

주민소송제도의 문제점 및 최근 판례에 관한 검토

-일본 주민소송제도와의 비교를 바탕으로-

A Study on Some Issues and the Recent Cases of Residents' Lawsuit

조 경 애*
Jo, Kyoung-Ae

목 차

- | | |
|------------------------------|-----------------------------------|
| I. 서 론 | IV. 최근 대법원 판례에 따른 주민소송 대상의 확대 가능성 |
| II. 일본의 주민소송제도 | V. 결 론 |
| III. 현행법상 주민소송제도의 문제점 및 개선방안 | |

지방자치법에 주민소송이 도입된 지 10년이 훌쩍 넘었다. 그러나 그 사이 제기된 주민소송은 겨우 33건이고, 그 중 주민이 승소한 사례는 채 3건 정도에 불과하다. 주민자치에 의한 직접민주주의를 구현하고 주민의 직접참여를 보장하기 위해 지방자치법도 개정되었으나, 막상 그와 같은 노력에도 불구하고 주민소송은 거의 활용되지 못하고 있는 것이다.

한국 주민소송제도가 모델로 삼은 일본의 경우, 한국과 달리 주민소송제도가 활발히 이용되고 있는데, 한국이 일본 주민소송제도를 참고하였다고 하더라도 세부적인 내용에 있어 차이가 있기 때문에 그 결과도 달라진 것으로 보인다. 구체적으로 감사청구 전치주의를 취한 양국에서 감사청구에 필요한 주민수와 감사청구 기간의 차이를 들 수 있다. 그밖에 제 4호 소송의 의무이행소송 구조 등 양국에서 공통적으로 지적되는 문제점들이 있다. 한편 최근에는 대법원이 주민소송의 대상 내지 심판범위를 비재무회계행위까지 확대하였다고 평가할 만한 고무적인 판결을 내려 향후 그와 유사한 주민소송이 다수 제기될 것으로 기대된다.

본고에서는 주민소송제도가 활용되지 못하게 하는 문제점들을 일본의 경우와 비교하

투고일 : 2017. 12. 30. / 심사외일 : 2018. 1. 18. / 게재확정일 : 2018. 1. 30.

* 수원지방법원 국선전담 변호사

The Public Lawyer of Suwon District Court

여 살펴보고, 최근 주민소송의 대상 내지 심판범위의 확대를 인정하는 대법원 판례를 검토함으로써 입법을 통한 그 문제점의 개선을 촉구하고, 주민소송제도의 활용도를 제고하고자 한다.

[주제어] 주민소송, 지방자치법, 일본 주민소송제도, 감사청구전치주의, 주민의 지방재정통제, 의무이행소송

I. 서 론

지방자치제도는 자유민주주의의 중요한 조직원리로서, 오늘날 많은 민주주의 국가에서 지방자치제도를 확립하고 있다. 한국은 초대 헌법에서부터 지방자치를 규정하였지만 실행되지 못하였고, 많은 우여곡절 끝에 1995년 6월 27일 전국동시지방선거 후 지방자치를 본격적으로 시행하는 것이 가능하게 되었다.¹⁾

지방자치제도가 시행된 후 지방자치단체의 방만한 행정에 의하여 예산낭비가 심각하다는 비판이 계속 증가되고 있다. 지방자치제도는 주민참여라는 폴뿌리 민주주의에 기초한 제도이지만, 실제 대부분의 의사결정과 업무수행은 그 지방자치단체의 장, 지방의회, 지방공무원에 의해 이루어질 수밖에 없다. 또한 현대사회 행정은 매우 복잡하고 전문화 되어, 행정국가화 현상이 심화된 것은 지방행정의 영역에서도 마찬가지이다. 이러한 행정국가화 현상과 지방분권에 따른 지방단체의 권한확대, 특히 재정규모의 확대와 재정은용상 재량의 확대로 인하여 가장 우려되는 문제 중 하나는, 바로 지방재정의 부실화와 지방공무원의 도덕적 해이 문제이다. 즉 지방자치시대에서 지방재정의 부실화와 지방공무원의 도덕적 해이를 극복하고, 어떻게 재정건전성을 확보할 것인가가 가장 큰 화두인 것이다.

참여정부 하에서, 주민통제를 통해 위와 같은 문제들을 해결하고 지방자치단체의 재정건전성과 책임을 확보하기 위하여 2005년 1월 지방자치법을 개정해서 주민소송을 도입하였고, 개정 지방자치법은 2006년 1월 1일부터 시행되었다. 그러나 주민소송제도를 도입한 개정 지방자치법이 시행된 지 11년이 넘는 현재, 주민소송이 크게 증가할 것이라는 당초의 기대²⁾와는 달리, 2017년 7월 31일을 기준으로 약 11년 동안 제기된

1) 김용찬/선정원/변성완, 주민소송, 박영사, 2005, 2쪽.

2) 선정원, “주민소송의 도입과 그 과제”, 행정법연구 제11권, 행정법이론실무학회, 2004, 217쪽.

주민소송은 총 33건에 불과하다.³⁾ 그마저 대부분 원고들이 패소하고 있는 실정이어서, 사실상 주민소송제도가 거의 활용되고 있지 못하고 있다. 이러한 점은 일본이 약 15년 동안 3,739건이 제기⁴⁾되어 한국과 100배 가까이 차이가 나는 점에서도 알 수 있다.

이와 같이 주민소송의 활용도가 극히 저조한 현황으로 미루어 주민소송제도가 그 기능을 수행하고 있다고 보기 어렵고, 그 활용도를 높이기 위해서는 보다 근본적인 제도의 개선이 필요할 것으로 보인다. 이 때 한국 주민소송의 모델이 된 일본 주민소송 제도를 함께 검토함으로써 문제점을 보다 잘 파악할 수 있을 것이다. 이와 더불어, 최근 주민소송의 대상범위를 확대시킨 것으로 인정할 수 있는 대법원 판결⁵⁾이 선고되었는데 이를 통해 향후 주민소송제도를 보다 적극적으로 활용할 수 있는지 그 가능성에 관하여도 검토할 필요가 있다.

II. 일본의 주민소송제도

한국의 주민소송제도는 일본의 주민소송제도를 직접 모델로 하여 도입한 것이다. 일본의 주민소송제도는 도입된 지 60년이 훌쩍 넘어 그 동안 주민소송에 관하여 많은 연구와 사례들이 축적되어 있다. 따라서 일본의 주민소송제도의 운영상황을 살펴봄으로써 한국의 주민소송제도의 운영방향을 설정하는데 중요한 참고가 될 수 있다.

일본은 1947년 일본 지방자치법이 제정될 당시에는 주민소송제도에 관한 규정을 두고 있지 않았으나, 그 다음 해인 1948년 지방자치법 제2차 개정을 하면서 연합군 최고사령부(GHQ)의 지시에 의해 미국 판례법상 인정되어온 납세자소송(taxpayer's suit)을 모델로 도입하였다.⁶⁾ 일본의 주민소송제도는 본래 재정상 부패행위를 시정하고 재무회계의 적정한 운영을 확보한다는 제한된 목적에서 입법되었으나, 실제로는 행정운영전반을 감시하는 것으로 확대된 측면이 있다.⁷⁾

일본의 주민소송은 감사청구전치주의를 취하고 있다. 즉, 주민감사청구를 먼저 거친

3) 행정자치부, 2017.8.4. 계시자료 [통계] 주민투표, 주민소환, 주민소송 운영현황, <http://www.mois.go.kr/ft/bbs/type001/commonSelectBoardArticle.do?bbsId=BBSMSTR_0000000000050&nttlId=59131>, 검색일 : 2017.11.25.

4) 宇賀克也, 地方自治法概説 第7版, 有斐閣, 2017, 364쪽.

5) 대법원 2016. 5. 27. 선고 2014두8490 판결, 대법원 2015. 9. 10. 선고 2013두16746 판결.

6) 宇賀克也, 앞의 책, 346쪽.

7) 김용찬/선정원/변성완, 앞의 책, 25쪽.

후에야 주민소송을 제기할 수 있다. 주민이라면 누구라도, 자기의 개인적인 권리나 이익과 무관하게 이른바 “공익의 대표자”로서 지방공공단체의 재무회계행위의 적정을 기하기 위해, 단독으로 할 수 있다. 여기의 ‘주민’은 국적이나 선거권 유무를 불문하고, 자연인이든 법인이든 상관없으며, 연령 제한도 없기 때문에 미성년자도 포함된다.⁸⁾

일본 구 지방자치법 제242조의2 제1항 제4호는 주민이 지방공공단체에 손해를 준 내부의 개인(단체장 개인, 직원 등)이나 외부의 회사·단체·개인 등을 피고로 1회의 소송으로 손해배상청구 또는 부당이득반환의 청구 등을 하도록 대위소송으로 정하고 있었다. 그러나 2002년 지방자치법의 개정으로 제242조 제1항 제4호를, 일종의 의무이행소송으로 변경하였다. 즉, 지방공공단체의 집행기관을 피고로, 이들 내부의 개인이나 외부의 기업 등에 대해서 지방공공단체에 지불하도록 청구하게 하는 일종의 의무이행소송으로 변경하여, 그 원고승소확정판결에 따라 의무 지워진 지방공공단체가 그 다음 지방자치법 제243조의3의 제2차 소송으로 단체장이 지방공공단체를 대표하여, 부당이득을 얻었거나 손해배상의무를 진 개인, 회사·단체 등에 그 청구를 하는 것이다.⁹⁾

한편 일본의 주민소송 제기 건수는 비교적 높은 편으로, 1999년 4월 1일부터 2014년 3월 31일까지의 15년 동안, 주민소송의 제기건수가 토도후켄(都道府縣)에서는 956건(1호 소송 180건, 2호 소송 47건, 3호 소송 143건, 4호 소송 787건, 동일한 사건에 복수의 종류의 청구가 행해지는 것도 있기 때문에 합계수와 일치하지 않음, 시쵸촌(市町村)에 관한 주민소송도 동일함)이고, 시쵸촌(市町村)에서는 2,783건(1호 소송 420건, 2호 소송 163건, 3호 소송 335건, 4호 소송 2,250건)이다. 그러나 같은 기간 동안 원고의 승소는 토도후켄의 경우 전부승소가 7건, 일부승소도 20건에 불과하고, 시쵸촌의 경우 전부승소가 32건, 일부승소는 110건에 그쳐 승소율 각 약 3%, 5%로 매우 낮은 편이다.¹⁰⁾

최근 일본 지방공공단체의 지방의회가 주민소송과 관련된 장 또는 직원주민에 대한 권리를 포기하는 의결을 하여 논란이 되고 있다. 지방공공단체가 주민소송에 관련된 권리를 포기하는 의결의 효력에 관하여 일본 최고재판소는 그 의결이 “재량권의 범위를 넘어 일탈·남용에 해당한다고 인정될 경우”에 그 의결이 위법해 진다고 판시하였다.¹¹⁾ 이에 대하여 실질적으로 주민소송을 사형시키는 것과 같은 효과라고 비판하는 견해¹²⁾도

8) 宇賀克也, 앞의 책, 339쪽.

9) 阿部泰隆, 住民訴訟の理論と實務-改革の提案, 信山社, 2015, 81쪽.

10) 宇賀克也, 앞의 책, 364쪽.

11) 最高裁判所 2012. 4. 20. 判時 2168号 35頁(百選113); 最高裁判所 2012. 4. 20. 判時 2168号 45頁(判例集67); 最高裁判所 2012. 4. 23. 民集 66卷 6号 2789頁(判例集 18).

있어, 일본 총무성은 회사법에서 이사 등의 손해배상책임을 한정할 수 있도록 하는 입법을 참고하여, 단체장과 직원의 책임을 고의·중과실에 한정하는 등의 지방자치법 개정을 검토하고 있다.¹³⁾

III. 현행법상 주민소송제도¹⁴⁾의 문제점 및 개선방안

1. 주민감사청구전치주의 및 감사청구에 필요한 주민 수

한국에서 주민소송제도가 활용되지 못하는 이유에 대해 살펴보면, 먼저 주민감사청구를 반드시 거치도록 하면서 감사청구 시 필요한 최소 주민 수를 정하고 있는 점을 들 수 있다. 본래 주민감사청구와 주민소송은 별개의 제도로써 양자를 반드시 결부시켜야 하는 것은 아니지만,¹⁵⁾ 한국은 일본과 마찬가지로 주민소송에 주민감사청구 전치주의를 도입하고 있다. 일본 역시 주민감사청구전치주의를 취하고 있기는 하지만, 이 경우 감사청구에 필요한 주민 수의 제한을 두고 있지 않아 1인의 주민도 감사청구를 제기하고 그에 따라 주민소송도 제기할 수 있다. 그러나 한국 지방자치법 제16조 제1항은, 시·도는 500명, 제175조에 따른 인구 50만 이상 대도시는 300명, 그 밖의 시·군 및 자치구는 200명을 넘지 아니하는 범위에서 그 지방자치단체의 조례로 정하는 19세 이상의 주민 수 이상의 연서(連署)로 감사청구를 할 것을 요구하여, 주민소송을 제기하기 어렵게 만드는 커다란 장애요인이 되고 있다.

한·일 양국의 주민감사청구 관련 통계를 살펴봐도 한국은 주민감사청구가 시행된 2000년부터 2014년까지 15년 동안 감사청구가 총 299건이 청구된 데 비하여, 일본은 2007년 4월부터 2009년 3월까지 단 2년 동안 청구된 감사청구는 1,789건으로 현격한 차이를 보이고 있는바, 위와 같은 감사청구에 대한 접근성의 차이가 큰 영향을 미쳤을 것으로 보인다.¹⁶⁾

12) 阿部泰隆, 앞의 책, 432쪽.

13) 総務省, “【資料】人口減少社会に的確に対応する地方行政体制及びガバナンスのあり方に関する答申(案)”, 2015, 25쪽: <http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/singi/chihou_seido/02gyosei01_03000245.html>, 검색일: 2017.12.5.

14) 지방자치법상 주민소송제도의 내용은 홍정선, 신지방자치법, 박영사, 2015, 164-177쪽 참조.

15) 홍정선, 앞의 책, 168쪽.

16) 함인선, “주민소송제도의 운영현황과 판례 및 법제에 대한 검토-한·일 비교법적 관점에서”, Local Finance

현재 한국의 각 지방자치단체 조례¹⁷⁾에 의하면, 감사청구에 필요한 주민의 수를 시·도의 경우 100명에서 300명 정도를 요구하는 것으로 규정하고 있고, 50만 이상 대도시의 경우도 청주시가 300명을 요구하고 있지만 대체로 200명을 요구하는 것으로 규정하고 있어 지방자치법에서 정한 상한보다는 적게 규정하고 있다. 그런데 시·군 및 자치구의 경우 최소 50명에서 최대 200명으로 다양하게 규정하고 있기는 하나, 법에서 정한 최대수인 200명을 요구하는 경우가 총 196군데 중 73군데로 상당히 많고, 인구가 매우 적은 지방자치단체의 경우에도 무조건 100명 이상을 요구하고 있어 감사청구를 매우 어렵게 한다. 예를 들어 화순군의 경우 2017년 6월 30일 기준으로 인구가 65,015명에 불과함에도 불구하고 감사청구에 필요한 19세 이상 주민의 수는 법상 최대치인 200명을 규정하고 있다. 화순군의 총 인구수가 매우 적을 뿐 아니라, 농촌지역으로 그 인구밀집도도 낮을 것을 고려하면, 19세 이상 주민 200명의 연서로 감사청구를 하도록 요구함으로써 사실상 화순군 주민은 감사청구를 할 수 없다고 해도 과언이 아니다. 실제로 주민소송이 제기된 지방자치단체 중 인구가 5만 명이 되지 않는 지방자치단체는 강원도 고성군, 충남 청양군의 두 곳 밖에 없고, 인구가 10만 명이 되지 않는 지방자치단체는 위 두 곳과 충남 서천군의 세 곳 뿐이었고, 대부분은 서울의 자치구 등 인구가 많은 기초지방자치단체였다.¹⁸⁾

또한 주민감사청구 자체도 일종의 상급 행정기관에 의한 감사이기 때문에, 부정행위를 적발하는 것을 목적으로 하는 감사라기보다는, 효율적인 재산관리 및公款사용을 목적으로 하는 감사를 함으로써 감사가 그다지 엄격하게 이루어지지 않고 시정조치가 미약할 뿐 아니라, 감사결과에 대하여 지방자치단체장이 시정조치를 하도록 강제할 제도적 장치도 마련되어 있지 않아 그 실효성을 확보하는데 어려움이 있다는 비판도 있다.¹⁹⁾

이에 대해 정부가 주민감사청구전치주의를 택한 이유는, 행정기관의 전문적 지식을 활용하고, 소송에 비해 간이·신속한 처리로 시간과 비용 면에서 경제적이라는 이유 외에도, 주민소송은 위법한 행위에 한해 제기할 수 있지만 감사청구는 부당한 사항에 대해서도 가능하다는 점에서 주민의 권익보호를 한층 강화할 수 있고, 패소될 사건에 관해 먼저 감사기관을 통해 법적인 판단을 구할 수 있어 불필요한 소송비용의 낭비를

Magazine 30권, 한국지방재정공제회, 2016.6, 121쪽.

17) 별지 부록 “지방자치법 제16조 제1항에 따라 각 ‘조례’에서 정하는 감사청구에 필요한 주민 수”의 각 표 참조.

18) 행정자치부, 앞의 게시자료 [통계] 참조.

19) 박효근, 앞의 논문, 125쪽.

방지할 수 있다는 등의 이유를 들고 있다.²⁰⁾ 2006년부터 2014년까지 우리나라에서 지방자치단체를 상대로 한 주민감사청구가 총 205건²¹⁾인데 반하여, 주민소송은 33건 정도로 감사청구를 한 경우 중 약 84%가 주민소송으로 나아가지 않은 점에 비추어 주민감사청구를 통해 어느 정도 문제가 해결되는 것으로 볼 수도 있다. 그러나 그렇다고 하더라도 감사청구를 제기하는 건수 자체가 일본에 비해 현격히 차이가 나는 점은 우리 주민감사청구제도가 그 기능을 수행하지 못하고 있고 나아가 주민소송의 기능까지 저해하고 있음을 시사한다.

따라서 감사청구전치주의를 취한다고 하더라도 이를 반드시 거치도록 하는 것이 아니라, 책임의 소재나 자료 등을 확보하기 위해 필요한 경우와 같이 주민이 감사청구를 거치기를 원하는 경우 임의적으로 거치도록 하여야 하고, 감사청구에 필요한 주민수의 제한을 삭제하여 단 1명의 주민이라도 이를 할 수 있도록 개정하거나 최소한 인구가 적은 지역의 경우 감사청구에 필요한 주민 수를 대폭 낮추는 것으로 변경할 필요가 있다.

2. 주민감사청구기간

지방자치법상 주민소송을 제기하기 위해서는 위에서 본 바와 같이 주민감사청구를 거쳐야 한다. 그런데 주민감사청구는 당해 사무처리가 있었던 날이나 끝난 날부터 2년이 지나면 이를 제기할 수가 없다.²²⁾ 따라서 주민소송을 제기하고자 하는 행위가 있는 후 2년이 넘으면 주민소송을 제기할 수 없는 것이다. 그러나 지방자치단체의 장 또는 직원의 위법·부당한 행위가 있었는지 여부는 그 결과가 발생한 때에야 주민들에게 알려지기가 쉽고, 당해 위법·부당한 행위를 한 지방자치단체의 장이나 직원이 이를 고의로 은폐한 경우에는 그 사실이 알려지기가 더 어려울 것이다. 그러한 경우 주민감사청구 기간을 놓칠 우려가 다분하다. 또한 지방자치단체가 갖는 손해배상청구권이나 부당이득반환청구권의 시효기간이 5년이라는 점을 감안할 때에도, 당해 행위가 있었거나 끝난 날로부터 2년 내에 주민감사청구를 하도록 제한하는 것은 지나치게 짧은 기간을 허여하는 것이다.

2005년 1월 27일 시행된 지방자치법 개정법률안이 처음 정부에서 국회에 제출되었을

20) 김용찬/선정원/변성완, 앞의 책, 97쪽.

21) 함인선, 앞의 논문, 121쪽 <표 6> 참조.

22) 지방자치법 제16조 제2항.

때는 주민감사의 청구기간을 5년으로 정하고 있었다. 그러나 이에 관하여도 국회에서 의견대립이 심하여 국회 법안심사소위원회에서 절충안으로 2년으로 정하였고, 일본이 감사청구기간을 1년으로 정한 점을 고려하여 그대로 가결되었다.²³⁾ 그러나 일본 지방자치법이 감사청구기간을 1년으로 정하고 있다 하더라도, ‘정당한 이유’가 있으면 그 기간을 도과한 후에도 감사청구를 할 수 있도록 규정하고 있다.²⁴⁾ 일본 최고재판소는 여기서 ‘정당한 이유’의 유무는, 특단의 사정이 없는 한, “보통지방공공단체의 주민이 상당한 주의력을 가지고 조사를 한 경우에 객관적으로 봐서 해당행위를 아는 것이 가능한지 아닌지, 또, 해당행위를 아는 것이 가능하다고 인정되는 때로부터 상당한 기간 내에 감사청구를 했는지 여부에 의해서 판단해야 하고, 당해행위가 비밀리에 행해진 경우에 한정하지 않고, 보통지방공공단체의 주민이 상당한 주의력을 가지고 조사를 다해도 객관적으로 봐서 감사청구를 하기에 부족할 정도로 당해행위의 존재 또는 내용을 아는 것이 어려운 경우에도 마찬가지라고 해석해야 한다.”고 판시한 바 있다.²⁵⁾

결국 일본의 경우 감사청구기간이 도과하더라도 예외적으로 감사청구 및 주민소송을 제기할 수 있음에 반하여, 한국은 예외를 두지 않아 어떠한 경우라도 2년이 도과하면 더 이상 그 위법·부당한 행위를 통제할 수 없게 된다. 이에 대하여 한국의 감사청구기간도 해석상 예외를 인정하여야 한다는 견해²⁶⁾도 있으나, 법조문에 반하여 예외를 인정하는 것은 바람직하지 않고 법의 개정을 통하여 해결하여야 한다고 본다. 즉, 일본과 같은 예외를 인정하거나 최소한 당해 행위가 있었던 날로부터 5년 이내에 주민감사청구를 할 수 있도록 지방자치법을 개정하여야 할 것이다.²⁷⁾

3. 제4호 소송의 ‘의무이행소송 구조’

3.1 의무이행소송 구조 및 일본의 지방자치법 개정

지방자치법 제17조 제2항 제4호는 “해당 지방자치단체의 장 및 직원, 지방의회의원,

23) 제250회 정기국회, 행정자치위원회 제14차 회의 국회회의록(2004.12.8.).

24) 일본 지방자치법 제242조 제2항.

25) 最高裁判所 2002. 9. 12. 民集 56卷 7号 1481頁; 宇賀克也, 앞의 책, 341쪽에서 재인용.

26) 함인선, 주민소송-이론과 사례- 개정판, 전남대학교출판부, 2012, 59-60쪽.

27) 함인선, 앞의 논문, 123쪽; 박효근, “주민소송제도의 현황 및 향후 과제”, 한양법학 제23권 제4집(통권 40집), 한양법학회, 2012.11, 128쪽.

해당 행위와 관련이 있는 상대방에게 손해배상청구 또는 부당이득반환청구를 할 것을 요구하는 소송. 다만, 그 지방자치단체의 직원이 회계관계직원 등의 책임에 관한 법률 제4조에 따른 변상책임을 져야 하는 경우에는 변상명령을 할 것을 요구하는 소송”이라고 규정하고 있다. 즉, 제4호 소송은 손해배상의무 또는 부당이득반환의무가 있는 당해 지방자치단체의 장이나 직원 등을 상대로 소를 제기하는 것이 아니라, 지방자치단체의 장을 상대로 ‘의무자에게 그 의무의 이행을 구할 것’을 요구하는 소송이다. 따라서 1단계로 이와 같은 주민소송을 제기하고, 원고가 승소하면 2단계로 지방자치단체의 장이 판결의 취지에 따라 의무자에게 이행을 구하는 소를 제기하여야 한다.

한국 주민소송제도의 모델이 된 일본 주민소송도 제4호 소송에서 한국과 동일하게 의무이행소송의 형식을 취하여 2단계의 소송을 하는 구조로 규정하고 있다.²⁸⁾ 그러나 이와 같은 구조를 취한 것은 2002년 지방자치법 개정을 통해서이고, 그 이전에는 그 책임이 있다고 보이는 지방공공단체의 장이나 직원 등을 직접 상대로 손해배상이나 부당이득반환을 청구하는 대위소송의 형태였다는 점은 앞서 본 바와 같다. 제4호 소송을 의무이행소송으로 개정한 이유에 관하여 지방공공단체의 집행기관으로서의 설명책임이 충분히 완수되지 않는 것이 아닌가, 또 단체로서 위법행위 시정을 향한 조직적인 대응이 이루어 질 수 없는 것은 아닌가 하는 문제가 존재했기 때문이라고 한다.²⁹⁾ 이에 대해 위법행위의 억제효과가 현저히 저하하게 되었다는 등의 이유로 크게 비판하면서 다시 개정 전의 대위소송의 형식을 취하자는 견해³⁰⁾도 있다. 이 견해는, 2002년 개정의 실제 숨겨진 이유는 피고가 된 단체장과 직원의 소송부담을 경감시키려는 것이었는데, 이것이 지나치게 유효하게 기능하여 개정 후 실질적으로 이들에 대한 2차 소송은 가능하지 않게 되었음이 분명하다고 하며, 피고가 단체장이나 직원이 아닌 기업인 경우에는 지방자치단체가 이들을 지켜 줄 이유가 없고, 오히려 반대라고 하면서 이는 주민소송을 후퇴시키는 개악이고, 위험적인 개정이라고까지 주장한다.³¹⁾ 이러한 비판은 한국의 지방자치법에도 그대로 적용할 수 있다.

28) 일본 지방자치법 제242조 제2항 제4호.

29) 地方自治制度研究會 編集, 改定住民訴訟制度 逐條解説, ぎょうせい, 2002, 36-37쪽.

30) 阿部泰隆, 앞의 책, 42쪽.

31) 阿部泰隆, 위의 책, 81-82쪽.

3.2 의무이행소송 구조로 인한 모순의 발생

먼저 지방자치단체의 장을 피고로 하여 제4호 소송을 제기하는 경우, 원고인 주민과 피고인 지방자치단체측은 서로 적대적인 관계에 서게 된다.³²⁾ 지방자치단체는 피고가 된 입장에서 소송에서 이기기 위해 최선을 다 하게 될 것이다.³³⁾ 따라서 경우에 따라서는 필요한 자료를 제출하지 않고 사실을 은폐하려고 하는 일도 발생할 우려가 있다. 또한 본래 책임을 부담하여야 하는 지방자치단체의 장 또는 직원은 지방자치단체의 구성원으로서, 소송을 수행하는 직원은 이들을 감싸줄 수밖에 없게 된다. 제4호 소송이 지방자치단체의 손해배상청구권을 행사하는 것임에도 불구하고, 지방자치단체가 그 손해배상청구권을 적극적으로 부정하는 모순적인 상황이 발생하는 것이다.

한편 그 책임을 부담하는 것으로 보이는 자가 기업 등 제3자일 경우에는, 지방자치단체가 이들을 위하여 소송을 해 주어야 하는 이유를 찾기도 어렵게 된다. 지방자치단체의 장 또는 직원이 그 책임의 주체라고 한다면, 불필요한 소송으로부터 그 부담을 덜어 주고, 안심하고 적극적으로 공무를 수행할 수 있도록 한다는 목적이 있다. 그러나 기업 등 제3자가 책임의 주체인 경우에는 지방자치단체가 그 부담을 덜어 줄 하등의 이유가 없는 것이다.

3.3 의무이행소송 구조에 따른 지방자치단체와 직원 등의 타협 우려

제4호의 주민소송이 원고 주민의 승소로 확정된 후, 2단계로 지방자치단체의 장이나 직원에 손해배상 또는 부당이득반환을 청구하는 소를 제기할 때 이른바 담합소송, 즉 지방자치단체의 장과 직원이 원고 및 피고가 되어 서로 봐주기 식의 타협적인 소송으로 전력할 우려가 있다는 견해도 있다.³⁴⁾ 실제로 일본에서는, 주민소송의 계속 중 지방공공단체의 지방의회가, 일본 지방자치법 제96조 제1항 제10호³⁵⁾에 근거하여, 배상청구권

32) 김치환, “일본 주민소송제도의 대상에 관한 고찰 - 신4호청구를 중심으로”, 경희법학 제39권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 2004, 73쪽.

33) 실제 일본에서 학자이자 변호사로서 주민소송의 변론을 다수 수입하여 진행하였던 阿部泰隆은 주민소송을 제기당한 지방공공단체가 “주민에의 책임이라든지, 정의라든지, 객관적 중립성이라든지는 어디에 두고, 여하튼 이기기 위해 ‘전력주의’로 증거를 숨기고, 말을 맞추는 등, 무엇이든 하는 악질적인 당사자”로 소송에 임함을 비판하였다. - 阿部泰隆, 앞의 책, 90쪽.

34) 김치환, 앞의 논문, 73쪽.

35) 일본 지방자치법 제96조 제1항 제10호는 지방의회의 의결 사항으로서 “법률 혹은 그에 근거한 명령이나

등을 포기한다고 하는 의결을 하여, 그 지방의회 의결의 적법여부 및 효력유무가 법원에서 다투어진 사실이 있다.³⁶⁾ 그 지방의회 의결의 효력에 관해 학설이 대립되고, 하급심 판결도 그 지방의회 의결의 효력을 인정한 것과 인정하지 않은 것이 있지만, 2012년경 일본 최고재판소에서 그 효력의 유무를 판단하는 기준을 제시한 판결이 나오면서 실무상으로는 논쟁이 일단락되었다.³⁷⁾ 이후 이 문제를 입법적으로 해결하기 위해 지방자치법 개정이 논의되고 있음은 앞서 본 바와 같다.

이와 같은 문제는, 제4호 소송에서 동일한 구조를 취하는 한국에서도 마찬가지로 발생할 수 있다. 즉 지방의회 의결이 지방자치법 제39조 제1항 제8호³⁸⁾에 따라 권리를 포기할 가능성을 배제할 수 없다. 생각건대, 그 지방의회가 지방자치단체의 장 또는 직원 등에 대한 손해배상청구권이나 부당이득반환청구권을 포기하는 의결을 하는 구체적인 사정은 저마다 다를 것이지만, 그러한 사정은 주민소송의 재판 과정에서 충분히 고려가 될 것이다. 무엇보다도 한국 법원은 제4호 소송에서 그 책임을 인정함에 있어 매우 엄격하게 판단을 하고 있어, 그 위법성 또는 귀책이 현저히 중한 경우가 아닌 한 책임이 인정되기 어렵다.

구체적인 사안을 들면, 지방의회 의원들에게 월정 수당을 지급하는 것에 관한 사무처리가 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다는 이유로 주민들이 제4호 소송을 제기한 사안에서, 대법원은 “월정수당을 정하는 절차가 형식적인 절차를 거친 것에 불과해 실질적으로 그 절차를 거치지 않은 것과 다름없다고 볼 정도에 이르지 않았다면 위법하다고 볼 수 없다.”고 판시³⁹⁾한 바 있다. 또한 손해의 발생 사실은 물론 그 구체적인 손해액수에 대해서도 원고들에게 증명책임을 부과하고 있고,⁴⁰⁾ 제4호 소송에서 위법한 행위를 한

조례에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고, 권리를 포기하는 것”을 규정하고 있다.

36) 阿部泰隆, 앞의 책, 350-354쪽.

37) 最高裁判所 2012. 4. 20. 判時 2168号 45頁, 最高裁判所 2012. 4. 23. 民集 66卷 6号 2789頁 (일본 최고재판소는, “주민소송의 대상이 된 손해배상청구권 또는 부당이득반환청구권이 인정되는 경우는 다양하고, 개개의 사안마다 당해청구권의 발생원인인 재무회계행위 등의 성질, 내용, 원인, 경위 및 영향, 당해 의결의 취지 및 경위, 당해 청구권의 포기 또는 행사의 영향, 주민소송이 계속 중인지 여부 및 경위, 사후의 상황 그 밖의 제반 사정을 종합적으로 고려하여, 그것을 포기하는 것이 보통지방공공단체의 민주적 또한 실효적인 행정운영의 확보를 취지로 하는 지방자치법의 취지 등에 비추어 불합리하여 의회의 재량권의 범위를 일탈·남용한 것에 해당한다고 인정되는 때에는, 그 의결은 위법하고, 당해 포기는 무효가 된다고 해석하는 것이 상당하고, 당해 공금의 지출 등의 재무회계행위 등의 성질 내용 등에 관하여는, 그 위법사유의 성격과 당해 직원 또는 당해 지출 등을 수령한 자의 귀책성 등이 고려의 대상이 되어야 한다.”고 판시하였다).

38) 지방자치법 제39조(지방자치회의 의결사항) ① 지방의회는 다음 사항을 의결한다.

8. 법령과 조례에 규정된 것을 제외한 예산 외의 의무부담이나 권리의 포기

39) 대법원 2014. 5. 16. 선고 2011두9324 판결.

공무원에 대하여 손해배상책임을 청구하도록 하기 위해서는 국가배상법에서 정한 것과 같이 고의나 중과실이 인정되어야 한다고도 판시하였다.⁴¹⁾ 이와 같이 제4호 소송을 판단함에 있어 법원이 매우 엄정한 요건을 요구하기 때문에 2006년 시행 이후 현재까지 주민이 승소한 경우는 단 한 건에 불과하다.⁴²⁾ 따라서 법원의 엄격한 판단을 통해 인정한 손해배상 또는 부당이득반환책임을 지방의회가 의결로 그 마저 포기하는 것이 가능하다고 한다면, 현실적으로 주민소송 제도가 그 기능을 발휘 할 수 없게 되므로 그 의결은 위법·무효로 보아야 한다고 본다.⁴³⁾

결국 제4호 소송에 따른 손해배상청구권이나 부당이득반환청구권을 포기하는 지방의회 의결은, 법원이 이미 그 청구권을 인정한 경우 그 판단을 전복시키게 되어 삼권분립에 반하며,⁴⁴⁾ 아직 법원이 판결을 하지 않은 경우 미리 지방의회가 의결로 그 권리를 포기하는 것은 주민들이 주민소송을 제기하는 것 자체를 봉쇄하므로 주민소송을 무(無)로 돌려 주민소송제도를 그 근저에서 부정⁴⁵⁾하는 것이 되어 허용할 수 없다.

3.4 증명책임의 문제

위에서 본 바와 같이, 제4호 소송의 손해배상청구를 인정함에 있어 법원은 원고 주민에게 일반 불법행위책임과 같은 증명책임을 부담시키고, 당해 공무원에게는 고의 또는 중과실이 있는 경우에 한하여 그 책임을 인정하고 있다. 그러나 원고 주민들이 지방자치단체 내부의 상황을 잘 알기는 어렵고 모든 증거는 지방자치단체 내부에 있을 것이므로, 원고 주민들에게 증명책임을 그대로 부과하는 것은 타당하지 못하다. 특히 제4호 소송이, 주민들이 지방자치단체를 대신하여 제기하는 것임에도 불구하고, 지방자치단체 측이 아닌 원고 주민들에게 증명책임을 부과하게 되는 불합리가 발생하는바, 이는 의무이행

40) 서울행정법원 2010. 7. 23. 선고 2009구합44287 판결. 이에 대해 원고들이 항소했으나 항소취하간주로 위 판결이 확정되었다.

41) 대전지방법원 2008. 5. 14. 선고 2007구합2038 판결. 원고가 항소 및 상고하였으나, 대법원에서 심리불속행기간 결정을 하여 원고패소판결이 확정되었다.

42) 앞의 ‘주민소송 운용현황’ 참조.

43) 동일한 취지로 법원의 확정판결에 의하여 지방자치단체에 제4호 청구에 따른 권리가 인정된 경우, 지방의회의 포기 의결을 하더라도 그 권리가 소멸하지 않고, 주민소송 제기 이전에 지방의회 의결로 권리를 포기한 경우에도 제4호 소송을 제기할 수 있다고 해석하여야 한다는 견해에 함인선, 앞의 책, 213쪽.

44) 東京高等裁判所 2009. 12. 24. 判例自治 335号 10頁 참조.

45) 大阪高等裁判所 2009. 11. 27. 民集 66卷 6号 2738頁 참조.

소송으로 구성하고 있는 제4호 소송의 구조 때문이다. 만약 일본의 구 지방자치법처럼 대위소송으로 구성한다면, 원고 주민들이 제기한 제4호 소송에 지방자치단체가 원고 주민들 편에 보조참가하여 소송을 도울 수 있게 되는바, 증거의 편재에 따른 증명의 어려움도 해결된다.

3.5 소결

일본 지방자치법상 제4호 소송을 현행과 같이 개정한 가장 실질적인 이유 중 하나는, 지방공무원들의 소송에 대한 과도한 부담 때문이다. 그러나 제4호 소송을 의무이행소송으로 변경함으로써 실질적으로 제4호 소송이 그 기능을 발휘하기 힘들고, 지방자치단체와 의무를 부담하는 지방자치단체의 장 또는 직원이 결탁하여 주민소송을 무위로 돌리는 일마저 발생할 수 있는바, 그 근본적인 원인은 제4호 소송의 잘못된 구조에서 찾을 수 있다. 따라서 위와 같은 문제를 해결하기 위해서는 제4호 소송을 대위소송으로 개정하는 것이 최선책이라 할 것이고, 공무원에게 과도한 부담을 지게 하여 적극적으로 공무를 수행하지 못하게 되는 등의 문제는, 공무원들을 위한 변호사지원제도를 마련하고 책임보험가입 등의 지원을 통하여 해결할 수 있을 것이다.⁴⁶⁾ 설령 대위소송으로 변경하지 않는다고 하더라도, 원고의 증명책임을 전환 내지 완화하거나, 지방자치단체 측의 소송담당자를 객관적이고 공정한 지위에 있는 자(예를 들면 외부감사)로 선정하는 방법 등을 통해 제4호 소송의 구조상의 문제점을 해결하여야 할 것이다.

4. 주민소송 대상과 위법성의 승계론

현행 지방자치법상 주민소송의 대상은 재무회계행위에 국한된다. 그러나 1949년 7월 4일 제정된 구 지방자치법 제153조, 제154조에서 정한 주민소송제도는, 재무적 사항에 한정하지 않고, 조례, 명령, 처분을 대상으로 하여 일반적인 지방행정의 적정성을 도모한 제도였다. 2006년 1월 1일 시행된 현행 지방자치법상 주민소송은 일본의 주민소송을 모델로 하여 만들어지면서, 일본과 마찬가지로 그 대상을 재무회계행위로 한정하였다.

46) 제4호 소송을 대위소송으로 변경하되 지방자치단체가 피소당한 공무원을 위해 전적으로 변호사 비용을 부담하도록 규정하고, 결과에 따라 당해 공무원에 유책사유가 있는 경우 이를 환수하는 방안 등을 제시한 견해로 阿部泰隆, 앞의 책, 98쪽.

이와 같이 주민소송의 대상이 재무회계행위에 한정되지만, 현대 대부분의 행정작용은 사실 재무적 사항과 관련되지 않을 수가 없고, 그에 따라 주민소송의 대상을 확장하고자 하는 논의가 있다.

즉, 일반 행정작용에 공금의 지출이 수반되는 경우가 많고, 그 후행하는 공금의 지출은 중립적 성격을 띠게 되므로 선행행위의 위법성이 후행행위에게까지 승계되어, 선행행위가 위법함을 이유로 후행하는 공금의 지출 즉 재무회계행위를 주민소송의 대상으로 삼아 선행행위의 위법성을 심사할 수 있는지 논란이 있다. 이것이 주민소송에서 위법성의 승계 문제이다. 이 때 제4호 청구 소송인 손해배상청구 소송을 제기하는 경우가 많기 때문에⁴⁷⁾ 통상 행정법에서 논의되는 위법성 승계 문제와는 구별된다. 즉, 통상의 행정법상 위법성(하자)의 승계로 논의될 때는, 취소소송에서 선행 행정행위에 불가쟁력이 발생하여 다룰 수 없을 때 후행행위를 다룰 수 있을 것인가의 문제이지만, 주민소송에서 위법성의 승계 논의는 대부분 지방자치단체장이나 직원을 상대로 손해배상청구를 하는 경우에 발생하였다. 이에 관하여는 일본의 최고재판소 판례가 많이 축적되어 있고, 한국의 주민소송에도 큰 영향을 미치고 있다. 따라서 일본 최고재판소 판결을 먼저 검토하고, 한국 대법원 판결의 경우를 살펴보기로 한다.

4.1 일본 최고재판소 판례의 동향

종래 일본 최고재판소 판결은 위법성의 승계를 인정하였다. 일본 최고재판소는 “재무 회계행위가 위법이 되는 것은, 단순히 그 자체가 직접 법령에 위반하는 경우 뿐 아니라, 그 원인이 되는 행위가 법령에 위반하여 허용될 수 없는 경우의 재무회계상의 행위도 또한, 위법이 된다.”고 판시⁴⁸⁾하였다. 이에 따라 일본은 주민소송을 널리 지방행정의 적정한 운영을 확보하는데 사용한다고 보아, 이를 ‘비재무적사항의 간접통제’ 또는 ‘주민소송의 확장’이라고 표현하기도 하고,⁴⁹⁾ 일정부분 항고소송의 대체적 기능까지 하는

47) 앞의 행정자치부 홈페이지 게시자료 ‘주민소송 운용현황’에 의하면, 제4호 소송인 손해배상청구 또는 부당이익 환수요구가, 전체 33건 중 27건에 이르러, 제4호 소송이 81%를 넘는다. 일본도 마찬가지이다. - 宇賀克也, 앞의 책, 364쪽 참조.

48) 最高裁判所 1977. 7. 13. 民集 31卷 4号, 533頁; 最高裁判所 1982. 7. 13. 判タ(判例タイムズ, 이하 같다) 478号 141頁; 最高裁判所 1983. 7. 15. 判タ 1089号 36頁; 最高裁判所 1985. 9. 12. 判タ 572号 54頁; 最高裁判所 1998. 4. 24. 判タ 973号 116頁; 神山智美, “道知事による道路事業負擔金支出が財務會計上の義務に違反しないとされた事例”, 新・判例解説 Watch 第15卷, 2014.10, 310쪽에서 재인용.

49) 김용찬/선정원/변성완, 앞의 책, 71쪽.

결과가 된다고도 하면서⁵⁰⁾ 우리 지방자치법상 주민소송도 위법성의 승계를 인정하자는 견해⁵¹⁾가 있었다.

다른 한편, 원칙적으로 선행행위의 위법성을 주민소송을 다룰 수 없다고 판시하면서, 그 이유를 선행행위와 재무회계행위를 하는 것은 별개이고, 또는 선행행위가 수장으로 부터 독립성을 가진 기관에 의해 행해진 사례에서 수장은 당해 처분을 존중해서 그 내용에 응해 재무회계상의 조치를 취할 의무가 있는 것으로 보기 시작한 일본 최고재판소 판결도 있다.⁵²⁾ 일본 최고재판소는 지방자치단체 직원에 대한 4호의 손해배상청구에 관하여 “재무회계상의 행위를 행할 권한을 가진 당해 직원에 대해 직무상의 의무에 위반한 재무회계행위에 의한 당해 직원 개인으로서의 손해배상책임의 이행은 구하는 것에 지나지 않기 때문에”, “선행하는 원인행위에 위법사유가 존재하는 경우라고 하더라도, 그 원인행위를 전제로 해서 행해진 당해 직원의 행위 자체가 재무회계법규상의 의무에 위반하는 위법이 있는 경우에 한한다고 해석하는 것이 상당하다.”고 판시하였다.⁵³⁾ 또한 재무회계상의 행위자에게 선행행위를 시정할 권한이 부여되어 있지 않은 것을 이유로 들기도 한다.⁵⁴⁾ 이와 같은 일본 최고재판소의 변화에 대하여, 일본 최고재판소가 ‘위법성의 승계’와는 일을 단절된 입장을 취하는 것으로 평가하기도 한다.⁵⁵⁾ 이러한 최근 일본 최고재판소 판례에 의할 때, 주민소송에 있어 비재무회계행위의 통제를 일반적으로 인정하는 것은 아니라 할 것⁵⁶⁾이나, 각 사안의 구체적인 경우가 달라, 일본 최고재판소가 더 이상 위법성의 승계를 인정하지 않는 것인지는 더 검토가 필요하다고 생각한다.

즉, 종래 위법성의 승계를 인정한 최고재판소 판결은, 선행행위인 비재무회계행위가 후행행위인 재무회계행위의 직접적인 원인이 되고 양 행위를 모두 같은 기관이 한 경우로서, 선행행위가 위법한 경우 후행행위에 따른 손해를 배상하도록 한 것이었다. 변화된

50) 김지선, “주민소송제도의 문제점과 개선방안”, 공법학연구 제11권 제4호, 한국비교공법학회, 2010.11, 178쪽.

51) 박효근, 앞의 논문, 129쪽; 김지선, 앞의 논문, 184쪽; 이에 대해 지방자치단체에 손해가 긍정된다면 일단 재무회계행위의 위법성은 인정되고 후행행위자의 책임은 고의·과실로 별도로 판단하자는 견해로 김지환, 앞의 논문, 339쪽.

52) 最高裁判所 1992. 12. 15. 判例自治 114号 62頁; 最高裁判所 2003. 1. 17. 判時 1813号 64頁; 神山智美, 앞의 논문, 310쪽에서 재인용.

53) 위 最高裁判所 1992. 12. 15. 判例自治 114号 62頁; 最高裁判所 2013. 3. 21. 民集 67卷 3号 375頁 참조.

54) 最高裁判所 2005. 3. 10. 判時 1894号 3頁; 神山智美, 앞의 논문, 310쪽에서 재인용.

55) 함인선, “주민소송에 있어서의 ‘위법성의 승계’에 관한 검토”, 공법연구 제42집 제4호, 한국공법학회, 2014.6, 363쪽.

56) 神山智美, 앞의 논문, 310쪽.

최근 일본 최고재판소 판결은, 선행행위와 재무회계행위를 행한 주체가 다르고, 선행행위가 지방공공단체 장으로부터 독립성을 가진 기관에 의해 행해진 사례에 있어서 선행행위 그 자체의 위법은 원칙적으로 주민소송에서 다룰 수 없다고 판시한 것으로 종래의 사안과는 경우가 다르다.⁵⁷⁾ 또한 종래의 최고재판소 판결은 재무회계행위의 권한자가 원인행위의 시정권한을 갖고, 또한 위법한 원인행위의 상대방의 이익보호가 필요하다고 해석되지 않는 경우에 재무회계행위의 권한자에 대해 위법한 원인행위의 시정의무를 일반적으로 인정하여, 즉 위법한 원인행위에 기초한 재무회계행위를 행해서는 안 된다는 재무회계법규상의 의무를 인정하고, 그 이외의 경우에 대해서는 원인행위의 하자가 중대한 경우 등 일정한 경우에만 한정하여 그러한 재무회계법규상의 의무를 긍정하는 것이라고 이해할 수 있다는 견해⁵⁸⁾도 있다.

한편, 제4호 소송 중 손해배상을 청구하는 소송에서는, 선행행위가 위법하면 그 위법성이 후행행위에 승계된다고 하지 않더라도, 선결문제의 관점에서 선행행위의 위법성 이유로 손해배상을 청구할 수 있기 때문에 위법성의 승계를 논할 필요가 없다고 하는 견해⁵⁹⁾도 유력하다. 손해배상을 청구하는 주민소송을 선결문제로 구성하면, 민사법원이 손해배상 청구소송에서 이미 불가쟁력이 발생하여 강력한 공정력을 가진 행정처분도 그 위법 여부를 심리하여 손해배상의무를 인정해 온 점에 비추어, 주민소송에서 선행행위의 위법을 심리하는 것도 논리적으로 충분히 가능하다고 본다.⁶⁰⁾ 그러나 선결문제로 구성한다고 하더라도 손해배상청구 소송이 아닌 그 이외의 주민소송의 경우 여전히 위법성의 승계 문제가 남는다.⁶¹⁾

57) 宇賀克也, 앞의 책, 358쪽.

58) 土井 翼, “普通地方公共團體が締結した支出負擔行為たる契約が違法であっても司法上無効がない場合において當該契約に基づく債務の履行としてされた支出命令の適法性”, 法學協會雜誌 133卷1号, 2016.1. 137-138쪽.

59) 阿部泰隆, 앞의 책, 490쪽.

60) 김치환, “주민소송의 대상”, 행정판례연구 제18-1권, 2013, 321-323쪽.

61) 그런데 위법성의 승계가 문제된 일본 최고재판소 판결은 모두 제4호 소송인 손해배상청구 소송이었다. 따라서 손해배상청구가 아닌 경우에도 일본 최고재판소 판결이 동일하게 적용될 것인지는 의문이다. 특히 위 판시내용과 같이 최고재판소가, 제4호 청구에 따른 손해배상청구가 당해 직원 개인으로서의 손해배상 의무의 이행을 구하는 것에 지나지 않기 때문에 그 직원 스스로의 재무회계법규상의 의무 위반을 요구하는 것이라는 취지로 판시하였기 때문에, 당해 직원 개인의 책임을 묻는 경우가 아니면 선행행위의 위법성의 승계를 인정할 여지가 여전히 남아 있는 것이다.

4.2 대법원 2011. 12. 22. 선고 2009두14309 판결

한국 대법원도 위 최근 일본 최고재판소의 판례⁶²⁾와 유사한 판결을 한 바 있다. 이 사건은 성남시장이 도로확장공사계획을 수립하고, 건설회사와 공사도급계약을 체결하여 공정을 마무리 하였으나, 해당 도로가 군용항공기지법에 반하여 개설되었다는 이유로 개통이 취소되자, 성남시 주민들이 예산 낭비를 이유로 제4호 청구의 주민소송을 제기한 사건이다. 이 사건에서 주장하는 위법성은 재무회계행위인 공사도급계약이나 공사대금의 지출 부분이 아니라, 선행행위이자 비재무회계행위인 도로확장공사계획에서 발생한 것이다.

먼저 대법원은 원칙적으로 주민소송의 대상이 되는 지출원인행위에서 나아가, 그에 선행하여 지출원인행위를 수반하게 하는 당해 지방자치단체의 장 및 직원, 지방의회 의원의 결정 등과 같은 행위는 주민소송의 대상이 아니라고 본다. 그러나 “선행행위가 현저하게 합리성을 결하여 그 때문에 지방재정의 적정성 확보라는 관점에서 지나칠 수 없는 하자가 존재하는 경우에는 지출원인행위 단계에서 선행행위를 심사하여 이를 시정해야 할 회계관계 법규상 의무가 있다고 보아야 한다.”고 판시하면서, “이러한 하자를 간과하여 그대로 지출원인행위 및 그에 따른 지급명령·지출 등 행위에 나아간 경우에는 그러한 지출원인행위 등 자체가 회계관계 법규에 반하여 위법하다고 보아야 한다.”고 판시하였다. 그리고 위법사유가 존재하는지 판단할 때 기준으로 “선행행위와 지출원인행위의 관계, 지출원인행위 당시 선행행위가 위법하여 직권으로 취소하여야 할 사정이 있었는지 여부, 지출원인행위 등을 한 당해 지방자치단체의 장 및 직원 등이 선행행위의 위법성을 명백히 인식하였거나 이를 인식할 만한 충분한 객관적인 사정이 존재하여 선행행위를 시정할 수 있었는지 등”을 들고 있다.

위와 같이 대법원은 일정한 요건 하에, 재무회계행위를 하는 자가 선행행위의 하자를

62) 最高裁判所 2008. 1. 18. 判タ 1261号 145頁 - “선행취득의 위탁계약이 사법상 무효가 아니지만, 이것이 위법하게 체결된 것으로서 당해 보통지방공공단체가 그 취소권 또는 해제권을 가지고 있을 때나 당해 위탁계약이 현저하게 합리성을 결하여 그 체결에 예산집행의 적정확보의 견지로부터 간과할 수 없는 하자가 존재하고, 또한 객관적으로 볼 때 당해 보통지방공공단체가 당해 위탁계약을 해소할 수 있는 특수한 사정이 있을 때에도 당해 보통지방공공단체의 계약체결권자는 이들 사정을 고려하지 않고 만연히 위법한 위탁계약에 근거하는 의무의 이행으로서 매수를 위한 매매계약을 체결해서는 안 된다고 하는 재무회계법규상의 의무를 진다고 해석하여야 하며, 계약체결권자가 그 의무에 위반하여 매수를 위한 매매계약을 체결하면, 그 체결은 위법한 것으로 된다고 하여야 한다.”, 함인선, “주민소송에 있어서의 ‘위법성의 승계’에 관한 검토”, 360-361쪽에서 재인용.

간과한 경우 후행 재무회계행위의 위법성을 인정할 수 있다고 본 것이다. 그러나 당해 사건에서는 선행행위인 도로확장계획 등에 일부 위법사유가 존재하더라도 현저하게 합리성을 결하여 지출원인행위인 공사도급계약 체결에 지나칠 수 없는 하자가 있다고 보기 어렵고, 공사도급계약 체결 단계에서 선행행위를 다시 심사하여 이를 시정해야 할 회계관계 법규상 의무를 위반하여 그대로 지출원인행위 등으로 나아간 경우에 해당한다고 보기 어렵다는 이유로, 원고 주민들의 청구를 기각한 원심판결이 정당하다고 보았다.

이 사안에서 선행행위인 도로확장계획을 한 자와 공사도급계약을 체결한 자는 모두 성남시장으로 동일하였다. 그럼에도 불구하고 선행행위에는 위법성이 있지만, 이를 실행하기 위하여 재무회계행위를 할 때에는 아무런 위법이 없다고 보는 것은 쉽게 납득이 가지 않는 면이 있다.⁶³⁾ 도로확장계획을 하였으나 실제로는 그 확장한 도로를 사용할 수 없는 하자는, 도로공사계약의 체결을 좌우할 만한 중대한 문제라고 하지 않을 수 없다. 도로확장계획을 한 자가 이를 간과하고 체결한 도로공사계약은 그 계약을 착오를 이유로 취소할 정도의 중요부분의 하자가 될 것임에도, 회계관계 법규상의 의무 위반이 없어 위법하지 않다고 본 것이다. 여기서 회계관계 법규상의 의무가 구체적으로 무엇을 말하는지 대법원이 실시하고 있지는 않으나, 지방회계법⁶⁴⁾ 및 회계관계직원 등의 책임⁶⁵⁾에 관한 법률에서 정한 의무를 생각할 수가 있을 것이다. 그러나 이와 같은 회계관계 법규는 회계관계직원의 의무를 규정하고 있어, 출납을 직접 담당하는 실무직원 또는

63) 위 사건에 관하여, 선행행위를 한 자의 고의·과실과 후행 재무회계행위를 한 자의 고의·과실을 모두 심판하여야 함을 전제로, 선행행위와 후행 재무회계행위를 모두 한 성남시장은 후행 재무회계행위에 위법과 과실이 없다고 하더라도 선행행위에 위법과 과실이 있으므로 그 손해배상책임을 긍정할 가능성도 있다고 본 견해에 김치환, “주민소송의 대상”, 340쪽.

64) 지방회계법 제49조(회계관계공무원의 책임) 회계관계공무원의 책임에 관하여는 “회계관계직원 등의 책임에 관한 법률”에서 정하는 바에 따른다.

65) 회계관계직원 등의 책임에 관한 법률 제3조(회계관계직원의 의무) 회계관계직원은 법령, 그 밖의 관계 규정 및 예산에 정하여진 바에 따라 성실하게 직무를 수행하여야 한다.

제4조(회계관계직원의 변상책임) ① 회계관계직원은 고의 또는 중대한 과실로 법령이나 그 밖의 관계 규정 및 예산에 정하여진 바를 위반하여 국가, 지방자치단체, 그 밖에 감사원의 감사를 받는 단체 등의 재산에 손해를 끼친 경우에는 변상할 책임이 있다.

② 현금 또는 물품을 출납·보관하는 회계관계직원은 선량한 관리자로서의 주의를 게을리하여 그가 보관하는 현금 또는 물품이 망실(亡失)되거나 훼손(毀損)된 경우에는 변상할 책임이 있다.

③ 제2항의 경우 현금 또는 물품을 출납·보관하는 회계관계직원은 스스로 사무를 집행하지 아니한 것을 이유로 그 책임을 면할 수 없다.

④ 제1항 및 제2항의 경우 그 손해가 2명 이상의 회계관계직원의 행위로 인하여 발생한 경우에는 각자의 행위가 손해발생에 미친 정도에 따라 각각 변상책임을 진다. 이 경우 손해발생에 미친 정도가 분명하지 아니하면 그 정도가 같은 것으로 본다.

계약체결을 직접 담당한 직원과 같은 경우를 상정한 것이므로, 지방자치단체의 장에게 동 규정상의 의무를 운운하는 것은, 그 결론의 정당성 여부를 불문하고 일단 동의하기 어렵다.

또한 지방자치법 제17조 제1항은 일정한 재무회계행위를 대상으로 감사청구를 거쳐 ‘위법한 행위나 업무를 게을리 한 사실’에 대하여 주민소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있을 뿐, 그 위법이나 업무의 해태가 회계관계 법규를 위반하는 경우로 한정하고 있지 않다. 그럼에도 일본 최고재판소 및 이를 본 받은 우리 대법원이 위법성을 판단할 때 회계관계 법규 내지 재무회계 법규상의 의무를 위반한 경우만 위법하다고 보아⁶⁶⁾ 그 책임을 인정하는 것은, 주민소송의 인정범위를 지나치게 축소시키는 것으로 볼 여지도 있다.⁶⁷⁾ 특히 대법원은 “선행행위가 현저하게 합리성을 결하여 그 때문에 지방재정의 적정성 확보라는 관점에서 지나칠 수 없는 하자가 존재하는 경우”에 회계관계 법규상의 의무를 위반한 것으로 볼 수 있다고 하나 “현저하게 합리성을 결여” 및 “지나칠 수 없는 하자가 존재”의 요건은 지나치게 엄격하여 현실적으로 거의 인정되기 어려울 것으로 보인다.

일본의 경우, 주민소송 제기 건수가 많고, 종래 위법성의 승계를 긍정하여 비재무회계 행위에까지 그 범위를 확장하여 운용함으로써 지방공공단체의 장과 직원에게 과도한 부담을 주는 측면에서 이를 축소하는 것이라고 볼 여지가 있지만, 한국은 그와 같이 제한하여 해석하지 않아도 주민소송의 활용도가 극히 낮음을 고려할 때, 굳이 일본 최고 재판소 판결을 따라 주민소송의 인정범위를 축소하여야 하는지도 의문이다. 주민소송이 객관소송이라는 특징과, 남용될 경우의 폐해를 고려한다고 하더라도, 지나치게 엄격하게 운용하는 것은 주민소송을 속이 빈 껍데기로 전락시켜 주민의 감시와 통제를 통하여 지방자치단체의 중대한 재정상의 손해를 방지하고 지방재정의 건전성을 확보한다는 제도의 취지가 몰각될 가능성도 있다.⁶⁸⁾

재무회계행위에 위법성이 인정된다고 하더라도, 그 지방자치단체의 장 또는 직원에게

66) 주민소송 제4호 청구에 관한 판례의 태도를 살펴보면, 고의·과실과 위법성이 혼동되어 판단되는 경우가 많은데, 그러한 판례의 태도에 따르면 후행하는 재무회계행위는 그의 직무상의 주의의무 위반이 동시에 위법성을 형성하므로 위법성과 주관적 책임요건이 동일시된다고 한다. 그러나 위법성을 지방자치단체의 재정손실과 동일시 하는 관점에 의하면 설령 재무회계행위를 하는 직원에게 주의의무위반이 없다고 하더라도, 결과적으로 지방자치단체에 손해가 발생하면 그 재무회계행위는 위법하다고 보아야 한다는 견해도 있다. - 김치환, “주민소송의 대상”, 329-330쪽.

67) 함인선, “주민소송에 있어서의 ‘위법성의 승계’에 관한 검토”, 370쪽.

68) 김치환, “주민소송의 대상”, 337쪽.

고의·과실⁶⁹⁾이 인정되지 않는 경우에는 그 책임이 성립하지 않을 것이므로, 당해 지방자치단체의 장 또는 직원에게 부당하게 과중한 책임을 물을 여지도 발생하지 않는다.

5. 소송비용 및 승소보상금 지급

지방자치법 제17조 제16항⁷⁰⁾은 주민소송에서 승소한 경우 당해 주민에게 법정 실비보상청구권을 인정하고 있다. 같은 법조항 제15항에 따라 그 소가가 비교적 낮게 산정되어 인지대가 많이 드는 것은 아니지만,⁷¹⁾ 변호사보수가 많이 발생할 수 있고 자신의 시간과 노력을 상당히 할애하여야 하기 때문에 아무런 보상을 주지 않는다면, 이는 오직 공익을 위해서 주민에게 희생을 하도록 요구하는 것에 지나지 않는다. 보통 법원에 소를 제기하면 그 판결을 받고 최종적으로 확정되기까지 수년의 시간이 걸리는 현실을 생각하면, 주민들이 아무런 보상도 없이 오직 공익을 위한다는 신념만으로 그 시간 동안을 견딜 것을 기대하기 어렵고, 이 때문에 주민소송이 더욱 위축될 수밖에 없다.⁷²⁾ 또한 피고가 소송 도중 시정조치 등을 취하여 그 소의 이익이 없어지거나, 시정조치 등을 약속하여 원고가 소를 취하하는 경우와 같이 실질적으로는 원고가 승소한 것으로 볼 수 있음에도 위 지방자치법 조항에서 요구하는 ‘승소’가 아니기 때문에 비용을 보전 받지 못하는 경우도 있을 수 있다. 이에 대하여 소송결과 지방자치단체가 재산상의 이익을 취득하게 된 경우 그 범위 안에서 일정한 기준을 정하여 소송을 제기한 주민들에게 승소보상금을 지급하여야 한다는 견해⁷³⁾도 있다.

더욱이 원고가 패소를 한 경우에는 그 비용마저 보전 받을 수 없고 오히려 상대방으로

69) 지방자치법에는 단지 손해배상책임을 청구할 수 있다고 정하고 있을 뿐, 손해배상책임을 성립요건을 정하고 있지 않으므로, 국가배상책임 내지 회계관계직원의 변상책임을 성립요건을 정하고 있지 않으므로, 국가배상책임 내지 회계관계직원의 변상책임과의 균현상 고의·중과실에 한정하여 해석하는 것도 가능하다고 본다.

70) 지방자치법 제17조 ⑯ 소송을 제기한 주민은 승소(일부 승소를 포함한다)한 경우 그 지방자치단체에 대하여 변호사 보수 등의 소송비용, 감사청구절차의 진행 등을 위하여 사용된 여비, 그 밖에 실제로 든 비용을 보상할 것을 청구할 수 있다. 이 경우 지방자치단체는 청구된 금액의 범위에서 그 소송을 진행하는 데에 객관적으로 사용된 것으로 인정되는 금액을 지급하여야 한다.

71) 지방자치법 제17조 ⑮ 제2항에 따른 소송은 「민사소송 등 인지법」 제2조 제4항에 따른 소정의 비재산권을 목적으로 하는 소송으로 본다.

민사소송 등 인지규칙 제18조의2 재산권상의 소로서 그 소가를 산출할 수 없는 것과 비재산권을 목적으로 하는 소송의 소가는 5천만 원으로 한다. - 그에 따라 인지대는 23만 원이 된다. 송달료는 당사자의 수에 따라 달라진다.

72) 박효근, 앞의 논문, 127쪽.

73) 박효근, 위의 논문, 131쪽; 김지선, 앞의 논문, 182쪽.

부터 소송비용을 청구 당할 위험에까지 처하게 된다. 결국 주민소송을 제기하고자 하는 주민은, 승소할 가능성이 거의 확실시 되지 않는 이상, 상당한 정도의 재산적 손실을 감수하지 않고서는 소를 제기할 수 없게 된다. 주민 개인이 그와 같은 큰 부담을 안고 주민소송을 제기할 것을 기대하기는 매우 어렵다. 따라서 주민 개인뿐 아니라 시민단체와 같은 단체 또는 법인에 주민소송의 원고적격을 인정함으로써 시민단체가 상시적으로 지방자치단체의 재무행정을 감시하고 주민들의 후원 내지 기부를 통해 재원을 확보하여 주민소송을 제기하도록 한다면 주민소송제도의 활용도를 보다 높일 수 있을 것이다. 이에 대하여 남소의 폐해를 우려하여 단체나 법인에게 주민소송의 원고적격을 인정하는 것에 반대하는 견해도 있을 수도 있으나, 그러한 문제점은 상당한 정도의 규모와 공신력을 가진 단체로 한정하는 등 원고가 될 수 있는 단체 또는 법인에 요건을 부가함으로써 해결할 수 있다.⁷⁴⁾

IV. 최근 대법원 판례에 따른 주민소송 대상의 확대 가능성

최근 대법원은 이행강제금 부과·징수를 게을리 하였음을 이유로 주민소송을 제기한 사건에서 이행강제금 부과·징수를 게을리 한 것은 주민소송의 대상이 되는 공금의 부과·징수를 게을리 한 것으로서 주민소송의 대상으로 인정하고 그 이행강제금 부과·징수가 될 건축물이 위법한 건축물인지를 판단하였다. 또한 대법원은 도로점용허가처분에 대하여, 공물이나 공공용물을 특정 사인이 배타적으로 사용하도록 하는 점용허가는 주민소송의 대상이 되는 재산의 관리·처분에 해당한다는 이유로 도로점용허가처분에 대해서도 주민소송의 대상적격을 인정하는 판결을 내렸다.

이와 같은 대법원 판결은 모두 주관적 소송인 항고소송에서 다룰 수 없던 부분을 주민소송을 통해 다룰 수 있는 가능성을 열어 준 것으로서, 현재 주민소송의 활용도가 극히 저조한 우리 상황에서 이를 제고할 수 있는 전환점을 마련해 준 획기적인 판결이라고 평가할 수 있다. 이하에서 이 두 판결에 관하여 살펴보려고 한다.

74) 김지선, 위의 논문, 181쪽.

1. 대법원 2015. 9. 10. 선고 2013두16746 판결; 이행강제금의 대상적격 인정

이 사건의 개요는 다음과 같다. 서울특별시 영등포구청장은 주식회사 신세계(이하 ‘신세계’라 한다)의 완공된 백화점 건물에 대하여 사용승인을 하였다. 원고 주민들은, 신세계가 위 백화점 건물의 부설주차장 일부를 위법하게 용도변경하고, 법령상 요구되는 주차대수 전부를 부설주차장으로 확보하여야 하는데 그 중 109대를 별도의 주차전용 건물에 설치하는 등 위법이 있다고 주장하면서, 지방자치법상 주민소송으로 위 백화점 건물에 대한 사용승인처분에 대한 취소 또는 무효확인을 구하고, 시정명령, 이행강제금 부과 등을 하지 않은 것에 대해 위법확인을 청구하였다.

원고 주민들의 위 청구에 관하여 대법원은, 이행강제금 부과에 관한 부분을 제외한 나머지 청구는 주민소송의 대상이 되는 재무회계행위에 해당하지 않음이 명백하므로 이에 관한 소는 부적법하다고 판시하였다. 그리고 이행강제금 부과에 관한 부분에 관하여는 “이행강제금은 지방자치단체의 재정수입을 구성하는 재원 중 하나로서 ‘지방세외 수입금의 징수 등에 관한 법률’에서 이행강제금의 효율적인 징수 등에 필요한 사항을 특별히 규정하는 등 그 부과·징수를 재무회계 관점에서도 규율하고 있으므로, 이행강제금의 부과·징수를 게을리 한 행위는 주민소송의 대상이 되는 공금의 부과·징수를 게을리 한 사항에 해당한다.”고 하고, “지방자치법 제17조 제1항, 제2항 제3호의 주민소송 요건인 위법하게 공금의 부과·징수를 게을리 한 사실이 인정되기 위해서는 그 전제로서, 관련 법령상의 요건이 갖추어져 지방자치단체의 집행기관 등의 그 공금에 대한 부과·징수가 가능하여야 한다.”고 판시하면서, 이행강제금의 부과·징수를 게을리 하였는지 판단하기 위해 그 전제로 신세계가 건축법령의 규정을 위반한 사실이 있는지 여부를 판단하였다.

이 사건에서 대법원은 이행강제금의 부과·징수를 재무회계행위로 인정하였을 뿐 아니라, 이행강제금을 부과하지 않는 것이 위법하게 공금의 부과를 게을리 한 사실에 해당하는지 여부를 판단하기 위해, 즉 제3호 주민소송의 인정 요건에 해당하는지 여부를 판단하기 위해 비재무회계행위인 용도변경허가 등이 적법한지 여부도 직접 판단한 것이다. 이행강제금은 의무불이행자가 스스로 의무를 이행하도록 간접적으로 강제하는 의무 이행확보수단으로서 집행벌이라고도 한다. 이행강제금을 부과하는 목적은 의무의 이행을 강제하는 것일 뿐, 지방자치단체의 재원을 확보하거나 재무관리를 위한 것은 아니다. 그러나 지방자치법 제17조 제1항에서 지방세·사용료·수수료와 더불어 행정질서별로

서 부과되는 과태료도 그 예시로 규정하고 있어, 제3호 청구의 대상이 반드시 재무회계를 목적으로 부과될 것을 요구하는 것은 아니다. 또한 이행강제금을 부과하는 목적은 재무회계와는 무관하다고 하더라도, 그것이 징수되면 금전으로서 지방자치단체의 재정수입이 될 것이므로 결과에 있어서는 재무회계와 관련이 깊다. 결국 이행강제금의 부과·징수를 게을리 한 행위를 주민소송의 대상으로 본 대법원 판결의 태도는 타당하다.

이행강제금은 일제강점기 법령인 행정집행령(1914년 제령 제23호)에 규정되어 있었는데, 1948년 미군정법령 제176호로 폐지되었다가 1991년 5월 31일 건축법에서 도입⁷⁵⁾된 이래, 약 30여개 법률⁷⁶⁾에서 이를 규정하고 있다. 대법원 판례에 따라 이행강제금을 부과하거나 징수하지 않은 행위에 대해 주민소송의 대상적격을 인정하면, 본안에서는 이행강제금의 전제가 되는 시정명령을 부과하기 위한 요건 충족 여부를 심사하게 되고, 이는 결국 시정명령의 대상에 위법행위가 있는지 등 행정의 적법성 여부를 심사하게 되는 것이다. 다시 말해서 이행강제금을 매개로 하여 관련 행정의 위법성을 다룰 수 있게 된다.⁷⁷⁾ 이행강제금 부과·징수의 해태는 그 자체로 주민소송의 대상이 되므로, 결국 이행강제금을 부과할 수 있는 모든 행위 내지 대상에 관하여 주민소송에서 위법성 판단이 가능해진다는 결론에 이른다.

일반적으로 항고소송에서, 소의 적법요건으로 원고적격 내지는 대상적격으로 ‘법률상 이익’을 요구하기 때문에 법률상 직접적인 이해관계가 없는 제3자가 타인의 법령위반 행위를 다투는 것은 매우 어렵다.⁷⁸⁾ 이러한 점에서 위 대법원 판결은 주민소송의 대상

75) 최봉석, “이행강제금의 법적 정체성확립을 위한 입법적 과제”, 비교법연구 제16권 제2호, 동국대학교 비교법문화연구원, 2016.6, 8쪽.

76) 2016.6. 기준으로 “개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법”, “건축법”, “건축서비스산업 진흥법”, “공공기관 지방이전에 따른 혁신도시 건설 및 지원에 관한 특별법”, “교통약자의 이동편의 증진법”, “국토의 계획 및 이용에 관한 법률”, “근로기준법”, “금융산업의 구조개선에 관한 법률”, “금융회사의 지배구조에 관한 법률”, “다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법”, “도로법”, “독점규제 및 공정거래에 관한 법률”, “물류시설의 개발 및 운영에 관한 법률”, “부동산 거래신고 등에 관한 법률”, “부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률”, “산업직접활성화 및 공장설립에 관한 법률”, “상호저축은행법”, “어촌특화발전 지원 특별법”, “연구개발특구의 육성에 관한 특별법”, “영유아보육법”, “옥외광고물 등 관리법”, “은행법”, “장사 등에 관한 법률”, “장애인·노인·임산부 등의 편의증진 보장에 관한 법률”, “전기통신사업법”, “주차장법”, “지방세외 수입금의 징수 등에 관한 법률”, “표시·광고의 공정화에 관한 법률”, “한옥 등 건축자산의 진흥에 관한 법률”, “공익신고자 보호법”, “부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률”, “농지법”에서 각 이행강제금을 규정하고 있다. - 최봉석, 위의 논문, 17쪽에서 인용.

77) 최계영, “주민소송의 대상과 도로점용허가”, 법조 최신판례분석 제720호, 법조협회, 2016.12, 440쪽.

78) 대법원은 “행정소송법상 취소소송이나 부작위위법확인소송에 있어서는 당해 행정처분 또는 부작위의 직접상 대방이 아닌 제3자라 하더라도 그 처분의 취소 또는 부작위위법확인을 받을 법률상의 이익이 있는 경우에는 원고적격이 인정되나 여기서 말하는 법률상의 이익은 그 처분 또는 부작위의 근거법률에 의하여 보호되는

내지 심판범위를 확장하여, 주민이 지방자치단체의 행정 일반에 관한 적법성 통제를 할 수 있는 가능성을 열어 주었다는 점에서 그 의의가 매우 크다.

2. 대법원 2016. 5. 27. 선고 2014두8490 판결; 도로점용허가의 대상적격 인정

이 사건은, 특정인이 교회 건물의 신축을 추진하는 과정에서, 서울특별시 서초구 소유의 국지도로인 00길 지하에 지하주차장 진입 통로를 건설하고, 위 교회 건물 부지 지하공간에 건축되는 예배당 시설의 일부로 사용할 목적으로 서울특별시 서초구청장(이하 ‘서초구청장’이라 한다)에게 위 지하 부분에 대한 도로점용허가를 신청하였는데, 이에 대해 서초구청장이 기부채납을 내용으로 하는 부관을 붙여 도로점용허가처분(이하 ‘이 사건 도로점용허가’라 한다)을 한 사건이다. 서초구 주민들은 서울특별시시장에게 이 사건 도로점용허가에 대한 시정조치를 요구하는 감사청구를 하였고, 서울특별시장은 이를 받아들여 시정요구를 하였으나, 서초구청장이 이에 불복하자 위 주민들 중 일부가 이 사건 도로점용허가에 대해 주위적으로 무효확인, 예비적으로 취소를 구하는 주민소송을 제기하였다.

이 사건에서 1심 및 2심 법원은 모두 이 사건 도로점용허가가 지방자치법 제17조 제1항의 ‘재산의 관리·처분에 관한 사항’에 해당하지 아니하여 주민소송의 대상이 되지 않는다는 이유로 소를 각하하였다.⁷⁹⁾ 그러나 대법원은 위 하급심 판결과 달리 이 사건 점용도로허가가 ‘재산의 관리·처분에 관한 사항’에 해당한다고 보아 원심판결을 파기하고 1심 법원으로 환송하였다.

대법원은 “도로 등 공물이나 공공용물을 특정 사인이 배타적으로 사용하도록 하는 점용허가가 도로 등의 본래 기능 및 목적과 무관하게 그 사용가치를 실현·활용하기 위한 것으로 평가되는 경우에는 주민소송의 대상이 되는 재산의 관리·처분에 해당한다.”고 하면서, “이 사건 도로점용허가로 인해 형성된 사용관계의 실질은 전체적으로 보아 도로부지의 지하 부분에 대한 사용가치를 실현시켜 그 부분에 대하여 특정한 사인에게 점용료와 대가관계에 있는 사용수익권을 설정하여 주는 것이라고 봄이 상당하므로, 이 사건 도로점용허가는 실질적으로 위 도로 지하 부분의 사용가치를 제3자로 하여금

직접적이고 구체적인 이익을 말하고, 간접적이거나 사실적, 경제적 관계를 가지는데 불과한 경우는 포함되지 않는다.”고 판시한 바 있다(대법원 1989. 5. 23. 선고 88누8135 판결). 한편 현행 행정소송법에 의무이행소송은 도입되어 있지 않다.

79) 서울행정법원 2013. 7. 9. 선고 2012구합28797 판결, 서울고등법원 2014. 5. 15. 선고 2013누21030 판결.

활용하도록 하는 임대 유사한 행위”라고 하고 판시하면서, 이 사건 도로점용허가가 지방자치법 제17조 제1항의 ‘재산의 관리·처분에 관한 사항’에 해당한다.”고 하였다.

즉 대법원은 도로점용허가의 경우도 “도로 등의 본래 기능 및 목적과 무관하게 그 사용가치를 실현·활용하기 위한 것으로 평가되는 경우”에는 재산의 관리에 해당한다고 보아 주민주소소송의 대상으로 인정한 것이다. ‘재산의 관리’와 대비되는 ‘공물의 관리’는 공물의 존립을 유지하고 이를 공적 목적에 공용함으로써 공물 본래의 목적을 달성시키기 위한 작용을 말한다.⁸⁰⁾ 이에 반하여 재산의 관리는 재산의 경제적 가치를 보존 내지 증대시키고, 이를 사용·수익하는 경우를 말한다. 양자가 완전히 배타적인 것은 아니지만, 공중을 위하여 제공되는 것은 ‘공물의 관리’에, 특정인에게 독점적인 사용권을 주는 것은 ‘재산의 관리’에 해당한다고 할 수 있다. 대법원 역시 이와 같은 전제에서, 이 사건 도로점용허가를 받은 곳이 본래 통행에 제공되는 대상이 아니어서 그에 대한 점용허가가 일반 공중의 통행이라는 도로 본래의 기능 및 목적과 직접적인 관련성이 없어 보이고, 도로점용허가의 목적이 특정 종교단체인 참가인 교회로 하여금 그 부분을 배타적으로 점유·사용할 수 있도록 하는 데 있다는 점, 또한 그에 상응하는 점용료를 받아 마치 임대를 한 것과 같은 효과가 발생하였다는 점에 주목한 것이다.

위 대법원 판결⁸¹⁾은 도로점용허가에 대한 주민주소소송을 허용함으로써 항고소송으로는 제3자가 다투기 곤란하였던 행정작용에 대한 사법심사 가능성을 열어주었다고 평가된다.⁸²⁾⁸³⁾ 도로점용허가는 수익적 행정행위로서 특별한 사정이 없는 한 그 상대방이 이를 다투지는 않을 것이고, 제3자가 그와 관련하여 직접적으로 자신의 법률상 이익에 영향을 받는다고 보기도 어려우므로 항고소송의 원고적격이나 대상적격이 없어⁸⁴⁾ 제3자가 이

80) 홍정선, 행정법특강, 박영사 제10판, 2011, 1086-1087쪽.

81) 위 사건은 파기환송심(서울행정법원 2017. 1. 17. 선고 2016구합4645 판결)에서 원고의 청구가 일부 인용되었고(서초구청장 등에 대한 손해배상청구를 구하는 제4호 청구 부분은 기각하였다), 쌍방이 항소하였으나 2018. 1. 10. 서울고등법원 2017누31호로 항소기각 되었다. 이에 대해 피고측에서 상고한 상태이다.

82) 최계영, 앞의 논문, 441쪽.

83) 東京地方法院(1978. 6. 16. 判例時報 922号, 38頁)은 도로점용허가의 취소를 구하는 주민주소소송에서 “공공용지로서의 본건도로부분을 교통 이외의 용도로 제공할 것인지의 허가 여부를 순전히 도로행정상의 견지에서 행한 처분으로서 재무회계행위라고 할 수 없다.”고 하여 주민주소소송의 대상인 ‘재산의 관리·처분’에 해당하지 않는다고 하였다. 그러나 浦和地方法院(1986. 3. 31. 判タ 600号, 64頁)은 “일반의 목적 외 사용허가처분은 지방자치법상으로도 명백한 것처럼 본래의 목적을 달성하기 위한 것이 아니라 그 목적을 방해하지 아니하는 한도에서, 말하자면 재산의 운용으로 행하여지는 것으로 재산상의 관리의 성격을 가지는 것으로 해석하여야 한다고 하여, 이는 주민주소소송의 대상으로 되는 재무회계행위라고 하여야 한다.”고 판시하여 견해가 나뉜다.

84) 행정처분의 상대방이 아닌 제3자가 행정처분의 취소를 구할 수 있는 요건으로서 법률상 보호되는 이익이 필요한데 이에 관하여 대법원은 “행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라 하더라도 당해 행정처분으로 법률

를 다투기도 어려울 것이다. 또한 원칙적으로 도로점용허가는 ‘공물의 관리’에 해당하므로, 주민소송의 대상이 되지 않는다. 다만 위 대법원 판결의 취지에 따라 구체적인 사안에서 그 도로점용허가가 “도로 등의 본래 기능 및 목적과 무관하게 그 사용가치를 실현·활용하기 위한 것으로 평가되는 경우”에 한하여 재산의 관리로서 주민소송의 대상이 될 수 있을 것이다. 그러나 위법성이 인정될 정도로 특정인에게 특혜를 주는 도로점용허가를 한다면, 이는 도로의 본래의 기능 및 목적인 일반 공중의 통행과는 거리가 멀 것이므로 그러한 도로점용허가는 재산의 관리·처분에 해당하여 주민소송의 대상이 될 가능성이 높다고 본다.

V. 결 론

지방자치단체에 대한 주민에 의한 가장 강력한 제도적 통제장치인 주민소송제도는, 지방자치단체의 재정작용의 건전성과 적법성을 확보하기 위한 중요한 수단이다. 현행 지방자치법상 주민소송제도는 과거 국민들 스스로의 노력을 얻어 낸 직접민주주의 제도로써 큰 의미가 있다고 할 것이나, 기대와 달리 그 운영상황은 매우 저조한 실정이다. 한국의 주민소송제도를 활용하는 데 있어 방해가 되는 요소로, 앞서 살핀 바와 같이 주민감사청구전치주의를 채택하면서 주민감사청구를 하는 주민 수를 다수로 정하고 있는 점, 짧은 제소기간, 주민소송의 대상적격의 한계, 제4호 소송의 구조적 모순, 소송비용의 부담 등으로 인한 주민소송의 위축 등을 들 수 있다.

최근 대법원은, 선행행위와 후행행위의 일정한 연관성 속에서 비재무회계행위인 선행행위의 위법성도, 예외적이지만 주민소송의 심판범위에 포함될 가능성을 열어 두었고, 언뜻 보아서는 비재무회계행위로 보이는 공물의 관리행위(도로점용허가)도 실질적으로 어떠한 목적과 의미를 갖느냐에 따라 재산의 관리로 인정하여 주민소송을 허용함으로써 주민소송의 대상을 확장하였다. 또한 건축법상 이행강제금의 부과·징수를 게을리 하는 행위도 재무회계 관점에서 규율하고 있음을 이유로 주민소송의 대상인 ‘공금의 부과·

상 보호되는 이익을 침해당한 경우에는 취소소송을 제기하여 당부의 판단을 받을 자격이 있다. 여기에서 말하는 법률상 보호되는 이익은 당해 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익이 있는 경우를 말하고, 공익보호의 결과로 국민 일반이 공통적으로 가지는 일반적·간접적·추상적 이익과 같이 사실적·경제적 이해관계를 갖는 데 불과한 경우는 여기에 포함되지 아니한다.”고 판시하였다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2012두19496·19502 판결 등).

징수'를 게을리 한 것으로 인정하여, 주민소송에서 이행강제금을 부과하기 위한 요건으로서 당해 건축행정이 위법한지 여부까지 사법심사의 범위를 확장하였다. 위와 같이 주민소송의 대상을 확장한 대법원 판결은, 일본과 달리 현재 주민소송을 거의 활용하고 있지 않아 그 제도의 취지를 구현하지 못하고 있는 한국의 상황에서, 향후 주민소송의 활용가능성을 높일 수 있는 전환점이 되는 판결로 평가된다.⁸⁵⁾

입법자의 의사에 따라 현행 지방자치법은 주민소송의 대상을 재무회계행정으로 제한하고 있지만, 현대사회에서 정부나 지방자치단체의 행정은 대부분 예산과 결부되므로 재무회계와 동떨어져 이루어지기 어렵다. 따라서 과도하게 '재무회계행위'를 엄격하게 해석하여 그에 해당하지 않는 행위를 주민소송의 대상에서 제외한다면 지방자치단체의 재정상의 손해를 방지하고, 재무건전성, 책임성 및 투명성을 확보한다는 본연의 목적을 실현하기 어렵게 된다. 이러한 점에서 주민소송의 대상 내지 심판범위를 확장한 위 대법원 판결은 바람직하다고 본다.

그러나 기본적으로 주민소송을 제기하기 위한 장벽이 너무 높으면, 아무리 법원에서 주민소송의 대상 내지 심판범위를 확대해도 주민소송을 활용할 수 없다. 주민소송의 진입장벽으로 그 활용을 막고 있는 감사청구에서, 감사청구전치주의를 임의적 전치주의로 변경하여야 하고, 감사청구의 주민 수를 제한하지 않거나 인구가 적은 지방의 경우 그 수를 대폭 낮추어야 한다. 또한 당해 행위가 있는 날로부터 2년이라는 지나치게 짧고 예외가 없는 감사청구기간도 5년으로 연장하여야 한다. 한편 원고가 승소하였을 때, 주민소송을 수행하면서 지출되는 비용을 보전하여 줄 뿐만 아니라, 원고의 희생과 공헌에 대한 보답으로 일정한 승소보상금을 지급할 수 있도록 하여야 한다. 가사 원고가 패소하였다고 하더라도, 패소할 것이 명백함에도 불구하고 악의적으로 주민소송을 제기한 경우가 아니라면 지방자치단체가 그 소송비용을 원고 주민에게 청구해서는 안 될 것이다.

무엇보다도 제4호 소송에서 의무이행소송의 구조를 취함으로써 본래의 권리자인 지방자치단체가 의무자의 편에서 원고 주민과 적대적으로 다투는 상황이 발생하게 되었고, 그에 따라 여러 가지 문제가 수반되고 있으므로, 의무이행소송의 구조를 대위소송으로 변경하는 지방자치법 개정이 이루어져야 할 것이다. 가사 대위소송으로 변경하지 않는다고 하더라도, 지방자치단체가 피고로서 공정하게 소송에 임할 수 있도록 제도적 장치가 마련되어야 하며, 증거가 지방자치단체에 편재되어 있으므로 원고에게 부과한 증명 책임을 전환하거나 완화하여야 할 것이다.

85) 최계영, 앞의 논문, 443쪽.

참고문헌

1. 단행본

- 김용찬/선정원/변성완, 주민소송, 박영사, 2005.
- 김치환, “주민소송의 대상”, 행정법판례연구 제18권, 박영사, 2013.
- 함인선, 주민소송-이론과 사례(개정판), 전남대학교출판부, 2012.
- 홍정선, 신지방자치법, 박영사, 2015.
- _____, 행정법특강(제10판), 박영사, 2011.
- 阿部泰隆, 住民訴訟の理論と實務-改革の提案, 信山社, 2015.
- 宇賀克也, 地方自治法概説, 有斐閣, 2017.
- 地方自治制度研究會 編集, 改定住民訴訟制度 逐條解説, ぎょうせい, 2002.

2. 학술지

- 김지선, “주민소송제도의 문제점과 개선방안”, 공법학연구 제11권 제4호, 한국비교공법학회, 2009, 171-192쪽.
- 김치환, “일본 주민소송제도의 대상에 관한 고찰 - 신4호청구를 중심으로”, 경희법학 제39권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 2004, 55-79쪽.
- 박효근, “주민소송제도의 현황 및 향후 과제”, 한양법학 통권 제40집, 한양법학회, 2012, 113-135쪽.
- 최계영, “주민소송의 대상과 도로점용허가”, 최신판례분석 제720호, 법조협회, 2016.12, 422-447쪽.
- 최봉석, “이행강제금의 법적 정체성 확립을 위한 입법적 과제”, 비교법연구 제16권 2호, 동국대학교 비교법문화연구원, 2016.6, 7-56쪽.
- 함인선, “주민소송에 있어서 이른바 ‘위법성의 승계’에 관한 검토-일본의 학설·판례를 중심으로 하여”, 공법연구 제40집 제4호, 한국공법학회, 2014, 343-374쪽.
- _____, “주민소송제도의 운영현황과 판례 및 법제에 대한 검토-한·일 비교법적 관점에서”, Local Finance Magazine 제30권, 한국지방재정공제회, 2016.6, 106-125쪽.
- 神山智美, “道知事による道路事業負擔金支出が財務會計上の義務に違反しないとされ

た事例”, 新・判例解説 Watch 第15卷, 2014.10.

土井 翼, “普通地方公共團體が締結した支出負擔行爲たる契約が違法であっても司法上無効がない場合において當該契約に基づく債務の履行としてされた支出命令の適法性”, 法學協會雜紙 133卷 1号, 2016.1.

3. 웹자료

행정자치부 홈페이지 2017.8.4. 게시자료 [통계] 주민투표, 주민소환, 주민소송 운영현황
<http://www.mois.go.kr/fir/bbs/type001/commonSelectBoardArticle.do?bbsId=BBS_MSTR_000000000050&nttId=59131>, 검색일 : 2017.11.25.

総務省, “【資料】人口減少社会に的確に対応する地方行政体制及びガバナンスのあり方に関する答申(案)”, 2015, 25쪽, <http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/singi/chihou_seido/02gyosei01_03000245.html>, 검색일 : 2017.12.5.

[부록]

[지방자치법 제16조 제1항에 따라 각 ‘조례’에서 정하는 감사청구에 필요한 주민 수]

〈표Ⅰ〉 시·도별 조례에서 정한 주민감사청구 시 필요한 주민 수(명)

순번	지자체	주민수	순번	지자체	주민수	순번	지자체	주민수
1	서울특별시	50	7	울산광역시	300	13	전라북도	300
2	부산광역시	300	8	세종특별자치시	100	14	전라남도	300
3	대구광역시	150	9	경기도	300	15	경상북도	300
4	인천광역시	300	10	강원도	300	16	경상남도	200
5	대전광역시	100	11	충청북도	100	17	제주특별자치도	150
6	광주광역시	300	12	충청남도	100			

〈표Ⅱ〉 인구 50만명 이상 대도시별 조례에서 정한 주민감사청구 시 필요한 주민 수(명)

순번	지자체	주민수	순번	지자체	주민수	순번	지자체	주민수
1	수원시	100	6	고양시	200	11	전주시	200
2	성남시	200	7	안산시	100	12	남양주시	200
3	화성시	200	8	부천시	200	13	안양시	200
4	용인시	200	9	청주시	300	14	김해시	200
5	창원시	200	10	천안시	200			

〈표Ⅲ〉 시·군 및 자치구별 조례에서 정한 주민감사청구 시 필요한 주민 수(명)

순번	지자체	주민수	순번	지자체	주민수	순번	지자체	주민수
1	가평군	150	66	봉화군	200	131	연천군	200
2	강릉시	150	67	강서구(부산)	150	132	영광군	150
3	강진군	150	68	금정구	150	133	영덕군	150
4	강화군	150	69	기장군	200	134	영동군	150
5	거제시	150	70	남구(부산)	150	135	영암군	180
6	경산시	200	71	동구(부산)	200	136	영양군	200
7	경주시	200	72	동래구	150	137	영월군	200
8	계룡시	100	73	진구	150	138	영주시	150
9	고령군	200	74	중구(부산)	150	139	영천시	200
10	고성군(강원)	200	75	동대문구	100	140	예산군	150

* 2017.11.24. 기준 네이버 검색 결과 인구수가 50만 명을 3만 명 이상으로 초과하는 것으로 확인된 지방자치단체로서 지방자치법 제157조 및 지방자치법 시행령 제118조에 따른 대도시(2년 연속 인구 50만 명 이상의 도시)가 더 있을 수 있다.

11	고성군(경남)	150	76	동작구	150	141	예천군	200
12	고창군	50	77	마포구	200	142	옥천군	100
13	고흥군	180	78	서대문구	100	143	용진군	150
14	곡성군	200	79	성동구	200	144	완도군	180
15	공주시	100	80	성북구	200	145	울릉군	150
16	과천시	100	81	송파구	200	146	남구(울산)	150
17	광명시	100	82	양천구	200	147	동구(울산)	200
18	광양시	150	83	영등포구	150	148	북구(울산)	150
19	광산구(광주)	200	84	용산구	100	149	울주군	150
20	남구(광주)	150	85	은평구	200	150	중구(울산)	199
21	동구(광주)	100	86	종로구	200	151	울진군	200
22	북구(광주)	100	87	중구(서울)	100	152	원주시	180
23	서구(광주)	150	88	종량구	200	153	음성군	150
24	광주시(경기)	150	89	서천군	200	154	의령군	150
25	괴산군	150	90	성주군	200	155	의성군	200
26	구례군	150	91	속초시	100	156	의왕시	150
27	구리시	200	92	순창군	150	157	의정부시	150
28	구미시	190	93	순천시	200	158	이천시	200
29	군산시	200	94	시흥시	200	159	익산시	190
30	군위군	200	95	신안군	200	160	인제군	190
31	군포시	100	96	아산시	100	161	계양구	200
32	금산군	150	97	안동시	200	162	남구(인천)	150
33	김제시	100	98	사상구	150	163	남동구	200
34	김천시	200	99	사하구	150	164	동구(인천)	200
35	김포시	190	100	서구(부산)	150	165	부평구	200
36	나주시	200	101	수영구	150	166	서구(인천)	200
37	남원시	100	102	연제구	150	167	연수구	200
38	남해군	150	103	영도구	150	168	중구(인천)	200
39	논산시	150	104	중구(부산)	150	169	임실군	200
40	단양군	100	105	해운대구	150	170	장성군	100
41	담양군	200	106	부안군	200	171	장수군	150
42	당진시	200	107	부여군	150	172	장흥군	200
43	남구(대구)	150	108	사천시	150	173	정선군	200
44	달서구	190	109	산천군	150	174	정읍시	50
45	달성군	150	110	삼척시	150	175	제천시	150
46	동구(대구)	150	111	상주시	200	176	중평군	150
47	북구(대구)	150	112	서산시	200	177	진도군	180
48	서구(대구)	150	113	강남구	200	178	진안군	100
49	수성구	150	114	강동구	150	179	진주시	200
50	중구(대구)	150	115	강북구	150	180	진천군	150

51	대덕구	100	116	강서구	200	181	창녕군	200
52	동구(대전)	100	117	관악구	100	182	철원군	180
53	서구(대전)	100	118	광진구	200	183	청도군	200
54	유성구	100	119	구로구	150	184	청송군	200
55	중구(대전)	100	120	금천구	200	185	청양군	150
56	동두천시	100	121	노원구	200	186	춘천시	200
57	동해시	200	122	도봉구	100	187	충주시	150
58	목포시	180	123	안성시	150	188	칠곡군	200
59	무안군	50	124	양구군	150	189	태백시	200
60	무주군	100	125	양산시	200	190	태안군	200
61	문경시	200	126	양양군	150	191	홍천군	200
62	밀양시	150	127	양주시	150	192	화순군	200
63	보령시	200	128	양평군	200	193	화천군	150
64	보성군	100	129	여주시	200	194	횡성군	150
65	보은군	150	130	여주시	180	195	서초구	200

[Abstract]

A Study on Some Issues and Recent Cases of Residents' Lawsuit

Jo, Kyoung-Ae*

It has been over 10 years since Residents' Lawsuit was introduced by a revision of Local Autonomy Act. However, only 33 cases have been filed over all and the winning cases were just 3. Although the frame of Residents' Lawsuit is aimed at implementing direct democracy by residents and encouraging residents' active political participation, Residents' Lawsuit is scarcely used in South Korea.

On the other hand Japanese Residents' Lawsuit, which South Korean counterpart modelled on, is being used actively. The reason is the difference between the details of the two schemes. In short, to file Residents' Lawsuit Residents' Request for inspection is an essential prerequisite in both schemes, but the necessary quorum and the request period is different between them. With these differences in detail, there are similar issues concerning the action for mandatory injunction, so-called 'No.4 action', in both schemes.

Recently South Korean Supreme court did a very inspiring judgment which could be interpreted to expand the object of Residents' Lawsuit from the financial accounting conduction of local governments to the conduction that wasn't involved in the financial accounting. These judgements seem to encourage more active use of Residents' Lawsuit.

The purpose of this study is to exhort legislative improvement and to increase the use of Residents' Lawsuit in South Korea by comparing South Korea's one to Japan's counterpart and evaluating some Recent Cases of South Korean Supreme court.

[Key Words] Residents' Lawsuit, Local Autonomy Act, Japanese Residents' Lawsuit, a prerequisite of Residents' Request for inspection, the residents' control over the financial accounting of local governments, the action for mandatory injunction

* The Public Lawyer of Suwon District Court.