

## 공법상 당사자소송의 적용범위

김 창 조\*

### 〈국문초록〉

사회변화에 대응한 행정적 개입의 확대와 강화는 행정적 규율대상의 확장과 개입수법의 다양화라는 형태로 진행되고 있다. 행정목적 달성을 위한 수단으로 전형적인 공법적 수법 이외에 민영화를 통한 다양한 비공법적 수단의 활용이 긍정적으로 평가되고 있다. 이와 더불어 공법과 사법의 혼합적 질서인 제3섹터방식을 통한 문제해결도 행정과정에서 적극적으로 검토되고 있다. 이러한 시장적 수법을 활용한 행정목적의 달성과 공사법 혼합적 영역의 발전은 실체적 측면에서 공사법 구별을 어렵게 하고 있다. 그리고 행정법의 법해석론으로서 해방 이후 공법 사법의 구별에 관한 다양한 견해가 제시되고 있지만, 이에 대한 명확하고 객관적 기준으로 충분하지 못하다는 지적이 되고 있다. 이러한 것을 배경으로 공법상 당사자소송과 민사소송의 구별기준의 불명확성과 불충분성이 지속적으로 지적되고 있다. 다른 한편 공법적 영역에서 취소소송의 대상적격의 확대론에 수반한 공법상 당사자소송과 항고소송의 상호관계 및 양자의 적용범위가 문제로 제기되고 있다. 이러한 쟁점에 관하여 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 공법상 당사자소송과 민사소송의 양자의 구별을 명확히 하고 공법상 당사자소송의 대상을 획기적으로 확장시키기 위하여는 입법적 해결이 필요하다. 그러나 이러한 입법적 해결과 더불어 법해석을 통하여 점진적으로 공법상 당사자소송의 대상범위의 확장을 도모할 필요가 있다. 이 경우 공법상 당사자소송과 민사소송의 양자의 구별기준이 문제로 제기되는데 종래 양자의 구별기준으로서 제시된 소송물(공법상 권리인가, 사법상 권리인가)과 실질적 법률관계의 성질(공법관계인가, 사법관계인가)에 추가하여, 절차법적 혹은 기능적 관점에서 분쟁해결의 적정성을 고려하여 공법상 당사자소송의 적용 여부를 적극적으로 검토할 필요가 있다. 공법상 당사자소송을 둘러싼 법적 소여의 변화는 기능적 측면을 고려한 당사자소송의 적용범위의 확정을 요청하고 있다고 할 수 있다. 이들 기준의 적용을 상호배타적인 것이 아닌 상호보완적 내지 보충적인 것으로 유연하게 관념하여 민사소송과 관계에서 공법상 당사자소송의 대상범위를 구체화할 것이 필요하다고 생각된다.

둘째, 공법관계에서 공법상 당사자소송과 항고소송의 상호관계 및 양자의 적용범위에 대하여는 취소소송제도가 갖는 권리구제상의 순기능과 역기능을 엄격히 검토하여 대상적격의 한계를 설정하고 합리적인 기능분담의 관점에서 공법상 당사자소송의 적용범위와 취소소송의 적용범위를 확정할 필요가 있다.

\* 경북대학교 법학전문대학원 교수, 법학연구원 연구위원, 법학박사.

주제어 : 공법상 당사자소송, 소송물, 실질적 법률관계의 성질, 절차법적 혹은 기능적 측면에서 분쟁해결의 적정성, 합리적인 기능분담

• 투고일 : 2020.06.30. / 심사일 : 2020.07.22. / 게재확정일 : 2020.07.23.

## I. 머리글

공법상 당사자소송이라 함은 「행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고」로 하는 소송을 말한다.(행정소송법 제3조 제2호) 이러한 공법상 당사자소송에 대한 개념규정은 당사자소송을 행정청의 처분 등을 원인으로 하는 공법상 법률관계에 관한 소송과 행정청의 처분 등을 원인으로 하지 않는 공법상 법률관계에 관한 소송으로 구분할 수 있다. 전자를 형식적 당사자소송이라고 하고, 후자를 실질적 당사자소송이라고 한다.<sup>1)</sup>

공법상 당사자소송은 헌법상 쟁송을 제외한 행정소송법에 의하여 규율되는 공법상 법률관계에 관한 소송 중에서 항고소송을 제외한 공법상 법률관계에 관한 소송을 지칭하는 것이라고 할 수 있다. 항고소송은 행정청의 처분 등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송이라고 규정하고 있는데, 이러한 규정에 미루어 보면, 실질적 당사자소송은 처분이나 부작위 등 공권력행사를 직접적으로 다투는 것이 아닌 공법상 법률관계에 관한 소송을 의미한다고 파악할 수 있다. 종래 대표적 예로서 제시되는 것으로 공법상의 신분·지위 등의 확인소송, 공무원의 급여청구소송이나 손실보상청구소송 등의 공법상 청구권에 근거한 급부소송 등을 들 수 있다.

사법작용은 구체적인 법률상 쟁송이 있는 경우에 당사자로부터의 쟁송제기를 전제로 하여 무엇이 법인가를 판단하고 선언함으로써 법질서를 유지하고 권리구제와 분쟁해결을 목적으로 하는 작용이다. 이에 관하여 법원조직법 제2조는 「법원은 헌법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외한 모든 법률상의 쟁송을 심판하고, 이 법과 다른 법률에 따라 법원에 속하는 권한을 가진다」라고 규정하고 있다. 공법상 당사자 소송은 헌법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외한 주관소송으로서 법률상 쟁송 중 항고소송과 민사소송을 제외한 나머지 부분에

1) 김철용, 「행정법」(서울: 고시계사, 2020), 525면.

적용되는 소송절차라고 할 수 있다.

공법상 당사자소송의 적용범위를 검토하는 것은 한편으로 공법상 당사자소송과 항고소송의 상호관계를 규명하고 양자의 적용범위를 확정하는 것이며, 다른 한편으로는 공법상 당사자소송과 민사소송의 구별실익을 논증하고, 양자의 구별기준을 제시하는 작업이라고 할 수 있다. 이하에서는 이러한 논점에 대하여 고찰함으로써 제도운영상 합리적인 공법상 당사자소송의 적용범위를 검토하려 한다.

## II. 공법상 당사자소송제도의 구조

### 1. 공법상 당사자소송제도의 형성과 전개

해방 이후 정부가 수립되고 1951년 최초로 규정한 행정소송법에는 당사자소송에 대하여 별도의 규정을 두지 않았다. 다만 동법 제1조는 항고소송과 당사자소송을 포괄하여 「행정청 또는 그 소속기관의 위법에 대한 그 처분의 취소 또는 변경에 관한 소송 기타 공법상의 권리관계에 관한 소송절차는 본법에 의한다」라고 규정하고 있었다. 이 규정의 내용은 「행정청 또는 그 소속기관의 위법에 대한 그 처분의 취소 또는 변경에 관한 소송」과 「공법상의 권리관계에 관한 소송」으로 구분할 수 있는데 후자의 부분이 공법상 당사자소송을 규정하였다고 볼 수 있다. 그 후 1984년 행정소송법 개정을 하면서 행정소송의 종류를 4가지로 구분하면서 당사자소송에 관하여 현행 제도와 같은 구조로 당사자소송의 형태를 취하게 되었다.

현행법은 공법상 당사자소송에 관하여 「행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고」로 하는 소송으로 정의하고 있다. 행정청의 우월적 지위를 전제로 하는 항고소송과 달리, 당사자소송은 대등한 권리주체간의 소송으로서 민사소송과 유사하다고 할 것이나, 행정소송법은 공법상 법률관계에서의 분쟁에 대하여는 공법상 당사자소송에 의하여 해결하고, 사법상의 법률관계에서의 분쟁은 민사소송에 의하여 해결하도록 함으로써 실체법상의 공법·사법의 구별론을 소송절차에서도 관철하고 있다고 할 수 있다. 종래 관행적으로 소송실무에서는 국민이 국가에 대하여 대등한 입장에서 권리를 주장하는 경우

에 당해 법률관계가 공법상 법률관계인지 사법상 법률관계인지를 묻지 않고 거의 민사소송에 의하여 처리되어 왔다. 1997년 법원조직법 개정을 통한 행정법원 출범 이전에는 행정소송은 2심제로 운영되었다. 행정소송의 심급이 민사소송과 달라 국민의 입장에서는 당사자소송에 의하는 것이 오히려 불리한 경우도 발생할 수 있었다. 법원조직법 개정을 통하여 1998년 3월 1일 행정사건을 관할하는 행정법원이 출범함과 동시에 종래 2심제로 운영되던 행정소송도 3심화함으로써 일반민사소송과 심급 상 차이가 없어지게 되었다. 이러한 제도의 변화를 계기로 공법상 당사자소송의 적극적 활용론이 주목받게 되었다. 행정법원의 출범은 공법상 당사자소송과 민사소송의 구분문제가 행정법원과 민사법원의 관할배분이라는 관점에서 보다 중요한 의미를 가지게 되었다.<sup>2)</sup>

우리 법제에 많은 영향을 미친 독일의 경우, 주관적 행정소송에 관하여 항고소송과 당사자소송이라는 이원적 소송형식은 1960년 행정법원법이 제정되기 이전까지 제2차 세계대전 후 일부 독일의 주에서 채택되어 활용되었으나, 1960년 행정법원법이 제정되면서 행정소송의 구조를 기능적으로 구분하여 이행소송, 형성소송, 확인소송으로 규정하게 되면서 분쟁해결방식을 엄격한 경계를 허물고 유연하게 문제해결을 도모하고 있다고 평가할 수 있다.<sup>3)</sup>

프랑스의 경우 행정소송의 경우, 월권소송과 완전심리소송의 2유형을 규정하고 있는데 전자가 취소소송에 후자가 당사자소송에 대응한다고 한다.<sup>4)</sup>

일본의 경우, 1948년 시행된 행정사건소송특례법 제1조는 「행정청의 위법한 처분의 취소 또는 변경에 관한 소송, 그 밖에 공법상 권리관계에 관한 소송에 대하여는 이 법률에 의하는 것 이외에 민사소송법에 따른다」라고 규정하고 있었다. 이러한 규정방식은 1951년 제정된 우리나라 최초의 행정소송법과 유사한 구조를 가진 것으로 이에 관한 이론 틀은 행정사건소송특례법 하의 학설, 판례에 의하여 형성·발전하였다. 그 후 이러한 학설, 판례의 움직임을 반영하여 1962년 제정된 행정사건소송법 제4조<sup>5)</sup>에 독립하여 당사자소송에 관한 규정을 두었고, 2004년 동법의 개정으로 「당사자 간의 법률관계를 확인하거나 형성하

2) 안철상, “당사자소송의 현황과 과제”, 『행정절차와 행정소송』(서울: 피엔씨미디어, 2017), 838면.

3) 한국행정법학회, 「행정소송법개정에 따른 당사자소송제도의 정비방안에 관한 연구」(서울 : 법원행정청, 2014), 97면 이하.

4) 한국행정법학회, 「행정소송법개정에 따른 당사자소송제도의 정비방안에 관한 연구」, 63면 이하.

5) 1962년 제정된 행정사건소송법 제4조는 「당사자 간의 법률관계를 확인하거나 형성하는 처분 또는 재결에 관한 소송으로서 법령의 규정에 의하여 그 법률관계의 당사자 일방을 피고로 하는 것 과 공법상 법률관계에 관한 소송」을 당사자소송으로 정의하였다. 2004년 개정안에서는 「공법상 법률관계에 관한 확인의 소」부분이 추가되었다.

는 처분 또는 재결에 관한 소송으로서 법령의 규정에 의하여 그 법률관계의 당사자 일방을 피고로 하는 것과 공법상 법률관계에 관한 확인의 소, 그 밖의 공법상 법률관계에 관한 소송」이라고 규정하게 되었다.<sup>6)</sup>

우리나라 공법상 당사자소송제도는 일본 행정사건소송법상 공법상 당사자소송제도에 영향을 받아 성립하고 발전한 것으로 보인다. 그러나 일본의 경우 공법·사법 일원론을 전제로 공법상 당사자소송제도의 적극적 활용론에 관하여 소극적으로 평가하는 것이 학계의 지배적 흐름이지만, 우리나라에서는 공법상 당사자소송제도에 관하여 공법·사법 이원론을 전제로 적극적 활용론이 긍정적으로 평가하는 견해가 지배적이라는 점이 서로 차이가 나는 점이라고 할 수 있다.<sup>7)</sup>

## 2. 당사자소송의 종류

### 1) 실질적 당사자소송

실질적 당사자소송이란 공법상 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송을 말한다. 공법상 법률관계에 관한 소송이란 소송상의 청구의 대상이 되는 권리 내지 법률관계가 공법에 속하는 소송, 즉 공권을 소송물로 하는 소송 내지는 공법법규의 적용을 통하여 해결할 수 있는 법률관계 그 자체를 대상으로 하는 소송을 말한다.

당사자소송은 공법상 법률관계 일반을 대상으로 하고 있다는 점에서 포괄소송으로서 특징을 갖는다. 당사자소송은 포괄적 개념으로 행정소송 중에서 항고소송을 제외한 모든 소송을 가리키는 일종의 잔여개념으로서 새로운 소송유형을 창출할 수 있는 시원적 소송유형이다. 현대사회에서 확대되는 행정작용에 대응한 다양한 행정작용형식에 유연하게 대응할 수 있는 구체수단으로 활용될

6) 우리나라 행정소송법과 같이 일본에서도 「당사자 간의 법률관계를 확인하거나 형성하는 처분 또는 재결에 관한 소송으로서 법령의 규정에 의하여 그 법률관계의 당사자 일방을 피고로 하는 것」을 형식적 당사자소송, 「공법상 법률관계에 관한 확인의 소, 그 밖의 공법상 법률관계에 관한 소송」을 실질적 당사자소송(본래적 당사자소송)이라고 칭한다. 이 두 개의 소송은 그 성질상 크게 다른 것이지만 양 소송 모두가 법률관계의 당사자가 원고·피고라고 하는 소송당사자가 된다는 점에서 공통한다. 통상적으로 민사소송이 당사자 간 즉 권리주체간의 소송이라는 점에 비추어 보면 특별히 「당사자소송」으로 칭하는 것은 약간은 특이하다고 할 수 있다. 이것은 처음부터 행정사건소송법이 공법상 분쟁해결시스템을 설계할 때, 항고소송 중심주의로 구성하였다는 것에서 유래한다고 보여 진다.

7) 한국행정법학회, 「행정소송법개정에 따른 당사자소송제도의 정비방안에 관한 연구」, 22면 이하.

수 있을 것이다. 우리 행정소송법상 당사자소송은 소송법상 소송분류의 틀에 얽매이지 않고 개괄적으로 규정되어 있어 경우에 따라서는 이행소송이나 확인소송 등 다양한 소송유형을 포괄할 수 있다고 볼 수 있다.<sup>8)</sup>

실질적 당사자소송의 예로 공무원이나 국·공립학교 학생 또는 국가유공자의 신분이나 지위의 확인을 구하는 소송<sup>9)</sup>, 도시재개발조합의 조합원의 자격인정여부에 관한 다툼<sup>10)</sup> 등을 들 수 있다. 이밖에도 공법상 금전지급소송<sup>11)</sup> 또는 공법상 계약에 관한 소송이 이 소송에 속한다고 할 수 있다.

## 2) 형식적 당사자소송

### (1) 형식적 당사자소송의 성립요건

형식적 당사자소송은 「행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송」을 말한다. 이 소송은 실질적으로는 행정행위에 대한 불복의 의미를 갖는 소송이지만, 법령이 형식에 있어서 권리주체 간 당사자소송으로 구성한 경우를 말한다. 형식적 당사자소송의 요건은 「행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송으로서」 「그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송」이라는 2가지 요건이다. 이러한 형식적 당사자소송은 이에 관한 특별한 법령의 존재를 전제로 하는 소송형태이다.

형식적 당사자소송의 대표적 예로서 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제85조 제2항에 규정된 「수용위원회의 재결 중 손실보상에 관한 소송」을 들 수 있다. 본래 처분 또는 재결에 관한 소송은 「행정청의 처분 등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송」인 항고소송에 해당한다. 토지수용에 관한 손실보상의 예를 보면, 손실보상액이 공권력행사로서 처분에 해당하는 수용위원회의 수용재결에 의하여 결정된 이상, 그것에 불복한다면, 토지수용위원회를 피고로 하는 수용재결 취소소송에 의하여 다투어야 한다. 왜냐하면 토지소유자 또는 관계인과 사업시행자 간의 손실보상청구권에 관하여 결정하는 수용재결은 소송의 당사자 간 법률관계를 형성하는 처분에 해당하기 때문이다. 그러나 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제85조 제2항

8) 정하중, 「행정법개론」(14판)(서울: 법문사, 2020), 833면.

9) 대법원 1990. 10. 23., 선고, 90누4440, 판결.

10) 대법원 1996. 2. 15., 선고, 94다31235, 전원합의체 판결.

11) 대법원 2008. 4. 17., 선고, 2005두16185, 전원합의체 판결.

은「수용위원회의 재결 중 손실보상에 관한 소송」에 관하여,「제1항에 따라 제기하려는 행정소송이 보상금의 증감에 관한 소송인 경우 그 소송을 제기하는 자가 토지소유자 또는 관계인일 때에는 사업시행자를, 사업시행자일 때에는 토지소유자 또는 관계인을 각각 피고로 한다」고 규정하고 있다. 이 규정에 따를 경우, 예컨대 토지소유자가 재결에 의한 보상액이 너무 낮다고 불복하는 경우에는 수용위원회에 대하여 수용재결취소소송을 제기하지 않고 사업시행자에 대하여 보상금증액을 요구하는 소송을 제기하여야 한다. 이와 같이 「처분과 재결」의 내용을 다투는 실질을 가졌음에도 불구하고 법령의 특별한 규정에 의하여 당사자 간에 법률관계를 다투는 형식을 취하여졌다는 것에 착안하여 「형식적 당사자소송」이라고 한다.

이러한 형식적 당사자소송이 인정되는 이유는 처분청을 상대로 수용재결에 대한 취소소송의 형식을 취하는 것보다 직접 이해관계자를 소송당사자로 하여 다투도록 하는 것이 소송진행이나 분쟁해결에 보다 적절하다는 점이 이러한 소송을 인정하는 실익이라고 할 수 있다.<sup>12)</sup>

「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제85조 제2항 이외에도 특허무효항고심판, 특허권존속기간의 연장등록무효항고심판, 권리범위확인항고심판 등에 관한 소송 등 지적 재산권에 관한 소송(특허법 제187조, 디자인보호법 제167조, 상표법 제163조) 등이 있다.

(2) 명시적 개별적 근거법의 수권 없이 행정소송법의 규정만으로 형식적 당사자소송을 인정할 수 있는가 여부에 대한 견해 대립

개별법 수권 없이 행정소송법의 해석상 형식적 당사자소송을 인정할 수 있는가 여부에 대한 학설 대립이 발생하는 배경은 일본의 행정사건소송법의 경우에는 「당사자 간의 법률관계를 확인하거나 형성하는 처분 또는 재결에 관한 소송으로서 법령의 규정에 의하여 그 법률관계의 당사자 일방을 피고로 하는 것」이라고 규정하고 있지만, 우리 행정소송법은 형식적 당사자소송에 대하여 「행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송으로서, 「그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송」이라고 규정하고 있다. 일본의 형식적 당사자소송의 입법례와 달리 우리 행정소송법은 「법령의 규정」을 요건으로 규정하고 있지 않다. 이러한 규정의 차이를 전제로 우리 행정소송법을 해석함에 있어서 행정소송법 규정만을 근거로 하여 일반적으로 인정할 수 있는가의 문

12) 박균성, 「행정법강의」 (16판)(서울 : 박영사, 2020), 700면.

제가 제기된다.

### ① 부정설

이 견해는 명시적 개별 근거법이 필요하며, 행정소송법 제3조 제2호만으로는 형식적 당사자소송이 가능하지 않다는 견해이다. 그 논거로서 다음의 점을 제시한다. 첫째, 형식적 당사자소송은 일본의 제도에서 유래한 것인데, 일본 행정사건소송법은 개별법에 근거가 있는 경우에 한하여 이를 제기할 수 있도록 규정하기 때문에 유사한 제도적 배경을 전제로 인정되고 있는 우리 행정소송법의 해석에도 이러한 점을 감안하는 것이 필요하다. 둘째, 원인이 되는 처분 등을 그대로 둔 채 그것에 의하여 형성된 법률관계만을 다투는 소송만을 허용하는 것은 처분의 공정력에 반한다. 셋째, 개별규정이 없는 경우 원고적격·피고적격·제소기간 등의 소송요건이 불분명하다.<sup>13)</sup>

### ② 긍정설

이 견해는 행정소송법 제3조 제2호만으로도 형식적 당사자소송이 가능하다는 견해이다. 이 주장의 근거는 다음과 같다. 첫째, 행정소송법은 형식적 당사자소송에 관하여 민중소송·기관소송과 달리 개별법에 의한 제한을 두고 있지 않다. 둘째, 우리 행정소송법은 일본 행정사건소송법과 달리 개별법에 의한 제한을 두고 있지 않다. 셋째, 처분의 공정력이라는 것도 처분에 본질적으로 내재하는 것이 아니라 실정법에 의하여 밀받침되는 것이므로, 공정력 있는 처분을 그대로 둔 채 당해 처분을 원인으로 하는 법률관계를 다투는 소송을 행정소송법 제3조 제2항에 따라 일반적으로 인정하더라도 그것이 곧 공정력에 반하는 것으로 보기는 어렵다.<sup>14)</sup>

### ③ 소결

법치주의 등 헌법원칙을 고려할 때 행정처분의 공정력에 대하여 선형적으로 이를 인정하는 것은 어렵다고 할 수 있다. 처분의 공정력은 처분의 본질에 의거하여 발생하는 내재적 효력이 아닌 실정법에 의하여 기초된 제도라고 볼 수 있다. 이러한 공정력의 현행법상의 제도적 근거는 취소소송의 배타적 관할이라고 할 수 있다. 이러한 취소소송의 배타적 관할제도는 처분의 효력에 대한 불복에 대하여 취소소송과 당사자소송의 호환가능성을 제도적으로 제한하고 있

13) 김철용, 「행정법」, 526면.

14) 박균성, 「행정법강의」, 700면.



다고 해석된다. 형식적 당사자소송은 이러한 취소소송의 배타적 관할의 예외를 인정하는 제도라고 볼 수 있다.

처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송으로서 그 원인이 되는 처분 등에 불복하여 제기하는 소송은 취소소송에 의하여야 하는 것이므로 취소소송에 의하지 아니하고 당사자소송에 의하게 하는 경우에는 별도의 법적 수권, 즉 개별 법률에서 규정을 두고 있는 경우에 한한다고 해석하는 것이 타당하다고 할 수 있다.

### III. 공법상 당사자소송과 항고소송의 상호관계 및 양자의 적용범위

항고소송은 「행정청의 처분등이나 부작위」에 대하여 다투는 것으로서 행정소송법상 명문으로 인정되는 취소소송, 무효등확인소송, 부작위위법확인소송의 3유형 이외에 무명항고소송 내지 법정의 항고소송의 허용성을 인정하는 것이 다수설이다. 우리 법제는 이들 소송유형 중 취소소송을 중심으로 법제도를 규정하고 법적 분쟁의 해결방식도 취소소송을 핵심으로 하는 취소소송 중심주의를 취하고 있다. 취소소송의 적용범위의 광협에 따라서 공법상 당사자소송의 적용범위가 변하게 된다. 취소소송의 대상이 되는 행정처분의 위법성은 공법상 당사자소송에 의하여 그 효력을 다툴 수 없다. 이는 행정처분에 대한 취소소송의 배타적 관할에서 기인한다. 이러한 제도적 구조 때문에 전형적인 행정행위에 해당하거나 법률의 규정에 의하여 취소소송의 이용이 강제된 경우를 제외하고 해석을 통한 취소소송 대상의 확대는 공법상 당사자소송의 적용범위를 제한하는 결과를 가져올 수 있다. 공법상 당사자소송 적용범위의 합리적 확정이라는 관점에서 해석을 통한 취소소송에 대상의 확대론의 당부를 검토할 필요가 있다.

한편, 취소소송의 배타적 관할이 적용되지 않는 무효인 행정처분에 대하여는 무효확인소송과 공법상 당사자소송에 의한 해결이 예견된다. 법적 분쟁의 해결 수단으로서 적절한 기능분담의 관점에서 양자의 관계를 검토할 필요가 있다.

#### 1. 무효확인소송과 공법상 당사자소송의 관계

취소소송의 배타적 관할이 적용되는 영역에서는 공법상 당사자소송 적용이

원천적으로 배제된다. 예컨대 과세처분의 위법을 다투는 경우, 원칙적으로 공법상 당사자소송으로서 조세채무부존재확인소송은 허용되지 않는다.

그러나 과세처분이 부과되어 조세를 납부한 후, 당해 과세처분이 무효인 경우에 처분의 상대방은 분쟁해결의 방법으로 당해 처분에 대한 무효확인소송과 납부한 세액에 대한 부당이득반환청구소송<sup>15)</sup>을 공법상 당사자소송의 형태로 제기하는 것 중 하나를 선택할 문제에 봉착한다. 통상적으로 민사소송에 있어서 확인소송은 이행소송이나 형성소송이 가능한 경우 원칙적으로 확인이익이 부정된다. 이것을 확인소송의 보충성이라고 한다. 예컨대 급부의 소가 가능한 청구권에 대하여 그 청구권 자체의 확인을 구할 소의 이익은 없다. 왜냐하면 기관력만을 갖는 확인판결에 비하여 급부판결은 기관력뿐만 아니라 집행력을 갖는다. 이러한 점을 고려할 때, 분쟁해결의 실효성이라는 면에서 급부판결이 우수하기 때문에 굳이 확인판결을 구할 필요가 상대적으로 적다고 할 수 있다. 과세처분무효확인소송과 당해 처분의 무효를 전제로 한 부당이득반환청구소송 상호간에도 이러한 문제가 존재할 수 있다. 전자는 확인소송에 해당하고 후자는 급부소송에 해당한다. 양자 간에도 확인소송의 보충성 인정하여 납부한 세액에 대한 부당이득반환청구소송을 공법상 당사자소송의 형태의 급부소송이 우선한다는 견해도 있을 수 있으나 대법원은 항고소송의 특수성을 고려하여 이러한 보충성을 부정하고 있다.

하수도 원인자부담금 부과처분 취소소송에서 대법원은 「행정소송법 제35조는 「무효등확인소송은 처분등의 효력 유무 또는 존재 여부의 확인을 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다」고 규정하고 있다. 그런데 위에서 본 바와 같이 종래의 대법원 판례가 무효확인소송에 대하여 보충성이 필요하다고 해석한 것은, 무효확인소송이 확인소송으로서의 성질을 가지고 있으므로 민사소송에서의 확인의 소와 마찬가지로 위와 같은 확인의 이익(이하 ‘보충성에 관한 확인의 이익’이라 한다)을 갖추어야 한다는 데에 근거를 둔 것이다. 그러나 이는 행정처분에 관한 무효확인소송의 성질과 기능 등을 바탕으로 한 입법정책적 결단과도 관련이 있는 것으로서 결국은 행정소송법 제35조를 어떻게 해석할 것인지 하는 문제에 귀결된다.

행정소송은 행정청의 위법한 처분 등을 취소·변경하거나 그 효력 유무 또는 존재 여부를 확인함으로써 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하고, 공법상의 권리관계 또는 법 적용에 관한 다툼을 적정하게 해결함을 목적으로 하는 것

15) 종래, 판례상으로 조세과오납부에 대한 반환청구소송은 민사소송으로 처리되고 있다. 대법원 1971. 5. 24., 선고, 71나744, 판결.

이므로, 대등한 주체 사이의 사법상 생활관계에 관한 분쟁을 심판대상으로 하는 민사소송과는 그 목적, 취지 및 기능 등을 달리한다. 또한 행정소송법 제4조에서는 무효확인소송을 항고소송의 일종으로 규정하고 있고, 행정소송법 제38조 제1항에서는 처분 등을 취소하는 확정판결의 기속력 및 행정청의 재처분 의무에 관한 행정소송법 제30조를 무효확인소송에도 준용하고 있으므로 무효확인판결 자체만으로도 실효성을 확보할 수 있다. 그리고 무효확인소송의 보충성을 규정하고 있는 외국의 일부 입법례와는 달리 우리나라 행정소송법에는 명문의 규정이 없어 이로 인한 명시적 제한이 존재하지 않는다. 이와 같은 사정을 비롯하여 행정에 대한 사법통제, 권익구제의 확대와 같은 행정소송의 기능 등을 종합하여 보면, 행정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우에는 행정소송법 제35조에 규정된 「무효확인을 구할 법률상 이익」이 있다고 보아야 하고, 이와 별도로 무효확인소송의 보충성이 요구되는 것은 아니므로 행정처분의 무효를 전제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제수단이 있는지 여부를 따질 필요가 없다고 해석함이 상당하다」<sup>16)</sup>고 하였다.

상기 판결은 민사소송과 항고소송의 판결효력에 관한 구조적 차이를 논증하고 이에 기초하여 무효확인소송의 보충성을 부인한 것으로 무효확인소송의 이용가능성을 확장하여 국민의 권리구제와 효율적 분쟁해결에 기여하는 의미를 갖는다고 할 수 있다.

## 2. 취소소송과 공법상 당사자소송 경계설정

### 1) 취소소송의 대상적격의 범위설정과 공법상 당사자소송의 적용범위

취소소송과의 관계에서 공법상 당사자소송의 적용범위를 설정하는 것은 행정소송법이 적용되는 공법상 분쟁을 전제로 할 경우, 취소소송의 대상적격성의 범위를 확정하는 것에 의하여 결정된다. 즉 공법영역에서 공권력작용에 대한 불복에 대하여는 취소소송을 통하여 당해 분쟁을 해결하고, 그 이외의 공법적 분쟁에 대하여는 당사자소송으로 처리하여 왔다. 공법상 분쟁에 있어서 공법상 당사자소송의 적용범위는 취소소송의 대상적격성의 광협을 어떻게 규정할 것인가 여부에 따라서 상대적으로 변화할 수 있다. 취소소송의 대상적격에 대하여는 그 인정범위의 광협을 둘러싸고 실체법적 행정처분론과 쟁송법적 행정처분론이 대립되고 있다.

16) 대법원 2008. 3. 20., 선고, 2007두6342, 전원합의체 판결.

취소소송의 대상적격에 대한 실체법적 행정처분론에 따르면, 공행정작용에 의한 국민의 법익침해는 원칙적으로 공법상 당사자소송에 의해서 구제된다. 공법상 당사자소송의 적용범위가 처분 등의 공권력작용을 제외한 비권력적 행정작용에 한정되기 때문에, 취소소송은 당사자소송이 미치지 않는 권리구제의 공백상태를 없애는 소송이라고도 파악할 수 있다.

실체적 행정처분론은 행정작용의 성질론 즉, 당해 행정작용이 권력적인가의 여부를 통해서 처분성을 판단하려 한다. 그리고 행정작용의 권력성 유무는 당해 행정작용이 공정력을 가지는가의 여부를 통해서 판단할 수 있다고 한다. 이러한 사고의 근거에는, 취소소송의 대상인 행정처분에는 선형적으로 공정력이 존재하는 것을 전제로 하여 취소소송이 공정력을 배제하는 유일한 소송형식이라는 관념이 존재한다. 이러한 견해는 행위의 성질론(공정력)을 기준으로 일률적으로 취소소송과 공법상의 당사자소송의 적용범위의 경계를 확정하려 하였다. 즉, 공정력이 취소소송 제도가 존재하기 이전에 존재한다는 것을 전제로 하여 그것을 배제하기 위하여 취소소송이 필요하다고 생각하였다.

그러나 공정력은 행정작용이 취소소송의 대상이 되기 전에 존재하는 것이 아니고, 취소소송의 대상이 된 결과, 즉, 취소소송의 배타적 관할에 속하는 결과로 발생하는 현상이므로 취소소송의 대상이 되는가의 여부 즉, 대상적격의 기준으로서는 적절하지 않은 것 같다. 이러한 의미에서 행정소송법상의 공권력의 개념은 취소소송이 존재하는 결과로서의 권력성(공정력)과 구별하여 파악할 필요가 있다. 어떤 행정작용이 공권력적 작용인가 여부는 당해 작용을 규율하는 법규정의 형식과 그것을 강제하는 시스템을 종합적으로 고려하여 결정하는 것이 타당할 것이다.<sup>17)</sup>

대상적격에 대한 또 다른 견해인 쟁송법적 처분론은 전형적인 행정행위 개념 이외에 개념요소를 완화시켜 공법적 분쟁해결수단으로서 취소소송의 활용범위를 확대시키려고 한다. 대상적격 확대론에서 주장하는 처분개념의 범주를 구분하면, 전형적 처분개념, 법령에 의하여 행정처분으로 구성된 것, 해석을 통하여 행정처분으로 구성된 것 등으로 나눌 수 있다. 이들 범주에 속하는 행위 유형 중 전형적 처분개념, 법령에 의하여 행정처분으로 구성된 것에 대하여는

17) 대법원 2015. 8. 27., 선고, 2015두41449, 판결. 「행정청이 자신과 상대방 사이의 법률관계를 일방적인 의사표시로 종료시켰다고 하더라도 곧바로 의사표시가 행정청으로서 공권력을 행사하여 행하는 행정처분이라고 단정할 수는 없고, 관계 법령이 상대방의 법률관계에 관하여 구체적으로 어떻게 규정하고 있는지에 따라 의사표시가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는지 아니면 공법상 계약관계의 일방 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시인지를 개별적으로 판단하여야 한다」

실체법적 행정처분론과 쟁송법적 행정처분론 중 어떤 입장을 취하더라도 행정처분의 범주적 도달거리에 차이가 없다. 법령이 불분명하여 해석을 통하여 행정처분으로 구성된 것에 대하여는 전자는 행정처분으로 가능한한 파악하려고 하지 않는데 비하여 후자는 가능한 이것을 행정처분으로 구성하여 취소소송의 이용을 가능하게 하려 한다.

이러한 대상적격 확대론은 행정의 활동영역의 확대와 활동형식의 다양화에 수반하여 행정행위 이외의 행정활동에 대한 취소소송의 활용가능성의 검토가 요구되게 된 것을 그 배경으로 한다. 현대의 행정활동은 양적 증대뿐만 아니고, 그 활동형식에 있어서 행정행위 이외에 다양한 수단이 도입되고 또한 사회생활에 대한 그 영향을 보아도 직접적으로 개인의 권리·의무를 법적으로 규율하는 이외에 다양한 형태로 영향을 미치고 있다. 이와 같은 것을 배경으로 하여 전형적 행정처분 이외의 위법한 행정활동에 의한 국민의 권리·이익의 침해에 대한 구제수단으로서 취소소송의 활용가능성이 검토되게 되었다.<sup>18)</sup>

2) 취소소송의 대상적격의 확대방향과 공법상 당사자소송과 취소소송의 기능분담  
대상적격의 확대방향이 공법상 당사자소송을 제기하는 것으로는 권리구제를 기대하기 어려운 사항에 대해서 확대가 실현되는 것은 국민의 권리·이익의 구제가능성을 보다 확대하는 것이 될 것이다. 이러한 영역에서의 취소소송의 대상적격의 확대는 취소소송과 공법상 당사자소송의 사이에서 권리구제의 사각지대를 제거하는 의미를 가진다.

그러나 대상적격의 확대가 공법상 당사자소송에 의해서 처리될 수 있는 것에 대해서 주장하는 경우에는, 공법상 당사자소송과 권리구제 상 균형이 문제된다. 비권력적 행정활동 중에서 원칙적으로 당사자 소송에 의한 구제가 예정되어 있는 사항에 대한 취소소송에 의한 구제가능성은 권리구제에 있어서 취소소송이 가지는 기능과 역기능을 검토하여 취소소송에 의한 해결이 권리구제 상 효과적이라고 판단될 때 비로소 인정하는 것이 바람직할 것이다.

공법상 당사자소송의 적용범위와의 관계에서 취소소송의 적용범위를 검토함에 있어서는 취소소송의 기능, 취소소송과 공법상 당사자소송의 역할분담의 존재형태, 문제가 되고 있는 행정활동이 행정과정에서 차지하고 있는 역할과 위치 및 당해 행정작용이 가져오는 이익상황 등을 고려하는 것이 필요하다.<sup>19)</sup>

대상적격 확대론자는 당해 행위가 권력적인가, 비권력적인가를 불문하고 위

18) 김창조, “처분성의 판단기준”, 『행정관례평신』(서울: 박영사, 2020), 654면 이하.

19) 김창조, “처분성의 판단기준”, 655면 이하.

법한 행정활동에 의해서 국민이 불이익을 받았을 때, 그 위법상태를 배제하는 원칙적 소송으로서 취소소송을 위치시키려고 한다. 이와 같은 사고의 근저에는 행정작용의 성질을 불문하고 그 구제와 사법적 통제의 수단으로서 취소소송이 가장 적절하다는 것이 전제하고 있다.

이 학설은 법익구제의 면에 있어서, 취소소송이 당사자소송에 대해서 기능적 우위성을 갖고 있다는 것을 전제하고 있지만, 다음과 같은 점을 고려할 때 그 이론적 타당성에 대해서는 의문이다.

실질적으로 행정처분에 해당하지 않는 비권력적 행정활동을 형식적으로 행정처분으로 구성하여 대상적격성을 부여하게 될 경우, 당해 행위는 취소소송의 배타적 관할에 속하게 된다. 그 결과로 당해 행위는 공정력과 불가쟁력을 수반하게 된다는 것은 부정하기 어렵다. 이것은 비권력적 법률관계에 공정력, 불가쟁력 등의 권력적 요소를 도입하는 것이 되어, 국민의 권리구제 면에 있어서는 오히려 제한적 의미를 갖게 된다. 이러한 것 이외에도, 취소소송에는 제소기간이 제한되어 있으며 사정판결 등이 인정된다는 점을 고려하면 공법상의 당사자소송과 비교할 때, 권리보호 상에 있어서 취소소송이 기능적 우위에 있다고 보기 어렵다.

이러한 공정력의 존재나 제소기간, 사정판결 등은 취소소송이 당사자소송에 대하여 갖는 권리구제상 역기능의 대표적 예라고 생각된다.

이에 비하여 취소소송은 공법상 당사자소송과 비교할 때, 조기의 권리보호<sup>20)</sup>, 기성사실발생의 방지기능, 분쟁의 일거해결기능<sup>21)</sup>, 행위규범적 통제기능<sup>22)</sup> 등의 권리구제상 순기능을 가진다.<sup>23)</sup>

20) 취소소송은 공법상 당사자소송에 의해서는 다룰 수 없는 이익상황에서도 기능할 수 있는 분쟁해결시스템이다. 행정과정에서 법적 분쟁이 발생하고 당해 행정과정이 진행됨으로써 침해의 발생이 예측되는 상황에서, 초기단계에서 법적 분쟁의 계기가 된 행정작용의 위법성을 확인하여 두지 않을 경우, 관계된 분쟁이 심화되어 기성사실의 발생에 의해서 실효성 있는 구제가 곤란한 경우가 있다.

21) 취소소송은 개개의 법률관계의 형성원인인 행정작용을 판단의 대상으로 하며, 그 위법성을 확정하는 것을 통하여 당해 행정작용의 유효성을 전제로 하여 형성된 법률관계를 둘러싼 법적 분쟁을 일거에 해결하는 역할을 수행하고 있다.

22) 취소소송은 공법상 당사자소송과 같이 권리주체상호간의 권리·의무 그 자체를 직접 쟁송의 대상으로 하는 것이 아니고, 행정행위의 위법성을 다투는 행위소송의 형태를 취하고 있다. 즉, 공법상 당사자소송이 당사자간에 존재하는 공법상의 권리관계를 다투는 것을 통해서 분쟁해결을 도모하는 것에 반하여 취소소송은 공권력행사인 행위, 그 자체를 포착하여 그것의 위법성을 다투는 것을 통해서 분쟁해결을 행하고 있다. 취소소송은 행정청이 행하는 행위의 위법성의 존부의 확인을 통해서 분쟁해결을 행하고 있기 때문에, 취소소송으로서 행정행위의 위법성을 다투기 위해서는 행정청이 행위규범에 따라서 행한 행위가 존재할 필요가 있다. 즉, 취소소송의 대상이 되는 행정활동은 적법·위법의 판단이 가능

판례는 구체적 법 집행행위의 개입 없이 그 자체로서 국민에 대해 구체적 법효과를 발생하여 특정한 권리의무를 형성하는 조례<sup>24)</sup>, 규칙, 고시<sup>25)</sup>, 행정계획<sup>26)</sup> 등에 대하여 대상적격을 인정하고 있는데 이들 처분이 문제되는 이익상황이 취소소송의 조기의 권리보호나 분쟁의 일거의 해결기능이 문제되는 경우로서 긍정적 판례의 발전방향으로 평가할 수 있다. 이것 이외에도 판례는 국민의 권리의무에 직접영향을 미치는 경우에는 변경처분<sup>27)</sup>, 부분허가<sup>28)</sup>, 신고수리행위<sup>29)</sup>, 장부기재행위<sup>30)</sup>의 대상적격을 인정하고 있다. 이들 사례에서는 취소소송의 행위규범적 통제기능이 활용되는 이익상황으로 국민의 권리구제의 확장에 긍정적 의미를 갖는다고 할 수 있다.

취소소송의 대상적격의 확대는 취소소송의 이용범위의 확장이라는 제도적 의미를 갖는다. 취소소송이 권리구제상 순기능하는 이익상황에서는 이를 긍정적으로 평가할 수 있으나 역기능이

발생하는 이익상황에서는 취소소송의 대상적격의 확대를 제한적으로 검토할 필요가 있다. 이러한 대표적인 경우가 공법상 당사자소송으로서 처리될 수 있는 이익상황에서 대상적격의 확대를 도모하는 경우라고 할 수 있다. 이러한 경우에는 취소소송의 순기능과 역기능을 동시에 고려하여 합리적으로 공법상 당사자소송의 적용대상과 취소소송의 대상적격의 경계를 설정할 필요가 있다.

---

한 행위규범적 통제를 받고 있는 행정활동이라고 할 수 있다. 행위규범에 따른 행정행위에 의한 권리·이익의 침해에 대해서 공법상 당사자소송에 의한 구제는 어렵지만, 취소소송에 의한 구제가 허용되는 경우가 있다. 이와 같은 의미에서 취소소송은 행위규범적 통제기능을 행하고 있다고 할 수 있다.

23) 김창조, “처분성의 판단기준”, 654면 이하.

24) 대법원 1996. 9. 20., 선고, 95누8003, 판결.

25) 대법원 2006. 9. 22., 선고, 2005두2506, 판결.

26) 대법원 2009. 9. 17., 선고, 2007다2428, 전원합의체 판결. 「도시 및 주거환경정비법(이하 ‘도시정비법’이라고 한다)에 따른 주택재건축정비사업조합(이하 ‘재건축조합’이라고 한다)은 관할 행정청의 감독 아래 도시정비법상의 주택재건축사업을 시행하는 공법인( 도시정비법 제18조)으로서, 그 목적 범위 내에서 법령이 정하는 바에 따라 일정한 행정작용을 행하는 행정주체의 지위를 갖는다. 그리고 재건축조합이 행정주체의 지위에서 도시정비법 제48조에 따라 수립하는 관리처분계획은 정비사업의 시행 결과 조성되는 대지 또는 건축물의 권리귀속에 관한 사항과 조합원의 비용 분담에 관한 사항 등을 정함으로써 조합원의 재산상 권리·의무 등에 구체적이고 직접적인 영향을 미치게 되므로, 이는 구속적 행정계획으로서 재건축조합이 행하는 독립된 행정처분에 해당 한다」

27) 대법원 2015. 11. 19., 선고, 2015두295, 전원합의체 판결.

28) 대법원 1998. 9. 4., 선고, 97누19588, 판결.

29) 대법원 2016. 7. 22., 선고, 2014두42179, 판결.

30) 대법원 2004. 4. 22., 선고, 2003두9015, 전원합의체 판결.

### 3. 구체적 사례

1) 공무원이나 공립학교 학생신분의 확인을 구하는 소송은 당사자소송에 속한다. 대법원은「국가의 훈기부상 화랑무공훈장을 수여받은 것으로 기재되어 있는 원고가 태극무공훈장을 수여받은 자임을 확인하라는 이 소 청구는, 이러한 확인을 구하는 취지가 국가유공자로서의 보상 등 예우를 받는 데에 필요한 훈격을 확인받기 위한 것이더라도, 항고소송이 아니라 공법상의 법률관계에 관한 당사자소송에 속하는 것이므로 행정소송법 제30조의 규정에 의하여 국가를 피고로 하여야 할 것이다」라고 판시하여 국가의 훈기부상 화랑무공훈장을 수여받은 것으로 기재되어 있는 자가 태극무공훈장을 수여받은 자임의 확인을 구하는 소송은 공법상 당사자소송에 속한다고 하였다.<sup>31)</sup>

2) 판례는 지방공무원으로서의 지위확인을 구하는 소송을 공법상 당사자소송으로 다루고 있다. 대법원은 「당초 임용 이래 공무원으로 근무하여 온 경력에 바탕을 두고 법 제27조 제2항 제3호 등을 근거로 하여 특별임용 방식으로 이루어졌다면 이는 당초 임용과는 별도로 그 자체가 하나의 신규임용이라고 할 것이므로, 그 효력도 이 사건 임용이 이루어질 당시를 기준으로 판단하여야 할 것이다. 그런데 원고의 위와 같은 전력은 이 사건 임용과의 관계에서는 이미 집행유예 기간 만료일로부터 2년이 경과한 이후여서 법 제31조에서 정하는 공무원 결격사유에 해당할 수 없고, 다만 당초 임용과의 관계에서는 공무원 결격사유에 해당하여 당초 처분 이후 원고가 공무원으로 근무하였다고 하더라도 그것이 적법한 공무원 경력으로 되지 아니하는 점에서 이 사건 임용의 효력에 영향을 미친다고 할 수 있다. 그러나 이 사건 임용의 하자는 결국 소정의 경력을 갖추지 못한 자에 대하여 특별임용시험의 방식으로 신규임용을 한 하자에 불과하여 취소사유가 된다고 함은 별론으로 하고, 그 하자가 중대·명백하여 이 사건 임용이 당연무효로 된다고 할 수는 없다… 따라서 원심이 같은 취지에서 이 사건 임용이 당연무효임을 전제로 원고의 지방사무원으로서의 공무원의 지위를 다투고 있는 피고에 대하여 그 지위확인을 구하는 원고의 이 사건 청구를 인용한 조치는 정당하고, 거기에 공무원의 당연퇴직에 관한 법리를 오해하였거나 그에 관한 대법원 판례의 취지를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다」<sup>32)</sup>고 하였다.<sup>33)</sup>

31) 대법원 1990. 10. 23., 선고, 90누4440, 판결.



3) 대법원은 시립합창단원에 대한 재위촉 거부를 다투는 소송에서 「지방자치법 제9조 제2항 제5호 (라)목 및 (마)목 등의 규정에 의하면, 광주광역시립합창단의 활동은 지방문화 및 예술을 진흥시키고자 하는 광주광역시의 공공적 업무수행의 일환으로 이루어진다고 해석될 뿐 아니라, 그 단원으로 위촉되기 위하여는 공개전형을 거쳐야 하고 지방공무원법 제31조의 규정에 해당하는 자는 단원의 직에서 해촉될 수 있는 등 단원은 일정한 능력요건과 자격요건을 갖추어야 하며, 상임단원은 일반공무원에 준하여 매일 상근하고 단원의 복무규율이 정하여져 있으며, 일정한 해촉사유가 있는 경우에만 해촉되고, 단원의 보수에 대하여 지방공무원의 보수에 관한 규정을 준용하는 점 등에서는 단원의 지위가 지방공무원과 유사한 면이 있으나, 한편 단원의 위촉기간이 정하여져 있고 재위촉이 보장되지 아니하며, 단원에 대하여는 지방공무원의 보수에 관한 규정을 준용하는 이외에는 지방공무원법 기타 관계 법령상의 지방공무원의 자격, 임용, 복무, 신분보장, 권익의 보장, 징계 기타 불이익처분에 대한 행정심판 등의 불복절차에 관한 규정이 준용되지도 아니하는 점 등을 종합하여 보면, 광주광역시문화예술회관장의 단원 위촉은 광주광역시문화예술회관장이 행정청으로서 공권력을 행사하여 행하는 행정처분이 아니라 공법상의 근무관계의 설정을 목적으로 하여 광주광역시와 단원이 되고자 하는 자 사이에 대등한 지위에서 의사가 합치되어 성립하는 공법상 근로계약에 해당한다고 보아야 할 것이므로, 광주광역시립합창단원으로서 위촉기간이 만료되는 자들의 재위촉 신청에 대하여 광주광역시문화예술회관장이 실기와 근무성적에 대한 평정을 실시하여 재위촉을 하지 아니한 것을 항고소송의 대상이 되는 불합격처분이라고 할 수는 없다」라고 하면서 공법상 계약관계를 다투는 소송은 당사자소송에 의한다고 하였다.<sup>34)</sup>

32) 대법원 1998. 10. 23., 선고, 98두12932, 판결.

33) 공법상 법률관계에서 법적 분쟁이 발생할 경우, 행정처분으로 구성하여 취소소송을 활용하여 대응할 수 있는 경우에는 취소소송에 따라서 문제해결을 한다. 그렇지 않는 경우에는 공법상 당사자소송에 따라서 문제해결을 도모할 수 있다. 공중보건의사 채용계약의 법적성질과 채용계약 해지에 관한 쟁송방법이 쟁점이 된 사안에서 대법원은 「관계 법령의 규정내용에 미루어 보면 현행 실정법이 전문직공무원인 공중보건의사의 채용계약 해지의 의사표시는 일반공무원에 대한 징계처분과는 달라서 항고소송의 대상이 되는 처분 등의 성격을 가진 것으로 인정되지 아니하고, 일정한 사유가 있을 때에 관할 도지사가 채용계약 관계의 한쪽 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시로 취급하고 있는 것으로 이해되므로, 공중보건의사 채용계약 해지의 의사표시에 대하여는 대등한 당사자간의 소송형식인 공법상의 당사자소송으로 그 의사표시의 무효확인을 청구할 수 있는 것이지, 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라는 전제하에서 그 취소를 구하는 항고소송을 제기할 수는 없다」고 하였다. 대법원 1996. 5. 31., 선고, 95누10617, 판결.

지방공무원법의 적용을 받는 경력직 지방공무원의 경우 만약 징계처분으로서 해임처분을 받으면, 불복절차를 공법상 당사자소송이 아닌 취소소송으로 행하여야 한다. 근무의 실질을 고려하면, 경력직 지방공무원과 전기의 계약직 공무원 차이가 없다. 그러나 해임처분에 대하여 취소소송에 의하는 것은 지방공무원법 제20조의2에서 「제67조에 따른 처분, 그 밖에 본인의 의사에 반한 불리한 처분이나 부작위에 관한 행정소송은 심사위원회의 심사·결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다」고 규정하고 있기 때문이라고 할 수 있다. 왜냐하면 소청심사절차는 공무원의 불이익처분에 대한 특별 행정심판절차로 행정처분을 전제한 제도이기 때문이다. 즉 법률의 규정에 의하여 공법관계에 관한 분쟁해결의 수단으로서 취소소송의 이용을 강제하고 있다고 할 수 있다. 만약 특별권력관계를 인정하고 공무원의 근무관계 자체를 권력관계로 볼 경우, 이에 대한 불복수단으로서 취소소송의 이용은 당연히 수긍할 수 있다. 그러나 특별권력관계를 부정하고 공무원관계를 비권력적 공법상 계약관계로 파악할 경우에는 해임처분에 대한 불복수단으로서 공법상 당사자소송이 아닌 취소소송이 이용되는 것은 지방공무원법 제20조의2가 매개되어 당해 작용을 처분으로 구성하기 때문이라고 설명할 수 있을 것이다.

공법상의 계약에 관련된 법적 분쟁에 관하여 해석상 공법상 당사자소송과 취소소송 중 어느 쪽을 적용하여 처리할 것인가는 관련 법규정을 엄격하게 해석하여 취소소송의 대상적격을 확대하는 것을 제한적으로 하는 것이 바람직할 것이다.<sup>35)</sup> 이들 분야에서 취소소송의 대상적격의 확대를 검토할 경우에는 반드시 취소소송의 순기능과 역기능을 동시에 고려하여야 할 것이다.<sup>36)</sup>

#### 4) 광주민주화운동 관련자 및 유족들이 갖는 보상금에 관한 소송에서 대법

34) 대법원 2001. 12. 11., 선고, 2001두7794, 판결.

35) 공법상 계약에 관한 법적 분쟁의 경우, 당사자소송에 의하여 해결되지만, 만약 이러한 계약에 관하여 법률의 규정을 통하여 행정처분으로 규율되는 경우는 당해 처분에 대한 불복은 취소소송에 의하여 제기되어야 한다. 이러한 법률규정이 없을 경우, 또는 불명확한 경우에는 해석을 통한 대상적격의 확대에는 신중하게 접근할 필요가 있다.

36) 대법원 1996. 5. 31., 선고, 95누10617, 판결. 「관계 법령의 규정내용에 미루어 보면 현행 징계법이 전문직공무원인 공중보건직의사의 채용계약 해지의 의사표시는 일반공무원에 대한 징계처분과는 달라서 항고소송의 대상이 되는 처분 등의 성격을 가진 것으로 인정되지 아니하고, 일정한 사유가 있을 때에 관할 도지사가 채용계약 관계의 한쪽 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시로 취급하고 있는 것으로 이해되므로, 공중보건직의사 채용계약 해지의 의사표시에 대하여는 대등한 당사자간의 소송형식인 공법상의 당사자소송으로 그 의사표시의 무효확인을 청구할 수 있는 것이지, 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라는 전제하에서 그 취소를 구하는 항고소송을 제기할 수는 없다」

원은 「보상금 등의 지급을 신청한 자는 보상심의위원회의 결정에 대하여 그 위법을 이유로 취소 등을 구하는 항고소송을 제기할 수는 없다고 할 것이므로 위 보상금지급에 관한 소송은 항고소송 이외의 소송형태가 될 수밖에 없다 할 것인바, 광주보상법에 의거하여 관련자 및 그 유족들이 갖게 되는 보상 등에 관한 권리는 헌법 제23조 제3항에 따른 재산권침해에 대한 손실보상청구나 국가배상법에 따른 손해배상청구와는 그 성질을 달리하는 것으로서 동법이 특별히 인정하고 있는 공법상의 권리라고 하여야 할 것이므로 그에 관한 소송은 행정소송법 제3조 제2호 소정의 당사자소송에 의하여야 할 것이다」라고 하였다.<sup>37)</sup> 이 판결은 국가에 대한 보상금지급청구소송이지만 당해 청구권의 성격이 공법상의 권리이라는 것을 이유로 공법상 당사자소송의 적용대상으로 판시하고 있다.<sup>38)</sup>

판례는 공법상의 급부청구권이 근거 법령상 행정청의 제1차적 판단(행정처분)없이 발생한 경우에는 행정청의 결정을 기다릴 필요 없이 공법상 당사자소송으로 그 이행을 구할 수 있게 하고 있다.<sup>39)</sup> 그러나 유족보상금 등의 지급에 관한 소송을 제기하기 전에 행정청의 결정을 거치도록 규정하고 있는 경우에는 보상금 등의 지급에 관한 소송을 취소소송과 당사자소송 중 어느 쪽을 택할 것인가의 문제가 제기되는 경우도 있다. 행정처분이 매개되어 있는 경우에는 당해 결정에 대한 불복은 취소소송에 따라야 하지만<sup>40)</sup> 그렇지 않은 경우에

37) 대법원 1992. 12. 24., 선고, 92누3335, 판결.

38) 대법원 1992. 12. 24., 선고, 92누3335, 판결.

39) 행정청의 제1차적 판단(행정처분)이 있는 경우에는 당해분쟁은 항고소송에 따라야 한다. 대법원 1995. 9. 15., 선고, 93누18532, 판결. 「군인연금법 제10조, 제5조, 같은 법시행령 제45조, 제46조의 각 규정을 종합하면, 같은 법에 의한 상이연금 등의 급여를 받을 권리는 법령의 규정에 의하여 직접 발생하는 것이 아니라 위와 같은 급여를 받으려고 하는 자가 소속하였던 군의 참모총장의 확인을 얻어 청구하는 바에 의하여 국방부장관이 인정함으로써 비로소 구체적인 권리가 발생하고, 위와 같은 급여를 받으려고 하는 자는 우선 관계 법령에 따라 국방부장관에게 그 권리의 인정을 청구하여 국방부장관이 그 인정 청구를 거부하거나 청구중의 일부만을 인정하는 처분을 하는 경우 그 처분을 대상으로 항고소송을 제기하는 등으로 구체적인 권리를 인정받은 다음 비로소 당사자소송으로 그 급여의 지급을 구하여야 할 것이고, 구체적인 권리가 발생하지 않은 상태에서 곧바로 국가를 상대로 한 당사자소송으로 그 권리의 확인이나 급여의 지급을 소구하는 것은 허용되지 아니한다.

40) 법률이 유족보상금 등의 지급에 관한 소송을 제기하기 전에 행정청의 결정을 거치는 경우에는 당해 결정에 대한 취소소송을 통하여 구제받도록 하고 있다. 대법원은 「제2조 제1호에서 정의하고 있는 민주화운동의 내용을 함께 고려하더라도 그 규정들만으로는 바로 법상의 보상금 등의 지급 대상자가 확정된다고 볼 수 없고, 「민주화운동관련자 명예회복 및 보상 심의위원회」에서 심의·결정을 받아야만 비로소 보상금 등의 지급 대상으로 확정될 수 있다. 따라서 그와 같은 심의위원회의 결정은 국민의 권리의무에 직접 영향을 미

는 공법상 당사자소송에 의하여 해결함이 타당하다고 생각된다.

5) 대법원은 「공무원연금관리공단의 인정에 의하여 퇴직연금을 지급받아 오던 중 공무원연금법령의 개정 등으로 퇴직연금 중 일부 금액의 지급이 정지된 경우에는 당연히 개정된 법령에 따라 퇴직연금이 확정되는 것이지 구 공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정되기 전의 것) 제26조 제1항에 정해진 공무원연금관리공단의 퇴직연금 결정과 통지에 의하여 비로소 그 금액이 확정되는 것이 아니므로, 공무원연금관리공단이 퇴직연금 중 일부 금액에 대하여 지급거부의 의사표시를 하였다고 하더라도 그 의사표시는 퇴직연금 청구권을 형성·확정하는 행정처분이 아니라 공법상의 법률관계의 한쪽 당사자로서 그 지급의무의 존부 및 범위에 관하여 나름대로의 사실상·법률상 의견을 밝힌 것에 불과하다고 할 것이어서, 이를 행정처분이라고 볼 수는 없고, 그리고 이러한 미지급 퇴직연금에 대한 지급청구권은 공법상 권리로서 그 지급을 구하는 소송은 공법상의 법률관계에 관한 소송인 공법상 당사자소송에 해당한다.<sup>41)</sup>고 하였다.<sup>42)</sup>

이 밖에도 판례는 구 도시재개발법에 의한 주택개량재개발조합의 조합원지위확인소송<sup>43)</sup>, 향만법에 의한 향만시설무상사용권범위확인소송<sup>44)</sup> 등도 공법상

치는 행정처분에 해당하므로, 관련자 등으로서 보상금 등을 지급받고자 하는 신청에 대하여 심의위원회가 관련자 해당 요건의 전부 또는 일부를 인정하지 아니하여 보상금 등의 지급을 기각하는 결정을 한 경우에는 신청인은 심의위원회를 상대로 그 결정의 취소를 구하는 소송을 제기하여 보상금 등의 지급대상자가 될 수 있다」고 하였다. 대법원 2008. 4. 17., 선고, 2005두16185, 전원합의체 판결.

41) 대법원 2004. 12. 24., 선고, 2003두15195, 판결.

42) 동일한 취지로 대법원은 지방소방공무원의 보수에 관한 법률관계에서 행정처분이 매개되지 않는 공법상의 금전지급청구에 대하여 공법상 당사자소송에 따라야 한다고 판시하였다. 대법원 2013. 3. 28., 선고, 2012다102629, 판결. 「지방자치단체와 그 소속 경력직 공무원인 지방소방공무원 사이의 관계, 즉 지방소방공무원의 근무관계는 사법상의 근로계약관계가 아닌 공법상의 근무관계에 해당하고, 그 근무관계의 주요한 내용 중 하나인 지방소방공무원의 보수에 관한 법률관계는 공법상의 법률관계라고 보아야 한다...지방소방공무원의 초과근무수당 지급청구권은 법령의 규정에 의하여 직접 그 존부나 범위가 정하여지고 법령에 규정된 수당의 지급요건에 해당하는 경우에는 곧바로 발생한다고 할 것이므로, 지방소방공무원이 자신이 소속된 지방자치단체를 상대로 초과근무수당의 지급을 구하는 청구에 관한 소송은 행정소송법 제3조 제2호에 규정된 당사자소송의 절차에 따라야 한다」고 하였다.

43) 대법원 2015. 8. 21., 자, 2015무26, 결정. 대법원은 「구 도시재개발법(1995. 12. 29. 법률 제5116호로 전문 개정되기 전의 것)에 의한 재개발조합은 조합원에 대한 법률관계에서 적어도 특수한 존립목적의 부여받은 특수한 행정주체로서 국가의 감독하에 그 존립 목적인 특정한 공공사무를 행하고 있다고 볼 수 있는 범위 내에서는 공법상의 권리의무 관계에서 있다. 따라서 조합을 상대로 한 쟁송에 있어서 강제가입제를 특색으로 한 조합원의 자

당사자소송에 속한다고 하였다.

#### IV. 공법상 당사자소송과 민사소송의 구별실익 및 양자의 구별기준<sup>45)</sup>

##### 1. 공법상 당사자소송과 민사소송의 상호관계와 구별실익

공법상 당사자소송과 민사소송의 상호관계에 관하여 제도상 양자를 구별하고 있지만, 기능적 측면에서 양자는 거의 차이가 없기 때문에 양자의 구별은 명목적인 것에 불과하며 양자를 구별할 실질적 의의를 부정하는 견해가 있다.<sup>46)</sup> 우리나라에서는 행정실체법 단계에서 공법·사법의 구별론을 전제하여

격 인정 여부에 관하여 다툼이 있는 경우에는 그 단계에서는 아직 조합의 어떠한 처분 등이 개입될 여지는 없으므로 공법상의 당사자소송에 의하여 그 조합원 자격의 확인을 구할 수 있다」고 하였다.(대법원 1996. 2. 15., 선고, 94다31235, 전원합의체 판결) 그리고 도시 및 주거환경정비법상 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력을 다투는 소송이 행정소송법상 당사자소송인지 여부가 쟁점이 된 사안에서 대법원은 「도시 및 주거환경정비법(이하 ‘도시정비법’이라 한다)상 행정주체인 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력을 다투는 소송은 행정처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 소송으로서 그 소송 결과에 따라 행정처분의 위법 여부에 직접 영향을 미치는 공법상 법률관계에 관한 것이므로, 이는 행정소송법상의 당사자소송에 해당한다」고 하였다.

44) 대법원 2001. 9. 4., 선고, 99두10148, 판결.

45) 전술한 바와 같이 행정처분의 위법성은 취소소송을 통하여만 다룰 수 있다. 이러한 점을 전제할 때, 당사자 소송의 정의 규정 중 「행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송」은 취소소송을 통하여 처리되어야 하지만, 법률의 규정을 통하여 당사자소송의 이용을 강제한다고 볼 수 있다. 즉 형식적 당사자소송은 외형적 형태만 보면 당해 소송은 대등한 당사자 간의 소송이지만, 실질에 있어서는 취소소송이라고 할 수 있다. 실질적 당사자소송과 민사소송의 구분과 구별기준을 검토하는 과정에서 형식적 당사자소송을 규정된 부분을 제외하고 검토하는 것이 바람직한 것 같다. 왜냐하면 양자는 외형이 비슷하지만 실질에 있어서는 서로 다른 성격을 내재하기 때문이다. 형식적 당사자소송은 원래 취소소송으로 다투어야 할 사안을 효율적 분쟁해결을 목적으로 형식적으로 당사자소송의 형태로 당사자 간에 다투도록 하고 있다. 따라서 비권력적 공법 영역에 있어서 분쟁해결의 수단으로 공법상 당사자소송과 민사소송 중 어떤 것을 선택하여야 하는 문제 검토에서 형식적 당사자 부분을 같이 검토하는 것은 타당하지 않다고 볼 수 있다. 왜냐하면 형식적 당사자소송은 그 실질이 처분에 대한 불복을 의미하는 공권력작용에 관련되기 때문이다.

46) 종래 이 견해는 일본의 지배적 학설이었다. 鹽野宏, 『行政法Ⅱ』(東京: 有斐閣, 2013), 253면. 이 견해의 주장근거로 다음과 같은 점을 들고 있다. 첫째, 공법상 당사자소송과 민사소송의 구별은 공법·사법의 구별을 전제로 설계된 제도이다. 법해석상 공법·사법의 구별을

이론을 구축하고 있으며, 이러한 제도적 이해를 바탕으로 소송법 레벨에서 이에 대응한 제도로써 공법상 당사자소송과 민사소송을 이해하는 것이 일반적 견해라고 할 수 있다.

우리 법체계는 공법과 사법의 구별을 전제로 공법상 당사자소송과 민사소송을 구별하여 규정하고 있다. 행정사건 처리에는 전문성이 요구된다는 뜻에서 별도의 행정법원이 설치되어 있다. 공법상 당사자소송과 민사소송의 구별은 당해 분쟁에 관하여 소를 제기하는 단계에서 어느 법원에 소를 제기하여야 하는가 또는 제기하여야 하는가라는 관할법원의 결정시 중요한 문제로 제기된다. 공법상 당사자소송은 행정소송의 일종으로 행정법원의 전속관할에 속한다. 그 관할을 확정하기 위하여 양자구별이 필요하다.

이러한 관할결정문제 이외에도 공법상 당사자소송과 민사소송을 구별은 심리절차 등에 있어서도 구별실익이 있다. 그 내용은 다음과 같다.

첫째, 공법상 당사자소송과 항고소송 간에는 소변경을 할 수 있지만, 민사소송과 항고소송 간에는 소변경을 할 수 없다.<sup>47)</sup>

둘째, 공법상 당사자소송에는 관련민사소송청구를 병합할 수 있지만, 민사소송에는 관련 당사자소송 청구를 병합할 수 없다.<sup>48)</sup>

셋째, 공법상 당사자소송에는 행정청의 소송참가를 할 수 있지만, 민사소송에는 소송참가 할 수 없다.<sup>49)</sup>

넷째, 공법상 당사자소송의 판결의 기속력은 당해 행정주체 산하의 행정청에도 미치지만, 민사소송에서는 소송당사자에게만 효력을 미친다.<sup>50)</sup>

다섯째, 공법상 당사자소송에는 행정심판기록의 제출명령이 인정되지만 민사소송에서는 인정되지 않는다.

여섯째, 당사자소송에서는 직권심리주의가 적용될 수 있는 반면에 민사소송

부정하는 공법·사법 일원론의 입장을 취할 경우에는 양 제도를 구별할 이론적 전제가 존재하지 않으므로 양자를 구별할 필요성이 없다. 둘째, 제도의 구조적 측면에서 볼 때, 공법상 당사자소송과 민사소송은 실질적으로 큰 차이가 없기 때문에 양제도의 구별론은 실익이 적다고 볼 수 있다. 이러한 점을 감안 할 때 양자의 구별에 대한 다툼은 명목적 성격이 강하다. 셋째, 양제도의 제도상 차이가 적음에도 불구하고 공법상 당사자소송과 민사소송의 구별을 엄격하게 하는 것은 국민이 소송형식의 선택을 어렵게 한다. 이것은 공법관계에 있어서 법률적 쟁송의 해결에 관하여 법원예의 접근을 어렵게 만드는 부작용을 발생시킨다. 공법상 당사자소송과 민사소송 구별 부정론은 일본에서 주장되는 학설로서, 우리의 학설에서 이 견해를 취하는 견해는 찾아보기 어렵다고 할 수 있다.

47) 행정소송법 제21조, 제37조, 제42조.

48) 행정소송법 제10조, 제44조 제2항.

49) 행정소송법 제17조, 제44조 제1항.

50) 행정소송법 제44조 제1항, 제30조 제1항.

에서는 변론주의가 적용된다.<sup>51)</sup>

실무에서 당사자, 청구취지, 청구원인 등에 있어서 거의 흡사하거나 동일하게 보이는 공법상 당사자소송과 민사소송의 대상 식별에 어려움이 있음은 분명하다. 그러나 전술한 바와 같이 공법상 당사자소송과 민사소송은 재판관할을 비롯하여 행정소송법의 적용여부에 따라 소송절차에 차이가 있고, 행정소송법이 행정목적 실현이라는 그 기능상의 특질을 고려하여 행정소송의 민사소송에 대한 특례를 인정하기 때문에 양자를 구별할 필요성과 실익이 인정된다고 보여 진다. 또한 민사소송에서는 민법 기타 사법원리를 적용하여 분쟁을 해결하지만, 당사자소송에서는 공법 및 공법원리를 적용하여 분쟁을 해결하게 된다는 점에서 양자 구별의 필요성이 있다고 볼 수 있다.<sup>52)</sup>

## 2. 공법상 당사자소송과 민사소송의 구별기준

### 1) 소송물을 기준으로 공법상 당사자소송과 민사소송의 구별하는 견해

소송물을 기준으로 하여 그것이 공법상의 권리인 경우에는 공법상 당사자소송이고, 사법상 권리인 경우에는 민사사건이라고 한다. 예컨대 공무원의 지위 확인청구소송이나 봉급지급청구사건은 행정사건이고, 소유권확인청구소송이나 민사상 부당이득반환청구사건은 민사사건이라고 한다.

이 견해에 따르면 우리 행정소송법은 「행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송」이라고 정의하고 있으므로 기본적으로 소송물을 기준으로 하여 공법상 당사자소송과 민사소송을 구별하고 있다고 한다. 「행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송」을 특히 당사자소송의 대표적인 예로 든 것은 소송물이 공법상의 것이든 그렇지 않든 그 원인이 되는 것이 「처분 등」인 경우에는 행정사건으로 볼 여지를 남기고 있다.

과세처분의 무효를 전제로 하는 조세환급청구소송의 경우, 이를 공법관계로 보는 경우에는 당연히 당사자소송으로 보게 되고 그렇지 않다고 본다 하더라도 순수한 사인간의 소송이 아닌 국가 기타 행정주체를 당사자로 하는 소송인 경우에는 「행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송」에 해당 하는 것으로 보아 공법상 당사자소송으로 볼 수 있다고 한다.<sup>53)</sup>

51) 행정소송법 제26조, 제44조 제1항.

52) 이은상, “공법상 당사자소송에 관한 소송실무상 난점과 해결방안 -대법원 2016.10. 13. 선고 2016다221658판결-”, 2017년 9월 5일 행정판례연구회 발표문, 12면.

2) 실질적 법률관계의 성격을 기준으로 공법상 당사자소송과 민사소송의 구별하는 견해

공법상 당사자소송과 민사소송의 구별기준을 법률관계를 기준으로 판별하는 입장이다. 소송물 자체가 아니라 그 전제가 되는 법률관계를 기준으로 하여 소송물이 사법상의 것이라고 할지라도 그 전제가 되는 법률관계가 공법상의 것일 때에는 공법상 당사자소송이고, 그것이 사법상의 것인 때에는 민사소송이라고 한다.<sup>54)</sup>

청구취지가 소유권확인소송이라도 청구원인이 행정처분의 무효 등을 원인으로 할 때에는 행정사건으로 공법상 당사자소송의 대상이 되며, 매매계약의 무효를 원인으로 할 때에는 민사사건으로 민사소송의 대상이 된다고 한다.

이 견해에 따르면 민사소송은 사법상 법률관계를 대상으로 하고, 공법상 당사자소송은 공법상 법률관계를 대상으로 한다. 양자 구별기준의 핵심은 당해 법률관계의 성격을 규정하는 공법과 사법의 구별을 어떤 기준에 의거할 것인가라는 점이다. 공법과 사법의 구별에 관하여 주체설, 권력설, 이익설, 신주체설 등이 주장되고 있다.<sup>55)</sup> 그러나 이러한 학설의 기준으로 공법과 사법의 구별이 분명해진다고거나 해답이 바로 나오는 것이 아니다. 위와 같은 학설의 여러 기준들에 비추어 공권적 작용의 근거 법규에 대한 해석, 법규의 귀속 주체 등을 종합적으로 고려해서 판단해야 할 것이다.<sup>56)</sup>

### 3) 소결

이상과 같이 공법상 당사자소송과 민사소송의 적용범위를 규정하는 기준으로 소송물을 기준으로 공법상 당사자소송과 민사소송을 구별하는 견해와 당사자 간의 법률관계의 실질을 고려하여 전제가 되는 법률관계가 공법상의 것일 때에는 당사자소송이고, 그것이 사법상의 것인 때에는 민사소송이라는 견해가 대립되고 있다. 지금까지 판례의 주류적 흐름은 전자의 입장에 서서 전개되어 왔다. 그 결과 극히 한정적인 분야의 법적 분쟁에 공법상 당사자소송이 적용되었다고 평가할 수 있다. 후자의 견해는 전자에 비하여 공법상 당사자소송의 적용범위의 확장 가능성을 제시하고 있으나 그 구별기준이 모호하다는 비

53) 안철상, “당사자소송의 현황과 과제”, 853면.

54) 박균성, 「행정법강의」, 699면.

55) 김철용, 「행정법」, 50면.

56) 이은상, “공법상 당사자소송에 관한 소송실무상 난점과 해결방안 -대법원 2016.10. 13. 선고 2016다221658판결-”, 10면.



판을 받고 있다.

이러한 소송물 혹은 실질적 법률관계의 성격에 근거한 당사자소송과 민사소송의 구별론에 대비되는 절차적 혹은 기능적 측면의 공법상 당사자소송과 민사소송의 구별론도 가능하다고 볼 수 있다. 취소소송의 대상적격에 관하여 행정소송법적 행정행위론이 소송법적 혹은 기능적 측면에서 대상적격의 확대를 도모하고 있다. 이러한 접근방식을 공법상 당사자소송의 적용범위결정에도 적용하여 소송법적 혹은 기능적 측면에서 분쟁해결의 적정성을 기준으로 공법상 당사자소송의 적용범위를 결정하는 방식이다. 특별히 이 경우에 주의하여 고려하여야 할 사항은 당사자소송이 민사소송과 다른 절차적 규정과 특성이다. 예컨대 법원이 어떠한 사안에서 공익 혹은 공공성의 해명과 실현을 위하여 적극적인 역할이 요구되는 경우에는 행정청의 소송참가와 직권심리가 필요하다고 생각되고 이러한 경우에는 공법상 당사자소송 통하여 당해 문제를 해결할 필요가 있다. 또한 행정소송법상 기속력 규정을 통하여 행정청에게 실체법상의 행동의무를 발생시키는 것이 바람직한 경우에도 공법상 당사자소송의 적극적 활용이 요청되는 사안이라고 할 수 있다. 이러한 기능적 측면에서 공법상 당사자소송의 범위확정을 행하는 것은 개개의 사건별로 행정소송법상의 규정의 형태와 목적·취지의 합목적적 해석을 통하여 분쟁해결과정에서 공법상 당사자소송의 활용 여부를 결정하게 될 것이다.

공법상 당사자소송과 민사소송을 구별하기 위하여 소송물 혹은 실질적 법률관계의 성격에 근거한 기준과 기능적 절차적 기준을 적용함에 있어서 이들 기준이 상호 배타적으로 적용할 것이 아니라 상호보완적으로 적용하여 공법상 당사자소송을 적극적으로 기능하게 할 필요가 있다. 즉 당사자소송과 민사소송의 적용범위를 규정하는 기준은 첫째, 소송물이 공법상 권리인가 사법상 권리인가를 고려하고 둘째, 당사자 간 법률관계의 실질이 공법관계인가 사법관계인가를 고려한다. 마지막으로 이러한 2가지 기준에 의하더라도 공법상 당사자소송의 적용여부의 판단이 어려울 때에는 소송법적 혹은 기능적 측면에서 분쟁해결의 적정성을 고려하여 공법상 당사자소송의 적용여부를 결정할 필요가 있다. 공법상 당사자소송의 적극적 활용을 위하여 이들 3가지 기준 중 어느 하나에 충족되면 공법상 당사자소송의 적용범위에 포함된다고 해석함이 타당할 것 같다.

### 3. 구체적 사례

- 1) 지방자치단체가 보조금 지급결정을 하면서 일정 기한 내에 보조금을 반

환하도록 하는 교부조건을 부가한 사안에서, 보조사업자에 대한 지방자치단체의 보조금반환청구소송에 대하여 대법원은 「지방자치단체가 보조금 지급결정을 하면서 일정 기한 내에 보조금을 반환하도록 하는 교부조건을 부가한 사안에서, 보조사업자의 지방자치단체에 대한 보조금 반환의무는 행정처분인 위 보조금 지급결정에 부가된 부관상 의무이고, 이러한 부관상 의무는 보조사업자가 지방자치단체에 부담하는 공법상 의무이므로, 보조사업자에 대한 지방자치단체의 보조금반환청구는 공법상 권리관계의 일방 당사자를 상대로 하여 공법상 의무이행을 구하는 청구로서 행정소송법 제3조 제2호에 규정한 당사자소송의 대상이라고」 하였다.<sup>57)</sup>

2) 부가가치세 환급세액 지급청구가 당사자소송의 대상인지 여부가 쟁점이 된 사건에서 대법원은 「부가가치세법령의 내용, 형식 및 입법 취지 등에 비추어 보면, 납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무는 그 납세의무자로부터 어느 과세기간에 과다하게 거래징수된 세액 상당을 국가가 실제로 납부받았는지와 관계없이 부가가치세법령의 규정에 의하여 직접 발생하는 것으로서, 그 법적 성질은 정의와 공평의 관념에서 수익자와 손실자 사이의 재산상태 조정을 위해 인정되는 부당이득 반환의무가 아니라 부가가치세법령에 의하여 그 존부나 범위가 구체적으로 확정되고 조세 정책적 관점에서 특별히 인정되는 공법상 의무라고 봄이 타당하다. 그렇다면 납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무에 대응하는 국가에 대한 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구는 민사소송이 아니라 행정소송법 제3조 제2호에 규정된 당사자소송의 절차에 따라야 한다」고 하여 이를 긍정하고 있다.<sup>58)</sup>

3) 하천법에 의한 손실보상금 지급청구소송의 소송형태가 쟁점이 된 사안에서 대법원은 「개정 하천법 부칙 제2조 또는 특별조치법 제2조에 의한 손실보상청구가 행정소송의 대상이 아니라 민사소송의 대상이라고 하는 경우, 하천구역으로 편입된 토지에 대한 손실보상청구는 그 편입 시점이 1984. 12. 31. 전(前)이면 위 규정들에 의하여 민사소송으로 제기하여야 하고, 그 이후이면 개

57) 대법원 2011. 6. 9., 선고, 2011다2951, 판결. 우리 법제에 많은 영향을 미친 독일의 경우, 최초 보조금의 지급형태에 초점을 맞추어 행정행위로 보조금지급이 결정된 경우, 그 반환에 있어서도 반드시 행정행위를 반환을 청구할 수 있게 하고 있다. BVerWG NJW 1977, 1839.

58) 대법원 2013. 3. 21., 선고, 2011다95564, 전원합의체 판결.

정 하천법 제74조 등에 의하여 행정소송으로 제기하여야 하는데, 당해 토지가 하천구역으로 편입된 것은 분명하나 그 편입시기가 1984. 12. 31. 전(前)인지 후(後)인지가 분명하지 아니한 경우 토지소유자로서는 어느 방법에 의하여 손실보상청구를 하여야 할 것인지 상당한 혼란과 어려움을 겪을 수밖에 없을 것이다. 이러한 경우 개정 하천법 부칙 제2조나 특별조치법 제2조에 의한 손실보상청구를 행정소송의 대상으로 일원화한다면, 토지소유자는 소송절차나 방법에 관하여 고민할 필요 없이 같은 행정소송절차 내에서 각 청구원인을 일시에 주장하거나 청구의 병합 등을 통하여 한꺼번에 판단을 받을 수 있을 뿐만 아니라, 그 외에도 관할, 관련 사건의 병합, 소의 변경과 피고경정, 행정심판기록의 제출명령, 직권심리 등과 같은 민사소송절차와는 다른 행정소송절차상의 여러 특칙들을 활용하여 보다 효과적이고 능률적으로 권리실현을 할 수 있다는 점 등까지 종합하여 보면, 개정 하천법 부칙 제2조나 특별조치법 제2조에 의한 각 손실보상청구는 민사소송절차에 의하는 것보다는 행정소송절차에 의하는 것이 국민의 권리구제라는 측면에서도 한층 더 바람직하다고 할 것이다 ... 개정 하천법 부칙 제2조와 특별조치법 제2조, 제6조의 각 규정들을 종합하면, 위 규정들에 의한 손실보상청구권은 1984. 12. 31. 전에 토지가 하천구역으로 된 경우에는 당연히 발생하는 것이지, 관리청의 보상금지급결정에 의하여 비로소 발생하는 것은 아니므로, 위 규정들에 의한 손실보상금의 지급을 구하거나 손실보상청구권의 확인을 구하는 소송은 행정소송법 제3조 제2호 소정의 당사자소송에 의하여야 할 것이다」라고 하였다.<sup>59)</sup>

4) 환매대금증감청구소송에 대하여 대법원은 「특례법 제9조 제1항, 제3항, 같은법 시행령 제7조 제1항, 제3항 및 토지수용법 제73조 내지 제75조의2의 각 규정에 의하면, 환매기간 내에 환매의 요건이 발생하는 경우, 환매대상토지의 가격이 취득 당시에 비하여 현저히 하락하거나 상승하였다고 하더라도, 환매권자는 수령한 보상금 상당액만을 사업시행자에게 미리 지급하고 일방적으로 매수의 의사표시를 함으로써 사업시행자의 의사와 관계없이 환매가 성립되고, 특례법 제9조에 의한 환매권의 행사에는 토지수용법 제71조 제5항의 규정이 준용되거나 유추적용된다고 할 수 없어 민사소송절차에서 법원이 환매대금액을 증감할 수는 없으며, 토지수용법 제75조의2 제2항에 의하여 사업시행자가 환매권자를 상대로 하는 소송은 공법상의 당사자소송으로 사업시행자로서는 환매

59) 대법원 2006. 5. 18., 선고, 2004다6207, 전원합의체 판결.

가격이 환매대상토지의 취득 당시 지급한 보상금 상당액보다 증액 변경될 것을 전제로 하여 환매권자에게 그 환매가격과 그 보상금 상당액의 차액 지급을 구할 수 있다 … 따라서 사업시행자인 원고로서는 환매권자인 피고를 상대로 하여 이러한 절차를 거쳐 환매대금의 증액을 구하여야 할 것이지, 원고가 증액되어야 한다고 주장하는 환매대금액과 피고가 환매대금으로 공탁한 금액과의 차액 상당을 피고가 법률상 원인 없이 부당이득하였다하여 민사소송의 방법으로 그 반환을 구할 수는 없다」고 하였다.<sup>60)</sup>

5) 정산금청구를 위하여 국가를 상대로 제기한 민사소송에서 대법원은 「국책사업인 「한국형 헬기 개발사업」(Korean Helicopter Program, 이하 ‘KHP사업’이라 한다)에 개발주관사업자 중 하나로 참여하여 국가 산하 중앙행정기관인 방위사업청과 ‘한국형헬기 민군겸용 핵심구성품 개발협약’을 체결한 甲 주식회사가 협약을 이행하는 과정에서 환율변동 및 물가상승 등 외부적 요인 때문에 협약금액을 초과하는 비용이 발생하였다고 주장하면서 국가를 상대로 초과비용의 지급을 구하는 민사소송을 제기한 사안에서, 과학기술기본법 제11조, 구 국가연구개발사업의 관리 등에 관한 규정 제2조 제1호, 제7호, 제7조 제1항, 제10조, 제15조, 제20조, 항공우주산업개발 촉진법 제4조 제1항 제2호, 제2항, 제3항 등의 입법 취지와 규정 내용, 위 협약에서 국가는 甲 회사에 ‘대가’를 지급한다고 규정하고 있으나 이는 국가연구개발사업규정에 근거하여 국가가 甲 회사에 연구경비로 지급하는 출연금을 지칭하는 데 다른 아닌 점, 위 협약에 정한 협약금액은 정부의 연구개발비 출연금과 참여기업의 투자금 등으로 구성되는데 위 협약 특수조건에 의하여 참여기업이 물가상승 등을 이유로 국가에 협약금액의 증액을 내용으로 하는 협약변경을 구하는 것은 실질적으로는 KHP사업에 대한 정부출연금의 증액을 요구하는 것으로 이에 대하여는 국가의 승인을 얻도록 되어 있는 점, 위 협약은 정부와 민간이 공동으로 한국형헬기 민·군 겸용 핵심구성품을 개발하여 기술에 대한 권리는 방위사업이라는 점을 감안하여 국가에 귀속시키되 장치 기술사용권을 甲 회사에 이전하여 군용 헬기를 제작·납품하게 하거나 또는 민간 헬기의 독자적 생산기반을 확보하려는 데 있는 점, KHP사업의 참여기업인 甲 회사로서도 민·군 겸용 핵심구성품 개발사업에 참여하여 기술력을 확보함으로써 향후 군용 헬기 양산 또는 민간 헬기 생산에서 유리한 지위를 확보할 수 있게 된다는 점 등을 종합하면, 국가

60) 대법원 2002. 6. 14., 선고, 2001다24112, 판결.

연구개발사업규정에 근거하여 국가 산하 중앙행정기관의 장과 참여기업인 甲회사가 체결한 위 협약의 법률관계는 공법관계에 해당하므로 이에 관한 분쟁은 행정소송으로 제기하여야 한다」고 하면서 당해 문제해결의 방법으로 공법상 당사자소송에 의할 것을 판시하였다.<sup>61)</sup> 이 판결에서 대법원은 관련법규정과 법률관계의 성격을 근거로 당해 법률관계가 공법관계라는 것을 논증하고 이에 관한 분쟁은 공법상 당사자소송에 의하여야 한다는 논리를 제시하고 있다. 이러한 대법원의 공법상 당사자소송의 대상 확정을 위한 논리적 전개는 그동안 불분명한 공법상 당사자소송과 민사소송 양자관계에 대한 일응의 구별기준을 제시하고 있다.

이밖에도 급부청구와 관련된 소송으로서 구석탄산업법상의 석탄가격안정지원금에 관한 소송<sup>62)</sup>, 공무원의 미지급 퇴직연금의 지급을 구하는 소송<sup>63)</sup>, 방송수신료통합징수권한부존재확인소송<sup>64)</sup>등의 사례에서 공법상 당사자소송이 인정되었다.

6) 행정조달계약이라 함은 국가, 지방자치단체 기타 행정주체가 행정수요의 충족을 위해 사인과 체결하는 물품매매계약과 건축공사 기타 용역에 관한 도급계약이라고 정의할 수 있다. 대법원은 「지방재정법에 의하여 준용되는 국가계약법에 따라 지방자치단체가 당사자가 되는 이른바 공공계약은 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상의 계약으로서 그 본질적인

61) 대법원 2017. 11. 9., 선고, 2015다215526, 판결.

62) 대법원 1997. 5. 30., 선고, 95다28960, 판결. 「석탄가격안정지원금은 석탄의 수요 감소와 열악한 사업환경 등으로 점차 경영이 어려워지고 있는 석탄광업의 안정 및 육성을 위하여 국가정책적 차원에서 지급하는 지원비의 성격을 갖는 것이고, 석탄광업자가 석탄산업합리화사업단에 대하여 가지는 이와 같은 지원금지급청구권은 석탄사업법령에 의하여 정책적으로 당연히 부여되는 공법상의 권리이므로, 석탄광업자가 석탄산업합리화사업단을 상대로 석탄산업법령 및 석탄가격안정지원금 지급요령에 의하여 지원금의 지급을 구하는 소송은 공법상의 법률관계에 관한 소송인 공법상의 당사자소송에 해당한다」

63) 대법원 2004. 12. 24., 선고, 2003두15195, 판결. 「구 공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제 6328호로 개정되기 전의 것) 제26조 제1항에 정해진 공무원연금관리공단의 퇴직연금 결정과 통지에 의하여 비로소 그 금액이 확정되는 것이 아니므로, 공무원연금관리공단이 퇴직연금 중 일부 금액에 대하여 지급거부의 의사표시를 하였다고 하더라도 그 의사표시는 퇴직연금 청구권을 형성·확정하는 행정처분이 아니라 공법상의 법률관계의 한쪽 당사자로서 그 지급의무의 존부 및 범위에 관하여 나름대로의 사실상·법률상 의견을 밝힌 것에 불과하다고 할 것이어서, 이를 행정처분이라고 볼 수는 없고, 그리고 이러한 미지급 퇴직연금에 대한 지급청구권은 공법상 권리로서 그 지급을 구하는 소송은 공법상의 법률관계에 관한 소송인 공법상 당사자소송에 해당한다」

64) 대법원 2008. 7. 24., 선고, 2007다25261, 판결.

내용은 사인 간의 계약과 다를 바가 없으므로, 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적자치와 계약자유 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다 할 것이다」라고 하였다.<sup>65)</sup> 행정조달계약을 사법관계로 파악하고 이에 관한 법적 분쟁을 민사소송에 의하도록 하고 있다.

판례는 국가나 지방자치단체와의 계약을 위반한 사업자들에 대하여 국가 행정청이나 지방자치단체장이 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 제27조나 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 제31조에 의하여 가하는 입찰참가자격 제한조치는 공권력적 행위로서 취소소송의 대상이라고 하였다.<sup>66)</sup> 행정조달계약은 그 내용상 사인 상호간의 사적 계약과 유사성이 존재하지만, 다양한 형태의 공익보호조항을 두고 있다. 이러한 점을 감안하여 행정조달계약 중 일정한 유형에 대하여는 단계적으로 행정조달계약에 대하여 공법상 계약으로 파악하고 이에 관하여는 기능적 관점에서 공법상 당사자소송으로 처리함이 필요한 시점이 도래하였다고 생각한다. 앞에서 살펴본 판례에서 국가공무원법이나 지방공무원법이 적용되지 않는 직원채용계약에 대하여 공법상 계약으로 파악하고 있다. 이러한 생각을 확장하면 사람이 아닌 물건을 조달하는 계약도 이에 준하여 생각할 여지가 있다고 보여 진다.

판례는 조달계약에 관한 입찰참가자격제한은 법적 근거에 따른 경우에는 처분에 해당한다고 보고 있으나 입찰참가자격 제한조치가 계약상의 의사표시인 경우에는 항고소송의 대상이 되는 처분이 아니라고 한다. 대법원은 「공기업·준정부기관이 법령 또는 계약에 근거하여 선택적으로 입찰참가자격 제한 조치를 할 수 있는 경우, 계약상대방에 대한 입찰참가자격 제한 조치가 법령에 근거한 행정처분인지 아니면 계약에 근거한 권리행사인지는 원칙적으로 의사표시의 해석 문제이다. 이때에는 공기업·준정부기관이 계약상대방에게 통지한 문서의 내용과 해당 조치에 이르기까지의 과정을 객관적·종합적으로 고찰하여 판단하여야 한다. 그럼에도 불구하고 공기업·준정부기관이 법령에 근거를 둔 행정처분으로서의 입찰참가자격 제한 조치를 한 것인지 아니면 계약에 근거한 권리행사로써의 입찰참가자격 제한 조치를 한 것인지 여부가 여전히 불분명한 경우에는, 그에 대한 불복방법 선택에 중대한 이해관계를 가지는 그 조치 상대방의 인식가능성 내지 예측가능성을 중요하게 고려하여 규범적으로 이를 확정함이 타당하다... 위와 같은 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고가 한 입찰참가자격 제한 조치는 계약에 근거한 권리행사가 아니라 공공

65) 대법원 2001. 12. 11., 선고, 2001다33604, 판결.

66) 대법원 2018. 10. 25., 선고, 2016두33537, 판결.

기관운영법 제39조 제2항에 근거한 행정처분으로 봄이 타당하다」고 하였다.<sup>67)</sup>

이러한 판례의 입장에 따를 경우, 계약상의 의사표시로서 입찰참가자격제한 조치가 행정처분에 해당하지 않을 경우에는 이를 사법상 계약상의 문제로서 법적 분쟁이 발생할 경우에 민사소송에 의한 처리가 예정되어 있다고 볼 수 있다. 그러나 통상의 사법적 계약관계와 다른 공법적 규제가 포함된 이러한 유형의 계약을 전적으로 사법상 계약과 같은 것으로 파악하는 것이 공법·사법 2원론에 기초한 현행법의 해석론으로는 적절하지 않은 경우도 발생할 수 있다고 생각된다.

7) 국가배상청구소송은 판례는 일관되게 민사소송으로 다루고 있다. 이러한 판례 흐름의 근거에는 국가배상법을 공법이 아닌 사법으로 관념하여 국가배상법을 민법의 특별법으로 위치시키고 이와 관련된 사건을 민사사건으로 파악하여 당해 분쟁을 민사소송으로 처리하는 것을 당연시 하고 있다고 생각된다. 그러나 현행법 체계가 공법·사법 2원론에 기초하고 있고 공법적 작용에 기인한 손해에 대하여는 민법과 독립된 국가배상법을 적용하여 처리된다는 점과 국가배상법상 위법성판단과 하자판단의 실질적 구조가 민법의 불법행위법과 유사성이 인정된다고 하더라도 관련 모든 법 시스템에 있어서 구조적 차이가 없다고 할 수 없다는 점을 고려할 때, 국가배상청구소송은 공법상 당사자소송으로 다루어지는 것이 바람직하다고 생각된다. 후술하는 공법상 당사자소송에 관한 행정소송법 개정안에는 이러한 사고가 반영된 것이라고 평가할 수 있다.<sup>68)</sup>

## V. 공법상 당사자소송의 발전방향

### 1. 법해석의 변경을 통한 공법상 당사자소송의 적용범위의 확대

공법상 당사자소송의 적극적 활용과 적용범위의 확대를 실현하기 위하여 공

67) 전제 대법원 2018. 10. 25., 선고, 2016두33537, 판결.

68) 동일한 문제가 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상 협의취득계약에 대하여도 발생한다. 동법상의 계약을 공법상 계약으로 해석할 여지가 크다고 보여 진다. 그러나 판례는 이를 사법상 매매계약으로 보고 있다. 대법원 1992. 10. 27., 선고, 91누3871, 판결. 「도시계획사업의 시행자가 그 사업에 필요한 토지를 협의 취득하는 행위는 사경제주체로서 행하는 사법상의 법률행위에 지나지 않으며 공권력의 주체로서 우월한 지위에서 행하는 공법상의 행정처분이 아니므로 행정소송의 대상이 되지 않는다」고 한다.

법상 당사자소송과 취소소송 상호간의 적절한 기능분담실현과 공법상 당사자소송과 민사소송 상호간의 구별기준의 명확화와 양 시스템의 역할분담의 재조정이 필요할 것이다.

공법상 당사자소송의 위축에 중요한 역할을 한 가지 중요한 요인이 취소소송 중심적 사고에 기초한 취소소송의 대상적격의 확대론이라고 할 수 있다. 공법상 당사자소송에 의하여 해결하여야 할 법률상 분쟁에 관하여 처분개념의 확대를 통하여 취소소송에 의하여 해결하려는 움직임이다. 이러한 과도한 취소소송 중심주의는 결과적으로 재판상 분쟁해결수단으로서 취소소송에 대한 부담과증과 행위형식에 상응한 소송유형을 발전시키는 가능성을 원천적으로 막아버리는 결과를 가져왔다. 취소소송의 적용범위를 확대한다고 하더라도 그 한계가 있으며, 모든 행정작용을 포섭하기도 어려울 것이다.<sup>69)</sup> 전술한 바와 같이 취소소송이 가지는 권리구제상의 역기능이 작용하는 영역에서 취소소송의 대상적격의 확대론을 전개하는 것은 논리적 타당성을 결한다고 할 수 있다. 이들 영역에서는 공법상 당사자소송의 적극적 활용을 통한 효율적 분쟁해결을 도모할 필요가 있다.

종래 공법상의 당사자소송에 관한 대법원 판례의 주류는 처분 등을 원인으로 하는 법률관계라고 하더라도 구 소송물 이론에 따라 청구권의 근거조항에 해당하는 소송물이 사법상의 권리이면 민사사건으로 봄으로써 공법상 당사자소송이 인정되는 영역이 한정적일 수밖에 없었다. 실제로 취소소송을 통하여 처리되는 사건 수와 비교할 때, 공법상 당사자 소송을 통하여 처리되는 사건 수가 그다지 많지 않았다. 이러한 관행적으로 소송실무상 제한적으로 운영하여 온 공법상 당사자소송의 적용범위를 대규모로 판례변경을 통하여 급격하게 변화시키는 것은 소송실무상 적지 않은 혼란을 가져올 수도 있을 것이다. 그러나 이러한 혼란을 우려하여 대법원이 공법상 당사자소송의 적용영역을 확대하고 사례군을 축척하는 것에 소극적인 것은 바람직하지 못하다고 생각된다. 판례변경을 통하여 외형상 민사소송처럼 보이는 공법적 분쟁에 대하여 행정사건의 특수성과 전문성이라는 관점에 입각하여 전문법관으로 구성된 행정법원에 심리를 받게 하는 것이 분쟁해결의 적정성이라는 측면에서 바람직할 것이다. 이

69) 정하중, 「행정법개론」(14판), 833면. 독일 행정소송법의 일반적 이행소송이나 확인소송이 당사자소송에서 발전되어 온 것을 고려한다면, 당사자소송에 이들 소송을 포함시켜, 일반적 이행소송은 행정행위를 제외한 여타의 행정작용의 작위, 부작위, 수인을 구하는 소송으로, 확인소송은 공법상의 법률관계의 존부여부에 대한 확인을 구하는 소송으로 실무화하는 것이 바람직할 것이다. 이러한 방안은 포괄적이고 흠결 없는 권리구제를 지향하는 헌법정신과 행정소송법의 목적에도 부합한다고 보여 진다.



러한 것은 소송의 심리과정에서 행정소송법상의 특칙과 공법원리의 적정하고 탄력적 적용을 가능하게 하여 국민의 권리구제에도 긍정적 결과를 가져올 것이다. 공법상 당사자소송과 민사소송의 구별이 쉽지 않음에도 양자 중 잘못된 소송유형의 선택에 따른 위험 내지 불이익을 국민인 소송당사자에게 부담시키는 것은 공법상 분쟁에서의 국민의 권익을 보호한다는 행정소송의 본질 면에서 부당한 결과를 가져온다. 이 문제의 해결방법으로 국민의 권리구제와 제소편의 차원에서 양자의 병행제기를 허용하여야 한다는 견해가 있다.<sup>70)</sup>

이러한 주장은 기술적 측면에서 편의성을 고려한 일응의 타당성을 가지지만, 양 제도의 등가적 동일성이나 양 시스템 상호간 차이가 존재하지 않는 유사성을 전제한다는 오해를 불러올 수 있기 때문에 유의할 필요가 있다. 또한 동일사안에 대하여 동시에 민사법원과 행정법원에 동시에 제소할 경우 기판력의 충돌 등의 기술적 문제를 야기할 수 있다.

현행법의 해석적 방법으로 공법상 당사자소송과 민사소송의 구별이 쉽지 않다면 양자 중 잘못된 소송유형의 선택에 따른 불이익이나 위험을 감소시켜 주는 합리적 제도정비는 필요하다고 생각된다. 그리고 전술한 바와 같이 공법상 당사자소송과 민사소송의 구별기준을 소송물 혹은 실질적 법률관계의 성격에 근거한 구별기준 이외에 공법적 이익상황에 능동적 대처를 위하여 기능적 절차적 구별기준을 도입하여 적극적이고 합리적인 공법상 당사자소송의 활용을 검토할 시점이 된 것으로 생각된다.

## 2. 공법상 당사자소송의 대상의 구체화를 위한 행정소송법 개정 움직임

대법원은 2002년 4월경 행정소송법 개정위원회를 구성하여 여러 차례 논의를 거쳐 행정소송법 개정안을 마련하였다. 이 개정안에서는 당사자소송을 「행정상 손실보상, 처분 등의 위법으로 인한 손해배상·부당이득반환, 그 밖의 공법상 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송」이라고 정의하고 있다. 그 후 법무부가 주도하고 준비하여 2007년 11월 19일 국회에 제출된 행정소송법 개정안에서도 당사자 소송에 관하여 동일한 정의규정을 두고 있었다. 이 법안은 국회에 제출된 후 17대 국회의 임기가 종료되어 자동폐기 되었다.

70) 이은상, “공법상 당사자소송에 관한 소송실무상 난점과 해결방안 -대법원 2016.10. 13. 선고 2016다221658판결-”, 16번.

2012년 5월24일 법무부 공청회 행정소송법 개정시안에서는 공법상 당사자소송에 대하여 규정하면서 그 적용범위를 구체적으로 적시하고 있다. 동개정안에서는 당사자소송을 「행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송으로 다음 각목에 규정된 것을 포함한다. 가. 공법상 신분·지위 등 그 법률관계 존부에 관한 확인소송, 나. 행정상 손해배상청구소송(단, 자동차손해배상보장법의 적용을 받는 것은 제외한다), 다. 행정상 손실보상·부당이득반환·원상회복등청구소송, 라. 기타 행정상 급부이행청구소송」이라고 정의하고 있다. 2013년 3월 20일 입법예고된 행정소송법 개정 입법안에 따르면 「행정상 손실보상·손해배상·부당이득반환이나 그 밖의 공법상 원인으로 발생하는 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송」이라고 규정하였다.<sup>71)</sup>

행정소송법 개정안에서 나타난 공법상 당사자소송에 대한 규정개정은 공법상 당사자소송의 대상확대를 꾀하고 있다. 이러한 움직임에 대하여 반대하는 견해는 거의 찾기가 어려운 것 같다. 이러한 방향에서 공법상 당사자소송에 관한 행정소송법 개정이 실현될 경우, 공법상 당사자소송의 적용대상의 확대가 상당히 진척될 것으로 보인다. 이러한 행정소송법 개정을 통한 공법상 당사자소송제도의 정비에 대하여 다음의 점을 지적할 수 있다.

첫째, 공법상 당사자소송이 적극적으로 활용되지 못하는 핵심적 원인 중의 하나가 공법상 당사자소송에 대한 명확한 구별기준이 제시되고 있지 못하는 현실에 기인한다. 행정소송법의 개정을 통한 공법상 당사자소송의 유형에 대해서 구체적 예시를 추가한 것은 공법상 당사자소송의 대상 식별과 판단을 용이하게 하려는 시도로 평가할 수 있다. 입법적 해결을 통한 공법상 당사자소송 대상의 확장은 동제도의 적극적 활용을 가능하게 하는 가장 직접적이고 실효적 방법으로 보인다.

둘째, 상기 개정안에는 형식적 당사자소송에 관하여 모호하게 규정함으로써 제도운용의 혼란을 초래할 수 있다. 형식적 당사자소송의 본질이 취소소송의 배타적 관할에 대하여 예외를 인정하는 것에 있기 때문에 이에 대한 명확한 규정을 통하여 취소소송, 실질적 당사자소송, 형식적 당사자소송 상호관계와 구별기준을 분명히 하고 제도운용의 혼란을 예방할 필요가 있다. 이에 대한 개정안에서 나타난 형식적 당사자소송 관련 부분의 규정은 명확히 정비될 필요가 있다고 보여 진다.

71) 안철상, “당사자소송의 현황과 과제”, 867면.

셋째, 종래 국가배상소송, 부당이득반환청구소송 등 성격상 공법상 당사자소송으로 처리되어야 함에도 불구하고 사실상 공법·사법 구별을 포기하고 실무상 민사소송으로 다루어져 왔다. 우리 실정법 체계가 공법·사법의 이원적 체계를 전제하여 민사상 법률관계와 구별되는 공법상 당사자소송을 인정하고 있다. 전술한 바와 같이 공법상 당사자소송은 심리절차에 있어서도 민사소송에 대비할 때 상당한 차이가 있다. 전기 개정안에서는 그동안 학계에서 지적하여 온 실무상 공법상 당사자소송 운용상의 문제점의 해결을 입법적 수단을 통하여 도모하고 있다고 평가할 수 있다.

## VI. 맺음말

자본주의의 고도화에 수반하여 시민사회에 대한 행정권의 개입이 광범위하게 행하여지고 있다. 이것은 행정적 규율대상의 확장과 개입수법의 다양화라는 형태로 진행되고 있다. 또한 행정목적 달성을 위한 수단으로 전형적인 공법적 수법 이외에 민영화를 통한 다양한 비공법적 수단의 활용이 긍정적으로 평가되고 있다. 이와 더불어 공법과 사법의 혼합적 질서인 제3섹터방식을 통한 문제해결도 행정과정에서 적극적으로 검토되고 있다. 이러한 시장적 수법을 활용한 행정목적의 달성과 공사법 혼합적 영역의 발전은 실체적 측면에서 공법·사법 구별을 어렵게 하고 있다. 그리고 행정법의 법해석론으로서 해방 이후 공법·사법의 구별에 관한 다양한 견해가 제시되고 있지만 이에 대한 명확하고 객관적 기준으로 충분하지 못하다는 지적이 되고 있다. 이러한 것을 배경으로 공법상 당사자소송과 민사소송의 구별기준의 불명확성과 불충분성이 지속적으로 지적되고 있다. 다른 한편 공법적 영역에서 취소소송의 대상적격의 확대론에 수반한 공법상 당사자소송과 항고소송의 상호관계 및 양자의 적용범위가 문제로 제기되고 있다. 이러한 쟁점에 관하여 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 공법상 당사자소송과 민사소송의 양자의 구별을 명확히 하고 공법상 당사자소송의 대상을 획기적으로 확장시키기 위하여는 입법적 해결이 필요하다. 그러나 이러한 입법적 해결과 더불어 법해석을 통하여 점진적으로 공법상 당사자소송의 대상범위의 확장을 도모할 필요가 있다. 이 경우 공법상 당사자소송과 민사소송의 양자의 구별기준이 문제로 제기되는데 종래 양자의 구별기준으로서 제시된 소송물(공법상 권리인가, 사법상 권리인가)과 실질적 법률관

계의 성질(공법관계인가, 사법관계인가)에 추가하여, 절차법적 혹은 기능적 관점에서 분쟁해결의 적정성을 고려하여 공법상 당사자소송의 적용 여부를 적극적으로 검토할 필요가 있다. 공법상 당사자소송을 둘러싼 법적 소여의 변화는 기능적 측면을 고려한 당사자소송의 적용범위의 획정을 요청하고 있다고 할 수 있다. 이들 기준의 적용을 상호배타적인 것이 아닌 상호보완적 내지 보충적인 것으로 유연하게 관념하여 민사소송과 관계에서 공법상 당사자소송의 대상범위를 구체화할 것이 필요하다고 생각된다.

둘째, 공법관계에서 공법상 당사자소송과 항고소송의 상호관계 및 양자의 적용범위에 대하여는 취소소송제도가 갖는 권리구제상의 순기능과 역기능을 엄격히 검토하여 대상적격의 한계를 설정하고 합리적인 기능분담의 관점에서 공법상 당사자소송의 적용범위와 취소소송의 적용범위를 획정할 필요가 있다.

[참고문헌]

- 김철용, 「행정법」, 고시계사, 2020.
- 박근성, 「행정법강의」(16판), 박영사, 2020.
- 정하중, 「행정법개론」(14판), 법문사, 2020.
- 홍정선, 「신행정법특강」, 박영사, 2020.
- 한국행정법학회, 「행정소송법개정에 따른 당사자소송제도의 정비방안에 관한 연구」, 법원행정청, 2014.
- 박정훈, 「행정소송의 구조와 기능」, 박영사, 2006.
- 안철상, “당사자소송”, 「행정소송(Ⅰ)」, 한국사법행정학회, 2008, 377-423면.
- , “당사자소송의 현황과 과제”, 「행정절차와 행정소송」, 피앤씨미디어, 2017, 838-892면.
- 김중권, “사회보장분야에서 행정재판의 의의와 역할”, 행정판례연구 제23권 제2호, 박영사, 2018, 3-34면.
- 이은상, “공법상 당사자소송에 관한 소송실무상 난점과 해결방안- 대법원 2016.10.13. 선고 2016다221658판결-”, 2017년 9월 5일 행정판례연구회 발표문.
- 김창조, “처분성의 판단기준”, 「행정판례평선」, 2011, 651-660면.
- 春日修, 「當事者訴訟の機能と展開」, 京都: 晃洋書房, 2017.
- 鹽野宏, 「行政法Ⅱ」, 有斐閣, 2013
- 芝池義一, 「行政救済法講義 第2版補訂版」, 有斐閣, 2003.
- Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht 9.Auflage, C.H.Beck 2011.
- Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht 9.Auflage, C.H.Beck 2013.

[Abstract]

The scope of application of the party suit  
over legal relations under public law

Kim Chang Jo\*

This thesis analyzes the scope of application of the party suit over legal relations under public law. The research methods employed in this thesis include examining the development of the legal system and case laws related to this problem in Korea, Germany and Japan. There are two types of party suits in administrative litigation procedures. One is the substantial party suit over legal relations under public law, the other is the formal party suit over legal relations under public law. The scope of application of the party suit over legal relations under public law between the party suit by the administrative litigation act and the party suit by the civil procedure act or between the party suit by the administrative litigation act and the appeals suit by the administrative litigation act is analyzed mainly by the view point of conceptual approach. To borden effective legal remedies for the people by administrative litigation, it is necessary to consider the division of roles between these suits based on functional approach.

Keywords : administrative litigation, the party suit over legal relations under public law, the appeals suit by the administrative litigation act, conceptual approach, functional approach

---

\* Porfessor, Dr, School of Law, Kyungpook National University.