

공법상 당사자소송의 연원과 발전방향*

Herkunft und Entwicklungsmöglichkeit Der öffentlich-rechtlichen Parteistreitigkeiten

이 현 수**

Lee, Hyon-Soo

목 차

- | | |
|---------------|----------------------|
| I. 들어가는 말 | III. 당사자소송과 민사소송의 관계 |
| II. 당사자소송의 연원 | IV. 맺음말 |

우리 행정소송법이 채택하고 있는 항고소송과 당사자소송의 이원주의는 19세기 초부터 20세기 중반에 걸쳐 전개되었던 독일의 행정소송법제의 영향으로 도입되었다. 19세기 초, 남독일에서는 프랑스의 영향 하에 행정내부에서 행정을 법적으로 심판하는 행정사법을 도입하였고 이 시기에 항고사안과 당사자분쟁적 사안의 구별이 열기주의 하에서 태동하였다. 그러나 행정사법에 대한 불만으로 인하여 별도의 행정법원들이 설치되었으며 새로이 창설된 행정법원은 공법상 당사자분쟁부터 소관하기 시작하였다. 즉, 공법상 당사자분쟁이라는 범주는 행정 내부의 구제로부터 행정법원에 의한 구제로 이행하던 과도기적 시기에 행정내부의 심판기관인 소원기관과, 독립된 행정법원간의 관할을 결정하는 데 핵심적 역할을 하였다. 이후, 당사자분쟁에 이어 점차 항고사안들에 대해서도 행정법원들이 재판권한을 가지게 되었다. 행정법원이 창설되던 시기에는 국가의 재산권적 분쟁도 당사자분쟁으로서 행정법원이 관할하였으나 프로이센에서 지배적이었던 국고이론, 즉 재산적 분쟁은 민사법원이 관할하여야 한다는 관념이 영향을 미치게 되면서 행정법원의 관할인 당사자분쟁으로부터 재산적 분쟁이 배제되기에 이르렀다. 독일에 있어서 항고소송과 당사자분쟁의 구별은 1960년 행정법원법 제정 전까지 지속되다가 동법의 제정을 계기로 폐지되기에 이르렀다. 우리의 행정소송법은 제정 이후 항고소송과 당사자소송의 이원주

투고일 : 2015. 8. 11. / 심사회의일 : 2015. 9. 25. / 게재확정일 : 2015. 10. 13.

* 이 글은 2014. 3. 28.(금) 대한상공회의소에서 개최된 국민권익위원회·행정법학회 공동학술대회 “행정소송법 및 행정심판법 개정의 주요쟁점”에서 필자가 “당사자소송의 발전방향”이라는 제목으로 발표한 원고를 수정·보완한 것이다.

** 건국대학교 법학전문대학원 부교수

Associate Professor, Konkuk University Lawschool

의를 유지하고 있으나 행정소송법 개정논의에서는 이를 폐기하자는 주장도 제시되고 있다. 그러나 당사자소송은 민사소송 절차와는 다른 심리원칙에 토대한 공법상 소송으로서 공법상 지위의 확인, 행정상 손실보상, 행정상 손해배상 및 행정조달계약의 통제 영역에서 공익성 실현의 고유한 기능을 수행할 수 있는 활용방안이 모색되어야 할 것이다.

[주제어] 당사자소송, 행정소송, 항고소송, 행정사법, 국가와 국고의 이원주의

I. 들어가는 말

행정소송상 당사자소송은 행정소송법의 제정과 더불어 탄생하였다. 물론 행정소송의 일 유형으로 당사자소송을 최초로 명시한 것은 1984년 개정법이다. 그러나 1951년 제정된 행정소송법 제1조에서는 “행정청 또는 그 소속기관의 위법에 대한 그 처분의 취소 또는 변경에 관한 소송 기타 공법상의 권리관계에 관한 소송절차는 본법에 의한다.”라고 규정하고 있었고 이 가운데 “기타 공법상의 권리관계에 관한 소송”이 바로 내용적으로는 당사자소송에 해당한다는 점에서 당사자소송은 행정소송법과 그 연륜을 같이 하고 있다. 행정소송법 제정 이후, 학설상으로는 당사자소송을 활용하자는 견해가 꾸준히 제기되었던 것과는 달리 소송실무에서는 당사자소송의 활용이 미미하였다. 민사소송 사안과의 구별이 쉽지 않고 심급의 불이익도 있어 굳이 당사자소송에 의지할 필요가 없다는 것이 그 주된 이유였다. 1990년대에 이르러 다양한 영역에서 당사자소송 관련 판결들이 나오게 되면서 당사자소송은 비로소 오랜 동면상태를 벗어나게 되었으며,¹⁾ 2000년대 들어서도 이러한 추세는 이어지고 있다.²⁾ 그러나 당사자소송과 항고소송의 관계,³⁾ 당사자소송

1) 광주민주화운동관련자보상등에 관한 법률에 의한 보상금청구에 관한 대법원 1992. 12. 24. 선고 92누3335 판결; 지방전문직 공무원 채용계약해지 무효확인에 관한 대법원 1993. 9. 14. 선고 92누4611판결; 서울시립무용단원 해촉무효확인에 관한 대법원 1995. 12. 22. 선고 95누4636 판결; 구 석탄산업법에 의한 석탄가격안정지원금청구에 관한 대법원 1997. 5. 30. 선고 95다28960 판결; 구 석탄산업법에 의한 재해위로금청구에 관한 대법원 1999. 1. 26. 선고 98두12598 판결.

2) 군인연금법령 개정에 따른 국방부장관의 퇴역연금감액에 관한 대법원 2003. 9. 5. 선고 2002두3522 판결; 공무원연금법령 개정에 따른 공무원연금관리공단의 퇴직연금 중 일부금액의 지급정지에 관한 대법원 2004. 7. 8. 선고 2004두244 판결; 1984. 12. 31. 이전에 토지가 하천구역으로 편입됨으로써 발생한 손실보상금의 청구에 관한 대법원 2006. 5. 18. 선고 2004다6207 전원합의체 판결; 하천구역 편입토지 보상에 관한 특별조치법에 정한 하천편입 토지소유자의 손실보상금청구 또는 손실보상청구권의 확인에 관한 대법원 2006.11.09 선고 2006다23503 판결; 도정법상의 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력을 다투는 소송에 관한 대법원 2009.09.17. 선고 2007다2428 전원합의체 판결; 일정한 교부조건이 부가된 보조금지급결정에 따라 보조금을 지급받은 보조사업자에

과 민사소송의 관계⁴⁾에 대해서는 최근의 대법원 판결에서도 견해대립이 있었다는 점에서 알 수 있듯이, 당사자소송의 소송체계상 자리매김을 어떻게 해야 하는지는 여전히 어려운 문제이다.

그 동안 학계와 실무계에서 위의 논점에 관한 많은 토론과 연구성과들이 축적되었으며⁵⁾ 2000년 이후의 행정소송법 개정준비작업과정에서는 행정상 손해배상소송, 손실보상소송, 부당이득반환소송 등을 당사자소송 사안으로 명기하는 안도 제안된 바 있다.⁶⁾ 그러나 행정소송법 제정 당시 당사자소송이라는 소송유형을 마련할 때, 어떠한 입법례를 참고하였는지, 즉 당사자소송의 비교법적 연원에 대해서는, 별다른 관심이 배풀어지지 않은 것으로 보인다. 이에 관한 선행연구들에서는 당사자소송이 1960년 독일 연방행정법원법(VwGO) 제정 이전 시기에, 독일의 여러 실정법령들에 나타나고 있었던 소송유형임을 간략히 언급하고 있을 뿐, 1960년 이전의 독일의 법상황에 대해서는 별다른 언급을 하고 있지 않다. 그 이유는 아마도 현행 독일의 행정소송법령들에서 이미 당사자소송이라는 개념을 사용하고 있지 않은데, 이처럼 오래 전에 폐기되어 사라진 소송유형에 대하여 그 연원을 거슬러 더듬는 작업이 현재의 우리 법제를 연구하는 데 별 쓸모가 되지 않을 것이라는 생각에 있지 않을까 추측된다. 그러나 우리 앞에 놓여 있는 당사자소송이라는 도구가, 다른 역사적 여건 하에 놓여 있던 사람들이 나름의 필요에 의해 개발한 도구라고 한다면, 우리의 당사자소송에 어떠한 역할을 부여할지를 논의하는 작업의 일환으로서, 그들이 왜 이러한 도구를 고안하였고 어떻게 사용하였으며 왜 폐기하게 되었는지를 거슬러 살펴보는 작업도 병행되어야 할 것이다. 이러한 문제의식에 토대하여, 이하에서는 당사자소송의 연원을 되짚어보고 그로부터 우리의 행정소송법제 운용의 시사점을 도출해보기로 한다.

대한 지방자치단체의 보조금반환청구는 공법상 당사자소송의 대상이라는 대법원 2011.06.09 선고 2011다2951 판결.

- 3) 사업시행자의 이주대책대상자선정 결정 관련 소송의 유형에 관한 대법원 1994. 5. 24. 선고 92다35783 전원합의체판결의 다수의견(향고소송설)과 반대의견(당사자소송설); 민주화운동관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률에 의한 보상금지급을 구하는 소송의 유형에 관한 대법원 2008. 4. 17. 선고 2005두16185 판결의 다수의견(향고소송설)과 반대의견(당사자소송설).
- 4) 부가가치세 환급세액 지급청구가 행정소송법상 당사자소송의 대상인지 여부에 관한 대법원 2013. 03. 21 선고 2011다95564 전원합의체 판결의 다수의견(당사자소송설)과 반대의견(민사소송설).
- 5) 당사자소송에 관한 학위논문은 그 수가 많아 일일이 열거할 수 없으나 대표적으로 안철상, “공법상 당사자소송에 관한 연구”, 건국대학교 대학원 박사학위청구논문, 2004.를 들 수 있다.
- 6) 2006년 대법원 행정소송법개정건의, 2007년 법무부 개정안, 2012년 법무부 시안 제3조 제2호, 2013년 법무부 개정안 제2조 제2호 참조.

II. 당사자소송의 연원

1. 일본

우리 행정소송법제상 항고소송과 당사자소송의 이원주의는 일본법제에 연원을 두고 있다는 것이 학계의 일반적인 견해이다.⁷⁾ 널리 알려져 있다시피 일본은 2차 대전 패전 이후 전체 법질서가 재편되는 경험을 하게 되었는데, 그 귀결로서 민사사건과 형사사건을 관할하는 일반 법원에서, 행정사건까지 더불어 관할하는 체제를 채택하였고 행정소송법이 민사소송법에 대한 일종의 “특례” 내지 “예외”라는 의미에서, 1948년 행정사건소송특례법을 제정하였다. 동법에서는 당사자소송을 명문으로 규정하지는 않았지만 행정소송을 “행정청의 위법한 처분의 취소 또는 변경에 관한 소송, 그밖에 공법상 권리관계에 관한 소송”으로 정의하고 있었다는 점에서 이원주의를 취하였다고 평가받고 있다. 그 후 1962년 제정된 행정사건소송법에서는 행정소송의 종류를 항고소송, 당사자소송, 민중소송, 기관소송의 4가지로 구분함으로써 비로소 당사자소송이라는 소송유형이 명시되기에 이르렀다. 이러한 일본의 전후 행정소송체계는 독일법의 영향을 받아 마련되었다고 보는 것이 일본 학계의 정설이다. 그런데 독일은 이미 1960년 연방행정법원법(VwGO)을 제정하면서 그 이전의 항고소송과 당사자소송의 이원주의를 버리고 민사소송에 있어서와 마찬가지로 행정소송에 있어서도 소송의 종류를 한정하지 않는 입장을 택하였음에도 불구하고 1962년 일본의 행정사건소송법이 1960년 이전의 독일 행정소송법 체제에 착안하여 마련되게 된 원인에 대해 일본의 한 학자는 아마도 1962년 법 제정에 참여한 당시의 일본 공법학자들이 1960년 연방행정법원법 제정 이전의 독일법 이론에 강하게 연계되어 있었기 때문일 것이라고 설명하고 있다.⁸⁾ 어쨌거나 일본은 그 후 항고소송과 당사자소송의 이원주의에 토대한 행정소송법제를 채택하고 유지하여 왔다. 그러나 항고소송과 당사자소송의 차이를 좁힌다는 취지에서, 2004년 행정사건소송법을 개정하여 항고소송의 피고를 행정청으로 하던 기존의 입장을 버리고 국가 등 권리주체가 항고소송의 피고가 되도록 하였으며 당사자소송의 하위유형으로 확인소송을 예시하였

7) 박정훈, “항고소송과 당사자소송의 관계 - 비교법적 연혁과 우리법의 해석을 중심으로 -”, 이흥훈 대법관 정년퇴임기념 특별법연구 제9권, 특별소송실무연구회, 2011, 130-142쪽.

8) Mitsuru Noro, “Der Einfluss des deutschen Rechts auf das japanische Verwaltungsprozesssystem”, in : Jörg-Martin Jehle, Volker Lipp, Keiichi Yamanaka (Hg.) Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht, Universitätsverlag Göttingen, 2008, S. 149.

다. 그 동안 일본의 학계 일각에서는 국민의 권리구제를 확충한다는 취지에서 항고소송의 대상적격을 확대하여 처분 뿐 아니라 행정계획, 행정입법 또는 조례에 대해서도 항고소송으로 다룰 수 있게 하여야 한다고 주장하여 왔었다. 그러나 2004년 개정법에서는 항고소송의 대상적격 확대론을 받아들이지 않고 전과 다름없이 항고소송의 대상적격을 처분으로 하되, 처분성을 갖지 않는 기타의 행정작용에 대해서는 당사자소송으로 다루도록 하는 입장을 취하였다. 그리고 당사자소송을 활성화한다는 취지에서 확인소송을 당사자소송의 하위유형으로 예시하였다.⁹⁾ 이처럼 항고소송과 당사자소송 사이의 관계를, 행정작용의 법적 성질에 따른 역할분담관계로 설정하고 취소소송 및 의무이행소송의 대상을 처분으로 국한하기로 한 2004년의 법개정은 현재의 독일법의 영향을 받은 것으로 설명되고 있다.¹⁰⁾ 그렇다면 독일의 법제상 행정소송유형은 어떠한 변천과정을 거쳐 왔을까? 이하에서는 1960년 연방행정법원법 제정 이후와 이전으로 나누어 살펴보기로 한다.

2. 1960년 연방행정법원 제정 전후의 독일

1960년 제정된 연방행정법원법(VwGO)에서는 헌법쟁송이 아닌 모든 공법상 분쟁을 행정소송의 관할로 하면서 행정행위에 대해서는 취소소송을, 행정행위의 거부나 부작위에 대해서는 의무이행소송을 제기할 수 있음을 규정하고 있다(동법 제42조 제1항). 또한 공법상 법률관계의 존부확인, 행정행위의 무효의 확인을 구하는 소송으로서 확인소송을 규정하고 있다(동법 제43조). 그밖에도 명문의 규정은 없지만 동법 제43조 제2항 및 제113조 제4항 등에 근거하여 일반이행소송이 인정된다는 데 학설상 이견이 없으며 특수한 소송유형으로 계속적 확인소송(동법 제113조 제1항 제1문), 규범통제절차(동법 제47조)가 명문으로 규정되어 있다. 이처럼 현재 독일연방 및 각 주의 실정 행정소송법령에서는 당사자소송이라는 소송유형은 발견할 수 없다.

그러나 1960년 이전에는 당사자소송이 여러 실정 법령들에 명문으로 규정되어 있었다. 예컨대 이차세계대전 종료 직후 소송절차를 규율하기 위하여 마련되었던 법령들,

9) 현행 행정사건소송법 제4조에서는 당사자소송을 “이 법률에서 당사자소송이라 함은 당사자간의 법률관계를 확인 또는 형성하는 처분 또는 재결에 관한 소송으로 법령의 규정에 의해 그 법률관계의 당사자 일방을 피고로 하는 소송 및 공법상의 법률관계에 관한 확인소송 기타 공법상의 법률관계에 관한 소송을 말한다. (この法律において「当事者訴訟」とは、当事者間の法律関係を確認し又は形成する処分又は裁決に関する訴訟で法令の規定によりその法律関係の当事者の一方を被告とするもの及び公法上の法律関係に関する確認の訴えその他の公法上の法律関係に関する訴訟をいう)”라고 정의하고 있다.

10) Mitsuru Noro, aaO, S. 152.

즉 영국 점령지의 행정재판에 관한 1948년 군정명령 제165호(VO Nr. 165)나 이후 마련된 몇몇 주(바이에른, 헤센, 브레멘, 바덴-뷔르템베르크 등)의 행정소송 관련법들에서 당사자소송 관련 규율을 발견할 수 있다. 특히 헤센 주의 경우 1949년 행정재판법(VGG)에서는 행정재판권과 관련하여 분쟁을, 항고사안(Anfechtungssache)과 당사자분쟁사안(Parteistreitigkeit)으로 구분하면서, 당사자분쟁으로는 법률관계의 존부확인을 구할 수 있음을 규정하였다.¹¹⁾ 당사자분쟁에 관하여 보다 상세한 규정을 마련하고 있는 입법례로 1958년 바덴-뷔르템베르크의 행정재판법(VGG)을 들 수 있는데, 동법에서는 제4장의 표제를 항고사안으로, 제5장의 표제를 당사자분쟁으로 하면서 제5장 제85조에서 제100조까지를 당사자분쟁의 규율에 할애하고 있다. 동법 제85조는 “당사자분쟁이란 동등한 권리주체 사이의 공법상 쟁송(Parteistreitigkeiten sind Streitigkeiten des öffentlichen Rechts zwischen gleichgeordneten Rechtsträgern)”이라고 정의하고 있으며(동조 제1항 제1문), 이때 권리주체들이 동등하다는 것은 청구권을 주장하는 경우이건 청구권을 부인하는 경우이건 양 당사자 중 어느 일방에 의한 구속력 있는 결정이, 그러한 주장과 부인에 내포되지 않는 경우라고 규정하고 있다(동조 제1항 제2문). 더 나아가 동법은 어떠한 다툼이 있을 때 이를 항고사안으로 다룰지 아니면 당사자분쟁으로 다룰지를 법규명령(Verordnung)으로 정할 수 있도록 하였다(동조 제2항). 또한 동법에서는 당사자소송은, 누군가의 ‘이행’이나 ‘금지’를 요구하거나 누군가에 대한 관계에서 법률관계의 존부가 확인되어야 하는 경우, 그 누구를 상대방으로 하여 제기하여야 함을 규정하였다(제88조).¹²⁾

그러나 실무상으로는 당사자소송이 그다지 큰 주목을 받지 못한 것으로 보인다. 예컨대 이 시기의 한 논문에서는 당사자소송이 항고소송과의 도그마틱적 구분가치 이외에는 별다른 독자적 중요성을 인정받지 못하고 있다고 기술하고 있는데, 그 이유로서 실무상으로 당사자소송의 숫자가 적기도 하지만, 무엇보다도 대등 당사자간의 분쟁해결기제보다는 지배복종관계에서의 분쟁, 즉 위법한 공권력의 행사로부터 개인을 보호하기 위한 절차인 항고소송의 도입이 일종의 승리로 여겨지는 분위기가 있으며 그리하여 학계는 주로 항고소송에 주목하고 있다는 점을 들고 있다.¹³⁾ 그렇기 때문에 많은 행정소송법 관련 문헌들에서 당사자소송은 거의 언급도 되고 있지 않으며 다만 학설과 판례가 협력해서 더 밝혀내야 할 점이 많다는 간단한 기술만이 있다는 것이다. 당시의 또 다른 문헌에

11) 참고조문 1.

12) 참고조문 2.

13) Helmut Bunte, Die Parteistreitigkeiten im Verwaltungsstreitverfahren, Göttingen 1952, S. 2.

서는, 당사자소송이 공법상의 기타 분쟁에 속하며 이러한 공법상의 기타 분쟁은 그 범위를 정확히 특정할 수 없는 대상들을 포괄한다고 하면서 어쨌거나 길드(Innung)과 그 조합원(Innungsmitgliedern)간 분쟁, 수리조합(Wasserverband)과 그 조합원간 분쟁 등, 조합분쟁(Verbandsstreitigkeit)은 공법상 기타 분쟁으로 분류된다고 설명하고 있다.¹⁴⁾ 즉 이 시기의 독일에서도 당사자소송의 실무적 위상은 미약하였고 그 역할범위 등에 대해서는 도그마틱상 불분명한 점이 있었던 것으로 보인다. 그러면 20세기 전후의 논의상황은 어떠할까? 이하에서는 당사자분쟁에 관한 언급이 나타나기 시작하는 1800년대 이후의 공법문헌을 조사하여 법사학적 관점에서 분석하고 있는 독일의 선행연구들에 토대하여 당시 독일의 공법적 구제시스템의 전개상황을 살펴보기로 한다. 물론 이러한 고찰은 이들 선행연구에서 밝히고 있듯이, 문서의 멸실, 보존상태 불량 등으로 인하여 어느 정도는 제약되고 있는 실정이다.

3. 19세기 남부독일의 경우

대부분의 근대적인 행정소송법제가 그러하듯, 현 독일 행정소송법제에서도 국가와 그에 대응하는 시민의 존재가 전제가 되어 있지만 19세기 초¹⁵⁾ 현재의 독일 영토 내에 존재하였던 여러 나라들의 소송법제를 고찰함에 있어서는 국가와 시민이라는 개념을 사용하는 것이 적절치 않은 측면이 있다. 국가라는 개념 자체가 근대의 산물이기 때문이다. 오히려 당시의 공동체의 삶의 모습과 그 내부의 규범차원의 갈등해결기제를 살펴보는 데 있어서는 군주, 영주, 주권자, 지배자, 피치자 등의 개념이 보다 적절할 수도 있을 것인데, 어쨌거나 당시의 지배자들은, 지금의 국가와 마찬가지로, 재산권자의 모습으로 나타나기도 하였고 일방적 힘의 행사자로 나타나기도 하였다. 재산권자로서의 지배자에 대해서는 훨씬 더 이전부터 법인격성, 즉 법에 그리고 재판권에 복종하는 존재로서의 성격이 인정되어 왔고 이러한 모습의 지배자에 대한 통제는 일반법원의 손을 통해 이루어져 왔다.¹⁶⁾ 반면 힘의 행사자로서의 지배자는 일반법원의 통제 하에 두어져 있지 않았

14) Kurt Egon Turegg, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3. Aufl, Berlin, 1956, S. 215.

15) 19세기 전반, 남독일 국가들의 행정사법의 전개에 관해서는 Marcel Kaufmann, Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Jus Publicum Bd. 91, Tübingen, 2002, S. 70-79.

16) 이처럼 재산권자로서의 지배자에게 인격성이 일찍부터 인정되게 된 연유에 대해서 Kantorowicz는, 서양 중세시대에 세습군주가 영지의 재산을 마음대로 처분해 없애려고 하는 경우가 많았는데 이를 막기 위해서 자연인으로서의 'King'을, 추상화된 존재로서의 'Crown'과 구별하고 후자에 대하여 인격성을 인정할 필요가 있었기 때문이라고 설명하고 있다. 즉, King이 왕가의 상속재산을 마음대로 팔아넘기지 못하게끔

다. 하지만 여전히 봉건적인 틀에 묶여 있던 당시의 독일 여러 군소국들에서 힘의 행사자로서의 지배자까지도 법적으로 통제하는 정비된 시스템이 갖추어지는 계기가 마련되었는데 그것은 바로 나폴레옹의 점령이었다.

3.1 나폴레옹의 점령과 행정사법(Administrativjustiz)의 도입

1807년 나폴레옹은 프로이센과의 전쟁에서 승리하고 난 후 일부 영토를 강제로 빼앗아 라인동맹(Rheinbund)이라는 것을 만들었는데, 바덴, 뷔르템베르크, 바이에른, 작센 지역이 여기에 속하였다. 나폴레옹은 이 지역에 여전히 만연해 있는 봉건적 구조들을 해체하기 위하여 행정, 재정, 사법 등 영역에 프랑스 식 모델을 도입하였는데 이는 장원권력, 교회권력, 지방권력 등 중앙권력 이외의 모든 기타 권력을 구축하고 권력을 중앙으로 집중시키는 모델이었다. 즉 나폴레옹은 이 지역에 곧바로 프랑스 민법전을 공포하고, 농노제를 혁파하였으며 재판의 삼심제를 도입하였다. 바로 이 시기에 행정 내부에 행정 심판소를 설치하여 행정에 대한 법적 통제를 행한다는 프랑스식의 행정재판관념이 이 지역에 소개되었다. 독일에서는 이를 행정사법(Administrativjustiz)이라고 지칭하였는데, 나폴레옹이 물러난 다음에도 이들 지역에서는 이 모델이 한번 노력해볼만한 모범으로 여겨지게 되었다.¹⁷⁾ 하지만 행정을 누가 어떻게 법적으로 통제할 것이냐를 둘러싸고 당시의 봉건군주와 신분의회세력간의 갈등이 점차 고조되었다. 군주는 독립적인 법원이 자신의 휘하에 있는 집행부를 통제하는 것을 탐탁치 않게 여기면서 집행부 내부에 행정의 법적 통제기제를 두기를 원한 반면(행정사법), 통상법원에서 군주의 행정을 통제하여

하기 위해서 때로는 Crown의 상속재산 그 자체에 인격성이 부여되기도 하였는데 중세 후반기에는 Crown은 미성년자로서, King이라는 후견인의 후견을 받는 관계로 간주하는 관점이 정착됨으로써 Crown은 수많은 보호와 특권을 향유하게 되었다고 한다. 이처럼 Crown을 미성년자로 보는 데서부터 (재산적 측면에서의) 국가의 법인격성(corporate character)이 갖추어지기 시작했는데 이는 본래 교회를 영원한 미성년자로 간주하여 비숍(bishop)의 교회재산훼손을 막고자 하는 중세의 정치신학에 그 기원이 있다고 한다. Ernst Kantorowicz, *The King's Two Bodies: A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton University Press, 1957, pp. 314-382.

17) Gernot, aaO, S. 28. 당시 프랑스가 라인연방의 여러 국가들에 끼친, 다양한 종류의 영향에 관하여는 Helmut Berding/Hans-Peter Ullmann(Hg.), *Deutschland zwischen Revolution und Restauration*, Düsseldorf 1981 ; Heinz-Otto Sieburg, *Die Auswirkung des napoleonischen Herrschaftssystem auf die Verfassungsentwicklung in Deutschland*, in der.(Hg.), *Napoleon und Europa*, Köln, Berlin 1971, S. 201 (Gernot, aaO, S. 30 fn. 72에서 재인용) 역사학자들은 이 때의 라인연방이 나폴레옹의 꼭두각시 정부이긴 하였지만 독일 근대화의 동력을 제공한 긍정적 측면이 있다고 평가하고 있다.

야 한다는 의견도 만만치 않았다. 결국 이들 지역에서는 프랑스 식 모델을 따르기로 하되, 일부 사안에서는 일반법원에게 관할권을 주는 타협적 방안이 채택되었다. 예컨대 뷔르템베르크의 경우 1819년 헌법문서에서 일부 사안에 대해서는 사법국가형¹⁸⁾을 규정 하면서 다른 한편으로는 행정국가형¹⁹⁾을 규정하여 타협하는 모습을 취하였다. 즉 행정 내부에 상급행정청에 의한 통제절차(이를 소원(Rekurs)이라 하였다)를 마련하되 그 통제 기구의 결정 가운데 일부에 대하여 통상법원에 상소가 가능하도록 하는 모습이었다. 행정내부 통제절차 안에서의 최고심급으로 기능하는 기관을 추밀원(Geheimer Rat)이라 하였는데 이 기구는 내용적으로는 일선의 활동행정으로부터 독립하여 심판하였다.²⁰⁾ 당시 내용적으로는 당사자분쟁에 해당하는 사안들(물론 당시는 어떠한 사안들에 대해서 행정쟁송을 제기할 수 있는지에 관하여 법률에서 일일이 열거하는 방식을 취하고 있었으며 항고쟁송이나 당사자쟁송이라는 명칭이 법문상 채용된 것도 아니었다)도 일단은 모두 소원(Rekurs)절차를 거쳐야 했는데 1855년의 법률에서 비로소 처음으로 당사자분쟁에 특별한 의의를 부여하였다.²¹⁾ 즉 동법은 문서조사의 보장, 상소절차에 관한 규정을 마련하면서, (지금의 관점에서 보면) 당사자소송적 사안이라 할 분쟁유형에 대해서는 상소절차에 관한 규정이 적용되는 반면 항고소송적 사안이라 할 분쟁유형에 대해서는 그러한 규정이 적용되지 않음을 규정하고 있었다. 이러한 법사학적 검토를 토대로 하여 독일의 한 학자는, 당사자분쟁적인 사안과 항고사안간의 구분은 법문상의 용어로 나타나지는 않았지만, 이미 내용적으로는 행정사법 시절에도 전제되어 있었던 것으로 미루어 짐작할 수 있다고 평하고 있다.²²⁾

한편 당시의 바이에른과 바덴도 행정사법체제를 정비하였다. 바이에른의 경우 1808년 추밀원(Geheimer Rat)이 설립되었고 이는 1817년에 국가평의회(Staatsrat)로 대체되었는데 이 기관이 행정사법 내 최고심급으로 활동하였다.²³⁾ 바덴도 바이에른의 경우와 거의

18) § 95 würt. Verfassungsurkunde vom 25. september 1819, würt. Reg. -Bl. 1819, S. 633ff. (Gernot, aaO, S. 33, fn. 83).

19) § 60 würt. Verfassungsurkunde vom 25. september 1819.

20) 예컨대 장관은 추밀원의 구성원이었지만 소원절차(Rekurs)의 결정에 참여하는 것은 1822년 이후 중단되고 결정주체의 인적 독립성을 이루었다고 한다.

21) 참고조문 3.

22) 당시 뷔르템베르크의 행정사법에 관하여는 Gessler, Zur Frage der s. g. Administrativ-Justiz, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 18, H. 4 (1862), S. 719-761 ; Gernot, aaO, S. 84, fn. 78.

23) Bunte, aaO, S. 20.

유사하였지만 다소 다른 점은 바덴의 경우 초기에는 소원절차(Rekurs)가 법률로 규율되었다가 행정 및 경찰사안에서의 소원절차는 명령을 통해 규율되었다는 점이다.²⁴⁾

한편 바이에른, 바덴, 뷔르템베르크에서 헌법이 제정되면서 1820년대 이르러 행정사안(Verwaltungsache)과 사법사안(Justizsache)을 구별하려는 논쟁이 남독일 국가들에서 매우 격렬하게 일어났다. 주요 쟁점사안은 특권의 박탈에 관한 분쟁, 소금채굴이나 광산운영 등, 군주의 직영기업(Regalien)에 관한 분쟁, 공무원의 위법한 행태로 인한 직무책임에 관한 분쟁, 게마인데가 부과하는 공적 부담에 관한 분쟁이나 전쟁피해에 관한 분쟁, 그리고 숙영(宿營)비용에 관한 분쟁이었다. 사법국가형을 지지하는 자나 반대하는 자나 모두 일반법원의 관할은 아니라고 본 사안도 있었는데, 법률의 실체적 내용이 심사대상이 되는 사안은 아무리 사인의 권리침해가 주장된다 하더라도 일반법원의 관할사안이 아니라는 데 의견이 일치하였다. 또한 군주의 행위, 행정청이 결정을 꼭 내려야 하는지의 문제, 그리고 어떠한 행정청의 결정이 합목적적인지의 문제도 사법사안은 아니라는 데 전반적으로 의견이 일치하였다.

3.2 관할분쟁결정기관(das Institut des Kompetenzkonflikts)의 창설

하지만, 그 밖의 많은 사안들에서 행정국가적 관념과 사법국가적 관념이 여전히 충돌하였고 학계에서는 사법국가형을 찬성하는 편이 다수였다고 한다. 실무상으로도 행정사법기관과 일반법원의 관할을 결정하는 것이 어려운 과제로 부각되면서 양 기관간의 관할갈등을 풀어줄 기관이 필요하게 되었다. 그리하여 행정사법기관에의 소원절차(Rekurs)를 밟아야 할지, 아니면 일반법원에의 제소(Rechtsweg)절차를 밟아야 할지를 두고 다툼이 있을 때 바덴에서는 이를 장관(Staatsministerium)이 관할을 결정하도록 하였고, 뷔르템베르크에서는 추밀원(Geheimer Rat)에서 이를 결정하도록 하였다. 물론 뷔르템베르크의 추밀원은 최고 행정사법기관의 역할을 하는 기관이기도 했지만 행정사법기관의 역할을 할 때와 관할결정기관의 역할을 할 때에는 각각 다른 인적 구성을 하였다고 한다. 뷔르템베르크의 추밀원에서는 19세기 전반부에 약 37건의 관할분쟁을 처리했다고 하는데²⁵⁾ 대개 원고들은 뷔르템베르크 헌법문서 제95조에 토대하여 일반 민사법원에

24) Verordnung vom 14. März 1833 (bad. RekursVO 1833), bad. Reg.-Bl. 1833, S. 63ff.

25) 대개 문제가 된 사안들은 공무원의 봉급관련분쟁과 공무원관계에서 발생하는 기타 권리 분쟁이었으며 모든 종류의 공과금분쟁, 신성로마제국황제 직속령에서 간접지배령으로 바꿈(Mediatierung)으로 인한 손실보상 등이었다고 한다.

호소를 하였고 민사법원은 항상 자기도 관할이 있다고 선언하였기 때문에 이에 대해 일부는 내부부장관이, 일부는 재무부장관이 사안들을 관할분쟁결정기관에 의뢰하였으며 대부분의 경우에는 분쟁이 행정사법기관의 배타적 관할이라는 결정이 나왔다고 한다. 즉 의심스런 사안에서는 관할결정기관은 항상 일반법원의 관할을 부인하는 쪽으로 결정을 하였다는 것이다. 물론 이 당시의 관할결정문들에서는 이유제시가 누락된 경우가 많기 때문에 철저한 분석은 어렵지만 분명한 경향은 바로 일반법원의 관할권은 사인들 사이의 민사상 소송만으로 국한하는 것이었다고 한다. 그러나 관할분쟁결정기관의 활동에도 불구하고 사법국가형을 주장하는 세력과 행정사법형을 주장하는 세력 간의 갈등이 지속되었고 특히 행정사법의 독립성에 대한 의심은 불식되지 않았다고 한다. 활동 행정과 분쟁해결 행정 간의 결별이라는 것도 행정사법기구의 최고심급인 추밀원(Geheimer Rat) 차원에서만 이루어졌고 그 구성원들도 법관과 유사한 정도의 신분보장이 되지 않는 자들이었기 때문에 결국 이들 행정사법기관은 독립성이 결여된 것 아니냐라는 의심을 받았던 것이다. 그리하여 이러한 문제상황을 빠져나오는 방안으로서 19세기 중반부터 독일 내 여러 나라들에서 문제되는 사안별로 (행정부부에 설치된, 그러나 법원은 아니며 사법적 절차에 따라 결정하는 것도 아닌) 전문위원회를 구성하여 해결을 맡기는 방안이 강구되었다. 조세법, 영업법, 사회법 영역이 그러하였는데²⁶⁾ 이들 위원회들은 그 활동기간은 아주 짧았지만, 분쟁해결기능을 한다는 점과 행정외부에 설치되는 조직이라는 점에서 행정사법을 버리고 독립된 행정법원들의 설치로 이동해가는 중간과정에 해당한다고 할 수 있으며 어떤 면에서는 훨씬 나중에 나타나는 특별영역의 행정법원들, 즉 재정법원, 노동법원, 사회법원 등의 전신이라고 할 수 있다는 평가도 있다. 그러나 이들 전문위원회와 나중의 행정법원들간에는 결정적인 차이가 있는데 그것은 바로 전문위원회들의 구성원은 법관과 같은 독립성을 보장받는 존재가 아니었고 절차도 재판절차와 유사한 모양새는 아니었다는 점이다. 하지만 위원회의 구성원으로 각 관련 영역에서 엄선된 전문가들이 참여하였다는 점은 고도의 전문성 발휘를 가능하게 하였고 또한 각 영역의 대표성 있는 자들(납세의무자, 영업활동수행자 등)도 참여하였기 때문에 이들 위원회의 불편부당성에 대해서는 상당한 신뢰의 기반이 마련되었다. 하지만 이들 위원회에는 절차적 보장과 결정기관의 독립성이라고 하는, 독립 행정법원 창설의 견인차

26) 이들 전문위원회에 관한 연구로는 Thomas Henne, *Verwaltungsrechtsschutz im Justizstaat. Das Beispiel des Herzogtums Braunschweig 1832-1896*, Frankfurt am Main, 1995 (Gernot, aaO, S. 43에서 재인용).

역할을 하는 두 가지 요소가 결합되어 있었기 때문에 이들 위원회들은 독립된 행정법원이 만들어짐과 동시에 또는 그 직후 사라지게 되었다.²⁷⁾

3.3 독립된 행정법원의 설치

행정사안에 대해서도 독립적인 법관에 의한 재판, 민사소송절차와 비견되는 절차적 보장이 베풀어지는 재판을 누리고자 하는 열망은 1848년의 파울교회 헌법에 녹아들게 되었다. 즉 동 헌법 제182조에서는 “행정사법은 폐지한다; 모든 법(권리)침해에 대해서는 법원이 결정한다(Die Verwaltungsrechtspflege hört auf; über alle Rechtsverletzungen entscheiden die Gerichte)”고 선언하였는데 물론 혁명이 좌절되면서 위와 같은 이상도 한참 후에야 실현되게 되었다. 독일 역사상 최초로 독립된 행정법원이 만들어진 것은 1863년 바덴에서였고, 뒤이어 뷔르템베르크 (1876년), 바이에른 (1878년)에도 새로이 행정법원들이 만들어지게 되었다. 이러한 나라들의 행정법원들은 심급 등, 상세한 점에서는 각자 차이가 있었지만 제도적 차원에서는 공통점이 있었는데 그것은 바로 최고심급에서만 활동행정과 행정법원이 분리되었다는 점이다. 즉 하급심으로 여전히 행정 내부의 통제절차가 행정의 손에 남겨져 있었다. 사정이 이렇게 되자, 과거에는 행정사법과 일반 법원간의 관할결정이 문제되었던 것과는 달리, 이제는 새로 만들어진 행정법원과 일반 법원 사이의 관할결정문제는 물론, 하급심으로서의 소원기관들과 상급심으로서의 행정 법원간의 역할분담 문제도 제기되면서 수많은 논쟁이 생기게 되었다. 바덴, 뷔르템베르크, 바이에른에 독립된 행정법원이 설치되면서 행정, 행정법원 및 일반법원 사이의 관할 결정을 유일한 업무로 하는 관할판정법원들이 생겨나게 되었다. 관할판정법원들의 인적 구성은 이러한, 국가기능의 경계선회정이라는 업무의 성격을 반영하여 독립성이 보장되어야 했기 때문에 관할판정법원의 검직법관들은 일부는 일반법원, 일부는 행정법원, 또 일부는 활동행정을 본업으로 하는 자들로 채워졌다. 하지만 당시 관할판정법원의 중요성은 왜소해졌고 활동실적도 미미하였다고 하는데 이는 입법과정에서 행정법원의 관할영역에 관하여 격렬히 다툼이 있었던 것과는 대조적이라는 평을 받고 있다.²⁸⁾

27) Gernot, aaO, S. 41.

28) Gernot, aaO, S. 82.

3.4 행정법원의 관할사항으로서의 당사자분쟁

행정법원을 설치하는 법률을 제정하는 과정에서 가장 치열하게 다투어졌던 것은 행정법원의 관할사항을 어디까지로 할 것인가였고 여기에서 핵심적인 기준으로 활용된 것이 바로 당사자분쟁적 사안인지 여부였다. 즉, 당시의 행정법원창설의 근거법률들에서는 모두 당사자분쟁사안을 열기적으로 규정하고 있었는데²⁹⁾ 당사자분쟁은 행정 내부 구제로 그칠 사안과 행정법원에 상소할 수 있는 사안을 구별 짓는 개념으로서 기능을 하였다. 즉, 민사법원과 구분되는 행정법원을 최초로 창설하였던 바덴의 당시 법률에서는 당사자분쟁적 사안에 대해서는 우선 행정 내부의 구제절차를 거치기는 하되 공개재판과 구술심리의 기회가 부여되는 행정법원에 상소할 수 있도록 하였던 반면 비당사자분쟁적 사안은 행정내부의 구제, 즉 서면절차이면서 비공개절차인 소원절차(Rekurs)에 그치고 행정법원에 상소할 수 없도록 하였다. 이처럼 행정법원이 만들어지기는 했지만 행정법원은 한동안 당사자분쟁적 사안에 대해서만 권한이 있었기 때문에 1863년 당시만해도 경찰처분에 대해서 행정법원이 직접 통제할 방도는 없었고 오로지 앞서 말한 소원절차만 가능했다.³⁰⁾ 반면 경찰처분의 집행에 따른 비용결정에 대해서는 그것이 재산적 성격의 것이고 따라서 당사자분쟁이라는 이유로 행정법원에 소송을 제기할 수 있었다. 바덴 행정법원들은 이 비용결정에 대해 재판권한을 행사하는 과정에서 선결문제로서 경찰처분을 통제할 수 있었을 따름이었다. 1884년에 이르러서야 바덴 행정쟁송법에서 경찰처분에 대해 행정법원에 취소를 구하는 길이 열리게 되었지만 그것도 최종심급으로서였기 때문에 하급심 단위에서는 경찰행정청이 행정절차, 소원절차에서 여전히 결정을 내렸다.³¹⁾ 하지만 바덴에 뒤이어 점차 다른 나라들에서도 행정법원이 창설되면서 당사자분쟁적 사안뿐 아니라 항고사안도 한꺼번에 행정법원의 관할로 규정되는 사례가 늘게 되었다. 그러나 당시의 열기주의 법률에서 항고사안으로 명기한 분쟁례들이 많지 않았던 탓에 행정법원의 주된 업무는 여전히 당사자분쟁이었고, 예컨대 당시 통계에 따르면 뷔르템베르크에서는 행정법원의 업무 가운데 3분의 2 이상이 당사자분쟁사건들이었다고 한다.³²⁾

29) 예컨대 § 5 bad. VwOrgG 1863, Art. 10, 11 würt. VwRPfIG 1876, Art. 8 bay. VGHG 1878 등 (Gernot, aaO, S. 84 fn. 79).

30) 참고조문 4.

31) § 4 Abs. 1 Ziff. 1 bad. VwRPfIG 1884. (Gernot, aaO, S. 85).

32) Gernot, aaO, S. 83.

3.5 당사자분쟁의 윤곽형성

이처럼 행정법원의 탄생을 계기로, 실정법령에서 분쟁유형을 나누고 각기 다른 절차를 적용하도록 전개되어 온 흐름과 더불어, 19세기 당시의 문헌상으로도 행정법적 분쟁의 특별한 유형으로서 공법상 당사자소송 또는 그냥 당사자소송이 언급되고 있었는데, 그 명칭만으로는 어떤 의미가 담겨 있는지 불분명했다고 한다. Otto von Sarwey는 이 개념을 “개인이 개인에 대하여 맞서거나, 또한 개인이 공법상 법인의 재산적 이익, 즉 개인적 이익을 대변하는 기관 자체에 대하여 맞서거나 또는 공법상 법인의 기관들이 동 법인의 재산법적 이익을 대표하는 지위에서 서로 맞서는 소송”이라고 정의하고 있다.³³⁾

즉, 당시의 당사자분쟁은 그 명칭과는 달리 소송에 참여하는 당사자가 누구냐를 통해 직접 정의되는 것은 아니었다. 시민의 소송도 당사자소송일 수 있었고 대등한 지위의 두 행정주체(Verwaltungsträger)간의 사이에 다툼도 그러하였다. 국가나 공법상 법인을 상대로 시민이 제기하는 소송은 그것이 직접 재산권에 관하여 다투어지는 것일 때에만 당사자분쟁이었으며 특히 조세결정이나 그 밖의 금전적 공과(公課)나 분담금을 다투는 경우 뿐 아니라 수로이용, 수렵면허, 도로보수 같은 재산적 가치 있는 지위에 관한 분쟁도 당사자분쟁사안으로 여겨졌다고 한다.³⁴⁾ 한편 작센에서도 1900년 법³⁵⁾을 통해 행정법원이 창설되었는데 동법은 당사자분쟁과 항고사안간 구별을 뷔르템베르크의 법률보다 더 분명하게 강조하였다. 특히할만한 점은 동법 제21조에서 “당사자분쟁(Parteistreitigkeit)”이라는 표현을 사용하였다는 점인데, 동법은 이러한 명칭을 사용한 당시의 유일한 법률이었다.³⁶⁾ 또한 동조에서는 당사자분쟁사안들을 열거하고 있었는데 다만 열거된 사안이라 하더라도 일방 당사자가 타방에 대하여 앞서 행정행위를 발하지 않은 경우에만 당사자분쟁으로 다루어졌다는 점이 뷔르템베르크와 다른 점이었다. 이는 후세대의 관념, 즉 당사자소송으로써는 대등관계만을 다룬다는 관념과 처음으로 일치하는 것이었고 그리하여 작센에서는 1900년 이후로는 고권적 힘의 행사로서 발하여진, 게마인데와 게마인데조합의 조치들을 다투는 모든 소송들도 취소소송으로 다루어지게 되었다.³⁷⁾

33) Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, 1880, S. 701. (Gernot, aaO, S. 84에서 재인용).

34) Gernot, aaO, S. 84-86.

35) Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 19. 7. 1900. (GVBl. S. 486).

36) Bunte, aaO, S. 30.

37) Bunte, aaO, S. 31.

3.6 프로이센의 국고이론의 영향

엄밀하지는 않지만 이렇게 대체적으로 개인과 공법인 사이 또는 공법인들 사이의 분쟁을, 다시 재산적 분쟁과 비재산적 분쟁으로 구별하고 재산적 성격의 분쟁들부터 행정법원의 관할을 인정하였던 관점으로부터 독일 제국 형성 이후 또다른 귀결이 도출되는데, 이는, 프로이센에서 지배적이었던 국고이론, 즉 재산적 분쟁은 민사법원이 관할하여야 한다는 관념이 남독일에도 영향을 미치게 된 것이었다. 요컨대, 19세기의 남독일에서는 한동안 국가와 시민 간 재산법상 분쟁은 공법상 당사자분쟁사안으로 포착되었고 이는 행정법원이 결정할 사안이라는 사고가 있었다. 그러나 이러한 분쟁은 당시의 국고이론에 따르면 민사소송사안으로 포착될 수도 있는 사안이었으며 특히 프로이센에서 널리 받아들여져 있던 국고이론의 영향으로 점차 남독일에 있어서도 행정법원의 관할 사항이던 많은 분쟁들이 민사법원의 관할로 되었다. 당시 의회에서의 토론이나 주요 법학저서들에서 공적 주체와 시민간의 재산법적 분쟁이 행정소송사안이나 민사소송사안이나에 대하여 명확한 구별기준을 제시하고 있지는 않았으며 대개 소송실무에서는 당사자의 위치에 따라 구분이 되었다고 한다. 즉 국가를 상대로 시민이 재산법상 청구를 하는 경우, 예컨대 손실보상청구와 같은 경우는 민사법원의 소관사항이고 반면 시민에 대한 국가의 재정적 청구는 공법상 당사자분쟁사안으로서 행정법원이 소관 하여야 하는 것으로 간주되었다고 한다.³⁸⁾

앞서 살펴본 바와 같이 아직 행정법원을 만들기 이전의 뷔르템베르크에서는 항고사안과 당사자분쟁사안의 구별에 상응하는 분쟁유형간 구별을 하면서 공법상 분쟁으로서 “사인과 법인 간” 또는 “사인과 재산권의 소지자로서의 국가”간 분쟁에 대해서 행정사법 내 상소절차가 적용됨을 규정한 바 있다. 즉 이에 따르면 재산권자로서의 국가도 당사자 분쟁의 일방으로 포섭되는 것이다. 하지만 오히려 독일 제국 통일 후 19세기말, 20세기 초의 독일 공법 문헌에서는 당사자분쟁을 사인이 국가 “아래의” 공법상 법인에 맞서거나 공법상 법인들끼리 맞서는 경우라고 정의내리고 있는데, 이로부터 당사자분쟁의 범주에서 국가는 배제되어 있음을 알 수 있다. 즉 남독일의 행정사법 시절에는 재산권자로서의 국가가 당사자분쟁의 일방 당사자였지만 오히려 그 이후인 20세기 초에는 국가는 당사자 분쟁의 일방당사자는 아닌 것으로 이해되었던 것이다. 이러한 법상태는 당시에 널리 퍼져있었던 국고이론과 밀접한 관련이 있었다.

38) Gernot, aaO, S. 87.

3.7 국고이론의 극복

요컨대, 행정에 대하여 사법이 간여하는 것을 금지하고 행정 내부의 법적 통제절차를 발전시키는 방향으로 나아간 프랑스와는 달리, 당시 독일의 여러 나라들에서는 행정사법기관의 독립성에 일반 여론과 학계가 의문을 제기하면서 별도의 행정법원을 창설하여 이 행정법원에 행정에 대한 통제를 맡기게 되었다. 그런데 이처럼 행정재판권이 행정의 품을 벗어나 독립된 법관의 손아귀로 들어가면서 ‘소송’의 위상을 가지게 되자, 그 귀결로서 그러한 통제절차가 이제는 행정절차가 아닌 소송절차로서의 모습을 갖추어야 했는데 다른 한편으로는 이로부터 소송법의 일반적 틀에 “비교적 젊고 거의 연마되지 않은³⁹⁾” 행정소송절차를 꺾 맞추는 데 있어 다소간의 어려움을 겪게 되었다. 우선 재판절차에서는 누가 당사자가 될 수 있느냐라는 문제, 즉 당사자능력이 중요한 법적 문제로 제기되는데, 소송의 당사자능력이 권리능력을 의미한다는, 즉 실체법적 의미의 인격이 있는 자라야 소송당사자가 될 수 있다는 전래의 민사법적 관념을 일관하려면 행정소송에서도 실체법상 권리능력 있는 자가 원고, 피고가 되어야 할 터⁴⁰⁾인데 그럼 공권력의 행사자로서의 국가가 행정소송의 당사자가 될 수 있느냐라는 문제에 대해 선뜻 그렇다라고 이야기하기 어려운 분위기가 당시를 지배하였다. 그 연유는 바로 아직도 그 시대에 영향을 미치고 있었던 국가와 국고의 이원주의(Dualismus von Staat und Fiskus)에 있었다.⁴¹⁾ 이는 앞서 살펴본 바와 같이 재산권자로서 등장하는 국가와 일방적 힘의 행사자로서 등장하는 국가를 별개의 것으로 생각하는 입장인데, 이 둘은 바로 법적 인격성에 있어서 달리 취급되었다.⁴²⁾ 재산권자로서의 국가는 사인과 마찬가지로 법인격 있는 존재로서 민법질서에 복종하면서 민사법관 앞에서도 사인과 대등한 당사자로서 나타나지만,⁴³⁾ 힘의 행사자로서의 국가는 법인격이라는 굴레로 제약당하지 않는 존재로서, 말하

39) Johannes Popitz, Der Parteibegriff im preußischen Verwaltungsstreitverfahren, Berlin, 1907, S. 4-5.

40) Zörn, Gneist, Bernatzik 등이 이러한 견해의 대표자라고 한다. Popitz, aaO, S. 3.

41) Fritz Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht, 3 Aufl., 1913, S. 36ff.; 근대 독일의 국고이론에 관하여는 박정훈, “행정조달계약의 법적 성격”, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005; 박훈민, “독일 행정법상 국고이론에 관한 비판적 연구-‘국가사인설’의 이론사적 고찰을 중심으로-”, 서울대학교 대학원 법학박사학위논문, 2014, 8.

42) 프랑스와 독일에 있어서 국가법인설의 전개에 관하여는 줄고, “국가의 법적 개념 - 프랑스 공법이론상 국가법인설의 수용과 전개 -”, 행정법연구 제37호, 행정법이론실무학회, 2013; 영국에 있어서 국왕법인설(corporate Crown)의 전개에 관하여는 줄고, “영국법전통과 ‘state’개념”, 행정법연구 제39호, 행정법이론실무학회, 2014.

43) 이는 비슷한 시기의 프랑스나 이탈리아에서도 마찬가지로 찾아볼 수 있는 현상이었다. 예컨대 19세기

자면 법 위의 존재였던 것이다.⁴⁴⁾ 따라서 행정사법에서 행정소송으로 이행하던 시기에 여전히 남아 있었던 국고 이론의 그림자가 행정소송에 드리워진 결과, 국고와 대립되는 개념의 국가는 일반 사인과 대등한 당사자의 지위라는, 낮추어진 모습으로는 행정법관 앞에 나타나지 않았던 것이다. ‘취소소송의 피고를 누구로 할 것이냐에 관해서 프로이센 등 당시 독일의 나라들이 마지못해 행정청을 피고로 삼게끔 하였다’거나 ‘사인이 국가 아래의 공법상 법인들(*öffentlichrechtliche Korporationen unterhalb des Staates*)에 맞서서 등장하거나 공법상 법인들 서로가 다툼의 상대로 등장하는 경우에는 소송에서 양 당사자가 등장한다는 원칙이 순수하게 지켜지며 이를 공법상 당사자소송이라고 한다’는 Fleiner의 설명은 이러한 맥락에서 이해할 수 있을 것이다.⁴⁵⁾ 요컨대, 19세기 후반, 20세기 초의 법률들이 채택하고 있었던 항고사안과 당사자분쟁사안의 이원주의의 틀 안에는 첫째, 공권력의 행사는 힘관계로서 공권력 행사자로서의 국가는 법인격체가 아니고 따라서 소송상의 당사자능력도 없으며 취소소송은 양 당사자가 대립한다는 소송법의 원칙이 지켜지지 않는, 특별한 소송으로서 하나의 당사자만이 존재하는 소송이라는 이해와 둘째, 지방자치단체 등의 공법상 법인들과 사인들 간의 분쟁은 당사자분쟁사안으로서 법원이 재판을 베풀어 줄 수 있지만 사인과 (힘의 행사자는 아니나 그렇다고 재산권자로서의 모습도 아닌) 국가 간의 분쟁에 대해서는 법원이 재판을 해줄 수 없다는 인식이 자리 잡고 있었던 것이다.⁴⁶⁾ 이처럼 국고는 민사법원에 복종하지만 국고 아닌 국가는 법에 그리고 재판에 복종하지 않는다는 당시의 관념에 따라서 취소소송의 피고로는 국가가 아니라 행정청이 등장하게 되었고 당사자분쟁에 사인과 국가 간의 분쟁은 포섭되지

후반부터 20세기 초 활동한 프랑스의 공법학자인 레옹 미슈(Léon Michoud)는 훨씬 오래전부터 법인격이 인정되어왔던 재산권자로서의 국가(*Etat—propriétaire*) 뿐 아니라 당시 급격히 팽창하던 공공서비스 관리자로서의 국가와, 더 나아가 전통적으로 힘의 영역으로 남아 있었던 공권력 행사자로서의 국가(*Etat—administrateur*)도 재산권자로서의 국가와 마찬가지로 하나의 동일한 법인이라고 주장하였다. Redor, Marie-Joëlle, «L’Etat dans la doctrine publiciste française du début du siècle», *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, n°15, jan 1992 p. 91–100. 또한 19세기 후반부, government로서의 국가, 즉 최고권력을 소지하며 시민사회 구성원들 사이를 조율하는 자로서의 국가와, 자신의 사적 이익을 행하는 정신적·법적 인격체로서의 국가를 구분하고 있는 이탈리아의 판례를 소개하고 있는 문헌으로는 Ludwik Ehrlich, *Comparative Public Law and the Fundamentals of Its Study*, *Columbia Law Review*, Vo. 21, No. 7 (Nov., 1921), p. 631.

44) Fritz Fleiner, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht*, 3 Aufl., 1913, S. 36.; A. Affolter, *Studien zum Staatsbegriffe*, AöR 17 (1902), S. 130, 132.

45) Fleiner, aaO, S. 251.

46) Max Schultzenstein, “Parteien, Parteifähigkeit und Parteibegriff im Verwaltungsstreitverfahren nach dem Landesverwaltungsgesetz”, *Verwaltungsarchiv* XII, 1904, S. 126.

아니하였다. 하지만 Fleiner의 지적처럼,⁴⁷⁾ 국고 개념은 눈에 띄지 않게 느리게 변화하게 되었고 완결적이고 통일적으로 국가권력을 바로 세우면서 국가와 국고의 이원주의는 더 이상 발붙일 여지가 없게 되었다. 즉 점차 이후 시대의 국가법에서는 이제 국고가 국가로부터 분리된 법인격체가 아니라 국가의 한 측면, 즉 재산법적 측면일 뿐이라고 이해되기 시작하였으며 힘의 행사자로서의 국가 역시 법에 복종하는 인격체로서 소송법적 측면에서는 당사자의 지위에 선다고 이해되기 시작하였다.

4. 소결 : 독일에서의 당사자소송의 연혁과 전개

이상을 요약하면 다음과 같다. 19세기 초, 남독일에서는 프랑스의 영향 하에 행정내부에서 행정을 법적으로 심판하는 행정사법을 도입하였고 이 시기에 항고사안과 당사자분쟁적 사안의 구별이 열기주의하에서 태동하였다. 그러나 행정사법에 대한 불만으로 인하여 남독일의 여러 나라들이 별도의 행정법원들을 창설하였으며 그리하여 행정법원의 관할사항으로 공법상 당사자분쟁부터 열기하였다. 즉, 공법상 당사자분쟁이라는 범주는 행정 내부의 구제로부터 행정법원에 의한 구제로 이행하던 과도기적 시기에 행정내부의 심판기관인 소원기관과, 독립된 행정법원간의 관할을 결정하는 핵심적 역할을 하였다.⁴⁸⁾ 이러한 시기를 거쳐 당사자분쟁에 이어 점차 항고사안들에 대해서도 행정법원들이 재판관할을 가지게 되었다. 행정법원이 창설되던 시기에는 국가의 재산법적 분쟁도 당사자분쟁으로서 행정법원의 관할이었으나 프로이센에서 지배적이었던 국고이론, 즉 재산적 분쟁은 민사법원이 관할하여야 한다는 관념이 남독일에도 영향을 미치게 되면서 점차 행정법원의 관할인 당사자분쟁으로부터 재산적 분쟁이 배제되기에 이르렀다. 한편 행정작용에 대하여 독립된 법원에서 재판을 베풀게 되자 누구에게 소송법체계에 따른 소송의 '당사자'성이 인정되느냐의 문제가 제기되었다. 당시의 소송법의 이해에 따르면 소송의 당사자가 될 수 있는 자는 권리주체, 즉 범주체성이 있는 자이어야 하는데 행정작용의 경우에는 일반 개인 간의 소송과는 다른 점이 있었다. 즉, 19세기 후반 당시 독일의 법적 이해에 따르면 국가는 민법적 영역을 제외하고는 법에 복종하지 않는 존재로서 당사자분쟁적 사안에서이건 항고사안에서이건 행정소송의 피고가 되는 존재가 아니었으므로, 당시의 당사자분쟁은 사인과 기타 공법상 법인 또는 기타 공법상 법인들 간의

47) Fleiner, aaO, S. 40-42.

48) Gernot, aaO, S. 9.

다툼 등으로 국한되었다. 그러나 점차 국고이론이 극복되고 재산권자로서의 국가 뿐 아니라 힘의 행사자로서의 국가도 동일한 하나의 법인격을 가진 주체로서의 성격이 인정되면서 소송에 있어서 국가의 지위에도 변화가 생기게 되었다. 즉 국고이론의 극복은 실체법적으로는 전 활동영역에 걸친 국가의 법인격성 인정, 행정소송법적 차원에서 국가의 당사자능력의 인정으로 나타나게 되었다.

Ⅲ. 당사자소송과 민사소송의 관계

이상의 연혁적 고찰로부터 독일법상 당사자소송의 변천을 살펴보았다. 독일이 1960년 연방행정법원법을 제정하는 과정에서 어떠한 논의를 거쳐 과거의 항고소송과 당사자소송이라는 큰 틀을 버리게 되었는가에 대해서는 좀 더 소개가 되어야 할 것으로 본다. 국가는 법 아래 복종하는 존재로서 권리의무의 주체가 될 수 있고 따라서 소송당사자로서의 지위에 서는 데 하등 장애될 것이 없다는 관점에서 본다면 1960년 당시의 독일인의 눈에는 취소소송과 당사자소송의 이원주의라는 것이, 시대적으로는 행정내부에 있던 재판권이 행정법원의 손으로 옮겨가던 시기에 두드러지기 시작한 것으로서, 법에 의한 국가의 포착이라는 측면에서는 반쪽의 포착에 불과했던 시절에 사용되었던 낡은 제도로 비춰졌을 수도 있었을 것이다. 따라서 이를 버리고 새로운 틀을 도입하지는 제안도 있었을 수 있고 다른 한편으로는 틀 자체는 그대로 두되, 새로운 내용으로 그 틀을 채워가면서 활용할 수 있을 것이라는 제안도 있었을 수 있다. 취소소송, 의무이행소송을 명기하되, 당사자소송이라는 별도의 유형을 버리고 널리 행정소송유형을 한정하지 않으면서 그와 더불어 취소소송 및 의무이행소송은 처분청이 속한 연방, 주, 그리고 법인을 상대방으로 하여 제기하는 것이지만 다만 (원고의 편의를 위해) 피고의 표시로는 처분청을 언급하는 것으로 족하다고 규정하고 있는 독일의 연방행정법원법규정(§78 (1) VwGO)은 전자의 입장에 접근한다 할 것이고 취소소송과 당사자소송의 구별이라는 틀을 그대로 두되 비처분적 성격의 작용들에 대해서 확인소송의 형식을 통한 구제의 역할을 수행할 여지를 당사자소송에 부여한 2004년 일본의 입장은 후자의 입장에 접근한다고 할 것이다.

우리의 경우도 지난 행정소송법 개정노력과정에서 항고소송과 당사자소송의 틀을 유지할 것인지 아니면 독일처럼 소송의 유형을 다양화할 것인지에 관하여 많은 논의가 있었다.⁴⁹⁾ 이 과정에서 의무이행소송이나 금지소송(2013년 법무부안에서는 금지소송을

도입하지 않기로 한 바 있다)등을 추가하되 항고소송과 당사자소송의 구별이라는 큰 틀은 유지하는 쪽으로 논의가 진행되고 있으며 그렇기 때문에 당사자소송에게 어떤 역할을 부여하는 것이 합당한가라는 문제는 현안이 될 수밖에 없다. 일부에서는 당사자소송이 민사소송에 비하여 당사자에게 특별한 실익이 없다는 점 때문에 실무에서 당사자소송이 활성화되지 못하고 있다고 지적하고 있는데,⁵⁰⁾ 이하에서는 민사소송과 당사자소송의 구별문제 및 시민의 권리구제의 실효성을 확보하기 위하여 당사자소송에 어떠한 특유한 역할을 부여할 수 있을 것인지를 살펴보기로 한다.

1. 당사자소송과 민사소송의 구별 :판례의 현황과 행정소송법 개정안

우리 행정소송법이 당사자소송을 ‘공법상 법률관계에 관한 소송’으로 규정하고 있는 만큼 민사소송과 당사자소송은 ‘사법상 법률관계’이나 ‘공법상 법률관계’이냐를 기준으로 역할을 분담한다 할 것이고 이는 공법과 사법의 구별이라는 행정법학 최대의 논의 주제로 이어질 수밖에 없다.⁵¹⁾⁵²⁾ 이에 대해서는 소송물을 기준으로 하여 그것이 공법상의

49) 항고소송과 당사자소송의 이원적 소송체계가 국민의 권리보호제도로써 시대낙후적이고 미흡한 제도로써 이를 계속 고수할 이유가 존재하지 않는다고 보아 당사자소송의 해체를 주장하는 견해로는 정하중, “행정소송에 있어서 확인소송 - 독일 행정소송법상 확인소송을 중심으로 -”, 서강법학 제12권 제1호, 서강대학교 법학연구소, 216쪽.

50) 강지은, “프랑스의 객관적 완전심판소송에 관한 소고 - 소송의 종류와 법원의 권한을 중심으로-”, 공법학연구 제14권 제1호, 비교공법학회, 2013, 645쪽.

51) 일반적으로 당사자소송과 민사소송의 차이에 대해서는 ① 당사자소송과 항고소송 간에는 소변경을 할 수 있지만(행정소송법 제21조), 민사소송과 항고소송간에는 소변경을 할 수 없고, ② 당사자소송에는 관련 민사소송청구를 병합할 수 있지만(행정소송법 제44조 제2항), 민사소송에는 관련 당사자소송청구를 병합할 수 없고, ③ 당사자소송에는 행정청이 참가를 할 수 있지만 민사소송에서는 행정청이 참가를 할 수 없으며, ④ 당사자소송에는 직권탐지주의가 적용되나, 민사소송에서는 변론주의가 적용되며, ⑤ 당사자소송의 판결의 기속력은 당해 행정주체 산하의 행정청에도 미치지만 민사소송에서는 소송당사자에 게만 판결의 효력이 미친다는 점이 언급되고 있다. (백윤기, “당사자소송의 대상”, 행정판례연구 IV, 박영사, 1999.) 더 나아가 (지방계약법과 관련한 논의의 일환으로) ⑥ 공법상 당사자소송의 대상이 된다고 볼 경우 (지방계약법) 관련 규정을 원칙적으로 강행규정으로 볼 수 있게 된다는 점을 차이점으로 제시하는 견해도 있다. (김대인, “지방계약과 공법소송”, 공법연구 제41편 제1호, 한국공법학회, 2012, 8쪽) 그러나 2013년 행정소송법 개정안에서는 민사소송과 행정소송간의 소변경을 허용(안 제22조, 제43조, 제51조)함으로써 국민이 제소기간 도과, 소 각하 등의 불이익을 입지 않도록 하였다.

당사자소송과 민사소송 사이에서는 이론적 차원에서의 구별문제와 더불어 재판실무 차원에서 (1심 경우) 행정법원(또는 지방법원 행정부)과 지방법원(지방법원 민사부)간 관할 또는 사무분배가 문제로 제기된다. 법원간 관할의 문제를 해결하는 방안으로는 조직상의 차원에서는 제3의 기관으로 하여금 관할을 결정하도록 한다든지, 법률에서 당사자소송사안을 명기하는 방안도 모색되어야 할 것인데 지난 2013년

권리인 경우에는 행정사건이고 사법상의 권리인 경우에는 민사사건이라고 하는 소송물 기준설(예컨대 공무원의 지위확인청구사건이나 봉급지급청구사건은 행정사건이고 소유권확인청구사건이나 민사상 부당이득반환청구사건은 민사사건이라고 본다)과, 소송물의 전제가 되는 법률관계를 기준으로 하여 소송물이 사법상의 것일지라도 그 전제인 법률관계가 공법상의 법률관계이면 행정사건이고 사법상의 법률관계이면 민사사건이라는 견해(예컨대 소유권확인청구사건이라 하더라도 농지매수처분의 무효를 이유로 할 때에는 행정사건이고, 매매계약의 무효를 이유로 할 때에는 민사사건이라고 본다)가 대립되고 있다.⁵³⁾ 하지만 소송물기준설이나 소송물의 전제가 되는 법률관계 기준설 모두에 있어서 이미 공법과 사법의 구별이 전제되어 있어서 일종의 순환논법이 아닌가 하는 생각도 하여 볼 수 있고 그리하여 일부에서는 순수한 사인간의 소송이 아닌, 국가 기타 행정주체를 당사자로 하는 소송은 소송물이 어떠한지를 불문하고 그 전제가 되는 법률관계가 공법관계인 경우에는 행정소송으로 보는 것이 재판의 전문화, 절차의 편의, 소송경제 등을 고려할 때 더 바람직하다는 견해도 제시되고 있다.⁵⁴⁾

1.1 공법상 지위 등의 확인소송

현재 판례에서는 일정한 공법상 지위의 확인청구소송을 공법상 당사자소송으로 보고 있다.⁵⁵⁾ 특히 판례는 지방전문직 채용계약의 해지에 대하여, 이는 징계처분과는 달리

의 행정소송법 개정안에서는 고등법원의 관할지정조항(안 제9조), 행정상 손실보상·손해배상·부당이득반환이 당사자소송사안임을 명기(안 제3조 제2호)하고 있다.

- 52) 일본에서도 공법·사법 이원론에 대한 부정적 견해를 기초로 하여 당사자소송 불요론이 주장되고 있다. 당사자소송에 준용되는 규정의 특수성이 부족하고 기능적 측면에서도 당사자소송과 민사소송을 구별하는 실익이 부족하다는 것이다. 반면 당사자소송활용론에서는 항고소송의 부담과중의 해소를 주장하며 항고소송으로 다루기 곤란한 것은 실질적 당사자소송으로 처리해야 한다고 주장하고 있다. 일본의 학설에 관하여 소개하고 있는 강수경, “당사자소송 - 소송의 형태를 중심으로 -”, 원광법학 제26권 제4호, 원광대학교 법학연구소, 2011; 김현준, “처분성 없는 행정작용에 대한 행정소송으로서의 확인소송 - 2004년 일본 행소법 개정상황에서의 확인소송 활용론을 단초로 하여 -”, 공법연구 제37집 제3호, 한국공법학회, 2009, 2.

- 53) 서울행정법원 실무연구회, 행정소송의 이론과 실무, 사법발전재단, 2014, 26쪽.

- 54) 서울행정법원 실무연구회, 위의 책, 27쪽.

- 55) 시립합창단원의 재위촉 거부를 다투는 소송(대법원 1995. 12. 22. 선고 95누4636판결), 공중보건의사 채용계약 해지에 관한 소송(대법원 1996. 5. 31. 선고 95누10617 판결)이 그러하고 농지개량조합의 직원임의 확인을 구하는 소송(대법원 1977. 7. 26. 선고 76다3022 판결; 대법원 1984. 1. 31. 선고 83누547 판결), 도시재개발법에 의한 도시재개발조합을 상대로 한 조합원의 자격 유무의 확인을 구하는 소송(대법

항고소송의 대상이 되는 처분 등의 성격을 가진 것이 아니라 지방자치단체가 채용계약관계의 한쪽 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시이므로 지방전문직공무원 채용계약 해지 의사표시에 대해서는 항고소송이 아닌 당사자소송으로 그 의사표시의 무효확인을 청구할 수 있다고 보고 있고,⁵⁶⁾ 시립합창단원의 위촉과 관련하여서도 이것이 공법상 근로계약에 해당하므로, 위촉기간이 만료되는 합창단원의 재위촉 신청에 대하여 재위촉을 하지 않기로 하는 것은 처분이라 할 수 없으며 공법상 당사자소송을 제기하여야 한다고 보고 있다.⁵⁷⁾ 현재 고용기간이나 임용기간이 만료한 경우에는 현재의 지위확인을 구할 수 없는 점을 고려하면 이처럼 법률관계가 아닌 법률요건에 대해서도 다투게 하는 것은 마치 사법관계에서도 근로자에 대한 해고무효확인이나 사립학교 교원의 면직 처분의 무효확인이 인정되는 것과 마찬가지로 타당하다는 지적도 있으나 다른 한편으로는 징계적 성격의 해촉은 성질상 처분으로 보아 항고소송을 제기할 수 있도록 하여야 한다거나⁵⁸⁾ 취소소송과 당사자소송은 그 요건과 실제적 기능 및 효과의 면이 다르므로 원고의 선택에 따라 채용계약해지와 단원해촉을 (소송법적 의미의) ‘처분’으로 파악하여 취소소송을 제기하는 것도 허용되어야 한다는 견해⁵⁹⁾도 제시되고 있다.

1.2 손실보상금 청구소송

손실보상금의 결정절차 및 불복방법에 대해서는 일반규정이 없고 각각의 법령에서 개별적으로 정하고 있을 따름인데, 법률에서 재산권 침해와 그에 대한 보상만을 규정하였을 뿐, 보상금결정의 방법 및 불복절차에 대하여 아무런 규정을 두지 않은 경우에는 어떠한 소송으로 이를 수행하여야 할지 문제가 된다. 학계에서는 이를 공법상 권리로 이해하여 당사자소송으로 수행하여야 한다고 보고 있으나 판례는 사법상 권리로 보고 민사소송으로 다루고 있는데, 예컨대 공익사업법상 환매권의 존부에 관한 확인을 구하는 소송(법 제91조)⁶⁰⁾ 및 환매금액의 증감을 구하는 소송(법 제91조 제4항)도 민사소송으

원 1996. 2. 15. 선고 94다31235 판결; 대법원 1997. 11. 28. 선고 95다43594 판결), 국가의 훈기부상 화랑무공훈장을 수여받은 것으로 기재되어 있는 원고가 국가에 대하여 태극무공훈장을 수여받은 자임의 확인을 구하는 소송(대법원 1990. 10. 23. 선고 90누4440).

56) 대법원 1993. 9. 14. 선고 92누4611 판결.

57) 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001두7794 판결.

58) 박균성, 행정법강의, 박영사, 2013, 722쪽.

59) 박정훈, 앞의 논문, 146쪽.

60) 대법원 1997. 9. 5. 선고 96누1597 판결 등.

로 보고 있다.⁶¹⁾ 2013년 개정안에서는 행정상 손실보상청구가 당사자소송사안임을 명시하고 있다.(안 제3조 제2호)

1.3 행정상 손해배상청구소송

2013년 법무부 개정안에서는 당사자소송의 하위유형으로 행정상 손해배상청구소송을 예시한 바 있다. 그런데 행정법문헌에서는 행정상 손해배상청구를 국가배상책임, 공무원 개인의 책임, 구상권의 문제를 포괄하는 개념으로 사용하고 있는데, 문제는 피해자가 공무원 개인에게 손해배상청구소송을 제기하는 경우, 이를 민사소송이 아닌 당사자소송으로 수행해야 한다고 볼 것인가에 있다. 학설상으로는 국가배상청구권이 공권으로서 당사자소송사안임이 주장되어 왔으나 대법원은 일관되게 국가배상소송을 민사소송으로 보고 있다. 국가배상사건은 모두 당사자소송으로 다루어야 한다는 견해는 국가배상청구권이 공무원의 직무상 불법행위라는 공법적 원인에 의한 것이고, 공무원의 법령위반이나 영조물의 설치관리상 하자 여부가 판단의 전제가 되므로 이에 관한 민사법원의 판단과 처분취소소송에서의 행정법원의 판단이 다른 것은 바람직하지 않으며 전문법원으로서 행정법원이 마련된 이상 행정법원이 판단하는 것이 효율적이라는 점 등을 논거로 제시하고 있다. 행정소송법 개정안 제3조 제2호에서는 널리 행정상 손해배상을 당사자소송사안으로 규정하고 있으나 다른 한편으로는 단순 교통사고를 원인으로 하는 손해배상청구사건 등은 실제로 민사소송과 구별할 필요도 없고 또 행정소송으로 수행하게 되면 지방법원 본원에서만 소를 제기할 수 있어 국민에게 불편을 준다는 점에서 행정처분과 관계되는 손해배상소송이나 영조물의 설치관리상 하자로 인한 손해배상소송만을 행정법원의 관할로 하여야 한다는 제안도 고려되고 있다.⁶²⁾

1.4 공법상 부당이득금반환청구소송

기존의 판례는 공법상 원인으로 발생한 부당이득금에 관하여 소송물이 사법상의 금전

61) 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010두22368 판결. 다만 1984. 12. 31. 개정된 구 하천법 부칙 제2조 및 하천구역 편입토지 보상에 관한 특별조치법 제2조에 의한 손실보상청구권은 공법상 권리임이 분명하므로 그에 관한 쟁송은 행정소송절차에 의하여야 한다고 판시하여 종래의 견해를 변경하였다. 대법원 2006. 5. 18. 선고 2004다6207 전원합의체 판결.

62) 서울행정법원 실무연구회, 행정소송의 이론과 실무, 사법발전재단, 103쪽.

청구권이라는 이유로 민사소송으로 취급하여 왔다. 조세 등의 과오납부로 인한 환급청구소송의 경우에도 이를 민사소송으로 보아왔었는데⁶³⁾ 다만 부가가치세법령의 내용, 형식 및 입법취지 등에 비추어보면, 납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무는 조세정책적 관점에서 특별히 인정되는 공법상 의무이므로 국가에 대한 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구는 당사자소송으로 수행하여야 한다고 판례를 변경하였다.⁶⁴⁾ 2013년 행정소송법 개정안에서는 행정상 부당이득반환 역시 공법상 당사자소송사안임을 명시하고 있다.(안 제3조 제2호)

2. 행정조달계약의 경우

이처럼 당사자소송과 민사소송간의 구별은 공법과 사법의 구별이라는 거대한 논쟁거리의 일환으로서 예나 지금이나 어려운 문제이다. 다만 무엇이 민사적 사안이고 무엇이 당사자소송적 사안인가를 구별함에 있어서는 과거의 국고이론, 또는 그 뿌리를 이루는 과거의 아이디어들로부터도 일정한 시사점을 얻을 수 있지 않을까 한다.

그러한 면에서 특히 문제가 되는 것은 행정조달계약이라 할 것이다. 이는 국가, 지방자치단체 기타 행정주체가 행정수요의 충족을 위해 사인과 체결하는 물품매매계약과 건축공사 기타 용역에 관한 계약으로서, 국가 등이 당사자가 되는 계약의 일부인데,⁶⁵⁾ 판례는 “지방재정법에 의하여 준용되는 국가계약법에 따라 지방자치단체가 당사자가 되는 이른바 공공계약은 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상의 계약으로서 그 본질적인 내용은 사인간의 계약과 다를 바가 없으므로, 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적 자치와 계약자유 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다.”, “국가계약법은 국가가 계약을 체결하는 경우 원칙적으로 경쟁입찰에 의하여야 하고, 국고의 부담이 되는 경쟁입찰에 있어서 입찰공고 또는 입찰설명서에 명기된 평가기준에 따라 국가에 가장 유리하게 입찰한 자를 낙찰자로 정하도록 규정하고 있고, 같은 법 시행령에서 당해 입찰자의 이행실적, 기술능력, 재무상태, 과거 계약이행 성실도, 자재 및 인력조달가격의 적정성, 계약질서의 준수정도, 과거 공사의 품질정도 및 입찰가격 등을 종합적으로 고려하여 재정경제부장관이 정하는 심사기준에 따라 세부심사기준

63) 대법원 1995. 4. 28. 선고 94다55019 판결; 대법원 1997. 10. 10. 선고 97다26432 판결 등.

64) 대법원 2013. 3. 21. 선고 2011다95564 전원합의체 판결.

65) 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005, 170쪽.

을 정하여 결정하도록 규정하고 있으나 이러한 규정은 국가가 사인과의 사이의 계약관계를 공정하고 합리적·효율적으로 처리할 수 있도록 관계 공무원이 지켜야 할 계약사무처리에 관한 필요한 사항을 규정한 것으로, 국가의 내부규정에 불과하다 할 것이다”고 판시하고 있다.⁶⁶⁾ 즉 행정조달계약은 사법상의 계약이고 이에 관련된 소송은 민사소송이며 경쟁입찰원칙과 낙찰자 결정 방법을 규정한 국가계약법령 규정은 내부규정에 불과하다는 것이다.

하지만 위 판례는 재산권자로서의 국가가 왜 민법과 민사재판에 복종하게 되었는지를 망각하고 있다. 프린스턴 대학의 중세사학자인 칸토로비츠가 인용한 것을 보면 재산권자로서의 국가가 법인격체로서, 민법과 민사소송에 복종한다는 사고의 밑바탕에는 공동체의 재산(res publica, commonwealth)을, 이를 처분할 수 있는 지위에 있는 현실의 인간들의 자의와 탐욕으로부터 보호하고자 하는 법학자들의 노력이 자리잡고 있음을 알 수 있다. 서양 중세시대, 세습군주가 영지의 재산을 마음대로 처분하려고 하는 경우, 이를 막기 위해서 자연인으로서의 King과 추상적 존재로서의 Crown을 구별하고 전자는 후견인으로서, 후자는 미성년자로서의 법적 지위를 부여하였던 데에서부터 재산권자로서의 국가는 민법과 민사재판에 복종하기 시작한 것이다. 미성년자의 재산법적 행위는 언제라도 취소할 수 있으며 시효는 중단되고 후견인에 의한 미성년자 재산의 처분은 친족회의 동의를 얻어야 한다. 따라서 영원한 미성년자인 Crown과 계약을 맺은 상대방은 불안정한 지위에 있게 되고 (행정)재산은 취득시효에 걸리지 아니하며 (행정)재산은 처분할 수 없게 된 것이다.⁶⁷⁾ 이처럼 재산권자로서의 Crown이 미성년자이고 자연인으로서 군주는 후견인라는 등의 이론은 한편으로는 재산을 관리하는 현실의 인간에 대해서는 특별한 통제를 가하고 이를 통해 다른 한편으로 거래 상대방인 사인과의 관계에서는 국가를 특별히 보호하려는 데 그 본질적 임무가 있었다고 할 것인데, 물론 이러한 이론은 이제 그 소임을 다하고 사라진지 오래이고, 다만 시효, 양도불가능성, 또는 취소가능성 등의 점에서의 특별한 보호와 더불어 민법과 민사법원의 재판권에 복종한다는 흔적만을 남겨 두고 있다. 하지만 국고이론의 바탕을 이루는 고려점들은 21세기의 발전된 공법생활에

66) 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604 판결.

67) 이러한 아이디어는 중세 교회법학자들이 고위성직자의 교회재산침탈을 막고자 하는 이론구성에 그 뿌리를 두고 있고 이는 다시 로마시대의 법률, 즉 res publica (공공의 재산)는 미성년자의 권리를 누릴 수 있다고 규정함으로써 원상회복(restitutio in integrum : reinstatement into the former legal position)이라는 구제를 활용할 수 있도록 하였던 디오클레티아누스(Diocletian)와 막시미아누스(Maximianus) 황제 시대의 법률에까지 거슬러 올라간다고 한다. Kantorowicz, op.cit., p. 374.

서도 여전히 타당하다고 볼 수 있다. 즉 국고이론이나 그 원형을 이루는 사고들 자체가 공동체의 재산을 관리하는 힘이 있는 현실의 인간들, 즉 성직자와 군주 등의 자의와 탐욕으로부터 공동체의 부(富)를 보호하고자 탄생한 것이고 이는 공동체의 부는 현실의 수많은 다양성과 이해충돌에도 불구하고 공동체가 유지, 존속하는 물적 토대로서, 말하자면 공동체의 존망이 달린 문제라고 보았기 때문인데, 공동체를 위하여 행위 하는 자의 자의를 통제하고 공동체의 부를 탄탄하게 하여 후세대에 이를 물려주어야 한다는 책무는 예나 지금이나 별반 다르지 않기 때문이다. 결국 행정조달계약이 민사계약이고 민사소송사안이며 국가계약법령이 내부규정에 불과하다는 판례의 입장은, 앞서 살펴본 바와 같이 공동체의 재산을 특별히 보호하고 공동체의 재산을 관리하는 현실의 인간을 특별히 통제한다는 요체를 시야에서 놓치고 오로지 그러한 요체로부터 도출된 귀결에 불과한, 민법과 민사재판에의 복종만에 주목하는 것으로서 계약담당 공무원의 국가계약법령의 불준수를 위법의 문제가 아닌 것으로 본다는 점에서 오히려 힘 있는 자의 자의를, 사법의 원리 속에 방치하는, 본말이 전도된 관점이 아닌가 한다. 더구나 이러한 판례의 입장은 공적 주체의 재산법적 행위에 대한 현행법의 가치관을 제대로 반영하고 있지 못한 것으로 보인다. 우리 헌법에서는 정부가 국채(國債)를 모집하거나 예산 외에 국가의 부담이 될 계약을 체결하려 할 때에는 미리 국회의 의결을 얻도록 규정하고 있다.(헌법 제58조) 또한 지방자치법에서는 ‘기금의 설치·운용’, ‘대통령령으로 정하는 중요재산의 취득·처분’, ‘법령과 조례에 규정된 것을 제외한 예산 외의 의무부담이나 권리의 포기’를 지방의회의 의결사항으로 규정하고 있을 뿐 아니라(법 제39조 제1항), ‘재산의 취득·관리·처분에 관한 사항, 해당 지방자치단체를 당사자로 하는 매매·임차·도급 계약이나 그 밖의 계약의 체결·이행에 관한 사항’에 대해서 주민이면 누구나 감사청구등 일정한 절차를 거쳐 주민소송을 제기할 수 있도록 하고 있다.(법 제17조 제1항) 이는 바로 공동체의 재산문제야말로 공동체 구성원 모두의 이해가 달린 문제, 즉 공적 문제이기 때문에 정치적 과정을 거쳐 의견이 수렴되어야 한다거나(국회, 지방의회의 의결), 공동체 구성원 이라면 누구나 그러한 재산의 취득과 관리, 처분에 대하여 또 지방자치단체가 체결하는 계약에 대하여 소송으로써 이의를 제기할 수 있도록 한다는 데 그 취지가 있다. 결론적으로, 행정조달계약관계는 공익성과 직결되는 공법관계로서 법률의 우위가 지배하는 영역이며 당사자소송의 대상이라고 보아야 할 것이다.⁶⁸⁾

68) 행정조달계약의 공법적 성격을 비교법적 검토를 통해 논증하고 있는 문헌으로는 박정훈, “행정조달계약의 법적 성격”, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005.

IV. 맺음말

우리와 일본의 행정소송법제에 영향을 미친 1960년 대 이전의 독일 행정소송법제, 그리고 더 나아가 19세기의 독일 법제에 대한 고찰을 통하여 당사자소송이 대등당사자간의 소송, 또는 금전적 급부를 구하는 소송의 모습으로 출발하였다는 점을 확인할 수 있다. 당사자소송의 모습으로 이행청구나 확인청구가 가능한 이상, 공권력적 행사로서의 성질을 가지지 아니하는 행정작용의 발급청구, 금지청구 또는 위법확인을 구하는 데 활용될 수 있을 것이다. 그런데 이처럼 당사자소송이 항고소송과 다른, 대등관계 또는 금전급부청구를 중점으로 하는 소송유형이라면, 이는 민사소송과 본질적으로 크게 다르지 아니하다고 볼 수 있고, 그러한 점에서 재판관할, 직권주의, 재판상 화해, 청구의 인락과 포기 등에 있어서 항고소송과는 달리 접근하는 것도 가능하다고도 볼 수 있다.⁶⁹⁾ 항고소송과 당사자소송의 차별적 취급필요성은 재판관할과 관련하여서도 제기된다. 현행 행정소송법에서는 당사자소송에서의 재판관할에 관하여 취소소송의 재판관할에 관한 규정을 준용하고 있는데, 취소소송의 재판관할을 전속관할로 보는 이상 합의관할은 허용되지 않게 되며 따라서 실무에서는 당사자소송의 재판관할도 전속관할이라는 견해가 지배적인 것으로 보인다. 그러나 당사자소송에서는 당사자간의 금전청구권이 주로 문제된다고 한다면, 이는 기본적으로 그 성질상 당사자가 처분할 수 있는 것으로 보아야 할 것이고, 그리하여 당사자간의 합의에 의해 관할법원을 정할 수 있도록 할 필요도 어느 정도 고려되어야 하지 않을까 한다. 즉 공익에 미치는 부정적 영향이 크지 않다고 한다면 당사자소송의 재판관할은 반드시 전속관할로 볼 필요가 없지 않은가 하는 의문이 그것이다. 요컨대 항고소송과 당사자소송이 우리 행정소송법의 주요한 두 가지 소송유형이기는 하지만, 각 소송이 전제로 하고 있는 국가와 시민간의 관계의 성질이 상이하다는 점에서, 소송법적 규율에 있어서도 차별화된 취급이 바람직할 것이다.

69) 당사자소송에 있어서 당사자의 대등성을 강조하면 재판상 화해를 긍정하기 쉽고 공익관련성을 강조한다면 재판상 화해를 긍정하기 어렵다는 전제하에 행정상 손해배상, 손실보상, 공법상 부당이득의 반환의 경우에는 그것이 당사자소송의 대상이 되더라도 재판상 화해를 쉽게 인정할 수 있을 것이지만 사회보장급부, 공무원의 급여청구의 경우에는 엄격한 법적 구속성과 강한 공익관련성으로 말미암아 당사자소송이라고 하더라도 재판상 화해를 제한 없이 인정하여서는 아니된다는 견해로는 박정훈, “행정소송의 재판상 화해”, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2008, 632-633쪽.

참고문헌

1. 단행본

- 박균성, 행정법강의, 박영사, 2013.
- 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2008.
- 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005.
- 백윤기, “당사자소송의 대상”, 행정관례연구 IV, 1995.
- 서울행정법원 실무연구회, 행정소송의 이론과 실무, 사법발전재단, 2014. 1.
- Bunte, Helmut, *Die Parteistreitigkeiten im Verwaltungsstreitverfahren*, Göttingen, 1952.
- Fleiner, Fritz, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht*, 3 Aufl., 1913.
- Gernot, Sydow, *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit des ausgehenden 19. Jahrhunderts*, C. F. Müller, Heidelberg, 2000.
- Kantorowicz, Ernst, *The King's Two Bodies: A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton University Press, 1957.
- Popitz, Johannes, *Der Parteibegriff im preussischen Verwaltungsstreit verfahren*, Berlin, 1907.

2. 학술지

- 강수경, “당사자소송 - 소송의 형태를 중심으로 -”, 원광법학 제26권 제4호, 원광대학교 법학연구소, 2011, 471-498쪽.
- 강지은, “프랑스의 객관적 완전심판소송에 관한 소고-소송의 종류와 법원의 권한을 중심으로 -”, 공법학연구 제14권 제1호, 한국비교공법학회, 2013, 627-651쪽.
- 김대인, “지방계약과 공법소송”, 공법연구 제41집 제1호, 한국공법학회, 2012. 10., 1-26쪽.
- 김현준, “처분성 없는 행정작용에 대한 행정소송으로서의 확인소송 - 2004년 일본 행소법 개정상황에서의 확인소송 활용론을 단초로 하여 -”, 공법연구 제37집 제3호, 한국공법학회, 2009. 2., 335-358쪽.
- 박정훈, “항고소송과 당사자소송의 관계 - 비교법적 연혁과 우리법의 해석을 중심으로 -”, 이홍훈 대법관 정년퇴임기념 특별법연구 제9권, 특별소송실무연구회 편, 사법발전재단, 2011, 128-153쪽.

- 이현수, “국가의 법적 개념 - 프랑스 공법이론상 국가법인설의 수용과 전개 -”, 행정법연구 제37호, 행정법이론실무학회, 2013, 87-113쪽.
- 이현수, “영국법전통과 ‘state’ 개념”, 행정법연구 제39호, 행정법이론실무학회, 2014, 1-24쪽.
- 정하중, “행정소송에 있어서 확인소송 -독일 행정소송법상 확인소송을 중심으로-”, 서강법학 제12권 제1호, 서강대학교 법학연구소, 2010, 173-223쪽.
- Ehrlich, Ludwik, Comparative Public Law and the Fundamentals of Its Study, Columbia Law Review, Vo. 21, No. 7 (Nov., 1921).
- Gessler, Zur Frage der s.g. Administrativ-Justiz, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 18, H.4 (1862), S. 719-761.
- Kaufmann, Marcel, Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Jus Publicum Bd. 91, Tübingen, 2002.
- Noro, Mitsuru, Der Einfluss des deutschen Rechts auf das japanische Verwaltungsprozesssystem, in : Jörg-Martin Jehle, Volker Lipp, Keiichi Yamanaka (Hg.) Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht, Universitätsverlag Göttingen, 2008.
- Redor, Marie-Joëlle, L’Etat dans la doctrine publiciste française du début du siècle, Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques, n°15, jan 1992 pp. 91-100.
- Schultzenstein, Max, Parteien, Parteifähigkeit und Parteibegriff im Verwaltungsstreitverfahren nach dem Landesverwaltungsgesetz, Verwaltungsarchiv XII, Berlin, 1904, S. 112-190.
- Turegg, Kurt Egon, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3.Aufl, Berlin, 1956.

3. 학위논문

- 박훈민, “독일 행정법상 국고이론에 관한 비판적 연구-‘국가사인설의 이론사적 고찰’을 중심으로-”, 서울대학교 대학원 법학박사학위논문, 2014. 8.
- 안철상, “공법상 당사자소송에 관한 연구”, 건국대학교 대학원 박사학위청구논문, 2004.

[Abstract]

Herkunft und Entwicklungsmöglichkeit Der öffentlich-rechtlichen Parteistreitigkeiten

Lee, Hyon-Soo*

Die Wurzel von Dualismus der Anfechtungsklage und Parteistreitigkeit des koreanischen Verwaltungsprozessrechts kann in dem deutschen Verwaltungsrechtsschutzsystem gefunden werden, das seit Anfang des 19. Jahrhunderts bis zur Mitte des 20. Jahrhunderts vorhanden war. In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts hatten die damaligen süddeutschen Länder in der Administrativjustiz von Frankreich, d.h. Rechtsschutz durch höhere Verwaltungsbehörden, ein Vorbild.

In zweiten Hälften des 19. Jahrhundert, nach dem Misserfolg der Revolutionen im Jahr 1848, wurde die Verwaltungsrechtsprechung einer neuen unabhängigen Gerichtsbarkeit allmählich übertragen. Die Doktrin des 19. Jahrhunderts konnte als eine besondere Kategorie von Verwaltungsrechtsstreiten Parteistreitigkeiten des öffentlichen Rechts angesehen werden. Die Parteistreitigkeiten wurden zunächst im neuen verwaltungsgerichtliche Verfahren behandelt. Vermögensrechtliche Streitigkeiten im Staat-Bürger-Verhältnis wurden als Parteistreitigkeiten des öffentlichen Rechts erachtet und durch Verwaltungsgerichte im Streitfall entschieden. Zusammenfassend spielte damals die Kategorie der Parteistreitigkeiten des öffentlichen Rechts für die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs eine wichtige Rolle. Nach diesem Zeitraum erstreckten sich die Verwaltungsgerichte auf die Zuständigkeit für die Anfechtungsache. Übrigens konnten vermögensrechtliche Streitigkeiten auch unter Berücksichtigung von im Preußen herrschenden Fiskustheorie in die Kompetenz der Zivilgerichte gefallen werden. Infolgedessen wurde diese Fallgruppe schrittweise durch Zivilgerichte entschieden.

Der Dualismus von Anfechtungsklage und Parteistreitigkeit wurde danach durch die

* Associate Professor, Konkuk University Lawschool

Einführung von VwGO 1960 in Deutschland abgeschafft. Weiterhin unterscheidet das koreanische Verwaltungsprozessgesetz zwischen Anfechtungsklage und Parteistreitigkeit. Dahingegen liegt der wesentliche Unterschied zwischen Parteistreitigkeit des öffentlichen Rechts und Zivilprozess darin, dass sie auf Offizialprinzip gegründet wird. Daher ist sie von erheblicher Bedeutung für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten, zum Beispiel, Feststellung von öffentliche-rechtliche Stellungen, das Recht der Entschädigung, der Amtshaftung und öffentliche-rechtliche Verträge.

[Key Words] Parteistreitigkeit, Verwaltungsprozess, Anfechtungsklage, Administrativjustiz, Dualismus von Staat und Fiskus

◎ 참고조문 1

Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Fassung vom 30. Juni 1949.

§ 22.

(1) Das Verwaltungsgericht entscheidet über die Anfechtung von Verfügungen der Verwaltungsbehörden und von sonstigen Verwaltungsakten (Anfechtungssachen) sowie in anderen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts (Parteistreitigkeiten), soweit nicht besondere Verwaltungsgerichte oder Schiedsgerichte oder die bürgerlichen Gerichte zuentscheiden haben. Parlamentarische Wahlprüfungen und sonstige in den Bereich der Staatsgerichtsbarkeit fallende Streitsachen gehören nicht zur verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit.

§ 24.

(1) Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses kann im Wege der Parteistreitigkeiten Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse daran hat, daß das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt wird.

(2) Die Feststellungsklage ist ausgeschlossen, soweit die Anfechtungsklage gegen einen eine Feststellung enthaltenden Verwaltungsakt oder gegen die Versagung eines solchen Verwaltungsaktes erhoben werden kann.

◎ 참고조문 2

Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Baden-Württemberg
(Verwaltungsgerichtsgesetz) 1958

§ 85.

(1) Parteistreitigkeiten sind Streitigkeiten des öffentlichen Rechts zwischen gleichgeordneten Rechtsträgern. Gleichgeordnet in einer Streitsache sind zwei Rechtsträger dann, wenn weder die Geltendmachung noch die Ablehnung des Anspruchs durch einen der beiden Rechtsträger

eine verbindliche Entscheidung über den Anspruch enthält.

(2) Durch Verordnung kann für einzelne Arten von Streitsachen bestimmt werden, ob sie als Anfechtungssachen oder als Parteistreitigkeiten zu behandeln sind.

§ 88.

(1) Die Klage ist gegen den zu richten, von dem eine Leistung oder Unterlassung verlangt wird oder dem gegenüber das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses festgestellt werden soll (Beklagter).

◎ 참고조문 3

Gesetz, betr. das Rechtsmittelverfahren in Verwaltungsjustizsachen v. 13. 11. 1855 (Reg. Bl. S. 291)

Art. 1

Die Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes finden Anwendung auf solche streitigkeiten, im welchen über Ansprüche, die sich auf das öffentliche Recht gründen, im Geschäftskreise des Departments des Innern entschieden wird, sei es, daß der Streit zwischen Privaten und Körperschaften unter sich oder gegenüber vom dem Staat als Inhaber vom Vermögensrechten entstanden ist.

Dagegen ist dieses Gesetz nicht anwendbar auf das Verfahren in Beschwerdesachen, bei welcher der Staat als öffentliche Gewalt beteiligt ist.

◎ 참고조문 4

bad. VwOrgG 1863

§ 15

Der Verwaltungsgerichtshof entscheidet in letzter Instanz :

1) in den Fällen der §§ 5 und 56 dieses Gesetzes.

2) über die Verpflichtung und Fähigkeit zur Theilnahme an den unter Vermittelung des Staats für öffentliche Diener gegründeten Wittwen – und Pensionskasse ;

3) über die Schuldigkeit zu Staatsabgaben und deren Größe und über den Anspruch auf Zurückerstattung zur Ungebühr bezahlter Staatsabgaben, mit Ausnahme jedoch der Beschwerden über Anwendung des Vereinzolltarifs, hinsichtlich deren es bei den betreffenden Bestimmungen sein Bewenden behält;

4) über den Streitigen Anspruch auf das badische Staatsbürgerrecht ;

5) über den Ersatz der Haften in den Fällen der §§29 und 29a des Polizeistrafgesetzbuch.