

## 行政訴訟에 있어서 確認訴訟\*

- 獨逸 行政訴訟法上の 確認訴訟을 중심으로 -

정 하 중\*\*

### 목 차

- I. 머리말
- II. 獨逸 行政訴訟法上の 確認訴訟의 體系
- III. 一般的 確認訴訟의 性格
- IV. 一般的 確認訴訟의 訴訟要件
- V. 權利保護의 必要로서 即時確認에 대한 正當한 利益
  1. 의의
  2. 즉시확인 의 正當한 이익의 내용
  3. 과거와 미래의 법률관계
- VI. 原告의 고유한 權利關係性 - 原告適格의 必要性
  1. 판례의 개관
  2. 비판적 견해
  3. 긍정적 견해
  4. 결어
- VII. 確認訴訟의 補充性의 原則
  1. 의의
  2. 취소소송에 대한 일반적 확인소송의 보충성
  3. 이행소송에 대한 확인소송의 보충성
  4. 민사상의 형성 및 이행소송에 대한 확인소송의 보충성
- VIII. 韓國 行政訴訟法에 있어서 無效 등 確認訴訟과 一般的 確認訴訟의 問題點과 改善方向
  1. 무효등확인소송의 문제점과 개선방향
  2. 당사자소송의 확인소송의 문제점과 개선방향
- IX. 要 約

\* 이 연구는 2009년도 서강대학교 교내연구비 지원에 의한 연구임(200916013.01).

\*\* 서강대학교 법학전문대학원 교수

## I. 머리말

행정소송법상의 소송유형으로 민사소송의 소송유형과 마찬가지로 形成訴訟, 確認訴訟 그리고 履行訴訟으로 구분하여 온 것이 학설의 일반적인 입장이다. 현행 행정소송법상 항고소송에 있어서는 취소소송이 형성소송의 성격을 갖는 반면<sup>1)</sup> 무효등확인소송과 부작위위법확인소송이 확인소송의 성격을 갖는다고 할 것이다. 한편 당사자소송에 있어서는 공법상 금전지급청구소송 등의 이행소송과 공법상의 신분·지위의 확인 및 공법상 계약에 관한 분쟁 등과 관련하여 법률관계의 존부의 확인을 구하는 確認訴訟이 오래전부터 실무화되고 있다. 그동안 우리 행정소송실무에서 중심적인 역할을 수행하여 온 것은 형성소송으로서 취소소송이었으며, 이에 따라 문헌의 연구도 상대적으로 취소소송에 집중되어 왔다. 본 논문은 학계와 실무에서 그동안 등한시 되어 왔으나, 그럼에도 불구하고 행정소송체계에 있어서 본질적인 중요성을 갖고 있는 확인소송을 그 연구대상으로 하고 있다. 다만, 1984년 12월 행정소송법 개정시에 의무이행소송의 도입여부와 관련된 논쟁과정에서 절충안으로 채택된 부작위위법확인소송은 ① 그 권리구제의 불완전성을 이유로 비판을 받아온 점, ② 현재 법무부 행정소송법 개정안에서 부작위위법확인소송을 폐지하고 의무이행소송을 도입하고 있는 점 등을 고려하여 연구대상에서 배제하였다. 이에 따라 본 논문은 항고소송에 있어서 무효등확인소송과 당사자소송에 있어서 확인소송을 고찰대상으로 하고 있다.

현행법상 행정행위의 無效確認訴訟과 당사자소송의 確認訴訟에 있어서 적지 않은 실무상의 문제점들이 존재하고 있다. 최근 대법원은 전원합의체 판결에서<sup>2)</sup> 종래의 입장을 바꾸어 민사상의 이행소송에 대하여 무효확인소송의 보충성을 포기하여 확인소송과 여타의 소송과의 관계에 대한 새로운 논의를 제기하였다. 왜 무효확인소송에 있어서 보충성의 원칙이 적용되지 않는가? 무효확인소송에서 보충성의 원칙이 적용되지 않는다면 이것은 당사자소송의 확인소송

1) 취소소송을 형성소송으로 보는 지배적인 학설과 판례에 대하여 확인소송으로 보는 일부 견해도 있다 : 朴正勳, '行政訴訟法 改正의 主要爭點', 『公法研究』 제31집 제3호, 한국공법학회, 2003, 41면 이하.

2) 大法院 2008. 3. 20. 선고 2007두6342 全員合議體 判決.

에서도 타당한가? 만일 무효확인소송과 달리 당사자소송의 확인소송의 경우에 보충성의 원칙이 적용된다면 그 적용범위는 어디까지 미치는가?

다른 한편 행정소송법 제35조는 무효확인소송의 원고적격으로 “처분 등의 효력 유무 또는 존재 여부의 무효확인을 구할 법률상 이익”을 규정하고 있는바, 지금까지 판례의 입장을 판단하여 보건대 동 조항이 원고적격을 의미하는지 또는 권리보호의 필요를 의미하는지 명확하지 않다. 또한 근래에 들어와 그 중요성이 부각되고 있는 당사자소송에서 확인소송의 경우, 그 소송요건에 관한 규정이 현저하게 미비되어 상당한 문제점들을 야기시키고 있다. 판례는 민사소송법상의 확인소송을 유추적용하여 권리보호의 필요로서 “권리 또는 법적 지위에 현존하는 불안·위험이 있고 그 불안·위험을 제거하기 위하여 확인판결을 받는 것이 필요하고도 적절한 수단인 경우에 확인의 이익을 인정하고 있는 반면<sup>3)</sup> 기타의 소송요건에 대하여는 침묵을 지키고 있다. 확인소송의 대상이 되는 법률관계는 어떠한 의미를 갖는 가? 이러한 확인소송에는 권리보호의 필요 이외에 별도의 원고적격의 요건이 필요하지 않은가? 여기서 제소기간이 적용되는가? 이에 대하여 현행법은 어떠한 규정을 두고 있지 않다. 이러한 법상태는 여전히 항고소송과 당사자소송의 이원적 체계를 유지하고 있는 법무부 행정소송법 개정안에서도 여전히 방치되고 있다. 이러한 흠결이 있는 법상태는 취소소송과 이행소송을 통하여 충분히 보호받지 못하는 권리침해 영역에서 효과적인 국민의 구제수단이 되고 있는 확인소송의 활성화에 결정적인 장애가 되고 있다.

우리 행정소송법의 이론과 실무에 중요한 영향을 주고 있는 독일의 경우 2차 세계대전 이후, 종전까지 유지하여 왔던 항고소송과 당사자소송의 이원적 행정소송법체계를 현대 행정의 다양한 행위형식에 적합하게 형성소송(취소소송), 이행소송(의무이행소송, 일반적 이행소송), 확인소송(행정행위의 무효확인소송, 일반적 확인소송)으로 개편하였다. 여기서 일반적 이행소송과 일반적 확인소송은 과거 당사자소송에 포함되었던 소송유형이나, 양 소송의 이질적인 성격 및 소송대상의 차이 때문에 독자적으로 규율하고 있다. 본 논문에서는 이미 수십

3) 대법원 2001. 9. 4. 선고 99두10148 판결(항만시설무상사용권확인) ; 대법원 1999. 2. 5. 선고 97누14606 판결(조합원지위확인).

년 이상 실무와 학설에 의하여 정제되어온 독일의 확인소송의 체계와 요건에 대하여 상세한 연구를 함으로써 향후의 한국 행정소송법의 이론적이고 입법적인 개선방안을 도모하는 것을 목적으로 하고 있다.

## II. 獨逸 行政訴訟法上의 確認訴訟의 體系

독일 연방행정소송법 제43조 제1항은 “원고가 즉시확인(即時確認)의 정당한 이익이 있는 경우에는 법률관계의 존부의 확인이나 행정행위의 무효확인을 訴로서 청구할 수 있다”고 규정하여 확인소송에 대하여 규정하고 있다. 아울러 동법 제43조 제2항은 “원고가 자신의 권리를 형성소송(形成訴訟)이나 이행소송( 이행請求)으로 구제받을 수 있거나 또는 있었다면, 확인의 청구를 할 수 없다”고 하여 일반적 확인소송의 보충성을 규정하고 있으며, 한편 동법 제43조 제2항 단서는 이러한 보충성의 원칙은 행정행위의 무효확인소송에 적용되지 않음을 명시적으로 규정하고 있다.

제43조 제1항에서 법률관계의 존부의 확인을 구하는 소송은 일반적 확인소송(Allgemeine Feststellungsklage)으로 불리우고 있으며, 행정행위의 무효확인을 구하는 소송을 무효확인소송(Nichtigkeitfeststellungsklage)으로 명칭되고 있다. 행정행위의 무효 그 자체는 법률관계에 해당되지 않으며, 이에 따라 일반적 확인소송의 대상이 될 수 없기 때문에 별개의 확인소송의 형태로 규율되고 있다. 일반적 확인소송은 바이마르 공화국 시대에서는 당사자소송(Parteistreitigkeit) 내에서 제한된 범위에서 실무화 되다가, 2차 세계대전 이후에 독자적인 소송형태로 각주의 행정소송법에 명문의 규정을 보게 되었다.<sup>4)</sup> 연방행정소송법 제43조 제1항은 이들 규정의 내용을 거의 동일하게 답습하였다고 할 것이다. 한편, 행정행위의 무효확인소송은 바이마르 공화국시대에서는 항고소송의 범위 내에서 취소소송과 함께 규율되었으나, 연방행정소송법의 제정과 더불어 제43조의 규율의 목적상 일반적 확인소송과 함께 규정되고 있다. 다음에서는 연구의 합목적적 관점에서 일반적 확인소송을 중심으로 다루고, 필요한 범위 내에서 행

4) 예 : 영국점령지역에서 1948. 9. 15. 에 제정된 행정소송에 관한 군정법령 제165호 제24조 ; 1950. 4. 14. 에 제정된 라인란드 팔츠 행정소송법 제24조 ; 1951. 1. 8.에 제정된 베를린 행정소송법 제24조 등.

정행위의 무효확인소송에 대하여 기술하기로 한다.

### III. 一般的 確認訴訟의 性格

일반적 확인소송은 적극적으로 법률관계의 존재 또는 소극적으로 법률관계의 부존재를 사법적으로 확인하기 위한 목적을 추구하고 있다. 이러한 일반적 확인소송은 독일 행정소송법에 있어서 그 윤곽이 가장 불명확한 소송종류로 평가되고 있으며,<sup>5)</sup> 그 때문에 다른 소송종류와의 관계는 만족스러운 정도로 해명되고 있지 못하다. 그럼에도 불구하고 일반적 확인소송은 그 보충성이 실무에서 현저하게 완화되어 적용되기 때문에 상당히 의미있는 역할을 하고 있다. 일반적 확인소송의 윤곽의 불명확성은 무엇보다도 법률관계의 개념에서 나온다. 이로부터 발생하는 필연적인 한계설정은 법률관계의 “구체성”과 “분쟁성”, “즉시확인에 대한 정당한 이익”, “보충성”의 요건 등에 의하여 시도되고 있으나, 이러한 시도는 항상 설득력 있게 성공하는 것은 아니다. 빈번하게 동일한 법적 관점이 법률관계의 “구체성”과 “분쟁성”, “즉시확인의 정당한 이익”, “보충성”의 요건검토에서 나타난다.

일반적 확인소송은 형성소송(취소소송)이나 이행소송(의무이행소송, 일반적 이행소송)과 같이 공권력에 의한 침해 또는 실체법적 청구권을 통하여 구체화되지 않는다. 법원은 취소소송에 있어서 과거의 행정행위에 의한 침해를 사후적 통제의 형식으로 판단하며, 의무이행소송에 있어서는 정확하게 확인된 사실관계를 기초로 구체화된 원고의 실체법적 청구권에 대하여 판단한다. 이에 대하여 일반적 확인소송에 있어서는 비록 과거에 종결된 사실관계에 대한 확인을 구하는 경우도 있으나, 일반적으로 원고는 자신의 향후의 행동을 보다 안정적이고 확실한 법적 근거에 정향시키기 위하여 법률관계의 존부의 확인을 구한다. 즉 법원은 일반적 확인소송에 있어서 원고의 실체법적 청구권에 대하여 판단하는 것이 아니라, 행정청과 개인 사이에 법률관계의 구체적인 분쟁을 계기로 장래의 유사한 사실관계에 대하여 안정성을 부여하기 위하여 법적 문제와 사실문제를 해명한다. 확인판결의 法的 鑑定(Gutachten)에 유사성, 미래지향성

5) Pietzcker, in : Schoch/Aßmann/Pietzner, VwGO, § 43, Rdn. 1.

등에 있어서 확인소송은 고정된 사실관계를 사후적으로 판단하는 형성판결이나 의무이행판결과 구별되며, 이러한 점에서 그의 고유한 장점과 위험이 나타난다. 다수의 동일한 종류의 사실관계에 관련하여 법적 분쟁이 야기된 경우에는, 이러한 분쟁은 개개의 행정행위들에 대한 취소소송보다는 확인소송을 통하여 보다 효과적으로 해결될 수 있을 것이다. 여기서 취소소송은 관련되고 있는 중심적인 문제와 직접적으로 관계되지 않은 사유에 의하여 승소할 수도 있다. 또한 개별적 행정행위에 대한 취소판결이 나온다고 하더라도 사실관계의 특수성을 근거로 이후에 추가적인 법적 분쟁을 배제할 수 없다. 다른 한편 확인소송에서는 법관이 개개의 사실관계를 독립하여 인식하는 경우에는 달리 판단할 수 있는 법적 문제를 개괄적으로 판단하는 위험이 존재하고 있다. 이러한 관점들은 확인소송의 개개의 요건 및 보충성의 판단에서 고려되어야 함은 물론이다.<sup>6)</sup>

일반적 확인소송의 확정판결은 그의 성격상 집행이 가능하지 않고 또한 필요하지도 않다. 소송당사자는 기관력이 발생된 확인판결에 기속되며, 선결문제와 관련하여 다른 법원 및 다른 행정청도 이에 기속이 된다. 이후에 피고가 확정된 확인판결을 준수하지 않는다면, 원고는 그의 청구권을 형성소송이나 이행소송으로 관철할 수 있다.

#### IV. 一般的 確認訴訟의 訴訟要件

##### 1. 구체적이고 분쟁이 있는 法律關係의 존재

###### 1) 法律關係의 의미

확인소송은 독일연방행정소송법 제43조 제1항에 따라 법률관계의 존부 여부에 대하여 확인을 청구하는 경우에 허용된다. 여기서 법률관계라 함은 구체적 사실관계에 대하여 법규범의 적용에서 발생하는 사람과 사람 또는 사람과 물건 사이에 법적 관계를 의미한다.<sup>7)</sup> 여기서 사람과 물건과의 법적 관계는 물건을

6) Pietzcker, in : Schoch/Aßmann/Pietzner, § 43, Rdn. 1.

7) Kopp/Schenke, VwGO, § 43 Rdn. 11 ; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 157.

통하여 매개되는 불특정한 다수의 사람 사이에 성립하는 법적 관계를 의미한다.<sup>8)</sup> 이러한 법률관계는 공법상의 권리와 의무를 내용으로 하는바, 여기에는 개인적 공권과 개인적 공의무 뿐만 아니라, 국가적 공권과 국가적 공의무를 포함한다. 법률관계는 공무원관계와 같은 특별신분관계나 공법상 계약과 같이 다수의 권리와 의무의 복합체로 이루어지는 경우도 있는바, 이러한 포괄적인 법률관계를 구성하는 당사자의 개별적인 권리나 의무 역시 행정소송법 제43조의 확인소송의 대상이 되는 법률관계에 해당한다.<sup>9)</sup> 독일의 판례에서 인정되고 있는 일반적 확인소송의 대상이 되는 법률관계의 예로는 ① 부정행위 여부에 대한 판단권한을 갖고 있는 시험위원회의 구성에 학생을 참여시키는 대학주체의 권한,<sup>10)</sup> ② 대학에서 보유하고 있는 치과의사용 의료도구를 무상으로 사용할 수 있는 치과대학 학생의 권리,<sup>11)</sup> ③ 자기소유의 토지에 있는 특정한 나무를 제거할 수 있는 토지소유자의 권리,<sup>12)</sup> ④ 허가를 받지 않고 특정한 영업이나 사업을 행할 수 있는 권리,<sup>13)</sup> ⑤ 특정한 지역계획을 인접 지방자치단체와 협의 없이 결정할 수 있는 지방자치단체의 권한,<sup>14)</sup> ⑥ 소속공무원의 전화통화 내용을 등록시킬 수 있는 행정청의 권한,<sup>15)</sup> ⑦ 법복을 착용하여야 할 법관의 의무,<sup>16)</sup> ⑧ 수입된 생활필수품을 검사받아야 할 수입업자의 의무의 범위,<sup>17)</sup> ⑨ 국적의 확인,<sup>18)</sup> ⑩ 공공조합의 조합원의 자격,<sup>19)</sup> ⑪ 양심적 병역거부자로서의 법적 지위<sup>20)</sup> 등이 있다.

반면에 권리나 의무를 직접 근거지우지 않고, 단순히 권리나 의무의 전제조건이 되는 법률관계의 단순한 요소나 비독립적 부분 등은 확인소송의 대상이

8) 물적 행정행위에 의하여 형성되는 법률관계에 관하여는 鄭夏重, '法規命令과 行政行爲의 限界設定', 『저스티스』 제30권 제2호, 1997, 35면 이하 참조.

9) Pietzcker, aaO, § 43, Rdn. 1 ; Kopp/Schenke, aaO, § 43 Rdn. 12.

10) Münster NVwZ 1986, 852.

11) Mannheim NJW 1977, 2466.

12) Mannheim NJW 1977, 2128.

13) Lüneburg NJW 1979, 1998.

14) BVerwGE 40, 325.

15) Mannheim NJW 1991, 2771.

16) BVerwG DVBL 1983, 1111.

17) BVerwG NVwZ 1988, 430.

18) BVerwG NVwZ 1983, 782.

19) BVerwG 25, 156.

20) BVerwGE 57, 323.

되는 법률관계에 해당되지 않는다. 예를 들어 ① 사람이나 기업의 법적으로 의미있는 속성, 즉 특정한 영업을 위한 신뢰성 여부 또는 직책수행의 적합성 여부,<sup>21)</sup> ② 토지의 단순한 이용가능성 및 건축가능성과 같은 넓은 의미의 물건의 성격,<sup>22)</sup> ③ 행정청이 특정한 행정행위를 발하였는지 여부의 사실,<sup>23)</sup> ④ 일정한 행위의 위법성, 유책성 또는 가벌성 여부에 대한 판단<sup>24)</sup> 등은 확인소송의 대상이 되는 법률관계에 해당되지 않는다.

반면에 물건의 속성이라고 할 지라도 그 존재에 권리나 의무가 결부되는 경우에는 그러한 속성은 확인소송의 대상이 되는 법률관계에 해당한다. 특히 이러한 속성의 존재 여부가 형식적 절차에 따라 결정되는 경우에는 더욱 그러하다. 예를 들어 특정한 물건의 공물의 성격 여부,<sup>25)</sup> 특정한 지역이 수렵허용구역에 해당하는지 여부,<sup>26)</sup> 또는 공적 자금지원의 대상이 되는 사회주택에 해당하는지 여부<sup>27)</sup> 등은 확인소송의 대상이 된다. 다른 한편 특정한 법규정이 일정한 의미로 해석될 수 있는가의 추상적인 법적 문제 등 추상적이고 순수히 이론적이거나 학문적인 문제 들은 확인소송의 대상이 되지 않는다. 학문적 지식의 타당성, 특정한 사건과 관련된 보고의 진실성, 물건의 특정한 물리학적 성격의 존부여부 등과 같이 법질서, 권리 또는 의무와 어떠한 관련성이 없는 그러한 속성이나 판단과정은 확인소송의 대상이 되는 법률관계에 해당되지 않는다.<sup>28)</sup>

## 2) 구체적이고 분쟁이 있는 법률관계

법률관계는 그것이 구체적이고 분쟁이 있는 경우에 비로소 확인소송의 대상이 된다. 구체성과 분쟁성은 부분적으로 상호 대체적으로 사용되는 개념이다. 왜냐하면 특정한 법률관계에 있어서 원고와 피고사이에 분쟁이 있는 경우에 법

21) Koblenz OVG 29, 12.

22) Münster NJW 1980, 1070.

23) VerwG NVwZ 1987, 216.

24) BGH NJW 1984, 1556.

25) Münster OVG 9, 32.

26) München, DVBL 1960, 735.

27) Münster OVG 9, 369.

28) Kopp/Schenke, aaO, § 43 Rdn. 142.

를관계의 구체성이 일반적으로 인정되기 때문이다. 그럼에도 불구하고 양자는 상호 구별되어야 하는 개념이다. 구체성이 결여된 경우에도 법률관계는 분쟁의 대상이 될 수가 있다. 역으로 법률관계의 구체성이 존재하고 있음에도 불구하고, 분쟁성이 존재하지 않는 경우가 있다. 예를 들어 개인이 현실적으로 특정한 법률관계에 있어서 자신이 행사할 권리와 부담하여야 할 의무에 대하여 의문이 있음에도 불구하고, 행정청이 그에 대하여 구속력있는 입장을 표현하는 것을 거부한다면 어떠한 분쟁이 발생하지 않는다.

### 가) 법률관계의 구체성

법률관계의 충분한 구체화는 필요성은 법원의 판결의 전형적인 사례관련성을 확보하고 추상적인 법적 문제에 대한 판단이나 단순한 법적 견해의 제시에 지나지 판결을 억제하기 위하여 필요하다. 확인소송에서 법원은 그 발생이 아직 확실하지 않은, 특히 그것의 법적 및 사실적 효과에 있어서 아직 예견할 수 없는 장래의 발전에 의존되어 있는 사실관계를 근거로 추상적인 법적 문제에 몰두하여서는 안 된다. 일반적 확인소송은 단지 구체적인 법률관계의 해명, 즉 개관할 수 있는 특정한 사실관계에 대한 범규범의 적용과 관련하여 이미 분쟁이 존재하고 있는 경우에 제기할 수 있다.<sup>29)</sup> 여기서 구체성의 판단을 위하여 분쟁성 여부가 빈번하게 고려된다. 그러나 법률관계의 구체성의 요건에 대하여는 지나치게 엄격한 기준을 설정할 필요가 없다. 법률관계를 근거지우는 사실관계의 장래의 발생이 확실하거나 또는 아주 개연성이 있는 경우에는 일반적으로 확인이 가능한 법률관계로 볼 수가 있다. 예를 들어 영업허가의 필요성 여부에 대한 확인소송에 있어서 해당 영업을 가까운 장래에 진지하게 의도되고, 추가적인 조건에 의존되지 않는 경우에 그 구체성이 충분히 인정된다. 또한 정지조건부 법률관계에 있어서 만일 본질적인 사실관계가 이미 주어지고 단지 조건의 발생만이 지연되고 있다면, 확인소송의 대상이 되는 법률관계로 보아야 할 것이다. 아울러 가까운 장래에 이행기간이 도래한 급부 의무에 대한 확인에 있어서도 이러한 급부가 현재의 이미 존재하고 있는 법률관계를 근거로 이행되

29) BVerwGE 14, 235.

어져야 하나, 다만 그 이행기가 아직 도래하지 않은 경우에도 그 구체성이 인정이 된다. 다양한 형태로 나타나는 사건들에 있어서 정상적으로 나타나는 사실관계에 초점을 맞추고 예외적인 상황을 배제한다면 확인소송의 대상이 되는 특정화 되고 개관이 가능한 사실관계로 충분하게 인정된다. 판례가 법률관계의 구체성을 인정한 예로는 ① 비록 제소시점에는 그러한 계약체결이 임박하고 있지 않다고 할지라도 원고와 피고 사이에 수년 이래로 논쟁이 된 3년 이상의 강의계약의 허용성,<sup>30)</sup> ② 이미 행하여진 인사고과에 관련하여 타당한 평가에 대한 청구권의 존부 확인,<sup>31)</sup> ③ 특정한 영업이나 사업을 위한 허가의 필요성 유무,<sup>32)</sup> ④ 자신의 부인에게 미망인 연금이 부여되는지 여부에 대하여 공무원이 제기한 확인소송<sup>33)</sup> 등이 있다.

#### 나) 법률관계의 분쟁성

법률관계는 특정한 사실관계에 대한 원고와 피고의 상반된 평가나, 피고 행정청의 제재의 언급이나 경고를 통하여 분쟁이 발생하게 된다. 이미 상호간의 권한이나 또는 권리에 대하여 견해의 차이가 존재하고 원고가 피고의 견해에 따르지 않는 행위를 하는 경우, 법적 제재의 가능성이 예견되는 경우에도 분쟁성이 인정된다.<sup>34)</sup> 여기서 법적 제재라 함은 자체수단 뿐만 아니라 형사고발, 제소 등도 포함될 것이다. 그러나 법률관계의 분쟁성은 보다 엄격하게 평가한다면 법률관계의 존재에 관한 문제가 아니라 권리보호의 필요의 요건, 즉 즉시확인에 대한 정당한 이익에 관한 문제에 해당된다고 할 것이다.<sup>35)</sup>

### 3) 제3자 법률관계

판례는 행정주체와 제3자간에 존재하는 법률관계도 확인소송의 대상이 될 수

30) BVerwGE 14, 235.

31) BVerwGE 36, 218.

32) BVerwGE 16, 92.

33) BSG NJW 1992, 260.

34) BVerwGE 39, 249 ; 77, 216.

35) Kopp/Schenke, aaO, Rdn. 17.

있다는 입장을 취하고 있다.<sup>36)</sup> 그러나 관련 판례를 보다 엄격하게 분석을 한다면, 여기서 확인소송의 대상이 되는 것이 행정청과 제3자간에 존재하는 법률관계라는 견해는 사실상 타당성이 없다. 왜냐하면 어느 경우에도 원고와 피고사이에 존재하는 법률관계가 분쟁이 되어야 하기 있기 때문이다. 그렇지 않다면 소송은 각하되어야 할 것이다. 판례는 타당하게 자신의 부인에게 미망인연금이 주어지는지 여부에 대한 공무원이 제기한 확인소송은 행정주체와 제3자인 부인과의 법률관계가 아니라, 행정주체와 조건부 청구권의 소유자인 원고인 공무원 사이에 존재하는 법률관계로 보았다.<sup>37)</sup> 또한 국가정보기관이 다른 국가기관에 대하여 제공한 개인정보와 관련하여 제기한 확인소송에 있어서는 정보제공자인 국가정보기관과 정보수령기관간의 법률관계가 아니라, 정보제공기관과 개인정보소유자인 원고와의 법률관계가 분쟁이 되고 있는 것이다.<sup>38)</sup> 마찬가지로 행정주체와 제3자간에 체결된 보조금계약의 유효성여부에 대하여 경쟁자인 원고가 제기한 확인소송에 있어서 경쟁의 자유의 침해에 대한 원고의 방어적 권리의 존부 여부가 분쟁의 핵심이 되는 것이다.

연방행정법원은 사이버 종교전과를 방지하기 위하여 설립된 私的 團體에 대한 국가의 재정적 지원의 허용성 여부에 대한 확인소송에 있어서 연방과 지원대상단체사이의 법률관계가 문제가 되는 것이 아니라 실질적으로는 연방과 원고사이의 법률관계가 쟁송의 대상이라고 하였다.<sup>39)</sup> 마찬가지로 특정한 수공업자가 그들의 활동을 수공업자 장부에 등록함이 없이 영업활동을 할 수 있는지 여부에 대하여 수공업조합이 상공회의소에 제기한 확인소송은 허용되지 않는다. 왜냐하면 여기서 상공회의소와 수공업조합간에 법률관계가 아니라, 상공회의소와 특정한 수공업자와의 법률관계가 문제가 되고 있기 때문이다.<sup>40)</sup> 결론적으로 확인소송은 피고와 제3자 사이에 존재하는 법률관계를 대상으로 할 수가 있다. 그러나 어느 경우든 확인될 법률관계에 항상 원고의 고유한 권리가 의존되어야 한다. 확인소송은 판결의 기관력의 주관적 한계와 관련하여 직접

---

36) BVerwGE 39, 247.

37) BVerwGE 38, 366.

38) OVG Berlin NJW 1978, 798.

39) BVerwGE 90, 112.

40) OVG RP GewArch 1981, 92.

원고와 피고 사이에 존재하는 법률관계를 대상으로 하거나 또는 확인소송의 판결이 최소한도 이들 사이에 존재하는 법률관계에 선결적 효과를 갖는 경우에만 허용된다고 할 것이다.

## V. 權利保護의 必要로서 即時確認에 대한 正當한 利益

### 1. 意義

제43조 제1항은 원고가 “즉시 확인에 대한 정당한 이익(ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung)”을 갖는 경우에만 허용된다. 이러한 요건의 의미에 대하여는 판례와 학설에서 완전한 합의가 존재하지 않는다. 학설에서는 즉시 확인에 대한 정당한 이익을 권리보호 필요에 대한 명시적 표현으로<sup>41)</sup> 또는 권리보호의 필요외에 추가적으로 필요한 특별한 확인의 이익으로<sup>42)</sup> 이해되고 있다. 또한 즉시 확인에 대한 정당한 이익은 빈번하게 법률관계의 구체성과 분쟁성의 요건 충족의 판단을 위하여도 활용된다. 궁극적으로 확인소송의 보충성의 원칙은 정당한 이익의 개념에 포함되어 설명되기도 한다. 그러나 “정당한 이익”의 요건은 문구에서 나타나는 바와 같이 권리보호의 필요(Rechtsschutzbedürfnis)의 표현으로 이해되는 것이 지배적인 견해이다.

권리보호의 필요는 모든 행정소송의 요건에 해당하며, 이것은 법원이 무익한 또는 부당한 목적을 위하여 활동하도록 강요되어서는 안된다는 고려에서 그 정당성을 발견하고 있다. 민사소송과 마찬가지로 행정소송절차에 있어서도 권리보호의 필요는 모든 행정소송에 동일한 내용으로 일률적으로 규율될 수가 없다. 왜냐하면 소송종류의 다양한 법적 성격은 각각의 특수성을 고려하도록 요구하고 있기 때문이다. 확인소송에 있어서는 즉시 확인에 대한 정당한 이익이 있는 경우에만 비로소 권리보호의 필요가 인정된다. 아래에서는 즉시 확인의 정당한 이익의 개념에 대하여 비교적 상세하게 다루기로 한다.

41) Bergmann, aaO, S. 334 ; Eyermann, VwGO, § 43, Rdn. 29 ; Pietzcker, aaO, § 43, Rdn. 32.

42) Redeker/von Oertzen, VwGO, § 43, Rdn. 19 ; Knöpfle, FS für Lerche, S. 771.

## 2. 즉시확인 의 正當한 이익의 내용

### 1) 법률관계의 존부 여부에 대한 불확실성 및 원고의 법적 지위에 대한 위험

첫째로 즉시확인에 대한 正當한 이익이 인정되기 위하여는 법률관계의 존부 여부에 대한 불확실성이나 불안정성이 존재하여야 하고 이를 통하여 원고가 그의 법적 지위를 위협받고 있다고 판단하여야 한다. 특히 불안정성은 원고에 의하여 주장된 권리가 그 존속에 있어서 피고에 의하여 부인되는 경우에 또는 원고가 피고에 의하여 주장되고 있는 권리를 자신의 것으로 주장하는 경우에 주어진다. 여기서 피고에 의한 원고의 권리부인이 이미 명백하게 외부적으로 가시화된 형태로 구체화될 필요는 없으며 간접적으로 표현되는 것으로서도 충분하다. 다른 한편으로 피고의 행위는 원고의 법적 지위에 심각한 위험을 근거 지우기에 적합하여야 한다. 당사자 사이에 법률관계 존부여부에 대한 어떤 구체적인 분쟁이 존재하지 않으며, 원고가 단지 현재의 의심을 제거할 목적으로 법원의 전문가적 해명과 판단을 구하는 것을 목적으로 하는 경우에는 이러한 불안정성은 존재하지 않는다. 순수한 이론적 의미를 갖는 문제를 해결하는 것은 법원의 임무가 아니기 때문이다.

### 2) 確認에 대한 “正當한 利益”

정당한 이익은 그의 범주에 있어서 독일 민사소송법 제256조의 법률상 이익의 개념보다 훨씬 넓다. 제국법원은 이미 민법 제256조의 법률상 이익의 개념의 해석에서 매우 넓고 자유로운 해석을 하였으며, 경우에 따라서는 경제적 이익도 민사소송의 확인소송의 제기를 위하여 충분하다고 인정하였다. 이러한 민사소송상의 실무를 고려하여 행정소송법의 입법자는 “법률상 이익”의 개념 대신에 “정당한 이익”의 개념을 명시적으로 사용하고 있다. 이러한 정당한 이익의 개념은 법적 이익 뿐만 아니라, 경제적 이익 및 정신적 이익(ideelle Interesse)을 포함하고 있다. 정신적 이익에는 정치적, 종교적, 문화적 이익, 경우에 따라서는 순수한 인격적 이익도 포함하고 있다는 점에서는 학설에서 이의

가 존재하지 않는다. 판례에서 즉시확인에 대한 정당한 이익을 인정하고 있는 예로는 명예회복의 이익<sup>43)</sup>, 반복되는 위협의 방지,<sup>44)</sup> 경제적 또는 인격적 손실의 회피<sup>45)</sup> 등이 있다.

정당한 이익의 범주는 비교적으로 쉽게 묘사될 수 있으나, 그럼에도 불구하고 하나의 포괄적이고도 명확한 한계설정을 가능하게 하는 개념적 정의를 도출하는 데에는 현저한 어려움이 존재하고 있다. Eyermann에 따르면 정당한 이익이란 “합리적 고려에 따라 사실상황에 의하여 정당화되는 모든 이익”을 의미한다.<sup>46)</sup> Schunck는 정당한 이익을 “사실상황에 의하여 인정될 수 있는 보호가치가 있는 이익”으로 언급하고 있다.<sup>47)</sup> A. Naumann은 정당한 이익으로 “객관적인 관점에서 객관법의 보존과 법적 평화의 유지를 추론하는 이익”인 경우에는 필요하고도 충분하다고 간주하였다.<sup>48)</sup> 그러나 이러한 定意들은 결과적으로 어떠한 것도 말하고 있지 않다. 왜냐하면 이러한 기준들은 법관에게 실제적으로 법을 설득력 있게 선언할 수 있도록 도와주는 기준을 제시하지 않기 때문이다. 더욱이 확인소송의 제기를 위한 정당한 이익을 근거지우는 상황은 너무나 다양하고 상이하기 때문에 하나의 포괄적인 정의를 찾아야 할 실무적인 필요성이 없다. 결정적인 것은 무엇보다도 개별적인 경우에 존재하는 이익상황이다. 한편으로 정당한 이익의 개념에 지나치게 과도한 요건을 설정하여서는 안 되나, 다른 한편으로 정당한 이익의 개념을 무한하게 확대하여서는 안 된다. 모든 가능한 이론적으로 생각할 수 있는 이익을 확인소송을 제기하기에 충분하다고 판단하여서는 안 된다. 무엇보다 대부분의 사회구성원이 동일한 방식으로 관련되는 이익은 정당한 이익이 되지 못한다. 그렇지 않은 경우에는 정당한 이익의 개념을 통하여 만인소송이 도입될 것이다. 법치주의적인 관점에서 행정청의 현실적인 위법한 의도에 대하여 개인이 방어하기를 원한다면 항상 정당한 이익이 인정될 것이다. 예를 들어 정당한 이익은 행정청이 외부적으로 가시적인 방식으로 원고가 일정한 활동을 계속하는 경우에는 형사고발이나 과태료부과 또는

43) BVerwGE 12, 90 ; BVerwG DÖV 1982, S. 411.

44) Mannheim NVwZ - RR, 1992, 204.

45) BVerwG 41, 336.

46) Eyermann, aaO, §43, Rdn. 30.

47) Schlunck-de Clerk, VGG, § 24, Rdn. 3.

48) A. Naumann, Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage, 1952, S. 456.

금지처분의 대상이 된다는 표현을 하는 경우에 인정이 된다.<sup>49)</sup> 반면 공무원이 은퇴한 경우에는 재직시에 인사고과와 관련하여 명예회복의 정당한 이익은 그것의 사소한 의미 때문에 부인되어야 할 것이다. 또한 경제적 이익과 관련하여 이후의 민사소송절차에서 손해배상이나 손실보상을 위하여 확인판결에 부여되는 선결적 효력 그 자체만으로 확인소송을 제기할 정당한 이익이 인정되지 않는다. 왜냐 하면 민사법원은 스스로 법률관계의 존부여부의 선결문제에 대하여 판단할 권한이 있기 때문이다.<sup>50)</sup> 반면 취소소송의 계속 중에 행정행위가 실효된 경우에 행정행위에 위법확인을 구하는 계속확인소송에 있어서는 이후에 손해배상청구를 위한 정당한 이익을 인정하고 있다.<sup>51)</sup> 계속확인소송에서는 원고가 취소소송절차에서 그동안 소모한 경제적 시간적 노력과 관련하여 이후에 손해배상절차에 있어서 확인판결의 기판력에 부여된 선결적 효력이 인정되고 있다.<sup>52)</sup>

특히 정당한 이익은 불명확한 법적 상황에서 행정청이 원고와 다른 입장을 취하고 원고가 자신의 장래의 행위를 법원의 판결에 정향시키기를 원하는 경우에 존재한다. 예를 들어 원고가 자신의 사업활동을 위하여 행정청의 허가를 요하지 않는다는 입장을 취하는 반면, 행정청은 이에 대하여 반대적인 입장을 취하는 경우라든지<sup>53)</sup> 또는 공무원이 자신의 진술이 비밀유지의무의 위반에 해당하여 징계사유에 해당되는지 우려하는 경우에 정당한 이익이 존재한다. 대체적으로 행정주체와 원고사이에 법률관계가 분쟁이 있는 경우에는 법적 지위에 대한 불안정성의 관점에서 자신의 향후의 행위에 대한 안정성의 확보 및 압박하는 법적 제재와 관련하여 정당한 이익이 인정된다.

확인에 대한 정당한 이익은 바로 피고인 행정주체에 대하여 직접적으로 존재하여야 하며, 제3자에 대하여 존재하여서는 안 된다. 그렇지 않으면 제소시에는 확인의 이익이 없어 부적법한 소송이 제3자의 참여를 통하여 적법하게 되기 때문이다.

49) BVerwGE 50, 20 ; Münster NVwZ - RR 1997, S. 264.

50) BVerwGE 81, 228 ; BVerwG DVBL 1992, S. 1225.

51) BVerwGE 81, 226 ; BVerwG NVwZ 1992, S. 1092.

52) 독일의 繼續確認訴訟에 대하여는 : 鄭夏重, '行政訴訟法 제12조 후단의 의미와 獨逸 行政訴訟法 上の 繼續確認訴訟', 『저스티스』 통권 제107호, 2008. 10, 269면 이하.

53) BVerwG NJW 1983, 2584.

### 3) “즉시”확인에 대한 정당한 이익

원고가 그의 법적 지위를 위협받고 있다는 불확실성은 제소시에 현존하거나, 가까운 장래에 존재하여야 한다. 그 우려는 충분히 근거지워져야 하며, 향후의 가상적인 손해발생의 우려는 충분하지 않다. 즉시확인이라 함은 더 이상의 지체가 부적절한 경우를 의미한다. 이러한 요건은 특히 예방적 확인소송에서 더 엄격하다. 즉시확인에 대한 정당한 이익은 무효확인소송에도 존재하여야 하는 바, 여기서는 행정행위에서 발생하는 외관이 결정적인 기준이 된다. 민사소송법학에서 확인소송의 경우에는 민사소송법 제256조의 의미의 법률상 이익을 정당화 하는 대부분의 사유는 확인의 즉시성을 동시에 충족시킨다는 것이 지배적인 견해인바 이러한 입장은 특별한 사정이 없는 한 행정소송의 확인소송에도 적용된다고 할 것이다. 이에 따라 “즉시”확인의 징표는 특별한 의심의 계기가 있는 경우에 검토가 요구된다고 할 것이다.<sup>54)</sup>

### 4) 법적 지위의 불안정성과 위협을 제거하기 위한 확인판결의 적합성

확인판결은 그의 선언적 성격이 있는 기관력과 더불어 원고의 법적 지위의 불안정성과 위협을 제거하기에 적합하여야 한다. 여기서 확인판결의 “必要性”이 부각된다. 즉 확인판결에 의하여 의도된 효과의 발생을 위하여 보다 효과적이고 간단한 방법이 존재하지 않아야 한다. 여기서 확인판결의 기관력의 범위와 한계가 문제가 되고 있다. 확인소송은 다른 행정소송이나 여타의 소송절차가 보다 효과적이고, 소진적이며, 보다 단순한 분쟁해결로 이끈다면, 권리보호의 필요가 인정되지 않는다. 이것은 확인소송의 보충성에 관련된 문제로 후술하기로 한다.

## 3. 과거와 미래의 법률관계

법률관계의 개념으로부터 과거의 법률관계의 확인가능성에 대한 어떠한 이

54) Bergmann, aaO, S. 338.

의가 제기되지 않는다. 법적 관계는 그가 종결됨으로써 법률관계의 성격을 전적으로 상실한다고 주장할 수 없다. 이에 따라 종결된 법률관계라고 할 지라도 법률에 특별한 규정이 없는 한 행정소송법 제43조 제1항의 의미의 법률관계에 해당된다. 그러나 법률관계에 대한 이러한 해석은 모든 과거의 법률관계에 대하여 확인소송을 제기할 수 있다는 것을 의미하는 것은 아니다. 확인에 대한 정당한 이익의 존재를 인식할 수 있는 특별한 계기가 존재하지 않는 한, 현실적으로 과거의 법률관계를 확인소송의 대상으로 하여야 실무상의 필요성이 거의 존재하지 않는다. 판례는 과거의 법률관계가 확인소송의 대상이 되기 위하여는 그의 종결을 넘어서서 지속적인 효과를 발생시킬 것이 요구하고 있는 바,<sup>55)</sup> 이러한 요청은 권리보호의 필요에서 나오는 것이라고 할 것이다. 즉 현재 더 이상 존재하지 않는 법률관계라고 할 지라도 그로부터 지속적인 권리침해가 있거나, 반복되는 위험이 존재하거나,<sup>56)</sup> 차별적인 효과가 계속되거나, 또는 문제가 되는 법적 문제의 해명이 원고의 향후의 행동에 본질적인 의미를 갖는 경우에는<sup>57)</sup> 즉시확인에 대한 정당한 이익이 인정된다고 할 것이다.

장래의 법률관계는 그것이 현재 구체화되고 그에 대한 결정적인 법적 및 사실적 근거가 마련된 경우에는 확인소송의 대상이 되는 법률관계에 해당된다. 이러한 경우에 법률관계의 실현의 충분한 개연성이 예견되며 자신의 재산적 처분의 안정성을 확보하려는 원고의 권리보호의 필요가 인정될 수 있다. 과거의 법률관계와 마찬가지로 장래의 법률관계가 확인소송의 대상이 될 수 있는지 여부는 권리보호의 필요의 관점, 즉 즉시확인의 정당한 이익의 존부 여부가 결정적인 의미를 갖고 있다.<sup>58)</sup> 현재에 충분한 법적 사실적 근거가 없는 단순한 장래의 법률관계는 단순히 고안되거나 이론상의 법률관계로서 확인소송의 대상이 되지 않는다.

---

55) BVerwGE 2, 229.

56) BVerwGE 80, 365.

57) BVerwGE 61, 165.

58) BVerwGE 38, 346.

## VI. 原告의 고유한 權利關聯性 - 原告適格의 必要性

앞에서 설명한 바와 같이 지배적인 학설은 행정소송법 제43조 제1항의 즉시 확인의 정당한 이익을 특별한 권리보호의 필요의 요건으로 보고 있다. 이에 따라 학설과 실무에서는 확인소송에서 즉시확인에 대한 정당한 이익 외에 추가적으로 취소소송이나 의무이행소송과 같이 원고적격이 요구되는지 심각하게 논쟁이 되고 있다. 즉 행정소송법 제42조 제2항에 따라 원고는 위법한 행정행위나 그의 거부 또는 그의 부작위에 의하여 자신의 권리가 침해되었다고 주장하여야 취소소송이나 의무이행소송을 제기할 수 있는바, 이와 같은 원고의 권리관련성이 확인소송에서도 요구되는지 견해가 대립되고 있다. 다음에서는 판례의 입장을 다루고 이에 대한 부정적 견해와 긍정적 견해에 대하여 검토하기로 한다.

### 1. 判例의 概觀

판례는 확인소송에 있어서도 그의 주관적 성격과 관련하여 취소소송이나 의무이행소송과 같이 원고의 권리관련성을 요구하고 있다. 이러한 입장에는 제43조 제1항의 “즉시확인에 대한 정당한 이익”의 요건의 포섭을 통하여 행하여졌으나, 점차로 제42조 제2항을 유추적용하는 경향을 나타내고 있다. 특히 판례에서 행정행위의 무효확인소송이나 제3자 법률관계에 대한 확인소송의 경우에 이러한 원고의 고유한 권리침해의 가능성 또는 권리관련성의 표현이 명확하게 나타나고 있다. 이러한 판례의 입장은 충분히 이해될 수 있다. 왜냐하면 법률관계의 존부 여부에 대한 확인을 구하는 일반적 확인소송에 있어서 원고는 법률관계의 직접적인 당사자로서 권리와 의무의 귀속주체가 되기 때문에 그의 고유한 권리관련성의 요건을 특별히 검토할 필요는 없으나, 행정행위의 무효확인소송이나 제3자 법률관계에 대한 확인소송에 있어서는 자신의 고유한 권리가 관련되지 않은 자가 소송을 제기하는 경우가 빈번히 발생되기 때문이다.

행정행위의 무효확인소송에서 연방행정법원은<sup>59)</sup> 원고가 행정행위를 통하여

59) BVerwGE 74, 1 ff. ; BVerwG NJW 1982, 2205 ; BVerwG NVwZ 1981, 470.

최소한도 자신의 권리침해를 주장하여야 한다고 요구하였다. 예를 들어 연방행정법원은 원자력허가에 대하여 원고가 제기한 무효확인소송에 있어서 원고의 권리침해 가능성의 결여로 소를 각하하였다. 원고가 원고적격의 결여되어 허가를 취소할 수 없다면, 그는 마찬가지로 이유로 무효확인을 구할 수 없다는 입장을 취하였다.<sup>60)</sup> 마찬가지로 연방행정법원은 하천법상의 허가에 대한 무효확인소송을 권리침해의 가능성의 결여로 부적법하다고 결정하였다.<sup>61)</sup>

또한 판례는 일관되게 제3자 법률관계는 원고의 권리관련성이 인정되는 경우에만 확인소송의 대상이 될 수 있다는 입장을 취하고 있다. 라인란드-팔츠 고등행정법원은 被告市에 의한 주임의사의 임명에 대하여 의사협회가 제기한 확인소송은 권리관련성의 결여로 각하하였다.<sup>62)</sup> 또한 노드라인-웨스트팔렌 고등행정법원은 호텔업자와 被告市와 체결된 보조금계약과 관련하여 경쟁업자가 제기한 확인소송에서 기본권으로 보호되는 원고의 경쟁의 자유의 침해가능성이 있다는 이유로 원고적격을 인정하고, 동시에 확인에 대한 정당한 이익으로서 보조금 계약에 의하여 영향을 받을 수 있는 원고의 경제적 이익을 인정하였다.<sup>63)</sup> 여기서 고등행정법원은 제42조 제2항의 유추적용을 통한 원고적격과 제43조 제1항의 확인의 이익을 동시에 요구하였다.

문헌에서 빈번히 언급되고 있는 것은 연방행정법원의 1990년 7월 30일 판결이다.<sup>64)</sup> 동 판결에서 연방행정법원은 종래 레겐스부르크市에서 독립적으로 활동하던 기독교복지재단과 다른 재단과의 합병 및 그리고 합병법인을 레겐스부르크市에 귀속시키는 행위에 대하여 기독교 주민이 제기한 확인소송을 원고의 고유한 권리관련성이 결여되고 있다는 이유로 각하하였다. 여기서 연방행정법원은 “원고는 그의 존부 여부를 확인받기를 원하는 그러한 법률관계의 직접적인 당사자가 될 필요가 없다. 어쨌든 원고에게 확인에 대한 정당한 이익이 인정되기 위하여는 법률관계에 원고의 고유한 권리가 의존되어야 한다. 확인소송의 경우에도 행정소송법에 이질적인 만인소송을 피하기 위하여 행정소송법 제

60) BVerWG NJW 1982, 2205.

61) BVerwGE 74, 1.

62) OVG RP NJW 1976, 1163.

63) OVG NW NVwZ 1984, 522 ff.

64) BverwG NVwZ 1991, 470.

42조 제2항의 원고적격 조항이 유추적용되어야 한다” 판시하였다. 이에 따라 일반적 확인소송과 행정행위의 무효확인소송에도 원고적격이 요구되며, 여기서 행정소송법 제42조 제2항이 유추적용되어야 한다는 입장이 관철되었다. 문헌에서는 이러한 판례에 대하여 찬반의 입장이 대립되고 있다.

## 2. 批判的 見解

### 1) 확인소송에 있어서 원고적격의 유추적용의 부적절성

비판설은 행정소송법 제42조 제2항(취소소송 및 의무이행소송의 원고적격)을 행정행위의 무효확인소송 및 제3자 법률관계에 대한 확인소송을 유추적용하고 있는 판례의 입장에 대하여 비판 하였다.<sup>65)</sup> 비판설은 특히 무효확인소송에 있어서 제42조 제2항의 유추적용을 요구하는 판례의 입장은 두가지 관점에서 문제가 있다고 지적하였다.

첫째, 행정소송법 제43조 제1항에 따르면 원고는 행정행위의 무효확인에 대한 정당한 이익을 갖는 것을 전제로 하고 있다. 여기서 원고에 의하여 주장된 정당한 이익의 존재가능성만으로는 불충분하며, 실제로 정당한 이익의 존재가 입증되어야 한다. 만일 무효확인소송에 원고적격이 유추적용 되어야 한다면, 원고는 추가적으로 자신의 권리가 침해되었음을 주장하여야 한다. 이는 무효확인소송에서 단순히 원고의 권리침해의 주장만을 요건으로 하고 있는 취소소송보다 더욱 까다로운 요건이 설정됨을 의미하는 것이다. 이러한 입장은 타당성이 없는바, 중대하고 명백한 하자가 있어 무효인 행정행위가 취소할 수 있는 행정행위보다 그 폐지에 있어서 더 어려움이 존재한다는 것은 이해할 수 없기 때문이다. 행정행위의 무효에 대하여는 모든 사람이 주장할 수 있기 때문에 무효확인소송을 제기할 수 있는 사람의 범위는 취소소송의 경우보다 훨씬 넓어야 함은 당연하다.

둘째로, 제42조 제2항을 무효확인소송에 유추적용하는 있어서 발생하는 또

65) Laubinger, VerwArch 1991, S. 459 ; Schoch, JuS 1987, S. 783 ff. ; Knöpfle, FS für Lerche, 1993, S. 771 ; Kunig, Jura 1997, S. 326.

다른 문제점은 무효확인소송의 본안의 이유유무는 단지 행정행위의 객관적인 무효에 결부되어 있다는 점이다. 여기서 행정행위에 의한 원고의 권리침해유무는 어떠한 의미를 갖지 않는다. 그에 반하여 취소소송에 있어서는 행정행위가 원고의 권리를 침해하는 경우에만 원고의 청구는 이유가 있게 된다. 본안의 이유요건에 결부되고 있는 이러한 주관적 요소는 제42조 제2항의 원고적격에 상응되는 것이다. 반면 제42조 제2항이 무효확인소송에 준용되는 경우에는 이러한 원고적격과 이유부분의 연관성은 결여된다. 무효확인소송의 이유유무가 원고의 권리침해에 의존하지 않는다면 소송요건에 있어서도 권리침해의 주장을 요구할 수 없는 것은 당연하다.

제3자 법률관계에 대한 확인소송에 있어서도 무효확인소송에서 발생하는 동일한 구조상의 어려움이 나타난다. 즉 원고적격에서 권리침해의 가능성이 주장되어야 한다면, 본안의 이유유무도 실제로 원고의 권리침해가 있어야 인용될 것이나, 실제로 행정소송법은 법률관계의 객관적 존부 여부만의 검토를 요구하고 있다.

## 2) 유추적용의 허용성 문제

비판설은 확인소송에는 취소소송과 의무이행소송과는 달리 원고적격이 명문으로 규정되고 있지 않음에도 이를 요구하는 것은 43조의 규율목적에 반한다고 비판을 지적하고 있다. 법률의 유추적용이 허용되기 위하여는 첫째로 법률에 입법자가 간과하였고 의도하지 않았던, 즉 계획위반적인 흠결이 존재하여야 하고, 둘째로 특정한 사실관계에 대한 법적 규율은 이와 동일하게 평가할 수 있는 다른 사실관계에 적용할 수 있다는 것을 전제하고 있다. 그렇다면 우선 제43조의 확인소송의 요건에 유추적용을 통하여 메꾸어질 수 있는 계획위반적인 흠결이 존재하는지 여부에 대하여 검토되어야 한다. 이러한 문제의 해답은 원고적격, 확인에 대한 정당한 이익, 권리보호의 필요 등이 상호간에 어떠한 체계적인 관계에 있는지의 해명에 있다. 다수설에 따르면 행정소송법 제43조 제2항의 원고적격(Klagebefugnis)은 민사소송의 소송수행권(Prozeßführungsbefugnis)에 상응하는 개념으로 이해하고 있다. 민사소송에서는 이러한 소송수행

권은 만인소송을 배제하는 기능을 갖고 있다. 한편으로 행정소송에 있어서 원고적격이 민사소송의 소송수행권에 상응되며, 다른 한편으로 민사소송에서 확인소송의 요건이 소송수행권 뿐만 아니라 확인의 이익을 전제하고 있다면, 행정소송법상 확인소송에서 원고적격과 확인의 이익은 상호 배제를 하지 않는다는 결론이 나올 수 있다. 그렇다고 하여 제42조 제2항의 유추적용이 확인소송에 요구된다는 것을 의미하는 것은 아니다. 더욱이 원고적격이 민사소송에서 소송수행권의 상응물이라는 견해는 무조건 옳은 것은 아니다. 일부에서는 제42조 제2항이 제43조 제1항과 같이 특별한 권리보호에 속한다는 견해도 있는 바,<sup>66)</sup> 이러한 견해를 따른다면 확인소송에 제43조 제1항에 추가하여 제42조 제2항의 유추적용이 요구되는 것은 아니다, 판례는 제42조 제2항의 유추적용을 행정소송에 이질적인 민중소송을 억제할 수 있다는 이유로 정당화 하고 있으나, 이러한 입장은 타당성이 없다고 할 것이다. 확인소송은 제43조 제1항에 따라 확인에 대한 원고의 정당한 이익이 있는 경우에만 허용된다. 이를 통하여 잠재적인 확인의 원고의 범주는 현저하게 축소된다. 여기서 만인소송이 아니라 단지 이익소송이 우려될 뿐이다. 행정소송법 제43조 제1항은 민사소송법 제256조의 의도적인 이탈속에 확인에 대한 법적 이익이 아니라 정당한 이익을 요구 하고 있기 때문에 입법자는 확인소송을 취소소송이나 의무이행소송과는 달리 침해소송(Verletztenklage)이 아니라 이익소송(Interessentenklage)으로 형성하기를 원하였다는 추론이 가능하다. 이익소송은 만인소송에 해당하지 않는다. 이익소송은 개인적 목적의 유지에 기여하고 이에 따라 만인소송보다 침해소송에 훨씬 가까운 그러한 권리보호의 형태를 의미한다.<sup>67)</sup> 이익소송은 분쟁대상에 대한 원고의 구체적이고 개인적인 목적에 근거한 관계를 통하여 누구나 제기 할 수 있는 만인소송과 구별된다. 비록 이익침해에 의하여 열려진 사법보호가 기본법 제19조 제4항에 의하여 기본법으로 요구된 최소한의 공권력에 대한 권리보호의 요청을 넘어선다고 할지라도, 입법자는 이러한 사법적 권리보호를 기본법 제19조 제4항을 넘어서서 마련하는데 방해를 받지 않는다. 판례는 원고적격을 요건으로 하는 행정소송과 만인소송 사이에 다양한 형태의 중간영역이 존

66) H. Hoffmann, VerwArch 1962. S. 297.

67) Skouris, Verletztenklage und Interessentenklage im Verwaltungsprozeß, 1979, S. 7.

제한하는 것을 간과하고 있다.<sup>68)</sup> 모든 소송종류에 있어서 일반적으로 제42조 제2항의 원고적격의 징표를 끌어드리는 것은 행정소송의 요건의 세분화된 체계를 무시한다고 비판하고 있다.

연방입법자는 취소소송과 의무이행소송에 있어서 제42조 제2항에 원고적격을 명시적으로 규정하였는바, 그가 확인소송에서 원고적격을 규정하기를 원하였다면, 법체계적인 관점에서 확인소송의 소송요건의 규정에서 동일한 형식과 개념성을 사용하여만 하였을 것이다. 만일 확인소송에 확인의 이익에 추가하여 원고적격으로 고유한 권리관련성을 요구한다면, 이는 입법자의 객관화된 의사를 부당하게 왜곡시키는 것이다. 입법자는 민사소송법 제256조의 법률상 이익의 개념을 정당한 이익의 개념으로의 전환을 통하여 법외적인 경제적이고 정신적 이익을 확인소송의 허용성에 결부시키기를 원하였다. 원고적격, 즉 원고의 고유한 권리관련성의 요건이 결과적으로 확인의 이익의 개념을 해체하기 때문에 제42조 제2항을 확인소송에 유추적용하는 것은 타당하지 않다. 예를 들어 원고가 그의 권리를 침해되었다고 주장된다면, 확인에 대한 그의 이익은 경제적, 정신적 이익에 추가하여 법률상 이익이어야 함을 의미한다. 이렇게 될 경우에는 확인의 이익의 법외적인 형태, 즉 경제적이고 정신적 이익의 내용을 갖는다는 것은 더 이상 의미가 없게 된다.<sup>69)</sup> 행정소송법 제43 제1항이 제42조에 대하여 완화된 요건을 제시하는 것은 입법자의 명백한 의도이며, 이는 법원에 의하여 존중되어야 한다. 비판적 견해는 행정소송법 제43조는 확인소송의 특별한 소송요건을 종국적으로 규율하고 있다고 주장하면서 규율의 흠결의 존재를 부정하고 있다.<sup>70)</sup>

### 3) 정당한 이익의 개념의 제한적 해석

물론 확인의 이익이 그의 정당한 이익의 내용과 관련하여 지나치게 확장되어 해석된다면 제소제한적인 기능을 더 이상 발휘할 수 없다. 경제적 이익의 경우에는 유형별로 객관할 수 있으나, 정신적 이익을 근거지울 수 있는 과정은

68) Knöpfle, aaO, S. 780.

69) Knöpfle, aaO, 1993, S. 777.

70) Neumeyer, Die Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß, 1979.aaO, S. 131.

단지 내적으로만 작용을 하기 때문에 구체적인 경우에 그 존재의 검토는 양심의 자유 등에서 보는 바와 같이 현저한 어려움을 야기할 수 있다. 그 때문에 확인의 이익이 전적으로 법외적인 정신적 이익에 근거하는 경우에는 그 검토에 있어서 만인소송을 피하기 위하여 권리주체상호간의 확인가능성과 평가가능성을 가능하게 하는 추가적인 기준이 요구된다. 이러한 경우에 요구되는 제한적 해석은 다음과 같은 기준에 근거되고 있다. 우선적으로 주장된 정신적 이익은 원고와 그의 주변세계와의 접촉과정에서 확인될 수 있는 축적물로서 입증되어야 한다. 정신적 이익을 내용으로 하는 확인의 이익이 법공동체의 사회윤리적인 기본적 관념에 볼 때 보호가치가 없는 것으로 입증된다면 허용되지 않을 것이다. 국가의 사법보호의 의무는 원고가 사법절차의 도움으로 비윤리적이거나 또는 위법한 목적이 추진되는 곳에 더 이상 존재하지 않는다. 그러나 이러한 경계에 도달하기전이라도 원고의 이익은 비정상적 사고의 표현이라든지 또는 단순한 불만에 지나지 않는 경우에는 일반적으로 권리보호의 가치가 없다. 또한 의도된 확인에 대한 정신적 이익이 보호할 가치가 있다고 하더라도 소송을 통하여 추구된 목적이 사회통념에 비추어 구체적인 경우에 사법결정의 이용을 정당화 시킬 수 있을 정도로 중요하지 않다면 확인의 이익은 부인되어야 할 것이다. 정당한 이익의 이러한 제한적 해석을 통하여 확인소송을 원고적격의 추가적인 요건을 설정함이 없이 효과적인 권리보호의 기능을 수행하게 할 수 있을 것이다.<sup>71)</sup> 이에 따라 비판설은 정당한 규범해석을 통하여도 확인소송은 행정소송에 이질적인 만인소송으로 되지 않으며, 이에 따라 유추적용의 필요성이 존재하지 않는다고 주장하고 있다.<sup>72)</sup>

### 3. 긍정적 견해

이에 대하여 긍정설은 다음과 관점에서 판례의 입장을 지지하고 확인소송에도 원고적격이 요구되고 이에 따라 제42조 제2항의 유추적용의 필요성을 인정하고 있다.<sup>73)</sup>

71) Knöpfle, aaO, S. 782.

72) Scholler-Broß, *Verwaltungsverfahren- und VerwProzR*, 1980, S. 232.

### 1) 취소소송과 의무이행소송의 원고적격의 훼손가능성

확인소송이 다른 소송종류와 달리 주관적 성격을 포기하고 있는가의 문제는 法文言의 해석에 의하여 해결되지 않는다. 행정소송의 요건에 대한 규율은 행정소송법에 있어서 체계적으로 손질이 되어 있지 않다. 예를 들어 일반적 이행소송의 경우에도 비록 법조문에 명문으로 규정되고 있지 않다고 하더라도 원고적격으로서 자신의 고유한 청구권만을 주장하여야 한다는 점에서 일반적인 합의가 존재하고 있다. 비록 원고적격으로서 권리침해의 주장은 행정소송법 제42조 제2항에서만 명시적으로 규율되고 있다고 할지라도, 이것은 제43조 제1항의 법률관계 및 정당한 이익의 개념에 동일한 요소가 포함되어 있다는 것을 배제하지 않는다. 체계적 관점에서 확인소송을 이러한 점에서 다른 소송과 달리 취급할 어떠한 이유도 없다. 확인소송은 다른 소송종류에 의하여 포섭되지 않는 제한된 영역만을 그 대상으로 하고 있는 것은 아니라, 오히려 법률관계의 개념에 의하여 설정된 영역에 보편적으로 적용이 가능하며, 단지 보충성의 원칙에 의하여 그 적용이 제한되고 있을 뿐이다. 만약에 확인소송에 있어서 원고의 권리관련성을 부인한다면 취소소송이나 이행소송에서 요구되는 권리침해의 필요성은 확인소송으로의 도피를 통하여 그 의미를 현저히 상실하게 될 것이다. 취소소송이나 의무이행소송의 원고적격의 요건이 확인소송으로의 회피를 통하여 잠탈된다면, 이러한 소송요건은 더 이상 실질적 의미를 갖지 않을 것이다. 일반적 확인소송에 있어서 원고의 고유한 권리관련성은 필연적으로 법률관계의 개념, 즉 원고와 피고의 권리와 의무관계로부터 나오는 것이다.<sup>74)</sup> 행정행위의 무효확인소송의 경우에, 비록 무효인 행정행위는 누구도 구속하지는 않으나, 그의 무효에 대하여 확인소송을 제기할 수 있는 권한은 취소소송을 통하여 그 위법성을 주장할 수 있는 사람들에게 유보되어야 한다.

73) Pietzcker, aaO, Rdn. 31 ; Ehlers,, NVwZ 1990, 105. ; Knuth, JuS 1986m S. 523 ; Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme, Probleme, S. 118 ; Hufen, Verwaltungsprozessrecht, S. 344 ; Krebs, FS für Menger, 1985, S. 191.

74) Pietzcker, aaO, Rdn. 31.

## 2) 행정소송법 제42조 제2항의 유추적용의 필요성

제43조가 확인소송의 요건을 중국적으로 규율하고 있다는 것을 입증하는 경우에만 비로소 비관설에 동의할 수 있는바, 이러한 입증은 성공하지 못한다. 비관설과는 달리 오히려 행정소송법 제43조는 그 주관적 성격과 관련하여 완결된 규율을 담고 있지 않고 있다. 왜냐하면 이론적으로 권리보호의 필요인 확인의 이익과 원고적격의 기능이 서로 다르기 때문이다.<sup>75)</sup> 원고적격은 민사소송의 소송수행권과 비교되는 특별한 소송요건에 해당하며, 무엇보다 소송상대방을 보호하는 기능을 수행한다.<sup>76)</sup> 원고적격은 피고에 대하여 모든 사람이 제소하는 것을 방지시킨다. 그에 대하여 권리보호의 필요성은 부당한 청구에 대하여 법원을 보호하는 것을 목적으로 하고 있다.<sup>77)</sup> 원고적격과 확인의 이익의 이러한 차이는 제43조 제1항의 문구에서 명확하게 나타나고 있다. 거기서는 단순히 확인에 대한 정당한 이익이 요구되는 것이 아니라, 즉시확인 필요성, 즉 현재의 시점에서 법원에 대한 확인청구의 필요성에 대하여 언급하고 있다. 긍정설은 확인소송에서 원고적격의 목적이 다른 방식으로 달성될 수 없다면, 제42조 제2항의 근거가 되고 있는 법사상을 끌어드리는 것이 필요하다고 주장하고 있다. 판례에서 항상 반복되는 명제, 원고적격의 목적은 만인소송의 배제에 있다는 명제는 정밀화와 보충을 요구한다. 만인소송은 공공복리의 추구를 위하여 이에 따라 자신의 권리나 이익을 추구함이 없이 법원에 제소하는 것을 의미한다. 원고가 단지 사실상의 이익만을 추구하여야 하는 경우라고 하더라도 엄격한 의미의 만인소송은 존재하지 않는다. 원고적격의 목적을 이렇게 이해된 만인소송의 배제만으로 이해한다면, 확인소송에서 제42조 제2항의 유추적용을 필요로 하지 않는다. 왜냐하면 비관설이 주장하는 바와 같이 확인소송은 확인에 대한 정당한 이익의 요건을 통하여 원고를 제한시키기 때문이다. 그러나 원고적격의 목적은 이보다 더욱 멀리 미친다. 원고적격은 사실상의 이익이 아니라 권리에 결부됨으로써 순수한 이익소송을 배제시키는 것을 명백한 목적으로 하고 있다

75) Eyermann-Fröhler, VwGO, § 43, Rdn. 9 ; Stern, aaO, S. 114 ; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 201.

76) Stern, aaO, S. 124 ; Ule, aaO, S. 191.

77) Neumeyer, aaO, S. 18 ; Stern, aaO, S. 111.

고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 실무상 비이익자가 소송을 제기하는 경우는 매우 드물기 때문이다. 원고적격은 우선적으로 기본법 제19조 제4항의 제소보장의 구체화를 의미하는바, 제19조 제4항은 이익침해에 대하여가 아니라, 권리침해에 대하여만 제소를 보장하고 있다.<sup>78)</sup> 행정소송법의 체계는 무엇보다 개인의 권리보호를 그 목적으로 하고 있으며, 확인소송도 이러한 목적에서 벗어나지 않는다.<sup>79)</sup> 그렇다고 하여 제42조 제2항의 유추적용은 동 규정의 요건을 변형없이 확인소송에 적용을 하여야 한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 취소소송에서와 같이 확인의 원고가 자신의 고유한 권리침해를 주장할 필요는 없으며, 상세한 근거없이 고유한 권리관련성을 언급하면 충분할 것이다. 정상적인 경우에는 원고적격의 세세한 검토가 요구되지 않는다. 왜냐하면 확인소송의 원고는 자신과 피고사이에 존재하는 법률관계의 당사자이기 때문에 그의 확인청구는 고유한 권리관련성의 개연성있는 주장을 포함하고 있기 때문이다.<sup>80)</sup>

#### 4. 結語

유력설의 나름대로의 타당한 비판에도 불구하고 판례는 다수설과 더불어 확인소송의 주관적 성격에 관한 자신의 입장을 고수하고 있다. 확인소송도 취소소송 및 이행소송과 같이 원고의 고유한 권리관련성을 요구하며, 이에 따라 제42조 제2항의 원고적격의 유추적용이 필요하다는 입장을 취하고 있다. 여기서 원고와 피고인 행정주체 사이에 법률관계가 직접 존재하는 경우에는 원고적격을 특별하게 별도로 검토할 필요가 없다. 왜냐하면 분쟁이 있는 법률관계는 당사자 사이에 권리와 의무관계를 구성하기 때문에 원고의 권리보호의 필요의 주장은 자신의 고유한 권리관련성을 필연적으로 포함하기 때문이다. 이에 대하여 제3자 법률관계에 대한 확인소송과 행정행위의 무효확인소송에 있어서는 원고의 고유한 권리관련성이 요구되고 있다.<sup>81)</sup>

78) Skouris, Verletztenklage und Inteessenklage im Verwaltungsprozeß, 1979, S. 7ff.

79) BVerwE 14, 235 ; OVG Koblenz NJW 1976, 1163.

80) Ehlers, NVwZ 1990, S. 109.

81) Krebs, FS für Menger, 1985, S. 199 ; Pietzcker, aaO, Rdn. 31 ; Hufen, aaO, S. 344.

## VII. 確認訴訟의 補充性的 原則

### 1. 意義

행정소송법 제43조 제2항에 따라 일반적 확인소송은 원고가 추구하고 있는 목적을 형성소송(취소소송)이나 이행소송(의무이행소송 및 일반적 이행소송)을 통하여 동일한 정도로 또는 보다 효과적으로 실현할 수 있거나 실현할 수 있었다면 허용되지 않는다. 이러한 일반적 확인소송의 보충성은 권리보호의 필요의 사상에 근거하고 있다. 보충성의 원칙에 따라 직접적이고, 보다 사안에 접근되고 그리고 효과적인 권리구제절차가 존재한다면 확인소송은 배제된다. 특히 보충성의 원칙은 취소소송과 의무이행소송에서 요구되는 제소기간이나 전심절차와 같은 특별한 소송법적인 규율의 회피를 방지하고 법원이 불필요한 확인소송으로 부담되지 않도록 하고 있다.

이러한 확인소송의 보충성은 모든 행정소송의 판결은 확인적 요소를 포함하고 있으며,<sup>82)</sup> 이에 따라 어느 경우에도 항상 확인소송이 가능하기 때문에, 여타의 소송종류와의 한계가 명확하게 설정되어야 한다는 요청에서 나오는 결과이다. 즉 이행소송과 형성소송은 확인소송보다 원고의 권리보호를 강화하고, 원고의 소송목적에 보다 접근하여 있을 뿐 아니라, 이들 소송의 판결의 집행가능성 및 형성적 효과 때문에 확인소송보다 원고에 다 많은 것을 부여하기 때문에 법률은 확인소송의 보충성을 규정하고 있다. 그러나 형성소송이나 이행소송이 장래에 비로소 가능하거나 또는 권리구제에 뒤늦거나 또는 부수적 이유에서 행정결정의 부분적인 시정만을 달성할 수 밖에 없는 반면, 확인소송을 통하여 고유한 분쟁이 존재하는 전체적인 법률관계를 해명하는 것이 가능한 경우에는 보충성의 원칙은 적용되지 않는다. 보충성의 원칙은 제43조 제2항의 명시적인 규정에 따라 제소기간이 경과하였거나 또는 원고가 제소를 포기하여 이행소송이나 형성소송이 더 이상 가능하지 않은 경우에도 적용된다. 또한 일반적 확인소송의 보충성은 행정소송법상의 형성소송이나 이행소송 뿐만 아니라 민사소송법

82) 예를 들어 취소소송에서는 법원은 행정행위의 위법성을 확인하고 소급적으로 취소하는 판결을 내리며, 의무이행소송에서 법원은 부작위의 위법성을 확인하고 의무이행판결을 내린다.

상의 형성소송이나 이행소송과의 관계에서도 적용된다.

한편, 행정소송법 제43조 제2항에 따라 보충성의 원칙은 행정행위의 무효확인소송과의 관계에서는 적용되지 않는다. 취소소송은 무효확인소송에 대하여 특별성을 갖고 있지 않다. 왜냐하면 무효인 행정행위는 언제나 무효이며 취소소송의 제소기간이 도과된 이후에도 여전히 무효로 남아있기 때문이다. 법률은 행정행위의 무효와 취소의 한계설정의 심각한 어려움 때문에 취소소송과 무효확인소송의 선택가능성을 부여하였다. 취소소송과 무효확인소송은 내용상으로 볼 때 위법한 부당적 행정행위의 효력을 다룬다는 점에서 동일한 권리보호의 목적을 추구하고 있으며, 원고는 취소청구와 더불어 예비적으로 무효확인청구를, 또는 무효확인청구와 더불어 예비적으로 취소청구를 병합제기할 수 있다. 다음에서는 확인소송의 보충성의 원칙을 여타의 소송종류와 관련하여 보다 상세히 다루기로 한다.

## 2. 取消訴訟에 대한 一般的 確認訴訟의 補充性

원고에게 취소소송을 통하여 자신의 권리를 주장할 가능성이 존재한다면 확인소송은 허용되지 않는다. 이러한 보충성의 원칙은 명문의 규정이 없다고 하더라도 소송요건의 본질적 요소인 권리보호의 필요에서 나온다. 이행판결과 마찬가지로 취소판결의 효력은 일반적으로 확인판결의 효력을 넘어선다. 취소판결은 행정행위를 취소함으로써 그 위법성을 확인할 뿐만 아니라 형성적 효력을 발생한다. 또한 취소소송에 대한 확인소송의 보충성은 행정소송법의 제소기간 및 전심절차에 관한 규정 및 행정행위의 공정력에 대하여 규정하고 있는 행정절차법 제43조와 연관되어 있다. 확인소송을 통하여 행정행위의 존속력의 발생을 막을 수 없으며, 이와 관련하여 확인판결의 위법성 확인은 전혀 의미를 갖지 못하게 된다. 취소소송은 그러한 한도에서 확인소송에 대하여 특별성(Spezialität)을 갖고 있다. 그러나 확인소송은 취소소송에 대하여 단순히 보충적 성격만을 갖는 것은 아니다. 원고가 취소소송의 수단으로 자신이 추구하고 있는 목적을 확인소송과 동일한 범위에서 달성할 수 없다면 보충성의 원칙은 적용되지 않는다고 할 것이다. 예를 들어 행정청에 의하여 해고된 공무원은 경

우에 따라서는 해고처분의 취소가 아니라, 공무원관계의 존부 여부가 그에게 보다 중요할 수 있다. 이러한 경우에 일반적 확인소송을 단독적으로 또는 취소소송과 병합하여 일반적 확인소송을 제기할 수 있는 것이다. 마찬가지로 동일하거나 유사한 위법한 행정행위가 반복적으로 발급될 경우에는 취소소송보다는 확인소송이 현존하는 법적 오류를 시정하는데 적합할 수가 있다. 상대방은 내용적으로 동일하거나 또는 단지 비본질적인 부분에서 내용상으로 차이가 있는 행정행위에 대하여 매번 새로이 취소소송을 제기하도록 기대되지 않는다. 이와 같은 경우에는 원고는 확인소송을 단독적으로 또는 취소소송과 병합하여 제기하는 것이 바람직할 것이다. 여기서 취소소송과 확인소송은 서로 훌륭하게 보완될 수가 있다. 왜냐하면 취소소송을 통하여 그에 고유한 형성력을 갖는 취소판결을 통하여 이미 발급된 행정행위를 폐지할 수 있으나, 확인소송으로는 법률관계의 존부여부에 대하여 포괄적으로 당사자를 기속하는 확정판결이 가능하기 때문이다.<sup>83)</sup>

한편, 행정주체가 원고에게 발한 행정행위에 대한 권한의 존부 여부에 대한 확인소송은 보충성의 원칙에 따라 허용되지 않는다. 이 경우에 원고는 행정행위의 주체상의 하자를 이유로 취소소송을 제기함으로써 자신의 목적을 달성할 수 있기 때문이다. 반면, 행정행위에 의하여 형성되고, 변경되고, 폐지된 법률관계의 존부 여부를 대상으로 하는 확인소송은 보충성의 원칙을 통하여 배제되지 않는다. 예를 들어 행정주체의 공과금부과처분에 따라 원고가 이를 납부하였고 이에 따라 자신에 대한 행정주체의 공과금청구권이 소멸되었다는 확인을 구하는 소송은 허용된다고 볼 것이다. 또한 원고가 행정청의 금지처분이 자신에게 고지가 되지 않았기 때문에 자신에 대하여 어떠한 효력을 발생하지 않는다는 확인을 구하는 경우에도 보충성의 원칙에 반하지 않는다. 왜냐하면 원고는 여기서 자신에게 발급된 행정행위의 적법성을 반박하는 것이 아니라, 행정행위 자체가 법적으로 의미 있다고 보지 않기 때문이다. 또한 행정행위의 내용과 해석에 분쟁이 있는 경우에도 확인소송이 가능하며,<sup>84)</sup> 행정행위의 失效 여부에

83) BGH NJW 1953, 1103.

84) 예를 들어 행정청의 증명서가 특정한 소득법상으로 의미있는 확인을 포함하고 있다는 확인소송 : BVerwG DVBL 1987, 239.

대하여 분쟁이 있는 경우에도 확인소송을 제기할 수 있다.<sup>85)</sup> 왜냐하면 취소소송을 통하여 처분의 실효를 주장할 수 없기 때문이다. 이에 대하여 취소소송이 제기된 이후에 실효된 행정행위의 위법확인 은 행정소송법 제113조 제1항 제4호에 따른 繼續確認訴訟의<sup>86)</sup> 대상이 된다.

원고가 자신의 권리를 행정소송법상에서 규정한 형식, 기간 그리고 기타의 절차의 준수하에 취소소송의 제기를 통하여 이미 추구할 수 있었다면, 이 경우에도 보충성의 원칙에 따라 확인소송은 부적법한 것으로 각하된다. 자신의 태만 또는 자신에 의하여 책임져야 하는 사유로 취소소송을 제기하지 않은 사람이 자신의 청구권을 확인소송을 통하여 주장할 수 있는 반면, 취소소송의 요건을 충족시킨 자에게는 이러한 권리가 부인되고, 기관력의 객관적 범위가 좁은 취소판결에 만족하도록 하는 것은 설득력이 없는 것이다. 단기의 취소기간의 의미는 모든 의심스러운 경우들에 있어서 가능한 한 신속하게 명확성을 확보하는데 있다. 이러한 취소소송절차에 고유하게 유보된 경우들을 경우에 따라서는 수년 후에 확인소송의 심사대상으로 하는 것은 취소기간의 고유한 기능을 훼손하고 실무적으로 무의미하게 만들 것이다.

### 3. 履行訴訟에 대한 確認訴訟의 補充性

일반적 확인소송은 원고가 의무이행소송이나 일반적 이행소송을 통하여 모든 관점에서 동일한 법률상 효과를 달성할 수 있다면 허용되지 않는다. 일반적 확인소송의 이러한 보충성은 단순한 확인판결로는 원고가 피고에게 행사할 수 있는 효과적인 수단이 주어지지 않는다는 점에 의하여 정당화된다. 특히 원고는 확인판결을 통하여 계속적으로 거부적 입장을 견지하는 피고인 행정주체에게 강제집행을 실현할 수가 없다. 이러한 경우에 원고는 결과적으로 다시 이행소송을 제기하도록 강요될 수 밖에 없는데, 이와 같은 실무적인 효용성이 없는 판결을 내리는 것은 법원의 임무가 아니다.

85) Nds OVG NVwZ 1993, 1214.

86) 繼續確認訴訟에 대하여는 : 鄭夏重, 앞의 논문(주52), 269면 이하.

## 1) 一般的 履行訴訟에 대한 確認訴訟의 補充性

행정소송법 제43조 제2항의 명시적 규정에 따라 확인소송의 보충성의 원칙은 일반적 이행소송에 적용된다. 이에 따라 일반적 이행소송을 통하여 관철할 수 있는 청구권의 존부 여부를 대상으로 하는 확인소송은 배제된다. 일반적 이행소송에 대한 확인소송의 보충성은 권리보호의 필요에서 도출되는 소송경제의 원칙에 근거하고 있다.

그러나 일반적 이행소송은 공무원법을 제외하고는 전심절차와 제소기간의 제한이 없기 때문에 취소소송이나 의무이행소송과는 달리 소송요건의 잠탈문제가 발생되지 않는다. 이에 따라 연방행정법원은 단순히 권리보호의 필요의 의하여 뒷받침되는 보충성의 원칙을 민사소송법상의 실무를 고려하여 현저하게 완화시켰다.<sup>87)</sup> 행정주체는 비록 확인판결에 집행력이 부여되지 않는다고 하더라도 법치행정의 원리에 따라 판결에 따를 것이라고 기대되기 때문에 개인은 일반적 이행소송 대신에 일반적 확인소송을 선택할 수 있다는 입장을 취하고 있다. 이러한 판례는 학설에서 행정소송법 제43조의 문언과 체계에 반한다는 문헌에서 비판을 받았다.<sup>88)</sup> 왜냐하면 확인소송의 제기시점에서 원고와 법원은 행정주체가 실제로 판결에 따를 것인지 미리 알 수 없기 때문이다. 행정주체가 사인보다 확인판결에 따를 개연성은 존재하고 있다. 그러나 행정청이 또한 구체적인 경우에 확인판결에 따르지 않을 가능성도 여전히 존재하고 있다는 지적을 받았다.

한편 일반적 이행소송이 법적으로 분쟁이 되는 사안을 완전한 범위에서 해결할 수 없거나 또는 확인소송과 동일한 효과를 달성할 수 없는 경우에는 취소소송의 경우와 마찬가지로 확인소송은 배제되지 않는다. 다수의 개별적인 청구권이 존재하고 있으나 그 중의 하나의 청구권만이 주장되고 있는 포괄적인 법률관계가 분쟁의 대상이 되는 경우에는 포괄적인 법률관계를 대상으로 한 확인소송이 가능하다. 즉 개별적으로 이행기가 도래한 청구권의 관철을 목적으로 하는 일반적 이행소송은 전체의 법률관계에 대한 분쟁을 해결할 수 없는 것이다. 확인소송은 또한 단순히 선결문제의 해명에 그치지 않고 고유한 쟁점을 직접

87) BVerwGE 36, 179 ; 40, 323.

88) Mutius, VerwArch 1972, S. 229 ; Schenke, AöR 95, S. 223 ; Redeker/v. Oertzen, aaO, Rdn. 26.

대상으로 하거나 또는 일반적 이행소송이 그 권리구제에 너무 늦게 되는 경우에 고려된다. 예를 들어 연방행정법원은 被告市の 공회당을 집회장소로 제공하여야 한다는 政黨의 확인소송을 허용하였다.<sup>89)</sup> 여기서 장소사용에 대한 예약상황을 예견할 수 없기 때문에 특정한 기간의 시용에 대한 이행청구가 어려울 뿐 아니라 또한 그 신청한 기간은 이행판결의 확정력이 발생되기 전에 이미 도과될 수 있기 때문이다. 마찬가지로 헤센행정법원은 시설임대와 관련하여 정당 보조금을 지급하여야 하는 지방자치단체의 법적 의무에 대한 정당의 확인소송을 허용하였다. 법원은 여기서 임대기간의 조속한 경과 때문에 일반적 이행소송은 부분적인 법적 문제만을 해결할 수 있는 반면, 확인소송을 통하여 분쟁의 대상이 되는 고유한 법적 문제가 해결될 수 있다는 입장을 취하였다.<sup>90)</sup>

판례는 또한 정치적 색채가 강한 사례에 있어서 체계적인 고려없이 원고의 이행청구를 거부하고 확인소송만을 허용하는 경향을 나타내고 있다. 연방행정법원은 연방정보국에 활동하는 군인의 소송에 있어서 보안자격증의 박탈에 대하여 행정부의 보호관점에서 이행소송을 부인하고 확인소송을 허용하였다. 예외적인 경우에 존재하는 법규명령이나 조례의 제정청구권을 이행판결이 아니라 확인판결을 통하여 인정하려는 판례의 경향은 비슷한 고려에 의하여 동기화되었다고 볼 수 있다.

이와 같은 고려에서 일반적 이행소송의 관계에 있어서 확인소송의 보충성을 일반적으로 언급하는 것은 타당하지 않다는 결론이 나온다. 이행소송이 제기될 수 있다면, 확인소송이 보충적이며, 항상 배제된다는 입장은 실무적인 필요성뿐만 아니라 확인소송의 본질을 오해하는 것이다. 이에 따라 문헌은 확인소송의 보충성을 일반적 이행소송이 그 효과에 있어서 확인소송과 최소한도 동일한 권리구제를 제공하는 그러한 경우에 한정시키고 있다.<sup>91)</sup>

## 2) 義務履行訴訟에 대한 一般的 確認訴訟의 補充性

확인소송과 의무이행소송과의 관계에 관한 판례는 드물다. 왜냐하면 여기서

89) BVerwGE 32, 333.

90) HessVGH NJW 1979, 997.

91) Pietzcker, aaO, Rdn. 43 ; Schenke, aaO, Rdn. 28.

원고가 이행기가 도래한 적극적 행위에 대한 청구권을 갖고 있다고 믿기 때문에, 확인소송을 제기하여야 할 어떠한 이유가 없다. 처분에 대한 자신의 신청이 거부된다면 그는 존속력을 피하기 위하여 의무이행소송을 제기하여야 한다. 그러나 원고가 아직 어떠한 신청을 하지 않은 상태에서, 단지 행정청의 장래의 이행의무에 대한 확인의 정당한 이익이 있는 경우에는 이에 관한 법률관계는 분쟁이 발생된다. 이러한 경우에는 일반적 확인소송의 보충성의 원칙이 적용되지 않는다. 특정한 상황에 있어서 원고는 향후에 일정한 행위를 하기전에 자신의 활동에 대한 허가의 필요성 여부에 대한 확인의 이익을 가질 수가 있다. 여기서 원고는 자신의 활동을 위하여 허가가 필요없다고 판단한다면, 허가의 필요성 여부에 대한 확인소송을 제기하고, 예비적으로 허가발급에 대한 의무이행소송을 제기하면 면 될 것이다.<sup>92)</sup>

#### 4. 民事上의 形成 및 履行訴訟에 대한 確認訴訟의 補充性

비록 행정소송법 제43조 제2항의 규율영역에 포함되지 않으나 민사상의 형성소송이나 이행소송이 가능한 경우에는 권리보호의 필요의 결여로 확인소송은 허용되지 않는다. 판례는 국가배상이나 손실보상청구소송과 관련하여 일반적 확인소송의 보충성을 인정하고 있다. 판례에 따르면 국가배상이나 손실보상을 대상으로 한 민사소송절차에 있어서 공법상의 선결문제가 보다 사안에 정통한 행정법원에 의하여 결정되어야 한다는 데 대한 어떠한 청구권이 존재하지 않는다고 한다. 그럼에도 불구하고 이와 관련하여 판례는 일관된 입장을 취하고 있지 않다. 연방행정법원은 행정사안에 대한 전문성의 관점을 근거로 시영운송회사의 무상운송의무에 대한 장애인의 확인소송을 인용하였다. 여기서 이미 민사법원에 제기된 이행소송은 사안에 보다 접근된 행정법원을 통한 공법상의 선결문제의 결정을 거부할 어떠한 사유가 되지 않는다.<sup>93)</sup> 반면에 연방행정법원은 공법상 계약의 중된 의무의 위반 여부에 대한 확인소송을 민사소송상의 이행소송에 대한 보충성을 이유로 각하하였다. 그러나 확인소송이 민사법원이 전혀

92) BayVGh NVwZ 1988, 944.

93) BVerwGE 37, 243 ; 이에 대하여 비판적인 견해는 Mutius, VerwArch 63(1972), S. 229.

구속적으로 결정하지 못할 그러한 고유한 법적 지위에 관련된 한 보충성의 원칙은 적용되지 않는다고 할 것이다. 민사법원의 판결이 당사자의 동일성을 결여로 확인소송에 구속력을 갖지 못하거나, 여타의 이유에서 어떠한 결정적인 의미를 갖지 못한다면, 확인소송의 권리보호의 필요는 부인되지 않는다고 할 것이다.<sup>94)</sup>

## VIII. 韓國 行政訴訟法에 있어서 無效등 確認訴訟과 一般的 確認訴訟의 問題點과 改善方向

### 1. 無效등 確認訴訟의 問題點과 改善方向

#### 1) 行政行爲의 無效 確認訴訟과 不存在 確認訴訟

행정소송법 제4조 제2호는 항고소송의 한 형태로서 무효등확인소송을 규정하고 이를 “행정청의 처분등의 효력 유무 또는 존재 여부를 확인하는 소송”으로 정의하고 있다. 입법자는 행정행위의 무효나 행정행위의 부존재가 행정행위의 효력을 전혀 갖지 않는다는 점에서 동일하기 때문에 무효확인소송과 부존재확인소송을 함께 규율한 것으로 보인다.<sup>95)</sup> 그러나 무효인 행정행위는 행정행위의 외관을 갖고 있으나, 그 하자가 중대하고 명백하여 처음부터 효력이 없다는 점에서, 행정행위의 성격과 외관자체를 갖고 있지 않는 행정행위의 부존재와 구별된다. 이에 따라 행정행위의 무효확인소송과 행정행위의 부존재확인소송은 그 성격이 다를 수 밖에 없다. 무효확인소송은 원고가 자신의 권리를 침해하는 부담적 처분이 무효라는 확인을 구하는 소송인데 반하여, 부존재확인소송은 행정청의 특정한 행위가 행정행위의 성격을 갖는지 여부에 대한 확인을 구하는 소송이다. 즉 특정한 私人的 행위가 행정행위의 성격을 갖는지 여부, 행정청의 내부적인 의사결정이 있었으나 아직 상대방에게 고지되지 않았는지 여부, 행정행위가 존재하였으나 그 동안 철회, 취소 또는 기간경과로 그 존재가

94) BVerwG DVBL 1987, 239.

95) 鄭夏重, 行政法概論, 법문사, 2010, 272면.

소멸되지 않았는지 여부는 부존재확인 소송의 대상이 된다. 행정행위의 무효 확인소송은 부담적 행정행위의 효력을 다룬다는 점에서 취소소송과 동일한 목적을 추구하고 있으며, 이에 따라 항고소송의 범주에 귀속시킬 수 있다. 그러나 법률관계를 형성, 변경, 소멸시키는 행정행위의 존부 여부의 확인을 구하는 소송은 법률관계의 존부 여부의 확인을 구하는 소송의 성격을 갖기 때문에 행정소송법 제3조 제2호의 당사자소송의 확인소송의 범주에 속한다. 법무부 행정소송법 개정안 제4조 제2호도 무효확인소송과 부존재확인소송에서 함께 규율하고 있으나, 향후 부존재확인소송을 삭제하는 것이 바람직 할 것이다.

## 2) 無效確認訴訟의 原告適格과 權利保護의 必要

행정소송법 제35조는 무효확인소송의 원고적격으로 “처분등의 효력유무의 확인을 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다”고 규정하고 있다. 그럼에도 학설과 실무에서는 동 규정이 무효확인소송의 원고적격을 의미하는지 또는 권리보호의 필요를 의미하는지 명확하지 않다. 일부의 학설은 제35조의 법률상 이익은 권리보호의 필요에 대한 규정으로 보고 즉시확인 이익을 그 내용으로 한다고 주장하는 반면(이른바 即時確定利益說),<sup>96)</sup> 다수설은 동조항의 법률상 이익을 취소소송의 원고적격을 규정한 제12조의 “법률상 이익”과 동일한 의미로 보아 제35조의 법률상 이익을 원고적격에 관한 규정으로 보고 있다(이른바 法的 利益保護說).<sup>97)</sup>

대법원은 자신의 2001년 7월 10일 판결에서<sup>98)</sup> “무효확인소송에서 소의 이익이 인정되기 위하여는 행정소송법 제35조 소정의 법률상 이익이 있어야 하는 바, 그 법률상의 이익은 당해 처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우를 말하고 간접적이거나 사실적, 경제적 이익을 가지는 데 불과한 경우는 여기에 해당되지 않는다고 판시하고 인감증명행위에 대한 무효확인소송을 소의 이익이 없어 부적법하다고 판시하였다. 아울러 대

96) 金南辰/金連泰, 行政法 I, 법문사, 2010, 829면.

97) 金東熙, 行政法 I, 박영사, 2009, 764면 ; 朴鈞旻/鄭亨根, 最新行政法講義(上), 박영사, 2009, 869면 ; 金鐵容, 行政法 I, 박영사, 2009, 635면.

98) 大法院 2001. 7. 10, 선고 2000두2136 判決.

법원은 자신의 2008년 3월 20일 판결에서<sup>99)</sup> ”행정처분에 관한 무효확인소송을 제기하려면 행정소송법 제35조에 규정된 무효확인을 구할 법률상 이익이 있어야 하는바, 그 법률상 이익은 당해 처분의 근거법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우를 말하고 간접적이거나 사실적, 경제적 이해관계를 가지는 데 불과한 경우는 여기에 해당되지 아니한다“라고 실시하고, 원고는 하수도원인자부담금부과처분의 무효확인에 대한 근거법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 갖는다고 결정하였다.

한편 대법원은 종래 무효확인소송의 보충성과 관련하여 거의 일관되게 “”행정처분에 대한 무효확인소송에 있어서 확인의 이익은 그 대상인 법률관계에 관하여 당사자 사이에 분쟁이 있고, 그로 인하여 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 불안·위험이 있어 판결로써 그 법률관계의 존부를 확정하는 것이 위 불안·위험을 제거하는데 필요하고도 적절한 경우에 인정된다“고 판시하여 왔다.<sup>100)</sup>

생각건대 행정소송법 제35조의 법률상 이익은 법률에서 명시적으로 규정한 바와 마찬가지로 원고적격에 관한 규정으로 보아야 하며, 취소소송과 마찬가지로 근거법률에서 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 갖는 자가 무효확인소송을 제기할 수 있다고 보아야 할 것이다. 모든 사람이 행정행위의 무효를 주장할 수 있으나 무효확인소송을 제기할 수 있는 것은 아니다. 예를 들어 개인은 건축허가에 대한 무효확인소송을 단순히 도시미관이 침해되고 있다는 이유로 제기하여서는 안되며, 자신의 재산권 및 일조권 등 법에 의하여 직접적이고 구체적으로 보호되는 이익이 침해된 경우에만 제기할 수 있는 것이다. 이러한 관점에서 무효확인소송의 제기를 위하여 근거법률에서 직접적으로 구체적으로 보호하는 이익을 요구하는 판례의 입장을 타당하다고 할 것이다.

다른 한편 무효확인소송의 경우에도 취소소송과 마찬가지로 원고적격의 요건 이외에 추가적으로 권리보호의 필요의 요건이 요구된다고 할 것이다. 소송요건으로서 원고적격은 모든 사람이 소송을 제기하는 것을 방지함으로써, 소송상대방을 보호하는 반면, 권리보호의 필요는 부당하고 무익한 소송으로부터 법

99) 大法院 2008. 3. 20. 선고 2007두6342 全員合議體 判決.

100) 大法院 1998. 9. 22. 선고 98두4375 判決 ; 2001. 9. 18, 선고 99두11752 判決 ; 2006. 5. 12, 선고 2004두14717 判決.

원을 보호하는 기능을 갖고 있다. 무효확인소송은 비록 항고소송의 성격과 동시에 확인소송의 성격을 갖고 있기 때문에 확인소송의 권리보호의 필요로써 즉시확인 이익이 인정되어야 할 것이다. 여기서 민사소송에서 확인의 이익에서와 같이 법률상 이익에 제한될 필요가 없으며, 독일 행정소송법과 마찬가지로 경제적 이익, 과 정신적 이익을 포함하여 법으로 보호가치가 있는 모든 정당한 이익을 포함한다고 할 것이다. 일반적으로 원고적격이 충족된다면, 즉시확인 이익의 정당성이 인정된다고 할 것이다. 이에 따라 권리보호의 필요로서 즉시확인 이익은 특별한 계기가 있는 경우에 검토를 요한다고 할 것이다. 예를 들어 우선순위에 있어서 제3순위인 자가 제1순위자에게 발급한 도시가스사업허가에 대하여 제기한 무효확인소송은 권리보호의 필요로 각하된다고 볼 것이다.

종래 무효확인소송의 보충성의 관점에서 즉시확인 이익을 요구한 판례는 이러한 무효확인소송의 권리보호의 필요의 관점에서 검토한 것이라고 보아야 할 것이다.

### 3) 無效確認訴訟의 補充性

무효확인소송의 보충성이 인정되는가는 학설의 논란이 되어 왔다. 독일 행정소송법 제43조 제2항은 상술한 바와 같이 명문으로 그 보충성을 배제하고 있는 반면, 일본 행정사건소송법 제36조는 이를 명문으로 인정하고 있으나 우리 행정소송법은 이에 대하여 침묵을 지키고 있다. 우리 판례는 종래 조세부과처분 등에 대한 무효확인소송에 있어서 민사소송의 이행소송, 즉 부당이득반환청구소송에 의하여 원고의 권리보호를 보다 효과적으로 달성할 수 있다는 관점에서 무효확인소송은 분쟁해결에 직접적이고 유효·적절한 방법이라고 할 수 없다는 이유로 소의 이익을 부정하여 그 보충성을 인정하여 왔다.<sup>101)</sup> 그러다 대법원은 자신의 2008년 3월 20일 전원합의체 판결에서<sup>102)</sup> 종래와는 입장을 바꾸어 “행정소송법 제38조 제1항에서는 처분 등을 취소하는 확정판결의 기속력 및 행정

101) 大法院 1998. 9. 22. 선고 98두4375 判決 ; 2001. 9. 18, 선고 99두11752 判決 ; 2006. 5. 12, 선고 2004두14717 判決 등

102) 大法院 2008. 3. 20. 선고 2007두6342 全員合議體 判決.

청의 재처분 의무에 관한 행정소송법 제30조를 무효확인소송에도 준용하고 있으므로 무효확인판결 자체만으로도 실효성을 확보할 수 있다. 그리고 무효확인소송의 보충성을 규정하고 있는 외국의 일부 입법례와는 달리 우리나라 행정소송법에는 명문의 규정이 없어 이로 인한 명시적 제한이 존재하지 않는다. 이와 같은 사정을 비롯하여 행정에 대한 사법통제, 권익구제의 확대와 같은 행정소송의 기능 등을 종합하여 보면, 행정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우에는 행정소송법 제35조에 규정된 ‘무효확인을 구할 법률상 이익’이 있다고 보아야 하고, 이와 별도로 무효확인소송의 보충성이 요구되는 것은 아니므로 행정처분의 무효를 전제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제수단이 있는지 여부를 따질 필요가 없다고 해석함이 상당하다”고 판시하여 무효확인소송의 보충성을 부인하였다. 이러한 대법원 전원합의체 판결이 타당하다고 할 것이다. 무효확인소송은 자신의 법률상 이익을 침해하는 행정행위의 효력을 다룬다는 점에서 취소소송과 동일한 목적을 추구하고 있다는 점, 행정행위의 무효와 취소의 구별의 어려움 때문에 입법자는 취소소송과 무효확인소송을 선택적으로 청구할 수 있도록 규정한 점, 무효선언을 구하는 취소소송을 제기할 수 있다는 점, 무효확인소송의 판결에는 취소판결과 동일한 기속력이 부여되고 있어 그 판결의 실효성을 확보할 수 있다는 점을 고려할 때, 무효확인소송의 보충성의 원칙을 부인하는 것이 타당할 것이다. 이에 따라 무효확인소송은 행정소송의 형성소송이나 이행소송 뿐만 아니라 민사소송의 확인소송이나 이행소송에 대하여도 보충성을 갖지 않는다고 보아야 할 것이다.

## 2. 當事者訴訟의 確認訴訟의 問題點과 改善方向

행정소송법 제3조 제2호는 당사자소송을 “행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송”으로 정의하고 있다. 이러한 당사자소송은 다시 공법상 이행소송과 공법상의 확인소송으로 구분된다. 여기서 공법상 확인소송은 독일의 일반적 확인소송에 해당하는 것으로 이에 관한 대법원 판례는 그 숫자를 손가락으로 열거할 수 있을 정도로 현재 제한적인 범위에서 실무

화가 되고 있다. 무엇보다도 현행 행정소송법상의 불충분한 규율이 그 활성화에 장애가 되고 있는 것으로 보인다. 공법상 확인소송에서도 판례는 구체적인 소송요건의 검토가 없이 민사소송의 확인의 소송과 마찬가지로 "확인 이익은 그 대상인 법률관계에 관하여 당사자 사이에 분쟁이 있고, 그로 인하여 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 불안·위험이 있어 판결로써 그 법률관계의 존부를 확정하는 것이 위 불안·위험을 제거하는데 필요하고도 적절한 경우에 인정된다"고 판시하여<sup>103)</sup> 주로 권리보호의 필요의 관점에서 소의 적법유무를 판단하고 있다. 그러나 이러한 판례는 보다 상세하게 분석을 한다면 공법상 확인소송의 대상 및 권리보호의 필요와 그로부터 도출되는 보충성의 관점을 모두 포함하고 있다고 할 것이다. 아래에서는 공법상 확인소송에 관한 주요판례를 소송요건별로 검토하여 보기로 한다.

### 1) 구체적이고 분쟁이 있는 法律關係

공법상 확인소송을 제기하기 위하여는 그 대상인 법률관계가 구체적이고 분쟁이 있어야 한다. 확인소송에서 법원은 그 발생이 아직 확실하지 않은, 특히 그것의 법적 및 사실적 효과에 있어서 아직 예견할 수 없는 장래의 발전에 의존되어 있는 그러한 사실관계를 근거로 추상적인 법적 문제에 몰두하여서는 안 된다. 확인소송은 단지 구체적인 법률관계의 해명, 즉 특정한 사실관계에 대한 법규범의 적용과 관련하여 이미 분쟁이 존재하고 있는 경우에 제기할 수 있다. 판례에서 당사자 소송으로 다루고 있는 재개발조합의 조합원자격의 존부 여부의 확인을 구하는 청구나,<sup>104)</sup> 태극무공훈장을 수여받은 자인지 여부의 확인을 구하는 청구,<sup>105)</sup> 납세의무의 부존재의 확인을 구하는 청구,<sup>106)</sup> 항만시설의 무상사용기간의 확인을 구하는 청구<sup>107)</sup> 등은 모두 행정주체와 원고간에 구체적이고 분쟁이 있는 법률관계를 대상으로 하고 있다.

103) 大法院 1999. 2. 5. 선고 97누14606 判決 ; 1997. 10. 16. 선고 96다11747 判決 ; 2001. 9. 4. 선고 99두10148 判決.

104) 大法院 1996. 2. 15. 선고 94다31235 判決 ; 1997. 11. 28. 선고 95다43594 判決 ; 1999. 2. 5. 선고 97누14606 判決.

105) 大法院 1990. 10. 23. 선고 90누4440 判決.

106) 大法院 2000. 9. 8. 선고 99두2765 判決.

107) 大法院 2001. 9. 4. 선고 99두10148 判決.

## 2) 權利保護의 必要로서 確認의 利益과 原告適格

판례는 민사소송의 확인소송과 마찬가지로 확인의 이익을 “원고의 권리 또는 법률상의 지위에 불안·위험이 있어 판결로써 그 법률관계의 존부를 확정하는 것이 위 불안·위험을 제거하는데 필요하고도 적절한 경우에 인정된다”고 일관되게 판시하고 있다. 여기서 일반적인 권리보호의 필요로서 단순히 확인의 이익을 언급하고 있을 뿐 구체적인 사안과 관련하여 확인의 이익의 내용에 대하여 언급을 하고 있지 않다. 민사소송법의 확인소송에 있어서는 확인의 이익을 실무상 독일 민사소송법 256조와 마찬가지로 법률상 이익으로 파악하고 있으나 근래에 들어와 그 이익의 범위를 넓혀 가는 추세에 있다. 이에 따라 확인의 이익을 반드시 법률상 이익에 제한시킬 이유는 없으며, 독일 행정소송법 제43조 제1항의 경우와 같이 확인에 대한 정당한 이익이 있으면 충분하도록 하고, 여기에는 법률상 이익 뿐만 아니라, 경제적 이익, 정신적 이익(정치적, 종교적, 문화적 이익, 인격적 이익)을 포함하도록 하는 것이 바람직하다. 특히 반복되는 위험의 방지나 원고에게 의미있는 명예의 회복이 문제가 되는 경우에는 정당한 이익이 인정된다고 할 것이다. 아울러 확인의 즉시성이 요구된다고 할 것이다. 원고가 그의 법적 지위를 위협받고 있다는 불확실성은 제소시에 현존하거나, 가까운 장래에 존재하여야 한다. 이에 따라 향후 막연한 확인의 이익보다는 “즉시 확인에 대한 정당한 이익”이라는 보다 구체적인 요건을 설정하는 것이 바람직하다. 재개발조합의 조합원자격이 있음을 확인하는 청구는 이후의 수립될 관리처분계획에 포함 여부 및 이에 따른 수분양권의 대상 여부에 결정적인 의미를 갖고 있어, 원고의 경제적 이익뿐만 아니라 법률상 이익도 충분히 인정될 수 있을 것이다. 태극무공훈장을 수여받은 자임을 확인하는 청구는 “국가유공자예우 등 예우 및 지원에 관한 법률”에 의한 보상 및 예우를 받는데 필요한 훈격을 확인받기 위한 것으로서 법률상 이익뿐만 아니라 경제적 이익이 인정될 수 있으며, 납세의무부존재확인청구 및 항만시설의 무상사용기간에 대한 확인청구에 있어서도 마찬가지로 법률상 이익 또는 경제적 이익을 인정하는데 별다른 어려움이 없다. 또한 이들 사례에 있어서 확인의 즉시성 역시 쉽게 인정된다 할 것이다.

상술한 바와 같이 독일의 확인소송에서는 확인의 정당한 이익에 추가하여 원고적격으로서 원고의 “고유한 권리관련성”이 요구되는지 학설에서 심각하게 논쟁이 되고 있다. 생각건대 행정소송은 무엇보다 개인의 권리구제를 목적으로 하고 있으며, 행정의 적법성보장은 그에 따른 부수적 효과라는 점, 우리의 경우 취소소송, 무효등확인소송, 부작위위법확인소송 등에서 판례는 원고적격으로서 “근거법률 또는 관련법률에서 직접적으로 구체적으로 보호하는 이익”을 요구하고 있으며, 법으로 보호하는 이익이 오늘날 보호규범이론에 따라, 확장된 권리개념에 해당된다는 점, 소송요건으로서 원고적격과 권리보호는 상이한 기능을 갖고 있다는 점에 비추어 볼 때, 확인소송에서도 원고적격의 요건이 요구된다고 할 것이다. 다만 일반적 확인소송의 경우 원고는 구체적인 법률관계의 당사자로서, 즉 권리와 의무의 귀속주체로서 제소를 하기 때문에 그의 권리관련성은 당연히 인정되기 때문에 원고적격의 별도의 검토는 불필요하다고 할 것이다. 다만 제3자 법률관계가 확인소송의 대상인 경우에 원고는 해당 법률관계에 자신의 고유한 권리가 관련되고 있음을 주장하여야 할 것이다.

### 3) 確認訴訟의 補充性

비록 독일의 제43조 제2항과 같은 명문의 규정이 없으나 권리보호의 필요의 일반적 요청에 따라 확인소송은 원고가 추구하고 있는 목적을 형성소송(취소소송)이나 이행소송을 통하여 동일한 정도로 또는 보다 효과적으로 실현할 수 있거나 실현할 수 있었다면 허용되지 않는다. 향후 법무부 행정소송법개정안과 같이 의무이행소송이 도입되는 경우에는 이에 대하여 확인소송의 보충성의 원칙이 적용될 것은 물론이다. 이행소송과 형성소송은 확인소송보다 원고의 권리보호를 강화하고, 원고의 소송목적에 보다 접근하여 있을 뿐 아니라, 이들 소송의 판결의 집행가능성 및 형성적 효과 때문에 확인소송보다 원고에 다 많은 것을 부여하기 때문에 확인소송의 보충성이 요구되고 있다. 보충성의 원칙은 제소기간이 경과하였거나 또는 원고가 제소를 포기하여 이행소송이나 형성소송이 더 이상 가능하지 않은 경우에도 적용된다. 그러나 형성소송이나 이행소송이 장래에 비로소 가능하거나 또는 권리구제에 뒤늦거나 또는 부수적 이유에서

행정결정의 부분적인 시정을 달성할 수 밖에 없는 경우, 확인소송을 통하여 고유한 분쟁이 존재하는 전체적인 법률관계를 해명하는 것이 가능한 경우에는 보충성의 원칙은 적용되지 않는다. 취소소송, 의무이행소송, 당사자소송의 이행소송에 대한 확인소송의 보충성의 구체적인 적용범위에 관하여는 독일의 학설과 실무의 중요한 참고가 될 것으로 판단된다.

이러한 일반적 확인소송의 보충성은 행정소송법상의 형성소송이나 이행소송 뿐만 아니라 민사소송법상의 형성소송이나 이행소송에도 적용된다. 현재 국가배상청구소송은 민사소송으로 다루어지고 있는바, 국가배상청구소송을 준비할 목적으로 공무원의 직무행위의 위법확인을 구하는 확인소송을 제기할 수 있는지 있는지 문제가 된다. 현재 실무상 민사법원의 선결문제심사권이 인정되고 있으므로<sup>108)</sup> 보충성의 원칙에 따라 확인에 대한 정당한 이익이 부인되어야 할 것이다. 다만 취소소송이 제기된 이후에 행정행위가 실효된 경우에는, 그동안 원고가 부담한 시간적, 비용적 부담, 향후 국가배상사건과 관련된 확인판결의 기판력 등을 고려하여 위법확인의 정당한 이익을 인정할 수 있을 것이다.

#### 4) 立法的 改善方向

위에서 언급한 바와 같이 공법상 당사자소송은 이행소송과 확인소송의 두 가지 유형으로 실무화되고 있다. 이행소송은 확인소송과 같이 아주 제한된 범위 내에서만 인정되고 있는바, 현재 공법상의 금전지급청구소송이 그 중심을 이루고 있다.<sup>109)</sup> 법무부 행정소송법 개정안은 종래 민사소송으로 다루어져 왔던 국가배상청구소송, 부당이득반환청구소송, 원상회복청구소송 등도 당사자소송으로 하여 그 대상을 넓히고 있으나, 바람직한 것은 당사자소송을 해체하여 독일과 같이 공법상 지급청구 뿐만 아니라 사실행위 및 행정의 내부행위 등의 이행 및 금지청구를 내용으로 하는 일반적 이행소송을 독립적으로 규율하는 것이 바람직할 것이다. 아울러 이와 같은 일반적 이행소송 이외에 일반적 확인소송에 관한 규정을 별도로 두어 소송대상, 권리보호의 필요, 보충성의 원칙 등 그 소

108) 大法院 1972. 4. 28. 선고 72다337 判決

109) 大法院 2006. 5. 18, 선고 2004다6207 全員合議體 判決 ; 1992. 12. 24. 선고 92누3335 判決 ; 1997. 5. 30, 선고 95다28960 判決.

송요건을 구체적으로 규정할 것이 요청되고 있다. 항고소송과 당사자소송의 2원적 소송체계는 복잡하고 다양한 현대행정에서 발생하는 국민의 권리보호제도로써 시대낙후적이고 미흡한 제도임이 이미 충분히 입증되고 있는바, 이를 계속 고수할 어떠한 이유가 존재하지 않는다.<sup>110)</sup> 일본의 항고소송과 당사자소송의 이원적 체계를 답습한 대만의 경우 이미 1998년 행정소송법체계를 독일과 같이 형성소송, 이행소송, 확인소송의 3원적 체계로 전환하였으며, 일본 개정행정소송법은 제4조는 “이 법률에서 ‘당사자소송’이라 함은 당사자간의 법률관계를 확인하거나 형성하는 처분 또는 재결에 관한 소송으로 법령의 규정에 의하여 그 법률관계의 당사자 일방을 피고로 하는 소송 및 공법상의 법률관계에 관한 확인소송 그 밖의 공법상의 법률관계에 관한 소송을 의미한다”고 규정하여 확인소송을 당사자소송의 한 유형으로서 명시하여 향후에 그 활성화를 의도하고 있음은 좋은 참고가 될 것이다.

## IX. 要 約

1. 우리 행정소송법의 경우 항고소송에서 무효등확인소송과 부작위위법확인소송이, 당사자소송에서 공법상 확인소송이 확인소송의 성격을 갖는다고 할 것이다. 1984년 12월 행정소송법 전면 개정시부터 비판을 받아온 부작위위법확인소송은 조만간 폐지되고 이를 대신하여 의무이행소송이 도입될 예정에 있다(법무부 행정소송법개정안). 본 연구의 대상이 되고 있는 행정행위의 무효등확인소송과 당사자소송의 이행소송은 소송요건과 관련하여 적지 않은 이론적이고 실무적인 문제점들을 갖고 있다. 즉 이들 소송에 있어서 원고적격과 권리보호의 관계, 보충성의 적용범위는 아직 이론상으로 명확하게 밝혀지고 있지 못하고 있다.
2. 우리 행정소송법이론에 중요한 영향을 미쳐온 독일의 경우 이미 2차 세계대전 이후 종전까지 유지하여 왔던 항고소송과 당사자소송의 이원적 체계를 포기하고 민사소송과 같이 형성소송, 이행소송, 확인소송의 3분화 체계를

110) 鄭夏重, ‘行政訴訟法の 改正方向’, 『公法研究』 제31집 제3호, 한국공법학회, 2003, 11면 이하.

를 도입하였다. 1960년에 제정된 독일연방행정소송법 제43조는 확인소송의 유형으로 행정행위의 무효확인소송과 일반적 확인소송을 규정하고 있다. 행정행위의 무효 그 자체는 법률관계에 해당하지 않기 때문에 법률관계의 존부여부의 확인을 구하는 일반적 확인소송과 별도로 규율되고 있다.

3. 일반적 확인소송의 대상이 되는 법률관계는 구체적 사실관계에 대하여 법규범의 적용에서 발생하는 사람과 사람, 또는 사람과 물건사이 법적 관계를 의미한다. 또한 포괄적 법률관계를 구성하는 개별적인 권리나 의무역시 확인소송의 대상이 된다. 반면 추상적인 법적 문제나 순수한 이론적이고 학문적인 문제 또는 물건의 물리학적 성격이나 속성은 확인소송의 대상이 되는 법률관계에 해당하지 않는다.
4. 법률관계가 일반적 확인소송의 대상이 되기 위하여는 구체성과 분쟁성이 존재하여야 한다. 일반적 확인소송에 있어서 법원은 그 발생이 아직 확실하지 않은, 특히 그것의 법적 및 사실적 효과에 있어서 아직 예견할 수 없는 사실관계를 근거로 추상적인 법적 문제에 몰두하여서는 안된다. 일반적으로 법률관계를 근거지우는 사실관계의 장래의 발생이 확실하거나 또는 현저한 개연성이 있는 경우에 확인이 가능한 법률관계로 볼 수 있다. 빈번히 법률관계의 구체성의 판단을 위하여 분쟁성 여부가 고려된다. 법률관계는 일반적으로 특정한 사실관계에 대한 원고와 피고 행정청의 상반된 평가나, 피고 행정청의 제재나 경고를 통하여 분쟁이 발생된다.
5. 독일 행정소송법 제43조는 행정행위의 무효확인소송과 일반적 확인소송의 권리보호의 필요로서 “즉시 확인에 대한 정당한 이익”을 요구하고 있다. 학설과 판례에 따르면 정당한 이익은 법률상 이익뿐만 아니라, 경제적 이익 및 정신적 이익을 포함하고 있으며, 여기서 정신적 이익은 인격적, 정치적, 종교적, 문화적 이익을 포함하는 것으로 이해하고 있다. 특히 판례는 반복되는 위협의 방지, 경제적 손실의 회피, 명예회복 등과 관련하여 정당한 이익을 인정하고 있다.

6. 독일의 학설에서는 무효확인소송과 일반적 확인소송에 있어서 “즉시확인  
의 정당한 이익”의 요건에 추가하여 원고적격의 요건으로서 “원고의 고유  
한 권리관련성”이 요구되는지 논란이 되고 있으나, 다수설과 판례는 권리  
보호의 필요의 요건과 원고적격의 기능상 차이가 있다는 점, 독일의 행정  
소송법은 권리침해의 구제를 목적으로 하는 주관적 소송체계에 기초하고  
있다는 점에서 행정소송법 제42조 제2항의 유추적용을 인정하고 있다.
7. 독일 행정소송법 제43에 따라 일반적 확인소송은 원고가 추구하고 있는  
목적은 형성소송이나 이행소송을 통하여 동일한 정도로 또는 보다 효과적  
으로 실현할 수 있거나 또는 실현할 수 있었다면 허용되지 않는다. 형성소  
송과 이행소송은 확인소송보다 원고의 권리보호를 강화하고, 원고의 소송  
목적에 보다 접근하여 있을 뿐 아니라, 판결의 집행가능성 및 형성적 효과  
때문에 원고에게 더 많은 것을 부여하고 있기 때문에 법률은 일반적 확인  
소송의 보충성을 규정하고 있다. 반면 형성소송이나 이행소송이 장래에  
비로소 가능하거나 또는 권리구제에 너무 늦거나 또는 부분적인 시정만을  
실현할 수밖에 없는 경우에는 확인소송을 통하여 고유한 분쟁이 존재하는  
전체적인 법률관계를 해명할 수 있다면 보충성의 원칙은 적용되지 않는  
다. 또한 일반적 확인소송의 보충성은 민사소송법상의 형성소송이나 이행  
소송에도 적용된다. 다른 한편 행정소송법 제43조에 따라 보충성의 원칙  
은 무효확인소송에 적용되지 않는다. 취소소송과 무효확인소송은 위법한  
부담적 행정행위의 효력을 다룬다는 점에서 동일한 목적을 추구하고 있을  
뿐 아니라, 무효사유와 취소사유의 어려움 때문에 입법자는 취소소송과  
무효확인소송간에 선택가능성을 규정하고 있다.
8. 우리 행정소송법 제4조 제2호는 행정행위의 무효확인소송과 행정행위의  
존부 여부에 대한 확인소송을 함께 규율하고 있으나, 후자는 성격상 당사  
자소송의 확인소송의 범주에 속하는 것으로서 향후 별도로 규율하는 것이  
바람직 할 것이다. 무효확인소송의 원고적격과 권리보호의 필요에 관련하  
여 학설과 판례에서는 적지 않은 혼란이 존재하고 있으나, 제35조는 원고  
적격에 관한 규정으로서 법률에서 직접적이고 구체적으로 보호하고 있는

이익을 침해당한 자가 원고적격을 갖는다고 할 것이다. 아울러 무효확인소송을 제기하기 위하여는 권리보호의 필요로서 즉시확인에 대한 정당한 이익이 요구된다고 할 것이다. 종래 판례는 특히 민사소송의 이행소송과 관련하여 무효확인소송의 보충성을 요구하였으나 타당하게도 대법원 전원합의체 판결에서는<sup>111)</sup> 무효확인소송의 보충성의 원칙을 포기하였다. 취소소송과 무효확인소송은 위법한 행정행위의 효력을 다룬다는 점에서 동일한 목적을 추구하고 있으며, 무효확인소송의 경우에도 취소소송의 기속력에 관한 규정이 준용되어 무효확인소송 자체만으로도 판결의 실효성을 확보할 수 있다는 점을 고려할 때, 원고의 권리보호의 필요의 관점에서 보충성을 인정할 하등의 이유가 존재하지 않는다.

9. 우리 행정소송에서는 당사자소송의 한 형태로서 공법상 확인소송이 실무화되고 있다. 이러한 공법상 확인소송이 독일의 일반적 확인소송에 상응하는 소송이라고 할 것이다. 현재 공법상 확인소송은 그 소송요건과 관련하여 법적 규율이 미비하여 그 활용도는 매우 낮은 상태이다. 판례는 민사소송의 확인소송을 유추적용하여 법률관계의 구체성과 분쟁성 및 즉시확인의 이익을 요구하고 있으나, 향후 원고적격, 권리보호의 필요로서 즉시확인의 정당한 이익, 보충성의 요건 등을 가능한 한 조속히 입법화 하는 것이 바람직 할 것이다. 오늘날 복잡하고 전문화 되는 행정작용에 있어서 형성소송과 이행소송에 의하여 충분히 해결될 수 없는 법적 분쟁들이 계속 증가하고 있는 실정이며, 이러한 영역에서 일반적 확인소송은 국민의 권리구제를 위하여 불가결한 소송수단으로 입증되고 있다.

[논문투고일 : 2010. 4. 15, 논문심사일 : 2010. 6. 2, 게재확정일 : 2010. 6. 17]

▶ **주제어** 당사자소송, 일반적 확인소송, 무효확인소송, 법률관계, 원고적격, 권리보호의 필요, 즉시확인의 정당한 이익, 확인소송의 보충성.

111) 大法院 2008. 3. 20. 선고 2007두6342 判決.

## 【參考文獻】

## [國內文獻]

金東熙, 行政法 I, 박영사, 2009.

金南辰/金連泰, 行政法 I, 법문사, 2010.

金鐵容, 行政法 I, 박영사, 2009.

鄭夏重, '法規命令과 行政行爲의 限界設定', 『저스티스』 제30권 제2호, 한국법학원, 1997. 6, 35면 이하.

鄭夏重, 行政法概論, 법문사, 2010.

鄭夏重, '行政訴訟法の 改正方向', 『公法研究』 제31집 제3호, 한국공법학회, 2003, 11면 이하.

鄭夏重, '行政訴訟法 제12조 후단의 의미와 독일 행정소송법상의 繼續確認訴訟', 『저스티스』, 통권 107호, 2008, 269면 이하.

朴正勳, '行政訴訟法改正의 主要爭點', 『公法研究』 제31집 제3호, 한국공법학회, 2003, 41면 이하.

朴銳炘/鄭亨根, 最新行政法講義(上), 박영사, 2009.

## [外國文獻]

Bergmann, Das Rechtsschutzbedürfnis bei der Feststellungsklage, VerwArch 1958, S. 333 ff.

Ehlers, Die Klagearten und besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen im Kommunalverfassungsstreitverfahren, NVwZ 1990, S. 105 ff.

Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, 11. Aufl. 2000.

Hufen, Verwaltungsprozeßrecht, 5. Aufl., 2003.

Knöpfle, Feststellungsinteresse und Klagebefugnis bei verwaltungsprozessualen Feststellungsklagen, Festschrift für Lerche, 1993, S. 771 ff.

Knuth, Konkurrentenklage gegen einen öffentlichrechtlichen Subventionsvertrag, JuS 1986, S. 523 ff.

Kopp/Schenke, VwGO, 11. Aufl., 1999.

- Krebs, Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle, Festschrift für Menger, 1985, S. 191 ff.
- Kunig, Die Zulässigkeit verwaltungsgerichtlicher Feststellungsklagen, Jura 1997, S. 326 ff.
- Laubinger, Feststellungsklage und Klagebefugnis, VerwArch 1991, S. 459 ff.
- Mutius, Zur Subsidiarität der Feststellungsklage, VerwArch 1972, S. 229 ff.
- Naumann, Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage, 1952, S. 456 ff.
- Neumeyer, Die Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß, 1979.
- Pietzcker/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 2000.
- Redeker/von Oertzen, VwGO, 11. Aufl. 1993.
- Schoch, Der Kommunalverfassungsstreit im System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, JuS 1987, S. 783.
- Schenke, Vorbeugende Unterlassungs- und Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß, AöR 1970, S. 223 ff.
- Skouris, Verletzenklage und Interessentenklage im Verwaltungsprozeß, 1979.
- Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, 2000.
- Ule, Verwaltungsprozeßrecht, 9. Aufl., 1986.



## Zusammenfassung

### Feststellungsklage in dem Verwaltungsprozeß

Ha-Joong Chung

(Prof. Dr. Universität Sogang Law School)

Im unserem Verwaltungsprozeßrecht werden die Nichtigkeitsfeststellungsklage und die Unterlassungsfeststellungsklage in Einwendungsklagen und die öffentlich-rechtliche Feststellungsklage in Parteistreitverfahren als Feststellungsklage qualifiziert. Seit der Änderung des Verwaltungsprozeßrechts im Dez. 1984 ist die Unterlassungsfeststellungsklage heftig kritiziert geworden. Der Entwurf des Änderungsgesetzes des Jstizministeriums beabsichtigt sie als Verpflichtungsklage zu ändern. Als die Forschungsgegenstände dieser Forschung haben die Nichtigkeitsfeststellungsklage und die öffentlich-rechtliche Feststellungsklage viele theoretische und praktische Probleme in Bezug auf deren Statthaftigkeiten. In diesen Klagen sind das Verhältnis zwischen der Klagebefugnis und dem Rechtsschutzbedürfnis, und der Umfang der Subsidiarität nicht klar erklärt geworden. Dieser Aufsatz behandelt die Feststellungsklage im deutschen Verwaltungsprozeßrecht und beabsichtigt die theoretische Verbesserungen und den gesetzgeberischen Vorschlag für das koreanischen Verwaltungsprozeßrecht.

§ 43 VwGO unterscheidet zwei Feststellungsklagen, nämlich die Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses einerseits, die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts andererseits. Diese beide Feststellungsklage fordern das berechtigte Interesse an der baldigen Feststellung als Rechtsschutzbedürfnis. Die herrschende Meinung und die Rechtsprechung wenden § 42 VwGO als Klagebefugnis auf diese

Klagen analog an. Die Subsidiarität gilt nicht für die Nichtigkeitsfeststellungsklage, aber für die allgemeine Feststellungsklage.

Für die Entwicklung der Festsrellungsklagen in Korea soll das Dualsystem von Einwendungsklagen und Parteistreitigkeiten verzichtet werden. An der Stelle der Parteistreitigkeiten sollen die allgemeine Leistungsklage und die allgemeine Feststellungsklage selbständig geregelt werden. Als Sachentscheidungsvoraussetzungen sollen die Klagebefugnis, das berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung als Rechtsschutzbedürfnis, und die Subdiarität geregelt werden.

**Key words**

Parteistreitigkeit, Allgemeine Feststellungsklage,  
Nichtigkeitsfeststellungsklage, Rechtsverhältnis, Klagebefugnis,  
Rechtsschutzbedürfnis, Ein berechtigtes Interesse an der baldigen  
Feststellung, Subsidiarität der Festellung