

## 行政審判法·行政訴訟法上的 「法律上 利益」의 問題點

金 南 辰

### I. 머리 말

우리의 行政審判法(1984년 12월 15일, 法律 제3755호) 및 行政訴訟法(1984년 12월 15일, 法律 제3754호)에는 “法律上 利益”이라는 用語가 여러 곳에 사용되고 있다. 行政審判은 取消審判, 無效等確認審判, 義務履行審判 등 審判의 종류를 가리지 않고 “法律上 利益이 있는 者”만이 審判請求를 할 수 있다고 규정하고 있으며(行政審判法 제9조), 行政訴訟 역시 取消訴訟, 無效等確認訴訟, 不作爲違法確認訴訟 등 行政訴訟의 종류를 가리지 않고 역시 “法律上 利益이 있는 者”만이 訴를 제기할 수 있는 것으로 규정하고 있다(行政訴訟法 제12조). 다른 한편, 行政審判法 및 行政訴訟法에는 똑 같이 「處分(등)」의 效果가 期間의 경과, 處分の 執行 그 밖의 事由로 인하여 소멸된 뒤에도 그 處分の 取消로 인하여 회복되는 法律上 利益이 있는 者의 경우에는 또한 같다<sup>1)</sup>라는 규정이 담겨져 있다(行政審判法 제9조 제1항 제2문 및 行政訴訟法 제12조 제2문 참조).

위에 밝혀 놓은 바와 같이, 行政審判法 및 行政訴訟法에서는 여러 곳에 “法律上 利益”이라는 用語가 사용되고 있는 바, 그 “法律上 利益”이 무엇을 의미하는가에 관해 學者들의 견해는 구구하다. 그러는 가운데, 筆者는 “法律上 利益”이란 “法律에 의해 보호되는 利益” 즉 “權利”를 의미하며 그러한 점에서 法律 또는 法에 의해 보호되지 않는 “反射的 利益” 또는 “事實上的 利益”과 구별되어야 함을 강조해 왔다<sup>2)</sup>. 다른 한편, “法律上 利益”을 그와 같이 이해할 때, 行政審判法 및 行政訴訟法

金南辰：高麗大學校 法科大學 教授

1) 行政審判法에서는 “處分”으로 규정되어 있는데 대하여 行政訴訟法에서는 “處分等”으로 규정되어 있는 점이 兩法上의 차이점이다.

2) 金南辰, 行政法 I(第3版), 122면 등

에 사용되고 있는 “法律上 利益” 가운데에는 “法律上 利益”이라는 본래의 뜻과는 잘 맞지 않거나 잘못 사용된 것이 있지 않는가 하는 생각을 가지게 되며, 그와 같은 생각을 단편적으로 筆者의 敎材 등에 적어 놓은 바 있다<sup>3)</sup>.

그러나 위와 같은 筆者의 所見은, 이렇다 할 學界의 注目을 끌지 못하던 가운데, 徐元宇교수로부터 強한 批判을 받기에 이르렀다. 「現代의 行政訴訟과 訴의 利益—法律上 保護된 利益說批判—」이라는 제목의 論文<sup>4)</sup>이 그에 해당한다. 한 마디로 筆者의 權利(個人的 公權)觀이 지나치게 좁으며, 또한 지나치게 實定法規定에 의존하고 있다고 하는 것이 批判의 要旨이다(後述 참조).

위와 같은 徐元宇교수의 批判에 答論하기 위하여 筆者는 他誌에 「法律上 利益의 概念的 混亂과 對策—徐元宇교수에 대한 答論을 兼하여—」라는 제목의 글<sup>5)</sup>을 寄稿한 바 있다.

徐元宇교수는 앞의 論文을 통해서, 主로 取消訴訟의 原告適格에 관한 문제를 다루고 있으나, 筆者는 위의 글을 통해서, 行政審判法 및 行政訴訟法上の “法律上 利益”에 관련된 그 밖의 문제에 대해서도 筆者의 所見을 펴 놓았다. 그 가운데에는 行政審判의 審判人適格의 문제도 言及되어 있다. 周知하는 바와 같이, 行政訴訟을 통해서는 處分의 “違法”에 대해서만 다룰 수 있게 되어 있지만, 行政審判을 통해서 는 處分의 “不當”까지 다룰 수 있도록 되어 있다. 이 점은 行政審判法이 行政審判의 종류와 관련하여, 取消審判을 「行政廳의 違法 또는 부당한 處分의 取消 또는 變更을 하는 審判」으로 정하고 있으며, 義務履行審判을 「行政廳의 違法 또는 부당한 拒否處分이나 不作爲에 대하여 일정한 處分을 하도록 하는 審判」으로서 정하고 있는 점에 잘 나타나 있다(同法 제4조 참조).

위와 같은 規定과 관련하여 筆者는 “不當한 處分”이란 行政廳이 裁量權의 범위내에서 裁量を 그르친 것을 의미하며, 그에 따라 處分의 상대방 등이 不利益을 입더라도 그것은 反射的 利益(또는 事實上的 利益)의 성질을 가지게 되며, 따라서 “法律上の 利益(權利)”으로서의 성질을 가지지 않는다. 그럼에도 불구하고 行政審判法이 “法律上 이익이 있는 者”에 대해서만 行政審判 請求人의 地位(請求人適格)를 인정하고 있음은 行政審判制度 본래의 취지(處分의 不當까지 다룰 수 있게 하고 있는 점)와 어긋난다고 하는 점을 지적해 놓았다.

行政審判法 및 行政訴訟法上の “法律上の 利益”에 관한 筆者의 問題提起, 그러한

3) 上掲書 475면 등

4) 考試研究 1990년 9월호 75면 이하

5) 考試研究 1990년 11월호 106면 이하

問題提起를 계기로 한 徐元宇교수와 筆者간의 論爭은 그 뒤 다른 學者의 注目을 받게 되었으며, 一聯의 論文發表를 끌어내는 동기를 이루기도 하였다. 또한, 後述하는 바와 같이 그 문제는 韓國公法學會의 月例發表會의 테마로 선정되기도 하였다.

行政審判法 및 行政訴訟法上的 “法律上 利益”의 문제가 그토록 學界의 注目을 받고, 특히 筆者의 所論에 대한 贊·反의 論評이 발표되어 있는 마당에 있어, 筆者는 다시 한번 그 문제에 대한 筆者의 입장을 定立할 필요성을 느낀다.

行政審判法 및 行政訴訟法上的 “法律上 利益”에 관련된 條項이 筆者 등의 주장대로 문제점을 안고 있음이 밝혀진다고 할 때, 關係條項의 改正이 이루어지기를 바라고 싶다.

## II. 「法律上 利益」에 대한 筆者의 所論

### 1. 權利와 同義語로서의 「法律上 利益」

前述한 바와 같이, 우리의 行政審判法 및 行政訴訟法(以下에서는 兩者를 합쳐 行政爭訟法이라 함)에는 法律上 利益이라는 用語가 여러 군데에 사용되고 있다. 그렇다면, 그 「法律上 利益」이란 무엇을 의미하는 것인가. 筆者는 그것을 「權利」와 같은 뜻으로 이해하고 있다. 權利란 간단히 말해서 「法에 의해 보호되는 利益」(rechtlich geschütztes Interesse) 또는 「法律上 利益」(rechtliches Interesse)을 의미한다고 보기 때문이다<sup>6)</sup>. 權利 또는 같은 의미로서의 「法律上 利益」은 「法에 의해 보호되는 이익」이므로, 「法에 의해 보호되지 않는 이익」으로서의 反射的 利益이나, 事實上 利益과 구별되지 않으면 안 된다. 바로 그러한 이유로, 法律上 利益과 反射的 利益의 구별을 부인하거나 그 兩者의 구별을 前提로 하는 用語(保護利益 등)의 使用에 대해 強한 異議를 제기한다.

「法律上 利益」은 實體法을 통해서 보장되는 것이므로, 實體法이 보호하지 않는 것을 爭訟法을 통해서 보호할 수 있다는 觀念을 배격한다. 그러한 의미에서, 그와

6) 독일의 行政法院法(Verwaltungsgerichtsordnung)은 權利(Recht)를 침해받은 者에 대해서만 取消訴訟(Anfechtungsklage) 및 義務履行訴訟(Verpflchtungsklage)에 대한 原告適格을 인정하고 있다(同法 제42조 제2항). 그리고 그 경우의 「權利」를 「法에 의해 보호되고 있는 利益」 또는 「法律上 利益」으로 설명하고 있는 것이 그 쪽의 경향이라 할 수 있다. Vgl. Ule, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl., 1987, S. 203; Tschira/S. Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl., 1988, S. 89; Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, 6. Aufl., 1987, S. 155.

같은 의미로 사용되는 듯한 「保護할 價値있는 利益」과 「法律上 利益」과는 구별되어야 함을 강조한다.

## 2. 行政審判請求人適格上の 問題點

이미 앞에서 본 바와 같이, 行政審判法은 行政審判의 종류를 가리지 않고, 「法律上 이익이 있는 者」에 대해서만 行政審判의 請求人適格을 인정하고 있다(同法 제9조). 그러나 그러한 現行法の 規定은 立法上 문제가 있으며 조속히 개정될 필요가 있다는 것이 평소의 필자의 所見이다. 그 이유는 行政審判은 違法한 處分만이 아니라 ‘不當한 處分’을 대상으로 하여서도 제기할 수 있게 되어 있는 것이므로(행정심판법 제1조, 제4조 등 참조), 反射的 利益(또는 事實上 利益)을 침해받았거나 反射的 利益을 향수하기 위해서도 行政審判을 제기할 수 있도록 되어야 하는 것이며, 따라서 그러한 反射的 利益을 배제하는 의미의 「法律上 利益이 있는 者」에게만 行政審判의 請求人適格을 인정하고 있는 것은 모순이라고 보는 것이다. 그리고 이 점은 外國法(日本·독일)과 비교해 볼 때 더욱 뚜렷해짐을 강조하고 있다. 周知하는 바와 같이 日本의 行政事件訴訟法은 取消訴訟 등에 있어서, 우리와 같이 「法律上 利益이 있는 者」에 대해서만 原告適格을 인정하고 있으나, 行政審判(行政不服審査)의 請求人適格에 관하여는 특별한 규정을 두고 있지 않음으로써 抗告訴訟의 原告適格과 行政審判(行政不服審査)의 請求人適格 사이에 차이를 두고 있다<sup>7)</sup>. 또한 독일의 行政法院法 역시, 前述한 바와 같이 取消訴訟 및 義務履行訴訟에 있어서는 行政行爲 또는 그의 拒否나 不作爲를 통해 그의 權利를 침해당한 者에 대해서만 原告適格을 인정하면서도(同法 제42조 제2항), 그의 前審節次로서의 訴願(Widerspruch)에 있어서는 請求人適格에 관한 아무런 규정도 두고 있지 않는 것이다<sup>8)</sup>.

## 3. 無效等確認訴訟에 있어서의 原告適格

우리의 行政訴訟法은 無效等確認訴訟에 있어서도 역시 「法律上 利益이 있는 者」

- 7) 日本의 行政不服審査法 제4조는 단순히 「行政廳의 處分에 不服이 있는 者」는 行政審判(審査請求 또는 異議申立)을 제기할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 이에 대하여 取消訴訟 등에 있어서는 「法律上 利益이 있는 者」에 대해서만 原告適格을 인정하고 있다(同法 제9조, 제36조).
- 8) 周知하는 바와 같이, 독일(聯邦)에 있어서는 抗告訴訟의 前審節次(Vorverfahren)에 관해서도 行政訴訟法(行政法院法)에서 매우 간단히 규정하고 있으며(제68조 이하), 그 訴願의 提起(Erhebung des Widerspruchs)에 관해서는 제69조에서 단순히 「前審節次는 訴願의 提起로써 시작된다」(Das Vorverfahren beginnt mit der Erhebung des Widerspruchs)라고 규정하고 있다.

만 訴를 제기할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 그러나 取消訴訟이나 不作爲違法確認訴訟 및 無效등확인訴訟이 구별되는 만큼, 無效등확인訴訟은 그의 原告適格, 訴의 利益에 있어서 다른 두 종류의 抗告訴訟과는 다른 점이 있는 것이 아닌가. 그러한 점에서 確認訴訟의 原告適格 내지 訴의 利益에 관해 取消訴訟 등에 있어서와는 달리 규정하고 있는 日本 및 독일의 立法例가 보다 나은 것이 아닌가 하는 것이 筆者의 所見이다<sup>9)</sup>.

日本の 行政事件訴訟法은 無效등확인의 訴의 原告適格에 관하여 「無效등확인訴訟은 당해 處分 또는 裁決에 연이은 處분에 의하여 損害를 받을 우려가 있는 者, 기타 당해 處分 또는 裁決의 無效등의 確認을 구하는 것에 관해 法律上的 利益을 가지는 者로서, 당해 處分 또는 裁決의 存否 또는 그 效力의 有無를 前提로 하는 現在의 法律關係에 관한 訴에 의하여 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여 제기할 수 있다」(제36조)라고 규정하여 取消訴訟의 原告適格과는 구별하고 있는 것이다.

독일의 行政法院法 역시 「原告는 即時確定的 正當한 利益(ein berechtigtes Interesse an der baltigen Feststellung)을 가지는 경우에는 訴를 통해 法律關係의 存在 또는 不存在의 確定 또는 行政行爲의 無效를 구할 수 있다」(제43조 제1항)라고 규정함으로써 역시 取消訴訟 등의 原告適格에 있어서와는 달리 규정하고 있는 것이다.

한편, 筆者는 無效등확인訴訟에 있어서의 原告適格 내지 訴의 利益의 특수성을 인정하는 입장에 있으므로, 같은 性向의 判例를 긍정적으로 評價하고 있다. 다음이 그 예이다.

「租稅賦課處分の 不存在確認은 그 不存在임을 주장하는 부과처분의 결과로 인하여 생긴 租稅債務의 不存在確認이라 할 것이고, 確認의 訴에 있어서 確認의 利益은 그 대상인 法律關係에 관하여 當事者 사이에 분쟁이 있고, 그로 인하여 原告의 權利 또는 法律上的 地位에 不安·危險을 제거하는 데 필요하고도 적절한 경우에 인정되는 것인 바, 原告들이 그 不存在임을 주장하는 被告의 이 사건 처분에 따라 부과된 세액을 이미 납부하여 그 부과처분에 따른 조세채무가 현재 존재하고 있지 않는 것이라면… 현재 위 租稅債務가 존재하지 않는 상태에서 原告가 지니고 있는 權利 또는 法律上的 地位가 被告의 행위에 의하여 위협받거나 방해될 여지는 없다 할 것이다.」<sup>10)</sup>

9) 이 문제에 대한 筆者의 所見은 筆者의 教材(上掲書, 620면 이하)에 간단히 표명된 이외에, 「無效등확인訴訟과 法律上 利益」(考試研究, 1991. 3, 14면 이하)이라는 제목의 별도의 글을 통해 좀 더 소상히 밝혀 놓은 바 있다.

10) 大判 1982. 3. 23, 80 누 476.

「행정처분의 부존재확인소송은 행정처분의 부존재확인을 구할 법률상 이익이 있는 자만이 제기할 수 있고, 여기서의 법률상 이익은 원고의 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안, 위험이 있고, 그 불안, 위험을 제거함에는 확인판결을 받는 것이 가장 유효적절한 수단일 때 인정되는 것이다。」<sup>11)</sup>

#### 4. 處分消滅後의 訴의 利益

우리의 行政訴訟法은 제12조에서 取消訴訟의 原告適格과 관련하여, 「取消訴訟은 處分등의 取消을 구할 法律上 利益이 있는 者가 제기할 수 있다」(제1문)라고 규정하고서는, 이어서 「處分등의 效果가 期間의 경과, 處分등의 執行 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 處分の 取消로 인하여 회복되는 法律上 利益이 있는 者의 경우에는 또한 같다」(제2문)라고 규정하고 있다. 이 규정에 대해 筆者는 그것이 論理的·法理的으로 잘못되어 있다는 생각을 가지고 있다.

첫째, 處分 등이 소멸한 뒤이므로, 이미 取消의 대상이 존재하지 않는다고 보지 않으면 안 된다. 그럼에도 불구하고 아직 取消의 대상이 존재하고 있는 양 「取消로 인하여…」라는 표현을 사용하고 있음은 論理的으로 모순이 아니겠는가 하는 것이다.

둘째, 따라서 이 경우는, 이미 處分은 소멸되고 존재하지 않지만, 소급하여 당해 處分이 違法이었음을 確認하는 것에 利益을 가지는 者에게 原告適格 내지는 訴의 利益을 인정하는 것이 法理上 妥當하지 않는가 생각하는 것이다. 이 점과 관련하여 우리에게 좋은 참고가 되는 것이 독일의 行政法院法上的의 關係規定이다. 즉 同法은, 「行政行爲가 職權取消 또는 기타의 방법으로 소멸된 뒤에는, 原告가 그 違法의 確認에 대해 正當한 이익을 가지는 경우에, 法院은 申請에 의해, 判決으로써, 行政行爲가 違法이었음을 宣言한다」(제113조 제4문)라고 규정하고 있는 바, 이것은 결국 處分이 소멸한 이후에는 소멸된 處分이 違法이었음을 確認하는 데 대해 正當한 利益(berechtigtes Interesse)을 가지는 경우에 原告適格 내지는 訴의 利益(狹義)이 인정됨을 의미하는 것이라 할 수 있다.

한편, 이와 관련하여, 이 경우 法이 權利 또는 法律上 利益이라는 用語 대신에 「正當한 利益」이라는 用語를 사용하고 있는 이유는, 後者가 經濟的 利益 등을 포함하는 보다 넓은 概念으로 이해되고 있다는 점을 적어 두고자 한다.

11) 大判 1990. 9. 28, 89 누 6396. 同旨判例: 大判 1988. 3. 8, 87 누 133; 大判 1990. 10. 30, 90 누 3218.

### III. 筆者의 所論에 대한 反應

#### 1. 公法學界 月例發表會에의 上程

前述한 바와 같이, 筆者는 우리의 行政爭訟法에 ‘法律上 利益’이라는 用語가 남발되고 있다고 생각하며, 따라서 그것을 解釋·法改正을 통해서 바로 잡을 필요가 있음을 강조하고 있다. 平素에 그러한 생각을 筆者의 教材 등을 통해 단편적으로 표명해 오다가 前述의 「法律上 利益의 概念的 混亂과 對策」이라는 제목의 글<sup>12)</sup>을 통해 망라적으로 표명한 바 있다. 그리고 그 글은 직접적으로는 徐元宇 교수의 筆者에 대한 批判에 의해 촉발된 것임은 앞에 적어 놓은 바와 같다. 이 일이 계기가 되어 그 行政爭訟法上的 ‘法律上 利益’이 學界에서의 一連의 論爭의 대상이 되었는데, 그러한 계기를 이루게 한 또 하나의 要因이 韓國公法學會 月例發表會에의 上程이라 할 수 있다.

韓國公法學會가 數年에 걸쳐 月例發表會를 개최하고 있음은 周知의 사실이다. 行政法學界에서 法律上 利益이 뜨거운 論爭의 대상이 되고 있음이 感知된 탓인지, 그 문제는 1990년 11월 24일에 개최된 第12회의 月例發表會의 主題의 하나로 선정되기에 이르렀다. 發表者는 愼保晟 교수이다. 다만, 유감스럽게도 筆者는 당시 外遊中이어서 月例發表會에 참석하지를 못했으며, 月例發表會 要旨集과 같은 내용의 他誌에의 寄稿<sup>13)</sup>를 통해서 發表內容을 接할 수 있게 되었다. 그리고 그러한 愼保晟 교수의 發表內容은 節을 바꾸어서 소개하기로 한다.

#### 2. 肯定的 見解

##### 〈愼保晟 교수의 見解〉

愼保晟 교수는 學會에서의 發表 및 他誌에의 發表를 통해 筆者와 거의 같은 견해를 표명하였는 바 要旨<sup>14)</sup>는 다음과 같다.

첫째, 「行政審判의 請求人適格」과 「法律上 利益」과의 관련문제에 관하여 愼保晟

12) 이 글의 註 3)참조

13) 愼保晟, 行政爭訟法上的 法律上 利益, 「月刊考試」1991년 1월호, 54면 이하

14) 以下에서의 要旨는 月刊考試誌에 발표된 것을 바탕으로 하기로 한다.

교수는 다음과 같이 記述하고 있다.

“생각컨대, 行政審判의 請求人適格이 行政訴訟(抗告訴訟)의 原告適格과 달라야 함은 自明하다. 대표적으로, 取消審判은 「行政廳의 違法 또는 不當한 處分의 取消 또는 變更을 하는 審判」(同法 4조 1호)인 데 대하여, 取消訴訟은 「行政廳의 違法한 處分 등을 取消 또는 變更하는 訴訟」(行政訴訟法 4조 1호)이기 때문이다.

行政行爲(處分)가 ‘不當’하다고 함은, 行政行爲가 法을 어기지는 않았지만(適法), 裁量을 그르친 경우를 의미한다고 함은 누구나 다 인정하는 바일 것이다. 그리고 裁量을 그르침으로써 個人이 입게 되는 不利益은 權利 침해가 아니라 反射的 利益이나 事實上的 이익침해에 해당한다고 하는 점에 대해서도 異見이 없을 것으로 생각한다.

그렇다면, ‘法律上 이익’이 무엇을 의미하는가 하는 문제를 떠나서 「違法한 處分의 取消」를 구할 수 있는 자의 자격과 「違法 또는 不當한 處分의 取消」를 구하는 자의 자격은 구분되어 마땅하다. 그럼에도 불구하고 우리의 行政爭訟法이 兩者를 동일하게 규정하고 있으며, 多數學者들이 그 점을 看過하고 있음은 모순이라 하지 않을 수 없다.”<sup>15)</sup>

둘째, 慎保晟 교수는 行政訴訟法 제12조 제1문의 ‘法律上の 이익’의 의미내용에 관해 그것은 權利(Recht)를 의미하는 것으로 새길 수 있다고 하며, 그러한 前提에 입각하여 이른바 「保護利益說」 및 「保護價值說」에 대하여 다음과 같이 비판하고 있다.

“혹은 「第三者保護規範을 매개로 하여 구제받을 수 있는 이익」을 ‘法的保護利益’ 또는 ‘準權利’로서 부르기도 하는데<sup>16)</sup>, 그러한 利益은 「權利와 反射的 利益의 구분」에 관한 종래의 理論을 통해서도 보호받을 수 있는 것이므로, ‘權利’ 이외에 ‘保護利益’, ‘準權利’와 같은 새로운 觀念을 구성할 필요성이 없다고 생각한다.”<sup>17)</sup>

“學者에 따라서는 「法的 保護價值說」의 입장에서 「權利救濟說」 내지 「法律上 보호된 利益說」을 비판한다. 徐元宇 교수께서는 「法律上 利益의 유무를 반드시 實定法의 規定의 유무에 의존함이 없이 違法한 行政處分에 의하여 입게 된 不利益이 裁判上の 보호가치가 있는가 어떤가를 기준으로 하여 판단하려는 입장」으로서 설명하고 있는 점을 주목할 필요가 있다<sup>18)</sup>. 그러나 위와 같은 學說은 ‘法律上 이익’이라는

15) 慎保晟, 上揭論文 58면.

16) 慎 교수는 이 곳에서 石琮顯 교수의 著書(「一般行政法(上)」 844면)를 引用하고 있다.

17) 慎保晟, 上揭論文 61면

18) 여기에서 慎 교수는 「考試研究」 1987년 7월호에 발표된 徐元宇 교수의 論文(97면)을 引用하고 있다.



實定法上の 法意와도 어긋나고, 立法權과 司法權의 機能的 分立에도 어긋나는 것이므로 本人으로서의 받아들이기 어렵다”<sup>19)</sup>

셋째, 行政訴訟法 제12조 제1문의 「法律上 이익」규정에 관하여 愼 교수는 “이 규정에 대해서는, 理論적으로 보아, 엄격한 의미의 原告適格(權利保護의 利益)에 관한 규정이라기 보다는 狹義의 訴의 이익(權利保護의 必要)에 관한 규정으로 보려는 입장이 妥當視된다”<sup>20)</sup>라고 結論짓고 있다<sup>21)</sup>.

### 〈姜求哲 교수의 견해〉

姜求哲 교수는 「公權의 觀念에 대한 小考」라는 論文<sup>22)</sup>을 통해서 行政爭訟法上の ‘法律上 利益’과 관련된 爭點에 대해 자신의 견해를 다음과 같이 표명해 놓고 있다.

첫째, ‘法律上 이익’의 意味內容에 관해서는, “결국 權利란 「法的으로 보호된 利益」의 또 다른 표현에 지나지 않는 것이라고 할 수 있으며, 그러한 의미에서 反射的 利益과 구분된다. 따라서 公權과 反射的 利益의 구분을 전제로 하면서 그 구분의 기준은 現行行政法理論 내지 行政觀을 통해서 公權의 外延을 확대해 가는 방법을 지향하는 것이 바람직할 것이다”<sup>23)</sup>라는 견해를 표명해 놓고 있다.

둘째, 取消審判請求人適格과 관련하여서는, “결국 法律上 이익을 침해받은 자만이 行政訴訟를 제기할 수 있는 것과 달리 反射的 利益 또는 事實上的 利益을 침해 받은 者까지도 行政審判을 제기할 수 있도록 하고 있는 제도의 취지에 비추어 볼 때 우리 行政審判法은 法律上 利益을 침해받은 者 또는 法律上 利益이 있는 者만이 行政審判을 제기할 수 있게 하고 있는 점은 모순이며, 立法上的 過誤라 할 수 있다”<sup>24)</sup>라고 결론짓고 있다.

셋째, 行政訴訟法 제12조 제1문의 ‘法律上 이익’과 관련하여는 “行政訴訟法이 原告適格을 표현함에 있어 法律上 利益이라는 용어를 사용함으로써 公權과 反射的 利益의 구별을 무의미하게하여 行政法體系를 혼란에 빠뜨릴 우려가 있다”고 評하는

19) 愼保晟, 上揭論文, 61~62면.

20) 愼保晟, 上揭論文 62면.

21) 한편 愼 교수는 註를 통해 「行政訴訟法 제12조 제2문의 규정을 엄격한 의미의 原告適格에 관한 규정이 아니라 “狹義의 訴의 利益”에 관한 규정으로 보는 점에 있어서는 金南辰 교수와 徐元宇 교수가 의견을 같이 하고 있다(金南辰, 「行政法 I」, 571면 및 徐元宇, 上揭論文 99면 이하)는 말을 덧붙여 놓고 있다(上揭論文 62면, 註 21).

22) 「考試研究」1991년 2월호, 60면 이하.

23) 姜求哲, 上揭論文 66면.

24) 姜求哲, 上揭論文 68면.

동시, “한편, 權利救濟의 充實化라는 요청에 입각한다 하더라도 단순히 「保護價値 있는 이익」이라는 불명확한 개념으로 비약할 것이 아니라 전통적인 「法律上 보호되는 이익(=權利)」이라는 이론적 범주안에서 社會·經濟의 實態에 비추어 각 法分野마다 法律上 보호되는 이익으로 새로운 이익을 하나 하나 축적해 가는 것이 보다 건실하고 타당하다고 할 것이다”<sup>25)</sup>라는 의견을 제시해 놓고 있다.

넷째, 行政訴訟法 제12조 제2문의 ‘法律上 이익’과 관련하여서는 “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 있음은 論理的 모순이며, 同 제2문에 있어서의 「法律上 이익」은 正當한 이익(berechtigtes Interesse)정도로 바꾸는 것이 法理上 타당하다 할 것이다”<sup>26)</sup>라고 記述해 놓고 있다.

### 3. 批判的 見解

#### 〈徐元宇 교수의 견해〉

徐元宇 교수는 筆者가 「徐元宇교수에 대한 反論을 兼하여」라는 副題를 붙여 발표한 글을 반박하는 내용의 몇 편의 論文을 발표하였는 바, 그의 要旨는 다음과 같다.

첫째, 「行政審判의 請求人適格」과 관련된 筆者의 所論에 대하여는 두 가지 점을 들어 반박하고 있다. 하나는 “行政審判의 請求人適格의 문제, 즉 어떤 사람에게 行政審判을 다투게 할 것인가라고 하는 行政爭訟에의 入口의 문제와 어떤 사항 내지 이유로써 그 내용을 심리할 것이다라고 하는 本案審理, 즉 行政爭訟의 出口의 문제를 혼동하고 있는 誤謬를 범”하고 있다는 것이며,<sup>27)</sup> 다른 하나는 “行政審判=違法+不當의 統制, 行政訴訟=違法의 統制라고 하는 古典的인 公式이 오늘날에 있어서는 현실적으로 타당성이 의문시 될 정도로 흔들리고 있어 違法性和 不當性의 구별의 可能性 내지 意義가 재검토되지 않으면 아니되는 상황에 놓여”<sup>28)</sup> 있다고 하는 점이다.

둘째, 取消訴訟의 原告適格과 관련하여 「法的 保護利益說」이 支配的 견해를 일단 인정한다. 그러면서도 “이러한 해석은 一見하여 알 수 있듯이 先술한 Bühler의

25) 姜求哲, 上揭論文 71면.

26) 姜求哲, 上揭論文 72면.

27) 徐元宇, 行政審判의 請求人適格—金南辰 교수의 글을 읽고—, 「考試研究」 1991년 4월호, 115면

28) 徐元宇, 上揭論文 121면. 아울러 徐元宇 교수는 이 문제를 行政裁量에 있어서의 違法·不當性 峻別論의 再檢討 (「考試界」 1991년 4월호, 12면이하)를 통해 詳論해 놓고 있다.

公權成立에 관한 기준을 그대로 적용한 것이라 할 수 있다<sup>29)</sup>. 그러나 이러한 해석 내지 견해는 결과적으로는 取消訴訟의 原告適格을 상당히 限定的인 것으로 해 버리며, 결과적으로는 「實體法上의 列記主義」가 되어 버리는 것이 됨을 부정할 수 없을 것이다<sup>30)</sup>라고 論評하고 있다.

結論적으로, 徐元宇 교수는 筆者 등이 行政訴訟의 原告適格의 범위를 정하기 위해 援用하는 ‘公權論’ 그 자체가 오늘날 無意味해진 것으로 評價하는 듯이 받아들여진다. 다음의 대목에서 그러한 점을 느끼게 된다.

“당초 公法關係에 있어서의 국민의 지위의 主體性을 확보하고 現實인 것으로 할 것을 의도하여 전개되었던 公權論은 이제 그 理論構成을 필요로 하는 社會的 法制的 基盤이 소멸 내지 감소되었음에도 불구하고 舊態依然하게 取消訴訟의 訴權利益의 범위를 한정한다는 것은 自由國家行政의 理念과 現實 아래에서는 모르지만, 現代行政의 實態와 國民의 權利救濟라는 觀點에 입각하는 한, 抗告訴訟의 對象성과 行政行爲概念을 概念必然的으로 결합시킴으로써 그 妥當性에 아무런 疑問조차 제시하지 아니했던 在來의 概念至上主義的 思考方式은 깊이 反省되어야 하는 것이 아닌가 생각된다.”<sup>31)</sup>

### 〈石琮顯 교수의 견해〉

石琮顯 교수는 筆者의 ‘法律上利益論’ 전반에 대해서가 아니라 石 교수의 ‘保護利益論’ 또는 ‘準權利’ 개념에 대해 筆者가 加한 批判<sup>32)</sup>에 대해 반박하는 論文<sup>33)</sup>을 발표하였는바, 그의 要旨 및 石琮顯 교수의 持論은 다음의 대목에 잘 나타나 있다.

“필자는 다른 기회에 최근의 法律上 利益 개념을 확대·해석하려는 경향은 전통적인 公權과 反射의 利益의 구별론의 붕괴를 전제로 한다는 점을 필자의 견해로 표명한 바 있으나, 이는 그 양자의 구별부인을 전제로 한 것이 아니라 그 구별을 긍정하면서도 反射의 利益 중에서도 단순한 反射의 利益이라고만 보기 어려운 이익을 인정하려는 경향에 따라 전통적인 公權과 反射的 利益의 二元的 區別論이 설득력을 잃게 되었다는 점에서 붕괴라는 용어를 사용한 것이었다. 따라서 필자는 保護利益

29) 이 대목에서 徐元宇 교수는 筆者의 「公權成立의 要件」(「月刊考試」1990. 8, 187~188면)을 참조한 것으로 기록해 놓고 있다.

30) 徐元宇, 行政法上의 公權概念의 再檢討, 「考試界」1991년 8월호, 99면.

31) 徐元宇, 上揭論文 101면

32) 上揭拙稿, 「考試研究」1990. 11. 113면.

33) 石琮顯, 法律上 利益과 保護利益, 「考試研究」1990년 12월호, 91면 이하

의 觀念을 인정하면서, 公權과 反射的 利益과도 구별되는 개념으로 보고 그것을 公權과 反射的 利益의 中間領域에 위치시켜야 할 독자적인 개념으로 파악하고자 하였다.”<sup>34)</sup>

### 〈金東熙 교수의 견해〉

金東熙 교수는 「行政審判上の 請求人適格의 문제」라는 論文<sup>35)</sup>을 통해서, 筆者의 그 부분에 대한 주장을 비판하고 있다. 筆者의 글 가운데 金東熙 교수가 특히 문제 시하고 있는 부분은 다음의 대목이다.

“行政廳이 … 決定裁量 또는 選擇裁量에 대한 권한(裁量權)을 가지고 있는 한, 상대방에게는 行政廳을 상대로 일정한 행위(處分 등)를 해 줄 것을 요구할 수 있는 의미의 權利(公權) 또는 같은 의미의 法律上 利益을 가질 수 없다. 그럼에도 불구하고 행정청이 상대방이 바라는 일정한 행위를 해 줌으로써 이익을 누리게 되는 경우 그 이익을 學術上 反射的 利益이라고 부르고 있다. 行政訴訟은 違法한 處분에 대해서만 訴訟을 제기할 수 있게 하고 있는데 대하여 行政審判은 不當한 處분에 대해서도 제기할 수 있게 하고 있는 제도의 취지는 여기에서 찾아야 한다. 다시 말하면, 反射的 利益 또는 事實上の 利益을 침해받은 者까지도 行政審判을 제기할 수 있는 점이 法律上 利益을 침해받은 者만이 行政訴訟을 제기할 수 있는 점과 다른 점이어야 하는 것이다. 그럼에도 불구하고 우리의 行政審判法이 法律上 利益을 침해받은 者 또는 法律上 利益이 있는 者만이 行政審判을 제기할 수 있게 하고 있기에 그 점이 모순이며, 立法的 過誤임을 지적하는 것이다. 아울러 일본의 行政不服審査法 및 서독 行政法院法上的의 前審節次規定에 있어서는 그 行政審判의 提起要件으로서 權利 또는 法律上 利益의 侵害 등을 요구하고 있지 않는 점에 유의할 필요가 있다.”<sup>36)</sup>

위와 같은 筆者의 所論에 대해 加해진 批判의 要旨는 다음과 같다.

첫째는, 不當한 處분에 의해서도 權利가 침해될 수 있다는 것이다. 이 점과 관련하여 金東熙 교수는 특별히 無瑕疵裁量行使請求權을 들기도 한다<sup>37)</sup>.

둘째, 行政審判 또는 行政訴訟에 있어 그 侵害利益의 성질이 문제되는 것은 原告가 處分の 상대방이 아니라 제3자인 경우로서, “原告가 處分の 상대방인 경우에는 違法 또는 不當한 행위로 인한 權利侵害要件의 충족문제는 제기되지 아니한다”는

34) 石琮顯, 上揭論文 95-96면.

35) 金東熙, 「考試研究」 1991년 7월호, 103면 이하

36) 上揭拙稿, 「考試研究」 1990. 11, 111~112면

37) 金東熙, 上揭論文 114면이하.

것이며, 筆者가 이 점을看過하고 있다는 것이다<sup>38)</sup>.

셋째는, “일본이나 독일의 不服申請 또는 異議申請에 있어서는 關係法上에는 請求人適格이 특정되어 있지 아니하나, 學說·판례는 이들 行政審判에 있어서도 取消訴訟에서와 같이 權利 또는 法的 保護利益이 침해된 者만이 請求人適格을 가진다고 해석하고 있다”<sup>39)</sup>는 것이다. 金 교수는 특히 독일에 있어서는 行政法院法の “註釋書나 관련서에서는 모두 異議申請에 있어서도 그 청구인적격은 취소소송에서와 마찬가지로 權利(법적 보호이익)가 침해된 자에게만 그 청구인적격이 인정되는 것이라고 기술하고 있다”<sup>40)</sup>고 강조하고 있다.

#### 〈李尙圭 교수의 견해〉

李尙圭 교수는 「處分등 無效確認訴訟의 性質과 訴의 利益」이라 題한 論文<sup>41)</sup>을 통해서 大法院判決의 경향을 批判하는 가운데 筆者의 입장에 대해서는 傍論의으로 반박하고 있는바, 核心되는 부분은 다음과 같다.

“우리나라 行政訴訟法 제35조는 위에서 살펴 본 바와 같은 處分등 無效確認訴訟의 특수성 및 行政訴訟의 行政救濟機能을 감안하여 日本이나 독일의 경우와는 달리 處分등無效確認訴訟은 오직 處分등의 效力의 有無나 存在 여부의 確認을 구할 만한 法律上의 利益이 있는 것만을 그 訴益으로 하여 原告適格을 인정하도록 확대한 것이다. 그러한 行政訴訟法上의 明文의 規定에도 불구하고 우리 大法院이 명백히 그 規定形式을 달리하는 일본이나 독일의 경우와 같은 견해를 취한다거나 理論構成을 하려는 것은<sup>42)</sup> 이해하기 어려운 일이다”<sup>43)</sup>

### 4. 折衷의 見解

#### 〈金香基 교수〉

金香基 교수는 “現行法律이 行政審判의 請求人適格이나 行政訴訟의 原告適格을 함께 「法律上 利益이 있는 者」로 규정하고 있는 것은 立法的 過誤라고 아니할 수

38), 39) 金東熙, 上揭論文

40) 金東熙, 上揭論文, 111면.

41) 「考試研究」1991년 6월호, 67면 이하

42) 여기에서 李尙圭 교수는 筆者의 이름과 글(上揭「考試研究」1991. 3, 14면 이하)을 引用하고 있다.

43) 李尙圭, 上揭論文 77면.

없다”<sup>44)</sup>는 말로써 일단 筆者의 입장을 옹호하고 있다. 그러면서도, “그러나 請求人 適格과 당해 處分이 違法이나 不當이나 하는 것은 별개의 문제라고 생각한다”<sup>45)</sup>, “처분의 위법뿐만 아니라 부당도 다를 수 있다는 것은 本案審理의 문제이며, 請求人 適格의 범위는 당해 처분에 의해 어떤 이익을 침해당한 경우에 그 처분과 어떠한 이해관계를 가진 경우에 심판청구를 허용할 것인가의 行政審判提起要件의 문제이기 때문이다”<sup>46)</sup>라는 말을 통해 筆者의 所見에 대해 批判을 加해 놓고 있다. 筆者가 金香基 교수의 입장을 특별히 ‘折衷說’로서 분류하고 있는 이유는 그 점에 있다.

## IV. 批判的 見解에 대한 筆者의 所見

### 1. 滿足感

무엇보다 筆者의 ‘法律上 利益’에 관한 小論을 계기로 徐元宇 교수의 그것을 포함하여 貴重한 여러 篇의 論文이 발표되고, 韓國公法學會의 月例發表會의 主題의 하나로 선정되었음을 만족스럽게 또한 영광스럽게 생각하고 싶다. 또한 그들 論文을 통해 많은 것을 배울 수 있었음을 감사하게 생각하고 싶다. 筆者 자신, 後日 보다 充實한 論文을 완성하여 厚意에 報答하고자 한다.

### 2. 批判에 대한 反論

앞에 소개한 바대로 筆者의 所見에 대한 批判이 여러 學者에 의해 加해졌으므로 인해, 그에 대해 자세히 答論하기에는 무엇보다 紙面의 制約을 받고 있음을 밝혀두고 싶다. 동시에 그들 批判에도 불구하고, 종전의 筆者의 主張을 크게 손질할 必要性을 느끼지 않는다고 하는 점도 밝혀 두고 싶다. 또한 徐元宇 교수와 金香基 교수의 筆者에 대한 批判에 대해서는 「裁量行爲와 그의 統制—主要 爭點을 중심으로—」라는 글<sup>47)</sup>을 통해 石琮顯 교수의 筆者에 대한 批判에 대해서는 月刊考試의 「韓國法學의 爭點」이라는 特輯下的 「行政法」<sup>48)</sup>을 통해 不充分하게나마 反論한 바 있음을 附記해 두고자 한다.

44) 金香基, 行政審判의 請求人 適格, 「月刊考試」 1991년 4월호, 108면.

45) 金香基, 上揭論文 109면.

46) 金香基, 行政審判의 提起要件, 「考試行政」 1991년 8월호, 44면.

47) 上揭拙稿, 「考試研究」 1991년 5월호, 117면 이하.

48) 同誌 61면 이하.

이곳에서는 事情上 다음 몇 가지만 添言하고자 한다.

첫째, 앞에서 본 바와 같이, 몇 분의 學者는 行政審判에 있어서의 '請求人適格'의 문제와 '本案審理의 범위'의 문제는 별개의 것이라고 한다. 그러한 주장에 대해 筆者는 이미 "그러나 예컨대, 行政審判請求人이 「裁量行爲를 통해 부여받은 反射的 利益을 침해한 不當한 處分의 取消」을 청구할 때, 行政審判機關이 그러한 請求趣旨를 무시하고, 「違法한 處분에 의한 法律上 利益(權利)의 침해」여부에 대해서만 審理할 수 있는지를 생각해 보면 문제는 간단히 해결될 것으로 보여진다"<sup>49)</sup>는 所見을 표명한 바 있음을 想起시킬 수 있다. 물론, 立法論적으로 「法律上 利益」이 있는 者에 대해서만 請求人適格을 인정하는 것이 불가능한 것은 아니다. 그러나 그것은 訴訟에 있어서 보다 되도록 넓은 범위의 利害關係者에게 略式으로(비용과 시간을 절약하여) 行政救濟의 길을 열어주고자 하는 行政審判制度의 취지에 反한다고 보는 것이다. 行政審判法이 제1조 「이 법은 行政審判節次를 통하여 … 國民의 權利 또는 利益」이라고 하여 '權利' 이외에 '利益'을 특별히 내세운 바를 통해 上記한 行政審判制度의 목적 내지 취지를 새겨야 하리라고 본다.

둘째, 一說은 不當한 處분에 의해서도 個人의 權利가 침해될 수 있는 경우로서 無瑕疵裁量行使請求權을 예시한다<sup>50)</sup>. 그러나 同 權利는 알맹이가 비었다는 의미의 形式的 權利(formelles Recht)의 성질을 가지는 것으로서<sup>51)</sup>, 적절한 예가 되지 못한다는 점을 지적하고 싶다.

셋째, 一說은 處分상대방의 取消訴訟에 있어서는 權利侵害要件이 問題視되지 않는 듯이 말한다<sup>52)</sup>. 그러나 특히 '拒否處分'의 取消訴訟의 경우를 생각해 보기를 바라고 싶다. 더욱이, 大法院이 「拒否行爲가 抗告訴訟의 대상이 되는 行政處분이 된다고 하기 위하여는 국민이 그 신청에 따른 行政行爲를 해 줄 것을 요구할 수 있는 法規上 또는 條理上의 權利가 있어야 하며, 이러한 權利에 의하지 아니한 국민의 신청을 行政廳이 받아들이지 아니하고 거부한 경우에는 이로 인하여 申請人의 權利나 法的利益에 어떤 영향을 주는 것이 아니므로 그 拒否行爲를 가리켜 抗告訴訟의 대상이 되는 行政處分이라고 할 수 없다」<sup>53)</sup>라고 判示하고 있는 사실, 그러나 筆者는 그에 대해 大法院이 여기에서 「拒否行爲의 處分性」과 「拒否行爲에 대한 取消訴訟

49) 拙稿(註 47) 126면.

50) 이 글의 註 37)참조

51) 이러한 점에 관하여는 Vgl. 拙著, 「行政法 I(제3판)」, 128면; 同人의 「行政法の 基本問題(增補版)」 132면.

52) 이 글의 註 38)참조

53) 大判 1991. 2. 26, 90누5597

의 原告適格」의 문제를 混同하고 있다는 식으로 批評<sup>54)</sup>한 사실이 있음을 밝혀 두기로 한다.

넷째, 一說은 독일의 文獻은 ‘모두’ 異議申請(筆者가 말하는 訴願)에 있어서도 取消訴訟에 있어서와 마찬가지로 權利(법적 보호이익)가 침해된 자에게만 請求人適格이 인정되는 것으로 記述하고 있다고 斷言한다<sup>55)</sup>. 그러나 그것은 事實에 反한다. 과거에는 抗告訴訟(取消訴訟 및 義務履行訴訟)의 原告適格(Klagebefugnis)에 있어서와 마찬가지로 訴願의 請求人適格(Widerspruchbefugnis)에도 權利侵害(Rechtsverletzung)가 있어야 하는 것으로 보는 견해가 有力視되었으나, 近年에는 權利의 不便(Rechtsbeschwer)이 있는 것으로 足하며, 兩者(原告適格과 請求人適格)를 그와 같이 구별하는 것이 抗告訴訟(合法性審査)과 訴願 즉 行政審判(合目的性審査 및 合法性)을 구별하고 있는 制度의 취지에 합치됨을 강조하는 說이 有力視됨을 지적해 두기로 한다<sup>56)</sup>.

54) 拙稿, 判例評釋: 行政廳의 拒否行爲의 處分性 여부, 「法律新聞」 제2039호(1991. 6. 24).

55) 이 글의 註 40) 참조

56) Vgl. Pietzner/Ronellenfitsch, Widerspruchsverfahren und Verwaltungsprozeß, 6. Aufl., 1987, § 28; Kopp, VwGO, 7. Aufl., 1986, § 69, 6; Weides, Verwaltungsverfahren und Widerspruchverfahren, 2. Aufl., 1981, S. 239; Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, 6. Aufl., 1987, S. 167f. 判例로서는 Vgl. Hess VGRsp 1970, 26; BVerwG 7.1. 1972; BVerwGE 39, 235.