

# 행정심판의 심리에 관한 기초적 연구\*

여 경 수

충북대학교 법과대학 시간강사, 법학박사

## 목 차

- I. 머리말
- II. 심리의 의의 및 절차
- III. 행정심판에서 본안판단의 심사틀
- IV. 행정심판의 심사강도와 위법·부당의 판단기준서
- V. 나오는 글

## I. 머리글

우리나라의 행정쟁송제도는 법원의 적법성 판단을 통해 국민의 권리를 구제하고자 하는 행정소송과, 행정기관의 적정성 판단을 통한 국민의 권리구제 및 행정의 적정한 수행을 꾀하고자 하는 행정심판으로 나누어진다.

행정심판의 독자적 권익구제절차기능이 더욱 부각되고 있다. 행정소송과는 별도의 권리구제제도인 행정심판제도의 존립이유는 다음과 같다. 첫째 자율적인 행정통제, 둘째 행정의 전문지식을 활용한 사법기능의 보완, 셋째 법원부담의 경감 및 행정능률의 제고라는 기능을 수행하는 것이다. 이들 세 가지 존립이유 중 특히 두 번째와 세 번째 이유는 법원에 의한 권리구제수단인 행정소송과 밀접한 기능적·법리적 관련을 맺고 있다. 이에 따라 행정소송법과 행정심판법은 상호간의 기능적 연관

\* 투고일 : 2013.5.14, 완료일 : 2013.6.19, 게재확정일 : 2013.6.28

성과 권리구제 면에서의 차별성 및 유사성을 고려하여 제정되어 시행되고 있다.

이 글의 심리의 의의 및 절차(II)에서는 행정심판의 심리를 주로 다루고 있다. 행정심판은 행정소송과는 달리 심리절차에서 직권심리주의, 비공개주의, 서면심리주의를 더욱 가미하고 있다. 직권심리가 강화가 되어서 심리절차에서 위원회는 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 심리할 수 있다. 직권으로 증거조사를 할 수 있다. 그리고 사건 심리에 필요하면 관계 행정기관이 보관 중인 관련 자료를 제출할 것을 요구할 수 있다. 이처럼 직권심리주의를 가미한 이유는 ① 법치행정의 실현, ② 공권력에 대한 효과적인 권리보호, ③ 실질적 진실의 발견, ④ 심판절차에 있어서 무기평등의 원칙, ⑤ 행정작용의 공익성 때문이다. 그리고 행정소송은 구술심리가 원칙이다. 반면 행정심판은 서면심리주의와 구술심리주의를 함께 채택하고 있다. 행정심판의 실무에서는 ① 명료하고 확실하며, ② 심리를 간이·신속하게 할 수 있으며, ③ 행정심판위원회가 원격지에 있는 경우에 청구인의 시간과 비용을 절약할 수 있다는 등의 장점으로 인해서 서면심리가 대부분을 이루고 있다. 그리고 행정심판에서 심리의 능률을 도모하는 관점에서 심판청구의 심리와 의결은 일반인에게 공개하지 않는 비공개주의에 의하는 것이 원칙으로 하고 있다.

행정심판의 심리에서 직권심리주의 강화, 서면심리주의, 비공개주의도 한계가 있다. 헌법상 행정심판은 사법절차가 준용되어야 한다. 행정심판절차가 준사법절차라고 할 수 있기 위해서는 최소한 당사자가 행정심판위원회가 심리·재결의 기초로 삼고 있는 자료에 접근이 허용되어야 한다. 그리고 그 자료에 대하여 어떠한 형식으로든 당사자가 공방을 거칠 수 있는 방법이 보장되어야 한다.

행정심판에서 본안판단의 심사(III)에서는 행정심판의 본안 심사들을 분석한다. 행정심판위원회가 행정심판사건에서 적법요건을 구비한 경우에는 본안판단을 한다. 이 경우에는 실질적 심사를 한다. 행정심판에서 심사 틀에 관한 연구가 필요하다. 행정행위의 심사의 기준을 보면 대표적으로 다음과 같다. ① 비례원칙, ② 평등원칙, ③ 법률유보의 원칙, ④ 신뢰보호원칙, ⑤ 부당결부금지원칙 등이다. 헌법재판 및 행정소송과 차별성 있는 행정심판에서의 심사 틀의 형식과 심사강도에 대한 연구가 필요하다.

행정심판의 심사강도와 위법·부당의 판단 기준(IV)에서는 행정심판의 심사강도와 위법·부당의 판단기준시를 살펴본다.

행정심판이 헌법재판이나 행정소송과 비교해서는 행정의 자기통제라는 측면에서 차이가 있다. 행정심판의 심리와 심사강도에 관한 연구를 통해서 행정과 관련된 분쟁해결을 쉽고 신속하게 해결할 수 있는 행정심판제도의 연구의 기초가 되고자 한다.

## II. 심리의 의의 및 절차

### 1. 의의

심리란 재결의 기초가 될 사실관계 및 법률관계를 명백히 하기 위하여 행정심판위원회가 당사자 및 관계인의 주장과 반박을 듣고 증거 기타의 자료를 수집·조사하는 일련의 절차를 의미한다. 심리절차는 관계인의 충분한 의견 및 자료제출과 당사자 사이의 자유로운 변론의 기회가 보장되어야한다.

### 2. 심리의 내용

#### 가. 요건심리

요건심리란 행정심판청구가 제기요건을 갖춘 적법한 심판청구인지를 심리하는 것을 의미한다. 형식적 심리 또는 본안전 심리로도 불린다. 행정심판의 요건을 갖추지 못하면 부적법한 청구로 행정심판위원회는 각하한다. 행정심판의 청구요건은 ① 청구인 적격, ② 행정심판의 대상(처분·부작위), ③ 위원회의 관할(권한), ④ 필요한 절차의 경유, ⑤ 행정심판 청구기간, ⑥ 심판청구서의 기재사항 등이다. 다만 행정심판위원회가 ① 상당한 기간을 정하여 보정하도록 요구하거나(보정서제출), ② 보정사항이 경미한 경우는 직권보정 할 수 있다(행정심판법 제32조 제1항<sup>1)</sup>). 청구인은 보정 요구를 받으면 서면으로 보정해야한다. 이 경우 다른 당사자의 수만큼 보정서 부분을 함께 제출 한다(제32조 제2항). 위원회는 보정서 부분을 지체 없이 다른 당사자에게 송달하고(제32조 제3항), 보정을 한 경우에는 처음부터 적법하게 행정심판이 청구된 것으로 본다(제32조 제4항). 그리고 보정기간은 재결 기간에 산입하지 않는다(제32조 제5항).

#### 나. 본안심리

행정심판의 본안에 대한 심리는 본안에서 처분이나 부작위의 위법 또는 부당여부를 심리하는 것을 의미한다. 본안심리의 결과 심판청구의 취지를 인용하거나 기각하는 재결을 한다.

1) 본 논문에서 별다른 기재사항이 없으면 행정심판법을 의미한다.

### 3. 심리의 범위와 의결

#### 가. 불고불리의 원칙과 불이익변경 금지의 원칙

재결의 범위에 관해서는 불고불리원칙과 불이익변경금지원칙이 적용된다. 행정심판위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분 또는 부작위 외의 사항에 대하여는 재결하지 못한다(제47조 1항). 그리고 위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분보다 청구인에게 불리한 재결을 하지 못한다(제47조 1항).

불이익변경금지의 원칙이란 청구인에게 현재의 판정보다 불이익한 판정을 할 수 없다는 내용으로 민사소송법상으로는 상소심이 원심판결을 상소인에게 불이익하게 변경하지 않는 원칙을 말한다. 형사소송법상으로는 상소사건을 심판함에 있어서 항소 또는 상고가 피고인에 의하여 또는 피고인을 위하여 제기된 경우 원심판결보다 중한 형을 선고하지 못한다는 원칙이다. 불고불리의 원칙은 법원은 소의 제기가 없는 때 및 당사자의 청구의 범위를 넘어서 심리와 판단을 하지 못하는 소송법상의 원칙이다.

주로 소송법상 논의되어온 불이익변경금지와 불고불리의 원칙은 행정심판에도 적용된다. 그래서 행정심판위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분 또는 부작위 외의 사항에 대하여는 재결하지 못한다. 그리고 심판청구의 대상이 되는 처분보다 청구인에게 불이익한 재결을 하지 못한다. 이것은 행정심판의 목적을 행정의 합법성 및 합목적성 보다는 국민의 권리구제에 더 중점을 두고 있는 것이라고 볼 수 있다.<sup>2)</sup>

#### 나. 법률관계와 사실관계

행정심판의 심리에서 행정심판의 대상인 처분이나 부작위에 관한 적법·위법의 판단인 법률문제를 판단한다. 뿐만 아니라 행정행위의 당·부당의 판단인 재량문제, 그리고 사실문제까지 심리할 수 있다.

#### 다. 의결

위원회는 구성원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다(제8조 7

2) 김상설·박창수, 손실보상과 불이익변경금지의 원칙, 부동산연구(제17집 제1호), 한국부동산연구원, 2007, 138쪽.

항).

#### 4. 심리절차의 원칙

법률상의 분쟁해결제도는 그 어느 경우든지 이미 발생한 사실관계의 확인을 한다. 그리고 이에 대한 법률적용을 통한 해결이 그 순서가 된다. 그러나 문제는 이미 과거에 발생한 사실관계를 어떠한 방법으로 그리고 누구의 주장내용에 의하여 확정하는가 하는 점이다.

##### 가. 변론주의

변론주의는 분쟁해결의 기초가 되는 사실관계와 증거의 수집 및 제출책임을 당사자에게 일임하고, 당사자가 수집·제출한 자료만을 해결내용의 기초로 삼는 원칙을 말한다. 이 원칙에 따르면 해결내용의 기초가 되는 사실관계의 제출은 당사자에게, 이에 기초한 법적용은 분쟁해결주체에게 맡겨진다. 법률상의 분쟁해결수단은 그 주된 기능이 당사자의 권리구제에 있다. 그러므로 원칙적으로 사실관계의 확정은 당사자의 주장내용에 따른다. 이러한 변론주의는 민사소송에 원칙적으로 적용된다.

##### 나. 처분권주의

처분권주의는 행정심판 절차의 개시와 심판의 대상 및 절차의 종결을 당사자의 의사에 일임하는 것이다. 행정심판법에 따르면 행정심판은 청구인의 심판청구에 의하여 개시되고, 청구인이 심판대상과 범위를 결정한다. 청구인이 심판청구를 취하함으로써 심판절차를 종료시킬 수 있다. 청구인은 심판청구에 대하여는 서면으로 심판청구를 취하할 수 있다(제47조 1항).

##### 다. 구술심리주의와 서면심리주의

행정심판의 심리방법에서 서면심리주의와 구술심리주의가 있다. 이들은 각각 장단점이 있다. 서면심리주의는 심리자료가 모두 서면에 기재되므로 ① 명료하고 확실하며, ② 심리를 간이·신속하게 할 수 있으며, ③ 행정심판위원회가 원격지에 있는 경우에 청구인의 시간과 비용을 절약할 수 있다는 등의 장점이 있다. 단점으로는 ① 인상이 간접적이며, ② 석명에 의하여 의문점을 명확하게 할 수 없고, ③

진실이 정확하게 서면에 기재되어 있는지 여부를 알기 어렵다는 점이다. 구술심리주의의 장점으로서 ① 당사자의 진의를 파악하기가 편리한 점, ② 진술에 모순 또는 부족이 있는 경우에 설명을 통하여 보완할 수 있는 점, ③ 쟁점의 정리가 용이하다는 점이다. 단점으로는 ① 심리가 지연될 가능성, ② 진술자의 진술누락가능성 및 청취자의 청취누락의 가능성 등이 있다.

행정심판법은 서면심리주의와 구술심리주의를 함께 채택하여 어느 방식을 취할 것인지의 행정심판위원회의 판단에 맡기고 있다(제 40조 제1항). 당사자가 구술심리를 신청한 때에는 서면심리만으로 결정할 수 있다고 인정하는 경우 외에는 구술심리를 하도록 하고 있다(제 40조 제1항). 이를 통해서 심판청구인이 자신의 주장을 행할 기회를 부여하고 있다.

#### 라. 직권심리주의

직권심리주의는 분쟁해결절차에서의 사실관계의 조사에 관한 책임을 전적으로 당사자가 아닌 분쟁해결주체만이 부담하는 원칙이다. 따라서 사실관계의 수집과 평가에 관하여 분쟁해결주체는 독점적이며 다른 주체로부터 영향을 받지 않는다. 이를 위해 분쟁해결주체는 당사자의 제출자료에 구속받음이 없이 직권으로 사실관계와 증거를 조사한다. 그리고 사실관계의 해명을 당사자에게 맡기지 않고 스스로 행하여야 한다. 이 원칙은 객관적인 진실발견이 특히 강조되는 분야인 가사소송, 선거소송, 헌법재판 등에서 인정되고 있다.

행정심판은 변론주의를 원칙으로 하면서도 직권심리주의를 보완하고 있다. 행정심판위원회는 필요하다고 인정할 때에는 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 심리할 수 있다(제39조 1항). 뿐만 아니라 사건의 심리를 위해서 직권으로 증거조사를 할 수 있다(제36조 1항). 또한, 행정심판위원회는 사건 심리에 필요하면 관계 행정기관이 보관 중인 관련 문서, 장부, 그 밖에 필요한 자료를 제출할 것을 요구할 수 있다(제35조 1항). 이러한 점을 살펴보면 행정심판은 행정소송에 비해서 직권심리주의 요소를 상당 부분 반영하였다.

행정심판은 다른 분쟁과 달리 국가를 상대로 제한된 정보원을 지닌 국민이 하는 분쟁이다. 헌법상 보장된 재판청구권이 제대로 기능하기 위해서는 무기대등의 원칙에 따라 당사자인 국민을 지원해주는 제도가 필요하다. 이것이 역사적으로 제도화된 것이 바로 행정심판에서의 행정심판위원회의 사실관계의 규명에 대한 책임이라고 볼 수 있다.<sup>3)</sup>

3) 김준규, 행정소송법상의 직권탐지주의에 대한 이해, 토지공법연구(제44집), 한국토지공법학회,

행정심판의 심리과정에서 직권심리주의를 채택하여 행정심판위원회가 주도적인 역할을 하는 이유는 ① 법치행정의 실현, ② 공권력에 대한 효과적인 권리보호, ③ 실질적 진실의 발견, ④ 심판절차에 있어서 무기평등의 원칙, ⑤ 행정작용의 공익성에서 찾고 있다.<sup>4)</sup>

다만 행정심판위원회의 직권심리도 불고불리의 원칙에 따라 심판청구의 대상이 되는 처분 또는 부작위 외의 사항에는 미칠 수 없다. 행정심판에서 직권심리주의는 행정심판에서 요구되는 다른 일반원칙(특히 변론주의와 처분권주의 원칙)과의 적정한 조화를 지녀야한다. 그래서 직권심리주의는 당사자의 권리구제 및 행정작용의 적정성확보라는 측면에서 운영되어야 하는 그 한계가 있다.

#### 마. 공개주의와 비공개주의

심리와 재결과정을 일반에게 공개하는 원칙을 공개주의라고 한다. 행정심판법은 이에 대하여 명문의 규정을 두고 있지 않다.

소송에서 재판의 객관적인 공정성을 확보하고 심판기관과 절차에 대한 신뢰를 높이기 위해 공개주의가 원칙이다. 행정심판법이 구술심리를 우선시키고 있는 점에 비추어 심리공개 원칙을 취한다는 견해가 있다. 하지만 정식쟁송절차인 행정소송에서 재판의 객관적인 공정성을 원칙으로 하나 약식쟁송절차인 행정심판에 있어서는 심리의 능률을 도모하는 관점에서 심판청구의 심리와 의결은 일반인에게 공개하지 않는 비공개주의에 의하는 것이 원칙이다. 다만, 구술심리가 행하여지는 경우에는 당사자가 심판의 공개를 요구하면 위원회가 심판을 비공개로 할 필요가 있다고 인정하는 경우 이외에는 심판을 공개할 수 있는 것으로 해석된다.

행정심판법은 위원회에서 위원이 발언한 내용 기타 공개할 경우 위원회의 심리·의결이 공정성을 해칠 우려가 있는 사항으로서 대통령령이 정하는 사항은 이를 공개하지 아니한다(제41조)고 규정하고 있다. 그리고 행정심판법 시행령에서는 위원회의 회의에서 위원이 발언한 내용이 기재된 문서와 심리 중에 있는 심판청구사건의 의결에 참여할 위원의 명단 등을 비공개하도록 하고 있다(행정심판법 시행령 제29조). 이는 간접적으로 비공개주의를 규정하고 있는 것으로 해석된다.

심리에 있어서의 이러한 비공개주의는 재결의 공정성과 객관성의 확보라는 측면에서 볼 때 불공정한 재결결과를 초래 할 우려가 있다. 당사자가 원할 경우에는 자

2008, 282쪽.

4) 정하중, 행정소송에 있어서 직권탐지주의와 입증책임, 고려법학(제64호), 고려대학교 법학연구원, 2012, 260쪽.

유로운 구술심리의 활성화를 통해서 행정심판의 공개를 통한 재결의 투명성과 신뢰성을 제고할 필요가 있다.

## 5. 당사자의 절차적 권리

헌법 제107조 제3항은 재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하되, 사법절차가 준용되어야 한다고 규정하고 있다. 행정심판절차가 준사법절차라고 할 수 있기 위해서는 최소한 당사자가 행정심판위원회가 심리·재결의 기초로 삼고 있는 자료에 접근이 허용되어야 한다. 그리고 그 자료에 대하여 어떠한 형식으로든 당사자가 공방을 거칠 수 있는 방법이 보장되는 것이라고 할 것이다.<sup>5)</sup>

행정심판법은 직권심리주의의 자의성을 억제하기 위해서 당사자의 절차적 권리를 보장하고 있다. 당사자의 절차적 권리로서는 ① 위원·직원에 대한 기피신청, ② 구술심리 신청권, ③ 보충서면 제출권, ④ 증거서류 등의 제출과 자료의 제출 요구 등이 인정되고 있다.

### 가. 위원·직원의 기피 신청권

행정심판이 분쟁해결절차라는 점에서 절차적 정당성을 확보하기 위한 노력이 필요하다. 그래서 청구인의 이해관계와 직결될 수 있는 제척과 기피에 관한 중요사항은 법률에서 직접 규정하고 있다.

당사자는 행정심판위원회의 위원이나 직원에게 공정한 심리와 재결을 기대하기 어려운 사정이 있는 때에는 그 위원이나 직원에 대한 기피신청권을 가진다. 위원과 직원의 기피사유는 제척제도를 보충하는 의미를 지닌다. 그래서 당해사건에서 공정한 심리와 재결이 이루어지기 어렵다는 추측이 객관적으로 성립될 수 있으면 기피사유가 된다. 기피는 위원장의 결정으로 효과가 발생한다(제10조 제2항).

### 나. 행정심판위원회 결정에 대한 이의신청제도

행정심판위원회의 절차적 결정에 대해 다시 불복절차를 마련할 것인지에 대하여는 당사자의 절차적 권리를 보장하는 측면과 신청의 남용을 방지하여 심판절차상의

5) 유진식, 헌법 제107조 제3항이 규정하고 있는 '준사법절차'의 의미, 공법학연구 제13권 제4호, 한국비교공법학회, 2012, 411쪽.



경제성을 확보하는 문제가 있다. 그래서 이를 조화해서 적절한 균형점을 찾는 것이 중요한 문제이다

행정심판위원회 결정에 대한 이의신청제도를 두고 있다. ① 청구인의 지위승계(제16조), ② 피청구인의 경정(제17조), ③ 제3자의 심판참가(제20조), ④ 청구의 변경신청(제29조) 등에 대한 행정심판위원회의 불허가 결정에 대해서는 이의신청제도를 두고 있다.

당사자의 절차적 권리를 보장하기 위해서는 원칙적으로 모든 위원회의 결정에 대하여 불복절차를 허용하는 방안도 검토할 수 있다. 하지만 간이한 권리구제절차인 행정심판에서 모든 결정에 대하여 불복절차를 허용할 경우 당사자가 심판절차를 지연시키는 역기능이 있다. 자칫 위원회 운영의 효율성과 심판절차의 안정성을 저해할 우려도 있다. 그러므로 당사자의 절차상 권리에 중요한 영향을 미치는 사항에 대하여 제한적으로 이의신청제도를 도입하는 것이 합리적이다.

#### 다. 구술심리 신청권

당사자가 구술심리를 신청한 경우에는 서면심리만으로 결정할 수 있다고 인정되는 경우 외에는 구술심리를 하여야 한다. 위원회는 구술심리 신청을 받으면 그 허가 여부를 결정하여 신청인에게 알려야 한다. 이 통지는 간이통지방법으로 할 수 있다(제40조).

서면으로 심리하게 되는 경우에는 심판위원이 쟁점사항 또는 의문점을 명확히 알지 못할 수 있다. 그리고 서면심리를 위한 자료작성은 사안에 따라 고도의 전문성이 요구되어 전문가에게 자료작성 등을 의뢰하게 됨에 따라 청구인에게 경제적인 부담으로 작용한다.

구술심리의 신청사유는 서면 방식만으로는 자기의 주장을 충분히 개진할 수 없고, 효과적인 공격·방어를 위하여 구술심리가 바람직하다고 인정될 때 인정된다.

#### 라. 보충서면 제출권

당사자는 심판청구서·답변서·보정서 또는 참가신청서를 제출한 후에 이미 제출한 주장사실을 보충하거나 상대방의 주장을 다시 반박하기 위하여 필요한 보충서면을 제출할 수 있다(제33조 제1항). 위원회는 필요하다고 인정하면 보충서면의 제출기한을 정할 수 있다(제33조 제2항). 그리고 위원회는 보충서면을 받으면 지체 없이 다른 당사자에게 그 부분을 송달한다(제33조 제3항).

마. 증거서류 등의 제출권과 자료의 제출 요구권

증거서류 등의 제출과 관련해서는 당사자는 심판청구서·보정서·답변서·참가신청서·보충서면 등에 덧붙여 그 주장을 뒷받침하는 증거서류나 증거물을 제출할 수 있다(제34조 1항). 증거서류에는 다른 당사자의 수만큼 증거서류 부분을 함께 제출한다(제34조 2항). 위원회는 당사자가 제출한 증거서류의 부분을 지체 없이 다른 당사자에게 송달 한다(제34조 3항).

그리고 당사자는 위원회에 당사자 또는 참고인의 신문(訊問), 당사자 또는 관계인이 소지하는 문서 등의 위원회의 제출 요구, 감정·검증의 요구 등 증거조사를 신청할 수 있는 권리를 가진다(제36조 1항). 심판청구에서 직권에 의한 증거조사 즉 직권심리주의를 기조로 하면서도 당사자의 증거제출권을 인정하고 있다. 이러한 당사자의 증거조사신청권을 인정함으로써 직권심리주의의 자의성을 억제함과 동시에 심리의 적정을 도모한 것이다.

## 6. 심리의 병합과 분리

행정심판법은 심판청구사건에 대한 심리의 신속성과 경제성을 도모하기 위하여 심리의 병합과 분리를 규정하고 있다.

가. 심리의 병합

수개의 심판청구사건이 동일하거나 관련된 사안에 대하여 제기된 경우가 있을 수 있다. 또는 동일한 행정청이 행한 비슷한 내용의 처분이 관련된 경우가 있을 수 있다. 이 경우에는 심리의 경제적이고 신속한 진행을 위하여 이들을 병합하여 심리할 필요가 있다. 그래서 행정심판위원회가 필요하다고 인정할 때에는 관련되는 심판청구를 병합하여 심리할 수 있다(제37조). 병합심리의 필요성 및 관련성의 유무는 행정심판위원회가 구체적·개별적으로 결정한다. 병합심리는 심리절차의 병합에만 그치고 재결은 병합된 심판청구별로 각각 행한다.

나. 심리의 분리

행정심판위원회는 이미 병합된 심판청구사건을 필요에 따라 직권으로 분리하여

심리할 수 있다(제37조). 심리의 분리 역시 심리의 신속성과 능률성을 위하여 인정된 것이다.

### III. 행정심판에서 본안판단의 심사들

행정심판위원회가 행정심판사건에서 적법요건을 구비하였다고 하여 본안판단을 하게 될 경우에는 그 이유에 관한 심사를 한다. 이 경우 행정심판의 본안판단에서 문제 되는 것은 심사의 기준, 심사의 범위 그리고 재결이다.

행정행위의 심사의 기준을 보면 대표적으로 다음과 같다. 「그래도 이건 너무 심하다」 (① 비례원칙), 「왜 나에게만 이러한 처우를 하는가?」 (② 평등원칙), 「법률의 근거도 없이 왜?」 (③ 법률유보의 원칙), 「그렇게 하지 않겠다고 해놓고는…」 (④ 신뢰보호원칙), 「왜 이제 와서 이렇게 하는가?」 (⑤ 부당결부금지원칙)

#### 1. 비례의 원칙

우리 헌법 제37조 제2항은 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다고 규정하고 있다. 이는 이른바 비례의 원칙의 헌법적 근거로 일반적으로 인식되고 있는 규정이다. 우리나라에서 비례원칙은 단순한 조리로서가 아니라 헌법상의 일반원칙으로 기능한다. 실제로도 국가작용의 합리적 통제를 위한 헌법 및 행정 재판 과정뿐만 아니라 행정심판 과정에서 비례원칙에 의한 통제가 많이 나타나고 있다.

비례원칙은 행정작용을 행함에 있어서 목적과 목적 실현을 위한 수단 사이에 합리적인 비례관계가 유지되어야 한다는 원칙을 말한다. 공익상 필요와 권리·자유 침해 사이에 적절한 비례가 유지되어야 한다는 원칙을 말한다. 비례원칙을 헌법학에서는 과잉금지원칙으로 부르기도 한다.

행정법상 비례원칙은 ① 모든 국가작용의 수단은 그것이 의도하는 목적을 달성하는 데 적합해야 하고(적합성의 원칙), ② 목적달성에 적합한 여러 수단 중 필요 최소한도의 것을 사용해야 하며(필요성의 원칙), ③ 어떤 국가작용의 수단이 특정한 목적의 달성을 위해 적합하고 최소한도로 필요한 것이라 하더라도 그로 인한 침해의 정도와 당해 목적 사이에 합리적 비례관계가 인정되도록 행해져야 한다는 것을 말한다(상당성의 원칙).<sup>6)</sup>

다시 말하면, 행정주체가 처분을 함에 있어 가능한 한 최소침해를 가져오는 수단을 사용해야 하고, 그 수단으로 인한 침해가 그 수단이 의도하는 공익을 증가해서 는 아니 되며, 이를 어겼을 경우에는 비례원칙에 위배되어 재량권을 일탈·남용한 것이 된다.<sup>7)</sup>

## 2. 평등원칙

평등원칙이란 합리적인 이유가 없는 한 불합리한 차별을 하지 말라는 원칙이다. 평등원칙의 도출근거는 헌법 제11조의 평등조항이다. 헌법상의 평등조항은 입법을 넘어 집행에 있어서도 최대한 평등하게 적용하도록 행정관에 법적 의무를 부담시키는 것이다. 즉 법적인 구속력이 해석에 의하여 인정되고 있다. 형평성이란 용어로도 쓰인다.<sup>8)</sup>

헌법상 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻한다. 따라서 합리적인 근거가 있는 차별은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다.<sup>9)</sup>

현대 법치국가에서 평등이란 형식적으로 같은 기회를 부여했다는 것만으로 인정 되는 기계적 평등이 아니라 각자가 자신의 소질과 능력을 충분히 발휘할 수 있는 환경을 제공받아야 하는 실질적 평등이다.<sup>10)</sup>

## 3. 법률유보의 원칙

법률유보원칙은 행정에 의한 기본권제한을 정당화하기 위한 요건이며, 동시에 행정이 법률에 의한 수권을 가질 것을 요구하는 법원칙이다.<sup>11)</sup>

행정청이 국민의 자유와 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 경우에는 그 권리제

6) 김태호, 행정법상 비례의 원칙, 공법연구 제37집 제4호, 한국공법학회, 2009, 92쪽.

7) 2011-08850 전직지원장려금 지급거부처분 등 취소청구(재결일: 2012. 2. 14.); 2011-22847 개인택시운송사업면허 취소처분 취소청구(재결일: 2012. 3. 6.)

8) 2011-13773 군인사망보상금 지급거부처분 취소청구(재결일: 2011.10.4.)

9) 2011-18380 기능직공무원 전직임용 서류전형 불합격처분 취소청구(재결일: 2012. 4. 10.)

10) 2010-04958 2010학년도 공립중등학교교사 임용후보자선정 경쟁시험 불합격처분 취소청구(재결일: 2010.8.31.)

11) 권배근, 법률유보의 형식에 관한 고찰, 동아법학(제56호), 동아대학교 법학연구소, 2012, 35쪽.

한 또는 의무부과의 근거가 법률에 직접 규정되어 있을 것을 요한다.<sup>12)</sup>

#### 4. 신뢰보호의 원칙

행정기관이 국민에 대하여 행한 일정한 명시적 또는 묵시적 언동의 정당성 또는 존속성을 국민이 신뢰한 경우에는 국민의 그러한 언동에 대한 신뢰가 보호가치 있을 때에는 이를 보호해 주어야 한다. 이것이 신뢰보호의 원칙이다. 이 경우에 보호되는 내용은 사후에 그에 모순되는 행정작용이 금지되는 존속보호가 있다. 그리고 신뢰에 기초한 조치로 인해 입은 손실이 보상되어야 한다는 보상보호로 구분된다.<sup>13)</sup>

행정상의 법률관계에 있어서 행정청의 행위에 대하여 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위해서는, ① 행정청이 개인에 대하여 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 하여야 하고, ② 행정청의 견해표명이 정당하다고 신뢰한 데에 대하여 그 개인에게 귀책사유가 없어야 하며, ③ 그 개인이 그 견해표명을 신뢰하고 이에 상응하는 어떠한 행위를 하였어야 하고, ④ 행정청이 위 견해표명에 반하는 처분을 함으로써 그 견해표명을 신뢰한 개인의 이익이 침해되는 결과가 초래되어야 하며, ⑤ 위 견해표명에 따른 행정처분을 할 경우 이로 인하여 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우가 아닌 경우이다.<sup>14)</sup> 신뢰보호의 원칙에 위반되는 처분은 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이 된다.<sup>15)</sup>

#### 5. 부당결부금지의 원칙

부당결부금지원칙이란 행정기관이 행정작용에서 그것과 실제적 관련성이 없는 반대급부를 행정작용의 조건으로 결부시켜서는 안 된다는 원칙을 말한다. 부당결부금지원칙은 행정기관의 자의의 금지 및 법치주의의 원칙에서 도출된다. 행정처분이 부당결부금지원칙에 반하는 경우 이는 무효사유인지 취소사유인지가 문제될 수 있다. 판례는 당연무효는 아니라고 본다.<sup>16)</sup>

12) 2004-11882 교원임용시험불합격처분취소청구(재결일 : 20040906)

13) 강현호, 신뢰보호원칙에 대한 재고찰, 성균관법학(제17권 제3호), 성균관대학교 비교법연구소, 2006, 147쪽.

14) 2009-20714 경찰공무원 합격자결정 철회처분 취소청구(재결일 : 2010.1.19.) ; 2011-26761 특수목적고등학교 지정거부처분 취소청구(재결일 : 2012. 8. 7.)

15) 2009-26812 생활대책용지 보상대상자선정 이행청구(재결일 : 2010.5.25.)

## IV. 행정심판의 심사강도와 위법·부당의 판단기준시

### 1. 행정심판과 행정소송의 관계

행정소송제도의 개선과 헌법소원의 발전에 의해서 위헌·위법한 공권력작용으로 인한 국민의 권익침해에 대한 구제제도는 과거 어느 때보다도 충실해졌다. 이러한 상황은 우리사회의 민주화를 반영한 것으로 국민의 기본권 보장의 실질화를 위한 최소한의 제도적 장치가 마련된 것으로 평가된다.<sup>17)</sup>

#### 가. 공통점과 차이점

행정심판도 사법절차를 준용하기 때문에 행정소송과의 공통점으로서 ① 당사자의 발의(쟁송제기)에 의한 개시, ② 법률상 이익이 있는 자(원고적격), ③ 대심구조(심판청구인·처분청, 원고·피고), ④ 제3의 국가기관이 판단한다는 점, ⑤ 적법한 쟁송제기 후 심리의무, ⑥ 청구의 변경인정, ⑦ 행정처분의 집행부정지원칙이 적용된다는 점, ⑧ 직권심리의 원칙, ⑨ 구술심리의 보장, ⑩ 불이익변경금지의 원칙, ⑪ 사정재결(사정판결)제, ⑫ 당사자 및 이해관계인의 참여, ⑬ 판정행위에 특별한 효력부여 등이 있다.

행정심판과 행정소송의 차이점으로는 ① 소송사항에서 행정심판은 적법성 및 합목적성, 즉 위법과 부당이 대상이나, 행정소송은 위법만이 대상이고, ② 판정기관도 행정심판은 행정기관(행정심판위원회)이나, 행정소송은 법원이다. ③ 심리절차도 행정심판은 구두심리와 서면심리를 병용하나, 행정소송은 원칙적으로 구두심리주의이다. ④ 쟁송의 종류도 의무이행심판과 부작위위법확인소송에서 구별되는 특색이 있다.

#### 나. 소결

사법부인 법원에 행정소송을 제기해서 권리구제를 받으려면 복잡한 소송절차와

16) 대법원 1997. 3. 11. 선고 96다49650 판결.

17) 함인선, 헌법소원과 항고소송 - 심판대상을 중심으로 하여, 공법연구 제35집 제4호, 한국공법학회, 2007, 49쪽.

엄격한 형식주의 때문에 시간과 비용이 많이 든다. 뿐만 아니라 노력에 비해 반드시 성공적인 구제가 된다는 보장도 없다. 법원의 관점에서 행정심판을 거치면서 논점이 명확하게 되어 판단이 쉬워진다. 그리고 당사자의 입장에서 행정심판에서 패할 경우 행정심판 과정과는 다른 법적 논리와 주장으로 행정소송에 임할 수 있다. 이로써 자신의 권리구제를 위하여 적절한 대응전략을 수립할 수 있게 된다.<sup>18)</sup>

행정소송과 행정심판은 법과 행정의 의사소통 기회를 최대한 확보해야한다. 법원에 의한 행정소송과 행정심판위원회에 의한 행정심판은 각각 독자적 존재의의를 갖으면서 서로 조화로운 기능을 가져야한다.

## 2. 행정심판의 심사강도

행정심판은 행정소송과의 차이에서 심사강도는 부당성에서 그 차이가 있다. 행정심판에서는 위법성만이 아니라 부당성까지 취소사유가 된다. 행정심판에서 심사강도가 행정소송에서 보다 높아야 된다는 것이 행정심판제도의 이념이라고 할 수 있다.<sup>19)</sup> 그 이유는 행정심판은 행정의 자기통제라는 목적이 강하기 때문이다. 그리고 심사기준이 행정소송 보다 완화되어 있다면 구태여 행정소송이 아닌 행정심판을 제기할 필요성이 적다.

행정심판에서 엄격한 본안판단의 심사틀을 통해서 행정행위에 대한 통제를 충실히 이행해야한다. 이를 통해서 행정심판의 기능인 행정의 자기통제라는 역할을 할 수 있다.

## 3. 행정심판에서 위법·부당의 판단기준시

행정심판에서 위법·부당의 판단기준시기가 문제된다. 판례는 행정심판에 있어서 행정처분의 위법·부당 여부는 원칙적으로 처분시를 기준으로 판단한다. 재결청은 처분 당시 존재하였거나 행정청에 제출되었던 자료뿐만 아니라, 재결 당시까지 제출된 모든 자료를 종합하여 처분 당시 존재하였던 객관적 사실을 확정하고 그 사실에 기초하여 처분의 위법·부당 여부를 판단할 수 있다고 판시했다.<sup>20)</sup> 이는 행정심판과 행정소송의 심리절차를 유사하게 해석한 것이다. 취소소송에 있어 계쟁처분의 성질

18) 김용섭, 행정소송 전단계의 권리구제방법 및 절차, 저스티스 통권 제105호, 한국법학원, 2008, 202면.

19) 박정훈, 행정심판법, 법제처, 2006, 59면.

20) 대법원 2001. 7. 27. 선고 99두5092 판결.

여하를 불문하고 위법판단 기준시를 처분시로 고수하는 것이 확립된 관례이다.

하지만 행정심판이 지니는 행정의 자기통제적 기능 내지 행정절차적 성격을 감안한다면 행정소송과 달리 볼 수 있다. 행정심판에서 피청구인이 제출하는 답변서에 처분의 근거와 이유를 명시하도록 되어 있다. 그리고 행정절차법상의 이유제시의무에 기하여 이미 처분시에 처분의 근거와 이유가 적시되어 있다. 그럼에도 다시 답변서에 이를 요구하는 것은 행정심판에서의 판단기준시가 반드시 처분시에 한정되는 것은 아니라고 이해할 수 있다. 행정심판의 행정의 자기통제적 기능을 감안한다면 사실상태의 변경에 관해서는 처분시를 기준으로 하는 반면, 법령의 변경에 관해서는 재결시를 기준으로 하는 것이 하나의 방안이다.

## V. 나오는 글

헌법 제107조 제3항에 따라서 재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하되, 사법절차가 준용되어야 한다고 규정하고 있다. 그러므로 입법자가 행정심판을 전심절차가 아니라 중심절차로 규정함으로써 정식재판의 기회를 배제해서는 안된다. 그리고 어떤 행정심판을 필요적 전심절차로 규정하면서도 그 절차에 사법절차가 준용되지 않는다면 이는 헌법 제107조 제3항, 나아가 재판청구권을 보장하고 있는 헌법 제27조에도 위반된다. 여기서 말하는 사법절차를 특징 지우는 요소로는 판단기관의 독립성·공정성, 대심적 심리구조, 당사자의 절차적 권리보장 등을 들 수 있다.

행정심판에서 심리란 재결의 기초가 될 사실관계 및 법률관계를 명백히 하기 위하여 행정심판위원회가 당사자 및 관계인의 주장과 반박을 듣고 증거 기타의 자료를 수집·조사하는 일련의 절차를 의미한다. 심리절차는 관계인의 충분한 의견 및 자료제출과 당사자 사이의 자유로운 변론의 기회가 보장되어야 한다.

행정심판은 절차의 신속과 행정의 자율통제를 기반으로 하고 있다 그래서 심리과정에서 상당부분 직권심리주의와 서면주의 그리고 비공개주의를 취하고 있다. 헌법상 행정심판은 사법절차를 준용해야 한다. 사법절차의 원칙상 행정심판에서 당사자의 참여를 최대한 보장해야 한다. 이를 위해서는 행정심판이 정한 절차적 권리를 충분히 보장해야 한다. 대표적으로 ① 위원·직원에 대한 기피신청, ② 구술심리 신청권, ③ 보충서면 제출권, ④ 증거서류 등의 제출과 자료의 제출 요구 등이 확보되어야 한다.

행정심판은 행정소송과의 차이에서는 심사강도는 부당성에서 그 차이가 있다. 행



정심판에서는 위법성만이 아니라 부당성까지 취소사유가 된다. 그래서 행정소송에 비해 심사강도가 높다. 그 근본적 근거는 행정심판의 자기통제적 기능에서 찾을 수 있다. 행정심판에서의 심사강도가 행정소송에서보다 높아야 된다는 것이 행정심판 제도의 이념이라고 할 수 있다.

주제어 : 행정심판, 심리, 사법절차, 행정심판의 심사강도, 행정심판법, 행정심판법

## 참 고 문 헌

- 강현호, 신뢰보호원칙에 대한 재고찰, 성균관법학(제17권 제3호), 성균관대학교 비교법연구소, 2006.
- 길준규, 행정소송법상의 직권탐지주의에 대한 이해, 토지공법연구(제44집), 한국토지공법학회, 2008.
- 김상설·박창수, 손실보상과 불이익변경금지의 원칙, 부동산연구(제17집 제1호), 한국부동산연구원, 2007.
- 김태호, 행정법상 비례의 원칙, 공법연구 제37집 제4호, 한국공법학회, 2009.
- 박정훈, 행정심판법, 법제처, 2006.
- 유진식, 헌법 제107조 제3항이 규정하고 있는 '준사법절차'의 의미, 공법학연구 제13권 제4호, 한국비교공법학회, 2012.
- 정하중, 행정소송에 있어서 직권탐지주의와 입증책임, 고려법학(제64호), 고려대학교 법학연구원, 2012.

### 재결례

- 2011-08850 전직지원장려금 지급거부처분 등 취소청구 (재결일 : 2012. 2. 14.)
- 2011-22847 개인택시운송사업면허 취소처분 취소청구(재결일 : 2012. 3. 6.)
- 2011-13773 군인사망보상금 지급거부처분 취소청구(재결일 : 2011.10.4.)
- 2011-18380 기능직공무원 전직임용 서류전형 불합격처분 취소청구(재결일 : 2012. 4. 10.)
- 2010-04958 2010학년도 공립중등학교교사 임용후보자선정 경쟁시험 불합격처분 취소청구(재결일 : 2010.8.31.)
- 2004-11882 교원임용시험불합격처분취소청구(재결일 : 20040906)
- 2009-20714 경찰공무원 합격자결정 철회처분 취소청구(재결일 : 2010.1.19.)
- 2009-26812 생활대책용지 보상대상자선정 이행청구(재결일 : 2010.5.25.)
- 2011-26761 특수목적고등학교 지정거부처분 취소청구(재결일 : 2012. 8. 7.)

[Abstract]

## Basic Study on The Hearing in Administrative Appeals

Yeo, Gyeong-Su

A part-time lecturer Chungbuk National University

Administrative appeals is predicated upon the constitution of the republic of Korea and administrative appeals act, and it has two objectives of administrative control as well as civil rights protection to protect individual rights from illegality and wrong doings of the national organizations. Also, by granting opportunities for administrative institutions to rectify their own wrongs, the administrative appeals assure the legitimacy of administration.

If necessary, a commission may examine matters that the party has not claimed. The deliberation of an administrative appeal shall be made orally or in writing: Provided, That if requested by a party, oral deliberation shall be conducted, except as it is deemed that a decision can be made only with written deliberation. The contents of members' speeches during meetings of the commission, and other matters as prescribed by presidential decree which are likely to impede fairness in deliberation and decision-making by the commission if disclosed, shall not be disclosed to the public.

Administrative appeals may be conducted as a procedure prior to a judicial trial. The procedure of administrative appeals shall be determined by Act and shall be in conformity with the principles of judicial procedure.

This paper analyzes the proportionality test, confidence protection principle, principle of the equality of the standard of review in the administrative appeals.

Key words : administrative appeals, the hearing, a judicial trial, standard of review in the administrative appeals, administrative appeals act