

발 간 등 록 번 호

33-9750040-000465-01

헌법재판연구

2024-C-1

행정상 사실행위에 대한 권리구제에 관한 연구

- 항고소송과 헌법소원의 대상 및 관할을 중심으로 -



Constitutional Research Institute



헌법재판소

헌법재판연구원



행정상 사실행위에 대한 권리구제에 관한 연구

- 항고소송과 헌법소원의 대상 및 관할을 중심으로 -

연구책임자 : 김 찬 희 책임연구관(기본권연구팀)

목 차

I. 서론 / 1

- 1. 연구의 의의 및 필요성 1
- 2. 연구의 범위와 방법 3

II. 행정상 사실행위에 대한 권리구제의 필요성 / 4

- 1. 행정상 사실행위의 의의 4
 - 가. 개념 4
 - 나. 분류 5
 - 다. 법적 근거 및 한계 6
- 2. 권리구제의 필요성 7
 - 가. 서설 7
 - 나. 행정지도와 권리구제 필요성 8
 - 1) 행정지도의 개념 8
 - 2) 행정지도 개념의 등장 배경 9
 - 3) 행정지도에 대한 권리구제 필요성 10
 - 다. 행정조사와 권리구제 필요성 11
 - 1) 행정조사의 개념 11
 - 2) 행정조사에 대한 권리구제 필요성 12
 - 라. 행정상 공표와 권리구제 필요성 14
 - 1) 행정상 공표의 개념 14
 - 2) 행정상 공표에 대한 권리구제 필요성 16

III. 항고소송을 통한 행정상 사실행위에 대한 권리구제 / 18

1. 항고소송에서의 행정상 사실행위의 대상적격	18
가. 항고소송의 대상인 처분	18
1) 의의	18
2) 개념 요소	20
나. 행정상 사실행위의 처분성	21
1) 학설	22
2) 판례	23
가) 서설	23
나) 행정지도에 관한 판례	24
다) 행정조사에 관한 판례	25
라) 행정상 공표에 관한 판례	28
마) 내부결정의 발표에 관한 판례	29
바) 장부의 기재·수정·삭제에 관한 판례	31
사) 이미 발생·소멸한 권리·의무에 관한 결정·통지에 관한 판례	34
2. 종료된 행정상 사실행위의 소의 이익	35

IV. 헌법소원을 통한 행정상 사실행위에 대한 권리구제 / 37

1. 헌법소원에서의 행정상 사실행위의 대상적격	37
가. 헌법소원의 대상인 공권력 작용	37
나. 행정상 사실행위의 공권력성	38
1) 서설	38
2) 행정상 사실행위의 공권력성을 인정한 결정례	39
3) 행정상 사실행위의 공권력성을 부정한 결정례	44
2. 행정상 사실행위와 보충성 원칙	47
3. 종료된 행정상 사실행위의 심판청구의 이익	49

V. 행정상 사실행위에 대한 권리구제에 대한 평가 및 개선방안 / 52

1. 행정상 사실행위에 대한 권리구제에 있어서의 법원과 헌법재판소의 관계 …… 52
 - 가. 권한 배분의 기준 : 보충성 원칙 …… 52
 - 나. 헌법재판소 결정의 영향을 받은 항고소송에서의 처분 개념 확대 …… 54
2. 현 권리구제구조의 한계 …… 55
 - 가. 처분성 판단 기준의 모호성 …… 55
 - 나. 공권력성 판단 기준의 모호성 …… 56
 - 다. 비권력적 사실행위에 대한 사법심사의 원칙적 배제 …… 60
 - 라. 헌법재판소와 법원의 관할 문제 …… 61
3. 행정상 사실행위에 대한 권리구제 개선방안 …… 61
 - 가. 현 제도의 활용 방안(해석론) …… 61
 - 나. 권리구제구조의 재구성(입법론) …… 63

VI. 결론 / 65

- 참고문헌 …… 67

초 록

행정상 사실행위는, 법적 효과의 발생을 목적으로 하지 않기 때문에 원칙적으로 항고소송의 대상이 되지 않지만, 행정상 사실행위가 행하여졌다는 사실 또는 그 결과로부터 법적 효과가 발생할 경우도 있어, 그에 대한 권리구제의 필요성이 인정된다. 이에 대법원은 사실행위 중 권력성이 인정되는 권력적 사실행위의 처분성을 인정하고 있고, 헌법재판소는 대법원이 처분성을 인정하는 사실행위보다 넓은 범위의 사실행위를 헌법소원의 대상이 되는 공권력 행사로 인정하고 단기간에 종료된 권력적 사실행위에 대한 심판청구의 이익을 인정함으로써, 행정상 사실행위에 대한 권리구제 내지는 사법심사가 가능하도록 하고 있다.

오늘날 공법관계가 다면화·복잡화되면서 행정상 사실행위의 행위 태양이 다양해졌고, 행정상 사실행위가 국민의 법적·사실적 지위에 미치는 영향이 확대되었다. 이에 따라 새롭게 등장한 행정상 사실행위에 대한 권리구제 내지는 사법심사 필요성이 대두되었고, 행정상 사실행위에 있어서 처분성 및 공권력성 인정 범위가 계속해서 확대되는 경향이 나타났다. 그런데 구체적 사안에서의 국민의 권리구제 필요성이 강조되면서, 대법원의 처분성이나 헌법재판소의 공권력성 인정 여부를 판단하는 기준이 일관성 및 이론적 정합성을 잃어가고 있는 것으로 보인다.

국민의 권리구제 범위를 확대하는 것이 시대적 요청임에는 의문의 여지가 없지만, 국민의 권리구제 범위 확대는 어디까지나 현재의 법체계 내에서 명확한 이론적 기준으로 설명이 가능한 방식으로 이루어져야 한다. 이를 위해서는 먼저 항고소송의 대상인 처분에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 적용할 수 있는 일관성 및 정합성을 갖춘 이론적 기준을 마련함으로써 항고소송의 대상적격이 인정되는 범위를 분명히 하여야 한다. 처분성 판단에 있어서의 일관성 및 정합성을 갖춘 이론적 기준을 마련하는 방안으로는, 형식적 행정행위론을 적용하여 「행정소송법」 제2조 제1항 제1호의 “그 밖에 이에 준하는 행정작용”을 형식적 행정행위로 해석하고, 권리구제 필요성이 인정되는 사실상 행정행위를 형식적 행정행위로 포섭하는 해석론을 생각할 수 있다. 그리고 나아가 장기적으로는 독

일의 일반이행소송과 같이 행정상 사실행위를 다투는 소송유형을 신설하는 등 권리구제 구조를 재구성하는 입법론적 방안을 생각해 볼 수 있다.

주제어: 행정상 사실행위, 권력적 사실행위, 처분, 공권력 행사, 대상적격, 소의 이익, 심판 청구의 이익, 보충성 원칙

I. 서론

1. 연구의 의의 및 필요성

행정상 사실행위란, 법적효과를 발생시키지 않고 사실상의 결과만 초래하는 사실행위가 공법의 영역에서 이루어진 것을 말한다. 이러한 행정상 사실행위는 법적 효력을 갖지 않기 때문에, 행정행위의 법적 효력을 제거하거나 그 효력 없음을 확인하는 재송인 항고소송의 대상이 되기 어렵다.¹⁾ 다시 말해, 항고소송의 대상이 되기 위해서는 처분성이 인정되어야 하는데, 법적 효력이 없는 행위의 처분성은 인정되기 어렵기 때문에, 행정상 사실행위는 원칙적으로 항고소송의 대상이 되지 않는다.

다만, 행정상 사실행위가 일정한 법적 효력의 발생을 목적으로 하는 것은 아니지만 그 행위는 행정의 목적을 달성하기 위해 행해지는 행정 주체의 행위 일부를 구성하는 것이기 때문에, 행정상 사실행위가 행해졌다는 사실 또는 그 결과로부터 법적 효과가 발생하는 경우가 많다. 그리고 그러한 법적 효과로부터 국민의 권리·의무가 중대한 영향을 받는 경우, 행정상 사실행위에 대한 권리구제 내지는 사법심사(司法審査)의 필요성이 도출된다. 특히 근래에 코로나 19 팬데믹 사태라는 긴급한 상황에서 행정주체에 의해 이루어진 각종 사실행위로 인해 국민의 재산권·자유권 등의 기본권이 크게 제한된 것에 대한 논의가 활발하게 이루어지면서, 행정상 사실행위에 대한 실효적인 권리구제의 필요성이 다시 한번 주목을 받기도 하였다.

우리 대법원은 사실행위 중 권력성이 인정되는 권력적 사실행위에 대해서는 처분성을 인정하여 항고소송을 통한 권리구제가 가능하게 하고 있다. 가령, 수도공급중단조치(단수조치),²⁾ 수형자에 대한 접견내용을 녹음·녹화하고 접견시 참여대상자로 교도관을 지정한 행위,³⁾ 동장의 주민등록지권말소행위,⁴⁾ 횡단보도 설치행위,⁵⁾ 미결수용 중인 자의 이송⁶⁾

1) 김유환, 현대 행정법, 박영사, 2024, 270면 참조.

2) 대법원 1979. 12. 28. 선고 79누218 판결.

3) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2013두20889 판결.

4) 대법원 1994. 8. 26. 선고 94누3223 판결.

5) 대법원 2000. 10. 27. 선고 98두8964 판결.

6) 대법원 1992. 8. 7. 자 92두30 결정.

등의 처분성을 인정하였다.⁷⁾ 그리고 사실행위가 종료되었다고 하더라도 동일한 당사자 사이에서 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있는 경우에는 소의 이익(권리 보호의 필요)을 인정한다.⁸⁾⁹⁾ 이처럼 대법원이 처분성의 범위를 넓혀 권력성을 갖는 행정상 사실행위에 대한 권리구제를 인정하고 있기는 하지만, 이러한 대법원의 태도가 국민의 권리를 충분히 구제하지 못하고 있으므로 행정상 사실행위의 처분성 인정 범위를 넓혀야 한다는 지적이 이루어지고 있고, 대법원 판례도 그러한 방향으로 나아가고 있다.

이러한 상황에서, 헌법재판소는 대법원이 인정하는 사실행위보다 더 넓은 범위의 사실행위를 헌법소원의 대상이 되는 ‘공권력 행사’로 인정한다. 예를 들어, 행정감사 가운데 처분과 결합되거나 처분의 준비단계로 이루어지는 것이 아니어서 항고소송으로 다룰 수 없는 경우의 헌법소원 대상성을 인정하였고,¹⁰⁾ 다른 구제수단을 활용할 수 있는지가 명확하지 않은 수용자의 서신반송행위,¹¹⁾ 검찰수사관의 변호인에 대한 후방착석요구행위,¹²⁾ 교도소장의 미결수용자에 대한 서신검열과 서신의 지연교부 및 지연발송행위¹³⁾의 헌법소원 대상성을 인정하였다.¹⁴⁾ 이에 더하여, 권력적 사실행위가 단기간에 종료되어 헌법소원의 권리보호이익이 없더라도 기본권 침해가 반복될 위험이 있고 헌법적 해명이 필요한 경우에는 심판청구의 이익을 인정함으로써, 행정상 사실행위에 대한 법적 구제에서 매우 중요한 역할을 하고 있다. 이와 같이 헌법재판소가 항고소송의 대상성이 부인된 권력적 사실행위에 대하여 헌법소원 대상성을 인정한 것은, 기본권 보장에 있어서의 헌법재판소의 역할 및 존재 의의를 각인시킴과 동시에, 헌법소원을 단지 예외적·비상적·보충적 권리구제수단으로만 보는 것이 아니라 법원의 재판을 전제로 하고 있지 않는 특정 범위의 공권력에 의한 기본권 침해에 있어서 기본적인 통상적인 구제제도로 볼 수 있는 근거를 부여한 것이라는 평가를 받고 있기도 하다.¹⁵⁾

7) 김유환, 현대 행정법, 박영사, 2024, 270-271면 참조.

8) 대법원 2007. 7. 19. 선고 2006두19297 전원합의체 판결; 대법원 2019. 5. 10. 선고 2015두46987 판결.

9) 최근 동일한 소송 당사자 사이가 아니라도 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 염려가 있는 경우에도 소의 이익을 인정한 바 있으나(대법원 2020. 12. 24. 선고 2020두30450 판결), 해당 판결은 전원합의체 판결이 아니었기 때문에 대법원이 이에 대한 입장을 변경한 것이라고 단정하기는 어렵다.

10) 헌재 2003. 12. 18. 2001헌마754, 판례집 15-2하, 609.

11) 헌재 2019. 12. 27. 2017헌마413등, 판례집 31-2하, 237.

12) 헌재 2017. 11. 30. 2016헌마503, 판례집 29-2하, 224.

13) 헌재 1995. 7. 21. 92헌마144, 판례집 7-2, 94.

14) 김유환, 현대 행정법, 박영사, 2024, 273면 참조.

15) 최계영, 헌법소원에 의한 행정작용의 통제 - 기능과 한계 -, 공법연구, 제37집 제2호, 2008, 203면; 이노홍, 헌법소원의 대상으로서 공권력의 행사와 행정청의 행위 - 현재 결정을 중심으로 -, 세계헌법연구,

그런데 행정상 사실행위에 대하여 어떠한 경우에 항고소송을 통한 권리구제가 가능하고 어떠한 경우에 헌법소원을 통한 권리구제가 가능한지가 불분명하다는 점에서, 다시 말해 헌법재판소와 법원의 관할의 경계가 불분명하다는 점에서, 현재의 행정상 사실행위에 대한 권리구제구조는 한계를 갖는다. 헌법재판소와 법원의 관할의 경계가 불분명한 지점에서 헌법재판의 보충성 원칙에 균열이 발견되기도 하고, 권리구제의 공백이 발생하기도 하기 때문이다.¹⁶⁾ 이에 본 연구에서는, 대법원과 헌법재판소의 판례를 검토하여 현재의 행정상 사실행위에 대한 권리구제구조를 확인하고, 그러한 구조의 의의와 한계가 무엇인지를 살펴보고자 한다. 그리고 이를 토대로 행정상 사실행위에 대한 권리구제를 더 충실하게 하기 위한 개선방안이 무엇인지를 고찰한다.

2. 연구의 범위와 방법

행정상 사실행위에 대한 권리구제수단으로는 항고소송, 헌법소원, 가구제, 손실보상, 국가배상 등이 있으나, 본 보고서에서는 행정상 사실행위에 대한 권리구제에 있어서의 법원과 헌법재판소의 관계를 중심으로 항고소송과 헌법소원을 통한 행정상 사실행위에 대한 권리구제에 한정하여 연구를 수행하고자 한다.

II장에서는 행정상 사실행위의 개념을 파악하고 행정상 사실행위의 주요 유형을 중심으로 각 유형별 권리구제 필요성을 확인한다. III장에서는 항고소송을 통한 행정상 사실행위에 대한 권리구제의 모습을 대법원 판례를 중심으로 살펴보고자 한다. 그리고 IV장에서는 헌법소원을 통한 행정상 사실행위에 대한 권리구제의 모습을 헌법재판소 결정례를 중심으로 검토한다. 마지막으로 V장에서는 대법원과 헌법재판소에 의한 행정상 사실행위에 대한 권리구제 전반에 대하여 현 권리구제구조의 한계를 중심으로 평가하고, 그러한 한계를 개선할 수 있는 방안을 고찰해 볼 것이다.

제17권 제2호, 2011, 515면 참조.

16) 성중탁, 사실행위에 대한 사법적 통제 경향 및 그 개선방안 - 권력적 사실행위와 비권력적 사실행위에 대한 헌법재판소 판례검토를 중심으로 -, 행정판례연구, 제19집 제1호, 2014, 314면 참조.

Ⅱ. 행정상 사실행위에 대한 권리구제의 필요성

1. 행정상 사실행위의 의의

가. 개념

행정상 사실행위¹⁷⁾란, 공법의 영역에서 행정주체에 의해 이루어지는 사실행위로, 직접적인 법적 효과의 발생을 목적으로 하지 않고 사실상의 결과만 초래하는 행정주체의 행위형식 전체를 말한다.¹⁸⁾ 이러한 행정상 사실행위는 법적 효과의 발생을 목적으로 하지 않고 실제적인 결과에 초점을 둔 행정주체의 행위라는 점에서, 행정주체의 법적 행위(행정행위, 행정입법, 공법상 계약 등)와 구별된다. 다시 말해, 행정주체의 행위가 직접적인 법적 효과를 발생시키는가를 기준으로 하여 법적 행위와 사실행위로 구분되는데, 사실행위는 직접적으로는 법적 효과를 발생시키지 않는, 즉 법질서에 직접적인 변경을 가져오지 않는 행위이다.¹⁹⁾²⁰⁾

행정상 사실행위는 정신작용의 유무 또는 그 내용과 관계없이 단지 객관적으로 행위가 행하여진 사실 또는 그 결과에 대하여 일정한 법적 효과가 결부되고 있는 행위라는 점에서도, 효과의사 기타의 정신작용을 요소로 하여 그 내용에 따라 또는 법률의 규정에 따라 법률효과를 발생시키는 행정주체의 법적 행위와 구별된다.²¹⁾ 이와 같은 점을 강조

17) ‘행정상 사실행위’는 ‘공법상 사실행위’, ‘행정상 사실행위’, ‘행정상의 사실행위’, ‘행정의 사실행위’ 등 다양한 용어로 지칭된다. 공법 영역에서 이루어지는 사실행위 중 행정주체가 행한 사실행위로 인해 발생한 국민의 권익 침해에 대한 공법상의 권리구제에 관하여 연구하는 것을 목적으로 하는 본 보고서에서는, 행정주체가 행한 사실행위를 지칭함이 좀 더 직관적으로 드러나는 ‘행정상 사실행위’라는 용어를 사용하는 것이 적절할 것으로 생각된다. 이에 이하에서는 ‘행정상 사실행위’라는 용어를 사용하고자 한다.

18) 강현호, 행정법의 이해, 동방문화사, 2018, 291면; 김동희, 행정법 I, 박영사, 2019, 207면; 김유환, 현대 행정법, 박영사, 2024, 269-270면; 성중탁, 사실행위에 대한 사법적 통제 경향 및 그 개선방안 - 권력적 사실행위와 비권력적 사실행위에 대한 헌법재판소 판례검토를 중심으로 -, 행정판례연구, 제19집 제1호, 2014, 313면; 하명호, 행정법, 박영사, 2024, 298면 참조.

19) 박균성, 행정법강의, 박영사, 2022, 379면 참조.

20) 행정상 사실행위는 간접적으로는 법적 효과를 발생시키기도 한다. 가령, 위법한 사실행위로 인하여 국민에게 손해가 발생한 경우에 국가 또는 지방자치단체는 피해 국민에 대하여 손해배상의무를 지고, 피해자인 국민은 손해배상청구권을 갖게 된다. 박균성, 행정법강의, 박영사, 2022, 379면; 하명호, 행정법, 박영사, 2024, 298면 참조.

21) 김동희, 행정법 I, 박영사, 2019, 207면 참조.

하여, 행정상 사실행위를 ‘표시된 의식내용을 문제로 하지 아니하고 단지 행위가 행하여지고 있다는 사실 또는 그 행위에 의하여 생긴 결과에 대하여만 법률효과가 부여된 행정 주체의 행위’라고 정의하기도 한다.²²⁾

나. 분류

행정상 사실행위는 극히 다양하고 이질적인 내용을 지닌 행위유형을 총칭하는 집합개념으로,²³⁾ 다양한 기준으로 분류할 수 있다. 행정상 사실행위와 관련하여 주로 거론되는 분류로는 ① 물리적 사실행위와 정신적 사실행위, ② 내부적 사실행위와 외부적 사실행위, ③ 공법적 사실행위와 사법적 사실행위, ④ 집행적 사실행위와 독자적 사실행위, ⑤ 권력적 사실행위와 비권력적 사실행위가 있다.

먼저, 행정상 사실행위는 ① 그 행위가 물리적으로 작용하는 것인지 여부에 따라, 공공시설의 설치나 대집행과 같이 물리적인 행위가 이루어지고 법적 효과가 발생하지 않는 ‘물리적 사실행위’와 정신작용의 특성이 강하게 나타나는 행정지도와 같은 ‘정신적 사실행위’로 나눌 수 있다. 이 중 물리적 사실행위는 대개 법집행행위나 권리·의무를 실현하는 행위로서 이루어지는 경우가 많다.²⁴⁾

두 번째로, ② 사실행위가 대외적으로 행해지는 것인지 여부에 따라, 행정기관 내부에서 이루어지는 ‘내부적 사실행위’와 대외적으로 이루어지는, 즉 국민에 대하여 행해지는 ‘외부적 사실행위’로 나누어진다. 항고소송이나 헌법소원에 있어서 중요한 의미를 갖는 것은 외부적 사실행위이다. 행정기관 내부에서 이루어지는 사실행위는 국민의 권리·의무에 영향을 미치지 않는 행위로서 항고소송이나 헌법소원의 대상이 되지 않기 때문이다.

다음으로, ③ 사실행위가 사법(私法) 영역에서 이루어지는 것인지 공법 영역에서 이루어지는 것인지 여부에 따라, ‘사법적 사실행위’와 ‘공법적 사실행위’로 분류된다. 이러한 분류는 사실행위에 대한 권리구제수단이 달라진다는 점에서 의미를 갖는다. 예를 들어, 사법(私法) 영역에서 이루어진 사실행위로 인한 손해에 대하여는 공법상 권리구제수단인 항고소송이나 헌법소원을 통해 다룰 수 없다.

22) 김철용, 행정법, 고시계사, 2023, 361면 참조.

23) 김남진/김연태, 행정법, 법문사, 2024, 433면; 하명호, 행정법, 박영사, 2024, 298면 참조.

24) 김유환, 현대 행정법, 박영사, 2024, 269면 참조.

네 번째로, ④ 다른 법적 행위와 결합하여 이루어지는 사실행위인지 여부에 따라, 집행의 실행행위와 같이 법적 행위에 대한 집행행위로서 이루어지는 ‘집행적 사실행위’와 행정지도나 행정조사와 같이 법적 행위를 실행하는 행위로서 의미를 갖는 것이 아니라 그 자체로서 의미를 갖는 ‘독자적 사실행위’로 분류된다.

마지막으로, ⑤ 공법적 사실행위가 권력성을 갖는지 여부에 따라, ‘권력적 사실행위’와 ‘비권력적 사실행위’로 분류된다. 권력적 사실행위의 경우 그 처분성 및 공권력성이 인정되어 항고소송 및 헌법소원의 대상이 되기 때문에, 이러한 분류는 행정상 사실행위에 대한 권리구제에 관한 논의에 있어서 중요한 의미를 갖는다. 헌법재판소는 행정상 사실행위를 대외적 구속력이 없는 비권력적 사실행위와 행정이 우월적 지위에서 일방적으로 강제하는 권력적 사실행위로 구분하고, 이 중 권력적 사실행위는 헌법소원의 대상인 공권력 행사에 해당한다고 한다.²⁵⁾

다. 법적 근거 및 한계

우리 대법원과 헌법재판소 그리고 다수설은, 법률유보의 원칙에서의 법률유보의 범위에 관하여 중요사항유보설을 취하고 있다.²⁶⁾ 중요사항유보설은, 기본적인 규범영역에서 모든 중요한 결정은 입법자가 스스로 하여야 한다고 하여, 국가적으로 본질적인 의미가 있는 사항을 법률유보의 대상으로 본다.²⁷⁾ 이에 따르면 본질적으로 의미가 있고 중요한 행정상의 사실행위는 법률유보의 대상이 된다. 따라서 행정상 사실행위에 법적 근거가 있을 것이 요구되는지는 각 행위별로 개별적·구체적으로 판단되어야 한다. 행정상 사실행위의 한 유형인 행정조사의 경우, 「행정조사기본법」 제5조가 “행정기관은 법령등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있다. 다만, 조사 대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하여, 권력적 행정조사의 경우에는 법적 근거가 요구됨을 분명히 하였다.

행정상 사실행위 역시 행정작용의 한 유형이므로, 행정작용의 한계인 적법한계, 목적한계, 조리상의 한계 등을 갖는다. 먼저 행정상 사실행위가 행정상 사실행위가 법률유보

25) 헌재 1994. 5. 6. 89헌마35, 판례집 6-1, 462; 헌재 2003. 12. 18. 2001헌마754, 판례집 15-2하, 609; 헌재 2005. 3. 31. 2003헌마87, 판례집 17-1, 437; 헌재 2014. 5. 29. 2013헌마280, 판례집 26-1, 483 등 참조.

26) 대법원 2007. 10. 12. 선고 2006두14476 판결; 헌재 1999. 5. 27. 98헌바70, 판례집 11-1, 633.

27) 김유환, 현대 행정법, 박영사, 2024, 20면 참조.

의 대상인 경우 그 행정작용법적 근거에 구속되고, 행정조직법적 근거(권한 관련 규범)는 어느 경우에도 필요하므로 행정상 사실행위는 적법한 권한 안에서 이루어져야 한다(적법한계).²⁸⁾ 그리고 행정상 사실행위는 그 사실행위의 목적에 부합해야 하며, 평등원칙·비례원칙·신뢰보호의 원칙 등의 조리상의 원칙 내지 행정법 일반원칙과 헌법원칙에 위반되어서는 안 된다.

2. 권리구제의 필요성

가. 서설

앞서 살펴본 바와 같이, 행정상 사실행위는 그 행위 태양과 내용의 스펙트럼이 매우 넓은 집합개념임을 이유로, 행정상 사실행위를 한 묶음으로 묶어 그 법적 성질 내지 권리구제 등의 문제를 다루는 것이 적절하지 않음을 지적하는 견해가 있다.²⁹⁾ 실제로 최근의 논의를 살펴보면, 행정상 사실행위라는 집합개념 그 자체가 논의의 대상이 되기보다는, 실무적으로 국민의 권리구제 필요성이 높은 개별 유형별로 논의가 이루어지고 있음을 확인할 수 있다.³⁰⁾ 이에 이하에서는 다양한 유형의 행정상 사실행위 가운데 주요 행위유형인 행정지도, 행정조사, 행정상 공표를 중심으로 행정상 사실행위로 인한 국민의 권익 침해 양태 및 권리구제 필요성을 확인하고자 한다.

28) 김유환, 현대 행정법, 박영사, 2024, 270면 참조.

29) 김남진/김연태, 행정법, 법문사, 2024, 432-433면면 참조; 하명호, 행정법, 박영사, 2024, 298면 참조.

30) 관련 문헌이나 판례에서 행정상 사실행위의 예로 이야기된 행정주체의 행위로는 ① 행정지도, ② 고시·통지·보고·측사·표창 등 행정주체의 대외적 공표행위, ③ 무허가건물의 철거·대집행의 실행 등 행정법상의 의무이행을 확보하기 위한 강제적 집행행위, ④ 경찰관의 무기사용·전염병환자의 강제격리 등 경찰행정상의 강제행위, ⑤ 경찰의 은밀한 관찰이나 전화 도청 또는 신분을 위장한 경찰공무원의 투입과 같이 경찰이 비밀리에 개인정보를 수집하는 조치, ⑥ 금전출납·쓰레기 수거·경비 등 비권력적 집행행위, ⑦ 환경보호시설·육교 등의 공익시설 건설, ⑧ 공기업·공물의 설치 공사 및 유지관리행위, ⑨ 행정기관과 사인 간에 행해지는 협상·접촉·사전 해결·의사소통·합의·타협·화해·사전 의견교환·예비절충·협정 등이 있다.

나. 행정지도와 권리구제 필요성

1) 행정지도의 개념

행정지도란, 행정기관이 그 소관 사무의 범위에서 일정한 행정목적을 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도, 권고, 조언 등을 하는 행정작용을 말한다(「행정절차법」 제2조 제3호). 행정지도는, 이를 통해 법적 효과가 직접적으로 발생하지 않으므로 사실행위에 해당하며, 상대방의 동의나 협력을 기반으로 하여 시행되므로 원칙적으로 비권력적 사실행위에 해당한다.³¹⁾ 우리 「행정절차법」은 제6장(제48조 ~ 제51조)에서 행정지도의 원칙·방식·절차에 관하여 규정하고 있는데,³²⁾ 해당 규정들은 행정지도가 법적 구속력이 없는 비권력적 성격을 가지고 있음을 전제로 한다. 특히 「행정절차법」 제48조는 행정지도는 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요해서는 안 되고(제1항), 행정지도에 따르지 않았다는 것을 이유로 불이익한 조치를 해서는 안 된다(제2항)고 규정함으로써, 행정지도가 비권력적 사실행위의 성격을 가지고 있음을 분명히 하였다.³³⁾

행정지도는 원칙적으로 비권력적 사실행위에 해당하지만, 그 내용이 실질적으로 구속적·규제적 성격을 갖는 경우에는 권력적 사실행위로 인정되기도 한다. 우리 헌법재판소도 행정지도를 “행정주체가 소관사무에 관하여 행정객체의 임의적 의사에 따른 협력을

31) 김유환, 현대 행정법, 박영사, 2024, 278면 참조. 행정지도는 협력적 행위를 구하는 원망의 표시라고 이해하면서, 상대방의 협력적 행위가 있어야 한다는 점에서 상대방의 협력을 기다릴 것 없이 행정기관 스스로의 활동에 의하여 완결하는 행정작용과 구별된다고 보는 견해가 있다. 김철용, 행정법, 고시계사, 2023, 365면 참조.

32) 제6장 행정지도

제48조(행정지도의 원칙) ① 행정지도는 그 목적 달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니 된다.

② 행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 불이익한 조치를 하여서는 아니 된다.

제49조(행정지도의 방식) ① 행정지도는 하는 자는 그 상대방에게 그 행정지도의 취지 및 내용과 신분을 밝혀야 한다.

② 행정지도가 말로 이루어지는 경우에 상대방이 제1항의 사항을 적은 서면의 교부를 요구하면 그 행정지도는 하는 자는 직무 수행에 특별한 지장이 없으면 이를 교부하여야 한다.

제50조(의견제출) 행정지도의 상대방은 해당 행정지도의 방식·내용 등에 관하여 행정기관에 의견제출을 할 수 있다.

제51조(다수인을 대상으로 하는 행정지도) 행정기관이 같은 행정목적 실현을 위하여 많은 상대방에게 행정지도를 하려는 경우에는 특별한 사정이 없으면 행정지도에 공통적인 내용이 되는 사항을 공표하여야 한다.

33) 김도승, 행정지도에 관한 고찰, 가천법학, 제5권 제1호, 2012, 245면 참조.

기대하고 행정목적달성을 위해 행하는 비권력적인 사실행위”라고 하면서도,³⁴⁾ “행정지도라 하더라도 임의적 협력을 기대하여 행하는 비권력적·유도적인 권고·조언 등의 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 상당히 강하게 갖는 것은 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 봄이 상당하다”고 하여,³⁵⁾ 규제적·구속적 성격을 갖는 행정지도의 공권력성을 인정하고 있다.

반면에, 행정지도가 단순한 지도·권고·조언의 의미를 갖는 것을 넘어 상대방에 대하여 강제성을 갖게 된다면, 이는 행정지도의 영역을 넘어선 것으로 더 이상 행정지도라고 볼 수 없고, 행정지도를 가장한 권력적 사실행위라고 보아야 한다는 견해가 있다.³⁶⁾ 이러한 견해는 행정지도와 권력적 사실행위를 교집합을 갖지 않고 서로 완전히 구별되는 개념으로 이해하는 견해로, 일응 타당하다고 생각된다. 다만, 실제 구체적인 사안에 있어서 행정지도의 형식을 갖는 행정주체의 행위가 임의성(비권력성)을 갖는지 아니면 강제성(권력성)을 갖는지가 항상 분명히 구분되지는 않는다는 점이 그러한 개념 구분을 어렵게 한다 할 것이다.

2) 행정지도 개념의 등장 배경

행정지도 개념이 등장하게 된 이유로는 크게 두 가지를 생각할 수 있다. ① 일본과 우리나라 특유의 사회적·문화적 배경과 ② 행정의 기능 확대에 의한 행정의 행위형식의 다양화가 그것이다. 먼저 사회적·문화적 배경의 관점에서 보면, 행정지도 개념은 일본에서 출현하여 우리나라에 도입된 개념으로, 현재는 일본과 우리나라의 특유의 제도라고 평가된다. 행정지도 개념의 발원지인 일본의 경우, ① 수직적 사회구조와 ② 다른 사람과 달리 행동하는 것을 꺼리고 다른 사람과 같은 방식으로 행동하는 것을 최선으로 여기는 문화, ③ 행정지도를 따르지 않음으로써 입게 될 후환에 대한 두려움 등 일본 특유의 사회적·문화적 배경이 행정지도 개념의 생성 원인이 되었다.³⁷⁾ 우리나라의 경우에는 소위 ‘발전행정기’나 ‘개발독재’ 시기부터 행정의 효율성을 추구하면서 비공식적 협력이나 협치 행정의 수단으로서 행정지도가 매우 빈번하게 활용되어져 왔는데, 행정지도의 사실상

34) 헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1401등, 판례집 20-2상, 1115.

35) 헌재 2023. 3. 23. 2019헌마1399, 판례집 35-1상, 800; 헌재 2003. 6. 26. 2002헌마337등, 판례집 15-1, 772.

36) 이승민, 행정지도의 개념과 실제, 행정법연구, 제38호, 2014, 54면 참조.

37) 김남진/김연태, 행정법, 법문사, 2024, 447면 참조.

의 강제력이 매우 심대하였고, 오늘날 한국 행정실무에서 아직도 그 관성이 상당 부분 남아있다고 평가된다.³⁸⁾

두 번째로, 행정지도는 행정의 기능 및 역할이 확대되면서 다양화된 행정의 행위 형식의 하나로서 등장하였다. 행정지도는 법적 강제라는 수단을 사용하지 않으면서 행정목적 을 달성할 수 있는 행정의 행위 형식으로, 빠르게 변화하는 현대 행정의 흐름에서 행정 이 행정현실의 변화에 신속하고 탄력적으로 대처할 수 있게 한다. 행정기능의 확대에 따 라 행정에는 갈수록 다양한 행정활동이 요구되는데, 새로운 요구에 맞추어 적시에 법률 을 제정하고 법적 강제라는 수단을 통해 행정의 새로운 목적을 달성하는 데에는 한계가 있을 수밖에 없다.³⁹⁾ 여기에서 법적 근거가 있을 것이 요구되지 않는 행정지도라는 행정 의 행위형식의 필요성이 도출된다.

3) 행정지도에 대한 권리구제 필요성

위에서 살펴본 바와 같이, 행정지도는 확대된 행정의 기능을 적절히 수행할 필요성으 로부터 생성된 행정의 행위형식으로, 법적 강제라는 방식을 사용하지 않으면서 행정목적 을 달성할 수 있다는 점에서 유용한 행정수단이다. 법적 강제에 의하지 않으므로 사후적 인 법적 문제도 발생하지 않고, 상대방의 협조에 의한 것이기 때문에 법으로 강제할 수 없는 사항에 대해서도 행정목적 을 추구할 수 있다는 점에서 의미가 있다고 평가된다.⁴⁰⁾

그런데 행정지도가 행정목적 을 추구하는 데에 있어 유용한 행정수단으로 기능할 수 있는 것은, 행정주체가 행정의 상대방에게 사실상의 영향력을 갖기 때문이다. 이는 행정 지도라는 행정의 행위형식이 행정의 강한 영향력을 갖는 일본과 우리나라 특유의 사회 적·문화적 배경으로부터 생성되었다는 점에서도 확인할 수 있다. 이러한 행정의 실질적 영향력이 일정한 범위를 넘어 행정지도를 받아들일 것을 상대방에게 강제하는 정도에 이 르게 되면, 법치행정을 위협하고 국민의 권익을 침해하는 결과가 초래될 수 있다.⁴¹⁾ 실제 행정지도의 양상을 살펴보면, 행정지도 본래의 의미대로 단순히 상대방의 동의나 협력을

38) 배상준, 연성규범에 관한 공법적 연구 : 신사조행정법학과 연성규범의 관계를 중심으로, 연세대학교 박사학위논문, 2023, 163면 참조.

39) 김철용, 행정법, 고시계사, 2023, 363-365면 참조.

40) 김유환, 현대 행정법, 박영사, 2024, 278면 참조.

41) 고현환, 행정절차법상 행정지도의 문제점 개선방안, 법학연구, 제28집, 2007, 29-30면; 이승민, 행정지도 의 개념과 실제, 행정법연구, 제38호, 2014, 51면 참조.

구하는 것에만 그치지 않고, 일정한 불이익과 결합하여 사실상의 강제력을 갖는 경우가 적지 않다. 직접적인 행정제재가 가해지지는 않는다고 하더라도, 행정지도를 따르지 않은 사실을 제재적 의미에서 공표한다거나 권고를 따르지 않은 상대방에게 소방안전점검이나 세무조사와 같이 추후 행정상 불이익으로 연결될 수 있는 조치를 취하기도 하고, 반대로 권고를 따른 자에 한하여 보조금의 유지와 같은 인센티브를 부여하는 등의 방식으로 행정지도를 따르지 않은 상대방에게 불이익이 부여되는 경우가 적지 않은 것이다.⁴²⁾

위와 같은 점을 고려하면, 행정의 효율성·신속성·탄력성 확보라는 행정지도의 순기능을 살리면서 그 역기능을 방지할 수 있도록 사실상 강제력을 갖는 행정지도로부터 국민의 권익을 실효적으로 보호할 수 있는 권리구제수단이 마련될 필요가 있다 할 것이다.

다. 행정조사와 권리구제 필요성

1) 행정조사의 개념

「행정조사기본법」⁴³⁾ 제2조 제1호는 “행정조사란 행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는 데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위하여 현장조사·문서열람·시료채취 등을 하거나 조사 대상자에게 보고요구·자료제출요구 및 출석·진술요구를 행하는 활동을 말한다”고 정의하고 있다. 이러한 「행정조사기본법」상의 행정조사 개념은 광의의 행정조사 개념에 해당한다. 종래 행정조사 개념에 관하여는, ① 행정기관이 적극적으로 행정작용을 적정하게 실행함에 있어서 필요로 하는 자료·정보 등을 수집하기 위하여 행하는 권력적 조사활동이라고 보는 ‘협의설’⁴⁴⁾과 ② 행정기관이 사인으로부터 행정상 필요한 자료나 정보를 수집하기 위하여 행하는 일체의 행정작용으로 보아 권력적 조사활동뿐만 아니라 비권력적 조사활동도 행정조사에 포함된다고 보는 ‘광의설’이 주장되었는데, 「행정조사기본법」은 광의설에 입각하여 행정조사에 관해 규정하고 있는 것이다. 이러한 「행정조사기본법」의 정의 규정과 행정조사 과정에서의 개인정보보호 문제, 비권력적 행정조사

42) 최용혁/소병수, 지능정보사회와 행정지도의 재해석, 성균관법학, 제31권 제2호, 2019, 119면 참조.

43) 「행정조사기본법」은 행정조사의 중요성에 대한 인식이 높아지면서, “행정조사에 관한 기본원칙·행정조사의 방법 및 절차 등에 관한 공통적인 사항을 규정함으로써 행정의 공정성·투명성 및 효율성을 높이고, 국민의 권익을 보호함을 목적으로” 2007. 5. 17. 제정·시행되었다.

44) 김유환, 현대 행정법, 박영사, 2024, 397-398면; 오준근, 행정조사제도의 법리적 논의·입법동향의 평가와 개선방향에 관한 연구, 토지공법연구, 제45집, 2009, 364면 참조.

도 경우에 따라 권력적 행정조사와 다를 바 없이 운영될 수 있다는 점 등의 영향으로, 근래에는 광의설이 다수설의 지위를 가지고 있는 것으로 보인다.⁴⁵⁾

행정조사는 조사의 주체가 행정기관이라는 점에서 입법기관의 조사활동이나 수사기관의 수사활동, 사법기관의 재판절차에서의 증거조사와 구별된다.⁴⁶⁾ 법적 효과의 측면에서는 행정조사가 그 자체로는 직접적인 법적 효과를 발생시키지 않는 사전준비적·보조적 사실행위라는 점에서 법적 행위와 구별된다.⁴⁷⁾

행정조사는 행정조사의 대상을 기준으로 하여 ① 대인적 조사(질문, 불심검문, 장부·서류 등 제출명령), ② 대물적 조사(장부·서류의 열람, 물건의 검사), ③ 대가택조사(주거·창고 등에의 출입·검사)로 나눌 수 있다.⁴⁸⁾ 그리고 그 법적 성질에 따라 ① 상대방의 명확한 임의적 협조하에 이루어지는 비권력적 행정조사와 ② 상대방이 조사에 불응하거나 협조하지 않을 경우 일정한 불이익을 부과하는 등의 방식으로 사실상의 강제력을 갖는 권력적 행정조사로 나눌 수 있다. 일부 견해는 비권력적 행정조사는 법학적 관점에서 논의의 실익이 거의 없다는 이유로, 행정조사를 권력적 행정조사로 좁게 이해하기도 한다.⁴⁹⁾

2) 행정조사에 대한 권리구제 필요성

종래 행정조사는 법적 행위가 아니고 그 준비단계인 사실행위라는 점, 그리고 행정조사의 방법·대상 등이 다종·다양하여 이를 통일적인 법적 도구 개념으로 구성하는 데에 어려움이 있다는 점 등의 이유로 그다지 주목을 받지 못하였다.⁵⁰⁾ 그러나 근래 행정의 기능이 확대되고 행정작용이 다양화·복잡화되면서, 행정조사의 중요성에 대한 인식이 점점 더 높아지고 있다. 다양하고 복잡한 행정작용을 함에 있어서는 해당 행정작용에 대한

45) 김용주, 행정조사와 특별사법경찰관리의 수사의 경계획정 - 특별사법경찰관리의 직무를 중심으로 -, 경찰학연구, 제14권 제4호, 2014, 77면 참조.

46) 국민의 생활안전과 밀접한 영역에서 전문지식이 요구되는 특정 분야의 행정공무원에게 수사권을 부여함으로써 사법경찰과 같은 권한을 행사하는 행정공무원인 특별사법경찰과 같이 행정조사와 형사수사의 이중적 권한을 갖는 경우도 있다. 김병주, 행정조사의 통제에 관한 법적 연구, 고려대학교 박사학위논문 2022, 6면 참조.

47) 김병주, 행정조사의 통제에 관한 법적 연구, 고려대학교 박사학위논문 2022, 6면 참조.

48) 김철용, 행정법, 고시계사, 2023, 393면 참조.

49) 김유환, 현대 행정법, 박영사, 2024, 398면 참조.

50) 김남진/김연태, 행정법 I, 법문사, 2024, 516면 참조.

정확한 정보수집이 필수적으로 요구되기 때문이다.⁵¹⁾ 이에 더하여, 법치행정의 측면에서 본다면 행정기관이 그 권한을 행사하기 위해서는 사실을 조사·확인하고 그 권한행사가 행정법규에 적합한가를 확인할 의무가 있다는 점에서도 행정조사의 중요성이 강조되고 있다.⁵²⁾ 행정조사는 행정작용의 초기 단계에서 행정작용의 전제가 되는 사실을 확인·확정하는 것이고, 그러한 행정조사의 결과를 기반으로 행정작용의 구체적인 내용이 결정되기 때문에, 복잡하고 고도화된 행정작용과 관련된 것일수록 행정조사의 중요성이 커진다고 할 수 있을 것이다. 이에 더하여, 행정조사에 대한 권리구제 필요성은 정보화 사회의 진전에 따른 개인정보 및 사생활 보호의 필요성이 주목을 받게 되면서 더욱 강조되고 있기도 하다.⁵³⁾

행정조사는 그 자체로서는 직접적인 법적 효과를 발생시키지 않더라도, 행정조사를 통해 조사 대상자의 위법행위가 확인될 경우 수사기관에 고발이 가능하고, 행정조사를 통해 수집된 자료가 수사기관에 제공되어 수사에 활용될 수 있으며, 조사에 참여했던 공무원이 참고인으로 진술하는 등 수사 진행에 도움을 줄 수 있다는 점에서, 국민의 권익 침해로 이어질 가능성을 내포하고 있다.⁵⁴⁾ 또한 행정조사 과정에서 이루어지는 일련의 행위(현장조사, 자료제출요구 등)는, 일반적으로 침익적 처분 또는 수익적 처분 제한의 기준이 될 수 있기 때문에 당사자의 의사에 반하여 이루어지는 경우가 많고, 이 경우 국민의 기본권 침해가 발생할 가능성이 높다.⁵⁵⁾ 이에 행정조사에서의 피조사자의 기본권을 보장하기 위해 적법절차원칙 및 형사소송법상의 보장수단(영장주의, 진술거부권, 변호인 조력권)을 행정조사에 적용해야 할 필요성이 대두되고 있고, 이에 관한 논의가 활발하게 이루어지고 있다.⁵⁶⁾

51) 장운영, 행정조사에서의 진술거부에 관한 고찰 - EU 사례를 중심으로 -, 행정법연구, 제68호, 2022, 150-151면 참조.

52) 김철용, 행정법, 고시계사, 2023, 391면 참조.

53) 김남진/김연태, 행정법 I, 법문사, 2024, 516면 참조.

54) 장운영, 행정조사에서의 진술거부에 관한 고찰 - EU 사례를 중심으로 -, 행정법연구, 제68호, 2022, 151면 참조.

55) 김재선, 개별 행정영역의 행정조사에 있어 영장주의 적용 여부에 관한 공법적 고찰, 공법연구, 제48집 제4호, 2020, 31-32면 참조.

56) 김재선, 개별 행정영역의 행정조사에 있어 영장주의 적용 여부에 관한 공법적 고찰, 공법연구, 제48집 제4호, 2020, 32면 참조.

라. 행정상 공표와 권리구제 필요성

1) 행정상 공표의 개념

행정상 공표란, 행정기관이 확보한 일정한 사실을 직접 또는 인터넷·신문·방송 등의 매체를 통하여 일반 국민 혹은 일정 지역의 주민 등 불특정 다수인에게 알리는 행위를 말한다.⁵⁷⁾ 행정상 공표는 그 목적·내용·기능에 따라 ① 제재적 공표(위반사실의 공표)와 ② 정보제공적 공표, 그리고 ③ 유도적 공표로 분류된다.⁵⁸⁾ 제재적 공표는 위반사실을 일반에 공개하여 명예 또는 신용을 위협함으로써 행정법상의 의무이행을 간접적으로 강제하는 제재적인 기능을 하는 공표를 말하고, 정보제공적 공표는 제재적 기능 없이 단순한 정보제공 차원에서 이루어지는 공표를 말한다. 그리고 유도적 공표는 일반에 정보를 제공함으로써 어떠한 행동을 하도록 또는 하지 않도록 유도하는 기능을 하는 공표로, 제재적 공표로서의 성격과 정보제공적 공표로서의 성격을 모두 갖는 공표라고 할 수 있다. 유도적 공표는 의무위반을 전제로 하지 않는다는 점에서 제재적 공표와 구분되고, 상대방으로 하여금 특정한 행위를 하거나 하지 않도록 유도한다는 점에서 정보제공적 공표와 구분된다.⁵⁹⁾

종래에는 행정상 공표를 ‘제재적 공표(위반사실의 공표)’로 좁게 이해하여, 과징금·공급 거부·관허사업 제한 등과 함께 새로운 행정의 실효성 확보수단으로 보았다.⁶⁰⁾ 이는 위반사실에 대한 공표가 제재수단의 일종으로서 형벌은 아니지만 경우에 따라 벌금형보다 사회적 제재 효과가 큰 명예형적 성질을 갖는 등 개인의 권익이나 기본권을 침해할 가능성이 높다는 점에서 논의가 그에 집중되었기 때문이었던 것으로 보인다.⁶¹⁾⁶²⁾ 그런데

57) 김용섭, 행정상 공표의 법적 문제 - 대상판결 : 대법원 1998. 5. 22. 선고, 97다57689 판결 -, 판례월보, 제356호, 2000, 12면 참조.

58) 김성원, 제재적 공표의 처분성에 관한 법적 문제, 일감법학, 제49호, 2021, 202면; 김치환, 행정상 공표에 있어서 실효성확보와 권익보호의 조화, 토지공법연구, 제26집, 2005, 265-269면; 이상천, 정보화사회에서의 공표, 외법논집, 제34권 제2호, 2010, 130면 참조.

59) 김혜성, 행정상 공표의 법적 쟁점 - 행정의 실효성 확보수단으로서 위반사실의 공표를 중심으로 -, 법제, 제664호, 2014, 107면 참조.

60) 김혜성, 행정상 공표의 법적 쟁점 - 행정의 실효성 확보수단으로서 위반사실의 공표를 중심으로 -, 법제, 제664호, 2014, 103면 참조.

61) 김용섭, 행정상 공표의 법적 문제 - 대상판결 : 대법원 1998. 5. 22. 선고, 97다57689 판결 -, 판례월보, 제356호, 12면 참조.

62) 행정상 공표는 그로써 개인의 권익이나 기본권이 침해될 가능성을 내포하고 있다고 평가되기도 하지만,

오늘날 행정의 적극적 기능이 강조되면서, 제재적 기능을 하는 행정상 위반사실의 공표(제재적 공표) 외에도 국민에게 행정절차에 관한 정보를 제공하는 기능을 하는 공표(정보 제공적 공표)와 정보제공기능과 제재적 기능이 결합되어 유도적 기능을 하는 공표(유도적 공표) 등도 행정상 공표의 범주에 들어오게 되었다. 다만 여전히 행정상 위반사실의 공표가 국민의 기본권 침해와 관련하여 논란의 여지가 많기 때문에 이를 중심으로 논의가 진행되고 있다.⁶³⁾ 그리고 이와 같은 맥락에서 국민의 권익 보호의 필요성이 큰 위반사실 등의 공표에 관하여만 일반규정(「행정절차법」 제40조의3⁶⁴⁾)을 두고 있고, 판례 역시 위반사실 등의 공표에 관하여서만 존재한다.

제재적 공표, 즉 위반사실의 공표와 관련하여서는 그 법적 성질이 무엇인지가 문제된다. 제재적 공표가 사실행위에 속한다는 점에는 이견이 없으나, 권력적 사실행위와 비권력적 사실행위 중 어디에 해당하는지에 관하여는 견해가 나뉜다. 제재적 공표를 권력적

다른 한편으로는 국민에게 예측가능성과 기대가능성을 주어 법률생활의 안정을 도모할 수 있게 하고, 정부가 시책을 추진함에 있어서 국민의 협조를 구하는 것을 보다 용이하게 하며, 국민의 알권리를 실현하는 데에 기여한다는 평가를 받기도 한다. 김치환, 행정상 공표에 있어서 실효성 확보와 권익보호의 조화, 토지공법연구, 제26집, 2005, 256면 참조.

63) 김혜성, 행정상 공표의 법적 쟁점 - 행정의 실효성 확보수단으로서 위반사실의 공표를 중심으로 -, 법제, 제664호, 2014, 103면 참조.

64) 「행정절차법」 제40조의3(위반사실 등의 공표)

- ① 행정청은 법령에 따른 의무를 위반한 자의 성명·법인명, 위반사실, 의무 위반을 이유로 한 처분사실 등(이하 “위반사실등”이라 한다)을 법률로 정하는 바에 따라 일반에게 공표할 수 있다.
- ② 행정청은 위반사실등의 공표를 하기 전에 사실과 다른 공표로 인하여 당사자의 명예·신용 등이 훼손되지 아니하도록 객관적이고 타당한 증거와 근거가 있는지를 확인하여야 한다.
- ③ 행정청은 위반사실등의 공표를 할 때에는 미리 당사자에게 그 사실을 통지하고 의견제출의 기회를 주어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.
 1. 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 공표를 할 필요가 있는 경우
 2. 해당 공표의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 타당한 이유가 있는 경우
 3. 당사자가 의견진술의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 밝힌 경우
- ④ 제3항에 따라 의견제출의 기회를 받은 당사자는 공표 전에 관할 행정청에 서면이나 말 또는 정보통신망을 이용하여 의견을 제출할 수 있다.
- ⑤ 제4항에 따른 의견제출의 방법과 제출 의견의 반영 등에 관하여는 제27조 및 제27조의2를 준용한다. 이 경우 “처분”은 “위반사실등의 공표”로 본다.
- ⑥ 위반사실등의 공표는 관보, 공보 또는 인터넷 홈페이지 등을 통하여 한다.
- ⑦ 행정청은 위반사실등의 공표를 하기 전에 당사자가 공표와 관련된 의무의 이행, 원상회복, 손해배상 등의 조치를 마친 경우에는 위반사실등의 공표를 하지 아니할 수 있다.
- ⑧ 행정청은 공표된 내용이 사실과 다른 것으로 밝혀지거나 공표에 포함된 처분이 취소된 경우에는 그 내용을 정정하여, 정정한 내용을 지체 없이 해당 공표와 같은 방법으로 공표된 기간 이상 공표하여야 한다. 다만, 당사자가 원하지 아니하면 공표하지 아니할 수 있다.

사실행위로 파악하는 견해로는, ① 공표행위는 행정기관에 의해 일방적으로 행해지며 그로 인해 명예·신용·프라이버시권 등이 훼손될 수 있으므로 권력적 사실행위로 이해해야 한다는 견해⁶⁵⁾와 ② 이전에는 공표행위가 비권력적 사실행위에 해당하였지만 오늘날 정보화 사회의 진전에 따라 강력한 제재수단으로 변하였기 때문에 오늘날에는 권력적 사실행위로 보아야 한다는 견해⁶⁶⁾ ③ 공표로 발생하는 침익적 효과는 사실상의 효과이지만 공표 대상자에게 침익적 효과가 일방적으로 부여된다는 점에서 고권성을 가지므로 권력적 사실행위로 보아야 한다는 견해⁶⁷⁾ 등이 주장된다. 반면에 제재적 공표를 비권력적 사실행위로 보는 견해도 주장된다. 구체적으로는 ① 공표는 수인의무를 수반하지 않으므로 권력적 행위가 아니고, 행정의 실효성확보수단인 사실행위이지 의사표시를 요소로 하는 법적 행위는 아니며, 그로 인해 사실상 강제되는 효과는 있을지라도 당장 법적 효과가 나타나는 것은 아니라는 의미에서 비권력적 사실행위로 보아야 한다고 주장하는 견해⁶⁸⁾와 ② 명예나 신용의 침해는 내적인 평가의 영역일 뿐 우월적인 법적 지위에 근거한 외부의 명령이나 강제력에 의해 훼손되는 것이 아니라는 점을 고려하면 이를 권력적 사실행위로 볼 수 없다는 견해⁶⁹⁾가 주장되고 있다.

2) 행정상 공표에 대한 권리구제 필요성

행정상 공표에 대한 권리구제 필요성은, 행정상 공표의 3가지 유형 중 제재적 공표(위반사실의 공표)와 관련하여 주로 문제된다. 제재적 공표 자체가 위반사실을 일반에 공개하여 명예 또는 신용을 위협함으로써 행정법상의 의무이행을 간접적으로 강제하는 것을 목적으로 하기 때문에, 제재적 공표에는 국민의 권익 침해 가능성과 그에 대한 구제 필요성이 항상 수반될 수밖에 없기 때문이다. 특히 정보화 사회가 진전될수록 공표의 영향력은 더욱 커져갈 것이라는 점이 지적되고 있다.⁷⁰⁾ 정보와 지식이 사회의 주요 자원으로 중요한 역할을 하는 사회인 정보화 사회에서, 위반사실이라는 정보는 그 정보의 공표

65) 김용섭, 행정상 공표의 법적 문제 - 대상판결 : 대법원 1998. 5. 22. 선고, 97다57689 판결 -, 판례월보, 제356호, 2000, 12면 참조.

66) 김철용, 행정법, 고시계사, 2023, 387면 참조.

67) 이상천, 정보화사회에서의 공표, 외법논집, 제34권 제2호, 2010, 135면 참조.

68) 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2024, 810면 참조.

69) 정선균, 행정상 명단공개에 대한 구제수단으로서 당사자소송의 활용, 서강법률논총, 제12권 제3호, 2023, 158면 참조.

70) 이상천, 정보화사회에서의 공표, 외법논집, 제34권 제2호, 2010, 129면 참조.

대상자에게 광범위한 사회적·경제적·법적 영향을 미칠 수 있다. 더욱이 정보통신기술의 발전으로 인해 정보가 지리적·사회적·문화적 경계를 넘어 널리 퍼지고 공유될 수 있으며 (광역성), 누구든 쉽게 정보에 접근할 수 있게 되었고(접근성), 정보통신기술을 통해 한번 퍼진 정보는 완전히 삭제하기 어렵다는 점(영속성)으로 인해, 제재적 공표의 제재적 기능이 강화됨과 동시에 그로 인한 권익 침해의 가능성과 그에 대한 권리구제의 필요성이 증가하게 된 것이다.

Ⅲ. 항고소송을 통한 행정상 사실행위에 대한 권리구제

1. 항고소송에서의 행정상 사실행위의 대상적격

가. 항고소송의 대상인 처분

1) 의의

「행정소송법」 제2조 제1항 제1호에서 “‘처분등’이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용(이하 “처분”이라 한다) 및 행정심판에 대한 재결을 말한다.”고 하고, 동법 제19조에서 “취소소송은 처분등을 대상으로 한다. 다만, 재결취소소송의 경우에는 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다.”고 하여, 처분과 고유한 위법성을 갖는 재결⁷¹⁾이 항고소송의 대상이 됨을 명시하였다. 처분 개념은 「행정소송법」뿐만 아니라 다수의 법에서 정의되고 있다. 「행정기본법」 제2조 제4호⁷²⁾와 「행정절차법」 제2조 제2호⁷³⁾, 「행정심판법」 제2조 제1호⁷⁴⁾ 역시 처분의 정의규정에 해당하는데, 이들 모두 「행정소송법」 제2조 제1항 제1호와 거의 동일하게 처분을 정의한다. 본 보고서에서 연구의 대상으로 하는 행정상 사실행위와 관련하여서 행정심판에 대한 재결은 문제되지 않으므로, 이하에서는 이를 제외한 ‘처분’에 관하여 살펴본다.

취소소송의 대상인 처분의 개념에 관하여는, 실체법상의 행정행위 개념과 쟁송법상의 처분 개념을 동일한 것으로 볼 수 있는지가 문제된다. 이러한 문제는 1984년 「행정소송법」이 전부개정 되고 제2조 제1항 제1호에서 “그 밖에 이에 준하는 행정작용”이 “처분

71) 「행정소송법」 제2조가 “처분등”은 처분과 행정심판에 대한 재결이라고 하고 있으나, 개념적으로는 재결도 처분의 일종이기 때문에 “처분등”이라는 용어를 ‘처분’으로 바꾸어도 무방할 것이라는 견해로 김유환, 현대 행정법, 박영사, 2024, 496면 참조.

72) 「행정기본법」 제2조 제4호 “처분”이란 행정청이 구체적 사실에 관하여 행하는 법 집행으로서 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다.

73) 「행정절차법」 제2조 제2호 “처분”이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법 집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용(行政作用)을 말한다.

74) 「행정심판법」 제2조 제1호 “처분”이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법 집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부, 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다.

등”의 개념에 포함되는 것으로 규정되면서 발생하였다. 이전에는 실체법상의 행정행위 개념과 쟁송법상의 처분 개념이 동일한 것으로 여겨졌는데, “그 밖에 이에 준하는 행정작용”이 「행정소송법」상의 처분 개념에 포함되면서 쟁송법상의 처분 개념이 실체법상의 행정행위 개념보다 범위가 더 넓은 개념이 아닌지가 문제된 것이다. 이에 관하여는 ① 실체법상의 행정행위 개념과 쟁송법상의 처분 개념은 동일한 것으로 봐야 한다는 일원설(실체법상 개념설)과 ② 1984년 법 개정으로 처분 개념에 “그 밖에 이에 준하는 행정작용”을 포함시킨 것은 처분의 개념 범위를 확대함으로써 국민의 권리구제 기회를 확대하고자 한 것이라고 하면서, 쟁송법상 개념인 처분은 실체법상 개념인 행정행위보다 더 넓게 해석되어야 한다는 이원설(쟁송법상 개념설)이 주장된다. 다수설은 「행정소송법」이 처분을 “행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용”이라고 정의하고 있는 점, 항고소송의 대상을 넓혀 국민의 권리구제 기회를 확대할 필요가 있다는 점 등을 근거로 하여 이원설(쟁송법상 개념설)의 입장에서 서 있는 것으로 보인다.⁷⁵⁾ 대법원은 일원설과 이원설의 대립에 대하여 침묵을 유지하였는데, 이러한 대법원의 침묵을 원칙적으로 일원설에 입각하고 있으나 예외적으로 행정행위가 아닌 공권력 행사도 항고소송의 대상이 될 수 있는 여지를 남겨두고 있는 것이라고 해석하는 견해가 유력하다.⁷⁶⁾

항고소송의 대상인 처분으로 인정되기 위해서는, 위에서 언급한 처분의 정의에 부합해야 할 뿐만 아니라, 그 처분에 대하여 항고소송 이외의 불복수단이 그 처분의 근거 법률에 의하여 마련되어 있지 않아야 한다.⁷⁷⁾ 가령, 대법원은 ‘검사의 불기소처분에 대하여는 검찰청법에 규정된 항고 및 재항고 절차나 형사소송법에 규정된 재정신청절차에 의하여 그 당부를 다툴 수 있는 것이므로, 검사의 불기소처분이나 그에 대한 항고 또는 재항고 결정은 항고소송의 대상이 될 수 없다’고 하였다.⁷⁸⁾ 그리고 대법원은 ‘검사의 공소에 대하여는 형사소송절차를 통하여 불복할 수 있는 절차와 방법이 따로 마련되어 있기 때문에 검사의 공소에 대하여는 형사소송절차에 의하여서만 다툴 수 있고 항고소송으로는 다

75) 신철순, 의료원 폐업방침 발표의 처분성과 취소소송의 소의 이익, 행정판례연구, 제23집 제1호, 2018, 193면 참조.

76) 김유환, 행정법이론체계상 처분 개념의 재조명 - 판례의 이론적 해명과 성문 개념 규정에 대한 비평 -, 행정법이론실무학회 제280회 정기학술발표회 자료집, 2024, 8면 참조.

77) 대법원 2000. 3. 28. 선고 99두11264 판결.

78) 대법원 1989. 10. 10. 선고 89누2271 판결; 대법원 1990. 1. 23. 선고 89누3014 판결 등 참조.

틀 수 없다'고 판시한 바 있다.⁷⁹⁾ 과태료 부과처분이나 통고처분에 이의가 있는 자는 「질서위반행위규제법」, 「비송사건절차법」 또는 「즉결심판에 관한 절차법」이 정한 절차에 의하여 법원의 판단을 받아야 하고, 항고소송을 제기할 수 없다(「질서위반규제법」 제25조 이하, 「비송사건절차법」 제247조 이하).⁸⁰⁾

2) 개념 요소

항고소송의 대상인 처분은 ① 행정청의 행위, ② 구체적 집행행위(개별사안성), ③ 국민의 권리·의무에 직접 영향이 있는 법적 행위(외부효과성·직접효과성·법적규율성), ④ 공권력적 행위(고권적 단독행위)를 개념 요소로 한다.

먼저, 행정청의 행위만이 처분으로 인정될 수 있다. 행정청은 장관, 시장, 군수 등과 같이 특별히 의사의 결정권과 외부표시권을 가지는 행정기관의 일종이다(「행정기본법」 제2조 제2호). 「행정소송법」은 제2조 제2항에서 “이 법을 적용함에 있어서 행정청에는 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체 및 그 기관 또는 사인이 포함된다.”고 규정하고 있다. 여기에서의 행정청은 당연히 문제되는 처분을 할 권한이 있는 기관을 의미하고, 입법기관이나 사법기관도 행정적인 처분을 하는 범위 내에서는 행정청에 속한다.⁸¹⁾

두 번째로, 항고소송의 대상인 처분은 원칙적으로 구체적인 사실에 대한 법집행행위여야 한다. 따라서 불특정 다수의 사람 및 불특정 다수의 사례에 적용되는 일반·추상적인 규율인 법규명령이나 고시 등의 행정규칙, 조례 등의 자치법규는 구체성(개별사안성)을 갖지 않기 때문에 원칙적으로 처분에 해당하지 않는다. 다만, 우리 대법원은 법령·조례·고시 등이 “집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리·의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우”에는 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 한다.⁸²⁾ 이에 더하여 처분은 법집행행위에 해당해야 하기 때문에, 법적 근거 없이 이루어지는 내부행위나 구속력이 없는 행정계획은 원칙적으로 처분에 해당하지 않는다. 다만, 우리 대법원은 이해관계인의 재산상 권리·의무에 직접적인 영향을

79) 대법원 2000. 3. 28. 선고 99두 11264 판결.

80) 사법연수원, 법원실무제요 : 행정 [I], 2024, 229면 참조.

81) 김유환, 현대 행정법, 박영사, 2024, 503면 참조.

82) 대법원 1996. 9. 20. 선고 95누8003 판결.

미치는 행정계획은 구속적 행정계획으로서 행정처분에 해당한다고 본다.⁸³⁾

세 번째로, 처분은 원칙적으로 국민의 권리·의무에 직접 영향이 있는 법적 행위여야 한다. 구체적으로는 외부효과성과 직접효과성, 법적 규율성이 인정되어야 한다. 여기서 외부효과성은 처분이 단순히 행정 내부적으로만 효력이 있는 것이 아니라 외부적으로 효력을 갖는 것을 의미하고, 직접효과성은 처분이 이차적·간접적으로가 아니라 그 자체로써 바로 법적 효과를 가져야 한다는 것을 의미하며, 법적 규율성은 법적으로 효력이 있고 의미 있는 결정이 있어야 한다는 것을 의미한다.⁸⁴⁾

네 번째로, 처분은 행정청이 고권적·우월적 지위에서 상대방의 권리·의무나 법적 지위에 일방적으로 영향을 주는 공권력적 행위로서,⁸⁵⁾ 단독행위임이 원칙이다. 따라서 행정청이 상대방과 대등한 지위에서 하는 공법상 계약이나 사법(私法)상의 행위는 원칙적으로 처분에 해당하지 않는다.

나. 행정상 사실행위의 처분성

행정상 사실행위는 ‘직접적인 법적 효과의 발생을 목적으로 하지 않고 사실상의 결과만 초래하는 행정주체의 행위’로, 달리 말하면, 위에서 살펴본 처분의 세 번째 개념 요소인 ‘국민의 권리·의무에 직접 영향이 있는 법적 행위’가 아닌 행정주체의 행위라고 할 수 있다. 이에 행정상 사실행위는 주로 처분의 4가지 개념 요소 중 ③ 국민의 권리·의무에 직접 영향이 있는 법적 행위(외부효과성·직접효과성·법적규율성)에 해당하지 않음을 이유로 그 처분성이 부정된다. 그런데 행정상 사실행위 중에는 형식적으로는 국민의 권리·의무에 직접 영향이 없으나, 실질적으로 국민의 권리·의무에 중대한 영향을 미치고 행정의 고권적 지위로 인해 그 행위의 공권력성이 인정되는 경우가 있고, 이러한 경우에 그에 대한 사법(司法)적 통제의 필요성이 인정된다. 이때 어느 범위까지 그 필요성이 인정되는가의 문제가 행정상 사실행위의 처분성 인정 문제이다.

83) 대법원 2015. 1. 29. 선고 2012두11164 판결; 대법원 2009. 11. 2.자 2009마596 결정; 대법원 2009. 9. 17. 선고 2007다2428 전원합의체 판결; 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005두11951 판결; 대법원 1996. 2. 15. 선고 94다31235 전원합의체 판결 등 참조.

84) 김유환, 현대 행정법, 박영사, 2024, 509-510면 참조.

85) 대법원 2020. 5. 28. 선고 2017두66541 판결.

1) 학설

다수설은 행정상 사실행위 중 권력성이 인정되는 권력적 사실행위의 경우 처분성이 인정된다고 보는데, 그 처분성이 인정되는 근거에 대하여는 견해가 나뉜다. 통설은 쟁송 법적 처분 개념을 지지하는 입장(이원론)에서 권력적 사실행위 그 자체가 항고소송의 대상인 처분이 된다고 본다.⁸⁶⁾ 해당 견해는 사실행위에 대한 실효적인 권익구제가 요구되고, 행정쟁송법상 취소는 민법상의 취소와 달리 위법상태를 제거하는 의미 또는 위법확인의 의미를 가지며, 「행정소송법」상 처분 개념이 외부에 대한 직접적 법률효과를 요구하지 않음을 근거로 한다.⁸⁷⁾ 이 견해에 따르면, 사실행위의 권력성이 인정되고 그 권력성으로 인해 국민의 권리·의무가 중대한 영향을 받는 경우에는 국민의 권익을 구제할 필요가 있기 때문에 그 사실행위가 처분으로서 항고소송의 대상이 되는 것으로 인정된다. 이와 달리 권력적 사실행위는 수인하명과 사실행위가 결합된 합성행위의 성격을 가지며, 사실행위가 아닌 수인하명이 항고소송의 대상이 된다고 보는 견해도 있다.⁸⁸⁾ 해당 견해에 따르면, 사실행위에 수인하명이 결합된 경우에만 권력적 사실행위를 항고소송으로 다룰 수 있다.

반면에, 행정상 사실행위는 권력적 사실행위이든 비권력적 사실행위이든 취소소송의 대상인 처분이 될 수 없다고 보는 소수설도 주장되고 있다. 해당 견해는 사실행위는 법적 행위가 아니므로 법률효과의 발생을 취소하는 취소소송의 대상이 될 수 없다는 것을 근거로 든다.⁸⁹⁾ 그리고 소수설 중에는 권력적 사실행위로 인해 수인하명이라는 효과가 발생한다면 그 수인하명이 취소소송의 대상인 처분이 되는 것이지 권력적 사실행위의 처분성이 인정되는 것은 아니라고 하는 견해도 있다.⁹⁰⁾

86) 권력적 사실행위의 처분성을 인정하는 견해는 ① 권력적 사실행위는 “행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부”에 해당하여 그 처분성이 인정된다고 보는 견해와 ② “그 밖에 이에 준하는 행정작용”에 해당하여 그 처분성이 인정된다는 견해로 다시 나뉘기도 한다. 이에 관하여는 김철용, 행정법, 고시계사, 2023, 362면 참조.

87) 김철용, 행정법, 고시계사, 2023, 362-363면 참조.

88) 김남진/김연태, 행정법 I, 법문사, 2024, 354면; 정하중, 행정법개론, 법문사, 2017, 340면 참조.

89) 김용섭, 행정상 사실행위, 행정작용법(김동희 교수님 정년퇴임 기념논문집), 박영사, 2005, 742면 참조.

90) 김남진/김연태, 행정법 I, 법문사, 2024, 343면 참조.

2) 판례

가) 서설

행정상 사실행위는 법적 효력이 없으므로 법적 효력을 제거하거나 그 효력 없음을 확인하는 항고소송의 대상이 되기 어려운 것이 원칙이다. 그러나 대법원은 일정한 경우 행정상 사실행위의 처분성을 인정하여 항고소송을 통한 권리구제를 허용하고 있다. 대법원은 “행정청의 어떤 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지의 문제는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우 행정처분은 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위라는 점을 염두에 두고, 관련 법령의 내용과 취지, 그 행위의 주체·내용·형식·절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익과의 실질적 관련성, 그리고 법집행의 원리와 당해 행위에 관련한 행정청 및 이해관계인의 태도 등을 참작하여 개별적으로 결정하여야 한다.”⁹¹⁾ 고 하여, 항고소송의 대상인 처분성을 판단함에 있어서의 기준을 제시하고 있다.

현재 처분성 인정에 있어서의 전체적인 판례 경향은, 전통적인 실체법적 개념설에 의할 경우 처분성이 인정되지 아니할 행정상 사실행위의 처분성을 인정하거나, 처분에 해당하는지가 불분명한 경우 그에 대한 불복방법 선택에 중대한 이해관계를 가지는 상대방의 인식가능성과 예측가능성을 중요하게 고려하여 처분성 인정 여부를 규범적으로 판단해야 한다고 함으로써, 처분 개념을 점차 확대해 가는 것이라고 평가된다.⁹²⁾ 또한 대법원은 권력적 사실행위라는 개념을 사용하여 범주적으로 접근하는 방식을 취하지 않고 있어, 권력적 사실행위 일반에 대하여 행정소송의 대상이 되는지에 관한 명시적인 판단을 내린 바는 없으나,⁹³⁾⁹⁴⁾ 권력적 사실행위로 인정되는 경우에 처분성을 인정하면서 권력적 사실행위로 인정되는 범위를 확대함으로써 처분의 인정 범위를 넓혀 가고 있는 것으로 보인다.

91) 대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결 등 참조.

92) 사법연수원, 법원실무제요 : 행정 [I], 2024, 211면 참조.

93) 최계영, 헌법소원에 의한 행정작용의 통제 - 기능과 한계 -, 공법연구, 제37집 제2호, 2008, 217면 참조.

94) 대법원 판례상 행정처분으로 인정된 것들 중 강학상 권력적 사실행위에 해당한다고 볼 수 있는 것으로는 ① 단수처분, ② 미결수용자의 이송조치, ③ 세무조사가 있는데, 이들 판례에서는 (별다른 이유제시 없이) 단도직입적으로 행정처분에 해당한다고 판단하고 있을 뿐이며, 항고소송에 관한 판례에서 ‘권력적 사실행위’라는 용어가 언급된 예는 없다. 이상덕, 도지사의 지방의료원 폐업조치가 항고소송의 대상인 처분에 해당하는지, 대법원판례해설, 제110호, 2017, 39면 참조.

나) 행정지도에 관한 판례

행정지도는 단순한 지도·권고·조언의 의미를 갖는 것으로서 상대방의 동의나 협력을 기반으로 하여 시행되는 비권력적 사실행위에 해당하여 취소소송의 대상인 처분에 해당하지 않는 것이 원칙이다. 대법원은 “항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 함은 행정청의 공법상의 행위로서 특정사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등 국민의 구체적인 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 행위를 말하는 것이고, 행정권 내부에서의 행위나 알선, 권유, 사실상의 통지 등과 같이 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키지 아니하는 행위 등은 항고소송의 대상이 될 수 없다.”고 하여 행정지도의 처분성은 원칙적으로 부정됨을 명시하고 있다.⁹⁵⁾ 구체적으로는, 관할 구청장이 한국전력공사에 위법 건축물에 대한 단전조치를 요청한 후, 한국전력공사가 관할 구청장에 해당 건축물에 대한 전기공급의 적법 여부를 조회하자 관할 구청장이 해당 건축물은 위법건축물이므로 전기공급이 불가하다는 내용의 회신(이하 ‘이 사건 회신’이라 한다)을 한 것이 문제된 사안에서, 대법원은 “이 사건 회신은 한국전력공사에 전기공급을 하지 말아 줄 것을 요청하는 권고적 성격의 행위에 불과한 것으로서 한전이나 특정인의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 가져오는 것은 아니므로 이를 가리켜 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수는 없다.”고 판시하였다.⁹⁶⁾

그런데 대법원은, 처분성 인정 범위를 확대하는 경향 속에서, 비권력적 사실행위로 간주되어 온 행정지도에 대해서도 사실상의 강제력이 발생하여 국민의 권리·의무에 중대한 영향을 미친다는 이유로 처분성을 긍정하기도 한다.⁹⁷⁾ 예를 들어 대법원은 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고에 대하여 “구 남녀차별금지및구제에관한법률(2003. 5. 29. 법률 제6915호로 개정되기 전의 것) 제28조에 의하면, 국가인권위원회의 성희롱결정과 이에 따른 시정조치의 권고는 불가분의 일체로 행하여지는 것인데 국가인권위원회의 이러한 결정과 시정조치의 권고는 성희롱 행위자로 결정된 자의 인격권에 영향을 미침과 동시에 공공기관의 장 또는 사용자에게 일정한 법률상의 의무를 부담시키는 것이므로 국

95) 대법원 1993. 10. 26. 선고 93누6331 판결; 대법원 1995. 7. 28. 선고 94누10832 판결; 대법원 1995. 11. 21. 선고 95누9099 판결 등 참조.

96) 대법원 1995. 11. 21. 선고 95누9099 판결.

97) 성중탁, 사실행위에 대한 사법적 통제 경향 및 그 개선방안 - 권력적 사실행위와 비권력적 사실행위에 대한 헌법재판소 판례검토를 중심으로 -, 행정판례연구, 제19집 제1호, 2014, 322면.

가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고는 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 보지 않을 수 없다.”고 판시하였다.⁹⁸⁾

대법원은 일정한 행정목적의 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도·권고·조언 등을 하는 행정작용인 행정지도의 본질이 ‘강제력이 없음’에 있음에도, 일정한 경우 사실상의 강제력이 발생함을 근거로 그 처분성을 인정하고 있는 것이다. 이와 같은 방식으로 행정지도의 처분성을 인정하는 것에 대하여는, 사실상의 강제력이 발생하여 임의성이 부정되는 행정지도는 더 이상 행정지도라고 볼 수 없으므로, 이를 행정지도의 처분성이 인정되는 경우라고 이해하는 것은 적절하지 않다는 지적이 있다.⁹⁹⁾

다) 행정조사에 관한 판례

행정조사의 일종인 세무조사와 관련하여, 대법원 2011. 3. 10. 선고 2009두23617, 23624(병합) 판결은, 일련의 세무조사 과정에서 이루어진 세무조사결정의 처분성을 인정하여, 제1심 법원과 항소심 법원이 세무조사결정의 처분성을 부정하여 소각하한 부분을 파기하였다.

대법원은 ① 질문조사권이 행해지는 세무조사결정이 내려지면 납세의무자는 세무공무원의 과세자료 수집을 위한 질문에 대답하고 검사를 수인하여야 할 법적 의무를 부담하게 된다는 점¹⁰⁰⁾과 ② 세무조사는 필요한 최소한의 범위 안에서 이루어져야 하고, 특히 동일한 세목 및 과세에 대한 재조사는 원칙적으로 금지되어야 한다는 점에서 사법(司法)적 통제의 필요성이 인정되고, ③ 세무조사결정에 대하여 다툴 수 있게 함으로써 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 필요가 있음을 이유로, 세무조사 사전통지서에 기재된 ‘세무 조사를 하겠다는 결정’의 처분성을 인정하였다.¹⁰¹⁾

98) 대법원 2005. 7. 8. 선고 2005두487 판결.

99) 김도승, 행정지도에 관한 고찰, 가천법학, 제5권 제1호, 2012, 254-255면 참조.

100) 구 조세법 처벌법 [법률 제8138호, 2006. 12. 30.] 제17조에 의하면 세법의 질문조사권 규정에 따른 세무공무원의 질문에 대하여 거짓으로 진술하거나 그 직무집행을 거부 또는 기피한 자는 과태료에 처해지게 된다는 점에서 납세의무자의 질문조사권을 수인할 의무가 도출된다.

101) “과세관청의 질문조사권이 행해지는 세무조사결정이 있는 경우 납세의무자는 세무공무원의 과세자료 수집을 위한 질문에 대답하고 검사를 수인하여야 할 법적 의무를 부담하게 되는 점, 세무조사는 기본적으로 적정하고 공평한 과세의 실현을 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 행하여져야 하고, 더욱이 동일한 세목 및 과세기간에 대한 재조사는 납세자의 영업의 자유 등 권익을 심각하게 침해할 뿐만 아니라 과세관청에 의한 자의적인 세무조사의 위험마저 있으므로 조세공평의 원칙에 현저히 반하는 예외적인 경우를 제외하고는 금지될 필요가 있는 점, 납세의무자로 하여금 개개의 과태료 처분에 대하여 불복하거나 조사 종료 후의 과세처분에 대하여만 다툴 수 있도록 하는 것보다는 그에 앞서 세무조사결정에 대하여 다툴으로써 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있는 점 등을 종합하면, 세무조

반면에, 제1심 법원¹⁰²⁾과 항소심 법원¹⁰³⁾은 ① 세무조사를 하는 경우에는 어느 경우에도 예외 없이 사전통지서를 통해서 세무조사를 개시하겠다는 결정이 외부에 표시되는 것은 아니라는 점,¹⁰⁴⁾ ② 사전통지는 국민의 권리와 의무에 직접 제한을 가하는 행정행위가 아니라 세무조사를 개시하기 전에 그와 같은 세무조사를 개시하겠다는 세무관서의 내부적인 방침을 미리 납세자에게 예고하는 것에 불과하다는 점, ③ 구체적인 세무조사의 과정에서 수인의무를 부과하는 질문검사권이 행사될 수도 있으나, 이는 세무조사 결정과는 무관한 것으로서 세무조사 결정 자체에는 구체적인 수인 의무를 부과하는 내용이 전혀 포함되지 않는 점 등의 제반 사정에 비추어 볼 때, 세무조사결정 자체는 상대방 또는 관계자들의 법률상 지위에 직접적으로 법률적 변동을 일으키지 아니하는 행위로서 항고 소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않는 것으로 보아야 한다고 하였다.¹⁰⁵⁾

제1심 법원 및 항소심 법원의 판결과 대법원 판결의 가장 근본적인 차이는, 세무조사 개시 시점을 언제로 보는지의 차이라고 할 수 있다. 다시 말해, 양자의 차이는 ‘세무조사 결정과 그 사실의 통지가 세무조사의 일부에 해당하는지’, ‘세무조사결정으로 국민의 권리·의무에 영향을 주는 세무조사가 시작되었다고 볼 수 있는지’에 대한 판단의 차이에서 비롯된 것이다. 제1심 법원 및 항소심 법원은 세무조사결정 및 사전통지를 세무조사와 분리하여 이해하는 견해에 해당한다. 이러한 견해에 따르면, 세무조사 사전통지는 「행정

사결정은 납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 공권력의 행사에 따른 행정작용으로서 항고 소송의 대상이 된다.”

102) 대전지방법원 2008. 11. 26. 선고 2007구합1608, 2007구합1981(병합) 판결

103) 대전고등법원 2009. 11. 26. 선고 2009누124, 2009누131(병합) 판결

104) 「국세기본법」 제8조의7(세무조사의 통지와 연기신청 등)

① 세무공무원은 세무조사를 하는 경우에는 조사를 받을 납세자(납세자가 제82조에 따라 납세관리인을 정하여 관할 세무서장에게 신고한 경우에는 납세관리인을 말한다. 이하 이 조에서 같다)에게 조사를 시작하기 15일 전에 조사대상 세목, 조사기간 및 조사 사유, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 통지(이하 이 조에서 “사전통지”라 한다)하여야 한다. 다만, 사전통지를 하면 증거인멸 등으로 조사 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

② ~ ⑥ (생략)

105) 제1심 법원과 항소심 법원은 “세무공무원이 과세자료를 수집함에 있어 질문검사권을 행사하여 과세요건을 충족하는 사실의 조사·확인 및 과세에 필요한 직접·간접의 자료를 수집하는 일련의 행위는 납세자의 동의를 전제로 하여 시행되는 임의조사이지만, 질문 검사의 상대방은 허위진술 등에 대한 제재를 통하여 질문에 대답하고 검사를 수인할 의무를 간접적으로 강제당하고 있으므로, 이런 의미에서 세무조사 중 질문 검사권의 행사는 성질상 공권력의 행사를 내용으로 하는 사실행위라고 볼 수 있고, 따라서 세무조사라고 하여 전혀 행정소송의 대상이 될 여지가 없는 것은 아니다.”라고 함으로써 세무조사는 임의조사이기는 하지만 권력적 사실행위의 성질을 갖는 것으로서 처분성이 인정되어 취소소송의 대상으로 인정될 수 있다고 하였다.

절차법」 제21조가 규정하고 있는 처분의 사전통지와 유사한 것으로, 권력적 사실행위로써 그 처분성이 문제되는 세무조사 자체는 아닌 것으로 이해된다.¹⁰⁶⁾ 대법원은 세무조사 결정 및 사전통지가 세무조사의 일부라고 보는 견해이다. 다시 말해, 대법원은 세무조사 결정 및 사전통지는 세무조사라는 권력적 사실행위가 이루어지는 일련의 과정 중 하나로 세무조사결정이 이루어짐으로 인해 세무조사가 시작된 것이라고 이해하는 것으로 보인다. 이러한 견해 차이는, 제1심 법원 및 항소심 법원이 세무공무원의 질문조사권 행사를 수인할 의무는 세무조사결정 그 자체와는 무관한 것이라고 본 반면에, 대법원은 세무조사결정의 처분성을 인정하는 주된 근거로 세무공무원의 질문조사권에 응해야 하는 납세의무자의 수인의무를 들고 있다는 점에서 분명하게 드러난다.

대법원이 세무조사 개시 시점을 앞당겨 세무조사결정으로부터 납세의무자의 수인의무가 도출된다고 판단함으로써 세무조사결정 자체를 취소소송의 대상으로 인정한 것은, 세무조사가 조사 대상자의 권익에 미치는 영향이 증대하고 그로 인해 발생하는 손해를 회복하기 어렵기 때문에, 납세의무자의 권익과 관련하여서 사전적 구제가 사후적 구제보다 월등히 효율적이고 실질적인 구제방법이라는 점을 고려한 것이라고 생각된다. 대법원이 세무조사결정의 처분성 인정 근거로 세무조사는 필요·최소한의 범위에서 제한적으로 이루어져야 한다는 점과 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 필요가 있음을 든 것 역시 이와 같은 맥락에서 이해될 수 있다.

세무조사는 적정하고 공평한 과세를 위해서 반드시 필요한 것이기는 하지만, 세무조사가 실시되면 시장에서는 조사 대상자인 기업의 주가가 하락하기도 하고, 조사요원들이 사무실을 방문하여 조사를 하면 사업자의 정상적인 영업에 지장을 초래하며, 세무조사를 통해 위법사실이 확인될 경우 수사기관에의 고발 및 형사처벌 등의 불이익으로 이어질 수 있다는 점에서, 조사 대상자의 권익에 미치는 사실적·경제적·법적 영향이 증대하다. 때문에 납세의무자의 권익을 사전적·효율적으로 보호할 필요가 있고 이를 위해서는 세무조사결정 단계에 대한 사법(司法)적 통제가 필요하다는 점에서는 대법원의 입장에 동의할 수 있다.¹⁰⁷⁾ 그러나 세무조사 사전통지로부터 추출할 수 있는 세무조사결정 그 자체

106) 이동식, 세무조사 결정통지의 처분성, 행정판례연구, 제17집 제1호, 2012, 163-164면 참조.

107) 납세의무자의 권익의 사전적·효율적 보호를 위해 세무조사결정에 대한 취소소송을 인정하는 것의 대안으로, ① 세무조사 사전통지 후 이루어지는 세무조사 행위 자체에 대하여 처분성을 긍정하고, 그에 대한 집행정지를 폭넓게 인정하는 방법, ② 「국세기본법」상의 납세자보호관제도를 실질적으로 활용하는 방법, ③ 세무조사에 있어 영장주의를 도입하는 방법을 제안한 문헌으로 이동식, 세무조사 결정통

가 세무조사라는 일련의 과정 중에 이루어지는 행정작용으로서, 납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 처분에 해당한다고 본 것이 이론적 정합성을 갖추고 있는지는 의문이다. 세무조사결정 그 자체는 구체적인 집행행위에 대한 계획 및 방침을 정한 것에 불과한 것으로서, 국민의 권익에 경제적·사실적 영향을 줄 수는 있으나 국민의 권리·의무에 직접적인 영향을 준다고 보기는 어렵기 때문이다.

라) 행정상 공표에 관한 판례

앞서 언급한 바와 같이, 행정상 공표의 처분성 인정 여부는 본질적으로 국민의 권익 침해 가능성과 그에 대한 구제 필요성이 항상 수반될 수밖에 없는 제재적 공표와 관련하여 주로 문제되어 왔다. 제재적 공표의 처분성 인정 여부도 아래에서 설명할 대법원 2019. 6. 27. 선고 2018두49130 판결이 있기 전까지는 실무와 학계에서 큰 관심을 받지 못하였는데, 해당 판결에서 병무청장의 병역의무기피자 인적사항 공개결정의 처분성을 인정하고, 2022년 개정된 「행정절차법」에 ‘위반사실 등의 공표’에 관한 규정인 제40조의 3이 신설되면서, 제재적 공표에 관한 실무와 학계의 관심이 고조되었다.¹⁰⁸⁾

대법원 2019. 6. 27. 선고 2018두49130 판결에서, 대법원은 “병무청장이 병역법 제81조의2 제1항에 따라 병역의무 기피자의 인적사항 등을 인터넷 홈페이지에 게시하는 등의 방법으로 공개한 경우 병무청장의 공개결정을 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아야 한다.”고 판시하였다. 그리고 그 이유로 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 해당한다는 점, ② 병무청장이 하는 병역의무 기피자의 인적사항 등 공개조치에는 특정인을 병역의무 기피자로 판단하여 그에게 불이익을 가한다는 행정결정이 전제되어 있고, 공개라는 사실행위는 행정결정의 집행행위라고 보아야 한다는 점, ③ 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 있다는 점, ④ 재판에서 병무청장의 공개결정에 대한 취소판결이 선고되는 경우, 병무청

지의 처분성, 행정판례연구, 제17집 제1호, 2012, 177면 참조.

108) 정선균, 행정상 명단공개에 대한 구제수단으로서 당사자소송의 활용, 서강법률논총, 제12권 제3호, 2023, 155면 참조.

장은 취소판결의 기속력에 따라 위법한 결과를 제거하는 조치를 할 의무가 있으므로 공개 대상자의 실효적 권리구제를 위해 병무청장의 공개결정을 행정처분으로 인정할 필요성이 있다는 점, ⑤ 만약 병무청장의 공개결정을 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보지 않는다면 국가배상청구 외에는 침해된 권리 또는 법률상 이익을 구제받을 적절한 방법이 없다는 점을 들었다.

마) 내부결정의 발표에 관한 판례

항고소송의 대상인 처분은 국민의 권리·의무에 직접 영향이 있을 것을 개념요소로 하므로, 국민의 권리·의무에 직접적·최종적인 영향을 주지 않는 행정청의 내부결정은 원칙적으로 항고소송의 대상인 처분에 해당하지 않는다. 그런데 판례는 발표·통지 등의 사실행위에 내재되어 있는 행정청의 내부결정, 즉 행정청의 내부적 의사표시 요소를 추출 또는 의제하여 이를 처분으로 보아 그에 대한 항고소송을 인정하기도 한다.¹⁰⁹⁾ 이와 같은 유형의 판례는 행정상 사실행위를 하기로 하는 행정청의 내부결정을 발표하거나 통지한 후 행정상 사실행위가 이루어지는 일련에 과정에서 행정청의 결정을 추출 또는 의제하여 그 결정의 처분성을 인정한다. 이러한 판결은 앞의 ‘다) 행정조사에 관한 판례’에서 살펴본 ‘일련의 세무조사 과정에서 이루어진 세무조사결정의 처분성을 인정’한 대법원 2011. 3. 10. 선고 2009두23617, 23624(병합) 판결을 기점으로 나타나기 시작하였다. 그리고 아래에서 살펴볼 ‘도지사의 지방의료원 폐업 발표와 일련의 폐업 조치에 내재된 도지사의 폐업 결정의 처분성을 인정’한 대법원 2016. 8. 30. 선고 2015두60617 판결과 앞의 ‘라) 행정상 공표에 관한 판례’에서 살펴본 ‘병무청장이 병역의무 기피자 명단을 인터넷 홈페이지에 게시하여 공개한 조치에 내재해 있는 공개결정의 처분성을 인정’한 대법원 2019. 6. 27. 선고 2018두49130 판결에서 그와 같은 판결이 이어졌다.

대법원 2016. 8. 30. 선고 2015두60617 판결은, 도지사가 지방의료원 폐업방침을 기자회견을 통해 발표한 것을 통해 드러난 도지사의 ‘지방의료원 폐업결정’의 처분성을 인정하였다.¹¹⁰⁾ 사실관계를 먼저 살펴보면 다음과 같다. 지방의료원의 설립·통합·해산은 지방자치단체의 조례로 결정할 사항임에도 불구하고, 2013. 3. 26. 기자회견을 통해 도지사

109) 사법연수원, 법원실무제요 : 행정 [I], 2024, 240면 참조.

110) 다만, “이 사건 폐업결정 후 진주의료원을 해산한다는 내용의 이 사건 조례가 제정·시행되었고, 이 사건 조례가 무효라고 볼 사정도 없으므로, 진주의료원을 폐업 전의 상태로 되돌리는 원상회복은 불가능하다고 판단된다.”는 이유로 소의 이익을 부정하였다.

의 지방의료원 폐업방침이 발표된 이후에, 아직 지방의료원 폐업에 관한 조례가 공포되지 않았음에도 불구하고, 의료진의 근무계약 해지·환자전원조치 등 지방의료원 폐업을 위한 조치가 이루어졌다. 그리고 2013. 5. 29. 지방의료원에 의하여 폐업신고가 이루어졌고, 2013. 7. 1.에 비로소 지방의료원 폐업에 관한 조례가 공포되었다. 지방의료원의 환자·보호자·직원으로 구성된 원고들은, 지방의료원 폐업을 위한 조치가 실질적으로 도지사에 의하여 이루어졌으므로, 2013. 3. 26. 폐업방침발표와 2013. 5. 29. 폐업신고를 도지사의 폐업명령으로 볼 수 있다고 하면서, 도지사의 폐업명령의 취소를 구하였다.¹¹¹⁾

대법원은 ① 지방의료원의 설립·통합·해산은 지방자치단체의 조례로 결정할 사항임에도 불구하고, 이 사건 조례가 공포된 2013. 7. 1. 이전에 의료진과의 근무계약 해지, 환자들에 대한 전원조치 및 진주의료원 폐업신고 등 지방의료원의 폐업을 위한 조치가 이루어졌고, 이러한 일련의 조치는 도지사의 이 사건 폐업결정에 따른 것으로 보이는 점, ② 도지사의 폐업결정으로 인하여 입원환자들은 퇴원하거나 전원하여야 하고, 직원들도 직장을 잃게 되는 등 이들의 권리·의무에 중대한 영향을 미치므로 지방의료원의 폐업이 관계 법령상의 기준과 절차를 준수하였는지에 대한 사법심사가 필요한 점 등을 이유로, 도지사의 지방의료원 폐업결정이 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사로서 입원환자들과 소속 직원들의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것이므로 항고소송의 대상에 해당한다고 판시하였다. 다만, 대법원은 ① 폐업결정 후 지방의료원을 해산한다는 내용의 조례가 제정·시행되었고 그 조례가 무효라고 볼 사정도 없으므로, 진주의료원을 폐업 전의 상태로 되돌리는 원상회복은 불가능하고, ② 법원이 폐업결정을 취소하더라도 그것은 단지 이 사건 폐업결정이 위법함을 확인하는 의미밖에 없고, 원고들에게 이 사건 폐업결정의 취소로 회복할 수 있는 다른 권리나 이익이 남아있다고 보기도 어렵다는 이유로 폐업결정의 취소를 구할 소의 이익을 부정하였다.

해당 사안에서 대법원은, 헌법재판소의 ‘국제그룹 해체 사건’¹¹²⁾과의 유사성, 즉 권력

111) 원고들은 제1심에서는 2013. 5. 29. 폐업신고의 취소만을 구하였는데, 제1심 법원은 지방의료원이 행정청의 지위에 있다고 볼 수 없다는 이유로 지방의료원 폐업신고의 처분성을 부정하였다. 원고들은 이에 항소하면서 예비적 청구로 도지사의 폐업방침 발표를 도지사의 폐업명령으로 보아 그 취소를 구하였으나, 항소심 법원은 폐업 발표나 폐업 신고를 경남도지사의 폐업명령으로 볼 수 없다는 이유로 그 처분성을 부정하였다. 헌재 1993. 7. 29. 89헌마31, 판례집 5-2, 87.

112) ‘국제그룹 해체 사건’에서 헌법재판소는, 재무부장관이 제일은행장에 대하여 행한 국제그룹 해체준비 착수 및 언론발표 지시가 일종의 권력적 사실행위로서 헌법소원의 대상인 공권력 행사에 해당한다고 보았고, 원상회복은 불가능하지만 시장경제 질서 하에서 제반 기업활동에 대한 공권력 개입의 헌법적

자의 결정·지시에 의하여 법과 절차를 무시하고 일사분란하게 폐업 내지 해체 조치가 이루어졌다는 점에서 도지사의 폐업결정에 대한 사법(司法)적 통제의 필요성을 포착하고 그 처분성을 인정한 것으로 보인다.¹¹³⁾ 실제 대법원 내부 토론과정에서는 이 사건이 국제그룹 해체 사건과 그 실체가 가장 유사하다는 점에서 그 심사의 대상 역시 국제그룹 해체 사건에서와 마찬가지로 일련의 조치, 즉 ‘도지사가 2013. 3. 26. 폐업방침을 발표하고 도청 소속 공무원을 파견하여 2013. 5. 29.까지 폐업을 사실상 완료한 일련의 조치’로 하고, 이를 행정청의 위법한 공권력 행사로 보아 위법함을 선언함이 타당하다는 견해가 제기되기도 하였다.¹¹⁴⁾ 그러나 대법원 판결은 최종적으로는 ‘일련의 조치에 내재된 도지사의 폐업결정’을 처분으로 파악하였는데, 이는 행정법학에서 권력적 사실행위에 내재해 있는 행정결정(의사표시)의 요소를 추출 또는 의제하여 행정행위로 파악하는 것이 전통이기 때문이라고 설명된다.¹¹⁵⁾

바) 장부의 기재·수정·삭제에 관한 판례

우리 판례는 장부에 일정한 사항을 기재하거나 기재된 내용을 수정·삭제하는 행위가 단순히 ‘행정사무집행의 편의와 사실증명의 자료로 삼기 위한 것일 뿐이어서 실체상의 권리관계에 변동을 가져오는 것이 아닌 경우’에는, 장부의 기재·수정·삭제 행위나 그 요청을 거부하는 행위가 항고소송의 대상인 행정처분에 해당하지 않는다고 한다.¹¹⁶⁾ 대법원은 토지대장상의 소유자명의변경신청을 거부한 행위의 취소를 구한 사건¹¹⁷⁾과 지적공부상의 지적도 경계를 정정해 달라는 지적정리요청을 거부한 행위가 처분에 해당하는지 가 문제된 사안¹¹⁸⁾에서, ‘지적공부상의 기재내용이 변경된다고 당해 토지에 대한 실체상

한계에 대한 해명이 필요하다고 하면서 소의 이익을 인정하였다. 그리고 본안심사를 통해 일련의 국제그룹 해체 조치가 위헌임을 확인하였다. 헌재 1993. 7. 29. 89헌마31, 판례집 5-2, 87.

113) 신철순, 의료원 폐업방침 발표의 처분성과 취소소송의 소의 이익, 행정판례연구, 제23집 제1호, 2018, 196면; 이상덕, 도지사의 지방의료원 폐업조치가 항고소송의 대상인 처분에 해당하는지, 대법원판례해설, 제110호, 2017, 40-42면 참조.

114) 이상덕, 도지사의 지방의료원 폐업조치가 항고소송의 대상인 처분에 해당하는지, 대법원판례해설, 제110호, 2017, 42면 참조.

115) 이상덕, 도지사의 지방의료원 폐업조치가 항고소송의 대상인 처분에 해당하는지, 대법원판례해설, 제110호, 2017, 43면 참조.

116) 대법원 2012. 1. 12. 선고 2010두12354 판결; 대법원 2002. 4. 26. 선고 2000두7612 판결; 대법원 1998. 2. 24. 선고 96누5612 판결; 대법원 1992. 2. 11. 선고 91누4126 판결; 대법원 1991. 9. 24. 선고 91누1400 판결; 대법원 1984. 4. 24. 선고 82누308 판결 등 참조.

117) 대법원 2012. 1. 12. 선고 2010두12354 판결.

118) 대법원 2002. 4. 26. 선고 2000두7612 판결.

의 권리관계가 변동되는 것이 아니고, 토지 소유권 유무 및 그 범위가 지적공부의 기재만에 의하여 증명되는 것도 아니'라는 이유로 토지대장상의 소유자명의변경신청 거부행위와 지적정리요청 거부행위의 처분성을 부정하였다. 그리고 육군병원의 입원기록 작성행위에 대하여는 “육군병원의 입원기록은 병원에서 환자를 치료, 관리하는 등 업무집행의 편의와 사실증명의 자료로 삼기 위하여 작성되는 것으로서 이로 인하여 바로 환자의 권리의무에 영향을 미치는 것은 아니라 할 것이므로 위 입원기록의 작성행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다.”고 하여, 그 처분성을 부인하였다.¹¹⁹⁾

다른 한편, 대법원은 장부에 기재된 사항이 이해관계인의 실제적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있는 경우에는 그 장부의 기재·수정·삭제 행위나 그 요청을 거부하는 행위의 처분성을 인정한다. 그리고 장부 기재 등의 행위가 실제적 권리관계와 밀접하게 관련되어 있는지 여부를 판단함에 있어서는, 장부 기재 내용과 관련된 권리행사에 중대한 지장이 초래되는지, 즉 권리를 제대로 행사할 수 있는지 여부를 판단 기준으로 삼고 있다. 가령, 소멸등록된 실용신안권의 회복등록신청을 거부한 행위가 문제된 사안에서, 대법원은 “실용신안권자의 실용신안권 자체에는 아무런 실제적 권리관계의 변동을 초래하지 아니한다고 할 것이나, 실용신안권이 소멸등록된 상태에서는 실용신안권자로서는 자신의 권리를 실용신안등록원부에 표창하지 못하고, 나아가 실용신안권을 처분하거나 담보로 제공하는 등 등록을 필요로 하는 일체의 행위를 할 수 없게 되어 권리행사에 중대한 지장을 받게 되므로, 실용신안권의 소멸등록의 회복은 실용신안권자의 권리관계에 직접 변동을 일으키는 행위라고 할 것”이라고 하면서 실용신안권 회복등록신청 거부행위의 처분성을 인정하였다.¹²⁰⁾

우리 판례는 장부의 기재·수정·변경에 관한 행정청의 행위의 처분성 인정 범위를 확대해 나가고 있는 것으로 보인다. 과거 우리 판례는 장부에 일정한 사항을 기재하는 것이 권리관계 변동의 요건에 해당하지는 않는다는 형식적인 측면에 주목하여 장부 기재 등의 행위의 처분성을 원칙적으로 부정하고 극히 제한적으로 처분성을 인정하는 입장을 견지하였다. 그런데 기존의 판례¹²¹⁾가 그 처분성을 부정하던 ‘지적공부 소관청의 지목변

119) 대법원 1992. 2. 11. 선고 91누4126 판결.

120) 대법원 2002. 11. 22. 선고 2000두9229 판결.

121) 대법원 1995. 12. 5. 선고 94누4295 판결은 “토지대장에 일정한 사항을 등재하거나 등재된 사항을 변경하는 행위는 행정사무집행의 편의와 사실증명의 자료로 삼기 위한 것이고 그 등재나 변경으로 인하여 당해 토지에 대한 실제상의 권리관계에 어떤 변동을 가져오는 것은 아니어서 소관청이 그 등재사

경신청 반려 행위'의 처분성을 인정한 대법원 2004. 4. 22. 선고 2003두9015 전원합의체 판결¹²²⁾을 기점으로, 특히 지적공부의 기재·수정·삭제 행위나 그 요청을 거부하는 행위의 처분성을 인정하는 판례가 증가하였다. 예를 들어, 지적공부 소관청이 토지대장을 직권으로 말소한 행위가 문제된 사안에서, 대법원은 “토지대장은 토지에 대한 공법상의 규제, 개발부담금의 부과대상, 지방세의 과세대상, 공시지가의 산정, 손실보상가액의 산정 등 토지행정의 기초자료로서 공법상의 법률관계에 영향을 미칠 뿐만 아니라, 토지에 관한 소유권보존등기 또는 소유권이전등기를 신청하려면 이를 등기소에 제출해야 하는 점 등을 종합해 보면, 토지대장은 토지의 소유권을 제대로 행사하기 위한 전제요건으로서 토지 소유자의 실제적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로, 이러한 토지대장을 직권으로 말소한 행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.”고 판시하였다.¹²³⁾ 그리고 토지대장상의 소유자명의변경신청을 거부한 행위의 처분성을 부정하면서도, “토지대장에 기재된 일정한 사항을 변경하는 행위는, 그것이 지목의 변경이나 정정 등과 같이 토지소유권 행사의 전제요건으로서 토지소유자의 실제적 권리관계에 영향을 미치는 사항에 관한 것이 아닌 한” 처분성이 부정된다고 함으로써, 장부 기재 등의 행위가 권리 행사의 전제요건이 되는 경우에는 실제적 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 처분성이 인정될 수 있음을 밝혔다.¹²⁴⁾

위와 같은 경향은 자동차운전면허대장에 관한 판례에서도 나타나고 있는 것으로 보인다. 대법원은 “자동차운전면허대장상 일정한 사항의 등재행위는 운전면허행정사무집행의 편의와 사실증명의 자료로 삼기 위한 것일 뿐 그 등재행위로 인하여 당해 운전면허 취득자에게 새로이 어떠한 권리가 부여되거나 변동 또는 상실되는 효력이 발생하는 것은 아니므로 이는 행정소송의 대상이 되는 독립한 행정처분으로 볼 수 없”다고 판시한 바 있

항에 대한 변경신청을 거부한 것을 가리켜 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다고 하는 것이 당원의 확립된 판례(당원 1991. 2. 12. 선고 90누7005 판결, 1991. 12. 24. 선고 91누8357 판결, 1993. 6. 11. 선고 93누3745 판결 각 참조)이고, 이를 변경할 필요성도 보이지 아니한다.”고 하여 토지대장에 일정한 사항을 등재하는 등의 행위는 처분에 해당하지 않는다는 것이 판례의 확립된 입장을 분명히 하였다.

122) 해당 전원합의체 판결이 그 처분성을 부정하던 ‘지적공부 소관청의 지목변경신청 반려 행위’의 처분성을 인정한 것은, 소관청의 지목변경신청 반려 내지 거부 행위의 공권력성을 인정한 헌법재판소 결정(헌법재판소 1999. 6. 24. 선고 97헌마315 결정; 헌법재판소 2002. 1. 31. 선고 99헌마563 결정)의 영향을 받아, 처분성 인정범위를 확대한 것이라고 평가된다.

123) 대법원 2013. 10. 24. 선고 2011두13286 판결.

124) 대법원 2012. 1. 12. 선고 2010두12354 판결.

다.¹²⁵⁾ 그런데 근래에, 지방법원 판결이기는 하나, 자동차운전면허대상 정정 거부행위의 처분성을 인정하는 판결이 선고되었다. 해당 판결에서는 “자동차운전면허대상상 일정한 사항의 등재행위는 …, 도로교통법 시행규칙 제78조 제3항에 정한 운전경력증명서 발급 기준이 되고 운전원을 채용하는 회사의 경우 대부분 운전경력증명서의 제출을 요구하고 있어, 운전경력증명서에 사실과 다른 교통사고이력 등이 기재되게 되는 경우 당해 운전자가 운전원 등으로 취업하거나 개인택시운송사업면허 등을 취득할 때 심각한 장애가 될 수 있는 점 등을 고려하면, 자동차운전면허대장에 등재된 일정한 사항들은 해당 운전면허취득자의 실체적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있”음을 이유로 자동차운전면허대상 정정 거부행위의 처분성이 인정되었다.¹²⁶⁾ 그리고 이에 관한 행정심판에서 지방법원 판례와 동일한 이유로 자동차운전면허대상 정정 거부행위의 처분성이 인정되기도 하였다.¹²⁷⁾

위와 같은 판례를 종합하여 볼 때, 우리 판례는 ‘장부 작성 등의 행위가 권리변동의 요건에 해당하는지 여부’라는 형식적 기준에 근거하여 처분성 인정 여부를 판단하던 것에서 ‘장부의 기재 내용이 실제 국민의 권익에 영향을 미치는지 여부’라는 실질적 기준에 근거하여 처분성 인정 여부를 판단하는 것으로 판단 기준을 변경함으로써 처분성 인정의 범위를 확대한 것이라고 할 수 있다. 그리고 나아가, 장부의 기재 내용이 국민의 권익에 영향을 미치는지 여부를 판단함에 있어서 고려하는 권익의 범위를 법적 이익이 아닌 취업 등의 사실상의 이익으로 확대함으로써 처분성 인정범위를 확대해 나가고 있는 것으로 보인다.

사) 이미 발생·소멸한 권리·의무에 관한 결정·통지에 관한 판례

이미 다른 법률이나 법률행위에 근거하여 발생·소멸한 권리·의무에 대한 결정이나 그 발생·소멸 사실을 단순히 통지하는 행위는 새로운 법적 효력을 발생시키는 행위가 아니므로 원칙적으로 그 처분성이 부정된다. 가령, 대법원은 일정한 결격사유가 발생하면 당연퇴직하도록 규정한 「국가공무원법」 제69조에 의거하여 퇴직의 인사발령을 한 경우, 해당 인사발령은 “법률상 당연히 발생하는 퇴직사유를 공적으로 확인하여 알려 주는 이른바 관

125) 대법원 1991. 9. 24. 선고 91누1400 판결.

126) 서울행정법원 2018. 9. 21. 선고 2018구합52334 판결; 광주지방법원 2007. 12. 6. 선고 2007구합1378 판결 등 참조.

127) 2019. 2. 22. 국민권익위원회 2018-17575.

념의 통지에 불과하고 공무원의 신분을 상실시키는 새로운 형성적 행위가 아니므로 행정 소송의 대상이 되는 독립한 행정처분이라고 할 수 없다.”고 판시한 바 있다.¹²⁸⁾ 이러한 판례의 태도에 의하면, 「국가공무원법」 제69조에 의한 당연퇴직을 다투기 위해서는 공법상 당사자소송인 공무원지위확인의 소를 제기하여야 한다.

그리고 공무원의 보수나 연가보상비청구권은 법령상 정해진 요건이 충족되면 그 자체만으로 지급기준일 또는 보수지급기관의 장이 정한 지급일에 구체적으로 발생하고 행정청의 지급결정에 의하여 비로소 발생하는 것은 아니다. 따라서 행정청이 공무원에게 보수나 연가보상비를 지급하지 아니한 행위는 공무원의 보수나 연가보상비 청구권 등 법률상 지위에 아무런 영향을 미치지 아니하므로, 행정청의 보수 또는 연가보상비 부지급 행위는 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 없다.¹²⁹⁾ 행정청이 보수 또는 연가보상비를 지급하지 않는 경우, 공무원은 국가나 지방자치단체 등 권리주체를 상대로 보수 또는 연가보상비의 지급을 청구하는 공법상 당사자소송을 제기할 수 있다.

2. 종료된 행정상 사실행위의 소의 이익

행정상 사실행위의 처분성이 인정된다고 하더라도, 그 사실행위가 이미 종료된 경우에는 소의 이익이 부정되어 각하되는 것이 원칙이다. 다만 우리 대법원은 “행정처분이 기간의 경과 등으로 그 효과가 소멸한 때에 그 처분이 취소되어도 원상회복이 불가능하다고 보이는 경우라 하더라도, 무효 확인 또는 취소로써 회복할 수 있는 다른 권리나 이익이 남아 있거나 또는 그 행정처분과 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있어 행정처분의 위법성 확인 내지 불분명한 법률문제에 대한 해명이 필요한 경우에는 행정의 적법성 확보와 그에 대한 사법통제, 국민의 권리구제의 확대 등의 측면에서 예외적으로 그 처분의 취소를 구할 소의 이익을 인정할 수 있다.”고 한다.¹³⁰⁾

대법원은 종래에 “동일한 소송 당사자 사이에서 그 행정처분과 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있”어야 소의 이익이 인정될 수 있다고 하여, 소의 이익을 엄

128) 대법원 1995. 11. 14. 선고 95누2036 판결.

129) 대법원 1999. 7. 23. 선고 97누10857 판결.

130) 대법원 2007. 7. 19. 선고 2006두19297 전원합의체 판결, 대법원 2016. 6. 10. 선고 2013두1638 판결 등 참조

격히 인정하였다. 그런데 최근 대법원이 “여기에서 ‘그 행정처분과 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있는 경우’란 불분명한 법률문제에 대한 해명이 필요한 상황에 대한 대표적인 예시일 뿐이며, 반드시 ‘해당 사건의 동일한 소송 당사자 사이에서’ 반복될 위험이 있는 경우만을 의미하는 것은 아니다(대법원 2008. 2. 14. 선고 2007두13203 판결 등 참조).”라고 하여, 동일한 소송 당사자일 것은 요구하지 않음으로서 소의 이익 인정 범위를 넓히는 판결을 한 바 있다.¹³¹⁾ 다만, 해당 판결은 전원합의체 판결이 아니었기 때문에 대법원이 이에 대한 입장을 변경한 것이라고 단정하기는 어렵다.

131) 대법원 2020. 12. 24. 선고 2020두30450 판결.

IV. 헌법소원을 통한 행정상 사실행위에 대한 권리구제

1. 헌법소원에서의 행정상 사실행위의 대상적격

가. 헌법소원의 대상인 공권력 작용

「헌법재판소법」 제68조 제1항 1문은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”고 하여, 헌법소원의 대상은 공권력 작용임을 명시하고 있다. 공권력작용에 해당하기 위해서는 ① 국가기관, 공공단체 등 공적 주체의 행위여야 하고, ② 권력적 작용이어야 한다.¹³²⁾

여기서 공적 주체는 대한민국의 국가기관을 의미한다. 국가기관에는 입법·행정·사법 등의 모든 기관이 포함되며, 간접적인 국가행정, 예를 들어 공법상의 사단, 재단 등의 공법인, 국립대학교와 같은 영조물 등의 작용도 헌법소원의 대상이 된다.¹³³⁾ 반면에, 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력 작용은 헌법소원의 본질상 대한민국 국가기관의 공권력 작용을 의미하므로, 외국이나 국제기관의 공권력 작용은 이에 포함되지 않는다.¹³⁴⁾

공권력 작용에 해당하기 위해서는 고권성(권력성)이 인정되어야 하므로, 공적 주체의 행위라고 하더라도 그 행위가 사법(私法)적 법률관계에서 비롯된 행위로서 비권력적 작용에 해당한다면, 헌법소원의 대상인 공권력 작용에 해당하지 않는다. 공적 주체의 행위의 고권성은 공적 주체가 우월한 지위에서 일방적으로 행한 행위가 국민에게 불리한 영향이나 효과를 가져오는 경우에 인정된다.¹³⁵⁾

위와 같은 공권력 작용의 개념에 대해서는 「헌법」과 「헌법재판소법」 모두에서 정의하고 있지 않기 때문에, 공권력 작용 개념은 항고소송의 대상인 처분 개념과 비교하여 불

132) 김하열, 헌법강의, 박영사, 2024, 978면 참조.

133) 헌재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4, 659; 헌재 1998. 8. 27. 97헌마372등, 판례집 10-2, 461; 헌재 2010. 4. 29. 2009헌마399, 판례집 22-1하, 147; 헌재 2019. 5. 30. 2018헌마1208등, 판례집 31-1, 640.

134) 헌재 1997. 9. 25. 96헌마159, 판례집 9-2, 421.

135) 김하열, 헌법강의, 박영사, 2024, 978면 참조.

때 포괄성을 갖게 된다.¹³⁶⁾ 그리고 이러한 공권력 작용 개념의 포괄성은, 헌법재판소가 공권력 작용을 넓게 해석함으로써 항고소송에서 발생하는 국민 권익구제의 틈을 메우는 것을 가능하게 하는 하나의 요소로서 작용한다.

나. 행정상 사실행위의 공권력성

1) 서설

헌법재판소는 “행정상의 사실행위는 경고(警告), 권고(勸告), 시사(示唆)와 같은 정보제공행위나 임의적 협력을 통하여 사실상의 효과를 발생시키고자 하는 행정지도와 같이 대외적 구속력이 없는 ‘비권력적 사실행위’와 행정청이 우월적 지위에서 일방적으로 강제하는 ‘권력적 사실행위’로 나눌 수 있고, 그 중 권력적 사실행위는 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당”한다고 하여, 행정상 사실행위를 비권력적 사실행위와 권력적 사실행위로 나누고, 이 중 권력적 사실행위의 공권력성을 인정하여 헌법소송의 대상으로 삼고 있다.¹³⁷⁾ 그리고 어떠한 행정상 사실행위가 헌법소원의 대상이 되는 권력적 사실행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 “당해 행정주체와 상대방의 관계, 그 사실행위에 대한 상대방의 의사·관여정도 및 태도, 사실행위의 목적·경위, 법령에 의한 명령·강제수단 발동 가부 등 그 행위가 행하여질 당시의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단”하여야 한다고 판시함으로써, 공권력성 인정 여부는 획일적인 기준으로 판단할 것이 아니라 다양한 요소를 종합적으로 고려해야 한다는 입장을 분명히 해 왔다.¹³⁸⁾ 이러한 탄력적인 접근방식이 헌법재판소가 헌법소원의 대상이 되는 권력적 사실행위의 범위를 넓게 인정하여 항고소송의 흡결을 메우는 기능을 수행하는 것을 가능하게 하였다고 평가된다.¹³⁹⁾

헌법재판소가 이와 같이 탄력적인 접근방식으로 항고소송의 대상이 되는 권력적 사실

136) 정태호, 선거관리위원회의 선거운동에 관한 행정지도와 기본권구제, 헌법학연구, 제17권 제2호, 2011, 87-88면 참조.

137) 헌재 2023. 10. 26. 2019헌마164, 공보 325, 1676; 헌재 2003. 12. 18. 2001헌마754, 판례집 15-2하, 609.

138) 헌재 2021. 11. 25. 2017헌마1384등, 판례집 33-2, 643; 헌재 2005. 3. 31. 2003헌마87, 판례집 17-1, 437; 헌재 1994. 5. 6. 89헌마35, 판례집 6-1, 462.

139) 최계영, 헌법소원에 의한 행정작용의 통제 - 기능과 한계 -, 공법연구, 제37집 제2호, 2008, 216면.

행위인지 여부를 판단함에 있어서 실질적인 판단의 기준이 되는 것은 결국 문제 되는 행정상 사실행위에 의하여 국민의 기본권이 침해될 가능성이 있는지 여부이다. 헌법소원은 기본권 보호를 1차적이고 직접적인 목적으로 하는 것으로 설계되어,¹⁴⁰⁾ 일반 법원에 의해 구제되는 일반 권리를 넘는 기본권 보호라는 특유의 기능을 수행한다는 점에서 의의를 갖는다.¹⁴¹⁾ 이에 어떠한 행정상 사실행위가 헌법소원의 대상인 공권력 작용에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서의 실질적 판단기준 역시 기본권 침해가능성이 되는 것이다.

2) 행정상 사실행위의 공권력성을 인정한 결정례

헌법재판소는 행정상 사실행위 당시의 구체적인 사정을 고려하여 볼 때 상대방의 수인의무가 인정되거나 사실상의 강제력이 인정되는 경우에 행정상 사실행위의 공권력성을 인정한다. 구체적으로는, ① 당해 행정주체와 상대방의 관계에 있어서 행정주체의 우월적 지위가 인정된다는 점, ② 상대방의 의사와 상관없이 일방적으로 행정상 사실행위가 행해졌다는 점, ③ 실질적으로 공권력이라는 힘으로 상대방의 지위에 변동을 일으켰다는 점, ④ 법령상 강제수단이 규정되어 있거나 불이익조치가 예정되어 있다는 점, ⑤ 규제적·구속적 내용 및 성격을 갖는다는 점¹⁴²⁾ 등을 근거로 하여, 상대방의 수인의무가 도출된다거나 사실상 강제력을 갖는다고 볼 수 있는 경우에 행정상 사실행위의 공권력성을 인정하고 있다. 헌법재판소가 개별·구체적인 사안에서 공권력성을 판단함에 있어서는 앞서 언급한 요소들 중 하나 또는 둘 이상의 요소가 공권력성 인정의 근거로 제시된다.

가령, 재무부장관의 국제그룹에 대한 해체준비착수지시 및 언론발표지시의 공권력성이 문제된 헌법재판소 1993. 7. 29. 선고 89헌마31 결정에서는, ② 상대방의 임의적 협력을 기대하기 어려운 상황에서 상대방의 의사와 상관없이 일방적으로 행정상 사실행위가 이루어졌다는 점과 ③ 실제로 국제그룹 해체라는 결과를 일으킨 행위라는 점을 근거로 하여 공권력성이 인정되었다.¹⁴³⁾ 그리고 교육인적자원부 장관이 대학 총장들에게 학칙을

140) 김하열, 헌법소송법, 박영사, 2024, 438면 참조.

141) 김하열, 헌법소송법, 박영사, 2024, 58-59면 참조.

142) 특히 행정지도와 관련하여, 행정지도가 규제적·구속적 성격을 갖는 경우에는 사실상의 강제력을 갖는 권력적 사실행위로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력 행사에 해당한다고 본다.

143) “재무부장관이 제일은행장에 대하여 한 국제그룹의 해체준비착수지시와 언론발표 지시는 상급관청의 하급관청에 대한 지시가 아님은 물론 동 은행에 대한 임의적 협력을 기대하여 행하는 비권력적 권고·

시정할 것을 요구한 행위가 헌법소원의 대상이 될 수 있는지가 문제된 헌법재판소 2003. 6. 26. 선고 2002헌마337등 결정에서는, 시정요구 불이행시 행정·재정상 불이익조치를 가할 것임이 공문에 기재되어 있어, ④ 불이익조치가 예정되어 있어 사실상의 강제력이 인정된다는 이유로 교육인적자원부 장관의 시정요구행위의 공권력성이 인정되었다.¹⁴⁴⁾ 부여군수의 폐기물 사업장 과다 감사행위가 문제된 헌법재판소 2003. 12. 18. 선고 2001헌마754 결정에서는, ② 상대방의 의사와 상관없이 일방적으로 행하는 사실적 업무행위에 해당하며, ④ 감사를 거부·방해하거나 기피하는 경우 과태료에 처해진다는 법령이 존재한다는 사실로부터 수인의무가 인정되었고, 이를 근거로 과다감사행위의 공권력성이 긍정되었다.¹⁴⁵⁾ 방송위원회의 경고 및 관계자 경고의 공권력성 인정 여부가 문제된 헌법재판소 2007. 11. 29. 선고 2004헌마290 결정에서는, ④ 경고 및 관계자 경고는 방송평가에서 2점의 감점을 초래한다는 불이익을 준다는 점과 ⑤ 경고 및 관계자 경고는 사실상 방송사업자에 대한 제재수단으로 작용하여, 규제적·구속적 성격을 가진다는 점을 근거로 공권력성이 인정되었다.¹⁴⁶⁾ 그리고 대통령의 개성공단에서의 협력사업활동 전면 중단 조

조언 등의 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어선 것이고, 이와 같은 공권력의 개입은 주거래 은행으로 하여금 공권력에 순응하여 제3자 인수식의 국제그룹 해체라는 결과를 사실상 실현시키는 행위라고 할 것으로, 이와 같은 유형의 행위는 형식적으로는 사법인인 주거래 은행의 행위였다는 점에서 행정행위는 될 수 없더라도 그 실질이 공권력의 힘으로 재벌기업의 해체라는 사태변동을 일으키는 경우인 점에서 일종의 권력적 사실행위로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다.” 헌재 1993. 7. 29. 89헌마31, 판례집 5-2, 87.

144) “행정지도라 하더라도 그에 따르지 않을 경우 일정한 불이익조치를 예정하고 있는 경우에는 사실상 상대방에게 그에 따를 의무를 부과하는 것과 다를 바 없는 것인데, 이 사건 학칙시정요구의 경우 대학 총장들이 그에 따르지 않을 경우 행·재정상 불이익이 따를 것이라고 경고하고 있어, 학교의 장으로서 피청구인의 학칙시정요구에 따를 수밖에 없는 사실상의 강제를 받게 되므로, 이러한 시정요구는 임의적 협력을 기대하여 행하는 비권력적·유도적인 권고·조언 등의 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 상당히 강하게 갖는 것으로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 봄이 상당하다 할 것이다.” 헌재 2003. 6. 26. 2002헌마337등, 판례집 15-1, 772.

145) “행정청이 우월적 지위에서 일방적으로 강제하는 권력적 사실행위는 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다는 것이 우리 재판소의 판례이다. 이 사건 감사는 피청구인이 폐기물관리법 제43조 제1항에 따라 폐기물의 적정 처리 여부 등을 확인하기 위한 목적으로 청구인들의 의사에 상관없이 일방적으로 행하는 사실적 업무행위이고, 청구인들이 이를 거부·방해하거나 기피하는 경우에는 과태료에 처해지는 점으로 볼 때 청구인들도 이를 수인해야 할 법적 의무가 있다. 그렇다면 이 사건 감사는 피청구인이 우월적 지위에서 일방적으로 강제하는 권력적 사실행위라 할 것이고 이는 헌법소원의 대상이 되는 헌법재판소법 제68조 제1항의 ‘공권력의 행사’에 해당된다.” 헌재 2003. 12. 18. 2001헌마754, 판례집 15-2하, 609.

146) “‘경고 및 관계자 경고’는 방송평가에서 2점의 감점을 초래하고, 이는 ○○방송에 대한 재허가 추천 여부에 영향을 주는 평가자료가 되는 것이다. 방송사업자에게 있어서 방송사업의 재허가 추천 여부는 매우 본질적인 문제라고 볼 것인바, 이 사건 경고가 방송평가에 위와 같은 불이익을 주고 그 불이익이

치가 헌법소원의 대상이 될 수 있는지가 문제된 헌법재판소 2022. 1. 27. 선고 2016헌마 364 결정에서는, ① 행정부 최고의 의사결정권자인 대통령과 개성공단에서의 협력사업에 관한 각종 행정권한을 가진 통일부 장관의 우월적 지위와 ② 청구인들의 의사를 고려하지 않은 일방적 요구였다는 점, 그리고 ④ 조치에 불응할 경우 기존 협력사업 승인 취소나 향후 방북신청에 대한 승인 불허 등의 조치를 통해 강제가 가능했다는 점으로부터 사실상의 강제력이 인정됨을 근거로 공권력성을 긍정하였다.¹⁴⁷⁾ 금융위원회 위원장이 시중 은행을 상대로 행한 투기지역·투기과열지구 내 초고가 아파트에 대한 주택구입용 주택담보대출 금지 조치에 관한 헌법재판소 2023. 3. 23. 선고 2019헌마1399 결정은, ⑤ 주택담보대출을 금지하는 것은 개인의 재산권 행사 및 은행과 사이의 계약의 자유에 대한 규제적인 성격이 강하다는 점에서 사실상의 강제력이 인정된다고 보아 주택담보대출 금지 조치의 헌법소원 대상성을 인정하였다.¹⁴⁸⁾

방송사업자의 재허가 심사절차에 반영되는 것이라면 사실상 방송사업자에 대한 제재수단으로 작용하고, 단순한 행정지도의 범위를 넘어서는 것으로서 규제적·구속적 성격을 가지고 있으며 청구인 ○○ 방송의 방송의 자유에 직접적으로 효과를 미치고 있다고 볼 것이므로, 헌법소원의 대상이 되는 권력적 사실행위에 해당한다고 할 것이다(헌재 1994. 5. 6. 89헌마35, 판례집 6-1, 462, 485-486 참조.)” 헌재 2007. 11. 29. 2004헌마290, 판례집 19-2, 611.

147) “이 사건 중단조치는 행정부 최고의 의사결정권자인 피청구인 대통령과 개성공단에서의 협력사업에 관한 각종 승인·취소, 지도·감독 등의 행정 권한을 가진 피청구인 통일부장관이, 국가안보, 남북관계 경색 등을 이유로 개성공단에서 수행하고 있던 협력사업 활동을 전면적으로 중단하도록 한 조치로서, 투자기업인 청구인들의 의사를 고려하지 않고 개성공단 내 공장가동, 영업소 운영의 중단, 현지 체류 중인 남한 주민의 복귀 등을 일방적으로 요구한 고권적 행위이다. 투자기업인 청구인들이 그 중단, 복귀 지시 등에 따르지 않을 경우, 피청구인 통일부장관은 기존의 협력사업 승인, 방북승인을 조정, 취소하거나 향후 방북신청에 대해서 그 승인을 불허하는 조치 등을 통해 이를 강제할 수 있다. 또한 북한이 4차 핵실험과 장거리 미사일발사를 감행하였고 피청구인들이 이를 한반도 및 국제평화에 대한 극단적 도발로 규정하면서 그에 대한 대응조치로 개성공단의 운영 중단을 결정하고 성명까지 발표한 이상, 남북한 사이의 신뢰와 합의를 바탕으로 제공되고 있던 개성공단에서의 안전한 사업 환경이 더 이상 유지될 수 없게 되었으므로, 위 청구인들로서는 피청구인들의 결정과 요구를 따를 수밖에 없다. 따라서 이 사건 중단조치는 투자기업인 청구인들로 하여금 공권력에 순응케 하여 개성공단의 운영을 중단시키는 결과를 실현한 일련의 행위로 구성되며, 그로 인해 위 청구인들의 개성공단에서의 사업 활동이 중단되고, 개성공단 내 공장, 영업시설이나 자재 등에 접근, 이용이 차단되는 등 법적 지위에 직접적, 구체적 영향을 받게 되었으므로, 이 사건 중단조치는 피청구인들이 투자기업인 청구인들에 대한 우월적 지위에서 일방적으로 행한 권력적 사실행위로서 공권력의 행사에 해당한다고 봄이 타당하다.” 헌재 2022. 1. 27. 2016헌마364, 판례집 34-1, 36.

148) “이 사건 조치는 일정한 경우 모든 은행에 대하여 주택담보대출을 금지하는 것을 내용으로 하므로 개인의 재산권 행사 및 은행과 사이의 계약의 자유에 대한 규제적 성격이 강하다. 또한 이 사건 조치가 부동산 가격 폭등을 억제하여야 할 정책적 필요성이 절실한 상황에서 추진된 것인 점, 이 사건 조치와 같은 내용으로 곧 관련 고시가 개정될 것이 예정되어 있었던 점, 이 사건 조치의 준수 여부를 확인하기 위한 현장점검반 운영이 예정되어 있었고 실제로도 현장점검이 이루어진 점에 비추어 보면 상대방

행정상 사실행위의 공권력성 인정 근거 중 ‘① 당해 행정주체와 상대방의 관계에 있어서의 행정주체의 우월적 지위’와 관련하여, 헌법재판소는 유치장이나 교도소, 구치소, 육군훈련소, 수사기관의 신문실과 같이 외부와 단절되거나 밀폐된 공간에서 해당 공간의 관리자 내지 책임자가 행하는 행정상 사실행위의 공권력성을 인정함에 있어서는 상대적 으로 간명한 태도를 보이고 있다. 위에서 살펴본 결정례들이 행정상 사실행위가 행해질 당시의 구체적인 사정을 세세하게 열거함으로써 공권력성 인정의 근거를 제시한 것과 달리, “㉠ 우월적 지위에서 ㉡ 일방적으로 강제하는 성격을 가진 것으로서 권력적 사실행위에 해당한다”는 간명한 문장으로 행정상 사실행위의 공권력성 인정 근거를 제시하고 있다. 이는 외부로부터 단절되거나 밀폐되었다는 공간의 특성과 행정상 사실행위의 주체가 해당 공간의 관리자 내지 책임자로서 각종 행정권한을 갖는다는 사실로 인해 당해 행정주체의 우월적 지위와 사실상의 강제력을 부정하기 어렵기 때문인 것으로 보인다.

본 유형에 해당하는 행정상 사실행위는, 행위 그 자체의 내용이나 성질로부터 처분성이 인정되기는 어렵지만, 그 공간적·상황적·신분적 특성으로 인해 행정상 사실행위의 상대방을 법적으로 보호할 필요성이 인정되는 유형이라고 생각된다. 이러한 점에서 행정상 사실행위에 대한 권리구제에 있어서 헌법재판소가 항고소송에 의한 권리구제의 틈을 메우고 있음을 확인할 수 있다. 나아가, 이로부터 처분성이 인정되지 않거나 인정 여부가 불분명한 사실행위로부터도 국민의 권익 내지 기본권이 침해될 수 있고 그에 대한 권리구제수단이 확보될 필요가 있음을 알 수 있다고 할 것이다.

문제된 행정상 사실행위(사건번호)	공권력성 인정 근거
경찰서장이 현행범으로 체포된 피의자에게 차폐 시설이 불충분한 화장실을 사용하도록 한 행위 (헌재 2001. 7. 19. 선고 2000헌마546 결정)	㉠ 유치장 관리자로서 피의자에 대하여 갖는 우월적 지위 ㉡ 일방적으로 강제하는 성격의 행위
경찰서장이 피의자들을 유치장에 수용하는 과정에서 실시한 정밀신체수색행위 (헌재 2002. 7. 18. 선고 2000헌마327 결정)	㉠ 유치장 관리주체로서 피의자 등에 대하여 갖는 우월적 지위 ㉡ 일방적으로 강제하는 성격의 행위

인 은행 입장에서 이 사건 조치에 따르지 않을 것을 기대하기는 어려웠던 것으로 보이므로, 이 사건 조치는 그 상대방에 대하여 사실상의 강제력을 미친 것으로 인정된다. 따라서 이 사건 조치는 규제적·구속적 성격을 갖는 행정지도로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당된다.” 헌재 2023. 3. 23. 2019헌마1399, 판례집 35-1상, 800

문제된 행정상 사실행위(사건번호)	공권력성 인정 근거
교도관의 검사조사실에서의 계구사용행위 (헌재 2005. 5. 26. 선고 2004헌마49 결정)	㉠ 교도관의 우월적 지위 ㉡ 수용자에게 일방적으로 강제하는 행위
교도소장이 마약류 관련 수행자에게 마약류반응검사를 위하여 소변을 받아 제출하게 한 행위 (헌재 2006. 7. 27. 선고 2005헌마277 결정)	㉠ 교정시설의 관리주체로서 수행자에 대하여 갖는 우월적 지위 - 수행자들은 외부와 격리된 채 교도소장의 형의 집행에 관한 지시·명령에 복종하여야 하는 관계에 있음 ㉡ 일방적으로 강제하는 측면 존재 - 불리한 처우를 받을 수 있다는 심리적 압박이 존재할 것을 예상할 수 있음
교도소장이 출정비용납부 거부 또는 상계동의 거부를 이유로 수행자의 행정소송 변론기일 출정을 제한한 행위 (헌재 2012. 3. 29. 선고 2010헌마475 결정)	㉠ 교도소장의 우월적 지위
구치소장의 구치소 내 과밀수용행위 (헌재 2016. 12. 29. 선고 2013헌마142 결정)	㉠ 구치소장의 우월적 지위 ㉡ 청구인의 의사와 상관없이 일방적으로 행한 행위
육군훈련소장의 육군훈련소 내 종교행사 참석 강제 행위 (헌재 2022. 11. 24. 선고 2019헌마941 결정)	㉠ 육군훈련소 내의 최고 관리자인 육군훈련소장이 청구인들의 훈련소 내 생활에 관하여 갖는 우월적 지위 ㉡ 적어도 입소주차 오전 종교행사에의 불참은 사실상 허용되지 않음
검찰수사관이 피의자신문에 참여한 변호인에게 피의자 후방에 앉으라고 요구한 행위 (헌재 2017. 11. 30. 선고 2016헌마50 결정)	㉠ 검찰수사관이 갖는 우월적 지위 - 수사기관의 신문실이라는 밀폐된 공간에서 이루어짐 - 후방착석요구를 거부할 경우 퇴실을 명할 가능성 ㉡ 일방적으로 강제한 행위

3) 행정상 사실행위의 공권력성을 부정한 결정례

헌법재판소는 ① 국민의 권리·의무나 법적 지위에 직접적인 법률효과 내지 변동을 발생시키지 않는 경우, ② 행정상 사실행위가 내부 절차를 수행하는 과정 중에 행하여진 경우, ③ 일정한 행위를 요구할 권리 없는 국민의 신청을 거부하는 경우, ④ 행정상 사실행위의 상대방이 적극적으로 호응하여 상대방이 자기책임하에 행위 하였다고 평가할 수 있는 경우와 같이 국민의 기본권을 제한한다고 볼 수 없어 침해가능성조차 없는 경우에는 행정상 사실행위의 공권력성을 부정한다.

① 국민의 권리·의무나 법적 지위에 직접적인 법률효과 내지 변동을 발생시키지 않음을 근거로 행정상 사실행위의 공권력성을 부정한 결정례로는, 서울특별시 선거관리위원회 위원장의 선거법위반행위에 대한 중지촉구행위의 공권력성을 부정한 헌법재판소 2003. 2. 27. 선고 2002헌마106 결정,¹⁴⁹⁾ 방송통신심의위원회가 방송사업자인 청구인에 대하여 한, ‘청구인의 보도가 심의규정을 위반한 것으로 판단되며, 향후 관련 규정을 준수할 것’을 내용으로 하는 의견제시의 공권력성을 부정한 헌법재판소 2018. 4. 26. 선고 2016헌마46 결정,¹⁵⁰⁾ 선거에서 투표지분류기 등을 이용하여 하는 개표행위의 공권력성을 부정한 헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2015헌마1056등 결정,¹⁵¹⁾ 경찰서장이 수사를 위해 필요하다는 이유로 김포시장에게 활동보조인과 수급자의 인적사항, 휴대전화번호 등을 확인할 수 있는 자료를 요청한 행위의 공권력성을 부정한 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2016헌마483 결정,¹⁵²⁾ 경찰서장이 청구인 검거를 위하여 국민건강보험공단에 청구

149) 해당 결정에서 헌법재판소는, 선거위반행위에 대한 중지촉구 공문은 국민에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키지 않는 단순한 권고적·비권력적 행위라고 하면서, 중지촉구 공문에 ‘법률 위반시 불리한 조치를 취할 것’을 통고하는 내용을 담고 있다고 하더라도 이는 의견진술에 불과하다고 하였다. 현재 2003. 2. 27. 2002헌마106, 판례집 15-1, 223.

150) 해당 결정에서 헌법재판소는, 방송사업자인 청구인의 권리와 의무에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시켜 청구인의 법률관계 내지 법적 지위를 불리하게 변화시킨다고 보기 어려움을 이유로 방송통신심의위원회의 의견제시의 공권력성을 부정하였다. 현재 2018. 4. 26. 2016헌마46, 판례집 30-1상, 685.

151) 해당 결정에서 헌법재판소는 개표결과 얻은 유효투표수가 각 후보자들의 당락을 결정할 뿐이므로, 개표행위 그 자체는 국민의 권리의무에 영향을 미치지 아니하는 공권력 작용의 준비행위 또는 부수적 행위로서 헌법소원의 대상인 공권력 작용에 해당하지 않는다고 하였다. 현재 2016. 3. 31. 2015헌마1056등, 판례집 28-1상, 556.

152) 헌법재판소는 사실조회행위의 근거조항은 수사기관에 사실조회 권한을 부여하고 있을 뿐이어서 김포시장이 사실조회에 응하거나 협조해야 할 의무를 부담하지 않으므로, 경찰서장의 사실조회행위만으로 청구인의 법률관계 내지 법적 지위가 불리하게 변한다고 볼 수 없고, 김포시장의 자발적인 협조가 있어야만 비로소 청구인들의 개인정보자기결정권이 제한된다는 이유로, 경찰서장의 사실조회행위의 공권력 행사성을 부정하였다. 현재 2018. 8. 30. 2016헌마483, 판례집 30-2, 552.

인의 요양급여내역 제공을 요청한 행위의 공권력성을 부정한 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2014헌마368 결정,¹⁵³⁾ 가상통화 TF 회의의 가상통화공개(ICO) 금지 방침의 공권력성을 부정한 헌법재판소 2022. 9. 29. 선고 2018헌마1169 결정,¹⁵⁴⁾ 큐알(QR) 코드가 표기된 사전투표용지 발급행위의 공권력성을 부정한 헌법재판소 2023. 10. 26. 선고 2022헌마231등 결정¹⁵⁵⁾ 등이 있다.

위에서 제시한 두 번째 유형인 ② 행정상 사실행위가 내부 절차를 수행하는 과정 중에 행하여졌음을 이유로 행정상 사실행위의 공권력성을 부정한 결정례는, 사실상 앞서 서술한 ① 국민의 권리·의무나 법적 지위에 직접적인 법률효과 내지 변동을 발생시키지 않는 경우의 하위 유형이라고 할 수 있다. 내부 절차를 수행하는 과정 중에 이루어진 행위는 내부적 행위로서 국민의 권리·의무나 법적 지위에 직접적인 법률효과 내지 변동을 발생시키지 않기에 공권력성이 부정되는 것이기 때문이다. 이와 같은 유형에 해당하는 결정례로는, 구치소장이 진정한 수신인이 누구인지 알 수 없어 수용자 앞으로 온 소포를 반송한 행위의 공권력성을 부정한 헌법재판소 2009. 12. 29. 선고 2008헌마617 결정¹⁵⁶⁾과, 검찰수사관이 변호인에게 변호인 참여신청서 작성을 요구한 행위의 공권력성을 부정한 헌법재판소 2017. 11. 30. 선고 2016헌마503 결정,¹⁵⁷⁾ 그리고 기획재정부장관의 예산안 편성 행위의 공권력성을 부정한 헌법재판소 2017. 5. 25. 선고 2016헌마383 결정¹⁵⁸⁾이 있다.

153) 해당 결정에서 헌법재판소는 사실조회행위의 근거조항은 수사기관에 사실조회 권한을 부여하고 있을 뿐이어서 국민건강보험공단이 사실조회에 응하거나 협조해야 할 의무를 부담하지 않으므로, 사실조회 행위만으로는 청구인들의 법적 지위에 어떠한 영향을 미친다고 보기 어렵고, 국민건강보험공단의 자발적인 협조가 있어야만 비로소 청구인들의 개인정보자기결정권이 제한된다는 이유로, 경찰서장의 사실조회행위의 공권력 행사성을 부정하였다. 현재 2018. 8. 30. 2014헌마368, 판례집 30-2, 363.

154) 헌법재판소는 가상통화 TF 회의의 ICO 금지 방침은 정부기관이 ICO에 의해 발생할 수 있는 위험을 알리고 그 소관 사무인 금융에 관한 정책 및 제도의 방향을 사전에 공표함으로써 일반 국민들의 행위를 일정한 방향으로 유도·조정하려는 목적을 지닌 행정상의 안내·권고·정보제공행위에 불과하다는 이유로 ICO 금지 방침의 공권력성을 부정하였다. 현재 2022. 9. 29. 2018헌마1169, 공보 312, 1210.

155) 헌법재판소는 투표용지에 큐알(QR) 코드가 인쇄되는지 여부만으로 곧바로 선거권자의 법적 지위에 변동이 생긴다고 보기 어렵다는 이유로 큐알 코드가 표기된 사전투표용지 발급행위의 공권력성을 부정하였다. 현재 2023. 10. 26. 2022헌마231등, 판례집 35-2, 654.

156) 해당 결정에서 헌법재판소는 수용자번호가 기재되지 않은 소포를 반송한 것은 교도소나 구치소와 같이 다수의 수용자들이 구금되어 있는 곳에서 신속하고 정확하게 우편물을 관리하기 위한 내부적 업무 처리 행위에 불과한 것으로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다고 보기 어렵다고 하였다. 현재 2009. 12. 29. 2008헌마617, 공보 159, 142.

157) 헌법재판소는 검찰수사관이 변호인에게 변호인 참여 신청서 작성을 요구한 행위는 검찰 내부 절차를 수행하는 과정에서 이루어진 비권력적 사실행위에 불과하다고 하였다. 현재 2017. 11. 30. 2016헌마503, 판례집 29-2하, 224.

158) 해당 결정에서 헌법재판소는 기획재정부장관의 예산안 편성 행위는 국무회의의 심의, 대통령의 승인

헌법재판소는 “국민의 신청에 대한 행정청의 거부행위가 헌법소원심판의 대상인 공권력의 행사가 되기 위해서는 국민이 행정청에 대하여 신청에 따른 행위를 해 줄 것을 요구할 수 있는 권리가 있어야 한다(헌재 1999. 6. 24. 97헌마315, 판례집 11-1, 802, 816 ; 헌재 1999. 10. 21. 98헌마407, 공보 39, 872, 874).”고 하면서, 국민에게 신청권이 인정되지 않는 경우에는 그 신청에 대한 거부행위의 공권력성이 부정된다고 본다. ③ 일정한 행위를 요구할 권리 없는 국민의 신청을 거부하는 경우에는 국민에게 신청에 대한 어떠한 권리도 인정되지 않으므로, 그 신청에 대한 거부행위가 국민의 기본권을 제한하지 않는다고 보는 것이다. 이와 같은 내용의 결정례로는, 미결수용자가 우표를 제공할 것을 요구하였으나 구치소장이 이를 거부한 행위의 공권력성을 부정한 헌법재판소 2009. 12. 29. 선고 2008헌마617 결정¹⁵⁹⁾과 수용자의 독거수용신청에 대한 교도소장의 거부행위의 공권력성을 부정한 헌법재판소 2013. 8. 29. 선고 2012헌마886 결정,¹⁶⁰⁾ 교도소장의 족구공 미제공 행위의 공권력성을 부정한 헌법재판소 2023. 2. 23. 선고 2021헌마322 결정¹⁶¹⁾ 등이 있다.

헌법재판소는 ④ 행정상 사실행위의 상대방이 당해 행위에 적극적으로 호응하여 도리어 주도하였다고 평가할 수 있다거나 미리 협의된 내용대로 행정상 사실행위가 행하여진 경우에는, 행정상 사실행위를 비권력적 사실행위로 본다. 이는 적극적이고 주도적으로 행정상 사실행위에 관여 내지 협의한 상대방의 태도로 인해, 상대방이 자기책임하에 행동한 것이라고 볼 수 있어서 행정상 사실행위의 사실상의 강제력을 인정하기 어렵다고 본 것이라고 생각된다. 가령, 헌법재판소 1994. 5. 6. 선고 89헌마35 결정은, 재무부장관이 한국외환은행에 대한선주 주식회사의 제3자인수를 지시한 행위에 대하여, 외환은행이 보다 적극적으로 대한선주 주식회사의 제3자인수를 의욕하여 추진한 것이고 정부는 그에

및 국회의 예산안 심의·확정을 위한 전 단계의 행위로서 국가기관 간의 내부적 행위에 불과하므로, 국민에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키는 행위라고 볼 수 없다는 이유로 기획재정부장관의 예산안 편성 행위의 공권력성을 부정하였다. 헌재 2017. 5. 25. 2016헌마383, 공보 248, 564.

159) 헌법재판소는 행정법 어디에도 청구인으로 하여금 구치소장에 대하여 우표를 제공할 것을 요구할 수 있는 권리를 규정하고 있지 않으며, 청구인은 영치금으로 우표 구입이 가능하다는 이유로 구치소장의 우표제공 거부행위의 공권력성을 부정하였다. 헌재 2009. 12. 29. 2008헌마617, 공보 159, 142.

160) 헌법재판소는 수용거실의 지정은 교도소장의 재량적 판단사항이고 수용자에게 수용거실의 변경을 신청할 권리 내지 특정 수용거실에 대한 신청권이 있다고 볼 수 없음을 이유로 교도소장의 수용거실 지정행위의 공권력성을 부정하였다. 헌재 2013. 8. 29. 2012헌마886, 판례집 25-2상, 571.

161) 헌법재판소는 운동기구 제공 여부를 결정하는 것은 소장의 재량적 판단사항이고 수용자에게 운동기구의 제공을 신청할 권리가 있다고 볼 수 없음을 이유로 교도소장의 족구공 미제공행위의 공권력성을 부정하였다. 헌재 2023. 2. 23. 2021헌마322, 결정문.

호응·지원하였다고 보는 것이 상당하다는 이유로 재무부장관의 지시가 공권력 행사에 해당하지 않는다고 하였다.¹⁶²⁾ 그리고 헌법재판소 2023. 10. 26. 선고 2019헌마164 결정은 방송통신위원회가 정보통신서비스제공자 및 방송통신심의위원회에 불법 해외 인터넷 사이트 접속 차단 기능을 고도화하도록 협조하여 달라고 요청한 행위는 자발적인 협조를 요청한 것일 뿐, 강제하는 취지나 불이행시에 발생할 수 있는 제재조치나 불이익 등에 관해서는 전혀 언급하고 있지 않고 미리 협의체를 구성하여 협의된 사항을 전제로 하므로, 해당 행위의 공권력성이 부정된다고 판단하였다.¹⁶³⁾

2. 행정상 사실행위와 보충성 원칙

앞서 언급한 바와 같이, 헌법소원의 대상인 공권력 작용에는 항고소송의 대상인 처분임이 분명한 공권력 작용이 포함되지 않는다. 헌법소원의 보충성 원칙과 재판소원 금지조항으로 인하여 행정작용 중 항고소송의 대상이 되는 처분은 헌법소원 심판의 대상이 되지 못하기 때문이다.¹⁶⁴⁾ 보충성 원칙에 따르면 다른 권리구제절차를 모두 거쳐야 헌법소원을 제기할 수 있는데, 항고소송의 대상이 되는 처분에 대하여 항고소송을 거치고 난 후에는 재판소원 금지 조항에 따라 법원의 재판에 대한 헌법소원이 허용되지 않는 것이다.¹⁶⁵⁾ 이에 어떠한 행정상 사실행위가 실제로 항고소송의 대상인 처분으로 인정되는지 여부가 헌법소원의 적법요건을 판단함에 있어서 중요하고 실질적인 기준이 된다. 이는 행정상 사실행위의 처분성에 대한 법원의 판단이 변화함에 따라 헌법재판소의 보충성 판단이 변화한 사례들에서 확인할 수 있다.

종래 대법원은 토지대장 등 지적공부에 일정한 사항을 등록하거나 등록된 사항을 변경하는 행위는 당해 토지의 실체상의 권리관계에 어떤 변동을 가져오는 것은 아니라는 이유로, 소관청이 그 등록사항을 직권으로 정정하는 행위나 등록사항에 대한 변경신청을 거부(반려)하는 행위는 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니라고 보았다.¹⁶⁶⁾ 이에 헌

162) 헌재 1994. 5. 6. 89헌마35, 판례집 6-1, 462.

163) 헌재 2023. 10. 26. 2019헌마164, 공보 325, 1676.

164) 이에 관하여는 본 보고서의 ‘V. 1. 가. 권한 배분의 기준 : 보충성 원칙’ 참조.

165) 최계영, 헌법소원에 의한 행정작용의 통제 - 기능과 한계 -, 공법연구, 제37집 제2호, 2008, 203면.

166) 대법원 1995. 12. 5. 선고 94누4295 판결; 대법원 1993. 6. 11. 선고 93누3745 판결; 대법원 1991. 12. 24. 선고 91누8357 판결; 대법원 1991. 2. 12. 선고 90누7005 판결 등 참조.

법재판소는 위와 같은 대법원의 입장을 확인하고, 토지대장 등 지적공부상의 등록사항에 대한 변경신청을 거부(반려)하는 행위가 문제된 사안에서, “그러므로 이 사건 반려처분에 대하여는 행정소송을 통한 구제의 길이 없고, 달리 다른 법률에 구제절차가 있는 것도 아니다. 따라서 이 사건 반려처분에 대하여 바로 헌법소원을 청구하였다고 하더라도 보충성의 요건에 반하지 아니한다.”고 하였다.¹⁶⁷⁾ 그런데 이후 대법원 2004. 4. 22. 선고 2003두9015 전원합의체 판결에 의하여 “지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당”하는 것으로 판례가 변경되어, 소관청의 지목변경신청 반려행위에 대한 항고소송이 가능하게 되었다. 헌법재판소는 이러한 판례 변경을 받아들여, 대법원 판례 변경 이후 제기된 헌법소원에서 소관청의 지목변경신청 반려행위의 취소를 구하는 헌법소원 심판청구는 보충성 요건에 반하여 부적법하다고 판단하였다.¹⁶⁸⁾¹⁶⁹⁾

대법원이 명시적으로 판례를 변경한 것은 아니지만, 하급심 법원에서 변경된 판례가 증가하고 대법원의 심리불속행 기각 판결이 존재함을 이유로 헌법재판소가 보충성 요건 충족 여부에 대한 판단을 변경한 경우도 있다. 헌법재판소는 과거 국가인권위원회의 진정 기각 및 각하 결정이 행정소송의 대상이 되는지 불확실하다는 이유로 본안판단을 하였는데,¹⁷⁰⁾ 이후 국가인권위원회의 진정 기각 및 각하 결정의 처분성을 인정하고 본안판단으로 나아간 하급심 판례들이 등장하였고, 대법원은 그에 대한 심리불속행 기각 판결을 내리기는 했으나 명시적으로 판례를 변경하지는 않았다.¹⁷¹⁾ 이러한 상황에서 헌법재판소가 먼저 판단을 변경하여 국가인권위원회의 진정에 대한 각하 또는 기각 결정은 항고소송의 대상인 처분에 해당한다는 이유로 그에 대한 헌법소원 심판청구는 보충성 요건을 충족하지 못하여 부적법하다고 판단하였다.¹⁷²⁾ 이러한 헌법재판소의 판단 변경은, 항

167) 헌재 1999. 6. 24. 97헌마315, 판례집 11-1, 802, 823; 헌재 2002. 1. 31. 99헌마563, 판례집 14-1, 62, 66 참조.

168) 헌재 2005. 9. 13. 2005헌마829, 공보 108, 994 참조.

169) 다만, 헌법소원심판 계속 중 대법원 판례변경이 있었던 심판청구에 대해서는 위 판례변경을 판례변경 전까지 소급하여 엄격히 적용하면 헌법재판소는 보충성 흠결로, 행정소송에서는 제소기간 도과로 각각 각하의 결론이 나올 것임이 분명하므로, 기본권 침해의 마지막 구제수단으로서 허용된다는 보충성 원칙에 비추어 보충성 요건을 과도기적으로 인정한 사건도 있었다(헌재 2004. 6. 24. 2003헌마723, 판례집 16-1, 804, 808 참조).

170) 헌재 2009. 9. 24. 2009헌마63, 판례집 21-2상, 873, 876-877; 헌재 2012. 7. 26. 2011헌마829, 공보 190, 1459, 1460 등 참조.

171) 대법원 2009. 4. 9. 2008두16070 판결; 대법원 2015. 1. 29. 2014두42711 판결.

172) 헌재 2015. 3. 26. 2013헌마214등, 판례집 27-1상, 302 참조.

고소송의 대상인 처분의 인정범위를 확대하는 법원의 변화에 민감하고 신속하게 반응함으로써 보충성 원칙을 엄격히 준수하고자 하는 헌법재판소의 입장을 분명히 한 것이라고 평가할 수 있다.

3. 종료된 행정상 사실행위의 심판청구의 이익

헌법재판소는 권력적 사실행위가 단기간에 종료되어 헌법재판소가 위헌확인을 하더라도 청구인에 대한 권리구제가 불가능한 상태이어서 헌법소원의 권리보호이익이 소멸되었다고 하더라도, “헌법소원제도는 개인의 주관적인 권리구제 뿐만 아니라 객관적인 헌법질서를 보장하는 기능도 갖고 있으므로, … 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판청구의 이익을 인정할 수 있다”고 한다.¹⁷³⁾ 헌법재판소는 이러한 입장에 입각하여, 경찰의 삼보일배 행진 제지행위¹⁷⁴⁾와 경찰의 집회 참가자에 대한 촬영행위,¹⁷⁵⁾ 경찰의 물포발사행위,¹⁷⁶⁾ 검사조사실에서의 수갑 및 포승 사용 행위,¹⁷⁷⁾ 등에 대한 심판청구의 이익을 인정하였다. 해당 결정례들은 관련 법률이나 행정규칙, 훈령 등을 근거로 문제된 권력적 사실행위가 반복될 수 있다는 점과 기본권 관련성이나 헌법적 허용 여부가 문제됨을 이유로 헌법적 해명의 필요성을 인정하였다. 이와 같이 헌법재판소가 종료된 행정상 사실행위의 심판청구의 이익을 인정함에 있어서 일정한 기준을 가지고 있기는 하지만, 그 판단 기준의 추상성으로 인해 같은 사실관계에 대하여 다른 판단을 하기도 하고, 다수의견과 반대의견이 나누어지기도 한다.

가령, 헌법재판소 2020. 4. 23. 선고 2015헌마1149 결정¹⁷⁸⁾에서는 이미 종료된 경찰의 직수살수행위에 대한 심판청구의 이익이 인정된 반면에, 앞의 사례와 거의 동일한 사안

173) 헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 56-57; 헌재 1997. 3. 27. 92헌마273, 판례집 9-1, 337, 342 등 참조.

174) 헌재 2021. 10. 28. 2019헌마1091, 판례집 33-2, 524.

175) 헌재 2018. 8. 30. 2014헌마843, 판례집 30-2, 404.

176) 헌재 2018. 5. 31. 2015헌마476, 판례집 30-1하, 183.

177) 헌재 2005. 5. 26. 2001헌마728, 판례집 17-1, 709.

178) 헌재 2020. 4. 23. 2015헌마1149, 판례집 32-1상, 376.

(경찰의 직수살수행위)에 대한 결정인 헌법재판소 2014. 6. 26. 선고 2011헌마815 결정¹⁷⁹⁾에서는 경찰의 직수살수행위에 대한 심판청구의 이익이 부정되었다. 직수살수행위에 대한 심판청구의 이익을 인정한 전자의 결정에서는, 경찰의 직수살수행위의 근거조항을 근거로 직수살수행위의 반복가능성이 인정되었고, 사람의 생명이나 신체에 중대한 위험을 초래할 수 있다고 하여 기본권 관련성이 인정되었으며, 직수살수행위가 헌법에 합치하는지 여부에 대한 해명이 없다고 하여 헌법적 해명의 필요성이 인정되었다.¹⁸⁰⁾¹⁸¹⁾ 반면에 후자의 결정은, 동일한 직수살수행위에 대하여, “(물포 발사행위의 근거 및 한계를 정하고 있는) 법령상 규정과 대법원의 판례에 의하면, 물포발사행위는 타인의 법익이나 공공의 안녕질서에 대하여 직접적이고 명백한 위험을 초래하는 집회나 시위에 대하여 구체적인 해산사유를 고지하고 필요한 최소한의 범위 내에서 이루어져야 하는 것이고, 집회 및 시위 현장에서 청구인들의 주장과 같은 유형의 근거리에서의 물포 직사살수라는 기본권 침해가 앞으로도 계속 반복될 위험이 있다고 보기 어렵다. 부득이한 사정 없음에도 집회나 시위를 해산하기 위하여 경찰관직무집행법이나 경찰장비규정, ‘살수차운용 지침’ 등 관련 법령에 위반하여 물포를 발사하는 행위는 모두 위법함이 분명한 것이고, 설령 물포발사행위가 위와 같은 법령상의 한계를 위반하여 이루어졌다 하더라도, 이는 법원이 구체적인 사실관계를 확정하여 그에 따라 위법 여부를 판단할 문제일 뿐이지, 헌법재판소가 헌법적으로 해명할 필요가 있는 사안이라고 보기도 어렵다.”고 하여 물포발사행위 문제는 법률 해석·적용의 문제이지 헌법적 문제가 아님을 이유로 심판청구의 이익을 부정하였다.

179) 헌재 2014. 6. 26. 2011헌마815, 판례집 26-1하, 588.

180) “이 사건 근거조항들은 살수차를 경찰장비의 하나로 규정하고 있고, 직사살수행위는 사람의 생명이나 신체에 중대한 위험을 초래할 수 있는 공권력 행사에 해당하며, 헌법재판소는 직사살수행위가 헌법에 합치하는지 여부에 대한 해명을 한 바 없다(헌재 2018. 5. 31. 2015헌마476 참조).”

181) 경찰의 최루액 혼합살수행위에 대한 헌법재판소 2018. 5. 31. 선고 2015헌마476 결정에서도 “경찰관 직무집행법’과 이 사건 대통령령 및 규칙은 살수차를 경찰장비의 하나로 규정하면서 불법집회나 시위 현장에서 사용할 수 있도록 규정하고 있고, 이 사건 지침은 살수 방법으로 최루액을 혼합하여 살수할 수 있다고 규정하고 있다. 이러한 규정에 따르면 각종 집회나 시위 현장에서 혼합살수행위가 반복될 가능성이 있다. 최루액 혼합살수행위는 사람의 생명이나 신체에 위험을 초래할 수 있는 중대한 법익 침해가 예견되는 공권력 행사다. 그런데 헌법재판소가 최루액 혼합살수행위가 헌법에 합치하는지 여부에 대한 해명을 한 바 없으므로, 이 사건 혼합살수행위에 대하여는 심판의 이익이 인정된다.”고 하여, 관련 규정을 근거로 반복 가능성이 인정되었고, 사람의 생명이나 신체에 위험을 초래할 수 있다고 하여 기본권 관련성이 인정되었으며, 최루액 혼합살수행위에 대한 헌법적 해명이 이루어진 바 없음은 이유로 최루액 혼합살수행위에 대한 심판청구의 이익이 인정되었다(헌재 2018. 5. 31. 2015헌마476, 판례집 30-1하, 183).

종료된 권력적 사실행위의 심판청구의 이익에 관하여 다수의견과 반대의견이 나뉜 헌법재판소 결정으로는 경찰청장의 통행제지행위에 대한 결정이 있다. 헌법재판소 2016. 5. 26. 선고 2013헌마879 결정¹⁸²⁾의 다수의견은, ‘침해행위가 반복될 위험성’이란 단순히 추상적이거나 이론적인 가능성이 아니라 구체적인 위험성이 있는 것을 의미하므로 권력적 사실행위의 경우 그것이 일반적·계속적으로 이루어져 구체적으로 반복될 위험성이 인정되어야 하고, 그러한 행위가 개별적·예외적으로 이루어지는 경우에는 침해행위가 반복될 위험성이 인정된다고 볼 수 없다고 하면서, 이 사건 통행제지행위는 주민들과 한국전력공사 직원들 간의 물리적 충돌 위험을 방지하고 송전탑 건설공사의 원활한 진행을 확보하려는 특정한 목적에 따라 이루어졌고 그 목적이 달성된 후에 통행제지행위가 종료되었으므로, 이 사건 통행제지행위와 규범적 평가를 동일시할 수 있는 공권력 행사가 앞으로도 구체적으로 반복될 위험성이 있다고 보기 어렵다고 판단하였다. 그리고 헌법적 해명의 필요성과 관련하여서는, 헌법재판소가 ‘서울광장 통행제지사건’¹⁸³⁾에서 경찰의 통행제지행위가 준수해야 할 헌법적 한계에 대하여 이미 밝힌 바 있고, 이 사건 통행제지행위는 특정한 상황에서 벌어진 권력적 사실행위이기 때문에 그 위헌 여부에 대하여는 헌법적 해명의 필요성이 인정되지 않는다고 하였다. 반면에 반대의견(김이수 재판관)은 침해행위의 반복 위험성이 구체적이어서야 한다는 것은 헌법재판소 초기의 소수의 결정에서 나타난 입장일 뿐이고, 근래의 대다수의 결정들에서는 반복 위험성에서 구체성을 요구하지 않고 있고, ‘같은 유형의 침해행위가 반복될 가능성’만으로도 반복 위험성을 인정하여 반복의 위험이 추상적으로 존재하면 족하다는 입장에 있다고 하면서, 이 사건 통행제지행위의 반복가능성이 충분히 인정된다고 하였다. 그리고 헌법적 해명의 필요성에 대하여는 다수의견이 이야기한 서울광장 통행제지사건은 이 사건 통행제지행위와 쟁점을 달리하는 것이고, 특정한 상황에서 벌어진 권력적 사실행위여서 개별적인 사실관계에 따라 각각 달리 판단될 수 있다는 이유로 일반적인 헌법적 의미를 부여할 수 없다고 한다면 결과적으로 상당수의 공권력 행사에 대한 헌법적 심사를 포기하는 결과를 초래하게 된다고 하면서, 이 사건 통행제지행위에 대한 헌법적 해명의 필요성이 인정된다고 하였다.

182) 헌재 2016. 5. 26. 2013헌마879, 결정문.

183) 헌재 2011. 6. 30. 2009헌마406, 판례집 23-1하, 457

V. 행정상 사실행위에 대한 권리구제에 대한 평가 및 개선방안

1. 행정상 사실행위에 대한 권리구제에 있어서의 법원과 헌법재판소의 관계

가. 권한 배분의 기준 : 보충성 원칙

헌법소원심판의 청구 사유에 관한 조항인 「헌법재판소법」 제68조 제1항은, 단서에서 “다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구할 수 있다.”고 함으로써, 헌법소원의 보충성 원칙을 명시하고 있다. 여기서 구제절차는 법령 또는 헌법에 의하여 규범화된 법원에의 제소가능성 또는 행정관청에의 불복가능성을 의미한다.¹⁸⁴⁾ 그리고 공권력 작용을 직접대상으로 하여 그 효력을 다룰 수 있는 구제절차를 의미하기 때문에, 간접적이거나 사후적·보충적 구제수단인 손해배상청구나 손실보상청구, 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」에 규정된 청원은 보충성 원칙에서의 다른 구제절차에 해당하지 않는다.¹⁸⁵⁾

위와 같은 보충성 원칙은, 「헌법재판소법」 제68조 제1항 본문에 규정된 재판소원 금지¹⁸⁶⁾와 결합하여, 법원과 헌법재판소 간의 사법권한을 확정하는, 특히 행정작용에 대한 통제에 있어서의 법원과 헌법재판소의 관할을 상호배타적으로 배분하는 기능을 수행한다.¹⁸⁷⁾ 「행정소송법」 제2조 및 제3조에 의하여 행정작용에 대한 법원의 포괄적인 관할권이 인정되기 때문에, 행정소송의 대상으로 인정되는 행정작용은 행정소송으로 다루어야 하고 헌법소원의 대상이 되지 않는다. 다시 말해, 행정소송의 대상이 되는 행정작용에 대한 권리구제는 법원의 관할로, 그렇지 않은 행정작용에 대한 권리구제는 헌법재판소의

184) 박종보, 헌법소원심판에 있어서 보충성의 원칙, 공법연구, 제24집 제3호, 1996, 252면 참조.

185) 김하열, 헌법소송법, 박영사, 2024, 551-552면 참조.

186) 「헌법재판소법」 제68조 제1항은 본문에서 “공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”고 하여, 헌법소원심판 청구의 대상에서 법원의 재판을 제외하고 있다.

187) 김하열, 헌법소송법, 박영사, 2024, 550면; 박종보, 헌법소원심판에 있어서 보충성의 원칙, 공법연구, 제24집 제3호, 1996, 251면; 성중탁 사실행위에 대한 사법적 통제 경향 및 그 개선방안 - 권력적 사실행위와 비권력적 사실행위에 대한 헌법재판소 판례검토를 중심으로 -, 행정판례연구, 제19집 제1호, 2014, 321면 참조.

관할로 배분되는 것이다.¹⁸⁸⁾¹⁸⁹⁾ 이러한 이유로 헌법재판소는 주로 대법원이 처분성을 인정하는 데에 소극적인 영역에서 행정에 대한 통제기능을 발휘하고 있는데, 행정상 사실행위가 그러한 영역의 대표적인 예에 해당한다.¹⁹⁰⁾

위와 같은 행정상 사실행위에 대한 권리구제구조에 행정상 사실행위의 처분성을 소극적으로 이해하고 있는 대법원의 태도가 더하여져,¹⁹¹⁾ 현재 헌법재판소는 행정상 사실행위에 대한 권리구제에서 매우 중요한 역할을 하고 있는 것으로 평가된다. 구체적으로는, 행정상 사실행위로부터 국민의 권익을 보호할 필요가 있음에도 대법원의 소극적인 입장으로 인해 발생한 권리구제의 공백을 헌법재판소가 보완하고 있다는 평가와 헌법재판소에 의하여 헌법소원의 대상이 되는 공권력 행사로 인정되는 권력적 사실행위의 범위가 항고소송의 대상이 되는 권력적 사실행위의 범위보다 넓다는 평가 등이 이루어지고 있다. 그리고 더 나아가서는 우리나라에서 헌법소원에 의한 행정상 사실행위의 통제가, 독일과 같은 예외적·비상적 구제수단이 아니라, 원칙적·통상적 구제수단으로 기능하여 왔다고 평가되기도 한다.¹⁹²⁾

그러나 지목변경신청 반려행위와 관련하여, 헌법재판소가 이전에는 헌법소원의 대상으로 인정하다가 법원이 항고소송의 대상으로 인정하자 보충성 요건 흠결 이유로 각하하였음에 비추어 볼 때, 헌법재판소는 행정상 사실행위에 있어서도 예외적·비상적 구제수단으로서 기능하고자 하는 것으로 보인다. 그리고 헌법재판소가 항고소송에서 처분성을 인정하는 범위보다 넓게 공권력성을 인정한 것은, 행정상 사실행위로부터 국민의 권익을

188) 김하열, 헌법소송법, 박영사, 2024, 550면 참조.

189) 행정작용에 대한 통제에 있어서의 법원과 헌법재판소의 관할을 상호배타적으로 배분하는 기능을 하는 우리 헌법소원제도에서의 보충성 원칙은, 좁은 의미의 보충성 원칙 내지는 재판소원 금지와 결합하여 특유의 기능을 갖게 된 보충성 원칙으로서, 넓은 의미의 보충성 내지는 일반적 의미의 보충성과 구별된다. 넓은 의미의 보충성 내지는 일반적 의미의 보충성은, 1차적 권리구제를 담당하는 법원의 역할을 보충하고 때로는 견제하여 기본권을 최후로 보호하는 것을 목적으로 하는 비상적 절차로서의 헌법소원의 최후성·보충성을 말한다. 이러한 일반적 의미의 보충성은 권리구제라는 법원의 과제를 보장하고 이를 통해 반사적으로 헌법재판소의 사건 부담을 경감하는 한편, 사실관계와 법을 해석·적용에 관한 법원의 해명을 통해 헌법재판소가 헌법이라는 심사기준에 집중하게 하는 기능을 한다. 이러한 일반적 의미의 보충성 원칙의 기능은 독일과 같이 재판소원이 가능하여 행정작용에 대한 행정소송 후 그 결과에 대하여 헌법소원을 통해 다룰 수 있는 경우에 발현될 수 있는 기능이라 할 것이다. 이에 관한 자세한 내용은 김하열, 헌법소송법, 박영사, 2024, 549-550면 참조.

190) 최계영, 헌법소원에 의한 행정작용의 통제 - 기능과 한계 -, 공법연구, 제37집 제2호, 2008, 203면 참조.

191) 성중탁, 사실행위에 대한 사법적 통제 경향 및 그 개선방안 - 권력적 사실행위와 비권력적 사실행위에 대한 헌법재판소 판례검토를 중심으로 -, 행정판례연구, 제19집 제1호, 2014, 318면 참조.

192) 최계영, 헌법소원에 의한 행정작용의 통제 - 기능과 한계 -, 공법연구, 제37집 제2호, 2008, 201면 참조.

보호할 필요가 있음에도 대법원의 소극적인 입장으로 인해 발생한 권리구제의 공백을 헌법재판소가 보완해야 할 필요성으로 인한 것이며, 헌법재판소가 법원이 항고소송의 대상으로 인정하지 않는 (또는 인정 여부가 불분명한) 행정작용에 대한 통제기능을 수행한다는 점에서 도출되는 당연한 논리적 귀결이라고 보는 것이 타당하다고 생각된다.

나. 헌법재판소 결정의 영향을 받은 항고소송에서의 처분 개념 확대

어떤 행위가 행정처분인지 여부는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고 제반 사정을 고려하여 개별적으로 정하여야 한다는 판시가 등장한 이래로 대법원은 점차 처분성의 인정요건을 완화하여 처분 개념을 널리 확대하는 경향을 보이고 있는데, 이와 같은 대법원의 태도 변화에는 처분성을 지나치게 협소하게 인정하는 것에 대한 학계의 비판과 헌법재판소의 넓은 헌법소원 대상성 인정이 영향을 미친 것으로 보인다.¹⁹³⁾

헌법재판소 결정례의 영향을 받아 항고소송에서의 처분성 개념을 확대한 판례의 대표적인 예로는, 국제그룹 해체 사건¹⁹⁴⁾의 영향을 받아 도지사의 폐업결정의 처분성을 인정한 대법원 2016. 8. 30. 선고 2015두60617 판결이 있다. 해당 판결은 헌법재판소의 국제그룹 해체 사건과의 유사성, 즉 권력자의 결정·지시에 의하여 법과 절차를 무시하고 일사분란하게 폐업 내지 해체 조치가 이루어졌다는 점에서 도지사의 폐업결정에 대한 사법(司法)적 통제의 필요성을 포착하고 그 처분성을 인정하였다는 점에서, 헌법재판소 결정의 영향을 받아 처분성 범위를 확대한 판례로 평가된다.¹⁹⁵⁾ 그리고 기존 판례가 처분성을 부정하던 ‘지적공부 소관청의 지목변경신청 반려 행위’의 처분성을 인정한 대법원 2004. 4. 22. 선고 2003두9015 전원합의체 판결은, 소관청의 지목변경신청 반려 내지 거부 행위의 공권력성을 인정한 헌법재판소 결정¹⁹⁶⁾의 영향을 받아, 처분성 인정범위를 확대한 것이라고 할 것이다.

193) 신철순, 의료원 폐업방침 발표의 처분성과 취소소송의 소의 이익, 행정판례연구, 제23집 제1호, 2018, 194면; 정호경, 항고소송과 헌법소원의 관계 - 보충성 원칙과 명령규칙에 대한 심사권을 중심으로 -, 사법, 제36호, 2016, 324-325면 참조.

194) 현재 1993. 7. 29. 89헌마31, 판례집 5-2, 87.

195) 신철순, 의료원 폐업방침 발표의 처분성과 취소소송의 소의 이익, 행정판례연구, 제23집 제1호, 2018, 196면; 이상덕, 도지사의 지방의료원 폐업조치가 항고소송의 대상인 처분에 해당하는지, 대법원판례해설, 제110호, 2017, 40-42면 참조.

196) 현재 1999. 6. 24. 97헌마315, 판례집 11-1, 802; 현재 2002. 1. 31. 99헌마563, 판례집 14-1, 62.

2. 현 권리구제구조의 한계

가. 처분성 판단 기준의 모호성

대법원은 다양한 논거와 논리로 항고소송의 대상인 처분의 인정 범위를 확대하는 경향을 보이고 있다. 그런데 대법원이 제시하는 처분성 판단 기준은 사실상 권리구제의 실질적 필요성에 초점을 맞추므로써 이론적 정합성이나 일관성 측면에서 한계를 갖는다고 생각된다.

대법원은 권력적 사실행위에 내재된 행정청의 의사표시 요소를 추출 내지 의제하여 행정청의 의사표시의 처분성을 인정하는 방식으로 처분성 인정 범위를 확대하는 모습을 보이고 있다.¹⁹⁷⁾ 그러나 행정청의 사실행위가 실행됨에 있어서는 그러한 사실행위를 하기로 하는 결정이 언제나 내재되어 있다는 점에서, 그로부터 의사표시 요소를 추출 내지 의제하는 것은 내심의 의사를 외부로 표시함으로써 법률효과를 발생시키는 의사표시 개념에 부합하지 않는 것으로 보인다. 권력적 사실행위에서 행정청의 의사표시 요소를 추출한다고 하여도, 그 처분성을 인정함에 있어서는 그러한 의사표시가 공권력의 행사로서 일방적으로 강제하는 성격을 가질 것이 요구된다는 점에서 권력적 사실행위 그 자체의 처분성을 인정하는 경우와 그 인정 근거는 동일하게 된다. 사실행위 자체를 취소하는 것과 사실행위에 내재된 결정을 취소하고 남아 있는 사실행위의 결과를 결과제거의무의 대상으로 보는 것의 법적 효과도 다르지 않다. 또한, 비권력적 사실행위의 경우에도 사실상의 강제력이 인정되면 이를 근거로 비권력적 사실행위의 처분성이 긍정된다는 것과 비교하여 보더라도, 권력적 사실행위에서 행정청의 결정을 추출 또는 의제하여야 할 이유가 없다고 생각된다.

대법원은 사실적 요소(사실상의 강제력)를 근거로 하여 처분성 인정 범위를 확대하기도 한다. 최근 비권력적 사실행위로 간주되어 온 행정지도에 대해서도 “사실상 강제력”을 근거로 처분성을 긍정하는 취지의 판시를 한 것이 그 대표적인 예에 해당한다.¹⁹⁸⁾ 이처럼 사실적 요소를 판단의 근거로 삼음으로써 권리구제 범위를 확대하는 경향은 항고소송 전체에서 발견되는 경향이라고 할 수 있다. 대법원은 원고적격을 확대함에 있어서 사

197) 사법연수원, 법원실무제요 : 행정 [I], 2024, 240-241면 참조.

198) 성중탁, 사실행위에 대한 사법적 통제 경향 및 그 개선방안 - 권력적 사실행위와 비권력적 사실행위에 대한 헌법재판소 판례검토를 중심으로 -, 행정판례연구, 제19집 제1호, 2014, 322면 참조.

실상 이익의 침해와 같은 사실적 요소를 근거로 원고적격을 인정하는 모습을 보이고 있는데, 이에 대하여는 사실상 이익의 침해라는 사실적 요소를 근거로 판단하는 판례의 경향이 더욱 강화되면서 판례의 원칙적 기준인 법률상보호이익설로 설명이 어려운 판례가 증가하여 판결의 예측가능성이 낮아지고 있다는 비판이 제기되고 있다. 이러한 비판은 사실적 요소를 근거로 하여 처분성 인정 범위를 확대하는 것에도 그대로 적용된다. 항고소송의 대상인 처분의 개념 요소를 갖추지 않았음에도 사실상의 강제력이라는 사실적 요소를 근거로 처분성을 확대해나가는 것은 항고소송의 대상적격 판단의 원칙적인 기준으로 설명하기 어려운 판례를 증가시킴으로써 판결의 예측가능성을 낮추고, 법관의 자의적 판단의 위험을 높여 법적 안정성에 대한 위협으로 이어질 수 있는 것이다.

나. 공권력성 판단 기준의 모호성

대법원의 처분성 판단 기준과 마찬가지로 헌법재판소의 공권력성 판단 기준 역시 이론적 정합성이나 일관성의 측면에서 한계를 갖는다고 생각된다. 이러한 공권력성 판단 기준의 모호성은 공권력 작용 개념이 갖는 포괄성과 공법관계의 복잡성·다면성, 그리고 구체적 사례에서의 국민의 기본권 보호 필요성에 중점을 두는 경향 등 다양한 요인에 의해 발생하고 있다. 이로 인해 행정상 사실행위의 공권력성을 판단함에 있어 다수의견과 반대의견이 팽팽하게 나누어지기도 하고, 유사한 구조의 사실관계에 대하여 서로 다른 결정이 내려지기도 한다.

수사기관의 통신자료 취득행위의 공권력성 인정 여부가 문제된 헌법재판소 2022. 7. 21. 선고 2016헌마388등 결정¹⁹⁹⁾에서는 재판관 4인이 통신자료 취득행위의 공권력성을 부정하였고(법정의견), 재판관 5인이 공권력성은 인정되나 심판청구의 이익이 없어 부적법하다고 하였다(별개의견). 그런데 수사기관의 통신자료 취득행위의 공권력성을 부정한 선례²⁰⁰⁾를 변경하기 위해 필요한 재판관 6인 이상의 찬성(「헌법재판소법」 제23조 제2항 단서 제2호)에 이르지 못하여, 재판관 5인의 의견이 별개의견으로 표시되었다.²⁰¹⁾ 해당 결정에서 법정의견과 별개의견은 수사기관의 통신자료 취득행위의 공권력성을 판단함에

199) 헌재 2022. 7. 21. 2016헌마388등, 판례집 34-2, 122.

200) 헌재 2012. 8. 23. 2010헌마439, 판례집 24-2상, 641.

201) 김하열, 2022년 헌법 중요판례평석, 인권과 정의, 제513호, 2023, 18면 참조.

있어서 ① 해당 행위로 인해 법적 지위에 영향을 받는지 여부가 문제되는 상대방이 누구인지와 ② 통신자료 제공요청이 강제성을 갖는지 여부에 대한 판단을 달리하였다. 법정의견은 ① 통신자료 취득행위로 인해 법적 지위에 영향을 받는지 여부가 문제되는 상대방을 통신자료 제출요청을 받은 전기통신사업자로 보고, ② 전기통신사업자가 수사기관의 통신자료 제공요청에 응할지 여부는 전기통신사업자의 재량에 맡겨져 있고, 이를 강제할 수단이 없으며, 수사기관과 전기통신사업자 사이에 상하관계가 성립하지 않고, 통신자료 제공요청에 응하지 않았다고 하여 전기통신사업자가 어떠한 법적 불이익을 입게 되는 것도 아니라고 하면서, 수사기관의 통신자료 제공요청은 강제력을 갖지 않는 임의수사에 해당한다고 보아 수사기관의 통신자료 취득행위의 공권력성을 부정하였다.²⁰²⁾ 반면에 별개의견은 ① 통신자료 취득행위가 공권력 행사에 해당하는지 여부는 전기통신사업자가 아니라 통신자료의 정보주체인 청구인을 기준으로 판단해야 한다고 보았고, ② 이 사건 통신자료 취득행위가 정보주체인 청구인들의 의사와 상관없이 이루어져 이를 저지할 수 없었고, 수사기관이 통신자료를 취득한 순간 곧바로 청구인들의 법적 지위가 불리하게 변화되었다고 하면서, 이 사건 통신자료 취득행위는 피청구인들이 우월적 지위에서 청구인들의 개인정보인 통신자료에 대하여 대물적으로 행한 수사행위로서 권력적 사실행위에 해당한다고 하였다.²⁰³⁾

202) “전기통신사업법은 … 전기통신사업자에게 이용자의 통신자료를 수사기관 등의 요청에 응하여 합법적으로 제공할 수 있는 권한을 부여하면서 통신자료의 제공 여부를 전기통신사업자의 재량에 맡겨 두고 있을 뿐, 전기통신사업자의 협조무 등에 대해 명시하고 있는 바가 없으며 전기통신사업자가 통신자료 제공요청에 응하지 아니한 경우의 강제수단에 대하여도 전혀 정하고 있지 아니하다. 또한 피청구인들과 전기통신사업자 사이에는 어떠한 상하관계도 없고, 피청구인들의 통신자료 제공요청에 응하지 아니하였다고 하여 전기통신사업자가 어떠한 법적 불이익을 입게 되는 것도 아니다. 설령 수사기관 등의 요청 등으로 인해 전기통신사업자가 심리적 압박감을 느낀다고 할지라도 이는 간접적·사실적인 불이익에 불과하고, 수사기관 등의 요청에 응하지 아니하여 피청구인들이 압수·수색영장을 발부받아 통신자료를 취득한다고 하여도 전기통신사업자의 사업수행에 어떠한 불이익이 초래될 것으로 보이지도 아니한다(헌재 2012. 8. 23. 2010헌마439 참조).”

203) “공권력인 수사권 행사의 주체인 수사기관의 통신자료 제공요청만으로도 전기통신사업자는 상당한 부담을 가질 수밖에 없고, 전기통신사업자가 수사기관 등의 통신자료 제공요청에 응하지 아니하여 수사기관 등이 압수·수색 영장 집행의 방식으로 이용자의 통신자료를 확보할 경우 전기통신사업자의 업무에 지장이 초래될 수 있어 전기통신사업자가 굳이 자신의 부담 하에 수사기관 등의 통신자료 제공요청을 거절할 가능성도 높지 않다. 나아가 이 사건 통신자료 취득행위는 대인적으로는 … 전기통신사업자를 직접 상대방으로 하여 이루어진 것이지만, … 대물적으로는 위 청구인들에 대한 행위이며 이로 인해 전기통신사업자가 아닌 위 청구인들의 기본권이 제한되는 경우에 해당한다. 따라서 이 사건 통신자료 취득행위가 국민의 권리와 의무에 직접적인 법률효과를 발생시켜 청구인의 법률관계 내지 법적 지위를 불리하게 변화시키는 공권력행사에 해당하는지 여부는 전기통신사업자가 아니라 이용자인

‘금융위원회의 시중 은행에 대한 가상계좌 신규 제공 중단 및 가상통화 거래 실명제 조치’(이하 ‘이 사건 조치’라 한다)의 공권력성 인정 여부가 문제된 헌법재판소 2021. 11. 25. 선고 2017헌마1384등 결정²⁰⁴⁾에서는, 이 사건 조치에 대하여 재판관 5인은 “금융기관에 방향을 제시하고 자발적 호응을 유도하려는 일종의 ‘단계적 가이드라인’에 불과하다”고 하면서 공권력성을 부정하였고(다수의견), 재판관 4인은 “가이드라인 등 단순한 행정지도의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 상당히 강하게 갖는 것”이라고 하면서 공권력성을 인정하였다(반대의견). 이 사건 조치의 공권력성을 인정한 다수의견은 “은행들이 이에 응하지 아니하더라도 행정상, 재정상 불이익이 따를 것이라는 내용은 확인할 수 없는 점, 이 사건 조치 이전부터 금융기관들이 상당수 거래소에는 자발적으로 비실명가상계좌를 제공하지 아니하여 왔고 이를 제공해오던 거래소라 하더라도 위험성이 노정되면 자발적으로 제공을 중단해 왔던 점, 이 사건 조치 이전부터 ‘국제자금세탁방지기구’를 중심으로 가상통화 거래에 관한 자금세탁 방지규제가 계속 강화되어 왔는데 금융기관들이 이를 고려하지 않을 수 없었던 점, 다른 나라에 비견하여 특히 가상통화의 거래가액이 이례적으로 높고 급등과 급락을 거듭해 왔던 대한민국의 현실까지 살핀다면, 가상통화 거래의 위험성을 줄여 제도화하기 위한 전제로 이루어지는 단계적 가이드라인의 일환인 이 사건 조치를 금융기관들이 존중하지 아니할 이유를 달리 확인하기 어렵다.”는 것을 근거로 이 사건 조치의 강제성을 부정하였다. 반면에 반대의견은 “이 사건 조치의 내용을 살펴보면 정부당국이 ‘가상통화 거래 실명제 실시’를 염두에 두고 ‘신규 비실명가상계좌 발급을 통한 가상통화 거래 제한’이라는 특정 법적 효과 발생을 실질적인 목적으로 삼았고, 금융회사 등이 이에 불응하면 ‘자금세탁행위나 공중협박자금조달행위 등을 효율적으로 방지하기 위한 금융회사등의 조치의무’ 위반과 같은 추상적 의무위반사항을 상정하고 시정명령, 영업 정지 요구, 과태료 등의 제재조치를 가할 가능성을 배제할 수 없다. 일부 은행들은 일부 가상통화 거래소에 비실명가상계좌를 제공해 오면서 수수료 등 상당 수익

위 청구인들을 기준으로 판단하여야 한다. 그런데 이 사건 통신자료 취득행위는 정보주체인 위 청구인들의 의사와 상관없이 이루어진 것으로, 위 청구인들이 전기통신사업자의 통신자료 제공을 저지하기 위해 개입할 여지가 전혀 없을 뿐만 아니라 수사기관 등이 위 청구인들의 의사와 무관하게 이들의 통신자료를 취득한 순간 곧바로 위 청구인들의 법적 지위가 불리하게 변화된다. 따라서 이 사건 통신자료 취득행위는 피청구인들이 우월적 지위에서 [별지 3] [별지 4] 기재 청구인들의 개인정보인 통신자료에 대하여 대물적으로 행하는 수사행위로서 권력적 사실행위에 해당하므로, 헌법소원의 대상이 되는 공권력행사에 해당한다.”

204) 헌재 2021. 11. 25. 2017헌마1384등, 판례집 33-2, 643.

을 언던 중에 이 사건 중단 조치로 비로소 그 제공을 중단했고, 은행들은 가상통화 취급 업소와 실명확인 입출금계정 서비스 관련 계약체결 대상을 선정함에 관한 자율성이 있을 뿐 가상통화 거래 실명제 시행 그 자체는 다른 예외나 선택의 여지없이 이 사건 실명제 조치로 강제되었다. 이를 종합하면, 이 사건 조치는 비권력적·유도적 권고·조언·가이드 라인 등 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 상당히 강하게 갖는 것으로서, 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 봄이 상당하다.”고 하여 이 사건 조치의 공권력성을 인정하였다.

공권력성 판단 기준의 모호함으로 인해 유사한 구조의 사안에 대하여 다른 판단이 이루어진 사례로는 대한선주 주식회사 사건²⁰⁵⁾과 국제그룹 해체 사건²⁰⁶⁾의 경우를 들 수 있다. 헌법재판소는 대한선주 주식회사와 관련된 결정에서 권력적 사실행위인지 여부를 판단함에 있어서의 일정한 기준을 제시한 바 있으나, 같은 사실관계에 대해 다수의견은 이를 비권력적 사실행위라고 판단한 반면 소수의견은 이를 권력적 사실행위로 판단하였다. 헌법재판소는 위 사건에서 국제그룹 해체 사건과의 차이로서 “제3자 인수 방식에 의한 부실기업의 정리가 이루어진 과정에서, 국제그룹의 경우에는 정부가 주거래은행이 스스로 수립한 정상화 방안을 무시한 채 단독으로 기업의 전면해체를 정하여 이를 주거래은행에게 일방적으로 강요하였음에 반하여, 대한선주의 경우에는 어디까지나 주거래은행에 의한 실태조사 및 제3자 인수에 의한 정상화 방안이 먼저 수립되고, 정부가 뒤에 이를 받아들여 적극적으로 지원·독려하였다는 점에서 결정적인 차이점이 있다.”라고 판시한 점이 주목된다. 그러나 두 경우 모두 사실관계 차이가 명확하다고 보기 어렵다. 같은 사건에서 반대의견도 “국제그룹 해체 사건과 이 사건의 차이는 국제그룹 경우 주거래은행이 전면해체안과 더불어 일부회사는 존속시키는 두 개의 안을 보고하였다는 것이고 이 사건의 경우 제 3자 인수방안만을 건의하여 그것이 그대로 채택되었다는 정도로 정리과정에서의 피청구인의 조치나 역할은 두 사건 사이에 차이가 없다. 그런데 현재가 국제그룹 해체 사건의 경우 공권력의 행사가 있다고 보았음에도 이 사건 경우는 공권력의 행사가 없다고 보는 것은 결국 주거래은행의 건의내용의 여하에 따라 피청구인을 비롯한 정부에서 행한 조치의 성질이 달라진다는 것을 의미하는 결과가 되어 이는 다수의견이 공권력 개념을 잘못 인식하고 있거나 아니면 의도적으로 본안판단을 회피하기 위하여 공권력의

205) 헌재 1994. 5. 6. 89헌마35, 판례집 6-1, 462.

206) 헌재 1993. 7. 29. 89헌마31, 판례집 5-2, 87.

개념을 축소하고 있는 것으로 보여질 수 있다.”고 지적하였다. 결국, 사실관계만을 기준으로 보자면 사소한 차이가 있을 뿐인 행정상 사실행위를 국제그룹사건에서는 권력적 사실행위로, 대한선주 주식회사 사건에서는 비권력적 사실행위로 보고 있어 권력적 사실행위와 비권력적 사실행위의 판단기준이 사법부 내부에서도 모호하다고 볼 수밖에 없다.²⁰⁷⁾

다. 비권력적 사실행위에 대한 사법심사의 원칙적 배제

비권력적 사실행위의 경우에도 헌법재판소가 사실상의 강제력을 이유로 공권력성을 인정하는 경우가 있기는 하지만, 비권력적 사실행위는 항고소송이나 헌법소원의 대상으로 인정되지 않는 것이 원칙이다. 그런데 이와 관련하여, 권력적 사실행위이든 비권력적 사실행위이든 법적 행위가 아닌 것은 동일하므로, 권력적 사실행위에 한정하여 처분성을 인정하는 것은 적절하지 않다는 견해가 주장되고 있다.²⁰⁸⁾ 비권력적 사실행위에 대한 사법심사를 배제할 경우, 행정상 사실행위를 법적 규율로부터 자유롭게 할 공백이 생기는 문제, 즉 비권력적 사실행위에 의해 국민의 권리가 침해되었을 때 구제수단이 없음은 물론, 행정부에 대한 사법통제 공백 발생이라는 문제로 이어질 수 있기 때문이다.²⁰⁹⁾

비권력적 사실행위에 대한 사법심사를 원칙적으로 배제하는 것에 대한 우려는 헌법재판소의 대한선주 주식회사 사건의 소수의견에서 잘 드러난다. 대한선주 주식회사 사건에서 소수의견은, “이 사건 대한선주에 대한 제3자 인수조치는 국제그룹 해체의 경우와 마찬가지로 모두 제5공화국에서 재무부장관을 비롯한 정부가 적극적으로 주도한 부실기업의 정리이고, 제3자 인수 방식으로 정리하였다는 점에서 기본적인 성격이 똑같으며 관점의 여하에 따라서는 한국외환은행은 100% 정부출자은행일 뿐만 아니라(국제그룹의 경우는 청구인들이 회사정리 절차에 반발하지 않고 협조적이었으나), 대한선주의 경우는 회사의 제3자 인수방침에 대하여 경영주인 청구인들이 처음부터 적극 반대하여 그들 소유의 주식 및 경영권 포기를 전적으로 거부하는 태도였던 점에 비추어 피청구인의 공권력

207) 성중탁, 사실행위에 대한 사법적 통제 경향 및 그 개선방안 - 권력적 사실행위와 비권력적 사실행위에 대한 헌법재판소 판례검토를 중심으로 -, 행정판례연구, 제19집 제1호, 2014, 319면.

208) 성중탁, 사실행위에 대한 사법적 통제 경향 및 그 개선방안 - 권력적 사실행위와 비권력적 사실행위에 대한 헌법재판소 판례검토를 중심으로 -, 행정판례연구, 제19집 제1호, 2014, 323면.

209) 성중탁, 사실행위에 대한 사법적 통제 경향 및 그 개선방안 - 권력적 사실행위와 비권력적 사실행위에 대한 헌법재판소 판례검토를 중심으로 -, 행정판례연구, 제19집 제1호, 2014, 320면.

발동에 필요성은 훨씬 더한 사례였다고 할 수 있는 것이다. 그런데도 다수의견이 말단지 엄격한 형식논리의 나열로 국제그룹 해체의 경우와 다르다고 굳이 강변하고 있는 것은 납득하기 어려운 일이며 특히 피청구인의 행위가 공권력의 행사가 아니어서 헌법소원심판청구의 대상이 아니라고 결론 짓고 있는 것은 공권력행사의 개념을 지나치게 좁게 파악하고 있는 것으로서 이는 헌법소원 청구의 폐쇄나 마찬가지로 보여지는 것이다.”라고 하였다. 이러한 소수의견은 다수의견과 같이 비권력적 사실행위의 공권력성을 원칙적으로 부정할 경우 사법부의 심판대상이 지나치게 좁아진다는 점을 제대로 지적했다고 평가된다.

라. 헌법재판소와 법원의 관할 문제

헌법소원의 보충성 원칙과 재판소원 금지 조항으로 인하여 행정작용 중 항고소송의 대상이 되지 못하는 행정작용만이 헌법소원의 대상이 될 수 있다. 그런데 행정상 사실행위의 경우 처분성 인정 기준이 모호하여 어떠한 행정상 사실행위가 항고소송의 대상인 처분으로 인정되는지 여부가 불분명한 경우가 많다. 이로 인해 행정상 사실행위에 대한 권리구제 있어서는 법원과 헌법재판소의 관할이 모호하다는 문제가 발생한다. 이러한 법원과 헌법재판소의 권한 배분에 있어서의 혼란은 결국 국민의 권리구제의 공백으로 이어질 수 있다. 따라서 국민의 권리구제가 공백 없이 온전히 이루어지기 위해서는 법원과 헌법재판소의 관할이 분명하게 구분될 필요가 있다. 법원과 헌법재판소는 서로 독립된 사법기관으로 제도의 목적, 추구하는 가치, 우리 법체계 내에서의 역할이 다르기 때문에 서로 다른 결론을 내릴 수 있다는 점에서도 그러한 혼란을 방지하기 위하여 역할 분담이 분명하게 이루어져야 할 필요가 있다고 할 것이다.

3. 행정상 사실행위에 대한 권리구제 개선방안

가. 현 제도의 활용 방안(해석론)

현재 우리 공법체계 내에서 행정상 사실행위에 대한 권리구제가 갖는 한계의 가장 큰

원인은, 항고소송의 대상인 처분의 인정범위가 좁고, 이를 확대하기 위한 다양한 논의가 전개되고는 있으나 일관성과 정합성을 갖춘 이론적 기준이 없다는 데에 있다. 따라서 항고소송의 대상인 처분에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 적용할 수 있는 일관성 및 정합성을 갖춘 이론적 기준이 마련되는 것이 시급하다고 할 것이다.

일관성 및 정합성을 갖춘 이론적 기준을 마련하는 방안으로 우리 「행정소송법」상 항고소송의 대상으로 규정되어 있는 “그 밖에 이에 준하는 행정작용”의 개념요소와 한계를 정립하는 방안을 생각할 수 있다. 종래 대법원은 “그 밖에 이에 준하는 행정작용”을 정의하거나 문제되는 행위가 “그 밖에 이에 준하는 행정작용”에 해당함을 이유로 항고소송의 대상적격을 인정한 바가 없다. 그런데 “그 밖에 이에 준하는 행정작용”이라는 개념은 현재 대법원이 처분의 범위를 확대함에 있어서 제시하는 논거를 포괄할 수 있는 개념이라는 점에서, 그 개념의 적극적으로 적용하고 그에 관한 이론적 기준을 마련하는 것이 일관성 및 정합성을 갖춘 이론적 기준을 정립하는 하나의 방안이 될 수 있을 것이다.

“그 밖에 이에 준하는 행정작용”의 개념요소와 한계에 관한 일관적이고 정합성을 갖춘 이론적 기준으로 ‘형식적 행정행위론’이 주장되고 있다.²¹⁰⁾ 형식적 행정행위론이란, 행정행위의 실체를 갖추지는 못했으나 행정행위의 외형을 갖추고 있고 항고소송으로 국민권익구제를 기할 수밖에 없는 경우에 행위형식의 행정행위와의 유사성을 고려하여 처분성을 인정하는 이론이다.²¹¹⁾ 이와 같은 형식적 행정행위론은 독일과 일본의 판례와 학설에서 인정되고 있고, 우리 대법원 판례(대법원 1993. 12. 10. 선고 93누12619 판결)²¹²⁾에서도 형식적 행정행위론의 내용이 제시된 바 있다.²¹³⁾ 형식적 행정행위론을 적용하여 “그

210) 김동희/최계영, 행정법 I, 박영사, 2021, 250면 이하; 김유환, 행정법이론체계상 처분 개념의 재조명 - 판례의 이론적 해명과 성문 개념 규정에 대한 비평 -, 행정법이론실무학회 제280회 정기학술발표회 자료집, 2024, 19면; 박운흔, 최신행정법강의(상), 박영사, 2004, 366면 참조.

211) 김유환, 행정법이론체계상 처분 개념의 재조명 - 판례의 이론적 해명과 성문 개념 규정에 대한 비평 -, 행정법이론실무학회 제280회 정기학술발표회 자료집, 2024, 20면 참조.

212) “행정청의 어떤 행위를 행정처분으로 볼 것이냐의 문제는 추상적 일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우 행정처분은 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 국민의 권리유에 직접 영향을 미치는 행위라는 점을 고려하고 행정처분이 그 주체, 내용, 절차, 형식에 있어서 어느 정도 성립 내지 효력요건을 충족하느냐에 따라 개별적으로 결정하여야 하며, 행정청의 어떤 행위가 법적 근거도 없이 객관적으로 국민에게 불이익을 주는 행정처분과 같은 외형을 갖추고 있고, 그 행위의 상대방이 이를 행정처분으로 인식할 정도라면 그로 인하여 파생되는 국민의 불이익 내지 불안감을 제거시켜 주기 위한 구체수단이 필요한 점에 비추어 볼 때 행정청의 행위로 인하여 그 상대방이 입는 불이익 내지 불안이 있는지 여부도 그 당시에 있어서의 법치행정의 정도와 국민의 권리의 식 수준 등은 물론 행위에 관련한 당해 행정청의 태도 등도 고려하여 판단하여야 한다.”

213) 김유환, 행정법이론체계상 처분 개념의 재조명 - 판례의 이론적 해명과 성문 개념 규정에 대한 비평 -,

밖에 이에 준하는 행정작용”을 형식적 행정행위로 해석한다면, 직접적인 법적 효과의 발생을 목적으로 하지 않고 사실상의 결과만을 초래하는 행정주체의 행위인 행정상 사실행위가 행정행위의 외형을 갖추고 있고 그와 관련하여 항고소송으로 국민의 권익을 구제할 필요성이 있다고 인정되는 경우에는 사실상 행정행위도 항고소송의 대상인 처분으로 인정될 수 있을 것이다. 이러한 해석은 실체법상의 행정행위보다 넓은 범위의 쟁송법상 처분 개념을 도입함으로써 국민의 권리구제를 확대하고자 한 1984년 「행정소송법」 전부개정 취지에 부합하고, 행정행위의 외형을 갖추므로 인해 발생하는 사실상의 강제력이나 행정 주체의 우월적 지위를 근거로 행정상 사실행위의 처분성을 인정하는 판례의 입장에 대한 일관성 있는 해명을 제시할 수 있으며, ‘형식성’이라는 개념 징표를 추가함으로써 이론적 정합성도 갖출 수 있다는 점에서 타당하다고 생각된다.

나. 권리구제구조의 재구성(입법론)

행정상 사실행위에 대한 권리구제를 개선하는 장기적 방안으로는 권리구제구조를 재구성하는 입법론적 방안을 생각해 볼 수 있다. 먼저, 독일의 일반이행소송과 같이 행정상 사실행위를 다투는 소송유형을 신설하는 방안을 생각해 볼 수 있을 것이다. 독일의 경우, 취소소송 내지 의무이행소송은 엄격하게 실체법상의 행정행위의 개념을 대상으로 하는 것이므로, 사실행위에 대하여는 이른바 국가배상 내지 일반이행소송(allgemeine Leistungsklage)을 구제수단으로 상정하고 있다.²¹⁴⁾ 여기서 일반이행소송은 행정행위 이외의 행정작용을 그 대상으로 하는 소송으로, 결과제거를 요구하거나 부작위를 요구하는 경우에도 일반이행소송으로 다룰 수 있다. 독일의 일반이행소송은 「행정법원법」에 명시적으로 규정되어 있지는 않지만, 독일의 통설과 판례는 「행정법원법」 제40조 제1항 및 제43조 제2항 1문을 근거로 일반이행소송을 행정소송의 유형 중 하나로 인정한다.²¹⁵⁾ 이와

행정법이론실무학회 제280회 정기학술발표회 자료집, 2024, 19면 참조.

214) 일반이행소송의 대상으로 행정행위의 성격이 없는 다양한 사실행위들이 언급되고 있다. 가령, 일반적 인 정보제공, 특별법적으로 규율된 통지, 서류검사의 허용, 대상의 인도, 법률이나 행정행위로 허용된 금전지급, 명예훼손적 혹은 기본권 침해적 사실주장의 철회, 감식결과와 폐기 및 위법하게 저장된 데이터의 파기, 위법하게 징수된 금전급부의 보상 등이 있다. Dieter Lorenz, *Verwaltungsprozessrecht*, 2000, S. 393f; 박재운, 권력적 사실행위의 처분성 : 대법원 2016. 8. 30. 선고 2015두60617 판결 (진주 의료원 사건), *행정법연구*, 제54권, 2018, 180면에서 재인용.

215) 정선균, 행정상 명단공개에 대한 구제수단으로서 당사자소송의 활용, *서강법률논총*, 제12권 제3호,

관련하여, 학계에서는 행정상 사실행위를 처분 개념에 포함시켜 취소소송이 가능하도록 문제를 해결하는 것보다는 독일과 같이 「행정소송법」에 사실행위에 대한 일반적 이행소송을 명문화하여 사실행위에 대한 실효적인 권리구제수단을 제도화하는 것이 바람직하다는 견해가 주장되고 있기도 하다.²¹⁶⁾

이 외에 오스트리아와 같이 행정상 사실행위에 대한 권리구제를 주로 헌법재판으로 하는 방안이 이야기되기도 한다. 그러나 현재 우리 헌법재판소의 조직·임무·구성상의 한계로 인해, 헌법재판소가 사실인정과 법률의 해석·적용의 완전한 심사를 하는 것이 불가능한 상황이다.²¹⁷⁾ 이에 행정상 사실행위에 대한 권리구제에 있어서 헌법재판소가 주된 역할을 수행하기 위해서는 헌법재판소에 재판부를 증설하거나 하급 재판소를 별도로 설치하는 등 헌법 개정 작업이 필요하다는 점에서, 헌법재판소를 중심으로 행정상 사실행위에 대한 권리구제구조를 개편하는 방안이 우리나라에 도입되는 것은 현재로서는 어려울 것으로 생각된다.

2023, 166면 참조.

216) 김용섭, 행정상 사실행위의 법적 문제, 인권과 정의 283호, 대한변호사협회, 2000, 153면 참조.

217) 최계영, 헌법소원에 의한 행정작용의 통제 - 기능과 한계 -, 공법연구, 제37집 제2호, 2008, 203면; 이노홍, 헌법소원의 대상으로서 공권력의 행사와 행정청의 행위 - 현재 결정을 중심으로 -, 세계헌법연구, 제17권 제2호, 2011, 230면 참조.

VI. 결론

1984년 「행정소송법」 전부개정을 통해 “그 밖에 이에 준하는 행정작용”을 항고소송의 대상인 처분에 포함시킴으로써 실체법상의 행정행위보다 넓은 범위의 쟁송법상 처분 개념을 도입한 것, 대법원이 항고소송의 대상인 처분의 인정범위를 다양한 논거와 논리로 확장시켜온 것, 그리고 헌법재판소가 헌법소원의 대상인 공권력 작용을 넓게 인정함으로써 항고소송을 통해 보호받지 못한 국민의 기본권을 보호하기 위하여 노력하여 온 것은, 모두 국민의 권익을 폭넓게 보호하기 위한 노력의 일환으로 국민의 권익보호 범위 확대라는 큰 흐름 속에서 이해될 수 있다. 오늘날 공법관계가 다면화·복잡화되고, 행정의 기능 및 역할이 확대됨에 따라 행정작용이 국민의 법적·사실적 지위에 미치는 영향 역시 확대되었고, 행정작용이 중대한 법익 침해나 기본권 제한의 결과를 야기하는 경우가 증가하였으며, 행정작용의 태양도 다양해졌다. 이에 따라 행정작용에 대한 사법(司法)적 통제를 통한 권리구제의 필요성 역시 증가한 것이다.

행정상 사실행위는, 행정작용에 대한 사법(司法)적 통제 확대를 위하여 대법원이 처분성 인정 범위를 확대하고 헌법재판소가 공권력성 인정 범위를 확대한 대표적인 영역에 해당한다. 행정상 사실행위는 직접적으로 법적 효과를 발생시키지 않고 사실상의 결과만을 초래하기 때문에 처분성이나 공권력성이 원칙적으로 인정되기 어렵지만, 행정상 사실행위의 태양이 다양해지면서 행정상 사실행위에 대한 권리구제 내지는 사법심사(司法審査) 필요성이 대두되었고, 사실상 행정행위에 있어서 처분성 및 공권력성 인정 범위가 계속해서 확대되는 경향이 나타났다. 그런데 구체적 사안에서의 국민의 권리구제 필요성이 강조되면서, 대법원의 처분성이나 헌법재판소의 공권력성 인정 여부를 판단하는 기준이 일관성 및 이론적 정합성을 잃어가고 있는 것으로 보인다.

국민의 권리구제 범위를 확대하는 것이 시대적 요청임에는 의문의 여지가 없지만, 국민의 권리구제 범위 확대는 어디까지나 현재의 법체계 내에서 명확한 이론적 기준으로 설명이 가능한 방식으로 이루어져야 한다. 구체적 사안에서의 국민의 권리구제 필요성에 집중하여 이론적으로 설명이 되지 않는 판례가 증가한다면, 판례의 예측가능성을 낮추고 법관의 자의적 판단의 위험을 높여 법적 안정성에 대한 위협으로 이어질 수 있고, 이는 결국 국민의 권리구제의 실효성을 저해하는 결과를 초래하기 때문이다. 특히, 대법원이

그 처분성을 인정함에 있어서 소극적인 태도를 보임에 따라 헌법재판소가 보충성 원칙과 재판소원 금지 조항을 준수하는 범위 내에서 행정상 사실행위에 대한 통제기능을 수행해 온 행정상 사실행위의 경우, 처분성 및 공권력성 판단기준이 모호함으로 인해 어떠한 행정상 사실행위가 항고소송의 대상인지 아니면 헌법소원의 대상인지를 분명히 알기 어렵다는 점이 국민의 권리구제의 실효성을 저해하는 요인으로서 작용하고 있다.

위와 같은 상황에서 국민의 권리구제를 확대하고 그 실효성을 높이기 위해서는 먼저 항고소송의 대상인 처분에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 적용할 수 있는 일관성 및 정합성을 갖춘 이론적 기준을 마련함으로써 항고소송의 대상적격이 인정되는 범위를 분명히 하여야 한다. 처분성 판단에 있어서의 일관성 및 정합성을 갖춘 이론적 기준을 마련하는 방안으로는, 형식적 행정행위론을 적용하여 「행정소송법」 제2조 제1항 제1호의 “그 밖에 이에 준하는 행정작용”을 형식적 행정행위로 해석하고, 권리구제 필요성이 인정되는 사실상 행정행위를 형식적 행정행위로 포섭하는 해석론을 생각할 수 있다. 그리고 나아가 장기적으로는 독일의 일반이행소송과 같이 행정상 사실행위를 다투는 소송유형을 신설하는 등의 방법으로 권리구제구조를 재구성하는 입법론적 방안을 생각해 볼 수 있다 할 것이다.

참 고 문 헌

1. 단행본

- 강현호, 행정법의 이해, 동방문화사, 2018.
김남진/김연태, 행정법, 법문사, 2024.
김동희/최계영, 행정법 I, 박영사, 2021.
김유환, 현대 행정법, 박영사, 2024.
김철용, 행정법, 고시계사, 2023.
김하열, 헌법강의, 박영사, 2024.
김하열, 헌법소송법, 박영사, 2024.
박균성, 행정법강의, 박영사, 2022.
사법연수원, 법원실무제요 : 행정 [I], 2024.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2021.
정하중, 행정법개론, 법문사, 2017.
하명호, 행정법, 박영사, 2024.
한수용, 헌법학, 법문사, 2020.
허 영, 한국헌법론, 박영사, 2021.
헌법재판소, 헌법재판실무제요, 2023.
홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2024.

2. 논문

- 고현환, 행정절차법상 행정지도의 문제점 개선방안, 법학연구, 제28집, 2007, 17-35면.
김대인, 불공정조달행위 행정조사법제에 관한 연구 : 조달청을 중심으로, 행정법연구, 제56호, 2019, 117-144면.
김도승, 행정지도에 관한 고찰, 가천법학, 제5권 제1호, 2012, 241-267면.
김민배, 하자 있는 행정조사와 행정행위의 효과 : 일본의 판례와 학설을 중심으로, 행정법학, 제17호, 2019, 215-247면.
김상태, 행정지도와 국가배상 - 일본에서의 논의를 중심으로 -, 행정법연구, 제22호,

2008. 81-103면.

- 김성원, 제재적 공표의 처분성에 관한 법적 문제, 일감법학, 제49호, 2021, 201-229면.
- 김성원, 행정지도에 관한 소고, 공법학연구, 제6권 제1호, 2005, 411-439면.
- 김용주, 행정조사와 특별사법경찰관리의 수사의 경계획정 - 특별사법경찰관리의 직무를 중심으로 -, 경찰학연구, 제14권 제4호, 2014, 77-119면.
- 김용섭, 행정상 공표의 법적 문제 - 대상판결 : 대법원 1998. 5. 22. 선고, 97다57689 판결 -, 판례월보, 제356호, 2000, 7-23면.
- 김용섭, 행정조사 및 행정절차의 법적 문제 - 대상판결 : 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016두41811 판결 -, 행정판례연구, 제22집 제1호, 2017, 71-124면.
- 김유환, 행정법이론체계상 처분 개념의 재조명 - 판례의 이론적 해명과 성문 개념 규정에 대한 비평 -, 행정법이론실무학회 제280회 정기학술발표회 자료집, 2024, 1-32면.
- 김재선, 개별 행정영역의 행정조사에 있어 영장주의 적용 여부에 관한 공법적 고찰, 공법연구, 제48집 제4호, 2020, 29-55면.
- 김치환, 행정상 공표에 있어서 실효성확보와 권익보호의 조화, 토지공법연구, 제26집, 2005, 253-286면.
- 김하열, 2022년 헌법 중요판례평석, 인권과 정의, 제513호, 2023, 6-30면.
- 김혜성, 행정상 공표의 법적 쟁점 : 행정의 실효성 확보수단으로서 위반사실의 공표를 중심으로, 법제, 제664호, 2014, 102-124면.
- 남복현, 헌법재판소와 대법원의 관할문제, 공법연구, 제32집 제1호, 2003, 133-206면.
- 박재윤, 권력적 사실행위의 처분성 : 대법원 2016. 8. 30. 선고 2015두60617 판결 (진주 의료원 사건), 행정법연구, 제54호, 2018, 171-197면.
- 박종보, 헌법소원심판에 있어서 보충성의 원칙, 공법연구, 제24집 제3호, 1996, 251-176면.
- 박현정, 권력적 행정조사에 대한 사법통제, 행정법학, 제25호, 2023, 337-375면.
- 박현준, 경찰행정조사에서의 인권보장, 법학연구, 제17권 제1호, 2017, 227-244면.
- 박효근, 행정지도와 법률유보 및 구제에 관한 이론적 검토, 한양법학, 제35집, 2011, 229-248면.
- 배상준, 연성규범에 관한 공법적 연구 - 신사조행정법학과 연성규범의 관계를 중심으로 -, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 2023.
- 배상준, 연성규범의 쟁점과 과제 - 공법적 통제의 문제를 중심으로 -, 법학연구, 제32권

제1호, 2022, 113-153면.

석호영, 행정상 사실행위에 관한 법적 검토, 토지공법연구, 제87호, 2019, 675-598면.

선정원, 항고소송의 대상 : 권력적 사실행위, 특별법연구, 제7권, 2005, 131-192면.

성중탁, 사실행위에 대한 사법적 통제 경향 및 그 개선방안 - 권력적 사실행위와 비권력적 사실행위에 대한 헌법재판소 판례검토를 중심으로 -, 행정판례연구, 제19집 제1호, 2014, 313-354면.

신호은, 행정절차법상 위반사실공표 관련 법적 쟁점, 법제, 제702호, 2023, 83-108면.

신철순, 의료원 폐업방침 발표의 처분성과 취소소송의 소의 이익, 행정판례연구, 제23집 제1호, 2018, 185-216면.

오용식, 행정상 공표와 관련한 몇 가지 검토, 법제, 제537호, 2002, 3-22면.

오준근, 행정조사제도의 법리적 논의·입법동향의 평가와 개선방향에 관한 연구, 토지공법연구, 제45집, 2009, 359-381면.

이노홍, 헌법소원의 대상으로서 공권력의 행사와 행정청의 행위 - 현재 결정을 중심으로 -, 세계헌법연구, 제17권 제1호, 2011, 503-530면.

이동식, 세무조사 결정통지의 처분성, 행정판례연구, 제17집 제1호, 2012, 143-182면.

이상덕, 도지사의 지방의료원 폐업조치가 항고소송의 대상인 처분에 해당하는지, 대법원 판례해설, 제110호, 2017, 27-57면.

이상덕, 항고소송과 헌법소원의 관계 재정립 - 실무의 상황과 나아갈 방향 -, 공법연구, 제44권 제1호, 2015, 227-274면.

이상천, 정보화사회에서의 공표, 외법논집, 제34권 제2호, 2010, 129-147면.

이승민, 행정지도의 개념과 실제, 행정법연구, 제38호, 2014, 49-81면.

장윤영, 행정조사에서의 진술거부에 관한 고찰 - EU 사례를 중심으로 -, 행정법연구, 제68호, 2022, 149-178면.

정남철, 항고소송과 헌법소원의 대상 - 공법소송 대상의 재구성을 위한 시론을 중심으로 -, 법조, 제68권 제2호, 2019, 7-34면.

정선균, 행정상 명단공개에 대한 구제수단으로서 당사자소송의 활용, 서강법률논총, 제12권 제3호, 2023, 153-177면.

정태호, 선거관리위원회의 선거운동에 관한 행정지도와 기본권구제, 헌법학연구, 제17권 제2호, 2011, 77-120면.

- 정태호, 인권보장제도로서의 헌법소원의 개념과 실제, 헌법학연구, 제14권 제2호, 2008, 1-44면.
- 정호경, 독일 행정소송의 체계와 유형 - 대상적격과 원고적격을 중심으로 -, 법학논총 제 23집 제2호, 2006, 205-242면.
- 정호경, 항고소송과 헌법소원의 관계 - 보충성원칙과 명령규칙에 대한 심사권을 중심으로 -, 사법, 제36호, 2016, 305-336면.
- 최계영, 헌법소원에 의한 행정작용의 통제 - 기능과 한계 -, 공법연구, 제37집 제2호, 2008, 201-234면.
- 최승재, 게임이론을 통한 행정지도의 권력성과 부당한 공동행위의 추정의 복멸: 권력적 사실행위 도그마에 대한 비판적 검토, 경쟁법연구, 제12호, 2005, 291-320면.
- 최완주, 헌법재판제도의 재구성 : 사법분열 방지를 위한 안을 중심으로, 법조, 제55권 제 3호, 2006, 20-61면.
- 최용혁/소병수, 지능정보사회와 행정지도의 재해석, 성균관법학, 제31권 제2호, 2019, 112-142면.
- 최진수, 저작권법상 ‘시정권고’의 행정법적 의미와 그 개선의 방향성에 관한 소고, 법학 연구, 제61권, 2019, 271-304면.
- 함인선, 헌법소원과 항고소송 - 심판대상을 중심으로 하여 -, 공법연구, 제35집 제4호, 2007, 49-74면.
- 홍지은, 특별사법경찰의 행정조사와 수사 : 진술서 작성 및 자료 제출 요구를 중심으로, 범죄수사학연구, 제6권 제1호, 2020, 101-127면.

행정상 사실행위에 대한
권리구제에 관한 연구
- 항고소송과 헌법소원의 대상 및
관할을 중심으로 -

2024年 9月 5日 印刷

2024年 9月 12日 發行

발행: 헌법재판소
헌법재판연구원

인쇄: 성문인쇄사(02·2272·7553)

ISBN 979-11-94029-22-9

<비매품>

* 본 보고서의 내용은 본원의 공식견해가 아닙니다.

