

〈판례연구〉

行政訴訟에서의 訴益과 憲法 —司法權과 訴益, 그리고 個人的 利害關係의 函數關係—*

趙 弘 植**

[事件의 概要]

이 글의 연구 대상은 同一한 事實關係를 가지고 있음에도 相衝하는 내용의 判決이 선고된 두 개의 사건이다. 그 하나는 原告 구권서 외 2인이 문제의 콘크리트 벽돌 블록제조 공장에 대한 등록취소처분을 다시 취소해달라고 주장하는 취지의 소송(공장등록취소등처분취소 청구소송, 이하 ‘제1사건’ 또는 ‘공장등록취소사건’이라 약칭함)이고, 다른 하나는 원고 구권서가 위 공장에 설치된 소음진동배출시설에 대한 폐쇄명령 및 설치허가취소처분을 다시 취소해달라고 주장하는 취지의 소송(소음진동배출시설허가취소처분등취소 청구소송, 이하 ‘제2사건’ 또는 ‘배출시설취소사건’이라 약칭함)이다. 被告는 제1, 2사건에서 공히 성북구청장이다.

제1사건과 제2사건은 동일한 사실관계를 가지고 있는데, 주된 사실관계를 추리면 다음과 같다. 원고(공장등록취소사건에서는 구권서 외 2인이 더 있으나, 다른 원고들의 사실관계도 원고 구권서와 동일하므로 편의상 이하에서는 ‘원고’로 통칭하기로 함)는 국가로부터 국유지인 서울 성북구 석관동 일대의 토지를 사용수익허가를 받아 점유하면서, 1994. 1. 17. 업종을 콘크리트 벽돌 블록제조업으로 하여 공장등록을 마치고, 1996. 8. 28. 피고로부터 소음진동배출시설(이하 ‘배출시설’이라 약칭함) 설치허가를 받아 이를 설치하고 정전기업이라는 상호 하에 영업하여 왔다.

그런데 위 국유지의 재산관리관인 서울지방철도청장은, 위 국유지에 전동차차량기지 설치를 위한 건설사업계획이 착수됨에 따라 원고 점유의 위 국유지 사용수익허가기간의 延長承認을 拒絕하고 그 반환을 요구하였으나 원고는 이에 응하지

* 본고를 작성함에 있어 자료수집 및 정리를 도와준 김도요 사법연수생, 이현수 석사에게 감사의 뜻을 전한다.

** 서울대학교 法科大學 助敎授

않았다. 이에 서울지방법철도청장은 1998. 4. 1. 피고 성북구청장에게 원고가 國有財産을 無斷占有하고 있다는 이유로 원고에 대한 각종 인·허가 및 등록을 취소해 줄 것을 요청하였고, 피고 성북구청장은 1998. 4. 22. 공업배치및공장설립에관한법을 제17조 및 동 시행령 제21조¹⁾에 규정된 공장등록취소의 사유에 해당한다고 판단하여 원고의 工場登錄을 取消하는 處分(‘공장등록취소처분’)을 하였다.

한편 피고 성북구청장은 인근 주민들의 진정에 따라 이 사건 배출시설에서 발생하는 소음을 측정하였는데 그 측정치가 소음진동규제법 제8조 소정의 소음배출 허용치인 50 dB(A)를 초과한 72.1 dB(A)로 측정되었다. 이에 피고 성북구청장은 1998. 3. 16. 소음진동규제법 제15조, 동 시행령 제21조에 따라 소음배출시설 및 방지시설 개선명령을 내렸고, 원고가 이를 이행하지 않자 동법 제16조에 따라 조업정지를 명하였으며, 원고가 다시 위 조업정지명령을 어기고 조업을 하자 1998. 6. 1. 동법 제18조 및 제19조에 기해 이 사건 배출시설의 폐쇄를 명하고 그 設置許可를 取消하는 處分(‘배출시설취소처분’)을 내렸다.

공장등록취소처분 및 배출시설취소처분이 있는 후, 서울지방법철도청장은 1998. 11. 6. 국유재산법에 따라 이 사건 토지 일대를 권원없이 점유하게 된 원고에게 이 사건 공장의 시설물 일체에 대한 철거대집행계고처분을 하였고, 이에 불복한 원고는 서울행정법원에 철거대집행계고처분취소소송을 제기함과 동시에 그 집행정지를 신청하였으나, 위 신청은 1998. 11. 27. 기각되었다. 서울지방법철도청장은 1998. 12. 9. 이 사건 공장 시설물에 대한 行政代執行을 실시하여 공장시설물 중 대부분을 強制撤去하였다. 나아가 원고와 피고 사이에서는, 서울고등법원에서 집행정지신청기각결정에 대한 항고사건을 심리하던 중인 1998. 12. 11.에, 대집행하고 남은 시설물과 적치물에 대해서 원고가 그 철거와 이전을 자진하여 완료하되 원고가 이를 이행하지 않는 경우 피고가 위 계고처분에 따른 대집행을 실시하여도 아무런 이의를 제기하지 않는다는 내용의 調停이 成立하였다.

한편, 제1사건 및 제2사건의 변론종결당시, 이 사건 공장 부지 위에는 위 공장

1) 공업배치 및 공장설립에 관한 법률 제17조 【工場의 登錄取消 등】

① 市長·郡守 또는 區廳長은 第16條 第1項 내지 第3項의 規定에 의하여 登錄된 工場이 다음 各號의 1에 해당하는 경우에는 大統領令이 정하는 바에 의하여 당해 工場의 登錄을 取消할 수 있다.(1999. 2. 8 本條 改正)

1. 工場이 滅失되거나 建築物의 用途가 변경된 경우
2. 工場이 廢業되거나 製造施設이 滅失된 경우
3. 기타 大統領令이 정하는 경우

동 시행령 제21조 【공장의 등록취소】

② 법 제17조 제1항 제3호에서 “기타 대통령령이 정하는 경우”라 함은 다음 각 호의 경우를 말한다.

4. 다른 법령의 규정에 의하여 관계행정기관의 장으로부터 등록취소의 요구가 있는 경우

시설물 중 벽돌제조공장 1동만이 현존하고 있었고 위 벽돌제조공장 안에는 벽돌 제조를 위한 기계, 기구 등 일부 적치물이 반출되지 않는 채 방치되어 있었으나, 위 벽돌제조공장 외 나머지 부지는 整地作業이 마쳐져 평지상태로 되어 있었다. 원고는 이 사건 공장등록이 취소된 이후 이 사건 工場의 稼動을 中止하였다.

이와 같은 사정 하에서 원고는 피고 성북구청장을 상대로 공장등록취소처분 및 배출시설취소처분의 각 취소를 구하는 取消訴訟을 제기하였다. 이에 대하여 서울 행정법원은 제1심 법원으로, 서울고등법원은 원심 법원으로, 아래와 같은 각 판결을 선고하였고, 현재는 최종심인 대법원의 판결을 기다리고 있는 중이다.

[訴訟의 經過]

1. 第1審 判決²⁾

제1심 법원인 서울행정법원은 같은 날 선고된 양 판결에서 모두 원고의 청구를 각하한 것으로 보인다.

2. 原審 判決

원고는 양 사건의 제1심 판결에 대하여 항소하였다. 항소심인 서울고등법원은 제1사건과 제2사건에 대하여 서로 엇갈리는 판결을 선고하였다. 공장등록취소사건의 재판부인 서울고등법원 제8특별부는 원고의 청구를 각하한 原審判決을 取消하고 피고 성북구청장의 공장등록취소처분을 취소하는 판결을 내린 반면,³⁾ 배출시설취소사건의 재판부인 서울고등법원 제11특별부는 원고의 청구가 訴益을 결여한 부적법한 소로 각하되어야 함을 전제로 원고의 抗訴를 棄却하였다.⁴⁾ 요컨대 공장등록취소사건에서는 소익이 인정된 반면 배출시설취소사건에서는 소익이 부정된 것이다.

[研 究]

I. 問題의 提起

동일한 사실관계 하에서 동일한 당사자 사이에 제기된 양 사건의 판결이 이와

2) 제1사건에 관해서는 서울행정법원 1999. 5. 19. 선고 98구8420 판결, 제2사건에 관해서는 서울행정법원 1999. 5. 19. 선고 98구15473 판결이 각 선고되었다.

3) 서울고등법원 2000. 3. 22. 선고 99누6844 판결.

4) 서울고등법원 2000. 3. 16. 선고 99누6899 판결.

같이 양극으로 치닫고 있는 까닭은, 조세특례제한법 제62조 제1항과 제63조에 규정된 지방이전기업 및 수도권외 이전기업에게 주어지는 税金控除 및 税金減免의 이익과, 공업배치및공장설립에관한법률 제21조에서 규정된 移轉事實 確認制度로 누릴 수 있는 便宜 및 동법 제23조의 규정에 의하여 지정·고시된 유치지역으로 이전할 경우 부여받을 수 있는 優先入住의 이익에 관하여 두 재판부가 相異한 立場을 취하고 있기 때문이다. 공장등록취소사건의 재판부는 위와 같은 혜택이 공장등록취소처분이 취소되어 공장등록을 회복함으로써 얻게 되는 이익으로서 그 각 법률들에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익에 해당한다고 하여 처분의 취소를 구할 法律上의 이익을 가진다고 판시한 반면, 배출시설취소사건의 재판부는 위와 같은 혜택을 事實上의 이익에 지나지 않는다고 파악하여 결국 배출시설취소처분의 취소를 구할 소의 이익이 없다고 판단한 것이다.

대상사건에 적용가능한 대법원 판결로는 대법원 1995. 10. 7. 선고 94누14148 전원합의체 판결이 있다. 訴訟에 관한 指導原理를 제시한 것으로 보이는 이 판결의 多數意見은, 原狀回復이 不可能한 경우, 處分이 失效된 경우, 處分後 事情에 의하여 利益侵害가 解消된 경우에 제기된 “항고소송에 있어서 소의 이익이 인정되기 위해서는 행정소송법 제12조 소정의 ‘法律上 利益’이 있어야 하는 바, 그 법률상 이익은 「當該 處分の 根據法律에 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”⁵⁾고 판시하였다.

그런데 問題는, 일반인들이 보기에 명백히 相衝하는 兩 判決 즉 공장등록취소사건에서의 판결과 배출시설취소사건에서의 판결이 모두 위 대법원 판결의 判旨에 附合하는 것으로 維持될 수 있다는 점이다. 즉, 공장등록취소사건에서는, 공장등록취소처분의 취소로 인하여 원고가 얻게 되는 移轉事實確認 및 優先入住의 이익(세제혜택 제외)이 위 공장등록취소처분의 根據法律인 「공업배치및공장설립에관한법률」에 明文으로 規定되어 있기 때문에 위 대법원 판결의 판지에 따라 法律上 利益이 있는 것으로 판단될 수 있다고 보인다. 반면, 배출시설취소사건에서는, 배출시설허가취소처분의 취소로 인하여 원고가 얻게 되는 移轉事實確認의 이익이 위 배출시설허가취소처분의 根據法律인 「소음·진동규제법」에 근거한 것이 아니라 別個의 行政目的을 위하여 성립한 「공업배치및공장설립에관한법률」에 근거한 것이기 때문에, 이진사실확인 이익은(위 대법원 판결이 요구하는) 근거법률에 의하여 보호되는 직접적·구체적 이익이 아니라 事實上의 이익에 불과하다고 볼 수 있는 것이다. 이렇게 보면 두 고등법원 판결은 상충하는 것이 아니라 相異한 각

5) 대법원 1995. 10. 7. 선고 94 누 14148 판결

適用法條에 卽應한 兩立可能한 判決이라고 할 것이다.

그러나 이와 같은 결과는 고도로 훈련된 전문법률가에게나 타당한 것일 뿐 일반인들이 선뜻 받아들이기 어려운 것이다. 一般人에게는 相衡하는 판결이 法律家에게는 대법원판결에 충실한 兩立可能한 판결이 되는 것이다. 사정이 이러할진대, 기존의 판례를 대신할 새로운 方法論의 摸索은 當爲이다.

이와 같은 문제의식에 터잡아 제II장에서는 먼저 대법원판례의 문제점을 파악하고 대안의 모색 시에 고려하여야 할 요소를 소개한다. 제III장에서는 소익에 관한 美대법원 判例와 다양한 談論을 섭렵한 후 이를 토대로 소익에 관한 기본입장을 정립한다. 제IV장에서는 美대법원의 판례이론을 여러 측면에서 평가하고, 이를 실제로 대상사건에 적용해본 후, 이것이 과연 우리의 법체계 하에서 가능한 선택인지를 탐색해 보기로 한다.

II. 判例·學說에 대한 批判 및 代案 摸索의 準據

1. 概說

대법원 판례에 대한 비판은 위에서 본 바와 같이 一般人的 法感情에서 시작되지만, 法을 業으로 하는 사람의 관심은 거기서 머물 수 없고 그와 같은 不合理를 초래한 原因을 밝히는 데 집중하여 合理的인 代案의 진지한 모색으로 이어져야 한다. 판례에 대한 비판이 타당성 없는 결론에만 치중된다면 문제에 대한 접근방법에 관해 숙고하지 않은 채 결과만을 수정하려는 성급한 決斷主義로 흐를 수 있다.

대상사건에서도 그 결과의 불합리성만을 바라본다면, 모든 노력은 오로지 행정소송법 제12조 제2문에 규정된 법률상 이익의 擴大解釋에 모여질 것이다. 즉, 조세특례제한법상의 세금공제 및 세금감면의 이익과, 공업배치및공장설립에관한법률소정의 등록상 편의 및 우선입주의 이익이 행정소송법 제12조 제2문에 규정된 法律上 利益이 있는 경우에 해당하는지 여부만이 논의의 대상이 될 것이다.

그러나 대상사건을 다룸에 있어 판례의 방법론을 그대로 유지한 채 일반인의 법감정을 고려해 법률상 이익의 범위를 넓히는 데 그친다면, 문제를 彌縫하는 데 그쳤다는 비난을 면키 어려울 것이다. 이 장에서는 판례의 구체적인 문제점을 지적함으로써 새로운 방법론의 필요성을 부각시킨 후, 대안을 모색함에 있어 고려하여야 할 요소들을 살펴보기로 한다.

2. 判例의 問題點

위 대법원 전원합의체 판결의 多數意見이 일반인들이 받아들이기 어려운 결과

를 만들어내는 원인은, 근본적으로 문제에 접근하는 방법론, 즉 관례의 방법론에 문제가 있기 때문이라고 판단된다. 여기서는 그러한 방법론의 구체적인 문제점을 살펴본다.

첫 번째 문제는, 법률상 이익을 판단하는 근거가 되는 根據法律을 어떤 基準에 의하여 어느 정도의 範圍에서 결정할 수 있는가이다. 근거법률에, 당해 처분의 요건이 규정된 授權法(공장등록취소사건의 경우에는 공업배치 및 공장설립에 관한 법률, 배출시설취소사건의 경우에는 소음진동규제법)이 포함되는 데에는 의문이 있을 수 없지만, 그 외의 법률, 예컨대 당해 처분의 수권법과는 전혀 別個의 行政目的을 위하여 制定된 法律(예컨대 위 공장등록취소사건의 경우에는 조세특례제한법, 위 배출시설취소사건의 경우에는 공업배치및공장설립에관한법률)이 당해 처분과 관련하여 혜택 또는 책임가중 규정을 가지고 있는 경우에 그 법률이 근거법률에 포함되는가의 문제가 있다.

또한 당해 처분이 刑事上 處罰의 선결문제가 되는 경우에서의 刑法⁶⁾과, 민사상 損害賠償請求에 있어 그 처분의 위법성을 원용할 수 있는 경우에서의 民法⁷⁾이 근거법률에 포함되는가의 문제도 제기된다. 나아가 憲法 또는 法秩序 全體가 근거법률과 어떤 관계에 있는지 여부도 간과할 수 없는 문제이다. 예컨대 당해 처분의 당사자는 그 처분의 위법성 여하에 따라 자신의 명예·신용에 적지 않은 영향을 받게 되는데, 이때 정부의 행정처분에 의하여 영향을 받는 個人의 名譽·信用은 헌법적 맥락에서 살펴보면 헌법적 보호를 받을 가치가 있는 이익임을 부정할 수 없다고 할 것이다. 판례는 당해 처분과 관련된 법 중 근거법률을 어느 선에서 인정할 것인가에 관하여 아무런 기준을 제시해 주고 있지 않다.

두 번째 문제는, 근거법률로 인정된 법령에는 대개 국민의 권익을 보호하는 조항으로 볼 수 있는 규정이 있게 마련인데, 이 규정이 ‘누구에 대하여, 어떤 내용을, 어떤 形式으로’ 규정하여야 그로 인하여 보호되는 국민의 이익이 「直接的이고 具體的인 利益」으로 평가되는가이다.

위 대법원 전원합의체 판결의 多數意見은, 규정의 內容에 관해서는 밝히지 않은 채, 행정소송법 제12조 제2문의 행정소송(이하, ‘處分消滅後訴訟’이라 약칭함)에서 승소함으로써 얻게 되는 당사자의 이익이 法律 및 大統領令의 形式으로 규정된 경우와 府令 및 地方自治團體 規則의 形式으로 규정된 경우를 구별하여, 전자의 形式으로 규정된 경우에만 ‘당해 처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우’에 해당하고 후자의 形式으로 규정된 경우에는 ‘간접적이거나 사실적, 경제적 이해관계를 가지는데 불과한 경우’로 보고 있는 듯하다.

6) 행정형벌의 행정종속성을 상기하라.

7) 행정처분의 유·무효는 민사상 손해배상책임에 지대한 영향을 미침을 상기하라.

즉, 위 다수의견은 “규정형식상 부령인 시행규칙 또는 지방자치단체의 규칙으로 정한 행정처분의 기준은 행정처분 등에 관한 사무처리기준과 처분절차 등 행정청 내의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과하므로 행정조직 내부에 있어서의 행정명령의 성격을 지닐 뿐 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 없고, …, 따라서 행정명령에 불과한 각종 규칙상의 행정처분 기준에 관한 규정에서 위반 횡수에 따라 가중처분하게 되어 있다 하여 법률상의 이익이 있는 것으로 볼 수 없다”고 판시하여 법률상의 이익이 있는 것으로 인정되기 위해서는 적어도 대통령령의 형식으로 규정되어야 함을 밝히고 있다.

대법원이 부령 또는 지방자치단체의 규칙으로 정한 행정처분의 기준을 行政命令으로 보는 데에 문제가 있음은 차치하더라도 법률상 이익의 유무 판단을 그 「**利益의 實質이나 重要性**」에 관해서는 전혀 고려하지 않고 오로지 그 이익이 규정된 **法形式**(이 사건의 경우에는 법률이나 대통령령이 아니라 부령 또는 지방자치단체의 규칙)에 따라 **一刀兩斷**적으로 판단하고 있는 것은 문제가 아닐 수 없다. 대법원은 그 동안 누차에 걸쳐 **法規命令의 形式을 취하는 行政規則**⁸⁾이나 **法規의 內容을 가진 行政規則**⁹⁾의 **法規性**을 판단하면서 그 **法形式**보다는 **法內容**에 기하여 실질적으로 판단한다는 점을 상기해보면 더욱 그러하다. 대법원은 법률상 이익과 사실상의 이익을 구별하는 실질적인 기준은 무엇이고, 왜 그런 기준이 타당한지에 관하여 논증하였어야 했다.

세 번째 문제는 보다 근원적인 문제점이라 할 수 있는 바, 위 전원합의체 판결에서 감지할 수 있듯이 대법원은 소의 문제의 저변에 흐르는 원리·이념 내지는 목적·기능에 관한 **基本觀**을 정립하고 있지 않은 듯하다. 대법원은, 위 전원합의체 판결의 **多數意見**에서 읽을 수 있듯이, 소의 개념이 왜 필요한지, 어떤 **機能**을 하는지, 소의 개념의 **存在理由(raison d'être)**는 무엇인지 등의 기본적인 의문에 답할 수 있는 **기본개념**이나 사고의 틀에 대해서 전혀 설명하지 않고 있다.

多數意見은 그 판지와 같은 결론에 도달하게 된 추론과정 또는 추론의 근거나 이유를 전혀 설명하지 않고 오로지 「**根據法律의 解釋**」이라는 막연한 기준만을 제시하고 있어, 그 판단을 정당화하는 근거를 제시하였다기보다는 그저 **敎條(Dogma)**만을 천명한 데에 지나지 않는 것이 아닌가 하는 의문이 드는 것이다. 이와 같이 교조만을 선언한다는 것은 교조가 선언된 법령 이외의 법령에 관한 문제가 제기되었을 때 그 문제에 관한 법원의 판결이 선고되기 전에는 아무 것도 알 수 없는 예측불가능의 세계에 국민들을 처하게 하는 것을 의미하며, 극단적으로 표현하면 법원이 법률상 이익이 있다고 선언한 사건만이 소의요건을 충족한

8) 대법원 1984. 2. 28. 선고 83누551 판결.

9) 대법원 1987. 9. 29. 선고 86누484 판결.

것이라는 기이한 결론에 도달하게 된다. 법원의 판결은 구체적 사건을 해결하는 목적뿐만 아니라 그 판결로써 향후 반복될 수 있는 문제에 대한 일반적인 법해석을 정립하여 일반 국민의 법생활을 嚮導하는 의미도 있기 때문에, 법원은 무엇이 법인지를 선언하여야 할 뿐만 아니라 왜 그것이 법인지를 설명할 의무도 있는 것이다.

요컨대 위 多數意見은 원고가 處分消滅後訴訟을 제기해 얻는 이익을 당해 처분의 근거법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우에 해당하는지 ‘與否’만을 선언하고 있을 뿐 그 판단의 實質的 基準이 무엇인지, 왜 그런 기준이 타당한지에 관하여 별다른 설명을 해주지 않고 있다.

3. 學說에 대한 批判

법률상 이익은 그 파악이 쉽지 아니한 지극히 난해한 개념이다. 행정소송법은, 제12조는 물론이고 여타의 어느 규정에서도 그 의미를 파악할 수 있는 端緒를 제시하지 않아, 학계에서도 의견이 紛紛하다. 법 제12조 제2문에 규정된 법률상 이익이 당사자 적격의 범위를 정하기 위해 규정된 동조 제1문의 법률상 이익과 구별되는, 협의의 소익을 규정하는 개념이라는 데에만 논의가 일치하고 있을 뿐이다.

學說을 개관하면, ① 기본적인 권리회복이 불가능한 경우에도 처분 등의 취소로 인하여 회복될 법적 이익이 부수적이거나 있는 경우에는 소의 이익이 있지만, 명예, 신용 등은 포함되지 않는다고 보는 견해, ② 법 제12조 제2문이 상정한 “처분 등의 효과가 … 소멸된” 뒤에 제기될 수 있는 소송, 즉 處分消滅後訴訟을 독일 행정법원법 제113조 제1항 제4문의 계속확인소송(Fortsetzungsfeststellungsklage)과 같은 성질의 소송으로 보고, 따라서 법률상 이익을 독일의 계속확인소송에서와 같이 ‘처분의 위법확인에 대한 정당한 이익’으로 보아 법률상 이익뿐만 아니라 정치적·사회적·경제적·문화적 이익까지를 포함하는 것으로 보면서 民事訴訟法上的 確認의 利益보다 넓게 파악하는 견해,¹⁰⁾ ③ 處分消滅後訴訟을 계속확인소송과 같은 확인소송의 성질을 갖는 것으로 보고 법률상 이익을 “처분 등이 위법이었음을 확인할 법적 이익”으로 해석해 민사소송법상의 확인의 이익과 일치시키려는 견해¹¹⁾ 등이 제시되고 있지만 어느 학설도 지배적 견해로 부상하지 못하고 있다.

이러한 학설들은 해석에 있어서 의지할 準據가 현행법상 제시되지 않고 있는 상황에서 나름대로의 논거를 마련하여 해석의 합리화를 기하고 있어 어느 것 하나 가벼이 여길 수 없다. 그러나 위 전원합의체 판결의 多數意見이 채택한 방법론에 대한 少數意見의 비판은 위 학설들에 대해서도 그대로 有意하다고 본다. 즉,

10) 김남진, 행정법 I (제5판), 694 (1995).

11) 김유환, 취소소송에 있어서의 권리보호의 필요, 고시연구 95년 11월호, 60.

대부분의 학설이 취하고 있는 태도는 행정소송법 제12조 제2문에서 말하는 處分消滅後訴訟의 성질을 먼저 一義的으로 규정지은 후 -- 그것도 독일이나 일본의 입법례를 모델로 하여 -- 그에 기하여 법률상 이익의 개념을 설명하고 있기 때문이다. 사건으로는 處分消滅後訴訟을 그와 같이 일의적으로 규정지을 필요도, 규정지을 수도, 없는데 기존의 학설들은 무리하게 일의적 성질규명을 한 후 이에 기하여 논리필연적으로 법률상 이익의 개념을 정의하고 있다고 판단된다.

4. 代案摸索의 準據

이상과 같은 해석상 난점은 학설·판례가 문제해결에 필요한 적절한 방법론을 제시하지 못하는 데 기인한다. 위 대법원 전원합의체 판결의 少數意見이 밝히는 바와 같이, “행정소송법 제12조 제2문이 규정하는 ‘처분의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익’의 유무는 원래 抗告訴訟의 目的·機能을 어떻게 이해하며 국민의 권익신장을 위하여 어느 범위에서 裁判請求權의 행사를 허용할 것인가의 문제와 [불가분적으로] 관련된 것으로서 이를 위 조항에 대한 一義的·文理的·形式的 해석에 의하여 판별할 수는 없”는데도,¹²⁾ 판례와 학설은 「訴益의 問題」를 행정소송법 제12조 제2문 소정의 법률상 이익에 관한 「字句 解釋의 問題」로 치환하여 바라보는 것이다.

外皮의으로 파악할 때 소익의 문제는 행정소송법 제12조 제2문에 규정된 협의의 소익이라는 지극히 技術的 概念의 해석문제에 그치지만, 그 해석을 위해서는 헌법상 법원의 司法權, 국민의 裁判請求權 등과 같은 우리 공동체를 운영하는 基本制度에 관한 理解가 선행되어야 한다. 그러한 이해에 터잡아 헌법상 천명된 삼부 사이의 權力配分, 國家와 國民 사이의 關係 등 헌법이 담고 있는 價値의 配分을 體化한 해석론이 되어야 할 것이다. (憲法的 次元)

뿐만 아니라 대상 사건에 대한 법원의 판결은 사건 하나를 해결하는 데 그치는 것이 아니라 국가의 規制政策의 現實에 지대한 影響을 미친다. 일반적으로 행정작용은 행정부의 정책결정의 구체적 표현이므로 行政作用에 대한 司法審査는 국가정책에 대한 국민의 견제로서 규제과정이나 방침에 큰 영향을 미친다. 규제과정을 원활하게도 하고, 규제과정을 새롭게 방향지우기도 하며, 규제과정을 무효화하기도 하고, 규제정책을 방해하기도 한다. 규제과정에서 사개인이나 공적 단체가 사법심사를 이용하고 그 보호를 받을 수 있는 방식은 바로 협의의 소익과 같은 기술적 사항들이 어떻게 정해지는가에 달려있는 점을 생각해보면, 소익과 같은 기술적 사항도 규제정책과 函數關係에 있다고 할 수 있는 것이다. 소익의 해석론은 이

12) 대법원 1995. 10. 7. 선고 94누14148 판결.

와 같은 국가의 정책에 미치는 영향도 고려하여야 한다. (政策的 次元)

또한 법해석에 있어서 잊어서는 안될 사실이 있는데, 그것은 인류가 희소한 자원의 제약 속에서 살고 있다는 사실이다. 따라서 법해석에 있어서도 社會工學(social engineering) 또는 制度經濟學(institution economics)의 관점에서 제기되는 문제들, 예컨대 “어느 시스템이 희소한 자원의 유용한 이용에 기여하는가,” “한정된 자원을 가지고 문제를 해결하여야 하는데 법원이 어느 정도까지 개입하여야 하는가?,” “법원이 개입하면 한쪽이 피해를 보고 한쪽이 득을 보는가 아니면 현재의 법해석을 바꾸는 것은 모두 다에게 피해를 의미하는가?,” “보다 근본적으로 인간이 그 득과 실의 정도와 배분을 예측할 수 있는가?,” “누가 원리나 실익의 차원에서 위의 문제를 가장 잘 결정할 수 있는가?” 등에 관한 문제 의식을 가지고 있어야 한다. 소익 개념을 넓게 잡는 것은 국민의 권익 보호에는 기여하지만 소송의 과잉을 초래해 司法資源(judicial resources)을 효율적으로 사용하는 데 있어 문제가 될 수 있다. 예컨대 명예감정을 보호받기 위한 행정소송을 허용하는 것보다 명예가 침해될 것이 현저해지면 그때 가서 민사소송을 통해 보호하는 것이 사법자원을 보다 효율적으로 사용하는 것으로 볼 수 있다. 소익 개념에 대한 논의는 사법자원의 효율적 사용을 위한 最適點이 무엇인가를 찾는 작업이 되어야 한다. (制度經濟學的 次元)

Ⅲ. 狹義의 訴益에 관한 美大法院의 判例理論

1. 概說

미국의 판례이론을 살펴보면 반드시 유념하여야 할 점은, 미국에는 별도의 행정소송법도, 행정법원도 없다는 것이다. 미국에서는 민사법원에서 민사소송절차에 따라 행정소송이 진행된다. 국가가 당사자라고 해서 특별한 취급을 하지 않는다는 점 또한 잊어서는 안될 것이다.

狹義의 訴益에 해당하는 미국법상의 개념은 「mootness」이다. 이 단어는 “論議의 實益이 없는” 정도로 번역되고(이하 mootness는 ‘訴益’으로 번역함), 문제의 사건이 「moot」하면 법원은 당해 사건을 却下하여야 한다는 점에서 우리 법제상의 협의의 소익에 해당한다.

그러나 우리 법제상의 협의의 소익이 없는 것으로 포섭되는 여러 가지 유형의 사실관계 중에는 mootness가 아닌 다른 개념에 의하여 해결되는 경우도 있음을 유념하여야 한다. 미국법상 訴訟要件은 司法審査可能性(judiciability)의 原理에 의하여 포괄적으로 설명되고, 사법심사가능성의 원리는 ① 當事者適格(standing), ②

訴益(mootness), ③ 處分性(ripeness)이라는 세 가지 下位原理로 세분된다. 이 중 당사자적격 개념은 ㉠ 事實上의 利益侵害(injury in fact), ㉡ 이익침해와 행정행위 사이에 존재하는 因果關係(causation), ㉢ 승소판결로 침해된 이익이 구제될 救濟可能性(redressability)이라는 세 가지의 구성인자로 구성되어 있다.¹³⁾ 이 중 구제가능성이란 개념이 우리 법제상 협의의 소익 개념에 해당하는 기능을 하는 경우가 있다. 하지만 미국법상 당사자적격, 소익, 처분성 개념은 모두 法院의 役割을 制限하는 역할을 한다는 면에서 同一한 機能을 담당하고 있고, 아래에서 상술하는 바와 같이 세 가지 개념 모두 聯邦憲法으로부터 도출된다는 면을 보면 위 사실은 이 글이 주장하는 논지에 큰 영향을 미치지 못한다.

이하에서는 訴益(mootness) 개념의 理論的 基礎를 살핀 후 이제까지 축적된 판례 중 대상 사건과 관련된 판례를 개관해보기로 한다.

2. 訴益 概念의 機能 및 根據

소익에 관한 여러 가지 문제점을 해결하기 위해서는 무엇보다도 本案審理에 착수하기 위해서 소익이란 관문을 통과하도록 요구하는 이유가 무엇인지를 살펴야 한다. 이는 곧 소익의 機能 또는 存在 理由(raison d'être)에 관한 문제와 연결된다. 法律制度 또는 法律機制는 그 존재 자체에 목적이 있다기보다는 특정한 社會的 目標를 達成하기 위하여 창설되는 것이기 때문에, 특정한 법률제도·기제가 봉사하는 목표나 역할하는 기능을 파악하는 것은 그 법률제도·기제를 올바르게 이해하고 그 이후의 논의를 전개하기 위한 첫걸음이 된다.

訴益의 원리는 당사자적격, 처분성의 원리와 함께 소위 “守門將 原理”(“gatekeeper doctrines”)로 불리는데 그 까닭은 그 각각의 원리가 각기 다른 차원에서 “聯邦法院으로의 關門”(“entrance to the federal courts”)을 지키고 있기 때문이다. 당사자적격의 원리는 원고가 권리를 주장할 적절한 사람인가의 여부(who의 문제)를, 처분성 또는 소익의 원리는 원고의 권리 주장이 時期的으로 너무 일찍 또는 너무 늦게 이루어진 것이 아닌지의 여부(when의 문제)를, 다루고 있다고 본다.¹⁴⁾ 이들 원리들은, 現代行政國家에서 수익적 행정에 대한 일반 국민의 의존이 점점하고 이에 따라 일반 국민이 공법적인 권익의 보호를 법원에 요청하는 일이 빈번해지는 상황에서,¹⁵⁾ 일반 국민의 공법적 권익 주장에 대한 無理한

13) 미국법상의 당사자적격에 관해서는 拙稿, 分散利益訴訟에서의 當事者適格, 판례실무연구(IV) 439-474 (2000) 참조.

14) Evan Tsen Lee, Deconstitutionalizing Justiciability: The Example of Mootness, 105 Harv. L. Rev. 603, 605-06 (1992).

15) 이와 같은 소송을 미국에서는 여러 가지로 호칭하고 있다. 예컨대 “공법소송”모델 (“public law litigation” model), Abram Chayes, The Role of the Judge in Public

司法的 保護를 사전에 차단하고 政治過程에서 그 解決을 모색하도록 하게 하는 기능을 담당하는 것이다.

본안에 관한 법원의 裁判權을 制限하는 方案으로는 다음과 같은 네 가지가 상정될 수 있다.¹⁶⁾ ① 법원 스스로 신중한 입장에서 특정한 부류의 사건에 관하여 판단을 自制하는 방법, ② 의회가 立法으로 법원의 구체적 재판권을 제한하는 방법, ③ 법원이 재판권을 부여한 법률을 좁게 解釋하는 방법, ④ 법원이 憲法에 기하여 특정한 사건에 대한 재판권이 제한되는 것으로 해석하는 방법 등이 그것이다.

이상과 같은 방안 중 어느 것을 선택할 것인가는 그 판단 기준에 따라 달라질 것이다. 생각할 수 있는 기준으로는 國家機能의 效率性(governmental efficacy), 私的 自治의 最大保障(maximization of individual efficacy) 등이 제시될 수 있을 것이고, 그 기준에 따라 행정부, 의회, 법원 사이에 형성된 권력균형에 영향을 미쳐 국가 기능의 수행을 좌우하거나 국민의 권익 보장의 정도에 적지 않은 영향을 미칠 것으로 보인다.

(1) 訴訟의 根據에 관한 美大法院의 判例

이상의 방안 중에 미대법원은 소의 개념을 聯邦憲法에서 바로 導出한다. 소의 개념을 聯邦憲法에서 도출한 최초의 사건은 1893년에 선고된 California v. San Pablo & Tulare R.R. Co. 사건인데, 이 사건에서는 論證過程을 생략한 채 법원은 소의 이익이 없는 사건을 審理할 權限이 없음을 선언하고 있을 뿐이다.¹⁷⁾

소의 개념과 헌법과의 관계에 대하여 논증한 최초의 사건은 1964년 선고된 Liner v. Jafco, Inc. 사건인데 그 사실관계는 다음과 같다.¹⁸⁾ 도급업자인 被告는 쇼핑 센터의 건설현장에 투입하기 위하여 노동조합에 가입하지 않은 노동자들(原告)을 채용하였다. 노동자들이 피켓팅 시위를 벌이자, 노동자들을 고용한 被告는 法院으로부터 이들의 피켓팅을 禁止하는 假處分을 발부받았다. 이에 原告는 가치

Law Litigation, 89 *Harv. L. Rev.* 1281 (1976); “특별기능”모델(“special function” model), Henry P. Monaghan, *Constitutional Adjudication: The Who and When*, 82 *Yale L.J.* 1363 (1973); “사법정치”모델(“judicial-political” model), Martin H. Redish, *The Federal Courts in the Political Order* 88, 103-06 (1991); “공적 행동”모델(“public action” model), Louis L. Jaffe, *Standing to Secure Judicial Review: Public Actions*, 74 *Harv. L. Rev.* 1265, 1267 (1961); “공정가치”모델(“public values” model), Lee(註14), 627-28면 참조.

16) 이 분류는 Lee 교수에 의한 분류를 수용한 것이다. Lee(註14) 615-22면. 한편, Corey W. Watson은 “pure prudential model”, “public law model”, “textual constitutional model”, “flexible constitutional model”로 분류하였다. 자세한 것은 Corey W. Watson, *Mootness and the Constitution*, 86 *Nw. U. L. Rev.* 143, 151 (1991).

17) 149 *U.S.* 308, 314 (1893) (“[T]he Court is not empowered to decide moot questions.”).

18) 375 *U.S.* 301 (1964).

분의 適法性을 다투면서 抗告하였는데, 노동자들이 피켓팅을 할 수 있는 권한이 있는가 여부에 관하여 原·被告 사이에 법적 공방이 한창인 가운데, 문제의 쇼핑 센터가 完工되었다. 쇼핑 센터가 완공되었기 때문에 이 사건은 訴益을 缺如한다는 被告의 本案前 抗辯을 배척하면서, 미대법원은 被告가 가치분신청을 하면서 노동자들이 입게 될지도 모를 損害를 擔保하기 위하여 供託한 保證금이 있는바, 本案에 관한 判斷은 노동자들(被告)이 이 보증금에 대하여 權利를 주장할 수 있는지 여부와 관련되어 있으므로 소익이 존재한다고 판시하였다. 미대법원은 이 사건 判決文 -- 비록 판결문의 本文이 아닌 脚註에서 언급하고 있기는 하지만 -- 에서 “訴益이 없는 事件을 審理할 수 없는 것은 聯邦憲法 제3조의 要件에서 나오는데, 그에 의하면 司法權의 行使는 「事件」 또는 「紛爭」의 存在 與否에 달려있다”고 천명하였다.¹⁹⁾ 미대법원이 이 사건에서 어떤 이유로 소익 개념의 원천에 관하여 의견을 피력하였는지는 불분명하다고 하지만²⁰⁾ 소익 개념을 연방헌법 제3조의 요건인 事件과 紛爭이라는 개념, 즉 事件性과 연결시키고 있다는 점은 분명하다. 이 판결은 그 판시내용을 뒷받침하기 위하여 두 개의 論文을 인용하고 있는데,²¹⁾ 그 중 하나는 소익이 없는 사건은 “憲法的 意味에서 事件도 아니고 紛爭도 아니다”라고 단언하고 있다.²²⁾ Liner 판결은 그 형식과 내용이 빈약함에도 불구하고 그 이후의 미대법원 판결에서 널리 인용되고 있다고 한다.²³⁾

소익이 연방헌법 제3조에 근거하고 있음을 선언한 판결 중 가장 많이 인용되고 있는 판결은 Defunis v. Odegaard이다.²⁴⁾ 미대법원은 이 사건에서도 “소익이 없는 사건에 대한 연방대법원의 심사불가능성은 연방헌법 제3조로부터 도출된다”고 판시하고 있다.²⁵⁾

(2) 美大法院 判例의 論據

訴益原理를 연방헌법에서 직접 구하는 미대법원의 태도에 대해서 비판론이 있음은 물론이다. 소익을 헌법으로부터 근거지우는 것은, 첫째 본안에 관한 판단 기

19) *Id.* 306면 각주 3번 (“our lack of jurisdiction to review moot cases derives from the requirement of Article III of the Constitution under which the exercise of judicial power depends upon the existence of a case or controversy.”).

20) Lee(註14), 612면.

21) Liner, 375 *U.S.* 306면 각주 3. 한편 인용하고 있는 논문은 Sidney A. Diamond, Federal Jurisdiction to Decide Moot Cases, 94 *U. Pa. L. Rev.* 125 (1946)과 Note, Cases Moot on Appeal: A Limit on the Judicial Power, 103 *U. Pa. L. Rev.* 772 (1955).

22) Note (註21), 772면.

23) Lee(註14), 612면.

24) 416 *U.S.* 312 (1974) (per curiam).

25) *Id.* 316면.

회를 줄이는 결과를 초래할 수 있는데 이것은 개개의 사건에 대한 판결을 통해 憲法秩序 속에 표현된 價値體系의 의미와 적용례를 具體化할 수 있는 좋은 기회를 법원 스스로 포기한 것이고,²⁶⁾ 둘째 의회가 법원의 裁判權(jurisdiction)의 범위에 대해 立法할 수 있는 立法權 —이것은 삼권분립의 또 다른 측면이다— 을 제한하는 의미가 있다²⁷⁾는 것이 그 비판론의 요지이다. 이러한 논거에 터잡아 비판론은 소익원리를 헌법상의 원리가 아닌 법원 스스로 司法自制的 立場에서 창출한 원리로 이해할 것을 주장한다. 비판론은 특히 Rehnquist 대법원장이 헌법 제3조와 소익의 관계에 약간의 의문을 표시한 점에 고무돼 있는 것으로 보인다.²⁸⁾

이러한 비판론에도 불구하고 미국 법학계의 主流와 미대법원 판례는 다음과 같은 논거에 기하여 憲法的 訴益原理에 대해 찬성하는 것으로 판단된다.

(가) 聯邦憲法 제3조의 文面 및 立法史

憲法的 訴益原理은 사법권에 관하여 규정한 聯邦憲法 제3조의 文面(text)에 附合한다는 것이 첫 번째 논거이다. 소익에 관한 미대법원의 판결은 다음과 같은 아주 간단한 三段論法으로 구성되어 있다.²⁹⁾ 즉, 미연방헌법 제3조는 사법권이 “事件”(“cases”)과 “紛爭”(“controversies”)에만 미친다고 명시하고 있다. (大前提) 소익이 없는 논쟁은 사건이나 분쟁이 아니다. (小前提) 그러므로 법원은 그러한 논쟁에 관한 재판권을 가지지 않는다. (結論)

이와 같은 해석이 가능한 것은, 무엇보다도 “司法權이 事件과 紛爭에만 미친다”고 규정한 연방헌법 제3조의 문면이 다른 해석이 허용되지 않을 정도로 明白하다는 데 기인한다.³⁰⁾ 미대법원의 구성원들이 保守化되면서 이른바 原文主義者(textualist)인 Scalia 대법관의 해석이 힘을 얻어가고 있다는 사실 또한 간과해서는 안 될 것이다. Scalia 대법관은 立法史나 傳統을 살피기보다는 條文에 사용된 “單語의 있는 그대로의 平凡한 意味”(“plain meaning of the words”)를 살펴야

26) Owen M. Fiss, The Supreme Court, 1978 Term -- Foreword: The Forms of Justice, 93 *Harv. L. Rev.* 1, 9 (1979).

27) 자세한 것은 Lee(註14), 608, 612-15면 참조. 의회가 법원의 재판권의 범위를 결정할 권한이 있다는 주장에 관한 문헌으로는 Martin H. Redish, Abstention, Separation of Powers, and the Limits of the Judicial Function, 94 *Yale L.J.* 71 (1984); Herbert Wechsler, The Courts and Constitution, 65 *Colum. L. Rev.* 1001 (1965)를 참조.

28) Honig v. Doe, 484 *U.S.* 305, 330 (1988). Rehnquist 대법원장의 의견에 대한 논평으로는 Gene R. Nichol, Jr., Moot Cases, Chief Justice Rehnquist, and the Supreme Court, 22 *Conn. L. Rev.* 703 (1990).

29) Lee (註14), 636면. Lee 교수는 앞서 본 *Liner v. Jafco, Inc.*, 375 *U.S.* 301, 306면 註3 (1964), *North Carolina v. Rice*, 404 *U.S.* 244, 246 (1971) 등을 예로 제시한다.

30) Lee (註14), 636면 (“The language of Article III is too clear to admit of any other interpretation.”).

한다고 주장한다.³¹⁾ Honig v. Doe 사건에서 Scalia는 사건과 분쟁의 평범한 의미는 “보통법 法院이 가진 權力에 대한 制限”이라고 판시하였는데,³²⁾ 이것은 법원이 그 전통적 역할, 즉 私個人 사이의 紛爭을 解決하는 役割에 그대로 머물러 있게 하기 위하여 사건과 분쟁이라는 단어가 사용되었다는 것을 의미한다.

문면이 명백하다는 것 외에 미연방헌법 제3조에 관련된 立法史 또한 위와 같은 해석을 뒷받침한다. 미대법원은 여러 차례에 걸쳐 사건과 분쟁의 의미를 입법사에 기하여 분명히 하였는데 그 대표적인 사건이 Coleman v. Miller³³⁾이다. 이 사건에서 Frankfurter 대법관은 私法上 紛爭에 관한 법원의 권한에 관하여 다음과 같이 판시하고 있다.

미연방헌법은, 사법권을 법원에 부여하면서 사법권에는 역사적 의미가 있음을 전제로, 오로지 「판사에 의한 해결이 적절한 사안」에 관해서만 법원이 권한을 행사해야 한다고 생각하였다. [그 결과], 미연방헌법은 사법권이 사건과 분쟁에만 미친다고 규정함으로써 사법적 조치가 취해질 수 있는 영역을 명시적으로 한정하고 있다. 사법권은, 영국 Westminster 법원의 전통적 관심사였던 사안에 대해서만, 그리고 그 사안들이 전문가인 법률가가 느끼기에 사건과 분쟁을 구성하는 방식으로 제기될 경우에만, 행사될 수 있었다.³⁴⁾

Frankfurter 대법관이 私法的 側面[common law courts]에서 이야기한 반면, Scalia는 한걸음 더 나아가 憲法的 脈絡에서도 司法權이 사건과 분쟁에만 미치고 있음을 주장하였다. Scalia는, Honig v. Doe 사건 판결의 반대의견에서, 1787년에 있었던 制憲會議에서의 토론을 근거로 「사건과 분쟁」이란 어구가 헌법과 관련하여

31) Scalia 대법관은 입법사를 살피기 위하여 국회속기록을 찾아보기보다는 단어의 의미를 파악하기 위하여 사전을 찾아보아야 한다고 주장한다. 자세한 것은 Antonin Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, 56 *U. Chi. L. Rev.* 1175, 1184 (1989) (“I am more inclined to adhere closely to the plain meaning of a text.”) 참조.

32) 484 *U.S.* 305, 340 (1988) (The words have “virtually no meaning” except by reference to the “traditional, fundamental limitations upon the powers of common-law courts.”).

33) 307 *U.S.* 433 (1939).

34) *Id.* 460면 (In endowing this Court with “judicial Power” the Constitution presupposed an historic content for that phrase and relied on assumption by the judiciary of authority only over issues which are appropriate for disposition by judges. The Constitution further explicitly indicated the limited area within which judicial action was to move -- however far-reaching the consequences of action within that area -- by extending “judicial Power” only to “Cases” and “Controversies.” ... Judicial power could come into play only in matters that were the traditional concern of the courts at Westminster and only if they arose in ways that to the expert feel of lawyers constituted “Cases” or “Controversies.”).

여 제기된 사건 중 소익, 처분성 또는 당사자적격이 결여된 사건들을 사법심사에서 배제하기 위하여 사용되었음을 지적하고 있다.³⁵⁾

(나) 諮問意見禁止의 原則(Prohibition against Advisory Opinion)

소익원리가 연방헌법에 기한다고 하는 주장의 또 다른 논거는 “諮問意見禁止의 原則”(“the doctrine of prohibition against advisory opinion”)이다. 자문의견이라 함은 “實際에 있어 아무런 變化를 가져올 수 없는 決定”을 말하는데, 자문의견을 금지하는 원리도 연방헌법 제3조에서 도출된다고 한다.³⁶⁾ 소익이 없는 사건에서의 판결은 실제로 세상에 아무런 변화도 일으키지 못하므로 자문의견의 범주에 속하는 것이고, 자문의견이 금지되는 것은 연방헌법 제3조에 터잡은 것인바, 그렇다면 (소익없는 사건에 대해 재판할 수 없다는) 소익원리는 결과적으로 헌법 제3조에 근거한다는 결론에 도달하게 된다.³⁷⁾

이러한 자문의견금지의 원칙은 다음과 같은 두 가지 機能을 담당하고 있다.³⁸⁾ 첫째 법원 판결이 판시 사항에 관한 최종적인 판단이 되어 존중되어야 함에도 불구하고 법원이 자문의견을 발하게 되면, 그 의견은 삼권분립의 원칙상 동등한 지위에 있는 다른 府에 의하여 무시되거나 대체될 수 있으므로 법원 판단의 最終性(finality)에 반하게 되고 결국 법원의 권위에 치명적 손상을 가져온다는 것이다. 둘째, 이 원칙은 사법자체적 입장을 견지하기 위하여 사용된다.

대표적인 자문의견으로는 사후에 입법부나 행정부의 심사가 될 수 있는 판결, 즉 소위 他府에 의해 判決後 審査(post-judgment review by another branch)의 대상이 될 수 있는 판결³⁹⁾과 다른 府가 방침을 정하고 행동하기 전에 다른 府에게 자문하는 것, 즉 法院에 의한 立法前 審査(pre-enactment review by court)⁴⁰⁾

35) 484 U.S. 305, 339 (1988).

36) Lee(註14), 643-44면. 자문의견에 관한 문헌으로는 Felix Frankfurter, A Note on Advisory Opinions, 37 *Harv. L. Rev.* 1002 (1924); George N. Stevens, Advisory Opinions -- Present Status and an Evaluation, 34 *Wash. L. Rev.* 1 (1959); Charles A. Wright, Arthur R. Miller & Edward H. Cooper, *Federal Practice and Procedure*, §3529.1, 293-308 (2d ed. 1984) 참조.

37) Erwin Chemerinsky, *Federal Jurisdiction*, §2.2., 45면 (1989) (“[I]n order for a case to be justiciable and not an advisory opinion, there must be substantial likelihood that a federal court decision in favor of a claimant will bring about some change or have some effect.”).

38) Lee(註14), 644면.

39) 대표적인 미연방대법원 판례로는 *Hayburn’s Case*, 2. U.S. (2. Dall.)409 (1972); *United States v. Ferreira*, 54 U.S. (13 How.) 40 (1851); *Chicago & Southern Air Lines v. Waterman S.S. Corp.*, 333 U.S. 103 (1948).

40) 워싱턴대통령의 국제법에 관한 질의에 대하여 미연방대법원은 삼권분립의 원칙에 기하여 그 조언을 거절하였다고 한다. 미연방대법원의 입장을 설명한 그 당시 대법원장인

가 있는데 이와 같은 자문의견은 헌법상 삼권분립의 원칙에 반하는 것으로 금지된다.

이러한 대표적인 경우뿐만 아니라, 미대법원은 소익,⁴¹⁾ 처분성,⁴²⁾ 당사자적격이 결여된 사건도 자문의견금지의 원칙에 반하는 것으로 각하하고 있다.⁴³⁾ 위와 같이 소송요건을 결한 사건에 관하여 판결을 하게 되면, 그 판결의 最終性이 보장되지 않고 他府에 의하여 무시 또는 대체될 가능성이 있다는 점에서 소송요건과 자문의견금지의 원칙이 일맥상통하는 것으로 파악된다.

(다) 未來 利害關係人の 適法節次權

일반적으로 이해관계가 큰 사람일수록 자신의 이해에 관계된 일에 애를 쓰게 된다. 이런 상식을 소익과 관계된 국면에 유추해보면 다음과 같은 결론에 도달하게 된다. 즉, 소익이 없는 경우는 소익이 인정되는 경우와 비교할 때, 소송 수행을 방만히 할 개연성이 높다. 이러한 사고에 터잡아 소익이 없는 경우에 소송을 각하하는 것은, 미래에 같은 상황에 처하게 될 潛在的 利害關係人の 이익, 즉 미래에 진정으로 이해관계를 가질 사람들이 자신들의 분쟁에서 자신의 권익을 보호하기 위하여 충분히 다룰 수 있는 기회를 미리 박탈하지 않도록 하는 의미가 있는 것이다. 요컨대 연방헌법 제3조의 「事件과 紛爭」은 연방헌법 수정 제5조와 제14조에 규정된 適法節次(due process)의 요소를 가지고 있다.⁴⁴⁾ 따라서 소익원리는, 소제 기사가 선례구속의 원칙 또는 기관력에 의하여 영향을 받을 수 있는 잠재적 이해관계인의 이익을 충분히 대표할 수 있도록 보장해 주는 憲法機制이다.

3. 美大法院 判例에 나타난 訴益 判定基準: 個人的 利害關係

위에서는 소익원리가 연방헌법에 터잡은 원리라는 것을 살펴보았거니와, 이하에서는 소익원리에 관한 판례 중 대상사건과 관련된 것들을 개관하기로 한다. 상술하거니와 미대법원 판례에 나타난 소익원리의 핵심은 “個人的 利害關係”의 개념으로, 개인적 이해관계를 결여한 소는 소익을 결여한 부적법한 소가 된다. 우선

John Jay의 서한은 3 *Correspondence and Public Papers of John Jay, 1782-1793*, 488면 (Henry P. Johnston ed., 1891)에 실려 있다고 한다. Lee, 647면 참조.

41) *North Carolina v. Rice*, 404 *U.S.* 244, 246 (1971) (per curiam); *Benton v. Maryland*, 395 *U.S.* 784, 788 (1969); *St. Pierre v. United States*, 319 *U.S.* 41, 42 (1943) (per curiam).

42) *United Pub. Workers v. Mitchell*, 330 *U.S.* 75, 89-90 (1947).

43) *Boston Firefighters Union, Local 718 v. NAACP*, 468 *U.S.* 1206, 1209-10 (1984) (Blackmun, J., dissenting); *City of Los Angeles v. Lyons*, 461 *U.S.* 95, 129, 註20 (1983) (Marshall, J., dissenting).

44) 자세한 것은 Lea Brilmayer, *The Jurisprudence of Article III: Perspective on the “Cases” or “Controversy” Requirement*, 93 *Harv. L. Rev.* 297, 306-10 (1979) 참조.

개인적 이해관계를 중심으로 발전한 관례이론을 보고, 다음으로 개인적 이해관계가 없음에도 소익이 인정되는 예외적인 경우를 소개하기로 한다.

(1) “個人的 利害關係”(“personal stake”)의 意味

관례이론에 따르면, 원고가 소익을 인정받기 위해서는 “訴訟結果에 의하여 좌우될 살아있는 個人的 利害關係를 訴係屬 中 保持하여야” 한다.⁴⁵⁾ 소익이 인정되기 위해서는 두 가지의 기본 요소가 인정되어야 하는데, 첫째 요소는 소송결과에 관한 개인적인 이해관계이고, 둘째 요소는 이 개인적 이익이 소송속 중 現存하여야 한다는 것이다.

「個人的 利害關係」라 함은, 當事者의 主觀的 感情, 즉 당사자가 소송의 대상이 된 문제에 관하여 개인적으로 얼마나 열정과 관심을 가지고 있는가와 무관하고,⁴⁶⁾ 爭點의 客觀的 價値, 즉 제기된 논점이 公益的 側面에서 사회적으로 얼마나 중요한가 여부와도 관련이 없다.⁴⁷⁾ 오로지 소송 당사자가 소송결과에 따라 법률적 측면에서 얼마나 영향을 받는가에 관련된 문제이다.

두 번째 요소에 관하여 보면, 미대법원은 소익을 時間的 次元에서의 本案適格 즉, “時期適格”(“the doctrine of standing set in a time frame”)으로 파악하고 “당사자적격이 訴提起 時에만 존재하면 족하지만 소익은 訴係屬 中 계속되어야 하는 個人的 利益”이라고 정의한다.⁴⁸⁾ 따라서 1심뿐만 아니라 항소심까지의 모든 소송절차 중에 당사자 사이에 “紛爭이 實質的으로”(“actual controversy”) 繼續되어야 하고,⁴⁹⁾ 제기된 쟁점이 더 이상 “現存하지”(“live”) 아니하면 그 사건은 소익을 결여한 것이 된다.⁵⁰⁾ 따라서 당사자가 소송을 제기할 당시에 개인적 이해관계를 가지고 있지 않거나, 소송을 제기한 이후에 생긴 사유로 개인적 이해관계가 소멸하면 당해 사건은 소익을 결하게 되어 법원의 사법심사로부터 제외된다.

(2) “個人的 利害關係”(“personal stake”)의 適用例

개인적 이해관계의 법리의 전형적인 적용례는 앞서 인용한 Defunis v. Odegaard 사건에서 찾을 수 있다. 법과대학의 학사결정에 대하여 제기한 이 사건

45) Lee(註14), 611면.

46) *Kremens v. Bartley*, 431 U.S. 119, 134 n.15 (1977); *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24, 35-6 (1974).

47) *DeFunis v. Odegaard*, 416 U.S. 312, 316 (1974).

48) *United States Parole Comm'n v. Geraghty*, 445 U.S. 388, 397 (1980) (“the doctrine of standing set in a time frame: The requisite personal interest that must exist at the commencement of the litigation (standing) must continue throughout its existence (mootness)”).

49) *Honig v. Doe*, 484 U.S. 305, 317 (1988).

50) *County of Los Angeles v. Davis*, 440 U.S. 625, 631 (1979).

에서 미대법원은, 본안에 관하여 어떠한 결정을 내리더라도 原告가 판결이 선고되는 學期의 終了時에 법과대학을 졸업할 것이 확실하다는 이유로 원고가 제기한 사건은 소익이 없다고 판시하였다.⁵¹⁾ 연방고등법원도 環境影響評價의 適正性 여부를 다투는 소송에서 가치분 등으로 사업진행을 중단시키지 못해 이미 사업이 완료되었다는 이유로 소를 각하한 바 있다.⁵²⁾

그러나, 개인적 이해관계의 법리는 실제 여러 사건에서 상당히 柔軟하게 解釋되고 있는 것으로 판단된다. 특히 같은 소송요건 중의 하나인 當事者適格에 비교할 때 매우 유연하게 해석되고 있다고 한다.⁵³⁾ United States Parole Commissioner v. Geraghty⁵⁴⁾에서의 미대법원의 태도가 대표적인 예인데, 이 사건에서 既決囚인 Geraghty가 刑을 모두 복역함으로써 本案인 假釋放 規則의 적법 여부에 관한 판단에 의해 좌우될 개인적 이해관계를 상실하였음에도 불구하고 미대법원은 Geraghty가 자신과 비슷한 처지의 사람들을 대표하여 集團訴訟(class action)을 수행하고 있음에 착안하여, Geraghty가 본안에 관한 판결결과에 의하여 좌우될 개인적 이해관계는 가지고 있지 않지만 Geraghty는 자신이 대표하고 있는 집단에 관한 판결결과에 관해서는 이해관계를 가진다고 보고 소익을 인정한 바 있다.⁵⁵⁾

뉴욕주 연방지방법원도 Essen v. Board of Educ. of the Ithaca City Sch. Dist. 사건에서, 다운증후군에 걸린 자녀를 특별교육반에 배치한 교육위원회의 결정에 대하여 소송을 제기한 부모가, 소제기후 그 자녀를 특별교육반에서 다른 교육기관으로 전학시켰음에도 불구하고 소익이 없어진 것이 아니라고 판시하였는데, 그 까닭은 부모들이 적절한 교육프로그램이 세워지기만 하면 다시 자녀를 復校시

51) 416 *U.S.* 319면 (holding that petitioners case was moot “[b]ecause [he] will complete his law school studies at the end of the term for which he has now registered regardless of any decision this Court might reach on the merits of this litigation”).

52) *Neighbors Organized To Insure A Sound Environment, Inc. v. McArtor*, 878 *F.2d* 174, 177-78 (6th Cir. 1989); *City of Romulus v. County of Wayne*, 634 *F.2d* 347, 348 (6th Cir. 1980) (“Plaintiffs did not file a motion in this court or in the District Court for an injunction pending appeal. During the time that this appeal has been pending, the runway in question has been completed.”).

53) Richard H. Fallon, Jr., *Of Justiciability, Remedies, and Public Law Litigation: Notes on the Juris Prudence of Lyons*, 59 *N.Y.U. L. Rev.* 1, 26 (1984) (“[T]he Supreme Court has viewed mootness as much more flexible than the article III aspects of standing.... [T]he personal interest needed to defeat mootness may be different from, and less than, that required initially to establish, standing.”).

54) 445 *U.S.* 388 (1980).

55) *Id.* 407면.

킬 것이라고 주장했기 때문이다.⁵⁶⁾

(3) “個人的 利害關係”(“personal stake”)의 例外

개인적 이해관계는 유연하게 해석될 뿐만 아니라 다음과 같은 폭넓은 例外가 인정된다.⁵⁷⁾ ① 당사자 사이나 여타의 사람들 사이에 같은 문제가 再發할 可能性이 높은 경우, ② 소익원리를 있는 그대로 적용하면 事件 自體의 屬性上 사법심사가 미치지 못하는 경우, ③ 선례가 형성되지 아니한, 국민의 권익보호와 밀접한 관련이 있는, 문제가 제기된 경우에는, 개인적 이해관계가 인정되지 않아도 사법심사가 가능할 수 있다.

당사자격격, 소익, 처분성 등 訴訟要件은 법원의 개입이 적절하지 아니한 경우의 徵標로서 개인적 이해관계를 제시한 것이므로 비록 개인적 이해관계가 사라졌어도 법원의 개입을 정당화할만한 특별한 사정이 있다면 법원에 의한 사법심사를 제한할 이유가 없다고 본다. 위의 예외는 바로 이러한 특수한 사정이 인정되는 대표적인 경우라 할 수 있다.

(가) 再發可能性 例外

재발가능성 예외는 매우 빈번히 이용되는 법리이다. 예컨대 부적법한 영업허가 취소처분을 취소해달라는 취소소송을 제기하였는데 소계속 중 행정청이 자진하여 그 처분을 취소한 경우 영업허가권자의 취소소송은 소익이 없는 것으로 각하되어야 하는가의 문제를 판단할 때 적용될 수 있다.

再發이 “合理的으로 豫測”될 때에는 소익이 부정되지 않는다는 것이 미대법원의 입장이다.⁵⁸⁾ 미대법원 판례를 좀더 살펴보면, Allee v. Medrano 사건에서 사용자의 부당노동행위가 중단된 경우라도 재발할 가능성이 있다면 부당노동행위의 중지를 구하는 노동자의 소는 적법하다고 판시하였다.⁵⁹⁾ 이 경우 재발가능성에 대한 立證責任은 行政廳에게 있다. 즉, 미대법원이 2000년에 선고한 Friends of the Earth, Inc. v. Laidlaw Environmental Services (TOC), Inc. 사건에 밝혔듯이, 행정청이 소송계속 중에 자발적으로 문제의 실무관행을 교정한 경우에는, 행정청

56) No. 92-CV-1164 (FJS) (GJD) (N.D.N.Y. April 15, 1996).

57) Pastore v. Sabol, 160 *Misc.2d* 983, 987, 611 *N.Y.S.2d* 755, 758 (Hearst Corp. v. Clyne, 50 *N.Y.2d* 707, 714-15, 409 *N.E.2d* 876, 878, 431 *N.Y.S.2d* 400, 402 (1980)을 인용)

이외에도 헌법문제의 경우에는 개인적 이해관계의 유무에 관계없이 소를 인정하여야 한다는 견해가 있다. Corey C. Watson(註16), 172면.

58) Murphy v. Hunt, 455 *U.S.* 478, 482 (1982) (per curiam) (“reasonable expectation” of recurrence).

59) 416 *U.S.* 802, 810 (1974) (“It is settled that an action for an injunction does not become moot ... if there is a possibility of recurrence”).

이 “그 잘못된 행정행위를 다시 범하리라고 예상하는 것이 비합리적임을 입증하여야” 각하판결을 받을 수 있다.⁶⁰⁾ 행정청이 재발가능성이 없음을 입증하는 것은 매우 힘들다고 판단되므로 재발가능성 예외는 수많은 사건을 구제할 것으로 기대된다.

(나) 速成性 例外

행정청의 처분 자체가 짧은 시간 내에 완성되어 실효하는 경우에는 사실상 그 처분의 속성성으로 인해 사법심사를 받는 것이 불가능해진다. 효력기간이 짧은 처분, 예컨대 정지기간이 짧은 운전면허정지 처분이 그 전형적 예일 것이다.

최초의 사건인 Southern Pac. Terminal Co. v. ICC 사건 이후 많은 사건이 속성성 예외에 의하여 본안 판결을 받았다.⁶¹⁾ 낙태의 자유에 관련해 제기된 Roe v. Wade 사건에서 미대법원의 판결이 선고될 당시에는 원고의 임신상태가 이미 끝난 후였다. 미대법원은 임신상태의 종료로 소익이 부정된다면 낙태법에 관련된 상급심 판결은 영원히 선고되지 않을 것이라면서 본안에 관하여 판시하였다.⁶²⁾ 학생이 학사프로그램을 변경한 결정에 대해 제기한 Rowley 사건에서도 미대법원은, 설사 학기가 끝나더라도, 나아가 문제의 학사프로그램을 변경하는 새로운 결정이 내려지더라도, 소익이 있다고 판시하였다.⁶³⁾

(다) 公益關聯性 例外

국민의 권익보호와 밀접한 관련이 있는데 선례가 형성되지 아니한 문제가 제기된 경우에 공익관련성 예외가 인정될 수 있다. 예컨대 뉴욕주대법원(우리의 지방법원에 해당함)은 Pastore v. Sabol 사건에서 訴訟救助申請을 기각한 결정의 취소를 구하는 별개의 소에 대하여 원래의 소송이 이미 종결되었음에도 불구하고 소익이 있다고 판시하였다. 왜냐하면 소송구조 기각결정의 취소를 구하는 소송에서의 쟁점이 공익관련성이 있고, 유사한 사건에서 재발할 가능성이 농후하며, 사법심사를 회피할 수 있는 속성을 가지고 있기 때문이었다.⁶⁴⁾

Arkansas 주법원도 Duhon v. Gravett 사건에서 소익원리에도 불구하고 사건의 공익관련성과 소송의 재발가능성을 고려하여 소송의 심리를 허용한 바 있고,⁶⁵⁾

60) Friends of the Earth, Inc. v. Laidlaw Environmental Services (TOC), Inc., 120 S. Ct. 693. 이 판결에 대한 평석으로는 Craig N. Johnston, Standing and Mootness after Laidlaw, 30 *Envtl. L. Rep.* 10317 (2000).

61) 219 *U.S.* 498, 515 (1911) (“capable of repetition, yet evading review”); Globe Newspaper Co. v. Superior Court, 457 *U.S.* 596, 602-03 (1982).

62) 410 *U.S.* 113 (1973).

63) Board of Educ. of Hendrick Hudson Central School Dist., Westchester County v. Rowley, 458 *U.S.* 176, 186 (1982).

64) 160 *Misc.2d* 987면, 611 *N.Y.S.2d* 758면.

Montana 주법원 또한 남녀차별적 장학정책에 대한 소송에서 원고가 이미 졸업했음에도 불구하고 쟁점의 공익관련성에 기하여 소익을 인정하였으며,⁶⁶⁾ 이외에도 Utah 주법원 판례, Wisconsin 주법원 판례 등 다수의 판례가 이 예외를 인정하고 있다.⁶⁷⁾

IV. ‘個人的 利害關係’ 基準의 우리나라에서의 含意

1. 美大法院 判例에 대한 評價

앞서 대안적 방법론을 모색함에 있어 고려하여야 할 요소로 세 가지를 제시한 바 있거니와, 미대법원의 판례이론을 세 가지 基準에 비추어 평가해 보기로 한다.

먼저 憲法的 次元에서 본다. 법규정의 해석은 궁극적으로는 주어진 사건을 해결하기 위하여 필요한 것이지만, 하나의 법규정은 나머지 법체계 전체와 유기적인 관계를 맺고 기능하기 때문에 그 해석은 전체 법체계 질서 속에서 조화롭게 하여야 한다. 위 대법원 판례의 少數意見이 지적하였듯이 소익의 유무는 행정소송의 목적·기능, 국민의 재판청구권을 어떻게 이해할 것인가의 문제와 불가분의 관계에 있을 뿐만 아니라, 국가기능의 수행에 있어서 法院이 어떤 역할을 수행하여야 하는가라는 보다 근본적인 문제와 관련을 맺고 있다. 이러한 측면에서 소익을 단순한 법률의 해석과정으로 돌리지 않고 그 원리를 헌법에서 직접 구하고 있는 미대법원의 태도는 찬사를 받을 만하다고 본다. 물론 소익원리를 헌법에서 추론해 내는 것은, 사법작용 내지는 행정소송의 본질에 관하여 논의가 분분하다는 점과 의회가 입법권의 행사를 통해 변화하는 정책환경에 탄력성있게 적응하는 것을 저해하는 면이 있다는 점을 감안할 때 문제가 없지 않으나, 가장 根源的으로 문제를 解決할 수 있는 점에서 수긍하여야 한다고 본다.

다음으로 政策的 次元에서 본다. 訴訟要件(judiciability)에 관한 미국의 판례이론은, 개인의 권리보호와 무관한 司法的 強制에 대하여 미국인들이 가지고 있는 강한 反感을 엿볼 수 있는 좋은 기회라 할 수 있다. 주지하다시피 自由主義的 傳統을 자랑하는 미국에서 법원이 법해석을 기화로 私的 自治와 政治의 領域에 介入하는 것을 용납하지 않으리라는 것은 능히 짐작하고도 남음이 있다. 미국에서는

65) 302 Ark. 358, 790 S.W.2d 155 (1990).

66) Shapiro v. Columbia Union Nat'l Bank & Trust Co., 576 S.W.2d 310 (Mo. 1978) (en banc), cert. denied, 444 U.S. 831 (1979).

67) Wickham v. Fisher, 629 P.2d 896, 899 (Utah 1981); Milwaukee Professional Firefighters Local 215 v. City of Milwaukee, 78 Wis.2d 1, 15, 253 N.W.2d 481, 488 (1977).

이러한 정책적 고려요소가 사법심사를 제한하는 기능을 하는 소익원리를 정당화한다고 하겠다.

그러나 소익원리가 이러한 제한적 기능만을 수행하는 것은 아니다. 앞서 보았듯이 미국의 판례이론은 개인적 이해관계라는 개념을 매우 폭넓게 해석하고 있다. 이러한 탄력적인 해석방침은, 비록 법원이 정치과정과 絶緣된 역할을 수행하여야 하지만 특단의 사정이 있는 제한된 범위 내에서는 규제과정에 개입할 수도 있음을 천명한 것이다.

이러한 미국법원의 유연한 태도는 소익원리에 관한 한 지지할 만하다는 것이 나의 생각이다. 즉, 이러한 판례의 태도는, 첫째 타인에게 피해가 발생한 경우에는 도덕적 관점에서 사법부의 관여가 정당화되고, 둘째 가해자의 입장에서 사법과정으로부터 자유로움을 주장할 수 없도록 하는 것이 타당할 뿐만 아니라, 셋째 사법부의 개입이 없으면 가해자로 하여금 가해행위를 자유롭게 할 수 있게 도와주는 결과가 되고, 넷째 이러한 경우의 법원의 결정은 결코 「자문의견」으로 볼 수 없으므로 삼권분립의 원칙에 벗어나지 않는다는 것이다.⁶⁸⁾ 소익원리가 존재하는 것은 앞서 그 제도적 취지에서 살펴보았듯이 법원의 부적절한 개입을 견제하기 위해서인데 그렇다고 해서 個人的으로 부수적으로나마 利害關係를 가지고 있음에도 소익개념의 形式的·一刀兩斷的 해석으로 말미암아 법률의 보호를 받지 못하는 상황이 초래되도록 방기하는 것은 적절하지 못하다고 하겠다. 따라서 미대법원의 소익원리에 대한 유연한 확장적인 태도는 지지되어야 한다는 것이 나의 판단이다.

마지막으로 制度經濟學的 次元에서 본다. 소익을 制度的 次元에서 논의한다면 그 해석문제는 「司法 資源(judicial resources)을 어떤 유형의 이익과 當事者에게 配分할 것인가」의 문제로 化하고,⁶⁹⁾ 經濟學的 次元에서 논의한다면 「本案에 관하여 판단함으로써 생기는 先例로서의 價値가 그에 이르는 費用을 웃도는가」의 문제가 된다. 제도적 차원의 문제는 法院의 役割에 관한 主觀的 價値判斷에 좌우될 공산이 크므로 논외로 하더라도,⁷⁰⁾ 경제학적 차원의 문제에 관해서는 비교적 어렵

68) Fallon (註53) 29면.

69) 이와 같은 제도경제학적 사고를 담은 문헌으로는 Bandes, *The Idea of a Case*, 42 *Stan. L. Rev.* 227, 276 (1990) ("The process of defining a case cannot properly occur free of value judgments about the proper role of the federal judicial power. Ultimately, the question is about the types of interests and parties to which we choose to allocate federal judicial resources.").

70) 정부 구조의 기능적 관점에서 「법원이 어떤 역할을 하여야 하는가」에 관해서는 크게 두 가지의 태도가 존재한다. 첫 번째 유형은 법원을 그 전통적인 역할, 즉 「분쟁해결기능」에 한정하려는 사법자제적 태도인데, Frankfurter, Stewart, Powell, Scalia 대법관이 이 부류에 속하는 대표적 인물들이다. (紛爭解決說) 두 번째 유형은 법원이 우리 사회가 공유해야 할 「공적 가치를 구성」함에 있어 법원만이 할 수 있는 역할이 있음을 전

지 않게 합의에 도달할 수 있을 것으로 보인다.

따라서 남은 문제는 경제학적 차원에서 제시된 위 公式(본안에 관하여 판단함으로써 생기는 선례로서의 가치가 그에 이르는 비용을 웃도는가)을 담은 道具概念으로 어느 것이 우월한가, 法律上 利益인가 아니면 個人的 利害關係인가이다. 사건으로는 위 공식이 수행할 費用便益分析에 있어 불필요한 제약조건을 많이 생산해내는 법률상 이익보다는 상대적으로 적은 제약조건을 제시하는 개인적 이해관계가 우월한 도구개념이라고 생각한다. 위 대법원 전원합의체 소수의견이 소익여부를 판단할 때 “구체적인 사안별로 관계 법령의 규정 및 그 취지를 살펴서 현실적으로 권리보호의 실익이 있느냐를 기준으로 판단”하여야 한다고 밝혔거니와, 개별적인 사실관계에서 현실적 권리보호의 실익이 있는지 여부를 판단할 때 「법률」상 이익보다는 개인적 이해관계가 근거 법률이란 외적 제약 없이 사실관계에 치중하여 살필 수 있다는 점에서 보다 적절한 기준이라고 보이기 때문이다.

2. ‘個人的 利害關係’ 基準에 의한 對象 事件의 解決

앞서 개인적 이해관계 기준이 매우 유연하게 해석·적용됨을 밝혔거니와, 그 대표적인 예는 바로 「間接的 利害關係」 또는 「附隨的 利害關係」의 법리이다. Kates와 Barker는 1974년에 발표된 논문에서 그 당시까지의 판례를 정리하여 이 법리를 발표하였는데, 이에 따르면 “문제된 행위가 원고에 대하여 直接的인 影響을 미치지 않더라도 附隨的 結果를 계속 야기하는 경우에는 소익이 부정되지 않는다”는 것이 확립된 판례라고 한다.⁷¹⁾

관련된 판례를 살펴보자. 앞서 거시한 Geraghty 판결에서는 기결수인 원고가 형기만료로 원고 자신의 가석방 기회(直接的 利害關係)는 잃었지만 자신이 대표하는 집단인 동료 죄수들의 가석방 기회(附隨的 利害關係)가 인정되어서 본안에 관한 판단을 얻을 수 있었다. Edgar v. MITE Corp.에서는 당해 사건의 판결이 다른 사건에서의 결정에 영향을 미칠 수 있다는 「單純한 可能性」을 부수적 이해관계로 인정하였고,⁷²⁾ Super Tire Eng'g Co. v. McCorkle에서는 행정부에 의한 「原狀回復」을 이끌어낼 기회(직접적 이해관계)는 잃었지만 행정부 행위의 「違法

제로 그와 같은 特有的 역할을 하여야 한다는 사법적극적 태도인데, Warren 대법원장을 비롯하여 Blackmun, Brennan, Marshall 대법관이 이 부류에 속한다. (價値構成說) 가치구성설에 의할 때 소익의 인정범위가 넓어지는 것은 물론이다. 자세한 것은 Lee (註14), 635면.

71) Kates & Barker, Mootness in Judicial Proceedings: Toward a Coherent Theory, 62 *Calif. L. Rev.* 1385, 1391 (1974) (“[A] case is not moot when the challenged conduct has continuing collateral consequences for the challenger, although it has ceased to affect directly.”).

72) 457 *U.S.* 624, 630 (1982).

性을 確認」받을 수 있는 기회(부수적 이해관계)로 인하여 소익을 인정받았다.⁷³⁾ 또한 형사판결에 대해 刑期 滿了 후 제기된 사건에서 미대법원은 “대부분의 유죄 판결이 [삶을 영위하는 데] 사실상 불리한 결과를 초래한다는 명백한 사실을 인정”하면서 이 單純한 可能性만으로도 원고의 형사사건을 유지하는 데 충분하다고 판시하였다.⁷⁴⁾

대상사건에 부수적 이해관계의 법리를 적용하면, 먼저 공장등록취소사건의 경우에 소익이 인정된다는 점에 관하여 의문이 있을 수 없을 것이다. 원고는 공장등록 취소처분의 취소로 인하여 원래의 장소에서 공장운동을 재개할 수는 없지만 이전 사실확인혜택, 우선입주의 혜택 및 세계혜택을 받을 수 있는 바, 이것은 결코 무시할 수 없는 큰 利益이고 당사자는 그 得失에 커다란 個人的 利害關係를 갖고 있기 때문이다.

그러나 배출시설취소사건의 경우에는 논란이 예상된다. 이 사건에서 원고가 취소판결을 받음으로써 얻을 수 있는 이익은 이전사실의 확인을 받음으로써 배출시설에 관련된 허가를 다시 받는데 필요한 시간과 노력을 절약하는 것과 손해배상 청구소송에서 손해액을 정하는 데 원용할 수 있다는 것이다. 원심판결은 이것을 사실상의 이익으로 보아 원고의 소송을 각하하고 있는데 그 기저에는 원고가 주장하는 이익은 別訴 —예컨대 이전 장소에서 배출시설의 설치허가를 신청하였으나 여의치 않을 때 제기하는 소송— 에서 배출시설취소처분의 위법성을 다투으로써 보존될 수 있다는 생각이 깔려 있는 듯하다.

손해배상청구소송에서의 원용가능성은 차치하고,⁷⁵⁾ 이전사실확인혜택에 기하여 배출시설취소사건의 경우에도 부수적 이해관계가 인정되고 따라서 소익도 인정된다고 본다. 첫째, 원고가 구하는 이익은 결코 무시할 수 없는 것이다. 허가와 관련된 사무를 경험해 본 사람들에게는 설명할 필요가 없거니와, 원고가 누릴 수 있는 행정상 편의를 무시하는 것은 행정편의주의를 부추기는 사법편의주의에 다름이 아니다. 둘째, 이전사실확인제도는 국가가 공장의 지방분산을 위하여 수립한 시책 중에 하나다. 법이 이러한 입법화된 제도가 제시하는 실익을 찾도록 해주는

73) 416 U.S. 115, 121-22 (1974).

74) *Sibron v. New York*, 392 U.S. 40, 55 (1968) (“acknowledg[ing] the obvious fact of life that most criminal convictions do in fact entail adverse ... consequences. The mere possibility that this will be the case is enough to preserve a criminal case from ending ignominiously in the limbo of mootness.”).

75) 미대법원 판례는 손해배상에서 원용할 수 있는 것은 부수적 이해관계로 보지 않는다. 손해배상청구소송에서 선결문제로 다룰 수 있는 기회가 주어지기 때문에 본안판단을 명령하는 사유가 되지 않는다는 것이다. 자세한 것은 *City of Los Angeles v. Lyons*, 103 S. Ct. 1660, 1667-69 (1983).

것은 국가의 일관된 정책수행에 큰 도움이 된다. 셋째, 비용편익분석에 의해서도 각하보다는 본안판단에 기운다. 이 사건에서 법원이 취소처분의 위법성을 확인해 주는 것은, 원고 개인에게 돌아가는 이익은 말할 것도 없고, 선례로서 남아 행정부 공무원이 잘못된 처분을 재발하는 것을 막는 데 기여할 것은 긴 설명을 필요로 하지 않는다. 반면 비용의 측면에서 보면, 기왕에 제기된 소송절차를 이용하는 것인 데다가 취소처분의 위법성을 확인해준다고 해도 행정에 부담을 주지 않는다. 왜냐하면 대상 사건에서 원고는 위 국유지를 더 이상 점유할 수 없기 때문에 서울지방철도청장과 성북구청장의 행정목표 달성, 즉 전동차차량기지 설치를 위한 건설사업계획에 지장을 초래하지 않기 때문이다.

3. '個人的 利害關係' 基準의 우리나라에서의 適用可能性

주지하다시피 우리 나라는 대륙법계 국가이고 成文法主義를 취하고 있는 나라이다. 따라서 아무리 좋은 방법론이더라도 그 實定法的 根據가 없는 한 이를 국내에 적용할 수는 없다. 필자는 訴訟要件 중 하나인 當事者適格에 관한 글에서 당사자적격에 관한 미국의 판례이론이 우리 나라에도 적용될 수 있는 실정법적 근거를 이미 밝힌 바 있다.⁷⁶⁾ 미국법상 소익은, 당사자적격과 같이 소송요건 중 하나이고, 당사자적격과 같이 연방헌법 제2조와 제3조를 그 근거로 하기 때문에 여기서는 이를 반복할 필요성을 느끼지 않는다. 요컨대 우리 나라에서도 소익개념을 사법권의 귀속에 관한 규정인 헌법 제101조 제1항과 행정권의 귀속에 관한 규정인 제66조 제4항으로부터 추출할 수 있고, 행정소송법 제12조는 이와 같은 해석이 상위법인 헌법에 기하는 까닭에 걸림돌이 되지 않는다는 것이다.

위와 같은 결론은 韓·美 양국 法條文의 平面的 比較에 기초하고 있음을 시인하지 않을 수 없지만, 소익에 관한 미국의 판례이론을 검토함으로써 얻게 된 문제의식은 앞으로 소익 문제를 고려함에 있어 반드시 합당하게 고려되어야 한다는 것이 나의 논지이다. 앞으로 이 분야에 관한 심도있는 연구를 기대해본다. [문서의 끝]

76) 참고 (註13), 467-74면.

<Abstract>

Mootness and Constitution in Administrative Actions: A Function among Judicial Power, Mootness, and Personal Stake

Hong Sik Cho*

The Supreme Court of Korea has construed the concept of “mootness” so narrowly, consequently limiting citizens’ constitutional right to judge trial. Basing its construction upon too strict, literal, formal reading of “legal interest” stipulated in Article 12 of Administrative Litigation Act(ALA), the Court is criticized for failing to take into appropriate consideration the *raison d’être* of mootness. In the United States, mootness derives from the requirement of Article III of the Constitution under which the exercise of judicial power depends upon the existence of a case or controversy. According to orthodox understandings, the mootness doctrine disempowers the federal courts from deciding certain kinds of cases. By keeping certain public-mined plaintiffs and public-law claims out of federal court, the mootness doctrine has shifted much of the battle for collective rights to the more steeply pitched fields of the political process. In order to satisfy the requirement of case or controversy, a plaintiff must maintain a certain live personal stake in the outcome throughout the course of litigation. A case is moot when the issues presented are no longer live. In most cases involving the mootness doctrine, however, the U.S. Supreme Court has readily found that there exists a live personal stake on which the judgment of the court can operate to make a substantive determination on the merits. The author introduces the relevant cases and literature of the U.S. to explore the possibility to import the mootness doctrine developed in the U.S. to Korea. By analyzing them and suggesting the implication of the analysis, the author argues that the Supreme Court of Korea should be freed from the strict, literal, formal construction of the text “legal interest” in the ALA. By considering the substantive function of mootness doctrine, the Supreme Court of Korea will be able to find a more suitable criteria to distinguish cases which are moot or not.

* Assistant Professor of Law, Seoul National University