

제7회 모의고사 모범답안

문제 1.

□□ 광역시장 乙은 2004. 3.경 2명의 3급 승진요인이 발생하자 甲을 포함한 8명의 4급 공무원을 지방부이사관 승진후보자로 선정한 다음 □□광역시 인사위원회에 3급 승진 대상자 2명을 선정하여 주도록 요청하였다.

위 인사위원회는 2004. 3. 31. 현직급 경력, 초임과장 보직일, 시정의 공헌도 등을 종합적으로 고려하되, 정책판단, 종합기획, 조정능력, 조직통솔력 등 관리자로서의 능력과 자질을 겸비하였는지를 심사하여 甲과 다른 1명을 3급 승진대상자로 선정하였다.

이에 乙은 2004. 4. 1.자로 甲을 지방부이사관(3급)으로 승진하여 재단법인 □□○○○ 사무국장으로 파견한다는 취지의 인사발령문(정식의 3급 승진 인사발령문은 아니다)을 작성하여 대내외에 공표하였다.

그런데 甲이 □□○○○의 사무국장으로 근무하던 2004. 7. 초경 乙은 □□○○○ 이사장과 사무총장이 2차례에 걸쳐 사무국장인 甲이 충분한 지원역할을 못하고 오히려 업무추진에 걸림돌이 되고 있다는 이유로 사무국장의 교체를 요구하자, 2004. 7. 20. 甲에 대하여 □□○○○ 사무국장 파견복귀 및 대기를 명하였다.

그 후 乙은 위 인사위원회에 甲의 지방부이사관 승진의결 재심의를 요구하였고, 위 인사위원회는 2004. 7. 31. 甲에 대한 2004. 3. 31.자 승진임용예정 철회를 의결하였으며, 乙은 2004. 8. 1.자 인사발령을 하면서 甲을 제외한 나머지 부이사관 승진예정자에 대한 승진발령을 하고, 2004. 8. 9. 甲을 지방서기관으로 보하는 시립민속박물관장으로 발령하였다.

甲은 2004. 8. 1. 이후의 인사발령에서도 승진발령을 받지 못하게 되자, 2005. 9. 30. □□광역시 소청심사위원회에 甲의 의사에 반하는 불리한 부작위를 이유로 자신을 지방부이사관으로 승진임용하라는 소청심사를 청구하였으나 2006. 2. 20. 기각되었다.

이에 甲은 2006. 3. 8. 乙을 상대로 ‘乙이 甲을 □□광역시 지방부이사관으로 승진임용하지 않은 것은 위법임을 확인해 달라’는 취지의 부작위위법확인소송을 관할 법원에 제기하였다.

다음 물음에 답하시오. (각 물음은 상호독립적임)

물음 1. 위 부작위위법확인소송은 적법한가? (30점)

물음 2. 위 부작위위법확인소송에서 인용판결이 확정되었다면, 乙은 甲에 대한 승진임용을 거부하는 처분을 할 수 있는가? 乙이 거부처분을 한 경우 간접강제가 가능한가? (20점)

물음 1.

<학습용- 4285자>

I. 문제의 소재

이 사건 부작위위법확인소송이 소송요건을 갖춘 것인지 문제된다.

II. 부작위위법확인소송의 의의

부작위위법확인소송이란 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송이다(행정소송법 제4조 제3호).

부작위에 대한 직접적 구제수단은 의무이행소송이나, 우리 행정소송법은 권력분립 원칙, 행정권의 1차적 판단권 존중 등의 사유로 의무이행소송 대신에 부작위위법확인소송을 도입하고, 그 실효성을 확보하기 위해 처분 의무와 간접강제를 규정하고 있다(행정소송법 제38조 제2항, 제30조 제2항, 제34조).

III. 부작위위법확인소송의 소송요건

1. 대상적격

1) 부작위의 의의

부작위위법확인소송의 대상은 '부작위'인바, 여기서 '부작위'란 행정청이 당사자의 신청에 대해 상당한 기간내에 일정한 처분을 할 법률상 의무가 있음에도 이를 하지 않는 것을 말한다(행정소송법 제2조 제1항 제2호).

2) 부작위의 성립요건

부작위가 성립하려면, ① 법규·조리상 신청권 있는 자의 신청에 대하여 ② 행정청이 일정한 처분을 할 법률적 의무가 있음에도 ③ 상당한 기간이 경과하도록 ④ 처분을 하지 않아야 한다.

(1) 법규, 조리상 신청권 있는 자의 신청

가. 문제점

부작위가 성립하려면 당사자의 신청이 있어야 하고, 신청의 대상은 항고소송 대상인 처분이어야 하는바, 여기서 더 나아가 신청한 당사자에게 신청권이 있어야 부작위가 성립하는지(신청권이 있어야 부작위위법확인소송의 대상적격이 인정되는지) 문제된다.

나. 학설

① 신청권 있는 자의 신청이어야 부작위위법확인소송의 대상이 된다는 견해[부작위가 성립하려면 신청에 대해 처분을 할 의무가 발생해야 하는데, 처분할 의무가 발생하려면 신청권 있는 자의 신청이어야 하므로, 신청권은 대상적격의 문제라는 견해](대상적격설), ② 행정소송법상 부작위 개념에서 신청권을 규정하고 있지 않으므로 신청권의 존부는 원고적격의 문제라는 견해(원고적격설), ③ 신청권의 존부는 본안에서 판단할 문제라는 견해(본안문제설)가 대립한다.

다. 판례

판례는, 부작위위법확인 소에서 당사자가 행정청에 대해 어떠한 행정행위를 해 줄 것을 요구할 법규상 또는 조리상 권리를 갖고 있지 않은 경우 원고적격이 없거나 항고소송 대상인 위법한 부작위가 없어 그 부작위위법확인 소는 부적법하다고 판시한다.

라. 검토

법규상·조리상 신청권이 있는 자가 신청해야 행정청에게 응답의무가 인정되고, 응답의무가 있는 상황에서 '거부'라는 응답을 하면 거부처분이, 거부조치 하지 않고 '무응답'으로 있으면 부작위가 성립한다.

즉 부작위가 성립하려면 응답의무가 있음에도 무응답으로 있어야 하고, 응답의무가 인정되려면 법규·조리상 신청권 있는 자가 신청해야 하므로, 신청권은 부작위의 성립요건으로서 대상적격의 문제로 봄이 타당하다.

(2) 행정청에게 일정한 처분을 할 법률적 의무가 있어야 함

여기서 의무는 '법규상, 조리상 권리에 기한 신청에 대해 상당한 기간 내에 신청을 인용하는 적극적 처분 또는 각하, 기각 등 소극적 처분을 해야 할 법률상 응답의무'를 말한다(판례). 이 의무는 조리상 의무도 포함한다.

(3) 상당한 기간의 경과

법령에서 신청에 대한 처리기간을 정한 경우 그 기간이 경과하면 원칙적으로 상당한 기간이 경과했다고 보는 것이 타당하다.

(4) 처분의 부존재(처분의 부작위)

가. 부작위

행정청이 아무런 처분도 하지 않고 부작위로 있어야 한다.

거부처분에 대한 부작위위법확인소송은 각하된다(판례). 법령에서 일정기간의 부작위를 거부처분으로 간주하는 경우 거부처분취소(무효확인)소송을 제기해야 한다. 묵시적 거부로 인정되는 경우에도 거부처분취소(무효확인)소송을 제기해야 한다.

나. 처분의 부작위

처분의 부작위여야 하므로, 구체적 권리의무에 관한 부작위여야 한다(행정입법에 대한 부작위는 대상적격이 없음).

처분이 아닌 비권력적 사실행위의 부작위, 사법상 청구에 대한 부작위는 대상적격이 없다.

3) 사안의 경우

① (부작위위법확인소송의 대상인 부작위가 성립하려면 법규·조리상 신청권 있는 자의 신청이 있어야 하는바) 4급공무원 갑은 □□광역시 인사위원회 심사를 거쳐 3급승진대상자로 선정되었고, 을이 ‘갑을 지방부이사관(3급)으로 승진하여 재단법인 □□○○○ 사무국장으로 파견한다’는 취지의 인사발령문을 작성하여 대내외에 공표까지 하였으므로, 갑은 3급승진임용을 신청할 조리상 권리가 있다.

나아가 갑은 2005. 9. 30. □□광역시 소청심사위원회에 자신을 지방부이사관으로 승진임용하라는 소청심사를 청구하였던바, 이로써 승진임용을 신청하였다.

② (부작위위법확인소송의 대상인 부작위가 성립하려면 행정청에게 일정한 처분을 할 법률적 의무가 있어야 하는바) 위와 같이 조리상 신청권 있는 갑으로부터 이 사건 소청심사를 통한 승진임용신청을 받은 을은 상당한 기간 내 신청인용의 적극적 처분이나 각하, 기각등 소극적 처분을 할 법률상 응답의무가 있다.

③ 을이 이 사건 소청심사를 통한 승진임용신청을 받은 후 상당한 기간이 경과하였다.

④ 이 사건 승진임용은, 행정청인 을이, ‘4급공무원 갑이 3급승진대상자로 선정되었다’는 구체적 사실에 대하여, 임용 관련법령을 집행하여, 우월적 지위에서 일방적으로 행하는 공권력 행사로서, 갑에게 3급공무원의 지위를 부여함으로써 갑의 권리의무에 직접 영향을 미치므로, 항고소송의 대상이 되는 처분이다. 을은 갑에 대한 승진임용을 하지 않고 있으므로 처분의 부존재가 인정된다.

따라서 이 사안은 부작위위법확인소송의 대상적격이 인정된다.

2. 원고적격

부작위위법확인소송은 ① 처분의 신청을 한 자로서 ② 부작위 위법확인을 구할 법률상 이익이 있는 자만이 제기할 수 있다(행정소송법 제36조).

1) 처분의 신청을 한 자

처분 신청을 하지 않은 자는 원고적격이 없다.

원고적격이 인정하려면 처분의 신청을 한 자에게 신청권이 있어야 하는지 문제된다.

학설은 ① 처분을 신청한 이상, 신청권은 없어도 원고적격이 인정된다는 견해, ② 신청권이 있는 자이어야 원고적격이 인정된다는 견해가 대립한다.

판례는 부작위위법확인 소에서 당사자가 행정청에 대해 어떠한 행정행위를 해 줄 것을 요구할 법규상 또는 조리상 권리를 갖고 있지 않은 경우 원고적격이 없거나 항고소송 대상인 위법한 부작위가 없어 그 부작위위법확인 소는 부적법하다고 판시한다.

2) 법률상 이익

취소소송과 마찬가지로 근거법규 및 관련법규에 의해 보호되는 개별적, 직접적, 구체적 이익을 뜻한다.

3) 사안의 경우

① 갑은 2005. 9. 30. □□광역시 소청심사위원회에 자신을 지방부이사관으로 승진임용하라는 소청심사를 청구하였던바, 이로써 승진임용 처분의 신청을 한 것이고, 상술했듯이 조리상 승진임용 신청권이 있으며, ② 승진임용 관련규정은 승진임용 대상자의 개별·구체·직접적 이익을 보호하는 취지라 할 것이므로 법률상 이익도 인정된다.

따라서 갑에게 원고적격이 인정된다.

3. 협의의 소익

부작위위법확인소송 계속 중 행정청이 어떠한 처분을 하여 부작위상태가 해소된 경우 소의 이익이 없어 각하된다(판례). 그러나 이 사안의 경우 소익을 부인할 사정은 보이지 않는다.

4. 피고적격

처분의 신청을 받고 부작위로 있는 행정청이 피고가 된다(행정소송법 제38조 제2항, 제13조 제1항).

따라서 승진임용신청을 받고 부작위로 있는 행정청이 피고적격을 갖는바, 갑은 을을 상대로 이 사건 부작위위법확인소송을 제기했으므로 피고적격을 갖추었다.

5. 제소기간

행정심판 등 전심절차를 거치지 않고 부작위위법확인소송을 제기한 경우는 제소기간

제한이 없다. 반면 행정심판 등 전심절차를 거쳐 제기한 경우는 제소기간이 적용된다 (재결서 정본 송달일부터 90일, 재결 있는 날부터 1년).

갑은 □□광역시 소청심사위원회에 자신을 지방부이사관으로 승진임용하라는 소청심사를 청구하였으나 2006. 2. 20. 기각되었고, 그로부터 90일 이내인 2006. 3. 8. 이 사건 부작위위법확인소송을 제기하였으므로 제소기간을 준수하였다.

6. 예외적 행정심판전치

취소소송과 행정심판의 관계에 관한 규정이 부작위위법확인소송에 준용된다(행정소송법 제38조 제2항, 제18조). 따라서 부작위위법확인소송에서도 임의적 행정심판전치주의가 원칙이다. 그러나 개별법에 예외적으로 필요적 행정심판전치주의를 규정한 경우, 부작위위법확인소송도 행정심판을 거쳐야 하며, 이 경우 행정심판은 의무이행심판이다.

갑은 공무원이므로 자신에게 불리한 부작위에 대하여 부작위위법확인소송을 제기하려면 특별행정심판으로서 소청심사를 거쳐야 하는바, 갑은 □□광역시 소청심사위원회에 자신을 지방부이사관으로 승진임용하라는 소청심사를 청구하였다가 기각되었으므로, 필요적 전치 요건을 준수하였다.

7. 재판관할

취소소송의 재판관할 규정이 준용된다(행정소송법 제38조 제2항, 제9조).

갑은 관할 법원에 부작위위법확인소송을 제기했다.

IV. 결론

이 사건 부작위위법확인소송은 소송요건을 모두 갖추었으므로 적법하다.

<35점 버전- 3891자>

I. 문제의 소재

이 사건 부작위위법확인소송이 소송요건을 갖춘 것인지 문제된다.

II. 부작위위법확인소송의 의의

부작위위법확인소송이란 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송이다(행정소송법 제4조 제3호).

부작위에 대한 직접적 구제수단은 의무이행소송이나, 우리 행정소송법은 권력분립 원칙, 행정권의 1차적 판단권 존중 등의 사유로 의무이행소송 대신에 부작위위법확인소송을 도입하고, 그 실효성을 확보하기 위해 처분의무와 간접강제를 규정하고 있다(행정소송법 제38조 제2항, 제30조 제2항, 제34조).

III. 부작위위법확인소송의 소송요건

1. 대상적격

1) 부작위의 의의

부작위위법확인소송의 대상은 '부작위'인바, 여기서 '부작위'란 행정청이 당사자의 신청에 대해 상당한 기간내에 일정한 처분을 할 법률상 의무가 있음에도 이를 하지 않는 것을 말한다(행정소송법 제2조 제1항 제2호).

2) 부작위의 성립요건

부작위가 성립하려면, ① 법규·조리상 신청권 있는 자의 신청에 대하여 ② 행정청이 일정한 처분을 할 법률적 의무가 있음에도 ③ 상당한 기간이 경과하도록 ④ 처분을 하지 않아야 한다.

(1) 법규, 조리상 신청권 있는 자의 신청

가. 문제점

부작위가 성립하려면 당사자의 신청이 있어야 하고, 신청의 대상은 항고소송 대상인 처분이여야 하는바, 여기서 더 나아가 신청한 당사자에게 신청권이 있어야 부작위가 성립하는지(신청권이 있어야 부작위위법확인소송의 대상적격이 인정되는지) 문제된다.

나. 학설

① 신청권 있는 자의 신청이어야 부작위위법확인소송의 대상이 된다는 대상적격설, ② 행정소송법상 부작위 개념에서 신청권을 규정하고 있지 않으므로 신청권의 존부는 원고적격의 문제라는 원고적격설, ③ 신청권의 존부는 본안에서 판단할 문제라는 본안문제설이 대립한다.

다. 판례

판례는, 부작위위법확인 소에서 당사자가 행정청에 대해 어떠한 행정행위를 해 줄 것을 요구할 법규상 또는 조리상 권리를 갖고 있지 않은 경우 원고적격이 없거나 항고소송 대상인 위법한 부작위가 없어 그 부작위위법확인 소는 부적법하다고 판시한다.

라. 검토

부작위가 성립하려면 응답의무가 있음에도 무응답으로 있어야 하고, 응답의무가 인정되려면 법규·조리상 신청권 있는 자가 신청해야 하므로, 신청권은 부작위의 성립요건으로서 대상적격의 문제로 봄이 타당하다.

(2) 행정청에게 일정한 처분을 할 법률적 의무가 있어야 함

여기서 의무는 '법규상, 조리상 권리에 기한 신청에 대해 상당한 기간 내에 신청을 인용하는 적극적 처분 또는 각하, 기각 등 소극적 처분을 해야 할 법률상 응답의무'를 말한다(판례). 조리상 의무도 포함된다.

(3) 상당한 기간의 경과

법령에서 신청에 대한 처리기간을 정한 경우 그 기간이 경과하면 원칙적으로 상당한 기간이 경과했다고 보는 것이 타당하다.

(4) 처분의 부존재(처분의 부작위)

가. 부작위

행정청이 아무런 처분도 하지 않고 부작위로 있어야 한다. 거부처분에 대한 부작위위법확인소송은 각하된다(판례). 법령에서 일정기간의 부작위를 거부처분으로 간주하는 경우 거부처분취소(무효확인)소송을 제기해야 한다. 묵시적 거부로 인정되는 경우에도 거부처분취소(무효확인)소송을 제기해야 한다.

나. 처분의 부작위

처분의 부작위여야 하므로, 구체적 권리의무에 관한 부작위여야 한다(행정입법에 대한 부작위는 대상적격 없음).

3) 사안의 경우

① 4급공무원 갑은 □□광역시 인사위원회 심사를 거쳐 3급승진대상자로 선정되었고, 을이 '갑을 지방부이사관(3급)으로 승진하여 재단법인 □□○○○ 사무국장으로 파견한다'는 취지의 인사발령문을 작성하여 대내외에 공표까지 하였으므로, 갑은 3급승진임용을 신청할 조리상 권리가 있다.

나아가 갑은 2005. 9. 30. □□광역시 소청심사위원회에 자신을 지방부이사관으로 승진임용하라는 소청심사를 청구함으로써 승진임용을 신청하였다.

② 위와 같이 조리상 신청권 있는 갑으로부터 이 사건 소청심사를 통한 승진임용신청을 받은 을은 상당한 기간 내 신청인용의 적극적 처분이나 각하, 기각등 소극적 처분을 할 법률상 응답의무가 있다.

③ 을이 이 사건 소청심사를 통한 승진임용신청을 받은 후 상당한 기간이 경과하였다.

④ 이 사건 승진임용은, 행정청인 을이, '4급공무원 갑이 3급승진대상자로 선정되었다'는 구체적 사실에 대하여, 임용 관련법령을 집행하여, 우월적 지위에서 일방적으로 행하는 공권력 행사로서, 갑에게 3급공무원의 지위를 부여함으로써 갑의 권리의무에 직접 영향을 미치므로, 항고소송의 대상이 되는 처분이다. 을은 갑에 대한 승진임용을 하지 않고 있으므로 처분의 부존재가 인정된다.

따라서 이 사안은 부작위위법확인소송의 대상적격이 인정된다.

2. 원고적격

부작위위법확인소송은 ① 처분의 신청을 한 자로서 ② 부작위 위법확인을 구할 법률상 이익이 있는 자만이 제기할 수 있다(행정소송법 제36조).

1) 처분의 신청을 한 자

처분 신청을 하지 않은 자는 원고적격이 없다.

원고적격이 인정되려면 처분의 신청을 한 자에게 신청권이 있어야 하는지 문제된다.

학설은 ① 처분을 신청한 이상, 신청권은 없어도 원고적격이 인정된다는 견해, ② 신청권이 있는 자이어야 원고적격이 인정된다는 견해가 대립한다.

판례는 부작위위법확인의 소에서 당사자가 행정청에 대해 어떠한 행정행위를 해 줄 것을 요구할 법규상 또는 조리상 권리를 갖고 있지 않은 경우 원고적격이 없거나 항고소송 대상인 위법한 부작위가 없어 그 부작위위법확인의 소는 부적법하다고 판시한다.

2) 법률상 이익

취소소송과 마찬가지로 근거법규 및 관련법규에 의해 보호되는 개별적, 직접적, 구체적 이익을 뜻한다.

3) 사안의 경우

① 갑은 2005. 9. 30. □□광역시 소청심사위원회에 자신을 지방부이사관으로 승진임용하라는 소청심사를 청구하였던바, 이로써 승진임용 처분의 신청을 한 것이고, 상술했듯이 조리상 승진임용 신청권이 있으며, ② 승진임용 관련규정은 승진임용 대상자의 개별·구체·직접적 이익을 보호하는 취지라 할 것이므로 법률상 이익도 인정된다. 따라서 갑에게 원고적격이 인정된다.

3. 협의의 소익

부작위위법확인소송 계속 중 행정청이 어떠한 처분을 하여 부작위상태가 해소된 경우 소의 이익이 없어 각하된다(판례). 그러나 이 사안의 경우 소익을 부인할 사정은 보이지 않는다.

4. 피고적격

처분의 신청을 받고 부작위로 있는 행정청이 피고가 된다(행정소송법 제38조 제2항, 제13조 제1항).

따라서 승진임용신청을 받고 부작위로 있는 행정청 을이 피고적격을 갖는바, 갑은 을을 상대로 이 사건 부작위위법확인소송을 제기했으므로 피고적격을 갖추었다.

5. 제소기간

행정심판 등 전심절차를 거치지 않고 부작위위법확인소송을 제기한 경우는 제소기간 제한이 없다. 반면 행정심판 등 전심절차를 거쳐 제기한 경우는 제소기간이 적용된다(재결서 정본 송달일부 90일, 재결 있는 날부터 1년).

갑은 □□광역시 소청심사위원회에 자신을 지방부이사관으로 승진임용하라는 소청심사를 청구하였으나 2006. 2. 20. 기각되었고, 그로부터 90일 이내인 2006. 3. 8. 이 사건 부작위위법확인소송을 제기하였으므로 제소기간을 준수하였다.

6. 예외적 행정심판전치

취소소송과 행정심판의 관계에 관한 규정이 부작위위법확인소송에 준용된다(행정소송법 제38조 제2항, 제18조). 따라서 부작위위법확인소송에서도 임의적 행정심판전치주의가 원칙이다. 그러나 개별법에 예외적으로 필요적 행정심판전치주의를 규정한 경우, 부작위위법확인소송도 행정심판을 거쳐야 하며, 이 경우 행정심판은 의무이행심판이다.

갑은 공무원이므로 자신에게 불리한 부작위에 대하여 부작위위법확인소송을 제기하려면 특별행정심판으로서 소청심사를 거쳐야 하는바, 갑은 □□광역시 소청심사위원회에 자신을 지방부이사관으로 승진임용하라는 소청심사를 청구하였다가 기각되었으므로, 필요적 전치 요건을 준수하였다.

7. 재판관할

취소소송의 재판관할 규정이 준용된다(행정소송법 제38조 제2항, 제9조).
갑은 관할 법원에 부작위위법확인소송을 제기했다.

IV. 결론

이 사건 부작위위법확인소송은 소송요건을 모두 갖추었으므로 적법하다.

<30점 버전- 3300자>

I. 문제의 소재 (42자)

이 사건 부작위위법확인소송이 소송요건을 갖추었는지 문제된다.

II. 부작위위법확인소송의 의의 (69자)

부작위위법확인소송이란 행정청의 부작위가 위법함을 확인하는 소송이다(행정소송법 제 4조 제3호).

III. 부작위위법확인소송의 소송요건 (3145자)

1. 대상적격 (1640자)

부작위위법확인소송의 대상이 되는 '부작위'란 행정청이 당사자의 신청에 대해 상당한 기간내에 일정한 처분을 할 법률상 의무가 있음에도 이를 하지 않는 것을 말한다(행정소송법 제2조 제1항 제2호).

1) 부작위의 성립요건 (949자)

(1) 법규·조리상 신청권 있는 자의 신청 (457자)

가. 문제점 (45자)

처분을 신청한 당사자에게 신청권이 있어야 부작위가 성립하는지 문제된다.

나. 학설 (145자)

① 신청권 있는 자의 신청이어야 부작위위법확인소송 대상이 된다는 대상적격설, ② 행정소송법상 부작위 개념에 신청권을 규정하지 않았으므로 신청권의 존부는 원고적격의 문제라는 원고적격설, ③ 신청권의 존부는 본안에서 판단할 문제라는 본안문제설이 대립한다.

다. 판례 (130자)

판례는, 부작위위법확인소송에서 당사자가 행정청에 대해 어떠한 행정행위를 해 줄 것을 요구할 법규상 또는 조리상 권리를 갖지 않은 경우 원고적격이 없거나 항고소송 대상인 위법한 부작위가 없어 그 소는 부적법하다고 판시한다.

라. 검토 (115자)

부작위가 성립하려면 응답의무가 있음에도 무응답으로 있어야 하고, 응답의무가 인정되려면 법규·조리상 신청권 있는 자가 신청해야 하므로, 신청권은 부작위의 성립요건으로서 대상적격 문제로 봄이 타당하다.

(2) 행정청에게 일정한 처분을 할 법률적 의무가 있어야 함 (149자)

여기서 의무는 '법규상, 조리상 권리에 기한 신청에 대해 상당한 기간 내에 신청을 이용하는 적극적 처분 또는 각하, 기각 등 소극적 처분을 해야 할 법률상 응답의무'를 말한다(판례). 조리상 의무도 포함된다.

(3) 상당한 기간의 경과 (76자)

법령에서 신청에 대한 처리기간을 정한 경우 그 기간이 경과하면 원칙적으로 상당한 기간이 경과했다고 봄이 타당하다.

(4) 처분의 부존재(처분의 부작위) (254자)

가. 부작위 (165자)

행정청이 아무런 처분도 하지 않고 부작위로 있어야 한다.

거부처분에 대한 부작위위법확인소송은 각하된다(판례). 법령에서 일정기간의 부작위를 거부처분으로 간주하는 경우 거부처분취소(무효확인)소송을 제기해야 한다. 묵시적 거부로 인정되는 경우에도 거부처분취소(무효확인)소송을 제기해야 한다.

나. 처분의 부작위 (70자)

처분의 부작위여야 하므로, 구체적 권리의무에 관한 부작위여야 한다(행정입법에 대한 부작위는 대상적격 없음).

2) 사안의 경우 (575자)

① 갑은 □□광역시 인사위원회 심사를 거쳐 3급승진대상자로 선정되었고, 을이 '갑을 지방부이사관(3급)으로 승진하여 재단법인 □□○○○ 사무국장으로 파견한다'는 인사발령문을 작성해 대내외에 공표까지 했으므로, 갑은 3급승진임용을 신청할 조리상 권리가 있고, 이 사건 소청심사를 통해 승진임용을 신청했다.

② 위와 같이 조리상 신청권 있는 갑으로부터 이 사건 소청심사를 통한 승진임용신청을 받은 을은 상당한 기간 내 신청인용의 적극적 처분이나 각하, 기각등 소극적 처분

을 할 법률상 응답의무가 있다.

③ 을이 이 사건 소청심사를 통한 승진임용신청을 받은 후 상당한 기간이 경과하였다.

④ 이 사건 승진임용은, 행정청인 을이, '4급공무원 갑이 3급승진대상자로 선정되었다'는 구체적 사실에 대하여, 임용 관련법령을 집행하여, 우월적 지위에서 일방적으로 행하는 공권력 행사로서, 갑에게 3급공무원의 지위를 부여함으로써 갑의 권리의무에 직접 영향을 미치므로, 항고소송의 대상이 되는 처분이다. 을은 갑에 대한 승진임용을 하지 않고 있으므로 처분의 부존재가 인정된다.

따라서 이 사안은 부작위위법확인소송의 대상적격이 인정된다.

2. 원고적격 (562자)

부작위위법확인소송은 ① 처분의 신청을 한 자로서 ② 부작위 위법확인을 구할 법률상 이익이 있는 자만이 제기할 수 있다(행정소송법 제36조).

1) 처분의 신청을 한 자 (218자)

처분 신청을 하지 않은 자는 원고적격이 없다.

원고적격이 인정되려면 신청자에게 신청권이 있어야 하는지에 관해 긍정설과 부정설이 대립한다.

판례는 부작위위법확인의 소에서 당사자가 행정청에 대해 어떠한 행정행위를 해 줄 것을 요구할 법규상·조리상 권리를 갖지 않은 경우 원고적격이 없거나 항고소송 대상인 위법한 부작위가 없어 그 부작위위법확인의 소는 부적법하다고 판시한다.

2) 법률상 이익 (46자)

근거법규·관련법규에 의해 보호되는 개별·직접·구체적 이익을 뜻한다.

3) 사안의 경우 (211자)

① 갑은 2005. 9. 30. □□광역시 소청심사위원회에 자신을 지방부이사관으로 승진임용하라는 소청심사를 청구하였던바, 이로써 승진임용 처분의 신청을 한 것이고, 상술했듯이 조리상 승진임용 신청권이 있으며, ② 승진임용 관련규정은 승진임용 대상자의 개별·구체·직접적 이익을 보호하는 취지라 할 것이므로 법률상 이익도 인정된다.

따라서 갑에게 원고적격이 인정된다.

3. 협의의 소익 (98자)

부작위위법확인소송 계속 중 행정청이 처분을 하여 부작위상태가 해소된 경우 소익이 없어 각하된다(판례).

그러나 이 사안에서 소익을 부인할 사정은 보이지 않는다.

4. 피고적격 (143자)

처분의 신청을 받고 부작위로 있는 행정청이 피고가 된다(행정소송법 제38조 제2항, 제13조 제1항).

따라서 승진임용신청을 받고 부작위로 있는 행정청이 피고적격을 갖는바, 갑은 을을 상대로 이 사건 소송을 제기했으므로 피고적격을 갖추었다.

5. 제소기간 (262자)

행정심판 등 전심절차를 거치지 않고 부작위위법확인소송을 제기한 경우는 제소기간 제한이 없다. 반면 행정심판 등 전심절차를 거쳐 제기한 경우는 제소기간이 적용된다(재결서 정본 송달일부 90일, 재결 있는 날부터 1년).

갑은 □□광역시 소청심사위원회에 자신을 지방부이사관으로 승진임용하라는 소청심사를 청구하였으나 2006. 2. 20. 기각되었고, 그로부터 90일 이내인 2006. 3. 8. 이 사건 부작위위법확인소송을 제기하였으므로 제소기간을 준수하였다.

6. 예외적 행정심판전치 (343자)

취소소송과 행정심판의 관계에 관한 규정이 부작위위법확인소송에 준용된다(행정소송법 제38조 제2항, 제18조). 따라서 부작위위법확인소송에서도 임의적 행정심판전치주의가 원칙이다. 그러나 개별법에 예외적으로 필요적 행정심판전치주의를 규정한 경우, 부작위위법확인소송도 행정심판을 거쳐야 하며, 이 경우 행정심판은 의무이행심판이다.

갑은 공무원이므로 자신에게 불리한 부작위에 대하여 부작위위법확인소송을 제기하려면 특별행정심판으로서 소청심사를 거쳐야 하는바, 갑은 □□광역시 소청심사위원회에 자신을 지방부이사관으로 승진임용하라는 소청심사를 청구하였다가 기각되었으므로, 필요적 전치 요건을 준수하였다.

7. 재판관할 (76자)

취소소송의 재판관할 규정이 준용된다(행정소송법 제38조 제2항, 제9조).

갑은 관할 법원에 부작위위법확인소송을 제기했다.

IV. 결론 (44자)

이 사건 부작위위법확인소송은 소송요건을 모두 갖추었으므로 적법하다.

<25점 버전 1- 2625자>

I. 문제의 소재

이 사건 부작위위법확인소송이 소송요건을 갖추었는지 문제된다.

II. 부작위위법확인소송의 소송요건

부작위위법확인소송이란 행정청의 부작위가 위법함을 확인하는 소송이다(행정소송법 제 4조 제3호).

1. 대상적격

부작위위법확인소송의 대상이 되는 '부작위'란 행정청이 당사자의 신청에 대해 상당한 기간내에 일정한 처분을 할 법률상 의무가 있음에도 이를 하지 않는 것을 말한다(행정소송법 제2조 제1항 제2호).

1) 부작위의 성립요건

(1) 법규·조리상 신청권 있는 자의 신청

처분을 신청한 당사자에게 신청권이 있어야 부작위가 성립하는지에 관하여, 학설은 대상적격설, 원고적격설, 본안문제설이 대립한다.

판례는, 부작위위법확인소송에서 당사자가 행정청에 대해 어떠한 행정행위를 해 줄 것을 요구할 법규상 또는 조리상 권리를 갖지 않은 경우 원고적격이 없거나 항고소송 대상인 위법한 부작위가 없어 그 소는 부적법하다고 판시한다.

(2) 행정청에게 일정한 처분을 할 법률적 의무가 있어야 함

여기서 의무는 '법규상, 조리상 권리에 기한 신청에 대해 상당한 기간 내에 신청을 인용하는 적극적 처분 또는 각하, 기각 등 소극적 처분을 해야 할 법률상 응답의무'를 말한다(판례).

(3) 상당한 기간의 경과

(4) 처분의 부존재

가. 부작위

행정청이 처분을 하지 않고 부작위로 있어야 한다.

거부처분에 대한 부작위위법확인소송은 각하된다(판례). 법령에 의해 거부처분으로 간주되거나 묵시적 거부로 인정되는 경우 거부처분취소(무효확인)소송을 제기해야 한다.

나. 처분의 부작위

구체적 권리의무에 관한 부작위여야 한다(행정입법에 대한 부작위는 대상적격 없음).

2) 사안의 경우

① 갑은 □□광역시 인사위원회 심사를 거쳐 3급승진대상자로 선정되었고, 을이 '갑을 지방부이사관(3급)으로 승진하여 재단법인 □□○○○ 사무국장으로 파견한다'는 인사발령문을 작성해 대내외에 공표까지 했으므로, 갑은 3급승진임용을 신청할 조리상 권리가 있고, 이 사건 소청심사를 통해 승진임용을 신청했다.

② 위와 같이 조리상 신청권 있는 갑으로부터 이 사건 소청심사를 통한 승진임용신청을 받은 을은 상당한 기간 내 신청인용의 적극적 처분이나 각하, 기각등 소극적 처분을 할 법률상 응답의무가 있다.

③ 을이 이 사건 소청심사를 통한 승진임용신청을 받은 후 상당한 기간이 경과하였다.

④ 이 사건 승진임용은, 행정청인 을이, '4급공무원 갑이 3급승진대상자로 선정되었다'는 구체적 사실에 대하여, 임용 관련법령을 집행하여, 우월적 지위에서 일방적으로 행하는 공권력 행사로서, 갑에게 3급공무원의 지위를 부여함으로써 갑의 권리의무에 직접 영향을 미치므로, 항고소송의 대상이 되는 처분이다. 을은 갑에 대한 승진임용을 하지 않고 있으므로 처분의 부존재가 인정된다.

따라서 이 사안은 부작위위법확인소송의 대상적격이 인정된다.

2. 원고적격

부작위위법확인소송은 ① 처분의 신청을 한 자로서 ② 부작위 위법확인을 구할 법률상 이익이 있는 자만이 제기할 수 있다(행정소송법 제36조).

1) 처분의 신청을 한 자

처분 신청을 하지 않은 자는 원고적격이 없다.

판례는 부작위위법확인의 소에서 당사자가 행정청에 대해 어떠한 행정행위를 해 줄 것을 요구할 법규상·조리상 권리를 갖지 않은 경우 원고적격이 없거나 항고소송 대상인 위법한 부작위가 없어 그 부작위위법확인의 소는 부적법하다고 판시한다.

2) 법률상 이익

근거법규·관련법규에 의해 보호되는 개별·직접·구체적 이익을 뜻한다.

3) 사안의 경우

① 갑은 2005. 9. 30. □□광역시 소청심사위원회에 자신을 지방부이사관으로 승진임용하라는 소청심사를 청구하였던바, 이로써 승진임용 처분의 신청을 한 것이고, 상술했듯이 조리상 승진임용 신청권이 있으며, ② 승진임용 관련규정은 승진임용 대상자의 개별·구체·직접적 이익을 보호하는 취지라 할 것이므로 법률상 이익도 인정된다. 따라서 갑에게 원고적격이 인정된다.

3. 협의의 소익

부작위위법확인소송 계속 중 행정청이 처분을 한 경우 소익이 없어 각하된다(판례). 그러나 이 사안에서 소익을 부인할 사정은 보이지 않는다.

4. 피고적격

처분 신청을 받고 부작위로 있는 행정청이 피고가 된다(행정소송법 제38조 제2항, 제13조 제1항).

갑은 승진임용신청을 받고 부작위로 있는 행정청을 상대로 이 사건 소송을 제기했으므로 피고적격을 갖추었다.

5. 제소기간

전심절차를 거치지 않고 부작위위법확인소송을 제기한 경우 제소기간 제한이 없으나 전심절차를 거친 경우 제소기간이 적용된다(재결서 정본 송달일부터 90일, 재결 있는 날부터 1년).

갑은 □□광역시 소청심사위원회에 소청심사를 청구하여 2006. 2. 20. 기각되었고, 그로부터 90일 이내인 2006. 3. 8. 이 사건 소송을 제기했으므로 제소기간을 준수했다.

6. 예외적 행정심판전치

부작위위법확인소송에서도 임의적 행정심판전치주의가 원칙이나, 개별법에 필요적 행정심판전치주의를 규정한 경우 행정심판을 거쳐야 한다(행정소송법 제38조 제2항, 제18조).

갑은 공무원이므로 부작위위법확인소송을 제기하려면 특별행정심판으로서 소청심사를 거쳐야 하는바, 갑은 □□광역시 소청심사위원회에 소청심사를 청구하여 기각되었으므로, 필요적 전치요건을 준수했다.

7. 재판관할

취소소송의 재판관할 규정이 준용된다(행정소송법 제38조 제2항, 제9조).
갑은 관할법원에 부작위위법확인소송을 제기했다.

IV. 결론

이 사건 부작위위법확인소송은 소송요건을 모두 갖추어 적법하다.

<25점 버전 2- 2328자>

I. 문제의 소재

이 사건 부작위위법확인소송이 소송요건을 갖추었는지 문제된다.

II. 부작위위법확인소송의 소송요건

부작위위법확인소송이란 행정청의 부작위가 위법함을 확인하는 소송이다(행정소송법 제4조 제3호).

1. 대상적격

부작위위법확인소송의 대상이 되는 ‘부작위’란 행정청이 당사자의 신청에 대해 상당한 기간내에 일정한 처분을 할 법률상 의무가 있음에도 이를 하지 않는 것을 말한다(행정소송법 제2조 제1항 제2호).

1) 부작위의 성립요건

(1) 법규·조리상 신청권 있는 자의 신청

처분을 신청한 당사자에게 신청권이 있어야 부작위가 성립하는지에 관하여, 학설은 대상적격설, 원고적격설, 본안문제설이 대립한다.

판례는, 부작위위법확인소송에서 당사자가 행정청에 대해 어떠한 행정행위를 해 줄 것을 요구할 법규상 또는 조리상 권리를 갖지 않은 경우 원고적격이 없거나 항고소송 대상인 위법한 부작위가 없어 그 소는 부적법하다고 판시한다.

(2) 행정청에게 일정한 처분을 할 법률적 의무가 있어야 함

여기서 의무는 ‘법규상, 조리상 권리에 기한 신청에 대해 상당한 기간 내에 신청을 인용하는 적극적 처분 또는 각하, 기각 등 소극적 처분을 해야 할 법률상 응답의무’를 말한다(판례).

(3) 상당한 기간의 경과

(4) 처분의 부존재

가. 부작위

행정청이 처분을 하지 않고 부작위로 있어야 한다.

거부처분에 대한 부작위위법확인소송은 각하된다(판례). 법령에 의해 거부처분으로 간주되거나 묵시적 거부로 인정되는 경우 거부처분취소(무효확인)소송을 제기해야 한다.

나. 처분의 부작위

구체적 권리의무에 관한 부작위여야 한다(행정입법에 대한 부작위는 대상적격 없음).

2) 사안의 경우

① 갑은 □□광역시 인사위원회 심사를 거쳐 3급승진대상자로 선정되었고, 을이 '갑을 지방부이사관(3급)으로 승진하여 재단법인 □□○○○ 사무국장으로 파견한다'는 인사발령문을 작성해 대내외에 공표까지 했으므로, 갑은 3급승진임용을 신청할 조리상 권리가 있고, 이 사건 소청심사를 통해 승진임용을 신청했다.

② 위와 같이 조리상 신청권 있는 갑으로부터 이 사건 소청심사를 통한 승진임용신청을 받은 을은 상당한 기간 내 신청인용의 적극적 처분이나 각하, 기각등 소극적 처분을 할 법률상 응답의무가 있다.

③ 을이 이 사건 소청심사를 통한 승진임용신청을 받은 후 상당한 기간이 경과하였다.

④ 이 사건 승진임용은, 행정청인 을이, '4급공무원 갑이 3급승진대상자로 선정되었다'는 구체적 사실에 대하여, 임용 관련법령을 집행하여, 우월적 지위에서 일방적으로 행하는 공권력 행사로서, 갑에게 3급공무원의 지위를 부여함으로써 갑의 권리의무에 직접 영향을 미치므로, 항고소송의 대상이 되는 처분이다. 을은 갑에 대한 승진임용을 하지 않고 있으므로 처분의 부존재가 인정된다.

따라서 이 사안은 부작위위법확인소송의 대상적격이 인정된다.

2. 원고적격

부작위위법확인소송은 ① 처분의 신청을 한 자로서 ② 부작위 위법확인을 구할 법률상 이익이 있는 자만이 제기할 수 있다(행정소송법 제36조).

1) 처분의 신청을 한 자

처분 신청을 하지 않은 자는 원고적격이 없다.

2) 법률상 이익

근거법규·관련법규에 의해 보호되는 개별·직접·구체적 이익을 뜻한다.

3) 사안의 경우

① 갑은 2005. 9. 30. □□광역시 소청심사위원회에 자신을 지방부이사관으로 승진임용하라는 소청심사를 청구하였던바, 이로써 승진임용 처분의 신청을 한 것이고, 상술했듯이 조리상 승진임용 신청권이 있으며, ② 승진임용 관련규정은 승진임용 대상자의 개별·구체·직접적 이익을 보호하는 취지이므로 법률상 이익도 인정된다.

따라서 갑에게 원고적격이 인정된다.

3. 제소기간

전심절차를 거치지 않고 부작위위법확인소송을 제기한 경우 제소기간 제한이 없으나 전심절차를 거친 경우 제소기간이 적용된다(재결서 정본 송달일부터 90일, 재결 있는 날부터 1년).

갑은 □□광역시 소청심사위원회에 소청심사를 청구하여 2006. 2. 20. 기각되었고, 그로부터 90일 이내인 2006. 3. 8. 이 사건 소송을 제기했으므로 제소기간을 준수했다.

4. 예외적 행정심판전치

부작위위법확인소송에서도 임의적 행정심판전치주의가 원칙이나, 개별법에 필요적 행정심판전치주의를 규정한 경우 행정심판을 거쳐야 한다(행정소송법 제38조 제2항, 제18조).

갑은 공무원이므로 부작위위법확인소송을 제기하려면 특별행정심판으로서 소청심사를 거쳐야 하는바, 갑은 □□광역시 소청심사위원회에 소청심사를 청구하여 기각되었으므로, 필요적 전치요건을 준수했다.

5 기타

① 이 사안에서 소익을 부인할 사정은 보이지 않는다.

② 갑은 승진임용신청을 받고 부작위로 있는 행정청을 상대로 이 사건 소송을 제기했으므로 피고적격을 갖추었다.

③ 갑은 관할법원에 부작위위법확인소송을 제기했다.

IV. 결론

이 사건 부작위위법확인소송은 소송요건을 모두 갖추어 적법하다.

<20점 버전- 2083자>

I. 문제의 소재

이 사건 부작위위법확인소송이 소송요건을 갖추었는지 문제된다.

II. 부작위위법확인소송의 소송요건

부작위위법확인소송이란 행정청의 부작위가 위법함을 확인하는 소송이다(행정소송법 제4조 제3호).

1. 대상적격

부작위위법확인소송의 대상이 되는 '부작위'란 행정청이 당사자의 신청에 대해 상당한 기간내에 일정한 처분을 할 법률상 의무가 있음에도 이를 하지 않는 것을 말한다(행정소송법 제2조 제1항 제2호).

1) 부작위의 성립요건

(1) 법규·조리상 신청권 있는 자의 신청

처분을 신청한 당사자에게 신청권이 있어야 부작위가 성립하는지에 관하여, 학설은 대상적격설, 원고적격설, 본안문제설이 대립한다.

판례는, 부작위위법확인소송에서 당사자가 행정행위를 요구할 법규상·조리상 권리를 갖지 않은 경우 원고적격이 없거나 항고소송 대상인 위법한 부작위가 없어 그 소는 부적법하다고 판시한다.

(2) 행정청에게 일정한 처분을 할 법률적 의무가 있어야 함

여기서 의무는 '법규상, 조리상 권리에 기한 신청에 대해 상당한 기간 내에 신청을 인용하는 적극적 처분 또는 각하, 기각 등 소극적 처분을 해야 할 법률상 응답의무'이다(판례).

(3) 상당한 기간의 경과

(4) 처분의 부존재

① 거부처분에 대한 부작위위법확인소송은 각하된다(판례). 법령에 의해 거부처분으로 간주되거나 묵시적 거부로 인정되는 경우 거부처분취소(무효확인)소송을 제기해야 한다.

② 구체적 권리의무에 관한 부작위여야 한다(행정입법에 대한 부작위는 대상적격 없음).

2) 사안의 경우

① 갑은 □□광역시 인사위원회 심사를 거쳐 3급승진대상자로 선정되었고, 을이 '갑을 지방부이사관(3급)으로 승진하여 재단법인 □□○○○ 사무국장으로 파견한다'는 인사발령문을 작성해 대내외에 공표까지 했으므로, 갑은 3급승진임용을 신청할 조리상 권리가 있고, 이 사건 소청심사를 통해 승진임용을 신청했다.

② 조리상 신청권 있는 갑으로부터 승진임용신청을 받은 을은 상당한 기간 내 신청인용의 적극적 처분이나 각하, 기각등 소극적 처분을 할 법률상 응답의무가 있다.

③ 승진임용신청 후 상당한 기간이 경과했다.

④ 이 사건 승진임용은, 행정청인 을이, '갑이 3급승진대상자로 선정되었다'는 구체적 사실에, 임용 관련법령을 집행하여, 우월적 지위에서 일방적으로 행하는 공권력 행사로서, 갑에게 3급공무원 지위를 부여함으로써 갑의 권리의무에 직접 영향을 미치므로, 처분이다. 을은 갑에 대한 승진임용을 하지 않고 있으므로 처분의 부존재가 인정된다.

따라서 이 사안은 부작위위법확인소송의 대상적격이 인정된다.

2. 원고적격

부작위위법확인소송은 ① 처분의 신청을 한 자로서 ② 부작위 위법확인을 구할 법률상 이익이 있는 자만이 제기할 수 있다(행정소송법 제36조).

여기서 법률상 이익은 근거법규·관련법규에 의해 보호되는 개별·직접·구체적 이익을 뜻한다.

① 갑은 2005. 9. 30. □□광역시 소청심사위원회에 자신을 지방부이사관으로 승진임용하라는 소청심사를 청구하였던바, 이로써 승진임용 처분의 신청을 한 것이고, 상술했듯이 조리상 승진임용 신청권이 있으며, ② 승진임용 관련규정은 승진임용 대상자의 개별·구체·직접적 이익을 보호하는 취지이므로 법률상 이익도 인정된다.

따라서 갑에게 원고적격이 인정된다.

3. 제소기간

전심절차를 거치지 않고 부작위위법확인소송을 제기한 경우 제소기간 제한이 없으나 전심절차를 거친 경우 제소기간이 적용된다(재결서 정보 송달일부터 90일, 재결 있는 날부터 1년).

이 사건 소청심사는 2006. 2. 20. 기각되었고, 갑은 그로부터 90일 이내인 2006. 3. 8. 이

사건 소송을 제기했으므로 제소기간을 준수했다.

4. 예외적 행정심판전치

부작위위법확인소송에서도 임의적 행정심판전치주의가 원칙이나, 개별법에 필요적 행정심판전치주의를 규정한 경우 행정심판을 거쳐야 한다(행정소송법 제38조 제2항, 제18조).

갑은 공무원이므로 부작위위법확인소송을 제기하려면 특별행정심판으로서 소청심사를 거쳐야 하는바, 갑은 소청심사를 청구하여 기각되었으므로, 필요적 전치요건을 준수했다.

5. 기타

- ① 소익을 부인할 사정은 없다.
- ② 승진임용신청을 받고 부작위로 있는 행정청 을이 피고이므로 피고적격도 구비되었다.
- ③ 이 사건 소송은 관할법원에 제기되었다.

IV. 결론

이 사건 소송은 소송요건을 모두 갖추어 적법하다.

<15점 버전- 1611자>

I. 문제의 소재

이 사건 부작위위법확인소송이 소송요건을 갖추었는지 문제된다.

II. 부작위위법확인소송의 소송요건

1. 대상적격

부작위란 행정청이 당사자의 신청에 대해 상당한 기간내에 일정한 처분을 할 법률상 의무가 있음에도 이를 하지 않는 것을 말한다(행정소송법 제2조 제1항 제2호).

1) 부작위의 성립요건

(1) 법규·조리상 신청권 있는 자의 신청

신청자에게 신청권이 있어야 부작위가 성립하는지에 관해 대상적격설, 원고적격설, 본안문제설이 대립한다.

부작위위법확인 소에서 당사자가 행정행위를 요구할 법규상·조리상 권리를 갖지 않은 경우 원고적격이 없거나 항고소송 대상인 위법한 부작위가 없어 부적법하다(판례).

(2) 행정청에게 일정한 처분을 할 법률적 의무가 있어야 함

여기서 의무는 '법규상, 조리상 권리에 기한 신청에 대해 상당한 기간 내에 신청을 인용하는 적극적 처분 또는 각하, 기각 등 소극적 처분을 해야 할 법률상 응답의무'이다(판례).

(3) 상당한 기간의 경과

(4) 처분의 부존재

① 거부처분에 대한 부작위위법확인소송은 각하된다(판례).

② 구체적 권리의무에 관한 부작위여야 한다.

2) 사안의 경우

① 을은 '갑을 지방부이사관(3급)으로 승진하여 재단법인 □□○○○ 사무국장으로 파견한다'는 인사발령문을 작성해 대내외에 공표까지 했으므로, 갑은 3급승진임용을 신청할 조리상 권리가 있고, 이 사건 소청심사를 통해 승진임용을 신청했다.

② 신청권 있는 갑으로부터 신청을 받은 을은 상당 기간 내 적극적·소극적 처분을 할 법률상 응답의무가 있다.

③ 승진임용신청 후 상당한 기간이 경과했다.

④ 이 사건 승진임용은, 행정청인 을이, '갑이 3급승진대상자로 선정되었다'는 구체적 사실에, 임용 관련법령을 집행하여, 우월적 지위에서 일방적으로 행하는 공권력 행사로, 갑에게 3급공무원 지위를 부여해 권리의무에 직접 영향을 미치므로, 처분이다. 을은 승진임용을 하지 않고 있어 처분의 부존재가 인정된다.

따라서 대상적격이 인정된다.

2. 원고적격

부작위위법확인소송은 ① 처분의 신청을 한 자로서 ② 부작위 위법확인을 구할 법률상 이익이 있는 자만이 제기할 수 있다(행정소송법 제36조).

① 갑은 자신을 부이사관으로 승진임용하라는 소청심사를 청구함으로써 승진임용 처분의 신청을 한 것이고 ② 승진임용 관련규정은 승진임용 대상자의 개별·구체·직접적 이익을 보호하는 취지이므로 법률상 이익도 인정된다.

따라서 갑에게 원고적격이 있다.

3. 제소기간

전심절차를 거치지 않고 부작위위법확인소송을 제기한 경우 제소기간 제한이 없으나 전심절차를 거친 경우 제소기간이 적용된다(재결서 정본 송달일부터 90일, 재결 있는 날부터 1년).

이 사건 소청심사는 2006. 2. 20. 기각되었고, 갑은 그로부터 90일 이내인 2006. 3. 8. 이 사건 소송을 제기했으므로 제소기간을 준수했다.

4. 예외적 행정심판전치

부작위위법확인소송에서도 임의적 행정심판전치주의가 원칙이나, 개별법에 필요적 행정심판전치주의를 규정한 경우 행정심판을 거쳐야 한다(행정소송법 제38조 제2항, 제18조).

갑은 공무원이므로 부작위위법확인소송을 제기하려면 특별행정심판으로서 소청심사를 거쳐야 하는바, 갑은 소청심사를 청구해 기각되었으므로, 필요적 전치요건을 준수했다.

5. 기타

소익, 피고적격, 관할도 구비되었다.

IV. 결론

이 사건 소송은 적법하다.

물음 2.

<20점 버전-2089자>

I. 문제의 소재 (172자)

이 사건 부작위위법확인소송에서 인용판결이 확정되었다면, 을은 갑에 대한 승진임용을 거부하는 처분을 할 수 있는지 문제되고, 을이 거부처분을 한 경우 간접강제가 가능한지 문제된다. 관련하여 부작위위법확인소송에서의 심리범위 및 부작위위법확인판결의 기속력에 의한 처분 의무의 내용에 대하여 검토한다.

II. 심리범위 (517자)

부작위위법확인소송에서 법원은 부작위의 위법 여부만 심리할 수 있는지, 혹은 행정청이 어떤 처분을 해야 하는지까지 심리할 수 있는지 문제된다.

1. 학설 (206자)

① 절차적 심리설: 실제적 심리까지 인정할 경우 현행법이 불허하는 의무이행소송을 인정하는 결과가 되므로, 부작위의 위법 여부만 심리할 수 있다는 견해이다.

② 실제적 심리설: 부작위위법확인소송을 의무이행소송과 유사하게 운영함으로써 권리구제의 실효성을 도모하고 무용한 소송의 반복을 피할 수 있으므로, 신청에 따른 처분 의무의 유무도 심리할 수 있다는 견해이다.

2. 판례 (128자)

판례는, 부작위위법확인의 소는 판결시를 기준으로 그 부작위의 위법을 확인함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 내지 무응답이라는 소극적 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 한다고 판시하여, 절차적 심리설의 입장이다.

3. 검토 (97자)

부작위위법확인소송의 소송물은 부작위의 위법인 점, 현행 행정소송법이 의무이행소송을 도입하지 않고 부작위위법확인소송을 도입한 점에 비추어, 절차적 심리설이 타당하다.

III. 기속력 (730자)

1. 개설 (164자)

부작위위법확인의 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계 행정

청을 기속한다(행정소송법 제38조 제2항, 제30조 제1항).

부작위위법확인 판결이 확정되면 행정청은 판결의 취지에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 해야 한다(행정소송법 제38조 제2항, 제30조 제2항).

2. 처분의무의 내용 (322자)

① 절차적 심리설에 따르면 부작위위법확인판결은 부작위, 무응답이 위법하다는 취지일 뿐이므로, 행정청은 응답을 하면 되고, '거부'라는 응답도 무방하다. 즉 행정청은 신청에 대한 응답의무를 질 뿐 특정처분의무는 없다.

신청대상 처분이 재량행위인 경우는 물론, 기속행위이더라도 행정청은 신청대로 처분해야 하는 것은 아니며 거부처분이 가능하다. 거부처분을 한 경우 상대방은 그 거부처분에 대해 다시 항고쟁송으로 다투야 한다(판례).

② 실제적 심리설에 따르면 부작위위법확인판결은 특정 처분을 할 의무가 있다는 취지이므로, 행정청이 이를 불이행하면 기속력에 위반된다.

3. 사안의 경우 (236자)

절차적 심리설에 의할 때 이 사건 부작위위법확인소송에서 확정된 인용판결은 을의 부작위, 무응답이 위법하다는 취지일 뿐이므로, 을은 갑의 승진임용신청에 대한 응답을 하면 되고, '거부'라는 응답도 무방하다. 즉 을은 갑의 승진임용신청에 대한 응답의무를 질 뿐 갑에 대한 승진임용처분을 할 의무는 없으므로, 거부처분이 가능하다. 을이 거부처분을 한 경우 갑은 그 거부처분에 대해 다시 항고쟁송으로 다투야 한다.

IV. 간접강제 (576자)

1. 개설 (209자)

부작위위법확인판결이 확정되었음에도 행정청이 판결의 취지에 따라 이전의 신청에 대한 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 있다(행정소송법 제38조 제2항, 제34조 제1항).

2. 부작위위법확인판결이 확정된 후 거부처분을 한 경우 (252자)

절차적 심리설에 따르면 ('부작위·무응답이 위법하므로 응답의무가 있다'는 것이 판결 취지이고) 거부처분도 판결 취지에 따라 응답의무를 이행한 것이므로 간접강제는 불가하다(판례).

실체적 심리설에 따르면 (신청 대상 처분이 기속행위인 경우 '신청에 따른 처분을 할

의무가 있다'는 것이 판결 취지이고) 거부처분은 기속력 위반으로 무효이어서 판결 취지에 따른 처분이 없는 상태이므로 간접강제가 가능하다.

3. 사안의 경우 (107자)

절차적 심리설에 따르면, 이 사건 부작위위법확인소송에서 인용판결이 확정된 경우, 갑에 대한 승진임용 거부처분도 판결 취지에 따라 응답의무를 이행한 것이므로 간접강제는 불허된다.

V. 결론 (94자)

이 사건 부작위위법확인소송에서 인용판결이 확정된 경우, 을은 갑에 대한 승진임용을 거부하는 처분을 할 수 있다. 을이 거부처분을 한 경우 간접강제는 불허된다.

<20점 버전 2, 15점 버전- 1725자>

I. 문제의 소재

부작위위법확인판결이 확정된 경우 거부처분을 할 수 있는지, 거부처분을 한 경우 간접강제가 가능한지와 관련하여, 부작위위법확인소송의 심리범위 및 부작위위법확인판결의 기속력(처분의무)을 검토한다.

II. 심리범위

부작위위법확인소송에서 법원은 부작위의 위법 여부만 심리할 수 있는지, 혹은 행정청이 어떤 처분을 해야 하는지까지 심리할 수 있는지 문제된다.

1. 학설

① 절차적 심리설: 실제적 심리까지 인정할 경우 현행법이 불허하는 의무이행소송을 인정하는 결과가 되므로, 부작위의 위법 여부만 심리할 수 있다는 견해이다.

② 실제적 심리설: 권리구제의 실효성을 도모하기 위해 신청에 따른 처분의무 유무도 심리할 수 있다는 견해이다.

2. 판례

판례는, 부작위위법확인 소는 판결시를 기준으로 그 부작위의 위법을 확인함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 내지 무응답이라는 소극적 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 한다고 판시하여, 절차적 심리설의 입장이다.

3. 검토

행정소송법이 의무이행소송을 도입하지 않은 점에 비추어 절차적 심리설이 타당하다.

III. 기속력

1. 개설

부작위위법확인판결의 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계 행정청을 기속한다(행정소송법 제38조 제2항, 제30조 제1항).

부작위위법확인판결이 확정되면 행정청은 판결의 취지에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 해야 한다(행정소송법 제38조 제2항, 제30조 제2항).

2. 처분의무의 내용

① 절차적 심리설에 따르면 부작위위법확인판결은 무응답이 위법하다는 취지이므로, 행정청은 응답을 하면 되고, '거부'라는 응답도 무방하다. 즉 행정청은 응답의무를 질 뿐 특정 처분의무는 없다.

거부처분을 한 경우 상대방은 거부처분에 대해 다시 항고쟁송으로 다뤄야 한다(판례).

② 실체적 심리설에 따르면 부작위위법확인판결은 특정 처분의무가 있다는 취지이므로, 행정청이 이를 불이행하면 기속력에 위반된다.

3. 사안의 경우

절차적 심리설에 의할 때 이 사건 부작위위법확인소송에서 확정된 인용판결은 을의 무응답이 위법하다는 취지이므로, 을은 갑의 승진임용신청에 대한 응답을 하면 되고, '거부'라는 응답도 무방하다. 즉 을은 갑의 승진임용신청에 대한 응답의무를 질 뿐 갑에 대한 승진임용처분을 할 의무는 없으므로, 거부처분이 가능하다. 을이 거부처분을 한 경우 갑은 그 거부처분에 대해 다시 항고쟁송으로 다뤄야 한다.

IV. 간접강제

1. 개설

부작위위법확인판결이 확정되었음에도 행정청이 판결의 취지에 따라 이전의 신청에 대한 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 있다(행정소송법 제38조 제2항, 제34조 제1항).

2. 부작위위법확인판결이 확정된 후 거부처분을 한 경우

절차적 심리설에 따르면 '무응답이 위법하므로 응답의무가 있다'는 것이 판결 취지이고, 거부처분도 판결 취지에 따라 응답의무를 이행한 것이므로 간접강제는 불가하다(판례).

실체적 심리설에 따르면 거부처분은 기속력 위반으로 무효이어서 판결 취지에 따른 처분이 없는 상태이므로 간접강제가 가능하다.

3. 사안의 경우

절차적 심리설에 따르면, 부작위위법확인판결이 확정된 경우, 승진임용 거부처분도 판결 취지에 따라 응답의무를 이행한 것이므로 간접강제는 불허된다.

V. 결론

부작위위법확인판결이 확정된 경우, 을은 승진임용 거부처분을 할 수 있고, 이 경우 간접강제는 불허된다.

관련 연습문제 1.

甲은 2004. 9. 30. □□광역시 소청심사위원회에 ‘□□광역시 시장 乙은 甲을 지방부이사관(3급)으로 승진임용하라’는 취지의 소청심사청구를 하였는데, 위 소청심사위원회는 2006. 2. 20. 甲의 소청심사청구를 기각했고, 甲은 그 무렵 그 결정문을 송달받았다.

甲은 2006. 3. 8. 이 사건 청구(“乙이 甲을 □□광역시 지방부이사관으로 승진임용하지 않은 것은 위법임을 확인한다.”)를 청구취지로 한 부작위위법확인 소를 제기하였다.

그 후 2006. 8. 17. 제1심 제1회 변론기일에 이 사건 청구가 ‘乙이 2006. 3. 30.자로 甲에 대하여 한 지방부이사관승진임용거부처분은 취소한다’는 취지의 취소소송으로 교환적으로 변경되었다가, 2007. 7. 26. 항소심 제1회 변론기일에 이 사건 청구가 추가적으로 변경되었다(이와 같이 추가적으로 변경된 이 사건 청구 부분을 ‘이 사건 부작위위법확인소송’이라 한다).

그 후 상고심의 환송판결로 甲이 취소소송으로 구한 2006. 3. 30.자 승진임용거부처분은 존재하지 않는 것으로 판명되었다.

이 사건 부작위위법확인소송은 제소기간을 준수하였는가? (10점)

<모범답안- 1230자>

I. 문제의 소재

이 사건 부작위위법확인소송의 제소기간 준수 여부와 관련하여, ① 부작위위법확인소송의 제소기간, ② 부작위위법확인소송 제기 후 청구취지의 교환적·추가적 변경이 있는 경우 제소기간 준수 여부 판단의 기준시점에 대하여 검토한다.

II. 제소기간

1. 부작위위법확인소송의 제소기간

행정심판 등 전심절차를 거치지 않고 부작위위법확인소송을 제기한 경우는 제소기간 제한이 없다. 반면 행정심판 등 전심절차를 거쳐 제기한 경우는 제소기간이 적용된다(재결서 정본 송달일부 90일, 재결 있는 날부터 1년).

2. 교환적·추가적 변경의 경우

판례는, 부작위위법확인인 소를 제기했으나 그 후 처분취소소송으로 소를 교환적으로 변경한 후 여기에 부작위위법확인인 소를 추가적으로 병합한 경우, 최초의 부작위위법확인인 소가 적법한 제소기간 내에 제기된 이상 여전히 제소기간을 준수한 것으로 본다. 그 이유는 다음과 같다.

- ① 당사자의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청에 대하여 행정청이 부작위의 상태에 있는지 아니면 소극적 처분을 하였는지는 동일한 사실관계를 토대로 한 법률적 평가의 문제가 개입되어 분명하지 않은 경우가 있을 수 있고,
- ② 부작위위법확인소송의 계속중 소극적 처분이 있게 되면 부작위위법확인인 소는 소의 이익을 잃어 부적법하게 되고 이 경우 소극적 처분에 대한 취소소송을 제기해야 하는 등 부작위위법확인인 소는 취소소송의 보충적 성격을 지니며,
- ③ 부작위위법확인소송의 이러한 보충적 성격에 비추어 동일한 신청에 대한 거부처분의 취소를 구하는 취소소송에는 특단의 사정이 없는 한 그 신청에 대한 부작위위법의 확인을 구하는 취지도 포함되어 있다고 볼 수 있다.

III. 사안의 경우

(이 사건 부작위위법확인소송은 특별행정심판인 소청심사청구를 거쳐 제기되었으므로 제소기간이 적용되어, 소청심사청구에 대한 결정문 송달일로부터 90일 이내에 제기해야 하는 바) 甲의 소청심사청구에 대한 기각 결정문이 2006. 2. 20. 무렵 甲에게 송달되었고, 甲은 그로부터 90일 이내인 2006. 3. 8. 부작위위법확인인 소를 제기하였으므로, 최초의 부작위위법확인인 소는 제소기간을 준수하였다.

그 후 처분취소소송으로 소를 교환적으로 변경한 후 이 사건 부작위위법확인 소를 추가적으로 병합하였으나, 앞서 본 판례에 의하면, 최초의 부작위위법확인 소가 적법한 제소기간 내에 제기된 이상, 이 사건 부작위위법확인 소도 제소기간을 준수한 것으로 보게 된다.

[판례표현:

최초의 부작위위법확인 소는 소청심사결정이 있는 2006. 2. 20.부터 적법한 제소기간 내인 2006. 3. 8. 제기되었음은 역수상 명백하므로, 그 후 위와 같은 내용의 청구취지의 교환적·추가적 변경이 있었다는 사정만으로 적법하게 제기된 부작위위법확인 소가 부적법하게 되는 것은 아니다.]

IV. 결론

이 사건 부작위위법확인소송은 제소기간을 준수하였다.

기본서 356면 1번 판례

□ **[제소기간]** [1] 부작위위법확인인 소는 부작위상태가 계속되는 한 확인의 이익이 있어 원칙적으로 제소기간 제한 안 받음 / 그러나 행정심판 등 전심절차를 거친 경우 행정소송법 제20조의 제소기간 내에 부작위위법확인인 소를 제기해야

[2] 당사자의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청에 대하여 행정청이 부작위의 상태에 있는지 아니면 소극적 처분을 하였는지는 동일한 사실관계를 토대로 한 법률적 평가의 문제가 개입되어 분명하지 않은 경우가 있을 수 있고, 부작위위법확인소송의 계속중 소극적 처분이 있게 되면 부작위위법확인인 소는 소의 이익을 잃어 부적법하게 되고 이 경우 소극적 처분에 대한 취소소송을 제기해야 하는 등 부작위위법확인인 소는 취소소송의 보충적 성격을 지니며, 부작위위법확인소송의 이러한 보충적 성격에 비추어 동일한 신청에 대한 거부처분의 취소를 구하는 취소소송에는 특단의 사정이 없는 한 그 신청에 대한 부작위위법의 확인을 구하는 취지도 포함되어 있다고 볼 수 있음. 이러한 사정을 종합해 보면, **부작위위법확인인 소를 제기했으나 그 후 처분취소소송으로 소를 교환적으로 변경한 후 여기에 부작위위법확인인 소를 추가적으로 병합한 경우, 최초의 부작위위법확인인 소가 적법한 제소기간 내에 제기된 이상 여전히 제소기간을 준수한 것**(2008두10560).

[*이 사안의 경우:

원고는 2004. 9. 30. □□광역시 소청심사위원회에 ‘피고는 원고를 지방부이사관(3급)으로 승진임용하라’는 취지의 소청심사청구를 하였는데, 위 소청심사위원회는 2006. 2. 20. 원고의 소청심사청구를 기각했고, 원고는 그 무렵 그 결정문을 송달받은 사실, 원고는 위 결정문을 송달받은 날부터 적법한 제소기간 내인 2006. 3. 8. 이 사건 제2 예비적 청구(“피고가 원고를 □□광역시 지방부이사관으로 승진임용하지 않은 것은 위법임을 확인한다.”)를 청구취지로 한 이 사건 부작위위법확인인 소를 제기한 사실, 그 후 2006. 8. 17. 제1심 제1회 변론기일에 이 사건 제2 예비적 청구가 ‘피고가 2006. 3. 30.자로 원고에 대하여 한 지방부이사관승진임용거부처분은 취소한다’는 취지의 취소소송으로 교환적으로 변경되었다가, 2007. 7. 26. 환송 전 원심 제1회 변론기일에 이 사건 제2 예비적 청구가 추가적으로 변경된 사실, 그 후 이 사건 환송판결로 원고가 취소소송으로 구한 2006. 3. 30.자 승진임용거부처분은 존재하지 않는 것으로 판명된 사실 등을 알 수 있는바, 위 법리에 비추어, 이 사건 부작위위법확인인 소는 소청심사결정이 있는 2006. 2. 20.부터 적법한 제소기간 내인 2006. 3. 8. 제기되었음은 역수상 명백하므로, 그 후 위와 같은 내용의 청구취지의 교환적·추가적 변경이 있었다는 사정만으로 적법하게 제기된 부작위위법확인인 소가 부적법하게 되는 것은 아님]