

○ 2022년판의 65쪽 <연습 11>을 다음으로 대체

경기도 수원시에 소재하는 甲 운수회사 소속 시내버스 운전자 A는 눈이 녹아 노면이 미끄러운 도로를 제한속도를 초과하여 과속으로 중앙선을 침범하여 질주하다가 맞은편에서 오던 승용차를 충격함으로 인하여 3인을 죽게 하고 2인에게 큰 상처를 입게 하였다. 수원시장 乙은 이를 자동차운수사업법 제31조 제1항 제5호의 중대한 교통사고를 야기한 것에 해당된다고 판단하고 2023. 1. 10. 甲의 운수사업면허를 취소하였고, 그 사실은 다음 날 甲에게 통지되었다. 그런데 乙은 위 면허취소처분을 하면서 甲에게 그 처분에 대하여 행정심판을 청구할 수 있는지 여부와 행정심판을 청구하는 경우의 심판청구 절차 및 심판청구기간을 알리지 아니하였다. 甲은 면허취소처분에 대하여 2023. 5. 16. 중앙행정심판위원회에 취소심판을 청구하였다.

- (1) 甲의 행정심판 청구는 적법한가? (소관 행정심판위원회, 청구기간에 한정하여 설명하시오)
(2) 甲은 乙의 처분통지가 고지의무 위반이므로 乙의 위 면허취소처분은 위법하다고 주장한다. 타당한가?¹)

I. 설문 (1) - 甲의 행정심판 청구의 적법성

1. 문제의 소재

- (1) 甲이 경기도 행정심판위원회가 아니라 중앙행정심판위원회에 행정심판을 청구한 것이 적법한지 문제된다. 그리고 甲이 면허취소처분에 대한 사실을 2023. 1. 11. 알게 되었고 이에 불복하여 5. 16.에 행정심판을 청구하였다면, 행정심판법 제27조 제1항의 처분이 있음을 안 날로부터 90일이 도과하여 청구기간을 위반한 것인지 문제된다.
(2) 그런데, 乙이 처분을 하면서 아무런 행정심판법상 불복방법을 고지하지 않았으므로 행정청의 고지의무 위반행위가 위 (1)에 어떠한 효과를 미치는지 문제된다.

2. 행정청의 고지의무 위반의 효과

(1) 고지제도의 의의

고지제도란 ‘행정청이 처분을 서면으로 하거나 이해관계인으로부터 요구가 있는 경우에 그 상대방이나 이해관계인에게 처분에 관하여 행정심판을 제기할 수 있는지의 여부, 제기하는 경우의 행정심판위원회·청구기간 등을 알려야 하는 제도’를 말한다.

(2) 고지의 종류

고지에는 직권에 의한 고지와 신청에 의한 고지가 있다. 행정청이 처분을 하는 경우에는 그 상대방에게 처분에 관하여 행정심판을 제기할 수 있는지의 여부, 제기하는 경우의 심판청구절차 및 청구기간을 알려야 한다(제58조 제1항). 행정청은 이해관계인으로부터 당해 처분이 행정심판의 대상이 되는 처분인지의 여부와 행정심판의 대상이 되는 경우에 소관 위원회 및 청구기간에 관하여 알려줄 것을 요구받은 때에는 지체 없이 이를 알려야 한다(제58조 제2항).

(3) 고지의무위반의 효과

1) 불고지의 효과

행정청이 고지를 하지 아니하여서 청구인이 심판청구서를 다른 행정기관에 제출한 때에는

- 1) <유제> 행정청은 거부처분을 하면서 행정심판 및 행정소송의 제기 여부 등 불복절차에 대하여 아무런 고지를 하지 않았다. 원고는 이를 이유로 거부처분은 절차적 하자가 있는 위법한 처분이라고 주장한다. 원고의 주장이 타당한지 검토하시오.(2022년 5급공채)

당해 행정기관은 그 심판청구서를 지체 없이 정당한 권한 있는 행정청에 송부하여야 하고 (행정심판법 제23조 제2항), 지체 없이 그 사실을 청구인에게 통지하여야 한다(제3항). 이 경우에 심판청구기간을 계산함에 있어서는 최초의 행정기관에 제출된 때에 심판청구가 제기된 것으로 본다(제4항). 행정청이 심판청구기간을 알리지 아니한 때에는 처분이 있었던 날로부터 180일 이내에 심판청구를 할 수 있다(제27조 제6항).

2) 오고지의 효과

행정청이 잘못 알려져 청구인이 심판청구서를 다른 행정기관에 제출한 때에는 당해 행정기관은 그 심판청구서를 지체 없이 정당한 권한 있는 행정청에 송부하여야 한다(제23조 제2항). 행정청이 심판청구기간을 ‘처분이 있음을 알게 된 날부터 90일’보다 긴 기간으로 잘못 알린 경우에 그 잘못 알린 기간 내에 심판청구가 있으면 그 심판청구는 적법한 기간 내에 제기된 것으로 본다(제27조 제5항).

3. 설문의 경우

(1) 소관 행정심판위원회에 대한 적법한 청구인지 여부

행정심판법은 유형별로 소관 행정심판위원회를 정하고 있으므로 甲이 정당한 관할 있는 행정심판위원회에 제기했어야 한다.

乙은 경기도의 관할구역에 있는 자치단체인 시(市)의 장이므로 甲은 乙이 한 면허취소처분에 대한 행정심판을 경기도 행정심판위원회에 청구하여야 한다(행정심판법 제6조 제3항). 甲은 중앙행정심판위원회에 청구하였으므로 소관 행정심판위원회를 잘못 선택하였다.

그러나 수원시장이 고지를 하지 아니하여서 甲이 심판청구서를 다른 행정기관에 제출한 경우에 해당하므로 부적법한 청구라 할 수 없다. 중앙행정심판위원회는 행정심판법 제23조 제2항에 따라 그 심판청구서를 지체 없이 정당한 권한 있는 경기도 행정심판위원회에 송부하여야 한다.

(2) 행정심판의 청구기간을 준수했는지 여부

일단 심판청구기간을 계산함에 있어서는 설문에서 중앙행정심판위원회에 제출된 때에 심판청구가 제기된 것으로 본다.

2023. 1. 12. 甲이 불허가처분의 사실을 알게 되었다고 하는바, 갑은 원칙적으로 2023. 1. 12.부터 90일 이내에 행정심판을 제기하여야 한다. 사안에서 甲은 2023. 5. 16. 위원회에 취소심판을 청구한 것이 청구기간을 도과하였는지 문제된다.

그러나 乙이 처분을 하면서 행정심판의 청구기간을 알리지 아니하였는바, 이 경우 행정심판법 제27조 제6항에 따르면 甲은 처분이 있는 날부터 180일 이내에 취소심판을 제기하면 된다. 따라서 청구기간이 경과하지 않았다.

4. 설문의 해결

乙의 고지의무 위반의 효과에 따라 甲의 청구는 소관 행정심판위원회를 잘못 지정한 위법이 없다. 그리고 청구기간을 위반하지도 않았으므로 다른 요건을 충족한다는 전제하에 심판청구는 적법하다.

II. 설문 (2) - 불고지에 따른 처분의 효력

1. 문제점

행정청이 자신의 고지의무를 이행하지 않거나 잘못된 고지를 하는 경우에, 당해 처분의 효력에는 영향을 미치는지 문제된다. 이는 고지 행위의 법적 성질과도 관련된다.

2. 고지의 법적 성질

고지는 행정청의 일정한 의사를 알리는 것이 아니라 기존법규의 내용을 구체적으로 알리는 비권력적 사실행위로서 그 자체로서는 아무런 법적 효과도 발생하지 않는다. 따라서 고지 그 자체는 행정쟁송의 대상이 될 수 없고, 고지의무의 불이행이 처분의 효력에 영향을 미친다고 할 수 없다.

3. 판례

판례도 “고지절차에 관한 규정은 행정처분의 상대방이 그 처분에 대한 행정심판의 절차를 밟는데 있어 편의를 제공하려는 데 있으며 처분청이 위 규정에 따른 고지의무를 이행하지 아니하였다고 하더라도 경우에 따라서는 행정심판의 제기기간이 연장될 수 있는 것에 그치고 이로 인하여 심판의 대상이 되는 행정처분에 어떤 하자가 수반된다고 할 수 없다”고 한다.²⁾

4. 설문의 해결

乙의 처분통지가 고지의무 위반이므로 乙의 면허취소처분은 위법하다고 하는 甲의 주장은 타당하지 않다.

2) 대판 1987.11.24. 87누529

甲이 지방자치단체장 A에게 토석채취허가신청(토석채취허가는 지방자치단체의 자치사무임)을 하였으나, 대상 토지의 실소유자의 진정이 있음을 이유로 거부처분이 이루어졌고, 이에 甲이 관할 행정심판위원회(이하 ‘乙’이라 한다)에 의무이행심판을 청구하였다. 乙은 A가 관련법규에서 정한 허가요건을 검토하지 않고 거부한 재량의 일탈·남용이 있음을 이유로 거부처분을 취소하고 허가를 이행하라는 인용재결을 하였다. 그러나 이 같은 재결이 있음에도 불구하고 A는 대상 토지가 평야지대의 젓줄인 하천의 상단부에 위치하며, 도립공원 연접지역으로 보존의 공익이 크다는 점을 이유로 다시 토석채취허가 거부처분을 하였다. 이에 甲이 乙에 대하여 직접처분신청을 하였다. 이 경우 乙은 직접처분을 할 수 있는가?

I. 문제의 소재

행정심판위원회의 처분명령재결에 따른 기속력에도 불구하고 행정청이 처분을 하지 않는 경우에 당사자의 신청에 의한 시정명령과 직접처분 제도가 마련되어 있다.

그런데 행정청이 재결의 취지에 반하여 다시 거부처분을 한 경우에도 위원회가 직접처분을 할 수 있는지 문제된다.

II. 처분명령재결의 기속력

당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있으면 행정청은 지체 없이 이전의 신청에 대하여 재결의 취지에 따라 처분을 하여야 한다(행정심판법 제49조 제3항). 이때 기속행위의 경우에는 신청한 대로 처분을, 재량행위의 경우는 다시 하자 없는 재량행위를 발령하는 것이 그 내용이 된다.

III. 직접처분

1. 의의

위원회는 피청구인이 행정심판법 제49조 제3항에 위반하여 처분을 하지 않는 경우에는 당사자가 신청하면 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간에 이행하지 아니하면 직접처분을 할 수 있다(행정심판법 제50조). 시정명령과 직접처분 제도는 국민의 권익보호와 행정심판에 대한 신뢰성의 제고라는 의미를 갖는다.

의무이행심판에 대하여 처분을 행하는 처분재결은 위원회가 처음부터 재결로써 처분을 행하는 것이고, 직접처분은 행정청이 행할 처분을 위원회가 직접 행하는 것이라 점에서 구별된다.

2. 인정범위

직접처분은 처분청이 의무이행재결(처분명령재결)에 따른 처분을 하지 않는 모든 경우에 인정된다. 이에 대하여 재처분사무가 자치사무인 경우에는 자치권을 보장할 필요가 있으므로 제외해야 한다는 견해가 있으나, 직접처분제도의 도입취지에 반한다는 비판이 가능하다.

3. 요건

(1) 직접처분을 하려면 ① 처분명령재결이 있었을 것, ② 위원회가 당사자의 신청에 따라 기간을 정하여 시정을 명하였을 것, ③ 당해 행정청이 그 기간 내에 시정명령을 이행하지 아니하였을 것이라는 요건을 갖추어야 한다(적극적 요건). 그리고 소극적 요건으로

④ 처분의 성질이나 그 밖의 불가피한 사유로 위원회가 직접처분을 할 수 없는 경우가 아니어야 한다(제50조 제1항 단서). 예를 들어 정보비공개결정에 대한 직접처분은 위원회가 당해 정보를 보유하고 있지 않으므로 직접처분이 제한된다.

- (2) 특히 위 ③의 요건과 관련하여, 판례는 “행정심판위원회가 직접처분을 하기 위하여는 처분의 이행을 명하는 재결이 있었음에도 당해 행정청이 아무런 처분을 하지 아니하였어야 하므로, 당해 행정청이 어떠한 처분을 하였다면 그 처분이 재결의 내용에 따르지 아니하였다고 하더라도 재결청이 직접처분을 할 수는 없다”는 입장이다.³⁾
- (3) 행정심판위원회의 직접처분을 위해서는 행정심판법 제50조 제1항에서 “위원회는 피청구인이 제49조 제2항에도 불구하고 ‘처분을 하지 아니하는 경우’에는…”이라고 하여, 의무행정심판을 통해 처분명령재결 인용재결을 받았으나 처분청이 아무런 처분을 하지 않은 것이 아니라 그것이 당초 처분과 동일한 거부처분이라도 처분청이 어떠한 처분을 한 경우에는 직접처분의 요건을 갖춘 것이 아니라고 보아야 한다. 따라서 판례의 태도는 타당하다.

IV. 문제의 해결

- (1) 행정심판위원회 乙은 거부처분을 취소하고 허가를 이행하라는 인용재결을 하였다.
- (2) 乙이 직접처분을 하려면 당사자의 신청에 따라 기간을 정하여 시정을 명해야 한다.
- (3) A가 乙의 재결의 취지에 반하여 다시 거부처분을 하였다. 甲이 이러한 거부처분에 대하여 무효사유의 하자가 있는 처분으로 행정소송을 제기할 수 있는 것은 별론으로 하고, 판례에 따르면 위원회는 직접처분을 할 수 없다.

※ 참고

위원회가 직접처분을 할 수 없다는 것일뿐, 甲은 행정심판법 제50조 제1항에 근거하여 ‘신청’할 수 있고 위원회 乙은 일단 시정명령을 내릴 수 있다.⁴⁾

3) 대판 2002.7.23. 2000두9151

4) 「행정법 판례라인」, 박정훈, 2017, p.181

○ 100쪽 <연습 18> 앞에 추가

텔레비전방송수신료(이하 ‘수신료’라 한다)는 한국방송공사가 수행하는 공영방송사업이라는 특정한 공익사업의 경비조달에 충당하기 위하여 텔레비전수상기를 소지한 특정 집단에 대하여 부과되는 특별부담금에 해당한다. 한국방송공사가 한국전력공사에 수신료의 징수업무를 위탁하였고, 한국전력공사가 전기요금고지서에 수신료를 통합하여 고지·징수하고 있다. 수신료를 납부해 온 甲은 한국전력공사가 수신료를 징수할 권한이 없다며 서울중앙지방법원에 민사소송(“방송수신료 통합징수권한 부존재확인 소”)을 제기하였다. 제1심 법원인 서울중앙지방법원이 취하여야 할 조치를 설명하시오.

<참고조문>

방송법 제66조(수신료등의 징수) ① 공사는 제65조에 따라 수신료를 징수하는 경우 수신료를 납부하여야 할 자가 그 납부기간내에 이를 납부하지 아니할 때에는 그 수신료의 100분의 5의 범위안에서 대통령령으로 정하는 비율에 상당하는 금액을 가산금으로 징수한다.

② 공사는 제64조에 따른 등록을 하지 아니한 수상기의 소지자에 대하여 1년분의 수신료에 해당하는 추징금을 부과·징수할 수 있다.

③ 공사는 제65조의 수신료와 제1항 및 제2항의 가산금 또는 추징금을 징수할 때 체납이 있는 경우에는 방송통신위원회의 승인을 얻어 국세채납처분의 예에 의하여 이를 징수할 수 있다.

제67조(수상기 등록 및 징수의 위탁) ② 한국방송공사는 수상기의 생산자·판매인·수입판매인 또는 공사가 지정하는 자에게 수상기의 등록업무 및 수신료의 징수업무를 위탁할 수 있다.

방송법 시행령 제43조(수신료의 납부통지) ② 지정받은 자가 수신료를 징수하는 때에는 지정받은 자의 고유업무와 관련된 고지행위와 결합하여 이를 행할 수 있다.

I. 문제의 제기

- (1) 수신료 징수권한 여부를 다투는 소송의 성격이 민사소송인지 공법상 당사자소송인지 문제된다.
- (2) 행정사건을 처리할 수 없는 법원에 민사소송이 제기된 경우 수소법원이 관할 위반이라 하여 부적법 각하하여야 하는지, 아니면 다른 수단이 있는지 검토한다. 항고소송보다는 당사자소송을 민사소송으로 제기한 경우에 특히 문제된다.

II. 수신료 징수권한 여부를 다투는 소송의 성격

1. 문제점

공법상 당사자소송과 민사소송은 양자 모두 당사자의 대등한 존재를 전제로 하고, 공권력 행사 자체를 다투는 것이 아니라는 점에서는 동일하다. 따라서 당사자소송이 민사소송으로 잘못 제기된 경우 당사자소송은 청구취지나 청구원인이 민사소송과 같거나 유사하기 때문에 법원이 이를 민사사건으로 보아 판결하는 경우가 있을 수 있다.

2. 공법관계와 사법관계의 구분

공법의 규율대상이 되는 행정주체와 사인과의 관계는 일반적으로 행정주체에게 우월적인 지위가 주어지는 관계로서 공익과 사익간의 관계를 규율한다. 공법규정이 적용되는 법적 분쟁은 행정소송으로 제기하여야 하고 사법규정이 적용되는 사건은 민사소송으로 제기하여야 한다. 처분에 대하여는 항고소송을 제기하고, 공법상 법률관계에 관한 분쟁에 있어서는 공법상 당사자소송을 제기하여야 한다. 행정소송법은 민사소송과 다른 행정소송의 특별한 절차를 규정하고 있다.

3. 당사자소송과 민사소송의 구분

당사자소송은 공법상 법률관계에 관한 분쟁을 해결하기 위한 것이라는 점에서 사법상 분쟁 해결수단인 민사소송과 구별된다. 그러나 공법관계와 사법관계의 구별에 관하여 정설이 없어서 그 구분 기준이 문제된다.

당사자소송과 민사소송의 구별기준에 관하여는 ① 소송물을 기준으로 그것이 공법상의 권리이면 행정사건이고, 사법상의 권리이면 민사사건이라는 견해, ② 소송물의 전제가 되는 법률관계를 기준으로 양자를 구분하는 견해의 대립이 있다. 전자의 견해에 의하면 공무원의 지위확인소송 등은 행정사건이고, 소유권확인이나 부당이득반환청구사건은 민사사건이 된다. 후자의 견해에 따르면 동일한 소유권확인소송이라도 행정처분의 무효 등을 원인으로 하면 행정사건이고 매매계약의 무효를 원인으로 할 때는 민사사건이 된다.

4. 사안의 경우

수신료는 공영방송사업이라는 특정한 공익사업의 경비조달에 충당하기 위하여 텔레비전수상기를 소지한 특정 집단에 대하여 부과되는 특별부담금에 해당한다는 점, 방송법에 수신료 강제징수권이 규정된 점 등에 비추어 보면 수신료 부과행위는 공권력의 행사에 해당한다고 본다.

판례도 수신료 징수권한 여부를 다투는 소송은 민사소송이 아니라 공법상의 법률관계를 대상으로 하는 것으로서 행정소송법 제3조 제2호에 규정된 당사자소송에 의하여야 한다고 보았다.⁵⁾

III. 수소법원이 취하여야 할 조치

1. 문제점

사안에서 서울중앙지방법원은 공법상 당사자소송을 처리할 수 있는 법원인지, 만일 그러하지 아니하다면 어떠한 조치를 취하여야 할지 문제된다.

2. 행정소송의 관할

행정법원이 설치된 지역(서울특별시)에서는 행정법원만이 행정사건을 관할 할 수 있고, 행정법원이 아닌 일반법원은 본원이라 하더라도 행정사건을 관할 할 수 없다.

그리고 행정법원이 설치되지 아니한 지역(서울특별시를 제외한 지역)에서는 행정법원의 역할을 할 수 있는 것은 지방법원 본원이고, 지방법원 지원은 비록 합의지원이라 하더라도 행정사건을 다룰 수 없다(춘천지방법원 강릉지원은 예외).

5) 대판 2008.7.24. 2007다25261

3. 제1심 법원의 처리 유형

(1) 이송하는 경우

서울행정법원을 제외한 서울 관내 각 지방법원, 서울지역이 아닌 지방법원 지원 중 춘천지방법원 강릉지원을 제외한 각 지원은 행정사건을 처리할 수 없으므로 관할법원에 이송한다. 소송의 이송이란 한 법원에 계속한 사건을 다른 법원으로 이전 송부하는 것을 말한다. 법원은 소송의 전부 또는 일부에 대하여 관할권이 없다고 인정하는 경우에는 결정으로 이를 관할법원에 이송한다(민사소송법 제34조 제1항, 행정소송법 제8조 제2항). 이송결정이 확정되면 소송은 처음부터 이송받은 법원에 계속한 것으로 본다(민사소송법 제40조 제1항, 행정소송법 제8조 제2항).

(2) 행정 재판부로 재배당하는 경우

서울행정법원, 서울 지역 이외의 각 지방법원 본원, 춘천지방법원 강릉지원은 행정사건을 처리할 수 있으므로, 당해법원이 그 당사자소송에 관한 토지관할이 있는 경우에는 행정 재판부로 재배당한다.

4. 관례

대법원은 설문과 같은 사례에서 하급심이 본안에 들어가 판단하자 “원고가 고의 또는 중대한 과실 없이 행정소송으로 제기하여야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기한 경우, 수소법원으로서의 그 행정소송에 대한 관할을 가지고 있지 아니하다면 당해 소송이 이미 행정소송으로서의 전심절차 및 제소기간을 도과하였거나 행정소송의 대상이 되는 처분 등이 존재하지도 아니한 상태에 있는 등 행정소송으로서의 소송요건을 결하고 있음이 명백하여 행정소송으로 제기되었더라도 어차피 부적법하게 되는 경우가 아닌 이상 이를 부적법한 소라고 하여 각하할 것이 아니라 관할 법원에 이송하여야 한다”⁶⁾고 판시하면서 원심판결을 파기하고, 직권으로 제1심판결을 취소하며, 사건을 관할 법원(서울행정법원)으로 이송하 바 있다.

5. 사안의 경우

서울특별시에서는 서울행정법원만이 행정사건을 관할 할 수 있고, 일반법원인 서울중앙지방법원은 행정사건을 관할 할 수 없다. 관할 위반의 소를 부적법하다고 하여 각하하는 것보다 관할 법원에 이송하는 것이 당사자의 권리구제나 소송경제의 측면에서 바람직하므로(판례), 서울중앙지방법원은 관할 법원에 이송하여야 한다.

6) 대판 1997.5.30. 95다28960

주식회사 A는 경기도 양주시에 소재한 개발제한구역 내의 대지 위에 면적 합계 2,130㎡의 벽돌제조공장을 신설하는 것을 승인하여 달라는 신청을 양주시장에게 하였고, 양주시장은 관련 법령에 따라 개발제한구역 관리계획승인을 거쳐 A회사에 개발행위허가를 하여 주었다. 이 지역의 주민 甲은 A가 이미 3년 전 연접한 토지에 3,500㎡의 벽돌제조공장 설립을 허가받아 가동중에 있으므로 환경영향평가법령에 따른 소규모 환경영향평가대상임에도 불구하고 소규모 환경영향평가를 거치지 않았으므로 위 개발행위허가는 위법하며, 신설 공장까지 가동시 소음, 먼지 등으로 인한 환경적 이익의 침해 우려가 있다고 주장한다. 한편 인근마을 주민인 乙은 이 지역에서 채소재배를 하고 있으며, 인근마을 주민인 丙은 이 지역에 토지를 소유하고 있다. 甲, 乙, 丙 및 환경시민단체 丁은 각각 위 개발행위허가 취소소송을 제기할 수 있는가?

<참고조문>

환경영향평가법 제43조(소규모 환경영향평가의 대상) ① 다음 각 호 모두에 해당하는 개발사업(이하 "소규모 환경영향평가 대상사업"이라 한다)을 하려는 자(이하 이 장에서 "사업자"라 한다)는 소규모 환경영향평가를 실시하여야 한다.

1. 보전이 필요한 지역과 난개발이 우려되어 환경보전을 고려한 계획적 개발이 필요한 지역으로서 대통령령으로 정하는 지역(이하 "보전용도지역"이라 한다)에서 시행되는 개발사업
2. 환경영향평가 대상사업의 종류 및 범위에 해당하지 아니하는 개발사업으로서 대통령령으로 정하는 개발사업

환경영향평가법 시행령 제59조(소규모 환경영향평가 대상사업 및 범위) 법 제43조 제1항에 따른 소규모 환경영향평가를 실시하여야 하는 지역, 개발사업의 종류 및 범위는 별표 4와 같다.

[별표 4] 소규모 환경영향평가 대상사업의 종류, 범위 및 협의 요청시기(제59조 및 제61조 제2항 관련)

구분	소규모 환경영향평가 대상사업의 종류·규모	협의 요청시기
2. 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」 적용지역	「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」 제3조에 따른 개발제한구역의 경우 사업계획 면적이 5,000제곱미터 이상인 것	사업의 승인등 전

■비고

11. 사업자가 10년 이내에 소규모 환경영향평가 대상 미만으로 승인등을 받은 지역의 경계로부터 직선거리 50미터 이내의 지역에서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자가 추가로 승인등을 받으려는 경우에는 이미 승인등을 받은 면적과 추가로 승인등을 받으려는 면적의 합이 최소 소규모 환경영향평가 대상면적 이상이고, 추가로 승인등을 받으려는 면적이 최소 소규모 환경영향평가 대상면적의 30퍼센트 이상인 경우 이를 소규모 환경영향평가 대상에 포함한다.

I. 문제의 소재

개발행위허가의 직접 상대방이 아닌 제3자에 불과한 甲, 乙, 丙 및 丁이 취소소송을 제기할 원고적격이 인정되는지 문제된다. 이는 특히 복효적 행정행위의 제3자의 원고적격인 인인소

송에 관한 문제로서, 사안에서는 소규모 환경영향평가의 대상지역과 관련하여 논의할 필요가 있다.

II. 원고적격의 의의와 범위

1. 의의

취소소송에서 원고적격이란 구체적인 처분에 대하여 누가 원고로서 취소소송을 제기하여 본안판결을 받을 자격이 있는가의 문제를 말한다. 행정소송법 제12조 제1문은 ‘취소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다’고 규정한다. 이때 ‘법률상 이익’의 범위는 일반적으로 취소소송의 본질과 기능에 대한 논의와 관련된다.

2. 범위

(1) 학설

학설은 취소소송의 본질에 관해 ① 위법한 처분으로 야기된 개인의 권리의 회복에 있다고 보는 권리구제설, ② 위법한 처분으로 권리뿐 아니라 법에 의해 보호되는 이익을 침해당한 자도 처분을 다룰 수 있다는 법률상 보호이익설, ③ 실질적으로 보호가치 있는 이익(법률상 보호되는 이익+사실상의 이익)이 침해된 자는 소송을 제기할 수 있다는 보호가치 있는 이익설, ④ 당해 처분을 다룸에 있어 가장 적합한 이해관계를 가진 자가 원고적격을 갖는다는 적법성보장설이 있다.

(3) 판례

판례는 법률상 보호이익설의 입장에서 “행정소송에서 소송의 원고는 행정처분에 의하여 직접 권리를 침해당한 자임을 보통으로 하나 직접 권리의 침해를 받은 자가 아닐지라도 소송을 제기할 법률상의 이익을 가진 자는 그 행정처분의 효력을 다룰 수 있다.”⁷⁾고 하며, “당해 근거법률에 의해 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익을 말한다.”⁸⁾고 한다.

(3) 검토

취소소송은 주관적 소송이므로 적법성보장설은 타당하지 않으며, 행정소송법 제12조는 법률상 이익이 있는 자가 취소소송을 제기할 수 있음을 규정하고 있고, 국민의 권리구제와 법원의 부담의 사이의 조화와 균형을 달성하는 법률상 보호이익설이 타당하다.

III. 「법률상 이익」의 판단기준

1. ‘법률’의 범위

일반적인 견해는 처분의 근거법규와 규정과 취지, 관련법규의 규정과 취지 외에 헌법상 기본권 규정도 고려해야 한다는 입장이다.

대법원은 종래 “기본적으로 당해 처분의 근거가 되는 법규가 보호하는 이익만을 법률상 이익으로 본다”⁹⁾고 하였으나, “국립공원 집단시설지구개발사업에 관하여 당해 변경승인 및 허가처분을 함에 있어서는 반드시 자연공원법령 및 환경영향평가법령 소정의 환경영향평가를 거쳐서 그 환경영향평가의 협의내용을 사업계획에 반영시키도록 하여야 하는 것이니 만

7) 대판 1974.4.9. 73누173

8) 대판 2007.6.15. 2005두9736등

9) 대판 1989.5.23. 88누8135

큰 자연공원법령뿐 아니라 환경영향평가법령도 당해 변경승인 및 허가처분에 직접적인 영향을 미치는 근거 법률이 된다.”¹⁰⁾하는 등 당해 처분의 근거법률뿐만 아니라 관계법규범까지 법의 범위를 확장하여 법률상 이익을 확장하고 있다. 그리고 “청구인의 기본권인 경쟁의 자유가 바로 행정청의 지정행위(납세병마개 제조자지정행위)의 취소를 구할 법률상 이익이 된다”¹¹⁾고 하여 기본권에 근거하기도 한다.

2. ‘이익이 있는’의 의미

판례에 의하면 ‘법률상 이익’은 처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우를 말하고 단지 간접적이거나 사실적, 경제적 이해관계를 가지는 데 불과한 경우는 여기에 포함되지 않는다.¹²⁾ 그리고 제3처분에 의해 법률상 이익이 현실적으로 침해된 경우(예) 영업허가의 취소)뿐 아니라 침해의 발생이 확실히 예견되는 경우(예) 공장 건축허가)에도 청구인적격이 인정된다.

3. ‘자’의 범위

법률상 이익의 주체에는 자연인, 법인, 법인격 없는 단체, 다수인(공동소송의 경우)도 가능하다.

IV. 제3자의 원고적격

1. 「제3자」의 의미와 범위

법률상 이익이 있는 제3자란 행정처분의 직접 상대방 이외의 자로서 해당 처분의 취소 등을 구할 법률상 이익이 있는 자를 말한다. 특히 제3자효 행정행위에서 행정처분에 의해 불이익을 받는 제3자가 문제된다. 오늘날 타자에 대한 행정청의 행위로 인한 제3자의 이익을 법률상 이익으로 보는 사례가 늘고 있다. 이와 관련해 주로 논의되는 것이 인인소송이다.

2. 인인소송

(1) 의의

이웃소송은 어떠한 시설의 허가처분이 이웃하는 주민에게는 불이익하게 되는 경우, 이로 인해 침해를 받는 인근주민이 그 침해를 다투는 소송을 말한다. 이웃소송은 특히 건축법·환경법분야에서 문제된다.

이웃소송에 있어서 원고적격의 판단기준은 근거법률의 사익보호성 여부이다. 그러나 입법자가 근거법률을 불충분하게 규율한다든지 또는 아예 근거법률을 규정하지 않는 경우가 간혹 발생한다. 이에 대하여 대법원은 인근주민에게 원고적격이 있는지는 당해 허가처분의 근거법규 및 관계법규의 보호목적에 따라 결정된다고 하여 근거법률의 범위를 확대하였다. 즉, 당해 근거법규 및 관계법규가 공익뿐 아니라 인근주민의 사적 이익도 보호한다고 해석되는 경우에 인근주민에게 원고적격이 인정된다.

(2) 환경영향평가 대상지역 관련 판례의 태도

판례는 행정처분의 근거 법규 또는 관련 법규에 그 처분으로써 이루어지는 행위 등 사업으

10) 대판 1998.4.24. 97누3286

11) 헌재 1998.4.30. 97헌마141

12) 대판 2005.5.12. 2004두14229

로 인하여 환경상 침해를 받으리라고 예상되는 영향권의 범위가 구체적으로 규정되어 있는 경우에는, ① 그 영향권 내의 주민들에 대하여는 당해 처분으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상할 수 있고, 이와 같은 환경상의 이익은 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익으로서 그들에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 법률상 보호되는 이익으로 인정됨으로써 원고적격이 인정된다고 할 것이며, ② 그 영향권 밖의 주민들은 당해 처분으로 인하여 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있다는 자신의 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있음을 입증하여야만 법률상 보호되는 이익으로 인정되어 원고적격이 인정된다¹³⁾고 한다.

그리고 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 원고적격이 인정되는 자는 ① 환경상 침해를 받으리라고 예상되는 영향권 내의 주민들을 비롯하여 그 영향권 내에서 농작물을 경작하는 등 현실적으로 환경상 이익을 향유하는 자도 포함된다 고 할 것이나, ② 단지 그 영향권 내의 건물·토지를 소유하거나 환경상 이익을 일시적으로 향유하는 데 그치는 자는 포함되지 않는다¹⁴⁾고 한다.

나아가 판례는 “환경정책기본법령상 사전환경성검토협의 대상지역 내에 포함될 개연성이 충분하다고 보이는 주민들에게 그 협의대상에 해당하는 창업사업계획승인처분과 공장설립승인 처분의 취소를 구할 원고적격이 인정된다.”¹⁵⁾고 하였는바, 사전환경성검토가 현재 환경영향 평가법상 소규모 환경영향평가로 운용되고 있으므로 판례의 법리가 그대로 적용된다고 보아도 무방하다.¹⁶⁾

V. 사안의 경우

1. 원고적격의 인정 가능성

개발제한구역에서의 개발행위허가는 그 사업계획 면적이 5,000㎡ 이상인 경우 환경영향평가법 제43조와 시행령 제59조에서 정한 절차에 따라 소규모 환경영향평가를 받아야 한다. 따라서 이러한 조항은 위 개발행위허가의 관련법령이므로 원고적격의 요건인 법률상 이익에서 말하는 ‘법률’에 해당한다.

그리고 이러한 법률이 보호하고자 하는 이익은 환경영향권의 내의 주민들이 당해 처분으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상될 때, 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호하는 직접적·구체적 이익이라 할 수 있다. 따라서 사안처럼 법령해석상 착오 등으로 소규모 환경영향평가가 실시되지 아니하는 경우에도 소규모 환경영향평가 대상지역 내에 포함될 개연성이 충분하다고 보이는 주민들은 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 추정할 수 있으므로 원고적격을 인정할 수 있다.

13) 대판 2006.12.22. 2006두14001

14) 대판 2009.9.24. 2009두2825

15) 대판 2006.12.22. 2006두14001

16) 판례는 “여기에서 ‘사업계획 면적’은 소규모 환경영향평가의 대상을 판정하는 기준이 된다. 개발사업의 입지의 타당성과 개발사업이 환경에 미치는 영향을 미리 조사·예측·평가하여 환경보전방안을 마련하고자 하는 소규모 환경영향평가 제도의 취지를 고려하면, ‘사업계획 면적’이란 개발사업이 이루어지는 전체 면적으로서, 사업자가 해당 개발사업의 사업계획을 수립·시행하기 위하여 관계 법령상 행정청의 인허가를 받아야 할 필요가 있는 모든 토지 면적의 총합을 의미한다고 봄이 타당하다.”고 하였다(대판 2020.7.23. 2019두31839).

2. 구체적 검토

(1) 甲, 乙

甲은 이 지역의 주민이고, 乙은 이 지역 내에서 채소재배를 하는 사람이므로 위 개발사업으로 인한 환경상 이익을 침해받으리라고 예상되는 영향권 내의 환경상 이익을 향유하는 사람이다. 따라서 특단의 사정이 없는 한 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 법률상 보호되는 이익으로 인정됨으로써 원고적격이 인정될 수 있다.

(2) 丙

丙은 이 지역에 토지만 소유할 뿐이어서 환경상 이익의 침해를 받으리라고 예상되는 영향권 밖의 주민이라 할 것이므로, 당해 처분으로 인하여 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있다는 자신의 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있음을 증명하여야만 법률상 보호되는 이익으로 인정되어 원고적격이 인정된다.

(3) 丁

환경시민단체인 丁이 위 개발사업으로 인해 침해받는 환경상 이익이 직접적·구체적이라는 점을 상정하거나 입증하기 어려우므로 원고적격이 인정되기 힘들다.

VI. 문제의 해결

甲과 乙은 위 개발행위허가 취소소송을 제기할 원고적격이 인정될 수 있으나, 丙과 丁은 원칙적으로 인정되기 곤란하다.

○ 168쪽 <연습 33> 앞에 추가

고용노동부장관의 위탁에 따라 근로복지공단이 춘천시에 대하여 고용보험료를 부과·고지하는 처분을 한 후, 국민건강보험공단이 보험료의 고지 및 수납, 보험료 등의 체납관리에 관한 업무를 고용노동부장관의 위탁을 받아 수행하게 되었다. 한편 「고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률」(약칭: 고용산재보험료징수법) 부칙 제5조는 ‘위 법 시행 전에 종전의 규정에 따른 근로복지공단의 행위는 국민건강보험공단의 행위로 본다’고 규정하였다. 그런데 실무상으로는 근로복지공단이 보험료 부과내역을 정해 국민건강보험공단에게 통보하여 국민건강보험공단이 이를 고지하는 절차를 거치고 있다. 춘천시는 누구를 피고로 하여 고용보험료부과처분 취소소송을 제기하여야 하는가?

I. 문제의 소재

권한의 위임·위탁에 따른 근로복지공단의 고용보험료 부과처분 후 법률개정에 의해 처분권한이 국민건강보험공단으로 변경된 경우 피고적격이 문제된다.

이 경우 행정청의 내부적 행위(보험료 부과내역 통보)가 처분의 주체에 어떠한 변경을 가져오는 것인지 검토를 요한다.

II. 취소소송의 피고적격

1. 행정청의 의의

취소소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분 등을 행한 행정청을 피고로 한다(행정소송법 제13조 제1항). 즉 우리 행정소송법상 항고소송의 피고는 ‘행정주체주의’가 아니라 ‘행정청주의’를 취하고 있다. 그러나 현행 행정소송법은 ‘행정청’의 개념과 관련하여 “이 법을 적용함에 있어서 행정청에는 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체 및 그 기관 또는 사인이 포함된다.”고 하여 실정법상 매우 넓게 규정하고 있다(제2조 제2항).

2. 권한의 위임(위탁)의 경우 피고적격

권한의 위임이 있으면 위임기관은 권한을 상실하며 수임기관이 처분권한을 갖게 되므로 그 수임기관이 처분청으로서 피고가 된다. 권한의 위탁을 받은 공공단체 또는 사인도 그의 이름으로 처분을 한 경우에 피고가 된다.

판례도 “항고소송은 원칙적으로 소송의 대상인 행정처분 등을 외부적으로 그의 명의로 행한 행정청을 피고로 하여야 하는 것으로서, 그 행정처분을 하게 된 연유가 상급행정청이나 타 행정청의 지시나 통보에 의한 것이라 하여 다르지 않고, 권한의 위임이나 위탁을 받아 수임 행정청이 자신의 명의로 한 처분에 관하여도 마찬가지이다.”¹⁷⁾라고 한다.

3. 사안의 경우

국민건강보험공단이 보험료의 고지 및 수납, 보험료 등의 체납관리에 관한 업무를 고용노동부장관의 위탁을 받아 수행하게 되었고, 고용산재보험료징수법 부칙 제5조가 ‘위 법 시행 전에 종전의 규정에 따른 근로복지공단의 행위는 국민건강보험공단의 행위로 본다’고 규정

17) 대판 2013.2.28. 2012두22904

하고 있어, 춘천시에 대한 근로복지공단의 고용보험료 부과처분에 관계되는 권한 중 적어도 보험료의 고지에 관한 업무는 피고가 그 명의로 고용노동부장관의 위탁을 받아서 한 것으로 보아야 한다.¹⁸⁾ 따라서 위 처분의 취소소송의 피고는 국민건강보험공단이 되어야 한다.

III. 행정청의 내부적 행위

1. 문제점

근로복지공단이 보험료 부과내역을 정해 국민건강보험공단에게 통보하는 절차를 거치고 있으므로 근로복지공단이 여전히 처분의 주체가 되는 것은 아닌지 문제된다.

2. 지시나 통보의 처분성

항고소송은 원칙적으로 소송의 대상인 행정처분 등을 외부적으로 그의 명의로 행한 행정청을 피고로 하여야 하는 것으로서, 행정조직법상 행정기관 상호간의 행위는 원칙상 처분이 아니다.

판례도 “행정처분을 하게 된 연유가 상급행정청이나 타행정청의 지시나 통보에 의한 것이라 하여 다르지 않고, 권한의 위임이나 위탁을 받아 수임행정청이 자신의 명의로 한 처분에 관하여도 마찬가지이다. 그리고 위와 같은 지시나 통보, 권한의 위임이나 위탁은 행정기관 내부의 문제일 뿐 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 것이 아니어서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 아니한다.”¹⁹⁾고 하였다.

3. 사안의 경우

근로복지공단이 보험료 부과내역을 정해 국민건강보험공단에게 통보하여 국민건강보험공단이 이를 고지하는 절차를 거친다고 하더라도 이는 행정기관 내부의 문제일 뿐, 이 점으로 인하여 근로복지공단이 처분의 주체가 된다고 할 수 없다. 따라서 근로복지공단이 항고소송의 피고가 될 수는 없다.

IV. 문제의 해결

춘천시는 고용노동부장관으로부터 권한을 위탁받은 국민건강보험공단을 피고로 하여 고용보험료부과처분 취소소송을 제기하여야 한다.

18) 대판 2013.2.28. 2012두22904

19) 대판 2013.2.28. 2012두22904

[참고]

A 주택재건축정비사업조합(이하 'A 조합')은 B 시(市) 소재 아파트의 재건축사업을 시행할 목적으로 관계 법령에 따라 조합설립의 인가 및 등기를 마쳤다. A 조합은 조합총회에서 관리처분계획안을 의결하고, B 시 시장에게 관리처분계획의 인가를 신청하였다. 다음 물음에 답하시오. 20)

(1) B 시 시장은 위 관리처분계획에 대한 인가를 하였다. 이에 조합원 甲은 위 관리처분계획이 위법하다는 이유로 위 인가처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였다. 협의의 소의 이익에 대하여 검토하시오.

(관련 판례)

도시재개발법 제41조에 의한 피고 행정청의 인가는 주택개량재개발조합의 관리처분계획에 대한 법률상의 효력을 완성시키는 보충행위로서 그 기본되는 관리처분계획에 하자가 있을 때에는 그에 대한 인가가 있었다 하여도 기본행위인 관리처분계획이 유효한 것으로 될 수 없으며, 다만 그 기본행위가 적법유효하고 보충행위인 인가처분 자체에만 하자가 있다면 그 인가처분의 무효나 취소를 주장할 수 있다고 할 것이지만, 인가처분에 하자가 없다면 기본행위에 하자가 있다 하더라도 따로 그 기본행위의 하자를 다투는 것은 별론으로 하고 기본행위의 무효를 내세워 바로 그에 대한 피고 행정청의 인가처분의 취소 또는 무효확인을 소구할 법률상의 이익이 있다고 할 수 없다(대판 1994.10.14. 93누 22753).

(2) B 시 시장의 관리처분계획에 대한 인가 전에 조합원 乙이 위 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력을 다투고자 한다면 어떠한 소송에 의하여야 하는지 검토하시오.

(관련 판례)

도시 및 주거환경정비법상 행정주체인 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력을 다투는 소송은 행정처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 소송으로서 소송결과에 따라 행정처분의 위법 여부에 직접 영향을 미치는 공법상 법률관계에 관한 것이므로, 이는 행정소송법상 당사자소송에 해당한다. 그리고 이러한 당사자소송에 대하여는 행정소송법 제23조 제2항의 집행정지에 관한 규정이 준용되지 아니하므로(행정소송법 제44조 제1항 참조), 이를 본안으로 하는 가처분에 대하여는 행정소송법 제8조 제2항에 따라 민사집행법상 가처분에 관한 규정이 준용되어야 한다(대판 2015.8.21. 2015무26).

20) 2022 5급공채 기출문제

甲은 교육사업을 영위하는 회사 乙 과 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하고 근무하던 중 乙로부터 해고를 통보받았다. 이에 대해 甲은 서울지방노동위원회에 부당해고 구제를 신청하였고, 이후 원직에 복직하는 대신 금전보상명령을 구하는 것으로 신청취지를 변경하였다. 그러나 서울지방노동위원회에의 구제신청과 이어진 중앙노동위원회에의 재심신청이 각각 기각됨에 따라, 甲은 2022. 7. 22. 서울행정법원에 재심판정의 취소를 구하는 소를 제기하였다. 한편, 乙은 2022. 7. 19. 정당한 절차에 의해 취업규칙을 개정하였고, 이 규칙은 이 사건 소가 계속 중이던 2022.8.1.부터 시행되었다. 종전 취업규칙에는 정년에 관한 규정이 없었으나 '개정 취업규칙'에는 근로자가 만 60세에 도달하는 날을 정년으로 정하고 있으며, 甲은 이미 2022. 4. 15. 만 60세에 도달하였다. 甲이 중앙노동위원회의 재심판정을 다툼 협의의 소의 이익의 인정되는지를 설명하시오. (25점) <공인노무사 2022>

I. 문제의 소재

근로자가 부당해고재심판정 취소소송을 제기하여 해고의 효력을 다투던 중 정년이 도달함이 밝혀져 근로관계가 종료되었다고 볼 경우에도, 임금상당액의 지급문제가 남아 있으므로 소의 이익을 인정할 수 있는지가 문제된다.

II. 구제명령 중 '금전보상 명령 제도'

1. 금전보상 명령 제도의 취지

근로기준법 제30조 제3항의 금전보상 명령 제도는 부당한 해고의 구제방식을 다양화함으로써 권리구제의 실효성을 제고할 목적으로, 해고에 대한 구제명령을 할 때에 근로자가 원직복직을 원하지 아니하면 원직복직을 명하는 대신 근로자가 해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금 상당액 이상의 금품을 근로자에게 지급하도록 명할 수 있게 한 제도이다.

2. 신설된 근로기준법 조항

노동위원회의 부당해고 구제절차는 원직복직이 어려운 근로자를 위한 중요한 권리구제 수단임에도 불구하고 종래 근로기준법은 근로자가 원직복직을 원하지 아니하는 경우에 한하여 원직복직 대신 금전보상을 명하도록 규정하고 있어 근로계약기간의 종료, 정년 등으로 원직복직이 불가능해진 경우에는 구제를 받지 못하고 있었다.

이에 따라 최근 “노동위원회는 근로계약기간의 만료, 정년의 도래 등으로 근로자가 원직복직(해고 이외의 경우는 원상회복을 말한다)이 불가능한 경우에도 제1항에 따른 구제명령이나 기각결정을 하여야 한다. 이 경우 노동위원회는 부당해고등이 성립한다고 판정하면 근로자가 해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금 상당액에 해당하는 금품(해고 이외의 경우에는 원상회복에 준하는 금품을 말한다)을 사업주가 근로자에게 지급하도록 명할 수 있다.”라고 근로기준법 제30조 제4항이 신설되었다.

III. 협의의 소의 이익

1. 의의

협의의 소의 이익이란 소송을 통하여 분쟁을 해결할 만한 구체적인 이익 및 현실적인 필요성을 말한다. 행정소송법 제12조 2문은 처분 등의 효과가 기간의 경과, 처분 등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분 등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에도 취소소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있다.

2. 제12조 2문의 성질

행정소송법에는 별도의 협의의 소의 이익에 관한 규정이 없으며, 행정소송법 제12조는 원고적격이라는 제목 하에 1문 및 2문 모두 '법률상 이익'을 요구하고 있는바, 판례는 행정소송법 제12조 2문 소정의 '법률상 이익'은 당해 처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우를 말하고 간접적이거나 사실적 경제적 이해관계를 가지는데 불과한 경우는 여기에 해당되지 아니하는 것으로 본다.

3. 협의의 소의 이익이 부인되는 경우

협의의 소의 이익은 ① 처분의 효력이 소멸한 경우, ② 이익침해 상황이 해소된 경우, ③ 원상회복이 불가능한 경우에는 원칙적으로 부정된다. 취소소송은 처분의 효력을 제거하여 침해당한 권익을 회복하기 위한 형성소송에 해당하기 때문이다.

사안처럼 부당해고재심판정 취소소송 계속중 정년에 도달하였음이 밝혀진 경우, 행정소송법 제12조 2문의 '법률상 이익'에 해당하여 협의의 소의 이익을 인정할 수 있는 예외적 경우인가가 문제된다.

IV. 정년의 도달과 부당해고재심판정 취소소송에서의 소의 이익

1. 부당해고재심판정 취소소송에서의 소의 이익 및 존부의 판단기준시기

중앙노동위원회의 재심판정은 행정소송의 대상이 되는 처분이므로(재결주의) 재심판정에 대한 행정소송을 제기하기 위하여는 일반 행정소송과 마찬가지로 재심판정의 취소 등을 구할 법률상 이익이 있어야 한다.

그리고 소의 이익은 소송요건의 하나인데, 소송요건의 존부를 판정하는 기준시기에 관하여, 대법원은 소의 이익은 직권조사사항으로서 사실심 변론종결시는 물론 상고심에서도 존속하여야 하는 것으로 본다.

따라서 재심판정에 대한 취소소송이 계속되던 중 사용자와 근로자 사이에 근로관계를 종료하기로 합의한 경우나, 설문과 같이 정년이 도달되어 재심판정의 전제가 되는 사실관계가 소멸되어 그 실현이 무의미하게 되는 것은 아닌지 의문이 생길 수 있다.

2. 정년의 도래와 소의 이익

(1) 종래 판례의 태도와 문제점

종래 대법원은 근로자가 부당해고 구제신청을 기각한 재심판정에 대해 소를 제기하여 해고의 효력을 다투던 중 사직하거나 정년에 도달하거나 근로계약기간이 만료하는 등의 이유로

근로관계가 종료한 경우, 근로자가 구제명령을 얻는다고 하더라도 객관적으로 보아 원직에 복직하는 것이 불가능하고, 해고기간 중에 지급받지 못한 임금을 지급받기 위한 필요가 있다고 하더라도 이는 민사소송절차를 통하여 해결할 수 있다는 등의 이유를 들어 소의 이익을 부정하여 왔다.²¹⁾

그러나 이러한 판례의 태도에 대해서는, 근로자가 노동위원회의 구제절차를 사실상 이용하지 못하고, 절차가 번잡하고 비용이 많이 드는 민사소송을 해야 하는 불합리한 결과가 초래된다는 비판적 견해가 많았다.

(2) 대법원 전원합의체 판결

1) 판결의 요지

대법원은 “부당해고 구제명령제도에 관한 근로기준법의 규정 내용과 목적 및 취지, 임금 상당액 구제명령의 의의 및 그 법적 효과 등을 종합적으로 고려하면, 근로자가 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하는 등의 사유로 원직에 복직하는 것이 불가능하게 된 경우에도 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받을 필요가 있다면 임금 상당액 지급의 구제명령을 받을 이익이 유지되므로 구제신청을 기각한 중앙노동위원회의 재심판정을 다툼 소의 이익이 있다.”²²⁾고 하였다.

그리고 이와 같은 법리는 근로자가 근로기준법 제30조 제3항에 따라 금품지급명령을 신청한 경우에도 마찬가지로 적용된다는 것이 판례의 입장이다.

2) 판결의 논거

대법원은 그 논거로, ① 부당해고 구제명령제도는 부당한 해고를 당한 근로자에 대한 원상회복, 즉 근로자가 부당해고를 당하지 않았다면 향유할 법적 지위와 이익의 회복을 위해 도입된 제도로서, 근로자 지위의 회복만을 목적으로 하는 것이 아니라, 부당한 해고라는 사실을 확인하여 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받도록 하는 것도 부당해고 구제명령제도의 목적에 포함된다는 점, ② 근로자를 원직에 복직하도록 하는 것은 장래의 근로관계에 대한 조치이고, 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받도록 하는 것은 근로자가 부당한 해고의 효력을 다투고 있던 기간 중의 근로관계의 불확실성에 따른 법률관계를 정리하기 위한 것으로서 목적과 효과가 다르기 때문에 원직복직이 가능한 근로자에 한정하여 임금 상당액을 지급받도록 할 것은 아니라는 점, ③ 근로자가 해고기간 중의 미지급 임금과 관련하여 강제력 있는 구제명령을 얻을 이익이 있으므로 이를 위해 재심판정의 취소를 구할 이익도 인정된다는 점, ④ 부당해고로 입은 임금상당액의 손실을 회복할 수 있도록 하는 것이 부당해고 구제명령제도의 취지에 부합하므로, 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받기 위하여 민사소송을 제기할 수 있다는 사정이 소의 이익을 부정할 이유가 되지는 않는다는 점, ⑤ 종래 판결들은 금품지급명령을 도입한 근로기준법 개정 취지에 맞지 않고, 기간제근로자의 실효적이고 직접적인 권리구제를 사실상 부정하는 결과가 되어 부당하다는 점 등을 들고 있다.

(3) 검토

행정적 구제절차인 부당해고 구제명령제도는 민사소송을 통한 통상적인 권리구제 방법에 따

21) 대판 1995.12.5. 95누12347; 대판 2001.4.10. 2001두533; 대판 2011.5.13. 2011두1993; 대판 2012.7.26. 2012두3484; 대판 2015.1.29. 2012두4746 등

22) 대판 2020.2.20. 2019두52386 전원합의체 판결

른 소송절차의 번잡성, 절차의 지연, 과도한 비용부담 등의 폐해를 지양하고 신속·간이하며 경제적이고 탄력적인 권리구제를 도모하는 데에 그 제도적 취지가 있다.

근로자가 해고기간 중 받지 못한 임금을 지급받기 위하여 민사소송을 제기할 수 있음은 물론이지만, 그와 별개로 신속·간이한 구제절차 및 이에 따른 행정소송을 통해 부당해고를 확인받고 부당해고로 입은 임금 상당액의 손실을 회복할 수 있도록 하는 것이 부당해고 구제 명령제도의 취지에 부합한다²³⁾는 점에서 부당해고재심판정의 취소를 구하는 도중 정년 도달 등으로 근로관계가 종료된 경우에도 재심판정을 다룰 협의의 소의 이익을 인정함이 타당하다.

그리고 위와 같이 해석하는 것이 신설된 근로기준법 제30조 제4항의 도입취지에도 부합한다.

V. 문제의 해결

판례에 따르면 甲이 중앙노동위원회의 재심판정을 다룰 협의의 소의 이익이 인정된다. 그리고 그렇게 보는 것이 甲의 권리구제를 위해 타당하다.

23) 대판 2020.2.20. 2019두52386 전원합의체 판결

○ 390쪽 <연습 79> 앞에 추가

다음의 각 사례에서 행정청의 소송참가가 가능한지 설명하시오.

[사례 1] 甲이 A도지사에게 골프장사업계획승인 신청을 하였고 A도지사가 이를 수리하자, 인근주민들은 골프장 건설로 인하여 식수·수질 및 토양 등의 오염 및 우수배출량 변화 등으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입을 우려가 있다고 하며 골프장사업계획승인처분취소를 구하는 행정심판을 제기하였다. 행정심판위원회는 인용재결을 하였고, 이에 甲은 골프장사업계획승인처분취소는 위법하다며 그 취소소송을 제기하였다. A도지사가 위 취소소송에서 골프장사업계획승인의 적법성을 주장하기 위한 소송참가의 방법은 있는가?

[사례 2] 한국전력공사는 ○○지역에 원자로를 건설하기 위해 원자력안전법에 따라 건설허가에 앞서 굴착·콘크리트 공사 등 사전공사를 위한 부지사전승인을 처분청으로부터 받았다. 이에 건설부지 인근 주민들은 방사능오염 및 원전냉각수 순환시 발생하는 온배수로 인한 환경침해의 우려가 있다고 하며 처분청을 상대로 부지사전승인에 대한 취소소송을 제기하였다. ○○지역의 관할시장 B는 지역경제활성화에 도움이 되는 원자로 건설을 유치하기 위하여 주민이 제기한 위 취소소송에 참가하는 것이 가능한가?²⁴⁾

I. 쟁점의 정리

[사례 1]에서 A도지사가 원고 甲을 위해 참가할 수 있는지를 재결의 기속력 등과 관련하여 검토한다.

[사례 2]에서 시장 B가 피고 행정청을 위해 참가할 수 있는지 검토한다.

II. 행정소송법상 소송참가의 의의

소송참가는 소송 외의 자가 계속중인 타인간의 소송에 참가하는 것이다. 소송참가제도는 소송의 공정한 해결, 이해관계자의 이익의 보호 및 충분한 소송자료의 확보를 위한 것이다. 행정소송법은 취소소송에 대한 참가제도로써 소송의 결과에 의하여 그 권리가 침해되는 제3자가 계속중인 소송절차에 참가하는 제3자의 소송참가와, 피고 이외의 행정청이 소송절차에 참가하는 행정청의 소송참가의 두 가지를 규정하고 있다.

III. 다른 행정청의 소송참가

1. 의의

법원은 다른 행정청을 소송에 참가시킬 필요가 있다고 인정할 때에는 당사자 또는 당해 행정청의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 행정청을 소송에 참가시킬 수 있다(행정소송법 제17조 제1항). 다른 행정청의 참가제도를 둔 것은 취소판결의 효력이 다른 관계 행정청에게도 미치고(동법 제30조 제1항), 처분청 또는 재결청 이외의 행정청이 중요한 공격·방어방법을 가지고 있는 경우에 이를 참여시켜 적정한 심리·재판을 도모하기 위함이다.

2. 요건

(1) 타인 사이에 소송이 계속중일 것

24) 김향기, 「사례연구 행정법연구」, 대명출판사, 2017, p.481과 p.506 참고

사실심 뿐 아니라 상고심 및 재심절차에서도 행정청의 소송참가가 가능하다.

(2) 다른 행정청이 참가할 것

참가행정청은 피고행정청 이외의 행정청으로 다툼이 있는 처분에 관계있는 행정청을 말한다(예 구청장을 피고로 한 건축불허가처분취소소송에서 소방서장의 참가). 계쟁처분 또는 재결에 관하여 피고인 행정청을 지휘·감독하는 상급청, 재결이 행해진 경우의 원처분청 등이 해당된다.

(3) 피고 행정청을 위한 참가일 것

행정청의 소송참가의 제도적 취지나 행정의사의 분열을 초래하는 것이 허용되지 않는다는 점에서, 행정청의 소송참가는 그 성질상 피고 행정청을 위하여 참가할 수 있을 뿐, 원고측에 참가하는 것은 허용되지 않는다. 예컨대, 지방노동위원회가 구제명령을 발하였으나 중앙노동위원회가 구제명령을 취소하는 재결을 한 경우 원고가 중앙노동위원회위원장을 상대로 한 재결의 취소소송에서 지방노동위원회가 중앙노동위원회의 재결이 잘못된 것이라고 주장하면서 원고를 위하여 참가할 수 없다.

(4) 참가의 필요성이 있을 것

‘참가시킬 필요가 있다고 인정할 때’란 법원이 판단할 문제이다. 여기서 필요성은 사건의 적정한 심리·재판을 실현하기 위한 것인지를 의미한다. 판례는 “참가의 필요성은 관계되는 다른 행정청을 소송에 참가시킴으로써 소송자료 및 증거자료가 풍부하게 되어 그 결과 사건의 적정한 심리와 재판을 하기 위하여 필요한 경우를 가리킨다.”(대판 2002.9.24. 99두1519)고 하였다

IV. 사례의 해결

[사례 1]

A도지사는 인용재결취소소송에서 원처분청이므로 원고 甲을 위해 참가해야 하는데, 재결의 기속력과 행정기관 상호 권한존중 원칙으로 원고를 위해서는 참가할 수 없다.

결국 A도지사가 자신의 처분의 적법성의 주장을 위해 행정소송법상 소송참가할 방법은 없다.

[사례 2]

시장 B는 원자로 건설을 유치하려고 하므로 취소소송을 제기한 주민과 이해가 상반한다. 따라서 B는 원자로건설부지사전승인을 한 처분청의 승소를 돕기 위해 참가할 것이다.

원자로건설부지사전승인에 대한 주민의 취소소송이 계속 중이고, 처분청이 별도로 있어²⁵⁾ 시장 B는 피고 행정청이 아니다. B가 소송참가를 신청하면 수소법원의 판단에 따라 소송참가를 할 수 있다.

25) 참고로, 이 사건에서 처분청은 원자력안전위원회이다.

○ 414쪽 <연습 84> 앞에 추가

중국에서 태어난 甲(2023년 현재 17세)은 외조부모가 모두 사망하자, 2019년 유일한 가족인 모친이 있는 한국으로 입국하였다. 이후 甲은 PC방에서 알게 된 보이스피싱 조직원들의 꼬임에 넘어가 총책 지시에 따라 현금 수거 역할을 한 차례 수행함으로써 범행에 가담하였다가 적발되어 법원으로부터 보호처분을 받은 바 있다. 甲이 체류기간 연장허가 신청을 하자 출입국관리사무소장 A는 甲의 보이스피싱 범행 전력을 이유로 신청을 거부하면서 출국명령을 내렸다. 甲은 "범행 당시 사리분별 능력이 부족했고, 중국에 가면 미성년자인 본인을 돌봐줄 사람이 없다."며 법원에 주위적으로 체류기간 연장허가 발급을 명하는 취지의 재판을 청구함과 동시에 같은 내용의 가처분을 하여 줄 것을 신청하고, 예비적으로 A의 거부행위에 대한 취소소송을 제기하면서 그의 집행정지를 신청하였다. 한편 甲의 모친은 14년 전 한국에 입국하여 취업활동을 통해 한국내에 경제·사회적 생활 기반을 어느 정도 마련한 상태이며, 甲은 위 범행 이후 잘못을 뉘우치고 아르바이트를 하며 월 80만 원 정도의 수입이 있다. 아래의 물음에 답하시오(아래에서 甲의 청구는 예비적 병합의 요건을 구비한 것으로 전제한다).²⁶⁾ (총 50점)

- (1) 甲의 가처분 신청 및 주위적 청구는 인용될 수 있는가?
- (2) 甲의 집행정지 신청은 인용될 수 있는가? (위 (1)의 답안내용과 무관하게, 주위적 청구가 각하 또는 기각되고 취소소송은 적법하다고 전제할 것)

I. 설문 (1) - 가처분 신청 및 주위적 청구의 인용가능성

1. 문제의 소재

甲은 주위적 청구로서 A의 체류기간 연장허가의 발급을 명하는 의무이행소송을 제기하면서 이의 가처분 신청을 구하고 있다. 현행법상 항고소송에서 가처분과 의무이행소송이 인정되는지 여부에 대해 검토해야 한다.

2. 가처분 신청의 인용가능성 - 항고소송상 가처분의 인정 여부

(1) 가처분의 의의

가처분이란 금전 이외의 특정한 급부를 목적으로 하는 청구권의 집행보전을 도모하거나 다툼이 있는 권리관계에 관하여 잠정적으로 임시의 지위를 정하는 것을 목적으로 하는 가구제도이다.

민사집행법은 가처분으로서 ① 계쟁물에 관한 가처분, ② 쟁의 있는 권리관계에 대하여 임시의 지위를 정하기 위한 가처분을 인정하고 있다(제300조).

(2) 인정 여부

1) 학설

26) A의 처분을 구하는 의무이행소송과 거부처분에 대한 취소소송은 그 기초되는 사실관계가 甲의 체류기간 연장허가와 관련되어 있으므로 견련관계가 있다. 그러나 의무이행을 청구하는 것과 거부처분 취소를 구하는 청구는 서로 배척되는 불양립관계가 아니고 동일한 법률 목적을 위한 양립되는 청구에 불과하므로 예비적 병합의 요건을 충족하지 않는다. 다만, 양립할 수 있는 여러 개의 청구를 선택적 병합의 형태가 아닌 예비적 병합의 형태로 청구한 경우에 실무는 예비적 병합과 동일하게 취급하여 당사자가 구하는 순서대로 판단해주고 있다.

- ① 소극설 : ㉠ 행정처분의 위법 여부에 대한 판단에 앞서서 명문의 규정 없이 행정처분에 대한 가처분을 인정하는 것은 사법권의 범위를 벗어나는 것이고, ㉡ 행정소송법상 집행정지제도는 가처분제도에 관한 민사소송법의 특칙이며, ㉢ 의무이행소송이나 예방적 부작위소송을 인정하지 아니하므로 가처분의 본안소송이 있을 수 없다는 점에서 부정한다.
- ② 적극설 : ㉠ 이를 인정함으로써 사법권에 의한 실효성 있는 권리구제가 이루어진다는 점, ㉡ 행정소송법상 가처분제도를 배제하는 특별한 규정이 없으므로 법 제8조 제2항에 의거 민사집행법상 가처분의 규정을 준용할 수 있다는 점, ㉢ 거부처분취소소송을 임시의 지위를 정하는 가처분의 본안소송으로 볼 수 있는 점에서 긍정한다.

2) 판례

판례는 행정소송법 제8조 제2항이 동법에 특별한 규정이 없는 사항은 민사집행법이 정하는 바에 의한다고 하였어도 무제한으로 적용한다는 뜻이 아니고 그 성질이 허용되는 한도에서만 민사집행법의 규정에 의한다는 뜻으로 해석할 것인바, 항고소송에 대하여는 민사집행법 중 가처분에 관한 규정이 적용된다고 인정할 수 없다는 입장이다.²⁷⁾

3) 검토

행정소송법이 보전처분으로서 집행정지제도를 인정하고 있기 때문에, 동 제도를 통해 목적을 달성할 수 있는 한 민사집행법상의 보전조치에 관한 규정이 적용될 여지는 없다. 그러나 이러한 보전처분으로써는 목적을 달성할 수 없는 경우에는 가처분제도를 활용하여 행정처분에 따르는 불이익을 잠정적이거나 배제할 필요가 있다고 본다.

(3) 사안의 경우

가처분의 본안소송이 의무이행소송이므로 집행정지만으로는 가구제의 목적을 달성할 수 없어 가처분을 허용해야 할 것이다. 그러나 이는 의무이행소송이 현행법상 인정됨을 전제로 하는 것이어서, 우선 의무이행소송이 현행법상 인정될 것인지 여부가 선결되어야 한다.

3. 주위적 청구의 인용가능성

(1) 의무이행소송의 의의

의무이행소송이란 당사자의 일정한 행정행위의 신청에 대하여 행정청이 거부하거나 부작위로 대응한 경우, 행정청에 일정한 행정행위를 해 줄 것을 청구하는 내용의 행정소송이다.

(2) 의무이행소송의 인정 여부

1) 학설

- ① 적극설 : 권력분립주의의 참뜻은 권력 상호간의 견제와 균형을 도모함으로써 권력의 남용을 막고 개인의 권리를 보장하려는 데 있다는 점, 행정소송법 제4조 제1호의 변경의 의미에는 적극적 변경도 포함된다는 점에서 긍정한다.
- ② 제한적 허용설 : 제한된 범위, 즉 ㉠ 행정청이 제1차적 판단권을 행사할 수 없을 정도로 처분요건이 일의적으로 정해져 있고, ㉡ 사전에 구제하지 않으면 회복할 수 없는 손해가 발생할 수 있으며, ㉢ 다른 구제방법이 없는 경우에만 인정한다.
- ③ 소극설 : 권력분립원칙에 입각하여 행정에 대한 1차적 판단권은 행정권에게 귀속시켜야 한다는 입장에서 허용되지 않고, 행정소송법 제4조 제1호에서의 변경은 소극적 일부취소라는 점에서 부정한다.

2) 판례

판례는 현행 행정소송법상 행정청으로 하여금 일정한 행정처분을 하도록 명하는 이행판결을

27) 대결 1980.12.22. 80두5

구하는 소송은 허용되지 아니한다고 하여 소극설 입장이다.²⁸⁾

3) 검토

현행 행정소송법이 부작위위법확인소송을 제도화하면서 그 실효성확보를 위한 간접강제제도를 강구함으로써, 의무이행소송이 채택된 것과 다른없는 효과를 거두고자 하고 있다는 점에서 적극설은 입법자의 의사에 반하는 해석이다. 그리고 제한적 허용설은 원칙과 예외를 나누는 실정법의 해석상 근거를 찾을 수 없다는 점에서 부당하다.

따라서 소극설이 타당하므로 의무이행소송을 제기하면 각하판결이 내려져야 한다.

4. 문제의 해결

주위적 청구는 의무이행소송인바, 이러한 소송유형은 현행법상 인정될 수 없으므로 부적법하여 각하판결이 내려질 것이다.

가처분 역시 본안소송이 인정되지 않는 이상 피보전권리의 적격이 없어 기각결정이 내려질 것이다.

II. 설문 (2) - 집행정지 신청의 인용가능성

1. 문제의 소재

집행정지의 적극적 요건으로 ① 처분등의 존재, ② 적법한 본안소송의 계속, ③ 회복하기 어려운 손해예방의 필요, ④ 긴급한 필요등이 있어야 하고, 소극적 요건으로 집행정지가 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 없어야 한다. 다만 거부행위의 경우에는 판례가 그 처분성과 관련하여 특별한 이론을 전개하고 있으므로 이에 대해 검토한다.

그리고 본안이 이유 있음을 요하는가에 관한 요건이 추가적으로 필요할 것인지에 대한 판단이 필요하다.

2. 집행정지 요건의 충족 여부

(1) 체류기간 연장허가 발급거부행위의 처분성

1) 거부행위의 처분성에 대한 판례의 입장

행정소송법상 거부처분이 되기 위하여는 신청이 있어야 하고, 공권력 행사를 신청한 개인에게 당해 공권력 행사를 신청할 법규상 또는 조리상의 권리가 있어야 한다는 것이 판례의 입장이다.

2) 검토

대법원은 검사임용신청에 대한 임용 여부에 관하여 어떠한 내용의 응답을 할 것인지는 임용권자의 자유재량에 속하지만 원고에게는 재량권의 한계일탈이나 남용이 없는 적법한 응답을 요구할 권리가 있으므로 거부처분이 행정소송의 대상이 된다고 판시하였다.

또한 신청권의 존부는 구체적 사건에서 신청인이 누구인가를 고려하지 않고 관계 법규의 해석에 의하여 일반 국민에게 그러한 신청권을 인정하고 있는가를 살펴 추상적으로 결정되는 것이고, 신청인이 그 신청에 따른 단순한 응답을 받을 권리를 넘어서 신청의 인용이라는 만족적 결과를 얻을 권리를 의미하는 것은 아니라고 판시하여, 신청권은 형식상의 단순한 응답요구권의 의미로 이해하고 있다.

신청권을 형식적 의미로 이해하고, 그것을 소송의 대상, 즉 처분성 인정의 문제로 보는 대

28) 대판 1997.9.30. 97누3200

법원의 입장은 타당하다.

3) 사안의 경우

체류기간 연장허가는 국내에 체류하고자 하는 자에게 소정의 기간 동안 체류할 수 있는 권리를 부여하는 특허행위로서 행정행위이므로 이를 대상으로 하는 거부행위 역시 처분성이 인정된다.

(2) 거부처분의 집행정지 대상적격

1) 학설

집행정지는 행정처분이 없었던 것과 같은 상태를 만드는 것을 의미하고 그 이상으로 행정청에게 처분을 명하는 등 적극적인 상태를 만드는 것은 대상으로 될 수 없다고 보는 것이 일반적 견해이다.

2) 판례

교도소장이 접견을 불허한 처분에 대하여 효력정지를 한다 하여도 그 처분이 없었던 것과 같은 상태를 만드는 것에 지나지 아니하는 것이고 그 이상으로 행정청에 대하여 어떠한 처분을 명하는 등 적극적인 상태를 만들어 내는 경우를 포함하지 아니하는 것이므로 효력을 정지할 필요성이 없다면서 부정하는 입장이다.

3) 검토

구체적 사안에 따라서는 거부처분에 대하여도 집행정지가 인정 될 수 있다고 본다. 사안과 같은 경우 신청인이 체류기간 경과 후에도 당장에 추방되지는 않게 된다는 점에서 거부처분의 집행정지 대상적격이 인정된다고 본다.

(3) 적법한 본안소송의 계속

체류기간 연장허가 거부행위의 처분성이 인정되고, 이러한 거부처분으로 인하여 甲은 자신의 직업의 자유 및 거주 자유를 침해받을 가능성이 있으므로 원고적격이 인정되며 그 밖에 별다른 적법요건의 불비를 의심할 소지가 없는 것이므로 본안소송은 적법하게 계속되었다.

(4) 회복하기 어려운 손해예방의 필요 여부

판례에 따르면 '회복하기 어려운 손해'라 함은 특별한 사정이 없는 한 금전으로 보상할 수 없는 손해로서 이는 금전보상이 불능인 경우 뿐만 아니라 금전보상으로는 사회관념상 행정처분을 받은 당사자가 참고 견딜 수 없거나 또는 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유형, 무형의 손해를 말한다.

체류기간 연장허가 없이는 甲은 적은 수입이나마 한국에서 직업생활을 영위하는 일이 중단되고 유일한 모친과 이별하게 되어 인간으로서의 행복추구권이 침해될 수 있게 되는데, 이는 금전보상으로는 회복하기 현저히 곤란한 손해로 보인다.

(5) 긴급한 필요성

긴급한 필요성이란 회복하기 어려운 손해의 발생이 절박하여 본안판결을 기다릴 여유가 없음을 의미한다. 甲은 A로부터 출국명령을 받은 상태이므로 집행정지 필요성의 절박함이 인정된다.

(6) 공공복리에 중대한 영향을 미치는지 여부

이 요건은 집행정지가 공공에 미치는 영향과 처분의 집행이 신청인에게 가하는 손해를 비교衡量하여 결정한다. 甲에게 체류연장허가를 발급한다고 해도, 甲은 현재 잘못을 뉘우치고 아르바이트도 하는 것으로 보아 대한민국 이익이나 공공의 안전을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 사정이 엿보이지 아니한다.

(7) 본안의 이유유무의 필요성 여부

1) 문제점

이에 관하여는 명시적 규정이 없어 본안의 이유유무, 즉 승소가능성을 어느 정도 고려해야 하는지 문제된다.²⁹⁾

2) 판례의 태도

대법원은 “행정처분의 효력정지나 집행정지제도는 신청인이 본안 소송에서 승소판결을 받을 때까지 그 지위를 보호함과 동시에 후에 받을 승소판결을 무의미하게 하는 것을 방지하려는 것이어서 본안 소송에서 처분의 취소가능성이 없음에도 처분의 효력이나 집행의 정지를 인정한다는 것은 제도의 취지에 반하므로 효력정지나 집행정지사건 자체에 의하여도 신청인의 본안 청구가 이유 없음이 명백하지 않아야 한다는 것도 효력정지나 집행정지의 요건에 포함시켜야 한다”고 판시하여 이유 없음이 명백한 경우에는 이를 고려하여 판단하여야 한다는 태도를 취한다.

3) 검토

집행정지제도의 취지에 비추어 본안소송의 승소가능성, 즉 처분에 취소나 무효사유의 하자가 있을 가능성이 있어야 한다.

그러나 자칫 집행정지 절차의 본안소송화를 초래하여 집행정지제도의 취지를 몰각할 우려가 있으므로 본안청구의 승소가능성이 명백히 없음에 대한 판단은, 신청인의 주장 자체에 의하더라도 위법하다고 볼 수 없거나 행정청이 적극적으로 적법함을 소명하여 피보전권리가 없음이 명백한 경우에만 하여야 할 것이다.

4) 사안의 경우

甲은 범행을 주도한 것이 아니라 총책 지시에 따라 현금 수거 역할을 한 차례 수행함으로써 단순 가담자에 그친 점, 현재는 경제적 활동도 하고 있는 점, 출국명령 처분에 따라 A군이 중국으로 출국하게 되면 자신을 돌봐줄 사람이 없는 상황에 처하게 될 것으로 보이는 점, 만일 모친과 함께 출국할 경우 모친이 약 14년간 국내에 마련한 경제·사회적 생활 기반을 모두 잃게 될 우려가 있다는 점에서 甲이 제기한 거부처분 취소소송은 승소가능성이 명백히 없는 경우가 아닌 것으로 판단된다.

3. 문제의 해결

위에서 본 바와 같이 집행정지의 요건은 모두 충족된다. 이러한 요건의 구비를 甲이 스스로 소명(행정소송법 제23조 제4항)한다면 甲의 집행정지신청은 인용될 수 있다.

29) 일본 행정사건소송법은 본안에 대하여 이유가 없다고 보일 때에는 집행정지를 할 수 없다고 규정

甲은 산업입지 및 개발에 관한 법령 등에 따라 관할 행정청인 도지사 乙에 의해 지정된 산업단지 내에서 산업단지개발계획상 녹지용지로 되어있던 토지의 소유자이다. 甲은 해당 토지에서 폐기물처리사업을 하기 위하여 乙에게 사업부지에 관한 개발계획을 당초 녹지용지에서 폐기물처리시설용지로 변경해 달라는 내용의 신청을 하였다. 당시 위 법령에 따르면 폐기물처리시설용지로의 변경이 불가능하게 되어 있었다. 이에 따라 乙은 위 변경신청을 거부하는 처분을 하였고, 甲은 이에 대하여 취소소송을 제기하였다. 그런데 거부처분 이후 폐기물처리시설용지로의 변경이 가능하도록 법령의 개정이 있었다고 할 때, 법원이 어느 시점을 기준으로 위법성을 판단하여야 하는지에 관하여 설명하시오. (25점)

<공인노무사 2022>

I. 문제의 소재

처분은 그 당시의 사실상태 및 법률상태를 기초로 하여 행해지게 된다. 그런데 사안에서 폐기물처리시설용지로의 변경이 가능하도록 법령의 개정이 있었다는 사정은 거부처분 이후의 사정이므로 처분의 위법성 판단 기준시점을 처분시로 보는지 판결시로 보는지에 따라 도지사 乙의 거부처분의 적법 여부가 결정될 것이다.

II. 심리판단의 기준시점

1. 처분의 위법성 판단의 일반적인 기준시점

(1) 문제 상황

처분 등이 이루어진 뒤에 당해 처분 등의 근거가 된 법령이 개정·폐지되거나 법령상의 처분 요건인 사실상태에 변동이 있는 경우, 어느 시점의 법률상태 및 사실상태를 기준으로 처분의 위법성을 판단할 것인가의 문제가 있다.

(2) 학설

① 처분시설

- ㉮ 논거 : ㉠ 법원은 객관적 입장에서 처분 등의 위법 여부를 사후심사할 수 있을 뿐이라는 점, ㉡ 원고는 처분 당시의 사실관계 및 법령상태에서 소송물을 특정할 수밖에 없는데 처분 후의 사정을 고려한다는 것은 이 소송물의 동일성과 모순된다는 점을 든다.
- ㉮ 효과 : 적법한 행정행위가 법적·사실적 상황의 변경으로 인하여 위법하게 되더라도 기각 판결을 내려야 한다(예 퇴거명령에 대하여 취소소송을 제기한 불법체류외국인이 그 사이에 한국인과 결혼하여 국적을 취득하였어도 기각판결)
- ㉮ 비판 : 소송경제 및 권리보호의 효율성의 관점에서 문제점이 지적된다.

② 판결시설

- ㉮ 논거 : ㉠ 항고소송은 구체적인 행정처분이 법규에 대하여 적합한가의 여부를 판단의 대상으로 하는데, 이 경우의 법규는 판결시의 법규라야 한다는 점, ㉡ 취소소송의 본질은 행정청의 제1차적 판단을 매개로 하여 발생하는 위법상태의 배제에 있다는 점을 든다.
- ㉮ 비판 : ㉠ 적법하게 발급된 처분이 후에 위법하게 될 수 있거나 또는 위법하게 발급된

처분이 후에 적법하게 되는 것은 행정의 적법성통제를 목적으로 하는 취소소송의 본질에 반하고, ⑥ 판결의 지연에 따라 불균형한 결과가 초래될 수 있는 문제점이 있다.

③ 절충설

행정청의 제1차적 판단권의 존중이라는 측면에서 원칙적으로 처분시설이 타당하나, 예외적으로 계속효 있는 행위(예 영업허가의 취소, 교통표지판의 설치)의 경우에는 판결시설이 타당하다는 견해가 있다. 또한 거부처분취소소송의 경우에는 실질적으로 의무이행소송과 유사한 성격을 가지므로 판결시설이 타당하다는 견해도 있다.

(3) 판례

판례는 “행정소송에서 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 행하여졌을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 하여 판단하여야 하고, 처분 후 법령의 개폐나 사실상태의 변동에 의하여 영향을 받지 않는다.”³⁰⁾면서 처분시설을 취하고 있다.

그런데 판례는 위법판단 자료의 범위를 처분 당시 존재하였던 자료나 행정청에 제출되었던 자료만으로 한정하지 않고, 사실심 변론종결 당시까지 제출된 모든 자료를 종합하여 처분의 위법 여부를 판단할 수 있다는 입장이다.³¹⁾ 따라서 당사자는 사실심 변론종결시까지 처분 당시 존재하였던 사실에 대한 증명을 자유롭게 할 수 있다. 다만, 행정청이 재량의 범위 내에서 처분시 참작할 자료제출의 시한을 정한 경우 그 시한을 도과함으로써 불이익한 처분을 받은 후 행정소송에서 새로운 자료를 제출하여 위 처분의 취소를 구할 수는 없다.³²⁾

또한, 사정판결을 함에 있어 처분 등의 위법 여부는 처분시를 기준으로 판단하여야 하나, 처분 등을 취소함이 현저히 공동복리에 적합하지 아니한지 여부는 변론종결시를 기준으로 판단하여야 한다.³³⁾

(4) 검토

원칙적으로 처분시설이 타당하다. 판결시설을 따를 경우 행정의 적법성 통제라는 취소소송의 목적에 반하는 것은 물론 판결의 지연에 따라 결과가 달라지는 불합리가 발생할 수 있기 때문이다. 처분시설을 일관할 경우 처분 이후의 사정변경에 의해 또다시 동일한 처분을 할 수 있는 경우 절차장제에 문제가 있다는 지적이 있지만, 개인의 권익구제의 관점에서 처분시설을 따르는 것이 보다 타당하다.

2. 신청에 대한 거부처분의 위법판단 기준시점

(1) 행정기본법 규정

당사자의 신청에 따른 처분은 법령등에 특별한 규정이 있거나 처분 당시의 법령등을 적용하기 곤란한 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 처분 당시의 법령등에 따른다(행정기본법 제14조 제2항).

여기에서 “법령등에 특별한 규정”이 있는 예로는, 국세기본법 제18조에 따라 경정청구에 대응하는 과세처분의 경우 처분 시점의 세법이 아니라 납세의무 성립시점의 세법 적용하는 경

30) 대판 2007.5.11. 2007두1811

31) 대판 1995.11.10. 95누8461

32) 대판 1995.11.10. 95누8461

33) 대판 1970.3.24. 69누29

우가 있다. 그리고 “처분 당시의 법령등을 적용하기 곤란한 특별한 사정”이 있는 예로는, 신청을 수리하고도 정당한 이유 없이 처리를 늦추어 그 사이에 법령 및 허가기준이 변경된 경우에는 당사자의 신뢰보호를 위해 처분 당시의 변경된 법령을 적용하기 곤란한 경우가 있다(판례).

(2) 학설

① 처분시설

행정청은 신청시가 아닌 처분 당시의 법령과 사실관계를 기초로 위법 여부를 판단하여 처분을 할지 여부를 결정한다. 따라서 신청 당시에는 허가 등의 요건을 갖추었더라도 그 후 허가 등이 있기 전에 법령과 사실상태의 변경으로 허가 등의 요건을 갖추지 못하게 되면 행정청은 허가 등을 거부하여야 한다. 그 반대의 경우도 마찬가지이다.

② 판결시설

이 견해로는 ㉠ 처분시설을 취하게 되면, 인용판결이 내려져도 처분청이 처분 후의 사정변경(예) 거부처분을 가능하게 하는 법령개정)을 이유로 다시 거부처분을 할 수 있게 되어 인용판결이 권리구제에 기여하지 못하고 인용판결 후의 새로운 거부처분에 대하여 다시 소송이 제기되어 소송경제에 반한다는 견해, ㉡ 인용판결은 행정소송법 제30조 제2항과 결부하여 행정청에게 신청에 따른 처분의무를 부과한다는 점에서 실질적으로 의무이행소송과 유사한 성격을 가진다는 전제하에, 거부처분이 거부처분시를 기준으로 적법한 경우에도 사정변경에 의해 판결시를 기준으로 위법하면 인용판결을 하게 된다는 견해가 있다.

③ 위법판단시·판결시 구별설

학설 가운데에는 소송경제와 신속한 권리구제를 도모하기 위하여 거부처분취소소송에서 거부처분의 위법은 처분시를 기준으로 하되 인용판결은 판결시를 기준으로 하여야 한다는 견해도 있다. 이에 따르면 거부처분이 거부처분시를 기준으로 적법하면 기각되고, 위법한 경우 사정변경이 없으면 인용판결을 하고, 사정변경이 있으면 판결시를 기준으로 인용하는 것이 타당한 경우 인용하고, 판결시를 기준으로 공익을 고려하여 인용하는 것이 타당하지 않은 경우 기각판결을 한다.

(3) 판례

판례는 원칙적으로 처분시설을 취하되, 처분 신청 후 법령의 변경이 있는 경우 “소관 행정청이 허가신청을 수리하고도 정당한 이유 없이 처리를 늦추어 그 사이에 법령 및 허가기준이 변경된 것이 아닌 한 변경된 법령 및 허가기준에 따라서 한 불허가처분은 위법하다고 할 수 없다.”(대판 2005.7.29. 2003두3550)고 하여 예외적으로 신청시의 법령에 따라야 하는 경우가 있음을 인정하고 있다.

(4) 검토

행정기본법 제14조의 규정처럼, 법령등에 특별한 규정이 있거나 처분 당시의 법령등을 적용하기 곤란한 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 처분 당시의 법령을 기준으로 하는 것이 법 적용의 기준을 명확하게 하여 국민의 법 적용에 대한 예측가능성과 법적 안정성 제고에 바람직하다.

Ⅲ. 문제의 해결

사안에서 거부처분은 거부처분이 이루어진 당시의 법령 및 사실상태를 기준으로 판단하는 것이 원칙이다.

도지사 乙의 변경신청거부처분의 위법성 판단 기준시점을 처분시로 본다면 법원은 거부처분을 할 당시의 법령을 기준으로 변경요건을 판단해야 한다. 따라서 거부처분취소소송 계속 중 변경이 가능하도록 법령의 개정이 있었음을 이유로 할 수 없고, 거부처분 시점을 기준으로 위법성을 판단하여야 한다.

○ 543쪽 <연습 111>을 다음으로 대체

개인정보보호위원회는 육아쇼핑몰을 운영하는 甲 주식회사가 관리부실로 해커의 공격을 받아 고객정보 약 639만여 건을 유출했다는 이유로 과징금 4억 원을 부과하였다. 甲은 개인정보보호위원회가 한 과징금부과처분은 재량권을 남용한 위법한 처분이라는 주장을 하며 그 취소를 구하는 소를 제기하였으나 청구기각판결을 받았고, 그 판결은 확정되었다. 甲은 그 후 개인정보보호위원회가 한 과징금부과처분은 甲이 청문 주재자 A에 대한 기피신청을 했음에도 신청 사유를 전혀 검토하지 않은 채 진행된 청문 결과에 따른 것이므로 위법한 처분이라고 주장하며 다시 과징금부과처분의 취소를 구하는 소를 제기하였다. 수소법원은 원고의 청구에 대하여 어떠한 판단을 하여야 하는가?

I. 문제의 제기

甲의 취소소송에 대한 기각판결이 확정된 후, 다른 주장을 하면서 동일한 처분에 대한 취소소송을 다시 제기한 경우이다. 사안은 취소소송 확정판결의 기판력에 관한 문제로서, 특히 기판력의 작용국면 중 동일관계에 관한 논의를 검토할 필요가 있다.

II. 기판력

1. 개념

판결이 형식적 확정력을 갖게 되면 그 후의 절차(후소)에서 동일한 사항(동일한 소송물)이 문제되는 경우에도 당사자와 이들의 승계인은 기존 판결에 반하는 주장을 할 수 없고(반복금지), 법원도 종전의 법률적 판단에 모순·저촉되는 판단을 할 수 없는(모순금지) 구속력을 말한다.

2. 인정근거

소송절차의 무용한 반복을 방지하고, 선후 모순된 재판의 출현을 방지함으로써 법적 안정성을 도모하고자 하는 취지이다. 행정소송법에는 명시적 규정이 없으나, 민사소송법 제216조와 제218조가 준용된다.

3. 기판력의 작용

기판력은 전소에서 확정된 권리관계가 후소에서 다시 문제되는 경우에 작용하는 바, 구체적으로 동일관계, 모순관계, 선결관계 등 세 가지 경우로 구분된다.

사안은 이 가운데 전소와 같은 소송물에 대해 제소하는 경우에 해당한다(㉠ 동일한 처분에 대하여 내용상 위법을 이유로 취소소송을 제기하여 기각당한 후 절차의 하자를 이유로 다시 취소소송을 제기).

III. 기판력의 인적 범위 해당 여부

1. 효력범위

당해 소송의 당사자 및 당사자와 동일시할 수 있는 자(㉡ 승계인)에게만 미치고, 제3자에게는 미치지 않는 것이 원칙이다.

2. 사안의 경우

甲이 재량권 남용을 주장하며 과징금부과처분취소를 청구하여 확정된 청구기각판결과 절차상의 하자를 주장하여 과징금부과처분취소를 청구한 소송의 원고와 피고가 동일하므로 기판력이 미치는 범위에 해당한다.

IV. 기판력의 객관적 범위 해당여부

1. 문제의 소재

전소와 후소에서 원고 甲이 문제 삼은 해당 처분은 개인정보보호위원회가 甲에 대하여 한 과징금부과처분이다. 이 경우 소송물이 동일하다고 보아 기판력의 객관적 범위에 해당한다고 하여야 할지가 문제된다. 이는 취소소송에서의 소송물을 어떻게 보느냐와 관련이 있다.

2. 취소소송의 소송물과 기판력의 객관적 범위

기판력은 판결주문에 나타난 판단에만 미치고 판결이유에서 제시된 그 전제가 되는 법률관계에는 미치지 아니한다³⁴⁾. 판례·다수설처럼 취소소송의 소송물을 위법성 일반이라고 보면서 개개의 위법사유는 공격·방어방법에 불과하다고 본다면, 기판력은 인용판결의 경우 당해 처분이 위법하다는 점에 미치고, 기각판결의 경우 당해 처분이 적법하다는 점에 미친다.

3. 사안의 경우

전소의 판결이 확정되면 개인정보보호위원회가 甲에게 한 과징금부과처분이 내용상의 하자가 없다는 판단에만 기판력이 생기는 것이 아니라 당해 처분이 절차상으로 적법하다는 점에도 기판력이 생긴다. 따라서 확정된 전소판결의 기판력은 甲이 후에 제기한 과징금부과처분 취소소송에도 미친다.

V. 기판력의 시간적 범위 해당여부

1. 기판력의 표준시

취소소송의 확정판결은 당사자가 사실심변론종결시까지 제출한 소송자료를 기초로 한 것이기 때문에 그 시점을 기준으로 기판력이 생긴다. 따라서 당사자가 그때까지 제출하지 아니한 공격·방어방법을 그 뒤에 다시 소송을 제기하여 이를 주장할 수 없다. 이와 같은 기판력의 적용을 실권효 또는 차단효라고 한다. 그러나 변론종결 후 사실관계·법률관계의 변화가 있으면 행정청은 새로운 사유에 근거하여 동일한 처분을 할 수 있다.³⁵⁾

2. 사안의 경우

위에서 본 바와 같이 전소와 후소의 당사자 및 소송물이 동일하고, 과징금부과처분을 위한 청문절차에서 청문 주재자에 대한 기피신청이 받아들여지지 않았다는 주장은 전소에서의 사실심변론종결 전에 존재하였으나 주장하지 아니한 공격·방어방법의 제출에 불과하므로, 이러한 주장은 기판력의 시간적 범위에 의해 차단된다.

34) 대판 2000.2.25, 99다55472

35) 대판 1997.2.11, 96누13057

VI. 문제의 해결

甲의 취소소송에 대한 기각판결이 확정된 후, 다시 과징금부과처분이 절차상 하자 있는 위법한 처분이라며 처분의 취소를 후소는 동일한 당사자가 동일한 소송물에 대하여 한 청구에 해당한다. 그럼에도 불구하고 전소의 변론종결 전에 존재하여 제시할 수 있었던 공격·방어방법을 다시 제기한 것이므로, 후소는 전소의 확정판결의 기판력에 저촉된다.

따라서 모순금지설의 입장에서 수소법원은 甲의 청구를 기각하여야 할 것이다. 다만 반복금지설의 입장에서는 각하판결을 하여야 할 것이다.

甲은 2019. 9. 30. 소청심사위원회에 ‘乙은 甲을 부이사관(3급)으로 승진임용하라’는 취지의 소청심사청구를 하였는데, 위 소청심사위원회는 2021. 2. 20. 甲의 소청심사청구를 기각하였고, 甲은 그 무렵 그 결정문을 송달받았다. 甲은 2021. 3. 8. 부작위위법확인인의 소를 제기하였다. 그 후 2021. 3. 30. 乙은 甲에 대하여 부이사관승진임용을 거부하는 처분을 하였다. 甲은 2021. 8. 17. 제1심 제1회 변론기일에 ‘乙이 2021. 3. 30.자로 甲에 대하여 한 부이사관승진임용거부처분은 취소한다’는 취지의 취소소송으로 교환적으로 변경하였다가, 2022. 7. 26. 항소심 제1회 변론기일에 다시 부작위위법확인인의 소를 추가적으로 병합하였다. 그 후 상고심에서 甲이 취소소송으로 구한 2021. 3. 30.자 승진임용거부처분은 존재하지 않는 것으로 판명되었다.

(1) 甲이 2021. 3. 8. 제기한 부작위위법확인인인 소는 제소기간을 준수하였는가?

(2) 甲이 2022. 7. 26. 추가적으로 병합한 부작위위법확인인인 소는 제소기간을 준수하였는가?

I. 설문 (1) - 부작위위법확인소송의 제소기간

1. 문제점

취소소송과 달리 부작위위법확인소송의 대상인 부작위상태는 계속되고 있는 것이므로 제소기간이란 있을 수 없다고 볼 여지가 있다. 그런데 행정소송법이 취소소송의 제소기간에 관한 규정을 부작위위법확인소송에도 준용하고 있기 때문에 달리 해석될 수 있는 것인지 문제된다.

2. 행정소송법 규정

취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다. 다만, 제18조 제1항 단서에 규정한 경우와 그 밖에 행정심판청구를 할 수 있는 경우 또는 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에 행정심판청구가 있는 때의 기간은 재결서의 정본을 송달받은 날부터 기산한다(행정소송법 제20조).

이와 같은 취소소송의 제소기간 규정이 부작위위법확인소송에 준용되고 있다(제38조 제2항).

3. 행정심판을 거치지 않은 경우

부작위는 특정시점에 종결되는 것이 아니라 계속되는 것이므로 부작위위법확인소송은 제소기간의 제한을 받지 않는다. 즉 부작위위법확인소송은 부작위 상태가 계속되는 한 언제라도 소를 제기할 수 있고, 부작위 상태가 해소되면 소의 이익이 소멸되는 소송이다.

4. 행정심판을 거친 경우

(1) 견해의 대립

① 1설 : 취소소송의 제소기간을 준용했어도, 부작위상태의 특성상 제소기간의 제한을 받지 않는다고 한다. 이는 의무이행심판을 거친 경우에도 그렇다고 본다.

② 2설 : 개별법이 예외적 행정심판전치주의를 채택하고 있기 때문에 행정심판을 거친 경우 또는 행정청이 고지를 잘못하여 행정심판을 거친 경우에는, 원고가 행정심판의 재결서를 송달받은 날로부터 90일 이내에 부작위위법확인소송을 제기해야 한다`는 견해이다.

(2) 판례

판례는 “행정소송법 제38조 제2항이 제소기간을 규정한 같은 법 제20조를 부작위위법확인 소송에 준용하고 있는 점에 비추어 보면, 행정심판 등 전심절차를 거친 경우에는 행정소송법 제20조가 정한 제소기간 내에 부작위위법확인의 소를 제기하여야 할 것”³⁶⁾이라는 입장이다.

(3) 검토

부작위의 특성상 원칙적으로 제소기간의 제한을 받지 않는다고 할 것이고, 다만 필요적 전치가 적용되는 처분의 부작위위법확인의 소에서는 취소소송의 경우와 마찬가지로 행정심판 재결서를 송달받은 날로부터 일정기간 내에 소를 제기하는 것으로 봄이 타당하다.

5. 사안의 해결

이 사건 부작위위법확인의 소는 행정심판의 재결에 해당하는 소청심사결정이 있는 2021. 2. 20.부터 적법한 제소기간 내, 즉 재결서 정본을 송달받은 날로부터 90일 이내에 제기되었음이 명백하므로 제소기간을 준수하였다.

II. 설문 (2) - 추가적으로 병합한 부작위위법확인소송의 제소기간

1. 문제의 소재

제소기간의 준수는 소송요건으로서 직권조사 사항이므로, 그 경과 여부를 명백히 밝혀야 한다. 그런데 소의 변경이 있거나 소의 추가적 병합의 경우에 제소기간 준수 여부의 해석상 문제가 있다.

설문은 특히 당사자가 적법한 제소기간 내에 부작위위법확인의 소를 제기한 후, 동일한 신청에 대하여 거부처분이 있다고 보아 처분취소소송으로 소를 교환적으로 변경한 후 부작위위법확인의 소를 추가적으로 병합한 경우, 부작위위법확인의 소가 제소기간을 준수한 것으로 볼 수 있는지 문제된다.

2. 소 제기기간 준수 여부 판단의 기준시점

(1) 원칙

소 제기기간 준수 여부는 원칙상 소제기시를 기준으로 하는데, 다음과 같은 특수한 경우가 문제된다.

(2) 소의 변경이 있는 경우

- ① 소의 종류의 변경의 경우, 새로운 소에 대한 제소기간의 준수는 처음의 소가 제기된 때를 기준으로 하여야 한다(행정소송법 제21조 제4항).
- ② 청구취지를 변경하여 구 소가 취하되고 새로운 소가 제기된 것으로 변경되었을 때에 새로운 소에 대한 제소기간의 준수는 원칙적으로 소의 변경이 있을 때를 기준으로 한다.³⁷⁾ 그런데 판례는, 선행처분의 취소를 구하는 소가 그 후속처분의 취소를 구하는 소로 교환적으로 변경되었다가 다시 선행처분의 취소를 구하는 소로 변경된 경우 후속처분의 취소를 구하는 소에 선행처분의 취소를 구하는 취지가 그대로 남아 있었던 것으로 볼 수 있다면 선행처분의 취소를 구하는 소의 제소기간은 최초의 소가 제기된 때를 기준으로 정한다고 한다.³⁸⁾

36) 대판 2009.7.23. 2008두10560

37) 대판 2004.11.25. 2004두7023

(3) 소의 추가적 병합의 경우

이 경우 제소기간 준수 여부의 판단 기준시점은 그 청구취지의 추가신청이 있는 때이다. 그런데 동일한 행정처분에 대하여 무효확인의 소를 제기하였다가 그 후 그 처분의 취소를 구하는 소를 추가적으로 병합한 경우, 주된 청구인 무효확인의 소가 적법한 제소기간 내에 제기되었다면 추가로 병합된 취소청구의 소도 적법하게 제기된 것으로 볼 수 있다.³⁸⁾

3. 사례의 경우

(1) 견해의 대립

- ① 1설 : 부작위위법확인소송은 제소기간의 제한을 받지 아니하므로 소극적 처분이 존재하지 않는 이상 제소기간을 준수한 것이라고 본다.
- ② 2설 : 부작위위법확인 소(구소)를 처분취소소송(신소)으로 교환적 변경하면 구소는 취하된 것이므로, 다시 부작위위법확인 소를 제기하려면 행정소송법 제20조가 정한 제소기간 내, 즉 전심절차를 거친 경우에는 재결서 정본 송달일로부터 90일 이내에 부작위위법확인 소를 제기해야 한다는 견해이다.

(2) 판례

판례는 “부작위위법확인소송의 보충적 성격⁴⁰⁾에 비추어 동일한 신청에 대한 거부처분의 취소를 구하는 취소소송에는 특단의 사정이 없는 한 그 신청에 대한 부작위위법의 확인을 구하는 취지도 포함되어 있다고 볼 수 있다. 이러한 사정을 종합하여 보면, 당사자가 동일한 신청에 대하여 부작위위법확인 소를 제기하였으나 그 후 소극적 처분이 있다고 보아 처분취소소송으로 소를 교환적으로 변경한 후 여기에 부작위위법확인 소를 추가적으로 병합한 경우 최초의 부작위위법확인 소가 적법한 제소기간 내에 제기된 이상 그 후 처분취소소송으로의 교환적 변경과 처분취소소송에의 추가적 변경 등의 과정을 거쳤다고 하더라도 여전히 제소기간을 준수한 것으로 봄이 상당하다.”는 태도이다.

(3) 검토

판례의 내용 중 “취소소송에는 특단의 사정이 없는 한 그 신청에 대한 부작위위법의 확인을 구하는 취지도 포함되어 있다”는 부분은 거부처분과 부작위가 서로 배타적 개념이라는 점에서 비판의 여지가 있다.⁴¹⁾

당사자의 신청에 대하여 행정청이 부작위의 상태에 있는지 아니면 소극적 처분을 하였는지는 법률적 평가의 문제가 개입되어 분명하지 않은 경우가 있을 수 있고, 당초의 부작위위법확인 소를 적법하게 제기하였는데 위와 같은 이유로 교환적 변경·추가적 변경이 있다는 이유만으로 적법하게 제기되었던 부작위위법확인 소가 부적법하다고 보는 것은 원고에게 매우 불리한 해석이므로 판례의 태도가 타당하다.

4. 사안의 해결

甲이 추가적으로 병합한 부작위위법확인 소는 제소기간을 준수하였다.

38) 대판 2013.7.11. 2011두27544

39) 대판 2005.12.23. 2005두3554

40) 보충적 성격이 의미하는 바에 대하여 대법원은 “당사자의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청에 대하여 행정청이 부작위의 상태에 있는지 아니면 소극적 처분을 하였는지는 동일한 사실관계를 토대로 한 법률적 평가의 문제가 개입되어 분명하지 않은 경우가 있을 수 있고, 부작위위법확인소송의 계속중 소극적 처분이 있게 되면 부작위위법확인 소는 소의 이익을 잃어 부적법하게 되고 이 경우 소극적 처분에 대한 취소소송을 제기하여야 하는 것”이라고 판시하고 있다.

41) 「공인노무사 행정쟁송법」, 박균성, 고시계사, 2016, p.500.

○ 585쪽 <연습 119> 앞에 다음 2문제를 순서대로 추가

甲은 광주지방검찰청에 검사 A를 명예훼손죄, 피의사실공표죄, 공무상비밀누설죄의 혐의로 고소하였다. 고소사건을 담당하게 된 광주지방검찰청 검사 乙은 수사를 한 후 2020. 9. 22. 위 사건에 대하여 불기소처분을 하였고, 그 무렵 甲에게 그 취지를 통지하였으나, 그 통지서에는 위 피고소인의 명예훼손죄에 대하여 불기소하였다는 취지의 기재만 있을 뿐 나머지 고소사실인 피의사실공표죄나 공무상비밀누설죄와 관련된 내용은 없었다. 甲은 2020. 11. 27. 乙에게 ‘乙이 명예훼손죄에 대하여만 불기소처분 통지를 하였음’을 이유로 검사 A에 대한 공무상비밀누설죄, 피의사실공표죄에 대하여도 처분결과를 통지해 줄 것을 신청하였다. 그러나 乙이 아무런 통지를 하지 않자, 甲은 乙의 부작위가 위법하다는 확인을 구하는 항고소송을 제기하였다. 甲은 2022. 5. 25. 현재까지 乙로부터 신청에 따른 통지를 받지 못하였고, 乙은 위 불기소처분 이후에 위 피의사실공표죄나 공무상비밀누설죄에 대하여 별도의 처분도 하지 않았다. 乙의 행위는 위법한 부작위에 해당하는가?

<참고조문>

형사소송법 제258조(고소인등에의 처분고지) ① 검사는 고소 또는 고발 있는 사건에 관하여 공소를 제기하거나 제기하지 아니하는 처분을 한 때에는 그 처분한 날로부터 7일 이내에 서면으로 고소인 또는 고발인에게 그 취지를 통지하여야 한다.

제259조(고소인등에의 공소불제기이유고지) 검사는 고소 또는 고발 있는 사건에 관하여 공소를 제기하지 아니하는 처분을 한 경우에 고소인 또는 고발인의 청구가 있는 때에는 7일 이내에 고소인 또는 고발인에게 그 이유를 서면으로 설명하여야 한다.

제260조(재정신청) ① 고소권자로서 고소를 한 자는 검사로부터 공소를 제기하지 아니한다는 통지를 받은 때에는 그 검사 소속의 지방검찰청 소재지를 관할하는 고등법원에 그 당부에 관한 재정을 신청할 수 있다.

② 제1항에 따른 재정신청을 하려면 「검찰청법」 제10조에 따른 항고를 거쳐야 한다.

검찰청법 제10조(항고) ① 검사의 불기소처분에 불복하는 고소인이나 고발인은 그 검사가 속한 지방검찰청 또는 지청을 거쳐 서면으로 관할 고등검찰청 검사장에게 항고할 수 있다. 이 경우 해당 지방검찰청 또는 지청의 검사는 항고가 이유 있다고 인정하면 그 처분을 경정하여야 한다.

④ 제1항의 항고는 「형사소송법」 제258조 제1항에 따른 통지를 받은 날부터 30일 이내에 하여야 한다.

⑥ 제4항의 경우 항고를 한 자가 자신에게 책임이 없는 사유로 정하여진 기간 이내에 항고를 하지 못한 것을 소명하면 그 항고 기간은 그 사유가 해소된 때부터 기산한다.

I. 문제의 소재

甲이 乙에게 처분결과를 통지를 신청하였으나 乙은 甲의 신청에 대하여 아무런 응답을 하지 않고 있다. 이에 대해 甲이 의무이행심판 또는 부작위위법확인소송을 제기하기 위한 적법요건으로서 부작위가 존재하는지 문제가 될 수 있다.

II. 특별불복절차가 마련된 영역인지 여부

검사의 불기소처분이나 공소제기는 형사소송절차에서 다루도록 되어 있으나, 사안에서 甲이 다투는 것은 불기소처분이 아니라 처분결과의 통지 또는 그 부작위이므로 그 처분성 또는 부작위가 인정된다면 행정소송법상 항고소송의 대상이 될 수 있다.

III. 거부처분과 부작위의 구별

1. 구별의 필요성

거부처분으로 판단될 경우에는 취소소송을, 부작위로 판단되는 경우에는 부작위위법확인소송을 제기해야 하므로 소송형태의 선택을 위해 구별이 필요하다.

판례는 특히 행정청의 부작위는 그 자체로 위법하다는 입장이다.⁴²⁾

2. 구별의 기준

“거부처분”이란 기존의 법률상태의 변동을 발생시키지 않겠다는 의사를 표시하는 행정행위를 말한다. 이에 반하여 “부작위”라 함은 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것을 말한다(행정심판법 제2조 제2호, 행정소송법 제2조 제1항 제2호).

일반적으로 신청에 대응한 처분을 하지 않고 방치한 경우에는 부작위에 해당하나, 법령에서 신청에 대해 일정 기간 내에 처분이 없으면 거부처분으로 간주한다고 규정하고 있는 경우가거나, 경원자관계에 있는 자에 대해 인용처분을 발한 경우에는 거부처분이 있는 것으로 본다.

3. 사안의 경우

사안에서 乙은 甲의 신청에 대하여 아무런 응답을 하지 않고 있으므로 기존의 법률상태를 발생시키지 않겠다는 의사를 적극적으로 표시한 거부처분이라고는 할 수 없다.

따라서 아래에서는 부작위의 성립요건을 살펴봄으로써 乙의 행위가 위법한 부작위에 해당하는지 판단하기로 한다.

III. 행정쟁송법상 부작위

1. 부작위의 의의

부작위란 ‘행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것’을 말한다(행정심판법 제2조 제2호, 행정소송법 제2조 제1항 제2호)

2. 부작위의 요건

(1) 당사자의 신청

1) 의의

부작위가 성립하기 위해서는 당사자가 처분에 대하여 신청을 해야 한다. 그리고 신청은 신청요건을 갖춘 적법한 것이어야 한다.

42) 대판 2005.4.14. 2003두7590

당사자의 신청권의 존부가 대상적격의 문제인지 아니면 원고적격의 문제인지에 관하여 견해가 대립한다. 판례는 “부작위위법확인 소에 있어 당사자가 행정청에 대하여 어떠한 행정행위를 하여 줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상 권리를 갖고 있지 아니한 경우에는 원고적격이 없거나 항고소송의 대상인 위법한 부작위가 있다고 볼 수 없어 그 부작위위법확인 소는 부적법하다.”⁴³⁾고 하여 대상적격의 문제로 보는 동시에 원고적격의 문제로 본다.

2) 사안의 경우

乙은 형사소송법 제258조 제1항이 ‘검사는 고소 또는 고발 있는 사건에 관하여 공소를 제기하거나 제기하지 아니하는 처분을 한 때에는 그 처분한 날로부터 7일 이내에 서면으로 고소인 또는 고발인에게 그 취지를 통지하여야 한다.’고 규정하고 있으므로 위 규정에 따라 원고에게 이 사건 고소사실 전부에 대한 처분결과를 통지하여야 할 의무가 있다. 그리고 고소인의 청구가 있을 때 검사는 7일 이내에 공소부제기 이유를 서면으로 설명하여야 하도록 규정하고 있는 형사소송법 제259조, 고소권자로서 고소를 한 자는 검사로부터 형사소송법 제258조 제1항 소정의 불기소처분 통지를 받은 때에는 위 통지일로부터 30일 이내에 항고할 수 있으며(검찰청법 제10조 제1항, 제4항), 위 항고가 기각된 때에는 항고기각 결정을 통지받은 날로부터 10일 이내에 관할 고등법원에 재정신청을 할 수 있는 등(형사소송법 제260조) 고소인에게 검사의 불기소처분의 당부에 관하여 불복할 수 있는 절차를 마련한 관련 법규정의 내용, 그리고 고소인이 검사의 불기소처분에 불복하기 위한 선결조건은 형사소송법 제258조 제1항의 통지가 제대로 이행되어야 한다는 점 등을 종합하여 보면, 고소인에게 형사소송법 제258조 제1항의 처분결과 통지를 요청할 수 있는 법규상 또는 조리상 신청권이 있다고 볼 수 있다.

다만 위와 같은 해석은 검사의 처분결과 통지가 행정소송법상 처분임을 전제로 하므로 아래 (3)항에서 그 처분성을 검토하기로 한다.

(2) 상당한 기간의 경과

1) 의의

상당한 기간이란 사회통념상 당해 신청에 대한 처분을 하는데 필요한 것으로 인정되는 기간을 말한다. 상당한 기간의 판단에는 처분의 성질·내용 등이 고려되나, 업무의 폭주·인력의 미비 같은 사정은 고려되지 않는다.

2) 사안의 경우

甲이 2020. 11. 27. 乙에게 처분결과를 통지해 줄 것을 신청하였으나 乙이 2022. 5. 25. 현재까지 아무런 통지를 하지 않고 있으므로 특별한 사정이 없는 한 일단 상당한 기간이 경과되었다.

(3) 일정한 처분을 할 법률상 의무의 존재

1) 의의

일정한 처분이란 행정소송법 제2조 제1항 제1호 소정의 처분을 말한다. 그리고 법률상 의무에는 명문의 규정에 의해 인정되는 경우뿐만 아니라 법령의 해석상 인정되는 경우도 포함된다.

2) 사안의 경우

43) 대판 1999.12.7. 97누17568; 대판 2008.4.10. 2007두18611

판례는 “형사소송법 제258조 제1항의 처분결과 통지는 불기소결정에 대한 항고기간의 기산점이 되며, 형사소송법 제259조의 공소불제기이유고지 제도는 고소인 등으로 하여금 항고 등으로 불복할지 여부를 결정하는 데 도움을 주도록 하기 위한 것이므로, 이러한 통지 내지 고지는 불기소결정이라는 검사의 처분이 있는 후 그에 대한 불복과 관련한 절차일 뿐 별도의 독립한 처분이 된다고는 볼 수 없다. 만약 검사가 형사소송법 제258조 제1항의 처분결과 통지 의무를 이행하지 않은 경우에는 항고기간이 진행하지 않는 효과가 발생하고, 형사소송법 제259조의 공소불제기이유고지 의무를 이행하지 않은 경우에는 고소인 등이 검사의 불기소결정의 이유를 알 수 없어 그에 대한 불복 여부를 결정하는 데 장애를 초래할 수 있게 되므로, 고소인 등이 검찰청법 제10조 제6항에 따라 ‘자신에게 책임이 없는 사유로 정하여진 기간 내에 항고를 제기하지 못하여’ 그 사유가 해소된 때부터 항고기간이 진행하게 될 여지가 있게 될 뿐이다.”⁴⁴⁾라고 하여 검사의 처분결과 통지의 처분성을 부인한다. 위와 같은 판례의 태도에 따르면, 검사 乙의 처분결과 통지의무는 형사소송법이나 검찰청법에 따른 의무이기는 하나 행정소송에서 행정청의 부작위를 위법하게 하는 요건인 “일정한 처분을 할 법률상 의무”를 위반했다고 볼 수 없다.

(4) 행정청이 아무런 처분도 하지 않았을 것

1) 의의

행정청이 인용처분을 하거나 거부처분을 하였다면 부작위라 할 수 없다. 법령이 일정한 상태에서 부작위를 거부처분으로 보는 규정을 둔 경우에는 부작위에 해당하지 않으므로 거부처분에 대하여 취소소송을 제기하여야 한다. 부작위위법확인소송계속중 거부처분이 있게 되면 부작위위법확인소송의 소의 이익은 상실되고 원고는 거부처분취소소송으로 소의 변경을 신청할 수 있다.

2) 사안의 경우

甲의 신청은 형사소송법 제258조 제1항의 ‘처분결과 통지’ 의무의 이행을 요구하는 내용이고, 이러한 처분결과 통지는 사실행위로서 그 자체가 별도의 독립한 처분이 된다고 볼 수는 없다. 따라서 甲의 신청에 대한 乙의 부작위는 행정소송법상 부작위위법확인소송의 대상인 ‘처분의 부작위’에 해당하지 않는다.

IV. 설문의 해결

검사의 처분결과 통지는 불기소결정이라는 검사의 처분이 있은후 그에 대한 불복과 관련한 절차일 뿐 별도의 독립한 처분이 된다고는 볼 수 없고 사실행위에 불과하다. 따라서 乙이 甲의 신청에 대해 무응답한 것은 항고소송의 대상인 처분을 부작위한 것이 아니므로 행정소송법상 위법한 부작위라고 할 수 없다.

44) 대판 2018.9.28. 2017두47465

甲이 경기도 화성에 소재한 준농림지역인 토지상에 건축물을 신축하고자 화성시장 乙에게 건축허가 신청을 하였다. 그러나 때마침 수도권 등 중부지방에 쏟아진 100년 만의 폭우로 농가에 많은 침수 피해가 발생하자 乙은 甲에게 “침수가 우려되는 지역에 건축하려는 건축물로서 지하층에 일부 주거공간이 계획되어 있어 건축법 제11조 제4항에 따른 신중한 검토가 필요하다. 빠른 시일 내에 처리할 수 있도록 노력하겠다.”는 내용의 통지를 하였다. 그 후 3개월이 지나도록 乙이 아무런 처분을 하지 않자, 甲은 위와 같은 부작위는 위법하므로 그 확인을 구한다며 부작위위법확인소송을 제기하였다. 甲은 이 소송에서 승소하면 건축허가를 받을 수 있는가?

<참고조문>

건축법 제11조(건축허가) ④ 허가권자는 제1항에 따른 건축허가를 하고자 하는 때에 「건축기본법」 제25조에 따른 한국건축규정의 준수 여부를 확인하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 이 법이나 다른 법률에도 불구하고 건축위원회의 심의를 거쳐 건축허가를 하지 아니할 수 있다.

1. (생략)
2. 상습적으로 침수되거나 침수가 우려되는 지역에 건축하려는 건축물에 대하여 지하층 등 일부 공간을 주거용으로 사용하거나 거실을 설치하는 것이 부적합하다고 인정되는 경우

I. 문제의 소재

우리 행정소송법은 의무이행소송을 인정하고 있지 않은 대신, 부작위위법확인소송의 판결의 기속력으로서의 재처분의무와 간접강제를 인정함으로써 그 실효성을 보장하고 있다.

甲이 건축허가결정이 지연되어 부작위위법확인소송에서 승소판결을 받으면 그 판결의 효력으로서 재처분의무와 간접강제를 통하여 건축허가를 받을 수 있는지 문제된다.

II. 판결의 기속력

기속력은 행정청에 대한 효력으로서, 행정청이 판결이유에서 위법이라고 한 점을 제거해야 하는 의무를 지게 된다. 취소판결의 기속력은 부작위위법확인소송에 준용되고 있다(행정소송법 제30조, 제38조 제2항).

기속력의 주관적 범위는 당사자인 행정청 기타의 관계행정청에 미치며, 그 객관적 범위는 판결의 주문뿐만 아니라 그 전제로 된 요건사실의 인정과 효력의 판단에도 미친다.

기속력은 행정소송의 판결의 실효성확보를 위하여 특별히 인정된 효력이라 할 수 있으므로, 그 기속력에 반하는 처분은 그 하자가 중대·명백하여 당연무효이다.

III. 부작위위법확인판결의 재처분의무

1. 문제점

부작위위법확인판결이 확정되면 당해 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다(제30조 제2항, 제38조 제2항). 따라서 당사자가 처분을 받기 위해 신청을 다시 할 필요는 없다.

여기에서 작위위법확인소송에서 인용판결의 기속력으로서의 재처분의무가 행정청의 응답의 무인지, 신청에 따른 특정한 내용의 처분의무인지 문제된다.

2. 학설

(1) 형식적 응답의무설

법원의 심판대상은 부작위의 위법 여부를 확인하는데 그칠 뿐 행정청이 할 처분의 내용까지 심리판단할 수 없다는 절차적 심리설 입장에서의 견해이다

부작위위법확인소송의 소송물은 부작위의 위법이므로 판결의 기속력은 행정청에게 응답의무가 있다는 점에만 미친다고 한다. 따라서 부작위상태를 해소하기만 하면 되므로 이전 신청에 대한 거부처분을 하여도 기속력에 반하지 않는다고 본다.

(2) 실체적 특정처분의무설

부작위위법확인소송의 심리는 부작위의 위법여부만이 아니라 신청의 실체적 내용도 이유 있는지를 심리하여 행정청의 처리방향까지 제시하여야 한다는 실체적 심리설 입장에서의 견해이다.

기속행위의 경우에는 행정청이 해당처분을 하여야 할 의무가 있음에도 불구하고 이를 행하지 않는 부작위가 위법하다고 판시하여 판결의 기속력에 따라 신청에 따른 처분을 하도록 해야 하고, 재량행위의 경우에는 재량하자로 인한 부작위의 위법성이 인정될 경우에는 이를 적시하여 판결의 기속력에 따라 재량하자가 없는 처분을 하도록 해야 한다고 한다.

(2) 판례

판례는 “부작위위법확인소의 소는 부작위의 위법함을 확인함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 내지 무응답이라고 하는 소극적인 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 하는 것이고, 나아가 당해 판결의 구속력에 의하여 행정청에게 처분등을 하게 하고, 다시 당해 처분등에 대하여 불복이 있는 때에는 그 처분등을 다투게 함으로써 최종적으로는 국민의 권리이익을 보호하려는 제도이다.”⁴⁵⁾라고 판시하여 형식적 응답의무설을 취하고 있다고 볼 수 있다.

(3) 검토

통설과 판례의 입장인 형식적 응답의무설에 의하면 행정청은 ‘판결의 내용’을 존중하면 되는 것이고, 반드시 신청한 내용대로 처분을 하여야 하는 것은 아니다. 그러나 거부처분 등 부작위의 상태만 해소하면 된다는 형식논리적 해석은 거부 등의 처분이 없는 상태에서 택할 수밖에 없는 소송형태인 부작위위법확인소송의 권리구제기능을 무력화시키는 것이며, “판결의 취지에 따라 원래의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.”는 행정소송법 제30조 제2항의 취지에도 맞지 않는다고 할 것이다.

신청한 내용이 기속행위인 경우에는 행정청은 선택의 여지가 없으므로 재처분의무에 따라 신청내용의 처분을 하여야 할 것이다. 그러나 신청한 내용이 재량행위인 경우에는, 신청한 내용의 특정처분을 해야 하는 의무이행판결과 달리 재량권의 범위 내에서 거부처분 등 부작위해소를 위한 다양한 선택의 재량행사가 가능하다고 본다.

45) 대판 1992.7.28. 91누7361

<참고> 절차적 심리설 입장에서의 기재

절차적 심리설을 비판하는 측에서는 처분의 발급여부 및 발급될 처분의 내용을 전적으로 행정청의 재량에 맡기는 입장으로서 이는 국민의 권리보호에 역행한다고 하나, 행정소송법상 부작위위법확인소송의 정의규정과 소송물(부작위의 위법성)에 비추어 절차적 심리설이 타당하다.

따라서 부작위위법확인소송의 소송물은 부작위의 위법이므로 판결의 기속력은 행정청에게 응답의무가 있다는 점에만 미친다.

IV. 간접강제

행정청이 판결의 취지에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 하지 아니하거나, 재처분을 하였더라도 그것이 종전의 부작위에 대한 위법의 확정판결의 기속력에 반하는 등으로 당연 무효인 경우 간접강제를 신청할 수 있다.

제1심 수소법원은 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 상당한 기간을 정하고 행정청이 그 기간 내에 이행하지 아니하는 때에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상을 할 것을 명할 수 있다(행정소송법 제34조 제1항, 제38조 제2항). 이 배상금은 처분의무를 간접적으로 강제하기 위한 금액이며 손해배상금이 아니므로 신청인이 입은 손해와는 무관하게 법원이 제반사정을 고려하여 재량으로 결정한다.

행정청은 본래의 신청했던 취지의 처분을 해야 하는 것은 아니고 판결취지에 따른 새로운 처분을 하는 것으로 족하므로 간접강제결정으로 구체적인 처분의 내용을 특정할 것은 아니다. 그러나 재처분의무의 의미에 관한 형식적 응답의무설과 실체적 특정처분의무설의 입장에서 보는 바와 같이 간접강제에 따른 행정청의 재처분의 의미도 다르다고 할 것이다.

V. 문제의 해결

판결의 기속력에 의하여 행정청에게는 甲의 신청에 대한 재처분의무가 발생한다. 그럼에도 불구하고 乙이 건축위원회의 심의 등 절차를 거친후 건축허가결정을 하지 아니하는 등 무응답으로 일관하는 경우에는 이러한 행위는 당연무효가 되므로, 갑은 제1심 수소법원에 간접강제를 신청할 수 있다.

그런데 甲이 건축하려는 지역이 건축법 제11조 제4항의 ‘상습적으로 침수되거나 침수가 우려되는 지역’이라면 지하층에 일부 공간을 주거용으로 계획하는 한 건축위원회의 심의를 거쳐 건축불허가처분이 내려질 수도 있다.

채석업자 丙은 P산지(山地)에서 토석채취를 하기 위하여 관할행정청인 군수 乙에게 토석채취허가신청을 하였다. 乙은 丙의 신청서류를 검토한 후 적정하다고 판단하여 토석채취허가('이하 '이 사건 처분'이라 한다.)를 하였다. 한편, P산지 내에는 과수원을 운영하여 거기에서 재배된 과일로 만든 잼 등을 제조·판매하는 영농법인 甲이 있는데, 그곳에서 제조하는 잼 등은 청정지역에서 재배하여 품질 좋은 제품이라는 명성을 얻어 인기리에 판매되고 있다. 그런데, 甲은 과수원 인근에서 토석채취가 이루어지면 비산먼지 등으로 인하여 과수원에 악영향을 미친다고 판단하여, 이 사건 처분의 취소를 구하는 소를 제기하였다. 다음 물음에 답하시오. (총50점)

(1) 위 취소소송에서 甲의 원고적격은 인정될 수 있는가? (20점)

(2) 위 사안에서 丙이 토석채취허가신청을 하였으나, 이 사건 처분을 하기 전이라면, 甲은 乙이 이 사건 처분을 하여서는 안된다는 소의 제기가 허용되는가? (30점)

<공인노무사 2022>

I. 설문 (1) - 甲의 원고적격

1. 문제의 소재

甲의 원고적격이 인정되는지 여부는 행정소송법 제12조 제1문이 규정하는 법률상 이익을 갖는가와 관련된다. 특히 토석채취허가처분이 취소됨으로 인하여 인접한 과수원을 경영하는 법인이 비산먼지 등으로 인한 피해를 입을 우려에서 벗어나는 것과 같은 이익이 토석채취허가처분의 근거법률 등에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 될 것인지가 핵심이다.⁴⁶⁾

2. 문제해결의 전제

(1) 甲이 제기한 취소소송의 성격

‘이웃소송’이란 이웃하는 자들 사이에서 특정인에게 주어지는 수익적 행위가 타인에게는 법률상 불이익을 가져오는 경우에 그 타인이 자기의 법률상 이익의 침해를 주장하면서 다투는 것을 말한다. 주로 환경관련 사건, 건축관련 사건에서 제기되는 소송유형이다.

甲은 과수원 인근에서 토석채취가 이루어지면 비산먼지 등으로 인하여 과수원에 악영향을 미친다고 판단하여 소를 제기한 것이므로 설문은 이웃소송의 사례이다.

(2) 영농법인 甲의 당사자능력

당사자능력이란 소송상 당사자인 원고·피고 또는 참가인이 될 수 있는 소송법상의 능력 또는 자격을 말한다. 민법 기타 법률에 의하여 권리능력을 가진 자(자연인·법인)는 당사자능력을 갖는다(행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제51조).

영농법인 甲은 사안의 취소소송을 제기할 당사자능력을 갖는다. 다만 甲이 해당 사건에서

46) 설문에서 토석채취허가의 근거법령인 산지관리법이 소개되어 있지 않고, 토석채취허가의 다른 관련법규도 없으며, 환경영향평가 대상지역이라는 전제도 없어 사안포섭에 한계가 있다. 실제로 토석채취허가 사건에서 이웃하는 자(☞ 사찰; 대판 2007.6.15. 2005두9736)의 원고적격을 인정한 사례도 있다. 그러나 산지관리법의 목적, 토석채취허가의 제한사유, 허가기준을 고려하고, P산지(山地) 내에서 토사채취 허가지와 과수원의 위치, 주위의 상황(설문에는 정보가 없음)에 따라서는 영농법인 甲의 원고적격이 부인될 수도 있다.

원고적격을 갖는지는 별도의 검토가 필요하다.

3. 원고적격

(1) 원고적격의 의미

취소소송에서 원고적격이란 구체적인 처분에 대하여 누가 원고로서 취소소송을 제기하여 본안판결을 받을 자격이 있는가의 문제를 말한다. 행정소송법 제12조는 「처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자」가 취소소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 당사자가 아니더라도 처분 등의 취소를 구할 법률상 이익이 인정되는 자는 취소소송을 제기할 수 있다.

(2) 행정소송법 제12조 1문의 ‘법률상 이익’의 의미

행정소송법 제12조의 ‘법률상 이익’이 무엇을 의미하는지에 대해서 취소소송의 기능과 관련하여 견해가 나누어져 있다.

1) 학설

취소소송의 본질(기능)에 관해 ① 위법한 처분으로 야기된 개인의 권리의 회복에 있다고 보는 권리구제설, ② 위법한 처분으로 권리뿐만 아니라 법에 의해 보호되는 이익을 침해당한 자도 처분을 다룰 수 있다는 법률상 보호이익설, ③ 실질적으로 보호가치 있는 이익(법률상 보호되는 이익+사실상의 이익)이 침해된 자는 소송을 제기할 수 있다는 보호가치 있는 이익설, ④ 당해 처분을 다룸에 있어 가장 적합한 이해관계를 가진 자가 원고적격을 갖는다는 적법성보장설이 있다.

2) 판례

구체적으로 어떠한 경우가 법률상 이익이 있는 경우에 해당하는지 여부는 근거법률의 내용과 구체적 사안에 따라 판단하여야 할 것이나, 대법원은 “행정소송법 제12조에서 말하는 ‘법률상 이익’이란 당해 행정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 말하고, 당해 행정처분과 관련하여 간접적이거나 사실적·경제적 이해관계를 가지는 데 불과한 경우는 여기에 포함되지 않으나, 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라고 하더라도 당해 행정처분으로 인하여 법률상 보호되는 이익을 침해당한 경우에는 취소소송을 제기하여 그 당부의 판단을 받을 자격이 있다.”⁴⁷⁾라고 판시하여, 대체로 법률상 보호이익설을 취하고 있다고 평가된다.

3) 검토

현행 행정소송법이 항고소송의 주된 기능을 권익구제로 보고 주관소송으로 규정하고 있으므로, 현행 행정소송법의 해석론으로는 법률상 보호이익설이 타당하다. 법률상 보호이익설에 의하면, 처분 등으로 인하여 권리뿐만 아니라 법률에 의하여 보호되는 이익을 침해받은 자도 원고적격을 가지게 된다.

여기에서 말하는 법률상 보호이익이란 당해 처분의 근거법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 말하고, 당해 처분과 관련된 간접적이거나 사실적·경제적인 이익은 해당하지 않는다. 다만, 당해 처분의 근거법률이 공익 또는 공공의 이익을 보호하는 것을 주된 목적으로 하더라도 사익도 동시에 보호하는 것으로 해석되는 경우에는 취소를 구할 법률상 이익의 이익이 있는 것으로 파악하여 원고적격이 인정된다.

(2) 법률상 이익의 판단근거 (법률의 범위)

법률상 보호이익설을 취할 경우 그 법률의 범위를 어떻게 이해하는지에 따라 법률상 이익의

47) 대판 2010.5.13. 2009두19168

범위가 달라지게 된다.

1) 학설

법률상 이익에 대하여 ① 당해 처분의 근거가 되는 법률에 의하여 보호되는 이익이라는 설과 ② 당해 처분의 근거가 되는 법률 이외의 법률에 의하여 보호되는 이익도 포함된다는 설로 나뉜다. 그리고 전자는 다시 ㉠ 당해 처분의 근거가 되는 실체법규에 의하여 보호되는 이익이라는 설, ㉡ 당해 처분의 근거가 되는 실체법규 및 절차법규에 의하여 보호되는 이익이라는 설, ㉢ 당해 처분의 근거가 되는 법률의 목적, 각 조문의 전체 취지에 의하여 보호되는 이익이라는 설로 나뉘며, 후자는 다시 ㉣ 헌법 규정에 의해 보호되는 이익도 포함된다는 설, ㉤ 다른 실정법에 의하여 보호되는 이익도 포함된다는 설, ㉥ 관습법 및 조리 등 법체계 전체에 비추어 보호되는 이익도 포함된다는 설로 나뉜다.

2) 판례

대법원은 처분의 근거법규의 범위를 확대하여 원고적격을 넓혀가고 있는 것으로 보이는데, “당해 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 법률상 이익은 당해 처분의 근거 법규의 명문 규정에 의하여 보호받는 법률상 이익, 당해 처분의 근거 법규에 의하여 보호되지 아니하나 당해 처분의 행정목적 달성을 위한 일련의 단계적인 관련 처분들의 근거 법규에 의하여 명시적으로 보호받는 법률상 이익, 당해 처분의 근거 법규 또는 관련 법규에서 명시적으로 당해 이익을 보호하는 명문의 규정이 없더라도 근거 법규 및 관련 법규의 합리적 해석상 그 법규에서 행정청을 제약하는 이유가 순수한 공익의 보호만이 아닌 개별적·직접적·구체적 이익을 보호하는 취지가 포함되어 있다고 해석되는 경우까지를 말한다.”⁴⁸⁾라고 판시한다. 즉 판례는 처분의 직접적인 근거규정뿐만 아니라 처분시에 준용되는 규정을 근거법률에 포함시키거나, 관계법률의 취지를 목적론적으로 해석하거나, 처분을 할 때 적용되는 절차법 규정의 취지에 비추어서도 법률상 이익을 인정하는 등 법률상 이익의 판단근거가 되는 법률의 범위를 확대하는 경향이 있다. 그 밖에 헌법상 기본권을 동원하기도 한다.

다만, 판례는 처분의 근거법규나 관련법규 이외에 관습법, 조리, 법질서 전체의 취지를 고려하여 법률상 이익을 판단하고 있는 사례는 잘 보이지 아니한다. 대법원은 새만금 사건에 관한 판결에서, 헌법 제35조 제1항에서 정하고 있는 환경권에 관한 규정만으로는 그 권리의 주체·대상·내용·행사방법 등이 구체적으로 정립되어 있다고 볼 수 없고, 환경정책기본법 제6조도 그 규정 내용 등에 비추어 국민에게 구체적인 권리를 부여한 것으로 볼 수 없다는 이유로, 환경영향평가 대상지역 밖에 거주하는 주민에게 헌법상의 환경권 또는 환경정책기본법에 근거하여 공유수면매립면허처분과 농지개량사업 시행인가처분의 무효확인을 구할 원고적격이 없다고 하였다(대판 2006.3.16. 2006두330).

(3) 이웃소송에서의 원고적격

1) 판례의 일반적 태도

이웃소송에 있어서 원고적격의 판단기준은 근거법률의 사익보호성 여부이다. 그러나 입법자가 근거법률을 불충분하게 규율한다든지 또는 아예 근거법률을 규정하지 않는 경우가 간혹 발생한다. 이에 대하여 대법원은 인근주민에게 원고적격이 있는지는 당해 허가처분의 근거 법규 및 관계법규의 보호목적에 따라 결정된다고 하여 근거법률의 범위를 확대하였다. 즉, 당해 근거법규 및 관계법규가 공익뿐 아니라 인근주민의 사적 이익도 보호한다고 해석되는 경우에 인근주민에게 원고적격이 인정된다.

특히 환경상 이익을 고려한 판례의 태도를 살펴보면, ① 환경영향평가 대상지역 안의 주민

48) 대판 2015.7.23. 2012두19496

들이 대상사업과 관련하여 갖고 있는 환경상의 이익은 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익이라고 하면서 당해 허가 또는 승인처분의 취소를 구할 원고적격을 인정하며, ② 환경영향평가 대상지역 밖의 주민이라 할지라도 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있다는 점을 입증함으로써 원고적격을 인정받을 수 있다고 하였다. 그러나 환경상 기본권이 구체적 권리가 아닌 경우에는 기본권에 근거하여 원고적격을 인정할 수 없다는 입장이다.

2) 법인이 제기한 이웃소송 사건

법인도 처분으로 인하여 법률상 이익이 침해되는 경우는 원고적격이 인정될 수 있다. 그런데 판례는 사안과 유사한 사례(공유수면 매립승인처분 사건)에서, 자연인이 아닌 원고 수녀원(법인)은 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 이익을 향수할 수 있는 주체도 아니므로 처분으로 인하여 생활상의 이익이 직접적으로 침해되는 관계에 있다고 볼 수도 없고, 수녀원이 운영하는 켄 공장에 직접적이고 구체적인 재산적 피해가 발생한다거나 원고 수녀원이 폐쇄되고 이전해야 하는 등의 피해를 받거나 받을 우려가 있다는 점 등에 관한 증명도 부족하므로 처분의 무효확인을 구할 원고적격이 없다⁴⁹⁾며 부정하기도 한다. 이를 반대로 해석하면 법인의 경우도 구체적인 재산적 피해가 발생할 우려가 있는 등의 상황에서는 원고적격이 인정될 수 있다는 취지로 해석할 수 있다.

3) 토석채취허가 관련 사건

판례는 구 산림법 및 그 시행령, 시행규칙들의 규정 취지는 산림의 보호·육성, 임업생산력의 향상 및 산림의 공익기능의 증진을 도모함으로써 그와 관련된 공익을 보호하려는 데에 그치는 것이 아니라 그로 인하여 직접적이고 중대한 생활환경의 피해를 입으리라고 예상되는 토사채취 허가 등 인근 지역의 주민들이 주거·생활환경을 유지할 수 있는 개별적 이익까지도 보호하고 있다고 할 것이므로, 인근 주민들이 토사채취허가와 관련하여 가지게 되는 이익은 위와 같은 추상적, 평균적, 일반적인 이익에 그치는 것이 아니라 처분의 근거법규 등에 의하여 보호되는 직접적·구체적인 법률상 이익이라고 할 것⁵⁰⁾이라며 인근 사찰에 토사채취허가처분을 다룰 원고적격을 인정한 사례가 있다.

4. 문제의 해결

일반적으로 법인은 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 이익을 향수할 수 있는 주체가 될 수 없다. 다만 법인일지라도 일반적인 생활상 이익의 향수를 넘어 구체적이고 직접적인 권리나 이익(예 재산상의 피해)가 발생할 우려가 있다는 점이 증명된다면 원고적격을 인정함이 타당하다.

사안에서 토석채취허가의 근거법령이 보이지 않아 판단하기 어려우나, 처분의 근거법령이 산지의 보전이라는 공익뿐 아니라 토석채취허가처분이 취소됨으로 인하여 甲처럼 인접한 과수원을 경영하는 영농법인이 비산먼지 등으로 인한 재산상 피해를 입을 우려에서 벗어나는 것과 같은 사익도 직접적이고 구체적으로 보호하는 취지를 포함한다면 원고적격이 인정될 수 있음이 원칙이다.

그러나 ① 토사채취 허가지와 과수원의 위치, 주위의 상황에 비추어 토석채취가 甲의 과수원 경영에 재산상 피해 등 구체적 이익을 침해할 우려가 없거나, ② 토석채취허가처분이 취소됨으로써 甲이 얻는 이익이, 행정청이 관련법령상 토석채취허가기준에 따라 허가여부를

49) 대판 2012.6.28. 2010두2005

50) 대판 2007.6.15. 2005두9736

결정하여 산지를 합리적으로 보전하고 이용하는 데 따른 반사적 이익에 불과하다고 해석된다면 甲의 원고적격은 부인될 것이다.

II. 설문 (2) - 예방적 부작위소송

1. 문제의 소재

토석채취허가가 있기 전 단계에서 甲이 생각할 수 있는 구제방법으로는 관할 행정청이 丙에게 토석채취허가를 발령하지 못하게 하는 소송(예방적 부작위소송)을 제기하고, 보전소송으로서 가처분을 신청하는 것이다. 그런데 이러한 소송 방법이 허용될 수 있는지 문제된다.

2. 법정의 항고소송의 허용 여부와 도입논의

(1) 행정소송법 규정

행정소송법 제3조는 항고소송을 “행정청의 처분등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송”이라 하고, 제4조는 항고소송을 취소소송, 무효등확인소송, 부작위위법확인소송으로 구분하고 있다.

(2) 법정의 항고소송의 도입논의

위와 같은 항고소송 이외의 항고소송(법정의 항고소송)이 허용될 수 있는지에 관하여 다툼이 있다. 그러한 법정의 항고소송으로 현재 논의되고 있는 것은 의무이행소송과 예방적 부작위소송이다. 그 논의의 주된 쟁점은 권력분립의 관점, 국민의 권리구제의 실효성 등이다.

(3) 예방적 부작위소송과 의무이행소송의 비교

사안은 丙에 대한 토석채취허가가 임박한 경우에 甲이 그 처분의 금지를 구하는 형태의 소송인 예방적 부작위소송의 경우이다.

의무이행소송은 행정청으로 하여금 적극적인 행위를 하도록 강제할 수 있는 소송인 반면, 예방적 부작위소송은 공권력에 의한 침해가 절박한 경우에 문제되는 것으로 단순히 현상악화를 방지하고자 하는 공권력 행사에 대한 소극적 방어행위라는 점에서 의무이행소송보다 도입 필요성이 더 크다고 본다.

3. 가처분 인정 여부

가처분이란 ‘금전 이외의 특정한 급부를 목적으로 하는 청구권의 집행보전을 도모하거나 다툼이 있는 권리관계에 관하여 잠정적으로 임시의 지위를 정하는 것을 목적으로 하는 가구제도’이다.

항고소송에서 가처분의 인정가능성에 대하여 소극설, 적극설, 절충설이 대립하며 판례는 민사소송법상의 보전처분은 민사판결절차에 의하여 보호받을 수 있는 권리에 관한 것이므로, 민사집행법상의 가처분으로써 행정청의 어떠한 행정행위의 금지를 구하는 것은 허용될 수 없다고 한다.⁵¹⁾

다만, 예방적 부작위소송을 긍정하고 가처분 규정을 적용하는 긍정설에 따르면 甲은 토석채취허가가 발령되기 전에 예방적 부작위 소송을 제기하면서 처분금지를 구하는 가처분을 신청할 수 있다.

이는 예방적 부작위소송이 인정됨을 전제로 하는 것이어서, 우선 예방적 부작위소송이 인정될 것인지 여부가 선결되어야 한다.

51) 대결 1992.7.6 92마54

4. 예방적 부작위소송의 허용 여부

(1) 예방적 부작위소송의 의의

예방적 부작위소송(또는 예방적 금지소송)이란 장래 행정청이 일정한 처분을 할 것이 명백한 경우 그 처분을 하지 않을 것을 구하는 내용의 행정소송을 말한다. 소극적 형태의 의무이행소송이라 할 수 있다. 이 소송은 공권력에 의한 침해가 절박한 경우에 주로 문제되며 공권력의 행사에 대한 소극적 방어로서의 의미를 가진다.

(2) 인정 여부

1) 학설

① 소극설

이 견해는 ㉠ 이를 인정할만한 어떠한 실정법 규정도 존재하지 않는다는 점, ㉡ 행정권에 대한 사법통제는 일단 행정작용이 행하여진 이후에만 가능하며, 행정작용이 있기 전에 행정권이 의도하고 있거나 계획중인 일정한 행위를 금지시키는 것은 권력분립의 원칙과 행정청의 제1차적 판단권의 존중이라는 관점에서 허용될 수 없다고 한다.

② 제한적 허용설

이 견해는 ㉠ 우리의 실정법상 당사자소송은 이행소송을 포함하고 있는바 예방적 부작위소송도 당사자소송의 한 형태로 인정될 수 있다는 점, ㉡ 예방적 부작위소송을 행정청의 처분발동에 대한 부작위의무 및 그 권한이 없다는 확인의 판결을 구하는 확인소송으로 인정될 수 있다는 점, ㉢ 처분이 이루어질 개연성이 있고 절박하며, 처분요건이 일의적으로 정해져 있고, 미리 구제하지 않으면 회복할 수 없는 손해가 발생할 우려가 있고, 다른 구제방법이 없는 경우에는 국민의 권리구제를 위해서 허용되어야 한다는 점을 들고 있다.

2) 판례

판례는 “행정소송법상 행정청이 일정한 처분을 하지 못하도록 그 부작위를 구하는 청구는 허용되지 않는 부적법한 소송이라 할 것이므로, 피고 국민건강보험공단은 이 사건 고시를 적용하여 요양급여비용을 결정하여서는 아니된다는 내용의 원고들(대한의사협회 등)의 위 피고에 대한 이 사건 청구는 부적법하다 할 것이다.”⁵²⁾라거나 “건축건물의 준공처분을 하여서는 아니된다는 내용의 부작위를 구하는 청구는 행정소송에서 허용되지 아니하는 것이므로 부적법하다.”⁵³⁾라며 이를 인정하지 않는다.

3) 검토

예방적 부작위소송을 허용한다고 하더라도 사법권의 범위를 벗어난다거나 권력분립의 원칙에 어긋난다고 보이지는 않는다. 취소소송은 침익적 처분에 대한 사후적 권리구제 수단에 불과하고, 국민의 권리구제를 위하여 예방적 부작위소송이 필요한 경우가 있으므로 실효적인 권리구제를 위해 긍정함이 타당하다. 입법론상으로 예방적 부작위소송이나 의무이행소송 등 법정의 항고소송을 도입할 필요가 있다고 본다.

다만, 판례는 예방적 부작위소송을 행정소송법상 부적법한 소송으로 보므로, 그러한 소송을 제기할 경우 판례에 따라 각하될 가능성이 높다.

(3) 허용 요건

국민의 권리구제의 실효성을 보장하기 위하여 허용될 수 있다 하여도 남소를 방지할 필요가 있으므로 예방적 금지소송을 무한정 인정할 수 없다.

52) 대판 2006.5.25. 2003두11988

53) 대판 1987.3.24. 86누182

예방적 금지소송을 인정하더라도 ① 행정청이 장래에 위법한 처분을 할 것이 임박한 경우에 그 처분의 금지를 구할 법적 이익이 있는 자가 사후에 그 처분의 효력을 다투는 방법으로는 회복하기 어려운 중대한 손해가 발생할 것이 명백하고, ② 행정청이 장래에 위법한 처분을 할 것이 임박하여 그 처분을 하지 않도록 하는 것이 상당하다고 인정되는 경우에만 허용되는 것으로 제한될 필요가 있다.⁵⁴⁾

5. 문제의 해결

토석채취허가 전 단계에서 그 허가발령을 저지하기 위해 甲이 취할 수 있는 항고소송상 구제방법으로는 예방적 금지소송을 고려해 볼 수 있다.

그러나 관례의 입장에 따르면 甲이 “피고는 소외 丙에게 토석채취허가를 하여서는 아니 된다”라는 내용의 청구를 하는 것은 예방적 금지소송으로서 허용될 수 없다. 따라서 보전소송인 가처분도 허용되지 않는다. 다만, 실질적 권리구제 차원에서 입법론적 해결이 요청된다.

54) 행정소송법 개정안의 내용이다.

국회는 맹견에 의한 사망, 상해 등 인적 피해 사건이 자주 발생하자 2022. 4. 5. 맹견 출입금지 장소에 노인복지시설, 장애인복지시설, 어린이공원 및 어린이놀이시설을 추가해 어린이 등 사회적 약자의 맹견 물림 사고 예방과 불안감 해소에 기여하는 '동물보호법 개정안'을 통과시켰다. X시 시의회는 위 개정안에서 더 나아가 위 장소뿐 아니라 모든 공공장소에 맹견을 포함한 애완견의 출입을 금지하고 이를 위반하는 경우 500만 원 이하의 과태료를 부과하는 내용의 조례를 제정하였다.

(1) X시 관내에서 애완견을 기르는 주민 甲은 위 조례에 대하여 취소소송으로 다툴 수 있는가?

(2) 위 조례의 제정과정에서 X시 시장이 행정소송으로 통제할 수 있는 방법은?

I. 설문 (1) - 조례에 대한 항고소송

1. 문제의 소재

일반적으로 조례는 행정입법의 하나인 만큼 국민의 권리의무에 관하여 개별적·구체적으로 규율하는 것이 아니고, 장래에 불특정 다수인에게 반복적으로 적용될 수 있는 일반적·추상적 규범이어서 항고소송의 대상이 될 수 없는 것이 원칙이다. 다만 소위 '집행적 조례'가 취소소송의 대상이 되는지에 대해 견해의 대립이 있다.

2. X시 조례가 집행적 조례인지 여부

(1) 집행적 조례의 의의

일반적·추상적 규율이기는 하나 집행행위의 매개 없이 직접 수범자의 권리와 의무를 규율하는 조례를 집행적 조례라고 한다. 예를 들어 일정한 영업장소에서의 미성년자의 출입금지의무를 규정한 경우이다.

(2) 사안의 경우

X시 조례는 규율 상대방이 불특정 다수의 주민이라는 점에서 일반적 규율이고, 특정되지 않은 사건에 대한 규율이라는 점에서 추상적 규율에 해당한다. 그러나 집행행위의 매개 없이 애완견을 기르는 주민들의 행동의 자유를 직접 제한하고 있으므로 소위 집행적 조례에 해당한다.

3. 집행적 조례의 처분성 여부

(1) 학설

이에 대하여 ① 집행적 조례는 일반적·추상적 규율이고, 이에 대한 직접적 규범통제제도는 현행법상 인정되고 있지 않으므로 이들에 의하여 권리를 침해받은 국민은 항고소송이 아니라 헌법소원을 통하여 구제를 받을 수 있을 뿐이라는 견해, ② 집행적 조례도 국민의 권리·의무에 사실상 강제력을 미친다는 이유로 '그 밖에 이에 준하는 행정작용'으로서 행정소송의 대상이 될 수 있다는 견해가 대립한다.

(2) 검토

우리 행정소송법이 '그 밖에 이에 준하는 행정작용'이라는 문구를 통해 처분의 형식이 아니더라도 행정청의 대외적 작용으로서 개인의 권익에 구체적으로 영향을 미치는 작용으로 취

소송의 대상범위를 확대할 수 있는 여지를 열어놓았다는 점에서 집행적 조례의 처분성을 인정함이 타당하다.

4. 문제의 해결

X시 조례는 집행행위의 매개 없이 애완건을 기르는 주민들의 행동의 자유를 제약하고 위반 시 과태료까지 부과하는 내용이므로 집행적 조례에 해당한다. 집행적 조례도 항고소송의 대상이 된다는 견해에 따르면 이 조례를 취소소송의 대상으로 하여 다룰 수 있다.

II. 설문 (2) - 조례에 대한 기관소송

1. 문제의 소재

X시장의 개인 자격이 아니라 지방자치단체를 대표하는 기관의 자격으로서 지방의회가 의결한 조례안에 대하여 행정소송으로 다룰 수 있는 방법이 있는지 문제된다. 지방자치법상 기관소송의 가능성을 검토한다.

2. 기관소송의 의의

기관소송은 국가 또는 공공단체의 기관상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송이다(행정소송법 제3조 제4호). 다만, 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 제외한다(제3조 제4호 단서). 기관소송은 객관적 소송의 하나로서 법률이 정한 경우에 법률에 정한 자에 한하여 제기할 수 있다(행정소송법 제45조).

3. 조례안에 대한 지방자치단체장의 통제

(1) 재의 요구

지방자치단체의 장은 지방의회로부터 이송받은 「조례안」에 대하여 이의가 있으면 20일 이내에 이유를 붙여 지방의회로 환부하고, 재의를 요구할 수 있다. 이 경우 지방자치단체의 장은 조례안의 일부에 대하여 또는 조례안을 수정하여 재의를 요구할 수 없다(지방자치법 제32조 제3항). 재의요구를 받은 지방의회가 재의에 부쳐 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 조례안은 조례로서 확정된다(제4항).

(2) 대법원에의 제소

지방자치단체의 장은 지방의회에서 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단되면 재의결된 날부터 20일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 이 경우 필요하다고 인정되면 그 의결의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다(지방자치법 제192조 제4항).

위 소송은 지방자치단체장이 지방의회를 상대로 지방의회 의결의 적법성에 대하여 제기하는 소송으로서 기관소송이라는 점에 이견이 없다.

4. 문제의 해결

X시장은 X시의회가 조례안을 의결하면 먼저 이의를 붙여 재의를 요구하고, 시의회가 재의결을 하면 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단되는 경우 대법원에 조례안의 무효확인을 구하는 소를 제기하여 다룰 수 있다.

- 끝 -