

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2018다241458 채무부존재확인
원고, 상고인 주식회사 고려노벨화약
소송대리인 변호사 김상호
피고, 피상고인 특수법인 총포, 화약안전기술협회
소송대리인 변호사 박동주
원 심 판 결 서울고등법원 2018. 5. 24. 선고 2017나2037230 판결
판 결 선 고 2021. 12. 30.

주 문

원심판결 중 회비납부의무 부존재 확인청구 부분과 화약류 안정도시험의무 부존재 확인
청구 부분을 파기하고, 이 부분에 관한 제1심 판결을 취소하며, 이 부분 소를 각하한다.
나머지 상고를 기각한다.
소송총비용은 원고가 부담한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음 제출된 상고이유보충서는 이를 보충하는

범위에서)를 판단한다.

1. 사안 개요와 쟁점

가. 원심판결 이유와 기록에 따르면 다음 사실을 알 수 있다.

(1) 피고는 「총포·도검·화약류 등의 안전관리에 관한 법률」(이하 '총포화약법'이라 한다) 제48조에 따라 설립된 특수법인이고, 원고는 산업화약류 제조·판매·수입업 등을 목적으로 하는 회사이다.

(2) 원고는 총포화약법 제58조, 총포화약법 시행령 제78조 제1항 제4호, 피고 정관 제33조 제2호에 따라 매년 전년도 매출액의 1,000분의 0.75에 해당하는 금액을 피고에게 회비로 납부하였다.

(3) 피고는 2010. 11. 원고에게 총포화약법 시행령 제78조 제1항 제3호에 따라 수입원가의 100분의 1에 해당하는 금액의 회비(이하 '수입원가 기준 회비'라 한다)를 추가로 납부할 것을 통지하였다가 원고의 이의제기로 회비 부과를 철회하였으며, 2011년과 2012년도에는 수입원가 기준 회비를 부과하지 않다가, 2013년에 이르러 2008년도부터 2011년도까지 수입원가 기준 회비를 징수하였다. 이후 피고는 매년 원고에게 수입원가 기준 회비를 납부할 것을 통지하였고, 원고는 2015년도 수입원가 기준 회비까지 모두 납부하였다.

(4) 원고는 2016. 2. 26. 피고를 상대로 '원고의 피고에 대한 ① 총포화약법 제58조 제2항과 총포화약법 시행령 제78조 제1항 제3호에 근거한 회비납부의무, ② 총포화약법 제32조 제1항과 총포화약법 시행령 제59조 제3항에 근거한 안정도시험 실시의무는 각 부존재함을 확인한다'는 청구를 하면서, ③ 이미 납부한 회비는 부당이득으로서 반환을 구하는 이 사건 소를 서울서부지방법원에 제기하였다.

나. 이 사건 쟁점은 ① 장래의 회비납부의무 부존재 확인청구의 경우 확인의 이익이 인정되는지 여부, ② 이미 납부한 회비의 부당이득반환청구와 관련하여 피고의 '회비납부통지'의 처분성 인정 여부와 위 회비가 법률상 원인 없는 이득에 해당하는지 여부, ③ 화약류 안정도시험의무 부존재 확인청구의 경우 확인의 이익이 인정되는지 여부이다.

2. 장래의 회비납부의무 부존재 확인청구

가. 피고의 법적 성질

(1) 총포화약법에 따르면, 피고는 총포·도검·화약류·분사기·전자충격기·석궁(이하 '총포화약류'라 한다)으로 인한 위험과 재해를 예방하기 위한 안전기술의 연구·개발과 행정관청이 위탁하는 총포화약류의 안전에 관한 교육, 그 밖의 업무를 수행하기 위하여 설립된 법인으로서(제48조), 총포화약법에 규정된 것을 제외하고는 민법 중 재단법인에 관한 규정을 준용한다(제62조). 피고는 총포화약류의 안전에 관한 기술 지원과 조사·연구, 총포·분사기·전자충격기·석궁 안전검사와 화약류 안정도시험, 총포화약류의 제조·운반·사용·저장 등의 기술 및 시설에 관한 연구·개발·보급, 총포화약류 안전사상의 계몽과 홍보, 총포화약류의 안전에 관한 자료 수집과 기술서적 등의 간행과 배포, 총포화약류의 안전에 관한 기술도입과 국제협력, 총포화약류의 안전에 관하여 경찰청장이 위탁한 업무 등을 수행한다(제52조).

(2) 위와 같은 총포화약법의 규정 내용과 피고가 수행하는 업무, 총포화약류로 인한 위험과 재해를 미리 방지함으로써 공공의 안전을 유지하고자 하는 총포화약법의 입법 취지(제1조)를 고려하면, 피고는 총포화약류의 안전관리와 기술지원 등에 관한 국가사무를 수행하기 위하여 법률에 따라 설립된 '공법상 재단법인'이라고 보아야 한다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

(가) 총포화약법 제49조에 따르면, 총포화약류의 제조업자, 판매업자, 임대업자, 소지허가를 받은 자(분사기·전자총격기·석궁의 소지허가를 받은 자는 제외한다), 화약류 저장소설치자, 화약류사용자, 화약류제조보안책임자면허 또는 화약류관리보안책임자면허를 받은 사람은 총포화약법에 따라 허가 또는 면허를 받은 날부터 피고의 회원이 되므로, 가입·탈퇴의 자유가 없다. 또한 피고에 관하여 민법상 재단법인에 관한 규정을 준용하고 있어 사원이나 총회의 개념이 없고 회원들이 피고의 내부 의사결정에 관여할 방법이나 절차가 보장되어 있지 않다.

(나) 총포화약류의 안전관리 등에 관한 피고의 업무는 본래 경찰청이 수행하였던 업무 중 일부를 피고가 위탁받아 수행하는 것이다. 피고는 1984. 8. 4. 법률 제3743호로 개정된 구 「총포·도검·화약류 등 단속법」(2015. 1. 6. 법률 제12960호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 총포단속법'이라 한다)에 따라 설립되었다. 1984. 8. 4. 개정 전 총포단속법에서는 총포소지자의 허가와 화약류 제조·관리보안책임자의 면허에 따른 사전교육 실시, 화약류의 제조 및 수입자 또는 화약류 소지자에 대한 안정도시험, 총포화약류의 제조업자·판매업자·저장소 설치자에 대한 정기안전검사 등에 관하여 규정하고 있었다. 그러나 국내에 공인된 총포화약류에 대한 안전교육·안정도시험과 안전검사 등을 위한 전문기구가 없고 이를 위한 경찰의 시설과 기술이 부족하여 법의 실효를 거두지 못하고 있어, 그 미비점과 불합리한 점을 시정하기 위하여 피고가 설립되었다.

(다) 총포화약법에 따르면, 경찰청장은 피고의 정관을 승인하고(제51조 제2항), 피고의 이사장과 감사를 임명·해임하며, 이사장의 이사 임명·해임을 승인한다(제53조 제2항). 매년 미리 피고의 사업계획서를 승인하고(제59조) 세입세출결산서를 제출받으며(제60조), 상시적으로 피고를 감독하고 피고의 설립목적 달성하는 데 필요한 명령을

할 수 있다(제61조). 피고가 해산하고자 할 때에는 이사회의 의결을 거쳐 경찰청장의 인가를 받아 채무를 변제하여야 하며 잔여재산은 국가에 귀속된다(피고 정관 제51조).

나. 회비납부의무의 법적 성질

(1) 「부담금관리 기본법」 제2조는 부담금이란 중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장, 행정권한을 위탁받은 공공단체 또는 법인의 장 등 법률에 따라 금전적 부담의 부과권을 부여받은 자가 분담금, 부과금, 기여금, 그 밖의 명칭에도 불구하고 재화 또는 용역의 제공과 관계없이 특정 공익사업과 관련하여 법률에서 정하는 바에 따라 부과하는 조세 외의 금전지급의무를 말한다고 정하고 있다.

어떤 공과금이 부담금에 해당하는지 여부는 그 명칭이 아니라 실질적인 내용을 기준으로 판단하여야 한다(헌법재판소 2019. 12. 27. 선고 2017헌가21 결정 등 참조). 부담금부과에 관한 명확한 법률 규정이 존재한다면 반드시 별도로 「부담금관리 기본법」 별표에 그 부담금이 포함되어야만 그 부담금 부과가 유효하게 되는 것은 아니다(대법원 2014. 1. 29. 선고 2013다25927, 25934 판결 참조).

(2) 총포화약법 제58조 제1항은 협회의 운영과 사업에 드는 경비는 정부와 지방자치단체의 보조금(제1호), 행정안전부령으로 정하는 총포의 안전검사, 화약류의 안정도시험과 교육 등의 수수료(제2호), 회원 중 대통령령으로 정하는 자의 회비(제3호)로 재원을 충당한다고 정하고, 제2항은 제3호에 따른 회비의 부담방법·부담비율과 그 밖에 회비에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있다. 그 위임에 따라 총포화약법 시행령 제78조 제1항은 회원의 유형별로 회비의 액수 또는 부담비율을 정하고 있다. 피고 정관은 피고의 운영과 사업에 드는 기금에 충당하기 위하여 피고에 기금을 두되, 정부와 지방자치단체의 보조금, 수수료 및 회비 등을 기금의 재원으로 조성한다

고 정하고 있다(제29조 제1항 제1호, 제32조 제3호).

(3) 총포화약법 제58조 제1항 제3호에 따른 회비는 「부담금관리 기본법」 별표에 포함되어 있지는 않으나, 공법상 재단법인으로서 피고의 법적 성질과 회비의 조성방법과 사용용도 등을 위에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 국가 또는 공공단체가 일정한 공행정활동과 특별한 관계에 있는 자에 대하여 그 활동에 필요한 경비를 조달하기 위하여 부담시키는 조세 외의 금전지급의무로서 공법상 부담금에 해당한다고 보아야 한다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

(가) 피고는 '협회'라는 명칭을 사용하고 있으나, 사적 자치의 원칙에 따라 설립되어 회원들을 대표하여 회원의 권익을 옹호하는 일반적인 협회와 달리, 경찰청 산하에 설립된 특수 공법인이며, 총포화약류를 취급하는 자에 대한 감독을 주된 업무로 한다. 총포화약법 제58조 제1항 제3호에 따른 회비는 이러한 피고의 기금을 조성하는 재원이며, 이 기금은 총포화약법 제52조에서 규정한 총포화약류의 안전관리와 기술개발 등 피고가 수행하는 공행정활동의 용도로 사용된다.

(나) 총포화약법에 따른 회비는 피고가 제공하는 용역에 대한 대가(예컨대, 안전검사 에 대한 수수료나 기술교육에 대한 교육비 등)와는 별개로 납부할 의무가 있는 금전으로서, 총포화약류를 제조·판매·임대·수입·사용하는 자, 화약류의 제조·관리보안책임자 등 총포화약류를 취급하는 특정 집단에 대하여 일방적으로 부과된다.

(다) 총포화약류를 취급하는 사람은 총포화약류를 취급하여 유·무형의 수익을 얻지만 그로 인해 재해를 유발하고 공공의 안전에 위해를 가할 가능성이 있으므로, 총포화약류로 인한 위험과 재해를 예방하기 위하여 피고가 수행하는 공행정활동과 밀접한 관련성이 있다.

다. 피고 회비납부통지의 법적 성질

(1) 항고소송의 대상인 '처분'이란 "행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용"을 말한다(행정소송법 제2조 제1항 제1호). 행정청의 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우에 관련 법령의 내용과 취지, 그 행위의 주체·내용·형식·절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익 사이의 실질적 관련성, 법치행정의 원리와 그 행위에 관련된 행정청이나 이해관계인의 태도 등을 고려하여 개별적으로 결정해야 한다(대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결 참조). 어떠한 처분에 법령상 근거가 있는지, 행정절차법에서 정한 처분 절차를 준수하였는지는 본안에서 해당 처분이 적법한가를 판단하는 단계에서 고려할 요소이지, 소송요건 심사단계에서 고려할 요소가 아니다(대법원 2016. 8. 30. 선고 2015두60617 판결 참조). 행정청의 행위가 '처분'에 해당하는지가 불분명한 경우에는 그에 대한 불복방법 선택에 중대한 이해관계를 가지는 상대방의 인식가능성과 예측가능성을 중요하게 고려해서 규범적으로 판단해야 한다(대법원 2018. 10. 25. 선고 2016두33537 판결 참조).

(2) 총포화약법 시행령에 따르면, 피고는 총포화약류의 수입허가를 받은 사람에 대하여 수입원가의 100분의 1에 해당하는 금액의 범위에서 정관이 정하는 바에 따라 회비를 징수한다(제78조 제1항 제3호). 회비는 원칙적으로 연 1회 징수한다(제79조 제1항 본문). 피고가 회비를 징수하고자 하는 때에는 회비의 금액·납부기간과 납부장소를 기재한 납부통지서를 납부의무자에게 발부하여야 하고(제79조 제2항), 회비의 납부의무자가 납부기간 내에 납부하지 않은 때에는 20일 이내의 기간을 정하여 독촉장을 발부하

여야 한다(제79조 제3항).

피고 정관에 따르면, 회비는 총포화약법 시행령 제78조에서 정한 상한액으로 하고(제33조 제2호), 화약류 수입업자에 대한 회비는 화약류 안정도시험시 화약감정팀에서 제출받은 수입신고필증을 다음연도 3월말까지 인수하여 수입원가를 파악하고 4월에 회비를 산정·부과하여 징수한다(제35조 제4항 본문). 회비납부의무자가 독촉해도 납부하지 않은 때에는 민사소송법이 정한 바에 따라 강제징수할 수 있다(제36조).

(3) 이러한 관련 규정의 내용을 위에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 공법인인 피고가 자신의 공행정활동에 필요한 재원을 마련하기 위하여 원고와 같은 회비납부의무자에 대하여 한 '회비납부통지'는 납부의무자의 구체적인 부담금액을 산정·고지하는 '부담금 부과처분'으로서 항고소송의 대상이 된다고 보아야 한다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

(가) 피고는 화약류 안정도시험시 화약감정팀에서 제출받은 수입신고필증, 허가관청이나 화약류 수입업자로부터 제출받은 자료 등을 토대로 해당 연도의 수입실적을 파악한 후 수입원가의 100분의 1에 해당하는 금액을 산정하여 최종적으로 납부의무자가 부담할 회비의 액수를 결정하게 된다. 이와 같이 결정된 회비의 금액과 납부기간, 납부장소를 기재한 납부통지서를 납부의무자에게 발부해야 비로소 구체적인 회비납부의무가 발생하는 것이며, 회비 부과 요건사실 확인과 회비 액수의 산정에 관한 피고의 조사·확인 없이 곧바로 총포화약법령으로부터 구체적인 회비납부의무가 발생한다고 볼 수는 없다. 총포화약류를 취급하는 사람의 추상적인 회비납부의무는 법령의 규정에 따라 성립하지만, 피고가 매년 납부의무자별로 일정한 조사·확인을 거쳐 회비산정기준에 따라 회비의 액수를 산정·고지해야 실제 납부 또는 징수가 가능하다. 따라서 피

고의 회비납부통지는 '행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사'에 해당한다고 보아야 한다.

(나) 관련 법령에서 체납자에 대한 강제징수규정을 두었는지 여부는 행정청이 하는 금전 납부통지의 처분성 인정 여부를 판단할 때 중요한 고려요소이며, 강제징수규정이 있다면 해당 금전 납부통지가 처분(공권력의 행사)에 해당한다는 것이 보다 분명해진다. 그러나 강제징수규정이 없다는 이유만으로 행정청이 하는 금전 납부통지의 처분성을 반드시 부정해야 하는 것은 아니다. 행정청이 하는 금전 납부통지가 처분에 해당하는지 여부는 위에서 본 법리에 따라 여러 사정을 고려해서 개별적으로 판단해야 한다. 피고 정관에서 회비징수를 민사소송절차에 의하도록 규정하였거나 관련 법령에서 국세징수법 등에 의한 체납처분절차를 따르도록 강제징수규정을 두지 않았다고 해서 그것이 '공법상 부담금 산정·부과처분'이라는 법적 성질을 부정할 결정적 요소는 아니다 (대법원 2000. 9. 8. 선고 2000다12716 판결 등 참조).

라. 확인의 이익

이러한 법리를 기초로 이 사건 소 중 장래의 회비납부의무 부존재 확인을 구하는 부분에 확인의 이익이 있는지에 관하여 직권으로 살펴본다.

(1) 확인의 소의 대상인 법률관계의 확인이 그 이익이 인정되기 위해서는 법률관계에 따라 제소자의 권리 또는 법적 지위에 현존하는 위험·불안이 야기되어야 하고, 그 위험·불안을 제거하기 위하여 법률관계를 확인의 대상으로 한 확인판결에 따라 즉시 확정할 필요가 있으며, 그것이 가장 유효적절한 수단이어야 한다(대법원 1995. 10. 12. 선고 95다26131 판결, 대법원 2002. 6. 14. 선고 2002두1823 판결 참조).

(2) 현행 행정소송법에서는 장래에 행정청이 일정한 내용의 처분을 할 것 또는 하지

못하도록 할 것을 구하는 소송(의무이행소송, 의무확인소송 또는 예방적 금지소송)은 허용되지 않는다(대법원 1992. 2. 11. 선고 91누4126 판결, 대법원 2006. 5. 25. 선고 2003두11988 판결 참조).

(3) 피고가 매년 구체적인 회비를 산정·고지하는 처분을 하기 전에 원고가 피고를 상대로 구체적으로 정해진 바도 없는 회비납부의무의 부존재 확인을 곧바로 구하는 것은 현존하는 권리·법률관계의 확인이 아닌 장래의 권리·법률관계의 확인을 구하는 것일 뿐만 아니라, 원고의 이 사건 회비납부의무 부존재 확인청구는 피고가 장래에 원고의 구체적인 회비를 산정·고지할 때 총포화약법 제58조 제2항과 총포화약법 시행령 제78조 제1항 제3호에 근거한 '수입원가 기준 회비' 부분을 제외해야 한다는 것으로서 실질적으로 피고로 하여금 특정한 내용으로 회비를 산정·고지할 의무가 있음의 확인을 구하는 것과 같으므로 현행 행정소송법상 허용되지 않는 의무확인소송 또는 예방적 금지소송과 마찬가지로 허용되지 않는다. 원고로서는 피고가 매년 구체적인 회비를 산정·고지하는 처분을 하면 그 처분의 효력을 항고소송의 방식으로 다투어야 한다.

(4) 그런데도 제1심과 원심은, 총포화약법에 따른 회비납부의무가 사법상 의무에 해당하여 그 부존재 확인청구가 민사소송의 대상이고 확인의 이익도 인정된다는 전제에서, 이 사건 소 중 장래의 회비납부의무 부존재 확인청구 부분에 관하여 본안판단으로 나아갔으니, 이러한 제1심과 원심의 판단에는 총포화약법에 따른 회비납부의무의 법적 성질과 쟁송 방식에 관한 법리를 위반한 잘못이 있다.

3. 부당이득반환청구

가. 행정처분과 부당이득

행정상대방이 행정청에 이미 납부한 돈이 민법상 부당이득에 해당한다고 주장하면서

그 반환을 청구하는 것은 민사소송절차를 따라야 한다(대법원 1995. 4. 28. 선고 94다 55019 판결 등 참조). 그러나 그 돈이 행정처분에 근거하여 납부한 것이라면 그 행정처분이 취소되거나 당연무효가 아닌 이상 법률상 원인 없는 이득이라고 할 수 없다(대법원 2017. 4. 26. 선고 2013두6541 판결 등 참조).

나. 회비 징수 근거규정의 위헌·위법 여부가 부당이득반환청구에 미치는 영향

(1) 일반적으로 법률이 헌법에 위반된다는 사정은 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 이러한 하자는 행정처분의 취소사유에 해당할 뿐 당연무효사유는 아니다(대법원 1996. 6. 11. 선고 96누1689 판결 등 참조). 위헌결정의 소급효가 인정된다고 해서 위헌인 법률에 근거한 행정처분이 당연무효가 된다고는 할 수 없고, 이미 취소소송의 제기기간을 경과하여 불가쟁력이 발생한 행정처분에는 위헌결정의 소급효가 미치지 않는다(대법원 1994. 10. 28. 선고 93다41860 판결 등 참조).

(2) 위에서 본 사실관계를 이러한 법리에 비추어 살펴보면, 원고는 이미 피고에게 납부한 2008년부터 2015년까지의 수입원가 기준 회비가 민법상 부당이득이라고 주장하면서 그 반환을 청구하고 있으나, 각 회비 납부의 근거가 된 피고의 회비납부통지는 행정처분에 해당하고 이미 제소기간이 지나서 불가쟁력이 발생하였다. 설령 회비 부과·징수의 근거규정이 위헌·위법하다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그러한 하자는 회부납부통지의 취소사유일 뿐 당연무효사유는 아니다. 따라서 원고가 이미 피고에게 납부한 회비는 법률상 원인 없는 이득이라고 할 수 없다.

(3) 따라서 원심이 원고의 부당이득반환청구를 기각한 결론은 정당하다. 원심판결에 부당이득반환 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

다. 실효의 법리 위반 여부(상고이유 제3점)

(1) 실권 또는 실효의 법리는 신의성실의 원칙에서 파생한 법원칙으로서, 본래 권리 행사의 기회가 있는데도 불구하고 권리자가 장기간에 걸쳐 권리를 행사하지 않았기 때문에 의무자인 상대방이 이미 그의 권리를 행사하지 않을 것으로 믿을 만한 정당한 사유가 있게 됨으로써 새삼스럽게 권리를 행사하는 것이 신의성실의 원칙에 위반되는 결과가 될 때 권리행사를 허용하지 않는 것이다(대법원 1988. 4. 27. 선고 87누915 판결 등 참조).

어떤 행정처분이 실효의 법리를 위반하여 위법한 것이라고 하더라도, 이러한 하자의 존부는 개별·구체적인 사정을 심리한 후에야 판단할 수 있는 사항이어서 객관적으로 명백한 것이라고 할 수 없으므로, 이는 행정처분의 취소사유에 해당할 뿐 당연무효사유는 아니다.

(2) 위에서 본 사실관계를 이러한 법리에 비추어 살펴보면, 설령 피고가 2013년에 원고에 대하여 한 회비납부통지 중 원고의 수입품 관련 부분이 실효의 법리를 위반한 것이라고 하더라도, 이는 행정처분의 당연무효사유는 아니므로, 원고가 그에 따라 이미 피고에게 납부한 회비가 법률상 원인 없는 이득이라고 할 수 없다.

원심이 피고가 2013년에 원고에 대하여 한 회비납부통지 중 원고의 수입품 관련 부분이 실효의 법리를 위반한 것인지 여부를 구체적으로 심리·판단한 것은 적절하지 않으나, 원고의 이 부분 주장을 배척하고 원고의 부당이득반환청구를 기각한 결론은 정당하다. 원심판결에 실효의 법리 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

4. 화약류 안정도시험의무 부존재 확인청구

가. 화약류 안정도시험 제도의 취지와 검사명령

(1) 총포화약법에 따르면, 화약류를 제조하거나 수입한 자 또는 제조·수입 후 대통령령으로 정하는 기간이 지난 화약류를 소유하고 있는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 안정도를 시험하여야 한다(제32조 제1항). 안정도시험은 피고가 실시하며(제52조 제2호), 안정도시험 대상자가 피고에게 신청서를 제출하면 피고는 현장확인과 시험을 실시한 후 결과서를 작성하여 신청인에게 회신한다. 안정도시험을 받은 자는 그 시험 결과를 지방경찰청장에게 보고하여야 하고(제32조 제2항), 대통령령으로 정하는 기술상의 기준에 미달하는 화약류는 안정도 시험결과를 통보받은 날부터 30일 이내에 폐기한 후 그 결과를 지방경찰청장에게 통보하여야 한다(제32조 제4항). 경찰청장 또는 지방경찰청장은 재해 예방을 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 화약류의 소유자에 대하여 안정도시험을 실시하도록 명할 수 있다(제32조 제3항).

이러한 규정에 따른 화약류에 대한 안정도시험은 화약류의 자연분해가 시작되면 분해과정에서 발생한 열이 축적되어 온도가 상승하고 그에 따라 자연분해는 더욱 촉진되며 온도가 발화점 이상으로 가열되면 자연폭발을 일으키게 되므로, 화약류의 자연분해나 자연폭발을 방지하여 그로 인한 사고 발생의 위험성을 줄이는 데 그 취지가 있다.

(2) 위와 같은 관련 규정의 문언과 체계, 화약류 안정도시험 제도의 취지 등을 종합하면, 화약류 안정도시험 대상자가 피고로부터 안정도시험을 받지 않는 경우에는 경찰청장 또는 지방경찰청장이 화약류 안정도시험 대상자에 대하여 일정 기한 내에 안정도시험을 받으라는 명령(이하 '검사명령'이라 한다)을 할 수 있으며, 이는 항고소송이 대상이 되는 '처분'이라고 보아야 한다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

(가) 화약류 안정도시험의무는 안전한 화약류 관리를 통해 화약류로 인한 사고를 예

방하고 국민의 생명과 신체를 보호하기 위하여 총포화약법 제32조에 따라 화약류를 취급하는 사람에게 부과된 공법상 의무이다.

(나) 총포화약법에 따르면, 화약류 안정도시험 대상자임에도 시험을 받지 않은 자는 6개월 이내의 영업정지와 형사처벌의 대상이 되고(제45조 제1항 제8호, 제72조 제1호), 시험결과를 보고하지 않거나 거짓으로 보고한 자, 기술상의 기준에 미달한 화약류의 폐기 및 보고의무를 위반한 자에 대하여는 과태료가 부과된다(제74조 제1항 제5호, 제2호).

(다) 총포화약법은 제32조 제1항에서 화약류 제조·수입업자, 제조·수입 후 대통령령으로 정하는 기간이 지난 화약류의 소유자를 안정도시험 대상자로 규정하고, 제32조 제3항에서 "경찰청장 또는 지방경찰청장은 재해 예방을 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 화약류의 소유자에 대하여 제1항에 따른 안정도시험을 실시하도록 명할 수 있다."라고 정하고 있다. 총포화약법 제32조 제3항은 제32조 제1항으로 포섭되지 않는 사람에 대해서도 경찰청장 또는 지방경찰청장의 개별·구체적 명령을 통해 안정도시험 의무를 부과할 수 있도록 한 규정이다. 총포화약법 제32조 제1항에서 정한 안정도시험 대상자는 1차적으로 법률의 규정 자체에 의해서 안정도시험의무가 성립한다고 할 것이지만, 이를 이행하지 않는 경우에 경찰청장 또는 지방경찰청장이 그 대상자에 대하여 일정 기한 내에 안정도시험을 받으라는 통고를 할 수 있다. 이는 안정도시험 대상자에게 새로운 의무를 부과하는 것은 아니지만, 안정도시험 대상자가 제조·수입 또는 소유하고 있는 특정한 화약류가 총포화약법 제32조 제1항에 따른 안정도시험의 대상이라는 것을 확인해 주는 '확인적 행정행위'로서 '행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법 집행으로서의 공권력의 행사'로 볼 수 있다. 또한 경찰청장 또는 지방경찰청장의 통고

를 이행하지 않을 경우 안정도시험 대상자는 경찰청장 또는 지방경찰청장으로부터 영업정지 또는 형사고발 등의 제재조치를 받을 우려가 있어 불안정한 지위에 놓이게 된다. 경찰청장 또는 지방경찰청장의 통고가 이루어진 단계에서 그 상대방으로 하여금 통고의 적법성을 다투어 그 법적 불안을 조기에 해소할 수 있도록 길을 열어 주는 것이 법치행정의 원리에 부합한다(대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결 등 참고). 따라서 경찰청장 또는 지방경찰청장이 화약류 안정도시험 대상자에 대하여 일정 기한 내에 안정도시험을 받으라고 통고하는 것은 법령상 의무가 있음을 알려 주거나 그 이행을 촉구하는 단순한 관념의 통지가 아니라, 항고소송의 대상인 '검사명령'이라고 보는 것이 타당하다.

나. 확인의 이익

이러한 법리를 기초로 이 사건 소 중 화약류 안정도시험의무 부존재 확인을 구하는 부분에 확인의 이익이 있는지에 관하여 직권으로 살펴본다.

경찰청장 또는 지방경찰청장이 구체적인 화약류 물품에 관하여 안정도시험을 받으라는 검사명령을 하기 전에 원고가 안정도시험 실시기관인 피고를 상대로 구체적으로 정해지지 않은 안정도시험의무의 부존재 확인을 곧바로 구하는 것은 현존하는 권리·법률관계의 확인이 아닌 장래의 권리·법률관계의 확인을 구하는 것일 뿐만 아니라, 원고의 이 사건 안정도시험의무 부존재 확인청구는 실질적으로 경찰청장 또는 지방경찰청장으로 하여금 장래에 원고가 수입한 구체적인 화약류 물품에 관하여 안정도시험을 받으라는 검사명령을 해서는 안 된다는 취지로서 행정소송법상 허용되지 않는 예방적 금지소송과 같으므로 허용되지 않는다. 원고로서는 원고가 수입한 구체적인 화약류 물품에 관하여 경찰청장 또는 지방경찰청장이 안정도시험을 받으라는 검사명령을 하면 그

검사명령의 효력을 항고소송의 방식으로 다투어야 한다.

그런데도 제1심과 원심은, 총포화약법에 따른 화약류 안정도시험의무가 사법상 의무에 해당하여 그 부존재 확인청구가 민사소송의 대상이고 확인의 이익도 인정된다는 전제에서, 이 사건 소 중 화약류 안정도시험의무 부존재 확인청구 부분에 관하여 본안판단으로 나아갔으니, 이러한 제1심과 원심의 판단에는 총포화약법에 따른 화약류 안정도시험의무의 법적 성질과 쟁송 방식에 관한 법리를 위반한 잘못이 있다.

5. 결론

나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채, 원심판결 중 회비납부의무 부존재 확인청구 부분과 화약류 안정도시험의무 부존재 확인청구 부분을 파기하기로 하되, 이 부분 사건은 이 법원이 직접 재판하기에 충분하므로 자판하기로 하여, 이 부분에 관한 제1심 판결을 취소하고 이 부분에 관한 소를 각하한다. 나머지 상고를 기각하고 소송총비용은 원고가 부담하도록 하여, 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	노정희
주 심	대법관	김재형
	대법관	안철상

대법관 이흥구