모하고 중소기업 보호할 수 있는 제도와 대안이 마련될 때까지 입점을 보류한다는 이유'를 동일하게 들고 있는 것이다.

이 사건의 -오히려 가장 본질적인 특징이라고 할 수 있는- 또 하나의 특징은 처분청인 ○구청의 구청장이 특정한 정당 소속이고 이 사건과 관련하여, 건축허가의 기속행위로서의 성질 및 기본권실현과의 관련성은 도외시한 채 소속 정당의 입장을 반영하고 있다는 점이다. 이 점은 시정명령불이행에 대한 ○구청의 답변공문서가 해당 구청장이 기안하고 본인이 결재한 것에서 보아도 잘 드러나고 있다.

이와 같은 사정을 감안하면, 법리적으로나 현실적으로 건축허가가 발급되어야 한다는 점이 명백한 사안임에도 의무이행재결 및 시정명령에도 불구하고 건축허

가를 발급하지 않는 것은 위법한 행정이자 국민권익의 심각한 침해인 것이다. 이에 따라 울산시 행정심판위원회에서는 직접처분을 결정한 것이다.

이와 같은 배경을 고려하면, 중앙행정심판위원회 및 부산시 행정심판위원회 결정에서와 타이 직접처분의 소극요건에 대한 검토는 불요했다고 판단된다. 그럼에도 불구하고, '직접처분 결정문의 통일적인 형식 및 내용의 필요성'이라는 관점에서 소극요건에 대한 검토가 있었으면 더욱 좋았을 것이라고 판단된다. 이 점은 향후 보다 심층적으로 논의되어야 한다고 생각된다.

### 다. 소결

이상에서는 네 건의 중앙 및 시도행정심판위원회의 직접처분결정을 살펴보았다. 여기에서 몇 가지 결론을 도출할 수 있을 것이다.

첫째는, 현행 행정심판법 하에서는 직접처분을 하는 데 일정한 한계가 있다는 점이다. 어쩌면 이 점을 미리 예상하여 법개정 당시 현행과 같이 단서조항을 추가했을 것이라고 판단된다.

둘째는, 위 사례에서 보듯이 대상이 된 처분이 재량행위인 경우, 그리고 처분청의 자치권이 인정되는 경우에는 직접처분이 어려울 가능성이 높다는 점이다.

셋째는, 직접처분 여부를 결정할 때에는 단서조항의 소극요건에 대한 검토가 선행되는 것이 안전하다는 것이다. 소극요건에 해당하지 않는 점이 분명하다면 직접처분을 하면 될 것이다. 그러나 이와 같은 점을 지나치게 고려하게 되면, 행정심판위원회가 단서조항으로 도피한다는 비판을 받게 될 것이라는 문제가 있다. 따라서 소극요건의 해당 여부는 신중하게 판단하되 너무 엄격한 기준으로 판단할 필요는 없다고 생각된다. 이러한 점에서 소극요건의 해당성은 '명백하게 소극요건에 해당하는가'라는 관점에서 고려되는 것이 바람직하다고 판단된다.

넷째는, 직접처분신청을 기각하는 경우이든 인용하는 경우이든, 결정문에 단서조항의 직접처분 소극요건에 대한 검토가 포함되는 것이 바람직하다는 점이다.

이하에서는 목차를 달리하여 이상에서 검토한 사례에서 드러난 문제점을 포함

하여 직접처분제도의 구체적인 문제점을 살펴보기로 한다.

### 3. 직접처분제도의 문제점

중앙행정심판위원회 행정심판총괄과는 2011. 6. 24. 시도행정심판위원회 행정심판담당 공무원을 상대로 행정심판제도개선에 관한 간담회를 실시하였다. 동 간담회에서 각 시도행정심판위원회는 직접처분의 문제점과 기타 기속력을 확보할 수 있는 방안에 관한 의견을 제시하였다.<sup>22)</sup> 이하에서는 직접처분제도가 갖는 현실적 문제점을 살펴보고, 더불어 직접처분제도의 운영과정에서 나타나는 문제점, 자치권과의 관계에서 나타날 수 있는 직접처분제도의 문제점을 정리하기로 한다.

#### 가. 직접처분의 운영상 문제점

서울특별시행정심판위원회 담당공무원은 상술한 ‘서행심 2009이행01 의무이행심판인용재결이행신청’ 사건을 진행하는 과정에서, 동 사건은 2008년 행정심판법 개정으로 행정심판위원회가 재결권한을 갖게 된 이후 첫 직접처분결정 사건으로 선례가 전무하고 이에 관한 지침이나 가이드라인 부재하여 행정심판 진행과정에서 각각 건 별로 법률을 해석·적용해야 하는 어려움을 있었다고 토로하였다.

또한 시도행정심판위원회가 제반의 여건을 고려하여 능동적으로 직접 처분을 하기에는 전문성이 부족하다는 의견도 제시하였다. 이로 인하여 ‘서행심 2009이행01 의무이행심판인용재결이행신청’ 사건의 이유에는 「서울특별시 맑은환경본부의 「관련시설의 안정성 및 관련법령에 저촉되는 사항이 없어 허가 가능하다」는 의견을 참고하여」 라는 문구를 부기되었음을 지적하였다. 즉 직접 처분의 대상이 되는 행정행위의 가부이외에 사업기간의 설정, 부과의 부과 등 구체적 사정을 잘 아는 처분청이 판단하는 것이 가장 적절하다고 여겨지는 경우에는 아무래도 직접 처분이 용이하지 않다는 의견을 제시하였다.

22) 부산대학교 산학협력단 (2011), “국민권익위원회 행정심판제도개선 간담회 회의결과”, 국민권익위원회 내부보고자료, 2011년, 6월 24일.

이러한 의견은 부산광역시행정심판위원회, 전라북도행정심판위원회, 강원도행정심판위원회 등 간담회에 참석한 대부분의 시도행정심판위원회 담당자들이 동일하게 제시하였다. 결국 2008년 개정 행정심판법 시행으로 행정심판위원회가 처음으로 재결권한을 보유하면서 이에 대한 제도운용 경험이 미숙하고 더불어 관련 제도시행의 세부기준이 마련되지 못하여서 빚어지는 문제상황으로 분석될 수 있다. 행정심판위원회 담당공무원들의 문제제기를 요약해 보면, 직접처분을 못하겠다는 취지는 아니라고 판단된다. 일부 이와 같은 의견을 제시하는 경우도 있었지만, 대체로는 어떠한 경우 직접처분을 하여야 하고 어떠한 경우가 못하는 경우인지, 그리고 이러한 결정에 이르기까지 구체적으로 어떠한 절차를 어떻게 밟아야 하는 것인지, 직접처분에 대한 결정문과 직접처분서는 행정심판위원회 명의로 하는 것인지 등등에 대하여 정해진 가이드라인이 없어 어려움이 있다는 것을 문제로 삼고 있다고 요약된다.

#### 나. 직접처분의 현실상 문제

시도행정심판위원회 담당공무원은 시도행정심판위원회가 직접처분을 한 경우 해당 처분에 대하여 행정소송에 피소되어 행정소송의 당사자(피고)가 될 위험성이 있음을 지적하였다. 현재 위에서 언급한 울산시 행정심판위원회의 직접처분에 대해서는 행정소송이 제기된 바 있다. 아래 문건은 울산시 행정심판위원회에서 행정소송과 관련하여 정리한 것이다.

<울산시 행정심판위원회 직접처분 취소소송 접수보고 문건>

**< 〇구 〇〇동 코〇〇〇 건축허가 관련 >  
행정심판위원회 직접처분 취소소송 접수보고**

2011. 11. 3.(목), 송무담당

▶ 원고들은 코〇〇〇 입점저지를 위한 중소상인단체로 행정심판위원회가 〇〇유통단지사업

협동조합이 ○구청장에게 '11. 5. 17. 건축허가 신청에 관하여 직접 허가처분을 하자

▶ 중소상인 보호대책 없는 직접처분은 위법하다며 우리 시를 상대로 소송 제기

## ■ 소송개요

- 사 건 명 : 2011구합2419 직접처분 취소
- 제 소 일 : 2011. 10. 26.(송달 2011. 10. 31.)
- 당 사 자 : 원고 ○○○외 4(○○○·○○○ 변호사) / 피고 울산광역시
- 청구취지 : 2011. 8. 30. 직접처분 취소

## ■ 제소사유

- 창고형 대형할인마트인 코○○○ 입점허가로 영업권 및 생존권 위협
- 대규모 점포와 중·소상인간 분쟁조정 의무 위반 등

## ■ 향후계획

- 이해당사자인 ○○유통단지사업 협동조합 피고 보조참가 고지 및 소송 적극 대응

※ 답변서 제출 : 2011. 11. 30.한

결국 궁극적으로 국민권익구제의 일환으로 재결의 기속력을 확보하기 위하여 도입된 직접처분제도가 이와 같은 행정소송 피소로 말미암아 기피될 수도 있다는 문제가 제기된 것이다. 그러나 직접처분에 대한 행정소송 제기 가능성 때문에 직

접처분을 하지 못하거나 하지 않는다는 것은 행정심판위원회 스스로 자기 위상과 지위를 격하시키는 것이라고 판단된다. 일선처분청의 경우에도 처분에 대한 행정소송 제기가 일상적인 것과 마찬가지로 판단하면 될 것이지, 이 문제가 직접처분의 문제점이 될 수는 없다고 생각한다. 다만 이 경우 행정심판위원회에 행정소송 담당자가 더 필요하다는 점은 분명하므로, 인원의 증원은 불가피하다는 점을 고려해 보아야 할 것이다.

직접처분의 현실적인 문제로, 행정심판법 제50조 제2항에서 “위원회가 직접 처분을 하였을 때에는 그 사실을 해당 행정청에게 통보하여야 하며, 그 통보를 받은 행정청은 위원회가 한 처분을 자기가 한 처분으로 보아 관계 법령에 따라 관리·감독 등 필요한 조치를 하여야 한다”고 규정하고 있지만, 이러한 규정이 존재한다 하더라도 실제로 이를 담보할 수 있는 장치가 부재하여, 지방자치단체장이 후속 조치를 이행하지 않고 결국 직접처분제도의 실효성이 없게 될 우려가 있다는 문제가 지적되고 있다. 특히 지방자치제도가 본격적으로 시행되면서 선거직 지방자치단체장에 대한 주민의 정치적 통제의 수위가 높아지면서 직접처분제도의 실효성은 더욱 도전을 받고 있는 상황이라고 설명하였다.

결국 대부분의 시도행정심판위원회는 행정소송의 위협, 직접처분제도의 실효성 미비로 인하여 직접처분에까지 이르는 것을 피하는 추세라고 설명하였다.

물론 행정심판위원회별로는 이와 같은 현상들이 존재한다는 점을 충분히 짐작할 수 있겠다. 그러나 이와 같은 이유 때문에 직접처분을 기피하는 것이 꼭 일반적인 현상이라고 볼 수는 없다. 왜냐하면, 이미 언급한 바와 같이, 서울시 및 울산시 행정심판위원회에서는 직접처분을 결정하였고, 중앙행정심판위원회나 부산시 행정심판위원회의 경우에는 비록 사정에 의하여 당사자의 직접처분 신청을 기각하는 결정을 하긴 했지만 직접처분 여부에 대하여 결정을 시도한 것이다. 이와 같은 결정례들은 향후 각 행정심판위원회의 직접처분 사례에 적지 않은 영향을 미칠 것으로 예상된다. 이에 따라 직접처분 사례가 점차 증가하지 않을까 조심스레 예측해 보는 것이다. 실제로 각 시도행정심판위원회에서는 직접처분을 신청하는 사례가 꾸준히 발생하고 있다. 이에 대한 적극적인 대응만이 행정심판위원회의 기

능을 보다 강화하는 길이다. 이와 관련하여 다시 한 번 주의할 점은 직접처분의 소극요건을 해석하는 것이 우선적으로 고려되어야 하지만, 소극요건의 판단을 매우 완화된 기준으로 하게 되면, 대부분의 경우가 소극요건에 해당하여 직접처분 신청을 기각하는 결과를 초래하게 될 것이라는 점이다. 따라서 소극요건의 판단은 ‘일반적으로 보아 명백하게 소극요건에 해당되는 경우라고 판단될 때’로 제한하는 것이 바람직하다고 생각한다.

#### 다. 자치사무와의 충돌가능성 문제

행정심판위원회의 직접처분권한과 지방자치단체의 자치사무에 대한 자치권한이 서로 충돌될 가능성이 있다는 점이 지적되고 있다.

독일의 경우에는 이 점을 고려하여 행정재판소법에서 지방자치단체의 자치사무에 대해서는 지방자치단체의 기관이 재결청이 된다고 규정하고 있다.<sup>23)</sup> 이는 지방자치단체의 자치권을 고려한 규정이라고 해석된다.

행정심판법은 청구인의 권리구제 강화와 재결의 실효성을 확보하기 위하여 처분청이 행정심판위원회의 이행명령재결에 따르지 않는 경우 처분청의 상급기관인 재결청이 당해 처분을 대신할 수 있도록 하는 직접처분제도를 1995년에 도입하였고, 2008년 2월 행정심판법 개정으로 재결청이 폐지되고 행정심판위원회가 재결기능을 수행함으로써 직접처분제도가 1995년 도입당시의 환경과는 다소 상이한 현실에 직면하게 되었다. 즉 재결청이 갖는 소위 ‘처분권한의 유보’, ‘사무의 위임·위탁’ 등의 논거에 기초하여 직접처분제도가 설계되고 시행되었음에도 불구하고 현재는 제3자적 분쟁해결기관인 행정심판위원회가 재결권한을 보유하게 된 것이다.

혹자는 이 문제는 2010년 행정심판법 전부개정시 행정심판법 제50조제1항 단서로 추가된 “그 처분의 성질이나 그 밖의 불가피한 사유로 위원회가 직접처분을

할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다”로 어느 정도 완화되었다고 생각할 수도 있을 것이라 생각된다. 즉 지방자치단체의 고유한 자치사무는 동조항에 의거하여 처분의 성질상 직접처분을 할 수 없는 경우로 분류할 수 있고, 이에 따라 직접처분의 대상으로 하지 않을 수 있게 될 것이기 때문이다. 결국 직접처분제도와 지방자치권과의 충돌가능상황은 2010년 행정심판법 전부개정을 통하여 어느 정도는 해소되었다고 평가할 수도 있을 것이다. 이렇게 보면 결국 직접처분제도와 자치권과의 충돌상황은 현행 행정심판법 제50조제1항 단서규정을 자치사무의 경우에 적용하는 것으로 해결될 것이다.

그러나 이렇게 되면, 지방자치단체의 자치권이 문제되는 사무에 대해서는 행정심판위원회가 처음부터 심판권을 가지는 것을 해결할 수 없다는 문제는 여전히 남는다. 이와 관련하여 독일의 입법례와 같이 “처분청의 자치사무에 관한 처분이나 부작위에 대하여는 처분청이 재결청이 된다.”고 입법적인 해결을 하면 논리적으로 분명하겠으나, 재결청이 없는 현재의 상황에서는 이와 같은 행정심판법의 개정을 기대하기는 어렵다고 판단된다. 이로써 적어도 이 문제는 독일의 입법례가 도움이 될 수 없다. 사실상 지방자치단체의 자치권을 보장하는 측면에서, 원칙적으로만 본다면, 위와 같은 입법적인 해결이 가장 바람직하다. 혹자는 행정심판도 헌법적 근거가 있다고 주장하면서 따라서 자치사무에 대한 심판이 가능하다고 하기도 한다. 그러나 이 경우에도 양 권한의 조화나 조정이 필요한 것이다. 만약 행정심판이 지방자치단체에 대한 적절한 통제수단이라고 한다면, 오히려 행정심판에 “행정심판의 대상이 되는 처분이나 부작위는 지방자치단체의 자치사무에 대한 것도 포함한다.”라고 규정하는 것이 어떨까 한다. 지방자치단체의 자치권은 법령의 범위 내에서 보장되는 것이고, 이 경우 법령이 자치권의 본질적인 내용만 침해하지 않으면 될 것이다.

이상과 같은 입법적인 해결책이 마련되지 않는다면, 직접처분에 있어서 자치권과의 충돌 우려 때문에 소극요건을 적용하여 직접처분 신청을 기각하는 사례가 많아지게 될 것이고, 이것이 국민들의 입장에서 오히려 문제라고 생각하는 경우가 많을 것이다. 이에 대하여는 직접처분의 개선방안에서 보다 상세하게 검토하기

23) 독일 행정재판소법 § 73

(1) 처분청이 즉시 구제하지 않는 경우에는, 재결을 하게 된다. 재결은 ………, 법으로 달리 정하지 않는 한, 자치사무의 경우는 자치기관이 한다.

로 한다.

라. 국민권익보호의 소홀

이미 언급한 바와 같이, 직접처분의 문제는 행정의 자율적 통제라는 의미도 있지만, 무엇보다도 국민권익보호와 관련하여 매우 중요한 의미를 가진다. 울산시 행정심판위원회의 직접처분 사례에서도 보듯이, 처분청의 장이 특정정당의 소속으로 정당의 입장을 고수하게 되면서 관련 법령에 의하면 건축허가를 하는 것이 적법·타당한데도 이를 지체하고 있는 것이다. 이 경우 형식적으로는 지연이지만 사실상 허가를 발급하지 않겠다는 의지가 분명한 것이다. 이로 인하여 허가신청인은 위법·부당하게도 자신의 건축의 자유라는 기본권이 제한되고 있는 것이다.

그밖에도 직접처분과 관련하여서는 장시간이 소요되는 문제를 지적하지 않을 수 없다. 거부처분의 경우에 처음부터 의무이행심판을 청구하면 몰라도, 행정심판에 대한 지식이 부족한 대부분의 국민들은 일단 취소심판을 청구하게 된다. 이 경우에는 또 다시 의무이행심판을 거쳐야 하고 여기에도 직접처분 신청까지 포함하면 많게는 처분청의 거부 또는 반려처분을 무려 3-4 차례 받게 되는 것이다. 국민들의 입장에서 생각한다면, 행정심판위원회에서 취소재결, 의무이행재결, 시정명령이라는 결정을 한 이상, 이와 같은 결정이 반드시 관철되어야 한다. 따라서 아주 특별한 경우가 아니면 직접처분의 단서조항을 적용하여 기각하는 사례는 없어야 한다는 것이다. 이와 같은 국민의 권익보호라는 관점에서 행정심판위원회가 의무이행재결을 한 이상, 특별한사정이 없으면 직접처분을 한다는 것이 원칙이 되어야 한다는 점이 명백하여야 한다.

1. 행정소송법상 간접강제제도

가. 간접강제제도 일반

행정소송법은 재판의 집행력을 확보하기 위하여 간접강제제도를 두고 있다.<sup>24)</sup> 보통의 행정처분의 취소를 구하는 항고소송이나 무효확인소송의 판결이 원고의 청구를 인용하는 내용으로 확정되는 경우에는 그 행정처분은 별도의 절차 없이 바로 소멸되어 버리거나 처음부터 무효임이 대세적으로 확정된다. 따라서 그 처분의 효력을 다투는 원고는 위법한 처분이 없는 것과 같은 상태를 만듦으로써 완전한 권리구제를 받게 된다. 그러나 행정처분이 거부처분인 경우에는 그 처분의 취소판결이 확정되어도 거부처분이 없는 상태로 돌아갈 뿐이므로 여전히 신청에 대한 응답이 없는 상태에 있고, 처음부터 아무 응답이 없어서 그 응답을 하지 않는 부작위 상태가 위법임을 확인하는 경우에도 그것만으로는 작위가 이루어진 것으로 볼 수 없는 것이므로 양자 모두 위법한 상태는 그대로 지속되게 되며, 이러한 위법상태를 제거하기 위하여 새로운 행정처분이 필요하게 된다. 또한 일단 어떤 신청에 대하여 행정청이 행정처분을 하였는데 그 처분이 내용의 위법을 이유로 취소되면 그 신청은 거절된 것이고 판결의 취지에 따르면 그 거절상태가 적법한 것이 되지만, 단지 절차가 위법하다고 하여 취소되는 경우는 아직 그 신청은 적법하게 거절된 것이라고 할 수 없으므로 신청인은 아직 응답을 받지 못한 것이고, 이러한 상태를 구제하기 위해서 행정소송법은 그러한 내용의 판결이 확정되면 행정청이 스스로 다시 판결의 취지에 따른 행정처분을 함으로써 위법상태를 바로 잡도록 하고 있다. 결국 거부처분이 위법하다 하여 취소판결이 확정된 때에는 그

24) 이하의 내용은 홍정선 (2011), 「행정법원론(상)」, 박영사, 1017-1019면 참조; 사법연수원 (2011), 「행정구제법 연구」, 사법연수원출판부, 278-282면 참조; 유명진 (1998), 「실무행정소송법」, 박영사, 256-257면 참조; 이상규 (2000), 「행정쟁송법」, 법문사, 498-501면 참조

행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 하고, 신청에 따른 처분이 있었다가 그 처분이 절차의 위법을 이유로 취소되는 경우에도 행정청은 재처분을 하여야 하며 부작위위법확인판결이 확정된 경우에도 행정청은 동법 제30조 제2항을 준용하여 그 판결에 취지에 따른 행정처분을 하여야 한다. 이러한 재처분의무에 대한 강제집행절차가 바로 행정소송법상의 간접강제제도이다.

행정처분은 행정청의 공법상 의사표시이므로 적법한 행정처분의 신청이 거절된 경우와 신청에 대하여 응답을 하지 않는 경우도 민사소송적 관점에서 보면 채무자의 의사표시의무 불이행이라고 할 수 있다.<sup>25)</sup> 그러므로 행정청이 어떤 적법한 행정처분을 할 것을 거부하거나 일응 하여야 할 의무 있는 행정처분을 하지 않을 때에도 일반 사인이 그렇게 한 경우처럼 바로 그 행정처분을 하도록 이행을 강제하는 소송이 가능하다면 그 행정처분을 명하는 판결을 받아 별도의 집행절차 없이 그 판결만으로 그 행정처분이 이루어진 것으로 볼 수 있을 것이다. 그러나 행정소송절차는 민사소송과 달리 권력분립원리를 고수하여 행정청에 대하여 바로 어떤 행정처분을 하라고 소구할 수는 없도록 되어 있고, 단지 행정청이 어떤 행위를 하여 줄 것을 신청함에 대하여 거절의 의사표시를 하거나 아무 의사표시 없이 행정청의 의무에 속하는 행위를 하지 않을 때에 그 거부처분을 취소하는 소송을 구하거나 그 부작위 상태가 위법하다는 확인을 구할 수 있을 뿐이다. 그리고 이러한 판결이 확정되면 행정청으로 하여금 재처분을 하도록 하는 공법상의 의무를 부과할 뿐이다. 그러나 이렇게 재처분의 의무가 있음에도 불구하고 행정청이 행정처분을 하지 않거나 작위의무를 이행하지 않는다면 판결은 아무 소용없게 되므로 어떻게든 이를 강제할 수단이 필요하며, 이러한 강제수단으로 마련된 것이 간접강제제도이다.<sup>26)</sup>

간접강제제도는 1984.12.15. 행정소송법이 전부 개정되면서 나타난 제도이다.

25) 민사소송절차에서는 채무자가 어떤 의무 있는 의사표시를 하지 않거나 그 의사표시를 할 것을 거절하는 때에는 채권자는 바로 채무자를 상대로 의사표시를 할 것을 소송으로 구할 수 있고, 어떤 의사표시를 명하는 판결이 확정되면 따로 강제집행의 절차 없이 그 판결로서 채무자가 의사표시가 있었던 것으로 삼는다.(민사집행법 제263조),

26) 서경우 (2004), "제34조(거부처분취소판결의 간접강제)", 「주석행정소송법」, 박영사, 1002면.

즉 행정소송법에 거부처분의 취소소송, 부작위위법확인소송이 명문으로 규정되면서 새로 마련된 제도이다. 입법론적으로 본다면 동 제도는 독일 행정법원법 제172조를 모방하여 만들었다고 할 수 있다. 독일 행정법원법 제172조는 “행정청이 결과제거판결, 의무이행판결, 가명령의 경우에 판결이나 가명령에 부과된 의무를 이행하지 않는 경우에는 제1심법원의 신청에 따라 결정으로 기한을 정하여 행정청에 대하여 2000마르크까지 부과할 것을 예고하고 의무이행없이 기한이 경과되면 이를 확정하고 직권으로 집행할 수 있다. 이행강제금의 예고, 확정 및 집행은 반복하여 할 수 있다” 고 규정하고 있다.<sup>27)</sup>

#### 나. 간접강제의 요건

간접강제를 하기 위해서는 우선 거부처분취소나 부작위위법확인판결이 확정되어야 한다. 또는 일단 신청에 따른 행정처분이 있었다가 그 처분이 절차의 위법을 이유로 취소되었어야 한다.<sup>28)</sup> 판결은 확정되어야 한다. 항고소송이나 무효확인소송, 부작위위법확인소송 등의 행정소송에서는 가집행선고라는 것이 없으므로 이러한 행정소송의 판결은 확정되기 전에는 기속력이 생기지 않으며, 따라서 그 판결을 강제할 방법도 없다.<sup>29)</sup> 행정소송에서 화해가 가능하다는 입장에 선다면, 소송상의 화해에 대하여도 거부처분을 취소하는 내용이나 부작위의 위법을 확인하는 내용의 화해가 성립하면 간접강제는 허용된다고 본다.<sup>30)</sup>

거부처분의 취소판결이 확정되었을 때에는 행정청은 그 판결의 취지에 따라 그

27) 간접강제제도의 기본적 모델이 독일법이라 하여도 독일과 우리나라의 행정소송법제가 그 행정소송의 대상과 판결의 내용을 크게 달리하고 있으므로 간접강제제도도 독일의 그것과는 크게 다르다. 우리 행정소송법은 독일과 달리 결과제거판결이나 의무이행판결을 인정하지 않고 있으므로 독일의 경우와는 적용대상이 크게 다르다. 독일의 경우는 행정청에 넓은 범위의 작위를 명하는 방법으로 간접강제제도가 마련된 것에 비하여 우리 법은 단지 행정청이 판결취지에 따른 새로운 행정행위를 하지 않는 경우에 이를 강제하는 수단으로 간접강제제도를 인정하고 있을 뿐이다. 또 절차면에 관하여도 독일의 경우는 행정법원법에 이에 관한 절차규정이 있으나 우리는 그 절차와 효력에 대하여 민사소송법을 완전히 준용하고 있다. 서경우 (2004), 1003면 참조.

28) 판결에 한하여 제한적으로 간접강제가 인정되고 있는 점은 독일에 있어서 우리의 집행정지에 상응하는 가명령에 대하여도 간접강제가 허용되는 것과 다르다. 서경우 (2004), 1006면 참조.

29) 민사소송에서는 가처분이나 가집행의 선고에도 간접강제가 가능하다는 것과 다르다. 서경우 (2004), 1006면.

30) Kopp/Schenke (1998), Verwaltungsverfahren, 11. Aufl., S.172.



신청에 대하여 다시 처분을 하여야 한다. 그럼에도 행정청이 아무런 처분을 하지 않고 있을 때 간접강제의 신청이 가능하다. 재처분은 있었으나 판결의 취지에 따른 재처분이 아니어서 간접강제를 구하는 신청에 대하여, 그 재처분이 원래의 거부처분과는 다른 사유를 이유로 하거나 새로운 법령에 의하여 다시 거부처분한 것이라면 판결의 취지에 따른 재처분이 있는 것으로 보아 각하한다.<sup>31)</sup> 결국 재처분은 반드시 신청의 취지에 따른 처분이어야 하는 것은 아니며 판결의 취지에 따르면 된다는 점이다.<sup>32)</sup> 부작위위법확인판결에 의한 재처분의무에 있어서 무엇이 판결의 취지에 따른 재처분인가의 문제에 대하여는 부작위 자체의 위법여부가 심리의 대상이 되므로 어떤 내용의 처분이든 처분만 존재하면 부작위위법상태는 해소되고, 따라서 간접강제는 허용되지 않는다고 본다.<sup>33)</sup>

#### 다. 간접강제의 신청·심리

간접강제는 당사자의 신청이 있어야 한다. 재처분의무 자체는 당사자의 신청을 기다려서 생기는 것은 아니고 판결의 확정에 따른 당연한 행정청의 의무이다. 그러나 재처분의무가 당연히 발생한다고 하여도 그 이행을 강제하는 간접강제는 당사자의 신청이 있어야 한다. 신청권있는 당사자는 거부처분의 취소판결과 부작위위법확인소송에서는 당연히 소송의 원고가 된다. 신청에 따른 처분이 절차의 위법을 이유로 취소된 경우는 그 재처분을 받아야 할 사람은 당초의 신청인이며, 따라서 간접강제의 신청권자도 당초의 행정처분의 신청인이다. 집행채무자인 상대방은 보통은 행정소송 판결의 피고가 된다. 그러나 신청에 따른 처분이 절차의 위반을 이유로 취소된 경우에는 재처분을 하여야 할 행정청이 피고 아닌 다른 행정청일 경우도 있다. 그 경우에는 그 작위의무 있는 행정청이 집행채무자가 된다. 간접강제 신청의 관할법원은 제1심 수소법원이다. 즉 민사소송에서의 간접강제와 같다.

31) 대법 1998. 1. 7. 97두22 결정; 대법 1997. 2. 4. 96두70 결정.

32) 홍정선 (2011), 1017면.

33) 박윤훈 (2004), 「최신행정법강의」, 박영사, 1032면; 김동희 (1986), “부작위위법확인소송과 의무이행행정심판”, 「고시연구」, 3면; 송희성 (1999), “부작위위법확인소송”, 「고시연구」, 12면.

간접강제는 항고소송의 판결이나 부작위위법확인 판결에 의한 것으로서 집행문 자체가 없으며, 재처분의무의 불이행을 이유로 하는 것이므로 따로 집행문이 필요 없다. 즉 확정판결이 존재하고 이것이 행정청에 송달되었음을 증명하고 재처분이 없었음을 이유로 신청하면 족하다. 법원은 변론에 의하여 요건충족 여부를 심사할 수도 있고 변론 없이 결정할 수도 있다. 그러나 변론 없이 결정을 하는 경우에는 반드시 집행채무자를 심문하여야 한다. 그러므로 행정청의 심문 없이 한 간접강제 결정은 위법하게 된다. 다만 이는 행정청에 진술의 기회를 주자는 것이므로 적법한 소환을 받고서도 출석하지 않는다면 이는 행정청을 심문한 것이 된다.<sup>34)</sup> 법원은 일반적인 요건 - 관할권의 유무, 집행당사자의 일치여부, 판결의 확정여부, 송달여부 등 - 조사하는 외에 간접강제의 실제적 요건이 갖춰져 있는지를 조사한다. 따라서 재처분의무 있는 행정청이 과연 재처분을 하였는지 여부가 심리되게 되는데 입증책임의 분배원칙상 재처분이 있음은 행정청이 이를 입증하게 됨이 마땅하다.<sup>35)</sup>

#### 라. 간접강제의 결정

간접강제의 신청이 이유있다고 인정되면 간접강제결정을 하게 된다. 그 결정의 내용은 “상당한 기간을 정하고 행정청이 그 기간 내에 이행하지 아니하는 때에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상할 것을 명하는 것”이 된다. ‘상당한 기간’인 예고기간에 대하여는 어떤 제한이 있지 않다. 그러므로 법원은 통상적으로 재처분을 하는데 필요한 시간을 고려하여 적당한 기간을 정하게 된다. 주문에 재처분의무 있음을 표시하게 되는데 이때 행정청이 어떤 내용의 재처분을 하여야 한다고 명하느냐에 관하여는 일반적으로 재처분의무는 판결의 취지에 따르기만 하면 되는 것이므로 법원이 그 내용을 구체적으로 결정하여 이행을 명하는 것은 부당하다고 해석하고 있다.<sup>36)</sup> 배상금으로 어떤 금액을

34) 대법 1977. 7. 8. 77마211 결정.

35) 동지; 서정우(2004), 1010면.

36) 모법적인 주문예로 “피신청인은 이결정의 고지를 받은 날로부터 0일 이내에 신청인에 대하여 당원 95누100 거부처

결정할 것인가, 일시금으로 할 것인가, 기간의 경과에 따른 금액으로 할 것인가는 신청인의 신청취지에 구애되지 않고 법원이 결정한다. 배상금액은 행정청으로 하여금 이행을 하도록 심리적으로 강요하는 수단으로서의 성격을 가진다. 따라서 배상액을 결정함에 있어서는 신청인의 손해액이 산정의 기초가 되는 것이 아니라 행정청으로 하여금 이행을 하도록 유도하기에 적당한 금액으로 결정하게 된다.<sup>37)</sup>

간접강제 결정을 한 1심 수소법원은 사정변경이 있을 때에는 신청에 의하여 그 결정의 내용을 변경할 수 있다(민사소송법 시행규칙 제191조). 변경결정은 당사자의 신청이 있어야만 할 수 있다. 그 신청은 당사자와 행정청이 할 수 있다. 변경결정을 함에 있어서는 변경신청의 상대방을 심문하여야 한다. 이 결정에 대하여는 즉시항고 할 수 있다. 변경결정은 예고기간을 단축·연장하거나 배상금의 액수를 변경하거나 정기금을 일시금으로 변경하는 등 종전 결정내용의 어느 부분이든 변경이 가능하다. 다만 이 결정의 효력은 소급하지 않기 때문에 이미 종전 결정에 의하여 정한 기간이 경과한 부분에 대한 배상금을 변경하는 등의 결정은 불가능하다.<sup>38)</sup>

간접강제신청에 대한 재판에 대하여는 그 인용결정이든 기각결정이든 즉시항고가 가능하다(민사집행법 제261조 제2항). 즉시항고는 원칙적으로 집행정지의 효력이 없다. 다만 항고법원은 즉시항고에 대한 결정이 있을 때까지 담보를 제공하게 하거나 담보를 제공하지 아니하고 원심재판의 집행을 정지하거나 집행절차의 전부 또는 일부를 정지하도록 명할 수 있고 담보를 제공하게 하고 그 집행을 계속하도록 명할 수 있다(동법 제15조 제6항).

#### 마. 배상금의 추심

간접강제의 결정이 있으면 행정청이 그 결정이 정한 기간내에 재처분을 하지

분위소사건의 확정판결의 취지에 따른 처분을 하지 않을 때에는 신청인에 대하여 위 기간이 마치는 다음 날부터 처분시까지 1일 00원의 비율에 의한 금원을 지급하라"는 주문을 제시한다. 서정우(2004), 1011면 ; 실무제요(행정), 225면.

37) 법원실무제요(행정), 223면.

38) 법원실무제요(강제집행), 464면 이하.

않는 한 신청인은 그 결정이 정한 배상금을 지급받을 권리를 갖게 된다. 그 집행절차는 간접강제결정절차와는 별도로 금전지급채무의 강제집행방법에 의하여 이뤄진다. 이 경우 채무명의는 간접강제 결정자체이며, 여기에 집행문을 부여받아 일반적인 금전채권의 집행방법으로 배상금을 추심하게 된다. 따라서 일단 집행문이 발부된 후에는 행정청이 재처분을 하였다든가 하는 등의 사정변경이 생겨도 간접강제결정절차에서 집행의 속행을 막을 수는 없고 민사소송법상의 청구이의의 소에 의하여 그 채무명의의 효력을 소멸시켜야 한다. 간접강제에서의 명령을 받는 쪽은 재처분을 하여야 할 행정청이지만 그 강제집행은 그가 속한 국가나 지방자치단체의 재산에서 집행하게 된다. 행정청은 권리능력이 없어 그 자신이 재산을 소유하고 있지 아니하며, 판결의 효력은 그가 속한 국가나 지방자치단체에도 미치는 것이기 때문이다(행정소송법 제33조·제34조 2항).<sup>39)</sup>

간접강제결정에 의하여 배상금을 추심하였다더라도 행정청이 여전히 재처분을 하지 않는 경우 그 후에 도래하는 기간에 대한 배상금을 다시 추심할 수 있다. 또 일시금의 지급을 명한 경우에는 그 일시금을 추심한 후에도 행정청이 의무이행을 하지 않을 경우 다시 간접강제를 신청할 수 있다.<sup>40)</sup>

## 2. 독일의 의무이행소송제도

### 가. 의무이행소송의 개념

독일 행정법원법 상의 의무이행소송에 관한 규정을 살펴보면 아래와 같다.

#### 행정법원법 § 42

(1) 행정행위의 취소(취소소송) 및 거부되거나 방치된 행정행위의 발급(의무이행소송)을 구하는 소송을 제기할 수 있다.

39) 법원실무제요(행정), 225면.

40) 법원실무제요(행정), 226면.

(2) 법률상 별도의 규정이 없는 한, 원고는 행정행위 또는 행정행위의 거부나 부작위로 인하여 자기의 권리가 침해되었음을 주장하는 경우에 한하여 소를 제기할 수 있다.

### 행정법원법 § 113조

(5) 행정행위의 거부 또는 부작위가 위법하고 원고가 이로 인하여 자기의 권리를 침해받은 경우에, 법원은 사건이 선고할 단계에 이르렀을 때에는 신청된 직무행위를 이행할 의무를 행정관청에 대하여 선고한다. 그 밖의 경우에는 법원의 법적 견해를 존중하여 원고에게 결정할 의무를 선고한다.

독일 행정법원법상의 의무이행소송(Verpflichtungsklage)은 행정청에 대하여 특정한 행정처분을 하여 줄 것을 신청하였으나 행정청이 그와 같은 처분을 할 것을 거부하거나 부작위 상태에 있는 경우에 소극적으로 그와 같은 거부처분이나 부작위의 위법성을 확인 받는 것에 그치지 아니하고 적극적으로 법원에 대하여 행정청으로 하여금 그와 같은 행정처분을 하도록 의무를 지워줄 것을 구하는 소송유형이다.<sup>41)</sup>

의무이행소송은 이행소송의 한 종류이고 결코 확인소송 또는 형성소송으로서의 성질을 갖는 것이 아니다. 다시 말하여 의무이행소송은 행정청에게 행정처분을 할 의무를 부담시키는 소송유형이고, 단순히 행정청에게 그와 같은 행정처분을 할 의무가 있음을 확인하는 소송유형이 아니며, 다른 한편 행정청을 갈음하여 행정처분을 한 것과 같은 형성력을 발생시키는 소송유형도 아니다.<sup>42)</sup>

### 나. 의무이행소송의 분류

#### (1) 거부소송과 부작위 소송

41) 의무이행소송은 다시 Versagungsgegenklage와 Untätigkeitsklage로 구분된다. 전자는 거부처분취소소송에, 후자는 부작위위법확인소송에 대응하는 소송유형이다.

42) 김창석, "의무이행소송 도입의 행정소송에 대한 영향", 저스티스 (통권 제75호), 한국법학원, 2003, 77면.

거부소송은 거부된 행정행위에 대하여 행정청으로 하여금 그 (거부된) 행정행위를 발급하도록 하는 소송을 말한다. 부작위소송은 원고가 어떠한 행정행위를 신청하였는데 행정청이 이를 방치한 경우 신청한 행정행위의 발급을 구하는 소송을 말한다.

이 구분은 원고가 행정청에 행정행위의 발급을 신청하였을 때 행정청이 취하는 "거부 또는 방치"라는 두 가지 유형의 대응에 상응하는 것이다. 행정법원법 제 42조 제1항 역시 거부되거나 방치된 행정행위의 발급에 대한 판결을 예정하고 있으므로 거부소송과 부작위소송이 개념적으로 구별될 수 있다.

#### (2) 행정행위발급명령소송과 재결정명령소송

행정법원법 제113조 제5항은 의무이행소송에 있어서 판결주문의 형태를 두 가지로 분류하고 있다. 즉, 법원이 행정청에게 원고가 신청한 바로 그 행정행위를 이행할 의무를 선고하는 행정행위발급명령판결(Vornahmeurteil 또는 Verpflichtungsurteil)<sup>43)</sup>과 행정청에게 법원의 견해를 존중하여 단지 새로이 어떠한 행정행위를 발급할 의무를 선고하는 재결정명령판결(Beschheidungsurteil)<sup>44)</sup>이 그것이다. 위 판결주문의 형태에 상응하여 의무이행소송을 행정행위발급명령소송과 재결정명령소송으로 분류해 볼 수 있다. 두 가지 형태의 판결 주문을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

##### ① 행정행위발급명령판결(Vornahmeurteil)

행정행위발급명령판결은, 행정행위의 거부 또는 부작위의 위법성, 이로 인한 원고의 권리침해뿐만 아니라 선고할 단계라는 요건까지 충족되어야 가능하다. 법

43) 이를 "특정처분이행판결" 또는 "의무이행판결" 등으로 번역하기도 한다.

44) 이를 "처분이행판결", "지령판결", "지침판결" 등으로 번역하기도 한다.

원의 심리결과 특정한 행정행위의 발급을 위한 전제조건들이 모두 갖추어졌다고 판단될 때 사건의 성숙성이 인정되어 원고가 신청한 행정행위의 발급을 명하는 판결을 선고하게 된다.

원고가 신청한 행정행위가 기속행위인 경우 행정청이 신청된 행정행위 이외의 다른 행정행위를 발급하는 것은 원칙적으로 불가능하다. 행정청은 원고의 신청에 따른 행정행위를 하여야 할 법적 의무가 있으므로, 행정청이 그 행정행위를 거부하거나 방치한 것은 위법한 것이 되고, 원고는 그로 인하여 자신의 행정행위발급 신청권을 침해당하였기 때문이다. 따라서 의무의 이행을 구하는 행정행위가 기속행위인 경우에는 원고가 그 행위를 신청할 수 있는 요건을 모두 갖추었다고 인정되면 그 사건은 선고할 단계에 이른 것이 되어, 법원은 신청대로의 행정행위를 발급할 것을 명하는 판결을 선고하게 된다. 그러나 기속행위인 경우에도 예외적으로 재결정명령판결이 선고되기도 한다. 이는 사실규명을 위하여 사건을 행정청으로 돌려보내야 할 필요가 있을 때이다. 자세한 것은 뒤의 재결정명령판결 부분에서 살펴보기로 한다.

재량행위라 함은 행정청에게 재량권의 한계를 준수할 법적 의무는 있지만, 중국처분에 대하여는 행정청의 재량권, 즉 판단여지가 인정되는 것이다. 따라서 재량행위에 있어서는 통상적으로 행정행위발급명령판결이 선고되기 어려운 것이다.

그러나 법원이 심리한 결과 원고가 신청한 행정행위가 원래는 재량행위이고 따라서 당초에는 행정청이 그 재량을 행사할 수 있었던 것이라 하더라도 선고할 단계에서는 더 이상 재량행사의 여지가 남아 있지 않은 경우, 즉, 구체적인 사건에서 오직 하나의 결정만이 재량권의 합당한 행사로 인정되는 경우에는(재량권의 0으로의 수축), 법원은 비록 그것이 재량행위라 하더라도 원고가 신청한 행정행위를 이행할 것을 명하는 판결을 선고할 수 있다.

## ② 재결정명령판결(Bescheidungsurteil)

사건이 충분히 성숙하지 못하였을 때 법원은 법적 견해를 존중하여 재결정을

할 의무만을 행정청에게 선고한다. “선고할 단계에 이르지 못한 경우”를 개괄적으로 말하자면, 첫째, 기속행위에 있어서 예외적으로 법원이 스스로 사실규명을 하기에 부적합하여 이를 행정청에 미루어야 할 때, 둘째, 신청된 행위가 재량행위로서 행정청이 판결 선고의 단계에서도 여전히 재량 또는 판단여지를 보유하고, 그렇기 때문에 법원이 행정청에게 하나의 확정된 직무행위를 이행할 것을 명할 수 없을 때이다.

신청된 행위가 기속행위인데 이것이 위법하게 거부 또는 방치된 경우라면, 법원은 원칙적으로 신청된 그 행정행위를 이행하도록 하는 행정행위발급명령판결을 선고하여야 한다.

그러나 예외적으로 기속행위에 있어서도 선고할 단계에 이르지 못하는 경우가 발생할 수 있다. 이는 매우 복잡하고 기술적인 사실규명이 필요한 경우이다. 법원은 사실관계의 규명에서 발생한 흠결이 법원 스스로에 의하여 보충될 수 없을 만큼 복잡하고 특정한 전문적 조사에 의하여 좌우되는 경우에는 예외적으로 그 사실규명을 포기하고 이를 행정청에 되돌려보낼 수 있다. 예를 들어, 행정청이 단순히 필요성이 없다는 이유로 무기소지허가를 거부하였고, 결과적으로 그 거부행위 당시 무기소지를 위해 갖추어야 할 요건 등의 충족 여부에 관한 사실규명이 이루어지지 아니한 경우이다.

요컨대, 법원은 최선을 다하여 사실관계를 규명함으로써 사건을 성숙시킬 의무가 있으나, 한편 법원 스스로가 포괄적인 사실규명을 수행하는 것이 매우 곤란하고 (전문 조사기관을 두고 있는 등) 사안 접근성이 보다 뛰어난 행정청에 사실규명을 위임하는 것이 합리적이고 타당한 경우에는 이를 행정청에 맡겨야 한다. 원고의 입장에서도 행정법원의 과잉부담과 긴 소송기간을 고려할 때, 행정청이 사실규명을 통하여 스스로 새로운 행정행위를 하는 것을 기대하는 편이 더 나은 결과를 가져올 수 있을 것이다.

재량행위라 함은 행정청에게 재량 또는 판단의 여지가 인정되는 행정행위를 말한다. 법원은 의무이행소송을 통하여 행정청에게 일정한 의무를 부담시킬 뿐, 그 스스로가 행정권을 행사할 수 있는 것은 아니다. 따라서 원고가 신청한 행정행

위가 재량행위인 경우 그 재량권의 행사는 원칙적으로 행정청이 행사하여야 하는 것이고 법원이 행정청의 재량행사를 대신할 수는 없다.

그러므로 원고가 재량행위의 발급을 신청하였으나 그것이 거부되어 의무이행소송을 제기한 경우, 법원으로서 행정청이 그 재량권을 적절하게 행사하였는지, 즉 재량권의 한계를 벗어나지는 않았는지, 수권의 목적에 상응하는 방식으로 재량을 행사하였는지 등을 심리하게 된다. 심리결과 행정행위의 거부에 재량하자가 있는 경우라면 그 거부는 취소될 것이다. 그러나 행정청에게 여전히 재량 또는 판단 여지가 남아 있는 이상 법원으로서 행정청에게 재량행사의 기회를 부여하기 위하여 단지 새로이 판단할 의무만을 명하게 된다. 즉, 재량행위의 경우에는 원칙적으로 사건성숙성이 결여되어, 법원은 거부행위를 취소하고 원고에게 법원의 견해를 존중하여 재량에 흠 없는 새로운 행정행위를 할 의무를 선고하는 재결정 명령 판결을 하게 되는 것이다.

이를 신청인의 입장에서 본다면, 신청인은 재량행위의 경우 적법한 재량의 행사, 즉 재량권의 일탈이나 남용이 없이 제반 사정을 심사숙고하여 정당한 결정을 내려줄 것을 청구할 권리가 있는 것이고(무하자재량행사청구권), 이와 같은 무하자재량행사청구권이 침해된 경우에는 이를 앞세워 재량권에 흠이 없는 행정행위의 발급을 구하는 의무이행소송을 제기할 수 있는 것이다(재결정명령소송의 독자적인 형태를 인정할 수 있을 것인지 여부에 대해서는 앞서 살펴본 바와 같다).

물론 재량행위인 경우에도 단 하나의 재량행사만이 적법한 것으로 판단되면 제113조 제5항 1문에 따라 행정행위발급명령판결을 선고하게 됨을 앞서 본 바와 같다.

#### 다. 의무이행판결의 집행

##### (1) 관련 규정

#### **행정법원법 제172조 [행정청에 대한 강제금]**

행정청이 제113조 제1항 제2문 및 제5항과 제123조의 경우에 판결이나 가명령에서 부과된 의무를 이행하지 아니하는 때에는 제1심 법원은 신청에 의하여 결정으로 기간을 정하여 그 행정청에 대하여 2000마르크 이하의 강제금을 부과할 것을 계고하고, 그 기간 내에 의무를 이행하지 아니하는 때에는 그 기간 경과 후에 이를 확정하여 직권으로 집행할 수 있다. 강제금은 반복해서 계고, 확정, 집행될 수 있다.

##### (2) 간접강제의 의미

독일 행정법원법 제167조는 원칙적으로 민사소송법의 집행규정을 행정법원법에도 준용하고 있으나, 의무이행소송에 있어서는 민사소송에서 인정하는 직접강제를 허용하지 않는다. 이 점이 민사소송상의 이행소송과 행정소송상의 이행소송으로 분류되는 의무이행소송의 차이 중 하나이다. 직접강제가 인정되지 아니하는 대신 행정법원법 제172조는 행정청의 의무를 간접적으로 강제할 수 있는 강제금 규정을 마련해 둬으로써 판결의 실효성을 확보하고 있다.

##### (3) 강제금 부과 요건

강제금을 부과하기 위해서는 행정청이 의무이행판결에 따른 의무, 즉 요청된 행정행위를 발급하거나 또는 판결의 취지에 따른 새로운 행정행위를 발급할 의무를 이행하지 아니하여야 한다. 법원이 행정행위발급명령판결을 선고한 경우 행정청은 주문에서 명시된 특정한 행정행위를 발급하여야 할 의무가 있으므로 아무런 조치를 취하지 아니한 경우는 물론이고 그와 다른 행정행위를 발급한 경우에도 의무를 이행하지 아니한 것이 된다. 한편 법원이 재결정명령판결을 선고한 경우에는 그러한 판결의 취지에 따라 재량에 하자 없는 또는 철저한 사안규명을 바탕으로 한 새로운 행정행위를 발급하는 것으로 족하고 반드시 원고가 요청한 행정행위를 발급하지 아니하여도 의무를 이행한 것이 된다.

당사자는 행정청이 의무를 이행하지 아니하고 있는 경우에만, 이를 이유로 행정청에 강제금을 부과해 줄 것을 법원에 신청할 수 있다.

#### (4) 강제금 부과 절차

##### ① 법원의 심리

법원은 당사자의 신청이 있는 경우 행정청이 의무이행판결에 따른 의무를 불이행하였는지 여부를 심리하여야 한다.

##### ② 법원의 결정

법원은 당사자의 신청이 이유 있다고 인정하면 일정한 기간을 정하여 행정청이 그 기간 내에 의무를 이행하지 아니할 경우 일정한 액수의 강제금을 부과할 것을 결정한다. 강제금의 액수는 2000마르크를 넘지 못한다.

##### ③ 강제금의 집행

행정청이 강제금 부과결정에도 불구하고 정해진 기간 내에 의무를 이행하지 아니하는 경우, 위 강제금 부과는 확정되고 그에 대한 집행이 가능하다. 강제금의 집행은 행정법원법 제170조(공법상 주체에 대한 집행)에 따라 이루어지게 된다. 한편, 행정청은 법원의 강제금 부과에 불복하여 행정법원법 제146조에 따라 항고를 제기할 수 있다.

#### 라. 우리의 행정심판제도 개선에의 시사점

우리나라의 행정심판에 있어 의무이행재결이 가능한 것은 매우 바람직한 제도

이지만, 상급 관청에 의한 재결정 제도가 폐지되고 제3자적 기관인 행정심판위원회가 행정심판을 전담하고 있기 때문에, 우리나라의 행정심판제도는 기능적으로 독일에서와 같이 행정소송의 전단계로 행해지는 단순한 전심절차가 아니라, 행정소송에 준하는 쟁송제도로 파악할 수 있다.<sup>45)</sup> 따라서 우리나라 행정심판에 있어 의무이행재결 제도는 존치하면서, 독일 의무이행소송에서 인정되고 있는 이행강제금 제도를 도입하는 방안을 생각해 볼 수 있을 것이다.

### 3. 독일의 행정심판제도

#### 가. 독일 행정심판제도의 목적

독일 행정심판은 국민의 권리를 구제하고 또한 행정작용이 합리적으로 이루어질 수 있도록 통제하는 기능을 수행한다. 독일 행정심판은 행정청의 결정에 대한 합법성과 아울러 합목적성을 통제하는 특징이 있다(독일 행정재판소법 제68조 제1항 제1문).

독일 행정심판 제도의 또 다른 목적은 법원의 부담경감이다. 행정소송과의 관계에서 독일 행정심판은 행정소송의 사전절차로서의 위상을 가진다(필요적 전치주의).

행정소송을 제기하기 전에 행정심판을 거치도록 하는 것은 두 가지의 의미를 가진다. 첫째로는 행정심판을 통하여 권리구제를 받을 수 있으면 그렇게 하라는 뜻으로 행정심판을 통하여 구제되는 부분만큼은 행정소송의 부담을 경감하게 된다. 또한 행정소송의 제기 대상이 행정심판을 통하여 확정되는 의미를 가진다. 행정소송의 대상은 원처분이지만 그 내용은 행정심판을 통하여 확정되는 원처분<sup>46)</sup>이기 때문에 행정소송의 대상이 그만큼 명확하고 구체화되는 특징이 있다.

45) 박정훈 (2011), 4면.

46) 독일 행정재판소법 제79조 제1항 제1호

(1) 취소소송의 대상은 행정심판결정을 통하여 형성된 원처분이다.

나. 독일행정재판소법(제2편 ‘절차(Verfahren)’ 제8장 제68조 내지 80b조)상의 독일행정심판제도

독일은 행정심판법이 없고 행정재판소법의 내용 중 “취소소송과 의무이행소송에 대한 특별 규정(Besondere Vorschriften für Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen)”편에서 전심절차(Vorverfahren)<sup>47)</sup>라는 등의 내용을 규정하고 있다. 하지만 실무상으로 보면 전심절차로서의 행정심판제도를 선호하는 것으로 보기에 어렵다.<sup>48)</sup> 왜냐하면 각 주는 행정법원법의 실행을 위한 법률(Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung)<sup>49)</sup>을 제정하고 있는데 일부 주는 전심절차(Vorverfahren)를 거치지 않아도 되는 경우를 매우 광범위하게 규정하고 있어(행정법원법 제68조에 따르면 법에 다른 규정이 있으면 이에 따른다고 하고 있으며 각 주법에서 전심절차를 배제하는 경우를 규정하고 있다) 사실상 전심절차를 거치지 않는 경우가 확대되어 있다.

다. 행정처분등에 대한 개인의 권리구제절차 설계에 대한 비교

우리나라의 경우 별도의 행정심판법을 두고 있고, 행정소송법에 의한 법원의 행정소송과 행정심판법에 의한 행정심판위원회의 행정심판이 제도적으로 엄격히 구별되고 있다. 따라서 우리나라에서는 행정심판이 국민의 권리와 자유를 최대한 보장하기 위한 통치기관의 구성원리인 권력분립의 원칙에 반하는지 여부에 대한 논쟁이 부각될 여지가 거의 없다.

반면에 독일은 한국과 달리 독립된 행정심판법이 법제화되지 않고 행정소송을 규율하는 행정법원법에서 행정부에서 사법유사적 판단(justizähnlichen

Verfahren)을 하도록 하는 특별 규정을 두고 있다. 따라서 독일은 권리구제를 위한 절차 설계구조가 우리와 다른 것이다. 사법부의 권리구제 절차에 왜 행정부가 개입하는지를 밝혀야 하며, 그렇기 때문에 권력분립원칙에 반하는지 여부에 대한 논의가 필연적으로 제기된다.<sup>50)</sup> 또한 행정심판의 기각결정은 물론 인용결정을 하는 경우에도 심판비용이 부과되고 있다(동법 제72조, 제73조 제3항).

라. 행정심판에서의 이심효(Devolutiveffekt)의 응용

(1) 이심효에 의한 직접처분 또는 간접처분

이심효(移審效)란 심급이전의 효과를 의미하는 소송법상의 용어이지만, 행정심판에서는 결정권이 직근상급행정청(또는 우리의 경우 재결기관인 행정심판위원회)으로 이전되는 효과를 의미한다.<sup>51)</sup> 이심효를 이해하기 위해서는 우선 독일 행정심판의 이중적 법적 위상을 이해해야 한다. 하나는 취소소송과 의무이행소송을 제기하기 위한 필요조건으로서의 소송절차라는 것과 다른 하나는 행정절차라는 성격을 지닌다는 것이다. 이러한 이중구조는 전심절차가 행정법원 대신 처분청과 재결청에서 진행된다는 것을 보면 명확해진다. 이러한 이중구조 때문에 소송절차에서의 이심효와 행정절차에서의 이심효를 구별할 필요가 있는 것이다.

소송절차에서의 이심효 규정에 비추어 보아 처분청의 인용권한은 재결청으로의 사건이송과 더불어 개시되는 이심효의 발생과 더불어 종료되며 이후 처분청은 재결청의 2차 판단 결과에 따라 결정을 해야 한다는 견해가 있고 판례도 그러하다.

50) “독일 행정심판이 권력분립 제도에 반하는지의 여부가 논의되었다. 대체로 확실은 권력분립의 원리에 반하지 않는 것으로 본다. 이는 행정심판이 결국은 행정작용이지 사법작용은 아니라는 판단에 근거한다. 바꾸어 말하면 독일에서는 행정심판이 사법작용의 성격을 가진다면 권력분립에 반하는 결과가 된다고 보는 것이다. 독일 기본법 제19조 제4항은 공권력으로 인한 권리침해를 받은 사람에 대하여 권리구제 절차의 부여를 규정하고 있다. 이 규정은 독일 행정심판의 헌법적 근거를 설명하는 것이기도 하면서 또한 그와는 무관하다고도 볼 수 있다. 즉, 공권력의 작용으로 권리침해를 당한 사람에게 권리구제의 방도를 제공하면 동 기본법의 규정을 실천하는 의미를 가진다. 그러나 권리구제의 일반적인 방법은 법원을 통한 구제이므로 행정심판제도가 반드시 이 조항의 필요조건이라고 하기도 곤란하다. 그래서 독일 기본법 제19조 제4항은 행정심판 제도의 존재이유와는 무관한 것으로 본다.”, 행정심판 제심제도 도입방안에 관한 연구, 국민권익위원회 2010. 6.

51) Hufen, Verwaltungsprozeßrecht, 1994, §8 Rn. 4: 홍준형, 행정구제법, 제4판, 2001, 399면 각주 39번에서 재인용.

47) Vorverfahren을 문맥에 따라 ‘행정심판’ 혹은 ‘전심절차’로 이하 적절히 번역하였다. 따라서 본 보고서에서는 양자를 같은 의미로 보아도 무방하다.

48) Vgl. Biermann, Das Widerspruchsverfahren in der Krise - Überflüssige Hürde auf dem Weg zum Verwaltungsgericht oder bürgerfreundliches Verfahren mit Zukunftsperspektive?, NordOeR 2007, 139 ff.

49) 대부분의 주가 이러한 법령을 사용하고 있으며 일부 주는 다른 명칭을 사용하고 있으나 실질적인 면에서는 그 기능적 차이가 없다고 볼 수 있다.

그러나 다수설은 이심효가 발생한 이후에도 처분청이 인용결정권을 갖는다고 보고 있다. 소송절차에서의 이심효에 대한 규정이 행정심판에서는 적용되지 않는다는 것이다. 소송절차에서의 관할권 경합은 배제되지만 행정절차에서의 관할권 경합은 그렇지 않다는 것이다. 처분청과 재결청의 심판절차를 통합적으로 보며(판례도 그러하다) 상이한 심급으로 구성되는 소송절차와는 다르다고 보는 것이다. 결국 행정절차에서의 이심효는 처분청과 재결청의 관할권 경합을 인정하며 우선 원칙(Prioritätsprinzip)에 따라 권리구제절차는 우선적으로 청구인용결정을 하는 때에 종료된다.

위의 양 학설은 재결청이 이심효를 가진다는 데에는 이견이 없어 보인다. 다만 이심효가 발생하더라도 처분청이 인용결정권을 가지느냐의 여부만이 그 차이이다. 처분청의 인용결정권은 결국 국민의 권익구제에 보탬이 되는 것이므로 이를 부인할 이유는 없다고 판단된다. 행정심판도 결국은 행정소송의 전심을 구성한다는 의미가 있으므로, 이심효가 적용될 수 있다고 판단된다. 이 경우 행정심판에서의 이심효는 행정심판위원회가 직접처분을 할 수 있는 근거, 행정심판위원회가 처분청의 상급행정청에 처분을 요청하여 간접적으로 처분할 수 있도록 할 수 있는 근거로 작용한다고 할 수 있다. 보다 구체적으로 이심효는 행정심판위원회가 처분청의 자치사무에 대하여 심판권을 가지게 되는 근거로 활용될 수도 있을 것이다. 처분청의 자치사무에 대한 직접처분과 관련하여서 보면, 처분청이 자치사무에 대한 1차적 판단권을 충분히 사용하여 행정심판위원회로의 이심효가 인정되는 경우라면 이에 대한 직접처분이 가능하다고 논리적인 이론구성을 할 수 있을 것이라고 판단된다.

## (2) 사법부로의 사건이송에 의한 해결방안의 근거로서의 이심효의 응용

독일 행정재판소법 제68조에 의하면 취소소송을 하기 위해서는 행정심판성격의 전심절차(Vorverfahren)를 반드시 거치도록 하고 있고, 이의신청 청구에 대해 동법 제72조 따라 처분청이 즉시 구제하는 결정을 하든지(Abhilfeentscheidung), 아

니면 제73조에 따라 재결청(Widerspruchsbehörde)이 재결(Widerspruchsbescheid)하는 심판절차로 진행하게 된다. 동법 제75조에서는 행정청이 지연행위를 상당기간 지속하고 있는 경우에는 동법 제68조의 예외로서 전심절차 없이 바로 행정소송을 제기할 수 있도록 하고 있고 그 지연 기간의 하한을 3개월로 규정하고 있다.

이러한 독일의 제도를 응용하여, 직접처분에도 불구하고 당해 행정청이 처분에 필요한 조치를 지연하고 있는 경우, 일정기간이 지나면 사법부로 사건이 이송되는, 즉 ‘이심효의 응용’을 생각해 볼 수 있겠다. 이에 대한 소송비용은 행정청이 부담하게 하며, 입증책임은 당해 행정청이 지게 한다. 이를 위해서는 행정심판법과 행정소송법의 개정이 필요하다. 행정부가 다루던 사건을 사법부로 이송시키는 근거로는 국가 통치조직 간의 권리구제의 통일성(Einheit)이 제시될 수 있을 것이다.

이러한 모델은 다음과 같은 관념을 전제로 하고 있다. 즉 삼권분립의 한 축인 행정부에서 어느 행정기관의 결정이 집행되지 않는 경우 집행을 하여야 하는 행정기관을 상대로 간접강제를 사용하는 것에는 비판이 있을 수 있다는 점이다. 간접강제는 권력분립의 원칙상 사법부가 행정부를 존중한다는 의미를 담고 있기 때문이다. 즉 권력분립에 입각한 통치기구 상호간에는 적절하나, 같은 통치조직 내에서 사용하는 경우 조직의 위계질서에 흠결이 생길 수 있다는 것이다. 예를 들어 상급법원의 파기환송결정에 대해 하급법원이 이를 따르지 않는 경우 간접강제를 하게 된다면 통치구조질서의 결함이 나타날 수 있다는 것이다.

그러나 이와 같은 모델은 어디까지나 법원에 의한 권리구제를 원칙으로 하고 있는 독일의 경우에 가능할 것이라고 여겨진다. 아울러 행정심판전치주의가 적용되는 독일에서 처분청이 처분을 상당기간 지연하는 경우 행정심판전치의 예외를 인정해 주겠다는 의미이므로, 이를 직접처분과 관련하여 판단하는 데에는 상당한 무리가 따른다고 생각한다. 우리나라의 경우에는 이미 독일과는 상당히 다른 행정심판제도를 채택하고 있기 때문에, 행정심판위원회의 직접처분에 따른 사후 조치가 지연된다는 이유로 사건 자체를 법원으로 이송하는 것은 행정심판과 행정소송



의 기능구분이 이루어져 있는 우리 현실에는 부합하지 않을 것이라고도 생각된다. 아울러 행정부를 구성하는 기관 간에 간접강제가 통치구조질서의 결합을 가져올 수 있다는 것은 국가기관 간에는 적용될 수 있겠지만, 국가와 지방자치단체의 경우는 서로 독립한 공법인이라는 점에서 간접강제가 불가능하지는 않을 것이라고 생각되기도 한다. 이러한 점에서 보면, 이심효의 응용을 어떻게 구성할 것인가에 대해서는 행정심판위원회와 법원의 기능 등에 대한 정책적 판단이 필요할 것이다.

#### 4. 프랑스의 행정심판제도

##### 가. 프랑스 행정심판제도의 목적

프랑스 행정심판은 처분의 상대방에게 권리구제의 기회를 부여하는 성격이 강하다. 주지하듯이 프랑스는 과거 사법부의 행정부에 대한 지나친 간섭으로 말미암아 행정개혁이 지체되었던 반발로 행정사건에 대한 법적 통제를 사법부가 아닌 행정부에 속하는 행정재판소에서 하도록 하고 있다. 그러므로 행정심판을 통하여 행정부가 스스로 행정작용에 대한 통제를 하도록 할 필요는 상대적으로 적다고 할 것이다. 따라서 프랑스의 행정심판은 간편한 권리구제에 더 중점이 놓여 있다고 하여야 할 것이다. 이는 행정심판 임의주의와 연결된다고 할 것이다.

##### 나. 프랑스 행정심판제도의 구조

프랑스에는 행정심판에 관한 일반법이 존재하지 않는다. 따라서 행정심판에 관하여는 개별법에 의하도록 하고 있는데, 개별법령에도 상세한 규정을 두고 있지는 않다.

프랑스의 행정심판(le recours administratif)은 행정기관에 제기하는 것(le recours gracieux)과 처분청의 상급기관에 제기하는 것(le recours hiérarchique)

의 2종류로 나누어진다. 행정심판은 행정소송의 제소기간을 연장하는 효과를 수반하지만 행정심판의 제기 자체는 행정소송 제기 기간 이내에 하여야 한다. 행정심판이 행정소송 제기의 전치요건이 되는 경우도 있다. 행정심판을 거쳐서 행정소송을 제기하도록 하는 제도는 많은 논의의 대상이 되었다.

행정심판 전치주의가 적용되는 분야의 예로는 행정문서의 공개거부처분에 대하여 행정문서 공개위원회에 제기하는 행정심판, 사회부조국의 결정에 대하여 도시사에게 제기하는 행정심판, 위생 및 안전 분야에서의 노동감독관의 경고에 대하여 담당국장에게 제기하는 행정심판, 포도주감별직업위원회의 처분에 대한 지방지역 위원회에 제기하는 행정심판, 직접세에 대한 불복, 건축가협회의 결정에 대한 행정심판 등이 있다.

##### 다. 프랑스 행정심판제도의 특징

프랑스 행정심판은 임의절차로 운영되는데, 행정심판을 거치면 행정소송의 제기기간이 연장되는 효과가 있다. 즉, 행정심판의 결정 후 2개월 이내에 행정소송을 제기하면 된다. 또한 프랑스의 행정심판에서는 취소심판만이 있고 의무이행심판은 없다. 그리하여 당사자의 신청이 행정청에 의해 거부된 경우에는 일정한 요건 하에 거부처분 취소심판만이 허용되고, 따라서 이행재결이나 그 집행을 위한 직접처분제도도 없다. (물론 행정심판과는 무관하게, 조직법적으로 일정한 요건 하에 예외적으로 상급 관청이 처분청을 대신하여 처분을 할 수 있는 경우는 있을 수 있다.) 그리고 행정소송 단계에서도 프랑스는 거부처분 취소판결에 부수하여 신고하는 이행명령(l'injonction)제도를 갖고 있으나, 그 행정청이 의무이행판결이나 이행명령을 이행하지 않는 경우 재판소가 행정청에게 '이행강제금'<sup>52)</sup>을 부과할 수 있을 뿐, 재판소가 직접처분을 할 수는 없다.

##### 라. 우리의 행정심판제도 개선에의 시사점

52) 프랑스의 이행강제금(l'astreinte)은 행정재판법전(CJA: Code de justice administrative) L.911-3에 규정되어 있다.

프랑스의 경우 의무이행소송을 도입하지 않고 거부처분 취소소송 그리고 거부 처분 취소판결에 따른 처분청의 집행의무 및 집행의무의 이행을 강제하기 위한 법적 장치로서 이행강제금제도를 두고 있다.

집행강제제도로는 인용판결전 절차인 이행명령절차와 인용판결 후 절차인 금전 지급강제절차 및 집행지원, 이행강제금절차가 있다.<sup>53)</sup> 이행명령절차라 함은 인용판결을 함에 있어서 판결 후 인용판결의 집행 단계에서 발생할 후발적 어려움을 피하고 정확하게 집행하도록 하기 위하여 행정청이 해야 할 것을 행정청에게 지시하는 것을 말한다. 행정최고법원 판결에는 물론 고등행정법원이나 지방행정법원의 판결에 대하여도 가능하다. 이 경우 행정청에게 구체적인 집행기간을 명시할 수 있고, 또한 이행강제금(astreinte financière)을 부과할 수도 있다. 금전지급강제절차는 신청을 전제로 하지 않고 자동적으로 인정되는 강제절차이다. 이 절차의 요건은 금전지급명령판결이 확정되어야 한다는 것이다. 금전지급강제의 집행절차에는 다음의 두 가지가 있다. ① 판결의 통지 후 4개월이 지난 후에도 국가가 판결을 집행하지 않는 경우에는 지출담당회계관에게 청구하고, 지출담당회계관이 금전지급을 행한다. ② 채무자가 지방자치단체 또는 공공시설법인의 감독청은 원고의 신청에 의해 직권으로 지급하여야 하는데, 재원이 부족한 경우에는 지급에 필요한 재원을 조성하여야 한다.

집행지원·이행강제금절차는 행정청에 의한 판결의 집행이 제대로 되지 않는 경우에 원고는 행정법원에 이 사실을 통보하고, 권한있는 법원은 판결이 집행되도록 지원하고 필요한 경우 이행강제금을 부과하는 제도이다. 이행강제금은 종국적인 것이 아니라 임시적이다. 법원이 명시적으로 종국적 이행강제금을 결정할 수 있지만, 행정청이 끝까지 판결의 집행을 거부한 사례가 없어 지금까지 그렇게 결정한 예가 없다.

이행강제금은 판결의 집행강제를 위한 것이다. 이행강제금은 결정시의 집행상태를 기준으로 판결의 집행정도 및 미집행기간을 고려하여 법원이 결정한다. 이행강

제금은 행정기관의 판결집행태도를 고려하여 감면될 수 있다. 이행강제금법원은 이행강제금 중 일부만 판결의 수혜자에게 지급되는 것으로 결정할 수 있다.

이상에서 살펴본 바와 같이 프랑스의 집행강제제도는 직접처분을 하지는 아니 하지만, 실효성 있는 다른 강제 대안으로서 우리나라에서 간접강제 제도를 도입하고자 하는 경우 상당 부분 참고할 수 입법례라고 하겠다.

## 5. 영국의 행정심판제도

### 가. 영국행정심판제도의 성립

영국의 경우 법적 분쟁에 대한 심판권은 배타적으로 법원의 권한에 속한다는 것이 오랫동안 법의 지배(rule of law)의 중요한 내용의 하나로 인식되었기 때문에, 행정에 관한 법적 분쟁에 대해서 일반 법원으로부터 분리된 행정부 내의 기관이 심판하는 행정심판제도는 원칙적으로 받아들여지지 않았었다.<sup>54)</sup> 때로는 행정 사건을 심판하기 위하여 별도로 행정심판소를 창설하는 것은 일반법원에 의해 행사되는 재판권이나 법의 권위를 위협하는 것으로 여겨지기도 했다. 행정심판소의 설치에 대해 부정적인 생각을 가진 대표적 학자는 Dicey의 제자이며 대법관을 지낸 Hewart 경이다. 그는 “신전제주의”(The New Despotism)라는 저서에서, 행정상의 분쟁에 대해 일반 법원이 아닌 기관이 심판하도록 함으로써 사법적 감시의 틀 밖에 놓이게 하는 것은 법의 지배의 근본을 위협하는 것이며, 이는 관료주의적 음모(bureaucratic conspiracy)라고 주장하였다.<sup>55)</sup>

연원을 거슬러 올라가면, 행정심판소의 효시라 할 수 있는 것은 조세의 효율적인 징수를 위해 고안된 일종의 조세심판, 즉 1660년 Charles II 왕 때에 성문의 규정에 의해 관세 및 물품세위원회(Commissioners of Customs and Excise)에게 조세관련 분쟁에 대한 사법적 권한을 부여한 것이라고 한다.<sup>56)</sup> 비록 이러한 제도

54) Wade and Forsyth, Administrative Law, 10th ed., 2009, p.771.

55) Lord Hewart, the New Despotism, 1929; Leyland and Anthony, Administrative Law, 6th ed., 2009, p.154.

53) 박근성 (2011), “직접처분에 관한 자문의견”, 국민권익위원회 내부자료, 2011년 3월, 3면.

는 Blackstone 등에 의해 비판을 받았지만,<sup>57)</sup> 이는 1799년에 설치되었고 아직도 존재하는 소득세위원회(General Commissioners of Income Tax)의 선구자적 역할을 하였다.<sup>58)</sup>

그렇지만 영국의 주된 행정심판제도는 복지국가를 지향하는 20세기의 산물이라 할 수 있다. 사회복지행정에 있어서는 연금이나 보조금 등과 관련하여 적은 액수의 대량적 분쟁이 야기되었으며, 이러한 분쟁을 해결하기 위해서는 신속하고 저렴하며 좀 더 접근가능한 정의를 제공하기 위한 행정심판제도의 필요성이 대두되었다.<sup>59)</sup> 법원에 제소할 수 있는 권리는 국민에 대한 중요한 보호수단이기도 하지만, 전통적인 법적 사고를 가진 법관이 재판하는 통상의 법원의 구조는 다양한 특성을 가지는 행정작용에 관한 모든 분쟁을 해결하는데 반드시 적합하다고는 할 수 없게 되었다. 즉, 새로운 사회입법의 해석에는 복지국가적 사고가 필요할 뿐만 아니라 특별한 분야의 행정작용에 관한 분쟁을 공정하고 경제적으로 해결하기 위해서는 당해 사안에 관한 전문화된 지식이 요청되었고, 이에 다양한 행정의 특성에 맞게 구성된 행정심판소가 등장하기 시작하였다.<sup>60)</sup> 복지국가의 행정에 있어서 매우 친숙하고 중요한 역할을 하는 오늘날의 행정심판소는 1908년의 노령연금법(Old Age Pensions Act)과 1911년의 국가보험법(National Insurance Act)에 의해 성립되었다고 보는 것이 일반적이다.<sup>61)</sup> 1908년 법은 노령연금과 관련된 다툼에 대해 결정하기 위하여 지방연금위원회(local pensions committees)를 설립하였고, 이에 대한 불복은 지방정부위원회(Local Government Board)에서 하도록 하였다. 오늘날의 사회입법의 모델이 된 1911년 법은 실업보험(현재의 구직수당)에 관한 불복은 court of referee에 청구하도록 하고, 그에 대한 불복은 재정인

56) 12 Charles II, c 23, s.31; Wade and Forsyth, op. cit., p.771.

57) Blackstone Comm. iv.281. Johnson's Dictionary는 물품세(excise)에 관해 정의함에 있어서 "물품에 대해 가중스러운 세금이 부과되었고, 그에 관한 다툼은 일반의 법관이 아니라 물품세를 징수하는 자에 의해 고용된 비열한 자에 의해 판단되었다"고 비판하였다. 이에 관한 자세한 내용은 Report of the Committee on Minister's Powers, Cmd. 4060, 1932, 11; Wade and Forsyth, p.771 참조.

58) Wade and Forsyth, op. cit., p.771.

59) Ibid, p.773.

60) Bradley and Ewing, Constitutional and Administrative Law, 14th ed., 2007, p.695.

61) Bradley and Ewing, op. cit., p.695; Wade and Forsyth, op. cit., p.771.

(umpire)에게 하도록 하였다.<sup>62)</sup> 20세기 초에 분쟁을 해결하기 위해 시도된 몇 가지 방안들 중에서 실업보험에 관한 제도가 가장 성공적인 것으로 드러났으며, 이는 다른 분야에 있어서의 행정심판의 모델이 되었다.<sup>63)</sup>

영국에 있어서 행정심판제도가 성립하게 된 이유는 역사적인 관점에서 이해되어야 하는바, 일반적으로 다음과 같은 주장들이 제기된다.<sup>64)</sup>

첫째, 20세기에 급증한 사회입법은 그에 관한 분쟁을 보다 효율적으로 해결하기 위하여 간이 신속한 분쟁해결을 가능케 하는 행정심판소를 필요로 하였다.<sup>65)</sup> 전통의 법원에 의한 소송절차는 노력이 많이 들고, 시간이 오래 걸리며, 비용이 많이 든다는 문제점을 안고 있다. 물론 이러한 정식 소송의 결점은 동시에 장점이 될 수도 있다. 법원은 소송사건에 대한 "최고 수준의 정의(the highest standard of justice)"를 제공할 수 있기 때문이다.<sup>66)</sup> 국민들은 일반적으로 자신의 권익과 관련하여 가장 최상의 정의가 실현되기를 원하며, 그에 대해 충분한 대가를 지불할 준비가 되어 있다. 그러나 사회적 부의 재분배와 같은 대량적 행정정의를 실현하는 사회복지행정에 있어서는 사정이 다르다. 앞에서 설명한 바와 같이 사회복지행정에 있어서는 연금·수당 등의 지급과 관련하여 적은 액수의 대량적 분쟁을 내포하고 있으며, 이러한 분쟁 해결을 위해서는 신속하고 저렴하며 좀 더 접근 가능한 쟁송제도가 필요하게 되었다. 또한 사회복지행정에 있어서의 목표는 어떠한 비용이 들더라도 최선의 정의를 실현하는 것이 아니라 효율을 지향하는 행정과 조화를 이룰 수 있는 정의를 실현하는 것이며, 따라서 분쟁은 원고의 이익뿐만 아니라 공익을 위해서 신속하고 저렴하게 해결되어야 하는 것이다.<sup>67)</sup> 이러한 점에서 법원의 정규 소송절차를 피해 간이 신속한 분쟁해결을 위해서 행정심판소가 성립하게 되었다. 다른 한편, 행정심판제도의 창설은 특정 영역에서 법원에의 소

62) Wade and Forsyth, op. cit., p.771.

63) Ibid.

64) 이일세, "영국 행정심판제도의 변혁에 관한 고찰", 공법연구(제39집 제3호), 한국공법학회, 2011. 2, 503면.

65) Craig, Administrative Law, 6th ed., 2008, p.257.

66) Wade and Forsyth, op. cit., p.773. 이러한 점에서 Abel은 행정심판제도는 사회의 가난한 구성원에 대하여 2급의 정의를 제공하는 제도라고 비판하였다. Abel, The Politics of Informal Justice, 1982, ss.295-301; Elliott, Administrative Law, 3rd ed., 2005, p.690.

67) Craig, op. cit., p.257; Bradley and Ewing, op. cit., p.696; Wade and Forsyth, op. cit., p.774.

송 제기가 범람할 수 있는 문제를 완화시키는 기능을 하였다. 사회복지행정에 있어서의 수많은 분쟁을 일반 법원의 사법심사과정에 맡기는 것은 법원의 부담을 매우 가중시킬 우려가 있기 때문이다.<sup>68)</sup>

둘째, 행정심판제도가 도입된 배경으로는 법원에 대한 불신과 분쟁해결의 전문성 확보의 필요성을 들 수 있다. 전통적 법원은 20세기 복지국가를 지향하는 입법에 내포된 중요한 이익을 보호하는데 호의적이지 않으며 또한 전문성도 결여하고 있다는 비판을 받았으며, 따라서 그러한 문제들은 전문가로 구성된 행정심판소에서 관할하여야 한다는 것이다.<sup>69)</sup> Wade 교수는 법원의 전문성 결여를 빗대어, 토지·조세 등 특정 행정분야의 분쟁에 있어서는 변호사가 판사에게 관련 실정법 규정을 설명하는데 하루 이상이 걸릴지도 모른다고 지적하였다.<sup>70)</sup> 행정심판소의 위원은 관계 영역에 있어서 전문적 지식을 가진 자들로 구성하며, 이러한 전문화된 행정심판소는 비록 소송기술적인 전문성은 없다하더라도 특정 분야 사건을 보다 전문적이고 신속하게 처리할 수 있다.<sup>71)</sup>

셋째는 보다 급진적인 주장으로서, 어떤 행정심판제도는 특정 영역에서 개인에게 부여되는 경제적 혜택(수당, 연금 등)을 삭감하는 등과 같은 대중에 인기가 없는 정책변경을 하는데 정당성을 주기 위한 수단으로 창설되었다는 견해가 있다. 예컨대 Prosser 교수는, 1934년의 실업보조법(Unemployment Assistance Act)에서 창설된 행정심판제도는 실업수당의 삭감문제에 대해 당사자가 직접 행정심판을 제기할 수 있도록 함으로써 실업수당의 삭감에 대한 국민의 저항을 줄일 의도로 고안되었다고 한다.<sup>72)</sup>

#### 나. 영국행정심판제도의 개혁

68) Sir Harry Woolf, *Judicial Review: A Possible Programme for Reform*, 1992, P.L.221, 228; Craig, op. cit., pp.257-258.

69) Craig, op. cit., p.258; Wade and Forsyth, op. cit., p.774.

70) Wade and Forsyth, op. cit., p.774.

71) 예컨대 정신건강행정심판소(mental health tribunal)의 위원을 의료인 중에서 임명하는 것이 그에 해당한다. Bradley and Ewing, op. cit., p.696; Wade and Forsyth, op. cit., p.774; Leyland and Anthony, op. cit., p.158.

72) T. Prosser, *Poverty, Ideology and Legality: Supplementary Benefit Appeal Tribunals and their Predecessors*, 1977, 4 *British Jnl of Law and Soc.* 44; Craig, op. cit., p.258.

20세기에 들어서 사회입법이 증가함에 따라 개개 행정분야의 특수한 분쟁을 효율적으로 해결하기 위해 다양한 종류의 행정심판소가 설립되게 되었다. 1950년대에 와서 행정심판소간의 통일성 결여와 감독장치의 미흡에 대한 우려가 증가하게 됨에 따라 행정심판제도에 대한 재검토가 요청되었는바, 그 첫 번째 시도가 1957년의 Franks보고서와 그에 기초한 1958년의 “행정심판소 및 심문법”(Tribunals and Inquiries Act)에 의해 이루어졌다. 1957년 법은 행정심판소에 대한 일반적 감독기능을 담당하기 위해 행정심판소심의회(Council on Tribunals)를 설치하고 행정심판절차를 정비하는 등 나름의 노력을 하였으나, 난립되어 있는 행정심판소의 통합에는 관심을 기울이지 못하였다. 점차 행정심판소의 난립이 심각해지고 또한 행정심판소심의회가 제 기능을 발휘하지 못한다는 비판이 일자 다시금 행정심판제도 개혁의 필요성이 크게 부각되었고, 이에 2001년의 Leggatt보고서와 그에 기초한 2007년의 “행정심판소, 법원 및 강제집행법”(The Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007)에 의하여 두 번째 변화가 이루어졌다.

TCE법에 의해 종전의 행정심판제도는 획기적으로 변혁되었는바, 그 주된 내용은 다음과 같다. 종래 개별법에 의해 난립되었던 행정심판소를 일심행정심판소(First-tier Tribunal)라는 단일의 행정심판소로 통합하였고, 일심행정심판소의 재결에 대한 불복사건을 심리·재결하기 위하여 상급행정심판소(Upper Tribunal)를 설치하였다. 그리고 상급행정심판소의 재결에 대해서는 항소법원(appellate court)에 불복청구를 하도록 하였다. 관계 정부부처로부터 행정심판소의 독립성을 확보하기 위하여 행정심판소에 대한 행정적 지원을 하는 기관으로 법무부에 별도의 Tribunals Service라는 기관을 설치하였고, 또한 행정심판소의 조직과 활동에 대한 감독기관으로 종전의 행정심판소심의회(Council on Tribunals)를 대신하여 새로이 “행정정의 및 행정심판소심의회”(Administrative Justice and Tribunals Council)를 설치하였다. 그리고 대체적 분쟁해결방안의 하나로 조정(mediation)제도를 명문화함으로써, 재결 이전에 당사자간의 협상과 양보에 의한 분쟁해결이 가능하도록 하였다.<sup>73)</sup>

#### 다. 우리의 행정심판제도 개선에의 시사점

이상에서 살펴본 바와 같이 영국과 우리나라는 행정상의 분쟁을 해결하기 위한 행정심판제도를 두고 있으며, 꾸준히 제도개선을 위한 노력이 기울여졌다는 점에서는 공통점이 있다. 최근 들어서 영국의 행정심판제도는 2007년에, 우리나라의 행정심판제도는 2010년에 대폭적으로 수정이 이루어졌는바, 하지만 국민의 권익보호를 위한 행정심판제도의 개선은 현재진행형이라 할 것이다. 이러한 점에서 최근에 획기적인 변화를 도모한 영국의 행정심판제도에서 우리의 제도개선예의 시사점을 찾아보는 것은 의미 있는 일이라 할 것인바, 그 내용을 다음과 같이 정리할 수 있을 것이다.<sup>74)</sup>

첫째, 다양한 형식으로 난립되어 있는 행정불복방법, 예컨대 이의신청·소청·심사청구·심판청구·재심요구 등을 보다 간소화할 필요가 있으며, 또한 협의의 행정심판위원회 이외에 존재하는 다양한 광의의 행정심판기관, 예컨대 토지수용위원회·노동위원회·교원징계재심위원회·소청심사위원회·국민건강보험분쟁조정위원회·산업재해보상보험심사위원회·고용보험심사위원회·국민연금재심사위원회·공무원연금급여재심위원회 등의 통합 가능성을 신중히 검토해 볼 필요가 있다.<sup>75)</sup> 그리고 하나의 행정심판위원회 산하에 몇 개의 분과를 두어 사안의 성질에 따라 전문성을 가진 분과에서 심리·재결하도록 하는 방안도 생각해 볼 수 있다.

둘째, 행정심판이 국민의 권리구제적인 기능을 제대로 수행하기 위해서는 영국의 행정심판에서 일반화되어 있는 구술심리가 보다 활성화될 필요가 있다. 행정심판법이 “행정심판의 심리는 구술심리 또는 서면심리로 한다”고 규정하고 있음에도 불구하고(26조 2항) 실제 우리나라의 행정심판에 있어 구술심리가 진행되는 경우는 매우 드물다. 통계자료에 의하면 2009년 중앙행정심판위원회에서 처리한 사건 수는 27,461건인데 이 중에서 구술심리가 신청된 사건 수는 685건이고 구술심리

가 허가된 사건 수는 412건이어서 허용률은 60.1%이지만, 이는 전체 사건 수 대비 1.5%에 지나지 않는다고 한다.<sup>76)</sup> 당사자가 심판과정에 직접 참여하여 자신의 권리에 대해 주장할 기회를 가지지 못한다면 심판위원의 입장에서는 판단의 기초가 되는 사실관계의 확인이 어려울 뿐만 아니라 당사자의 입장에서조차 결과에 쉽게 승복할 수 없는 것이다. 구술심리를 실시한 경우 심판청구의 인용률이 높게 나타났다는 영국의 연구결과를 참고할만하다.

셋째, 행정심판에 관한 행정적 지원체계의 개선이 필요하다. 종래 중앙행정심판위원회에 대한 행정적 지원은 법제처 소속의 행정심판국에서 하다가 근자에 와서 행정심판사무가 국민권익위원회로 이관됨에 따라 행정심판국이 국민권익위원회 소속으로 바뀌었는바, 이러한 변화는 행정심판위원회의 독립성 확보를 위해 바람직한 일이라 할 것이다. 그러나 시·도행정심판위원회에 대한 행정적 지원은 여전히 시·도의 법무담당관실이나 감사관실에서 담당하고 있는 실정이다. 영국의 경우 행정심판소에 대한 행정적 지원기관으로 독립한 Tribunals Service가 설치되었는바, 이는 지방조직을 갖추고 있음을 참고할만하다.

넷째, 대체적 분쟁해결방안의 중요성이 크게 부각되고 있는 현실에 비추어 행정심판에 있어서도 조정 등에 관한 명시적 규정을 둘 필요가 있다.

이상의 영국 행정심판제도의 개혁이 우리에게 주는 시사점은 직접처분제도와도 관련시켜 볼 수 있다. 즉 영국의 제도개혁의 특징은 일심행정심판소로의 행정심판의 통합, 상급행정심판소 설치, 상급행정심판소의 재결에 대한 항소법원에의 불복청구로 정리될 수 있는데, 이는 행정심판이 사법제도의 일환으로 자리매김하고 있는 것이라고 판단되는 것이다. 이러한 점에서 재결의 실효성 확보라는 직접처분제도와 관련하여서는, 우리의 제도가 영국식 개혁을 추구한다면, 사실 직접처분의 의미 보다는 간접강제에 무게중심이 두어져야 할 것으로 보인다. 왜냐하면, 일차적으로 직접처분제도에 의한 재결의 실효성을 강조하는 것은 어느 정도는 행정심판과 행정소송을 제도적으로 구별하는 것에 기초하고 있는 것으로 판단되기 때문이다. 향후 행정심판제도의 발전을 위하여 어떠한 제도설계가 적절한가에 대해서

76) 국민권익백서(2009), 693면.

73) 이일세(2011), 499면.

74) 이일세(2011), 525면.

75) 이에 관해서는 국민권익백서(2009), 국민권익위원회, 720면 이하 참조.

는 더 많은 고민이 필요할 것이다. 현재로서는 영국과 같은 개혁은 현실적으로 실현가능성이 낮아 보인다. 행정심판은 재판절차를 준용하는 행정의 권리구제수단이 라는 성격을 당장에 포기하기는 어려워 보이기 때문이다.

## 제5장 직접처분제도 개선방안

2010년 행정심판법 개정이후 첫 직접처분에 관한 사건에 대한 결정문에서 중앙행정심판위원회는 의무이행재결의 판단기준과 직접처분의 판단기준이 완전히 일치할 수는 없다는 점을 확인하였다. 즉 직접처분에 대한 판단에 있어서는 당해 행정청의 재량, 자치사무 여부, 행정행위의 부관 등 소위 행정심판법 제50조제1항 단서에 해당하는 직접처분의 추가적 요건에 대한 검토가 필요하다는 점을 확인한 것이다. 이는 결국 현행 행정심판법상 재결의 기속력을 확보하는 방안으로서의 직접처분제도 자체가 이미 일정한 한계가 노정하고 있다는 것을 의미한다. 결국 재결의 기속력을 강화하기 위해서는 직접처분이 가능한 경우와 불가능한 경우를 가급적 명확히 구분함으로써 제도의 용례와 그 한계를 분명히 하고, 더불어 직접 처분이 불가능한 경우 재결의 기속력을 확보하는 다른 방안을 모색해 보아야 할 것이다.

이하에서는 2010년 개정 행정심판법하에서 직접처분제도의 용례를 명확히 하는 문제, 직접처분제도의 한계선상에서 재결의 기속력을 확보하는 방안을 검토하고자 한다. 이와 관련하여서는 행정소송법에서 운용하고 있는 간접강제제도의 도입에 대한 검토와 기타 재결의 기속력을 확보하기 위한 수단에 대한 방안에 대하여 살펴 피기로 한다. 더불어 직접처분제도 개선의 궁극적 목적인 국민권익구제로서의 행정심판제도의 선진화를 위한 개선방안에 대하여도 간략하게 언급하기로 한다.

### 1. 직접처분제도 시행방안 정립

#### 가. 직접처분제도의 보완

2008년 행정심판법 개정으로 행정심판위원회가 재결권한을 갖은 이후 행정심판위원회의 직접처분 여부가 사회적으로도 문제가 되고 있다. 이와 관련하여 울산시

행정심판위원회에서 시정명령과 직접처분을 결정하는 행정심판위원회가 개최될 때 인근에서 이를 반대하는 집회가 열리기도 하였다.

직접처분이 적용된 사례는 앞에서 살핀 중앙행정심판위원회와 시도행정심판위원회의 결정례 이외에도 - 많지는 않지만 - 전국 각지에 걸쳐 여러 건이 존재한다. 향후에는 직접처분과 관련된 사례가 더 증가할 것으로 예측된다. 이러한 현상은 과거에는 볼 수 없었던 것이다. 재결청이 상급행정기관으로서 '처분권한의 유보', '사무의 위임·위탁' 등의 논거에 기초하여 재결권한을 갖고 직접처분제도가 실시되던 종전의 시기에는 의무이행재결에 관하여 재결청이 행정심판위원회의 의결에 구속되었으나, 직접처분은 재결청의 독자적 권한이었으므로, 재결청은 상급관청의 지위에서, 처분청을 대신하여 직접처분을 할 수 있는 것으로 이해되었고, 따라서 그 직접처분에 대하여 현 행정심판법 제50조제1항 단서규정과 같은 소극적 요건을 별도로 둘 필요가 없었다.

그러나 현행 제도에서와 같이 재결청이 폐지되고 행정심판위원회가 직접 행정심판을 담당하게 되면서 행정심판위원회는 제3자적 쟁송기관으로서의 지위에 있게 되었다.<sup>77)</sup> 이렇게 되면 결국 행정심판위원회가 처분청의 상급 관청으로서의 성격이 본질적으로 상실되므로, 재결청 시절의 직접처분과는 다른 제도설계가 필요하게 되었다. 이에 따라 현행 행정심판법 제50조 제1항 단서는 새로운 행정심판제도에서 직접처분제도의 보완 수단으로 등장한 것이다. 결국 제3자적 쟁송기관으로서의 지위를 갖는 행정심판위원회가 재결권한을 갖는 변화된 행정심판제도 하에서 행정심판법 제50조 제1항 단서의 명료한 해석방안을 마련하는 것은 무엇보다도 중요한 일이 아닐 수 없다. 이하에서는 제50조제1항 단서인 '직접처분의 소극요건'을 해석·정리해 보기로 한다.

#### 나. 직접처분의 소극요건의 해석

##### (1) 중앙행정심판위원회의 결정례에 나타난 소극요건의 해석

행정심판법 제50조제1항 단서는 “다만, 그 처분의 성질이나 그 밖의 불가피한 사유로 위원회가 직접 처분을 할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다”라고 하여 직접처분의 소극적 요건을 규정하고 있다. 동 규정은 의무이행재결과 직접처분을 경계지어주는 역할을 수행한다. 즉 의무이행재결이 있다고 하여 자동적으로 행정심판위원회가 직접처분을 결정을 내리는 것이 아니고, 의무이행재결이 이뤄졌다 하더라도 의무이행재결의 대상이 되는 당해 처분의 성질상 직접처분을 할 수 없거나 그 밖의 직접처분을 할 수 없는 불가피한 사유가 있는 경우에는 행정심판위원회가 직접처분을 내릴 수 없도록 함으로써 처분청의 처분권한과 책임을 존중하도록 하는 취지로 해석될 수 있다. 결국 단서 규정의 핵심은 ‘행정심판위원회가 직접처분을 할 경우, 처분청의 권한과 책임이 침해되고 훼손되는 경우’로 파악될 수 있다.

상술한 중앙행정심판위원회의 직접처분결정에서는 제50조제1항 단서의 해석을 정치하게 전개하고 있는 바, 활용할 가치가 크다고 사료된다. 즉 중앙행정심판위원회는 “동조 제1항 단서, 즉 처분의 성질상 직접 처분을 할 수 없는 경우인지 및 그 밖의 불가피한 사유에 해당하는지의 여부에 대한 판단이 필요하다”고 실시하고, 이 사건 사업계획 변경승인의 경우 사업기간의 설정, 부관의 부과 등과 관련하여 재량권의 행사의 여지가 있는 점, 사업계획변경승인처분이 자치사무이므로 지방자치단체의 권한 행사에 맡겨야 하는 점 등은 ‘처분의 성질상 직접 처분을 하기에 부적절함’ 경우이고, 사업기간을 일방적으로 변경하여 재설정하는 점, 체육시설업의 승계와 관련한 민원이 종료되지 아니한 상황 이라는 점 등은 ‘그 밖의 불가피한 사유로 직접 처분을 할 수 없는 경우’임을 실시하고 있다.

이미 언급한 행정심판위원회의 직접처분과 관련된 결정문들을 보면, 첫째로는 현행 행정심판법 하에서는 직접처분을 하는 데에는 일정한 한계가 있다는 점, 둘째로는 대상이 된 처분이 재량행위인 경우 그리고 처분청의 자치권이 인정되는 사무인 경우에는 직접처분이 어려울 가능성이 높다는 점을 알 수 있다.

77) 박정훈 (2011), 3면.

## (2) 재량행위의 경우

재량행위의 경우에는 모두 '처분의 성질상 직접 처분을 할 수 없는 경우 또는 그 밖의 불가피한 사유에 해당하는 경우'라고 보아야 하는지는 의문이다. 재량권 행사와 관련하여서는 처분요건을 어떻게 판단하여야 하는지, 그리고 이러한 요건 판단과 관련하여 어떠한 효과를 결부시켜야 하는지에 대하여 검토해 보아야 할 것이다.

이 경우 위원회가 기존의 취소심판이나 의무이행심판을 통하여 현출된 자료 또는 직권으로 조사한 자료 등을 바탕으로 처분요건의 구비 여부를 판단할 수 있고, 요건이 구비된 경우 하위 법령의 규정으로 사실상 처분청의 재량권이 완전히 수축되었거나 또는 어느 정도 수축되어 처분청의 처분을 예측할 수 있는 경우, 더 나아가서는 취소재결이나 의무이행재결을 통하여 처분청의 적극처분이 무엇인지 충분히 예상되는 경우 등에는 직접처분의 대상이 되어야 한다고 본다.

그러나 처분요건을 구비하고 있는지를 행정심판위원회에서 심사하고 판단하기가 사실상 곤란한 경우이거나, 고도의 전문성이나 기술성이 요구되어 행정심판위원회가 요건판단하기 어려운 경우이거나, 이른바 선택재량의 문제로서 적극처분을 하는 경우 다양한 처분이 가능하여 처분청이 아니면 이 가운데 어떠한 처분을 하여야 하는지 선택하기가 매우 곤란한 경우와 같이, 요건을 판단함에 있어서 처분청 스스로 판단하여야 하는 경우<sup>78)</sup>이거나 선택재량과 같이 처분청의 재량적 판단이 요구되는 경우에는 직접처분을 하기가 어려울 것이라고 판단된다.

## (3) 자치사무의 경우

자치사무의 경우에도 모두 '처분의 성질상 직접 처분을 할 수 없는 경우 또는 그 밖의 불가피한 사유에 해당하는 경우'라고 보아야 하는 것은 아니라고 판단된

다.

행정심판에서 지방자치단체의 자치사무에 대한 처분이나 부작위를 다룰 수 있는 것은 일단 '이심효'로 설명하는 것이 좋을 것 같다. 특히 행정심판위원회가 행정부 내에 설치된 독립한 행정심판기관으로서 행정청의 판단에 대한 재심을 하는 '심판기관'이라는 점을 고려한다면, 행정청의 처분 등에 대하여 재심이 청구될 때 처분 등에 관한 처분청의 권한이 이심효에 의하여 행정심판위원회로 이전된다고 보는 것이다. 이와 같은 이심효의 인정은 처분청이 자치사무에 대한 1차적인 판단권을 행사한 이후의 일이기 때문에 자치권에 대한 침해문제가 거의 없다고 할 수 있다.

문제는 이러한 이심효의 인정을 처분청이 해야 할 '새로운 처분'을 행정심판위원회가 하는 경우에도 적용할 것인가 하는 것이다. 이 경우 처분청의 새로운 처분에 대한 1차적인 판단권이 배제되는 것이다. 자치사무에 대한 적극적 변경처분이나 직접처분이 이러한 경우에 해당한다.

행정심판위원회의 직접처분이 지방자치단체의 자치권을 침해하는 것인지에 대한 논의는 기존의 문헌에서도 언급된 바 있다.<sup>79)</sup> 과거에 헌법재판소는 성남시와 경기도 간의 권한쟁의심판에서, 이 사건 결정에서 사업시행자 지정처분의 권한이 성남시에 있음을 확인하면서, 경기도지사가 구 행정심판법 제37조 제2항에 의하여 인용재결에 따르는 직접처분을 한 것은 성남시의 지정처분권을 침해하는 것이라고 하였다. 그러면서 그 논거로 "두 차례의 인용재결 모두 재결의 주문에 포함된 것은 골프연습장에 관한 것뿐이고, 이 사건 진입도로에 관한 판단은 포함되어 있지 아니함이 명백"한데도, 인용재결의 범위를 넘어 직접처분을 했다는 것을 들고 있다.<sup>80)</sup> 헌법재판소의 결정에 따라 얻을 수 있는 결론은 인용재결의 주문에 포함된 내용은 자치사무라 하더라도 행정심판법 제50조에 따라 직접처분이 가능하다는 것이다. 그러나 이 사건에서 문제된 경기도지사의 처분이 재결에 따른 것인지 아닌지는 이 사건의 권한침해 여부를 판단하는 것과는 아무런 관계가 없다고

79) 김남철 (2000), "행정심판법 제37조 제2항에 의한 자치권 침해의 가능성 - 성남시와 경기도간의 권한쟁의사건을 중심으로", 『행정관례연구』, 425-430면.

80) 현재결 1999. 7. 22, 98헌라4.

78) 요건판단에는 행정청의 재량권이 인정되지 않는다. 그러나 재량권행사를 하기 위해서는 요건의 판단이 선행되어야 하는데, 이러한 요건을 판단할 수 없게 되면 재량권행사도 할 수 없게 된다는 의미이다.



생각한다.<sup>81)</sup> 오히려 원칙적으로는 지방자치단체의 처분이나 부작위에 대하여 인 용재결이 있다 하더라도, 그 처분이나 부작위가 자치사무에 대한 것이었다면, 행정심판위원회는 처분청의 1차적 판단을 대신하여 직접처분을 할 수 없다고 하는 것이 원칙이 되어야 할 것이다.

그러나 이미 위에서도 언급한 바와 같이, 현재 재결청이 없고 독립적인 행정심판위원회가 재결기관인 현행 행정심판법 하에서는 이와 같은 원칙을 그대로 적용하기 어렵다고 생각된다. 특히 독일과 같이 자치사무에 관하여는 당해 처분청이 재결청이 되도록 입법적인 정비를 한다든지, 행정심판의 대상을 자치사무에 대한 처분·부작위를 포함한다는 규정을 추가하는 방식 등에 의한 해결은 사실상 불가능해 보인다. 이러한 점에서 우리나라의 특수성 및 헌법적 근거에 따른 준수법기관으로서의 행정심판위원회의 위상을 고려하여, 자치사무에 관하여는 '이심효의 확장'을 인정하는 것이 어떨까 생각한다. 즉 자치사무에 대하여는 지방자치단체의 자치권을 최대한 존중해 주되, 예외적으로 국민의 권익보호 등의 견지에서 일정한 처분을 해 주어야 하는 것이 명백한 경우 등에는 자치사무라 할지라도 직접처분이 가능하다고 보는 것이다. 이와 같은 예외가 인정되는 경우는 자치권의 행사라는 관점에서 처분청이 1차적으로 자치적인 판단을 충분히 하였다고 인정되어야 할 것이다. 그래야 이와 같은 경우에 '이심효'가 인정된다고 볼 수 있게 될 것이다.

이상을 정리해 보면, 1. 지방자치단체의 자치권을 존중해 주어야 할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 자치사무는 직접처분의 대상에서 제외하는 것으로 하고, 2. 그러나 자치사무라 하더라도 처분청이 자치권행사로써 처분이나 부작위에 대한 1차적 판단권을 충분히 행사하였고, 이러한 판단이 위법·부당하여 시정하여야 함에도 불구하고 이를 시정하지 않는 등, 처분청의 자치권을 충분히 존중해 주었다고 판단되는 경우에는 직접처분이 가능하며, 3. 2의 경우와 관련하여

81) 헌법재판소의 별개의견에서도, "피청구인의 제1, 2차 재결에 이 사건 진입도로 부분이 포함된 여부에 상관없이 재결청인 피청구인이 행정심판법 제37조 제2항에 의하여 위에서 본 절차를 밟아 이 사건 진입도로를 개설한 직접처분은 위에서 본 도시계획법 및 지방자치법의 조항에 의한 청구인의 권한을 침해하고 있음이 분명하므로 당연무효인 피청구인의 위법한 직접처분에 대한 권한쟁의심판으로 이의 시정을 구할 수 있는 것이다."라고 하고 있다.

처분청이 특정한 처분을 해주어야 하는 것이 명백한 경우(처분청이 해야 할 처분이 명백하게 특정되어 있는 경우), 4. 2나 3과 같은 이유로 행정심판위원회가 직접처분을 통하여 위법을 시정하는 것이 국민권익보호를 위해 반드시 필요한 경우 등(그러나 자치사무의 경우에는 가급적 '부당'에 대한 통제는 또 다시 자치권 침해 시비가 있을 수 있으므로 직접처분을 함에 있어서는 자치사무에 대한 부당통제는 하지 않는 것이 좋을 것으로 생각된다.)에는 직접처분이 가능하다고 하여야 한다. 아무리 자치사무라 할지라도 명백하게 자치권의 적극적 행사를 해태하고 있는 경우에는 이에 대한 행정심판위원회의 통제가 가능하여야 "행정의 자기통제"는 물론 이로 인하여 권익이 실제로 침해되고 있는 "국민의 권리구제"에 충실하게 될 것이다.

#### (4) 그 밖의 소극요건에 해당하는 경우

그밖에 '처분의 성질상 직접처분을 할 수 없거나 그 밖의 직접처분을 할 수 없는 불가피한 사유가 있는 경우'로는 처분청의 전속권한인 경우, 예산이 수반되는 경우, 제3자의 생명·신체가 위험에 놓이는 경우, 제3자의 재산권이 침해되는 경우, 환경상 중대한 위협이 되는 경우 등을 들 수 있다.

구체적으로는 처분청만이 보유하고 있는 정보를 공개하여야 하는 경우, 정보를 공개하는 것이 적법·타당하지만 정보공개에 범위 및 시기 등에 대하여 여전히 처분청의 전문적인 판단이 존중되어야 하는 경우, 부관의 설정이 요구되는 경우에 어떠한 부관을 설정할 것인지를 판단하기 어려운 경우, 다수인의 권리의무관계가 복잡하게 관련되어 그 사전해결이 필요하거나 발생된 민원에 대한 조정이 필요하거나 기타 처분청의 처분을 위하여 시간적인 여유가 더 필요하다고 인정되는 경우 등이 여기에 해당될 수 있을 것이다. 어떠한 구체적인 경우가 여기에 더 포함될 것인지는 향후의 사례의 축적을 통해서 더 정리해 나가야 할 것이다.

#### 다. 직접처분제도 시행방안

이미 언급한 바와 같이, 일선 행정심판위원회에서는 직접처분이 문제된 경우 이에 대한 선례가 거의 없고, 또한 직접처분에 대한 지침이나 예규가 부재하여 당해 직접처분사건을 수행하면서 각 단계마다 법령의 해석과 적용을 병행하면서 진행하여야 하는 문제가 있음을 설명하였다. 결국 이와 같은 문제를 해결하기 위해서는 직접처분의 세부시행지침을 마련하는 것이 필요하다고 본다.

이하에서는 직접처분의 시행지침을 마련함에 있어서 포함되어야 할 주요한 구성과 목차 및 내용을 위주로 기술하기 한다. 직접처분제도는 크게 직접처분의 대상, 직접처분의 요건, 직접처분의 효과, 직접처분의 형식, 직접처분의 협조(사후관리)로 구성되는 것이 바람직하다고 생각한다.

#### (1) 직접처분의 대상

우선 직접처분의 대상은 행정심판법 제49조제2항에 따라 피청구인에게 처분 의무가 있는 사무이어야 한다. 행정심판법 제49조 제2항에 따라 “처분의 이행을 명하는 재결”을 얻기 위해서는 의무이행심판청구를 제기하여 그 인용재결을 받아야 하며, 이때 비로소 피청구인에게 “신청에 대하여 재결의 취지에 따른 처분”을 이행할 법률상 의무가 발생한다. 재량행위나 자치사무는 원칙적으로 직접처분의 대상으로 삼기 어려운 측면이 있으나, 이 경우에도 구체적인 사정 등을 고려하여 개별적으로 판단하여야 함은 이미 언급하였다. 재량행위의 경우에는 요건을 판단함에 있어서 처분청 스스로가 아니면 판단하기 어려운 경우이거나 선택재량과 같이 처분청의 재량적 판단이 요구되는 경우에는 직접처분이 어려울 것이다. 자치사무의 경우에는 지방자치단체의 자치권을 존중해 주어야 할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 직접처분의 대상에서 제외하는 것이 바람직할 것이다.

그밖에 직접처분의 대상이 되지 않는 경우로는, 이미 언급한 바와 같이, ‘처분의 성질상 제한이 되는’ 정보공개이행청구, 유족연금지급이행청구, 사립학교설립인가, 아동학대여부판정 등과 같은 처분청의 전속권한인 경우, 예산이 수반되는 경우,

처분청의 재량판단이 필요한 경우 등과, ‘불가피한 사유로 제한되는’ 제3자의 생명·신체가 위협에 놓이는 경우, 제3자의 재산권이 침해되는 경우, 환경상 중대한 위협이 되는 경우 등 처분당시 제3의 특수한 상황이 발생하는 경우 등을 들 수 있다.

#### (2) 직접처분의 요건

직접처분의 요건은 의무이행심판인용재결이 있고, 피청구인의 불이행 의사표시·재반려 혹은 상당한 기간 불이행 등 피청구인의 재결 불이행이 존재하고, 당사자의 직접처분 신청이 있어야 한다. 당사자 직접처분시 신청인은 재결불이행의 입증 자료를 첨부하여 제출하여야 한다. 이후에 행정심판위원회의 시정명령과 피청구인의 시정명령 불이행이 있어야 한다.

#### (3) 직접처분의 결정

직접처분의 결정은 기각과 인용이 존재한다.

##### ① 기각결정

먼저 기각결정의 경우는 시정명령을 거쳤는지 거치지 않았는지에 따라 두 가지로 나누어 검토해 볼 수 있겠다.

의무이행심판의 인용재결이 있었음을 고려한다면, 대부분의 경우는 시정명령을 거치는 경우일 것이다. 이 경우는 시정명령을 하여 피청구인이 처분의무를 이행하도록 할 필요가 있는 경우이다. 예컨대 위에서 예로 든 부산시 직접처분의 경우는 피청구인의 공유수면점용허가가 요구되는 경우이지만, 부산시가 점용허가의 공동신청인의 입장이었기 때문에 행정심판법 제50조 제1항의 단서조항을 적용하여 직접처분 신청을 기각한 경우이다. 이러한 경우에는 결정문에 ‘시정명령을 통하여

피청구인이 재처분의무를 이행하여 위법 또는 부당한 상태를 시정하도록 요구하였지만 피청구인이 시정명령을 이행하지 않았음에도 행정심판법 제50조 제1항의 단서조항에 해당(구체적 사유 적시)하기 때문에 직접처분 신청을 기각하였음'이라는 취지를 기재하면 될 것이다.

반면 시정명령을 거치지 않아도 되는 경우 또는 시정명령을 할 필요가 없었던 경우는 그리 많지 않을 것으로 판단된다. 시정명령이 요구되지 않는다는 점은 의무이행심판의 인용재결이 불요하다는 점과도 논리적으로 연결되기 때문이다. 그러나 인용재결 이후에 법적 또는 사실적 상황이 변경되는 등의 사유로 시정명령이 불필요하게 된 경우에는 결정문에 이러한 사실을 적시하고 이와 같은 이유로 직접처분 신청을 기각하게 되었음을 명시하면 될 것이다.

기각결정시 청구인에게 그 사유를 통보하고 다른 가능한 권리구제절차를 알려 주는 것이 바람직하다고 생각된다.

## ② 인용결정

직접처분의 인용은 재량행위로 해석될 여지가 있으나, 행정심판법 제50조 제1항 단서조항에 해당되지 않으면, 직접처분을 하여야 하는 것으로 해석하는 것이 행정에 대한 통제적 측면이나 국민권익구제의 측면에서 타당하다고 생각한다. 직접처분의 범위는 의무이행심판인용재결의 기속력 범위 내에서 이루어져야 함은 상술한 바와 같다.

행정심판위원회가 직접처분을 함에 있어서는 결정문에 '시정명령을 통하여 피청구인이 재처분의무를 이행하여 위법 또는 부당한 상태를 시정하도록 요구하였지만 피청구인이 시정명령을 이행하지 않아 행정심판법 제50조에 따라 직접처분 신청을 인용하였음'이라는 취지를 기재하도록 한다. 이와 더불어 결정문에 해당 처분에 관하여 관계 법령에서 정하고 있는 관련 사항들에서도 그 조치사항을 기재 해 주는 것이 좋을 것이다.

## (4) 직접처분의 형식

직접처분의 형식에 관련하여, 먼저 직접처분의 정의는 행정심판위원회의 명의로 하는 것으로 한다.

행정심판위원회가 직접처분을 함에 있어서는 행정심판법 시행규칙 제4조에 따라 처분서에 행정심판법 제50조 제1항 본문에 따라 직접처분을 한다는 취지를 기재하여야 하고, 이와 더불어 해당 처분에 관하여 관계 법령에서 정하고 있는 허가증 등 처분증명서에 적혀 있는 사항에 관하여도 기재하여야 한다.

### ※ 행정심판법 시행규칙

제4조(위원회 처분서의 기재사항) 위원회가 법 제50조제1항 본문에 따라 직접 처분을 하는 경우 그 처분서에는 법 제50조제1항 본문에 따라 처분을 한다는 취지와 해당 처분에 관하여 관계 법령에서 정하고 있는 허가증 등 처분증명서에 적혀 있는 사항이 포함되어야 한다.

더불어 처분 이후에는 관계법령에 따른 소관 행정청이 관리·감독하게 된다는 사실을 명시한다.

처분서는 당해 처분의 증명서식이 소관법령에 있는 경우에는 그 증명서식의 기재사항에 맞게 기재하고, 당해 처분의 증명서식이 없는 경우에는 처분이 있음을 알 수 있는 양식으로 한다.

## (5) 직접처분의 협조

직접처분의 협조에 관하여는 행정심판위원회는 직접처분 사실을 해당 행정청에 통보하여야 하며, 그 통보를 받은 행정청은 행정심판위원회가 한 처분을 자기가 한 처분으로 보아 관계 법령에 따라 관리·감독 등 필요한 조치를 하여야 한다.

행정청은 관계법령에서 정한 각종 대장에 필요한 사항을 기재하는 등 제반 후속조치를 취하여야 한다. 행정심판위원회도 직접처분을 한 경우 직접처분대장을

기록·유지하도록 한다.

행정심판위원회가 허가·면허 등 직접처분한 사안이라 하더라도 사후에 허가·면허 취소의 사유가 발생한 때에는 그 허가·면허의 취소처분은 법률상 원래의 처분권자인 처분청이 행사하여야 한다

## 2. 간접강제제도 도입 검토

### 가. 직접처분의 한계와 도입 필요성

간접강제제도는 사법부가 권력분립의 원칙에 비추어 그 본질상 행정부를 대신하여 직접처분하는 것이 불가능하므로 처분청에 금전적 부담을 주어 판결의 이행을 간접적으로 강제하도록 행정소송법에 도입한 제도이다. 간접강제제도는 직접처분제도와 비교하여 직접처분에 따른 처분청과의 권한분쟁이나 위원회와 처분청간 후속조치에 대한 갈등이 없고, 지방자치제도의 취지에 반하지 않으며, 성질상 직접처분을 할 수 없는 처분의 이행도 강제할 수 있다. 반면, 절차가 복잡하고 시일이 오래 걸리며, 배상에 그칠 뿐 해당 재결의 이행은 아니므로 권리구제에 완전히 충실하다고 보기는 어렵다.

실무상 직접처분권을 행사할 상황임에도 불구하고 이를 지체하는 사례가 적지 않고 이러한 경우 재결의 집행을 강제할 방법이 존재하지 않는다. 또한 상술한 바와 같이 처분의 성질상 재결청의 직접처분권의 행사가 불가능하거나 어려운 경우도 있으며 지방자치권의 침해문제, 처분에 따른 권한과 책임문제 등도 논란이 되고 있다. 재결청의 직접처분제도가 간접강제제도에 비하여 재결의 실효성 확보에 있어 국민의 권익구제에 보다 더 실질적이고 효율적인 것은 사실이나 상술한 직접처분제도의 한계로 인한 문제가 존재하고, 거부처분취소재결과 같이 직접처분의 적용대상에서 아예 제외되어 또다시 의무이행심판청구를 하는 방법 외에는 이행강제방법이 없는 재결도 존재한다.

결국 재결청의 직접처분제도를 보완할 수 있는 제도로써 간접강제제도의 도입이 필요하다고 본다. 1995년 개정당시와 달리 지금은 재결의 실효성 확보와 관련하여 직접처분제도만으로 해결되지 않는 문제점이 발생하고 있으므로 그 보완책으로서 간접강제제도를 도입할 필요성이 크다고 판단된다. 더불어 행정심판법 개정으로 행정심판위원회의 역할이 종전의 처분청의 상급기관의 지위에서 법원과 같은 제3자적 입장이 강조되고 행정심판의 기능도 행정의 자기통제 못지않게 권리구제기능이 강조되므로 실질적인 권익을 보호한다는 관점에서 간접강제제도를 행정심판법에 도입하는 방안을 검토할 필요가 있다.

이하에서 간접강제제도 도입시 제기되는 문제점을 살펴보고, 이를 극복하기 위한 제도설계 방안을 제시해 보기로 한다.

### 나. 간접강제제도 도입시 문제점

간접강제제도의 도입은 이미 1995년 행정심판법 개정 시 논의된 바 있다. 당시 법제처에서는 재결의 실효성을 확보하기 위한 방안으로 중앙행정기관 및 시·도지사의 의견을 수렴하여 ‘간접강제규정’을 행정심판법개정안에 추가하여 입법예고를 하였다. 그 내용은 행정소송법상 재판불이행에 대한 간접강제규정을 원용한 것으로 ‘처분청이 재결청의 의무이행심판인용재결에 따라 처분을 하지 않는 때에는 법원에 간접강제를 신청하도록 하고, 법원은 상당한 기간을 정해 이행하도록 하되, 이행기간내 재결에 따른 처분을 하지 않으면 손해배상을 명하도록 하는 것(안 제 42조의2) 이었다.<sup>82)</sup>

한국공법학회는 본 입법예고안에 대하여 각각 찬반의견을 제시하였는바, 직접처분제도의 도입이 더욱 바람직하다는 견해의 논거로 간접강제는 재결내용에 대한 이행이 아니고 단순히 손해배상만 명령하는 것이기 때문에 침해된 국민의 권리를 실질적으로 보장하는데 미흡하며, 간접강제는 절차가 복잡하고 시일이 오래 걸려 권익구제에 불충분하고, 재결청이 직접처분하는 형성재결도 가능하여 재결의 이행

82) 김기표, “재결의 직접처분과 간접강제”, 법제, 2000. 12. 21면 참조.

확보는 직접처분으로도 충분하고, 일반적 감독권으로도 경우에 따라서는 상급관청이 하급관청의 권한을 대집행하는 것이 가능한데 그보다 엄정한 절차인 심판절차를 거친 경우라면 오히려 직접처분도 충분히 가능하므로 간접강제는 불필요함을 제시하였다.<sup>83)</sup> 즉 간접강제제도의 우회적 권리구제 및 권리구제의 불충분성이 - 직접처분제도와 대비하여- 문제점으로 지적될 수 있다.

또한 법리적 문제점을 지적하지 않을 수 없다. 즉 이행재결의 경우, 집행력을 담보하기 위한 방법으로서 간접강제제도를 적용시킬 경우, 이행재결은 행정심판위원회의 행정처분에 불과한데 사법부의 판결과 같은 법적효력 -채무명의- 을 부여함으로써 법원으로 하여금 재결내용의 적법성 여부를 판단하지 못하게 하고, 행정청이 재결한 내용이 적법하다는 것을 전제로 하여 손해배상을 명하도록 하는 것은 사법부의 고유권한을 침해하고, 헌법상 삼권분립을 근본적으로 위배하는 것으로 판단하지 않을 수 없다. 만약 이행재결의 법적효력을 부여하지 않는 경우에는 행정심판위원회의 재결로 인하여 이미 기속력이 발생한 내용을 법원에 의해서 다시 심사받는 결과를 초래하여 재결의 기속력이 훼손될 우려가 있고, 또한 행정심판에 법원이 개입하여 행정심판의 본래취지가 퇴색되는 문제가 발생한다. 결국 상술한 간접강제의 행정심판에의 도입시 예상되는 문제점에 대한 심도 있는 검토를 통하여 해결점을 찾아내고 이에 기반을 둔 제도설계방안이 강구되어야 한다.

#### 다. 간접강제 제도수립방안

##### (1) 직접처분과 간접강제와의 관계 설정 문제

83) 반면, 당시 간접강제제도를 도입하는 것이 타당하다고 주장한 견해의 논거는 첫째, 지방자치법에서 직무집행명령제 도만을 두고 있고, 이에 대한 불복을 대법원에서 판단하도록 한 것은 제3자를 통한 중앙정부와 지방자치단체간의 긴장관계를 완화하려는 의도이므로 간접강제가 타당하다는 것, 둘째 직접처분은 모든 책임이 중앙정부에만 있는 종전에는 문제가 없었지만 현재의 중앙정부와 지방자치단체간의 구조를 고려할 때 간접강제가 타당하다는 것 즉 재결청과 처분청의 관계는 순수 행정부 내의 관계가 아니라 중앙정부와 지방자치단체간의 갈등으로 볼 수도 있고, 따라서 양자간의 문제가 있을 때에는 제3자인 법원이 개입하여 해결하는 간접강제가 타당하다는 것, 셋째, 재결청이 감독청이고 사실상 지배적 위치에 있던 종전에는 직접처분을 하여도 별문제 없었으나, 개정 행정심판법에서는 재결청이 지배적인 지위가 없고 계층제의 상급기관이 아닌 위원회의 의결사항에 대하여 이에 따르지 아니한다고 하여 직접처분하는 것은 행정의 책임성의 견지에서 문제가 있다는 것 등이 있다. 김기표 (2000), 23면.

이상에서 살펴본 바와 같이, 직접처분제도에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없음을 인정하여야 할 것이다. 그렇다면 이와 같은 한계를 극복하는 방안으로 간접강제를 도입할 때 직접처분과의 관계를 어떻게 설정한 것인가 하는 것이 문제이다. 이와 관련하여서는 아래와 같이 다양한 방안이 논의될 수 있을 것이다:

1. 직접처분제도의 실행력을 더욱 강화하는 방안(간접강제 도입 자체를 반대하는 입장)
2. 직접처분이 어려울 때 간접강제를 할 수 있도록 하는 방안
3. 직접처분과 간접강제를 각각 별개의 제도로 하고 당사자가 선택적으로 청구할 수 있도록 하는 방안

먼저 세 번째 방안과 관련하여서는 이른바 ‘처분간주규정’의 신설이 주장되기도 한다. 즉 의무이행심판의 인용재결이 있었음에도 처분청이 처분을 방치하는 경우에는 일정한 기간을 정하여 이 기간이 도과하면 처분이 있는 것으로 간주하는 규정을 신설하자는 것이다. 이와 같은 규정은 간접강제의 개시와 관련해서는 매우 의미 있다고 판단된다. 그러나 이 경우에 적극적인 형태의 ‘직접처분’은 여전히 없는 상태라는 점이 문제이다. 아울러 이 입장은 직접처분에 현실적인 한계가 있음을 충분히 고려하지 않고 있다는 문제가 있다. 실제로 직접처분이 어렵지 않은 경우라면 간접강제의 도입을 굳이 검토할 필요가 없다고 생각되는 것이다. 또한 직접처분제도를 도입하였던 당시의 입법취지는 국민의 권리구제의 측면에서 직접처분이 더 바람직한 제도로 판단하였고, 아울러 지방자치단체에 설문조사를 한 결과 지방자치단체에서는 간접강제는 옥상옥의 제도로서 지방자치단체의 예산부담이 가중되고 이는 결국 주민부담으로 전가되는 것이기 때문에 반대하는 견해가 더 많았다.

그리고 첫 번째 방안과 관련하여서는, 이미 여러 차례 언급하였듯이, 재결의 실효성을 담보하기 위해서는 직접처분제도를 더욱 강화하는 것이 바람직하겠지만, 현실적으로 직접처분이 어려운 경우가 발생하고 있는 등 직접처분제도의 내재적

관계가 존재한다고 판단되는 이상, 직접처분만으로는 재결의 실효성을 확보하기 어렵다고 생각된다. 1995년 행정심판법 개정 당시 간접강제제도는 입법예고된 개정안에 포함되어 있었음은 전술한 바와 같다. 즉 당시 관계기관협의 및 의견취합, 한국공법학회의 의견취취 등을 거쳐 간접강제제도의 도입보다는 재결청의 직접처분제도를 도입하는 것이 재결의 실효성을 확보하고 국민의 권익구제에 더 효율적이라는 최종결론에 따라 간접강제제도 대신 재결청의 직접처분제도를 도입하게 된 것이다.<sup>84)</sup> 즉 간접강제제도와 직접처분제도를 양자택일의 문제로 - 양 제도의 관계가 대체적이라는 것을 전제하고 - 검토한 것이다. 그러나 앞서 검토한 바와 같이 양 제도는 서로 상호보완적 또는 보충적 관계에 있다. 이와 같은 점을 고려하면 간접강제와 같은 방안의 도입논의는 두 번째 방안이 가장 현실적으로 타당하지 않을까 생각된다.

## (2) 간접강제의 구체적인 설계 방안

이하에서는 상술한 법리상의 문제점을 극복할 수 있는 간접강제제도 설계방안을 기술하고자 한다. 간접강제의 주체, 방법, 적용대상, 심리절차, 불복 및 집행력 확보 순으로 검토한다.

1995년 행정심판법 개정 당시 법원을 간접강제의 주체로 하였으나<sup>85)</sup> 행정청이 재결한 내용에 대하여 법원이 처분청에 간접강제를 하는 것은 삼권분립에 반한다는 비판이 존재하였다. 따라서 행정심판의 주된 속성이 자율적 행정통제라는 점을 감안하고, 삼권분립의 원칙을 고려하며, 재결의 이행강제제도를 염두에 두어 놓고 볼 때, 재결을 한 기관에서 판단하는 것이 타당하다고 사료된다. 즉 간접강제의 결정을 법원보다는 행정심판위원회에서 담당하게 하는 것을 고려할 필요가 있다. 최근 행정심판법 개정으로 독립성을 확보하고 있는 행정심판위원회가 재결기

능을 가짐으로써 대외적으로도 행정행위를 할 수 있으므로 이는 더욱 체계적이고 실효성을 갖는 대안으로 채택될 수 있다.<sup>86)</sup>

간접강제의 방법으로 행정소송법은 지연기간에 따른 일정한 지체배상금과 손해배상을 인정하는 규정형식을 띄고 있으나<sup>87)</sup> 행정심판의 운영실정을 고려할 때 이행강제금으로서의 성격을 갖는 지체배상금만 인정하는 것이 타당하다고 파악된다.<sup>88)</sup> 혹자는 지체배상금과 손해배상금을 모두 인정하자는 견해도 있을 수 있으나 행정기관 간에 손해배상을 청구한다는 것이 통일적 조직으로서의 행정기관의 특성상 생각하기 어려운 점이 있고 나아가 법원이 아닌 행정심판위원회가 배상명령을 하기에는 어려움이 존재할 것이라고 판단된다. 따라서 지체배상금은 인정하는 것이 합리적이라고 판단된다.

간접강제제도의 적용대상에 관하여는 직접처분제도의 보완적 성격을 감안하여 판단하는 것이 양제도간의 충돌 및 남용을 방지하는데 타당하다고 생각된다. 따라서 직접처분의 대상이 되는 의무이행재결의 경우에만 간접강제제도를 적용할 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 판단된다. 이 경우에도 간접강제는 직접처분을 하기 어렵다고 판단되는 경우에, 즉 직접처분의 기각결정과 동시에 또는 그 이후에 간접강제절차를 개시하는 것이 바람직하다고 생각한다.

심리절차는 당사자의 신청에 따라 또는 행정심판위원회가 직권으로 개시되는 것으로 한다. 행정심판위원회가 상당한 이행기간을 정하고 행정청이 그 기간 이내에 이행을 하지 아니하는 때에는 지연기간에 따라 일정한 배상을 명할 수 있도록 하고, 행정심판위원회의 심리의결에 있어서 피청구인의 의견을 필수적으로 들도록 하는<sup>89)</sup> 등 현행 행정소송법의 심리절차를 원용하여 제도를 설계하는 것이 타당하다고 사료된다.

86) 행정심판법 개정 이전에는 재결청과 행정심판위원회가 분리되어 행정심판위원회의 의결에도 불구하고 재결을 하지 않을 가능성이 존재하므로 행정심판위원회가 간접강제권한을 갖도록 하는 대안에 대한 수용이 더욱 용이하지 않았다. 이에 대한 자세한 내용은 김정선 (2007), "재결의 집행력 확보 및 온라인 행정심판절차", 『법제』, 1, 78면 참조.

87) 이에 대하여 행정소송법의 해석에 있어서 '지체배상금'만 인정하자는 것이 타당하다는 해석론을 진술한 바 있다.

88) 동지; 김정선 (2007), 78면.

89) 상당한 이행기간이나 지체배상금의 결정에 있어 처분청의 입장이 고려되어야 할 것이며, 따라서 피청구인에게 의견을 진술할 기회를 반드시 보장하도록 하는 것이 타당하다고 본다. 동지; 김정선 (2007), 79면 참조.

84) 이에 대한 자세한 상황 및 배경은 김기표 (2000) 참조.

85) 안 제42조의2의 주요내용은 다음과 같다 "처분청이 재결청의 의무이행심판인용결정에 따라 처분을 하지 아니할 때에 당사자는 지방법원 합의부에 신청하고 동 법원은 결정으로써 상당한 이행기간을 정하고 그 기간 내에 처분청이 불이행시 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상을 할 것"

상당한 기간을 정함에 있어서는 간접강제결정이 발하여진 후 행정청이 새로운 처분을 하는 데 소요된다고 인정되는 기간으로 정하되 처분의 내용 및 기타 구체적인 사정을 고려하여 정하도록 하면 될 것이다.

배상금은 상당한 이행기간이 경과하는 때부터 처분을 이행할 때까지 매월 또는 매일 일정비율에 의한 금액을 배상하도록 정하되, 이 배상금은 재결의 이행을 강제하기 위한 것이므로 상술한 바와 같이 청구인이 입은 손해와는 무관하게 제반 사정을 고려하여 결정하여야 할 것으로 본다.

금전적 부담을 발생시키는 간접강제결정은 민사소송법의 즉시항고와 같이 일정기간내에 불복할 수 있는 이의신청절차를 반드시 두어야 할 것이다. 행정심판위원회는 불복이유가 타당하면 원 결정을 정정하고 그렇지 않은 경우 기각결정을 하여야 할 것이다. 민사집행법 제261조를 원용하여 불복절차를 둬야 타당하다고 사료된다.

간접강제명령의 상대방은 처분청이지만 그 명령의 실효성을 확보하기 위해서는 행정소송법과 같이 그 행정청이 속한 국가나 지방자치단체에 대하여도 효력이 미치도록 하는 명문규정을 둘 필요가 있다.<sup>90)</sup>

또한 간접강제명령의 불이행시 신청인이 이를 채무명의로 하여 민사집행법에 따른 강제집행을 할 수 있도록 행정심판법에 확정판결과 같은 집행력을 인정하는 명문의 규정을 두는 방안도 고려해 볼 필요가 있다. 이 경우 강제집행의 집행권원 중 민사집행법과 민사소송법 이외의 법률에 규정된 집행권원을 규정한 입법례<sup>91)</sup>를 고려하여 행정심판법에 의한 간접강제결정을 집행권원으로 규정하면 될 것이

90) 행정소송법은 다음과 같이 규정하고 있다.

제34조 (거부처분취소판결의 간접강제) ① 행정청이 제30조제2항의 규정에 의한 처분을 하지 아니하는 때에는 제1심소법원은 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 상당한 기간을 정하고 행정청이 그 기간내에 이행하지 아니하는 때에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상을 할 것을 명할 수 있다.

② 제33조와 민사집행법 제262조의 규정은 제1항의 경우에 준용한다.

제33조 (소송비용에 관한 재판의 효력) 소송비용에 관한 재판이 확정된 때에는 피고 또는 참가인이었던 행정청이 소속하는 국가 또는 공공단체에 그 효력을 미친다.

91) 입법례는 이의신청에 대한 중앙토지수용위원회의 재결의 집행권원성을 인정한 「공익사업을 위한 토지등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제86조 제1항, 특허심판원장이 정한 심판비용액 또는 심판관이 정한 대가에 관하여 확정된 결정의 집행권원성을 규정하는 특허법 제166조, 대한변호사협회 변호사징계위원회의 과태료결정의 집행권원성을 인정하는 변호사법 제90조 제2항 등이 있다.

다. 이와 같이 간접강제명령에 판결과 같은 집행력이 부여된다면, 신청인은 처분청이 간접강제명령에 기재된 상당한 기간이 지나도록 재결을 이행하지 않는다면 법원으로부터 집행문을 부여받아 처분청이 속한 국가 또는 지방자치단체의 재산에 강제집행을 신청할 수 있게 될 것이다. 결국 간접강제결정의 배상금의 집행은 민사집행법상 금전채권에 기한 집행절차에 따라 진행되게 될 것이다.

다만 이 방안의 문제는 행정소송과의 관계이다. 즉 행정소송의 제기기간이 도과하여 간접강제결정이 최종적으로 확정된 경우에 민사소송법상의 확정판결이 있는 것으로 보게 되도록 제도를 설계하여야 할 것인데, 그렇다면 이 경우에 행정기관이 행정심판위원회의 간접강제결정에 대하여 행정소송을 제기할 수 있는 것인지에 대한 법적인 검토도 하여야 하는 등의 파생적인 문제들도 검토해 보아야 한다는 문제가 있을 수 있다. 만약 이와 같은 문제없이 바로 간접강제명령에 판결과 같은 집행력이 부여되도록 하는 것이 가능하다면 위의 방안도 고려해 볼 수 있을 것이다.

부수적으로는 이 문제와 관련하여 ‘법원의 힘을 빌리지 않고 해결할 수 있는 방안’에 대한 연구도 필요하다고 판단된다. 즉 행정기관이 일반 사인을 상대로 직접 ‘행정상 강제’를 할 수 있는데, 적어도 국가와 지방자치단체와의 관계에서는, 지방자치단체는 독립한 법인이므로 국가가 지방자치단체를 상대로 공법상의 의무불이행에 대하여 ‘행정상 강제’를 할 수 있다고 논리를 구성하는 것도 검토해 볼 필요가 있다고 생각한다. 이 경우는 ‘행정상 강제징수’의 예에 따르면 될 것이다.

이상으로 간접강제의 제도설계안을 살펴보았다. 간접강제제도의 법리적 문제점을 해결하기 위한 제도설계안은 법률 규정의 보완과 더불어 간접강제의 주체인 행정심판위원회에게 간접강제를 운용할 수 있는 여건을 마련하는 것이 뒤따를 때 비로소 제도의 온전한 시행이 가능하리라 본다. 결국 행정심판위원회의 독립성, 전문성의 보장이 전제되어야 하며, 이는 이에 따르는 적절한 인력 및 예산의 보완이 수반될 때 제도의 운용이 수월해 질 것이라고 사료된다.

### 3. 과태료제도 도입 검토

국가나 지방자치단체 상호간의 의무이행 확보수단으로서 과태료제도를 도입하는 방안을 고려해 볼 수 있다. 현재 국가인권위원회법은 국가인권위원회에 진정이 접수되면 담당 조사관은 진정한·피해자·피진정인 또는 관계인에 대하여 진술서 및 자료제출을 요구하고, 필요할 경우 조사사항과 관련이 있는 장소·시설·자료 등에 대한 실지조사를 실시하며, 행위당사자의 진술서만으로는 사안을 판단하기 어렵거나 인권침해·차별행위가 있었다고 볼만한 상당한 이유가 있는 경우 피진정인에 대하여 출석조사를 할 수 있다<sup>92)</sup>고 규정하고 있으며, 이때 정당한 이유 없이 조사를 거부할 경우 과태료를 부과할 수 있는 규정<sup>93)</sup>을 두고 있다.

이때 과태료 부과대상자는 국가기관 및 지방자치단체를 포함한다. 과태료 부과 대상자가 국가기관인 사례로는 국가인권위원회가 주한미군<sup>94)</sup> 2사단 측에 진정사건에 대한 자료 및 서면진술을 요청하였으나 미군이 이에 불응하여 1000만의 과태료를 부과한 사례와, 농성현장 인권침해 조사에 불응한 경찰에 대하여 과태료 부과를 검토한 사례가 있고,<sup>95)</sup> 대검과 서울지검에 사건 자료제출을 요청했으나 전

92) 국가인권위원회법 제36조(조사의 방법) ① 위원회는 다음 각 호에서 정한 방법으로 진정에 관하여 조사할 수 있다.  
1. 진정한·피해자·피진정인(이하 "당사자"라 한다) 또는 관계인에 대한 출석 요구, 진술 청취 또는 진술서 제출 요구  
2. 당사자, 관계인 또는 관계 기관 등에 대하여 조사 사항과 관련이 있다고 인정되는 자료 등의 제출 요구  
3. 조사 사항과 관련이 있다고 인정되는 장소, 시설 또는 자료 등에 대한 현장조사 또는 감정(鑑定)  
4. 당사자, 관계인 또는 관계 기관 등에 대하여 조사 사항과 관련이 있다고 인정되는 사실 또는 정보의 조회  
93) 제63조(과태료) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 1천만원 이하의 과태료에 처한다.  
1. 정당한 이유없이 제24조제1항의 규정에 의한 방문조사 또는 제36조의 규정에 의한 실지조사를 거부, 방해 또는 기피한 자  
2. 정당한 이유없이 제36조제1항제1호 또는 제2항의 규정에 의한 위원회의 진술서 제출요구 또는 출석요구에 응하지 아니한 자  
3. 정당한 이유없이 제36조제1항제2호 및 제4호 또는 제5항의 규정에 의한 자료 등의 제출요구 및 사실조회에 응하지 아니하거나 거짓의 자료 등을 제출한 자  
② 제53조의 규정에 위반한 자는 300만원 이하의 과태료에 처한다.  
③ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 과태료는 대통령령이 정하는 바에 따라 위원장이 부과한다.……  
94) 진정사건과 관련해 국가인권위는 "한미주둔군지위협정(SOFA)은 '대한민국에 거주하는 자 및 그들의 가족은 대한민국의 법령을 존중할 의무가 있다(제7조)', '주한미군이 부대 및 시설 내에서 경찰권을 우리 정부로부터 위임받고 있다(제22조 제10항)'는 규정에 따라 경찰권을 위임받은 주한미군도 위법일 안에서 국가기관으로 볼 수 있고, 대한민국의 법규를 따라야 할 의무가 있으므로 한국법률이 보장하는 기본적 인권을 준수하고 보호해야 한다" 고 밝혔다.  
<http://www.vop.co.kr/A00000001549.html> 검색일, 2011.11.24.  
95) <http://news.hankooki.com/page/society/200511/h2005110318405121950.htm>, 검색일, 2011.11.24.

례가 없다는 이유로 검찰이 거부하여 과태료 부과 여부를 검토한 사례<sup>96)</sup>가 있다. 이들 사례는 국가기관에 과태료를 부과하였다는 점에서 그 의의가 있다.

그러나 과태료제도 역시 앞서 간접강제제도 도입에서 살펴 본 바와 같이 재결 내용에 대한 이행이 아니고, 시정명령에 대한 이행강제에 불과하다는 점 등에서 권리구제의 불충분성이 문제가 될 수 있다.

### 4. 기타 기속력 확보를 위한 방안 모색

재결의 기속력을 확보하는 방안은 직접처분제도, 간접강제제도 등 각 행정행위의 속성을 반영하여 보다 각 행정행위의 특성에 맞게 기속력을 적합하게 확보할 수 있도록 방안을 강구하는 것이 필요하다고 본다. 직접처분제도의 도입당시 간접강제제도를 직접처분제도의 대체제로 인식하고 간접강제제도의 도입안을 폐기했던 시행착오를 재차 경험할 필요가 없다고 본다. 즉 기속력을 확보할 수 있는 방안의 획일화를 지양하고 세분화를 지향하는 노력이 필요하다. 이것이 행정심판의 권리구제적 기능을 함양할 수 있는 방안이라고 사료된다. 이를 위해 직접처분, 간접강제제도 이외에 재결의 기속력을 확보할 수 있는 방안으로 정부업무평가, 기관장평가 등 평가제도와 연계, 감사의뢰, 징계요구 등 감사제도와 연계, 명단공표, 간접처분제도 등의 도입방안을 검토할 수 있다.

먼저 평가제도와 연계는 지방자치단체의 시정명령 불이행을 정부업무평가 기본법상 평가척도의 하나로 반영하는 방안을 고려할 수 있다. 현행 정부업무평가 기본법에 따르면 국무총리·중앙행정기관의 장·지방자치단체의 장 및 공공기관평가를 실시하는 기관의 장은 평가결과를 전자통합평가체계 및 인터넷 홈페이지 등을 통하여 공개하여야 하며, 국무총리는 매년 각종 평가결과보고서를 종합하여 이를 국무회의에 보고하거나 평가보고회를 개최하도록 하고 있다. 또한 중앙행정기관의

96) [http://www.spo.go.kr/spo/notice/press/press.jsp?mode=view&board\\_no=2&article\\_no=489747](http://www.spo.go.kr/spo/notice/press/press.jsp?mode=view&board_no=2&article_no=489747), 검색일, 2011.11.24.



장은 평가결과를 조직·예산·인사 및 보수체계에 연계·반영하고 다음 연도의 예산 요구시 반영하여야 한다. 결국 시정명령을 불이행을 정부업무평가기본법상 평가결과로 연계시킴으로써 당해 지방자치단체장에 대하여 시정명령의 이행을 간접적으로 강제하는 효과를 가져 올 것으로 기대한다.

더불어 기속력을 우회적으로 확보하기 위한 방안으로 불이행시 감사원 감사의 퇴제도를 고려할 수 있다. 즉 행정심판위원회는 시정명령을 지속적으로 불이행하는 행정기관에 대하여 감사원 감사를 의뢰하여 감사원 감사를 받도록 하는 방안이다. 또한 정보화 사회 여론의 압력을 통하여 의무이행의 확보를 도모하기 위하여 일간신문에 시정명령 불이행 사실을 공표하는 공표제도를 강구할 수 있다. 더불어 지방자치단체에 대하여는 해당 지방의회에 시정명령 불이행 사실을 통지하고 지방자치단체내 자치고권의 직접적이고 자율적인 통제시스템을 가동토록 하는 방안도 고려할 수 있다.

상술한 제도의 설계와 더불어 같이 고려되어야 할 것은 제도시행의 주체인 행정심판위원회에게 제반의 제도를 운용할 수 있는 환경을 마련해 주는 것이라고 사료된다. 결국 행정심판위원회의 독립성 보장이 선결되어야 할 문제이며, 이는 적정한 인력 및 예산 보장이 이뤄질 때 비로소 제도의 추진력이 확보된다고 판단된다. 또한 행정심판의 독립성, 전문성, 객관성의 확보 등 행정심판제도의 위상이라는 본질에 대한 검토에 보다 더 관심을 가질 필요가 있다고 본다. 우리의 행정심판제도는 1951년 소원법의 제정 이후 여러 차례에 걸쳐서 크고 작은 개정이 이루어지면서 현재에 이른 것이다.<sup>97)</sup> 그 동안의 행정심판법의 주요한 개정 내용을 살펴볼 때, 그 개정의 주된 지향점은 행정심판의 권리구제기능을 신장하기 위한 제도개선을 강구하는 것이었다고 할 수 있다.<sup>98)</sup> 특히 행정심판의 준사법화를 강화하기 위하여 국무총리행정심판위원회의 권한과 기능을 강화하는데 개선의 주안점을 두어 왔던 것이다. 이러한 상황에서 구조적으로 일대 변혁을 이루게 된 영국의 행정심판제도는 우리의 행정심판제도의 발달과 나아갈 바에 대하여 상당한

시사점을 제시해 준다고 할 것이다. 영국은 일원적 법원체계를 채택하고 있으면서 현재는 별도의 행정심판절차 및 행정소송절차와 행정사건에 대한 전속적인 제1심의 재판관할을 인정하고 있다는 점에서 우리와 가장 유사한 행정구제 제도를 채택하고 있다고 볼 수 있다. 그리고 특히 행정심판제도는 그 역사성과 적극적인 작용에 기하여 영국 행정구제제도의 중심적인 역할을 담당하여 왔다고 할 수 있다. 특히 행정심판소 조직을 체계적으로 정비하고, 독립성을 강조하면서, 이용자 편의성을 증진시킨 2007년의 구조적 개혁은 행정심판의 기능의 지향점에 대한 논의와 중앙행정심판위원회와 시도행정심판위원회의 기능 통합에 대한 논의 등이 진지하게 이루어지고 있는 우리에게도 많은 도움이 될 수 있을 것이다.

97) 안동인 (2009), 254면.

98) 김종권(2008), 491면.

## 제6장 결 론

지방자치시대를 맞이하여 행정의 모델도 지방자치에 맞게 변화되어야 하지만, 적어도 그 외형에는 변화가 있었다 하더라도, 아직 지방자치는 우리에게 많은 문제점을 던져주고 있을 만큼 친숙하게 뿌리내린 제도는 아닌 것 같다.

행정심판의 실제에서 보면, 지방자치는 행정심판을 매우 어렵게 만드는 요소처럼 보인다. 민선의 자치단체 장 가운데에는 공익을 실현하기 위한 법집행이라는 행정의 본연의 기능을 무시한 채 독선적으로 또는 다분히 선거를 의식한 편파적인 행정을 보이고 있는 경우를 많이 볼 수 있다. 이로 인하여 행정의 법률적합성이 떨어지는 것은 물론, 행정의 상대방인 국민들의 피해도 크다고 생각된다.

아무리 행정심판법이 개정되어 행정심판위원회가 재결을 한다 하더라도, 행정심판위원회가 행정심판법이 규정하고 있는 직접처분을 실제로 하기 어려운 상황이 발생하고 있다는 것은 법적으로나 사실적으로나 문제가 아닐 수 없다.

2008년 2월 행정심판법 개정을 통하여 국무총리행정심판위원회가 새로이 설치된 국민권익위원회로 이관됨과 동시에, 종래의 재결청 제도를 폐지하고 행정심판위원회가 재결까지 하는 것으로 변경되었다. 동시에 직접처분에 관한 규정의 개정도 이뤄졌다. 즉 행정심판위원회가 스스로 직접처분을 할 수 있게 됨과 동시에 ‘그 처분의 성질이나 그 밖의 불가피한 사유로 위원회가 직접처분을 할 수 없는 경우에는’ 직접처분을 하지 아니하도록 하는 단서규정이 추가되었다. 이는 현행 제도에서와 같이, 재결청이 폐지되고 행정심판위원회가 직접 행정심판을 담당하게 되면, 행정심판위원회는 처분청의 상급 관청으로서의 성격이 매우 희박해지고 본질적으로 제3자적 쟁송기관으로서의 지위에 서게 되면서, 행정심판위원회가 처분청의 상급 관청으로서의 성격을 본질적으로 상실하게 되면, 처분청을 대신하여 직접처분을 할 수 있는 명분과 책임도 약화되기 때문에, 행정심판위원회가 직접처분을 할 때에 신중을 기하도록 하기 위하여, 특히 처분청의 처분 권한과 책임을 존중하도록 하기 위하여 위와 같은 소극적 요건이 추가된 것으로 판단된다.

2010년 행정심판법 개정이후 첫 직접 처분에 관한 사건에서 중앙행정심판위원

회는 의무이행재결의 판단기준과 직접 처분의 판단기준이 완전히 일치할 수는 없다는 점을 강조하였다. 즉 직접 처분에 대한 판단에 있어서는 당해 행정청의 재량을 존중해 주어야 할 것인지 여부, 지방자치단체의 자치권에 근거한 판단에 의존하여야 하는 자치사무인지의 여부, 행정위가 처분에 대한 부관을 붙이는 것이 사실상 가능한 것인지의 여부 등 소위 행정심판법 제50조제1항단서에 해당하는 직접 처분의 추가적 요건에 대한 검토가 필요하다는 점을 확인하였다. 이는 결국 재결의 기속력을 확보하는 방안으로서 직접처분제도가 필요하지만, 이 제도가 가지는 한계도 분명히 존재한다는 것을 의미하는 것이다.

결국 재결의 실효성을 확보하는 방안은 우선 직접처분제도를 활성화 하는 데 초점을 두어야 할 것이다. 이를 위해서는 직접처분이 가능한 경우와 그렇지 않은 경우를 비교적 명확하고 상세하게 구분할 필요가 있을 것이다. 이와 더불어 직접처분이 불가능한 경우에는 간접강제가 가능하도록 하는 방안을 고려할 필요가 있다. 그밖에도 각종 평가제도·감사제도·징계제도 등과의 연계, 간접처분제도 등의 수단을 행정심판위원회가 선택할 수 있도록 함으로써 직접처분의 한계를 보완할 수 있도록 하는 것이 중요하리라 판단된다. 궁극적으로 어떠한 제도를 선택하고 개선할 것인가 하는 것은 행정심판과 행정소송과의 관계, 행정심판의 기능 등을 어떻게 이해할 것이며, 이를 바탕으로 행정심판제도의 발전방향을 어떻게 설정할 것인가 하는 문제와 밀접한 관련이 있다. 최근 행정심판은, 특히 국민의 권리구제라는 측면에서 많은 변화와 발전을 이루었다고 생각한다. 행정심판이 행정에 대한 통제기능을 포기하는 것이 아니라면, 이와 같은 변화는 바람직한 것이다. 이러한 점에서 직접처분과 간접강제를 보다 전문적으로 대응할 수 있는 조직으로서의 행정심판위원회의 위상에 관하여도 논의가 필요하다고 본다.

## [첨부 1]

### 직접처분 시행지침(안)

제1조(목적) 이 지침은 행정심판법(이하 '법'이라 한다) 제50조, 행정심판법 시행령(이하 '령'이라 한다) 제33조의 규정 및 행정심판법 시행규칙(이하 '규칙'이라 한다)에 의한 행정심판위원회의 직접처분의 결정과 처리에 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조(적용범위) 직접처분에 관하여는 법·령·규칙의 규정에 의하는 외에 이 지침이 정하는 바에 의한다.

제3조(직접처분의 신청) 신청인은 행정청이 행정심판법 제49조제2항에도 불구하고 처분을 하지 아니하는 경우에는 행정심판위원회에 서면으로 직접 처분을 신청할 수 있다.

제4조(직접처분의 제외) ① 행정심판위원회는 제3조에 따라 신청한 처분이 다음 각호의 사유에 해당하는 경우에 직접처분 신청을 각하한다.

1. 신청한 처분이 행정청의 권한과 책임 하에 있는 것으로 다음 각 목에 해당하는 것인 경우

가. 자치사무(지방자치법 제9조에 예시된 사무를 기준으로 한다)로서 당해 지방자치단체의 자치권을 존중해 주어야 할 필요가 있다고 인정되는 사무

나. 행정청이 재량권에 근거하여 자율적으로 판단하여야 할 필요가 있다고 인정되는 사무

다. 당해 행정청이 보유하고 있어 타 행정청을 통한 공개가 불가능하거나 공개되는 정보의 범위 및 시기에 대한 처분청의 판단권을 존중해 주어야 한다고 판단되는 정보공개사무

라. 직접처분에 따른 원활한 예산집행을 기대하기 어려운 등의 예산상의 제

약이 따르는 사무

마. 기타 중앙행정심판위원장이 처분의 성질상 직접처분이 어렵다고 인정하는 사무

2. 그 밖의 불가피한 사유로 다음 각 목에 해당하는 것인 경우

가. 제3자의 생명·신체에 위험한 영향을 미치는 경우

나. 제3자의 재산권이 중대하게 침해되는 경우

다. 환경에 중대한 위협이 되는 경우

라. 의무이행심판재결이후에 사정변경이 생긴 경우

마. 기타 중앙행정심판위원장이 불가피하다고 인정하는 경우

② 행정심판위원회는 제1항의 사유로 인하여 직접 처분할 수 없는 경우에는 지체 없이 당사자에게 그 사실 및 사유를 알려야 한다.

제5조(시정명령) 신청인이 직접 처분을 신청하면 행정심판위원회는 당해 행정청에게 일정한 기간을 정하여 서면으로 2회에 걸쳐 시정을 명한다.

제6조(직접처분의 결정) ① 행정심판위원회는 행정청이 제5조의 시정명령에 응하지 아니하면 제4조에 해당하는 사유가 있는 경우에는 당사자의 신청을 기각하는 결정을 하고, 제4조에 해당하는 사유가 없을 경우에는 인용하는 결정을 한다. 인용결정을 하는 경우에는 법제49조제2항의 재결의 취지에 따라 직접 처분한다.

② 제1항에 의한 직접처분의 결정문에는 시정명령을 거쳤는지의 여부, 시정명령에 대한 처분청의 불이행 사유, 법 제50조제1항 단서조항에 해당하는 사유가 존재하는지의 여부 등을 구체적으로 기재하여야 한다.

③ 행정심판위원회는 제1항에 따라 직접 처분을 하였을 때에는 그 사실을 해당 행정청에 통보하여야 한다.

제7조(직접처분의 형식) 행정심판위원회가 법 제50조제1항 본문에 따라 직접 처분을 하는 경우 그 처분서에는 법 제50조제1항 본문에 따라 처분을 한다는 취

지와 해당 처분에 관하여 관계 법령에서 정하고 있는 허가증 등 처분증명서에 적혀 있는 사항이 포함되어야 한다.

제8조(행정청의 사후조치) ① 행정청은 제6조 제1항에 따라 행정심판위원회가 한 처분을 자기가 한 처분으로 보아 관계 법령에 따라 관리·감독 등 필요한 조치를 하여야 한다.

② 행정청은 관계법령에서 정한 각종 대장에 필요한 사항을 기재하는 등 제반 후속조치를 취하여야 한다.

제9조(직접처분의 협력) 행정심판위원회는 직접처분을 함에 있어서 해당 행정청의 상급 행정기관 및 관계 행정기관에 협조와 자문을 구할 수 있다.

제10조(직접처분의 기록) 행정심판위원회는 직접처분을 한 경우 직접처분대장을 기록·유지하도록 한다.

## 참 고 문 헌

- 김기표, 신행정심판법론, 한국법제연구원, 2003.  
김동희, 행정법 I (제15판), 박영사, 2009.  
김성수, 일반행정법(제5판), 홍문사, 2010.  
박균성, 행정법론(상)(제8판), 박영사, 2009.  
박송규, 행정심판법(개정안), 한국법제연구원, 1998.  
박윤훈, 최신행정법강의, 박영사, 2004.  
박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2006.  
서정우, 실무제요(행정), 2004.  
유명진, 실무행정소송법, 박영사, 1998.  
이상규, 행정쟁송법, 법문사, 2000.  
홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2011.  
홍준형, 행정구제법(제4판), 2001.  
국무총리행정심판위원회, 행정심판의 이론과 실제, 법제처, 1997.  
국민권익위원회, 국민권익백서, 2009.  
법원행정처, 법원실무제요(행정)  
법원행정처, 법원실무제요(강제집행하)  
사법연수원, 행정구제법연구, 2011.
- 김광수, “영국행정심판제도의 운영현황”, 공법연구 제38집 제4호, 2010. 5.  
김기표, “재결의 직접처분과 간접강제”, 법제, 2000. 12.  
김남철, “행정심판법 제37조 제2항에 의한 자치권 침해의 가능성 -성남시와 경기도간의 권한쟁의사건을 중심으로-”, 행정관례연구V, 2000.  
김동희, “부작위위법확인소송과 의무이행행정심판”, 고시연구, 1986.  
김정선, “재결의 집행력확보 및 온라인 행정심판절차”, 법제, 2007.

김중권, “최근의 법률개정에 따른 행정심판제도의 문제점에 관한 소고”, 공법연구 제36집 제4호, 2008. 6.

김창석, “의무이행소송 도입의 행정소송에 대한 영향”, 저스티스(통권 제75호), 한국법학원, 2003.

박균성, “직접처분에 관한 자문의견”, 국민권익위원회 내부자료, 2011. 3.

박정훈, “행정심판법의 구조와 기능”, 행정법연구(제12호), 행정법이론실무학회, 2004.

박정훈, “행정심판의 기능”, 행정법연구(제15호), 행정법이론실무학회, 2006.

박정훈, “세계 속의 우리나라 행정소송·행정심판, 행정절차: 법치행정 3류의 상호관계(실질적 행정소송으로서의 헌법소원심판을 포함하여)”, 저스티스(통권 제92호), 한국법학원, 2006. 7.

박정훈, “직접처분에 관한 자문의견”, 국민권익위원회 내부자료, 2011. 3.

서정우, “제34조(거부처분취소판결의 간접강제)”, 주석행정소송법, 박영사, 2004.

송희성, “부작위위법확인소송”, 고시연구, 1999.

안동인, “영국의 심판제도에 관한 연구”, 법제 제484호, 1998.

안동인, “영국의 행정심판제도 개혁에 관한 소고”, 공법연구 제38집 제1호 제2권, 2009. 10.

이일세, “영국 행정심판제도의 변혁에 관한 고찰”, 공법연구 제39집 제3호, 2011. 2.

장호익, “행정심판법중개정법률 해설”, 법제, 1995.

최영규, “공법·처분법률상 이익: 행정심판을 통한 권리구제의 확대를 위한 시론”, 현대공법의 과제(청담 최송화 교수 화갑기념논문 집), 박영사, 2002.

부산대학교 산학협력단, “국민권익위원회 행정심판제도개선 간담회 회 의결과”, 국민권익위원회 내부보고자료, 2001. 6.

Bradley, A. W./ Ewing, K. D., Constitutional and Administrative Law(14th ed.), 2007.

Craig, Administrative Law, 6th ed., 2008.

Elliott, Administrative Law, 3rd ed., 2005.

Leysland and Anthony, Administrative Law, 6th ed., 2009.

Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 5. Aufl., 2003.

Kopp/Schenke, Verwattungsgerichtsordnung, 11. Aufl., 1998.

Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006.

Sir Harry Woolf, Judicial Review: A Possible Programme for Reform, 1992.

Wade and Forsyth, Administrative Law, 10th ed., 2009.

<https://www.simpan.go.kr/claim/index.jsp> (검색일: 2011.7.20)