

2026 신기훈 변호사 GS2 모의고사 (7회) (대법원 2008. 5. 8. 선고 2007두10488 판결 기반 창작 사례)

(제시문)

주식회사 가락물류(이하 '원고')는 서울 송파구 가락동에 사업장(이하 '이 사건 사업장')을 두고 냉동화물 운송 및 상하차 작업을 영위하는 회사이다. 이 사건 사업장에서는 주로 지육(枝肉)을 냉동화물자동차로 운송하는 업무와 이를 상하차하는 업무가 이루어지고 있다. 원고는 2004년 산업재해보상보험 가입 당시 근로복지공단(이하 '피고')으로부터 이 사건 사업장의 사업종류를 '화물자동차운수업'으로 통지받았고, 이에 따라 해당 보험료율(1000분의 21)을 적용받아 산재보험료를 납부해 왔다. 그런데 원고는 이 사건 사업장의 실제 사업내용과 근로자의 작업형태를 검토한 결과, 냉동화물자동차를 이용한 운송업무보다 지육의 상하차 작업에 종사하는 근로자의 수가 더 많고 임금총액도 더 크다는 점을 확인하였다. 이에 원고는 2004. 12. 28. 피고에게 이 사건 사업장의 사업종류를 '화물자동차운수업'에서 보험료율이 더 낮은(1000분의 13) '육상화물취급업'으로 변경해 줄 것을 신청하는 내용의 보험관계변경사항신고서를 제출하였다. 피고는 원고의 신청을 접수한 후 담당 직원을 통해 "검토 중"이라는 구두 답변만 하였을 뿐, 2005. 6. 30. 현재까지 약 6개월이 경과하도록 아무런 처분을 하지 않고 있다. 원고는 2005년도 산재보험료를 납부해야 하는 시기가 다가오고 있어, 사업종류 변경 여부가 확정되지 않으면 과도한 보험료를 납부하거나 또는 보험료를 납부하지 않아 연체금 및 가산금을 부담하게 되는 등의 불이익을 받게 될 처지에 놓여 있다.

(참조법령)

「고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률」

제11조(보험관계의 신고) ① 사업주는 제5조제1항 또는 제3항에 따라 당연히 보험가입자가 된 경우에는 그 보험관계가 성립한 날부터 14일 이내에, 사업의 폐업·종료 등으로 인하여 보험관계가 소멸한 경우에는 그 보험관계가 소멸한 날부터 14일 이내에 공단에 보험관계의 성립 또는 소멸 신고를 하여야 한다. 다만, 다음 각 호에 해당하는 사업의 경우에는 그 구분에 따라 보험관계 성립신고를 하여야 한다.

제24조(가산금의 징수) ① 공단은 사업주가 제19조제1항에서 정하고 있는 기한까지 확정보험료를 신고하지 아니하거나 신고한 확정보험료가 사실과 달라 제19조제4항에 따라 보험료를 징수하는 경우에는 그 징수하여야 할 보험료의 100분의 10에 상당하는 가산금을 부과하여 징수한다.

제25조(연체금의 징수) ① 건강보험공단은 사업주가 제16조의7, 제17조 및 제19조에 따른 납부기한까지 보험료 또는 이 법에 따른 그 밖의 징수금을 내지 아니한 경우에는 그 납부기한이 지난 날부터 매 1일이 지날 때마다 체납된 보험료, 그 밖의 징수금의 1천500분의 1에 해당하는 금액을 가산한 연체금을 징수한다. 제5조(보험가입자) ① 「고용보험법」을 적용받는 사업의 사업주와 근로자는 당연히 「고용보험법」에 따른 고용보험의 보험가입자가 된다.

③ 「산업재해보상보험법」을 적용받는 사업의 사업주는 당연히 「산업재해보상보험법」에 따른 산업재해보상보험의 보험가입자가 된다.

제28조(징수금의 체납처분 등) ① 건강보험공단은 제27조제2항 및 제3항에 따른 독촉을 받은 자가 그 기한까지 보험료나 이 법에 따른 그 밖의 징수금을 내지 아니한 경우에는 고용노동부장관의 승인을 받아 국세 체납처분의 예에 따라 이를 징수할 수 있다.

[물음1] 원고가 피고의 부작위에 대하여 부작위위법확인소송을 제기하고자 한다. 피고의 본안전 항변을 제기하였음을 전제로, 피고의 부작위가 위법한지 여부에 관하여 논하시오. (30점)

[물음2] 위 소송에서 원고의 승소판결이 확정되었음에도 불구하고, 근로복지공단이 원고의 신청을 반려하자, 원고가 간접강제신청을 한 경우, 원고의 신청이 인용될 수 있는지 검토하시오. (20점)

(제시문)

주식회사 가락물류(이하 '원고')는 서울 송파구 가락동에 사업장(이하 '이 사건 사업장')을 두고 냉동화물 운송 및 상하차 작업을 영위하는 회사이다. 이 사건 사업장에서는 주로 지육(枝肉)을 냉동화물자동차로 운송하는 업무와 이를 상하차하는 업무가 이루어지고 있다. 원고는 2004년 산업재해보상보험 가입 당시 근로복지공단(이하 '피고')으로부터 이 사건 사업장의 사업종류를 '화물자동차운수업'으로 통지받았고, 이에 따라 해당 보험료율(1000분의 21)을 적용받아 산재보험료를 납부해 왔다. 그런데 원고는 이 사건 사업장의 실제 사업내용과 근로자의 작업형태를 검토한 결과, 냉동화물자동차를 이용한 운송업무보다 지육의 상하차 작업에 종사하는 근로자의 수가 더 많고 임금총액도 더 크다는 점을 확인하였다. 이에 원고는 2004. 12. 28. 피고에게 이 사건 사업장의 사업종류를 '화물자동차운수업'에서 보험료율이 더 낮은(1000분의 13) '육상화물취급업'으로 변경해 줄 것을 신청하는 내용의 보험관계변경사항신고서를 제출하였다. 피고는 원고의 신청을 접수한 후 담당 직원을 통해 "검토 중"이라는 구두 답변만 하였을 뿐, 2005. 6. 30. 현재까지 약 6개월이 경과하도록 아무런 처분을 하지 않고 있다. 원고는 2005년도 산재보험료를 납부해야 하는 시기가 다가오고 있어, 사업종류 변경 여부가 확정되지 않으면 과도한 보험료를 납부하거나 또는 보험료를 납부하지 않아 연체금 및 가산금을 부담하게 되는 등의 불이익을 받게 될 처지에 놓여 있다.

(참조법령)

「고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률」

제11조(보험관계의 신고) ① 사업주는 제5조제1항 또는 제3항에 따라 당연히 보험가입자가 된 경우에는 그 보험관계가 성립한 날부터 14일 이내에, 사업의 폐업·종료 등으로 인하여 보험관계가 소멸한 경우에는 그 보험관계가 소멸한 날부터 14일 이내에 공단에 보험관계의 성립 또는 소멸 신고를 하여야 한다. 다만, 다음 각 호에 해당하는 사업의 경우에는 그 구분에 따라 보험관계 성립신고를 하여야 한다.

제24조(가산금의 징수) ① 공단은 사업주가 제19조제1항에서 정하고 있는 기한까지 확정보험료를 신고하지 아니하거나 신고한 확정보험료가 사실과 달라 제19조제4항에 따라 보험료를 징수하는 경우에는 그 징수하여야 할 보험료의 100분의 10에 상당하는 가산금을 부과하여 징수한다.

제25조(연체금의 징수) ① 건강보험공단은 사업주가 제16조의7, 제17조 및 제19조에 따른 납부기한까지 보험료 또는 이 법에 따른 그 밖의 징수금을 내지 아니한 경우에는 그 납부기한이 지난 날부터 매 1일이 지날 때마다 체납된 보험료, 그 밖의 징수금의 1천500분의 1에 해당하는 금액을 가산한 연체금을 징수한다. 제5조(보험가입자) ① 「고용보험법」을 적용받는 사업의 사업주와 근로자는 당연히 「고용보험법」에 따른 고용보험의 보험가입자가 된다.

③ 「산업재해보상보험법」을 적용받는 사업의 사업주는 당연히 「산업재해보상보험법」에 따른 산업재해보상보험의 보험가입자가 된다.

제28조(징수금의 체납처분 등) ① 건강보험공단은 제27조제2항 및 제3항에 따른 독촉을 받은 자가 그 기한까지 보험료나 이 법에 따른 그 밖의 징수금을 내지 아니한 경우에는 고용노동부장관의 승인을 받아 국세 체납처분의 예에 따라 이를 징수할 수 있다.

[물음1] 원고가 피고의 부작위에 대하여 부작위위법확인소송을 제기하고자 한다. 피고의 본안전 항변을 제기하였음을 전제로, 피고의 부작위가 위법한지 여부에 관하여 논하시오. (30점)

[물음2] 위 소송에서 원고의 승소판결이 확정되었음에도 불구하고, 근로복지공단이 원고의 신청을 반려하자, 원고가 간접강제신청을 한 경우, 원고의 신청이 인용될 수 있는지 검토하시오. (20점)

(답안1)

I. 문제의 소재 (2)

부작위위법확인소송의 적법요건으로는 ① 대상적격 ② 원고적격, 피고적격, 제소기간 등이 문제될 수 있다. 이하 적법요건을 충족한 경우 부작위위법확인소송 위법성의 판단범위와 관련한 판례의 법리인 절차심리설을 기반으로 하여 피고의 부작위가 위법한지 검토하고자 한다.

II. 부작위위법확인소송의 의의 및 기능 (2)

부작위위법확인소송이란 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송이다(행소법 §4 제3호). 행정청의 위법한 부작위에 대한 가장 직접적이고 바람직한 구제수단은 적극적인 의무이행소송이지만 현행 행소법은 의무이행소송을 인정하지 않는 대신 우회적인 권리구제수단으로 부작위위법확인소송을 인정하고 있다.

III. 피고의 부작위 성립여부 (14)

1. 부작위의 의의

행소법은 §2①2호에서 “부작위라 함은 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것을 말한다.”라고 규정하고 있다.

2. 부작위의 성립요건

① 당사자의 처분에 대한 신청 및 ② 행정청의 처분 의무가 존재하여야 하며 ③ 상당한 기간이 경과하였음에도 불구하고 행정청의 처분이 없어야 한다. 여기서 행정청의 처분 의무와 관련하여 신청인에게 법규상·조리상 신청권이 있어야 하는지 문제된다.

3. 법규상·조리상 신청권

(1) 문제점

당사자의 신청 및 행정청의 처분 의무와 별도로 법규상·조리상의 신청권이 필요한지 문제된다.

(2) 학설

① 처분 의무는 신청권에 대응하는 응답의무이므로 신청권은 대상적격의 필요요건이라는 견해 ② 행소법상 부작위의 개념에 신청권이 별도로 규정되어 있지 않으므로 신청권은 별도로 필요하지 않으며 원고적격의 문제라는 견해 ③ 원고의 신청과 처분의 부작위만으로 대상적격은 충족되고 신청권과 처분 의무는 본안판단 요소라는 견해 등이 제시된다.

### (3) 판례

판례는 “부작위위법확인소송의 부작위가 되기 위해서는 법규상 조리상의 신청권이 존재해야 하고 행정청의 직권발동을 촉구하는데 불과한 신청에 대한 무응답은 이에 해당하지 않는다.”라고 판시하여 신청권이 필요하다는 입장이다.

### (4) 검토

생각건대, 행소법 §2①2호의 문리적 해석에 비추어 신청권을 부작위의 성립요건으로 보는 판례의 입장이 행소법 명문의 규정에 부합하여 타당하다.

## 4. 사안에의 적용

- (1) 사안에서 ① 피고가 甲에 대하여 한 사업종류변경은, 실체법적 관점에서 볼 때 강학상 ‘확인’에 해당하고, 소송법적 관점에서도 해당 행위는 분쟁을 조기에 근본적으로 해결하고 소송관계를 간명하게 정리할 수 있으며, 상대방의 인식가능성과 예측가능성을 고려한 규범적 관점에서도 행정처분에 해당한다고 보는 것이 우리 판례의 확립된 법리이다. 따라서 피고의 甲에 대한 사업종류변경은 행정처분에 해당함이 명백하다.
- (2) 한편, 원고가 2004. 12. 28. 신청한 이후 2005. 6. 30. 현재까지 약 6개월이 경과한바, 사업종류 변경 여부를 결정하는 것은 사업장의 실태를 조사하고 관련 법령을 검토하는 것으로서, 통상 수개월이 소요될 수 있으나, 6개월은 이를 초과하는 기간으로 보인다. 따라서 법규상·조리상 신청권의 인정여부가 문제된다.
- (3) 「고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률」 §11①에 의하면, 사업주는 보험관계성립신고서를 제출하여야 한다. 한편, 사업종류는 사업주가 매 보험연도마다 납부하여야 하는 산재보험의 개산보험료 및 확정보험료 산정의 기초가 되므로, 사업주의 권리의무에 직접적인 영향을 미친다. 만약 사업주가 사업종류 변경을 신청할 수 없다면, 피고가 통지한 사업종류에 따른 보험료를 납부하지 않을 경우 연체금이나 가산금을 징수당하게 되고(동법 §24, §25), 체납처분(동법 §28)을 받게되는 등의 불이익이 있다. 따라서 보험가입자인 사업주에게는 보험료를 산정의 기초가 되는 사업종류 변경에 대한 ‘조리상 신청권’이 있다고 봄이 상당하다

## IV. 기타 소송요건 (3)

### 1. 원고적격

행소법 §36는 원고적격을 규정하는바, 원고는 사업종류 변경을 신청한 당사자로서, 피고의 부작위로 인하여 과다한 보험료를 납부하거나 연체금 등의 불이익을 받을 우려가 있으므로, 부작위위법확인을 구할 법률상 이익이 있다.

### 2. 피고적격

부작위위법확인소송의 피고는 부작위를 한 행정청이다(행소법 §13, §38②). 피고 근로복지공단은 산재보험 사업종류 결정에 관한 권한을 가진 행정청이므로, 피고적격이 당연히 인정된다.

### 3. 제소기간

부작위위법확인소송에는 제소기간의 제한이 없으므로(행소법 §38②, §20), 이 요건은 문제되지 않는다.

## V. 피고에 의한 부작위의 위법성 여부 (8)

### 1. 문제점

부작위위법확인소송 수소법원 심판의 범위가 부작위 자체의 위법여부에 그치는 것인지, 원고의 신청에 따른 처분 의무의 유무에 대해서도 미치는지 문제된다.

### 2. 학설

① 현행 행소법이 의무이행소송을 도입하지 않은 점을 논거로 부작위의 위법 여부만이 심판대상이 된다는 절차적 심리설 ② 의무이행소송적 기능수행을 통한 국민의 권리구제 실효성 확보할 수 있다는 점을 논거로 신청에 따른 처분 의무도 포함된다는 실체적 심리설이 제시된다.

### 3. 판례

판례는 “상대방의 신청에 대하여 아무런 처분을 하지 않고 있는 이상 행정청의 부작위는 그 자체로 위법하고, 구체적으로 그 신청이 인용될 수 있는지 여부는 처분에 대한 항고소송의 본안판단 사항이다.”라고 판시하여 ①설과 결을 같이 한다.

### 4. 검토 및 사안에의 적용

생각건대, 행심법(§5)과 달리 의무이행소송을 도입하지 않은 행소법의 취지 및 동법상의 부작위에 대한 정의규정(행소법 §2①2호)에 비추어 판례의 입장이 타당하다. 사안에서 원고의 신청에 대하여 피고가 아무런 처분을 하지 않고 있는 이상 피고의 부작위는 원고 신청의 인용여부와 상관없이 피고의 부작위 자체로 위법하다.

## VI. 결론 (1)

피고는 원고의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 응답할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 6개월이 경과하도록 아무런 처분을 하지 않았고, 이를 정당화할 만한 특단의 사정도 없으므로, 피고의 부작위는 그 자체로 위법하다.

(답안2)

## I. 문제의 소재 (2)

부작위위법확인판결에는 취소판결의 제3자효(행소법 §29), 기속력(§30) 및 간접강제(§34)가 각각 준용된다(§38②). 따라서 부작위위법확인소송의 기속력의 내용에 따라 행정청은 판결의 취지에 따른 재처분의무를 부담하는데, 그러한 재처분의무의 내용에 따라 원고의 간접강제 신청의 인용여부가 결정된다.

## II. 근로복지공단에 의한 반려처분의 효력 (8)

### 1. 문제점

근로복지공단은 반복금지의무와 재처분의무를 부담함에도 불구하고 거부처분을 하였는바, 부작위위법확인소송 인용판결 기속력의 내용이 무엇인지 문제된다.

### 2. 학설

이에 대하여 학설은 ① 절차적 심리설의 입장에서 기속력의 내용으로서 처분의무는 행정청의 단순 응답의무로 보는 견해 ② 실체적 심리설의 입장에서 기속력의 내용으로서의 처분의무는 원고가 신청한 내용에 따른 처분의무(기속행위의 경우 신청된 특정처분 의무, 재량행위의 경우 하자 없는 재량행사 의무)라고 보는 견해가 대립한다.

### 3. 판례

판례는 부작위위법확인소송의 인용판결이 확정된 후 행정청이 거부처분을 한 경우에도 간접강제의 요건을 갖추지 못한 것으로 보아 ①설과 같이 단순 응답의무로 보고있다.

### 4. 검토 및 사안에의 적용

생각건대, 부작위위법확인소송의 심판범위와 관련한 판례의 확립된 법리인 ‘절차적 심리설’과의 논리적 정합성에 비추어 단순 응답의무로 보는 판례의 입장이 타당하다. 이러한 판례의 입장에 의할 경우 부작위위법확인소송의 인용판결 확정시 행정청은 재처분의무의 이행으로서 거부처분을 할 수 있다. 따라서 근로복지공단의 반려처분은 단순응답의무에 부합하는바, 기속력에 부합하는 재처분에 해당한다.

## III. 간접강제 신청에 대한 결정 (9)

### 1. 간접강제 (행소법 §34, §38②)

#### (1) 의의

간접강제란 부작위위법확인판결이 확정되었음에도 행정청이 재처분의무를 이행하지 않는 경우 1심 수소법원이 당사자의 신청에 의한 결정으로 상당기간을 정하여 행정청이 기간 내에 이행하지 아니한 경우 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상을 할 것을 명하는 집행수단이다(행소법 §34, §38②).

## (2) 요건

### 1) 부작위위법확인소송 등의 판결 확정

간접강제를 위해서는 부작위위법확인판결이 확정되어야 한다.

### 2) 상당한 기간 내 판결의 취지에 따른 처분이 없을 것

부작위위법확인소송 확정시에도 행정청이 아무런 재처분을 하지 아니하거나, 확정판결의 기속력에 반하는 재처분은 당연히 무효이므로 간접강제신청이 가능하다.

## 2. 사안에의 적용

당해 사안에서, 근로복지공단은 부작위위법확인 확정판결 후에 거부라는 응답의무를 이행한바, 기속력에 부합하는 재처분이 있는 경우로서 행소법 §30①②, §34①, §38②에 의한 간접강제 신청에 필요한 요건을 흠결하였다.

## IV. 결론 (1)

원고의 간접강제 신청은 기각결정의 대상이다.

