

※ 시험후 많이 궁금해 하시는 [문제 1]의 물음 1)과 [문제 3] 위주로 작성해보았습니다.

【문제 1】

A시는 택지개발예정지구 지정 공람공고가 이루어진 P사업지구에서 택지개발사업을 시행하고 있으며, 甲은 'P사업지구'에 주택을 소유하고 있는 자이다. A시는 택지개발사업과 관련한 이주대책을 수립 · 공고하였는데, 이에 의하면 이주대책 대상자 요건을 '택지개발예정지구 지정 공람공고일 1년 이전부터 보상계약체결일 또는 수용재결일까지 계속하여 P사업지구 내 주택을 소유하고 계속 거주한 자로, A시로부터 그 주택에 대한 보상을 받고 이주하는 자'로 정하고 있다. 甲은 A시에 이주대책 대상자 선정 신청을 하였으나, A시는 '기준일 이후 주택 취득'을 이유로 甲을 이주대책 대상에서 제외하는 결정을 하였고, 이 결정은 2023. 6. 28. 甲에게 통보되었다(이하 '1차 결정'이라 함). 이에 甲은 A시에 이의신청을 하면서, 이의신청서에 이주대책 대상자 선정요건을 충족함을 증명할 수 있는 마을주민확인서, 수도개설 사용, 전력 개통사용자 확인 등 증빙서류를 새롭게 추가로 첨부하여 제출하였다. 그러나 A시는 추가된 증빙자료만으로 법적 소유관계를 확인할 수 없다는 이유로 甲의 이의신청을 기각하고 甲을 이주대책 대상에서 제외한다는 결정을 하였으며, 이 결정은 2023. 8. 31. 甲에게 통보되었다(이하 '2차 결정'이라 함). 다음 각 물음에 답하시오. (각 물음은 상호 관련성이 없는 별개의 상황임) (50점)

물음 1) 甲이 자신을 이주대책 대상에서 제외한 A시의 결정에 대해 취소소송으로 다투려는 경우, 소의 대상 및 제소기간의 기산점에 대해 설명하시오. (25점)

물음 2) 甲이 1차 결정에 대해 무효확인소송을 제기하였고, 甲이 기준일 이전에 주택을 취득한 것이 인정되어 청구를 인용하는 법원의 판결이 확정되었다. A시는 甲을 이주대책 대상자로 선정하여야 하는지 여부 및 A시가 아무런 조치를 하지 않는 경우 「행정소송법」상 강제수단에 대하여 설명하시오. (25점)

(물음 1)

I. 문제의 제기

- (1) 1차 결정의 처분성 여부, 그리고 1차 결정에 대한 취소소송을 제기할 경우 이의신청과 관련하여 행정기본법상 제기기간 규정을 적용할 수 있는지 문제된다.
- (2) 1차 결정의 처분성 인정 여부와 별도로, 2차 결정도 독립적인 처분이라고 볼 수 있는지 문제된다.

II. 취소소송의 대상

1. 취소소송의 대상으로서 '거부처분'

취소소송의 대상인 처분등이란 '행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용 및 행정심판에 대한 재결'을 말한다(행정소송법 제2조 제1항 제1호).

한편 행정청의 거부행위는 그 자체로 법률관계를 변동시키는 것이 아니기 때문에 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하는지 문제가 되는바, 판례에 따르면 거부가 항고소송의 대상인 처분이 되는 요건으로 ① 그 신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이어야 하고, ② 그 거부행위가 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것이어야 하며, ③ 거부의 의사표시가 있고, ④ 그 국민에게 그 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 있어야 한다.¹⁾

2. 1차 결정의 처분성

사안에서 甲을 이주대책 대상자에서 제외하는 1차 결정은 공익사업으로 인해 이주하게 되는 자의 생활대책에 필요한 대체용지의 공급 등 권리관계에 변동을 일으키는 것이고, 甲은 관련 법령에 따라 그 신청권이 있음이 분명해 보인다.

따라서 A시의 2023. 6. 28.자 통보(1차 결정)은 취소소송의 대상인 처분에 해당한다.

3. 2차 결정의 처분성

(1) 문제점

1차 결정의 처분성이 인정되는 것과는 별도로, 2차 결정이 취소소송의 대상이 되는 '처분'에 해당하는지 문제된다.

(2) 2차 결정의 법적 성질

가. 이의신청에 대한 결과 통지인지 여부

행정청의 처분에 이의가 있는 당사자는 처분을 받은 날부터 30일 이내에 해당 행정청에 이의신청을 할 수 있다(행정기본법 제36조 제1항).

이의신청은 행정청의 위법·부당한 처분에 대한 재검토를 청구하는 간이불복절차의 일종이다.

甲은 A시로부터 거부처분을 받고 이주대책 대상자 선정요건을 충족함을 증명할 수 있는 증빙서류를 추가하여 이의신청을 하였는바, 이같은 사인의 공법행위는 거부처분의 취소를 구하는 것으로서 행정기본법상 이의신청에 해당한다(※ 개별법상 이의신청인지는 설문에서 확인할 수 없음).

따라서 2차 결정은 甲의 이의신청에 대한 A시의 결과 통지라는 성질을 갖는다.

나. 거부처분인지 여부

판례에 따르면, 수익적 행정처분을 구하는 신청에 대한 거부처분은 당사자의 신청에 대하여 관할 행정청이 이를 거절하는 의사를 대외적으로 명백히 표시함으로써 성립되며, 거부처분이 있는 후 당사자가 다시 신청을 한 경우에는 신청의 제목 여하에 불구하고 그 내용이 새로운 신청을 하는 취지라면 관할 행정청이 이를 다시 거절하는 것은 새로운 거부처분이 된다.²⁾

그리고 판례는 행정청이 사안과 같은 2차 결정을 하면서 상대방에게 행정소송 등 불복방법을 안내함으로써 ① 행정청이 스스로도 2차 결정이 처분에 해당한다고 인식하였는지 여부, ② 그 상대방으로서도 2차 결정이 처분이라고 인식하였는지 여부를 처분성 판단에 참작하고 있다.³⁾

1) 대판 2002.11.22. 2000두9229

2) 대판 2019.4.3. 2017두52764

설문상으로는 불분명하나, 甲이 증빙서류를 추가하여 이의신청을 한 것이 새로운 신청을 하는 취지이고, A시가 甲에게 행정소송 등 불복방법을 안내하였다고 전제할 경우 2차 결정은 처분으로 볼 수 있다.

(3) 소결

2차 결정을 이의신청에 대한 결과 통지로도 파악하고 동시에 독립된 거부처분으로도 파악하는 것에 난점이 있기는 하나, 실무상 구별이 매우 어려운 점이 있으므로, 위와 같은 경우는 두 행위가 겹쳐져 외관상 하나의 행위로 나타난 것일 뿐 양 행위는 각 법규정에 의해 독립적으로 규율될 수 있다고 해석하는 것이 국민보호의 관점에서 타당하다 ㉠ 註: 이 문장은 지극히 주관적이어서 위험한(^^.) 문장입니다.

A시의 2차 결정은 1차 결정이 처분인 것과는 별도로 일정한 요건하에 취소소송의 대상인 처분성을 인정할 수 있다.

아래에서는 각 처분성을 긍정하는 전제하에 제소기간의 기산점을 검토하기로 한다.

Ⅲ. 제소기간의 기산점

1. 취소소송의 제소기간 (행정소송법 규정)

취소소송은 처분 등이 있음을 안 날부터 90일 이내(제20조 제1항), 앓은 날부터 1년 이내에 제기하는 것을 원칙으로 한다(제2항).

여기에서 처분이 있음을 안 날이란 통지·공고 기타의 방법으로 당해 처분이 있었다는 사실을 현실적으로 안 날을 뜻한다.

행정심판을 거친 경우는 제소기간의 특례가 있으나 사안에서는 그러한 사유가 없다.

2. 1차 결정을 대상으로 하는 경우

종래 이의신청 기간 중에 행정심판의 청구기간이나 행정소송의 제소기간이 정지되는지가 불명확하였다. 이에 따라 최근 시행된 「행정기본법」 제36조 제4항은 이의신청에 대한 결과를 통지받은 후 행정심판 또는 행정소송을 제기하려는 자는 그 결과를 통지받은 날부터 90일 이내에 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있도록 규정하였다.

사안에서 2차 결정 통보의 법적 성질을 이의신청에 대한 결과 통지로 보는 경우, 행정기본법이 적용되어 1차 결정을 대상으로 제기하는 취소소송의 제소기간은 2차 결정이 통보된 2023. 8. 31.을 기산점으로 한다.

다만 이의신청으로 파악하지 아니하면 행정소송법 제20조 제1항 본문에 따라 1차 결정이 통보된 2023. 6. 28.이 기산점이 된다.

3. 2차 결정을 대상으로 하는 경우

사안에서 2차 결정을 대상으로 제기하는 취소소송의 제소기간은 행정소송법 제20조 제1항 본문에 따라 2차 결정이 통보된 2023. 8. 31.을 기산점으로 한다.

3) 대판 2021.1.14. 2020두50324

IV. 설문의 해결

甲은 자신을 이주대책 대상에서 제외한 A시의 1차 결정 및 2차 결정에 대해 취소소송으로 다룰 수 있다.

2차 결정 통보의 법적 성질을 이의신청에 대한 결과 통지 및 새로운 신청에 대한 거부의 두 가지 성질을 갖는 것으로 보는 것이 타당하다고 보므로, 제소기간의 기산점은 모두 2023. 8. 31.이 된다(다만, 기간 계산 시 초일은 불산입).

(물음 2) - 예시답안 생략 -

1. 무효확인소송 인용판결의 기속력에 따라 A시는 이전의 신청에 따라 다시 처분을 하여야 하는 것인데, 처분의 무효만이 확인된 것이므로 재처분의무의 내용이 반드시 신청대로 하라는 의미는 아닙니다. 그러나 이주대책 선정행위가 기속행위인지 재량행위인지는 그 판단에 고려할 필요가 있습니다.

설문에는 해당사항이 없으나 기속력의 객관적, 시간적 효력범위에 대해서도 언급을 해주면 좋겠습니다.

2. 무효확인소송에는 간접강제 제도가 없습니다.

취소소송에서의 간접강제 제도를 소개하되, 거부처분에 대한 무효등확인소송을 제기할 경우 법원은 단순히 처분의 효력 유·무만을 확인하고 청구인용판결이 있어도 실질적으로 처분청에 대한 강제력이 없다는 것이 한계라는 점, 따라서 의무이행소송의 도입이 주장되고 있다는 정도로 입법론을 추가로 언급해주면 좋겠습니다.

【문제 2】

A시에서 여객자동차운송사업을 하고 있는 甲은 운송사업 중 일부 노선을 같은 지역 여객자동차운송사업자인 乙에게 양도하였고, A시의 시장 X는 위 양도·양수를 인가하였다. 이 노선에는 甲 이외에도 여객자동차운송사업자 丙이 일부 중복된 구간을 운영하고 있으며, 위 인가처분으로 해당 구간의 사업자는 甲, 乙 丙으로 증가한다. 이에 丙은 기존의 경쟁사업자 외에 乙이 동일한 운행경로를 포함한 운행계통을 가지게 되어 그 중복운행 구간의 연고 있는 사업자 수가 증가하고, 그 결과 향후 운행횟수 증회, 운행 계통 신설 및 변경 등에 있어 장래 기대이익이 줄어들 것을 우려한다. 그런데 위 인가처분으로 인해 甲이 운행하던 일부 노선에 관한 운행계통, 차량 및 부대시설 등이 일체로 乙에게 양도된 것이어서, 이로 인하여 종전 노선 및 운행계통이나 그에 따른 차량수 및 운행횟수 등에 변동이 있는 것은 아니다. 丙이 위 인가처분의 취소를 구하는 소송을 제기할 경우, 원고 적격이 인정되는가? (25점)

- 예시 답안 생략 -

경쟁자 관계라고 보고 원고적격을 판단하면 되겠습니다.

최근의 판례의 경향은 허가와 특허를 구별해서 확일적으로 판단하지 않고, 처분의 근거법률이 공익뿐 아니라 사익보호성을 갖는지에 따릅니다.

사안에서 과당경쟁으로 경영상의 불합리가 있게 되는 것인지 나름대로 분석해주면 되겠습니다. 다만, 근거법령 자체가 그러한 사익을 보호하는 경우는 일단 원고적격을 인정하고, 본안에서 처분의 위법성을 판단해야 한다는 견해도 가능하다고 봅니다.

【문제 3】

甲은 자기 소유 토지에 전원주택을 신축하고자 건축업자인 乙과 전원주택 신축공사에 관하여 도급계약을 체결하였고, 乙은 근로복지공단에 고용보험·산재보험관계성립신고를 하면서 신고서에 위 신축공사 사업장의 사업주를 甲으로 기재하여 제출하였다. 甲은 위 사업장에 관한 고용보험료와 산재 보험료 중 일부만 납부하였고, 국민건강보험공단은 甲에게 체납된 고용보험료 및 산재보험료를 납부할 것을 독촉하였다. 관련 법령상 보험료의 신고 또는 납부 등 산재보험 및 고용보험에 관한 사업의 주요 업무는 고용노동부 장관으로부터 위탁받은 근로복지공단이 수행하고, 다만 보험료 체납관리 등 징수업무는 국민건강보험공단이 위탁받아 수행하고 있다. 甲은 건축주가 직접 공사를 하지 않고 공사 전부를 수급인에게 도급을 준 경우에는 근로자를 사용하여 공사를 수행하는 수급인이 원칙적으로 그 공사에 관한 사업주로서 고용보험 및 산재보험의 가입자가 되어 고용보험료 및 산재보험료를 납부 할 의무를 부담한다는 것을 알게 되었다. 이에 甲은 국민건강보험공단이 납부를 독촉하는 보험료채무에 대해 그 부존재확인을 구하는 소송과 이미 근로복지공단에 납부한 보험료에 대해 부당이득으로서 반환을 구하는 소송을 제기하고자 한다. 甲은 누구를 상대로 어떤 유형의 소송을 제기하여야 하는지 설명하시오. (25점)

※ 참고 말씀

여러분께서 많이 다루어보았을 “이미 납부한 금전의 반환을 구하는 소송의 유형”으로서 ① 항고소송을 먼저 제기한 후 부당이득반환청구소송을 제기하거나, ② 부당이득반환청구소송을 제기한 후 항고소송을 제기하는 식의 접근(즉 시간적 차이를 둔 접근)은 이 문제에는 적합하지 않다고 봅니다.

甲은 채무부존재확인을 구하는 소송과 부당이득의 반환을 구하는 소송을 동시에 고려하고 있는 것처럼 출제되었습니다(그리고 그렇게 하는 것이 현명함). 따라서 부당이득반환소송에서의 선결문제 등의 논의도 불필요합니다. 만일 두 소송을 병합제기하면 채무부존재확인소의 소익을 부정하지 않는 한 단순병합 소송이므로 채무의 존부 여부가 어차피 심리될 것이기 때문입니다.

I. 문제의 제기

- (1) 고용보험료 및 산재보험료 부존재확인의 소의 법적 성질에 따른 소송유형과 피고적격이 문제된다.

- (2) 甲이 이미 납부한 보험료를 부당이득으로서 반환을 구하는 경우 소송의 유형과 피고적격이 문제된다.
- (3) 위 (1)의 소송과 행정소송법에 규정된 관련청구소송으로서 (2)의 소송을 병합하여 제기할 수 있는지 문제된다.

II. 고용보험료 및 산재보험료 부존재확인 소의 법적 성질 및 피고적격

1. 문제점

甲은 국민건강보험공단이 납부를 독촉하는 보험료채무에 대해 그 부존재확인을 구하는 소송을 제기하고자 하는바, 누구를 피고로 하여 어떠한 유형의 소송을 제기하여야 하는지 문제된다.

2. 공법상 당사자소송

(1) 공법상 당사자소송의 의의

공법상 당사자소송이란 ① 행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송, ② 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송이다(행정소송법 제3조 제2호).

당사자소송은 공법상 법률관계에 관한 분쟁을 해결하기 위한 것이라는 점에서 사법상 분쟁해결수단인 민사소송과 구별된다.

(2) 사안의 경우

판례에 따르면, 고용산재보험료징수법상 사업주가 당연가입자가 되는 고용보험 및 산재보험에서 보험료 납부의무 부존재확인 소는 공법상의 법률관계 그 자체를 다투는 소송으로서 공법상 당사자소송이다.⁴⁾

민사소송과의 구별에 관하여 소송물을 기준으로 하면 사안의 경우 공법상의 권리이고, 소송물의 전제가 되는 법률관계를 기준으로 하더라도 행정사건이므로, 공법상 당사자소송으로 보는 판례의 견해가 타당하다.

3. 피고적격

(1) 공법상 당사자소송에서의 피고적격

행정청이 피고가 되는 취소소송과 달리, 당사자소송에서는 국가·공공단체 그 밖의 권리주체가 피고로 된다(행정소송법 제39조). 여기에서 ‘그 밖의 권리주체’라 함은 공권력을 수여받은 행정주체인 사인, 즉 공무수탁사인을 의미한다.

판례의 사례로는, 시·도지사나 시장·군수 또는 구청장의 업무에 속하는 대집행권한을 법령에 의하여 수권받은 한국토지공사는 공무수탁사인으로서 공무원 대집행을 실시함에 따르는 권리·의무 및 책임이 귀속되는 행정주체의 지위에 있다⁵⁾고 한 것이 있다.

4) 대판 2000.9.8. 99두2765

5) 대판 2010.1.28. 2007다82950

(2) 사안의 경우

관련 법령상 보험료의 신고 또는 납부 등 산재보험 및 고용보험에 관한 사업의 주요 업무는 고용노동부 장관으로부터 위탁받은 근로복지공단이 수행하고, 다만 보험료 체납관리 등 징수 업무는 국민건강보험공단이 위탁받아 수행하고 있다.

따라서 비록 국민건강보험공단이 甲에게 보험료채무의 납부를 독촉하고 있으나, 고용·산재보험료의 귀속주체, 즉 사업주가 위 각 보험료 납부의무를 부담하는 상대방은 근로복지공단이라고 할 것이고, 국민건강보험공단은 단지 위 각 보험료의 징수업무를 수행하는 데에 불과하므로, 고용·산재보험료 납부의무의 부존재확인 소는 근로복지공단을 피고로 하여 제기하여야 한다.⁶⁾

Ⅲ. 납부한 보험료에 대해 부당이득으로서 반환을 구하는 소송의 법적 성질 및 피고적격**1. 문제점**

사법관계와 마찬가지로 공법관계에 있어서도 공법상의 원인에 의하여 급부하였는데 그 원인이 무효 또는 취소사유가 있어 법률상 원인 없는 급부라고 판단되는 경우 부당이득의 반환이 문제되는바, 부당이득반환청구권의 성질이 문제된다.

2. 부당이득반환청구소송**(1) 부당이득반환청구권의 성질**

이에 대하여는 사권설과 공권설의 대립이 있다. 판례는 국세환급금 사건에서 “그 존재와 범위가 확정되어 있는 과오납부액이나 환급세액은 납세자가 부당이득의 반환을 구하는 민사소송으로 그 환급을 청구할 수 있다.”⁷⁾고 하는 등으로 보통은 사권설의 입장이다.

(2) 검토 및 사안의 경우

부당이득제도는 오로지 경제적인 이유에서 인정되는 이해조정제도라는 점, 행정소송법 제10조가 항고소송에 부당이득반환청구 등 관련청구의 병합을 특별히 인정하고 있는 것은 이들 청구가 사권적 청구임을 전제로 하고 있다는 점에서 사권설을 취해도 무방하다.

사안과 유사한 사례에서도 판례는 부당이득반환을 구하는 민사소송으로 보고 있다.⁸⁾

3. 피고적격

국세환급금 사건 같은 경우는 국세의 귀속주체인 국가(“대한민국”)가 피고가 된다.

그러나 사안의 경우는 고용·산재보험료의 귀속주체, 즉 사업주가 각 보험료 납부의무를 부담하는 상대방이 근로복지공단이므로, “근로복지공단”을 피고로 하여 부당이득반환청구를 하여야 한다.

Ⅳ. 소송의 병합

6) 대판 2016.10.13. 2016다221658

7) 대판 1997.10.10. 97다26432

8) 대판 2016.10.13. 2016다221658

사안에서 보험료채무부존재확인 소를 공법상 당사자소송으로 보고, 부당이득반환청구소송을 민사소송으로 보면, 행정소송법 제10조, 제44조 제2항에 따라 양 소송을 병합하여 제기할 수 있다.

V. 설문의 해결

1. 판례에 따르면, 甲은 공법상 당사자소송인 고용·산재보험료 납부의무의 부존재확인을 구하는 소송을 근로복지공단을 피고로 제기하여야 한다.
2. 판례에 따르면, 甲은 이미 납부한 보험에 대하여 근로복지공단을 피고로 민사소송인 부당이득반환의 소를 제기하여야 한다.
3. 甲은 위의 두 소송을 행정법원에 병합하여 제기할 수 있다.

- 끝 -