

〈판례연구〉

# 法律上 利益과 反射的 利益

— 行政訴訟의 訴의 利益의 範圍를 중심으로 —

崔 松 和\*

## 一. 訴의 利益에 관한 行政判例의 重要性

「利益 없으면 訴權 없다」(Pas d'intérêt, pas d'action)는 原則은 行政訴訟에도 적용된다.

[判決表示] 大判 1956.1.31, 4288 行上 102

실사 行政處分の 違法이 있는 경우에도 그 取消의 請求는 取消을 求할 利益이 있는 者에 限하여 할 수 있다.

[同 旨] 大判 1961.8.7, 4292 行上 19, 大判 1962.4.4, 4292 行上 160

訴에 대하여 本案判決이 행하여지기 위하여는 訴의 內容인 當事者의 請求가 國家의 裁判 制度를 이용하여 해결될 수 있을만한 實際的인 價値 내지 必要性이 있어야 되며, 單純한 個人的 感情的 또는 學問的 欲求滿足을 위하여 裁判權이 發動될 수 없다(이점에 있어서 行政事件은 民事事件과 다름없다). 더욱기 우리나라 行政訴訟法 1條가 「行政廳 또는 所屬機關의 違法에 관한 그 處分の 取消 또는 變更에 관한 訴訟 기타 公法上的 權利關係에 관한 訴訟節次는 本法에 의한다.」라고 규정하여 行政訴訟의 出訴事項에 관하여 概括主義를 취하고 있는 訴訟制度아래서 訴의 利益의 有無는 訴의 適否를 決定하는 唯一한 標準이 되는 경우가 적지 않다.<sup>(1)</sup>

그러나 우리 行政訴訟法에는 訴의 利益에 관한 규정이 없다. 즉 訴의 利益에 관하여는 同法 14條에 의하여 民事訴訟法의 정하는 바에 의하게 되어 있으며, 지금까지 民事訴訟法의 訴의 利益에 관한 理論이 行政訴訟의 訴訟理論發展의 바탕이 되어 왔다고 할 수 있다.

[判決表示] 大判 1954.6.19, 4285 行上 20

違法한 行政處분에 대하여 그 取消 또는 變更을 法院에 請求하는 行政訴訟은 그 本質에 있어 一般

\* 서울大學校 法科大學 助教授

(1) 行政訴訟의 出訴事項에 관하여 列記主義를 취하면 請求가 出訴事項에 해당하는 것이 當該訴受理의 첫째 要件이며 그 要件이 充足되면 일반적으로 當該訴는 訴의 利益이 있는 것으로 事實上 推定된다.

民事訴訟임에 불과하다.

그러나 民事訴訟은 完全한 主觀的訴訟인데 대하여, 行政訴訟은 기본적으로는 主觀的訴訟이지만 客觀的訴訟인 面도 아울러 가지고 있다. 즉 일반적으로는 行政訴訟은 個人의 權利・利益의 보호를 목적으로 하는 主觀的訴訟이지만(法保障機能), 여기에는 行政作用의 適法性・妥當性的 확보라는 公益上的의 要請이 다르고 있다(行政目的實現機能).

[判決表示] 大判 1961.12.21, 4294 行上 6

行政訴訟은 違法한 行政處分의 是正에 의한 權益保護에 그 目的이 있다.

따라서 行政訴訟의 「行政的特質」--行政目的의 實現과 法保障--로 인하여 行政訴訟에 있어서의 訴의 利益의 範圍가 民事訴訟의 그것과 일치할 수 없게 되며, 行政訴訟에 대하여 民事訴訟과 다른 特殊性을 인정하지 않을 수 없게 된다.

[裁判表示] 大決 1961.11.20, 4292 行抗 2

行政訴訟法 14條가 「이 법에 特別한 規定이 없는 事項은 民事訴訟法의 定하는 바에 의한다」고 하더라도 이는 特別한 規定이 없는 事項에 대하여 無制限으로 民事訴訟法을 적용한다는 취지가 아니라 그 性質이 許容하는 限度內에서 그 法의 規定에 의한다는 뜻으로 해석하여야 할 것이다.

[同 旨] 大決 1962.1.20, 4294 行抗 13

그렇다고 하여 行政訴訟에 있어서의 「訴의 利益의 範圍」에 관한 理論의 發展이 長足的이나 하면 그렇지도 못한 형편이다.

따라서 行政訴訟에 있어서의 「訴의 利益의 範圍 및 그 判斷標準」을 그에 관한 實定法의 未備, 理論發展의 不充分으로 인하여 法創造的 機能의 判例속에서 그 이루어진 바를 찾아 내지 않을 수 없다. 최근 大法院의 몇 判例들은<sup>(2)</sup> 뒤에서 보는 바와 같이 訴의 利益에 관한 理論發展에 있어서 轉期的인 것으로서 注目할 만하다.

## 二. 取消訴訟의 目的과 訴의 利益의 範圍에 관한 判例

訴의 利益의 범위는, 위에서 본 實定法의 未備 및 理論發展의 不充分으로 인하여, 判例의 取消訴訟의 目的觀에 따라 규정될 것이다.

取消訴訟의 目的이나 機能에 관한 學說 및 判例의 대도는 그것을 크게 네가지 類型, 즉 ① 權利享受回復說(權利救濟說), ② 法律上 保護되는 利益救濟說(法的利益救濟說), ③ 保護할 價値있는 利益救濟說(利益救濟說), ④ 處分의 適法性保障說로 나눌 수 있는 바,<sup>(3)</sup> 우리나라

(2) 大判 1969.12.30, 69 누 106, 大判 1974.4.9, 73 누 173, 大判 1975.7.22, 75 누 12

(3) 李丙浩, 大法院判例를 中心으로 한 行政訴訟法概說, 248면 이하, 崔松和, 反射的 利益과 法的 利益, 法學 11卷 2號 58면.

大法院判例의 態度는 「權利享受回復說」을 취한 것도 있으나, 그 主流은 「法律上 保護되는 利益救濟說」을 취하고 있다고 할 수 있으며, 최근 「保護할 價値 있는 利益救濟說」에로의 接近傾向을 볼 수 있다.<sup>(4)</sup> 이하에서 그 判例를 소개하기로 한다.

(1) 「權利享受回復說」을 取한 判例

[判決表示] 大判 1958.12.12, 4291 行上 43

違法한 行政處分에 의하여 權利의 侵害를 받은 者가 아니면 行政訴訟에 의한 救濟를 받을 수 없다.

[判決表示] 大判 1962.4.4, 4292 行上 160

行政訴訟法上 行政廳이 행한 處分의 取消 또는 變更을 구할 수 있는 者는 그 行政處分에 의하여 權利의 侵害를 당하지 아니한 者는 行政處分의 取消 또는 變更을 구할 利益이 없는 것이다.

(2) 「法律上 保護되는 利益救濟說」을 취한 判例

[判決表示] 大判 1954.8.19, 4286 行上 37 (大統領令 737號 取消請求事件)

法令의 效力을 가진 命令이라도 그 效力이 다른 行政行爲를 기다릴 것 없이 直接的으로 또 現實的으로 그 自體로써 國民의 權利毀損 其他 利益侵害의 效果를 發生케 하는 性質의 것이라면 行政訴訟法上 處分이라고 보아야 한다.

[判決要旨]

職權으로써 本件 訴의 適法與否에 關하여 審按컨대 一件記錄에 依하니 本件은 行政訴訟法에 依하여 行政訴訟으로서 提訴된 趣旨을 充分히 看取할 수 있고 其 主張事實의 要旨로서는 原告는 地方行政機關의 하나인 郡의 設置에 關하여 郡의 位置의 決定이 그의 名稱 및 管轄區域과 더불어 立法事項에 屬함은 地方自治法 第145條 第1,2項 및 그의 關係法令의 解釋上 明白하니 禮紀 4285年 12月 14日 字로 公布된 法律 第271號 「巨濟郡設置에 關한 法律」에 同郡의 名稱 및 管轄區域만이 規定되고 그의 位置에 關한 規定은 漏落되었으므로 被告는 다시 그에 關하여 立法節次를 거쳐 適法히 그의 位置를 決定하여야 할 것임에도 不拘하고 禮紀 4286年 1月 22日 字 大統領令 第737號로써 「巨濟郡位置를 巨濟郡 一運面 古縣里로 하되 事變收拾時까지 長承浦邑을 臨時 同 郡位置로 한다는 要旨」를 決定하였으니 同 大統領令은 結局 그의 權限을 踰越하여 制定된 法律에 違背된 無效의 命令이므로 그의 取消을 求하는 趣旨임을 認定할 수 있다. 그러나 元來 大統領令은 法令의 效力을 가진 것으로서 行政訴訟法上 行政處分이라 볼 수 없다고 解釋함이 妥當할 것이므로 그 內容의 適法與否를 論할 것 없이 行政訴訟의 目的物이 될 수 없을 것이다. 勿論 法令의 效力을 가진 命令이라도 그 效力이 다른 行政行爲를 기다릴 것 없이 直接的으로 또 現實이 그 自體로써 國民의 權利毀損 其他 利益侵害의 效果를 發生케 되는 性質의 것이라면 行政訴訟法上 處分이라 보아야 할 것이요, 따라서 그에 關한 利害關係者는 그 具體의 關係事實과 理由를 主張하여 그 命令의 取消을 法院에 求할 수 있을 것이나, 本件에 있어서 是 訴狀과 原審에 提出된 原告代理人名義의 準備書面에 依하면 原告의 請求와 主張은 前示大統領令에 依한 直接的인 權利毀損 其他 利益侵害事實을 主張하여 그를 理由로 하여 同命令의 取消을 求함에 있지 않고 오로지 同命令의 立法事項을 侵犯한 越權違法性만을 指摘 主張하여 同命令의 取消을 求함에 있는 趣旨을 窺察할 수 있으니 原告의 請求 및 主張趣旨의 範圍內에 立脚하여 同命令이 本件 行政訴訟의 目的이 될 수 있는 適法與否를 考察하면 同命令은 單純히 法令으로서의 適法與否만이

(4) 우리나라 大法院은 初期에는 權利享受回復說을 취하였고 최근 形式的으로 法律上 보호되는 利益救濟說을 취하면서도 實質的으로는 法律上 保護할 가치있는 利益救濟說로 접근해가는 傾向이 있다고 보는 견해도 있음. 金仁燮, 行政訴訟에 있어서의 訴의 利益, 司法論集 第5輯所收, 680면 참조.

可否間 本件 審判의 對象이 되어 있으나 原告의 請求 및 主張의 線을 넘어서 이를 前說示 意味의 行政訴訟法上 處分으로 處遇하여 本件審判의 對象으로 할 수는 없을 것이다.

[判決表示] 大判 1961. 9. 28, 4292 行上 50

行政訴訟은 그 提起要件으로서 일정한 權利 또는 法律上 利益이 違法的 行政處分으로 인하여 侵害를 당하였고 따라서 이를 取消 또는 變更함으로 인하여 그 侵害된 權利 또는 法律上 利益이 回復될 수 있거나 또는 無效確認 등으로 그 權利保護의 利益이 있음을 필요로 한다.

[同 旨] 大判 1968. 6. 18, 68 누 19

[判決表示] 大判 1968. 11. 26, 68 무 1 (公有水面埋立追認不許處分取消)

免許없이 公有水面을 埋立한 者는 그 埋立免許追認申請이 不許되었다 하여 行政訴訟에서 保護받을 수 있는 利益이 侵害되었다고 할 수 없다.

[判決要旨]

위 大法院 判決에서 公有水面埋立法 附則 2號의 規定은 建設部長官에 免許없이 事實上 公有水面을 埋立한 者에게 對한 免許의 追認을 할 수 있는 權능을 부여한 規定이고 免許없이 埋立하여 處罰의 對象이 되는 者에게 免許追認을 請求할 수 있는 權利까지 부여한 規定이라고는 볼 수 없는 바이니 當局의 免許없이 公有水面을 埋立한 原告로서는 被告에게 免許追認을 請求한 權利가 없으므로 原告는 行政訴訟에서 保護받을 수 있는 權利의 侵害를 받는다고 볼 수 없다는 趣旨로 판시한 原判決의 判斷은 정당하다고 판시하고 있는 바,

그 判斷에 소론과 같이 법리오해의 잘못이 있다고 할 수 없을 뿐더러 그러한 법리오해의 잘못이 있다는 主張은 再審사유에도 해당한다고 볼 수 없다. 그리고 소론이 지지하는 大法院 1954. 8. 19 선고, 4286 行上 37 判決에서 권리훼손 其他 利益侵害의 效果를 發生하는 處分에 對하여 그 利害關係者는 行政訴訟을 제기할 수 있다고 판시한 바 있으나 그 判決에서 權利侵害라고 판시한 趣旨는 엄격한 의미에서의 權利侵害는 아니라 하더라도 법의에 依하여 保護되고 있는 利益侵害의 경우를 말하는 趣旨이지 법의에 依하여 保護를 받을 수 없는 단순한 事實上의 利益侵害의 경우까지를 말하는 趣旨가 아니며 뚜렷하고 따라서 原告는 事實上 利益侵害를 받았다 하더라도 그 侵害는 법의에 依하여 保護받을 수 있는 利益의 侵害를 받은 자에게는 해당하지 아니한다는 情제에서 판시한 本件 大法院 判決이 소론이 지지하는 위에서 본 大法院 1954. 8. 19 선고, 4286 行上 37 판결을 變更한 것으로 볼 수 없으므로 반대 的 견해로 본 件 再審對象의 大法院判決은 民事訴訟法 第422條 第1項 第1號에 해당하는 위법이 있다는 논지는 理由없다.

[評 釋]

위 두 判決 즉 <4286 行上 37>과 <68 무 1>은 우리 大法院의 初期부터 계속되어 온 態度가 「法律上 保護되는 利益救濟說」임을 보다 뚜렷하게 해 준 重要한 意味를 가진 判例라고 하겠다. 왜냐하면 첫째, <大判 1954. 8. 19 4286 行上 37> 判決이 初期의 判例라는 點, 둘째, <68 무 1> 判決要旨의 「本件大法院判決(大判 1968. 6. 25, 68 누 22)이… 위에서 본 大法院 1954. 8. 19 선고, 4286 行上 37 판결을 變更한 것으로 볼 수 없으므로…」는 앞 判決 <4286 行上 37> 判決이 취한 「法律上 保護되는 利益救濟說」이 유지되고 있다는 것을 확실히 하고 있다는 점.

세째, <68 무 1> 判決이 그 再審對象인 <68 누 22>判決의 「權利侵害」라고 판시한 취지를 엄격한 의미에서의 權利侵害가 아니라 「法에 의하여 保護되고 있는 利益侵害」를 말하는 것

으로 본 점을 미루어 보아서, 앞에서 소개한 權利享受回復說을 취한 判例들의 취지도 이와 같이 볼 수 있는 면이 없지 않다는 점 등의 이유에서이다.

다음은 <68 무 1>判決의 再審對象의 大法院判決이다.

[判決表示] 大判 1968.6.25, 68 누 22(公有水面埋立追認不許處分取消)

免許없이 公有水面을 埋立한 者는 그 埋立免許追認申請이 不許되었다 하여 行政訴訟에서 保護받을 수 있는 權利가 侵害되었다고 할 수 없다.

[判決要旨]

행정소송에서 보호의 필요가 있는 것은 권리가 침해되었을 때이지, 단순히 사실상의 이익이 침해되었을 때를 뜻하지 아니한다고 할 것인 바, 원판결에서 면허없이 사실상 공유수면을 매립한 자는 공유수면매립법 제32조 제1호에 의하여 처벌의 대상이 되는 것이므로 같은 법(1966.8.3 법률 제1821호) 부칙 제2항에서 면허를 받지 않고 공사를 시행한 자가 이 법 시행일로부터 3월 이내에 매립면허추인신청을 하였을 때에는, 건설부장관은 이를 추인할 수 있다는 규정이 있다고 하여도, 이는 면허없이 매립한 자에게 면허의 추인을 할 수 있는 권능을 건설부장관에게 부여한 것에 지나지 않는 것이고, 면허없이 매립하여 처벌의 대상이 되는 자에게 이러한 면허추인을 청구할 수 있는 권리까지 부여한 규정이라고 볼 수 없는 바이니, 원고가 청구취지기재의 각 공유수면을 사실상 매립한 자라고 하더라도, 피고가 원고의 매립면허추인신청을 받아들여 추인하는 경우에 그 반사적 이익으로서 면허권자가 될 수 있는 기대를 가지고 있음에 그치는 것이고, 스스로 피고에게 대하여 추인을 구할 권리가 있는 것이라고 볼 수 없다고 판시한 조처는 정당하고, 피고가 원고의 본건 추인신청을 받아들이지 아니하였다 하여서 원고의 무슨 권리가 침해되었다고는 할 수 없으며, 다만 원고가 매립권자가 될 수 있는 기대 내지 가능성이 사실상 침해되었음에 불과하여 이는 행정소송에서 보호를 받을 수 있는 권리침해라고는 볼 수 없다 할 것이다. 그리고 논지가 지적하는 본원 판례는 모두 본건에 적절하지 아니할 뿐더러, 원판결의 판시이유가 헌법 제111조의 정신에 위배되었다고 볼 수 없고, 지방정판이 원고의 본건 추인신청에 대하여 허가함이 가하다는 내용의 의견 상신이 있었다는 사실과 그 밖에 소론이 지적하는 사정등이 있었다고 하여 위에서 본 결론을 달리할 수는 없다.

(3) 「保護할 價値 있는 利益救濟說」에 접근한 判例(形式的으로는 法的利益保護說, 實質的으로는 保護할 價値있는 利益救濟說)

① 既存業者의 船舶運航事業免許處分取消請求事件

[判決表示] 大判 1969.12.30, 69 누 106

船舶運航事業免許處分에 대하여 既存業者는 行政處分取消을 구할 法律上 利益이 있다.

[判決要旨]

피고와 피고보조참가인의 소송대리인 오승근의 상고이유 1점을 판단한다.

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 있다고 해석되는 바, 해상운송사업법 제4조 제1호에서 당해 사업의 개시로 인하여 당해 항로에서 전 공급수송력이 전 수송수요량에 대하여 현저하게 공급과잉이 되지 아니하도록 규정하여 허가의 요건으로 하고 있는 것은 주로 해상운송의 질서를 유지하고 해상운송사업의 건전한 발전을 도모하여 공공의 복리를 증진함을 목적으로 하고 있으며 동시에 한편으로는 업자간의 경쟁으로 인하여 경영의 불합리를 방지하는 것이 공공의 복리를 위하여 필요하므로 허가조건을 제한하여 기존업자

의 경영의 합리화를 보호하자는 데도 목적이 있다.

이러한 기존업자의 이익은 단순한 사실상의 이익이 아니고 법에 의하여 보호되는 이익이라고 해석된다. 원심판결은 그 이유에서 다소 미비한 점이 있으나 본건에 있어 원고에게 본건 행정처분취소를 구할 법률상의 이익이 있다고 인정할 결론에 있어 정당하므로 상고논지는 이유 없다.

[上告理由]

行政訴訟은 行政廳 또는 所屬機關의 違法한 行政處分에 依하여 權利를 侵害當한 者가 處分廳을 相對로 그 處分의 取消 또는 變更을 求하는 訴訟이니 만큼 行政處分에 依한 被害者라 할지라도 同處分中 被侵害部分에 限하여 訴權을 가지게 되는 것인 바(1960.9.30 宣告, 4292 行上 20號, 1966.9.30 宣告, 4291 行上 108號) 1968.10.23 被告가 補助參加人 朴宣永에게 行한 船舶(金강호)運航事業免許處分으로 因하여 原告의 船舶運航事業權利에 海上運送事業上 어떠한 侵害나 變更을 准 事實이 없으며 假使 그에게 實質的인 損害가 있다 할지라도 그 損害는 不特定한 것이고 海上運送事業上의 利益에 關한 損害라고 보기에 어려우므로 原告는 本件 被告의 處分에 對하여 直接的 法律上 關係 即 訴權(當事者適格者)을 가진 者라고 보지 아니함이 法理上 妥當할 것인데 原審은 이러한 點에 對한 判斷을 하지 아니하고 漫然히 原告는 一應 本訴를 提起하는데 있어서 法律上 保護價値가 있는 利益이 있다고 判示하였는 바, 이는 船舶運航事業이 公共事業이라는 點과 行政訴訟法上의 當事者適格에 對한 法理를 誤解한 違法이 있는 것입니다.

[評 釋]

이 判例는 두가지 점에서 特記할 만하다. 그 하나는 既存의 許可營業者의 新規營業許可處分取消請求訴訟에 있어서의 訴의 利益을 認定하였다는 점이고, 그 둘은 保護價値 있는 利益救濟說에 접근 내지 실질적으로 그것을 취하였다는 점이다.

첫째, 大法院은 公衆沐浴場營業許可取消請求事件(大判 1963.8.22, 63 누 97. 同旨 大判 1963.8.31, 63 누 101)에서

[...원고에 대한 공중목욕장업 경영허가는 경찰금지의 해제로 인한 영업자유의 회복이라고 볼 것이므로 이 영업의 자유는 법률이 직접 공중목욕장업 피허가자의 이익을 보호함을 목적으로 한 경우에 해당되는 것이 아니고 법률이 공중위생이라는 공공의 복리를 보호하는 결과로써 영업의 자유가 제한되므로 인하여 간접적으로 관계자인 영업자유의 제한이 해제된 피허가자에게 이익을 부여하게 되는 경우에 해당되는 것이고 거리의 제한과 같은 위의 시행세칙이나 도지사 의 지시가 모두 무효인 이상 원고가 이 사건 허가처분에 의하여 목욕장업에 의한 이익이 사실상 감소된다 하여도 이 불이익은 본건 허가처분의 단순한 사실상의 반시적 결과에 불과하고 이로 말미암아 원고의 권리를 침해하는 것이라고는 할 수 없으므로 원고는 피고의 피고보조참가인에 대한 이 사건 목욕장업허가처분에 대하여 그 취소를 구할 수 있는 법률상 이익이 없다]

라고 判示하여 適正한 公衆沐浴場營業許可制度의 運用에 의하여 保護된 業者의 營業上利益은 單純한 事實上의 反射的 利益에 그치며 法에 의하여 保護되는 法的利益이 아니라고 하였었다.<sup>(5)</sup>

船舶運航事業의 免許事件과 公衆沐浴場營業의 許可事件과는 共に 營業許可에 關한 것으로

(5) 日本判例(日最高 1962.1.19 二小判・昭和 33年(一)710號, 民集16卷1號57)는 反射的利益이 아니라 公衆浴場法에 의하여 保護되는 法的利益이라는 理由로 既存業者는 第3者에 對한 公衆浴場營業許可處分의 無效確證을 구할 利益이 있다는 判決을 내렸다(行政裁判所나 下級審判例는 訴益을 否定하여 왔었다).

서 公衆沐浴場營業事件의 判旨는 위 船舶運航事業免許事件의 判決에 의하여 變更된 것이라 할 수 있으며, 뒤에 소개하는 同軌의 判例들(自動車運送事業의 路線延長認可事件·버스 停留場設置認可事件)에 의하여 船舶運航事業免許事件의 判旨는 大法院의 見解로서 확립된 것이라 할 수 있다(위의 評釋 참조).

둘째, 船舶運航事業免許事件의 大法院 判決은 그 原審이 「…原告는 一應 本訴를 제기하는 데 있어서 『法律上 保護價値가 있는 利益』이 있다」라고 判示한 것을 「原審判決은 그 理由에서 다소 미비한 점이 있으나 본건에 있어 원고에게 본건 行政處分을 구할 法律上的 利益이 있다고 인정한 결론에 있어 정당하다」라고 判示하여 法律上 保護할 價値 있는 利益救濟說에 접근하였다고 할 수 있다.

오전대 이 判例는 「形式的으로는 法的利益保護說을, 實質的으로는 保護할 價値 있는 利益救濟說」을 취한 것으로 볼 수 있으며<sup>(6)</sup>, 「法律上 利益」의 範圍를 넓히기 시작한 先導的 判例라고 평가될 만하다.

② 既存業者의 自動車運送事業의 路線延長認可處分取消請求事件

〔判決表示〕 大判 1974.4.9, 73 누 173

自動車運輸事業法 6條 1號에 의한 自動車運送事業의 免許에 대하여 當該 路線에 관한 既存業者는 路線延長認可處分の 取消를 구할 法律上的 利益이 있다.

〔判決要旨〕

피고소송대리인의 상고이유 제1점에 대하여 판단한다.

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 있다고 해석되는 바(1969.12.30 선고, 69 누 106 판결 참조), 자동차운수사업법 제6조 제1호에서 당해 사업계획이 당해 노선 또는 사업구역의 수송수요와 수송력공급에 적합할 것을 면허의 기준으로 한 것은 주로 자동차운수사업에 관한 질서를 확립하고 자동차운수의 종합적인 발달을 도모하여 공공복리의 증진을 목적으로 하고 있으며, 동시에 한편으로는 업자간의 경쟁으로 인한 경영의 불합리를 미리 방지하는 것이 공공의 복리를 위하여 필요하므로 면허조건을 제한하여 기존업자의 경영의 합리화를 보호하자는 데도 그 목적이 있다 할 것이다. 따라서 이러한 기존업자의 이익은 단순한 사실상의 이익이 아니고 법에 의하여 보호되는 이익이라고 해석된다. 원심이 당해 노선에 관한 기존업자인 원고에게 본건 행정처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다고 판단한 것은 정당하고 이에 반사적이익과 법률적이익에 관한 법리오해의 위법이 있다 할 수 없다.

〔上告理由〕

原判決은 反射의利益과 權利에 關한 法理를 誤解한 違法이 있다.

自動車運輸事業法에 의한 自動車運輸事業免許는 交通秩序를 爲하여 一般 國民의 道路 自由使用을 制限한 데 不過한 것이고 事業免許權者에 對하여 同道路를 專用하라는 專用特權을 賦與한 것이 아닌 것이다. 그렇다면 同 道路를 他人이 違法 使用하였다고 하여 同 違法使用者에 對하여 道路管理行政廳이 어떠한 措置를 스스로 取할 수 있음은 勿論이거니와 同 道路에 對한 專用權 없는 自動車運輸事業免許權者가 直接 同 違法使用을 排除하라고 主張할 法律上 權利者가 될 수 없는 것이다. 그런데도

(6) 同旨 金仁燮, 前掲論文 681面.

不拘하고 原審은 이 件「原告 업자의 이익은 단순한 사실상의 반사적 이익에만 그치지 아니하고 동법에 의하여 보호되는 법적이익이라고 할 것이다」로 判示한 것은 反射의利益과 法律로 保護되는 利益 即 權利에 관한 法理를 誤解한 것이라 아니할 수 없다. 이렇게 法律이 保護할 利益, 即 權利를 擴大解釋하면 위 運送業에 影響을 미칠 即 乘客에 影響을 미칠 모든 違法行政處分에 對하여 運送免許權자가 無制限 訴權을 가지는 結果가 될 것이다. 例컨대 乘客의 運賃料에 影響을 미칠 違法 過重課稅處分이라든가 또는 乘客數에 影響을 미칠 停留所附近 酒店許可의 違法取消處分 등에 對하여도 自動車運送業者가 收益이 減하는 것을 理由로 法律上 利害關係인이 되어 同行政處分의 取消를 求할 수 있다는 結論이 될 것을 想到하면 反射의利益과 法律上 保護되어야 할 利益 即 權利를 法律規定에 따라 區別하여야만 비로소 濫訴를 防止할 수 있을 것임을 쉽사리 알 수 있을 것이다.

(4) 「保護할 價値 있는 利益救濟說」에 보다 더 접근한 判例

既存業者의 버스停留場設置認可處分取消請求事件

〔判決表示〕 大判 1975. 7. 22, 75 누 12

無權限의 地方自治團體가 해 준 執행버스정류장의 設置認可로 말미암아 適法한 자동차정류장을 設置한 既存業者의 利益이 侵害된 경우에는 그 設置認可의 取消를 求할 法律上의 利益이 있다.

〔判決要旨〕

피고소송대리인의 상고이유 제1점을 판단한다.

원판결을 기록에 대조하여 검토할지라도 원심이 그 채택증거를 종합하여 원고 회사를 비롯한 시외버스운송업자들이 피고로부터 부산시 서구 충무동 일대에 시외버스공동정류장 또는 각 회사별 전용정류장의 설치인가를 받아 영업을 하고 있던 중 피고시는 위 충무동정류장은 도심지로서 공해가 있고 원만한 소통이 되지 않고 있다는 등의 이유로 부산시 동구 범일동 839번지 등의 사유지로 이전하라 하여 이에 따라 원고들 업자들은 동 지상에 각 회사별로 그 전용정류장을 마련하여 영업을 계속하고 있던 중, 자동차정류장법이 공포 시행되자 원고는 동법 부칙에 따른 기존정류장의 신고를 하고 동법소정의 정류장으로서의 효력보전을 위하여 피고를 경유하여 교통부장관에게 동법에 따른 새로운 자동차정류장의 인가신청을 한 사실과 피고는 자동차정류장법에 의한 정류장 설치에 관한 권한도 없이 소외 신흥여객자동차주식회사에 대하여 원고 회사의 정류장이 속해 있는 위 시외버스공동정류장에서 불과 70미터 밖에 떨어져 있지 않은 인접 길목에 따로 이 건 執행버스정류장의 설치인가를 해주어서 원고 회사를 비롯한 업자들은 영업상 막대한 손실을 입게 된 사실을 인정한 다음, 이렇다면 원고는 적법한 자동차 정류장을 설치하고 있는 기존업자로서 피고의 이 건 행정처분으로 인하여 사실상의 이익을 침해당하는 것만이 아니고 법에 의하여 마땅히 보호되어야 할 이익도 침해받는 것이 라 할 것이어서 원고 회사는 이 건 행정처분의 위법임을 이유로 그 취소를 구할 법률상의 이익이 있다고 하였음은 정당하고, 자동차정류장법 부칙 제3조 소정의 신고기간은 주의규정이라 할 것이므로 그 기간도과 후에 원고 회사가 기존정류장의 신고를 하였다 하여 동 부칙 제2조 소정의 자동차정류장 설치인가를 받은 것으로 보는 효력이 좌우되는 것이라 할 수 없고, 또 원고 회사는 위에서 본 바와 같이 자동차정류장법 소정의 정류장으로서의 효력보전을 위하여 교통부장관에게 새로운 자동차정류장의 인가신청을 하고 있는 것이요, 아직 그 인가가 나지 않고 있다 하여 이 건 피고의 행정처분의 위법임을 주장할 법률상의 이익이 없다고 볼 수는 없다고 본다. 반대의 견해에 입각하여 원판결에 자동차정류장법을 오해하여 원고가 법률상의 이익을 가진 자라고 오인한 위법이라는 논지는 이유 없다.

〔上告理由〕

第1點 原審은 被告가 主張하는 被告의 新興旅客自動車株式會社에 對하여 한 本件 認可處分으로 第



3者인 原告는 反射의 利益關係에 있으므로 本訴를 却下하여야 한다는 主張에 對하여 “自動車停留場法이 自動車停留場事業에 關하여 免許 또는 認可制度를 採用하여 그 基準을 設定한 것은 主로 自動車停留場 事業의 適正한 運營과 自動車停留場의 合理的인 管理를 期하고 그 整備를 促進함으로써 自動車運送의 健全한 發展에 기여함을 目的으로 하는 同時에 한편으로는 業者間의 競争으로 因한 經營의 不合理를 미리 방지하는 것이 公共의 福利를 爲하여 必要하므로 그 條件을 制限하여 既存業者의 經營의 合理化를 保護하자는 데도 그 目的이 있다 할 것인 바, 元來 原告 會社를 비롯하여 訴外新興旅客自動車株式會社를 包含한 12個 市外버스運送業者들은 被告로부터 自動車運輸事業法에 따라 釜山市 西區 忠武洞一帶에 市外버스共同停留場 또는 各 會社別 專用停留場의 設置를 認可받아 그 營業을 하고 있었던 바 被告에 있어 위 業者들의 모임인 慶南버스旅客運輸事業組合에 對하여 1971.1.6과 同年 6.24 두 차례에 걸쳐 위 忠武洞停留場은 都心地로서 公害가 있고 圓滑한 疏通이 되지 않고 있다는 등의 理由로 위 停留場을 釜山市 東區 凡一洞 839番地 등의 市有地로 移轉하라는 行政命令을 發하고 위 業者들은 위 市有地 2,863.8坪을 一括 買受하여 同 地上에 一列로 配置된 停留場 施設을 하고 추침의 方法에 依하여 各 會社別로 그 專用停留場을 마련하여 營業을 繼續하고 있던 中 自動車停留場法이 1971.1.12公布, 同年 4.13부터 施行되게 되자 原告에 있어 위 事業組合을 通하여 1971.11.7 同法 附則에 따른 既存停留場의 申告를 하고 同法의 1年의 猶豫期間 經過後의 同法 所定の 停留場으로서의 效力保全을 爲하여 1971.4.12 被告를 經由하여 交通部長官에게 同法에 따른 새로운 自動車停留場의 認可申請을 하였으나 現在 同 認可가 나지 않고 있는 事實 被告는 뒤에 本案에서 判斷하는 바와 같이 自動車停留場法에 依하여 停留場設置에 關한 權限이 없어 있음에도 不拘하고 訴外 新興旅客自動車株式會社에 對하여 原告 會社 停留場이 屬해 있는 위 市外버스共同停留場에서 不過 70미터 (實際는 隣接狀態)밖에 떨어져 있지 않고, 더구나 原告會社의 營業上 極히 不利한 것으로 보이는 바로 그 址목인 釜山市 東區 凡一洞 83番地의 41 基地 150坪 위에 따로 그 直行버스停留場의 設置認可를 해줌으로써 위 訴外會社에 對하여 一種의 特惠를 베푸는 結果가 되고 原告會社를 비롯한 他 業者들은 營業上 莫大한 損失을 입게 된 事實을 認定할 수 있고 反證없다. 따라서 原告는 適法한 自動車停留場을 設置하고 있는 既存業者로서 被告의 이 件 行政處分으로 因하여 事實上的 利益을 侵害當하는 것만이 아니고 法에 依하여 妥當히 保護되어야 할 利益도 侵害받은 것이라 할 것이어서 原告會社로서는 이 訴訟에서 위 行政處分의 違法임을 理由로 그 取消을 求할 法律上的 利益이 있다 할 것이므로 被告의 本案前抗辯은 理由 없다”하였다.

審按하건대, 1. 自動車停留場法은 그 第1條에서 이 法은 自動車停留場 事業의 適正한 運營과 自動車停留場의 合理的인 管理를 期하고 그 整備를 促進함으로써 自動車運營의 健全한 發展에 寄與함을 目的으로 한다 하였고 同法 第6條에서 自動車停留場 事業의 免許基準을 規定하고 同法 第7條 以下에 自動車停留場事業의 施設 및 管理 等を 規定하고 있고 한편 自動車運輸事業法은 第1條에 이 法은 自動車運輸事業에 關한 秩序를 確立하고 自動車運輸의 綜合的인 發達을 圖謀하여 公共福利를 增進함을 目的으로 한다 하였고 그 밖에 自動車運輸事業을 規制하면서 同法 第25條에서는 公共福利上 必要할 때는 事業計劃의 變更, 自動車와 輸送施設의 改善과 變更, 旅客 또는 貨物의 圓滑한 運送을 確保하기 爲한 措置 그外 事業의 改善을 爲하여 必要한 事項 等에 對하여 事業改善命令을 할 수 있는 規定을 두고 있어 自動車運送事業에 關한 秩序確立과 公共福利를 爲하여 行政廳이 積極的인 監督權을 行使할 수 있게 한 것임을 엿볼 수 있으므로 原審이 自動車停留場法의 目的에 關하여 “……業者間의 競争으로 因한 經營의 不合理를 미리 防止하는 것이 公共福利를 爲하여 必要하므로 그 條件을 制限하여 既存業者의 經營의 合理化를 保護하자는 데도 그 目的이 있다 할 것인 바”라고 判示하고 있음은 自動車運輸事業法의 立法趣旨과 混同한 違法이 있음을 免할 수 없다 할 것이다.

自動車運送事業免許에 依한 權利의 內容은 위와같이 自動車運輸事業法에 依하여 定하여지고 行政廳의 積極的인 監督權이 行使되는 것이므로 自動車運送事業者間의 合理的인 經營에 關하여는 自動車停留

場法에 依하여 規制되는 것이 아니라 할 것이다.

2. 被告 市長은 訴外 新興旅客自動車株式會社에 對하여 1971.12.30 本件 認可處分을 하기에 앞서 旅客의 圓滑한 輸送과 都心地 交通難 緩和 等の 一環으로 既設된 釜山市 忠武洞 所在 自動車駐車場을 暫定的으로 釜山市 凡一洞 839番地(舊 朝紡地)로 移設할 것을 指示하면서 原告會社의 組合인 慶尙南道버스旅客運送事業組合에 對하여 直行버스營業所는 停留場 前面에 獨立하여 設置할 것을 指示하였고(乙 11) 同 組合으로부터 그 指示에 따라 獨立사길 計劃임을 回報(乙 12)를 받았던 것인데 1970.10.16 忠武洞駐車場으로부터 現存의 駐車場地區로 移轉하고 1971.9項 위 訴外 新興버스會社로부터 直行버스營業所 設置認可申請이 있어 被告 市長은 自動車運輸事業法 第13條, 第25條, 同法施行規則 第3條에 依하여 1971.12.30 本件과 같은 認可處分을 한 것인 나, 그 認可條件의 要旨는(乙 7)

가. 이 營業所는 市外버스 共同터미널이 設置될 때까지로 하며

나. 他社의 直行버스營業所를 貴社 認可地內에 共同使用케 措置된 時는 이에 應하여야 한다 라는 것이다.

이와 같이 被告 市長의 行政處分은 移轉駐車場이 暫定的인 關係로 運送施設이 未備되고 있어 運送의 安全 및 旅客運送의 圓滑한 確保를 爲한 것이므로 適法한 것임은 再言할 必要조차 없는 것이다.

위 被告 市長의 認可處分當時 이미 自動車停留場法이 1971.1.12 公布되어 同年 4.13부터 施行되고 原告가 前項 組合을 通하여 1971.11.6 同法 附則 第3條에 依하여 既存停留場에 關한 申告를 함으로써 1972.4.12까지 1年間 同法 附則 第2條에 依하여 同法 第4條, 第26條의 免許 또는 認可가 있는 것으로 본다 하고 있다 하더라도 被告 市長의 위 認可處分의 根據는 自動車運輸事業法, 同法 施行規則에 있으므로 權限있는 行政處分이 아니라 할 것이다. 被告 市長의 위 認可處分으로 因하여 訴外新興旅客自動車株式會社에 獨占的인 利益을 享受할 地位을 保障하는 것이 아니며 또 一定한 營業利益을 保障하는 것도 아닌 것이다. 原告가 위 認可處分으로 因하여 假令 營業利益이 減少되었다 하더라도 그 營業利益은 法律에 依하여 保障된 利益이 아니라 할 것이다. 被告 市長의 本件 認可處分에 依하여 新興旅客株式會社 外 5個會社가 그 直行버스 經營을 爲하여 위 營業所를 圓滿히 共同使用하고 있는데도 原告 會社만이 唯獨 理由없이 使用을 拒否하고 損害가 莫大하다 云云하고 있는 데 不過하므로 原告는 위 認可處分에 對한 關係에 있어서 事實上的 利害關係가 있는 地位에 있다 할 것이다.

3. 前示와 같이 原告가 自動車停留場法 附則에 依하여 既存停留場의 申告로 1年間(自 1971.4.13 至 1972.4.12) 同法 第4條 또는 第26條의 規定에 依한 免許 또는 認可를 받은 것으로 본다 하였으나 原告가 該 申告를 한 것은 1971.11.6이므로 同法 附則 第3條에 依하여 施行日(1971.4.13)로부터 3月內에 申告를 한 것이 아님이 明白하므로 原告에 對하여 위의 效力이 發生할 수 없다 할 것이고 따라서 本件 認可處分에 對한 關係에 있어서는 亦是 事實上的 利害關係밖에 없는 地位에 있다 할 것이다.

4. 또한 假令 原告의 위 申告가 有效하여 1年間 同法 第4條 또는 第26條의 免許 또는 認可를 받은 것으로 본다 하더라도 原告의 訴狀이 接受된 1972.6. 現在 위 1年期間이 經過하였으므로 因하여 自動車停留場法 附則에 依한 同法 第4條 또는 第26條의 免許 또는 認可는 그 效力이 消滅되었다 할 것이고, 自動車停留場法에 依한 自動車停留場이 認可되지 않는 現段階에 있어서 被告 市長의 本件 認可處分에 對하여는 原告는 事實上的 利害關係밖에 없다 할 것이다.

5. 原審은 自動車停留場法을 誤解하여 原告에게 法律上的 利益을 가진 것이라고 認定하고 本訴를 許容하였음은 叙上の 理由에 依하여 違法임을 免할 수 없다 할 것이다.

#### [評 釋]

첫째, 이 判例는 既存業者가 新規營業許可處分의 取消을 구하는 訴訟에 있어서 그 訴의 利益을 認定한 點에 있어서는 위에서 소개된 두 判例 <69 누 106>(船舶運航事業免許事件)判決 및 <73 누 173>(自動車運送事業의 路線延長認可事件)判決과 그 軌를 같이 하지만, 그 認定의

根據에 있어서는 이들과 다소의 차이를 발견할 수 있다.

즉 이 두 判例는 「行政訴訟에서 訴訟의 原告는 行政處分에 의하여 直接 權利를 침해 당한 者임을 보통으로 하나 直接 權利의 침해를 받은 者가 아닐지라도 訴訟을 제기할 『法律上的 利益』을 가진 자는 그 行政處分의 效力을 다룰 수 있다」고 前提하고서(形式的으로 法的 利益保護說), 既存業者의 「法律上的 利益」의 存在를 營業의 許可要件에 관한 法規定의 解釋을 통하여 인정하였다. 즉 <69 누 106> 判決의 경우 「海上運送事業法 제 4 조 제 1 호에서 당해 사업의 개시로 인하여 당해 항로에서 전 공급수송력이 전 수송수요량에 대하여 현저하게 공급과잉이 되지 아니하도록 규정하여 허가의 요건으로 하고 있는 것은」, <73 누 173> 判決의 경우 「自動車運輸事業法 제 6 조 제 1 호에서 당해 사업계획이 당해 노선 또는 사업구역의 수송수요와 수송력공급에 적합할 것을 면허의 기준으로 한 것은」 「주로 사업(海上運送事業, 自動車運輸事業)의 질서를 유지하고 그 사업의 건전한 발전을 도모하여 공공의 복리를 증진함을 목적으로 하고 있으며, 동시에 한편으로는 업자간의 경쟁으로 인하여 경영의 불합리를 방지하는 것이 공공의 복리를 위하여 필요하므로 허가조건을 제한하여 기존업자의 경영의 합리화를 보호하자는 데도 목적이 있다」라고 해석하고 따라서 「기존업자의 이익은 단순한 사신상의 이익이 아니고 법에 의하여 보호되는 이익」이라고 해석하였다.

이에 대하여 이 判決 <75 누 12>(버스停留場設置認可事件)의 경우를 보면 그 原審이 위 두 判決이 한 營業의 許可要件에 관한 法規定의 解釋과 같이 自動車停留場法의 許可에 관한 規定을 해석하고 그에 따라 既存業者의 法的利益을 認定한 것을 정당하다고 받아들였다. 그러나, 위 判決要旨 및 上告理由를 통하여 알 수 있는 바와 같이 原告會社가 適法한 既存業者로서의 地位가 소멸되고 自動車停留場法 所定の 停留場으로서의 효력보전을 위하여 交通部長官에게 새로운 自動車停留場의 認可申請을 하고 있을 뿐 아직 그 認可가 나지 않고 있는 段階에 있어서, 「事實上的 利益을 侵害 당하는 것만이 아니고 法에 의하여 마땅히 보호되어야 할 이익도 침해 받는 것」이라 하여 既存業者의 訴의 利益을 인정한 것은 事案의 性質과 그 表現의 觀點에서 위 두 判例와 비교해 볼 때 보다 더 「保護할 價値 있는 利益救濟說」에로의 기울어짐을 간취할 수 있다.

둘째, 위 判決은 위에서 본 事案——위 두 判例와 다른——에서 왜 既存業者의 損失을 「事實上的 利益을 침해 당하는 것만이 아니고 法에 의하여 마땅히 보호되어야 할 이익도 침해 받는 것」으로 보았는지 그 標準을 明確히 하고 있지 않다는 點 매우 아쉽다. 實定法制를 달리고 있는 西獨의 判例이기는 하나 우리에의 시사하는 바에 잠시 눈을 돌려볼까 한다. 西獨의 判例에는 第 3 者의 訴權의 有無는 關係法令의 規定이 當該第 3 者에 保護할 價値 있는 法的地位(schutzwürdige Rechtsposition)을 인정하고 있는가 與否, 또는 當該措置가 第 3 者의 競争能力 또는 기타의 法的으로 보호되는 利益을 直接 침해하는 것인가 與否에 달렸다고 하는 것이 있다. 이와 같은 根據에 기하여 예를 들면 既存의 택시事業者가 新規택시事

業의 免許를 다룰 適格性에 대해서는 消極的으로(BVerwGE 16, 187), 既存버스事業者가 新規路線버스事業의 免許를 다룰 適格性에 대해서는 積極的으로 보고 있다(BVerwGE 9, 340; BVerwGVerwRspr. 20, 487). 또 特定事業者에 대한 補助金의 交付에 대해서도 保護할 價値 있는 利益이 恣意的으로 특히 機會均等의 違背에 의하여 競爭上의 地位가 不當하게 침해당한 경우에는 第三者가 補助金交付의 取消을 구하여 出訴하는 것도 가능한 것으로 본 것도 있다(BVerwGE 30, 191).

세제, 위 判決의 原審이 한 自動車停留場法의 解釋과 위 두 判決이 한 海上運送事業法 및 自動車運輸事業法의 解釋 그 자체에도 無理가 전혀 없지 않다는 점을 간단히 지적해 둔다.

### 三. 訴의 利益의 擴大에로

通說은 實體法上的의 私人的 利益을 權利와 反射的 利益, 權利·法的 利益과 反射的 利益으로 分類하고 이것을 訴訟法上的의 原告適格의 有無와 對應시킨다. 이에 대하여 訴訟法上的의 原告適格은 實體法으로부터 獨立된 것으로서 定할 수 있다고도 볼 수 있다. 즉 이 견해는 處分의 違法性을 다루는 者가 그 效力을 否認함에 대해 「實質的인 利益」을 가진 限, 法이 보호하는 利益이나 事實上的의 利益이나를 묻지 않고 原告適格을 인정하려는 것으로서, 이 견해를 「保護할 價値 있는 利益救濟說」이라고 부른다.

그러나 「保護할 價値 있는 利益」이란 觀念은 극히 抽象的 規範的이기 때문에 이것을 訴의 利益判定의 唯一한 基準으로 하면, 違法이라고 생각되는 處分에 대한 司法審査의 可否는 法院의 認定에만 매달리게 되어, 判斷基準의 客觀性을 담보하기가 어렵다는 점이 있다. 또 이것은 오히려 取消訴訟을 客觀訴訟化하여 널리 關係市民의 參加아래 行政活動의 適法性을 第三權에 의하여 事後的으로 再今味하는 市民의 節次에로 발전하므로, 이와 같은 觀點에서도 訴의 利益의 認定基準을 明確히 하는 것이 必要하다고 생각된다.

現代에 있어서 個人生活의 行政依存性의 擴大는 行政訴訟에 있어서 訴의 利益의 擴大를 要請한다. 위의 判例들은 實體法的 解釋에 있어서 權利·法的 利益의 範圍를 擴大하여 이러한 要請에 附應한 것이라고 할 수 있다. 그러나 實體法的 解釋에는 限界가 있는 것으로서, 따라서 訴訟法적으로 保護利益을 형성해 나가는 것이 必要하다고 하겠다.