

온천공굴착허가등취소신청거부처분취소청구사건

[대구고법 1994. 4. 22. 92구825]



【판시사항】

가. 위법을 이유로 한 행정처분취소신청을 거부한 행위가 항고소송의 대상이 되는지 여부나. 온천법 제7조 제2호에 의한 허가취소신청을 거부한 행위가 항고소송의 대상이 되는지 여부

【판결요지】

가. 행정처분이 위법하다는 이유로 처분청을 상대로 그 처분의 취소를 구하는 것은 당해 행정처분의 위법 여부에 대한 판단을 구하는 것이지 구체적 사실에 관한 법집행을 구하는 것이 아니어서 위법한 행정처분의 취소신청을 거부한 처분청의 행위는 항고소송의 대상이 되는 거부처분이라고 할 수 없다.나. 온천법의 입법목적에 비추어 같은 법 제5조 제1항의 규정에 의한 온천공굴착허가에 같은 법 제7조 제2호 소정의 허가취소사유가 있는 때에는 허가권자는 그 허가의 취소를 구하는 이해관계 있는 제3자에 대하여 그 허가를 취소하여야 할 조리상의 의무가 있다고 보아야 할 뿐만 아니라, 같은 법 제7조 제2호의 규정에 의한 허가취소신청은 구체적인 사실에 관한 법집행을 요구하는 것이므로, 허가권자가 이해관계 있는 제3자의 허가취소신청을 거부한 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

【참조조문】

행정소송법 제2조, 제19조, 온천법 제5조 제1항, 제7조 제2호

【참조판례】

대법원 1988.2.23. 선고 87누438 판결(공1988, 611)

【전문】

【원 고】 문장대온천관광휴양지 개발지주조합

【피 고】 상주군수

【주문】

- 】
1. 이 사건 청구 중 온천공굴착허가취소신청 거부처분취소청구와 위법을 원인으로 하는 온천공증굴허가취소신청 거부처분취소청구에 관한 이 사건 소를 각하한다.
 2. 이 사건 청구 중 사정변경을 원인으로 하는 온천공증굴허가 취소신청 거부처분취소청구를 기각한다.
 3. 소송비용은 원고의 부담으로 한다.

【청구취지】 피고가 1992.1.7. 원고에 대하여 한, 참가인에 대한 1981.9.21.자 온천공굴착허가 취소신청거부처분과 1988.12.28.자 온천공증굴허가 취소신청거부처분을 각 취소한다.

【이유】

】 1. 기초사실

다음과 같은 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 제1,2 3호증, 제5호증의 18,24,25,31 내지 41,45 내지 56,59,60, 제8호증의 11,12,13,16,18,19,20,21,26,27,31,37, 을 제1호증의 1 내지 9, 제2호증의 1 내지 4, 제3호증의 1 내지 16, 제4호증의 1,2,3, 제5호증의 10,11,12,13,21 내지 25,31 내지 37,41,43,47,48,49,50,51,54,56,60, 제6호증의 1 내지 7의 각 기재와 변론의 전취지를 종합하여 이를 인정할 수 있고, 이에 일부 반하는 갑 제5호증의 6,23,26,30,61, 제8호증의 23의 각 일부 기재는 이를 믿지 아니하고 달리 반증이 없다.

가. 소외 이정환이 소장으로 재직하고 있던 과학기술처 산하 국립지질광물연구소는 기본사업인 지질지열조사사업의 목적으로 1973.7.21.경부터 같은 해 12.28.경까지 사이에 광천징후지역인 경북 상주군 화북면 운흥리 일대의 여러 지점을 시추한 끝에 같은 면 운흥리 496 소재 좌표 북위 36°35'37" , 동경 127°48'50"지점의 지하 400m 깊이에서 수온 35.4℃의 온수를 발견하고 시추공 내에 구경 40mm짜리 플라스틱(P.V.C.)파이프를 삽입하자, 그 파이프에서 2cm 높이로 1일 150톤 가량의 온수가 자연 용출하고 불소 함량도 1ℓ당 7.0mg 이상이 되어 온천 기준치보다 상회하는 것을 확인하고 연구보고서를 작성·비치한 다음 시멘트로 그 시추공을 덮어 두었다.

나. 1981.3.2. 온천법이 제정·공포되자 위 이정환은 온천개발을 목적으로 같은 해 6.2. 피고 보조참가인 정보자원개발주식회사(이하 "참가인"이라 한다)를 설립하고, 같은 해 6.19. 위와 같은 시험시추가 실시된 같은 면 운흥리 496 소재 토지를 비롯한 주위토지 5필지를 자기의 명의로 매수한 다음, 같은 해 7.15. 경상북도지사에 대하여 법인인 참가인의 명의로 위 운흥리 496 소재 토지에 심도 400m, 굴착구경 40mm 내지 30mm의 온천공(이하 "496호공"이라 한다)을 굴착하여 굴착공 내에 플라스틱 파이프를 설치하였다는 내용으로 온천법 부칙 제2항(경과조치)의 규정에 따른 온천굴착사실을 신고하였다.

다.

경상북도지사가 같은 해 8.26. 담당공무원인 소외 우종성으로 하여금 현지에 출장하여 참가인의 신고사실을 확인하게 하자, 위 우종성은 같은 면 운흥리 496에 위치하고 있는 이 사건 496호공을 찾지 못하고 그 부근에 있는 빨래터(상주군이 온천탐사를 위하여 시추하다가 온천을 발견하지 못하여 방치한 곳)를 496호공으로 오인한 나머지, 상부와 저부의 구경이 달라 심도는 측정하지 못하였으나 온천공에서 온천수가 약하게 용출되고 있고, 150mm의 철관이 삽입되어 있으며, 수온이 그리 높지 않은 35.4℃ 정도이고 성분도 좋은 편은 아니나, 온천으로 개발되도록 굴착을 허가함이 상당하다고 경상북도지사에게 보고하였다.

라. 경상북도지사는 위 우종성의 보고에 따라 온천법 부칙 제3항(경과조치)의 규정에 의하여 같은 해 9.21. 참가인에 대하여 경상북도 제43호로 이 사건 496호공에 관한 심도 400m, 구경 30mm의 온천공굴착허가(이하 "이 사건 선처분"이라 한다)를 한 다음 그 허가증을 교부하면서, 위 이정환이 제출한 온천공 굴착사실신고서의 신고인란에 "정보자원개발주식회사 대표이사 이정환"로 기재되어 있고, 주소란에 참가인의 본점 소재지가 기재되어 있고 참가인의 인감이 날인되어 있으며, 위 이정환 명의의 토지사용승낙서까지 첨부되어 있음에도 불구하고, 허가증의 성명란에 참가인 회사명을 기재하지 아니하고 참가인의 대표이사인 위 이정환의 성명을 기재하고 주민등록번호란에 이정환의 주민등록번호를 기재하고 주소란에 참가인의 본점 소재지인 "서울특별시 중구 명동 2가 31의 13 정보자원개발(주)"로 기재하여 위 이정환에게 교부하였다.

- 마. 한편 이 사건 496호공이 위치하고 있는 운흥리 지역에서는 온천의 용출량과 온도 및 성분에 영향을 미칠 수 있는 온천영향권이 반경 70m 정도임에도 불구하고, 소외 양대윤이 1982.7.4.경 이 사건 496호공으로부터 16.5m밖에 떨어져 있지 않은 같은 면 운흥리 소재 하천부지를 굴착하여 새로운 온천공을 발견하였다고 하면서 그 온천공에 관한 권리를 소외 송석근에게 양도하자 위 송석근은 그 양수인의 자격으로 1983.4.11. 피고에게 온천발견사실을 신고하고, 이어 1984.6.경 위 운흥리 497 소재 토지를 매수한 다음 이 사건 496호공으로부터 31.5m밖에 떨어져 있지 않은 위치에 온천공 1개를 추가로 굴착한 후 위 토지의 지하 400m 깊이에서 수량이 풍부한 양질의 온천수를 발견하였다고 피고에게 신고하였다.
- 바. 위 송석근의 온천발견신고에 따라 피고는 위 송석근의 추가굴착공(이하 "497호공"이라 한다)에서 용출되는 온천수를 분석한 다음 온천법에 규정된 온천으로서 개발할 가치가 있다고 판단하고 1985.1.24. 지정권자인 경상북도지사에 대하여 이 사건 497호공이 위치하고 있는 토지의 주위 토지에 대한 온천지구지정신청을 하였고, 이에 따라 경상북도지사는 1985.2.21. 경북 고시 제27호로 이 사건 496호공과 497호공이 위치하고 있는 토지를 비롯하여 경북 상주군 화북면 운흥리·중벌리 일대의 토지 5,303,265㎡(약 160만 평)를 문장대온천지구(이하 "이 사건 온천지구"라 한다)로 지정하였고, 이어 건설부장관은 1987.11.28. 이 사건 온천지구 약 160만 평 중 그 일부인 612,000㎡(약 18만 평)를 자연공원법 제13조에 따라 속리산 국립공원 용화집단시설지구로, 956,000㎡(약 28만 평)를 국토이용관리법 제8조에 따라 관광휴양지역으로 각 지정하였다.
- 사. 1989.7.13.경 이 사건 온천지구 중 관광휴양지역으로 지정된 지역인 운흥리·중벌리 일대의 토지를 소유하고 있는 소외 이상만, 최지영 등 180여 명의 토지소유자들이 그들 소유 토지에 대한 온천개발사업을 원활하게 수행하기 위하여 원고 문장대온천관광휴양지개발지구조합(이하 "원고 조합"이라 한다)이라는 명칭의 비법인사단을 설립하자, 원고 조합은 같은 해 10.14. 위 송석근으로부터 이 사건 497호공에 관한 온천개발 및 이용권을 양수하여 위 송석근을 원고 조합의 조합원으로 가입시켰다.
- 아. 한편 1988.3.15.자로 개정된 경상북도사무위임조례(제1713호) 제2조 [별표] 에 의하여 경상북도지사가 가지고 있던 온천법 제5조의 규정에 의한 온천굴착허가 등의 권한이 관할 시장 또는 군수에 위임됨으로써 이 사건 온천지구에 대한 온천굴착허가권자가 된 피고는 1989.11.15. 원고 조합과의 사이에 원고 조합이 관리하는 위 운흥리 18, 98, 317의 1 소재 토지 등 3필지의 토지에 관하여 상주군과 원고 조합이 공동으로 온천을 개발하기로 하는 온천개발사업약정을 하면서 원고 조합이 위 3필지의 토지에서 25℃ 이상의 온천수를 발견한 경우에는 그 온천에 관한 권리 일체를 상주군에게 무상 양도하되 상주군은 위 관광휴양지역을 온천휴양지로 개발하기로 합의한 다음, 같은 해 11.22. 원고 조합에 대하여 위 운흥리 317의 1 소재 토지에 대한 온천공(이하 "317호공"이라 한다)굴착허가를 하였다.
- 자. 한편, 참가인이 이 사건 496호공의 용출구를 확대하고 심도를 증가시킬 목적으로 1985년부터 1988년까지 사이에 여러 번에 걸쳐 피고에게 이 사건 선처분에 기한 증굴허가신청을 하였으나 피고는 온천개발계획이 수립중이라는 이유로 그 허가를 거부하였고, 위 송석근이 이 사건 온천지구지정 이전에 이 사건 496호공과 인접하여 이 사건 497호공을 굴착한 사실이 드러나 분쟁으로 비화되자, 1988.9.22. 이 사건 496호공은 기존의 이용가능한 497호공의 영향권 내에 있다는 이유로 참가인의 증굴허가신청을 불허하였다.
- 차. 피고의 증굴허가불허처분이 참가인의 행정심판청구에 따른 경상북도 행정심판위원회의 심판재결로 취소되자, 피고는 1988.12.28. 이 사건 496호공에 대하여 굴착심도를 500m로 하고, 굴착구경을 10인치 내지 6인치로 하는 내용의 온천공증굴허가(이하 "이 사건 후처분"이라 한다)를 한 다음, 그 허가증을 교부함에 있어서도 이 사건 선처분에 대

한 허가증의 교부시와 마찬가지로 수허가자의 명의를 참가인으로 표시하지 아니하고 참가인의 대표이사인 위 이정환으로 표시하여 위 이정환에게 교부하였다.

카. 원고 조합을 대리한 변호사 김대호는 1991.12.24. 피고에 대하여, 이 사건 496호공은 국가기관인 국립지질광물연구소가 그 사업계획에 따라 시추한 시험시추공이지 위 이정환이 굴착한 온천공이 아닐 뿐만 아니라 가용성을 전제로 하여 온천을 용출시킬 목적으로 굴착한 것도 아니고, 이 사건 496호공에 대한 굴착사실신고는 법인인 참가인의 명의로 하였을 뿐 위 이정환의 개인 명의로 한 것은 아니며, 이 사건 496호공은 1980년경의 대홍수로 인하여 매몰되어 굴착사실신고 당시에는 흔적도 없는 상태여서 이 사건 496호공의 현황을 조사한 위 우종성이 그 위치를 몰라 이 사건 496호공의 인근에 위치하고 있던 빨래터를 이 사건 496호공으로 잘못 판단하였을 뿐만 아니라 위 우종성의 조사내용과 참가인의 신고내용이 확연하게 달랐음에도 불구하고, 경상북도지사는 위 이정환이 이 사건 496호공을 굴착한 것으로 인정하여 위 이정환에 대하여 이 사건 496호공에 대한 굴착을 허가하는 이 사건 선처분을 하였으므로 이 사건 선처분은 위법한 것으로서 당연히무효이거나 부존재 또는 취소되어야 할 처분이고, 이 사건 후처분은 위법한 이 사건 선처분을 전제로 하여 이루어졌을 뿐만 아니라 이 사건 496호공으로부터 불과 30m 남짓한 거리에 원고 조합이 개발이용권을 가지고 있는 기존의 온천인 이 사건 497호공이 위치하고 있고 그 지역에 있어서의 온천영향권의 반경은 70m에 불과하므로 이 사건 496호공이 심굴되거나 증굴되면 기존의 사용가능한 온천공인 497호공의 용출량·온도 또는 성분에 현저한 영향을 줄 우려가 있음에도 불구하고 피고가 이 사건 496호공에 대한 증굴을 허가하는 이 사건 후처분을 하였으므로 이 사건 후처분은 위법한 처분으로서 당연히무효이거나 부존재 또는 취소되어야 할 처분이며, 설사 이 사건 후처분이 위법한 처분이 아니라고 하더라도 위 이정환이 이 사건 후처분에 기하여 이 사건 496호공을 심굴하고 증굴함으로써 이 사건 497호공의 용출량·온도 또는 성분에 현저한 영향을 줄 우려가 발생하였으므로 이 사건 후처분은 마땅히 취소되어야 한다는 이유로, 이 사건 선처분과 후처분의 취소를 구하는 신청(이하 "이 사건 취소신청"이라 한다)을 하였다.

타. 피고는 1992.1.7. 변호사 김대호에게 "온천공증굴허가 등 취소신청에 대한 회시"라는 제목으로, 이 사건 후처분은 경상북도 행정심판위원회의 재결에 따라 참가인의 대표자인 소외 이정환에게 온천법 제5조 제1항에 의거하여 허가한 것이고, 기타 내용은 경상북도 행정심판위원회 심판재결시에 충분히 검토하였던 사항이라는 내용의 회시를 하였다.

2. 당사자의 주장

가. 원고 조합의 주장

원고 조합은, 참가인을 상대방으로 한 것이 아니라 참가인의 대표이사인 소외 이정환 개인을 상대방으로 하여 이 사건 선처분과 후처분이 이루어졌음을 전제로 하여, 이 사건 선처분과 후처분에는 앞서 본 이 사건 취소신청 이유와 같은 위법요소가 있으므로 이 사건 선처분과 후처분은 마땅히 취소되어야 함에도 불구하고 피고는 원고 조합의 취소신청을 받아들이지 아니하고 원고 조합에게 앞서 본 바와 같은 내용의 회시를 함으로써 이 사건 취소신청을 거부한다는 의사를 표시하였으므로 위와 같은 피고의 회시는 위법한 거부처분으로서 취소되어야 한다고 주장하는 한편, 원고 조합이 이 사건 소송에서 승소하여 원고 조합의 이 사건 취소신청을 거부한 피고의 거부처분이 취소되고 이에 따라 이 사건 선처분과 후처분이 모두 취소된다고 하더라도 이 사건 선처분과 후처분의 상대방도 아니고 이해관계인도 아닌 참가인의 권리나 이익에는 아무런 영향이 없으므로 피고를 보조하기 위한 참가인의 이 사건 보조참가는 부적법한 것으로서 각하되어야 한다고 주장하고 있다.

나. 피고 및 참가인의 주장

피고와 참가인은, ① 피고는 이 사건 선처분과 후처분의 취소를 구하는 변호사 김대호에 대하여 이 사건 선처분과 후처분이 이루어진 경위를 간단히 알려준다는 의도로 위와 같은 내용의 회시를 하였을 뿐, 피고가 원고 조합에 대하여 이 사건 취소신청을 거부한다는 의사를 표시한 적은 없고, ② 설사 피고의 이 사건 회시를 이 사건 취소신청의 거부로 보더라도 원고 조합이 피고에 대하여 이 사건 선처분과 후처분의 취소를 신청할 법규상 또는 조리상의 권리를 가지고 있지 아니하므로 이 사건 취소신청을 거부하는 피고의 회시는 항고소송의 대상이 되는 거부처분이라고 볼 수 없으며, ③ 위와 같은 피고의 회시가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는 것이라고 하더라도 원고 조합은 이 건 496호공의 영향권 안에 온천공을 보유하고 있는 자도 아니고 온천을 개발하거나 이용할 수 있는 권리를 가지고 있는 자도 아니어서 이 사건 496호공의 굴착을 허가한 이 사건 선처분이나 그 증굴 및 심굴을 허가한 이 사건 후처분의 취소 여부는 원고 조합의 권리나 이익에 전혀 영향을 주지 아니하므로 이 사건 취소신청을 거부한 회시의 취소를 구하는 원고 조합의 이 사건 소는 소의 이익이 없는 부적법한 것으로서 각하되어야 한다고 주장하고, ④ 이 사건 소가 적법하다고 하더라도 이 사건 선처분과 후처분은 관계법규에 따라 적법하게 이루어진 것이므로 원고 조합의 이 사건 청구는 기각되어야 한다고 주장하고 있다.

3. 당원의 판단

가. 이 사건 소의 적법 여부

(1) 거부처분의 존부

먼저 피고가 원고 조합의 이 사건 취소신청을 거부한다는 의사를 표시한 적이 없다는 피고와 참가인의 주장에 관하여 보건대, 앞서 본 바와 같은 이 사건 회시의 제목과 그 내용에 비추어 피고는 위와 같은 내용의 이 사건 회시를 원고 조합의 대리인인 변호사 김대호에게 보냄으로써 이 사건 선처분과 후처분은 모두 적법절차에 의하여 이루어진 적법한 것이고 원고 조합이 주장한 바와 같은 위법요소가 없다는 이유로 이 사건 취소신청을 거부한다는 의사를 원고 조합의 대리인인 변호사 김대호에게 표명한 것으로 볼 수밖에 없으므로(이하 이 사건 회시를 "이 사건 거부처분"이라 한다), 피고와 참가인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

(2) 항고소송의 대상 여부

(가) 행정소송법 제1조는 "이 법은 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 있고, 같은 법 제2조 제1항은 "이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다"고 규정하면서 제1호에서 "처분 등이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용 및 행정심판에 대한 재결을 말한다"고 규정하고 있으며, 같은 법 제3조는 행정소송의 종류를 열거하면서 "행정청의 처분 등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송"을 항고소송으로 규정하고 있고, 같은 법 제4조는 항고소송의 종류를 열거하면서 행정청의 위법한 처분 등을 취소 또는 변경하는 "취소소송"과 행정청의 처분 등의 효력 유무 또는 존재여부를 확인하는 "무효등확인소송", 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 "부작위위법확인소송"을 들고 있으므로, 위와 같은 제 규정의 취지에 비추어 행정청의 거부행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는 것이라고 하기 위하여서는 국민이 행정청에 대하여 "구체적 사실"에 관한 법집행으로서 어떤 행정행위를 하여 달라고 요구할 법규상 또는 조리상의 권리가 있고 행정청이 그러한 의무가 있음에도 이를 거부한 경우여야 한다고 할 것인바, 위법한 행정처분으로 인하여 권리나 이익을 침해당한 자를 구제하

기 위한 절차로서 행정심판제도와 행정소송제도가 마련되어 있으므로 위법한 행정처분으로 인하여 권리나 이익을 침해당한 자는 행정심판절차와 행정소송절차를 통하여 구제받아야 하고, 당해 행정처분이 위법하다고 인정되는 경우에 그 처분청이나 취소권한을 가지고 있는 행정청(이하 "처분청 등"이라 한다)이 이를 취소할 수 있다고 하여도 이는 처분청 등의 직권에 의한 것이지 이해관계인이 처분청 등에 대하여 그 처분의 취소를 신청할 법규상 또는 조리상의 권리가 있다거나 처분청 등이 이해관계인에 대하여 그 처분을 취소하여야 할 의무를 부담하고 있기 때문인 것은 아니므로 위법한 행정처분으로 인하여 권리나 이익을 침해당한 자가 행정심판절차와 행정소송절차에 따라 처분청 등을 상대방으로 하여 행정심판이나 행정소송을 제기하지 아니하고 처분청 등에 대하여 직접 그 처분의 취소를 신청하였다고 하더라도 이는 처분청 등에 대하여 직권발동을 촉구하는 의미를 가지는 데에 불과하며, 이미 행하여진 행정처분이 위법하다는 이유로 그 처분의 취소를 구하는 것은 당해 행정처분의 위법 여부에 대한 판단을 구하는 것이지 구체적 사실에 관한 법집행을 구하는 것은 아니어서 위법한 행정처분의 취소신청을 거부한 처분청 등의 행위가 행정소송법 제2조 제1항 제1호에 규정된 바와 같이 "구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력 행사의 거부행위"에 해당한다고 볼 수도 없으므로, 위법한 행정처분으로 인하여 권리나 이익을 침해당하였다고 주장하는 자가 처분청 등에 대하여 한 취소신청을 처분청 등이 거부하였다고 하더라도 그 거부행위를 가지고 항고소송의 대상이 되는 거부처분이라고 할 수는 없다.

(나) 한편, 온천법 제1조는 "이 법은 온천의 적절한 보호와 효율적인 이용개발을 도모함으로써 공공의 복리증진에 기여함을 목적으로 한다"고 규정하고 있고, 같은 법 제5조 제1항은 "온천지구 안에서 온천을 용출시킬 목적으로 토지를 굴착하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 도지사의 허가를 받아야 한다.

온천의 용출량을 증가시키기 위하여 용출구를 확대하거나 심도를 증가하는 경우에도 또한 같다"고 규정하고 있으며, 같은 법 제6조 제1항은 "다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 제5조 제1항의 규정에 의한 허가를 하지 아니할 수 있다"고 규정하면서 제1호로서 "기존 온천의 용출량·온도 또는 성분에 현저한 영향을 줄 우려가 있다고 인정될 경우"를 들고 있으며, 같은 법 제7조는 "다음 각호의 1에 해당하는 때에는 제5조 제1항의 규정에 의한 허가를 취소할 수 있다"고 규정하면서 제2호로서 "제6조 제1항 각호의 1에 해당하게 되었을 때"를 들고 있으므로, 위와 같은 제 규정의 취지에 비추어 온천굴착허가권자는 같은 법 제5조 제1항의 규정에 의한 온천굴착허가를 하기 전에 같은 법 제6조 제1항 각호의 1에 해당하는 사유가 있는지의 여부를 검토하여 이에 해당하는 사유가 있을 경우에는 굴착허가를 하여서는 아니되고, 당해 허가처분에 기하여 토지를 굴착함으로써 기존 온천의 용출량·온도 또는 성분에 현저한 영향을 줄 우려가 발생한 경우에 허가권자는 당해 허가의 위법 여부에 관계없이 당해 허가를 취소할 수 있다고 할 것이며, 같은 법 제7조를 비롯한 위 법에서는 기존 온천에 관한 이해관계인에게 같은 법 제7조의 규정에 의한 취소신청권을 부여한 규정이 없다고 하더라도 온천법은 온천의 적절한 보호와 효율적인 이용개발을 도모함으로써 공공의 복리증진에 기여함을 목적으로 제정된 법이고, 온천굴착허가로 인하여 기존 온천에 현저한 영향을 줄 우려가 발생함으로써 기존온천에 관한 이해관계인의 권리가 침해당하고 있고 온천굴착허가권자가 온천법 제7조 제2호의 규정에 의하여 그 허가를 취소할 수 있음에도 불구하고 그 허가를 취소하지 아니하고 있는 경우에는 기존 온천에 관한 이해관계인이 허가권자에 대하여 그 허가의 취소를 신청하지 아니하고는 그 권리침해를 구제받을 다른 방법이 없는 점 등에 비추어, 기존 온천에 관한 이해관계인은 허가권자에 대하여 같은 법 제7조의 규정에 의한 허가의 취소를 신청할 조리상의 권리를 가진다고 해석함이 상당하다고 할 것이다.

(다) 원고 조합이 이 사건 취소신청의 이유로 내세운 점에 비추어, 원고 조합은 이 사건 선처분과 후처분에 하자가 있어 이 사건 선처분과 후처분이 당연무효이거나 부존재 또는 취소할 수 있는 위법한 처분임을 전제로 하여 이 사건 후처분을 행한 처분청이고 이 사건 선처분을 행한 처분청은 아니지만 이 사건 선처분에 관한 권한을 경상북도지사로부터 위임받은 피고에 대하여 이 사건 선처분과 후처분의 취소를 신청하는 한편, 이 사건 후처분이 위법한 처분이 아니라고 하더라도 위 이정환이 이 사건 후처분에 기하여 이 사건 온천공을 굴착함으로써 원고 조합이 그 개발이용권을 가지고 있는 기존 온천인 이 사건 497호공의 용출량·온도 및 성분에 현저한 영향을 줄 우려가 발생하였다는 점을 전제로 하여 이 사건 후처분의 취소를 신청한 것으로 보여지는바, 위법한 이 사건 선처분으로 인하여 권리 또는 이익을 침해당하였다고 주장하는 원고 조합으로서는 취소권한 있는 행정청인 피고를 피청구인 또는 피고로 하여 행정심판법과 행정소송법이 정하는 바에 따라 이 사건 선처분의 무효확인이나 부존재확인 또는 취소를 구하는 행정심판 및 항고소송을 제기하는 방법으로 그 권리의 구제를 신청하여야 하고 이 사건 선처분의 취소권한을 가지고 있는 피고에 대하여 직접 그 처분의 취소를 신청할 법규상 또는 조리상의 권리를 가지는 것은 아니라고 할 뿐만 아니라 위법한 처분의 취소신청은 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력 행사를 구하는 신청이라고 보기도 어려우므로 피고가 그 신청에 대하여 답변을 할 의무는 없다고 할 것이고, 같은 법리로 이 사건 후처분 취소신청 중 이 사건 후처분이 위법하다는 것을 이유로 하는 취소신청(이하 "위법을 원인으로 하는 취소신청"이라 한다)에 대하여도 피고가 답변을 할 의무는 없다고 할 것이나, 이 사건 후처분의 위법 여부와는 관계없이 위 이정환이 이 사건 후처분에 기하여 이 사건 496호공을 굴착함으로써 원고 조합이 그 개발이용권을 가지고 있는 기존의 온천에 현저한 영향을 줄 우려가 발생하였다는 점을 이유로 하는 취소신청(이하 "사정변경을 원인으로 하는 취소신청"이라 한다)은 온천법 제7조 제2호의 규정에 의한 취소신청으로 보아야 하고, 사정변경으로 인한 취소신청은 취소권자인 피고에 대하여 이 사건 후처분이 이루어진 후 취소하여야 할 사정의 변경이 있었다는 구체적 사실에 관한 법집행을 요구하는 것이라고 보아야 하므로, 이 사건 후처분 취소신청 중 사정변경을 원인으로 하는 취소신청에 대하여는 취소의 요건을 갖추고 있는지의 여부를 조사하여 그 취소 여부를 결정할 의무가 피고에게 있다고 할 것이다.

(라) 그렇다면 이 사건 거부처분 중 이 사건 선처분 취소신청을 거부한 부분과 이 사건 후처분 취소신청 중 위법을 원인으로 하는 취소신청을 거부한 부분은 항고소송의 대상이 되지 아니하는 처분이라고 할 것이나, 이 사건 후처분 취소신청 중 사정변경을 원인으로 하는 취소신청을 거부한 부분은 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 할 것이다.

(3) 소의 이익 유무

원고 조합이 이 사건 거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없다는 피고와 참가인의 주장에 관하여 보건대, 앞서 본 바와 같이 원고 조합이 이 사건 496호공으로부터 불과 31.5m 떨어진 곳에 위치하고 있는 이 사건 497호공에 관한 온천개발이용권을 그 토지 소유자인 위 송석근으로부터 양수하였을 뿐만 아니라 이 사건 496호공의 인근에 위치하는 317호공에 대한 온천공굴착허가를 받은 점, 이 사건 497호공에서 용출되는 온천수의 분석결과를 근거로 하여 경상북도지사가 이 사건 496호공과 497호공 주위의 토지를 온천지구로 지정한 점, 이 사건 497호공이 위치하는 운흥리 지역에서는 온천영향권이 반경 70m 정도에 불과한 점 등에 비추어, 이 사건 선처분과 후처분에 기하여 이 사건 496호공에 대한 굴착이 이루어지면 원고가 그 개발이용권을 가지고 있는 이 사건 497호공과 원고 조합이 굴착허가를 받은 이 사건 317호공의 개발과 이용에 영향을 미친다고 볼 수밖에 없어, 원고 조합은 이 사건 선처분과 후처분의 취소신청을 거부한 이 사건 거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 할 것이므로, 피고와 참가인의 위 주

장은 받아들일 수 없다.

나. 참가와 적법 여부

이 사건 보조참가가 부적법하다는 원고 조합의 주장에 관하여 보건대, 원고 조합은 이 사건 선처분과 후처분의 상대방이 참가인의 대표이사인 소외 이정환임을 전제로 하여 참가인의 이 사건 보조참가가 참가의 이익이 없는 부적법한 것이라고 주장하나, 앞서 본 바와 같은 이 사건 496호공에 대한 굴착사실신고와 증굴허가신청의 경위, 이 사건 선처분과 후처분의 경위 및 각 그 허가증의 교부경위 등에 비추어 이 사건 선처분과 후처분의 상대방은 참가인이고 다만 처분청이 착오로 인하여 각 그 허가증의 수허가자를 참가인으로 표시하지 아니하고 참가인의 대표이사인 위 이정환으로 표시한 것에 불과하다고 할 것이고(원고 조합이 소장에서 이 사건 선처분과 후처분의 상대방을 소외 이정환으로 표시한 것도 착오에 의한 것으로 보인다), 따라서 참가인은 이 사건 선처분과 후처분의 상대방으로서 이 사건 선처분과 후처분의 취소신청을 거부한 이 사건 거부처분의 취소를 구하는 이 사건 소송에 참가할 법률상 이익이 있다고 할 것이므로 이 사건 보조참가가 부적법하다는 원고 조합의 위 주장은 이유 없다.

다.

본안에 대한 판단

- (1) 이 사건 후처분에 기하여 참가인이 이 사건 496호공을 굴착함으로써 원고 조합이 그 개발이용권을 가지고 있는 이 사건 497호공에 현저한 영향을 줄 우려가 발생하였다는 원고 조합의 위 주장에 관하여 보건대, 이 사건 496호공과 497호공 사이의 거리가 불과 30m 남짓하고 위 두 온천공이 위치하고 있는 운흥리 지역에서의 온천영향권이 반경 70m에 불과한 사실은 앞서 본 바와 같으나, 원고 조합도 인정하는 바와 같이 온천의 용출량과 온도 및 성분 등은 용출구와 용출구의 거리보다는 수맥의 동일 여부, 수맥의 방향, 용출구의 심도와 구경, 온천공 지반의 성질 등에 따라 그 영향이 현저하게 달라지는 것이어서 그 영향의 정도는 전문적 지식을 가진 자의 감정에 의하여 판단할 수밖에 없다고 할 것인데, 이 사건 후처분에 기하여 이 사건 496호공의 굴착이 완료되면 이 사건 497호공의 용출량과 온도 및 성분에 어느 정도의 영향을 주게 되는지의 점에 관하여 아무런 입증이 없는 이 사건에 있어서, 참가인이 이 사건 497호공의 영향권 안에서 이 사건 후처분에 기하여 이 사건 496호공을 굴착하고 있다는 사실만으로는 이 사건 후처분으로 인하여 이 사건 497호공에 현저한 영향을 줄 우려가 발생하였다고 단정할 수는 없다.
- (2) 그렇다면 사정변경을 원인으로 하는 원고 조합의 이 사건 후처분 취소신청은 받아들일 수 없다고 할 것이므로 피고가 이를 거부한 것은 적법하다고 할 것이다.

4. 결 론

따라서 이 사건 거부처분 중 항고소송의 대상이 되지 아니하는 이 사건 선처분 취소신청 거부처분과 위법을 원인으로 하는 이 사건 후처분 취소신청 거부처분의 취소를 구하는 원고 조합의 이 사건 소는 부적법하여 이를 각하하고, 사정변경을 원인으로 하는 이 사건 후처분 취소신청 거부처분의 취소를 구하는 원고 조합의 이 사건 청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하며, 소송비용은 패소자인 원고 조합의 부담으로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 이동락(재판장) 최우식 손윤하