

2026 신기훈 행정 GS2 모의고사(7) 채점평

1. 문제 개관

이번 7회 모의고사는 부작위위법확인소송의 적법요건(특히 조리상 신청권의 인정 여부), 부작위의 위법성 판단범위에 관한 학설·판례(절차적 심리설 vs. 실체적 심리설), 그리고 부작위위법확인 인용판결 확정 후 행정청의 재처분 의무의 내용 및 간접강제 신청의 인용 여부를 중심으로 출제되었습니다.

본 문제는 대법원 2008. 5. 8. 선고 2007두10488 판결 및 대법원 2020. 4. 9. 선고 2019두61137 판결을 기반으로 한 창작 사례로서, 단순한 개념 암기를 넘어 판례 법리를 정확히 이해하고 사안에 포섭하는 능력이 요구됩니다. 특히 [물음1]에서는 조리상 신청권의 인정 근거를 뒷받침하는 두 판례의 법리를 정확히 서술하는 것이 핵심이며, [물음2]에서는 부작위위법확인 인용판결의 기속력의 내용에 관한 학설·판례를 정확히 논증하는 것이 핵심입니다.

2. 문제 1 채점평 - 피고의 부작위가 위법한지 여부 (30점)

가. 문제의 핵심 구조

이 문제의 핵심은 다음과 같은 논증 구조를 정확히 구성하는 데 있습니다.

① 부작위위법확인소송의 의의 및 기능 → ② 부작위의 성립요건(법규상·조리상 신청권 포함) → ③ 조리상 신청권의 인정 여부 - 2007두10488 판결 및 2019두61137 판결 법리의 정확한 서술 → ④ 기타 소송요건(원고적격, 피고적격, 제소기간) → ⑤ 부작위의 위법성 판단범위에 관한 학설·판례(절차적 심리설 vs. 실체적 심리설) → ⑥ 사안 포섭 및 결론

각 단계의 논리적 연결이 끊기거나 사안 포섭이 부실한 경우 감점 요인이 됩니다.

나. 각 논점별 세부 채점 기준

(1) 부작위위법확인소송의 의의 및 기능 (2점)

부작위위법확인소송이란 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송임을 서술하여야 합니다(행정소송법 제4조 제3호). 나아가 현행 행정소송법이 의무이행소송을 인정하지 않는 대신 우회적 권리구제수단으로 부작위위법확인소송을 인정하고 있다는 점도 간략히 언급하여야 합니다.

(2) 부작위의 성립요건 및 법규상·조리상 신청권 (10점)

이 부분이 이번 문제 1의 핵심 배점 구간이자, 가장 많은 수험생이 정확히 파악하지 못한 논점입니다. 특히 주의하여 숙지하여야 합니다.

(가) 부작위의 의의 및 성립요건

행정소송법 제2조 제1항 제2호에 따라 부작위란 "행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것"임을 서술하여야 합니다. 성립요건으로 ① 당사자의 처분에 대한 신청, ② 행정청의 처분 의무(법규상·조리상 신청권), ③ 상당한 기간의 경과, ④ 처분의 부존재를 서술하여야 합니다.

(나) 법규상·조리상 신청권의 필요 여부에 관한 학설·판례

신청권의 필요 여부에 관하여 ① 대상적격 필요설, ② 불필요설(원고적격 문제설), ③ 본안판단 요소설 등의 학설 대립을 서술하고, 판례가 "부작위위법확인소송의 부작위가 되기 위해서는 법규상·조리상의 신청권이 존재해야 하고 행정청의 직권발동을 촉구하는 데 불과한 신청에 대한 무응답은 이에 해당하지 않는다"고 판시하여 신청권을 부작위의 성립요건으로 보는 입장임을 명확히 서술하여야 합니다.

(다) 사안에서의 조리상 신청권 인정 여부 - 2007두10488 판결 및 2019두61137 판결 법리의 정확한 서술

이 부분은 이번 시험에서 가장 중요한 논점으로서, 두 판례의 법리를 정확히 구별하여 서술하지 못한 답안은 대폭 감점됩니다.

먼저 대법원 2008. 5. 8. 선고 2007두10488 판결의 법리를 정확히 서술하여야 합니다. 이 판결은 사업주의 사업종류변경신청에 대한 근로복지공단의 반려행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는지 여부를 판단한 사안으로서, 대법원은 다음과 같이 판시하였습니다(대법원 2008. 5. 8. 선고 2007두10488 판결 산재보험사업종류변경신청반려처분취소).

"국민의 적극적 행위 신청에 대하여 행정청이 그 신청에 따른 행위를 하지 않겠다고 거부한 행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는 것이라고 하려면, 그 신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이어야 하고, 그 거부행위가 신청인의 법률관계에 영향을 미치는 것이어야 하며, 그 국민에게 그 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 있어야 한다."

나아가 이 판결은 사업주가 피고가 통지한 사업종류에 기초한 산재보험료를 납부하지 아니한 경우 연체금·가산금 징수(법 제24조, 제25조), 체납처분(법 제28조), 보험급여 징수(법 제26조 제1항 제2호) 등의 불이익이 있는 점을 근거로, "보험가입자인 사업주에게 보험료율의 산정의 기초가 되는 사업종류의 변경에 대한 "조리상 신청권"이 있다"고 판시하였습니다(대법원 2008. 5. 8. 선고 2007두10488 판결).

다음으로 대법원 2020. 4. 9. 선고 2019두61137 판결의 법리를 정확히 서술하여야 합니다. 이 판결은 근로복지공단이 사업주에 대하여 하는 '개별 사업장의 사업종류 변경결정'의 처분성을 정면으로 인정한 판결로서, 대법원은 다음과 같이 판시하였습니다(대법원 2020. 4. 9. 선고 2019두61137 판결 사업종류변경처분등취소청구의소).

"행정청의 행위가 '처분'에 해당하는지가 불분명한 경우에는 그에 대한 불복방법 선택에 중대한 이해관계를 가지는 상대방의 인식가능성과 예측가능성을 중요하게 고려하여 규범적으로 판단하여야 한다." "근로복지공단이 사업주에 대하여 하는 '개별 사업장의 사업종류 변경결정'은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 강박상 "확인"으로서의 공권력의 행사인 '처분'에 해당한다."

이 판결은 나아가 분쟁의 핵심쟁점인 사업종류 변경결정의 당부에 관해서 그 판단작용을 한 행정청인 근로복지공단을 상대로 다투도록 하는 것이 소송관계를 간명하게 하는 방법일 뿐만 아니라 분쟁을 조기에 근본적으로 해결하는 방법이기도 하다는 점을 강조하였습니다(대법원 2020. 4. 9. 선고 2019두61137 판결).

두 판결의 관계를 정확히 이해하여야 합니다. 2007두10488 판결은 사업주의 사업종류변경신청에 대한 근로복지공단의 거부(반려)행위의 처분성 및 조리상 신청권을 인정한 판결이고, 2019두61137 판결은 근로복지공단이 직권으로 하는 사업종류 변경결정 자체의 처분성을 인정한 판결입니다. 사안에서는 원고가 사업종류 변경을 신청하였으나 피고가 아무런 처분을 하지 않고 있는 상황이므로, 2007두10488 판결의 법리에 따라 원고에게 조리상 신청권이 인정됨을 논증하여야 합니다. 2019두61137 판결은 사업종류 변경결정 자체의 처분성을 뒷받침하는 판례로서 함께 인용하면 더욱 충실한 답안이 됩니다.

사안에서 원고는 「고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률」 제11조 제1항에 따라 보험관계 변경사항신고서를 제출하였고, 사업종류는 사업주가 매 보험연도마다 납부하여야 하는 산재보험의 개산보험료 및 확정보험료 산정의 기초가 되므로 사업주의 권리의무에 직접적인 영향을 미치며, 사업종류 변경 여부가 확정되지 않으면 과다한 보험료를 납부하거나 연체금·가산금(동법 제24조, 제25조) 및 체납처분(동법 제28조)을 받게 되는 불이익이 있습니다. 따라서 원고에게는 사업종류 변경에 대한 조리상 신청권이 인정됩니다(대법원 2008. 5. 8. 선고 2007두10488 판결).

이 부분을 단순히 "조리상 신청권이 인정된다"고만 서술하거나, 두 판결의 법리를 혼동하거나, 판결의 구체적 근거를 서술하지 않은 답안은 감점됩니다.

(3) 기타 소송요건 (3점)

원고적격(행정소송법 제36조), 피고적격(행정소송법 제13조, 제38조 제2항), 제소기간(부작위위법확인소송에는 제소기간 제한 없음, 행정소송법 제38조 제2항, 제20조)을 간략히 서술하면 됩니다. 이 부분은 비교적 평이하므로 지나치게 장황하게 서술할 필요는 없습니다.

(4) 부작위의 위법성 판단범위에 관한 학설·판례 (8점)

이 부분 역시 이번 시험의 핵심 논점으로서, 학설과 판례를 정확히 논증하지 못한 답안은 대폭 감점됩니다. 부작위위법확인소송의 심판범위가 부작위 자체의 위법 여부에 그치는지, 아니면 원고의 신청에 따른 처분의무의 유무에 대해서도 미치는지에 관하여 다음과 같이 학설 대립을 서술하여야 합니다.

학설	내용	논거
절차적 심리설	심판범위는 부작위 자체의 위법 여부에 그침	현행 행정소송법이 의무이행소송을 도입하지 않은 취지, 행정소송법 제4조 제3호의 정의규정
실체적 심리설	신청에 따른 처분의무의 유무까지 심판범위에 포함	의무이행소송적 기능 수행을 통한 국민의 권리 구제 실효성 확보

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 절차적 심리설의 입장을 취하고 있습니다(서울행정법원 2008. 12. 26. 선고 2008구합30663 판결 참조).

검토로서는 행정소송법 제4조 제3호의 정의규정 및 의무이행소송을 도입하지 않은 현행 행정소송법의 취지에 비추어 절차적 심리설이 타당하다는 점을 서술하여야 합니다.

이 부분에서 학설의 대립 구조를 서술하지 않거나, 판례의 입장을 정확히 서술하지 않은 답안은 감점됩니다.

(5) 사안 포섭 및 결론 (7점)

사안에서 원고는 2004. 12. 28. 피고에게 보험관계변경사항신고서를 제출하였고, 2005. 6. 30. 현재까지 약 6개월이 경과하도록 피고는 아무런 처분을 하지 않고 있습니다. 사업종류 변경 여부를 결정하는 것은 사업장의 실태를 조사하고 관련 법령을 검토하는 것으로서 통상 수개월이 소요될 수 있으나, 6개월은 이를 초과하는 기간으로서 상당한 기간이 경과하였다고 봄이 상당합니다. 이를 정당화할 만한 특단의 사정도 없으므로, 피고의 부작위는 그 자체로 위법합니다.

다. 문제 1 총평

이번 시험에서 다수의 답안이 부작위위법확인소송의 의의 및 소송요건은 비교적 잘 서술하였으나, 조리상 신청권의 인정 근거를 뒷받침하는 2007두10488 판결과 2019두61137 판결의 법리를 정확히 구별하여 서술하지 못한 한계를 보였습니다. 특히 두 판결이 각각 어떤 쟁점(거부처분의 처분성 및 조리상 신청권 vs. 직권 변경결정의 처분성)을 다루고 있는지를 명확히 이해하지 못한 채 두 판결을 혼용하거나, 판결의 구체적 근거(연체금·가산금·체납처분 등의 불이익)를 서술하지 않은 답안이 다수였습니다.

또한 부작위의 위법성 판단범위에 관한 학설·판례를 정확히 논증하지 못한 답안도 많았습니다. 절차적 심리설과 실체적 심리설의 대립 구조를 서술하고, 판례가 절차적 심리설의 입장을 취하고 있음을 명확히 서술한 후, 이를 사안에 포섭하는 흐름이 유기적으로 연결되어야 합니다.

문제 1의 논증 구조는 "부작위위법확인소송의 의의 → 부작위의 성립요건(법규상·조리상 신청권) → 2007두10488 판결 법리(조리상 신청권 인정 근거) + 2019두61137 판결 법리(사업종류 변경결정의 처분성) → 사안 포섭(조리상 신청권 인정) → 기타 소송요건 → 절차적 심리설 vs. 실체적 심리설 + 판례(절차적 심리설) → 사안 포섭(부작위 자체로 위법) → 결론"으로 이어지는 플로우가 있어야 합니다.

3. 문제 2 채점평 - 간접강제 신청의 인용 여부 (20점)

가. 문제의 핵심 구조

이 문제의 핵심은 다음과 같은 논증 구조를 정확히 구성하는 데 있습니다.

① 부작위위법확인 인용판결의 기속력의 내용(재처분의무의 범위) → ② 근로복지공단의 반려처분의 효력에 관한 학설·판례 → ③ 간접강제의 의의 및 요건 → ④ 사안 포섭 및 결론

(1) 부작위위법확인 인용판결의 기속력 및 근로복지공단 반려처분의 효력 - 학설·판례의 정확한 논증 (핵심) (8점)

이 부분이 이번 문제 2의 핵심 배점 구간으로서, 학설과 판례를 정확히 논증하지 못한 답안은 대폭 감점됩니다. 부작위위법확인판결에는 취소판결의 기속력(행정소송법 제30조) 및 간접강제(행정소송법 제34조)가 준용됩니다(행정소송법 제38조 제2항). 따라서 부작위위법확인 인용판결이 확정되면 행정청은 판결의 취지에 따른 재처분의무를 부담합니다. 이때 재처분의무의 내용이 무엇인지에 관하여 다음과 같이 학설 대립을 서술하여야 합니다.

학설	재처분의무의 내용	반려처분의 효력
절차적 심리설 (단순 응답의무설)	행정청의 단순 응답의무(적극적 처분 또는 소극적 처분 중 어느 것이든 응답하면 족함)	반려처분도 응답의무의 이행에 해당하므로 기속력에 부합
실체적 심리설 (특정처분의무설)	기속행위의 경우 신청된 특정처분 의무, 재량행위의 경우 하자 없는 재량행사 의무	반려처분은 기속력에 반하는 위법한 처분

판례는 부작위위법확인소송의 인용판결이 확정된 후 행정청이 거부처분을 한 경우에도 간접강제의 요건을 갖추지 못한 것으로 보아 단순 응답의무설(절차적 심리설)의 입장을 취하고 있습니다. 이는 **부작위위법확인소송의 심판범위에 관한 절차적 심리설과의 논리적 정합성에서 비롯된 것**입니다.

이 부분에서 학설의 대립 구조를 서술하지 않거나, 판례의 입장을 정확히 서술하지 않은 답안, 또는 절차적 심리설과 실체적 심리설의 논리적 연결을 이해하지 못한 채 결론만 서술한 답안은 감점됩니다.

사안에서 근로복지공단은 부작위위법확인 확정판결 후 원고의 신청을 반려하는 처분을 하였는바, 판례의 입장인 단순 응답의무설에 의하면 이는 응답의무를 이행한 것으로서 기속력에 부합하는 재처분에 해당합니다.

(2) 간접강제의 의의 및 요건 (9점)

간접강제란 부작위위법확인판결이 확정되었음에도 행정청이 재처분의무를 이행하지 않는 경우 제1심 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 집행수단입니다(행정소송법 제34조, 제38조 제2항).

간접강제의 요건으로는 ① 부작위위법확인판결의 확정, ② 상당한 기간 내에 판결의 취지에 따른 처분이 없을 것이 필요합니다. 여기서 ②와 관련하여, 확정판결의 기속력에 반하는 재처분은 당연무효이므로 간접강제신청이 가능하나, 기속력에 부합하는 재처분이 있는 경우에는 간접강제의 요건을 흠결합니다.

(3) 사안 포섭 및 결론 (3점)

사안에서 근로복지공단은 부작위위법확인 확정판결 후 원고의 신청을 반려하는 처분을 하였습니다. 판례의 입장인 단순 응답의무설에 의하면 반려처분도 응답의무의 이행에 해당하여 기속력에 부합하는 재처분이 있는 경우에 해당하므로, 간접강제 신청에 필요한 요건(상당한 기간 내에 판결의 취지에 따른 처분이 없을 것)을 흠결합니다. 따라서 원고의 간접강제 신청은 기각결정의 대상이 됩니다.

cf. 각하판결, 각하결정, 기각판결 모두 감점

나. 문제 2 총평

이번 시험에서 다수의 답안이 간접강제의 의의 및 요건은 비교적 잘 서술하였으나, 부작위위법확인 인용판결의 기속력의 내용에 관한 학설·판례를 정확히 논증하지 못한 한계를 보였습니다. 특히 절차적 심리설과 실체적 심리설의 대립이 단순히 부작위의 위법성 판단범위에 관한 문제에 그치는 것이 아니라, 인용판결 확정 후 재처분의무의 내용에도 직결된다는 점을 이해하지 못한 채 결론만 서술한 답안이 다수였습니다.

문제 2의 논증 구조는 "부작위위법확인 인용판결의 기속력 → 재처분의무의 내용에 관한 학설 대립(단순 응답의무설 vs 특정처분의무설)"

무설 vs. 특정처분의무설) + 판례(단순 응답의무설) → 사안 포섭(반려처분 = 응답의무 이행 = 기속력에 부합) → 간접강제의 의의 및 요건 → 사안 포섭(기속력에 부합하는 재처분 존재 → 요건 흠결) → 결론(기각)"으로 이어지는 플로우가 있어야 합니다.

4. 종합 총평

이번 7회 모의고사는 부작위위법확인소송의 핵심 논점을 실제 사안에 적용하는 능력을 측정하는 문제였습니다. 전반적으로 기본 개념 서술은 비교적 양호하였으나, 판례 법리의 정확한 이해와 사안 포섭의 정밀도에서 차이가 났습니다.

특히 이번 시험의 핵심은 다음 두 가지입니다.

첫째, [물음1]에서 조리상 신청권의 인정 근거를 뒷받침하는 2007두10488 판결(사업주의 사업종류변경신청에 대한 거부행위의 처분성 및 조리상 신청권 인정)과 2019두61137 판결(근로복지공단의 직권 사업종류 변경결정의 처분성 인정)의 법리를 정확히 구별하여 서술하는 것입니다. 두 판결이 각각 어떤 쟁점을 다루고 있는지, 그리고 사안에서 어느 판결의 법리가 직접 적용되는지를 명확히 이해하여야 합니다.

둘째, [물음1]에서 부작위의 위법성 판단범위에 관한 학설·판례(절차적 심리설 vs. 실체적 심리설)를 정확히 논증하고, [물음2]에서 이와 논리적으로 연결되는 재처분의무의 내용에 관한 학설·판례(단순 응답의무설 vs. 특정처분의무설)를 정확히 논증하는 것입니다. 두 문제의 학설·판례가 서로 논리적으로 정합성을 가지고 연결되어야 한다는 점을 체화하여야 합니다.

고득점 답안은 논증에 해당 및 관련되는 판례의 기준을 사실관계에 정확히 연결한 답안이다