경북대학교 법학연구원『법학논고』
제95집 (2026.10) 79~117면.
Kyungpook Natl. Univ. Law Journal
Vol.95 (Oct 2026) pp.79~117.
http://doi.org/10.17248/knulaw..95.202610.79

예방적 금지소송

김 창 조*

〈국문초록〉

예방적 금지소송은 장래에 행해질 행정처분을 미리 금지하는 소송이다. 현행 행정소송법 하에서는 취소소송 중심주의, 사후소송의 원칙주의에 기초하여 예방적 금지소송을 예외적인 것으로 인식되고 있다. 예방적 금지소송은 취소소송에 시간적으로 선행하는 의미를 가지기 때문에 취소소송에 대한 보충성은 부정하기 어렵다. 예방적 금지소송은 행정권 행사에 대한 사인의 자유·권리의 방어를 목적으로 행해진다. 그리고 장래에 행해질 가능성이 높은 행정처분의 금지를 구하는 것이기 때문에 행정청에 행정처분을 의무 지우는 것을 내용으로 하는 의무이행소송에 비해서 허용하는 것이 용이하다고 생각된다. 그러나 우리나라의 논의는 의무이행소송의 도입에 비해서 예방적 금지소송의 제도화에 대해서는 소극적인 것 같다. 예방적 금지소송은 급부소송의 성격을 갖지만, 행정청의 부작위의무 내지 작위권한 부존재를 구하는 확인소송과 기능적으로 큰 차이가 없다. 예방적 금지소송에는 침해처분의 상대방이 그 처분의 금지를 요구하는 형태와 수익처분에 대해서 제3자가 원고가 되어 금지를 구하는 형태가 있을 수 있다.

현행 우리 법제 하에서 행정소송의 소송사항에 대해서는 열기주의가 아닌 개괄주의를 택하고 있다. 열기주의는 소송사항의 대상이 되는 사항을 법령에 한정적으로 열거하는 형식을 취하면서 행정소송의 형태에 관하여는 행정처분 관념을 기초로 위법한 행정처분에 관한 불복소송이라는 구조를 취하는 행정소송제도를 말한다. 이에 비하여 행정소송 사항에 관한 개괄주의는 법률상 쟁송에 해당하면 소송사항에 제한을 두지 않고 폭넓게 사법구제를 인정하는 제도를 지칭한다. 이러한 개괄주의에 기초하여 행정소송시스템을 구성한 현행 행정소송의 제도설계 배경이나 목적을 감안하면, 국민의 권리 혹은 법률상 이익이 침해될 경우 소송유형이 법정화되어 있지 않은 경우라고 하더라도, 시스템의 탄력적 운영이라는 측면에서 법적 분쟁에 대응하여 새롭게 당해 제도의 해석을 통하여 인정할 여지가 있지만, 종래의 대법원 판례는 예방적 금지소송을 인정하지 않고 현재에 이르고 있다.

예방적 금지소송을 해석상 혹은 입법론적 도입에 대해서 저항하는 법적 제논리로서 취소소송 중심주의, 행정청의 제1차적 판단권 존중, 사후구제원칙, 구체적 법률관계의 부존재론 등이 주장되어 왔다. 이러한 논리의 한계는 앞에서 분석한 바와 같다. 따라서 우리 헌법이 규정하는 사법작용의 본질을 고려할 때, 이러한 예방적 금지소송을 인정하지 않는 논리적 근거는 더 이상 설득력을 갖지 않는다고 생각된다. 이 문제에 관한 우리나라의 학설과 일본과 독일제도와 판례를 고려할

* 경북대학교 법학전문대학원 교수, 법학연구원 연구위원

때, 예방적 금지소송을 행정소송 제도개정을 통해서 혹은 해석을 통해서 도입할 때 다음의 요건은 고려하는 것이 필요할 것 같다. 즉, ① 당해 행정처분이 행해지는 것에 개연성이 있을 것(또는 확실할 것), ② 당해 행정처분이 위법할 것이 명백할 것(행정청의 부작위의무가 존재할 것), ③ 행정처분이 행해지면 원고에게 회복하기 힘든 손해(혹은 중대한 손해)가 발생할 것. ④ 이러한 손해를 피하기 위해 다른 적절한 법적 수단이 없을 것(보충성) 등이다. 이들 요건은 현행행정소송 제도의 구조적 특성과 헌법상 사법권의 한계를 반영한 것으로 권리구제의 효율성과 탄력성을 고려하여, 이 요건을 적용함에 있어서도 유연하게 판단하는 것이 타당한 것 같다.

주제어 : 예방적 금지소송, 사후구제주의, 취소소송 중심주의, 행정청의 제1차적 판단권, 항고소송의 장단점

• 투고일 : 2026.10.01. / 심사일 : 2026.10.25. / 게재확정일 : 2026.10.27.

Ⅰ. 머리글

예방적 금지소송은 장래에 행해질 행정처분을 미리 금지하는 소송이다. 현행 행정소송법 하에서는 취소소송 중심주의, 사후소송 원칙주의에 기초하여 예방적 금지소송은 예외적인 것으로 인식되고 있다. 예방적 금지소송은 취소소송에 시간적으로 선행하는 의미를 가지기 때문에 취소소송에 대한 보충성은 부정하기 어렵다. 예방적 금지소송은 행정권 행사에 대한 사인의 자유·권리의 방어를 목적으로 행해진다. 그리고 장래에 행해질 가능성이 높은 행정처분의 금지를 구하는 것이기 때문에 행정청에 행정처분을 의무 지우는 것을 내용으로 하는 의무이행소송에 비해서 허용하는 것이 용이하다고 생각된다. 그러나 우리나라의 논의는 의무이행소송의 도입에 비해서 예방적 금지소송의 제도화에 대해서는 소극적인 것 같다. 예방적 금지소송은 급부소송의 성격을 갖지만, 행정청의 부작위의무 내지 작위권한 부존재를 구하는 확인소송과 기능적으로 큰 차이가 없다. 예방적 금지소송에는 침해처분의 상대방이 그 처분의 금지를 요구하는 형태와 수익처분에 대해서 제3자가 원고가 되어 금지를 구하는 형태가 있을 수 있다.

현행 우리 법제 하에서 행정소송의 소송사항에 대해서는 열기주의가 아닌 개괄주의를 택하고 있다. 열기주의는 소송사항의 대상이 되는 사항을 법령에 한정적으로 열거하는 형식을 취하면서 행정소송의 형태에 관하여는 행정처분

관념을 기초로 위법한 행정처분에 관한 불복 소송이라는 구조를 취하는 행정소송제도를 말한다. 이에 비하여 행정소송 사항에 관한 개괄주의는 법률상 쟁송에 해당하면 소송사항에 제한을 두지 않고 폭넓게 사법구제를 인정하는 제도를 지칭한다. 이러한 개괄주의에 기초하여 행정소송시스템을 구성한 현행 행정소송의 제도설계 배경이나 목적을 감안하면, 국민의 권리 혹은 법률상 이익이 침해될 경우 소송유형이 법정화되어 있지 않은 경우라고 하더라도, 시스템의 탄력적 운영이라는 측면에서 법적 분쟁에 대응하여 새롭게 당해 제도의 해석을 통하여 인정할 여지가 있지만, 종래의 대법원 판례는 예방적 금지소송을 인정하지 않고 현재에 이르고 있다.[1)]

그동안 몇 차례 논의가 진행된 예방적 금지소송 제도의 법정화 논의는 이것을 항고소송 유형의 하나로서 규정하려는데 특징이 있다. 항고소송은 행정처분에 대한 불복을 주장하는 소송이다. 이것은 재판절차를 통하여 특정 당사자 간의 법률관계(권리의무관계)를 확정하는 방법이 아닌 당해 행정행위의 위법성을 취소·확인하는 방법으로 법적 분쟁을 해결하면서 사회적 제이익을 조정하는 기능을 하고 있다. 이러한 점에서 항고소송은 특정 당사자 상호 간에 있어서 권리의무가 아닌 행정행위에 위법이 있는지 여부에 초점을 맞추어 법적 분쟁을 해결하는 시스템이라고 평가할 수 있다. 행정소송은 행위소송과 법률관계소송으로 분류할 수 있는데 이러한 분류에 따르면, 항고소송은 행위소송이라고 할 수 있다.[2)] 우리 행정소송법은 항고소송 중 취소소송 중심주의의 기본구조를 취하고 있는데,[3)] 취소소송을 비롯한 무효등확인소송, 부작위위법확인소송 등의 항고소송은 전형적인 행위소송유형에 해당한다. 이러한 소송에서는 통상적으로 피고 행정청에 대해서 행정행위에 대한 위법확인, 취소, 시정 또는 예방적 금지소송이 입법화될 경우, 행정청에 대해서 처분을 행하지 말 것을 요구하는 행정처분의 금지 등이 청구된다. 이에 비하여 법률관계소송은 행정에 관한 법률관계 즉 권리의무관계의 존부 등을 다투는 소송이다. 공법상 당사자 소

---

1) 대법원 2006. 5. 25. 선고 2003두11988 판결. 「행정소송법상 행정청이 일정한 처분을 하지 못하도록 그 부작위를 구하는 청구는 허용되지 않는 부적법한 소송이라 할 것이므로, 피고 국민건강보험공단은 이 사건 고시를 적용하여 요양급여비용을 결정하여서는 아니 된다는 내용의 원고들의 위 피고에 대한 이 사건 청구는 부적법하다 할 것이다.」

2) 취소소송 중심주의의 상세내용은 후술한다. 행위소송은 권리침해에 초점을 맞추지 않고 본안에서 행정행위의 위법성에 초점을 맞추어 다투는 소송이다. 이러한 소송에서는 권리침해 여부는 원고적격의 존부여부를 심사하는 과정에서 판단된다.

3) 우리 행정소송법상 취소소송은 행정행위의 취소를 구하는 행위소송으로서 특질을 갖는다. 예컨대 취소소송에는 제소기간의 제한과 취소판결의 제3자효 등이 인정된다. 이러한 것은 행위소송인 취소소송에 법률이 의해 부여된 속성이라고 할 수 있다.

송이나 민사소송이 이에 해당하는 전형적 예이다.[4]

이하에서는 예방적 금지소송 제도에 대해서 독일, 일본 법제에 있어서 이 제도의 운영 상황과 해석상 문제점과 이 제도를 우리나라에서 법정화할 경우, 제도 설계과정에서 유의할 점과 향후 우리 법제에 도입 시 예상되는 쟁점을 분석하려 한다.

Ⅱ. 취소소송 중심주의[5]와 예방적 금지소송

취소소송 중심주의의 의미는 기술적 측면과 실천적 측면이 있다. 기술적 측면은 입법기술에 관련된 것이다. 우리나라 행정소송법 조문 구조는 취소소송에 관한 조문을 상세히 규정하고 그 밖의 항고소송 유형에 대해서는 취소소송에 관한 규정을 준용하고 있다. 그리고 당사자소송에 대해서도 항고소송에 관한 규정을 준용하는 법기술을 사용하고 있다. 이러한 법기술적 측면에 착안하여 현행 행정소송법 구조는 취소소송 중심주의에 기초하고 있다고 할 수 있다. 한편 실천적 측면에서 취소소송 중심주의는 행정소송상 구제방식에 있어서 취소소송이라는 소송유형을 통한 구제를 원칙으로 하고 나머지 항고소송은 보충적 구제수단이라는 것을 의미한다. 이러한 행정소송에 관한 제도이해는, 권리구제 과정에서 주된 구제수단인 취소소송 이외의 무효확인소송이나 부작위위법확인소송 등의 항고 소송유형을 통한 구제를 보충적, 예외적인 것으로 파악하여, 한정적으로만 인정하여도 충분하다는 가치판단을 전제한 것으로 보인다.

이러한 점을 고려할 때, 취소소송 중심주의는 우리나라 행정소송법의 기본구조 그리고 그 배후에 있는 전통적 행정법이론[6]을 일정한 형태로 표현한 것이다.

현행 행정소송법이 취소소송 중심주의를 취하고 있다는 명제는 1차적으로는 인식으로서 제시된 것이지만, 법령의 해석적용에서도 취소소송을 중심으로 문제를 해결하고, 나머지 소송유형은 예외적 보충적으로 활용한다는 법령의 해석적용 즉 실천과 연결되고 있다. 행정소송법상 취소소송이 주된 구제수단이고 나머지는 종된 구제수단이라는 과도한 취소소송 중심적 제도운용은 결과적으

4) 芝池義一, “抗告訴訟と法律關係訴訟” 行政法の新構想Ⅲ 行政救濟法(2008), 29-46頁.
5) 김창조, “의무이행소송”, 법학논고 제83집(2023), 43면.
6) 이러한 배경에는 행정법학 자체의 기본적 틀 내지 분석구조가 행정행위 중심적이라는 점도 이에 영향을 미쳤다고 할 수 있다.

로 예방적 금지소송이나 의무이행소송의 인정과 도입에도 부정적으로 작용하고 있다고 보인다. 이러한 의미에서 취소소송 중심주의는 극단적으로 표현하면 새로운 소송유형 도입을 거부하는 숨겨진 열기주의의 기능을 행한다고 할 수 있다.[7]

현행 행정소송시스템은 구제방법에 관하여 취소소송을 중심으로 하고 그 밖의 항고소송은 보충적인 것으로 규정하고 있지만, 향후 새로운 유형의 항고소송으로 예방적 금지소송이나 의무이행소송제도가 도입된다면, 행정소송에서 취소소송의 우선적 지위는 상당 부분 수정·완화되게 될 것이다. 그리고 이러한 제도변화는 국민의 권리구제확대와 구제의 효율성에도 기여할 것이다.

Ⅲ. 예방적 금지소송의 소의 성질

예방적 금지소송은 행정청에게 행정처분을 하는 것을 금하는 것을 명하는 소송이기 때문에 이것을 급부소송으로 해석하는 것은 당연하다고 할 수 있으나 이에 대해 급부소송이 아닌 다른 소송으로 파악하는 견해도 있다.

(1) 급부소송설

다수의 학설은 예방적 금지소송이 급부소송의 성질을 가진다고 한다. 그 근거로서 예방적 금지소송의 경우, 원고가 법원에 대하여 행정청이 행할 예정인 일정한 처분을 금지할 것을 명하는 것을 요구하고 법원은 원고의 청구가 인정될 때에는 행정청의 처분을 금지하는 취지를 명하는 판결을 해야 하기 때문에 급부소송으로서의 성질을 가진다고 한다.

독일의 경우, 행정법원법은 형성소송, 이행소송, 확인소송의 분류를 전제하여 행정소송시스템을 구성하고 있으나 예방적 금지소송에 대해서는 명문의 규정을 두고 있지 않다. 다만 판례를 통해 이를 인정하고 있고, 예방적 금지소송을 급부소송으로 파악하고 있다. 일본의 경우, 2004년 행정사건소송법 개정 이전에 급부소송으로 파악되어 온 예방적 금지소송에 대한 이해를 행정사건소송법 개정과정에 반영하여 입법화가 추진되었다고 한다. 현행 일본 행정사건소송법이 예방적 금지소송의 요건을 법률로 규정한 입법 배경은 종래 극히 한정적으

7) 高木 光, “義務付け訴訟·差止訴訟”, 行政法の新構想Ⅲ 行政救濟法(2008), 47頁.

로 취급되어 온 예방적 금지소송의 인정 범위를 명확히 규정하여 합리적으로 운용하기 위한 것이라고 한다. 즉, 일본의 예방적 금지소송의 법정화는 당해 소송을 보다 넓게 인정하려는 방향성을 규정함과 함께 예방적 금지소송을 통한 구제의 범위를 입법정책적으로 명확하게 하려는 의미를 동시에 갖는다고 한다[8]

민사소송의 경우, 급부소송에 관한 특별한 제한이 없다. 그러나 이것이 특별한 소송요건을 법정한 급부소송의 존재가능성을 부정하는 근거가 된다고 보기 어렵다.[9] 민사소송의 발상에 따른다면, 급부소송으로서 예방적 금지소송은 처분을 해서는 안된다는 것을 요구하는 청구권이 원고에게 인정되는가 여부가 핵심 쟁점이 된다. 일반적으로 행정법 영역에 있어서 이러한 청구권을 법령에 명시적으로 규정하는 경우는 종래에도 그다지 많지 않았고, 앞으로도 크게 기대되지 않는다. 민사법에서도 급부소송에서 다투어지는 청구권 모두가 법률에 명기되어 있는 것은 아니다. 가령 민사소송에서는 급부소송으로서 제기되는 유지청구소송은 다수가 존재하지만, 민법 자체에는 유지청구 요건에 대해서는 특별한 규정을 두지 않고 있다. 상대방에게 권리 침해가 발생했을 때, 침해당한 권리 구제를 위해서 어느 정도의 것을 법원에게 요구하는 것이 가능하다는 관념에 기초하여 청구권 이론이 발전되어 왔다. 그리고 사법(법원)이 이러한 실체적인 권리를 보호하기 위하여, 상대방에게 어떤 경우에 어떠한 청구가 가능한가라는 구제방법에 관한 구제법 이론이 발전되어 왔다. 민사소송법 학설에서도 청구권은 실질적 권리인 법적 이익을 실현하기 위한 수단적 권리에 지나지 않는다고 한다. 실질적 권리인 법적 이익의 침해에 대해서 어떠한 구제를 부여할 것인가는 구제법의 문제로서 사법부의 창조적 작용을 통하여 폭넓게 인정하거나 새롭게 창조하는 것을 용인하여야 한다고 한다.[10] 이러한 견해에 따른다면 공법영역에서 처분이 행해지는 것에 의하여 권리 혹은 법률상 이익이 침해된 자에게 행정청에게 처분의 발급을 금지하는 예방적 금지소송은 해석상 당연히 인정될 수 있고, 이를 통한 법적 분쟁해결을 인정하는 것도 당연히 승인될 수 있다고 보인다.

---

8) 高木 光, 59-64頁.

9) 예컨대 독일의 의무이행소송은 실체법상의 청구권의 존부가 다투어지는 급부소송이지만, 소송요건(원고적격, 행정심판전치, 제소기간)이 법정되어 있다.

10) 溱二郎, “義務付け訴訟・禁止訴訟の法定と發展可能性”, 行政法理論の探求(芝池義一先生 古稀記念)(東京:有斐閣, 2015), 548-550頁.

(2) 형성소송설

형성소송설은 예방적 금지소송의 급부소송설을 부정하는 입장에서 주장하는 견해이다. 이 견해의 근거로서 첫째, 행정청이 처분을 하지 말 것을 요구하는 실체법상 청구권을 사인에게 인정할 충분한 이론적 근거가 없다. 둘째, 급부소송의 경우에는 그 요건을 법정할 필요가 없다. 그러나 행정소송법에 예방적 금지소송의 요건을 법률상 규정하는 것은 예방적 금지소송이 형성소송이라는 것을 전제하여 제도를 설계한다는 점 등을 들고 있다. 이 견해에 따를 경우, 행정청이 일정한 처분을 행해서는 안 되는 것이 근거 법령의 해석상 요구되는 경우라도, 극단적으로 그 행정처분 금지에 대한 판결이 행하여지기까지는 행정청이 처분에 대한 부작위 의무를 부담하지 않는다고 볼 수도 있다. 그러나 행정처분을 행하지 말아야 할 의무는 금지판결이 내려지기 이전에도 존재할 수 있다. 따라서 이러한 결론은 현행법 해석상 타당성을 결한 것으로 받아들이기 어렵다.[11] 이러한 형성소송설을 따를 경우, 행정처분의 금지판결에 의하여 처음으로 새롭게 행정청이 일정한 처분을 행해서는 안 되는 의무가 발생한다고 한다.

(3) 확인소송설

이것은 일본 행정사건소송법 개정과정에서 검토된 견해이다. 2004년 행정사건소송법을 개정할 때, 국회심의과정에 정부 측 관계인이 금지판결에 행정청이 따르지 않을 경우에 이에 대한 강제집행의 방법이 규정되어 있지 않다는 점을 지적하였다. 이와 관련하여 일본의 행정사건소송법은 우리 행정소송법과 같이 행정사건소송법에 규정되지 않은 사항에 대해서는 민사소송의 예에 따른다는 규정이 있기 때문에[12]강제집행에 관한 사항은 민사소송에 따른 강제집행이 가능하다는 견해가 검토되었다. 이 점에만 초점을 맞추면 금지판결이 있다고 하더라도 당해 판결은 처분의무가 없다는 것을 확인하는 확인판결에 지나지 않는다고 이해할 수 있다. 외형적 형식적 구조만을 고려할 경우, 예방적 금지소송을 확인소송으로서 이해할 여지도 있다. 이 견해에 따르면, 처분할 것을 요구하는 청구권의 관념이 고려될 필요가 없다. 따라서 처분할 것을 요구하는 청

11) 曾和俊夫, “行政事件訴訟法改正の意義と今後の課題”法律時報77卷3号(2005), 30頁.
12) 일본 행정사선소송법 제7조「행정사건소송에 관하여 이 법에 규정이 없는 사안은 민사소송예에 따른다.」

구권 관념 자체가 문제 되지 않는다. 그러나 처분을 하는 것이 위법하게 되어 그것에 의하여 권리 혹은 법률상 이익을 침해당한 자에게까지 청구권 자체를 전혀 인정하지 않는 것은 현행법 해석론으로 수용하기 어렵다고 생각된다. 예방적 금지소송을 실질적으로 확인소송으로 해석하는 것은 형성소송으로 해석하는 견해보다는 이론적 난점이 적다고 할 수 있다. 국민의 실효적 권리구제를 실현하려는 관점에서 확인소송설은 급부소송설에 도달하는 과정에 있어서 중간적 이론구성이라고 평가할 수 있다.[13]

(4) 소결

항고소송은 행정처분에 대한 불복을 주장하는 소송이다. 항고소송은 소송절차를 통하여 특정 당사자 간의 법률관계를 확정하는 방법이 아닌, 행정처분에 대한 불복을 통하여 원고의 권리구제를 도모하는 행위소송 시스템이다. 즉 당해 행정행위의 위법성을 취소·확인하는 방법으로 법적 분쟁을 해결하면서 사회적 제이익을 조정하는 기능을 행하고 있다. 항고소송은 행정처분에 대한 불복의 형태를 취할 경우, 취소소송과 같은 형성소송, 무효등확인소송과 같은 확인소송, 혹은 예방적 금지소송이나 의무이행소송과 같은 급부소송 내지 이행소송의 형태로 존재할 수 있다. 항고소송 일반론에서 예방적 금지소송의 성질을 규명하는 것은 논리적이지 않은 것 같다. 청구의 형태나 공법관계의 특수성을 고려할 때, 예방적 금지소송은 급부소송의 한 형태로 파악하는 것이 타당한 것 같다.

Ⅳ. 예방적 금지소송의 해석상 혹은 입법론적 도입에 대해서 저항하는 법적 제논리

1. 예방적 금지소송과 행정청의 제1차적 판단권 존중[14]

일반적으로 사법권의 한계 내지 권력분립원리에서 법집행에 있어서 행정청의 제1차적 판단권 존중의 요청이 도출된다. 이것을 기초로 항고소송의 소송물

13) 溱二郎, 前揭論文, 551頁.
14) 김창조, 38면.

은 행정청의 제1차적 판단권을 매개하여 발생한 위법상태의 배제라고 하면서, 행정청의 제1차적 판단권 행사를 금지하는 것을 명하는 예방적 금지소송과 같은 급부소송은 항고소송의 범주에 속하지 않는다고 한다. 행정청의 제1차적 판단권을 존중하여야 한다는 것은 헌법 혹은 법률 해석상 도출되는 하나의 논리이다. 법집행과정에서 행정청의 제1차적 판단권을 존중하기 위해서 예방적 금지소송의 허용을 제한하여야 한다고 한다.[15] 법원은 사법권을 행사하는 기관으로서 법의 구체적 적용을 보장하는 한정적, 소극적 기능을 갖는 데 반하여, 구체적 처분을 행할 것인가 혹은 그 처분을 행하지 않을 것인가 여부는 권한 있는 행정청이 그 처분을 행할 때의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 결정할 문제로서 헌법상 3권 분립의 취지를 감안할 때, 이것은 행정권의 판단에 속한다고 보는 것이 타당하다고 한다.

그러나 행정청의 제1차적 판단권을 존중하더라도 사전적 권리구제가 필요한 예외적 상황이 존재한다면, 예방적 금지소송을 인정하는 것이 타당한 것 같다. 예컨대 ① 행정처분이 행해지는 것에 개연성이 있을 것(또는 확실할 것) ② 행정청이 당해 행정처분을 행해서는 안되는 것이 일의적으로 명백할 것(행정청의 부작위의무가 존재할 것), ③ 사전심사를 인정하지 않을 경우, 행정청의 작위(행정처분)에 의한 손해가 중대하여 사전구제의 필요성이 존재할 것(회복하기 힘든 손해발생가능성의 존재), ④ 다른 적절한 구제수단이 없을 것(보충성) 등은 예방적 금지소송을 해석상 인정할 때 요구되는 소제기 요건들이다. 이들 요건이 충족될 경우에는 현행법의 해석으로도 예방적 금지소송을 인정하는 것이 타당하다고 생각된다. 이들 중에서 ①요건과 ②요건이 행정청의 제1차적 판단권과 직접 관련된 요건이지만, ②요건 중 행정처분의 요건규정이 일의적인가 다의적인가 여부는 재량여지 내지 판단여지와 관련된 문제로 소송요건의 문제로 파악하는 것은 적절하지 못하다. 따라서 이 문제는 본안판단의 문제로 보는 것이 적절하다는 견해도 있다.[16]

그러나 예방적 금지소송의 소제기 단계에서도 계쟁처분 발령의 개연성 내지 구체성을 판단하는 과정에서, 당해 처분에 대한 처분청의 부작위의무와 관련하에서 이를 판단하여야 한다는 점에서 소제기 요건의 한 요소로도 판단할 수 있다. 사안의 본질을 고려할 때, 행정청의 제1차적 판단권의 존재를 인정한다고 하더라도, 이것을 근거로 예방적 금지소송의 허용성을 전면적으로 제한하는 논리를 도출하는 것은 적절하지 못한 것 같다.[17]

---

15) 溱二郎, 前揭論文, 544頁 이하.
16) 溱二郎, 前揭論文, 544頁.

2. 사후구제원칙과 예방적 금지소송

현행 행정소송법 구조를 분석해 보면, 행정처분에 관하여 불복하는 자는 원칙적으로 처분을 행한 후에 사후에 구제받아야 한다는 것이 현행법의 제도설계 시 전제한 원칙이라고 할 수 있다. 이것을 사후구제원칙이라고 한다. 행정청의 제1차적 판단권 존중원칙과 사후구제원칙은 통상적으로 구별하지 않고 사용하지만, 양자의 내용이 항상 일치하는 것은 아니다. 전술한 예방적 금지소송을 인정하기 위해서 필요한 4가지 요건 중 ①요건(개연성의 존재) ②요건(행정청의 부작위의무가 존재할 것)은 행정청의 제1차적 판단권 존중원칙과 직접적 관련성을 가지고 ③요건(회복하기 힘든 손해발생의 존재)은 사후구제원칙에 관련된 것이다. 행정청의 제1차적 판단권의 존중원칙은 법원의 행정청에 대한 행정처분의 금지판결 가부 문제에 관한 것이고, 사전구제원칙은 원고에게 사전구제의 인정 여부 문제에 관한 것이다. 헌법상 권력분립원칙에 근거하여 현행 행정소송법에 관하여 사후구제를 전제한 취소소송 중심주의에 기반하여 제도설계가 행해졌다. 이 점을 고려할 때, 공법상 권리관계 분쟁에 대해서 법원의 판단을 통한 사법적 개입은 행정권이 현실적으로 행해진 이후에 사후적으로 행해지는 것이 원칙이라고 볼 수 있다. 그러나 이러한 원칙을 긍정한다고 하더라도 권리구제의 사각지대가 존재한다면 예외가 인정될 수 있다. 예외적 사전구제가 인정될 조건으로 전술한 ③ 요건이 요구된다. 즉 사전심사와 구제를 인정하지 않을 경우, 행정청의 작위(행정처분)에 의한 손해가 중대하여 사후구제가 어려운 경우이다. 이 요건은 사후구제를 전제하여 설계된 현행 행정소송시스템과 조화와 정합성을 고려하여 판단하는 것이 타당하다.

이러한 설명에 대해서 사법이 행정에 대해서 원칙적으로 사후심사의 태도를 취하는 이유는 사전단계에서는 통상적으로 분쟁의 성숙정도가 사후의 경우와 비교하여 현저히 떨어지는 경우가 많기 때문이라는 설명도 있다. 이러한 설명에 따르면 예방적 금지소송을 인정하기 위한 요건으로 분쟁의 성숙성이 사전구제를 인정하는 중요한 요소가 되고, 손해의 중대성은 반드시 요소로 할 필요가 없다고 한다.[18]

17) 溱二郎, 前揭論文, 544-546頁.
18) 溱二郎, 前揭論文, 544頁.

3. 예방적 금지소송과 사법작용의 한계

사법권의 본질을 판단작용으로 파악하여 법원이 행정처분의 금지판결을 하는 것은 사법권의 한계를 넘는다는 견해가 있다. 행정은 공익실현의 결과를 목적으로 하고 그것을 의도하는 작용이다. 이에 비하여, 사법은 구체적 사건에 대해서 법규를 적용하여 권리구제 내지 분쟁해결을 지향하는 작용이라고 볼 수 있다. 이 견해에서 볼 때, 3권 분립 원칙상 사법작용을 행사하는 법원에게 행정권에 대한 일반적 감독권을 인정할 수 없고, 스스로 행정청을 대신하여 행정권을 행사하거나 또는 금지하는 것도 허용되지 않는다고 볼 수 있다. 이러한 관점에서 법원은 행정청에 대해서 일정한 처분을 행하는 것을 금지하는 판결을 하는 것이 인정되지 않는다고 한다. 그러나 금지판결은 처분을 행하여야 하는가 여부에 관하여 당사자 간에 다툼이 이미 발생하여 실체법상 처분을 행해서는 안 된다는 것이 판명된 경우에 내려지는 것으로 이것을 사법작용의 한계에 해당하는 것으로 분류하여 그것을 부정하는 것은 타당하지 못하다. 사법작용을 과도하게 평면적으로 판단작용에 한정하여 파악하는 이러한 견해는 국민의 재판받을 권리와 이에 대응한 법원의 국민 권리구제기능이나 분쟁해결기능을 충분히 고려하지 않은 견해라고 평가할 수 있다. 예방적 금지소송 허용 여부를 검토함에 있어서 사법과 행정의 균형이라는 점을 고려할 필요가 없다고 할 수는 없지만, 처분에 의해서 침해된 권리이익을 구제하는 것이 사법의 본질적 사항이라는 점을 고려하여 효율적 권리구제라는 측면에서 예방적 금지소송의 허용을 보다 적극적으로 검토할 필요가 있다.[19]

4. 구체적 법률관계의 부존재

행정청이 처분을 행하지 말아야 할 의무를 부담하고 있는 것의 확인소송을 부정하는 문맥에서, 행정처분을 행하기 이전에는 소송의 대상이 되는 구체적

19) 일본의 경우, 과거 행정사건소송법 개정 이전에 법원이 행정청에 대해서 행정처분 발령의 금지형태의 급부판결을 하는 것은 사법권의 한계를 벗어나는 것이지만, 행정청이 처분을 행하지 말아야 할 의무를 지고 있는 경우에 이것의 위법확인을 구하는 판결은 허용될 수 있다는 견해가 있었다. 이 주장은 사법작용을 판단작용으로 파악하는 견해를 정면에서 부정하지 않고, 확인소송을 인정하는 것을 통하여 이해관계자를 구제하려는 시도의 일종으로 보인다. 그러나 급부판결은 권력분립에 반하지만, 확인판결은 이것에 반하지 않는다는 것은 논리적 설득력을 결하고 있다고 할 수 있다. 그리고 이러한 견해는 사법을 과도하게 판단작용에 한정하여 파악하는 입장에 경도된 것으로, 현행 사법시스템을 설명하는 견해로 적절하지 못하다고 할 수 있다. 濱二郎, 前揭論文, 546頁.

법률관계가 원칙적으로 존재하지 않는다는 주장이 있다. 이 견해에 따르면 처분이 행해지기 이전의 시점에는 구체적 법률관계에 관한 분쟁이 존재하지 않는 것이 된다. 그리고 이러한 논리를 철저히 관철하면 예방적 금지소송은 법률상 쟁송이 될 수 없다는 결론이 도출될 수 있다. 그러나 원고가 구체적으로 행정청이 처분을 행하지 말아야 할 의무가 있다고 주장하는 것에 대하여, 행정청이 이러한 부작위 의무를 부정하는 경우에는 구체적 법률관계에 관한 분쟁이 이미 발생하고 있다고 보는 것이 타당하다고 생각된다.[20] 이미 진행이 계획 중이거나 행해지는 것이 예정된 행정청의 처분에 의해서 원고의 권리침해가 기성사실화 될 가능성이 높은 경우 또는 회복하기 힘든 손해가 발생하여 사후구제가 어려운 경우에는 사전구제 이외에 적절한 법적 구제수단을 생각하기 어렵다. 이러한 경우에는 분쟁의 성숙성을 갖춘 법률상 쟁송이 존재하는 것으로 해석하여 예방적 금지소송을 인정함이 분쟁의 효율적 해결이라는 관점에서 타당하다고 생각된다.

5. 소결

이상에서 예방적 금지소송의 제도적 승인을 제약하는 제 논리와 문제점을 검토하였다. 우리 헌법이 규정하는 사법작용의 본질을 고려할 때, 전술한 예방적 금지소송를 인정하지 않는 논리적 근거는 더 이상 설득력을 갖지 않는다고 생각된다. 행정소송법 개정을 통한 예방적 금지소송의 도입에 대해서 몇 차례 적극적 검토가 있었고, 그 논의가 계속되고 있다. 종래 해석상 예방적 금지소송이 인정될 수 있는가 여부에 대해서 긍정설과 부정설, 절충설이 나뉘어져 있다.[21] 이 중에서 부정설의 논거는 앞에서 지적한 바와 같이 그 타당성을 결하고 있다고 할 수 있다. 향후 예방적 금지소송이 법정화 될 때까지 어떤 요건 하에서 이를 인정할 것인가가 관련 문제의 핵심이 된다고 볼 수 있다. 다수설인 절충설과 앞에서 검토한 내용을 종합할 때, 예방적 금지소송을 해석으로 혹은 제도적으로 규정하는 방식을 통하여 인정하는 것이 타당하다고 생각된다.

향후 예방적 금지소송의 인정 여부에 관한 논의는 더 이상 생산적인 것이 아니며, 어떠한 요건 하에 당해 제도를 법정화하고, 다른 제도와 관계를 어떻게 규율할 것인가 여부가 핵심 쟁점이 된다고 할 수 있다.

---

20) 溱二郎, 前揭論文, 547-548頁.

21) 박균성, 행정법강의 제23판(서울:박영사, 2026). 743면 이하. 최승필, “예방적 금지소송의 도입과 그 쟁점”, 행정법학제3호(2012), 35면 이하.

Ⅴ. 예방적 금지소송의 입법추진 동향과 입법례

1. 예방적 금지소송의 입법추진동향[22]

1) 우리나라 행정소송법은 1951년 제정된 후 몇 차례 개정을 거쳤다. 1984년 전부 개정 이후 현행법 체제를 갖추게 되었다. 그 후 몇 차례의 부분 개정이 있었으나 예방적 금지소송이나 의무이행소송의 법제화에 이르지 못하고 현재에 이르렀다. 예방적 금지소송 입법화와 관련하여 대법원과 법무부는 2006년, 2007년, 2013년에 거처 몇 차례 개정안을 제시하였다. 2006년 9월에 공표된 대법원 개정의견과 2007년 법무부 개정안에서는 예방적 금지소송도입이 제안되었다. 그러나 2007년 안은 국회의 회기종료로 폐기되었다. 2013년 개정안의 경우, 의무이행소송과 당사자소송의 활성화에 관한 규정안이 담겨있었으나 예방적 금지소송에 관한 부분은 별다른 규정을 두지 않았다. 2012년 법무부 개정시안에서는 예방적 금지소송이 제안되었으나 관계기관 협의과정에서 예방적 금지소송을 배제하는 것으로 의견이 정리되어 2013년 입법예고안에서는 배제되었다.

2) 예방적 금지소송의 도입에 관한 2006년 대법원 개정안(행정소송법 개정안)

예방적 금지소송의 도입에 관한 2006년 대법원 개정안에 제시된 예방적 금지소송의 제기요건에 관한 규정은 다음과 같다. 예방적 금지소송은 「행정청이 장래에 일정한 처분이나 명령 등을 할 것이 임박한 경우에 그 처분이나 명령 등을 금지하는 소송」[23] 이라고 규정하고, 「예방적 금지소송은 행정청이 장래에 일정한 처분이나 명령 등을 할 것이 임박한 경우에 그 처분이나 명령 등의 금지를 구할 법적으로 정당한 이익이 있는 자가 사후에 그 처분이나 명령 등의 효력을 다투는 방법으로는 회복하기 어려운 손해를 입을 우려가 있는 때에 한하여 제기할 수 있다.」[24] 그리고 「법원은 행정청의 장래의 처분이나 명령 등이 위법하고, 그 처분이나 명령 등을 하지 않도록 하는 것이 상당하다고 인정하는 때에는 행정청에게 그 처분이나 명령 등을 하지 않도록 선고한다」[25]라고 규정하고 있다.

---

22) 최승필, “예방적 금지소송의 도입과 그 쟁점”, 행정법학제3호(2012), 33면 이하.
23) 예방적 금지소송의 도입에 관한 2006년 대법원 개정안(행정소송법 개정안) 제4조 제4호
24) 예방적 금지소송의 도입에 관한 2006년 대법원 개정안(행정소송법 개정안) 제55조
25) 예방적 금지소송의 도입에 관한 2006년 대법원 개정안(행정소송법 개정안) 제57조

3) 예방적 금지소송의 도입에 관한 2007년 법무부 개정안(행정소송법 개정안)

예방적 금지소송은 「행정청이 장래에 위법한 처분을 할 것이 임박한 경우에 그 처분을 금지하는 소송」[26] 이라고 정의하고, 「예방적 금지소송은 행정청이 장래에 일정한 처분을 할 것이 임박한 경우에 그 처분의 금지를 구할 법률상 이익이 있는 자가 사후에 그 처분의 효력을 다투는 방법으로는 회복하기 어려운 손해가 발생할 것이 명백한 경우에 한하여 제기할 수 있다.」[27]

그리고 「법원은 행정청이 장래에 행할 처분이 위법하고, 그 처분을 하지 않도록 하는 것이 상당하다고 인정하는 경우에는 행정청에 그 처분을 하지 아니하도록 선고한다」[28]라고 규정하고 있다.

2. 예방적 금지소송의 입법례[29]

1) 일본 행정사건소송법상 금지소송

일본은 2001년 「사법제도개혁심의회 설치법」이 제정되고 이 법에 따라 내각에 사법제도개혁 추진본부가 설치되었다. 이 추진본부 산하에 행정소송 검토회가 구성되었다. 행정소송 검토회가 제출한 견해에 토대하여 일본 정부는 2004년 3월 2일 「행정사건소송법 일부개정법률」 국회에 제출하여 의결을 거쳐 2004년 6월 9일 개정된 「행정사건소송법」이 공포되었다. 이 개정 법률은 금지소송, 의무이행소송 등을 새롭게 법정 항고소송으로 규정하고 이와 관련된 제도를 정비하여 규정하게 되었다. 2004년 개정된 「행정사건소송법」 제3조 제7항에서 항고소송의 한 유형으로 금지소송을 규정하고 있다. 동법에 따르면 금지소송이란 행정청이 일정한 처분 또는 재결을 해서는 안 된다는 취지의 명령을 구하는 소송으로 정의하면서 예방적 금지소송에 대해 다음과 같이 규정하고 있다.

이러한 금지소송은 일정한 처분 또는 재결이 행해지는 것에 의해 중대한 손해가 발생할 우려가 있는 경우에 한하여 제기하는 것이 가능하다. 중대한 손해 발생 여부를 판단함에 있어서 법원은 손해회복의 곤란 정도, 손해의 성질과 정도, 처분·재결의 내용과 성질을 고려한다. 단 그 손해를 피하기 위한 다른 적당한 방법이 있을 때에는 그 한도에서는 제기할 수 없다.[30] 그리고 금지소송

---

26) 예방적 금지소송의 도입에 관한 2007년 법무부 개정안(행정소송법 개정안) 제4조
27) 예방적 금지소송의 도입에 관한 2007년 법무부 개정안(행정소송법 개정안) 제48조
28) 예방적 금지소송의 도입에 관한 2007년 법무부 개정안(행정소송법 개정안) 제49조
29) 이현수, “일본의 행정사건소송법상 금지소송과 가금지의 현황”, 행정법학제6호(2014), 149면 이하.
30) 일본 행정사건소송법 제37조 4 제1항

에 관련된 처분 또는 재결에 대하여 행정청이 그 처분이나 재결을 하지 말아야 함이 처분이나 재결의 근거가 되는 법령 규정에서 분명하다고 인정되거나 행정청이 그 처분이나 재결을 하는 것이 재량권의 범위를 초과하거나 재량권의 남용이 된다고 인정될 때에 법원은 행정청이 그 처분 또는 재결을 하지 아니할 것을 명령하는 판결을 한다[31]고 규정하고 있다.

그리고 2004년 개정된 「행정사건소송법」은 새로운 항고소송 유형인 금지소송에 대응하여 본안판결 전 임시구제제도로서 가금지 제도를 신설하였다. 금지소송이 제기된 경우 그 금지소송에 관련된 처분 또는 재결이 행해짐에 의해 발생할 회복할 수 없는 손해를 피하기 위해서 긴급한 필요가 있고, 본안에 관하여 이유가 있는 것으로 보이는 때에는 법원은 신청에 의해서 결정으로서 임시로 행정청이 그 처분 또는 재결을 해서는 안 됨을 명할 수 있다. 그러나 이러한 가금지는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있는 때에는 가금지를 할 수 없다.[32]

2) 독일 판례에서 인정되는 예방적 부작위소송

독일 행정소송법(VwGO)은 예방적 부작위소송에 대해서 명문의 규정을 두고 있지 않다. 그러나 판례나 학설을 통해 이행소송의 한 형태로 인정되고 운영되고 있다.[33]

독일 연방행정법원(Bundesverwaltungsgericht)은 행정청의 장래 처분이나 조치를 사전에 막기 위한 예방적 구제 신청은 원칙적으로 허용되지 않는다고 한다. 행정처분이 나온 후 사후적 구제수단(취소소송, 집행정지 등)을 제기하는 것이 공법상 권리구제의 일반적인 원칙이기 때문이다. 독일 행정소송법(VwGO)은 기본적으로 행정청이 이미 행한 처분을 취소하는 취소소송(Anfechtungsklage)이나 처분을 요구하는 의무이행소송(Verpflichtungsklage) 중심의 사후 구제체계를 취하고 있다. 행정청의 일차적인 판단권(행정권)을 존중해야 하므로, 사후 구제책이 존재한다면 예방적 금지소송은 원칙적으로 각하되며, 오직 사후 구제가 현저히 부적절하거나 불가능한 경우에만 예외적으로 인정된다. 따라서 예방적 금지소송이 인정되기 위해서는 가중된 권리보호 필요성(qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis)이 요구된다.[34] 연방행정법원은 예방적 부작위소송을 통한 권리구제를 구하는 경우, 원고가 통상적인 권리보호 이익을 넘어선 이러

31) 일본 행정사건소송법 제37조 4 제5항
32) 행정사건소송법 제37조의 5 제2항, 제3항.
33) Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsprozessrechr, Rn1443ff.
34) BVerwGE 77,207,212

한 특별한 이익을 입증해야 한다고 한다.

사후 구제만으로는 시기적으로 너무 늦거나(기정사실화 초래), 우려되는 피해가 회복 불가능하거나 원상회복이 어려운 경우가 존재한다. 독일 기본법(Grundgesetz) 제19조 제4항이 보장하는 실효적인 권리보호(Effektiver Rechtsschutz)의 원칙을 고려하면, 사후적 구제만으로 부족한 영역에 예방적 소송 형태가 인정될 수 있다. 이러한 관점에서 독일 행정소송법상 예방적 금지소송(Vorbeugende Unterlassungsklage)은 사후적 구제(취소소송 등)로는 회복하기 어려운 중대한 권리 침해가 예상되는 경우에 처분이 내려지기 전이라도 미리 그 행위를 금지해 달라는 소송의 형태로 허용된다. 예방적 금지소송을 통한 예방적 권리보호가 인정되려면 사후적 권리보호를 기다리는 것이 원고에게 수인할 수 없는 불이익(unzumutbare Nachteile)을 초래한다는 가중된 권리보호 필요성(qualifiziertes Rechtsschutzinteresse)이 입증되어야 한다. 행정처분이 발령될 때까지 기다렸다가 사후에 다투는 것이 원고에게 수인할 수 없는 불이익(unzumutbare Nachteile)을 초래하거나, 사후 소송으로는 회복할 수 없는 중대한 권리 침해가 발생할 우려가 있는 경우에 한하여 예방적 금지소송의 소의 이익이 인정된다.[35] 이러한 예방적 권리보호는 중대하고 회복 불가능한 침해가 임박한 예외적인 경우에만 허용된다.

그리고 예방적 금지소송이 인정되기 위해서는, 향후 위법한 침해가 발생할 위험이 충분한 개연성을 가지고 있어야 한다. 행정청이 문제의 행정행위를 가까운 시일 내에 확실하게 계획하고 있다는 실질적이고 객관적인 징후가 있어야 한다. 그리고 이것은 단순한 우려나 가상 시나리오로는 충분하지 않다. 행정청이 문제의 행정처분으로 과거에 위법한 침해를 저지른 적이 있다면, 일반적으로 그러한 침해가 재발할 것이라는 사실적 추정이 성립될 수 있을 것이다.

Ⅵ. 예방적 금지소송의 소 제기 시 검토가 필요한 주요 쟁점

1. 항고소송의 일반적 · 공통적 소송요건과 예방적 금지소송

예방적 금지소송을 항고소송의 하나의 유형으로 인정할 경우, 성질에 반하

35) Steffen Detterbeck, Rn1449ff. 대표적인 예로 사법 절차가 진행되기도 전에 막대한 경제적 손실이나 평판 훼손을 초래할 수 있는 위법한 공적 경고, 정보 공개(영업비밀의 공개)를 사전에 차단하는 경우를 들 수 있다.

지 않는 한 항고소송을 제기하는데 필요한 요건은 예방적 금지소송에서 그대로 적용될 수 있다. 대표적인 예로 다음의 것을 들 수 있다.

1) 예방적 금지소송을 항고소송의 유형으로 규정할 경우, 그 대상은 「행정처분」이다. 즉 금지소송은 행해질 것이 예상되는 행정처분의 금지를 법원에 구하는 소송이다. 행정처분은 예방적 금지소송을 제기하기 위한 전제가 되는 요건이다. 우리 학설, 판례는 항고소송의 대상적격성의 확대에 대해서 일본이나 독일에 비하여 적극적 자세를 취하여 왔다. 예방적 금지소송을 제도적으로 도입할 경우, 대상적격성의 확대는 예방적 금지소송의 활용영역 확대를 도모할 수 있다. 예방적 금지소송의 대상에 대해서 과거 예방적 금지소송의 도입에 관한 2006년 대법원 개정안은 「일정한 처분이나 명령」으로 규정하여, 다른 항고소송의 대상적격성의 범위와 구별하여 규정한 적이 있다. 그러나 취소소송과 기능적 균형을 고려할 때, 대상적격성은 항고소송에 공통하여 규정하고 해석론을 통해서 그 광협을 결정함이 타당하다고 생각한다.

2) 예방적 금지소송을 제기하기 위해서는 원고적격으로서 취소소송 등에 요구되는 「법률상 이익」의 존재가 필요하다(행정소송법 제12조). 예방적 금지소송에는 침해처분의 상대방이 그 처분의 금지를 요구하는 형태와 수익처분에 대해서 제3자가 원고가 되어 금지를 구하는 형태가 있다.

「법률상 이익」이 문제되는 것은 제3자가 제기한 예방적 금지소송 경우이다. 처분의 상대방이 원고가 되는 경우에는, 예방적 금지소송에서 원고적격 인정 여부는 거의 문제되지 않는다. 예방적 금지소송의 도입에 관한 2006년 대법원 개정안은 원고적격에 관하여 「법적으로 정당한 이익이 있는 자」라고 규정하고 있고, 예방적 금지소송의 도입에 관한 2007년 법무부 개정안은 「법률상 이익」이라고 규정하여 현행법과 동일한 입장을 취하고 있다. 다만 현행법 하에서도 이미 제3자 원고적격에 관하여 해석론을 통하여 상당한 폭의 확대를 인정하고 있다.[36] 향후 공법분야에서 다극적 내지 다기적 분쟁의 확대가 예견되므로 이에 대해 입법적 해결노력도 필요한 것 같다.[37]

---

36) 대표적인 것으로서, 대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 전원합의체 판결.

37) 예방적 금지소송은 사전구제에 해당한다는 점에서 사후구제인 취소소송과 차이가 있다. 그러나 이들 모두가 행정처분의 효력에 의해서 발생하는 불이익의 배제를 구하는 점에서 공통의 성격을 가진다. 처분의 금지를 구하는 가능한 자의 범위는 당해 처분이 만약에 행하여 졌을 경우에 그 취소를 구하는 입장에 있는 자의 범위와 같다고 보는 것이 타당하다고 보인다. 이러한 점에서 예방적 금지소송의 경우에도 취소소송과 같은 형식으로 원고

3) 예방적 금지소송의 제기에는 법원의 개입이 필요할 소의 객관적 이익이 필요하다. 소의 객관적 이익은 행정소송법 제12조 후단에 규정되어 있다. 원고적격은 누구에게 소송제기의 자격을 인정할 것인가라는 주관적 상황에 관한 것이고, 소의 객관적 이익은 원고적격이 인정된 자에게 객관적 사정에 비추어 소송의 계속을 허용할 것인가의 문제이다. 취소소송에 관하여 소의 객관적 이익의 소멸사유로, 법령의 변천, 행정처분의 소멸·철회·취소, 행정처분에 의한 불이익의 제거불능, 사실관계의 변화 등이 제시된다. 항고소송에 관한 소의 객관적 이익에 대한 규정도 예방적 금지소송에 적용될 수 있다.[38]

4) 행정소송법은 항고소송의 피고를 행정주체로 하지 않고「처분 등을 행한 행정청」으로 하고 있다.(행정소송법 제13조) 동법이 이렇게 규정한 것은 처분을 실제로 한 행정청을 피고로 하는 것이 효율적이고, 행정통제기능을 달성하는데, 보다 실효적이기 때문이다. 예방적 금지소송도 항고소송의 하나의 유형이기 때문에 피고는 행정청이 된다.

5) 재판관할에 대해서도 취소소송에 관한 규정이 적용될 것이다(행정소송법 제9조).

6) 금지소송에서 행정처분이 존재하지 않기 때문에 제소기간은 문제되지 않는다.

7) 행정심판법에 의무이행심판에 대한 규정은 있지만, 예방적 금지심판에 관한 규정은 없다. 향후 동법에 예방적 금지심판에 관한 규정이 별도로 규정되지 않을 경우, 이와 관련해서도 별다른 쟁점이 발생할 여지가 없다.

2. 항고소송의 일반적 소송요건과 구별되는 예방적 금지소송 제기를 위한 소송요건

1) 현행법 해석상 혹은 향후 입법 시 요구되는 예방적 금지소송 제기를 위한 소송요건

(1) 예방적 금지소송의 제도상 인정 여부에 대해 찬반이 존재하지만, 다수의

적격을 규정하는 것이 타당하다고 생각된다.

38) 예방적 금지소송의 경우, 소가 제기된 이후에 당해 처분이 행하여지거나 공권력적 사실행위가 완료된 이후에는 협의의 소의 이익이 상실되게 된다. 이러한 경우에는 이러한 처분 등에 대한 취소소송을 제기하는 것이 가능하다고 생각된다.

견해로 보이는 제한적 긍정설에 따르면 일정한 제한적 요건 하에 예방적 금지소송을 인정한다. 이 제한적 긍정설의 입장을 종합할 때, 현행법의 해석상 혹은 향후 입법으로 항고소송의 일종으로 규정할 때, 전술한 바와 같이 예방적 금지소송의 소송요건으로 다음의 것들이 요구된다고 보인다.

① 당해 행정처분이 행해지는 것에 개연성이 있을 것(또는 확실할 것)

② 당해 행정처분이 위법할 것이 명백할 것(행정청의 부작위의무가 존재할 것)

③ 행정처분이 행해지면 원고에게 회복하기 힘든 손해(혹은 중대한 손해)가 발생할 것

④ 이러한 손해를 피하기 위해 다른 적절한 법적 수단이 없을 것(보충성)

(2) 예방적 금지소송을 해석상 혹은 입법론으로 인정하는데 있어서, 주요한 이론적 제약 요소에 대해서 앞에서 검토하였다. 이 들 요소 중에서 행정청의 제1차적 판단권 존중은 상기 요소 중 ①과 ②가 관계된다. ①, ② 요건은 행정청이 행정처분에 대한 부작위의무가 존재함이 명백함에도 불구하고 위법한 행정처분에 대한 개연성 내지 임박성이 존재하여, 더 이상 행정청의 제1차적 판단권 존중할 필요가 없는 상황을 판단하는 기준이다. 즉 이 기준은 행정청의 제1차적 판단권 존중의 예외사유 판단기준으로 작용한다. ③ 요건은 사후구제에 따를 경우, 원고에게 회복하기 힘든 손해(혹은 중대한 손해)가 발생할 것이 예견되는 것을 그 내용으로 하는데, 이는 행정소송법의 사후구제주의 원칙의 예외사유 판단기준으로 기능한다. ④ 요건은 취소소송과 상호관계, 즉 보충성 요건을 규정하는데, 이는 취소소송 중심주의의 예외판단기준으로 작용한다.

(3) 예방적 금지소송의 도입에 관한 2006년 대법원 개정안은 앞에서 언급한 4개의 요건 중 ① 요건, 즉 처분발령의 개연성에 대해서 처분발령의 임박성의 형태로 규정하고, ③, ④ 요건에 대해서도 명문으로 규정하고 있다. 그러나 ② 요건, 행정청의 부작위의무의 명백성에 대해서는 직접적으로 규정하지 않고, 금지판결 규정에서 부작위의무 위반(처분의 위법성)과 그 판단기준으로 상당성을 규정하고 있다.

(4) 예방적 금지소송의 도입에 관한 2007년 법무부 개정안은 앞에서 언급한 요건 중에서 ①요건에 관해서는 예방적 금지소송의 도입에 관한 2006년 대법원 개정안과 동일하게 처분발령의 임박성의 형태로 규정하고, ③, ④ 요건에 대해서는 명문으로 규정하고 있다. ② 요건의 행정청의 부작위의무의 명백성에

대해서는 별도로 규정하지 않고, ③ 요건과 관련하여 회복하기 어려운 손해가 발생할 것이 명백한 경우라고 규정하고 있다, 그리고 ② 요건과 관련하여 금지판결 규정에서 부작위의무 위반(처분의 위법성)과 그 판단기준으로 상당성을 규정하고 있다.

(5) 일본 행정사건소송법상 예방적 금지소송의 규정을 앞에서 제시한 예방적 금지소송 제기요건과 비교하여 보면, ③ 요건, 「행정처분이 행해지면 원고에게 회복하기 힘든 손해(혹은 중대한 손해)가 발생할 것」에 대해서 「중대한 손해를 발생할 우려가 있는 경우」라고 규정하고 ④ 요건, 「이러한 손해를 피하기 위해 다른 적절한 법적 수단이 없을 것(보충성 요건)」에 대해서 명문으로 이를 법상 규정하고 있다.

그리고 ② 요건, 「당해 행정처분이 위법할 것이 명백할 것(행정청의 부작위의무가 존재할 것)」에 대해서 직접적인 규정은 없다. 다만, 이 요건에 대해서 시사하는 것이 행정사건소송법 제37조의 제5항에 있다. 금지소송에 관련된 처분 또는 재결에 대하여 행정청이 그 처분이나 재결을 하지 말아야 함이 처분이나 재결의 근거가 되는 법령 규정에서 분명하다고 인정되거나 행정청이 그 처분이나 재결을 하는 것이 재량권의 범위를 초과하거나 재량권의 남용이 된다고 인정될 때에 법원은 행정청이 그 처분 또는 재결을 하지 아니할 것을 명령하는 판결을 한다고 규정하고 있다. 그러나 ① 요건, 「당해 행정처분이 행해지는 것에 개연성이 있을 것(또는 확실할 것)」에 대해서는 별도의 규정이 없다.

2) 각 요건의 검토

(1) 당해 행정처분이 행해지는 것에 개연성이 있을 것(또는 확실할 것)

행정처분이 행해지는 것에 개연성이 있을 것(또는 확실할 것)은 예방적 부작위 소송을 제기하기 위하여 당연히 요구되는 요건이다. 왜냐하면 예방적 금지소송은 이미 발령된 행정처분이 아닌 장래 발령이 예견되는 행정처분의 금지를 요구하는 소송이기 때문이다. 예방적 금지소송의 도입에 관한 2006년 대법원 개정안[39]과 예방적 금지소송의 도입에 관한 2007년 법무부 개정안[40]은

39) 예방적 금지소송의 도입에 관한 2006년 대법원 개정안(행정소송법 개정안) 제55조 「예방적 금지소송은 행정청이 장래에 일정한 처분이나 명령 등을 할 것이 임박한 경우에 그 처분이나 명령 등의 금지를 구할 법적으로 정당한 이익이 있는 자가 사후에 그 처분이나 명령 등의 효력을 다투는 방법으로는 회복하기 어려운 손해를 입을 우려가 있는 때에 한

처분발령의 임박성을 예방적 금지소송의 제기요건으로 규정하였다. 이에 비하여 일본 행정사건소송법은 이에 대한 명문의 규정을 두고 있지 않다. 다만 이 요건과 관련하여 금지소송의 정의 규정[41]에서 「행정청이 일정한 처분 또는 재결을 하지 말아야 함에도 불구하고 하려는 경우」라고 규정하고 있을 뿐이다.

도식적으로 말하면, 행정처분은 행정 내부에서 검토를 통하여 추상적 형태를 취하는 단계로부터 시작하여 점차로 구체화된다. 다른 한편, 국민은 특정한 단계에서 자기에 대한 행정처분이 행해지는 것을 지각하고 이에 대해서 예방적 금지소송을 제기한다. 행정처분의 상대방이 결정되어 있다고 하더라도 그 내용이 전적으로 구체화되어 있지 않는 단계에서는 예방적 금지소송은 허용되지 않는다. 그리고 행정처분의 내용이 최종적으로 확정되는 것을 기다리고 있다면 상황에 따라서는 금지소송이 무의미하게 될 수도 있다. 이에 행정처분이 어느 정도 구체화한 단계에서 금지소송을 제기하는 것이 가능하냐는 점이 문제로 지적된다.

예방적 금지소송은 장래 행해질 것이 예측되는 소송대상인 행정처분의 내용이 구체화되고 있는 것을 전제로 하고 있다. 이러한 구체화의 정도가 문제된다. 이러한 맥락에서 예방적 금지소송을 제기하기 위한 요건 중의 하나로 행정청이 처분을 할 개연성이 필요하다. 행정처분이 행해질 개연성은 예방적 금지소송에 의한 구제의 필요성을 근거지우는 전제로서 예방적 금지소송의 요건이 된다고 해석된다. 예방적 금지소송의 대상인 행정처분이 행해질 가능성이 낮은 경우는 사법심사에 적합할 정도로 분쟁의 성숙성을 인정하기 어렵고, 사전구제의 필요성도 부족하다고 할 수 있다. 즉, 이 개연성의 요건은 분쟁의 성숙성 내지 구체적 소송성에 관련된 요건이다.[42] 이 요건이 충족되기 위해서는 행정

하여 제기할 수 있다.」

40) 예방적 금지소송의 도입에 관한 2007년 법무부 개정안(행정소송법 개정안) 제48조 「예방적 금지소송은 행정청이 장래에 일정한 처분을 할 것이 임박한 경우에 그 처분의 금지를 구할 법률상 이익이 있는 자가 사후에 그 처분의 효력을 다투는 방법으로는 회복하기 어려운 손해가 발생할 것이 명백한 경우에 한하여 제기할 수 있다.」

41) 일본 행정사건소송법 제3조 제7항. 「이 법에서 「예방적 금지소송」이란 행정청이 일정한 처분 또는 재결을 하지 말아야 함에도 불구하고 하려는 경우에 행정청이 그 처분 또는 재결을 하지 아니할 것을 요구하는 소송을 말한다.」

42) 취소소송에서 구제의 필요성 즉 소의 이익은 우선 대상적격성과 원고적격의 유무에 의해서 판단된다. 취소소송에서 특히 소의 이익이 문제되는 것은 그 소멸과 존속에 관한 것이다. 이에 대해서 금지소송은 행정처분이 행해지기 이전에 그것을 다투는 것이기 때문에 구제의 필요성 즉 소의 이익이 독립적으로 요구된다. 행정처분의 개연성의 존재는 그 요소의 하나라고 볼 수 있다.
일본의 경우, 개연성 요건은 금지소송에 내재적으로 필요한 것이라고 설명하고 중대한 손해요건은 법률에 의해서 규정된 정책적 · 외재적 요건이라고 설명한다. 芝池義一,行政救濟

처분의 금지를 구하는 자가 처분이 행해질 것이라는 주관적 우려나 위험을 갖고 있는 것만으로 충분하지 않고, 객관적으로 보아 처분을 행할 상당정도의 개연성이 필요하다. 이러한 개연성이 인정되는가 여부는 구체적 사안에서 처분의 사전절차의 진행상황, 본인에 대한 지금까지 처분상황, 유사사례 처리상황, 행정청의 재량유무, 행정청의 내부준칙, 피고의 응소태도 등의 제반사정을 고려하여 검토하여야 한다. 예컨대 행정처분이 행해지기 위한 고지, 청문 등의 사전절차가 개시된 경우나 처분이 검토되고 있다는 통지가 있는 경우에는 개연성이 긍정될 수 있다.[43]

개연성과 관련하여 행정처분의 관련법상 처분을 행하기 위한 고지, 청문절차, 공청회, 심의회 등의 행정절차가 요구되는 경우에는 절차가 시작되면 개연성 요건이 충족될 수 있다는 견해도 있지만, 행정절차가 개시되지 않더라도 전술한 제반사정을 고려하여 개연성이 긍정될 수 있는 경우도 있을 수 있다.

또한 개연성이 인정되기 위해서는 행정처분의 목전의 긴박성까지는 필요가 없지만, 그렇다고 하여 단지 그것이 행해질 우려가 있다는 것만으로는 개연성이 있다고는 할 수 없고, 이러한 경우에 금지소송은 소의 이익을 결한다고 할 수 있다. 금지소송이 현실성 없는 행정처분을 취급하지 않는 이상, 행정처분의 개연성 요건은 예방적 금지소송에 내재하는 요건으로써 필요한 것이다. 설령 법률에 명문 규정이 없다고 하더라도 사물의 성질상 당연히 요구된다고 보아야 할 것이다.[44]

(2) 당해 행정처분이 위법할 것이 명백할 것(행정청의 부작위의무가 존재할 것)

이 요건은 사법과 행정의 역할분담을 강조하고 행정청의 제1차적 판단권을 존중하고 이를 확인하기 위한 기준이다. 「행정청이 당해 행정처분을 하는 것이 명백하게 위법할 것(행정청의 부작위의무가 존재할 것)」이라는 요건은 본안판단에 있어서 승소요건으로써 기능하지만, 예방적 금지소송의 제기단계에서도 행정처분의 개연성 판단과 병렬적으로 행정청의 부작위의무가 존재를 검토할 필요가 있다. 왜냐하면 행정청의 부작위의무 존재는 행정처분의 개연성 판단의 전제가 되기 때문이다. 계쟁의 행정처분이 폭넓은 재량처분에 해당하고 재량처분의 위법성판단이 어렵거나 불분명할 경우나 기속행위에 해당하더라도 당해 처분의 위법성판단이 어려울 경우에는 예방적 금지소송의 제기 단계에서 이것

法(東京:有斐閣), 2022, 192頁 以下.

43) 高橋滋 · 市村陽典 · 山本隆司編, 條解行政事件訴訟法(東京:弘文堂, 2016), 783頁.

44) 芝池義一,行政救濟法, 192頁.

을 허용하지 않는 것이 타당한 것 같다. 이 요건은 전술한 ①의 개연성 요건과 적절하게 연계하여 판단할 필요가 있다. 그러나 행정청의 부작위의무에 대한 존부판단은 원칙적으로 본안판단의 대상이므로 소송요건을 심사하는 단계에서는 과도하게 엄격한 판단을 할 필요는 없는 것 같다.

(3) 행정처분이 행해지면 원고에게 회복하기 힘든 손해(혹은 중대한 손해)가 발생할 것

「회복하기 어려운 손해」의 요건은 현행법상 집행정지의 요건 중의 하나로 규정되어 있다. 이와 관련된 판례에 따르면「회복하기 어려운 손해」라 함은 특별한 사정이 없는 한 금전으로 보상할 수 없는 손해로서 이는 금전보상이 불능인 경우 내지는 금전보상으로는 사회관념 상 행정처분을 받은 당사자가 참고 견딜 수 없거나 또는 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유형, 무형의 손해를 일컫는다 할 것인바, 당사자가 처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 재산상의 손해를 입거나 기업 이미지 및 신용이 훼손당하였다고 주장하는 경우에 그 손해가 금전으로 보상될 수 없어「회복하기 어려운 손해」에 해당하기 위해서는 그 경제적 손실이나 기업 이미지 및 신용의 훼손으로 인하여 사업자의 자금사정이나 경영전반에 미치는 파급효과가 매우 중대하여 사업자체를 계속할 수 없거나 중대한 경영상의 위기를 맞게 될 것으로 보이는 등의 사정이 존재하여야 한다.[45]

손해의 중대성(회복하기 힘든 손해) 요건은 국민의 권리이익의 실효적 구제와 사법과 행정의 적절한 균형이라는 양대 가치를 합리적으로 확보하면서 이를 소송에서 실현하려는 것으로, 행정청이 처분을 행하기 이전에 법원이 사전에 그 적법성을 판단하여 금지를 명하는 것이 필요한 경우를 판단하기 위한 기준이다. 이러한 손해의 중대성(회복하기 힘든 손해) 요건의 판단에 있어서는 손해회복 곤란정도, 손해의 성질과 정도, 처분의 내용과 성질을 감안하여 판단하는 것이 타당한 것 같다.[46]

손해의 중대성(회복하기 힘든 손해) 존부 판단과 관련하여 2개의 접근방법이 있다

첫째, 현행 행정소송법은 처분 후의 취소소송을 제기하는 것을 원칙으로 하고 예방적 금지소송은 예외로 볼 수 있다. 예비적 금지소송은 사후구제수단인 취소소송과 집행정지제도에 의해서 충분한 구제가 보장되지 않는 경우에 구제

45) 대법원 2003. 10. 9. 자 2003무23 결정
46) 일본행정사건소송법 제37조의 4 제2항

의 효율성이라는 관점에서 인정되는 제도이기 때문에 취소소송과 집행정지제도에 의해서 구제되는 손해는 손해의 중대성(회복하기 힘든 손해)에 해당되지 않는다는 견해가 있다. 이러한 견해에 따르면 손해의 중대성(회복하기 힘든 손해)은 취소소송과 예방적 금지소송의 기능적 분담이라는 관점에서 판단되어야 한다고 한다. 이러한 입장을 손해의 중대성(회복하기 힘든 손해)의미 판단에 관한 절차법적 접근이라고 할 수 있다.

둘째, 전술한 손해의 중대성(회복하기 힘든 손해)에 관한 절차법적 이해 혹은 접근은 처분이 행해지기 이전의 단계에서 취소소송·집행정지와 예비적 금지소송의 비교형량을 요구한다. 그러나 원고가 예비적 금지소송 제기하는 단계에서, 당해 손해가 취소소송·집행정지에 의해서 용이하게 구제될 수 있는가 여부를 판단하는 것은 간단하지 않다. 몇 개월 혹은 몇 년이 지나서 제기할지 여부도 확실하지 않은 취소소송·집행정지의 권리구제 상 유효성, 용이함에 의거하여 금지소송 제기 허부를 결정하는 것은 현실성을 결한 것으로 보인다. 오히려 금지소송을 제기하는 현시점에서 실체법적으로 이해하여 중대한 손해발생의 위험이 있는가 여부를 판단하는 편이 원고에게 무리가 없을 것이다. 이러한 측면에서 보면, 중대한 손해요건을 실체법적으로 이해하는 것이 합리적이라고 생각된다.

생각건대 예방적 금지소송의 제기단계에서 취소소송·집행정지와 예방적 금지소송의 비교형량이 가능하다면 절차적 접근도 합리적 문제해결 방법이라고 생각한다. 그러나 이 단계에서 절차법적 판단이 어렵다고 하여 무조건 예방적 금지소송을 인정하지 않는 것은 타당성을 결여한 것으로 보인다. 이 경우에는 실체법적 접근이 필요하다. 원고의 구체적 이익 상황을 고려하여 양자를 고려한 유연한 접근이 바람직한 것 같다. 손해의 중대성(회복하기 힘든 손해)에 대해서 해석론 레벨에서 검토해 보면, 객관적으로 볼 때, 손해의 중대성(회복하기 힘든 손해)은 당연히 요구되는 것이 아니고 예방적 금지소송에 의한 구제를 필요 이상으로 제한할 우려가 있다는 평가도 있다. 의무이행소송과 비교하면 예방적 금지소송은 취소소송의 선행적 소송에 지나지 않기 때문에 적어도 행정처분의 위법판단이 용이하게 될 때에는 중대한 손해요건에 의해서 그 제기를 제한할 필요성이 없다고 보인다. 즉 위법성을 판단하는 것이 성숙되었다고 판단될 때에는 예방적 금지소송 제기의 허용과 이와 함께 금지판결을 행하는 것이 타당하다고 보인다.[47]

47) 芝池義一,行政救濟法, 203頁.

5) 이러한 손해를 피할 다른 적절한 법적 수단이 없을 것(보충성)

이 요건과 관련하여 예방적 금지소송의 도입에 관한 2006년 대법원 개정안(행정소송법 개정안)[48]은 「사후에 그 처분이나 명령 등의 효력을 다투는 방법으로는 회복하기 어려운 손해를 입을 우려가 있는 때」라고 규정하고, 예방적 금지소송의 도입에 관한 2007년 법무부 개정안(행정소송법 개정안)[49]은 「사후에 그 처분의 효력을 다투는 방법으로는 회복하기 어려운 손해가 발생할 것이 명백한 경우」 라고 규정하여 ③ 요건인 손해의 중대성(회복하기 힘든 손해)과 결합하여 보충성 요건을 규정하고 있다. 일본 행정사건소송법은 제37조의 4 제1항[50] 중대한 손해발생을 위하여 다른 적당한 방법이 없을 것을 요건으로 규정하고 있다.

예방적 금지소송은 사후적 구제로는 원고에게 회복하기 힘든 손해(혹은 중대한 손해)의 발생이 예상되지만, 이것을 피할 다른 적절한 법적 수단이 없을 때, 즉 다른 사후적 구제방법으로는 실효적 구제가 불가능할 때, 예외적으로 행정처분이 발령되기 이전에 인정되는 사전구제의 소로서 허용된다. 예방적 금지소송의 경우, 손해의 중대성(회복하기 힘든 손해) 요건의 충족되면, 사후적 구제방법에 의한 적절한 구제가 어려운 경우라는 것이 확인될 수 있다. 따라서 손해의 중대성(회복하기 힘든 손해) 요건이 충족되는 경우는 통상적으로 보충성 요건이 충족된다. 즉 예방적 금지소송에서 손해의 중대성(회복하기 힘든 손해) 이 인정되면, 구제수단으로써 당해 처분의 금지를 구하는 것이 가장 직접적이고 실효적 구제방법이라고 생각할 수 있다. 이러한 점을 감안하면, 보충성 요건은 예방적 금지소송을 제기하기 위한 적극요건이 아닌 소극요건으로 파악하는 것이 타당한 것 같다. 이 점이 중요한 것은 입증책임과 관계에서 문제된다. 보충성 요건을 소극요건으로 볼 경우, 보충성을 결하고 있다는 입증책임은 피고 측인 처분청이 부담하게 된다.[51]

보충성 요건은 주로 취소소송과 관계에서 문제가 되지만, 공법상 당사자 소송이나 민사소송이 제기 가능한 경우에 보충성 요건 충족 문제가 제기될 수 있다. 그러나 이들 소송과 예방적 금지소송은 구제대상, 구제내용 등에서 차이

48) 예방적 금지소송의 도입에 관한 2006년 대법원 개정안(행정소송법 개정안) 제55조
49) 예방적 금지소송의 도입에 관한 2007년 법무부 개정안(행정소송법 개정안) 제48조
50) 일본 행정사건소송법 제37조의4(예방적 금지소송의 요건) ① 예방적 금지소송은 일정한 처분 또는 재결이 있음으로 하여 중대한 손해가 발생할 우려가 있는 경우에 한하여 제기할 수 있다. 다만, 그 손해를 예방하기 위하여 다른 적당한 방법이 있는 때에는 그러하지 아니하다.
51) 高橋滋 · 市村陽典 · 山本隆司編, 前揭書, 791頁

점이 있다고 보인다. 그리고 국민의 권리이익의 실효적 구제를 위한 사전구제를 담당하는 다른 소송유형과 상호보완적 활용을 도모한다는 관점에서, 이러한 소송이 가능하다고 하여 보충성 요건을 충족하지 않았다고 보기 어렵다.

3. 본안의 승소요건 및 취소소송과 관계

1) 본안의 승소요건

본안 승소요건에 대해서 예방적 금지소송의 도입에 관한 2006년 대법원 개정안(행정소송법 개정안)과 예방적 금지소송의 도입에 관한 2007년 법무부 개정안(행정소송법 개정안)은 계쟁처분이 위법하고, 그 처분을 하지 않도록 하는 것이 상당하다고 인정하는 경우에는 행정청에 그 처분을 하지 아니하도록 선고한다고 규정하고 있다.

이에 비해서 일본행정사건소송법은 금지소송의 본안요건에 대해서 계쟁처분이 기속행위의 경우에는 근거법령과 관계에서 위법성이 명백하거나, 재량처분의 경우에는 재량권의 남용이나 일탈이 인정될 때에는 당해 처분을 금지하는 명령을 판결을 한다고 규정하고 있다.[52]

본안 판단의 대상인 계쟁처분의 위법성에 대해서 예방적 금지소송이 사전소송이라는 점을 감안하여 취소소송보다 강화된 형태의 위법성을 요구하는 견해와 취소소송과 동일한 위법성을 요구하는 두 가지 견해의 대립이 있다. 생각건대 법질서의 통일적 규율이라는 측면에서 취소소송과 예방적 금지소송에서 위법성판단에 차이를 두지 않는 것이 타당할 것 같다.[53]

2) 취소소송과 관계

예방적 금지소송이 진행되는 도중에 행정처분이 행해졌다면 예방적 금지소송의 소의 이익은 상실되고 취소소송으로 소의 변경문제가 발생한다. 즉 이러한 상황은 원고에게 예방적 금지소송을 처분 취소소송으로 변경하는 것이 가능한가 여부의 문제를 제기한다. 양자의 청구기초의 동일성이 문제되지만, 효율적인 법적구제의 제공이라는 측면에서 가능하다면 적극적으로 해석하는 것이 타당한 것 같다.

---

52) 일본 행정사건소송법 제37조의 4 제5항
53) 芝池義一,行政救濟法, 191-195頁

4. 예방적 금지 소송과 가구제

현행법상 취소소송의 경우, 가구제절차로 집행정지제도를 규정하고 있다. 행정소송법상 집행정지라 함은 계쟁의 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행을 잠정적으로 정지하는 법원의 결정을 말한다. 집행정지는 권리구제의 실효성을 보장하기 위해 인정된다. 그러나 집행정지가 되면 처분의 집행으로 인한 행정목적 달성은 잠정적으로 중지된다. 집행정지제도는 집행정지를 통한 권리구제의 실효성보장과 계쟁처분의 집행을 통한 행정목적의 달성을 조화시키는 제도로 운용됨이 바람직하다.[54] 이러한 집행정지가 인정되기 위해 다음의 요건이 요구된다. ① 적법한 본안소송이 계속될 것 ② 회복하기 어려운 손해발생의 우려가 있을 것[55] ③ 긴급한 필요의 존재[56] ④ 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 없을 것[57] ⑤ 본안청구가 이유 없음이 명백하지 아니할 것[58] 등이다. 이들 요건 중 ①-④ 요건은 행정소송법이 명문으로 규정한 것이고, ⑤ 요건은 판례를 통해 형성·발전된 요건이다.[59]

---

54) 박균성, 전게서 883면.

55) 대법원 2011. 4. 21. 자 2010무111 전원합의체 결정. 행정소송법 제23조 제2항에서 정하고 있는 효력정지 요건인 '회복하기 어려운 손해'란, 특별한 사정이 없는 한 금전으로 보상할 수 없는 손해로서 금전보상이 불가능한 경우 내지는 금전보상으로는 사회관념상 행정처분을 받은 당사자가 참고 견딜 수 없거나 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유형, 무형의 손해를 일컫는다.

56) 전게 대법원 2011. 4. 21. 자 2010무111 전원합의체 결정. 「처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요」가 있는지는 처분의 성질과 태양 및 내용, 처분상대방이 입는 손해의 성질·내용 및 정도, 원상회복·금전배상의 방법 및 난이 등은 물론 본안청구의 승소가능성 정도 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다.

57) 대법원 2024. 6. 19. 자 2024무689 결정. 행정소송법 제23조 제3항이 집행정지의 또 다른 요건으로 '공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 없을 것'을 규정하고 있는 취지는, 집행정지 여부를 결정함에 있어서 신청인의 손해뿐만 아니라 공공복리에 미칠 영향을 아울러 고려해야 한다는 데 있고, 따라서 공공복리에 미칠 영향이 중대한지는 절대적 기준에 의하여 판단할 것이 아니라, 신청인의 '회복하기 어려운 손해'와 '공공복리' 양자를 비교·교량하여, 전자를 희생하더라도 후자를 옹호하여야 할 필요가 있는지에 따라 상대적·개별적으로 판단되어야 한다.

58) 대법원 1992. 8. 7. 자 92두30 결정. 행정처분의 효력정지나 집행정지를 구하는 신청사건에 있어서는 행정처분 자체의 적법 여부는 원칙적으로는 판단할 것이 아니고 그 행정처분의 효력이나 집행을 정지할 것인가에 대한 행정소송법 제23조 제2항 소정의 요건의 존부만이 판단의 대상이 되나 본안소송에서의 처분의 취소가능성이 없음에도 불구하고 처분의 효력정지나 집행정지를 인정한다는 것은 제도의 취지에 반하므로 집행정지사건 자체에 의하여도 신청인의 본안청구가 이유 없음이 명백할 때에는 행정처분의 효력정지나 집행정지를 명할 수 없다.

59) 대법원 1992. 8. 7. 자 92두30 결정. 행정처분의 효력정지나 집행정지를 구하는 신청사건

현행 집행정지제도는 행정처분의 존재를 전제한 가구제 제도로서 예견되는 행정처분 발령을 방지하기 위한 예방적 부작위 소송에는 적합하지 못하다. 예방적 부작위 소송에 대해서는 별도의 가구제 시스템이 필요하다. 예방적 금지소송의 도입에 관한 2006년 대법원 개정안(행정소송법 개정안)과 예방적 금지소송의 도입에 관한 2007년 법무부 개정안(행정소송법 개정안) 모두 의무이행소송을 위한 가구제절차로서 가명령 제도만을 규정할 뿐, 예방적 부작위 소송을 위한 가금지제도를 규정하고 있지 않다. 의무이행소송과 예방적 부작위 소송의 구조적 차이를 전제할 때, 별도의 가구제절차를 두는 것이 바람직하다.

만약, 예방적 부작위 소송의 진행 중에 금지를 구하는 처분이 행해지면, 처분의 부작위를 구할 실익이 없어지게 됨으로 예방적 부작위 소송의 소의 이익이 소멸된다. 처분의 금지가 다투어지는 경우에 행정청이 처분을 발령한다면 원고는 패소할 수밖에 없는 상황에 직면하게 된다. 이 점에서 예방적 부작위 소송의 판결이 내려질 때까지 가구제 조치로서 행정청의 처분발령을 금하는 취지를 명할 것을 요구하는 가구제 시스템은 중요성을 가진다. 그리고 이러한 가구제 절차에 의해서 가금지결정이 되면 원고는 처분 발령이 금지되는 상태에서 예방적 부작위 소송을 다투게 될 것이다.

현행의 집행정지제도와 균형을 고려할 때, 예방적 부작위 소송의 가구제절차로서 가금지가 인정되기 위해서는 다음과 같은 요건들이 요구된다고 보인다. ① 본안소송인 예방적 부작위 소송이 적법하게 제기되었을 것(예방적 부작위 소송의 계속) ② 본안에 대해서 이유가 있을 것(본안의 승소가능성) ③ 회복하기 힘든 손해를 피하기 위한 긴급한 손해가 있을 것(손해의 중대성) ④ 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 없을 것(공공복리에 대한 중대한 영향) 등이다.

전술한 집행정지제도 비교할 때, 두 제도의 인정요건에 있어서 유사성을 발견할 수 있다. 다만, 가금지는 예방적 부작위 소송의 심리단계에서 승소판결과 같은 지위를 신청인에게 인정하는 것이 되기 때문에 통상적으로 집행정지 요건에 비해서 엄격한 요건이 요구된다는 견해도 있다.[60] 이 견해에 따른다면

에 있어서는 행정처분 자체의 적법 여부는 원칙적으로는 판단할 것이 아니고 그 행정처분의 효력이나 집행을 정지할 것인가에 대한 행정소송법 제23조 제2항 소정의 요건의 존부만이 판단의 대상이 되나 본안소송에서의 처분의 취소가능성이 없음에도 불구하고 처분의 효력정지나 집행정지를 인정한다는 것은 제도의 취지에 반하므로 집행정지사건 자체에 의하여도 신청인의 본안청구가 이유 없음이 명백할 때에는 행정처분의 효력정지나 집행정지를 명할 수 없다.

60) 大阪地判平成17 · 7 · 25判タ1302号1221頁. 「회복하기 힘든 손해」라 함은 금전배상에 의해

③「회복하기 힘든 손해를 피하기 위한 긴급한 손해가 있을 것(손해의 중대성)」 요건 유무를 판단함에 있어서 국민이 받는 손해의 성질과 정도에 추가하여 행정 측이 받는 불이익에 대해서도 동시에 고려할 필요가 있을 것이다. 이 요건은 원고가 입는 손해의 중대성에 더하여 가금지에 의한 행정상 업무수행의 지장을 상정한 것이기 때문이다. 그러나 위법행정은 허용되지 않기 때문에 예측되는 행정처분의 위법성이 확실할 때에는 가금지를 인정하는 것이 타당할 것이다.

Ⅶ. 구체적 사례분석

징계처분 금지소송[61]

1. 사건개요

동경도 교육위원회 교육장은 2003년 10월 23일 동경도립학교 각 교장 앞으로 학교 입학식과 졸업식에서 「국기게양과 국가제창의 실시에 관한 지침」을 발령하였다. 이 지침은 입학식과 졸업식에서 교직원은 지정된 자리에서 국기를 향해 기립하여 국가를 제창하고 이 제창은 피아노 반주에 맞추어 행하는 것 등을 주요 내용으로 하였다. 이 사건에 문제된 동경도립 고등학교 교장은 이 사건 지침에 따라서 졸업식과 입학식 등의 행사에서 교직원에 대해서 국가제창을 할 때, 국기를 향해서 기립하여 국가를 제창할 것을 명하는 취지의 직무명령을 발하고 음악 담당교사들에게는 국가를 제창할 때, 피아노 반주를 할 것을 명하는 직무명령을 발하였다. 그리고 이 지침에 따른 전기 직무명령 내용에 따르지 않을 경우, 교직원에게 직무상 책임이 추궁될 수 있다는 것을 주지시켰다.

이에 동경도립 고등학교 교사 401명은 징계처분 금지소송과 기립제창의무의 의무부존재 확인소송을 제기하면서 이와 함께 국가배상을 청구하였다. 이 소송은 4회에 걸쳐서 나누어서 제기되었다. 이 소송 도중에 행정사건소송법이 개정되었다.[62] 이에 따라 2004년 행정사건소송법개정 이전에 소송을 제기한 원고

서 손해전보를 받기 불가능한 손해 혹은 금전배상만으로는 배상이 충분하지 않은 경우를 지칭한다. 생명, 신체에 대한 침해 혹은 중요한 헌법상 기본권 침해가 이에 해당한다고 한다.

61) 最高裁平成24 · 2 · 9民集66卷2号183頁.

62) 일본 행정사건소송법은 2004년 개정되고, 2005년에 시행되었다.

는 피고를 동경도 교육위원회로 하고, 2004년 행정사건소송법개정 후에 소송을 제기한 원고는 피고를 동경도로 하였다. 상고인(원고)는 항소심에서 의무부존재 확인청구가 가령 무명 항고소송으로서 부적법하다고 하더라도 공법상 당사자소송으로 적법하다면 후자로 보아야 한다는 취지의 주장을 하였다.

제1심[63]은 무명 항소소송과 국가배상소송 모두에서 각각 원고의 청구를 인용하였다. 항소심[64]은 제1심판결을 취소하였다. 이 사건에서 쟁점이 된 지침이 대상적격성 즉 처분성이 인정되기 때문에 이에 대한 취소소송이 가장 적절한 소송이라고 하여 각하하고, 국가배상청구에 대해서는 기각하였다.

2. 판결요지

최고재판소에서는 상고기각을 하였다. 주된 판시사항은 다음과 같다.

1) 징계처분 금지소송에 대해서

(1) 행정사건소송법 개정 이전의 구 행정사건소송법 하에서 제기된 피상고인 동경도 교육위원회에 대한 소송은, 개정된 행정사건소송법이 시행되었지만, 피상고인 동경도 교육위원회를 상대방 당사자로 한 그대로 법정 항고소송인 금지소송으로 전화된 것으로 해석된다.

(2) 이 사건에서 쟁점이 된 상기 지침은 항고소송의 대상인 행정처분에 해당하지 않는다. 그리고 이 사건 직무명령도 교직원 개인의 신분, 근무조건에 직접적 영향을 미치는 것이 아니기 때문에 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않는다고 해석된다.

(3) 이 사건에서 면직처분 이외의 징계처분(정직, 감봉, 견책 등의 각 처분)이 행해질 개연성이 인정된다. 그러나 면직처분[65]이 행해질 개연성은 인정되지 않는다. 따라서 이 사건 금지소송 중에 면직처분 금지소송은 당해 처분이 행해질 개연성을 결하고 있기 때문에 부적법하다.

(4) 금지소송의 소송요건으로서 「중대한 손해를 발생할 우려」가 있다고 인정되기 위해서는 다음의 요건이 필요하다고 해석된다. 즉, 처분이 행해지는 것

63) 東京地判平成18 · 9 · 21判時1952号44頁.
64) 東京高判平成23 · 1 · 28判時2113号30頁.
65) 우리나라의 경우, 교육공무원법은 징계 면직처분을 파면과 해임으로 구분하여 규율한다.

에 의해 발생할 우려가 있는 손해가, 처분이 행해진 후에 취소소송을 제기하여 집행정지 결정을 받는 것에 의해서 용이하게 구제받을 수 없는 것으로, 처분이 내려지기 이전에 금지를 명하는 방법이 아니면 구제를 받는 것이 곤란하다는 것에 해당하여야 한다. 본 건에서 매년 2회 이상의 학교 행사를 계기로 전술한 것과 같은 징계처분이 반복계속적이고 누적가중적으로 행해진다면, 사후적인 손해회복이 현저히 곤란하다. 따라서 이러한 회복곤란의 정도 등을 고려할 때, 이 사건 금지소송에서 「중대한 손해를 발생할 우려」가 있다고 인정된다.

(5) 이 사건 지침 및 직무명령은 행정처분에 해당하지 않기 때문에, 취소소송 및 집행정지의 대상이 되지 않는다. 이것 이외에 징계처분의 예방을 목적으로 하는 사전구제 쟁송방법으로 다른 적당한 방법이 있다고 해석하기 어렵다. 따라서 이 사건에서 징계처분의 취소소송 및 집행정지와 관계에서 보충성 요건을 결한 것은 아니라고 해석된다.

2) 무명 항고소송으로서 의무부존재 확인소송에 대해서

본건 무명 항고소송으로서 의무부존재 확인소송은 행정처분에 관한 불복을 내용으로 하는 소송이다. 이 사건 지침 및 직무명령 각각은 항고소송의 대상인 행정처분에 해당하지 않는다. 무명 항고소송으로서 피상고인에 대한 이 사건 확인의 소는 장래 불이익처분인 징계처분의 예방을 목적으로 하는 무명 항고소송의 일종으로 해석하는 것이 상당하다. 그러나 이 사건에서 법정 항고소송인 금지소송과 관계에서 사전구제의 쟁송방법으로서 보충성 요건을 결하여 부적법하다.

3) 공법상 당사자소송으로서 의무부존재확인소송에 대해서

(1) 이 사건에서 전기 지침에 의거하여 매년 2회 이상 동경도립학교 졸업식과 입학식 등의 행사에서 다수의 교직원에 대한 전기 직무명령이 반복해서 행해지고 이에 따른 공적 의무 존재가 존재한다. 이에 대한 위반 및 누적이 징계사유 및 가중사유의 평가를 받을 수 있다. 이와 함께 근무성적 평가에서 승급 등에 관련된 불이익 등 행정처분 이외의 처우상의 불이익이 발생하고 이것이 확대될 위험이 존재한다. 이러한 점에서 동경도립학교 교직원으로서 재직중의 전기 상고인의 법적 지위에 현실적 위험을 미친다고 할 수 있다.

(2) 이 사건 직무명령에 의거한 공적 의무 부존재확인을 구하는 확인의 소는 행정처분 이외의 처우 상의 불이익의 예방을 목적으로 한다. 이러한 공법상

법률관계에 관한 확인의 소는 그 목적에 적합한 유효적절한 쟁송방법이라고 할 수 있다. 따라서 확인의 이익을 긍정하는 것이 가능하다.

4) 본안에 대해서

이 판결은 금지청구와 당사자소송 모두 본안요건이 충족하지 않는다고 하였다. 그러나 불이익변경금지원칙에 따라 원심의 각하판결을 유지하는 것으로 하였다.

3. 검토

1) 징계처분의 금지소송 판시부분 분석

(1) 이 판결은 본건에서 문제된 지침 및 이에 의거한 학교장의 교직원에 대한 직무명령에 대해서 대상적격성을 부정하였다. 이것은 금지소송의 보충성판단의 전제가 되는 요소이다. 이 판결은 일본 최고재판소 판례에서 공무원관계에 있어서 직무명령의 대상적격성을 부정한 최초의 판결이다. 그리고 직무명령의 위법성이 취소소송 등에서 다투어 질 수 있다고 하는데, 이것은 종래 판례가 중대명백한 위법에 해당되지 않는 한 공무원은 복종의무를 진다는 견해와 다른 입장을 취하는 것 같다.[66]

(2) 이 판결은 금지청구의 적법성에 대해서 처분의 개연성, 손해의 중대성, 보충성에 대해서 각각 판단하였다. 개연성 요건에 관하여 면직처분에 대해서는 당해 처분이 행해질 개연성이 없다고 하여 면직처분의 금지를 구하는 소가 부적법하다고 하였다. 원고의 청구는 징계처분을 분할하지 않고, 모든 징계처분에 대한 금지를 구하였다. 그러나 이 판결은 이러한 청구에 대해서 처분을 지방공무원법이 규정하는 처분유형에 분할하여 소의 적부를 판단하였다. 즉 면직처분에 대해서는 처분이 행해질 개연성을 부정하고, 그것 이외의 징계처분에 대해서는 금지의 대상처분을 각각의 연도 별로 특정하지 않고 일괄형 금지소송을 인정하였다.

(3) 금지의 소송요건인 「중대한 손해를 발생시킬 우려」를 판단함에 있어서, 이 판결은 문제되는 손해에 해당되기 위해서는 처분이 내려진 이후 취소소송

66) 最判平成15 · 1 · 17民集57卷1号1頁.

등을 제기하여 집행정지의 결정을 받는 것 등에 의해서 용이하게 구제를 받을 수 없는 것으로, 처분이 행하여지기 이전에 당해 처분의 금지를 명하는 방법 이외에는 그에 대한 구제를 받는 것이 곤란한 것을 판단기준으로 제시하였다. 이것은 개정 행정사건소송법의 입안자가 생각했던 것과 거의 합치하는 것이라고 한다.[67]

이 판결은 이 사건의 특수성(징계처분의 반복계속성 및 누적 가중성)에 착안하여 견책처분을 포함한 징계처분에 대해서 전기 기준에 의거한 손해의 중대성을 긍정하였다. 견책처분이 소송요건인 「중대한 손해를 발생시킬 우려」를 충족시키는 것은 통상적으로 곤란할 것이다. 그러나 이 사건과 같이 처분이 반복 계속되고 취소소송 및 집행정지에 의한 구제가 곤란하여, 처분이 행해질 이전에 금지를 명하는 방법에 의하지 않고는 구제를 받는 것이 곤란한 경우에는 전기기준에 따른 「중대한 손해를 발생시킬 우려」가 있는 경우에 해당하게 된다. 그러나 전술한 바와 같이 손해의 중대성이 인정되기 위해서 이 판결과 같은 기준을 설정하는데 의문을 제시하는 견해도 있다. 이에 따르면 취소소송과 집행정지에 구제가능성이 있다고 하더라도, 실체적으로 중대한 손해가 발생할 경우에는 금지소송 요건으로서 손해의 중대성을 충족하는 것으로 해석할 수 있다. 이에 더하여 실체적 불이익이 중대하지 않더라도 처분에 대한 취소소송 및 집행정지에 의한 구제가 곤란한 경우에는 이것도 금지소송의 고유한 혹은 특수한 문제로서 「중대한 손해를 발생시킬 우려」에 해당한다고 해석하는 것이 합리적으로 보인다.[68]

2) 무명항고소송 판시부분 검토

이 판결은 무명 항고소송은 행정처분에 관한 불복을 내용으로 하는 소송이라는 것을 명시적으로 설시하면서 무명 항고소송으로서 의무부존재확인소송은 징계처분의 예방을 목적으로 하는 소송이라는 점을 분명히 하였다. 무명 항고소송으로서 확인소송과 공법상 당사자소송으로서 확인소송의 구별이 어렵다는 점은 종래 일본 법조실무가들로부터 지적되어 오던 점이다. 이 판결은 이 문제에 대한 이론적 정리를 행한 것으로 평가된다. 일본의 경우, 2004년 개정된 행정사건소송법에서 항고소송의 피고를 행정주체로[69] 규정하고 있기 때문에, 원

67) 溱二郎, “懲戒處分差止訴訟と義務不存在確認訴訟”, 行政判例百選Ⅱ(第8版), 別冊 jurist 261号(東京:有斐閣, 2022), 412-413頁.
68) 芝池義一, 行政救濟法, 203頁. 溱二郎, “懲戒處分差止訴訟と義務不存在確認訴訟”, 412-413頁.
69) 일본 행정사건소송법 제11조 제1항은 처분취소소송의 피고를 처분을 행한 행정청이 소속

고의 청구대상이 행정처분을 대상으로 한 것이면 항고소송으로서 그 적부를 논하고, 현재 법률관계에 관한 소송이라면 당사자소송으로서 그 적부를 각각 논하는 것이 가능하다.[70] 그리고 이 판결은 법정 항고소송에 대해서 무명 항고소송은 보충적 성격을 갖는다는 것을 명시적으로 규정한 것도 주목할 점이라 할 수 있다.

3) 공법상 당사자소송 판시부분 검토

이 판결은 이 사건에서 문제된 기립제창의무를 이행하지 않은 경우, 이와 관련하여 예상되는 징계처분 이외의 공무원의 처우 상 불이익(행정처분에 해당하지 않는 불이익)의 예방을 목적으로 하는 소송을 의무부존재소송으로 구성하는 것이 가능하다고 하였다. 이러한 경우에 공법상 당사자소송의 하나의 유형인 공법상 법률관계에 관한 확인의 소로 파악된다. 이 판결은 상기 문제의 처리수단으로 무명항고소송과 공법상 당사자소송과 구별을 의식하고 논리를 구성하는 것 같다. 효과적 권리구제를 위해서 행정처분 이외의 처우 상의 불이익을 예방하는 소송을 공법상 당사자소송으로서 구성할 수 있게 하는 것도 중요하다고 할 수 있다. 그러나 주의할 점은 행정처분에 의해서 과해지는 의무를 면하기 위해서 동처분에 대한 항고소송을 제기하는 것에 대신하여 공법상 의무부존재소송을 제기하는 것은 허용되지 않는다. 왜냐하면 이것은 취소소송의 배타적 관할에 저촉되는 것으로 현행 행정소송제도의 기본구조를 해체하는 것으로 일반적으로 허용되지 않는다고 보는 것이 타당하다.

일본 최고재판소 판례에서 공법상 의무부존재확인의 소의 중요한 선례인 나가노 근평사건[71]에서는 「사전구제를 인정하지 않으면 부적절한 특단의 사정이 존재하는 경우를 제외하고, 사전에, 이러한 의무존부의 확정을 구하는 법률상 이익을 인정할 수 없다」라고 하였다. 이에 대해서 이 판결은 「특단의 사정」의 제한을 설정하는 것 없이 「그 목적에 따른 유효적절한 쟁송방법」으로서 그 적법성을 인정하고 있다.

이 판결은 공무원의 처우 상의 불이익이 반복계속적이며 누적가중적으로 발생하고 그것이 확대될 위험이 현존하는 상황 하에서 사후적인 손해의 회복이

하는 국가 또는 공공단체로 규정하고 있다.

70) 예컨대 행정청의 약품허가를 받고 약품을 판매하고 있는 중에 당해 약품에 대한 규제처분이 예상되는 상황에서, 당해 행정처분의 금지를 구하는 것이 아닌, 종래와 같은 방법으로 약품판매를 계속할 수 있는 지위의 확인을 구하는 소송은 공법상 당사자소송으로서 해석된다.(最判平成25 · 1 · 11民集67卷1号1頁)

71) 長野勤評事件, 最判昭和47 · 11 · 30 民集26卷9号1746頁.

현저히 곤란하다는 것을 감안하여 확인의 이익을 긍정하고 있다. 하급심 판결에서는 불이익처분의 예방적 금지소송의 성질을 가지는 확인소송에서 금지소송의 「중대한 손해를 발생할 우려」 요건과 균형을 유지할 필요가 있다는 주장도 존재한다.[72] 이러한 입장과 반대로 당사자소송은 처분을 대상으로 하는 것이 아니기 때문에 민사확인소송과 다른 이익요건을 설정할 필요가 없다는 견해도 있다. 그리고 이 사건에서 문제된 기립제창을 강요하는 것은 사상과 양심의 자유를 제약하는 것이기 때문에, 제재행위를 예방 하는데 과도하게 초점을 맞추지 말고, 기립제창강요를 예방할 공법상 확인이익을 인정해야 한다는 견해도 있다.[73]

4. 소결

이 소송은 일본에서 금지소송을 도입한 2004년 개정 일본 행정사건소송법 시행 이전에 소가 개시되고, 그 후 개정된 일본 행정사건소송법 시행 이후에도 계속되었다. 이 사건에서는 금지소송을 비롯한 무명항고소송, 공법상 당사자소송상의 쟁점이 동시에 문제되었다. 특히 금지소송에서는 이 소송의 제기요건인 처분의 개연성, 손해의 중대성, 보충성에 대해서 각각 판단기준을 제시하여 향후 일본 행정사건소송법 운영에 있어서 중요한 기준을 제시하고 있다.

Ⅷ. 맺음말

예방적 금지소송은 취소소송을 시간적으로 선행하는 것으로 장래에 행해질 행정처분을 미리 금지하는 소송이다. 우리나라 행정소송법은 행정소송 사항에 대해서 열기주의가 아닌 개괄주의를 택하고 있다. 이러한 행정소송법의 제도설계 구조 혹은 목적을 감안하면, 소송유형이 법정화되어 있지 않은 경우라고 하더라도, 국민의 권리 혹은 법률상 이익이 침해될 경우, 각각의 법적 분쟁에 대응하여 권리구제 시스템의 효율적 운영이라는 측면에서 당해 제도의 해석을 통하여 새로운 유형의 항고소송을 인정할 여지가 있다. 그러나 전술한 바와 같이 종래의 판례는 예방적 금지소송을 인정하지 않고 있다.

예방적 금지소송을 해석상 혹은 입법론적 도입에 대해서 저항하는 법적 제

72) 大阪地判平成20‧12‧25判タ1302号1780頁.
73) 溝二郎, “懲戒處分差止訴訟と義務不存在確認訴訟”, 412-413頁.

논리로서 취소소송 중심주의, 행정청의 제1차적 판단권 존중, 사후구제원칙, 구체적 법률관계의 부존재론 등이 주장되어 왔다. 이러한 논리의 한계는 앞에서 분석한 바와 같다. 따라서 우리 헌법이 규정하는 사법작용의 본질을 고려할 때, 이러한 예방적 금지소송을 인정하지 않는 논리적 근거는 더 이상 설득력을 갖지 않는다고 생각된다. 이 문제에 관한 우리나라의 학설과 일본제도와 독일의 판례를 고려할 때, 예방적 금지소송을 제도설계 시 혹은 해석상 도입할 때 다음의 요건은 고려하는 것이 필요할 것 같다. 즉, ① 당해 행정처분이 행해지는 것에 개연성이 있을 것(또는 확실할 것), ② 당해 행정처분이 위법할 것이 명백할 것(행정청의 부작위의무가 존재할 것), ③ 행정처분이 행해지면 원고에게 회복하기 힘든 손해(혹은 중대한 손해)가 발생할 것. ④ 이러한 손해를 피하기 위해 다른 적절한 법적 수단이 없을 것(보충성) 등이다. 이들 요건은 현행행정소송 제도의 구조적 특성과 헌법상 사법권의 한계를 반영한 것으로 권리구제의 효율성과 탄력성을 고려하여, 이 요건을 적용함에 있어서도 유연하게 판단하는 것이 타당한 것 같다.

[참고문헌]

박균성, 행정법강의 제23판(서울:박영사, 2026)
정하중 · 김광수, 행정법개론 20판, (서울:법문사, 2025)
홍정선, 행정기본법 해설(개정 제3판), (서울:박영사, 2025)
김철용, 행정법(제13판), (서울:고시계사, 2024)
김남진/김연태, 행정법 I (28판), (서울:법문사, 2024)
김동희/최계영, 행정법 I , (서울:박영사, 2023)
김창조, “의무이행소송”, 법학논고 제83집(2023), 35-75면.
이현수, “일본의 행정사건소송법상 금지소송과 가금지의 현황”, 행정법학제6호(2014), 149-185면.
최승필, “예방적 금지소송의 도입과 그 쟁점”, 행정법학제3호(2012),33-66면.
박정훈, “행정소송법 개정의 주요쟁점”, 공법연구 제31집 제3호(2006), 41-103면.

芝池義一,行政救濟法(東京:有斐閣, 2022)
溱二郎, “懲戒處分差止訴訟と義務不存在確認訴訟”, 行政判例百選Ⅱ(第8版), 別冊 jurist 261号(東京:有斐閣, 2022), 412-413頁.
溱二郎, “義務付け訴訟 · 禁止訴訟の法定と發展可能性”, 行政法理論の探求(芝池義一先生 古稀記念)(東京:有斐閣, 2015), 539-561頁.
高橋滋 · 市村陽典 · 山本隆司, 條解行政事件訴訟法(東京:弘文堂, 2016)
芝池義一, “抗告訴訟と法律關係訴訟”, 行政法の新構想Ⅲ 行政救濟法(2008), 29-46頁.
高木 光, “義務付け訴訟 · 差止訴訟”, 行政法の新構想Ⅲ 行政救濟法(2008), 47-66頁.
稻葉 馨, “行政訴訟の当事者 · 參加人”, 行政法の新構想Ⅲ 行政救濟法(2008), 67-84頁.
曾和俊夫,“行政事件訴訟法改正の意義と今後の課題”法律時報77卷3号(2005), 26-33頁.
磯部力 · 小早川光郎 · 芝池義一, 行政法の新構想Ⅲ 行政救濟法(東京:有斐閣, 2008)
Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 22.Auflage, C.H. Beck, 2024.
Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 12.Auflage, C.H. Beck, 2021.
Kopp/schenke, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar 20.Auflage, C.H. Beck, 2014.
Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, Verwaltungsgerichtsordnung 5.Auflage, C.F. Müller,2010.

[Abstract]

A Study of the suit for injunction of illegal dispositions by administrative agencies

Kim, Chang-Jo*

This thesis analyzes the systematic structure of the suit for injunction of illegal dispositions by administrative agencies. The research methods employed in this thesis examine the development of the legal system and case laws related to this problem in Korea, Germany and Japan from a comparative point of view

The suit for injunction of illegal dispositions by administrative agencies is an administrative suit for seeking the issuance of injunction against illegal dispositions by administrative agencies.

The current Administrative Litigation Act is designed based on the principle of judicial review after issuing the administrative disposition by administrative agencies, the centrism of revocation suit in administrative litigation system, the principle of administrative agency's prior authority to judgment in legal interpretation and application.

According to case laws of the current Administrative Litigation Act, legal disputes related to the illegal dispositions by administrative agencies have been resolved not through the suit for injunction of illegal dispositions by administrative agencies, but only through the lawsuit for the revocation of the issued disposition.

From the viewpoint of the directness of the remedy of rights and the efficiency of dispute resolution, such a method of dispute resolution is not appropriate. Continuously through the changing of the interpretation of Administrative Litigation Act, it has been attempted to introduce the suit for injunction of illegal dispositions by administrative agencies. But these attempts are not successful.

For these reasons, the introduction of the suit for injunction of illegal

* Prof., Kyungpook National University Law School

dispositions by administrative agencies has been promoted through legislation. Suit for injunction of illegal dispositions by administrative agencies is expected to be defined and regulated as a type of appeals suit. Appeals suit has functional advantages and disadvantages in terms of rights relief. It is desirable that the system(suit for injunction of illegal dispositions by administrative agencies) should be designed and operated in the direction of strengthening its positive function as an appeal suit.

Keywords : the suit for injunction of illegal dispositions by administrative agencies, the principle of judicial review after issuing the administrative disposition by administrative agencies, the centrism of revocation suit in administrative litigation system, the principle of administrative agency's prior authority to judgment in legal interpretation and application, functional advantages and disadvantages of appeals suit