

청 구 취 지 및 청 구 원 인
변 경 신 청 에 대 한 답 변 서

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

위 사건의 변경된 청구취지 및 청구원인에 관하여 피고 소송수행자는 다음과 같이 답변합니다.

변경된 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

변경된 청구원인에 대한 답변

1. 기초사실

- 가. 원고는 1994. 3. 1. 공군사관학교를 졸업하고 소위로 임관하여 2016. 12.31. 임기제 중령으로 전역하기까지 공군 장교로 복무하여 왔습니다.
- 나. 원고는 2016. 4. 19. 소속 부대의 장에게 희망전역일은 2016. 12. 31. 전역사유는 명예전역으로 하는 명예전역 지원서를 제출하였습니다.(기제출 을제1호증)
- 다. 공군명예전역 심사위원회는 2016. 7.1, 2016. 7. 4. 원고를 비롯한 2016년 하반기 명예전역수당지급신청자들 중에서 각 계급별 인력운영의 현황, 상위계급, 장기근속, 예비역편입지원여부 및 명예로운 전역여부 등을 고려하여 명예전역수당 지급대상자를 심사·선정하였고, 이를 피고 국방부장관에게 추천하였는데, 원고는 추천에서 제외되었습니다.(을 제4호증)
- 라. 피고 국방부장관은 2016. 7. 8. 2016년 하반기 명예전역수당 지급대상자를 최종 심사·결정한 선발결과를 공군참모총장에게 시달하였고, 위 선발결과는 같은 날 각 소속부대의 장에게 시달되었는데 원고는 지급대상자에 포함되지 않았고, 2016. 7. 14. 지급대상자에 포함되지 않았다는 국방부 최종 선발결과를 통지받았습니다.(기제출 을제2호증, 을 제5호증)
- 마. 원고는 위 비선발처분에 대해 인사소청 및 행정소송을 제기하지 아니하였고, 2016. 12. 27. 자 국방부 인사명령(장교) 제699호에 의하여 2016. 12. 31. 부로 복무만료에 따라 전역하였습니다.(을 제6호증)
- 바. 원고는 2018. 11. 5. 국방부를 상대로 명예전역수당을 지급하지 아니하는 사유와 조치계획에 대한 정보공개청구를 하였고, 공군참모총장은 2018. 11. 16. 위 정보공개청구에 대하여 민원처리 후 명예전역수당을 지급하지 아니하는 사유에 대한 답변을 하였습니다.(을 제7호증)

2. 관련 법령

가. 군인사법

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.

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 경과 후 30일 이내에 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 명예전역심사위원회를 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 기록말소 된 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.

제99조(선발취소 및 전역일 조정)

③ 명예전역수당 지급대상자로 선발된 자 중에서 제96조제2항제1호부터 제3호의 경우에 해당되어 선발이 취소되었다가 다음 각 호에 해당되는 경우 전역일 이전에 명예전역수당 재지급 신청을 하여야 하며, 각 군은 전역희망일자를 기준으로 명예전역수당 지급액을 재산정하여 명예전역심사위원회의 심사를 생략하고 국방부로 선발 추천할 수 있다. 다만 전역일 이후에는 인사소청 및 법원 등의 지급 처분명령이 있을 경우에 한하여 이에 준하여 처리할 수 있다.

- 1. 징계 의결 불요구 되었거나, 징계 항고하여 징계가 아닌 처분으로 감경된 경우
- 2. 무죄 판결을 받은 경우
- 3. 감사원 등 감사기관과 검찰, 경찰 등 수사기관에서 무혐의 처분을 받은 경우

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, 약식명령이 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.

3. 청구원인에 대한 답변

가. 원고 주장의 요지

원고는 변경된 청구원인을 통하여 피고는 2018. 11. 16. 국방인사관리훈령 제 96조 제2항을 근거로 원고의 2018.11. 5. 자 명예전역수당지급신청을 내용으로 하는 민원에 대하여 거부처분을 하였다고 주장하면서 ① 원고는 국방부 인사관리 훈령 제99조 제3항이 적용되는 자에 해당하고, ② 피고의 명예전역수당지급거부행위는 원고의 구체적인 권리의무에 직접적인 변동을 초래하는 것이어서 행정소송의 대상이 되는 처분에 해당하며, ③ 원고의 정보공개청구는 민원에 갈음하는 신청으로 이는 법정민원에 해당하고, 민원행위는 신청행위에 해당한다고 주장합니다. ④ 따라서 원고는 무죄판결을 받아 확정된 자료, 징계처분 역시 무혐의로 종결되었으므로, 피고가 명예전역수당 지급신청을 거부한 것은 군인사법 제48조 제5항 및 국방부 인사관리 훈령 제99조 제3항에 반하는 위법, 부당한 처분이라고 주장합니다.

그러나 우선 ① 원고의 정보공개청구를 명예전역수당 신청행위로 보기 어려우며 이에 대한 피고의 거부행위가 없었다는 점, ② 설사 피고의 거부행위가 있었다고 선해하더라도 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아닌 점, ③ 피고에게 국방부 인사관리 훈령 제99조 제3항이 적용되어 명예전역수당을 청구한다고 하더라도 이는 확정된 공법상 법률관계에 대한 권리로서 당사자 소송에 해당하며, 국가를 상대로 제기하여야 하는 점에서 위 소는 부적법하므로 각하되어야 할 것입니다.

나. 원고 주장의 부당성

(1) 원고의 정보공개청구를 명예전역수당 신청행위로 보기 어려우며, 피고는 처분 등을 행한 행정청에 해당하지 않습니다.

(가) 원고의 정보공개 청구를 명예전역수당 신청행위로 볼 수 있는지 여부

원고는 2018. 11. 5. 명예전역수당을 지급하지 아니하는 사유와 조치계획에 대한 정보공개청구를 하였고, 공군참모총장은 2018. 11. 16. 위 정보공개청구에 대하여 민원처리 후 ‘15년 후반기 명예전역수당 지급대상자로 선발되지 아니한 사유에 대해 답변을 하였습니다.

원고는 정보공개 청구외(진정·질의) 통지서를 받은 점과 처리기관에 의해 민원으로 처리되었음을 알 수 있다는 이유로 원고의 정보공개청구 역시 민원에 갈음하는 신청이라고 주장하나 원고의 정보공개청구만 보더라도 이는 단순한 질의에 해당할 뿐이며, 답변 역시 ‘질의하신 내용에 대하여 다음과 같이 답변드리오니 참고하여 주시면 감사하겠습니다.’ 라고 시작하며, ‘16년 후반기 명예전역에 지원하였으나 명예전역수당 지급대상자로 선발되지 못한 이유에 대해 재차 설명해주고 있음에 불과합니다.

따라서 피고는 원고의 정보공개청구를 질의로 판단하여 민원처리 하였을 뿐 이를 두고 원고의 명예전역수당 신청행위가 있었다고 보기는 어려우므로 거부행위 역시 없다고 할 것입니다.

(나) 피고를 처분 등을 행한 행정청으로 볼 수 있는지 여부

원고는 피고가 명예전역수당 신청행위에 대한 거부행위를 하였다고 주장하나 위 정보공개청구는 대상자가 군인이기에 국방부에 접수되었을 뿐 이는 공군으로 이첩되어 실제 정보공개청구의 민원처리 및 민원처리에 대한 답변은 모두 공군 참모총장명의로 이루어졌습니다.(을 제5호증)

즉, 피고는 원고의 정보공개청구에 대하여 거부행위를 하지 아니하였고, 공군 참모총장은 원고의 2016. 4. 19. 명예전역 신청과 관련하여 당시 국방 인사관리 훈령 제96조에 따라 원고는 명예전역 추천 대상에서 제외되었음을 확인하여주었을 뿐입니다.

따라서 원고의 정보공개청구에 대하여 피고는 명예전역수당지급거부행위를 한 바 없으므로 행정소송법 제13조 ‘처분 등을 행한 행정청’에 해당하지 아니하므로 이 소는 부적법하다 할 것입니다.

(2) 설사 피고의 거부행위가 있었다고 하더라도 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아닙니다.

(가) 피고의 거부행위가 취소소송의 대상이 되는지 여부

피고의 거부행위가 항고소송의 대상인 행정처분이 되기 위해서는 ① 그 신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이어야 하고, ② 그 거부행위가 원고의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것이어야 하며, ③ 원고에게 그 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 있어야만 합니다.(대법원 2007. 10. 11. 2007두1316)

(나) 피고의 거부행위가 신청인의 법률관계에 변동을 일으키는 지 여부

1) 원고는 피고의 명예전역수당지급거부행위는 원고의 구체적인 권리의무에 직접적인 변동을 초래하는 것이어서 행정소송의 대상이 되는 처분이라고 주장하고 있습니다.

2) 하지만 먼저 피고의 명예전역수당지급거부행위가 없었다는 점은 앞서 검토한 바와 같고, 공군참모총장의 민원 회신은 단지 2016년 하반기 명예전역심사위원회에서 명예전역수당 지급대상자로 선발되지 못한 이유에 대해 재확인한 것에 불과한 점(이미 을 제2호증을 통해 고지한 바 있음)에서 원고의 구체적인 권리의무에 직접적인 변동을 초래한 바 없습니다.

3) 따라서 원고가 이를 다투기 위해서는 2016. 7. 8. 국방부 장관의 거부처분에 대하여 다투어야 할 것이지 민원회신에 대한 답변을 거부처분으로 보아 다투 수 없습니다. 원고가 인용한 서울행정법원 2008. 6. 26. 선고 2008구합1566 판결도 최초 국방부장관의 명예전역수당 지급 거부행위에 대한 것이며, 본 사안에서 인용하는 것은 적절하지 않습니다.

(다) 원고에게 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상 신청권이 있는지 여부

1) 명예전역수당 지급대상자 선발의 법적성격

군인의 명예전역수당제도는 정년 이전에 전역하는 군인에게 정년 이전의 전역으로 받게 되는 불이익, 즉 계속 근로로 받을 수 있는 수입의 상실이나 새로운 직업을 얻기 위한 비용지출 등에 대한 보상으로 명예전역수당을 지급함으로써 정년 이전의 전역을 유도하여 조직의 신진대사를 촉진하고자 하는데 그 취지가 있다는 점에서 명예전역수당 지급대상자 선발은 수익적 행정행위에 해당합니다.

또한 국방부장관이 수당지급대상자로 결정하거나 배제하는 행위는 20년 이상 근속한 군인들 중 정년 전에 자진하여 전역하는 사람의 신청을 받아 심사한 후 그 지급대상자 및 지급액 등을 결정할 수 있는 점에서 재량행위로 볼 것입니다.
(대법원 2009. 12. 10. 선고 2009두 14231 판결)

2) 원고의 경우

원고는 임기제 진급자로서 임기제 전역을 목전에 두고 명예전역자로 신청하였으나 선발되지 아니한 자로서 명예전역수당 지급대상자에 해당하지 아니하며, 명예전역자 선발행위는 수익적 행정행위이자 재량행위에 해당하므로 명예전역 심사일 당시 “형사사건으로 기소중인 자”에 해당되어 처음부터 명예전역수당지급 대상자 선발에서 제외된 후 무죄판결이 나왔다고 하더라도 반드시 명예전역수당 지급대상자로 선발해야 하는 것은 아닙니다.

즉 원고는 명예전역자로 선발된 자가 아니므로 국방부 인사관리 훈령 제99조 제3항의 명문 규정 상 적용이 있는 자에 해당하지 않으며, 해석상으로도 원고를 반드시 명예전역자로 선발해야하는 것이 아닌 바 원고에게 명예전역수당을 신청할 법규상 또는 조리상 신청권이 인정된다고 볼 수 없습니다.

4) 민원신청을 통해 법규상 신청권이 도출되는지 여부

다시 한 번 가정하여 원고가 민원을 통하여 명예전역수당지급을 신청하였다고 하더라도 원고에게 그 민원에서 요구하는 행정기관의 행위에 대한 실체적인 신청권까지 인정되는 것은 아니므로 새로이 신청권을 인정할 이유 역시 없다고 할 것입니다.(대법원 1998. 8. 24. 선고 97누7004 판결)

(라) 소결

따라서 피고의 거부행위가 있다고 가정한다 하더라도 이는 항고소송의 대상이 되는 처분으로 볼 수 없습니다.

(3) 또한 원고가 국방부 인사관리훈령 제99조 제3항에 따라 명예전역수당을 신청하는 것이라면 당사자소송에 의하여야 합니다.

(가) 당사자소송과 항고소송

항고소송과 당사자소송을 구분하는 가장 결정적인 기준은 급부청구권 발생에 행정청의 지급결정이 필요한지 여부로 어떤 급부청구권이 행정청의 지급결정에 의하여 비로소 구체적으로 확정되는 경우에는 그 지급결정 또는 지급거부결정을 항고소송으로 다투어야 하고, 급부청구권이 법령이나 행정청의 지급결정에 의하여 구체적으로 명확하게 확정되어 있는 경우에는 행정청을 상대로 항고소송을 제기함이 없이 곧바로 그 법률관계의 한쪽 당사자를 상대로 급부의 이행을 청구하는 당사자 소송을 제기하여야 합니다.

(나) 명예전역수당 청구의 성격

명예전역수당은 군인으로서 20년 이상 근속한 사람이 정년 전에 스스로 명예롭게 전역하는 경우에 예산의 범위에서 지급할 수 있는 것으로(군인사법 제53조의 2) 명예롭게 전역을 하는 자 중 수당을 지급받고자 하는 자는 수당지급신청기간 내에 수당지급을 신청하고 지급신청자 중에서 일정한 심사를 거쳐 피고가 명예전역수당 지급대상자로 결정한 경우에 비로소 지급될 수 있으나(군인 명예전역수당 지급 규정 2조, 5조, 6조), 예외적으로 명예전역수당 지급대상자로 선발된 자 중 형사사건으로 기소가 되어 선발이 취소되었다가 무죄 판결을 받은 경우 전역일

이전에는 재지급 신청을 통하여, 전역일 이후에는 인사소청 및 법원 등의 지급 처분명령에 의해 처리할 수 있습니다.(국방인사관리훈령 제99조 제3항)

또한 명예전역수당 지급대상자로 결정된 자에 대하여 지급할 수당액은 군인 명예전역수당지급 규정 제3조 [별표 1]에 그 산정기준이 정해져 있으므로, 명예전역수당 지급대상자로 결정된 자는 위 규정에서 정한 정당한 산정기준에 따라 산정된 명예퇴직수당을 수령할 구체적인 권리를 갖게 됩니다.

(다) 원고의 경우

원칙적으로 원고는 명예전역대상자로 선발되지 아니한 자이므로 국방부 인사관리 훈령 제99조 제3항이 적용되는 자가 아닙니다. 다만 원고의 주장대로 원고가 국방부 인사관리 훈령 제99조 제3항의 적용대상으로 이 규정에 의하여 명예지급수당을 신청하였으나 피고가 거부하는 의사를 표시하였다면 이는 공법상의 법률관계의 한쪽 당사자로서 그 지급의무의 존부에 관한 의견을 밝힌 것에 불과하므로 행정처분으로 볼 수 없으며, 법령에 의해 지급여부가 명확하게 확정되어 있는 경우이므로 국가를 상대로 당사자 소송을 제기하여야 할 것입니다.

4. 결어

위와 같은 이유로 원고의 이 사건 소는 부적법하므로 각하하여 주시기 바랍니다.

입 증 방 법

- 1. 을 제4호증(' 16년도 후반기 명예전역 선발심사 결과) 1부
- 2. 을 제5호증(' 16년도 후반기 공군 명예전역 선발결과 하달) 1부
- 3. 을 제6호증(2017 인사명령 제5호) 1부
- 4. 을 제7호증(민원처리 결과 통지서) 1부

2019. 4. 25.

피고 국방부장관 소송수행자
공군법무관 김현준

서울행정법원 제7부 귀중