



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학전문박사 학위논문

취소소송의 소송물에 관한 연구

2023년 2월

서울대학교 법학전문대학원

법학과 행정법 전공

이 윤 정

취소소송의 소송물에 관한 연구

지도교수 李 元 雨

이 논문을 법학전문박사 학위논문으로 제출함

2022년 11월

서울대학교 법학전문대학원

법학과 행정법 전공

李 琬 政

이윤정의 법학전문박사 학위논문을 인준함

2023년 1월

위 원 장 박 정 훈 (인)

부위원장 김 종 보 (인)

위 원 김 연 태 (인)

위 원 최 계 영 (인)

위 원 이 원 우 (인)

국문초록

취소소송의 소송물에 대하여 우리 판례는 ‘처분의 위법성’으로 보며, 실제 법상 혹은 소송법상 처분의 취소를 구할 지위가 원고에게 있는지, 또는 원고의 권리나 법률상 이익이 처분으로 침해되었는지 등은 취소소송의 본안에서 심판하고 있지 않다. 통설도 같은 입장이나, 이에 대해서는 소송물에 원고의 권리 침해를 포함하여 권리구제수단으로서의 취소소송의 성격을 반영할 것을 요구하는 견해도 매우 유력하다. 그러나 취소소송의 소송물에 대해 위법하고 권리를 침해할 것을 명시적으로 요구하는 독일과 달리 우리 행정소송법은 소송요건과 본안요건을 나누어 원고적격에서 법률상 이익을 요구하면서도 본안요건에서는 위법성만을 규정하고 있다. 이러한 실정법 규정과 이로 미루어 파악할 수 있는 취소소송의 객관소송적 구조하에서 원고의 권리 침해를 소송물에 더할 필요는 없고, 취소소송의 소송물은 처분의 위법성으로 보아야 한다.

취소소송의 소송물을 통설·판례와 같이 ‘처분의 위법성 일반’으로 보면 결국 원고가 취소소송을 제기한 대상 처분 자체가 법원이 심판할 대상물이 되고, 심판범위의 경계도 결정짓게 된다. 소송물의 중복 여부는 대상인 처분이 동일한 것인지에 따라 달라지는 것이다. 소송물을 결정하는 처분의 단위에 대해서는 처분의 본질이 무엇이고, 어떻게 특정되고, 어떤 요소들이 하나의 처분을 구성하는 것인가를 먼저 확정하여야 한다. 그리고 처분은 실제법상의 행정행위로서 의미가 아니라 취소소송의 대상으로서의 의미가 있는 것이므로, 취소소송의 의미도 고려되어야 한다. 취소소송은 행정이 한 처분의 적법 여부를 법원이 심사하고, 위법한 처분을 법원이 직접 취소함으로써 사법심사를 통한 행정통제를 하는 것이다. 사법심사의 대상으로서 처분은 행정이 법의 집행인 행정작용으로서 법을 해석하고 어떠한 사실관계에 적용하여 ‘법에 따라 내린 판단 또는 결정’이고, 취소소송은 행정이 내린 이 판단 또는

결정이 과연 법을 제대로 해석하고 적용한 것인가를 법원이 심사하는 것이다. 취소소송의 궁극적인 목적이 법원이 다툼의 대상인 처분의 존재를 제거하는 것에 있는 것이 아니라, 처분이 위법함을 확인하고 제거함으로써 행정법을 확인하고 선언하며 행정에 대한 사법심사와 통제를 하는 데 있다면 취소소송에서 판결의 의미는 위법한 행정이 실현되지 않도록 처분을 취소하여 행정법관계를 적법한 상태로 형성하는 것이다. 그런 의미에서 본다면 처분사유는 취소소송의 대상으로서의 처분의 핵심적인 구성요소라고 하지 않을 수 없다. 그렇다면 처분은 처분청, 처분일자, 상대방 및 주문의 구성요소로 한 단위를 구성하고, 처분사유는 외형적으로 처분을 특정하지는 않지만 처분사유가 본질적으로 바뀌면 처분의 동일성을 잃게 된다고 보아야 한다. 그리고 처분사유는 행정청이 실제로 해당 처분을 하면서 처분의 근거와 이유로 삼은 것이 그 처분을 구성하는 것이므로 실제로 처분사유로 삼지 않은 것은 해당 주문의 처분을 할 수 있었던 사유더라도 그 처분을 대상으로 하는 취소소송의 심판범위에 포함될 수 없다. 이러한 논리는 행정청이 자율적·독자적으로 가지는 처분 권한의 존중과 의무이행소송을 행정소송유형으로 인정하지 않은 현행법의 해석상, 거부처분이라고 달리 볼 것이 아니다.

취소소송의 소송물을 처분의 위법성 일반으로 볼 때 처분의 위법·적법을 판단한 취소소송의 판결은 다른 유형의 소송에도 기판력을 미치는가. 처분의 위법성을 인정한 취소판결은 처분의 위법성을 법률요건으로 하는 국가배상 청구소송이나 위반 대상인 처분의 적법성을 묵시적 구성요건으로 하는 형사소송에도 기판력을 미쳐야 한다. 하지만 취소소송에서 기각판결이 내려져 처분이 위법하다고 인정되지 않았다고 하여 민·형사소송에서 처분의 적법성이 ‘기결’사항으로 인정되는 것은 바람직하지 않다. 선결문제의 유형과 법률요건으로서의 위법성의 성격을 고찰하여 기판력이 인정될 수 있는 경우를 추려낼 필요가 있다. 또한, 취소 판결에 대하여 인정되는 행정소송법상 기속력은 그 내용 중 반복금지효는 기판력의 본성을 갖는 것이지만, 기속력을 행정청의 처분권한에 대한 효력이라는 점에서 재처분의무와 원상회복의무를 포괄하는 효력으로 포착할 필요가 있다. 이처럼 기속력을 이해하면 소송물에

의하여 기속력 전체의 객관적 범위가 결정되는 것은 아니지만, 처분의 동일성이 미치는 범위로서 처분사유 추가·변경의 한계는 반복금지효의 객관적 범위를 결정하게 된다. 또한 해석상 기속력의 내용으로 인정되는 원상회복의 무는 소송물의 중복소송 방지의 기능을 우회적으로 보완할 수 있다.

취소소송의 소송물의 개념은 취소소송을 어떻게 이해하는가에 대한 인식에 따라 달라지는 것에 그치지 않고, 행정법에서 실체법인 행정법의 세계와 소송절차의 세계를 이어주는 가교의 역할을 한다. 행정법률관계의 내용을 결정한 처분은 소송물의 범위만큼 처분에 대한 불복 소송인 취소소송의 내용으로 넘어가고, 취소판결에서 결정된 내용은 기속력이라는 효력으로 소송물의 다리를 건너 다시 실체법의 세계로 돌아온다. 취소소송의 심판 대상을 당초의 처분사유에서 어느 정도로 확대할 것인가는 행정통제를 행정절차 단계에서 사전적으로 하는 것에 중점을 둘 것인가 행정소송의 단계에서 한꺼번에 하는 것에 중점을 둘 것인가의 문제이다. 여기서 취소소송의 소송물은 행정통제라는 양팔 저울에서 중심자를 어느 쪽으로 두는가에 따라 양팔 어느 쪽에 추를 더 달 것인가를 결정하는 역할을 한다고 볼 수 있다.

주요어: 취소소송의 소송물, 처분의 위법성 일반, 행정에 대한 사법통제, 객관소송, 처분사유의 추가·변경, 기속력

학 번: 2019-31738

대 목 차

국문초록	i
제1장 서 론	1
제1절 연구의 대상과 목적	1
제2절 연구 범위와 방법	4
제2장 취소소송의 소송물에 대한 예비적 고찰	7
제1절 소송물의 의의와 기능	7
제2절 민·형사소송의 소송물이론	9
제3절 취소소송의 소송물에 대한 독일에서의 논의	34
제4절 취소소송의 소송물에 대한 국내 논의의 현황	41
제3장 취소소송의 소송물에 대한 검토	58
제1절 개설	58
제2절 처분 취소청구권	61
제3절 원고의 권리에 대한 침해	69
제4절 처분의 위법성	78
제5절 소결론	85
제4장 소송물의 단위와 처분의 동일성	89
제1절 소송물의 단복·이동(單複·異同)의 결정 기준	89
제2절 처분사유의 변경과 처분의 동일성	107
제5장 취소소송의 단계별 소송물 관련 쟁점	118
제1절 서설	118
제2절 소송물의 변경과 소 변경	120

제3절 소송상 처분사유 추가·변경의 허용	128
제4절 처분의 위법 여부에 대한 판결 주문의 효력	145
제5절 위법사유에 대한 판결 이유의 효력	162
 제6장 결론	 172
 참고문헌	 175
 Abstract	 184

목 차

국문초록	i
제1장 서 론	1
제1절 연구의 대상과 목적	1
1. 연구의 대상	1
2. 연구의 목적	3
제2절 연구 범위와 방법	4
제2장 취소소송의 소송물에 대한 예비적 고찰	7
제1절 소송물의 의의와 기능	7
1. 소송물의 의의	7
2. 취소소송에서의 소송물의 기능	8
(1) 소송물의 기능	8
(2) 취소소송에서 소송물의 기능	9
제2절 민·형사소송의 소송물이론	9
1. 민사소송의 신·구소송물 논쟁	10
(1) 민사소송에서 소송물 개념	10
(2) 민사소송에서 소송물 논쟁	11
(3) 신·구소송물 이론 대립의 의미와 소송의 이념	16
(4) 취소소송에의 영향	18
(5) 취소소송에의 시사점	20
2. 형사소송의 소송물론	22
(1) 형사소송에서의 소송물과 공소제기 범위에 관한 논의	22
(2) 공소사실의 동일성으로서 ‘기본적 사실관계의 동일성’	27
(3) 취소소송에의 영향과 시사점	30

제3절 취소소송의 소송물에 대한 독일에서의 논의	34
1. 비교법적 검토의 필요성과 범위	34
(1) 독일의 행정법원법 규정	34
(2) 일본의 규정과 취소소송의 소송물 논의	35
(3) 프랑스와 미국에서의 기판력	35
(4) 소결	37
2. 독일의 취소소송의 소송물 논의	37
(1) 객관소송 또는 주관소송을 둘러싼 소송물 논쟁	37
(2) 독일 행정법원법 규정과 학설·판례	39
제4절 취소소송의 소송물에 대한 국내 논의의 현황	41
1. 취소소송의 소송물에 대한 국내 학설 대립 상황	41
(1) 논의의 현황과 학설 분류 기준	41
(2) 학설	44
2. 우리 대법원 판례의 태도	55
(1) 취소소송의 소송물에 대한 판례의 입장	55
(2) 판결의 효력 범위에 대한 판례의 입장	56
 제3장 취소소송의 소송물에 대한 검토	 58
제1절 개설	58
1. 취소소송의 소송물에 대한 분석의 방식	58
2. 검토 대상	59
제2절 처분 취소청구권	61
1. 취소소송의 성격	61
(1) 취소소송이 확인소송인지 형성소송인지	61
(2) 취소소송의 성격에 대한 사건	62
2. 사법(私法)상 형성소송의 소송물	64
3. 취소소송의 소송물로서 처분 취소청구권	66
(1) 형성소송으로서의 성격과 취소소송의 소송 유형 자체의 특징 ..	66
(2) 취소청구권을 소송물로 볼 실익의 검토	68

제3절 원고의 권리에 대한 침해	69
1. 취소소송의 목적에 관한 논의	69
(1) 취소소송의 목적과 소송물의 관계	69
(2) 취소소송은 객관소송인가, 주관소송인가	70
2. 취소소송의 목적과 소송물의 관련성	73
3. 취소소송의 소송물로서 원고의 권리 침해	74
(1) 취소소송의 목적	74
(2) 권리구제 목적과 권리구제 효용성	76
제4절 처분의 위법성	78
1. 취소소송의 소송물로서 처분의 위법성	78
(1) 소송물로서 처분의 ‘위법성’	78
(2) ‘개개 위법사유’와 ‘위법성 일반’	78
2. 직권심리주의와 심리 대상인 위법사유	82
(1) 위법성 전체와 현실적으로 심판 대상이 되는 위법사유	82
(2) 행정소송법 제26조에 대한 판례의 입장	83
제5절 소결론	85
 제4장 소송물의 단위와 처분의 동일성	89
제1절 소송물의 단복·이동(單複·異同)의 결정 기준	89
1. 취소소송의 소송물과 처분의 관계	89
(1) 처분과 소송물의 구별	89
(2) 취소소송의 구조와 처분	90
2. 처분의 본질과 구성요소	93
3. 처분의 동일성과 대상적격	96
(1) 처분일자만 다른 반복처분	97
(2) 당초처분과 처분의 동일성	99
(3) 당초처분과 변경처분의 동일성과 소송물	105
제2절 처분사유의 변경과 처분의 동일성	107
1. 처분과 처분사유	107

(1) 처분사유의 의의	107
(2) 처분이유, 위법사유와의 구별	108
2. 처분사유의 추가·변경의 의미와 방법	113
(1) 처분사유와 처분의 동일성	113
(2) 처분사유의 변경과 처분 변경	115
제5장 취소소송의 단계별 소송물 관련 쟁점	118
제1절 서설	118
제2절 소송물의 변경과 소 변경	120
1. 소 변경의 개념과 유형	120
2. 처분의 동일성과 취소소송의 소 변경	123
(1) 행정소송법 제22조의 소 변경	123
(2) 변경처분과 민사소송법상 소 변경	127
제3절 소송상 처분사유 추가·변경의 허용	128
1. 처분사유 추가·변경 논의와 소송물의 관계	128
2. 처분의 유형에 따른 처분사유의 추가·변경 허부 논의	130
(1) 개관	130
(2) 기속행위와 재량행위	130
(3) 거부처분과 새로운 거부사유	132
3. 원고의 방어권 보장과 처분사유의 추가·변경	133
4. 처분사유의 추가·변경에 대한 판례의 태도	134
5. 소결	136
(1) 기속행위와 재량행위에서 처분사유 추가·변경의 허부	137
(2) 거부처분에서 당초 거부처분의 처분사유와 무관한 새로운 거부사유의 추가·변경	138
(3) 원고의 의사를 고려한 처분사유의 추가·변경	142
(4) 분쟁의 일회적 해결의 가치	142
(5) 기본적 사실관계의 동일성 기준의 검토	143
(6) 행정절차에서의 통제와 사법통제의 균형	144

제4절 처분의 위법 여부에 대한 판결 주문의 효력	145
1. 서설	145
(1) 취소소송의 판결의 효력	145
(2) 기판력의 의미와 작용면	146
2. 공정력과 선결문제	150
3. 민사소송에서의 선결문제와 기판력	152
(1) 처분의 위법성이 선결문제인 민사소송	152
(2) 국가배상책임요건인 위법성의 의미	152
(3) 위법성의 이동(異同)과 기판력의 인정 여부	154
4. 형사소송에서의 선결문제와 기판력	156
(1) 형사소송에서의 선결문제의 유형	156
(2) 위법성의 동일 여부와 기판력	161
제5절 위법사유에 대한 판결 이유의 효력	162
1. 서설	162
2. 기속력의 성질 및 소송물과의 관련성	164
(1) 기속력의 성질	164
(2) 기속력과 소송물	167
3. 원상회복의무의 내용 및 활용 의미	168
(1) 원상회복의무의 내용	168
(2) 소송물의 기능과 원상회복의무의 활용 의미	170
 제6장 결론	 172
 참고문헌	 175
 Abstract	 184

제1장 서론

제1절 연구의 대상과 목적

1. 연구의 대상

이 글의 연구 대상은 오래전부터 행정법에서 논쟁의 대상이었고, 지금도 쉽게 정리가 되지 않고 있는 취소소송의 소송물이다. 취소소송은 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송이고,¹⁾ 소송물은 소송의 객체로 법원이 소송에서 심판하는 대상이다.²⁾³⁾ 이 글에서는 행정소송 중에서도 취소소송에 관하여 그 소송물이 무엇인가를 살피고자 한다.⁴⁾ 그 과정에서 다른 행정소송 유형,⁵⁾ 특히 항고소송인 무효등 확인소송⁶⁾의 소송물을 살펴보기도

1) 행정소송법 제4조 제1호 및 제3조.

2) 이시윤, 신민사소송법(제15판), 박영사, 2022, 244면.

3) 소송물은 법원의 심판 대상의 범위와 이와 연결하여 판결의 효력이 미치는 객관적 범위를 정하는 기준이 된다. 하명호, ‘취소소송에서의 소송물과 심리범위 그리고 판결의 효력’, 사법 통권 제58호, 2021, 115면도 민사소송에서 소송물 동일성을 판단하는 기준이 무엇인지 논쟁이 전개된 것은 그 결과에 따라 심리를 할 수 있는 범위와 기판력이 미치는 객관적 범위가 결정되기 때문이라고 하여 소송물이 심리 범위 및 기판력의 객관적 범위를 정하는 기준이 된다고 설명하고 있다.

4) 취소소송의 대상은 ‘처분등’으로 ‘행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용’인 ‘처분’과 행정심판에 대한 재결을 가리킨다(행정소송법 제2조 제1항 제1호). 취소소송의 대상이 처분이든 재결이든 또는 처분의 일부(예를 들면 부관)이든, 취소소송의 소송물은 취소소송의 대상별로 그 논의가 달라질 것이 아니므로 이 글에서는 대상을 구분하지 않고 전체 대상에 대한 취소소송의 소송물을 논하고자 한다. 편의상 취소소송의 대상을 말할 때에는 ‘처분’이라고만 하며, 여기서 ‘처분’은 재결이나 대상적격을 갖추어 독립적으로 취소소송의 대상이 되는 부관을 배제하지 않는 개념으로 사용하기로 한다.

5) 행정소송법 제3조 및 제4조.

하겠지만 어디까지나 논의의 대상은 취소소송의 소송물이므로 다른 행정소송은 취소소송과의 성격 면에서 비교하거나 소송유형 구분에 따른 소송물의 개별 논의를 소송유형 구분에 따라 나누어 살펴볼 실익이 있는 경우에 검토하려고 한다.

취소소송의 소송물을 검토하기 위해서는 취소소송의 목적, 성격이나 사법(司法)과 행정의 관계 및 실체법인 행정법과 행정소송법의 관계 등과 같이 원론적이거나 거시적인 관점에서의 논의도 함께 이루어질 수밖에 없다. 또한, 취소소송은⁷⁾ 민사소송이나 형사소송, 당사자소송 등과 비교할 때 ‘처분’이라는 소송의 대상이 사실관계와 취소소송 사이의 중간 단계에 존재하는 구조이다.⁸⁾ 이러한 구조상의 특이점 때문에 취소소송의 소송물에 대한 논의는 다른 소송물에서의 논의가 그대로 적용될 수 없다. 소송법상 개념인 소송물에 대한 논의를 하는 이상 민사소송이나 형사소송에서의 논의를 참고하게 되는데, 취소소송의 구조상 특색을 고려하여야 제대로 적용할 수 있을 것이므로 소송의 대상, 소송주체 간의 관계와 같은 소송 구조의 논의도 포함될 것이다.

구체적인 연구 대상 쟁점으로는 전통적으로 취소소송의 소송물 논의에서 다루어지는 것들, 즉 원고의 권리 침해라는 주관적 요소도 취소소송의 소송물로 인정되는가의 문제와 취소소송에서 법원의 심판의 대상이 되는 범위로서 소송 중에 피고 행정청이 처분사유를 추가·변경하여 심판의 대상에 대해 범위를 확장하거나 변경할 수 있는가의 문제 그리고 취소소송의 판결의 효

6) 행정소송법 제4조 제2호.

7) 정확히 말하면 취소소송이 포함된 항고소송이라고 할 수 있다. 취소소송과 무효 등 확인소송은 처분을, 부작위위법확인소송은 부작위를 대상으로 하고 이러한 소송의 대상이 소송 구조 상의 특색을 만들어낸다.

8) 민·형사소송이나 당사자소송은 여러 법률상 청구나 주장이 다각적으로 성립할 수 있는 사회생활관계에서 바로 소송절차로 이행되지만, 취소소송은 ‘처분’이라고 하는 특정 대상에서 소송절차가 출발한다. 그 결과 불확정한 범위로 퍼져 있는 사회생활관계 중에서 소송에서 다루어져야 할 사실관계를 확정하는 과정이나, 소송의 결과인 판결이 다시 사실관계에서의 법률상 쟁점에 효력을 미치는 방식에서 처분이라는 매개체가 존재한다.

력으로 기판력과 기속력의 성질 및 내용과 그 효력이 미치는 객관적 범위에 대한 문제 등이 대상 쟁점이 될 것이다.

그리고 이 같은 전통적인 차원의 논의와 비교할 때 상대적으로 덜 활발하게 논의가 이루어졌지만, 취소소송의 소송물의 단위와 처분의 동일성에 대한 문제도 소송물의 중복 여부와 서로 다른 소송물을 전제로 한 소 변경의 요건 충족 여부와 연결되어 중요하게 논의된다.⁹⁾

2. 연구의 목적

행정법학에서 행정소송법은 민사법에서 민사소송법이나 형사법에서 형사소송법과 같은 정도로 실체법인 행정법과 분화되어 독자적인 이론 체계를 갖추지는 못하였다. 취소소송을 비롯한 행정소송은 여러 행정구제수단 중 하나로 소개되기도 한다. 이 점에 대해 문제를 제기하려고 하거나 행정소송법도 민사소송법이나 형사소송법과 같이 독자의 학문체계를 갖추어야 한다고 생각하는 것은 아니다. 오히려 결론에서 밝히는 바와 같이 행정법에서는 소송법과 실체법의 연계와 균형이 중요하다고 생각한다. 하지만, 행정소송의 소송법적 쟁점에 대해, 특히 취소소송을 필두로 하는 행정소송의 구조적인 특색이나 기능과 의미, 목적 그리고 소송에서 제도화된 여러 수단의 의미와 그 요건에 대하여 좀 더 분석하고 논의할 여지가 있다는 문제의식이 있고, 이것이 이 연구의 목적이다.

9) 취소소송의 소송물의 개념요소로서 처분의 동일성에 대하여 본격적인 논의를 촉진한 것은 박정훈, [행정법연구 2] 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2011, 제 10장(취소소송의 소송물-처분사유의 추가·변경, 소변경 및 취소판결의 효력과 관련하여-)이라고 할 수 있다. 이 책에서는 처분의 동일성 개념을 확장하여 행정청의 계속적 처분 권한에 따른 중복, 경정처분이나 재처분까지 하나의 소송물로 묶을 수 있게 함으로써 처분사유 추가·변경이나 기속력 등 취소소송의 모든 쟁점을 소송물 개념으로 설명하고, 심판 대상과 판결 효력 범위에서 독자적인 논의를 하던 과세처분의 취소소송을 포함하여 여러 유형의 행정처분과 취소소송의 각 단계를 관통하는 개념으로서의 소송물 개념을 설정하고 있다.

취소소송의 소송물에 대해서는 개별 쟁점 별로 이미 많은 논의가 있었으나, 또 다른 한편에서 보면 거시적인 관점에서나 소송 과정 전체를 두고 취소소송의 소송물을 살펴보고 있는 논의는 그리 많이 이루어졌다고 보기 어렵다.¹⁰⁾ 이러한 관점에서 보면 취소소송의 전반적인 절차와 쟁점을 살펴서 도출한 견해를 하나 더 더하는 것이 무의미한 작업이 아닐 것이다. 행정소송의 절대적 지분을 차지하고 논의의 중심이 되는 취소소송에 대하여 그 제도 존재의 의미, 목적, 기능부터 실체법상의 쟁점과의 연결점이나 소송 단계별 쟁점을 살펴봄으로써 향후 행정소송 전반이나 취소소송에 제도적 변화가 필요할 때 유용한 논의를 제공할 수도 있을 것이다.

제2절 연구 범위와 방법

취소소송의 소송물을 이해하기 위해서는 취소소송의 소송물을 직접적으로 다룬 선행연구부터 검토하는 것부터 시작하는 것이 당연할 것이다. 그런데 소송물 개념은 다른 소송법학에서도 사용하는 개념으로, 민사소송법학이나 형사소송법학에서 소송물에 관한 오랜 논쟁과 연구가 축적되어있고, 이는 취소소송의 소송물을 판단하는 데 있어 큰 시사점을 줄 수 있다. 따라서 소송물 개념을 어떻게 파악하는지, 소송물 논의에서 어떠한 소송의 가치와 이상이 얼마나 고려되는지 등을 이해하기 위하여 인접 학문인 민사소송법학과 형사소송법학에서의 소송물 논의를 참고하고자 한다. 다만, 취소소송의 기본적인 구조나 취소소송의 기능이 민·형사소송과 일치하지 않는다는 점에서 원용할 수 있는 내용을 가려내야 한다는 점을 인식하면서, 취소소송에의 시

¹⁰⁾ 과세처분 취소소송에 국한하여 소송물 논의를 하거나 취소소송의 소송물과 관련된 특정 쟁점에 관한 글은 따로 열거할 수 없을 정도로 많지만, 이에 비해 취소소송의 소송물을 전체적으로 조망한 글은 많다고 하기는 어렵다. 대표적으로 박정훈, 위의 책, 361-470면이 있고, 하명호, 앞의 글, 이병철, ‘취소소송에서 소송물 개념의 재정립’, 법학논총 제12권 제2호, 2005.과 최춘식, ‘취소소송에 있어서 소송물의 통일적 이해’, 토지공법연구 제69권, 2015. 등이 있다.

사점을 추출하기 충분하고 필요한 범위에서 검토할 것이다. 그리고 외국의 법제를 비교 검토할 필요가 있다. 취소소송이나 이와 유사한 행정소송 형태를 가진 다른 나라의 소송물 또는 소송물과 같은 기능을 하는 이론이나 제도를 넓게 비교연구하는 것이 마땅하나, 소송물이라는 개념은 독일과 일본에서 사용하고 있고, 소송물 개념의 출발지이자 논의의 근원지인 독일에서의 취소소송의 소송물 논의가 일본과 국내 논의에 큰 영향을 미치고 있으므로 특히 독일에서의 논의를 중심으로 검토하고자 한다. 취소소송의 소송물에 대해서는 국내에서도 그렇지만 근자에 주목받는 논의가 아닌 까닭에 외국에서의 논의도 다소 오래전의 선행연구가 검토 대상이 되고 있다. 독일과 일본에서의 취소소송의 소송물 논쟁은 국내 문헌들에서 이미 자세히 소개되어 있어 이 부분은 주로 선행 연구자들의 연구 결과를 정리하는 방법으로 이루어졌다는 점을 밝힌다.

인접 학문인 민사소송법학 및 형사소송법학에서의 소송물 논의와 독일의 취소소송에 관한 논쟁을 예비적으로 고찰한 후에 우리나라에서 취소소송의 소송물에 관한 논의의 현황을 살펴보고자 한다. 여기에서는 취소소송의 소송물에 대한 여러 견해의 검토와 비판을 거쳐 그동안 취소소송의 소송물로 거론되어왔던 대상들을 하나씩 개별적으로 검토하는 방법을 통해 취소소송의 소송물이 될 수 있는 것을 추려내면서 취소소송의 소송물은 무엇이어야 하는지의 최종적인 결론에 이르기로 한다. 그리고 소송물은 단순히 그 개념을 파악하거나 취소소송의 성격 또는 구조를 파악하는 도구적 개념으로 필요한 것이 아니라 실무적으로도 취소소송의 여러 단계에서의 쟁점에 해답을 제공할 수 있어야 할 것인바, 취소소송의 소송물이 무엇인지를 파악하고 사건을 밝히는 것에 그치지 않고 소송물의 효용성에 비추어 취소소송에서 소송물의 필요성과 취소소송의 단계에서 소송물 개념이 어떠한 방식으로 활용되는지까지 점검할 필요가 있다. 연구의 대상에서 밝힌 바와 같이 취소소송의 소송물만을 다룬 연구뿐만 아니라 이를 전제로 하는 논의인 처분사유의 추가·변경에 관한 연구, 처분사유의 기본적 사실관계의 동일성에 관한 연구, 취소판결의 기속력에 대한 연구가 모두 검토 대상이 된다. 그리고 소송물의 결정은

진리나 논리적인 명제의 문제가 아니라 해당 소송에서의 이념이나 가치를 고려한 정책적인 결정인 까닭에 취소소송을 바라보는 시각, 취소소송의 성격에 대한 논의 그리고 나아가 원고적격과 소의 이익 등 소송요건에 대한 논의, 행정소송과 무관해 보이지만 행정절차나 국가배상에서 행정의 적법성을 판단하고 통제하기 위한 여러 장치에 관한 논의도 참조하였다.

연구의 방법으로는 기본적으로 우리나라와 검토 대상인 외국 법제 국가의 법령과 연구자들의 연구 결과인 단행본 및 논문을 검토하고 정리하고 분석하였고, 실무상 상황을 파악하기 위하여 대법원의 판례의 태도와 주요 사례의 경우 사실관계 분석을 포함한 법원의 논증을 분석하였다.

제2장 취소소송의 소송물에 대한 예비적 고찰

제1절 소송물의 의의와 기능

1. 소송물의 의의

취소소송의 소송물에 대한 논의를 시작하기 위해서는 먼저 소송물이 무엇인지부터 살펴본다. ‘소송물’을 둘러싼 논의만큼이나 여러 소송법학에서 논란이 되어온 것도 없다.¹¹⁾ 소송은 법적인 분쟁을 처리하기 위하여 만든 제도이다. 법원이 소송의 객체에 대하여 심판을 하면 그 결과인 판결은 확정적인 힘을 갖고 소송에 관여한 당사자들은 이 결과에 구속되는 것이 소송제도의 골자이다. 만약 소송에서 다루어지지 않았거나 다루어질 수 없었던 문제에 대하여도 판결이 내려지고, 그 판결 결과대로 권리나 법률관계가 확정된다면 이는 당사자들에게 불합리할 수도 있으므로 소송에서 법원이 어디까지 심판할 수 있고, 판결이 내려지면 이 판결은 어디까지 효력을 미치는가, 그리고 이 두 범위를 같이 볼 것인가, 달리 볼 것인가는 소송에서 매우 중요한 문제가 된다. 그리고 구체적으로 그 범위를 어떻게 정할 것인지-넓게 정할 것인지 좁게 정할 것인지-에 따라 소송에 참여하는 당사자의 이해관계가 달라진다. 이같이 소송에서 중요한 심판의 대상과 판결의 효력 범위를 정하기 위한 개념이 ‘소송물’이다.

이러한 소송물이라는 확정된 소송의 객체가 없으면 판결의 효력을 미치게 하기 위한 다른 원칙과 그 원칙이 적용되기 위한 요건이 필요할 것이다. 소송에 관여한 당사자나 그와 밀접한 관계에 있는 자에 대해 확정판결에서 판

¹¹⁾ 소송물(*Streitgegenstand*)은 사실 독일 민사소송법학에서 논의가 시작된 개념으로, 1925년 로젠베르크가 문제로 삼은 이래 민사소송법학에서 가장 많이 논의되고 있는 문제 중 하나라고 한다(정동윤/유병현/김경욱, 민사소송법(제8판), 법문사, 2020, 267면).

단한 내용을 존중해 줄 것을 신의성실의 원칙과 같은 법의 일반원칙에 기대어 요구해야 할 수도 있다. 이에 비하면 소송물이라는 개념은 그 자체로 전후 사건의 동일 여부를 판단하기 위한 개념이므로 이에 따라 소송 단계와 판결의 효력에서 일관되고 통일적인 결정 기준을 제공해 줄 수도 있다는 점에서 그 의미가 있다.

2. 취소소송에서의 소송물의 기능

(1) 소송물의 기능

이러한 소송물이 소송법에서 가지는 기능은 다음과 같이 두 가지로 설명될 수 있을 것이다. 첫 번째로는 법원의 심판대상의 범위를 확정하는 것이다. 소송물로 범위가 결정된 법원의 심판범위는 실제 당사자가 다투고 법원이 심사하여 판단을 내린 것이 아니더라도 확정판결 이후에는 당사자와 법원이 다른 내용을 주장하거나 판단할 수 없는 판결의 효력이 발생하는 범위로 연결된다. 두 번째로는 소송물이 같은 것 즉 중복되는 소송을 배제하여 실질적으로 같은 것을 다투는 소송을 여러 번 반복할 수 없게 하는 것이다.¹²⁾ 실질적으로 다투는 내용이 같은 소송을 반복적으로 제기하는 것을 허용하지 않거나 제한하면 분쟁을 일회적으로 해결함으로써 당사자 사이의 법률관계에서 법적 안정성을 꾀할 수 있고, 법원 등 국가의 사법기관 자원을 낭비하는 것을 방지하는 큰 의미가 있다. 이러한 정책적 가치는 소송물 논쟁에서뿐만 아니라 소송제도의 운영에 있어 매우 중요하게 취급된다.

¹²⁾ 두 기능으로 나누기는 하지만 전자의 기능과 후자의 기능은 전혀 별개의 기능이라고는 볼 수 없다. 민사소송에서의 소송물 논쟁은 실체법상의 권리와 소송법상의 요소 사이에서 어느 것에 따라 소송물의 내용을 정하느냐에 대한 것으로 소송물의 단위와 개별화에 관한 것이므로(정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 267-268면) 후자에 관한 것이라고 할 수도 있지만, 그 결과 전자에서의 범위도 확정되는 것이다.

(2) 취소소송에서 소송물의 기능

행정소송인 취소소송은 처분의 취소를 구하는 소송이고, 민사소송이나 당사자소송 등 다른 유형의 소송이 일정한 법률관계의 존부나 그 내용을 대상으로 하는 것과 달리 특정한 개별 행정작용인 처분을 대상으로 하다 보니 실질적으로 동일한 처분을 다투는 취소소송이 여러 취소소송으로 제기되는 경우는 많지 않다. 이는 직권소송의 성격이 있는 형사소송에서도 마찬가지이다.

민사소송의 소송물 논의는 두 번째 기능인 중복소송의 방지 기능에 더 초점이 맞춰져 있지만,¹³⁾ 형사소송이나 취소소송에서는 첫 번째 기능이 중심이 된다. 검사의 이중기소나 행정청의 이중처분은 제도적으로 관리되지만, 판결 이후에 새로운 기소가 이루어지거나 새로운 처분이 내려질 수 있어 판결의 효력이 새로운 기소나 새로운 처분에 미치는가를 결정하는 기준이 필요하기 때문이다. 따라서 기소의 효력이 미치는 범위 및 처분의 동일성이 인정되는 범위를 확정하는 것이 형사소송과 취소소송의 소송물 논의에서 중요하다.

제2절 민·형사소송의 소송물이론

취소소송의 소송물을 검토하기 위하여는 취소소송이 무엇이고 소송물이 무엇인지를 검토하는 것이 자연스럽겠지만 소송물 개념은 소송법상의 개념이므로 인접 학문인 민·형사소송법학에서의 소송물 논쟁을 먼저 살펴볼 필요가 있다. 민·형사소송에서 해당 소송제도의 구조나 그 소송제도가 추구하는 이상(理想)이 소송물을 결정하는 견해의 차이에서 어떻게 영향을 미치는지는 취소소송의 소송물을 검토할 때 참고할 수 있기 때문이다.

¹³⁾ 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 268면은 민사소송의 소송물 논쟁의 테마 중에서 소송물의 개별화 기준 즉, 소송물의 단복·이동을 결정하는 기준에 관한 논의가 현재 소송물의 핵심이라고 한다.

1. 민사소송의 신·구소송물 논쟁

(1) 민사소송에서 소송물 개념

1) 민사소송에서 소송물 개념의 법적 근거

민사소송에서 소송물이 실정법상의 개념인가에 대해서, 우리 민사소송법에는 소송물이라는 용어를 쓰고 있지 않아 일반적으로는 우리 실정법상의 용어가 아니라고 하기도 한다. 하지만, 민사집행법 제48조 제2항 단서에서 제3자이의의 소의 관할에 대해 규정하면서 ‘소송물’을 언급하고 있고,¹⁴⁾ 제156조 제1항 단서에서는 배당이의의 소의 관할에 대해 또 다시 ‘소송물’을 언급하며,¹⁵⁾ 또한 제309조 제1항은 가처분의 집행정지에 대해서 규정하면서 ‘소송물인 권리 또는 법률관계가 이행되는 것과 같은 내용의 가처분을 명한 재판’이라고 하여 본안소송에서의 심판의 대상이라는 의미에서 ‘소송물’이라는 용어를 사용하고 있으므로, 실정법상의 개념으로 보아도 무방할 것이다.¹⁶⁾ 그 외에 민사소송법에서 ‘소송물’이라고 용어로 표현하지는 않았지만 ‘소송목적이 되는 권리나 의무’¹⁷⁾ 나 ‘청구’¹⁸⁾등의 표현을 쓰고 있는바, 이러한

14) 제48조(제3자이의의 소) ② 제1항의 소는 집행법원이 관할한다. 다만, 소송물이 단독판사의 관할에 속하지 아니할 때에는 집행법원이 있는 곳을 관할하는 지방법원의 합의부가 이를 관할한다.

15) 제156조(배당이의의 소의 관할) ① 제154조제1항의 배당이의의 소는 배당을 실시한 집행법원이 속한 지방법원의 관할로 한다. 다만, 소송물이 단독판사의 관할에 속하지 아니할 경우에는 지방법원의 합의부가 이를 관할한다.

16) 민사집행절차는 판결절차는 아니지만 판결절차에 의하여 확정된 이행의무의 실현을 위한 절차이고, 강제집행절차에 관한 규정은 2002년 민사소송법 개정 및 민사집행법 제정 이전까지는 민사소송법(제7편)에 규정되어 있었던바, 2002년 개정 전 민사소송법에서도 제3자이의의 소 및 배당이의의 소의 관할과 관련하여서는 소송물이라는 용어가 사용되고 있었다.

17) 민사소송법 제25조 제2항은 “소송목적이 되는 권리나 의무가 여러 사람에게 공통되거나 사실상 또는 법률상 같은 원인으로 말미암아 그 여러 사람이 공동소송인(共同訴訟人)으로서 당사자가 되는 경우에는 제1항의 규정을 준용한다.”라

표현도 소송물을 달리 칭한 것으로 이해된다.

2) 민사소송에서 소송물 개념의 효용성 및 논의 실익

소송물은 민사소송에서는 그야말로 소송 개시 단계부터 소송절차의 진행 과정과 판결의 효력 범위 및 재소금지의 범위까지 전(全)단계에 걸친 개념이다. 소 제기 시에는 관할과 심판 대상 및 범위를 결정하는 표준이 되어 그 결과 중복소송 여부를 판단하는 데 활용되고, 소송 진행 중에는 청구의 병합과 청구의 변경 여부, 처분권주의와 관련하여 심리의 범위를 결정하며, 소송절차가 종료하여 판결이 확정된 이후에는 기판력의 객관적 범위와 재소금지의 범위를 결정하게 된다.¹⁹⁾

(2) 민사소송에서 소송물 논쟁

1) 신·구소송물 이론

민사소송법학에서 소송물 논쟁은 신·구 소송물 논쟁부터 살펴보아야 한다. 신·구 소송물 논쟁은 민사소송에서의 소송물의 동일성을 식별하는 기준에 관한 실체법설(구소송물이론)과 소송법설(신소송물이론)의 대립을 말한다.

고 하고 있고, 제81조는 소송승계인의 소송참가에 대해 “소송이 법원에 계속되어 있는 동안에 제3자가 소송목적인 권리 또는 의무의 전부나 일부를 승계하였다고 주장하며 제79조의 규정에 따라 소송에 참가한 경우 그 참가는 소송이 법원에 처음 계속된 때에 소급하여 시효의 중단 또는 법률상 기간준수의 효력이 생긴다.”라고 하고 있다.

18) 민사소송법은 병합소송과 관련하여 제25조 제1항에서 병합소송의 관할에 대하여, 제253조에서 소의 객관적 병합에 대하여 규정하면서 ‘여러개의 청구’라는 표현을, 소 변경에 대한 제262조에서 ‘청구의 변경’이라는 용어를 쓰고 있다. 다만 청구라는 표현은 실체법상 청구권을 행사하는 소송인 이행소송에는 적합하지만 확인소송이나 형성소송에는 적합하지 않다는 지적이 있다(호문혁, 민사소송법(제14판), 법문사, 2020, 118면).

19) 이태영, 민사소송법강의(제3판), 법문사, 2022, 195면.

먼저 등장한 실체법설은 실체법상의 권리 또는 법률관계를 소송물로 보고 실체법상의 권리가 다르면 소송법적으로도 소송물이 별개가 된다고 한다.²⁰⁾ 이 견해에 따르면 실체법상 권리는 적용법조마다 달라지므로 결국 적용법조가 달라지면 소송물도 달라진다. 이에 반해 소송법설은 소송물은 실체법상의 권리의 주장이 아니고 소송법적 요소로 소송물이 구성된다는 입장이고, 소송법적으로 소송물을 정의한다고 해서 그 이름이 소송법설이다.²¹⁾ 소송법설 안에서도 소송법적 요소로서 무엇으로 소송물을 판단하느냐에 따라 원고의 ‘신청’만으로(一元說) 소송물을 판단한다고 보는 견해와 ‘신청’과 더불어 ‘사실관계’를 기준으로(二元說) 소송물을 판단하여야 한다는 견해가 나뉘는데, 후자는 신청과 사실관계라는 두 요소에 의하여 소송물이 구성된다고 하여 이(분)지설(二分肢說, 이하 ‘이지설’이라고 함)이라고 하고, 결국 원고의 소장에서 청구취지와 청구원인에 기재된 사실관계에 의하여 소송물을 특정하게 된다. 전자는 후자인 이분지설에서 기준이 모호한 사실관계를 소송물 식별에서 제외하고 오로지 ‘신청’ 한 가지를 소송물의 구성요소로 보는 입장이다. 신청한 가지만이 소송물을 받치는 요소(肢)라고 보아 일(분)지설(一分肢說, 이하 ‘일지설’이라고 함)이라고 한다.

실체법설은 소송물을 실체법상의 권리·법률관계의 주장이라고 파악하기 때문에 실체법상의 권리가 다르면 소송법적으로도 소송물이 별개가 된다. 그런데 실체법상의 권리는 적용법조마다 달라지므로, 따라서 동일한 법률효과를 주장하는 수 개의 실체법상 청구권이 있을 수 있다. 청구권마다 별개의 소송물이 성립하게 되므로 패소한 원고가 다른 실체법상 청구권을 주장하면서 새로운 소송을 제기할 수가 있게 되는 결과가 된다. 이러한 결론 때문에 실체법설은 소송법설로부터 청구의 병합이나 소 변경에서 번잡하고, 특히 분쟁의 일회적 해결이라는 관점에서 바람직하지 못한 결론이 도출된다는 비판을 받는다. 소송법설은 실체법상의 권리나 청구권이 소송물의 식별기준이 되지 않고, 순수하게 소송법적인 요소만을 고려하여 소송물을 특정하여야 한다

20) 이시윤, 앞의 책, 245면.

21) 이시윤, 앞의 책, 246면.

고 한다. 실체법상의 권리 또는 법률관계(적용법조)는 청구의 당부를 판단하는 심사척도 내지 법률적 평가 결과이고 이러한 실체법상의 권리 또는 법률관계의 주장은 청구의 당부에 관한 공격방어방법에 불과하다고 보는 것이다.

소송법설은 소송법적 요소인 ‘신청’만으로 소송물을 구성할 수 있다고 볼 것이냐 아니냐에 따라 이지설과 일지설로 나뉜다. 일지설은 원고가 소를 제기함으로써 달성하려는 목적을 선명하게 드러내는, 원고의 법원에 대한 신청(Antrag, 우리 법에서는 ‘청구의 취지’²²⁾에 해당) 그 한 가지가 소송물의 구성요소라고 본다. 소송물의 범위가 가장 커지게 되며, 그 결과 기판력의 범위도 넓어지고 분쟁의 일회적 해결에 가장 충실하다고 볼 수 있다. 그러나 금전지급청구와 같이 소송상의 목적은 같아도 소송에서 심판할 대상이 완전히 달라질 수 있는 소송에서 그 소송물을 특정하고 나누기가 어렵다.²³⁾ 이에 대해서 일지설은 금전지급·대체물인도청구소송에서만만큼은 예외적으로 ‘사실관계’를 ‘신청’의 해석을 위해서 보충적으로 참작하여 비로소 소송물을 특정할 수 있다고 인정한다.²⁴⁾ 즉 일지설은 소송법적 요소로 소송물을 파악한다는 소송법설을 가장 충실하게 따르고 있으나 실제의 민사소송에서 많은 부분을 차지하는 금전청구소송에서 그 이론의 일관성이 유지되지 못한다는 약점이 있다. 이에 대하여 이지설은 신청(Antrag)과 사실관계(Sachverhalt)를 모두 소송물을 구성하는 두 가지 요소로 본다. 여기서의 사실관계(Sachverhalt)는 실체법상 권리의 발생을 위한 법률요건을 충족시키기 위한 사실(요건사실)보다는 더 넓은 개념으로, 사회적·역사적으로 보아 하나로 볼 수 있는 일련의 생활사실관계라고 한다. 이러한 이지설은 일지설에 의할 때 기판력이

22) 실무상 소장에서 ‘청구취지’라고 하여 원고가 소송을 통해 받고자 하는 인용판결의 주문에 해당하는 내용을 작성하는 부분을 말한다. 민사소송법 제249조 제1항은 소장의 기재사항 중 하나로 ‘청구의 취지와 원인’을 적도록 하고 있다.

23) 예를 들어 원고가 피고에게 1억원 지급을 구하는 소송을 제기한 경우, 이 청구가 원고와 피고 사이의 어떠한 법률관계나 사실관계와 관련된 것인지, 즉 당사자 사이의 불법행위 문제인지, 대여금인지, 부당이득이 있는지, 계약 불이행의 문제가 있는지 신청만으로는 알 수 없고, 1억원의 청구금액은 신청 하나에 대한 것인지 여러 청구를 합산한 것인지도 전혀 알 수 없어 소송물을 특정할 수 없다.

24) 이시윤, 앞의 책, 247면.

지나치게 확대되어 패고 원고에게 가혹하게 되는 점을 보완하지만, 사실관계란 모호한 개념을 소송물의 구성요소로 삼고 있어 일련의 사실관계에서 소송물이 나누어지는 경계의 획정이 어렵고, 사실관계를 고려할 때 자칫 요건 사실을 염두에 두고 법적으로 한 의미가 있는 사실관계 별로 나누게 되거나 좁게 해석하게 되면 실체법설과 결과적으로 같은 소송물 단위가 나오게 된다. 또한 확인의 소에서는 존부의 확인을 구하는 권리 또는 법률관계가 단일하기 때문에 이지설에 의하면서도 확인의 소에서는 이지설과 같이 신청만으로 특정된다고 보기도 하고,²⁵⁾ 확인의 소에서도 신청과 사실관계 두 가지를 모두 고려하는 이지설을 일관시켜야 한다고 하는²⁶⁾ 등 소송물에 대한 관점이 통일되어 있다고 보이지 않는다.

2) 새로운 견해

소송법설인 두 학설의 위와 같은 장단점이 분명하여 취사선택하기 어렵기 때문에 소송법설에서도 이 중 한 이론에 따라 소송물이론의 통일적이고 절대적인 구성을 하는 것을 포기하고 소송물을 다양하게 구성하려는 입장이 있다.²⁷⁾ 이를 상대적 소송물설이라고 하는데 구체적으로는, 청구의 병합, 청구의 변경, 소송계속 등 소송진행과정의 문제에서는 일분지설에서와 같이 소송물을 넓게 보아 원고의 신청을 이유 있게 하기 적합한 모든 사실이 소송물에 속한다고 하지만, 기판력의 범위에 관하여는 패소당사자의 보호를 위하여 소송물을 좁게 보아 이분지설에 따라 사실관계도 신청과 함께 소송물의 구성요소라고 본다.²⁸⁾

또한, 실체법설이 받는 비판을 고려하여 실체법설을 수정한 신실체법설도 있다. 이 견해는 하나의 청구법규에서 하나의 실체법상 청구권이 발생하는

25) 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 289면.

26) 호문혁, 앞의 책, 133면.

27) 이시윤, 앞의 책, 248면.

28) 이시윤, 앞의 책, 248면.

것으로 보지 않고, 일정한 급여를 구할 수 있는 법적 지위 자체를 청구권으로 본다.²⁹⁾ 실체법상의 청구권을 단지 공격방어방법으로만 보는 것이 아니라는 점에서 소송법설과 다르고 실체법설의 기본적인 이해를 유지하는 것이기는 하지만 그 이론이나 근거가 아직 정리되지 않았고,³⁰⁾ 결과적으로는 소송법설과 크게 다르지 않다.

3) 우리나라의 다수설과 판례

우리나라에서는 학설로서는 소송법설이 다수설이나, 판례는 기본적으로 청구원인에 의하여 특정되는 실체법상의 권리관계를 기준으로 소송물을 보고 있어 실체법설의 입장을 따르고 있다.³¹⁾ 다만, 실체법설의 입장을 일부 완화하였다고 평가되는 일부 판례 사례도 있다.³²⁾ 외국 민사소송법학에서의 경향을 보면, 독일에서는 20세기 중반까지는 실체법설이 통설·판례였으나, 현재는 학설도 소송법설, 그 중에서도 이지설이 다수설이고 판례의 주류적 경향

29) 이시윤, 앞의 책, 248면.

30) 실체법상 청구권 경합을 청구법규의 경합으로 보면서 하나의 청구권으로 인정하려는 것이어서 실체법상의 청구개념과 소송상 청구 간의 조화를 꾀하는 것인데, 문제는 실체법상 청구권이 경합할 때 어떤 기준에 의하여 하나의 청구권으로 구성할 것이며, 서로 내용이 다른 시효나 증명책임 규정 등과 같이 경합하는 법규 사이의 적용순위를 어떻게 결정할 것인지 등을 해결하기 어려운 점이 지적된다. 이시윤 앞의 책, 248면; 김용진, ‘소송상 쟁점사항과 소송물이론’, 법학연구 제12권 제1호, 2001, 166면 등 참조.

31) 판례는 실체법상의 근거를 달리하는 예를 들어 채무불이행에 의한 것과 불법행위에 의한 것이 다른 손해배상청구, 부당이득반환청구와 손해배상청구, 어음·수표금 청구와 그 원인채권에 기한 청구, 동일한 목적물에 대하여 소유권에 기한 반환청구와 점유권에 기한 반환청구, 등기원인을 달리하는 소유권이전등기청구를 별개의 소송으로 본다. 또한 이혼소송에서 이혼사유별로 소송물을 달리 보고, 재심의 소에서도 재심사유를 달리하는 청구는 별개의 청구로 본다.

32) 소유권이전등기말소청구와 진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구는 비록 다른 형식을 취하고 있지만 둘 다 진정한 소유자의 등기명의를 회복하기 위한 것으로서 실질적으로 그 목적이 동일하고, 두 청구권 모두 소유권에 기한 방해배제청구권으로서 그 법적 근거와 성질이 동일하다는 근거로 소송물이 동일하다고 한 판례로 대법원 2001. 9. 20. 선고 99다37894 전원합의체 판결이 거론된다.

도 이지설을 따르고 있다. 일본에서는 학설로는 이지설이 다수설이지만, 판례는 기본적으로 실체법설을 따르고 있다.

(3) 신·구소송물 이론 대립의 의미와 소송의 이념

이러한 소송물이론에 있어 소송물의 식별이나 이해에 있어서 어떤 견해를 취할 것인가는 궁극적으로는 법 정책적인 평가의 문제이고, 소송 정책적 측면에서 검토되어야 할 문제라고 본다.³³⁾ 즉, 어느 이론이 원리적으로 맞거나, 더 타당하다고 할 수 없고, 시대적·사회적 상황에 따라 달리 볼 수 있다. 따라서 그 사회에서 소송이라는 제도를 운용하는 방식과 사회경제적 수준, 소송법에서 추구하는, 이를테면 신속이나 소송경제³⁴⁾등의 이념에의 지향 정도 등을 반영하여 소송 정책적으로 채택할 문제라고 본다. 이에 대해 소송물이론의 대립을 소송물의 범위를 좁혀서 사권 실현의 기회를 확대하려고 하는

33) 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 239면; 이상덕, ‘항고소송에서 분쟁의 1회적 해결 요청과 상소의 이익’, 사법 제51호, 2020, 579면도 소송물 개념은 소송법적으로 논리적 정답이 있는 문제가 아니라, 상반된 공익과 사익을 비교衡量하여 조정하는 사법정책적 가치판단이 필요한 문제라는 것이 소송법학의 일반적인 인식이라고 한다.

34) 소송경제의 개념에 대해서는 다른 의미로 사용되는 경우가 많아 정리가 필요하다. 흔히 재판의 이념이나 가치로서의 ‘경제’와 소송경제를 이야기할 때에는 금전적 비용의 관점에서 저렴하게 소송절차를 이용할 수 있는 것을 ‘경제’의 이념으로 설명하고 있다(이시윤, 앞의 책, 29면; 이태영, 앞의 책, 18면 참조). 일반적으로 ‘경제성’을 가치로 삼을 때에는 투입되는 자원이나 비용의 효율성을 의미하고 어떤 자원을 기준으로 말하는지가 전제되어야 한다, 소송에서 경제성이라고 하면 비용의 부담 주체를 당사자의 입장에서 볼 것인지, 법원이나 사회의 입장에서 볼 것인지, 그리고 투입되는 비용의 내용이 시간인지, 사법자원 등의 사회적 비용인지, 순수하게 경제적인, 즉 금전적 비용인지가 분명하게 전제되어야 한다. 당사자의 시간이라는 비용 관점에서 경제성은 신속한 재판과 연결될 수도 있으나, 공공재로서의 사법자원 등 사회적 비용의 경제성은 분쟁의 1회적 해결과 연결될 뿐 오히려 당사자에게는 신속하지 않은 재판이 될 수도 있다. 소송경제는 남소 방지, 소송지연 방지 등 효율성의 관점에서 거론되는 포괄적인 개념이지만 이 글에서 소송의 이념이나 가치로서 이야기할 때에는 이를 분쟁의 1회적 해결이나 신속한 재판으로 구체화하여 설명하고자 한다.

사익 중심의 자유주의적·개인주의적 소송관(실체법설)과 분쟁의 일회적 해결로 인한 사법기관의 중복적 이용을 방지하려고 하는 공익 중심의 사회국가적·복지국가적 소송관(신실체법설과 소송법설)의 대립으로 분석하기도 하는데.³⁵⁾ 그 논쟁의 핵심은 사법정책적 관점에 따라 좌우되는 평가문제라고 하여 역시 소송물이론이 정책적인 문제라는 점을 인정한다는 점에서 같은 관점이라고 할 수 있다.

소송물의 범위를 넓게 설정하면 기관력의 객관적 범위가 넓어져, 전소에서 패소하였거나, 전소에서 청구 또는 주장을 일부 누락시킨 원고의 권리 실현에 제한이 가해진다. 그렇다고 소송물을 너무 좁게 설정하면 패소 원고의 별소 제기를 막을 수 없어 소송제도의 운영에 소요되는 사회적 자원이 낭비되고, 피고로서도 응소의 부담을 계속 지게 된다. 소송물을 어떻게 볼 것인가는 주로 소송제도의 자원 활용과 재판의 신속성이라는 측면에서 검토된다. 소송법설에 의할 때와 같이 소송물이 넓어지면 분쟁의 일회적 해결에는 기여할 수 있어 민사분쟁의 확정을 통한 법적 안정성의 추구라는 측면에서 바람직하다. 전체적으로 보면 소송 건수가 감소할 것이므로 사법자원의 낭비도 막을 수 있다. 하지만 개별사건에서는 법원이 해당 사안에 적용 가능한 모든 법적 관점에서 심리해야 하므로 사건당 법원의 심리부담은 가중되는 문제가 있고, 원고로서도 실체법적으로 가능한 모든 권리의 주장을 한 소송에서 하여야 하므로 소송 준비 부담이 무거워진다. 따라서 개별사건으로 볼 때 소송이 신속하게 종결되기는 어렵다.

우리 판례는 실체법설의 입장인데, 법원의 인적·물적 사정의 고려와 법적 조력 없이 당사자 본인이 직접 소송을 수행하는(소위 ‘나홀로 소송’) 원고의 부담을 고려하여 소송법설을 도입하지 않고 있는 것으로 보인다.³⁶⁾ 소송법설

³⁵⁾ 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 239면; 하명호, 앞의 글, 116면도 민사소송의 소송물이론의 대립에 대해 이같이 평하면서 사법정책적 관점에 따라 좌우되는 정책 문제이고, 현대적인 흐름은 사실관계의 동일성을 전제로 소송물을 넓게 파악하려고 하는 경향이라고 한다.

³⁶⁾ 김홍엽, 민사소송법(제4판), 박영사, 2013, 295면은 현재 이러한 사정과 법원의 인적·물적사정을 고려하면 신소송물이론을 도입하는 것은 현실적인 한계가 있

이 소송법학에서 갖는 의의로 가장 의미있는 것은 바로 실질적으로 하나의 분쟁을 여러 개로 나누지 않고 되도록 하나의 절차에서 해결하고자 하는 ‘분쟁 해결의 일회성’을 강조한 것이고,³⁷⁾ 절차 집중이라는 시대적 정신의 소송법에서의 반영이라고 할 수 있다. 산업화가 진행되고 사회·경제에서 분업화·전문화가 이루어지면서 사법적 분쟁 해결의 방법이 기본적인 분쟁 해결의 방식이 된 현대사회에서는 재판 절차에서의 집중과 이를 통한 분쟁의 일회적 해결의 가치가 점점 중요해지고 있다. 다만 이러한 소송절차의 집중은 앞서 본 것과 같이 재판기관인 법원뿐만 아니라 당사자의 법적 조력이라는 점에서도 자원을 집중과 비용을 요구하는바, 이는 소송의 이념 중 저렴한 비용으로 소송절차를 이용할 수 있어야 한다는 ‘경제’의 이념에는 맞지 않을 수도 있다. 결국, 소송물을 어떻게 볼 것이냐를 결정할 때에는 사회적·경제적 상황에 맞게 당사자의 권리 실현과 재판제도의 운용에 있어 소송의 이상인 적정과 공평, 신속과 경제를 모두 고려할 수밖에 없다.

(4) 취소소송에의 영향

1) 민사소송에서의 소송물이론이 취소소송의 소송물이론에 미친 영향으로, 먼저 실체법설은 개개 실체법상 청구권을 소송물로 보지만 소송법설에서는 이러한 실체법상의 청구권 각각은 공격방어방법에 지나지 않는다는 점과 관련하여 통설이 개개 위법사유를 소송물로 보지 않고 위법성 전체를 취소소송의 소송물로 보는 것은 소송법설과 연결된다고 보기도 한다.³⁸⁾ 개개의 실체법상 권리를 소송물로 보지 않고 단지 소송물을 정당화하는 법적 근거로

다고 한다.

³⁷⁾ 이시윤, 앞의 책, 263면.

³⁸⁾ 하명호, 앞의 글, 120면은 취소소송의 소송물이 위법성 일반인가 개개 위법사유인가의 논쟁이 마치 민사소송법학계에서의 구실체법설과 소송법설의 논쟁 양상과 유사한 측면이 있지만, 취소소송은 민사소송과 달리 제소기간의 제한이 있기 때문에 민사소송에서는 실체법설을 고수하여 소송물을 좁혀 해석하는 판례도 취소소송에서는 처분의 위법성 일반이라는 견해를 취한다고 한다.

서만 보므로 실체법상 개개의 위법사유를 각각의 소송물로 보지 않고, 처분의 위법성을 판단하는 법적 근거로 보는 것이기 때문이다.

2) 취소소송의 소송물에 대하여 처분의 위법성의 존부나 권리 침해 여부와 같은 실체적 내용이 아닌 이러한 점에 대한 ‘원고의 법적 주장’ 또는 ‘취소를 구하는 원고의 법적 주장’이 취소소송의 소송물이라고 보는 견해들은 아마도 소송법설에서 소송법적 요소로 소송물을 판단한다는 점에 착안한 것으로 보인다. 그리고 소송물의 판단 근거 내지 요소로 일련의 사실관계를 고려하여 소송물의 단위와 경계를 확정하려는 시도 역시 소송법설 특히 이지설의 영향을 받은 것이라고 볼 수 있다. 앞서 소개한 견해로, 처분의 본질을 일정한 생활관계에 대한 법적인 규율로 파악하고, 구체적으로는 규율의 대상과 방식이 동일하면 그 처분의 동일성을 인정할 수 있다고 하고, 여기서 규율대상은 생활관계의 문제이지만 규율방식은 법적인 문제라고 보는 견해는 이지설에서 신청이라는 요소 외에 사실관계라는 요소도 소송물의 요소를 보는 것과 일맥상통하는 점이 있다. 이지설에서는 소송물을 구성하는 요소로 신청 외에도 사실관계를 들고 있고 여기서의 사실관계는 법상 요구되는 법률요건과 바로 매칭되는 요건사실만이 아니라 실제의 상황이나 사정에 해당하는 일련의 사실관계인데 이것이 소송물의 단위를 구별 짓는다는 점이 처분의 동일성을 결정할 때 처분이 규율의 대상으로 삼은 사실관계를 고려한다는 점과 비교되는 것이다. 다른 견해로 민사소송에서 사실관계와 청구취지로 그 소송물이 특정되는 것과 마찬가지로 처분은 ‘기초적 사실관계’에 따른 ‘주문’으로 완성된다고 하는 견해³⁹⁾ 역시 민사소송에서의 소송법설에 따라 취소소송의 소송물의 구성하려는 시도로 이해할 수 있다.

3) 이와 유사하게 소송물을 소송 청구와 그 기초가 된 생활상의 사실관계로 보는 이지설의 입장에 따라 취소소송에서의 소송물도 이에 맞추어 파악

³⁹⁾ 최춘식, 앞의 글, 제218면.

하되 이러한 이원설의 원형에 더욱 가깝게 정의하고자 하는 견해가 있다. 이 견해는 취소소송의 소송물에 대해 “1)행정행위가 위법하고 그로 인해 자신의 권리가 침해되었다는 원고의 법적 주장과 2)소송의 배경이 되는 요소인 생활 사실관계에 따라 결정된다”고 보며, 이와 같이 보는 것은 독일 민사소송법의 지배적인 견해이자, 소송물을 소송청구와 그 기초가 된 생활상의 사실관계로 보는 이지설의 입장에 따른 것이라고 명시적으로 밝히고 있다.⁴⁰⁾

(5) 취소소송에의 시사점

1) 신소송물이론의 이원(二元)의 의미

민사소송법학에서 소송법설의 의의는 소송물을 소송법적 요소로 파악한 것 즉 소송절차 자체에서 소송물을 찾아낸 점이라고 평가할 수 있을 것이다. 앞서 살펴본 것처럼 소송법설은 실체법상의 청구권의 연장선에서 소송물을 파악하지 않고, 실체법상 청구권과는 별개로 오로지 소송법적 요소로 소송물이 구성된다고 본다. 구체적으로는 원고가 법원에 대하여 하는 법률상의 주장으로서 ‘소송상의 일정한 법적 지위의 주장’이 소송물이 된다고 하며,⁴¹⁾ 원고의 피고에 대한 청구나 청구권이 아니라 원고가 법원에 대하여 일정한 지위를 주장하는 것 자체를 소송물을 파악하는 것이다. 이러한 양설의 차이를 쉽게 설명하자면 원고가 피고에 대해 가지는 실체적 권리를 소송에서의 소송물로 연결시키는 실체법설이 원고의 시선을 따라간 것이라면, 원고가 법원에 대하여 소송으로 청구한 것 자체를 바로 들여다보는 소송법설은 원고의 청구를 바라보는 법원의 시선을 따라간 것으로 이해해도 좋을 것이다. 소송물을 구성하는 요소로서 원고의 신청(Antrag) 구체적으로는 소장에 드러난 청구취지만을 볼 것이냐, 이와 함께 일련의 생활사실관계(Sachverhalt)도 소

40) 홍강훈, ‘신소송물이론의 이원설에 근거한 부관의 독립쟁송가능성 및 독립취소가능성에 관한 연구’, 공법연구 제44권 제2호, 2015, 390면.

41) 이태영, 앞의 책, 197면.

송물을 구성하는 요소로 볼 것이냐에 따라 일지설과 이지설이 나뉘고 둘 다를 소송물의 구성요소로 보는 견해가 이지설이라는 점은 앞서 살펴본 바 있다. 즉 이지설은 이원(二元)설이라고도 칭하기는 하지만 소송물이 신청과 사실관계 즉 청구취지와 청구원인 두 가지인 것이 아니라, 원고의 소송상 청구 또는 법적 주장이라고 하는 소송물을 구성하는 요소가 두 가지라는 것이고, 지탱하는 팔다리(肢)가 두 개라는 뜻이다. 위법성과 권리 침해 두 개가 소송물을 이룬다는 것과 신청과 사실관계가 소송물의 요소가 된다는 것은 같은 의미의 ‘이원(二元)’이라고 할 수 없을 것이다.

2) 민사소송의 다양한 신청과 취소소송의 단일한 신청

민사소송은 청구의 내용에 따라 이행소송, 형성소송, 확인소송이라는 각종의 소로 나뉘지만 모두 민사소송이다. 그러나 행정소송은 그 종류가 항고소송, 당사자소송, 민중소송과 기관소송으로 종류가 나뉘고 취소소송은 그중 항고소송의 한 구분이다. 즉 민사소송에서 청구취지로 확인되는 원고의 법적 주장은 실제 각 소송에서 다른 내용을 하고 있어 ‘원고의 법적 주장’이 소송물이래도 실제 어떤 소송에서 그 소송물을 판별하기 위해서는 원고의 신청 즉 청구취지를 봐야만 하는 것이다. 이에 반해 행정소송인 취소소송은 원고가 청구취지로 표현한 법원에 대한 소송상의 신청 자체가 처분의 취소를 구하는 내용이므로, 결국 소송의 대상 즉 특정되는 처분으로만 개개의 소송이 구별될 뿐이다. 다시 말해 취소소송에서 원고의 소송상 청구나 원고의 법적 주장은 ‘처분의 취소를 구하는 신청’일 수밖에 없다. 민사소송의 소송법설에서 소송물을 ‘법적 주장’으로 보는 것은 ‘실체법상의 청구권이 소송물이 아니라는 점’을 표현한 것에 의미가 있는 것이다. 그런데 일괄적으로 처분의 취소를 구하는 소송인 취소소송에서 그 소송물을 ‘처분의 취소청구권 존부’로 보지 않고 ‘처분의 위법성’이나 ‘권리 침해’라는 인용판결의 요건을 소송물로 본다면 ‘이를 구하는 원고의 법적 주장이나 신청’은 위 소송물을 원고가 취소소송으로 청구하였다는 점의 동어반복이거나 재차 확인하는 것에 불

과한바, 민사소송에서와 같이 이러한 실체법상의 청구권이 아니라 소송법적 요소가 소송물임을 드러내는 표현은 굳이 필요하지 않은 것이다.

3) 민사소송에서 분쟁의 일회적 해결의 추구

소송법설의 중요한 의미는 바로 분쟁의 일회적 해결의 가치를 강조하고 이를 위한 소송 절차에의 집중을 강조한 점이라 할 것이다. 분쟁의 일회적 해결 즉, 소송절차에서의 집중과 판결 이후 법률관계의 안정의 추구라는 가치를 중시하는 소송법설의 관점은 처분사유 추가·변경의 허용 범위를 확대하여 기속력의 객관적 범위를 확장하려는 시도와 일맥상통한다고 할 수 있다. 다만 민사소송에서 소송법설이 다수의 견해인데, 우리 판례는 구실체법설에 따르고 있다. 이는 분쟁의 일회적 해결보다 패소 원고의 불이익을 고려한 것으로 이해된다. 분쟁의 일회적 해결이라는 가치가 중요하게 대두되었으나 이것이 가장 우선시되는 가치라고 하기는 어렵고, 원고의 권리 실현이라는 민사소송 제도 고유의 목적을 고려하여야 하는 것이다. 분쟁의 일회적 해결을 추구하다 보면 원고의 권리 실현을 어렵게 하거나 소송의 지연을 초래하거나 비용을 증가시킬 수 있다. 분쟁의 일회적 해결을 추구하면서도 적정, 공평하고 신속하면서 경제적인 소송이라는 민사소송의 이상(理想)과의 조화를 꾀하여야 한다는 점은 취소소송에서의 분쟁의 일회적 해결의 가치에도 시사하는 것이 있다.

2. 형사소송의 소송물론

(1) 형사소송에서의 소송물과 공소제기 범위에 관한 논의

1) 형사소송의 구조와 소송물의 의미

형사소송에서의 소송물 즉 소송의 대상은 검사의 공소제기에 의하여 결정

된다. 형사소송에서는 소송물이라는 개념을 민사소송에서와 같은 정도로 사용하고 있지는 않지만, 소송절차인 이상 소송의 객체인 심판대상 또는 심판범위의 확정 필요하고, 이러한 심판대상 또는 심판범위는 검사의 공소제기에 의해 결정된다는 점에서 심판의 대상에 대한 소송물론을 공소제기의 객관적 효력 범위의 문제와 연계하여 논의한다.⁴²⁾ 형사소송법 제248조 제2항은 범죄사실의 일부에 대한 공소는 그 효력이 전부에 미친다고 규정하여 그 범위를 규정하고 있다. 공소제기는 검사의 피고인에 대한 일정한 청구라고 할 수 있고, 불고불리(不告不理)의 원칙에 따라 법원은 검사가 기소하지 않은 공소사실에 대해서는 형사소송에서 심판할 수 없으므로 형사소송의 심판대상과 범위는 이러한 검사의 공소제기에 의하여 결정되고, 결국 공소제기에 의하여 소송물이 확정되는 것이다.⁴³⁾

형사소송에서도 이와 같은 소송물의 개념은 형사소송 절차 전반에 걸쳐 의미가 있는데,⁴⁴⁾ 공소제기의 효력 범위와 소송조건의 존부를 결정하는 기준이 되고 공소제기 후에는 공소장 변경의 한계 및 이중기소금지의 한계를 결정하며, 판결이 확정된 후에는 기판력의 객관적 범위를 결정한다.⁴⁵⁾ 이러한 형사소송에서의 당사자 관계를 민사소송과 비교하면 검사는 민사소송에서의 원고에 해당하는 당사자의 지위를 갖고 있다고 볼 수 있다. 검사는 민사소송의 소장에 해당하는 공소장에서 심판의 대상인 공소사실과 적용법조를 특정하므로 형사소송에서의 소송물을 검사가 공소장에서 특정하는 것이다. 그런데 검사는 소송 중에 공소장 변경을 할 수 있다. 검사는 ‘공소사실의 동일성’

42) 신동운, 신형사소송법(제5판), 법문사, 2014, 612면; 이재상, 형사소송법(제6판), 박영사, 2006; 이창현, 형사소송법(제5판), 도서출판 정독, 2020, 628면; 이은모/김정환, 형사소송법(제7판), 박영사, 2019, 434면.

43) 이훈재, ‘형사소송에서의 심판대상과 공소사실의 동일성-소송구조에 따른 비교법적 검토’, 동북아법연구 제14권 제1호, 2020, 338면.

44) 형사절차에서는 소송절차 이전의 수사절차도 중요한 의미가 있는데, 형사소송의 소송물에 해당하는 이 심판대상은 수사절차에서도 각종 영장의 효력 범위와 변호인 선임의 효력 범위 등을 정하는 기준으로서의 의미가 있다. 이창현, 앞의 책, 629면.

45) 이창현, 앞의 책, 629면.

을 해하지 아니하는 한도에서 법원의 허가를 얻어 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가, 철회, 변경을 할 수 있다(형사소송법 제298조 제1항)⁴⁶⁾.

2) 형사소송의 심판범위에 대한 학설 대립

형사소송에서의 심판대상에 대해서 검사가 공소장에 기재한 공소사실과 법원의 심판 범위를 어떻게 볼 것인가에 대해 범죄사실대상설, 소인(訴因, count)대상설, 소인기준 이원설, 공소장에 기재된 공소사실 기준 이원설 등의 학설이 나뉜다.⁴⁷⁾ 이러한 견해의 대립은 결국 공소제기의 효력범위와 법원의 심판범위, 그리고 확정판결의 효력범위가 서로 일치하는 것으로 보는가, 일치하지 않는 것으로 보는가에 대한 것이기도 하다. (i) 범죄사실대상설은 공소장에 기재된 공소사실과 동일성이 인정되는 범죄사실 전체가 심판대상이라는 견해로, 검사에 의한 공소제기의 효력범위와 법원의 심판범위 그리고 확정판결의 효력범위 3자가 서로 일치한다고 한다.⁴⁸⁾ 위 범위들이 불일치하는 것으로 보는 견해로는 소인대상설, 소인기준 이원설, 공소장에 기재된 공소사실 기준 이원설 등이 해당되는데, 먼저 (ii) 소인대상설에 따르면, 공소제기의 효력범위는 형사소송법 제248조 제2항 규정과 같이 전체 범죄사실에 미치지만, 법원의 심판대상은 소인(訴因, count)으로 제한된다고 한다.⁴⁹⁾ (iii) 소인기준 이원설은 법원의 심판대상을 현실적 심판대상과 잠재적 심판대상

46) 형사소송법 제공소장변경은 공소사실의 동일성 범위 안에서 이루어지므로 민사소송에서의 청구의 변경이나 행정소송에서의 소 변경과는 달리 소송물을 변경하는 것이 아니라 오히려 소송물 내에서 이루어지는 것이다.

47) 이와 같은 학설의 분류는 신동운, 앞의 책, 622-625에 따른 것이고, 이창현, 앞의 책, 629-630에서는 소인기준 이원설은 절충설로, 공소장에 기재된 공소사실 기준 이원설은 이원설로 분류하고 있다. 소인기준 이원설은 별도로 소개하지 않고, 공소장에 기재된 공소사실 기준 이원설만 ‘이원설’로 소개하기도 한다. 학설에 따른 내용 파악의 편의를 위해 위 분류 방법에 따르고자 한다.

48) 신동운, 앞의 책, 622면.

49) 신동운, 앞의 책, 623면.

으로 나누는데, 현실적 심판대상은 검사가 구체적으로 공소장에 기재하여 심판을 청구한 것으로 즉 소인을 말하고 잠재적 심판대상은 구체적으로 공소장에 기재되지는 않았으나 공소장 변경을 통하여 현실적 심판대상이 될 수 있는 전체 범죄사실이라고 한다.⁵⁰⁾ (iv) 공소장에 기재된 공소사실 기준 이원설은 법원의 심판대상을 현실적 심판대상과 잠재적 심판대상으로 나누는 것은 마찬가지로인데, 현실적 심판대상은 검사가 구체적으로 공소장에 기재한 것에서 법적평가를 제외하고 사실부분만이 법원을 구속하는 것으로 보는 것이다.⁵¹⁾

3) 판례의 태도

대법원 1991. 5. 28. 선고 90도1977 판결에서, 구청 시민봉사실 호적계에 근무하는 피고인이 행사할 목적으로 허위내용의 호적정정허가신청서를 작성, 행사하였다는 것이 공소사실로 기소된 피고인이 자신은 호적계장이나 시민봉사실장과 의논이 되어 호적정정허가신청서를 작성하여 행사한 것이라고 주장하였는데, 대법원은 공소장 변경 없이 단독범으로 기소된 피고인에 대하여 ‘피고인이 위 호적계장, 시민봉사실장과 공모하여 위의 범행을 하였다’는 범죄사실로 공동정범을 인정하였다. 그리고 공소장 변경 없이 이를 인정한 것에 대해 피고인에게 불이익의 타격을 주어 그 방어권의 행사에 실질적 불이익을 줄 우려가 있는 경우가 아니어서 가능하다는 취지로 설시하였다. 이 판결에서 대법원은 “형사재판에 있어서 법원의 심판대상이 되는 것은 공소장에 기재된 공소사실과 예비적 또는 택일적으로 기재된 공소사실, 그리고 소송의 발전에 따라 추가 또는 변경된 사실에 한하는 것이고, 공소사실과 동일성이 인정되는 사실이라 할지라도 위와 같은 공소장이나 공소장변경신청서에 공소사실로 기재되어 현실로 심판의 대상이 되지 아니한 사실은 법원이 그 사실을 인정하더라도 피고인의 방어에 실질적 불이익을 초래할 염려가

⁵⁰⁾ 신동운, 앞의 책, 624면.

⁵¹⁾ 신동운, 앞의 책, 624면.

없는 경우가 아니면 법원이 임의로 공소사실과 다르게 인정할 수 없는 것이며, 이와 같은 사실을 인정하려면 공소장 변경을 요한다고 할 것이다.”라고 판시하였다. 이를 들어 우리 판례의 태도는 공소장에 기재된 공소사실 기준 이원설의 입장이라고 이해할 수 있다.⁵²⁾ 이에 따르면 공판심리의 실질적인 범위와 기판력의 객관적 범위 즉 형사소송의 소송물은 ‘공소장에 기재한 공소사실’인 현실적 심판의 대상과 이에 더하여 공소장 변경이 가능한 범위 즉 잠재적으로 심판 대상이 되는 ‘공소사실의 동일성이 인정되는 범위’로 결정되는 것이다.

결국, 형사소송의 공소사실의 동일성 개념은 다음과 같이 설명하게 된다. 공소제기의 효력 범위와 법원의 심판범위, 그리고 확정판결의 효력 범위가 일치한다고 보는 범죄사실대상설에 의하면 그 일치하는 범위가 바로 공소사실의 동일성 범위가 된다. 소인대상설에 따르면 공소사실의 동일성 범위는 공소제기의 효력 범위와 동일하지만, 법원의 심판범위, 확정판결의 객관적 효력 범위보다 넓게 되고, 이원설에 따르면 공소사실의 동일성 범위는 잠재적 심판대상 범위 즉, 공소제기의 효력 범위, 확정판결의 객관적 범위와 동일하게 되고, 법원의 현실적 심판대상보다 넓게 된다.⁵³⁾

4) 형사소송의 심판범위와 피고인의 방어권의 관계

이와 같은 형사소송에서의 소송물론은 그 대립의 의미를 실체적 진실발견과 피고인의 방어권 보장 사이의 균형점을 어디서 찾을 것인가에 대한 논의로 이해할 수 있다. 형사소송의 심판범위가 넓으면 피고인의 입장에서는 소

⁵²⁾ 이러한 이원설이 통설이고, 판례의 입장이다. 이창현, 앞의 책, 630면; 이은모/김정환 앞의 책, 435면; 이재상, 앞의 책, 382면 참조. 그러나 신동운, 앞의 책, 626면은 이러한 판례의 태도는 검사가 공소장에 공소사실로 기재하지 아니하여 현실적 심판대상으로 되지 아니한 부분도 법원의 현실적 심판대상이 된다는 점을 인정한 것이므로 이원설로 설명하기 곤란하고, 범죄사실대상설로 논리모순 없이 해결할 수 있다고 한다.

⁵³⁾ 이혼재, 앞의 글, 354면.

송절차 내에서는 방어에 더 많은 노력을 들여야 하는 불이익이 있지만, 판결이 확정되면 그만큼 넓은 범위에서 다시 기소당하지 않을 이익을 얻고(일사부재리의 효력), 심판범위가 좁으면 방어는 용이하지만 확정판결의 기판력의 범위도 줄어들어 심판대상이 되지 않은 부분에 대하여 기소당할 수도 있는 위험이 있다.⁵⁴⁾

(2) 공소사실의 동일성으로서 ‘기본적 사실관계의 동일성’

1) 잠재적 심판 대상과 공소사실의 동일성

소송물로서 잠재적으로⁵⁵⁾ 형사소송의 심판대상이 되는 범위 즉 공소사실의 동일성이 인정되는 범위는 어느 범위까지인가. 공소사실의 동일성 판단을 위한 기준을 어떻게 설정하는가는 공소장 변경을 허용하는 한계가 되면서⁵⁶⁾ 결과적으로는 판결의 효력이 미치는 범위가 된다. 이에 대해서는 기본적 사실관계동일설, 죄질동일설, 구성요건공통설 등 여러 견해가 있다.⁵⁷⁾ 기본적 사실관계동일설은 공소사실을 그 기초가 되는 사회적 사실로 환원하여 그 사실에 다소 차이가 있더라도 기본적인 점에서 동일하면 동일성을 인정해야 한다는 견해이다.⁵⁸⁾ 공소사실의 동일성을 판단함에 있어서 법률적 관점을 배

54) 이와 같이 소송물이 방어자의 지위에 있는 소송당사자에 대하여 가지는 ‘양날의 검’의 성격은 취소소송의 심판 대상 범위에서도 같은 양태를 보인다.

55) 이원설 등에 의하면 잠재적인 심판 대상이지만, 공소사실 대상설에 의하면 잠재적이지 않은 본래의 심판 대상이다.

56) 이러한 공소장 변경의 허용한계로서 공소사실의 동일성의 문제는 공소장변경의 필요성의 문제와는 다르다. 공소장변경의 필요성의 문제는 공소사실의 동일성은 인정되는, 그러나 공소장에 기재된 사실과는 다른 사실을 공소장변경 없이도 법원이 인정할 수 있는가의 문제이다.

57) 그 외에 소인공통설 또는 소인의 주요부분공통설과 범죄행위동일설 등이 있다. 이 학설에 대한 설명에 대해서는 신동운 앞의 책, 648-650면, 이재상, 앞의 책, 386-387면 참조.

58) 이재상, 앞의 책, 385면.

제하고 순수하게 자연적·전(前)법률적 관점에서 공소사실의 동일성을 판단하려는 점에 특색이 있다.⁵⁹⁾ 죄질동일설과 구성요건공통설은 공소사실의 동일성 범위를 죄질이나 구성요건 척도와 같은 규범적 요소를 적용하여 제한하려는 견해이다. 기본적 사실관계동일설에 대해서는 기본적 사실관계의 개념이 명백하지 않고, 범죄사실에 부가되는 규범적인 측면을 무시함으로써 공소사실의 동일성이 지나치게 넓어진다는 비판이 있다. 기본적 사실관계동일설이 다수의 지지를 얻고 있다.⁶⁰⁾

2) 공소사실의 동일성을 판단하는 요소

우리 판례도 기본적으로는 기본적 사실관계동일설을 취하면서 사실적 요소를 중시하고, 다만 피침해법익 등 죄질의 평가에 영향을 주는 규범적 요소도 함께 고려하여야 한다고 하며 죄질의 차이가 현저한 경우에는 동일성을 부인하는 입장을 취하고 있다.⁶¹⁾ 이러한 판례의 입장은 대법원 1994. 3. 22. 선고 93도2080 전원합의체판결로 바뀐 것인데,⁶²⁾ 그 이후에도 계속 유지되

59) 신동운, 앞의 책, 645면.

60) 신동운, 앞의 책, 653면; 이은모/김정환 앞의 책, 441면; 이재상 앞의 책, 384-387면에서는 우리나라의 종래의 다수설은 구성요건 공통설이었으나 현재 다수설의 입장은 기본적 사실동일설이라고 한다.

61) 이러한 판례의 태도에 대해 신동운, 앞의 책, 646면은 규범적 사실관계동일설이라는 별도의 학설로 소개하고, 이은모/김정환 앞의 책, 440면은 수정된 기본적 사실관계동일설로 소개하며, 이창현, 앞의 책, 636면, 이재상, 앞의 책, 386면은 기본적 사실관계동일설의 내용 안에서 소개하고 있다.

62) 이 전원합의체 판결 이전에 대법원은 기본적 사실관계동일설의 취지에 따라 사실적 요소가 동일하면 동일성이 인정된다고 보았다. 비교를 위하여 규범적 요소를 고려하지 않고 동일성을 판단하던 이전의 판결례를 살펴보면, ㉠ 대법원 1984. 10. 10. 선고 83도1790 판결에서는 피고인이 14세 여학생인 피해자를 따라가면서 손목을 잡고 욕설을 하며 진로를 방해하는 등 공포심과 혐오감을 주게 하였다는 사실에 대해 경범죄처벌법위반죄로 즉결심판을 받은 이후 같은 일시에 위 피해자의 목살을 잡아 부근 비닐하우스안으로 끌고 들어가 강간을 하였다는 혐의로 다시 제기된 공소에 대해서 두 개의 범죄사실의 기초되는 사회적 사실관계는 그 기본적인 점에서 동일한 것이라고 보는 것이 상당하다는 이

어 오고 있다.⁶³⁾ 이 판결의 사안은 판결이 확정된 장물취득죄와 분배한 장물을 강취한 행위로 인한 강도상해죄 사이에 동일성이 인정되는지가 쟁점이 되었다. 다른 범인들이 강취한 물건을 장물인 정을 알면서 교부받아 취득하였다는 사실로 장물취득죄가 인정되어 피고인이 항소한 상태에서 피고인이 다른 범인들과 합동하여 해당 물건을 강취하고 상해하였다는 사실로 추가기소가 된 사안인데, 피고인이 장물취득죄의 항소심에서 항소취하하여 재판이 확정되었으므로 추가기소된 재판에서 이 확정판결의 기판력을 인정하여야 하는지가 문제 되었다. 대법원은 “공소사실이나 범죄사실의 동일성은 형사소송법상의 개념이므로 이것이 형사소송절차에서 가지는 의의나 소송법적 기능을 고려하여야 할 것이고, 따라서 두 죄의 기본적 사실관계가 동일한가의 여부는 그 규범적 요소를 전적으로 배제한 채 순수하게 사회적, 전법률적인 관점에서만 파악할 수는 없고, 그 자연적, 사회적 사실관계나 피고인의 행위가 동일한 것인가 외에 그 규범적 요소도 기본적 사실관계 동일성의 실질적 내용의 일부를 이루는 것이라고 보는 것이 상당하다”고 판시하면서, “이전에 유죄로 확정된 장물취득죄와 이 사건의 강도상해죄는 범행일시가 근접하고 위 장물취득죄의 장물이 이 사건 강도상해죄의 목적물 중 일부이기는 하나, 그 범행의 일시, 장소가 서로 다르고, 강도상해죄는 피해자를 폭행하여 상해를 입히고 재물을 강취하였다는 것인데 반하여 위 장물취득죄는 위와 같은 강도상해의 범행이 완료된 이후에 강도상해죄의 범인이 아닌 피고인이 다른

유로 면소판결을 하였고, ㉠ 대법원 1987. 2. 10. 선고 86도2454, 86감도270 판결은 시내버스정류장에서 합동하여 피해자의 손가방에서 현금등을 절취하였다는 사실로 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(절도)죄로 공소제기된 피고인들이 이미 같은 일시에 같은 장소에서 피해자 앞을 가로막으며 피고인 2는 피해자의 뒷편에서, 피고인 1은 피해자의 옆에서 승차할 승객들을 미는 등 정류장의 질서를 어지럽히고 정당한 이유 없이 피해자의 길을 막는 등 다수인에게 불안감을 조성하였다는 사실로 경범죄처벌법위반죄로 즉결심판을 받아 확정되었다면 위 2개의 범죄사실의 기초가 되는 사회적 사실관계는 결국 그 기본적인 점에서 동일한 것이라고 판시하였다.

⁶³⁾ 대법원 1996. 6. 28. 선고 95도1270 판결, 대법원 1998. 6. 26. 선고 97도3297 판결, 대법원 1998. 8. 21. 선고 97도2487 판결, 대법원 2001. 5. 25.자 2001모85 결정, 대법원 2003. 7. 11. 선고 2002도2642 판결 등.

장소에서 그 장물을 교부받았음을 내용으로 하는 것으로서 그 수단, 방법, 상대방 등 범죄사실의 내용이나 행위가 별개이고, 행위의 태양이나 피해법익도 다르고 죄질에도 현저한 차이가 있어, 위 장물취득죄와 이 사건 강도상해죄 사이에는 동일성이 있다고 볼 수 없다”고 판결하였다.

이러한 판례의 태도에 대하여 형사소송법학계에서는 지지와 비판의 의견이 갈린다. 판례를 비판하는 견해에서는, 판례의 입장은 경한 죄로 유죄판결이 확정된 후에 죄질이 중한 다른 사실이 드러났을 때 국가형벌권의 정당한 행사라는 차원에서 다시 이를 심판의 대상으로 삼으려는 것인데, 헌법상 일사부재리의 원칙은 이러한 경우라도 피고인의 이익이 정당한 국가형벌권의 행사에 우선한다고 한다.⁶⁴⁾ 판례를 지지하는 견해는, 강도상해죄가 절도죄 등의 경우와는 달리⁶⁵⁾ 장물취득죄와의 사이에 피해법익이나 죄질과 같은 규범적 요소에 있어 현격한 차이가 있음을 부인할 수 없으므로 양죄 사이에 동일성을 인정할 수는 없다는 점, 규범적 요소까지 고려하면 공소사실의 동일성에 대한 판단기준도 분명해지고, 그 범위도 국가형벌권의 실현과 피고인의 방어권 보장 사이에서 적절히 조정된다는 점을 이유로 든다.⁶⁶⁾

(3) 취소소송에의 영향과 시사점

1) 잠재적 심리 대상과 기본적 사실관계 동일성

형사소송법학에서의 심판대상론 또는 소송물이론은 민사소송만큼 취소소송의 소송물 논의에 영향을 미치지 않는 듯하다. 공소사실의 동일성의 기준인 기본적 사실관계의 동일성이 취소소송에서 처분사유 추가·변경

⁶⁴⁾ 이은모, 김정환, 앞의 책, 441면.

⁶⁵⁾ 기본적 사실동일설의 입장에서 재물을 취득한 사실이 있는 이상 절도죄와 장물죄는 공소사실의 동일성이 인정된다고 본다(대법원 1964. 12. 29. 선고 64도664 판결).

⁶⁶⁾ 이창현, 앞의 책, 637면.

의 기준으로 차용되고 있으나 공소장에 기재된 공소사실과 동일여부를 판단하는 요소로 일련의 사실관계와 이를 법적으로 평가한 규범적 요소를 어떻게 보는가가 처분사유 추가·변경의 구체적 기준으로 사용되고 있다고 보기는 어렵다. 하지만 형사소송에서의 소송물론은 민사소송에서의 소송물 논쟁만큼이나 취소소송에 시사하는 바가 크다고 생각된다.

앞서 본 바와 같이 형사소송에서는 심판의 범위 및 판결의 효력 범위를 검사의 공소제기를 통해 공소장에서 특정한 공소사실과 연계하면서 결국 실체적 진실발견과 피고인의 방어권 보장 사이에 조화를 꾀하기 위한 이론적 시도이다. 여기서 어느 이론을 취하는가, 심판대상 및 심판범위가 넓은가, 좁은가에 따라 소송주체가 가지는 이해관계가 달라지고, 어떤 가치가 더 보장되는지가 달라진다.⁶⁷⁾ 피고인의 입장에서는 공소제기로 인한 심판범위가 넓게 인정될 경우 방어에 더 큰 노력을 기울여야 하는 불이익을 받지만 일단 판결이 확정되면 그만큼 더 넓은 범위에서 확정판결에 의한 기판력의 보호를 받는데, 역으로 심판범위를 좁게 설정할 경우 피고인의 방어활동은 용이하지만 기판력의 범위가 줄어들기 때문에 추가 기소의 위험을 안게 된다.⁶⁸⁾ 한편 법원은 심판대상을 넓게 인정할수록 한 번의 재판으로 해결되는 범위가 넓어져 소송경제를 도모할 수 있는 이점이 있는 반면에, 확정판결의 기판력이 넓게 인정되어 피고인이 법원의 심리가 누락된 범죄에 대해서까지 혜택을 누리는 사태가 벌어질 수 있다.⁶⁹⁾

2) 직권주의 소송에서 소송물 논의의 중점

사법상의 권리관계를 대상으로 하여 기본적으로 당사자주의의 구조를 가지고, 변론주의를 심리원칙으로 하는 민사소송 절차와는 달리, 형사절차는 국가형벌권을 실현하기 위한 절차로서 형법을 실현하는 것이므로, 실체적 진

67) 신동운, 앞의 책, 613면.

68) 신동운, 앞의 책, 613면.

69) 신동운, 앞의 책, 613면.

실의 발견이 최고이념이다. 물론 형사소송에서도 실체적 진실의 발견만이 절대적이고 유일한 목적인 것은 아니고, 適正節次(due process)와 신속한 재판의 이념이 추구된다. 우리의 형사소송은 국가기관인 검사와 법원에 의하여 증거를 통해 진실을 확인하고 범죄자를 처벌하는 구조로 형사소송을 이해하여 직권주의를 기본구조로 하여 출발하였다.⁷⁰⁾ 하지만 형사소송법의 개정 때마다 영미법상의 당사자주의적 요소가 대폭 도입된 이후로 현재 우리 형사소송법은 당사자주의와 직권주의를 조화한 절충적 구조라고 이해되고 있다.

이러한 형사소송은 민사소송에서는 추구되지 않는 공익적인 소송의 이념이 바탕이 되고 있다는 점에서 취소소송과 유사하다. 범죄자의 처벌을 통한 형벌권의 실현과 피고인의 절차적 권리 보장을 모두 추구하는 결과 형사소송의 구조에서 직권주의와 당사자주의가 갈등하는 모습은 취소소송에서도 원고의 방어권 보장, 분쟁의 일회적 해결이 적정한 행정의 구현 및 견제와 균형의 원칙 하에서의 행정에 대한 사법통제, 행정의 자율성의 보장 등의 가치와 조정되어야 한다는 점에서 참고될 수 있다.

또한, 취소소송은 형사소송과 유사한 구조적 특성이 많은데, 민사소송은 생활사실관계에서의 분쟁이 바로 소송으로 연결되어 실체법상 권리가 소송상의 청구와 어떤 관계인지가 문제 된다. 반면, 형사소송은 사실관계에 대하여 검사가 공소제기라고 하는, 형법을 적용하여 피고인에게 어떠한 형사상의 죄책이 부여되어야 할 것인가 하는 법적 판단이 이루어짐으로써 소송으로 연결된다는 점이다. 따라서 형사소송은 소송의 대상과 범위가 검사의 공소제기를 통해 지목한 대상과 밀접한 관련이 있다. 취소소송은 사실관계를 바탕으로 하는 행정청의 법적 판단인 처분이 소송의 대상이 된다는 점에서 형사소송과 유사하나 이에 대한 불복이 소송의 청구가 된다는 점에서 사실관계에 대해 일차적으로 법적 판단을 내린 공격자와 소송을 제기한 자가 달라진

⁷⁰⁾ 따라서 민사소송에서는 실체적 진실에도 불구하고 당사자가 주장책임 및 증명책임을 다하지 못한 경우에 패소하게 되고 이는 자기의 책임에 따라 감수할 결과로 보지만, 형사소송에서는 형사소송의 존재 이유와 이념상 이러한 결과를 용인하거나 방관할 수 없다.

다는 차이점이 있다. 이러한 차이점에도 불구하고 생활사실관계에 대하여 검사가 또는 행정청이 일차적으로 내린 법적 판단·공소제기와 처분⁷¹⁾이 소송 단위의 외연을 결정한다는 점에서 유사한 구조를 가지므로, 형사소송 심판대상이 공소사실 및 이와 동일성이 인정되는 사실로 범위가 정해지고 있다는 점은 취소소송에서 당초의 처분사유 및 처분사유의 추가·변경이 허용되는 범위까지로 심리의 범위가 정해지는 이유가 된다고 할 것이다. 형사소송에서 공소사실의 동일성을 파악하는 기준인 기본적 사실관계의 동일성 기준이 취소소송에서 처분사유의 추가·변경 허용 범위로 사용되고 있는 것은 우연이 아니다.

다만, 취소소송은 행정청의 처분으로 소송이 진행되는 것이 아니라 이 처분에 대한 불복으로 비로소 소송이 진행되는 까닭에 처분의 상대방 등이 소송에서의 공격자인 원고가 되고, 처분을 내린 행정청은 이를 방어하는 피고가 된다는 점에서 형사소송과 유사한 구조에서 다시 민사소송과 유사한 구조로 회귀하게 된다. 이러한 공격방어자 지위의 전환으로 인하여 취소소송에서는 원고가 입증책임의 부담을 지지 않고, 소송의 대상인 처분에 대해 여전히 행정상 처분권한을 보유하는 피고로부터 원고의 방어권을 보장할 필요성도 논의되는 것이다. 그러나 취소소송에서 원고와 피고 행정청의 관계는 형사소송의 피고인과 검사의 관계와는 다르다. 취소소송의 원고는 형사소송에서의 피고인과 같은 정도로 인신의 자유나 기타 권리의 침해 위험이 크지 않고, 피고 행정청 또한 검사와 같은 정도로 강제수사권 등을 보유하는 것이 아니다. 그리고 취소소송의 기능과 목적이 행정을 사법통제하는 데 있으므로⁷¹⁾ 형사소송에서와 같은 정도로 원고의 방어권 보장이 필요하거나 절실하지는 않다.

71) 이에 대해서는 제3장 제3절에서 자세히 논함.

제3절 취소소송의 소송물에 대한 독일에서의 논의

1. 비교법적 검토의 필요성과 범위

(1) 독일의 행정법원법 규정

본래 소송물(*Streitgegenstand*)이라는 개념이 독일 민사소송법학에서 출발하였고, 독일에서는 행정법학에서도 소송물에 관하여 오래전부터 논의를 해왔다. 독일 행정법원법(*Verwaltungsgerichtsordnung*) 제121조는 ‘소송물(*Streitgegenstand*)’을 판결의 효력의 범위를 정하는 실정법상의 개념으로 규정하고 있고,⁷²⁾ 동법 제113조 제1항 제1문에서 ‘행정행위가 위법하고 원고가 이로 인해 자신의 권리를 침해받은 경우에 법원은 행정행위를 취소한다.’고 하여⁷³⁾ 소송물의 내용으로 ‘행정행위가 위법한지’와 ‘원고의 권리를 침해했는지’에 대한 판단이 법원의 심판 대상인 것으로 규정하고 있다. 독일에서는 행정법의 관점에서 실체법적인 행정행위의 위법사유나 권리 침해나 공권 등을 토대로 취소소송의 소송물을 파악하는가, 행정소송 자체에서 소송법적 개념으로의 정립이 필요한가 논의가 있었는데, 법의 제정으로 말미암아 어느 정도 학설의 일치가 이루어지고 있다. 독일에서의 취소소송의 소송물에 관한 논의는 우리 행정법에 많은 영향을 미치고 있는데 이에 대해서는 다음 2.항에서 자세히 살펴보기로 한다.

72) 제121조는 ‘Rechtskräftige Urteile binden, soweit über den Streitgegenstand entschieden worden ist,

1. die Beteiligten und ihre Rechtsnachfolger und

2. im Fall des § 65 Abs. 3 die Personen, die einen Antrag auf Beiladung nicht oder nicht fristgemäß gestellt haben.’라고 규정하고 있다.

73) ‘Soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, hebt das Gericht den Verwaltungsakt und den etwaigen Widerspruchsbescheid auf.’

(2) 일본의 규정과 취소소송의 소송물 논의

일본은 우리나라와 마찬가지로 취소소송에 대해 소송물이라는 개념이 실정법에 규정되어 있지 않다. 일본의 행정사건소송법(行政事件訴訟法) 제3조는 항고소송으로 처분의 취소소송과 재결의 취소소송 등을 규정하면서, 전자는 행정청의 처분, 그 밖에 공권력의 행사에 해당하는 행위의 취소를 요구하는 소송이라고, 후자는 심사청구, 그 밖의 불복신청에 대한 행정청의 재결, 결정, 그 밖의 행위의 취소를 요구하는 소송이라고 규정한다. 그리고 항고소송으로 우리는 도입하고 있지 않은 의무이행소송(제3조 제6항)과 예방적 금지소송(제3조 제7항)을 두고 있다.

일본에서는 취소소송을 주관소송으로 이해한다. 이처럼 해석되는 근거 중 하나가 일본 행정사건소송법 제10조 제1항에서 “취소소송에서는 자기의 법률상의 이익에 관계가 없는 위법을 이유로 하여 취소를 구할 수 없다”고 규정하고 있다는 것이다. 이 규정이 위법사유 또는 취소사유를 법률상 이익에 관계되는 것에 한정함으로써 결과적으로 원고적격의 위법성 전련성을 요구하고 있어 일본의 취소소송은 독일과 같이 주관소송으로 파악된다고 한다.⁷⁴⁾ 일본은 취소소송에 대하여 원고의 권리구제를 강조하는 규정이 있음에도 취소소송의 소송물은 처분의 위법성 일반으로 이해하고 있는데,⁷⁵⁾ 우리 통설과 판례가 취소소송의 소송물을 당해 처분의 전체적인 위법성 문제로 한정하고 처분의 위법성 여부를 기준으로 소송의 인용 여부를 결정한 것은 일본의 영향을 받은 것으로 보기도 한다.⁷⁶⁾

(3) 프랑스와 미국에서의 기판력

그 외에 미국, 영국, 프랑스 등에서는 원고적격 또는 소의 이익으로서 이익

74) 박정훈, 앞의 책, 234면.

75) 宇賀克也, 行政法概説Ⅱ(行政救済法)(第三版), 有斐閣, 2011, 126면.

76) 류지태/박종수, 행정법신론(제17판), 박영사, 2019, 686면.

의 침해 등을 요구하기도 하지만,⁷⁷⁾ 본안에서는 객관적인 위법성 여부만을 심리할 뿐 위법사유와 원고의 이익 사이의 주관적인 관련성은 요구하지 않는다. ‘소송물’이라고 하는 개념도 특별히 논의되고 있지 않다. 프랑스에서는 민사소송에서도 행정소송에서도 ‘소송물’이라는 개념을 사용하지는 않고, 기판력(*autorité de la chose jugée*)은 판결의 대상이 되었던 부분에 대한 것으로서, 청구대상이 동일하고, 청구사유가 동일하며, 당사자가 동일한 범위에 미친다.⁷⁸⁾ 기판력의 범위의 기준으로 ‘대상(*objet*) · 원인(*cause*) · 당사자(*parties*)의 동일성’을 요구하고 이중 ‘대상’과 ‘원인’의 동일성을 소송물과 유사한 개념으로 볼 수 있다. 다만 소송 대상의 동일성과 관련하여 대상(*objet*)은 소송의 대상이 된 특정 행정행위만이 아니라 이와 동일성 있는 행정행위를 포괄하여 이해되므로 후행 행정행위가 형식적으로 별개 행정행위더라도 그 규율내용이 동일하면 동일한 대상(*objet*)이 되어 위에서 본 상대적 기판력이 미치고, 원인(*cause*)의 경우에는 외적 위법성이라 할 수 있는 무권한(*incompétence*)과 형식상 하자(*vice de forme*)에 해당하는 원인(*cause*)과 내적 위법성이라 할 수 있는 권한남용(*détournement de pouvoir*)과 법률위반(*violation de la loi*)의 원인(*cause*)이 분리되어 양자는 서로 기판력이 미치지 않는 것으로 취급된다고 한다.⁷⁹⁾

미국은 행정소송이 민사소송이나 형사소송과 확연하게 분리되어 독자의 소송으로 영역을 구축하였다고 보기 어렵다.⁸⁰⁾ 미국의 민사소송에서도 심판

77) 우리나라의 항고소송과 유사한 형태의 소송에서 소송요건으로서 요구되는 원고적격이나 소의 이익에 관하여 외국의 입법례를 자세하게 소개한 글로 박정훈, 앞의 책, 218-234면; 이원우, ‘항고소송의 원고적격과 협의의 소의 이익 확대를 위한 행정소송법 개정방안’, 법조 제49권 제7호, 2000. 221-245면 참조.

78) 프랑스의 월권소송과 프랑스 소송법상 기판력에 관한 부분은 박정훈, 앞의 책, 378면과 김영현, ‘프랑스 월권소송의 판결의 효력:기판력의 개념을 중심으로’, 행정법연구 제13권, 2005. 5. 75-77면을 참고하였다.

79) 박정훈, 앞의 책, 379면.

80) 미국의 행정 관련 소송에서의 기판력에 관하여는 William A. Mogel, “Res Judicata and Collateral Estoppel in Administrative Proceedings”, 30 BAYLOR L. REV. 463. 1978.과 Ernst H. Schopflocher, “The Doctrine of Res Judicata in

및 판결이 기판력이 인정되지만 이러한 효력이 미치는 범위에 관한 논의는 소송물이라는 개념을 이용하여 범위를 확정하지는 않는다. 전소와 청구원인이 동일한 후소에 대해서는 엄격한 기판력으로 후소를 배제하고, 나아가 사실관계에 대한 판단에도 부수적 금반언의 효과가 인정된다. 이와 같이 판결의 구속력을 넓게 인정하는 것은 사회적으로 조속한 분쟁의 종결과 남소(濫訴)로부터 당사자 특히 피고를 보호하며, 소송제도의 낭비와 모순되는 판결을 배제하여 법적 안정성을 기하는 취지에서이다.⁸¹⁾

(4) 소결

이처럼 우리 행정법에서 취소소송의 소송물에 대한 논의는 주로 독일과 일본에서의 논의를 참고하고 있다고 볼 수 있는데, 일본에서의 논의 또한 독일의 논의가 유입된 것으로 보이는바, 취소소송의 소송물 논의의 원조이자, 우리 취소소송의 소송물에 관한 논의에 많이 인용되고 있으며 우리나라의 해석론 또는 입법론에 영향을 많이 미치고 있는 독일에서의 취소소송의 소송물 논의를 살펴보기로 한다.

2. 독일의 취소소송의 소송물 논의

(1) 객관소송 또는 주관소송을 둘러싼 소송물 논쟁

독일에서는 취소소송의 소송물 개념은 1945년 이후 행정법원관할권(Verwaltungsgerichtsbarkeit)이 확립되기 시작하면서 논의되기 시작하여 1960년 독일 행정법원법 제정 전후를 통해 논의가 활발하게 전개되었다. 소송물 논의 초기에는 행정행위 자체를 소송물로 보기도 하였으나 이에 대해서는

Administrative Law”, 1942 Wis. L. REV. 5. 1942. 참조.

⁸¹⁾ 김주상, ‘미국 민사소송에 있어서 기판력에 관한 연구’, 서울대학교 법학 제12권 제5호, 1972. 5. 97면.

소송물과 취소대상을 혼동하였다는 비판이 제기되었고, 현재는 소송물과 행정행위를 같이 보는 견해는 없다.⁸²⁾ 취소소송의 소송물에 대한 본격적인 논의는 Warner Niese가 행정법원의 주된 기능이 위법성 통제라는 것을 근거로 취소소송의 소송물을 행정행위의 위법성이라고 주장한 것부터 볼 수 있다.⁸³⁾ Niese는 취소소송의 소송물을 취소될 행정행위와 구별하면서,⁸⁴⁾ 그 행정행위가 위법하다는 확인을 구하는 원고의 요구⁸⁵⁾가 소송물이라고 하였다.⁸⁶⁾ 이에 대해서 Bettermann은 행정법원은 적법성 통제가 아니라 권리보호 기능을 가지고, 행정법원의 목적을 행정의 적법성통제로 보는 것은 헌법질서에 맞지 않는다고 비판하였다.⁸⁷⁾ Bettermann은 취소소송이 형성소송임에 착안하여, 민사소송의 형성의 소와 마찬가지로 취소소송에서도 원고의 주관적 취소청구권 내지 실체법적 형성권이 소송물이 된다고 본다. 즉 취소소송의 원고는 행정행위가 위법하다면 그리고 위법하므로 그 행정행위의 취소를 구할 청구권이 있고, 취소소송은 원고가 이러한 취소 청구권을 재판상 행사하는 것이므로 취소소송에서 소송물은 계쟁 행정행위를 취소해 달라는 원고의 주관적 권리이거나 행정청에 대한 원고의 행정행위 취소청구권이고, 따라서 행정행위가 위법한가의 문제는 청구취지가 아니라 청구원인에 속하므로 선

82) 홍준형, 행정구제법, 도서출판 오래, 2012, 438면, 각주 73에서는 독일에서도 소송의 대상이 소송물과 혼동되어 사용되는 경우가 많았으나 1990년 독일 행정법원법의 개정을 통해 이를 시정하였다고 한다.

83) Warner Niese, Über den Streitgegenstand und der Anfechtungs- und Vornahmeklagen im Verwaltungsprozeß, Juristenzeitung, 1952. 이 논문을 국내에 최초로 소개한 것은 박정훈, 앞의 책, 369면으로, 이 견해가 독일에서는 실정법의 해석상 다수 견해가 아니지만, 처분의 위법성 일반을 취소소송의 소송물로 보는 우리나라의 통설에는 사권(私權)과의 구별이나 형사소송으로부터의 시사점 등 중요한 논거를 제시해 주고 있다.

84) 그 당시에는 행정행위가 취소소송의 소송물이라는 것이 일반적인 인식이었다고 한다(김준기 ‘취소소송의 판결의 효력과 소송물’ 서울대학교 석사학위논문 22면).

85) “das Begehren des Klägers auf Feststellung, daß der angefochtene VA rechtswidrig sei”

86) Warner Niese, a.a.O., S353.

87) Bettermann, Wesen und Streitgegenstand der Verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage, DVBl, 1953.

결문제이지 소송물이 아니라고 한다.⁸⁸⁾ 이후 이러한 Bettermann의 견해는 행정행위 취소청구권을 실체법적인 형성권으로 이해하기가 어렵고, 특히 행정행위의 위법성이 선결문제인 이상 취소소송의 판결이 국가배상청구소송에 기판력을 갖지 못한다는 점에서 많은 비판을 받는다. 소송경제라는 면에서 실체적 법률관계에 대한 판결이 확정력을 발행시킬 수 없게 되어 새로이 소송을 제기하여야 하는 문제가 생기는 것이다.⁸⁹⁾

(2) 독일 행정법원법 규정과 학설 · 판례

오늘날 독일의 통설은 세부적인 내용에 약간씩의 차이는 있으나, 행정행위가 위법하며 그로 인하여 원고의 권리가 침해되었다는 원고의 권리주장을 취소소송의 소송물로 본다. 이러한 입장은 앞서 본 바와 같이 독일 행정법원법 제113조(1)의 규정과도 일치하여 해석론으로서도 실정법과 가장 부합하는 견해가 되었다. 대표적으로 Christian-Friedrich Menger는, 위 Bettermann의 견해에 대해서는 사법상의 형성권과 국가행위의 취소를 구하는 권리 사이에는 근본적인 차이가 있는데 시민에게는 자신의 법적 지위에 대한 위법한 침해에 대해 대항하여 보호할 권리가 있을 뿐이고 국가행위를 취소하기 위한 실체법적 형성권이라는 것은 없다고 비판하고, Niese의 견해에 대해서는 행정소송에 대한 본질적인 문제-객관적 적법성 통제를 목적으로 하는지 주관적 형성권의 보호를 목적으로 하는지-에 따라 소송물을 결정할 것은 아니나, 취소소송은 원고가 자신의 법적 지위를 보호하기 위하여 행정행위의 위법성을 다투는 소송이고, 민사소송에 비하여 객관적 통제의 동기가 두각을 나타내는 하지만 이는 부수적 목적에 불과하다고 비판하면서 취소소송의 소송물은 행정행위의 위법성과 그로 인한 원고 자신의 권리가 침해되었다는 원고의 법적 주장이라고 한다.⁹⁰⁾ 이러한 Menger의 견해는 1960년 제정된 독일행정

⁸⁸⁾ Bettermann, a.a.O., S163-166.

⁸⁹⁾ 홍준형, 앞의 책, 439면.

⁹⁰⁾ Christian-Friedrich Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes.

법원법 규정과도 부합하여 이후 해석론으로 통설의 지위를 갖게 되었다.⁹¹⁾ 현재까지도 독일에서는 ‘계쟁 행정행위가 위법하며 그로 인하여 원고의 권리를 침해하였다는, 원고의 법적 주장’⁹²⁾을 취소소송의 소송물로 보는 것이 통설의 입장이다.

물론 이러한 통설을 비판하면서 원고의 취소 청구를 소송물로 보려는 다른 견해도 있다. Detterbeck은 행정법원법 제113조(1)에서 언급된 두 개의 판결요건은 소송물 자체와 연결시킬 수 없다고 하면서, 행정법원법 제42조(1)을 근거로 행정행위의 취소를 구하는 소송상 청구가 취소소송의 소송물이라고 한다.⁹³⁾ 행정행위의 위법성과 그에 따른 원고의 권리 침해는 중요한 전제조건일 뿐 소송물이 아니고, 취소소송의 소송물은 원고의 행정행위 취소에 관한 소송상의 청구라는 것이다. 그리고 이같이 보면 소송상 취소청구권에만 기판력이 생기게 되어 후소인 국가배상청구소송에 행정행위의 위법성에 대한 판결의 효력이 미치지 않게 되는데, 이에 대해서는 판결이유를 객관적인 관점에서 끌어와 다른 법원을 구속할 수 있다고 설명한다.⁹⁴⁾ 즉 취소소송의 소송물과 후소의 소송물 사이에 동일 또는 선결관계가 존재한다면 전소인 취소소송의 소송물은 구속력을 갖는다는 것이다. 또한 반복금지의 문제와 관련하여 같은 종류의 행정행위 사이에 확정력이 미치는 것을 소송물의 개념에서 설명하면서 그 논리로서, 취소소송의 소송물을 같은 종류의 행정행위의 취소 청구라고 정의한다.⁹⁵⁾

또한 Schenke는 단지 원고의 법적 주장이 아닌 취소소송에서의 행정행위

Eine verwaltungsrechtliche und prozeßvergleichende Studie, 1954, S161-165.

91) 박정훈, 앞의 책, 373면.

92) “die Behauptung des Klägers, die angefochtenen Bescheide seien rechtswidrig und verletzt ihn in seinen Rechten” Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, 14.Aufl., §113 Rn.3 (S817).

93) Detterbeck, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Rech: Grundlagen des Verfahrens vor den allgemeinen Verwaltungsgerichten und vor dem Bundesverfassungsgericht, 1995. 153-170면.

94) Detterbeck, a.a.O., S162.

95) Detterbeck, a.a.O., S158.

취소청구권 존부 자체를 소송물로 보면서, 그 판단내용으로 원고의 권리 침해만을 포함시킨다.⁹⁶⁾ 즉 취소소송의 소송물은 원고의 주관적 권리의 침해 및 이에 근거하는 원고의 행정행위 취소를 구하는 법적 주장이라고 하고, 행정행위가 위법하다는 점은 권리 침해만큼 중요하거나 독자적인 의미가 있다고 보지 않는다. 이와 같이 통설을 비판하면서 취소청구권을 소송물로 인정하는 견해들은 계속적 확인의 소의 소송물과의 차이를 고려한 것이다.

한편, 독일 연방행정법원 판례는 통설과 같이 소송물을 ‘계쟁 행정행위가 위법하고 그로 인해 자신의 권리가 침해되었다는 원고의 주장’으로 본다.⁹⁷⁾ 따라서 취소판결이 확정되면, 계쟁 행정행위의 위법성과 권리 침해성 둘 다에 관해 기판력(materielle Rechtskraft)이 발생하게 된다. 그리고 취소판결의 확정 후에 반복처분이 내려진 경우에 행정법원법 제121조를 들어 취소판결의 확정력에 의하여 허용되지 않는다고 한다⁹⁸⁾.

제4절 취소소송의 소송물에 대한 국내 논의의 현황

1. 취소소송의 소송물에 대한 국내 학설 대립 상황

(1) 논의의 현황과 학설 분류 기준

취소소송의 소송물에 대하여 그동안 국내에서도 많은 논의가 있었고, 특히 과세처분 취소소송의 소송물에서는 처분의 증감 결정처분을 둘러싸고 심판 대상의 범위에 대한 논의가 많이 있었다.⁹⁹⁾ 다만 취소소송의 소송물 자체에

⁹⁶⁾ Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 17. Aufl., §90.

⁹⁷⁾ BVerwGE 29, 210; 91, 256 등.

⁹⁸⁾ BVerwGE 14, 359 등.

⁹⁹⁾ 취소소송의 소송물을 전체적으로 조망한 국내 연구논문은 제1장 제1절 2. 연구의 목적에서 소개하였는데(각주 10), 그 외에 취소소송의 소송물에 대하여 논하

대하여는 취소소송의 목적 또는 기능을 둘러싸고 취소소송의 본안에서 법원이 심판할 대상으로 처분의 위법성과 이에 더하여 원고의 주관적인 권리의 침해도 본안요건으로 심판 대상에 포함시킬 것인가가 전통적으로 논의되었다. 이에 대해 판례와 통설이 처분의 위법성 일반을 취소소송의 소송물로 견지하여 옴에 따라 현실적인 심판 대상으로서 원고가 주장하지 않은 개개 위법사유에 대한 심리와 관련하여 직권탐지주의의 의미나 위법성을 탄핵하기 위한 적법사유의 주장으로 피고 행정청이 처분사유를 추가·변경하는 것이 얼마나 허용될 것인가의 논의가 이루어졌다. 즉 취소소송의 소송물이 소의 병합, 소의 변경, 기판력의 범위 등을 정함에 있어 중요한 의미가 있다고 그 의미를 설명하면서도,¹⁰⁰⁾ 소송물을 개념 정의하는 학설과 판례의 입장에 대해서만 언급할 뿐 정작 어떤 학설을 취하는가에 따라 위 쟁점들이 어떻게 해결되는가까지 이어서 설명하고 있는 이론은 그다지 많지는 않다.¹⁰¹⁾ 이런 점

는 글로는, 김민섭, ‘취소소송의 소송물과 취소판결의 기판력 및 기속력’, 한양법학 제31권 제1호, 한양법학회, 2019.; 김유환, ‘취소소송의 판결의 기속력에 관한 판례이론 검토’, 행정법연구 제64호, 행정법이론실무학회, 2021.; 송중원, ‘소송물과의 관련성에서 본 취소판결의 기속력- 특히 반복금지효를 중심으로-’, 법학논총 제24권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2012.; 이상덕, ‘항고소송에서 처분사유 추가·변경 제한 법리의 재정립’, 사법 통권 제60호, 2022.; 이혁우, ‘행정소송판결의 효력-기판력 및 참가적 효력과 관련하여’, 대법원판례해설 제27호, 1996.; 최계영, ‘항고소송에서 본안판단의 범위 - 원고의 권리 침해가 포함되는지 또는 원고의 법률상 이익과 관계없는 사유의 주장이 제한되는지의 문제를 중심으로’, 행정법연구 제42호, 행정법이론실무학회, 2015.; 홍강훈, 앞의 글 등이 있다. 그리고 과세처분 취소소송의 소송물에 대한 국내 연구논문으로는 고종주, ‘조세소송의 소송물과 심판의 범위·위법성 이원론에 의한 신소송물이론의 구성과 적용’, 특별법연구 제5권, 특별소송실무연구회, 1997.; 구옥서, ‘과세처분 취소소송의 판결 확정과 재처분의 가부’, 인권과 정의 제283호, 대한변호사협회, 2000.; 문일호, ‘과세처분 취소소송에서의 소송물’, 법학연구 제48권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2007.; 윤지현, ‘경정거부처분 취소소송의 소송물’, 조세법연구 제16권 제3호, 한국세법학회, 2010. 등이 있다.

100) 박균성, 행정법론(상)(제10판), 박영사, 2011. 1012면; 김동희, 행정법 I, 제21판, 박영사, 2015, 724면.

101) 소송물 개념과 판례의 입장만 설명하고 검토와 결론을 내지 않는 경우도 많고, 통설과 다른 의견을 제시하면서도 취소소송의 쟁점은 통설에 의하여 설명하는 경우도 있다. 예를 들어 홍정선, 행정법특강 제14판, 박영사, 2015, 659-660면에

에서 취소소송 소송물에 관한 그간의 국내 학설은 견해가 다양하게 나뉘는 것에 비하여 정작 소송물 개념이 적용되는 소송의 단계별 쟁점에서 각 학설의 적용 결과에 대한 설명이나 비판, 논박이 충분하게 이루어지지 않는다고 볼 수 있다.

이에 대해 제1장 제1절 연구의 대상에서 언급한 것처럼 소송물의 단위를 이루는 처분에 대해 처분의 본질을 ‘규율’에서 찾고 여러 유형의 행정처분에서 동일한 규율을 분석하고 추출하여 이를 근거로 처분의 동일성을 확장함으로써 행정청의 새로운 재처분에 대한 기속력까지 하나의 소송물 개념으로 관통하여 설명하고 있는 이론이 있다.¹⁰²⁾ 이로써 취소소송의 소송물에 대한 논의는 한 단계 도약하여 처분의 동일성 개념과 소 변경의 요건, 기속력의 성질에 대한 논쟁이 다시 이루어지고 있다. 이러한 국내 학설의 현황을 고려하여, 이 항에서는 전통적으로 본안에서의 심판 대상을 어떻게 보는가를 기준으로 학설을 나누어 소개하고, 개개 쟁점에서의 논의는 제5장에서 쟁점별로 살펴보고자 한다.

취소소송의 소송물에 관한 국내 학설은 하나의 기준만으로 분류하기는 어렵다.¹⁰³⁾ 법원의 판결로 기관력을 갖게 되는 법원의 심판 내용이 무엇인가라는 측면에서 크게 분류할 때 ① 처분으로 인하여 생긴 위법상태의 배제, ② 처분의 위법성, 그리고 ③ 위법한 처분으로 인하여 발생한 원고의 권리 침해 등을 취소소송의 소송물로 거론하고 있는 것으로 파악할 수 있다. ②를 소송

서는 처분등이 위법하고 또한 처분등이 자기의 권리를 침해한다는 원고의 법적 주장을 소송물로 보는 견해가 합리적이라고 지지하면서도 독자의 이해의 편의를 위해 소송물과 관련된 부분의 기술은 통설과 판례의 입장을 전제로 기술하고 있다.

102) 박정훈, 앞의 책, 361-470면.

103) 취소소송의 소송물에 대한 국내 학설은 ① 취소소송의 성격 및 기능에 대하여 확인소송인지 형성소송인지에 관한 입장을 소송물에 드러내는가, ② 주관소송인지 객관소송인지에 따라서 소송물이 결정되는가, 그리고 ③ 소송물을 인용판결의 요건인 실체법적 쟁점과 연계할 것인지 아니면 소송법적 관점에서 법원에 대하여 소송을 통해 내세우는 법적 주장이라는 점을 강조할 것인지에 관한 입장을 제각각 소송물에 반영하고 있어 하나의 분류 기준만으로는 나누기가 어렵다.

물로 인정하는 견해끼리도 세부적인 내용에서는 위법성의 내용이나 범위에 대해 조금씩 다르게 설명하고, ②와 ③이 모두 취소소송의 소송물이라고 하기도 한다. 나아가 소송법적 요소를 중시하여 이러한 ②와 ③이라는 내용에 대한 원고의 법적 주장이 소송물이라고 파악하기도 한다. 이하에서는 여러 국내 학설들을 세부적으로 살펴보고, 취소소송의 소송물을 (i) ‘처분으로 인하여 생긴 위법 상태의 배제’로 보는 견해, (ii) ‘처분의 위법성’을 취소소송의 소송물로 보는 견해, (iii) 처분의 위법성도 포함하는가를 구별하지 않고 원고의 권리나 이익의 침해라는 주관적인 내용을 소송물로 보는 견해로 크게 구분하고, 그 구분 안에서 대립하는 학설들의 내용을 살펴보기로 한다.

(2) 학설

1) ‘위법 상태의 배제’로 보는 견해

먼저 취소소송의 소송물을 ‘행정처분으로 인하여 생긴 위법 상태의 배제’로 보는 견해가 있다.¹⁰⁴⁾ 이 견해는 취소소송이 가지는 형성소송적 성격에 착안한 것이라고 볼 수 있다. 행정청의 예선적효력(公定力)을 가진 공권력 행사나 그 거부 기타 이에 준하는 행정작용의 전부 또는 일부를 취소함으로써 그 효력을 원칙적으로 기왕에 소급하여 소멸시키는 형성소송이라고 설명하며,¹⁰⁵⁾ 형성소송이 목적으로 하는 창설적 효과, 즉 처분의 효력의 소멸이라는 행정법률관계의 변동을 직접적으로 소송물에 반영한다. 그러나 이 견해에 대해서는 취소판결이 가지는 형성의 효과만을 드러내게 되어 취소판결의 효과를 지나치게 제한한다는 비판이 가능하다. 취소판결의 효과를 처분의 위법성 확정이 아니라 단순한 위법상태의 배제로만 지나치게 제한하여 취소소송을 통해 처분의 위법성 여부와는 관계없이 단지 당해 처분으로 인한 위법 상태만이 제거되는 것에 불과하게 되고, 동일한 처분의 위법을 이유로 한 국가배

¹⁰⁴⁾ 김도창, 일반행정법론(상), 청운사, 1993. 745면.

¹⁰⁵⁾ 김도창, 위의 책, 744-745면.

상청구소송에서 취소소송의 기판력을 원용할 수 없게 된다는 문제가 있다고 한다.¹⁰⁶⁾ 즉 취소판결의 효과가 처분의 효력을 소멸시킴으로써 위법 상태를 배제하는 데 있는 것은 사실이지만 이러한 판결은 처분이 위법(하거나 견해에 따라서는 권리를 침해하기도)할 때 인정되는 것인데, 이러한 판결이 내려져도 처분의 위법성이라는 판결이 내려진 전제에 대해 판결의 효력이 부여되지 않으면 후속 국가배상청구소송에서 이 처분이 위법하다는 점에 전(前)취소소송의 판결의 기판력을 원용할 수가 없어 취소판결의 효용성은 매우 떨어지게 되는 것이다.

2) ‘처분의 위법성’을 소송물로 보는 견해

우리나라의 통설은 대체로 ‘처분의 위법성’을 취소소송의 소송물로 이해한다.¹⁰⁷⁾ 취소소송에서는 원고가 특정 처분이 위법함을 주장하는 것이고, 그 처분의 위법성이 법원의 심리대상이 되어 원고의 위법성 주장의 당부가 판결에 의해 확정되는 것이라고 설명한다.¹⁰⁸⁾ 통설은 행정처분의 위법성만을 소송물로 보고, 원고의 권리 침해에 대한 취소 청구나 주장이라는 주관적 관점에서의 소송물은 인정하지 않는다. 취소소송의 성격에 대하여 객관소송으로서의 성격이 주된 의미를 갖는다고 보는 견해에서는 취소소송 본안판단의 대상으로 처분의 위법성만을 소송물의 요소로 하고 주관적인 요소는 본안판단의 대상이 아니라고 보면서 소송물을 이같이 판단한다. 이와 달리 취소소송의 성격에 대해서 개인적 권리구제를 위한 주관소송으로 이해하면서도 소송물에서는 처분의 위법성만을 내용으로 보고 원고의 권리 침해는 소송물에서 제외되는 것으로 보는 견해도 있는데, 이는 우리 행정소송법 규정상 취소소송을 ‘행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송’이라고 규정하

¹⁰⁶⁾ 김남철, 행정법강론(제6판), 박영사, 2020, 763면.

¹⁰⁷⁾ 김동희, 앞의 책, 725면; 박윤훈, 최신행정법강의(상), 박영사, 1997, 835면; 김연태, 행정법사례연습(제7판), 홍문사, 2012, 710-711면; 하명호, 행정법(제2판), 박영사, 2020, 483-484면; 최계영, 앞의 글, 123-131면.

¹⁰⁸⁾ 박윤훈, 위의 책, 1997.

고 있는 이유가 크다(동법 제4조제1호). 즉 우리나라 행정소송법 규정상 취소소송 구조가 원고적격에서만 법률상 이익을 요구하고(동법 제12조) 본안판단에서는 처분의 위법성만을 요구하고 있을 뿐 독일처럼 권리 침해를 인용판결의 요건으로 요구하지 않고 있기 때문에(동법 제4조제1호), 심판 대상으로는 처분의 위법성만이 인정된다고 본다. 하지만 처분의 위법성의 구체적인 내용 즉, 처분의 단위 즉 처분의 동일성을 어떻게 보는가의 문제, 처분이유 제시의무와 관련하여 어떤 처분사유가 위법 심사의 대상이 되는가의 문제, 처분을 위법하게 하는 여러 위법 사유가 소송물인지 원고가 주장하는 개개 위법사유만이 소송물인지 등의 문제에서는 견해가 통일되어 있지 않다.

① 처분의 위법성 일반으로 보는 견해와 개개 위법사유로 보는 견해

앞서 말한 바와 같이 처분의 위법성을 취소소송의 소송물로 보는 대부분의 견해는 그 위법성의 범위에 대해서는 ‘처분의 위법성 일반’, 즉 어떤 위법사유로든 처분이 위법한 지 여부 자체를 취소소송의 소송물로 이해한다. 취소소송에서 원고는 특정한 처분이 위법함을 주장하는 것이며, 그 처분의 위법성이 심리의 대상이 되어 원고의 위법성 주장의 당부가 판결에 의해 확정되는 것이다.

이에 대해 처분의 개개의 위법사유가 각각 독립된 소송물을 구성한다는 견해가 있는데, 그 근거는 소송물을 당해 처분의 위법성 일반으로 보게 되면 판결의 효력인 기판력의 범위도 대상 처분의 위법성 일반으로 확대되고, 원고는 소송에서 가능한 모든 위법사유를 주장하여야 하는 부담을 갖게 되어 불이익하므로 결국 개개 위법사유로 보는 것이 국민의 권리보호라는 취소소송의 목적에 충실하기 때문이라고 한다.¹⁰⁹⁾ 재판에서 다투어 판단된 것에 대해 당사자가 반대의 주장을 후소(後訴)에서 할 수 없는 기판력의 취지상 다투어진 것에만 기판력이 미친다고 보는 것이 타당하므로 소송물은 개개 위

109) 현재 이 견해를 명시적으로 지지하고 있는 학자는 찾기 어려우나 대부분 교과서에서 취소소송의 소송물을 파악하는 견해 중 하나로 소개하고 있고, 하명호, 앞의 책, 483면과 박균성, 앞의 책, 1013면에서 이 견해의 논거를 소개하고 있다.

법사유에 한정되고, 원고는 전소(前訴)에서 주장한 것과 다른 위법사유를 후소(後訴)에서 주장할 수 있게 된다는 것이 주된 논거이다. 그러나 이 견해에 대해 위법성 일반을 소송물로 보는 통설에서는, 개개 위법사유를 소송물로 보게 되면 당초 주장하지 않은 위법사유를 새롭게 주장하는 것이 새로운 소송물이 되어 제소기간의 제한을 받게 되므로 당초 주장하지 않은 위법사유의 주장을 새로이 하는 것이 제소기간 도과로 어렵게 되어 오히려 원고에게 불이익하다는 비판을 제기한다.¹¹⁰⁾ 그리고 특히 무엇보다 분쟁의 일회적 해결의 가치와 행정작용의 조기 확정의 보장 필요성을 강조한다.¹¹¹⁾

② 이유로 제시된 처분사유에 대한 위법성으로 제한하는 견해

처분의 위법성 일반이 소송물이라는 통설에 따르면서도, 행정절차법 제23조 제1항¹¹²⁾의 이유제시의무를 근거로 취소소송의 소송물을 계쟁 처분의 처분사유에 대한 위법성으로 제한하는 견해가 있다. 이 견해는 취소소송의 소송물을 ‘계쟁처분과 그 처분사유에 관한 위법성 일반’이라고 수정하여 설명한다. 취소소송의 소송물이 처분의 위법성이라는 점은 동의하지만 처분에 이유제시가 행하여지고 제시된 처분이유에 처분사유가 특정되어 있는 경우에는 그 처분사유와 처분은 불가분의 관계에 있고, 통설이 취소소송의 소송물을 처분의 위법성 일반으로 이해하는 것은 처분의 이유제시의무가 일반원칙으로 되어 있는 현행법 아래에서는 적절하지 않다고 한다.¹¹³⁾

110) 하명호, 앞의 책, 482면.

111) 박균성, 앞의 책, 1012면.

112) 행정절차법 제23조(처분의 이유 제시) ① 행정청은 처분을 할 때에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.

1. 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우
2. 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우
3. 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우

② 행정청은 제1항제2호 및 제3호의 경우에 처분 후 당사자가 요청하는 경우에는 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.

③ 당초처분 및 이와 동일한 규율인 처분의 위법성으로 처분의 동일성을 확장하는 견해

독일법제와 다른 우리 실정법을 고려할 때 취소소송의 소송물은 처분의 위법성 일반으로 보면서도, 여기서의 처분은 당초 행정청이 내린 구체적인 처분만을 의미하지 않고 일부 다른 점이 있더라도 동일하다고 평가할 수 있는 처분까지 포괄하는 견해가 있다.¹¹⁴⁾ 실정법과 판례에 기초하여 파악하면, 취소소송의 소송물은 처분 및 그 당초처분과 그 근거 사유에 있어 기본적인 사실관계가 동일한 처분의 위법성 일반으로 정의된다고 한다. 우리 판례가 반복되는 동일한 처분에 대해 기판력을 인정하고 있는 점 등을 고려하여 반복되는 동일한 처분으로 처분의 동일성을 확장한다. 그리고 ‘계쟁처분과 이러한 반복되는 동일한 처분의 위법성’이 취소소송의 소송물이라고 한다. 이 견해는 통설이 소송물 개념에서 위법성에만 치중하고 처분은 그다지 고려하지 않거나 당초처분 또는 특정처분으로 한정하고 있는데 그 결과 소송물이 (동일하게 취급될 만한 다른 처분에 대한 취소소송과의 관계에서) 소송계속의 범위와 소 변경, 처분사유의 추가·변경 및 기속력의 문제와 연결되지 않아 이러한 소송상의 쟁점들을 해결하지 못하고, 그저 취소소송의 판결과 국가배상청구소송의 관계를 해결하는 정도에 그친다고 비판한다.¹¹⁵⁾

각각의 처분마다 소송물이 성립하는 것을 전제로 개별 처분의 위법성을 소송물이라고 파악하는 통설의 견해와 달리 이 견해에 따를 때 가장 달라지는 부분은, 동일하다고 평가할 수 있는 처분들 즉 전체적으로 보아 하나로 포함하여 볼 수 있는 관련 사실관계에 기초하여 행정청이 내리는 동일·유사한

113) 김철용, 행정법 I 제13판, 박영사, 637면. 이 견해는 통설의 견해에 대해 취소 판결의 형성효과가 당해 처분이 위법하다는 법원의 유권적인 확정과 결부되어 발생하는 것이므로 처분의 위법성 유무야말로 법원의 판단 대상이며 소송물을 구성하는 것이라는 점과 우리나라 행정소송은 독일과 달리 권리 침해를 본안판단의 승소요건으로 요구하지 않고 있다는 점을 들어 취소소송의 소송물이 계쟁 처분의 위법성이라는 점은 인정한다.

114) 박정훈, 앞의 책, 408면; 이병철, 앞의 글, 177-178면도 이 견해를 지지하고 있다.

115) 박정훈, 앞의 책, 408면.

판단의 처분들 사이에서 ‘처분의 동일성’을 인정하고 그에 대한 취소소송 모두에서 하나의 소송물을 인정하여 당초 소송의 판결이 효력을 미치게 할 수 있다는 점이다. 취소소송에서는 민사소송에서와 같이 소송물 개념이 소송 전(全)단계를 걸쳐 중요한 문제를 해결하는 역할을 해주고 있지 못하였는데 ‘처분의 동일성’의 확장을 통해 당초처분과 경정처분에 대한 각 취소소송이 하나의 소송으로 처리될 수 있도록 소송물이 동일한 이론적 근거를 제공한다. 즉 행정청은 처분에 대해 소송이 제기된 이후에도 여전히 처분권한을 갖고 있으므로 처분을 변경하여 다시 처분할 수 있는데 이 때문에 개개 처분별로 소송물이 잘게 나누어지는 문제점을 극복할 수 있고, 실질적으로 같은 내용의 규율을 하는 관련 처분들을 하나의 소송절차에서 집중하여 심판할 수 있다. 또한 규율의 동일성이라는 처분의 동일성 표지를 설정함으로써 처분사유 추가·변경의 허부 기준을 처분의 동일성을 결정하는 처분사유로 판단할 수 있으며 나아가 취소판결 이후에 내려질 재처분에도 규율의 통일성이 인정되어 기속력(특히 반복금지효)이 소송물에 대하여 인정되는 판결의 효력이 되어 그야말로 소송물 개념이 판결의 효력까지를 관통하는 개념이 된다는 이론적 장점이 있다. 다만 규율의 동일성이라는 개념이 다소 난해하고 모호할 수 있어 개별 처분의 특징에 따라 소송물을 판별하는 것에 비해 소송물의 동일 여부의 구별이 명확하지 않을 수 있다. 그리고 동일성이 인정되는 처분의 위법성이 모두 법원의 심판 대상이 되므로, 처분의 유형에 따라서는 소송물이 확대되면서 발생하는 자연스러운 문제. 바로 법원의 권한이 커지고 한 취소소송에서 행정청이 소송 대응하여야 하는 부담이 커지며 이는 행정의 자율적인 행정 권한의 행사에 지장을 줄 수도 있다는 우려가 있다.

④ 처분의 위법을 이유로 처분의 취소를 구하는 원고의 주장으로 보는 견해
소송물은 소송법적 관점에서 파악하는 것이 타당하다는 전제하에 취소소송은 형성소송이고, 소송물은 소송상 청구이므로 ‘원고의 주장’을 소송물로 보아야 하고, 취소소송에서 기본적으로 다루어지는 것은 권리 침해가 아니라 처분의 위법성이므로, 결국 취소소송의 소송물은 ‘처분의 위법을 이유로 처

분의 취소를 구하는 원고의 주장’이라고 보아야 한다는 견해¹¹⁶⁾도 큰 틀에서는 처분의 위법성을 소송물로 보는 견해로 포함 시킬 수 있다. 이 견해는 취소소송이 처분의 위법성을 확인하면서도 처분을 취소하는 즉 처분의 위법상태를 배제하는 형성소송이므로, 위법성 일반뿐만 아니라 처분의 취소가 심판의 대상이 되어야 한다고 한다.¹¹⁷⁾

3) 소송물에서 ‘원고의 권리 침해’를 고려하는 견해

① ‘원고의 권리 침해’를 소송물로 보는 견해의 논거

독일에서는 취소소송의 소송물로 원고의 권리 침해도 인정하는 것이 통설이자 판례의 입장이다. 우리나라에서도 취소소송의 소송물로 원고의 권리 침해를 인정하는 견해가 유력한데,¹¹⁸⁾ 취소소송이 원고의 권리구제를 위한 소송이라는 점에서 그 주된 근거가 있다. 취소소송을 기본적으로 개인의 권리구제를 직접적인 목적으로 하는 주관적 소송이라고 보고 이러한 취소소송의 목적이 본안판단의 내용으로 관철되어야 하므로 원고의 권리 침해가(또는 권리 침해도) 소송물이 되어야 한다고 보는 것이다.

이 견해의 주된 논거를 다음과 같이 세 가지로 정리할 수 있다. 먼저 제일 중요한 논거는 앞서 언급한 바와 같이 취소소송은 개인을 공권력의 침해로부터 구제하는 주관소송이라고 보면서 이러한 취소소송의 목적을 강조하거나 이를 소송 본안에서의 심판대상 즉 소송물에서도 관철하려는 생각이다. 원고적격에 관한 행정소송법 제12조에 따라 주관적인 권리 침해의 주장으로부터 원고적격의 내용이 구성된다면 당사자에 의하여 주장된 당해 처분에

116) 박균성, 앞의 책, 1014면.

117) 박균성, 앞의 책, 1014면.

118) 홍정선, 행정법원론(상)(21판), 2013, 939면; 류지태/박종수, 앞의 책, 685면; 김성수, 일반행정법 제7판, 홍문사, 2014, 847면; 김남철, 앞의 책, 763면; 정남철, ‘국가배상소송과 선결문제’, 저스티스, 통권 제116호, 한국법학원, 2010. 4. 116면; 김민섭, ‘취소소송의 소송물과 부관에 대한 권리구제’, 법학논총 제31권, 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2019. 2. 380면.

의한 권리 침해문제를 소송물의 중심적 내용, 즉 법원의 심사내용으로 삼을 이유가 있다고 한다.¹¹⁹⁾ 두 번째로는 취소소송에서 처분의 위법성을 확인하는 것만으로는 부족하고 권리 침해 여부도 확인되거나 이에 판결의 효력이 부여될 필요가 있다는 것이다. 취소소송에서 처분이 위법하기만 하면 원고 청구가 인용되는 것이 취소소송이 권리구제를 주된 목적으로 하는 주관적 소송이라는 성격을 고려할 때 문제가 있다¹²⁰⁾고 보는 점에서 근본적으로는 첫 번째 이유에서와 같이 취소소송을 주관소송으로 보기 때문이기는 하지만, 권리 침해가 인정될 경우 이에 기판력을 부여하려는 현실적인 이유도 있다. 원고의 권리 침해를 소송물로 인정하면 취소판결이 있는 경우 국가배상청구소송에서 권리 침해의 존재에도 기판력이 미치게 되어 원고는 이를 추가로 입증하여야 할 필요가 없고, 통설과 같이 처분의 위법성만을 소송물로 인정하면 취소소송에서 패소한 원고가 국가배상청구소송에서 승소할 가능성이 박탈된다는 점에서 문제가 있다고 한다.¹²¹⁾ 그리고 마지막 논거로, 취소소송을 단순한 확인소송과 구별을 할 필요가 있다는 이유가 있다. 즉 취소소송은 단순히 처분등의 객관적 위법성을 확인받기 위한 확인소송이 아니므로 취소소송이 ‘행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송’인 이상 단순히 처분등의 위법성을 확인하는데 그치는 소송유형과 구별되어야 한다는 점을 그 근거로 든다.¹²²⁾

원고의 권리 침해를 소송물로 보는 견해에서는 원고의 청구를 인용할 이유가 되는 위법한 처분으로 인한 원고의 권리 침해를 중점적으로 보고, 소송의

119) 류지태/박종수, 앞의 책, 685면.

120) 홍정선, 앞의 책(행정법원론), 939면.

121) 홍정선, 위의 책, 939면. 여기에서는 취소판결의 기판력은 국가배상청구소송에 영향을 미치지만 기각판결의 기판력은 국가배상청구소송에 미치지 않는다는 것을 설명할 수 있다는 점도 논거로 들고 있으나 이러한 기판력일부긍정설 내지 인용·기각판결구분설은 국가배상의 위법을 취소소송의 위법보다 넓게 이해하는 전제에 있는 것으로 기판력의 문제를 인용판결과 기각판결로 구분하는 것에 의문을 제기하는 반론도 있다는 점을 밝혀둔다. 이 부분에 대해서는 제5장 제4절에서 다시 설명한다.

122) 홍준형, 앞의 책, 436-437면.

대상인 처분에 대해서는 소송물과 분리하려는 인식이 강하다. 이 때문에 소송의 대상과 소송물은 다르다는 점을 강조하거나,¹²³⁾ 취소소송의 소송물을 행정행위의 위법성이나 위법한 처분으로 인한 위법상태의 배제로 보는 통설에 대해서 취소소송의 대상과 취소소송의 소송물을 명확하게 구별하지 못하는 것으로 우려한다.¹²⁴⁾

원고의 권리 침해를 취소소송의 소송물로 보는 이 견해에 대해서도 여러 비판이 있다. 먼저 취소소송을 정의하고 있는 행정소송법 제4조 제1호가 취소소송에서 판단할 내용으로 처분의 위법성만을 규정하고 있다는 점에서, 행정소송법의 명문 규정상 소송물에 원고의 권리 침해를 포함한다고 해석하기 어렵다는 점이다. 그리고 만일 그와 같이 해석할 경우 사익의 권리 보호가 목적이 아닌 공익을 위한 규범의 관철이 어려우며, 이익형량 구조와도 맞지 않고, 처분의 상대방과 제3자가 주장할 수 있는 위법사유의 범위가 달라지는 현실적인 문제점 등이 지적된다.¹²⁵⁾ 처분의 위법성을 소송물로 보는 견해와 마찬가지로, 원고의 권리 침해를 소송물로 보는 견해 안에서도 취소소송의 소송물을 무엇으로 볼 것인지는 조금씩 세부적인 내용이 다른데, 이하에서는 구체적인 학설을 살펴본다.

② ‘처분이 위법하고 또한 처분이 자기의 권리나 이익을 침해한다는 원고의 법적 주장’을 소송물로 보는 견해

‘원고의 권리 침해’를 소송물로 보는 견해는 대체로 처분의 위법성을 원고의 권리 침해와 함께 취소소송의 소송물로 인정한다. 그리고 이를 주장하는 ‘원고의 법적 주장’이 소송물이라고 하지만, 그 주장의 내용인 처분의 위법성이나 권리 침해를 소송물을 구성하는 요소나 식별기준으로 보지 않고 그 자체로 소송물로 파악하여 이에 기판력이 부여되는 것을 인정한다. 이같이 처분의 위법성과 원고의 권리 침해라는 두 가지를 모두 소송물로 인정하는 근

123) 홍준형, 앞의 책, 436-437면.

124) 김성수, 앞의 책, 847면.

125) 최계영, 앞의 글, 123-131면.

거에 대해서는 행정소송법 제1조가 규정하는 행정소송의 목적이 국민의 권리 또는 이익의 침해 구제에 있고, 행정소송법 제4조 제1호가 규정하는 취소소송의 의의는 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송이라는 점에 비추어 이같이 양자(兩者)를 취소소송의 소송물로 보는 것이 합리적이라고 한다.¹²⁶⁾

③ 처분의 위법성은 소송물이 아니고, ‘자신의 권리가 침해되었다는 원고의 법적 권리주장’이 소송물이라고 보는 견해

이 견해는 처분의 위법성은 소송물이 아니라고 보고 원고의 권리 침해에 대한 법적 권리주장이 취소소송의 소송물이라고 본다. 소송물은 원고가 당해 소송을 통하여 주장하는 내용으로 주관적인 입장에서 일정한 법적 주장을 하는 것인데, 이러한 소송물을 소장에 기재함으로써 원고 청구의 내용이 특정되며 법원도 당사자 주장의 법적 내용을 개별화하게 된다고 한다. 이러한 소송물은 실체법적 내용과는 독립된 소송법적 관점에서 고찰되어야 한다는 점을 전제로 소송법적 관점에서 취소소송의 소송물 논의의 중점은 대상이 되는 처분을 통하여 자신의 권리가 침해되었다는 원고의 법적 권리 주장(Rechtsbehauptung)에 있다고 한다.¹²⁷⁾ 소송법적 관점에서 소송물을 파악하여야 하므로 원고가 법원에 대하여 하는 법적 주장을 소송물로 보아야 하는데, 취소소송에서 원고의 법적 주장은 대상 처분에 의하여 원고의 권리가 침해되었다는 것이고, 처분의 위법성은 소의 이유 유무 단계에서 권리 침해를 확인할 때 포함되는 실체법적 근거일 뿐이라고 본다. 따라서 취소소송의 소송물을 처분의 위법성으로 보는 통설은 당사자청구의 실체법적 근거와 소송물을 연계한 것이어서 타당하지 않다고 한다.¹²⁸⁾ 이에 대해서는 행정행위의 위법성을 소송물에서 제외함으로써 취소판결에서 처분이 위법하다는 판결의

126) 홍정선, 앞의 책(행정법원론), 939면; 김성수, 앞의 책, 847면; 정남철, 앞의 글, 116면; 홍강훈, 앞의 글, 390면.

127) 류지태/박종수, 앞의 책, 685면.

128) 류지태/박종수, 앞의 책, 685면.

기관력이 국가배상청구소송에 미치지 않는다는 비판이 있다. 이러한 비판에 대해서 이 견해는 권리 침해가 인정된 취소판결의 기관력이 국가배상청구를 인용하는데 더 효과적이라고 반론할 수도 있을 것이다. 그러나 취소소송의 기각판결에 처분의 위법성의 부존재에 대한 기관력이 생기지 않아 동일한 처분에 대한 무효확인소송의 후(後)소에서 처분의 위법성 판단에 기관력이 미치지 못하고, 이는 분쟁의 일회적 해결을 저해한다는 비판은 피하기 어렵다.

④ ‘처분의 위법성과 이를 근거로 한 처분의 취소를 구하는 원고의 법적 권리주장’으로 보면서 처분의 위법성을 주관적 위법성으로 파악하는 견해

취소소송이 개인의 권리구제를 직접적 목적으로 하는 주관적 소송이라는 점과 처분의 취소·변경을 통하여 직접 법률관계를 변경 또는 소멸시킨다는 점에서 형성소송이라는 점을 전제로 취소소송의 소송물은 ‘처분의 위법성과 이를 근거로 한 처분의 취소를 구하는 원고의 법적 권리주장(Rechtsbegehren)’으로 본다.¹²⁹⁾ 그리고 여기서 ‘처분의 위법성’을 처분의 객관적 위법성뿐 아니라 원고의 법률상 이익을 침해하였다는 주관적 관련성 하에서 파악된 위법성을 말하는 것으로 본다.¹³⁰⁾ 이 견해는 위법성의 의미에 대하여 처분이 객관적으로 위법하다는 것만으로는 부족하고 원고와의 관계에서 주관적으로 위법해야 한다는 뜻이므로 이런 의미에서 주관적 위법이 객관적 위법에 포함된다고 설명한다.¹³¹⁾ 그렇다면 결과적으로 원고의 법률상 이익을 침해하였다는 주관적 위법성이 인정되어야 하므로, 넓게는 원고의 권리나 이익의 침해를 소송물로 보는 견해의 구분에 넣을 수 있을 것이다.

이 견해는 취소소송의 소송물을 ‘처분의 위법성’으로 보는 통설에 대해서는 취소소송이 단순히 처분의 위법성을 확인하는데 그치는 소송유형과 동일시 될 수 없다고 비판하고, ‘위법처분으로 인해 발생한 위법상태의 배제’라고

129) 홍준형, 앞의 책, 438면.

130) 홍준형, 앞의 책, 438면.

131) 홍준형, 앞의 책, 435면.

보는 견해에 대해서는 판결의 효과가 취소요건 또는 형성요건으로서 처분의 위법성에 미치지 않으면 동일한 처분의 위법을 근거로 국가배상을 청구함에 있어 취소판결의 기판력을 원용할 수 없게 되는 결과의 문제가 있다고 비판한다.

2. 우리 대법원 판례의 태도

(1) 취소소송의 소송물에 대한 판례의 입장

대법원은 취소소송에서 처분의 위법성 외에 원고의 권리 침해 등은 심판하지 않고 있어 통설과 같이 처분의 위법성이 소송물임을 전제로 하고 있다.¹³²⁾ 특히 심판범위나 판결의 효력 범위가 자주 문제 되는 과세처분 취소소송에서 소송물에 대한 판시를 하고 있다. ‘과세처분 취소소송의 소송물은 그 취소원인이 되는 위법성 일반’이라고 명시하기도 하고,¹³³⁾ 과세처분 취소소송의 소송물에 대하여 더 구체적으로는 ‘과세처분에 의하여 확인된 조세채무인 과세표준 및 세액의 객관적 존부’라거나¹³⁴⁾ ‘경정거부처분 취소소송의 소송물은 정당한 세액의 객관적 존부’¹³⁵⁾ 라고 하는 등 과세처분의 위법성 일반이 과세처분 취소소송의 소송물임을 밝히고 있다.

과세처분이 아닌 일반 행정처분에 관해서도 판례는 취소소송의 소송물이 처분의 위법성 일반임을 명시하고 있다. 일반 행정처분에 대한 취소소송에서

¹³²⁾ 우리 판례가 취소소송에서 원고의 권리나 법률상 이익의 침해 여부를 고려하지 않고 심판을 한 즉, 원고의 권리나 이익과 직접적으로 관계가 없는 위법사유에도 제한 없이 심리하고 있음을 보여주는 판례 사례를 소개하고 있는 글로 최계영, 앞의 글, 112-113면 참조.

¹³³⁾ 대법원 1989. 4. 11. 선고 87누647 판결, 대법원 1990. 3. 23. 선고 89누5386 판결 등.

¹³⁴⁾ 대법원 1990. 3. 23. 선고 89누5386 판결, 대법원 1999. 12. 24. 선고 98두7350 판결, 대법원 1999. 9. 17. 선고 97누9666 판결, 대법원 2000. 3. 28. 선고 98두16682 판결 등.

¹³⁵⁾ 대법원 2022. 2. 10. 선고 2019두50946 판결.

‘취소판결의 기판력은 소송물로 된 행정처분의 위법성 존부에 관한 판단 그 자체에만 미친다’고 한 선례적 판결인 대법원 1996. 4. 26. 선고 95누5820 판결¹³⁶⁾ 이후로 대법원은 취소소송의 소송물이 처분의 위법성이고 그 범위는 위법성 일반에 걸친다는 점을 여러 번 확인하고 있다. 구체적으로는 부당해고 등의 구제신청에 관한 중앙노동위원회의 재심판정 취소소송의 소송물은 재심판정 자체의 위법성이라고 하면서 여러 징계사유를 들어 징계처분을 한 경우에는 중앙노동위원회가 재심판정에서 징계사유로 인정한 것 이외에도 징계위원회 등에서 들었던 징계사유 전부를 심리하여 징계처분이 정당한지를 판단하여야 한다고 판시하였고(대법원 2016. 12. 29. 선고 2015두38917 판결), 나아가 행정소송법상의 취소소송이 아닌 지방자치법상 주민소송의 경우에 행정처분의 취소를 요구하는 주민소송의 법원은 취소소송에서와 마찬가지로 해당 처분이 헌법, 법률, 그 하위의 법규명령, 법의 일반원칙 등 객관적 법질서를 구성하는 모든 법규범에 위반되는지 여부를 기준으로 처분의 위법성을 판단하여야 한다고 판시하였다(대법원 2019. 10. 17. 선고 2018두104 판결).

(2) 판결의 효력 범위에 대한 판례의 입장

취소소송의 소송물과 관련하여 취소소송의 판결이 가지는 효력에 대한 판결에 대해서는 민사소송과 동일하게 소송물에 대하여 기판력을 인정하면서,

¹³⁶⁾ 이 판례의 사안은 A 회사로부터 주택건설사업을 양수한 B 회사가 행정청으로부터 주택건설사업계획변경승인을 받았는데, 사업양수절차가 다투어지자 행정청은 사업양수가 유효하게 이루어지지 않았다고 B 회사에 주택건설사업계획변경승인취소처분을 하였고 이 사업계획변경승인취소처분에 대한 취소소송에서 인용판결이 확정되었다. 이에 A 회사가 먼저 이루어진 주택건설사업계획변경승인에 대하여 무효확인 및 취소청구소송을 제기하였다. 대법원은 주택건설사업계획변경승인을 다투는 후(後)소송과 주택건설사업계획변경승인취소처분을 다투는 전(前)소송은 그 청구취지를 달리하는 것이므로 전 소송의 판결의 기판력은 그 소송물이었던 변경승인취소처분의 위법성 존부에 관한 판단 그 자체에만 미치는 것이고 그 소송물을 달리하는 후소송에는 미치지 않는다고 판단하였다.

행정소송법 제30조에서 규정한 기속력에 대해서도 이를 ‘기판력’이라고 칭하거나 ‘기속력 또는 기판력’이라고 하여 기속력과 소송물의 관계에 대해 용어의 혼선이 있기도 했다. 하지만 최근 대법원 2016. 3. 24. 선고 2015두48235 판결에서 ‘행정소송법 제30조 제1항에서 규정한 취소 확정판결의 기속력은 취소 청구가 인용된 판결에서 인정되는 것으로서 당사자인 행정청과 그 밖의 관계 행정청에게 확정판결의 취지에 따라 행동하여야 할 의무를 지우는 작용을 하고, 이에 비하여 행정소송법 제8조 제2항에 의하여 행정소송에 준용되는 민사소송법 제216조, 제218조가 규정하고 있는 기판력이란 기판력 있는 전소 판결의 소송물과 동일한 후소를 허용하지 않음과 동시에, 후소의 소송물이 전소의 소송물과 동일하지는 않더라도 전소의 소송물에 관한 판단이 후소의 선결문제가 되거나 모순관계에 있을 때에는 후소에서 전소 판결의 판단과 다른 주장을 하는 것을 허용하지 않는 작용을 한다.’고 하여 이제는 이를 구별하고 있다.

제3장 취소소송의 소송물에 대한 검토

제1절 개설

1. 취소소송의 소송물에 대한 분석의 방식

취소소송의 소송물을 어떻게 보아야 할 것인가를 판단함에 있어서 앞서 살펴본 다른 소송에서의 소송물론과 외국에서의 취소소송의 소송물에 관한 논의가 참고될 수 있다. 물론 민사소송 및 형사소송은 취소소송과 그 구조나 소송의 이념이 같지 않은 까닭에 민사소송 및 형사소송에서의 소송물을 그대로 취소소송에 적용하기에는 어려움이 있다. 게다가 앞서 본 바와 같이 소송물은 당연히 타당한 어떤 개념이 아니라 사회적 경제적 상황과 그 사회에서 이해하는 해당 소송의 기능과 목적에 맞게 정책적으로 결정되는 개념이므로, 취소소송에서 소송물을 정함에 있어 우리 사회의 인식이나 상황, 여건을 고려하여야 한다. 이를테면 취소소송의 성질과 목적에 대한 이해, 행정 및 사법의 관계와 이에 대한 공법상 원리, 현재 우리 사회에서 행정소송에 관여하는 행정기관과 사법기관의 수준과 여건, 취소소송 당사자들의 소송상 지위와 방어권 보장의 필요성이나 행정사건에서 분쟁의 일회적 해결의 가치 등이라고 할 것이다.

우리나라에서 그간 이루어진 취소소송의 소송물에 대한 논의는 상당 부분 일본의 행정소송법 규정과 일본에서의 논의, 그리고 독일의 취소소송의 소송물 논의가 유입된 것이고, 그 바탕에는 민사소송에서의 소송물 이론이 기초가 되고 있음을 부인할 수 없다. 그렇다면 취소소송의 소송물이 무엇인가를 찾아가는 가장 빠른 길은 우리, 독일, 일본에서 취소소송의 소송물로 거론된 대상들을 하나씩 점검해보되 좀 전에 언급하였던 사항-취소소송 소송물을 정함에 있어 고려하여야 하는 것들-에 비추어 검토해 보는 방식이 적절할 것이다.

2. 검토 대상

취소소송의 소송물로 국내·외에서 주장된 것들은 계쟁행위인 처분 자체, 처분의 위법성, 실체법상 처분 취소청구권, 처분으로 인한 원고의 권리나 이익 침해 등이다. 그리고 이러한 실체법적 권리나 법률관계, 법적 지위의 존부에 관한, 원고의 법원을 향한 ‘법적 주장이나 요구’라는 소송법적 요소를 소송물에 가미하기도 한다. 이들에 대한 검토에 들어가기 전에 소송물로 거론되는 대상에서 검토 범위를 제한해보려 한다.

취소소송의 소송물은 처분의 위법성이나 원고의 권리 침해 등에 관한 원고의 법적 요구(Rechtbegehren) 또는 법적 주장(Rechtbehauptung)이라고 하는 부분을 먼저 살펴본다. 취소소송의 소송물이 처분의 위법성이나 원고의 권리 침해에 관한 원고의 법적 요구나 법적 주장이라고 하는 견해들도 처분의 위법성이나 원고의 권리 침해 존부에 대한 판단에 기판력이 미친다고 설명하고 있으므로 이러한 판결의 효력 범위와 일치하는 심판의 대상 역시 처분의 위법성이나 원고의 권리 침해라고 인정하고 있음을 알 수 있다. 원고의 법적 요구나 법적 주장이 소송물임을 강조하는 것은 민사소송에서 신소송물이론인 소송법설의 영향을 받아, 실체법상의 권리나 법적 지위가 아닌 원고의 법원에 대한 청구 또는 주장이라는 소송법적 요소로서 소송물을 설명하려는 것으로 이해된다. 그러나 소송물을 실체법상의 권리와 구별하여 소송법적으로 파악하려는 관점이 바람직하다고 하더라도 취소소송이 민사소송과는 그 구조가 다르다는 점에서 굳이 소송법적 요소를 강조하여 취소소송의 소송물을 정의할 필요가 있는지는 의문이다. 민사소송과 취소소송의 차이점으로 앞서 살펴본 것처럼 민사소송에서는 같은 민사소송이라도 이행소송인지 형성소송인지 확인소송인지가 소송마다 다르고, 이행소송 중에서도 원고가 목적으로 하는 급부의 내용이 다르다. 따라서 민사소송의 소송물에 대한 개념 정의는 이러한 다양한 신청내용을 포괄하는 상위개념이어야 한다. 반면 취소소송은 그 자체에서 원고가 소로써 달성하고자 하는 목적 또는 법원에 대하여 하는 법적 주장 자체가 처분의 취소를 구하는 것으로 대동소이하다. 취소를

구하는 처분의 특정만이 다를 뿐이다. 민사소송법학의 소송물이론 중 소송법설에서 원고의 법적 주장이라는 포괄적인 표현으로 소송물을 표현하는 것은 실체법설에서 보는 소송물인 실체법상의 권리와 구별하여 소송물을 소송법적인 요소로 파악하려는 시도의 결과로 사용되는 표현이다. 실체적 권리와는 무관하면서도 이행의 소뿐만 아니라 확인의 소, 형성의 소까지를 모두 아우를 수 있는 포괄적인 표현으로 의미가 있는 것이다. 그러나 취소소송에서는 취소소송 자체가 원고가 법원에 처분의 취소를 요구하는 소송으로 일괄적이라는 점에서 굳이 원고의 법적 주장과 같은 원고의 청구를 실체적 권리나 청구의 구체적 내용을 배제한 용어를 쓸 이유가 없다. 취소소송의 소송물을 처분의 위법성으로 보나 처분이 위법하다는 원고의 법적 주장으로 보나, 처분으로 인한 원고의 권리 침해로 보나 처분으로 인해 자신의 권리가 침해되었다는 원고의 법적 주장으로 보나 차이가 없기 때문이다.

다음으로 계쟁행위인 처분 자체와 처분의 취소소송에서의 소송물이 개념상 구별된다는 점은 오늘 아무도 부인하지 않고, 취소소송의 소송물을 행정행위와 동일시하던 독일 초기의 견해는 Niese 이후로 완전히 극복되었다고 평가되는바, 취소소송의 소송물로서 처분 자체도 검토할 필요가 없을 것이다.¹³⁷⁾ 이러한 점을 고려하여 이하에서는 실제 법원이 취소판결을 내리기 위하여 심판하여야 할 실체적인 내용으로서, 취소소송의 소송물로 거론되는 대상들인 처분 취소청구권, 처분의 위법성, 원고의 권리 침해 세 가지에 대하여 취소소송의 소송물이 될 수 있는지를 검토하고자 한다.¹³⁸⁾

137) 이와 관련하여 우리 판례와 통설이 취하는 견해에 대해 소송물과 계쟁물을 구별하지 못하고 있다는 비판이 있으나(홍강훈, 앞의 글, 396면), 우리 판례와 통설의 입장이 소송물을 계쟁행위인 처분이라고 설명하는 것은 아니다. 이에 대해서는 제4장 제1절 참조.

138) 취소소송의 소송물에 대하여 논하면서 이같이 취소소송의 소송물이 될 수 있는 대상을 나누어 검토한 후 취소소송의 소송물에 대한 결론을 내는 글들이 더 있는데, 먼저 박정훈, 앞의 책, 382-411면에서는 처분의 위법성을 취소소송의 소송물로 볼 수 있는가를 검토하여 이를 인정하는 결론에 이른 뒤 나아가 ① 소송상 취소청구권도 소송물에 포함시켜야 하는가, ② 권리 내지 법률상 이익의 침해도 소송물에 포함시켜야 하는가, ③ ‘위법성’의 범위는 어디까지인가, ④ ‘처분’

제2절 처분 취소청구권

1. 취소소송의 성격

(1) 취소소송이 확인소송인지 형성소송인지

소송법에서 특히 민사소송법에서 소송을 성질에 따라 형성의 소, 이행의 소, 확인의 소로 분류하고 어떤 소송인가에 따라 소송물이 무엇인지를 판별한다. 행정소송인 취소소송의 성격에 대해서도 형성소송인가 확인소송인가의 논의가 있다. 취소소송은 유효한 처분의 취소 또는 변경을 통하여 계쟁처분에 의하여 형성된 법률관계를 소멸 또는 변경시키는 등 위법상태를 제거하여 원상회복시키는 성질의 소송이라고 보는 형성소송설과¹³⁹⁾ 이에 대해 취소소송의 주안점은 처분의 위법성 또는 권리 내지 법률상 이익의 침해를 확정 내지 확인하는 데 있고 처분의 취소는 필연적 결과에 불과한 것으로 이해하는 확인소송설, 그리고 절충설로 처분의 위법성을 확인하는 확인소송적 성질과 처분의 효력을 다투는 형성소송적 성질을 아울러 가지는 특별한 유형의 구제소송이라고 보는 준형성소송설로 나뉜다. 통설은 취소소송을 형성소송으

은 무엇을 가리키는가의 문제를 순차로 검토하여 취소소송의 소송물이 ‘당초처분 및 이와 동일한 규율인 처분의 위법성 일반’이라는 최종적인 결론에 이르고 있다. 또한 하명호, 앞의 글, 118-124면은 ① 취소청구권의 존부를 취소소송의 소송물의 구성요소로 볼 것인지, ② 처분의 위법성 일반인지 개개의 위법사유로 한정할 것인지, ③ 처분사유가 소송물의 구성요소가 되는 것인지, ④ 처분일시가 처분의 동일성을 확정하는 요소가 되는지를 검토한 후 취소소송의 소송물은 처분의 위법성 일반이고, 원고가 주장하는 위법사유나 행정청이 인식한 사실상의 기초와 행정청의 법적인 관점인 처분사유는 처분의 동일성을 확정하는 요소로 볼 수 없다고 정리한다.

¹³⁹⁾ 박균성, 앞의 책, 1012면. 이에 대해 박윤훈, 앞의 책 834면은 취소소송은 단순히 특정한 처분 자체의 취소를 구하는 소송이 아니라 그 처분과 연결되어 있는 처분의 효과 내지는 사실상의 결과가 위법하므로 그 위법상태를 배제시키는 소송이라고 보는 견해가 있다고 소개하며 이러한 위법상태배제설을 형성소송설과 다른 견해로 소개하고 있다.

로 보는데,¹⁴⁰⁾ 우리 행정소송법이 제29조 제1항에서 취소확정판결의 대세적 효력을 규정하고 있다는 점을 가장 주요한 논거로 든다. 이에 대해 취소소송의 본질은 ‘위법성의 확인’에 있다고 보는 견해는, 통설이 취소소송을 형성소송으로 보는 것은 처분이 내려지면 당해 처분이 무효가 아닌 한 위법한 것이라도 공정력에 의해 즉시 실체법적으로 유효한 법률효과가 발생하였다가 그 법률효과가 취소판결에 의해 소급적으로 소멸하는 것으로 이른바 ‘실체적 공정력’이론을 채택하고 있기 때문인데, 행정행위의 공정력을 ‘처분의 유효성의 추정력’으로 이해하여 실체적 공정력의 도그마를 벗어나면 취소소송의 본질은 유효한 행정작용의 효력을 없애는 것이 아니라 위법성을 확인하는데 있음을 알 수 있고, 취소소송의 대상으로 행정행위 외에도 권력적 사실행위 등에도 처분성을 인정하고 있는 점이나 위법판단의 기준시점을 처분시로 보는 것 등은 모두 확인소송적 성격의 징표라고 한다.¹⁴¹⁾

(2) 취소소송의 성격에 대한 사건

취소소송이 확인소송인가 형성소송인가 하는 것은 그 실체가 무엇이든 공정력의 이름으로 유효한 것으로 인정되는 처분이 판결에 의해 취소되어서 처분의 상대방은 의무를 면하는 등의 일정한 법적 효과가 발생한다는 결과를 중심으로 볼 것인가, 이러한 결과는 위법성의 확인에 따르는 부수적인 효과로 볼 것인가-이 결과를 법적 효과로서 형성된 것으로 볼 것인가, 존재하던 법적 상태를 확인한 것으로 볼 것인가-의 문제가 아닌가 한다. 이는 실체법상 공정력을 어떻게 보는가-실체적으로 유효한 효력으로 볼 것인가 유효성을 추정하는 효력으로 볼 것인가-에 따라서 달라지는 문제임이 본질이기는 하다. 그런데 원고의 입장에서 취소소송에서 취소판결이 가져오는 효과를 보

¹⁴⁰⁾ 박균성, 앞의 책, 1012면; 김철용, 앞의 책, 635면; 정하중, 행정법개론(제8판), 법문사, 2014, 720면; 박윤훈, 앞의 책 834면; 홍준형, 앞의 책, 434면; 김남철, 앞의 책, 762면 등.

¹⁴¹⁾ 박정훈, 앞의 책, 165-173면.

면, 원고는 취소판결에 의하여 의무를 면하는 등의 법률관계에 변동이 있고, 또한 이를 대세적으로 주장할 수도 있게 된다. 이러한 법적 효과가 형성적 효과가 아니라고 하기는 어려울 것이다. 행정소송법상 취소소송은 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송이고(제4조 제1항) 법원은 행정청의 재량에 속하는 처분이라도 이를 취소할 수 있으며(제27조), 처분을 취소하는 확정판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다(제29조 제1항). 물론 취소소송에서의 취소로 인한 형성의 효과는 처분의 존재가 소급적으로 취소되는 것이어서 좀 더 폭넓게 새로운 법률관계를 형성하기도 하는 민사소송의 형성과는 모습이 완전히 일치하지 않을 수는 있으나, 이행이나 확인과 구별되는 형성의 소의 특징 즉 법률관계가 판결에 의하여 비로소 변경된다는 본질에서는 같다. 즉 취소판결의 결과가 법적 효과의 소멸이고 대세적이라는 점에서 형성소송이라고 볼 수 있을 것이고, 민사소송에서도 이행의 소나 형성의 소가 권리나 법적 지위의 존부에 대한 확인을 선결문제로 한다는 점을 고려하면 취소소송에서 본질이 위법성의 확인에 있더라도 이에 더하여 ‘플러스알파’로 법률관계의 형성-처분의 취소·변경-이 있음을 들어 형성소송이라고 할 수 있을 것이다. 취소소송을 행정청이 어떠한 생활사실관계에 대하여 먼저 그에 관한 선결적인 규율을 한 다음 취소소송에서 그 처분을 리뷰하는 복잡적 구조로 이해하며 형성요건인 처분의 위법성이 확인되면 소송의 구조상 당연히 처분으로 이루어진 법률관계를 무효로 만드는 것이고, 원고가 취소소송을 소송유형으로 선택하였을 때 그 자체로 이미 취소 청구한 것이나 다름 없으므로 민사소송에서와같이 취소청구권의 존부를 소송물로 포착할 필요가 없다고 하는 견해¹⁴²⁾도 같은 취지라고 할 수 있다.

취소소송의 소송물을 파악하기 위한 전제 논의로서 취소소송이 형성소송인가 확인소송인가를 검토하는 이유는 형성소송이나 확인소송에서 전형적으로 소송물로 거론되는 형성권이나 확인의 청구 등을 취소소송의 소송물로 볼 것이냐의 문제인데, 형성소송으로 보더라도 민사소송인 형성소송에서의

¹⁴²⁾ 하명호, 앞의 글, 118-119면.

소송물을 그대로 대입하기 어려운 것은 이러한 취소소송 본질의 문제도 이유가 될 것이다. 원고에게 실체법적인 권리로서 형성권인 취소청구권이 부여되어 있지 않으므로 형성권을 소송으로 실현하는 형성소송이라 할 수 없다는 주장도 가능하지만, 형성권의 존재 여부가 형성소송의 성격을 결정하는 것이 아니라 판결이 가지는 형성의 효과가 형성소송의 성격을 결정하는 것이라고 보아야 할 것이므로 민사법에서와 같은 형성권의 존재가 없다고 하여 형성소송의 성격 자체를 부인하기는 어려울 것이다. 그리고 다소 추상적이기는 하나 법치국가의 원리상 국민은 국가 권력에 대하여 위법한 상태의 배제를 청구할 권리를 보유한다고 볼 수 있고, 그와 같이 관념적인 권리를 상정하지 않더라도 행정과 사법의 견제, 균형 차원에서 취소소송(항고소송)이라는 유형의 소송제도를 둬으로써 국민이 법원에 행정의 취소를 소송으로 구할 권리를 인정하여 실효적인 행정에 대한 사법통제를 도모하였다고 볼 수 있다.

2. 사법(私法)상 형성소송의 소송물

통설과 같이 취소소송이 형성소송이라고 보면서, 형성소송인 취소소송의 소송물은 어떠하여야 하는가를 살펴보기 위하여 먼저 민사소송에서는 형성소송의 소송물을 어떻게 보고 있는지 살펴본다. 민사소송에서도 형성의 소의 소송물이 개개의 형성권인지, 청구취지에 표시된 법률관계의 형성을 구할 수 있는 법적 지위인지가 문제 된다. 그런데 민사소송에서는 당사자가 실체법상 형성권을 갖고 있다고 해서 그것이 모두 형성의 소로 허용되는 것이 아니고 소송으로서만 그 형성권을 행사할 수 있도록 하였을 때 형성의 소를 제기할 수 있다는 점이다. 즉 의사표시의 하자를 이유로 법률행위를 취소하는 것은 실체법상 인정되는 형성권을 의사표시로 행사하는 것이고 그 형성권의 행사 효과에 관하여 다툼이 있으면 형성권의 행사 결과에 따른 권리의무관계에 맞게 이행의 소나 확인의 소를 제기하면 되는 것이지 형성의 소로 법률행위를 취소하지 않는다.¹⁴³⁾ 형성의 소는 기존 법률관계의 변경·형성을 목적으로

로 하는 것이므로 법률에 명문의 규정이 있는 경우에 한하여 인정되는 것이고 법률상의 근거가 없는 경우에는 허용될 수 없다.¹⁴⁴⁾ 즉 소로써만 행사할 수 있는 형성권을 실현시키기 위한 소가 형성의 소로, 보통 실체법 규정에서 “법원에 그 취소를 청구할 수 있다.”는 등의 문구를 두고 있다.¹⁴⁵⁾ 즉 실체법에서 소송법적 규정을 둠으로써 형성소송을 제기할 수 있게 되는 것이다.

이러한 민사소송에서는 형성의 소의 소송물을 어떻게 파악하는가. 실체법설에서는 일정한 형성원인에 기한 법률관계의 변동 즉 실체법상의 권리의 주장으로 본다. 따라서 수 개의 형성권을 주장하면 소송물이 수 개가 된다. 소송법설에서는 형성의 소는 판결에 의한 일정한 법률관계의 형성에 목적을 두고 있으므로 형성의 소의 소송물을 법률관계 형성의 요구 내지 법률관계 형성을 구할 법적 지위의 주장으로 본다. 따라서 개개 형성권은 형성을 구할 수 있는 법적 지위의 존부를 가리는 공격방법 내지 법률적 관점 이상의 의미가 없다고 한다. 즉 청구취지에 표시된 법률관계의 형성을 구할 수 있는 법적 지위의 주장 내지는 판결을 통한 법률관계의 형성의 요구가 단일한 소송물이 되는 것이다.¹⁴⁶⁾

143) 이태영, 앞의 책, 41면.

144) 대법원 1993. 9. 14. 선고 92다35462 판결, 대법원 2001. 1. 16. 선고 2000다45020 판결, 대법원 2020. 4. 24.자 2019마6918 결정 등.

145) 대표적인 형성의 소인 혼인취소소송의 경우 민법 제816조(각호 생략)에서 “혼인은 다음 각호의 어느 하나의 경우에는 법원에 그 취소를 청구할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 상법상 주주총회결의취소소송 역시 상법 제376조 제1항에서 “총회의 소집절차 또는 결의방법이 법령 또는 정관에 위반하거나 현저하게 불공정한 때 또는 그 결의의 내용이 정관에 위반한 때에는 ...결의취소의 소를 제기할 수 있다.”고 하여 소송으로만 행사할 수 있음을 규정하고 있다. 이와 유사하게 민법 제406조 제1항은 채권자취소권에 대하여 “채무자가 채권자를 해함을 알고 재산권을 목적으로 한 법률행위를 한 때에는 채권자는 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다. (후문 생략)”라고 취소 및 원상회복을 구할 수 있도록 규정하고 있어 채권자취소소송의 성격에 대하여는 형성소송설, 이행 및 확인소송설, 병존설 등이 대립하고 있다.

146) 이시운, 앞의 책, 260면; 김홍엽, 앞의 책, 307면.

3. 취소소송의 소송물로서 처분 취소청구권

(1) 형성소송으로서의 성격과 취소소송의 소송 유형 자체의 특징

민사소송의 형성의 소의 소송물을 파악하는 위 관점에 따라서 취소소송의 소송물도 실체법상의 처분 취소청구권이나 처분의 취소 청구로 파악할 수 있을까? 독일에서는 사법상 형성소송과 동일하게 파악하여 행정행위의 취소를 구하는 청구권을 취소소송의 소송물로 보는 견해가 주장되었다.¹⁴⁷⁾ 우리나라에서는 실체법상의 취소 청구권을 취소소송의 소송물로 주장하는 견해는 보이지 않지만, 민사소송의 소송법설이 형성소송의 소송물을 이해하는 것과 같은 맥락에서 행정소송의 소송물은 소송상의 청구(prozessualer Anspruch), 다시 말해 원고가 일정한 사실관계를 근거로 법원에게 일정한 내용의 판결을 통한 권리보호를 해달라고 요구하는 소송상의 청구를 말하고 ‘주관적 관련성 하에서 위법한 처분의 취소를 구하는 원고의 법적 주장’이 취소소송의 소송물이라고 설명하는 견해가 있다.¹⁴⁸⁾

앞서 본 바와 같이 사법상의 형성소송에서는 소송상으로만 행사할 수 있는 형성권이 존재한다. 그리고 사법상 형성소송의 소송물에 대해서는 이러한 실

¹⁴⁷⁾ 앞서 독일에서의 논의를 소개한 부분에서 살펴본 바와 같이 Bettermann이 이러한 주장을 한 바 있고, 이후 이를 수정하여 원고의 취소 청구나 소송법상 취소청구권을 소송물로 주장하는 Detterbeck이나 Schenke도 등장하였다. 이와 관련하여 독일의 학설에 대한 자세한 설명과 요약으로 박정훈, 앞의 책, 369-376면 참조.

¹⁴⁸⁾ 홍준형, 앞의 책, 436면. 다만 이 견해가 법원에 ‘처분의 취소를 청구하는 것’ 자체를 소송물로 보는 것인지는 분명하지 않다. 행정소송에서 소송물 개념은 민사소송법상의 소송물이론과 행정소송의 특수성이란 두 가지 요인에 의하여 결정된다고 하면서 형성소송의 성격과 민사소송법학에서의 신소송물이론의 수용을 강조하고 있는 점에서 이러한 견해를 취한다고 해석되나, 한편으로는 행정행위의 취소청구(Anspruch auf Aufhebung des VAs)와 원고의 법적 주장(Rechtsbehauptung, Rechtsbegehren)이라는 용어를 구별하여 자신의 견해를 설명하면서 후자의 용어를 사용하고 있고, 또한 스스로 독일의 통설과 같은 입장이라고 설명하고 있는 점에서 보면 이 견해에서 말하는 원고의 주장은 ‘처분 취소 청구’가 아닌 (주관적 관련 하에) 위법한 처분이어서 ‘취소되어야 함을 주장하는 원고의 법적 주장’의 의미인 것으로 볼 여지도 있다.

체법상의 취소청구권이라고 하거나, 또는 청구취지에 표시된 법률관계의 형성을 구할 수 있는 법적 지위의 주장 또는 판결을 통한 법률관계 형성의 요구라고 한다. 그런데 취소소송에서는 사인에게 처분의 취소권이 부여되어 있지 않아 사법상 형성권에 해당하는 공법상 형성권의 존재를 인정할 수 없다. 원고에게 주관적 공권을 인정되더라도 이를 근거로 구체적인 처분의 취소청구권을 인정하기는 어렵다. 원고가 처분의 취소를 구할 법률상의 근거는 취소소송 규정밖에 없는 것이다. 따라서 취소소송의 성질이 형성소송이라고 하더라도 여기서의 형성소송이라 함은 (확인소송임을 강조하는 견해에서도 지적하는 바와 같이¹⁴⁹⁾ 사법상의 형성소송과는 다른 면이 있다. 그러므로 인정되지 않는 실체법상 처분 취소청구권이 취소소송의 소송물이 될 수 없음은 당연하다.

다음으로, 취소소송에서의 소송물을 실체법상 취소청구권이 아니라 원고의 법원에 대한 형성의 요구 또는 주장인 소송상의 취소청구권이라고 할 수 있는가에 대해 본다. 취소소송의 원고에게는 사법(私法)에서와 같은 소구할 수 있는 형성권이 따로 있지도 않기 때문에 그 요구 또는 주장의 의미가 민사소송인 형성소송과 같을 수가 없다. 그리고 취소소송에서는 취소소송의 제기 자체가 처분의 취소를 구하는 것이다. 취소소송에서의 구조상 법원은 처분의 위법성 등과 같은 청구의 인용요건(형성요건)이 확인되면 당연히 처분으로 이루어진 법률관계를 무효화하는 것이고, 원고는 취소소송을 소송유형으로 선택하였을 때 그 자체로 이미 그에 대한 청구를 한 것이나 다름없다.¹⁵⁰⁾ 또한 사법상 형성소송은 형성이 주된 목적이고 형성권 발생요건 자체는 독자

¹⁴⁹⁾ 박정훈, 앞의 책, 386면.

¹⁵⁰⁾ 같은 취지로 하명호, 앞의 글, 118-119면 참조. 이 글에서는 “취소청구권의 존부를 취소소송의 소송물의 구성요소로 볼 것인지에 대하여 취소소송은 형성소송이므로 위법성의 확인은 형성요건의 확인일 뿐 형성권(취소청구권)의 존부를 포괄하지 못한다는 의문이 있을 수 있지만, 우리나라 행정소송법이 취소소송의 본안판단에서 위법성 관련성을 요구하지 않고 취소소송의 복심적 구조상 취소청구권이 소송유형의 선택과정에서 그 자체로 이미 취소청구권을 행사된 것이나 마찬가지라는 점에서, 형성권의 재판상 행사를 의미하는 민사소송에서의 형성소송과는 다르므로, 취소청구권의 존부는 소송물의 요소가 되지 않는다.”고 설명한다.

적 의미가 없어 취소 여부만을 소송물로 파악해도 충분하지만, 취소소송에서는 거꾸로 처분의 취소는 모든 취소소송의 공통적 요건인 위법성의 필연적 결과에 불과하고 주안점이 위법성의 확정 내지 확인에 있다는 점을 지적하기도 한다.¹⁵¹⁾ 이는 취소소송의 소송물이 처분의 위법성 존부라는 점과의 논리적 연결을 강조한 것이기는 하지만, 형성의 결과만이 기판력의 내용으로서 의미가 있는 민사소송과 달리 취소라는 결과에 못지않게 취소의 이유가 중요한 취소소송에서는 취소 청구권이 아닌 법원이 처분을 취소할 실체적 이유가 소송물이 되어야 한다는 점에서는 역시 같은 취지라고 이해할 수 있을 것이다.

(2) 취소청구권을 소송물로 볼 실익의 검토

실리적인 측면에서도 처분 취소청구권만을 소송물로 보면 위법성이나 원고의 권리 침해가 소송물이 되지 않아 후소인 국가배상청구소송에 처분의 위법성 등이 기판력을 미칠 가능성이 배제된다. 이처럼 처분의 취소 청구권도 실현하지 않고 취소의 청구가 취소소송이라는 유형의 소가 제기되었다는 사실 외에 법원이 심판의 대상으로 삼을 실제 내용을 전혀 담지 못한다면 취소소송의 소송물 논의의 실효성은 너무나 줄어들 것이다. 이러한 점에서 취소청구권을 취소소송의 소송물로 보는 것은 형성소송이라는 성격을 강조한 것 외에는 실리적 의미가 없어 찬성하기 어렵다.

한편, 취소소송의 소송물에 이러한 취소청구라는 형성의 요구를 포함하여야 확인만을 구하는 확인소송의 소송물과 구별할 수 있다는 점에서 소송물에서 이를 포착할 실익이 있다는 주장이 있을 수도 있다. 우리 행정소송법에서는 항고소송으로 무효등확인소송과 부작위위법확인소송만 있을 뿐 독일의 계속적 확인소송(Fortsetzungsfeststellungsklage)과 같이 처분의 위법성의 존부

¹⁵¹⁾ 박정훈, 앞의 책, 384-385면. 사법상 형성소송에서 형성권 발생요건이 독자적 의미가 없다는 점에 대해 회사설립이나 주총결의를 취소하는데 주안점이 있고, 사해성 또는 정관위반 등은 그 취소를 위한 요건에 불과한 점을 예시로 들고 있다.

확인을 소송물로 하는 확인소송이 별도로 인정되지 않는다.¹⁵²⁾ 즉 무효등확인소송의 소송물은 무효확인의 청구인지 부존재확인의 청구인지에 따라 ‘처분의 무효성(유효성)¹⁵³⁾’과 ‘처분의 존재(부존재)’¹⁵⁴⁾로, 부작위위법확인소송의 소송물은 ‘부작위의 위법성’으로 취소소송의 소송물과 구별되므로, 이러한 확인소송과의 구별을 위하여 취소청구권을 굳이 취소소송의 소송물로 포착할 필요는 없다고 생각된다.

제3절 원고의 권리에 대한 침해

1. 취소소송의 목적¹⁵⁵⁾에 관한 논의

(1) 취소소송의 목적과 소송물의 관계

처분의 위법성과 함께든, 처분의 위법성은 소송물로 포함하지 않든, ‘원고

¹⁵²⁾ 독일 행정법원법 제113조 제1항 제4문은 ‘당해 행정행위가 판결선고 이전에 직권취소 또는 그밖에 다른 사유로 종료된 경우에, 원고가 그 확인에 관한 정당한 이익을 가지는 때에는 법원은 신청에 의하여 판결로써 당해 행정행위가 위법하였음을 선고한다’고 규정하여 계속적확인소송을 규정하고 있다.

¹⁵³⁾ 구체적으로는 무효와 취소의 구별에서 중대명백설에 따라, ‘처분의 중대·명백한 위법성’이 될 것이다.

¹⁵⁴⁾ 민사소송에서는 회사의 총회결의에 대한 부존재확인청구나 무효확인청구는 모두 법률상 유효한 결의의 효과가 현재 존재하지 아니함을 확인받고자 하는 점에서 동일한 것이라고 하여 사원총회결의가 부존재하다고 볼 사건에서 사원총회결의무효확인의 소가 제기되었다고 해서 이를 각하할 것은 아니라고 판시한 바 있다(대법원 1983. 3. 22. 선고 82다카1810 전원합의체 판결).

¹⁵⁵⁾ 취소소송이 주관소송인가 객관소송인가의 문제는 취소소송의 제도적 목적이 행정구제인가 행정통제인가에 대한 문제로서 이는 결국 취소소송이 수행하는 기능이 무엇인가의 문제이기도 하다. 그런 이유로 취소소송이 주관소송인가 객관소송인가의 논의는 취소소송의 기능에 관한 논의로도 소개되는데 여기에서는 목적이라는 용어로 사용하기로 한다.

의 권리 침해'가 취소소송의 소송물이라고 보는 견해에서는 항고소송이 개인의 권리구제를 위한 주관소송이라는 점을 주된 논거로 들고 있다. 취소소송이 주관소송이라는 점을 본안판단에 이르기까지 관철하기 위하여 본안의 판단 대상으로 원고의 권리 침해라고 하는 주관적 요소도 요구하는 것이다. 그러나 우리나라에서 다수의 견해와 판례는 항고소송의 목적에 대해서는 주관적 소송임을 강조하면서도 소송물은 처분의 위법성 일반이라고 하였다. 그렇다면 취소소송의 목적과 소송물은 논리필연적인 관계가 아닐 수도 있는바 원고의 권리 침해가 취소소송의 소송물이 될 수 있는가를 판단하기 위하여 취소소송의 목적을 검토하면서 양자의 관계가 논리필연적인 관계인지도 살펴봐야 할 것이다.¹⁵⁶⁾

(2) 취소소송은 객관소송인가, 주관소송인가

취소소송의 목적을 고려할 때 취소소송이 주관소송인지, 객관소송인지에 대한 견해 대립을 간단하게 살펴보기로 한다. 그런데 먼저 여기서 '주관소송'과 '객관소송'의 개념을 어떻게 설정할 것인지를 먼저 정할 필요가 있다. 객관소송의 의미를 개인의 구체적인 권리나 이익의 구제를 목적으로 하지 않고 행정의 적법·타당성의 통제를 목적으로 하는 소송이라고 보아 민중소송이나 기관소송이 객관소송이고, 우리 행정소송법상으로 객관소송은 개별 법률에서 인정하는 경우에만 예외적으로 인정된다고 하면서 양자를 엄격하게 분리하여 이해하기도 한다.¹⁵⁷⁾ 이러한 구분을 엄격히 따르면 주관소송과 객

¹⁵⁶⁾ 취소소송의 기능 또는 목적을 주관소송으로 보면서 소송물인 본안판단대상은 처분의 위법성이라고만 보고 주관적 요소를 배제하면 취소소송의 목적을 일관되게 관철하지 못하는 것인가의 문제와 취소소송이 주관소송이거나 객관소송인가가 소송물을 결정할 것인가 아니면 반대로 본안 심판 대상인 소송물이 무엇인가가 취소소송의 목적이나 기능을 결정할 것인가의 문제를 결정하기 위한 논의이다.

¹⁵⁷⁾ 예를 들어, 김동희, 앞의 책, 728은 객관적 소송으로 민중소송과 기관소송을 소개하고 있고, 박근성, 앞의 책, 1044면은 객관소송을 이같이 설명하면서 객관소송의 성격을 갖는 행정소송을 인정할 것인지 여부는 입법정책의 문제이고, 오늘

관소송을 중복의 여지가 없는 개념으로 이해하게 된다. 이에 대해 주관소송 구조인 독일식과 객관소송 구조인 프랑스식으로 취소소송의 체제를 대별하고, 시민이 자신의 권리를 보호하기 위하여 소송을 제기하는 소송제도의 근간에 따라 행정소송도 민사소송과 같이 권리보호를 위한 것인데 국가행위로 인하여 권리보호가 필요한 상황을 맞게 된 경우일 뿐으로 보는 독일식 취소소송은 주관소송이고, 취소소송의 근간에는 국가의 행정이 있고 이에 대해 시민의 권리보호가 아니라 행정의 적법성 보장과 정당성 확보에 취소소송의 목적이 주어지며 당사자는 행정의 적법성 통제절차를 시작하게 하는 원인제공자 정도의 역할을 수행한다고 이해하는 프랑스식 취소소송은 객관소송구조라고 나누어 설명하기도 한다.¹⁵⁸⁾ 또한 주관소송이나 객관소송이라는 용어를 아예 사용하지 않고 행정소송의 권리구제기능과 행정통제기능 중 어느 것이 주된 기능인가에 관하여 전자가 주된 기능이라는 견해와 후자가 주된 기능이라는 견해가 나뉜다고 설명하기도 한다.¹⁵⁹⁾ 이 글에서는 편의상 취소소송에 대하여 권리구제기능을 더 중시하면서, 우리 취소소송이 독일식의 취소소송에 가까운, 개인의 권리보호를 위한 취소소송이라고 보는 견해를 ‘주관소송으로 보는 견해(입장)’라고 하고, 행정통제기능을 권리구제기능보다 더 중시하거나, 우리 취소소송이 프랑스식의 취소소송 즉 행정의 적법성 보장을 위한 소송으로 처분의 취소로 인한 원고의 권리보호는 부수적인 것이라고 보는 견해를 ‘객관소송으로 보는 견해(입장)’라고 하기로 한다.

취소소송을 주관소송으로 보는 견해는 취소소송은 공법관계에 분쟁이 있음을 전제로 이를 해결하는 제도이고, 이로써 사인의 권익을 보호해 주는 것이므로 행정구제적 기능을 갖는다고 하고, 객관소송으로 보는 견해는 행정소송은 행정사건에 대한 법적 판단을 통하여 행정의 적법성을 보장함으로써 행정통제의 기능을 수행한다고 본다.¹⁶⁰⁾ 이 논의는 주로 취소소송을 제기하

날 행정소송의 행정통제적 기능이 강조되면서 선진외국에서는 객관적 성격의 소송이 점차 널리 인정되고 있다고 하며 프랑스의 월권소송을 예로 들고 있다.

¹⁵⁸⁾ 류지태/박종수, 앞의 책, 684면.

¹⁵⁹⁾ 김철용, 앞의 책, 620면.

는 원고의 자격이 누구에게 주어지는가의 문제¹⁶¹⁾와 함께 논의되어 오고 있다.¹⁶²⁾ 대부분의 학설은 취소소송의 기능 또는 목적과 관련하여서는 취소소송을 주관소송으로 보고 있는데,¹⁶³⁾ 이 견해에서는 소송의 목적이 권리를 보호받고자 하는 것이므로 소송을 제기할 수 있는 원고적격은 권리나 법률상 보호되는 이익이 침해되는 자로 한정되어 엄격해진다. 그러나 이 견해가 소송물에 관하여서는 모두 원고의 권리 침해라는 주관적 요소를 요구하는 것은 아니다. 한편, 소수지만 취소소송의 목적 또는 기능을 객관소송으로 보거나, 주관소송적 요소도 있지만 객관소송적 요소가 강한 것으로 보는 견해도 있는데¹⁶⁴⁾ 이 견해에서는 주관소송으로 보는 견해에 비하여 원고적격을 완화하여 확장해서 인정한다.

¹⁶⁰⁾ 김철용, 앞의 책, 620면.

¹⁶¹⁾ 행정소송법 제12조 제1문에서 ‘취소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다’고 규정하고 이를 원고적격에 관한 규정으로 이해하는데, 여기서 ‘법률상 이익’이 무엇인가에 관한 논의로 연결된다.

¹⁶²⁾ 주로 원고적격의 문제와 함께 논의되지만, 객관소송으로 보면 주관소송으로 보는 경우보다 소송의 대상도 제한이 없어져 처분성의 개념도 넓어지게 되고, 협의의 소의 이익을 보는 관점도 달라진다. 취소소송의 기능과 처분 개념의 관계에 관하여는 박정훈, 앞의 책, 165, 174-177면 참조 및 취소소송의 기능과 협의의 소의 이익의 관계에 관하여는 이원우, 앞의 글, 243-245면 참조.

¹⁶³⁾ 다수의 견해로 김남진/김연태, 앞의 책, 778면; 김동희, 앞의 책, 737면; 박균성, 앞의 책, 1110면; 류지태/박중수, 앞의 책, 685면; 홍정선, 앞의 책(행정법원론), 971면 등.

¹⁶⁴⁾ 한건우, 현대행정법강의(제3판), 신영사, 2008, 943면은 행정소송의 기능은 기본적으로 행정통제적 기능과 권리구제적 기능이 양립하지만 행정소송 종류에 따라 행정통제적 기능이 주된 기능인 경우와 권리구제적 기능이 주된 기능인 경우도 있다고 하면서 전자의 예로 항고소송을, 후자의 예로 당사자소송을 들고 있다. 이원우, ‘항고소송의 원고적격과 협의의 소의 이익 확대를 위한 행정소송법 개정방안’, 246-248면은 우리 항고소송은 객관소송으로서의 성질을 가지고, 주관소송으로서의 성질이 전혀 없는 순수한 객관소송이라고 할 수는 없지만 적어도 객관소송으로서의 성격이 더욱 강하다고 평가한다. 그리고 박정훈, 앞의 책, 제 160-165면은 우리 취소소송은 독일 취소소송과 실정법상 구조가 다르고, 기능에 있어서도 주관소송적 요소와 더불어 객관소송적 요소가 강하다고 파악한다.

2. 취소소송의 목적과 소송물의 관련성

취소소송의 목적을 어떻게 보는가의 관점은 소송물과 어떻게 연결되는가. 앞서 언급한 바와 같이 원고의 권리 침해를 취소소송의 소송물로 보는 견해는 취소소송의 주관소송적 성격을 강조하지만, 우리나라의 다수설과 판례는 취소소송이 주관소송이라고 하면서도 그 소송물은 처분의 위법성이라고 인정하여왔다. 이에 대해서 본안요건을 어떻게 보는가와 취소소송의 기능이나 목적을 어떻게 보는가가 논리필연적일 수도, 그렇지 않고 양립가능할 수도 있다고 분석하는 견해가 있다. 이를 구체적으로 살펴보면, 원고적격과 관련하여 취소소송의 기능 내지 목적을 어떻게 파악할 것인가 하는 것은 취소소송의 ‘기능’의 문제로, 원고적격과 본안요건의 구조적 관계는 취소소송의 ‘구조’의 문제로 보면서 주관소송적 구조는 주관소송적 기능과 논리필연적으로 연결되지만 객관소송적 구조는 주관소송적 기능은 양립가능하다고 한다.¹⁶⁵⁾ 본안에서는 주관적 요소를 요구하지 않아도 원고적격에서 주관적 관련성을 요구할 수 있으므로 타당한 분석이나, 취소소송의 기능을 주관소송으로 보는 견해 사이에서도 소송물에서 주관적 요소가 관철되어야 하는가에 대해서는 달리 볼 수 있음을 설명할 방법은 여전히 부족하다. 우리 취소소송의 목적을 객관소송으로 보는 견해는 모두 그 논거로서 우리 행정소송법에서 본안판단의 대상을 위법성만 규정하고 있고 권리 침해는 승소요건으로 규정하지 않고 있음을 들고 있다.¹⁶⁶⁾ 즉 우리 실정법상 취소소송의 소송물(본안 승소요건, 취소소송의 구조)이 무엇인지 파악하고, 이를 근거로 취소소송의 기능을 파악하는 것이다.¹⁶⁷⁾ 그런데 취소소송이 주관소송이니까 본안에서 원고의 권

¹⁶⁵⁾ 박정훈, 앞의 책, 238-239면.

¹⁶⁶⁾ 박정훈, 앞의 책, 160-161면; 이원우, 앞의 글, 247면.

¹⁶⁷⁾ 객관소송으로 보는 근거로는 i) 행정소송법 제4조 제1호에서 취소소송의 본안 취소요건으로 처분의 위법성만 규정하고 있다는 점 외에 ii) 행정소송의 근거가 되는 헌법의 규정이 독일 기본법과 달리 권리구제를 들고 있지 않다는 점, iii) 취소판결의 효력이 당사자 사이에서만 미치지 않고 대세효를 인정하고 있다는 점, iv) 취소소송에서 소송상 화해가 인정되지 않는다는 점, v) 실무상 위법 판단 기

리 침해가 소송물이 되어야 한다는 견해는 취소소송의 목적에 맞게 소송물을 정할 것을 요구한다. 그렇다면 소송물이 무엇인가는 취소소송의 목적을 어떻게 보는가에 하나의 논거를 제시하거나 판단에 영향을 줄 수 있지만, 취소소송의 목적을 어떻게 보는가는 그것이 원고적격 등의 소송요건을 정하는데에서만 관철할 수도, 원고적격과 소송물에서 모두 관철할 수도 있는 것으로 보인다.

3. 취소소송의 소송물로서 원고의 권리 침해

(1) 취소소송의 목적

취소소송의 목적이 무엇인가를 정함에 있어서는 취소소송에 관한 제반 실정법 규정의 해석과 함께 그 사회의 행정소송에 대한 역사와 관행, 실무를 모두 고려하여야 할 것이다. 먼저 행정소송법 제1조는 이 법의 목적을 ‘행정소송절차를 통하여 행정청의 위법한 처분 그 밖에 공권력의 행사·불행사 등으로 인한 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하고, 공법상의 권리관계 또는 법적용에 관한 다툼을 적정하게 해결함’으로 명시하고 있는데, 여기서 ‘국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하고’라는 부분은 행정소송의 목적이 개인의 권리구제에 있다는 점을 선언하고 있다고 볼 수 있다. 그러나 행정소송의 헌법적 근거인 헌법 제107조 제2항이나 취소소송의 소송물에 관한 행정소송법 제4조 제1호, 취소판결의 대세효에 관한 행정소송법 제29조 제1항의 규정 등을 모두 종합하여 고려하면 항고소송의 주된 목적이나 기능이 권리구제에 있다고 단정하기는 어렵다. 우리 헌법 제107조 제2항은 ‘명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는..’이라고 하여 처분의 위법성이 행정소송에서의 심판사항인 것으로 규정하고 있고, 행정소송법 제4조 제1호는 취소소송을 ‘행정청의 위법한 처분등을 취

준 시점을 처분시로 보고 있는 점 등이 제시된다. 박정훈, 앞의 책, 160-163면; 이원우, 앞의 글, 246-248면.

소 또는 변경하는 소송'이라고 하여 취소소송에서 취소판결의 요건은 처분의 위법성이라고만 규정하고 있다. 실정법에 개인의 권리 침해가 인용판결의 요건이라는 점을 명시하거나 개인의 권리 구제가 필요한 경우에만 취소소송을 인정한다고 명시하여 주관소송의 성격을 분명히 밝히고 있는 독일¹⁶⁸⁾이나 일본¹⁶⁹⁾의 입법례와 비교하여 보면, 우리나라 실정법은 취소소송에 대하여 권리구제의 기능이나 목적을 명시적으로 드러낸 바는 없다. 이를 종합적으로 고려하면 우리나라 취소소송은 순수한 주관소송으로 보기 어렵고, 객관소송의 성격을 강하게 가지고 있는 것으로 해석된다. 우리 취소소송은 대상 처분이 원고의 권리를 침해하고 있지 않아도 위법하기만 하면 취소함으로써¹⁷⁰⁾ 행정통제의 기능을 주로 수행하고 있으나, 결과적으로 취소소송을 제기한 원고가 처분의 취소로 인해 법률상 이익을 보호받으므로 권리구제의 기능도 부수적으로 수행하고 있다.¹⁷¹⁾ 결론적으로 위에서 언급한 우리 실정법상 근거를 종합하면 취소소송은 행정청의 위법한 처분을 취소하는 소송으로 직접적으로는 행정을 통제하는 기능을 주로 수행하고, 또한 처분의 취소에 대해

168) 독일 기본법 제19조 제4항은 ‘누구든지 공권력에 의하여 권리가 침해되는 때에는 소송을 통한 구제수단이 주어진다’고 규정하고 있고, 행정법원법 제42조 제2항에 따르면 취소소송의 원고적격이 ‘자신의 권리가 침해되었음을 주장하는 자’에게 인정되며, 앞서 본 바와 같이 행정법원법 제113조 제1항 제1문은 ‘행정행위가 위법하고 원고가 이로 인해 자신의 권리를 침해받은 경우’에 취소판결을 하도록 규정하고 있어 일관되게 취소소송이 권리구제를 위한 소송임을 드러내고 있다.

169) 일본 행정사건소송법 제3조는 취소소송의 대상과 취소의 취지만 규정하고, 인용을 위한 취소요건은 규정하고 있지 않지만, 동법 제10조 제1항은 ‘취소소송에서는 자기의 법률상 이익과 관계없는 위법을 이유로 취소를 요구하지 못한다’고 규정하여 권리구제와의 관련성을 명시하고 있다.

170) 우리 판례는 취소소송의 본안에서 대상 처분의 위법사유가 원고의 이익과 관계없는 위법사유여도 심리에 제한을 두지 않고 있음을 판례 사례를 들어 구체적으로 설명하고 있는 글로 최계영, 앞의 글, 112-113면 참조.

171) 원고의 청구에 의하여만 개시되는 소송의 본질이라는 면이나 행정의 적법성 통제의 효율성 면에서도 이타적인 소송이 아닌 이기적인 소송을 통해서 더 효율적으로 사법통제가 가능할 것이라는 실제 기능 측면에서도 권리나 이익 구제의 기능이 없다고 하기는 어렵다.

법률상 이익이 있는 원고의 이익도 도모하므로 부수적으로 권리구제의 기능도 수행한다.¹⁷²⁾

취소소송의 소송물을 결정함에 있어 이러한 취소소송의 목적이 어느 정도로 고려되어야 하는가. 취소소송이 권리구제의 기능을 (부수적으로라도) 수행하면 원고의 권리 침해가 소송물이 되어야 하는가의 문제는 별도로 논의되어야 한다. 취소소송의 소송물은 행정소송법 제4조 제1호에 따라 처분의 위법성이 되고, 이에 더하여 실정법상의 근거도 없이 원고의 권리 침해가 추가적으로 소송물이 될 수 없으며, 이는 취소소송의 기능에 권리구제적 기능이 부수적으로 인정되더라도 그러하다고 보아야 한다.

(2) 권리구제 목적과 권리구제 효용성

원고의 권리 침해를 소송물로 인정할 경우 결과적으로 원고에게 더 유리하거나 권리구제의 목적에 충실하게 되지 않는다. 원고의 권리 침해를 소송물로 인정하는 견해에 따르면 취소소송의 본안에서는 위법한 처분으로 인하여 원고의 권리가 침해되어야 처분이 취소되므로 원고적격에서 요구되었던 법률상 이익 침해의 가능성을 넘어 침해 사실이 인정되어야 한다.¹⁷³⁾ 이러한

¹⁷²⁾ 취소소송의 기능과 관련하여 주관소송인지 객관소송인지를 구분하고 있지만 중요한 것은 권리구제의 기능과 행정통제의 기능은 선택적인 것이 아니라 얼마든지 중복적일 수 있다. 문광진, ‘프랑스 월권소송의 주관화 경향-건축허가에 대한 이웃소송을 중심으로-’, 공법연구 제49권 제2호, 2020. 12.에 따르면 객관소송으로 알려진 프랑스의 월권소송은 원고적격에서 원고의 주관적 권리가 침해되었는가를 묻지 않지만, 건축허가를 비롯한 개발행위에 대한 제3자 소송의 남용으로 개발사업이 지연되는 폐해가 있어 2013년 도시계획법 개혁으로 건축허가에 대한 이웃소송에서 재산권의 침해를 입증하는 자로 원고적격을 제한하는 입법을 하여 주관소송적 성격의 도입이 있었다고 소개한다. 이 글에서는 취소소송의 기능으로서 행정객체의 주관적 권리의 회복과 행정에 대한 적법성 통제는 동시에 달성할 과제이지 하나의 기능이 우선적으로 고려되고 다른 기능은 억제되어야 하는 것이 아니므로 취소소송이 주관소송인지 객관소송인지를 따지는 논의를 벗어나 조화를 꾀하여야 한다고 주장한다.

¹⁷³⁾ 최계영, 앞의 글, 116면은 원고적격 단계에서는 권리 침해의 가능성이, 본안판

권해의 근간이 되는 독일의 보호규범론에 따르면 법원은 권리 침해를 인정하기 위하여 처분의 위법성을 심사함에 있어서도 법질서 일체에 비추어 위법성을 심사하는 것이 아니라 원고의 이익 또는 권리와 관련한 법규정의 위반 여부를 심리하게 된다. 그 결과 위법성의 심사 기준도 좁아지고, 처분이 다른 법에 위반할 여지가 있더라도 원고의 권리를 보호하는 취지의 법을 위반한 것이 아니면 원고의 청구를 기각하여야 하는 결과가 되므로 원고는 원고적격이 인정되는 경우에도 본안에서 인용조건이 더 무거워져 결과적으로 권리 침해를 소송물로 포섭하지 않았을 때보다 오히려 불리하다.¹⁷⁴⁾

정리하면 우리 취소소송의 목적이 권리구제를 위한 것임이 인정되더라도, 취소소송에 대한 근거 규정의 해석상 이러한 목적이 취소소송의 행정통제적 기능과 목적에 대해 더 우월한 것이라고 보기 어렵다. 그리고 권리구제의 목적을 고려하더라도 소송요건에서 원고적격의 제한을 두는 것에서 더 나아가 인용판결의 조건으로 원고의 권리 침해를 추가로 요구하는 것은 실정법의 해석상 인정하기 어렵다. 또한 이처럼 해석에 의하여 소송물을 추가할 경우 취소소송의 주된 목적인 행정통제 기능의 위축이 우려되고, 결과적으로 권리구제에 더 효과적이지도 않기 때문에 이러한 해석은 더더욱 받아들이기 어렵다. 따라서 취소소송에 대한 규정의 해석론상, 나아가 방론으로 취소소송의 기능이나 권리구제의 현실적인 실효성을 고려하더라도 원고의 권리 침해는 취소소송의 소송물로 인정되기 어렵다고 볼 것이다.

단 단계에서는 권리 침해가 요구된다고 정리한다.

174) 최근 긴급조치 제9호의 발령·적용·집행으로 강제수사를 받거나 유죄판결을 선고받고 복역함으로써 개별 국민이 입은 손해에 대하여 국가배상책임을 인정한 대법원 2022. 8. 30. 선고 2018다212610 전원합의체 판결에 대한 평석으로 김중권, ‘시대의 해원을 넘어 국가배상법 개혁을 위한 모색’, 법률신문, 2022. 9. 5.은 공법제도로서의 국가배상제도의 중점을 피해자 구제기능보다 제재 기능과 위법행위 억제 기능에 두면 공법적 문제의식이 고양됨으로써 역설적으로 피해자구제기능은 더욱더 신장 될 수 있다고 평가하는데, 이 지적은 취소소송의 목적과 소송물에 대한 논의에도 그대로 적용될 수 있다.

제4절 처분의 위법성

1. 취소소송의 소송물로서 처분의 위법성

(1) 소송물로서 처분의 ‘위법성’

행정소송법 제4조 제1호는 취소소송을 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송이라고 규정하고 있다. 취소소송에서 법원이 처분을 취소하기 위하여는 본안에서 처분이 위법한지의 판단을 하여야 하므로 취소소송 소송물로 처분의 위법성을 소송물로 인정하지 않는 견해는 거의 없다. 취소소송의 형성소송적 성격에도 불구하고 마치 확인소송처럼 처분의 위법성 즉, 처분의 위법 여부 또는 처분의 위법성의 존재를 확인하는 것이 소송물로 인정하는 것은 위법성이 처분 취소의 필요충분조건이기 때문이라고 할 수 있다. 취소소송에서는 처분이 위법하면 필연적으로 처분이 취소되고,¹⁷⁵⁾ 위법하지 않지만 다른 취소요건을 충족하여 처분이 취소되는 경우는 있을 수 없다. 처분의 위법성이 취소소송의 소송물이라고 할 때 쟁점이 되는 것은, 실제로 처분이 위법한 사유는 여러 개일 수 있으므로 이러한 개개 위법사유 별로 소송물이 성립하는지, 아니면 위법성 일반이 소송물이고 개개 위법사유는 공격방어방법에 불과한 지이다.

(2) ‘개개 위법사유’와 ‘위법성 일반’

1) 학설의 근거

먼저 처분의 법 위반마다, 개개의 위법사유를 별개의 소송물로 보려는 견해는 위법사유를 각각 독립적으로 평가하여야 기관력의 확대되는 것을 막을

¹⁷⁵⁾ 사정판결은 이에 대한 예외가 된다.

수 있다는 점을 근거로 한다.¹⁷⁶⁾ 위법성 일반을 소송물로 보게 되면 원고는 모든 위법사유를 주장할 것을 강요받게 되고, 미처 주장하지 못한 위법사유는 다시 취소소송을 제기하여 주장할 수 없게 되는 불이익이 있다고 한다. 그러나 이러한 논거는 대체로 취소소송의 제소기간으로 인하여 취소소송이 사실상 1회의 소송의 기회만 갖는다는 현실적인 사정으로 반박된다. 단기의 제소기간으로 인해 원고는 취소소송이 종료된 이후에는 어차피 다툼의 대상인 처분에 대하여 다시 취소소송을 제기할 가능성이 없어 다시 취소소송을 제기하여 주장할 수 없는 불이익은 소송물을 그와 같이 보지 않더라도 존재하고, 원고는 어차피 단 한 번의 취소소송에서 주장할 수 있는 위법사유를 모두 주장하여야 하기 때문이다. 위법성 일반을 소송물로 보는 견해에서는 개개 위법사유별로 소송물을 보게 되면 소송물이 나누어져 행정처분의 효력이 확정되는 것이 지연되고, 분쟁의 일회적 해결의 요청에도 반한다고 한다. 이에 대해서 개개 위법사유마다 소송물이 된다고 보는 견해는 위법성 일반을 소송물로 할 경우, 소송물 범위가 넓어져 오히려 소송 지연의 문제가 있다고 주장할 수 있다. 그러나 앞에서 본 취소소송의 제소기간의 제한을 고려하고, 위법사유의 개수에 비례하여 심리가 길어지는 것이 아니므로 굳이 개개의 위법사유별로 소송물을 나누어 볼 필요는 없다고 생각된다.

2) 학설에 따른 차이

취소소송의 소송물이 되는 위법성의 범위를 개개 위법사유로 하느냐, 처분의 위법성 일반으로 하느냐의 중요한 차이는 판결의 효력 범위에 있다. 소송물은 심판의 대상이기도 하지만 판결의 효력 범위를 결정하는 단위이기도 하기 때문이다. 처분의 위법성 일반이 소송물이면 결국 소송물 자체는 처분

¹⁷⁶⁾ 현재 우리나라에서 이 견해를 취하고 있는 학자는 찾아보기 어려우나, 개개 위법사유를 소송물로 볼 것인지, 위법성 일반을 소송물로 볼 것인지의 대립에 대해 취소소송의 소송물에 대한 전통적인 논쟁으로 이해하는 것이 일반적이므로, 위법성 일반의 의미를 정확히 이해하려는 차원에서 위 논쟁을 검토하고자 한다.

의 위법/적법이 되고, 기판력도 처분의 위법/적법이라는 점에만 발행한다고 볼 수 있다. 취소소송의 인용판결이 가지는 구속력으로 취소판결은 대상 처분이 위법하다고 인정된 이유가 재처분 등에 있어 행정청에 실체적인 구속력을 미쳐야 하는데, 개개 위법사유가 소송물이면 이러한 구속력은 소송물의 범위 그대로 판결이 갖는 효력의 범위를 매끄럽게 설명할 수 있지만, 처분의 위법성 일반이 소송물이 되면 개개 위법사유에 대하여 판단한 판결 이유가 구속력을 갖는 부분을 기판력으로 설명하기가 어렵게 된다.¹⁷⁷⁾ 개개 위법사유마다 소송물을 나누면 소송물이 너무 쪼개지게 되어 한 처분의 취소를 구하는 여러 병합소송이 제기되어야 하거나 하나의 처분에 대해서 여러 취소소송이 제기될 수도 있어 번잡스럽게 된다. 반면 기판력의 범위가 넓어짐으로 인하여 원고가 받을 수 있는 불이익이 있을 수 있으나 제소기간의 제한으로 기각판결 확정 이후에 별소의 제기는 현실적으로 불가능해서 어차피 별소제기의 이익은 원고가 누릴 수 없는 이익에 해당한다. 따라서 취소소송의 소송물은 위법성 일반으로 보는 것이 타당하고, 위법성 전반을 소송물로 할 때 소송에서 원고가 미처 위법사유를 모두 다투지 못하고 패소할 경우 받을 불이익에 대해서는 직권심리주의를 이용하여 보완할 수 있을 것이다.¹⁷⁸⁾

3) 사건

‘처분의 위법성 일반’이 소송물로 된다고 보는 논거로, 소송에서 원심판결에 대한 불복이 있으면 불복의 이유나 불복의 범위와 관계없이 원심판결 전부의 확정이 차단되고 항소심으로 이심되는 것과 같은 이치로 행정청의 처

177) 이에 대해서는 제5장 제5절 위법사유에 대한 판결 이유의 효력에서 자세히 다룬다.

178) 판례는 민사소송에서 패소원고의 피해를 고려하여 구실체법설을 고수하면서 소송물의 범위를 좁히는 해석을 하고 있으나, 행정소송인 취소소송에서는 개개 위법사유가 아닌 처분의 위법성 일반으로 넓게 보고 있다는 점에서 대조적인데 취소소송에서는 소송물을 개개 위법사유로 좁게 보더라도 현실적으로 별소 제기가 어렵다는 점이 고려되었을 것이다. 민사소송과 취소소송에서 판례의 입장이 대조적인 점을 지적하는 같은 취지의 글로 하명호, 앞의 글, 120면.

분에 대하여 취소소송을 제기하면 그 처분의 확정력이 차단되는 것으로 볼 수 있고 이 점에서 취소소송의 소송물은 ‘처분’ 단위로 확정되고, 그 판결의 효력도 처분 단위로 미치는 것이므로 이와 같이 보는 것이 타당하다고 하기도 한다.¹⁷⁹⁾ 그러나 집행부정지의 원칙에 비추어도 그렇고 취소소송이 제기되었다고 하여 처분 자체가 확정력의 차단이 있다고 보기는 어렵고, 소송물이 처분의 단위로 확정된다고 하여 그 외연 안에 있는 전부가 다 소송물이 되어야 하는 것은 아닐 것이다. 하지만 처분의 단위로 소송물의 단위가 정해진 상황에서 위법사유로 다시 소송물을 나누는 것은 위에서 본 것과 같은 불합리한 점이 있고, 사법이 행정에 대한 적법성 통제를 함에 있어 사유를 나누어 개별적으로 볼 필요가 없다는 점, 직권주의 소송의 장점을 살릴 수 있다는 점 등에서 위법성의 일반이 소송물이 된다는 결론에 찬성한다.

소송물이 처분의 위법성 일반이라는 것은, 대상 처분의 위법성은 위법 사유의 유형을 불문하고, 실체적인 것이든 절차적인 것이든 그 처분을 위법하게 하는 모든 사유를 가리킨다는 매우 넓은 의미이다.¹⁸⁰⁾ 이러한 위법성의 범위를 추상적으로 법질서상 존재하는 모종의 법규(법규정·법원칙)에 위반된다는 것을 의미하는 것으로 보기도 한다.¹⁸¹⁾ 위법사유 중에서 절차적인 위법사유는 그 취급에 있어 실체적인 위법사유와 다른 점이 있어 양자를 소송물로 구별할 것인가 하는 논의가 조세소송에서 있다.¹⁸²⁾ 하지만, 소송물로서 처분의 위법성을 위법사유별로 나누지 않는 것의 강점이 크고, 일반적인 행

179) 하명호, 앞의 글, 121면.

180) 윤지현, ‘조세소송의 심리와 판결 효력의 범위에 관한 연구’, 서울대학교 법과대학원 박사학위논문, 2012, 16면.

181) 박정훈, 앞의 책, 395면.

182) 절차상 위법의 경우 이를 이유로 한 과세처분의 취소가 과세관청의 과세권한을 종국적으로 상실시키지 않고 다시 절차를 밟아 과세처분을 할 의무를 지우는 데 반해 실체적 위법의 경우 해당 과세관청이 내세우는 처분사유가 위법하여도 과세처분이 적법할 수 있도록 하는 다른 처분사유를 주장·입증하면 과세처분이 취소되지 않으므로 납세자가 절차적 위법을 주장하는 경우와 실체적 위법을 주장하는 경우 심리와 판결의 범위가 달라질 수 있다는 점을 강조하는 견해를 위법성 이원론이라고 한다고 한다(고종주, 앞의 글, 198면).

정처분의 취소소송에서 절차적인 위법사유와 실체적인 위법사유는 기속력의 발현 내용에서만 차이가 있을 뿐이므로 처분의 위법성 일반이 하나의 소송 물로써 취소소송의 소송물이 되는 것이 합리적일 것이다.

2. 직권심리주의와 심리 대상인 위법사유

(1) 위법성 전체와 현실적으로 심판 대상이 되는 위법사유

취소소송의 소송물을 처분의 개개 위법사유가 아닌 ‘위법성 일반’이라고 하면 이론적으로는 처분을 위법하게 할 모든 사유가 심판의 범위가 된다. 취소소송에서는 원고에게 처분의 위법사유를 주장하고 입증할 책임이 부여되지 않고, 원고가 주장한 위법사유에 심판의 범위로 한정되는 것이 아니기 때문이다. 법원은 대상 처분의 모든 적법요건을 검토하여 위법사유가 있는지 검토할 수 있거나, 하여야 한다. 그러나 현실적으로 소송에서 당해 처분의 추상적인 위법성 일반 전부가 심리 대상이 되기는 어렵다. 결국은 구체적인 개개의 위법사유가 심리의 대상이 될 것이고, 원고가 주장하는 위법사유가 일차적인 심리 대상이 될 것이다. 만약 취소소송이 철저히 변론주의에 의한다면 주장되지 않은 위법사유는 심리대상이 되지 못할 것이므로 위법성 일반이 소송물이라고 하는 것은 그 의미에서 상당한 위축이 있을 수밖에 없다. 그러나 행정소송법 제26조는 직권심리라는 표제하에 ‘법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.’고 규정하고 있다. 직권심리주의가 적용되면 원고가 주장하지 않았으나 법원이 파악한 위법사유가 있으면 법원의 직권조사 대상이 될 수 있고, 이는 이차적인 심리 대상이 될 것이다. ‘위법성 일반’이 소송물이지만 이러한 이론적으로 인정되는 심판의 범위와 현실적으로 심판하게 되는 범위에 불일치가 생기는 것이다.

행정소송에도 민사소송법의 규정이 준용되고(행정소송법 제8조 제2항), 민

사소송법에도 보충적 직권증거조사규정이 있는데,¹⁸³⁾ 행정소송법 제26조를 별도로 둔 의미에 대해 학설이 나뉜다.¹⁸⁴⁾ ① 민사소송의 변론주의와 대비되는 행정소송의 직권탐지주의의 모습으로 주장책임과 주관적 입증책임이 부인되고, 법원이 주도하여 소송자료를 수집하는 것으로 보는 직권탐지주의원칙설과 이와 반대로 ② 민사소송에서와 같이 변론주의를 원칙으로 하되 다만 이를 보충하여 직권증거조사와 석명권과 석명의무를 인정하는 정도에 그친다고 보아 민사소송법 제292조의 보충적 직권조사의 의미와 거의 동일하게 보는 견해인 변론주의보충설이 있다. 그리고 그 중간적 입장으로 ③ 변론주의에 직권탐지주의를 보충 또는 가미시키고 있다는 견해와 ④ 변론주의에 직권탐지주의를 절충시키고 있다는 견해가 있다. ③의 견해는 행정소송법 제26조가 당사자가 주장한 사실에 제한되어 하는 민사소송의 보충적 직권증거조사에 더하여 후단에서 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단한다고 하므로 직권탐지주의를 가미한다는 것으로 보는 것이고, ④의 견해는 행정소송법 제26조의 전후단 구조로 보아 직권탐지주의를 완화하여 적용할 수 있도록 한 것으로 변론주의와 직권탐지주의를 절충하고 있다고 보는 견해이다.

(2) 행정소송법 제26조에 대한 판례의 입장

우리 판례는 대법원 1985. 2. 13. 선고 84누467 판결에서 ‘행정소송법 제9조¹⁸⁵⁾는 행정소송의 특수성에서 연유하는 당사자주의, 변론주의의 일부 예외

¹⁸³⁾ 민사소송법 제292조(직권에 의한 증거조사) 법원은 당사자가 신청한 증거에 의하여 심증을 얻을 수 없거나, 그 밖에 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있다.

¹⁸⁴⁾ 이하 학설 대립의 요약 및 정리는 정하중, 행정소송에 있어서 직권탐지주의와 입증책임, 고려법학 제64호, 2012, 237-243면과 최선웅, 재량과 행정쟁송, 박영사, 2021, 385-398면을 참고하였다.

¹⁸⁵⁾ 구 행정소송법(1984. 12. 15. 법률 제3754호로 전부개정되기 이전의 행정소송법) 제9조는 법원은 필요한 경우에 직권으로써 증거조사를 할 수 있고 또 당사자가 주장하지 않는 사실에 관하여도 판단할 수 있다고 규정하고 있었고, 현행

규정이라고 볼 것'이라고 판시하여 행정소송도 원칙적으로는 변론주의에 의하여 절차가 진행된다고 전제하고, '법 제26조가 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다고 규정되어 있다고 하여 법원이 아무런 제한 없이 당사자가 주장하지도 않은 사실을 판단할 수 있는 것은 아니고, 일견 기록상 현출되어 있는 사항에 관하여서만 이를 직권으로 심리조사하고 이를 기초로 판단할 수 있을 따름이다.'라고 일관되게 판시하고 있다.¹⁸⁶⁾ 이러한 입장은 변론주의를 원칙으로 직권탐지주의를 가미하는 입장이라고 할 수 있다. 이같이 행정소송법 제26조를 소극적으로 해석하면 동 조항의 적용 범위는 민사소송법 제292조의 적용 범위와 큰 차이가 없게 될 것이다. 대법원 판결이 이처럼 행정소송법 제26조에 의하여 행정소송에서는 당사자가 주장하지 아니한 사실도 판단할 수 있다고 하면서도 기록상 그 자료가 현출된 경우에 한하는 것으로 제한하여 해석하는 이유는, 행정소송의 심리에도 원칙적으로 변론주의가 근간이고 직권심리주의는 예외적인 보완책이라는 점을 고려하여 당사자에게 불의타를 가하지 아니하고 재판에 대한 신뢰를 확보하려는 배려라고 한다.¹⁸⁷⁾

행정소송의 이러한 심리원칙에 따르면 취소소송의 심리의 대상인 처분의 위법성은 주장된 위법사유와 기록에 나타난 자료를 기초로 파악할 수 있는 위법사유라고 정리할 수 있다. 그렇다고 하여 소송기록상 처분의 적법성 또는 위법성을 뒷받침하는 사유가 나타나 있다고 해서 법원이 곧바로 그것을 판단에 적용하여 결론을 도출할 수 있는 것은 아니고 석명권을 행사하여 당사자에게 그 주장의 모순된 점이나 불완전·불명료한 부분을 지적하여 이를 정정·보충할 수 있는 기회를 주고 또 그 계쟁사실에 관한 증거의 제출을 촉

행정소송법 제26조와 거의 같은 내용이다.

¹⁸⁶⁾ 대법원 1994. 10. 11. 선고 94누4820 판결; 대법원 1988. 4. 27. 선고 87누1182 판결; 대법원 1986. 6. 24. 선고 85누321 판결 등

¹⁸⁷⁾ 이혁우, '행정소송에서의 직권심리 범위-행정소송법 제26조의 해석과 관련하여', 법조 제45권 제11호, 1996, 118면.

구하는 등 당사자가 이에 대해 주장하고 방어할 기회를 가진 경우에 그러한 위법사유를 판단할 수 있다.¹⁸⁸⁾

제5절 소결론

취소소송의 소송물은 이론적 근거하에 논리적으로 도출되어야 하지만 다음과 같은 문제에 대한 해답을 제시할 수 있어야 할 것이다.

- 취소소송의 심판 범위를 (특히 다른 유형의 행정소송과의 관계에서) 명확하게 설정할 수 있는가
- 처분의 위법 여부에 대한 법원의 판단에 실질적 확정력을 부여하여 국가배상청구소송 등의 후속소송에서 법원의 부담을 감경하고, 모순된 재판을 방지할 수 있는가
- 원고의 방어권을 침해하지 않으면서도 같은 사실관계를 기초로 하고, 유사하거나 같은 목적을 가지는 소송의 중복을 방지하여 분쟁의 일회적 해결을 도모할 수 있는가
- 사법(司法)과 행정의 관계에서 권력분립의 원칙이 견지되고 있는가

위와 같은 소송물 개념의 효용성을 고려하면서 무엇이 취소소송의 소송물이 되어야 하는지 먼저 민사소송에서의 소송물과 형사소송에서의 소송물 즉 공소제기의 범위를 참고하여 정할 필요가 있을 것이다. 다만 여기에서는 민사소송, 형사소송과 대비되는 취소소송의 특수성을 고려하여야 한다.

행정소송법 제4조 제1호는 취소소송을 ‘행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송’이라고 규정하여 취소소송에서 다툼의 대상이 처분의 위법

¹⁸⁸⁾ 이상덕, 앞의 글(항고소송에서 처분사유 추가·변경 제한 법리의 재정립), 588면.

성임을 명확히 규정하고 있다. 소송물의 기본적인 개념이 소송의 객체이고 심판의 범위라는 점을 생각하면, 다른 민·형사소송의 소송물과 비교할 때 취소소송의 소송물은 행정소송법에서 분명하게 지시하고 있다고 할 수 있다.

취소소송의 제도적 취지와 목적 내지 기능도 고려할 필요가 있는데, 행정소송법의 다른 규정과 취소소송을 비롯한 행정소송이 가지는 법원의 행정에 대한 통제기능을 고려한다면 취소소송의 제도적 취지는 법원이 행정처분에 대하여 사후적인 적법성 심사를 하기 위한 제도로 이해하는 것이 바람직하다. 권력분립의 원칙에서 법원은 소송에서의 재판을 통해 행정을 견제하는데, 취소소송을 비롯한 항고소송 외에는 행정에 대하여 사법통제를 할 수단으로서의 소송유형이 마땅하지 않다, 이러한 점에서 사법의 행정에 대한 적법성 통제수단으로서의 취소소송의 기능이 경시되어서는 안 된다. 아이러니하지만 소송물의 내용으로서 원고의 권리 침해를 관철하는 것보다 위법한 행정의 취소를 통해 위법한 행정을 통제하는 것을 강조할 때 오히려 권리구제의 목적 달성이 더 수월하게 된다는 점은 소송물을 결정함에 있어 간과할 부분이 아니다. 취소소송을 통해 국민의 권익이 보호되고 구제되는 결과를 의도하고 권리구제를 목적으로 고려한 취지도 있을 것이나 그러한 목적을 소송물에서 관철하기 위하여 본안의 심판대상으로 원고의 권리 침해 사실을 요구하는 것은 실정법상의 근거도 부족할 뿐 아니라, 실제 결과에서 권리구제기능을 실효적으로 발휘하지도 못하는 것이므로 이를 굳이 소송물로 인정할 근거나 실익이 없다고 할 수 있다. 비교법적 고찰을 하더라도 독일의 실정법과 달리 본안의 취소판결 요건으로 권리 침해를 명시하지 않고 있고, 일본의 실정법과 달리 원고의 법률상 이익과 무관한 위법을 이유로 한 취소청구를 제한하지도 않고 있는 우리 행정소송법의 해석론상 이러한 내용을 실정법에 담고 있는 독일 및 일본에서의 학설과 판례를 그대로 취하기는 어렵다고 생각된다.

또한, 원고에게 처분의 취소를 구할 실체법상 청구권이 인정되는 것이 아니라 취소소송 제도의 존재 자체로서 원고가 행정청의 처분에 대하여 법원에 취소를 구할 수 있도록 한 것일 뿐이므로 원고의 처분 취소청구권을 소송

물로 인정할 필요가 없다. 그리고 취소소송이 소송 유형 자체에서 처분의 취소만을 판결 주문으로 이미 결정하고 있는 소송인 이상 원고가 취소소송을 제기한 행위 자체로 처분의 취소를 요구하는 법적 주장임을 알 수 있으므로 처분의 위법성 등에 대한 원고의 법적 주장임을 굳이 소송물의 요소로 요구할 필요도 없다.

이와 같은 점들을 모두 고려하면 통설, 판례와 같이 취소소송의 소송물은 처분의 위법성만으로 필요충분하고, 처분이 위법함만 확인되면 법원이 대상 처분을 취소하도록 함이 마땅하다. 그리고 처분의 위법사유마다 소송물을 인정하는 것은 패소 원고의 입장에서 실익이 없고, 위법한 행정에 대한 통제로서 취소소송의 취지를 살리며, 결국 현실적인 심리의 대상이 되는 위법사유는 변론주의에 따라 원고가 주장하는 위법사유에 한정될 것이므로,¹⁸⁹⁾ 위법사유별로 소송물이 나누어질 필요 없이 대상인 처분의 위법성 일반이 소송물의 범위가 된다고 할 것이다. 취소소송의 소송물을 처분의 위법성으로 보더라도 처분이라는 소송의 대상으로 인하여 소송물의 범위가 대상 처분의 근거가 된 사실관계에 대한 것으로 특정됨으로써 마치 소송법설의 이원설이나 실체법설에서 실체적 사실관계의 일정 범위로 소송물의 범위가 무한 확정되는 것을 막고자 한 취지는 그대로 유효하며, 위법성 일반이 소송물이 되어 이에 대한 기관력이 발생할 수 있다는 점은 국가배상소송과의 관계에서 문제된 처분의 위법성에 대한 원고의 입증책임과 법원의 심판의 수고를 덜어줄 수도 있다.

그런데 취소소송의 소송물을 이렇게 결정하여도 위에서 고려하고자 한 네 가지 사항이 모두 해결되었다고 보기는 어렵다. 구체적으로는 앞의 두 가지는 취소소송의 소송물에 대한 지금까지의 논의로 어느 정도 검토될 수 있으나 뒤의 두 가지와 관련하여서는 여전히 해결되지 않는다. 이는 ‘처분의 위법성 일반’이라는 내용이 이에 대한 고려를 충분히 반영한 것이 아니기 때문이다. 취소소송의 소송물이 구체적으로 어느 범위까지를 심판 대상 범위로

¹⁸⁹⁾ 여기서 말하는 변론주의는 직권탐지주의가 가미된 변론주의를 의미한다.

하고, 개개 취소소송의 소송물이 다른 취소소송의 소송물과 어떻게 구별되는지는 결국 처분이라고 하는 소송의 대상의 개개 단위와 그것의 동일 여부에 의하여 결정된다. 취소소송의 소송물이 무엇인지에 대한 전통적인 논의는 취소소송의 목적을 고려하여 무엇을 취소소송의 소송물로 정할 것인가에 대한 논의가 중점적으로 다루어져 왔다. 하지만, 앞서 소송제도에서 소송물이라는 개념이 수행하는 기능(심판 범위와 판결 범위의 확정 기능과 소송물의 단복·이동을 결정하는 기능)에 초점을 맞춰 취소소송에서 원피고가 주장할 수 있고 법원이 심판할 수 있는 범위와 소송물의 동일성 여부는 아직 제대로 논의된 것이 아니라고 할 수 있다. 이는 결국 취소소송의 소송물의 요소인 처분이 무엇이고, 어떻게 단위가 결정되며, 처분 간 동일 여부의 문제는 없는지에 따라 결정되어야 한다. 이에 대해서는 목차를 바꾸어 소송물의 단위가 어떻게 처분에 의하여 결정되는지, 처분의 본질과 구성요소는 무엇인지 살펴본 후에 취소소송의 전(全)단계에서 소송물이 어떤 문제를 해결하고 있고 어떤 문제를 해결하지 못하고 있는지, 취소소송의 소송물이 결정하지 못하는 취소소송의 문제는 그렇다면 어떻게 논의되어야 하는지 등을 살펴보고자 한다.

제4장 소송물의 단위와 처분의 동일성

제1절 소송물의 단복·이동(單複·異同)의 결정 기준

1. 취소소송의 소송물과 처분의 관계

(1) 처분과 소송물의 구별

취소소송의 소송물이 ‘처분의 위법성 일반’이라면 결국 소송물의 단위는 처분으로 결정된다. 처분에 대한 취소소송에서는 개개 처분마다 그 위법성이 소송물이 되기 때문이다. 이같이 근접한 관계에 있는 처분과 소송물에 대해서 먼저 개념적으로 구별을 하고 넘어갈 필요가 있다. 처분의 위법성을 소송물로 보면 필연적으로 처분과 소송물의 단위가 같게 되는 결과, 처분의 위법성을 소송물로 보는 통설은 종종 소송물을 ‘소송의 대상’이나 민사소송법 제204조 제1항의 ‘청구의 목적물’과 같은 개념으로 혼동하고 있다는 비판을 받기 때문이다.¹⁹⁰⁾

민사소송에서 소송의 대상 즉 계쟁물과 소송물이 구별되는 것과 마찬가지로, 취소소송에서도 소송의 대상인 처분과 소송물은 구별된다. 예를 들어 민사소송인 건물철거소송에서 소송물은 건물철거청구권 또는 건물철거를 구할 법적 지위이지만 다툼의 대상인 건물 즉 철거 여부가 다투어지는 대상인 건물은 소송물이 아니다.¹⁹¹⁾ 더 구체적으로 살펴보면, 원고가 자신의 토지 위에

¹⁹⁰⁾ 홍강훈, 앞의 글, 396면. 그리고 홍준형, 앞의 책 436면도 소송물 개념이 소송의 대상이나 민사소송법 제240조 제1항의 청구의 목적물과 같은 개념과 혼동되어서는 안 된다고 강조한다.

¹⁹¹⁾ 민사소송법에서는 청구의 목적물을 당사자나 변론종결 후 승계인을 위하여 소지한 사람에게도 기판력이 미치도록 하고 있는데 여기서 말하는 청구의 목적물 역시 계쟁물의 한 예이고, 소송물이 아니다.

건축된 X건물을 소유하고 있는 피고를 상대로 건물의 철거를 구하는 소송을 제기하는 것을 가정하여 보자. 소송물에 관하여 어느 학설을 취하는가에 따라 원고가 행사하는 실체법상 권리 즉 토지소유권에 기한 방해배제청구권이냐 토지사용계약의 종료에 따른 계약상 권리가 소송물이 되거나, 어느 권리이든 그 권리에 따라 피고에게 건물철거를 구할 법적 지위가 소송물이 되지만, 이러한 소송물은 X건물 자체와는 개념상 구별된다. 취소소송에서도 마찬가지이다. X건물을 불법으로 건축하여 소유하고 있는 자에게 행정청이 철거명령을 내리고 철거명령을 받은 건물소유자가 원고가 되어 그 철거명령을 다투는 취소소송을 제기하였다면, 취소소송에서 소송물은 그 철거명령의 위법성이 될 것이다. 즉, 철거명령이라고 하는 행정청의 처분이 소송을 통해 취소될 것인지 말 것인지가 취소소송에서 문제 되는 다툼의 대상인 것이다.¹⁹²⁾ 이처럼 철거명령의 위법성은 철거명령과 개념상으로는 구별되는 것이지만, 결과적으로 철거명령에 대한 취소소송의 소송물의 단위는 철거명령이라는 처분의 단위와 같게 된다.

(2) 취소소송의 구조와 처분

처분의 위법성 일반이 소송물이라고 할 때 처분은 무엇이고 어떻게 특정되는지, 하나의 소송물의 범위를 결정하는 개개 처분의 단위는 어떻게 결정되는지를 살펴보고자 한다. 개개 처분을 특정하기 위하여는 먼저 처분이 무엇으로 이루어지는지 즉 처분의 구성요소를 파악하여야 할 것이고, 그 구성요소가 대부분 일치하는 처분(외관상 처분으로 보이는 것을 포함하여)들이 별개인지 아니면 하나로 취급될 것인지에 관한 처분의 동일성 문제를 살펴봐야 할 것이다. 이를 결정하기 위해서는 먼저 민·형사소송과 달리 취소소송에서는 처분이 소송물의 단위를 결정하게 되는 이유와 관련하여 취소소송의 구조상의 특색을 명확하게 확인할 필요가 있다.

¹⁹²⁾ 철거명령에 대한 취소소송에서는 철거명령이 소송의 대상이고, 철거명령의 목적물인 X건물 자체는 소송의 대상조차도 아니다.

민사소송이나 행정소송의 당사자소송에서는 일정한 사실관계와 이를 토대로 구성되는 사법상 또는 공법상의 법률관계가 있는 상황에서 바로 소송절차로 이행된다. 그 때문에 민사소송의 소송물 논쟁은 같은 사실관계에 기한 원고의 청구가 동일한 급여를 청구하는 것일 때 특히 문제 되며, 민사소송에서의 소송물을 실체법상의 권리 또는 법률관계의 주장을 소송물로 볼 것인지(실체법설) 아니면 실체법상 권리와 소송물을 단절시키고 오로지 소송법적 요소인 신청만으로, 또는 이에 사실관계를 더하여 신청과 사실관계에 의하여 소송물이 구성된다고 볼 것인지(소송법설)가 소송물 논쟁의 주요 내용임은 앞서 살펴보았다.¹⁹³⁾ 사실관계에서 바로 원고의 소 제기를 통해 재판으로 직행하는 민사소송과 비교할 때, 형사소송에서는 검사의 공소제기라고 하는 사실관계의 일정 부분에 대한 법집행기관의 판단이 있다. 그러나 이러한 검사의 공소제기는 형사소송을 개시하는, 민사소송에서의 원고의 소 제기와 같은 역할을 하고 있을 뿐 그 자체로 형사처벌의 내용을 일단 결정하는 종결의 의미는 없다. 즉 공소제기에 의하여 피의자나 피고인에 대한 형사처벌의 내용이 결정되지 않는다. 이 점에서 취소소송에서의 대상이 되는 처분과는 소송구조상 의미가 다르다. 아래 표에서 보는 바와 같이, 형사소송에서는 검사의 공소제기에 의하여 형사소송이 개시되고 검사가 민사소송에서의 원고처럼 형사소송의 심리와 판결에서 다루게 될 실체적 사실관계의 범위를 정한다. 하지만, 취소소송에서는 행정청에 의하여 처분이 행해지고 이로써 일단 행정법률관계의 내용이 결정된다. 공소제기에 의하여 형사소송절차가 개시되는 것이지만 처분은 행정법률관계를 결정하고 형성하는 것이고, 공소제기가 형사법에서 절차의 시작이라면 처분은 행정법률관계의 결정이다. 이러한 처분에 대해 처분의 상대방 등이 취소소송을 제기함으로써 해당 처분에 대한 취소소송이 비로소 개시되는 것이다. 취소소송을 처분에 대한 사후심이나 복심으로 파악하는 견해¹⁹⁴⁾도 취소소송의 구조상 특색을 같은 취지로 이해하고

¹⁹³⁾ 제2장 제2절 1. 민사소송의 신·구소송물 논쟁 참조.

¹⁹⁴⁾ 이상덕, 앞의 글(항고소송에서 처분사유의 추가·변경 제한 법리의 재정립), 586-587면은, 항고소송에서는 처분청이 일차적으로 사실인정과 포섭판단을 하여

있는 것으로 보인다.

민사소송	형사소송	취소소송
		소제기
소제기	공소제기	처분
사실관계	사실관계	사실관계

취소소송에서는 분쟁의 기초가 된 사실관계 및 법률관계가 처분에 의하여 결정되고 일단 종결된다. 그리고 이에 대한 불복절차로서 취소소송에서는 처분이라는 구체적인 대상물이 존재하기 때문에 처분이 여러 번 중복되지 않는 한 동일한 사실관계에 기초한 소송이 여러 번 반복될 가능성이 별로 없다.¹⁹⁵⁾ 결국 처분에 대한 취소소송에서는 개개 처분의 위법성이 소송물이 되고, 소송물의 단위는 처분에 의하여 결정된다. 비유하자면 처분의 위법성 일반이 취소소송의 소송물일 때 처분은 소송물의 하드웨어, 위법성은 소프트웨어라고 이해할 수도 있을 것이다. 취소소송의 소송물의 개별화는 처분으로 어느 정도 이루어지게 되고, 소송물의 단복·이동(單複·異同)은 결국 처분의 단위(單複)와 처분의 동일성(異同)에 의하게 된다.

결과적으로 취소소송에서는 취소소송의 대상인 처분 별로 하나의 취소소송이 성립하게 된다. 실체법상 하나의 행정작용으로서 성립요건과 효력발생

행정처분의 형식으로 법적 규율을 함으로써 ‘사실관계의 특정’, ‘적용할 규범의 선택’, ‘법적 규율(Regelung)’의 세 기능-민형사소송에서는 앞의 두 기능은 원고나 검사가, 세 번째 기능은 법원이 함-을 모두 수행하고, 법원은 행정청의 법적 규율이 위법한지 여부를 사후적으로 심리판단할 뿐이라고 설명한다. 하명호, 앞의 글, 118면도 취소소송은 복심적 구조를 갖고, 행정청이 어떠한 생활사실관계에 대하여 먼저 그에 관한 선결적인 규율을 한 다음 취소소송에서는 그 처분을 리뷰한다고 설명한다.; 박정훈, 앞의 책, 529-530면은 취소소송의 기능과 성질에 대해 취소소송이 속심(續審)인가 사후심(事後審)인가의 문제로 설명하면서 위법판단의 기준시가 처분시로 고수되고 있는 점 등을 들어 우리 취소소송은 객관소송, 확인소송, 사후심에 해당한다고 한다.

¹⁹⁵⁾ 제소기간의 제한이 있어 더욱 그런 문제가 발생할 여지는 적다.

요건을 갖추어 성립하고 효력을 발생하는 행정행위 기타 그 밖의 행정작용이 소송에서도 하나의 처분으로 인정된다. 그런데 어떤 특정한 사실관계를 토대로 행정청이 행정작용을 여러 차례 행하고, 그 개개의 행정작용이 각각 행정소송법상 처분이 되는 경우, 처분별로 그 처분을 다투는 취소소송에서의 소송물이 성립한다. 그리고 그 취소소송은 기초로 하는 사실관계가 크게 변동이 없고 주장하는 위법의 근거가 별반 차이 없다. 쟁점이 동일하거나 유사한 소송물이 중복하여 성립하게 되는 결과가 된다. 물론 복수의 취소소송이 사실상 또는 법률상 쟁점을 공유한다고 하여 동일한 소송물이 되는 것은 아니지만, 소송물의 중복 여부의 판단을 위하여 처분의 단위나 동일성을 판별할 기준을 검토할 필요는 있다.

2. 처분의 본질과 구성요소

어떤 기준으로 처분의 동일성을 판단할 것인가는 결국 처분이 무엇인가의 문제에서 출발하여야 하고, 이는 취소소송에서 위법한 처분을 취소하는 이유를 살펴보아야 할 것이다. 법원이 위법한 처분을 취소하는 것은 권력분립의 원리에 따라 사법기관인 법원이 행정에 대해 적법성 통제를 하는 것이다. 그렇다면 사법기관이 적법한가, 위법한가를 심사하고 통제하려는 대상으로서의 행정은 법을 적용하고 집행한 행정의 판단이라고 보아야 한다. 단순히 행정이 내린 처분이라는 결과물 자체의 운명이나, 주문으로만 결정되는 행정처분의 소멸 여부가 취소소송의 목적은 아닐 것이다.¹⁹⁶⁾ 따라서 취소소송의 대상인 처분은 ‘행정이 특정 상황에서 법령을 해석·적용한 결과로서 어떠한 판단이나 결정을 한 것’으로서의 의미가 있어야 한다. 특히 취소소송을 법원이 행정의 적법성을 통제하기 위한 제도로 보면 더욱 그러하다. 적법성 통제장

¹⁹⁶⁾ 취소소송의 목적을 행정구제에서만 찾는다면 이와 같은 이해도 가능할 것이나, 취소소송의 목적으로 행정의 적법성 통제를 배제할 수 없고, 오히려 행정의 적법성 통제를 취소소송의 주된 기능으로 보아야 한다는 점은 제3장 제3절 원고의 권리에 대한 침해와 같은 장 제5절 소결론에서 살펴 본 바 있다.

처로서의 취소소송의 대상인 처분은 법원이 그 위법성을 심사하고 통제하여야 하는 대상이므로 어떤 사실관계를 행정작용을 발동할 처분의 요건사실로 파악하고, 그 사실관계에 법령을 해석·적용하여 내린 법적 결정으로서 그 의미가 있어야 한다. 이러한 처분의 본질에 맞게 소송물의 단위가 되는 처분의 구성요소와 처분의 동일성을 판단하여야 할 것이다.

일반적으로 처분은 처분의 주체인 처분청, 처분의 상대방, 처분일자, 처분의 주문으로 특정되는 처분을 하나의 독립한 처분으로 취급하고 있다. 이 같은 처분 단위의 인식은 취소소송의 대상으로서의 처분을 판단할 때뿐만 아니라 실체법상 효력의 발생이나 하자의 판단에서도 동일하게 적용된다. 처분은 ①주체, ②상대방, ③처분일, ④주문에 의하여 다른 처분과 구별되어 특정되기 때문에¹⁹⁷⁾ 이러한 ①~④요소들로 처분의 동일성을 판별할 수 있다.¹⁹⁸⁾ 하지만 처분을 특정하는 요소와 처분을 구성하는 요소는 다르다. 처분은 처분의 주체인 처분청과 상대방, 처분일자, 처분의 주문 외에도 근거 조문과 처분의 기초가 된 사실관계 등을 포함한 처분사유 등으로 이루어진다.¹⁹⁹⁾ 처분을 구성하는 내용으로서 위 ①~④요소 외에 처분사유도 처분의 구성요소인지, 처분의 동일성을 확정짓는 요소인지에 대해서는 견해가 나뉜다.²⁰⁰⁾

처분사유가 처분의 구성요소인가를 직접적으로 다룬 논의는 많지 않지만,²⁰¹⁾ 학설은 대체로 처분사유를 처분의 구성요소로 보지 않는 듯하다. 처분

197) 취소소송의 소장에서 원고가 주문에 취소 대상 처분을 특정할 때 관례적으로 ‘피고(처분주체)가 0000. 00. 00.(처분일자) 원고에게(처분의 상대방) 한 0000처분(처분의 주문)’과 같은 방법으로 처분을 특정한다.

198) 드물지만 처분청과 상대방, 처분일자와 주문이 같고 처분사유만 다른 별개의 처분도 상정할 수 있다. 무면허로 음주운전을 한 운전자에게 처분청이 같은 날 음주운전을 사유로 한 운전면허취소처분과 무면허운전을 사유로 한 운전면허취소처분을 별도의 처분으로 하는 경우를 예로 들 수 있을 것이다.

199) 처분의 개별 단위와 동일성을 논하기 위하여 이러한 구성요소들이 중요한 이유는 구성요소를 모두 갖춘 것을 한 처분으로 보는 기본전제에서 각 구성요소의 동일 여부와 다르다면 다른 정도에 따라 동일성을 논할 수 있을 것으로 보기 때문이다.

200) 처분의 근거 법조나 제시된 처분 이유도 처분을 구성하는 요소로 보기도 하는데, 이는 처분사유와 구별이 어려운바 처분사유에서 함께 논하기로 한다.

사유를 처분의 구성요소로가 아니라고 보는 견해는 그 근거로, 행정청은 구체적인 사실을 확정된 다음 그에 기초하여 법령을 적용하는 과정을 거쳐 처분을 발령하는데 처분사유란 이때 처분에 관한 사실상의 기초와 법령상의 근거를 합친 것이고, 그럼에도 취소소송의 법원은 행정청이 처분 당시에 인식하였던 사실관계와 법적 관점에 구속되어 심리를 하는 것이 아니라 심리 과정에서 스스로 사실관계를 확정하고 스스로의 법적인 관점으로 바람직한 규율을 상정해서 위법성을 판정하는 것이기 때문이라고 한다.²⁰²⁾ 또한, 처분은 ‘기초적 사실관계’에 따른 ‘주문’으로 완성되며 당해 처분의 법적 근거는 처분 주문을 이유 있게 하는 처분이유로서 공격방어방법의 요소일 뿐 소송물을 구성하는 단위가 되지는 못한다는 주장²⁰³⁾도 처분사유를 처분의 구성요소가 아닌 것으로 보고 있다고 이해된다. 그러나 취소소송에서 법원은 처분의 위법성을 심사하는 것이지 스스로 처분을 하는 것이 아니다. 법원이 스스로 사실관계를 확정된 후 바람직한 법적 규율을 찾아내어 적용하면 안 되고, 이미 내려진 처분의 과정을 훑어 내려가면서 행정청의 처분 발령 과정에서 사실관계를 확정함에 있어 간과한 것이 있는지, 법적인 관점에서 잘못 법규를 적용하였는지를 심판하여야 한다. 법원이 스스로 바람직한 규율을 찾아내어 내려진 처분과 비교함으로써 위법성을 판정할 수 없다.²⁰⁴⁾ 처분사유는 앞

201) 처분사유의 추가·변경의 문제를 소송물이나 처분의 동일성과 연결시키지 않고 있는 점에서 그렇게 이해된다.

202) 하명호, 앞의 글, 121면.

203) 최춘식, 앞의 글, 218면.

204) 판례는 기속행위와 재량행위를 대조한 것이기는 하지만 행정행위의 사법심사방법에 대하여 다음과 같이 판시한 바 있다. ‘기속행위의 경우 그 법규에 대한 원칙적인 기속성으로 인하여 법원이 사실인정과 관련 법규의 해석·적용을 통하여 일정한 결론을 도출한 후 그 결론에 비추어 행정청이 한 판단의 적법 여부를 독자의 입장에서 판정하는 방식에 의하게 되나, 재량행위의 경우 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사하게 되고, 이러한 재량권의 일탈·남용 여부에 대한 심사는 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배, 당해행위의 목적 위반이나 동기의 부정 유무 등을 그 판단 대상으로 한다.’(대법원 2001. 2. 9. 선고 98두17593 판결) 이와 같은 사법심사의 방법에 따르면 적어도

서 본 처분의 본질, 즉 행정에 대한 사법의 통제인 취소소송의 대상으로서 행정청이 한 법적 판단이 처분이라는 점에 비추어 보면 처분의 중요한 핵심을 이루는 것이다. 나아가 취소소송에서의 판결의 효력이 미치는 객관적 범위를 결정하기 때문에²⁰⁵⁾ 소송물의 요소인 처분의 구성요소가 되어야 한다. 다만, 처분사유가 처분에 있어 어떤 의미를 갖는가에 대해서는 행정절차법 제23조에서 규정하는 처분의 이유 제시의무와 관련하여 처분이유와의 관계도 문제가 되고, 행정청이 처분사유를 추가·변경하는 것이 시점이나 방식에 따라 다른 쟁점이 되기도 하므로 처분사유의 변경에 따른 처분의 동일성 문제는 항을 바꾸어 논하기로 하고, 여기에서는 외견상 처분을 특정할 수 있게 하는 위 구성요소 ①~④의 異同에 따른 처분의 동일성을 검토하기로 한다.

3. 처분의 동일성과 대상적격

처분의 구성요소 중 어떤, 또는 몇 개의 구성요소가 같으면 동일한 처분이고, 어떤 구성요소가 달라지면 동일성이 인정되지 않는가? 모든 구성요소를 고려하여 처분의 구성요소가 하나라도 다른 처분은 처분의 동일성을 인정하지 않을 수도 있다. 이같이 본다면 처분의 동일성은 결국 처분의 단일성과 같은 개념이 될 것이다. 사실 처분의 동일성 문제는 취소소송의 소송물에서 일반적으로 많이 논의되어 온 개념이라고 보기는 어렵다. 소송물에서 처분이 당초 행정청이 내린 구체적인 처분만을 의미하는가, 아니면 당초처분과 일부 다른 점이 있더라도 동일한 처분이라고 평가될 수 있는 것까지 포괄하는가 하는 문제가 처분의 동일성의 문제라고 설명하기도 하는데,²⁰⁶⁾ 앞서 설명한

재량행위의 경우에는 법원이 스스로 바람직한 규율을 상정해서 위법성을 판정할 것은 아니다. 기속행위의 경우에도 법률의 기속에 따라 일정한 결론을 도출하여 비교하는 심사방식을 취하게 되는 것이지 법원의 심사권의 발현으로 이와 같은 심사방식을 취하게 되는 것은 아니다.

²⁰⁵⁾ 기속력의 한 내용인 반복금지효의 객관적 범위는 취소소송의 심판 대상 범위 및 처분사유 추가·변경의 허용 범위와 일치하여야 한다고 보는데, 이에 대해서는 제5장 제3절 및 같은 장 제5절에서 자세히 다룬다.

바와 같이 처분으로 특정되는 이상 단일한 처분으로 인정하여 하나의 처분이 하나의 소송물을 구성하는 것으로 보았고, 뒤에서 보는 바와 같이 처분일자가 다른 복수의 처분에서 동일성 여부가 문제 되는 경우는 대체로 대상적격이 인정되지 않거나, 전(前)·후(後)의 처분 중 전(前)처분에 대한 취소소송은 협의의 소의 이익을 인정받지 못하여 결과적으로 하나의 처분에 대한 취소소송만 남아 처분의 동일성이나 소송물의 동일성이 문제 되는 경우가 많지 않았기 때문이다.

본래 민사소송에서도 소송물 개념은 중복소송, 소 변경, 청구 병합, 다른 후속 소송에 대한 확정판결의 효력, 재소금지 등과 같이 소송 간의 관계를 설명하는 데 있어 중요한 의미가 있는 개념이고,²⁰⁷⁾ 취소소송에서도 마찬가지로 소송물은 소의 병합, 소 변경 등과 같이 소송 간의 관계를 설명할 수 있어야 한다. 처분 자체와 달리 소송물은 추상적이고 규범적이며 또한 정책적으로 설정할 수도 있는 개념이므로, 행정청의 어떤 처분이 그 자체로 대상적격이 있는가와는 별개로 소송물의 전제로서 각각의 처분 간에 처분의 동일성을 인정할 여지는 있을 수 있다. 그러나 다른 처분 간에 처분의 동일성을 인정하기 위해서는 개개의 처분이 단일한 것을 전제로 하나의 처분이 실체법적으로 성립하면 그에 대해 행정행위에 대해 인정되는 실체법상의 효력들(특히 공정력)이 인정되고, 취소소송의 제소기간의 기산점도 개개 처분과 원고의 관계에서 정해진다는 점을 고려하여 일반적으로 하나의 처분이라고 받아들여질 수 있고 그 동일성의 기준이 모호하지 않아야 할 것이다.²⁰⁸⁾

(1) 처분일자만 다른 반복처분

내용이 동일한 처분이 처분일자를 달리하여 반복된 경우에 이는 동일한 처분인가. 판례는 반복된 대집행 계고는 처분으로 보지 않지만, 반복된 거부는

206) 박정훈, 앞의 책, 402면.

207) 이시윤, 앞의 책, 244면.

208) 이윤정, 취소소송에서의 소 변경, 행정법연구 제68호, 2022. 8. 187-189면.

각각 처분으로 보며, 각각의 거부처분에 대해 별개로 취소소송의 소송물이 성립한다고, 즉 처분의 동일성도 인정되지 않는다고 본다. 대법원 1991. 1. 25. 선고 90누5962 판결 등에 따르면 행정대집행에서 제1차 철거명령 및 계고처분에 불응하여 다시 철거촉구 및 대집행의 뜻을 제2차 계고서 발송으로 고지한 경우, 다시 이루어진 제2차 계고는 새로운 철거의무를 부과하는 것이 아니고 다만 대집행 기한의 연기통지에 불과한 것이라고 하며 독자적으로 항고소송의 대상이 될 수 없다고 한다.²⁰⁹⁾ 그리고 이러한 논리의 연장에서 원고가 제2차 계고에 의한 계고처분을 행정심판에서 다툰 경우에도 이를 제1차 계고처분을 다툰 것으로 보아 행정심판전치절차를 거친 것으로 인정함으로써²¹⁰⁾ 제1차 계고와 제2차 계고의 동일성도 인정한다. 2차 계고는 실질적인 내용에서 철거의무를 이행하여야 하는 기한이 연기되어 내용이 전적으로 동일하지는 않더라도 이미 성립한 철거의무와 불이행시 대집행에 대한 예고라는 처분의 본질적인 내용을 반복하고 있을 뿐 행정처분으로서 법규의 적용과 판단이 새로이 이루어진 것이 아니므로 독자적인 처분으로서의 자격을 갖지 못할 뿐 아니라 제1차 계고와 실질적으로 같은 것으로, 즉 (처분의) 동일성도 인정되어야 할 것이다.

또한, 판례는 이와 달리 거부처분의 경우, 동일한 신청에 대한 동일한 거부의 의사표시이지만 이는 새로운 거부처분이 있는 것으로 보아야 한다고 한

²⁰⁹⁾ 같은 취지의 판시로 대법원 1983.7.26. 선고 83누1 판결 등.

²¹⁰⁾ 대법원 1992. 4. 10. 선고 91누7798 판결은 ‘피고의 위 2차 계고서에 의한 고지는 대집행기한의 연기통지에 불과하여 행정처분에 해당되지 아니하는 것이므로, 원고가 비록 위 행정심판청구서에 제2차 계고처분의 취소를 구하는 것처럼 기재하였다 하더라도 원고는 특별한 사정이 없는 한 위 제2차 계고서에 의한 고지만을 상대로 하여서 전심절차를 거치려고 하는 것은 아닐 것이고, 더우기 원고가 위 증척부분에 관한 피고의 철거명령 및 계고처분은 신뢰보호의 원칙 및 비례의 원칙에 위배된 것이라는 내용으로 된 행정심판청구를 하였다면 거기에는 1990. 7. 20.자 계고처분의 취소를 구하는 취지가 포함되어 있다고 보는 것이 합리적일 것이며, 또 위 재결시 1990. 7. 20.자 계고처분의 당부에 관한 실질적인 심리, 판단도 있었다고 보아야 할 것이므로 이 사건 소 중 1990. 7. 20.자 철거명령 및 계고처분의 취소를 구하는 부분은 행정소송법 소정의 전치절차를 거친 것이라고 보는 것이 옳다’고 판시하였다.

다.²¹¹⁾ 그 차이는 결국 동일한 내용을 반복한 행위이지만 개별적으로 처분으로서의 의미를 새로이 가지는 것인가에 있다고 할 것이다. 새로운 신청에 대하여 반복하여 내려진 거부행위는 새로 이루어진 신청에 대한 새로운 거부 결정이다. 설령 거부사유마저 이전의 거부처분과 동일하다고 할지라도 새로운 신청에 대하여 다시 내려진 거부행위는 형식적이든 실질적이든 새로이 이루어진 법령의 해석·적용결과이므로, 이는 개별적으로 처분의 본질을 가진다. 법적으로는 쟁점이 대동소이하더라도 각 거부처분도 별개, 각 거부처분에 대한 취소소송의 소송물도 별개이다. 시정명령의 불이행이 유지되고 있는 동안 반복해서 내려지는 이행강제금부과처분의 경우도 마찬가지로,²¹²⁾ 동일한 위반행위에 대한 이행강제금이지만 여전히 인정되는 위반행위에 대한 새로운 제재이기 때문에 별개의 처분으로 인정되고, 동일성은 부인되는 것이다.

(2) 당초처분과 처분의 동일성

1) 과세처분의 경정처분

주로 제재처분으로서 당초처분에서 처분의 주된 근거인 처분요건의 해당 여부에 대한 처분사유는 그대로 유지되면서 주문에서의 제재의 양만 바뀌는 이른바 경정처분은 당초처분과 동일성이 인정되는 처분인가?²¹³⁾ 세액의 증액

211) 대법원 1997. 3. 28. 선고 96누18014 판결; 대법원 1992. 10. 27. 선고 92누1643 판결; 1992. 12. 8. 선고 92누7542 판결; 1993. 4. 13. 선고 92누17181 판결 등.

212) 예를 들어 건축법 제80조 제5항은 건축법 위반사항에 대한 조치의 불이행에 대한 이행강제금을 최초의 시정명령이 있었던 날을 기준으로 하여 1년에 2회 이내의 범위에서 반복하여 부과·징수할 수 있다고 규정한다.

213) 당초의 처분을 직권으로 취소하고 새로운 변경처분을 내린 경우에는 당초처분은 직권취소로 소멸하였으므로 소의 이익의 문제로 처리된다. 김중보, ‘항고소송에서 협의의 소익’, 행정법연구 제63호, 2020. 11. 104면은 선행처분이 후행처분의 발급에 의해 흡수되어 소익을 상실한다는 소익이론을 ‘흡수론’이라고 하고,

또는 감액의 경정처분이 잦은 과세처분의 경우에는 당초처분과 경정처분의 관계가 문제 되는데,²¹⁴⁾ 판례는 이에 대해 증액경정처분과 감액경정처분을 구별하여 달리 처리하고 있다. 즉 증액경정처분의 경우 이른바 ‘흡수설’의 입장에서 증액경정처분이 당초처분과 증액되는 부분을 포함하여 전체로서 하나의 과세표준과 세액을 다시 결정하는 것이므로, 오직 증액경정처분만이 징송의 대상이 된다고 한다.²¹⁵⁾ 증액처분의 취소소송에서 납세의무자인 원고는 당초처분의 위법 여부도 다룰 수 있다. 그러나 감액경정처분은 처음의 과세표준에서 결정된 과세표준과 세액의 일부를 취소하는데 지나지 아니하는 것으로 보아 처음의 과세처분이 감액된 범위 내에서 존속하고 이 처분만이 취소소송의 대상으로 인정한다.²¹⁶⁾ 즉 감액경정처분은 당초처분과 별개의 독립된 처분이 아니라 당초처분의 단순한 변경으로 본다.

이 같은 조세소송에서의 경정처분의 처리는 과세처분이 아닌 다른 행정처분의 경우에도 적용될 수 있을 것인가? 과세처분은 그 성격상 다른 행정처분과 달리 취급될 여지가 있다.²¹⁷⁾ 판례는 과세처분에 대한 취소소송의 소송물

다양한 연속처분들 중에서도 본처분과 변경처분의 관계에 국한되어 변경처분이 본처분을 흡수한다는 ‘변경처분의 흡수론’에 대해서는 본처분과 변경처분이 하나의 동일한 조문에 근거하는 것이라는 점에서 이미 법률 자체에서 별도의 근거조문을 갖고 시간적으로 연속될 것이 예정되어 있는 예비결정과 예비결정과 본처분의 관계와 구별된다고 설명한다.

214) 조세법에서는 당초처분과 경정처분의 법률관계에 대해 종래 여러 견해가 제기되었으나 현재 의미있는 견해로는, ① 당초처분은 경정처분에 흡수되어 소멸하고, 경정처분의 효력은 처음부터 다시 조사·결정한 과세표준 및 세액 전체에 미친다고 보는 흡수설과 ② 양자는 서로 독립하여 별개로 존재하고 경정처분은 그 처분에 의해 추가로 확정된 과세표준 및 세액부분에만 미친다는 병존설 두 가지라고 할 수 있다고 한다(임승순, 조세법 제19판, 박영사, 2019, 327면).

215) 대법원 1999. 9. 3. 선고 97누2245 판결, 대법원 1991. 10. 8. 선고 91누1547, 대법원 1987. 12. 22. 선고 85누599 판결, 대법원 1988. 2. 9. 선고 86누617 판결 등.

216) 대법원 1987. 12. 22. 선고 85누599 판결, 대법원 1990. 11. 13. 90누6903 등.

217) 조세법률관계에서는 납세의무가 법률에서 이미 정해지는 까닭에 조세의 납부 또는 징수를 위하여 납세의무자나 세무관청의 일정 행위나 절차를 거쳐 납부할 세액이 확정된다. 그리고 과세처분은 이미 과세단위별로 객관적 추상적으로 성

도 단순히 과세처분의 위법성으로 보지 않고 ‘과세관청의 과세처분에 의하여 인정된 과세표준 및 세액의 객관적 존부’라고 한다.²¹⁸⁾ 즉 과세처분의 경우 세법상 납세의무의 금액을 확인하고 납세의무를 구체적으로 확정하는 것일 뿐이고 그 자체로 납세의무를 새로이 창설하는 것이 아니므로 하나의 납세 단위 내에서 납세금액을 증감하는 경정처분은 다른 행정처분에서의 변경처분과 다소 다른 의미를 가진다.

2) 변경처분에서 가증된 변경과 감축된 변경의 차이

부과하는 액수나 제재 기간의 양(量)만 바뀌는 경우가 아니더라도 당초 처분을 주문을 변경한 새로운 처분으로 대체하는 경우의 변경처분도 있을 수 있다. 이처럼 주문이 달라지는 처분 사이의 관계에서 동일성의 쟁점은 주문과 처분일자, 그리고 주문의 변경을 가져오는 근거로서의 처분사유 모두에서 양 처분 간에 다른 점이 있다는 것이다. 판례 사례를 보면, 과세처분이 아닌 일반 행정처분에 대해서도 제재내용이 양(量)으로 정해지고, 제재의 양의 수치, 즉 경중장단(輕重長短)에 따라 원고에게 유불리함이 바로 정해지는 경우에 과세처분의 경정처분을 다루는 법리와 유사한 법리를 적용하고 있는 듯 보인다. 먼저 감정한 경우를 보면, 과징금부과처분을 감액하여 변경한 사안에서 대법원 2008. 2. 15. 선고 2006두3957 판결은 ‘그 감액처분은 감액된 과징금 부분에 관하여만 법적 효과가 미치는 것으로서 처음의 부과처분과 별개 독립의 과징금 부과처분이 아니라 그 실질은 당초 부과처분의 변경이고, 그에 의하여 과징금의 일부취소라는 납부의무자에게 유리한 결과를 가져

림하여 있는 납세의무의 내용을 확정하는 절차로 준법률행위적 행정행위인 ‘확인’이라고 설명한다(임승순, 앞의 책, 185 및 217면).

²¹⁸⁾ 대법원 1999. 12. 24. 선고 98두7350 판결 등. 이른바 ‘총액주의’인데, 그에 따라 취소소송에서 처분의 동일성이 유지되는 범위 내에서는 당해 처분에서 인정한 과세표준 또는 세액의 정당성을 뒷받침하기 위한 처분사유의 교환·변경이 가능하다고 하여 다른 일반 행정처분의 취소소송에서와 달리 처분사유의 추가·변경이 폭넓게 인정된다.

오는 처분이므로 처음의 부과처분이 전부 실효되는 것은 아니며, 그 감액처분으로도 아직 취소되지 않고 남아 있는 부분이 위법하다고 하여 다투는 경우 항고소송의 대상은 처음의 부과처분 중 감액처분에 의하여 취소되지 않고 남은 부분이고 감액처분이 항고소송의 대상이 되는 것은 아니다.’라고 판시하였다. 도로점용료감액이 취소소송 중에 이루어진 사안에서 대법원 2019. 1. 17. 선고 2016두56721, 56738 판결은²¹⁹⁾ ‘흠 있는 부분에 해당하는 점용료를 감액하는 처분은 당초처분 자체를 일부 취소하는 변경처분에 해당’한다고 하면서, ‘도로관리청으로서는 도로점용허가 중 특별사용의 필요가 없는 부분을 직권취소하면서 특별사용의 필요가 없는 점용장소 및 점용면적을 제외한 상태로 점용료를 재산정한 후 당초처분을 취소하고 재산정한 점용료를 새롭게 부과하거나, 당초처분을 취소하지 않고 당초처분으로 부과된 점용료와 재산정된 점용료의 차액을 감액할 수도 있다’고 인정하고, 당초처분인 계쟁 도로점용료부과처분을 취소하지 않고 점용허가 일부취소로 재산정한 점용료와의 차액을 감액하여 당초의 계쟁 도로점용료부과처분에서 감액되고 남은 금액의 도로점용료부과처분의 위법성이 소송물인 것으로 인정하는 판시를 하였다.²²⁰⁾

처분이 성립하는 처분사유 자체가 아니라 계산방법이 달라지거나 재량고

219) 도로점용료부과처분에 대한 취소소송이 제기된 이후에 피고 행정청이 도로점용허가를 일부 취소하고 이에 따라 도로점용료도 일부 감액한 사안이다.

220) 이처럼 이해되는 판시내용을 옳기면 “이 사건 변경허가는 제소기간을 도과하여 불가쟁력이 발생하였으므로, 이 사건 변경허가가 당연무효가 아닌 이상 이 사건 변경허가에 흠이 있다 하더라도 이를 이유로 하여 이 사건 각 감액처분으로 감액되고 남은 이 사건 각 처분의 효력을 다룰 수는 없다. 따라서 원심으로서서는 이 사건 변경허가에 흠이 있는지, 있다면 그 흠이 당연무효 사유에 해당하는지를 심리·판단하였어야 한다. 그런데도 원심은 ...라는 이유를 들어, 이 사건 변경허가 이전의 이 사건 각 처분의 흠을 이 사건 각 감액처분으로 감액되고 남은 이 사건 각 처분의 위법사유로 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 이 사건 변경허가의 효력, 변경처분 또는 감액처분의 허용 여부, 흠 있는 행정행위의 치유 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.”고 하여 도로점용료부과처분취소소송에서 대상은 감액되고 남은 금액의 도로점용료부과처분이라고 인정하고 있다.

려에 따라 처분의 주문인 금액 등을 양적으로 감축하는 경우에는 취소소송의 대상 즉 다툼의 대상으로서 유의미한 부분의 변경이라고 하기 어려운 경우가 많다. 즉 별도의 행정청의 결정이나 판단이 존재하기는 하지만 그 정도가 당초처분과 별개로 독자의 의미를 갖는다고 보기 어렵다.²²¹⁾ 특히 취소소송의 대상으로서 위법성의 통제 대상이 될 행정 결정이라는 관점에서 보면, 당초처분과 구별되는 독자적이고 개별적인 것이라고 보기 어려워 당초처분과의 동일성도 유지된다고 인정할 수 있을 것이다.

그러나 이와 반대로 증액이나 가중되는 처분의 경우에는 취소소송의 대상으로서 당초처분과 달리 취급하여 심사대상이 될 의미가 있는 행정청의 결정이라고 볼 것이므로, 과세처분이 아닌 한 당초처분과는 별개인 처분으로 성립한다고 볼 것이고, 동일성이 인정되기는 어려울 것이다. 그런데 증액가중된 부분이 근소하거나 경미한 경우에도 그렇게 볼 것인가. 대법원 2015.

221) 이와 달리 선행처분이 감축한 변경처분에 흡수된 것으로 본 판례가 있다. 대법원 2018. 11. 15. 선고 2016두48737 판결은 공정거래위원회가 원고에게 과징금 44억 9,100만 원을 부과하는 선행 과징금납부명령을 하였고, 같은 날 원고가 2순위 조사협조자에 해당함을 이유로 하여 과징금을 27억 4,400만 원으로 감액하는 후행 과징금납부명령을 하였는데, 원고가 선행 과징금납부명령에 대하여만 취소소송을 제기하였다가 소송 계속 중 후행 과징금납부명령의 취소를 구하는 청구취지를 추가한 사안에서 ‘선행 처분이 종국적 처분을 예정하고 있는 일종의 잠정적 처분으로서 후행 처분이 있을 경우 선행 처분은 후행 처분에 흡수되어 소멸되는 관계에 있고, 당초 선행 처분에 존재한다고 주장되는 위법사유가 후행 처분에도 마찬가지로 존재할 수 있는 관계여서 선행 처분의 취소를 구하는 소에 후행 처분의 취소를 구하는 취지도 포함되어 있다고 볼 수 있다면, 후행 처분의 취소를 구하는 소의 제소기간은 선행 처분의 취소를 구하는 최초의 소가 제기된 때를 기준으로 정하여야 할 것이다’라고 판시하면서, 선행 과징금납부명령은 잠정적 처분으로 이 사건 후행 처분에 흡수되어 소멸되었고, 후행 과징금납부명령의 취소를 구하는 부분의 제소기간 준수 여부는 이 사건 소 제기 시를 기준으로 정하여야 한다고 하였다. 그러나 이는 잠정적 처분과 이를 흡수한 본 처분의 관계가 아니라 당초처분과 이를 일부취소한 변경처분의 관계로 보아야 할 것이다. 공정거래법상 감면처분은 과징금부과처분 등 제재처분을 전제로 하지만 감면대상인지 여부에 대한 별도의 심사와 의결을 통해 이루어지는 별개의 판단의 결과이므로 선행 과징금납부명령이 잠정적 결정이고 후행 과징금납부명령에 흡수된다고 보기는 어렵다. 이에 대해서는 이윤정, 앞의 글, 200-201면 참조.

11. 19. 선고 2015두295 전원합의체 판결의 사안에서 피고 행정청이 원고들에게 대형마트 및 준대규모점포 영업제한시간 제한 및 의무휴업일지정의 처분을 하고, 이에 대한 취소소송이 진행되는 중에 영업제한시간을 0시에서 8시에서 0시에서 10시로 두 시간 늘리는 후속처분을 하였는데, 대법원은 후속처분으로 당초처분이 소멸하지 않는다고 판시하였다.²²²⁾ 이와 같이 가중되거나 증액된 부분이 경미한 경우에는 소멸하지 않은 당초처분과의 동일성을 인정하여 하나의 소송물로 취급할 필요가 있다.²²³⁾

정리하면, 제재처분의 주문에서 양적인 내용만을 경정하는 변경처분의 경우 증감 여부 및 변경의 정도, 일반행정처분이나 과세처분이나에 따라 구분

222) 이 판결에서 대법원은 ‘기존의 행정처분을 변경하는 내용의 행정처분이 뒤따르는 경우, 후속처분이 종전처분을 완전히 대체하는 것이거나 그 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 종전처분은 그 효력을 상실하고 후속처분만이 항고소송의 대상이 되지만, 후속처분의 내용이 종전처분의 유효를 전제로 그 내용 중 일부만을 추가·철회·변경하는 것이고 그 추가·철회·변경된 부분이 그 내용과 성질상 나머지 부분과 불가분적인 것이 아닌 경우에는, 후속처분에도 불구하고 종전처분이 여전히 항고소송의 대상이 된다고 보아야 한다. 따라서 종전처분을 변경하는 내용의 후속처분이 있는 경우 법원으로서, 후속처분의 내용이 종전처분 전체를 대체하거나 그 주요 부분을 실질적으로 변경하는 것인지, 후속처분에서 추가·철회·변경된 부분의 내용과 성질상 그 나머지 부분과 가분적인지 등을 살펴 항고소송의 대상이 되는 행정처분을 확정하여야 한다.’고 판시하며 ‘후속처분으로 종전처분이 소멸하였다고 볼 수는 없고, 종전처분과 그 유효를 전제로 한 2014. 8. 25.자 처분이 병존하면서 위 원고들에 대한 규제 내용을 형성한다’고 하였다. 이 사안에서 피고가 당초처분이 후속처분으로 소멸되어 소의 이익이 없다고 주장하였으나 이 주장은 위와 같은 이유로 받아들여지지 않았고, 후속처분과의 소송물의 동일 여부나 당해 소송에서 후속처분의 취소 여부는 쟁점으로 다루어지지 않았다.

223) 대법원 2020. 4. 9. 선고 2019두49953 판결도 도선사업면허를 받고 면허사항을 일부 변경하는 내용의 도선사업면허 변경처분을 여러 차례 받은 사안에서, ‘선행처분의 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용으로 후행처분을 한 경우에 선행처분은 특별한 사정이 없는 한 효력을 상실하지만, 후행처분이 선행처분의 내용 중 일부만을 소폭 변경하는 정도에 불과한 경우에는 선행처분은 소멸하는 것이 아니라 후행처분에 의하여 변경되지 아니한 범위 내에서는 그대로 존속한다.’고 판시하였다. 같은 취지의 판시로 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010두20782,20799 판결 등.

하여 검토할 수 있는데, 결론적으로 처분의 본질적인 부분이 변경되거나 대체되어 독자적인 행정의 판단 또는 결정이 새로이 성립한 것으로 볼 수 있는가가 관건이라 하겠다. 과세처분의 경우 그 확인행위로서의 성격과 총액주의에 따른 과세처분 취소소송에서의 소송물의 특성상 증액·감액한 경정처분 간에도 처분의 동일성을 인정할 수는 있겠으나 소송의 대상으로서 대상적격은 별도로 확정된다고 할 것이다. 과세처분이 아닌 일반행정처분의 경우에는, i) 감경하거나 변경 내용이 경미한 후속처분의 경우, 당초처분과 별개로 보기 어려워 동일성이 유지되기는 하지만 별도로 처분으로서 성립하였다고 보기도 어려워 대상적격 또한 인정하기 어렵다. 이와 달리 ii) (실제에서는 감축의 경우에 비해 드물지만) 당초처분의 내용을 가중하여 변경한 후속처분이 내려지는 경우, 처분으로서 독자의 의미가 있다고 할 것이므로 별개의 처분으로 인정하여야 할 것이고, 대체로 당초처분을 직권으로 취소하기도 하지만 후속 가중처분으로 당초의 처분이 소멸한 것으로 보아야 할 것이다.

(3) 당초처분과 변경처분의 동일성과 소송물

결론적으로 소송물의 단복·이동은 소송물의 외연을 결정하는 처분의 동일성에 따라야 하지만, 처분의 동일성을 인정하는 것은 동일한 처분 중에서 하나의 처분에만 대상적격을 인정하는 것과 결과적으로 다르지 않다. 어떻게 보면 중복소송을 방지하려는 소송물 개념의 기능을 대상적격이라는 소송요건이 수행하고 있다고도 이해할 수 있을 것이다. 이에 대해 취소소송의 소송물을 ‘당초처분 및 이와 동일한 규율인 처분’의 위법성 일반으로 이해하는 견해에 의하면, 행정청의 계속적 처분 권한에 의해 생기는 중복·경정처분까지 처분의 동일성을 확장하게 된다.²²⁴⁾ 대상적격에 의하여 정리되는 것과 결

²²⁴⁾ 박정훈, 앞의 책, 408-424면. 규율이 동일할 때 처분의 동일성이 인정되는데 구체적으로 제재처분의 경우에는 처분이유 내지 처분사유, 거부처분의 경우에는 당해 수익처분의 신청에 대한 거부 자체, 과세처분의 경우에는 과세단위, 경찰 처분 내지 질서행정처분의 경우 처분사유와 처분주문, 계획재량처분과 수익처분의 경우에는 처분주문의 동일성이 처분의 동일성의 기준이 된다고 한다.

과적으로 크게 다르지는 않지만, 제소기간 등의 다른 소송요건이 대상 처분을 기준으로 적용된다는 점을 생각하면 애초에 동일성이 인정되는 처분들 사이에서 소송의 대상이 되는 처분을 하나로 수렴시키는 것이 혼란이 적을 것이다. 행정소송법 제22조가 처분이 취소소송 계속 중에 변경되는 경우 소 변경을 할 수 있도록 한 것은 당초처분과 변경처분은 원칙적으로 별개의 처분인 것으로 인정하는 전제에 있다고 보여지기도 한다.²²⁵⁾²²⁶⁾

당초처분의 주문의 양(量)을 변경한 변경처분은 당초처분을 명시적으로 취소하였는지 여부, 당초처분의 주문이 변경된 정도, 가중한 변경인지 축소한 변경인지 등에 따라 당초처분을 취소하고 새로운 처분을 한 것이거나 당초처분의 일부로서 당초처분의 내용을 일부 변경한 것으로 볼 수 있고, 전자에 해당하는 경우에만 대상적격을 인정할 수 있을 것이다. 요컨대, 소송물의 외연은 처분청, 상대방, 처분일과 주문으로 특정되는 개개 처분의 단위로 결정하되, 실질적으로 규율이 같거나 연속되는 규율로서 처분으로서 독자의 의미를 갖지 않는 행정작용에 대해서는 대상적격을 인정하지 않거나, 소의 이익을 부정함으로써 중복 소송을 방지하여 소송물의 기능을 대체할 수 있다.

225) 이에 대해서는 제5장 제2절 2. 처분의 동일성과 취소소송의 소 변경에서 자세히 다룬다.

226) 과세처분의 취소소송의 소송물에 대한 논의이지만 문일호, 앞의 글, 제11면도 우리 행정소송법의 해석상 처분의 동일성 개념을 중복처분이나 재처분까지 확대하는 것은 어렵다고 한다. 그 근거로 동일한 과세단위에서 절차상의 하자를 보완하거나 세액을 증액 또는 감액하여 다시 처분한 경우를 동일한 소송물의 범위에 포함한다면 행정소송법이 제22조를 특별히 규정한 취지가 퇴색된다고 한다.

제2절 처분사유의 변경과 처분의 동일성

1. 처분과 처분사유

(1) 처분사유의 의의

처분사유는 처분을 특정하는 처분의 구성요소는 아니나 처분의 중요한 내용을 이룬다. 앞서 살펴본 바와 같이 개개 처분을 특정할 때에는 처분주체인 처분청, 처분일자, 처분의 상대방과 주문으로 특정되지만, 처분사유는 처분의 취소소송에서 법원의 실질적인 심판의 대상이 되고, 취소판결이 확정된 이후에는 기속력의 객관적 범위가 된다. 법원이 대상 처분의 위법성을 심판하기 위하여는 대상 처분이 처분의 근거로 삼은 특정 사실관계와 적용한 근거 법령과 재량의 판단 등을 살펴보아야 한다.²²⁷⁾ 따라서 소송의 대상은 처분이지만 법원이 위법성 심사를 위해 심리의 대상으로 삼아야 하는 구체적인 대상은 위와 같은 처분의 사유인 것이다. 여기서 당초처분에서 처분의 이유로 삼은 처분사유에 한정할 것인지 특정된 처분을 적법하게 하는 모든 처분사유를 고려하여 처분의 위법성을 심사할 것인지 문제 되고, 여기서 행정청이 취소소송에서 처분을 적법하게 만들 타당한 처분사유를 얼마든지 주장할 수 있는가의 문제가 법원의 심리의 범위라는 관점에서 처분사유의 추가·변경 문제로 논의되는 것이다. 하지만 다른 관점에서 본다면 이 문제는 소송의 대상인 처분이 처분사유가 당초의 처분사유와 전혀 다른 것으로 변경된 경우에도 취소소송의 대상 처분은 다른 구성요소가 동일하게 유지되는 한 동일한 처분인가 하는, 처분의 동일성의 측면에서도 문제가 된다. 원고가 취소대상으로 지목하여 소송을 제기한 처분과 동일성이 유지되지 않는 다른 내용의 처분으로 피고가 취소소송의 대상을 변경할 수 있게 되는 것은 처분권 주의의 취지에 비추어 인정될 수 없기 때문이다. 또한, 행정청이 사실관계를

²²⁷⁾ 처분의 주체나 절차, 형식이 아닌 내용이 위법한지의 심판은 처분사유를 대상으로 할 수밖에 없다.

파악하고 법령을 해석·적용하여 주문을 결정하며 필요한 행정절차를 거쳐 행정결정을 확정하는 실체법상의 프로세스를 생략하고 처분에 대한 취소소송 진행 중에 법정에서 처분 사유를 주장하기만 하는 방식으로 이러한 행정결정을 하는 것이 바람직한가 하는 문제, 다시 말해 행정절차적 통제를 무력화시킬 우려에 대한 문제이기도 하다.

(2) 처분이유, 위법사유와의 구별

처분사유를 둘러싼 이러한 문제들을 검토하기 전에 먼저 처분사유가 무엇인지를 유사한 다른 개념, 구체적으로는 처분이유나 위법사유와 구별하여 정리할 필요가 있다.

1) 처분사유와 처분이유의 구별

처분사유는 처분이유와 같은 개념인가를 살펴본다. 행정절차법 제23조의 이유제시의무와 관련하여 처분이유와 처분사유가 같은 개념인가에 대해 견해가 나뉜다. 일반적으로 행정청은 구체적인 사실을 확정하고 법령을 적용하여 처분을 발령하므로, 모든 처분은 사실상의 기초와 법령상의 근거를 구비하고 있어야 하는데, 이와 같은 사실상의 기초와 법령상의 근거를 합쳐서 처분사유라고 한다.²²⁸⁾ 한편 행정절차법 제23조는 ‘처분의 이유 제시’라는 표제하에 제1항에서 ‘근거와 이유를 제시’할 의무를 부여하고 있다. 판례는 행정절차법의 제정 이전부터 ‘처분에는 그 근거가 되는 법령이나, 처분을 받은 자가 어떠한 위반사실에 대하여 당해 처분이 있었는지를 알 수 있을 정도로 사실을 적시할 것을 요한다’고 하여 처분에 처분의 결정이유를 명시하도록 하였고, 그 이유를 ‘행정청의 자의적 결정을 배제하고 이해관계인으로 하여 행정구제절차에 적절히 대처할 수 있게 하기 위한 것’이라고 판시하여 오고

²²⁸⁾ 하명호, 앞의 글, 125면.

있었다.²²⁹⁾ 이같이 처분이유는 결정이유, 처분사유, 처분의 근거 등의 표현으로 사용되어 왔는데, 행정절차법 제23조에서 이를 규정한 이후 행정청이 제시하여야 할 내용은 ‘처분이유’라는 용어로 정리되었다.

종래 학설은 ① 처분사유와 처분이유의 양 개념을 명확히 구별하지 않거나,²³⁰⁾ 실무상 양자가 명확히 구별하지 않은 채 사용되고 있다고 보기도 하였다. 행정절차법 제23조의 문언이 ‘근거와 이유’라고 되어 있어 두 개념을 명확히 구별해서 사용하고 있지 않고, 실무상으로도 예컨대 ‘불허가사유’ 또는 ‘취소사유’라는 형식을 사용하여 처분이유와 처분사유를 개념적으로 명확히 구별하지 않고 사용하고 있다는 것이다.²³¹⁾ ② 근자에는 처분이유는 처분이유제시제도에서의 개념으로, 처분사유는 처분사유 추가·변경에서의 개념으로 대비하여 양자를 명확히 구별하는 견해가 유력하다. 처분사유는 처분이유의 내용인 사실과 법적 근거를 구성하는 요소이고, 처분이유는 여러 개의 처분사유 중에서 행정청이 행정조사와 행정절차를 거쳐 처분의 정당성의 요소로 인식하여 처분과 동시에 외부에 표시한 것으로 처분사유는 당초처분시에 존재하였지만 처분이유로 제시되지 않았던 사실 및 법적 근거에 관한 것이라고 양자의 관계를 설명하기도 하고,²³²⁾ ‘처분이유’는 행정절차법 제23조를 근거로 하는 개념으로 이유제시의무의 대상이 되는 것으로서 형식적·절차법적 개념이고, ‘처분사유’는 처분의 적법성을 뒷받침하는 근거라는 의미로 실질적·소송법적 개념이라고 양자를 명확히 구분하기도 한다.²³³⁾ 또한,

229) 대법원 1990. 9. 11. 선고 90누1786 판결, 대법원 1984. 7. 10. 선고 82누551 판결, 대법원 1987. 5. 26. 선고 86누788 판결 등 참조.

230) 김동희, 앞의 책, 778면은 행정처분은 근거사실과 법률적 근거를 기초로 하는데 이 양자를 합하여 처분사유 또는 처분이유라 한다고 한다.; 홍정선, 앞의 책(행정법원론), 1045면은 행정결정의 발령 시에 놓여있는 사실상 또는 법상의 상황이 결정의 근거로 사용되지 않았으나 사후에 행정소송절차에서 그 사유를 행정청이 새로이 제출하거나 법원이 직권으로 회부하여 고려할 수 있는가의 문제를 처분이유의 사후변경의 문제라고 한다.

231) 최춘식, 앞의 글, 212면.

232) 김철용, 앞의 책, 710-711면.

233) 박정훈, 앞의 책, 481면; 강수경, ‘취소소송에서 처분사유의 추가·변경’, 법학

행정청이 처분을 할 때 행정절차법 제23조 소정의 이유제시의무를 다하기 위하여 처분에 부수하여 제시하는 것이 ‘처분이유’이고, 소송에서 처분의 적법성에 관한 증명책임을 부담하는 행정청이 처분을 정당화하기 위하여 제출하는 법적·사실적 주장이 ‘처분사유’라고 대비하기도 한다.²³⁴⁾ 이처럼 양자를 명확하게 구별하고 대립시켜 보기보다는, ③ 처분이유와 처분사유가 사실상 겹치거나 처분의 동일성 범위 내에 수렴 또는 동일하게 나타나는 경우도 현실적으로 있을 수 있겠지만 처분이유는 행정절차법을 통해 제도화된 개념이고, 처분사유는 처분이유 제시의무와 별개로 취소소송 단계에서 처분청이 주장하는 처분의 법적 근거와 사실적 이유를 의미하는 판례상 관용적으로 사용되는 또는 강학상의 개념으로 동일시하기 어렵다고 하거나,²³⁵⁾ 양자의 구별론은 행정절차와 행정소송 사이의 제로섬 게임이 될 수 있어 문제가 있고 국민의 입장에서 볼 때 종래 판례와 강학상 사용되던 처분사유의 개념은 행정절차법 제23조의 입법에 따라 이 규정의 적용을 중첩적·누적적으로 받는 것이라고 이해하기도 한다.²³⁶⁾

양자의 구별을 위해서는 구별 대상인 용어의 정의와 용례를 확인한 후 비교를 하여야 할 것이다. 취소소송의 소송물을 검토하기 위하여 처분의 동일성을 판단하고 취소소송에서 심리 대상의 범위를 정하는 개념으로서의 ‘처분사유’는 행정청이 처분을 함에 있어 자의를 방지하고 상대방에게 불복의 편의를 제공하기 위하여 처분시 상대방에게 제시하도록 의무 지워지는 ‘처분이유’보다 더 넓은 개념이라고 할 것이다. 처분사유는 처분 당시 처분을 한 행정청이 고려한 사실관계와 이에 대한 행정청의 법적 판단이지만, 이러한 처분사유가 모두 처분이유로 제시되어야 하는 것은 아니고, 제시될 수도 없다. 처분이유가 처분사유를 표상하기는 하지만, 처분의 동일성을 구별하고 심리

연구, 연세대학교 법학연구원, 제28권 제4호, 2018. 12. 108면도 같은 취지에서 양자를 구분하는 견해이다.

234) 하명호, 앞의 글, 125-126면.

235) 홍준형, ‘행정절차와 행정소송의 연계와 분리-처분이유 제시와 처분사유의 추가·변경-’, 공법연구 제44집 제2호, 2015. 12., 222면.

236) 최선웅, 앞의 책, 606면.

대상 범위를 결정하기 위한 개념으로서의 처분사유는 처분이유에 한정되지 않는다고 할 것이다. 양자가 개념상 구별된다고 해서 전혀 무관한 것은 아니다. 처분이유와 처분사유를 개념적으로 엄격하게 구분하면 이유제시의무와 처분사유의 추가·변경은 서로 관련이 없다고 볼 수도 있다²³⁷⁾. 처분을 할 때 처분이유가 형식적으로 제시되기만 하면 행정절차법 제23조 소정의 이유제시의무는 충족된 것이지 내용적으로 타당한 이유를 제시할 의무까지 부과하는 것은 아니고, 이유제시제도의 취지는 이유제시의 하자를 독립적인 취소 사유로 취급하고 하자의 치유를 엄격히 한다면 충분하다고 볼 수 있기 때문이다. 그러나 처분사유의 추가·변경 허용 범위가 넓으면 이유제시의 실질적인 의미가 퇴색될 수밖에 없다. 행정절차법상 이유제시 의무는 구체적으로 어느 정도까지 이유를 제시하여야 하는지에 대하여 의무의 내용이나 수준이 구체적으로 정해져 있지 않기 때문에, 이유를 제시한 이상 그 자체로는 하자가 되지 않는다. 이러한 상황에서 제한 없이 또는 완화하여 처분사유의 추가·변경을 폭넓게 허용한다면 행정청으로서의 처분을 할 당시에 처분을 결정하면서 근거로 삼은 처분 사유가 적절하고 적법하고 충분한지, 처분 사유 중 처분서에는 어느 정도로 이유를 제시하고 명시할 것인지에 대해 신중할 필요가 없다. 이는 형식적으로 이유제시의무를 위반한 것은 아니더라도 이유제시의 취지를 훼손하는 것이며 결국 행정청이 쟁송에서 사후적으로 그 처분의 적법성을 방어하면 되고, 원고는 그에 맞춰 위법성을 다시 공격해야 하므로 심리대상과 범위가 제소 시에 명백하지 않게 되는 문제가 있다. 또한, 이유제시의 하자는 처분을 위법하게 하는 독자적 취소 사유로서 그 치유는 쟁송 제기 이전에만 가능한데, 소송에서 처분사유의 추가·변경을 자유롭게 허용하는 것은 실질적인 관점에서 보면 모순이라고 볼 수도 있다는 견해도 있다.²³⁸⁾

결론적으로 처분사유는 처분이유와 개념적으로 구별되지만, 양자는 무관하지 않고, 처분이유는 처분사유를 표상하는 중첩되는 관계라고 할 수 있다.

237) 하명호, 앞의 글, 126면.

238) 하명호, 앞의 글, 126면.

특히 처분사유 추가·변경의 허용 범위는 처분이유제시의무를 통한 행정절차적 통제와의 균형점을 고려하여 정하여 져야 한다.

2) 처분사유와 위법사유의 구별

처분사유는 위법사유와도 구별되어야 한다. 처분이 위법하다고 판단할 때의 위법사유와 관련하여 이를 처분사유를 포함하는 것처럼 이해하기도 한다. 이러한 생각은 처분사유를 처분의 구성요소로 보지 않고 처분을 처분의 주문을 중심으로 하여 파악하기 때문으로 보인다. 소송 중 피고의 처분사유 추가·변경 주장의 허용 범위에 관한 논의에서도 위법사유와 처분사유를 구별하거나 양자의 관계에 대한 설명 없이, 취소소송의 소송물을 처분의 위법성 일반이라는 점을 관철하면 처분사유의 추가·변경은 제한 없이 허용되게 된다고 보게 된다. 처분사유와 위법사유의 혼동은 취소판결이 기속력을 갖는 부분 즉 위법사유에 대한 판단이 기속력이 미치는 결과 행정청이 재처분할 수 없는 처분사유와 연결된다는 점에서 발생하고 있다.

하지만 양자는 개념적으로도 구분되는데, 먼저 위법사유는 행정청의 무권한이나 절차의 하자과 같이 처분사유와 무관한 것도 있다. 또한 위법사유는 처분을 위법하게 하는 개개 위법사유로 소송물로서 위법성 일반과 대비되는 의미로 사용된다. 따라서 처분의 취소를 구하는 원고가 주장하는 처분의 위법사유와 원고가 주장하지는 않았지만 대상 처분을 위법하게 하는 개개 사유를 모두 포괄한다. 예를 들어 공익에 반한다는 사유로 내려진 건축허가거부처분은 공익에 반하지 않음에도 공익에 반한다고 본 위법사유가 있을 수도 있고, 처분사유와 무관하게 신뢰보호의 원칙에 반한다는 위법사유가 있을 수도 있다. 양자가 구별되지만 처분사유는 기속력의 객관적 범위로서 기속력을 갖는 판결 이유 속의 위법사유와 연결되기도 한다. 취소소송에서 처분이 위법하다고 인정되면 변론종결 시점을 기준으로 최종적으로 인정된 대상 처분의 처분사유가 반복금지되는 처분사유로 기능하게 되는 것이다.²³⁹⁾

2. 처분사유의 추가·변경의 의미와 방법

(1) 처분사유와 처분의 동일성

앞서 살펴본 바와 같이 처분사유는 처분을 구성하는 요소이고, 처분의 본질을 이루는 것으로서 처분의 내용의 위법성 심사의 대상이 되며, 따라서 처분의 동일성을 판별할 요소가 된다. 즉 처분을 특정하기 위한 구성요소로서는 거의 기능하지 않지만, 취소소송의 대상인 처분의 동일성을 판별하기 위한 구성요소라고 할 수 있다. 앞서 처분의 동일성에서 당초처분을 변경한 후 속처분의 동일성을 검토한 것과 같은 이유로 당초처분의 처분사유만을 변경하는 것이 허용되는가는 처분의 동일성 문제로 볼 수 있다.

처분사유가 처분의 동일성을 확정짓는 요소라고 보지 않는다고 보면,²⁴⁰⁾ 피고 행정청은 처분의 적법성을 주장하면서 처분 당시 존재하던 모든 처분사유를 적법성 주장을 위한 공격방어방법으로 제출할 수 있고, 이러한 처분사유의 추가·변경은 처분의 동일성을 해치지 않으므로 소송물 자체는 변경이 없어 허용되게 된다. 다만 이같이 허용할 경우 처분에 대하여 취소소송을 제기한 원고가 소송제기 시에는 예상하지 못했던 처분사유에 대해 위법성을 다투게 되므로 원고에게 가혹하므로 원고의 소송상 방어권을 보장하기 위하여 일정 범위로 제한할 필요가 있다는 처분사유 추가·변경의 제한 논리를 구성하게 된다.

그러나 처분사유를 처분의 요소로 보면 처분의 본질적인 내용이 바뀌어 다른 처분으로 보아야 할 정도로 이질적인 처분사유를 추가·변경하는 것은 처분의 동일성 따라서 소송물의 동일성을 잃어버리게 되므로 소송의 심판 대상 범위를 벗어난다고 하여야 한다. 취소소송은 행정청의 처분을 법원이 적

239) 취소판결의 기속력은 판결 이유에서 적시한 위법사유에 따라 처분사유와 무관하게 작용하기도 하는데, 예를 들어 절차 하자가 인정된 경우에는 처분사유에서 기속력이 작용하지 않는다.

240) 동일성을 확정짓는 요소로 보지 않는 견해로 하명호, 앞의 글, 121면.

법성 심사를 통해 사법통제하는 것이고, 그 대상인 처분은 법의 해석·적용한 법적 결정이자 판단으로서 본질을 가진다. 만약 처분사유를 고려하지 않은 처분의 주문만을 취소소송의 대상인 처분의 본질로 보고, 처분사유는 법원 앞에서 새로이 추가하여도 된다고 한다면, 어떤 행정사실관계에 대해 내려져야 할 처분이 무엇인지를 취소소송에서 결정하게 되고, 취소소송은 처분을 형성하는 기능을 하게 된다. 즉, 행정이 한 법적 판단 또는 결정을 사후적으로 심사하고 통제하는 취소소송의 취지에 비추어 그 대상인 처분은 처분 당시 실제로 내려진 처분이어야 하고, 처분사유를 포함하는 것이어야 하는 것이다. 처분사유가 처분의 동일성을 확정짓는 요소라고 보지 않는 견해는 취소소송의 재판부가 행정청이 처분 당시에 인식하였던 사실관계와 법적 관점에 구속되어 심리를 하는 것이 아니라 심리과정에서 스스로 사실관계를 확정하고 스스로의 법적인 관점으로 바람직한 규율을 상정하여, 처분의 위법성 여부를 판정하므로 행정청이 인식한 사실관계 등을 처분의 동일성의 확정기준으로 삼을 수 없다고 하는데,²⁴¹⁾ 처분이 동일한 것인지를 판단하는 것은 처분이 위법한가를 판단하는 의식과정과 다르다. 취소소송의 소송물은 처분의 위법성이고 심리 대상인 ‘처분’이 바로 ‘행정청이 처분 당시 인식한 사실상의 기초와 법령상의 근거인 처분사유’이며 이 심리 대상의 위법성을 심리하는 방식이 스스로 사실관계를 확정하고 바람직한 규율을 상정하여 대상 처분이 사실관계를 바르게 인식하였는지, 법적인 관점에서 볼 때 적합한 처분의 결론에 이른 것인지를 심판하는 것이다. 따라서 취소소송에서 법원이 심리할 대상과 그 범위는 처분사유가 불특정하고 불확실한 상태로 있어 당사자가 주장하는 처분사유를 고려하여야 하는 그러한 처분 주문이 아니라 행정청이 처분 당시에 구체적으로 내린 법적 판단 또는 결정으로서의 처분 그 자체이어야 하는 것이다.

241) 하명호, 앞의 글, 121면.

(2) 처분사유의 변경과 처분 변경

1) 행정청이 처분사유를 변경하는 시기와 방법

처분사유가 처분의 구성요소이고 처분의 동일성을 한계 지우면, 행정청은 처분을 내린 이후에 처분사유만을 변경할 수는 없는가? 할 수 있다면 어떻게 할 수 있는가? 행정청은 처분이 내려진 이후에도 처분사유를 보완할 수 있다. 그리고 이는 이유제시의 하자의 치유 또는 보완으로 이루어질 수도 있다.²⁴²⁾ 처분사유가 처분의 구성요소가 된다는 점과 행정청이 처분사유를 교체하는 것은 하자의 치유로서 처분이유제시의 보완이거나, 새로운 처분이 되는 것이거나, 소송에서 공격방어방법으로서의 주장을 추가·변경하는 것에 해당될 수 있다. 이는 소송 내에서 이루어지는 것인가와 소송 외에서 이루어지는 것인가, 그리고 처분의 동일성이 유지되는가 유지되지 않는가에 따라 그 법적 의미와 취급이 달라진다. 취소소송이 제기된 이후 처분사유의 추가는 이유제시의 하자를 치유하지는 못한다. 이유제시의 하자가 존재하지 않더라도 내용상의 위법하다는 심판을 받지 않기 위하여 대상 처분이 적법함을 주장하기 위한 주장을 소송에서 할 수 있을 것이나 이러한 소송상의 주장은 소송물 즉 처분의 동일성이 유지되는 범위에서만 가능하다.

처분사유의 추가·변경이 처분의 동일성의 범위 내에 있다면, 즉 추가·변경되는 처분사유로 인하여 기존의 처분이 본질적인 판단이나 결정이 바뀌었다고 보기 어려운 경우라면 대상 처분은 그 동일성이 유지되고, 소송물의 동일성의 범위 내에 있는 것이다. 실기한 공격방어방법 등 시기나 방법을 이유로 소송법상 제한을 받는 외에는 당연히 허용되어야 할 것이다. 반대로 만약

²⁴²⁾ 이유제시의 하자의 보완에 대해서는 부정하는 견해와 긍정하는 견해가 대립한다. 홍준형, 앞의 글, 223-225면에서는 하자의 치유를 인정하면 당해 절차가 가지는 절차법적 의의가 제대로 평가되지 못한다는 결과가 된다는 이유로 부정하는 견해와 행정절차의 절차법적 의미와 실체법적 관련성을 함께 고려해야 한다는 견지에서 일정한 조건하에 하자의 치유가 허용되는 것으로 보아야 한다는 견해를 검토하고 있다.

행정청이 추가·변경하고자 하는 처분사유로 인하여 처분의 동일성이 유지되지 않고 새로운 처분사유로는 새로운 처분이 된다고 볼 경우, 이러한 처분사유 추가·변경은 대상 처분을 변경하는 것으로 피고에게 허용될 것이 아니다. 만약 행정청이 처분의 동일성이 인정되지 않는 새로운 처분사유를 추가·변경하고자 한다면 소송 외에서 당초의 처분을 취소·철회하고 새로운 처분을 하는 방식으로 처분을 변경하여야 하며, 이같이 새로운 처분으로 변경된 경우 원고는 행정소송법 제22조에 따라 처분변경으로 인한 소 변경을 신청하는 것을 고려할 수 있다. 처분의 동일성을 해치고, 결과적으로 처분변경이 되는 처분사유 추가·변경은 소송의 대상을 바꾸는 것으로서 결과적으로 소송물을 바꾸는 것이므로 그럴 권한이 없는 피고에게 허용될 수 없다. 따라서 소송상의 행위로서, 즉 공격방어방법으로서 처분의 동일성을 해치는 처분사유 추가·변경은 허용될 수 없다. 그러나 소송 외에서 처분권자로서 여전히 행정청은 취소소송이 제기된 이후에도 소송의 대상이 된 처분(이라도) 취소·철회하거나 변경할 권한을 가지므로 실체법적으로 처분을 변경할 수는 있는 것이다.

소송 내에서 피고의 처분사유의 추가·변경이 허용되지 않은 경우 이를 실체법적으로 처분변경이 이루어진 것으로 볼 것인가. 그와 같이 보기는 어려울 것이다. 처분이 내려지는 실체법적인 행정절차와 방식을 취한 것이 아니므로 처분이 실체법적으로 변경되었다고 볼 수는 없다. 처분사유 추가·변경이 불허된 이후에 판결이 내려지고 행정청이 추가·변경이 불허된 처분사유로 재처분을 하면 원고는 이를 다시 다룰 수 있다.

2) 처분사유의 변경이 처분의 변경이 되는 경우

소송에서 처분사유의 변경이 처분의 동일성의 문제라고 하면, 어느 범위까지의 처분사유의 변경이 처분의 동일성을 유지하는 처분사유의 변경인가 문제된다. 행정청이 처분 당시 처분사유로 삼지 않았던 사유, 예를 들면 일부러 무시한 사실관계나 사정이 아니라 ‘간과하였거나 충분히 인지할 수 있었

음에도 미처 인지하지 못한 사실관계'나 처분사유로 삼을 수 있었지만 다른 처분사유만으로 처분하기에 충분하여 고려하지 않았던 사유 등은 취소소송에서 대상 처분의 처분사유로 처분이 적법한지 위법한지를 고려할 심리 대상이 될 수 있을 것인가.

처분이 적법한가 위법한가는 처분에 명시하여 제시된 처분이유에 한정되지 않고, 피고 행정청이 처분의 근거로 인식한 사실관계와 적용한 법규가 좀 더 넓게 인정되나 그 범위를 어느 정도로 인정할 것인가가 문제된다. 실제 처분의 모습을 보면, 피고 행정청이 처분 시에 내세우는 처분사유는 처분청이 주관적으로 인식한 것이어서, 객관적으로는 처분청이 내세운 사실상의 기초가 흠결되어 있기도 하고 법령의 적용을 그르친 경우도 있으며, 또 처분 후에 보다 적절한 처분사유가 발견되는 경우도 있을 수 있다. 이같이 처분시에 내세운 주관적인 처분사유와 객관적인 사실상태 등이 다른 경우가 있기 때문에 이러한 경우 처분청이 사후에 보다 적절한 처분사유를 추가 또는 변경할 수 있을 것인가 하는 문제가 처분사유의 추가·변경의 문제이다. 형사소송에서는 공소장에 기재한 공소사실이 심리대상이지만 검사가 공소장 변경을 통해 심리대상으로 추가·변경할 수 있는 범위를 공소사실과 기본적 사실관계의 동일성이 인정되는 범위로 인정하고 있는바, 판례는 이러한 형사소송의 기준을 취소소송에서 처분사유 추가·변경 허용 범위의 기준으로 사용하고 있다. 이에 대해서는 다음 장에서 자세히 다루기로 한다.²⁴³⁾

243) 소송상 처분사유의 추가·변경의 허용으로 제5장 제3절에서 자세히 다룬다.

제5장 취소소송의 단계별 소송물 관련 쟁점

제1절 서설

소송물은 소송의 전(全) 단계에서 중요한 사항을 결정하는 의미가 있는 개념이지만 민사소송이나 형사소송에서의 소송물 논의와 비교해서 취소소송에서는 소송물 논의가 이와 같은 의미로 활용되지는 못하였다고 평가할 수 있는데 그 이유는 다음과 같이 분석할 수 있다.

취소소송의 소송물을 통설과 판례는 ‘처분의 위법성 일반’으로 보면서 그 소송물을 이루는 핵심 개념인 ‘처분’은 외형적으로 파악하여 개개의 처분으로 특정되는 처분마다 하나의 처분으로 인정하였다. 이처럼 처분의 단위에 대해서는 처분일자와 처분주문을 기본적인 처분의 구성요소로 보았기 때문에 처분사유로 삼은 사실관계가 같은 것이거나 당초의 처분을 변경한 처분인 경우와 같이 처분 간의 관련성으로 인하여 하나의 취소소송만이 진행될 필요가 있는 처분들 사이에서는 처분의 동일성의 문제가 아닌 대상적격이나 소의 이익 문제로 이를 해결하였다. 즉 선후 처분 중 어느 하나로 수렴 또는 흡수된다고 하거나, 다른 처분들은 항고소송의 대상이 될 대상적격-절차법상 처분성-을 갖지 못하였다고 하거나, 직권취소로 이미 소멸하여 소의 이익이 없다는 이유로 소송요건을 구비하지 못한 것으로 보았고 소송물의 중복 문제를 피해갈 수 있었다. 그리고 소송 심리 단계에서 피고 행정청이 대상 처분의 적법성을 주장하기 위하여 당초에 제시된 바 없는 새로운 처분사유를 추가·변경하여 주장하는 것이 허용되는가에 관한 처분사유 추가·변경의 문제는 (소송물과 연계시키려는 시도가 많이 있기는 하지만) 소송물의 문제가 아닌 원고의 방어권 문제로 보아 원고의 방어권을 침해하지 않는 한도에서 추가·변경이 허용된다고 하여 해결하였다. 또한, 판결의 효력 범위와 관련하여 보면, 판결 주문에 해당하는 처분의 취소에 대한 판결이 형성력을 발휘

한 이후 취소판결은 달리 동일 소송물에 활용될 여지가 없다. 소송물인 처분의 위법성에 기판력이 미치지만, 처분의 위법성이 선결문제가 되는 국가배상 청구소송에서는 양 소송에서의 인용요건인 위법성을 동질·동량의 것으로 인식하지 않고 있어 취소소송의 판결에도 불구하고 국가배상청구소송의 수 소법원은 국가배상의 요건으로서의 위법성 판단을 스스로 한다. 그리고 대상 처분이 취소된 이후 행정이 재처분을 함에 있어 확정된 취소소송의 판결 특히 취소판결이 어떠한 구속력을 갖는가와 관련하여 민사소송에는 인정되지 않는, 판결 이유에 대한 구속력이 인정되는데, 이러한 기속력에 대해서는 소송물과 무관하게 법이 인정한 특별한 실체적 효력으로 인정하는 것이 다수의 견해이다.

이처럼 취소소송에서는 처분이라고 하는 소송의 대상에 의하여 소송물의 범위와 동일성이 쉽게 결정되고, 중복소송의 가능성이 별로 없으며, 취소소송의 심리 대상 범위와 판결의 효력 범위에서 중요한 쟁점인 처분사유 추가·변경과 기속력의 객관적 범위는 소송물에 따라 결정되지 않게 되어 본래 소송물 개념의 의의에도 불구하고 취소소송의 소송물을 그 역할을 다하지 못하고 있었다.²⁴⁴⁾ 그러나 처분의 동일성은 소송물의 동일성의 문제이고, 소송물이 다른 것을 전제로 하는 소 변경의 문제를 해결하기 위해서는 소송물의 동일성, 그리고 그 전제로서 처분의 동일성이 문제된다. 또한 처분사유는 처분의 구성요소로서 처분사유만의 변경도 처분의 동일성을 깨뜨릴 수 있기 때문에 처분사유 추가·변경의 문제는 소송물의 문제로 다루어야 한다. 또한 취소소송의 판결의 효력이 미치는 범위 역시 소송물 또는 처분사유의 동일성의 범위가 문제 되므로 이 또한 소송물 논의와 완전히 무관하다고 하기 어

²⁴⁴⁾ 같은 취지로 박정훈, 앞의 책, 408-409면은 소송물 개념 중 처분의 위법성 일 반에 치중하고 전반부의 처분 부분은 고려대상에서 제외하거나 아니면 당초처분 내지 특정처분으로 한정하고 있어 소송물의 개념과 소송계속의 범위, 처분사유 의 추가·변경 및 기속력의 문제를 소송물과 연결시키지 않고 있다고 지적한다. 또한 425-426면에서 소송물은 소송계속의 범위로서 법원의 잠재적 심판범위가 되어 이를 기초로 원고에 의한 청구취지변경(소 변경이 아닌)의 허용범위, 피고 에 의한 처분사유 추가·변경의 허용범위, 법원에 의한 현실적 심판범위가 결정 되어야 한다고 한다.

럽다.

이 장에서는 취소소송의 소송물 개념에 대한 효용성의 문제를 인식한 채로 지금까지 취소소송의 소송물은 무엇이고 어떻게 결정되어야 하는지를 검토한 내용이 취소소송의 여러 쟁점에 대해 어떻게 실마리를 제공할 수 있을 것 인가를 검토해 보기로 한다.

제2절 소송물의 변경과 소 변경

1. 소 변경의 개념과 유형

소 변경은 원고에 의한 소송물의 변경을 말하는데, 보통 청구의 변경과 같은 개념이라고 설명한다.²⁴⁵⁾ 일반적으로 소의 요소에는 청구 외에 법원, 당사자도 있으나 법원의 변경은 이송의 문제로, 당사자의 변경은 임의적 당사자의 변경 또는 피고의 경정 문제²⁴⁶⁾로 취급되어 대체로 청구의 변경만을 소 변경으로 이해한다. 다만 행정소송에서는 청구의 변경이 당사자인 피고의 변경을 수반하는 경우도 있어 행정소송에서의 소 변경에 대해서는 ‘원고가 소송 계속 중 그 청구에 기초하여 소송의 대상인 청구나 소송의 상대방인 피고를 변경하는 것’²⁴⁷⁾이라거나 ‘소송이 계속된 후에 사정의 변경으로 인하여, 소송제기 당시의 당사자(피고), 청구원인, 청구취지 등에 관하여 전부 또는 일부를 변경하는 소송행위’²⁴⁸⁾ 등으로 설명되기도 한다.

²⁴⁵⁾ 이시윤, 앞의 책, 710면.

²⁴⁶⁾ 민사소송에서의 피고 경정은 민사소송법 제260조에서 규정하고 있고, 피고를 잘못 지정하는 경우가 흔한 행정소송에서는 위 민사소송법 규정이 신설되기 이전부터 피고의 경정을 허용하는 규정(행정소송법 제14조)이 있었다.

²⁴⁷⁾ 마용주, ‘현대행정과 행정소송의 제문제 ; 행정소송법상 소의 변경’, 법조 제49권 제7호, 2000. 7. 131면.

²⁴⁸⁾ 유지태/박종수, 앞의 책, 757면.

본래 소 변경의 방식은 소 변경 신청서에 의하여야 하지만 실무에서는 동일 소송물 내에서 청구취지를 변경하는 것과 소 변경을 엄격히 구별하지 않고, 대체로 둘 다 ‘청구취지 및 청구원인 변경 신청’의 방식으로 이루어지고 있다. 하지만 소 변경은 소송물의 변경을 전제로 하므로, 동일한 소송물 내에서 이루어지는 변경은 소 변경이 아니다. 취소소송에서는 변경 전후 처분의 동일성이 인정되는 한, 청구취지 변경의 신청에 의하더라도 소 변경이라고 할 수 없다. 즉 소 변경이 아닌, 동일한 소송물 내에서의 청구취지·청구원인의 정정 및 변경²⁴⁹⁾과 구별하기 위해서는 소송물의 단위와 동일성을 명확히 할 필요가 있다.

행정소송법은 취소소송의 소 변경에 대해 두 개의 규정을 두고 있는데, 행정소송법 제21조와 제22조가 그것이다. 행정소송법 제21조의 소의 변경은 소송류의 변경으로 취소소송을 당사자소송이나 다른 항고소송으로 변경하는 소 변경이다. 이 유형의 소 변경은 그 취지가 소송유형을 잘못 정한 소송을 바로잡기 위한 것이기 때문에 소송의 유형이 취소소송과 다른 소송 사이에서 바뀌는 것이고 따라서 소송물도 바뀌는 것이긴 하지만, 이 글에서 검토하고 있는 것은 취소소송의 소송물에 한정된 것으로, 취소소송의 소송물이 처분의 위법성 일반이고, 소송물은 처분에 의하여 그 외연이 결정된다고 검토하여 온 내용과는 직접적인 관련은 없으므로 깊게 다루지 않기로 한다. 행정소송법 제22조의 소 변경은 처분의 변경으로 인한 소 변경이다. 법원은 행정청이 소송의 대상인 처분을 소가 제기된 후 변경한 때에는 원고의 신청에 의하여 결정으로써 청구의 취지 또는 원인의 변경을 허가할 수 있다. 이 유형의 소 변경은 피고에게 책임이 있고 원고에게는 책임이 없는 이유로 소의 목적물이 소멸됨으로 말미암아 생기는 소 각하와 재소라는 무용한 절차의 반복을 피하고,²⁵⁰⁾ 원고에게 기존 소를 취하하고 새로운 처분에 대해 소를 제

249) 청구취지의 단순 오기를 정정하는 것이나 소송물이 바뀌는 소 변경이 아닌, 동일한 소송물 내에서 대상 처분을 변경하는 청구취지의 변경을 어떻게 취급할 것인지는 아직 명확하게 정리되어 있지 않다. 이 글에서는 이러한 청구취지 변경을 소 변경이 아닌 청구취지의 변경이라고 칭하기로 한다.

250) 마용주, 앞의 글, 156면.

기하는 불편을 덜어주고 신속하게 권리구제를 받을 수 있도록 하는 제도²⁵¹⁾로 소개되고 있다. 이에 더하여 통설은 민사소송법 제262조 청구의 변경에 근거한 소 변경도 행정소송에서 가능하다고 보기 때문에 민사소송법 제262조에 따른 소 변경도 취소소송에서 가능하다.

취소소송의 소송물은 처분의 위법성이고, 대상 처분으로 소송물이 구별되므로 취소소송에서 소 변경이 되는 경우는 위 행정소송법 제21조의 소 변경을 제외하면 대상 처분을 변경하는 소 변경으로 이루어진다. 취소소송의 대상인 처분이 취소소송 진행 중에 변경되면 이에 따라 소송물을 변경할 필요가 있고 이 경우 활용할 수 있는 소 변경이 행정소송법 제22조의 소 변경이다. 그리고 민사소송법 제262조의 청구의 변경을 취소소송의 원고가 활용하는 경우는 행정소송법 제22조의 소 변경의 요건이 갖추어지지 않은 상태, 주로 원고가 취소소송 제기 이전에 존재하였던 다른 처분으로 대상 처분을 추가하거나 변경하고자 하는 경우이다. 취소소송 진행 중에 대상 처분이 변경된 경우에 민사소송법 제262조의 청구의 변경을 할 수는 없는가에 대해²⁵²⁾ 행정소송법 제22조의 소 변경은 피고의 처분 변경에 대하여 원고에게 인정되는 방어권 개념에서 인정되어야 하므로 처분변경이 있을 때 민사소송법 제262조의 청구의 변경의 준용을 인정하지 않는 것은 원고에게 불이익하다고 생각된다. 하지만 행정소송법 제22조는 처분변경이라는 구체적인 경우에 적용되는 특별규정이므로 이에 따른 소 변경이 허용되는 한도에서는 민사소송법 제262조의 청구 변경은 허용되지 않는다고 보는 견해도 있다.²⁵³⁾

이하에서는 행정소송법 제22조의 소 변경과 민사소송법 제262조의 청구 변경을 취소소송의 소송물과 관련하여 검토하기로 한다.

251) 이일세, 행정법총론(제2판), 법문사, 2022, 811면.

252) 제22조의 소 변경의 경우 제소기간보다 더 짧은, 단 60일의 소 변경 기간 제한이 있다. 하지만 한편으로는 필요적 전심절차의 특례가 있어 두 유형의 소 변경은 서로 다른 장·단점이 있다.

253) 윤지현, ‘행정소송법 제22조가 정하는 처분변경으로 인한 소의 변경과 과세처분 취소소송’, 저스티스, 129호, 2012. 4. 281면.

2. 처분의 동일성과 취소소송의 소 변경

(1) 행정소송법 제22조의 소 변경

행정소송법 제22조의 처분변경으로 인한 소의 변경은 취소소송에서 행정청이 소송의 대상인 처분을 소가 제기된 후 변경한 때에, 원고가 법원의 허가를 받아 청구의 취지 또는 원인의 변경하는 것이다. 이러한 처분 변경으로 인한 소 변경은 처분의 변경이 있음을 안 날로부터 60일 이내에 신청하여야 하고, 변경된 처분에 대한 새 취소소송은 필요적 전심절차를 거친 것으로 보게 된다. 이러한 행정소송법 제22조의 소 변경에서 ‘처분변경’이 어떤 변경을 말하는 것인가가 문제 되는데, 이 규정의 소 변경이 엄격한 소 변경의 의미에서 소송물의 변경을 의미한다고 하면 그 전제가 되는 처분의 변경은 계속 중인 취소소송의 대상을 동일성이 인정되지 않는 다른 처분으로 변경하는 것일 것이요 요구된다. 따라서 처분의 변경은 처분이 동일성을 상실하는 정도로 변경되어야 한다. 이에 대해서는 이 유형의 소 변경의 취지와 다른 요건 등에 대해서 먼저 검토한 후에 과연 그러한지를 검토하기로 한다.

행정소송법 제22조의 처분변경의 취지에 대해서는 대개 피고가 처분을 변경함으로써 계속 중인 취소소송의 대상인 처분은 소멸하고, 새로운 처분이 생김으로 인해 소 각하와 새로운 신소 제기의 절차를 거쳐야 하는 원고의 불편을 덜어주기 위한 것으로 본다. 즉, 이 유형의 소 변경이 이루어지는 상황으로서 취소소송의 계속 중에 피고가 제정 처분을 직권으로 취소하고, 새로운 처분으로 대체하는 것을 상정한 것으로 이해된다.²⁵⁴⁾ 그러나 행정소송법 제22조의 소 변경은 피고의 처분 변경에 대한 원고의 불편 감소와 편의를 위한 제도라기보다 피고의 제정 처분의 변경에 대한 원고의 무기대응의 차

²⁵⁴⁾ 마용주, 앞의 글, 156면은 피고에게 책임이 있고 원고에게는 책임이 없는 이유로 소의 목적물이 소멸됨으로 말미암아 생기는 소각하와 재소라는 무용한 절차의 반복을 피하기 위한 제도라고 설명한다. 이일세, 앞의 책, 811면은 원고에게 기존 소를 취하하고 새로운 처분에 대해 소를 제기하는 불편을 덜어주고 신속하게 권리구제를 받을 수 있도록 하는 제도라고 설명한다.

원에서 이해할 필요가 있다. 피고는 취소소송이 제기되어도 계쟁의 대상이 된 처분을 소송 외에서 임의로 변경해 버릴 수 있는데,²⁵⁵⁾ 이 경우 원고는 피고가 진행 중인 소송의 대상인 처분을 변경해 버림에 따라 예측하지 못한 소송상 지위의 변화를 겪게 된다. 즉 처분의 변경이 있으면 원고로서는 종전의 소송의 대상인 처분을 다룰 소의 이익이 소멸하여 각하 판결을 받을 상황이 될 수도 있고, 적어도 변론 방향을 바꿔야만 하는 상황이 된다. 그러므로 소송이 계속된 이후에 피고가 소송의 대상인 계쟁 처분을 원고의 동의 없이 임의로 변경할 수 있음에 대한 방어적 차원에서 원고에게 신소제기의 선택 가능성과는 별개로 기존에 수행된 소송에서의 소송자료를 활용할 수 있는 소 변경이 허용되는 것이 당연하다. 이 유형의 소의 변경은 소 변경 신청기한이 제소기간보다 짧거나 소 변경이 법원의 허가사항이라는 점 등 원고에게 제약이 많은 편이고 그다지 혜택이 많다고 보기는 어렵다. 소 변경의 취지와 넉넉하지 않은 혜택을 고려하면 제22조의 소 변경에서는 요건을 엄격하게 심사하거나 소 변경이 좁게 인정될 필요는 없다고 할 것이다.

이제 소송물의 동일성 또는 처분의 동일성과 관련하여, 이 유형의 소 변경에서 전제가 되는 처분변경은 무엇을 의미하는가. 이에 대해 처분변경으로 인한 소 변경의 소송법적 의미가 처분변경으로 당초의 처분은 각하될 운명이 되었음에도 소 변경을 통해 원고는 소 각하 판결을 면하고 별소 제기의 번거로움을 벗어나 기존의 소송절차를 계속 이용할 수 있다는 점이므로 이러한 취지에 충실하게 여기서 처분변경은, 소 변경이 없다면 당초처분에 대한 취소소송에서 소 각하 판결을 받게 되는 경우만을 가리킨다고 하는 견해가 있다²⁵⁶⁾. 그러나 앞서 본 바와 같이 이 유형의 소 변경은 그 제도 취지상 요건을 너무 엄격하게 해석할 필요는 없을 것이다. 처분의 변경이 당초처분과의 관계에서 대체적인지 병존적인지, 원고에게 전체적으로 보아 유리한지

255) 실체법상 취소·철회의 한계는 논외로 하고 절차법상으로는 소 제기를 하였다 고 해서 대상 처분에 대한 행정 처분권에 제한이 있지는 않다.

256) 윤지현, 앞의 글(행정소송법 제22조가 정하는 처분변경으로 인한 소의 변경과 과세처분 취소소송), 259면.

불리한지 불분명한 경우²⁵⁷⁾도 많고, 피고 행정청의 소송 중 처분 변경으로 인해 원고가 소송을 통해 얻고자 하는 것을 상당부분 만족하게 되어 원고에게 유리한 처분변경도 있다. 만약 당초처분에 대한 청구가 각하될 경우로 처분의 변경을 한정한다면²⁵⁸⁾ 이러한 경우는 대개 청구 기초의 동일성이 인정될 것이므로 민소법상의 소 변경으로도 소 변경을 할 수 있는바 그 효용이 제한될 것이다. 행정소송법 제22조의 처분의 변경은 민사소송법 제262조의 소 변경에서 요구하는 청구 기초의 동일성이 인정되는 범위보다 좁게 인정될 필요가 없다.

문제가 되는 것은, 처분의 동일성과 관련하여 앞서 검토한 바와 같이²⁵⁹⁾ 단일한 처분이 아니라도 개개 처분 사이에 동일성이 유지되는 범위 내에서의 처분의 변경이 동조의 처분의 변경에 해당하는 가이다. 소 변경은 그 용어의 기본적인 개념상 소송물이 변경되는 것을 의미하므로, 이 유형의 소 변경 즉 소송물의 변경의 전제가 되는 처분의 변경도 처분의 동일성을 상실하는 정도로 처분을 변경하는 것이어야 하는가? 앞서 처분의 동일성에서 살펴본 바와 같이 처분성이 인정되지 않는, 처분일자만 달리한 반복처분이나 또는 당초처분을 그 동일성을 유지하면서 감액감정하거나 경미하게 변경한 처분의 경우에도 행정소송법 제22조의 소 변경에서의 처분 변경에 해당한다고 볼 것인가? 처분의 동일성이 인정되는 처분으로의 변경은 제22조의 소 변경이 아닌 소송물 내에서의 청구취지 및 청구원인 정정 또는 변경 신청에 의하여야 할 것이다.

또한, 피고가 처분사유를 추가·변경하는 것이 처분변경인가 하는 점이 문제될 수 있다. 처분사유가 처분의 요소가 아니라고 보는 입장에서는 처분사유의 추가·변경은 처분의 동일성을 해치지 않으므로 소송물 자체는 변경이

257) 예를 들면 불리한 부관을 제거하고 처분의 내용을 불리하게 변경한 경우나 그 반대의 경우 등을 생각할 수 있다.

258) 대개 당초처분을 취소하고 이를 대체하는 새로운 처분을 하는 경우로 당초처분의 소멸로 소의 이익이 없어지는 경우가 될 것이다.

259) 앞의 제4장 제1절 3. 처분의 동일성과 대상적격에서 검토한 내용이다.

없어 허용될 수 있지만, 처분상대방인 원고의 방어권을 보장하기 위하여 제한하는 것으로 설명한다. 그러나 처분사유가 처분의 구성요소로 포섭되는 것을 인정하는 전제에서는 처분사유의 추가·변경은 처분의 동일성의 범위 즉, 소송물의 동일성의 범위에서 허용되고 만약 처분사유의 추가·변경으로 소송물의 동일성이 유지되지 않는다면 처분변경으로 인한 소의 변경의 문제가 된다. 앞서 살펴본 바와 같이²⁶⁰⁾ 행정청이 취소소송 계속 중에 대상 처분의 처분사유를 추가·변경하는 것은 처분의 동일성을 벗어나지 않는 한도에서 허용되어야 하므로 이를 벗어난 처분사유 추가·변경의 주장은 허용되지 않는다. 만약 피고 행정청이 새로운 처분사유의 처분을 하기 위하여 취소소송 대상 처분을 소송 외에서 직권으로 취소하고 새로운 처분사유로 변경하여 새로운 처분을 한다면 이는 처분 변경으로 행정소송법 제22조의 소 변경의 요건이 충족될 것이다. 처분변경으로 인한 소 변경과 처분사유의 추가·변경 허부 논의는 이와 같이 근접한 관계에 있어 이러한 양 쟁점의 관계는 처분사유의 추가·변경 허용의 범위를 넓게 주장하는 근거로도, 좁게 주장하는 근거로도 주장되고 있다.²⁶¹⁾ 그러나 처분변경으로 인한 소 변경은 행정청의 처분권한의 행사로 처분이 변경되는 한 대상 처분에 대하여 소를 제기한 원고의 방어권 차원에서 이에 상응하는 소송상의 권리로서 인정되는 것이고, 처분사유 추가·변경은 처분의 동일성 나아가 소송물의 동일성이라는 소송 본연의 한계에 관한 것이다. 따라서 원고에게 소 변경이 가능한 범위만큼 피고에게 처분사유 추가·변경을 할 수 있다는 논리는 상호 대등하지 않은 소송상의 지위를 맞대응시킨 것으로 타당하지 않다.

²⁶⁰⁾ 제4장 제2절에서 검토한 내용이다.

²⁶¹⁾ 이상덕, 앞의 글(항고소송에서 처분사유 추가·변경 제한 법리의 재정립), 598면은 처분변경으로 인한 소 변경이 별다른 제한 없이 허용된다면 이와 실질적으로 유사한 기능을 수행하는 처분사유 추가·변경을 엄격하게 제한할 필요를 인정하기 어렵다고 한다.

(2) 변경처분과 민사소송법상 소 변경

앞서 본 취소소송의 소 변경 중에 소 종류의 변경은 다른 종류의 행정소송으로의 소 변경만 허용하므로 취소소송 사이의 소 변경은 소 종류의 변경으로 할 수 없고, 처분 변경에 따른 소 변경은 소송 중에 피고가 대상 처분을 변경한 경우에 한하므로 소송 이전에 이루어진 별개의 처분에 대한 취소소송으로의 소 변경은 할 수 없다. 실무에서는 별개 처분에 대한 취소소송 사이의 교환적, 추가적 변경이 많이 이루어지는데,²⁶²⁾ 이는 모두 민사소송법 제 262조를 준용한 소 변경으로만 가능하다. 취소소송에서 피고가 대상 처분을 변경한 것도 아닌데 원고가 계쟁 처분을 다른 처분으로 변경하고자 하는 경우는 대개 취소소송 제소 시 계쟁 처분을 잘못 지정하여 계쟁 처분이 취소되거나 계쟁 처분만 취소되어서는 만족스러운 법률관계가 형성되지 않는 상황이기 때문이다.

증액정정처분이나 기타 당초처분과 처분의 동일성이 인정되지 않는 후속 처분이 있고, 양 처분이 내려진 이후에 원고가 취소소송을 제기하면서 당초 처분을 대상으로 취소소송을 제기하였으나 후속처분을 대상 처분을 변경하고자 하는 경우, 민사소송법 제 262조를 준용한 소 변경의 방법으로만 변경할 수 있다. 이때 새로 대상 처분이 된 처분에 대해서 제소기간 도과 여부는 소 변경시를 기준으로 하기 때문에 당초처분을 대상으로 취소소송을 제기한 시점으로는 제소기간을 준수하였으나 소 변경 시점으로는 제소기간을 도과한 경우가 발생하기도 한다. 이러한 경우 원고의 권리구제를 위해서 판례는 변경 전후의 취소소송이 밀접한 관계에 있는 경우 또는 다투는 쟁점이 같아 변경 전의 청구에 변경 후의 청구가 포함되어 있다고 볼 수 있는 특별한 경우 등의 이유를 들어 제소기간의 소급효를 인정하기도 한다.²⁶³⁾ 이러한 방식의

²⁶²⁾ 안철상, ‘행정소송에서의 소의 변경과 새로운 소의 제소기간’, 행정판례연구 제 11권, 2006. 283면.

²⁶³⁾ 대법원 2018. 11. 15. 선고 2016두48737 판결, 대법원 2013. 7. 11. 선고 2011두27544 판결 등.

해결은 구체적 타당성을 기할 수는 있으나, 소 변경시 제소기간의 소급효를 인정할 해석상의 원칙으로 인정하기는 어렵다.²⁶⁴⁾ 어떤 경우에 변경 전 청구에 변경 후 청구까지 포함되어 있다고 보고, 어떤 경우에는 그렇지 않다고 볼 것인지의 기준이 분명하지 않기 때문이다.

개개 처분별로 취소소송이 성립하고, 제소기간이 기산되므로 처분의 동일성이 인정되지 않는 후속처분들과의 관계에서 처분의 변경으로 소송물이 바뀌었음에도 제소기간의 소급효를 인정한다면 취소소송에서 단기의 제소기간을 둔 취지도 몰각시킬 수 있다.²⁶⁵⁾ 그리고 후속처분의 제소기간을 간과한 원고들 사이에 소급 여부에 따라 형평성의 문제가 생길 수도 있다. 이러한 점을 고려하면 제소 시 청구취지에서 대상으로 삼지 않았던 처분임이 명백한 처분으로의 변경에 함부로 소급효를 인정하는 것은 조심스럽고, 이에 대해서는 취소판결이 내려진 이후 기속력의 한 내용으로 행정청의 원상회복의 무에 따라 남은 처분도 취소될 가능성은 있을 것이다.²⁶⁶⁾

제3절 소송상 처분사유 추가·변경의 허용

1. 처분사유 추가·변경 논의와 소송물의 관계

행정청이 처분을 내릴 당시에 처분이유를 제시하는 방법으로 어떤 사유에 근거해서 해당 처분을 내린 것인지 밝혔으나, 취소소송이 계속되는 중에 당해 처분의 적법성을 유지하기 위하여 처분 당시 제시하였던 사유를 다른 사유로 변경하거나, 다른 사유를 더 추가할 수 있는가의 문제를 처분사유의 추

²⁶⁴⁾ 개개 사안에서 청구취지에 대한 원고의 의사를 살펴 청구취지 정정의 의미로서 청구취지의 변경을 허용하는 것은 의사 해석의 문제로 새로운 이론이나 원칙이 필요하지 않다.

²⁶⁵⁾ 이윤정, 앞의 글, 205면

²⁶⁶⁾ 이에 대해서는 제5장 제5절 3.에서 다시 다룬다.

가·변경이라고 한다.²⁶⁷⁾ 행정소송법에는 이에 관한 규정은 없고 이에 대해서는 해석에 맡겨져 있다. 처분사유의 추가·변경이 허용되는 범위의 문제는 취소소송에서 심리할 수 있는 쟁점인지의 문제이므로 취소소송에서 법원의 심판범위의 문제가 되고, 또한 처분사유에 대하여 인정되는 취소판결의 효력인 기속력이 미치는 객관적 범위의 문제가 된다.

처분 사유는 대상 처분의 위법성을 판단하는 자료의 의미일 뿐이므로 소송물의 변동이 없는 한 처분이 위법하지 않음을 주장하는 피고 행정청이 그 근거로서 처분 사유를 추가하거나 변경하는 것은 허용되나, 다만 원고 방어권의 침해를 이유로 부정되거나 제한되는 것이라면 이 논의는 소송물과는 무관한 논의가 된다. 실제로 취소소송의 소송물은 위법성 일반이므로 처분청의 처분사유의 추가·변경을 무제한 허용해야 하나 다수설과 판례가 처분사유의 추가·변경을 제한적으로 인정하고 있으므로, 처분사유 추가·변경의 허용 여부나 허용 범위 문제와 취소소송의 소송물은 서로 논리필연적인 관계에 놓여 있는 것으로는 보이지 않는다는 지적이 있다.²⁶⁸⁾ 그러나 취소소송에서 법원이 현실적으로 심리할 대상은 대상 처분이고, 처분의 내용상 위법성을 심사하기 위해서는 대상 처분의 처분사유가 심리대상이 될 수밖에 없으므로 처분사유는 실질적으로 심판의 범위 즉 소송물을 구성하는 것이라 보아야 한다. 요컨대 취소소송의 소송물이 ‘처분의 위법성 일반’이라면 그 범위는 소송물의 외연을 정하는 대상 처분을 벗어날 수 없고, 피고가 소송에서 처분사유를 추가·변경하는 것은 소송물 정확히는 처분의 동일성을 해치지 않는 범위에서만 가능하다고 할 것이다.

267) 박균성, 앞의 책, 1219면.

268) 홍준형, 앞의 글, 239면; 박정훈, 앞의 책, 411-425면.

2. 처분의 유형에 따른 처분사유의 추가·변경 허부 논의

(1) 개관

취소소송의 소송물을 행정처분의 위법성 일반으로 보는 입장에서 소송의 양 당사자는 처분의 적법성 또는 위법성의 이유(근거)로 될 수 있는 모든 법률상·사실상의 주장을 할 수 있다. 그러나 처분사유의 추가·변경을 제한없이 허용하면 원고가 불측의 피해를 입게 되므로 이를 제한 없이 허용하는 것을 인정하는 견해는 찾아보기 어렵다. 학설은 대체로 분쟁의 일회적 해결 및 소송경제의 요청과 원고의 방어권 보장 및 이유제시의무 제도의 취지를 조화하는 선에서 처분사유의 추가·변경을 제한적으로 인정할 수 있다는 점에 동의하고 있다.

특히 처분의 유형별 특성을 고려하여 처분의 유형에 따라 처분사유의 추가·변경의 허용범위를 달리 정하여야 한다고 보는 견해가 유력하다. 처분사유 추가·변경의 기준이 달라질 수 있는 처분 유형의 분류 방법으로는 기속행위와 재량행위를 구별하거나 제재처분이나 기타 불이익처분과 거부처분을 구별한다. 특히 거부처분에 대해서는 당초 거부처분의 거부사유가 신청 대상 처분의 발급 요건 전부에 대한 것이 아니어서 거부처분의 취소소송에서 취소판결이 내려져도 행정청은 다른 거부사유를 들어 다시 재거부처분을 할 수 있다는 점, 다른 거부사유에 의한 재거부처분과 취소소송의 반복으로 원고는 무용한 절차의 반복을 강요당할 수 있다는 점, 이러한 결과는 사법자원의 효율적 활용과 분쟁의 일회적 해결이라는 측면에서 바람직하지 않다는 점이 많이 지적되고 있다.

(2) 기속행위와 재량행위

먼저 기속행위와 재량행위를 나누어 보는 견해는, 기속행위에 있어서는 규율내용이 객관적으로 법에 상응하는지가 결정적이고, 이유의 내용적인 타당

성 여부는 행정처분의 적법성에 원칙적으로 영향을 주지 않으므로 처분사유의 추가·변경이 폭넓게 인정될 수 있다고 한다. 반면 재량행위에 있어서는 이유의 내용적인 타당성 여부가 행정행위의 적법성 판단에 결정적인 역할을 하고 재량처분에 있어서 중심적인 재량고려의 변경이나, 재량고려의 완전한 교체 및 불행사된 재량고려의 추완은 재량처분의 동일성을 변경하기 때문에 허용되지 않는다고 한다.²⁶⁹⁾

기속행위와 재량행위는 처분요건에 해당하는지에 대한 것뿐만 아니라 재량고려사유에 대한 것까지 처분사유가 된다는 점에서 차이가 있다. 기속행위의 경우 추가·변경할 처분사유가 애초에 기속행위인 해당 처분을 내리기 위하여 전혀 고려하지 않았거나 고려할 필요가 없었던 처분사유일 경우가 별로 없다. 그러한 점에서 기속행위와 재량행위는 처분사유 추가·변경의 허부 범위에 있어 차이가 있을 수밖에 없을 것이다.

참고로 기속행위여서만은 아니고 총액주의를 취한 결과이기는 하지만 과세처분에 대해서 판례는 처분사유의 추가·변경을 폭넓게 인정하고 있다. 구체적으로는 사실심 변론종결시까지 과세표준의 존부 내지 범위에 관한 모든 자료를 제출하고 그때까지 제출된 자료에 의하여 과세처분의 적법여부를 심판하여 줄 것을 주장할 수 있다고 한다. 이에 대해서 찬성하는 견해도 있고,²⁷⁰⁾ 과세처분에서도 일반 행정처분과 같이 당초 사유와 기본적 사실관계가 동일한 처분사유의 추가·변경만 인정하여야 한다고 보는 견해도 있다.²⁷¹⁾

269) 정하중, ‘이유제시하자의 치유와 처분사유의 추가·변경-독일법과의 비교연구’, 인권과 정의 제364호, 2006, 153면은 이와 같이 기속행위와 재량행위를 나누어 처분사유 추가·변경의 허부 범위를 달리 보면서 침익적 처분이나 거부처분에서도 동일하게 적용하여 거부처분이 기속행위인 경우에는 법령상 수익처분 발급에 관한 적극적·소극적 요건들을 모두 기본적 사실관계에 있어 동일한 것으로 파악하여 그 전부에 대하여 처분사유의 추가·변경을 허용하는 것이 바람직하다고 한다.

270) 김태우, ‘취소소송에 있어서 처분사유의 추가·변경’, 특별법연구 제5권, 1997, 69면.

271) 구육서, 앞의 글, 86-87면; 강수경, 앞의 글, 117면은 과세처분에서도 일반 행정

(3) 거부처분과 새로운 거부사유

거부처분을 다른 처분과 구분하여 거부처분에 대해서는 분쟁의 일회적 해결의 요청 등을 고려하여 행정청이 처분 당시 처분이유로 내세우지 않았던 거부사유도 처분사유로 추가·변경할 수 있도록 허용하여야 한다는 견해가 많이 주장된다.²⁷²⁾ 거부처분의 경우에는 행정청이 제시한 거부사유가 아닌 다른 거부사유의 존부에 대해 심리가 되지 않음으로써 인용판결이 내려져 처분이 취소된 이후에도 행정청이 다른 거부사유를 처분사유로 한 재거부처분을 할 수 있다. 취소판결에도 불구하고 처분사유를 달리하는 거부처분이 계속 반복될 수도 있는데 그러한 상황은 원고의 실효적 권리구제, 분쟁의 일회적 해결의 요청, 사법에 대한 신뢰를 해친다. 즉, 심리 대상이 되지 않은 처분사유에는 기속력이 미치지 않아 원고가 승소하여도 실질적으로 권리가 구제되지 않는 문제점이 있다. 동일기간에 동시에 행해진 국민의 위법행위에 대하여 행정청이 악의적으로 처분을 별개로 하는 경우 원고가 소송을 제기하여 승소하여도 행정청은 주문이 동일한 처분을 재차 반복할 위험도 있다고 한다.²⁷³⁾

나아가 거부처분 중에서 비공개사유가 독립적으로 규정되어 있는 공공기관의 정보공개에 관한 법률에 따른 정보비공개결정의 경우에도 정보비공개 결정에 대한 취소소송에서 행정청이 처분 당시 제시하지 않은 비공개사유를

처분과 같은 범위에서만 처분사유의 추가·변경을 허용하되 다만 구체적 사안에서 그 허용 범위를 다소 넓게 인정할 것이라고 한다.

272) 박정훈, 앞의 글, 521면; 조연팔, ‘행정처분의 취소소송에 있어서 처분사유의 추가·변경-일본의 학설 및 판례의 분석과 그 시사점을 중심으로’, 법학논집 제25권 제4호, 2021, 459-478면은 처분의 유형을 불이익처분과 신청에 대한 거부처분을 나누어 검토하며, 특히 신청에 대한 거부처분에 있어 처분사유의 추가·변경을 폭넓게 인정하고 있는 일본 최고재판소의 주요 판례를 소개하면서 우리도 의무이행소송의 도입에 발맞추어 거부처분에서는 넓게 인정할 필요가 있다고 한다.; 하명호, 앞의 글, 129-133면은 직권형 처분(불이익 처분)과 신청형 처분(수익적 처분)으로 나누어 살펴보고 있는데 여기서 신청형 처분은 거부처분에 대한 논의와 같다.

273) 이병철, 앞의 글, 163-165면.

추가로 주장하는 것을 허용하여야 한다고 보기도 한다.²⁷⁴⁾

3. 원고의 방어권 보장과 처분사유의 추가·변경

처분사유의 추가·변경의 허부를 원고의 의사와 이익에 따르도록 하자는 견해도 있다.²⁷⁵⁾ 이 견해는 법원의 심판범위를 규율하는 명확한 기준이 입법으로 정립되지 않은 현 상황에서 처분사유 추가·변경의 허용 기준은 결국 처분사유 추가·변경 제한 법리의 근본취지에 따라 원고의 이익과 방어권 보장에서 찾아야 하므로 이해당사자인 원고의 의사를 물어보고 그에 따라 결정하는 것이 타당하다고 한다. 따라서 원고가 처분청의 처분사유 추가·변경 주장에 대하여 이의하지 않고 그 실체적 당부에 관하여 변론한 때에는 법원은 기본적 사실관계의 동일성 여부를 따질 것 없이 추가·변경된 처분사유의 실체적 당부에 관하여 심리·판단하고, 그 결과 추가·변경된 처분사유도 실체적으로 위법하다고 판단되어 처분을 취소하는 판결이 선고·확정되는 경우 추가·변경된 처분사유에 관한 법원의 판단에 대해서까지 취소판결의 기속력이 미친다고 보아야 한다고 한다.²⁷⁶⁾

실질적인 기준은 원고의 방어권을 침해하는지가 되어야 하므로 일차적으로는 판례의 기준인 기본적 사실관계의 동일성을 허용기준으로 하고, 사실관계의 추가·변경이 수반되지 않는 처분 근거법령만의 추가·변경에 있어서는 원고의 방어권을 실질적으로 침해하는지 여부를 주효한 허용기준으로 삼자

274) 배병호, ‘취소소송에서의 기본적 사실관계 동일성’, 성균관법학 제27권 제1호, 2015. 3. 886면; 경건, ‘정보공개소송에서의 처분사유의 추가·변경’, 서울법학 제24권 제2호, 2016. 8. 22-23면은 정보공개소송에서 처분사유의 추가·변경을 완화할 근거로 정보공개소송의 객관소송적 성격과 정보공개결정의 지속행위적 성격 등을 들고 있다.; 정보공개 신청거부처분의 경우에는 정보공개의 소극요건 한쪽만 존재함을 나타내면 되어 각각의 거부이유의 존부가 소송물이 된다고 보는 일본 학설에 대하여 司法研修所 編, 『改訂行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』, 法曹会, 2000. 150면 참조.

275) 이상덕, 앞의 글(항고소송에서 처분사유 추가·변경 제한 법리의 재정립), 614면.

276) 이상덕, 앞의 글(항고소송에서 처분사유 추가·변경 제한 법리의 재정립), 614-615면.

는 견해²⁷⁷⁾도 같은 취지라고 볼 수 있다.

4. 처분사유의 추가·변경에 대한 판례의 태도

우리 대법원은 처분사유의 추가·변경에 대하여 처분의 유형을 구분하지 않고 기본적 사실관계의 동일성이라는 기준에 따라 판단하고 있다. 대법원은 ‘실질적 법치주의와 행정처분의 상대방인 국민에 대한 신뢰보호라는 견지에서 처분청은 당초의 처분사유와 기본적 사실관계에 있어서 동일성이 인정되는 한도 내에서만 새로운 처분사유를 추가하거나 변경할 수 있고, 기본적 사실관계와 동일성이 전혀 없는 별개의 사실을 들어 처분사유로서 주장함은 허용되지 아니하며, 법원으로서도 당초 처분사유와 기본적 사실관계의 동일성이 없는 사실은 처분사유로서 인정할 수 없다’는 입장을 견지하고 있다.²⁷⁸⁾

그리고 어떤 경우에 기본적 사실관계의 동일성이 인정되는가에 대해서는 ‘처분청은 당초처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가하거나 변경할 수 있고, 여기서 기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서

277) 이은상, ‘처분 근거법령의 추가·변경의 허용범위-기속규정에서 재량규정으로 추가·변경된 사안을 중심으로’, 아주법학 제14권 제2호, 2020. 1. 18면.

278) 대법원 1987. 7. 21. 선고 85누694 판결. 이 판결에서는 광업권설정출원불허가 처분이 다뤄지는 취소소송에서 당초의 불허가사유는 각 광구가 도시계획지구 또는 산림보전지구, 경지지구, 자연환경보전지구이어서 광물을 채굴함이 공익을 해한다는 것이었는데, 이에 대해 원심이 원고가 출원 당시 불석을 채굴하고 있지 아니하였고, 해당 광구에 이미 소외인들에 의하여 광업권설정등록이 되어 있어 광업법 규정상 원고에 대하여 새로운 광업권의 설정을 허가할 수 없음을 이유로 원고의 광업권설정출원에 대한 피고의 불허가처분은 적법하다고 판단하자, 대법원은 이 같은 원심인정의 불허가사유는 피고가 변론에서 이를 새로운 불허가 사유로서 주장한 바도 없을 뿐만 아니라, 당초의 처분사유와 그 기본적 사실관계가 동일하다고 볼 수 없다고 하며 원심판결을 파기하였다.

동일한지 여부에 따라 결정된다’고 한다.²⁷⁹⁾ 또한, 처분청이 처분 당시에 제시한 구체적 사실을 변경하지 아니하는 범위 내에서 단지 그 처분의 근거법령만을 추가·변경하거나 당초의 처분사유를 구체적으로 표시하는 것에 불과한 경우에는 새로운 처분사유를 추가하거나 변경하는 것이라고 볼 수 없다고 한다.²⁸⁰⁾

이러한 기본적 사실관계의 동일성이라는 개념은 민사소송의 청구변경의 허용기준인 ‘청구기초의 동일성’이나 형사소송에서 공소장 변경의 허용기준인 ‘공소사실의 동일성’ 판단 기준을 차용한 것으로 보인다.²⁸¹⁾ 이러한 처분사유 추가·변경에 있어 기본적 사실관계의 동일성에 관한 판례의 법리는 매우 굳건하게 유지되어 오고 있으나,²⁸²⁾ 이에 대하여는 그 범위의 협소함이나 모호함을 지적하는 비판도 거세다. 우리 판례의 기준인 기본적 사실관계의 동일성에 따르면 처분사유에서 제시한 사실관계와 다른 사실관계를 제시하는 처분사유의 추가·변경이 허용되지 않는다. 이는 독일이나 일본에 비하여 처분사유의 추가·변경이 허용되는 범위가 매우 좁은 편이다.²⁸³⁾ 그 결과 기

279) 대법원 2003. 12. 11. 선고 2001두8827 판결.

280) 대법원 2007. 2. 8. 선고 2006두4899 판결, 대법원 1989. 7. 25. 선고 88누11926 판결, 1998. 4. 24. 선고 96두13286 판결, 2004. 11. 26. 선고 2004두4482 판결 등.

281) 이상덕, 앞의 글(항고소송에서 처분사유 추가·변경 제한 법리의 재정립), 618면; 최선웅, 앞의 책, 602면은 취소소송에서의 처분사유의 추가·변경과 관련하여 판례가 적용하여 온 “기본적 사실관계의 동일성”이라는 판단 기준이 형사소송에서의 공소장변경과 관련된 판례상의 판단 기준이기도 하다고 한다.

282) 당초의 처분사유를 구체화하는 것에 불과하거나 적용법조만을 추가하는 경우와 당초 처분사유 구체화라고 본 사례로 대법원 1989. 7. 25. 선고 88누11926판결, 구체적인 사실관계를 변경하지 않고 적용법조만을 추가한 사례로는 대법원 1988. 1. 19. 선고 87누603 판결, 대법원 2000. 3. 28. 선고 99두10230 판결 등, 추가 또는 변경된 사유가 당초의 처분 시 그 사유를 명기하지 않았을 뿐 처분시에 이미 존재하고 있었고 당사자도 그 사실을 알고 있었다 하여 당초의 처분사유와 동일성이 있는 것이라 할 수 없다는 판결로는 대법원 1992. 2. 14. 선고 91누3895 판결, 2003. 12. 11. 선고 2001두8827 판결 등이 있다.

283) 독일과 일본의 경우 비교적 처분사유의 추가·변경이 우리 취소소송에서보다 넓게 인정되는데, 이러한 독일의 학설 및 판례에 대해서는 정하중, 앞의 글(이유

속력의 객관적 범위도 상대적으로 좁아 행정청은 차단효의 제한을 벗어나 재처분을 할 수 있는 여지를 넓게 가지게 되므로, 이에 대해 원고의 권리 실현이 어렵고, 무용하게 취소소송을 반복하게 되는 점을 우려하는 견해가 많다. 또한, 기본적 사실관계의 동일성이라는 기준 자체에 대해 형사소송과 행정소송에서의 차이를 들어 형사소송에서의 공소장 변경의 기준을 차용한 것을 비판하기도 한다.²⁸⁴⁾

5. 소결

처분사유 추가·변경의 허부 범위에 대한 견해가 갈리는 이유 중 하나로 출발점에서부터의 갈라짐을 들 수 있다. 바로 처분사유가 처분을 구성하고 그 동일성을 판단하는 요소라고 인정하는가 인정하지 않는가의 문제인데, 처분을 주문 중심으로 동일성을 판단하고, 처분사유는 처분의 동일성을 판단하는 요소로 보지 않으면, 당초처분의 주문을 유지하기 위한 모든 사유가 소송

제시하자의 치유와 처분사유의 추가·변경-독일법과의 비교연구), 135-144면을. 일본의 학설과 판례에 대해서는 조연팔, 앞의 글, 459-478면과 강수경, 앞의 글, 110-113면 참조.

²⁸⁴⁾ 최선웅, 앞의 책, 625-626면에 따르면, 형사절차는 죄형법정주의를 비롯한 무죄 추정 등의 인권보장원리와 특히 헌법 제12조에 규정된 적법절차의 적용을 받고 검사의 공소제기는 공소권남용 등에 대하여 직접적인 엄격한 통제를 받는 등 행정소송의 대상이 되는 행정행위 내지는 행정처분과 비교하기 어려운 정도로 엄격한 헌법 및 법률상의 직접적인 통제를 받으며, 형사 피고인의 방어권은 헌법상의 직접적인 보장을 받지만 이와 달리 취소소송에서 처분사유 추가·변경 허부에서 고려되어야 할 원고의 방어권은 피고인의 방어권만큼 법적으로 확실한 보장을 받아야 하는 정도에 미치지 않는다는 점, 형사소송에서 공소사실의 동일성은 공소장 변경의 허용범위가 되는 것인데, 검사는 공소장에서의 적용법조와 죄명을 공소장 변경을 통해서 하는 것이고, 이는 행정소송에서는 처분사유를 추가·변경하는 것에서 더 나아가 처분을 변경하는 행위에 대응하는 것이므로 반드시 공소사실의 동일성을 처분의 동일성이 유지되는 상황에서 처분사유 추가·변경하는 범위에 매칭하여 구해질 필요가 없다는 점을 차이로 들고 있다. 그리고 배병호, 앞의 글, 59면은 기본적 사실관계의 동일성의 실정법상 근거를 마련하여야 한다고 주장하며, 형사소송법은 준용되는 규정도 없다는 점에서 형사소송의 기준을 차용하고 있는 것을 비판적으로 평가한다.

에서 주장 가능한 공격방어방법이 되고, 단지 원고의 방어권이나 신뢰의 보호를 위하여 제한될 뿐이다. 그러나 이와 달리 처분사유가 처분의 동일성을 판별할 요소가 된다고 보면, 주문이 같아도 처분사유가 완전히 다른 처분은 비교 대상 처분과 동일성이 없는 처분이 되는 것이므로, 소송 중 처분사유의 추가·변경은 단순히 공격방어방법인 주장을 허용할 것인가의 문제가 아니라 소송의 대상인 처분의 동일성이 유지되는가 그렇지 않은가의 문제가 된다. 소송 중에 피고 행정청이 처분사유를 추가·변경하는 것은 처분의 동일성이 유지되는 한도 내에서만 인정될 수 있다는 점을 기본적인 출발점으로 하여 처분의 유형이나 원고의 동의 여부와 관련된 처분사유의 추가·변경 허부에 관한 사건을 밝혀보고자 한다.

(1) 기속행위와 재량행위에서 처분사유 추가·변경의 허부

기속행위와 재량행위는 처분요건이 모두 충족되었을 때 그 주문에 해당하는 처분이 기속적으로 내려질 수밖에 없으나, 행정청의 재량판단이 더 고려되느냐의 차이가 있으므로 추가·변경할 수 있는 처분사유의 범위나 소송 중에 피고가 처분사유를 추가·변경하는 것에 대해 엄격할 것인지 관대할 것인지에 대한 온도 차이가 있을 수밖에 없다. 그러나 이러한 차이를 들어 기속행위인가 재량행위인가를 일부러 나누어서 처분사유의 추가·변경 허부에 대한 다른 기준을 적용할 필요는 크지 않다고 생각한다. 기속행위와 재량행위의 구별이 실제에서 쉽지 않다는 점도 이유가 될 것이다.

이와 관련하여 기속행위에서 재량행위로의 처분사유 추가·변경을 하거나, 기속행위라고 생각하여 재량권을 행사하지 않았던 당초처분에 대하여 취소소송에 이르러 비로소 재량행위로서 재량고려사유에 비추어 당초의 처분이 적법하였음을 주장하는 것이 가능한가가 문제 되는데,²⁸⁵⁾ 이 부분에 대해서

²⁸⁵⁾ 이와 관련하여 다루고 있는 글을 소개하면, 이용우, '추가·변경된 처분사유로서 기속사유와 재량사유의 구분', 행정관례연구, 제25권 제2호, 2020은 대법원 2019. 10. 31. 선고 2017두74320판결에 대해 기속행위로 인정되는 처분사유로

는 두 단계로 나누어 보아야 할 것이다. 먼저 당초처분이 기속행위인지 재량 행위인지는 당초처분의 근거 법령에 의하여 정해지는 것이지 피고의 주장으로 바뀌는 것이 아니라는 전제하에 만약 피고가 처분의 기초가 된 사실관계에서 당연히 적용될 근거 법령 규정을 간과하였던 것이라면 이는 위법사유로 의율될 것이고, 근거 법령이나 처분사유를 추가·변경하여 행위의 성질을 바꿀 수 있는 것이 아니다. 그리고 행정청이 만약 기속행위인 것으로 생각하고 재량을 행사하지 않았으나 소송에서 비로소 재량행위로서 재량고려사유를 주장한다면 이는 처분사유의 추가·변경의 허부는 기본적인 사실관계의 동일 여부 기준에 따르되 만약 기초한 사실관계의 기본적인 점이 동일하여 추가·변경이 허용된 경우에는 당초처분에서 재량을 불행사한 것이 위법사유로 심사되어야 한다.²⁸⁶⁾

(2) 거부처분에서 당초 거부처분의 처분사유와 무관한 새로운 거부사유의 추가·변경

처분 시에 행정청이 처분의 이유로 삼았던 사유와 동일하지 않은 다른 사유를 취소소송에서 비로소 처분사유로 삼는 것은 그러한 사유로 대상 처분의 주문과 같은 처분을 내릴 것인가 하는 행정 프로세스를 생략한 채 법원에 처분을 맡기게 되는 셈이어서 행정청의 처분이 처분 당시 위법하였는가를 사후적으로 심사하는 취소소송의 취지와 구조에 맞지 않는다. 거부처분의 경우에도 마찬가지이다. 먼저 i) 신청대상 처분의 발급요건의 일부 미충족을 이유로 한 거부처분에서는 처분사유가 미충족한 요건에 대한 것이고, 다른

당초처분을 하였다가 재량행위로 인정되는 처분사유를 소송 중에 추가·변경하는 것이 인정되는가의 쟁점에서 평석하고 있다. 그리고 이은상, 앞의 글은 처분의 근거 법령을 기속규정에서 재량규정으로 추가·변경하는 것이 허용되는가에 대하여 논의하고 있다.

²⁸⁶⁾ 박정훈, 앞의 책, 509면은 처분사유의 추가·변경이 넓게 인정되는 독일에서도 기속행위라고 생각하여 재량권을 행사하지 않았다가 소송 단계에 와서 비로소 재량행위로서 재량고려사유를 주장하는 것은 금지된다고 한다.

발급요건에 대한 부분은 행정청이 판단한 바 없으므로 처분 시의 처분사유와 동일성이 인정될 수 없다. 분쟁의 일회적 해결의 요청에 반하고, 원고는 사유만 다른 거부처분을 반복하여 받게 될 우려가 있다는 비판이 어느 정도 타당하기는 하지만 이를 취소소송에서 추가·변경할 수 있게 되면 앞서 본 바와 같이 행정청의 자율적인 행정결정의 기회가 사라지게 된다. 이를 막고 행정청의 일차적 판단권을 보장하려면 행정청이 처분 당시에 이미 일부 발급요건이 성취되지 않았다는 판단을 하였음에도 바로 거부처분을 내리지 못하고 다른 발급요건의 성취 여부도 모두 검토하여야 할 부담을 지게 되어 행정의 지연을 가져오게 된다. 행정청이 처분 신청인에게 처분요건 중 어떤 요건의 불충족을 인정하여 거부처분을 하였다면 그 특정 요건의 불충족 판단이 처분사유인 것이고, 나머지 신청요건의 충족 여부를 살펴보지 않았다면 이는 처분사유가 될 수 없다.

나아가 정보비공개 결정의 경우에는, 정보의 공개가 원칙이고 예외적으로 비공개사유가 있을 경우 공개하지 않을 수 있도록 한 공공기관의 정보공개에 관한 법률의 규정 형식상 비공개사유는 개별적이고 독립적인 것이다. 비공개사유가 모두 없을 것을 소극적 요건으로 하여 정보공개신청과 처분이 내려지는 것이 아니므로, 처분 당시 고려하지 않은 비공개사유를 취소소송에서 추가할 수는 없다. 특히 비공개결정의 경우 행정심판에서 의무이행심판으로 정보공개심판청구를 하여 모든 비공개사유에 대한 행정심판위원회의 판단을 받아 볼 수 있다는 점에서 어느 정도 구제책도 있다고 생각된다.

이같이 거부처분에서 당초 거부사유와 무관한 새로운 거부사유의 추가·변경을 허용하지 않을 근거는 다음과 같이 나누어 살펴볼 수 있다.

① 사법권과 행정권의 차이

사법과 행정은 그 본질적인 속성에서 차이가 있어,²⁸⁷⁾ 행정기관이 하는 행

²⁸⁷⁾ 사법(司法)에 대비되는 행정(行政)의 특징으로 적극적이고 형성적인 활동이라는 점을 인정할 수 있다(박군성, 앞의 책, 5면). 참고로 서원우, ‘행정권과 사법권-

정권의 행사와 법원이 행정작용에 대하여 하는 사법심사는 같은 성격의 권한 행사를 단순히 행정이 먼저 하고, 취소소송에서 법원이 다시 또 하는 단순한 선후 관계의 문제가 아니다. 취소소송에서 법원이 처분의 위법성을 심사하는 것과 달리 행정청이 처분을 하면서 행사하는 권한은 단순히 일차적 판단권이 아닌 자신의 고유의 독자적인 행정작용을 할 권한이라고 보아야 한다.²⁸⁸⁾ 특히 법원이 심사하는 행정처분 중에서는 성질상 사법작용과 유사하거나,²⁸⁹⁾ 법령의 해석적용이 주된 내용이어서 사법기관이 익숙한 행정작용도 있지만,²⁹⁰⁾ 복잡하고 전문적인 행정 분야에 관한 행정작용도 있다. 이러한 행정영역에서는 행정의 선결권을 건너뛰고 사법절차에서 행정을 최초로 논

사법권의 한계 I -', 고시계 통권 제301호, 1982. 3. 209-210면에서는 행정권과 사법권의 기능의 세 가지 차이점을 들고 있는데, 첫째 행정은 행정주체의 이니셔티브에 의하여 적극적으로 공공의 복지 실현 기타 행정이 목적으로 하는 결과 실현을 위해 행해지는 형성적 국가활동이라는 점, 둘째 행정은 일반적으로 장래를 지향하고 계속성을 가지며 전체로서 통일성을 가지지 않으면 안 된다는 점, 셋째 행정은 법률에 더 잡아 법률에 따라 행해지지 않으면 안 되기는 하지만 법률의 수권에 의한 행정이라든가 법률의 제한에 따르는 행정의 분야(국민에 대한 관계에서 행정권에 행해야 할 것이 일의적으로 확정되어 있지 않은 영역)가 아직도 광범하게 남겨져 있어 이들 분야에서는 각종 이해의 비교형량에 의한 행정권의 재량적 판단에 의거하는 경우가 적지 않다는 점이다.

288) 이러한 관점에 대해서는 행정청의 일차적 판단권을 공권력 행사주체의 권리나 행정청의 권한으로 격상하게 되면 과도한 행정국가적 사고방식의 근거가 되고 행정소송은 행정의 적법성을 보장하는 장식이 되어 국민의 권리구제에 소홀하게 되는 이론적 근거가 되고 말 것이라는 우려가 있다(하명호, 앞의 글, 134-135면). 서원우, 앞의 글, 212-213면에서도 사법권 한계론에 대한 정책론적 차원의 비판론으로 같은 취지의 논거를 소개하고 있다. 그러나 기능적 권력분립을 강조하더라도 사법과 행정의 본질적 속성의 차이를 간과하면서 양 기능의 대체를 인정하기 어렵지 않나 한다.

289) 부당해고의 인정과 원직복직명령, 임금지급명령 등으로 이루어지는 노동위원회의 부당해고구제명령이 준법률행위적 행정행위인 확인 및 하명에 해당하지만, 고용계약관계에서 해고의 부당 여부를 대심적 구조의 심판을 거쳐 판정하므로 준사법(準司法)적 행정의 성격을 지닌다.

290) 예를 들면 징계처분을 들고 있고, 제재처분도 이에 해당할 수 있을 것이나 거부처분은 인허가 등 수익적 행정처분의 발급에 관한 것이어서 사법과 친한 행정이라고 볼 수 있는지 의무이다.

하는 것이 적절하지 않다. 행정이 행정 고유의 행정작용으로서 권한 행사를 하는 것을 생략하고 소송 과정에서야 비로소 새로운 처분사유를 검토하고 소송행위로 이를 주장하여 새로운 처분사유가 법원의 심사를 받아 인정되는 것은 결국 사법이 행정을 대체하는 결과를 초래한다. 사법은 행정에 대하여 책임을 지지도 않을뿐더러 무엇보다 행정에 대한 최종적인 통제수단이라는 점에서 직접 행정 기능을 수행하는 것은 바람직하지 않다.

② 거부처분 취소소송의 의무이행소송화에 대한 우려

독일의 다수견해와 판례가 우리 취소소송의 실무보다 넓게 처분사유 추가·변경을 인정하고, 일본에서도 특히 거부처분의 경우 처분사유 추가·변경을 인정하는 것은 독일과 일본에서는 의무이행소송이라는 소송유형을 채택하고 있다는 이유가 클 것이다. 그러나 우리 현행법은 의무이행소송을 인정하고 있지 않다. 통설은 의무이행소송을 도입할 필요성을 강조하면서 거부처분에서의 처분사유 추가·변경을 넓게 인정하여 의무이행소송이 인정되지 않고 있는 공백을 메우고, 분쟁의 일회적 해결의 도모를 기대하는 것으로 보인다. 그러나 의무이행소송은 법원의 행정 이해도가 어느 정도 검증되어야 하고, 소송수행과정에서 법원에 대하여 행정의 상황과 필요성을 법관이 충분히 이해할 수 있도록 주장할 수 있는 전문인력이 행정기관에 확보되어 있을 것을 필요로 한다.²⁹¹⁾ 거부처분에서의 처분사유 추가·변경을 처분사유로 삼지 않은 거부사유에까지 확장하면 사실상 거부처분 취소소송을 의무이행소송과 같이 운용하게 되므로 의무이행소송을 허용하고 있지 않은 현행법 체계에서는 받아들이기 어렵다.

²⁹¹⁾ 의무이행소송의 허용 문제에 관하여 본문에서 언급한 부정의 근거 외에 사법권 한계론의 입장에서 부정하는 근거에 대하여는 서원우, ‘행정권과 사법권-사법권의 한계 II-’, 고시계 통권 제302호, 1982. 4. 155-157면 참조; 의무이행소송은 판단기준시가 판결시이므로 거부 당시 적법하였던 거부결정에 대해서도 사후 사정변경이 있는 경우 행정청에의 신청 절차 없이 소송에서 의무이행판결이 선고되어 행정청의 1차적 판단권이 무시되고, 행정절차의 독자적 의미를 상실케 한다는 지적으로 박정훈, 앞의 책, 582-583면 참조.

(3) 원고의 의사를 고려한 처분사유의 추가·변경

처분권주의의 취지나 원고의 방어권이라는 측면만 본다면 원고와 피고가 합의하거나 원고가 동의하여 추가·변경하는 것은 바람직할 수도 있을 것이다. 하지만 당초의 처분사유와 별개인 처분사유를 추가·변경하는 것은 처분을 새로이 하는 것과 같은 것이지 공격방어방법을 추가하는 것과 다르다.

소송물의 범위를 이루는 처분을 주문을 중심으로 판별하고, 처분사유를 처분의 동일성을 구성하는 요소로 보지 않는 입장에서는 가능한 논의일 수 있으나, 사건과 같이 추가·변경을 처분의 동일성의 문제로 보면 원칙적으로 인정하기 어렵다. 즉 처분사유의 추가·변경은 처분의 동일성이라는 차원에서 인정되어야 하는 것이므로, 처분의 동일성의 범위와 무관하게 원고의 동의 여부로 결정할 성질의 사안이 아니다. 극단적으로 비교를 하자면 검사가 공소사실을 변경할지 새로 기소할지를 피고인과 합의하여 정할 사안이 아닌 것에 비견할 수 있을 것이다. 또한, 현실적인 면에서 원고가 신청의 대상인 인허가 수익처분을 할 처분 권한이 있는 피고와 재판권이 있는 법원 앞에서 처분을 받고 재판을 받는 입장인 원고가 처분사유의 추가·변경에 대하여 순수하게 자신의 자의나 실익만을 고려하여 동의 여부를 결정할 수 있을지도 의문이다. 결정과 결과에 대한 책임을 원고에게 전가하는 것이 될 수도 있다.

(4) 분쟁의 일회적 해결의 가치

처분사유의 추가·변경 허부 범위를 넓히는 것을 분쟁의 일회적 해결이라는 관점에서 적극적으로 고려할 필요가 있는가. 처분사유의 추가·변경을 넓게 허용하면 일단 소송이 종결되고 다시 재처분으로 할 처분사유도 소송에서 다투어지게 되므로 거부처분 취소소송의 심판 대상 범위가 확장되는 결과가 된다. 그로 인해 평균적으로 취소소송에 소요되는 기간은 길어지고, 법원의 부담도 가중되며, 그 결과 당사자가 부담하는 재판 비용도 높아질 것이다. 또한, 처분사유는 행정청이 처분의 적법성 인정을 위하여 추가·변경하

는 것이니만큼 처분사유 추가·변경이 넓게 허용될수록 취소소송의 평균 인용률은 낮아질 것이다. 거부사유를 달리한 거부처분을 반복하여 받게 될 원고의 불편을 해소하고 분쟁의 일회적 해결을 도모하는 것이 이러한 단점을 모두 상쇄시킬 수 있는가에 대해서도 고려할 필요가 있다.

(5) 기본적 사실관계의 동일성 기준의 검토

취소소송과 형사소송의 구조상 유사함과 공소제기와 처분이 심판 대상을 결정하는 역할을 한다는 점을 고려하면 취소소송에서 처분사유의 추가·변경 허부의 기준은 ‘처분사유의 기본적 사실관계의 동일성’을 기준으로 삼을 수 있을 것이다. 그러나 판례가 처분사유의 추가·변경이 문제된 구체적 사안에서 기본적 사실관계의 동일성 기준을 적용한 결과는 다소 협소하다고 평가할 수 있다. 즉, 대법원은 추가 또는 변경된 사유가 당초처분 시 그 사유를 명기하지 않았을 뿐 처분 시에 이미 존재하고 있었고, 당사자도 그 사실을 알고 있었다고 하여 당초 처분사유와 동일성이 있는 것이라 할 수 없다고 하는데,²⁹²⁾ 당초 제시한 처분이유에 너무 구속될 필요는 없다고 생각된다. 이러한 대법원의 기준은 이유제시 의무의 취지를 고려하면 타당한 것이라고 할 수도 있고, 취소소송이 행정청의 처분에 대하여 사후적으로 위법성 심사를 하는 것이므로 처분 당시 처분사유로 삼지 않았던 사유는 당해 취소소송에서 심리의 대상이 될 수 없음이 원칙이라고 할 수도 있을 것이다. 그러나 처분서에 처분이유로 제시되지 않았어도 그 처분이 내려지기까지의 행정절차나 처분에 대한 이의신청 등의 과정을 볼 때 처분사유로 삼은 것임을 알 수 있다면 처분의 취소소송에서 심사를 받을 처분사유로 인정될 수 있다.²⁹³⁾

292) 대법원 2003. 12. 11. 선고 2001두8827 판결 등.

293) 이유제시의무의 충족 여부 판단에 있어 처분서에 기재된 내용과 관계 법령 및 당해 처분에 이르기까지의 전체적인 과정 등을 종합적으로 고려하여, 처분 당시 당사자가 어떠한 근거와 이유로 처분이 이루어진 것인지를 충분히 알 수 있어서 그에 불복하여 권리구제절차로 나아가는 데에 별다른 지장이 없었던 것으로 인정되는 경우에는 처분서에 처분의 근거와 이유가 구체적으로 명시되지 않았다

특히 법원이 처분의 위법성을 심사하는 것이니만큼 당초 처분사유와 기본적인 사실관계의 동일성이 인정되는가에 있어서는 규범적인 요소를 크게 고려할 필요가 없다고 생각한다. 행정청이 법령을 잘못 적용하였다면 이는 위법 판단에서 고려되어야 하는 내용이기 때문이다. 처분의 구성요소인 처분사유는 처분청이 처분 당시 인식한 사실상의 기초와 이에 대해 행정청이 실제로 적용하였거나 할 수 있었던 법령상의 근거까지 인정할 수 있을 것이다.

(6) 행정절차에서의 통제와 사법통제의 균형

그렇더라도 처분사유의 추가·변경은 처분의 동일성이 유지되는가의 관점에서 살펴보아야 하므로 기본적인 사실관계의 동일성 기준을 너무 완화하여 추가·변경 허용 범위를 확장하는 데 얼마일 필요는 없다고 생각한다. 특히, 기속력과 관계에서도 기속력의 객관적 범위가 좁아지는 것을 우려하여 이를 위해 취소소송에서 처분사유의 추가·변경을 의도적으로 넓게 허용할 필요는 없다. 처분사유 추가·변경 허부는 처분의 동일성이라는 관점에서 먼저 결정되어야 하고, 기속력의 범위가 결정되는 것은 수반되는 결과이기 때문이다. 실제에서도 취소소송에서 추가·변경이 허용되지 않은 처분사유라고 하여 모두 재처분으로 실현되는 것은 아니다. 취소판결 후 행정청이 새로 처분을 하기 위해서는 처분을 내리기 위한 내부적 절차와 형식을 밟고 갖추어야 하고, 또 내리는 처분의 새로운 기준시의 법령상 기준에 맞아야 그러한 사유가 처분사유로 사용될 수 있기 때문이다. 또한 행정절차법상 이유제시의 의무를 부과한 취지 및 그 실효성을 확보할 필요가 있다는 점 등을 고려하면 취소소송에 와서야 비로소 처분사유가 새로 추가되고 검토되는 것에 대해서 너무 경계를 풀게 되는 결과도 주의하여야 한다.

고 하더라도 이유제시의무를 위반하여 처분을 취소하여야 할 위법사유라고 보지 않는 판례의 태도(대법원 2009. 12. 10. 선고 2007두20348 판결 등)를 고려하면 이유제시의무의 판단 기준도 처분 시에 제시된 이유에 한정되지 않는 것으로 보이므로 제시된 이유에 명시되어 있지 않아도 처분사유로 삼았음이 명백한 처분사유는 심판의 대상 범위에 포함할 수 있을 것이다.

이처럼 처분의 동일성이라는 관점에서 처분사유 추가·변경 허용을 결정하면 다른 견해들에 비하여 그 범위가 정하면 좁아지고, 기속력의 범위도 제한되어 그 결과 취소판결에도 불구하고 원고에게 불이익한 처분이 반복될 것이 우려되는 것은 사실이다. 그러나 이는 행정절차를 보완하여 행정절차적 통제를 통해 어느 정도 해결할 수 있고, 또 그것이 더 바람직하다. 예를 들면 지금은 판례가 처분이유 제시의무의 준수 여부는 처분서에 기재된 내용뿐만 아니라 관계 법령 및 당해 처분에 이르기까지의 전체적인 과정 등을 종합적으로 고려하고 있는데, 그 기준을 더 엄격하게 해석함으로써 행정청으로 하여 처분 시 이유제시를 충실하게 하게끔 유도할 수 있을 것이다. 거부처분에 대해서도, 행정처분의 성격이나 행정 분야의 성격을 고려할 때 행정청에 큰 부담을 지우지 않는 범위에서 신청 대상인 처분의 처분요건 전부에 대해 충족 여부를 이유로 제시할 것을 의무 지우는 것을 도입하는 것도 고려할만하다. 이러한 입법이 어렵다면 처분의 상대방에게 처분에 대한 이의신청이나 질의를 통해 거부처분의 이유로 제시되지 않고 누락된 다른 발급요건의 성립 여부에도 행정청이 답변을 하게 하고, 이러한 방식으로 상대방에게 고지된 다른 발급요건의 성립 여부에 대한 처분청의 입장도 제시된 거부사유와 함께 거부처분 취소소송에서의 심판 대상 범위로 인정하는 것 등의 방안을 통해 보완할 수 있을 것이다.

제4절 처분의 위법 여부에 대한 판결 주문의 효력

1. 서설

(1) 취소소송의 판결의 효력

취소소송에서의 판결도 일반적인 소송의 판결로 효력이 인정된다. 취소소송의 판결의 종류와 효력에 대해서 통설은 취소소송의 판결은 형성력과 기

판력, 그리고 인용판결인 취소판결은 기속력을 갖는다고 설명하고, 그 근거 규정으로 형성력은 행정소송법 제29조 제1항을, 기속력은 동법 제30조를, 기판력은 동법 제8조에 의하여 원용되는 민사소송법을 근거로 든다. 이에 대해서는 행정소송법 제29조의 대세적 효력과 제30조 제1항의 기속력의 반복금지효를 모두 기판력으로 소송물에 대해 인정되는 효력으로 설명하기도 한다.²⁹⁴⁾ 이처럼 취소소송의 판결의 효력의 유형과 성질에 대하여는 논란이 있으므로 기속력을 중심으로 취소소송의 판결의 효력을 검토하는 것은 제5절에서 다루기로 하고, 이 절에서는 민사소송법상의 기판력으로 보는 데 이견이 없는, 처분의 위법 여부를 판단한 판결 주문이 가지는 효력을 먼저 살펴보고자 한다.

(2) 기판력의 의미와 작용면

1) 기판력과 판결 주문

‘기판력’이란 민사소송법에서 인정되는 판결의 효력으로서,²⁹⁵⁾ 확정된 판결에 부여되는 구속력이다. 기판력은 민사소송에서만만의 고유한 효력은 아니고, 소송제도의 취지상 소송에서 확정된 중국판결의 내용에 필연적으로 인정되는 구속력이라고 할 수 있다. 판결이 확정되면 중국판결에서 청구에 대한 판결내용은 당사자와 법원에 대하여 새로운 기준(規準)으로서의 구속력을 갖는데, 판결이 내려진 소송에서와 동일한 사항이 뒤에 문제 되어도 당사자는 확정된 중국판결의 내용에 반하여 이를 되풀이하는 소송을 할 수 없고(불가쟁(不可爭)), 법원도 이를 다시 재심사하여 확정된 중국판결의 내용과 모순·저

²⁹⁴⁾ 박정훈, 앞의 책, 434-469면.

²⁹⁵⁾ 민사소송법 제216조, 제218조에서 기판력의 객관적, 주관적 범위를 규정하고 있다. 행정소송법 제8조 제2항에 의해 민사소송법상 기판력도 취소소송에 인정된다. 형사소송법에는 기판력에 대한 명시적인 규정은 없지만, 형사재판이 확정되면 판단내용도 확정되는바 일사부재리의 원칙을 이러한 실체적 확정력의 외부적 효력인 기판력으로 설명하는 것이 통설이다.

촉되는 판단을 할 수 없다(불가반(不可反)).²⁹⁶⁾

민사소송법상 기판력은 그 객관적 범위가 판결 주문에 포함된 것으로 한정되어 있는데,²⁹⁷⁾ 민사소송 판결의 주문 자체에는 구체적인 내용이 없어 ‘주문에 포함된 것에 한하여 기판력이 미친다’는 의미는 판결의 결론 부분 즉 소송물인 권리관계의 존재 또는 부존재에 관한 판단에 대해 기판력이 인정되는 것이라고 이해된다.²⁹⁸⁾ 따라서 기판력의 객관적 범위는 판결 주문이고, 이는 곧 소송물이라는 등식이 인정되는 것이다.²⁹⁹⁾ 그렇다면 기판력이 생기는 사항을 판단하기 위하여는 판결 이유도 참작하여야 한다. 기각판결에서는 ‘원고의 청구를 기각한다’라는 주문만으로는 어떤 청구를 하였다가 기각된 것인지 알 수 없으므로 판결이유를 통해 소송물인 권리관계를 파악하여야 한다. 인용판결의 경우에도, 예를 들어 금전지급채권의 이행을 명한 경우 만족을 얻게 된 그 채권이 어떤 원인에 기한 채권인가는 판결 이유를 통해 파악하여야 하기 때문이다.³⁰⁰⁾

이를 취소소송에서의 판결의 기판력의 객관적 범위의 판단 방법에 대입시켜 보면, 취소소송의 판결의 주문에는 원고의 청구를 기각하거나 대상 처분을 취소한다는 내용만 나타나지만, 이는 소송물인 처분의 위법 여부에 대한 판단과 직결되므로,³⁰¹⁾ 민사소송에 비하여 판결이유를 더 살펴볼 필요가 거

296) 이시윤, 앞의 책, 627면.

297) 민사소송법 제216조 제1항은 확정판결은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력을 가진다고 규정하고 있다.

298) 이는 본안판단의 경우를 전제한 것으로 소각하판결의 경우에는 소송요건의 흠결에 관한 판단에 기판력이 미친다. 이시윤, 앞의 책, 649면.

299) 이시윤, 앞의 책, 649면; 이러한 등식은 판례에서도 인정되고 있는데 확정판결의 기판력은 그 판결의 주문에 포함된 것, 즉 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론 그 자체에만 미치는 것이고 판결이유에서 실시된 그 전제가 되는 법률관계의 존부에까지 미치는 것은 아니라고 한다. 대법원 2000. 2. 25. 선고 99다55472 판결 등.

300) 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 805면.

301) 예외적으로 사정판결의 경우에는 처분의 위법 여부에 대한 판결 결론부분과 처분의 취소 여부에 대한 주문은 일치하지 않지만, 행정소송법 제28조 제1항에 따라 사정판결의 주문에는 그 처분이 위법함을 함께 명시하므로 이 부분에 기판

의 없다. 주문이자 소송물인 처분의 위법 여부의 판단이 바로 기판력을 가진다.

2) 기판력의 작용면

이러한 기판력에 대해서 민사소송법에서는 당해 소송보다도 뒤의 후속 소송에서 법원 및 당사자에 대한 구속력으로서 문제 된다고 설명한다.³⁰²⁾ 민사소송에서 기판력을 후소(後訴)에 대한 효력으로 설명하는 이유는 사실관계에 대한 분쟁이 바로 법원의 민사재판으로 이행되는 민사소송에서는 동일한 사실관계에 대하여 재차 발생하는 분쟁도 또 민사재판이기 때문이다. 따라서 민사소송에서 기판력은 전소(前訴)와 후소(後訴)의 관계에서 문제 된다.³⁰³⁾

기판력이 후소와의 관계에서 작용하는 장면은 ① 전소와 후소의 소송물이 같을 때, ② 전소와 후소의 소송물이 같지는 않지만, 전소의 소송물이 후소의 선결문제로 되어 있을 때, ③ 후소가 전소의 기판력 있는 법률관계와 정면으로 모순되는 반대관계에 있을 때이다.³⁰⁴⁾ 이 중에서 ②의 관계를 선결관계, ③의 관계를 모순관계라고 한다.

취소소송의 경우에는 취소소송이 제기되어 확정판결이 내려진 처분과 동일한 처분에 대하여 취소소송이 다시 제기되면 ①의 관계로 전소의 기판력이 작용하겠지만 실제로 이러한 후소가 제기되는 경우는 거의 없다. 취소소송의 확정판결의 결론 부분이 기판력을 미칠 수 있는 경우는 같은 항고소송인 무효확인소송이 후소로 제기되거나, 또는 대상 처분의 위법 여부가 다른 민사소송이나 형사소송에서 선결문제인 경우이다. 후자는 판결이 내려진 취소소

력이 인정된다고 보아야 한다.

302) 이시윤, 앞의 책, 627면.

303) 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 782면은 기판력은 전소의 확정판결에서 판단된 권리법률관계가 후소에서 다시 문제된 때에 후소에 대하여 비로소 작용한다고 하면서 그러나 후소가 제기되지 않고, 당사자 사이에 사법상으로 작용하는 면도 없지 않다고 설명하고 있다.

304) 이시윤, 앞의 책, 630-633면.

송과 후소인 무효확인소송, 민·형사소송과 사이에서 ②의 선결관계가 성립하는 경우이다. 이에 대해서는 먼저 소송유형이 다른 소송에도 기판력이 미치는가에 대한 의문이 있을 수 있다. 이에 대해 항고소송을 권리주체자 간의 소송인 민사소송이나 당사자소송과 본질적으로 구별할 수 있는 이상, 항소소송의 판결의 효력이 기판력으로서 민사소송인 국가배상청구소송에 그대로 미친다고는 볼 수 없다는 견해도 있다.³⁰⁵⁾ 그러나 학설은 대체로 소송유형이 다름에도 불구하고, 취소소송이 확정판결이 국가배상청구소송에 기판력이 미칠 수 있다는 전제하에서 취소소송의 확정판결이 국가배상청구소송에 기판력을 미칠 수 있는가는 취소소송에서 판단할 위법성이 국가배상청구소송에서 판단할 위법성과 같은 것인가, 다른 것인가에 따라 결정되는 것으로 판단하고 있다.³⁰⁶⁾

또한, 이러한 선결문제에 대한 전제 논의로서 행정법원이 아닌 민·형사법원이 처분의 위법성을 심판할 수 있는가, 즉 행정법원만이 처분의 위법성을 심판할 수 있는 것은 아닌가의 의문도 제기될 수 있다. 그러나 법원의 종류와 조직에 관한 우리 법제에 의하면 행정법원은 대법원 산하의 전문법원으로 행정소송법상 행정사건과 다른 법률에 따라 행정법원의 권한에 속하는 사건의 제1심을 심판하고, 행정소송뿐만 아니라 민사·형사소송 모두 상고사건은 대법원이 심판한다. 따라서 처분의 위법성 심판에 대한 행정법원의 배타적 재판권은 인정될 수 없고 민·형사소송의 수소법원은 행정행위의 위법성을 심리·판단할 수 있다고 본다.³⁰⁷⁾

305) 서원우, ‘취소소송판결의 국가배상소송에 대한 기판력’, 고시계 1987. 11. 170면
은 이러한 견해를 기판력무관계설이라고 칭하는데, 기판력무관계설의 입장에서
는 기판력의 객관적 범위의 확정 따위의 문제가 제기되지 않을 뿐 아니라 양
소송에 있어서 위법성 판단이 다르더라도 애당초 별개의 행위규범의 위반이 논
해지는 것인 이상 지장도 없는 것으로 본다 고 한다.

306) 이는 취소소송의 소송물이 처분의 위법성 일반이라는 전제에서 기판력이 미치는
가를 논의하는 것으로, 일본에서는 취소소송의 소송물을 개개 위법사유로 보
면서 소송물과 기판력의 대상이 일치하지 않는다고 보거나, 기판력이 아닌 쟁점
효로서 미치는 것이라고 보는 견해도 있다. 박균성, ‘국가배상소송에 대한 취소
소송 판결의 기판력’, 고시계 1995. 7. 107-109면.

그렇다면 취소소송에서 처분의 위법성에 관하여 확정판결이 민·형사소송에 선결관계로 기판력을 미칠 수 있는가의 문제로 돌아와, 행정행위의 위법 여부나 유효 여부를 민·형사소송의 수소법원이 판단할 수 있는지를 살펴 보고자 한다. 이 문제는 대체로 행정행위의 공정력과 관련하여 선결문제로 논의하고 있으므로, 목차를 바꾸어 선결문제에 대해서 먼저 살펴보기로 한다. 그리고 그다음에 행정행위의 위법성(적법성)이 법률요건인 민사소송과 행정행위의 위법성(적법성)이 범죄구성요건인 형사소송을 나누어 취소소송의 확정판결이 민·형사소송에 기판력을 미칠 수 있는지를 검토하고자 한다.

2. 공정력과 선결문제

행정행위의 성립에 하자가 있는 경우에도 그것이 중대·명백하여 무효로 인정되는 경우가 아니면 권한 있는 기관에 의하여 취소되기 전까지 유효한 것으로 통용되는 잠정적 효력을 공정력이라고 한다.³⁰⁸⁾ 이와 관련하여 권한 있는 기관에 의하여 행정행위가 취소되지 않았는데, 항고소송의 관할법원이 아닌 다른 법원이 본안판단을 위하여 선결문제인 행정행위의 유효 또는 위법 여부를 스스로 심판할 수 있는가의 문제가 선결문제이다. 이 같은 전통적 견해에 대해 최근에는 공정력과 구성요건적 효력을 구별하여 구성요건적 효력은 다른 행정기관과 법원이 결정을 함에 있어 행정행위의 존재와 효과를 인정하고 내용에 구속되는 효력이라고 설명하는 견해가 유력하다. ³⁰⁹⁾ 이 견해에 따르면 선결문제는 공정력의 문제가 아닌 구성요건적 효력의 문제가 된다. 그러나 선결문제와 기판력에 대해 공정력의 문제로 보는 것과 결론에 있어 차이가 나는 것은 아니다.³¹⁰⁾

307) 박정훈, [행정법연구 1] 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2010, 352면.

308) 김동희/최계영, 행정법 I, 제26판, 박영사, 2021, 329면.

309) 김남진/김연태, 앞의 책, 287-292; 박균성, 앞의 책, 122-133면; 홍정선, 앞의 책, 249-256면 등.

310) 김동희/최계영, 앞의 책, 337면.

선결문제에서는 ① 행정행위의 효력을 부인하는 것이 선결문제인 경우와 ② 행정행위의 위법성을 확인하는 것이 선결문제인 경우를 구분하는데, ①의 경우 중에 i) 행정행위가 무효이고 행정행위의 효력을 부인하는 것이 선결문제이면, 항고소송이 아니어도 수소법원은 행정행위의 무효를 심판할 수 있다. 행정행위가 무효이면 공정력이 인정되지 않고 누구든지 행정행위의 무효를 주장할 수 있으며 법원도 무효임을 확인할 수 있기 때문이다.³¹¹⁾ 행정소송법 제11조도 처분등의 효력 유무 또는 존재 여부가 민사소송의 선결문제일 때, 당해 민사소송의 수소법원이 이를 심판할 수 있다고 규정하고 있다. 다음으로, ii) 행정행위의 하자가 중대·명백하지는 않아 무효가 아닌데 행정행위의 효력을 부인하는 것이 선결문제이면, 공정력과 취소소송의 배타적 관할 원칙에 따라 수소법원은 그 행정행위의 무효를 판정할 수 없다.³¹²⁾ 마지막으로 iii) 행정행위의 효력을 부인하는 것이 선결문제인데 행정행위가 취소소송의 확정된 취소판결로 취소되었다면, 취소판결의 효력에 따라 행정행위가 소급적으로 소멸하였으므로 수소법원은 행정행위의 무효나 부존재를 인정할 수 있다. 이는 확정된 법률관계의 문제이지 결과적으로는 선결문제도 아니다. 이처럼 행정행위의 효력을 부인하는 것이 선결문제인 경우는 결론에 크게 이견이 없지만, ② 행정행위의 위법성을 확인하여야 하는 경우는 그렇지 않다.

이 글에서는 취소소송의 판결이 내려진 상황을 전제로 그 판결의 기판력이 민·형사소송의 선결문제에 작용할 수 있는가를 논의하고자 하므로 민·형사소송의 수소법원의 심판권 문제보다는 민·형사소송에서 처분의 위법성을 확인하는 것이 선결문제인 선결관계 유형을 파악하는 것이 더 문제가 된다. 그리고 취소소송에서의 처분의 위법성과 민·형사소송에서 심판하여야 하는 처분의 위법성이 과연 같은 것인가의 문제도 살펴보아야 한다. 이에 대해서 민사소송과 형사소송을 나누어 살펴보고자 한다.

³¹¹⁾ 박균성, 앞의 책, 129면.

³¹²⁾ 김동희/최계영, 앞의 책, 333면.

3. 민사소송에서의 선결문제와 기판력

(1) 처분의 위법성이 선결문제인 민사소송

민사소송으로 처분의 위법성이 선결문제가 되는 경우는 국가배상청구소송이다. 공무원이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입힌 경우, 국가나 지방자치단체가 국가배상법 제2조에 따라 그 손해를 배상할 책임이 있는데, 피해자가 국가나 지방자치단체에 이러한 손해 배상을 청구하는 국가배상청구소송은 실무상 민사소송으로 인정되고 있다.³¹³⁾ 국가배상청구소송에서 처분의 위법성이 선결문제가 되는 경우는 그 처분 자체가 손해배상청구소송에서의 불법행위처럼 법령을 위반한 직무집행 행위여야 한다. 공무원이 처분을 함에 있어 수반된 다른 행위가 국가배상청구소송에서의 불법행위로 지목된 경우에는 처분의 위법성이 선결문제가 아니다. 처분 자체로 인한 손해의 배상을 주장하는 국가배상청구소송에서 처분의 위법성이 선결문제가 된다.

(2) 국가배상책임요건인 위법성의 의미

처분의 위법성이 국가배상청구소송에서의 선결문제가 된다면 처분의 위법성과 국가배상청구소송에서의 위법성이 같아야 한다. 근거 법령이 다르고, 취소소송과 국가배상제도의 취지가 다르며, 법 영역이 다른 이상 용어가 같다고 해서 법률요건으로서의 의미가 동일하다고 단정할 수 없기 때문이다. 이를 판단하기 위해서는 먼저 국가배상책임의 요건인 위법성의 개념을 고찰할 필요가 있는데, 국가배상책임에서 위법성은 그 의미에 대한 이해가 일치

³¹³⁾ 국가배상청구소송의 소송유형에 대하여 학설은 국가배상책임의 원인이 되는 행위가 공행정작용이라는 점과 국가배상책임의 문제는 공익의 문제라는 점에서 국가배상책임은 사법상 불법행위책임과 성격을 달리하고, 국가배상청구소송은 당사자소송으로 인정되어야 한다고 보는 것이 다수인 것으로 보이나, 판례는 일관되게 국가배상청구소송을 민사소송으로 보고 있다.

되어 있지 않다.

먼저 국가배상책임에서의 위법성에 대해 학설은 결과불법설, 행위위법설, 상대적위법성설 등으로 나뉜다. 결과불법설은 가해행위의 결과인 손해의 불법으로 보는 견해로, 손해의 공평 부담을 이념으로 하는 민법상 손해배상책임에서와 같이 결과적으로 시민법상의 원리에 비추어 그 손해가 수인되어야 할 것인가의 여부가 기준이 된다.³¹⁴⁾ 행위위법설은 위반하는 법규범의 범위를 어떻게 보느냐에 따라 협의의 행위위법설과 광의의 행위위법설로 다시 나뉜다. 협의의 행위위법설은 항고소송에서의 위법성과 마찬가지로 행위 그 자체가 객관적 법규범에 합치하지 않는 것으로 이해하고, 광의의 행위위법설은 행위 자체의 법 위반뿐만 아니라 행위 태양이나 방법의 위법 즉 공무원의 직무상 손해방지의무 위반을 포함하는 개념으로 본다.³¹⁵⁾ 상대적 위법성설은 국가배상법상의 위법성을 행위 자체의 위법 여부뿐만 아니라 피침해이익의 성격과 침해의 정도 및 가해행위의 태양을 종합적으로 고려하여 행위가 객관적으로 정당성을 결여한 경우를 의미한다고 본다.³¹⁶⁾

판례의 입장은 명확하지 않은데, 우리 대법원이 국가배상법상 위법성을 판단한 판시 내용을 보면 일관되게 한 학설의 입장에서 이를 판단하는 것이 아니라 위법성의 판단 기준으로 적용되는 몇 가지 기준들을 두고 개개 사건에서 각각 따로 적용하는 듯하다. 일단 판례는 국가배상책임의 성립요건으로서의 법령 위반의 의미에 대하여 대체로 ‘엄격한 의미의 법령 위반뿐만 아니라 인권존중, 권력남용금지, 신의성실, 공서양속 등의 위반도 포함하여 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있음을 의미한다’고 판시하여 행위위법설, 특히 광의의 행위위법설의 입장에 있는 것으로 보인다.³¹⁷⁾ 그런데 최근의 판례 중에는 취소소송에서 위법성이 인정되어 취소판결이 확정된 경우에도

314) 박균성, 앞의 책, 722면.

315) 박균성, 앞의 책, 723면.

316) 박균성, 앞의 책, 723면.

317) 이러한 입장에서 한 판결로는 대법원 2002. 5. 17. 선고 2000다22607 판결, 대법원 2000. 11. 10. 선고 2000다26807, 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다70180 판결, 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다64365 판결 등.

객관적 정당성이 상실되지 않았다는 이유로 국가배상책임을 부인하는 등 위법성을 판단함에 있어 상대적 위법성설을 지지한 것처럼 보이는 판례들이 있다. 이러한 판례에 따르면 어떠한 국가작용이 국가배상법상 위법하기 위해서는 그것이 법령상의 기준과 원칙에 반하는 것만으로 위법하다고 인정되지 않고, 그 국가작용이 사회통념상 용인될 수 없을 정도로 객관적 정당성을 결여한 점이 인정되어야 한다고 한다.³¹⁸⁾ 판례가 말하는 객관적 정당성의 상실이 국가배상책임의 요건 중 위법성을 판단하는 기준인지, 과실에 대한 것인지는 분명하지 않다.³¹⁹⁾

(3) 위법성의 이동(異同)과 기판력의 인정 여부

우리 판례는 국가배상책임의 위법성을 취소소송에서의 위법성과 같이 보지 않고 국가배상책임의 성립에 전소의 기판력을 원용함 없이 독자로 국가배상책임 여부를 판단하고 있다.

국가배상책임에서의 위법성은 고의·과실과 별개의 요건이고, 국가배상제도의 공법상 의미를 고려하면 그 요건으로서의 위법성은 행위위법설로 판단하는 것이 타당하다. 그리고 이와 같이 국가배상책임의 위법성을 행위위법설로 파악하면,³²⁰⁾ 취소소송의 위법성과 국가배상청구소송의 위법성은 그 성격

318) 이러한 입장에서 한 판결로는 대법원 2000. 5. 12. 선고 99다70600 판결, 대법원 2009. 5. 28. 선고 2006다16215 판결, 대법원 2003. 12. 11. 선고 2001다65236 판결 등.

319) 국가배상책임에서 판례상 인정되는 ‘객관적 정당성의 상실 요건’의 의미 및 문제점에 대해서 검토하고 있는 글로 박정훈, ‘국가배상법의 개혁-사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로-’, 행정법연구 제62호, 행정법이론실무학회, 2020, 31-46면, 최계영, ‘처분의 취소판결과 국가배상책임’, 행정판례연구, 제18권 제1호, 한국행정판례연구회, 2013, 173-282면 및 289-292면, 박현정, ‘헌법개정과 국가배상책임의 재구성-과실책임제도에 대한 비판적 검토를 중심으로’, 사법 제1권 제42호, 사법발전재단, 2017, 155-159면, 이윤정, ‘공무원의 불법행위로 인한 국가배상책임의 본질 및 요건에 대한 재검토’, 강원법학 제47권, 강원대학교 비교법학연구소, 2016. 2. 466-467면 참조.

320) 국가배상책임에서의 위법성을 결과불법설이나 상대적 위법성설에 따라 파악하

이 일응 일치한다고 볼 수 있다.³²¹⁾ 취소소송의 소송물을 처분의 위법성 일만으로 인정하는 이상, 전소인 취소소송에서 판결로 확정된 처분의 위법함은 그 자체에 대해 처분으로 인한 손해의 배상을 구하는 국가배상청구소송을 구속하여야 한다. 판결의 모순이나 저축을 방지하고, 법질서의 통일을 기할 수 있으며, 당사자의 사법 신뢰를 고려하고, 행정소송법 제10조에서 병합소송을 규정한 취지등에 비추어 이를 전혀 무관하게 볼 수 없고 연계하여 인정되는 것이 자연스럽다. 다만 일정 범위에서 하자의 치유도 인정되고, 절차의 하자도 위법사유로 포함하며, 위법성의 인정 결과가 일의적으로 처분의 전부 취소만 인정되는 취소소송에서의 위법성이, 과실 상계 등으로 책임의 강약을 조절할 수 있는 국가배상책임의 위법성과 그 양(量)적 범위에서도 일치한다고 볼 수 있는지는 의문이 있다. 양자의 이(異)와 동(同)을 명확하게 정의하기는 어렵지만, 양자의 양적 차이는 인정할 수 있다고 생각된다.

결론적으로 취소판결의 대상인 처분에 내재한 위법성이 국가배상청구소송의 위법성을 성립시킨다는 점은 부인할 수 없고 이를 확인한 취소판결(인용판결)의 기판력은 대상 처분의 위법성을 요건으로 하는 국가배상청구소송에 미친다. 하지만 기각판결의 경우에는 국가배상청구소송에서 적법성에 대해 기판력이 작용한다고 보기는 어렵다고 생각된다.³²²⁾

면 취소소송에서의 위법성과 개념의 동일성을 인정하기 어렵다. 취소소송의 판결의 기판력이 문제되는 국가배상청구소송은 행위 자체의 위법이 문제되는 경우이고 행위의 집행 방법상의 위법이 문제되는 경우는 지목되는 불법행위가 달라 기판력의 문제가 되지 않을 것이므로 기판력의 인정 여부와 관련하여서는 광의의 위법의 대상이 다를 것이므로 행위위법설 중에서 광의의 행위위법설을 취하더라도 위법성의 동일성을 인정할 수 있다.

321) 국가배상책임에서의 위법성과 취소소송에서의 위법성이 동일하다고 인정하는 견해로, 박현정 앞의 글, 159-160면, 정남철, 앞의 글, 119면, 안동인, ‘국가배상청구소송의 위법성 판단과 객관적 정당성 기준’, 행정법연구 제41호, 행정법이론 실무학회, 2015, 39면 등.

322) 기각판결에 대해서는 기판력을 부인하는 견해로 김동희/최계영, 앞의 책, 781면; 홍준형, 앞의 책, 612면 등.

4. 형사소송에서의 선결문제와 기판력

(1) 형사소송에서의 선결문제의 유형

선결문제에서는 행정처분의 적법 여부나 효력 유무가 선결문제가 된다. 그런데 형사소송에서 처분의 효력 유무나 적법 여부가 문제 되는 상황은 처분의 위법성이나 처분의 무효 그 자체가 법률요건이 되는 민사소송에서보다 훨씬 복잡한 양상으로 나타난다. 즉, 구성요건에 따라서 처분의 효력이나 적법 여부의 문제가 ① 행위주체의 신분³²³⁾인 구성요건의 전제가 되기도 하고, ② 처분을 위반하는 행위가 구성요건이어서 처분이 위반의 대상³²⁴⁾이 되기도 하고, ③ 무허가행위, 무면허행위와 같이 처분의 유무가 상태³²⁵⁾나 조건인 구성요건인 경우도 있다. 다른 면에서 보면 이러한 처분의 존재 또는 유효성이 범죄성립의 적극적 구성요건인 경우도 있고 처분이 유효하게 존재하면 범죄성립을 방해하는 소극적인 구성요건인 경우도 있다. 여기에 형사법 특유의 법리로 엄격한 죄형법정주의가 요구되어 형사소송에서의 선결문제는 민사소송에서보다 복잡하게 나타난다. 따라서 이처럼 복잡한 양상의 형사소송에서의 선결문제 유형을 분류해서 취소소송에서의 확정판결의 기판력이 작용할 수 있는 선결문제에 해당하는 것을 골라낼 필요가 있다.

① 행정처분으로 부여되거나 행정처분이 있어야 인정되는 신분이 적극적 구성요건인 경우

예를 들면, 공무원이 수뢰를 하거나 행정처분에 의하여 설립되는 정비사업

323) 예를 들어 수뢰죄 등 공무원의 직무에 관한 죄(형법 제7장)의 경우 공무원이라는 신분은 행정처분인 공무원 임용에 의하여 부여된다.

324) 예를 들어 시정명령이나 금지명령과 같은 하명을 위반한 경우에 위반행위를 처벌하는 규정이 있으면 이러한 하명은 위반의 대상이 된다.

325) 예를 들어 무면허운전과 같이 허가나 면허가 있어야 허용되는 행위를 허가나 면허 없이 하는 것을 구성요건으로 하는 범죄에서는 허가나 면허가 소극적으로 부존재하거나 무효일 때 구성요건에 해당하게 된다.

조합의 임원이 조합임원의 지위에서 도시 및 주거환경정비법을 위반한 경우이다. 이때 공무원임용처분이 무효이거나 조합설립인가처분이 무효여서 공무원이나 조합임원의 신분을 유효하게 취득할 수 없다면 그러한 신분을 가진 경우에만 인정되는 신분범죄에서 형사책임이 성립할 수 있는가? 참고로 판례는 조합설립인가처분이 무효인 경우에는 처음부터 조합이 성립되었다 할 수 없으므로 그 조합임원은 도시 및 주거환경정비법위반행위의 주체가 될 수 없다고 판시하였지만,³²⁶⁾ 수뢰죄에 있어서는 공무 수행의 공정과 그에 대한 사회의 신뢰 및 직무행위의 불가매수성을 강조하여 공무원임용결격자여서 임용이 무효인 경우에도 그 공무원에게 수뢰죄를 인정하였다.³²⁷⁾

이 유형은 신분인 구성요건에 대해 적극적 요소가 되는 행정처분이 처음부터 무효이거나 취소판결에 의하여 취소된 후에도 신분인 구성요건의 충족을 인정할 수 있는가가 문제되는 것이므로,³²⁸⁾ 취소소송의 판결의 기판력이 작용하는 유형은 아니라 할 것이다.

② 행정처분을 위반하는 행위가 구성요건인 경우

행정상 의무의 이행을 확보하기 위한 수단으로 규정한 행정형벌에서는 행정처분 자체가 위반의 대상인 구성요건이 된다. 행정처분이 당연무효인 경우에는 그 위반행위를 처벌할 수 없고,³²⁹⁾ 형사법원은 위반대상인 행정처분이

326) 대법원 2014. 5. 22. 선고 2012도7190 전원합의체 판결.

327) 대법원 2014. 3. 27. 선고 2013도11357 판결.

328) 행정처분이 당연무효는 아니어서 행위 시에는 신분이 인정되었으나 취소판결로 소급하여 신분이 없어진 경우에도 범죄성립을 부정하면 취소소송의 제기 여부로 형사소송에서의 유무죄가 달라지게 되어 논란의 예상된다. 대법원 2014. 5. 22. 선고 2012도7190 전원합의체 판결에서도 다수의견에 반대하며, 행위 시점에서 그 행위자가 객관적으로 조합임원이었고 자신이 조합임원이라는 사실을 분명하게 인식한 상태에서 조합임원에게 주어진 법적 명령이나 금지를 위반한 이상 그 행위 당시의 형벌규정에 의하여 처벌되는 것은 당연하고, 범죄가 성립된 시점 이후에 조합설립인가처분 무효확인 또는 취소의 판결이 확정되었다 하더라도 마찬가지이며, 이러한 결과는 죄형법정주의를 위반이 아니라는 반대의견이 있었다.

329) 이러한 취지의 판례로, 대법원 1996. 2. 13. 선고 95도1993 판결, 대법원 1996.

당연무효인지를 심판할 수 있다. 한편 행정처분이 당연무효는 아니고 위법한 경우에 형사법원이 위반대상인 행정처분의 위법성을 심사하여 범죄성립을 부정할 수 있는가 문제 된다. 이를 인정하면 행정처분위반죄의 구성요건에 처분의 적법성이 명시되어 있지는 않지만 적법한 처분을 위반한 행위를 구성요건으로 인정하는 것이 된다. 판례는 처분이나 조치명령을 받은 자가 이에 위반한 경우 이로 인하여 처벌을 하기 위하여는 그 처분이나 조치명령이 적법한 것이라야 하고, 그것이 위법한 처분으로 인정되는 한 위반죄가 성립될 수 없다고 한다.³³⁰⁾ 다만 형사법원이 구성요건요소인 행정처분의 위법성을 심사할 때 그 대상은 취소소송에서와 같지 않고, 형사법원이 위법성을 인정하여 무죄를 선고할 수 있는 위법성이 제한된다는 견해가 있다.³³¹⁾

이 유형에서 위반행위의 대상인 행정처분에 대하여 취소소송의 확정판결이 있다면 기판력의 작용이 문제 될 수 있다. 취소판결이 확정된 경우와 기각판결이 확정된 경우를 나누어 살펴본다. 먼저 i) 취소판결이 확정된 경우인데, 이 경우는 행정처분이 피고인이 이를 위반하였을 때 위법하였다는 점이 확정판결로 인정되는 상황이다. 이에 대해서는 논의가 거의 없으나 논의하고 있는 글은 모두 취소판결에 형성력과 구속력 등을 인정하고 제3자에 대해서도 이러한 형성력이 미치게 하는 점, 확정된 행정판결과 모순 저촉되는 형사재판은 허용되지 않는다는 점³³²⁾ 등에 비추어 형사법원은 확정된 취

7. 12. 선고 96도1237 판결 등.

330) 대법원 1992. 8. 18. 선고 90도1709 판결, 대법원 2007. 2. 23. 선고 2006도 6845 판결, 대법원 1992. 8. 18. 선고 90도1709 판결, 대법원 1996. 7. 12. 선고 96도1237 판결 등.

331) 최계영, ‘행정처분과 형벌’, 행정법연구 제16호, 행정법이론실무학회, 2006, 267면은 형사법원이 법령에 위반한 실체적 하자가 있는 경우에만 위법성을 이유로 무죄를 선고할 수 있고, 재량 하자나 절차 하자의 경우에는 형사법원의 독자적 심사권을 인정할 수 없다고 하고, 박정훈, 앞의 책([행정법연구 1] 행정법의 체계와 방법론), 354면은 요건사실의 기여와 필요적 절차의 흠결에 관해서는 독자적 판단권을 인정할 수 있으나 재량하자에 대해서 독자적 판단권을 인정하는 것은 권력분립원칙상 문제가 있다고 한다.

332) 대법원 1982. 3. 23. 선고 81도1450 판결.

소판결의 취지에 따라 행정처분 위반죄에 무죄를 선고하여야 한다고 한다.³³³⁾ 이 같은 결론에 동의하고, 그 근거로 이 유형에 기판력이 적용될 수 있는지를 검토해 보고자 한다. 명시되지는 않았지만, 위반 대상인 행정처분이 적법할 것이 묵시적인 구성요건이라면 행정처분의 위법성은 선결문제가므로 기판력이 작용할 선결관계가 될 수 있다. 다만 기판력의 주관적 범위가 문제 되는데, 취소소송의 피고 행정청과 형사소송의 검사는 실질적으로 같은 당사자로 볼 수 있으므로 주관적 범위도 인정된다고 할 수 있다. 관건은 취소소송의 위법성과 행정형벌에서 위반 대상인 행정처분의 위법성이 같은 것인가 여부이다.

ii) 다음으로 기각판결이 확정된 경우인데, 이 경우는 유죄를 인정할 구성요건은 증거재판주의에 따라 검사가 입증할 사항이지 기판력으로 이를 대신할 수 없고, 기각판결에도 불구하고 처분의 위법성에 합리적 의심이 있으면 무죄를 선고할 수 있다고 보는 견해³³⁴⁾와 재판권의 일원성과 판결 결과의 모순 방지를 위해 기판력을 존중하여 행정벌의 성립을 인정하여야 한다는 견해가 있다.³³⁵⁾

형사소송에서 범죄의 성립을 인정할 구성요건의 인정을 변론주의 하에서 진행된 소송의 판결에 구속시킬 경우 불측의 억울한 피고인이 나올 가능성을 배제할 수 없으므로 앞의 견해에 동의한다. 기각판결에 대해 일률적으로 기판력을 인정하지 않아도 대부분의 형사소송에서는 취소소송의 판결과 소송자료를 유의미하게 참고할 것이므로 실제로 결론이 달라지는 경우가 많지는 않을 것이다.

③ 행정처분의 부존재가 범죄 구성요건 중 상태 요건인 경우

허가나 면허가 필요한 행위를 허가나 면허 없이 하였을 때 처벌하는 규정

333) 박정훈, 앞의 책([행정법연구 1] 행정법의 체계와 방법론), 355면, 최계영, 앞의 글(행정처분과 형벌), 268면.

334) 최계영, 앞의 글(행정처분과 형벌), 268면.

335) 박정훈, 앞의 책([행정법연구 1] 행정법의 체계와 방법론), 356-357면.

을 둔 경우는 처분의 부존재가 적극적 구성요건이 된다. 이때 처분이 당연무효일 경우 무효의 법리에 따르면 형사법원은 그 행위를 무허가행위나 무면허행위로 인정할 수 있다. 만약 허가나 면허의 하자가 중대명백하지 않아 단순히 위법한 경우에는 공정력에 의하여 허가나 면허의 효력이 인정되고 무죄를 인정하여야 할 것이다.³³⁶⁾ 다음으로 허가나 면허가 취소소송에서 취소된 경우에 소급하여도 이는 고의가 없어 무허가행위나 무면허행위로 보기 어려울 것이다.

문제는 허가나 면허를 직권으로 취소 또는 철회하였음에도 행위를 계속한 경우 그 취소처분이나 철회처분이 위법하거나 취소확정판결이 내려지면 무면허·무허가행위의 성립을 방해하는가이다. 면허나 허가의 취소 또는 철회처분이 위법한 경우는 허가취소가 위법함에도 무허가행위로 처벌하여야 하는 문제이므로 ② 유형과 유사하다. 면허취소처분이나 허가취소처분이 취소판결에 의하여 취소된 경우는 무면허행위나 무허가행위로 인식하고 행한 행위에 대해 취소판결로 인해 면허나 허가가 취소되지 않은 상태로 소급함으로써 무면허·무허가행위로 인정할 수가 없어진 것이므로 ① 유형과 유사하다. 전자인 면허나 허가의 취소 또는 철회처분이 위법한 경우에는 허가제도의 기능과 허가청의 감독 기능을 보장할 필요가 있으므로 개별 법률을 검토하여 유죄 인정을 할 수 있다고 보는 견해가 있다.³³⁷⁾ 후자의 경우에는 면허나 허가의 취소·철회가 처음부터 없었던 것과 같아 그 위반행위가 인정되지 않는다는 것이 판례의 입장인 것으로 보이나,³³⁸⁾ 이에 대해서는 면허나 허가의 취소 또는 철회처분이 취소소송에서 위법하다고 인정되는 이유에 따라 무면허행위나 무허가행위의 처벌의 필요성이 인정될 수 있다고 보기도 한다.³³⁹⁾

336) 대법원 1982. 6. 8. 선고 80도2646 판결 참조.

337) 최계영, 앞의 글(행정처분과 형벌), 271-273면.

338) 대법원 1993. 6. 25. 선고 93도277 판결, 대법원 1999. 2. 5. 선고 98도4239 판결 등.

339) 박정훈, 앞의 책([행정법연구 1] 행정법의 체계와 방법론), 357면, 최계영, 앞의 글(행정처분과 형벌), 273-274면.

(2) 위법성의 동일 여부와 기관력

형사소송에서의 선결문제 유형을 고찰하여 보았는데, 행정처분의 위법성이 구성요건으로 선결관계에 있게 되는 유형은 ② 행정처분을 위반하는 행위가 구성요건인 경우뿐이다. 그리고 기관력이 작용할 수 있다고 해도 국가배상청구소송에서의 선결문제와 기관력에서 검토한 것처럼 양 소송에서 문제 되는 위법성이 동일함을 전제로 기관력이 미칠 것이다.

취소소송의 위법성과 행정소송의 위법성을 법질서의 통일성이라는 면에서 보면 위법성의 본질은 같은 것으로 볼 수 있을 것이다. 행정처분의 준수 의무를 공법에서 부여하고, 형법에서 그 행정처분 위반행위를 처벌하는 것은 같은 행정처분의 준수 의무를 부여한 것이고, 준수 의무의 대상인 행정처분이 적법할 것의 공법상 요구나 형법상 전제는 동일하게 요청되는 것으로 볼 수 있다.³⁴⁰⁾ 하지만 형사소송의 이상과 목적, 무죄추정의 원칙과 죄형법정주의 등 여러 형사법의 원칙을 고려하면서 취소소송의 판결의 기관력이 적용되는가의 측면에서 보면, 위법성이 구성요건인 경우와 적법성이 구성요건인 경우에 모두 기관력이 인정되기는 어렵다고 생각한다. 전항에서 유형별로 검토한 바와 같이 행정처분의 위반행위가 구성요건인데 위반행위의 대상인 행정처분에 대한 취소소송에서 취소판결이 내려진 경우에만 기관력이 작용할 여지가 있다.

³⁴⁰⁾ 어인성, '공법과 경합된 법률영역에서의 상대적 위법성', 서울대학교 법학대학원, 석사학위 논문, 2008. 103-104면은 공법과 형법 모두 국가와 개인의 관계에 대한 행위규범의 성격을 가지므로 동일한 규율주체가 동일한 행위에 대하여 서로 다른 위법성 판단을 한다는 것은 법질서 통일의 측면에서 바람직하지 못하다고 한다. 이 부분은 허용된 위험과 관련하여 형법에서의 허용성과 공법에서의 허용성 즉 타인의 법익을 침해한 행위의 공법 및 형법상 '적법성'을 비교한 부분의 논거이기는 하지만 '위법성'의 판단에서도 같이 적용될 수 있을 것이다.

제5절 위법사유에 대한 판결 이유의 효력

1. 서설

우리 행정소송법은 제30조에서 기속력에 대하여 명시적으로 규정하고 있다. 그 내용에 의하면 처분을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속하고(제1항), 취소판결이 거부처분에 관한 것이면 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 하여(제2항), 신청에 따른 처분이 취소되는 이유가 절차의 위법 때문인 경우에도 마찬가지로 행정청은 판결의 취지에 따른 재처분을 하여야 한다(제3항). 이러한 기속력은 형성력과 마찬가지로 인용판결 즉 취소판결에만 인정되는 효력이다.

기속력의 내용으로는 소극적으로는 반복금지효를, 적극적으로는 재처분의무와 원상회복의무를 인정하는 것이 보통이다. 이 중 반복금지효란 판결의 취지에 반하는 행위 즉 취소판결에서 위법하다고 인정한 것과 동일한 과오를 반복하는 행위를 금지하는 소극적인 효력으로, 확정된 취소판결이 있으면 행정청은 그 판결에서 취소된 처분과 동일한 과오를 반복해서는 안 되는 구속을 받는다는 것이다.³⁴¹⁾ 구체적으로는 동일 사실관계에서 동일 당사자에 대하여 동일한 내용의 처분을 반복하면 안 된다는 것을 내용으로 한다³⁴²⁾. 그런데 여기서 판결의 취지란 판결의 주문만이 아니라 판결 이유까지 포함하는 것이고, 그렇다면 취소된 처분이 위법하다고 인정한 판결의 이유 즉 취소판결의 이유가 된 위법사유가 반복되어서는 안 되는 판결의 취지가 되므로 결국 기속력은 취소판결의 주문 자체 보다 그 이유에 초점이 맞춰진 판결의 효력이라고 할 수 있다.³⁴³⁾

341) 박균성, 앞의 책, 1259-1962면.

342) 김동희, 앞의 책, 784면.

343) 민사소송법에서는 판결 주문에 포함된 판단에 한하여 기판력이 미치는 것이 원칙이고(민사소송법 제216조 제1항) 판결 주문에는 소송물에 관한 판단이 표시되

우리 행정소송법은 취소소송의 판결의 효력에 대해서 취소판결의 제3자효(제29조 제1항)와 기속력(제30조)을 규정한 외에는 다른 규정을 두고 있지 않다. 취소소송의 판결의 효력으로는 자박력, 형식적 확정력, 실질적 확정력(기판력), 형성력, 기속력 등이 거론된다.³⁴⁴⁾ 통설은 형성력, 기판력, 기속력의 세 효력을 중심으로 취소소송의 판결의 효력을 설명한다.³⁴⁵⁾ 통설에 따르면 형성력은 취소판결의 효력으로 처분이 소급하여 처음부터 없었던 것 같은 상태가 되는 효력이고, 제3자효를 규정한 제29조 제1항이 이 효력을 전제로 한 것이다. 그리고 기속력은 취소판결의 내용이 행정청과 그 밖의 관계 행정청을 기속하는 효력으로 제30조에 근거한다. 이와 유사하지만, 판결의 효력이 대상으로 하는 소송주체를 기준으로 기판력은 법원과 양당사자에 대한 구속력으로, 제29조 제1항의 제3자효는 대세효로, 기속력은 행정기관에 대한 기속력으로 설명하기도 한다.³⁴⁶⁾

이러한 취소소송의 판결의 효력으로 그 내용이 의미 있고 많이 논의되는 것은 기속력이다.³⁴⁷⁾ 기속력에 대해서는 그 성격과 내용, 범위가 모두 문제가 많이 되지만, 기속력을 판결 이유에 대해서 당사자인 행정청과 그 밖의 관계 행정청을 기속하는 실체법상 효력으로 보는 통설에 따르면 기속력은 기판력과 구별되는 특수효력이고, 따라서 기판력의 객관적 범위를 정하는 소송물과

므로 결국 소송물에 관한 판단에 한하여 기판력이 미친다고 보는데, 그 결과 판결 이유에 포함된 판단에 기판력이 미치지 않아 구속력이 인정되지 않는다. 이 때문에 당사자가 소송에서 중요한 쟁점으로 다투고 법원의 심리와 판단을 받은 사항임에도 이를 후소에서 또 다투거나 심지어 전소에서의 판단과 다른 판단의 판결이 내려질 수도 있어 판결이유에 포함된 판단에 일정한 요건 하에 구속력을 인정하려는 쟁점효 이론이나 기판력의 확장이론이 논의되고 있다(정동윤, 유병현, 김경욱, 앞의 책, 813-818면).

³⁴⁴⁾ 김남진/김연태, 앞의 책, 866면; 홍정선, 앞의 책(행정법특강), 801면.

³⁴⁵⁾ 김동희/최계영, 앞의 책, 780-785면; 박균성, 앞의 책, 1255-1274면; 하명호, 앞의 글, 136면; 홍정선, 앞의 책(행정법특강), 801-818면.

³⁴⁶⁾ 김남진/김연태, 앞의 책, 866-870면.

³⁴⁷⁾ 형성력은 문제가 되는 경우가 별로 없고, 기판력에 대해서는 앞의 제4절에서 본 것처럼 판례는 처분의 위법성이 선결문제인 민·형사소송에서 전소의 기판력을 전혀 원용하지 않고, 학설은 기판력이 미치는지에 대해 견해가 분분하다.

무관하다고 한다. 이에 대해서는 항을 바꾸어 기속력의 성질에 대해 논의해 보고 소송물과의 관련성을 살펴본다.

2. 기속력의 성질 및 소송물과의 관련성

(1) 기속력의 성질

1) 대립하는 학설의 개관

이러한 기속력의 반복금지효와 특히 관련하여, 기속력의 성질이 기판력인지, 행정소송법상의 특수한 효력인지 학설이 대립한다. 통설인 특수효력설은 기속력은 기판력과 본질을 달리하는 효력으로 취소판결의 실효성을 위하여 행정소송법이 특별히 부여한 효력으로 본다.³⁴⁸⁾ 이에 반해 기판력설은 취소판결의 기판력이 행정청 등에 미치는 당연한 효과이므로 그 본질은 기판력과 같다고 한다³⁴⁹⁾.

대법원은 기속력과 기판력에 대해 용어를 혼용하거나 구별하지 않고 사용하기도 하였으나, 대법원 2016. 3. 24. 선고 2015두48235 판결³⁵⁰⁾에 이르러 양자의 내용과 근거 규정을 분명히 구분하고 있다. 이 판결의 판시에 따르면 행정소송법 제30조 제1항에서 정한 취소 확정판결의 ‘기속력’은 취소 청구가 인용된 판결에서 인정되는 것으로서 당사자인 행정청과 그 밖의 관계 행정

³⁴⁸⁾ 박균성, 앞의 책, 1260면; 하명호, 앞의 글, 137-139면; 김유환, 앞의 글, 4-5면; 최춘식, 앞의 글, 222면 등.

³⁴⁹⁾ 박정훈, 앞의 책([행정법연구 2] 행정법의 구조와 기능), 450-469면; 김민섭, 앞의 글(취소소송의 소송물과 취소판결의 기판력 및 기속력), 89-90면.

³⁵⁰⁾ 감차명령에 대한 취소소송에서 취소판결이 확정된 이후 그 감차명령의 대상이었던 택시차량을 포함하여 더 많은 택시차량에 대하여 다른 사유로 감차명령이 내려진 사건으로 기속력과 기판력이 문제 되었다. 이 판례에 대한 비판적 평석으로 박정훈, ‘취소판결의 반복금지효-이중위험금지, 그리고 기판력과 기속력 및 소송물’, 행정판례연구 제23권 제1호, 한국행정판례연구회, 2018. 6. 참조.

청에게 확정판결의 취지에 따라 행동하여야 할 의무를 지우는 작용을 한다. 이에 비하여 행정소송법 제8조 제2항에 의하여 행정소송에 준용되는 민사소송법 제216조, 제218조가 규정하고 있는 ‘기판력’이란 기판력 있는 전소 판결의 소송물과 동일한 후소를 허용하지 않음과 동시에, 후소의 소송물이 전소의 소송물과 동일하지는 않더라도 전소의 소송물에 관한 판단이 후소의 선결문제가 되거나 모순관계에 있을 때에는 후소에서 전소 판결의 판단과 다른 주장을 하는 것을 허용하지 않는 작용을 한다.

2) 반복금지효의 성질

특수효력설이 기속력은 기판력으로 보지 않는 이유는 다음과 같은 몇 가지로 요약할 수 있다.³⁵¹⁾ i) 기판력은 동일한 소송물에 대하여 미치는데, 취소소송의 대상 처분인 처분과 별개의 처분에 대한 것이므로 처분이 달라 소송물이 다르다는 점이다. 그리고 ii) 취소소송의 소송물은 처분의 위법성 일반이지 개개 위법사유가 아니고, 기판력을 주문에 미치는 효력이기 때문에 판결 이유에 인정되는 효력인 기속력은 기판력이라고 할 수 없다고 한다. 또한 iii) 기판력은 후소에 인정되는 소송법상 효력이기 때문에 행정청에 대해 미치는 실체법상 효력인 기속력을 기판력으로 인정할 수 없다고 한다. 그리고 iv) 기판력의 주관적 범위와 일치시켜야 하므로 기속력의 범위가 축소되는 것을 감수하거나 구속을 받는 행정청에 대한 해석이 필요하다고 한다.

그런데 이에 대하여 기판력설에서는 다음과 같은 반론이 가능하다. 기판력설은 소송물 자체를 처분일자가 다르더라도 규율이 동일한 처분들의 상위 개념으로 설정하였기 때문에 처분일자가 다른 재처분에의 효력도 동일한 소송물로 상정할 수 있고, 모순관계도 성립하기 때문에 소송물은 문제가 되지 않는다.³⁵²⁾ 이 논리의 연장선에서 보면, 취소판결 이후에 대상처분과 처분사

³⁵¹⁾ 하명호, 앞의 글, 136-138면은 i)~iv)을, 김유환, 앞의 글, 4-5면은 i)~iii)을 지적하고 있다.

³⁵²⁾ 박정훈, 앞의 책([행정법연구 2] 행정법의 구조와 기능), 437-438면.

유를 동일하게 하여 재처분하는 것은 위법하다고 확정판결이 내려진 처분을 반복하는 것이고, 이는 위법성에 기판력이 발생한 소송물이 다시 내려진 것과 같으므로 소송물을 이같이 보는 한 처분이 다르거나 소송물이 다르다고 기판력이 아니라고 반박하기는 어렵다. 그리고 앞서 제4절의 기판력에서 본 것처럼 민사소송의 구조상 민사법 관계에서는 기판력이 작용할 상황이 대개 후소여서 기판력은 후소에 대하여 작용하는 것으로 설명되는 것이지만, 후소가 제기되지 않고 당사자 사이에 사법상으로 작용하는 면도 없지 않다.³⁵³⁾ 무엇보다 기판력의 본질은 판결에서 확정된 것에 대하여 소송주체들이 구속되는 효력이라는 점이다. 즉, 기판력의 핵심을 ‘이미 확정된 중국판결의 내용이 규준으로서 가지는 힘’이라고 한다면 기속력 중에서 반복금지효는 위법하다고 인정된 처분을 반복하지 말도록 구속하는 것이므로 기판력의 핵심적인 요소를 갖고 있다. 민사소송에서 기판력이 소송법적으로 후소에 미치는 효력으로 인정된 것은 앞서 본 바와 같이 민사분쟁에서는 공소제기나 처분 등과 같이 소송으로 이행하기 이전에 법적인 판단을 할 기회가 없어 전소의 판결에의 구속은 필연적으로 후소에서 문제 될 수밖에 없기 때문이다.

또한, 민사소송법은 기판력을 주문에만 인정하는 규정을 두어 판결 이유에 포함된 판단에는 기판력이 생기지 않는 것이 원칙이나³⁵⁴⁾ 이에 대해서 민사소송법학에서도 판결 이유 중의 판단에 대해서 기판력을 확장하려는 이론적 시도들이 있다.³⁵⁵⁾ 그리고 일본에서도 취소판결의 반복금지효에 대해서는 기판력으로 의율하려는 견해가 근자에 유력하다(신기판력설).³⁵⁶⁾ 민사소송이나

353) 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 782면(각주 289).

354) 결론인 주문을 이끌어 내는 데 필요한 전제문제인 공격·방어방법에 대해 다룰지 말지는 당사자의 자유에 속하고, 법원으로서도 당사자에게 유리한 것부터 심리하여야 하는 제약 없이 결론을 이끌어 내기 쉬운 이유를 선택할 수 있는데 이유 중의 판단에 기판력을 인정하면 당사자가 의도하는 바를 넘게 되어 부당하다고 한다(정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 809면).

355) 이시윤, 앞의 책, 654-657면; 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 813-818면.

356) 塩野宏, 行政法 II(行政救済法) 第五版, 有斐閣, 2011. 190-193면은 취소판결의 효력 중 반복금지효에 대해 설명하면서 확정판결 후에 행정청이 동일이유에 근거하여 처분을 하고 처분의 적법성을 주장하는 것은 허용되지 않는데 이것은

형사소송과는 달리 사실관계에 대해 처분이라는 법적 판단이 취소소송 이전에 존재하고, 취소판결의 효력이 기초로 하는 사실관계에 대해 효력을 미칠 때 그 효력을 받는 것은 후소가 아니라 피고의 재처분일 수밖에 없다는 차이점을 고려하면 반복금지효는 처분의 동일성을 결정하는 핵심 구성요소인 처분사유에 대해 위법하다는 취소판결이 가지는 규준으로서의 효력이 본질이므로 기판력과 무관하지 않다. 다만 이와 같은 발현 국면이 민사법에서와 다른 차이가 있어 민사소송에서의 기판력과 완전히 같다고 하기 어려운 상이함이 존재하는 것도 사실이다.

(2) 기속력과 소송물

중요한 것은 기속력의 성질이 기판력이나 행정소송법이 인정한 특수효력이나가 아니라 기속력을 포함하여 취소소송의 판결의 효력들의 성질과 내용을 어떻게 파악하고 분류할 것인지 일 것이다. 우리 행정소송법은 제29조 제1항과 제30조 제1항을 하나의 조문으로 묶지 않고, 제3자에 대한 효력과 행정청에 대한 효력으로 구분하여 제29조와 제30조를 나누어 규정하고 있다. 그리고 기속력이라는 표제하에 제30조 제1항의 반복금지효와 함께 규정되어 있는 제30조 제2항³⁵⁷⁾과 제3항의 재처분의무는 적극적인 처분의무인 까닭에 기판력으로 설명하기 어렵다. 이러한 제30조의 조문 체계를 고려하면 행정청

기판력의 효과로 보는 것이 타당하다고 한다. 일본에서의 구속력의 성질에 대한 논의 및 신기판력설에 대한 소개와 설명으로 조연팔, 앞의 글, 478-488면 참조.

³⁵⁷⁾ 행정소송법 제30조 제2항은 거부처분에서의 재처분의무를 규정하고 있지만 거부처분이 취소되면 행정청은 신청에 대하여 응답을 하지 않고 있는 상태로 돌아가므로 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 하는 의무가 당연히 있다. 따라서 동 규정의 핵심은 판결의 취지에 따라 처분을 하여야 한다는 부분에 있다. 이 규정의 해석에 대하여는 거부처분에서 처분사유의 추가·변경 허용 범위와 관련하여 견해가 나뉘나 거부처분에서도 당초 처분의 처분사유를 전제로 처분의 동일성을 해치지 않는 범위에서만 처분사유의 추가·변경이 허용된다고 보는 이 글의 입장에서는 위법하다고 인정된 당초 처분의 거부사유나 이와 동일하다고 인정되는 사유로 재거부처분을 할 수 없다는 의미로 해석된다.

의 처분 권한과 관련하여 취소판결이 행정청에 대하여 작용하는 효력으로서 반복금지효와 재처분의무를 기속력이라는 하나의 효력으로 묶는 것이 타당한 분류라고 생각된다. 그리고 우리 행정소송법의 규정에는 없지만 해석상 인정되는 원상회복의무를 기속력의 내용으로 포함시켜 행정청에 대한 실체법상의 효력으로서의 기속력이라는 취소판결의 효력을 인정하기에도 용이하다.

이같이 이해하면 취소소송의 판결의 효력은 법원과 소송주체에 대하여 미치는 기판력과, 인용판결에 대해서만 인정되는 효력으로 대세적으로 인정되는 형성력 및 행정청에 대하여 인정되는 기속력으로 크게 분류할 수 있을 것이다. 이때 기속력은 대상 처분이 위법하다고 인정한 판결 이유 중의 위법사유 즉 주체, 절차, 형식 및 처분사유 상의 위법에 대하여 미치는데, 특히 위법하다고 인정된 처분사유의 경우 반복금지효가 미치는 객관적 범위는 심판대상의 범위로서 당초 처분의 처분사유와 기본적 사실관계의 동일성이 인정되는 처분사유가 되고, 이는 처분사유의 추가·변경 허용 범위와 일치하게 된다.

결론적으로 기속력은 취소소송의 판결의 효력이지만 대상 처분의 처분사유에서 위법이 인정된 취소판결의 반복금지효가 미치는 객관적 범위 정도를 소송물에 의하여 결정하게 된다.

3. 원상회복의무의 내용 및 활용 의미

(1) 원상회복의무의 내용

기속력의 내용으로서의 원상회복의무는 취소판결이 확정되면 행정청이 취소된 처분에 의해 초래된 위법상태를 제거하여 원상회복할 의무를 지도록 하는 것인데 명시적인 규정이 없어 기속력의 내용으로 원상회복의무가 포함되는지에 대하여 견해가 나뉘나, 학설은 대체로 인정하고 있다.³⁵⁸⁾³⁵⁹⁾

원상회복의무의 내용으로는 재산압류처분이 취소되면 압류재산을 반환하거나 파면처분이 취소되면 파면되었던 원고를 원직복직시키는 것 등이 예로 거론된다.³⁶⁰⁾ 판례도 어떤 행정처분을 위법하다고 판단하여 취소하는 판결이 확정되면 행정청은 취소판결의 기속력에 따라 그 판결에서 확인된 위법사유를 배제한 상태에서 다시 처분을 하거나 그 밖에 위법한 결과를 제거하는 조치를 할 의무가 있다고 인정하고³⁶¹⁾ 나아가 위법한 인가에 따른 위법상태의 일부라도 유지하는 내용의 새로운 처분은 새로운 위법상태를 형성하는 것으로 위법하다고 한다.³⁶²⁾³⁶³⁾

그렇다면 취소판결의 기속력으로 위법사유를 배제한 상태에서 다시 처분을 하거나 위법한 결과를 제거하는 조치를 할 의무는 어느 범위까지의 적극적인 조치를 내용으로 하는 것인가. 일련의 행정법 관계에서 내려진 복수의 행정처분 중 하나의 행정처분이 취소판결에 의해 취소된 경우 취소되지 않은 잔존 처분이 취소판결의 취지와 모순되는 경우(이를 통상 부정합처분이라

358) 박균성, 앞의 책, 1262면.

359) 2013년 법무부 행정소송법 개정안에서는 기속력의 내용으로 ‘판결에 따라 취소되는 처분등이 이미 집행된 경우에는 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청은 그 집행으로 인하여 직접 원고에게 발생한 위법한 결과를 제거하기 위하여 필요한 조치를 해야 한다.’라고 추가하여(제32조 제4항) 결과제거의무를 명문화하려 하였다.

360) 박균성, 앞의 책, 1262면.

361) 대법원 2020. 4. 9. 선고 2019두49953 판결.

362) 대법원 2018. 4. 26. 선고 2015두53824 판결 .

363) 대법원 2019. 6. 27. 선고 2018두49130 판결 병무청장이 병역법 제81조의2 제1항에 따라 병역의무 기피자의 인적사항 등을 인터넷 홈페이지에 게시하는 등의 방법으로 공개한 경우 이러한 병무청장의 공개결정에 대한 항고소송을 인정하면서 ‘병무청장이 인터넷 홈페이지 등에 게시하는 사실행위를 함으로써 공개 대상자의 인적사항 등이 이미 공개되었더라도, 재판에서 병무청장의 공개결정이 위법함이 확인되어 취소판결이 선고되는 경우, 병무청장은 취소판결의 기속력에 따라 위법한 결과를 제거하는 조치를 할 의무가 있으므로 공개 대상자의 실효적 권리구제를 위해 병무청장의 공개결정을 행정처분으로 인정할 필요성이 있다.’고 하여 인적사항 공개를 취소한 취소판결의 기속력에 따라 위법한 결과를 제거할 의무가 인정된다는 취지로 판시하였다.

고 한다),³⁶⁴⁾ 취소판결의 기속력으로 이러한 부정합처분을 직권으로 취소할 의무가 인정되는가. 이에 대해서는 부정합처분이 판결로 취소된 처분과 어떤 관계인가에 따라 달리 보아야 하는데 취소처분과 부정합처분이 존재적으로 필연적인 선후관계에 있으면 기속력으로부터 도출되는 취소의무가 인정되거나 존재적으로 필연적이라고 할 수 없는 부정합처분에 가지는 판결의 효력으로서의 기속력이 미친다고 할 수는 없다는 견해가 있다.³⁶⁵⁾ 물론 판결의 효력으로서의 기속력이 아니더라도 이러한 위법상태의 배제에 해당하는 부정합처분의 취소를 거부하거나 취소판결에서 확인한 위법사유의 취지와 부정합상태인 처분을 집행하거나 이를 근거로 새로운 처분을 다시 하는 것은 신의성실의 원칙에 반하거나 기타 재량을 일탈 남용한 것으로 인정될 수도 있다.

(2) 소송물의 기능과 원상회복의무의 활용 의미

기속력의 원상회복의무는 취소소송의 소송물 개념에 따라 그 객관적 범위가 인정되는 취소판결의 효력은 아니지만 판결의 취지가 통일적으로 관철된 필요가 있는 경우에 활용되어 취소소송의 소송물이 동일한 사실관계에 대한 재처분을 제어하지 못함으로써 발생하는 문제를 해소할 수 있다.

특히 최근의 판례의 경향은, 구체적 타당성과 원고의 권리구제수단의 확대를 위한 취지에서 처분성을 확대하고 있다. 종래 대법원은 취소소송의 대상적격 즉 처분성에 대해 ‘국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위일 것’을 요구해 왔으나 최근에는 실체적인 권리의무 자체에 아직 직접적인 변동을 가하지 않지만 그러한 영향을 미칠 것이 분명한 경우까지도 처분성을 인정하여 처분성의 범위를 확대해 오고 있다. 이러한 처분성의 확대 경향은 특히 본처분에 해당하는 처분이 내려지기 전에 이루어지거나 처분의 요건이나 전제에 해당하는 요건사실을 확인하는 성격의 행정작용에서도 두드

³⁶⁴⁾ 김유환, 앞의 글, 12면; 경건, 취소판결의 기속력의 내용, 서울법학 제24권 제4호, 2017. 2. 314면에서는 부정합처분의 취소의무를 광의의 원상회복의무라고 한다.

³⁶⁵⁾ 김유환, 앞의 글, 13-14면.

러지게 나타난다. 본처분의 요건을 확정하는 사전결정은 본처분과 처분사유에 공통되는 부분이 있기는 하지만 주문이나 근거 규정이 달라 처분의 동일성을 인정하기는 어렵다. 이처럼 선행하는 사전결정에 처분성을 인정하면 각각의 처분에 대한 취소소송이 제기될 경우 별개의 소송물로서 중복소송이 아니므로 각각의 소송에서 판결의 모순이 발생할 가능성도 있고, 무엇보다 선행하는 사전결정만 다툼 경우에는 취소판결을 받더라도 본처분이 확정되어 취소판결의 취지와 달리 위법하다고 인정한 법률상태가 확정될 수 있다. 이때 원상회복의무는 전처분이 후처분의 요건을 확정하는 등 필연적인 선후관계에 있는 복수의 처분 사이에서 취소판결의 취지에 따라 다른 처분을 직권취소할 의무를 인정함으로써 소송물이 별개로 성립함에 따른 법률상태의 부정합문제를 해소할 수 있다.³⁶⁶⁾

취소소송이 종결된 이후에도 행정청은 여전히 처분권한을 갖고 취소판결의 기속력은 이러한 행정청의 실체법적인 처분권한에 미치는 효력인바, 그 객관적 범위가 취소소송의 소송물에 의하여 결정되지는 않지만 동일한 사실관계에 대한 재처분을 규율한다는 점에서 소송물의 기능을 어느 정도 대체하고 있다고 볼 수 있다.

³⁶⁶⁾ 이에 대한 자세한 논의로 행정소송의 쟁점과 발전방향이라는 대주제로 한국행정법학회, 사법정책연구원이 주최한 2022. 12. 16.자 공동학술대회에서 발표한 이윤정, ‘행정법체계에 있어 소송물이 가지는 의미의 재조명-취소소송의 소송물에서 처분의 동일성을 중심으로’의 발표문 참조.

제6장 결론

취소소송의 소송물이 무엇인가에 대해서는 ‘처분의 위법성 일반’이라고 어느 정도 학설이 의견의 합치를 보고 있고, 실무적으로도 이를 따르는 판례의 입장이 확고하게 정착되어 있다고 할 수 있다. 그러나 취소소송에서 소송물은 여전히 명쾌하지 못하다. 이는 취소소송의 소송물이 취소소송의 심판 대상의 내용 즉, 취소판결을 위한 인용요건에 대해서만 의견이 모였을 뿐 아직도 중복소송의 판별과 방지, 취소소송의 심리 범위 등에 관하여는 의견이 분분하기 때문이다. 이같이 의견이 여러 갈래로 나뉘는 가운데 앞서 살펴본 이 글의 결론은 다음과 같이 정리할 수 있다.

1) 취소소송에서 소송물의 동일성의 판단 기준은 소송의 대상이자 소송물의 단위를 결정하는 처분에 따라 이루어진다. 이때 처분은 법원에 의한 행정의 통제라는 취소소송의 취지에 맞게 ‘행정청이 일정한 사실관계를 기초로 법령을 해석·적용하여 내린 행정상의 결정 또는 판단’이라는 의미를 갖는다. 따라서 처분의 핵심은 처분사유이고, 처분의 구성요소는 외관상 처분을 특정하는 요소인 처분청, 처분일자, 상대방, 주문 그리고 처분사유로 이루어진다. 그 결과 피고 행정청이 취소소송에서 처분사유를 추가·변경하는 것은 처분의 동일성이 유지되어 소송물의 동일성이 유지되는가의 관점에서 결정되어야 한다.

2) 형사소송에서 피고인의 죄책을 확정하기 위하여 일정한 사실관계에 대하여 형사법을 해석·적용하고 그러한 판단의 범위에 한정하여 형사소송을 개시하는 행위인 공소제기와 유사한 면이 있으므로, 처분 사유의 동일성의 범위를 정함에 있어서 공소제기의 범위를 정하는 기준은 취소소송에서도 처분의 동일성의 판단하는 데 참고가 될 수 있다. 판례는 형사소송에서 공소장 변경의 허용 범위에 관한 기준과 유사하게 처분사유 추가·변경의 한계 기준

을 당초처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계의 동일성이 있다고 인정되는 한도 내로 제시하는데, 이러한 판례의 기준은 그 근거를 상대방의 방어권 보장과 행정처분의 상대방에 대한 신뢰의 보호에서 찾는 점에서 논리적인 약점이 있다고 생각되기는 하지만 처분의 본질과 이유제시 의무의 취지를 고려할 때 일응 처분의 동일성의 기준으로서의 타당성은 인정된다고 할 것이다.

3) 취소소송의 소송물이 취소소송의 판결의 효력의 객관적 범위를 정하는가의 문제에서는 통설과 판례가 어느 정도 의견의 일치를 보았다는 소송물 논의가 다소 궁색하다. 취소소송의 판결을 기판력을 인용할 후속 소송이 마땅치 않고 오히려 행정청의 처분권한의 행사로서 재처분의 내용을 구속할 실체법적 효력이 더 문제 되기 때문이다. 취소소송에서의 처분의 위법성 또는 적법성이 후속 민·형사소송에서 법률요건이나 구성요건으로서 처분의 위법성 또는 적법성과 같은 것인가 논의가 있으나, 법질서의 통일성이라는 면에서 취소소송에서 위법성이 인정된 처분을 민·형사소송에서 적법하다고 인정할 수는 없을 것이다. 또한 기속력의 중요 내용으로 처분사유의 위법에 대한 반복금지효는 그 객관적 범위가 심판 대상의 범위로서 처분사유 추가·변경의 한계와 같다는 점에서 취소소송의 소송물이 판결의 효력의 범위를 어느 정도 결정하고 있다.

이같이 취소소송의 소송물을 정리하면, 그 기저에 흐르는 관념은 취소소송은 행정에 대한 사법의 적법성 통제수단이고, 사법 권한의 본질상 법원은 행정 권한을 대체하거나 행정과 같은 단계에서 일차적 선결권을 행사하지 않는다는 것이다. 그 결과 취소소송의 심리 대상의 범위와 기속력의 객관적 범위가 좁아져 분쟁의 일회적 해결이라는 점에서 아쉬운 결론이 될 수도 있다. 하지만 이는 행정절차적 통제를 통해 보완해 나갈 수 있다.

취소소송의 소송물이 취소소송에서 중요한 사항들을 결정하는 ‘잣대’로서의 효용성을 갖지 못하고, 행정절차법을 비롯한 실체법과의 교류와 조정을

통해 보완되어야 한다면 무용한 개념인가? 그러나 그렇지는 않다고 본다. 취소소송은 복심적 구조라는 특색 때문에 심판의 대상과 그 범위가 처분에 의하여 이미 확정되어 있고, 동일한 소송물이 존재할 가능성이 크지 않아 민사소송에서의 소송물 논쟁과는 논의의 관점이 다를 뿐이다. 취소소송의 소송물은 사실관계에 대하여 처분이 내려진 상태의 실체법의 영역에서 처분에 대한 취소소송의 제기를 통해 소송법의 영역으로 건너가는 통로의 역할을 한다. 또한 취소소송의 소송물은 이를 통하여 행정절차의 이유제시의무와 처분사유의 의미, 처분사유의 변경과 처분의 동일성 그리고 기속력의 객관적 범위가 상호 균형을 맞출 수 있다는 점에서도 그 의미를 찾을 수 있다. 행정통제의 양대 산맥인 행정절차상 통제와 행정소송 사이에서 마치 양팔 저울의 받침점과 같이 어느 쪽에 힘을 더 주어야 균형이 맞는지를 파악할 수 있도록 하는 것이라고 비유할 수도 있을 것이다.

참고문헌

1. 국내문헌

(1) 단행본

- 김남진/김연태, 『행정법 I』 제19판, 법문사, 2015
김남철, 『행정법강론』 제6판, 박영사, 2020
김도창, 『일반행정법론(上)』, 청운사, 1993
김동희, 『행정법 I』 제21판, 박영사, 2015
김동희/최계영, 『행정법 I』 제26판, 박영사, 2021
김성수, 『일반행정법』 제7판, 홍문사, 2014
김연태, 『행정법사례연습』, 홍문사, 2012
김철용, 『행정법 I』 제13판, 박영사, 2003
김철용 편, 『특별행정법』, 박영사, 2022
김홍엽, 『민사소송법』 제4판, 박영사, 2013
류지태/박종수, 『행정법신론』 제17판, 박영사, 2019
박균성, 『행정법론(상)』 제10판, 박영사, 2011
박윤훈, 『최신행정법강의(上)』, 박영사, 1997
박정훈, [행정법연구 1]『행정법의 체계와 방법론』, 박영사, 2010
박정훈, [행정법연구 2]『행정법의 구조와 기능』, 박영사, 2011
신동운, 『신형사소송법』 제5판, 법문사, 2014
이상규, 『행정쟁송법』, 법문사, 1997
이시윤, 『신민사소송법』 제15판, 박영사, 2022
이은모/김정환, 『형사소송법』 제7판, 박영사, 2019
이일세, 『행정법총론』 제2판, 법문사, 2022
이재상, 『신형사소송법』 제6판, 박영사, 2006
이창현, 『형사소송법』 제6판, 도서출판 정독, 2020

이태영, 『민사소송법강의』 제3판, 법문사, 2022
 임승순, 『조세법』 제19판, 박영사, 2019
 정동윤/유병현/김경욱, 『민사소송법』 제8판, 법문사, 2020
 정하중, 『행정법개론』 제8판, 법문사, 2014
 최선웅, 『재량과 행정쟁송』, 박영사, 2021
 하명호, 『행정법』 제2판, 박영사, 2020
 한견우, 『현대행정법강의』 제3판, 신영사, 2008
 호문혁, 『민사소송법』 제14판 법문사, 2020
 홍정선, 『행정법특강』 제14판, 박영사, 2015
 홍준형, 『행정구제법』, 도서출판 오래, 2012

(2) 논문

장구진, 「형사소송에 있어서의 소송물론」, 『서울대학교 법학』 제23권 제2호, 1982. 6. 72-95면
 장수경, 「취소소송에서 처분사유의 추가·변경」, 『법학연구』 제28권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2018. 12. 105-142면
 장지은, 「프랑스의 객관적 완전심판소송에 관한 小考 -소송의 종류와 법원의 권한을 중심으로-」, 『공법학연구』 제14권 제1호, 한국비교공법학회, 2013. 2. 627-651면
 경 건, 「취소판결의 기속력의 내용 - 특히 적극적 효력으로서의 원상회복 의무와 관련하여 -」, 『서울법학』 제24권 제4호, 서울시립대학교 법학연구소, 2017. 2. 293-326면
 경 건, 「정보공개소송에서의 처분사유의 추가·변경」, 『서울법학』 제24권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2016. 8. 1-30면
 고종주, 「조세소송의 소송물과 심판의 범위, -위법성 이원론에 의한 신소송물 이론의 구성과 적용」, 『특별법연구』 제5권, 1997. 184-294면
 구육서, 「과세처분 취소소송의 판결 확정과 재처분의 가부」, 『인권과 정의』 제283호, 대한변호사협회, 2000. 69-96면
 김민섭, 「취소소송의 소송물과 부관에 대한 권리구제」, 『법학논총』 제31권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2019. 2. 361-403면

- 김민섭, 「취소소송의 소송물과 취소판결의 기판력 및 기속력」, 『한양법학』 제31권 제1호, 한양법학회, 2019. 2. 67-92면
- 김연태, 「당초의 과세처분과 경정처분의 관계」, 『안암법학』 제12호, 안암법학회, 2001. 97-138면
- 김영현, 「프랑스 월권소송의 판결의 효력: 기판력(*autorité de al chose jugée*) 개념을 중심으로」, 『행정법연구』 제13권, 행정법이론실무학회, 2005. 5. 73-108면
- 김용진, 「소송상 쟁점사항과 소송물이론」, 『법학연구』 제12권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2001. 12. 159-181면
- 김유환, 「취소소송의 판결의 기속력에 관한 판례이론 검토」, 『행정법연구』 제64호, 행정법이론실무학회, 2021. 3. 1-22면
- 김정환, 「민사소송법과 형사소송법을 비교해서 검토해 본 기판력의 발현 형태와 효력 범위」, 『형사소송의 이론과 실무』 제8권 제1호, 한국형사소송법학회, 2016. 1. 141-173면
- 김종보, 「항고소송에서 협의의 소익」, 『행정법연구』 제63호, 행정법이론실무학회, 2020 11. 89-118면
- 김주상, 「미국민사소송에 있어서 기판력에 관한 연구」, 『서울대학교 법학』 제12권 제5호, 1972. 6. 63-98면
- 김준기, 「취소소송의 판결의 효력과 소송물」, 서울대학교 석사학위논문, 2004
- 김중권, 「병역의무기피자인적사항의 공개의 법적 성질의 문제점」, 『행정판례연구』 제25권 제1호, 한국행정판례연구회, 2020. 6. 209-237면
- 김창조, 「취소소송에 있어서 판결의 기속력」, 『법학논고』 제42권, 경북대학교 법학연구원, 2013, 95-120면
- 김철용, 「처분의 근거·이유제시의 정도」, 『행정판례평선』, 박영사, 2016. 10. 382-394면
- 김철우, 「제재적 행정처분에 대한 사법심사」, 『행정판례연구』 제23권 제2호, 2018. 1. 129-166면
- 김태우, 「취소소송에 있어서 처분사유의 추가·변경」 『특별법연구』 제5권, 특별소송실무연구회 편, 박영사, 1997. 60-86면
- 김현준, 「의무이행소송과 거부처분취소소송의 관계」 『토지공법연구』 제58권. 2012. 8. 397-421면
- 마용주, 「현대행정과 행정소송이 제문제; 행정소송법상 소의 변경」, 『법조』

- 제49권 제7호, 2000. 7. 129-171면
- 문광진, 「프랑스 월권소송의 주관화 경향 - 건축허가에 대한 이웃소송을 중심으로 -」, 『공법연구』 제49권 제2호, 2020. 12. 473-503면
- 문병호, 「행정소송에서의 소송물 논의-취소소송을 중심으로-」(고려대학교 법학대학원 석사학위논문), 1997
- 문일호, 「과세처분 취소소송에서의 소송물」, 『법학연구』 제48권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2007. 8. 1-27면
- 박균성, 「국가배상소송에 대한 취소소송판결의 기판력」, 『고시계』, 통권 제461호, 1995. 6. 98-115면
- 박유신, 「행정소송에 있어서 당초 제기한 부적법한 소를 청구취지변경에 의하여 바로잡은 경우, 이를 새로운 소로 보아야 할 것인지 여부」, 『법조』 제40권 제8호, 1991. 8. 100-112면
- 박정훈, 「취소판결의 반복금지효-이중위험금지, 그리고 기판력과 기속력 및 소송물」, 『행정판례연구』 제23권 제1호, 한국행정판례연구회, 2018. 75-107면
- 박정훈, 「거부처분과 취소소송-도그마틱의 분별력·체계성과 다원적 비교법의 돌파력-」, 『행정법연구』 제63호, 행정법이론실무학회, 2020. 1-34면
- 박정훈, 「국가배상법의 개혁-사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로-」, 『행정법연구』 제62호, 행정법이론실무학회, 2020. 8. 27-69면
- 박현정, 「헌법개정과 국가배상책임의 재구성-과실책임제도에 대한 비판적 검토를 중심으로」, 『사법』 통권 제42호, 2017. 1. 143-180면
- 박해식, 「단계적 처분과 제소기간 준수의 기준시」, 『대법원판례해설』 통권 제52호, 2005. 240-255면.
- 박해식, 「비공개대상정보간의 처분사유의 추가·변경」, 『대법원판례해설』 통권 제47호, 625-641면
- 배병호, 「취소소송에서의 기본적 사실관계 동일성」, 『성균관법학』 제27권 제1호, 2015. 3. 57-90면
- 서원우, 「취소소송판결의 국가배상소송에 대한 기판력」, 『고시계』 통권 제369호, 1987. 11. 163-175면
- 서원우, 「행정권과 사법권-사법권의 한계 I」, 『고시계』 통권 제301호, 1982. 3. 209-214면

- 서원우, 「행정권과 사법권-사법권의 한계 Ⅱ」, 『고시계』 통권 제302호, 1982. 4. 152-158면
- 송중원, 「소송물과의 관련성에서 본 취소판결의 기속력- 특히 반복금지효를 중심으로-」, 『법학논총』 제24권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2012. 2. 95-120면
- 안동인, 「국가배상청구소송의 위법성 판단과 객관적 정당성 기준」, 『행정법연구』 제41권, 행정법이론실무학회, 2015. 2. 27-53면
- 안철상, 「행정소송에서의 소의 변경과 새로운 소의 제소기간」, 『행정판례연구』 제11권, 한국행정판례연구회, 2006. 6. 271-314면
- 어인성, 「공법과 경합된 법률영역에서의 상대적 위법성」(서울대학교 법학대학원 석사학위논문), 2004.
- 윤지현, 「조세소송의 심리와 판결 효력의 범위에 관한 연구」(서울대학교 법과대학원 박사학위논문), 2012.
- 윤지현, 「행정소송법 제22조가 정하는 '처분변경으로 인한 소의 변경'과 과세 처분 취소소송」, 『저스티스』 통권 129호, 한국법학원, 2012. 4. 249-296면
- 이병철, 「취소소송에서 소송물 개념의 재정립」, 『법학논총』 제12권 제2호, 조선대학교 법학연구원, 2005. 159-183면
- 이상덕, 「항고소송에서 처분사유 추가·변경 제한 법리의 재정립」, 『사법』 통권 제60호, 2022. 6. 573-624면
- 이상덕, 「항고소송에서 '분쟁의 1회적 해결 요청'과 상소의 이익」, 『사법』 제51호, 2020. 563-611면
- 이상천, 「부관 통제로서의 진정일부취소소송 활용에 관한 소고」, 『홍익법학』 제14권 제1호, 2013. 2. 619-648면
- 이상천, 「일사부재리원칙의 행정에서의 적극적 전개를 위한 시론」, 『공법학연구』 제15권 제2호, 2014. 5. 249-279면
- 이승민, 「공정거래법상 자진신고자 등에 대한 제재 및 감면처분의 행정소송상 취급」, 『행정법연구』 제46호, 행정법이론실무학회, 2016. 8. 347-387면
- 이용우, 「추가·변경된 처분사유로서 기속사유와 재량사유의 구분」, 『행정판례연구』 제25권 제2호, 2020. 12. 213-253면
- 이원우, 「법령상 부작위의무(금지행위)의 반복적 위반과 시정명령 위반의 판

- 단기준, 『경제규제와 법』 제1권 제1호, 2008. 5. 123-130면
- 이원우, 「항고소송의 원고적격과 협의의 소의 이익 확대를 위한 행정소송법 개정방안」, 『행정법연구』 제8권, 행정법이론실무학회, 2002. 8. 219-266면
- 이원우, 「현대 행정법관계의 구조적 변화와 경쟁자소송의 요건」, 『경쟁법연구』 제7권, 2001. 4. 139-186면
- 이원우, 「현대적 민주법치국가에 있어서 행정통제의 구조적 특징과 쟁점」, 『행정법연구』 제29호, 행정법이론실무학회, 2011. 4. 105-133면
- 이윤정, 「공무원의 불법행위로 인한 국가배상책임의 본질 및 요건에 대한 재검토」, 『강원법학』 제47권, 강원대학교 비교법학연구소, 2016. 2. 441-471면
- 이윤정, 「취소소송에서의 소 변경」, 『행정법연구』 제68호, 행정법이론실무학회, 2022. 8. 179-209면
- 이은상, 「처분 근거법령 추가·변경의 허용범위-기속규정에서 재량규정으로 추가·변경된 사안을 중심으로」, 『아주법학』 제14권 제2호, 2020. 1. 3-25면
- 이일세, 「행정심판의 재결에 대한 행정소송:원처분주의를 중심으로」, 『강원법학』 제44권, 2015. 12. 563-607면
- 이혁우, 「행정소송에서의 직권심리 범위-행정소송법 제26조의 해석과 관련하여」, 『법조』 제45권 제11호, 1996. 104-137면
- 이혁우, 「행정소송판결의 효력-기판력 및 참가적 효력과 관련하여」, 『대법원 판례해설』 제27호, 1996. 4. 447-466면.
- 이훈재, 「형사소송에서의 심판대상과 공소사실의 동일성-소송구조에 따른 비교법적 검토」, 『동북아법연구』 제14권 제1호(통권 36호), 2020. 1. 337-362면
- 임상규, 「공소사실의 동일성에 관한 대법원의 규범논리」, 『저스티스』 제98호, 한국법학원 2007. 6. 169-184면
- 장경원, 「거부처분 취소판결의 기속력」, 『행정판례연구』 제18권 제1호, 한국행정판례연구회, 2013. 6. 159-184면
- 전현철, 「취소소송에 있어서 판결의 기판력」, 『저스티스』 제118호, 한국법학원 2010. 8. 185-213면
- 정남철, 「국가배상소송과 선결문제-특히 구성요건적 효력, 기판력 그리고 위

- 법개념을 중심으로」, 『저스티스』 제116호, 한국법학원, 2010. 4. 102-132면
- 정남철, 「정보공개 거부처분과 처분사유의 추가·변경」, 『행정판례연구』 제18권 제1호, 한국행정판례연구회, 2013. 6. 89-124면
- 정영환, 「미국민사소송법상의 판결의 효력(1) -좁은 의미의 Res Judicata를 중심으로-」, 『안암법학』 제33호, 2010. 9. 281-322면
- 정하중, 「이유제시 하자의 치유와 처분사유 추가·변경-독일법과의 비교연구」, 『인권과 정의』 제364호, 2006. 12. 132-156면
- 정하중, 「행정소송에 있어서 직권탐지주의와 입증책임」, 『고려법학』 제64호, 2012. 205-267면
- 조연팔, 「행정처분의 취소소송에 있어서 처분사유의 추가·변경-일본의 학설 및 판례의 분석과 그 시사점을 중심으로」, 『법학논집』 제25권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2021. 1. 457-499면
- 최계영, 「항고소송에서 본안판단의 범위 - 원고의 권리 침해가 포함되는지 또는 원고의 법률상 이익과 관계없는 사유의 주장이 제한되는지의 문제를 중심으로」, 『행정법연구』 제42호, 행정법이론실무학회, 2015. 7. 107-134면
- 최계영, 「처분의 취소판결과 국가배상책임」, 『행정판례연구』 제18권 제1호, 2013. 6. 261-300면
- 최계영, 「행정처분과 형벌」, 『행정법연구』 제16호, 행정법이론실무학회, 2006. 10. 257-276면
- 최춘식, 「취소소송에 있어서 소송물의 통일적 이해」, 『토지공법연구』 제69권, 2015. 207-230면
- 하명호, 「이유제시의무와 이유제시의 정도」, 『안암법학』 통권 제25호, 안암법학회, 2007. 333-365면
- 하명호, 「취소소송에서의 소송물과 심리범위 그리고 판결의 효력」, 『사법』 통권 제58호, 사법발전재단, 2021. 12. 108-146면
- 홍강훈, 「신소송물이론의 이원설에 근거한 부관의 독립쟁송가능성 및 독립취소가능성에 관한 연구」, 『공법연구』 제44권 제2호, 2015. 12. 373-405면
- 홍영기, 「일사부재리의 효력범위-즉결심을 예로 하여」, 『저스티스』 통권 제123권, 한국법학원, 2011. 4. 153-186면

- 홍준형, 「행정절차와 행정소송의 연계와 분리-처분이유 제시와 처분사유의 추가·변경-」, 『공법연구』 제44권 제2호, 2015. 12. 217-245면
- 황창근, 「행정심판과 재결취소소송의 관계」, 『연세법학』 제35권, 2020. 6. 49-80면
- 황형모, 「소송물이론에 관련된 비주류적 판례에 대한 평가와 소송물의 식별에 관한 실천적·이론적 검토」, 『동아법학』 통권 53호, 2011. 11. 295-339면

(3) 기타

- 김중권, ‘시대의 해원을 넘어 국가배상법 개혁을 위한 모색’, 법률신문, 2022. 9. 5.

2. 외국문헌

(1) 독일

- Bettermann, Wesen und Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage, DVBl 1953.
- Detterbeck, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Rech:Grundlagen des Verfahrens vor den allgemeinen Verwaltungsgerichten und vor dem Bundesverfassungsgericht, 1995.
- Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 14. Aufl., 2000.
- Heinrich Amadeus Wolff/Andreas Decker, VwGO/VwVfG Studienkommentar, 2. Aufl., 2007.
- Hufen, Friedhelm, Siegel, Thorsten, Fehler im Verwaltungsverfahren, 2013.
- Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 17 Aufl., 2011.
- Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Eine verwaltungsrechtlich und prozeßvergleichende Studie, 1954.
- Niese, Über den Streitgegenstand der anfechtungs- und Vornahmeklagen im verwaltungsprozeß, JZ 1952.Redeker/von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, 16. Aufl. 2014.

(2) 일본

兼子仁, 『行政法学』, 岩波書店, 1997.

南博方/高橋滋 編, 『條解行政事件訴訟法』第四版, 弘文堂, 2014.

司法研修所 編, 『改訂行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』, 法曹会, 2000.

塩野宏, 『行政法 II(行政救済法)』第五版, 有斐閣, 2011.

宇賀克也, 『行政法概説 II(行政救済法)』第三版, 有斐閣, 2011.

園部逸夫 編, 『注解行政事件訴訟法』, 有斐閣, 1989.

芝池義一, 『行政救済法第二版』, 有斐堂, 2003.

興津征雄, 『違法是正と判決効-行政訴訟の機能と構造-』, 弘文堂, 2010.

鈴木康之, 「処分理由と訴訟上の主張との関係」, 鈴木忠一・三ヶ月章監修, 『新実務民事訴訟 講座9 行政訴訟1』, 日本評論社, 1983.

篠原一幸・高須要子, 「処分理由のさしかえ」, 民商法雑誌 83巻 3号, 1980.

村上裕章, 「取消訴訟における審理範囲と判決の拘束力」, 知的財産法政策学研究 10巻, 2006.

坂本涼, 「行政処分の反復効禁止と既判力」, 東京大学法科大学院ローレビュー 9号, 東京大学法科大学院ローレビュー編集委員会, 2014.

鶴岡稔彦, 「抗告訴訟の訴訟物と取消判決の效力」, 『新・裁判實務大系(第25巻)』(藤山雅行 編), 青林書院, 2012.

(3) 미국

William A. Mogel, 「Res Judicata and Collateral Estoppel in Administrative Proceedings」, 30 BAYLOR L. REV. 463, 1978.

Ernst H. Schopflocher, 「The Doctrine of Res Judicata in Administrative Law」, 1942 Wis. L. REV. 5, 1942.

Abstract

A Study on The Claim in Revocation Suit

LEE YOON JUNG

School of Law, Public Administrative Law
The Graduate School
Seoul National University

Precedents and majority theories view the claim of revocation suits as ‘illegality of disposition’. In this regard, there is a strong opinion that argues that ‘the infringement of the plaintiff’s rights’ should also be included here. However, unlike Germany, our administrative litigation law only stipulates ‘illegality’ as a requirement. Considering these provisions and the objective litigation structure of the revocation lawsuit that can be grasped from this, there is no need to add the Plaintiff’s infringement of rights.

Whether the litigation is duplicated depends on whether the disposition is the same. It is necessary to determine what the nature of the disposition is, how it is specified, and what factors constitute a disposition. In addition, since the disposition is meaningful as the subject of a revocation suit, the meaning of the revocation suit should also be considered. Revocation suit is a means by which the court examines the legality of the administrative

disposition, and directly cancels the illegal disposition, so that the court controls the administration through judicial review. As the subject of judicial review, disposition is an administrative action, which is the enforcement of the law, and is a decision made in accordance with the law by interpreting the law and applying it to any facts. In that sense, the grounds for disposition is a key component of disposition. Therefore, the disposition is specified by the disposition office, the date of disposition, the counter party, and the components of the order, and if the grounds for disposition change, the identity of the disposition can be lost.

The grounds for the disposition is what the administrative agency actually took as the basis and reason for the disposition while making the disposition. What was not actually used as a ground for disposition can not be included in the scope of the judgment of the revocation suit targeting the disposition, even if it was a ground for disposition of the order. The administrative agency has the authority to dispose of administrative affairs autonomously and independently, and our current law does not recognize a lawsuit for performance of obligations, so the same is true of refusal disposition.

A revocation judgment that recognizes the illegality of the disposition should also have res judicata on a state compensation claim lawsuit that makes the illegality of the disposition a legal requirement or a criminal lawsuit that makes the legality of the disposition subject to violation an implied constituent requirement. However, it is not desirable for the legality of the disposition to be recognized as "fixed" in civil and criminal litigation just because the disposition was not recognized as illegal due to a judgment dismissed in the revocation lawsuit. In addition, the effect of prohibition of repetition among binding forces under the Administrative Procedure Act recognized for the revocation judgment has the nature of res judicata. However, it is necessary to capture the binding force as an effect that

encompasses the obligation to reposition and the obligation to restore the original state in that it is the effect of the administrative agency's disposition authority. Understanding the binding force in this way does not determine the objective scope of the entire binding force by the litigation. However, as the scope of the sameness of disposition, the limitation of adding or changing the reason for disposition determines the objective scope of the prohibition of repetition.

In addition, the obligation to restore the original state, which is recognized as the content of binding power in interpretation, can indirectly supplement the function of preventing duplicate litigation of litigation.

The concept of a lawsuit in a revocation lawsuit does not only change depending on the perception of how to understand the revocation lawsuit, but also serves as a bridge between the world of administrative law, which is a substantive law, and the world of litigation procedures in administrative law. The disposition that determines the content of the administrative legal relationship goes to the content of the revocation lawsuit, which is an objection to the disposition as much as the scope of the lawsuit, and the content determined in the revocation judgment crosses the bridge of the lawsuit and returns to the world of substantive law. The extent to which the subject of the revocation lawsuit will be expanded from the original reason for disposition is a question of whether to focus on pre-administrative control at the administrative procedure stage or on doing it all at once at the administrative litigation stage. Here, it can be seen that the litigation in the revocation lawsuit plays a role in determining which side to attach more weight to both arms depending on which side the center is placed on the balance of both arms of administrative control.

**Key words: Revocation Suit, Judicial Control Over Administration, Objective
Litigation, Addition or alteration of grounds for disposition,
Binding Force of Judgment, Res Judicata**

Student number: 2019-31738