

〈판례평석〉

制裁的 行政處分の 制裁期間 經過 後の 訴의 利益
—大法院(全員合議體) 1995年 10月 17日 宣告, 94누14148 判決*—

徐 元 宇**

當 事 者 : 原告, 上告人 박봉화

被告, 被上告人 서울特別市 蘆源區廳長

原審判決 : 서울高法 1994년 10월 18일 선고, 94구8596 판결

I. 事實概要

개인택시 운송사업허가를 받아 서울4하4315호 개인택시 운전업에 종사하던 원고가 1993. 6. 8. 15:14 경 서울 도봉구 송인시장 앞 시내버스정류장 부근에서 승차거부로 적발되어, 自動車運輸事業法 제31조, 自動車運輸法제31조 등의規定에 의한事業免許의取消등의處分에 관한規則 제3조 제2항 및 別表 2에 의하여 1993. 11. 15.부터 15일간 運行을 停止하고, 自動車運輸事業法 제33조의 4, 같은 법 시행규칙 제30조의 10 제1항 및 別表 3에 의하여 原告의 택시운전자격을 10일간 停止한다는 내용의 制裁處分을 받은 바 있다.

原告는 위 制裁處分에 불복하여 取消訴訟을 제기하였던바, 原審의 辯論終結日인 1994. 9. 6. 현재 이 사건 處分의 效力 또는 執行이 정지되었다고 볼 아무런 자료 없이 위 각 制裁期間이 경과함에 이르렀다.

原審은 關係證據에 의거하여 原告가 승차거부한 사실을 인정한 다음, 이 사건 制裁處分이 적법하다고 판단하는 한편, 制裁處分의 期間經過 후에는 그 處分이 외형상 잔존함으로써 인하여 어떠한 利益이 침해되고 있다고 볼 만한 별다른 사정이 없는 한, 그 處分의 取消을 구할 法律上的 利益이 없다고 판시하여 訴를 棄却하였다. 이에 대하여 採證法則違背로 인한 事實誤認의 위법이 있다는 이유로 상고한 사건이다.

* 법원공보 1995년 3544면.

** 서울대학교 법과대학 교수

II. 爭 點

(1) 制裁期間의 경과 후에도 그 處分의 前歴이 장래 同種處分을 받을 경우에 情狀으로 고려된다던가 또는 장래 불이익을 받을 우려가 있는 경우가 行政訴訟法 제12조 제2문이 규정하는 「法律上的 利益」 있는 경우에 해당하는지의 여부.

(2) 制裁處分의 加重要件에 관하여 部令인 施行規則 또는 地方自治團體의 規則 등의 형식에 의하여 규정하고 있는 경우, 同規則 등의 法的 性質 및 效力 如何.

III. 大法院判決要旨

1. 多數意見

(윤관, 박만호, 안용득, 이돈희, 김형선, 신정택, 이임수 대법관 등 7인)

(1) 항고소송에 있어서 訴의 利益이 인정되기 위해서는 「法律上的 利益」이 있어야 하는 바, 그 法律上的 利益의 개념에 관해서는 「당해 처분의 근거법률에 의하여 보호되는 直接的이고 具體的인 利益이 있는 경우를 말하고 間接的이거나 事實的, 經濟的 利害關係를 가지는 데 불과한 경우는 여기에 해당하지 아니한다」고 大法院의 이제까지의 판례의 입장을 유지한다.

(2) 「制裁의 行政處分에 있어서 그 제재기간이 경과한 후에도 그 처분의 효력을 다룰 소의 이익이 있는지 여부에 관하여, 일반적으로 行政處分에 效力期間이 정하여져 있는 경우, 그 처분의 효력 또는 집행이 정지된 바 없다면, 위 기간의 경과로 그 행정처분의 효력은 상실되므로 그 기간경과 후에는 그 처분이 외형상 잔존함으로 인하여 어떠한 법률상 이익이 침해되고 있다고 볼 만한 별다른 사정이 없는 한, 그 처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다」(대법원 1966. 12. 20. 선고, 65누92 판결; 1978. 5. 23. 선고, 78누72 판결; 1982. 3. 9. 선고, 81누326 판결; 1982. 6. 8. 선고, 82누25 판결; 1986. 7. 8. 선고, 86누281 판결; 1988. 3. 22. 선고, 87누1230 판결; 1989. 11. 14. 선고, 89누4833 판결, 1991. 4. 26. 선고, 91누179 판결; 1995. 7. 14. 선고, 95누4087 판결 등).

(3) 「規定형식상 部令인 施行規則 또는 地方自治團體의 規則으로 정한 行政處分의 基準은 행정처분 등에 관한 事務處理基準과 處分節次 등 行政廳內의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과하므로 행정조직 내부에 있어서의 行政命令의 성격을 지닐 뿐 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 없고, 그 처분이 위 규칙에 위배되는 것이라 하더라도 違法的 문제는 생기지 아니하고, 또 위 규칙에서 정한 基準에 적합하다 하여 바로 그 처분이 적법한 것이라고도 할 수 없으며, 그 처분의 적법 여부는 위 규칙에 적합한지의 여부에 따

라 판단할 것이 아니고 關係法令의 規定 및 그 趣旨에 적합한 것인지의 여부에 따라 개별적·구체적으로 판단하여야 한다」고 하는 대법원의 主流的 判例의 입장을 유지한다.

(4) 「行政命令에 불과한 각종 규칙상의 行政處分基準에 관한 규정에서 違反回數에 따라 加重處分하도록 되어 있다고 하더라도 法律上の 利益이 있는 것으로 볼 수 없다」(대법원 1982. 3. 23. 선고, 81누243 판결; 1988. 5. 24. 선고, 87누944 판결; 1992. 7. 10. 선고, 92누3625 판결; 1993. 9. 14. 선고, 93누4755 판결; 1995. 7. 14. 선고, 95누4087 판결 등).

2. 少數意見

(김석주, 천경승, 정귀호, 박준서, 지창권, 이용훈 대법관 등 6인)

(1) 「과거에 制裁의 行政處分을 받은 前歷이 장래 同種의 행정처분을 받게 될 경우에 情狀關係의 한 요소로 참작되는 것에 불과하다면 그 장래 받게 될 行政처분에 미치는 영향의 유무 및 정도가 명확하다고 할 수는 없으므로 이는 단순한 事實上の 不利益을 받는 것에 불과할 뿐 이를 法律上の 不利益이라고 할 수는 없을 것이다. 그러나 制裁的 行政處分을 받은 前歷이 장래 동종의 처분을 받을 경우에 加重要件으로 法令에 규정된 것은 아니더라도 部令인 施行規則 또는 地方自治團體의 규칙 등으로 되어 있다면 사정은 이와 다르다고 할 것이다.

일반적으로 규칙 등의 형식에 의하여 제재적 행정처분의 회수에 따라 가중처분하도록 基準을 마련하는 것은 소관 행정기관이나 담당공무원으로 하여금 당해 처분의 근거법률에 의한 직무권한을 행사함에 있어서 자의적이거나 편의적인 요소를 배제하고 공정하고 통일된 업무처리를 하도록 하고, 국민에게도 이를 미리 알려주기 위한 것으로 여겨진다.

이와 같은 制裁的 行政處分の 基準이 法令에 근거한 規則의 형식을 취하고 있는 이상, 위 규칙은 소관청이나 담당공무원에게 이를 준수할 의무를 부여하는 것이기 때문에 이들이 그 규칙이 정한 바에 따라 행정작용을 할 것이 당연히 예견되고, 그 결과 행정작용의 상대방인 국민은 그 규칙의 영향을 받을 수밖에 없다.

(2) 따라서 가중요건을 내용으로 한 규칙에 따라 실제로 가중된 제재처분을 받은 경우는 물론, 그 가중요건의 존재로 인하여 장래 가중된 제재처분을 받을 위험이 있는 경우, 先行의 제재처분을 받은 당사자가 그 처분의 존재로 인하여 받았거나 장래에 받을 불이익은 直接的이고 具體的이며 現實的인 것으로서 결코 間接的이거나 事實的인 것이라고 할 수는 없다고 할 것이고, 따라서 그 처분을 당한 국민에게는 그 처분의 취소소송을 통하여 불이익을 제거할 현실적 필요성이 존재하는 것이라 할 것이다.

「制裁的 行政處分の 基準을 정하고 있는 규칙이 일반국민이나 법원을 구속하는 효력이 없다고 하여 논리필연적으로 그 가중요건에 따라 현실적으로 받은 가중적 제재처분이나

장래 그러한 처분을 받게 될 위험이 事實上의 不利益에 불과하다고 단정할 것은 아니라고 할 것이다.

(3) 가중요전에 따라 가중된 처분을 하였더라도 법원은 이에 구속됨이 없이 근거법률의 규정 및 취지에 따라 그 「가중된 제재처분의 適法 與否를 심리판단할 때에 先行處分의 사실관계 등을 다룰 수 있는 여지가 남아 있다고 하더라도 가중요건의 적용 이전에 이를 회피하기 위하여 직접 선행처분의 위법을 다루는 爭송방법을 막을 필요는 없는 것이고, 또 이와 같은 소송을 허용하는 것이 제반자료가 일실되기 전에 소송을 할 수 있는 이점이 있고, 분쟁을 조속히 해결하여 국민생활의 안정을 도모하는 길이 될 것이다.

(4) 「행정소송법 제12조 후문이 규정하는 『처분의 취소로 인하여 회복되는 법률상의 이익』의 유무는 원래 항고소송의 목적·기능을 어떻게 이해하며, 국민의 권익신장을 위하여 어느 범위에서 재판청구권의 행사를 허용할 것인가의 문제와 관련된 것으로서 이를 위조항에 대한 一義的·文理的·形式的 解釋에 의하여 판별할 수는 없고, 구체적인 사안별로 關係法令의 規定 및 그 趣旨를 살펴서 현실적으로 權利保護의 實益이 있느냐를 기준으로 판단되어야 할 것인바,…… 제재기간이 정하여져 있는 制裁的 行政處分에 있어서는 그 처분의 前歷을 내용으로 한 가중요건이 規則으로 규정되어 있는 경우에도 제재기간이 지난 후에 그 처분의 취소를 구할 實質的 利益이 있다고 보아야 할 것이다.

(5) 「訴의 利益의 범위를 확대하여 국민의 권리구제기회를 확대하려는 시도는 권리보호 범위의 확대경향과 또한 그에 대한 수요가 상존하고 있는 현대사회의 상황에 맞는 적절한 태도로서 계속 유지되어야 할 것이다.」

(6) 「다수의견에서 폐기하기로 하는 대법원 1993. 9. 14. 선고, 93누12572 판결 및 1993. 12. 21. 선고, 93누21255 판결은 이를 유지하고 오히려 다수의견이 유지하기로 한 다른 판결들을 폐기하여야 할 것이다.」

IV. 評 釋

1. 概說—訴의 利益의 개념

행정청의 행위가 處分性을 가지며 原告適格이 있더라도 당해 처분을 현실적으로 취소하여 줄 것을 요구할 만한 필요성이 없으면 訴는 却下되거니와, 이것은 處分性, 原告適格을 제외한 狹義의 訴의 利益, 혹은 단순히 訴의 利益이라 불리는 문제라 할 수 있다. 現行 行政訴訟法 제12조는 제1문에서 取消訴訟의 原告適格에 관한 규율을 함과 동시에 제2문에서는 「처분 등의 효과가 기간의 경과, 처분 등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분 등의 취소로 인하여 회복되는 法律上의 利益이 있는 자의 경우에도 또한 같다」라고 하여 이미 효력을 상실한 처분일지라도 일정한 경우에는 權利保護의 必要를 인정

하여 그에 대한 取消訴訟에 있어서의 訴의 利益을 인정하고 있다. 이 개념은 原告適格의 문제가 처분에 의하여 原告가 어떠한 利益이 침해되며, 그의 取消에 의하여 原告가 어떠한 利益을 얻게 되는가라고 하는 利益의 品質에 착안한 主觀的 側面에서의 고찰인 데 대하여 이러한 訴의 利益의 문제는 具體的 周圍의 狀況으로 보아 訴를 제기하거나 혹은 유지할 이익이 있는가 어떤가라고 하는 利益의 存續에 착안한 客觀的 側面에서 고찰된 이익에 관한 것이라 할 수 있다. 그리하여 處分 후의 事實변경에 의하여 처분의 본래적 효과가 소멸하거나, 또는 그 실질적 존재의의가 소멸되었다고 생각되는 경우에도 아직 그 取消을 구할 수 있을 것인가라는 문제가 그 전형적인 경우라 할 수 있다.

그러나 「原告適格性」과 「處分 후의 事實변경 아래에서의 訴의 利益」은 말하자면 「야누스의 두 개의 얼굴」이며, 완전히 분리할 수는 없다. 「처분 후의 事實변경 아래에서의 訴의 利益」의 문제는 그것을 다시금 主觀的 側面으로부터 재과약하여 처분(의 효력이 소멸된) 후에도 取消에 의하여 原告가 어떠한 品質의 利益을 얻게 되는가라고 하는 「原告適格性」의 문제의 일부분으로서 고찰할 수 있는 것으로 생각되어진다. 따라서 行政訴訟法 제12조가 같은 條文 속에서 兩者를 함께 규정한 것이나, 혹은 訴의 利益에 관한 判例를 「原告適格의 喪失」이라는 표현 등으로 나타내는 것도, 原告適格과 訴의 利益이 具體的인 경우에 그 구별이 반드시 쉽지 않다는 것 등을 감안할 때, 반드시 不適當하다고만은 할 수 없는 것이 아닌가 생각된다.⁽¹⁾

그러나 行政訴訟法 제12조가 같은 條文에서 규정하고 있는 이상과 같은 의미의 原告適格의 문제와 訴의 利益의 그것이 그 성질을 달리하는 것임은 명확히 인식할 필요가 있으며, 따라서 이러한 異質性을 전제로 하여 양자가 다같이 「法律上の 利益」의 존재를 訴提起의 요건으로 하는 경우에 있어서도 그에 대한 解釋上의 差異에 관해서는 關係法規의 目的·趣旨와 具體的 事案 등과 관련하여 보다 柔軟性 있게 다루어져야 할 것으로 생각된다.

2. 行政訴訟法 제12조의 立法趣旨

(1) 原告適格과 訴의 利益에 관하여 實定法으로 규정하게 된 現行 行政訴訟法 이전의 舊法下에서는 이들 訴訟要件에 관해서는 理論上 당연한 것으로 보고 明文의 규정을 두고 있지 아니하였다. 그러나 우리 法院은 原告適格에 관해서뿐만 아니라, 특히 처분소멸 후의

(1) 이 점에 관하여 金南辰 교수는 「兩者가 구별되는 것임에도 불구하고 行政訴訟法이 그 양자를 『原告適格』이라는 제목 아래 하나의 條文에서 규정하고 있는 동시에, 양자에 대하여 다같이 『法律上の 利益』이라는 용어를 사용하고 있는 점에 문제가 있다. 또한 處分の 소멸 이후에는 取消의 대상이 존재하지 않음에도 불구하고, 行政訴訟法이 『取消로 인하여 회복되는……』 식으로 규정하고 있는 것 역시 적절한 표현으로 보기 어렵다」고 비판하고 있다(行政法 I, 1995, 694면. 同旨, 金裕煥, 『取消訴訟에 있어서의 權利保護의 必要 — 行政訴訟法 제12조 제2문의 規定과 관련하여 —』, 考試研究 1995/11, 61면).

「權利保護의 必要」의 판단에 있어서는 대체로 인색한 태도를 취해 왔던 것이 사실이었으며,⁽²⁾ 이러한 判例의 태도에 대해서는 대체적으로 學說은 비판적인 시각을 가지고 있었다.

그런데 行政訴訟法 제12조가 原告適格과 訴의 利益에 관해 明文으로 규정함에 있어서도 그 理由는 각각 다른 것이라 할 수 있다. 먼저 原告適格에 관한 규정은 行政訴訟法에서는 行政事件으로 抗告訴訟 이외에 民衆訴訟과 機關訴訟을 규정하고 있기 때문에 이들 客觀的 訴訟의 성질을 가지는 訴訟과의 혼동이 생기는 것을 피하고, 主觀的 訴訟인 取消訴訟에는 原告適格이 필요하다는 것을 명확히 하기 위한 것이었으며, 그에 관한 종래의 判例·理論을 변경함이 없이 明文化한 것이었다. 이에 대해 訴의 利益에 관한 규정은 處分의 효력이 없어진 뒤에도 訴의 利益을 긍정할 여지가 있는가 어떤가에 관한 學說·判例가 나누어져 있었으나 訴의 利益을 넓게 인정하는 입장을 취하기 위해 明文化한 것이었다.

다만 이와 같이 처분의 효력소멸 후에도 訴의 利益이 인정될 여지가 있음이 明文化되었다고 하더라도, 거기서 말하는 회복될 「法律上の 利益」의 의미에 관해서는 법 자체가 명확히 하지 않고 있으므로 오늘날에 이르기까지 그 해석을 둘러싸고 學說·判例가 다투어지고 있는 것이라 할 수 있다.

(2) 處分의 효력이 장래에 향하여 소멸된 경우는 처음부터 처분이 無效인 경우라든가 職權에 의해 처분이 소급하여 취소되는 경우와는 달리, 일단은 (公定力에 의하여) 處分이 有效 내지 適法했다고 하는 전제 아래 형성된 法律關係가 남게 된다. 예컨대, 免職處分을 받은 공무원이 처분을 다루고 있는 동안에 停年을 맞아 그만두게 된 경우에는 그 면직처분은 취소해도 복직은 불가능하다. 복직이 불가능한 것은 면직처분의 효력 때문이 아니라 공무원으로서 이미 停年을 맞이하였기 때문이다. 그러나 면직처분으로 인한 손해(불이익)는 복직이 불가능하다는 것만이 아니라 그만두게 될 때까지의 봉급의 지급청구를 위한 것일 수 있고, 봉급의 불지급은 비록 면직처분 자체의 효력은 아니지만, 면직처분을 원인으로 하여 기타의 제도가 불리한 취급을 하기 때문에 생기는 不利益인 것만은 틀림없다. 따라서 면직처분 자체의 효력을 배제하기 위해서가 아니라 봉급청구라는 이익이 인정되는 경우에는 그것을 위한 取消訴訟의 제기는 인정될 수 있는 셈이 된다.

그럼에도 불구하고, 法院의 종래의 일반적인 태도는 本 判例에서의 다수의견의 예에서와 같이 일관하여 取消訴訟의 目的은 處分의 效力을 배제하는 것에 있으며, 처분의 효력이 소멸한 뒤에는 訴의 利益은 없는 것으로 보고, 처분의 효력배제를 기본적인 목적으로 하는 取消訴訟에 있어서의 原告適格論에서의 「法律上の 利益」과 동일한 뜻으로 해석함으로써 기껏 訴의 利益擴大를 전제로 하여 규정한 行政訴訟法 제12조 제2문의 立法趣旨을 외면하는 입장을 취하여 왔다.

(2) 비교적 상세한 70년대 말까지의 判例紹介로는 李在性, 「行政訴訟의 訴益」, 公法研究 제7집, 1979, 77-99면 참조.

확실히 보수가 지급되지 아니하는 것은 處分이 適法이라고 하는 것을 전제로 하는 行政上의 取扱의 결과이기도 하지만 처분 자체의 효력이 아니라 할 것 같으면, 보수청구를 목적으로 하는 取消訴訟의 實質은 處分의 效力排除가 아니라 과거의 처분의 위법을 確認하며 보수지급을 명하는 것을 요구하는 訴訟이 되므로 이러한 내용의 청구는 취소소송의 목적과는 일치하지 않고 訴의 利益은 없는 것이 된다고 하는 것이 그 論理였다고 할 수 있다.

(3) 理論적으로는 이상과 같이 取消訴訟의 目的을 한정적으로 이해하는 것도 불가능하지는 않다. 다만, 그것이 全體의 訴訟法의 차임새 속에서 合理性을 가지기 위해서는 처분을 전제로 하여 생길 수 있는 不利益을 회복하기 위한 소송이 取消訴訟과는 별도로 정비되어 있는 것이 필요할 것이다.

예컨대, 報酬請求訴訟에서 보수불지급의 전제가 된 면직처분을 다룰 수 있다면 보수회복은 取消訴訟과는 별도로 다루라고 하는 논의도 합리적이라 할 수 있다. 그러나 지난날의 일반적인 學說·判例의 입장은 보수청구소송과 같은 當事者訴訟에서는 면직처분의 위법성을 자유로이 다루는 것에 대해서는 소극적이었다(이른바 公定力의 客觀的 範圍와 관련된 先決問題에 대한 審理問題). 따라서 이에 대한 한 가지 代案으로 생각해 낸 것이 取消訴訟의 目的을 처분 자체의 효력배제만에 한정하지 않고, 처분을 원인으로 하여 발생한(또는 발생할 가능성이 확실한) 不利益을 회복함을 그 목적에 포함시킴으로써 取消訴訟의 役割을 확장시키는 것이며, 行政訴訟法 제12조 제2문의 규정이 바로 이에 해당하는 것이라 할 수 있다. 따라서 이러한 목적을 위한 取消訴訟은 일종의 豫防訴訟으로서의 성격, 그리고 確認訴訟으로서의 성격을 띠고 할 수 있으며, 處分의 效力소멸로 그 효력배제는 의미가 없어졌다고 하더라도 取消訴訟의 형식으로 처분의 위법성을 확인하지 않을 경우, 또는 權益救濟가 현저히 곤란한 경우의 국민의 權益救濟를 위한 것이라 이해하여야 할 것이며, 이것이 곧 본 규정의 근본적인 입법취지라고 할 것이다.⁽³⁾

3. 訴의 利益의 範圍

— 「取消에 의해 회복되는 法律上 利益」의 解釋

(1) 처분의 효력이 소멸된 뒤에도 원고가 입게 될 不利益에는 각종의 경우가 있을 수 있다. 그 가운데에서 어디까지가 取消訴訟에 의해 회복을 구할 수 있을 것인가.

각종의 불이익 가운데에는 애당초 裁判으로 구제를 구할 만한 것이 못되는 것도 있다. 그러나 어려운 문제는 재판에서의 구제를 구할 만한 가치가 있는 利益의 전부가 取消訴訟으로 구제받을 수 있는 이익이라고 할 수 없다는 데 있다. 訴의 利益의 範圍는 결국은 取消訴訟의 역할을 어떻게 생각하는가에 의존하는 것이라 할 수 있다.

(3) 金裕煥, 前掲論文, 62면.

原告適格성과 訴의 利益의 문제는 다 같이 법원의 문을 어느 정도 넓게 열 것인가에 관한 것이고, 양자는 밀접하게 관련되므로 여기서 간단하게 原告適格성의 문제에 관해 私見을 피력하기로 한다.

우리나라의 學說·判例상의 지배적인 입장인 「法律上利益救濟說」은 원고적격이 인정되는 자의 범위가 부당하게 확대되지 않도록 제한하여 濫訴의 폐해를 피한다는 의미에서 일리가 있는 의견임을 부정할 수 없다. 그러나 이 說에 의하면, 立法자가 정한 法律의 理念의 분석·해석에 의하여 「法律上 보호되는 利益」이 인정되는 한도에 있어서 原告適格성이 인정되게 된다.

그리고 최근의 이른바 公權概念의 擴大論議에서와 같이 法律理念의 分析·解釋에 의해서 충분히 「法律上 보호되는 利益」의 존재를 기초지울 수 없는 경우에는(예컨대, 環境訴訟, 消費者保護訴訟 등) 關係法律의 目的理念이나 憲法의 人權保護規定과, 같은 극히 막연한 規定까지도 인용하여 「法律上 보호되는 利益」의 존재를 인정하려는 견해⁽⁴⁾도 유력하지만, 이러한 견해에 접할 때에는 「法律上 보호된 利益說」 내지 「法律上利益救濟說」의 自己崩壞를 암시하는 것과 같은 柔軟化를 느끼게 됨과 아울러 이 說이 輓歌나 葬送曲이라고까지는 할 수 없지만 적어도 黃昏의 엘레지를 듣는 것같은 느낌을 금할 수 없다. 따라서 결론적으로 말해서 現代行政의 다양한 전개 속에서 여러 가지 行政의 活動에 行政處分의 特性을 부여함으로써 裁判的 統制가 확충되는 방향으로 해석하는 것이 타당하지 않을까 생각한다.⁽⁵⁾

오늘날에 있어서는 取消訴訟을 處分의 效力排除, 즉 行政行爲의 公定力排除를 위한 訴訟이라고 하는 理解 그 자체에 대하여 근본적인 재검토가 요청된다고 할 것이다. 그리하여 「法律上 보호된 利益」이라고 하는 判斷基準에 정착됨이 없이 民衆訴訟의 原告의 利益과는 확연히 一線을 그을 수 있는 個人的인 利益으로서 裁判上 보호받을 만한 이익이 있으면 原告適格성이 인정되어야 하는 것으로 생각한다.⁽⁶⁾

(2) 이상과 같이 볼 때, 本 判決에 있어서의 다수의견의 입장은 지나치게 보수적이며, 訴의 利益制度에 있어서의 작금의 일반적 추세를 외면하고 있음을 알 수 있다. 그것은 첫째로, 訴의 利益의 범위와 原告適格성의 인정범위의 구별에 관해서는 一切 언급함이 없이, 取消訴訟의 本質을 처분의 효력배제로 보는 法律上 利益의 인정 여부에 관한 종전의 判例

(4) 金南辰, 前揭書, 690면 참조.

(5) 다만, 이러한 處分概念의 擴大論이나 이른바 形式的 行政行爲論에 대해서는 取消訴訟의 負擔過重論을 비판하는 입장에서의 신중론이 제기되고 있음을 간과할 수 없다.

(6) 이와 같이 事實上의 利益이 있으면 어떤 경우라도 原告適格성을 인정하는 것이 아니라 裁判上 보호할 만한 가치 있는 利益이라고 하는 限定을 가하고 있는 점에서는 法律上利益救濟說에서의 최근의 비교적 유연한 해석과 실질적으로 다를 바 없다고 할 수 있다. 原告適格에 관한 필자의 보다 자세한 견해에 대해서는 拙稿 「現代의 行政訴訟과 訴의 利益 — 法律上 保護된 利益說 批判」, 考試研究 1990/9 참조.

의 입장을 (확립된) 「判例上の 理論的 體制」라는 명목 아래, 만연히 그대로 되풀이함으로써 「法律上の 利益」의 범위를 제한적으로 보고 있다.

둘째로, 다수의견은 加重要件을 규정한 규칙이 行政廳 內部の 事務處理準則에 불과하고 행정청이 그 가중요건의 규정에 따라 가중된 制裁處分을 하였다더라도 법원은 이에 구속됨이 없이 근거법률의 규정 및 취지에 따라 그 가중된 제재처분의 適法 與否를 나중에 심리·판단할 수 있는 것이므로 先行處分에 대한 별도의 爭訟節次를 거치지 않더라도 가중된 제재처분이 적법한지 여부를 심리·판단하는 기회에 선행처분의 사실관계 등을 심리한 후 이를 종합하여 가중된 제재처분의 적법 여부를 판단할 수 있어서 실질적으로 선행처분의 사실관계를 다룰 수 있으므로 선행처분의 취소소송을 별도로 허용할 필요가 없다고 말하고 있다. 그러나 소수의견이 적절히 지적한 바와 같이, 비록 제재처분을 심리·판단할 때에 선행처분의 사실관계 등을 다룰 수 있는 여지가 있다고 하더라도, 가중요건의 적용 이전에 이를 회피하기 위하여 직접 先行處分의 違法을 확인하기 위해 다투는 爭訟方法을 막을 필요는 없는 것이고, 또 이와 같은 소송을 허용하는 것이 재판 資料가 일실되기 전에 소송을 할 수 있는 이점이 있고 분쟁을 조속히 해결하여 국민생활의 안정을 도모하는 길이 될 것이다.

셋째로, 다수의견은 本件에 있어 法律上の 利益 불인정의 이유로서 部令의 형식인 施行規則(또는 地方自治團體의 規則)은 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 없는 行政組織 내부에 있어서의 行政命令(行政規則)의 성질을 가질 뿐으로 그로 인한 국민의 이익 또는 불이익은 事實上の 利益 또는 不利益이지 法律上 보호된 利益이라 할 수 없으며, 그로 말미암아 비록 불리하게 制裁가 가중된다고 하더라도 적어도 그것이 法規로서의 성질이나 효력을 가지지 않는 한, 先行處分의 效力과는 直接的이며 具體的인 法的 關係가 생길 수 없다는 입장을 취하고 있거니와, 法院이나 地方自治團體의 條例의 형식을 취하는 行政規則의 法規性을 인정하지 아니한다는 점에 관한 한, 소수의견도 기본적으로는 입장을 같이하고 있다. 즉, 소수의견에서도 「행정처분의 기준이 法令의 형식을 취하고 있는 이상, (비록 그것이 대외적으로 국민을 구속하는 힘이 없다고 하더라도) 위 규칙은 所管廳이나 擔當公務員에게 이를 준수할 의무를 부여하는 것이기 때문에 이들이 그 규칙이 정하는 바에 따라 行政作用을 할 것이 당연히 예견되고, 그 결과 行政作用의 相對方인 국민은 그 규칙의 영향을 받을 수 있다」고 하는 것이 그것이다. 그러나 소수의견은 다수의견과는 달리, 「制裁의 行政處分の 基準을 정하고 있는 규칙이 一般國民이나 法院을 구속하는 效力이 없다고 하여 論理必然的으로 그 加重要件에 따라 현실적으로 받은 加重的 制裁處分이나 장래 그러한 처분을 받게 될 위험이 事實上の 不利益에 불과하다고 단정할 것은 아니라고 할 것이다」고 하는 매우 주목할 만한 지적을 하고 있으며, 이와 동일한 맥락에서 「行政訴訟法 제12조 후문이 규정하는 『처분의 취소로 인하여 회복되는 법률상의 이익』의

유무는 원래 抗告訴訟의 목적·기능을 어떻게 이해하며, 국민의 권익신장을 위하여 어느 범위에서 裁判請求權의 行使를 허용할 것인가의 문제와 관련된 것으로서 이를 위 조항에 대한 一義的·文理的·形式的 解釋에 의하여 관별할 수는 없고, 具體的인 事案別로 關係法令의 規定 및 그 趣旨를 살피서 現實的으로 權利保護의 實益이 있느냐를 기준으로 판단되어야 할 것인바, …… 制裁期間이 정하여져 있는 制裁의 行政處분에 있어서는 그 處分의 前歷을 내용으로 한 加重要件이 規則으로 정해져 있는 경우에도 制裁期間이 지난 후에 그 처분의 취소를 구할 實質的 利益이 있다고 보아야 할 것이다」고 함으로써 加重要件을 정하고 있는 規則의 法的 性質 내지 效力論과는 상관없이 「取消에 의해 회복되는 法律上的 利益」의 존재를 긍정하고 있다. 다만 어찌하여 制裁의 處분에 대한 行政基準이 行政廳을 구속할 뿐 대외적인 구속력을 가지지 아니함에도 불구하고 取消에 의해 회복되는 法律上的 보호된 利益의 存在가 인정되는가에 대한 理論的 根據(예컨대, 平等原則 내지 自己拘束의 原則이나 信賴保護의 原則 등)에 관해 전혀 언급이 없어 아쉬움을 느끼게 한다.

(3) 끝으로 이상과 같은 處分 후의 事情變更에 있어서의 訴의 利益의 有無의 판단기준과 관련하여 일본의 園部逸夫 最高裁判所 裁判官은 「制裁의 處分 가운데에도, …… 行政上的 指揮監督措置로서의 측면을 강조할 것인가, 혹은 (국민에 대한) 制裁로서의 기능을 중시할 것인가에 따라 爭訟取消가 미치는 救濟的 效果의 認識이 달라지게 된다. 制裁의 處分 혹은 널리 일반에 대한 不利益處分은 어느 경우나 行政上的 指揮監督的 機能과 制裁의 내지 懲罰的 機能의 쌍방을 내포하고 있어, 名譽信用 등의 侵害는 前者의 機能의 경우에는 間接的 또는 事實上的 效果이고, 後者의 機能의 경우는 直接的 또는 法律上的 效果로 보아도 상관없는 것이 아닌가 생각된다. 그렇다고 할 것 같으면, 爭訟取消의 制度를 이용하여 명예신용의 회복을 도모하기 위해서는 당해 처분의 목적 및 기능의 상당부분이 制裁·懲罰的 機能을 내포하는 것일 필요가 있을 것이다. 더구나 단지 損害賠償請求訴訟에 의하여 손해의 전보를 구하는 경우에 그 부수적 효과로서 判決理由 중에 당해 처분이 違法이라는 것을 說示하는 것만으로는 불충분하고, 당해 처분의 효과에 대해 獨立的으로 違法宣言의 判決主文을 구하지 않으면 아니될 절실한 필요성이 있는가 어떤가라고 하는 것이 문제삼아지지 않으면 안될 것이 아닌가 하는 생각도 든다. 결국, 이 문제는, …… 事案에 따라 處分의 성격과 효과에 상응하게 法的 救濟를 부여할 필요가 있는가 어떤가를 판단해 나갈 수밖에 없는 것이 아닌가 생각된다」고 말한 바 있거니와,⁽⁷⁾ 매우 경청할 만한 견해가 아닌가 생각되어진다.

(7) 園部逸夫, 「制裁의 處분에 있어서의 『回復되어져야 할 法律上的 利益』, 今村退官, 公法과 經濟法的 諸問題·上, 1981, 460면.

4. 行政基準의 性質과 效力

— 部令의 형식을 취하는 行政規則을 중심으로

(1) 判例의 입장: 행정청의 制裁處分の 기간이 경과해 버린 경우, 그 처분의 前歴이 장래 同種處分을 받을 경우에 情狀으로 고려된다거나 또는 장래 불이익을 받는 경우가 있을 수 있다. 전자의 경우에는 情狀의 고려 여부가 法定되지 아니하는 한, 단순한 事實上의 不利益을 받는 것에 지나지 않는다고 할 것이나, 후자의 경우, 制裁的 處分을 받았다는 사실이 전력으로서 장래 同種處分에 加重要件이 된다면 위 處分의 효과는 잔존하는 것으로 보고 위 처분의 취소를 구함에 있어 行政訴訟法 제12조 제2문의 法律上의 利益을 긍정할 수 있게 된다. 그런데 당해 제재적 처분이 法律 또는 施行令의 規定上 제재적 처분의 加重要件이 된다고 정해져 있는 경우⁽⁸⁾는 별 문제가 없으나, 部令인 施行規則, 地方自治團體의 規則 등에 정해진 경우에는 그 法規性과 관련하여 學說·判例上 異見이 대립되어 있다.

그러나 종래 대법원은 장래의 制裁的 處分의 加重要件이 部令인 施行規則이나 地方自治團體의 規則에 정해져 있는 경우에는 그 訴의 利益을 부정하여 왔다.⁽⁹⁾ 다만, 이상과 같은 지배적인 입장과는 달리 訴의 利益을 긍정한 두 判例가 있다(대법원 1993. 9. 14. 선고, 93누12572 판결; 1993. 12. 21. 선고, 93누21255 판결). 다만, 이 두 판례는 그것이 主流의 主流의인 대법원의 입장과 배치되는 判示이므로 全員合議體로 駁論을 내렸어야 함에도 불구하고 小部에서 나감으로써 下級審에서 혼란을 일으키고 있다는 지적과, 이들 판례가 과연 대법원의 主流의 立場의 變경을 의미하는 것인지 단순히 訴의 利益의 범위만을 인정하자는 것인지 불분명한 점이 있다는 지적이 있다.⁽¹⁰⁾

主流의 判例에 의할 것 같으면, 部令이라는 형식 때문에 行政規則을 法規命令으로 봄으로써 訴의 利益을 인정하여 本案에 들어가 판단하는 경우, 그것이 法規命令이어서 국민은 물론 법원까지 기속하게 되므로 법원은 그 처분의 당부를 판단할 수 없게 되어 오히려 국민에게 불리한 결과를 초래하게 된다는 것을 그 理論的 根據로 하고 있다.⁽¹¹⁾ 그리고, 法令違反의 回數에 따라 비록 加重處分의 제재를 받게 될 兪려가 있어도 이는 法律上의 不利益이 아닌 事實上의 不利益이라서 處分期間이 경과한 후에는 그 처분의 취소를 구할 법

(8) 建築士法 제28조 제1항 제5호, 不動產仲介業法 제22조 제2항 제7호, 信用調査業法 제12조 제1항 제4호 등. 그리고 이러한 경우 訴의 利益을 인정한 判例로는 대법원 1990. 10. 23. 선고, 90누3119 판결; 1991. 8. 27. 선고, 91누3512 판결 등이 있다.

(9) 營業停止處分의 停止期間의 經過에 관한 것으로 대법원 1982. 3. 9. 선고, 81누326 판결; 1966. 12. 20. 선고, 65누92 판결; 1989. 11. 14. 선고, 89누4833 판결; 1982. 6. 8. 선고, 92누25 판결; 1982. 3. 23. 선고, 81누243 판결. 資格免許停止處分의 停止期間의 經過에 관한 것으로 대법원 1978. 5. 23. 선고, 78누72 판결; 1988. 5. 24. 선고, 87누944 판결. 地方自治團體의 規則의 경우로서 대법원 1982. 3. 23. 선고, 81누243 판결.

(10) 趙龍鎬, 大法院 判例研究官의 本件에 대한 研究報告書, 11면 참조.

(11) 趙龍鎬, 前揭研究報告書, 13면.

를상의 이익이 없다고 보고 있다.⁽¹²⁾

(2) 學說上的 論議: 주지하는 바와 같이 行政廳의 公權力行使의 基準으로서의 行政基準은 일반적으로 行政規則이라 할 수 있으며, 그것은 원칙적으로 행정 내부에서만 효력을 갖는 內部法的 성격을 갖고 있다. 즉, 行政規則으로서의 行政基準은 行政事務處理의 基準을 정할 뿐 직접적으로는 국민의 권리와 의무를 규율할 수 없고, 또한 법원의 판결에 있어서도 법원을 구속하거나 그 판결의 기준이 되지 아니한다. 따라서 行政基準에 위반한 拒否處分같은 경우에도 있어서도 그 違法性을 논할 수 없는 것이 원칙이다. 그러나 行政基準이 이와 같이 內部的인 法的效力(rechtliche Innenwirkung)만을 가지고 있음에도 불구하고 일반국민에 대한 事實上的 外部的 影響力(faktische Außenwirkung)은 부인할 수 없다.⁽¹³⁾

行政基準을 비롯한 대부분의 行政規則은 일반국민과의 관계에서 行政作用의 執行基準을 정하고 受領機關은 자신의 복종의무에 따라 이러한 기준을 준수하고 적용함으로써 그 恣意性이 배제되어지는 것이기 때문이다. 따라서 문제는 이와 같은 行政基準의 事實上的 外部的 影響力에 대해 어떻게 法的으로 평가함으로써 그에 관련된 국민의 권리보호의 실효를 기할 것인가에 있다고 할 수 있다.

그리하여 이러한 行政規則의 外部的 效果(영향력)를 어떻게 이해할 것인가에 관해서는 行政規則의 여러 가지 類型別로 關係法令의 目的·趣旨에 따라 평가할 수밖에 없겠으나,⁽¹⁴⁾ 行政規則의 固有한 立法權을 인정하는 直接的 外部的 效力說(Ossenbühl, Beckmann, 李尙圭, 高永訓), 平等原則(自己拘束論), 信賴保護原則, 先取된 專門家鑑定論 등과 같은 理論根據을 매개로 하는 間接的인 外部的 效力說의 見解對立이 있으나 後說이 이른바 行政規則非法規說이라는 이름으로 다수설의 입장이 되고 있다.⁽¹⁵⁾

(3) 部令의 형식을 취하는 行政規則의 性質: 行政規則 가운데는 이상에서 본 바와 같이 非法規的인 효력밖에 없음에도 불구하고 法律이나 條例 또는 大統領令이나 部令의 형식을 취하는 경우가 있어 그 效力 如何가 문제될 수가 있다.

이에 관해서는 行政規則은 그 형식에 의거하여 法規性을 띠게 된다는 積極說(金道稔, 李尙圭, 朴鈞炳, 卞在玉, 金東熙)과 行政規則으로서의 그 고유한 성질과 효력이 변하지 않는다고 하는 消極說(判例의 主流的 立場, 石琮顯의 舊著, 柳至泰, 金南辰의 舊著)의 見解

(12) 동상, 13면.

(13) 작금의 法規概念의 새로운 理解(拙稿, 「法規命令의 再照明」, 考試界 1986/2; 鄭重重, 「民主的 法治國家에서의 特別權力關係」, 考試界 1994/9 등 참조)에 의할 것 같으면, 法規概念을 종래의 通說에서와 같이 국민의 권리·의무에 변동을 과하는 規範(이른바 法規概念의 實質說)으로 보지 않고, 法理論의 一般의 抽象的 規律이라 봄으로써(法規概念의 形式說) 法規概念 속에 行政規則도 포함시키는 한편, 行政規則과 여타의 法規範은 內部法과 外部法으로 구별하는 견해가 유력하다.

(14) 拙稿, 「行政規則의 類型區分」, 月刊考試 1990/4 참조.

(15) 상세한 것은 拙稿, 「行政規則의 法的 效力」, 考試研究 1981/11, 1981/12, 1982/1; 同人, 「行政規則의 外部的 效果의 根據」, 考試行政 1990/6; 최근의 것으로 鄭重重, 「行政規則의 效力」, 考試研究 1995/12 등 참조.

對立이 있다.

그러나 이 문제는 法規概念에 관하여 종래의 通說에 의할 것 같으면, 어떤 規範이 法規性을 가지기 위해서는 무엇보다도 法律 또는 그 委任(授權)을 필요로 한다. 따라서 아무리 法規의 형식을 취했다고 하더라도 이러한 法律의 具體的, 個別的인 授權이 없는 한 法規性을 떨 수 없고, 그것이 法律의 具體的·個別的 授權에 의하여 국민의 권리·의무에 변동을 가져오는 내용의 것이고 法規命令의 制定節次에 따라 만들어진 것일 때에는 法規性을 띠게 된다고 보는 것이 타당하며, 判例의 主流的 立場이나 다수학설에서와 같이 積極·消極의 兩者擇一式의 해석은 잘못이라 할 것이다.⁽¹⁶⁾ 한편, 高權的·一方的인 規律을 내용으로 하는 실질적인 의미의 法規命令이 行政規則의 형식으로 안일하게 제정되는 것은 憲法의 취지에 반하며, 원칙적으로 違法·無效로 보아야 한다는 것이 최근의 유력한 견해가 되어 있다.⁽¹⁷⁾

(4) 이상과 같이 생각할 것 같으면, 本 判例에 있어서의 다수의견에서와 같이 部令인 施行規則의 형식으로 정한 行政處分の 基準에 대하여 한결같이 단순히 「行政處分 등에 관한 事務處理基準과 處分節次 등 行政廳內의 事務處理準則을 규정한 것에 불과하므로 行政組織 內部에 있어서의 行政命令의 성격을 지닐 뿐 대외적으로 국민을 구속하거나 법원을 구속하는 힘이 없고, 위 규칙에 위배되는 것이라 하더라도 위법의 문제는 생기지 아니하고, 또 위 규칙에 정한 기준에 적합하다 하여 바로 그 處分이 적법한 것이라고도 할 수 없으며, 그 處分の 適法 與否는 위 規則에 적합한지 여부에 따라 판단할 것이 아니고 關係法令의 規定 및 그 趣旨에 적합한지의 여부에 따라 個別的·具體的으로 판단하여야 한다」고 판시함으로써 行政規則의 效力을 단순히 그것이 규율하는 內容과 性質에만 착안할 뿐, 規範解釋規則, 組織規則, 裁量準則, 法規代替規則, 行政簡素化規則 등 行政規則의 個別的인 類型에 따라 그것이 목적으로 하는, 예컨대 行政의 公正性 確保, 恣意性 排除, 專門性 尊重, 體系性 確保 등 具體的·個別的인 機能에 관해서는 전혀 외면하고 있는 것은 타당하지 못하다고 할 것이다. 金東熙 교수는 이 점과 관련하여 「判例는 성질상 行政規則으로 정해야 할 固有한 事項이 있다는 전제에 입각한 것으로 보이나, 그러한 前提는 성립하지 아니한다고 본다」고 적절하게 비판하고 있다.⁽¹⁸⁾ 법원은 아마도 行政規則이 部令 등 法規命令形式으로 정해진다고 할지라도 一切 法規性을 인정하지 않음으로써 그 恣意性을 배제하고 그에 대한 裁判的 統制를 강화하려는 司法政策的인 意圖를 가지고 그러한 태도를 일관하려고 한 것이라고도 볼 수 있지만, 이러한 의도는 오히려 行政規則의 個別的 類型에 상응한 그에 대한 機能的 接近方法에 의해 보다 효과적으로 달성할 수 있다는 점을 간과해서

(16) 金南辰 교수는 「眞正한 行政規則으로서의 法規命令」과 「不眞正한 行政規則으로서의 法規命令」이라는 개념구별에 의해 同旨의 견해를 설명하고 있다. 金南辰, 前揭書, 182면.

(17) 金道昶, 金南辰, 石琮顯, 「個別土地價格의 處分性과 個別土地價格合同調査指針의 法規性 與否」, 判例月報 1994/9, 42면 참조.

(18) 金東熙, 行政法 I, 148면.

는 안될 것이다. 이러한 관점에서는 本 判例의 소수의견이 「제재적 행정처분을 받은 前歷이 장래 同種의 처분을 받을 경우에 加重要件으로 法令에 규정된 것은 아니더라도 部令인 施行規則 또는 地方自治團體의 規則 등으로 되어 있다면 사정은 이와 다르다고 할 것이다」고 전제한 다음, 「일반적으로 규칙 등의 형식에 의하여 제재적 행정처분의 回數에 따라 가중처분하도록 基準을 마련하는 것은 所管 行政機關이나 擔當公務員으로 하여금 당해 처분의 근거법률에 의한 職務權限을 행사함에 있어서 恣意的이거나 便宜的인 要素를 배제하고 公正하고 統一된 業務處理를 하도록 하고, 國民에게 이를 미리 알려 두기 위한 것으로 여겨진다», 「이와 같은 제재적 행정처분의 기준이 法令에 근거한 규칙의 형식을 취하고 있는 이상, 위 규칙은 소관청이나 담당공무원에게 이를 준수할 義務를 부여하는 것이기 때문에 이들이 그 규칙이 정한 바에 따라 행정작용을 할 것이 당연히 예견되고, 그 결과 行政作用의 상대방인 국민은 그 규칙의 영향을 받을 수밖에 없다」고 하는 지적은 매우 적절한 것으로 평가받아 마땅하다 할 것이다. 이러한 시각에서는 制裁的인 加重要件에 관해 규정하고 있는 行政規則이 部令과 같은 法規命令의 形式을 취하건 訓令, 指示(指針), 內規, 通牒 등 行政規則의 고유한 형식이건, 그것이 문제되는 것이 아니라 그것에 의해 생기는 구체적이며 현실적인 불이익이 直接的·實質的인 것인가 間接的·事實的인 것인가, 따라서 行政訴訟法 제12조 제2문에서 말하는 「取消에 의해 회복되는 法律上的 利益」에 해당되는 내용의 것인가의 여부가 문제인 것이며, 소수의견도 이러한 시각에 입각하고 있다는 점에서 그에 대해 贊意를 표명하고 싶다.

V. 맺는 말

取消訴訟은 본질적으로 處分의 효력을 배제하는 것을 목적으로 하는 소송이기는 하지만, 行政訴訟法 제12조 제2문의 규정에 의하여 처분의 효력배제를 목적으로 하지 아니하는 취소소송을 허용하는 이유는, 처분의 효력소멸로 그 효력배제는 의미가 없어졌다 하더라도 취소소송의 형식으로 처분의 違法性을 확인하지 않을 경우, 달리 權益을 구제받을 방법이 없는 경우, 또는 권익구제가 현저히 곤란한 경우의 국민의 권익구제를 위한 것으로 이해되어야 할 것이고, 이것은 곧 이 규정의 근본적인 입법취지라고 할 것이다.

따라서 보통의 取消訴訟이 일반적으로 形成의 訴로서의 성격으로 이해되는 데 대하여 본조의 규정에 의한 취소소송은 본질적으로 確認의 訴로서의 성질을 가진다고 할 것이다.⁽¹⁹⁾ 그러나

(19) 독일의 行政法院法 제113조 제1항 제4문은 우리의 行政訴訟法 제12조 제2문이 규정하는 것에 해당하는 소송을 確認訴訟의 일종인 繼續確認訴訟(Fortsetzungsfeststellungsklage)으로 이해하고 있다. 독일의 繼續確認訴訟에 관한 상세한 소개는 Hong, J.-H., Die Klage zur Durchsetzung vor Vornahmepflichten der Verwaltung, 1992, Duncker & Humboldt, 154-158; 홍준형, 「行政訴訟法 제12조의 “法律上利益”의 意味」, 判例月報 1996/2호 참조.

여기에서의 確認訴訟은 그 確認의 내용이 원칙적으로 單純違法(예외적으로, 無效宣言의 取消訴訟의 경우에는 重大·明白한 違法)이라는 점에서 無效等確認訴訟이 처분의 효력의 유무를 확인하는 경우인 것과는 같지 않다. 그러므로 無效等確認訴訟의 방법이 代替的인 소송수단이 될 수는 없다고 할 것이다.

한편, 본조에 의한 소송은 상당부분이 豫防的 權益保護를 위한 것이기 때문에 그러한 예방적 구제의 필요성이 현저한 경우가 아니면 안된다고 할 것이며, 그것이 처분의 효력 소멸 후에도 특별히 인정되는 예외적인 권리구제수단이라는 점(確認訴訟의 補充性)이 동조가 규정하는 「取消에 의해 회복되는 法律上の 利益」의 存否 判斷에 신중하게 고려되어야 할 것은 두말할 나위도 없다.⁽²⁰⁾ 그러나 우리나라 大法院의 입장에서와 같이 기본적으로 取消訴訟을 전통적으로 이해하여 이것과는 다른 소송은 취소소송으로 인정하는데 인색한(이른바 非法定抗告訴訟에 대한 소극적 태도) 나머지 取消訴訟의 역할확대에 역행하는 결과를 가져오는 것은 신중히 고려되어야 할 것으로 생각한다. 국민의 권리구제를 위해 어떤 방법이 바람직할 것인가는 論理的인 문제가 아니라 다분히 實踐的인 判斷의 문제라 할 수 있거니와, 다른 訴訟形式에의 變更이 간단하지 않다는 점, 그리고 取消訴訟으로서 이미 訴가 계속되어 왔다는 점 등을 감안할 때, 다른 訴訟의 형식에 의하기 보다는 取消訴訟에 있어서의 訴의 利益을 확장함으로써 문제를 해결하는 것이 보다 바람직한 것이 아닌가 생각된다.

그러나 이러한 경우에도 실질적으로는 종래의 取消訴訟과는 상이한 성격을 가지는 소송을 인정하는 것이 되므로 이러한 소송의 성격에 상응한 訴의 利益의 要件, 判決의 效力 등에 관해 보다 세밀하게 검토해 나갈 필요가 있다고 할 것이다. 訴의 利益을 확장하여 유지하려고 하는 소송은 실질적으로는 特殊한 訴訟이기 때문에 紛爭의 成熟性이나 判決의 效力 등에 관한 理論的 檢討와 實踐的 基準을 마련할 필요가 있기 때문이다.

(20) 行政訴訟法 제12조 제2문의 「法律上の 利益」의 解釋論的 再構成에 관해서는 金裕煥, 前掲論文, 68-70면 참조.