

2022년도 제31회 공인노무사시험 행정쟁송법 예시답안

- 이패스노무사 행정쟁송법 박이준 -

안녕하세요.

시험직후 총평을 올리면서 예시답안도 빨리 올려드린다고 했었는데, 게으른 탓과 추석명절 등으로 인해 이제야 조심스레 제시해봅니다.

시험후 대체로 출제가 무난했다는 평가가 많았었는데, 그렇다면 실제로 어떻게 써야 하는지에 대해서는 막상 예시답안을 작성해보니, 무난했던 만큼 의외로 만만치 않았던 시험이었던 것 같습니다.

아래 답안과 다른 입장, 목차구성이 가능한 것이니 그저 참고로 해주시기 바라겠습니다.

여러분 모두 좋은 결과가 있기를 기원합니다.

<1문> 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. (50점)

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

물음 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)

<1-1> 甲의 원고적격

I. 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.

[참고] 설문에서 토석채취허가의 근거법령인 산지관리법이 소개되어 있지 않고, 토석채취허가의 다른 관련법규도 없으며, 환경영향평가 대상지역이라는 전제도 없어 사안포섭에 한계가 있습니다. 실제로 토석채취허가 사건에서 이웃하는 자(예 사찰; 대판 2007.6.15. 2005두9736)의 원고적격을 인정한 사례도 있습니다. 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

고 사료됩니다. 아래에 산지관리법을 소개합니다.

산지관리법 제1조(목적) 이 법은 산지(山地)를 합리적으로 보전하고 이용하여 임업의 발전과 산림의 다양한 공익기능의 증진을 도모함으로써 국민경제의 건전한 발전과 국토환경의 보전에 이바지함을 목적으로 한다.

제25조(토석채취허가 등) ① 국유림이 아닌 산림의 산지에서 토석을 채취(가공하거나 산지 이외로 반출하는 경우를 포함한다)하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 다음 각 호의 구분에 따라 시·도지사 또는 시장·군수·구청장에게 토석채취허가를 받아야 하며, 허가받은 사항을 변경하려는 경우에도 같다.

제25조의3(토석채취제한지역의 지정 등) ① 공공의 이익증진을 위하여 보전이 특히 필요하다고 인정되는 다음 각 호의 산지는 토석채취가 제한되는 지역(이하 “토석채취제한지역”이라 한다)으로 한다.

1. 「정부조직법」 제2조 및 제3조에 따른 중앙행정기관 및 특별지방행정기관과 「도로법」 제10조에 따른 도로 등 대통령령으로 정하는 공공시설을 보호하기 위하여 그 행정기관 및 공공시설 경계로부터 대통령령으로 정하는 거리 이내의 산지
2. 「철도산업발전 기본법」 제3조 제1호에 따른 철도 등 대통령령으로 정하는 시설의 연변가시지역(沿邊可視地域)을 보호하기 위하여 그 시설의 경계로부터 대통령령으로 정하는 거리 이내의 산지
3. 「국유림의 경영 및 관리에 관한 법률」 제16조에 따른 보전국유림(준보전국유림 중 보전국유림으로 보는 경우를 포함한다)의 산지
4. 제9조에 따른 산지전용·일시사용제한지역 및 그 밖에 대통령령으로 정하는 지역의 산지
5. 산림생태계의 보호, 산지경관의 보전 및 역사적·문화적 가치가 있어 보호할 필요가 있는 산지로서 산림청장이 지정하여 고시한 지역의 산지

제25조의4(토석채취제한지역에서의 행위제한) 토석채취제한지역에서는 토석채취를 할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 토석채취를 할 수 있다.

1. 천재지변이나 그 밖에 이에 준하는 재해를 복구하기 위하여 토석채취가 필요한 경우
2. 도로의 설치 등 대통령령으로 정하는 사업을 위하여 터널이나 갭도를 파 들어가는 과정에서 부수적으로 토석을 채취하여 그 사업에 사용하는 경우
3. 공용·공공용 사업을 위하여 필요한 경우 등 대통령령으로 정하는 경우
4. 공공시설 등의 관리자 또는 소유자의 동의를 받은 경우 등 대통령령으로 정하는 경우
5. 제25조 제2항에 따라 토사를 채취하는 경우

제28조(토석채취허가의 기준) ① 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제25조 제1항에 따른 토석채취허가를 할 때에는 그 허가의 신청내용이 다음 각 호(토사채취의 경우 제1호와 제2호만 해당한다)의 기준에 맞는 경우에만 허가하여야 한다.

1. 제25조의4에 따른 토석채취제한지역에서의 행위제한 사항에 적합할 것
2. 산지의 형태, 임목의 구성, 토석채취면적 및 토석채취방법 등이 대통령령으로 정하는 기준에 맞을 것
3. 제26조 제1항에 따른 전문조사기관의 평가결과 채석의 경제성이 인정될 것
4. 토석채취로 인하여 생활환경 등에 영향을 받을 수 있는 지역으로서 대통령령으로 정하는 지역의 경우에는 재해를 방지하기 위한 시설의 설치 등 대통령령으로 정하는 기준을 충족할 것
5. 토석채취에 필요한 장비 등을 대통령령으로 정하는 기준에 맞게 갖추어 갖출 것. 다만, 제3항제1호 또는 제2호에 따라 자연석을 채취하려는 자의 경우에는 그러하지 아니하다.
6. 토석채취허가를 받으려는 구역 외의 토석을 반입하지 아니할 것. 다만, 토석채취완료지 복구를 위한 토석 또는 제25조의2 제1호에 해당하는 토석을 대통령령으로 정하는 거리 이내에서 대통령령으로 정하는 규모 이하로 반입하려는 경우에는 그러하지 아니하다.

II. 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 원고적격을 갖는지는 별도의 검토가 필요하다.

III. 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 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.

(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 이

익을 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.”¹⁾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 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 보호되는 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.”²⁾라

1) 대판 2010.5.13. 2009두19168

고 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 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.

특히 환경상 이익을 고려한 판례의 태도를 살펴보면, ① 환경영향평가 대상지역 안의 주민들이 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 없다³⁾며 부정하기도 한다. 이를 반대로 해석하면 법인의 경우도 구체적인 재산적 피해가 발생할 우려가 있는 등의 상황에서는 원고적격이

2) 대판 2015.7.23. 2012두19496

3) 대판 2012.6.28. 2010두2005

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 것⁴⁾이라며 인근 사찰에 토사채취허가처분을 다툴 원고적격을 인정한 사례가 있다.

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

<1-2> 예방적 부작위소송

I. 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.

II. 법정의 항고소송의 허용 여부와 도입논의

1. 행정소송법 규정

행정소송법 제3조는 항고소송을 “행정청의 처분등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송”이

4) 대판 2007.6.15. 2005두9736

라 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.

II. 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.⁵⁾

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.**

III. 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

5) 대결 1992.7.6 92마54

(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.”⁶⁾라거나 “건축건물의 준공처분을 하여서는 아니된다는 내용의 부작위를 구하는 청구는 행정소송에서 허용되지 아니하는 것이므로 부적법하다.”⁷⁾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.

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.⁸⁾

6) 대판 2006.5.25. 2003두11988

7) 대판 1987.3.24. 86누182

V. 문제의 해결

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

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

<2문> 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 다룰 협의의 소의 이익의 인정되는지를 설명하시오. (25점)

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 원직

8) 행정소송법 개정안의 내용이다.

복직이 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 가지는 데 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 종료

하기로 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.⁹⁾

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 다룰 소의 이익이 있다.”¹⁰⁾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 인정된다

9) 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

10) 대판 2020.2.20. 2019두52386 전원합의체 판결

는 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 따른 소송절차의 번잡성, 절차의 지연, 과다한 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 구제명령제도의 취지에 부합한다¹¹⁾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.

<3문> 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)

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.

11) 대판 2020.2.20. 2019두52386 전원합의체 판결

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, ㉡ 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.”¹²⁾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.¹³⁾ 따라서 당사자는 사실심 변론종결시까지 처분

12) 대판 2007.5.11. 2007두1811

13) 대판 1995.11.10. 95누8461

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.¹⁴⁾

또한, 사정판결을 함에 있어 처분 등의 위법 여부는 처분시를 기준으로 판단하여야 하나, 처분 등을 취소함이 현저히 공동복리에 적합하지 아니한지 여부는 변론종결시를 기준으로 판단하여야 한다.¹⁵⁾

(4) 검토

원칙적으로 처분시절이 타당하다. 판결시절을 따를 경우 행정의 적법성 통제라는 취소소송의 목적에 반하는 것은 물론 판결의 지연에 따라 결과가 달라지는 불합리가 발생할 수 있기 때문이다. 처분시절을 일관할 경우 처분 이후의 사정변경에 의해 또다시 동일한 처분을 할 수 있는 경우 절차경제에 문제가 있다는 지적이 있지만, 개인의 권익구제의 관점에서 처분시절을 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 경우가 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 처분시절

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 판결시절

이 견해로는 ㉠ 처분시절을 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 유사

14) 대판 1995.11.10. 95누8461

15) 대판 1970.3.24. 69누29

한 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 처분시절을 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.

- 끝 -