

행정상 명단공개에 대한 구제수단으로서 당사자소송의 활용

정 선 군*

- I. 들어가며
- II. 행정상 명단공개에 법적 성격
- III. 예방적 금지소송을 통한 구제
- IV. 일반이행소송 혹은 일반확인소송을 통한 구제
- V. 행정상 명단공개와 가구제
- VI. 결론

국문초록

행정상 명단공개는 의무위반자의 성명과 위반사항을 행정기관이 불특정 다수인에게 공개하여 그 위반자의 명예나 신용에 침해를 가함으로서 행정법상의 의무이행을 간접적으로 강제하는 수단이다. 이러한 행정상 명단공개는 의사표시가 아니라 일정한 사실을 알리는 관념의 통지로서 사실행위에 불과하므로 이에 대한 취소소송과 집행정지를 통하여 권리구제를 도모하는 것은 체계적합성에 부합하지 않는다. 또한 취소소송은 당사자소송에 비해 매우 엄격한 소송요건이 요구되고, 집행부정지의 원칙을 취하고 있고 그 본안요건마저 매우 까다로워 집행정지신청이 인용되기 쉽지 않은 우리나라의 소송현실을 고려하였을 때, 행정상 명단공개를 취소소송과 집행정지를 통해 권리구제를 받도록 하는 것은 국민의 재판청구권을 인정하고 있는 헌법의 취지에 반한다고 볼 것이다.

따라서 항고소송과 달리 소송요건상의 제약이 심하지도 않고, 다룰 수 있는 분쟁의

* 법학박사, 서강대학교 법학전문대학원 대우교수

유형도 항고소송에 비해 훨씬 넓은 당사자소송을 통하여 위법한 명단공개로 인하여 권리침해를 받은(또는 받을) 자들의 구제수단으로 삼을 필요가 있다. 구체적으로는 명단 공개가 임박한 상태에서는 예방적 금지소송을 통한 권리구제가 필요하고, 명단공개가 이루어진 경우에는 일반이행소송이나 일반확인소송을 통한 권리구제가 가능하다. 그리고 이 모든 경우에 가처분을 가구제 수단으로 활용할 수 있을 것이다.

- 핵심어 행정상 명단공개, 사실행위, 예방적 금지소송, 일반이행소송, 일반확인소송, 가처분

I. 들어가며

행정상 명단공개¹⁾는 종래 행정법 교과서에 행정의 실효성 확보수단의 일종으로 다루어졌을 뿐, 학계의 큰 관심은 받는 분야는 아니었다. 그렇기 때문에 위법한 명단공개를 통해 권리침해를 받거나 받을 자들이 어떠한 구제수단을 동원해야 할 것인지에 대해서도 별 관심이 없었던 것이 사실이다. 그러다가 2019년도에 병무청장의 병역의무 기피자의 인적사항 공개결정에 대하여 대법원이 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 판시한 이래,²⁾ 2022년에 개정된 행정절차법이 제40조의3(위법

- 1) 행정상 명단공개는 범위반사실의 공표, 의무위반사실의 공표, 위반사실 등의 공표(행정절차법 제40조의3), 인적사항 등의 공개(병역법 제81조의2), 명단공개(국세기본법 제85조의5), 명단공표 등 다양한 용어로 불리우고 있으나, 이 글에서는 행정상 명단공개라는 단어로 통일해서 사용하기로 한다.
- 2) 병무청장이 병역법 제81조의2 제1항에 따라 병역의무 기피자의 인적사항 등을 인터넷 홈페이지에 게시하는 등의 방법으로 공개한 경우 병무청장의 공개결정을 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아야 한다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다. ① 병무청장이 하는 병역의무 기피자의 인적사항 등 공개는, 특정인을 병역의무 기피자로 판단하여 그 사실을 일반 대중에게 공표함으로써 그의 명예를 훼손하고 그에게 수치심을 느끼게 하여 병역의무 이행을 간접적으로 강제하려는 조치로서 병역법에 근거하여 이루어지는 공권력의 행사에 해당한다. ② 병무청장이 하는 병역의무 기피자의 인적사항 등 공개조치에는 특정인을 병역의무 기피자로 판단하여 그에게 불이익을 가한다는 행정결정이 전제되어 있고, 공개라는 사실행위는 행정결정의 집행행위라고 보아야 한다. 병무청장이 그러한 행정결정을 공개 대상자에게 미리 통보하지 않은 것이 적절한지는 본안에서 해당 처분이 적법한가를 판단하는 단계에서 고려할 요소이며, 병무청장이 그러한 행정결정을 공개 대상자에게 미리 통보하지 않았거나 처분서를 작성·교부하지 않았다는 점만으로 항고소송의 대상적격을 부정하여서는 아니 된다. ③ 병무청 인터넷 홈페이지에 공개 대상

사실 등의 공표)을 신설하여 행정상 명단공개에 대한 절차적 규율을 도모하게 되는 등 최근 들어 실무와 학계의 주목을 받기 시작하였다. 그런데 명단을 공개하는 행위가 기본적으로 사실행위(Realakt)의 성격을 갖고 있음을 고려할 때, 대법원이 이를 항고소송의 대상으로서 처분으로 보는 것이 논리적으로 타당한지에 대하여 강한 의문이 드는 것이 사실이다. 또한 권리구제의 가능성 차원에서도 명단공개의 처분성을 인정하여 원고적격과 제소기간의 제한을 받는 취소소송으로 다루게 하는 것이 과연 합리적인지에 대해서도 고민을 해 봐야 할 필요가 있다. 게다가 명단공개라는 것이 범위반자들의 성명을 공개하여 그들의 수취심을 자극하기 위한 것인데, 위법한 명단공개로 인하여 억울하게 명예를 실추당한 자의 입장에서는 사후적인 항고소송을 통하여 인용판결을 받는다 하더라도 실추당한 명예가 회복된다는 보장이 없으므로 명단공개가 이루어지기 전에 권리구제를 도모할 것이 그 어느 경우보다 강하게 요구된다.

그에 따라 이 글에서는 먼저 행정상 명단공개에 대한 법적 성격에 대해 개관을 한 후(II), 명단공개가 이루어지기 전에 강구할 수 있는 구제수단으로서 예방적 금지소송이 현행 행정소송법 체계 하에서도 허용될 수 있는지 여부와(III) 명단공개가 이

자의 인적사항 등이 게시되는 경우 그의 명예가 훼손되므로, 공개 대상자는 자신에 대한 공개결정이 병역법령에서 정한 요건과 절차를 준수한 것인지를 다룰 법률상 이익이 있다. 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. 만약 병무청장의 공개결정을 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보지 않는다면 국가배상청구 외에는 침해된 권리 또는 법률상 이익을 구제받을 적절한 방법이 없다. ④ 관할 지방병무청장의 공개 대상자 결정의 경우 상대방에게 통보하는 등 외부에 표시하는 절차가 관계 법령에 규정되어 있지 않아, 행정실무상으로도 상대방에게 통보되지 않는 경우가 많다. 또한 관할 지방병무청장이 위원회의 심의를 거쳐 공개 대상자를 1차로 결정하기는 하지만, 병무청장에게 최종적으로 공개 여부를 결정할 권한이 있으므로, 관할 지방병무청장의 공개 대상자 결정은 병무청장의 최종적인 결정에 앞서 이루어지는 행정기관 내부의 중간적 결정에 불과하다. 가까운 시일 내에 최종적인 결정과 외부적인 표시가 예정된 상황에서, 외부에 표시되지 않은 행정기관 내부의 결정을 항고소송의 대상인 처분으로 보아야 할 필요성은 크지 않다. 관할 지방병무청장이 1차로 공개 대상자 결정을 하고, 그에 따라 병무청장이 같은 내용으로 최종적 공개결정을 하였다면, 공개 대상자는 병무청장의 최종적 공개결정만을 다루는 것으로 충분하고, 관할 지방병무청장의 공개 대상자 결정을 별도로 다룰 소의 이익은 없어진다(대법원 2019. 6. 27. 선고 2018두49130 판결).

루어진 이후에 강구할 수 있는 구제수단으로서 일반이행소송과 일반확인소송의 허용여부에 대해 살펴보고(IV), 그와 더불어 행정상 명단공개에 어울리는 가구제 수단은 어떤 것인지 여부까지 함께 고찰한 후(V), 글을 마무리하려고 한다.

II. 행정상 명단공개의 법적 성격

1. 의의

행정상 명단공개는 행정상 공표³⁾의 일종으로서, 의무위반자의 성명과 위반사항을 행정기관이 불특정 다수인에게 공개하여 그 위반자의 명예나 신용에 침해를 가함으로서 행정법상의 의무이행을 간접적으로 강제하는 수단이다.⁴⁾ 대집행이나 직접강제와 같은 전통적인 의무이행확보수단이 상대방의 신체나 재산에 유형력을 행사하여 상대방의 의사와 관계없이 행정이 필요로 하는 상태를 실현시키는 것에 반하여, 행정상 명단공개는 상대방의 시정을 위한 노력이라는 중간단계를 거쳐야만 비로소 행정목적 달성을 수 있다는 점에서 간접적인 의무이행확보수단이라는 특징을 갖는다.⁵⁾ 이와 같이 행정상 명단공개는 간접적인 수단이라는 점에서 전통적인 의무이행확보수단에 비해 실효성 확보수단으로서의 효과는 미약하지만 불특정 다수인에게 법위반사실이 알려지게 된다는 점에서 제3자에 대한 예방적 효과는 다

3) 행정상 공표에는 공표대상자의 수치심을 불러일으키거나 정신적 고통을 가하여 이를 통해 행정법상 의무이행을 강제하려는 제재적 기능을 하는 ‘제재적 공표’, 제재적 성격 없이 순수하게 정보제공의 기능만 수행하는 ‘정보제공적 공표’, 의무위반을 전제함이 없이 단지 국민들에게 정보를 제공함으로써 어떠한 행동을 하도록 또는 하지 않도록 유도하는 ‘유도적 공표’가 있는데, 행정상 명단공개는 위반사실을 공개하여 의무이행을 강제하는 수단이므로 제재적 공표에 해당한다. 이에 대한 자세한 논의는 김혜성, “행정상 공표의 법적 쟁점”, 『법제』 제664호, 법제처, 2014, 105-108면.

4) 오승규/유동영, “지방세 고액상급채납자에 대한 명단공개제도의 개선방안”, 『한국지방세연구원 수시연구보고서』 수시과제 2020-12호, 한국지방세연구원, 2020, 14면.

5) 전통적인 행정의 실효성 확보수단이 행정의 실효행위→행정이 원하는 상태의 실현이라는 2단계의 구조를 갖는데 반해, 명단공개는 명단공표→상대방의 시정행위→행정이 원하는 상태의 실현이라는 3단계의 구조를 갖는다. 이에 대한 보다 자세한 논의는 김치환, “행정상 공표에 있어서 실효성확보와 권리 보호의 조화”, 『토지공법연구』 제26집, 한국토지공법학회, 2005, 257면.

른 어떤 의무이행확보수단 보다 월등하다고 할 것이다.

한편 이러한 행정상 명단공개는 행정기관에 의하여 이루어지는 것이므로 아동이나 청소년 대상으로 성범죄를 저지른 자에 대한 명단공개처럼⁶⁾ 법원에 판결에 의해 명단이 공개되는 경우는 행정상 명단공개의 개념에서 제외하여야 한다.

2. 법적 성격

명단공개는 직접적으로 공개대상자의 법적 지위에 변동을 일으키는 행위가 아니라 단지 그 위반사실을 불특정 다수인에게 알리는 것에 불과하므로 사실행위⁷⁾에 해당한다. 즉 명단공개가 법령에 근거하여 이루어지는 경우에도 명단공개로 인하여 권리의무의 발생, 변경, 소멸과 같은 법적 효과가 발생하는 것이 아니라 명예나 체면의 손상과 같은 정서적, 사회적 효과가 발생할 뿐이다.

다만 명단공개가 권력적 사실행위인지 아니면 비권력적 사실행위인지가 문제되는바, 명단공개가 행정에 의해 일방적으로 이루어지고 그로 인해 상대방의 명예나 신용이 침해될 수 있기 때문에 권력적 사실행위에 해당한다고 보는 견해⁸⁾ 단순

6) 아동 청소년의 성보호에 관한 법률 제49조(등록정보의 공개) ① 법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에 대하여 판결로 제4항의 공개정보를 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제45조제1항의 등록기간 동안 정보통신망을 이용하여 공개하도록 하는 명령(이하 “공개명령”이라 한다)을 등록대상 사건의 판결과 동시에 선고하여야 한다. 다만, 피고인이 아동·청소년인 경우, 그 밖에 신상정보를 공개하여서는 아니 될 특별한 사정이 있다고 판단하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 아동·청소년대상 성범죄를 저지른 자
2. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조제1항제3호·제4호, 같은 조 제2항(제1항제3호·제4호에 한정한다), 제3조부터 제15조까지의 범죄를 저지른 자
3. 제1호 또는 제2호의 죄를 범하였으나 「형법」 제10조제1항에 따라 처벌할 수 없는 자로서 제1호 또는 제2호의 죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 자
7) 행정상의 사실행위(Realakt)란 사실상의 결과실현을 목적으로 하는 일체의 행위형식으로서 이는 직접적으로 법적 효과를 발생시키는 행위가 아니라는 점에서 일정한 법적 효과의 발생을 목적으로 하는 행정행위나 공법상 계약, 법규명령과 같은 법적 행위(Rechtsakt)와 구별된다. 이러한 사실행위는 다시 행정청이 행정목적의 달성을 위하여 국민의 신체·재산 등에 직접 물리력을 행사하여 필요한 상태를 실현하는 행위인 ‘권력적 사실행위’와 권력성이 인정되지 않는 사실행위인 ‘비권력적 사실행위’로 나눌 수 있다.
8) 김영조, “고액채납자의 명단공개에 대한 법적 검토”, 『사회과학연구』 제19권, 상명대학교 사회과학연구소, 2004, 4-5면; 이상천, “정보화사회에서의 공포”, 『외법논집』 제34권 제2호, 한국의국어

한 정보제공적 성격을 가지는 명단공개는 비권력적 사실행위지만 명예형적인 성격을 갖는 제재수단으로서의 명단공개는 권력적 사실행위라고 보는 견해는⁹⁾ 명예나 신용의 침해는 내적인 평가의 영역일 뿐 우월적인 법적 지위에 근거한 외부의 명령이나 강제력에 의해 훼손되는 것이 아니라는 점을 고려할 때, 타당하지 않다고 생각한다.¹⁰⁾ 즉, 명단공개는 어떠한 법적 효과를 의도하는 의사표시가 아니므로 사실행위에 해당하며, 특히 수인의무를 수반하지 않으므로 비권력적 사실행위에 해당한다.¹¹⁾ 한편 공표결정이 의무위반자에게 통지된 경우에는 그 통지행위가 행정행위이고 그 이후에 행하는 공표행위는 단순한 집행행위로서 비권력적 사실행위에 불과하지만, 의무위반자에게 통지되지 않고 행하는 공표행위는 권력적 사실행위에 해당한다는 견해¹²⁾도 있는데, 이는 권력적 성격이 통지 여부에 좌우한다는 점에서 역시 타당하지 않다고 본다.

이와 관련하여, 대법원은 최근 “병무청장이 병역의무 기피자의 인적사항 등 공개하는 것은 특정인을 병역의무 기피자로 판단하여 그 사실을 일반 대중에게 공표함으로써 그의 명예를 훼손하고 그에게 수치심을 느끼게 하여 병역의무 이행을 간접적으로 강제하려는 조치로서 병역법에 근거하여 이루어지는 공권력의 행사에 해당한다”고 판시하여¹³⁾ 명단공개를 권력적 사실행위로 보는 듯한 태도를 취한바 있는데, 이러한 대법원의 입장이 타당한 것인지에 대해서는 후술하기로 한다.

대학교 법학연구소, 2010, 135면; 한편 공표행위가 종래에는 비권력적 사실행위였으나 오늘날 강력한 제재수단으로 변하였으므로 이제는 권력적 사실행위로 보아야 한다는 견해(김철용, 『행정법(제5판)』, 고시계사, 2016, 357면)도 같은 입장이라 할 수 있다.

9) 오용식, “행정상 공표와 관련한 몇가지 검토”, 『법제』 제537호, 법제처, 2002, 8면.

10) 같은 뜻, 홍정선, 『행정법원론(상)』, 박영사, 2023, 806면.

11) 명단공표가 상대방의 수치심, 명예심을 자극하여 간접적으로 의무의 이행을 강제하지만 모든 사람에게 똑같은 제재적 효과를 가져오지 않기 때문에 명단공표를 비권력적 사실행위로 보는 견해(김혜성, 앞의 글, 110면)도 같은 입장이라고 할 것이다.

12) 박균성, 『행정법론상(제16판)』, 박영사, 2017, 604면.

13) 대법원 2019. 6. 27. 선고 2018두49130 판결.

3. 행정처분성 여부

(1) 문제점

독일과 같이 취소소송의 대상을 행정행위¹⁴⁾에 한정한다면¹⁵⁾ 명단공개와 같은 사실행위는 취소소송으로 다룰 수 없다. 그러나 우리나라는 행정행위가 아니라 ‘처분’ 즉 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부 그 밖에 이에 준하는 행정작용이 취소소송의 대상이 되므로(행정소송법 제19조, 제2조 제1항 제1호) 행정상 명단공개가 취소소송의 대상으로서 처분에 해당하는지 여부가 논란이 될 수밖에 없다.

(2) 실체법적 개념설과 쟁송법적 개념설의 대립

공정력을 가지는 법적 행위인 행정행위만을 취소소송의 대상으로 보는 실체법적 개념설은 법적 행위가 아닌 사실행위는 취소소송으로 다룰 수 없고, 일반적 이행소송을 당사자소송의 형태로 제기하여 그 ‘중지’나 ‘금지’를 구하거나, 확인소송을 제기하여 위법한 사실상태를 확인받아야 한다고 주장하고 있다.¹⁶⁾ 이에 반해 취소소송의 대상을 강학상 행정행위로 한정하는 경우에는 현대의 다양한 행정작용에 대하여 효과적으로 국민의 권리구제를 도모할 길이 없다는 점을 지적하면서 취소소송의 대상을 행정행위보다 넓게 보아야 한다는 쟁송법적 개념설에 따르면, 현재 우리 행정소송법상 위법한 공행정작용 대한 권리구제수단은 항고소송 중심으로 되어 있고, 아직 사실행위나 그 밖의 비권력적 행위에 대한 적절한 구제수단이 발전되어 있지

14) 독일 연방행정절차법(VwVfG) 제35조 제1문에 따르면 행정행위(Verwaltungsakt)란 “공법 영역에서 개별 사안의 규율을 위해 행정청에 의해 내려지는, 외부에 대한 직접적 법적 효과의 발생을 목적으로 하는 모든 처분, 결정 또는 기타의 조치”를 의미한다.

15) 독일 연방행정법원법(VwGO) 제42조 (취소소송 및 의무이행소송)

① 소송을 통해 행정행위의 취소를 청구하거나(취소소송) 및 거부되거나 응답되지 아니한 행정행위의 발급의 명령을 청구할 수 있다(의무이행소송). 거부 또는 부작위에 의해 자신의 권리가 침해되었다고 주장하는 경우에만 허용된다.

16) 정하중·김광수, 『행정법개론(제17판)』, 법문사, 2023, 728면.

않으므로 처분 개념을 확대하여 취소소송에 의한 국민의 권리구제의 기회를 확대할 필요가 있다고 주장하고 있다.¹⁷⁾

생각건대, 우리 행정소송법 제2조 제1항 제1호의 ‘처분’의 정의에서 ‘행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 및 그 거부’는 강학상 행정행위와 그에 대한 거부행위를 염두에 둔 규정이므로 ‘그 밖에 이에 준하는 행정작용’은 행정행위는 아니지만 행정행위에 준할 만큼의 법적 효과를 발생시키는 행위인 권력적 사실행위를 뜻한다고 보는 것이 타당하다.¹⁸⁾ 따라서 행정작용 중에 하명, 허가, 특허, 인가와 같이 강학상 행정행위에 해당하는 것들과 권력적 사실행위에 대해서는 항고소송을 통해 다투도록 하고, 그 밖의 비권력적 사실행위, 공법상 계약 등에 대해서는 당사자소송을 통해 다투도록 하는 것이 우리 행정소송법상의 처분개념에 대한 해석 및 주관소송으로서 항고소송과 당사자소송의 이원적 체계를 도입한 입법자의 의도에 부합하는 것이라 할 것이다.

(3) 명단공개의 경우

1) 명단공개와 같은 비권력적 사실행위는 법적 효과의 발생을 목적으로 하지 않으므로 행정소송법상의 처분에 해당하지 않는다.¹⁹⁾ 이를 반영하여 명단공표에 대한 일반법적 규정인 행정절차법 제40조의3은 명단공표에 대해서 동법 제2장의 처분절차(행정절차법 제17조 - 제39조의3)를 준용하지 않고 독자적으로 사전통지와 의견제출에 관한 규정을 두고 있는바(동법 제40조의3 제3항), 이는 명단공표가 행정절차법상 처분²⁰⁾에 해당하지는 않지만²¹⁾ 불이익처분에 준하는 효과를 가져온다는 점을 고려하여 이와 같이 사전통지와 의견제출에 관한 규정을 별도로 둔 것이라

17) 박균성, 앞의 책, 1152면.

18) 같은 뜻, 김남진·김연태, 『행정법 I (제14판)』, 법문사, 2012, 748면.

19) 같은 뜻, 김혜성, 앞의 글, 119면.

20) 행정절차법상 처분(행정절차법 제2조 제2호)과 행정소송법상 처분(행정소송법 제2조 제1항 제1호)은 내용상 동일하다.

21) 같은 뜻, 정남철, “행정절차법과 행정기본법의 관계 재정립”, 『행정법학』 제23호, 한국행정법학회, 2022, 89면.

고 해석된다.

한편 비권력적 사실행위라 할지라도 규제적 행정지도와 같이 사실상의 강제력을 미치는 경우에는 ‘그 밖에 이에 준하는 행정작용’으로서 처분에 해당한다는 견해가 있으나,²²⁾ 사실상의 강제력을 갖는 사실행위는 이미 권력적 사실행위라 할 것이므로 이 견해를 취하기는 어렵다.²³⁾ 또한 제재적 공표의 유형 중 위반사실의 공표와 같이 일반 대중에게 일정한 사실을 알리는 것에 불과할 뿐 그 상대방에게 구체적인 의무를 명하지 않는 것은 행정처분이 아니지만, 고액·상습체납자의 인적사항의 공개나 병역의무 기피자에 대한 인적사항의 공개와 같이 의무이행을 간접적으로 강제하려는 공표는 권력적 사실행위에 해당하므로 처분성을 긍정하는 것이 타당하다는 견해도 주장되는데,²⁴⁾ 명단공개는 수인의무를 수반하지 않는 비권력적 사실행위라는 점에서 역시 타당하지 않다. 또한 명단공표가 계속적 사실행위에 해당하는 경우에는 처분성을 인정할 수 있고, 계속적 성격이 없어도 집행정지가 가능할 때에는 집행정지결정을 전제로 행정쟁송이 가능하다는 견해²⁵⁾에 대해서는, 민사소송의 경우와 달리 행정소송의 가구제로서 집행정지는 적법한 본안청구가 법원에 계속될 것을 전제로 신청이 가능하다는 점에서 본말(本末)이 전도(顛倒)된 주장이라는 비판이 가능하다.

그런데 대법원은 병무청장이 병역법에 따라 병역의무 기피자의 인적사항 등을 인터넷 홈페이지에 게시하는 행위에 대해서 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 판시하였는바,²⁶⁾ 이는 앞서 살펴본 것처럼 명단공개를 권력적 사실행위로 보는 것에 대한 논리적 귀결이라고 볼 수 있다. 또한 서울행정법원은 고액 및 상습체납자에 대한 명단공개 사건에서 처분성을 인정하는 것을 전제로 취소소송을 기각한 적이 있는데,²⁷⁾ 이 역시 명단공개로 인하여 개인의 명예나 신용이 제한되고 공표대

22) 박균성, 앞의 책, 518면.

23) 같은 뜻, 홍준형, 『행정법』, 법문사, 2011, 327면.

24) 김성원, “제재적 공표의 처분성에 관한 법적 문제”, 『일감법학』 제49호, 건국대학교 법학연구소, 2021, 222면.

25) 오용식, 앞의 글, 18면.

26) 대법원 2019. 6. 27. 선고 2018두49130 판결.

상자에게 이를 수인할 것을 명령하는 성격도 아울러 가지고 있다는 점을 고려하여, 명단공개를 계속적 성격을 갖는 권력적 사실행위로 보았기 때문이라고 평가할 수 있다.

이처럼 비권력적 사실행위에 해당하는 명단공개에 대해서 관례가 여전히 당사자 소송 대신 취소소송을 이용하는 것은 위법한 명단공개를 행정소송으로 다룰 수 있도록 해준다는 점에서 일견 국민의 권리구제에 기여한다고 볼 수 있으나, 소송요건의 부담이 덜한 당사자소송²⁸⁾을 버리고 소송요건이 매우 엄격하게 요구되는 취소소송을 이용하게 한다는 점에서 오히려 권리구제에 역행한다고 볼 수도 있다.

2) 만약 대법원의 입장처럼 명단공개 of 처분성을 인정하여 행정소송을 제기할 가능성을 열어 놓는다 하더라도, 명단이 이미 공표된 경우에는 원상회복이 불가능하여 권리구제의 실익이 현저히 떨어진다는 점에서 취소소송을 통한 권리구제에는 한계가 존재한다는 점도 놓치지 말아야 할 것이다. 이와 관련하여, 대법원은 병역의무 기피자 인적사항 공개사건에서 병무청장의 공개결정이 위법함이 확인되어 취소판결이 확정된 경우 취소판결의 기속력 중 결과제거의무가 인정되기 때문에 취소소송을 제기할 실익이 있다고 판시한 적이 있는데,²⁹⁾ 위법한 명단공개로 인하여 이미 훼손당한 명예나 신용은 결과제거의무에 따른 후속 조치가 이루어지더라도 쉽게 회복되기 어렵고, 혹시 회복이 가능하다 하더라도 취소판결의 기속력이 발동되기 위해

27) 서울행정법원 2011. 10. 21. 선고 2011구합16933 판결.

28) 당사자소송은 제소기간(행정소송법 제20조)과 전심절차(행정소송법 제18조)의 제한이 없으며, 당사자소송의 원고는 법률상 이익의 침해를 받은 자에 한정되지 않는다는 점에서 취소소송보다는 월등히 소송요건의 부담이 경감되어 있다.

29) 병무청 인터넷 홈페이지에 공개 대상자의 인적사항 등이 게시되는 경우 그의 명예가 훼손되므로, 공개 대상자는 자신에 대한 공개결정이 병역법령에서 정한 요건과 절차를 준수한 것인지를 다룰 법률상 이익이 있다. 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 실질적 권리구제를 위해 병무청장의 공개결정을 행정처분으로 인정할 필요성이 있다. 만약 병무청장의 공개결정을 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보지 않는다면 국가배상청구 외에는 침해된 권리 또는 법률상 이익을 구제받을 적절한 방법이 없다(대법원 2019. 6. 27. 선고 2018두49130 판결).

서는 판결이 확정될 것을 요하는데(행정소송법 제30조), 판결이 확정될 때까지 장기간 명예나 신용이 훼손당한 상태가 지속된다는 점에서 취소판결의 기속력을 근거로 하여 명단공개 처분성을 긍정하는 대법원의 태도에 대해서는 찬동하기 어렵다.

따라서 명단공개에 대해서는 취소소송이 아니라 공법상 사실행위를 다투기에 적합한 소송형태인 당사자소송을 통해 권리구제를 도모하는 것이 체계적합성 및 권리구제의 효율성에 비춰볼 때 적합할 것인바,³⁰⁾ 이하에서는 명단공개가 이루어지기 전과 후를 나누어 이를 살펴보기로 한다.

III. 예방적 금지소송을 통한 구제

1. 문제상황

행정상 명단공개는 특정인의 범위반사실을 불특정 다수인에게 널리 알리는 제도이므로 일단 공개가 이루어진 후에는 이를 취소하거나(명단공개의 처분성을 인정하는 경우) 중단하여도(명단공개의 처분성을 부정하는 경우) 이미 불특정 다수인의 관념 속에 자리잡은 정보나 가치평가까지 소멸시킬 수 있는 것은 아니다. 따라서 애초에 위법한 명단공개 자체가 이루어지지 않도록 이를 막을 수 있는 제도가 필요한데, 그것이 바로 예방적 금지소송을 논할 이유가 된다.

2. 예방적 금지소송의 의의 및 인정여부

예방적 금지소송(vorbeugende Unterlassungsklage)은 행정청의 공권력의 행사에 의해 국민의 권익이 침해될 것이 예상되는 경우에 미리 그 공권력의 행사를 저지하기 위하여 제기하는 소송으로서 예방적 부작위청구소송이라고도 한다. 이런 예방적

30) 같은 뜻, 김종희, “행정처분개념의 재정립”, 『법학연구』 제25권 제1호, 경상대학교 법학연구소, 2017, 9면.

금지소송은 현상유지를 목적으로 행정청에게 일정한 행위를 하지 말 것을 요구하는 소극적 이행소송인 점에서 행정청에 대하여 적극적인 행위를 요구하는 의무이행소송과 구별된다.

이런 예방적 금지소송의 인정에 대하여 소극적인 견해는 대체적으로 예방적 금지소송이 도입되면 행정청의 1차적 판단권을 침해하여 권력분립의 원칙에 반할 수 있다는 점을 들고 있다.³¹⁾ 이러한 입장은 항고소송의 종류를 선언하고 있는 행정소송법 제4조를 열거적 규정으로 볼 때 나오는 논리적 귀결인데, 대법원도 준공처분을 하여서는 아니된다는 내용의 부작위를 구하는 원고의 청구는 행정소송에서 허용되지 않는다고 하여,³²⁾ 소극설의 입장을 지지하고 있다. 다만 현행법의 해석상 소극설을 취할 수밖에 없지만 국민의 재판청구권을 실제로 보장하려는 견지에서 예방적 금지소송의 도입 자체는 긍정하는 견해도 있다.³³⁾ 보통 이러한 견해는 의무이행소송에 대해서도 같은 입장을 취하고 있다. 한편 의무이행소송의 도입에 대해서는 특별히 반대를 하지 않지만 예방적 금지소송의 도입에 대해서는 유독 강하게 반대하는 견해도 보이는 바,³⁴⁾ 이는 행정청에게 처분의 발급을 명하는 의무이행소송도 사법(司法)의 소극적 성격에 반할 소지가 있는데, 애초에 행정청의 발언권을 막아버리는 예방적 금지소송은 더욱 더 강하게 행정청의 1차적 판단권을 침해할 것이라는 염려를 하는 것 때문이라고 생각한다.

이에 반해 예방적 금지소송의 인정에 대하여 적극적인 견해는 취소소송과 집행정지를 통한 사후적인 권리구제를 도모하는 현행 행정소송 제도로는 명단공개나 정보공개와 같이 일단 공개가 되어버리면 원상회복이 거의 불가능한 행정작용에 대해서는 적절한 대처가 힘들다는 점을 지적하며, 이러한 행정작용에 대한 권리구제의

31) 예방적 금지소송의 허용여부에 대한 자세한 설명은 최승필, “예방적 금지소송의 도입과 그 쟁점”, 『행정법학』 제3호, 한국행정법학회, 2012, 35-38면.

32) 대법원 1987. 3. 24. 선고 86누182 판결.

33) 류지태, 『행정법신론(제10판)』, 신영사, 2006, 520면; 하명호, 『행정법』, 박영사, 2019, 487면.

34) 법무부가 2013년 3월 20일에 입법예고하였던 행정소송법 전부개정법률안에는 의무이행소송은 포함되어 있었지만 예방적 금지소송은 제외하였는데, 이는 예방적 금지소송의 도입에 대한 정부(政府) 내의 반대 의견을 반영한 것으로 보인다.

실효성을 높이기 위해서는 예방적 금지소송이 필요하다고 보고 있다. 다만 이러한 적극설도 아무런 제한 없이 예방적 금지소송의 도입을 허용하는 것은 아니며, 처분의 발급이 임박한 상태에서 사후적인 구제수단으로는 회복하기 어려운 손해가 발생할 것이 예상되는 경우에 한하여 예방적 금지소송을 허용할 수 있다고 하여, 예방적 금지소송의 남용을 막으려고 하고 있다.³⁵⁾ 한편 적극설은 다시 예방적 금지소송의 성격에 대해서 무명항고소송의 일종으로 생각하는 견해³⁶⁾와 당사자소송의 한 종류로 생각하는 견해로 나뉘어지는데,³⁷⁾ 이는 행정소송법 제4조를 예시적 규정으로 볼 것이냐 아니면 열거적 규정으로 볼 것이냐에 따른 견해 차이라고 할 것이다.

생각건대, 예방적 금지소송은 법원이 적극적으로 행정의 의사결정에 개입하는 것이므로 사법(司法)을 소극적인 것으로만 이해한다면 실정법 체계에 편입시키기 어려운 제도일 것이다. 물론 사법은 법을 창조할 수 없다는 점에서 기본적으로 소극적인 성격을 가지고 있지만, 입법자의 결단에 의해 요청을 받은 경우에는 당연히 행정의 의사결정에 개입할 수 있다는 것은 자명한 사실이다. 그런 의미에서 행정소송법에 예방적 금지소송에 관한 명문의 규정이 존재하지 않는 것은 행정상 명단공개에 대한 가장 효율적인 구제수단인 예방적 금지소송의 필요성에 비추어 볼 때 매우 안타까운 일이다. 다만 소송에 대상과 종류에 관하여 포괄적인 내용을 가지고 있는 당사자소송에 관한 규정에서 예방적 금지소송의 법적 근거를 찾을 수 있을지를 목차를 바꾸어 고찰해 보기로 한다.

3. 당사자소송의 한 종류로서 예방적 금지소송

독일의 통설 및 판례는 독일 연방행정법원법(VwGO) 제40조 제1항 및 제43조 제2항 제1문을 근거로 일반이행소송(allgemeine Leistungsklage)을 행정소송의 유형 중

35) 김향기, 『행정법개론(제15판)』, 탐북스, 2023, 612면.

36) 홍정선, 앞의 책, 1286면; 김현준·박용광, “예방적 금지를 구하는 행정소송”, 『토지공법연구』 제50집, 한국토지공법학회, 2010, 301-302면.

37) 김남철, 『행정법강론(제6판)』, 박영사, 2020, 755면.

하나로 인정하고 있는데,³⁸⁾ 이러한 일반이행소송은 행정행위 이외의 행정작용을 그 대상으로 하며,³⁹⁾ 결과제거를 요구하거나 부작위를 요구하는 경우에도 일반이행소송으로 다룰 수 있다.⁴⁰⁾ 특히 통설적 견해는 행정청의 위법한 침해가 임박하는 경우에 이를 방지하도록 요구하는 소송인 예방적 금지소송(*vorbeugende Unterlassungsklage*)이 일반이행소송의 형식으로 인정된다고 보고 있다.⁴¹⁾ 이러한 예방적 금지소송을 일반이행소송의 한 유형으로 인정하고 있는 독일은 예방적 금지소송의 원고적격과 관련하여, 취소소송과 의무이행소송의 원고적격에 관한 규정인 독일 연방행정법원법 제42조 제2항을 유추하여 원고가 임박한 행정작용으로 인하여 자신의 권리가 침해될 것이라는 주장을 하는 경우에 원고적격을 인정한다.⁴²⁾ 또한 권리보호의 필요와 관련하여, 행정행위에 대해서는 취소소송과 취소소송에 수반되는 집행정지효력⁴³⁾을 통한 권리구제가 가능하기 때문에 행정행위에 대한 예방적 금지소송을 허용하기 위해서는 특별한 권리보호의 필요가 있어야 하나,⁴⁴⁾ 행정상 명단공개와 같은 사실행위에 대해서는 취소소송을 제기할 수 없고 사후적인 구제수단인 결과제거청구소송을 통해서도 완전한 원상회복이 불가능한 경우가 다반사이므로 예방적 금지소송을 통한 권리구제의 필요성이 비교적 쉽게 인정된다고 한다.⁴⁵⁾

한편 항고소송과 당사자소송을 행정소송의 양대 축(軸)으로 삼고 있는 우리나라의 행정소송체계는 1960년에 제정된 독일 연방행정법원법(VwGO) 이전의 독일의 행정소송체계와 상당히 유사한데, 1960년 이전의 독일의 당사자소송이 현재의 일반

38) Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*(9. Aufl.), C.H.Beck, 2013, § 17 Rn. 1.

39) Hufen, a.a.O., § 17 Rn. 1.

40) Württenberger, *Verwaltungsprozessrecht*(3. Aufl.), C.H.Beck, 2011, § 24 Rn. 383, 385.

41) Württenberger, a.a.O., § 24 Rn. 386.

42) 정하중, “행정소송법 개정에 있어서 예방적 권리구제의 도입”, 『강원법학』 제36권, 강원대학교 비교법학연구소, 2012, 358면.

43) 독일은 우리와 달리 집행정지의 원칙을 취하고 있다.

44) 단기간에 집행이 완료되거나, 위반시 형벌이나 과태료가 부과되는 행정행위이거나, 발급이 예고되고서 실제로는 발급이 지체되고 있는 행정행위이거나, 특정인에게 다수의 같은 종류의 행정행위의 발급이 임박한 경우 등에 행정행위에 대한 예방적 금지소송이 가능하다고 한다. 이에 대한 자세한 설명은 Wolf-Rüdiger Schenke, *Verwaltungsprozessrecht*(14. Aufl.), C.F.Müller, 2014, § 8 Rn. 357-362.

45) 정하중, 앞의 글, 359면.

이행소송과 일반확인소송(allgemeine Feststellungsklage)에 해당하고 예방적 금지소송이 일반이행소송의 한 유형으로 인정되고 있음을 고려할 때, 우리나라의 경우에도 당사자소송의 한 유형으로 예방적 금지소송을 인정할 수 있다고 생각한다. 이 경우 예방적 금지소송을 어떠한 상황에서 허용할 것인가가 문제되는데, 우리나라의 당사자소송의 경우에는 원고적격에 관한 규정이 없으므로 독일의 예를 참고하여 원고가 임박한 행정작용으로 인하여 자신의 권리가 침해될 것이라는 주장을 하는 경우에 원고적격을 인정하면 될 것이다.

IV. 일반이행소송 혹은 일반확인소송을 통한 구제

1. 문제상황

공표된 내용이 사실과 다른 것으로 밝혀져 공개대상자의 명예나 신용이 훼손당한 경우, 공개대상자는 정정공표를 청구하면서(행정절차법 제40조의3 제8항) 정신적 손해에 대한 배상을 청구할 수 있을 것이다(민법 제764조). 또한 명단공표를 하기 위해 거쳐야 하는 절차를 거치지 아니하여 행정절차법 제40조의3 제3항에 반하는 것으로 판단되는 경우, 공개대상자는 이러한 명단공표행위가 위법하다는 것을 확인받을 수 있을 것이다. 문제는 앞서 살펴본 바와 같이 행정상 명단공개는 행정처분이 아니므로 이에 대한 확인을 구하는 소송은 항고소송이 아니라는 점이다. 또한 행정청을 상대로 정정공표를 청구하거나 손해배상을 청구하는 소송은 행정상 명단공개라는 공행정사무를 원인으로 하는 이행소송이라는 점에서 민사소송으로 보기 어렵다는 점이다. 이런 연유 때문에 행정상 명단공개에 대한 권리구제수단으로 공법상 법률관계의 확인을 구하거나 이행을 구하는 소송을 논할 필요가 존재하는 것이다.⁴⁶⁾

46) 같은 뜻, 김혜성, 앞의 글, 121면.

2. 당사자소송의 일종으로서 일반확인소송과 일반이행소송

우리 행정소송법은 항고소송과 당사자소송의 이원적 체계를 가지고 있는데, 항고소송의 대상이 ‘행정처분과 부작위’로 한정되어 있고 그 유형도 취소소송/무효등확인소송/부작위위법확인소송으로 열거되어 있는 반면에, 당사자소송은 정의규정(행정소송법 제3조 제2호)만 있을 뿐 특별히 대상이 특정되어 있지도 않고 그 유형도 정형화되어 있지 않기 때문에 다양한 형태의 공법상의 분쟁을 다룰 수 있다는 장점이 있다. 즉 공법상의 법률관계에 관한 분쟁 유형 중에서 행정처분이나 행정처분의 부작위를 직접 대상으로 다룬다면 항고소송을 제기해야 하지만, 행정처분이 아닌 여타의 행정작용을 대상으로 하거나 행정처분에 의하여 발생한 권리나 의무에 대한 확인 또는 이행을 구한다면 당사자소송을 제기해야 한다. 이러한 당사자소송의 유형 중 공법상의 법률관계의 확인을 구하는 당사자소송을 일반확인소송이라 하며, 공법상의 법률관계에 대한 이행을 구하는 소송을 일반이행소송이라 한다.

(1) 일반확인소송

1) 의의

일반확인소송(allgemeine Feststellungsklage)이란 행정처분을 제외한 그 밖의 공법상의 법률관계에 대한 확인을 구하거나 행정처분에 의해 발생한 권리 또는 의무관계의 확인을 구하는 소송으로서,⁴⁷⁾ 이러한 확인소송을 제기하기 위해서는 먼저 원고에게 ‘즉시 확인의 정당한 이익’이 인정되어야 한다. 여기서 ‘정당한 이익’이란

47) 독일 연방행정법원법(VwGO)은 우리와는 달리 행정소송을 형성소송, 이행소송, 확인소송으로 구분하고 있으며, 확인소송을 다시 일반확인소송(동법 제43조 제1항)과 계속확인소송(동법 제113조 제1항 제4문)으로 나누고 있다. 일반확인소송은 또다시 법률관계의 존재·부존재를 확인하는 소와 행정행위에 대한 무효확인인 소로 구분되는데, 후자는 우리 행정소송법 제4조 제2호의 무효등확인소송에 대응되며, 전자는 우리 행정소송법 제3조 제2호의 당사자소송에 대응된다. 한편 계속확인소송(Fortsetzungsfeststellungsklage)은 행정행위에 대하여 취소소송을 제기하였다가 행정행위가 소멸된 경우에 그 행정행위가 위법하다는 것을 확인받는 유형으로서 비권력적 사실행위인 명단공개와는 관련이 없다.

항고소송의 원고적격에서 요구되는 법률상 이익보다 훨씬 넓은 개념으로서 경제적 이익이나 정신적 이익을 포함하는 개념이며, 이러한 확인의 정당한 이익이 ‘즉시’ 존재하여야 한다는 것은 원고 자신의 법적 지위를 위협받고 있는 상황이 현존하거나 곧 닥칠 것을 의미한다.

다만 민사소송으로 확인소송을 제기하는 경우와 달리 당사자소송으로 일반확인소송을 제기하는 경우에는 확인소송의 보충성은 요구되지 않는다고 보아야 한다.⁴⁸⁾ 이는 당사자소송은 취소판결의 기속력에 관한 규정이 준용되어(행정소송법 제30조 제1항, 제44조 제1항) 피고에게 기속력에 따른 각종 의무가 부여되므로 이행소송을 통해 피고에 대한 이행명령을 받아내는 것과 같은 효과를 거둘 수 있기 때문이다. 따라서 일반확인소송은 일반이행소송이나 민사소송으로 제기되는 이행소송에 대해서 보충적 관계에 서지 않는다. 그러나 일반확인소송은 취소소송에 대해서는 보충적 관계에 서는데, 이는 제소기간이나 전심절차가 요구되는 취소소송과 달리 이러한 제한이 없는 일반확인소송으로 우회하기 위한 것을 방지하기 위한 것이다.

2) 행정상 명단공개와 일반확인소송

행정상 명단공개는 행정처분이 아니므로 취소소송을 제기하는 것은 타당하지 않다. 또한 원고가 정정공고나 손해배상청구가 아닌 명단공개 자체의 위법성을 확인받고자 하는 경우에는 이행소송을 통한 권리구제는 적절하지 않다. 따라서 사전통지나 의견통지를 생략한 위법한 명단공개에 대한 확인을 구하는 소송은 일반확인소송이 제일 적합하다.

이러한 일반확인소송은 제소기간의 제한이 없고(행정소송법 제41조) 원고적격 차원에서 별다른 요구사항이 없다는 점에서 항고소송보다 더 많은 사람이 이용할 수 있다는 장점이 있다.

48) 이에 대한 자세한 논의는 정선균, “당사자소송의 심리에 관한 연구”, 『사법』 제63호, 사법발전재단, 2023, 451-452면.

(2) 일반이행소송

1) 의의

일반이행소송(allgemeine Leistungsklage)이란 행정처분을 제외한 그 밖의 공행정 작용에 대한 중지나 금지 또는 실행을 구하거나 각종 공법상 권리의 이행을 구하는 소송으로서,⁴⁹⁾ 행정처분 이외의 행정작용을 그 대상으로 하기 때문에 법적인 효과가 아니라 사실적 효과만 가지는 사실행위(Realakt)는 당연히 일반이행소송의 대상이 될 수 있다.⁵⁰⁾ 또한 행정기관의 정보제공이나 조언과 같은 비권력적 작용이나 외부효과 없는 행정기관 내부의 행위도 일반이행소송의 대상이 되며, 공행정작용에 의한 위법한 결과제거를 요구하는 경우에도 일반이행소송으로 다룰 수 있다.⁵¹⁾

일반이행소송을 제기하는 원고는 이행청구권이 있음을 주장하는 것으로 족하며 실제로 그러한 권리가 존재하는지는 본안에 가서 밝혀야 한다. 또한 일반이행소송은 이행청구권이 소멸시효에 걸리지 않는 이상 제소기간의 제한을 받지 않으며, 행정처분을 대상으로 하는 쟁송이 아니므로 행정심판 전치주의 제한을 받지 않는다.

2) 행정상 명단공개와 일반이행소송

위법한 명단공개를 통하여 명예나 신용이 훼손당한 경우 정정공표를 청구하여 원상회복을 도모할 수 있는데, 이러한 정정공표를 청구하는 소송은 당사자소송의 일종인 일반이행소송으로 보아야 한다. 또한 위법한 명단공개를 통하여 정신적 손해에 대한 배상을 청구하는 소송도 역시 당사자소송의 일종인 일반이행소송으로 제기되어야 한다.

현재 대법원은 정정공고를 구하는 소송이나 국가를 상대로 하는 손해배상청구소

49) 일반이행소송은 독일 행정법원법에 명시적으로 규정된 것은 아니지만, 독일의 통설 및 판례는 행정법원법 제40조 제1항 및 제43조 제2항 제1문을 근거로 일반이행소송을 행정소송의 유형 중 하나로 인정하고 있다.

50) Hufen, a.a.O., § 17 Rn. 1.

51) Württenberger, a.a.O., § 24 Rn. 383, 385.

송을 모두 민사소송으로 처리하고 있는데, 이러한 대법원의 태도는 우리 입법자가 민사사건과 행정사건을 구분하여 행정사건에 대해서는 전문법원인 행정법원의 판단을 받도록 하여 국민의 재판청구권이 실효적으로 보장되도록 하고 있다는 점에서 타당하지 않다.

V. 행정상 명단공개와 가구제

1. 행정상 명단공개에 적합한 가구제 수단

행정상 명단공개를 당사자소송에 해당하는 일반확인소송이나 일반이행소송으로 다투어야 한다면 가구제 수단으로서는 당연히 가처분을 인정하는 것이 타당하다.⁵²⁾ 왜냐하면 당사자소송은 집행정지에 관한 규정을 준용하지 않고 있으며(행정소송법 제44조 제1항), 집행정지는 처분의 효력을 정지하거나 집행을 정지하거나 절차속행을 정지하는 등 소극적인 가구제 수단일 뿐이므로 위법한 현상태를 확인하려 하거나 적극적인 이행을 요구하는 당사자소송에는 적합하지 않은 가구제 수단이기 때문이다. 대법원도 당사자소송에 대해서는 집행정지에 관한 규정이 준용되지 아니하므로 행정소송법 제8조 제2항에 따라 민사집행법상 가처분에 관한 규정이 준용되어야 한다고 판시하여 이를 긍정하고 있다.⁵³⁾

2. 행정상 명단공개와 가처분

민사집행법 제300조의 가처분은 두 가지 종류로 구성되어 있다. 먼저 동법 제300조 제1항은 “다툼의 대상에 관한 가처분은 현상이 바뀌면 당사자가 권리를 실행하지 못하거나 이를 실행하는 것이 매우 곤란할 염려가 있을 경우에 한다.”고 하여 계쟁물에

52) 같은 뜻, 김혜성, 앞의 글, 121면.

53) 대법원 2015. 8. 21.자 2015무26 결정.

대한 가처분을 규정하고 있는데 이는 독일의 보전명령(Sicherungsanordnung)과 거의 유사한 내용을 담고 있다.⁵⁴⁾ 따라서 원고가 예방적 금지소송을 제기한 경우에는 이 보전명령적 가처분을 고려할 수 있는바,⁵⁵⁾ 특히 명단공개가 임박한 경우 보전명령적 가처분을 신청하여 이 가처분이 인용된다면 본안심리 중에 명단공개가 저지(沮止)된 상태로 머무를 수 있기 때문에 국민의 권익구제에 크게 도움이 될 것이다. 다만 일반확인소송을 제기하는 경우에는 특별히 현상을 유지해야 할 이유가 없으므로 가처분을 신청할 필요는 없을 것이다.

한편 동법 제300조 제2항은 “가처분은 다툼이 있는 권리관계에 대하여 임시의 지위를 정하기 위하여도 할 수 있다. 이 경우 가처분은 특히 계속하는 권리관계에 끼칠 현저한 손해를 피하거나 급박한 위험을 막기 위하여, 또는 그 밖의 필요한 이유가 있을 경우에 하여야 한다.”고 하여 임시처분을 규정하고 있는데, 이는 독일의 규율명령(Regelungsanordnung)과 거의 유사한 내용을 규정하고 있다.⁵⁶⁾ 따라서 일반이행소송을 제기하는 경우에는 가구제로서 민사집행법 제300조 제2항의 임시지위를 정하는 가처분을 신청할 수 있을 것이다. 그에 따라 정정공표를 구하는 당사자소송이 제기된 경우에는 잠정적 정정공표를, 정신적 손해에 대한 배상을 구하는 당사자소송이 제기된 경우에는 잠정적 배상금의 지급을 고려할 수 있다.

54) 독일 연방행정법원법은 가구제로서 제80조 및 제80a조의 정지효(aufschiebende Wirkung)와 제123조의 가명령(einstweilige Anordnung)을 두고 있는데, 일반이행소송이나 일반확인소송은 가명령을 가구제로 활용하고 있다. 특히 동법 제123조 제1항 제1문은 현상상태가 변하게 되면 신청인이 권리를 실현할 수 없게 되거나 또는 이를 실현함이 현저히 곤란한 염려가 있는 경우에 하는 가명령을 규정하고 있는데, 이를 보전명령(Sicherungsanordnung)이라 부른다. 이러한 보전명령은 현존하는 상태의 변경을 금지함으로써 위험에 처한 권리실현을 예방적으로 확보한다는 점에서 기능적으로는 집행정지와 비슷하다.

55) 같은 뜻, 조성제, “행정소송법상 준용규정과 민사집행법상 가처분”, 『법학논총』 제34집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2017, 40면.

56) 독일 연방행정법원법 제123조 제1항 제2문은 계속적 법률관계에 있어서 중대한 불이익을 피하거나 목적의 위험을 방지하기 위하여 또는 기타의 이유로 필요하다고 인정할 때 임시의 지위를 규율하기 위한 가명령을 정하고 있는데, 이를 규율명령(Regelungsanordnung)이라 부른다.

VI. 결론

사회적 지위나 평판을 중요하게 여기는 우리나라에서 행정상 명단공개는 행정제재수단의 일종으로서 앞으로 더욱 많이 활용될 것이 예상된다. 따라서 행정상 명단공개에의 법적 성질을 정확히 밝혀서 그에 대한 적절한 구제수단을 찾아주는 것이 그 어느 때보다 절실하다고 할 것이다.

이러한 행정상 명단공개는 의사표시가 아니라 일정한 사실을 알리는 관념의 통지로서 사실행위에 불과하므로 취소소송과 집행정지를 통하여 권리구제를 도모하는 것은 체계적합성에 부합하지 않는다. 또한 취소소송은 당사자소송에 비해 매우 엄격한 소송요건이 요구되고, 독일과 달리 집행부정지의 원칙을 취하고 있고 그 본안요건마저 매우 까다로워⁵⁷⁾ 집행정지신청이 인용되기 쉽지 않은 우리나라의 소송현실을 고려하였을 때, 행정상 명단공개를 취소소송과 집행정지를 통해 권리구제를 받도록 하는 것은 국민의 재판청구권을 인정하고 있는 헌법의 취지에 반한다고 볼 것이다.

물론 우리나라는 취소소송을 대표로 하는 항고소송을 중심으로 행정소송이 운용되고 있으나, 입법자는 당사자소송을 또 하나의 중요한 행정소송의 유형으로 규정하고 있다. 또한 법원도 행정소송에 3심제가 보장된 1998년 이후에는 당사자소송을 지속적으로 활성화시키고 있는 상황이다.⁵⁸⁾ 따라서 항고소송과 달리 소송요건상의 제약이 심하지도 않고, 다룰 수 있는 분쟁의 유형도 항고소송에 비해 훨씬 넓은 당사자소송을 통하여 위법한 명단공개로 인하여 권리침해를 받은(또는 받을) 자들의 구제수단으로 삼을 필요가 있다. 구체적으로는 명단공개가 임박한 상태에서는 예방적 금지소송을 통한 권리구제가 필요하고, 명단공개가 이루어진 경우에는 일반이행

57) 우리 행정소송법 제23조 제2항은 집행정지의 인용요건으로 “회복하기 어려운 손해의 예방의 필요성”을 요구하고 있다.

58) 현행 행정소송법은 1998년 3월 1일부터 시행되고 있는데, 이전에는 행정소송을 2심제로 하고 대신 행정심판을 필수적 전심절차로 규정하고 있었다. 그에 따라 대법원은 민사소송에 비해 심급상의 불이익이 인정되는 행정소송의 특성을 고려하여 당사자소송으로 충분히 볼 수 있는 사건도 민사소송으로 처리하곤 했었다.

소송이나 일반확인소송을 통한 권리구제가 가능하다. 그리고 이 모든 경우에 가처분을 가구제 수단으로 활용할 수 있다.

■ 참고문헌

1. 단행본

- 김남진·김연태, 『행정법 I (제14판)』, 법문사, 2012.
 김남철, 『행정법강론(제6판)』, 박영사, 2020.
 김철용, 『행정법(제5판)』, 고시계사, 2016.
 김향기, 『행정법개론(제15판)』, 탐북스, 2023.
 류지태, 『행정법신론(제10판)』, 신영사, 2006.
 박균성, 『행정법론상(제16판)』, 박영사, 2017.
 정하중·김광수, 『행정법개론(제17판)』, 법문사, 2023.
 하명호, 『행정법』, 박영사, 2019.
 홍준형, 『행정법』, 법문사, 2011.
 홍정선, 『행정법원론(상)』, 박영사, 2023.
 Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*(9. Aufl.), C.H.Beck, 2013.
 Würtenberger, *Verwaltungsprozessrecht*(3. Aufl.), C.H.Beck, 2011.
 Wolf-Rüdiger Schenke, *Verwaltungsprozessrecht*(14. Aufl.), C.F.Müller, 2014.

2. 일반논문

- 김현준·박웅광, “예방적 금지를 구하는 행정소송”, 『토지공법연구』 제50집, 한국토지공법학회, 2010.
 김성원, “제재적 공표의 처분성에 관한 법적 문제”, 『일감법학』 제49호, 건국대학교 법학연구소, 2021.
 김영조, “고액채납자의 명단공개에 대한 법적 검토”, 『사회과학연구』 제19권, 상명대학교 사회과학연구소, 2004.
 김종희, “행정처분개념의 재정립”, 『법학연구』 제25권 제1호, 경상대학교 법학연구소, 2017.
 김치환, “행정상 공표에 있어서 실효성확보와 권리 보호의 조화”, 『토지공법연구』 제26집, 한국토지공법학회, 2005.
 김혜성, “행정상 공표의 법적 쟁점”, 『법제』 제664호, 법제처, 2014.
 이상천, “정보화사회에서의 공표”, 『외법논집』 제34권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2010.
 오승규/유동영, “지방세 고액·상급채납자에 대한 명단공개제도의 개선방안”, 『한국지방세연구원 수시연구보고서』 수시과제 2020-12호, 한국지방세연구원, 2020.
 오용식, “행정상 공표와 관련한 몇가지 검토”, 『법제』 제537호, 법제처, 2002.

조성제, “행정소송법상 준용규정과 민사집행법상 가치분”, 『법학논총』 제34집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2017.

정남철, “행정절차법과 행정기본법의 관계 재정립”, 『행정법학』 제23호, 한국행정법학회, 2022.

정선균, “당사자소송의 심리에 관한 연구”, 『사법』 제63호, 사법발전재단, 2023.

정하중, “행정소송법 개정에 있어서 예방적 권리구제의 도입”, 『강원법학』 제36권, 강원대학교 비교법학연구소, 2012.

최승필, “예방적 금지소송의 도입과 그 쟁점”, 『행정법학』 제3호, 한국행정법학회, 2012.

■ Abstract

Use of Party Litigation as a Remedy for Administrative List Disclosure

Jung, Sunkyun*

Administrative list disclosure is an act in which an administrative agency discloses the name and violations of an obligation violator to an unspecified number of people to infringe upon the violator's honor or credibility, and is a means of indirectly forcing the performance of obligations under administrative law by doing so. This administrative list disclosure is not an expression of intention, but is merely a real act as a notification of a certain fact. Therefore, seeking relief for rights through cancellation lawsuits and suspension of execution is not consistent with system suitability. Furthermore, considering the reality of litigation in Korea, cancellation lawsuits require very strict litigation requirements compared to party lawsuits and the principle of non-suspension of execution is adopted and even the requirements for the merits of the case are very strict so it is not easy for a request for suspension of execution to be accepted, resolving the administrative list disclosure through cancellation lawsuits and suspension of execution would be seen as going against the purpose of the Constitution, which recognizes the people's right to seek trial.

Therefore, it is necessary to file a party lawsuit that is not subject to severe restrictions on litigation requirements and has a much wider range of types of disputes that can be contested. Let us use this as a means of relief for those whose rights have been (or will be) violated due to the illegal disclosure of the list. Specifically, when disclosure of the list is imminent, rights relief through a preventive injunction lawsuit is necessary, and if the list has been made public, rights relief is possible through a general performance lawsuit or a general confirmation lawsuit, and in all of these cases, provisional injunctions can be used.

• **Key Words** Administrative list disclosure, Real act, Preventive injunction lawsuit, General performance lawsuit, General confirmation lawsuit, Provisional injunctions

* Dr. jur., Adjunct professor of Sogang University Law School.