

절대보전지역변경처분과 주민의 원고적격

- 제주지방법원 2010. 12. 15. 선고 2010구합34 등 판결에 대한 평석-

Change of Disposition on Absolute Preservation Area and the Standing of the Citizen in Appeal Litigation

신 용 인*

Shin, Yong-In

목 차

- I. 시작하며
- II. 대상판결의 내용
- III. 대상판결의 평석
- IV. 마치며

국문초록

행정소송법은 항고소송의 원고적격을 위법한 처분 등으로 인해 '법률상 이익'을 침해당한 자로 한정하고 있는데 '법률상 이익'의 구체적인 해석은 학설과 판례의 몫으로 남겨져 있다.

대법원은 국민의 권리 구제를 충실히 한다는 차원에서 '법률상 이익'을 폭넓게 인정하는 방향으로 해석하여 원고적격의 범위를 점차 확대하고 있는 입장이며 학설의 일반적인 경향은 이를 더욱 확대해야 한다는 입장이다.

그럼에도 제주지방법원은 절대보전지역변경처분과 관련하여 위와 같은 대법원과 학설의 경향에 반하여 원고적격의 범위를 좁게 해석하여 소 각하 판결을 하였는데 이는 국민의 권리구제에 보다 충실하고자 하는 행정소송법의 근본이념에 반할 뿐 아니라

논문접수일 : 2010.12.29

심사완료일 : 2011.1.24

게재확정일 : 2011.1.25

* 제주대학교 법학전문대학원 조교수, 변호사

행정 권력의 부당한 행사를 통제하는 사법 본래의 기능조차도 외면한 것이라 아니할 수 없다.

결국 이번 제주지방법원의 판결은 현행규정의 해석을 통해 원고적격을 확대하고자 하는 입장의 한계를 드러내는 것이라 할 것이고 입법론적으로 항고소송을 행정의 적법성 보장을 위한 재판소송으로 구성하는 방법을 적극 고려해 볼 필요가 있다.

주제어 : 원고적격, 법률상 이익, 권리구제, 절대보전지역, 제주해군기지

1. 시작하며

행정소송법은 제12조에서는 '취소소송은 처분 등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다'라고, 같은 법 제35조에서는 '무효 등 확인소송은 처분 등의 효력 유무 또는 존재 여부의 확인을 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다'라고 각 규정하고 있는 등 항고소송의 원고적격을 위법한 처분 등으로 인해 '법률상 이익'을 침해당한 자로 한정하고 있어 '법률상 이익'이 없는 자는 항고소송에서 본안판단을 받을 수 없다. 따라서 '법률상 이익'을 구체적으로 어떻게 해석하느냐에 따라 본안판단을 받을 수 있는지 여부가 결정된다.

종래에는 행정처분은 그 상대방에 대하여만 직접효과가 발생하고 제3자에 대해서는 간접효과가 발생하는데 그치는 것이 대부분이었으나 오늘날에는 행정처분이 제3자의 권리 또는 이익에도 사실상 직접 영향을 미치는 경우가 증가함에 따라 행정처분에 대한 제3자의 원고적격 문제가 중요한 쟁점으로 떠오르고 있다.

들이켜 제주사회를 보면, 제주사회는 길게는 십여 년 이상을 짧게는 4년 가까이 제주해군기지 문제로 인해 찬·반 양론이 나뉜 가운데 심한 몸살을 앓아왔다. 특히 제주해군기지가 들어설 예정인 서귀포시 강정동 주민들은 제주해군기지의 수용 문제로 인해 찬성 측과 반대 측으로 나뉘면서 마을공동체가 거의 와해되는 수준에 이르러 제주해군기지 문제가 어떻게 결론이 나든 상관없이 심한 후유증을 예고하고 있다.

그런 와중에서 반대 측 주민들은 반대투쟁의 일환으로 제주지방법원에 절대보전지역변경처분 무효확인 등의 소를 제기하였으나 법원은 처분의 위법성 여부에 대해서는 판단을 하지 아니한 채 원고적격이 없다는 이유로 소 각하판결을 하였다. 이에 대해 원고들은 "강정 주민들은 해군기지사업 예정 부지에 거주하는 직접적인 이해당사자인 데도 법원이 원고자격이 없다는 판결을 내린 것은 강정주민이 대한민국 국민이 아닌

불법체류자의 신분이라는 판결을 내린 것이나 다름없다”며 “만약 강정주민들이 소송을 제기할 자격조차 없다면 과연 누가 불법적인 공권력 행사에 대해 문제를 제기할 수 있는냐”고 불만을 토로했고¹⁾, 제주특별자치도의회 의장도 “도지사가 절대보전지역을 마음대로 해도 견제할 수 없게 만드는 나쁜 판결이고 정치적 판단”이라고 강도 높게 비판하는²⁾ 등 지역 사회 내에서 대상판결에 대한 비판 여론이 고조되고 있다.

대상판결은 기본적으로 국민의 권리 구제에 충실하고자 하는 행정소송법의 기본이념을 몰각시켜버린 판결이라는 비판을 면하기 어렵다. 또한 행정처분에 대한 제3자의 원고적격 확대 문제를 적극 검토할 필요성을 새롭게 제기하고 있다. 따라서 이 평석에서는 ‘법률상 이익’의 해석에 대한 학설과 판례를 바탕으로 대상판결을 비판적으로 고찰하여 국민의 권리 구제 차원에서 원고적격의 확대 문제를 다시금 생각해 보고자 한다.

II. 대상판결의 내용

1. 사실관계

가. 제주해군기지 건설 추진 경위

(1) 국방부는 1993. 12.경 제156차 합동참모회의에서 제주해군기지 신규소요를 결정하고, 1995. 12.경에는 ‘1997~2001 국방중기계획’에 반영하여 제주해군기지 사업을 추진하기 시작했으나 해군기지 사업대상 지역인 안덕면 화순리 등 주민들의 강한 반대에 부딪히게 되어 사업에 별다른 진전이 없었다.

(2) 그러던 중 해군기지 후보군에도 없던 서귀포시 대천동 강정마을(이하 강정마을이라고 한다)이 2007. 4. 26. 마을임시총회를 열어 해군기지 유치결의를 하고,³⁾ 다음날인 2007. 4. 27. 강정마을에 해군기지를 유치하겠다는 기자회견을 한 후, 강정마을해군기지 유치건의서를 제주도에 제출하였다.⁴⁾

(3) 그 후 제주특별자치도지사(이하 ‘도지사’라고 한다)⁵⁾는 2007. 5. 14. 강정마을 해

1) 인터넷 신문 「제주의 소리」, <http://www.jejusori.net/news/articleView.html?idxno=93187>.

2) 인터넷 신문 「시사제주」, <http://www.sisajeju.com/news/articleView.html?idxno=99067>.

3) 인터넷 신문 「제주의 소리」, <http://www.jejusori.net/news/articleView.html?idxno=30557>.

4) 인터넷 신문 「제주의 소리」, <http://www.jejusori.net/news/articleView.html?idxno=30561>.

5) 제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성에 관한 특별법이 제정되고 2006. 7. 1.부터 시행됨에 따라 제주도는 폐지되었고 제주도지사는 제주특별자치도지사로 바뀌게 되었다.

군기지 유치에 대한 찬성 여론조사결과와 함께 '해군기지 강정동 유치결정'을 발표하였으나,⁶⁾ 여론조사절차에 문제점이 많다는 지적이 끊임없이 제기되었다.⁷⁾

(4) 그럼에도 제주특별자치도는 해군기지 건설 동의 및 후보지 선정건의서를 해군본부에 제출하였고, 국방부는 2007. 6경 강정마을을 해군기지 건설지역으로 결정하고 2007년 말까지 기본계획을 수립하고, 2009. 10. 착공한다는 방침을 세웠다.⁸⁾

(5) 한편 강정마을 주민들은 2007. 8. 20. 해군기지 유치 여부에 관한 주민투표를 실시한 결과 반대의견이 94%에 이를 정도로 압도적이었다.⁹⁾ 또한 2008. 11. 11. 개최된 마을임시총회에서 2007. 4. 26.자 해군기지 유치결의가 무효라는 취지의 결의를 만장일치로 채택하였고,¹⁰⁾ 이를 근거로 제주특별자치도 및 해군본부에 대한 질의, 국방부장관 및 국회의장에 대한 청원 등 갖가지 조치를 취했으나 해군본부는 이를 무시하고 해군기지 건설을 계속 추진하였다.

나. 절대보전지역변경처분의 경위

(1) 강정마을 해안변 지역 105,295m²(이하 '이 사건 지역'이라고 한다)은 경관미가 매우 높아 2004. 10. 27. 제주도지사에 의해 절대보전지역으로 지정되었는데 국방부의 제주해군기지건설 사업부지에 속한다.

(2) 제주해군기지를 건설하려면 이 사건 지역을 매립해야 하는데 절대보전지역 안에서는 제주특별자치도의 설치 및 국제자유도시 조성에 관한 특별법 상 공유수면의 매립행위를 할 수가 없다(동법 제292조 제3항 참조). 이에 해군본부는 제주해군기지사업 시행을 위해 2009. 9. 22. 도지사에게 이 사건 지역에 대한 절대보전지역 지정의 해제를 요청하였다.

(3) 이에 도지사는 2009. 9. 25. 현장확인 등 조사·검토를 거친 다음 제주특별자치도의회(이하 '도의회'라고 한다)의 동의를 얻어 2009. 12. 23. 이 사건 지역에 관하여 절대보전지역을 변경(축소)하고, 이를 고시하였다(이하 '이 사건 처분'이라 한다).

(4) 위 고시에는 변경 결정사유로 "국가정책사업인 국가안보와 남방해양 수송로를 확보하고 제주관광발전을 위한 관광미항을 건설하기 위하여"라고 기재되어 있고, 2009. 9. 25. 작성된 「민·군 복합형 관광미항 건설예정지내 절대보전지역 변경(축소) 조사·

6) 인터넷 신문 「제주의 소리」, <http://www.jejusori.net/news/articleView.html?idxno=31275>.

7) 인터넷 신문 「제주의 소리」, <http://www.jejusori.net/news/articleView.html?idxno=31303>.

8) 인터넷 신문 「제주의 소리」, <http://www.jejusori.net/news/articleView.html?idxno=32702>.

9) 인터넷 신문 「제주의 소리」, <http://www.jejusori.net/news/articleView.html?idxno=35723>.

10) 인터넷 신문 「제주의 소리」, <http://www.jejusori.net/news/articleView.html?idxno=55530>.

검토서」(이하 ‘조사·검토서’라고 한다)에는 “현장조사 결과 본 지역에 대한 절대보전 지역 지정 당시(2004. 10. 27.)와 환경여건이 변화되지 않았음”이라고 기재되어 있다.

(5) 이에 제주해군기지건설사업에 따른 환경영향평가 대상지역 안의 주민들인 강정마을 주민들은 이 사건 처분의 위법을 주장하며 도지사를 상대로 제주지방법원 2010구합34, 2010구합218(병합)호로 이 사건 처분의 무효확인 등을 구하는 행정소송(이하 ‘이 사건 소송’이라고 한다)을 제기하였는데 제주지방법원은 2010. 12. 15. 소 각하 판결을 하였다(이하 ‘대상판결’이라고 한다).

다. 관련 처분의 경위

(1) 국방·군사시설 실시계획 변경승인처분의 경위¹¹⁾

1) 국방부장관은 2009. 1. 21. 국방·군사시설 실시계획승인을 고시하였는데 강정마을 주민들은 환경영향평가절차 없이 이루어진 국방부장관의 국방·군사시설 실시계획승인 처분의 위법을 주장하며 국방부장관을 상대로 서울행정법원 2009구합15258호로 국방·군사시설 실시계획승인처분의 무효확인 또는 취소를 구하는 행정소송을 제기하였다.

2) 해군본부는 2009년 상반기 이 사건 지역을 포함한 사업부지에 대하여 환경영향평가법에 따른 환경영향평가를 실시하고, 2009. 4. 7. 국방부장관, 제주도지사, 서귀포시장에게 환경영향평가서 초안을 각 제출한 다음, 2009. 4. 24. 환경영향평가서 초안에 대한 주민공람과 주민설명회를 개최하였으며, 2009. 6. 24. 주민 공청회를 개최하였다.

3) 해군본부는 환경영향평가서 초안 의견수렴과정에서 제시된 현황조사 관련 의견을 반영하여 보완·작성한 환경영향평가서를 2009. 7. 7. 국방부장관에게 제출하였고, 국방부장관은 제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법 제299조에 따라 2009. 7. 8. 도지사에게 제주해군기지사업에 대한 환경영향평가 협의요청을 하였다.

4) 도지사는 국방부장관의 협의요청에 대하여 2009. 12. 21. 대기질, 수질, 해양환경, 토양, 지형·지질, 동·식물상, 친환경적자원순환, 경관, 산업 등 9개 항목의 미비점에 대한 보완 요청을 하였고, 국방부장관은 도지사와의 협의내용을 반영하여 환경영향평가서를 보완·작성한 후, 시공사로 하여금 실시설계에 환경영향평가서의 내용을 반영하도록 하였다.

5) 해군참모총장은 2009. 12. 말경 환경영향평가 협의절차가 종료되자, ① 환경영향평가결과와 환경영향평가를 반영한 항만공사설계관련사항을 실시계획의 내용으로 추가하고, ② 사업시행 만료시점을 연장하며, ③ 보상대상 권리를 변경, 추가하는 내용으

11) 서울행법 2010.7.15. 선고 2009구합15258 판결 이유 중 처분의 경위 참조.

로 2010. 1. 27. 국방부장관에게 이 사건 실시계획의 변경승인을 신청하였고, 국방부장관은 2010. 3. 15. 이 사건 실시계획에 대한 변경승인(이하 '이 사건 변경승인 처분'이라 한다)을 하고, 같은 달 17. 이를 고시하였다.

6) 서울행정법원은 2010. 7. 15. 국방부장관이 제주해군기지 건설에 대하여 국방·군사시설 실시계획 승인을 한 후, 환경영향평가 결과 등을 반영하여 위 실시계획에 대한 변경승인을 한 사안에서, 최초의 승인처분은 환경영향평가 대상사업에 관하여 환경영향평가를 거치지 아니한 중대하고 명백한 하자가 존재하여 무효이지만, 위 변경승인 처분은 최초의 승인처분과는 독립된 것으로 최초 승인처분의 하자가 위 변경승인 처분에 승계된다고 볼 수 없고, 환경영향평가 미 실시 등의 하자가 존재한다고 볼 수 없어 적법하다고 판시하였다.

7) 이에 원·피고 모두 항소하여 현재 서울고등법원 2010누27273호로 소송계속 중이다.

(2) 공유수면매립 승인처분의 경위

1) 이 사건 처분 및 환경영향평가절차의 완료로 이 사건 지역에 대한 공유수면의 매립행위가 가능하게 되자, 부산지방해양항만청장은 2010. 3. 3. 해군참모총장에 대하여 ① 매립목적 : 제주해군기지(민·군복합형 관광미항), ② 매립위치 및 면적 : 이 사건 지역을 포함한 서귀포시 대천동 일원 361,522,32m²으로 하는 공유수면 매립 승인처분(이하 '이 사건 승인처분'이라 한다)을 하였다.

2) 이에 서귀포시 강정마을 주민들은 이 사건 처분이 위법하므로 이 사건 처분을 전제로 하는 이 사건 승인처분 역시 위법하다고 주장하며 부산지방해양항만청장을 상대로 부산지방법원 2010구합1928호로 이 사건 승인처분의 무효확인 등을 구하는 행정소송을 제기하였다.

라. 행정목적

이 사건 처분, 이 사건 변경처분, 이 사건 승인처분은 모두 제주해군기지 건설사업에 그 행정목적으로 하고 있다.

2. 이 사건 처분에 대한 직접 관련 법령

■ 제주특별자치도의 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법(2009. 10. 9. 법률 제 9795호로 개정되기 전의 것, 이하 '특별법'이라고 한다)

제291조 (자연환경 보전·관리의 기본방향)

① 제주자치도는 정책·계획을 수립·시행함에 있어서 환경적으로 건전하고 지속가능한 발전이 이루어지도록 하며, 자연환경의 혜택은 주민이 함께 공유할 수 있도록 함과 동시에 장래의 세대가 동등한 기회를 가지고 자연을 이용할 수 있도록 보전·관리하여야 한다.

제292조 (절대보전지역)

① 도지사는 도의회의 동의를 얻어 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 지역을 자연환경의 고유한 특성을 보호하기 위한 지역(이하 "절대보전지역"이라 한다)으로 지정할 수 있다. 이를 변경할 때에도 도의회의 동의를 얻어야 한다.

1. 한라산·기생화산·계곡·하천·호소·폭포·도서·해안·연안·용암동굴 등으로서 자연경관이 뛰어난 지역
2. 수자원 및 문화재의 보존을 위하여 필요한 지역
3. 야생동물의 서식지 또는 도래지
4. 자연림지역으로서 생태학적으로 중요한 지역
5. 그 밖에 자연환경의 보전을 위하여 도조례로 정하는 지역

② 도지사가 제1항의 규정에 의하여 절대보전지역을 지정하거나 변경한 경우에는 도조례가 정하는 바에 따라 지체 없이 이를 고시하여야 한다.

③ 제1항의 규정에 의한 절대보전지역 안에서는 그 지역 지정의 목적에 위배되는 건축물의 건축, 공작물 그 밖의 시설의 설치, 토지의 형질변경, 토지의 분할, 공유수면의 매립, 수목의 벌채, 토석의 채취, 도로의 신설 등과 이와 유사한 행위를 할 수 없다. 다만, 제1호 내지 제5호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 도지사의 허가를 받은 경우에는 그러하지 아니하다.<개정 2007.8.3>

1. 국가 또는 제주자치도가 시행하는 등산로, 산책로, 임도, 도로, 공중화장실, 정자, 기상관측시설과 「자연공원법」에 의한 공원시설의 설치
2. 「산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률」 제13조에 따른 산림경영계획으로 시행하는 사업으로서 모두베기나 토지의 형질변경을 수반하지 아니하는 산림사업
3. 학술적 조사·연구를 목적으로 하는 행위
4. 절대보전지역 지정 전에 건축된 기존 종교시설의 정내에서의 건축물의 증·개축 행위
5. 그 밖에 자연자원의 원형을 훼손하거나 변형시키지 아니하는 범위 안에서의 도조례로 정하는 행위

■ 제주특별자치도 보전지역 관리에 관한 조례 (2010. 1. 6. 조례 제597호로 개정되기

전의 것, 이하 '도조례'라고 한다)

제2조(보전지역의 지정·적용기준 및 조사의 방법 등)

① 절대보전지역·상대보전지역, 관리보전지역(이하 "보전지역"이라 한다)의 지정기준은 다음 각 호와 같다

1. 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」(이하 "법"이라 한다) 제292조에 따른 절대보전지역 지정기준은 보전지역 보전지구별 등급지정기준 별표 1의 지하수자원·생태계·경관보전지구(이하 "보전지구"라 한다) 1등급 지역으로 한다.

[별표 1] 보전지역 보전지구별 등급지정기준(제2조 관련)

1. 지하수자원보전지구 등급지정기준

등급	지하수 오염취약성	보 전 등 급 기 준	
		토 양 요 소	투수성 지질요소
1 등급	매우 높음	하천범람지	습골, 하천, 용암동굴

2. 생태계보전지구 등급지정기준

등급	식물상요소	동물상요소
1 등급	<ul style="list-style-type: none"> · 멸종위기야생식물 군락지 · 보호야생식물 군락지 · 천연기념물 군락지 	<ul style="list-style-type: none"> · 멸종위기야생동물 서식지 · 천연기념물 서식지 · 철새도래지

3. 경관보전지구 등급지정기준

등급	경관평가점수	경 관 평 가 내 용
1등급	경관미 「매우 높음」 지역	H+ (기생화산, 해안선 주변)

제3조(주민의견 청취 등)

① 도지사가 법제292조부터 제294조의까지의 규정에 보전지역·지구 등을 지정(변경을 포함 한다)하고자 하는 때에는 주민의견을 들어야 한다. 단, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경미한 사항의 변경의 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 보전지역·지구 등의 면적의 축소

2. 보전지역·지구 등의 면적의 100분의 10이내의 확대

3. 주요 쟁점

대상판결의 소송에 있어서 주요 쟁점은 ① 원고적격 여부, ② 실체적 하자 여부, ③ 주민의신청취절차 이행 여부, ④ 도의회 동의절차의 하자 여부 등 네 가지이다.

가. 원고적격 여부

피고는 이 사건 처분은 소유권행사를 제약하던 절대보전지역지정처분을 해제하는 수익적 처분으로서 어느 누구의 권리도 침해하는 처분이 아닐 뿐 아니라 그 자체가 해군기지건설을 허용하는 처분은 아니므로 이 사건 처분의 직접 상대방이 아닌 원고들에게는 해군기지 건설계획 자체에 관한 처분의 취소를 구할 법률상 보호되는 이익이 있는지 여부는 별론으로 하고 이 사건 처분의 취소를 구할 수 있는 법률상 보호되는 이익이 없으므로 이 사건 소는 원고적격이 없는 사람들에 의한 소로서 부적법하다고 주장했다.

이에 대하여 원고들은, 피고의 이 사건 처분과 국방부장관의 국방·군사시설사업 실시계획 승인처분은 제주해군기지건설을 위한 일련의 과정에서 이루어진 처분인데, 원고 강정마을회는 서귀포시 강정동에 거주하는 주민들로 구성된 비법인사단이고, 원고 고시립·양홍찬, 원고(선정당사자) 강동균 및 선정자들은 서귀포시 강정동 토지의 소유자이거나 동소 토지의 임차인으로서 서귀포시 강정동에 거주하는 주민들인바, 환경영향평가 대상사업인 제주해군기지건설사업을 다룰 적격이 있으므로 이 사건 처분을 다룰 원고적격 역시 있다고 주장하였다.

나. 실체적 하자 여부

원고들은, ① 도조례에 의하면 절대보전지역 지정기준은 지하수자원·생태계·경관보전지구 1등급지역인바, 이 사건 지역은 경관미가 매우 높다는 이유로 절대보전지역으로 지정받은 경관보전지구 1등급지역이므로 사건 지역에 대한 절대보전지역 지정을 해제할 수 없음에도 피고는 국가정책사업이라는 이유로 이를 해제하였으므로 이 사건 처분은 도조례가 정하는 절대보전지역 지정기준을 위반하여 위법할 뿐 아니라, ② 가사 이 사건 처분이 재량행위라고 하더라도 이 사건 지역의 자연경관이 매우 아름다우며 특이한 암반대로 구성되어 있는 점, 멸종위기종 2급 동물인 붉은발 말뚝게가 서식하고 있으며 인근에 강정천과 범섬 및 연산호 군락지가 위치해 있어 자연환경을 보전

할 필요성이 매우 높은 점, 이 사건 지역이 절대보전지역에서 해제되어 매립될 경우 그 해당지역은 물론 인근 지역과 바다의 자연환경을 극도로 훼손시키는 등 자연환경적으로 엄청난 부작용이 예상된다는 점 등을 고려하지 아니한 것에 비추어 볼 때 재량권을 일탈·남용하였다고 주장하였다.

이에 대하여 피고는 이 사건 처분은 일종의 행정계획으로서 재량행위에 해당하므로 적법하다고 주장하였다.

다. 주민의견청취절차 이행 여부

피고는 이 사건 처분은 절대보전지역의 면적을 축소하는 경우이므로 도조례 제3조 단서의 제1호에 해당하여 주민의견청취절차를 이행할 필요가 없다고 주장하였다.

이에 대하여 원고들은 이 사건 처분은 절대보전지역의 면적을 축소하는 것이 아니라 절대보전지역 자체를 해제하는 처분이고 이 사건 처분의 해제 여부가 제주 사회의 최대현안으로 떠오르고 있는 현실에 비추어 볼 때 결코 경미한 사항이 아니라고 주장하였다.

라. 도의회 동의절차의 하자 여부

원고들은 도의회의 동의에는 그 절차상 안전심의규정 위반·표결방법 위반·일사부재의 원칙 위반의 하자가 있을 뿐 아니라 2차 표결조차 의결정족수 충족 여부가 불명하므로 무효라고 보아야 하고 따라서 이 사건 처분은 도의회의 유효한 동의가 없는 처분이라고 주장하였다.

이에 대하여 피고는 도의회의 동의는 하자가 없어 적법하여 유효하다고 주장한다.

4. 법원의 판단

제주지방법원은 위 네 가지 쟁점 중 본안에 관하여 판단하지 아니한 채 원고적격 여부에 대해서만 다음과 같이 판단하면서 원고들의 청구는 부적법하다고 하여 소 각하 판결을 하였다.

“피고의 이 사건 처분이 국방부장관의 국방·군사시설사업 실시계획 승인처분을 위하여 그 전제로 행하여진 처분이라 하더라도 위 승인처분과는 별개의 행정처분이므로 행정처분의 적법여부는 물론이고 행정처분을 다투는 절차 역시 별개로 보아야 하는 것이므로 다음에서 원고들에게 이 사건 처분을 다툴 수 있는 적격이 있는지 즉, 이 사건 처분의 근거가 되는 법규 및 관련법규에 의하여 보호되는 법률상의 이익이 있는지

에 관하여 본다.

살피건대, ① 절대보전지역의 해제는 소유권에 가한 제한을 해제하는 수익적 처분에 해당하는 것으로서 그 자체가 당연히 인근주민의 생활환경에 영향을 주는 사업의 시행이나 시설의 설치를 내포하고 있는 것은 아닌 점, ② 「구 제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법 (2009. 10. 9. 법률 제9795호로 개정되기 전의 것)」 및 「구 제주특별자치도 보전지역 관리에 관한 조례 (2010. 1. 6. 조례 제597호로 개정되기 전의 것)」는 환경적으로 건전하고 지속가능한 발전이 이루어지도록 하며, 자연환경의 혜택은 주민이 함께 공유할 수 있도록 함과 동시에 미래의 세대가 동등한 기회를 가지고 자연을 이용할 수 있도록 보전·관리하여야 함을 기본방향으로 하고 있으며, 위 법령의 각 규정들에 따라 절대보전지역이 지정됨으로서 보호되는 것은 인근주민의 주거 및 생활환경 등이 아니라 제주의 지하수·생태계·경관 그 자체라고 보아야 하는 점, ③ 위 조례 제3조 제1항도 절대보전지역의 지정 및 변경에는 주민들의 의견을 들도록 하고 있으나 보전지역을 축소하는 경우에는 예외로 한다고 규정함으로써 그 절차에 있어서도 지정으로 인하여 환경상 혜택을 받는 주민들이 아닌 권리의 제한을 받게 되는 주민들을 주된 보호의 대상으로 하고 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 처분이 취소되어 서귀포시 강정동 해안변지역 105,295m²가 절대보전지역으로 유지됨으로써 지역 주민들이 가지는 주거 및 생활환경상의 이익은 그 근거법령에 의하여 제주의 지하수·생태계·경관 등이 보호됨으로써 반사적으로 누리는 것에 불과할 뿐 근거법령 또는 관계법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익이라고 할 수는 없다.

나아가 원고들이 주장하는 헌법상의 생존권, 행복추구권, 환경권만으로는 그 권리의 주체·대상·내용·행사방법 등이 구체적으로 정립되어 있다고 볼 수 없으므로, 원고들에게 생존권, 행복추구권, 환경권에 기하여 이 사건 처분을 다룰 원고적격이 있다고 할 수도 없다.”

Ⅲ. 대상판결의 평석

1. 항고소송의 원고적격에 대한 학설과 판례

(가) 학설

원고적격이란 구체적인 소송에서 원고로서 소송을 수행하고 본안판결을 받을 수 있는 정당한 자격을 말한다. 항고소송에서 원고적격의 문제는 특정한 행정처분에 대하여

누가 원고로서 항고소송을 제기하여 본안판결을 받을 수 있는 자격이 있느냐의 문제이다. 원고적격은 항고소송에 있어서 소송요건의 하나이므로 이를 흠결하면 부적법한 소가 된다. 따라서 법원은 당사자의 이익 여부와 상관없이 직권으로 이를 조사하여 그 흠결이 있는 경우 이를 각하해야 한다.

특정한 행정처분의 직접 상대방은 그 처분의 취소를 구할 수 있는 원고적격이 있음은 당연하다. 따라서 원고적격이 문제되는 것은 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자의 경우이다.

이에 대하여는 종래 ① 처분으로 인해 권리의 침해를 받은 자만이 원고적격이 있다는 권리구제설, ② 전통적 의미의 권리침해뿐만 아니라 처분의 근거법규 등이 보호하는 이익이 침해된 경우에도 원고적격이 있다는 법적 보호이익설, ③ 법적 보호이익을 넘어 사실상의 이익 침해의 경우에도 소송제도를 통해 구제할 가치가 있는 경우에는 원고적격이 있다는 보호가치이익설, ④ 항고소송의 기능은 적법성 통제에 있으므로 당해 처분의 위법성 여부를 다투는데 가장 적합한 이해관계를 갖는 자가 원고적격이 있다는 적법성보장설이 주장되었다.

행정소송법은 앞서 본 바와 같이 '법률상의 이익'이 있는 자가 항고소송의 원고적격을 갖는다고 규정하고 있다. 따라서 현행 행정소송법상 항고소송의 원고적격의 문제는 '법률상의 이익'의 해석에 관한 문제라고 할 수 있는데 이와 관련해서는 현재 법적보호이익설과 보호가치이익설 두 가지 학설만 주장되고 있다. 따라서 이 두 가지 학설을 보다 자세히 검토해 보고자 한다.

(1) 법적 보호이익설

학계에서 통설적 지위를 차지하고 있는 학설이다. 통설은 법적 보호이익설이 원고적격을 지나치게 좁게 파악하여, 다양한 현대 행정작용으로 인하여 발생하는 국민의 권익침해를 구제하는데 문제가 있다는 점을 인정하면서도 다음과 같은 근거에서 법적보호이익설이 타당하다고 한다.¹²⁾ 첫째, 법률문언의 해석상 현행법이 명문으로 '법률상' 이익이라고 규정하고 있기 때문에, 법률문언을 무시하고 이를 사실상 이익으로 확대해석할 수는 없다. 둘째, 보호가치이익설은 구체적으로 어떠한 이익이 보호가치 있는 이익인지에 대한 객관적 기준을 명확하게 제시하지 못하기 때문에 채택할 수 없다. 셋째, 우리 행정소송법상 항고소송은 국민의 권리구제를 위한 주관소송이다. 넷째, 법적보호이익설이 원고적격의 범위를 좁게 봄으로써 야기되는 문제는 처분의 근거법규의 범위

12) 이원우, "원고적격과 협의의 소의 이익", 『행정소송법 개정자료집 I』, 법원행정처, 2007, 325 ~ 326면.

를 확대하고 관계법의 탄력적 목적론적 해석에 의해 해결할 수 있다.

한편 법적 보호이익설에서도 보호규범과 피보호이익을 어떻게 보는가에 따라 다양한 견해가 존재한다. 보호규범을 좁게 보는 견해는 처분의 근거법규에 한정하고(제1설), 보다 넓게 보는 견해는 처분의 근거법규뿐만 아니라 관계법규까지 보호규범으로 본다(제2설). 이 보다 넓게 보는 견해는 이에 추가하여 헌법상의 기본권 규정이 보충적으로 보호규범이 된다고 본다(제3설). 보호규범을 가장 넓게 보는 견해는 이에 추가하여 민법규정도 보호규범에 포함시킨다(제4설). 그리고 보호규범에 절차법규를 포함시킬 것인가에 관해서는 견해가 나뉜다.¹³⁾

(2) 보호가치이익설

보호가치이익설을 주장하는 입장에서는 다음과 같은 논거를 든다.¹⁴⁾ 우리 행정소송법상 항고소송은 재판소송으로서의 성격을 강하게 가지고 있다. 둘째, 행정소송법 제12조의 문언을 자세히 살펴보면, 규정형식 자체에서 독일 행정소송법과는 차이가 있다. 독일의 법규정은 자신의 권리가 침해당하였음을 주장하는 자에게 원고적격을 부여하고 있는 데 반하여, 우리 행정소송법 제12조에서는 “취소소송은 처분 등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다”고 규정하고 있다. 우리 학설이 이를 법률상 이익이 침해된 자로 해석하는 것은 독일법 해석론의 영향을 받은 것으로 보인다. 우리 행정소송법 규정형식상으로도 “취소를 구할” 법률상 이익이라고 규정한 것은, 실체법상의 권리침해와 관계없이, 취소를 구할 법률상 이익이라는 소송법적 관점에서 원고적격을 부여하기 위한 것으로 보는 것이 타당하다. 셋째, 1984년 행정소송법 개정에서 원고적격을 확대하고자 했던 입법자의 의사도 이에 부합한다. 넷째, 행정의 적법성 통제는 물론 국민의 권리구제라는 목적론적 관점에서도 타당하다. 다섯째, 보호가치이익설의 입장에서도 자기관련성, 현재성, 직접성, 재판적 관련성 등의 판단기준을 제시할 수 있는데 이러한 기준에 따라 사실상 이익의 침해 여부를 판단하는 것이 현재의 판례·통설이 취하는 방식보다 현실적으로 더욱 적절한 해결책을 제공해준다.

(나) 판례

판례는 법적 보호이익설을 따르고 있다. 즉 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라

13) 박균성, 「행정법론(상)」, 박영사, 2010. 1054면.

14) 이원우, 전제 논문, 328면.

하더라도 당해 행정처분으로 인하여 법률상 보호되는 이익을 침해당한 경우에는 취소소송을 제기하여 그 당부의 판단을 받을 자격이 있는 것이지만, 여기에서 말하는 법률상 보호되는 이익이란 당해 행정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적·구체적·개별적인 이익이어야 하고 공익 보호의 결과로 국민 일반이 공통적으로 가지는 추상적·평균적·일반적 이익이나 반사적 이익과 같이 간접적이거나 사실적·경제적 이익까지 포함하는 것은 아니라고 하고 있다.¹⁵⁾

한편 판례는 국민의 권리구제를 도모한다는 차원에서 처분 등의 근거법규의 범위를 점차로 넓혀가고 있다.

대법원 1995. 9. 26. 선고 94누14544 판결에서는 “도시계획법 제12조 제3항의 위임에 따라 제정된 도시계획시설기준에관한규칙 제125조 제1항이 화장장의 구조 및 설치에 관하여는 매장및묘지등에관한법률이 정하는 바에 의한다고 규정하고 있어, 도시계획의 내용이 화장장의 설치에 관한 것일 때에는 도시계획법 제12조 뿐만 아니라 매장및묘지등에관한법률 및 같은법시행령 역시 그 근거 법률이 된다고 보아야 할 것이므로”라고 판시하여 당해 처분의 근거법규가 위임하였거나 원용하도록 규정하고 있는 법규도 처분의 근거법규로 인정된다고 하였다.

또한 대법원 1998. 4. 24. 선고 97누3286 판결에서는 “조성면적 10만㎡ 이상이어서 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 것이니 만큼 자연공원법령뿐 아니라 환경영향평가법령도 당해 변경승인 및 허가처분에 직접적인 영향을 미치는 근거 법률이 된다”고 판시하여 당해 처분에 있어서 반드시 거쳐야 하는 절차법규도 처분의 근거법규로 인정된다고 하였다.

나아가 대법원 2004. 8. 16. 선고 2003두2175 판결에서는 “행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라 하더라도 당해 행정처분으로 인하여 법률상 보호되는 이익을 침해당한 경우에는 취소소송을 제기하여 그 당부의 판단을 받을 자격이 있다 할 것이나, 여기에서 말하는 법률상 보호되는 이익이라 함은 당해 처분의 근거법규 및 관련법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익이 있는 경우를 말하고, 당해 처분의 근거법규 및 관련법규에 의하여 보호되는 법률상 이익이라 함은 당해 처분의 근거법규(근거

15) 대법원 1992. 12. 8. 선고 91누13700 판결; 대법원 1993. 7. 27. 선고 93누8139 판결; 대법원 1994. 4. 12. 선고 93누24247 판결; 대법원 1995. 9. 26. 선고 94누14544판결; 대법원 1999. 10. 12. 선고 99두6026 판결; 대법원 2001. 10. 25. 선고 2001두4450판결; 대법원 2004. 5. 14. 선고 2002두12465판결; 2004. 8. 16. 선고 2003두2175 판결; 2006. 3. 16. 선고 2006두330판결 등 참조

법규가 다른 법규를 인용함으로써 인하여 근거법규가 된 경우까지를 아울러 포함한다)의 명문규정에 의하여 보호받는 법률상 이익, 당해 처분의 근거법규에 의하여 보호되지는 아니하나 당해 처분의 행정목적 달성을 위한 일련의 단계적인 관련처분들의 근거법규에 의하여 명시적으로 보호받는 법률상 이익, 당해 처분의 근거법규 또는 관련법규에서 명시적으로 당해 이익을 보호하는 명문의 규정이 없더라도 근거법규 및 관련법규의 합리적 해석상 그 법규에서 행정청을 제약하는 이유가 순수한 공익의 보호만이 아닌 개별적·직접적·구체적 이익을 보호하는 취지가 포함되어 있다고 해석되는 경우까지를 말한다"고 판시하여 당해 처분의 행정목적 달성을 위한 일련의 단계적인 관련처분들의 근거법규 및 관련법규까지도 처분의 근거법규로 인정하고 있다.

헌법재판소는 더 나아가 헌법상의 기본권까지 처분의 근거법규로 인정하고 있다. 즉 헌법재판소 1998. 4. 30. 선고 97헌마141 판결에서는 "행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라도 당해처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 경우에는 행정소송을 제기할 수 있다. 이 사건에서 보건대, 설사 국제청장의 지정행위의 근거규범인 이 사건 조항들이 단지 공익만을 추구할 뿐 청구인 개인의 이익을 보호하려는 것이 아니라는 이유로 청구인에게 취소소송을 제기할 법률상 이익을 부정한다고 하더라도, 청구인의 기본권인 경쟁의 자유가 바로 행정청의 지정행위의 취소를 구할 법률상 이익이 된다 할 것이다"라고 판시하였다.

그러나 대법원은 헌법상의 기본권까지 처분의 근거법규로 인정하는데 부정적이다. 즉 대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 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 농지개발사업 시행인가처분의 무효확인을 구할 원고적격이 없다"고 판시하였다.

(다) 소결

원고적격의 문제는 항고소송의 목적과 관련이 있다. 항고소송의 목적이 '권리구제'에 있다면 권리구제가 필요한 자에게 행정소송의 문은 열려 있어야 하는 것이고, 권리구제가 필요하지 않은 자에게는 그 문이 닫혀 있어야 할 것이다. 반면 단일 항고소송의 목적이 '적법성의 통제'에 있다면 이에 대하여는 국민 일반이 이해관계를 갖게 될 것이므로 그 문은 권리구제 필요 여부와 상관없이 활짝 열려야 할 것이다. 따라서 원고

적격의 인정 범위는 항고소송의 존재이유와 밀접한 논리 필연성을 갖게 된다.¹⁶⁾ 실제로 미국, 영국 등 선진국들은 대부분 행정소송의 목적을 '적법성의 통제'에 두는 재판소송으로 파악하고 있어 원고적격을 광범위하게 인정하고 있다.¹⁷⁾ 그런 관점에서 볼 때 행정처분의 제3자에 대한 원고적격 인정 여부에 관한 학설의 타당성 역시 항고소송의 존재이유와 논리적으로 연관되어 살펴볼 수밖에 없다.

행정소송법은 제1조에서 "행정소송절차를 통하여 행정청의 위법한 처분, 그 밖에 공권력의 행사·불행사 등으로 인한 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하고, 공법상의 권리관계 또는 법적용에 관한 다툼을 적정하게 해결함을 목적으로 한다"고 규정하고 있다. 이러한 행정소송의 목적과 관련하여 통설은 권리구제와 행정통제의 두 가지로 요약하고 항고소송과 당사자소송을 권리구제를 주목적으로 하는 주관적 소송으로, 민중소송과 기관소송을 행정통제를 주목적으로 하는 객관적 소송으로 보고 있다.¹⁸⁾

위와 같은 통설의 입장에 따른다면 항고소송을 객관소송으로 이해하는 것을 전제로 하는 적법성보장설을 따르기는 어려울 것이다.¹⁹⁾ 또한 권리구제설의 경우 ① 엄격한 의미의 권리가 침해된 자만이 항고소송을 제기할 수 있고, 법적으로 보호된 이익을 침해받은 자는 항고소송을 제기할 원고적격이 없다는 것은 재판을 받을 권리가 일반적으로 인정된 오늘날에는 타당하지 않을 뿐 아니라, ② 권리와 법적이익을 구별하던 과거에는 이 설의 존재이유가 있었지만, 오늘날 권리와 법률상 보호되는 이익을 동의어로 이해하므로 권리구제설은 법적 보호이익설과 동일하여 타당하지 않다.²⁰⁾ 보호가치 이익설은 원고적격의 유무를 행정실체법의 해석에 의하여 결정하기 보다는 오히려 행정처분으로 인하여 국민이 현실적으로 입은 불이익의 내용이 법원의 판결로써 보호할 가치 있을 정도의 실질을 구비하고 있는가의 여부에 따라 결정되어야 한다는 것을 의미하는데 이 설에 대하여는 '보호가치이익'의 관념이 지극히 추상적이기 때문에 법원의 자의적인 해석의 우려가 있고, 항고소송을 객관소송화시켜 남소의 폐단을 자아낼

16) 김동진, '환경소송에서의 주민의 원고적격', 「환경법연구」, 한국환경법학회, 2006. 103면.

17) 이에 대하여는 서원우, '미국판해법상의 원고적격법리' 「서울대학교 법학」, 서울대학교 법학연구소, 1978.; 백종인, '영국의 행정소송상 원고적격의 법리의 변화', 「법학연구」, 전북대학교 법학연구소, 1990. 등 참조.

18) 행정소송의 존재목적은 관련사인의 보호(권리구제기능), 행정법질서의 보호(행정통제기능), 행정의 효율성확보(임무경감기능)의 세 가지로 요약하는 견해도 있다. 홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2010, 833~834면.

19) 이에 대하여는 항고소송의 주된 기능을 권리구제에서 찾는 것은 타당하지 않으며 항고소송은 행정의 적법성 보장을 위한 소송으로 구성하는 것이 타당하다는 입장에서 입법론으로는 적법성보장설이 타당하다는 견해가 있다. 박균성, 전게서, 1057면.

20) 박균성, 전게서, 1053면.

우려가 있으며, 실체법이 보호하지 않는 이익을 쟁송법으로 보호하고자 하는 문제가 있다는 비판이 있다.²¹⁾

현행 행정소송법이 항고소송의 주된 기능을 권리구제로 보고 있을 뿐 아니라 사실상 이익은 법률상 이익이 아니라는 점에 비추어보면 현행 행정소송법의 해석론으로는 기본적으로 법적 보호이익설이 타당하다.²²⁾ 한편 법적 보호이익설을 취하더라도 국민의 권리구제를 충실히 한다는 차원에서 보호규범의 범위를 최대한 넓게 잡을 필요가 있다. 즉 보호규범을 처분 및 관련 처분의 근거법령과 관계법령의 실체법규와 절차법규는 물론 헌법상의 기본권 규정²³⁾, 나아가 관습법 및 조리법 등을 모두 포함하는 것으로 보아야 할 것이고, 법령에서 명시적으로 당해 이익을 보호하는 명문의 규정이 없더라도 법령의 합리적 해석을 통하여 법률상 이익을 인정할 수 있는 경우까지도 포함하는 것으로 보아야 할 것이다. 이러한 입장에 있게 되면 소송의 실제에 있어서는 보호가치이익설과 차이가 없을 것이다.

2. 대상판결에 대한 비판

(가) 대법원 판례의 경향과 배치

우선 대상판결은 국민의 권리구제를 도모하는 차원에서 원고적격의 범위를 점차 확대해 가는 대법원 판례의 경향과 배치된다.

대상판결은 피고의 이 사건 처분이 이 사건 변경처분을 위하여 그 전제로 행하여진 처분이라 하더라도 위 변경처분과는 별개의 행정처분이므로 행정처분의 적법여부는 물론이고 행정처분을 다투는 절차 역시 별개로 보아야 하는 것이라는 이유로 원고적격을 판단함에 있어서 이 사건 처분의 근거법규 및 관계법규의 범위에서 이 사건 변경처분의 근거법규 및 관계법규를 제외시키고 있다. 또한 원고들은 제주해군기지건설사

21) 김향기, '행정소송의 원고적격에 관한 연구 -환경행정소송에서 제3자의 원고적격을 중심으로-', 『환경법연구』, 한국환경법학회, 2009, 225면.

22) 박균성, 전거서, 1056면.

23) 헌법상의 기본권 규정을 보호규범의 범위에 포함시키는 경우에도 처음부터 기본권의 직접 적용을 통한 개인적 공권을 인정하려는 것은 아니고, 일차적으로 강행법규를 기준으로 하여 공권성립의 요소를 검토하고 그 다음 단계에서 강행법규에서 당연히 보호되어야 할 제3자의 이익이 법규정의 흠결로 보호되지 않는 경우에는 당해 강행법규의 헌법합치적 목적론적 해석을 통하여 그 흠결을 보충하며, 이와 같은 법규범의 해석을 통해서도 제3자의 생명·신체·보건환경 상의 중대한 법익이 침해되는 것을 방지할 수 없을 때에는 헌법상의 기본권 조항을 직접 적용해야 할 것이다. 김동진, 전제논문, 108면.

업에 따른 환경영향평가 대상지역 안에 거주하고 있어 원고적격이 당연히 인정되는 이 사건 승인처분²⁴⁾ 역시 이 사건 처분을 전제로 하고 있음에도 이에 대하여는 아무런 언급도 하지 않았다.

그러나 앞서 본 대법원 2004. 8. 16. 선고 2003두2175 판결에서는 당해 처분의 행정목적 달성을 위한 일련의 단계적인 관련처분들까지도 처분의 근거법규로 인정하고 있다. 따라서 위 대법원 판례에 의하면 이 사건 처분, 이 사건 변경처분과 이 사건 승인처분 모두가 달성하려고 하는 행정목적이 같아 그 행정목적 달성을 위한 일련의 단계적인 관련 처분들이라면 당연히 이 사건 변경처분 및 이 사건 승인처분의 근거법규도 이 사건 처분의 근거법규 및 관계법규에 포함되어야 할 것이다. 살피건대 이 사건 처분의 행정목적은 제주해군기지건설임은 두 말을 할 나위가 없다. 이는 이 사건 처분의 고시에 변경 결정사유로 “국가정책사업인 국가안보와 남방해양 수송로를 확보하고 제주관광발전을 위한 관광미항(제주해군기지)을 건설하기 위하여”라고 기재되어 있는 점에 비추어 볼 때 당연하다. 이 사건 변경처분의 행정목적 역시 제주해군기지건설이다. 또한 위 두 처분 역시 제주해군기지건설이라는 행정목적 달성을 위한 일련의 단계적인 처분들이다. 대상 판결도 “피고의 이 사건 처분이 이 사건 변경처분을 위하여 그 전제로 행하여진 처분이라 하더라도”라고 판시하여 이를 인정하고 있다. 한편 이 사건 승인처분 역시 그 매립목적은 제주해군기지(민·군복합형 관광미항)로 하고 있고 앞서 본 바와 같이 이 사건 처분을 전제로 하고 있다. 따라서 위 두 처분 역

24) 공유수면매립면허처분과 농지개발사업 시행인가처분의 근거 법규 또는 관련 법규가 되는 구 공유수면매립법(1997. 4. 10. 법률 제5337호로 개정되기 전의 것), 구 농촌근대화촉진법(1994. 12. 22. 법률 제4823호로 개정되기 전의 것), 구 환경보전법(1990. 8. 1. 법률 제4257호로 폐지), 구 환경보전법 시행령(1991. 2. 2. 대통령령 제13303호로 폐지), 구 환경정책기본법(1993. 6. 11. 법률 제4567호로 개정되기 전의 것), 구 환경정책기본법 시행령(1992. 8. 22. 대통령령 제13715호로 개정되기 전의 것)의 각 관련 규정의 취지는, 공유수면매립과 농지개발사업시행으로 인하여 직접적이고 증대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가 대상지역 안의 주민들이 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 이를 보호하려는 데에 있다고 할 것이므로, 위 주민들이 공유수면매립면허처분 등과 관련하여 갖고 있는 위와 같은 환경상의 이익은 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익으로서 그들에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 환경상의 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 공유수면매립면허처분 등의 무효확인을 구할 원고적격이 인정된다. 한편, 환경영향평가 대상지역 밖의 주민이라 할지라도 공유수면매립면허처분 등으로 인하여 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있는 경우에는, 공유수면매립면허처분 등으로 인하여 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있다는 것을 입증함으로써 그 처분 등의 무효확인을 구할 원고적격을 인정받을 수 있다. 대법원 2006. 3.16. 선고 2006두330 판결.

시 제주해군기지건설이라는 행정목적은 달성하기 위한 일련의 단계적인 처분들이 분명하다. 그렇다면 당연히 대상판결은 이 사건 변경처분 및 이 사건 승인처분의 근거법규 및 관련법규도 이 사건 처분의 원고적격을 판단하는데 있어 근거법규로 보아야 했다. 그럼에도 대상판결은 이를 도외시하고 근거법규를 부당하게 좁게 해석하는 잘못을 저질렀다.

대법원은 “당해 처분의 근거법규 또는 관련법규에서 명시적으로 당해 이익을 보호하는 명문의 규정이 없더라도 근거법규 및 관련법규의 합리적 해석상 그 법규에서 행정청을 제약하는 이유가 순수한 공익의 보호만이 아닌 개별적·직접적·구체적 이익을 보호하는 취지가 포함되어 있다고 해석되는 경우까지를 말한다.”고 판시하여 법령의 명시적인 규정이 없는 경우에도 제반사정을 종합하여 가능한 한 원고적격을 넓게 인정하고자 하고 있다.²⁵⁾

이러한 대법원의 취지에 비추어 볼 때 자연환경 보전·관리의 기본방향을 규정한 특별법 제291조 제1항 중 “자연환경의 혜택은 주민이 함께 공유할 수 있도록”이라는 내용 및 절대보전지역의 지정 및 변경에는 주민의 의견을 청취하도록 규정한 도조례 제3조 등의 규정 및 이 사건 처분으로 침해되는 원고들의 이익의 내용·성질·태양 등을 종합하여 볼 때 이 사건 처분의 근거법규 중 하나인 특별법과 도조례의 관련 규정들이 순수한 공익의 보호만이 아닌 주민의 개별적·직접적·구체적 이익도 보호하는 것으로 합리적으로 해석하여 원고적격을 인정할 여지도 충분히 있다.²⁶⁾ 그러나 대상판결은 이를 엄격하게 해석하여 이 사건 지역에 거주하는 주민들의 주거 및 생활환경상의 이익은 그 근거법령에 의하여 제주의 지하수·생태계·경관 등이 보호됨으로써 반사적으로 누리는 것에 불과할 뿐 근거법령 또는 관계법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익이라고 할 수는 없다고 하는 잘못을 저질렀다.

대상판결은 주민의견청취절차를 규정한 도조례 제3조 제1항은 절대보전지역의 지정 및 변경에는 주민들의 의견을 들도록 하고 있으나 보전지역을 축소하는 경우에는 예

25) 대법원 2004. 8. 16. 선고 2003두2175 판결

26) 실제로 어떤 권리가 당해 처분의 근거법규에 의하여 보호되고 있는지 여부가 명백한 경우는 드물다. 특히 환경법규의 목적은 궁극적으로 환경보호를 통한 국민의 생명 내지 건강의 보호에 있으므로 이러한 국민이 받는 이익을 쉽게 공익이 보호됨에 따라 얻어지는 반사적 이익으로 단정하는 것은 옳지 않다할 것이다. 당해 처분의 근거법규가 개인의 이익도 보호하고 있는지 여부는 명문규정이 없더라도 처분의 직접 근거법규 및 관련 법규 등 법체계 전체를 종합적으로 고려하여 합목적적으로 판단하여야 할 것이다. 이는 결국 구체적인 사건에 있어서 처분의 상대방이 아닌 제3자에게 원고적격이 인정되는지 여부는 처분의 근거법규(관련법규 포함) 등의 취지, 목적, 그 처분으로 침해되는 이익의 내용, 성질, 태양 등을 종합하여 개별적으로 판단되어야 한다는 것을 의미한다. 김홍균, 「환경법」, 홍문사, 2007, 429면.

의로 한다고 규정함으로써 그 절차에 있어서도 지정으로 인하여 환경상 혜택을 받는 주민들이 아닌 권리의 제한을 받게 되는 주민들을 주된 보호대상으로 하고 있다고 보아야 한다고 하며 도조례 제3조 제1항도 원고적격을 인정하는 근거법규가 될 수 없다고 하였다. 그러나 도조례 제3조 제1항은 원칙적으로 주민의견청취절차를 거치도록 하고 다만 경미한 사항일 경우에 생략할 수 있게 하면서 경미한 사항의 하나로 보전지역 축소를 예로 든 점에 비추어 볼 때 절대보전지역 지정으로 인하여 소유권 등 권리의 제한을 받게 되는 주민들만을 주된 보호대상으로 하고 있다고 단정할 수는 없는 일이다. 오히려 특별법 제291조 제1항의 “자연환경의 혜택은 주민이 함께 공유할 수 있도록”이라고 규정하고 있는 점, 절대보전지역 지정 및 변경에 관한 규정은 궁극적으로 국민의 생명과 건강의 보호에 있는 점 등을 고려해 본다면 도조례 제3조 제1항은 절대보전지역 지정 유지로 인하여 환경상 혜택을 받는 주민들도 주된 보호대상으로 하고 있다고 해석할 여지도 충분히 있다. 그럼에도 대상판결은 이를 도의시하였다.

대상판결은 절대보전지역의 해제는 소유권에 기한 제한을 해제하는 수익적 처분에 해당하는 것으로서 그 자체가 당연히 인근주민의 생활환경에 영향을 주는 사업의 시행이나 시설의 설치를 내포하고 있지 않다고 판시하였다. 그러나 이는 지극히 형식논리적인 판단에 불과하다. 원고들을 비롯한 강정마을 주민들은 생존권적 차원에서 제주해군기지 건설을 반대하며 4년 가까운 기간 동안 투쟁하면서 30여 명이 사법처리를 받는 등 많은 고초를 겪어 왔고 대상판결이 선고된 이후에도 마을총회를 열어 결사항전 87표, 조건부 수용 6표로 압도적으로 결사항전을 선택했다.²⁷⁾ 한편 이 사건 지역에 대한 절대보전지역의 해제는 제주해군기지건설사업의 필수 전제이다. 절대보전지역이 해제되지 않는 한 이 사건 지역의 매립행위가 불가능하기 때문에 사실상 제주해군기지를 건설할 수가 없다. 따라서 절대보전지역의 해제는 제주해군기지사업을 가능케 하여 원고들을 비롯한 인근주민들에게는 소유 토지를 강제로 수용 당하는 등 소유권에 상당한 제한을 받게 될 뿐 아니라 사실상 조상 대대로 내려온 삶의 터전을 떠날 수밖에 없게 한다. 그렇다면 절대보전지역의 해제는 원고들의 소유권은 물론 생존권, 행복추구권 등도 위협하는 처분이다. 그럼에도 위와 같이 수익적 처분에 불과하다고 판시하는 것은 이 사건 처분으로 침해되는 원고들의 이익에 대한 구체적인 고려가 없었음을 단적으로 드러내는 것이라 아니할 수 없다. 한편 앞서 본 바와 같이 특별법 제291조 제1항에서는 자연환경 보전·관리의 기본방향 중 하나로 자연환경의 혜택을 주민이 함께 공유할 수 있도록 함을 규정하고 있다. 따라서 절대보전지역의 해제는 주민들이 자연

27) 「제주의 소리」 <http://www.jejusori.net/news/articleView.html?idxno=93090>.

환경의 혜택을 받는 권리를 침해하는 침해적 처분으로 해석할 여지가 얼마든지 있다. 그럼에도 대상판결은 피고의 주장 논리를 그대로 수용하여 수익적 처분으로 보는 오류를 범했다. 또한 절대보전지역의 해제 그 자체가 원고들을 비롯한 인근주민의 생활 환경에 영향을 주는 사업인 해군기지건설사업의 시행을 내포하는 것이 아니라는 논리 역시 절대보전지역의 해제가 제주해군기지건설사업의 필수 전제라는 점에서 다분히 논리형식적인 해석에 불과하여 설득력이 없다.

한편, 원고적격을 판단함에 있어서 처분의 근거법규에 관한 대법원이 취하고 있는 원론적인 입장은 합리적인 것이라 판단할 수 있으나 당해 처분의 근거법규 또는 관련 법규에서 명시적으로 당해 이익을 보호하는 명문의 규정이 없는 경우에 근거법규 및 관련법규를 해석함에 있어 지나치게 엄격하거나 서투른 해석방법을 취하게 되는 경우 대법원의 원론적인 입장은 단순한 립서비스에 그치게 될 위험성이 있다는 견해²⁸⁾가 있는데 대상판결에 대하여 그대로 들어맞는 지적이 아니라 할 수 없다.

(나) 사법의 행정통제 기능 무시

앞서 본 바와 같이 특별법은 제292조 제1항에서 절대보전지역의 지정 및 변경에 관하여 일반적이고 추상적인 기준을 규정한 다음 같은 항 제5호에서 도조례로 그 구체적인 기준을 정할 수 있도록 위임하고 있다. 이에 도조례는 지하수자원·생태계·경관보전지구 1등급지역을 절대보전지역으로 지정하도록 규정하고 있다. 이 사건 지역은 경관미가 매우 높다는 이유로 절대보전지역으로 지정받은 경관보전지구 1등급지역이다. 따라서 이 사건 지역에 대하여 절대보전지역 지정을 해제하고자 한다면 현장조사를 해서 그 결과 환경여건의 변화로 인해 더 이상 1등급지역을 유지할 수 없다는 판정을 받은 다음 이를 해제했어야 한다. 그러나 앞서 본바와 같이 이 사건 조사·검토서에는 “절대보전지역 지정 당시와 환경여건이 변화되지 않았다”고 기재되어 있다. 또한 위 조사·검토서가 작성될 무렵 멸종위기 야생동물 2급에 해당하는 붉은발 말뚝게가 이 사건 지역에 서식하고 있는 사실이 전문가 감정을 거쳐 밝혀져 이 사건 지역은 생태계보전지구 1등급지역에도 해당되게 되었다.²⁹⁾ 그렇다면 이 사건 지역은 특별법과 도조례에 의하면 절대보전지역 지정을 해제할 수 없는 곳이라고 해야 할 것이다. 그럼에도 국책사업이라는 이유로 이 사건 처분이 이루어진 것이다. 따라서 이 사건 처분은 특별법과 도조례를 정면으로 위반하여 위법하다 할 것이다.

28) 유진식, “취소소송에 있어서 원고적격의 구조적 분석”, 「전북대학교 법학연구」 통권 제30집 2010, 155면.

29) 「제주의 소리」, <http://www.jejuori.net/news/articleView.html?idxno=69409>.

이에 대하여 피고는 이 사건 처분은 일종의 행정계획으로서 재량행위에 해당하므로 적법하다고 주장하지만 가사 피고의 주장대로 이 사건 처분이 재량행위에 해당한다고 하더라도 법이 정한 기준을 위반하지 않는 범위 내에서만 재량을 인정할 수 있다고 보아야 한다. 법이 정한 기준을 위반하더라도 재량행위라는 이유로 적법하다고 한다면 절대보전지역 지정 및 변경처분에 관하여 특별법과 도조례에서 정한 기준과 절차에 관한 규정들은 모두 의미가 없어지기 때문이다. 따라서 피고의 주장은 법치주의의 관점에 비추어 볼 때 전혀 납득할 수 없는 주장이다.

더군다나 이 사건 처분은 앞서 본 바와 같이 주민의견청취절차 미이행, 도의회 등의 의결의 하자 등 절차적 측면만 보더라도 위법일 여지가 있다.

사정이 이러한에도 대상판결은 본안에 대하여 아무런 판단을 하지 않음으로써 결과적으로 특별법과 도조례에서 정한 절차와 기준에 관한 규정들이 절대보전지역 해제와 관련해서는 모두 사문화(死文化)되어 버릴 위기에 처해지게 만들었다. 대상 판결은 절대보전지역 지정 및 변경에 관한 근거법규 및 관계법규는 제주의 지하수·생태계·경관 그 자체를 보호하는 것에 불과하고 인근 주민의 주거 및 생활환경상의 이익을 보호하는 것은 아니라고 판시하였는데 이에 따른다면 절대보전지역의 해제와 관련해서는 그 어느 누구도 원고적격을 인정받을 수가 없다. 그렇게 되면 도지사가 특별법과 도조례에서 정한 기준과 절차를 모두 무시하고 제멋대로 절대보전지역을 해제하더라도 법적으로는 통제를 할 수 있는 방법이 없다. 예컨대 극단적으로 도지사가 도의회의 동의도 얻지 않고 제주도 내 절대보전지역 전부를 몽땅 해제해 버린다고 하더라도 법적으로 이를 다룰 수 있는 방법이 없게 되는 것이다. 대상 판결로 인해 도지사가 법 위에 군림할 수 있는 길이 열리게 되었다고 해도 과언이 아니다. 이러한 점에 비추어 볼 때 대상판결은 행정 권력의 부당한 행사를 통제하는 법원의 헌법적 권력통제기능조차 무시한 판결이라는 비판을 면하기가 어렵다.

또한 절대보전지역은 제주도의 자연보전체계의 근간을 이룬다.³⁰⁾ 그럼에도 대상판결의 논리를 그대로 따르게 되면 도지사의 절대보전지역의 해제에 대하여 아무런 법적 통제를 할 수 없게 되어 천혜의 아름다운 자연을 기반으로 세계환경수도를 지향하는 제주특별자치도의 자연보전체계에 커다란 법적 흠결을 가져오게 된다는 문제점도 있다. 위와 같은 점에 비추어 볼 때도 원고적격을 판단함에 있어 기준이 되는 법률상 이익의 근거법규를 함목적적으로 확대할 필요성이 절실하게 요구되는 것임에도 대상판

30) 특별법은 제292조 내지 제294조에서 제주도의 자연환경 보전을 위해 절대보전지역, 상대보전지역, 관리보전지역으로 나눠 규정하고 있다.

결은 이를 외면하였다는 비판을 면키 어려울 것이다.

(다) 기타

대상판결은 생존권, 행복추구권, 환경권 등 기본권에 기하여는 이 사건 처분을 다룰 원고적격이 없다고 판시하였는데 이는 대법원 판례를 그대로 따른 것으로 이에 대해서도 법률상 이익의 근거법규를 합목적적으로 확대하여 해석할 필요성이 절실한 사안임에도 이를 외면하였다는 비판이 가능하다.

IV. 마치며

학설의 일반적인 견해는 항고소송의 원고적격의 범위를 현재의 판례의 입장보다 더 넓혀야 한다는 것이다. 또한 국민의 권익구제의 확대, 행정통제의 확대, 소송을 통한 법적분쟁의 해결, 판례변경의 어려움 등을 이유로 원고적격에 관한 규정의 개정이 요구되고 있다.³¹⁾ 이에 대법원은 행정소송법 개정안을 마련하여 2006. 9. 8. 입법의견의 형식으로 국회에 제출하였는데 대법원안은 항고소송의 원고적격의 범위를 확대하기 위하여 현행법의 '법률상의 이익' 대신 '법적으로 정당한 이익'이라는 개념을 도입하였다. 그러나 정부안은 원고적격에 관한 현행 규정을 유지하였는데, 이는 현행규정의 해석을 통해서도 원고소송의 원고적격을 넓힐 수 있다고 본 것으로 이해된다.³²⁾

그러나 현행규정의 해석을 통해 원고적격을 확대하고자 하는 입장은 대상판결의 경우와 같이 원고적격을 판단함에 있어 당해 처분의 근거법규 및 관련법규를 해석함에 있어 지나치게 엄격한 해석방법을 취하게 될 경우 단순한 립서비스에 그치게 될 위험성이 있다. 따라서 입법론적으로는 항고소송을 행정의 적법성 보장을 위한 객관소송으로 구성하는 방법을 적극 고려해 볼 필요가 있다고 할 것이다.

참고문헌

김홍균, 「환경법」, 홍문사, 2007.

31) 박균성, '항고소송의 원고적격 및 항고소송에 관한 기타 논점', 「행정소송법 개정자료집 II」, 법원행정처, 2007, 866~868면.

32) 박균성, 전제서, 1057면.

- 박근성, 「행정법론(상)」, 박영사, 2010.
- 홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2010.
- 김동건, 「환경소송에서의 주민의 원고적격」, 「환경법연구」, 한국환경법학회, 2006.
- 김향기, 「행정소송의 원고적격에 관한 연구 -환경행정소송에서 제3자의 원고적격을 중심으로-」, 「환경법연구」, 한국환경법학회, 2009.
- 박근성, 「항고소송의 원고적격 및 항고소송에 관한 기타 논점」, 「행정소송법 개정자료집 II」, 법원행정처
- 백종인, 「영국의 행정소송상 원고적격의 법리의 변화」, 「법학연구」, 전북대학교 법학연구소, 1990.
- 서원우, 「미국판례법상의 원고적격법리」 「서울대학교 법학」, 서울대학교 법학연구소, 1978.
- 유진식, 「취소소송에 있어서 원고적격의 구조적 분석」, 「전북대학교 법학연구」 통권 제 30집 2010..
- 이원우, 「원고적격과 협의의 소의 이익」, 「행정소송법 개정자료집 I」, 법원행정처, 2007.
- 인터넷 신문 시사제주, <http://www.sisajeju.com/>
- 인터넷 신문 제주의 소리, <http://www.jejusori.net/>

[Abstract]

Change of Disposition on Absolute Preservation Area and the Standing of the Citizen in Appeal Litigation

Shin, Yong-In

Professor of Jeju University

The appeal litigation may be instituted by only a person having legal interest as prescribed by the Administrative Litigation Act. The interpretation on legal interest is left to theory and precedent.

The Supreme Court of Korea has a tendency to extend the scope of standing of

citizens, as a way of seeking to relieve citizens from the infringement of their rights. The general view of the theories insist that the scope of standing in appeal litigation should be more extensive than the stance of precedent.

The ruling of Jeju District Court, Which has dismissed the case in question shows an excessively narrow interpretation of the basis statutes of legal interest in relation to change of disposition on absolute preservation area against the tendencies of theory and precedent.

This would not only run counter to fundamentalism of the Administrative Litigation Act which tries to serve the relief on the rights of the citizens faithfully, but also renounce the control of administrative power in relation to change of disposition on absolute preservation area.

Eventually, this case has exposed the problems and limits of the extending the scope of the standing through interpretation. so we need to consider the way of constructing the appeal litigation as a objective litigation to guarantee the legality of the administration.

Key Words : appeal litigation, legal interest, the relief on the right, absolute preservation area

