

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건	2015두60617 폐업처분무효확인등
원고, 상고인	원고 1 외 3인 원고들 소송대리인 법무법인 위민 담당변호사 김남근 외 1인
원고보조참가인	별지 원고보조참가인 명단 기재와 같다. (원고보조참가인 1 외 10명)
피고, 피상고인	경상남도지사 외 2인 피고들 소송대리인 변호사 이우승
원 심 판 결	부산고등법원 2015. 12. 2. 선고 (창원)2014누11529 판결
판 결 선 고	2016. 8. 30.

주 문

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 원고들이 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 상고이유 제2점에 대하여

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 보건복지부장관이 피고 경상남도지사에게 진주의료원 폐업방침을 철회하고 진주의료원을 존치시키라는 명령을 하였다고 보기 어렵다는 이유를 들어, 경상남도의회가 2013. 6. 11. 제308회 임시회에서 의결하여, 피고 경상남도지사가 2013. 7. 1. 공포한 「경상남도의료원 설립 및 운영 조례 일부 개정조례」(경상남도조례 제3832호, 이하 '이 사건 조례'라고 한다)가 보건복지부장관의 업무정상화 명령에 위반하였다는 원고들의 주장을 배척하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 오인하거나 이 사건 조례의 효력에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

2. 상고이유 제3점에 대하여

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 「보조금 관리에 관한 법률」(이하 '보조금법'이라고 한다) 제24조, 제35조 제3항 등이 정한 보조금 사업 폐지 또는 중요재산 양도 등에 대한 중앙관서의 장의 승인은 사후승인도 가능하다는 전제 아래, 이 사건 조례 공포 당시에는 진주의료원의 폐지 등에 관하여 보건복지부장관의 승인을 받지 아니하였으나 나중에라도 승인을 받은 사정 등을 들어, 이 사건 조례가 보조금법 제35조 제3항 등의 규정에 위배되어 무효라는 원고들의 주장을 배척하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 원심판결 이유를 살펴보면, 원심의 이유 설시에 일부 적절치 아니한 부분이 있으나 이 사건 조례가 무효라고 볼 수 없다고 본 결론은 정당하

고, 거기에 상고이유 주장과 같이 처분의 위법 여부 판단의 기준 시점에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

3. 상고이유 제1점에 대하여

가. 항고소송의 대상인 '처분'이란 "행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용"을 말한다(행정소송법 제2조 제1항 제1호). 행정청의 어떤 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지의 문제는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 관련 법령의 내용과 취지, 그 행위의 주체·내용·형식·절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익과의 실질적 관련성, 그리고 법치행정의 원리와 당해 행위에 관련한 행정청 및 이해관계인의 태도 등을 참작하여 개별적으로 결정하여야 한다(대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결 등 참조).

또한, 어떠한 처분에 법령상 근거가 있는지, 행정절차법에서 정한 처분 절차를 준수하였는지는 본안에서 당해 처분이 적법한가를 판단하는 단계에서 고려할 요소이지, 소송요건 심사단계에서 고려할 요소가 아니다.

나. 지방자치법 제9조 제2항 제2호 (마)목은 '주민의 복지증진에 관한 사무'의 하나로 '보건진료기관의 설치·운영'을 지방자치단체의 사무로 예시하고 있다. 구 「지방의료원의 설립 및 운영에 관한 법률」(2013. 8. 13. 법률 제12072호로 개정되기 전의 것, 이하 '지방의료원법'이라고 한다) 제4조 제1항은 "지방자치단체는 지방의료원을 설립할 수 있다. 필요한 경우에는 지방의료원을 통합하거나分院(분원)을 둘 수 있다."라고 규정하고 있고, 제4조 제3항은 "지방자치단체가 지방의료원을 설립하려는 경우에는 이 법에서 규정한 것을 제외하고는 그 설립·업무 및 운영에 관하여 필요한 사항은 지방자

치단체의 조례로 정하여야 한다."라고 규정하고 있다.

원심판결 이유와 원심이 적법하게 채택한 증거를 종합하면, ① 피고 경상남도지사는 2013. 2. 26. 기자회견을 열어 '진주의료원 폐업에 즈음하여 도민 여러분께 드리는 말씀'이라는 제목으로 진주의료원을 폐업하겠다는 결정(이하 '이 사건 폐업결정'이라고 한다)을 발표하고, 그 무렵 경상남도청 지방기술서기관인 소외인을 진주의료원 기획관리실장 겸 원장직무대행으로 파견하는 인사명령을 한 사실, ② 소외인은 2013. 3. 4.부터 진주의료원 기획관리실장 겸 원장직무대행으로서, 같은 해 3월부터 5월 사이에 의사 채용공고를 하지 않고 기존 의료진에 대하여 근무계약을 해지하는 한편, 이 사건 폐업결정 발표 당시 232명이던 직원들에 대하여 명예·조기퇴직을 시행하는 등의 방법으로 진주의료원의 인력·시설을 축소하여 폐업준비를 한 사실, ③ 소외인은 2013. 3.경부터 경상남도청 소속 공무원들로 하여금 진주의료원 입원환자들과나 보호자들을 개별적으로 접촉하여 퇴원·전원을 회유·종용하도록 하여 입원환자들을 내보내고, 퇴원·전원을 거부하는 입원환자들에 대해서는 보건소 공중보건의 2명을 파견받아 진료하도록 한 사실, ④ 소외인은 진주의료원 이사회의 서면결의를 거쳐 2013. 4. 3. 진주의료원의 휴업을 시작하였으며, 2013. 5. 29. 진주의료원을 폐업한 다음, 잔류직원 70명을 모두 해고한 사실, ⑤ 한편, 피고 경상남도지사는 2013. 3. 28. 경상남도의회에 이 사건 조례안을 제출하고, 경상남도의회는 2013. 6. 11. 제308회 임시회에서 이 사건 조례안을 의결하였으며, 피고 경상남도지사는 2013. 7. 1. 이 사건 조례를 공포한 사실, ⑥ 소외인은 2013. 7. 2. 진주의료원 법인해산등기를 마치고, 진주의료원의 채권·채무, 자산에 관한 청산절차를 개시하여, 2013. 9. 17. 진주의료원 청산종결등기를 마친 사실 등을 알 수 있다.

다. 이러한 사실관계를 관련 규정과 앞서 본 법리에 비추어 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 지방의료원의 설립·통합·해산은 지방자치단체의 조례로 결정할 사항이므로, 피고 경상남도가 설치·운영하는 지방의료원인 진주의료원의 폐업·해산은 피고 경상남도의 조례로 결정할 사항인 점, ② 그럼에도 이 사건 조례가 공포된 2013. 7. 1. 이전에 의료진과의 근무계약 해지, 환자들에 대한 전원조치 및 진주의료원 폐업신고 등 진주의료원의 폐업을 위한 조치가 이루어졌고, 이러한 일련의 조치는 피고 경상남도지사의 이 사건 폐업결정에 따른 것으로 보이는 점, ③ 피고 경상남도지사의 이 사건 폐업결정으로 인하여 입원환자들은 퇴원하거나 전원하여야 하고, 직원들도 직장을 잃게 되는 등 이들의 권리·의무에 중대한 영향을 미치므로 진주의료원의 폐업이 관계 법령상의 기준과 절차를 준수하였는지에 대한 사법심사가 필요한 점 등을 종합하면, 피고 경상남도지사의 이 사건 폐업결정은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사로서 입원환자들과 소속 직원들의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것이므로 항고소송의 대상에 해당한다고 할 것이다.

라. 한편, 행정처분의 무효확인 또는 취소를 구하는 소에서, 비록 행정처분의 위법을 이유로 무효확인 또는 취소 판결을 받더라도 그 처분에 의하여 발생한 위법상태를 원상으로 회복시키는 것이 불가능한 경우에는 원칙적으로 그 무효확인 또는 취소를 구할 소의 이익이 없고, 다만 원상회복이 불가능하더라도 그 무효확인 또는 취소를 회복할 수 있는 다른 권리나 이익이 남아있는 경우에만 예외적으로 소의 이익이 인정될 수 있을 뿐이다(대법원 2016. 6. 10. 선고 2013두1638 판결 등 참조).

이 사건의 경우, 앞서 살펴본 바와 같이, 이 사건 폐업결정 후 진주의료원을 해산한다는 내용의 이 사건 조례가 제정·시행되었고, 이 사건 조례가 무효라고 볼 사정도

없으므로, 진주의료원을 폐업 전의 상태로 되돌리는 원상회복은 불가능하다고 판단된다. 따라서 법원이 피고 경상남도지사의 이 사건 폐업결정을 취소하더라도 그것은 단지 이 사건 폐업결정이 위법함을 확인하는 의미 밖에 없고, 그것만으로는 원고들이 희망하는 진주의료원 재개원이라는 목적을 달성할 수 없으며, 뒤에서 살펴보는 바와 같이 원고들의 국가배상청구도 이유 없다고 판단되므로, 결국 원고들에게 이 사건 폐업결정의 취소로 회복할 수 있는 다른 권리나 이익이 남아있다고 보기도 어렵다. 따라서 피고 경상남도지사의 이 사건 폐업결정은 법적으로 권한 없는 자에 의하여 이루어진 것으로서 위법하다고 하더라도, 그 취소를 구할 소의 이익을 인정하기는 어렵다.

마. 그러므로 원심이 피고 경상남도지사의 이 사건 폐업결정이 항고소송의 대상인 '처분'에 해당하지 아니한다고 본 부분은 잘못이지만, 이 사건 소 중 피고 경상남도지사의 이 사건 폐업결정 취소 청구 부분을 부적법하다고 보아 각하한 결론은 결국 정당하다.

4. 상고이유 제4점에 대하여

가. 국가배상법 제2조 제1항은 "국가나 지방자치단체는 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인(이하 '공무원'이라고 한다)이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입히거나, 「자동차손해배상 보장법」에 따라 손해배상의 책임이 있을 때에는 이 법에 따라 그 손해를 배상하여야 한다."라고 규정하고 있다. 따라서 국가배상책임이 성립하기 위해서는 공무원의 직무집행이 위법하다는 점만으로는 부족하고, 그로 인해 타인의 권리·이익이 침해되어 구체적 손해가 발생하여야 한다.

나. 원심은 증거를 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 진주의료원은 이 사건 폐업결정 후 더 이상 의사들을 채용하지 않고, 2013. 3. 중순부터 의료서비스에

필요한 인력과 시설 등을 의도적으로 줄이는 한편, 경상남도청 소속 공무원들이 입원 환자들이나 보호자들을 개별적으로 접촉하여 퇴원·전원을 회유·종용한 사정은 인정되나, ① 그 회유·종용이 협박이나 강압의 수준에 이르지 않는 점, ② 퇴원·전원을 거부하고 남아있는 입원환자들에 대해서는 진료를 중단·거부하지 않고 계속 제공하였던 점, ③ 피고 3이 경상남도지사로서 정책적 판단에 따라 진주의료원 폐업을 결정하였고 이것이 위법하지 않은 이상 그에 따른 후속조치로서 입원환자들에게 퇴원·전원을 회유·종용한 행위를 위법하다고는 볼 수 없는 점을 종합하면, 진주의료원의 폐업 과정에서 입원환자들에게 행해진 퇴원·전원 회유·종용 등의 조치가 불법행위에 해당한다고는 볼 수 없다고 판단하였다.

다. 진주의료원은 피고 경상남도가 설치·운영하는 지방의료원으로서 그 폐업은 피고 경상남도의 조례로 결정할 사항임에도 피고 경상남도의 도지사인 피고 3이 이 사건 조례가 공포된 2013. 7. 1. 전에 이 사건 폐업결정을 하고 그에 따라 폐업을 위한 일련의 조치가 이루어졌음은 앞서 살펴 본 바와 같다. 이 사건 조례가 공포된 2013. 7. 1. 이후에는 진주의료원의 폐업상태가 이 사건 조례의 효력에 의하여 정당화된다고 할 것이지만, 그 전에 행해진 이 사건 폐업결정은 법적으로 권한 없는 자에 의하여 이루어진 것이어서 위법하며, 그 집행과정에서 입원환자들에게 행해진 퇴원·전원 회유·종용 등의 조치도 위법한 이 사건 폐업결정에 근거한 것이므로 역시 위법하다고 할 것이다.

라. 그러나 원심이 채택하여 조사한 증거에 비추어 살펴보면, 원고 1, 원고 2, 원고 3이 손해라고 주장하는 입원환자 등의 생명과 건강에 대한 어떤 구체적인 손상이나 침해가 있었다고 인정할 증거가 없으므로, 원고 1, 원고 2, 원고 3에게 손해가 발생하였다고 보기 어렵고, 따라서 피고 3이나 그가 소속된 피고 경상남도의 불법행위책임이

성립한다고 볼 수 없다.

마. 따라서 원심의 이 부분에 관한 이유 설시가 일부 적절치 아니하나, 원고 1, 원고 2, 원고 3의 손해배상청구를 배척한 결론은 정당하므로, 결국 원심판단에 상고이유 주장과 같이 국가배상법상 공무원의 불법행위 성립에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법은 없다.

5. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자들이 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	박병대
-----	-----	-----

	대법관	박보영
--	-----	-----

주 심	대법관	김 신
-----	-----	-----

	대법관	권순일
--	-----	-----

[별지] 원고보조참가인 명단: 생략