

2026

행정쟁송법

손승주

GS-2기
9주차
예시답안

[1문]

광주광역시(이하 “A”라고 한다)는 2004. 3.경 2명의 3급 승진요인이 발생하자 국가서기관(4급)으로서 광주광역시 기획관으로 근무하던 甲을 포함한 8명의 4급 공무원을 지방부이사관 승진후보자로 선정한 다음 광주광역시 인사위원회에 3급 승진 대상자 2명을 선정하여 주도록 요청하였다. 위 인사위원회는 2004. 3. 31. 현직급 경력, 초임과장 보직일, 시정의 공헌도 등을 종합적으로 고려하되, 정책 판단, 종합기획, 조정능력, 조직통솔력 등 관리자로서의 능력과 자질을 겸비하였는지를 심사하여 甲과 다른 1명을 3급 승진대상자로 선정하였다. 이에 A는 2004. 4. 1.자로 甲을 지방부이사관(3급)으로 승진하여 재단법인 ○○○ 사무국장으로 파견한다는 취지의 인사발령문(갑 제1호증, 정식의 3급 승진 인사발령문은 아니다)을 작성하여 대내외에 공표하는 한편, 甲으로부터 지방공무원으로의 전출동의서를 받은 후 행정자치부장관에게 그 전출명령을 제청하였다. 2004. 7. 초경 A는 ○○○ 이사장과 사무총장이 2차례에 걸쳐 甲이 업무추진에 걸림돌이 될 수 있다는 이유로 사무국장의 교체를 요구하자, A는 위 인사위원회에 甲의 지방부이사관 승진의결 재심의를 요구하였고, 위 인사위원회는 2004. 7. 31. 甲에 대한 2004. 3. 31.자 승진임용예정 철회를 의결하였으며, A는 2004. 8. 1.자 인사발령을 하면서 甲을 제외한 나머지 부이사관 승진예정자에 대한 승진발령을 하고, 2004. 8. 9. 甲을 지방서기관으로 보하는 시립민속박물관장으로 발령하였다. 이에 甲은 2005. 9. 30. 광주광역시 소청심사위원회에 甲의 의사에 반하는 불리한 부작위를 이유로 자신을 지방부이사관으로 승진임용하라는 소청심사를 청구하였으나 2006. 2. 20. 기각되었다.

물음1 甲은 승진임용신청을 받은 A를 상대로 부작위위법확인소송을 제기하려고 한다. 위 사안에서 부작위위법확인소송의 부작위가 성립하는지 설명하시오. (15점. 주어진 사실 외에는 고려하지 마시오).

※ ()의 배점은 주관적인 생각일 뿐이고, 절대적인 기준은 알 수 없음을 밝힙니다.

I. 논점의 정리 (1점)

사안에서는 4급 공무원인 甲이 인사위원회의 심의를 거쳐 3급 승진대상자로 결정되고 임용권자가 그 사실을 대내외에 공표까지 하였다면, 승진임용에 관한 법률상 이익을 가진 자로서 임용권자에 대하여 3급 승진임용을 신청할 조리상의 권리가 있는지 문제 된다.

II. 부작위의 의의와 성립요건 (8점)

1. 부작위의 의의 (1점)

부작위위법확인소송의 대상은 부작위이다. 부작위라 함은 ① 행정청이 ② 당사자의 신청에 대하여 ③ 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 ④ 이를 하지 아니하는

것을 말한다(행정소송법 제2조 제1항 제2호).

2. 부작위의 성립요건 (4점)

(1) 문제의 소재

당사자의 처분에 대한 신청이 있어야 하는데, 여기서 처분은 취소소송의 대상인 처분을 의미한다. 부작위의 성립에 신청권을 필요로 하는지 문제된다.

(2) 견해의 대립

① 신청권을 대상적격의 요소로 보는 견해, ② 신청권을 원고적격의 문제로 보는 견해, ③ 신청권을 본안판단의 문제로 보는 견해가 있다.

(3) 판례의 입장

판례는 부작위위법확인 소에 있어 당사자가 행정청에 대하여 어떠한 행정행위를 하여 줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상 권리를 갖고 있지 아니한 경우에는 원고적격이 없거나 항고소송의 대상인 위법한 부작위가 있다고 볼 수 없어 그 부작위위법확인 소는 부적법하다고 판시하여, 신청권을 원고적격과 대상적격의 요소로 보는 것으로 보인다.

(4) 검토의견

신청권은 행정청이 어떠한 처분을 해야 할 법률상 의무에 대응하는 개념으로 대상적격의 요소로 보는 것이 타당할 것이다.

3. 승진임용신청권 (3점)

판례는 4급 공무원이 당해 지방자치단체 인사위원회의 심의를 거쳐 3급 승진대상자로 결정되고 임용권자가 그 사실을 대내외에 공표까지 하였다면, 그 공무원은 승진임용에 관한 법률상 이익을 가진 자로서 임용권자에 대하여 3급 승진임용을 신청할 조리상의 권리가 있고, 이러한 공무원으로부터 소청심사청구를 통해 승진임용신청을 받은 행정청으로서 상당한 기간 내에 그 신청을 인용하는 적극적 처분을 하거나 각하 또는 기각하는 등의 소극적 처분을 하여야 할 법률상의 응답의무가 있다고 판시하고 있다.

III. 사안의 적용 및 결론 (6점)

① 사안에서 A는 2004. 3.경 2명의 3급 승진 요인이 발생하자 甲을 포함한 8명의 4급 공무원을 지방부이사관 승진후보자로 선정한 다음 해당 지방자치단체의 인사위원회에 3급 승진 대상자 2명을 선정하여 주도록 요청하였고, 요청을 받은 인사위원회는 관리자로서의 능력과 자질을 겸비하였는지를 심사하여 甲과 다른 1명을 3급 승진대상자로 선정하였으며, 이에 A는 2004. 4. 1.자로 甲을 지방부이사관(3급)으로 승진하여 재단법인 ○○○ 사무국장으로 파견한다는 취지의 인사발령문을 작성하여 대내외에 공표한 점 등에 비추어, 甲에게는 임용권자인 A에 대하여 승진임용을 신청할 조리상 권리

가 있다.

② 또한 신청권이 있는 甲으로부터 소청심사청구를 통해 승진임용신청을 받은 A로서는 상당한 기간 내에 그 신청을 인용하는 적극적 처분을 하거나 각하 또는 기각하는 등의 소극적 처분을 하여야 할 법률상의 응답의무가 있다.

③ 그럼에도 불구하고 A는 상당 기간이 경과하도록 적극적 또는 소극적 처분을 하고 있지 아니하고 있는 것이므로, 사안에서는 부작위위법확인소송의 대상인 부작위가 성립한다.

물음2 물음1)에서 甲이 적법하다는 부작위위법확인소송을 제기한 것을 전제로, A가 소송 계속 중 승진을 거부하는 경우 소의 이익이 인정되는지 설명한 다음 甲이 소송에서 취해야 할 조치를 설명하시오. (15점)

1. 소의 이익이 인정되는지 여부 (7점)

1. 논점의 정리 (1점)

사안에서는 부작위위법확인소송 계속 중 행정청의 거부처분이 있는 경우 무응답이라는 소극적 위법 상태가 제거되어 소의 이익이 없는 것인지 문제된다.

2. 부작위위법확인소송에서의 소의 이익 (4점)

(1) 부작위위법확인소송의 의의

부작위위법확인소송은 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송이다(행정소송법 제4조 제3호). 우리 행정소송법은 삼권분립을 고려하여 의무이행소송을 도입하는 대신 행정청의 1차적 판단권을 존중하는 차원에서 부작위위법확인소송을 도입하였다.

(2) 부작위위법확인소송의 소의 이익

1) 문제의 소재

부작위위법확인소송에서 소송 계속 중 거부처분이 있게 되는 경우 소의 이익을 인정할 수 있는지 문제된다.

2) 견해의 대립

① 부작위위법확인소송의 심리의 범위에 대하여 행정청에게 인용의무가 있는가에 대하여 심리한다고 보는 실체적심리설의 입장에 따르면 소의 이익이 여전히 있는 것으로 볼 수도 있겠으나, ② 심리의 범위에 대하여 행정청에게 응답의무가 있는지 여부에 대하여만 심리한다고 보는 절차적심리설에 따르면 경우 행정청이 응답을 한 이상 소의 이익이 없다고 보게 될 것이다.

3) 판례의 입장

판례는 부작위위법확인소송은 행정청이 상당한 기간 내에 적극적 또는 소극적인 처분을 하여야 할 법률상의 응답의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우, 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 내지 무응답이라고 하는 소극적인 위법 상태를 제거하는 것을 목적으로 하는 것이라고 하여 절차적심리설의 입장이고, 따라서 소송 계속 중 거부처분이 있게 되면 소의 이익이 없는 것으로 본다.

4) 검토의견

부작위위법확인소송의 심리의 범위에 대하여 절차적심리설이 타당하다고 보는 이상, 무응답 상태가 제거된 것이므로 판례의 입장은 일응 타당하다.

3. 사안의 적용 및 결론 (2점)

- ① 사안에서 부작위가 성립하였다고 보더라도, A는 甲의 신청에 대하여 거부라는 응답을 한 상황이다.
- ② 앞서 살펴본 바와 같이 부작위위법확인소송에 대하여, 판례는 행정청이 어떠한 신청에 대하여 응답할 의무가 있음에도 불구하고 응답을 하지 아니하는 경우, 그와 같은 무응답 상태가 위법함을 확인하여 행정청의 무응답이라는 소극적 위법 상태를 제거하는 소송이라는 것인데, 이와 같은 판례의 입장에 따르면, A가 甲의 신청에 대하여 거부라는 응답을 한 이상, 소극적 무응답 상태의 제거는 이미 된 것이다.
- ③ 결국, 甲이 제기한 부작위위법확인소송이 추구하는 목적은 이미 달성되었으므로, 甲이 제기하여 계속 중인 소송은 소의 이익이 없어 부적법하다.

II. 甲이 소송에서 취해야 할 조치 (8점)

1. 논점의 정리 (1점)

사안에서는 부작위위법확인소송 계속 중 거부처분이 있는 경우, 거부처분에 대한 취소소송으로 소변경이 가능한지 여부가 문제된다.

2. 부작위위법확인소송과 소변경 (5점)

(1) 부작위위법확인소송의 의의

부작위위법확인소송은 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송이다(행정소송법 제4조 제3호). 우리 행정소송법은 삼권분립을 고려하여 의무이행소송을 도입하는 대신 행정청의 1차적 판단권을 존중하는 차원에서 부작위위법확인소송을 도입하였다.

(2) 부작위위법확인소송 계속 중 거부처분이 있는 경우 소변경 가부

1) 문제의 소재

부작위위법확인소송 계속 중 행정청이 거부처분을 한 경우 거부처분취소소송으로 변경할 수 있는지 문제된다.

2) 견해의 대립

① 부정설은 부작위위법확인소송이 소의 종류의 변경(행정소송법 제21조)은 준용하면서 처분변경으로 인한 소변경(행정소송법 제22조)은 준용하지 아니하므로 부작위가 거부처분으로 발전하는 경우 거부처분취소소송으로 소변경은 허용되지 않는 것으로 본다. ② 긍정설은 행정소송법 제22조를 부작위위

법확인소송에 준용하지 않는 것은 단순한 입법의 불비이며 소송경제상 소변경을 허용함이 타당한 것으로 본다.

3) 판례의 입장

판례는 원고가 부작위위법확인소송 계속 중 거부처분이 있는 것으로 보아 거부처분취소소송으로 소변경을 신청한 사안에서 소변경을 허용한 바 있다.

4) 검토의견

부작위위법확인소송이 행정소송법 제22조를 준용하지 않는 것 외에는 소변경을 부정할 이유가 없으며, 부정할 경우 다시 거부처분취소소송을 제기해야 하므로 소송경제적인 측면에서도 긍정하는 것이 타당하다.

3. 사안의 적용 및 결론 (2점)

① 사안에서는 부작위위법확인소송 계속 중 A의 거부처분이 있게 되어 계속 중인 부작위위법확인소송의 소의 이익이 없게 되었으나, ② 앞서 살펴본 바와 같이, 부작위위법확인소송이 행정소송법 제22조를 준용하지 않는 것 외에는 거부처분 취소소송으로 소변경을 부정할 이유가 없고, 소송경제 측면 및 거부처분 취소소송으로 소변경을 허용한 판례의 입장을 고려하면, 소송 계속 중 거부처분이 있게 되는 경우 부작위위법확인소송에서 거부처분 취소소송으로의 소변경을 허용하는 것이 타당하며, ③ 따라서 甲은 부작위위법확인소송이 계속 중인 법원에 거부처분에 대한 취소소송으로 소변경을 신청하는 조치를 취해야 한다.

물음3 물음1)에서 甲이 적법하다는 부작위위법확인소송을 제기한 것을 전제로, 법원의 인용판결이 확정된 다음 A가 승진임용을 거부한 경우 甲이 행정소송법상 간접강제를 신청한 경우 인용될 수 있는지 설명하시오. (10점)

I. 논점의 정리 (1점)

사안에서는 A가 승진임용을 거부한 경우 소극적 무응답 상태를 제거한 것이므로 인용판결의 기속력에 반하지 않는 것인지 문제 된다.

II. 부작위위법확인소송에서의 기속력과 간접강제 (6점)

1. 부작위위법확인소송에서의 기속력 (1점)

부작위의 위법을 확인하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속하고(행정소송법 제38조 제2항, 제30조 제1항), 부작위가 위법하다는 판결이 있게 되면, 원고의 신청을 받은 행정청은 판결의 취지에 따라 일정한 처분을 하여야 한다(행정소송법 제38조 제2항, 제30조 제2항).

2. 부작위위법확인소송에서의 간접강제 (2점)

행정청이 부작위의 위법을 확인하는 판결이 있음에도 불구하고 일정한 처분을 하지 않는 경우 제1심 수소법원은 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 상당한 기간을 정하고 행정청이 그 기간 내에 이행하지 아니하는 때에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상을 할 것을 명할 수 있고(행정소송법 제38조 제2항, 제34조 제1항), 이는 기속력의 내용 중 행정청의 처분의 무에 대한 실효성을 확보하기 위한 것이다.

3. 부작위위법확인소송의 심리의 범위 (3점)

부작위위법확인판결의 기속력에 따라 행정청이 하여야 할 일정한 처분의무에 대하여, ① 부작위위법확인소송의 심리의 범위에 대하여 행정청에게 인용의무가 있는가에 대하여 심리한다고 보는 실체적 심리설의 입장에 따르면, 법원은 피고 행정청이 인용을 하지 않아 위법하다고 판결한 것이므로 행정청은 인용처분을 할 의무가 있다고 볼 수 있겠으나, ② 심리의 범위에 대하여 행정청에게 응답의무가 있는지 여부에 대하여만 심리한다고 보는 절차적심리설에 따를 경우 행정청이 응답을 한 이상 기속력에 따른 처분의무를 다한 것으로 보아야 할 것이다. ③ 판례는 부작위위법확인소송은 행정청이 상당한 기간 내에 적극적 또는 소극적인 처분을 하여야 할 법률상의 응답의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우, 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 내지 무응답이라고 하는 소극적인 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 하는 것이라고 하여 절차적심리설의 입장이고, 따라서 부작위위법확인판결에 따른 행정청의 처분의무는 무응답 상태를 제거하는 데에 있다.

Ⅲ. 사안의 적용 및 결론 (3점)

- ① 사안에서는 이 사건 소송에서 법원이 인용판결을 한 다음 확정되어 기속력이 발생하였고, 위 판결의 기속력에 따른 B의 처분의무는 앞서 검토한 바와 같이 심리의 범위에서 절차적 심리설을 취하는 이상 소극적 무응답 상태를 제거하라는 것이며, ② 사안에서 B가 거부처분을 하여 소극적 무응답 상태를 제거한 이상 B는 판결의 취지에 따른 처분을 한 것이고, ③ B가 이 사건 소송의 인용판결에 따른 처분이 존재하므로 간접강제의 요건을 갖추지 못하였다.
- ④ 따라서 사안에서 간접강제는 인용될 수 없다.

[2문]

甲은 독립운동가의 양자로 국가보훈처장을 상대로 독립운동가들에 대한 서훈추천권 행사를 바로잡아 다시 추천하고, 잘못 기술된 독립운동가의 활동상을 고쳐 독립운동사 등의 책자를 다시 편찬·보급하며, 독립기념관 전시관의 해설문·전시물 중 잘못된 부분을 고쳐 다시 전시 및 배치할 의무가 있음의 확인을 구하는 행정소송을 제기하였다.

물음 위와 같은 소송이 현행 행정소송법상 허용될 수 있는지 설명하시오. (10점)

I. 논점의 정리 (1점)

사안에서는 법원에게 행정청에게 일정한 행위를 할 의무가 있다는 확인을 구하는, 이른바 의무확인소송이 허용되는지 문제된다.

II. 의무확인소송의 인정 여부 (6점)

1. 문제의 소재

행정소송법은 행정소송의 종류로 의무확인소송을 규정하지 않고 있어, 명문의 규정이 없음에도 불구하고 의무확인소송을 인정할 수 있는 것인지 문제된다.

2. 견해의 대립

① 긍정설은 행정소송법 행정소송의 종류 등을 예시적으로 보면서 권리구제의 실효성 확보를 위해 인정된다는 견해, ② 부정설은 행정소송법상 행정소송의 종류를 제한적으로 열거한 것으로 보면서 권력분립의 원칙상 인정할 수 없다는 견해, ③ 제한적 허용설은 행정청이 1차적 판단권을 행사할 수 없을 정도로 처분 요건이 일의적으로 정해져 있고, 사전에 구제하지 않으면 회복할 수 없는 손해가 발생할 수 있으며, 다른 구제방법이 없는 경우에만 의무확인소송이 인정된다는 견해이다.

3. 판례의 입장

판례는 국가보훈처장 등에게 독립기념관 전시관의 해설문, 전시물 중 잘못된 부분을 고쳐 다시 전시 및 배치할 의무가 있음의 확인을 구하는 청구는 작위의무확인소송으로서 항고소송의 대상이 되지 아니한다고 하여 부정설의 입장이다.

4. 검토의견

입법론적으로 의무확인소송을 긍정하는 것은 별론으로 하고, 명문의 규정에도 없는 의무확인소송을

인정하게 되면 삼권분립에 반할 뿐만 아니라, 사법의 소극성에 반하게 되므로 현행법의 해석상으로는 부정설이 타당하다.

III. 사안의 적용 및 결론 (3점)

① 사안에서 甲이 국가보훈처장을 상대로 독립운동가들에 대한 서훈추천권 행사를 바로잡아 다시 추천하고, 잘못 기술된 독립운동가의 활동상을 고쳐 독립운동사 등의 책자를 다시 편찬·보급하며, 독립기념관 전시관의 해설문·전시물 중 잘못된 부분을 고쳐 다시 전시 및 배치할 의무가 있음의 확인을 구하는 행정소송은 법정 외 항고소송으로 의무확인소송에 해당한다.

② 앞서 본 바와 같이, 의무확인소송을 입법론적으로 긍정할 수 있음은 별론으로, 위와 같은 소송을 인정하게 되면 삼권분립에 반할 뿐만 아니라, 사법의 소극성에 반하게 되므로 현행법의 해석상으로는 부정설이 타당할 수밖에 없다.

③ 따라서 국가보훈처장을 상대로 독립운동가들에 대한 서훈추천권 행사를 바로잡아 다시 추천하고, 잘못 기술된 독립운동가의 활동상을 고쳐 독립운동사 등의 책자를 다시 편찬·보급하며, 독립기념관 전시관의 해설문·전시물 중 잘못된 부분을 고쳐 다시 전시 및 배치할 의무가 있음의 확인을 구하는 행정소송은 현행 행정소송법상 허용되지 않는다.

win 카드 용 추가 문제 및 예시답안

甲은 1986. 8. 21. 국가정보원에 기능 10급의 국가공무원으로 각 공채되어 출판물의 편집 등을 담당하는 ‘행정보조 직군’, ‘입력작업 직렬’ 업무를 수행하였다. 이후 행정보조 직군에 ‘전산사식 직렬’이 신설되어 甲은 1993. 12. 31.부터는 전산사식 직렬 소속으로 출판물의 편집 등을 담당하였다. 1999. 3. 31. 국가정보원직원법 시행령 [별표 2]가 개정되어 기능직 직렬 중 전산사식, 입력작업, 전화교환, 안내, 영선, 원예의 6개 직렬이 폐지되었다(이하 ‘이 사건 직렬 폐지’라고 한다). 이에 따라 甲은 1999. 4. 30. 의원면직이 되었다가 1999. 5. 1. 계약직(전임계약직) 직원으로 다시 임용되어 정보업무지원분야 중 전산사식 분야에서 같은 업무를 수행하였다. 甲은 주로 1년 단위로 계약을 갱신하며 계속하여 근무하던 중 2008. 12. 10. ‘국가정보원 계약직직원규정’에서 정한 전산사식의 근무상한연령인 만 43세에 도달하였으나 위 규정의 부칙(1999. 5. 1.) 제2조에 따라 국가정보원장이 별도로 정한 후속처리지침에 따라 그로부터 2년을 더 연장하여 근무하다가 위 지침상 상한연령에 도달하였음을 이유로 2010. 12. 31.자 퇴직통보를 받았다(이하 “이 사건 퇴직통보”라고 한다). 甲은 퇴직 당시 특수경력직공무원 중 계약직공무원(국가정보원직원법 시행령 제2조의3에 의한 계약직직원)에 속하였다.

물음 甲이 설문의 근무상한연령이 근로기준법 제6조에 위반된다고 판단하여 자신이 여전히 공무원의 지위에 있다고 생각하는 경우 甲이 자신의 공법상 지위를 확인하기 위하여 제기해야 하는 행정소송의 종류를 설명하고, 그러나 甲이 취소소송을 제기한 경우 해당 소송에서 취해야 하는 조치를 설명하시오.(25점. 주어진 사실 외에는 고려하지 말고, 소송요건 등에 대하여 논하지 마시오)

1. 甲이 제기해야 하는 행정소송의 종류 (13점)

1. 논점의 정리 (1점)

사안에서 甲은 공법상 법률관계에 관한 소송으로 당사자소송을 제기하여야 하는지 문제된다.

2. 소송의 구별 (7점)

(1) 민사소송과 행정소송의 구별 (2점)

행정상 법률관계 중 사법관계에 해당하면 사법관계의 분쟁을 해결하는 민사소송으로 분쟁을 해결해야 하고, 행정상 법률관계 중 공법관계에 해당하면 원칙적으로 행정소송으로 분쟁을 해결해야 한다.

(2) 당사자소송과 항고소송의 구별 (5점)

행정상 법률관계 중 공법관계에 행정이 우월적 지위에 놓이게 되는 경우 처분 등이나 부작위와 관계된 공법관계에 관한 분쟁은 항고소송으로 해결해야 하고, 공법관계 중 행정주체와 상대방이 대등한 지위에서 분쟁이 발생한 경우 당사자소송에 의하게 된다.

즉, 공법상 법률관계에 관한 분쟁 중 공권력의 행사 또는 불행사는 항고소송 등으로 다투어야 하고, 공권력의 행사 또는 불행사를 제외한 나머지 영역을 당사자소송으로 다투어야 하는데, 공법상 계약에

의한 법률관계 또는 공법상 법률관계가 행정의 의사에 의한 것이 아니라 법령에 의하여 직접 변동이 되어 행정주체와 상대방이 대등한 관계에 있게 되는 경우 이에 대한 분쟁은 당사자소송으로 해결하여야 한다.

한편, 2024년에 시행된 행정소송규칙 제19조의 내용까지 고려하여 당사자소송에 해당되는지 여부를 판단하는 것이 타당할 것이다.

특히, 각종 급부청구의 경우 권리의 발생에 행정청의 지급결정이 필요한지 여부가 항고소송과 당사자소송을 구분하는 결정적 기준이 된다. 급부청구권이 행정청의 결정에 의하여 구체적으로 확정되는 경우 지급결정이나 지급거부결정을 항고소송으로 다투어야 하나, 법령 등에 의하여 이미 구체적으로 확정되어 있는 경우라면 곧바로 급부의 이행을 청구하는 당사자소송을 제기하여야 한다.

3. 사안의 적용 및 결론 (5점)

- ① 사안에서 甲은 공법관계에 관한 다툼을 하는 것이 명백하므로 민사소송으로 다룰 수 없음은 분명하다.
- ② 한편, 甲은 국가정보원장이 별도로 정한 지침에 근거한 이 사건 퇴직통보를 받았으나, 이 사건 퇴직 통보는 甲이 위 지침에서 정하는 상한 연령에 도달하였음을 알리는 관념의 통지에 불과하고 공권력 행사에 해당하는 처분이 아니므로 항고소송으로 다룰 수 없다.
- ③ 또한 행정소송규칙 제19조 제2호 바목에서 공무원의 지위를 확인하는 소송을 당사자소송으로 규정하고 있는 점까지 고려하면 甲은 당사자소송을 제기하여야 한다.

II. 甲이 소송에서 취해야 할 조치 (12점)

1. 논점의 정리 (1점)

사안에서는 甲이 행정소송법 제21조에 따라 취소소송을 당사자소송으로 변경하는 신청서를 제출해야 하는지 문제된다.

2. 소변경 (7점)

(1) 의 의 (1점)

소변경은 소송 계속 중 본래의 청구를 변경하는 것이다. 행정소송법에서는 민사소송법과 별개로 제21조에서 소송류의 변경과 제22조에서 처분변경으로 인한 소변경을 규정하고 있다.

(2) 소 종류의 변경 (6점)

1) 의 의

법원은 취소소송을 당해 처분 등에 관계되는 사무가 귀속하는 국가 또는 공공단체에 대한 당사자소송 또는 취소소송 외의 항고소송으로 변경하는 것이 상당하다고 인정할 때에는 청구의 기초에 변경

이 없는 한 사실심의 변론종결시까지 원고의 신청에 의하여 결정으로써 소변경을 허가할 수 있다(행정소송법 제21조 제1항).

2) 요건과 절차

소송이 계속 중이고 사실심 변론종결 전까지 원고의 신청과 법원의 결정이 있어야 하고, 청구기초 동일성이 있어야 하며, 법원이 상당하다고 인정하고, 신소가 적법해야 하며, 새로이 피고로 될 자의 의견을 들어야 한다(행정소송법 제21조 제1항, 제2항).

3) 효과

행정소송법 제21조의 소변경이 있게 되면, 피고가 변경되는 경우 새로운 피고에게 결정 정보를 송달해야 하고, 구소는 취하된 것으로 보며, 신소는 처음에 소를 제기한 때에 제기된 것으로 본다(행정소송법 제21조 제4항, 제14조 제2항, 제4항, 제5항).

4) 불복

법원의 허가결정에 대하여는 신·구 피고 모두 즉시항고 할 수 있다(행정소송법 제21조 제3항).

3. 사안의 적용 및 결론 (4점)

- ① 甲은 자신의 공법상 지위를 확인하기 위하여 취소소송을 제기하였다는 것이나, 앞서 검토한 바와 같이, 공법상 지위를 확인하기 위하여는 당사자소송을 제기하여야 한다.
- ② 甲은 행정소송의 종류를 잘못 선택한 것이므로, 사실심 변론종결 전까지 행정소송법 제21조에 근거하여 취소소송을 당사자소송으로 변경하는 신청서를 제출하여야 한다.