

■ 政策研究 ■

횡단보도설치취소소송에서의 소송요건에 관한 연구 (대법원 2000.10.27.선고, 98두8964판결에 관한 검토를 중심으로)

A case study on the establishment of pedestrian crossing

홍성필

(교통과학연구원 · 성균관대학교 법학과 박사과정수료)

박영욱

(도로교통안전관리공단 교통과학연구원 연구위원)

목 차

- I. 서론
- II. 사건 개요 및 판결요지
 - 1. 사건 개요
 - 2. 판결요지
- III. 판례 연구
 - 1. 쟁점
- 2. 관련 법령
- 3. 처분의 의의 및 일반처분
- 4. 원고적격(原告適格)
- IV. 결론
- 참고문헌

Key Words : 횡단보도, 원고적격, 국립보도교사건, 도로교통법, 도시계획시설기준에 관한 규칙, 취소소송

요 약

주차금지, 일방통행, 본 논문에서의 횡단보도와 같은 교통표지는 개별적 행위로서 행정행위가 아니라 불특정 다수의 행위를 추상적으로 규율하는 특성을 지닌다. 현행 도로교통법상 횡단보도의 설치여부는 지방경찰청장의 재량 사항으로 규정되어 있어 경찰이 횡단보도를 새로 설치하거나 기존의 횡단보도를 폐지하는 경우 관할 경찰청은 물론 관계 행정청에 이를 설치 혹은 폐지해달라는 민원이 매우 많아 일선 경찰공무원 등이 많은 애로를 느끼고 있으며 급기야는 본고에서 검토할 사례의 경우와 같이 행정소송을 통해 뜻을 관철하고자 하는 경우까지 생겼다. 횡단보도의 설치와 관련한 대법원 판결(大法院 2000.10.27.宣告, 98두8964判決)이 이제 처음 나왔지만 시민의 권리 의식의 향상에 따른 소송의 증가경향으로 미루어 앞으로 이와 유사한 문제제기는 더욱 늘어날 것으로 전망된다.

이에 본고에서는 횡단보도의 설치와 관련한 행정소송에 대한 최근 대법원판결에 대한 심층분석을 통하여 그 의미와 문제점을 지적함으로써 앞으로 이와 유사한 사례에 대한 판단에 있어 방향성을 제시하였다. 즉 횡단보도 설치행위의 적법성과 관련한 소송에서 가능한 본안심리를 통해 국민의 권익구제의 기회 내지 가능성을 열어주는 것이 바람직하다는 점과 현재 원고적격의 범위가 확대되고 있는 추세에 비추어 앞으로 횡단보도의 설치와 관련한 원고적격의 범위 역시 확대되는 것이 바람직하다는 방향에서 범규정에 대한 새로운 해석을 시도하였고 이를 통해 횡단보도의 설치 및 폐지에 따른 경찰 등 관계 행정청의 관심과 신중을 촉구하였다. 또한 횡단보도 설치행위의 처분성과 관련하여 횡단보도의 설치행위와 같은 일반적인 명령을 항고소송의 대상으로 할 필요성이 존재한다면 이른바 독일에서의 일반처분이라는 개념을 무리하게 받아들여 이를 행정행위의 한 유형으로 한다거나 우리 판례와 같이 "직접적이고 구체적인 법적 효과"를 미치는 명령이라는 명확치 않은 기준에 의하여 처분성을 인정하기보다는 일반적인 명령과 개별적인 행정행위를 구분하고 명령에 대하여도 취소소송의 대상으로 삼도록 하는 보다 명확하고 일관성있는 논의전개를 제안하였다.

I. 서론

현행 도로교통법은 지방경찰청장은 도로를 횡단하는 보행자의 안전을 위하여 행정자치부령이 정하는 기준에 의하여 횡단보도를 설치할 수 있다고 규정하고 있다.(법 제10조) 즉 현행법상 횡단보도의 설치에 지방경찰청장의 재량사항으로 되어 있어 보행자의 안전을 위하여 필요하다고 판단하는 경우에는 이를 설치할 수 있고 반대로 불필요하다고 판단하는 경우에는 폐지할 수도 있다. 그런데 이러한 법적 근거에 따라 지방경찰청장의 재량으로 설치되는 횡단보도의 설치와 관련하여 관할 경찰청은 물론 관계 행정청에 이를 설치 혹은 폐지해달라는 민원이 매우 많아 일선 경찰공무원 등이 많은 애로를 느끼고 있으며 급기야는 이러한 민원결과에 불복하여 행정소송을 통해 뜻을 관철하고자 하는 경우까지 생겼다. 이와 같은 상황에 처하자 일선 교통안전시설을 담당하는 경찰들이 업무에 많은 애로를 겪고 있는 게 현실이다. 비록 이와 관련한 첫 대법원 판결이 최근에야 나왔지만(대법원 2000.10.27. 선고, 98두8964판결) 시민의 권리의식의 향상과 더불어 관련 소송의 증가경향으로 미루어 앞으로 이와 유사한 문제제기는 더욱 늘어날 것으로 전망된다.

광주시 충장로 3가와 4가 사이 편도 2차선 도로상에 설치된 횡단보도와 관련한 사건(편의상 이하에서 "충장로사건"으로 칭하기로 한다.)의 판결에 나타난 쟁점을 보면 크게 취소소송의 대상과 관련 처분의 개념과 원고적격(原告適格)의 범위문제로 요약된다. 즉, 행정소송법은 제12조 전단에서 행정청의 위법(違法)한 처분을 취소해 달라는 취소소송과 관련하여 "취소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다."라고 규정하여 취소소송을 제기하기 위해서는 행정청의 "처분등"이 있어야 하고 그 처분에 대해 취소를 구할 "법률상 이익"이 있어야 하는 바 그 구체적 해석이 문제되는 것이다.

위 대법원판결 사안에서도 i) 취소소송의 대상과 관련 원심에서는 횡단보도설치행위의 처분성을 부인하고 있고 대법원은 반대로 처분성을 인정하고 있는 바, 처분의 의의는 무엇이며, 이와 관련하여 물적행정행위 내지 일반처분의 개념을 인정할 수 있을 것인가, ii) 취소소송의 원고적격과 관련 원심과 대법원 모두 횡단보도가 설치된 도로 인근에서 영업활동을 하는 자에게 횡단보도의 설치행위에 관하여 다들 법

률상의 이익이 없다고 하고 있는 바 과연 "법률상 이익"을 어떻게 해석하여 원고적격의 범위를 확정할 것인가가 쟁점이 되고 있다.

위 판결은 가능한 본안심리를 통해 국민의 권익구제의 길을 열어주는 것이 바람직하다는 점과 현재 원고적격의 범위가 확대되고 있는 추세에 비추어 비판의 여지를 안고 있다. 따라서 본고는 위 판결에 대한 심층분석을 통하여 그 의미와 문제점을 지적함으로써 앞으로 이와 유사한 사례에 대한 판단에 있어 방향성을 제시하고 이를 통해 횡단보도의 설치 및 폐지에 따른 경찰 등 관계 행정청의 신중을 촉구할 목적으로 횡단보도의 설치 및 폐지와 관련한 법률문제를 행정소송법상 취소소송의 요건을 중심으로 논하고자 한다.

II. 사건 개요 및 판결요지

1. 사건 개요

원고 주식회사 광주지하상가(이하 원고 회사라고 한다)는 소외 광주시장과 사이에 원고 회사가 공사비용을 투입하여 광주시 충장로 3가 43번지 지하에 상가점포를 포함한 지하도공사를 완공하고 그 시설물 일체를 광주시에 기부채납하되, 광주시장은 원고에게 준공된 지하시설물 중 상가부분의 무상사용을 허가하고 이를 타인에게 임대할 수 있는 권리를 부여한다는 내용의 지하도시설공사투자협약을 체결하였고 원고들이 현재 위 지하도에서 상가점포를 운영하고 있다.

그런데 피고는 인근 상인 등으로부터 위 충금지하도 지상의 광주시 충장로 3가와 4가 사이 충장파출소 앞 편도 2차선 도로상에 횡단보도 등 교통안전 시설물을 설치하여 달라는 민원을 제출받고 위 도로상의 횡단보도설치는 도로교통법시행규칙 제9조 제4호의 횡단보도와 지하도간의 거리제한 규정에 위배된다는 등의 이유를 들어 이를 거부하였고, 이에 위 충장로상가번영회 등이 다시 국민고충처리위원회에 위 횡단보도설치민원을 제기하였고 위 국민고충처리위원회는 위 충장로상가번영회 등과 위 횡단보도의 설치를 반대하는 원고들의 의견들을 토대로 심의한 결과 1997. 6. 12. 피고에게 일단 횡단보도를 설치하여 1년간 시범운영한 연후에 그에 따른 문제점을 검토하여 그 결과에 따라 최종적으로 횡단보도설치 여부를 확정할 것을 결정하였고, 피고는 위 고충처리위원회의 결정에 따라

위 증장파출소앞 도로상에 횡단보도와 신호기 등 교통안전시설물(이하 이 사건 횡단보도라고 한다)의 설치를 완료하였다.

이에 원고들은, 이 사건 횡단보도설치행위가 행정소송법 제2조 제1항 제1호, 제3조 제1호, 제4조 제1항이 정한 항고소송대상인 '행정처분 기타 공권력의 행사'에 해당하고 또 이 사건 횡단보도설치로 인하여 평소 지하도를 이용하던 보행자들이 이 사건 횡단보도를 이용하게 되어 지하도보행자의 수가 감소됨으로써 결국 원고들의 위 지하상가운영권이라는 법률상의 이익이 침해되었음을 전제로 하여, 가. 이 사건 횡단보도는 위 증금지하도에 바로 인접하여 설치되어 횡단보도의 설치에 관한 제한규정인 도로교통법시행규칙 제9조 제4호에 위배되고, 나. 위 증금지하도상의 도로는 차량과 보행자들의 통행이 많아 교통체증이 심한 지역인데 이 사건 횡단보도가 설치됨으로써 교통체증이 더욱 심화되는 등 교통의 원활한 소통이라는 공익에 반하며, 다. 위 국민고충처리위원회의 결정은 이 사건 횡단보도설치로 인하여 원고들을 포함한 주변의 이해관계인 또는 불특정다수인에게 어떠한 불이익이 있는지의 여부에 관하여 합리적이고 공정한 조사를 거친 바도 없어 절차적으로 부적법할 뿐 아니라, 라. 위 지하상가설치협약 당시에 원고 회사의 지하도시설물 기증은 광주시장이 그 지상에 횡단보도를 폐지할 것을 조건으로 하였는데 폐지하였던 횡단보도를 폐고가 다시 설치하는 것은 신의칙에 반하므로 이 사건 횡단보도설치행위는 위법하다고 주장하며 이 사건 횡단보도설치행위의 취소를 구하는 소송을 제기하였다.

2. 판결요지

1) 원심법원의 판단요지(광주고법 1998.4.24, 97구3209)

- (1) 이 사건 횡단보도설치행위가 원고의 주장대로 위법한 것인지 여부를 판단하기 앞서 그것이 행정소송법이 정한 항고소송의 대상에 해당하는 행정처분인지의 여부와 원고들에게 과연 이 사건 횡단보도설치행위의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는지 여부에 관하여 살펴보기로 한다.
- (2) 행정소송법이 정한 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 함은 행정청의 공법상 행위로서 특정사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의

부담을 명하며, 기타 법률상 효과를 발생케 하는 등 국민의 구체적 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 행위를 말하고, 행정권 내부에서의 행위나 알선, 권유, 비권력적인 사실행위 등과 같이 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키지 아니하는 행위는 항고소송의 대상이 될 수 없는 것인 바(대법원 1993.10.26.선고, 93누6331판결), 위 횡단보도설치에 관한 근거 법령의 규정들을 종합하면, 횡단보도설치행위의 법률적 성질은 그 설치권자가 일반 국민들의 도로상의 보행편의와 함께 보행과 관련한 교통사고를 방지하고 교통의 안정성 및 원활한 소통을 보장할 목적으로 행하는 공물인 도로의 관리행위의 일종으로 해석되고, 이로 인해 국민의 구체적인 권리의무에 직접적인 변동을 초래하게 하는 것이라고 볼 수가 없을 뿐만 아니라, 횡단보도설치행위는 그 설치권자의 횡단보도설치결정과 설치권자와 시공회사와의 시설물 설치계약 및 최종적인 시설공사행위로 나누어 볼 수가 있다고 할 것인데, 시설권자의 횡단보도설치결정은 행정청의 내부적 의사를 확정하는 절차이고, 시공회사와의 계약은 공법적 색채가 강한 민법상의 도급계약이며, 시공회사의 공사행위 그 자체는 사실상의 행위에 불과하여 이들을 각 행정소송법이 규정하는 항고소송의 대상이 된다고 볼 수 없고, 이러한 횡단보도설치에 관한 일련의 행위를 전제로서 평가한다고 하여도 이를 행정소송법이 규정하는 항고소송의 대상인 행정청의 처분 기타 공권력행사에 해당한다고 볼 수 없다.

- (3) 가사 이 사건 횡단보도설치행위를 행정소송법상의 행정처분으로 본다고 하더라도, 원고들은 이 사건 횡단보도설치행위의 직접 상대방이라고 볼 수는 없다 할 것인데 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라도 당해 행정처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는 경우에는 원고적격이 인정된다 할 것이나 여기서 말하는 법률상의 이익은 당해 처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우를 말하고, 다만 공익 보호의 결과로 국민 일반이 공통적으로 가지는 추상적, 평균적, 일반적인 이익과 같이 간접적이거나 사실적, 경제적 이해관계를 가지는데 불과한 경우는 여기에 포함되지 않는다고 할 것인

바, 위 횡단보도 설치에 관한 도로교통법의 규정들은 앞서 본 바와 같이 일반 국민들의 도로상의 보행편의와 교통의 안정성의 보장 등을 그 목적으로 하고 있는 것이고, 횡단보도의 설치 또는 폐지로 인하여 원고들이 누리는 인근 지하상가의 영업권 활성화와 같은 이익은 위 도로교통법에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이라고 할 수 없으므로 위 지하상가의 임대인 또는 임차인에 불과한 원고들은 이 사건 횡단보도설치 행위를 다룰 법률상의 이익이 있다고 할 수도 없다.

2) 상고이유 요지

- (1) 원심은 횡단보도설치행위의 법률적 성질을 공물인 도로의 관리행위의 일종으로 보고, 국민의 구체적인 권리의무에 직접적인 변동을 초래하는 것이라고 할 수가 없을 뿐 아니라 이를 행정소송법이 규정하는 항고소송의 대상인 행정청의 처분 기타 공권력의 행사에 해당한다고 볼 수 없다는 것으로서, 행정상의 사실행위 중 물리적 사실행위라는 것이다.
- (2) 그러나 행정행위란 행정청이 공법의 영역에 있어서 개별적인 경우를 규율하기 위하여 행하며, 직접적인 법적 효과를 외부에 발생케 하는 처분.결정 기타의 고권적 조치를 말하고, 일반처분이란 일반적 징표에 의하여 확정되는 또는 확정될 수 있는 인적 범위에 행해지며, 혹은 물건의 공법적 성질 및 물건의 공중의 이용에 관하여 규율하는 행정행위로 보아야 하는 것이다.
- (3) 그리고 위와 같은 일반처분에 관한 그것에 물적 행정행위의 개념이 내포되어 있고, 그 예로서는 주차금지, 일방통행을 알리는 관청의 교통표지, 도로의 공용지정과 같은 물건의 고권적 공용행위, 자동차의 운행허가 내지는 운행정지명령, 건물의 준공검사와 같은 것들이 있으며, 이들 물적 행정행위의 공통점은 그들 고권적 조치가 직접 개인의 권리의무를 규율하거나 개인 상호간의 관계를 규율하는 것이 아니고 물건의 상태를 규율하며 사람들은 그에 의하여 행동의 규율을 받게 되는 바, 예컨대 주차금지, 일방통행과 같은 교통표지는 개별적 행위로서 행정행위가 아니라 불특정 다수의 행위를 추상적으로 규율하는 법규범

또는 법규가 되는 것으로서, 이 사건 횡단보도설치행위 역시 물적 행정행위의 일종으로 항고소송의 대상이 될 수 있는 것이다.

- (4) 원고 주식회사 광주지하상가는 소외 광주시장이 설치하여야 할 층금지하도 시설공사를 자신의 비용으로 설치하고 이를 위 광주시장에게 기부채납한 투자자로서 직접적인 이해관계를 가지고 있다. 나아가 공물인 층금지하도를 원고가 무상으로 점용 관리하고 있어서, 이 사건 횡단보도설치행위로 인하여 직접적인 이익이 침해당한 경우에 해당하여, 그 취소를 구할 법률상의 이익이 있다고 할 것이다.

3) 대법원(2000.10.27.선고, 98두8964판결)의 판단요지

- (1) 도로교통법 제10조 제1항은 지방경찰청은 도로를 횡단하는 보행자의 안전을 위하여 행정자치부령이 정하는 기준에 의하여 횡단보도를 설치할 수 있다고 규정하고, 제10조 제2항은 보행자는 지하도,육교 그밖의 도로횡단시설이나 횡단보도가 설치되어 있는 도로에서는 그곳으로 횡단하여야 한다고 규정하며, 제24조 제1항은 모든 차의 운전자는 보행자가 횡단보도를 통행하고 있는 때에는 그 횡단보도앞(정지선이 설치되어 있는 곳에서는 그 정지선을 말한다)에서 일시정지하여 보행자의 횡단을 방해하거나 위험을 주어서는 아니된다고 규정하고, 제113조, 제114조는 제10조 제2항 및 제24조의 규정을 위반한 보행자 및 차의 운전자에 대하여 10만원 이하의 벌금이나 구류 또는 과료의 형으로 벌하도록 규정하고 있으므로 지방경찰청장이 도로교통법 제10조 제1항에 의하여 횡단보도를 설치한 경우 보행자는 횡단보도를 통해서만 도로를 횡단하여야 하고, 차의 운전자는 횡단보도 앞에서 일시 정지하는 등으로 횡단보도를 통행하는 보행자를 보호할 의무가 있음을 규정하는 도로교통법의 취지에 비추어 볼 때, 지방경찰청장이 횡단보도를 설치하여 보행자의 통행방법 등을 규제하는 것은, 행정청이 특정 사항에 대하여 의무의 부담을 명하는 행위이고, 이는 국민의 권리의무에 직접 관계가 있는 행위로서 행정처분이라고 보아야 할 것이다.
- (2) 그러나 도로교통법 제1조는, 이 법은 도로에서

일어나는 교통상의 모든 위험과 장애를 방지·제거하여 안전하고 원활한 교통을 확보함을 목적으로 한다고 규정하고 있고, 이러한 목적을 달성하기 위하여 같은 법 제10조 제1항에서 횡단보도 설치에 관한 규정을 두고 있으며, 일반적으로 도로는 국가나 지방자치단체가 직접 공중의 통행에 제공하는 것으로서 일반국민은 이를 자유로이 이용할 수 있으므로 이러한 횡단보도 설치에 관한 근거법령의 규정취지와 도로의 이용관계에 비추어 볼 때, 횡단보도가 설치된 도로 인근에서 영업활동을 하는 자에게 횡단보도의 설치에 관하여 특정한 권리나 법령에 의하여 보호되는 이익이 부여되어 있다고 말할 수 없으므로, 이와 같은 사람은 횡단보도의 설치행위를 다룰 법률상의 이익이 있다고 할 수 없다.

- (3) 따라서 원심판결이 원고들에게 원고적격이 없다고 하여 원고들의 소를 각하한 결론은 옳고, 거기에 상고이유서에서 지적하는 바와 같이 판결에 영향을 미친 법리오해 등의 위법이 없다. 상고이유의 주장은 모두 이유 없다.

III. 판례 연구

1. 쟁점

행정청의 위법한 처분등을 취소하는 취소소송과 관련 행정소송법은 제12조(원고적격) 전단에 "취소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다."라고 규정하여¹⁾ 취소소송을 제기하기 위해서는 행정청의 "처분등"이 있어야 하고 그 처분에 대해 취소를 구할 "법률상 이익"이 있어야 한다.

대상판결 사안에서의 쟁점을 보면 1)취소소송의 대상과 관련 원심에서는 횡단보도설치행위의 처분성을 부인하고 있고 대법원은 반대로 처분성을 인정하고 있는 바, 처분의 의의는 무엇이며, 이와 관련하여

물적행정행위 내지 일반처분의 개념을 인정할 수 있을 것인가. 2)취소소송의 원고적격과 관련 원심과 대법원 모두 횡단보도가 설치된 도로 인근에서 영업활동을 하는 자에게 횡단보도의 설치행위에 관하여 다룰 법률상의 이익이 없다고 하고 있는 바 과연 "법률상 이익"을 어떻게 해석하여 원고적격의 범위를 확정할 것인가이다.

2. 관련 법령

1) 횡단보도 관련 법령

횡단보도의 설치와 관련한 규정은 도로교통법과 도시계획시설기준에 관한 규칙에 두고 있다. 도로교통법은 횡단보도의 개념과 횡단보도의 설치권한, 횡단보도에서의 통행요령 등을 규정하고 있으며 도시계획시설기준에 관한 규칙²⁾은 횡단보도의 종류와 종류별 구조 및 설치기준을 정하고 있으며 본 연구와 관련된 내용은 다음과 같다.

(1) 도로교통법

도로교통법은 도로에서 일어나는 교통상의 모든 위험과 장애를 방지·제거하여 안전하고 원활한 교통을 확보함을 목적으로 하는 법률이다.(제1조)

동법은 "횡단보도"라 함은 보행자가 도로를 횡단할 수 있도록 안전표지로서 표시한 도로의 부분을 말한다(제2조 8) "안전표지"라 함은 교통의 안전에 필요한 주의·규제·지시등을 표시하는 표지판 또는 도로의 바닥에 표시하는 기호나 문자 또는 선등을 말한다(제2조의 12.)

제10조는 지방경찰청장은 도로를 횡단하는 보행자의 안전을 위하여 행정자치부령이 정하는 기준에 의하여 횡단보도를 설치할 수 있고(제1항), 보행자는 지하도·육교 그 밖의 도로횡단시설이나 제1항의 규정에 의한 횡단보도가 설치되어 있는 도로에서는 그곳으로 횡단하여야 한다. 다만, 지하도·육교등 도로

1) 일본의 행정사건소송법 제9조도 '원고적격'이라는 조문의 표제하에서 '처분의 취소의 소 및 재결의 취소의 소는 당해 처분 또는 재결의 취소를 구함에 대해서 법률상의 이익을 가지는 자 (처분 또는 재결의 효과가 기간의 경과 기타의 이유에 의해서 소멸된 후에도 여전히 처분 또는 재결의 취소에 의해서 회복될 법률상의 이익을 가지는 자를 포함한다)에 한해서 제기할 수 있다'고 규정하여 우리와 유사한 형태를 취하고 있다.
독일의 행정법원법은 취소소송과 의무이행소송에 대하여 원칙적으로 "원고가 행정행위 또는 행정행위의 거부나 부작위에 의해 자기의 권리가 침해되었다는 사실을 주장한 경우에만 소는 적법하다"(제42조 제2항)고 규정하고 있다.

2) 건설교통부령인 도시계획시설기준에관한규칙 제15조는 횡단보도를 평면횡단보도와 입체횡단보도로 나누고 그 구조 및 설치기준을 정하고 있는데 본 사안에서 직접적인 쟁점의 대상이 되지 아니하였으므로 여기서 구체적인 규정내용은 생략기로 한다.

횡단시설을 이용할 수 없는 지체장애인의 경우에는 다른 교통에 방해되지 아니하는 방법으로 도로횡단시설을 이용하지 아니하고 도로를 횡단할 수 있다고 규정하고 있다.(제2항)

제24조의 보행자의 보호규정은 "①모든 차의 운전자는 보행자가 횡단보도를 통행하고 있는 때에는 그 횡단보도 앞(정지선이 설치되어 있는 곳에서는 그 정지선을 말한다)에서 일시 정지하여 보행자의 횡단을 방해하거나 위험을 주어서는 아니된다."고 하고 있다.

한편 제113조는 위 제24조, 제10조제2항 내지 제5항의 규정을 위반한 자에게 10만원이하의 벌금이나 구류 또는 과료의 형으로 벌한다고 하고 있다.

(2) 도로교통법시행규칙

제9조(횡단보도의 설치기준)는 "지방경찰청장은 법 제10조제1항의 규정에 의하여 횡단보도를 설치하고자 하는 때에는 다음 각호에 적합하도록 하여야 한다."고 하고 제4호에서 "횡단보도는 육교·지하도 및 다른 횡단보도로부터 200미터이내에 설치하여서는 아니된다. 다만, 법 제11조의2의 규정에 의하여 어린이보호구역으로 지정된 구간내 또는 보행자의 안전이나 통행을 위하여 특히 필요하다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.(97.12.6.개정)"고 하고 있다.

2) 행정소송법

본 사례와 관련한 행정소송법 규정은 다음과 같다.

제1조(목적) 이 법은 행정소송절차를 통하여 행정청의 위법한 처분 그밖에 공권력의 행사·불행사등으로 인한 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하고, 공법상의 권리관계 또는 법적용에 관한 다툼을 적정하게 해결함을 목적으로 한다.

제2조(정의) ①이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "처분등"이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그밖에 이에 준하는 행정작용(이하 "처분"이라 한다) 및 행정심판에 대한 재결을 말한다.

제3조(행정소송의 종류) 행정소송은 다음의 네가지로 구분한다.

1. 항고소송 : 행정청의 처분등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송

제4조(항고소송) 항고소송은 다음과 같이 구분한다.

1. 취소소송 : 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송

제12조(원고적격) 취소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다. 처분등의 효과가 기간의 경과, 처분등의 집행 그밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에는 또한 같다.

2. 처분의 의의 및 일반처분

1) 행정쟁송법상 처분의 의의

행정소송법상 취소소송의 대상인 "처분 등"은 처분과 처분에 대한 재결을 포함하는 개념이다. 일반적으로 처분(행정행위)이란 "행정청이 법 아래서 구체적 사실을 집행하는 권력적 단독행위인 공법행위"를 의미한다.

여기서 행정소송법상 처분의 의의에 관해 취소소송을 행정행위의 공정력을 배제하기 위한 절차로 이해하여 당연히 취소소송의 대상 역시 공정력이 인정되는 행정행위에 한정된다고 하여 행정소송법상 처분의 개념을 실제법상의 행정행위와 동일하게 보는 실제법적 개념설(一元說)을 취하는 견해³⁾와 항고소송의 권익구제기능을 중시하여 쟁송법상의 처분개념을 실제법상의 행정행위개념과 별개의 관념으로 파악하여 항고소송의 대상인 처분은 행정행위 외에 권력적 사실행위, 공권력행사의 실체는 갖추고 있지 않으나 국민에게 계속해서 사실상 지배력을 미치는 행정작용(형식적 행정행위)도 포함할 수 있다는 쟁송법상 개념설(二元說)을 취하는 견해⁴⁾가 있다.

대상판결에서 원심은 "행정소송법이 정한 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 함은 행정청의 공법상 행위로서 특정사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하며, 기타 법률상 효과를 발생케 하는 등 국민의 구체적 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 행위를 말하고.."라고 하고 대법원도 "지방경찰청장이 횡단보도를 설치하여 보행자의 통행방법 등을 규제하는 것은, 행정청이 특정 사항에 대

3) 석종현, 일반행정법I, 1995, 194면.; 유지태 행정법신문, 2001, pp.109~110.

4) 이광윤·김민호 공저, 행정법강의II, 2001, 160면.; 김동희, 행정법I, 2001, p.643.

하여 의무의 부담을 명하는 행위이고, 이는 국민의 권리의무에 직접 관계가 있는 행위로서 행정처분이라고 보아야 할 것이다"라고 하여 "공권력행사에 의한 국민의 권리의무에의 직접 관련성" 여부를 항고소송의 대상이 되는 처분성을 판단하는 유일한 기준인 것처럼 판시하여 처분을 실제법적 개념으로 이해하고 있는 것으로 보이며 이와 같은 취지의 판례가 다수 있다.⁵⁾

위 두 견해에서 쟁점이 되는 것 중 하나가 바로 형식적 행정행위 개념을 인정할 수 있는가 여부인데 실제법적 개념설을 취하는 분들은 이를 부인하는 반면 쟁송법적 개념설을 취하는 분들은 이를 인정하고 있다.

형식적 행정행위이란 행정입법, 권력적사실행위 등과 같이 공권력행사의 실체는 갖추고 있지 않지만 그것이 행정목적 실현을 위하여 계속적으로 국민에게 사실상의 지배력이 미치는 경우에는 이를 실제법상의 행정행위는 아니나 쟁송법상의 처분으로 파악하여 항고소송의 제기를 가능하게 하려는 의도에서 만들어진 개념으로서, 예컨대 대상판결 사안에서의 횡단보도 설치행위를 비롯한 공공시설의 설치는 이 형식적 행정행위에 속한다고 할 수 있다.

이러한 형식적 행정행위개념은 행정작용을 행정입법(명령), 행정행위, 행정계약, 사실행위 등으로 구분하고 행위형식을 분류한 그 동안의 학문적 노력을 무위로 만들 우려가 있고, 법적 성질이 상이한 행위 유형을 항고쟁송의 대상으로 삼기 위하여 처분개념하에 통일적으로 수용하려는 것은 문제가 있으며 오히려 이러한 행정유형에 상응한 다양한 행정소송유형을 인정하는 것이 더욱 현실적이라는 비판⁶⁾에도 불구하고 현행 행정소송법은 "처분"이란 "행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부" 뿐만 아니라 "그 밖에 이에 준하는 행정작용"이라고 규정하여 처분의 개념을 넓게 정의하고 있는 점에 비추어 "처분"을 절차법상 개념으로 이해하는 것이 규정의 취지를 살려 국민의 권익구제의 길을 넓힐 수 있다는 점에서 타당하며 이런 맥락에서 형식적 행정행위 역시 쟁송법상 처분으로 파악할 수 있을 것이다.⁷⁾ 판례 중에는 이와 같이 처분개념을 광의로 해석하고 있는 것도 있다.⁸⁾

형을 항고쟁송의 대상으로 삼기 위하여 처분개념하에 통일적으로 수용하려는 것은 문제가 있으며 오히려 이러한 행정유형에 상응한 다양한 행정소송유형을 인정하는 것이 더욱 현실적이라는 비판⁶⁾에도 불구하고 현행 행정소송법은 "처분"이란 "행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부" 뿐만 아니라 "그 밖에 이에 준하는 행정작용"이라고 규정하여 처분의 개념을 넓게 정의하고 있는 점에 비추어 "처분"을 절차법상 개념으로 이해하는 것이 규정의 취지를 살려 국민의 권익구제의 길을 넓힐 수 있다는 점에서 타당하며 이런 맥락에서 형식적 행정행위 역시 쟁송법상 처분으로 파악할 수 있을 것이다.⁷⁾ 판례 중에는 이와 같이 처분개념을 광의로 해석하고 있는 것도 있다.⁸⁾

2) 일반처분 내지 물적행정행위(명령과 행정행위의 구별)

원심판결은 "횡단보도설치행위의 법률적 성질은 그 설치권자가 일반 국민들의 도로상의 보행편의와 함께 보행과 관련한 교통사고를 방지하고 교통의 안정성 및 원활한 소통을 보장할 목적으로 행하는 공물인 도로의 관리행위의 일종으로 해석되고, 이로 인해 국민의 구체적인 권리의무에 직접적인 변동을 초래하게 하는 것이라고 볼 수가 없다"고 하며 행정처분성을 부인하고 있고⁹⁾ 대법원은 반대로 "횡단보도를 설치하여 보행자의 통행방법 등을 규제하는 것은, 행정청이 특

5) 처분개념을 실제법적 개념으로 파악한 판례는 대법원 1967. 6. 27. 선고 67누44 판결; 대법원 1993. 10. 26. 선고 93누6331 판결; 대법원 1996. 3. 22. 선고 96누433 판결; 대법원 1998. 7. 10. 선고 96누6202 판결; 대법원 1999. 6. 25. 선고 98누15863 판결 등이 있다.

6) 유지태, 앞의 책, p.107.

7) 이에 대해 김남진 교수는 현행 행정심판법 및 행정소송법에서 "처분"을 "행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의..."라고 규정하고 있는 문언상 형식적행정행위개념을 쟁송법상처분개념으로 받아들여질 여지는 없다고 한다.(김남진, 행정법1, 2001, p.209)

8) "행정청의 행위가 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는가는 그 행위의 성질, 효과 외에 행정소송 제도의 목적 또는 사법권에 의한 국민의 권리보호의 기능도 충분히 고려하여 합목적적으로 판단되어야 할 것이다."(대법원 1984.2.14. 선고 82누370 판결); "행정청의 어떤 행위를 행정처분으로 볼 것이냐의 문제는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우 행정처분은 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위라는 점을 고려하고 행정처분이 그 주체, 내용, 절차, 형식에 있어서 어느 정도 성립 내지 효력요건을 충족하느냐에 따라 개별적으로 결정하여야 하며, 행정청의 어떤 행위가 법적 근거도 없이 객관적으로 국민에게 불이익을 주는 행정처분과 같은 외형을 갖추고 있고, 그 행위의 상대방이 이를 행정처분으로 인식할 정도라면 그로 인하여 파생되는 국민의 불이익 내지 불안감을 제거시켜 주기 위한 구제수단이 필요한 점에 비추어 볼 때 행정청의 행위로 인하여 그 상대방이 입는 불이익 내지 불안이 있는지 여부도 그 당시에 있어서의 법집행의 정도와 국민의 권리의식 수준 등은 물론 행위에 관련한 당해 행정청의 태도 등도 고려하여 판단하여야 한다."(대법원 1993.12.10. 선고 93누12619 판결)

9) 원심판결은 이 밖에 "횡단보도설치행위는 그 설치권자의 횡단보도설치결정과 설치권자와 시공회사와의 시설물설치계약 및 최종적인 시설공사행위로 나누어 볼 수가 있다 할 것인데, 시설권자의 횡단보도설치결정은 행정청의 내부적 의사를 확정하는 절차이고, 시공회사와의 계약은 공법적 색채가 강한 민법상의 도급계약이며, 시공회사의 공사행위 그 자체는 사실상의 행위에 불과하여 이들을 각 행정소송법이 규정하는 항고소송의 대상이 된다고 볼 수 없고, 이러한 횡단보도설치에 관한 일련의 행위를 전체로서 평가한다고 하여도 이를 행정소송법이 규정하는 항고소송의 대상인 행정청의 처분 기타 공권력행사에 해당한다고 볼 수 없다."고 하며 행정처분성을 부정하고 있는데 일본의 판례에서도 이와 동일한 취지의 판결이 보인다. 즉 "횡단보도교의 설치행위는 그 설치과정을 개별적으로 고찰하더라도 행정청의 내부적 절차행위 및 사법상의 행위에 불과하고 횡단보도교의 설치에 관한 일련의 행위를 전체로서 일체적인 행위로 보더라도 도로관리자(건설대신)의 비권력적 작용으로서 기존의 도로부지내에서 행하는 도로의 개량행위로서 이를 취소소송의 대상이 되는 「행정청의 처분 기타 공권력의 행사에 관한 행위」라고 볼 수 없다."고 하고 있다.(명고실지재 1977.9.28判決, 法務省訟務局, 訟務月報, 23卷13号, 1977.12. 2222면) 한편 일본에서는 보도교의 설치행위가 항고소송의 대상인 행정처분이라고 할 수 있는가에 관하여 소위 國立歩道橋事件(東京地裁1970.10.14.결정)에서 그 처분성을 인정한 것을 시발로 행정청의 내부행위나 사법상의 계약이 항고소송의 대상이 되는가에 관하여 많은 논의가 있었다고 하고 있다.(앞의 책, p.2223)

정 사항에 대하여 의무의 부담을 명하는 행위이고, 이는 국민의 권리의무에 직접 관계가 있는 행위로서 행정처분이라고 보아야 할 것이다.”라고 하여 국민의 구체적인 권리의무에 직접적인 변동을 초래하는 행위인지 여부를 행정처분성을 판단하는 기준으로 하고 있다. 그런데 원고는 상고이유에서 “일반처분이란 일반적 징표에 의하여 확정되는 또는 확정될 수 있는 인적 범위에 행해지며, 혹은 물건의 공법적 성질 및 물건의 공중의 이용에 관하여 규율하는 행정행위로 보아야 하는 것이다. 그리고 위와 같은 일반처분에 관한 그것에 물적 행정행위의 개념이 내포되어 있고, 그 예로서는 주차금지, 일방통행을 알리는 판침의 교통표지, 도로의 공용지정과 같은 물건의 고권적 공용행위, 자동차의 운행허가 내지는 운행정지명령, 건물의 준공검사와 같은 것들이 있으며, 이들 물적 행정행위의 공통점은 이들 고권적 조치가 직접 개인의 권리의무를 규율하거나 개인 상호간의 관계를 규율하는 것이 아니고 물건의 상태를 규율하며 사람들은 그에 의하여 행동의 규율을 받게 되는 바, 예컨대 주차금지, 일방통행과 같은 교통표지는 개별적 행위로서 행정행위가 아니라 불특정 다수의 행위를 추상적으로 규율하는 법규범 또는 법규가 되는 것으로서, 이 사건 횡단보도설치행위 역시 물적 행정행위의 일종으로 항고소송의 대상이 될 수 있는 것이다.”고 하여 독일 행정절차법상의 일반처분 및 물적행정행위 개념을 인용하며 횡단보도 설치행위 역시 행정행위의 일종이라 주장하고 있고¹⁰⁾, 이와 같은 일반처분이나 물적행정행위를 행정행위의 한 유형으로 파악하고 있는 학자도 있다.¹¹⁾

스위스에서 행정행위란 “국가기관 또는 국가로부터 독립된 기관이 행정법에 기초하여 법효과를 가지

는 일방적 의사표시로서 개별행위 또는 일반적이고 구체적인 행위라고 하여 일반적이고 구체적인 행위를 우리나라에서 보통 사용하는 좁은 의미에서의 행정행위로 간주하고 있으며, 스페인에서도 비규범적, 구체적, 일반적 행정행위라고 하여 제3의 유형으로 분류하고 있으나 판례는 개별적 행정행위로 취급하고 있다.¹²⁾

진술한 바와 같이 통설적 견해에 따르면 행정행위란 “행정청이 법 아래서 구체적 사실을 집행하는 권력적 단독행위인 공법행위”로서 규율의 대상과 사인이 특정되어야 하는 개별적·구체적 규율을 의미한다. 그런데 독일 행정절차법상 일반처분개념인 “일반적 기준에 따라 정하여지거나 혹은 정하여질 수 있는 인적 범위에 미치는 행위”는 행위(예컨대 다이옥신에 감염되었을 우려가 있는 지역의 돼지도살명령)는 개별적 행정행위라기 보다는 일반적인 입법행위(명령)에 가깝고¹³⁾, 또한 “물건의 공법적 성질인 공중에 의한 물건의 이용에 관계되는 행위” 역시 동일한 법적 상태에 있는 불특정 다수인에게 적용되는 일반적 규율로서의 법규정립행위로 보아야 할 것이다. 예컨대 지방경찰청장, 경찰서장, 경찰공무원이 도로의 구간을 정하여 자동차나 보행자의 통행을 금지 또는 제한하거나(도로교통법 제6조), 지방경찰청장이 구역 또는 구간을 정하여 속도를 제한하는 교통표지의 경우(도로교통법 제15조) 이는 개개의 국민이 아니고 그 장소를 통행하려고 하는 전체 국민에게 이를 따를 의무를 부여하는 것으로, 일반적·추상적으로 국민의 권리·의무관계를 확정하는 것이므로, 법률의 위임을 받아서 행정기관이 행하는 입법행위(법규명령)에 가깝다.¹⁴⁾ 따라서 이러한 일반처분¹⁵⁾ 내지 물적 행정행위개념을 행정행위의 한 유형으로 인정하는데는 무리가 있다.¹⁶⁾

10) 독일 행정절차법 제35조는 “행정행위란 공법의 영역에서 개별적인 사항을 규율하기 위해 행정청이 발하는 외부에 대하여 직접적인 법적 효과를 갖는 모든 처분(Verfügung), 결정(Entscheidung) 그 밖의 고권적 조치(Hoheitliche Maßnahme)를 말한다. 일반처분(Allgemeine Verfügung) 일반적 기준에 의하여 정하여 지거나 정하여질 수 있는 인적 범위에 미치거나 또는 물건의 공법적 성질이나 공중에 의한 물건의 이용에 관하여 규율하는 행정행위이다”라고 규정하고 있다.

11) 김남진, 앞의 책, pp.215~216; 김남진, 횡단보도설치행위의 법적 성질, 판례월보, 2001.3, p.32 : 결국 김남진 교수는 횡단보도설치와 같은 행정작용을 행정법상처분개념으로 받아들이는 것을 부정하고 실체법상 행정행위의 한 유형으로 파악하고 있는 셈이다.

12) 이광운, 행정법이론-비교적 고찰-, 2000, p.92.

13) 이에 대해 일반처분의 규율대상은 불특정 다수인이지만 규율내용은 시간·공간적으로 한정된 사항이라는 점에서 구체적 규율로 파악하여 “구체적 사실에 관한 법집행”을 의미하는 행정행위라고 하한다.(석중현, 앞의 책, p.197.; 김남진, 앞의 책, p.778.)

14) 김남진 교수는 이러한 물적 행정행위는 직접적으로는 물건의 성질이나 상태에 대한 구체적인 규율이지만 간접적으로 사람에게 대하여 법적 효과를 발생시키는 처분이라고 하고 있다.(김남진, 위의 책, p.216, p.788.)

15) 일반처분의 예로 주로 들고 있는 것은 도로통행금지, 야간통행금지, 입산금지, 도로의 공용개시·공용폐지, 기계화수단에 의한 민방위경보·교통신호(석중현, 앞의 책, p.197), 某日·모장소에서의 집회금지, 자동기계결정으로서의 교통신호(김남진, 앞의 책, p.215, p.778) 등이다.

16) 독일 행정절차법상 일반처분개념은 제35조 제1문에서는 행정행위를 개별적인 사항을 규율하는 것으로 정의하면서 제2문에서는 일반처분이라는 일반적 사항에 해당되는 것도 행정행위라고 정의하는 논리적 모순을 나타내고 있다는 지적도 있다.(이광운·김민호공저, 행정법강의I, 2000, pp.107~108)

이러한 독일 등의 일반처분 내지 물적행정행위의 개념은 명령이 행정행위에 속하지 않음으로 인하여¹⁷⁾ 발생하는 항고소송 대상의 협소함을 극복하기 위한 노력에서 나온 것이라 할 수 있다. 즉 그러한 일반처분을 행정행위에 포함시켜 항고소송의 대상으로 삼기 위해 만들어진 개념이다. 우리 대법원은 “조례가 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하고”(대법원 1996. 9. 20. 선고 95누8003 판결)라고 하여 “직접적이고 구체적인 법적 효과”를 미치는 명령에 대하여 항고소송의 대상이 되는 처분에 포함시키고 있는데 이 역시 명령에 대한 항고소송의 도입 필요성에 따른 공색한 준거로 보여진다.¹⁸⁾

생각컨대 일반처분은 일반인을 대상으로 표식의 설치나 고시등 국민이 일반적으로 인지하는 것이 가능한 방법에 의해 이루어지고 구체적인 처분의 상대방이 정해지지 않는 경우이기 때문에 이를 행정처분으로 볼 수는 없다. 즉, 교통표지에 의해서 사실상 불이익을 받는 국민이 존재한다고 해도 그 사람의 권리·자유를 침해하는 처분이라고는 할 수 없다. 따라서 이와 같은 행정작용, 즉 명령을 항고소송의 대상으로 할 필요성이 존재한다면 일반처분개념을 무리하게 받아들여 이를 행정행위의 한 유형으로 한다거나 우리 판례와 같이 “직접적이고 구체적인 법적 효과”를 미치는 명령이라는 명확치 않은 기준¹⁹⁾에 의하여 처분성을 인정하기보다는 일반적인 명령과 개별적인 행정행위를 구분하고²⁰⁾ 명령에 대하여도 항고소송의 대상으로 삼는 것이 보다 명확한 설명일 것이다.

4. 원고적격(原告適格)

1) 학설

행정소송법 제12조는 취소소송의 원고적격을 “법률

상 이익이 있는 자”로 한정하고 있는데 여기서 “법률상 이익”의 해석을 둘러싸고 많은 논의가 이루어져 왔다. 횡단보도의 설치와 관련한 민원과 소송의 제기는 통상 횡단보도를 이용하거나 기타 횡단보도의 통행과 이해관계를 갖는 인근 주민 또는 영업자 등에 의해 이루어지는데 과연 현행법상 이들에게 횡단보도 설치행위를 취소해달라는 소송을 제기할 자격이 있는 것인가 역시 이러한 해석문제에 귀착한다.

(1) 권리향수회복설

사법권은 권력분립의 원칙상 행정권에 대하여 일반적인 감독권을 가지지 않고 다만 공법상 구체적인 권리의무관계에 관한 분쟁이 있는 경우 국민의 구체적인 권리구제를 위해 필요한 한도안에서 행정의 적법성을 심사할 수 있으므로 취소소송의 본질은 국민의 권리향수를 방해하고 있는 위법한 행정처분의 효력을 배제해서 권리향수를 회복시키는 것에 있다고 보아 원고적격의 요건을 가장 엄격하게 해석한다.

(2) 법률상 보호이익설

이 설은 취소소송을 법률이 국민을 위해 보호하고 있는 이익이 위법한 행정처분에 의해 침해된 경우의 방위수단이라고 이해한다. 이 견해에 의하면 법률상 이익이란 법률이 보호하는 이익을 의미하게 되며(다수설·판례의 입장) 따라서 위법한 행정행위로 인해 국민이 불이익을 받은 경우에도 그 이익이 권리라고 할 수 없는 경우에도 항고소송의 제기가 가능하게 되어 위 권리구제설보다 원고적격의 범위가 넓어지게 된다.

(3) 보호할 가치있는 이익설

이 설은 처분의 위법을 주장하는 자가 처분에 의해 실질적으로 받는 불이익이 보호할 가치있는 것이라면 그 이익이 법률이 보호하는 이익인지 사실상 이익인지를 구분할 필요 없이 원고적격이 인정된다고 보게 되며 결국 무엇이 보호할 가치가 있는 이익인지 여부

17) 독일 행정절차법 제35조 제1문에서는 행정행위를 “공법의 영역에서 개별적인 사항을 규율하기 위해 행정청이 발하는 외부에 대하여 직접적인 법적 효과를 갖는 모든 처분(Verfügung), 결정(Entscheidung), 또는 그 밖의 고권적 조치(Hoheitliche Maßnahme)를 말한다”라고 정의하여 명령(Verordnung)을 행정행위에서 제외하고 있다.

18) 법령 자체에 의하여 직접 하명의 효과가 발생하는 경우(처분법규)에는 행정소송법상 “처분”에 해당하는 것으로 보아 취소소송 등의 대상으로 할 수 있다는 견해(김동회, 앞의 책, p.257)도 주17)과 마찬가지로의 문제점을 지닌다고 본다.

19) 법적 효과가 직접적이나 간접적이거나 하는 것은 다분히 주관적이어서 명확한 기준이 될 수 없고 독일에서도 개별적·구체적인 행위는 물론 일반적·구체적 행위(일반처분, 특정한 일시(日時)에 특정장소에서의 집회금지), 개별적·추상적 행위(특정 공장주에게 냉동탑에서 배출되는 수증기로 인해 발생하는 도로의 빙판이 생기는 경우 이를 제거하라는 명령) 모두를 행정행위로 보고 있는 점을 보면 법적 효과가 직접적이나, 간접적이나 또는 추상적이나 구체적이나 하는 것은 처분성 판단의 기준이 될 수 없다.(이광운·김민호 공저, 앞의 책, p.108)

20) 일반적인 명령과 개별적인 행정행위는 기득권의 발생여부, 사법심사의 대상성여부, 효력발생요건 등에서 차이가 있다.

는 판사의 판단에 맡겨지게 된다.

이 설은 원고적격을 넓힐 수 있는 장점에도 불구하고 “법률상 이익”이라고 규정하고 있는 현행법의 문언상 채택하기 쉽지 않고, 보호할 가치있는 이익의 기준이 불명확하여 자의적인 해석에 호르기 쉽다는 비판을 받는다.

(4) 적법정보장설

이 설은 항고소송의 본질을 개인의 이익보호에 있다고 하는 주관소송으로 보지 않고 행정처분의 적법정보장, 즉 객관소송적 이념에서 보아 당해 처분과 관련 누가 소송을 제기하기에 가장 적합한가(누가 가장 적합한 이익상태에 있는가)라는 관점에서 원고적격의 유무를 판단하려고 한다. 이 설은 현행 행정소송법이 프랑스 행정법과 달리 주관소송으로 보고 있어 채택하기 어렵다는 비판이 있지만²¹⁾ 항고소송의 소송물을 “처분의 적법성 여부”로 보아 객관소송적 성격을 갖는 것으로 볼 수도 있으므로²²⁾ 현행법상 채택이 불가능한 것은 아니다.

2) 검토 및 사건

오늘날 행정활동의 복잡다양화에 따라 그로 인한 분쟁이 날로 증가하고 있는 반면 우리의 판례는 원고

적격의 범위를 너무 협소하게 해석하고 있어²³⁾ 국민의 권리를 충분히 구제하기 위해서는 가능한 범 테두리 내에서 그 확대방안을 모색할 필요가 있다.²⁴⁾ 독일의 경우 법문상 원고적격은 “권리침해”의 경우에 한정되나 권리의 개념을 확장시켜 법규가 부분적으로 사익을 보호하고 있는 취지로 해석될 수 있으면 권리에 포함시키고 있고 기본권 규정으로부터 직접 권리가 부여되어 원고적격이 있다고 인정하는 판례도 증가하고 있으며²⁵⁾, 일본에서도 “법률상 이익”의 해석을 통해 원고적격의 범위를 확대하고 있는 추세이다.²⁶⁾

우리 행정소송법은 취소소송의 원고적격을 “법률상 이익이 있는 자”에게 한정하고 있어 문리해석상 위 학설중에서는 법률상 보호이익설을 따르지 않을 수 없다.(판례·통설)

물론 법률상 보호이익설에 따르더라도 여기서의 “법률”의 범위를 어떻게 보느냐에 따라 원고적격의 범위가 크게 달라질 수 있고 결과적으로 보호가치 있는 이익설과 별 차이가 없을 수도 있다.

즉, 여기서의 “법률”에는 (가) 당해 처분의 근거가 되는 실제요건규범만이 해당되는가, (나) 당해처분의 근거 법률에 직접적인 근거법률 뿐만 아니라 당해처분을 행함에 있어서 반드시 거쳐야하는 절차적 규정을 포함하는 법령도 근거법률속에 포함되는가,²⁷⁾ (다) 당해 처분의 근거가 되는 요건법규 뿐만 아니라 그

21) 김동희, 행정법I, 2001, p.630.

22) 윤성철, 처분후 사정변경과 소의 이익, 신행정판례연구, 2001, p.260; 한건우, 우리 행정소송법상 법률상 이익에 관한 제문제, 고시연구 91.1., pp.112~113.

23) 대법원은 사도폐지허가처분취소소송에서 “행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라도 당해 행정처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는 경우에는 원고적격이 인정된다고 할 것이나, 여기서 말하는 법률상의 이익은 당해 처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우를 말하고 다만 공익보호의 결과로 국민 일반이 공통적으로 가지는 추상적, 평균적, 일반적 이익과 같이 간접적이거나 사실적, 경제적 이해관계를 가지는 데 불과한 경우는 여기에 포함되지 않는다.”고 하면서 통행의 이익이 도로폐지허가처분에 의하여 상실된 경우 폐지된 도로에 대한 통행이익에 대해 법률상 이익을 인정하지 않았다.(대법원 1999.12.7. 선고 97누12556 판결.)

24) 우리 판례가 원고적격을 지나치게 좁게 해석하여 우리 행정소송법을 소송요건중심법학으로 전락시키고 이로 인해 위법성의 법리의 발전을 저해할 우려가 있음을 지적하며 원고적격의 확대를 통해 요건중심법학에서 벗어나 개별 행정법상의 위법성통제의 논리와 이익의 조화의 원칙을 발전시키는 것이 행정법학의 과제라고 한다.: 서재국, 취소소송에 있어서의 제3자의 원고적격-이른바 경업자·경원자관계의 경우-, 신행정판례연구, 2001, pp.241~243.

25) H. Maurer, Manuel Droit Administratif Allemand; Traduit par Michel Fromont, L.G.D.J 1994, pp.163~166.

26) 일본에서의 원고적격과 관련한 판례의 흐름과 관련한 자세한 내용은 이영진, 앞의 논문, p.48 이하.; 합인선, 취소소송에 있어서의 제3자의 원고적격 -한·일합설·판례의 비교분석-, 판례월보343호(99.4), p.3449 이하 참조.

27) 이에 대한 판례를 보면 ① “조성면적 10만㎡ 이상으로서 환경영향평가대상사업에 해당하는 당해 국립공원 집단시설지구개발사업에 관하여 당해 변경승인 및 허가처분을 함에 있어서는 반드시 자연공원법령 및 환경영향평가법령 소정의 환경영향평가를 거쳐서 그 환경영향평가의 협의내용을 사업계획에 반영시키도록 하여야 하는 것이나 만큼 자연공원법령 뿐 아니라 환경영향평가법령도 당해 변경승인 및 허가처분에 직접적인 영향을 미치는 근거법률이 된다”(대법원 1998.4.24. 선고, 97누3286판결) ② 대법원은 발전소건설사업승인처분의 취소청구사건(대법원 1998.9.22. 선고 97누19571 판결)에서 “이 사건 양수발전소건설사업은 댐 및 저수지의 건설을 수반하는 발전시설용량 3천 kw 이상의 발전소건설사업으로서 구 환경보전법시행령(환경정책기본법시행령의 시행으로 1991. 2. 2. 폐지되기 전의 것) 제4조의2 제2항 [별표 1]과 구환경정책기본법시행령(1991.2. 2. 대통령령 제13303호로 제정되어 1993.12. 11. 대통령령 제14018호로 개정되기 전의 것) 제7조 제2항 [별표 2]의 다의 (3) 및 환경영향평가법시행령(1993. 12. 11. 대통령령 제14018호로 제정되어 1997. 9. 8. 대통령령 제15475호로 개정되기 전의 것) 제2조 제2항 [별표 1]의 다의 (3) 규정에 의하여 환경영향평가대상사업에 해당하므로 전원개발에관한특별법령뿐 아니라 구 환경보전법령과 구 환경정책기본법령 및 환경영향평가법령도 위 사업에 관한 이 사건 승인처분의 근거 법률이 되고...” 등이 있다.

처분의 근거가 된 법률 전체의 목적과 취지도 포함되는가,²⁸⁾ (라) 당해 처분의 근거법률 이외의 관련법규도 포함되는가,²⁹⁾ (마) 헌법의 기본권규정 또는 법의 일반원리에 의해 보호되는 이익도 포함되는가³⁰⁾ 등 여러 견해가 있으나 “법률”의 의미를 당해 처분의 근거가 되는 법규를 넘어서 근거법률 전체 또는 “법률 전체”에 의해 보호되는 이익으로 더 나아가 환경권, 소비자보호권 등 새롭게 주장되는 기본권이나 평등의 원칙 등 헌법원리 등에 의하여 보호되는 이익까지 확대해석할 경우³¹⁾에는 실질적으로 “보호가치 있는 이익설”과의 구분이 어려워 법률을 개정하지 않는 한 현행법상 “법률상 이익”의 해석으로는 무리가 있어 보인다. 다만 위 대법원 1995.9.26.선고, 94누14544판결과 같이 처분의 근거법규의 위임규정의 경우에는 역시 처분의 근거법률로 보아야 할 것이다.

그러나 “법률”의 의미를 어떻게 해석하든 현재 원고적격을 둘러싼 논의에 있어 지배적 견해는 법률상 보호이익을 법률이 개인의 이익을 위하여 보호하고 있

는 이익으로 해석함으로써(김남진교수는 이를 권리의 다른 표현에 불과하다고 함) 여전히 행정에 대한 국민의 이익을 보호하기에는 너무 범위가 협소하다. 왜냐하면 법규 중에는 직접 사익을 보장하지는 않고 공익을 보장하는 것을 목적으로 하는 것이 있고 이러한 규범을 행정청이 준수함으로써 모든 국민은 이익을 누리게 되는 경우가 있기 때문이다.³²⁾ 즉, “법률상 이익”을 주관적 공권 혹은 확장된 권리(법규가 공익 외에 사익보호의 취지도 있는 것으로 해석될 수 있는 경우)개념에 입각해서 해석함으로써 위법한 행정행위에도 불구하고 많은 경우 반사적 이익에 불과한 사실상의 이익이라는 이유로 원고적격이 부정되어 국민이 침해된 이익을 구제받지 못하는 모순이 발생하고 있는 바, 이는 국민의 권리 뿐만 아니라 이익을 보호하려는 행정소송법의 목적³³⁾에도 부합하지 않는다. 최근의 판례경향이 원고적격의 범위가 확대되어 가는 추세에 있음에도 불구하고 이는 어디까지나 “법률상 이익”이라는 권리개념에 기초한 기존의 해석틀 내에서

28) 대법원은 식품제조영업허가취소처분의 취소청구사건에서, 그 조합원에 대한 식품제조영업허가 취소처분에 대해 두부제조업체들에 의하여 설립된 연식품협동조합의 원고적격의 유무에 대한 판단에서, “식품위생법은 식품으로 인한 위생상의 위해의 방지와 식품영양질의 질적 향상을 도모함으로써 국민보건에 향상과 증진에 기여함에 목적이 있는 것이지 개개인의 영업상의 이익을 보호하는 것을 목적으로 하는 것이 아니므로 自然人과는 달리 아무런 위생상의 문제나 보건상의 문제가 없는 단체인 원고조합은 위와 같은 식품위생이나 보건향상 등에 의한 이익을 향수할 수 있는 주체도 아니므로 원고조합은 이 전 행정처분과는 직접적인 법률관계를 가지지 못하고 기존 허가업체인 조합원과의 간접적인 사실상의 관계가 있는 것에 불과하다” (대법원 1987.5.26.선고, 87누119판결)고 하여 식품위생법 전체의 취지·목적에 근거로 하여 원고적격을 부정하고 있다.

29) ① 위 도시계획결정처분의 근거는 도시계획법 제12조다 할 것인데 도시계획법상 도시계획시설 인근주민들의 이익을 배려하는 규정은 찾아볼 수 없으므로(설령 이 사건 결정처분이 매장및묘지등에관한법률 제7조 제3항, 그 시행령 제4조 제2호 라목 소정의 이격거리를 위배하였다 하더라도 매장및묘지등에관한법률은 위 처분의 근거법률이 아니어서 도시계획결정시 고려할 사항에 불과하다) 법률상 이익이 없다”(부산고등 1994.10.14.선고, 93구7365판결)하여 당해 처분의 근거법률을 좁게 해석한 하급심에 대해서, “도시계획법 제12조 제3항의 위임에 따라 제정된 도시계획시설기준에관한규칙 제125조 제1항이 화장장의 구조및 설치에 관하여는 매장및묘지등에관한법률이 정하는 바에 의한다고 규정하고 있어, 도시계획의 내용이 화장장의 설치에 관한 것일 때에는 도시계획법 제12조 뿐 만 아니라 매장및묘지등에관한법률및 동 시행령 역시 그 근거법률이 된다고 보아야 할 것이므로 법률상 이익이라 할 것이다”(대법원 1995.9.26.선고, 94누14544판결) ② 건물용도변경처분취소청구사건에서 의원으로서의 근린생활시설로 용도변경된 건물과 가까운 곳에서 치과의원을 경영하는 자가 그 용도변경처분의 취소를 구할 원고적격을 가지는지 여부에 대해서, “의료법상 의료인은 신고만으로 의원이나 치과의원을 개설할 수 있고 건축법 기타 건축관계 법령상 의원 상호간의 거리나 개소에 아무런 제한을 두고 있지 아니하므로 치과의원을 경영하는 원고로서는 그 치과의원과 같은 아파트단지내에서 30미터 정도의 거리에 있는 건물에 대하여 당초에 상품매도점포로서의 근린생활시설로 되어 있던 용도를 원고와 경합관계에 있는 치과의원을 개설할 수 있도록 의원으로서의 근린생활시설로 변경한 서울특별시시장의 용도변경처분으로 인하여 받게 될 불이익은 간접적이거나 사실적, 경제적 불이익에 지나지 아니하여....”라고 하여 법률상의 이익을 부정하고 있다.(대법원 1990.5.22.선고, 90누813판결).

30) 이에 대한 판례를 보면 “헌법 제35조 제1항은 환경권을 기본권의 하나로 승인하고 있으므로 私法의 해석과 적용에 있어서도 이러한 기본권이 충분히 보장되도록 배려하여야 한다. 헌법상의 기본권으로서의 환경권에 관한 위 규정만으로는 그 보호대상인 환경의 내용과 범위, 권리의 주체가 되는 권리자의 범위 등이 명확하지 못하여 이 규정이 개개의 국민에게 직접으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이라고 보기는 어렵다”(1995.5.23.선고, 94마2218판결)고 하여 부정적인 견해를 나타내고 있다. 그러나 하급심판결(부산고법1995.5.18.선고, 95카합5판결) 중에서는 환경상의 이익을 “그 범위의 법적 성격으로 보아 종래의 생명·신체·자유·명예·정조·초상권·신용권 등과 같이 인격권의 일종에 속한다고 보아야 하고 이러한 인격권은 그 지배권 내지 절대권적 성격으로 부터 물권적 청구권에 준하는 방해배제청구권이 인정되고 있으므로 생활방해나 주거환경의 침해는 실질적으로는 신체적 자유 내지 정신적 자유의 침해에 속하는 것이고, 이 경우 일정한 한도를 초과하는 침해에 대하여는 방해배제청구권이 인정되는 도시소유권 기타 물권을 가지고 있지 않은 자라고 하더라도 막바로 인격권의 침해로 인하여 인격권에 터잡아 방해배제 또는 방해예방청구권을 행사할 수 있다고 봄이 상당하다”라고 하여 헌법상 기본권을 근거로 원고적격성을 인정하고 있다.

31) 이영진, 행정소송법상 취소소송의 원고적격-학설의 비교와 한·일 판례의 비교분석을 중심으로-, 법조 45권1호(96.01), p.39.

32) 이러한 행정청의 법규준수의 결과로 얻어지는 국민의 이익 중 법규의 취지가 그러한 이익도 보호하고 있는 내용이라고 파악되는 경우에는 법률상 보호이익과 동일한 결론에 이를 것이다.

33) 행정소송법 제1조(목적) 이 법은 행정소송절차를 통하여 행정청의 위법한 처분 그밖에 공권력의 행사·불행사등으로 인한 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하고, 공법상의 권리관계 또는 법적용에 관한 다툼을 적정하게 해결함을 목적으로 한다.

의 확대에 불과하여 그 한계를 지닐 수 밖에 없다.

그런데 취소소송의 원고적격과 관련 권리개념에 입각한 이러한 논의는 독일에서의 보호이익 내지 보호규범론에 입각한 해석의 영향을 받은 것으로 보여진다. 즉 명문으로 “권리침해”를 원고적격의 요건으로 하고 있는 독일에서 법률이 공익과 아울러 사익보호도 규정한 경우 주관적 공권이 성립한다고 하여 원고적격의 확대를 꾀하였는 바 이는 어디까지나 독일 행정법원법상 규정의 해석과정에서 원고적격의 확대를 위해 생겨난 이론이라 할 수 있다. 따라서 이러한 “권리침해”라는 명문의 요건을 두고있지 않은 우리의 경우 주관적 공권개념을 반드시 원고적격의 요건으로 할 근거도 그 필요성도 없으며 그러한 해석은 오히려 행정소송의 활성화를 위해서도 바람직스럽지 않다.³⁴⁾ 이런 관점에서 객관적 범규범에 대한 처분 등의 적법성여부를 판단해야하는 소송에서 원고적격은 행정작용이 적법하게 행해지면 즉각적으로 보장받는 이익, 즉 법규준수의 이익을 가지는 자로 해석해야 한다는 견해³⁵⁾는 상당히 설득력을 지니고 있다고 보여진다.³⁶⁾ 법규준수의 이익 중에는 법규가 보호하고자 하는 사익 외에도 당초 법규가 보호하고자 하는 사익은 아니지만 법규준수의 결과로 얻어지는 사익도 포함하므로 법률상 이익을 법규준수의 이익으로 해석할 경우 원고적격의 판단에 있어 더 이상 권리개념의 매개는 필요없게 되어 종래 반사적 이익으로 분류되던 것 중 상당 부분을 “법률상 이익”으로 볼 수 있게 되어 현재 원고적격의 확대추세에도 부응하리라 본다.³⁷⁾

그리하여 “법률상 이익”의 해석에 있어 “법률”은 사익 내지 권리의 근거규정으로서의 법률만이 아닌 행정청이 준수해야할 근거규정으로서의 법률도 의미하는 것으로 이해함으로써 “이익”의 판단에 있어 보다 자유로울 수 있을 것이다. 즉 “이익”의 판단에 있어 “법률상”이란 문구에 얽매어 권리개념에 기초하여 해석하지 않고 위법한 행정행위로 인해 침해된 이익의 종류나 정도 등을 개별적·구체적으로 검토하여 원고적격 여부를 판단할 수 있는 기준으로 삼을 수 있도록 해야 할 것이다.

이와 같은 시각에서 대상판결 사안을 보자.

도로교통법은 제10조 제1항은 지방경찰청장은 도로를 횡단하는 보행자의 안전을 위하여 행정자치부령이 정하는 기준에 의하여 횡단보도를 설치할 수 있다고 규정하고 있으며 이러한 횡단보도의 설치는 도로교통법은 제1조에서 규정하고 있는 바와 같이 교통안전과 원활한 교통의 확보에 기여함을 목적으로 한다. 도로교통법시행규칙 제9조에서 횡단보도를 육교·지하도 및 다른 횡단보도로부터 200미터 이내에 설치할 수 없도록 규정하고 있는 것도 불필요한 횡단보도의 남설(濫設)로 인한 교통의 장애를 방지함에 있다.³⁸⁾ “법률”의 범위를 처분의 근거규정 뿐만 아니라 그 규정에 의해 위임된 규정까지 포함하는 것으로 해석할 경우 횡단보도설치에 관한 도로교통법 제10조1항에 의해 위임된 도로교통법시행규칙 제9조 제4호 역시 “법률”에 포함된다 할 것이다.

“법률상 이익”을 법률이 보호하고자 하는 이익이라

34) 프랑스의 경우 객관소송인 원권소송(취소소송)에 있어서 19세기 동안에는 권리의 침해가 있어야 한다고 보았지만 1901. 3. 29. C.E. (행정최고재판소)의 CASANOVA판결 이래 권리의 침해는 채택되지 않고 객관적 입장에서의 침해된 이익(1'intérêt froissé)이면 족하다. 즉 행정판사가 충분하다고 판단하는 이익의 침해가 있으면 소의 이익이 인정되고 있으며 그러한 이익은 법적이든 사실적이든, 물질적이든 정신적이든, 현재의 이익이든 미래의 이익이든지를 불문하는 개방적 태도를 취하여 객관소송으로서의 원권소송을 권리개념에 집착함으로써 야기되는 복잡성과 제한성으로부터 해방시켜 활성화하는데 이바지하였다.(이광윤, 앞의 책, pp.268~272)

35) 이광윤, 앞의 책, pp.279~280.

36) 특정의 소송사건에 있어서 정당한 당사자로서 소송을 수행하고 본안판결을 받기에 적합한 자격 즉 “소송수행권”이 누구에게 있느냐의 문제는 실제법상 누가 권리를 가지느냐의 문제 및 실제법상의 기판력을 누가 받느냐의 문제와는 완전히 별개로서 원고적격은 소송법상의 개념으로서 결국 취소소송을 제기·수행하는데 가장 적합한 자가 누구인가의 문제라고 하는 견해(윤성철, 앞의 논문, p.259)도 같은 맥락으로 이해된다.

37) 항고소송의 소송물은 “처분의 위법성”이라고 보아 현행 행정소송법상 취소소송의 성질을 객관소송으로 보는 견해가 있고(자세한 내용은 윤성철, 앞의 논문, 260면; 박정운, 취소소송의 소송물에 관한 연구, 법조 526호(2000.7), 105-106면.; 한건우, 우리 행정소송법상 법률상 이익에 관한 문제점, 고시연구(91.1), 112면 참조), 또한 행정행위의 합법성 여부를 다투는 소송을 객관소송으로 보고 있는 프랑스의 경우에도 원고적격은 소송을 제기하기에 가장 적합한 자에게 주어지는 것이 아니라 직접적이고 확실한 손해가 발생하였다고 인정되는 자에게만 주어지며, 또한 “권리침해”를 취소소송의 원고적격의 요건으로 하고 있는 독일에서도 기본권 규정으로부터 직접 권리가 부여되어 원고적격이 있다고 인정한 판례가 점점 증가하고 있는데 기본권규정으로부터 직접 권리가 도출되었다고 할 때의 “권리”는 범위에 있어 “보호까지 있는 이익”과 다르지 않다는 점 등을 보더라도 행정행위의 적법성 여부를 다투는 소송에 있어서의 원고적격의 확정에서 더 이상 “주관적 권리”를 매개로 할 이유가 없으며 이제 주관적 소송으로부터의 집착으로부터 벗어나 새로운 입법을 통한 해결을 모색해야 한다고 한다.(이광윤, 위의 책, pp.287~288)

38) 제9조 제4호는 소제기 이 후인 97.12.6. 단서에 “다만, 법 제11조의2의 규정에 의하여 어린이보호구역으로 지정된 구간내 또는 보행자의 안전이나 통행을 위하여 특히 필요하다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 개정되어 지하도가 있는 경우에도 일정한 경우 횡단보도를 설치할 수 있게 되었다.

고 해석할 경우 보행자도 운전자도 아닌 교통과는 무관한 횡단보도가 설치된 도로 인근 지하상가에서 영업활동을 하는 자의 영업권 활성화와 같은 이익은 “법률”의 범위를 도로교통법시행규칙 제9조 제4호까지 확대하더라도³⁹⁾ 횡단보도의 설치에 대하여 법률이 보호하려는 이익과는 직접 관련이 없어 보인다. 대법원이 “일반적으로 도로는 국가나 지방자치단체가 직접 공중의 통행에 제공하는 것으로서 일반국민은 이를 자유로이 이용할 수 있으므로 이러한 횡단보도 설치에 관한 근거법령의 규정취지와 도로의 이용관계에 비추어 볼 때, 횡단보도가 설치된 도로 인근에서 영업활동을 하는 자에게 횡단보도의 설치에 관하여 특정한 권리나 법령에 의하여 보호되는 이익이 부여되어 있다고 말할 수 없으므로, 이와 같은 횡단보도의 설치행위를 다들 법률상 이익이 있다고 할 수 없다”고 한 것도 이와 같은 취지일 것이다.

그러나 법률이 보호하는 이익을 법규준수의 이익으로 이해할 경우 처분의 근거법률인 도로교통법시행규칙 제9조 제4호가 횡단보도를 지하도로부터 200미터 이내에 설치할 수 없도록 한 것이 비록 차량의 원활한 소통이라는 공익적 목적을 달성하기 위한 규정이지만 행정청이 위 규칙을 준수하지 않음으로써 영업이익을 침해받은 자에게 원고적격을 인정할 것인지는 대법원의 판사처럼 근거법령이 어떠한 사익을 보호하

기 위한 규정인가라는데만 집착하여 판단할 것이 아니라 횡단보도 설치규정에 반한 행정작용으로 인하여 침해된 이익, 즉 횡단보도가 설치됨으로써 발생한 지하도 통행인의 감소정도 및 이로 인한 영업이익의 감소정도 등을 구체적·종합적으로 검토하여 판단하여야 할 것이다.^{40,41)}

IV. 결론

이제까지 횡단보도 설치행위와 관련된 법률문제를 행정소송법상 취소소송요건을 중심으로 살펴보았다.

현행 도로교통법상 횡단보도의 설치가 지방경찰청장의 재량사항으로 되어 있어 보행자의 안전을 위하여 필요하다고 판단하는 경우에는 이를 설치할 수 있고 반대로 불필요하다고 판단하는 경우에는 폐지할 수도 있다. 문제는 이를 둘러싼 민원이 끊이지 않아 관련 소송이 증가할 것으로 예상되는 바, 앞서 살펴본 바와 같이 현재까지의 대법원판례는 횡단보도 설치행위의 처분성을 인정하면서 횡단보도 인근 상인의 법률상 이익을 부인하는 정도에 이르고 있는 바 앞으로 유사한 소송이 제기된 경우 어느 범위에서 원고적격을 획정할는지 매우 궁급하다. 즉 본 연구에 있어서의 대상사례에 대한 대법원의 판단은 횡단보도의 설치와 이로 인한 영업손실이라는 특수한 사안에 국

39) 근거법문에 행정입법도 포함되는지와 관련한 판례를 보면 신규석유판매업허가신청이 이미 석유판매업허가를 받아 경영하고 있는 제3자의 주유소와의 거리가 충청남도의 석유판매업허가기준고시 소정의 이격거리에 저촉된다는 사유로 석유판매업허가신청이 반려된 원고가 그 제3자의 석유판매업허가처분의 취소청구를 한 사건에서 위 고시를 근거규정으로 하여 법률상 이익을 부정하고 있는 판례가 있으나(대법원 1992. 3. 13. 선고, 91누3079판결) 대체로 행정입법의 형식과 내용을 검토하여 법규성이 인정되는가를 판단하고 법규성이 인정된다고 판단되는 경우에만 근거법률에 포함시키고 있다. 즉 부령이라는 법규형식으로 정립된 행정입법에 불과하고 그 내용에 비추어 행정조직 내부에 있어서의 행정명령의 성격을 지닐 뿐 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 없어 법규성을 부정하며 이 경우 그러한 행정입법이 보장하는 이익은 법률상이익이 될 수 없다고 판시하고 있고(“도로교통법시행규칙 제53조 제1항에 의하여 장래 불이익을 받게 될 운전면허자에게 이를 근거로 면허정지기간이 경과된 자동차운전면허정지처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는지 여부에 대한 판결에서 도로교통법시행규칙 제53조 제1항의 규정은 관할행정청이 운전면허의 취소 및 운전면허효력정지 등의 사무처리를 함에 있어서 처리기준과 방법 등의 세부사항을 규정한 행정명령의 성격을 가진 내부적 사무처리지침에 불과한 것이라고 할 것이므로, 위 규칙에서 운전면허정지처분이 그 처분을 받은 운전면허자가 장래 받게 될지도 모르는 같은 종류의 제재처분의 가중요건이 된다고 규정하고 있고 위 운전면허자가 장래 이 규정에 따라 가중된 제재처분을 받게 될 염려가 있어 사실상 운전면허자에게 불이익한 것이라 하더라도 위와 같은 불이익은 법률상의 불이익이라 할 수 없다 할 것이므로 이를 근거로 하여 위 면허정지 처분에서 정한 그 정지기간이 도과한 이후에 위 운전면허자에게 그 운전면허정지처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다고는 할 수 없다.”;대법원 1988.5.24. 선고 87누944 판결), 훈령에 대해서 역시 법규성 인정여부를 검토한 후 이를 기초로 근거법률에 포함되는지를 판단하고 있다.(“자동차운송사업자가 운행계통 등 사업계획을 변경하거나 자동차운송사업을 양도, 양수할 때에는 관할관청의 인가 등을 받도록 하고 있는데 행정관청의 인가·면허등의 처분기준 및 절차상 규정한 자동차운수사업인·면허사무처리요령(1993.7.13 교통부훈령 제988호로 개정된 것)은 행정처분 등에 관한 사무처리기준과 처분절차를 정한 것으로서 그 규정의 형식 및 내용 등에 비추어 볼 때 행정조직 내부에 있어서의 행정명령의 성격을 지닐 뿐 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 없다 할 것이고, 위 사무처리요령에서 당해 운행계통에 대한 연고 등에 따라 운행횟수 증회, 운행계통 신설, 변경 등에 관한 인가나 면허를 하도록 규정하고 있다 하더라도 이러한 규정에 의하여 기존의 자동차운송사업자가 장래 운행횟수의 증회, 운행계통의 신설, 변경 등에 관하여 얻을 수 있는 기대이익은 법률상 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이라고 볼 수 없다.”;대법원 1997.4.25. 선고, 96누14906판결)

40) 도로교통법시행규칙 제9조(횡단보도의 설치기준) 제4호는 “횡단보도는 육교·지하도 및 다른 횡단보도로부터 200미터 이내에 설치하여서는 아니된다. 다만, 법 제11조의2의 규정에 의하여 어린이보호구역으로 지정된 구간내 또는 보행자의 안전이나 통행을 위하여 특히 필요하다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.”고 97.12.6. 개정되었다.

41) 이러한 구체적이고 종합적인 검토를 통한 원고적격여부의 판단을 위해서는 사실심을 통해 보다 명확히 판단할 수 있을 것이므로 여기서는 그러한 가능성에 입각해서 판단하여야 할 것이다.

한하여 해석해야 한다. 예컨대 다리가 불편한 장애인이 횡단보도 인근에 거주하며 횡단보도를 이용하던 중 횡단보도를 폐지하거나 그 위치를 옮긴데 대하여 문제를 제기하는 경우 법률상 이익이 없다고 하면서 원고적격을 부인할 수 있을지는 속단할 수 없다.

오늘날 행정이 날로 다양해지고 이로 인해 행정의 당사자간 분쟁이 증가하고 있는 바 가능한 본안심리를 통한 국민의 권익구제의 길을 열어주는 것이 바람직하다는 차원에서 원고적격의 범위가 획기적으로 확대되고 있는 추세인 점을 감안하면 앞으로는 횡단보도의 설치나 폐지와 관련된 취소소송에서 원고적격이 없다고 하며 소를 각하하기보다 횡단보도 설치행위의 재량권 일탈여부가 본안에서 다루어질 가능성을 예측할 수 있다. 이러한 가능성은 횡단보도의 설치와 폐지행위를 담당하는 경찰공무원에게 그 설치, 관리, 폐지 등에 있어 더 많은 연구와 주의가 요청됨을 의미한다.

참고문헌

1. 김남진(2001), 행정법I, 법문사.
2. 김동희(2001), 행정법 I, 박영사.
3. 석종현(2001), 일반행정법 I, 삼영사.
4. 유지태(2001), 행정법신론, 신영사.
5. 이광윤·김민호 공저(2002), 최신행정법론, 법문사.
6. 이광윤·김민호 공저(2001), 행정법강의II, 법문사.
7. 이광윤(2000), 행정법이론 -비교적 고찰-
8. 김남진(2001), 횡단보도설치행위의 법적 성질, 판례월보.
9. 박정운(2000), 취소소송의 소송물에 관한 연구, 법조 526호.
10. 서재국(2001), 취소소송에 있어서의 제3자의 원고적격, -이른바 경업자·경원자관계의 경우-, 신행정판례연구.
11. 윤성철(2001), 처분후 사정변경과 소의 이익, 신행정판례.
12. 이영진(1996), 행정소송법상 취소소송의 원고적격, -학설의 비교와 한·일 판례의 비교분석을 중심으로-, 법조 45권 1호.
13. 한건우(1991), 우리 행정소송법상 법률상 이익에 관한 제문제, 고시연구.
14. 함인선(1999), 취소소송에 있어서의 제3자의 원고적격, -한·일 학설·판례의 비교분석-, 판례월보, 제343호.
15. 한건우(1991), 우리 행정소송법상 법률상 이익에 관한 문제점, 고시연구.
16. 訟務月報(1997), (日本)法務省訟務部, 歩道橋建設工事取消請求事件(名古屋地裁 소회52.9.28.판결), 제23권 제19호.
17. H. Maurer(1994), Manuel Droit Administratif Allemand; Traduit par Michel Fromont, L.G.D.J, pp.163~166.

✉ 주 작 성 자 : 홍성필

✉ 논문투고일 : 2001. 11. 26

논문심사일 : 2002. 3. 1 (1차)

2002. 4. 23 (2차)

심사판정일 : 2002. 4. 23

✉ 반론접수기간 : 2002. 10. 30