

대 법 원

판 결

사 건 2003두1684 영업정지처분취소
원고, 상고인 원고 주식회사
소송대리인 변호사 고영소
피고, 피상고인 경인지방환경청장
원 심 판 결 서울고등법원 2002. 12. 26. 선고 2002누5360 판결
판 결 선 고 2006. 6. 22.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 행정소송법 제12조 후문은 “처분 등의 효과가 기간의 경과, 처분 등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분 등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에는” 취소소송을 제기할 수 있다고 규정하여, 이미 효과가 소멸된 행정처분일지라도 권리보호의 필요성이 인정되는 경우에는 그에 대한 취소소송을 허용하고 있다.

그런데 제재적 행정처분이 그 처분에서 정한 제재기간의 경과로 인하여 그 효과가

소멸되었으나, 부령인 시행규칙 또는 지방자치단체의 규칙(이하 이들을 ‘규칙’이라고 한다)의 형식으로 정한 처분기준에서 제재적 행정처분(이하 ‘선행처분’이라고 한다)을 받은 것을 가중사유나 전제요건으로 삼아 장래의 제재적 행정처분(이하 ‘후행처분’이라고 한다)을 하도록 정하고 있는 경우, 행정소송법의 위 규정에 의하여 선행처분의 취소를 구할 수 있는 법률상 이익이 있는지 여부에 관하여 견해가 대립되어 왔고, 이를 부정하는 견해는 그 이유로 그러한 규칙은 행정조직 내부에 있어서의 행정명령의 성격을 지닐 뿐 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 없으므로 그 규칙에 따라 장래에 가중된 후행처분을 받을 우려가 있다고 하더라도 이는 사실상의 불이익에 지나지 아니하고, 또 가중된 후행처분이 적법한지 여부를 심리·판단하는 기회에 선행처분의 사실관계나 위법을 다룰 수 있다는 점 등을 들고 있다.

그러나 제재적 행정처분의 가중사유나 전제요건에 관한 규정이 법령이 아니라 규칙의 형식으로 되어 있다고 하더라도, 그러한 규칙이 법령에 근거를 두고 있는 이상 그 법적 성질이 대외적·일반적 구속력을 갖는 법규명령인지 여부와는 상관없이, 관할 행정청이나 담당공무원은 이를 준수할 의무가 있으므로 이들이 그 규칙에 정해진 바에 따라 행정작용을 할 것이 당연히 예견되고, 그 결과 행정작용의 상대방인 국민으로서 는 그 규칙의 영향을 받을 수밖에 없다. 따라서 그러한 규칙이 정한 바에 따라 선행처분을 받은 상대방이 그 처분의 존재로 인하여 장래에 받을 불이익, 즉 후행처분의 위험은 구체적이고 현실적인 것이므로, 상대방에게는 선행처분의 취소소송을 통하여 그 불이익을 제거할 필요가 있다고 할 것이다.

또한 나중에 후행처분에 대한 취소소송에서 선행처분의 사실관계나 위법 등을 다룰 수 있는 여지가 남아 있다고 하더라도, 이러한 사정은 후행처분이 이루어지기 전에 이

를 방지하기 위하여 직접 선행처분의 위법을 다투는 취소소송을 제기할 필요성을 부정할 이유가 되지 못한다. 그러한 쟁송방법을 막는 것은 다음과 같은 여러가지 불합리한 결과를 초래하여 권리구제의 실효성을 저해할 수 있기 때문이다. 우선, 선행처분의 제재기간이 경과하였다고 하여 직접 그 처분의 위법을 다투는 쟁송방법을 허용하지 않을 경우, 선행처분의 위법을 다투려는 상대방으로서는 그 처분의 존재로 인하여 관련 업무나 자격 등에 관하여 장래에 확실히 받을 것으로 예상되는 불이익을 제때에 해소하지 못하는 불안정한 처지에 놓이게 되어 이에 대한 불안 때문에 당해 업무 등과 관련하여 상당한 어려움을 겪을 수 있고, 또한 선행처분 자체의 위법을 다투기 위하여 취소소송을 제기하였더라도 소송계속중에 그 제재기간이 경과한 때에는 심지어는 충분한 심리가 된 경우에도 선행처분의 위법 여부에 대한 판단을 받지 못한 채 소송이 종결될 것인데, 이로 말미암아 그동안의 소송수행이나 심리결과를 무위로 돌리고 나중에 다시 동일한 쟁점인 선행처분의 위법을 다투기 위하여 후행처분에 대한 취소소송을 제기하여 이중으로 노력과 비용을 들이는 불편과 부담을 감수할 수밖에 없을 것이다. 뿐만 아니라 선행처분과 후행처분 사이에 상당한 기간이 경과한 경우에는 선행처분의 위법 여부와 관련되는 증거자료의 일실로 선행처분의 사실관계 등에 관한 심리가 어려워질 수도 있다. 어느 모로 보더라도 선행처분의 위법을 다투려는 상대방으로 하여금 위와 같은 어려움과 부담을 감수하게 하면서까지 후행처분이 있을 때까지 권리구제를 지연시키는 것을 정당화할 만한 어떠한 이유도 찾을 수 없다.

오히려 앞서 본 바와 같이 행정청으로서는 선행처분이 적법함을 전제로 후행처분을 할 것이 당연히 예견되므로, 이러한 선행처분으로 인한 불이익을 선행처분 자체에 대한 소송에서 사전에 제거할 수 있도록 해 주는 것이 상대방의 법률상 지위에 대한 불

안을 해소하는데 가장 유효적절한 수단이 된다고 할 것이고, 또한 그 소송을 통하여 선행처분의 사실관계 및 위법 여부가 조속히 확정됨으로써 이와 관련된 장래의 행정작용의 적법성을 보장함과 동시에 국민생활의 안정을 도모할 수 있을 것이다.

따라서, 이상의 여러 사정과 아울러, 국민의 재판청구권을 보장한 헌법 제27조 제1항의 취지와 행정처분으로 인한 권익침해를 효과적으로 구제하려는 행정소송법의 목적 등에 비추어 행정처분의 존재로 인하여 국민의 권익이 실제로 침해되고 있는 경우는 물론이고 권익침해의 구체적·현실적 위험이 있는 경우에도 이를 구제하는 소송이 허용되어야 한다는 요청을 고려하면, 규칙이 정한 바에 따라 선행처분을 가중사유 또는 전제요건으로 하는 후행처분을 받을 우려가 현실적으로 존재하는 경우에는, 선행처분을 받은 상대방은 비록 그 처분에서 정한 제재기간이 경과하였다 하더라도 그 처분의 취소소송을 통하여 그러한 불이익을 제거할 권리보호의 필요성이 충분히 인정된다고 할 것이므로, 선행처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 보아야 할 것이다.

그러므로 이와는 달리 규칙에서 제재적 행정처분을 장래에 다시 제재적 행정처분을 받을 경우의 가중사유로 규정하고 있고 그 규정에 따라 가중된 제재적 행정처분을 받게 될 우려가 있다고 하더라도 그 제재기간이 경과한 제재적 행정처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없다는 취지로 판시한 대법원 1995. 10. 17. 선고 94누14148 전원합의체 판결 및 대법원 1988. 5. 24. 선고 87누944 판결, 대법원 1992. 7. 10. 선고 92누3625 판결, 대법원 1997. 9. 30. 선고 97누7790 판결, 대법원 2003. 10. 10. 선고 2003두6443 판결 등을 비롯한 같은 취지의 판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 모두 변경하기로 한다.

2. 이 사건의 경우, 기록에 의하면, 피고는 원고에 대하여 환경영향평가서를 부실하

게 작성하였다는 이유로 구 환경영향평가법(2001. 1. 1.부터 시행된 환경·교통·재해 등에 관한 영향평가법 부칙 제2조에 의하여 폐지되기 전의 것) 제13조 제1항 제6호 등의 규정에 의하여 환경영향평가대행업무 정지 1월의 처분(이하 ‘이 사건 처분’이라고 한다)을 하였는데, 그 업무정지기간은 2001. 2. 2.부터 진행되다가 2001. 2. 8. 제1심 법원의 집행정지결정으로 중단되었고, 제1심 법원의 판결 선고일 다음날인 2002. 3. 23.부터 다시 진행되어 2002. 4. 13.경 그 기간이 모두 경과하였음은 분명하지만, 한편 환경·교통·재해 등에 관한 영향평가법은 제12조 제1항 제8호에서 평가대행자가 “이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 경우” 그 등록을 취소하거나 6월 이내의 기간을 정하여 업무의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다고 규정하고, 같은 조 제2항에서 제1항의 규정에 의한 행정처분의 기준 기타 필요한 사항은 행정자치부·환경부 및 건설교통부의 공동부령으로 정한다고 규정하며, 그 위임에 따라 평가대행자에 대한 행정처분의 기준을 정하고 있는 같은 법 시행규칙 제10조 [별표 2] 2. 개별기준 (11)에서 평가대행자가 업무정지처분기간 중 신규계약에 의하여 환경영향평가대행업무를 한 경우 1차 위반시 업무정지 6월을, 2차 위반시 등록취소를 각 명하는 것으로 규정하고 있는 바, 원고가 상고 제기 이후에 제출한 자료에 의하면 원고는 위 업무정지기간 중 환경영향평가대행계약을 신규로 체결하고 그 대행업무를 한 것으로 보인다.

그렇다면, 위에서 본 법리에 비추어 볼 때, 원고는 이 사건 처분으로 인하여 그 업무정지기간 중 신규계약에 의하여 환경영향평가대행업무를 하였다는 이유로 위 시행규칙의 규정에 따른 업무정지나 등록취소의 후행처분을 받을 우려가 있으며, 이는 평가대행자로서 업무를 행할 수 있는 지위에 대한 직접적이고 구체적인 불이익이라 할 것이므로, 이 사건 처분에서 정한 업무정지기간이 경과한 후에도 위 시행규칙의 규정에 따

른 후행처분을 받지 않기 위하여 이 사건 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 할 것이다.

그럼에도 원심은, 이 사건 처분에서 정한 업무정지기간이 모두 경과하였다는 점만을 들어 이 사건 처분이 외형상 잔존함으로 인하여 원고에게 어떤 법률상 이익의 침해가 있다고 볼 수 없어 이 사건 소가 부적법하다고 판단하였는바, 이러한 원심판결에는 행정소송법 제12조 후문의 법률상 이익에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 할 것이다.

3. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 대법관 이강국의 별개의견이 있는 외에는 관여 법관들의 의견이 일치되었다.

4. 대법관 이강국의 별개의견은 다음과 같다.

가. 다수의견은, 제재적 행정처분(이하 ‘제재적 처분’이라고 한다)의 기준을 정한 부령인 시행규칙의 법적 성질에 대하여는 구체적인 논급을 하지 않은 채, 시행규칙에서 선행처분을 받은 것을 가중사유나 전제요건으로 하여 장래 후행처분을 하도록 규정하고 있는 경우, 선행처분의 상대방이 그 처분의 존재로 인하여 장래에 받을 불이익은 구체적이고 현실적이라는 이유로, 선행처분에서 정한 제재기간이 경과한 후에도 그 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 보고 있는바, 다수의견이 위와 같은 경우 선행처분의 취소를 구할 법률상 이익을 긍정하는 결론에는 찬성하지만, 그 이유에 있어서는 다음과 같이 부령인 제재적 처분기준의 법규성을 인정하는 이론적 기초 위에서 그 법률상 이익을 긍정하는 것이 법리적으로는 더욱 합당하다고 생각한다.

나. 종래 법규명령과 행정규칙의 구별기준에 관하여는 형식설, 실질설 등의 견해의

대립이 계속되어 왔으나 이 사건에서는 부령에서 규정한 제재적 처분기준의 법적 성질부터 검토되어야 할 것이다.

대법원 1997. 12. 26. 선고 97누15418 판결 등 종래 대법원 판례는 제재적 처분기준에 관하여 그 규정형식이 대통령령으로 규정되어 있으면 법규성을 인정하였으나(대법원 1998. 12. 8. 선고 98두14174 판결, 대법원 2001. 3. 9. 선고 99두5207 판결 등), 그 규정형식이 부령으로 규정된 경우에는, 그 처분기준은 행정청 내부의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과하므로 대외적 구속력이 없어 재판규범이 되지 못하고 법원은 이에 구속될 필요가 없다는 입장을 확고히 견지하고 있다(대법원 1990. 1. 25. 선고 89누3564 판결, 대법원 1997. 5. 30. 선고 96누5773 판결, 대법원 1998. 3. 27. 선고 97누20236 판결 등). 그러나 부령의 형식으로 규정된 제재적 처분기준에 관하여 법규성을 부정한 종전 판례의 입장은 다음과 같은 이유로 합당하지 아니하다.

첫째, 종래의 판례는 일정한 사항은 본질적으로 행정규칙의 고유한 규율대상이라는 점을 전제로 하고 있으나, 제재적 처분기준을 법규명령의 형식으로 제정할 것인지 또는 행정규칙으로 제정할 것인지는 입법정책의 문제일 뿐이다.

둘째, 대통령령과 부령은 모두 헌법 제75조와 제95조에서 정하고 있는 위임명령이고 다만 대통령령은 그 제정절차에 있어서 국무회의의 심의를 거친다는 점에서 차이가 있을 뿐인데 이 점을 가지고 그 법적 효력을 달리 볼만한 근거로 삼기는 부족하다. 따라서 대통령령 형식의 제재적 처분기준을 법규명령으로 본다면 부령으로 정한 처분기준도 법규명령으로 보는 것이 논리적 일관성이 있을 것이다.

셋째, 제재적 처분기준은 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 것이기 때문에 이를 단순히 행정청 내부의 사무처리 기준에 불과하다고 볼 수는 없다.

넷째, 종래의 제재적 처분기준은 대개 명료하지 않거나 획일적으로 규정되어 있어 구체적 타당성이 부족하였고 따라서 거기에 법규성을 부여하게 되면 법원도 그에 기속될 수밖에 없게 되어 국민의 권익보호가 어려워지기 때문에 법규성을 부정해야 하는 실제적 필요성이 있었으나, 현재 대부분의 제재적 처분기준은 구체적 타당성을 확보하기 위하여 위반행위의 유형 및 정도를 구체적으로 세분하고 있고 더욱이 감경규정까지 두고 있어 구체적 타당성 있는 제재가 가능하게 되었다는 점도 주목할 필요가 있다.

다섯째, 법원이 구체적 사건에서 부령인 제재적 처분기준의 법규성을 부정한다고 하더라도 그로써 부령이 바로 무효가 되는 것도 아니고 관계 행정공무원은 판결에도 불구하고 법령준수의무에 따라 당해 부령상의 기준에 의하여 종전과 똑같은 처분을 계속할 수밖에 없게 될 것이며, 이에 대하여 법원은 부령이 행정규칙에 불과함을 거듭 확인한 뒤 행정처분을 취소하게 될 것인바, 이는 결국 법적 안정성과 예측가능성을 크게 손상시키게 될 것이다. 그러므로 부령인 제재적 처분기준에 대하여 헌법합치적이거나 법률합치적인 해석에 의하여도 구체적이고 타당한 처분기준이 도출될 수 없는 경우에는 위임의 범위나 과잉 입법 등을 이유로 무효를 선언하여 그 효력을 배제하는 것이 오히려 더욱 바람직할 것이다.

결국, 이러한 점들을 종합하여 보면, 상위법령의 위임에 따라 제재적 처분기준을 정한 부령인 시행규칙은 헌법 제95조에서 규정하고 있는 위임명령에 해당하고, 그 내용도 실질적으로 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 사항에 관한 것이므로, 단순히 행정기관 내부의 사무처리준칙에 지나지 않는 것이 아니라 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 법규명령에 해당한다고 보아야 할 것이다.

다. 다음으로, 제재기간 경과 후 제재적 처분의 취소를 구할 법률상 이익에 관하여

보건대, 원래 행정처분에 효력기간이 정하여져 있는 경우에는 그 기간의 경과로 행정 처분의 효력은 소멸하는 것이어서 그 기간 경과 후에는 그 처분이 외형상 잔존함으로 인하여 어떠한 법률상 이익이 침해되었다고 볼 만한 다른 사정이 없는 한 그 처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없는 것이다(대법원 1990. 10. 23. 선고 90누3119 판결, 대법원 2004. 11. 25. 선고 2004두9012 판결 등).

그런데, 선행의 제재적 처분이 장래에 다시 제재적 처분을 받을 경우의 전제요건 또는 가중요건이 되는 소위 가중적 제재사유와 관련하여, 대법원 1990. 10. 23. 선고 90누3119 판결 등 종래의 대법원 판례는 가중적 제재사유가 법률 또는 대통령령에 규정되어 있는 경우에는, 그에 따라 향후 가중된 제재적 처분을 받을 우려가 있으므로, 비록 제재적 처분에서 정한 제재기간이 경과하였다고 하더라도, 그로 인한 법률상의 지위에 대한 위협이나 불안을 제거하기 위하여 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 하였으나(대법원 1991. 8. 27. 선고 91누3512 판결, 대법원 1999. 2. 5. 선고 98두13997 판결, 대법원 2005. 3. 25. 선고 2004두14106 판결 등), 가중적 제재사유가 부령에 규정되어 있는 경우에는, 그것은 행정청 내부의 사무처리준칙에 불과하므로 행정청이 그에 따라 가중된 제재적 처분을 하더라도 법원은 거기에 구속됨이 없이 근거 법률의 규정 및 취지에 따라 가중된 제재적 처분의 적법 여부를 심리·판단할 수 있는 것이고, 따라서 제재적 처분을 받은 전력이 가중사유로 규정되어 있다고 하더라도 그로 인한 불이익은 사실상의 불이익에 지나지 아니하므로 그 제재기간이 경과하였다면 취소를 구할 법률상 이익이 없다는 입장을 고수하여 왔다(대법원 1995. 10. 17. 선고 94누14148 전원합의체 판결, 대법원 1992. 7. 10. 선고 92누3625 판결, 대법원 1997. 9. 30. 선고 97누7790 판결, 대법원 2002. 3. 15. 선고 2001두10622 판결, 대법원 2003. 10. 10. 선고

2003두6443 판결 등).

그런데, 앞서 본 바와 같이 부령에서 정한 제재적 처분기준은 법규명령으로서 대외적 구속력을 인정해야 한다는 입장에서 본다면, 가중적 제재사유가 부령에 규정되어 있는 경우에도 이는 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 법규명령으로 보아야 할 것이고, 따라서 가중적 제재사유가 법률 또는 대통령령에 규정되어 있는 경우와 마찬가지로, 그 제재기간 경과 후에도 선행처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다고 보아야 할 것이다.

그리고 실제적인 면에서 보더라도, 처분의 상대방인 국민의 입장에서는 가중적 제재사유가 대통령령에 규정되어 있거나 부령에 규정되어 있거나 간에 그로 인한 불이익을 받게 될 우려가 있다는 점에서는 동일함에도 불구하고 가중적 제재사유를 규정한 법령 등의 규정형식에 따라서 제재기간 경과 후에 그 취소를 구할 법률상 이익의 유무가 달라진다고 하는 점은 쉽게 납득하기 어려울 것이다.

라. 이 사건에 관하여 보건대, 환경·교통·재해 등에 관한 영향평가법 시행규칙 제10조 [별표 2]는 같은 법 제12조 제2항의 위임에 따라 제재적 처분기준을 정한 부령으로서 단순히 행정기관 내부의 사무처리준칙에 지나지 않는 것이 아니라 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 효력이 있는 법규명령이라 할 것이고, 원고는 원심판시의 업무정지기간 중 환경영향평가대행계약을 신규로 체결하고 그 대행업무를 함으로써 위 [별표 2] 2. 개별기준 (11)에 의한 가중적 제재처분을 받게 될 우려가 있다는 것이므로, 비록 그 업무정지기간이 경과하였다고 하더라도 원고로서는 평가대행자로서의 업무를 행할 수 있는 법률상의 지위에 대한 위협이나 불안을 제거하기 위하여 이 사건 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 보아야 할 것이다.

이와 달리, 원고에 대한 업무정지기간이 경과하였고, 달리 이 사건 처분이 외형상 잔존함으로 인하여 원고에게 어떤 법률상 이익의 침해가 있다고 볼 수 없다는 이유로 이 사건 소를 부적법하다고 한 원심판결은 파기를 면할 수 없다.

이상의 이유로 다수의견에 대한 별개의견을 밝히는 바이다.

재판장 대법원장 이용훈 _____

 대법관 강신욱 _____

 대법관 이강국 _____

 대법관 손지열 해외출장으로 서명날인 불능

 재판장 _____

 대법관 박재윤 _____

 대법관 고현철 _____

 대법관 김영란 _____

대법관 양승태 _____

대법관 박시환 _____

주 심 대법관 김지형 _____