

답 변 서

사 건 2019구합53617 부작위위법확인
원 고 이수원
피 고 국방부장관
소송수행자 공군법무관 김현준

위 사건에 관하여 피고의 소송수행자는 다음과 같이 답변합니다.

청구취지에 대한 답변

- 1. 원고의 청구를 각하한다.
 - 2. 소송비용은 원고가 부담한다.
- 라는 취지의 판결을 구합니다.



공 군 본 부 법 무 실

우32800 충남 계룡시 계룡대로 663 사서함 501-313

TEL : (042) 552 - 6414

FAX : (042) 552 - 6499

청구원인에 대한 답변

1. 인정하는 사실

- 가. 원고는 공군 교육사 방포교 본부 교리발전과에서 근무하던 중 2016. 4. 19. 2016년도 후반기 명예전역에 지원하였습니다.(을 제1호증)
- 나. 공군 명예전역심사위원회는 2016. 7. 1. 원고를 명예전역자로 선발하지 않기로 하는 결정을 하였고, 동 결정은 2016. 7. 8. 국방부 최종승인을 거쳐 2016. 7. 14. 원고에게 통지되었습니다.(을 제2호증)
- 다. 원고는 2015. 1. 1. 중령으로 임기제 진급을 한 자로 2016. 12. 31. 복무만료에 따라 전역하였습니다.(을 제3호증)
- 라. 원고는 2018. 11. 5. 피고를 상대로 명예전역수당을 지급하지 아니하는 사유와 조치계획에 대한 정보공개청구를 하였고, 피고는 2018. 11. 16. 위 정보공개청구에 대하여 명예전역수당을 지급하지 아니하는 사유에 대한 답변을 하였습니다.(갑 제2호증)

2. 관련 법령

가. 군인사법

제24조의2 (임기제 진급)

- ① 진급 최저복무기간의 복무를 마친 영관급 장교 이상인 사람은 인력 운영을 위하여 필요하거나 전문인력이 필요한 분야로서 대통령령으로 정하는 직위에 보임하기 위하여 필요한 경우에는 임기를 정하여 1계급 진급시킬 수 있다.
- ② 제1항에 따라 진급된 사람의 임기는 2년으로 하고, 그 임기가 끝나면 전역된다. 다만, 그 직위에 다시 보직되거나 유사한 계통의 직위로 전직된 경우에는 다시 보직되거나 전직된 때부터 2년의 범위에서 국방부장관이 정하는 기간이 지났을 때에 전역된다.

제53조의2 (명예전역)

- ① 군인으로서 20년 이상 근속한 사람이 정년 전에 스스로 명예롭게 전역하는 경우에는 예산의 범위에서 명예전역수당을 지급할 수 있다.
- ② 제19조제4항에 따라 전역되는 해병대사령관, 제21조제3항 또는 제24조의2제2항에 따라 전역되는 사람으로서 현역정년의 남은 기간이 1년 이상인 사람에 대하여는 제1항을 준용한다.
- ⑥ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 명예전역수당의 지급 대상 범위, 지급액, 지급 절차에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

나. 군인사법 시행령

제25조의2 (임기제 진급 대상 직위 등)

- ⑧ 임기제 진급자는 진급 후 최초로 보직된 직위에서 진급일을 기준으로 2년이 지나면 전역이 되는 것으로 하고, 직제 개편이나 그 밖의 불가피한 사유로 그 보직이 변경된 경우에도 임기 만료일은 진급일을 기준으로 한다.

다. 군인 명예전역수당지급 규정 (대통령령)

제2조 (지급대상)

- ① 수당을 지급받을 수 있는 자는 20년이상 근속한 군인으로서 다음 각 호의 1에 해당하는 자로 한다. 다만, 법 제39조의 규정에 의하여 전역이 보류된 자는 지급대상에서 제외한다.
- 3. 법 제21조제3항 및 법 제24조의2제2항의 규정에 의하여 명예롭게 전역되는 자로서 현역정년의 잔여기간이 1년이상인 자
- ② 국방부장관은 예산상 부득이한 경우에는 제1항의 지급대상범위를 제한할 수 있다.

제5조 (지급신청)

수당을 지급받고자 하는 자는 수당지급신청기간내에 수당지급신청서를 소속부대의 장을 거쳐 각군 참모총장에게 제출하여야 한다. 이 경우 소속부대의 장이 그 신청기간내에 신청서를 받은 때에는 이를 각군 참모총장이 받은 것으로 본다.

제6조 (지급대상자의 심사·결정)

- ① 각군 참모총장은 제5조의 규정에 의하여 수당지급신청서를 받은 때에는 신청기간 경과후 30일이내에 이를 심사하고, 수당지급대상자를 선정하여 국방부장관에게 추천하여야 한다.
- ② 각군 참모총장은 제1항의 규정에 의한 심사·선정에 있어서 각 계급별 인력운영의 현황, 상위계급, 장기근속, 예비역편입지원여부 및 명예로운 전역여부 등을 고려하여야 한다.
- ③ 국방부장관은 제1항의 규정에 의하여 각군 참모총장으로부터 수당지급대상자의 추천을 받은 때에는 예산 및 각군간의 균형을 고려하여 수당지급대상자를 최종적으로 심사·결정한다.
- ④ 수당지급대상자를 심사하게 하기 위하여 국방부 및 각군 본부에 명예 전역심사위원회를 설치할 수 있다.

제12조 (시행규칙)

근속연수의 계산, 명예로운 전역의 기준, 수당지급대상자의 선정과 심사방법, 지급절차, 명예전역심사위원회의 구성과 운영 기타 이 영의 시행에 관하여 필요한 세부사항은 국방부장관이 정한다.

라. 국방 인사관리 훈령

제96조(선발대상)

① 20년이상 근속한 중장 이하의 장교, 준사관 및 부사관으로서 다음 각 호에 해당하는 자로 한다.

3. 임기제 또는 병과장으로 전역하는 자 중 정년 잔여기간이 1년 이상인 자

② 명예전역 심사일 현재 다음 각 호에 해당되는 자는 명예전역수당지급 대상자 선발에서 제외한다.

1. 징계처분 요구중인 자, 징계의결 요구중인 자 또는 징계처분 된 자. 다만 기록말소된 자는 제외

2. 형사사건으로 기소중인 자이거나, 유죄판결이 확정된 자. 다만 약식명령이 청구된 경우와 형이 실효된 자는 제외

3. 감사원 등 감사기관과 검찰, 경찰 등 수사기관에서 비위조사나 수사 중인 자

4. 「군인사법」 제39조에 의거 전역이 보류된 자

5. 각 군 명예전역심사위원회에서 명예전역수당지급이 부적합하다고 의결된 자

제97조(선발지침)

① 명예전역 선발은 전·후반기 연 2회 실시하며 후반기 선발이후 예산을 고려하여 추가선발을 할 수 있다.

③ 명예전역 선발기준은 각 계급별 인력운영 현황, 장기근속, 예비역 편입 지원여부 및 각 군의 예산을 고려하여 각 군 심사위원회에서 정한다.

④ 명예전역 대상자의 선발은 각 군 명예전역심사위원회를 구성, 심사를 거쳐 각 군에서 추천된 사람을 국방부장관이 최종 승인한다.

⑤ 명예전역심사위원회 구성은 3인 이상으로 구성하며 위원의 선발 및 운영 등 그 밖의 필요한 사항은 각 군 참모총장이 정한다.

마. 공군규정 2-21 장병 인사관리

제124조 (전역 및 제적의 종류) 전역 및 제적의 종류는 다음 각 호와 같다.

3. 명예전역(「군인사법」 제53조의2)

제138조(명예전역 지원) 명예전역 대상은 명예전역 희망일 기준 20년 이상 근속한 군인으로서 다음 각 호에 해당하는 사람으로 한다.

- 1. 현역정년 잔여기간이 1년 이상 10년 이내인 사람 중 자진하여 명예롭게 전역하는 중장 이하의 장교, 준사관 및 부사관
- 2. 임기제 진급자 또는 병과장으로 임명된 후 그 기간이 만료된 자 중 명예롭게 전역되는 사람으로서 현역정년의 잔여기간이 1년 이상인 사람
- 3. 「군인사법」 제8조 제3항 또는 제4항에 의하여 정년이 단축되어 전역하는 장성급 장교 또는 영관급 장교

제139조(선발 제외대상)

① 명예전역 심사일 현재, 다음 각 호에 해당하는 사람은 명예전역수당지급 대상자 선발에서 제외한다.

- 1. 징계의결 요구중인 사람이거나 징계처분 된 사람. 다만, 사면/말소 된 사람은 제외
- 2. 형사사건으로 기소중인 사람이거나 유죄판결이 확정된 사람. 다만, 약식 명령이 청구된 경우와 형이 실효된 사람은 제외
- 3. 특수경력직공무원으로 재직 중 위 1, 2에 해당하는 비위 행위자
- 4. 감사원 등 감사기관과 검찰, 경찰 등 수사기관에서 비위조사나 수사 중인 사람
- 5. 「군인사법」 제39조에 따라 전역이 보류된 사람
- 6. 기타 명예전역심사위원회에서 명예전역수당 지급이 부적합하다고 의결된 사람

제140조(명예전역 신청)

- ① 명예전역 신청공고는 국방부 시행계획에 따라 연 2회 하달한다.
- ② 명예전역을 희망하는 사람은 지정된 기간 내에 별지 제31호 서식의 명예전역 지원서를 소속부대장(인사참모 소관)을 거쳐 인사참모부장(장교인사과장 참조)에게 제출한다.
- ③ 수당 지급액은 전역월 당시 지급받는 봉급표상의 봉급액(81%) × [정년잔여 개월수(1~60)/2 + 정년잔여 개월수(61~120)/4]로 한다. 수당은 명예전역하는 다음날에 본인에게 직접 지급하며 군인 연금지급에 관한 법규를 준용한다.
- ④ 정년 잔여기간의 계산은 현역정년인 계급정년, 근속정년, 연령정년 중 먼저 도래하는 정년을 기준으로 한다.
- ⑤ 수당지급대상자는 명예전역 심사위원회에서 선발하여 국방부장관(인사기획관 소관)에게 추천하며 국방부장관의 최종 승인 후 하달한다.

제143조 (선발)

명예전역자 선발은 장기근속, 상위계급, 계급별 인력운영, 명예로운 전역여부 및 심사위원 평가 등 객관적인 평가요소 및 인사검증을 시행 후 심의위원회를 통하여 선발하되, 세부사항은 당해연도 국방부 선발지침에 따라 시행한다.

제170조(임기제진급자 전역)

- ① 임기제진급자는 임기 2년 만료시 전역된다. 다만, 그 직위에 다시 보직되거나 유사한 계통의 직위에 전직된 경우에는 다시 보직되거나 전직된 때부터 2년의 범위 이내에서 국방부장관이 정하는 기간이 경과된 때에 전역된다.

3. 청구원인에 대한 답변

가. 원고 주장의 요지

원고는 소장을 통하여 원고는 무죄판결을 받아 확정되었고, 징계처분 역시 무혐의로 종결되었으므로, 군인사법 제48조 제5항과 국방인사관리 훈령 제99조 제3항에 따라 원고에게 명예전역수당을 지급하여야 한다고 주장하였습니다.

그러나 원고가 근거로 들고 있는 군인사법 제48조 제5항은 ‘휴직을 이유로’ 불리한 처우를 받지 아니한다고 규정하고 있으며, 국방인사관리 훈령 제99조 제3항은 ‘명예전역수당 지급대상자로 선발된 자’ 중에서 선발이 취소되었다가 무죄 판결을 받은 경우에 그 적용이 있는 것으로 원고는 그 어느 사유에도 해당하지 아니하는 자로서 다음과 같은 이유로 위 소는 각하되어야 할 것입니다.

나. 원고 주장의 부당성

(1) 부작위위법확인소의 소의 요건

부작위위법확인소송은 기본적으로 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 않는 경우에 성립할 것입니다. 즉, ① 원고는 행정소송의 대상이 되는 처분에 대하여 당사자의 신청이 존재하여야 할 것이고, ② 행정청은 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 ③ 그 처분을 하지 아니하였어야 합니다. (행정

소송법 제2조 1항 2호, 4조 3호)

기존의 판례역시 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 부적법한 것으로 보고 있습니다.(대법원 1999. 12. 7. 선고 97누17568)

(2) 피고에게 위법한 부작위가 있었는지 여부

(가) 원고의 지위

원고는 2016. 4. 19. 2016년도 후반기 명예전역에 지원하였고, 공군 명예전역심사위원회는 2016. 7. 1. 원고의 경우 명예전역심사일 현재 형사사건으로 기소 중인 자에 해당하여 국방인사관리훈령 제96조(선발대상)에 따라 원고를 명예전역자로 선발하지 않기로 하는 결정을 하였습니다. 동 결정은 2016. 7. 8. 국방부 최종승인을 거쳐 2016. 7. 14. 원고에게 통지되었으며, 따라서 원고는 명예전역자로 선발되지 않은 자에 해당합니다. 또한 원고는 위 처분에 대하여 인사소청을 통해 다툰 바 없습니다.

(나) 원고의 신청이 있었는지 여부

이후 원고는 2018. 11. 5. 피고를 상대로 명예전역수당을 지급하지 아니하는 사유와 조치계획에 대한 정보공개청구를 하였고, 피고는 2018. 11. 16. 위 정보공개청구에 대하여 명예전역수당을 지급하지 아

니하는 사유에 대한 답변을 하였습니다. 즉, 원고는 단지 명예전역수당을 지급하지 아니하는 사유를 정보공개청구 하였을 뿐 소장에서의 주장과 같이 명예전역수당지급 신청을 한 바 없습니다.

(다) 피고의 ‘부작위’가 있는지 여부

설사 원고의 위 정보공개청구가 명예전역수당을 지급하라는 신청으로 선행하더라도 명예전역수당은 정년 전에 스스로 명예롭게 전역하는 경우에 예산의 범위에서 지급할 수 있는 것이며,(군인사법 제53조의 2) 원고는 애초에 명예전역대상자로 선발되지 아니한 자에 해당하기에 피고에게 명예전역수당을 지급할 ‘법률상’ 의무가 존재하지 않습니다.

또한 원고가 무죄판결을 받고 확정되었으며 징계처분 역시 무혐의의 결로 종결되었으므로 명예전역대상인지 재심의를 거쳐 선발해 달라는 의미라면 이는 군인사법상 인사소청을 거쳐 행정소송으로 진행되었어야 함에도 이러한 전심절차를 거치지 아니하였고, 행정소송법상 제소기간이 이미 경과한 상태이므로 부적법하다고 보아야 할 것입니다.¹⁾

따라서 원고는 명예전역수당 신청에 대하여 지급하지 아니하였음을 이유로 부작위위법확인 소를 제기한 것으로 보이나 피고에게는 원고의 신청에 대하여 처분을 할 의무가 인정되지 아니하므로 피고의 ‘부작위’ 자체가 인정될 수 없다고 할 것입니다.

(3) 원고적격 인정여부

1) 원고는 국방부에 명예전역수당 신청거부에 대하여 인사소청을 청구하였다고 하나 인사소청은 위법·부당한 전역, 제적 및 휴직 등 그 의사에 반한 불리한 처분에 불복하는 경우에 청구하는 것이므로 위 원고의 인사소청은 수당의 청구에 불과하여 각하할 예정입니다.

부작위위법확인소송은 처분의 신청을 한 자로서 부작위위법의 확인을 구할 법률상 이익이 있는 자만이 제기할 수 있는 바 원고는 명예전역대상자에 선발되지 아니한 자로 명예전역수당을 신청할 법규상·조리상 신청권이 없으므로 원고적격이 인정되지 않습니다.

4. 결어

원고는 명예전역수당지급대상자로 선발되지 아니한 자로서 ① 피고에게 원고의 명예전역수당 지급신청에 대하여 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 애초에 존재하지 아니하여 피고의 ‘부작위’를 인정할 수 없고, ② 명예전역수당지급을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권 역시 존재하지 아니한 바 ‘원고적격’을 인정할 수 없습니다.

따라서 원고의 이 사건 소는 부적법하므로 각하하여 주시기 바랍니다.

입 증 방 법

- 1. 을 제1호증(명예전역 지원서) 1부
- 2. 을 제2호증(명예전역 비선발 통지서) 1부
- 3. 을 제3호증(2014. 12. 26. 인사명령) 1부

2019. 3. 12.

위 피고의 소송수행자
공군법무관 김현준

서울행정법원 제7부 귀중